



ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) ของการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามระบบกฎหมายเยอรมัน

The Drei-Stufen-Theorie (Three-Level Theory) on Protecting Freedom of Occupation in the German Legal System

วิษณุพาส พิมพ์อักษร *

รับบทความเมื่อ 13 มิถุนายน 2568

แก้ไขบทความเมื่อ 19 พฤศจิกายน 2568

ตอบรับบทความเมื่อ 15 ธันวาคม 2568

บทคัดย่อ

ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการที่จำกัดเสรีภาพทางอาชีพ (Berufsfreiheit)¹ ตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – GG) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พัฒนาทฤษฎีนี้จากคำพิพากษาคดีร้านขายยา (Apotheken-Urteil) ในปี ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) โดยวางหลักให้การจำกัดเสรีภาพทางอาชีพต้องผ่านการพิจารณาเป็นลำดับขั้นตามระดับขั้นความรุนแรงในการแทรกแซงเสรีภาพของข้อจำกัด ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ (1) ข้อจำกัดในการประกอบอาชีพ (Berufsausübungsregelungen) ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการประกอบอาชีพหรือดำเนินการ เช่น การกำหนดเวลาทำงาน มาตรฐานสุขอนามัย หรือหลักเกณฑ์ด้านความปลอดภัย (2) ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล หรือข้อจำกัดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ประกอบอาชีพ (subjective Zulassungsvoraussetzungen) ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพต้องมีคุณสมบัติส่วนบุคคลบางประการ เช่น วุฒิการศึกษา หรือใบอนุญาตประกอบวิชาชีพหรือดำเนินการ และ (3) ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอก (objective Zulassungsvoraussetzungen) เช่น การกำหนดจำนวนผู้ประกอบอาชีพในบางพื้นที่ หรือข้อจำกัด

*

LL.M., Öffentliches Recht มหาวิทยาลัยบอนน์ (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

¹ คำว่า “Berufsfreiheit” โดยทั่วไปมักแปลว่า “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” เพื่อให้สอดคล้องกับถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยหมายถึงเสรีภาพในทางอาชีพทั้งหมด แต่ในบทความนี้มีคำว่า “Berufsausübungsfreiheit” ซึ่งตรงกับ “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” มากกว่า บทความนี้จึงแปลคำว่า “Berufsfreiheit” ทั้งหมดว่า “เสรีภาพทางอาชีพ” อย่างไรก็ตาม การกล่าวถึงเสรีภาพในทางอาชีพทั้งหมดโดยรวมหรือตามกฎหมายไทย บทความนี้จะยังคงใช้คำว่า “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ที่ขึ้นอยู่กับปัจจัยภายนอกซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของบุคคลผู้ถูกจำกัดเสรีภาพ การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อจำกัดเหล่านี้ต้องคำนึงถึงความจำเป็นและความสมเหตุสมผล เพื่อให้แน่ใจว่ามาตรการดังกล่าวมีเป้าหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะและไม่เป็นการจำกัดสิทธิเกินสมควร

บทความนี้จะได้อธิบายเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการประกอบกิจการในระบบกฎหมายไทย พร้อมทั้งรวบรวมคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยจัดกลุ่มและวิเคราะห์ประเด็นสำคัญเพื่อศึกษาถึงแนวทางที่ศาลปกครองไทยนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี อีกทั้งยังได้นำเสนอและอธิบายทฤษฎีสามระดับตามระบบกฎหมายเยอรมันพร้อมทั้งวิเคราะห์ว่า ทฤษฎีดังกล่าวสามารถนำมาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทยเพื่อเสริมสร้างความชัดเจนและเป็นแนวทางเพิ่มเติมในการวินิจฉัยข้อจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้อย่างไร

คำสำคัญ : เสรีภาพในการประกอบอาชีพ, รัฐธรรมนูญ, ประโยชน์ส่วนรวม, หลักความได้สัดส่วน, กฎหมายเยอรมัน



Abstract

The Drei-Stufen-Theorie (Three-Level Theory) is a legal doctrine used to evaluate the constitutionality of measures restricting the freedom of occupation (Berufsfreiheit) under Article 12 of Germany's Basic Law (Grundgesetz – GG). Developed by the Federal Constitutional Court in the 1958 Pharmacy Case (Apotheken-Urteil), the theory categorizes restrictions based on their degree of interference : (1) Regulations on occupational practice (Berufsausübungsregelungen), such as working hours or hygiene standards; (2) Subjective admission requirements (subjektive Zulassungsvoraussetzungen), like qualifications or licenses; and (3) Objective admission requirements (objective Zulassungsvoraussetzungen), such as setting a limit on the number of practitioners in certain areas, or restrictions that depend on external factors beyond the control of the individual whose freedom is being restricted. These restrictions must pass a necessity and proportionality test to ensure they serve public interests and do not overly limit rights.

This article explains the concept of the liberty to engage in an occupation and the liberty to engage in an enterprise within the Thai legal system. It also compiles decisions of the Supreme Administrative Court concerning restrictions on this freedom and categorizes the relevant issues to clarify the court's reasoning. In addition, the article introduces and analyzes Germany's Three-Level Theory, discussing how it can guide Thai administrative court judgments and improve the assessment of restrictions on freedom of occupation and business.

Keywords : Liberty to Engage in an Occupation, Constitution, Common Interest, Proportionality Principle, German Law

1. เสรีภาพในการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการประกอบกิจการ

เสรีภาพในการประกอบอาชีพได้รับการรับรองเป็นครั้งแรกตามมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475² ความเป็นฉบับแห่งบทกฎหมายบุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ³ และบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489⁴ ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 จึงแยกเสรีภาพในการประกอบอาชีพออกจากเสรีภาพอื่น ๆ เป็นอีก 1 มาตรา และเริ่มกำหนดข้อสงวนในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ในวรรคสอง⁵ เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511⁶ และรัฐธรรมนูญ

² สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, 2562, กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, น. 58.

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, (2475, 10 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 49., น. 536.

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

มาตรา 14 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา การศึกษาอบรม การชุมนุมสาธารณะ การตั้งสมาคม การตั้งคณะพรรคการเมือง การอาชีพ ทั้งนี้ ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, (2489, 10 พฤษภาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 63 ตอนที่ 30., น. 327-328.

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492

มาตรา 41 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร และในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำได้อีกแต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความปลอดภัยของประเทศ เศรษฐกิจแห่งชาติ หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัว”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, (2492, 23 มีนาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 66 ตอนที่ 17., น. 22.

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511

มาตรา 39 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรและในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำได้อีกแต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความปลอดภัยของประเทศ เศรษฐกิจแห่งชาติหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัว”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511, (2511, 20 มิถุนายน), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 85 ตอนพิเศษ., น. 20.



แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517⁷ แต่ด้วยเหตุผลบางประการที่มีอาจทราบได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519⁸ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521⁹ กลับไม่มีบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นการเฉพาะอีก

เป็นที่น่าสังเกตว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกและฉบับเดียวของราชอาณาจักรไทยที่ไม่มีการรับรองเสรีภาพประเภทใดเป็นการเฉพาะเลย โดยมีเพียงบททั่วไปอย่างมาตรา 8 ที่บัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”¹⁰ เท่านั้น ที่บัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 แม้จะรับรองเสรีภาพประเภทอื่น ๆ เป็นการเฉพาะ แต่เรื่องการประกอบอาชีพของประชาชนกลับได้รับการรับรองในลักษณะของสิทธิอันเกิดจากหน้าที่ของรัฐ¹¹ ในการส่งเสริมและบำรุงการฝึกอาชีพตามมาตรา 60 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม¹² มิใช่การรับรองในลักษณะของเสรีภาพที่จะคุ้มครองไม่ให้รัฐ

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

มาตรา 48 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจแห่งชาติ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517, (2517, 7 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 91 ตอนที่ 169., น. 22.

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519, (2519, 22 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 93 ตอนที่ 135., น. 1-15.

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521, (2521, 22 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 95 ตอนที่ 146., น. 1-66.

¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519, (2519, 22 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 93 ตอนที่ 135., น. 1-15.

¹¹ ดูเพิ่มเติม : “สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิเรียกร้องที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ (Status positivus),” ใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น. 49-51.

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

มาตรา 60 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม “รัฐพึงส่งเสริมและบำรุงการศึกษาอบรมและการฝึกอาชีพตามความเหมาะสมและความต้องการของประเทศ

รัฐพึงช่วยเหลือผู้ยากไร้ให้ได้รับทุนและปัจจัยต่าง ๆ ในการศึกษาอบรมและการฝึกอาชีพ”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521, (2521, 22 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 95 ตอนที่ 146., น. 17.

ใช้อำนาจหรือกระทำการใด ๆ ล่วงล้ำพรมแดนแห่งเสรีภาพ (Freiheitssphären) ของบุคคล¹³ ต่อมา มาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จึงได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นการเฉพาะอีกครั้งโดยบัญญัติรวมกับเสรีภาพในการประกอบกิจการว่า “สิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ”¹⁴ ซึ่งแม้จะใช้คำว่า “สิทธิ” แต่ก็มีเนื้อหาเป็นการรับรองพรมแดนแห่งเสรีภาพของบุคคล ในการที่จะเลือกประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ พร้อมข้อสงวนในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว ดังที่ต่อมา มาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹⁵ รับรอง “เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

¹³ ดูเพิ่มเติม : “สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิเรียกร้องที่ไยยันอำนาจรัฐ (Status negativus),” ใน ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น. 47-49.

¹⁴ **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534**

มาตรา 48 “สิทธิของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม ย่อมได้รับความคุ้มครอง

การจำกัดสิทธิตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการรักษา ความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือการจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534, (2534, 9 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 108 ตอนที่ 216., น. 18.

¹⁵ **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**

มาตรา 50 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือจัดความไม่เป็นธรรม ในการแข่งขัน”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 43 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค (มีต่อหน้าถัดไป)



และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” ด้วยสาระสำคัญและข้อสงวนเดียวกันกับมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันหรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กลับรับรองเพียง “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” ตามมาตรา 40 วรรคหนึ่ง โดยมีได้บัญญัติถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการแต่อย่างใด

เพื่อพิจารณาว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังคงรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วยหรือไม่¹⁶ จึงมีการศึกษาความหมายของ “เสรีภาพในการประกอบกิจการ” ในทางวิชาการและตามพจนานุกรม ซึ่งพบว่า “กิจการ” หมายถึง “การทำงานที่ประกอบ ธุรกิจ”¹⁷ และปรากฏในความหมายของคำว่า “ธุรกิจ” ซึ่งหมายถึง “การทำงานประจำเกี่ยวกับอาชีพค้าขาย หรือกิจการอย่างอื่นที่สำคัญและที่ไม่ใช่ราชการ และการประกอบกิจการเพื่อบูณการค้าหาทำไร”¹⁸ ส่วน “อาชีพ” หมายถึง “การเลี้ยงชีวิต, การทำมาหากิน และงานที่ทำเป็นประจำเพื่อเลี้ยงชีพ”¹⁹ การศึกษาดังกล่าวจึงได้ข้อสรุปว่า การประกอบกิจการเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบอาชีพที่เกี่ยวกับการค้าหรือการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เสรีภาพในการประกอบกิจการจึงเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วย²⁰

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 15)

การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (2540, 11 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 114 ตอนที่ 55 ก., น. 11-12; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, (2550, 24 สิงหาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 124 ตอนที่ 47 ก., น. 12-13.

¹⁶ สุกฤตา ฉัตรพรณกุล, “เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561), น. 1.

¹⁷ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, (กรุงเทพฯ : สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 2554), อ้างคำว่า “กิจการ”

¹⁸ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, (กรุงเทพฯ : สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 2554), อ้างคำว่า “ธุรกิจ”

¹⁹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, (กรุงเทพฯ : สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 2554), อ้างคำว่า “อาชีพ”

²⁰ สุกฤตา ฉัตรพรณกุล, “เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561), น. 13-14.

