

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The Legal Issues concerning the Limited Company established by
The Local Administrative Organization



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2020
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กร
	ปกครองส่วนท้องถิ่น
โดย	น.ส.พิชญนันท์ ทิพย์มณี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	ประธานกรรมการ
.....	(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ ฐนิตกุล)
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล)	
.....	กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ดร.กฤษณ์ วสินนท์)	

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

พินัยณ์ ทิพย์มณี : ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. (The Legal Issues concerning the Limited Company established by The Local Administrative Organization) อ.ที่
 ปริญญาหลัก : รศ. ดร.เอื้ออารีย์ อังจะนิล

บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนด้วยทุนมูลค่าเกินกว่าร้อยละ 50 หรืออยู่ภายใต้การครอบงำชี้ขาดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งในทางวิชาการเรียกว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” (Local Public Enterprise) แยกเป็นอิสระออกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจ และเมื่อบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ บริษัทดังกล่าวจึงถือเป็น “ผู้ประกอบการ” ที่ต้องตกอยู่ภายใต้กติกาและการแข่งขันทางการค้า ตามหลักการแข่งขันเสรีและเสมอภาค ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

ประเทศไทยได้มีการบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด โดยพบว่า ปัจจุบันมีการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียง 2 แห่ง ได้แก่ บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด และ บริษัท ขอนแก่น ทราฟฟิค ซิสเต็ม จำกัด ซึ่งเป็นโมเดลสำคัญแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นในการดำเนินกิจการด้วยวิธีการจัดตั้งบริษัท อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเด็นปัญหาทางกฎหมาย เช่น หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการจัดตั้ง สถานะทางกฎหมาย ขอบวัตถุประสงค์ การกำกับดูแล และการกำหนดแนวทางการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ไม่ชัดเจน ส่งผลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยไม่สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ตามเจตนารมณ์ของตน ก่อให้เกิดอุปสรรคแก่ภาครัฐในการควบคุมกำกับดูแลการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งยังก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการภาครัฐและเอกชน

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการตรากฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยทั้ง 5 ประเภท ให้สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยนิติบุคคลคนเดียวและบริษัทร่วมทุน เพื่อดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ภายใต้หลักเกณฑ์และการกำกับดูแลของรัฐบาลส่วนกลางและส่วนภูมิภาค และเสนอแนะให้มีการบัญญัติสถานะทางกฎหมายด้วยคำว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ประกอบกับ การวางแนวทางการบังคับใช้กฎหมายที่ชัดเจน เช่น การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” เพื่อเป็นมาตรการช่วยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเลือกใช้วิธีการได้อย่างเหมาะสม ในขณะเดียวกัน เพื่อเป็นมาตรการป้องกันและกำกับดูแลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดตั้งถือหุ้นในบริษัทจำกัดให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้ง เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทางเศรษฐกิจตามหลักการแข่งขันเสรีและเสมอภาค ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

สาขาวิชา นิติศาสตร์
 ปีการศึกษา 2563

ลายมือชื่อนิสิต
 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6086021034 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Limited Company, Local Administrative Organization, Local Public Enterprise, Trade Competition
 Pichayanun Thipmanee : The Legal Issues concerning the Limited Company established by The Local Administrative Organization. Advisor: Assoc. Prof. AUA-AREE ENGCHANIL, Ph.D.

The limited company established by the local administrative organization is a juristic person established under the private law which holds a capital valued over 50 percent or controlled by the local administrative organization to operating a commercial enterprise. In academically, the local administrative organization limited company referred to the “Local Public Enterprise” (LPE). Therefore, The LPE dose note subject to either a local administrative organization and a state-owned enterprise. In addition, operating an economic activity by the local administrative organization limited companies shall be deemed as an entrepreneur and shall be regulated by the principles of free and equal trade competition under economic liberalism.

Thailand has given an authority of its local administrative organization to establish or hold shares in the limited company. Presently, Krungthep Thanakorn Company Limited and Khon Kaen Transit System Company Limited are the only two company reference the above-mentioned statement. These companies have become a referenced phototype for others local administrative organization. However, there are difficulty in establishing or holding shares for the economic purposes due to various legal issues such as criteria and conditions for establishing, legal status, objective framework, governance and indistinct guidelines for enforcement of the Trade Competition Act B.E. 2560. In addition, the legal issues obstruct the government to legally regulate the establishment or shareholding of the limited company and cause unfair trade competition between public and private enterprise.

This Article’s purpose is to suggest the enactment of laws to empower all 5 types of local administrative organizations in Thailand to establish or hold shares in one person company (OPC) and mixed limited company under the rules and supervision of the central government and regional levels. By prescribing it’s the legal status as a “Local Public Enterprise” along with statue guideline settlement, such as the enforcement of the Trade Competition Act B.E. 2560 (2017) for the local administrative organization’s limited company on behalf of “Entrepreneur”. These would help the local administrative organization to select the appropriate executes. Simultaneously, it is also a preventive and directive measure to prohibit the unlawful limited company establishment by the local administrative organization. It can also protect the private economic rights and liberties in accordance with the principles of free and equal trade competition under economic liberalism and the Constitution of the Kingdom of Thailand.

Field of Study: Laws
 Academic Year: 2020

Student’s Signature
 Advisor’s Signature

กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสำเร็จลุล่วงตามวัตถุประสงค์ได้เป็นอย่างดี โดยได้รับความเมตตาจากศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล ประธานกรรมการ ดร.กฤษณ์ วสินนท์ กรรมการ และรองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล อาจารย์ที่ปรึกษา ซึ่งกรุณาสละเวลาให้ความรู้ คำปรึกษา คำชี้แนะ ที่เป็นประโยชน์แก่การศึกษาและจัดทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนสละเวลาตรวจทานเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดีผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณคณะกรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาเป็นอย่างสูงที่ได้ให้การสนับสนุนและคำแนะนำที่ดีแก่ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์เสมอมา

ขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ คุณตา คุณโกกิ และทุกคน ที่ให้การสนับสนุนการศึกษาเล่าเรียน ให้โอกาสทางการศึกษา เป็นที่ปรึกษา และเป็นกำลังใจแก่ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์ ขอกราบขอบพระคุณเจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิตและเจ้าหน้าที่คณะทุกท่านที่คอยให้ความช่วยเหลือและอำนวยความสะดวก

ขอขอบคุณตัวผู้จัดทำวิทยานิพนธ์เองที่อดทนและพยายามจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จท้ายสุดนี้ ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์หวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้า และสามารถนำไปเป็นแนวปฏิบัติเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศชาติและบ้านเมืองต่อไป ทั้งนี้ หากมีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์กราบขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

พิชญนันท์ ทิพย์มณี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	3
1.3 ขอบเขตของการวิจัย	4
1.4 สมมติฐานของการวิจัย	4
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
บทที่ 2 แนวคิดและหลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นรูปแบบบริษัทจำกัด และ หลักการแข่งขันทางการค้าระหว่างรัฐและเอกชน	6
2.1 แนวคิดและหลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น (Local Public Enterprises).....	6
2.1.1 หลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชน (Public Enterprises).....	7
2.1.1.1 ความหมายของคำว่าวิสาหกิจมหาชน (Public Enterprises).....	7
2.1.1.2 หลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชน.....	8
2.1.1.3 ประเภทของวิสาหกิจมหาชน.....	11
2.1.2 นิยามของคำว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” (Local Public Enterprises: LPEs หรือ Local Government Enterprises)	11
2.1.3 ลักษณะเฉพาะของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น.....	13

2.1.3.1	องค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล	13
2.1.3.2	ประกอบกิจการหรือจัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม	14
2.1.3.3	อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	14
2.1.4	รูปแบบวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น (Local Public Enterprise Forms)	14
2.1.4.1	วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นประเภทนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (Public Corporation)	15
2.1.4.2	วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นประเภทนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ในรูปบริษัท จำกัด (Limited Liability Company).....	16
2.2	หลักการทางกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครอง ส่วน ท้องถิ่น	18
2.2.1	ลักษณะการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น.....	18
2.2.2	หลักเกณฑ์และขั้นตอนเกี่ยวกับบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น .	22
2.2.2.1	หลักเกณฑ์และขั้นตอนตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น	22
2.2.2.2	หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด ตามกฎหมาย เอกชน	24
2.2.3	ขอบเขตการดำเนินการของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น	25
2.2.3.1	ขอบเขตตามที่กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น.....	25
2.2.3.2	ขอบเขตตามวัตถุประสงค์การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด	26
2.2.4	สถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	28
2.2.5	การควบคุมกำกับดูแลการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	28
2.2.5.1	การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จัดตั้งหรือถือหุ้น ในบริษัทจำกัด	29
2.2.5.2	การกำกับดูแลบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น	33
2.3	หลักการแข่งขันเสรีและการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าระหว่างรัฐและเอกชน.....	35

2.3.1	หลักการแข่งขันเสรี.....	36
2.3.2	ขอบเขตการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรี	42
2.3.3	การบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีกับรัฐในฐานะผู้ประกอบการ	43
2.3.3.1	หลักการแข่งขันเสรีตามความหมาย “รัฐต้องไม่แข่งขันกับเอกชน”	43
2.3.3.2	หลักการแข่งขันเสรีตามความหมาย “แข่งขันอย่างเสมอภาค และเป็นธรรม”	44
2.3.4	การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของผู้ประกอบการภาครัฐ	45
<p>บทที่ 3 แนวคิดและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งบริษัทจำกัด โดยองค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่นและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แก่กรณีบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่นในต่างประเทศ</p>		
3.1	การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและการบังคับใช้กฎหมายว่า ด้วยการแข่งขันทางการค้าขององค์กรระหว่างประเทศ	51
3.1.1	องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD).....	51
3.1.2	สนธิสัญญาว่าด้วยกลไกของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU).....	53
3.1.2.1	ขอบเขตการบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าภายใต้สนธิสัญญา ว่าด้วยการกลไกของสหภาพยุโรป (TFEU).....	54
3.1.2.2	ข้อยกเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าภายใต้ สนธิสัญญาว่าด้วยกลไกของสหภาพยุโรป (TFEU).....	57
3.2	แนวคิดและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ขององค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส	60
3.2.1	องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส	60
3.2.1.1	โครงสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส	60
3.2.1.2	อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส	62

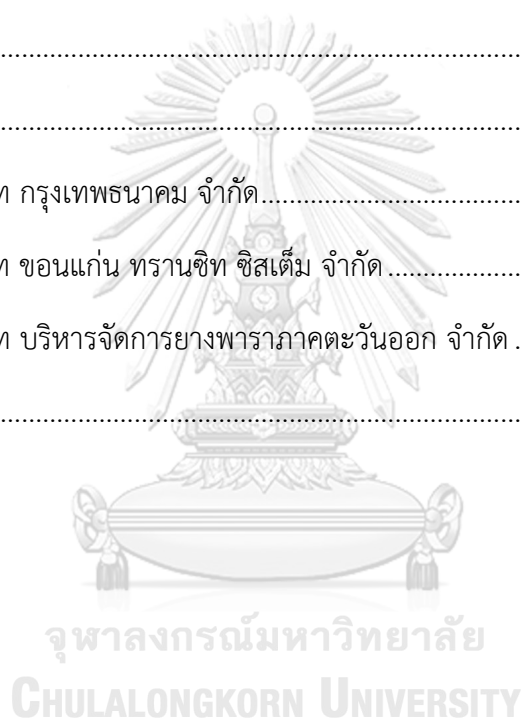
3.2.2 แนวคิดและหลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นของ ประเทศฝรั่งเศส	63
3.2.3 หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส	64
3.2.4 สถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศส	72
3.2.5 การควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศส	73
3.2.5.1 การกำกับดูแลเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัด	73
3.2.5.2 การกำกับดูแลการดำเนินงานของบริษัทจำกัด	73
3.2.5.3 การกำกับดูแลด้านอื่นๆ	73
3.2.6 การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแก่กรณีบริษัทจำกัดที่จัดตั้ง โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศส	74
3.2.6.1 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศส	75
3.2.6.2 ข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศส	76
3.2.6.3 การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศส แก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศส	77
3.3 แนวคิดและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศญี่ปุ่น	79
3.3.1 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น	79
3.3.2 แนวคิดและหลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น ของประเทศญี่ปุ่น	81
3.3.3 หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศญี่ปุ่น	83
3.3.4 สถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น	87
3.3.5 การควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น	88
3.3.5.1 การกำกับดูแลเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัด	88

3.3.5.2 การกำกับดูแลการดำเนินงานของบริษัทจำกัด	89
3.3.5.3 การกำกับดูแลด้านอื่นๆ	90
3.3.6 การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแก่กรณีบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดย องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น : กฎหมายการป้องกันการผูกขาด (The Antimonopoly Act : AMA)	90
3.3.6.1 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการผูกขาด (AMA).....	91
3.3.6.2 ข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการผูกขาด (AMA).....	91
3.3.6.3 การบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการผูกขาด (AMA) แก่บริษัทจำกัดของ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น	92
บทที่ 4 แนวคิดและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัด โดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แก่บริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไทย	94
4.1 ความเป็นมาของการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไทย.....	95
4.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น	96
4.2.1 กรณีองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีกฎหมายรับรองการจัดตั้งหรือถือหุ้น ในบริษัทจำกัด.....	97
4.2.1.1 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป : เทศบาล	97
4.2.1.2 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ : กรุงเทพมหานคร	100
4.2.1.3 สรุปหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไทยที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจ	103
4.2.2 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่กฎหมายไม่ได้รับรองการจัดตั้งหรือถือหุ้น ในบริษัทจำกัด	109
4.2.2.1 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป	109
4.2.2.2 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ : เมืองพัทยา	110
4.3 สถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์การปกครอง ส่วนท้องถิ่น ...	112
4.3.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย.....	112

4.3.1.1	หลักเกณฑ์การแบ่งประเภทนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน	112
4.3.1.2	หลักเกณฑ์การแบ่งประเภทนิติบุคคลตามหลักกฎหมายมหาชนไทย	114
4.3.2	การพิจารณาตามหลักเกณฑ์การเป็น “วิสาหกิจมหาชน”	115
4.3.3	การพิจารณาตามหลักเกณฑ์ความเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามบทบัญญัติกฎหมายไทย.	117
4.3.4	การพิจารณาตามแนวทางความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา	122
4.4	การควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น	124
4.4.1	การกำกับดูแลการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น	124
4.4.2	การควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น	125
4.5	กรณีตัวอย่างการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของท้องถิ่นไทยในปัจจุบัน	126
4.5.1	กรณีตัวอย่างการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยกรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด	126
4.5.1.1	ความเป็นมาของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด	126
4.5.1.2	ขอวัตถุประสงค์ของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด	127
4.5.1.3	โครงการและการดำเนินงานที่สำคัญของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด	127
4.5.2	กรณีตัวอย่างการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยเทศบาล : บริษัท ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด	130
4.5.2.1	ความเป็นมาของบริษัท ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด	130
4.5.1.2	ขอวัตถุประสงค์ของบริษัท ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด	131
4.5.1.3	โครงสร้างการจัดการ การดำเนินงาน และการกำกับดูแล บริษัท ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด	131
4.5.3	กรณีตัวอย่างการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์การบริหารส่วนจังหวัด : บริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด	132
4.5.3.1	ความเป็นมาของบริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด	132
4.5.3.2	ขอวัตถุประสงค์ของบริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด	133

4.6 การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแก่กรณีบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดย องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไทย	134
4.6.1 หลักการแข่งขันทางการค้าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	134
4.6.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560	135
4.6.2.1 เจตนารมณ์การตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560	136
4.6.2.2 ขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560	136
4.6.2.3 ข้อยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560	137
4.6.2.4 การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไทย	140
4.7 ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์การปกครองท้องถิ่นระหว่างต่างประเทศกับประเทศไทย	141
บทที่ 5 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัด โดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น	147
5.1 กรณีกฎหมายมิได้กำหนดให้อำนาจแก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดตั้ง หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดอย่างเท่าเทียมกัน	147
5.2 ข้อจำกัดของหลักเกณฑ์การ “ร่วมกับบุคคลอื่น” ในการจัดตั้งและถือหุ้นในบริษัทจำกัด	153
5.2.1 กรณีจะต้องเป็นการ “ร่วมกับบุคคลอื่น” จัดตั้งและถือหุ้นในบริษัทจำกัดเท่านั้น	153
5.2.2 กรณีการกำหนดจำนวนหุ้นและการนับจำนวนหุ้นรวมกับนิติบุคคลมหาชนอื่น	155
5.2.2.1 การถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่ “ไม่มีเอกชน” ร่วมถือหุ้น	155
5.2.2.2 การถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่มี “นิติบุคคลมหาชนอื่น” และ “เอกชน” ร่วมถือหุ้นอยู่ด้วย	156
5.2.2.3 การถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่มีเฉพาะ “เอกชน” ร่วมถือหุ้นอยู่ด้วย	157
5.3 การกำหนดขอบัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อ “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค” มีลักษณะจำกัดเกินไป	159
5.4 การกำหนดให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องได้รับการอนุมัติหรือความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อนในทุกกรณี	163

5.5 กรณีไม่มีบทบัญญัติกฎหมายรองรับสถานะ “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” รูปแบบบริษัทจำกัด	169
5.6 ความไม่ชัดเจนของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัท จำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น.....	174
บทที่ 6 บทสรุปและเสนอแนะ.....	188
6.1 บทสรุป	188
6.2 ข้อเสนอแนะ	191
บรรณานุกรม.....	197
ภาคผนวก.....	207
ภาคผนวก ก บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด.....	208
ภาคผนวก ข บริษัท ขอนแก่น ทราฟฟิค ซิสเต็ม จำกัด	215
ภาคผนวก ค บริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด	220
ประวัติผู้เขียน.....	224



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

“รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน” เป็นหลักการสำคัญ ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่กำหนดห้ามมิให้รัฐประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน ประกอบกับการกำหนดให้รัฐพึงมีหน้าที่จัดการผูกขาดทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม จึงมีผลทำให้รัฐซึ่งหมายความรวมถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถประกอบการใดๆ ได้เท่าที่ไม่มีลักษณะเป็นการแข่งขันและเป็นอุปสรรคต่อการประกอบกิจการของเอกชน ภายใต้หลักการแข่งขันเสรีและเป็นธรรม อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดข้อยกเว้นแก่กรณีดังกล่าว โดยหากรัฐรวมถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประกอบกิจการใดๆ ที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ย่อมสามารถประกอบกิจการใดๆ อันมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชนได้ภายใต้เงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ

ประกอบกับในปัจจุบัน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยมีแนวโน้มในการจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือวิสาหกิจเพื่อประกอบกิจการเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในพื้นที่ การแสวงหารายได้และงบประมาณให้แก่ท้องถิ่นเอง ตามหลักการกระจายอำนาจและหลักการจัดทำบริการสาธารณะ และรองรับการพัฒนาและความเจริญเติบโตของเมือง ดังกรณีตัวอย่างของการจัดตั้ง บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด และ บริษัท ขอนแก่น ทราฟฟิค ซิสเต็ม จำกัด (KKTS) ที่จัดตั้งร่วมกันโดยเทศบาล 5 เทศบาลในจังหวัดขอนแก่น เพื่อจัดทำรถไฟรางเบา โดยรูปแบบการจัดตั้งบริษัทจำกัดของจังหวัดขอนแก่นนี้เอง ถือเป็นโมเดลสำคัญให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและจังหวัดอื่นๆ เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในพื้นที่ที่มีทิศทางการขยายตัวของเมือง จำนวนประชากร และอัตราการเติบโตของระบบเศรษฐกิจที่เพิ่มสูงขึ้น อย่างไรก็ตาม การประกอบการของบริษัทจำกัดหรือวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นข้างต้น ยังคงมีประเด็นปัญหาสำคัญทางกฎหมายหลายประการ เช่น เงื่อนไขในการจัดตั้ง สถานะทางกฎหมาย ขอบเขตการบังคับใช้ และการควบคุมทางกฎหมาย อันก่อให้เกิดผลกระทบต่อภาครัฐและภาคเอกชนอย่างมาก ซึ่งกฎหมายไทยในปัจจุบันรับรองการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เฉพาะกรณีเทศบาลและกรุงเทพมหานครเท่านั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่น ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล และเมืองพัทยา ยังมีได้มีกฎหมายรองรับการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด โดยมีประเด็นปัญหาว่า หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่น

ที่มีความพร้อมและศักยภาพ แต่ยังมีได้มีการตรากฎหมายเฉพาะบัญญัติให้อำนาจไว้ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเหล่านั้นจะสามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยอาศัยบทบัญญัติ และความชอบด้วยกฎหมายตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ และมีขอบเขตในการจัดตั้งบริษัทจำกัดเพื่อ ประกอบกิจการประเภทใดบ้าง หรือในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัด ที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งในทางวิชาการมีสถานะทางกฎหมายเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” (Local Public Enterprises : LPEs) ทั้งนี้ ผู้บังคับใช้กฎหมาย ยังคงมีความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและยังไม่มีการใช้คำดังกล่าวในบทบัญญัติกฎหมายไทย อันก่อให้เกิด การตีความและใช้บังคับกฎหมายที่เป็นอุปสรรคทั้งแก่ภาครัฐและเอกชน ดังเช่นในกรณี พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ยังไม่สามารถกำหนดได้แน่ชัดว่าบริษัทจำกัด ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีสถานะเป็น “ผู้ประกอบการ” ที่อยู่ภายใต้กฎกติกาการแข่งขัน ทางการค้าเช่นเดียวกับเอกชน หรือถือเป็น “หน่วยงานของรัฐ” ประเภทใดประเภทหนึ่ง ตามที่ได้รับ การยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสำหรับพฤติกรรมบางประเภท ตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยความไม่แน่ชัด ของสถานะทางกฎหมายนี้ ก่อให้เกิดความเสียหายในหลายด้าน เนื่องจากบริษัทจำกัดของ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นถือเป็นผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่สามารถแข่งขันได้เช่นเดียวกับ ผู้ประกอบการเอกชน แต่ในขณะที่บริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรธุรกิจ ที่มีอำนาจ สิทธิ และความสามารถในการครอบครองข้อมูลที่เหนือกว่าเอกชน อันอาจทำให้การแข่งขัน ระหว่างผู้ประกอบการระหว่างรัฐและเอกชนมิเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม และอาจเป็นช่องทาง ของผู้ประกอบการรายใหญ่ในการเข้าสรรหาประโยชน์ส่วนตนจากการเข้าร่วมถือหุ้น หรือ ประกอบการร่วมกับบริษัทดังกล่าวโดยมิชอบ ทั้งนี้ ยังส่งผลให้เกิดประเด็นปัญหาในการควบคุม การใช้อำนาจและงบประมาณในการจัดตั้งและดำเนินการของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดย องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอีกด้วย

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักการ และวัตถุประสงค์ ของการจัดตั้งหรือถือหุ้นบริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น แนวทางการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของไทยและต่างประเทศ โดยวิทยานิพนธ์เล่มนี้ มุ่งศึกษาหลักเกณฑ์และแนวทางการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าในระดับสากล ซึ่งได้แก่ องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) และสนธิสัญญาว่าด้วยกลไกของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) การศึกษาแนวคิดและหลักเกณฑ์ การจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น รวมถึงแนวทางการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วย การแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทย

เพื่อนำแนวทางดังกล่าวมาการปรับใช้แก่กรณีของประเทศไทยให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม ภายใต้หลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อไป ทั้งนี้ ข้อเสนอแนะจากการวิจัยในครั้งนี้ จะช่วยให้การจัดตั้งและดำเนินการของบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เกิดดำเนินการภายใต้หลักการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ตามกลไกตลาดระหว่างผู้ประกอบการภาครัฐและเอกชน ส่งผลให้ประชาชนได้รับการบริการสาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพและตอบสนองความต้องการได้อย่างแท้จริง อีกทั้ง กำหนดสถานะของ “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ในบทบัญญัติกฎหมาย จะช่วยสร้างความชัดเจน และความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนทั้งชาวไทยและต่างชาติ พร้อมทั้งช่วยยกระดับศักยภาพของประเทศสู่การแข่งขันในระดับสากลต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ ดังนี้

1. เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่และการดำเนินการเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นภายใต้หลักกฎหมายมหาชนและมหาชนเศรษฐกิจ
2. เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับแนวคิด ทฤษฎี หลักการทางกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น วัตถุประสงค์ เงื่อนไขการจัดตั้ง สถานะทางกฎหมาย และการควบคุมกำกับดูแลที่ถูกต้อง
3. เพื่อให้ทราบถึงอำนาจหน้าที่ ประเด็นปัญหาทางกฎหมาย และแนวโน้มในการจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยในปัจจุบัน รวมถึง เจตนารมณ์และขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560
4. เพื่อให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ในจัดตั้งบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และแนวทางการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าแก่กรณีบริษัทจำกัดของต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับใช้แก่ประเทศไทยอย่างเหมาะสม
5. สามารถวิเคราะห์ วิจัย และเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายกรณีบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย ประกอบการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้อย่างถูกต้อง เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยมุ่งศึกษาถึงวัตถุประสงค์ เงื่อนไขการจัดตั้งหรือถือหุ้น สถานะทางกฎหมาย และการควบคุมกำกับดูแลการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักการทางวิชาการและหลักการทางกฎหมายมหาชน เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างถูกต้อง ประกอบกับศึกษาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยและต่างประเทศ ภายใต้แนวคิดและหลักการของสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ซึ่งล้วนแต่มีอิทธิพลและเป็นที่มาของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าในลักษณะที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ เพื่อนำมาวิเคราะห์ปัญหาและเสนอแนะแนวทางการบังคับใช้กฎหมายที่ถูกต้องและเหมาะสมแก่กรณีบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ได้มีการดำเนินการในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม อันกระทบต่อผู้ประกอบการภาคเอกชนภายใต้หลักการแข่งขันเสรีและเป็นธรรม

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

เนื่องด้วยในปัจจุบัน บริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยยังคงมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายสำคัญหลายประการ ทั้งในเรื่องเงื่อนไขการจัดตั้งและสถานะทางกฎหมาย โดยในทางวิชาการเรียกว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ซึ่งมีได้ถือเป็นรัฐวิสาหกิจ อันจะบังคับใช้กฎหมายในลักษณะเดียวกันได้ ประกอบกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังมีได้มีการบัญญัติถึงขอบเขตการบังคับใช้แก่บริษัทจำกัดดังกล่าวอย่างชัดเจน ทำให้เกิดผลกระทบต่อผู้ประกอบการภาคเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านเศรษฐกิจที่มีได้เป็นไปตามหลักการแข่งขันเสรีและเป็นธรรม ทั้งนี้ ยังก่อให้เกิดอุปสรรคแก่ภาครัฐในการควบคุมการใช้อำนาจและงบประมาณในการจัดตั้งและดำเนินการของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอีกด้วย

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

วิธีการศึกษาวิจัยที่ใช้ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลวิเคราะห์จากหนังสือ บทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีหรือแนวคิด รวมทั้งเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ ที่เกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นผ่านการจัดตั้งบริษัทจำกัดและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า รวมถึงการสัมภาษณ์เชิงลึก (ถ้ามี)

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบและเข้าใจถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมายพื้นฐานอันเป็นที่มาของการรับรอง และสนับสนุนการจัดตั้งบริษัทจำกัดและดำเนินกิจการเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามหลักกฎหมายมหาชนและหลักกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ
2. ทราบและเข้าใจถึงวัตถุประสงค์ เงื่อนไขการจัดตั้งตั้ง สถานะทางกฎหมาย และมาตรการควบคุมกำกับดูแลทางกฎหมายแก่กรณีบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างถูกต้อง
3. ทราบถึงแนวคิด หลักเกณฑ์ในจัดตั้งบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และแนวทางการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าแก่กรณีบริษัทจำกัดของต่างประเทศ ที่เป็นประโยชน์ต่อการนำมาศึกษาและเป็นแนวทางในการปรับใช้แก่กรณีประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม
4. สามารถแก้ไขและป้องกันปัญหา รวมถึงมีแนวทางการบังคับใช้กฎหมายแก่กรณีบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อย่างถูกต้อง เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ
5. ภาครัฐและภาคเอกชนเกิดความรู้ความเข้าใจทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางเศรษฐกิจอย่างถูกต้องและประกอบการภายใต้หลักการแข่งขันเสรีและเป็นธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินการและการใช้อำนาจของภาครัฐเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักนิติรัฐและรัฐธรรมนุญ

บทที่ 2

แนวคิดและหลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นรูปแบบบริษัทจำกัด และหลักการแข่งขันทางการค้าระหว่างรัฐและเอกชน

2.1 แนวคิดและหลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น (Local Public Enterprises)

วิสาหกิจมหาชน (Public Enterprise) เป็นรูปแบบขององค์กรหรือสถาบันของรัฐในทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีที่มาและบทบาทที่ต่างกันตามประวัติศาสตร์และระบอบเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ จากการศึกษาพบว่า วิสาหกิจมหาชนมีบทบาทสำคัญในการวางโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจและสังคมขับเคลื่อนและพัฒนาเศรษฐกิจ รวมถึง การยกระดับการแข่งขันของประเทศ ดังเช่น กรณี เทมาเส็ก โฮลดิ้งส์ (Temasek Holdings) ซึ่งเป็นกองทุนที่รัฐบาลสิงคโปร์ โดยกระทรวงการคลังของสิงคโปร์ถือหุ้นร้อยละ 100 มีสถานะเป็น Holding Company ที่ช่วยบริหารการลงทุนของรัฐบาลในรัฐวิสาหกิจของประเทศสิงคโปร์ ที่เรียกว่า Government Linked Companies (GLCs)¹ ในการเข้าไปลงทุนในกิจการและอุตสาหกรรมทั้งภายในและภายนอกกรณีการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปเพื่อวางโครงสร้างพื้นฐานของเศรษฐกิจที่สำคัญของประเทศ เพราะเชื่อว่าภาครัฐจะสามารถบริหารจัดการให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ดีกว่าการให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการเอง ในขณะที่สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่มุ่งเน้นให้ภาคเอกชนมีเสรีภาพในการแสวงหากำไรโดยการการแข่งขันทางการค้าเสรีภายใต้กลไกตลาด ได้มีแนวคิดให้ลดบทบาทภาครัฐจากเดิมที่ฐานะเป็นผู้ประกอบการเปลี่ยนเป็นรัฐในฐานะผู้กำกับดูแลกิจการ (State as Regulators) เสียแทน เพื่อเปิดโอกาสให้เอกชนเข้าสู่ตลาดและเกิดการแข่งขันอย่างเท่าเทียม โดยไม่ได้มีเพียงแต่การจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนในระดับรัฐบาลส่วนกลางเท่านั้น แต่ในการปกครองและการจัดทำบริการสาธารณะในระดับท้องถิ่น ก็ได้มีการนำแนวคิดการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนหรือที่เรียกว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” มาดำเนินการโดยรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป ดังเช่น การร่วมจัดตั้งและถือหุ้นในบริษัทจำกัดของประเทศฝรั่งเศสเพื่อจัดทำบริการสาธารณะของท้องถิ่นและเพิ่มแหล่งรายได้ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือกรณีการจัดตั้งวิสาหกิจระดับเมืองและหมู่บ้าน หรือที่เรียกว่า Town and Village Enterprise : TVEs ของรัฐบาลท้องถิ่น

¹โชติชัย สุวรรณภรณ์, เมื่อไรเราถึงจะมีกองทุนระดับ Temasek และ GIC (ตอนจบ), สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง [ออนไลน์], 30 พฤษภาคม 2564. แหล่งที่มา http://www2.fpo.go.th/FPO/index2.php?mod=Content&file=contentview&contentID=CNT0002_901&categoryID=CAT0000146

ในประเทศจีนที่มีชุมชนเป็นผู้ถือหุ้นหลัก ด้วยนโยบายอุตสาหกรรมการต่อยอดภารกิจเดิมที่มีอยู่ในพื้นที่ของท้องถิ่นเพื่อพัฒนาอุตสาหกรรมสิ่งทอท้องถิ่นของจีนและถือเป็นโมเดลสำคัญในการพัฒนาและเพิ่มความเติบโตทางเศรษฐกิจโดยการสร้างความชำนาญเฉพาะทางที่เริ่มจากรัฐบาลส่วนท้องถิ่น² ดังนั้น จะเห็นได้ว่าวิสาหกิจมหาชนมีบทบาทสำคัญในทางเศรษฐกิจของประเทศไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง แต่การเลือกใช้วิสาหกิจมหาชนเพื่อเป็นเครื่องมือที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับสถานการณ์และแนวนโยบายในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศในแต่ละช่วงเวลาเป็นสำคัญ ในหัวข้อนี้จึงจะได้กล่าวถึงแนวคิดและหลักการทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในรูปแบบบริษัทจำกัดที่มีลักษณะการบริหารจัดการของภาครัฐและเอกชนร่วมกัน เพื่อนำไปพิจารณาถึงการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนที่ถูกต้องตามหลักกฎหมายและเหมาะสมแก่สถานการณ์การจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยต่อไป

2.1.1 หลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชน (Public Enterprises)

2.1.1.1 ความหมายของคำว่าวิสาหกิจมหาชน (Public Enterprises)

วิสาหกิจมหาชน (Enterprise publique) ในภาษาฝรั่งเศส หรือ (Public Enterprise) ในภาษาอังกฤษ เกิดขึ้นจากแนวคิดการแยกนิติบุคคลตามกฎหมายตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นที่ยอมรับร่วมกันในระดับสากลว่า “วิสาหกิจมหาชน” หมายความว่า วิสาหกิจที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือนิติบุคคลอื่นๆ เป็นผู้ประกอบการ³ และถือเป็นเครื่องมือของรัฐที่เกิดจากการจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยธุรกิจตามหลักการกระจายอำนาจทางเทคนิค หรือทางการบริการ เพื่อใช้เป็นกลไกในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐและเข้าจัดทำบริการสาธารณะในฐานะผู้ประกอบการ (State as Entrepreneur) ซึ่งอาจเปรียบได้ว่าเป็น “มือที่สาม” ของรัฐนอกจากหน่วยงานในระบบราชการส่วนกลางและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น⁴ เพื่อจัดทำภารกิจที่ส่วนราชการหรือองค์กรของรัฐรูปแบบอื่นไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพตามหลักการทางกฎหมาย วิสาหกิจมหาชนเป็นองค์กรที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล มีความเป็นอิสระ

² วีระยุทธ กาญจน์ชูฉัตร, เศรษฐกิจสามสี เศรษฐกิจแห่งอนาคต (กรุงเทพฯ: บัณฑิต, 2563), หน้า 169.

³ ชาลูนัย แสงศักดิ์, หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์กรมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2542), หน้า 53.

⁴ John F. Garner, “Public Companies in the United Kingdom”, in *Government Enterprise: A Comparative Study* (New York: Columbia University Press, 1970), p. 4, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 6.

แยกออกจากหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีอิสระในการบริหารบุคลากร และการเงินตามระบบกฎหมายเอกชน และอยู่ภายใต้ระบบการตรวจสอบในลักษณะที่เรียกว่า “การกำกับดูแล” (tutelle) จากองค์กรของรัฐเสมอ⁵

2.1.1.2 หลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชน

การที่จะจำแนกว่าองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐรูปแบบใดถือเป็นวิสาหกิจมหาชน และกิจการของรัฐประเภทใดเหมาะสมกับการดำเนินการภายใต้วิสาหกิจมหาชนนั้น ได้มีนักวิชาการให้คำจำกัดความและอธิบายถึงหลักการทางกฎหมายของคำว่า “วิสาหกิจมหาชน” ดังนี้

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ได้อธิบายว่า “วิสาหกิจมหาชน” (Public Enterprise)⁶ มาจากคำว่า “วิสาหกิจ” (Enterprise) และ “มหาชน” (Public) รวมกัน ซึ่งเป็นการกำหนดคำในทางวิชาการเพื่อเรียกองค์กรที่รัฐจัดตั้งขึ้นใหม่ เพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม โดยมีลักษณะเป็นหน่วยในทางเศรษฐกิจ (Economic entity) และมีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเจ้าของทุนหรืออำนาจครอบงำ⁷ ซึ่งมีข้อความคิดและหลักการทางกฎหมาย ดังนี้⁸

1) หลักการทางกฎหมายว่าด้วย “วิสาหกิจ” (Concept of Enterprise)

วิสาหกิจ (Enterprise) หมายถึง หน่วยธุรกิจ (Economic Entity) ที่มีการนำเอาบุคลากร กองทรัพย์สิน และวัตถุดิบมาประสานเข้าด้วยกันอย่างมีเอกภาพ เพื่อทำกิจกรรมในการผลิต จำหน่าย หรือให้บริการในทางเศรษฐกิจ ประกอบกับ วิสาหกิจ หมายถึง หน่วยในทางกฎหมาย (Legal Entity) ที่สามารถมีวัตถุประสงค์เป็นของตนเอง มีความสามารถในอันที่จะมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย ตลอดจนใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่เหล่านั้นด้วยตนเอง เช่น การซื้อขาย การทำนิติกรรมสัญญา การดำเนินกิจกรรมใดๆ ในทางเศรษฐกิจ การใช้สิทธิทางศาล เป็นต้น

⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์, หน่วยงานของรัฐที่มีส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์กรมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ, หน้า 103.

⁶ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ ข้อความคิด” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 57.

⁷ หมายถึง อำนาจที่ได้รับจากการจัดตั้งขึ้นเป็นสถาบันในทางกฎหมายในวิสาหกิจมหาชน ซึ่งเป็นการใช้อำนาจในฐานะที่ผู้ใช้เป็นสถาบันหรือส่วนหนึ่งของวิสาหกิจนั้น โดยอาจจะเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ทั้งหมดหรือส่วนข้างมาก หรือเป็นผู้กุมเสียงทั้งหมดหรือเสียงข้างมากในองค์กรผู้บริหารขององค์กรหรือวิสาหกิจนั้น

⁸ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด”, หน้า 72-73.

หรืออาจกล่าวได้ว่า วิสาหกิจเป็นหน่วยที่มีสภาพนิติบุคคลของตนเองแยกต่างหากจากบุคคลหรือองค์กรผู้เป็นเจ้าของทุน

2) หลักการทางกฎหมายว่าด้วย “มหาชน” (Concept of Public)

ในมุมมองของคำว่า “มหาชน” (public) เป็นส่วนที่เกี่ยวกับรัฐมหาชน หรือเรื่องของสาธารณะ โดยพิจารณาภายใต้กรอบความคิดเกี่ยวกับจุดมุ่งหมายเพื่อสาธารณะ (public purpose) การเป็นเจ้าของสาธารณะหรือโดยมหาชน (public ownership) การดำเนินการควบคุมสาธารณะ (public control) ซึ่งหมายถึง การบริหารงาน โดยมหาชน เช่น ในรูปของบริษัทยักษ์ใหญ่ซึ่งเปิดให้ประชาชนได้เข้าไปมีส่วนในการถือหุ้น และควบคุมการบริหารจัดการได้⁹ หรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า “มหาชน” หมายถึง การใช้อำนาจของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐในทางมหาชน โดยในแง่นี้ย่อมหมายถึง การที่องค์กรหรือวิสาหกิจอยู่ภายใต้การครอบงำอำนาจอบายของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือที่เรียกว่า “อำนาจครอบงำชี้ขาด” (pouvoir prépondérant) เหนือองค์กรหรือวิสาหกิจนั้น ซึ่งเป็นข้อความคิดในการพิจารณาความเป็นเจ้าของจากการถือหุ้นหรือทุนในกิจการ และการอำนาจอบายจากการครอบงำชี้ขาดของวิสาหกิจว่าวิสาหกิจดังกล่าวเป็นของเอกชนหรือที่เรียกว่า “วิสาหกิจเอกชน” (Private Enterprise) หรือเป็นของบุคคลมหาชนหรือที่เรียกว่า “วิสาหกิจมหาชน” (Public Enterprise)

จากหลักการข้างต้นสามารถสรุปข้อความคิดทางกฎหมายของคำว่า “วิสาหกิจมหาชน” ได้ว่า วิสาหกิจมหาชนประกอบ 3 องค์ประกอบ ดังนี้¹⁰

- 1) มีฐานะเป็นนิติบุคคล
- 2) ประกอบกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม โดยมีการผลิตสินค้าและบริการ เพื่อแลกกับราคาและค่าบริการ และ
- 3) อยู่ภายใต้อำนาจครอบงำชี้ขาดของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กล่าวอีกนัยคือ วิสาหกิจมหาชน หมายถึง กองทรัพย์สินซึ่งผู้ประกอบการอันได้แก่ รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดสรรไว้เพื่อความมุ่งหมายในการประกอบอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม มีสภาพเป็นนิติบุคคล มีความสามารถ สิทธิและหน้าที่แยกต่างหากจากผู้ประกอบการ

⁹ สำนักงบประมาณของรัฐสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รัฐวิสาหกิจไทยแหล่งรายได้รัฐบาลหรือภาระงบประมาณของแผ่นดิน (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2563), หน้า 9.

¹⁰ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด”, หน้า 85.

ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ได้อธิบายหลักเกณฑ์ในการจำแนกวิสาหกิจมหาชน โดยแยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือ หลักเกณฑ์ทางเนื้อหา (Critère matériel) และหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ (ritère organique) ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้¹¹

1) หลักเกณฑ์การพิจารณาในทางเนื้อหา 3 ประการ ได้แก่

- องค์กรนั้นจะต้องดำเนินกิจกรรมอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม
- องค์กรนั้นจะต้อง “ทำการค้า” กล่าวคือมีการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการโดยมีค่าตอบแทนตามความเป็นจริงและเหมาะสม ผู้ใช้บริการที่ได้รับประโยชน์จากการให้บริการต้องชำระเงินค่าสินค้าและบริการตามที่ตนได้รับ เพื่อให้วิสาหกิจมหาชนนั้นจัดเก็บเป็นรายได้และดำเนินงานด้วยตนเอง ดังนั้น วิสาหกิจมหาชนจึงสามารถแสวงหากำไรได้จากการผลิตสินค้าและให้บริการซึ่งเป็นการดำเนินงานในเชิงธุรกิจการค้าเช่นเดียวกับวิสาหกิจของเอกชน แต่อย่างไรก็ดี วิสาหกิจมหาชนก็ย่อมอาจจำหน่ายสินค้าและให้บริการในราคาต่ำกว่าต้นทุนได้ หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปได้โดยความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแตกต่างจากการให้บริการสาธารณะทั่วไปที่หน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินการได้เองภายใต้ระบบราชการและได้รับเงินงบประมาณจากรัฐอย่างสมบูรณ์ หรือในการจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระที่มีได้มีวัตถุประสงค์ในการค้าแสวงหากำไรซึ่งแม้จะมีรายได้จากการเรียกเก็บเงินในลักษณะค่าธรรมเนียมก็ถือเป็นเพียงต้นทุนของการให้บริการประชาชนเท่านั้น ฉะนั้น จะถือว่าหน่วยงานหรือองค์กรใดเป็นวิสาหกิจมหาชนแล้ว องค์กรนั้นย่อมต้องมีวัตถุประสงค์และการดำเนินงานในลักษณะทำการค้าในเชิงธุรกิจด้วย

- วิสาหกิจมหาชน อยู่ภายใต้หลักความเป็น “มหาชน” กล่าวคือต้องดำเนินงานภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งซึ่งแสดงถึงวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งวิสาหกิจนั้นๆ ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้กำหนด ดำเนินการเป็นไปตามนโยบายทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมของวิสาหกิจมหาชนโดยคำนึงถึงความเห็นและข้อเสนอแนะขององค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแล ทั้งนี้ วิสาหกิจมหาชนต้องดำเนินการไปภายในประโยชน์สาธารณะ

2) หลักเกณฑ์การพิจารณาในทางรูปแบบ 2 ประการ ได้แก่

- มีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกเทศต่างหากจากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนมีขึ้นเพื่อความเป็นอิสระในการดำเนินงานและการกำหนด
- วิสาหกิจมหาชนนั้นมีเงินทุนทั้งหมดหรือมากกว่ากึ่งหนึ่งเป็นของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่นๆ หรือรัฐมีอำนาจครอบงำเหนือคณะกรรมการบริหารวิสาหกิจนั้นๆ

¹¹ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักเกณฑ์ในการจำแนกวิสาหกิจมหาชน : ศึกษาเปรียบเทียบในกฎหมายไทยและฝรั่งเศส,” *วารสารนิติศาสตร์* 18, 3 (กันยายน 2531): 80-88.

ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้อธิบายว่าวิสาหกิจมหาชน มีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ¹²

1. เป็นองค์กรที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล
2. เป็นองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมทางการค้าหรืออุตสาหกรรม
3. รัฐหรือนิติบุคคลทางมหาชนอื่นถือหุ้นในองค์กรนั้นเกินกว่า ร้อยละห้าสิบ หรือควบคุมการบริหารงานขององค์กรนั้น

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าหากวิสาหกิจใดที่มีรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นเจ้าของทุนในวิสาหกิจนั้น และมีอำนาจครอบงำชี้ขาดการบริหารและดำเนินการ เหนือวิสาหกิจดังกล่าวแล้ว วิสาหกิจดังกล่าวนี้ย่อมมีสถานะทางกฎหมายเป็นวิสาหกิจมหาชน เป็นสมบัติของรัฐและอยู่ภายใต้การอำนวยการของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นเจ้าของ

2.1.1.3 ประเภทของวิสาหกิจมหาชน

จากหลักการข้างต้น วิสาหกิจมหาชนแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

- 1) วิสาหกิจมหาชนของรัฐ หรือที่ตามระบบกฎหมายไทยเรียกนิติบุคคล ประเภทนี้ว่า “รัฐวิสาหกิจ” (State Owned Enterprises: SOEs) ซึ่งหมายถึง หน่วยทางเศรษฐกิจ ที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายโดยมีรัฐโดยรัฐบาลส่วนกลางเป็นผู้ถือหุ้นและมีอำนาจ ครอบงำชี้ขาดในกิจการ รัฐวิสาหกิจประเภทนี้มีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งและมีขอบเขตการดำเนินการ ตามหลักการกระจายอำนาจทางบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการจัดทำบริการสาธารณะ ทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมระดับชาติตามอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลส่วนกลาง ดังนั้น รัฐวิสาหกิจ จึงมิได้หมายความรวมถึง หน่วยธุรกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นด้วย
- 2) วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น (Local Public Enterprises: LPEs) ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

2.1.2 นิยามของคำว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” (Local Public Enterprises: LPEs หรือ Local Government Enterprises)

วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น หมายถึง องค์กรหรือหน่วยธุรกิจที่เมืองครปกครอง ส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐตามหลักการกระจายอำนาจ (Decentralization) เป็นผู้จัดตั้งขึ้น ด้วยทุนหรืองบประมาณ ภายใต้การใช้อำนาจครอบงำชี้ขาดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อดำเนินกิจการใดกิจการหนึ่งในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม หรือกิจการที่มีลักษณะเป็น การค้าหากำไรในเชิงพาณิชย์ ประกอบกับการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของ

¹² สมคิด เลิศไพฑูรย์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับองค์กรมหาชนอิสระ,” วารสารนิติศาสตร์ 19, 4 (ธันวาคม 2542): 59-79.

ประชาชนในท้องถิ่น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะท้องถิ่น (Local Public Interest) ในเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งเท่านั้น ซึ่งเป็นกรณีแตกต่างจากการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ นอกจากนี้ ได้มีองค์กรและนักวิชาการที่ได้อธิบายคำว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ไว้ในลักษณะที่ใกล้เคียงกัน ดังนี้

The Swedish Organisation for Local Enterprises (KFS) ซึ่งเป็นสหภาพแรงงาน ด้านกิจการเชิงพาณิชย์ของรัฐบาลท้องถิ่นในประเทศสวีเดน ได้นิยามความหมายของคำว่า “กิจการเชิงพาณิชย์” (Local Public Enterprises: LPE) ซึ่งปรากฏในเอกสาร “Serving the Public: The Role and Benefit of Local Public Enterprises in Europe” ว่า หมายถึง “กิจการนิติบุคคลที่ดำเนินงานเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเป็นกิจการที่รัฐบาลท้องถิ่นถือครองสัดส่วนหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด ซึ่งการถือหุ้นนี้สามารถถือหุ้นโดยรัฐบาลท้องถิ่นเพียงแห่งเดียว หรือรัฐบาลท้องถิ่นมากกว่าหนึ่งแห่งถือหุ้นร่วมกันก็ได้ หรือในกรณีที่รัฐบาลท้องถิ่นถือครองหุ้นในกิจการนิติบุคคลต่ำกว่าร้อยละ 50 แต่รัฐบาลท้องถิ่นยังมีอำนาจในการควบคุมการดำเนินงานของกิจการนั้นอยู่”¹³

ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป การก่อตั้งและดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์ โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นวิธีการที่นิยมเนื่องจากกระแสแนวคิดการกระจายอำนาจ และการให้เสรีในกิจการภาครัฐประกอบกับความจำเป็นทางการคลังของรัฐบาลท้องถิ่น ซึ่งโดยส่วนใหญ่กิจการเชิงพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะจัดตั้งบริษัทจำกัดเช่นเดียวกับบริษัทเอกชนตามกฎหมายบริษัท (Corporate Law) และเป็นกิจการที่สามารถแข่งขันกับเอกชนได้ โดยการจัดตั้งและดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์ท้องถิ่นต้องคำนึงถึงหลักการที่สำคัญ 3 ประการ คือ 1) เกิดจากการตัดสินใจของสภาท้องถิ่น 2) ให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ของชุมชน (Community Benefit) เป็นหลัก และจะต้องประเมินจากผลกำไรในทางการเงินและการดำเนินการเพื่อผลประโยชน์ของชุมชนที่สอดคล้องกับทิศทางขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มากกว่าการทำเพื่อผลกำไรสูงสุด (Profit Maximization) และ 3) มีการนิยามถึงผลประโยชน์ที่ชัดเจน มีการกำหนดความเป็นเจ้าของ และมีการควบคุมสั่งการโดยเจ้าของอย่างเป็นรูปธรรม¹⁴

Saussier & Klien เห็นว่าความหมายกิจการเชิงพาณิชย์ของท้องถิ่นไม่แตกต่างจากความหมายของรัฐวิสาหกิจ (Public Enterprise) กล่าวคือ เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐบาลภายใต้กฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน ซึ่งกำหนดความเป็นอิสระของกิจการเชิงพาณิชย์

¹³ The Swedish Organisation for Local Enterprises 2005, p. 7, อ้างถึงใน วุฒิสาร ตันไชย และคณะ, ข้อเสนอเชิงนโยบายนวัตกรรมกรรมการพัฒนารายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2558), หน้า 209.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 209-210.

และกำหนดให้กิจการเชิงพาณิชย์ของท้องถิ่นผลิต จัดหาสินค้าและบริการด้วยเงินทุนที่กิจการเชิงพาณิชย์นั้นมีอยู่เองทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน โดยรัฐบาลหรือองค์กรของรัฐจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับกิจการเชิงพาณิชย์ของท้องถิ่นโดยการเข้าร่วมหรือการเป็นตัวแทนในโครงสร้างการตัดสินใจของกิจการเชิงพาณิชย์ ประเภทบริการสาธารณะที่กิจการเชิงพาณิชย์ดำเนินการมีอยู่จำนวนมาก ทั้งการจัดให้มีโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณูปโภคแบบ “ดั้งเดิม” เช่น การประปา การบำบัดน้ำเสีย การกำจัดของเสีย การขนส่งสาธารณะในท้องถิ่น จนไปถึงการให้กิจการเชิงพาณิชย์ของท้องถิ่นทำหน้าที่ในการวางแผนและการพัฒนาทางเศรษฐกิจภูมิภาคและภาคธุรกิจ เช่น ที่อยู่อาศัย หรือแม้แต่การจัดบริการสาธารณสุข

2.1.3 ลักษณะเฉพาะของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น

จากนิยามและหลักการทางกฎหมายว่าวิสาหกิจมหาชนข้างต้น สามารถสรุปได้ว่าวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นมีลักษณะเฉพาะ ดังนี้

2.1.3.1 องค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล

จากการศึกษาหลักการทางกฎหมายของการเป็น “วิสาหกิจ” แล้วว่าวิสาหกิจเป็นหน่วยในทางธุรกิจจากการตกลงกันและร่วมลงทุนเพื่อก่อตั้งหน่วยในทางธุรกิจให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย เพื่อให้นิติบุคคลนั้นมีความสามารถ มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบทางกฎหมายได้เหมือนกับบุคคลธรรมดา ผ่านการดำเนินงานของตัวแทนนิติบุคคล ประกอบกับ การจัดตั้งและยุบเลิกวิสาหกิจประเภทนี้เกิดขึ้นจากกระบวนการแทรกแซงของรัฐโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทำให้วิสาหกิจดังกล่าวที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเจ้าของ มีสถานะเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” และเมื่อกฎหมายรองรับว่าวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นมีสถานะเป็นนิติบุคคลแล้ว วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นจึงมีอิสระและมีสภาพความเป็นผู้ทรงสิทธิ หน้าที่ แยกต่างหากจากสมาชิก หุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นของวิสาหกิจนั้นทำให้วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นมีความสามารถในการดำเนินการ หรือก่อนนิติสัมพันธ์ใดๆ ตามกฎหมายได้ในนามของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นเอง โดยที่การกระทำของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นนั้นจะไม่ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเจ้าของทุนต้องผูกพันตนหรือมีความรับผิดชอบในเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น ดังนั้น วิสาหกิจมหาชนในวิธานิพนธ์ฉบับนี้จึงไม่รวมถึงการพาณิชย์ท้องถิ่นซึ่งถือเป็นหน่วยงานภายใต้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ไม่ได้มีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างอิสระ

2.1.3.2 ประกอบกิจการหรือจัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม

เนื่องด้วยข้อความคิดของการเป็นวิสาหกิจหรือหน่วยทางธุรกิจ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการผลิต จำหน่าย ให้บริการ หรือดำเนินการอื่นใดในลักษณะเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ แต่เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งถือเป็นหน่วยงานของรัฐรูปแบบหนึ่งมิได้จัดตั้งขึ้นเพื่อแสวงหากำไรทางการค้าพาณิชย์เช่นเดียวกับวิสาหกิจของเอกชน แต่เนื่องด้วยเหตุผลความจำเป็นบางประการ ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรมหรือดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอื่นใดด้วยตนเอง ดังนั้น การจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นจึงต้องมีวัตถุประสงค์และดำเนินการเกี่ยวกับกิจการที่เป็นการผลิต จำหน่าย หรือให้บริการในทางพาณิชย์ ทั้งนี้ เพื่อให้วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นสามารถบริหารจัดการและประกอบการด้วยงบประมาณที่เกิดจากรายได้ในกรณีเรียกเก็บค่าสินค้าและบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการ เช่น การดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน

2.1.3.3 อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีอำนาจในการควบคุมกำกับดูแลวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในสองระดับ กล่าวคือ การใช้อำนาจในการครอบงำชี้ขาดกิจการในฐานะผู้ถือหุ้นหรือเจ้าของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น ผ่านการบริหารของคณะกรรมการบริหาร ซึ่งเป็นตัวแทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และการกำกับดูแลในการจัดตั้ง ดำเนินการ ยุบหรือเลิกวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น เพื่อตรวจสอบการกระทำของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นให้เป็นไปตามโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจจัดตั้ง เช่น การรับนโยบายจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การเสนอเรื่องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพิจารณาอนุมัติหรือการรายงานผล การกำกับดูแลในฐานะคู่สัญญา เป็นต้น

2.1.4 รูปแบบวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น (Local Public Enterprise Forms)

ในการจำแนกรูปแบบของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น สามารถจำแนกได้ด้วยหลักเกณฑ์หลายวิธี ทั้งการแบ่งแยกประเภทหลักเกณฑ์จากกฎหมายที่จัดตั้ง ประเภทกิจการที่เป็นเป้าหมายและวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง รูปแบบการลงทุน ความเป็นเจ้าของหรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือการมีอำนาจครอบงำชี้ขาด รวมถึงขอบเขตความสามารถในการดำเนินกิจการและการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับเอกชน เป็นต้น ซึ่งการจำแนกรูปแบบของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น จะช่วยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถ เลือกนำเอารูปแบบของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นที่ตนพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสมแก่ประเภทบริการสาธารณะที่เป็นเป้าหมาย และการดำเนินการผ่านวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นรูปแบบนั้นจะส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรมของท้องถิ่นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสามารถแก้ไขปัญหาที่การจัดทำ

บริการสาธารณะด้วยวิธีการอื่นไม่สามารถทำได้ ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะจำแนกรูปแบบของวิสาหกิจมหาชนที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งสามารถจำแนกออกเป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

2.1.4.1 วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นประเภทนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (Public Corporation)

วิสาหกิจมหาชนประเภทนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน หมายถึงองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชน เพื่อจัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมของท้องถิ่นโดยตรง¹⁵ โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นเป็นหลัก เช่น การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นปัจจัยสำคัญต่อการดำเนินชีวิต ได้แก่ การไฟฟ้า การประปา การโทรคมนาคม การขนส่งมวลชน การกำจัดขยะ โรงพยาบาล สถานศึกษา เป็นต้น โดยที่การให้บริการสาธารณะดังกล่าวเหล่านี้มีความจำเป็นบางประการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องใช้อำนาจมหาชนเป็นผู้ดำเนินการ หรือใช้ทรัพยากรในการจัดทำบริการสาธารณะ อีกทั้ง การควบคุมอย่างใกล้ชิด เพื่อให้ประชาชนในท้องถิ่นสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะได้อย่างเสมอภาค และจำเป็นจะต้องควบคุมให้บริการสาธารณะดังกล่าวสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามสถานการณ์และเป็นไปอย่างต่อเนื่อง มิฉะนั้นจะส่งผลกระทบต่อประชาชนอย่างรุนแรง ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงควรเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้แต่เพียงผู้เดียว แต่ด้วยข้อจำกัดและความซับซ้อนของระบบราชการ จึงทำให้การจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงได้มีการจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่ด้วยเงินทุนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหมดแยกออกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหมด โดยมีสถานะเป็นนิติบุคคลที่มีอิสระแยกออกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทำให้สามารถบริหารบุคลากร จัดทำบัญชี และดำเนินการใดๆ ได้อย่างคล่องตัว ในขณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังสามารถใช้อำนาจมหาชนในการบริหารกิจการได้โดยตรง และมีอำนาจเต็มผ่านคณะกรรมการบริหารที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้แต่งตั้ง ดังเช่นการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในรูปนิติบุคคลมหาชนของประเทศฝรั่งเศสที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรมหาชน (Public Corporation) ทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เพื่ออำนวยความสะดวกในการบริหารจัดการสิ่งสาธารณูปโภค¹⁶

¹⁵ ชัยภัทร ทั้งทอง, “การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่น โดยองค์การบริหารกิจการท้องถิ่นเฉพาะอย่าง” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 50.

¹⁶ Gérard Marcou, “Local Government Public Service Provision in France: Diversification of Management Patterns and Decentralisation Reforms,” in *Public and Social Services in Europe*, Hellmut Wollmann, Ivan Koprčić, and Gérard Marcou, ed. (London: Palgrave Macmillan UK, 2016), p. 65.

และเนื่องด้วยความจำเป็นในการใช้อำนาจมหาชนในการดำเนินงานของวิสาหกิจมหาชนนี้ การจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนประเภทนิติบุคคลมหาชนจึงจะต้องจัดตั้งโดยการตรากฎหมายเฉพาะ ดังเช่นการตราพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือที่เปรียบเทียบกับรัฐวิสาหกิจไทยที่สร้างขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือรัฐวิสาหกิจที่สร้างขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจด้านกิจการพลังงานภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงพลังงาน จัดตั้งขึ้นพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินธุรกิจหลักในการผลิต จัดให้ได้มา และจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าและธุรกิจอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการไฟฟ้า เป็นต้น¹⁷ ซึ่งถือเป็นวิสาหกิจมหาชนของรัฐที่เป็น “องค์กรของรัฐ” และมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน หรือการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นโดยการตราพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ประกาศกระทรวง หรือกฎหมายในระดับท้องถิ่น เช่น ข้อบัญญัติหรือเทศบัญญัติในกรณีท้องถิ่นปกครองส่วนท้องถิ่นประสงค์จะจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนประเภทนิติบุคคลมหาชน เพื่อให้รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถมอบอำนาจมหาชนที่จำเป็นให้แก่วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นดังกล่าวได้ การจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนประเภทนี้จึงไม่สามารถจัดตั้งตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนได้ ดังนั้นการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นรูปแบบดังกล่าวจึงเป็นการจัดตั้งโดยกฎหมายมหาชนเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า วิสาหกิจมหาชนที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน จัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า โดยรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่งหรือสามารถคุมเสียงข้างมากในคณะกรรมการบริหารถือเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรมหาชนอิสระหรือเป็นวิสาหกิจมหาชนในรูปแบบองค์กรมหาชนอิสระทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (un établissement public à caractère industriel et commercial : EPIC)¹⁸ เท่านั้น

2.1.4.2 วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นประเภทนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ในรูปบริษัทจำกัด (Limited Liability Company)

การจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นประเภทนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนในรูปบริษัทจำกัด เกิดจากความท้าทายที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องหาวิธีการและรูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะรูปแบบใหม่ที่สามารถตอบสนองและดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องใช้งบประมาณในการลงทุนสูง มีการใช้เทคโนโลยีและความรู้ความเชี่ยวชาญในการ

¹⁷ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย, เกี่ยวกับ กฟผ. [ออนไลน์], 31 พฤษภาคม 2564. แหล่งที่มา

https://www.egat.co.th/index.php?option=com_content&view=article&id=140&Itemid=178

¹⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์, หน่วยงานของรัฐที่มีส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์กรมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ, หน้า 55-56.

บริหารจัดการเฉพาะด้าน และสามารถดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อให้บริการแก่ประชาชน และเป็นแหล่งรายได้ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปในขณะเดียวกัน จึงได้มีแนวคิดในการจัดตั้งนิติบุคคลเอกชนขึ้นใหม่เพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเหล่านี้ให้มีความอิสระ คล่องตัว มีการบริหารจัดการและจัดทำระบบบัญชีตามระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งหมายถึง การจดทะเบียนจัดตั้ง “บริษัทจำกัด” ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจัดตั้งบริษัทจำกัดตามกฎหมายพาณิชย์ของแต่ละประเทศ

การจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบ “บริษัทจำกัด” เกิดขึ้นจากทฤษฎีการก่อตั้งนิติบุคคลเพื่อเป็นตัวแทนของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลในการมีสิทธิหน้าที่และความสามารถทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา การจัดตั้งบริษัทจำกัดอาจเกิดจากการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยบุคคลหรือนิติบุคคลแห่งเดียวเพื่อประกอบธุรกิจ หรือการเข้าร่วมกันทำสัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัดระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำการกิจการร่วมกันด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น หรือกล่าวได้อีกนัยว่า บริษัทจำกัดเกิดจากการรวมตัวกันของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือกองทัพสินด้วยสัญญาพิเศษเพื่อประกอบธุรกิจและดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งบริษัทจำกัดในนามของกลุ่มบุคคล ตั้งแต่การยึดถือ จำหน่ายจ่ายโอนผลประโยชน์ และดำเนินการต่างๆ รวมทั้งการดำเนินคดี ซึ่งทำให้บุคคลที่รวมตัวกันดำเนินการธุรกิจนั้นมีบริษัทเป็นผู้รับผิดชอบแทนความรับผิดชอบส่วนบุคคล และในการจัดตั้งบริษัทจำกัด จะต้องมีการแบ่งทุน (Capital) เป็นหุ้น (Shares) และแต่ละหุ้นมีมูลค่าเท่ากัน การแบ่งจำนวนหุ้นนี้เองทำให้ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบเฉพาะสัดส่วนการถือครองหุ้นของตนในบริษัทจำกัดดังกล่าว โดยที่ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบตามมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น และหากบริษัทจำกัดประกอบธุรกิจมีผลกำไรแล้ว ผู้ถือหุ้นก็ย่อมได้รับผลตอบแทนในรูปแบบของเงินปันผล แต่หากเมื่อใดที่บริษัทดำเนินการขาดทุน ผู้ถือหุ้นก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในจำนวนหนี้ที่บริษัทจำกัดเป็นผู้ก่อขึ้น¹⁹ ดังนั้น เจ้าหนี้จะบังคับเอาากับผู้ถือหุ้นให้รับผิดชอบในหนี้ดังกล่าวไม่ได้ เนื่องจากผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบเพียงค่าหุ้นที่ยังส่งไม่ครบเท่านั้น ลักษณะความรับผิดแบบจำกัดจำนวน (Limited Liability) เช่นนี้ทำให้บริษัทจำกัดแตกต่างจากองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่น²⁰ และทำให้การจัดตั้งบริษัทจำกัดเป็นรูปแบบองค์กรที่แพร่หลายในการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน อีกทั้ง ยังเป็นเครื่องมือทางเลือกของภาครัฐในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจในฐานะผู้ประกอบการ ดังเช่น การจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนของรัฐ หรือวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในรูปแบบบริษัทจำกัด ดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

¹⁹ พินิจ ทิพย์มณี, หลักกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 161-162.

²⁰ สหชน รัตนไพจิตร, กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 267.

2.2 หลักการทางกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นรูปแบบ “บริษัทจำกัด” ซึ่งถือเป็นรูปแบบองค์กรนิติบุคคล ตามกฎหมายเอกชนและถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรมตามหลักการกระจายอำนาจทางบริการในระดับท้องถิ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการจัดทำบริการสาธารณะที่มุ่งแสวงหากำไรและต้องมีการแข่งขันกับเอกชนตามกลไกตลาด อาทิ กิจการพาณิชย์ การดำเนินกิจการของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นประเภทอาศัยอำนาจในทางกฎหมาย เอกชนเป็นหลัก ซึ่งมีสิทธิหน้าที่และความสามารถเสมือนนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนทั่วไป โดยวิสาหกิจมหาชนดังกล่าวไม่ต้องอาศัยอำนาจมหาชนในการดำเนินการ ดังนั้น จึงทำให้ความสัมพันธ์ของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในการเข้าทำนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกหรือประชาชนผู้ใช้บริการ ย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวข้อง แต่หากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ได้มอบหมายให้วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในรูปแบบบริษัทจำกัดต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเหตุผลพิเศษในทางมหาชนแล้ว นิติสัมพันธ์ระหว่างวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นกับรัฐ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือกับเอกชน อาจทำให้ ความสัมพันธ์ในทางกฎหมายเช่นว่านั้นอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชนได้เช่นเดียวกัน

2.2.1 ลักษณะการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

1) การจัดตั้งนิติบุคคลเอกชนขึ้นใหม่ด้วยทุนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งหมด (Wholly Owned Company)

ในระยะแรก การจัดตั้งบริษัทจำกัดรูปแบบนี้อาจมิได้เกิดจากการเข้าจัดตั้ง โดยตรงขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่เกิดขึ้นจากการเข้าควบคุมกิจการของเอกชนในช่วงวิกฤตเศรษฐกิจ เนื่องจากเอกชนประสบปัญหาขาดทุนและไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ แต่กิจการดังกล่าวยังคงเป็นกิจการที่มีความสำคัญกับประชาชนในท้องถิ่น จึงมีความจำเป็นที่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐต้องเข้าครอบงำบริษัทและบริหารจัดการต่อไป หรือการเกิดขึ้น เนื่องจากการประสานประโยชน์ทางเมืองระหว่างผู้บริหารท้องถิ่นและกลุ่มนายทุนผู้ประกอบการ ต่อมากฎหมายจึงได้มีการบัญญัติรับรองให้รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเข้าจัดตั้งหรือ ถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ เพื่อการจัดตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดดังกล่าวเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

การจัดตั้งบริษัท จำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นลักษณะนี้ เกิดขึ้นโดยการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดที่มีลักษณะเป็นองค์กรเอกชน (Corporatization) โดยการเปลี่ยนทุนหรืองบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นหุ้นของบริษัทจำกัด ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือทั้งหมด หรือที่เรียกได้ว่าเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยบุคคลธรรมดา

หรือบริษัทจำกัดคนเดียวโดยนิติบุคคล²¹ ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีความเป็นนิติบุคคลที่แท้จริง หรือ “Real Entity Theory” โดยกฎหมายได้รับรองให้บริษัทจำกัดที่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นแต่เพียงผู้เดียวมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินกิจการ แม้บริษัทจำกัดประเภทนี้จะมียุติการปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นแต่เพียงผู้เดียว แต่บริษัทจำกัดดังกล่าวก็ย่อมมีอิสระ สิทธิหน้าที่และความสามารถเช่นเดียวกับบริษัทจำกัดของเอกชน ซึ่งจะเป็นผลดีต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์ หรือทำการค้าแสวงหากำไร ซึ่งในบางประเทศได้มีการกำหนดให้รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมด หรือที่เรียกว่า One Person Company (OPC)²²

อย่างไรก็ดี การจัดตั้งบริษัทจำกัดในลักษณะย่อมมีข้อบกพร่องและอาจขัดต่อหลักการพื้นฐานของการจัดตั้งหน่วยทางธุรกิจในรูปแบบบริษัทจำกัดในบางทฤษฎี เนื่องจากการจัดตั้งบริษัทจำกัดเกิดจากการรวมตัวกันของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือกองทัพ เพื่อดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ตกลงร่วมกัน และเพื่อให้การร่วมกันนั้นมีสถานะเป็นนิติบุคคลที่เสมือนตัวแทนในการแสดงเจตนาของบุคคลที่เข้าร่วมกันก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัท โดยที่สัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดถือเสมือนเป็นเครื่องมือในการกำหนดสิทธิออกเสียงหรือกำหนดผลประโยชน์ การมีสิทธิในการแต่งตั้งผู้บริหารหรือผู้ตรวจสอบบัญชี รวมถึง การกระจายความเสี่ยง และจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าว แต่เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นแต่เพียงผู้เดียวแล้ว ก็ย่อมทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจเต็มในการบริหารจัดการบริษัทจำกัดในลักษณะเดียวกันกับการดำเนินการขององค์การมหาชนซึ่งจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในลักษณะนี้ขัดต่อหลักการสำคัญของบริษัทจำกัด อีกทั้ง ในบางกรณีการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่เพียงแห่งเดียวนั้นอาจก่อให้เกิดการเลี้ยวหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย เช่น การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง การคัดเลือกเอกชนคู่สัญญา หรือการดำเนินกิจการในเชิงพาณิชย์กับบุคคลภายนอก นอกเหนือขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อภาระทางการคลังและประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นด้วย

²¹ ชริตา ธีรธรรมธาดา และ เสถียรภาพ นาหลวง, “การจัดตั้งบริษัทจำกัดคนเดียวโดยนิติบุคคล,” ใน บทความฉบับเต็ม การประชุมวิชาการเสนอผลงานวิจัยระดับบัณฑิตศึกษาแห่งชาติ ครั้งที่ 19, เสนอที่มหาวิทยาลัยขอนแก่น, 9 มีนาคม 2561, หน้า 963.

²² จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด,” หน้า 150.

2) การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับบุคคลอื่น (Limited Liability Company) หรือบริษัทร่วมทุน (Mixed Economic Enterprise)

การเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์ประกอบส่วนท้องถิ่นกับบุคคลอื่นนั้น แบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่

2.1) การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับนิติบุคคลมหาชน

การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับนิติบุคคลมหาชน หมายถึง องค์ประกอบส่วนท้องถิ่นเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับนิติบุคคลมหาชนอื่น ได้แก่ รัฐ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์ประกอบส่วนท้องถิ่น หรือบุคคลอื่นของรัฐตามที่มีกฎหมายกำหนด โดยการจัดตั้งบริษัทจำกัดในลักษณะนี้มักเกิดจากความต้องการในการร่วมมือหรือร่วมดำเนินการกันระหว่างองค์ประกอบส่วนท้องถิ่น เช่น การจัดตั้งบริษัทจำกัดเพื่อร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมที่ครอบคลุมอาณาเขตขององค์ประกอบส่วนท้องถิ่นในพื้นที่อื่นๆ หรือการร่วมการจัดตั้งบริษัทจำกัดระหว่างองค์ประกอบส่วนท้องถิ่นกับรัฐหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ เพื่อให้เป็นการบูรณาการและประสานงานในการจัดทำบริการสาธารณะหรือดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะในวงกว้าง หรือต้องการความเชี่ยวชาญและประสิทธิภาพในการบริหารซึ่งองค์ประกอบส่วนท้องถิ่นเพียงแห่งเดียวไม่สามารถทำได้โดยลำพัง ทำให้มีการร่วมกันจัดตั้งบริษัทจำกัดและร่วมกันบริหารโดยการส่งผู้แทนของตนเข้าเป็นคณะกรรมการบริหารหรือเป็นกรรมการผู้จัดการ ทั้งนี้ การจัดตั้งองค์ประกอบส่วนท้องถิ่นในลักษณะดังกล่าวจะไม่มีเอกชนเข้าร่วมเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดเลย กรณีตัวอย่างการจัดตั้งบริษัทมหาชนท้องถิ่น (Wholly Publicly Owned Company หรือที่เรียกว่า Sociétés publiques locales : SPL) ขององค์ประกอบส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส โดยกฎหมายกำหนดให้ในบริษัทจำกัดดังกล่าวต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อยสองราย (โดยหลักกฎหมายกำหนดให้ต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 7 ราย) และในบรรดาผู้ถือหุ้นนั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการอย่างน้อยหนึ่งหรือสองรายขึ้นไปเพื่อควบคุมการบริหารจัดการและการดำเนินกิจการของบริษัทภายใต้กฎหมายเอกชน และในขณะเดียวกันบริษัทจำกัดดังกล่าวนี้ยังอยู่ภายใต้บังคับตามกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ขององค์ประกอบส่วนท้องถิ่นและการกำกับดูแลโดยรัฐบาลส่วนกลาง อย่างไรก็ตาม บริษัทจำกัดมหาชนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศสมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งเพื่อการดำเนินภารกิจขององค์ประกอบส่วนท้องถิ่นเป็นหลักเท่านั้น โดยมีได้มีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อดำเนินกิจการในทางการค้าพาณิชย์²³

²³ Gérard Marcou, “Local Government Public Service Provision in France: Diversification of Management Patterns and Decentralisation Reforms,” p. 66.

2.2) การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชน

การจัดตั้งถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับภาคเอกชน หรือที่เรียกว่า บริษัทจำกัดหุ้นส่วนผสมหรือบริษัทร่วมทุน (Mixed Economic Company) ซึ่งเกิดจากแนวคิดของการบริหารจัดการภาครัฐแนวใหม่ (NPM) ที่ต้องการนำรูปแบบการบริหารจัดการขององค์กรภาคเอกชน มาเป็นแบบอย่างในการบริหารจัดการรัฐให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพตรงตามเป้าหมายที่วางไว้ ประกอบกับกระแสการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศที่ใช้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตยและใช้ระบบเศรษฐกิจแบบผสม รัฐจึงได้กำหนดรูปแบบในการจัดทำบริการสาธารณะหรือการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจท้องถิ่น โดยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สามารถร่วมกับภาคเอกชนในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีที่ต้องการดำเนินการด้วยวิธีอื่นไม่สามารถทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดตั้งบริษัทจำกัด เพื่อเป็นเครื่องมือในการเพิ่มแหล่งเงินทุนหรือระดมทุนจากภาคเอกชนที่เข้าร่วมถือหุ้นในบริษัท ซึ่งจะช่วยให้้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีงบประมาณในการจัดทำโครงการเพิ่มขึ้น โดยไม่ส่งผลกระทบต่อภาระทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือในการแข่งขันทางการค้าและแสวงหารายได้ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย

การก่อตั้งและการดำเนินกิจการของบริษัทจำกัดประเภทนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในแต่ละประเทศ โดยการจัดตั้งเพื่อให้บริษัทจำกัดมีลักษณะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน มีสิทธิหน้าที่และความสามารถในการบริหารจัดการและดำเนินธุรกิจด้วยตนเอง หรือการเป็นเอกเทศ แยกออกจากผู้ก่อตั้ง ซึ่งหมายความถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชนผู้ถือหุ้น ทำให้บริษัทจำกัดดังกล่าวมีความคล่องตัวและลดข้อผูกมัดในการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนตามระบบกฎหมายของภาครัฐบางประการ เช่น การลดขั้นตอนการขออนุมัติหรืออนุญาตจากผู้มีอำนาจกำกับดูแล การลดขั้นตอนในการเสนอรายจ่ายและการใช้งบประมาณจากภาครัฐ รวมถึงการเปลี่ยนแปลงและความสัมพันธ์ในฐานะผู้ประกอบการกับประชาชนผู้ให้บริการ

อย่างไรก็ดี การจัดตั้งบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชนนั้น กฎหมายจะกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างน้อยแห่งใดแห่งหนึ่ง หรือหลายแห่งต้องร่วมกันถือหุ้นในสัดส่วนที่สามารถเป็นผู้มีสิทธิออกข้างมากเหนือผู้ถือหุ้นเอกชนรายอื่น โดยการกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องถือหุ้นในอัตราเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด หรือในบางกรณีแม้้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีได้ถือหุ้นในอัตราเกินกว่าร้อยละ 50 ก็ตาม แต่้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นต้องเป็นผู้มีอำนาจในการครอบงำชี้ขาดในการบริหารจัดการบริษัทจำกัดดังกล่าว และยังคงกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจการเสนอชื่อบุคคล ซึ่งเป็นผู้แทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าเป็นคณะกรรมการบริหารในบริษัทจำกัด

เพื่อให้บุคคลผู้ซึ่งเป็นคณะกรรมการเหล่านั้นสามารถบริหารจัดการบริษัทให้สอดคล้องกับนโยบาย และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์รปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ ในด้านความผูกพันและความรับผิดชอบในการดำเนินการของบริษัทจำกัดนั้น ไม่ผูกพันต่อองค์รปกครองส่วนท้องถิ่นผู้ถือหุ้น โดยบริษัทจำกัดมีหน้าที่ที่จะต้องผูกพันหรือรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลภายนอกในนามของบริษัทเอง

นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดลักษณะการจัดตั้งบริษัทจำกัด ร่วมกับเอกชนอีกวิธีการหนึ่งในลักษณะการจัดตั้งองค์กรเพื่อดำเนินโครงการใดโครงการหนึ่ง เป็นการเฉพาะ อย่างเช่น การจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Sociétés d'économie mixte à opération unique : Semop) ขององค์รปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส เพื่อดำเนินโครงการตามวัตถุประสงค์ภายในกรอบระยะเวลาที่กำหนด เช่น การดำเนินโครงการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคที่มีการลงทุนสูง โครงการสร้างสนามบิน โครงการวางระบบโครงข่ายโทรคมนาคม เป็นต้น ซึ่งการร่วมกันจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดในลักษณะนี้มักเกิดขึ้นภายหลังจากที่องค์รปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชนได้ตกลงเข้าร่วมกันทำสัญญา ภายหลังจากที่ได้มีการคัดเลือกเอกชนให้เป็นผู้ลงทุนและบริหารจัดการโครงการขององค์รปกครองส่วนท้องถิ่น ตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนว่าด้วยการให้สัมปทาน การซื้อจัดจ้างภาครัฐ หรือการประกวดราคา โดยให้เอกชนที่ได้รับคัดเลือกเป็นผู้จัดทำโครงการ เข้าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับองค์รปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้บริษัทจำกัดเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นในการดำเนินโครงการและก่อนนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอก ซึ่งอาจเรียกบริษัทจำกัดในลักษณะนี้ได้อีกอย่างหนึ่งว่า “การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนแบบสถาบัน” (Institutional Public-Private Partnerships : IPPP)²⁴

2.2.2 หลักเกณฑ์และขั้นตอนเกี่ยวกับบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์รปกครองส่วนท้องถิ่น

2.2.2.1 หลักเกณฑ์และขั้นตอนตามกฎหมายจัดตั้งองค์รปกครองส่วนท้องถิ่น

เนื่องด้วยองค์รปกครองส่วนท้องถิ่นเกิดจากการจัดตั้งองค์กรของรัฐตามหลักการกระจายอำนาจ โดยกระบวนการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือที่เรียกว่ากฎหมายจัดตั้งองค์รปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และรับรองการมีอยู่ขององค์รปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ในบทบัญญัติกฎหมายจัดตั้ง

²⁴ European Commission, “Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised PPP, (IPPP),” *Official Journal of the European Union C91*, (April 12, 2008).

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเช่นว่านี้ จะกำหนดถึงภารกิจหน้าที่ อำนาจ เครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ รวมถึงการควบคุมกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละรูปแบบ ดังนั้น หากกรณีใดที่กฎหมายจัดตั้งมิได้กำหนดเอาไว้แล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ย่อมไม่สามารถกระทำการนั้นได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวจะถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจส่งผลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดจากการกระทำดังกล่าวด้วย กรณีการกำหนดอำนาจหน้าที่โดยกฎหมายเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามหลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ภายใต้หลักนิติรัฐ

และเช่นเดียวกับกรณีที่ต้องมีกฎหมายกำหนดรูปแบบหรือวิธีการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งการจัดตั้งบริษัทจำกัดถือเป็นรูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะลักษณะพิเศษ แตกต่างจากการจัดทำบริการสาธารณะผ่านระบบราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งถือเป็นรูปแบบทั่วไป เนื่องจากการจัดตั้งบริษัทจำกัดเป็นการจัดตั้งองค์กรทางธุรกิจตามกฎหมายเอกชน ซึ่งโดยหลักแล้วรัฐหรือบุคคลมหาชนไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปในทางเศรษฐกิจของเอกชนโดยเฉพะอย่างยิ่งในฐานะผู้ประกอบการ เพราะจะทำให้การกระทำของรัฐหรือบุคคลมหาชนอื่นกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางเศรษฐกิจ ดังนั้น หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะดำเนินการใดๆ ในลักษณะที่อาจเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ก็ย่อมต้องมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ด้วย ดังนั้น หากรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดจะเป็นรูปแบบที่เหมาะสม และสอดคล้องกับการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและจะเป็นประโยชน์กับประชาชนในท้องถิ่น รัฐก็สามารถตรากฎหมายกำหนดอนุญาตให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ ทั้งนี้ การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และกระบวนการขั้นตอนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือบทบัญญัติกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละรูปแบบซึ่งอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายมหาชน

โดยหลักแล้ว กฎหมายในแต่ละประเทศมักจะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำคัญเกี่ยวกับการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละรูปแบบต่างกัน เนื่องด้วยแนวคิดและระบบการปกครองท้องถิ่น ระบบเศรษฐกิจ และการพิจารณาถึงความสามารถขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในของแต่ละรูปแบบเป็นสำคัญ ซึ่งในบางกรณีรัฐยอมรับให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภทสามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้อย่างเท่าเทียมกัน แต่ในทางกลับกันรัฐบางประเทศกลับยอมรับให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในบางประเภทเท่านั้นที่สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามก็

ในประเทศที่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้น ย่อมมีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่สำคัญ ดังนี้ :

- 1) การกำหนดรูปแบบการจัดตั้งหรือหุ้นในบริษัทจำกัด
- 2) การกำหนดประเภทกิจการและขอบเขตวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ
- 3) การกำหนดประเภทของบุคคลผู้เข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้น
- 4) การกำหนดสัดส่วนการถือหุ้น หรือการมีอำนาจครอบงำชี้ขาด
- 5) การพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
- 6) การเสนอและแต่งตั้งผู้แทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าเป็นคณะกรรมการบริหาร
- 7) การกำกับดูแลก่อนหรือหลังโดยรัฐบาลส่วนกลาง และ/หรือการกำกับดูแลร่วมกับหน่วยงานอื่นของรัฐ
- 8) การดำเนินการตามหลักเกณฑ์และกระบวนการขั้นตอนตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการกำกับดูแลกิจการในรายสาขา เป็นต้น

2.2.2.2 หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดตามกฎหมายเอกชน

การจดทะเบียนจัดตั้งหรือการถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับ เช่น การจดทะเบียนจัดตั้งตามบทบัญญัติว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายในแต่ละประเทศจะกำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์ และขั้นตอนในการจดทะเบียนจัดตั้งหรือการดำเนินการของบริษัทจำกัดที่สำคัญไว้ในลักษณะใกล้เคียงกัน ได้แก่ สภาพและการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด จำนวนผู้ก่อตั้งบริษัท ที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของบริษัท สถานที่จดทะเบียน ผลของการจดทะเบียนทุนของบริษัทและผู้ถือหุ้น การจัดการงานของบริษัท การกำหนดกรรมการผู้มีอำนาจทำการผูกพันบริษัท การควบคุมการจัดการงานของบริษัท การเพิ่มและลดทุน การควบบริษัท การเลิกบริษัท การแปรสภาพห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนและห้างหุ้นส่วนจำกัดเป็นบริษัทจำกัด การชำระบัญชี และการถอนทะเบียน ดังนั้น หากบุคคล นิติบุคคลเอกชน หรือนิติบุคคลมหาชนใด ประสงค์จะจัดตั้งบริษัทจำกัดในประเทศใด บุคคลหรือนิติบุคคลดังกล่าวก็จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอน

ของกฎหมายเอกชน หรือกฎหมายพาณิชย์เกี่ยวกับการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด ซึ่งเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

2.2.3 ขอบเขตการดำเนินการของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

2.2.3.1 ขอบเขตตามที่กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ขอบเขตการดำเนินการของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น อันดับแรกองค์กรปกครองท้องถิ่นต้องพิจารณาเสียก่อนว่าภารกิจหรือการจัดทำบริการสาธารณะที่ตนประสงค์จะดำเนินการด้วยวิธีการจัดตั้งบริษัทจำกัดอยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นหรือไม่ หากพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดได้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ต้องพิจารณาต่อไปว่ารูปแบบของบริษัทจำกัดนั้นกฎหมายกำหนดให้ดำเนินการในขอบเขตวัตถุประสงค์ เนื่องจากกฎหมายอาจกำหนดรูปแบบและเงื่อนไขของการจัดตั้งบริษัทจำกัดที่แตกต่างกัน ดังเช่น ในกรณีการจัดตั้งบริษัทจำกัดที่มีเฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียงแห่งเดียวเป็นผู้ถือหุ้น หรือกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดตั้งหรือถือหุ้นร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น หรือนิติบุคคลมหาชนอื่น ซึ่งประกอบกิจการหรือดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม โดยมิได้มุ่งแสวงหากำไร การจัดตั้งบริษัทจำกัดในลักษณะนี้กฎหมายอาจกำหนดขอบเขตการดำเนินการของบริษัทจำกัดโดยห้ามมิให้บริษัทจำกัดดังกล่าวจัดตั้งเพื่อดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์หรือมีลักษณะเป็นการทำการค้าแสวงหากำไรเช่นเดียวกับผู้ประกอบการภาคเอกชน ซึ่งขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของบริษัทจำกัดในลักษณะนี้มักเป็นกิจการหรือโครงการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานหรือสิ่งสาธารณูปโภค หรือกิจการผูกขาดธรรมชาติบางประเภท เช่น การไฟฟ้า การประปา การสื่อสาร การขนส่ง โรงเรียน โรงพยาบาล เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประสงค์จะจัดตั้งบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชนหรือดำเนินธุรกิจทางการค้าพาณิชย์ เพื่อทำการค้าแสวงหากำไรและเพื่อให้บริษัทจำกัดดังกล่าวสามารถแข่งขันทางการค้ากับผู้ประกอบการภาคเอกชนได้นั้น กฎหมายอาจกำหนดขอบเขตให้บริษัทจำกัดดังกล่าวสามารถดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจอื่นใดนอกเหนือจากการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมได้เช่นเดียวกัน เช่น การให้เช่าอาคารพาณิชย์ การเป็นตัวแทนนายหน้า การผลิต จำหน่าย และให้บริการด้านอื่นๆ ในเชิงธุรกิจพาณิชย์ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี การดำเนินการกิจการของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องเป็นการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมหรือการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องจำเป็นแก่การจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่บริษัทจำกัดดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเท่านั้น

โดยไม่รวมถึงการจัดทำบริการสาธารณะทางปกครองหรือการดำเนินการอื่นใดที่ต้องมีการใช้อำนาจมหาชนหรือการกระทำทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจอื่นที่ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มิฉะนั้นแล้ว จะทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการนอกเหนือขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน และอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนและประโยชน์สาธารณะได้ ดังนั้น การจัดตั้งบริษัทจำกัดจึงต้องพิจารณาถึงขอบเขตและวัตถุประสงค์ในการดำเนินการตามที่กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประกาศกำหนดเป็นสำคัญ ทั้งนี้ การกำหนดขอบเขตและวัตถุประสงค์ในการดำเนินการจะมีผลสำคัญต่อการกอนิติสัมพันธ์ และการมอบหมายให้บริษัทจำกัดเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้เป็นเจ้าของบริษัทจำกัดดังกล่าว

2.2.3.2 ขอบเขตตามวัตถุประสงค์การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด

เนื่องจากการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดเป็นการก่อตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน เพื่อให้นิติบุคคลดังกล่าวสามารถแสดงเจตนาและทำนิติกรรมแทนบุคคลผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทตามขอบเขตวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดนั้น การกำหนดกรอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจึงเป็นส่วนสำคัญที่จะทำให้บุคคลภายนอกทราบว่าบริษัทจำกัดดังกล่าวมีขอบเขตอำนาจหรือกรอบวัตถุประสงค์ที่บุคคลภายนอกจะสามารถเข้าร่วมทำนิติกรรมสัญญาว่าจ้าง หรือดำเนินการอื่นใดในเชิงธุรกิจเพื่อให้มีผลผูกพันกับบริษัทจำกัดดังกล่าวได้บ้าง โดยการกำหนดขอบเขตการดำเนินการของบริษัทจำกัดนี้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบริษัทที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ (Memorandum of Association) ในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดนั้น เพื่อเป็นการเปิดเผยเจตนาและเป็นกรอบการจัดการงานของบริษัทกับบุคคลภายนอก

โดยทั่วไปแล้วกำหนดวัตถุประสงค์ของบริษัทมี 2 รูปแบบ คือ

1) กำหนดขอบวัตถุประสงค์แบบกว้าง

ซึ่งบริษัทจำกัดโดยทั่วไปมักจะนิยมกำหนดวัตถุประสงค์ของบริษัทแบบกว้างและครอบคลุมกิจการเชิงพาณิชย์ทุกประเภท เพื่อให้บริษัทจำกัดมีความคล่องตัวในการดำเนินธุรกิจ โดยที่ผู้เป็นเจ้าของธุรกิจไม่จำเป็นต้องเสียเวลาจดทะเบียนเพิ่มเติมในภายหลัง อย่างไรก็ตาม การกำหนดวัตถุประสงค์บริษัทหรือธุรกิจเช่นนี้อาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้บริหารสามารถทำธุรกรรมหรือดำเนินกิจการค้าได้อย่างกว้างขวางมากเกินไป จนอาจทำให้ผู้บริหารที่ไม่มีความสามารถหรือเชี่ยวชาญในกิจการบางประเภท ต้องตัดสินใจและทำให้เกิดความเสียหายต่อการดำเนินกิจการของบริษัท

2) กำหนดขอบวัตถุประสงค์แบบจำกัด

การกำหนดขอบวัตถุประสงค์แบบจำกัด หรือ การกำหนดขอบวัตถุประสงค์เท่าที่จำเป็นและต่อการดำเนินกิจการธุรกิจที่เป็นเป้าหมาย ซึ่งบริษัทจำกัดดังกล่าว

มีทรัพยากร ความสามารถ และความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะในประเภทกิจการตามที่ได้กำหนดไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดวัตถุประสงค์เช่นนี้มิได้ส่งผลต่อการขยายประเภทกิจการของบริษัทจำกัดในอนาคต เนื่องจากบริษัทจำกัดดังกล่าว สามารถยื่นขอจดทะเบียนเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ของบริษัทในภายหลังได้

ดังนั้น การกำหนดขอบเขตวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดจึงถือเป็นกรอบในการแสดงเจตนาต่อบุคคลภายนอกถึงความสามารถและขอบเขตอำนาจหน้าที่ของบริษัทจำกัดในการดำเนินกิจการ เพื่อให้บุคคลภายนอกที่ประสงค์จะเข้าตกลงทำนิติกรรมสัญญาหรือดำเนินการใดๆ ร่วมกับบริษัททราบถึงขอบเขตวัตถุประสงค์ของบริษัทตามที่ปรากฏในหนังสือรับรองของบริษัท และผูกพันตนตามที่ได้แสดงเจตนาอย่างสมัครใจเข้าร่วมกันอย่างเท่าเทียม ทั้งนี้ การกำหนดขอบเขตวัตถุประสงค์ของบริษัทยังเป็นการกำหนดขอบแห่งสิทธิหน้าที่ของบริษัท โดยมีผู้บริหารในฐานะผู้แทนของบริษัทเป็นผู้ดำเนินกิจการที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทหรือกิจการในทางที่ประโยชน์ของบริษัทจำกัดเท่านั้น แต่หากกิจการใดที่ผู้บริหารได้ดำเนินการนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทแล้ว การดำเนินกิจการของผู้บริหารเช่นว่านั้น ย่อมไม่ผูกพันบริษัทให้ต้องรับผิด ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่เรียกว่า “หลัก Ultra Vires” ซึ่งที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจะให้สัตยาบันการดำเนินกิจการที่อยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ในภายหลัง เพื่อยอมรับเอากิจการนั้นมีได้ ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวจึงเป็นหลักการคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทและผู้ถือหุ้นของบริษัทในขณะเดียวกัน

ดังนั้น ในกรณีของการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในรูปแบบบริษัทจำกัดก็ย่อมต้องกำหนดกิจการที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดเช่นเดียวกัน แต่โดยที่การจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในรูปแบบบริษัทจำกัดเป็นการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยอาศัยอำนาจมหาชนและการดำเนินกิจการที่เป็นภารกิจหรือการจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นสำคัญ การกำหนดกิจการที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทในการจดทะเบียนจัดตั้งก็ควรจำกัดอยู่เพียงกิจการที่เป็นเป้าหมายสำคัญของการจัดตั้งบริษัทจำกัดเท่านั้น ซึ่งอาจรวมถึง การกำหนดกิจการเกี่ยวเนื่องจำเป็นตามที่กฎหมายกำหนด หรือกิจการเชิงพาณิชย์ที่มีความจำเป็นต่อการดำเนินกิจการหลักในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทเท่านั้น ซึ่งเป็นการกำหนดขอบวัตถุประสงค์แบบจำกัด เพื่อให้การดำเนินกิจการของบริษัทจำกัดดังกล่าว ในฐานะตัวแทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินกิจการภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน โดยจะไม่ดำเนินการอันเป็นการแข่งขันทางการค้าหรือประกอบกิจการอื่นใดซึ่งมีลักษณะเป็นการจำกัดหรือกีดขวางการเข้าประกอบกิจการและอุตสาหกรรมโดยเสรีของประชาชน หากไม่มีความจำเป็นตามสมควร และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้บุคคลซึ่งเป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งได้รับการแต่งตั้ง

เป็นกรรมการผู้บริหารในบริษัทจำกัด ใช้จ่ายประโยชน์จากการดำเนินกิจการในทางที่เป็นประโยชน์ของตนเองโดยมิชอบ และเพื่อมิให้เอกชนผู้ถือหุ้นที่เข้าร่วมถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ใช้จ่ายประโยชน์จากการถือหุ้นในบริษัทจำกัดซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ เพื่อหลีกเลี่ยงข้อจำกัดทางกฎหมายหรือการได้รับสิทธิพิเศษหรือประโยชน์อื่นใดในทางธุรกิจมากกว่าผู้ประกอบการเอกชนรายอื่น

2.2.4 สถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

จากหลักกฎหมายว่าด้วยความเป็นวิสาหกิจมหาชน เมื่อการจัดตั้งบริษัทจำกัดเป็นการจัดตั้งหน่วยในทางธุรกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย ตามหลักการทางกฎหมายของการเป็น “วิสาหกิจ” ประกอบด้วย การถือหุ้นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในสัดส่วนเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด หรือการมีอำนาจครอบงำชี้ขาดในการบริหารจัดการของบริษัท ตามหลักการทางกฎหมายว่าด้วยความเป็น “มหาชน” จึงทำให้บริษัทจำกัดดังกล่าวมีสถานะเป็นกิจการ หน่วยธุรกิจ หรือบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งในทางวิชาการยอมรับให้บริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทนี้มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายและเป็นรูปแบบหนึ่งของ “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” หรือ Local Public Enterprise : LPE/Local Government Owned Enterprise ซึ่งแยกออกจากกิจการ หน่วยธุรกิจ หรือบริษัทที่รัฐบาลส่วนกลางเป็นเจ้าของ หรือที่เรียกว่า “รัฐวิสาหกิจ” หรือ State Owned Enterprise

2.2.5 การควบคุมกำกับดูแลการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การกำกับดูแล (la tutelle)²⁵ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่ง เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐตามหลักการกระจายอำนาจ ซึ่งแม้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถปกครองตนเองได้อย่างอิสระ (Autonomy) แล้ว แต่ก็มีได้ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจอธิปไตย (Independence) เป็นของตนเองอย่างอิสระแยกต่างหากออกจากรัฐ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้รัฐบาลส่วนกลางมีบทบาทในการตรวจสอบและการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายการกระจายอำนาจในแต่ละประเทศ การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจำแนกได้หลายรูปแบบ แต่โดยหลักการพื้นฐานแล้วไม่ว่าจะเป็นการจำแนกในรูปแบบใดแต่ก็มีวัตถุประสงค์เป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ การควบคุมกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นกระบวนการของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการตรวจสอบการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อควบคุม

²⁵ ชาญชัย แสงวงศ์, หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์การมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ, หน้า 36.

กำกับดูแลให้การดำเนินการใดๆ รวมถึง การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นสามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนและเป็นประโยชน์สาธารณะของท้องถิ่นจริง หรือเพื่อให้การดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วประเทศมีแบบแผนและมาตรฐานเดียวกัน และการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่เพียงจำกัดอยู่เพียงแค่การกำกับดูแลบุคลากรและการกระทำทางปกครองเท่านั้น แต่ยังรวมถึง การกำกับดูแลด้านการเงินการคลังและงบประมาณ แต่การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องเป็นไปอย่างจำกัดและเท่าที่จำเป็น มิฉะนั้นแล้วจะขัดต่อหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง เนื่องจากการกำกับดูแลที่มากเกินไปจนสมควรจะทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถใช้ดุลยพินิจและตัดสินใจดำเนินการเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างอิสระ

จากการศึกษาหลักการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในหัวข้อที่ผ่านมา จะเห็นได้ว่าการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเป็นเครื่องมือการจัดทำบริการสาธารณะหรือการดำเนินกิจการพาณิชย์รูปแบบหนึ่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะต้องมีการใช้อำนาจและกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ กรณีดังกล่าวจึงมีความสำคัญที่รัฐจะต้องมีกระบวนการตรวจสอบและกำกับดูแลให้การการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและตรงตามเป้าหมายของการจัดตั้งบริษัทจำกัด ดังนั้น จึงสมควรที่จะต้องศึกษาถึงหลักการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำกับดูแลทางปกครอง (tutelle administrative) ดังนี้

2.2.5.1 การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด

1) การกำกับดูแล “ก่อน”

1.1) การกำกับดูแลการกระทำ

การกำกับดูแลก่อนในแง่นี้ หมายถึง การกำกับดูแล “ก่อน” การกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีผลใช้บังคับ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะไม่สามารถดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้และการดำเนินการเรื่องนั้น จะไม่มีผลใช้บังคับตราบใดที่ผู้กำกับดูแลยังไม่ให้ความเห็นชอบในเรื่องดังกล่าวนั้น เช่น กรณีที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องเสนอการกระทำหรือการดำเนินการใดต่อรัฐบาลส่วนกลาง รัฐบาลส่วนภูมิภาค หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติแก่การกระทำนั้น เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปดำเนินการตามที่เห็นชอบหรืออนุมัติโดยไม่ว่าจะมีเงื่อนไขหรือไม่ก็ตาม และให้การกระทำดังกล่าวมีผลบังคับใช้ต่อไป รูปแบบการกำกับดูแลในลักษณะนี้ถือได้ว่าเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

ในเชิง “ป้องกัน” เพื่อป้องกันไม่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการไปในทางที่ไม่ถูกต้อง²⁶ ดังเช่น ในกรณีที่รัฐบาลส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคพิจารณาแล้วเห็นว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดำเนินการที่ในลักษณะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือการดำเนินการนั้นขัดกับผลประโยชน์ของท้องถิ่น รัฐบาลส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคก็สามารถพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติในการดำเนินการ ดังกล่าวได้ ทั้งนี้ โดยหลักการแล้วกระบวนการกำกับดูแลในลักษณะนี้ควรเป็นเพียงการกำกับดูแล เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (legal title) เท่านั้น ไม่ควรรวมถึงกระบวนการกำกับดูแล ที่เข้าไปแทรกแซงและควบคุมการใช้ดุลพินิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งจะนำไปสู่การควบคุม บังคับบัญชา (controle hierarchique) เสียแทน เช่น การให้ความเห็นชอบข้อบัญญัติท้องถิ่น การอนุมัติให้ออกข้อบัญญัติท้องถิ่นชั่วคราว การให้ความเห็นชอบในหลักการสัมปทานท้องถิ่น การอนุมัติให้ท้องถิ่นทำกิจการนอกเขต และการอนุมัติให้ก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ดังเช่นกรณีการจัดตั้งหรือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยเทศบาล ซึ่งกฎหมายกำหนดให้เทศบาล ต้องเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพิจารณาอนุมัติก่อนการจัดตั้งหรือถือหุ้น ในบริษัทจำกัดนั้น ตามมาตรา 57 ตรี แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เป็นต้น

1.2) การกำกับดูแลทางการคลังและงบประมาณ

การกำกับดูแลทางการคลัง หมายถึง การใช้อำนาจกำกับดูแล องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการควบคุมความถูกต้องหรือความชอบด้วยกฎหมายในด้านการจัดทำ ระบบบัญชี การบริหารจัดการงบประมาณ และเสถียรภาพทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งหน่วยงานรัฐผู้ควบคุมดูแลอาจกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำรายงานชี้แจง ระบบงบประมาณเพื่อนำมาตรวจสอบ เช่น การจัดทำรายงานงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือการอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินคลัง

นอกจากการกำกับดูแลการคลังและงบประมาณ ของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีลักษณะเป็น “การกำกับดูแลโดยตรง” แล้ว กฎหมายยังกำหนดให้ รัฐบาลส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคยังสามารถกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในลักษณะ “การกำกับดูแลโดยอ้อม” ได้อีกด้วย ซึ่งได้แก่ วิธีการให้เงินอุดหนุนและการใช้สัญญามาตรฐาน ดังนี้

(1) การให้เงินอุดหนุน สามารถแยกออกได้เป็น 2 กรณี คือ

(ก) เงินอุดหนุนทั่วไป (General grant)

เงินอุดหนุนทั่วไป หมายถึง เงินอุดหนุนที่รัฐบาล ส่วนกลางจัดสรรให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระ

²⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “เราควรยกเลิกระบบการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยได้หรือยัง,” ใน *ผลึกความคิด ชีวิตเอกบุญ* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 384.

ในการนำเงินไปใช้จ่ายในกิจการของท้องถิ่นตามที่เห็นว่าเหมาะสมและเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด โดยการใช้เงินอุดหนุนนี้ไม่ผูกมัดกับภารกิจของรัฐและไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐบาลส่วนกลาง ผู้ให้เงินอุดหนุน

(ข) เงินอุดหนุนเฉพาะกิจ (Selective grant)

เงินอุดหนุนเฉพาะกิจ หมายถึง เงินอุดหนุนที่รัฐบาลส่วนกลางกำหนดเงื่อนไขในการใช้เงิน โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องนำจำนวนเงินดังกล่าวไปใช้ในกิจการหรือโครงการใดโครงการหนึ่งตามที่รัฐบาลส่วนกลางกำหนดเป็นการเฉพาะ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องไม่นำเงินอุดหนุนจำนวนนี้ไปใช้เพื่อกิจการอื่น เงินอุดหนุนรูปแบบนี้จะถูกควบคุมอย่างใกล้ชิดตามระเบียบขั้นตอนที่รัฐบาลกำหนด แม้ในทางทฤษฎี องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอิสระที่จะขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจหรือไม่ก็ได้ ซึ่งก็หมายความว่า ถ้าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมจากส่วนกลาง แต่ถ้าขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุม แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่า ไม่มีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดที่ไม่ขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจ ดังนั้น เงินอุดหนุนจึงถือเป็นมาตรการในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทางอ้อมประเภทหนึ่ง ซึ่งจำกัดเสรีภาพในทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นอย่างมาก²⁷

(2) การใช้สัญญามาตรฐาน (L' acte type)

สัญญามาตรฐาน คือ "สัญญาที่บุคคล หรือนิติบุคคล ทางกฎหมายมหาชน หรือทางกฎหมายแพ่งบุคคลหนึ่งกระทำขึ้นโดยแบบของสัญญานั้นถูกกำหนดขึ้นโดยบุคคลที่สาม²⁸ การที่แบบของสัญญานี้ถูกกำหนดขึ้นโดยบุคคลที่สามแล้ว จึงเท่ากับว่าบุคคลสำคัญนั้นๆ ถูกจำกัดอำนาจและการริเริ่มสร้างสรรค์ในการกำหนดรายละเอียดทางสัญญา

2) การกำกับดูแล “หลัง”

หมายถึง การกำกับดูแลหลังจากที่การกระทำทางปกครองของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีผลใช้บังคับ ได้แก่ การสั่งเพิกถอนหรือสั่งระงับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ดำเนินการไปแล้ว ต่อมารัฐหรือหน่วยงานอื่น ของรัฐซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลพบว่าการดำเนินการดังกล่าวไม่ถูกต้องตามระเบียบ ขั้นตอน วิธีการ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐหรือหน่วยงานอื่นของรัฐก็อาจสั่งให้แก้ไขการกระทำหรือสั่งให้

²⁷ วุฒิสาร ตันไชย และธีรพรรณ ใจมัน, รายงานผลการวิจัย เรื่อง รูปแบบและวิธีการกำกับดูแลองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น, (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2548), หน้า 25.

²⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การควบคุมกำกับเหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย,” วารสารกฎหมายปกครอง 10, (เมษายน 2534): 46.

การกระทำนั้นสิ้นผลไป หรือในกรณีที่การกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายก็อาจสั่งให้ระงับ การดำเนินการดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน²⁹ การกำกับดูแลในลักษณะนี้ ได้แก่ การใช้อำนาจยับยั้ง และเพิกถอนการกระทำ และการใช้อำนาจเข้ากระทำการแทน

อำนาจยับยั้งและเพิกถอนการกระทำเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนด ให้แก่ผู้มีหน้าที่กำกับดูแลคำวินิจฉัยสั่งการต่างๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีผลบังคับใช้แล้ว ว่า คำวินิจฉัยสั่งการนั้นอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่ หรือเป็นไปโดย ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อีกทั้ง ในกรณีที่มิเหตุอันควรและสงสัยว่าคำวินิจฉัยสั่งการเหล่านั้น อยู่นอกขอบวัตถุประสงค์แล้ว รัฐหรือหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลย่อมสามารถ สั่งให้มีการตรวจสอบและระงับการวินิจฉัยสั่งการเช่นว่านั้น จนกว่าจะได้มีการตรวจสอบแล้วเสร็จ หรือหากพิจารณาแล้วเห็นว่าคำวินิจฉัยและคำสั่งการเหล่านั้นอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์และเป็นไป โดยมีขอบด้วยกฎหมาย รัฐหรือหน่วยงานของรัฐก็สามารถมีคำสั่งเพิกถอนคำวินิจฉัยสั่งการเหล่านั้น ได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ การตรวจสอบและมีคำสั่งเพิกถอนของผู้มีอำนาจกำกับดูแลต้องเป็นไปตาม ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

อำนาจเข้ากระทำการแทนเป็นอำนาจสำคัญที่กฎหมายกำหนดให้ หน่วยงานผู้มีอำนาจกำกับดูแลสามารถเข้าไปกระทำการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นละเลยไม่กระทำการ และการละเลยนั้นจะทำให้เกิดความเสียหาย อย่างร้ายแรงแก่การจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ผู้กำกับดูแล

นอกจากนี้ รัฐยังสามารถกำหนดให้หน่วยงานอื่นของรัฐ เช่น องค์กรอิสระ มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นภายใต้กฎหมายแต่ละฉบับ ตามที่รัฐกำหนดด้วย อีกทั้ง การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท ที่เกิดขึ้นระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและบุคคลอื่นเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการหรือ ศาลในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดความถูกต้องด้วยกฎหมายของการกระทำหรือข้อพิพาทนั้น³⁰ ซึ่งขึ้นอยู่กับระบบศาลในแต่ละประเทศ

²⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, หลักการและทฤษฎีการปกครองส่วนท้องถิ่น (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 385.

³⁰ มาโนช นามเดช, การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, การสังเคราะห์ข้อเสนอ การกระจายอำนาจและการ ปกครองท้องถิ่น เพื่อการปฏิรูปประเทศไทย (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2559), หน้า 44.

2.2.5.2 การกำกับดูแลบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครอง

ส่วนท้องถิ่น

1) การกำกับดูแลบริษัทจำกัดในฐานะวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น

เนื่องจากบริษัทจำกัดมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย ในฐานะวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น ซึ่งเป็นกิจการหรือหน่วยธุรกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในฐานะหน่วยงานเจ้าของทุนหรือผู้ถือหุ้น หรือเป็นหน่วยธุรกิจที่อยู่ภายใต้การครอบงำชี้ขาดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งการจัดตั้งบริษัทหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดนี้ถือเป็นการเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้ประกอบการ และการจัดตั้ง การถือหุ้น และการดำเนินการในทางเศรษฐกิจของบริษัทจำกัดอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง ดังนั้น ในการบริหารจัดการและการดำเนินกิจการของบริษัทจำกัดนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้เป็นเจ้าของทุนจดทะเบียนทั้งหมดหรือในฐานะผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิในการออกเสียงข้างมาก ย่อมสามารถใช้สิทธิเสนอชื่อบุคคลซึ่งเป็นผู้แทนของตนเข้าเป็นคณะกรรมการบริหารบริษัท เพื่อให้คณะกรรมการบริหารเหล่านั้นมีสิทธิหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย บริหารจัดการ และดำเนินกิจการของบริษัทให้เป็นตามขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ซึ่งเป็นการควบคุมบริษัทจำกัดในฐานะคณะกรรมการบริหาร อีกทั้ง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังมีอำนาจในการควบคุมการบริหารและการดำเนินกิจการของบริษัทในฐานะผู้ถือหุ้นผ่านที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นได้ในขณะเดียวกัน การควบคุมบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเช่นนี้ ถือเป็นการควบคุมในลักษณะการใช้อำนาจครอบงำชี้ขาด (pouvoir prépondérant) โดยการเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการบริษัทจำกัดโดยตรง ซึ่งมีหลักเกณฑ์แน่นอนเป็นไปตามหลักการควบคุมบริษัทจำกัดตามบทบัญญัติกฎหมายหมายว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่ในลักษณะการใช้อำนาจการกำกับดูแล (pouvoir de tutelle) เหนือวิสาหกิจอย่างเช่นกรณีการกำกับดูแลองค์กรอื่นที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายและมีฐานะเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชน ดังเช่น องค์การมหาชน หรือวิสาหกิจมหาชนประเภทองค์การของรัฐบาลหรือรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินกิจการในเชิงพาณิชย์ อันมีลักษณะเป็นการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ (tutelle économique) ที่มีความเป็นมาของตนเองโดยเอกเทศ และเป็นกระบวนการที่รัฐกำหนดให้มีขึ้นเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่รัฐยอมให้รัฐวิสาหกิจมีความเป็นอิสระในทางการเงินและในทางเทคนิคอันเป็นปัจจัยที่จะขาดเสียมิได้ในการจัดทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และอำนาจในการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจนั้น ย่อมหมายความรวมถึงการที่รัฐ

มีอำนาจกำหนดนโยบายในการบริหารต่อรัฐวิสาหกิจอีกด้วย³¹ ซึ่งอาจเปรียบได้กับกรณีการกำกับดูแลสหภาพหรือองค์การมหาชนท้องถิ่นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้จัดตั้ง

2) การกำกับดูแลบริษัทจำกัดในฐานะองค์กรธุรกิจทั่วไป

นอกจากที่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นแล้ว ในขณะเดียวกันกฎหมายบางฉบับอาจกำหนดให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นมีสถานะเป็นองค์กรธุรกิจเช่นเดียวกับบริษัทจำกัดของเอกชนทั่วไป เช่น การกอนิติสัมพันธ์และการรับผิดชอบของบริษัทจำกัดในฐานะคู่สัญญาภายใต้บังคับแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การควบคุมและกำกับดูแลบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้ประกอบการ(State as Regulator) โดยหน่วยงานอื่นของรัฐในฐานะผู้ควบคุมกำกับดูแลกิจการในแต่ละสาขา (Sectoral Regulators) หรือการควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดในฐานะ “ผู้ประกอบการ” ในกรณีการผูกขาดหรือการจำกัดการแข่งขันภายใต้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า เป็นต้น ทั้งนี้ การกำหนดสถานะและกระบวนการกำกับดูแลย่อมขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์และขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแต่ละฉบับด้วย

จากหลักการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า แม้กฎหมายจะเปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนได้ก็ตาม แต่มิได้หมายความว่า การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น จะมีลักษณะเหมือนกับบริษัทจำกัดของเอกชนทุกประการ แต่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีลักษณะและเงื่อนไขสำคัญที่แตกต่างจากบริษัทจำกัดของเอกชน ดังนี้

(1) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะต้องเป็นผู้ถือหุ้นหลักในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือในอัตราเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนที่บริษัทจำกัดนั้นจดทะเบียนไว้ทั้งหมดหรือการเป็นผู้มีอำนาจครอบงำชี้ขาดในการบริหารกิจการของบริษัท เว้นแต่ ในกรณีการจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ไม่มีเอกชนร่วมถือหุ้นด้วย

(2) บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีขอบวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะประเภททางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม หรือเป็นกิจการที่มีลักษณะการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เช่น มีวัตถุประสงค์ในกิจการเกี่ยวกับโครงการสาธารณูปโภคหรือโครงสร้างพื้นฐานในเขตท้องถิ่นซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นหลักในบริษัทจำกัด หรือกิจการเพื่อหารายได้

³¹ สุรพล นิติไกรพจน์, ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล (tutelle) [ออนไลน์], 3 มิถุนายน 2564.

แหล่งที่มา <http://www.openbase.in.th/node/1957>

ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ทั้งนี้ การจัดตั้งบริษัทจำกัดดังกล่าวต้องมีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นเป็นสำคัญ

(3) การจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาท้องถิ่น

(4) การจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต้องอยู่ภายใต้การครอบงำชี้ขาดและกำกับดูแลโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐบาลส่วนกลาง และหน่วยงานอื่นของรัฐ เพื่อกำกับดูแลการดำเนินการและการจัดทำบริการสาธารณะของบริษัทจำกัดดังกล่าวให้เป็นไปโดยถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากทุนจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดเป็นงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มาจากภาษีของประชาชน อีกทั้งกำกับดูแลเพื่อให้บริษัทจำกัดดำเนินกิจการประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น การกำกับดูแลเช่นนี้มีหลายวิธีการ อาทิ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ในการจัดตั้งบริษัทจำกัดเสียก่อนการจดทะเบียนจัดตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการกำกับดูแลภายหลังโดยองค์กรอิสระหรือองค์กรตุลาการ

(5) แม้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรูปแบบการจัดตั้งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนตามกฎหมายก็ตาม แต่บริษัทจำกัดดังกล่าวมีสถานะเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” (Local Public Enterprise) ไม่ใช่ “เอกชน” เนื่องจากบริษัทจำกัดดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้การครอบงำชี้ขาดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ในขณะเดียวกันบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็อาจตกอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลในลักษณะที่เท่าเทียมและเป็นธรรมกับบริษัทจำกัดของเอกชนได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์และขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายในแต่ละฉบับ

2.3 หลักการแข่งขันเสรีและการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าระหว่างรัฐและเอกชน

คงปฏิเสธมิได้ว่าเศรษฐกิจและสังคมมีความเชื่อมโยงและส่งผลกระทบซึ่งกันและกัน รัฐหรือรัฐบาลผู้เป็นตัวแทนของประชาชนในรัฐสมัยใหม่ มีบทบาทหน้าที่ในการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจและประสานประโยชน์ของสังคมให้เกิดความสมดุลและเป็นธรรม กล่าวคือ โดยหลักแล้วรัฐต้องให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อโอกาสในการเข้าถึงการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในทุกรูปแบบ ซึ่งถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินของตนเองเพื่อตนเองผ่านการแข่งขันอย่างเสรีโดยมีกลไกตลาดเป็นเครื่องมือในการปรับให้อุปสงค์และอุปทานสอดคล้องกัน ทั้งนี้ หากการดำเนินกิจกรรมใดๆ ในทางเศรษฐกิจเกิดความล้มเหลวและก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมโดยรวมแล้ว ย่อมเป็นหน้าที่ของรัฐในการเข้าไปมีบทบาทเพื่อแก้ไขปัญหาในทางเศรษฐกิจดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี การเข้าไปมีบทบาทของรัฐ

ในทางเศรษฐกิจและสังคมย่อมกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเช่นเดียวกัน ดังนั้น การใดๆ ที่รัฐกระทำไปโดยใช้อำนาจมหาชนย่อมต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำของรัฐต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐตามหลักกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ บทบาทหน้าที่ของรัฐในการทางเศรษฐกิจในแต่ละช่วงเวลาหรือในแต่ละประเทศนั้นย่อมมีความแตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับระบบเศรษฐกิจที่รัฐนำมาปรับใช้เป็นพื้นฐานในการบริหารพัฒนาประเทศ ประกอบกับอิทธิพลของแนวคิดลัทธิเศรษฐกิจการเมือง ซึ่งเป็นรากฐานสำคัญที่รัฐนำมาเป็นหลักในการตรากฎหมายเพื่อรับรองและสร้างความชอบธรรมในการใช้เครื่องมือหรือมาตรการต่างๆ ในการเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจหรือที่เรียกอีกอย่างว่า “การแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ” (State Intervention) โดยกฎหมายที่กำหนดถึงขอบเขตและบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจเรียกว่า “กฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ” ดังนั้น การวิเคราะห์ถึงบทบาทหน้าที่ของรัฐในทางเศรษฐกิจ ย่อมต้องศึกษาถึงหลักการตามหลักกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจและแนวคิดลัทธิเศรษฐกิจการเมืองควบคู่กัน เพื่อให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงและความชอบด้วยกฎหมายของรัฐในการเข้าดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในแต่ละลักษณะที่ถูกต้องต่อไป

2.3.1 หลักการแข่งขันเสรี

หลักการแข่งขันเสรีเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งภายใต้หลักเสรีนิยม โดยเกิดจากการพัฒนาตามแนวคิดของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม (Liberalism) โดยเฉพาะลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก (Classic Liberalism)³² ซึ่งอดัม สมิท (Adam Smith, 1723-1790) นักเศรษฐศาสตร์แนวเสรีนิยมมีแนวคิดที่ว่า หน่วยเศรษฐกิจอิสระทั้งหลายจะได้รับการเชื่อมโยงเข้าด้วยกันโดยสถาบันตลาดซึ่งมีผู้ผลิตและผู้บริโภคเป็นอิสระต่อกัน มีเสรีภาพในการผลิตและการบริโภคและเข้าแลกเปลี่ยนกันอย่างสมัครใจเพื่อประสานประโยชน์แก่ทั้งสองฝ่ายและแก่สังคมส่วนรวม ระบบการแลกเปลี่ยนข้างต้นนี้ถือเป็นระบบตลาดที่มีการแข่งขันเสรี เนื่องจากทุกฝ่ายสามารถเข้าถึงการดำเนินกิจกรรมในทางเศรษฐกิจได้อย่างเสรี ทำให้บุคคลแต่ละคนมีสิทธิที่จะเลือกแลกเปลี่ยนกับผู้ที่ทำให้ประโยชน์สูงสุดแก่ตน ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เอง ระบบตลาดที่มีการแข่งขันเสรีจึงเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดได้อย่างมีประสิทธิภาพและก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดทั้งแก่ปัจเจกชนและสังคม แต่ในทางกลับกัน หากการผลิตหรือการดำเนินกิจกรรมใดในทางเศรษฐกิจไม่มีประสิทธิภาพหรือไม่อาจตอบสนองความต้องการของปัจเจกชนหรือสังคมได้แล้ว การดำเนินกิจกรรมดังกล่าวก็ย่อมไม่สามารถดำรงอยู่ในระบบตลาดต่อไปได้โดยอัตโนมัติ โดยการเข้าแลกเปลี่ยนและประสานประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายภายใต้สถาบันตลาดนี้เอง ก่อให้เกิดมูลค่าจากการแลกเปลี่ยน คือราคาตลาด (Market Price) ซึ่งจะถูกกำหนดด้วยปริมาณความต้องการของผู้ผลิต หรือที่เรียกว่า อุปสงค์

³² ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 37.

(Demand) และปริมาณความต้องการของผู้บริโภค หรือที่เรียกว่า อุปทาน (Supply) ราคาดังกล่าวถูกกำกับโดยมือที่มองไม่เห็น (Invisible Hand) ที่เรียกว่า กลไกตลาด (Market Mechanism) อันถือเป็นกลไกสำคัญในการกำกับและปรับราคาสินค้าและบริการให้อยู่ในระดับที่เหมาะสม โดยเป็นราคากลางที่สมดุลระหว่างราคาของผู้ผลิตต้องการขายและราคาของผู้บริโภคต้องการซื้อเพื่อเป็นการประสานประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายอย่างสมดุล

จะเห็นได้ว่า การดำเนินกิจกรรมใดๆ ทางเศรษฐกิจตามหลักการแข่งขันเสรีภายใต้แนวคิดของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก (Classic Liberalism) ย่อมสนับสนุนให้การดำเนินกิจกรรมในทางเศรษฐกิจเป็นไปโดยปัจเจกชนหรือพลังเอกชนเท่านั้น โดยการปล่อยให้เอกชนดำเนินกิจการเองอย่างแท้จริง โดยปราศจากการควบคุมหรือแทรกแซงจากภาครัฐ หรือที่เรียกว่า “Laissez - Faire”³³ ซึ่งจะเป็นตัวกำหนดการแจกจ่ายทรัพยากร (Allocation Of Resources) ให้มีประสิทธิภาพและก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ทุกฝ่าย และภายใต้แนวคิดของลัทธิเสรีนิยมคลาสสิกที่มองว่ารัฐไม่ควรเข้ายุ่งหรือแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ รัฐหรือรัฐบาลควรมีหน้าที่จำกัดอยู่เพียง 3 ประการ คือ การป้องกันประเทศ การคุ้มครองสมาชิกของสังคมจากความอยุติธรรม และการจัดการก่อตั้งและบำรุงรักษาสถาบันสาธารณะและกิจการสาธารณะซึ่งเป็นประโยชน์แก่สังคม เช่น รัฐบาลมีหน้าที่จัดการเรื่องเงินตรา การออกสิทธิบัตร การขนส่ง และการศึกษา เป็นต้น ดังนั้นตามแนวคิดข้างต้นนี้ รัฐบาลมีหน้าที่เพียงเป็นคณกลางคอยรักษากฎเกณฑ์ของสังคมเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย และมีหน้าที่ในการให้บริการกิจการรากฐานทางเศรษฐกิจและสังคมเท่านั้น โดยต้องปล่อยให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นหน้าที่ของปัจเจกชน³⁴

ฉะนั้น ภายใต้แนวคิดของลัทธิเสรีนิยมคลาสสิก หลักการแข่งขันเสรีจึงถือเป็นหลักการสำคัญที่มุ่งคุ้มครองให้ปัจเจกชนแต่ละคนเข้าถึงโอกาสให้การประกอบการและการดำเนินกิจกรรมในทางเศรษฐกิจได้อย่างเสรี รัฐมีหน้าที่ต้องให้การรับรองและคุ้มครองให้ปัจเจกชนทุกคนมีโอกาสในการเข้าถึงการประกอบการในทางการค้าและอุตสาหกรรม การเข้าถึงการประกอบอาชีพหรือการแสวงหารายได้จากทรัพย์สินของตน มีการแข่งขันกันอย่างเสรีภายใต้กลไกตลาด โดยรัฐจะไม่เข้าจำกัดหรือขัดขวางการเข้าถึงทรัพยากรของผู้แข่งขัน และยังเป็นหลักการในการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐที่จะเข้าควบคุม แทรกแซงหรือวางกฎเกณฑ์ใดๆ อันเป็นอุปสรรคหรือกระทบกระเทือนต่อการสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในทางเศรษฐกิจ มากไปกว่านั้น ยังจำกัดห้ามมิให้รัฐต้องกระทำการหรือดำเนินกิจกรรมใดๆ ในทางเศรษฐกิจอันมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับปัจเจกชนด้วย

*การแข่งขัน หมายถึง การแย่งชิงกันของบุคคลหลายคนในกิจกรรมอย่างเดียวกัน เพื่อจะไปสู่เป้าหมายเดียวกัน

³³ ฤกษ์นิษฐ์ วสันนท์, “หลักการแข่งขันเสรี: ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” แพ้นดอกไม้ให้ครุ: รวมบทความเชิงวิชาการด้านกฎหมาย, (กรุงเทพฯ: ส เจริญ การพิมพ์, 2554), หน้า 122.

³⁴ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, อ้างแล้ว หน้า 42-43.

ซึ่งมิได้จำกัดการเข้าแข่งขันระหว่างรัฐกับเอกชนเฉพาะในกิจการเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงกิจการอื่นๆ ที่มีลักษณะหรืออาจมีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพ ไม่ว่าจะจะมีวัตถุประสงค์อย่างไรก็ตาม เนื่องจากโดยธรรมชาติแล้ว กิจการทางเศรษฐกิจหรือการเข้าประกอบอาชีพ เป็นกิจการที่สงวนไว้ให้ปัจเจกชนเท่านั้น³⁵ โดยการกำหนดห้ามเช่นนี้เกิดจากแนวคิดที่ว่า การที่รัฐองค์กรของรัฐ หรือนิติบุคคลมหาชนอื่นใดก้าวล่วงเข้ามาในกิจกรรมทางเศรษฐกิจย่อมจะทำให้ ธรรมชาติและเงื่อนไขของการแข่งขันเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากความไม่เท่าเทียมกันของผู้แข่งขัน รัฐหรือองค์กรของรัฐย่อมมีอภิสิทธิ์และกลไกในการดำเนินการที่เหนือกว่าเอกชน รัฐหรือองค์กรของรัฐ สามารถใช้อำนาจ ข้อมูล หรือทรัพยากรที่มีอยู่เหนือกว่าเอกชน ทำให้เอกชนไม่สามารถเข้าถึงโอกาส ในทางเศรษฐกิจและการแข่งขันได้อย่างเสรีและเป็นธรรม ทำให้การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่าง ไม่มีประสิทธิภาพและสังคมอาจไม่ได้รับประโยชน์สูงสุด ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่า ลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ ของอดัม สมิท ได้มีส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดระบบการค้าขายเสรีและการจำกัดการแทรกแซงของรัฐ ในทางเศรษฐกิจ ต่อมา จึงได้มีการยอมรับและรับรองหลักการแข่งขันเสรีไว้ในหลักการพื้นฐาน ทางเศรษฐกิจและบทบัญญัติกฎหมายของนานาประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้ ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมหรือทุนนิยมเป็นหลัก อาทิ สหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ดี ในทางความเป็นจริง การแข่งขันเสรีมีอาจเกิดขึ้นได้อย่างสมบูรณ์ ไม่ว่าจะด้วยปัจจัยทางเศรษฐกิจหรือสังคม เนื่องจากหากปล่อยให้มีการแข่งขันเสรีมากเกินไปจะทำให้ กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้ ดังเช่นในกรณีที่มีเอกชนบางรายซึ่งมีศักยภาพ ความสามารถในการถือครองปัจจัยการผลิตจำนวนมาก เข้าประกอบกิจการและแสวงหาประโยชน์ด้วยวิธีการต่างๆ ซึ่งก่อให้เกิดการผูกขาดและก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจ อาทิ การกำหนดราคาสินค้า และการบริการที่สูงเกินควร จนทำให้เอกชนรายอื่นที่มีศักยภาพและปัจจัยการผลิตที่ต่ำกว่า เอกชนรายดังกล่าวไม่สามารถเข้าดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและแข่งขันได้อย่างเสรี ในขณะที่ กลไกตลาดก็ไม่สามารถเข้ามาเป็นเครื่องมือเพื่อปรับราคาตลาดให้เกิดความสมดุลได้ กรณีเช่นนี้ ส่งผลให้การใช้ทรัพยากรเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ไม่คุ้มค่า และเกินความจำเป็น เนื่องจาก เอกชนรายใหญ่สามารถกำหนดลักษณะการจัดสรรทรัพยากรได้เอง ทำให้ความมั่งคั่งซึ่งเกิดจากการแสวงหาประโยชน์ของปัจเจกชนแต่ละรายตกอยู่กับเพียงเอกชนรายใหญ่หรือนายทุนเพียงกลุ่มเดียว เอกชนรายย่อยจะไม่สามารถเข้าสู่ตลาดเพื่อแข่งขันและแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองได้อย่างเสรี และเป็นธรรมอย่างแท้จริง หรืออาจกล่าวได้ว่า สภาวะเช่นนี้เป็นข้อบกพร่องของหลักการแข่งขันเสรี

³⁵ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส ส่วนที่หนึ่ง หลักเสรีนิยม,” วารสารนิติศาสตร์ 24,3 (กันยายน 2537): หน้า 609

อันก่อให้เกิดความมั่งคั่งในลักษณะ “รวยกระจุก จนกระจาย” ซึ่งเป็นความเหลื่อมล้ำและนำไปสู่ปัญหาทางสังคมในด้านอื่นๆ ต่อไป

จากข้อบกพร่องของหลักการแข่งขันเสรี จึงนำมาสู่การยอมรับให้รัฐเข้าไปมีบทบาทในทางเศรษฐกิจของปัจเจกชน หรือที่เรียกว่า “การแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ” (State Intervention) ซึ่งจากเดิมที่เศรษฐกิจในระบบเสรีนิยมหรือทุนนิยมรุ่งเรืองจนถึงขั้นประสบความสำเร็จจากการสนับสนุนของแนวคิดลัทธิเสรีนิยมคลาสสิก ที่มุ่งเน้นให้เอกชนเข้าประกอบกิจการและดำเนินกิจกรรมในทางเศรษฐกิจได้อย่างเสรี จนก่อให้เกิดการสะสมทุนและลงทุนเพิ่มมากขึ้นในการประกอบการทางพาณิชย์และอุตสาหกรรมของเอกชน (Private Enterprises) รัฐมีบทบาทหน้าที่เพียงรับรองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของเอกชน โดยไม่เข้าไปจำกัดหรือขัดขวางการใช้สิทธิเสรีภาพนั้น อีกทั้ง รัฐมีหน้าที่เป็นคณलगในการไกล่เกลี่ยกรณีพิพาทหรือขัดแย้งระหว่างเอกชนด้วยกัน รัฐมีหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศทั้งจากการประทุษร้ายภายในและภายนอกประเทศ เพื่อให้สังคมเป็นระเบียบเรียบร้อยและสงบสุขอันเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐ (Primary Function of The State)³⁶ ประกอบกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้เศรษฐกิจตกต่ำลง ดังที่เห็นได้ชัดจากช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 (ปี ค.ศ. 1914 - 1938) ที่ส่งผลให้เศรษฐกิจตกต่ำครั้งยิ่งใหญ่อย่างรุนแรงและมีผลกระทบเป็นวงกว้างไปทั่วโลก เกิดการแย่งชิงทรัพยากรระหว่างประเทศ จนเกิดสภาวะที่ผู้ประกอบการเอกชนไม่สามารถดำเนินกิจการในทางเศรษฐกิจเองได้ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าหลัก Laissez – Faire คือการปล่อยให้เอกชนกระทำโดยเสรี ปราศจากการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจนั้น ไม่สามารถแก้ไขวิกฤตการณ์เศรษฐกิจตกต่ำดังกล่าวได้³⁷ จึงเกิดการพัฒนาแนวคิดที่ยอมรับให้รัฐเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจและสังคมมากกว่าการป้องกันประเทศหรือเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างเอกชน

ด้วยเหตุข้างต้น รัฐจึงมีความจำเป็นเข้ามามีบทบาทเพิ่มขึ้นในการแก้ไขวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ ประกอบกับการยอมรับแนวคิดของรัฐสมัยใหม่ตามกลไกและบทบาทหน้าที่ที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศภายใต้การสนับสนุนของแนวคิดลัทธิเศรษฐกิจการเมืองในแต่ละสำนัก เพื่อสร้างความชอบธรรมให้รัฐเลือกใช้เครื่องมือเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจและสังคมของเอกชน เช่น ลัทธิสังคมนิยมของคาร์ล มาร์กซ (Karl Marx, 1818-1883) ที่สนับสนุนให้กรรมสิทธิ์และปัจจัยการผลิตเป็นของส่วนรวมมิใช่ของปัจเจกชนรายใดรายหนึ่ง และยินยอมให้รัฐมีอำนาจเข้าควบคุมและ

³⁶ จันทิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ความคิด,” หน้า 33.

³⁷ ทิวา เงินยวง, เศรษฐกิจการเมืองสำหรับนักกฎหมาย POLITICAL ECONOMY, (กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษา มหาวิทยาลัยรามคำแหง., 2529), หน้า 87.

ดำเนินกิจการทั้งหมดเพื่อแก้ไขปัญหาการขูดรีด (Exploitation) ในการจ้างแรงงานของคนในสังคม³⁸ หรือตามแนวคิดของจอห์น เมนาร์ด เคนส์ (John Maynard Keynes, 1883-1946) (Keynesian Economics) ซึ่งมีแนวคิดที่ว่า ในระบบเศรษฐกิจที่ปล่อยให้เอกชนทำอย่างแท้จริงโดยไม่มี การแทรกแซงจากรัฐบาล อาจไม่มีการว่าจ้างทำงานเต็มที่ เพราะดีมานด์รวม (Aggregate Demand) มีไม่พอ การรักษาระดับดีมานด์รวมให้อยู่ในระดับที่จะทำให้เกิดการว่าจ้างทำงานอย่างเต็มที่ จึงเป็นจุดหมาย ที่สำคัญของระบบเศรษฐกิจ และควรเป็นหน้าที่ของรัฐบาลที่จะใช้มาตรการทางการคลังให้ได้ผลดังกล่าว ทั้งนี้ เคนส์ยังมีแนวคิดให้รัฐเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจในฐานะผู้ประกอบการเพื่อดำเนินกิจการ บางประเภท โดยเน้นให้รัฐกู้เงินและเพิ่มการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานเพื่อให้เกิดการจ้างแรงงานและ สร้างรายได้ให้แก่ประชาชน เมื่อประชาชนมีรายได้ก็จะทำให้เกิดการบริโภคและการใช้จ่ายมากขึ้น เมื่อนั้นรัฐค๋อยนำภาษีของประชาชนกลับเป็นรายได้ของรัฐ หรือตามแนวคิดลัทธิเศรษฐกิจการเมือง เสรีนิยมที่ไม่ใช่คลาสสิก (Non-Classical Liberalism) ดังเช่น ตามแนวความคิดของเจเรมี เบนแทม (Jeremy Bentham, 1748-1832) และจอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill, 1806-1873) ที่ให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน เชื่อมั่นในพลังเอกชน เชื่อว่าหลักการแข่งขันเสรี จะสามารถดำเนินไปได้ด้วยกลไกตลาด ในขณะเดียวกัน ก็เชื่อว่าการแข่งขันเสรีและเป็นธรรมไม่สามารถ เกิดขึ้นได้จริงโดยธรรมชาติ และหากการกระทำโดยของเอกชนกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม ต้องถือประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลักตามหลักแห่งประโยชน์ (Principle Of Utility) ซึ่งเป็นที่มาของ “หลักประโยชน์สาธารณะ” (Public Interest) ในปัจจุบัน ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐในการเข้ามา มีบทบาทเพื่อรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ ป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เพื่อกระทำการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมสูงสุด อย่างไรก็ตาม การแทรกแซงของรัฐย่อมมีข้อจำกัด โดยจอห์น สจิวต์ มิลล์ ได้ให้เหตุผลในจำกัดการแทรกแซงของรัฐ 3 ประการ ในหนังสือ On Liberty ได้แก่ 1) ปัจเจกชนประกอบกิจการบางประเภทได้ดีกว่ารัฐบาล 2) แม้ในกิจการบางประเภท ปัจเจกชนอาจจะดำเนินการได้ไม่ดีเท่ารัฐ แต่ก็ควรให้ปัจเจกชนเป็นผู้ดำเนินการเพื่อให้เกิดการศึกษา แก่ปัจเจกชน เช่น การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือการจัดการวิสาหกิจอุตสาหกรรมและมนุษยธรรม 3) การให้รัฐแทรกแซงโดยไม่จำกัดเป็นการเพิ่มอำนาจของรัฐบาลโดยไม่จำเป็น ซึ่งทำให้ประชาชนเฉยชา และหันไปพึ่งรัฐบาลแต่เพียงฝ่ายเดียวแทนการใช้พลังของตนเองเพื่อความปรารถนาที่ตนตั้งเป้าหมายไว้³⁹ จะเห็นได้ว่าจากปัญหาที่เกิดขึ้น นำมาสู่การนำแนวคิดภายใต้ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองต่างๆ ที่สนับสนุน ให้รัฐเข้าไปมีบทบาทในทางเศรษฐกิจและสังคมไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่งตามขอบเขตและวิธีการที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ รัฐโดยส่วนใหญ่มีจุดมุ่งหมายเดียวกันคือ เพื่อส่งเสริมสวัสดิการของประชาชนและกระจาย

³⁸ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, อ้างแล้ว หน้า 159

³⁹ John Stuart Mill, On Liberty, chapter I, Introductory อ้างใน ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, อ้างแล้ว หน้า 102

ความมั่งคั่งไปยังประชาชนอย่างทั่วถึงและเป็นธรรม อันจะทำให้ประชาชนทุกคนมีโอกาสที่จะใช้สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม ซึ่งถือเป็นภารกิจลำดับรองของรัฐ (Secondary Functions of The State)⁴⁰ ตามแนวคิดของรัฐสมัยใหม่ ซึ่งรัฐมีบทบาทหน้าที่ในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจที่สำคัญ ดังนี้

1) รัฐในฐานะผู้ควบคุมและกำกับดูแล (The State as Regulator) หมายถึง ภารกิจของรัฐในการควบคุมกิจกรรมต่างๆ ของประชาชน รวมทั้งควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจของประชาชน เพื่อรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ กระจายความมั่งคั่งและจัดสรรทรัพยากรอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม โดยมีวิธีการแทรกแซงที่สำคัญ ได้แก่

1.1) การตรากฎหมาย ออกกฎเกณฑ์ ระเบียบหรือข้อบังคับต่างๆ โดยการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือที่เรียกว่า “มาตรการทางกฎหมาย” เพื่อควบคุมเอกชนหรือผู้ประกอบการให้ปฏิบัติตาม เช่น การตรากฎหมายว่าด้วยการผูกขาดทางการค้า เพื่อป้องกันและส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม การตรากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค การตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพปัจเจกชนในการเข้าประกอบกิจการหรืออาชีพบางประเภท รวมถึงการออกกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมกิจกรรมของเอกชนในทางเศรษฐกิจ เช่น การกำหนดค่าแรงขั้นต่ำ การควบคุมมาตรฐานการผลิต การกำหนดอัตราภาษี เป็นต้น

1.2) การวางแผนทางเศรษฐกิจ ซึ่งตามแนวคิดของรัฐสมัยใหม่กำหนดให้รัฐต้องมีการวางแผนในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเพื่อนำไปสู่เป้าหมายที่วางไว้ อย่างมีประสิทธิภาพ มีการกำหนดยุทธศาสตร์ชาติในด้านเศรษฐกิจเพื่อยกระดับความสามารถให้เทียบเท่าและสอดคล้องกับหลักการสากล นอกจากนี้ การวางแผนทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐยังถือเป็นกรอบและการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินงบประมาณของรัฐในด้านต่างๆ ให้เป็นไปตามแผน เนื่องจากรายได้ส่วนใหญ่ของรัฐมาจากภาษีของประชาชนเป็นหลัก

1.3) การใช้ระบบอนุญาตในกิจการของเอกชนหรือผู้ประกอบการเอกชน ในการประกอบหรือเข้าถึงการประกอบอาชีพบางประเภท การแทรกแซงโดยวิธีดังกล่าวนี้มีเหตุผลหลายประการ เช่น ความมั่นคงประเทศ การรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ การกำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติของวิชาชีพ การจำกัดจำนวนผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมบางประเภท เช่น การก่อตั้งอุตสาหกรรมปิโตรเลียม การก่อตั้งโรงงานสุรา เป็นต้น ทั้งนี้ ยังมีเหตุผลภายใต้หลักเศรษฐศาสตร์ที่มองว่าการที่รัฐทำหน้าที่เป็นผู้รวบรวมแหล่งข้อมูล เช่น เอกชนที่จะประกอบวิชาชีพแพทย์ ย่อมต้องได้รับใบอนุญาตการประกอบโรคศิลป์โดยรัฐ การกระทำดังกล่าวเป็นป้องกันมิให้ปัจเจกชนที่ไม่มีคุณสมบัติเพียงพอเข้าสู่ตลาด ทั้งเป็นการช่วยลดต้นทุนของผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการ

⁴⁰ จันทิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ความคิด,” หน้า 34

ในการหาข้อมูลว่าปัจเจกชนรายใดเป็นแพทย์ที่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะเข้ารับการรักษได้แท้จริง ทั้งยังเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชนจากการรักษาซึ่งถือเป็นการใช้บริการอีกด้วย ซึ่งล้วนเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

1.4) มาตรการอื่นๆ เช่น การให้การศึกษา การตั้งโรงเรียนฝึกออาชีพ เพื่อเป็นรากฐานให้แก่ประชาชนในเข้าถึงโอกาสในการประกอบอาชีพและการประกอบการอย่างเท่าเทียมและเสมอภาค การให้เงินอุดหนุน (Subsidy) การให้สิทธิประโยชน์และการส่งเสริมการลงทุน การตั้งกำแพงภาษี การจัดตั้งสหกรณ์ เป็นต้น

2) รัฐในฐานะผู้ประกอบการ (The State as Entrepreneur) หมายถึง การที่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าประกอบการหรือดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนหรือจัดตั้งหน่วยธุรกิจซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลขึ้นใหม่ เพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม กิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือกิจการเชิงพาณิชย์ โดยเฉพาะ⁴¹ หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใด แล้วแต่กรณี

จึงสรุปได้ว่า ภายใต้หลักการแข่งขันเสรีตามแนวคิดของลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) ที่แม้ยังคงให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ความเป็นอิสระของหน่วยเศรษฐกิจ การแข่งขันเสรีและกลไกตลาดเป็นหลักก็ตาม แต่ก็ได้มีการยอมรับให้รัฐสามารถเข้าไปมีบทบาทในทางเศรษฐกิจหรือที่เรียกว่า “การแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ” (State Intervention) ได้ โดยไม่ว่ารัฐจะเข้ามาในฐานะผู้ควบคุมและกำกับดูแล (The State as Regulator) โดยการใช้มาตรการทางกฎหมาย เช่น การตรากฎหมายว่าด้วยการผูกขาดทางการค้า หรือการใช้มาตรการอื่น เช่น การให้เงินอุดหนุน หรือในฐานะผู้ประกอบการ (The State as Entrepreneur) ที่สามารถประกอบกิจการและแข่งขันทางการค้าได้เช่นเดียวกับเอกชน ทั้งนี้ การแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐต้องเกิดขึ้นโดยเหตุผลความจำเป็นและเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) มากกว่าประโยชน์ของปัจเจกชนรายบุคคลภายใต้หลักนิติรัฐ รัฐธรรมนูญ และหลักการพื้นฐานทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อีกทั้ง ต้องไม่เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอันเป็นสาระสำคัญของประชาชน

2.3.2 ขอบเขตการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรี

หลักการแข่งขันเสรีเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองให้บุคคลทุกคนสามารถแข่งขันกันไปสู่จุดหมายได้โดยไม่สร้างข้อจำกัดใดๆ ขึ้นแก่ผู้แข่งขันคนใดคนหนึ่งเป็นการเฉพาะ หลักการแข่งขันเสรีนี้บังคับใช้กับผู้ที่อยู่ภายใต้การแข่งขันและบังคับใช้กับรัฐในขณะเดียวกัน กล่าวคือ บทบัญญัติกฎหมายที่รัฐใช้อำนาจตราจะต้องเป็นไปเพื่อรับประกันให้การแข่งขันในการประกอบการเป็นไปโดยเสรี

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

และจำกัดอุปสรรคที่อาจจะกระทบกระเทือนต่อหลักการแข่งขันเสรี โดยหลักการดังกล่าวย่อมมีผลบังคับใช้โดยตรงกับกิจการของรัฐในฐานะเป็นผู้ประกอบการด้วย⁴²

2.3.3 การบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีกับรัฐในฐานะผู้ประกอบการ

2.3.3.1 หลักการแข่งขันเสรีตามความหมาย “รัฐต้องไม่แข่งขันกับเอกชน”

รัฐในฐานะผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (The State as Entrepreneur) หมายถึง การที่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นลงมือประกอบการในทางเศรษฐกิจเอง ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนขึ้นเพื่อดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยตรง หรือการเป็นผู้จัดตั้งองค์กรนิติบุคคลขึ้นใหม่เพื่อดำเนินบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมโดยเฉพาะ หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่น แล้วแต่กรณี

โดยในระยะแรก การตีความและการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีกับผู้ประกอบการภาครัฐเป็นไปตามแนวคิดที่ว่า “รัฐต้องไม่แข่งขันกับเอกชน” ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานทางเศรษฐกิจและบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน โดยสามารถอธิบายได้ว่า รัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรใดๆ ต้องไม่เข้าประกอบการและไม่แข่งขันกับเอกชนในทางเศรษฐกิจ เนื่องจาก การประกอบการอาชีพ ประกอบการค้าและอุตสาหกรรมเป็นสิทธิเสรีภาพของเอกชนเท่านั้น เอกชนแต่ละรายจะสามารถแสวงหาประโยชน์โดยตนเองเพื่อตนเองได้อย่างเสรีและตอบสนองความต้องการของตนเองได้มากที่สุดโดยมิต้องพึ่งรัฐ ประกอบกับแนวคิดที่ว่า หากได้มีการอนุญาตให้รัฐเข้าแข่งขันกับเอกชนในกิจกรรมทางเศรษฐกิจแล้ว จะทำให้รัฐหรือองค์กรของรัฐมีอภิสิทธิ์ และมีกลไกในการดำเนินงานพิเศษเหนือเอกชน โดยรัฐหรือองค์กรของรัฐจะเป็นผู้ได้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ในขณะที่เอกชนจะเป็นผู้เสียประโยชน์จากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หลักการบังคับใช้และตีความดังกล่าวนี้ เห็นได้ชัดจากในช่วงเวลาหนึ่งที่มีการรับรองหลักการดังกล่าวโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (Conseil d'Etat : สภาแห่งรัฐ) ตามคำวินิจฉัยลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1930 ของสภาแห่งรัฐ ที่ได้วินิจฉัยว่า “โดยหลักทั่วไปแล้ว กิจการหรือการประกอบกิจการที่มีลักษณะในเชิงพาณิชย์จะต้องเป็นกิจการที่สงวนไว้สำหรับการริเริ่มของภาคเอกชนเท่านั้น”⁴³ หรือเป็นไปตามที่กล่าวข้างต้นแล้วว่า หลักการห้ามมิให้รัฐแข่งขันกับเอกชนนี้

⁴² สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส ส่วนที่หนึ่ง หลักเสรีนิยม,” *วารสารนิติศาสตร์* 24,3 (กันยายน 2537): หน้า 608

⁴³ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส C.E. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en detal de Nevers, อ้างถึงใน กฤษณ์ วสินนท์, “หลักการแข่งขันเสรี: ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” ใน *แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมนบทความเชิงวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม* (กรุงเทพฯ : ส.เจริญ การพิมพ์, 2554), หน้า 136.

