

บทที่ 2

ความหมาย ความเป็นมา และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า

ปัญหากฎหมายการขายทอดตลาดและค้ำของเก่าในประเทศไทยนั้น ในมุมมองหนึ่งถือเป็นปัญหาที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐเนื่องจากการขายทอดตลาดและการค้ำของเก่าเป็นกิจการที่อาจส่งผลกระทบต่อสังคมหรือประชาชนโดยรวมได้ รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการประกอบกิจการ โดยกำหนดให้ต้องมีกรขออนุญาตประกอบธุรกิจดังกล่าวเพื่อให้การขายทอดตลาดและค้ำของเก่าอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของระเบียบและกฎหมาย ซึ่งการจะทำความเข้าใจกฎหมายเหล่านั้นจำเป็นต้องมีการกล่าวถึงหลักการที่อยู่เบื้องหลัง หรือหลักการที่เกี่ยวข้องกับการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า ในบทนี้ ผู้เขียนจึงขออธิบายความหมาย ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และหลักการของการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า รวมถึงหลักกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.1 ความหมาย ความเป็นมา และหลักการของการขายทอดตลาด

ในการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า จำเป็นจะต้องศึกษาให้ทราบถึงข้อมูลที่เป็นพื้นฐานในเรื่องของความหมาย ความเป็นมา และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า เพื่อที่จะทำให้สามารถเข้าใจเรื่องราวในประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างถ่องแท้ อันจะนำไปสู่การวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้อย่างถูกต้องในบทต่อไป โดยประการแรกที่ต้องทำการศึกษาและความเข้าใจนั้น คือ ความหมายและความเป็นมาของการขายทอดตลาด ซึ่งรายละเอียดมีดังต่อไปนี้

2.1.1 ความหมายของการขายทอดตลาด

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2556 ให้ความหมายของคำว่า “ขายทอดตลาด” ว่าหมายถึง การขายทรัพย์สินที่กระทำโดยเปิดเผยแก่บุคคลทั่วไปด้วยวิธีเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อสู้ราคากัน ผู้ใดให้ราคาสูงสุดและผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยการเคาะไม้หรือด้วยกิริยาอย่างอื่นตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาด การซื้อขายนั้นย่อมเป็นอันสมบูรณ์¹ ภาษาอังกฤษเรียกว่า “Sale by auction โดย Cambridge Dictionary” ให้ความหมายไว้ในทำนองเดียวกันว่า การขายทอดตลาด หมายถึง การขายสินค้าหรือทรัพย์สิน โดยปกติทั่วไป

¹ สำนักงานราชบัณฑิตยสถาน. (2556). *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์. หน้า 190.

ซึ่งมีบุคคลที่เข้าแข่งกันเสนอราคาสูงกว่า (เสนอเงินสูงกว่า) สำหรับสินค้าหรือทรัพย์สินแต่ละสิ่งนั้น จนกระทั่งของสิ่งนั้นถูกขายให้กับบุคคลซึ่งเสนอจะจ่ายสูงที่สุด²

2.1.2 ความเป็นมาของการขายทอดตลาด

การขายทอดตลาดคือการขายทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ พบครั้งแรก สมัย 500 ปีก่อนคริสตกาล การขายทอดตลาดครั้งแรกถูกนำมาใช้กับการขายหญิงบรรลุนิติภาวะแล้ว เพื่อวัตถุประสงค์ในการแต่งงาน ชาวโรมันเป็นชนชาติแรกที่น่าการขายทอดตลาดมาใช้ในการขายทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำเงินที่ได้มาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ โดยเป็นการเลียนแบบมาจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินของข้าศึกของรัฐ ต่อมาการขายทอดตลาดได้มีการพัฒนาและขยายขอบเขต ไปใช้ในภาคเอกชนเพราะลักษณะการขายทอดตลาดทำให้สามารถจำหน่ายสินค้าออกไปได้โดยง่าย รวดเร็ว และราคาสูงกว่าการซื้อขายเสร็จเด็ดขาดทั่วไป การขายทอดตลาดจึงเป็นธุรกรรมที่เป็น ที่นิยม และแพร่หลาย³

ในประเทศไทยนั้นเริ่มมีการขายทอดตลาดปรากฏตั้งแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) โดยผู้ดำเนินการขายทอดตลาดในขณะนั้นจะเป็น ชาวต่างชาติที่มาทำการค้าขายในประเทศไทย ต่อมาช่วงปี พ.ศ. 2439 ประเทศไทยได้เริ่มใช้การขายทอดตลาดเป็นขั้นตอนหนึ่งของการบังคับคดีตามคำพิพากษา โดยปรากฏในพระราชบัญญัติกระบวน พิจารณาความแพ่ง รัตน โกสินทรศก 115 หมวดที่ 16 ว่าด้วยการบังคับเร่งให้สำเร็จตามคำพิพากษา มาตรา 96 ถึงมาตรา 107 ที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อเอาเงินมาชำระหนี้ ตามคำพิพากษาไว้⁴

2.1.3 หลักการของการขายทอดตลาด

จากการศึกษาความหมายและความเป็นมาของการขายทอดตลาดจะเห็นได้ว่าการขายทอดตลาดนั้นเป็นการขายที่มีลักษณะเฉพาะไม่เหมือนการซื้อขายทั่วไป ดังนั้น การศึกษาถึงหลักการของการขายทอดตลาดจึงมีความสำคัญเพราะจะทำให้สามารถเข้าใจหลักการของการขายทอดตลาดมากขึ้น โดยหลักการของการขายทอดตลาดนั้นสามารถแบ่งศึกษาได้เป็นสามหัวข้อ

² Cambridge University Press. (2020). *Cambridge dictionary*. (Online). Available : <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/auction>. [2020, April 4].

³ รวยรื่น พรวิวัฒน์วิชัย. (2559). *การขายทอดตลาดออนไลน์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8.

⁴ วันดี เอื้อสกุลพิพัฒน์. (2550). *การขายทอดตลาด*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8.

ได้แก่ ลักษณะของการขายทอดตลาด วัตถุประสงค์ของการขายทอดตลาด และรูปแบบของการขายทอดตลาด

2.1.3.1 ลักษณะของการขายทอดตลาด

การขายทอดตลาดตามกฎหมายไทย เดิมเรียกว่า "การขายเลหลัง" เป็นการซื้อขายซึ่งมีวิธีการพิเศษแตกต่างไปจากการซื้อขายธรรมดาในแง่ของวิธีการตั้งและตกลงราคา เนื่องจากการขายทอดตลาดเป็นการขายโดยเปิดเผยโดยให้โอกาสแก่บุคคลทั่วไปให้สามารถทำการเสนอราคาเพื่อซื้อโดยผู้ราคากัน ผู้ใดเสนอซื้อโดยให้ราคาสูงสุดก็จะเป็นผู้ได้ทรัพย์สินนั้นไป โดยผู้เสนอซื้อนี้เรียกว่า "ผู้ผู้ราคา" และในการขายทอดตลาดนั้นผู้ขายทรัพย์สินไม่ได้เสนอขายทรัพย์สินต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งการขายทอดตลาดจะสมบูรณ์เมื่อผู้ทำการสนองรับคำเสนอซื้อหรือที่เรียกว่า "ผู้ทอดตลาด" แสดงความตกลงด้วยการเคาะไม้หรือกิริยาอื่นใดตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาด ทั้งนี้การขายทอดตลาดส่วนใหญ่จะมีการกำหนดราคาขั้นต่ำ (Reserve Price) ไว้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการขายทรัพย์สินในราคาที่ไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ด้วยเหตุนี้การขายทอดตลาดจึงมิใช่การซื้อขายธรรมดา เพราะถึงแม้ผู้ขายทรัพย์สินมีเจตนาจะขายทรัพย์สินและผู้ซื้อก็มีเจตนาจะซื้อทรัพย์สินนั้นก็ตาม แต่การตกลงราคาทรัพย์สินนั้นจะเกิดขึ้นโดยการเสนอผู้ราคากัน และผู้เสนอราคาสูงสุดจะได้รับคำสนองให้เป็นผู้ซื้อทรัพย์สินนั้น

การขายทอดตลาดนั้นมีองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ประการ คือ

- 1) ผู้ทอดตลาดเป็นผู้ดำเนินการ
- 2) ผู้ทอดตลาดเป็นตัวแทนของผู้ขายทรัพย์สินหรือเป็นผู้ขายทรัพย์สินนั่นเอง
- 3) การขายทอดตลาดเปิดให้มีการแข่งขันราคาโดยเปิดเผย
- 4) ผู้เสนอราคาสูงสุดที่ผู้ทอดตลาดยอมรับราคาเป็นผู้ซื้อทรัพย์สินนั้น

โดยทั่วไปในทางปฏิบัติการขายทอดตลาดจะมีการประกาศซึ่งระบุรายละเอียดในการขายทอดตลาด เช่น วัน เวลา และสถานที่ที่จะทำการขายทอดตลาดฯ รวมทั้งเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ผู้ทอดตลาดประสงค์จะให้บุคคลทั่วไปรับรู้ก่อนที่จะมีการขายทอดตลาด และระบุชื่อบุคคลที่สามารถติดต่อเพื่อขอทราบข้อมูลเพิ่มเติมไว้ด้วย การประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดจะทำโดยวิธีใดก็ได้ เช่น การลงประกาศหนังสือพิมพ์ การลงโฆษณาทางเว็บไซต์ หรือการออกอากาศทางสถานีวิทยุกระจายเสียง โดยผู้ทอดตลาดจะปิดประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดไว้โดยเปิดเผย ณ สถานที่ที่ทำการขายทอดตลาดด้วย ซึ่งประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดฉบับที่ได้ปิดไว้อาจจะทำการแก้ไขข้อผิดพลาดของเนื้อหาความในประกาศฉบับก่อนหน้าก็ได้ หากมีการแก้ไขประกาศผู้ทอดตลาด

⁵วันดี เอื้อสกุลพิพัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 10.

จะต้องแจ้งให้ผู้สุ่ราคาทราบถึงการแก้ไขดังกล่าวด้วย และในกรณีที่ประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดมีข้อความที่คลุมเครือไม่ชัดเจน ผู้ทอดตลาดควรอธิบายให้ผู้สุ่ราคาเข้าใจด้วย นอกจากนี้การประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดแล้ว โดยทั่วไปผู้ทอดตลาดจะนำทรัพย์สินที่จะทำการขายทอดตลาดออกแสดงให้บุคคลทั่วไปได้ตรวจพิจารณาก่อนที่จะทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีประสงค์จะซื้อได้ทราบถึงคุณภาพและความชำรุดบกพร่องต่าง ๆ ที่มีอยู่ในทรัพย์สินนั้นก่อน ทั้งนี้ การประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดตลอดจนการนำทรัพย์สินที่จะทำการขายทอดตลาดออกแสดงให้แก่บุคคลทั่วไปได้ตรวจพิจารณาก่อนนั้นมิใช่เป็นคำเสนอขายทรัพย์สินเป็นแต่เพียงการแสดงออกซึ่งเจตนาที่จะขายทอดตลาดทรัพย์สินและแจ้งให้บุคคลทั่วไปทราบเพื่อจะได้มาเสนอซื้อทรัพย์สินนั้นด้วยการสุ่ราคา ซึ่งถือเป็นเพียงคำชักชวนหรือการเชิญเชิญเท่านั้น หากยังไม่มีการขายทอดตลาด การประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดก็ไม่ผูกพันผู้ทอดตลาด ผู้ทอดตลาดจะจัดให้มีการขายทอดตลาดตามวันและเวลาที่ได้ประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดไว้หรือไม่ก็ได้ หากมีผู้ได้รับความเสียหายจากการเลื่อนหรืองดการขายทอดตลาด ผู้นั้นจะฟ้องร้องให้ผู้ทอดตลาดรับผิดชอบในทางสัญญาไม่ได้ เว้นแต่ในการประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดนั้นผู้ทอดตลาดกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้บุคคลนั้นเสียหาย ผู้ทอดตลาดก็อาจจะต้องรับผิดชอบในทางละเมิด แต่ในทางกลับกัน หากผู้ทอดตลาดได้ทำการขายทอดตลาด การประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดนั้นก็ผูกพันผู้ทอดตลาดให้ต้องปฏิบัติตาม เช่น ถ้ามีการประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดไว้ว่าจะไม่ถอนทรัพย์สินจากการขายทอดตลาด เมื่อมีการสุ่ราคากันแล้วผู้ทอดตลาดก็ต้องผูกพันตามนั้น เป็นต้น⁶

สำหรับบุคคลที่เกี่ยวข้องในการขายทอดตลาด โดยทั่วไปจะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด 4 ฝ่าย ได้แก่ ผู้ขายทรัพย์สิน ผู้ทอดตลาด ผู้สุ่ราคา และผู้ซื้อทรัพย์สิน สามารถสรุปรายละเอียดของบุคคลผู้เกี่ยวข้องแต่ละฝ่ายได้ ดังนี้

1) ผู้ขายทรัพย์สิน : มีทั้งกรณีและผู้ขายทรัพย์สินเป็นเจ้าของทรัพย์สินเอง ซึ่งสามารถใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดได้ รวมถึงเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมซึ่งสามารถจำหน่ายทรัพย์สินในส่วนของตนได้และสามารถจำหน่ายตัวทรัพย์สินได้หากได้รับความยินยอมจากเจ้าของรวมทุกคน ตามมาตรา 1361 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และนอกจากกรณีผู้ขายทรัพย์สินที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินแล้ว กฎหมายยังให้อำนาจแก่บุคคลที่มีใจเจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินแต่ถือได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจในการนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดให้สามารถดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยสามารถนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้แก่

⁶ วนิดี เอื้อสกุลพิพัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 11 – 14.