ระบบกฎหมายเยอรมันมีการรับรองเสรีภาพทางอาชีพ (Berufsfreiheit) ตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – GG)²¹ ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 (พ.ศ. 2492) เสรีภาพทางอาชีพตามบทบัญญัติดังกล่าวมีความหมายครอบคลุมถึงเสรีภาพในการเลือกอาชีพ (Berufswahlfreiheit) หรือการประกอบอาชีพ “อะไร” เช่น การเลือกอาชีพ สายงาน สถานที่ทำงาน และเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Berufsausübungsfreiheit) หรือการประกอบอาชีพ “อย่างไร” เช่น วิธีการทำงาน เวลาทำงาน และคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวจากการแทรกแซงของรัฐ บทบัญญัตินี้เชื่อมโยงกับมาตรา 15 และมาตรา 16 ของกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรป (Charta der Grundrechte der Europäischen Union) ซึ่งเกี่ยวกับเสรีภาพทางอาชีพและสิทธิในการทำงาน (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten) และเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ (unternehmerische Freiheit) ตามลำดับ²² โดยเสรีภาพในการประกอบธุรกิจนี้ครอบคลุมถึงเสรีภาพต่าง ๆ ที่ได้รับการยอมรับตามคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Europäischer Gerichtshof – EuGH) เช่น เสรีภาพทางการค้า (Handelsfreiheit)²³ เสรีภาพในการทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ (erwerbsbezogene Vertragsfreiheit)²⁴ เสรีภาพในการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม (Wettbewerbsfreiheit)²⁵ และเสรีภาพในการกำหนดรูปแบบการดำเนินธุรกิจ (Freiheit der Gestaltung

²¹ กฎหมายพื้นฐาน

มาตรา 12 “ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิเลือกอาชีพ สถานที่ทำงาน และสถานที่ประกอบมได้อย่างเสรี การประกอบอาชีพสามารถถูกกำหนดได้โดยกฎหมายหรือบนพื้นฐานทางกฎหมาย

บุคคลไม่พึงถูกบังคับให้ทำงานใดเป็นการเฉพาะ เว้นแต่อยู่ภายในขอบเขตของหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะทั่วไปตามประเพณีที่ใช้บังคับกับทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน

การใช้แรงงานโดยบังคับสามารถกระทำได้เฉพาะในกรณีที่มีคำสั่งของศาลให้จำกัดเสรีภาพเท่านั้น”

ดู สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี Basic Law for the Federal Republic of Germany, แปลโดย Christian Tomuschat and David P. Currie, 2555, กรุงเทพฯ : พี. เพรส, น. 16.

²² Matthias Ruffert in Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024), GG Art. 12 Rn. 2-4.

²³ EuGH Slg. 1974, 491 Rn. 14 – Nold; Slg. 1985, 531 Rn. 9 – ADBHU in Matthias Ruffert in Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024), GG Art. 12 Rn. 4.

²⁴ EuGH Slg. 1991, I-3617 Rn. 13 – Neu; EuGH Slg. 1979, 1 Rn. 20 – Sukkerfabriken Nykøbing; Slg. 1999, I-6571 Rn. 99 – Spanien/Kommission; BeckRS 2013, 80140 Rn. 41 ff. – Sky Österreich/ORF; ECLI:EU:C:2013:521 Rn. 32 – Alemo Herron; ECLI:EU:C:2013:661 Rn. 25 – Schaible in Matthias Ruffert in Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024), GG Art. 12 Rn. 4.

²⁵ EuGH Slg. 1987, 2289 Rn. 15 – Rau; EuGH Slg. 1998, I-1953 Rn. 28 – Metronome Musik in Matthias Ruffert in Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024), GG Art. 12 Rn. 4.



des Unternehmens)²⁶ เสรีภาพทางอาชีพในระบบกฎหมายเยอรมันจึงรวมถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วย นอกจากนี้ เสรีภาพทางอาชีพยังรวมถึงเสรีภาพในการเข้าเรียนสาขาวิชาที่ต้องการในมหาวิทยาลัยด้วย ตราบเท่าที่สาขาวิชาในระดับอุดมศึกษายังคงมีผลโดยตรงต่อการเลือกอาชีพ²⁷

2. คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามกฎหมายไทย

ตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 มีคดีพิพาทเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นจำนวนมาก และเนื่องจากคดีพิพาททั้งหมดอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา ซึ่งรับรองเสรีภาพทั้งสองโดยใช้ถ้อยคำร่วมกันว่า “เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ” หัวข้อนี้จึงเรียกเสรีภาพทั้งสองรวมกันด้วยถ้อยคำดังกล่าว ซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นฝ่ายผู้ฟ้องคดีที่กล่าวอ้างว่า กฎที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากขัดต่อมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เนื่องจากการจำกัดหรือเป็นการกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดี ทั้งนี้ มีบางคดีที่ผู้ฟ้องคดีมิได้กล่าวอ้างถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพไว้ในคำฟ้อง แต่ศาลปกครองสูงสุดนำเสรีภาพในการประกอบอาชีพมาพิจารณาเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565²⁸ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1265/2567²⁹

²⁶ EuGH ECLI:EU:C:2017:203 Rn. 38 – Achbita in Matthias Ruffert in Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024), GG Art. 12 Rn. 4.

²⁷ Vgl. Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, Staatsrecht 2 – Grundrechte, 16. Aufl., 2000, Heidelberg, Rn. 923, 933 in Alexandra Bormann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 83-84.

²⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565 ลงวันที่ 30 พฤษภาคม 2565

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การถอนชื่อผู้ฟ้องคดีออกจากบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการจ้างงานก่อสร้างขั้นพิเศษ มีผลทำให้บุคคลที่ถูกถอนชื่อต้องถูกจำกัดสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการเสนอราคากับหน่วยงานที่สังกัดผู้ถูกฟ้องคดีและหน่วยงานของผู้ถูกฟ้องคดี อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในการประกอบอาชีพ (สรุปเนื้อหาของคำพิพากษานำมาอ้างถึงอย่างละเอียดอีกครั้งในหัวข้อ 2.4)

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1265/2567 ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน 2567

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้ประกาศสัตวแพทยสภาและประกาศอนุกรรมการมาตรฐานวิชาชีพการสัตวแพทย์ซึ่งกำหนดรายละเอียดและแนวทางการใช้ดุลพินิจในการพิจารณารับรองหลักสูตรการสัตวแพทย์และสถาบันที่เปิดคณะสัตวแพทย์ จะมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่ก็มีขึ้นเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพสัตวแพทย์เพียงเท่าที่จำเป็น (สรุปเนื้อหาของคำพิพากษานำมาอ้างถึงอย่างละเอียดอีกครั้งในหัวข้อ 2.1)

รวมถึงคดีที่ผู้ฟ้องคดีมิได้กล่าวอ้างถึงเสรีภาพในการประกอบอาชีพอย่างชัดเจน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีสันนิษฐานว่า ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่ากฎกระทรวงฉบับพิพาทขัดกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 36/2551³⁰ ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพหลายฉบับแต่ยังไม่อาจสรุปได้อย่างชัดเจนว่า มีแนวคำพิพากษาที่แน่นอนในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ บทความนี้จึงจัดกลุ่มคำวินิจฉัยดังกล่าวตามผลของคำวินิจฉัยและฐานกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 คำพิพากษาที่เห็นว่าการจำกัดเสรีภาพที่พิพาทอยู่ในขอบเขตตามกฎหมายแม่บท

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545³¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1265/2567³² และคำพิพากษา

³⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 36/2551 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2551

ผู้ฟ้องคดีกล่าวในคำฟ้องว่า กฎกระทรวงฉบับพิพาทขัดกับมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยไม่ได้กล่าวอ้างว่าขัดอย่างไร ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงสันนิษฐานว่า ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าขัดกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (สรุปเนื้อหาของคำพิพากษานำมาอ้างถึงอย่างละเอียดอีกครั้งในหัวข้อ 2.2)

³¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 ลงวันที่ 3 ธันวาคม 2545

เดิมผู้ที่ได้รับใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์ต้องผ่านการฝึกอบรมวิชามัคคุเทศก์ตามหลักสูตรที่คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์รับรอง โดยไม่ต้องเข้ารับการฝึกอบรมวิชามัคคุเทศก์เพิ่มเติมในระหว่างที่ได้รับใบอนุญาต ต่อมา กฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมทุกสองปี ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพที่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจของกฎหมายแม่บท ไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยไม่ชอบ และเป็นมาตรการที่สมเหตุสมผลเพื่อยกระดับมาตรฐานมัคคุเทศก์ซึ่งเป็นประโยชน์ต่ออุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยรวม จึงพิพากษายกฟ้อง ทั้งนี้ มีความเห็นแย้งว่า กฎกระทรวงดังกล่าว เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเกินสมควร เนื่องจากพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดคุณสมบัติของมัคคุเทศก์ไว้เพียงพอแล้ว การบังคับอบรมเพิ่มเติมเป็นการเกินควรแก่ผู้ประกอบการประกอบอาชีพ

³² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1265/2567 ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน 2567

ประกาศสัปดาห์แพทยสภา ที่ 7/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาหลักสูตรและสถาบันผลิตสัปดาห์แพทยศาสตรบัณฑิต และประกาศอนุกรรมการมาตรฐานวิชาชีพการสัตวแพทย์ เรื่อง แนวทางการตรวจรับรองหลักสูตรและสถาบัน ตามข้อ 1 (4) ของประกาศสัปดาห์แพทยสภา ที่ 7/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาหลักสูตรและสถาบันผลิตสัปดาห์แพทยศาสตรบัณฑิต เป็นหลักเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 มีลักษณะเป็นการกำหนดรายละเอียดและแนวทางการใช้ดุลพินิจในการพิจารณารับรองหลักสูตรการสัตวแพทย์และสถาบันที่เปิดคณะสัตวแพทย์ อันมีเนื้อหาเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา โดยมีมุ่งหมายที่จะส่งเสริม สนับสนุน และกำกับให้มีการจัดการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับสาขาวิชาชีพสัตวแพทย์ที่มีคุณภาพและได้มาตรฐาน แม้กฎดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่ก็มีขึ้นเพื่อจัดระเบียบ (มีต่อหน้าถัดไป)



ศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1270/2567³³ ต่างเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่พิพาทอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้จำกัดได้ โดยในคำพิพากษาทั้ง 3 ฉบับ ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่า กฎกระทรวง ประกาศสัตวแพทยสภา และคำสั่งไม่อนุญาตให้เปิดตลาดนัด ซึ่งเป็นกฎและคำสั่งทางปกครองที่พิพาทออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใด โดยมีทั้งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติการอุดมศึกษา พ.ศ. 2562 รวมถึงพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวงว่าด้วยสุขลักษณะของตลาด พ.ศ. 2551 และเทศบัญญัติเทศบาลตำบลบางระกำ เรื่อง ตลาด พ.ศ. 2543 แล้วจึงพิจารณาว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่พิพาทมีฐานอำนาจทางกฎหมาย (Rechtsgrundlage) และเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายนั้น โดยอาจวินิจฉัยว่า กฎดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีแต่อยู่ในขอบเขตอำนาจของกฎหมายแม่บท ดังเช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1265/2567 หรือคำสั่งทางปกครองที่พิพาทเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทจึงไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการของผู้ฟ้องคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1270/2567 อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า กฎและคำสั่งทางปกครองที่พิพาทในคำพิพากษาซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มนี้ ล้วนเป็นกฎและคำสั่งทางปกครองที่กำหนดรายละเอียดการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดทั้ง 3 ฉบับ จึงมีข้อยุติในทำนองเดียวกันว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่เป็นข้อพิพาทอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจจำกัดได้ โดยศาลได้ตรวจสอบว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งนั้น ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใด ทั้งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวงและเทศบัญญัติ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 มีความเห็นแย้งซึ่งเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพที่พิพาทไม่ชอบด้วยหลักความได้สัดส่วน

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 32)

การประกอบอาชีพสัตวแพทย์เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การควบคุมและส่งเสริมมาตรฐานการประกอบวิชาชีพการสัตวแพทย์ตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ และไม่ได้มีลักษณะเป็นการก้าวก่ายการจัดการศึกษาของผู้ฟ้องคดี จึงไม่ได้มีเนื้อหากที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติการอุดมศึกษา พ.ศ. 2562

³³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1270/2567 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2567

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เมื่อสถานที่ที่ผู้ฟ้องคดีขออนุญาตเปิดตลาดนัดไม่เป็นไปตามสุขลักษณะของตลาดตามกฎกระทรวงว่าด้วยสุขลักษณะของตลาด พ.ศ. 2551 และเทศบัญญัติเทศบาลตำบลบางระกำ เรื่อง ตลาด พ.ศ. 2543 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (นายกเทศมนตรีตำบลบางระกำ) มีหนังสือแจ้งคำสั่งไม่อนุญาตให้เปิดตลาดพร้อมด้วยเหตุผลให้ผู้ฟ้องคดีทราบตามมาตรา 56 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และข้อ 16 วรรคสอง ของเทศบัญญัติเทศบาลตำบลบางระกำ เรื่อง ตลาด พ.ศ. 2543 จึงเป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการของผู้ฟ้องคดี ดังที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างในคำอุทธรณ์ ดังนั้นคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้จัดตั้งตลาด จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้องนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยและพิพากษายืน

2.2 คำพิพากษาที่เห็นว่าการจำกัดเสรีภาพที่พิพาทเป็นไปเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2550³⁴ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การทดสอบความคงทนถาวรของผลิตภัณฑ์ตามวิธีการทดสอบที่ยอมรับในระดับสากลเป็นการจำกัดเสรีภาพเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคและสวัสดิภาพของประชาชนเท่าที่จำเป็นและเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด ส่วนคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 36/2551³⁵ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพจำหน่ายสุราในสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวมอันจะเป็นประโยชน์ยิ่งกว่าประโยชน์ของกลุ่มบุคคล จึงชอบด้วยกฎหมาย และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 4/2552³⁶ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า

³⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2550 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2550

ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า มาตรฐานเลขที่ มอก. 824-2531 ซึ่งกำหนดให้ทดสอบผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมสวิตช์ไฟฟ้าโดยให้เปิดปิดสวิตช์ไฟฟ้า 40,000 ครั้ง ต่อเนื่องกันที่แรงดันไฟฟ้า 250 โวลต์ กระแสไฟฟ้า 16 แอมแปร์ เป็นมาตรฐานที่สูงเกินความจำเป็นส่งผลให้ผู้ประกอบการภายในประเทศต้องปิดกิจการลง ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การทดสอบตามมาตรฐานเลขที่ มอก. 824-2531 มุ่งเน้นที่ความคงทนถาวรของผลิตภัณฑ์และเป็นวิธีการทดสอบที่ยอมรับในระดับสากล จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคและสวัสดิภาพของประชาชนเท่าที่จำเป็นและเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

³⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 36/2551 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2551

ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นผู้ประกอบกิจการประเภทค้าปลีกและจำหน่ายสุราในบริเวณสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงซึ่งเคยได้รับใบอนุญาตให้จำหน่ายสุราประเภทที่ 3 และประเภทที่ 4 เห็นว่า กระทรวงการคลังออกกฎกระทรวงว่าด้วยข้อกำหนดเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตขายสุราและการขายสุราสำหรับผู้ได้รับใบอนุญาตขายสุราประเภทที่ 3 ถึงประเภทที่ 7 พ.ศ. 2548 ซึ่งกำหนดให้สถานที่ขายสุราต้องไม่ตั้งอยู่ในบริเวณสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิง รวมทั้งบริเวณต่อเนื่องติดกับสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิง และต้องไม่ขายสุราในบริเวณดังกล่าว ขัดกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้เนื้อหาของกฎกระทรวงฉบับนี้จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพจำหน่ายสุราในสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิง แต่เป็นการลดปัญหาสังคมในการลดสถานที่จำหน่ายสุราที่เสี่ยงต่อการเกิดปัญหาจากการบริโภคสุรา กฎกระทรวงฉบับนี้คุ้มครองประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวมอันจะเป็นประโยชน์ยิ่งกว่าประโยชน์ของกลุ่มบุคคล จึงชอบด้วยกฎหมาย

³⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 4/2552 ลงวันที่ 21 เมษายน 2552

กฎกระทรวงว่าด้วยการประกอบกิจการสถานพยาบาล พ.ศ. 2545 ได้กำหนดบทเฉพาะกาลข้อ 35 ไว้ว่า ให้สถานพยาบาลทันตกรรมชั้นสองที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการอยู่ในวันที่กฎกระทรวงนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ยังคงประกอบกิจการต่อไปได้จนกว่าผู้ดำเนินการสถานพยาบาลนั้นขอยกเลิกดำเนินการสถานพยาบาล จากบทบัญญัติดังกล่าว จึงมีผลให้ผู้ประกอบวิชาชีพแผนปัจจุบัน สาขาทันตกรรมชั้นสอง ไม่สามารถขออนุญาตประกอบกิจการในสถานพยาบาลสาขาทันตกรรมชั้นสองใหม่ได้ จนกว่าผู้ขออนุญาตไว้เดิมจะมีการแจ้งเลิกดำเนินการสถานพยาบาล ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า (มีต่อหน้าถัดไป)



การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการขออนุญาตประกอบกิจการในสถานพยาบาลสาขาทันตกรรม ขึ้นสองใหม่ได้ จนกว่าผู้ขออนุญาตไว้เดิมจะมีการแจ้งเลิกดำเนินการสถานพยาบาลเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ที่มาใช้บริการที่สถานพยาบาล ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1357/2567³⁷ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์เพื่อให้ผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์มีกระบวนการผลิตที่มีคุณภาพและมาตรฐานตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ประกาศที่พิพาทจึงเป็นการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นมิได้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ จะสังเกตได้ว่า ในคำพิพากษาทั้ง 4 ฉบับดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้พิจารณาไปถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแม้บทที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่พิพาท แต่พิจารณาเนื้อหาและเจตนารมณ์ของกฎหมายลำดับรองที่พิพาทโดยตรงว่ามุ่งหมายจะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะใด และเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะดังกล่าวหรือไม่ จึงได้ข้อสรุปว่า เป็นการจำกัดเสรีภาพที่ไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายมอบให้อำนาจด้วย จากแนวคำวินิจฉัยในคำพิพากษาทั้ง 4 ฉบับ จึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดอาจพิจารณา “เนื้อหาและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 36)

กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวขัดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 4 มาตรา 26 มาตรา 29 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การออกกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองผู้บริโภคที่มาใช้บริการที่สถานพยาบาล ทั้งการออกกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ได้อ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ประกอบมาตรา 50 การออกกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว จึงชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายกฟ้อง

³⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1357/2567 ลงวันที่ 17 ธันวาคม 2567

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้ว่าหลักเกณฑ์ตามประกาศคณะกรรมการโคนมและผลิตภัณฑ์นม เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินงานโครงการอาหารเสริม (นม) โรงเรียน ภาคเรียนที่ 1/2561 ลงวันที่ 21 มีนาคม 2561 ข้อ 5.8 ที่กำหนดว่า ในภาคเรียนที่ผ่านมาผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์นมต้องไม่เป็นผู้ที่ถูกหน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลคุณภาพนม ในโครงการอาหารเสริม (นม) โรงเรียน ตรวจพบว่ามีการผลิตนมที่ไม่ได้คุณภาพและมาตรฐานตามเกณฑ์ที่กำหนด อันอาจเกิดผลกระทบต่อสุขภาพและอนามัยของผู้บริโภคซึ่งเป็นกรณีร้ายแรง อันได้แก่ พบเชื้อก่อโรคหรืออีโคไล (E.coli) จะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์นมทำให้ถูกตัดสิทธิหรือได้รับผลกระทบจากมาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครอง ตามข้อกำหนดของประกาศที่พิพาท อันเป็นข้อกำหนดของประกาศที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอยู่บ้างก็ตาม แต่การกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์นมก็เพื่อให้ผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์นมมีกระบวนการผลิตที่มีคุณภาพและมาตรฐานตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ขณะเดียวกันก็เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค เมื่อขึ้นน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 40 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผลกระทบที่ผู้ฟ้องคดีได้รับย่อมน้อยกว่าความเสียหายของประโยชน์ส่วนรวม การกำหนดคุณสมบัติตามข้อ 5.8 ของประกาศที่พิพาท มิได้หมายความว่า ผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์นมจะเสียสิทธิในการประกอบอาชีพ แต่สามารถดำเนินการแก้ไขปรับปรุงการผลิตให้มีคุณภาพและมาตรฐานตามที่กฎหมายกำหนดและยื่นคำขอเข้าร่วมโครงการอาหารเสริม (นม) โรงเรียนครั้งต่อไปได้ กรณีจึงถือได้ว่า ประกาศที่พิพาทเป็นการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นมิได้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ

ลำดับรองที่พิพาท” โดยตรงว่ามีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะใด เช่น ความปลอดภัยของผู้บริโภค ความปลอดภัยของประชาชน ฯลฯ เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปเท่าที่จำเป็น และได้สัดส่วนกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

2.3 คำพิพากษาที่เห็นว่าการจำกัดเสรีภาพที่พิพาทเป็นข้อสงวนในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 43 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดข้อสงวนให้รัฐอาจจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด บางคำพิพากษาจึงไม่เพียงพิจารณาประโยชน์สาธารณะซึ่งกฎหมายที่พิพาทมุ่งคุ้มครองแต่ยังนำข้อสงวนตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นมาพิจารณาร่วมด้วย เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 45/2557³⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2560 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

³⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 45/2557 ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน 2557

ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้ประกอบกิจการโรงงานเกี่ยวกับรถยนต์และรถจักรยานยนต์ ผู้ฟ้องคดีที่ 3 เป็นผู้ประกอบกิจการเกี่ยวกับการนำเข้าอะไหล่รถยนต์ที่ใช้แล้ว คำปัสโกะไหล่รถยนต์เก่า ชิ้นส่วนอุปกรณ์ และเครื่องยนต์เก่า เห็นว่า การออกประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง กำหนดให้ตัวถังของรถยนต์นั่งที่ใช้แล้ว และโครงรถจักรยานยนต์ที่ใช้แล้ว เป็นสินค้าที่ต้องห้ามในการนำเข้าในราชอาณาจักร พ.ศ. 2555 ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2555 และประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง กำหนดให้ตัวถังของรถยนต์นั่งที่ใช้แล้ว และโครงรถจักรยานยนต์ที่ใช้แล้ว เป็นสินค้าที่ต้องห้ามในการนำเข้าในราชอาณาจักร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555 ลงวันที่ 30 สิงหาคม 2555 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 ทำให้ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ต้องขาดวัตถุดิบสำคัญในการผลิตรถยนต์และรถจักรยานยนต์ และทำให้ผู้ฟ้องคดีที่ 3 ต้องขาดสินค้าที่จะนำมาจำหน่าย เป็นการจำกัดสิทธิของเอกชน กีดกันมิให้ประกอบอาชีพ และเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ข้อกำหนดในประกาศกระทรวงที่พิพาทไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่พระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 ได้ให้อำนาจไว้และไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การใช้บังคับประกาศกระทรวงที่พิพาท แม้จะมีข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพอยู่บ้าง แต่ก็เป็นไปโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะ หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันเพียงเท่าที่จำเป็น โดยมีได้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบการหรือผู้ฟ้องคดีทั้งสาม รวมทั้งผู้ประกอบการในลักษณะเดียวกันยังคงได้รับความเสมอภาคในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ประกาศกระทรวงพาณิชย์ที่พิพาททั้งสองฉบับดังกล่าว จึงมิใช่การใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย



ที่ พ. 12/2564³⁹ โดยในคำพิพากษาทั้ง 3 ฉบับ ศาลปกครองสูงสุดได้นำข้อสงวนที่ให้มีอำนาจจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามมาตรา 43 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาพิจารณา และเห็นว่า กฎที่พิพาทมิได้กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดี รวมทั้งผู้ประกอบการในลักษณะเดียวกันยังคงได้รับความเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ผู้ฟ้องคดีในคำพิพากษาทั้ง 3 ฉบับ เป็นผู้ประกอบกิจการเกี่ยวกับการประกอบรถยนต์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2560 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2564 ซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายกันจึงใช้ถ้อยคำในการวินิจฉัยข้อหาที่เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเหมือนกันเกือบทั้งหมด ยกเว้นจำนวนผู้ฟ้องคดีเท่านั้น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดทั้ง 3 ฉบับจึงแสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำข้อสงวนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งกำหนดให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้ เช่น การคุ้มครองผู้บริโภค การรักษาความสงบเรียบร้อย หรือป้องกันการผูกขาด มาพิจารณาร่วมกับประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายลำดับรองมุ่งคุ้มครอง

³⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2560 ลงวันที่ 9 สิงหาคม 2560 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2564 ลงวันที่ 5 กรกฎาคม 2564

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กฎกระทรวงบังคับจดทะเบียนรถที่ประกอบจากชิ้นส่วนของรถที่ใช้แล้วที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ พ.ศ. 2556 ซึ่งกำหนดระยะเวลาให้นารถที่ประกอบจากชิ้นส่วนของรถที่ใช้แล้วที่นำเข้ามาจากต่างประเทศมาจดทะเบียนภายหลังกฎกระทรวงมีผลใช้บังคับแล้วแบ่งเป็น 2 กรณี (1) กรณีรถที่พร้อมจดทะเบียนคือ รถที่ไม่ต้องผ่านการทดสอบมาตรฐานอุตสาหกรรม หรือเป็นรถที่ผ่านการทดสอบมาตรฐานอุตสาหกรรมแล้วให้นำมาจดทะเบียนภายในสามสิบวันนับแต่วันที่กฎกระทรวงมีผลใช้บังคับ (2) กรณีรถต้องผ่านการทดสอบมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม แต่ในวันที่กฎกระทรวงมีผลใช้บังคับยังไม่ผ่านการทดสอบมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมให้นำมาจดทะเบียนภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่กฎกระทรวงมีผลใช้บังคับ กฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ได้เปิดโอกาสและให้ระยะเวลาพอสมควรที่คาดหมายได้ว่า รถที่ประกอบจากชิ้นส่วนที่ใช้แล้วที่นำเข้ามาจากต่างประเทศสามารถนำรถมาจดทะเบียนกับนายทะเบียนภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม) อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 (12) แห่งพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบมาตรา 30 วรรคสาม มาตรา 41 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น บัญญัติให้กระทำได้ อีกทั้งก่อนที่จะมีการออกกฎกระทรวงมีการนำร่างกฎกระทรวงออกรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทางเว็บไซต์ของกรมการขนส่งทางบก ทั้งนี้ การออกกฎกระทรวงเป็นการเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ สวัสดิภาพของประชาชนหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันเพียงเท่าที่จำเป็น โดยมีได้กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบการหรือผู้ฟ้องคดี (ทั้งสามตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2560 และทั้งแปดตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2564) รวมทั้งผู้ประกอบการในลักษณะเดียวกันยังคงได้รับความเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ดังนั้นกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว จึงเป็นกฎที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมาย

2.4 คำพิพากษาที่เห็นว่าการจำกัดเสรีภาพที่พิพาทไม่ชอบด้วยหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏในคำพิพากษาบางฉบับเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 9-10/2558⁴⁰ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565⁴¹ โดยในคำพิพากษาทั้ง 2 ฉบับ ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาถึงผลที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายและคำสั่งทางปกครองที่พิพาท

⁴⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 9-10/2558 ลงวันที่ 20 พฤษภาคม 2558

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งให้รวมคดีทั้งสองสำนวนเข้าด้วยกัน โดยกำหนดให้คดีหมายเลขคำที่ พ. 9/2551 เป็นสำนวนคดีหลัก และเรียกผู้ฟ้องคดีในคดีหมายเลขคำที่ พ. 9/2551 ว่าผู้ฟ้องคดีที่ 1 เรียกผู้ฟ้องคดีในคดีหมายเลขคำที่ พ. 10/2551 ว่าผู้ฟ้องคดีที่ 2 และเรียกกระทรวงคมนาคมว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และเรียกกรมการขนส่งทางบกว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แล้วพิจารณาพิพากษารวมกันไป

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ข้อ 10 ของกฎกระทรวงว่าด้วยรถยนต์รับจ้างบรรทุกคนโดยสารไม่เกินเจ็ดคน ที่จดทะเบียนในเขตกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2550 ที่กำหนดให้รถยนต์รับจ้างที่จดทะเบียนตั้งแต่วันที่กฎกระทรวงนี้ใช้บังคับ ต้องมีและใช้ส่วนควบและเครื่องอุปกรณ์ของรถที่ใช้ก๊าซธรรมชาติอัดเป็นเชื้อเพลิงหรือที่ใช้ร่วมกับการใช้น้ำมันเชื้อเพลิง ที่พิพาทดังกล่าว เป็นกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพรถยนต์รับจ้างเกินความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ดังที่ปรากฏในหมายเหตุว่า เนื่องด้วยปัจจุบันสถานการณ์ราคาน้ำมันเชื้อเพลิงได้ปรับตัวสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งปัญหาทางด้านมลภาวะทางอากาศที่เพิ่มมากขึ้น และเพื่อเป็นการสนับสนุนการใช้พลังงานทดแทนน้ำมันเชื้อเพลิง สมควรที่จะกำหนดให้รถยนต์รับจ้างต้องใช้ก๊าซธรรมชาติอัดเป็นเชื้อเพลิงหรือที่ใช้ร่วมกับน้ำมันเชื้อเพลิง อันจะเป็นการช่วยให้มีการใช้พลังงานอย่างเหมาะสมและคุ้มค่า ข้อกำหนดดังกล่าวจึงขัดต่อมาตรา 29 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และเข้าข่ายมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควรตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้นข้อ 10 ของกฎกระทรวงว่าด้วยรถยนต์รับจ้างบรรทุกคนโดยสารไม่เกินเจ็ดคน ที่จดทะเบียนในเขตกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2550 ที่พิพาทดังกล่าว จึงเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁴¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565 ลงวันที่ 30 พฤษภาคม 2565

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการจ้างเพื่อขอจดทะเบียนเป็นผู้รับเหมาก่อสร้างขั้นพิเศษ ข้อ 10.2 กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดี (กรมทางหลวง) สงวนสิทธิที่จะพิจารณาถอดถอนชื่อผู้รับเหมาออกจากทะเบียนผู้รับเหมาก่อสร้างขั้นพิเศษ หากเข้าหลักเกณฑ์ กรณีเป็นผู้รับเหมาก่อสร้างขั้นพิเศษที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้บอกเลิกสัญญา เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การถอดถอนชื่อออกจากทะเบียนผู้รับเหมาก่อสร้างขั้นพิเศษของผู้ถูกฟ้องคดีกรณีอื่น ๆ เห็นได้ว่า พฤติการณ์ของเหตุต่าง ๆ ในการถอดถอนชื่อออกจากทะเบียนผู้รับเหมาก่อสร้างขั้นพิเศษของผู้ถูกฟ้องคดี ล้วนแต่เป็นกรณีที่มีลักษณะที่ต้องทำให้เกิดความเสียหายถึงขนาดที่ต้องพิจารณาให้เป็นผู้ขาดคุณสมบัติเสนอราคางานจ้างเหมาก่อสร้างของผู้ถูกฟ้องคดี ประกอบกับการถอนชื่อผู้ฟ้องคดีออกจากบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการจ้างงานก่อสร้างขั้นพิเศษ มีผลทำให้บุคคลที่ถูกถอนชื่อต้องถูกจำกัดสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการเสนอราคากับหน่วยงานที่สังกัดผู้ถูกฟ้องคดีและหน่วยงานของผู้ถูกฟ้องคดี อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในการประกอบอาชีพ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญาเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างงานล่าช้าและให้ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้ขาดคุณสมบัติตามบัญชีรายชื่อผู้ขาดคุณสมบัติเสนอราคาผู้รับเหมาก่อสร้างขั้นพิเศษ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจกระทำการละเมิดต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ไม่ได้สัดส่วน

และเห็นว่า เป็นกฎที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร และเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีโดยไม่ได้สัดส่วน ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพหลายฉบับได้นำองค์ประกอบบางประการของหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาอยู่เสมอ เช่น การจำกัดเสรีภาพที่พิพาทเป็นมาตรการที่จะสัมฤทธิ์ผลตามกฎหมายแม่บทหรือไม่ การจำกัดเสรีภาพที่พิพาทเป็นไปเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือไม่ แต่หลักความได้สัดส่วนจะปรากฏในคำพิพากษาอย่างชัดเจน เมื่อศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพอย่างครบถ้วน ทุกองค์ประกอบจนถึงหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ และเป็นกรณีที่มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพดังกล่าวกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีอย่างไม่ได้สัดส่วน

2.5 คำพิพากษาที่ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในหัวข้อ 2.1 - 2.4 พบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ต่างกันและองค์ประกอบต่าง ๆ ของหลักความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ อนึ่ง มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2553⁴² เป็นคำพิพากษาที่กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพ

⁴² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2553 ลงวันที่ 21 เมษายน 2553

ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมเห็นว่า ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดเขตพื้นที่และมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในท้องที่อำเภอคุระบุรี อำเภอตะกั่วป่า อำเภอยายเมือง อำเภอทับปุด อำเภอเมืองพังงา อำเภอตะกั่วทุ่ง และอำเภอเกาะยาว จังหวัดพังงา ลงวันที่ 15 มีนาคม 2550 ซึ่งข้อ 4 (1) กำหนดว่า ในพื้นที่ที่ได้มีการกำหนดให้เป็นเขตอนุรักษ์และเขตควบคุมอาคาร ห้ามก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเปลี่ยนแปลงการใช้อาคารใด ๆ เป็นอาคารหรือประกอบกิจการ ดังนี้ โรงงานทุกประเภทหรือทุกชนิดตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน เว้นแต่โรงงานประเภทซัก อบ รีด โรงงานทำน้ำแข็ง โรงงานทำน้ำดื่ม และโรงงานทำน้ำให้บริสุทธิ์ ที่ใช้เครื่องจักรไม่เกิน 200 แรงม้า และมีพื้นที่อาคารรวมไม่เกิน 300 ตารางเมตร โรงงานปรับปรุงคุณภาพของเสียรวมชุมชน โรงงานเกี่ยวกับระบบสาธารณสุขโรค และโรงงานที่จำเป็นต้องก่อสร้างทดแทนของเดิม เพื่อปรับปรุงกระบวนการผลิตของโรงงานให้ดีกว่าเดิมและไม่เข้าข่ายขยายโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน แต่การเพิ่มเครื่องจักรเพื่อแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมให้กระทำได้ ทั้งนี้ ให้ก่อสร้างได้เฉพาะในบริเวณพื้นที่เดิมเท่านั้น และข้อ 11 กำหนดว่า ห้ามมิให้กระทำหรือประกอบกิจกรรม หรือกิจการใดที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการตามข้อ 3 และข้อ 4 เพิ่มขึ้นหรือนอกเหนือจากที่ได้รับอนุญาตไว้แล้ว ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมของผู้ฟ้องคดีที่ยื่นสับคนที่ได้รับอนุญาตเต็มตามพื้นที่ที่ขออนุญาตไว้ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมดังกล่าว ซึ่งเป็นกฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการอุตสาหกรรมของผู้ฟ้องคดีที่ยื่นสับคนจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ (1) กฎดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (2) กฎดังกล่าวจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการอุตสาหกรรมของผู้ฟ้องคดีที่ยื่นสับคนและบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพนี้ในท้องที่ที่กฎดังกล่าวใช้บังคับ (มีต่อหน้าถัดไป)

ในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพไว้อย่างชัดเจนเป็นการเฉพาะ โดยวางหลักว่า กฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) กฎดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

(2) กฎดังกล่าวจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น และ

(3) กฎดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีและของบุคคลอื่น

ความจริงแล้ว เงื่อนไขความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการทั้งสามประการตามคำพิพากษานี้มีที่มาจากมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁴³ โดยการรับรองการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2549⁴⁴ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะมีประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฯ ฉบับที่พิพาท ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า แม้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2553 จะอยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แต่กลับเป็น

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 42)

เพียงเท่าที่จำเป็น และ (3) กฎดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่คนและของบุคคลอื่น ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า (1) ข้อ 4 (1) และข้อ 11 ของประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฯ ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 45 ประกอบมาตรา 44 (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อประโยชน์ในการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้มีความอุดมสมบูรณ์สามารถใช้ประโยชน์ได้ตลอดไปตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดไว้ (2) เมื่อนำผลประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ของผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติให้อยู่ยั่งยืนตลอดไปมาเปรียบเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่คนได้รับหรือคาดคะเนว่าจะได้รับผลประโยชน์ของส่วนรวมย่อมมีมากกว่า (3) ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่คนสามารถยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตหรือยื่นคำขออนุญาตใหม่คงห้ามแต่เพียงการขยายหรือเพิ่มกำลังการผลิตภายใน 5 ปี นับแต่วันที่ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฯ ใช้บังคับจึงมิใช่การห้ามโดยสิ้นเชิงและตลอดไป กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่า กฎดังกล่าวกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบกิจการโรงงานของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่คนและบุคคลอื่นที่ประกอบกิจการโรงงาน ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฉบับดังกล่าว จึงเป็นกฎที่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายกฟ้อง

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 29 วรรคหนึ่ง “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

⁴⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

มาตรา 3 “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ คัดค้านความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”

คำพิพากษาที่ศาลปกครองสูงสุดสามารถกำหนดเงื่อนไขสำหรับการพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ และประกอบอาชีพได้อย่างสมบูรณ์

2.6 คำพิพากษาที่เห็นว่าไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

มีคดีพิพาทจำนวนหนึ่งที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จากกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 20/2551⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 21/2551⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 638/2566⁴⁷ แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กรณีตามข้อพิพาท

⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 20/2551 ลงวันที่ 18 มีนาคม 2551

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กฎกระทรวง ฉบับที่ 57 (พ.ศ. 2544) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขให้อาคารที่จะได้รับการต่ออายุใบอนุญาตต้องทำการสร้างฐานรากของตัวอาคารให้แล้วเสร็จก่อน หรือมีการก่อสร้างหรือดัดแปลงโครงสร้างของอาคารไปแล้วเกินร้อยละสิบของพื้นที่อาคารที่ได้รับอนุญาต มิได้เป็นการห้ามหรือจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือการแข่งขันโดยเสรีอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขให้การต่ออายุใบอนุญาตเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงพิพากษายกฟ้อง แต่มีความเห็นแย้งที่เห็นว่า กฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและเกินกว่าความจำเป็น เนื่องจากไม่มีเหตุผลด้านประโยชน์สาธารณะที่ชัดเจน ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนโดยไม่สมเหตุสมผล และมีมาตรการทางเลือกอื่นที่กระทบน้อยกว่าสามารถชี้แทนได้ ศาลปกครองสูงสุดควรต้องพิพากษาเพิกถอนบทบัญญัติในข้อ 6/1 ที่เพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2528) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 โดยข้อ 2 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 57 (พ.ศ. 2544) เพราะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 21/2551 ลงวันที่ 20 มีนาคม 2551

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ฉบับที่ 1 พ.ศ. 2543 ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการจัดเก็บเงินจากการจำหน่ายน้ำตาลทรายขาวบริสุทธิ์ น้ำตาลทรายขาว และน้ำตาลทรายสีรำ ภายในราชอาณาจักรเข้ากองทุนอ้อยและน้ำตาลทราย ลงวันที่ 16 มิถุนายน 2543 ซึ่งกำหนดให้โรงงานน้ำตาลนำรายได้ที่เพิ่มขึ้นจากการแยกภาษีมูลค่าเพิ่มไปชำระต่อกองทุนอ้อยและน้ำตาลทราย ไม่ได้เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของโรงงาน เนื่องจากรายได้ที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวเกิดจากการผลิตรายการภาษีมูลค่าเพิ่มไปยังผู้บริโภค และโรงงานยังคงได้รับรายได้จากการจำหน่ายน้ำตาลตามปกติ ทั้งนี้ ระเบียบดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาเสถียรภาพของอุตสาหกรรมอ้อยและน้ำตาลทราย ซึ่งจัดทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย จึงไม่ขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁴⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 638/2566 ลงวันที่ 3 สิงหาคม 2566

ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า หากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง (ผู้อำนวยการแขวงทางหลวงและรองปลัดกระทรวงคมนาคม) อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินพิพาท ย่อมเป็นการส่งเสริมอาชีพให้แก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งสอดคล้องตามบทบัญญัติมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การใช้และการจัดการสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันจะต้องมุ่งรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ร่วมกันของประชาชนตามวัตถุประสงค์ที่จัดให้มีที่ดินประเภทดังกล่าวไว้เป็นหลักสำคัญ ดังนั้นการให้เอกชนรายใดรายหนึ่งเข้าใช้ประโยชน์เป็นระยะเวลายาวนานจึงเป็นการขัดขวางการใช้ประโยชน์ร่วมกันของประชาชน ย่อมไม่อาจจะกระทำได้เว้นแต่จะดำเนินการไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น อีกทั้งที่ดินอันเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันไม่อาจนำไปจัดหาผลประโยชน์หรือให้เอกชนเข้าใช้ประโยชน์โดยมีค่าตอบแทนได้ การอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีปลูกสร้างอาคารพิพาทต่อไปโดยผู้ฟ้องคดียินยอมเสียค่าธรรมเนียมจึงไม่อาจจะทำได้

ไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เนื่องจากเห็นว่ากฎที่พิพาทดังกล่าวเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเป็นการทั่วไป เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 20/2551 กฎที่พิพาทจะเป็นประโยชน์ต่ออุตสาหกรรมโดยรวม เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 21/2551 หรือคำขอของผู้ฟ้องคดีจะเป็นการขัดขวางการใช้ประโยชน์ร่วมกันของประชาชน เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 638/2566 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณีดังกล่าวมีความน่าสนใจ เพราะเป็นกรณีที่ศาลสามารถวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องพิจารณาในรายละเอียดมากนัก เนื่องจากเป็นกรณีที่ศาลอาจวินิจฉัยแต่เพียงว่า กรณีที่พิพาทเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพหรือไม่ หากไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ศาลจะสามารถวินิจฉัยประเด็นอื่นต่อไปได้ทันที หรือหากเป็นการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวข้างต้น ศาลอาจใช้หลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในหัวข้อ 2.5 วินิจฉัยต่อไปได้ ทั้งนี้ จากตัวอย่างในหัวข้อนี้ มีความเห็นแย้งในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 20/2551 ซึ่งเห็นว่า กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและเกินกว่าความจำเป็น เนื่องจากไม่มีเหตุผลด้านประโยชน์สาธารณะที่ชัดเจน ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนโดยไม่สมเหตุสมผล และมีมาตรการทางเลือกอื่นที่กระทบน้อยกว่าสามารถใช้แทนได้

2.7 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

เนื่องจากคดีพิพาทเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจำนวนมากเป็นการฟ้องเพิกถอนกฎของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเป็นกฎที่มีผลใช้บังคับกับผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั่นทุกคน จึงมีหลายคดีที่ศาลปกครองเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตั้งแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีอยู่ภายใต้กฎดังกล่าว และผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การยื่นฟ้องเพิกถอนกฎดังกล่าวจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมและยื่นฟ้องคดีเกินกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 8/2549⁴⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2553⁴⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด

⁴⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 8/2549 ลงวันที่ 27 เมษายน 2549

ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า กฎกระทรวงกำหนดวันเวลาเปิดปิดของสถานบริการ พ.ศ. 2547 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากกำหนดเวลาเปิดปิดของสถานบริการแต่ละประเภทแตกต่างกันอย่างมาก ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

⁴⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2553 ลงวันที่ 26 เมษายน 2553

ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า มาตรา 43 และมาตรา 47 (1) แห่งพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขอและการออกใบอนุญาตขับรถ และการขอต่ออายุและการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตขับรถ พ.ศ. 2548 ข้อ 4 (1) มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ



ที่ พ. 44/2553⁵⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 38/2555⁵¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 85/2565⁵² ทำให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า กฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพมักเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับกับผู้ประกอบกิจการ หรือผู้ประกอบการอาชีพทุกคนเป็นการทั่วไป จึงมีความเป็นไปได้ที่จะเข้าข่ายเป็นคดีที่มีลักษณะเป็นประโยชน์ แก่ส่วนรวมตามมาตรา 52 วรยศสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเปิดโอกาสให้ศาลปกครองรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้แม้ยื่นเกินกำหนดเวลา แนวคำวินิจฉัย ที่ศาลปกครองสูงสุดไม่รับคำฟ้องคดีเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เพียงเพราะพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดี จึงอาจพิจารณานำ “ลักษณะของคดี” ว่าเป็นคดีที่กระทบสิทธิ ของผู้ประกอบการทั้งระบบและมีนัยต่อประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือไม่เข้ามาประกอบด้วย เพื่อให้ การกลั่นกรองคดีมิได้ยึดถือเพียงกรอบระยะเวลาเชิงรูปแบบ แต่ยังคงเปิดทางให้มีการตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพอย่างแท้จริง อันจะช่วยคุ้มครองหลักนิติรัฐและป้องกันไม่ให้กฎ ที่อาจขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือหลักความได้สัดส่วนยังคงมีผลบังคับโดยปราศจากการตรวจสอบ

⁵⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 44/2553 ลงวันที่ 30 สิงหาคม 2553

ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ข้อ 10 (2) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2524) ออกตามความในพระราชบัญญัติ การขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 ที่กำหนดไม่ให้รถที่ใช้ในการขนส่งผู้โดยสารมาตรฐาน 2 มีห้องสุขภัณฑ์ เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 7 ในฐานะผู้ประกอบการอาชีพ และจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีที่ 8 และผู้ฟ้องคดีที่ 9 ในฐานะผู้บริโภค ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีที่ 8 และผู้ฟ้องคดีที่ 9 มิได้เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองรถโดยสาร แต่เป็นเพียงผู้ใช้บริการรถโดยสารเท่านั้น จึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดี ส่วนผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 7 ยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนด ระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

⁵¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 38/2555 ลงวันที่ 10 พฤษภาคม 2555

ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่พนักงานสอบสวนต้องปฏิบัติ ในการจัดหาหนายความให้แก่ผู้ต้องหาในคดีอาญา พ.ศ. 2549 ที่กำหนดให้สภานายความปรับปรุงบัญชีตามที่กำหนด ในข้อ 3 ของกฎกระทรวง ให้เป็นปัจจุบันและให้ส่งกระทรวงทุกหกเดือน ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขัดต่อมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เนื่องจากกระทบต่อสิทธิ ของหนายความ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดจึงมีคำสั่ง ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

⁵² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 85/2565 ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2565

ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า กฎกระทรวงการอนุญาตผลิตสุรา พ.ศ. 2560 ข้อ 2 (1) (ก) ข้อ 4 (1) (ก) (ข) (2) (4) กำหนดเงินลงทุนและกำลังการผลิตสุราไว้สูงมาก เพิ่มภาระแก่ผู้ที่ต้องการประกอบอาชีพผลิตสุราเกินกว่าเหตุ ทำให้บุคคล ขาดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

3. ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) ตามระบบกฎหมายเยอรมัน

3.1 ความหมายของทฤษฎีสามระดับ

ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) กำหนดขึ้นเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการจำกัดเสรีภาพทางอาชีพ⁵³ (Berufsfreiheit) ตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – GG) โดยทฤษฎีนี้ได้แบ่งการจำกัดเสรีภาพทางอาชีพออกเป็น 3 ระดับ ตามความรุนแรงของการจำกัดหรือการแทรกแซงเสรีภาพ โดยแต่ละระดับมีเกณฑ์การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกัน

3.2 ที่มาของทฤษฎีสามระดับ

ทฤษฎีสามระดับได้รับการพัฒนาจากคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ 1 BvR 596/56 ลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) (BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56) อันเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปว่า “คำพิพากษาคดีร้านขายยา” (Apotheken-Urteil) ซึ่งเป็นคดีพิจารณาคำร้องคัดค้านคำสั่งไม่อนุญาตให้เปิดร้านขายยาซึ่งอ้างเหตุผลว่า พื้นที่ที่ขออนุญาตควรมีร้านขายยาเพียงแห่งเดียว และได้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เห็นว่า การจำกัดจำนวนร้านขายยาดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดสาระสำคัญของการคุ้มครองเสรีภาพทางอาชีพตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน เพราะเป็นการควบคุมการประกอบอาชีพ (Berufsausübung) ภายในกรอบของกฎหมาย แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า มาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน ไม่ได้แยกการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพออกจากเสรีภาพในการเลือกอาชีพอย่างชัดเจน เสรีภาพทั้งสองประเภทจึงต้องได้รับการพิจารณาร่วมกันด้วยระดับการคุ้มครองที่ต่างกัน⁵⁴ และการจำกัดจำนวนร้านขายยาดังกล่าวส่งผลกระทบต่อ การเลือกอาชีพ (Berufswahl) ของผู้ร้องด้วย ดังนั้นการจำกัดจำนวนร้านขายยาดังกล่าวจึงต้องถูกพิจารณาในฐานะการจำกัดเสรีภาพในการเลือกอาชีพ ซึ่งเป็นการจำกัดในระดับที่เข้มงวดกว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

3.2.1 ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ผู้ร้องเป็นเภสัชกรได้ยื่นคำร้องขอรับใบอนุญาตเปิดร้านขายยา แต่คำร้องดังกล่าวถูกปฏิเสธโดยรัฐบาลแห่งภูมิภาคโอเบอร์ไบเอิร์น (Regierung von Oberbayern) ตามคำสั่งลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1956 (พ.ศ. 2499) ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติของมลรัฐไบเอิร์นว่าด้วยกิจการเภสัชกรรม (bayerischen Gesetzes über das Apothekenwesen) ลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1952

⁵³ เนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมันใช้ถ้อยคำ “เสรีภาพทางอาชีพ” โดยหมายรวมถึง “เสรีภาพในการประกอบกิจการ” ด้วย หัวข้อนี้จึงใช้ถ้อยคำ “เสรีภาพทางอาชีพ” โดยหมายถึง เสรีภาพในการประกอบอาชีพ และเสรีภาพในการประกอบกิจการ ยกเว้นในกรณีที่บริบทแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเป็นการกล่าวถึงเฉพาะเสรีภาพในการประกอบอาชีพเท่านั้น

⁵⁴ Thomas Weiler, “Die „Drei Stufen Theorie“ in der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG” (ÖR – Webinar, juracademy.de), S. 2.



(พ.ศ. 2495)⁵⁵ โดยรัฐบัญญัติดังกล่าว กำหนดว่า ร้านขายยาที่จะจัดตั้งขึ้นใหม่จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในการจัดหาเวชภัณฑ์ให้แก่ประชาชนและจะไม่ส่งผลกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจของร้านขายยาใกล้เคียง ที่มีอยู่เดิมจนเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกิจการอย่างถูกต้องตามกฎหมาย⁵⁶ รัฐบาลแห่งภูมิภาคโอเบอร์ไบเอิร์น เห็นว่า การจัดตั้งร้านขายยาของผู้ร้องขอไม่ถือเป็นประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากเมืองเทราน์รอยท์ (Traunreut) มีประชากรประมาณ 6,000 คน ซึ่งร้านขายยาที่มีอยู่หนึ่งแห่งก็เพียงพอแล้ว การจัดตั้งร้านขายยา แห่งใหม่จะกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจของร้านขายยาที่มีอยู่เดิมในระดับที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินกิจการ อย่างถูกต้องตามกฎหมายได้อีกต่อไป ซึ่งจากข้อมูลยอดขายที่ยืนยันโดยสำนักงานภาษี (Finanzamt) อาจคาดหมายได้ว่า ยอดขายของร้านขายยาเดิมจะลดลงประมาณร้อยละ 40 หากมีร้านใหม่เปิดขึ้น⁵⁷ ผู้ร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว รัฐบาลแห่งภูมิภาคโอเบอร์ไบเอิร์นจึงให้เหตุผลเพิ่มเติมในคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ลงวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 1957 (พ.ศ. 2500) ในประเด็นดังกล่าวว่า ประโยชน์สาธารณะของร้านขายยาแห่งใหม่ จะหมดความสำคัญลงเมื่อร้านไม่มีศักยภาพในการอยู่รอดและเป็นภัยคุกคามต่อการดำรงอยู่ของร้านขายยาใกล้เคียง การจำกัดจำนวนร้านขายยาไม่ละเมิดสาระสำคัญในมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน เนื่องจากเภสัชกรทุกราย ยังสามารถซื้อ เช่า หรือเข้าบริหารจัดการร้านขายยาใด ๆ ในพื้นที่อื่นมากกว่า 1,300 แห่ง ในแคว้นบาวาเรียได้ ตราบใดที่ร้านขายยาแห่งใหม่นั้นมีศักยภาพในการดำเนินกิจการ และไม่คุกคามร้านที่มีอยู่ ผู้ร้องยังมีสิทธิ ขอรับใบอนุญาตเปิดร้านขายยาในพื้นที่อื่นตามกฎหมาย⁵⁸ ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่งไม่อนุญาต ให้เปิดร้านขายยาและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า มาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติ ของมลรัฐไบเอิร์นว่าด้วยกิจการเภสัชกรรม ขัดต่อมาตรา 12 และมาตรา 2 ของกฎหมายพื้นฐาน บทบัญญัติดังกล่าวจึงควรได้รับการวินิจฉัยให้เป็นโมฆะ (nichtig)⁵⁹

3.2.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า ข้อจำกัดที่กำหนด จำนวนร้านขายยาเป็นการแทรกแซงเสรีภาพทางอาชีพซึ่งได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน การออกข้อกำหนดเพื่อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวสามารถกระทำได้โดยกฎหมายหรือบนพื้นฐานทางกฎหมาย ทั้งข้อกำหนดที่จำกัดการประกอบอาชีพ (Berufsausübung) และการเลือกอาชีพ (Berufswahl) แต่ไม่ใช่ การจำกัดด้วยระดับความรุนแรงที่เท่ากัน เนื่องจากข้อกำหนดที่จำกัดการประกอบอาชีพเป็นไปตามวัตถุประสงค์ ของกฎหมาย แต่ข้อกำหนดที่จำกัดการเลือกอาชีพเป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ จึงต้องกระทำอย่างเคร่งครัดและจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้เพียงเท่าที่จำเป็น⁶⁰

⁵⁵ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 3-4.