มิได้จำกัดอยู่เพียงกิจการที่เป็นการค้าและอุตสาหกรรมเท่านั้น แต่รวมถึงกิจการอื่นๆ ที่มีลักษณะหรืออาจมีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพหรือแสวงหารายได้โดยไม่ว่ากิจการดังกล่าวจะมีวัตถุประสงค์หรือเงื่อนไขอย่างไรก็ตาม และยังรวมถึงกรณีที่รัฐให้การช่วยเหลือ วิชากิจของเอกชน เช่น การให้เงินช่วยเหลือ (Grant) หรือเงินอุดหนุน (Subsidy) ในกิจการของเอกชน เป็นต้น จากกรณีนี้ เห็นได้ว่ารัฐไม่สามารถระทำการใดๆ อันถือเป็นการแข่งขันกับผู้ประกอบการเอกชนได้ซึ่งเป็นการตีความและบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีอย่างเคร่งครัด

2.3.3.2 หลักการแข่งขันเสรีตามความหมาย “แข่งขันอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม”

ดังที่กล่าวแล้วว่า เนื่องจากสภาพแวดล้อมและบริบททางเศรษฐกิจสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปจึงทำให้มีการตีความถึงหลักการแข่งขันเสรียืดหยุ่นมากขึ้น ประกอบกับเนื่องด้วยสาเหตุความจำเป็นในหลายด้านที่เป็นการเปิดโอกาสให้ภาครัฐเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจ ในฐานะผู้ประกอบการหรือผู้เล่นในตลาดเช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนรายอื่น และการเข้ามามีบทบาทของรัฐนี้เอง รัฐได้นำแนวความคิดของนักคิดตามลัทธิเศรษฐกิจการเมืองลัทธิต่างๆ เช่น แนวคิดของจอห์น เมนาร์ด เคนส์ ตามลัทธิเสรีนิยมใหม่ (Neoliberalism) ที่มุ่งเน้นให้ภาครัฐเข้ามามีบทบาทและเข้าลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานและประกอบกิจการเชิงพาณิชย์บางประเภทแทนเอกชน เพื่อรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงมิได้ห้ามเด็ดขาดมิให้รัฐหรือองค์กรของรัฐเข้าประกอบการในทางเศรษฐกิจของเอกชน หากแต่รัฐหรือองค์กรของรัฐที่เข้าไปประกอบกิจการนั้น รัฐต้องกระทำลงไปภายใต้เงื่อนไขและกฎกติกาเช่นเดียวกับเอกชน จากแนวคิดข้างต้นนี้ จึงนำมาสู่การตีความขยายขอบเขตของหลักการแข่งขันเสรีที่นำมาบังคับใช้กับการประกอบการของรัฐในทางเศรษฐกิจ ซึ่งถือเป็นหลักการยกเว้นหลักการแข่งขันเสรีที่มุ่งใช้บังคับระหว่างผู้ประกอบการเอกชนด้วยกัน

หลักการแข่งขันอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม จึงหมายความว่า รัฐจะเข้ามาเป็นผู้ประกอบการในฐานะเดียวกันกับผู้ประกอบการเอกชน หรือประกอบกิจการประเภทเดียวกันกับผู้ประกอบการเอกชน รัฐต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขและหลักการแข่งขันเสรีอย่างเช่นผู้ประกอบการเอกชนรายอื่นอย่างเท่าเทียมกัน โดยต้องมีการกำหนดให้มีกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการภาครัฐและภาคเอกชนที่ไปเป็นอย่างเสมอภาค หรือเป็นไปตามหลักการบังคับใช้และตีความในลักษณะที่เรียกว่าเป็น “หลักการแข่งขันอย่างเสมอภาค (le principe d'égale concurrence)”⁴⁴ หรือดังที่ปรากฏตามการตีความของประเทศฝรั่งเศสที่แสดงให้เห็น

⁴⁴ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส C.E. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en detail de Nevers, อ้างถึงใน กฤษณ์ วสินนท์, “หลักการแข่งขันเสรี: ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,”

ในระยะหลังว่า สภาแห่งรัฐได้ยึดถือแนวทางการตีความหลักการแข่งขันเสรีในลักษณะของหลักการแข่งขันอย่างเสมอภาคสำหรับการเข้าประกอบการทางเศรษฐกิจขององค์กรของรัฐ ดังที่ปรากฏตามคำพิพากษาลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1959 ซึ่งสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าการจัดตั้งสถานีบริการน้ำมันในบริเวณที่จอตลอดสาธารณะของหน่วยงานของรัฐนั้นย่อมมีเหตุผลที่ยอมรับได้ หากการประกอบกรนั้นใช้หลักกลไกราคาตามภาวะปกติอย่างเดียวกับราคาในตลาดของสถานีบริการน้ำมันของเอกชน หรือในคำพิพากษาลงวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 1965 ที่สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าสถาบันว่าด้วยการศึกษามิศาสตร์แห่งชาติซึ่งมีเอกชนประกอบโครงการดังกล่าวอยู่เช่นกันนั้น ไม่ได้ดำเนินการโดยการให้เช่าอุปกรณ์ในราคาที่ต่ำกว่าราคาของบริษัทเอกชน ดังนั้น การประกอบกรดังกล่าว จึงไม่ใช่กรณีที่จะละเมิดต่อหลักการแข่งขันเสรีหรือละเมิดต่อกฎหมายแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักการแข่งขันเสรีย่อมถูกใช้บังคับแก่ผู้ประกอบการในทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเชิงพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการภาครัฐหรือภาคเอกชน และไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลประเภทใดก็ตาม ย่อมต้องดำเนินกิจการและอยู่ภายใต้หลักการแข่งขันเสรีทั้งสิ้น โดยหากผู้ประกอบการรายใดกระทำการมิชอบใช้อำนาจเหนือตลาดหรือควบรวมกิจการจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่นหรือระบบเศรษฐกิจ ย่อมถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการแข่งขันเสรีและย่อมต้องถูกบังคับตามกฎหมายต่อไปอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม

ดังนั้น การกำหนดขอบเขตของเนื้อหาของหลักการแข่งขันเสรีต้องคำนึงถึงหลักการทั้งสองประการประกอบกัน กล่าวคือ โดยหลักแล้วรัฐจะต้องไม่ประกอบการแข่งขันกับเอกชน นอกจากนี้จะมีเหตุผลจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และหากรัฐเข้าไปประกอบโครงการทางเศรษฐกิจในลักษณะที่แข่งขันกับการประกอบการของเอกชน รัฐก็ต้องประกอบการแข่งขันอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน โดยจะต้องไม่มีข้อกำหนดที่ได้เปรียบเหนือกว่าภาคเอกชน ทั้งนี้ รัฐหรือองค์กรของรัฐที่จะประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจยังต้องคำนึงถึงอำนาจหน้าที่และขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายประกอบด้วย⁴⁵

2.3.4 การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของผู้ประกอบการภาครัฐ

เนื่องด้วยอิทธิพลของแนวคิดตามลัทธิเศรษฐศาสตร์การเมืองเสรีนิยมใหม่ (Neoliberalism) ที่สนับสนุนเศรษฐกิจแบบตลาดเสรีและการแข่งขันทางการค้าโดยมีกลไกตลาด

ใน แพนด็อกไม้ไผ่ครุ: รวบรวมบทความเชิงวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิชฌนุ เครืองาม (กรุงเทพฯ : ส.เจริญ การพิมพ์, 2554), หน้า 136.

⁴⁵ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ 24: 608-620.

เป็นเครื่องมือในการขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจ และการยอมให้ภาครัฐ ซึ่งหมายความรวมถึง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีบทบาทในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจเพื่อแก้ไขปัญหา และรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจของประเทศ ประกอบกับการมีแนวคิดในการแสวงหารูปแบบ การบริหารจัดการที่นำเอาโมเดลการบริหารจัดการของภาคเอกชนมาปรับใช้กับการบริหารจัดการ ของภาครัฐในรูปแบบเรียกว่า “การบริหารภาครัฐแนวใหม่” (New Public Management) โดยมีเป้าหมายในการเปลี่ยนบทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจและการพัฒนาสังคม เช่น การเปลี่ยนบทบาทของรัฐในฐานะผู้ลงมือปฏิบัติเป็นผู้กำกับทิศทางทางเศรษฐกิจ การวางหลักให้รัฐ ต้องมีการแข่งขันในการให้บริการ หรือการให้รัฐมุ่งใช้กลไกตลาด เป็นต้น ซึ่งการปรับเปลี่ยน การบริหารของรัฐตามแนวคิดข้างต้นนี้เป็นไปตามสูตร D-L-P (Deregulation Liberalization Privatization)⁴⁶ ที่พยายามลดขนาดภาครัฐ การกำกับดูแลให้มีการจัดสรรและใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า และการมุ่งให้เอกชนเข้าไปมีส่วนร่วมในทางเศรษฐกิจอย่างเสรีโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจการที่รัฐเคยเป็น ผู้ผูกขาด หรือที่เรียกว่าเป็น “การเปิดเสรีในกิจการบริการสาธารณะ” ซึ่งมาตรการหลัก คือ การยกเลิก สิทธิการผูกขาด เพื่อเปิดโอกาสให้เอกชนที่มีศักยภาพเข้าจัดทำบริการสาธารณะมากยิ่งขึ้น เพื่อพัฒนา และเพิ่มประสิทธิภาพการจัดทำบริการสาธารณะและโครงสร้างพื้นฐาน และเพิ่มทางเลือกให้แก่ ประชาชนในการใช้บริการ อีกทั้ง ยังเป็นการเตรียมความพร้อมเพื่อรองรับการเคลื่อนย้ายและ การไหลเวียนของทรัพยากรทางเศรษฐกิจ (ทุน แรงงาน วัตถุดิบ) ระหว่างประเทศ ซึ่งในขณะเดียวกัน ก็ได้มีการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเพื่อป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ดังเช่น ในกรณีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization) ซึ่งเป็นกระบวนการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วม ในการบริหารจัดการกิจการของรัฐ ซึ่งการแปรรูปของรัฐวิสาหกิจนี้ ทำให้รัฐวิสาหกิจเปลี่ยนสถานะ เป็นบริษัทเอกชนเช่นเดียวกับผู้ประกอบการรายอื่น จึงมีแนวคิดว่ารัฐวิสาหกิจไม่ควรที่จะมีอำนาจ เหนือคู่แข่ง หรือมีอำนาจในการควบคุมคู่แข่งของตนเอง ต่อมาจึงเกิดเป็นทฤษฎีการแยกรัฐ ในฐานะผู้กำกับดูแลออกจากรัฐในฐานะผู้ประกอบการ (Principe de la separation des opérateurs et le régulateur) อย่างเช่น การจัดองค์กรขึ้นใหม่ในประเทศฝรั่งเศสที่มีอำนาจในการกำกับดูแล เกี่ยวกับกิจการโทรศัพท์และการสื่อสารผ่านเครือข่าย ที่เรียกว่า Autorité deregulation des télécommunications หรือ ART⁴⁷ ซึ่งกระบวนการต่างๆ เหล่านี้ มีอิทธิพลต่อนานาประเทศทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งรวมถึงประเทศไทยดังที่เห็นได้ชัดของการปรับเปลี่ยน

⁴⁶ แมนเฟร็ด สเตเกอร์ และ รวี รอย, เสรีนิยมใหม่ : ความรู้ฉบับพกพา, แปลจาก Neoliberalism : A Very Short Introduction, แปลโดย วรพจน์ วงศ์กิจรุ่งเรือง (กรุงเทพฯ: openworlds, 2559), หน้า 38.

⁴⁷ ณัฐสุตา ธรรมถนอม, การเปิดเสรีบริการสาธารณะและกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป [ออนไลน์], 3 พฤษภาคม 2564. แหล่งที่มา http://thaiaixois.online.fr/etc/goi_lib_th.htm

บทบาทของรัฐในช่วงกระแสโลกาภิวัตน์ ที่นานาประเทศต่างต้องปรับเปลี่ยนบทบาทและปฏิรูปการบริหารจัดการภาครัฐเพื่อให้เป็นพลวัตกับสภาพสังคมและอิทธิพลทางเศรษฐกิจภายใต้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมแบบผสมต่อไป

สำหรับหลักเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าในในระยะแรกมีที่มาจากการพัฒนาแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศสภายใต้หลักเสรีนิยม ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาเป็นกฎเกณฑ์และได้รับการยอมรับในกลุ่มประเทศในสหภาพยุโรป จนกระทั่งปรากฏในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาในบริบทของคำว่า “การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม”⁴⁸ ซึ่งได้มีการพัฒนาเป็นกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่บังคับใช้ในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบเศรษฐกิจแบบผสมที่กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ามีขอบเขตการบังคับใช้กับบุคคลและนิติบุคคลทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นิติบุคคลภาครัฐหรือภาคเอกชน โดยหากบุคคลหรือนิติบุคคลดังกล่าวมีวัตถุประสงค์และดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจแล้ว บุคคลหรือนิติบุคคลนั้นก็มิสถานะเป็นหน่วยในทางเศรษฐกิจหรือที่เรียกว่า “ผู้ประกอบการ” ที่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎเกณฑ์และกฎหมายแข่งขันทางการค้าอย่างเท่าเทียมกัน

จากการศึกษาพบว่า การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเกิดจากแนวคิดและเจตนารมณ์ของ 2 ฝ่ายที่แตกต่างกัน ได้แก่ ฝ่ายที่มีเจตนารมณ์ให้การตราและบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ามุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเศรษฐกิจของปัจเจกชนในการแข่งขัน (economic freedom of competition) ตามแนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โด (Ordoliberalism) และฝ่ายที่มีเจตนารมณ์ให้การตราและบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นมาตรการในการสร้างความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจของผู้บริโภคและสังคม (Consumer and Total Welfare) ตามแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์การเมืองของสำนักนีโอคลาสสิก (Neoclassical Welfare Economic)⁴⁹

โดยการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามแนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โด มีแนวคิดว่าการสร้างสถาบันทางกฎหมายจะเป็นการปกป้องการแข่งขันในสถานการณ์ที่ตลาดไม่สามารถดำรงอยู่ได้ด้วยตนเอง สถาบันทางกฎหมายนี้เองจะช่วยรองรับและวางขอบเขตให้การการแข่งขันและตลาด โดยรัฐจะเป็นผู้วางกรอบทางกฎหมาย กำหนดกติกาของตลาดและบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างแข็งขันเพื่อรักษาโครงสร้างของตลาดให้ยังคงมีการแข่งขันและถือว่ากฎหมาย

⁴⁸ Walter J. Derenberg, “The influence of the French Code Civil on the Modern Law of Unfair Competition,” *The American Journal of Comparative Law* 4, 1 (January 1955): 1.

⁴⁹ กนกนัย ถาวรพานิช, แนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โด (Ordoliberalism) กับอิทธิพลต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป [ออนไลน์]. 25 มีนาคม 2564. แหล่งที่มา <https://www.academia.edu/34220005/แนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โด>

การแข่งขันเป็นองค์ประกอบสำคัญของรัฐธรรมนูญทางเศรษฐกิจ (Economic Constitution) ซึ่งรับรองเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของบุคคลในตลาด ทั้งยังกำหนดความสัมพันธ์ของรัฐกับตลาด ในทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญทางการเมืองในรัฐเสรีประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐเป็นสำคัญ ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนและวางข้อจำกัดของรัฐในการกระทำที่จะกระทบต่อ สิทธิและเสรีภาพของประชาชน และในเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายใต้ แนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โตเห็น ว่า องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระสมควรเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย การแข่งขันทางการค้าที่ร่างโดยฝ่ายนิติบัญญัติด้วยความเป็น “อิสระ” หมายถึง การที่องค์กรดังกล่าว ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการควบคุมของผู้ใช้อำนาจปกครองและเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร เพราะไม่ต้องการให้อิทธิพลทางการเมืองสามารถเข้าแทรกแซงการทำงานขององค์กรอิสระผ่าน ฝ่ายบริหารได้ และแนวคิดดังกล่าวนี้เอง มีอิทธิพลต่อการร่างและบังคับใช้กฎหมายการแข่งขัน ทางการค้าของสหภาพยุโรปหรือตาม Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU) ที่บังคับใช้กับประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปในปัจจุบัน อีกทั้งยังมีอิทธิพลต่อการตราและบังคับใช้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศในภูมิภาคอื่นๆ ด้วย⁵⁰

การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามแนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โตนี้ ยังเห็นได้จากการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามหลักการแข่งขันทางการค้าเสรี ในระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมของสหรัฐอเมริกา ที่มองว่าการประกอบกิจการหรือการดำเนิน กิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐเป็นการผูกขาด ซึ่งเป็นการปิดกั้นทำให้เอกชนหรือกลุ่มนายทุน ไม่สามารถเข้าประกอบกิจการบางประเภทได้ ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการเปิดการแข่งขันเสรี ในกิจการบริการสาธารณะ และกำหนดให้รัฐซึ่งเดิมเป็นผู้ผูกขาดกิจการเปลี่ยนมาเป็นผู้กำกับดูแล กิจการและการแข่งขันทางการค้าเสียแทน โดยมีแนวคิดให้รัฐเป็นคนกลางเพื่อควบคุมการแข่งขันและ การดำเนินการตามหลัก “Private Ownership, Public Control”⁵¹ ซึ่งหมายถึง การปล่อยให้เอกชน เป็นเจ้าของและดำเนินกิจการ ในขณะที่รัฐจะเป็นผู้ควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันและการดำเนินการ ของเอกชนเท่านั้น โดยได้มีการจัดตั้งองค์กรอิสระ “Independence Regulator” ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ประกอบด้วยคณะกรรมการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะในกิจการแต่ละสาขาเพื่อควบคุมกำกับดูแล ทางการค้าและกิจการในรายสาขานั้น ทั้งนี้ เพื่อให้มีการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า และการดำเนินการระหว่างผู้ประกอบการภาครัฐและเอกชนอย่างเท่าเทียมกัน

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-11.

⁵¹ ศักดา ธนิตกุล และคณะ, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 247.

ในทางกลับกัน นักวิชาการฝรั่งเศสบางกลุ่มที่มีแนวคิดสนับสนุนทฤษฎีบริการสาธารณะ (Public Service) และต้องการรักษาบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจ โดยต้องการให้รัฐเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่และรับผิดชอบการดำเนินกิจการต่างๆ ที่เป็นบริการสาธารณะด้วยตนเอง นักวิชาการกลุ่มนี้ได้ยกทฤษฎีบริการสาธารณะมาเพื่อพยายามหลีกเลี่ยงการเปิดเสรีกิจการสำคัญของรัฐ ซึ่งมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเช่นเดียวกัน โดยในปัจจุบัน สหภาพยุโรปได้นำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้กับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยให้ความสำคัญในเรื่องการจัดทำ “บริการสาธารณะ” ในลักษณะที่เป็น “บริการเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมทางเศรษฐกิจ” (Service d'intérêt économique général) ได้แก่ บริการทางเศรษฐกิจต่างๆ เช่น การพลังงาน การขนส่ง การไปรษณีย์ การสื่อสารและโทรคมนาคม ในความหมายที่แคบกว่า บริการสาธารณะตามหลักกฎหมายการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศฝรั่งเศส ที่ครอบคลุมไปถึง การบริการสาธารณะทางปกครอง จากแนวความคิดดังกล่าวนี้ หลักเกณฑ์การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและนานาประเทศจึงได้มีการยอมรับ “หลักการความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะ การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม” กล่าวคือ แม้กิจการใดๆ ของผู้ประกอบการภาครัฐหรือเอกชน จะมีลักษณะเป็นการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม หรือกิจการทางพาณิชย์ก็ตาม แต่หากดำเนินการเป็นไปโดยมีเหตุผลความจำเป็นและเป็นเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมแล้ว การดำเนินการของรัฐหรือเอกชน เช่นว่านั้น ย่อมได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ดังเช่นในการประกอบทางเศรษฐกิจในกรณีปกติ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของประชาชนจากการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐหรือเอกชนตามเหตุผลความจำเป็นเช่นว่านั้น

ดังนั้น ด้วยแนวคิดทั้งสองประการนี้ จึงทำให้รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมผสม ต้องปรับเปลี่ยนบทบาทของตนในทางเศรษฐกิจเสียใหม่ โดยรัฐในฐานะผู้ประกอบการต้องดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจและอยู่ภายใต้กติกาการแข่งขันทางการค้าแยกออกจากรัฐในฐานะผู้กำกับดูแลซึ่งเป็นผู้ตราและบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่ผู้ประกอบการภาครัฐและเอกชนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ซึ่งจะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางเศรษฐกิจ และจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในทางเศรษฐกิจตามหลักการแข่งขันเสรีและหลักนิติรัฐต่อไป

จากแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น ล้วนแล้วแต่เป็นหลักในการพิจารณาวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการจัดตั้ง ถือหุ้้น การกำหนดสถานะ การควบคุมกำกับดูแล และการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ต่อไป

บทที่ 3

แนวคิดและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งบริษัทจำกัด โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แก่กรณีบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศ

การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด (Limited Liabilities Company) โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ถือเป็นทางเลือกการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่ง ที่ได้รับความนิยมและสนใจในต่างประเทศ โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศที่อยู่ภายใต้ต้องการเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) ในสหภาพยุโรป รวมถึงเอเชีย เนื่องจากบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นอย่างมาก เช่น การดำเนินกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและสาธารณูปโภค การประปา การกำจัดขยะ การคมนาคมและขนส่ง การพลังงาน รวมถึงกิจการเชิงพาณิชย์อื่นๆ เป็นต้น¹ อีกทั้งยังมีลักษณะเป็นการจัดตั้งและดำเนินการในรูปแบบของนิติบุคคลเอกชนภายใต้กฎหมายพาณิชย์ อันทำให้บริษัทจำกัดดังกล่าวมีความสามารถในการบริหารจัดการบุคลากรและการเงินได้อย่างอิสระ และคล่องตัวเช่นเดียวกับการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของภาคเอกชน ดังที่เคยกล่าวมาแล้วว่า การจัดตั้งบริษัทจำกัดมีวัตถุประสงค์ขึ้นเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีส่วนสำคัญในบริษัทจำกัดดังกล่าว เพื่อควบคุมกำกับดูแลการดำเนินการของบริษัทจำกัดดังกล่าวให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งบริษัทจำกัดนั้น โดยการลงทุนหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทไม่ว่าทั้งหมด (Wholly Owned with Capital 100%) หรืออาจเรียกว่าเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัดแบบ “Corporation Public Enterprises” หรือการลงทุนหรือเข้าถือหุ้นร่วมกับภาคเอกชนในสัดส่วนที่เกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมดของบริษัท หรือการมีอำนาจตัดสินใจในการบริหารจัดการของบริษัท หรือที่เรียกว่า “Limited Liabilities Company” และนอกจากนี้ องค์กรในระดับสากลและนานาชาติก็ยังยอมรับให้บริษัทจำกัดดังกล่าวสามารถดำเนินกิจการอันเป็นการแข่งขันกับเอกชนได้ และอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกัน เว้นแต่เป็นไปตามข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ในบทนี้จะได้นำเสนอหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการจัดตั้งบริษัทจำกัดของประเทศฝรั่งเศส

¹ Stéphane Saussier and Michael Klien, “Local Public Enterprises: A Taxonomy,” *EPPP_DP*, 2014-12, (December 2014): 12.

และประเทศญี่ปุ่น และแนวทางการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขององค์กรความร่วมมือในระดับสากล ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น ดังต่อไปนี้

3.1 การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขององค์กรระหว่างประเทศ

เนื่องจากแต่ละประเทศหรือภูมิภาคมีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ระบบการปกครอง โครงสร้างรัฐ สภาพสังคมและระบบเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน อันทำให้รัฐแต่ละรัฐมีแนวคิดเกี่ยวกับการมีบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งส่งผลให้การตรากฎหมายภายในของประเทศ รวมถึงสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศทั้งในระดับภูมิภาคและระดับสากล เพื่อบังคับใช้แก่รัฐหรือเอกชนผู้อยู่ภายใต้ระบบเศรษฐกิจของของประเทศหรือภูมิกษณนั้นๆ แตกต่างกันไป

3.1.1 องค์กรเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD)

องค์กรเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี 2503² ทำหน้าที่เป็นเวทีการเจรจาเพื่อการพัฒนาครั้งกรองนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศสมาชิก แลกเปลี่ยนประสบการณ์และประสานงาน รวมทั้งช่วยเหลือประเทศสมาชิกและไม่ใช่สมาชิกในการจัดการแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจและสังคมเพื่อนำไปสู่ข้อสรุปในระดับนโยบายร่วมกันในลักษณะ guidelines for best practices OECD มีภารกิจหลัก คือ กระตุ้นการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการค้าโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นการสนับสนุนให้มีการมีระบบตลาดเสรี โดยมีกฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเป็นเครื่องมือสำคัญในการขับเคลื่อนการแข่งขันทางการค้าให้เป็นไปตามทิศทางระบบเศรษฐกิจของโลก ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรีเป็นหลัก ปัจจุบัน ประเทศไทยได้เข้าร่วมในฐานะสมาชิกหรือผู้สังเกตการณ์ในคณะกรรมการด้านต่างๆ ของ OECD และถือได้ว่า OECD มีบทบาทในการกำหนดนโยบายและแนวทางปฏิบัติทางเศรษฐกิจและสังคมของไทยเป็นอย่างมาก ดังที่เห็นได้จากการร่วมลงนามของรัฐบาลไทยกับ OECD ในโครงการ Country Programme (CP)³ หรือการมีส่วนร่วมในการศึกษาแนวทางกำหนดแผนการพัฒนาประเทศ

² The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Where: Global reach [online], May 15, 2021, available from <https://www.oecd.org/about/members-and-partners>

³ สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, สรุปภาพรวมความร่วมมือระหว่างไทยกับ OECD [ออนไลน์], 15 พฤษภาคม 2564. แหล่งที่มา <http://sdgs.nesdc.go.th/wcontent/uploads/2020/12/%E0%B8%AA%E0%B8%A3%E0%B8%B8%E0%B8%9B%E0%B8%81%E0>

ตามแผนยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 ให้สอดคล้องกับเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนของสหประชาชาติ (The Sustainable Development Goals (SDGs)) และการให้ความร่วมมือเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า เช่น การจัดทำรายงานการศึกษาการประเมินกฎระเบียบด้านโลจิสติกส์ที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในประเทศไทย (OECD Competition Assessment Reviews : Logistics Sector in Thailand) ซึ่งมีข้อสรุปว่า ประเทศไทยยังคงมีกฎระเบียบที่เป็นอุปสรรคต่อการเสริมสร้างบรรยากาศการแข่งขันทางการค้าที่เสรีและเป็นธรรม⁴ รวมถึงความร่วมมือในทางวิชาการระหว่าง OECD กับสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ในการกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าที่เหมาะสมในประเทศไทย ในหัวข้อ “การกำกับดูแลการควบรวมธุรกิจ” (Merger Control) ภายใต้โครงการ OECD – Thailand Country Programme เป็นต้น

ในระดับสากลโดยเฉพะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปก็ได้มีการยอมรับเกี่ยวกับการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนหรือองค์กรของรัฐเพื่อจัดทำบริการสาธารณะและดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดย OECD ได้ให้ความหมายของคำว่า “วิสาหกิจมหาชน” อย่างกว้างเอาไว้ว่า

“วิสาหกิจมหาชน หมายถึง องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐบาลภายใต้กฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนซึ่งมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย โดยวิสาหกิจมหาชนมีอิสระหรือกึ่งอิสระที่จะผลิตสินค้าหรือให้บริการโดยอาศัยแหล่งทุนที่มาจากกำไรหรือรายได้ของวิสาหกิจมหาชนนั่นเอง ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน และรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐอาจมีส่วนร่วมในฐานะผู้ถือหุ้นหรือมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในวิสาหกิจมหาชนดังกล่าวนี้”⁵

การกำหนดเช่นนี้เพื่อเป็นการยอมรับการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนของนานาประเทศ และเป็นแนวทางในการกำหนดสถานะเพื่อให้สามารถมีสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินกิจการ

CHULALONGKORN UNIVERSITY

B8%A3%E0%B8%AD%E0%B8%9A%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%A3%E0%B9%88%E0%B8%A7%E0%B8%A1%E0%B8%A1%E0%B8%B7%E0%B8%AD-OECD-3.pdf

⁴ The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), OECD Competition Assessment Reviews: Logistics Sector in Thailand [online], May 15, 2021, available from <https://www.oecd.org/daf/competition/fostering-competition-in-thailand.htm>

⁵ The United Nations Department of Economic and Social Affairs (2008)

“Public Enterprise can be considered as an organization established by the government under public or private law, as a legal personality which is autonomous or semi-autonomous, produces/provides goods and services on a full or partial self-financing basis, and in which the government or a public body/agency participates by way of having shares or representation in its decision-making structure.”

ทางเศรษฐกิจ ภายใต้กฎเกณฑ์ ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ ในระดับสากลและระดับประเทศ ประกอบกับ เมื่อมีการยอมรับให้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐในการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจแล้ว นานาประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกาซึ่งถือเป็นต้นแบบและมีอิทธิพลในการเปิดตลาดเสรีการจัดทำ บริการสาธารณะ ส่งผลให้ผู้ประกอบการภาคเอกชนสามารถเข้าดำเนินการและแข่งขันการให้บริการ ในบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจของรัฐได้ ซึ่งจะเห็นได้ในปัจจุบันว่า องค์กรระหว่างประเทศ อาทิ องค์กรสหประชาชาติ (United Nation : UN) OECD หรือองค์กรอื่นๆ ในระดับสากลก็ได้มีแนวคิด ให้มีการเปิดการค้าเสรีให้กับการดำเนินกิจการของรัฐในทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับการดำเนินกิจการ ทางเศรษฐกิจของภาคเอกชนผ่านการกำหนดกรอบและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า โดยมีเป้าหมายเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการทั้งภาครัฐและเอกชนสามารถเข้าถึงตลาด ได้อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม ทั้งยังช่วยเพิ่มศักยภาพในการการแข่งขันทางการค้าภายใต้ ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ดังนั้น นานาประเทศ รวมถึงประเทศไทยเอง ก็ย่อมต้องดำเนินการตามแนวนโยบายเศรษฐกิจและการแข่งขันทางการค้าตามหลักสากล เพื่อให้การดำเนินการทางเศรษฐกิจของประเทศเป็นที่ยอมรับและไปในทิศทางเดียวกันกับสากล

3.1.2 สนธิสัญญาว่าด้วยกลไกของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU)

สหภาพยุโรป (European Union) เกิดขึ้นจากการรวมตัวของกลุ่มประเทศยุโรป ในระดับภูมิภาค เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจนับแต่ปี ค.ศ. 1951⁶ ต่อมาได้มีการปรับปรุงแก้ไข และการเข้าร่วมลงนามในสนธิสัญญาต่างๆ ระหว่างประเทศสมาชิก ซึ่งปัจจุบันมีประเทศสมาชิก จำนวนกว่า 27 ประเทศ เพื่อสร้างประชาคมของสหภาพยุโรปให้มีบทบาทในการกำหนดเป้าหมาย นโยบาย และหลักเกณฑ์ร่วมกันระหว่างประเทศสมาชิกทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และวัฒนธรรมให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยประเทศสมาชิกเหล่านี้ย่อมผูกพันตนต่อสนธิสัญญา แห่งสหภาพยุโรป ซึ่งถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับแรกหรือถือเป็นกฎหมายระดับธรรมนูญ ที่ประเทศสมาชิกยอมรับบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในตามเงื่อนไขของแต่ละประเทศ รวมถึง การปฏิบัติตามข้อบังคับ (Regulations) ระเบียบ (Directives) และแนวทางปฏิบัติ (Guideline) หรือคำวินิจฉัยอื่นๆ เช่น คำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (The European Court of Justice : ECJ) ในแต่ละด้าน เป็นต้น

ในด้านเศรษฐกิจนั้น การรวมตัวของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปมีเป้าหมายหลัก คือ การสร้างตลาดร่วม (Common Market) โดยประเทศสมาชิกต้องยกเลิกข้อจำกัดที่เป็นอุปสรรค

⁶ European Union, *About the Eu : Countries* [online], May 13, 2021, available from https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en

ในการเคลื่อนย้ายทุน แรงงาน และปัจจัยต่างๆ ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิก ประกอบกับ มีเป้าหมายให้เป็นระบบเศรษฐกิจที่มีการแข่งขันในตลาดสูง⁷ กล่าวคือ มุ่งให้ประเทศสมาชิก ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Liberalism) โดยเน้นการแข่งขันทางการค้าในกิจการพาณิชย์และอุตสาหกรรม รวมถึง การเปิดเสรีทางการค้าในกิจการที่รัฐ เคยเป็นผู้ผูกขาด เช่น กิจการไฟฟ้า กิจการประปา กิจการโทรคมนาคม หรือกิจการขนส่ง เป็นต้น เนื่องจากสหภาพยุโรปเล็งเห็นว่า การเปิดเสรีทางการค้าในบริการสาธารณะ⁸ โดยเฉพาะในการ บริการสาธารณะที่มีลักษณะเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจจะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการ เข้ามาในตลาดมากยิ่งขึ้น โดยจะทำให้เกิดการการแข่งขันและพัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการ และเพื่อให้ผู้บริโภคและผู้ใช้บริการมีทางเลือกมากขึ้นด้วยราคาที่เหมาะสม อีกทั้ง การแข่งขัน ทางการค้ายังเป็นกลไกที่สำคัญเพื่อนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนอันเป็นเป้าหมายสำคัญของสหภาพยุโรป ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงได้มีการออกกฎเกณฑ์ เพื่อให้ประเทศสมาชิกดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ให้เป็นไปในรูปแบบการค้าเสรีมากยิ่งขึ้น เช่น การออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ตามที่ปรากฏในสนธิสัญญาว่าด้วยการกลไกของสหภาพยุโรป หรือ The Treaty on the Functioning of the European Union : TFEU (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า TFEU)

3.1.2.1 ขอบเขตการบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าภายใต้ สนธิสัญญาว่าด้วยการกลไกของสหภาพยุโรป (TFEU)

กฎระเบียบของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าได้รับการ ออกแบบขึ้นมาเพื่อประกันการแข่งขันที่เป็นธรรม โดยให้มีการดำเนินธุรกิจอย่างเป็นธรรมภายใต้ เงื่อนไขที่เท่าเทียม ในขณะเดียวกันกับที่เปิดโอกาสให้เกิดนวัตกรรม มาตรฐาน และการพัฒนาธุรกิจ ขนาดเล็กไปพร้อมกัน⁹ ซึ่งปัจจุบัน บทบัญญัติของ TFEU โดยเฉพาะบทบัญญัติมาตรา 101 ถึง 109 ถือเป็นฐานกฎหมายที่สำคัญหรือเป็นธรรมนุญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ที่ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม โดยมีคณะกรรมการยุโรป (European Commission) เป็นมีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายและกำหนดนโยบายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะทำหน้าที่ กำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปด้วยกลไกต่างๆ เช่น

⁷ European Union, Goals and values of the EU [online], May 13, 2021, available from https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_en#from-economic-to-political-union

⁸ ณัฐสุดา ธรรมถนอม, การเปิดเสรีบริการสาธารณะและกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป [ออนไลน์], 12 พฤษภาคม 2564. แหล่งที่มา http://thaiaixois.online.fr/etc/goi_lib_th.htm

⁹ European Union, Preserving and promoting fair competition practice [online], May 13, 2021, available from https://europa.eu/european-union/topics/competition_en

การเป็นผู้มีอำนาจริเริ่มคดี (Initial) การตรวจสอบและไต่สวน (Investigate) และออกคำตัดสิน (Adjudicate) ซึ่งสามารถอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) ได้ ทั้งนี้ TFEU ได้กำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ดังนี้

TFEU ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ใช้บังคับกับผู้ประกอบการในการประกอบการทางเศรษฐกิจเพื่อมุ่งควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการมิให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในตลาด โดยที่บทบัญญัติมาตรา 101¹⁰ ของ TFEU ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบกิจการทำการตกลงกัน ห้ามมิให้สมาคมของผู้ประกอบการมีการตัดสิน ห้ามมิให้มีการสร้างแนวปฏิบัติร่วมกันอันจะส่งผลเป็นการจำกัดและบิดเบือนการแข่งขันในตลาดของสหภาพยุโรป (Cartel) และมาตรา 102¹¹ ของ TFEU กำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม (Abuse of Dominance) อันเป็นการมุ่งคุ้มครองมิให้เกิดการผูกขาดและป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้าภายในตลาดของสหภาพยุโรปให้เป็นไปอย่างเสรี

โดยในบทบัญญัติของ TFEU นั้น มิได้มีการให้คำนิยามคำว่า “ผู้ประกอบการ” (Undertaking) ไว้ในกฎหมาย อย่างไรก็ตาม จากแนวคำพิพากษาของศาลแห่งสหภาพยุโรปในการตัดสินคดีเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแสดงให้เห็นว่า ในการพิจารณาว่าบุคคลใดจะเป็น “ผู้ประกอบการ” ที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ TFEU นั้น มิได้มุ่งพิจารณาถึงสภาพบุคคลของ “ผู้ประกอบการ” เป็นหลัก แต่ย่อมต้องพิจารณาเป็นสำคัญว่าบุคคลหรือนิติบุคคลดังกล่าวโดยปกติแล้วเป็นผู้ที่ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ หรือดำเนินกิจการอันมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งจะแสวงหากำไรทางการค้าหรือไม่¹² ซึ่งหากบุคคลดังกล่าวดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในลักษณะข้างต้นแล้ว บุคคลนั้นก็ย่อมเป็นผู้ประกอบการที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ TFEU เช่นเดียวกับผู้ประกอบการรายอื่นอย่างเท่าเทียม ดังเช่นตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมในคดี Höfner and Elser v. Macrotron ซึ่งได้อธิบายไว้ว่า “ผู้ประกอบการ หมายถึง หน่วยใดๆ ที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activities) โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายรวมทั้งที่มาของแหล่งเงินทุน”¹³ โดย “ผู้ประกอบการ”

¹⁰ The Treaty on the Functioning of the European Union, Article 101

¹¹ The Treaty on the Functioning of the European Union, Article 102

¹² Article 101 TFEU, notion of undertaking and succession of undertakings

¹³ Judgement of 23 April 1991, Case C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Höfner and Elser, Paragraph. 21; Hermann-Josef Bunte, Kartellrecht, (München :C.H. Beck, 2008), p. 65. อ้างใน กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, “บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: ขอบเขตการบังคับใช้และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด,” วารสารนิติศาสตร์ 47, 3 (กันยายน 2561): 623.

ไม่บังคับใช้แก่กรณีที่องค์กรของรัฐซึ่งปฏิบัติหน้าที่โดยอาศัยอำนาจมหาชนหรือดำเนินกิจกรรมอื่น มีการใช้สิทธิพิเศษที่จำเป็นของรัฐ ดังที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี Eurocontrol ได้วินิจฉัยว่า การป้องกันและการควบคุมการจราจรทางอากาศ¹⁴ และการดำเนินการตามหลักความเป็นปึกแผ่นของสังคม (a principle of solidarity) ไม่ถือเป็นการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจ¹⁵ ซึ่งเป็นไปตามหลักการพิจารณาดังนี้ (1) การดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (2) เป็นกิจกรรมที่องค์กรของรัฐทำหน้าที่ในเชิงสังคมโดยเฉพาะบนพื้นฐานของความเป็นปึกแผ่นของประเทศ (national solidarity) และ (3) เป็นองค์กรไม่แสวงหากำไร¹⁶ อันไม่ถือเป็นการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจที่บุคคลหรือองค์กรของรัฐได้ดำเนินการในลักษณะตามหลักการข้างต้นจะต้องตกเป็นผู้ประกอบการภายใต้บังคับแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าของ TFEU เช่นเดียวกับผู้ประกอบการรายอื่น

ซึ่งจากการตีความของศาลแห่งสหภาพยุโรปเช่นนี้ สะท้อนให้เห็นว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมุ่งควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ โดยมีได้พิจารณาเป็นหลักว่าผู้ประกอบการมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร ดังนั้น หน่วยเศรษฐกิจ (Entities) ที่ไม่มีสถานะภาพเป็นบุคคลตามกฎหมาย เช่น กลุ่มของนิติบุคคลซึ่งประกอบด้วยนิติบุคคลหลายนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายและอำนาจสั่งการ ซึ่งถือเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกันและมีสถานะเป็นผู้ประกอบการรายเดียว บุคคลธรรมดา นิติบุคคลของเอกชน รวมถึงนิติบุคคลของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ (State Owned Entities) ที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activity)¹⁷ ก็ย่อมเป็นผู้ประกอบการที่ตกอยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าของ TFEU ทั้งสิ้น

อย่างไรก็ดี มาตรา 106 วรรคหนึ่ง ของ TFEU ยังได้กำหนดห้ามมิให้ประเทศสมาชิกตรากฎหมายหรือคั้งไว้ซึ่งมาตรการใดๆ ที่ขัดต่อกฎเกณฑ์ตามที่มีอยู่ในสนธิสัญญา

¹⁴ UNCTAD, UNCTAD Research Partnership Platform Competition Law and the State, Volume 1: Summary of answers to questionnaire (New York and Geneva: United Nation, 2015), p. 12.

¹⁵ ศุภศิษย์ ทวีแจ่มทรัพย์ และปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ, “บทที่ 2 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป,” ใน กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, ศักดา ธนิตกุล (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 128-129.

¹⁶ Joined Case C-199/91 and C-160/91, Poucet [1993], ECR I-637, at 18 and 19, quoted in UNCTAD, UNCTAD Research Partnership Platform Competition Law and the State, Volume 1: Summary of answers to questionnaire (New York and Geneva: United Nation, 2015), p. 12.

¹⁷ Case C-41/90, Hofner [1991] ECR I-1979, at 21, quoted in UNCTAD, UNCTAD Research Partnership Platform Competition Law and the State, Volume 1: Summary of answers to questionnaire (New York and Geneva: United Nation, 2015), p. 7.

ฉบับนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 18 และมาตรา 101 ถึง 109 ในกรณีที่กิจการของรัฐ (Public Undertakings) และผู้ประกอบการ (Undertakings) ได้รับสิทธิพิเศษ (Special Rights) หรือเอกสิทธิ์เฉพาะบุคคล (Exclusive Rights) จากประเทศสมาชิก¹⁸

3.1.2.2 ข้อยกเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยกลไกของสหภาพยุโรป (TFEU)

แม้ว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าของ TFEU จะได้กำหนดให้ผู้ประกอบการที่เป็นหน่วยทางเศรษฐกิจของรัฐตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนรายอื่นก็ตาม แต่ก็กฎหมายก็ได้กำหนดให้องค์กรของรัฐซึ่งปฏิบัติหน้าที่โดยอาศัยอำนาจมหาชนไม่ถือเป็น “ผู้ประกอบการ” เนื่องจากไม่ได้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activity) ตัวอย่างเช่น การควบคุมการจราจรทางอากาศ ตามที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี Eurocontrol ได้วินิจฉัยว่า กิจกรรมดังกล่าวไม่อาจถือเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ อีกทั้ง ยังได้วินิจฉัยว่าองค์กรที่ทำหน้าที่ในเชิงสังคมโดยเฉพาะบนพื้นฐานของความเป็นปึกแผ่นของประเทศ (national solidarity) นั้นไม่ถือเป็นการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจ¹⁹

มาตรา 106 วรรคสองของ TFEU ได้กำหนดให้ในกรณีที่ ผู้ประกอบการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการเพื่อประโยชน์ส่วนรวมทางเศรษฐกิจ (services of general economic interest : SGEI) หรือมีลักษณะเป็นการผูกขาดการสร้างรายได้ยังคงตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าของ TFEU ตราบเท่าที่การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าดังกล่าวไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินงานตามที่ได้รับมอบหมาย ทั้งในทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริง²⁰ ซึ่งกิจการเหล่านี้ ส่วนใหญ่ล้วนเป็นการจัดทำบริการสาธารณะในทางเศรษฐกิจ หรือที่เรียกได้ว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมของรัฐ เช่น การให้บริการโครงข่ายโทรคมนาคมและการคมนาคม การไปรษณีย์ กิจการพลังงาน กิจการสื่อสาร กิจการประปา เป็นต้น²¹ หมายความว่า โดยหลักของมาตรา 106 วรรคสอง กำหนดให้ผู้ประกอบการที่ดำเนินการ

¹⁸ The Treaty on the Functioning of the European Union, Article 106 Para 1

¹⁹ ศุภศิษย์ ทวีแจ่มทรัพย์ และปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ, “บทที่ 2 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป,” หน้า 128-129.

²⁰ The Treaty on the Functioning of the European Union, Article 106 Para 2

²¹ European Commission, State Aid. Services of general economic interest (public services)

[online], April 26, 2021, available from https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html

#:~:text=Services%20of%20general%20economic%20interest%20(SGEI)%20are%20economic%20activities%20that,there%20were%20no%20public%20intervention

เพื่อประโยชน์ส่วนรวมทางเศรษฐกิจต้องตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์การแข่งขันของ TFEU แต่หากการดำเนินการตามกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการดำเนินการตามหน้าที่ของผู้ประกอบการได้รับมอบหมายแล้ว พฤติกรรมของผู้ประกอบการในกรณีดังกล่าวก็ย่อมได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าของ TFEU โดยผู้ประกอบการจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า นอกเหนือจากการกระทำอันมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติของ TFEU แล้ว²² ก็ไม่อาจใช้วิธีการหรือหนทางอื่นใดทั้งในเชิงเทคนิค เศรษฐกิจ และกฎหมายได้อีก จึงจำเป็นต้องกระทำการขัดต่อหลักการการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น กรณีเช่นนี้ สรุปได้ว่ากฎหมายยอมรับให้มีการยกเว้นแก่การกระทำอันมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าเฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มาตรา 106 วรรคสอง ตอนท้าย ได้ระบุเน้นย้ำว่า การพัฒนาการจะต้องไม่ได้รับผลกระทบในขนาดที่ขัดต่อประโยชน์ของสหภาพยุโรปด้วย อีกทั้ง คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปต้องดำเนินการให้มีการบังคับใช้มาตราดังกล่าว และหากมีความจำเป็นก็ย่อมสามารถออกระเบียบหรือคำวินิจฉัยเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติให้แก่ประเทศสมาชิกด้วย²³ ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปสามารถกำหนดคำจำกัดความของคำว่า “การบริการเพื่อประโยชน์ส่วนรวมทางเศรษฐกิจ” (SGEI) ได้อย่างอิสระภายใต้ข้อจำกัดที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรม ดังนี้ ประการแรก ต้องมีการกำหนดภารกิจสาธารณะไว้อย่างชัดเจนและได้รับการยอมรับจากประเทศสมาชิกที่ดำเนินกิจการที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน²⁴ ประการที่สอง การพิจารณาให้มีการจำกัดการแข่งขันย่อมอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน²⁵ และประการสุดท้าย ศาลยุติธรรมในกิจการที่รัฐรับรองให้ผู้ประกอบการสามารถให้บริการที่มีผลประโยชน์ส่วนรวมทางเศรษฐกิจ (SGEI) ได้ โดยจะต้องดำเนินการที่บรรลุวัตถุประสงค์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²² ศุภศิษย์ ทวีแจ่มทรัพย์ และปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ, “บทที่ 2 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป,” หน้า 625-626.

²³ The Treaty on the Functioning of the European Union, Article 106 Para 3

²⁴ Case 127/73 BRT v. SABAM [1974] ECR 313 quoted in UNCTAD, UNCTAD Research Partnership Platform Competition Law and the State, Volume 1: Summary of answers to questionnaire (New York and Geneva: United Nation, 2015), p. 12.

²⁵ Albany International [1999] ECR I-5751 para. 107 quoted in UNCTAD, UNCTAD Research Partnership Platform Competition Law and the State, Volume 1: Summary of answers to questionnaire (New York and Geneva: United Nation, 2015), p. 12.

ของ SGEI ได้จริง²⁶ จากแนวทางข้างต้นนี้ สรุปได้ว่า การยกเว้นในกรณี SGEI ให้แก่ประเทศสมาชิกนั้น ย่อมต้องเป็นไปในลักษณะการตีความอย่างแคบ เพื่อให้เกิดการบิดเบือนและจำกัดการแข่งขันทางการค้าเท่าที่จำเป็น อีกทั้ง การกระทำดังกล่าวย่อมต้องก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจได้จริง และไม่ขัดต่อประโยชน์ส่วนรวมของสหภาพยุโรปด้วย

สรุปได้ว่า การยกเว้นให้แก่ผู้ประกอบการในกรณี SGEI ซึ่งหมายถึง การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ไม่สามารถดำเนินการได้ตามกลไกของตลาด โดยมีปัจจัยที่เกี่ยวข้อง เช่น ราคา คุณภาพสินค้าและการให้บริการ ความต่อเนื่อง ประกอบกับเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ²⁷ นั้น ครอบคลุมถึงการยกเว้นให้แก่ผู้ประกอบการและการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจทุกประเภท ทั้งผู้ประกอบการภาครัฐหรือภาคเอกชนที่ดำเนินการในลักษณะที่เป็นการให้บริการเพื่อประโยชน์ส่วนรวมทางเศรษฐกิจ (SGEI) หรือมีลักษณะเป็นการผูกขาดการสร้างรายได้ของรัฐตามที่ได้รับมอบหมาย และการดำเนินการดังกล่าวจะไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์โดยวิธีอื่นใด นอกจากมีความจำเป็นจะต้องดำเนินการในลักษณะที่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของ TFEU และเป็นวิธีการที่บิดเบือนการแข่งขันหรือกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าน้อยที่สุด อีกทั้ง วิธีการดังกล่าว เช่นว่านั้นต้องไม่ถึงขนาดที่จะกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมของสหภาพยุโรป จะเห็นได้ว่าการตีความยกเว้นให้แก่ผู้ประกอบการในกรณี SGEI นี้ ย่อมเป็นไปตามหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน เพื่อประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น

3.1.2.3 การบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าภายใต้การสนธิสัญญาว่าด้วยกลไกของสหภาพยุโรป (TFEU) กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศสมาชิก (Local Government of State Members)

การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในสหภาพยุโรปแตกต่างกันตามสัดส่วนความเกี่ยวข้องขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับตลาดประเภทกิจการ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ภายใต้บังคับตามระเบียบและข้อบังคับซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองของสหภาพยุโรปด้วย²⁸ ซึ่งโดยหลักแล้ว การดำเนินการขององค์กรปกครอง

²⁶ Ambulanz Glöckner [2001] ECR I-8089 para. 61. quoted in UNCTAD, UNCTAD Research Partnership Platform Competition Law and the State, Volume 1: Summary of answers to questionnaire (New York and Geneva: United Nation, 2015), p. 12.

²⁷ Nicola Pesaresi, The SGEI Communication : What is an SGEI ? [online], May 13, 2021, available from https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2012_1_10_en.pdf

²⁸ Gérard Marçou , “The Impact of EU Law on Local Public Service Provision: Competition and Public Service,” in Public and Social Services in Europe: From Public and Municipal to Private

ส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางมหาชนและไม่ได้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจย่อมไม่อยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของ TFEU แต่อย่างไรก็ตามหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตัดสินใจเลือกดำเนินการทางเศรษฐกิจ (Economic Activity) ไม่ว่าจะโดยวิธีใด เช่น การจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือร่วมลงทุนในบริษัทของเอกชนเพื่อดำเนินการทางเศรษฐกิจ บริษัทจำกัดดังกล่าวก็ย่อมถือเป็น “ผู้ประกอบการ” ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของ TFEU ด้วยเช่นเดียวกัน และอาจได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของหลักความช่วยเหลือของรัฐ (State Aid) หรือการให้บริการเพื่อประโยชน์ส่วนร่วมทางเศรษฐกิจตามหลัก SGEI ที่สหภาพยุโรปกำหนดไว้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

นอกจากนี้ การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังเป็นไปตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าภายในของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปแต่ละประเทศ โดยประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าภายในให้สอดคล้องกับหลักการการแข่งขันทางการค้าตามสนธิสัญญาว่าด้วยกลไกของสหภาพยุโรป หรือ The Treaty on the Functioning of the European Union : TFEU ด้วย รวมถึง รัฐบาลในประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีการบังคับใช้กฎหมายการค้ากับดูแลการดำเนินการในกิจการรายสาขา เช่น การประปา (Water Supply) การขนส่งและคมนาคม (Transportation) กิจการไฟฟ้าและพลังงาน (Energy) ที่แต่ละประเทศกำหนด ให้เป็นไปตามลักษณะเดียวกันกับการบังคับใช้ข้อบังคับของสหภาพยุโรปว่าด้วยกิจการในแต่ละสาขาด้วย²⁹

3.2 แนวคิดและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส

3.2.1 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส

3.2.1.1 โครงสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีรูปแบบการจัดโครงสร้างแบบรัฐเดี่ยว มีระบบการบริหารราชการแผ่นดินที่มีลักษณะคล้ายกับการจัดโครงสร้างและรูปแบบการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศไทย โดยแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ การบริหารราชการส่วนกลาง การบริหารราชการส่วนภูมิภาค และการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น³⁰ ตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง

Sector Provision, Hellmut Wollmann, Ivan Koprić, and Gérard Marcou, ed. (London: Palgrave Macmillan UK, 2016), p. 18.

²⁹ Ibid., pp. 21-24.

³⁰ ศุภสวัสดิ์ ชัชวาลย์, การปกครองท้องถิ่น: มุมมองจากประเทศฝรั่งเศส ญี่ปุ่น สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และไทย. (กรุงเทพฯ: สัญญาธรรมศักดิ์เพื่อประชาธิปไตย, 2563), หน้า 82.

(Decentralization) ในลักษณะการกระจายอำนาจทางพื้นที่ (Territory Decentralization) กล่าวคือ การมอบภารกิจและบริการสาธารณะบางอย่างให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ ภายในเขตพื้นที่ของตน รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน คือ ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2003 ได้บัญญัติรับรององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (collectivités territoriales) ไว้ โดยเฉพาะในหมวด 12 มาตรา 72 ซึ่งกำหนดว่า องค์กรปกครองท้องถิ่นแห่งสาธารณรัฐ ได้แก่ เทศบาล (Commune) จังหวัด (départements) ภาค (Région) องค์กรปกครองท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ (les collectivités à statut particulier) และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโพ้นทะเล (les collectivités d'outre-mer) ตามมาตรา 74 แห่งรัฐธรรมนูญ และตามมาตรา 72 วรรคสาม ยังได้บัญญัติรับรองหลักการสำคัญของขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นว่า ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจบริหารงานของตนได้อย่างอิสระ โดยสภาที่มาจากการเลือกตั้งและมีอำนาจออกกฎเกณฑ์เพื่อใช้อำนาจหน้าที่ของตน ซึ่งมาตราดังกล่าว เป็นการบัญญัติรับรองหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมีวัตถุประสงค์ให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบริหารและดำเนินงานของตนได้อย่างอิสระจากส่วนกลาง ทั้งยังเป็นหลัก ในการคุ้มครองมิให้รัฐเข้ามาก้าวล่วงการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม การดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมมีข้อจำกัดภายใต้หลักความเสมอภาคและ หลักความชอบด้วยกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ³¹

สรุปได้ว่า โครงสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อาจแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ องค์กรปกครองท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปที่ปรากฏอยู่ทั่วประเทศ ซึ่งมีลักษณะเป็นการ จัดโครงสร้างในระบบสามชั้น (Three-tier System) ประกอบด้วย ภาค (Region) จังหวัด (Départements) และ เทศบาล (Commune) ส่วนองค์กรปกครองท้องถิ่นรูปแบบพิเศษที่เป็นการ ประกาศใช้ในเฉพาะบางเมืองหรือพื้นที่ของประเทศ ได้แก่ องค์กรปกครองท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ (les collectivités à statut particulier) ซึ่งประกอบด้วย กลุ่มที่เป็นเมืองใหญ่ (les Grandes villes) เช่น เขตนครปารีส เมือง Lyon เมือง Marseille และเกาะ Cosica และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โพ้นทะเล (les collectivités d'outre-mer) ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ ต่างก็มีกฎหมายกำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่เป็นการเฉพาะ

³¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองท้องถิ่นฝรั่งเศส 2018 (กรุงเทพฯ: อมรินทร์ พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2561), หน้า 26-27.

3.2.1.2 อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศสมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงาน และหารายได้อย่างอิสระ ตามหลักว่าด้วยความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกรอบกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจะกระทำการหรือจัดทำบริการสาธารณะใดๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนได้โดยอิสระบนความเสมอภาค ตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ ประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติรับรองให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ตามที่ได้มีการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น รัฐบัญญัติตั้งวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1789 และรัฐบัญญัติเทศบาล ค.ศ. 1884 เพื่อกำหนดสถานะและอำนาจหน้าที่ของเทศบาล, รัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 10 พฤษภาคม 1838 และฉบับลงวันที่ 10 สิงหาคม 1870 เพื่อกำหนดสถานะและอำนาจหน้าที่ของจังหวัด, รัฐบัญญัติตั้งวันที่ 5 มกราคม ค.ศ. 1972 เพื่อเป็นกฎหมายในการจัดตั้งภาค, และกฎหมายหมายอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละรูปแบบ เช่น การตรารัฐบัญญัติตั้งวันที่ 2 มีนาคม 1982 เพื่อเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับการกระจายอำนาจและวางหลักเกณฑ์การถ่ายโอนอำนาจหน้าที่จากรัฐไปยังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นระบบ³² และการตรารัฐบัญญัติที่ 2015-991 ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 2015 ซึ่งเป็นการเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างขององค์กรกระจายอำนาจแห่งสาธารณรัฐใหม่ หรือที่เรียกโดยย่อว่า กฎหมาย “NOTRe” เพื่อกำหนดการเปลี่ยนแปลงขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบให้ชัดเจนยิ่งขึ้น³³ ทั้งนี้ ภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบสามารถแบ่งออกเป็น 7 ด้านใหญ่ ได้แก่ เศรษฐกิจ การศึกษา สิ่งแวดล้อม การผังเมือง ที่พักอาศัย ทางสัญจร การขนส่ง สุขอนามัยและสังคม และวัฒนธรรม อันจะเห็นได้ว่า ภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศสนั้นเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และความจำเป็นขั้นพื้นฐานในเขตพื้นที่ของตนตามความสามารถและศักยภาพของท้องถิ่นนั้นๆ ภายใต้แผนและการสนับสนุนที่ภาคจัดทำขึ้น และภายใต้หลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฝรั่งเศสนั้น ย่อมทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเลือกรูปแบบหรือวิธีการในจัดทำบริการสาธารณะได้ตามลักษณะกิจการที่อยู่ภายในอำนาจหน้าที่ของตน โดยทั่วไป มีทั้งวิธีการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำเอง และมอบให้บุคคลอื่นทั้งภาครัฐและเอกชนเป็นผู้จัดทำ เช่น การจัดตั้งบริษัท การจัดตั้งสหการและสหการผสม การรวมกลุ่มประชาคมองค์กรเฉพาะ องค์กรที่มีอิสระทางการเงิน องค์กรมหาชนอิสระ การให้สัมปทาน การว่าจ้างเอกชน เป็นต้น

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 79-80.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48-63.

3.2.2 แนวคิดและหลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสถือเป็นต้นกำเนิดแนวคิดการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น (Local Public Enterprise) เพื่อแก้ไขปัญหาการดำเนินการที่ไม่มีประสิทธิภาพของการจัดทำบริการสาธารณะผ่านหน่วยงานที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบริหารจัดการโดยตรง (Régies) ภายใต้กฎหมายพาณิชย์ และเพื่อจัดสรรผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของภาครัฐและภาคเอกชน ตามแนวคิดเศรษฐกิจแบบผสม ประกอบกับที่ประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดในการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มีอิสระในการตัดสินใจและสามารถเลือกรูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม (Service publics industriels et commerciaux) ตามความต้องการของประชาชน ในท้องถิ่น อาทิ การจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและสิ่งสาธารณูปโภคที่จำเป็นต่อชีวิต หรือการหารายได้ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผ่านการดำเนินกิจการของวิสาหกิจมหาชนทางเศรษฐกิจ

สหพันธ์วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นฝรั่งเศส (The French federation of local public enterprises) ได้จำกัดคำนิยามของ “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” (Entreprise publique locale : Epl หรือ Local public enterprises : LPEs) ไว้ว่า เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายเอกชนและให้บริการเกี่ยวกับการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม (General Interest) ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือหุ้นมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนทุนจดทะเบียนทั้งหมดของบริษัท³⁴

วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นฝรั่งเศส ถือเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยความร่วมมือระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับภาคเอกชน เพื่อดำเนินกิจการภายใต้กฎหมายเอกชน (Private Law) มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นแหล่งเงินทุน และดึงศักยภาพและเทคโนโลยีของภาคเอกชนมาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น³⁵ โดยประเทศฝรั่งเศสเล็งเห็นว่าการดำเนินการโดยวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น เช่น บริษัทจำกัด จะช่วยให้มีความยืดหยุ่น คล่องตัว และดำเนินการทางธุรกิจได้อย่างทันท่วงที ในขณะที่เดียวกันกับที่ต้องดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น บริษัท และพลเมืองในท้องถิ่น รวมถึงการดำเนินการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม (General Interest) และคุณค่าของชุมชนไปพร้อมกัน โดยประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดตั้งบริษัทจำกัด

³⁴ Stéphane Saussier and Michael Klien, “Local Public Enterprises: A Taxonomy,” EPPP DP, 2014-12, (December 2014): 7.

³⁵ June Burnham, “Local Public-Private Partnerships in France : Rarely Disputed, Scarcely Competitive, Weakly Regulated,” Public Policy and Administration 16, 4 (October 2001): 53.

ภายใต้กฎหมายพาณิชย์ในลักษณะแตกต่างกัน 3 รูปแบบ ได้แก่ บริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (Les sociétés d'économie mixte locales : Seml) บริษัทมหาชนท้องถิ่น (Sociétés publiques locales : Spl) และบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Sociétés d'économie mixte à opération unique : Semop)³⁶ และจากการค้นคว้าพบว่า ในวันที่ 1 มิถุนายน 2563 ประเทศฝรั่งเศส มีวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นทั้งหมดจำนวน 1,332 แห่ง ได้แก่ บริษัทร่วมทุนท้องถิ่นจำนวน (Sem) 887 แห่ง บริษัทมหาชนท้องถิ่น (Sem) จำนวน 417 แห่ง และบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Semop) จำนวน 28 แห่ง และมีจำนวนพนักงานทั้งสิ้นกว่า 62,097 คน เพื่อให้บริการสาธารณะในหลายพื้นที่ นอกจากนี้ วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นยังมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาภูมิภาค และทำหน้าที่เป็นแหล่งเงินทุนสำหรับการดำเนินโครงการต่างๆ โดยการเพิ่มขีดความสามารถทางการเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศสด้วย³⁷

3.2.3 หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส

ปัจจุบัน ประมวลกฎหมายกลางว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศส (Code général des collectivités territoriales : CGCT) (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า CGCT) ได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น รวมถึงการจัดตั้งบริษัทจำกัดขึ้นได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ การก่อสร้าง การดำเนินการเพื่อสาธารณประโยชน์เชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม³⁸ เช่น การให้บริการที่จอดรถบนทางสาธารณะ การจัดการโรงฆ่าสัตว์ โดย CGCT ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์และวิธีการลักษณะของผู้ถือหุ้น สัดส่วนการถือหุ้น ตลอดจนวิธีการจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 3 รูปแบบ ไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

³⁶ Fédération des Epl, Local public enterprises in France: A tailor-made solution At the crossroads of private and public sectors [online], April 30, 2021, available from <https://www.lesepl.fr/local-public-enterprises-in-france-a-tailor-made-solution/>

³⁷ Fédération des Epl, Les chiffres clés L'ampleur du mouvement des Epl en France [online], May 2, 2021, available from <https://www.lesepl.fr/le-mouvement/chiffres-cles/>

³⁸ Code général des collectivités territoriales, LIVRE V: Disposition Économique, TITRE II: société d'économie mixte locale, Article L. 1521-1

1) บริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (Les sociétés d'économie mixte locales : Seml)

บริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (Seml) ถือเป็นรูปแบบเก่าแก่และแพร่หลายมากที่สุด โดยการจัดตั้งครั้งแรกในปี ค.ศ. 1920³⁹ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศสนิยมจัดตั้งบริษัทร่วมทุนท้องถิ่นขึ้นเนื่องจากถือเป็นรูปแบบที่เหมาะสมในการร่วมลงทุนระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นและภาคเอกชน⁴⁰ และยังเป็นแนวปฏิบัติในการจัดทำบริการสาธารณะโดยการลงทุนร่วมระหว่างรัฐและเอกชน (Public Private Partnership : PPP) ในรูปแบบของการจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิด (limited liability company) ซึ่งมอบหมายให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการสาธารณะ และเป็นผู้รับความเสี่ยงในการจัดทำแผนและดำเนินโครงการ โดยมีองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าร่วมดำเนินการของบริษัทในฐานะผู้ถือหุ้นและคู่สัญญาสัมปทาน (Concession Contracts) การจัดตั้งบริษัทร่วมทุนท้องถิ่นนี้ เริ่มขึ้นเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจแก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด และกำหนดให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องถือหุ้นในสัดส่วนที่สามารถกำกับดูแลการดำเนินกิจการของบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดบริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมายได้ เช่น การพัฒนาที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ การขนส่ง การให้บริการที่จอดรถ การประปา การท่องเที่ยว การจัดทำโครงข่ายโทรคมนาคม การกำจัดขยะ และการให้บริการด้านอื่นๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น⁴¹ ซึ่งให้บริการโดยไม่จำกัดเฉพาะในเขตพื้นที่ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้เข้าถือหุ้นเท่านั้น แต่ยังสามารถให้บริการแก่ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทั้งหมดในทุกพื้นที่ ทั้งนี้ การให้บริการของบริษัทย่อมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์การแข่งขัน⁴²

1.1) หลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนท้องถิ่น

กฎหมายว่าด้วยบริษัทร่วมทุนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติฉบับที่ 83-597 ลงวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 ซึ่งแก้ไขโดยพระราชบัญญัติฉบับที่ 2002-1 ลงวันที่ 2 มกราคม ค.ศ. 2002 ได้กำหนดเกี่ยวกับการจัดตั้งหรือเข้าร่วมทุนในบริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

³⁹ The German municipal enterprises Association (VKU) and the Austrian networks enterprises Association (VKVÖ), *Local Public Companies in the 25 Countries of the European Union*, 2nd edition (1999).

⁴⁰ Fédération des Epl, *Sem La solution tout terrain* [online], April 30, 2021, available from https://www.lesepl.fr/wpcontent/uploads/2020/01/gamme_epl_sem_maj2020.pdf

⁴¹ Jacques Robert, *Models for the Financing of Regional Infrastructure and Development Projects, with a Particular Attention to the Countries of Central and Eastern Europe: Public-Private Partnerships in Spatial Development Policy*, European regional planning no. 63 (Strasbourg: Council of Europe Pub, 2001), pp.17-21.

⁴² Fédération des Epl, *Sem La solution tout terrain*.

อันเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปในการเข้าร่วมเงินทุนของบริษัทจำกัดของหน่วยงานท้องถิ่น โดยกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดตั้งบริษัทร่วมทุนท้องถิ่นหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทร่วมทุนท้องถิ่นได้ ในปัจจุบัน หลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนท้องถิ่นเป็นไปตามมาตรา L.1521-1 ถึง L.1525-3 แห่ง CGCT⁴³ ดังนี้

1.1.1) กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งได้แก่ เทศบาล จังหวัด ภาค และกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีอำนาจในการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนท้องถิ่น ซึ่งเกิดจากการรวมกลุ่มกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเอกชนหนึ่งแห่งหรือหลายแห่งขึ้นไป หรือร่วมกับหน่วยงานอื่นของรัฐ เพื่อดำเนินการพัฒนาและก่อสร้าง ดำเนินการให้บริการสาธารณะในเชิงอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม หรือเพื่อกิจกรรมอื่นใดที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม โดยหากบริษัทมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการหลายประการกิจกรรมเหล่านั้นจะต้องเป็นกิจกรรมเสริม นอกจากนี้ บริษัทบริษัทร่วมทุนท้องถิ่นยังสามารถดำเนินการออกแบบ ก่อสร้าง บำรุงหรือรักษา รวมถึง การได้รับเงินทุนหากจำเป็นสำหรับการสร้างอุปกรณ์ทางการแพทย์ หรือให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ เพื่อการสังคมสงเคราะห์ หรือการรวมกลุ่มองค์กรเพื่อการประสานงานสุขภาพ⁴⁴

1.1.2) เทศบาล, องค์การบริหารส่วนจังหวัด, ภาค, และกลุ่มขององค์กรเหล่านั้น อาจจัดตั้งบริษัทร่วมทุนท้องถิ่นซึ่งเกิดจากการรวมกลุ่มระหว่างบุคคลธรรมดาหรือหน่วยงานของรัฐตั้งแต่หนึ่งแห่งขึ้นไป เพื่อดำเนินกิจการในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม โดยมีวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา L.1521-1 para 1⁴⁵

1.1.3) การลงทุนอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้⁴⁶ :

บริษัทร่วมทุนท้องถิ่นอยู่ในรูปแบบของบริษัทจำกัดภายใต้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ และเป็นไปตามบทบัญญัติแห่ง CGCT บรรพ 5 ลักษณะ 2 ว่าด้วยบริษัทร่วมทุนท้องถิ่น โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อาจถือหุ้นแยกจากกันหรือถือหุ้นร่วมกันก็ได้ ซึ่งจะต้องมีสัดส่วนการถือหุ้นมากกว่าครึ่งหนึ่ง

⁴³ ภัชฌณา จันทร์อาภาส, “การจัดตั้งหน่วยธุรกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560), หน้า 93.