เจ้าพนักงานบังคับคดี หรือผู้รับจำนำ ซึ่งผู้ขายทรัพย์สินในความหมายนี้ถือเป็นบุคคลที่กฎหมายให้อำนาจในอันที่จะขายทรัพย์สินได้ แต่ผลสุดท้ายบุคคลที่จะผูกพันเป็นคู่สัญญากับผู้ซื้อทรัพย์สินก็คือเจ้าของทรัพย์สินนั้น โดยเจ้าของทรัพย์สินจะเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินจากการขายทอดตลาด แต่เงินดังกล่าวจะถูกกันไว้เพื่อชำระให้แก่ผู้มีอำนาจในการขายทรัพย์สินนั้นก่อน⁷

2) ผู้ทอดตลาด (Auctioneer) : อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ประสงค์จะขายทรัพย์สินของตนเองหรือผู้อื่นเป็นครั้งคราว หรือปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะผู้ประกอบการอาชีพหรือธุรกิจก็ได้ โดยผู้ทอดตลาดไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลที่สาม อาจเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ทำหน้าที่ดำเนินการขายทอดตลาดด้วยตนเองก็ได้ เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายฉบับใดนิยามความหมายของผู้ทอดตลาดไว้ นักวิชาการต่าง ๆ จึงมีความเห็นว่าผู้ทอดตลาดนั้นมีความหมายได้หลากหลาย ดังนี้

ผู้ทอดตลาด คือ ผู้ดำเนินการขายทอดตลาด⁸

ผู้ทอดตลาด คือ ผู้ดำเนินการขายทอดตลาด ซึ่งมีหน้าที่ตกลงขายทรัพย์สินด้วยการเคาะไม้สนองรับหรือด้วยกริยาอย่างอื่น⁹

ผู้ทอดตลาด คือ บุคคลที่อาจเป็นผู้ขายหรือไม่ใช่ผู้ขายทรัพย์สินก็ได้โดยเป็นผู้ทำคำโฆษณาบอกขายต่อสาธารณชน ซึ่งจะเป็นผู้ระบุนรายละเอียดต่าง ๆ ให้ชัดเจนและนำทรัพย์สินที่จะขายออกให้สาธารณชนดูเพื่อให้สาธารณชนเข้าสู่ราคากัน เมื่อได้ราคาอันเป็นที่พอใจของผู้ขายทอดตลาดแล้ว ผู้ทอดตลาดจะแสดงความตกลงด้วยการเคาะไม้หรือกริยาอย่างใดอย่างหนึ่งตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาดเพื่อให้การซื้อขายบริบูรณ์¹⁰

ผู้ทอดตลาด คือ บุคคลผู้ขายทรัพย์สินแทนผู้อื่นโดยวิธีการประมูลราคาในหมู่ประชาชน ซึ่งตนเป็นผู้กำหนดกติกาเงื่อนไขและข้อปฏิบัติไว้ในคำโฆษณาเพื่อใช้บังคับกับผู้เข้าสู่ราคาทุกคน รวมถึงใช้บังคับกับผู้ขายทอดตลาดด้วย¹¹

⁷ พิษณุลักษณ์ คำทองสุก. (2554). *การขายทอดตลาดทางอินเทอร์เน็ต*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 16 - 17.

⁸ สุพจน์ คุ้มณะชัย. (2549). *ย่อหลักกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 165.

⁹ ตุลญา โรจน์ทั้งคำแก้วสุภาสวัสดิ์. (2557). *หลักกฎหมายซื้อขาย ขายฝาก แลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์สินเช่าซื้อ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 120.

¹⁰ สุจินตนา ชุมวิสูตร. (2553). *หลักกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : วิญญูชน . หน้า 163.

¹¹ สติติ เล็งไธสง. (2545). *คำสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 1 ว่าด้วยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์สินเช่าซื้อ และขายฝาก*. กรุงเทพฯ : พิมพ์อักษร. หน้า 122.

ผู้ทอดตลาด คือ บุคคลที่อาจเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นเองหรืออาจไม่ใช่ เจ้าของทรัพย์สินนั้นก็ได้อีก ซึ่งในกรณีที่มีการบังคับคดียึดทรัพย์มาขายทอดตลาด ผู้ขายทอดตลาด ก็ได้แก่ เจ้าพนักงานบังคับคดี แต่ถ้าเป็นการขายทอดตลาดที่ไม่ได้เกิดจากคำสั่งศาล ผู้ขายทอดตลาด อาจเป็นใครก็ได้ที่ได้รับมอบหมายจากผู้ขายให้ดำเนินการดังกล่าวแทน¹²

ผู้ทอดตลาด คือ บุคคลซึ่งได้รับมอบอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย ให้ดำเนินการขายสินค้าหรือที่ดินของบุคคลอื่นด้วยวิธีการขายทอดตลาดต่อสาธารณชน โดยตน จะได้รับค่าเหนื่อยหน้าหรือค่าธรรมเนียม ผู้ทอดตลาดจึงถือเสมือนเป็นตัวแทนของผู้ขายทรัพย์สิน¹³

แม้ว่าปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดนิยามของผู้ทอดตลาดเอาไว้ แต่ในทางปฏิบัติ เป็นที่รับรู้และเข้าใจตรงกันในแวดวงผู้ประกอบการอาชีพหรือธุรกิจขายทอดตลาดว่า ผู้ทอดตลาด คือคนกลางที่ทำหน้าที่อำนวยความสะดวกในการขายทอดตลาดแก่ผู้ขายทรัพย์สินหรือผู้ขายทอดตลาด กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าผู้ทอดตลาดคือตัวแทนของฝ่ายผู้ขายทรัพย์สินหรือผู้ขายทอดตลาด¹⁴ เพราะหน้าที่หลักของผู้ขายทอดตลาด ได้แก่ ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ขายทรัพย์สิน, อำนาจการขายทอดตลาดให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย, เก็บรักษาทรัพย์สินด้วยความระมัดระวัง, พยายามทำให้ทรัพย์สินขายได้ราคาสูงที่สุด, ถ้าผู้ซื้อราคาละเลยไม่ใช้ราคาต้องนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดใหม่อีกครั้ง และบังคับให้ผู้ซื้อราคาคงเดิมชำระราคาส่วนที่ยังขาด รวมทั้งเรียกเงินที่ขายทรัพย์สินได้ให้ครบถ้วน¹⁵ นอกจากนี้หน้าที่หลักแล้ว ผู้ทอดตลาดยังมีหน้าที่อื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย ซึ่งได้แก่

หน้าที่ในการแถลงคำโฆษณาการขายทอดตลาด (มาตรา 510)

หน้าที่ในการไม่เข้าเป็นผู้ซื้อราคาหรือใช้ให้ผู้อื่นเข้าผู้ราคาซึ่งตนเป็นผู้อำนาจ (มาตรา 511) เพราะอาจเป็นภัยแก่ความเที่ยงธรรมทั้งต่อผู้ซื้อราคาอื่นและผู้ขาย

หน้าที่ในการแสดงความตกลงการขายด้วยการเคาะไม้หรือกิริยาอย่างอื่น ในทำนองเดียวกันกับการเคาะไม้ (มาตรา 509)

¹² ไพทิจิต เอกจริยกร. (2556). *คำอธิบายกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 326.

¹³ Black's Law Dictionary 2000 (Seventh Edition) : "Auctioneer" means A person legally authorized to sell goods or lands of other persons at public auction for a commission or fee. The auctioneer is the property owner's agent up to the moment when a purchaser's bid is accepted when the auctioneer becomes the purchaser's.

¹⁴ รวยรื่น พรวัฒนวิชัย. *อสังหาริมทรัพย์* ฉบับที่ 3. หน้า 14 – 15.

¹⁵ วิญญู เครื่องงาม. (2549). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้*. กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ. หน้า 257.

หน้าที่ถอนทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดเมื่อเห็นว่าราคานั้นยังไม่เพียงพอ (มาตรา 513)

3) ผู้สู้ราคา : หมายถึงบุคคลที่เข้าร่วมการขายทอดตลาดโดยเสนอราคาแข่งกันกับผู้อื่นเพื่อประสงค์จะได้ทรัพย์สินนั้น โดยทั่วไปผู้สู้ราคา รายใดเสนอราคาสูงสุดก็จะเป็นผู้ชนะการสู้ราคา และเป็นผู้ซื้อทอดตลาดทรัพย์สินนั้นต่อไป ทั้งนี้ การเข้าเป็นผู้สู้ราคาอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติห้ามมิให้บุคคลบางประเภทเข้าเป็นผู้สู้ราคา ซึ่งได้แก่ ผู้ทอดตลาด (รวมถึงการให้บุคคลอื่นเข้าสู้ราคาแทนตนในการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ตนปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้อำนวยการขายทอดตลาดเองด้วย) และผู้ขายทอดตลาดทรัพย์สิน เหตุที่กฎหมายห้ามมิให้บุคคลทั้งสองเข้าร่วมเป็นผู้สู้ราคา เพราะการเข้าร่วมการสู้ราคาของบุคคลทั้งสอง อาจจะเป็นไปเพื่อให้ราคาทรัพย์สินสูงขึ้นและมีได้ประสงค์จะซื้อทรัพย์สินนั้นอย่างแท้จริง ซึ่งอาจทำให้ผู้สู้ราคาอื่นเสียหายจากการเสนอราคาของบุคคลทั้งสอง อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าหากผู้ขายนั้นได้แถลงไว้ชัดเจนแล้วในคำโฆษณาการขายทอดตลาด ผู้ขายย่อมเข้าร่วมเป็นผู้สู้ราคาสำหรับการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ๆ ได้ โดยก่อนเริ่มต้นสู้ราคาผู้ทอดตลาด จะเปิดโอกาสให้ผู้สู้ราคาได้ตรวจทรัพย์สินก่อนเสมอ เพราะการขายทอดตลาดเป็นการขายตามสภาพที่เป็นอยู่ตามความเป็นจริง ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ขายทอดตลาดในส่วนความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องไว้ต่างหาก เป็นหลักที่แตกต่างไปจากหลักทั่วไปในมาตรา 473 (3) ดังนั้น หากภายหลังผู้สู้ราคาชนะการสู้ราคา และพบว่าทรัพย์สินนั้นมีความชำรุดบกพร่อง ผู้ซื้อย่อมไม่สามารถเรียกให้ผู้ขายรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องได้¹⁶

4) ผู้ซื้อทรัพย์สิน : คือผู้สู้ราคาที่เสนอราคาและผู้ทอดตลาดยอมรับและเข้าทำสัญญาซื้อขายด้วย ซึ่งผู้ซื้อทรัพย์สินมีหน้าที่ต้องทำตามประกาศโฆษณาการขายทอดตลาด และข้อความต่าง ๆ ที่ผู้ทอดตลาดได้แถลงไว้ก่อนเริ่มการขายทอดตลาด รวมทั้งต้องชำระราคาเป็นเงินสดทันทีหรือตามเวลาที่ผู้ทอดตลาดกำหนดไว้¹⁷

2.1.3.2 วัตถุประสงค์ของการขายทอดตลาด

ตามกฎหมายไทยอาจแบ่งระบบของการขายทอดตลาดได้เป็นกลุ่มใหญ่ ๆ สามกลุ่ม คือ การขายทอดตลาดโดยภาคเอกชน การขายทอดตลาดโดยกรมบังคับคดี และการขายทอดตลาดโดยฝ่ายปกครอง ซึ่งในแต่ละระบบนั้นอาจแบ่งวัตถุประสงค์ของการขายทอดตลาดได้ ดังนี้

¹⁶ รวยริน พรวัฒนวิชัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3, หน้า 17 – 18.

¹⁷ รวยริน พรวัฒนวิชัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3, หน้า 18.

1) การขายทอดตลาดโดยภาคเอกชน : เป็นไปโดยมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการหลายประการ เช่น

เพื่อประโยชน์ทางธุรกิจ กระทำโดยบุคคลที่ประกอบอาชีพขายทอดตลาดหรือบุคคลที่รับดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินของบุคคลอื่นเพื่อให้ตนได้รับค่าบริการสำหรับการดำเนินการเช่นนั้นอันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจ โดยผู้ทอดตลาดประเภทนี้กฎหมายกำหนดว่าจะต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบอาชีพขายทอดตลาด รวมทั้งจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่า พุทธศักราช 2474 และระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่า พ.ศ. 2533 กำหนดไว้ เหตุผลก็เนื่องมาจากการประกอบอาชีพขายทอดตลาดเป็นอาชีพที่รัฐมุ่งควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิด เพราะรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้ทอดตลาดไม่ว่าจะเป็นผู้ขายทรัพย์สินหรือผู้ซื้อทรัพย์สิน อีกทั้งยังมีความจำเป็นที่จะต้องป้องกันมิให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายด้วย

เพื่อให้สามารถขายทรัพย์สินได้ในระยะเวลาอันสั้นและได้รับชำระราคาทรัพย์สินในอัตราที่สูง ในมุมมองของผู้ขายทรัพย์สินย่อมประสงค์จะขายทรัพย์สินให้ได้ในระยะเวลาสั้น ๆ และได้รับราคาสูง ซึ่งการนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดก็เป็นวิธีหนึ่งที่ทำให้ผู้ขายทรัพย์สินบรรลุวัตถุประสงค์ เพราะการขายทอดตลาดจะทำให้ผู้ขายทรัพย์สินมีโอกาสที่จะขายทรัพย์สินได้ในระยะเวลาอันสั้น ซึ่งการประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดก็เป็นวิธีหนึ่งที่จะทำให้มีผู้ผู้ราคาเป็นจำนวนมากได้ และโดยกระบวนการที่จะมีการผู้ราคากันนั้นก็ย่อมเป็นข้อที่แสดงให้เห็นได้ว่าผู้ขายทรัพย์สินมีโอกาสที่จะขายทรัพย์สินได้ในราคาที่สูง ทั้งนี้ ผู้ขายทรัพย์สินจะทำการขายทรัพย์สินนั่นเองหรือให้บุคคลที่ประกอบอาชีพขายทอดตลาดมาดำเนินการขายทรัพย์สินนั้นก็

เพื่อบังคับชำระหนี้ การขายทอดตลาดเพื่อบังคับชำระหนี้เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าหนี้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยไม่ต้องใช้สิทธิในทางศาล เช่น เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่ลูกหนี้ให้ไว้เป็นจำนำได้โดยไม่ต้องฟ้องร้องบังคับจำนำต่อศาล เป็นต้น แต่การบังคับชำระหนี้จะต้องดำเนินการตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ เพราะเป็นกรณีที่กระทบต่อสิทธิของลูกหนี้ซึ่งศาลไม่ได้เข้ามากำกับดูแล