⁵⁶ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 6-10.

⁵⁷ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 11-14.

⁵⁸ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 15-16.

⁵⁹ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 17.

⁶⁰ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 78.

เสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Freiheit der Berufsausübung) อาจถูกจำกัดได้ หากพิจารณาประโยชน์ส่วนรวมอย่างสมเหตุสมผล (vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls) แสดงให้เห็นว่า การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามวัตถุประสงค์ (zweckmäßig) ของกฎหมาย การคุ้มครองสิทธิพื้นฐาน (Grundrechtsschutz) ในกรณีนี้ จำกัดเพียงการป้องกันไม่ให้มีข้อกำหนดทางกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น การกำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพมีภาระหน้าที่ที่หนักเกินสมควร (übermäßig belastend) และไม่ได้สัดส่วน⁶¹ (nicht zumutbar)⁶²

ส่วนเสรีภาพในการเลือกอาชีพ (Freiheit der Berufswahl) จะถูกจำกัดได้เฉพาะ เมื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Gemeinschaftsgut)⁶³ ที่สำคัญเป็นพิเศษ (besonders wichtig)⁶⁴ เมื่อการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องเลือกวิธีการที่ละเมิดสิทธิพื้นฐานให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁶⁵ กรณีที่เสรีภาพในการเลือกอาชีพถูกแทรกแซงโดยการกำหนดเงื่อนไขบางประการ สำหรับการเริ่มต้นเข้าสู่อาชีพ (Aufnahme des Berufs) จะต้องแยกความแตกต่างระหว่างเงื่อนไขจากปัจจัยส่วนบุคคล (subjective Voraussetzungen) และเงื่อนไขจากปัจจัยภายนอก (objective Voraussetzungen) ในกรณีของเงื่อนไขจากปัจจัยส่วนบุคคล (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วุฒิการศึกษาและการฝึกอบรม) จะต้องมีความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeit) ในความหมายที่ว่า เงื่อนไขดังกล่าวต้องไม่เกินสมควรเมื่อเทียบกับ วัตถุประสงค์ที่ต้องการให้การประกอบอาชีพบรรลุเป้าหมายอย่างถูกต้องตามหลักเกณฑ์ (ordnungsmäßig) และสำหรับเงื่อนไขจากปัจจัยภายนอก จะต้องมียกข้อกำหนดที่เคร่งครัดอย่างยิ่งในการพิสูจน์ความจำเป็น โดยทั่วไปแล้ว ต้องเป็นกรณีการป้องกันอันตรายร้ายแรง (schwere Gefahren) ซึ่งสามารถพิสูจน์ได้ (nachweisbar) หรือมีความเป็นไปได้สูงที่จะเกิดขึ้น (höchstwahrscheinlich) ต่อประโยชน์สาธารณะ ที่สำคัญอย่างยิ่ง (überragend wichtig)⁶⁶ เท่านั้น จึงจะถือได้ว่า ข้อกำหนดดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย⁶⁷

⁶¹ ความได้สัดส่วน (Zumutbarkeit) ในที่นี้มีความหมายเช่นเดียวกับความได้สัดส่วนในกฎหมายอย่างแคบ (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) ตามหลักความได้สัดส่วน in Alexandra Bormann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 88.

⁶² BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 83, 85.

⁶³ Timothy Moss et al., “Zum Verhältnis von Gemeinschaftsgütern und Gemeinwohl : Überlegungen aus raumwissenschaftlicher Perspektive” (Working Paper, No. 39, Leibniz-Institut für Regionalentwicklung und Strukturplanung (IRS), Erkner, 2007), S. 22.

⁶⁴ มีข้อสังเกตว่า ศาลใช้คำว่า “ที่สำคัญเป็นพิเศษ” (besonders wichtig) เพื่อหมายถึง ประโยชน์สาธารณะ ที่ต้องคุ้มครองในการจำกัดเสรีภาพในการเลือกอาชีพทั้งหมดโดยรวม

⁶⁵ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 83.

⁶⁶ มีข้อสังเกตว่า ศาลใช้คำว่า “ที่สำคัญอย่างยิ่ง” (überragend wichtig) เพื่อหมายถึง ประโยชน์สาธารณะ ที่ต้องคุ้มครองในการจำกัดเสรีภาพในการเลือกอาชีพด้วยเงื่อนไขจากปัจจัยภายนอกเท่านั้น

⁶⁷ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 86-88.

การจำกัดเสรีภาพทางอาชีพตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง ของกฎหมายพื้นฐาน ต้องพิจารณากำหนดมาตรการใน “ระดับ” ที่กระทบต่อเสรีภาพในการเลือกอาชีพน้อยที่สุดก่อนเสมอ หากการดำเนินมาตรการใน “ระดับ” ดังกล่าวไม่สามารถป้องกันอันตรายที่คาดการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่า นั้นจึงจะสามารถดำเนินมาตรการใน “ระดับ” ถัดไปได้⁶⁸

ข้อจำกัดที่กำหนดจำนวนร้านขายยาเป็นการแทรกแซงเสรีภาพทางอาชีพในระดับที่รุนแรง เนื่องจากการกำหนดเงื่อนไขจากปัจจัยภายนอก (objective Voraussetzungen) ซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ประกอบอาชีพ คือ (1) การเปิดร้านขายยาต้องสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ และ (2) ต้องมั่นใจได้ว่าฐานะทางเศรษฐกิจของร้านขายยาแห่งใหม่และร้านขายยาใกล้เคียงจะมีความมั่นคงต่อไปในอนาคต ข้อจำกัดดังกล่าวจึงต้องได้รับการพิสูจน์ความจำเป็นอย่างเคร่งครัดว่าเป็นกรณีที่มีอันตรายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะที่สำคัญอย่างยิ่ง ซึ่งพิสูจน์ได้หรือมีความเป็นไปได้สูงว่าจะเกิดขึ้น โดยในกรณีนี้ศาลเห็นว่า การจำกัดจำนวนร้านขายยาโดยอิงตามจำนวนประชากรไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมในการปกป้องประโยชน์สาธารณะ เช่น การประกันคุณภาพการให้บริการทางเภสัชกรรม หรือการป้องกันการกระจายตัวของร้านขายยาเกินความจำเป็น มาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติของมลรัฐไบเอิร์นว่าด้วยกิจการเภสัชกรรม จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ (verfassungswidrig) และต้องถูกเพิกถอน⁶⁹

คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ 1 BvR 596/56 ลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) จึงได้วางหลักพิจารณาการจำกัดเสรีภาพทางอาชีพตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งต้องดำเนินการเป็น “ระดับ” ที่ประกอบด้วยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และการจำกัดเสรีภาพในการเลือกอาชีพโดยมีเงื่อนไขจากปัจจัยส่วนบุคคลและเงื่อนไขจากปัจจัยภายนอก โดยเรียกว่า ทฤษฎีระดับชั้น (Stufentheorie)⁷⁰ และใช้เป็นแนวทางสำหรับการพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอย่างเคร่งครัดจนถึงปี ค.ศ. 1961 (พ.ศ. 2504) จึงใช้ทฤษฎีดังกล่าวในลักษณะที่มีความเคร่งครัดน้อยลงแต่ยังคงยึดถือในสาระสำคัญจนถึงปัจจุบัน โดยมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ 1 BvL 44/55 ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1961 (พ.ศ. 2504)⁷¹ ซึ่งผู้ฟ้องคดีในศาลปกครองได้ฟ้องเพิกถอนคำสั่งไม่ออกใบอนุญาตยกเว้น

⁶⁸ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 89.

⁶⁹ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 180.

⁷⁰ Alexandra Borrmann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 83.

⁷¹ Handwerksordnung-Beschluß (BVerfG, 17.07.1961 - 1 BvL 44/55).

(Ausnahmebewilligung) การทดสอบครูช่าง (Meisterprüfung)⁷² เพื่อประกอบอาชีพช่างซ่อมนาฬิกา ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองฮันโนเฟอร์จึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อให้มีคำวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยช่างหัตถกรรม (Handwerksordnung – HwO) ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า การบังคับให้ผู้ประกอบอาชีพช่างหัตถกรรม ต้องผ่านการทดสอบครูช่างไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับทฤษฎีระดับชั้นด้วยว่า การพิจารณาถึง “อันตราย” ที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่จำกัด เสรีภาพทางอาชีพในกรณีของการออกใบอนุญาตอาจทำได้ เนื่องจากไม่สามารถระบุอันตรายที่แท้จริงได้ จึงต้องอาศัยการพิจารณาตามประเภทงานเป็นการเฉพาะ โดยใช้หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) เพราะแท้จริงแล้วทฤษฎีระดับชั้นเป็นผลลัพธ์ที่เกิดจากการนำหลักความได้สัดส่วนมาประยุกต์ใช้อย่างเคร่งครัด เท่านั้น⁷³

3.3 องค์ประกอบของทฤษฎีสามระดับ

การพิจารณาข้อจำกัดเสรีภาพทางอาชีพตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน ตามระดับ การแทรกแซงเสรีภาพซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวางหลักไว้ โดยเรียกว่าทฤษฎีระดับชั้น (Stufentheorie) ที่แบ่งลักษณะของการจำกัดเสรีภาพทางอาชีพออกเป็น 3 ระดับ ตามระดับความรุนแรง ของการแทรกแซงเสรีภาพที่เพิ่มมากขึ้น⁷⁴ เป็นทฤษฎีเดียวกันกับที่เรียกกันในทางวิชาการว่า ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) และยังคงเป็นแนวทางหนึ่งในการพิจารณาคดีในระบบกฎหมายเยอรมัน⁷⁵ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

ระดับที่ 1 : ข้อจำกัดการประกอบอาชีพ (Berufsausübungsregelungen)

ข้อจำกัดการประกอบอาชีพ หมายถึง ข้อกำหนดที่จำกัดการประกอบอาชีพ โดยอาจเป็นการกำหนดรูปแบบ (Modalitäten) หรือเงื่อนไข (Bedingungen) เช่น การกำหนดเวลาเปิด-ปิด

⁷² การทดสอบครูช่างตามมาตรา 7 ประกอบกับมาตรา 41 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยช่างหัตถกรรม มีวัตถุประสงค์ เพื่อทดสอบว่า บุคคลมีความสามารถในการบริหารกิจการหัตถกรรมโดยอิสระ และสามารถแนะนำศิษย์ฝึกงานได้อย่างถูกต้อง หรือไม่ อีกทั้งสามารถปฏิบัติงานในสาขาหัตถกรรมของตนได้ในระดับครูช่าง และมีความรู้ทางวิชาชีพที่จำเป็น รวมถึงความรู้ ด้านการบริหารธุรกิจ การพาณิชย์กรรม และทฤษฎีทั่วไปที่จำเป็นหรือไม่ โดยมีกรณียกเว้นสำหรับบุคคลที่ไม่ผ่านการทดสอบครูช่างแต่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ตนมีความรู้และทักษะที่จำเป็นต่อการประกอบอาชีพหัตถกรรมในสาขานั้น โดยอิสระในฐานะธุรกิจประจำ และมีใบอนุญาตยกเว้นจากหน่วยงานทางปกครองระดับสูงกว่าหน่วยงานที่รับลงทะเบียน ช่างหัตถกรรมในสาขาดังกล่าว สามารถลงทะเบียนช่างหัตถกรรมในสาขานั้นได้

⁷³ Alexandra Borrmann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 92.

⁷⁴ *ibid.*, S. 83.

⁷⁵ *ibid.*, S. 124.