⁴⁴ Code général des collectivités territoriales (CGCT), LIVRE V: Dispositions Économiques, Titre II: Sociétés d'économie mixte locales, Chapitre I – Objet, Article L1521-1, Para 1

⁴⁵ Code général des collectivités territoriales, LIVRE V: Disposition Économique, TITRE II: société d'économie mixte locale, Article L1522-1 para 1

⁴⁶ Code général des collectivités territoriales, LIVRE V: Disposition Économique, TITRE II: société d'économie mixte locale, Article L1522-1 para 2

ของทุนจดทะเบียนบริษัทและมีเสียงข้างมากในการลงมติ⁴⁷ ซึ่งต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 7 คน ประกอบด้วยเอกชนอย่างน้อยหนึ่งคน

และมีสัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นรายอื่นที่มีใช้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจถือหุ้นในบริษัทร่วมทุนตั้งแต่ร้อยละ 50 ถึงร้อยละ 85 ของทุนจดทะเบียน

1.1.4) ทุนจดทะเบียนของบริษัทร่วมทุนท้องถิ่น ได้รับยกเว้นให้มีต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา L224-2 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ ซึ่งกำหนดให้ในกรณีที่บริษัทร่วมทุนท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์ในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์เพื่อการอยู่อาศัยหรืออาคารสำนักงาน หรือโรงงานอุตสาหกรรม เพื่อการซื้อขายหรือให้เช่านั้น ต้องมีทุนจดทะเบียนอย่างน้อย 225,000 ยูโรขึ้นไป และในกรณีที่บริษัทมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์จะต้องมีทุนจดทะเบียนอย่างน้อยจำนวน 150,000 ยูโรขึ้นไป

1.1.5) ในกรณีเปลี่ยนแปลงเงินทุนของบริษัทนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถร่วมตกลงเปลี่ยนจำนวนเงินทุนของบริษัทหรือจัดสรรหุ้นในบัญชีกระแสรายวันของบริษัทท้องถิ่นกิ่งสาธารณะภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา L. 1522-5 แห่งประมวลกฎหมายฉบับนี้ ทั้งนี้ ตามมาตรา L. 1522-5 กำหนดให้ การร่วมลงทุนโดยการนำเงินเข้าบัญชีกระแสรายวันของบริษัทตามมาตรา L. 1522-4 นั้น จะได้รับการจัดสรรภายใต้กรอบข้อตกลงตามสัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้ถือหุ้นฝ่ายหนึ่ง กับบริษัทร่วมทุนท้องถิ่นอีกฝ่ายหนึ่ง โดยสัญญาจะถือว่าเป็นอันถูกต้องต่อเมื่อมีรายละเอียดเกี่ยวกับคุณลักษณะวัตถุประสงค์ ระยะเวลาการลงทุน และจำนวน เงื่อนไขการชำระเงินคืน การชดเชย หรือการเปลี่ยนแปลงเพื่อเพิ่มจำนวนหุ้น

1.2) ลักษณะการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนท้องถิ่น

บริษัทร่วมทุนท้องถิ่นเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัดในลักษณะจัดตั้งองค์กรหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน จากการรวมกลุ่มระหว่างบุคคลธรรมดาหรือหน่วยงานของรัฐ ตั้งแต่หนึ่งแห่งขึ้นไป เพื่อดำเนินกิจการในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม โดยมีสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำนวนตั้งแต่ร้อยละ 50 ถึงร้อยละ 85 และผู้ถือหุ้นอื่นที่ไม่ใช้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำนวนไม่เกินร้อยละ 15 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด

⁴⁷ Code général des collectivités territoriales, LIVRE V: Disposition Économique, TITRE II: société d'économie mixte locale, Article L. 1522-1

1.3) ตัวอย่างการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนท้องถิ่นฝรั่งเศส

บริษัท TEPOS de la Haute Lande ก่อตั้งเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2015 โดยความร่วมมือกันขององค์กรปกครองท้องถิ่นและประชาชนในท้องถิ่น โดยมีการกระจายหุ้นให้แก่ The Community of Councils of Haute Lande : CCHL (7 เมือง, 6,000 หมู่บ้าน) อัตราร้อยละ 50 สำหรับผู้อยู่อาศัยผ่านการสร้างความร่วมมือของพลเมืองอัตราร้อยละ 22.15 บริษัทระดับภูมิภาคที่มีนวัตกรรม 2 แห่ง ได้แก่ บริษัท Valorem ผู้พัฒนากังหันลมอัตราร้อยละ 10.15 และบริษัท BASE ผู้ดำเนินการสำหรับกระเบื้องโซลาร์เซลล์และพลังงานแสงอาทิตย์แบบไฮบริดอัตราร้อยละ 12.5 และ The Enercoop cooperative อัตราร้อยละ 2 รวมถึงจัดสรรให้แก่เมืองใน 7 เมืองของ CCHL ในอัตราร้อยละ 0.05 เพื่อให้เข้าเป็นคณะกรรมการบริหารของบริษัท โดยบริษัทดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติและประโยชน์จากการใช้พลังงานหมุนเวียน⁴⁸

2) บริษัทมหาชนท้องถิ่น (Sociétés publiques locales : Spl)

นับแต่ปี ค.ศ. 2010 บริษัทมหาชนท้องถิ่น (Spl) เกิดขึ้นจากการรวมกลุ่มกันขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งกฎหมายกำหนดให้การจัดตั้งบริษัทมหาชนท้องถิ่นเป็นการร่วมลงทุนกันระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างน้อย 2 แห่งขึ้นไป โดยไม่สามารถให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในบริษัทดังกล่าวได้ เนื่องจาก บริษัทมหาชนท้องถิ่นถือเป็นเครื่องมือภายในของภาครัฐเพื่อดำเนินการและให้บริการภายในเขตพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น โดยบริษัทมหาชนท้องถิ่นได้รับการยกเว้นให้มีที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้า⁴⁹

2.1) หลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดตั้งบริษัทมหาชนท้องถิ่น

บริษัทมหาชนท้องถิ่นถูกจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายฉบับที่ 2010-559 ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 2010 และประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Code de commerce) ซึ่ง CGCT ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดตั้งบริษัทมหาชนท้องถิ่นไว้ตามมาตรา L. 1531-1 โดยมีเงื่อนไขดังนี้

⁴⁸ Kevin Zimmermann, The Tepos Mixed Economy Local Company Of Haute Lande Transforms Grey Matter Into Gold [online], May 15, 2021, available from <http://www.territoires-energie-positive.fr/hun/federer/membres-du-reseau/best-practices/the-tepos-mixed-economy-local-company-of-haute-lande-transforms-grey-matter-into-gold>

⁴⁹ Fédération des Epl, Local public enterprises in France : a tailor-made solution At the crossroads of private and public sectors.

2.1.1) กำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (เทศบาล, จังหวัด, ภาค) และกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดตั้งบริษัทมหาชนท้องถิ่นภายใต้อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด

2.1.2) บริษัทมหาชนท้องถิ่นสามารถดำเนินการตามมาตรา L. 300-1 แห่งประมวลกฎหมายการผังเมือง การดำเนินการก่อสร้าง หรือดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะอุตสาหกรรมหรือเชิงพาณิชย์หรือกิจกรรมทางธุรกิจอื่นใดที่เป็นประโยชน์ทั่วไป⁵⁰

2.1.3) บริษัทมหาชนท้องถิ่นดำเนินการในฐานะตัวแทนของผู้ถือหุ้น ภายใต้ขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เป็นผู้ถือหุ้น หรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าว

2.1.4) บริษัทมหาชนท้องถิ่นถูกจัดตั้งในรูปแบบบริษัทจำกัดภายใต้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ ซึ่งกำหนดให้ต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 2 คน ขึ้นไป ภายใต้หลักเกณฑ์และวิธีการตามบทบัญญัติแห่ง CGCT บรรพ 5 ลักษณะ 2 ว่าด้วยบริษัทมหาชนท้องถิ่น

2.2) ลักษณะการจัดตั้งบริษัทมหาชนท้องถิ่น

CGCT ได้บัญญัติให้บริษัทมหาชนท้องถิ่นอยู่ในรูปบริษัทจำกัด ภายใต้บังคับของบรรพ 2 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ ดังนั้น การจัดตั้งบริษัทมหาชนท้องถิ่นจึงเป็นการก่อตั้งองค์กรขึ้นใหม่ ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างน้อยสองแห่งขึ้นไปเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด

2.3) ตัวอย่างบริษัทมหาชนท้องถิ่น

บริษัท TRISELEC ก่อตั้งเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2014 ภายใต้กฎหมายฉบับที่ 2010-559 ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 2010 และมาตรา L. 1531-1 แห่ง CGCT บริษัท TRISELEC มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการบริการสาธารณะเกี่ยวกับการกำจัดของเสีย โดยการจัดตั้งขึ้นด้วยทุนจดทะเบียนจำนวน 1,684,530 ฟรังก์ โดยมีสัดส่วนการถือหุ้นประกอบด้วย La Métropole Européenne de Lille จำนวน 1,381,250 ฟรังก์ หรือ 8125 หุ้น และ La Communauté Urbaine de Dunkerque จำนวน 303,280 ฟรังก์ หรือ 1,784 หุ้น⁵¹ และมีคณะกรรมการซึ่งเป็นตัวแทนของ European Metropolis of Lille จำนวน 8 คน และ Urban Community of Dunkirk จำนวน 2 คน ตามสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัท กรรมการของบริษัท

⁵⁰ Code général des collectivités territoriales, LIVRE V: Disposition Économique, TITRE III : Sociétés Publiques Locales Article L1531-1, Para 2

⁵¹ Triselec, Actionariat / CA : Capital social [online], May 1, 2021, available from <http://www.triselec.com/index.php/fr/qui-sommes-nous/actionariat-ca>

ได้รับการแต่งตั้งจากสภาชุมชน และอาจถูกปลดออกจากรายชื่อที่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน ตามบทบัญญัติของมาตรา L.1524-5 และ R .1524-2 ถึง R.1524-6 แห่ง GCTC

ทั้งนี้ บทบัญญัติของมาตรา L. 225-35 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้กำหนดให้การประชุมผู้ถือหุ้นคณะกรรมการกระทำการภายในขอบเขตของวัตถุประสงค์ขององค์กรโดยวิธีการต่างๆ ที่สำคัญ เช่น กำหนดทิศทางและกิจกรรมของบริษัทภายใต้กรอบการวางแผนทางเชิงกลยุทธ์ที่กำหนดโดยหน่วยงานในพื้นที่และกลุ่มผู้ถือหุ้น ติดตามกำกับดูแลการดำเนินงานของบริษัทและพิจารณาตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวข้อง บริษัทต้องกระทำการภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของบริษัท คณะกรรมการสามารถดำเนินการควบคุมและตรวจสอบตามที่เห็นสมควร และคณะกรรมการอาจมอบอำนาจ ภายในขอบเขตการมอบอำนาจตามกฎหมายและตามข้อบังคับของ SPL Triselec ได้ เป็นต้น⁵²

3) บริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Sociétés d'économie mixte à operation unique : Semop)

บริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Semop) เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นร่วมกันระหว่างภาครัฐและเอกชน เมื่อปี ค.ศ. 2014 ตามกฎหมายฉบับที่ 2014-744 ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2014 ซึ่งเปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเลือกคู่สัญญา หรือผู้ร่วมลงทุนภาคเอกชนอย่างน้อยหนึ่งแห่งที่สามารถเข้าลงทุนร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้นับแต่อัตราร้อยละ 15 จนถึงอัตราร้อยละ 66 ของทุนทั้งหมด และการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะนี้ มีเป้าหมายเพื่อดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่งเป็นการเฉพาะ ภายในระยะเวลาที่กำหนด⁵³ โดยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ภายในระยะเวลาดังกล่าวได้⁵⁴

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵² Triselec, Actionariat / CA : Conseil d'administration [online], May 1, 2021, available from <http://www.triselec.com/index.php/fr/qui-sommes-nous/actionariat-ca>Triselec, "Actionariat / Ca : Conseil D'administration," [Online]. Available from: <http://www.triselec.com/index.php/fr/qui-sommes-nous/actionariat-ca>

⁵³ Fédération des Epl, Local public enterprises in France : a tailor-made solution At the crossroads of private and public sectors.

⁵⁴ Société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) [online], May 1, 2021, available from <http://outil2amenagement.cerema.fr/societe-d-economie-mixte-a-operation-unique-semop-r542.html#:~:text=La%20SEMOP%20est%20une%20forme,contrat%20qui%20lui%20sera%20attribu%C3%A9>

3.1) หลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ

บริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ สามารถจัดตั้งในรูปแบบของบริษัทจำกัด ตามบรรพ 2 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ และลักษณะ 2 ของบรรพ 5 ตามมาตรา L.1541-1 ถึงมาตรา L.1541-3 แห่ง CGCT ประกอบกฎหมายฉบับที่ 2014-744 ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2014 ที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ ดังนี้

3.1.1) บริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ จัดตั้งโดยวัตถุประสงค์ใด วัตถุประสงค์หนึ่งเป็นการเฉพาะตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้น จึงทำให้การพิจารณาการจัดตั้งบริษัทนั้น เป็นการพิจารณาจัดตั้งรายกรณี และบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะจะจัดตั้งขึ้นได้โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อดำเนินการก่อสร้าง การพัฒนาที่อยู่อาศัย หรือการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ หรือเพื่อการจัดการ บริการสาธารณะ รวมทั้งการก่อสร้าง และการได้มาซึ่งทรัพย์สินที่จำเป็นต่อการให้บริการสาธารณะ และการดำเนินการอื่นเพื่อสาธารณะประโยชน์ ที่อยู่ในอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยไม่สามารถแก้ไขวัตถุประสงค์ของบริษัทได้ตลอดระยะเวลา ของสัญญาที่จัดตั้งบริษัทขึ้น⁵⁵

3.1.2) การจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ เป็นการจัดตั้งบริษัท โดยผู้ถือหุ้นอย่างน้อยจำนวน 2 ราย ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าร่วมถือหุ้นในบริษัทร่วมทุน เพื่อกิจการเฉพาะจะต้องมีจำนวนหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 34 ซึ่งเป็นจำนวนต่ำสุดที่ต้องมีเพื่อ ถือเสียงต่ำสุดในการคัดค้าน และจะต้องไม่สูงกว่าร้อยละ 85 ของทุนจดทะเบียน โดยที่ผู้ถือหุ้นรายอื่น มีสิทธิ์ถือหุ้นระหว่างร้อยละ 15 ถึงร้อยละ 66 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด ตามมาตรา L. 1541-1 แห่ง CGCT และตามมาตรา L. 32 10-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยผังเมือง ทั้งนี้ องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น หรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะขึ้น โดยมีคณะกรรมการอย่างน้อยหนึ่งคนที่ได้รับเลือกหลังจากการแข่งขันและการคัดเลือกตามเงื่อนไข ที่กำหนดไว้ในมาตรา L. 1541 1-2 แห่ง CGCT

3.1.3) บริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะมีระยะเวลาในการดำเนินการจำกัด ซึ่งบริษัทดังกล่าวจะยุบเลิกโดยอัตโนมัติ หรือโดยผลของกฎหมายตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือเมื่อได้ดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญาแล้ว หรือเมื่อสิ้นสุดระยะเวลา

3.2) ลักษณะการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ

บริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะเป็นการจัดตั้งองค์กรขึ้นในรูปแบบ ของบริษัทจำกัด ตามบรรพ 2 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ และลักษณะ 2 ของบรรพ 5 แห่ง CGCT

⁵⁵ LOI n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique (1), Article 1, Titre IV sociétés d'économie mixte à opération unique

โดยจะต้องมีผู้ถือหุ้นสองคน (องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชนร่วมมือกัน) โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีส่วนถือหุ้นในบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะจำนวนไม่ต่ำกว่าร้อยละ 34 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด ซึ่งเป็นจำนวนต่ำสุดที่ต้องมีเพื่อถือเสียงต่ำสุดในการคัดค้าน และจะต้องมีส่วนถือหุ้นจำนวนหุ้นไม่สูงกว่าร้อยละ 85 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด ดังนั้น ผู้ถือหุ้นรายอื่นจะมีสิทธิถือหุ้นในสัดส่วนระหว่างร้อยละ 15 ถึงร้อยละ 66 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด

3.3) ตัวอย่างบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ

บริษัท Amiens Energies เป็นบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะด้านพลังงานแห่งแรกของประเทศฝรั่งเศส มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการด้านโครงข่ายความร้อนในเมือง Amiens โดยเป็นผู้ขนส่งและกระจายความร้อน ให้บริการเครื่องทำความร้อนและน้ำร้อนภายในที่อยู่อาศัยในเขตพื้นที่ Amiens และเขตพื้นที่โดยรอบ⁵⁶ ด้วยการร่วมหุ้นกันระหว่าง ENGIE Cofely ในอัตราร้อยละ 51, la Ville d'Amiens ในอัตราร้อยละ 34 และ la Caisse des Dépôts ในอัตราร้อยละ 15 ของทุนจดทะเบียนบริษัท⁵⁷

3.2.4 สถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศส

จากหลักกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศส ประกอบหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติกฎหมายแห่งประมวลกฎหมายกลางว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Code general des collectivités territoriales) ประมวลกฎหมายพาณิชย์ และกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งบริษัทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศสข้างต้น ที่กำหนดให้บริษัทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสามรูปแบบ ได้แก่ บริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (Seml) บริษัทมหาชนท้องถิ่น (Spl) และ บริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Semop) เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน (ประมวลกฎหมายพาณิชย์) โดยมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นหรือตกลงทำสัญญาร่วมกับภาคเอกชน เพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมภายใต้เงื่อนไขการจัดตั้งที่แตกต่างกันในแต่ละรูปแบบ ประเทศฝรั่งเศสได้มีการยอมรับและรับรองให้บริษัททั้งสามรูปแบบดังกล่าวมีสถานะเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” (Entreprises publiques locales : EPL) ซึ่งถือเป็นหน่วยงานของรัฐตามระบบกฎหมายมหาชน

⁵⁶ Amiens Energies, *Gouvernance* [online], May 1, 2021, available from <http://www.amiens-energies.com/gouvernance/>

⁵⁷ ภัชฌณา จันทรธำมาศ, “การจัดตั้งหน่วยธุรกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย,” หน้า 96.

3.2.5 การควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศส

3.2.5.1 การกำกับดูแลเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัด

นับแต่มีกฎหมายกลางเกี่ยวกับการกระจายอำนาจฉบับลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 ประเทศฝรั่งเศสได้มีการวางกลไกการกำกับดูแลการกระทำทางปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสียใหม่ โดยการยกเลิก การกำกับดูแล “ก่อน” ตามที่กฎหมายได้กำหนดให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ต้องนำการกระทำทางปกครองไปขอความเห็นชอบหรือขออนุมัติ จากตัวแทนของรัฐ ซึ่งหมายถึง นายอำเภอหรือผู้ว่าราชการส่วนจังหวัดก่อนการใช้บังคับ เพื่อให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการดำเนินการมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายยังคงกำหนดให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นส่งการกระทำทางปกครองประเภท เช่น มติ การตัดสินใจ คำสั่ง หรือ การกระทำอื่นใด ไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อพิจารณาตรวจสอบว่ากระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ ดังเช่น กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ข้อตกลงขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบางประเภท เฉพาะที่ลงนามโดยนายกเทศมนตรี ประธานสภาจังหวัดหรือประธานสภาภาค แล้วแต่กรณี องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ต้องส่งข้อตกลงดังกล่าวไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อพิจารณาตรวจสอบ และหากผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อตกลงดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจา เป็นการกระทำที่ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จัดทำโดยผิดวิธีและขั้นตอน ตามกฎหมาย ขัดต่อกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับ หรือเหตุอื่น ผู้ว่าราชการจังหวัดไม่มีอำนาจยกเลิก เพิกถอน หรือสั่งระงับการดำเนินการนั้น แต่ผู้ว่าราชการจังหวัดย่อมสามารถนำกระทำดังกล่าว ไปฟ้องต่อศาลปกครองภายในระยะเวลา 2 เดือน นับแต่ได้รับมติหรือการตัดสินใจจากองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นนั้น เพื่อให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษายกเลิก เพิกถอน หรือสั่งระงับการดำเนินการ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ขัดต่อกฎหมายต่อไป⁵⁸

3.2.5.2 การกำกับดูแลการดำเนินงานของบริษัทจำกัด

กฎหมายกำหนดให้ตัวแทนของ เทศบาล จังหวัด และภาคที่เข้าร่วม เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสามรูปแบบ เป็นผู้ควบคุมกำกับดูแล และเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับการบริหารและดำเนินการต่างๆ ของบริษัทนั้น ทั้งนี้ การดำเนินการของบริษัทต้องเป็นไปตามขอบภารกิจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น วัตถุประสงค์การจัดตั้ง และภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

3.2.5.3 การกำกับดูแลด้านอื่นๆ

กฎหมายกลางเกี่ยวกับการกระจายอำนาจฉบับลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 ได้ยกเลิกการกำกับดูแลทางการคลัง (tutelles financiers) และสร้างระบบการควบคุมทางการคลัง

⁵⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองท้องถิ่นฝรั่งเศส 2018, หน้า 112-122.

(Contrôle financier) ขึ้นมาเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระมากขึ้น โดยการจัดตั้งศาลตรวจเงินแผ่นดินภาคขึ้นเป็นองค์กรทำหน้าที่ตรวจสอบการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ศาลตรวจเงินแผ่นดินภาคมีอำนาจหน้าที่สามประการได้แก่ 1) การควบคุมทางบัญชี ซึ่งจะทำหน้าที่เสมือนศาลในการพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจัดทำบัญชีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ในเขตพื้นที่ที่รับชอบ 2) การควบคุมทางงบประมาณ ศาลตรวจเงินแผ่นดินภาคทำหน้าที่เสมือนองค์กรควบคุมของฝ่ายบริหาร ซึ่งทำหน้าที่ควบคุมงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นร่วมกับผู้ว่าราชการจังหวัด 3) การควบคุมด้านการบริหาร ศาลตรวจเงินแผ่นดินภาคทำหน้าที่ตรวจสอบและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการบริหารงบประมาณ ในฐานะที่ปรึกษาด้านการเงินการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น⁵⁹

3.2.6 การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแก่กรณีบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศส

ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ประเทศฝรั่งเศสถือเป็นต้นแบบแนวคิดที่เคารพต่อหลักการแข่งขันเสรีภายใต้หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส ซึ่งยอมรับให้ปัจเจกชนหรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินกิจกรรมในทางเศรษฐกิจ แต่เนื่องจากการประสบสภาวะทางเศรษฐกิจและเหตุผลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องทำให้ประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดยอมรับให้รัฐเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งในฐานะผู้ประกอบการเช่นเดียวกับภาคเอกชน ทั้งในรูปแบบการเข้าดำเนินการของเอกชน (Nationalization) การจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ในลักษณะนิติบุคคลเอกชนภายใต้กฎหมายพาณิชย์ซึ่งควบคุมกำกับดูแลโดยรัฐโดยตรง (Corporatization) หรือการยอมรับให้ภาคเอกชนเข้าร่วมดำเนินการของรัฐ หรือทำให้กิจการดังกล่าวเป็นของเอกชน (Privatization) ซึ่งนิติบุคคลของรัฐที่ดำเนินการทางเศรษฐกิจนี้เรียกว่า “รัฐวิสาหกิจ” หรือ “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ในกรณีที่นิติบุคคลดังกล่าวอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่การดำเนินการทางเศรษฐกิจโดยรัฐเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจที่ดำเนินการโดยประชาชนเป็นหลัก เนื่องจากการประกอบกิจการโดยรัฐถือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางเศรษฐกิจ อีกทั้งผู้ประกอบการภาครัฐยังมีเอกสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษในทางเศรษฐกิจซึ่งจะทำให้เอกชนที่ดำเนินการทางเศรษฐกิจในตลาดเดียวกับรัฐเสียเปรียบ ประเทศฝรั่งเศสจึงได้มีแนวคิดยอมให้มีการเปิดเสรีการค้าในกิจการที่รัฐดำเนินการ โดยให้การแข่งขันระหว่างรัฐและเอกชนตามกลไกตลาดภายใต้กฎเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐกำหนด โดยได้มีการจัดตั้งองค์กรมหาชนอิสระแยกออกจากหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ประกอบการ ตามทฤษฎีการแยกผู้กำกับดูแลออกจากผู้ประกอบการ (Principe de la séparation des opérateurs

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 123-124.

et le régulateur) เช่น การจัดตั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (Le Conseil de la concurrence /French Competition Authority (“FCA”)) หรือคณะกรรมการกำกับดูแลกิจการด้านใดด้านหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น คณะกรรมการกำกับดูแลด้านพลังงาน (La Commission de Régulation de l’Energie), องค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมและการไปรษณีย์สื่อสาร (L’Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes) เป็นต้น⁶⁰ เพื่อกำหนดนโยบายและออกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าในกิจการแต่ละสาขาให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการภาครัฐและเอกชน อีกทั้งเป็นไปตามหลักการแข่งขันเสรีซึ่งถูกรับรองไว้ในระดับรัฐธรรมนูญที่รัฐจะกระทำการขัดต่อหลักการดังกล่าวมิได้ ซึ่งแนวคิดนี้เองยังมีอิทธิพลต่อกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป รวมถึงประเทศไทยในเวลาต่อมา

ปัจจุบัน ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศสมาชิกขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD)⁶¹ และการเข้าเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป (EU) โดยการเข้าร่วมนับแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1958⁶² ทำให้ประเทศฝรั่งเศสย่อมต้องผูกพันตนและปฏิบัติตามข้อกำหนดต่างๆ ของสนธิสัญญาของสหภาพยุโรป โดยในกรณีการตรากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้านั้น ประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ต้องตรากฎหมายแข่งขันทางการค้าภายในของตนให้มีเนื้อหาสอดคล้องกับเจตนารมณ์และหลักการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าภายใต้ TFEU รวมถึง การจัดตั้งหน่วยงานเพื่อรับผิดชอบในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า

3.2.6.1 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศส

ดังที่กล่าวแล้วว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศสเป็นไปตามหลักการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของ TFEU ทำให้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศสมีขอบเขตการบังคับใช้เช่นเดียวกับ TFEU โดยประเทศฝรั่งเศสได้มีการตรารัฐกำหนด (Ordonnance) ลงวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1986 แก้ไขโดยรัฐบัญญัติ (loi) ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 และปัจจุบันถูกผนวกเป็น มาตรา L 410-1 ถึง L 470-8 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายกลางของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยได้มีการกำหนดถึงพฤติกรรมที่เป็นขัดต่อการแข่งขันทางการค้าที่สำคัญไว้ตามมาตรา L. 420-1 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ ซึ่งมีหลักเกณฑ์เป็นไปตามมาตรา 101 และมาตรา 102 ของ TFEU

⁶⁰ ญัฐสุตา ธรรมถนอม, การเปิดเสรีบริการสาธารณะ และ กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป.

⁶¹ OECD, France [online], May 15, 2021, available from <https://www.oecd.org/france/>

⁶² European Union, EU member countries in brief [online], May 11, 2021, available from https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries_en

อีกทั้ง ประเทศฝรั่งเศสได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (French Competition Authority (“FCA”)) เป็นผู้กำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกัน⁶³

มาตรา L 410-1 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ ได้กำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าว่า “กฎหมายที่กำหนดไว้ในประมวลฉบับเล่มนี้ให้ใช้บังคับกับกิจกรรมการผลิต การแจกจ่าย และการบริการทั้งหมด รวมถึง การดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้กรอบของข้อตกลงการมอบหมายให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ” ซึ่งหมายความว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ ย่อมใช้บังคับกับผู้ประกอบการทั้งภาครัฐและเอกชน ซึ่งหมายความรวมถึง รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น และภาคเอกชนที่ได้ดำเนินการทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นการผลิต การแจกจ่าย หรือการให้บริการก็ตาม อีกทั้ง กฎหมายแข่งขันทางการค้าตามประมวลพาณิชย์ยังบังคับใช้แก่ข้อตกลงการมอบหมายให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การให้สัมปทาน การจัดซื้อจัดจ้าง การคัดเลือกเอกชน เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของ TFEU เช่นเดียวกัน⁶⁴

3.2.6.2 ข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดข้อยกเว้นมิให้ต้องปฏิบัติตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า หากพิจารณาได้ว่า 1) เป็นกิจกรรมที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ และ 2) รัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือวิสาหกิจมหาชน ใช้อำนาจมหาชนตามที่ได้มอบจากหน่วยงานของรัฐเพื่อดำเนินการดังกล่าว⁶⁵ ดังนั้น สรุปได้ว่า หากบุคคล ซึ่งหมายความรวมถึงหน่วยงานของรัฐใดที่ได้ดำเนินกิจกรรมหรือการจัดทำบริการสาธารณะไม่เป็นการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจหรือไม่ หากดำเนินการโดยใช้อำนาจมหาชนตามที่ได้รับมอบหมายและดำเนินการเพื่อให้บรรลุประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) แล้ว การดำเนินการดังกล่าวก็ย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศส โดยการห้ามมิให้ใช้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคำฟ้องในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมขององค์กรบริการสาธารณะ หรือการจัดทำ

⁶³ International Comparative Legal Guides, Competition Litigation 2021 : A practical cross-border insight into competition litigation work, 13th Edition (London: Global Legal Group Ltd, 2021), p. 90.

⁶⁴ UNCTAD, UNCTAD Research Partnership Platform Competition Law and the State, Volume 1: Summary of answers to questionnaire, pp. 11-12.

⁶⁵ Ibid., p. 18.

บริการสาธารณะโดยการใช้อำนาจตามที่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐ⁶⁶ อย่างไรก็ตามก็ดี ในกรณีการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของหน่วยงานของรัฐ ย่อมอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (FCA) และอยู่ในเขตอำนาจของศาลแพ่งในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินการของรัฐในทางเศรษฐกิจ

ทั้งนี้ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจและการดำเนินการดังกล่าว ขัดต่อความชอบด้วยกฎหมายของหลักการแข่งขันเสรีตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ ย่อมเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในการพิจารณาตรวจสอบความชอบของการกระทำของหน่วยงานของรัฐ⁶⁷ ซึ่งรวมถึง รัฐวิสาหกิจ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นอกจากนี้ ศาลปกครองยังมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบสัญญาทางปกครองหรือข้อตกลงการมอบหมายให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่ขัดกับกฎหมายของสหภาพยุโรปในเรื่องการแข่งขันเสรีและเป็นธรรม เช่น ในคดี Tête (CE Ass. 6 Février 1998) กรณีสัมปทานงานสาธารณะ concession de travaux และคดี Communauté des communes du Piémont-de-Barr (CE 20 Mai 1998) ในกรณีการจัดซื้อจัดจ้าง โดยคู่กรณีสามารถยื่นต่อศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (CJUE) เพื่อให้พิจารณาพิพากษาได้อีกด้วย ทั้งนี้ คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปยังถือเป็นบ่อเกิดของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (règle de la concurrence) และเป็นแนวทางการพิจารณาคดีของศาลภายในแห่งรัฐ⁶⁸ ซึ่งรวมถึงประเทศฝรั่งเศสด้วย

3.2.6.3 การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศสแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศส

จากหลักเกณฑ์การจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศสตามที่ได้กล่าวในข้างต้นแล้วว่า ประกอบด้วยการจัดตั้งบริษัทจำกัด 3 รูปแบบ ได้แก่ บริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (SEML) บริษัทมหาชนท้องถิ่น (SPL) และบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (SEMOP) ซึ่งแม้บริษัทจำกัดทั้ง 3 รูปแบบ จะเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตาม

⁶⁶ Tribunal des conflits, 6 June 1989, Préfet de la région Ile de France; 18 October 1999, Aéroport de Paris et Air France c/ TAT

⁶⁷ Marco Plankensteiner, Pauline Dessèvre, and Mathilde Vergnaud, France: Vertical Agreements: France [online], May 15, 2021, available from <https://www.mondaq.com/france/antitrust-eu-competition-/1042448/vertical-agreements-france>,

⁶⁸ สิริวิชญ์ ทิวะกุล, “สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 177-178.

กฎหมายเอกชน ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ก็ตาม ซึ่งหากมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือทำการค้าแสวงหากำไรแล้ว บริษัทจำกัดดังกล่าวจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าตามมาตรา L 410-1 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ฝรั่งเศสที่กำหนดให้กฎหมายแข่งขันทางการค้าบังคับใช้กับ กิจกรรมการผลิต การแจกจ่าย และการบริการทั้งหมด รวมถึง การดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้กรอบของข้อตกลงการมอบหมายให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชน อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งและดำเนินกิจการของบริษัทจำกัดบางประเภทจัดตั้งขึ้นเพื่อการดำเนินกิจการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะเป็นการเฉพาะ อย่างเช่นกรณีบริษัทมหาชนท้องถิ่น (SPL) ซึ่งเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัดร่วมกันระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตั้งแต่ 2 แห่งขึ้นไป โดยไม่มีเอกชนร่วมถือหุ้นอยู่ด้วย ประกอบกับมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมหรือกิจกรรมทางธุรกิจอื่นใดที่เป็นประโยชน์ทั่วไป อันเป็นเครื่องมือขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการใช้อำนาจมหาชนของตนเพื่อดำเนินการภายในเขตพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ด้วยเหตุผลข้างต้นนี้จึงทำให้บริษัทมหาชนท้องถิ่น (SPL) ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศส ส่วนในกรณีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่บริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (SEML) และบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (SEMOP) นั้น เมื่อบริษัทจำกัดทั้งสองรูปแบบเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชนและจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนเพื่อทำการค้าแสวงหากำไรแล้ว บริษัทจำกัดทั้งสองรูปแบบจึงต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและภายใต้บังคับแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ของฝรั่งเศส มาตรา L 410-1 ที่กำหนดให้ กิจกรรมการผลิต การแจกจ่าย และการบริการทั้งหมด รวมถึง การดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้กรอบของข้อตกลงการมอบหมายให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าตามกฎหมายฉบับดังกล่าว ดังนั้น บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยจะต้องไม่กระทำการอันเป็นการควบรวมกิจการ การใช้อำนาจเหนือตลาด หรือกระทำการอื่นใดอันมีลักษณะเป็นการบิดเบือนหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าในตลาด เว้นแต่ บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น จะพิสูจน์ได้ว่า มีความจำเป็นที่จะต้องกระทำการอันมีลักษณะเป็นการจำกัดหรือขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจมหาชนในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย การกระทำของบริษัทจำกัดเช่นนั้น ก็ย่อมได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องตกอยู่บังคับแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศสเป็นรายกรณี ทั้งนี้ การบังคับใช้ข้อยกเว้นตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าภายใต้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฝรั่งเศสย่อมต้องสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับระเบียบ

ข้อบังคับ และแนวทางการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการดำเนินกิจการ และการแข่งขันทางการค้าซึ่งถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายในประเทศฝรั่งเศสด้วย

ทั้งนี้ ในกรณีที่บริษัทจำกัดดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการใด เป็นการเฉพาะรายสาขา การควบคุมกำกับดูแลในการดำเนินการและการแข่งขันทางการค้าในกิจการ ประเภทนั้น ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายและตามที่คณะกรรมการกำกับดูแล ในกิจการนั้นประกาศกำหนด เช่น บริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (SEML) ประกอบกิจการโดยให้บริการเกี่ยวกับ โครงข่ายและการจำหน่ายไฟฟ้า หรือให้บริการเกี่ยวกับพลังงาน ถือได้ว่าบริษัทจำกัดดังกล่าวดำเนิน กิจการทางเศรษฐกิจด้านการพลังงานที่ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับดูแล ด้านพลังงาน (La Commission de Régulation de l’Energie) เป็นต้น แต่หากในกรณีที่มีได้ มีบทบัญญัติกฎหมายหรือการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลไว้เป็นการเฉพาะ บริษัทจำกัดของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวยังคงต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมาย แข่งขันทางการค้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการ แข่งขันทางการค้า (FCA) ต่อไป นอกจากนี้ ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะและการระงับข้อพิพาทของการดำเนินกิจกรรม ทางเศรษฐกิจของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบและระงับข้อพิพาทตามเขตอำนาจของศาลปกครองหรือศาลแพ่ง แล้วแต่กรณี

3.3 แนวคิดและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศญี่ปุ่น

3.3.1 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นมีลักษณะโครงสร้างรัฐแบบรัฐเดี่ยว (Unitary State) โดยแบ่ง การบริหารราชการออกเป็น การบริหารราชการส่วนกลางและการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น โดยในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1947⁶⁹ หมวด 8 มาตรา 92-95 ได้บัญญัติรับรองให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของญี่ปุ่นจะต้องดำเนินการตามกฎหมายภายใต้หลักความเป็นอิสระ ของท้องถิ่น ซึ่งมีโครงสร้างการบริหารงานประกอบด้วยสภาและฝ่ายบริหารซึ่งมาจากการเลือกตั้ง มีสิทธิในการจัดการทรัพย์สินและบริหารงานของตนเอง อีกทั้ง กำหนดห้ามมิให้รัฐสภาตรากฎหมาย ใช้บังคับแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่งเป็นการเฉพาะ เว้นแต่ได้รับความเห็นชอบ

⁶⁹ Prime Minister of Japan and His Cabinet, The Constitution of Japan [online], May 6, 2021, available from https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html

จากผู้มีสิทธิ์คะแนนเสียงส่วนใหญ่ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น บทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญกับหลักความเป็นอิสระท้องถิ่นและความเป็นประชาธิปไตยในท้องถิ่น ในปัจจุบัน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประกอบไปด้วย 2 รูปแบบ ประกอบด้วย⁷⁰

1) รูปแบบทั่วไป ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ระดับ (Two Tier System) ได้แก่ ระดับบน (Upper Tier) คือ จังหวัด (Prefectures) และระดับล่าง (Lower Tier) คือ เทศบาล (Municipality) ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ เทศบาลนคร (City/Shi) เทศบาลเมือง (Town/Cho or Machi) และเทศบาลหมู่บ้าน (Village/Son or Maru) ทั้งนี้ ยังมีเทศบาลนครพิเศษอีก 12 แห่ง เช่น โอซากา (Osaka) เกียวโต (Kyoto) โยโกฮามา (Yokohama) โกเบ (Kobe) เป็นต้น ที่มีสถานะพิเศษกว่าเทศบาลนครทั่วไปและมีอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวางเทียบเท่าระดับจังหวัด⁷¹

2) รูปแบบพิเศษ (Special Local Public Entities) ซึ่งเป็นการปกครองส่วนท้องถิ่นตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดให้จัดตั้งขึ้น ได้แก่ เขตพิเศษในกรุงโตเกียว (Tokyo-to's Wards) ประกอบด้วยเขตพิเศษในกรุงโตเกียวกว่า 23 แห่ง และองค์กรความร่วมมือระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Cooperation) ซึ่งเป็นการร่วมกันระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น 2 แห่งขึ้นไป เพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศญี่ปุ่นมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะและดำเนินการใด เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนและนโยบายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่สำคัญทั้งที่เป็นหน้าที่โดยตรง ได้แก่ การจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่น งานบริการด้านสวัสดิการและสาธารณสุข การบริการด้านสิ่งแวดล้อม การเกษตร การกำจัดขยะ การศึกษาการพาณิชย์และอุตสาหกรรม การผังเมือง การตำรวจ รวมถึง วิสาหกิจและบริษัทท้องถิ่นด้วย และนอกจากหน้าที่โดยตรงขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นข้างต้นแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังมีหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติตาม และตัดสินใจดำเนินการบางอย่างได้ด้วยตนเอง⁷² ประกอบกับในปัจจุบัน ประเทศญี่ปุ่น ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Autonomy Law)

⁷⁰ ศุภสวัสดิ์ ชัชวาลย์, การปกครองท้องถิ่น มุมมองจากประเทศฝรั่งเศส ญี่ปุ่น สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และไทย, หน้า 135-149.

⁷¹ โกวิท พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย : หลักการและมิติใหม่ในอนาคต, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 63.

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

ในฐานะกฎหมายพื้นฐานที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และความสัมพันธ์ระหว่าง รัฐบาลกลางและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

3.3.2 แนวคิดและหลักการทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น ของประเทศญี่ปุ่น

วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น (Local Public Enterprises) ถือเป็นภารกิจหน้าที่โดยตรง และเป็นหน่วยงานภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้น วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นญี่ปุ่นมีลักษณะเป็นการดำเนินกิจการเกี่ยวกับการพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น ทั้งที่เป็นกิจการสาธารณูปโภคและมีใช้กิจการสาธารณูปโภค เช่น การประปา การขนส่ง การกำจัดของเสีย การไฟฟ้า การตลาด การพัฒนาแหล่งท่องเที่ยว และการโรงแรม เป็นต้น⁷³ โดยที่วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นญี่ปุ่นสามารถจัดเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการเพื่อเป็นแหล่งเงินได้ และสามารถจัดระบบ การบริหารจัดการเงินและบัญชีแยกออกจากระบบการบริหารจัดการเงินและบัญชีทั่วไปของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น⁷⁴ ตามที่ประเทศญี่ปุ่นได้มีการตรากฎหมายวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น ค.ศ. 1952 (The Local Public Enterprise Law 1952) และกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ ในการพาณิชย์ท้องถิ่น ค.ศ. 1952 (The Local Public Enterprise Labor Relations Law 1952) ขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารงาน การเงินและงบประมาณ การดำเนินกิจการ และความสัมพันธ์ของแรงงานลูกจ้างในวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น ประกอบกับการตรากฎหมายเฉพาะ กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชน การบริหารจัดการ การเงิน ความสัมพันธ์ของลูกจ้างในวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในกิจการแต่ละสาขา เช่น กิจการประปาตาม The Water Supply Law, กิจการรถไฟตาม The Railway Enterprise Law, กิจการรถราง ตาม The Tram Way Enterprise Law เพื่อให้วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในสาขานั้น ดำเนินการตาม หลักเกณฑ์ของกฎหมายรายสาขาประกอบด้วย

ประเทศญี่ปุ่นยอมรับให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่นสามารถดำเนินกิจการ เชิงพาณิชย์หรือกิจการบางอย่างผ่านรูปแบบการจัดตั้งบริษัทท้องถิ่น (Local Public Corporations)⁷⁵

⁷³ ศุภสวัสดิ์ ชัชวาลย์, การปกครองท้องถิ่น: มุมมองจากประเทศฝรั่งเศส ญี่ปุ่น สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และ ไทย, หน้า 149.

⁷⁴ Statistics Bureau of Japan, Statistical Handbook of Japan 2020 [online], May 6, 2021, available from <https://www.stat.go.jp/english/data/handbook/c0117.html>

⁷⁵ โกวิทช์ พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย: หลักการและมิติใหม่ในอนาคต, หน้า 77-78.

หรือ (Third Sector Company)⁷⁶ ในลักษณะการลงทุนร่วมกับภาคเอกชนหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ เพื่อดำเนินกิจการบางอย่าง โดยบริษัทท้องถิ่นที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลอิสระแยกออกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งการจัดตั้งหรือเข้าร่วมลงทุนในรูปแบบบริษัทที่มีวัตถุประสงค์ ในการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Corporations) หรือในรูปบริษัทจำกัด ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์ (Profit Corporations /Commercial Law Corporations) หรือที่ประเทศญี่ปุ่นเรียกว่า Third Sector⁷⁷ บริษัทหรือบริษัทเหล่านี้มีความสามารถในการบริหารและดำเนินการด้วยตนเอง และอาจมีตัวแทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดและนายกเทศมนตรีเข้าร่วมเป็นประธาน และตัวแทนของภาคเอกชนเข้าร่วม เป็นกรรมการในบริษัทดังกล่าว เพื่อดำเนินโครงการต่างๆ เช่น โครงการพัฒนาภูมิภาคและเมือง เช่น การปลูกบ้านพักอาศัย การอุตสาหกรรม การก่อสร้าง โครงการการเกษตรและป่าไม้ โครงการ การประมง โครงการการท่องเที่ยวและแหล่งบันเทิง และโครงการเกี่ยวกับการศึกษาและวัฒนธรรม เป็นต้น ดังนั้น จากความมีอิสระในการบริหารบริษัทท้องถิ่นนี้เอง ทำให้กิจการที่ดำเนินการผ่าน บริษัทท้องถิ่นมีประสิทธิภาพมากขึ้น ดังที่เห็นได้จากจำนวนบริษัทท้องถิ่นในประเทศญี่ปุ่นในปี ค.ศ. 1996 และ ค.ศ. 2000 ที่มีบริษัทท้องถิ่นจำนวน 9,344 แห่ง และ 12,572 แห่ง ตามลำดับ⁷⁸

ดังนั้น โดยหลักแล้วองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของญี่ปุ่นจะดำเนินกิจการ ในเชิงพาณิชย์ผ่านองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือดำเนินการร่วมกับท้องถิ่นอื่นในการจัดทำ บริการสาธารณะในหลายพื้นที่มากกว่าการดำเนินกิจการโดยวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในรูปแบบ การจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ แต่ภายหลังปี ค.ศ. 2004 ได้มีการรับรองให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น สามารถการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ได้ โดยอยู่ในรูปของบริษัท จำกัดที่ลงทุนหรือถือหุ้น โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือภาครัฐทั้งหมดหรือที่เรียกว่า บริษัทท้องถิ่น (Local Government Owned Corporations/Chihou kouei kigyō), (Local public corporations /Chihou kousha)⁷⁹ เพื่อให้มีความเป็นอิสระและลดข้อจำกัดของการดำเนินการโดยภาครัฐ และมีวัตถุประสงค์ ในการดำเนินกิจการที่ไม่แสวงหากำไร ทั้งนี้ กฎหมายยังได้เปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

⁷⁶ James O'Leary and Machimura Takashi, "Between State and Capital: Third Sector Organizational Development in Tokyo," *Comparative Politics* 27, 3 (April 1995).

⁷⁷ Taeko M. Yoshimoto, "Why the third sector in Japan did not succeed: A critical view on third sectors as service providers," *Public Performance & Management Review* 30, 2 (December 2006): 143.

⁷⁸ โกวิทช์ พวงงาม, *การปกครองท้องถิ่นไทย: หลักการและมิติใหม่ในอนาคต*, หน้า 78.

⁷⁹ Bank of Japan, *Revision of economic sector* [online], May 8, 2021, available from https://www.boj.or.jp/en/statistics/outline/notice_1999/data/nts01.pdf

สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดความรับผิดที่เป็นการร่วมลงทุนกับภาคเอกชน (Limited Liability Company /Godo Kaisha) เพื่อเป็นเครื่องมือในการเพิ่มทรัพยากร แหล่งเงินทุน ความรู้ ความสามารถ และเทคโนโลยีจากภาคเอกชนที่เป็นผู้เข้าร่วมลงทุน และแหล่งรายได้ให้แก่ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ การเข้าร่วมลงทุนในบริษัทจำกัดโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายในแต่ละสาขา เช่น The Airport Development Law (No. 80 of 20 April 1956 and subsequently amended since 2008)

3.3.3 หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศญี่ปุ่น

การจัดตั้งวิสาหกิจส่วนท้องถิ่นของประเทศญี่ปุ่นนั้น นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2004 ได้มีประกาศใช้บังคับกฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 (Act No. 118 of 2003) เพื่อเปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์ ในรูปแบบบริษัทหรือกิจการที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลได้⁸⁰ โดยมีขอบเขตในการดำเนินการเกี่ยวกับ กิจการ อันได้แก่ การก่อตั้งสถาบันวิจัย ดำเนินการควบคุมและก่อตั้งโรงเรียนวิชาชีพระดับสูง และมหาวิทยาลัย การประปา (ยกเว้นธุรกิจการประปาขนาดเล็ก) การประปาที่ใช้ในอุตสาหกรรม การคมนาคม รถไฟ ไฟฟ้า ก๊าซ โรงพยาบาล สวัสดิการสังคม โครงการที่กำหนดตามข้อบังคับของ บริษัทหรือกิจการนั้นๆ และโครงการอื่นๆ ที่กำหนดโดยคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ การดำเนินกิจการ ของวิสาหกิจส่วนท้องถิ่นนั้น ต้องได้รับการอนุมัติจากหัวหน้าองค์กรที่ก่อตั้งและต้องจัดทำเอกสาร วิธีการปฏิบัติงานเมื่อเริ่มปฏิบัติงาน และเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงภารกิจก็ต้องดำเนินการแบบเดียวกัน⁸¹

ดังจะเห็นได้ว่า การที่ประเทศญี่ปุ่นสามารถจัดตั้งหน่วยธุรกิจขององค์การปกครอง ส่วนท้องถิ่นโดยมีวัตถุประสงค์ที่หลากหลาย ทำให้กิจการดังกล่าวมีบทบาทสำคัญต่อการส่งเสริม ความเป็นอยู่ การพัฒนาปรับปรุงคุณภาพชีวิต และตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น ให้ดียิ่งขึ้น โดยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์การปกครอง ส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น ดังนี้

1) การจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 (Act No. 118 of 2003)

1.1) หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจัดตั้งที่สำคัญ ดังนี้

⁸⁰ Stéphane Saussier and Michael Klien, “Local Public Enterprises: A Taxonomy,” EPPP DP, 2014-12, (December 2014): 15.

⁸¹ Local Incorporated Administrative Agency Act, Article 21

เงื่อนไขประการแรก กำหนดให้วิสาหกิจมหาชนมีสถานะเป็นนิติบุคคล

เงื่อนไขประการที่สอง กำหนดให้องค์กรภาครัฐเท่านั้นที่สามารถเข้าลงทุนในวิสาหกิจมหาชนได้ โดยองค์กรภาครัฐที่ตั้งกล่าวจะต้องมีการลงทุนในทรัพย์สินที่นอกเหนือจากเงินทุนเท่ากับหรือมากกว่าครึ่งหนึ่งของทุนบริษัท

เงื่อนไขประการที่สาม กำหนดให้การก่อตั้งวิสาหกิจส่วนท้องถิ่นจะต้องมีการตราเป็นข้อบังคับบริษัท โดยความเห็นชอบจากสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดกรณีนี้ รวมถึงสหภาพที่เข้าร่วมกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดทำการก่อตั้งวิสาหกิจส่วนท้องถิ่นด้วย ในกรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นก่อตั้งวิสาหกิจส่วนท้องถิ่นนั้น จะต้องได้รับอนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัด หรือในกรณีนอกเหนือจากนี้ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการภายในและการสื่อสาร (The Ministry of Internal Affairs and Communications)

ข้อบังคับของวิสาหกิจส่วนท้องถิ่นจะต้องประกอบด้วยรายละเอียด ดังนี้

- 1) วัตถุประสงค์
- 2) ชื่อของวิสาหกิจส่วนท้องถิ่น
- 3) องค์กรที่ร่วมก่อตั้งวิสาหกิจส่วนท้องถิ่น
- 4) สถานที่ตั้งวิสาหกิจส่วนท้องถิ่น
- 5) วิสาหกิจพิเศษ หรือวิสาหกิจอื่นๆ ที่นอกเหนือจากวิสาหกิจส่วนท้องถิ่น
- 6) จำนวนกรรมการบริหารของวิสาหกิจส่วนท้องถิ่น ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง และเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ
- 7) ขอบเขตของกิจการและรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการนั้น
- 8) สาธารณูปการ (เพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมสวัสดิการของประชาชนให้ดีขึ้น) ต้องระบุสถานที่ตั้งและชื่อเรียกของสถานที่เป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะ
- 9) รายละเอียดเกี่ยวกับทุน การลงทุนและทรัพย์สิน
- 10) วิธีการประกาศให้ทราบ
- 11) รายละเอียดเกี่ยวข้องกับการครอบครองทรัพย์สินที่เหลือ

เมื่อมีการยุบเลิก

เงื่อนไขประการสุดท้าย กำหนดให้การจัดตั้งวิสาหกิจ ส่วนท้องถิ่นจะสมบูรณ์ได้ต่อเมื่อได้มีการจดทะเบียน ณ สำนักงานการทะเบียน ที่สำนักงาน วิสาหกิจส่วนท้องถิ่นตั้งอยู่⁸²

1.2) ลักษณะการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทขององค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นตามกฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 (Act No. 118 of 2003)

การจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายข้างต้นนี้ เป็นการจัดตั้งบริษัท โดยการร่วมลงทุนหรือถือหุ้นร่วมกันโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและหน่วยงานอื่นของรัฐเท่านั้น กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ภาคเอกชนเข้าร่วมถือหุ้นด้วย

1.3) ตัวอย่างการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทขององค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นตามกฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 (Act No. 118 of 2003)

การก่อตั้งสถาบันวิจัยอุตสาหกรรมวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี แห่งโอซาก้า (Osaka Research Institute of Industrial Science and Technology : ORIST)⁸³ โดยการร่วมกันของ องค์การบริหารส่วนจังหวัดโอซาก้า (Osaka Prefecture) และเมืองโอซาก้า (Osaka City) เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2008 ในรูปของบริษัทจำกัดภายใต้กฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 (Act No. 118 of 2003)⁸⁴ ซึ่งมีสถานะเป็น นิติบุคคล แยกต่างหากจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดโอซาก้าและเมืองโอซาก้า มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนา เศรษฐกิจและปรับปรุงคุณภาพชีวิตประชาชนในโอซาก้า โดยการสนับสนุนการพัฒนาของ วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs.) โดยการดำเนินการเกี่ยวกับการวิจัย ให้คำปรึกษา ทดสอบ และให้ข้อมูลด้านเทคโนโลยีเพื่อสนับสนุนวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs.)

2) การจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามกฎหมายรายสาขา

ดังที่กล่าวข้างต้นแล้วว่า อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นเป็นไปตามบทบัญญัติของ The Local Autonomy Law ที่กำหนดให้องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นดำเนินการ ได้ตามกฎหมาย ซึ่งรวมถึง การเข้าจัดตั้ง ถือหุ้น หรือลงทุนร่วมกับเอกชน

⁸² Local Incorporated Administrative Agency Act, Article 6 – 9

⁸³ Osaka Research Institute of Industrial Science and Technology : ORIST, Osaka Research Institute of Industrial Science and Technology [online], May 7, 2021, available from <https://orist.jp/en/>

⁸⁴ ภัชฌภา จันทรธำมาศ, “การจัดตั้งหน่วยธุรกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย,” หน้า 72.

โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องแก่กิจการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเข้าดำเนินการประกอบด้วยการวิจัยในครั้งนี้จะยกตัวอย่างการจัดตั้งหรือเข้าร่วมถือหุ้นในบริษัทจำกัดในการประกอบกิจการสนามบินของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งกฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่นสามารถเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่ประกอบกิจการสนามบินได้ ดังนี้

2.1) หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจัดตั้งบริษัทจำกัดที่ประกอบกิจการสนามบินในประเทศญี่ปุ่นตาม The Airport Law 2008

The Airport Law 2008 ได้กำหนดถึงความเป็นเจ้าของและผู้ที่สามารถก่อตั้งและดำเนินกิจการสนามบินในประเทศญี่ปุ่น⁸⁵ ซึ่งแต่เดิมกฎหมายกำหนดให้ภาครัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้นที่สามารถก่อตั้งและดำเนินกิจการสนามบินในประเทศญี่ปุ่นได้ โดยในปัจจุบัน กระทรวงที่ดิน โครงสร้างพื้นฐาน การขนส่ง และการท่องเที่ยว (Ministry of Land, Infrastructure, Transport and Tourism: MLIT) และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่นถือเป็นผู้ประกอบกิจการสนามบินเป็นหลักและดำเนินกิจการเกี่ยวกับสนามบิน ได้แก่ การควบคุมการจราจรทางอากาศ (air traffic control) และความปลอดภัยในท่าอากาศยานอยู่ในการบริหารจัดการโดยรัฐบาลส่วนกลาง โครงสร้างพื้นฐานของสนามบิน เช่น พื้นที่ขึ้นลงของเครื่องบิน (runways) พื้นที่บนสนามบินที่จัดเตรียมไว้สำหรับให้เครื่องบินขับเคลื่อนระหว่างลานจอดอากาศยานกับทางวิ่ง (taxiways) ลานจอดเครื่องบิน (apron) ไฟระบุตำแหน่งสนามบิน (Aerodrome beacon) และอาคารผู้โดยสารอยู่ในการบริหารจัดการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกิจการอื่นๆ เช่น สิ่งอำนวยความสะดวกในสนามบิน การขนส่งกระเป๋า หรือการขนส่งสินค้า อย่างไรก็ตามกฎหมายได้กำหนดยกเว้นให้เอกชนสามารถเข้าร่วมลงทุนในสนามบินบางประเภท เช่น Osaka-Kansai International Airport และ Chubu-Centrair International Airport เป็นต้น

2.2) ลักษณะการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น

การประกอบกิจการสนามบินนั้น หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถทำได้ทั้งในรูปแบบการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ในลักษณะการร่วมลงทุนในบริษัทจำกัดทั้งที่มีเอกชนและไม่มีเอกชนรวมอยู่ด้วย ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ทั้งยังสามารถให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการโดยการว่าจ้าง หรือเข้าทำสัญญาสัมปทานได้เช่นเดียวกัน

⁸⁵ Steer Davies Gleave and European Commission, Study on airport ownership and management and the ground handling market in selected non-EU countries, p. 72.

2.3) ตัวอย่างการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น

1) สนามบิน Osaka-Itami International Airport ก่อตั้งและบริหารจัดการเขตการบิน (airside) โดยกระทรวงที่ดิน โครงสร้างพื้นฐาน การขนส่ง และการท่องเที่ยว (Ministry of Land, Infrastructure, ในขณะที่ยังคงบริหาร (landside) บริหารจัดการโดยบริษัท The Osaka International Airport Terminal Company Limited ซึ่งเป็นนิติบุคคลเอกชนที่มีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือหุ้นจำนวนร้อยละ 50 และภาคเอกชนร่วมถือหุ้นอีกจำนวนร้อยละ 50 ของทุนบริษัท⁸⁶

2) สนามบิน Chubu Centrair International บริหารจัดการโดย Central Japan International Airport Co.,Ltd.⁸⁷ ซึ่งก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1998 ด้วยเงินทุนระหว่างรัฐบาลกลางจำนวนร้อยละ 40 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำนวนร้อยละ 10 (5.87% Aichi Prefecture, 2.83% Nagoya City) และภาคเอกชนอีกจำนวนร้อยละ 50 ประกอบด้วยธนาคารและบริษัท โตโยต้า จำกัด เป็นต้น⁸⁸

3.3.4 สถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น

กฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 (Act No. 118 of 2003) บัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์ในรูปแบบของบริษัทหรือกิจการที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย⁸⁹ และมีสถานะเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ทั้งนี้ ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้นั้น ก็ย่อมต้องพิจารณาถึงสัดส่วนการถือหุ้นและวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการของบริษัทจำกัดนั้นประกอบด้วย

⁸⁶ ICAO, Case Study on Commercialization, Privatization and Economic Oversight of Airports and Air Navigation Services Providers : Japan (Air Transport Bureau, Economic Analysis and Policy (EAP) Section, 2012), p. 1.

⁸⁷ Central Japan International Airport, Overview [online], May 7, 2021, available from <https://www.centrair.jp/en/corporate/information/cjiac.html>,

⁸⁸ Steer Davies Gleave and European Commission, Study on airport ownership and management and the ground handling market in selected non-EU countries, Final Report, (Steer Davies Gleave, 2016), p. 73.

⁸⁹ Stéphane Saussier and Michael Klien, “Local Public Enterprises: A Taxonomy,” EPPP DP, 2014-12, (December 2014): 15.

3.3.5 การควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น

3.3.5.1 การกำกับดูแลเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัด

ภายใต้หลักการปกครองตนเองของท้องถิ่น มาตรา 92 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1947 ที่บัญญัติให้ ระเบียบข้อบังคับต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวข้องกับองค์กรหรือการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ และต้องเป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของท้องถิ่น ประกอบกับตามบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Autonomy Law 1947) ที่กำหนดให้ รัฐบาลมีอำนาจในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ในหลายลักษณะ เช่น การให้คำปรึกษาแนะนำแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การร้องขอข้อมูล การขอให้มีการปรับปรุงแก้ไขการกระทำ การให้ความยินยอม การอนุมัติ อนุญาต การออกคำสั่ง รวมถึง การสั่งให้ผู้บริหารพ้นจากตำแหน่ง เป็นต้น โดยการใช้อำนาจในการกำกับดูแลข้างต้นขึ้นอยู่กับเงื่อนไขและกรณีตามที่กฎหมายกำหนดเป็นรายกรณี จากการบัญญัติเช่นนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจรัฐบาลส่วนกลางมีอำนาจในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งการกำกับดูแลก่อนและ การกำกับดูแลหลัง โดยผ่านกระทรวงหรือผู้แทนของรัฐบาลกลาง เช่น กระทรวงกิจการภายในและการสื่อสาร (The Ministry of Internal Affairs and Communications) โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยการมีหน้าที่ในการจัดทำแผนและวางนโยบายการพัฒนาท้องถิ่นทั้งประเทศ กำกับดูแล การดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งด้านการบริหาร การคลังสาธารณะ และการจัดเก็บ และจัดสรรรายได้จากภาษีให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดให้ ในกรณีที่รัฐบาลเห็นว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดที่ได้ดำเนินการจัดทำภารกิจหน้าที่ของตนไปโดยไม่เหมาะสมหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับภารกิจดังกล่าวย่อมสามารถ “ร้องขอ” ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการแก้ไขปรับปรุงการกระทำนั้นได้ หรือในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการตามภารกิจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากรัฐบาลส่วนกลาง ให้ปฏิบัติตามกฎหมายและปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับภารกิจดังกล่าว ย่อมสามารถออก “คำสั่ง” ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปรับปรุงแก้ไขการกระทำนั้นให้ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน กรณีเช่นนี้ ถือเป็นการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการจัดทำบริการสาธารณะและการดำเนินการให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายโดยรัฐบาลส่วนกลาง สำหรับการกำกับดูแลการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของญี่ปุ่น สามารถพิจารณาได้ดังนี้

1) การจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมาย

Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 (Act No. 118 of 2003)

กฎหมายกำหนดให้ การก่อตั้งบริษัทจำกัดโดยการร่วมกันของ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีการตรา “ข้อบังคับบริษัท” ซึ่งกำหนดรายละเอียดที่สำคัญ ของบริษัทและจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด 3 กรณี ดังนี้

กรณีแรก การจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์การบริหารส่วนจังหวัดในกรณีทั่วไปนั้น จะต้องได้รับความเห็นชอบจาก สภาองค์การบริหาร ส่วนจังหวัด

กรณีที่สอง ในกรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดเข้าร่วมกับ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นก่อตั้งบริษัทจำกัด จะต้องได้รับอนุมัติจาก ผู้ว่าราชการจังหวัด

กรณีที่สาม ในกรณี นอกเหนือจากนี้ ต้องได้รับอนุมัติจาก รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการภายในและการสื่อสาร (The Ministry of Internal Affairs and Communications)

2) การเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดในกรณีอื่น เช่น การเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในกิจการอื่นตามกฎหมายเฉพาะของกิจการแต่ละสาขา เช่น การเข้าร่วม จัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจัดการทรัพยากรน้ำ ตาม The Water Supply Law หรือการเข้าร่วมจัดตั้ง หรือถือหุ้นในบริษัทบริหารจัดการสนามบินตาม The Airport Law เป็นต้น

การกำกับดูแลองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือการกระทำอื่นใด ย่อมเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยความเป็นอิสระขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งกำหนดให้สภาขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น สภาจังหวัดและสภาเทศบาล มีอำนาจหน้าที่ ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่การกระทำขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นก่อนการดำเนินการ เพื่อเป็นการกำกับดูแลการกระทำให้เป็นไปโดยเหมาะสมและชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี ในบางกรณี เช่น กรณีที่สำคัญหรืออาจกระทบต่อความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ หรือเกี่ยวข้องกับ ประชาชนในเขตท้องถิ่นอื่น กฎหมายอาจกำหนดให้การกำกับดูแลนั้นเป็นอำนาจของผู้ว่าราชการ จังหวัดหรือตัวแทนของรัฐบาลส่วนกลาง เช่น รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง พิจารณาอนุมัติก่อน ที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะดำเนินการตามที่เสนอต่อไป ดังนั้น การกำกับดูแลการเข้าร่วมจัดตั้ง หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมต้องพิจารณาและดำเนินการ ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นรายกรณี

3.3.5.2 การกำกับดูแลการดำเนินงานของบริษัทจำกัด

เมื่อกฎหมายกำหนดให้ตัวแทนขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือนายกเทศมนตรี เข้าเป็นคณะกรรมการในบริษัทจำกัดแล้ว ตัวแทนของ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเหล่านั้นย่อมมีอำนาจกำกับดูแลโดยการกำหนดนโยบายและแผนการ ดำเนินงานของบริษัท บริหารจัดการ และควบคุมให้บริษัทดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของบริษัท

หรือในกรณีที่ต้องคัดกรองส่วนท้องถิ่นถือหุ้นในสัดส่วนที่น้อยจนไม่สามารถใช้อำนาจในการควบคุมบริษัทจำกัดได้นั้น แต่ต้องคัดกรองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวยังคงมีอำนาจในการออกเสียงและตัดสินใจตามสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัท ในฐานะผู้ถือหุ้นต่อไป

3.3.5.3 การกำกับดูแลด้านอื่นๆ

การกำกับดูแลบริษัทจำกัดที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในด้านอื่นๆ นั้น ย่อมไปเป็นตามที่กฎหมายกำหนดในแต่ละเรื่อง เช่น การกำกับดูแลบริษัทจำกัดที่ประกอบกิจการเชิงพาณิชย์ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าร่วมถือหุ้นด้วย ก็ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายการป้องกันการผูกขาด (The Antimonopoly Act : AMA) โดยมีคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศญี่ปุ่น (Japan Fair Trade Commission : JFTC) เป็นผู้พิจารณาและกำกับดูแลเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของบริษัทจำกัดที่ประกอบกิจการเชิงพาณิชย์ หรือการกำกับดูแลภายใต้กฎหมายเฉพาะในแต่ละกรณี ทั้งนี้ ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการจัดตั้ง ถือหุ้น การดำเนินการ หรือการกระทำอื่นใดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ย่อมตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบและพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรมอีกด้วย

3.3.6 การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแก่กรณีบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น : กฎหมายการป้องกันการผูกขาด (The Antimonopoly Act : AMA)

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีอศัยกลไกตลาด โดยภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น ทำให้ประเทศญี่ปุ่นตกอยู่ภายใต้อำนาจอ้อมของสหรัฐอเมริกา โดยสหรัฐอเมริกาได้มีนโยบายในการฟื้นฟูระบบเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นให้เป็นประชาธิปไตย (Economic Democratization Policy) เพื่อคุ้มครองแรงงานและทำลายการโครงสร้างการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจของกลุ่มบริษัทใหญ่ที่มีอำนาจในการควบคุมตลาดในอุตสาหกรรมด้านต่างๆ ของประเทศญี่ปุ่น จึงได้มีการตราและประกาศใช้บังคับกฎหมายการป้องกันการผูกขาด (The Antimonopoly Act : AMA) ในปี ค.ศ. 1947 โดยมีกฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา ได้แก่ Sherman Act 1890, Clayton Act 1914 และ Federal Trade Act 1914 เป็นต้นแบบ ต่อมา ได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย AMA และมีผลใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน โดยกฎหมายกำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศญี่ปุ่น (Japan Fair Trade Commission : JFTC) ซึ่งเป็นองค์กรอิสระและเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย AMA โดยมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดแนวทางและพิจารณาเกี่ยวกับการปฏิบัติทางธุรกิจของผู้ประกอบการภายใต้บังคับแห่งกฎหมายฉบับนี้

3.3.6.1 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการผูกขาด (AMA)⁹⁰

กฎหมาย AMA บัญญัติขึ้นโดยมีเจตนารมณ์บังคับใช้กับผู้ประกอบการ (Entrepreneur : Kigyoya (企業家)) เพื่อมิให้ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมใดๆ ในทางธุรกิจอันเป็นการผูกขาดทางการค้า เช่น การผูกขาดโดยเอกชน การร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร การถือหุ้นไขว้ การรวมธุรกิจ หรือการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น โดยมาตรา 2 (1) แห่งกฎหมาย AMA ได้นิยามคำว่า “ผู้ประกอบการ” หมายถึง บุคคลใดซึ่งประกอบกิจการด้านการพาณิชย์ อุตสาหกรรม หรือกิจการในลักษณะอื่นๆ⁹¹

ดังนั้น หากบุคคลดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นองค์กรภาคเอกชนที่ประกอบธุรกิจ เช่น บริษัท ห้างหุ้นส่วน เจ้าของกิจการ สมาคมการค้า (Trade Association) หรือองค์กรของภาครัฐที่ประกอบกิจการเชิงพาณิชย์และอุตสาหกรรมก็ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย AMA อย่างเท่าเทียมกัน⁹² ดังที่ศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1988 ว่ากรณีมหานครโตเกียว (Tokyo) ดำเนินกิจการโรงฆ่าสัตว์ มมหานครโตเกียว (Tokyo) ถือเป็นผู้ประกอบการตามกฎหมาย AMA⁹³ และตามคำพิพากษาของศาลฎีกาเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1998 ที่ได้วินิจฉัยว่า รัฐซึ่งดำเนินธุรกิจการผลิตแสตมป์และโปสการ์ดสมำเสมอ ทำให้รัฐเป็นผู้ประกอบการอยู่ในตนเอง รัฐจึงถือเป็นผู้ประกอบการภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย AMA หรือตามคำตัดสินของคณะกรรมการ JFTC ที่ตัดสินว่า แพทย์และสถาปนิกเป็นผู้ประกอบการตามกฎหมาย AMA ด้วย

3.3.6.2 ข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการผูกขาด (AMA)

กฎหมาย AMA กำหนดมิให้นำกฎหมายฉบับนี้บังคับใช้แก่การกระทำ
ดังนี้⁹⁴

- 1) การผูกขาดโดยธรรมชาติ (Natural Monopoly)

⁹⁰ ศักดา ธนิตกุล และคณะ, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 54.

⁹¹ “a person who carries on business of a commercial, industrial or any other nature”

⁹² UNCTAD, UNCTAD Research Partnership Platform Competition Law and the State, Volume 1: Summary of answers to questionnaire (New York and Geneva: United Nation, 2015), p. 9.

⁹³ Masuhito Suzuki, et al., Tekusuto Keizeihou (Economics Law Textbook) (Kyoto: Horitsu Bunkasha, 2016), 21, อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล และคณะ, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 54.

⁹⁴ ศักดา ธนิตกุล และคณะ, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 241-243.