เพื่อเก็บรักษาเงินแทนทรัพย์สิน การขายทอดตลาดด้วยวัตถุประสงค์นี้จะกระทำในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นมีสภาพไม่เหมาะแก่การเก็บรักษา เช่น เมื่อเจ้าหนี้ออกปิดไม่ยอมรับชำระหนี้ หรือเจ้าหนี้ไม่สามารถรับชำระหนี้ได้ หรือลูกหนี้ไม่สามารถหยั่งรู้ถึงสิทธิหรือตัวเจ้าหนี้ที่แน่นอน โดยไม่ใช้ความผิดของลูกหนี้ ลูกหนี้ย่อมสามารถนำทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ไปวางไว้

ที่สำนักงานวางทรัพย์เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากหนี้ได้ ตามมาตรา 331 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถ้าหากทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ที่ไม่ควรแก่การวาง หรือเป็นทรัพย์ที่เป็นของสละได้ง่าย หรือเป็นทรัพย์ที่ค่ารักษาจะแพงเกินควร ลูกหนี้ก็อาจขออนุญาตศาลเพื่อนำทรัพย์นั้นออกขายทอดตลาด และนำเงินที่ได้มาวางไว้แทนทรัพย์นั้นก็ได้ ตามมาตรา 336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2) การขายทอดตลาดโดยกรมบังคับคดี โดยหลักการขายทอดตลาดโดยกรมบังคับคดีมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลทั้งในคดีแพ่งและคดีล้มละลาย เว้นแต่ในกรณีการขายทอดตลาดตามมาตรา 1364 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการแบ่งทรัพย์สินระหว่างเจ้าของกรรมสิทธิ์รวม ซึ่งการขายทอดตลาดโดยกรมบังคับคดีจัดได้ว่าเป็นกรณีที่มีหลักเกณฑ์ วิธีการ และขั้นตอนที่เกี่ยวข้องมากที่สุด

3) การขายทอดตลาดโดยฝ่ายปกครอง ก็สามารถกระทำได้เพื่อวัตถุประสงค์หลายประการด้วยกัน เช่น

เพื่อบังคับใช้มาตรการบังคับทางปกครอง : การขายทอดตลาดในกรณีนี้เป็นส่วนหนึ่งของมาตรการบังคับทางปกครองสำหรับคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นหลัก

เพื่อขายทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง : การขายทอดตลาดในกรณีนี้เป็นการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่เป็นของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ฝ่ายปกครองหมดความจำเป็นในการใช้หรือหากใช้ต่อไปจะสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายมาก ซึ่งในกรณีดังกล่าวระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินการจำหน่ายทรัพย์นั้นโดยการขายทอดตลาดได้

2.1.3.3 รูปแบบของการขายทอดตลาด

การขายทอดตลาดนั้นสามารถกระทำได้หลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบการยื่นซองประกวดราคา (Sealed Bid Auction) รูปแบบอังกฤษ (English Auction) หรือรูปแบบวิลันดา (Dutch Auction) นอกจากนี้การขายทอดตลาดในรูปแบบต่าง ๆ ดังกล่าวยังสามารถดำเนินการผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือที่เรียกว่า Electronic Reverse Auction หรือ E - Auction ได้ด้วย โดยรายละเอียดของรูปแบบการขายทอดตลาดในแต่ละแบบนี้ มีดังต่อไปนี้

1) การขายทอดตลาดแบบยื่นซองประกวดราคา (Sealed Bid Auction)

การขายทอดตลาดรูปแบบนี้มีขั้นตอนและวิธีการ คือ ผู้ทอดตลาดจะประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดให้แก่บุคคลทั่วไป โดยหลักเกณฑ์สำคัญของการขายทอดตลาดรูปแบบนี้คือ ผู้ที่ประสงค์จะซื้อทรัพย์สินจะต้องยื่นซองปิดผนึกที่ระบุราคาที่ตนเสนอต่อผู้ทอดตลาด

โดยสามารถเสนอราคาได้เพียงครั้งเดียว โดยทั่วไปการขายทอดตลาดแบบยื่นซองประกวดราคาจะมีการกำหนดราคาขั้นต่ำของทรัพย์สินไว้เพื่อป้องกันมิให้ผู้สุ่ราคาเสนอราคาต่ำกว่าที่ผู้ขายทรัพย์สินหรือผู้ทอดตลาดจะยอมรับได้

การขายทอดตลาดแบบยื่นซองประกวดราคาสามารถแบ่งย่อยได้อีกเป็น 2 ลักษณะ คือ

การขายทอดตลาดราคาที่หนึ่ง (First-Price Sealed Bid) : เป็นการขายทอดตลาดที่ผู้ทอดตลาดตกลงขายทรัพย์สินให้แก่ผู้เสนอราคาสูงสุด และราคาที่ต้องชำระจะเท่ากับราคาของผู้เสนอราคาสูงสุด

การขายทอดตลาดราคาที่สอง (Second-Price Sealed Bid) : เป็นการขายทอดตลาดที่ผู้ทอดตลาดตกลงขายทรัพย์สินให้แก่ผู้เสนอราคาสูงสุดเช่นเดียวกับลักษณะแรก แต่แตกต่างกันที่ราคาที่ต้องชำระซึ่งจะเท่ากับราคาของผู้เสนอราคาที่เป็นลำดับที่สอง การขายทอดตลาดลักษณะนี้มีชื่อเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า การขายทอดตลาดแบบวิกครี่ (Vickrey Auction) โดยตั้งขึ้นตามชื่อของ Mr. William S. Vickrey นักเศรษฐศาสตร์ที่ เป็นผู้คิดค้นวิธีการขายทอดตลาดในลักษณะนี้¹⁸

2) การขายทอดตลาดแบบอังกฤษ (English Auction)

การขายทอดตลาดรูปแบบนี้มีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า "Open Auction" เป็นวิธีการขายทอดตลาดที่พบเห็นได้ทั่วไปและเป็นที่ยอมรับ โดยทั่วไปผู้ทอดตลาดจะกำหนดราคาขั้นต่ำสำหรับเริ่มการขายทอดตลาดไว้เพื่อมิให้ราคาที่ได้จากการขายทอดตลาดต่ำจนเป็นเหตุให้ผู้ขายทรัพย์สินขาดทุน ผู้ที่ประสงค์จะซื้อทรัพย์สินจะต้องเสนอราคาจากราคาขั้นต่ำและเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ตามลำดับ ท้ายที่สุดผู้ทอดตลาดจะพิจารณาและตกลงขายทรัพย์สินให้แก่ผู้เสนอราคาสูงสุด ซึ่งการขายทอดตลาดรูปแบบนี้สามารถดำเนินการได้โดยปากเปล่ามีจำเป็นต้องอาศัยแบบพิธีในการเข้าสู่ราคาเหมือนกับการการขายทอดตลาดแบบยื่นซองประกวดราคา โดยในทางปฏิบัติผู้ทอดตลาดจะขานราคาและผู้สุ่ราคาจะยกมือหากจะรับราชนั้น ขณะเดียวกันผู้สุ่ราคาก็สามารถบอกเสนอราคาใหม่ได้ด้วย ข้อดีของการขายทอดตลาดรูปแบบนี้จึงโดดเด่นในเรื่องของระยะเวลาในการดำเนินการ กล่าวคือ การขายทอดตลาดแบบอังกฤษทำให้ผู้ขายทรัพย์สินได้ประโยชน์ตอบแทนจากราคาทรัพย์สินโดยใช้ระยะเวลาไม่นาน¹⁹

¹⁸ วันดี เอื้อสกุลพิพัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 17.

¹⁹ วันดี เอื้อสกุลพิพัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 18.

3) การขายทอดตลาดแบบวิลันดา (Dutch Auction)

การขายทอดตลาดแบบวิลันดา มีความหมายสองความหมาย ดังนี้
 การขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจะเสนอราคาเริ่มแรกไว้เป็นราคาที่สูง จากนั้น
 ก็จะลดราคาลงมาเรื่อย ๆ จนกระทั่งทรัพย์สินนั้นถูกขายออกไป

วิธีการเสนอขายหุ้นโดยบริษัทจะเป็นฝ่ายเสนอช่วงของราคา ในขณะที่ผู้ถือหุ้น
 จะเป็นฝ่ายแจ้งว่าประสงค์จะขายหุ้นในจำนวนและราคาเท่าใด และบริษัทจะซื้อหุ้นตามจำนวน
 ที่ต้องการในราคาต่ำที่สุดที่ผู้ถือหุ้นเสนอขาย หรือที่เรียกว่าวิธีการเสนอขายโดยการขายทอดตลาด
 แบบวิลันดา (Dutch-auction Tender Method)²⁰

การขายทอดตลาดแบบวิลันดา มีวิธีการ คือ ผู้ทอดตลาดจะขานราคาสูงสุดของ
 ทรัพย์สินที่จะขาย หากไม่มีผู้ใดตอบรับราคา ผู้ทอดตลาดจะลดราคาลงมาเรื่อย ๆ จนกระทั่งมี
 ผู้ตอบรับราคาดังนั้น ซึ่งจะตรงกันข้ามกับการขายทอดตลาดแบบอังกฤษ โดยทั่วไปการขายทอดตลาด
 แบบวิลันดาจะใช้กับการขายทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่มีจำนวนมากกว่า 1 ชิ้นให้แก่ผู้ซื้อทรัพย์สินที่มี
 จำนวนมากกว่า 1 คน ซึ่งแทนที่ผู้ทอดตลาดจะต้องระบุนายการทรัพย์สินแต่ละชิ้นซึ่งเป็นชนิด
 เดียวกัน ผู้ทอดตลาดก็สามารถระบุนายการทรัพย์สินชนิดหนึ่งพร้อมแจ้งจำนวนชิ้นของทรัพย์สิน
 ชนิดนั้นไปในคราวเดียวกันได้ และผู้ตอบรับราคาก็จะเป็นผู้ซื้อทรัพย์สินชิ้นหนึ่งหรือหลายชิ้นในการ
 ขายทอดตลาดนั้น โดยราคาของผู้ตอบรับราคาทรัพย์สินชิ้นหนึ่งที่ต่ำที่สุดจะกลายเป็นราคาสำหรับ
 การขายทอดตลาดทรัพย์สินชิ้นอื่น ๆ ด้วย อย่างไรก็ตามการขายทอดตลาดรูปแบบนี้ไม่เป็นที่ยอมรับ
 และแพร่หลาย²¹

4) การขายทอดตลาดผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Reverse Auction หรือ E – Auction)

วันดี เอื้อสกุลพิพัฒน์ อธิบายการขายทอดตลาดผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ว่า
 มีขั้นตอนและวิธีการ คือ ผู้ที่ประสงค์จะขายทรัพย์สินและผู้ที่มีประสงค์จะซื้อทรัพย์สินจะต้องสมัคร
 เป็นสมาชิกของเว็บไซต์ของผู้ทอดตลาดก่อน โดยการระบุชื่อและที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic
 Address) ซึ่งในกรณีของ eBay ถ้าซื้อขายทรัพย์สินที่มีราคาตั้งแต่ 15,000 เหรียญสหรัฐอเมริกาขึ้นไป
 จะต้องมี การพิสูจน์ตัวตนบุคคลโดยใช้ข้อมูลบัตรเครดิตหรือบัตรประจำตัวประชาชนด้วย เมื่อผู้ทอดตลาด

²⁰ Black's Law Dictionary 2000 (Seventh Edition): "Dutch Auction" means (1) An auction in which property is initially offered at an excessive price that is gradually lowered until the property is sold. (2) A method of tendering stock shares, by which a corporation provides a price range, shareholders indicate how many shares they will sell and at what price, and the corporation buys however many shares it wants at the lowest prices offered.

²¹ วันดี เอื้อสกุลพิพัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 19.

ตอบรับการเป็นสมาชิกแล้วก็จะได้รับรหัสผ่านเพื่อขายหรือซื้อทรัพย์สินในเว็บไซค์นั้น ผู้ทอดตลาดผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยอย่าง pramool.com ก็มีขั้นตอนและวิธีการในการขายทอดตลาดที่คล้ายกัน การสมัครสมาชิกธรรมดาเพื่อขอรหัสผ่านจะใช้ข้อมูลในการสมัครเพียงชื่อและที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น แต่การสมัครสมาชิกพิเศษจะต้องมีการระบุเลขประจำตัวประชาชนและหมายเลขโทรศัพท์ด้วย เพื่อรับรองความมีตัวตนและเพื่อให้สามารถติดต่อได้ โดยสมาชิกพิเศษจะได้รับประโยชน์ในแง่ของความน่าเชื่อถือซึ่งเว็บไซค์จะแสดงสัญลักษณ์พิเศษให้ และเฉพาะแต่สมาชิกพิเศษเท่านั้นที่มีสิทธิทำการขายหรือซื้อทรัพย์สินโดยวิธีการขายทอดตลาดได้ ผู้ที่จะขายทรัพย์สินจะต้องระบุรายการข้อมูล และรายละเอียดของทรัพย์สินในเว็บไซค์ให้เพียงพอเพื่อให้ผู้ที่สนใจจะซื้อทรัพย์สินนั้นเข้าใจได้ว่าทรัพย์สินมีสภาพอย่างไร รวมทั้งต้องระบุจำนวนเงินเริ่มต้นในการขายและวิธีการชำระราคาทรัพย์สินด้วย และหากมีการประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดแล้วผู้จะขายทรัพย์สินจะยกเลิกการขายทอดตลาดนั้นไม่ได้ เว้นแต่ราคาสูงสุดที่ได้ยื่นต่ำกว่าราคาที่ผู้จะขายทรัพย์สินตั้งไว้ โดยในการขายทอดตลาดจะมีผู้สุ่มราคาที่สูงขึ้นตามลำดับภายในระยะเวลาที่ผู้จะขายทรัพย์สินกำหนดไว้ เมื่อสิ้นระยะเวลาผู้ทอดตลาดจะประกาศผู้สุ่มราคาสูงสุดและราคาที่ตกลงขายทรัพย์สินนั้น และแจ้งให้ผู้ซื้อทรัพย์สินที่เป็นผู้สุ่มราคาสูงสุดทราบทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Mail) โดยผู้ทอดตลาดจะหักค่าบริการจากราคาทรัพย์สินผ่านทางบัตรเครดิตของผู้ขายทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ทอดตลาดไม่ได้รับมอบทรัพย์สินจากผู้จะขายทรัพย์สินมาไว้ในความครอบครองเพื่อส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อทรัพย์สิน และผู้ทอดตลาดไม่ได้เป็นตัวแทนของผู้จะขายทรัพย์สิน ในการรับชำระราคาทรัพย์สินจากผู้ซื้อทรัพย์สินผู้จะขายทรัพย์สินและผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวจะต้องไปดำเนินการชำระหนี้ที่เกิดจากการซื้อขายนั้นเอง โดยผู้ทอดตลาดจะไม่เกี่ยวข้องในกระบวนการดังกล่าวอีก

การขายทอดตลาดผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นการขายทอดตลาดรูปแบบหนึ่งที่มีการประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดโดยเปิดเผยให้บุคคลทั่วไปร่วมการขายทอดตลาดนั้นได้ รวมทั้งเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปมีโอกาสพิจารณาและตัดสินใจว่าจะซื้อทรัพย์สินนั้นหรือไม่ แม้จะมีขั้นตอนให้ต้องสมัครเป็นสมาชิกของเว็บไซค์ก่อนแต่ก็เป็นเพียงการให้ข้อมูลเพื่อให้ทราบรายละเอียดของบุคคลและช่องทางในการติดต่อกลับเท่านั้น การขายทอดตลาดผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น แม้โดยสภาพผู้ทอดตลาดจะไม่สามารถทำการเคาะไม้เพื่อการขายทอดตลาดบริบูรณ์ได้ แต่การที่ผู้ทอดตลาดประกาศผู้สุ่มราคาสูงสุดและราคาที่ตกลงขายทรัพย์สินนั้นรวมทั้งแจ้งให้ผู้สุ่มราคาสูงสุดทราบทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ก็ถือได้ว่าผู้ทอดตลาดได้แสดงกิริยาอันใด

ตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาดผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์อันเป็นการทำให้การขายทอดตลาดบริบูรณ์ ตามมาตรา 509 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว²²

2.2 ความหมาย ความเป็นมา และหลักการของการค้าของเก่า

นอกจากการศึกษาความหมาย ความเป็นมา และหลักการของการขายทอดตลาดแล้ว การศึกษาความหมาย ความเป็นมา และหลักการของการค้าของเก่าก็มีความสำคัญไม่แพ้กัน เนื่องจากการจะวิเคราะห์กฎหมายในบทต่อไปได้อย่างถูกต้องนั้น จำเป็นที่จะต้องทราบถึงข้อมูลพื้นฐานในเรื่องของความหมาย ความเป็นมา และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการค้าของเก่าด้วย โดยความหมาย ความเป็นมา และหลักการของการค้าของเก่า มีเนื้อหาโดยสังเขป ดังนี้

2.2.1 ความหมายของการค้าของเก่า

คำว่าค้าของเก่านั้น ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายหรือพจนานุกรมฉบับใดให้คำนิยามหรือความหมายไว้อย่างชัดเจน แต่อาจค้นหาความหมายจากคำจากแต่ละคำที่รวมกันเป็นคำว่าค้าของเก่าได้ โดยคำว่า ค้า พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของคำว่า ค้า และค้าขายว่าหมายถึง ซื้อขายสินค้าหรือบริการ และทำมาหากินในทางซื้อขาย²³ ตามลำดับ โดยทั้งสองคำดังกล่าวเป็นคำกริยา และสำหรับคำว่า ของเก่า นั้น มีสองความหมาย ความหมายแรกหมายความว่าของโบราณหรือของใช้แล้ว ความหมายที่สองหมายความว่า ทรัพย์สินที่เสนอขาย แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายโดยประการอื่นอย่างทรัพย์สินที่ใช้แล้ว ทั้งนี้ รวมถึงของโบราณด้วย โดยคำว่าของเก่านี้นี้เป็นคำนาม

เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า ค้า หรือค้าขาย รวมกับคำว่า ของเก่า จึงอาจสรุปความหมายได้ว่า ค้าของเก่า หมายถึง การซื้อขาย หรือประกอบอาชีพ โดยการซื้อขายทรัพย์สินที่ผ่านการใช้แล้ว รวมถึงของโบราณด้วย โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำว่า ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง เป็นไปตามมาตรา 137 ซึ่งมีความหมายแคบกว่าคำว่าทรัพย์สินในมาตรา 138 ที่บัญญัติว่า ทรัพย์สิน หมายความว่ารวมถึงทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ดังนั้น เมื่อของเก่าหมายถึงทรัพย์สินที่ใช้แล้ว การค้าของเก่าจึงหมายถึงการซื้อขายวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น

2.2.2 ความเป็นมาของการค้าของเก่า

ในชีวิตประจำวันมนุษย์เรามักทำกิจกรรมต่าง ๆ ในชีวิตกันวันละหลายกิจกรรม โดยในบางครั้งอาจไม่รู้สึกรู้ว่าการกระทำกิจกรรมนั้นเป็นการทำสัญญาเพราะเป็นไปในลักษณะของความ

²² วันดี เอื้อสกุลพิพัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 21 - 23.

²³ สำนักงานราชบัณฑิตยสถาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 253.

เลขเงินที่เกิดขึ้นในแต่ละวัน สัญญาที่ทำกันบ่อย ๆ นั้น ก็ได้แก่ สัญญาซื้อขาย เพราะในการดำรงชีวิต เรามีความจำเป็นต้องซื้อขายเพื่อแลกเปลี่ยนทรัพย์สินกันเพื่อตอบสนองความต้องการของแต่ละคน โดยทรัพย์สินที่นำมาทำการซื้อขายก็มีได้ทั้งทรัพย์สินที่ถูกสร้าง ถูกทำขึ้นมาใหม่ หรือที่เรียกกันอีกอย่างหนึ่งว่าสินค้าใหม่หรือของมือหนึ่ง หรือทรัพย์สินที่ผ่านการใช้งานมาแล้วหรือที่เรียกว่าของมือสอง การค้าของเก่าก็เป็นการทำสัญญาซื้อขายรูปแบบหนึ่ง กระทำโดยบุคคลที่มีสิทธิทำสัญญาหรือบุคคลที่มีสิทธิจะขายทรัพย์สินนั้น ซึ่งก็คือเจ้าของทรัพย์สินหรือเจ้าของกรรมสิทธิ์ โดยหลักแล้วผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมมีอำนาจในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตนได้ ซึ่งคำว่า “จำหน่าย” หมายถึง การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไม่ว่าโดยการกระทำใด ๆ การค้าของเก่าจึงเป็นการกระทำที่ถือเป็นการทำสัญญาซื้อขายอย่างหนึ่งซึ่งถือกำเนิดเกิดขึ้นในสังคมมานานแล้ว

เนื่องจากการค้าของเก่าหรือการทำสัญญาซื้อขายนั้นกระทำได้ง่าย และในทางข้อเท็จจริงนั้นก็เป็นกรยากที่ผู้ซื้อจะทราบได้ว่าผู้ขายเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงหรือไม่ และจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมไทยมักพบว่าผู้หาเลี้ยงชีพในการออกร้านของที่ใช้แล้ว มักจะชอบซื้อของที่มีผู้ลักลอบนำมาขาย พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 จึงได้ทรงมีพระราชดำริให้ตรากฎหมายมาควบคุมการค้าของเก่าขึ้นเป็นฉบับแรกในพุทธศักราช 2474 โดยตราเป็นพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 กำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณาการออกใบอนุญาตและควบคุมการประกอบอาชีพว่าผู้ขออนุญาตมีฐานะ ความประพฤติ และวิธีการค้าขาย สถานที่ค้าขาย ที่สมควรได้รับอนุญาตหรือไม่ เพื่อป้องกันการรับซื้อของโจรมาจำหน่าย และป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เจตนารมณ์ของกฎหมายควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่าจึงเป็นไปเพื่อป้องกันการโจรกรรมทรัพย์สินของผู้อื่นมาขาย หรือการรับซื้อของโจร อันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค เพราะประเด็นสำคัญในการทำสัญญาซื้อขายก็คือ ผู้ขายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือไม่ หากผู้ขายไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์และผู้ซื้อทำการซื้อไป ผู้ซื้อก็จะไม่ได้กรรมสิทธิ์ตามหลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” นอกจากนี้เจตนารมณ์ของกฎหมายควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่ายังเป็นไปเพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการที่อาจได้รับผลกระทบจากการซื้อทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดอีกด้วย²⁴

²⁴ กรมการปกครอง. (2555). *คู่มือการปฏิบัติงานการตรวจในอำนาจหน้าที่ของพนักงานฝ่ายปกครองตามกฎหมาย 6 ฉบับ*. กรุงเทพฯ : อสารักยาดินแดน. หน้า 1.

2.2.3 หลักการของการค้าของเก่า

การค้าของเก่าเป็นการซื้อขายทรัพย์สินที่ไม่ได้มีแบบพิธีหรือขั้นตอนที่กำหนดให้ผู้ขายหรือผู้ซื้อต้องดำเนินการเช่นการขายทอดตลาดที่มีขั้นตอนหรือรูปแบบพิธีในการซื้อขาย เช่น กำหนดให้ก่อนทำการขายทอดตลาดจะต้องมีการประกาศโฆษณาและมีการนำทรัพย์สินออกให้ผู้ประสงค์จะซื้อตรวจดู โดยผู้ใดที่ประสงค์จะซื้อจะต้องเข้าสู่ราคาบัน และหากผู้ใดให้ราคาสูงสุดผู้ทอดตลาดจะแสดงความตกลงด้วยเคาะไม้หรือด้วยกริยาอย่างอื่นตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาด เป็นต้น การค้าของเก่านั้นเป็นการซื้อขายกันในรูปแบบปกติโดยสาระสำคัญของการค้าของเก่าอยู่ที่ตัวทรัพย์สินซึ่งทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ใช้แล้ว หลักการของการค้าของเก่าจึงเป็นไปตามหลักการของการทำสัญญาซื้อขายซึ่งมีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้

(1) ต้องมีการ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย

โดยหลัก กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่เมื่อ ได้ตกลงทำสัญญาซื้อขายกัน เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะยังไม่โอนไป

สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา ซึ่งกรรมสิทธิ์จะโอนก็ต่อเมื่อเกิดเงื่อนไขหรือถึงกำหนดเงื่อนไขเวลา สัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไข หมายถึง การที่ผู้ซื้อผู้ขายตกลงกันเอาเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนบางอย่างมากำหนดไว้ว่า ถ้าเหตุการณ์นั้นเกิด กรรมสิทธิ์ก็โอนเพราะฉะนั้นกรรมสิทธิ์จึงยังไม่โอนจนกว่าเหตุการณ์นั้นเกิด ส่วนสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขเวลานั้น หมายถึง การที่ผู้ซื้อผู้ขายตกลงกันให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้น โอนไปเมื่อถึงเวลาใดเวลาหนึ่งซึ่งได้กำหนดไว้

สัญญาซื้อขายทรัพย์สินที่ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หมายถึง สัญญาซื้อขายทรัพย์สินที่ยังไม่ได้กำหนดประเภทหรือจำนวนไว้แน่นอนว่าอันไหน สิ่งไหน ตัวไหน ในกรณีเช่นนี้กรรมสิทธิ์จะโอนก็ต่อเมื่อได้ทำให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วโดยการนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือกเพื่อให้เกิดความแน่นอนว่าอันไหน อันไหน ตัวไหน หรือจำนวนไหน

สัญญาซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่ยังต้องดำเนินการบางอย่างเพื่อให้รู้ราคาแน่นอน ในกรณีนี้กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปจนกว่าจะได้มีการกระทำเพื่อให้รู้ราคานั้นก่อน

การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษกรรมสิทธิ์จะโอนก็ต่อเมื่อมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เรียบร้อยแล้ว

(2) ต้องมีการตกลงว่าจะชำระราคา

เพียงแต่ตกลงกันว่าจะชำระราคาก็เป็นการเพียงพอแล้ว ยังไม่ต้องชำระราคากันทันที จะตกลงชำระกันในภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ได้

(3) บุคคลที่มีสิทธิทำสัญญา

โดยหลักแล้วบุคคลจะทำนิติกรรมได้เองต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว กล่าวคือ มีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป หรือบรรลุนิติภาวะโดยการสมรส อย่างไรก็ตาม ผู้เยาว์หรือบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะก็สามารถกระทำนิติกรรมได้หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่สมแก่ฐานะและจำเป็นแก่การดำรงชีพของผู้เยาว์ คุณสมบัติสำหรับผู้ซื้อนั้นไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่ต้องพิจารณาเพิ่มเติม แม้ผู้ซื้อจะเป็นผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะก็สามารถเป็นผู้ซื้อได้หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แต่สำหรับผู้ขายนั้นเพียงแต่บรรลุนิติภาวะอย่างเดียวยังไม่เพียงพอ ผู้ขายต้องเป็นผู้มีสิทธิที่จะขายทรัพย์สินนั้นด้วยเพื่อที่ผู้ซื้อจะได้กรรมสิทธิ์โดยสมบูรณ์ ซึ่งผู้สิทธิที่จะขายทรัพย์สินก็คือเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จะขายนั้น ซึ่งตามหลักกฎหมายแล้ว ผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมมีอำนาจในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตน คำว่า “จำหน่าย” ในที่นี้หมายถึง การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไม่ว่าโดยการกระทำใด ๆ ดังนั้น ในเวลาที่ทำสัญญาซื้อขายผู้ซื้อจะต้องพิจารณาดูให้ได้ว่าผู้ขายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือไม่ เพราะหากผู้ขายไม่ได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือเจ้าของกรรมสิทธิ์ผู้ซื้อก็ย่อมไม่ได้กรรมสิทธิ์ เป็นไปตามหลักเรื่อง “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน”

2.3 หลักนิติรัฐและหลักความชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐ

นอกจากความหมาย ความเป็นมาและหลักการของการขายทอดตลาดและค้ำของเก่าดังที่ได้ศึกษามาแล้ว เนื่องจากกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการขายทอดตลาดและค้ำของเก่าเป็นกฎหมายมหาชน ดังนั้น เพื่อให้ทราบถึงหลักการของกฎหมายมหาชนที่เป็นพื้นฐานหรือเกี่ยวข้องในการวิเคราะห์กฎหมายควบคุมการขายทอดตลาดและค้ำของเก่าในบทต่อไป จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องซึ่งก็คือหลักนิติรัฐ โดยรายละเอียดของหลักการดังกล่าวนี้มีดังต่อไปนี้

2.3.1 การกำเนิดของคำว่านิติรัฐ และความหมายของหลักนิติรัฐ

คำว่า “นิติรัฐ” หรือ “Legal State” ในภาษาอังกฤษ หรือ “État de droit” ในภาษาฝรั่งเศส หรือ “Rechtsstat” ในภาษาเยอรมัน เป็นหนึ่งในหลักการทางกฎหมายมหาชนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในปี ค.ศ. 1798 นับเป็นครั้งแรกที่มีการกล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” เนื่องจาก วิลเฮม ปีเตอร์เซ็น ได้เขียนหนังสือวิจารณ์ “Police State” โดยเปรียบเทียบ “กฎหมายของรัฐ” (Staatsrecht) ซึ่งหมายถึงกฎหมายมหาชน คือรัฐกำหนดที่เจ้าชายตราขึ้นเพื่อจัดระเบียบสังคมตามความพอใจของ “เจ้าชาย” กับ “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับบุคคล เอกชน เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ กฎหมายธรรมชาติ หรือสิทธิมนุษยชน โดย “นิติรัฐ” เป็นหลักการที่ถือว่า

สิทธิมนุษยชนย่อมมาก่อนรัฐกำหนด รัฐกำหนดจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีการเคารพสิทธิมนุษยชน ซึ่งตรงข้ามกับ “Police State” ซึ่งเป็นหลักการที่ถือว่ารัฐกำหนดมาก่อนสิทธิมนุษยชน²⁵

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ อธิบายความหมายของหลักนิติรัฐในบทความเรื่อง “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและผลที่มีต่อองค์กรตุลาการ ซึ่งจัดพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม - เมษายน พ.ศ. 2560 สรุปความได้ว่า คาร์เร่ เดอ มาลแบร์ (Carré de Malberg) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส อธิบายความหมายของหลักนิติรัฐไว้ว่า นิติรัฐในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน หมายถึง รัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใด ๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายซึ่งส่วนหนึ่งได้บัญญัติรับรอง สิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนเอาไว้ อีกส่วนหนึ่งได้บัญญัติไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อจำกัดต่าง ๆ เกี่ยวกับวิธีการซึ่งฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย “นิติรัฐ” จึงหมายถึงรัฐที่ปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่หรือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย มิใช่โดยมนุษย์ เพราะแม้แต่องค์กรผู้ตรากฎหมายและใช้บังคับกฎหมายก็ต้องผูกพันอยู่ภายใต้อำนาจแห่งกฎหมายที่ตนได้ตราขึ้น

นอกจากความหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ยังได้บรรยายเพิ่มเติมสรุปความได้ว่า ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา อธิบายว่า “นิติรัฐ” นั้นเป็นหลักการที่รัฐยอมผูกพันตนกับกฎหมายที่ตนเป็นผู้ตราขึ้น ดังนั้น กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจึงเป็นพื้นฐานที่มาแห่งอำนาจและเป็นข้อจำกัดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย เมื่อรัฐบาลและฝ่ายปกครองยอมอยู่ใต้กฎหมาย ยอมเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่าง ๆ แห่งกฎหมายทั้งในด้านการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ “นิติรัฐ” จึงเป็นรัฐที่มุ่งจำกัดและกำหนดกรอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองโดยกฎหมายเพื่อให้รัฐบาลปกครองประชาชนภายใต้กรอบของกฎหมายเท่านั้นและมีให้สามารถใช้อำนาจนั้นตามอำเภอใจ ไม่มีขอบเขต หรือไร้กฎเกณฑ์จนทำลายสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของผู้อยู่ใต้การปกครอง นิติรัฐ จึงเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย มิใช่โดยเจตจำนงของมนุษย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองรัฐ²⁶

²⁵ ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2560). หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและผลที่มีต่อองค์กรตุลาการ. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 19 (55). หน้า 21.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22 - 23.

2.3.2 หลักการสำคัญของหลักนิติรัฐ

ในบทความฉบับเดียวกันของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ มีการอ้างอิงว่า ศาสตราจารย์ บรรเจิด ลิงคะเนติ อธิบายว่า Theodor Maunz นักกฎหมายมหาชนชาวเยอรมัน มีความเห็นว่า “หลักนิติรัฐ” ประกอบด้วยหลักการที่เป็นสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

- (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ
- (2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
- (3) หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง
- (4) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา
- (5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
- (6) หลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”
- (7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

โดย Theodor Maunz เห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นมรดกของ “หลักนิติรัฐ” เมื่อรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงที่สุดในระบบกฎหมายของรัฐ กฎหมายลำดับต่ำกว่าจึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ หากกฎหมายลำดับต่ำกว่านั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้ เช่นเดียวกันผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ก็ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า หลักนิติรัฐนั้นเป็นประโยชน์ต่อระบอบประชาธิปไตยและกระบวนการยุติธรรมอย่างยิ่ง เนื่องจากทำให้เกิดทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นแห่งกฎหมาย (le principe de hiérarchie des normes) หรือ “พีระมิดแห่งกฎหมาย” ซึ่งหมายความว่าบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับภายในรัฐนั้นมิได้อยู่ในระนาบเดียวกันทั้งหมด แต่มีลำดับชั้นสูงต่ำลดหลั่นกันลงมา สามารถแบ่งได้เป็นเป็น 4 ระดับ ได้แก่

- (1) รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายสูงสุด
- (2) รัฐบัญญัติ หรือกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตรา
- (3) อนุบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามที่รัฐบัญญัติได้ให้อำนาจไว้ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง
- (4) กฎหมายลำดับรอง หรือกฎหมายที่นิติบุคคลซึ่งได้รับการกระจายอำนาจจากรัฐเป็นผู้ตราขึ้น แบ่งได้เป็น

(ก) กฎหมายลำดับรองที่องค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจทางเขตแดนหรือทางพื้นที่ เช่น กฎหมายที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ตราขึ้นในรูปของข้อบัญญัติท้องถิ่น

(ข) กฎหมายลำดับรองที่องค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจทางบริการหรือทางเทคนิค เช่น กฎหมายที่รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชน หรือองค์กรอิสระเป็นผู้ตราขึ้น ในรูปของข้อบังคับขององค์กร

จากทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นแห่งกฎหมายข้างต้น จะเห็นได้ว่า “หลักนิติรัฐ” เป็นหลักที่ทำให้มีหลักการทางกฎหมายที่สำคัญเกิดขึ้นตามมาอีกหลายหลักการ ได้แก่

(1) “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ” หรือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติทั้งในเชิงเนื้อหาและในเชิงรูปแบบ

(2) “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง” หรือ “หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” กล่าวคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง จะกระทำการใด ที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติให้อำนาจไว้ หรือที่กล่าวกันว่า “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”²⁷

(3) หลักกฎหมายที่มีระดับต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีระดับสูงกว่ามิได้

2.3.3 แนวคิดเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย

ก่อนหน้าที่จะมีแนวคิดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นที่เข้าใจกันว่าไม่มีสิ่งใดจะมาขัดขวางหรือจำกัดการใช้อำนาจของรัฐหรือฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ (puissance publique) อันเป็นอำนาจพิเศษที่เหนือเอกชน การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจึงมีความสูงสุดและไม่มีข้อจำกัด แต่เมื่อมีการสร้างระบบรัฐธรรมนูญขึ้นให้เป็นกฎหมายในลำดับชั้นสูงสุด และมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้กฎหมายในลำดับชั้นต่ำกว่าไม่สามารถขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้ การดำเนินการของฝ่ายปกครองจึงต้องเป็นไปภายใต้หลักเดียวกัน คือ การกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่าไม่ได้ หลักดังกล่าวจึงเป็นการทำให้อำนาจของฝ่ายปกครองถูกจำกัดลงและไม่มีอิสระในการดำเนินการตามอำเภอใจได้อีกต่อไป

เมื่อหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายถูกสร้างขึ้นและนำมาใช้กับฝ่ายปกครอง จึงทำให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถดำเนินการนั้นได้ การให้ฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมีผลทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามมา เพราะหากไม่มีหลักดังกล่าวฝ่ายปกครองอาจใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจเกินกว่าความจำเป็นอันจะทำให้เกิดปัญหาแก่ประชาชนได้ ดังนั้น ในรัฐสมัยใหม่ที่ให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงนำหลักว่าด้วยความชอบด้วย

²⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 25. หน้า 23 - 24.

กฎหมายมาใช้ เพื่อเสริมประสิทธิภาพในการพิทักษ์และรักษาสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเพื่อให้การดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย²⁸

2.3.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐ

ดังที่กล่าวมาในหัวข้อที่แล้วว่าหลักนิติรัฐนั้นเป็นหลักที่ทำให้เกิดทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นแห่งกฎหมาย และจากทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นแห่งกฎหมายก็ทำให้เกิดหลักการทางกฎหมายที่สำคัญเกิดขึ้นตามมาอีกหลายหลักการเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏในนิติรัฐนั้น ต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง การกระทำขององค์กรของรัฐทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของฝ่ายบริหาร หรือการกระทำของฝ่ายตุลาการ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และการกระทำเหล่านั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการที่ต้องชอบด้วยกฎหมายนี้ เรียกว่า ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ

ประการที่สอง หากองค์กรของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐจะต้องมีกลไกและกระบวนการที่จะทำให้การกระทำนั้นสิ้นผล และหากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลคนอื่นบุคคลใด รัฐจะต้องมีกลไกและกระบวนการในการเยียวยาหรือชดเชยค่าเสียหายให้แก่บุคคลที่เป็นผู้เสียหายนั้นด้วย โดยกลไกและกระบวนการนี้ เรียกว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ

ในลำดับต่อไปจะขออธิบายเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ ซึ่งรายละเอียดของแต่ละหลักการสรุปได้ดังต่อไปนี้

2.3.4.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติ หรือการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ

การกระทำทางนิติบัญญัติหรือการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ หมายถึง การใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติในนิติรัฐจึงมีอยู่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารตราและออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายลำดับสูงสุดได้บัญญัติให้อำนาจไว้ให้สามารถกระทำได้ ทั้งนี้ กฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้นั้น ต้องผ่านกระบวนการตราและออกโดยองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชนที่มีหน้าที่และอำนาจในการตรา

²⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1229>. [2563, 28 เมษายน].

และออกกฎหมายมาใช้บังคับด้วย กล่าวคือ ต้องเป็นการตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้ที่ประชาชนเลือกให้มาเป็นตัวแทนในการออกกฎหมายเท่านั้น

สำหรับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จะมีการควบคุม โดยองค์กรที่มีหน้าที่และอำนาจในการตีความกฎหมาย เช่น ศาลยุติธรรมหรือศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดหรือผู้วินิจฉัยว่ากฎหมายที่ออกนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งหากศาลเห็นว่ากฎหมายที่ออกมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ก็จะมีผลทำให้กฎหมายนั้นไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ต้น

กล่าวโดยสรุปคือ การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายในลำดับสูงสุด ไม่ได้ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติจะต้องเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติจึงจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ การบัญญัติกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจึงสามารถกระทำได้เมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะกระทำได้ในขอบเขตอำนาจนั้นเท่านั้น²⁹

2.3.4.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางบริหาร หรือการกระทำของฝ่ายบริหาร

ฝ่ายบริหารนั้นมีสองส่วนด้วยกัน ส่วนที่หนึ่งเป็นฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล และส่วนที่สองเป็นฝ่ายปกครอง การกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นรัฐบาลนั้น เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล (l'acte De Gouvernement, Government Act) จะถูกควบคุมทางการเมือง เช่น การตั้งกระทู้ถาม การลงมติไม่ไว้วางใจ เป็นต้น แต่จะไม่ถูกควบคุมโดยศาล ส่วนการกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครองนั้น เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชน โดยจะเป็นฝ่ายที่มีปฏิสัมพันธ์กับประชาชนมากที่สุดเพราะเป็นผู้รับนโยบายมาปฏิบัติ ความสัมพันธ์ดังกล่าวจึงอาจทำให้มีกระทบและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนได้ จึงมีแนวคิดว่า การกระทำทางปกครอง (l'acte Administratif, Administrative Act) ของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและต้องมีการควบคุมตรวจสอบ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลปกครองจะเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจนี้

ดังที่กล่าวมาในข้างต้นว่า การกระทำของฝ่ายบริหารนั้น แยกออกเป็น 2 ส่วน คือ การกระทำของรัฐบาล กับ การกระทำของฝ่ายปกครอง แต่เฉพาะการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย การกระทำทางปกครองใดหากไม่ชอบด้วย

²⁹ ธนพล ภาคสุข. (2560). *ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการขายทอดตลาด และคำของเก่า*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 21 - 22.