ร้านค้าหรือสถานบริการ การจำกัดเวลาการเดินทางบรรทุกหนักในช่วงวันหยุดพักผ่อน การห้ามโฆษณาสำหรับบางอาชีพ⁷⁶ ข้อจำกัดดังกล่าวเป็นการกำหนดว่าจะต้องประกอบอาชีพ “อย่างไร” (“Wie”) ซึ่งจะชอบด้วยกฎหมายเมื่อพิจารณาประโยชน์ส่วนรวมอย่างสมเหตุสมผล (vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls) แล้วเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามวัตถุประสงค์ (zweckmäßig) ของกฎหมาย⁷⁷

ระดับที่ 2 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล (subjektive Zulassungsvoraussetzungen)

ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล หรือเงื่อนไขการอนุญาต (Zulassungsvoraussetzungen) ที่ขึ้นอยู่กับตัวบุคคล (subjektiv) หมายถึง เงื่อนไขที่จำกัดว่า บุคคลจะประกอบอาชีพดังกล่าว “ได้หรือไม่” (“Ob”)⁷⁸ จึงเป็นเงื่อนไขที่จำกัดการเลือก (Wahl) หรือการคงสถานะ (Verbleib) ในอาชีพใดอาชีพหนึ่งโดยอาศัยคุณสมบัติส่วนบุคคล ความสามารถ วุฒิการศึกษา หรือผลงาน เช่น การกำหนดเกณฑ์อายุของผู้ประกอบอาชีพ ความน่าเชื่อถือหรือความประพฤติที่เหมาะสม การสอบผ่านตามเกณฑ์ที่กำหนด และการมีประสบการณ์ทางอาชีพ⁷⁹ การจำกัดเสรีภาพทางอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคลจะถือว่าชอบด้วยกฎหมาย เมื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ⁸⁰ (wichtiges Gemeinschaftsgut) ด้วยเงื่อนไขที่ไม่เกินสัดส่วน (nicht außer Verhältnis) ของลักษณะงานที่เกี่ยวข้อง⁸¹ โดยความเห็นทางวิชาการบางแห่งอาจจะระบุว่า เป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจากอันตรายเชิงนามธรรม (abstrakte Gefahr)

⁷⁶ Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, Staatsrecht 2 – Grundrechte, 16. Aufl., 2000, Heidelberg, Rn. 929 in Alexandra Bormann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 83.

⁷⁷ Klaus Ferdinand Gärditz, “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte), S. 2.

⁷⁸ Klaus Ferdinand Gärditz, “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte), S. 2.

⁷⁹ BVerfGE 9, 338, 345 vgl. Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, Staatsrecht 2 – Grundrechte, 16. Aufl., 2000, Heidelberg, Rn. 927 in Alexandra Bormann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 83.

⁸⁰ มีข้อสังเกตว่า เมื่อทฤษฎีระดับขั้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาได้รับการพัฒนาเป็นทฤษฎีสามระดับแล้ว ในระดับขั้นที่ 2 จะใช้เพียงคำว่า “ที่สำคัญ” (wichtig) เท่านั้น โดยไม่มีคำว่า “เป็นพิเศษ” หรือ “อย่างยิ่ง” อีกต่อไป

⁸¹ Klaus Ferdinand Gärditz, “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte), S. 2.

“อันตรายเชิงนามธรรม” ในที่นี้หมายถึง ศักยภาพของอันตราย (Gefahrenpotenzial)⁸² ที่มีอยู่ แต่ไม่มีความจำเป็นต้องดำเนินการระงับ ยับยั้ง หรือแทรกแซงในทันที⁸³ ส่วนใหญ่มักใช้ในทางกฎหมายอาญา ในกรณีที่มีสถานการณ์ไม่ปกติอันเกิดจากสาเหตุใด ๆ และอาจเปลี่ยนแปลงไปเป็นความเสียหายต่อประโยชน์ ที่กฎหมายคุ้มครอง เช่น การห้ามสูบบุหรี่ในสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิง อันตรายเชิงนามธรรมมีค่าตรงข้าม คือ “อันตรายเชิงรูปธรรม” (konkrete Gefahr) ที่หมายถึง อันตรายอันเกิดจากสถานการณ์เฉพาะในกรณีนั้น ๆ เช่น บุคคลถือมีดจะทำร้ายผู้อื่นในที่สาธารณะ ซึ่งการพิจารณาว่า อันตรายใดเป็นอันตรายเชิงนามธรรม หรืออันตรายเชิงรูปธรรมขึ้นอยู่กับประสบการณ์ชีวิตทั่วไป (allgemeine Lebenserfahrung) ของวิญญูชน⁸⁴

ระดับที่ 3 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอก (objektive Zulassungsvoraussetzungen)

ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอกเป็นข้อจำกัดระดับสูงสุด เพราะเป็นการจำกัดการเลือกอาชีพจากปัจจัยภายนอกที่ไม่ขึ้นอยู่กับปัจจัยส่วนบุคคลของผู้ขออนุญาต ประกอบอาชีพ เช่น การจำกัดจำนวนร้านขายยาตามคำพิพากษาคดีร้านขายยา บทบัญญัติทางวิชาชีพ ที่มีผลกระทบรุนแรงถึงขั้นทำให้ไม่สามารถประกอบกิจการได้ และกรณีที่รัฐผูกขาดกิจการบางประเภท รวมถึงการกำหนดจำนวนนักศึกษาแบบจำกัด (*numerus clausus*) หากการกำหนดดังกล่าวทำให้ผู้สมัคร ที่มีคุณสมบัติเหมาะสมและสำเร็จการศึกษาระดับมัธยมปลายแล้ว ไม่สามารถเข้าเรียนสาขาวิชาที่ต้องการได้ ในสถานศึกษาใด ๆ ในประเทศเป็นระยะเวลานาน เนื่องจากการจำกัดสาขาวิชาในระดับอุดมศึกษามีผลโดยตรง ต่อการเลือกประกอบอาชีพ⁸⁵ จึงเป็นเงื่อนไขที่จำกัดว่า บุคคลจะประกอบอาชีพดังกล่าว “ได้หรือไม่” (“Ob”)⁸⁶ เช่นกัน และจะถือว่าชอบด้วยกฎหมายเมื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่สำคัญอย่างยิ่ง (überragend wichtiges Gemeinschaftsgut)⁸⁷ จากอันตรายร้ายแรงซึ่งสามารถพิสูจน์ได้หรือมีความเป็นไปได้สูง

⁸² คำดังกล่าวเขียนได้หลายวิธี เช่น Gefahrenpotential, Gefährdungspotential หรือ Gefährdungspotenzial

⁸³ Bundeszentrale für politische Bildung, Das Rechtslexikon : Gefahr, [Online], retrieved from <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/recht-a-z/323419/gefahr/> เมื่อ 8 เมษายน 2568.

⁸⁴ Lexikon der Sicherheit, Abstrakte Gefahr, [Online], retrieved from <https://lexikon-der-sicherheit.de/glossary/abstrakte-gefahr/> เมื่อ 8 เมษายน 2568.

⁸⁵ Vgl. Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, Staatsrecht 2 – Grundrechte, 16. Aufl., 2000, Heidelberg, Rn. 923, 933 in Alexandra Borrmann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 83-84.

⁸⁶ Klaus Ferdinand Gärditz, “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte), S. 2.

⁸⁷ Thomas Weiler, “Die „Drei Stufen Theorie“ in der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG” (ÖR – Webinar, juracademy.de), S. 5; Klaus Ferdinand Gärditz, “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte), S. 2; Technische Universität Dresden, Art. 12 GG und Art. 14 GG – Überblick und Prüfungsschema, Technische Universität Dresden, internes Lehrmaterial, o. J., S. 3.

ว่าจะเกิดขึ้น (nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren)⁸⁸ หรือจากอันตรายเชิงรูปธรรม” (konkrete Gefahr)

3.4 การนำทฤษฎีสามระดับไปใช้

ในการประเมินความชอบด้วยกฎหมายหรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือมาตรการที่จำกัดเสรีภาพทางอาชีพโดยใช้ทฤษฎีสามระดับ ศาลจำเป็นต้องวินิจฉัยก่อนว่า กฎหรือมาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพทางอาชีพในระดับใด กล่าวคือ

- ระดับที่ 1 : ข้อจำกัดการประกอบอาชีพ
- ระดับที่ 2 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล และ
- ระดับที่ 3 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอก

ทั้งนี้ การจำกัดเสรีภาพทางอาชีพแต่ละระดับมีความรุนแรง หรือผลกระทบต่อผู้ถูกจำกัดเสรีภาพที่แตกต่างกัน ศาลจึงต้องพิจารณาภายใต้หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)⁸⁹ ซึ่งมีองค์ประกอบ คือ

- วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimer Zweck) กฎหรือมาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่
- ความเหมาะสม (Geeignetheit) กฎหรือมาตรการดังกล่าวช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้หรือไม่
- ความจำเป็น (Erforderlichkeit) มีมาตรการอื่นที่รุนแรงน้อยกว่าซึ่งสามารถบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันได้หรือไม่
- ความสมเหตุสมผลในความหมายอย่างแคบ (Angemessenheit หรือ Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) การจำกัดเสรีภาพทางอาชีพต้องไม่เกินความจำเป็น และไม่รุนแรงเกินไปเมื่อเทียบกับประโยชน์สาธารณะที่กฎหรือมาตรการนั้นต้องการคุ้มครอง⁹⁰

เนื่องจากทฤษฎีสามระดับได้แบ่งการใช้ข้อจำกัดหรือมาตรการออกเป็นสามระดับตามความรุนแรงของการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางอาชีพ การจะใช้ข้อจำกัดในระดับที่สูงกว่าจึงต้องพิจารณาก่อนเสมอว่า มาตรการในระดับที่ต่ำกว่ามีความเพียงพอแล้วหรือไม่ เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกา (Apotheken-Urteil)

⁸⁸ Thomas Weiler, “Die „Drei Stufen Theorie“ in der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG” (ÖR – Webinar, juracademy.de), S. 5; Technische Universität Dresden, Art. 12 GG und Art. 14 GG – Überblick und Prüfungsschema, Technische Universität Dresden, internes Lehrmaterial, o. J., S. 3.

⁸⁹ Thomas Weiler, “Die „Drei Stufen Theorie“ in der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG” (ÖR – Webinar, juracademy.de), S. 7.

⁹⁰ Technische Universität Dresden, Art. 12 GG und Art. 14 GG – Überblick und Prüfungsschema, Technische Universität Dresden, internes Lehrmaterial, o. J., S. 2.

ซึ่งศาลเห็นว่า การจำกัดจำนวนร้านขายยาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ เช่น การประกันคุณภาพ การให้บริการทางเภสัชกรรม และการป้องกันการกระจายตัวของร้านขายยาเกินความจำเป็น โดยมาตรการดังกล่าวเป็นข้อจำกัดระดับที่ 3 อันมีความรุนแรงสูง ศาลจึงต้องตรวจสอบก่อนว่า ได้มีการใช้มาตรการที่มีความรุนแรงน้อยกว่าอย่างเพียงพอแล้วหรือไม่ เช่น การกำหนดคุณสมบัติเฉพาะของเภสัชกร ผู้ขอเปิดร้านขายยา ซึ่งเป็นข้อจำกัดระดับที่ 2 หรือการควบคุมเวลาเปิด-ปิดร้านขายยา ซึ่งเป็นข้อจำกัดระดับที่ 1 และมาตรการดังกล่าวที่มีความรุนแรงน้อยกว่าจะช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันได้หรือไม่ หากมีมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยกว่าซึ่งช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันได้ มาตรการที่มีความรุนแรงเกินไปย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.5 สรุปเกี่ยวกับทฤษฎีสามระดับ

ทฤษฎีสามระดับเป็นเครื่องมือสำคัญในการประเมินความชอบธรรมของการใช้อำนาจอรัฐที่จำกัดเสรีภาพทางอาชีพ โดยพิจารณาตามระดับของข้อจำกัดและเงื่อนไขที่กำหนดไว้แต่ละระดับ เพื่อรักษาสมดุลระหว่างเสรีภาพของบุคคลและประโยชน์สาธารณะ การพิจารณาจึงมีลักษณะคล้ายกับการใช้หลักความได้สัดส่วน แต่จะเพิ่มรายละเอียดในการกำหนดลักษณะของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยแบ่งเป็นสามระดับซึ่งมีวิธีการพิจารณาต่างกัน ทำให้การพิจารณาการจำกัดเสรีภาพโดยใช้หลักความได้สัดส่วนมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

4. ความเป็นไปได้ในการนำทฤษฎีสามระดับมาปรับใช้กับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทย

ทฤษฎีสามระดับในระบบกฎหมายเยอรมันแบ่งข้อจำกัดเสรีภาพทางอาชีพออกเป็น 3 ระดับ ตามความรุนแรงของการแทรกแซงเสรีภาพของบุคคล การแบ่งข้อจำกัดนี้สามารถนำมาประยุกต์ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทยได้เช่นกัน โดยอาจนำคดีตัวอย่างมาวิเคราะห์ได้ ดังนี้