2) การกระทำที่เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะซึ่งมีบทบัญญัติมิให้นำกฎหมาย AMA ไปบังคับใช้ เช่น กฎหมาย The Marine Transport Law กฎหมาย The Export/Import Transaction Law เป็นต้น

3) การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายในขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

4) การกระทำของสหกรณ์

5) สัญญาเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายต่อ

6) การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในช่วงที่เศรษฐกิจตกต่ำ (Depression Cartel)

7) การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันเพื่อปรับปรุงประสิทธิภาพ (Rationalization Cartel)

3.3.6.3 การบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการผูกขาด (AMA) แก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่น

การพิจารณาว่าบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่นอยู่ภายใต้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย AMA หรือไม่นั้น จากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย AMA ข้างต้น ที่กำหนดให้ผู้ประกอบการทุกประเภท ซึ่งรวมถึงองค์กรภาครัฐที่ดำเนินธุรกิจอย่างสม่ำเสมอต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย AMA ด้วยแล้วนั้น สามารถพิจารณาได้ดังนี้

1) กรณีการจัดตั้งบริษัทจำกัดตามกฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003

การจัดตั้งบริษัทจำกัดตามกฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 เป็นกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำนวน 2 แห่ง หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับหน่วยงานอื่นของรัฐเข้าร่วมกันจัดตั้งบริษัทจำกัดขึ้นตามประมวลกฎหมายพาณิชย์นั้น ซึ่งอาจทำให้บริษัทจำกัดดังกล่าวมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นของญี่ปุ่นในรูปแบบ Corporation/Semi-Third Company ซึ่งหากมิได้มีการจัดตั้งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์และอุตสาหกรรม เช่น การประปา การขนส่ง การคมนาคม การรถไฟ การไฟฟ้า กิจการพลังงาน สถานพยาบาล หรือดำเนินโครงการตามข้อบังคับของบริษัทในเชิงพาณิชย์ โดยหลักแล้ว บริษัทจำกัดดังกล่าวถือเป็น “ผู้ประกอบการ” ตามมาตรา 2 (1) แห่งกฎหมาย AMA ที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับตามบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้า เช่นเดียวกับผู้ประกอบการภาคเอกชนรายอื่นในตลาด

อย่างไรก็ดี กฎหมาย AMA ได้กำหนดยกเว้นให้ผู้ประกอบการที่ประกอบกิจการผูกขาดโดยธรรมชาติ (Natural Monopoly)⁹⁵ กิจการเกี่ยวกับโครงสร้างขั้นพื้นฐาน (Infrastructure) หรือกิจการสาธารณูปโภค (Public Utility) เช่น กิจการรถไฟ กิจการไฟฟ้า และก๊าซ⁹⁶ มิต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายป้องกันการผูกขาด ดังนั้น แม้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะประกอบกิจการเชิงพาณิชย์ แต่หากเป็นกิจการผูกขาดโดยธรรมชาติ (Natural Monopoly) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะแล้วนั้น ย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมาย AMA ทั้งนี้ บริษัทจำกัดที่ประกอบกิจดังกล่าวอาจยังคงตกอยู่ภายใต้ตามกฎหมายหรือระเบียบของกิจการในแต่ละสาขา (Sectoral Regulation) เสียแทน

2) กรณีการร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดตามกฎหมายเฉพาะรายกิจการ

กฎหมาย AMA ถือเป็นกฎหมายหลักในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโครงสร้าง และพฤติกรรมการผูกขาดทางการค้า โดยที่กฎหมาย AMA ได้บัญญัติยกเว้นให้ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้การกระทำใดตามกฎหมายนั้นไม่ต้องนำกฎหมาย AMA ไปบังคับใช้ โดยที่การกระทำดังกล่าวจะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย AMA แต่ยังคงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเฉพาะ แล้วแต่กรณี เช่น กรณีดำเนินกิจการของบริษัทจำกัดที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือหุ้น และบริษัทจำกัดดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการบริหารจัดการสนามบิน บริษัทจำกัดดังกล่าวนี้ก็ย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลด้านราคา หรือการแข่งขันทางการค้า ภายใต้กฎหมาย The Airport Law หรือในกรณีการดำเนินกิจการของบริษัทจำกัดที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือหุ้นอยู่ในบริษัทกิจการเดินเรือ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าระวางเรือตามที่กระทรวงคมนาคมกำหนด ตามหลักเกณฑ์และบทบัญญัติกฎหมาย The Marine Transport Law เป็นต้น

สรุปได้ว่า บริษัทจำกัดที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นจำนวนเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด ถือเป็นนิติบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Public bodies) หรือที่เรียกว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ในรูปแบบองค์กรธุรกิจตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เมื่อบริษัทจำกัดจัดตั้งขึ้น และมีขอวัตถุประสงค์เพื่อประกอบกิจการเชิงพาณิชย์และอุตสาหกรรม บริษัทจำกัดดังกล่าวย่อมตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (AMA) เช่นเดียวกัน เว้นแต่ เป็นไปตามเงื่อนไขและข้อยกเว้นตามที่กฎหมายประกาศกำหนด

⁹⁵ The Antimonopoly Act, Article 21

⁹⁶ UNCTAD, *Application of Competition Law : Exemptions and Exceptions* [online], May 11, 2021, available from https://unctad.org/system/files/official-document/ditcclpmisc25_en.pdf

บทที่ 4

แนวคิดและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัด โดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แก่บริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไทย

วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น ถือเป็นเครื่องมือรูปแบบหนึ่งที่ประเทศไทยมีแนวคิดนำมาใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะและเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจ โดยได้มีการตรากฎหมายรับรองให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจในการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม การค้าหรือการพาณิชย์ และเพื่อเป็นเครื่องมือในการระดมทุนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละรูปแบบสามารถดำเนินการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชน อาทิ การจัดตั้งบริษัทจำกัด

ปัจจุบัน องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไทยได้มีความพยายามในการจัดตั้งหรือเข้าถือหุ้นบริษัทจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลแยกออกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีอิสระและความคล่องตัวในการดำเนินการภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่เนื่องจากความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดดังกล่าว จึงทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยไม่สามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดได้อย่างแพร่หลาย ซึ่งแตกต่างจากกรณีของรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยรัฐที่แม้ว่าจะยังคงมีความเข้าใจคลาดเคลื่อนและไม่เป็นไปตามหลักการทางวิชาการในบางประการแล้วก็ตาม แต่ย่อมกล่าวได้ว่า การจัดตั้งและดำเนินการของรัฐวิสาหกิจไทยได้มีการพัฒนาจนเกิดเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นระบบมากกว่าวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นอยู่มาก ดังที่ปรากฏในปัจจุบัน ประเทศไทยมีจำนวนรัฐวิสาหกิจกว่า 53 แห่ง¹ ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง แต่ในทางกลับกัน ประเทศไทยมีจำนวนวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นเพียง 2 แห่ง เท่านั้น ได้แก่ บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด และบริษัท ขอนแก่นทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด เท่านั้น ดังนั้น จึงสมควรศึกษาถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไทยในปัจจุบัน เพื่อนำมาพิจารณาและเสนอแนะแนวทางการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์แก่

¹ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ, กระทรวงการคลัง, รัฐวิสาหกิจภายใต้กำกับ [ออนไลน์], 27 มีนาคม 2564. แหล่งที่มา <http://www.sepo.go.th/content/162>

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ประกอบกับ เมื่อบริษัทจำกัดถือเสมือนเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (State as Entrepreneur) ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถใช้อำนาจรัฐหรือเอกสิทธิ์บางประการเพื่อดำเนินกิจการของบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และคุ้มครองประโยชน์สาธารณะแล้ว แต่ในขณะเดียวกัน บริษัทดังกล่าวย่อมสามารถดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์เพื่อแสวงหากำไรจากการค้าและการให้บริการตามวัตถุประสงค์ของบริษัทที่อาจจะกระทบต่อเสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมของเอกชน ดังนั้น จึงสมควรที่จะต้องศึกษาต่อไปด้วยว่า บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยตกอยู่ภายใต้หลักการแข่งขันเสรีและกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนรายอื่นหรือไม่ โดยในบทนี้จะกล่าวถึง หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการจัดตั้งหรือถือหุ้นบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย

4.1 ความเป็นมาของการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย

ประเทศไทยได้มีแนวคิดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในรูปแบบ “บริษัทจำกัด” ขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจและเป็นกลไกในการจัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม โดยแนวคิดการจัดตั้ง ถือหุ้น และดำเนินงานของบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยเกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยรัฐบาลของจอมพลถนอม กิตติขจร โดยพลเอกประภาส จารุเสถียร ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นผู้ริเริ่มในการขอแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้กว้างขวางยิ่งขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถแสวงหารายได้เพิ่มขึ้นสำหรับการจัดทำกิจการต่างๆ ตามหน้าที่ ทั้งยังเป็นการส่งเสริมอาชีพของประชาชนในท้องถิ่น² โดยในระยะเริ่มแรก การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยนั้น มิได้เกิดขึ้นเนื่องด้วยการจัดตั้งตามบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่เกิดขึ้นเนื่องจากเหตุผลทางการเมืองและเศรษฐกิจ เช่น กรณีการร่วมกลุ่มของพ่อค้าและผู้นำทางทหารบางรายเพื่อจัดตั้งบริษัท สหสามัคคีค้าสัตว์ จำกัด ซึ่งมีสถานะเป็นวิสาหกิจเอกชนโดยวัตถุประสงค์เพื่อประกอบกิจการค้าสัตว์ทั้งภายในและภายนอกประเทศ ต่อมาเนื่องจากการเพิ่มทุนจดทะเบียนของบริษัทในปี พ.ศ. 2502 ทำให้ได้มีการเปลี่ยนแปลงจำนวนผู้ถือหุ้นรายใหญ่

² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่...) พ.ศ. (เรื่องพิจารณาเสร็จที่ 255-258/2510),” อ้างถึงใน อยุทธ์ จามิกรณ์, “แนวทางในการก่อตั้ง ถือหุ้น และดำเนินงานบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 53.

ประกอบกับผลจากการตรากฎหมายเกี่ยวกับการฆ่าและค้าสุกร ซึ่งแต่เดิมประกอบกิจการโดยคนจีน และรัฐบาลต้องการเปลี่ยนกิจการดังกล่าวมาเป็นของคนไทยตามแนวนโยบายเศรษฐกิจแบบชาตินิยม จึงได้มีการตรากฎหมายกำหนดให้การตั้งโรงงานฆ่าสัตว์และโรงพักสัตว์ และการดำเนินการฆ่าสัตว์ จะกระทำได้ที่แต่โดยราชการส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยราชการอื่นที่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี หรือโดยบุคคลอื่นใดซึ่งราชการส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยราชการอื่นที่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี มอบหมายให้ได้ทำได้นั้น จึงทำให้เทศบาลกรุงเทพมหานครและเทศบาลนครธนบุรีในขณะนั้น ซึ่งต่อมารวมเป็นเทศบาลนครหลวงและยกฐานะเป็นกรุงเทพมหานครเข้าร่วมถือหุ้นในบริษัทดังกล่าว และเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ทำให้บริษัท สหสามัคคีค้าสัตว์ จำกัด เปลี่ยนสถานะมาเป็นวิสาหกิจมหาชน ท้องถิ่น อย่างเต็มรูปแบบ เป็นต้น³ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2511 ได้มีการแก้ไขกฎหมายให้ สุขาภิบาล เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด สามารถทำการค้าได้ด้วยการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อ ประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค รวมถึงเมืองพัทยา และกรุงเทพมหานคร ในเวลาต่อมา และนับแต่มีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา รัฐบาลได้พยายาม ผลักดันการกระจายอำนาจทางปกครอง รวมถึง การกระจายอำนาจทางการคลังให้แก่องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นไทยอย่างต่อเนื่อง เพื่อจัดทำบริการสาธารณะตามภารกิจที่ได้รับโอนมาจากรัฐบาลส่วนกลาง และทำการค้า ดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์ หรือดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท เพื่อก่อให้เกิดรายได้และงบประมาณแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตาม “พระราชบัญญัติกำหนดแผนและ ขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542” ซึ่งการจัดตั้งบริษัทจำกัดนี้ ถือเป็นเครื่องมือรูปแบบหนึ่งที่รัฐบาลส่วนกลางมอบอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถ จัดตั้งเป็นนิติบุคคลขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะและแสวงหารายได้จากกิจการดำเนินกิจการ นอกเหนือจากการดำเนินการผ่านองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่น ให้มีความคล่องตัว ในการบริหารจัดการบุคลากร งบประมาณ และสามารถดำเนินการในลักษณะที่คล้ายกับ การประกอบกิจการของเอกชน

4.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ปัจจุบัน มาตรา 250 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถร่วมดำเนินการ หรือมอบหมายให้บุคคลอื่นในการ จัดทำบริการสาธารณะหรือกิจกรรมสาธารณะ ซึ่งเป็นหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทพบว่า มีกฎหมายบัญญัติรับรองให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียง 2 ประเภท ได้แก่ เทศบาล

³ ฉัตรเมษ ภิรมย์พานิช, “การจัดตั้งและการดำเนินการของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น : ศึกษากรณี

บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด,” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 70-84.

และ กรุงเทพมหานคร เท่านั้น ที่สามารถจัดตั้งหรือร่วมกับบุคคลอื่นถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ โดยมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ดังนี้

4.2.1 กรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีกฎหมายรับรองการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด

4.2.1.1 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป : เทศบาล

เทศบาลเป็นองค์กรบริหารราชการส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปรูปแบบหนึ่งที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นเมื่อท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งมีสภาพอันสมควรยกฐานะเทศบาล โดยมีจำนวนราษฎรและรายได้พอสมควรแก่การปฏิบัติหน้าที่ตามประเภทของเทศบาล อันได้แก่ เทศบาลตำบล เทศบาลเมือง และเทศบาลนคร ตามที่กฎหมายกำหนด ท้องถิ่นดังกล่าวย่อมสามารถยกฐานะท้องถิ่นของตนและจัดตั้งขึ้นเป็นเทศบาลได้ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ประกอบพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 อันทำให้เทศบาลแต่ละประเภทมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะต่างกัน โดยกฎหมายได้มีการกำหนดรูปแบบได้แก่ การดำเนินการด้วยตนเอง การให้บุคคลอื่นดำเนินการแทน การว่าจ้าง (Out sourcing) การจัดตั้งสหการ (Syndicate) การจัดตั้งบริษัทจำกัด และการร่วมลงทุน เป็นต้น เพื่อให้เทศบาลพิจารณาเลือกใช้เป็นเครื่องมือตามความเหมาะสมในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ละประเภท พร้อมทั้ง กำหนดวิธีการในการแสวงหารายได้ของเทศบาล เช่น การจัดสรร และการจัดเก็บค่าบริการ ค่าธรรมเนียม และภาษีอากรจากการให้บริการแก่ประชาชน เพื่อจัดเป็นงบประมาณของเทศบาลนอกเหนือจากการจัดสรรงบประมาณและรับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลส่วนกลาง อันเป็นการส่งเสริมให้เทศบาลแต่ละแห่งมีอิสระทางการคลังและสามารถบริหารงบประมาณของตนได้ตรงตามเจตนารมณ์ สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนในพื้นที่ได้อย่างอิสระโดยไม่ผูกพันกับการใช้งบประมาณที่ได้รับเพื่อสนองนโยบายจากรัฐบาลส่วนกลางเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

ประกอบกับ ตามมาตรา 57 ตริ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2511 มีเจตนารมณ์ในการประกาศใช้เพื่อให้เทศบาลสามารถลงทุนร่วมกับราชการส่วนท้องถิ่นหรือกับบุคคลอื่น เพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ประชาชนในท้องถิ่นยิ่งขึ้น⁴ และถือเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้เทศบาลซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปเพียงประเภทเดียวที่สามารถเข้าร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด โดยการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลขึ้นใหม่ภายใต้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท และเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ

⁴ “พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 85 ตอนที่ 46 (21 พฤษภาคม 2511).

บางประเภทตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาล โดยบริษัทดังกล่าวมีความคล่องตัว มีอิสระในการบริหารจัดการบุคลากรและการคลัง ภายใต้การควบคุมของเทศบาลตามบทบัญญัติกฎหมายมหาชน เพื่อควบคุมตรวจสอบการดำเนินการของบริษัทจำกัดดังกล่าวให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะในขณะเดียวกัน ซึ่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ดังนี้

“มาตรา 57 ตรี เทศบาลอาจทำการร่วมกับบุคคลอื่นโดยก่อตั้งบริษัทจำกัด หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด เมื่อ

(1) บริษัทจำกัดนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

(2) เทศบาลต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนจดทะเบียนนั้นได้จดทะเบียนไว้ ในกรณีที่มีหลายเทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล หรือสุขาภิบาล ถือหุ้นอยู่ในบริษัทเดียวกันให้นับหุ้นที่ถือกันนั้นรวมกัน และ

(3) ได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย การเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่เทศบาลถืออยู่ในบริษัทจำกัด ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

ความใน (1) และ (2) ของวรรคหนึ่ง ไม่ใช้บังคับในกรณีที่บริษัทจำกัดที่เทศบาลร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นนั้น ไม่มีเอกชนถือหุ้นอยู่ด้วย”

จากหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น สามารถอธิบายได้ดังนี้

1) การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด “ร่วมกับบุคคลอื่น”

ตามมาตรา 57 ตรี วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ที่กำหนดว่า “เทศบาลอาจทำการร่วมกับบุคคลอื่นโดยก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด” นั้น พิจารณาได้ว่า กฎหมายระบุเปิดช่องให้เทศบาล “ร่วมกับบุคคลอื่น” ทำการจัดตั้งบริษัทจำกัด ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ภายใต้การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์บรรพว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท โดยมีได้หมายความร่วมมือถึงการจัดตั้งบริษัทจำกัด โดยเทศบาลใดเทศบาลหนึ่งเพียงแห่งเดียว

2) ขอบวัตถุประสงค์และการดำเนินการของบริษัทจำกัด

บริษัทจำกัดที่เทศบาลร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นกับบุคคลอื่นต้องมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเฉพาะเพื่อ กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เท่านั้น ซึ่งหากบริษัทจำกัดดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อกิจการค้าขายหรือแสวงหากำไรในกิจการประเภทอื่นแล้ว เทศบาลย่อมไม่สามารถจัดตั้งหรือเข้าร่วมถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้นได้ อนุโลมตาม มาตรา 57 ตรี วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กำหนดให้หลักเกณฑ์นี้ไม่บังคับใช้ในกรณีที่

บริษัทจำกัดดังกล่าวไม่มีเอกชนถือหุ้นอยู่ด้วย หรือกล่าวได้อีกนัยว่า หากเทศบาลร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นกับนิติบุคคลมหาชนโดยไม่เอกชนด้วยแล้ว เทศบาลย่อมสามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดให้มีขอบวัตถุประสงค์อื่นใดนอกเหนือจากกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคได้

3) สัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทจำกัด

3.1) กฎหมายกำหนดให้เทศบาลต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนจดทะเบียน โดยในกรณีที่มีหลายเทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบลหรือสุขาภิบาลถือหุ้นอยู่ในบริษัทเดียวกัน ให้นำหุ้นที่ถือกันรวมกัน

อย่างไรก็ดี มาตรา 57 ตรี วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กำหนดยกเว้นให้เทศบาลไม่ต้องถือหุ้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบ หากบริษัทจำกัดดังกล่าวไม่มีเอกชนเข้าร่วมถือหุ้นอยู่เลย ฉะนั้น เทศบาลสามารถเข้าร่วมถือหุ้นในสัดส่วนที่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบของทุนจดทะเบียนทั้งหมดได้ หากบริษัทจำกัดนั้นไม่มีเอกชนร่วมถือหุ้นร่วมอยู่ด้วย

นอกจากเงื่อนไขประการแรก ที่กฎหมายกำหนดให้เทศบาลร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้นต้องเป็นบริษัทที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นกิจการที่เอกชนไม่สามารถประกอบกิจการได้เองโดยลำพัง เว้นแต่ได้รับอนุญาตแล้วนั้น กฎหมายยังกำหนดให้เทศบาลที่ประสงค์จะจัดตั้งหรือถือหุ้นร่วมกับบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดตั้งหรือถือหุ้นร่วมกับบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลเอกชน ต้องเข้าถือหุ้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนจดทะเบียนทั้งหมด เนื่องจากกรณีที่เทศบาลถือหุ้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบจะทำให้เทศบาลเป็นผู้มีสิทธิออกเสียงข้างมากและมีอำนาจในการตัดสินใจครอบงำชี้ขาดในการบริหารกิจการของบริษัทจำกัด โดยการที่กฎหมายกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นเช่นนี้ กฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อให้เทศบาลซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐมีอำนาจในการตัดสินใจและควบคุมการดำเนินการของบริษัทจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริษัทจำกัดที่มีเอกชนเข้าถือหุ้นร่วมอยู่ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้บริษัทดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง กล่าวคือ การประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งนอกจากจะประกอบกิจการเพื่อแสวงหากำไรแล้วนั้น บริษัทดังกล่าวยังคงต้องดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนและเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแก่เทศบาลด้วย และ

3.2) การเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นของเทศบาลในบริษัทจำกัด ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

4) การควบคุมกำกับดูแล

เทศบาลต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ก่อนการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด การที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้แสดงให้เห็นว่า ในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเป็นการดำเนินการที่มีความสำคัญและอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนหรือส่วนรวม กฎหมายจึงได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยซึ่งเป็นผู้แทนของ

รัฐบาลส่วนกลางเป็นผู้พิจารณาอนุมัติการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเสียแทน ซึ่งโดยปกติแล้วอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลเทศบาลเป็นของผู้ว่าราชการจังหวัด ตามมาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

4.2.1.2 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ : กรุงเทพมหานคร

กรุงเทพมหานครเป็นองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษถูกจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น⁵ โดยกฎหมายกำหนดให้มีการแบ่งพื้นที่การบริหารกรุงเทพมหานครออกเป็นเขตและแขวงตามพื้นที่เขตและแขวงที่มีอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ⁶ โดยหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอ้างอิงเขตท้องที่จังหวัดให้หมายถึงกรุงเทพมหานคร อ้างถึงเขตท้องที่อำเภอให้หมายถึงเขต อ้างถึงเขตท้องที่ตำบลให้หมายถึงแขวงของกรุงเทพมหานคร โดยกฎหมายกำหนดให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเองเช่นเดียวกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่นตามนัยมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ประกอบกับบัญญัติรับรองให้กรุงเทพมหานครอาจมีรายได้จากภาษีอากร ค่าธรรมเนียม และเงินรายได้ อาทิ ค่าธรรมเนียมใดๆ ที่เรียกเก็บจากผู้ใช้อหรือได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะที่กรุงเทพมหานครจัดให้มีขึ้นตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

นอกจากการดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์และการจัดเก็บรายได้จากค่าธรรมเนียม ค่าบริการ ภาษีอากร ตามที่กรุงเทพมหานครมีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดแล้วการจัดบริษัทจำกัดเป็นช่องทางหนึ่งที่กฎหมายได้เปิดโอกาสให้กรุงเทพมหานครซึ่งเป็นองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษเพียงแห่งเดียวที่สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด เพื่อดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์หรือจัดทำบริการสาธารณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมได้เช่นเดียวกับกรณีของเทศบาล โดยมีหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ดังนี้

“มาตรา 94 กรุงเทพมหานครอาจทำกิจการร่วมกับบุคคลอื่นโดยก่อตั้งบริษัทหรือถือหุ้นในบริษัทได้ เมื่อ

(1) บริษัทนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะกิจการเป็นสาธารณูปโภค แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงกิจการที่กรุงเทพมหานครได้กระทำอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และ

⁵ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

⁶ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

(2) กรุงเทพมหานครต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินร้อยละห้าสิบของทุนที่บริษัทนั้นจดทะเบียนไว้ ในกรณีที่มีกรุงเทพมหานคร ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นถือหุ้นอยู่ในบริษัทเดียวกัน ให้นำหุ้นที่ถืออยู่นั้นรวมกัน และ

(3) สภากรุงเทพมหานครมีมติให้ความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภากรุงเทพมหานครทั้งหมด และ

(4) ได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย การเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่กรุงเทพมหานครถืออยู่ต้องได้รับอนุมัติจากสภากรุงเทพมหานคร”

จากหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น สามารถอธิบายได้ดังนี้

1) การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด “ร่วมกับบุคคลอื่น”

กฎหมายกำหนดให้ในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทโดยกรุงเทพมหานคร ต้องดำเนินการ “ร่วมกับบุคคลอื่น” ในการก่อตั้งหรือถือหุ้นบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท เท่านั้น โดยกรุงเทพมหานครไม่สามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดได้เอง บริษัทจำกัดของกรุงเทพมหานครนี้มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน และมีความเป็นอิสระในการบริหารจัดการแยกออกจากกรุงเทพมหานคร

2) ขอบวัตถุประสงค์และการดำเนินกิจการของบริษัทจำกัด

บริษัทจำกัดที่กรุงเทพมหานครจัดตั้งหรือเข้าร่วมถือหุ้น ต้องมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการเฉพาะเพื่อ *กิจการเป็นสาธารณูปโภค* เท่านั้น ซึ่งหากบริษัทจำกัดดังกล่าวมีขอบวัตถุประสงค์และดำเนินกิจการอื่นใด ที่มีใช้กิจการเป็นสาธารณูปโภค เช่น กิจการค้าขาย หรือแสวงหากำไรเชิงพาณิชย์ แล้ว กรุงเทพมหานครก็ย่อมไม่สามารถเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดดังกล่าวนั้นได้ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่ามาตรา 94 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ระบุเพียงคำว่า “กิจการเป็นสาธารณูปโภค” โดยมิได้มีการระบุถึงคำว่า “ค้าขาย” ดังเช่นกรณีตามมาตรา 57 ตรี แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งใช้คำว่า “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค” ซึ่งในกรณีนี้ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้ให้ความเห็นว่า แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะมีได้ระบุคำว่า “การค้า” ไว้ เข้าใจได้ว่ากฎหมายเล็งเห็นว่าการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ก็คือ การทำการค้านั่นเอง จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติคำว่า “การค้า” ไว้อีก เพราะจะเป็นการซ้ำซ้อนกัน⁷

⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น,” วารสารนิติศาสตร์ 20, 3 (กันยายน 2546): 142.

อย่างไรก็ดี ตอนท้ายของมาตรา 94 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 กำหนดว่า “แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงกิจการที่กรุงเทพมหานครได้กระทำอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ” นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นว่า กรณีที่กิจการของบริษัทกรุงเทพมหานคร จำกัด จะถือเป็นกิจการที่กรุงเทพมหานครได้กระทำอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ใช้บังคับ ตามข้อยกเว้นในมาตรา 94 (1) ที่ให้กรุงเทพมหานครอาจทำกิจการร่วมกับบุคคลอื่นโดยก่อตั้งบริษัท หรือถือหุ้นในบริษัทได้หรือไม่ นั้น ให้ถือเฉพาะกิจการที่กรุงเทพมหานครได้กระทำร่วมกับบริษัทสหสามัคคีค้าสัตว์ จำกัด อยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ใช้บังคับ ซึ่งเป็นกิจการที่กระทำได้ตามข้อยกเว้นในมาตรา 94 (1) โดยมิได้หมายความว่าถึงกิจการทุกอย่างตามวัตถุประสงค์ของบริษัท และกรณีกรุงเทพมหานครจะทำกิจการร่วมกับบริษัทกรุงเทพมหานคร จำกัด ได้เพียงใด จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่ากิจการที่จะทำนั้นได้กระทำอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ใช้บังคับ ซึ่งอยู่ในข้อยกเว้นหรือไม่เท่านั้น⁸

3) สัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทจำกัด

3.1) กรุงเทพมหานครต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินร้อยละห้าสิบของทุนจดทะเบียนบริษัท และหากบริษัทดังกล่าวมี “บุคคลอื่น” ร่วมถือหุ้นอยู่ด้วยและมีสถานะเป็นส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น กฎหมายกำหนดให้จำนวนหุ้นของส่วนราชการนั้นรวมกับจำนวนหุ้นของกรุงเทพมหานคร

3.2) การเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นของกรุงเทพมหานครในบริษัทจำกัดต้องได้รับอนุมัติจากสภากรุงเทพมหานครตามมาตรา 94 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

4) การควบคุมกำกับดูแล

4.1) การกำกับดูแลกรุงเทพมหานครในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด

4.1.1) ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภากรุงเทพมหานคร

สภากรุงเทพมหานครมีมติให้ความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภากรุงเทพมหานครทั้งหมด โดยการมีมติลงคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบโดยสภากรุงเทพมหานครนั้น เป็นไปตามหลักการบริหารงานราชการส่วนท้องถิ่น

⁸ บันทึก เรื่อง สถานภาพและการดำเนินกิจการของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด (บริษัทสหสามัคคีค้าสัตว์ จำกัด) - คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) - เรื่องเสร็จที่ 99/2539

ที่กฎหมายกำหนดให้มีผู้บริหารท้องถิ่นและสภาท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้ง เพื่อเป็นกลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลการบริหารและดำเนินการของกรุงเทพมหานคร

4.1.2) ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยกรุงเทพมหานครจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อนนั้น เป็นไปตามหลักการควบคุมกำกับดูแลกรุงเทพมหานคร เพื่อควบคุมตรวจสอบให้กรุงเทพมหานครดำเนินการใดๆ ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและตรงตามเจตนารมณ์ของการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ซึ่งต้องคำนึงถึงประโยชน์ของกรุงเทพมหานครและตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในเขตกรุงเทพมหานครเป็นสำคัญ

4.2) การควบคุมบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยกรุงเทพมหานคร ในการกำกับดูแลบริษัทจำกัดของกรุงเทพมหานคร กรุงเทพมหานครได้ตราข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง บริษัทที่กรุงเทพมหานครก่อตั้ง จัดตั้งหรือถือหุ้น พ.ศ. 2552 เพื่อวางหลักเกณฑ์ในการดำเนินการและควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดของกรุงเทพมหานคร⁹ โดยกำหนดให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครมีอำนาจในการกำหนดนโยบายและการดำเนินการของบริษัทในฐานะผู้ถือหุ้น หรือในฐานะผู้ควบคุมชี้ขาดโดยอาศัยอำนาจผ่านทางกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของกรุงเทพมหานคร¹⁰ ตามที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครได้เสนอชื่อของผู้นั้นต่อที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เพื่อแต่งตั้งเป็นกรรมการในบริษัท¹¹

4.2.1.3 สรุปหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจ

จากกรณีที่มีบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ได้แก่ เทศบาล และกรุงเทพมหานคร เพียง 2 กรณี สามารถสรุปหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการจัดตั้งหรือถือหุ้น ในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ดังนี้

1) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น “ร่วมกับบุคคลอื่น” จัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด

⁹ ข้อ 4 แห่งข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง บริษัทที่กรุงเทพมหานครก่อตั้ง จัดตั้ง หรือถือหุ้น พ.ศ. 2552

บัญญัติว่า “บริษัท” หมายความว่า บริษัทจำกัด ซึ่งกรุงเทพมหานครร่วมกับบุคคลอื่นอื่นก่อตั้ง จัดตั้ง หรือถือหุ้น เป็นมูลค่าเกินร้อยละห้าสิบของทุนที่บริษัทนั้นจดทะเบียนไว้”

¹⁰ ข้อ 7 แห่งข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง บริษัทที่กรุงเทพมหานครก่อตั้ง จัดตั้ง หรือถือหุ้น พ.ศ. 2552

¹¹ ข้อ 9 แห่งข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง บริษัทที่กรุงเทพมหานครก่อตั้ง จัดตั้ง หรือถือหุ้น พ.ศ. 2552

จากกรณีการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดตามมาตรา 57 ตรี แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ที่กำหนดให้ เทศบาลอาจทำการ “ร่วมกับบุคคลอื่น” โดยจัดตั้งบริษัทจำกัดถือหุ้นในบริษัทจำกัด และกรณีตามมาตรา 94 แห่ง พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ที่กำหนดให้ กรุงเทพมหานครอาจทำกิจการ “ร่วมกับบุคคลอื่น” โดยก่อตั้งบริษัทหรือถือหุ้นในบริษัทได้นั้น กฎหมายกำหนดให้เทศบาลและกรุงเทพมหานคร อาจร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งบริษัทหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้โดย “บุคคลอื่น” ทั้งที่มีสถานะเป็น เอกชนและนิติบุคคลมหาชนโดยกรณีตามมาตราดังกล่าวมิได้หมายความรวมถึง การจัดตั้งหรือถือหุ้น ด้วยทุน หรืองบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียงแห่งเดียวเท่านั้น

2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค” หรือ “กิจการสาธารณูปโภค” เท่านั้น

ตามบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เทศบาลและกรุงเทพมหานคร ในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายให้อำนาจแก่เทศบาลหรือ กรุงเทพมหานครร่วมกับบุคคลอื่นในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด เฉพาะในกรณีที่บริษัทจำกัด ดังกล่าว มีวัตถุประสงค์ เฉพาะเพื่อ “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค”¹² หรือ “กิจการ เป็นสาธารณูปโภค”¹³ เท่านั้น แสดงให้เห็นว่า หากกรณีเป็นบริษัทจำกัดที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง หรือดำเนินกิจการไปเพื่อกิจการทางค้าและบริการอันมีลักษณะมุ่งแสวงหากำไรจากการดำเนินกิจการ พาณิชยกรรมประเภทอื่น ที่มีชื่อ “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค” หรือ “กิจการเป็นสาธารณูปโภค” แล้ว เทศบาลและกรุงเทพมหานครย่อมไม่สามารถจัดตั้งหรือเข้าร่วมถือหุ้นในบริษัทจำกัดดังกล่าวได้

โดยการพิจารณาว่ากิจการใดถือเป็นกิจการสาธารณูปโภค สามารถพิจารณาได้จากกฎหมาย กฎ/ระเบียบ แนวคำพิพากษาและคำวินิจฉัย ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1) ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ระบุว่า “สาธารณูปโภค” หมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็น ต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์. (อ. public utility)¹⁴

2) บทบัญญัติกฎหมาย ประกาศ หรือระเบียบที่เกี่ยวข้อง

2.1) ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 บัญญัติดังนี้¹⁵

¹² “มาตรา 57 ตรี (1) บริษัทจำกัดนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค”

¹³ “มาตรา 94 (1) “บริษัทนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ...”

¹⁴ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. "สาธารณูปโภค" [ออนไลน์], 28 เมษายน 2564. แหล่งที่มา <https://dictionary.orst.go.th/>

¹⁵ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58, “ราชกิจจานุเบกษา” เล่ม 89, ตอนที่ 15 ก ฉบับพิเศษ (27 มกราคม 2515): 3.

“ข้อ 3 กิจการดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

- (1) การรถไฟ
- (2) การรถราง
- (3) การขุดคลอง
- (4) การเดินอากาศ
- (5) การประปา
- (6) การชลประทาน
- (7) การไฟฟ้า
- (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบ

เส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ

- (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัย

หรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

...

ข้อ 4 ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเว้นแต่ จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี

...”

2.2) มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560¹⁶ บัญญัติว่า “สาธารณูปโภค” หมายความว่า งานอันเกี่ยวกับการประปา การไฟฟ้า การสื่อสาร การโทรคมนาคม การระบายน้ำ การขนส่งทางท่อ ทางน้ำ ทางบก ทางอากาศ หรือทางราง หรือการอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งดำเนินการในระดับพื้นดิน ใต้พื้นดิน หรือเหนือพื้นดิน”

- 3) แนวคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 673/2544 ระบุว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” หมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การรถไฟ การประปา การเดินรถ ประจําทาง การโทรศัพท์ เป็นต้น

- 4) ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา

¹⁶ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560. “ราชกิจจานุเบกษา” เล่ม 134, ตอนที่ 24 ก (24 กุมภาพันธ์ 2560): 13.

4.1) บันทึก เรื่อง การร้องการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 (กรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดจะร่วมกับบริษัทที่เอกชนก่อตั้งขึ้น ก่อตั้งบริษัทจำกัดเพื่อขอประทานบัตรทำเหมืองแร่) ซึ่งได้มีการตีความว่าการที่องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การเหมืองแร่ และบริษัทที่ราษฎรตั้งขึ้นไว้แล้วซึ่งเป็นบริษัทเอกชน จะร่วมกันจัดตั้งบริษัทจำกัด กรณีที่มีเอกชนถือหุ้นร่วมอยู่ด้วย กล่าวคือ กิจการที่จัดทำขึ้นนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อการสาธารณูปโภคเท่านั้น ดังนั้น การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดจะก่อตั้งบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชนเพื่อขอประทานบัตรทำเหมืองแร่ย่อมกระทำมิได้ เนื่องจากการทำเหมืองแร่ไม่อาจจะตีความได้ว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เพราะจะเป็นประโยชน์เพียงแก่บุคคลบางกลุ่มและบางคนในจังหวัดเท่านั้น หาเป็นประโยชน์แก่สาธารณชนทั่วไปไม่¹⁷

4.2) บันทึก เรื่อง การทำกิจการของกรุงเทพมหานคร ตามมาตรา 94 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 – เรื่องเสรีที่ 264/2554

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เห็นว่า พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “สาธารณูปโภค” ไว้ว่า บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์ นอกจากนั้น ในข้อ 3 ของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ได้กำหนดประเภทของกิจการที่เป็นสาธารณูปโภคไว้ ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การชุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ และบรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งในการพิจารณาว่ากิจการใดเป็นกิจการสาธารณูปโภคนั้น กรรมการร่างกฎหมาย (คณะที่ 6) ได้ให้ความเห็นไว้ว่า¹⁸ ต้องพิจารณาจากลักษณะของกิจการนั้นเองว่าเป็นการดำเนินงานเพื่อให้บริการสาธารณะหรือจัดไว้ให้ประชาชนทั่วไปสามารถใช้ประโยชน์ได้โดยตรงหรือไม่

¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามบันทึกเรื่องร้องการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 (กรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดจะร่วมกับบริษัทที่เอกชนก่อตั้งขึ้น ก่อตั้งบริษัทจำกัดเพื่อขอประทานบัตรทำเหมืองแร่)” อ้างถึงใน สิริพร มณีภักดิ์, “การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นในประเทศไทย : ศึกษาจากปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีเทศบาลและกรุงเทพมหานคร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 76.

¹⁸ บันทึก เรื่อง การวางท่อส่งน้ำมันเชื้อเพลิงในเขตทางพิเศษ ส่งพร้อมหนังสือที่ 0601/205 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2534 ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสรีที่ 108/2534)

สำหรับคำว่า กิจการสาธารณูปโภค ตามมาตรา 94 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 นั้น มุ่งหมายถึง การดำเนินการกิจการอันเป็นการให้บริการสาธารณูปโภคแก่ประชาชน แตกต่างจากคำว่า การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาจเป็นการจัดทำกิจการสาธารณูปโภค หรือเพียงแต่การจัดให้มีในลักษณะการรับจ้างก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคก็ได้ ดังนั้น การที่กรุงเทพมหานครมอบหมายให้บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด ก่อสร้างอาคารที่ทำการของหน่วยงานในสังกัดกรุงเทพมหานคร ถนน หรือสะพาน บริษัทดังกล่าว จึงมีฐานะเป็นเพียงผู้รับเหมาก่อสร้างเท่านั้น มิใช่เป็นการประกอบกิจการสาธารณูปโภคตามมาตรา 94 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

จากบทบัญญัติกฎหมาย ประกาศ และคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องข้างต้น สรุปได้ว่า “สาธารณูปโภค” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หมายถึง การดำเนินการที่มีลักษณะและจุดมุ่งหมายเพื่อให้บริการสาธารณะ หรือจัดไว้ให้ประชาชนทั่วไป สามารถเข้าใช้ประโยชน์จากการดำเนินการจัดให้มีสิ่งอุปโภค หรือโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น ต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินทาง การชลประทาน การติดต่อสื่อสาร โดยมีได้หมายรวมถึง การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคในลักษณะถาวรวัตถุ เช่น ถนน สะพาน อาคาร และโดยที่ประเภทของ “กิจการสาธารณูปโภค” นั้นสามารถเปลี่ยนแปลง ไปตามสภาพสังคม และปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องในแต่ละช่วงเวลา

ตามที่กฎหมายบัญญัติรับรองให้เทศบาลและกรุงเทพมหานครสามารถ เข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคนั้น ต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่า ในขณะที่มีการเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดดังกล่าว กิจการใด ถือเป็นกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคและบริษัทดังกล่าวมีวัตถุประสงค์และขอบเขตในการดำเนินการ เป็นไปเพื่อกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือไม่ เพียงใด ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อกิจการ อันเป็นสาธารณูปโภคเท่านั้น เป็นการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการเข้าดำเนินการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด โดยจำกัดเฉพาะกิจการที่เป็นสาธารณูปโภค อันเป็นหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้น และการมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อ กิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ย่อมหมายถึง วัตถุประสงค์ในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ตลอดจน การดำเนินการของบริษัทจำกัดนั้นๆ ด้วย ดังนั้น หากบริษัทจำกัดดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่มีใช่กิจการ อันเป็นสาธารณูปโภค หรือดำเนินการนอกเหนือกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ก็ย่อมไม่สามารถเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดดังกล่าวนั้นได้

3) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องถือหุ้นในบริษัทจำกัดเป็นมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนจดทะเบียนทั้งหมด

หลักเกณฑ์การถือหุ้นในบริษัทจำกัดเป็นมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนจดทะเบียนในลักษณะนี้ เป็นกรณีที่กฎหมายมีเจตนารมณ์ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดนโยบายและมีอำนาจตัดสินใจการบริหารจัดการของบริษัทในฐานะผู้มีสิทธิออกเสียงข้างมากในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เพื่อควบคุมกำกับดูแลให้บริษัทจำกัดดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนจัดตั้งและดำเนินการเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น

4) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาท้องถิ่น

ในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยกรุงเทพมหานคร มาตรา 94 (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 กำหนดให้สภากรุงเทพมหานครต้องมีมติให้ความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภากรุงเทพมหานครทั้งหมด ต่างจากกรณีของเทศบาล ตามมาตรา 57 ทรี (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ที่แม้มิได้กำหนดให้สภาท้องถิ่นมีมติให้ความเห็นชอบในการจัดตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลก็ตาม อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเทศบาลก็ต้องขอความเห็นชอบจากสภาท้องถิ่นก่อนเช่นเดียวกัน

5) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงมหาดไทยโดยตรง ซึ่งการบริหารและการดำเนินการต่างๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นอยู่ภายใต้กำกับดูแลของรัฐบาลส่วนกลางและส่วนภูมิภาคผ่านทางรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือนายอำเภอ แล้วแต่กรณี ตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในกรณีการเสนอจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น จากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติจัดตั้งเทศบาลและกรุงเทพมหานคร จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องเสนอการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเพื่ออนุมัติหรือให้ความเห็นชอบแล้วแต่กรณี ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวถือเป็นกระบวนการตรวจสอบและกำกับดูแลการใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดตั้งหรือถือหุ้นบริษัทจำกัดให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักการกระจายอำนาจ อย่างไรก็ตามในขั้นตอนการเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบนั้น กฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงหลักการ

เงื่อนไข และความจำเป็นในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น การอนุมัติ หรือให้ความเห็นชอบนี้ย่อมเป็นไปโดยดุลยพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยแท้

6) การควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดย องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้ถือหุ้น หรือกรรมการบริหารซึ่งเป็นผู้แทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้มีอำนาจครอบงำชี้ขาด การบริหารจัดการบริษัทจำกัดตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้เป็นเจ้าของ บริษัทจำกัดนั้นประกาศกำหนด

4.2.2 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กฎหมายไม่ได้รับรองการจัดตั้งหรือถือหุ้น ในบริษัทจำกัด

4.2.2.1 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติ กำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ประกอบพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติ องค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นกฎหมายจัดตั้งและบัญญัติให้อำนาจแก่องค์การบริหาร ส่วนตำบลและองค์การบริหารส่วนจังหวัด มีอำนาจหน้าที่และความสามารถในการจัดทำ บริการสาธารณะตามรูปแบบและวิธีการ การดำเนินการพาณิชย์ และการแสวงหารายได้จากการ จัดเก็บค่าบริการ ค่าธรรมเนียม ภาษีอากร หรือวิธีการอื่นตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติจัดตั้งทั้งสองฉบับก็ได้กำหนดให้อำนาจแก่องค์การบริหารส่วนตำบลและ องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจในการจัดตั้งบริษัทจำกัด รวมถึง ร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งหรือ เข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด ซึ่งแตกต่างจากกรณีของเทศบาลตามมาตรา 57 ตรี แห่งพระราชบัญญัติ เทศบาล พ.ศ. 2496 ดังนี้

1) องค์การบริหารส่วนตำบล

องค์การบริหารส่วนตำบลเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป จากการยกฐานะสภาตำบลซึ่งมีรายได้ตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเป็นองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติ สภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งได้กำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบล มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะในพื้นที่ของตน โดยมีการกำหนดประเภทการจัดทำ บริการสาธารณะตามศักยภาพและความเหมาะสมซึ่งพิจารณาจากจำนวนประชากรในพื้นที่และ จำนวนรายได้ที่เพียงพอต่อการดำเนินการ และแม้กฎหมายจะได้กำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบล มีอำนาจในการจัดเก็บค่าธรรมเนียม ค่าใบอนุญาต และภาษีอากร เพื่อเป็นรายได้แก่องค์การบริหาร

ส่วนตำบลแต่ละแห่งก็ตาม อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติจัดตั้งองค์การบริหารส่วนตำบลมีได้บัญญัติรับรองให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจในการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ ในรูปแบบการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับราชการส่วนท้องถิ่นหรือบุคคลคนอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทจำกัดในลักษณะเดียวกับกรณีของเทศบาลตามมาตรา 57 ตรี แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

2) องค์การบริหารส่วนจังหวัด

องค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป ซึ่งมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 กำหนดให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งกฎหมายกำหนดให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเช่นเดียวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่น

จากการพิจารณาพบว่า พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 จะมีได้มีบัญญัติให้อำนาจแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดจัดตั้งบริษัทจำกัด หรือร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดแต่อย่างใด แต่หากพิจารณามาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งกำหนดให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดสามารถดำเนินการพาณิชย์ได้โดยการตราเป็นข้อบัญญัติเกี่ยวกับกิจการพาณิชย์ตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนตามมาตรา 51 (3) แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ประกอบกับระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการดำเนินกิจการพาณิชย์ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2541 ทั้งนี้ ตามข้อ 7 (3) แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการดำเนินกิจการพาณิชย์ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2541 กำหนดให้ในการเสนอข้อบัญญัติเกี่ยวกับกิจการพาณิชย์ องค์การบริหารส่วนจังหวัดต้องระบุลักษณะการลงทุนกิจการพาณิชย์ เช่น ลงทุนเอง หรือจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ หรือในรูปของสหการ หรือเอกชนร่วมลงทุนด้วย จึงมีข้อสังเกตว่า การจัดตั้งบริษัทจำกัดถือเป็นการลงทุนกิจการพาณิชย์อันมีลักษณะเป็นการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ตามกรณีดังกล่าวหรือไม่ องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจในการจัดตั้ง หรือร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดหรือไม่ อย่างไร และหากองค์การบริหารส่วนจังหวัดสามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดซึ่งถือเป็นการดำเนินกิจการพาณิชย์ได้แล้วนั้น กิจการอันเป็นวัตถุประสงค์ในการดำเนินการจะจำกัดอยู่เพียงกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือไม่ และเอกชนสามารถร่วมถือหุ้นในบริษัทจำกัดดังกล่าวได้หรือไม่ อย่างไร

4.2.2.2 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ : เมืองพัทยา

เดิมเมืองพัทยานิยามฐานะเป็นสุขาภิบาล มีพื้นที่เฉพาะตำบลนาเกลือ แต่เนื่องจากเป็นพื้นที่ในเขตพื้นที่ภาคตะวันออกมีอาณาเขตติดทะเล ใกล้แหล่งอุตสาหกรรมหลัก และเป็นแหล่งท่องเที่ยวที่สำคัญของชาวไทยและต่างประเทศ ทำให้สภาพเศรษฐกิจและสังคมของพัทยา ในขณะนั้นขยายตัวอย่างรวดเร็ว อันทำให้ไม่สามารถใช้รูปแบบการปกครองแบบสุขาภิบาลในการบริหาร

และดำเนินงานให้มีประสิทธิภาพได้อีกต่อไป ประกอบกับรัฐบาลได้มีแนวคิดทดลองการใช้รูปแบบการปกครองแบบผู้จัดการเมือง (City Manager) จึงได้ยกระดับและจัดตั้งเมืองพัทยาขึ้น โดยการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 กำหนดให้ “เมืองพัทยา” มีรูปแบบปกครองท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ คือ ผู้จัดการเมือง (City Manager) และมีฐานะเทียบเท่าองค์การบริหารส่วนจังหวัด ซึ่งต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลบังคับใช้ และกำหนดให้ผู้บริหารท้องถิ่นและสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง จึงได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 และตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ขึ้นใหม่ โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ. 2542 เป็นต้นมา

ปัจจุบัน เมืองพัทยาเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้เมืองพัทยาเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอาณาเขตตามเขตเมืองพัทยา มีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะภายในเขตเมืองพัทยาและดำเนินการนอกเขตเมืองพัทยาหากเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่อยู่ภายในเขตเมืองพัทยาและเป็นประโยชน์แก่เมืองพัทยา โดยได้กำหนดให้เมืองพัทยาสามารถดำเนินการพาณิชย์เพื่อแสวงหารายได้ให้แก่เมืองพัทยา นอกเหนือจากการจัดสรรเงินจากรัฐบาลและการจัดเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบริการ ภาษีอากร

โดยที่มาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 กำหนดให้ เมืองพัทยาอาจมอบให้บุคคลอื่นหรือเข้าร่วมกับบุคคลอื่นกระทำการที่อยู่ใน อำนาจหน้าที่ของเมืองพัทยา หากการดำเนินการดังกล่าวเป็นกรณีที่น่าจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการให้บริการแก่ประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพและลดภาระทางการเงินของเมืองพัทยา จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายเปิดโอกาสให้เมืองพัทยาดำเนินการร่วมกับบุคคลอื่นในการดำเนินการใดๆ ได้หากกรณีมีความจำเป็นและเป็นประโยชน์แก่เมืองพัทยา และเพื่อเป็นช่องทางอันสามารถลดภาระทางการเงินให้แก่เมืองพัทยาได้ อย่างไรก็ตาม มาตราดังกล่าวนี้ก็ได้กำหนดถึงรูปแบบหรือวิธีการในการเข้าร่วมกับบุคคลอื่นกระทำการเช่นนั้นว่าเป็นรูปแบบหรือวิธีการใด เข้าร่วมกับบุคคลอื่นกระทำการเช่นว่านั้น หมายความว่าความรวมถึง การเข้าร่วมกับบุคคลอื่นในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดหรือไม่ อย่างไร

ทั้งนี้ ปัจจุบัน ไม่พบว่ามีมาตราใดที่กำหนดให้อำนาจแก่เมืองพัทยาสามารถเข้าร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ดังเช่นกรณีของกรุงเทพมหานคร ซึ่งถือเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษเช่นเดียวกัน

4.3 สถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งเทศบาลและกรุงเทพมหานคร และบทบัญญัติกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง กลับไม่พบว่า มีบทบัญญัติกฎหมายใดกำหนดสถานะของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งแตกต่างจากบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยรัฐบาลหรือกิจการที่รัฐเป็นเจ้าของ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ภายใต้ขอบเขตและเจตนารมณ์การใช้บังคับกฎหมายที่แตกต่างกันในแต่ละฉบับ

การพิจารณาว่าบริษัทจำกัดที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยจัดตั้ง หรือร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งหรือถือหุ้นมีสถานะทางกฎหมายอย่างไรนั้น สามารถพิจารณาได้โดยอาศัยหลักเกณฑ์สำคัญ ดังนี้

4.3.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย

ประเทศไทยมิได้การจำกัดความและแบ่งแยกประเภทของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนและนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน โดยสามารถพิจารณาแบ่งแยกได้จากหลักเกณฑ์และบทบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

4.3.1.1 หลักเกณฑ์การแบ่งประเภทนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน หมายถึง นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นโดยความสมัครใจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ตกลงเข้าร่วมกันจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นตามกฎหมายเอกชน เช่น การจัดตั้งองค์กรขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งตามมาตรา 65 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า นิติบุคคลจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ทั้งนี้ นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนย่อมมีความสัมพันธ์กับบุคคลหรือนิติบุคคลอื่นบนพื้นฐานของความสมัครใจและความเท่าเทียมภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน โดยอาจจำแนกได้เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร เช่น ห้างหุ้นส่วน บริษัท และนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร เช่น มูลนิธิ สมาคม เป็นต้น

นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน หมายถึง นิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นโดยตรงของรัฐและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมหาชนตามวัตถุประสงค์ของรัฐ เพื่อดำเนินการตามกฎหมายให้อำนาจภายใต้การควบคุมของรัฐ โดยมีนักวิชาการได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสถานการณ์เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ตามที่ รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย เห็นว่า นิติบุคคลมหาชนเป็นนิติบุคคลที่มีอำนาจและหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นภารกิจของรัฐ เช่น การรักษาความมั่นคงปลอดภัย การรักษาความสงบเรียบร้อย หรือการทํานุบำรุงความเป็นอยู่ของราษฎร

ให้มีมาตรฐานที่ดี นิติบุคคลจึงหมายถึงรัฐ หน่วยงานทางปกครอง หรือองค์การมหาชนที่จัดทำบริการสาธารณะด้านต่างๆ¹⁹

อย่างไรก็ดี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้วางหลักเกณฑ์ในการแยกความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน 3 หลักเกณฑ์²⁰ ดังนี้

1. นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนจะต้องจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายมหาชน เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา หรือกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ได้แก่ ราชการส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น ที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเฉพาะ ดังเช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (กนอ.) เป็นต้น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 รวมถึง การจัดตั้งองค์การมหาชน เช่น โรงพยาบาลบ้านแพ้ว ที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาโรงพยาบาลบ้านแพ้วที่ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 เป็นต้น ซึ่งทำให้การใช้อำนาจและการกระทำใดๆ ของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนย่อมต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมหาชนทั้งสิ้น และต้องดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

2. นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนจะต้องมีอำนาจมหาชน (pouvoir public) ซึ่งแสดงออกถึงการมีสถานะที่เหนือกว่าหรือมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชน โดยสามารถออกคำสั่งหรือบังคับเอากับเอกชนฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมหรือความสมัครใจแต่อย่างใด เช่น การออกคำสั่งให้ดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ การอนุญาต การแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิของเอกชนบางประการ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การจัดเก็บภาษี เป็นต้น ทั้งนี้ การใช้อำนาจมหาชนดังกล่าวต้องเป็นไปตามขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

3. นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนจะต้องมีกิจกรรมที่เรียกว่า บริการสาธารณะ (Public Service) ซึ่งเป็นกิจกรรมที่รัฐต้องจัดให้มีเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม มิใช่เป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ส่วนตน หรือดำเนินการเชิงธุรกิจการค้าเพื่อมุ่งแสวงหากำไร ดังเช่นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนทั่วไป

¹⁹ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), หน้า 192.

²⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “สถานะทางกฎหมายของรัฐวิสาหกิจไทย,” ใน รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 210-212.

4.3.1.2 หลักเกณฑ์การแบ่งประเภทนิติบุคคลตามหลักกฎหมายมหาชนไทย

โดยหลักแล้ว รัฐเป็นนิติบุคคลโดยสภาพ แม้ประเทศไทยจะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ารัฐเป็นนิติบุคคล รัฐจึงไม่เป็นบุคคลตามกฎหมายไทย โดยยอมรับกันว่ารัฐเป็นนิติบุคคลในทางระหว่างประเทศ ส่วนนิติบุคคลอื่นที่จัดตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมายนั้นอาจแบ่งได้เป็น นิติบุคคลที่มีการระบุไว้ในกฎหมายชัดเจนว่าเป็น “หน่วยงานของรัฐ” หรือ “หน่วยงานทางปกครอง” และนิติบุคคลที่ไม่ได้มีการระบุไว้ในกฎหมายโดยชัดเจนว่าเป็นนิติบุคคลมหาชนหรือไม่ เช่น องค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพ องค์กรทางศาสนาซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย และองค์กรตัวแทนผู้ประกอบการอาชีพบางอาชีพ²¹

ศาสตราจารย์ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ เห็นว่า กรณีที่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานหรือองค์กรใดเป็น “หน่วยงานของรัฐ” หรือ “หน่วยงานทางปกครอง” เช่น มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้น กฎหมายมีเจตนารมณ์ในการกำหนดให้หน่วยงานดังกล่าวมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชนที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะและมีเอกสิทธิ์มหาชนเหนือเอกชน โดยพอสรุปได้ว่า มีนิติบุคคลที่ถือเป็นนิติบุคคลมหาชนโดยผลของกฎหมาย ดังนี้

- (1) ส่วนราชการที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของรัฐบาล
- (2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
- (3) รัฐวิสาหกิจ
- (4) หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและมีใช้รัฐวิสาหกิจที่อยู่ภายใต้

กำกับดูแลของรัฐบาล

- (5) หน่วยงานธุรการหรือหน่วยงานที่อยู่ภายใต้กำกับดูแลของรัฐสภา

ศาล หรือ องค์กรอิสระ

จากหลักเกณฑ์ข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นการจัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท โดยมีได้จัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมหาชน อาทิ พระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนหรือนิติบุคคลเอกชน โดยมีสิทธิและหน้าที่เป็นไปตามขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนจัดตั้ง

²¹ชาญชัย แสวงศักดิ์, รัฐและนิติบุคคลมหาชน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 98-107.

อย่างไรก็ดี แม้บริษัทจำกัดดังกล่าวจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายดังเช่นบริษัทจำกัดของเอกชนโดยทั่วไปก็ตาม แต่ในขณะเดียวกัน เมื่อการจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายมหาชนและต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ดังนั้น บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยยังคงต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายมหาชนในบางกรณี เช่น การอยู่ภายใต้การกำกับดูแลหรือตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับกรณีรัฐวิสาหกิจในรูปแบบบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด

4.3.2 การพิจารณาตามหลักเกณฑ์การเป็น “วิสาหกิจมหาชน”

วิสาหกิจมหาชน (Enterprise publique) ในภาษาฝรั่งเศส หรือ (Public Enterprise) ในภาษาอังกฤษ ซึ่งในประเทศต่างๆ หมายความว่า วิสาหกิจที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือนิติบุคคลอื่นๆ เป็นผู้ประกอบการ²² โดยวิสาหกิจมหาชนถือเป็นเครื่องมือของรัฐที่เกิดจากการจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานธุรกิจตามหลักการกระจายอำนาจทางเทคนิคหรือทางการบริการเพื่อเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจในฐานะผู้ประกอบการ (State as Operator) เพื่อจัดทำภารกิจของรัฐหรือการจัดทำบริการสาธารณะด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งเป็นภารกิจที่ไม่อาจทำได้โดยส่วนราชการหรือองค์กรของรัฐรูปแบบอื่นให้มีประสิทธิภาพได้ วิสาหกิจมหาชนนี้ถือเป็นองค์กรหรือนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นใหม่ให้มีความเป็นอิสระแยกออกจากหน่วยงานของรัฐ มีอิสระในการบริหารบุคลากรและการเงิน โดยอยู่ภายใต้ระบบการตรวจสอบในลักษณะที่เรียกว่า “การกำกับดูแล” (tutelle) จากองค์กรของรัฐเสมอ²³

ปัจจุบัน ยังไม่พบว่า มีบทบัญญัติกฎหมายของไทยฉบับใดให้คำจำกัดความของคำว่า “วิสาหกิจมหาชน” ไว้ในกฎหมาย มีเพียงแต่การให้คำจำกัดความของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ในลักษณะที่เป็นการแจกแจงรายการประเภทองค์กร (Organization) หรือหน่วยธุรกิจ (Entity) ที่อยู่ในข่ายที่เป็นรัฐวิสาหกิจที่แตกต่างกันตามเจตนารมณ์การใช้บังคับกฎหมายแต่ละฉบับ เช่น ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2560 ดังที่กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังมีความเข้าใจลักษณะและบริบทของคำว่า “วิสาหกิจมหาชน” และ “รัฐวิสาหกิจ” คลาดเคลื่อน อันนำมาซึ่งการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะที่ไม่ถูกต้องและไม่สอดคล้องกับลักษณะขององค์กร ดังนั้น เมื่อต้องพิจารณาว่า “บริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” ถือเป็น วิสาหกิจมหาชนหรือไม่ ย่อมต้องนำหลักเกณฑ์จากทฤษฎีกฎหมายมหาชนมาพิจารณาเสียแทน

²² ชาดูชัย แสงศักดิ์, หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์กรมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2542), หน้า 53.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 103.

จากหลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นวิสาหกิจมหาชนตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 สรุปได้ว่า การที่องค์กรหรือหน่วยงานใดจะมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนได้นั้น ย่อมต้องปรากฏว่าเป็นกรณีที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือนิติบุคคลมหาชนอื่น เข้าจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่ ตามกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม หรือประกอบการธุรกิจการค้าในเชิงพาณิชย์ มีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากรัฐ และมีความเป็นอิสระในการบริหารงานและงบประมาณ โดยรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าจัดตั้งเป็นเจ้าของทุน ในวิสาหกิจทั้งหมดหรือเกินกว่าร้อยละ 50 หรือมีอำนาจครอบงำเหนือคณะกรรมการบริหาร หรือมีอำนาจตัดสินใจในการบริหารกิจการขององค์กรนั้น ทั้งนี้ วิสาหกิจมหาชนนั้นมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะควบคู่กัน

ดังนั้น หากพิจารณาสถานะความเป็นวิสาหกิจมหาชนของบริษัทจำกัด ที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย เมื่อปรากฏว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้จัดตั้งบริษัท จำกัด ขึ้นด้วยทุนจดทะเบียนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหมด หรือการเข้าร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีจำนวนหุ้นเกินกว่า ร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด และเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัดในลักษณะเป็นการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน แยกต่างหากจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ประกอบกับตามมาตรา 57 ตรี (1) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติว่า (1) บริษัทจำกัดนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค และมาตรา 94 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 บัญญัติว่า บริษัทนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะกิจการเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งในกรณีนี้ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ มีความเห็นว่าแม้กฎหมายในกรณีของกรุงเทพมหานครไม่ได้ระบุคำว่า “ค้าขาย” ไว้ ซึ่งเข้าใจได้ว่า กฎหมายเล็งเห็นว่าการก่อตั้งบริษัทจำกัดนั้นคือการทำการค้า จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติคำว่า “การค้า” ไว้อีก²⁴ ดังนั้น จึงถือได้ว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์กำหนดให้บริษัทจำกัดที่เทศบาลหรือกรุงเทพมหานครจัดตั้งขึ้นมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม โดยสามารถมีการเรียกเก็บค่าบริการจากการให้บริการประชาชน ในลักษณะการทำการค้าเชิงพาณิชย์ได้ ทั้งนี้ บริษัทดังกล่าวมีการดำเนินงานภายใต้การกำกับดูแลของเทศบาลหรือกรุงเทพมหานครในลักษณะที่เทศบาลหรือกรุงเทพมหานครเข้าเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ซึ่งมีอำนาจในการครอบงำชี้ขาดเหนือการบริหารงานบริษัท จึงสรุปได้ว่า บริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้น

²⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, รวมบทความกฎหมายการปกครองท้องถิ่น (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2539), หน้า 49.

โดยเทศบาลหรือกรุงเทพมหานคร หรือองค์กรปกครองท้องถิ่นรูปแบบอื่นมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชน หรือที่เรียกว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น”

4.3.3 การพิจารณาตามหลักเกณฑ์ความเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามบทบัญญัติกฎหมายไทย

ความเป็นมาของรัฐวิสาหกิจไทยเกิดขึ้นนับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาสู่ระบอบประชาธิปไตย พ.ศ. 2475 รัฐบาลไทยโดยนักการเมืองในช่วงเวลาดังกล่าวได้มีแนวคิดให้รัฐบาลเข้าแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ โดยมีการเสนอให้รัฐเป็นผู้วางแผนและบริหารกิจกรรมทางเศรษฐกิจของประเทศเป็นหลัก รวมถึงเข้าจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนขึ้นเพื่อเป็นกลไกในการดำเนินงานของรัฐในทางเศรษฐกิจในฐานะผู้ประกอบการ ทั้งนี้ การจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนของไทยมีเหตุผลและความจำเป็นหลายประการ เช่น การวางแผนและดำเนินการตามระบบเศรษฐกิจของประเทศ การเข้าดำเนินการโดยรัฐเพื่อเป็นแบบอย่างให้แก่ผู้ประกอบการเอกชน การเข้าจัดตั้ง ยึด หรือถ่ายโอนกิจการเพื่อกีดกันการค้าของชาวต่างชาติและพัฒนาการพาณิชย์ให้ก้าวหน้าภายใต้การดำเนินงานของคนไทยตามแนวคิดลัทธิชาตินิยมและนโยบายทุนนิยมโดยรัฐ การสร้างฐานอำนาจและความชอบในการแสวงหาประโยชน์ของนักการเมืองและนายทุนจากการเข้าดำเนินงานโดยอาศัยรัฐบาลเป็นเครื่องมือ รวมถึง การเข้าแก้ไขสภาวะทางเศรษฐกิจและวางรากฐานโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เป็นต้น ประกอบกับ ภายหลังจากปี พ.ศ. 2496 เป็นต้นมาได้มีแนวคำพิพากษายอมรับให้ฝ่ายบริหารอาจทำการค้าหากำไรได้ โดยต้องมีใช้กิจการที่มุ่งเอากำไรเพียงอย่างเดียว²⁵ ดังนั้น จึงส่งผลให้รัฐบาลมีแนวคิดในการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนมากขึ้นตามลำดับจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2502 ที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเห็นพ้องต้องตรงกันว่ารัฐอาจดำเนินการค้าขายได้ และสมควรบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน จึงได้มีการจำกัดคำนิยามซึ่งใช้เรียกหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐซึ่งดำเนินงานในทางเศรษฐกิจการค้าโดยเฉพาะ เพื่อให้เห็นว่าเป็นไปต่างไปจาก “ส่วนราชการ” ที่เรียกว่า “รัฐวิสาหกิจ” ที่มาจากภาษาอังกฤษว่า “Public Enterprise” เพื่อรับรองหน่วยงานประเภทองค์กรของรัฐบาล หน่วยงานธุรกิจของรัฐ และบริษัทที่รัฐถือหุ้นส่วนข้างมากไว้เป็นทางการครั้งแรก ตามที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ

²⁵ ฎีกาที่ 559/2496, อ่างใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 57.

สภาพัฒนาการเศรษฐกิจแห่งชาติ พ.ศ. 2502 ซึ่งได้ถูกยกเลิกและมีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2561²⁶

ปัจจุบัน ประเทศไทยมีบทบัญญัติกฎหมายรับรองเฉพาะสถานะของ “รัฐวิสาหกิจ” เท่านั้น และให้คำจำกัดความในลักษณะที่เป็นการแจกแจงรายการประเภทของรัฐวิสาหกิจ โดยมีได้มีการให้คำจำกัดความซึ่งเป็นลักษณะของรัฐวิสาหกิจแต่อย่างใด อีกทั้งยังมีการจำกัดค่านิยามตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับที่แตกต่างกัน ดังนั้น ในการพิจารณาว่าองค์กรหรือหน่วยงานใดมีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามกฎหมายไทย อาจจะยังไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปตามหลักการทางกฎหมายเท่าใดนัก อย่างไรก็ตาม ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือข้อความคิดอันเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาองค์กรที่มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” คือ 1) มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเฉพาะหรือตามพระราชกฤษฎีกา หรือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (รวมถึง กรณีกิจการที่รัฐตั้งขึ้นตามมติของคณะรัฐมนตรีและไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคล) 2) ประกอบกิจการทางการค้าหรืออุตสาหกรรมเพื่อแสวงหากำไร 3) รัฐหรือส่วนราชการถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50²⁷ ทั้งนี้ สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติกฎหมายที่สำคัญ ดังนี้

1) พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 บัญญัติดังนี้

“มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“ส่วนราชการ” หมายความว่ากระทรวงทบวงกรมหรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมและให้หมายความรวมถึงจังหวัดและกลุ่มจังหวัดตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินด้วย

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล กิจการของรัฐซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งขึ้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

²⁶ พระราชบัญญัติสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2561. "ราชกิจจานุเบกษา" เล่ม 135, ตอนที่ 112 ก. 30, 28 ธันวาคม 2561.

²⁷ Benoit Jeaneau, *Droit des Services Publics et des Entreprises Nationales* (Paris: Dalloz, 1984), 46-47, อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, “สถานะทางกฎหมายของรัฐวิสาหกิจไทย,” ใน *รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 214.

(3) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการ และรัฐวิสาหกิจตาม (1) หรือ (2) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (1) และ (2) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (2) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ”

2) พระราชบัญญัติสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2561 บัญญัติดังนี้

“มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(๑) องค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล กิจการของรัฐซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งขึ้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ

(๒) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่กระทรวงการคลัง หรือรัฐวิสาหกิจตาม (๑) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

ทั้งนี้ ความใน (๑) และ (๒) ไม่รวมถึงหน่วยงานที่ประกอบธุรกิจสถาบันการเงินหรือธุรกิจประกันภัย”

3) พระราชบัญญัติการพัฒนากำกับดูแลและบริหารรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2562 บัญญัติดังนี้

“มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล กิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่กระทรวงการคลัง มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ”

4) พระราชบัญญัติการพัฒนากำกับดูแลและบริหารรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2562 บัญญัติดังนี้

“มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล กิจการของรัฐ ตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่กระทรวงการคลัง มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายข้างต้น โดยเฉพาะบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 กำหนดให้บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด

ที่มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” นั้น เป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการ ซึ่งหมายความถึง กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม หรือกรณีที่กระทรวงการคลังหรือรัฐวิสาหกิจมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ ดังนั้น องค์กร ที่มีสถานะทางกฎหมายเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามบทบัญญัติข้างต้น จึงหมายความถึงเฉพาะกรณี บริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยรัฐหรือรัฐบาลส่วนกลางเท่านั้น โดยมิได้หมายความรวมถึง บริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

อย่างไรก็ดี กฎหมายบางฉบับกำหนดให้บริษัทที่จัดตั้งหรือถือหุ้น โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ดังนี้

1) พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562²⁸
 บัญญัติดังนี้

“มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล หรือกิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ หรือองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

(3) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ หรือองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจตาม (๑) หรือ (๒) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่า ร้อยละห้าสิบ

“องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” หมายความว่า องค์กรบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์กรบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ที่มีกฎหมายจัดตั้ง”

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ตราขึ้นโดย มีเจตนารมณ์ใช้บังคับเพื่อเป็นกฎหมายกลางในการกำหนดขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุน หลักเกณฑ์และมาตรฐานการดำเนินโครงการลงทุนของรัฐในกิจการที่หน่วยงานของรัฐหน่วยงานใด หน่วยงานหนึ่งหรือหลายหน่วยงานรวมกันมีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามกฎหมายหรือกฎ หรือ

²⁸ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 29 (10 มีนาคม 2562): 1.