กฎหมายจะมีกระบวนการในการควบคุม เช่น มีการยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบนั้น และหากการกระทำที่ไม่ด้วยกฎหมายชอบนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใด ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในความเสียหายและต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นด้วย

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้เป็นหลักที่กำหนดให้การกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐเหนือประชาชนต้องมีกรอบในการใช้อำนาจอันเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และวางหลักเพื่อให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐ โดยฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และต้องใช้อำนาจดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย หากมีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นหลักที่ควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง การกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยคำว่ากฎหมายในที่นี้หมายความรวมถึงกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติตลอดจนกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง (Ministerial Regulation) ประกาศ ข้อบังคับต่าง ๆ ด้วย³⁰

2.3.4.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการ หรือการกระทำของฝ่ายตุลาการ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการ คือ การใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ซึ่งองค์กรตุลาการมีหน้าที่ควบคุมการกระทำต่าง ๆ ของบุคคลและองค์กรของรัฐให้เคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายโดยการยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ถือได้ว่าเป็นองค์กรที่สร้างหลักประกันในการให้ความคุ้มครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการในนิติรัฐ คือการมีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ แต่อย่างไรก็ตาม แม้วางค์กรตุลาการจะถือเป็นองค์กรที่มีอิสระในการใช้อำนาจมากกว่าองค์กรอื่น เพราะเป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของตุลาการ แต่องค์กรตุลาการก็ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย กล่าวคือ ตุลาการต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามตัวบทกฎหมาย ต้องใช้กฎหมายด้วยความเที่ยงธรรมและปราศจากอคติ และเพื่อให้การตรวจสอบควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการสอดคล้องและเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย

³⁰ ธนพล ภาคสุข, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 29, หน้า 23 – 24.

เช่นเดียวกันกับองค์กรอื่น จึงมีระบบศาลเกิดขึ้นเพื่อให้ศาลในระดับชั้นที่สูงกว่าสามารถตรวจสอบดูแลได้ว่าศาลในระดับล่างวินิจฉัยชี้ขาดคดีเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่³¹

2.4 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

เนื่องจากกฎหมายที่ใช้ควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่าในประเทศไทย ซึ่งก็คือพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 นั้น มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และประเด็นดังกล่าวก็เป็นปัญหาหนึ่งที่ผู้เขียนหยิบยกมาทำการศึกษาในครั้งนี้ ดังนั้น การศึกษาหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพจึงมีความสำคัญเพราะจะทำให้เข้าใจหลักการและใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์และเสนอแนวทางแก้ไขปรับปรุงในบทถัดไปต่อไป โดยผู้เขียนจะขอนำเสนอหลักการเป็นลำดับ ดังต่อไปนี้

2.4.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

“สิทธิและเสรีภาพ” มาจากคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ประกอบกัน ความหมายของคำว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นมีนักวิชาการสาขานิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายไว้ เช่น

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ว่ามีสองความหมาย ได้แก่ การมองจากอำนาจของผู้ทรงสิทธิ คือ “อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง (Willensmacht)” และการมองจากวัตถุประสงค์ของสิทธิ คือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้” ซึ่งเป็นแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน Rudolf Von Jhering ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัยยังได้อธิบายเพิ่มเติมว่าสิทธิตามกฎหมายมหาชนนั้น หมายถึง การที่รัฐยอมผูกพันตนเอง อันเป็นการยอมผูกมัดของอำนาจสาธารณะ (Öffentliche Gewalt) เพื่อประโยชน์ของเอกชน สิทธิตามกฎหมายมหาชนจึงเป็นสิทธิของราษฎรที่มีต่อรัฐและอำนาจสาธารณะอื่น ๆ³²

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ มีความเห็นว่า “สิทธิ” คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น³³

³¹ ธนพล ภาคสุข, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29, หน้า 22.

³² หยุด แสงอุทัย, (2545), *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, กรุงเทพฯ : ประกายพริก, หน้า 225 - 226.

³³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (2543), *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 22.

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต และคณะ มีความเห็นว่า “สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินและบุคคลอื่น ๆ หรือเรียกร้องให้บุคคลหรือคณะบุคคลอื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน³⁴

รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียง ไกร เจริญธนาวัฒน์ อธิบายว่า “เสรีภาพ” เป็นเงื่อนไขของบุคคลที่ไม่ขึ้นต่อผู้หนึ่งผู้ใดและเป็นอำนาจหรือมีอำนาจที่จะกระทำหรือไม่กระทำก็ได้ เสรีภาพคืออำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง³⁵

จากความหมายที่นักวิชาการทางกฎหมายหลาย ๆ ท่านได้อธิบายข้างต้น สามารถสรุปความหมายของคำว่า “สิทธิ” ได้ว่า สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ในทางใดทางหนึ่ง ทั้งที่เป็นรูปธรรมและเป็นนามธรรม ถ้ากฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายสูงสุดของรัฐคือรัฐธรรมนูญคุ้มครองและรับรองสิทธิใดแล้ว จะทำให้เกิดหน้าที่แก่รัฐที่จะต้องเคารพสิทธินั้น อีกทั้งยังก่อให้เกิดหน้าที่แก่ประชาชนในการที่จะต้องเคารพสิทธิซึ่งกันและกันด้วย และถ้าเป็นสิทธิที่โดยสภาพไม่อาจใช้ได้โดยทันที แต่ต้องมีกลไกหรือมีกฎหมายมารองรับ รัฐย่อมมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธินั้นได้ด้วย

สำหรับความหมายของคำว่า “เสรีภาพ” นั้น หมายถึง คือการที่บุคคลมีอิสรภาพที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ ภายในขอบเขตที่จะไม่ล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งเสรีภาพของผู้อื่น ทั้งนี้ เสรีภาพอาจจะถูกรัฐจำกัดได้ภายใต้เงื่อนไขของการจำกัดเสรีภาพซึ่งกระทำได้เพียงเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้

คำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” นั้น มักจะมีการใช้ร่วมกันซึ่งอาจทำให้เข้าใจไปว่าทั้งสองคำมีความหมายอย่างเดียวกัน แต่แท้จริงแล้วคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” มีความหมายแตกต่างกัน โดย “สิทธิ” เป็นอำนาจของบุคคลที่มีอยู่เพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ “เสรีภาพ” คืออำนาจของบุคคลที่มีอยู่เหนือตนเองในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำเภอใจของตน ผู้ใดจะมาบังคับหรือโน้มน้าวให้บุคคลกระทำการอย่างใดไม่ได้

³⁴ อุดม รัฐอมฤต และคณะ. (2544). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ : นานาส์สิ่งพิมพ์. หน้า 44.

³⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 24.

2.4.2 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

2.4.2.1 ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อธิบายว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักพื้นฐานของการปกครองที่ว่า รัฐ องค์การของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และประชาชน ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย องค์การของรัฐที่เป็นหน่วยงานที่ใช้อำนาจรัฐเหนือประชาชนไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการ ต้องอยู่ภายใต้หลักดังกล่าว การกระทำขององค์กรดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการกระทำขององค์กรเหล่านี้ด้วย โดยองค์การของรัฐ จะกระทำการอันเป็นการลิดรอน ละเมิด หรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ในประเทศที่เป็นนิติรัฐนั้น รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนที่สำคัญไว้ มีผลทำให้ทุกองค์กรของรัฐต้องผูกพันตาม หลักนิติรัฐ จึงเป็นหลักที่มีความสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเพราะเป็นหลักที่ประกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำของรัฐ ซึ่งหลักนิติรัฐมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นหลักที่มุ่งโดยตรงต่อการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองที่ต้องอยู่ภายใต้กรอบแห่งกฎหมาย เพราะฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่มีความสัมพันธ์กับประชาชนมากที่สุด ดังนั้น จึงต้องมุ่งควบคุมการกระทำหรือนิติกรรมของฝ่ายปกครองให้อยู่ในขอบอำนาจแห่งกฎหมายเพื่อมิให้ไปล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและปกป้องและคุ้มครองประชาชนจากการกระทำหรือนิติกรรมของฝ่ายปกครองด้วย

ส่วนหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นหลักที่มุ่งเน้นในการควบคุมการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้อยู่ภายใต้กรอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายตามอำเภอใจและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนี้เป็นหลักที่กำหนดว่าองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยปราศจากอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ได้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะให้อำนาจดังกล่าวไว้ และถึงแม้รัฐธรรมนูญจะให้อำนาจดังกล่าวไว้ ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้น หรือฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมิได้ ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ต้องเป็นกฎหมายที่ออกมาโดยประชาชนหรือองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชนเท่านั้น องค์กรอื่นไม่มีอำนาจจะดำเนินการนั้นได้ เว้นแต่จะได้มีการมอบอำนาจจากประชาชนหรือผู้แทนของประชาชนหรือฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เฉพาะ

เพื่อการบางอย่างหรือเฉพาะแต่ในบางสถานการณ์เท่านั้น ดังนั้น การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ อันเป็นการฝ่าฝืนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพหรือฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญจึงเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบและทำให้กฎหมายที่ออกมานั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่สามารถใช้บังคับได้³⁶

2.4.2.2 กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับในกรณีจำเป็นต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพ

สิ่งที่ทราบดีแล้วว่าเป็นรัฐสมัยใหม่นั้นประเทศที่เป็นนิติรัฐจะให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ดีหากประชาชนมิเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตจำกัด สภาวะอนาธิปไตย (anarchie) ก็จะเกิดขึ้น ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ อธิบายในบทความดังที่ได้อ้างในข้างต้นว่า หากทุกคนใช้เสรีภาพอย่างเต็มที่ก็จะกระทบต่อชีวิตทรัพย์สิน หรือร่างกายของบุคคลอื่นจนทำให้สังคมเหลืออยู่เฉพาะผู้ที่แข็งแกร่งเท่านั้น ผู้ที่อ่อนแอกว่าจะตกเป็นเบี้ยล่างและถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพจนเป็นเหตุให้เกิดการไร้เสรีภาพได้ มนุษย์จึงคิดหาวิธีการเพื่อไม่ให้สังคมเข้าสู่สภาวะเช่นนั้น โดยการเข้าร่วมตัวกันเป็นสังคมและยอมรับอำนาจการเมืองว่าเป็นอำนาจที่อยู่เหนือตนเป็นอำนาจสูงสุดที่อยู่เหนือทุกคน และใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือเปรียบเสมือนกรรมการคอยรักษากติกาไม่ให้ผู้ที่เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตรังแกผู้ที่อ่อนแอกว่า ดังนั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยรัฐจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นและมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และการจำกัดสิทธิเสรีภาพมิได้มีแต่ข้อเสียเพียงอย่างเดียว หากแต่มีข้อดีด้วยคือเป็นการจำกัดเพื่อปกป้องและคุ้มครองไม่ให้รัฐและผู้อื่นมาล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแต่ละคน

รากฐานของเกณฑ์ที่ใช้บังคับในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ มาจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1285 มาตรา 4 ที่วางหลักว่า "เสรีภาพคือความสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น" ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ต้องยอมให้สมาชิกอื่นของสังคมสามารถใช้สิทธิเหล่านี้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นว่านี้จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยบทกฎหมายเท่านั้น" และมาตรา 5 ที่วางหลักว่า "กฎหมายมีสิทธิที่จะห้ามเฉพาะการกระทำที่รบกวนสังคมเท่านั้น สิ่งใดที่ไม่มีกฎหมายห้ามใครจะมาห้ามไม่ให้ทำย่อมไม่ได้ และในทำนองกลับกันบุคคลย่อมไม่ถูกบังคับให้กระทำการในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้สั่งให้กระทำ" จากบทบัญญัติทั้งสองมาตราทำให้เห็นว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นมีหลักอยู่ 2 ประการ คือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น และการจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองสังคม

(1) การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น เป็นกรณีที่ใช้เสรีภาพของบุคคลหนึ่งอาจไปขัดกับการใช้เสรีภาพของอีกบุคคลหนึ่ง รัฐจึงต้องเข้ามาจัดระเบียบโดยจำกัดสิทธิ

³⁶ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. (2544). การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 3 (9). หน้า 27 – 29.

เสรีภาพด้วยวิธีต่าง ๆ เช่น การแตกต่างทางความคิดเห็นระหว่างบรรณาธิการหนังสือพิมพ์กับนักหนังสือพิมพ์ โดยนักหนังสือพิมพ์เห็นว่าเสรีภาพของนักหนังสือพิมพ์จะถูกทำลายถ้าไม่สามารถแสดงออกซึ่งความคิดเห็นได้ แต่บรรณาธิการหนังสือพิมพ์จะตีพิมพ์แต่ความคิดเห็นที่ได้รับการตรวจสอบจากบรรณาธิการแล้วเท่านั้น เป็นต้น จะเห็นได้ว่าเสรีภาพอันหนึ่งขัดกับเสรีภาพอีกอันหนึ่ง ทำให้ผู้บัญญัติกฎหมายต้องเลือกเอาอันใดอันหนึ่ง เช่น เสรีภาพในการรวมตัวเป็นสหภาพประท้วงการกระทำของเจ้าของกิจการย่อมสำคัญกว่าเสรีภาพในการเลือกผู้ร่วมงานของเจ้าของกิจการ เป็นต้น ในบางครั้งการจำกัดเสรีภาพก่อให้เกิดการจัดลำดับของเสรีภาพที่ขัดแย้งกัน เช่น เสรีภาพในตัวบุคคลอยู่เหนือเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการติดต่อสมาคมอยู่เหนือเสรีภาพในการประท้วง เป็นต้น และในบางครั้งก็ต้องการให้ความสำคัญกับเสรีภาพทั้งสองที่ขัดแย้งกันโดยมีการจำกัดเสรีภาพทั้งสองที่ขัดแย้งกันเพื่อให้ใช้ได้โดยไม่ขัดกัน เช่น การยอมรับเสรีภาพในการนัดหยุดงานของคณาบางคน ก็ต้องมีการยอมรับเสรีภาพในการเข้าทำงานของคณาบางคนในเวลาเดียวกันด้วย เป็นต้น

การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองสังคม ดังได้กล่าวมาแล้วว่าหากไม่มีการจำกัดเสรีภาพสังคมก็จะอยู่ในภาวะอนาธิปไตย ดังนั้น การที่จะดำรงสังคมให้อยู่ได้จึงจำเป็นต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพลงบ้าง โดยการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะเข้ามาควบคุมจัดระเบียบสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ ซึ่งการจัดระเบียบดังกล่าวมีอยู่สองแบบด้วยกันคือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยเด็ดขาด และการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องตามความจำเป็น