4.1 ระดับที่ 1 : ข้อจำกัดการประกอบอาชีพ

เป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับ “วิธี” การประกอบอาชีพที่ไม่ได้ปิดกั้นโอกาสในการประกอบอาชีพโดยสิ้นเชิง แต่เป็นข้อจำกัดที่กำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพหรือผู้ประกอบการต้องดำเนินการเพิ่มเติมซึ่งอาจมีอุปสรรคหรือมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น จึงอาจเทียบได้กับกรณีตามคำพิพากษานำมาเป็นตัวอย่าง เช่น

- การทดสอบผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมสวิตซ์ไฟฟ้าตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2550 เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคและสวัสดิภาพของประชาชนเท่าที่จำเป็นและเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด

- การกำหนดให้โรงงานน้ำตาลนารายได้ที่เพิ่มขึ้นจากการแยกภาษีมูลค่าเพิ่มไปชำระต่อกองทุนอ้อยและน้ำตาลทรายตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 21/2551 เพื่อรักษาเสถียรภาพของอุตสาหกรรมอ้อยและน้ำตาลทราย

- การกำหนดระยะเวลาให้นำรถที่ประกอบจากชิ้นส่วนของรถที่ใช้แล้วที่นำเข้าจากต่างประเทศมาจดทะเบียนตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2560 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2564 เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ สวัสดิภาพของประชาชน หรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

- การกำหนดให้ตัวถังของรถยนต์นั่งที่ใช้แล้วและโครงรถจักรยานยนต์ที่ใช้แล้วเป็นสินค้าที่ต้องห้ามในการนำเข้ามาในราชอาณาจักรตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 45/2557 เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองผู้บริโภค สวัสดิภาพของประชาชน หรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ จึงเป็นกฎและมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนกรณีการกำหนดให้รถยนต์รับจ้างต้องมีและใช้ส่วนควบและเครื่องอุปกรณ์ของรถที่ใช้ก๊าซธรรมชาติอัดเป็นเชื้อเพลิงหรือที่ใช้ร่วมกับการใช้น้ำมันเชื้อเพลิงตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 9-10/2558 เพื่อเป็นการสนับสนุนการใช้พลังงานทดแทนน้ำมันเชื้อเพลิง ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เข้าข่ายมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร จึงเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับวิธีการประกอบอาชีพโดยพิจารณาแล้วว่า มาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

นอกจากนี้ ยังมีกรณีการจำกัดระยะเวลาเปิดทำการของสถานบริการตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 8/2549 การกำหนดไม่ให้รถที่ใช้ในการขนส่งผู้โดยสารมาตรฐาน 2 มีห้องสุขภัณฑ์ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 44/2553 และการกำหนดให้สหภาพนายความปรับปรุงบัญชีตามที่กำหนดให้เป็นปัจจุบันตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 38/2555 ที่มีลักษณะเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับวิธีการประกอบอาชีพเช่นกัน แต่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด จึงไม่มีการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดี

4.2 ระดับที่ 2 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล

เป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับ “ใคร” สามารถประกอบอาชีพได้ โดยกำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคล เช่น คุณสมบัติทางวิชาชีพ การได้รับใบอนุญาตหรือการต่ออายุใบอนุญาต จึงอาจเทียบได้กับกรณีตามคำพิพากษาที่นำมาเป็นตัวอย่าง เช่น

- การกำหนดให้ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมทุกสองปีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 เพื่อพัฒนาศักยภาพในอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพที่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจของกฎหมายแม่บทและเป็นมาตรการที่สมเหตุสมผลเพื่อยกระดับมาตรฐานมัคคุเทศก์ซึ่งเป็นประโยชน์ต่ออุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยรวม จึงไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยไม่ชอบ แต่ก็มีความเห็นแย้งว่า

กฎกระทรวงที่พิพาทเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเกินสมควร เนื่องจากพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดคุณสมบัติของมัคคุเทศก์ไว้เพียงพอแล้ว

- การถอดถอนชื่อผู้รับเหมาออกจากทะเบียนผู้รับเหมางานก่อสร้างชั้นพิเศษตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565 ซึ่งไม่ปรากฏวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะการที่ผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีก่อสร้างงานล่าช้าและให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ขาดคุณสมบัติตามบัญชีรายชื่อผู้ขาดคุณสมบัติเสนอราคาผู้รับเหมาก่อสร้างชั้นพิเศษ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ไม่ได้สัดส่วน

จากการศึกษาข้อเท็จจริงในตัวอย่างคำพิพากษาจะเห็นได้ว่า หากนำทฤษฎีสามระดับมาใช้พิจารณาการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยกำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลจะสามารถกระทำได้หากมีอันตรายเชิงนามธรรมต่อผลประโยชน์สาธารณะที่สำคัญจะพบว่า การจำกัดเสรีภาพตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565 ไม่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเลยจึงเป็นการจำกัดเสรีภาพที่ไม่ได้สัดส่วนเช่นกัน ส่วนกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 ซึ่งไม่ปรากฏอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะจากการที่มัคคุเทศก์ไม่เข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมทุกสองปี อีกทั้งมีพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ซึ่งกำหนดคุณสมบัติของมัคคุเทศก์ไว้เพียงพอแล้ว การกำหนดให้ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมทุกสองปีจึงควรเป็นการจำกัดเสรีภาพที่ไม่ได้สัดส่วน

นอกจากนี้ ยังมีกรณีการกำหนดเงื่อนไขในการขอและการออกใบอนุญาตขับรถยนต์สามล้อสาธารณะตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2553 ที่มีลักษณะเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับคุณสมบัติของบุคคลที่จะสามารถประกอบอาชีพได้เช่นกัน แต่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด จึงไม่มีการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีส่วนเงื่อนไขการต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 20/2551 คำสั่งไม่อนุญาตตามคำขออนุญาตเปิดตลาดนัดตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1270/2567 รวมถึงหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินงานโครงการอาหารเสริม (นม) โรงเรียนตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1357/2567 ไม่ใช่ใบอนุญาตให้ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบอาชีพโดยตรงและไม่ใช้การกำหนดคุณสมบัติของบุคคลในการประกอบอาชีพแต่เป็นการกำหนดคุณสมบัติหรือเงื่อนไขเพื่อรักษาคุณภาพในการประกอบอาชีพจึงไม่ใช่ข้อจำกัดในระดับที่ 2 แต่อาจเป็นข้อจำกัดการประกอบอาชีพในระดับที่ 1

4.3 ระดับที่ 3 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอก

เป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับ “ใคร” สามารถประกอบอาชีพได้เช่นกัน แต่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับตัวบุคคลโดยตรง เพราะเป็นเงื่อนไขภายนอก เช่น การจำกัดจำนวนใบอนุญาต หรือการผูกขาดโดยรัฐจึงอาจเทียบได้กับกรณีตามคำพิพากษาที่นำมาเป็นตัวอย่าง เช่น

- ข้อกำหนดเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตขายสุราและการขายสุราตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 36/2551 เพื่อลดปัญหาจากการบริโภคสุรา
- การกำหนดเกี่ยวกับการประกอบกิจการสถานพยาบาลตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 4/2552 เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่มาใช้บริการที่สถานพยาบาล
- การกำหนดพื้นที่ให้เป็นเขตอนุรักษ์และเขตควบคุมอาคารตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2553 เพื่อรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้มีความอุดมสมบูรณ์สามารถใช้ประโยชน์ได้ตลอดไป

จึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลด้วยเงื่อนไขภายนอก โดยพิจารณาแล้วว่า มาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจากอันตรายร้ายแรงที่สามารถพิสูจน์ได้หรือมีความเป็นไปได้สูง เช่น อันตรายจากการบริโภคสุราในบริเวณสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงและบริเวณใกล้เคียง อันตรายจากการให้บริการชุดหินปูน ทำครอบฟัน ทำฟันปลอม หรือเอกซเรย์ฟัน จากทันตแพทย์ชั้นสองซึ่งมีข้อจำกัดให้ถอนฟันและตรวจฟันเท่านั้น และความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจากการสร้างหรือขยายโรงงานอุตสาหกรรม ซึ่งล้วนเป็นอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะที่สำคัญอย่างยิ่ง ได้แก่ ชีวิตร่างกาย และสุขภาพของประชาชน

นอกจากนี้ ยังมีกรณีการกำหนดเงินลงทุนและกำลังการผลิตสุราตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 85/2565 ที่มีลักษณะเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับบุคคลที่จะสามารถประกอบอาชีพจากเงื่อนไขภายนอกเช่นกัน แต่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด จึงไม่มีการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดี

5. บทสรุป

เสรีภาพในการประกอบอาชีพได้รับการรับรองในประเทศไทยตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 และมีพัฒนาการเรื่อยมาแม้จะมีรัฐธรรมนูญบางฉบับที่ไม่ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นการเฉพาะ แต่เสรีภาพในการประกอบอาชีพกลับมาได้รับการรับรองร่วมกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ แม้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะรับรองเพียง “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” โดยไม่บัญญัติถึง “เสรีภาพในการประกอบกิจการ” แล้ว แต่จากการวิเคราะห์ตามความหมายในพจนานุกรมพบว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการยังคงเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เช่นเดียวกับระบบกฎหมายเยอรมันที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ในกฎหมายพื้นฐาน และขยายความครอบคลุมถึงเสรีภาพในการประกอบธุรกิจโดยสามารถอ้างอิงจากกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรป และคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป

นับตั้งแต่ศาลปกครองไทยเปิดทำการได้มีคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเป็นจำนวนมาก โดยศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาคดีเหล่านี้ผ่านแนวทางต่าง ๆ เช่น การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครอง โดยพิจารณาจากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ บทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพ และข้อสงวนตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหลักความได้สัดส่วน และมีบางคำพิพากษาที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้อย่างชัดเจนว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะ มีความจำเป็น และไม่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพของผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพทั้งที่เป็นผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นที่ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในลักษณะเดียวกัน

ทฤษฎีสามระดับตามระบบกฎหมายเยอรมันถือเป็นแนวคิดสำคัญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการที่จำกัดเสรีภาพทางอาชีพ โดยแบ่งระดับของข้อจำกัดตามความรุนแรงของการแทรกแซง ซึ่งช่วยให้สามารถพิจารณาว่ามาตรการของรัฐมีความชอบธรรมเพียงใด โดยแบ่งเป็นระดับที่ 1 ข้อจำกัดการประกอบอาชีพ ซึ่งสามารถจำกัดเสรีภาพได้หากมีเหตุผลที่สมเหตุสมผลเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ระดับที่ 2 ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล ซึ่งสามารถจำกัดเสรีภาพได้หากมีอันตรายเชิงนามธรรมหรือมีศักยภาพที่จะเกิดอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ และระดับที่ 3 ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอก ซึ่งสามารถจำกัดเสรีภาพได้หากมีอันตรายร้ายแรงที่สามารถพิสูจน์ได้หรือมีความเป็นไปได้สูงต่อประโยชน์สาธารณะที่สำคัญอย่างยิ่ง

จากการวิเคราะห์พบว่า คดีปกครองเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการและประกอบอาชีพเกือบทั้งหมดสามารถพิจารณาจัดกลุ่มตามทฤษฎีสามระดับได้โดยไม่เป็นอุปสรรคมากนัก เนื่องจากมีลักษณะคล้ายกับการพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วน โดยเพิ่มรายละเอียดลักษณะของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งแบ่งเป็นสามระดับ และอาจเป็นอีกหนึ่งแนวทางที่สามารถนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคลและการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ



บรรณานุกรม

Alexandra Borrmann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot.

Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, Staatsrecht 2 – Grundrechte, 16. Aufl., 2000, Heidelberg.

Klaus Ferdinand Gärditz. “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte).

Technische Universität Dresden, Art. 12 GG und Art. 14 GG – Überblick und Prüfungsschema, Technische Universität Dresden, internes Lehrmaterial, o. J..

Thomas Weiler, “Die „Drei Stufen Theorie“ in der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG” (ÖR – Webinar, juracademy.de).

Timothy Moss et al., “Zum Verhältnis von Gemeinschaftsgütern und Gemeinwohl : Überlegungen aus raumwissenschaftlicher Perspektive” (Working Paper, No. 39, Leibniz-Institut für Regionalentwicklung und Strukturplanung (IRS), Erkner, 2007).

Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024).

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสถานะพื้นฐาน, 2561, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, (2475, 10 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 49.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, (2489, 10 พฤษภาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 63 ตอนที่ 30.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, (2492, 23 มีนาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 66 ตอนที่ 17.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511, (2511, 20 มิถุนายน), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 85 ตอนพิเศษ.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517, (2517, 7 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 91 ตอนที่ 169.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519, (2519, 22 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 93 ตอนที่ 135.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521, (2521, 22 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 95 ตอนที่ 146.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534, (2534, 9 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 108 ตอนที่ 216.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (2540, 11 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 114 ตอนที่ 55 ก.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, (2550, 24 สิงหาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 124 ตอนที่ 47 ก.

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, (กรุงเทพฯ : สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 2554).

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, 2562, กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี Basic Law for the Federal Republic of Germany, แปลโดย Christian Tomuschat and David P. Currie, 2555, กรุงเทพฯ : พี. เพรส.

สุกฤตา ฉัตรพรณกุล, “เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561).