ที่มีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งตามนิยามคำว่า “โครงการ” และมีการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใดหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาตหรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดตามนิยามคำว่า “ร่วมลงทุน” ซึ่งแสดงถึงความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งต้องมีการจัดสรรความเสี่ยงและผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่เอกชนอย่างเป็นธรรมโดยคำนึงถึงความสำเร็จของโครงการร่วมลงทุนและความคุ้มค่าในการดำเนินโครงการร่วมลงทุน โดยขอบเขตของโครงการร่วมลงทุนจะต้องเป็นกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน โดยพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ “หน่วยงานของรัฐ” ที่ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ หมายถึง ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ประกอบกับตามมาตรา 4 วรรคห้า (2) กำหนดให้ บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ ซึ่งเป็นบริษัทแม่ และมาตรา 4 วรรคห้า (3) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ซึ่งมีสถานะเป็นบริษัทลูก ถือเป็นรัฐวิสาหกิจภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

หรือตามที่รัฐวิสาหกิจ (Public enterprise) หมายถึง หน่วยงานหรือ องค์กรของรัฐที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายทางด้านธุรกิจ ซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจการที่เป็นสาธารณูปโภค หรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ในการผลิตสินค้า หรือบริการ หรือสาธารณูปการที่มีความสำคัญหรือจำเป็นต่อการดำรงชีพของประชาชน ซึ่งสามารถเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชน ผู้ใช้บริการได้ หรือเพื่อแสวงหากำไร

ดังนั้น บริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยเทศบาล ได้แก่ บริษัท ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด หรือบริษัทจำกัดที่เข้าถือหุ้นโดยกรุงเทพมหานครในสัดส่วนจำนวนหุ้นร้อยละ 99 ของทุนจดทะเบียน ได้แก่ บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด ย่อมมีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และหากบริษัทจำกัดร่วมลงทุนกับเอกชนในการดำเนินโครงการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ บริษัทจำกัดดังกล่าวก็ย่อมต้องดำเนินการตามกระบวนการและขั้นตอนที่บัญญัติตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ต่อไป

ฉะนั้น ในปัจจุบันเป็นการยากที่จะพิจารณาว่าบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดมีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามกฎหมายไทยหรือไม่ ย่อมต้องพิจารณาตามเจตนารมณ์และขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายแต่ละฉบับ เนื่องจากรัฐวิสาหกิจบางแห่งอาจจะมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามความหมายของกฎหมายฉบับหนึ่ง แต่อาจมิได้มีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามความหมายของกฎหมายอื่น ดังที่เห็นได้ว่า แม้มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการกำหนดกว่าองค์กรใด

หรือกิจการใดมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจหรือไม่ โดยบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น “ไม่เป็นรัฐวิสาหกิจ” ตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าว แต่ในขณะเดียวกันมีกฎหมายบางฉบับ เช่น มาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ที่บัญญัติให้ บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ดังนั้น บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงตกอยู่ภายใต้บังคับ แห่งพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

4.3.4 การพิจารณาตามแนวทางการเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา

1) บันทึก เรื่อง สถานภาพและการดำเนินกิจการของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด (บริษัทสหสามัคคีค้าสัตว์ จำกัด) - คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) - เรื่องเสร็จที่ 99/2539

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๓) ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ว่ากรุงเทพมหานครจะมีทุนในบริษัทกรุงเทพมหานคร จำกัด เกินกว่าร้อยละ 50 แต่กรุงเทพมหานคร เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นและมีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นตามนัยมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มิใช่ส่วนราชการตามความหมายของบทนิยาม คำว่า ส่วนราชการ ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีกรงบประมาณ พ.ศ. 2502 บริษัทกรุงเทพมหานคร จำกัด จึงไม่มีสถานภาพเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทบริษัทตามบทนิยามคำว่า รัฐวิสาหกิจ ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ บริษัทกรุงเทพมหานคร จำกัด ก็มีชื่อองค์การของรัฐบาลและหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของตามบทนิยามคำว่า รัฐวิสาหกิจ ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย ดังนั้น บริษัทกรุงเทพมหานคร จำกัด จึงไม่ใช่รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ

2) บันทึก เรื่อง สถานภาพของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด (บริษัท กรุงเทพมหานครฯ) และการดำเนินโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครส่วนต่อขยาย และโครงการรถโดยสารประจำทางด่วนพิเศษ (BRT) ของกรุงเทพมหานคร - คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) - เรื่องเสร็จที่ 222/2550

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) มีความเห็นตามข้อหาหรือว่า เมื่อบริษัทกรุงเทพมหานครฯ เป็นกิจการที่อยู่ในอำนาจควบคุมหรือกำกับของกรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่น ดังนั้น บริษัท กรุงเทพมหานครฯ จึงไม่ใช่ เอกชน เนื่องจากคำว่า เอกชน หมายความว่า บุคคลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจควบคุมหรือกำกับของรัฐบาล และหมายความรวมถึงบุคคล ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจควบคุมหรือกำกับของราชการส่วนท้องถิ่นด้วย กรณีตามข้อหาเรื่องนี้ จึงไม่ถือเป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการ

ของรัฐ พ.ศ. 2535²⁹ และไม่ถือว่าเป็นการมอบให้ เอกชนกระทำกิจการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครตามมาตรา 96 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

จากข้อหาหรือของกรุงเทพมหานคร ประกอบความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้น พิจารณาได้ว่า บริษัท กรุงเทพธนาคมฯ ซึ่งเป็นบริษัทจำกัดที่กรุงเทพมหานครเข้าถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 99 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดนั้น ตามเรื่องเสรีที่ 99/2539 คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าเป็นบริษัท กรุงเทพธนาคมฯ มิใช่ส่วนราชการตามความหมายของบทนิยามคำว่า ส่วนราชการ และมีข้อเท็จจริงของรัฐบาลและหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของตามบทนิยามคำว่า รัฐวิสาหกิจ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 บริษัทกรุงเทพธนาคมฯ ดังนั้น บริษัท กรุงเทพธนาคมฯ จึงไม่ใช่รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ และตามเรื่องเสรีที่ 222/2550 เมื่อบริษัท กรุงเทพธนาคมฯ เป็นกิจการที่อยู่ในอำนาจควบคุมหรือกำกับของกรุงเทพมหานครซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่น ดังนั้น บริษัท กรุงเทพธนาคมฯ จึงไม่ใช่ เอกชน เนื่องจากคำว่า เอกชน หมายความว่าบุคคลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจควบคุมหรือกำกับของรัฐบาล และหมายความรวมถึงบุคคลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจควบคุมหรือกำกับของของราชการส่วนท้องถิ่นด้วย กรณีตามข้อหานี้จึงไม่ถือว่าเป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า บริษัท กรุงเทพธนาคมฯ ไม่ถือเป็นเอกชนและไม่มีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า การให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นการตีความถึงสถานะของบริษัท กรุงเทพธนาคมฯ ภายใต้บังคับกฎหมายที่แตกต่างกันแล้วแต่กรณี อันอาจทำให้บริษัท กรุงเทพธนาคมฯ มีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันตามคำนิยามหรือคำจำกัดความของกฎหมายแต่ละฉบับ ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า เมื่อบริษัท กรุงเทพธนาคมฯ มีสถานะเป็นนิติบุคคลโดยกรุงเทพมหานครเป็นผู้ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 และเป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการพาณิชย์

²⁹ มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

ฯลฯ

ฯลฯ

*ปัจจุบันยกเลิกแล้วและใช้บังคับตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2560

ของกรุงเทพมหานคร บริษัท กรุงเทพมหานครฯ จึงมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนของกรุงเทพมหานคร หรือที่เรียกว่าเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” แยกเป็นเอกเทศออกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะวิสาหกิจมหาชนตามทฤษฎี และหลักกฎหมาย

4.4 การควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เนื่องด้วยบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจ ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเพื่อตอบสนองความต้องการ ให้แก่ประชาชนในท้องถิ่น บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงถือเป็นหน่วยธุรกิจของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีความใกล้ชิดกับประชาชนและมีความสำคัญในการวางรากฐาน ทางเศรษฐกิจและสังคมเพื่อนำไปสู่การพัฒนาและเพิ่มศักยภาพของประเทศ ดังนั้น การตัดสินใจ และการดำเนินการใดๆ ของบริษัทจำกัดดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนในท้องถิ่น และต่อประเทศในทุกด้าน และหากมีการใช้อำนาจมหาชนย่อมถือเป็นการเข้าแทรกแซงและลิดรอนสิทธิ บางประการของประชาชนอีกด้วย ประกอบกับเมื่อการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้น จำต้องมีการนำเงินงบประมาณหรือเงินที่ได้จากการจัดเก็บภาษีของประชาชนไปเป็นทุน ในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด โดยบริษัทมีอิสระแยกออกจากระบบราชการขององค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น และมีอิสระในการกำหนดนโยบายและบริหารให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบริษัทนั้น ด้วยสาเหตุข้างต้นนี้ อาจส่งผลให้บริษัทจำกัดได้รับความเสี่ยงจากความล้มเหลวในการบริหารงาน และไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องจัดให้มีการกำกับดูแล การใช้อำนาจมหาชนในการตัดสินใจให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้การดำเนินงาน ของบริษัทจำกัดดังกล่าวเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ คุ่มค่า และเกิดประโยชน์แก่ประชาชนในท้องถิ่น อีกทั้ง เป็นไปตามขอบเขตและเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

4.4.1 การกำกับดูแลการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

จากบทบัญญัติให้ในกรณีการร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นบริษัทจำกัดโดยเทศบาลนั้น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตรี (3) บัญญัติให้ เทศบาลต้องได้รับอนุมัติ จากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และตามวรรคสอง บัญญัติให้ การเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้น ที่เทศบาลถืออยู่ในบริษัทจำกัดต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเช่นเดียวกัน และในกรณีการร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นบริษัทจำกัดโดยกรุงเทพมหานครพระราชบัญญัติระเบียบบริหาร ราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 94 (3) บัญญัติให้ กรุงเทพมหานครต้องได้รับมติ ให้ความเห็นชอบจากสภากรุงเทพมหานครด้วยคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิก สภากรุงเทพมหานครทั้งหมด และ (4) ได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

ตามลำดับ ทั้งนี้ วรรคสอง บัญญัติให้ การเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่กรุงเทพมหานครถืออยู่ ต้องได้รับอนุมัติจากสภากรุงเทพมหานครเช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่า การจัดตั้งหรือถือหุ้นของเทศบาลและกรุงเทพมหานคร ย่อมต้องผ่านสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนเสียก่อนเสมอ นอกจากนี้ การจัดตั้ง ถือหุ้น ย่อมต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งถือเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ในสังกัดของกระทรวงมหาดไทย เพื่อพิจารณาการดำเนินการตามกระบวนการขั้นตอนของกฎหมายและกำกับดูแลและตรวจสอบ การใช้ดุลยพินิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดตั้งบริษัทจำกัดให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นเทศบาลหรือกรุงเทพมหานครย่อมต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยหรือได้รับอนุมัติจากสภากรุงเทพมหานคร แล้วแต่กรณี กรณีการให้ความเห็นชอบและการอนุมัติดังกล่าวเช่นนี้ ถือเป็นการใช้อำนาจกำกับดูแลในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนที่จะทำการจัดตั้งบริษัทจำกัด

4.4.2 การควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้ถือหุ้น หรือกรรมการบริหารซึ่งเป็นผู้แทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้มีอำนาจครอบงำชี้ขาดการบริหารจัดการบริษัทจำกัด ตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเจ้าของบริษัทจำกัดนั้น ประกาศกำหนด โดยการควบคุมบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในลักษณะนี้ เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้ถือหุ้นและคณะกรรมการบริหารในฐานะเจ้าของหรือผู้มีอำนาจครอบงำชี้ขาดในองค์กรธุรกิจ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามกฎหมายเอกชน ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท ทั้งบริษัทจำกัดดังกล่าวยังคงอยู่ภายใต้กฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการ การดำเนินงาน การตรวจสอบ หรือการดำเนินการอื่นใดของบริษัท ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากการใช้อำนาจรัฐในการกำกับดูแล (tutelle) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้จัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายมหาชน

4.5 กรณีตัวอย่างการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของท้องถิ่นไทยในปัจจุบัน

ผู้เขียนขอเรียงลำดับบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยตามระยะเวลาการจัดตั้ง ดังนี้

4.5.1 กรณีตัวอย่างการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยกรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด

4.5.1.1 ความเป็นมาของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด

บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด เป็นวิสาหกิจของกรุงเทพมหานคร ที่มีได้เกิดขึ้นจากการจัดตั้งตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งกรุงเทพมหานคร แต่เกิดขึ้นจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์เนื่องด้วยในปี 2481 ที่รัฐได้มีแนวนโยบายควบคุมกิจการฆ่าและการค้าสุกรที่ประกอบกิจการโดยคนจีนมาเป็นของคนไทยตามแนวนโยบายเศรษฐกิจแบบชาตินิยม (Economic Nationalism) ทำให้คนไทยมีบทบาทในกิจการฆ่าและค้าสุกร และต่อมาได้มีการตรากฎหมายให้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซงการดำเนินการเกี่ยวกับการฆ่าและค้าสุกร เพื่อควบคุมความปลอดภัยและการจำหน่ายเนื้อสัตว์ ซึ่งเมื่อวันที่ 24 กันยายน 2498 ได้มีการจดทะเบียนจัดตั้ง บริษัทสหสามัคคีค้าสัตว์ จำกัด เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก่อตั้งโดยบุคคล 8 คน ทุนจดทะเบียน 2,000,000 บาท³⁰ ต่อมาในปี 2502 ได้มีการเพิ่มทุนจดทะเบียนบริษัทเป็น 50 ล้านบาท และเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของบริษัทจากจำนวน 6 ข้อ เป็นจำนวน 12 ข้อ³¹ ประกอบกับได้มีการตรากฎหมายของรัฐที่กำหนดให้การตั้งโรงงานฆ่าสัตว์และโรงพักสัตว์ และการดำเนินการฆ่าสัตว์ จะกระทำได้ก็แต่โดยราชการส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยราชการอื่นที่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี หรือโดยบุคคลอื่นใดซึ่งราชการส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยราชการอื่นที่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีมอบหมายให้ได้ทำได้เท่านั้น จึงทำให้เทศบาลนครกรุงเทพเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าว และได้มีการโอนหุ้นให้แก่เทศบาลนครกรุงเทพและเทศบาลนครธนบุรีเรื่อยมานับแต่ปี 2505 และปี 2508 ตามลำดับ ซึ่งต่อมาได้มีการรวมเทศบาลนครกรุงเทพและเทศบาลนครธนบุรีเข้าด้วยกันเป็นเทศบาลนครหลวง และเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2518 ได้มีประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2518 โดยได้มีการกำหนดให้ออนบรรดาอำนาจ หน้าที่ ทรัพย์สิน กิจการของกรุงเทพมหานคร ตามคณะปฏิวัติฉบับที่ 335 ให้มาเป็นของกรุงเทพมหานคร (ราชการส่วนท้องถิ่น) ดังนั้น หุ้นของบริษัทจึงโอนมาเป็นของกรุงเทพมหานครโดยผลของกฎหมาย ทำให้กรุงเทพมหานคร

³⁰ กรุงเทพมหานคร, ความเป็นมาของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด [ออนไลน์], 11 เมษายน 2564. แหล่งที่มา <https://www.thanakom.co.th/17300189/ประวัติและความเป็นมาของบริษัท>

³¹ บันทึก เรื่อง สถานภาพและการดำเนินกิจการของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด (บริษัทสหสามัคคีค้าสัตว์ จำกัด) - คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) - เรื่องเสร็จที่ 99/2539

ที่ถือหุ้นในบริษัทซึ่งมีสัดส่วนกว่าร้อยละ 99.98 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด กรุงเทพมหานครจึงเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และทำให้บริษัท สหสามัคคีค้ำสัตว์ จำกัด เปลี่ยนสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นของกรุงเทพมหานคร ซึ่งถือเป็นวิสาหกิจขององค์กรปกครองท้องถิ่นแห่งแรกของประเทศไทย ทั้งนี้ ต่อมาในปี พ.ศ. 2537 กรุงเทพมหานครได้มีนโยบายโครงการสวัสดิการสร้างที่อยู่อาศัยให้กับข้าราชการ โดยมีแนวคิดให้บริษัท สหสามัคคีค้ำสัตว์ จำกัด เป็นเครื่องมือในการดำเนินการ แต่เนื่องจากเห็นว่าชื่อของบริษัทไม่สอดคล้องกับกิจการดังกล่าว จึงได้มีมติที่ประชุมคณะกรรมการบริษัทให้เปลี่ยนชื่อและจดทะเบียนเปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด เมื่อวันที่ 15 กันยายน 2537 และได้มีการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ของบริษัท เพื่อให้มีวัตถุประสงค์ครอบคลุมการดำเนินการเกี่ยวกับการให้บริการและการจัดการงานสาธารณูปโภคพื้นฐานในเขตกรุงเทพมหานคร³² โดยในปัจจุบัน บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด มีพันธกิจและกลยุทธ์ในการศึกษาและพัฒนาโครงการสำหรับงานด้านระบบสาธารณูปโภค การขนส่งมวลชน และสภาพแวดล้อมของกรุงเทพมหานคร ให้มีความสะดวกและปลอดภัย ทันสมัยมีประสิทธิภาพ และทัดเทียมกับเมืองหลวงของนานาชาติประเทศ ทั้งยังแสวงหาพันธมิตรในการพัฒนาโครงการเพื่อประสิทธิผลสูงสุดของการลงทุน³³

4.5.1.2 ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด

บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด มีขอบวัตถุประสงค์ตามหนังสือรับรองจำนวน 50 ข้อ ซึ่งครอบคลุมภารกิจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครเกือบทั้งหมด ดังปรากฏตามสำเนาเอกสารแนบท้ายหนังสือรับรอง ภาคผนวก ก

4.5.1.3 โครงการและการดำเนินงานที่สำคัญของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด

ปัจจุบัน นับได้ว่า บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด ได้รับมอบหมายให้ดำเนินงานและจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้บริการแก่ประชาชนตามอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครครอบคลุมทุกด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริหารจัดการดูแลระบบสาธารณูปโภค สิ่งแวดล้อม และระบบขนส่งมวลชนที่บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด มีพันธกิจที่จะเชื่อมโยงรูปแบบการขนส่งต่างๆ เข้ากับระบบขนส่งมวลชนหลักและขนส่งส่วนบุคคลทั้งระบบล้อ ราง เรือให้สอดคล้องประสานและใช้งานร่วมกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อรองรับ การพัฒนาเมืองของกรุงเทพมหานคร โดยกรุงเทพมหานครได้มอบหมายให้บริษัทเป็นผู้บริหารโครงการต่างๆ ดังนี้

³² ฉัตรฐเมษ ภิรมณ์พานิช, “การจัดตั้งและดำเนินการของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น ศึกษากรณี บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด,” หน้า 70-87.

³³ กรุงเทพมหานคร, พันธกิจ & กลยุทธ์ [ออนไลน์], 11 เมษายน 2564, เข้าถึงได้จาก <https://www.thanakom.co.th/17300205/ด้านพัฒนาเมือง>

1) โครงการรถโดยสารด่วนพิเศษ (Bus Rapid Transit: BRT) เป็นระบบขนส่งมวลชนทางถนนเดินทางได้รวดเร็วด้วยระบบขนส่งอัจฉริยะ โดยให้บริการบนถนนราชวิภาสราชนครินทร์ และถนนพระราม 3 เริ่มต้นที่สถานีสาทร สิ้นสุดสถานีราชพฤกษ์ รวม 12 สถานี ระยะทาง 16 กิโลเมตร มีรถให้บริการจำนวน 25 คัน เปิดให้บริการตั้งแต่วันที่ 29 พฤษภาคม 2553

2) โครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวส่วนต่อขยาย หมอชิต-สะพานใหม่-คูคต รวมระยะทางประมาณ 19 กิโลเมตร ลักษณะเป็นโครงสร้างทางวิ่งยกระดับตลอดเส้นทาง มีสถานียกระดับจำนวน 16 สถานี³⁴ โดยบริษัทได้ทำสัญญาจ้างให้บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (BTSC) เป็นผู้ให้บริการเดินรถและซ่อมบำรุง³⁵ เปิดให้บริการ 16 ธันวาคม 2563

3) โครงการระบบขนส่งมวลชนขนาดรองสายสีทอง รถไฟฟ้ารางเบา ไร้คนขับโครงการที่ไม่ได้ใช้งบประมาณของทางภาครัฐ แต่ใช้รายได้ล่วงหน้าจากการให้สิทธิพื้นที่โฆษณาบนรถไฟฟ้ามาลงทุนก่อสร้างโครงการ มีระยะทางรวม 2.75 กิโลเมตร 4 สถานี วิ่งตามแนวถนนกรุงธนบุรี ถนนเจริญนครและถนนสมเด็จพระเจ้าตากสิน ใช้ระบบรถไฟฟ้าเป็นระบบ Automated Guideway Transit (AGT) หรือ Automated People Mover (APM) ระบบขนส่งมวลชนแบบนำทางอัตโนมัติ เพื่อเป็น Feeder (ระบบขนส่งมวลชนขนาดรอง) เปิดให้บริการ 16 ธันวาคม 2563

4) โครงการเดินเรือด้วยระบบไฟฟ้าในคลองผดุงกรุงเกษม

5) โครงการบริหารจัดการทดลองเดินรถแท็กซี่สำหรับผู้พิการและผู้สูงอายุ

6) โครงการจักรยานสาธารณะกรุงเทพมหานคร โดยมีพื้นที่นำร่อง

ในย่านธุรกิจ

7) โครงการนำสายสื่อสารลงใต้ดิน ก่อสร้างและติดตั้งโครงข่ายสื่อสารโทรคมนาคมในพื้นที่กรุงเทพมหานคร

8) โครงการให้สิทธิ ติดตั้ง และบริหารจัดการเสาไฟอัจฉริยะ (IOT) ในพื้นที่กรุงเทพมหานคร

³⁴ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย, ลักษณะโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว(เหนือ) ช่วงหมอชิต - สะพานใหม่ - คูคต [ออนไลน์], 11 เมษายน 2564. แหล่งที่มา <https://www.mrt.co.th/th/project/electrictrain/bangkok-and-vicinities/greenline/#head6>

³⁵ ฐานเศรษฐกิจ, “KT -กทม.ตอบกลับ BTS เก็บค่าตัวรถไฟฟ้าสายสีเขียว -ตั้งงบ ๖.๖ หมื่น” ฐานเศรษฐกิจ (5 กุมภาพันธ์ 2564) [ออนไลน์], 11 เมษายน 2564. แหล่งที่มา <https://www.thansettakij.com/content/467521>

9) โครงการบริหารจัดการมูลฝอยชุมชนเพื่อผลิตพลังงาน ขนาด 800 ตันต่อวัน เปิดดำเนินการเมื่อวันที่ 2 มีนาคม 2563 และดำเนินโครงการอื่น ตามที่กรุงเทพมหานครมอบหมาย

อีกนัยหนึ่ง ได้มีการศึกษาพบว่า เนื่องด้วยกรุงเทพมหานครมีหน้าที่ จัดให้มีสาธารณูปโภค สาธารณูปการ หรือโครงการขนาดใหญ่ซึ่งต้องใช้งบประมาณจำนวนมาก หากเมื่อเทียบกับรายได้ของกรุงเทพมหานครที่ได้จากการจัดเก็บภาษีจากประชาชนหรือเงินอุดหนุน จากรัฐบาลก็อาจไม่เพียงพอต่อการดำเนินการดังกล่าวให้บรรลุผลได้ กรุงเทพมหานครจึงได้วาง มาตรการกลไกไทยเป็นที่ปรึกษาโครงการศึกษาและจัดทำแผนแนวทางการหาเงินทุนของกรุงเทพมหานคร ในปี 2548 และผลการศึกษาพบว่า แนวทางที่กรุงเทพมหานครทำสัญญาให้บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด เป็นผู้ดำเนินการจัดหาทุนหรือระดมทุนในรูปแบบการเป็นนิติบุคคลเฉพาะ (Special Purpose Vehicle : SPV)^{36**} เพื่อออกตราสารหนี้และดำเนินโครงการสาธารณูปโภคจนแล้วเสร็จ เป็นวิธีการระดมทุนที่มีค่าใช้จ่ายและระยะเวลาน้อยกว่าการระดมทุนในบางรูปแบบ อาทิ การออกพันธบัตร โดยกรุงเทพมหานคร³⁷ ทั้งนี้ เมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2553 คณะผู้บริหาร กรุงเทพมหานครได้เห็นชอบในหลักการบริหารจัดการโครงการโดยให้บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด เป็นนิติบุคคลเฉพาะ (SPV) เพื่อดำเนินโครงการของกรุงเทพ โดยให้สัญญาจ้างดำเนินการระยะยาว ประมาณ 10 ปี ภายใต้กรอบการลงทุน 20,000 ล้านบาท ตามโครงการเป้าหมายกว่า 8 โครงการ³⁸

³⁶ มาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 บัญญัติดังนี้
“นิติบุคคลเฉพาะกิจ” หมายความว่า ตัวกลางที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ และได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลเฉพาะกิจตามพระราชกำหนดนี้”

** นิติบุคคลเฉพาะ (Special Purpose Vehicle : SPV) หมายถึง ผู้ออกตราสารซึ่งเป็นบริษัทตัวกลางในการระดมทุน แทนผู้ระดมทุน (originator) ซึ่งเป็นเจ้าของหลักทรัพย์สิน ซึ่งอาจจะเป็น บริษัท สถาบันการเงิน นิติบุคคล ที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้ง รวมทั้ง ผู้ประกอบกิจการสาธารณูปโภค โดยวิธีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) : ซึ่งเป็นการนำสินทรัพย์ของผู้ระดมทุน (originator) ซึ่งอาจจะมีสภาพคล่องในการซื้อขายต่ำ มากองรวมกัน และโอนให้กับบริษัทตัวกลางที่จัดตั้งขึ้น (SPV) เพื่อออกหลักทรัพย์ที่มีกองสินทรัพย์ข้างต้นหนุนหลัง (Asset Backed Securities : ABS) ซึ่งผู้ลงทุนสามารถนำหลักทรัพย์ดังกล่าวไปขายต่อได้โดยมีสภาพคล่องสูงขึ้น ทั้งนี้ ผลตอบแทนของหลักทรัพย์จะมาจากกระแสรายได้จากกองสินทรัพย์ดังกล่าว

³⁷ ออมร กิจเชวงกุล, “การใช้นิติบุคคลพิเศษ (SPV) เพื่อระดมทุนและดำเนินโครงการสาธารณูปโภคที่จำเป็น ของกรุงเทพมหานคร” (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง วิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, 2553), หน้า 4-19.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26-27.

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด ในฐานะบริษัทจำกัด ที่ถือหุ้นโดยกรุงเทพมหานครและมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนของกรุงเทพมหานครนั้นมีบทบาทสำคัญในการดำเนินโครงการและจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่เขตอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร อีกทั้ง ยังถือเป็นเครื่องมือรูปแบบหนึ่งในการระดมทุนจัดหางบประมาณและดำเนินโครงการให้แก่กรุงเทพมหานคร เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะในเขตกรุงเทพมหานครบรรลุวัตถุประสงค์

4.5.2 กรณีตัวอย่างการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยเทศบาล : บริษัท ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด

4.5.2.1 ความเป็นมาของบริษัท ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด

นับแต่มีการตรา พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2496 จนถึงปัจจุบัน นับได้ว่ามีกรณีการเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยเทศบาล โดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 57 ตรี แห่ง พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เพียงกรณีเดียวเท่านั้น คือ การจัดตั้ง บริษัท ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด (Khon Kaen Transit System Co.,Ltd.: KKTS) ซึ่งเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2560³⁹ พล.อ.อนุพงษ์ เผ่าจินดา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ได้อนุมัติให้เทศบาลในจังหวัดขอนแก่น จำนวน 5 แห่ง ได้แก่ เทศบาลนครขอนแก่น เทศบาลเมืองศิลา เทศบาลตำบลเมืองเก่า เทศบาลตำบลสำราญ และเทศบาลตำบลท่าพระ ร่วมกันจัดตั้งบริษัทจำกัด เพื่อดำเนินโครงการระบบขนส่งมวลชนระบบรางเบา (Light Rail Transit: LRT) สายเหนือ-ใต้ ต้นแบบในเมืองภูมิภาค จังหวัดขอนแก่น โครงการขอนแก่น Smart City (ระยะที่ 1) โดยให้บริษัท ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด เป็นหน่วยงานกลางในการขับเคลื่อนโครงการระบบขนส่งมวลชนสาธารณะระบบรางเบา (LRT) จังหวัดขอนแก่น เช่นเดียวกับรูปแบบการดำเนินโครงการของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด ซึ่งเป็นผู้รับมอบให้บริหารโครงการในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานคร⁴⁰ ต่อมาเทศบาลทั้งห้าแห่งจึงได้จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด ขึ้น⁴¹ เป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทจังหวัดขอนแก่น กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

³⁹ ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม, ครั้งแรกในไทย!! ทน.ขอนแก่น จับมือ 4 เทศบาล จัดตั้งบริษัท KKTS [ออนไลน์], 15 เมษายน 2564. แหล่งที่มา <https://www.kkts.co.th/home/776>

⁴⁰ ขอนแก่นพัฒนาเมือง (เคเคทีที), มท.1 เห็นชอบ จัดตั้ง 'บริษัทจำกัด' 5 เทศบาลในขอนแก่น สู่อระบบขนส่ง 'LRT' [ออนไลน์], 15 เมษายน 2564. แหล่งที่มา https://www.khonkaenthinktank.com/news_view.php?id=37

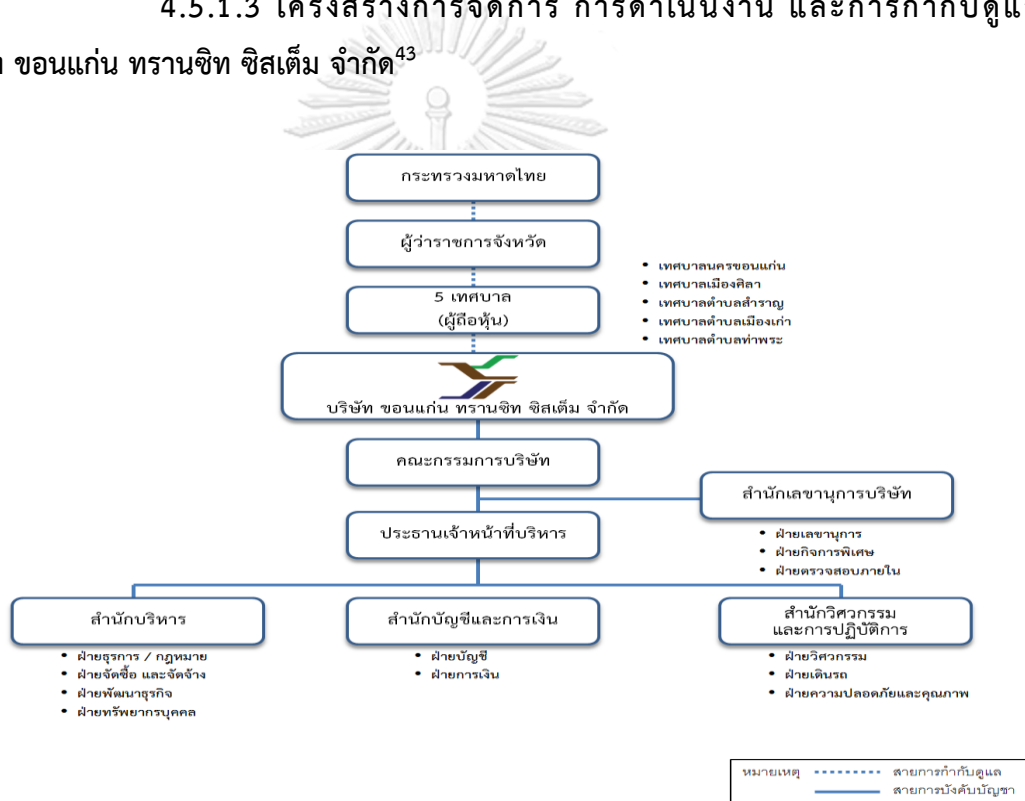
⁴¹ ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม, เกี่ยวกับบริษัท [ออนไลน์], 11 เมษายน 2564. แหล่งที่มา <https://www.kkts.co.th/home/about>

เมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2560 มีทุนจดทะเบียนเริ่มแรกจำนวน 5,000,000 บาท มีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเพื่อดำเนินโครงการระบบขนส่งมวลชนและกิจการที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งมวลชน โดยมีรายละเอียดปรากฏตามรายการเอกสารทะเบียนนิติบุคคล⁴²

4.5.1.2 ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ขอนแก่น ทรานซิท ซิสเต็ม จำกัด

บริษัท ขอนแก่น ทรานซิท ซิสเต็ม จำกัด มีขอบวัตถุประสงค์ตามหนังสือรับรองจำนวน 11 ข้อ ซึ่งครอบคลุมถึงกิจการสาธารณูปโภคทั้งหมดที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเทศบาล ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และกิจการเชิงพาณิชย์อื่นๆ ปรากฏตามสำเนาเอกสารแนบท้ายหนังสือรับรอง ภาคผนวก ข

4.5.1.3 โครงสร้างการจัดการ การดำเนินงาน และการกำกับดูแลบริษัท ขอนแก่น ทรานซิท ซิสเต็ม จำกัด⁴³



⁴² สำเนาหนังสือรับรอง ที่ E10091220008990, กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, ออกให้ ณ วันที่ 19 มีนาคม 2562

⁴³ ขอนแก่น ทรานซิท ซิสเต็ม, โครงสร้างการจัดการ การดำเนินงาน และกำกับดูแลบริษัท ขอนแก่น ทรานซิท ซิสเต็ม จำกัด [ออนไลน์], 11 เมษายน 2564. แหล่งที่มา <https://www.kkts.co.th/home/company-structure>

4.5.3 กรณีตัวอย่างการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์การบริหารส่วนจังหวัด

: บริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด

4.5.3.1 ความเป็นมาของบริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด

เดิมตลาดกลางยางพาราภาคตะวันออกอยู่ในความดูแลและบริหารจัดการของเกษตรและสหกรณ์จังหวัดระยอง ต่อมาเมื่อวันที่ 29 เมษายน 2551 ได้มีการโอนภารกิจดังกล่าวมาให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดระยองเป็นผู้ดำเนินการ ตามมาตรา 17 (17) แห่งพระราชกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 และองค์การบริหารส่วนจังหวัดระยองได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์โครงการโดยมีข้อสรุปว่า การดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์เป็นวิธีการที่เหมาะสม องค์การบริหารส่วนจังหวัดระยองจึงได้ทำข้อบัญญัติ เรื่อง การบริหารจัดการตลาดกลางยางพาราภาคตะวันออก พ.ศ. 2551 ซึ่งสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดระยองและผู้ว่าราชการจังหวัดระยองให้ความเห็นชอบแล้ว และนายกององค์การบริหารส่วนจังหวัดระยองได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก ที่ประชุมของคณะกรรมการบริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออกมีความเห็นชอบให้ดำเนินการจัดตั้ง บริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด เพื่อดำเนินการบริหารจัดการตลาดกลางยางพาราภาคตะวันออก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการบริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก และองค์การบริหารส่วนจังหวัดระยอง⁴⁴

ต่อมา องค์การบริหารส่วนจังหวัดระยองจึงได้จดทะเบียนจัดตั้ง บริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด ขึ้นเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท เพื่อเป็นเครื่องมือในการบริหารและดำเนินโครงการตลาดกลางยางพาราภาคตะวันออก อันเป็นการดำเนินกิจการพาณิชย์ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดระยอง โดยการจัดตั้ง บริษัท บริหารจัดการยางพาราฯ นี้ องค์การบริหารส่วนจังหวัดระยองได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 6 มาตรา 50 และมาตรา 76 ของพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ประกอบข้อ 7 (3) แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการดำเนินกิจการพาณิชย์ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2541 ที่กำหนดให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดที่ประสงค์จะดำเนินกิจการพาณิชย์ต้องมีสาระสำคัญโดยต้องระบุลักษณะของการลงทุนกิจการพาณิชย์ เช่น ลงทุนเอง หรือจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ หรือในรูปของสหการ หรือเอกชนร่วมลงทุน รวมทั้ง สัดส่วนของการถือหุ้นในกิจการพาณิชย์ ทั้งนี้ นายกององค์การบริหารส่วนจังหวัดระยอง รองนายกององค์การบริหารส่วนจังหวัดระยอง

⁴⁴ องค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล, “หนังสือสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาคที่ 2 ที่ ตผ 0030 ขบ/478 เรื่อง โครงการจัดตั้งตลาดกลางยางพาราภาคตะวันออก จังหวัดระยอง,” 8 เมษายน 2553.

และที่ปรึกษานายกองค์การบริหารจังหวัดระยองเข้าเป็นกรรมการในบริษัท ด้วยเงินทุนสนับสนุนในการบริหารจัดการจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดระยองจำนวน 50 ล้านบาท

ต่อมาสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน (สตง.) ภูมิภาคที่ 2 (จังหวัดชลบุรี) ได้มีหนังสือถึงปลัดกระทรวงมหาดไทย แจ้งว่า ได้สำรวจข้อมูลทั่วไปโครงการจัดตั้งตลาดกลางยางพาราภาคตะวันออก ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดระยอง พบข้อสังเกตเกี่ยวกับการบริหารจัดการตลาดกลางยางพาราภาคตะวันออก และมีความเห็นว่าการจัดตั้งบริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด เป็นการดำเนินการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดซึ่งเป็นกฎหมายจัดตั้งมิได้บัญญัติให้อำนาจองค์การบริหารส่วนจังหวัดในการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ในรูปแบบบริษัทจำกัดได้ แม้ว่าระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการดำเนินกิจการพาณิชย์ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2541 จะระบุลักษณะของการลงทุนกิจการพาณิชย์ที่ให้อำนาจจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ก็ตาม จึงสรุปได้ว่า องค์การบริหารส่วนจังหวัดระยองจัดตั้งนิติบุคคลโดยไม่มีอำนาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁵ ทั้งนี้กระทรวงมหาดไทยมีความเห็นตามกฎหมายและระเบียบดังกล่าว มีเจตนารมณ์ให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจดำเนินกิจการเกี่ยวกับการพาณิชย์ซึ่งเป็นการดำเนินกิจการที่มีผลประโยชน์ในธุรกิจ เพื่อความเป็นอิสระ ความคล่องตัว และควรมีประสิทธิภาพในการบริหารงานอย่างเอกชนเท่านั้น แต่มิได้กำหนดให้อำนาจองค์การบริหารส่วนจังหวัดจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ แล้วดำเนินการบริหารจัดการเองทั้งหมดแต่อย่างใด ดังนั้น การจัดตั้ง บริษัท บริหารจัดการยางพาราฯ ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดระยอง จึงเป็นการดำเนินการที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย อีกทั้ง การจัดตั้งนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกระทำได้อีกแต่บุคคลธรรมดาเท่านั้น⁴⁶

4.5.3.2 ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด

บริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด มีขอบวัตถุประสงค์ตามหนังสือรับรองจำนวน 2 ข้อ ได้แก่ (1) ประกอบกิจการเป็นตลาดกลางซื้อขาย จัดเก็บ แลกเปลี่ยนรวบรวม จัดหา ยางพาราโดยได้รับเป็นรายได้จากผู้ขาย และธุรกิจบริการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายยางพารา เช่น การรับฝากยางพารา เป็นต้น และ (2) การกู้ยืมเงิน เบิกเงินเกินบัญชีจากธนาคาร

⁴⁵ กรมประชาสัมพันธ์, สตง.ชี้แจง กรณีการสั่งปิดตลาดกลางยางพาราภาคตะวันออก, ข่าวกรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น กระทรวงมหาดไทย (31 ตุลาคม 2560) [ออนไลน์], 12 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา

https://prministry.prd.go.th/download/article/article_20171106152830.pdf

⁴⁶ องค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล, “หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0808.3/ว 3447 เรื่อง การดำเนินกิจการพาณิชย์ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด,” 26 กรกฎาคม 2555.

นิติบุคคล หรือสถาบันการเงินอื่น และให้กู้ยืมเงิน หรือให้เครดิตด้วยวิธีการอื่น ดังปรากฏตาม สำเนาเอกสารแนบท้ายหนังสือรับรองภาคผนวก ค

4.6 การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแก่กรณี บริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดย องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไทย

4.6.1 หลักการแข่งขันทางการค้าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองให้ ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจอย่างเท่าเทียมกัน โดยประชาชนเป็นผู้ดำเนินกิจกรรม และประกอบการทางเศรษฐกิจโดยเสรี และปล่อยให้ระบบเศรษฐกิจดำเนินไปตามการแข่งขันภายใต้ กลไกตลาด ประกอบกับรับรองให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจด้วยวิธีการต่างๆ ได้เฉพาะในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจและมีเหตุผล ความจำเป็นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น การบัญญัติของรัฐธรรมนูญเช่นนี้สะท้อนให้เห็นได้ว่า ประเทศไทยมีแนวคิดในการใช้ระบบเศรษฐกิจแบบผสม ซึ่งมุ่งเน้นระบบเศรษฐกิจเสรีแบบอสังกติก ตลาดเป็นหลักและยอมรับรัฐเข้ามามีบทบาทเท่าที่จำเป็น อีกทั้ง เป็นการบัญญัติรับรองให้ หลักการแข่งขันเสรีมีสถานะ สภาพบังคับ และลำดับศักดิ์ทางกฎหมายสูงสุดเพื่อเป็นหลักประกัน สิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁴⁷ ดังนั้น รัฐซึ่งผูกพันการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญได้ มิฉะนั้น จะทำให้การกระทำของรัฐมีขอบข่ายกฎหมายและขัดต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 64 ถึงมาตรา 78 ได้กำหนดกรอบหรือแนวทางที่เป็นนโยบายหลักของประเทศ หรือนโยบายกลางขั้นพื้นฐานที่ผูกพันให้รัฐดำเนินการตรากฎหมาย กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินและปฏิบัติตามแนวนโยบายแห่งรัฐอันเป็นเงื่อนไขพื้นฐานที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ และความเป็นอยู่ของประชาชน⁴⁸ อย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ โดยในการกำหนดแนวนโยบาย และหลักการสำคัญทางด้านเศรษฐกิจนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 75 ได้มีความมุ่งหมายให้รัฐดำเนินตามแนวนโยบายโดยยึดหลักระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

⁴⁷ วัชรารัตน์ แจ่มสว่าง, “หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย : ศึกษากรณีรัฐวิสาหกิจ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 186.

⁴⁸ ธีรพล ยิ่งกล้า, “แนวนโยบายแห่งรัฐตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช... (ฉบับผ่านประชามติเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2559),” ใน เอกสารของสำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2560), หน้า 2.

เป็นหลักการสำคัญ และได้มีการกำหนดหลักการในกรณีที่รัฐจำเป็นต้องประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน⁴⁹ ดังที่ปรากฏตามบทบัญญัติมาตรา 75 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ดังนี้

“รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ

รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ”

จากบทบัญญัตินี้ แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยกำหนดให้รัฐหรือองค์กรของรัฐผูกพันต้องดำเนินการขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ อีกทั้ง กำหนดให้ในกรณีที่รัฐต้องประกอบกิจการลักษณะเดียวกับเอกชนนั้น โดยหลักห้ามมิให้รัฐประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่ กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า หากรัฐหรือองค์กรของรัฐกระทำการใดๆ อันมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชนแล้ว ย่อมไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่ มีเหตุความจำเป็นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

4.6.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ประเทศไทยเป็นประเทศแรกในประเทศสมาชิก ASEAN ที่มีการตรากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าออกมาใช้บังคับ โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้พัฒนามาจากพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 และพระราชบัญญัติการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ปัญหาราคาสินค้าและป้องกันมิให้ผู้ประกอบการสร้างอำนาจผูกขาด เช่น การจำกัดปริมาณสินค้าจำหน่ายให้สินค้าขาดแคลนแล้วกำหนดราคาให้สูงขึ้น ต่อมาในปี พ.ศ. 2534 สมัยนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี ได้มีกระแสที่เกี่ยวข้องกับเรื่องกฎหมายการแข่งขันทางการค้าออกมาหลายเรื่อง เช่น ผู้ประกอบการ

⁴⁹ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, พฤษภาคม 2562), หน้า 116-117 [ออนไลน์], 11 พฤษภาคม 2564. แหล่งที่มา https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewtdl_link.php?nid=1042&filename=index

จำหน่ายรถยนต์รายใหญ่บางราย กีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้มีการนำเข้ารถยนต์ยี่ห้อที่ตนเองจำหน่าย จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจผูกขาด ทำให้มีการเสวนาถกเถียงถึงเรื่องการแข่งขันเสรีมากขึ้น กรมการค้าภายในขณะนั้นจึงได้แต่งตั้งคณะทำงานยกร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อศึกษาและร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ผ่านมติความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเข้าสู่คณะกรรมการกฤษฎีกา และเสนอเข้าสู่สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาจนผ่านออกมาเป็น “พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542” และประกาศบังคับใช้เมื่อวันที่ 30 เมษายน 2542⁵⁰

4.6.2.1 เจตนารมณ์การตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

เนื่องด้วยการใช้บังคับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่มีการใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ยังมีประเด็นปัญหาและข้อบกพร่องหลายประการ เช่น ขาดกลไกที่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย บังคับใช้แก่รัฐวิสาหกิจโดยไม่เสมอภาค มีบทบัญญัติบางประการที่ไม่สอดคล้องกับรูปแบบและพฤติกรรมกรรมการประกอบธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้ง การกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันเป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นภายในกรมการค้าภายในกระทรวงพาณิชย์ จึงไม่มีความคล่องตัวและขาดความเป็นอิสระในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ขึ้น เพื่อปรับปรุงมาตรการในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และมีองค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าที่มีความคล่องตัวและมีความเป็นอิสระ เพื่อให้ทันต่อพัฒนาการของรูปแบบและพฤติกรรมกรรมการประกอบธุรกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม 2560 และมีผลใช้บังคับ นับตั้งแต่วันที่ 5 ตุลาคม 2560 เป็นต้นมา

4.6.2.2 ขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีขอบเขตในการใช้บังคับแก่ผู้ประกอบการ ซึ่งตามนิยามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบการ” หมายความว่า ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการในธุรกิจ ซึ่งครอบคลุมธุรกิจเกือบทุกประเภท เช่น ธุรกิจทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ และให้หมายความรวมถึงกิจการอื่นตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

⁵⁰ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, ความเป็นมากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย [ออนไลน์], 9 เมษายน 2564, เข้าถึงได้จาก <https://otcc.or.th/history-of-thailands-trade-competition-law/>

เว้นแต่ในธุรกิจประเภทที่มีกฎหมายบัญญัติให้มีการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยกำหนดให้การดำเนินกิจกรรมทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยมีคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลรูปแบบพฤติกรรมและโครงสร้างในการประกอบธุรกิจมิให้เกิดการผูกขาดหรือมีลักษณะเป็นการกีดกันการแข่งขันทางการค้าแก่ผู้ประกอบการรายอื่น เช่น การควบรวมธุรกิจ การใช้อำนาจเหนือ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรมในตลาด

4.6.2.3 ข้อยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

หลักการของกฎหมายใหม่มีวัตถุประสงค์ให้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสามารถบังคับใช้ครอบคลุมทุกหน่วยธุรกิจอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันและมีความยืดหยุ่นสอดคล้องกับสถานการณ์เศรษฐกิจการค้าที่เปลี่ยนแปลงไป โดยมีเจตนารมณ์ให้มีการกำกับดูแลครอบคลุมหน่วยธุรกิจอย่างเสมอภาค⁵¹ ซึ่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขจากเดิมตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (The Monopoly Regulation and Fair Trade Act : MRFTA) โดยได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากอีกทอดหนึ่งจากขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (The Japan Antimonopoly Act)⁵² ซึ่งมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้การกระทำของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ มีต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ทำให้การดำเนินการใดๆ ในทางการค้าหรือกิจการพาณิชย์ของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งถือเป็นหน่วยธุรกิจของรัฐที่ประกอบกิจการในลักษณะเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนและแข่งขันกับภาคเอกชนโดยตรงทั้งหมด ให้มีต้องตกอยู่ภายใต้บังคับและการกำกับดูแลแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ดังเช่น การประกอบธุรกิจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจในการผลิตและจำหน่ายปิโตรเลียม ธุรกิจสถานีบริการน้ำมัน รวมถึง การดำเนินกิจการทางธุรกิจการค้าอื่นๆ

⁵¹ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, ความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และ พ.ศ. 2560 [ออนไลน์], 9 เมษายน 2564. แหล่งที่มา <https://otcc.or.th/difference-between-trade-competition-act-b-e-2542-and-trade-competition-act-b-e-2560/>

⁵² ศักดา ธนิตกุล และคณะ, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า 238.

ที่เป็นธุรกิจ หรือการประกอบกิจการให้บริการด้านโทรคมนาคมของบริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด เป็นต้น ซึ่งการประกอบกิจการของรัฐวิสาหกิจเช่นนี้อาจทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และความไม่เสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมาย ลดความเชื่อมั่นในการเข้าประกอบกิจการของนักลงทุน ทั้งชาวไทยและต่างชาติ อีกทั้ง ไม่สอดคล้องกับหลักสากลที่ให้บังคับใช้กฎหมายกับผู้ประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะ เป็นของภาครัฐและเอกชน และไม่ได้กำหนดให้มียกเว้นแก่รัฐวิสาหกิจโดยตรง ไม่ว่าจะ เป็นการ ยกเว้นแบบทั่วไปหรือแบบเจาะจงรายใดรายหนึ่ง แต่ยกเว้นให้แก่เฉพาะ “พฤติกรรม” ที่เป็นการ ดำเนินการตามกฎหมาย/คำสั่งของหน่วยงานรัฐเพื่อประโยชน์ความก้าวหน้าทางเทคนิค เศรษฐกิจ หรือยกเว้น “ธุรกิจบางสาขา” ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่รัฐวิสาหกิจและธุรกิจเอกชนสามารถใช้ประโยชน์ ได้อย่างเท่าเทียมกัน⁵³ เท่านั้น

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงได้มีการวางหลักการ การบังคับใช้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของ “รัฐวิสาหกิจ” โดยมีเจตนาให้มี กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสามารถบังคับใช้ครอบคลุมทุกหน่วยธุรกิจอย่างเสมอภาค เท่าเทียมกัน โดยบังคับใช้กฎหมายกับผู้ประกอบธุรกิจทั้งภาครัฐและเอกชน และได้มีการวางหลักเกณฑ์ ในการกำหนดข้อยกเว้นให้แก่รัฐวิสาหกิจซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ดังนี้

“มาตรา 4 พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

- (1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น
- (2) รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค
- (3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร
- (4) ธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้า”

บทบัญญัติมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นบทบัญญัติยกเว้นการบังคับใช้กฎหมาย โดยบทบัญญัติมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ได้บัญญัติยกเว้นแก่การกระทำของรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ โดยมีได้กำหนดยกเว้นให้แก่ทุกการกระทำ แต่กำหนดยกเว้นให้เฉพาะแก่กรณีการกระทำของ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐที่เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เฉพาะกรณีที่เป็นดำเนินการดำเนินการตามกฎหมาย หรือมติของคณะรัฐมนตรีเท่านั้น

⁵³ สภาปฏิรูปแห่งชาติ, วาระปฏิรูปที่ 12 : การผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม: การปฏิรูปกฎหมายแข่งขันทางการค้า, (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558), หน้า 5.

และการดำเนินการเช่นว่านั้นต้องดำเนินการไปโดยมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภคประกอบด้วย กล่าวได้ว่า การกระทำหรือพฤติกรรมในการประกอบกิจการของรัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ นอกจากเป็นการดำเนินการตามกฎหมาย หรือมติของคณะรัฐมนตรีแล้วย่อมต้องมีเจตนาพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ประกอบด้วย

1. เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ
2. เพื่อประโยชน์สาธารณะ
3. เพื่อผลประโยชน์ส่วนรวม
4. เพื่อจัดให้มีสาธารณูปโภค

หรือหากจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็หมายความว่าบทบัญญัติอนุมาตรานี้มีผลเสมือนเป็นการอนุญาตให้รัฐสามารถออกกฎหมายหรือมาตรการใดๆ เพื่อให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐในการดำเนินการใดๆ อันอาจก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันได้ เพียงแต่มีข้อจำกัดว่ากฎหมายและมาตรการดังกล่าวนี้ต้องมีความจำเป็นต่อประโยชน์สาธารณะในด้านต่างๆ⁵⁴ อย่างไรก็ตาม การยกเว้นตามบทบัญญัติมาตรานี้ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ย่อมต้องพิสูจน์แก่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าถึงพฤติกรรมดังกล่าวให้ได้ด้วยว่าเป็นกรณีที่เข้าตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด และเนื่องจากการดำเนินการของรัฐดังกล่าวถือเป็นการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของเอกชนด้วยพฤติกรรมต่างๆ เช่น การผูกขาดตลาด การใช้อำนาจเหนือตลาด หรือการจำกัดการแข่งขัน อันส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า อีกทั้ง ยังถือเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนในทางเศรษฐกิจ ดังนั้น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ย่อมต้องพิสูจน์ให้ได้ด้วยว่า แม้การกระทำดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางเศรษฐกิจและส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า แต่การกระทำเช่นว่านั้นเป็นไปตามหลักความจำเป็น ที่รัฐมีความจำเป็นต้องเลือกใช้วิธีการดังกล่าวเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ได้แก่ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค โดยหากไม่ดำเนินการตามวิธีการเช่นว่านี้ ย่อมไม่อาจบรรลุตามวัตถุประสงค์ได้ ประกอบกับการกระทำดังกล่าวเป็นวิธีการหรือการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าน้อยที่สุด ในทางกลับกัน หากเป็นกรณีที่รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ยังคงสามารถดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือเลือกใช้วิธีการอื่นใดแล้วไม่ส่งผลกระทบต่อแข่งขันน้อยกว่าวิธีการข้างต้น

⁵⁴ กัญจนศักดิ์ เพชรานนท์, “บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: ขอบเขตการบังคับใช้และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด,” *วารสารนิติศาสตร์* 47, 3 (กันยายน 2561): 625.

โดยรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐไม่เสียหายและยังคงสามารถดำเนินกิจการตามกฎหมายหรือตามมติคณะรัฐมนตรีเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ได้ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐก็ย่อมต้องเลือกวิธีการนั้น ซึ่งการพิจารณาเลือกใช้วิธีการจำกัดการแข่งขันเช่นนี้เป็นไปตามความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายมหาชน ดังนั้น หากหน่วยงานของรัฐภายใต้มาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ เลือกใช้วิธีการอันมิได้มีความจำเป็นไปเพื่อเจตนาพิเศษข้างต้นหรือเลือกใช้วิธีอื่นใดอันเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยยังคงสามารถเลือกใช้วิธีการอื่นได้ การกระทำหรือพฤติกรรมเช่นว่านี้ ย่อมผูกพันและตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อไป

ฉะนั้น การพิจารณายกเว้นให้แก่การกระทำใดของรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ย่อมต้องพิจารณารายพฤติกรรมแล้วแต่กรณี โดยต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำตามเจตนาของกฎหมายที่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการของรัฐและผู้ประกอบการเอกชนอย่างเป็นธรรมและเสมอภาค

4.6.2.4 การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มุ่งบังคับใช้แก่การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจทุกประเภทไม่ว่ารัฐหรือเอกชน โดยมีคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าซึ่งมีอิสระในการกำกับดูแลพฤติกรรมและโครงสร้างในการดำเนินกิจการของผู้ประกอบการในธุรกิจทุกประเภท เว้นแต่ กรณีธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรืองการแข่งขันทางการค้า เช่น การโทรคมนาคม หรือกิจการพลังงาน เป็นต้น โดยกำกับดูแลมิให้มีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือดำเนินการใดอันส่งผลกระทบต่อการแข่งขันของผู้ประกอบการรายอื่น ทั้งนี้ ได้บัญญัติยกเว้นให้แก่กรณีที่หน่วยงานราชการ ประกอบกิจการของรัฐบางประการ และกลุ่มเกษตรกร โดยมีได้บัญญัติถึงสถานะของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้อย่างชัดเจน ประกอบกับ ปัจจุบันยังไม่มีประเด็นหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับกรณีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทำให้การวิจัยในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์มุ่งศึกษาถึงกรณี การประกอบธุรกิจของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งถือเป็นหน่วยงานของรัฐประเภทหนึ่งที่ทำเนิกรกิจการทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมในลักษณะเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนรายอื่น โดยมีลักษณะการแข่งขันทางการค้าและมีเจตนารมณ์พิเศษบางประเภทเช่นเดียวกับกรณีของรัฐวิสาหกิจ ดังนั้น หากพิจารณาได้ว่าบริษัทจำกัด

ที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ อย่างไร ซึ่งจะช่วยสร้างความชัดเจนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดตั้งและดำเนินการผ่านบริษัทจำกัดดังกล่าว สร้างความเชื่อมั่นและสถานการณ์ในการแข่งขันทางการค้าที่ดีให้แก่นักลงทุน อีกทั้ง ยังถือเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมให้บริษัทจำกัดดำเนินกิจการให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยการแข่งขันเสรีภายใต้กลไกตลาด ซึ่งจะวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

4.7 ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นระหว่างต่างประเทศกับประเทศไทย

ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นระหว่างต่างประเทศกับประเทศไทย				
	สนธิสัญญาว่าด้วยการกลไกของสหภาพยุโรป (TFEU)	ประเทศฝรั่งเศส (Code général des collectivités territoriales : CGCT)	ประเทศญี่ปุ่น (Local Incorporated Administrative Agency Act 2003)	ประเทศไทย (พระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น)
1) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กฎหมายให้อำนาจ	-	ทุกรูปแบบ : เทศบาล, องค์การบริหารส่วนจังหวัด, ภาค และ กลุ่มของ อปท.	ทุกรูปแบบ : จังหวัด เทศบาล อปท. รูปแบบพิเศษ	เฉพาะ เทศบาล และ กรุงเทพมหานคร
2) รูปแบบบริษัทจำกัด	-	- บริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (Seml) - บริษัทมหาชนท้องถิ่น (Spl) - บริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Semop)	บรรษัทท้องถิ่น (Local Public Corporations หรือ Third Sector Company)	บริษัทจำกัด ตาม ป.พ.พ. (Limited Liability Company)

ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองท้องถิ่น ระหว่างต่างประเทศกับประเทศไทย				
	สนธิสัญญาว่า ด้วยการกลไกของ สหภาพยุโรป (TFEU)	ประเทศฝรั่งเศส (Code général des collectivités territoriales : CGCT)	ประเทศญี่ปุ่น (Local Incorporated Administrative Agency Act 2003)	ประเทศไทย (พระราชบัญญัติ จัดตั้ง องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น)
3) ขอบ วัตถุประสงค์ ของบริษัทจำกัด		ดำเนินการ ให้บริการ สาธารณะในเชิง อุตสาหกรรมหรือ พาณิชย์กรรม ทุกประเภท เช่น การพัฒนา อสังหาริมทรัพย์ การก่อสร้าง การดำเนินการ เพื่อสาธารณะ ประโยชน์ เช่น การ ให้บริการ ที่จอดรถ บนทางสาธารณะ การจัดการ โรงฆ่าสัตว์ เป็นต้น	กิจการเชิง อุตสาหกรรมและ พาณิชย์กรรม เช่น การก่อตั้ง สถาบันวิจัย ดำเนินการ ควบคุมและก่อตั้ง โรงเรียนวิชาชีพ ระดับสูงและ มหาวิทยาลัย การประปา (ยกเว้นธุรกิจการ ประปาขนาดเล็ก) การประปาที่ใช้ ในอุตสาหกรรม การคมนาคม รถไฟ ไฟฟ้า ก๊าซ โรงพยาบาล สวัสดิการสังคม หรือ โครงการ ที่กำหนดตาม ข้อบังคับ ของบริษัทหรือ	กิจการค้าขาย อันเป็น สาธารณูปโภค เช่น การรถไฟ การ รถราง การขุดคลอง การ เดินอากาศ การ ประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิต เพื่อจำหน่ายหรือ จำหน่ายก๊าซโดย ระบบเส้นท่อไปยัง อาคารต่างๆ และ บรรดากิจการอื่น อันกระทบกระเทือน ถึงความปลอดภัย หรือผาสุกของ ประชาชน

ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองท้องถิ่น ระหว่างต่างประเทศกับประเทศไทย				
	สนธิสัญญาว่า ด้วยการกลไกของ สหภาพยุโรป (TFEU)	ประเทศฝรั่งเศส (Code général des collectivités territoriales : CGCT)	ประเทศญี่ปุ่น (Local Incorporated Administrative Agency Act 2003)	ประเทศไทย (พระราชบัญญัติ จัดตั้ง องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น)
			กิจการนั้นๆ และ โครงการอื่นๆ ที่กำหนด โดยคณะรัฐมนตรี	
4) ผู้ถือหุ้น				
4.1) องค์กร ปกครอง ส่วนท้องถิ่น	-	✓	✓	✓
4.2) นิติบุคคล มหาชนอื่น	-	✓	✓	✓
4.3) เอกชน		แล้วแต่กรณี	เว้นแต่ กฎหมายกำหนด	✓
5) สัดส่วน การถือหุ้น		- บริษัทร่วมทุน ท้องถิ่น (ไม่น้อยกว่า ร้อยละ 50 ถึงร้อยละ 85) - บริษัทมหาชน ท้องถิ่น (อปท. 2 แห่ง ขึ้นไป)	องค์กรภาครัฐ เท่านั้น	มูลค่าเกินกว่า ร้อยละ 50

ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองท้องถิ่น ระหว่างต่างประเทศกับประเทศไทย				
	สนธิสัญญาว่า ด้วยการกลไกของ สหภาพยุโรป (TFEU)	ประเทศฝรั่งเศส (Code général des collectivités territoriales : CGCT)	ประเทศญี่ปุ่น (Local Incorporated Administrative Agency Act 2003)	ประเทศไทย (พระราชบัญญัติ จัดตั้ง องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น)
		- บริษัทร่วมทุน เพื่อกิจการเฉพาะ (ไม่น้อยกว่า ร้อยละ 34 และ ไม่เกินร้อยละ 85)		
6) สถานะ ทางกฎหมาย	-	วิสาหกิจมหาชน ท้องถิ่น (นิติบุคคล)	วิสาหกิจมหาชน ท้องถิ่น (นิติบุคคล)	- (นิติบุคคล)
7) การเสนอ เรื่องจัดตั้ง/ อนุมัติ	-	ยกเลิก การกำกับดูแล ก่อน	- ตราเป็น ข้อบังคับบริษัท และ - ต้องได้รับ ความเห็นชอบ จากสภาองค์การ บริหาร ส่วนจังหวัด / ผู้ว่าราชการ จังหวัด / รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงกิจการ ภายในและ การสื่อสาร แล้วแต่กรณี	- ต้องได้รับ การอนุมัติ หรือ ความเห็นชอบจาก รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทย ทุกกรณี

ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองท้องถิ่น ระหว่างต่างประเทศกับประเทศไทย				
	สนธิสัญญาว่า ด้วยการกลไกของ สหภาพยุโรป (TFEU)	ประเทศฝรั่งเศส (Code général des collectivités territoriales : CGCT)	ประเทศญี่ปุ่น (Local Incorporated Administrative Agency Act 2003)	ประเทศไทย (พระราชบัญญัติ จัดตั้ง องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น)
8) การบังคับใช้ กฎหมาย แข่งขันทาง การค้า	TFEU Article 101 - 109	ประมวลกฎหมาย พาณิชย์ (The French Commercial Code)	กฎหมาย การป้องกัน การผูกขาด (AMA)	พ.ร.บ. การแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2560
<u>หลัก</u>	ผู้ประกอบการ (Undertaking) บุคคลหรือนิติ บุคคลซึ่งประกอบ กิจการทาง เศรษฐกิจ หรือ ดำเนินกิจกรรม อันมีวัตถุประสงค์ เพื่อมุ่งจะแสวงหา กำไรทางการค้า / - ดำเนินกรรม ทางเศรษฐกิจ (Economic Activity)	กฎหมาย บังคับใช้แก่ กิจกรรมการผลิต การแจกจ่าย และ การบริการ ทั้งหมด รวมถึง การดำเนินการ โดยหน่วยงาน ของรัฐโดยเฉพาะ อย่างยิ่งภายใต้ กรอบของ ข้อตกลง การมอบหมายให้ ดำเนินการจัดทำ บริการสาธารณะ (มาตรา L 410-1)	ผู้ประกอบการ หมายถึง บุคคลใด ซึ่งประกอบ กิจการด้านการ พาณิชย์ อุตสาหกรรม หรือกิจการใน ลักษณะอื่นๆ (มาตรา 2 (1))	ผู้ประกอบการธุรกิจ หมายถึง ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่ง หรือนำเข้ามา ในราชอาณาจักร เพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือ จำหน่ายต่อ ซึ่งสินค้า หรือ ผู้ให้บริการในธุรกิจ (มาตรา 5)

ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองท้องถิ่น ระหว่างต่างประเทศกับประเทศไทย				
	สนธิสัญญาว่า ด้วยการกลไกของ สหภาพยุโรป (TFEU)	ประเทศฝรั่งเศส (Code général des collectivités territoriales : CGCT)	ประเทศญี่ปุ่น (Local Incorporated Administrative Agency Act 2003)	ประเทศไทย (พระราชบัญญัติ จัดตั้ง องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น)
<u>ข้อยกเว้น</u>	<ul style="list-style-type: none"> - มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการเพื่อประโยชน์ส่วนรวมทางเศรษฐกิจ (SGEI) - มีความจำเป็นต้องกระทำการขัดต่อหลักการแข่งขันทางการค้าโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น - เป็นวิธีการที่กระทบต่อการแข่งขันทางการค้าน้อยที่สุด - เกิดประโยชน์จริง (Article 106 วรรคสอง) - มีกฎหมายเฉพาะ 	<ul style="list-style-type: none"> - กิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ - รัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือวิสาหกิจมหาชน ใช้ อำนาจมหาชน ตามที่ได้มอบจากหน่วยงานของรัฐ เพื่อดำเนินการดังกล่าว - มีกฎหมายเฉพาะ 	<ul style="list-style-type: none"> - กิจการผูกขาดธรรมชาติ (Natural Monopoly) (Article 21) - มีกฎหมายเฉพาะ 	<ul style="list-style-type: none"> - รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ดำเนินการตามกฎหมาย หรือมติคณะรัฐมนตรี - ที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ / เพื่อประโยชน์สาธารณะ/ เพื่อผลประโยชน์ส่วนรวม / เพื่อจัดให้มีสาธารณูปโภค (มาตรา 4 (2)) - มีกฎหมายเฉพาะ

บทที่ 5

วิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัด

โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

5.1 กรณีกฎหมายมิได้กำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดอย่างเท่าเทียมกัน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 249 กำหนดรับรองหลักการปกครองตนเองของท้องถิ่น และมาตรา 250 กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการบริหาร การจัดทำ บริการสาธารณะ การเงินและการคลัง ตามรูปแบบและวิธีการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เห็นสมควรและจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนในท้องถิ่น หรือเป็นไปตามหลักการที่เรียกว่า “หลักความเป็นอิสระของท้องถิ่น” ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นในรูปแบบใด ย่อมมีหน้าที่และอำนาจในการบริหารจัดการ ดำเนินการจัดทำ บริการ สาธารณะท้องถิ่น และแสวงหารายได้ให้แก่ตนเองได้อย่างอิสระ ภายใต้ขอบเขตอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย และโดยที่กฎหมายจะต้องไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดหรือขัดขวางต่อหลักความเป็นอิสระของท้องถิ่น ตามนัยมาตรา 250 วรรคห้า แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จากหลักการข้างต้นประกอบกับ ทฤษฎีการจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่น จึงทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยที่จัดตั้งตาม หลักการกระจายอำนาจ มีอิสระในจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนโดยตรง ด้วยรูปแบบและวิธีการตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมและจะเป็นประโยชน์กับประชาชนในท้องถิ่นมากที่สุด โดยไม่ว่าจะเป็นรูปแบบที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการเอง ดำเนินการร่วมกับบุคคลอื่น มอบหมายให้เอกชน หรือหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการแทนก็ตาม

การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดถือเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ รูปแบบหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการประกอบกิจการในเชิงพาณิชย์เพื่อเป็นแหล่งรายได้ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งประเทศไทยก็ได้มีการบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด เช่นเดียวกัน ดังที่เห็นได้จาก พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และพระราชบัญญัติระเบียบ บริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ซึ่งเป็นกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพียงสองฉบับเท่านั้น ที่บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยรูปแบบเทศบาล และกรุงเทพมหานครเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด อย่างไรก็ตาม กลับไม่พบว่ามีกฎหมายจัดตั้ง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับอื่นใดอีกที่บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่น นอกเหนือจากเทศบาลและกรุงเทพมหานครเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ หมายความว่า

ปัจจุบัน มีเพียงเฉพาะเทศบาลและกรุงเทพมหานครเท่านั้นที่สามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ และประกอบกิจการเชิงพาณิชย์ด้วยรูปแบบการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ในขณะที่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล และเมืองพัทยา ซึ่งแม้จะมีสถานะเป็น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นและมีอิสระในการตัดสินใจเลือกรูปแบบและวิธีการในการจัดทำ บริการสาธารณะได้เช่นเดียวกับเทศบาลและกรุงเทพมหานครก็ตาม แต่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้ง 3 รูปแบบนี้ ก็ไม่สามารถเลือกรูปแบบและวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะโดยการเข้าร่วม จัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ ดังนั้น จึงทำให้องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล และเมืองพัทยา ไม่สามารถเข้าร่วมจัดตั้ง หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ และหากองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นได้มีการดำเนินการจัดตั้งหรือถือหุ้น ในบริษัทจำกัด ก็ย่อมถือเป็นการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันทำให้ต้องมีการยุบเลิกการจัดตั้ง หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดและทำให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องร่วมรับผิดชอบในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ดังเช่นตามที่ปรากฏในกรณีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท บริหารจัดการayangพาราภาคตะวันออก จำกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท โดยองค์การบริหารส่วนจังหวัดระยอง ในปี พ.ศ. 2555 โดยอาศัยมาตรา 6 มาตรา 50 และมาตรา 76 ของพระราชบัญญัติองค์การบริหาร ส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ประกอบข้อ 7 (3) แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการดำเนินกิจการ พาณิชยขององค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2541 เพื่อดำเนินการบริหารและดำเนินโครงการตลาด กลางyangพาราภาคตะวันออก ซึ่งสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินและคณะกรรมการพิจารณา ร่างกฎหมายของกระทรวงมหาดไทย คณะที่ 1 ได้มีความเห็นว่า เนื่องด้วยพระราชบัญญัติ องค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มิได้บัญญัติให้อำนาจแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด ในการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ในรูปบริษัทจำกัด ดังนั้น การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดระยอง จัดตั้งบริษัทจำกัดดังกล่าว จึงเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจและไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹ ซึ่งเป็นความเห็น ในทำนองเดียวกันกับความเห็นของกระทรวงมหาดไทย ตามหนังสือที่ มท 0804.3/24553 ลงวันที่ 30 ธันวาคม 2558 ที่มีความเห็นว่าองค์การบริหารส่วนจังหวัดเชียงใหม่ไม่สามารถจัดตั้ง หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มิได้กำหนดให้อำนาจไว้ และแม้ว่ามาตรา 57 ตรี แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 จะบัญญัติให้เทศบาลจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับบุคคลอื่น และนับจำนวนหุ้นรวมกับ องค์การบริหารส่วนจังหวัดได้ด้วยก็ตาม แต่การบัญญัติในพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เช่นนี้

¹ กรมประชาสัมพันธ์ สด. ชีแจง กรณีการสั่งปิดตลาดกลางyangพาราภาคตะวันออก, ข่าวกรมส่งเสริมการปกครอง ส่วนท้องถิ่น กระทรวงมหาดไทย (31 ตุลาคม 2560) [ออนไลน์], 12 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา

เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำหรับกรณีการจัดตั้งหรือถือหุ้นบริษัทจำกัด โดยเทศบาลเท่านั้น มิได้เป็นการขยายอำนาจขององค์การบริหารส่วนจังหวัดให้มีอำนาจในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ดังนั้น องค์การบริหารส่วนจังหวัดจึงไม่สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ ดังนั้น จากกรณีตัวอย่างของการจัดตั้งบริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด และตามความเห็นของกระทรวงมหาดไทยในกรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดเชียงใหม่ จะเห็นได้ว่า เนื่องจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายและการไม่บทยัญญัติกำหนดอำนาจที่ชัดเจน จึงทำให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดไม่สามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดได้ตามเจตนารมณ์ของตน ซึ่งหากองค์การบริหารส่วนจังหวัดได้ดำเนินการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดไปตามวิธีการและขั้นตอนของกฎหมายดังเช่นในกรณีขององค์การบริหารส่วนจังหวัดระยองแล้วก็ตาม แต่หากปรากฏว่าการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดดังกล่าวนั้นมิได้มีกฎหมายให้อำนาจไว้ การจัดตั้งบริษัทเช่นว่านั้นก็ย่อมมิชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกยุบเลิกในภายหลัง ทั้งนี้ ย่อมส่งผลกระทบต่อภารกิจหน้าที่และงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และบุคคลภายนอกในฐานะคู่สัญญาและผู้ให้บริการที่ต้องได้รับความเสียหายจากการจัดตั้งหรือยุบเลิกบริษัทจำกัดดังกล่าว

แม้พระราชบัญญัติการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและพระราชบัญญัติการกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 จะกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 5 รูปแบบ มีขอบเขตอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบที่แตกต่างกันตามความพร้อม ความเหมาะสม และศักยภาพขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละรูปแบบก็ตาม แต่เนื่องจากการวางโครงสร้างการปกครองส่วนท้องถิ่นไทยที่แบ่งออกเป็น 2 ชั้น (Two Tier System) เช่น กรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดซึ่งเป็นหน่วยการปกครองท้องถิ่นขนาดใหญ่ และมีพื้นที่ครอบคลุมเทศบาลและองค์การบริหารส่วนตำบล มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำแผนพัฒนาจังหวัดประสานงาน ให้ความร่วมมือและสนับสนุนหน่วยการปกครองท้องถิ่นขนาดเล็ก ตลอดทั้งดำเนินกิจการที่หน่วยงานการปกครองท้องถิ่นขนาดเล็กไม่สามารถทำได้เพราะกิจการดังกล่าวเป็นกิจการที่ครอบคลุมพื้นที่กว้าง เป็นกิจการที่ต้องการความเป็นเอกภาพ และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องขีดความสามารถของเทศบาลและองค์การบริหารส่วนตำบลจะกระทำได้² จะเห็นได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยในแต่ละพื้นที่มีความสัมพันธ์ร่วมกันและมีได้แบ่งแยกอำนาจหน้าที่ออกจากกันโดยสิ้นเชิง ในสภาวะเช่นนี้ ในบางกรณีจึงส่งผลให้ประเทศไทยประสบปัญหาความทับซ้อนกันของอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งยังส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะและการดำเนินการใดๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปโดยไม่มีประสิทธิภาพ

² กลุ่มงานคณะกรรมการการปกครอง สำนักกรรมการ 2, ชุดความรู้เบื้องต้น เรื่องรูปแบบการบริหาร องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยและต่างประเทศ (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2557), หน้า 7.