(1) การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยเด็ดขาด : เป็นข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับทุกคนในประชคมนั้นและใช้บังคับกับทุกสถานการณ์ สามารถแบ่งเป็นกลุ่มได้ ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคมแนวคิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นเห็นว่า ความมั่นคง ความสงบเรียบร้อย และสาธารณสุขเป็นข้อจำกัดอย่างเด็ดขาดที่รัฐสามารถใช้อ้างได้ว่าเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม

กลุ่มที่สอง มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมในสังคม การดำรงอยู่ของสังคมนั้น นอกจากความสงบเรียบร้อยแล้วสังคมยังต้องการศีลธรรมในสังคมด้วย เพราะในสังคมมีทั้งความดีและเลวปนกันไป จริยธรรมและศีลธรรมจะเป็นเกณฑ์ในการจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพที่อาจก่อให้เกิดผลร้ายแก่สังคมขึ้นได้ เช่น การที่กฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมีบัญญัติเกี่ยวกับจริยธรรมและศีลธรรมของสังคมในการเคารพต่อชีวิต ศักดิ์ศรี หรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น การปฏิเสธการแบ่งแยกทางเพศหรือสีผิว เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ถือว่าเป็นเกณฑ์ทางจริยธรรมและศีลธรรมที่เป็นตัวจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล

กลุ่มที่สาม มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองรัฐ โดยไม่ให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพ มาทำลายรัฐ การปกป้องรักษารัฐดังกล่าวเป็นการปกป้องคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ

(2) การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องตามความจำเป็น : การจำกัดสิทธิเสรีภาพ ในลักษณะนี้แตกต่างจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพในลักษณะแรก กล่าวคือ เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ที่ขึ้นอยู่กับเวลา สถานที่ หรือสิ่งที่จะต้องได้รับผลกระทบจากการใช้การจำกัดดังกล่าว เช่น คนต่างชาติ อาจถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพทางการเมือง หรือในสภาวะสงครามและในสถานการณ์บังคับของ บ้านเมืองจำเป็นต้องมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ก็สามารถกระทำได้ เช่น ในการประกาศกฏอัยการศึก ห้ามประชาชนออกนอกเขตสถานของตนระหว่างเวลาที่รัฐกำหนด ซึ่งกรณีดังกล่าวหากกระทำ ในภาวะปกติถือเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการเดินทาง แต่ในภาวะวิกฤตนั้นถือว่าไม่ขัดต่อเสรีภาพ ในการเดินทาง เป็นต้น³⁷

2.4.2.3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพในกฎหมายของไทย

การจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น ได้รับแนวความคิดมาจากรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งหากพิจารณารัฐธรรมนูญของ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้วจะพบว่ามีการกำหนดกรอบสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติในการตรา กฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน 5 ประการ คือ

- 1) กฎเกณฑ์ที่จำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องมีความชัดเจน
- 2) ห้ามวางกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจง
- 3) กฎเกณฑ์ที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีการอ้างอิงเลขมาตราของ บทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานที่ให้อำนาจ
- 4) ห้ามวางกฎเกณฑ์ที่กระทบสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น
- 5) ต้องคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ³⁸

ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทยนั้น การจะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทำได้ ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น และกฎหมายที่จะจำกัด สิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่อไปนี้³⁹

³⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 29 – 32.

³⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2557). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 178.

³⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2551). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 542 – 543.

1) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้โดยหลักจะต้องเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่ของรูปแบบ หมายถึง ผู้ตรากฎหมายจะต้องมีอำนาจในการตรากฎหมาย และได้มีการดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับตราภาษานั้น

2) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ต้องมีความชัดเจนเพียงพอให้ประชาชนทราบได้ว่ากฎหมายนั้นต้องการจะจำกัดสิทธิใด และเพียงใด

3) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ จะต้องเป็นไปตามหลักในมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ⁴⁰ ซึ่งวางกรอบไว้ว่า

(1) ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

(2) ต้องมีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตราภาษานั้น

(3) ต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นนั้นไม่ได้

(4) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน จะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม มีความเหมาะสม และมาตรการที่องค์กรณีบัญญัติตราขึ้นเป็นภาษานั้นจะต้องอยู่ในวิสัยที่ทำให้วัตถุประสงค์ในการตราภาษายบรรลุผลได้

2) มาตรการในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีความจำเป็น ไม่มีมาตรการใดอ่อนกว่านี้หรือกระทบสิทธิของประชาชนน้อยกว่านี้อีกแล้ว

3) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ มาตรการที่องค์กรณีบัญญัติจะตราขึ้นเป็นภาษานั้น นอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักความเหมาะสมและความจำเป็นแล้ว จะต้องวัดความสมดุลกันระหว่าง

⁴⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

ประโยชน์ที่มหาชนพึงจะได้รับกับประโยชน์เอกชนที่จะต้องสูญเสียไปด้วย หากมาตรการนั้นก่อให้เกิดประโยชน์กับมหาชนน้อยกว่าประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไป องค์กรนิติบัญญัติจะต้องไม่บังคับใช้มาตรการนั้น

2.4.3 ข้อความคิดว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

2.4.3.1 ข้อความคิดว่าด้วยอาชีพ

การศึกษาความหมายของคำว่า “อาชีพ” นั้น มีความจำเป็นอย่างมากเพราะจะทำให้เข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบอาชีพหรือจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่จากการศึกษาความหมายของคำว่าอาชีพในกฎหมายนั้น ไม่มีกฎหมายฉบับใดให้ความหมายของคำว่าอาชีพไว้อย่างชัดเจน จึงจำเป็นต้องศึกษาความหมายของคำว่าอาชีพจากเอกสารอื่นเพื่อประกอบการตีความ

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของคำว่า “อาชีพ” ว่าหมายถึง การเลี้ยงชีวิต การทำมาหากิน งานที่ทำประจำเพื่อเลี้ยงชีพ⁴¹ โดยนางสาวพรางชมพู จงอนุรักษ์ อธิบายว่า อาชีพสามารถจัดแบ่งตามลักษณะได้เป็น 2 ลักษณะ คือ แบ่งตามเนื้อหาวิชาของอาชีพและแบ่งตามลักษณะของการประกอบอาชีพ ซึ่งการแบ่งอาชีพตามเนื้อหาของอาชีพสามารถจัดกลุ่มอาชีพตามเนื้อหาวิชาได้เป็น 6 ประเภท ดังนี้

- 1) อาชีพเกษตรกรรม เช่น การทำไร่ ทำนา ทำสวน เลี้ยงสัตว์ เป็นต้น
- 2) อาชีพอุตสาหกรรม ซึ่งหมายถึง การผลิตสินค้าอันเนื่องมาจากการนำเอาวัสดุหรือสินค้าบางชนิดมาแปรสภาพให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ใช้มากขึ้น โดยกระบวนการผลิตในอุตสาหกรรมนั้นมีปัจจัยมากมายตั้งแต่ แรงงาน เครื่องจักร เงินทุน ที่ดิน อาคาร และการบริหารจัดการ
- 3) อาชีพพาณิชยกรรมและอาชีพบริการ อาชีพพาณิชยกรรมเป็นการประกอบอาชีพที่เป็นการแลกเปลี่ยนสินค้ากับเงิน มีลักษณะเป็นการซื้อมาและขายไป ผู้ประกอบอาชีพพาณิชยกรรมจัดว่าเป็นคนกลางซึ่งทำหน้าที่ซื้อสินค้าจากผู้ผลิตและนำมาขายต่อให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งอาจจัดจำหน่ายในรูปของการขายตรงหรือขายอ้อมก็ได้ สำหรับอาชีพบริการ หมายถึง อาชีพที่ทำให้เกิดความพอใจแก่ผู้ซื้อ การบริการอาจเป็นสินค้าที่มีตัวตนหรือไม่มีตัวตนก็ได้ โดยการบริการที่มีตัวตน ได้แก่ การบริการขนส่ง การบริการทางการเงิน ส่วนบริการที่ไม่มีตัวตน ได้แก่ การบริการด้านท่องเที่ยว การบริการด้านรักษาพยาบาล เป็นต้น

⁴¹ สำนักงานราชบัณฑิตยสถาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 1,403.

4) อาชีพคหกรรม ได้แก่ อาชีพที่เกี่ยวกับการประกอบอาหารหรือขนม การตัดเย็บ การเสริมสวย หรือการตัดผม เป็นต้น

5) อาชีพหัตถกรรม ได้แก่ อาชีพที่เกี่ยวกับงานที่ส่วนใหญ่ ต้องใช้มือในการผลิตชิ้นงาน ได้แก่ อาชีพจักสาน ทอผ้าด้วยมือ ทอเสื่อ แกะสลัก เป็นต้น

6) อาชีพศิลปกรรม ได้แก่ อาชีพเกี่ยวข้องกับการแสดงออกในลักษณะต่าง ๆ เช่น การวาดภาพ การถ่ายภาพ การปั้น การดนตรี การละคร การโฆษณา เป็นต้น

การแบ่งอาชีพตามลักษณะของการประกอบอาชีพนอกจากจะจัดกลุ่มอาชีพเป็น 6 ประเภทแล้ว ยังสามารถจัดกลุ่มอาชีพตามลักษณะการประกอบอาชีพได้เป็น 2 ลักษณะ คือ อาชีพอิสระและอาชีพรับจ้าง

1) อาชีพอิสระ หมายถึง อาชีพทุกประเภทที่ผู้ประกอบการดำเนินการด้วยตนเองแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นกลุ่มอาชีพที่ไม่ต้องใช้คนจำนวนมากแต่หากมีความจำเป็นอาจมีการจ้างคนอื่นมาช่วยงานได้ โดยเจ้าของกิจการจะเป็นผู้คิด ตัดสินใจ ลงทุน และจำหน่ายด้วยตนเอง ตัวอย่างของอาชีพอิสระ เช่น การขายอาหาร การขายของชำ การซ่อมรถ เป็นต้น ซึ่งการประกอบอาชีพอิสระนั้น ผู้ประกอบการจะต้องมีความรู้และความสามารถในการบริหารจัดการ เช่น มีความรู้ในเรื่องการตลาด ทำเลที่ตั้ง เงินทุนการตรวจสอบและประเมินผล เป็นต้น และยังจำเป็นต้องมีความอดทนและความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เพื่อใช้ในการดำเนินงานของตนให้สำเร็จ

2) อาชีพรับจ้าง หมายถึง อาชีพที่มีผู้อื่นเป็นเจ้าของกิจการและผู้ประกอบอาชีพรับจ้างนั้นเป็นผู้รับจ้างทำงานให้โดยได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าจ้างหรือเงินเดือน อาชีพรับจ้างประกอบด้วยบุคคล 2 ฝ่ายที่ตกลงว่าจ้างกัน ฝ่ายหนึ่งเรียกว่านายจ้างหรือผู้ว่าจ้าง อีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าลูกจ้างหรือผู้รับจ้าง มีค่าตอบแทนที่ผู้ว่าจ้างจะต้องจ่ายให้แก่ผู้รับจ้างเรียกว่าค่าจ้าง โดยทั่วไปการประกอบอาชีพรับจ้างจะเป็นการทำงานในสถานประกอบการหรือโรงงาน เป็นการรับจ้างในลักษณะการขายแรงงาน โดยได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินเดือนหรือค่าตอบแทนที่คิดตามชิ้นงานที่ทำได้⁴²

เมื่อเข้าใจความหมายของคำว่าอาชีพแล้ว ก็จำเป็นที่จะต้องศึกษาความหมายของคำว่า “วิชาชีพ” ด้วย เพราะเป็นคำที่มักจะมีปรากฏในคัมภีร์กฎหมาย โดยคำว่าวิชาชีพนั้นจะมีความหมายเฉพาะเจาะจงและแตกต่างไปจากคำว่าอาชีพทั่วไป คำว่า “วิชาชีพ” มาจากคำว่า Profession ภาษาละตินใช้ Profateri แปลว่า สาบาน หรือปฏิญาณ ดังนั้น สภาพอันแท้จริงแห่งวิชาชีพ

⁴² ปรางชมพู จงอนุรักษ. (2559). *ปัญหาการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 27 - 28.