อย่างไรก็ดี ปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ไขได้โดยการร่วมกันวางแผนและกำหนดเป้าหมายที่ชัดเจน เพื่อเป็นตัวกำหนดและแบ่งแยกบทบาทหน้าที่ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภท รวมถึงเป็นตัวกำหนดวิธีการอันเป็นเครื่องมือขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้การดำเนินการดังกล่าวบรรลุตามเป้าหมาย ดังนั้น หากในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพิจารณาหรือร่วมกันพิจารณาแล้วเห็นว่า การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเป็นรูปแบบและวิธีการที่เหมาะสม แก่กิจการหรือโครงการอันเป็นเป้าหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ก็สมควรจะมีอำนาจหน้าที่ในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดดังกล่าวได้ตามเจตนารมณ์ของตน จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่า ในปัจจุบันยังไม่มีมาตรการกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรบริหารส่วนจังหวัด จึงทำให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดไม่สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ แต่อย่างไรก็ดี คงปฏิเสธมิได้ว่า องค์กรบริหารส่วนจังหวัดจะมีศักยภาพในการบริหารจัดการและจัดทำ บริการสาธารณะที่ด้อยไปกว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบเทศบาลหรือและองค์การบริหารส่วนตำบล จนทำให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดไม่สมควรมีอำนาจในการเข้าร่วมจัดตั้ง หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลที่อยู่ในเขตพื้นที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้น เพื่อประโยชน์ของประชาชนในพื้นที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดนั่นเอง ทั้งนี้ ย่อมต้องพิจารณาถึง อำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นสำคัญด้วย

หรือในกรณี เมืองพัทยา ซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ ที่มีลักษณะเฉพาะทางเศรษฐกิจ หรือในกรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดระยอง ชลบุรี และฉะเชิงเทรา ที่มีเขตอำนาจหน้าที่อยู่ในพื้นที่เขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก (Eastern Economic Corridor – EEC) มีศักยภาพและความเหมาะสมในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชนเพื่อดำเนินการ จัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ได้แก่ การวางโครงสร้างพื้นฐานและ สาธารณูปโภคที่สำคัญ เช่น การสร้างรถไฟความเร็วสูงเชื่อม 3 สนามบิน การสร้างท่าเรือแหลมฉบัง ระยะที่ 3 การสร้างโครงสร้างพื้นฐานด้านดิจิทัล เช่น ASEAN Digital Hub³ เพื่อรองรับ ความเจริญเติบโตของเมือง (Urbanization) ซึ่งหากทำการศึกษาแล้วเห็นว่า การดำเนินการเอง ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผ่านระบบราชการ การว่าจ้างเอกชน การจัดตั้งสหการหรือ องค์กรมหาชนท้องถิ่นไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ แต่ศึกษาวิเคราะห์แล้วเห็นว่า การร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดจะเป็นวิธีการที่เหมาะสมในการระดมทุนและเป็นแหล่งรายได้ ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจากการเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับนักลงทุนชาวไทย และต่างชาติ ทั้งบริษัทจำกัดยังเป็นหน่วยธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจการ

³ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก, โครงสร้างพื้นฐาน [ออนไลน์]. 7 มิถุนายน 2564.

เชิงพาณิชย์และทำการค้าแสวงหากำไร และเป็นรูปแบบของนิติบุคคลเอกชนที่มีความคล่องตัว และมีอิสระในการบริหารงาน โดยไม่ผูกมัดกับนโยบายและภารกิจภายใต้การจัดสรรงบประมาณจากรัฐบาลส่วนกลาง ดังนั้น จึงมีความเหมาะสมที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถเลือกใช้วิธีดำเนินการด้วยรูปแบบการจัดตั้งหรือถือหุ้นบริษัทจำกัด เพื่อให้การดำเนินการดังกล่าวบรรลุวัตถุประสงค์และก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนในท้องถิ่น

ซึ่งการกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเช่นนี้ อาจเปรียบได้กับกรณีของประเทศฝรั่งเศสที่มีโครงสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดโครงสร้างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย โดยที่ประเทศฝรั่งเศสยึดถือหลักการปกครองตนเองและหลักความเป็นอิสระของท้องถิ่นเป็นสำคัญ จึงทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศสมีอำนาจริเริ่มในการจัดทำบริการสาธารณะของตนเองได้อย่างกว้างขวางตามหลักความสามารถทั่วไป ด้วยวิธีการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศสเห็นว่าเหมาะสมแก่การจัดทำบริการสาธารณะประเภทนั้นๆ มากที่สุด ในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายกลางว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศส (Code général des collectivités territoriales หรือ CGCT) ได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกรูปแบบสามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามประเภทของบริษัทจำกัดตามที่ CGCT กำหนดหรือในกรณีที่กฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 ของประเทศญี่ปุ่นที่กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่นสามารถดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์ในรูปแบบบริษัทจำกัดหรือจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลได้นั้น การบัญญัติให้อำนาจเช่นนี้ จึงทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่นในแต่ละรูปแบบมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะกำหนดหรือตัดสินใจเลือกใช้เครื่องมือที่เหมาะสมกับการดำเนินกิจการหรือจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมของตนได้อย่างอิสระ

ซึ่งแตกต่างจากกรณีของประเทศไทย ที่กฎหมายไทยยังมีได้กำหนดให้องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล และเมืองพัทยา สามารถเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับบุคคลอื่นได้ ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 3 รูปแบบ ไม่สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ตามเจตนารมณ์ของตน ซึ่งการตรากฎหมายเช่นนี้ ถือเป็น การตรากฎหมายที่ไม่เท่าเทียมและไม่เป็นธรรมแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและประชาชน เนื่องจากการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นการจัดตั้งนิติบุคคลตามหลักการกระจายอำนาจ เพื่อให้นิติบุคคลดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่และความสามารถในการปกครองตนเองภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นเดียวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบเดียวกัน หรือมีสิทธิและอำนาจหน้าที่ที่ไม่น้อยไปกว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีขนาดเล็กกว่า และการที่กฎหมายมิได้กำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสามรูปแบบในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเช่นนี้ ยังเป็นการตรากฎหมายที่มีเนื้อหาขัดต่อหรือกระทบต่อ

หลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Autonomy) ตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานของรัฐที่แยกเป็นอิสระออกจากรัฐบาลส่วนกลางตามหลักการกระจายอำนาจแล้ว การที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอีก 3 รูปแบบข้างต้น จึงส่งผลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นข้างต้นไม่สามารถใช้เครื่องมือที่ตนพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสมและจะเป็นประโยชน์กับประชาชนได้ อีกทั้ง การที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังถือเป็นการปิดกั้นโอกาสในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของท้องถิ่น รวมถึงขัดขวางมิให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีเครื่องมือในการพัฒนาการหารายได้ ซึ่งขัดต่อหลักการส่งเสริมการกระจายอำนาจทางการคลังให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ดังนั้น จึงเสนอแนะให้มีการบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกรูปแบบอย่างเท่าเทียมกัน เพื่อเป็นเครื่องมือช่วยให้องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล และเมืองพัทยาสามารถจัดตั้งหรือเข้าร่วมถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้เช่นเดียวกับเทศบาลและกรุงเทพมหานคร เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 5 รูปแบบ มีโอกาสและความสามารถในการจัดทำบริการสาธารณะตามรูปแบบและวิธีการตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมแก่ประเภทของบริการสาธารณะและเห็นว่าการดำเนินการในรูปแบบบริษัทจำกัดจะก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าการดำเนินการด้วยวิธีการอื่น มากไปกว่านั้น การกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกรูปแบบอย่างเท่าเทียมกัน ยังเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตยและเป็นกลไกสำคัญในการรับรองถึงหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะตัวแทนของประชาชนในเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งจะสามารถกำหนดและตัดสินใจเลือกรูปแบบและวิธีการในการบริหารจัดการและดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ รวมถึงการแสวงหารายได้ที่เหมาะสมให้แก่ตนเองได้อย่างอิสระ ตามหลักการปกครองตนเองและหลักความเป็นอิสระของท้องถิ่นตามที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยภายใต้หลักนิติรัฐ

อย่างไรก็ดี การตรากฎหมายเพื่อกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกรูปแบบสามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้นั้น ไม่ถือเป็นการบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างกว้างขวางจนเกินไป เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดจะสามารถการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้หรือไม่ นั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องพิจารณาให้ได้เสียก่อนว่า 1) กิจกรรมหรือโครงการอันเป็นวัตถุประสงค์ในการดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือเป็นการพาณิชย์ท้องถิ่น ในลักษณะทำการค้าแสวงหากำไร 2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกิจกรรมหรือโครงการทางเศรษฐกิจดังกล่าว 3) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจในการจัดตั้ง

หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด 4) การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเป็นวิธีการที่เหมาะสม มีประสิทธิภาพ และเป็นเครื่องมือช่วยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินกิจการ หรือโครงการนั้นให้บรรลุเป้าหมายได้ดีกว่าวิธีการอื่น เช่น การดำเนินการเอง การว่าจ้างเอกชน การจัดตั้งสหการ การจัดตั้งองค์การมหาชนท้องถิ่น เป็นต้น 5) การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้อย่างแท้จริง ดังนั้น หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพิจารณาแล้วเห็นว่า การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดไม่สามารถ เป็นเครื่องมือช่วยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบรรลุวัตถุประสงค์หรือตอบสนองความต้องการของ ประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างแท้จริงแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเลือก วิธีการดำเนินการในรูปแบบบริษัทจำกัด อีกทั้ง แม้จะมีการกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ได้อย่างอัตโนมัติ เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องดำเนินการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ทั้งยังต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลส่วนกลาง และหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องประกอบกัน

5.2 ข้อจำกัดของหลักเกณฑ์การ “ร่วมกับบุคคลอื่น” ในการจัดตั้งและถือหุ้นในบริษัทจำกัด

5.2.1 กรณีจะต้องเป็นการ “ร่วมกับบุคคลอื่น” จัดตั้งและถือหุ้นในบริษัทจำกัดเท่านั้น

ตามบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจแก่เทศบาล ตามมาตรา 57 ตรี แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และกรุงเทพมหานครตามมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 นั้น เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เทศบาล และกรุงเทพมหานคร “ร่วมกับบุคคลอื่น” ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคลเอกชนหรือมหาชน รวมถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกันในการจดทะเบียนจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท โดยมีได้เป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัด ขึ้นเองโดยเทศบาลหรือกรุงเทพมหานครเพียงแห่งเดียว⁴ ฉะนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงยังไม่สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรเอกชน (Corporatization) ด้วยทุนหรืองบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหมดโดยอาศัยมาตราดังกล่าวข้างต้นได้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของรัฐวิสาหกิจที่กฎหมายกำหนดให้รัฐวิสาหกิจใดประสงค์จะเปลี่ยนจากรูปแบบ องค์กรของรัฐตามที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นให้เป็นรูปแบบบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด

⁴ กระทรวงมหาดไทย, หลักเกณฑ์การพิจารณาการอนุมัติจัดตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล, อ้างถึงใน รายงาน การประชุมคณะอนุกรรมการเฉพาะกิจเพื่อพัฒนาการจัดเก็บรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ครั้งที่ 3/2559 วันที่ 25 สิงหาคม 2559 [ออนไลน์]. 7 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา <http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFO CENTEROPM/DRAWER01/GENERAL/DATA0004/00004892.PDF>

(Corporatization) ก็สามารรถดำเนินการตามกระบวนการและขั้นตอนแห่งพระราชบัญญัติ
 ทูรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดยการเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจเดิมจาก “ทุนเรือนบาท” ให้เป็น
 “ทุนเรือนหุ้น” โดยให้รัฐเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัททั้งหมด และกำหนดให้รัฐวิสาหกิจดังกล่าว
 มีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การแปรสภาพ
 รัฐวิสาหกิจเช่นนี้ กฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินกิจการของรัฐวิสาหกิจเกิดความคล่องตัว
 หรือเป็นขั้นตอนการนำไปสู่แปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization) ให้เป็นองค์กรธุรกิจอย่างเต็มรูปแบบ
 ให้กระทำได้โดยสะดวกยิ่งขึ้น⁵ ส่วนในกรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กฎหมายจัดตั้งมิได้ให้
 อำนาจในการจัดตั้งบริษัทจำกัดด้วยทุนหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียงแห่งเดียว ทั้งยังมิได้มี
 พระราชบัญญัติหรือบทบัญญัติกฎหมายอื่นใดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถแปรสภาพของ
 วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นได้เช่นเดียวกับกรณีของรัฐวิสาหกิจ ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
 จึงไม่สามารถจดทะเบียนจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดด้วยงบประมาณขององค์กรปกครอง
 ส่วนท้องถิ่นทั้งหมด ซึ่งการมิได้บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดตั้ง
 บริษัทจำกัดในรูปแบบดังกล่าว อาจเป็นอุปสรรคทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถ
 เลือกใช้เครื่องมือที่มีความคล่องตัว มีอิสระในการบริหารบุคลากรและงบประมาณ และเหมาะสมแก่
 การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือกิจการพาณิชย์ท้องถิ่น

ดังนั้น จึงเสนอแนะให้มีการตรากฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
 ให้สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดด้วยเงินทุน หรืองบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
 ทั้งหมดหรือการกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจครอบงำชี้ขาดในบริษัทจำกัด
 ในรูปแบบที่เรียกว่า บริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยบุคคลคนเดียวหรือนิติบุคคลเดียว (One Person
 Company) ซึ่งการตรากฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดตั้ง
 หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยบุคคลคนเดียวหรือนิติบุคคลเดียว (One Person Company)
 จะทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม
 กิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือกิจการพาณิชย์ท้องถิ่นได้อย่างคล่องตัว และใช้บริษัทจำกัดดังกล่าว
 เป็นเครื่องมือในการพัฒนาและหารายได้ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น
 ดังเช่น การตราบทบัญญัติกฎหมายอนุญาตให้องค์การบริหารจังหวัดเพียงแห่งเดียวสามารถจัดตั้ง
 บริษัทจำกัดเพื่อดำเนินกิจการพาณิชย์ท้องถิ่น ดังในกรณีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท บริหารจัดการ
 ยางพาราภาคตะวันออก จำกัด ขององค์การบริหารบริหารส่วนจังหวัดระยอง เป็นต้น

⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เจตนารมณ์ในการประกาศใช้พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542
 [ออนไลน์]. 9 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา <http://web.krisdika.go.th/lawHeadContent.jsp?fromPage=lawHeadContent&formatFile=htm&hID=0ibid>.

5.2.2 กรณีการกำหนดจำนวนหุ้นและการนับจำนวนหุ้นร่วมกับนิติบุคคลมหาชนอื่น

ตามบทบัญญัติมาตราข้างต้นที่กำหนดให้เทศบาลหรือกรุงเทพมหานคร ต้องร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้น สามารถแยกวิเคราะห์ได้เป็น 3 กรณี

5.2.2.1 การถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่ “ไม่มีเอกชน” ร่วมถือหุ้น

การถือหุ้นของบริษัทจำกัดโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในกรณีที่ไม่มีเอกชนร่วมถือหุ้นอยู่ด้วย กฎหมายกำหนดให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่จำเป็นต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนตามมาตรา 57 ตรี วรรคหนึ่ง (2) และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งเป็นกรณีการจัดตั้งบริษัทจำกัดในลักษณะบริษัทจำกัดมหาชนท้องถิ่น (Wholly publicly owned local public company) เช่นเดียวกับการจัดตั้งบริษัทมหาชนท้องถิ่น (SPL) ในประเทศฝรั่งเศส และการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ญี่ปุ่นตาม Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 ที่กำหนดห้ามมิให้เอกชนเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยบริษัทจำกัดประเภทนี้ กฎหมายมักกำหนดให้มีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อดำเนินกิจการบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมหรือการดำเนินกิจการที่ได้มุ่งแสวงหากำไรเป็นสำคัญ และเมื่อผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดล้วนเป็นนิติบุคคลมหาชนและมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเป็นอย่างเดียวกัน คือ เพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่กฎหมายต้องกำหนดให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องถือหุ้นในจำนวนที่จะทำให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิออกเสียงข้างมาก (เกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด) หรือมีอำนาจควบคุมตัดสินใจการบริหารกิจการเหนือผู้ถือหุ้นรายอื่นในบริษัท (อำนาจครอบงำชี้ขาด) เว้นแต่ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะประสงค์ให้บริษัทจำกัดดังกล่าวอยู่ภายใต้การควบคุม หรือเป็นขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

จึงมีข้อเสนอแนะว่า ในกรณีที่บริษัทจำกัดไม่มีเอกชนถือหุ้นร่วมอยู่ด้วย จึงไม่มีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องกำหนดให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องถือหุ้นในจำนวนเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน หรือมีอำนาจครอบงำชี้ขาดในบริษัทจำกัด เว้นแต่ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะประสงค์จะให้บริษัทจำกัดเช่นว่านั้น อยู่ภายใต้การควบคุมหรือเป็นของ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องยังคงเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัท จำกัดด้วยทุนจำนวนเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน หรือมีอำนาจครอบงำชี้ขาดในบริษัทจำกัด ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายไทยก็ได้มีการบัญญัติในลักษณะดังกล่าวแล้ว ดังเช่น มาตรา 57 ตรี วรรคหนึ่ง (2) และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

5.2.2.2 การถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่มี “นิติบุคคลมหาชนอื่น” และ “เอกชน”

ร่วมถือหุ้นอยู่ด้วย

ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับบุคคลอื่นซึ่งเป็นกรณีที่มี “เอกชน” เข้าถือหุ้นรวมด้วยอยู่ในบริษัทจำกัด โดยไม่ว่าเอกชนรายนั้นจะมีสถานะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม การจัดตั้งถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับภาคเอกชนในกรณีนี้เรียกว่า บริษัทจำกัดหุ้นส่วนผสมหรือบริษัทร่วมทุน (Mixed Economic Company) ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายจัดตั้งได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยจะต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบ (ร้อยละ 51) ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นผู้มีสิทธิออกเสียงข้างมากในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น หรือเป็นผู้มีอำนาจครอบงำชี้ขาดการบริหารจัดการของบริษัทจำกัดเหนือผู้ถือหุ้นเอกชน การกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของประเทศไทยในกรณีนี้มีหลักเกณฑ์ในลักษณะเช่นเดียวกับการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (Seml) ของประเทศฝรั่งเศส ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายกลางว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (CGCT) ซึ่งกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศสจะต้องมีสัดส่วนการถือหุ้นมากกว่าครึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียน และมีเสียงข้างมากในการลงมติ โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจถือหุ้นแยกจากกันหรือถือหุ้นร่วมกันก็ได้ แต่ในขณะที่มาตรา 57 ตรี วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กำหนดให้ในกรณีที่มีหลายเทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล หรือสุขาภิบาล ถือหุ้นอยู่ในบริษัทเดียวกัน ให้เทศบาลนับหุ้นที่ถืออยู่นั้นรวมกัน และมาตรา 94 (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 กำหนดให้ในกรณีที่มีกรุงเทพมหานครส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ถือหุ้นอยู่ในบริษัทเดียวกัน ให้กรุงเทพมหานครนับหุ้นที่ถืออยู่นั้นรวมกัน กรณีเช่นนี้ อาจตีความได้ว่าพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มิได้กำหนดห้ามมิให้เทศบาลร่วมถือหุ้นร่วมกับส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น แต่กฎหมายกำหนดให้เทศบาลนับหุ้นที่ถืออยู่นั้นรวมกันเฉพาะกับเทศบาลอื่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล หรือสุขาภิบาล ที่ถือหุ้นอยู่ในบริษัทเดียวกันเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกรณีของกรุงเทพมหานครที่กฎหมายกำหนดให้นับจำนวนหุ้นร่วมกับนิติบุคคลมหาชนอื่นได้ หากส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นร่วมถือหุ้นอยู่ด้วย กรณีเช่นนี้ จึงอาจจะเป็นอุปสรรคต่อเทศบาลในการเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดเนื่องจากไม่มีทุนเพียงพอ โดยที่เทศบาลไม่สามารถนับจำนวนหุ้นร่วมกับส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจได้ ดังนั้น ในกรณีนี้ จึงเสนอแนะให้มีการตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การนับจำนวนหุ้นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นร่วมกับนิติบุคคลมหาชนอื่นอย่างชัดเจนในลักษณะเดียวกันทุกกรณี ซึ่งหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภทสามารถนับรวมหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับนิติบุคคลมหาชนอื่นได้แล้ว จะเป็นการช่วยลดอุปสรรคและข้อจำกัดด้านเงินทุน

ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชน อย่างไรก็ตาม ภายใต้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประสงค์จะให้บริษัทจำกัดดังกล่าวอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในจำนวนเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมดเช่นเดียวกัน ซึ่งการนับจำนวนการถือหุ้นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนี้เอง ยังส่งผลต่อการกำหนดสถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดดังกล่าวด้วย เช่น ในกรณีที่ราชการส่วนกลางเป็นผู้ถือหุ้นมูลค่าเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน ย่อมทำให้บริษัทจำกัดดังกล่าวมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจที่อยู่ในการควบคุมของรัฐบาลส่วนกลาง แต่หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้นด้วยมูลค่าเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน ย่อมทำให้บริษัทจำกัดดังกล่าวมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น ภายใต้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในทางกลับกันหากราชการส่วนกลางและส่วนท้องถิ่นร่วมกันถือหุ้นในมูลค่าที่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน บริษัทจำกัดนั้นย่อมมีสถานะเป็นบริษัทจำกัดของเอกชน ทั้งนี้ ย่อมต้องพิจารณาถึงอำนาจครอบงำชี้ขาดของส่วนราชการที่มีต่อการบริหารกิจการในบริษัทจำกัดของเอกชนต่อไปด้วย

5.2.2.3 การถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่มีเฉพาะ “เอกชน” ร่วมถือหุ้นอยู่ด้วย

ในกรณีที่บริษัทจำกัดดังกล่าวไม่มีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น หรือนิติบุคคลมหาชนอื่นร่วมถือหุ้นในบริษัทจำกัดดังกล่าวอยู่เลย มีแต่เฉพาะการถือหุ้นร่วมกันระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่ง และ “เอกชน” เพียงสองฝ่ายเท่านั้น ในกรณีนี้ กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบ (ร้อยละ 51) ของทุนจดทะเบียนเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถควบคุมการบริหารจัดการบริษัทจำกัด โดยในบางประเทศ อาทิ ประเทศฝรั่งเศส ได้มีการตรากฎหมายกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นขั้นต่ำ เช่น ในกรณีการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (Seml) ที่กำหนดให้ ผู้ถือหุ้นรายอื่นที่มีใ้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีสัดส่วนการถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด และกำหนดให้เอกชนสามารถเข้าลงทุนร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้นับแต่อัตราร้อยละ 15 จนถึงอัตราร้อยละ 66 ของทุนทั้งหมด หรือในกรณีการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Semop) ซึ่งเป็นรูปแบบการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบสถาบัน (PPP Institution) ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเลือกคู่สัญญาหรือผู้ร่วมลงทุนภาคเอกชนอย่างน้อยหนึ่งแห่งเข้าลงทุนร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ภายในระยะเวลาที่กำหนดตามสัญญา โดยในการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Semop) กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะจำนวนไม่ต่ำกว่าร้อยละ 34 ของทุนจดทะเบียน ซึ่งเป็นจำนวนต่ำสุดที่ต้องมีเพื่อถือเสียงต่ำสุดในการคัดค้านและจะต้องมีสัดส่วนจำนวนหุ้นไม่สูงกว่า

ร้อยละ 85 ของทุนจดทะเบียน ดังนั้น ผู้ถือหุ้นรายอื่นจะมีสิทธิ์ถือหุ้นในสัดส่วนระหว่างร้อยละ 15 และร้อยละ 66 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด เช่นเดียวกันกับกรณีของประเทศญี่ปุ่น ที่โดยหลักแล้วกฎหมายไม่อนุญาตให้เอกชนเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เว้นแต่ จะมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจกระทำได้ เช่น การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดเพื่อประกอบกิจการสนามบินตาม The Airport Law 2008 เป็นต้น ซึ่งจากการค้นคว้าข้อเท็จจริงพบว่า เอกชนเข้าถือหุ้นในบริษัทในจำนวนตั้งแต่ร้อยละ 50 จนถึงจำนวนต่ำกว่าร้อยละ 10 ของทุนจดทะเบียน ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการกำหนดจำนวนการถือหุ้นขึ้นอยู่กับรูปแบบและวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทจำกัดด้วย และในการกำหนดจำนวนการถือหุ้นขั้นต่ำของเอกชนเช่นนี้ย่อมมีข้อดี คือ การกำหนดสัดส่วนความเป็นผู้ถือหุ้นของเอกชนในกรณีที่มีรัฐมีความประสงค์จะให้การดำเนินกิจการของรัฐมีความเป็นเอกชนมากยิ่งขึ้น หรือการนำไปสู่กระบวนการแปรรูปวิสาหกิจ อีกทั้งยังเป็นมาตรการที่บังคับใช้เพื่อกำหนดให้มีเอกชนเข้าร่วมดำเนินการและเพื่อให้บริษัทจำกัดมีแหล่งเงินทุนเพิ่มขึ้นหรือเป็นเครื่องมือในการดึงเอาความรู้ความสามารถของเอกชนเข้าสู่บริษัทจำกัดของท้องถิ่น ซึ่งจะเป็นผลดีกับการดำเนินกิจการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบางประเภท แต่ในทางกลับกัน การกำหนดจำนวนการถือหุ้นขั้นต่ำของเอกชนก็อาจทำให้เป็นอุปสรรคแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการสรรหาเอกชนให้เข้าร่วมถือหุ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจการหรือโครงการที่มีได้มุ่งทำการค้าแสวงหากำไร

ดังนั้น ในกรณีการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่งร่วมกับ “เอกชน” ซึ่งกฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบ (ร้อยละ 51) ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด โดยไม่กำหนดจำนวนขั้นต่ำของเอกชนที่จะต้องเข้าถือหุ้นนั้น เห็นว่า เป็นหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมแล้ว เนื่องจากการเข้าร่วมถือหุ้นในบริษัทจำกัดเป็นการสมัครใจเข้าตกลงร่วมกันทำกิจกรรมทางธุรกิจของคู่สัญญาสองฝ่าย และเพื่อมิให้การกำหนดหลักเกณฑ์เป็นอุปสรรคต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการสรรหาเอกชนผู้เข้าร่วมถือหุ้นให้ครบตามจำนวนมูลค่าการถือหุ้นขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์เช่นเดิม จึงเหมาะสมกับกรณีการจัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ทั้งนี้ มีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมว่า ควรมีการตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์กลางในการคัดเลือกเอกชนผู้เข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของท้องถิ่นเพื่อเป็นกรอบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพิจารณาถึงศักยภาพ ความรู้ความเชี่ยวชาญ คุณสมบัติต้องห้าม และความน่าเชื่อถือของ “เอกชน” ผู้เข้าร่วมถือหุ้น ประกอบกับการพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชนที่เหมาะสมแก่การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดในแต่ละกรณี เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจและเป็นหลักประกันให้แก่ประชาชนว่า บริษัทจำกัดดังกล่าวจะสามารถตั้งอยู่และดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างแท้จริง โดยที่การดำเนินการของบริษัทจะไม่ก่อให้เกิดภาระทางการคลังแก่รัฐ

หรือท้องถิ่น หรือส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพและการดำเนินการทางเศรษฐกิจของประชาชนโดยไม่จำเป็น ทั้งนี้ การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาคุณสมบัติของเอกชนผู้เข้าร่วมถือหุ้นยังถือเป็นมาตรการหนึ่งในการป้องกันมิให้ธนาคารเมืองหรือกลุ่มนายทุนเข้าแสวงหาประโยชน์จากการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยมิชอบ

5.3 การกำหนดขอบัญชีประสงค์เฉพาะเพื่อ “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค” มีลักษณะจำกัดเกินไป

ดังที่กล่าวในบทที่ 2 แล้วว่า การจัดตั้งบริษัทจำกัดเป็นวิธีการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่ง โดยการจัดตั้งองค์กรธุรกิจซึ่งมีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน เพื่อให้รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระ คล่องตัว และสามารถบริหารจัดการงบประมาณและบุคลากรผ่านบริษัทจำกัดได้เอง โดยไม่ต้องเผชิญกับข้อจำกัดและความล่าช้าของระบบราชการ ในการดำเนินการเพื่อการผลิต จำหน่าย และให้บริการ ดังนั้นการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีขอบัญชีประสงค์ในการจัดตั้งและดำเนินกิจการเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือการทำการค้าเชิงพาณิชย์และยังสามารถประกอบธุรกิจแข่งขันทางการค้าได้เช่นเดียวกับบริษัทจำกัดของเอกชน

สำหรับกรณีของการกำหนดขอบัญชีประสงค์ของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยตามมาตรา 57 ตรี วรรคหนึ่ง (1) และวรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ที่กำหนดให้บริษัทจำกัดที่เทศบาลร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นต้องมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อ “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค” เว้นแต่ กรณีที่ไม่มีเอกชนรวมอยู่ด้วย และมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ที่กำหนดให้บริษัทจำกัดที่กรุงเทพมหานครร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นต้องมีวัตถุประสงค์เฉพาะ “กิจการเป็นสาธารณูปโภค” ซึ่งแม้มิได้มีการระบุถึงคำว่า “ค้าขาย” ไว้ก็ตาม แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่ากฎหมายเล็งเห็นว่าการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้นมีวัตถุประสงค์การทำการค้าเช่นเดียวกัน⁶ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติทั้งสองมาตราข้างต้นแล้วเห็นว่า กฎหมายมีเจตนารมณ์ให้การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดในกรณีนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ในลักษณะที่เป็นกิจการผูกขาดหรือกึ่งผูกขาดหรือกิจการสาธารณูปโภค ซึ่งหมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนเกี่ยวกับสิ่งอุปโภคบริโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต และสามารถเรียกเก็บค่าใช้บริการจากประชาชนได้ เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง

⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น,” วารสารนิติศาสตร์ 20, 3 (กันยายน 2546): 142.

โทรศัพท์ หรือกิจการตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ซึ่งเป็นไปตามแนวความเห็นของ คณะกรรมการกฤษฎีกา ที่มีความเห็นว่า “กิจการสาธารณูปโภค” ตามมาตรา 94 (1) แห่ง พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 หมายถึง การดำเนินการกิจการ อันเป็นการให้บริการสาธารณูปโภคแก่ประชาชน ดังนั้น การที่กรุงเทพมหานครจะมอบหมายให้ บริษัทกรุงเทพธนาคม จำกัด ก่อสร้างอาคารที่ทำการของหน่วยงาน ถนน หรือสะพาน มิใช่เป็นการ ประกอบกิจการสาธารณูปโภคตามมาตรา 94 (1) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน⁷ จะเห็นได้ว่า แนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นแนวทางในการตีความถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเข้าไปจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด และยังเป็นกำหนด ขอบวัตถุประสงค์และการดำเนินการของบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะสามารถ ดำเนินการแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้เฉพาะในกิจการที่เกี่ยวกับการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เท่านั้น ซึ่งหากบริษัทจำกัดมีขอบวัตถุประสงค์เพื่อกิจการอื่นใดที่ไม่ใช่กิจการสาธารณูปโภคแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมไม่สามารถเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นได้ และบริษัทจำกัดดังกล่าวก็ย่อมไม่ สามารถดำเนินใดๆ ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นได้ด้วยวิธีการมอบหมายโดยตรงจากท้องถิ่น เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นเพิ่มเติมว่า หากบริษัทดังกล่าวได้ขยาย ขอบวัตถุประสงค์หรือมีวัตถุประสงค์ผิดไปจากเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดในขณะที่องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นยังคงถือหุ้นอยู่ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมอบหมายกิจการงานใดที่มีใช่ เป็นกิจการสาธารณูปโภคให้บริษัทดำเนินการแล้ว การเข้าถือหุ้นหรือการมอบหมายงานเช่นว่านั้น อาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจทำให้ผู้ดำเนินการหรือสั่งการให้ดำเนินการดังกล่าว ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งและทางอาญาด้วย⁸ ดังนั้น ในกรณีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขอบวัตถุประสงค์ ของบริษัทจำกัดตามบทบัญญัติกฎหมายไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่า เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดที่มีลักษณะเป็นการจำกัดจนเกินไป เนื่องจากดังที่กล่าวในข้างต้น แล้วว่า การจัดตั้งบริษัทจำกัดคือการจัดตั้งหน่วยธุรกิจตามกฎหมายเอกชน เพื่อดำเนินกิจกรรม ทางเศรษฐกิจอันเป็นการทำการค้าแสวงหากำไร เช่น การผลิต การจำหน่าย การให้บริการ มีรายได้ กลับสู่ตนเอง และมีความสามารถในการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับผู้ประกอบการรายอื่น ในขณะที่เดียวกันกับที่กฎหมายไทยได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินการ จัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมหรือดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจด้วยวิธีอื่น เช่น การดำเนินกิจการพาณิชย์ท้องถิ่นที่มีได้จัดตั้งเป็นนิติบุคคลอิสระแยกออกจากองค์กรปกครอง

⁷ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1), บันทึก เรื่อง การทำกิจการของกรุงเทพมหานครตามมาตรา 94 (1) แห่ง พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 - เรื่องเสร็จที่ 0264/2554

⁸ เรื่องเดียวกัน.

ส่วนท้องถิ่น การจัดตั้งสหการหรือองค์การมหาชนท้องถิ่นเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่ไม่แสวงหากำไร เช่น การจัดทำโครงสร้างขั้นพื้นฐานหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะเชิงสังคม การว่าจ้าง หรือการร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชนในโครงการขนาดใหญ่หรือในโครงการที่ต้องการเงินลงทุน เทคโนโลยี และความเชี่ยวชาญของเอกชนในการบริหารงาน เป็นต้น ดังนั้น ในการกำหนดวัตถุประสงค์ และขอบเขตการดำเนินงานของบริษัทจำกัดจึงควรมีลักษณะที่แตกต่างไปจากวิธีการข้างต้น เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเลือกรูปแบบและวิธีการที่เหมาะสมแก่ประเภทกิจการ และโครงการอันมีลักษณะเป็นการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้ตามเป้าหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

โดยสามารถเปรียบเทียบได้กับการจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายกลางว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศส (CGCT) ที่กำหนดให้การจัดตั้งบริษัทจำกัดที่มีเอกชนร่วมถือหุ้นอยู่ด้วย ได้แก่ บริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (Seml) มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการพัฒนาและก่อสร้าง ดำเนินการให้บริการสาธารณะ ในเชิงอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมหรือกิจกรรมอื่นใดที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม และกิจการอื่น ที่ส่งเสริมกับกิจการหลัก เช่น การพัฒนาที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ การขนส่ง การให้บริการที่จอดรถ การประปา การท่องเที่ยว การจัดทำโครงข่ายโทรคมนาคม การกำจัดขยะ และการให้บริการด้านอื่นๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือการกำหนดให้การจัดตั้งบริษัทร่วมทุน เพื่อกิจการเฉพาะ (Semop) มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการก่อสร้าง การพัฒนาที่อยู่อาศัย หรือการพัฒนา อสังหาริมทรัพย์ หรือเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ รวมทั้งการก่อสร้างและการได้มาซึ่งทรัพย์สิน ที่จำเป็นต่อการให้บริการสาธารณะ และการดำเนินการอื่นเพื่อสาธารณะประโยชน์ที่อยู่ในอำนาจของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยไม่สามารถแก้ไขวัตถุประสงค์ ของบริษัทได้ตลอดระยะเวลาทั้งหมดของสัญญาที่จัดตั้งบริษัทจำกัด หรือในกรณีของการจัดตั้งบริษัทจำกัด ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่นตามรายสาขา เช่น The Airport Law 2008 ซึ่งกำหนดให้การ จัดตั้งบริษัทจำกัดมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบกิจการสนามบินท้องถิ่น เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายมิได้จำกัดเพียงกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเท่านั้น แต่ยังกำหนดไปถึงกิจการเชิงพาณิชย์ และกิจการอื่นที่เกี่ยวข้องกับกิจการหลักหรือเป็นกิจการเกี่ยวเนื่องจำเป็นกับกิจการหลัก ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของบริษัทและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้จัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด

ดังนั้น จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการตรากฎหมายกำหนดขอบวัตถุประสงค์บริษัทจำกัด ที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มีลักษณะครอบคลุมถึงกิจการบริการสาธารณะ ทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม กิจกรรมทางเศรษฐกิจ และกิจการพาณิชย์ท้องถิ่นทุกประเภท โดยไม่จำกัดเพียงกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเท่านั้น เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

สามารถเข้าจัดทำบริการสาธารณะและดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์ที่สามารถทำการค้าแสวงหากำไรได้ด้วยวิธีการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อให้สอดคล้องกับประเภทของกิจการที่เป็นเป้าหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยไม่ว่าจะมีเป้าหมายเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนหรือการแสวงหารายได้จากการประกอบกิจการพาณิชย์ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่กฎหมายกำหนดก็ตาม ทั้งนี้ การกำหนดขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทให้ครอบคลุมถึงกิจการอื่นๆ ไม่ถือเป็นการขยายขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เนื่องจากแม้จะมีการกำหนดขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดในลักษณะที่เปิดกว้างก็ตาม อย่างไรก็ตาม องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงต้องพิจารณาถึงภารกิจและอำนาจหน้าที่ของตนตามกฎหมายซึ่งได้แก่ การพิจารณาตามพระราชบัญญัติการกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในแต่ละรูปแบบด้วยว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ประสงค์จะจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้นมีอำนาจหน้าที่เพียงใด การจัดตั้ง ถือหุ้น หรือการมอบหมายให้บริษัทจำกัดดังกล่าวเข้าดำเนินการแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจและเหมาะสมกับประเภทกิจการที่เป็นเป้าหมายในการดำเนินการหรือไม่ประกอบด้วย ฉะนั้น มิใช่ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดประเภทหรือขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดนอกเหนือจากกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถดำเนินกิจการใดๆ ตามขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดได้ในทุกกรณี โดยการกำหนดประเภทกิจการให้ครอบคลุมถึงการจัดทำบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม กิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือกิจการพาณิชย์ทุกประเภทนี้ ย่อมเป็นการส่งเสริมให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินการใดๆ ได้ด้วยตนเองตามหลักความเป็นอิสระและหลักความสามารถทั่วไปของท้องถิ่นเพื่อความคล่องตัวและลดข้อจำกัดของการดำเนินการด้วยวิธีการอื่นที่ไม่สามารถตอบสนองและช่วยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้สำเร็จได้ ประกอบกับในปัจจุบัน กิจกรรมและบริการสาธารณะอันถือเป็นปัจจัยขั้นพื้นฐานสำคัญหรือสิ่งอุปโภคบริโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ซึ่งในบางกรณี การกำหนดประเภทกิจการไว้เป็นการเฉพาะหรือมีลักษณะเป็นการจำกัดประเภทกิจการจนเกินไป อาจทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถดำเนินในกิจการนั้นเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างทันที่ ทั้งนี้ หากมีการกำหนดขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดในลักษณะที่กว้างขึ้นเพื่อให้ครอบคลุมถึงอำนาจหน้าที่ทางเศรษฐกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหมดและปล่อยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถตัดสินใจเลือกวิธีการได้เองอย่างเหมาะสม นอกจากจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนในท้องถิ่นแล้ว การดำเนินการดังกล่าวยังเป็นเครื่องมือในการช่วยลดภาระทางการคลังทั้งของภาครัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอีกด้วย

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการเสนอแนะให้มีการกำหนดวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดที่ครอบคลุมถึงกิจการทางเศรษฐกิจตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภทก็ตาม แต่ในการกำหนดขอบวัตถุประสงค์ในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดตามหนังสือบริคณห์สนธิหรือตามหนังสือรับรองนั้น เสนอแนะให้มีการกำหนดขอบวัตถุประสงค์ในลักษณะที่เป็นแบบจำกัดและสอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการกำหนดประเภทกิจการเท่าที่จำเป็นต่อการดำเนินการธุรกิจที่เป็นวัตถุประสงค์หลักของบริษัทหรือเป็นเป้าหมายหลักขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้ถือหุ้น เพื่อเป็นมาตรการในการควบคุมบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมิให้ดำเนินการใดนอกขอบวัตถุประสงค์ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งยังเป็นมาตรการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อเป็นหลักประกันว่าบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้ประกอบการจะไม่ดำเนินกิจการใดอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางเอกชนในการเข้าประกอบกิจการการค้าและอุตสาหกรรม การประกอบอาชีพ หรือเข้าแข่งขันทางการค้ากับกิจการของเอกชนโดยไม่จำเป็น

5.4 การกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องได้รับการอนุมัติหรือความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อนในทุกกรณี

ในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีหนึ่งที่ต้องอาศัยบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจ และต้องดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดตามหลักนิติรัฐ และเนื่องจากกระบวนการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเป็นการใช้อำนาจของรัฐโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจและประกอบการในลักษณะเดียวกับเอกชน กรณีดังกล่าวจึงมีความสำคัญที่รัฐจะต้องมีกระบวนการตรวจสอบและกำกับดูแลให้การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งบริษัทจำกัดมากที่สุด โดยที่รัฐจะเป็นผู้กำหนดมาตรการในการควบคุมกำกับดูแลการจัดตั้งหรือถือหุ้น และการควบคุมกำกับดูแลบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งการวิเคราะห์ในครั้งนี จะชี้ให้เห็นถึงประเด็นปัญหาของการกำหนดหลักเกณฑ์การกำกับดูแลก่อนการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ที่กฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้อนุมัติการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดก่อนในทุกกรณี

จากการศึกษาเกี่ยวกับกระบวนการกำกับดูแลการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพบว่า ในประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินการในภารกิจหน้าที่ของตนได้ตามหลักความสามารถทั่วไปของท้องถิ่นและ

หลักความเป็นอิสระของท้องถิ่น ต่อมานับแต่ปี ค.ศ. 1982 ประเทศฝรั่งเศสจึงได้มีการตรากฎหมายกลางเกี่ยวกับการกระจายอำนาจและวางกลไกเกี่ยวกับการกำกับดูแลการกระทำทางปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสียใหม่ โดยได้มีการยกเลิก “การกำกับดูแลก่อน” ซึ่งหมายความว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ต้องนำการกระทำทางปกครอง ซึ่งรวมถึงการขออนุมัติหรือขอความเห็นชอบจากตัวแทนของรัฐ ได้แก่ นายอำเภอหรือผู้ว่าราชการส่วนจังหวัด เพื่อให้การกระทำนั้นมีผลใช้บังคับ ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศสมีอิสระในการดำเนินการมากยิ่งขึ้น ดังนั้นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส จึงไม่ต้องขออนุมัติหรือขอความเห็นชอบจากตัวแทนของรัฐบาลส่วนกลาง เพื่อให้การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดมีผลบังคับใช้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม การดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศสยังคงต้องผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากสภาท้องถิ่นก่อนการดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และจากการศึกษาข้อเท็จจริงพบว่า เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2563 ประเทศฝรั่งเศสมีวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นทั้งหมดจำนวน 1,332 แห่ง ได้แก่ บริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (Sem) จำนวน 887 แห่ง บริษัทมหาชนท้องถิ่น (Spl) จำนวน 417 แห่ง และบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Semop) จำนวน 28 แห่ง

ในทางกลับกัน กรณีของประเทศญี่ปุ่นที่แม้รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1947 จะรับรองหลักความเป็นอิสระของท้องถิ่นเช่นเดียวกัน แต่ตามบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Autonomy Law 1947) ก็ได้กำหนดให้รัฐบาลมีอำนาจในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ในหลายลักษณะ ทั้งการกำกับดูแลก่อนและการกำกับดูแลหลังการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น การให้คำปรึกษาแนะนำแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การให้ความยินยอม การอนุมัติ อนุญาต การออกคำสั่งตามเงื่อนไข และกรณีที่กฎหมายในแต่ละกรณี ซึ่งในการกำกับดูแลการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของญี่ปุ่นนั้น กฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 ได้กำหนดให้ การก่อตั้งบริษัทจำกัดโดยการร่วมกันขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะต้องมีการตราข้อบังคับบริษัทซึ่งกำหนดรายละเอียดที่สำคัญของบริษัท และจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด 3 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์การบริหารส่วนจังหวัดในกรณีทั่วไปนั้น จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด กรณีที่สอง ในกรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดเข้าร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ก่อตั้งบริษัทจำกัด จะต้องได้รับอนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัด กรณีที่สาม ในกรณีนอกเหนือจากนี้ ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการภายในและการสื่อสาร (The Ministry of Internal Affairs and Communications) ซึ่งเป็นผู้แทนกระทรวงของรัฐบาลกลาง มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยตรง เช่นเดียวกับการใช้อำนาจ

ในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยของประเทศไทย จากการกำหนดหลักเกณฑ์ของประเทศญี่ปุ่น จะเห็นได้ว่า การกำกับดูแลการจัดตั้งหรือถือหุ้น ในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหลายรูปแบบ เช่น กรณีการจัดตั้งหรือถือหุ้น ในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบเดียวกันหรืออยู่ในระดับเดียวกัน ซึ่งกฎหมาย กำหนดให้สภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด สภาเทศบาล เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบ แต่ในบางกรณี เช่น กรณีสำคัญหรือกรณี ที่การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเกี่ยวข้องกับประชาชนในเขตท้องถิ่นอื่นหรืออาจกระทบต่อ ความมั่นคง หรือเศรษฐกิจของประเทศ กฎหมายกำหนดให้การกำกับดูแลนั้นเป็นอำนาจของ ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือตัวแทนของรัฐบาลส่วนกลาง เช่น กำหนดให้รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องพิจารณาอนุมัติ ก่อนที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะดำเนินการตามขั้นตอนที่เสนอต่อไป ดังนั้น การกำกับดูแล การเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ย่อมต้องพิจารณา และดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นรายกรณี ทั้งนี้ เพื่อเป็นเครื่องมือ ในการตรวจสอบหลักเกณฑ์และขั้นตอนการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และเหมาะสมแก่เป้าหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในแต่ละกรณี และแม้หลักเกณฑ์การกำกับดูแลก่อนของประเทศญี่ปุ่นจะมีได้มีลักษณะเป็นการปล่อยให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้อย่างเสรีอย่างเช่นกรณีของ ประเทศฝรั่งเศสก็ตาม แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ของการกำกับดูแลก่อนที่กำหนดให้้องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นต้องขออนุมัติ หรือเสนอต่อผู้มีอำนาจหน้าที่ให้พิจารณาเห็นชอบก่อนนั้น ก็ได้ส่งผลกระทบต่อ การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนในประเทศญี่ปุ่น ดังที่เห็นได้จากจำนวน ของบริษัทจำกัดท้องถิ่นญี่ปุ่นในปี ค.ศ. 2000 ที่มีจำนวน 12,572 แห่ง⁹ ซึ่งมีได้น้อยไปกว่าการจัดตั้ง หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของท้องถิ่นฝรั่งเศส ทั้งนี้ จำนวนการจัดตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด ในแต่ละประเทศขึ้นอยู่กับระบบเศรษฐกิจ วิฤทธิการณ์ทางเศรษฐกิจ แนวนโยบายทางเศรษฐกิจ และอุตสาหกรรมของประเทศในแต่ละช่วงเวลา

โดยหากวิเคราะห์หลักเกณฑ์ในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นไทย จะเห็นได้ว่ากฎหมายจัดตั้งเทศบาลและกรุงเทพมหานครต่างกำหนดให้ นอกจากที่เทศบาลและกรุงเทพมหานครต้องเสนอต่อสภาท้องถิ่นให้ความเห็นชอบแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสองรูปแบบยังคงต้องได้รับอนุมัติ¹⁰ หรือได้รับความเห็นชอบ¹¹

⁹ โกวิทช์ พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย : หลักการและมิติใหม่ในอนาคต, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2559), หน้า 78.

¹⁰ มาตรา 57 ตี (4) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

จากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยด้วย โดยหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ต้องได้รับอนุมัติหรือได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยนี้ ถือเป็นเงื่อนไขสำคัญและเป็นมาตรการในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อป้องกันมิให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใช้ดุลยพินิจโดยไม่เหมาะสมและดำเนินการเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

ซึ่งจากการศึกษาหลักการปกครองท้องถิ่น หลักการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น และการศึกษาเปรียบเทียบกรณีของต่างประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในฐานะตัวแทนของราชการส่วนกลางพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและพิจารณาความเหมาะสมในการใช้ดุลยพินิจหรือการตัดสินใจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในทุกกรณีนั้น เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจ ซึ่งรวมถึงหลักการกำกับดูแลของรัฐเท่าที่จำเป็น โดยในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มีการบัญญัติรับรองถึงหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดบริการสาธารณะที่ได้กำหนดให้กฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะต้องสอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อีกทั้ง ยังกำหนดให้รัฐต้องส่งเสริมและพัฒนารูปแบบการหารายได้ให้เหมาะสมแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มีความสามารถในการหารายได้ให้ตนเอง หลักการตามรัฐธรรมนูญเช่นนี้เป็นสิ่งยืนยันว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยที่ถูกจัดตั้งขึ้นมีอิสระ มีหน้าที่และอำนาจในการตัดสินใจดำเนินการใดๆ ตามกฎหมายได้ด้วยตนเอง ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมและจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนในท้องถิ่นภายใต้การกำกับดูแลของรัฐเท่าที่จำเป็นเท่านั้น แต่เมื่อการกำหนดหลักเกณฑ์การเสนอเรื่องให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้พิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ครอบคลุมไปถึงการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งหากรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเห็นว่าดำเนินการจัดตั้งหรือถือหุ้นเป็นไปโดยไม่เหมาะสมหรือไม่สอดคล้องกับแนวนโยบายของรัฐแล้ว รัฐมนตรีอาจไม่ให้การอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบจนทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ แม้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเห็นว่าการจัดตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดตามที่เสนอรัฐมนตรีมีความจำเป็นและจะสร้างประโยชน์ให้แก่ประชาชนในท้องถิ่นก็ตาม ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์ให้รัฐมนตรีต้องอนุมัติการจัดตั้ง การถือหุ้นหรือการเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นในทุกกรณีเช่นนี้ จึงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ขัดต่อหลักการกำกับดูแลเท่าที่จำเป็น ทั้งยังถือเป็นการสร้างอุปสรรคหรือข้อจำกัดทางกฎหมายให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอีกด้วย

¹¹ มาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่า ในปัจจุบัน องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย ยังไม่มีประสบการณ์และแนวทางปฏิบัติในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่ชัดเจน แม้จะมีกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยมาเป็นเวลานานก็ตาม แต่กลับปรากฏว่ามีจำนวนบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไทยเพียง 2 แห่ง เท่านั้น ได้แก่ บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด และบริษัท ขอนแก่นทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด ดังนั้น กรณีการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด โดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยจึงยังมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ให้มีการกำกับดูแลก่อนการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด เพื่อเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในเชิง “ป้องกัน” เพื่อมิให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการไปในทางที่ไม่ถูกต้อง โดยการตรวจสอบดังกล่าวต้องมีใช่เป็นการตรวจสอบในดุลยพินิจหรือเกินขอบอำนาจหน้าที่ที่ควรจะเป็นจนเกินไป ดังนั้น จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย โดยเปลี่ยนจากเดิมที่กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องขออนุมัติหรือความเห็นชอบจากรัฐมนตรีในทุกกรณี เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ตามเจตนารมณ์ของตนเองมากยิ่งขึ้นแต่ยังคงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากรัฐบาลส่วนกลาง ตามหลักเกณฑ์ดังนี้

1) การกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องได้รับอนุมัติหรือความเห็นชอบในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดจากผู้ว่าราชการจังหวัดที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลเขตพื้นที่จังหวัดนั้น ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในพื้นที่เขตจังหวัดเดียวกัน เช่น เทศบาลนครขอนแก่นและเทศบาลเมืองศิลาในจังหวัดขอนแก่นเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด และเป็นกรณีที่ไม่เิกอกชนเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นอยู่ในบริษัทจำกัดเดียวกัน

2) การกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องได้รับอนุมัติหรือความเห็นชอบในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นร่วมกับหน่วยงานอื่นของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด หรือในกรณีที่การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทนั้นอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวมหรือความมั่นคงของประเทศ หรือถือหุ้นร่วมกับนิติบุคคลต่างชาติ เป็นต้น

ทั้งนี้ มีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในบริษัทจำกัดให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการเสนอพิจารณาอนุมัติการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดข้างต้น แล้วแต่กรณี

การกำหนดหลักเกณฑ์ในการขออนุมัติหรือความเห็นชอบตามรูปแบบที่ได้เสนอข้างต้น แม้จะเป็นมาตรการช่วยลดข้อจำกัดของกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและลดการกำกับดูแลที่ไม่จำเป็นก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ดังที่กล่าวแล้วว่า องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยยังไม่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือกิจการพาณิชย์ท้องถิ่นด้วยวิธีการจัดตั้งบริษัทจำกัด ทั้งการดำเนินกิจการของ

บริษัทจำกัดดังกล่าวอาจเป็นช่องทางในการหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือข้อห้ามในการทำธุรกิจของเอกชน อันส่งผลให้เอกชนบางราย เช่น กลุ่มนายทุนที่ต้องการเข้าร่วมถือหุ้นหรือดำเนินการร่วมกับบริษัท เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หรือการป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจเพื่อผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) ของกลุ่มนักการเมืองท้องถิ่น ดังนั้น ในการเสนอเรื่องจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังสมควรกำหนดให้มีการกำกับดูแลโดยรัฐบาลส่วนกลางหรือตัวแทนของรัฐบาลส่วนกลางก่อนที่จะไปจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดำเนินการไปในทางที่ไม่ถูกต้อง ดำเนินการที่ในลักษณะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ขัดหรือกระทบต่อ ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น ทั้งนี้ การกำกับดูแลของรัฐบาลส่วนกลาง ควรเป็นเพียงขั้นตอนการกำกับดูแลเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (legal title) เท่านั้น ไม่ควรรวมถึงกระบวนการกำกับดูแลที่เข้าไปแทรกแซงและควบคุมการใช้ดุลพินิจขององค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นซึ่งจะนำไปสู่การควบคุมบังคับบัญชา (controle hierarchique) เสียแทน อย่างไรก็ตาม การกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีต้องขออนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในบางกรณี ก็ได้ทำให้การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยรัฐบาลส่วนกลางลดน้อยลงจนถึงขนาดที่เป็น การเปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจดำเนินการโดยไม่เหมาะสมหรือมิชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ และขั้นตอนการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดตามที่กฎหมายจัดตั้งและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกำหนด รวมถึงการอยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ เช่น การอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแล ของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นและคณะกรรมการกระจายอำนาจ ซึ่งมีบทบาทหน้าที่ในการ กำหนดนโยบายและการวางแผนเกี่ยวกับการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในทุกด้าน การอยู่ภายใต้การตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งมีบทบาทหน้าที่ในการตรวจสอบ เกี่ยวกับการดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และการเป็นที่ปรึกษาเกี่ยวกับการดำเนิน ตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ การจัดเก็บรายได้ การใช้จ่ายงบประมาณ หรือการใช้เงินอื่นๆ เพื่อให้การบริหารจัดการทางการเงินการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดตั้งและ การดำเนินการของบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น บริษัทดังกล่าวยังคงอยู่ภายใต้ ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของโดยองค์กรตุลาการในภายหลังอีกด้วย

5.5 กรณีไม่มีบทบัญญัติกฎหมายรองรับสถานะ “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” รูปแบบบริษัทจำกัด

ภายใต้หลักเกณฑ์การแบ่งแยกประเภทของนิติบุคคลตามหลักกฎหมายมหาชนที่กำหนดให้องค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม หรือดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์เพื่อนำค่าบริการมาเป็นรายได้และเงินทุนของตน ภายใต้การควบคุมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีสถานะทางกฎหมายเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” หรือที่เรียกว่า Local Public Enterprises (LPEs) ประกอบกับดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 แล้วว่า บริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยทุนมูลค่าเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจครอบงำชี้ขาดในการบริหารจัดการบริษัท บริษัทจำกัดดังกล่าวจึงมีสถานะเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ตามหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายและมีอิสระแยกออกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้ถือหุ้น โดยที่บริษัทจำกัดดังกล่าวมิได้มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ซึ่งเป็นหน่วยธุรกิจที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐบาลส่วนกลางเป็นผู้ถือหุ้นหรือมีอำนาจครอบงำชี้ขาด

การกำหนดสถานะของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่นนี้ ได้รับการยอมรับและบัญญัติรับรองไว้ในบทบัญญัติกฎหมายทั้งในระดับประเทศและระดับสากล ดังเช่นที่ปรากฏตามหลักกฎหมายมหาชนและประมวลกฎหมายกลางว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (CGCT) ของประเทศฝรั่งเศส ที่กำหนดให้บริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศสไม่ว่าจะอยู่ในลักษณะของบริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (Seml) บริษัทมหาชนท้องถิ่น (Spl) หรือ บริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Semop) ซึ่งมีสภาพเป็นนิติบุคคลเอกชนที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ แต่เมื่อบริษัทจำกัดนั้นมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นหรือมีอำนาจครอบงำชี้ขาด บริษัทจำกัดดังกล่าวจึงมีสถานะเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” (Entreprises publiques locales : EPL) กำหนดสถานะเช่นนี้เป็นการกำหนดสถานะเช่นเดียวกับกรณีบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศญี่ปุ่น ตามกฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 ที่กำหนดให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่นมีสถานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งเรียกว่าวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นเช่นเดียวกัน

สำหรับกรณีการพิจารณาสถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยนั้น นอกจากความเข้าใจในของนักวิชาการกฎหมายมหาชนในวงจำกัดแล้ว การพิจารณาสถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดดังกล่าวปรากฏในครั้งแรก

จากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา ในกรณีการถือหุ้นของกรุงเทพมหานคร ในบริษัท สหสามัคคีค้าสัตว์ จำกัด ด้วยทุนจำนวนเกินกว่าร้อยละ 50 ที่เห็นว่า เมื่อกรุงเทพมหานคร มิได้เป็นทบวงการเมืองที่มีฐานะเทียบเท่ากระทรวง ทบวง กรม ดังนั้น บริษัท สหสามัคคีค้าสัตว์ จำกัด จึง “ไม่เป็นรัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงาน รัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518¹² ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยในกรณีที่กรุงเทพมหานครมีทุนรวมอยู่ใน บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด (จดทะเบียนเปลี่ยนชื่อมาจากบริษัท สหสามัคคี ค้าสัตว์ จำกัด) ด้วยทุนจำนวนร้อยละ 99.98 ของทุนจดทะเบียน ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าเป็น บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด “ไม่มีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ” ประเภทบริษัทตามบทนิยามคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 เนื่องจาก กรุงเทพมหานครมิใช่ส่วนราชการตามความหมายของพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502¹³ และโดยที่บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด “ไม่ใช่เอกชน” เนื่องจากคำว่า “เอกชน” หมายความว่า บุคคลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจควบคุมหรือกำกับของรัฐบาล และหมายความรวมถึงบุคคลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจ ควบคุมหรือกำกับดูแลของราชการส่วนท้องถิ่น¹⁴ ดังนั้น บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด จึงมีสถานะเป็น “วิสาหกิจของกรุงเทพมหานคร” ภายใต้การควบคุมและกำกับดูแลของกรุงเทพมหานคร¹⁵ ซึ่งแนวทางการตีความและกำหนดสถานะทางกฎหมายเช่นนี้เป็นไปในแนวทางเดียวกับหลักกฎหมายมหาชน ที่กำหนดให้บริษัทจำกัดที่ถือหุ้นหรืออยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสถานะ เป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้จัดตั้งหรือถือหุ้น

ซึ่งในปัจจุบันกลับไม่พบว่า ประเทศไทยได้มีการบัญญัติรับรองสถานะของบริษัทจำกัด ที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยคำว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ไว้ในบทบัญญัติกฎหมายแต่อย่างใด หรือแม้กระทั่งในพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่ให้กำหนดอำนาจแก่เทศบาลและกรุงเทพมหานครในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดก็ตาม ก็มิได้มีการบัญญัติรับรองสถานะบริษัทจำกัดของเทศบาลหรือกรุงเทพมหานครไว้เช่นเดียวกัน

¹² บันทึก เรื่อง การตีความคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและ พนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518-คณะกรรมการกฤษฎีกา กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 2, เรื่องเสร็จที่ 62/2518

¹³ บันทึก เรื่อง สถานภาพและการดำเนินกิจการของบริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด (บริษัทสหสามัคคีค้าสัตว์ จำกัด) - คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) - เรื่องเสร็จที่ 99/2539

¹⁴ บันทึก เรื่อง สถานภาพของบริษัทกรุงเทพธนาคม จำกัด และการดำเนินโครงการระบบขนส่งมวลชน กรุงเทพมหานครส่วนต่อขยายและโครงการรถไฟฟ้าโดยสารประจำทางด่วนพิเศษ (BRT) ของกรุงเทพมหานคร - คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) - เรื่องเสร็จที่ 222/2550

¹⁵ บันทึก เรื่อง การทำกิจการของกรุงเทพมหานครตามมาตรา 94 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 - คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) - เรื่องเสร็จที่ 0264/2554

แต่ในขณะที่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งอาศัยอำนาจมหาชนในการจัดตั้งและดำเนินการในบางกรณี ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่บริษัทจำกัดดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบและการกำกับดูแลตามกฎหมายเช่นเดียวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ตามขอบเขตและเจตนารมณ์ในการบังคับใช้กฎหมายแต่ละฉบับ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี เมื่อปรากฏว่า กฎหมายไทยยังมิได้มีการบัญญัติถึงสถานะของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กรณีเช่นนี้จึงทำให้ผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายไม่สามารถทราบได้ว่า บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร และบริษัทจำกัดเช่นนั้น อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายแต่ละฉบับเพียงใด ซึ่งจากการศึกษากฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการกำหนดสถานะของรัฐวิสาหกิจไทยบางฉบับพบว่า พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อกำหนดกระบวนการและวิธีการงบประมาณที่เกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐที่เป็น “หน่วยรับงบประมาณ” ทุกประเภท หรือพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการบังคับใช้เพื่อกำหนดกรอบวินัยทางการเงินการคลังของรัฐ เพื่อให้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคงอย่างยั่งยืนตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลัง พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับมีเจตนารมณ์จะบังคับใช้แก่หน่วยงานของรัฐทุกประเภทเช่นเดียวกัน โดยที่พระราชบัญญัติทั้งสองกำหนดให้ “รัฐวิสาหกิจ¹⁶” ในรูปแบบบริษัทจำกัด หมายความว่า เฉพาะกรณีที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจถือหุ้นในบริษัทจำกัดด้วยมูลค่าเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน อันเป็นการจำแนกลักษณะของรัฐวิสาหกิจที่เป็นไปตามหลักการทางกฎหมายแล้ว อย่างไรก็ตาม เมื่อบริษัทจำกัดที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือหุ้นมูลค่าเกินร้อยละ 50 ซึ่งมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นในลักษณะเดียวกันกับวิสาหกิจมหาชนของรัฐ (รัฐวิสาหกิจ) แต่กลับมิได้มีการบัญญัติรับรองสถานะของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่นไว้ในกฎหมายนั้น กรณีเช่นนี้ หากผู้บังคับใช้กฎหมายต้องการกำหนดให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง เพื่อให้มีการตรวจสอบหรือกำกับดูแลเช่นเดียวกับรัฐวิสาหกิจแล้ว ก็อาจจะมีความจำเป็นที่ต้องตีความให้บริษัทจำกัดดังกล่าวอยู่ภายใต้นิยามของคำว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้บริษัทนั้นอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้วิธีการตีความข้างต้นนี้จะ เป็นวิธีการช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายครอบคลุมถึงบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามเจตนารมณ์ของกฎหมายก็ตาม

¹⁶ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 บัญญัติดังนี้

“มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(2) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

แต่วิธีการตีความและการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวไม่ถูกต้องและไม่เป็นไปตามหลักการ
 จำแนกนิติบุคคลตามกฎหมาย ที่สมควรกำหนดให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
 มีสถานะเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” แยกออกมาจากนิยามคำว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
 และรัฐวิสาหกิจ

แต่ในทางกลับกัน กฎหมายบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐ
 และเอกชน พ.ศ. 2562 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ”¹⁷ ให้ครอบคลุมถึงกรณีบริษัท
 ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ ซึ่งหมายความว่า บริษัทจำกัด
 ที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน
 มีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน
 พ.ศ. 2562 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการร่วมลงทุน
 ระหว่างรัฐและเอกชน โดยมีเจตนารมณ์บังคับใช้แก่ “หน่วยงานของรัฐ” ทุกประเภทเช่นเดียวกับ
 พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับข้างต้น แต่ในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐ
 และเอกชน พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติรับรองถึงสถานะของบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
 ไว้ในบทบัญญัติกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งแม้จะมีได้การบัญญัติในคำว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ก็ตาม
 แต่ก็ได้มีการบัญญัติรวมไว้กับคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ซึ่งในกรณีนี้ผู้ร่างกฎหมายอาจจะมีความเห็นว่า
 ไม่ว่าจะเป็กรณีบริษัทจำกัดที่ส่วนราชการ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่า
 ร้อยละห้าสิบก็ตาม กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะบังคับใช้แก่บริษัทจำกัดทั้งสองประเภทในลักษณะเดียวกัน
 ดังนั้น การกำหนดให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” เช่นเดียวกับ
 บริษัทจำกัดของรัฐ จึงไม่ก่อให้เกิดผลกระทบหรืออุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมาย จากการกำหนด
 สถานะเช่นนี้ เมื่อเทียบกับหลักการจำแนกประเภทและสถานะนิติบุคคลมหาชนตามกฎหมายแล้ว
 แม้การบัญญัติสถานะในลักษณะดังกล่าวจะไม่ถูกต้องและไม่เป็นไปตามหลักการทางกฎหมายก็ตาม
 แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่า การบัญญัติรับรองสถานะของบริษัทจำกัดในตวับทกฎหมายเช่นนี้จะช่วยทำให้
 การตีความและบังคับใช้กฎหมายแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้น

จากการพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายไทยในปัจจุบันดังที่กล่าวมาในข้างต้น จะเห็นได้ชัดว่า
 กฎหมายไทยยังมีได้บัญญัติรับรองถึงสถานะของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครอง

¹⁷ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562¹⁷ บัญญัติดังนี้

“มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(2) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ
 มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ”

ส่วนท้องถิ่นด้วยทุนจำนวนร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน หรือในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจรอบงำชี้ขาดในการบริหารจัดการของบริษัทที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” และแม้จะมีกฎหมายบางฉบับบัญญัติรับรองสถานะของบริษัทจำกัดดังกล่าวก็ตาม แต่ก็เป็นการบัญญัติในสถานะ “รัฐวิสาหกิจ” แต่ในขณะที่กฎหมายบางฉบับมิได้กำหนดให้รัฐวิสาหกิจหมายความรวมถึงบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายแตกต่างกันเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดการตีความและการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นระบบและปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายแก่กรณีบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในภายหลัง ดังเช่นที่เกิดในกรณีการกำหนดนิยามคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ในบทบัญญัติกฎหมายไทย ซึ่งในปัจจุบัน คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) มีความเห็นว่า การจะพิจารณาว่าหน่วยงานใดเป็นรัฐวิสาหกิจหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาตามที่กฎหมายแต่ละฉบับกำหนด¹⁸ รวมถึงการพิจารณาเจตนารมณ์และขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแต่ละฉบับประกอบกัน

ดังนั้น หากประเทศไทยมีความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการทางกฎหมายในการจำแนกประเภทวิสาหกิจมหาชนที่ชัดเจนดังเช่นการจำแนกวิสาหกิจมหาชนอย่างในประเทศฝรั่งเศส หรือมีการบัญญัติรับรองสถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในกฎหมาย ดังเช่นในกรณีการกำหนดสถานะบริษัทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่นไว้ในกฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act แล้ว การบัญญัติรับรองสถานะของบริษัทจำกัดดังกล่าวนี้ จะเป็นเครื่องมือช่วยให้การตีความและบังคับใช้กฎหมายแก่กรณีบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยมีความชัดเจนและเป็นระบบมากยิ่งขึ้น

จากประเด็นปัญหาการไม่มีบทบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะของ “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการกำหนดและตราบทบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย หรือบริษัทจำกัดที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยมีอำนาจรอบงำชี้ขาด ซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลที่เรียกว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” แยกออกจากนิยามของคำว่า “องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” และ “รัฐวิสาหกิจ” อย่างชัดเจน เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละฉบับ มีการบังคับใช้ที่ชัดเจนและเป็นระบบแบบแผนเดียวกัน โดยที่การบัญญัติรับรองสถานะของบริษัทจำกัดดังกล่าวนี้ จะช่วยให้ระบบการจำแนกประเภทนิติบุคคลของไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งการจำแนก “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ออกจากวิสาหกิจมหาชนของรัฐหรือที่เรียกว่า “รัฐวิสาหกิจ” ได้อย่างชัดเจน ซึ่งจะช่วยให้ลดปัญหาการตีความและการบังคับใช้กฎหมาย และจะเป็นการสร้างความมั่นคงแห่งนิติฐานะซึ่งจะช่วยสร้าง

¹⁸ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สถานภาพของกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงินและธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน)- คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) - เรื่องเสร็จที่ 1397/2563

ความเข้าใจให้แก่ผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายให้สามารถดำเนินการใดๆ ได้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างเหมาะสมแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละกรณีมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ การบัญญัติสถานะของบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนจะเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบและกำกับดูแลให้การจัดตั้ง ถือหุ้น และการดำเนินกิจการของบริษัทเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายต่อไป

5.6 ความไม่ชัดเจนของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

หลักการแข่งขันเสรีเป็นหลักการทางกฎหมายที่รับรองให้บุคคลทุกคนสามารถแสวงหาประโยชน์และผลตอบแทนจากทรัพย์สินของตนได้อย่างเสรี หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการที่กำหนดให้ผู้ประกอบการทุกรายอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเดียวกัน โดยมีหลักการสำคัญ คือ การกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบการไม่ว่ารายใดกระทำการ หรือมีพฤติกรรมอันเป็นการจำกัด หรือขัดขวางการเข้าสู่ตลาดและการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีของผู้ประกอบการรายอื่น เนื่องจากมีแนวคิดว่าการแข่งขันเสรีและกลไกตลาดจะเป็นเครื่องมือสำคัญในการประสานประโยชน์ระหว่างความต้องการของผู้ผลิตหรือผู้ขาย (อุปทาน) และความต้องการผู้บริโภคหรือผู้ซื้อ (อุปสงค์) ได้อย่างเหมาะสมและก่อให้เกิดดุลยภาพในตลาด การแข่งขันเสรีจะช่วยกระตุ้นให้เกิดการพัฒนา การคิดค้นและสร้างนวัตกรรมการผลิต รวมถึงจะช่วยให้การใช้ทรัพยากรเป็นไปอย่างคุ้มค่า และเกิดประโยชน์สูงสุด ซึ่งในท้ายที่สุด การแข่งขันเสรีจะเป็นประโยชน์กับประชาชนผู้บริโภค ในฐานะเครื่องมือที่ช่วยให้ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าและบริการได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับราคาและคุณภาพของสินค้าและบริการนั้น