ก็คือการปฏิญาณว่าจะประกอบวิชาชีพตามธรรมเนียมซึ่งมีวางไว้เป็นบรรทัดฐาน อาชีพปฏิญาณขั้นต้น ได้แก่ วิชาชีพของนักบวชซึ่งต้องเคร่งในระเบียบวินัยที่บังคับไว้ และต่อมาได้แก่นักกฎหมาย และนายแพทย์ซึ่งได้มีการจัดองค์การควบคุมกันเอง และมีวินัยและมรรยาทอันเคร่งครัดต้องปฏิบัติ เป็นต้น

งานวิชาชีพในยุคดั้งเดิมที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปอ้างอิงจากในสมัยกลางของยุโรป มีเพียงสามวิชาชีพ คือ นักบวช แพทย์ และนักกฎหมายเท่านั้น เพราะถือว่าวิชาชีพเหล่านี้เป็นวิชาชีพที่ต้องผ่านการฝึกฝนอบรมในมหาวิทยาลัยหรือสมาคมวิชาชีพ และสถาบันที่จะถือเป็นมหาวิทยาลัยได้ต้องมีการสอนวิชาใดวิชาหนึ่งในสามวิชาหลัก คือ แพทย์ศาสตร์ นิติศาสตร์ และเทววิทยา เพราะคำว่า university มาจากคำว่า universal แปลว่า จักรวาลหรือสากล มหาวิทยาลัยจึงแปลว่า วิทยาลัยที่ใหญ่และสอนวิชากว้างครอบคลุมความเป็นไปในจักรวาล โดยวิชาแพทยศาสตร์เป็นศาสตร์ที่เกี่ยวกับความเป็นความตายของมนุษย์ วิชานิติศาสตร์เป็นศาสตร์ที่เกี่ยวกับความเป็นตายของสังคม และเทววิทยาเป็นศาสตร์ที่เกี่ยวกับความเป็นไปในโลกนี้และโลกหน้า ซึ่งนอกจากการฝึกอบรมแล้ว วิชาชีพยังต้องมีลักษณะที่สำคัญอีกประการหนึ่งด้วย คือ ต้องเป็นที่หน้าเลื่อมใสศรัทธาและไว้วางใจแก่คนทั่วไป คุณสมบัตินี้จึงทำให้การประกอบวิชาชีพต้องมีกฎเกณฑ์หรือระเบียบทางจริยธรรมกำกับ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าลักษณะสำคัญของวิชาชีพคือการชำระไว้ซึ่งความเชื่อถือ เลื่อมใส ศรัทธาของคนทั่วไป วิชาชีพจึงต้องมีกลุ่มตัวแทนของผู้ประกอบวิชาชีพควบคุมการเข้าเป็น ผู้ประกอบวิชาชีพ และมีวิธีที่จะให้สมาชิกที่ประพฤติขัดต่อกฎเกณฑ์ของวิชาชีพพ้นไปจากการเป็น ผู้ประกอบวิชาชีพ ดังนั้น ในระยะต่อมาวิชาชีพใดจะถือว่าเป็นวิชาชีพจะต้องเข้าหลักเกณฑ์ สามประการคือ มีการฝึกอบรมในมหาวิทยาลัย มีสมาคมวิชาชีพ และมีกฎระเบียบเกี่ยวกับจริยธรรม อย่างไรก็ตาม การที่จะมีวิธีการควบคุมการเข้าเป็นสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ และวิธีการที่จะให้สมาชิก ที่ประพฤติขัดต่อกฎระเบียบเกี่ยวกับจริยธรรมพ้นไปจากวงการผู้ประกอบวิชาชีพได้จะต้องมี กฎหมายรองรับเพื่อให้เกิดอำนาจเช่นนั้น ดังนั้น จึงเกิดมีกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพขึ้น ซึ่งในระยะต่อมาก็มีการบัญญัติคำว่า “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ” เอาไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยคำว่า “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ” ในประเทศไทยมีบัญญัติไว้ในกฎหมายเป็นครั้งแรกใน พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ใช้แทนคำว่า “มรรยาทแห่งวิชาชีพ” ตามที่เคยบัญญัติ เอาไว้ในพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 ซึ่งคำว่า “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ” นั้น หมายถึง ธรรมที่เป็นข้อประพฤติปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพ

จากความหมายดังที่ได้อธิบายข้างต้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า “อาชีพ” และ “วิชาชีพ” นั้น มีความแตกต่างกัน วิชาชีพจะมีลักษณะที่ต้องเข้าองค์ประกอบว่าเป็นอาชีพที่ต้องชำระไว้

ซึ่งความเชื่อถือ เลื่อมใส ศรัทธาของคนทั่วไป จึงจำเป็นต้องมีกลุ่มตัวแทนของผู้ประกอบวิชาชีพ ควบคุมการเข้าเป็นผู้ประกอบวิชาชีพและมีกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพอย่างเคร่งครัด ส่วนอาชีพนั้น เป็นการเข้ามาหาเลี้ยงชีพในลักษณะทั่วไป มิจำเป็นต้องมีการควบคุมหรือตรวจสอบ โดยองค์กรหรือกลุ่มตัวแทนของผู้ประกอบอาชีพ เพราะโดยลักษณะของการประกอบอาชีพทั่วไป ไม่ได้มีผลกระทบต่อบุคคลอื่นหรือสังคม และไม่ได้เป็นที่คาดหวังของคนในสังคมว่าต้องมีความน่าเชื่อถือ หากแต่เป็นการหาเลี้ยงชีพเพื่อตนเองเท่านั้น

2.4.3.2 ความหมายของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

ในทางคำรามักจะอธิบายว่า สิทธิในการประกอบอาชีพเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ ประเภทหนึ่งซึ่งถูกรับรองไว้ตามกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม นอกจากนี้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อันเป็นเอกสารสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ก็ได้กล่าวถึงการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอาไว้ในข้อ 23 (1) โดยมีเนื้อความสรุปได้ว่า บุคคลมีสิทธิที่จะเลือกทำงานโดยเสรี มีสิทธิที่จะได้เลื่อนขั้นการทำงานที่ยุติธรรม และมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการว่างงาน⁴³ โดยนางสาวปราภวมา จงอนุรักษ์ อธิบายว่า ถ้อยคำตามปฏิญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่ว่า “the right to work, to free choice of employment” แสดงให้เห็นถึงความหมายของสิทธิที่จะเลือกอาชีพอย่างอิสระเสรี อันเป็นความหมายที่ชัดเจนมากกว่าสิทธิที่จะมีงานทำหรือมีอาชีพเท่านั้น แต่ยังยืนยันไปถึงสิทธิในลักษณะที่เป็นเสรีภาพที่จะประกอบอาชีพได้ตามความถนัดหรือทักษะความสามารถของตน⁴⁴

สำหรับในประเทศไทย ศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ ได้อธิบายว่า สิทธิขั้นพื้นฐานในการประกอบอาชีพซึ่งรับรองปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญนั้น หมายความครอบคลุมไปถึงสิทธิที่จะเลือกอาชีพด้วย และคุ้มครองทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายเจ้าของกิจการที่มีกิจการเป็นของตนเองหรือฝ่ายผู้ประกอบอาชีพรับจ้าง ซึ่งเป็นการประกันให้แต่ละคนมีสิทธิที่จะทำงานต่าง ๆ ซึ่งตนคิดว่าตนเองถนัดเป็นอาชีพ นอกจากนี้นิติบุคคลก็ได้รับความคุ้มครองในเรื่องนี้ด้วย แต่ชาวต่างชาติจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในเรื่องนี้ หากชาวต่างชาติจะทำงานต้องมีใบอนุญาตเป็นพิเศษให้ทำงานจึงจะมีสิทธิสมัครเข้าทำงานในที่ต่าง ๆ ได้ โดยสิทธิหรือการให้ความคุ้มครองในการประกอบอาชีพนี้แตกต่างกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินในแง่ที่สิทธิขั้นพื้นฐานในการประกอบอาชีพเป็นการคุ้มครองการทำมาหากินเพื่อเลี้ยงชีพซึ่งมีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครอง

⁴³ Article 23.1 of the Universal Declaration of Human Rights states : (1) Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.

⁴⁴ ปราภวมา จงอนุรักษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 33.

ที่เป็นอนาคต แต่การคุ้มครองทรัพย์สินเป็นการคุ้มครองในสิ่งที่หามาได้แล้ว หรือเป็นการคุ้มครองในสิ่งที่มีอยู่แล้วในความครอบครอง โดยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นก็สามารรมีได้ ซึ่งในแต่ละประเทศอาจกำหนดกฎหมายจำกัดขอบเขตการประกอบอาชีพไว้กว้างหรือแคบแตกต่างกันไปอย่างไรก็ได้ ขึ้นอยู่กับระบบทางการเมืองของประเทศนั้น ๆ

2.4.3.3 วิวัฒนาการการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

เสรีภาพในการประกอบอาชีพในประเทศไทยนั้น มีปรากฏมาตั้งแต่ในสมัยสุโขทัย โดยปรากฏในหลักศิลาจารึกว่า “ใครจักใคร่ค้าช้างค้า ใครจักใคร่ค้าม้าค้า ใครจักใคร่ค้าเงินค้ำทองค้ำ” ซึ่งเป็นสิ่งแสดงให้เห็นว่าในสมัยนั้นพระมหากษัตริย์ทรงให้เสรีภาพในการประกอบอาชีพแก่ราษฎรราษฎรมีอิสระในการเลือกประกอบอาชีพตามสมัครใจ ต่อมาในสมัยอยุธยา เสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นไปในลักษณะที่ต่างออกไปจากสมัยสุโขทัย โดยไพร่หลวง ไพร่สมทุกคนจะต้องทำงานให้กับมูลนาย ไม่สามารถทำไร่ ทำนา หรือประกอบอาชีพอิสระของตนได้มากนัก แต่ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น (พ.ศ. 2347) พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ได้ผ่อนคลายหลักชาติวุฒิลง และได้ทรงพระราชทานสิทธิของไพร่ในการรับราชการถวายตัวเป็นมหาดเล็ก และต่อมาหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 วิวัฒนาการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพก็เปลี่ยนไปจากเดิมอีก โดยอาจแบ่งออกเป็นช่วงระยะเวลาได้ ดังนี้⁴⁵

ช่วงรัฐธรรมนูญฉบับที่ 1 - 4 (พ.ศ. 2492 - 2534) หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตย แม้ในรัฐธรรมนูญการปกครองของไทยฉบับแรก (รัฐธรรมนูญการปกครองสยามฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2475) จะยังมีได้รับรองหลักการเรื่องสิทธิและเสรีภาพและสิทธิมนุษยชนไว้ แต่จากคำประกาศของคณะราษฎรก็พบว่าได้มีการนำหลักการของสิทธิมนุษยชนมาใช้ในทางปฏิบัติ ต่อมาเมื่อมีรัฐธรรมนูญฉบับถาวร คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2547 ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 ของประเทศไทย ก็ได้ปรากฏบทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนชาวไทย เสรีภาพในการประกอบอาชีพถูกรับรองขึ้นตามในมาตรา 14 โดยวางหลักว่า “ภายในบังคับแห่งบทกฎหมายบุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุม โดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ” โดยหลักการดังกล่าวได้มีมาตลอดจนถึงรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2489

ต่อมาช่วงรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 5 - 15 (พ.ศ. 2492 - 2534) ภายหลังจากประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492

⁴⁵ ปรากฏใน พงษ์ จงอนุรักษ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 34 - 35.

(ฉบับที่ 5) ก็ได้มีการนำหลักการในปณิญาสากตมาบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 41 ได้มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่และการประกอบอาชีพ

แม้ต่อมาประเทศไทยจะมีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญหลายครั้ง แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพก็มีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเสมอ ซึ่งจากรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ที่ผ่านมา อาจพอสรุปบทบัญญัติการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ ดังนี้

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2492) มีการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ อยู่ในมาตรา 41

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2495) มีการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ อยู่ในมาตรา 41 เช่นเดิม

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2502) ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับรองสิทธิเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2511) มีอยู่เช่นเดียวกับฉบับ 5

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2515) ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับรองสิทธิเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2519) มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพกว้าง ๆ

ในมาตรา 8

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2520) ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับรองสิทธิเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 13 (พ.ศ. 2521) รับรองสิทธิเสรีภาพอื่นคล้ายรัฐธรรมนูญ ฉบับ 10 แต่ตัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพและเสรีภาพทางวิชาการ

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 14 (ธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534) ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับรองสิทธิเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2534) รับรองสิทธิเสรีภาพอื่นคล้ายรัฐธรรมนูญ ฉบับ 10 แต่ตัดเสรีภาพทางวิชาการออก

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 16 (พ.ศ. 2540) มีในมาตรา 50

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 17 (พ.ศ. 2550) มีในมาตรา 43

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 16 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เสรีภาพในการประกอบอาชีพถูกบัญญัติรับรองเอาไว้ใน มาตรา 50

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติเอาไว้เช่นเดิมใน มาตรา 43⁴⁶

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 43 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ก็ได้มีการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอาไว้ในมาตรา 40 เช่นกัน โดยมีการบัญญัติเปลี่ยนแปลงเนื้อความบางประการดังนี้

“มาตรา 40 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่งเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”

ดังที่ได้อธิบายข้างต้น จะเห็นได้ว่า การขายทอดตลาดและการค้าของเก่าเป็นการประกอบกิจการที่มีลักษณะต่างกัน โดยการขายทอดตลาดนั้น คือการขายโดยเปิดเผยให้โอกาสแก่บุคคลทั่วไปให้สามารถทำการเสนอราคาเพื่อซื้อโดยผู้ราคากันได้ ผู้ใดเสนอซื้อโดยให้ราคาสูงสุดก็จะเป็นผู้ได้ทรัพย์สินนั้นไป มีผู้เกี่ยวข้องในการดำเนินการหลายฝ่ายมากกว่า มีขั้นตอนที่ต้องดำเนินการหลายขั้นตอนมากกว่า ส่วนการค้าของเก่าเป็นการซื้อขายทรัพย์สินในลักษณะทั่วไป หลักการเหมือนกับการซื้อขายปกติ ไม่ได้มีแบบพิธีหรือขั้นตอนที่กำหนดให้ผู้ขายหรือผู้ซื้อต้องดำเนินการ เช่นการขายทอดตลาด และมีผู้เกี่ยวข้องเพียงสองฝ่ายเท่านั้นคือผู้ซื้อและผู้ขาย โดยในประเทศไทยนั้นประชาชนบางคนก็ยึดถือการขายทอดตลาดและการค้าของเก่าเป็นอาชีพ ซึ่งตามหลักการทางกฎหมายประชาชนทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยเฉพาะในประเทศที่เป็นนิติรัฐ เพราะในประเทศที่เป็นนิติรัฐจะให้ความสำคัญและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ และวางรัฐธรรมนูญไว้ในลำดับที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งจากทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมายก็จะทำให้เกิดหลักการความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญ ที่วางหลักว่ากฎหมายในลำดับที่ต่ำลงมาจะมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ โดยสำหรับประเทศไทยนั้นก็จัดว่าเป็นประเทศที่ยึดถือหลักนิติรัฐและให้ความสำคัญกับหลักสิทธิเสรีภาพของประชาชนเช่นกัน เพราะจะเห็นได้ว่าการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณูปโภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2492) และมีมาจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น ตามหลักการทางกฎหมายแล้ว การประกอบอาชีพขายทอดตลาดหรือค้าของเก่าควรจะเป็นกิจการที่ประชาชนสามารถยึดถือเป็นอาชีพ หรือประกอบอาชีพได้โดยเสรี กฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่าควรเป็น กฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการควบคุมเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุมัตถุประสงค์ในการรักษาความสงบ รียบร้อยภายในประเทศเท่านั้นและไม่ควรขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะประเทศที่เป็นนิติรัฐต้องเคารพและ ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักการสำคัญหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐ นั่นก็คือหลักความชอบด้วยกฎหมาย