หลักการแข่งขันเสรีถือเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญทางเศรษฐกิจและกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าที่นานาประเทศบังคับใช้ในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ซึ่งต่างกำหนดให้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าไม่เพียงแต่บังคับใช้กับภาคเอกชนเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงการบังคับใช้กับภาครัฐที่ได้เข้ามาดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในฐานะผู้ประกอบการซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และเงื่อนไขว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกัน ภายใต้หลักการที่เรียกว่า “หลักการแข่งขันอย่างเสมอภาค” (le principe d'égale concurrence) เว้นแต่ ผู้ประกอบการดังกล่าวจะมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการใดๆ อันมีลักษณะเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการแข่งขันทางการค้าเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อประโยชน์อื่นใดตามที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศประกาศกำหนด ดังนั้น หลักการแข่งขันทางการค้าจึงบังคับใช้ถึงกรณีของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในฐานะ “ผู้ประกอบการ” ด้วยเช่นเดียวกัน โดยที่การตราบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน

ทางการค้าในต่างประเทศได้นำเอาหลักการแข่งขันเสรีและเสมอภาคมาบังคับใช้กับผู้ประกอบการอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งแม้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในบางประเทศจะมีได้นิยามคำว่า “ผู้ประกอบการ” ไว้ก็ตาม แต่ก็มีแนวทางการตีความและพิจารณาเป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ การกำหนดให้บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแก่บุคคลซึ่งดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือประกอบกิจการทางการค้าแสวงหากำไร โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าบุคคลหรือผู้ประกอบการดังกล่าวมีทุนมาจากแหล่งใด แนวทางการพิจารณาเช่นนี้ จึงส่งผลให้บุคคลหรือผู้ประกอบการทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการภาครัฐหรือเอกชนที่ได้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ก็จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกันทั้งสิ้น ดังที่เห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 101 ถึงมาตรา 109 ของ TFEU ที่บังคับใช้กับประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3

สำหรับกรณีของประเทศไทย มาตรา 75 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีความมุ่งหมายให้รัฐดำเนินตามแนวนโยบายโดยยึดหลักระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเป็นหลักการสำคัญ และได้มีการกำหนดหลักการในกรณีที่รัฐจำเป็นต้องประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน¹⁹ โดยกำหนดห้ามมิให้รัฐต้องประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่ มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ ประกอบกับกำหนดให้รัฐต้องดำเนินการขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม หลักการข้างต้นนี้แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม ประกอบกับในปัจจุบัน ได้มีการประกาศและบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งได้มีการเปลี่ยนแปลงหลักการไปจากเดิม โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่มีเจตนารมณ์ให้ใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ากับ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ซึ่งครอบคลุมถึงหน่วยธุรกิจทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการภาครัฐหรือภาคเอกชนก็ตาม ให้อยู่ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขซึ่งเป็นข้อยกเว้นให้แก่ผู้ประกอบการภาครัฐเฉพาะในบางกรณีเท่านั้น ดังที่เห็นได้จากบัญญัติมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่กำหนดว่าพระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

(1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น

¹⁹ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, พฤษภาคม 2562), 116-117 [ออนไลน์], 11 พฤษภาคม 2564. แหล่งที่มา https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewtdl_link.php?nid=1042&filename=index

(2) รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค

(3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร

(4) ธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้า

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีเจตนารมณ์ให้บังคับใช้ย้อนกลับตามมาตรา 4 แก่ส่วนราชการ กลุ่มเกษตรกร และกลุ่มธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้าทั้งหมด เว้นแต่ในกรณีของ “ผู้ประกอบการภาครัฐ” ได้แก่ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกลับมิได้กำหนดให้ยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายแก่รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งหมดทุกกรณี โดยกำหนดยกเว้นมิให้ใช้พระราชบัญญัตินี้เฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐ ในฐานะผู้ประกอบการได้ดำเนินการตามกฎหมาย หรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภคเท่านั้น จึงสามารถตีความได้ว่า โดยหลักแล้วรัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐที่ได้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีลักษณะเป็นผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ ในธุรกิจมีสถานะเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามนิยามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าตามพระราชบัญญัตินี้ เช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนรายอื่นอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน เพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าไปเป็นอย่างเสรีและเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เว้นแต่ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐนั้นจะสามารถพิสูจน์ได้ว่า พฤติกรรมหรือการดำเนินการใดที่ขอยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น เป็นการดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรี และมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการอันมีลักษณะเป็นการขัดต่อกฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค พฤติกรรมหรือดำเนินการของรัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐในกรณีนี้จึงได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นการพิจารณาในรายกรณี

ในกรณีการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแก่บริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้น โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งถือเป็นหน่วยธุรกิจที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในการผลิต จำหน่าย และให้บริการทางการค้าพาณิชย์และแสวงหารายได้ให้แก่ตนเองนั้น

เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตัดสินใจเลือกใช้วิธีการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด เพื่อเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจหรือดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายในลักษณะเช่นเดียวกับการจัดตั้งหน่วยธุรกิจของเอกชนแล้ว การจัดตั้งและการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบริษัทจำกัดเช่นว่านั้นก็ย่อมต้องเป็นไปตามกฎกติกาและการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับเอกชน ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเลือกวิธีการจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบอื่น เช่น การดำเนินการด้วยตนเองผ่านระบบราชการ การว่าจ้างเอกชน การจัดตั้งสหการ หรือองค์การมหาชนท้องถิ่น อันเป็นวิธีการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใช้อำนาจมหาชน เพื่อจัดทำบริการสาธารณะเชิงสังคมหรือบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่ได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร การเลือกใช้วิธีการดังกล่าวจึงได้รับการยกเว้นมิให้ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเลือกที่จะดำเนินการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดซึ่งเป็นหน่วยธุรกิจที่อยู่ในรูปนิติบุคคลเอกชนและดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับเอกชนแล้ว บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ย่อมถือเป็นผู้ประกอบการที่ต้องตกอยู่ภายใต้กติกาและกฎหมายแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชน อันเป็นไปตามหลักการแข่งขันเสรีภายใต้ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองลัทธิเสรีนิยมใหม่ที่ยอมรับให้รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเข้ามาแทรกแซงทางเศรษฐกิจในฐานะผู้ประกอบการได้ โดยที่รัฐจะต้องอยู่ภายใต้กติกาและการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับเอกชน เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการเข้าประกอบอาชีพและอุตสาหกรรม หรือแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง โดยไม่ต้องกังวลว่าตนจะถูกจำกัดหรือขัดขวางการเข้าดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เนื่องจากรัฐเป็นผู้มีอำนาจและทรัพยากรในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าเอกชน ดังนั้น หากรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตัดสินใจเลือกใช้วิธีการดำเนินการหรือประกอบกิจการเช่นเดียวกับเอกชน การดำเนินการของรัฐในฐานะผู้ประกอบการก็ย่อมต้องเป็นไปตามกฎกติกาและการแข่งขันทางการค้าอย่างเสมอภาคเช่นเดียวกับเอกชนด้วย ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ นำมาซึ่งการตรากฎหมายแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการภาครัฐและภาคเอกชนภายใต้หลักการแข่งขันอย่างเสมอภาค (le principe d'egale concurrence) อันเป็นที่ยอมรับในระดับสากลและนานาประเทศที่บังคับใช้ในปัจจุบัน

โดยหากพิจารณาลักษณะการประกอบกิจการของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ประกอบกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ต้องการให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม เมื่อการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือดำเนินกิจการพาณิชย์ท้องถิ่นเพื่อทำการค้าแสวงหากำไร มีการผลิต จำหน่าย ให้บริการ และเรียกเก็บค่าสินค้าและบริการ

จากประชาชน บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงถือเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนรายอื่นอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นแนวทางการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการภาครัฐและเอกชนตามหลักการแข่งขันเสรีและเสมอภาค เช่นเดียวกับบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าในระดับสากลอย่าง TFEU และการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศสตามมาตรา L 410-1 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ (The French Commercial Law) ที่กำหนดให้บังคับใช้กฎหมายกับกิจกรรมการผลิต การแจกจ่าย และการบริการทั้งหมด รวมถึง การดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้กรอบของข้อตกลงการมอบหมายให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การให้สัมปทาน การจัดซื้อจัดจ้าง การคัดเลือกเอกชน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติสถานะและรับรองการดำเนินกิจกรรมในทางเศรษฐกิจของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงทำให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศสรูปแบบบริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (Seml) และบริษัทร่วมทุนเพื่อกิจการเฉพาะ (Semop) ซึ่งเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชนและจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนเพื่อทำการค้าแสวงหากำไร หรือดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจ โดยการผลิตจำหน่าย และให้บริการให้กิจการแต่ละประเภท อันมีสถานะทางกฎหมายเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” หน่วยธุรกิจในรูปแบบบุคคลเอกชนภายใต้การควบคุมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ต้องตกอยู่ภายใต้กฎกติกาและภายใต้บังคับตามกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาตรา L 410-1 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ ดังนั้น บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยจะต้องไม่กระทำการอันเป็นการควบรวมกิจการ การใช้อำนาจเหนือตลาด หรือกระทำการอื่นใดอันมีลักษณะเป็นการบิดเบือนหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าในตลาด เช่นเดียวกับการบังคับใช้กฎหมายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น

เช่นเดียวกับการบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการผูกขาด (The Antimonopoly Act : AMA) ของประเทศญี่ปุ่นที่บังคับใช้กับ “ผู้ประกอบการทุกประเภท” ประกอบกับประเทศญี่ปุ่นได้มีการบัญญัติรับรองการจัดตั้งบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 หรือกฎหมายจัดตั้งฉบับอื่นในกิจการรายสาขาที่ได้ดำเนินการเชิงพาณิชย์และอุตสาหกรรม เช่น การประปา การขนส่ง การคมนาคม การรถไฟ การไฟฟ้า กิจการพลังงาน สถานพยาบาล หรือดำเนินโครงการตามข้อบังคับของบริษัทในเชิงพาณิชย์ บริษัทจำกัดดังกล่าวซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” จึงถือเป็น “ผู้ประกอบการ” ตามมาตรา 2 (1) แห่งกฎหมาย AMA ที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับตามบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับผู้ประกอบการรายอื่นอย่างเสมอภาค

ด้วยเหตุของการบัญญัติรับรองสถานะและความเข้าใจเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงทำให้ประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่นสามารถบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้อย่างชัดเจนและเสมอภาคเช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนทั่วไป

แต่สำหรับในกรณีของประเทศไทย จากการศึกษาข้อเท็จจริงพบว่า นอกจากการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะ “ผู้ประกอบการ” แล้ว ในขณะเดียวกันบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามวัตถุประสงค์ที่จัดตั้งขึ้น ซึ่งในกรณีของประเทศฝรั่งเศสนั้น ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฝรั่งเศสได้กำหนดยกเว้นให้ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐได้ดำเนินกิจกรรมหรือการจัดทำบริการสาธารณะไม่เป็นการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจหรือไม่หากดำเนินการโดยใช้อำนาจมหาชนตามที่ได้รับมอบหมายและดำเนินการเพื่อให้บรรลุประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) การดำเนินการดังกล่าวไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศส การกำหนดเช่นนี้เป็นกรณียกเว้นการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามหลักการแข่งขันเสรีตามแนวคิดเศรษฐกิจการเมืองลัทธิเสรีนิยมใหม่ที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในทางเศรษฐกิจและหลักการแข่งขันเสรี ประกอบกับตามหลักการทางกฎหมายมหาชนและทฤษฎีการจัดทำบริการสาธารณะ (Public Services) ของประเทศฝรั่งเศส ที่ให้ความสำคัญกับบทบาทรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือที่เรียกได้ว่าเป็นเหตุผลในการก่อตั้งรัฐ ดังนั้น จึงได้มีการกำหนดยกเว้นให้ในการดำเนินการใดๆ ของรัฐ ซึ่งแม้เป็นการดำเนินกิจกรรมในทางเศรษฐกิจก็ตาม แต่หากเป็นการใช้อำนาจมหาชนตามอำนาจหน้าที่เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว การดำเนินการดังกล่าวนั้นก็ย่อมได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาตรา L 410-1 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ ดังเช่นในกรณีการยกเว้นมิให้ใช้บังคับกฎหมายแก่บริษัทมหาชนท้องถิ่น (Spl) ทั้งนี้ หลักการทางกฎหมายมหาชนว่าด้วยเรื่องเหตุผลรัฐและทฤษฎีการจัดทำบริการสาธารณะนี้เอง จึงเป็นที่มาอย่างหนึ่งในการกำหนดข้อยกเว้นของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบัน

ในขณะที่การกำหนดข้อยกเว้นของประเทศญี่ปุ่น ได้มีการกำหนดยกเว้นมิให้นำกฎหมายการป้องกันการผูกขาด (AMA) มาบังคับใช้กับ “การกระทำหรือพฤติกรรม” ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การผูกขาดโดยธรรมชาติ (Natural Monopoly) หรือเป็นกิจการที่อยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะ จะเห็นได้ว่า การกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขข้อยกเว้นของประเทศญี่ปุ่นมิได้กำหนดยกเว้นให้เฉพาะแก่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเท่านั้น กรณีจึงตีความได้ว่า หากผู้ประกอบการภาครัฐหรือภาคเอกชนมีความจำเป็นจะต้องดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นกิจการผูกขาดโดยธรรมชาติ (Natural Monopoly) อันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นกิจการที่มีกฎหมายกำหนดไว้

เป็นการเฉพาะ ผู้ประกอบการดังกล่าวย่อมได้รับการยกเว้นมิให้ตกอยู่ภายใต้บังคับตามกฎหมาย AMA เช่นเดียวกัน ซึ่งในการกำหนดข้อยกเว้นของการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น ได้รับอิทธิพลและแนวทางการบังคับใช้กฎหมายมาจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade) ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยมของสหรัฐอเมริกา โดยเป็นไปตามแนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โตหรือสำนักความคิดเสรีนิยม (Chicago School) ที่มีความเชื่อว่าตลาดที่ไม่มีประสิทธิภาพเกิดจากการแทรกแซงหรือการควบคุมของรัฐบาล จึงมิได้มีการปฏิเสธการแทรกแซงระบบเศรษฐกิจโดยรัฐ แต่ต่อมาก็ได้มีแนวความคิดตามลัทธิเสรีนิยมใหม่ว่าในกรณีที่ตลาดไม่สามารถแข่งขันได้อย่างสมบูรณ์ สถาบันกฎหมายจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการกำหนดกติกาให้เกิดการแข่งขันเสรีและเพื่อป้องกันมิให้เกิดการค้าที่ไม่เป็นธรรม ทั้งยังเชื่อว่าการกลไกตลาดและการแข่งขันเสรีจะก่อให้เกิดประโยชน์ให้แก่ประชาชนมากกว่าให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้ประกอบการ ทั้งนี้บนพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมของสหรัฐอเมริกา จึงได้มีการเปิดการแข่งขันเสรีในกิจการบริการสาธารณะ และกำหนดให้รัฐซึ่งเดิมเป็นผู้ผูกขาดกิจการเปลี่ยนมาเป็นผู้กำกับดูแลกิจการและการแข่งขันทางการค้าเสียแทน โดยมีแนวคิดให้รัฐเป็นคนกลางในการควบคุมการแข่งขันและการดำเนินกิจการตามหลัก “Private Ownership, Public Control” และได้มีการจัดตั้งองค์กรอิสระ “Independence Regulator” ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐในฐานะผู้กำกับดูแลแยกเป็นอิสระออกจากรัฐในฐานะผู้ประกอบการ (The State as Entrepreneur) ที่ต้องตกอยู่ภายใต้กติกา กฎหมายแข่งขันทางการค้า และข้อยกเว้นแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับเอกชน จึงสรุปได้ว่า ตามแนวทางการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น ซึ่งโดยหลักแล้วมิได้ยอมรับให้รัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าดำเนินกิจการ และแข่งขันกับเอกชน แต่หากรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ตัดสินใจเข้าดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือดำเนินกิจการอันมีลักษณะเดียวกับเอกชน เช่น การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ หรือการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีสถานะเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” แล้ว บริษัทจำกัดดังกล่าวซึ่งถือเป็นผู้ประกอบการของรัฐย่อมต้องอยู่ภายใต้กติกาและกฎหมายแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนตามหลักการแข่งขันเสรี ซึ่งหลักการเช่นนี้เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของ TFEU และกฎหมายแข่งขันทางการค้าภายในของนานาประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือระบบเศรษฐกิจแบบผสมที่ยึดระบบเสรีนิยมเป็นหลัก

โดยเมื่อพิจารณาประเภทกิจการและลักษณะการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจของบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ประกอบกับข้อยกเว้นตามบทบัญญัติมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แล้ว มีความเห็นว่า มาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีเจตนารมณ์ให้หน่วยธุรกิจของรัฐไม่ว่าในรูปแบบใดต้องตกอยู่ภายใต้บังคับ

ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกัน แต่หากหน่วยธุรกิจของรัฐมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะตามเงื่อนไขของกฎหมาย การดำเนินกิจกรรมดังกล่าวย่อมได้รับการคุ้มครองและยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในกรณีอื่นๆ และเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์และลักษณะของการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พบว่า การจัดตั้งและการดำเนินกิจการของบริษัทมีลักษณะเช่นเดียวกับการประกอบกิจการของเอกชน ซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับภาคเอกชน ซึ่งแม้บริษัทจำกัดดังกล่าวอาจถือเป็นหน่วยธุรกิจของรัฐประเภทหนึ่ง เช่นเดียวกับหน่วยธุรกิจของรัฐ เช่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ตามมาตรา 4 (2) ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ตาม แต่เมื่อการจัดตั้ง ถือหุ้น และดำเนินกิจการของบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นการจัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหน่วยธุรกิจที่แยกเป็นอิสระจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้ถือหุ้น มีความคล่องตัวและความสามารถในการบริหารจัดการ และสรรหางบประมาณได้อย่างอิสระ ทั้งยังสามารถทำการค้าแสวงหากำไรเพื่อเป็นรายได้ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบกับมาตรา 75 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีความมุ่งหมายให้รัฐดำเนินตามแนวนโยบายโดยยึดหลักระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม และกำหนดห้ามมิให้รัฐต้องประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่ มีความจำเป็น ประกอบกับกำหนดให้รัฐต้องดำเนินการขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นหลักการที่แสดงให้เห็นได้ชัดว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ได้มีเจตนารมณ์ให้ใช้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับหน่วยธุรกิจทุกประเภททั้งผู้ประกอบการภาครัฐและภาคเอกชน ดังนั้น บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงถือเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ต้องตกอยู่ภายใต้กติกาว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับเอกชน ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ เป็นไปตามหลักการแข่งขันอย่างเสมอภาคตามลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมใหม่ อันเป็นพื้นฐานของแนวทางการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในระดับสากลและกฎหมายภายในของนานาประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม อย่างเช่น สหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาหลักการทางกฎหมายกับบทบัญญัติตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ควบคู่กัน สามารถพิจารณาได้ว่า บริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีลักษณะในการดำเนินกิจการในฐานะหน่วยธุรกิจภายใต้การควบคุมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น บริษัทจำกัดดังกล่าวจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” แยกออกเป็นอิสระจาก “ราชการส่วนท้องถิ่น” ตามที่ได้กำหนดไว้ใน

มาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และมีได้ถือเป็น “รัฐวิสาหกิจ” “องค์การมหาชน” หรือ “หน่วยงานอื่นของรัฐ” ตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และไม่สมควรที่จะกำหนดให้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัทจำกัดดังกล่าวในฐานะ “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ร่วมกับคำจำกัดความของคำอื่นๆ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อความยุติธรรมและการจัดระบบกฎหมายในภายหลัง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ไม่ควรกำหนดให้บริษัทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ตามเหตุผลที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

ทั้งนี้ แม้มีได้กำหนดให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตกอยู่ภายใต้มาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ตาม แต่ก็มีได้เป็นการจำกัด ขัดขวาง หรือเป็นการตรากฎหมายที่ขัดต่อการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งรวมไปถึงการดำเนินการเพื่อความมั่นคงท้องถิ่น ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภคตามอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่น เนื่องจาก หากเป็นกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใช้อำนาจมหาชนในการดำเนินการใดๆ ตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดแล้ว กรณีเช่นนี้ก็ย่อมได้รับการยกเว้นมิให้ต้องปฏิบัติหรือตกอยู่ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันที่กำหนดมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่การกระทำของราชการส่วนท้องถิ่น หรือในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประสงค์จะดำเนินการอันมีลักษณะเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เช่น การจัดทำบริการสาธารณะทางสังคม การจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม หรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น หรือเป็นกิจการที่ไม่แสวงหากำไรแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ยังสามารถเลือกใช้วิธีการในการดำเนินการเช่นนั้น นอกเหนือจากการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด เช่น การจัดตั้งสหการ การจัดตั้งองค์การมหาชนท้องถิ่นซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน เป็นต้น กรณีเช่นนี้ หากสหการหรือองค์การมหาชนท้องถิ่นมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเป็นการดำเนินการตามกฎหมาย หรือดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี และมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการในลักษณะที่ขัดต่อกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าเพื่อความมั่นคงของท้องถิ่น ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นส่วนรวม หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภคแล้ว สหการหรือองค์การมหาชนท้องถิ่นที่ได้ดำเนินการหรือมีพฤติกรรมเช่นนั้น ก็ย่อมสมควรได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 4 (2) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แต่โดยที่มาตราดังกล่าวกำหนดถึงเพียงกรณีของรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ เท่านั้น โดยมีได้บัญญัติถึงนิติบุคคลตามกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่อย่างใด และตามหลักการทางกฎหมายก็มีสมควรกำหนดให้นิติบุคคล

ที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือเป็นรัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ ซึ่งเป็นการจัดตั้งนิติบุคคลโดยราชการส่วนกลางเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีจึงยังมีประเด็นที่ต้องตีความ และพิจารณาต่อไปว่า หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้จัดตั้งนิติบุคคลมหาชนเพื่อดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามกฎหมาย หรือดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี และมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการในลักษณะที่ขัดต่อกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าเพื่อความมั่นคงของท้องถิ่น ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภคแล้ว การกระทำหรือพฤติกรรมดังกล่าวของนิติบุคคลที่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือกำกับดูแลโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเช่นนั้น จะได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ อย่างไร

จากการศึกษา สามารถยกกรณีตัวอย่างการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยตามที่ได้วิเคราะห์ เช่น การดำเนินกิจการของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด โดยการถือหุ้นของกรุงเทพมหานครด้วยทุนมูลค่าร้อยละ 99.98 ของทุนจดทะเบียน และได้มีกำหนดขอบวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการของบริษัทตามหนังสือรับรองจำนวนกว่า 50 ข้อ เช่น การประกอบกิจการให้เช่าที่ดินและสิ่งก่อสร้าง กิจการโรงแรมและสถานที่พักตากอากาศ กิจการผลิตพลังงานไฟฟ้า บริการด้านการกู้ยืมเงิน การค้าประกัน เป็นต้น ซึ่งเป็นการกำหนดขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทที่ครอบคลุมถึงภารกิจหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร และครอบคลุมถึงการดำเนินกิจการทางการค้าพาณิชย์อันมีลักษณะเป็นกิจการการค้าแสวงหากำไร เช่นเดียวกับการประกอบกิจการบริษัทของเอกชน หรือในกรณีที่มีการเปิดโอกาสให้บริษัท บีทีเอส กรุ๊ป โฮลดิ้งส์ จำกัด (มหาชน) หรือบริษัทอื่นที่มีอำนาจทางการตลาดสูงเข้าร่วมถือหุ้นในบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด เพื่อเป็นผู้ให้บริการด้านการขนส่งมวลชนในเขตกรุงเทพมหานคร และดำเนินกิจการพาณิชย์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องและสร้างรายได้ให้แก่บริษัทจำกัดดังกล่าวแล้ว กรณีเช่นนี้ หากมีการกำหนดยกเว้นให้กิจการของบริษัทที่มีลักษณะการดำเนินกิจการเชิงการค้าพาณิชย์ หรือการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอันมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน ให้มีตกอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องดำเนินการตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าแล้ว ย่อมก่อให้เกิดการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าในท้องถิ่นและส่งผลกระทบต่อประชาชนผู้ประกอบการเอกชนรายอื่นไม่สามารถเข้าแข่งขันในกิจการที่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ประกอบการได้อย่างเสรีและเสมอภาค ทั้งยังเป็นการเอื้อประโยชน์ทางเศรษฐกิจให้แก่ผู้ประกอบการเอกชนที่เข้าร่วมถือหุ้นในบริษัท ร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยอ้อม หรือในกรณีตัวอย่างของการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ขอนแก่น ทรานซิส ซิสเต็ม จำกัด ด้วยทุนและการถือหุ้นร่วมกันของเทศบาลในจังหวัดขอนแก่น จำนวน 5 แห่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการในการดำเนินโครงการระบบขนส่งมวลชนสาธารณะระบบรางเบา (Light Rail Transit : LRT) ซึ่งเป็นการดำเนินกิจการค้าขาย

อันเป็นสิ่งสาธารณูปโภค เพื่อประโยชน์ของประชาชนในเขตพื้นที่จังหวัดขอนแก่น ซึ่งแม้จะเป็นการดำเนินกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคก็ตาม แต่เมื่อในปัจจุบันผู้ประกอบการเอกชนมีความรู้ความเชี่ยวชาญที่จะให้บริการการขนส่งมวลชนได้เช่นเดียวกับภาครัฐ หรืออาจให้บริการได้ดีกว่าภาครัฐ หากมีการกำหนดยกเว้นให้ผู้ประกอบการภาครัฐได้รับการยกเว้นไม่ต้องตกอยู่ภายใต้กติกาการแข่งขัน เช่นเดียวกันเอกชนแล้ว ย่อมก่อให้เกิดการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากบริษัทจำกัดต้องคุ้มครองส่วนท้องถิ่นในฐานะหน่วยธุรกิจท้องถิ่นย่อมมีอำนาจในการถือครองทรัพยากรการผลิตและให้บริการ เช่น ที่ดิน ข้อมูลเชิงลึก สิทธิพิเศษ หรือปัจจัยการดำเนินการทางเศรษฐกิจอื่นใดที่เหนือกว่าเอกชน อันทำให้ผู้ประกอบการภาคเอกชนไม่สามารถใช้ทรัพยากรและเข้าแข่งขันในกิจการดังกล่าวได้อย่างเสมอภาค อีกทั้ง การกำหนดยกเว้นให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับการยกเว้นตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า จะส่งผลให้บริษัทจำกัดหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขาดแรงจูงใจในการพัฒนาสินค้าและบริการให้มีประสิทธิภาพและเป็นพลวัตกับสภาพสังคม และทำให้ประชาชนผู้ใช้บริการไม่สามารถเลือกซื้อสินค้าและบริการตามราคาที่ตนเห็นสมควรได้ ดังนั้น หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้มีเป้าหมายในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือกิจการอื่นใดอันมีลักษณะเป็นการทำการค้าเชิงพาณิชย์ เพื่อแสวงหากำไรเช่นเดียวกับการประกอบกิจการของเอกชนแล้ว ไม่ว่ากิจการดังกล่าวจะเป็นกิจการค้าขายสาธารณูปโภค เช่น การไฟฟ้า การประปา การพลังงาน การขนส่งมวลชน หรือการติดต่อสื่อสารและโทรคมนาคม หรือไม่ก็ตาม แต่การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งหลายของบริษัทจำกัดดังกล่าวก็สมควรจะต้องเป็นไปตามกฎกติกาและการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกันตามหลักการแข่งขันเสรีและเสมอภาคภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ในลักษณะเดียวกับการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศ เช่น TFEU เป็นต้น

แต่ในขณะเดียวกัน หากบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวมีความจำเป็นในการดำเนินการตามกฎหมายหรือตามที่มติของคณะรัฐมนตรี เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภคตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด และการดำเนินการเช่นนั้นจะไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ หากมิได้กระทำการหรือมีพฤติกรรมเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าเช่นว่านั้นเป็นวิธีการที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าน้อยที่สุดแต่ก่อให้เกิดประโยชน์ได้มากที่สุด เช่น เทศบาลนครขอนแก่นมีนโยบายให้บริษัท ขอนแก่น ทรานซิส ชิสเต็ม จำกัด เป็นผู้ให้บริการรถราง โดยบริษัทสามารถกำหนดราคาค่าบริการเดินรถที่ต่ำกว่าราคาตลาด หรือให้บริการเดินรถโดยไม่เรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนในช่วงวิกฤตเศรษฐกิจ ดังเช่นในช่วงสถานการณ์การแพร่ระบาดของเชื้อไวรัส Covid-19 ซึ่งอาจถือเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลต่อการจำกัดหรือการกีดกันการเข้าสู่ตลาดและการแข่งขันทางการค้า

ของผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมการขนส่งมวลชนท้องถิ่นรายอื่น กรณีเช่นนี้ แม้จะมีลักษณะเป็น พฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า แต่ก็อาจถือเป็นที่ว่ากรณีที่มีความจำเป็นในการ ดำเนินการตามกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจส่วนรวม หรือ เพื่อความมั่นคงของท้องถิ่นที่สมควรพิจารณาขออนุญาตให้การดำเนินการของบริษัท ขอนแก่น ทราฟฟิค ซิสเต็ม จำกัด มิต้องตกอยู่ภายใต้บังคับตามกฎหมายเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังเช่นในกรณีปกติ ดังนั้น จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการกำหนดแนวทางการตีความและ การบังคับใช้ข้อยกเว้นแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในลักษณะการตีความอย่างแคบ เช่นเดียวกับกรณีการตีความข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า มาตรา 106 วรรคสอง ของ TFEU แห่งสหภาพยุโรป ที่ได้กำหนดข้อยกเว้นให้บังคับใช้แก่ผู้ประกอบการทุกราย ซึ่งมีความจำเป็นต้องดำเนินการที่ขัดต่อการแข่งขันทางการค้า เพื่อให้บริการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ทางเศรษฐกิจ (services of general economic interest : SGEI) โดยที่ผู้ประกอบการรายดังกล่าว ไม่สามารถเลือกใช้วิธีการหรือหนทางอื่นใดได้อีกนอกจากการกระทำที่ขัดต่อหลักการแข่งขันทางการค้า เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น ทั้งนี้ จะต้องเป็นวิธีการที่ส่งผลกระทบหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อ การแข่งขันทางการค้าอย่างน้อยที่สุดตามหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน อีกทั้งต้องเป็นวิธีการ ที่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจได้อย่างแท้จริง โดยไม่ขัดต่อประโยชน์ส่วนรวมของสหภาพยุโรป ดังนั้น จึงตีความหลักการยกเว้นของ TFEU ได้ว่า แม้ผู้ประกอบการจะมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมทางเศรษฐกิจแล้ว แต่หากการปฏิบัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มิได้เป็นอุปสรรคหรือขัดขวางการดำเนินการที่นำไปสู่เป้าหมาย การดำเนินการเช่นว่านั้นก็ยังคงต้อง ผูกพันและตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของ TFEU ต่อไป ซึ่งเป็นลักษณะการตีความ อย่างแคบ เพื่อเป็นมาตรการในการป้องกันมิให้เกิดการผูกขาดและบิดเบือนการแข่งขันทางการค้า ในขณะเดียวกัน เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจ อย่างเหมาะสม ภายใต้หลักการแข่งขันเสรีและเสมอภาคระหว่างผู้ประกอบการภาครัฐและเอกชน และตลาดร่วมของสหภาพยุโรป

จากการวิเคราะห์หลักการทางกฎหมาย บทบัญญัติ และข้อเท็จจริง จึงสามารถ สรุประเด็นปัญหาในกรณีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่กรณีของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยได้ว่า เนื่องจาก พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มิได้บัญญัติและวางแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย แข่งขันทางการค้าแก่กรณีบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีลักษณะเป็นหน่วยธุรกิจ เช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนอย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการตีความและ บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในกรณีดังกล่าว ซึ่งส่งผลกระทบต่อ การเข้าประกอบกิจการ ทางการค้าและอุตสาหกรรมและการแข่งขันทางการค้าของประชาชน เนื่องจากบริษัทจำกัด

ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือเป็นหน่วยธุรกิจซึ่งเป็นเครื่องมือของภาครัฐในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจในฐานะผู้ประกอบการที่สามารถดำเนินกิจการและประกอบกิจการทางการค้าแสวงหากำไรทางเศรษฐกิจได้อย่างเต็มรูปแบบเช่นเดียวกับเอกชน ตามวัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับ เนื่องด้วยบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังเป็นผู้ถือครองทรัพยากรและปัจจัยการผลิต เอกสิทธิ์ และครอบครองข้อมูลมากกว่าเหนือกว่าเอกชน ดังนั้น หากปล่อยให้บริษัทจำกัดดังกล่าวได้รับการยกเว้นไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฏกติกาและกฎหมายแข่งขันทางการค้าแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการเข้าประกอบกิจการและแข่งขันทางการค้าอย่างเสรี ซึ่งหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ตัดสินใจเข้าดำเนินกิจการในฐานะผู้ประกอบการเช่นเดียวกับเอกชนด้วยเงื่อนไขที่แตกต่างจากเอกชนและมีลักษณะเป็นการกีดกันหรือผูกขาดทางการค้าแล้ว การดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ย่อมถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่กำหนดให้รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึงและเป็นธรรม ทั้งยังกำหนดให้รัฐหรือองค์กรของรัฐผูกพันต้องดำเนินการจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ

ดังนั้น จึงเสนอแนะให้มีการกำหนดขอบเขต วางแนวทางการตีความและบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างชัดเจน โดยเสนอแนะให้มีการตีความและแนวทางการบังคับใช้กฎหมายแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับเอกชน เพื่อให้การแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการภาครัฐและเอกชนในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเป็นไปอย่างเสมอภาค เว้นแต่ บริษัทจำกัดดังกล่าวจะได้ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรี โดยมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค โดยที่บริษัทจำกัดดังกล่าวไม่สามารถเลือกใช้วิธีการอื่นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ โดยต้องเป็นวิธีการที่กระทบต่อหลักการแข่งขันทางการค้าน้อยที่สุดและบรรลุวัตถุประสงค์อย่างแท้จริง ทั้งนี้ การบังคับใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวสมควรกำหนดให้บังคับใช้แก่ผู้ประกอบการภาครัฐและเอกชนอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งแนวทางการตีความและการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแก่ผู้ประกอบการภาครัฐตามข้อเสนอแนะเช่นนี้ เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับหลักการแข่งขันทางการค้าสากล อย่างเช่น การบังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้า TFEU ของสหภาพยุโรป การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส และการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (AMA) ของประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น

ทั้งนี้ แนวทางการตีความและการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นข้างต้น จะเป็นมาตรการป้องกันมิให้เกิดการผูกขาดหรือการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และยังเป็นมาตรการในการป้องกันและกำกับดูแลมิให้กลุ่มนายทุน หรือนักการเมืองที่มีเจตนาจะใช้วิธีการเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อเป็นช่องทางในการหลีกเลี่ยงการดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมาย หรือกระทำการอันขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าเนื่องจากได้รับการยกเว้น หรือแสวงหาประโยชน์ส่วนตนโดยมิชอบ ยิ่งไปกว่านั้น การกำหนดให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในฐานะ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” เช่นเดียวกับเอกชนตามหลักการแข่งขันอย่างเสรีและเสมอภาค จะเป็นเครื่องมือในการสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติในการเข้าประกอบกิจการและแข่งขันกับผู้ประกอบการภาครัฐได้อย่างเสมอภาคและเป็นธรรม ทั้งยังเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่สอดคล้องและเป็นที่ยอมรับของสากลและนานาชาติในเข้าร่วมตกลงเจรจาทำการค้ากับประเทศไทย ในอนาคตต่อไป



บทที่ 6

บทสรุปและเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

บริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นด้วยทุนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมูลค่าเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน หรืออยู่ภายใต้การครอบงำซึ่งขาดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชน ซึ่งในทางวิชาการเรียกว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” (Local Public Enterprise : LPE) มีลักษณะเป็นหน่วยธุรกิจแยกออกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยอิสระ มีสิทธิ ความสามารถในการบริหารจัดการบุคลากรและงบประมาณโดยคณะกรรมการบริหารของบริษัท เพื่อดำเนินการผลิต จำหน่าย ให้บริการ และดำเนินการทางการค้าพาณิชย์อื่นใดตามขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท บริษัทจำกัดดังกล่าวจึงถือเป็น “ผู้ประกอบการ” ที่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายที่ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชน เว้นแต่ จะเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมภายใต้หลักการแข่งขันเสรีและเสมอภาค และบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ

สำหรับประเทศไทย แม้จะมีบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ในการจดทะเบียนจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดก็ตาม แต่เนื่องด้วยความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ และการบังคับใช้กฎหมาย จึงทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยไม่สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้อย่างหลากหลายและมีประสิทธิภาพมากนัก ซึ่งสามารถสรุปประเด็นปัญหาทางกฎหมายได้ดังนี้

1) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยขาดความเป็นอิสระ เนื่องจากบทบัญญัติกฎหมายมิได้กำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทอย่างเท่าเทียมกัน

เนื่องจากกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังมิได้กำหนดให้อำนาจแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล และเมืองพัทยา ให้สามารถเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับบุคคลอื่นได้ จึงทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสามรูปแบบไม่สามารถจดทะเบียนจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม ดำเนินกิจกรรมทางพาณิชย์หรือเศรษฐกิจอื่นใดตามที่ตนเห็นว่าสมควรและจะเป็นประโยชน์กับประชาชนในท้องถิ่นได้เช่นเดียวกับเทศบาลและกรุงเทพมหานคร จึงเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยไม่เท่าเทียมและขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามมาตรา 250 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ทั้งยังเป็นการปิดกั้นโอกาสในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของท้องถิ่น และทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถใช้เครื่องมือที่เหมาะสมในการแสวงหารายได้ ซึ่งขัดต่อหลักการปกครองตนเอง และการส่งเสริมการกระจายอำนาจทางการคลังให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญ

2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยไม่สามารถจัดตั้งและถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ด้วยตนเอง และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบางประเภทไม่สามารถนับจำนวนหุ้นร่วมกับนิติบุคคลมหาชนอื่นได้เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้

เมื่อบทบัญญัติมาตรา 57 ตรี แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และ มาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 กำหนดให้อำนาจแก่เทศบาลและกรุงเทพมหานครต้อง “ร่วมกับบุคคลอื่น” ในการจดทะเบียนจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเท่านั้น จึงทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นนิติบุคคลที่มีสิทธิและความสามารถเช่นเดียวกับนิติบุคคลอื่น ไม่สามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่มีลักษณะเป็นองค์กรเอกชน (Corporatization) ด้วยทุนหรืองบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหมด หรือในรูปแบบบริษัทจำกัดโดยบุคคลคนเดียวหรือนิติบุคคลเดียว (One Person Company) ดังเช่นการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดด้วยทุนของรัฐ หรือที่เรียกว่า “รัฐวิสาหกิจ” การกำหนดเช่นนี้ ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถใช้เครื่องมือในรูปแบบบริษัทจำกัดเพื่อดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์ท้องถิ่นด้วยตนเองได้อย่างคล่องตัว

และในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด โดยเฉพาะในกรณีที่มี “เอกชน” เข้าถือหุ้นรวมอยู่ด้วย กฎหมายกำหนดให้กรุงเทพมหานครนับหุ้นรวมกับส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ในขณะที่กฎหมายมิได้กำหนดให้เทศบาลนับหุ้นรวมกับนิติบุคคลมหาชนอื่น นอกจากองค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล หรือสุขาภิบาลที่ถือหุ้นอยู่ในบริษัทเดียวกัน กรณีการกำหนดหลักเกณฑ์การนับหุ้นร่วมกันเช่นนี้ถือเป็นอุปสรรคต่อเทศบาลในการเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด เนื่องจากไม่สามารถนับจำนวนหุ้นรวมกับส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจได้ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์การนับจำนวนการถือหุ้นร่วมกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนอาจส่งผลต่อการกำหนดสถานะของบริษัทจำกัดด้วย

3) การกำหนดให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินกิจการเฉพาะเพื่อ “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค” ขัดต่อวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งบริษัทจำกัด

การกำหนดให้บริษัทจำกัดที่เทศบาลหรือกรุงเทพมหานครเข้าจัดตั้งหรือถือหุ้น หรือกรณีให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมอบหมายให้บริษัทจำกัดดำเนินการแทน ต้องมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อ “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค” นั้น เป็นการกำหนดขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดที่ไม่สอดคล้องกับหลักการจัดตั้งและดำเนินกิจการในรูปแบบบริษัทจำกัด ซึ่งเป็น องค์กรธุรกิจ

ที่มีความเป็นอิสระ คล่องตัว และสามารถบริหารจัดการงบประมาณและบุคลากร เพื่อการผลิต จำหน่าย ให้บริการ ในกิจการทางเศรษฐกิจทุกประเภท โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าแสวงหากำไร และแข่งขันทางการค้าภายใต้กฎกติกาได้เช่นเดียวกับเอกชน

4) การกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องขออนุมัติหรือได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในทุกกรณี ขัดต่อหลักความเป็นอิสระและเป็นอุปสรรคแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะบัญญัติรับรองหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดบริการสาธารณะ และกำหนดให้รัฐต้องส่งเสริมและพัฒนา รูปแบบการหารายได้ให้เหมาะสมแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความสามารถในการหารายได้ให้ตนเองภายใต้การกำกับดูแลของรัฐเท่าที่จำเป็นก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องเสนอเรื่องการจัดตั้งหรือถือ หุ้น ในบริษัทจำกัดต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้พิจารณาอนุมัติหรือพิจารณาให้ความเห็นชอบ ซึ่งครอบคลุมถึงการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในทุกกรณีนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ให้รัฐมนตรีต้องอนุมัติการจัดตั้ง การถือหุ้น หรือการเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นดังกล่าวนี้ มีลักษณะที่ขัดต่อหลักการกำกับดูแลเท่าที่จำเป็น ทั้งยังเป็นการสร้างอุปสรรคและข้อจำกัดทางกฎหมายให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

5) กฎหมายไทยยังมีได้มีการบัญญัติรับรองและบังคับใช้กฎหมายแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีสถานะเป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” อย่างชัดเจน อันส่งกระทบต่อการตรวจสอบและกำกับดูแลบริษัทดังกล่าวให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อได้มีการตราบทบัญญัติรับรองสถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือที่เรียกในทางวิชาการว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” หรือในกรณีที่มีการบัญญัติรับรองสถานะของบริษัทดังกล่าวแตกต่างกันและมีได้เป็นไปตามหลักการทางกฎหมาย อย่างเช่นในกรณีการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ที่มีได้บัญญัติถึงสถานะของ บริษัทจำกัดท้องถิ่น ในขณะที่พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนดให้บริษัทจำกัดท้องถิ่นมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ 50 ของ ทุนจดทะเบียน มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ซึ่งความไม่ชัดเจนของการบังคับใช้กฎหมายแก่กรณี บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดการตีความและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ไม่เป็นไปตามหลักการทางกฎหมายอย่างถูกต้อง ไม่เป็นระบบแบบแผน และเป็นอุปสรรคแก่ภาครัฐ และประชาชนในการตรวจสอบกำกับดูแลบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นไปโดยชอบ ภายใต้ขอบเขตและเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับ

6) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มิได้กำหนดขอบเขตและวางแนวทางการบังคับใช้กฎหมายแก่กรณีบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้อย่างชัดเจน

ในปัจจุบัน เมื่อพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มิได้มีการกำหนดขอบเขตหรือวางแนวทางการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไว้อย่างชัดเจนแล้ว ย่อมทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถทราบได้ว่าบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นเครื่องมือของรัฐในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐในฐานะผู้ประกอบการ (State as Entrepreneur) ซึ่งมีลักษณะเป็นหน่วยธุรกิจที่สามารถดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและแข่งขันทางการค้าได้เช่นเดียวกับเอกชน ต้องตกอยู่ภายใต้กติกาและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับเอกชนหรือไม่ เพียงใด ซึ่งหากมีการตีความให้บริษัทจำกัดดังกล่าวได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 การตีความและการบังคับใช้กฎหมายหมายเช่นนี้ ย่อมกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในทางเศรษฐกิจในการเข้าประกอบกิจการและอยู่ภายใต้การแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรมซึ่งขัดต่อหลักการแข่งขันเสรีและเสมอภาค และหลักการตามมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่กำหนดให้รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึงและเป็นธรรม โดยที่รัฐหรือองค์กรของรัฐผูกพันจะต้องดำเนินการจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม พัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ และรัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์การจัดตั้งและถือหุ้น การกำหนดขอบเขตวัตถุประสงค์ของบริษัท การควบคุมกำกับดูแล การกำหนดสถานะทางกฎหมาย และการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยข้างต้น เมื่อศึกษาหลักการทางกฎหมายมหาชน ประกอบแนวทางการบังคับใช้กฎหมายแก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศ ระบบเศรษฐกิจและสถานการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบัน จึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

1) บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกรูปแบบสามารถจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้อย่างเท่าเทียมกัน โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

การบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยทุกรูปแบบให้สามารถเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ได้เช่นเดียวกับการบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศสตามกฎหมาย CGCT และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นญี่ปุ่นตามกฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 จะช่วยทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยมีโอกาสในการเลือกใช้เครื่องมือเพื่อจัดทำบริการสาธารณะหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามรูปแบบและวิธีการที่ตนเห็นสมควรได้อย่างเท่าเทียมกัน ตามหลักการปกครองตนเองและความเป็นอิสระของท้องถิ่นภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ทั้งนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่า กิจการหรือโครงการอันเป็นวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือกิจการพาณิชย์ ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่หรือไม่ และหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเลือกใช้วิธีการจัดตั้งบริษัทจำกัดแล้วจะทำให้เกิดความเหมาะสม คุ่มค่า มีประสิทธิภาพ และก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนในท้องถิ่นได้มากกว่าการดำเนินการด้วยวิธีอื่น เช่น การดำเนินการเอง การว่าจ้างเอกชน สหกร หรือการร่วมลงทุน เป็นต้น ทั้งนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลส่วนกลางและหน่วยงานอื่นของรัฐประกอบกัน

2) บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดได้เอง และกำหนดหลักเกณฑ์การนับจำนวนหุ้นร่วมกับนิติบุคคลมหาชนอื่นเช่นเดียวกัน

2.1) เสนอแนะให้มีการเพิ่มรูปแบบการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดด้วยเงินทุนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหมด (ร้อยละ 100) หรือที่เรียกว่าการจัดตั้งบริษัทโดยบุคคลคนเดียว หรือนิติบุคคลเดียว (One Person Company)

2.2) ในกรณีที่มีการร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นร่วมกับนิติบุคคลมหาชนอื่น เสนอแนะให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การนับจำนวนหุ้นร่วมกับนิติบุคคลอื่นอย่างชัดเจนและเป็นไปในลักษณะเช่นเดียวกันทุกกรณี เช่น กำหนดให้เทศบาลสามารถนับจำนวนหุ้นร่วมกับนิติบุคคลมหาชนอื่นได้เช่นเดียวกับกรุงเทพมหานคร

2.3) ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประสงค์จะให้บริษัทจำกัดอยู่ภายใต้การควบคุมหรือเป็นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สมควรกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบ (ร้อยละ 51) ของทุนจดทะเบียน หรือมีอำนาจครอบงำชี้ขาดในการบริหารจัดการบริษัท โดยไม่ว่าจะมีเอกชนถือหุ้นรวมอยู่ด้วยหรือไม่ก็ตาม

โดยเสนอแนะเพิ่มเติมให้มีการตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์กลางในการคัดเลือกเอกชนผู้เข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อเป็นกรอบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพิจารณาถึงศักยภาพ ความรู้ความเชี่ยวชาญ ความน่าเชื่อถือ และ

คุณสมบัติต้องห้ามของ “เอกชน” ผู้เข้าร่วมถือหุ้น ประกอบกับการพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชนที่เหมาะสมแก่การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดในแต่ละกรณี ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันการเข้าแสวงหาประโยชน์ของเอกชนในบริษัทจำกัดโดยมิชอบและเป็นหลักประกันให้แก่ประชาชนว่าบริษัทจำกัดดังกล่าวจะสามารถตั้งอยู่และดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างแท้จริงโดยไม่ก่อให้เกิดภาระทางการคลังแก่รัฐหรือท้องถิ่นเกินสมควร

3) กำหนดขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดให้ครอบคลุมถึงกิจการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม กิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือกิจการพาณิชย์ท้องถิ่น

การกำหนดขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้ครอบคลุมถึงกิจการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม กิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือกิจการพาณิชย์อื่นใดโดยไม่จำกัดเพียงกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เช่นเดียวกับกฎหมาย CGCT ของประเทศฝรั่งเศส และกฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 ของประเทศญี่ปุ่น จะช่วยทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินกิจการหรือโครงการอันเป็นเป้าหมายได้อย่างอิสระ คล่องตัว และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทจำกัด ซึ่งจะเป็นเครื่องมือช่วยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินการและตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างทัน่วงที และเป็นเครื่องมือในการแสวงหารายได้ได้ด้วยตนเองเพื่อลดภาระทางการคลังของภาครัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่อไป

ประกอบกับ เสนอแนะให้มีการกำหนดขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทในหนังสือบริคณห์สนธิให้มีลักษณะแบบจำกัดและสอดคล้องกับกิจการหลักตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อเป็นมาตรการในการกำกับดูแลมิให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการนอกขอบวัตถุประสงค์ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อป้องกันมิให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินกิจการอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการเข้าประกอบกิจการทางการค้าและอุตสาหกรรม หรือเข้าแข่งขันกับเอกชนโดยไม่จำเป็น

4) แก้ไขหลักเกณฑ์และขั้นตอนการขออนุมัติหรือความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในบางกรณี และกำหนดให้การจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบและกำกับดูแลตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

การแก้ไขหลักเกณฑ์จากเดิมที่กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องขออนุมัติหรือขอความเห็นชอบจากรัฐมนตรีในทุกกรณี เปลี่ยนเป็นการกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องขออนุมัติการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ดังนี้

1) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องได้รับอนุมัติหรือความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัด ที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลในเขตพื้นที่จังหวัด ในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่มีเอกชนเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นด้วย

2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องได้รับอนุมัติหรือความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นร่วมกับหน่วยงานอื่นของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด หรือในกรณีที่การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวม ความมั่นคงของประเทศ หรือถือหุ้นร่วมกับนิติบุคคลต่างชาติ เป็นต้น

และกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นให้เป็นไปเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุมัติจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด แล้วแต่กรณี

การกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้จะเป็นมาตรการช่วยลดข้อจำกัดและขั้นตอนทางกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด แต่ในขณะเดียวกัน การให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงต้องเสนอเรื่องต่อตัวแทนของรัฐบาลส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาค เพื่อพิจารณาอนุมัติก่อนการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด เช่นเดียวกับหลักเกณฑ์กฎหมาย Local Incorporated Administrative Agency Act 2003 ของประเทศญี่ปุ่น รวมถึงการอยู่ภายใต้การตรวจสอบและกำกับดูแลของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องนั้น จะเป็นมาตรการป้องกันมิให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการไปในทางที่ไม่ถูกต้อง อันมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ขัดหรือแย้งกับหลักการทางกฎหมาย และเพื่อเป็นมาตรการในการกำกับดูแลมิให้กลุ่มนายทุน หรือนักการเมืองเข้าร่วมจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อหลีกเลี่ยง หรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น

5) **ตราบทบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ด้วยคำว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น”**

การตราบทบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยให้มีสถานะเป็นนิติบุคคล ที่เรียกว่า “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” แยกออกจากคำว่า “องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” และ “รัฐวิสาหกิจ” โดยชัดเจน เช่นเดียวกับการยอมรับและรับรองความเป็นนิติบุคคลของบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระดับสากล เช่น องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) สหภาพยุโรป (EU) ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น จะช่วยให้การจำแนกประเภทนิติบุคคลและการบังคับใช้กฎหมายแก่นิติบุคคลของไทยเป็นระบบแบบแผน ถูกต้องตามหลักกฎหมาย และก่อให้เกิดความมั่นคงแห่งนิติฐานะที่จะช่วยสร้างความชัดเจนแน่นอนให้แก่ผู้ที่อยู่ภายใต้กฎหมายให้สามารถตีความและบังคับใช้ได้อย่างถูกต้องตรงตามหลักการและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับ ทั้งนี้ เพื่อเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบและกำกับดูแล ให้การจัดตั้ง ถือหุ้น และการดำเนินกิจการของบริษัทเป็นไปโดยชอบและสอดคล้องกับสากลต่อไป

6) กำหนดให้บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีฐานะเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เช่นเดียวกับเอกชน

เมื่อพิจารณาลักษณะการดำเนินกิจการของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งหรือถือหุ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ตีความได้ว่า บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีลักษณะเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ต้องอยู่ภายใต้กติกาและกฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับผู้ประกอบการธุรกิจเอกชนตามหลักการแข่งขันอย่างเสมอภาค (le principe d’egale concurrence) ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในระดับสากล อย่าง TFEU มาตรา L 410-1 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส และมาตรา 2 (1) แห่งกฎหมายการป้องกันการผูกขาด (AMA) ของประเทศญี่ปุ่น เว้นแต่ บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะพิสูจน์ได้ว่า การดำเนินการตามกฎหมายหรือตามมติของคณะรัฐมนตรี มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค โดยไม่สามารถเลือกใช้วิธีการอื่นใดเพื่อดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ได้อีก และเป็นการดำเนินการที่กระทบต่อหลักการแข่งขันทางการค้าและประโยชน์ทางเศรษฐกิจน้อยที่สุด ทั้งนี้ ทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างแท้จริง ตามแนวทางการตีความข้อยกเว้นอย่างแคบของการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของ TFEU และนานาประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม

ทั้งนี้ การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเป็นไปตามหลักการแข่งขันเสรีและเสมอภาค และเป็นมาตรการกำกับดูแลมิให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการภาครัฐและเอกชนตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม และหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้ง ยังเป็นมาตรการช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับหลักการของสากล อันช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่นักลงทุนในการเข้าเจรจาตกลงทำการค้ากับประเทศไทยในอนาคตต่อไป

7) เสนอให้มีการตรากฎหมายกลางเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด รวมถึงหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลบริษัทให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

การตรากฎหมายกลางเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนเกี่ยวกับการจัดตั้งหรือถือหุ้นจำนวนหุ้น ขอบวัตถุประสงค์ สถานะทางกฎหมาย อำนาจของผู้บริหารและคณะกรรมการ การรายงานและติดตามผลประกอบการ การจดทะเบียนยกเลิกและชำระบัญชี การตรวจสอบและกำกับดูแลจะเป็นเครื่องมือช่วยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและบุคคลที่เกี่ยวข้องยึดถือเป็นหลักเกณฑ์กลางในการดำเนินการจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดด้วยมาตรฐานเดียวกัน ทั้งยังเป็นแนวทางให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำไปเป็นต้นแบบในการตราข้อบัญญัติหรือเทศบัญญัติบังคับใช้แก่

การจัดตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดในเขตพื้นที่ของตนให้เป็นไปอย่างถูกต้องและชอบด้วยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายต่อไป

ทั้งนี้ มีความเชื่อเป็นอย่างยิ่งว่า ข้อเสนอแนะข้างต้นจะเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ช่วยส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น “กล้าคิด กล้าทำ” โดยไม่ติดอยู่กับอุปสรรคปัญหาและความไม่ชัดเจนของกฎหมาย เพื่อตอบสนองความต้องการและประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างแท้จริง และจะเป็นมาตรการช่วยให้รัฐ หน่วยงานของรัฐ และเอกชนมีความมั่นใจที่จะเข้าดำเนินการร่วมกับบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พร้อมกับการกำกับดูแลบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้ง ยังเป็นมาตรการในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อไป



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บรรณานุกรม

- Ambulanz Glöckner. Ecr I-8089 Para. 61. Quoted in Unctad, Unctad Research Partnership Platform Competition Law and the State, Volume 1: Summary of Answers to Questionnaire. New York and Geneva: United Nation, 2015, 2001.
- Bank of Japan. Revision of Economic Sector [Online]. May 8, 2021. Available from: https://www.boj.or.jp/en/statistics/outline/notice_1999/data/ntsj01.pdf
- Central Japan International Airport. Overview [Online]. May 7, 2021. Available from: <https://www.centrair.jp/en/corporate/information/cjiac.html>
- Derenberg, W. J. The Influence of the French Code Civil on the Modern Law of Unfair Competition. The American Journal of Comparative Law 4, 1 (January 1955): 1-34.
- Energies, A. Gouvernance [Online]. May 1, 2021. Available from: <http://www.amiens-energies.com/gouvernance/>
- European Commission. Commission Interpretative Communication on the Application of Community Law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Ppp, (lppp). Official Journal of the European Union C91, April 12, 2008.
- . State Aid, Services of General Economic Interest (Public Services) [Online]. April 26, 2021. Available from: [https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html#:~:text=Services%20of%20general%20economic%20interest%20\(SGEI\)%20are%20economic%20activities%20that,there%20were%20no%20public%20intervention](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html#:~:text=Services%20of%20general%20economic%20interest%20(SGEI)%20are%20economic%20activities%20that,there%20were%20no%20public%20intervention)
- European Union. About the Eu : Countries [Online]. May 13, 2021. Available from: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en
- . Goals and Values of the Eu [Online]. May 13, 2021. Available from: https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_en#from-economic-to-political-union
- . Preserving and Promoting Fair Competition Practice [Online]. May 13, 2021. Available from: https://europa.eu/european-union/topics/competition_en

- Fédération des Epl. Les Chiffres Clés L'ampleur Du Mouvement Des Epl En France [Online]. May 2, 2021. Available from: <https://www.lesepl.fr/le-mouvement/chiffres-cles/>
- . Local Public Enterprises in France: A Tailor-Made Solution at the Crossroads of Private and Public Sectors [Online]. April 30, 2021. Available from: <https://www.lesepl.fr/local-public-enterprises-in-france-a-tailor-made-solution/>
- . Sem La Solution Tout Terrain [Online]. April 30, 2021. Available from: https://www.lesepl.fr/wpcontent/uploads/2020/01/gamme_epl_sem_maj2020.pdf
- Gérard Marcou. The Impact of Eu Law on Local Public Service Provision: Competition and Public Service. In Public and Social Services in Europe: From Public and Municipal to Private Sector Provision, Hellmut Wollmann, Ivan Koprić, and Gérard Marcou. London: Palgrave Macmillan UK, 2016.
- . Local Government Public Service Provision in France: Diversification of Management Patterns and Decentralisation Reforms. In Edited by Koprić, I. and Marcou, G., Public and Social Services in Europe, Hellmut Wollmann. London: Palgrave Macmillan UK, 2016.
- ICAO. Case Study on Commercialization, Privatization and Economic Oversight of Airports and Air Navigation Services Providers : Japan. In Air Transport Bureau, Economic Analysis and Policy (Eap) Section. 2012.
- International Comparative Legal Guides. Competition Litigation 2021 : A Practical Cross-Border Insight into Competition Litigation Work. 13th ed. London: Global Legal Group Ltd, 2021.
- Jacques Robert. Models for the Financing of Regional Infrastructure and Development Projects, with a Particular Attention to the Countries of Central and Eastern Europe: Public-Private Partnerships in Spatial Development Policy, European Regional Planning No. 63. Strasbourg: Council of Europe Pub, 2001.
- June Burnham. Local Public-Private Partnerships in France : Rarely Disputed, Scarcely Competitive, Weakly Regulated. Public Policy and Administration 16, 4 (October 2001): 47-60.

- Kevin Zimmermann. The Tepos Mixed Economy Local Company of Haute Lande Transforms Grey Matter into Gold [Online]. May 15, 2021. Available from: <http://www.territoires-energie-positive.fr/hun/federer/membres-du-reseau/best-practices/the-tepos-mixed-economy-local-company-of-haute-lande-transforms-grey-matter-into-gold>
- Marco Plankensteiner. Pauline Dessèvre, and Mathilde Vergnaud, France: Vertical Agreements: France [Online]. May 15, 2021. Available from: <https://www.mondaq.com/france/antitrust-eu-competition-/1042448/vertical-agreements-france>
- Nicola Pesaresi. The Sgei Communication : What Is an Sgei ? [Online]. May 13, 2021. Available from: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2012_1_10_en.pdf
- O'Leary, J., and Takashi, M. Between State and Capital: Third Sector Organizational Development in Tokyo. Comparative Politics 27, 3 (April 1995): 317-337.
- Osaka Research Institute of Industrial Science and Technology : ORIST. Osaka Research Institute of Industrial Science and Technology [Online]. May 7, 2021. Available from: <https://orist.jp/en/>
- Prime Minister of Japan and His Cabinet. The Constitution of Japan [Online]. May 6, 2021. Available from: https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html
- Société D'économie Mixte à Opération Unique (Semop). [Online]. May 1, 2021. Available from: <http://outil2amenagement.cerema.fr/societe-d-economie-mixte-a-operation-unique-semop-r542.html#:~:text=La%20SEMOP%20est%20une%20forme,contrat%20qui%20lui%20sera%20attribu%C3%A9>
- Statistics Bureau of Japan. Statistical Handbook of Japan 2020 [Online]. May 6, 2021. Available from: <https://www.stat.go.jp/english/data/handbook/c0117.html>
- Steer Davies Gleave and European Commission. Study on Airport Ownership and Management and the Ground Handling Market in Selected Non-Eu Countries. In Final Report. Steer Davies Gleave, 2016.

- Stéphane Saussier and Michael Klien. Local Public Enterprises: A Taxonomy. EPPP DP, 2014-12, December 2014.
- The German municipal enterprises Association (VKU) and the Austrian networks enterprises Association (VKVÖ). Local Public Companies in the 25 Countries of the European Union. 2nd ed.: 1999.
- The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Oecd Competition Assessment Reviews: Logistics Sector in Thailand [Online]. May 15, 2021. Available from: <https://www.oecd.org/daf/competition/fostering-competition-in-thailand.htm>
- . Where: Global Reach [Online]. May 15, 2021. Available from: <https://www.oecd.org/about/members-and-partners>
- Triselec. Actionnariat / Ca : Capital Social [Online]. May 1, 2021. Available from: <http://www.triselec.com/index.php/fr/qui-sommes-nous/actionnariat-ca>
- . Actionnariat / Ca : Conseil D'administration [Online]. May 1, 2021. Available from: <http://www.triselec.com/index.php/fr/qui-sommes-nous/actionnariat-ca>
- UNCTAD. Application of Competition Law : Exemptions and Exceptions [Online]. May 11, 2021. Available from: https://unctad.org/system/files/official-document/ditcclpmisc25_en.pdf
- . Unctad Research Partnership Platform Competition Law and the State, Volume 1: Summary of Answers to Questionnaire. New York and Geneva: United Nation: 2015.
- Yoshimoto, T. M. Why the Third Sector in Japan Did Not Succeed: A Critical View on Third Sectors as Service Providers. Public Performance & Management Review 30, 2 (December 2006): 139-154.
- กนกนัย ถาวรพานิช. แนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โด (Ordoliberalism) กับอิทธิพลต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป [ออนไลน์]. 25 มีนาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://www.academia.edu/34220005/แนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โด>
- กรมประชาสัมพันธ์. สถ. ชี้แจง กรณีการสั่งปิดตลาดกลางยางพาราภาคตะวันออก, ข่าวกรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น กระทรวงมหาดไทย (31 ตุลาคม 2560) [ออนไลน์]. 12 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา https://prministry.prd.go.th/download/article/article_20171106152830.pdf

- กระทรวงมหาดไทย. หลักเกณฑ์การพิจารณาการอนุมัติจัดตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล. อ้างถึงใน รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการเฉพาะกิจเพื่อพัฒนาการจัดเก็บรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ครั้งที่ 3/2559 วันที่ 25 สิงหาคม 2559 [Online]. 7 มิถุนายน 2564. Available from: แหล่งที่มา <http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTEROPM/DRAWER01/GENERAL/DATA0004/00004892.PDF>
- กรุงเทพมหานคร. ความเป็นมาของบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด [ออนไลน์]. 11 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.thanakom.co.th/17300189/ประวัติและความเป็นมาของบริษัท>
- . พันธกิจ & กลยุทธ์ [ออนไลน์]. 11 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.thanakom.co.th/17300205/ด้านพัฒนาเมือง>
- กฤษณ์ วสินนท์. หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ. ใน แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความเชิงวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม. กรุงเทพฯ: ส.เจริญ การพิมพ์, 2554.
- กลุ่มงานคณะกรรมการการปกครอง สำนักกรรมการ 2. ชุดความรู้เบื้องต้น เรื่องรูปแบบการบริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยและต่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2557.
- กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์. บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: ขอบเขตการบังคับใช้และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด. วารสารนิติศาสตร์ 47, 3 (กันยายน 2561): 617-646.
- . บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: ขอบเขตการบังคับใช้และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด. วารสารนิติศาสตร์ 47, 3 (กันยายน 2561): 617-646.
- การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย. เกี่ยวกับ กฟผ [ออนไลน์]. 31 พฤษภาคม 2564. แหล่งที่มา: https://www.egat.co.th/index.php?option=com_content&view=article&id=140&Itemid=178
- การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย. ลักษณะโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว(เหนือ) ช่วง หมอชิต - สะพานใหม่ - คูคต [ออนไลน์]. 11 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.mrta.co.th/th/projectelectrictrain/bangkok-and-vicinities/greenline/#head6>
- โกวิท พวงงาม. การปกครองท้องถิ่นไทย : หลักการและมิติใหม่ในอนาคต. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- ขอนแก่น ทรานซิท ซิสเต็ม. เกี่ยวกับบริษัท [ออนไลน์]. 11 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.kkts.co.th/home/about>

- . ครั้งแรกในไทย!! ทน.ขอนแก่น จับมือ 4 เทศบาล จัดตั้งบริษัท Kkts [ออนไลน์]. 15 เมษายน 2564. แหล่งที่มา <https://www.kkts.co.th/home/776>
- . โครงสร้างการจัดการ การดำเนินงาน และกำกับดูแลบริษัท ขอนแก่น ทรานซิท ซิสเต็ม จำกัด [ออนไลน์]. 11 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.kkts.co.th/home/company-structure>
- ขอนแก่นพัฒนาเมือง (เคเคทีที). มท.1 เห็นชอบ จัดตั้ง 'บริษัทจำกัด' 5 เทศบาลในขอนแก่น สู่ระบบขนส่ง 'Lrt' [ออนไลน์]. 15 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: https://www.khonkaen-thinktank.com/news_view.php?id=37
- คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 [ออนไลน์]. พฤษภาคม 2562. แหล่งที่มา https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=1042&filename=index
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2530.
- ณัฐธเมษ ภิรมย์พานิช. การจัดตั้งและการดำเนินการของวิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น : ศึกษากรณี บริษัทกรุงเทพมหานคร จำกัด. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2556.
- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา. ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- ชริตา ธีรธรรมธาดา และเสถียรภาพ นาทหลวง. การจัดตั้งบริษัทจำกัดคนเดียวโดยนิติบุคคล. ในบทความฉบับเต็ม การประชุมวิชาการเสนองผลงานวิจัยระดับบัณฑิตศึกษาแห่งชาติ ครั้งที่ 19 เสนอที่มหาวิทยาลัยขอนแก่น. 9 มีนาคม 2561.
- ชัยภัทร ทั้งทอง. การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่น โดยองค์การบริหารกิจการท้องถิ่นเฉพาะอย่าง. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. รัฐและนิติบุคคลมหาชน. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2561.
- . หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์การมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2542.
- โชติชัย สุวรรณภรณ์. เมื่อไรเราถึงจะมีกองทุนระดับ Temasek และ Gic (ตอนจบ), สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง [ออนไลน์]. 30 พฤษภาคม 2564. แหล่งที่มา: <http://www2.fpo.go.th/FPO/index2.php?mod=Content&file=contentview&contentID=CNT0002901&categoryID=CAT0000146>

- ฐานเศรษฐกิจ. Kt -กทท.ตอบกลับ Bts เก็บค่าตัวรถไฟฟ้าสายสีเขียว -ตั้งบ ๓ จ่ายหนี้ [ออนไลน์]. 5 กุมภาพันธ์ 2564. แหล่งที่มา: <https://www.thansettakij.com/content/467521> 11 เมษายน 2564]
- ณัฐพล ยิ่งกล้า. แนวนโยบายแห่งรัฐตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช... (ฉบับผ่านประชามติเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2559). ใน เอกสารของสำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2560.
- ณัฐสุตา ธรรมถนอม. การเปิดเสรีบริการสาธารณะและกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://thaiaixois.online.fr/etc/goi_lib_th.htm 3 พฤษภาคม 2564]
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. การปกครองท้องถิ่นฝรั่งเศส 2018. กรุงเทพฯ: อมรินทร์ พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2561.
- ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58. "ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 89", ตอนที่ 15 ก ฉบับพิเศษ (27 มกราคม 2515): 3.
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. สาธารณูปโภค [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th/> 28 เมษายน 2564]
- พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560. "ราชกิจจานุเบกษา" เล่ม 134, ตอนที่ 24 ก (24 กุมภาพันธ์ 2560): 13.
- พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496. "ราชกิจจานุเบกษา" เล่ม 85 ตอนที่ 46 (21 พฤษภาคม 2511) : 226.
- พระราชบัญญัติสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2561. "ราชกิจจานุเบกษา" เล่ม 135, ตอนที่ 112 ก. 30, 28 ธันวาคม 2561.
- พินิจ ทิพย์มณี. หลักกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- ภัชณภา จันทรอำภาส. การจัดตั้งหน่วยธุรกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. 2560.
- มาโนช นามเดช. การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, การสังเคราะห์ข้อเสนอ การกระจายอำนาจและการปกครองท้องถิ่น เพื่อการปฏิรูปประเทศไทย. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2559.
- แมนเฟร็ด สเตเกอร์ และรวี รอย. เสรีนิยมใหม่ : ความรู้ฉบับพกพา, แปลจาก Neoliberalism : A Very Short Introduction. กรุงเทพฯ: openworlds, 2559.

- วัชรภรณ์ แจ่มสว่าง. หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ศึกษากรณีรัฐวิสาหกิจ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2558.
- วีระยุทธ กาญจน์ชูฉัตร. เศรษฐกิจสามสี เศรษฐกิจแห่งอนาคต. กรุงเทพฯ: บัณฑิตศึกษา, 2563.
- วุฒิสภา ต้นไชย และคณะ. ข้อเสนอเชิงนโยบายนวัตกรรมการพัฒนารายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2558.
- วุฒิสภา ต้นไชย และธีรพรรณ ใจมั่น. รายงานผลการวิจัย เรื่อง รูปแบบและวิธีการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2548.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล และคณะ. กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.
- . คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.
- ศุภศิษย์ ทวีแจ่มทรัพย์ และปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ. บทที่ 2 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป. ศักดิ์ดา ธนิตกุล (บรรณาธิการ), กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.
- ศุภสวัสดิ์ ชัชวาลย์. การปกครองท้องถิ่น: มุมมองจากประเทศฝรั่งเศส ญี่ปุ่น สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และไทย. กรุงเทพฯ: สัญญาธรรมศักดิ์เพื่อประชาธิปไตย, 2563.
- สภาปฏิรูปแห่งชาติ. วาระปฏิรูปที่ 12 : การผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม: การปฏิรูปกฎหมายแข่งขันทางการค้า. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. การก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. วารสารนิติศาสตร์ 20, 3 (กันยายน 2546): 141-150.
- . การควบคุมกำกับเหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย. วารสารกฎหมายปกครอง 10 (เมษายน 2534): 30-47.
- . ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับองค์กรมหาชนอิสระ. วารสารนิติศาสตร์ 19, 4 (ธันวาคม 2542): 59-79.
- . ผลึกความคิด ชีวิตเอกบุญ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.
- . รวมบทความกฎหมายการปกครองท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2539.
- . เราควรรยกเลิกระบบการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยได้หรือยัง. In ผลึกความคิด ชีวิตเอกบุญ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.

- . สถานะทางกฎหมายของรัฐวิสาหกิจไทย. ใน รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.
- สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.
- สหธน รัตนไพจิตร. กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.
- สำนักงานประมาณของรัฐสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. รัฐวิสาหกิจไทยแหล่งรายได้ รัฐบาลหรือภาระงบประมาณของแผ่นดิน. กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2563.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เจตนารมณ์ในการประกาศใช้พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/lawHeadContent.jsp?fromPage=lawHeadContent&formatFile=htm&hlD=0> 9 มิถุนายน 2564]
- สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า. ความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และ พ.ศ. 2560 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/difference-between-trade-competition-act-b-e-2542-and-trade-competition-act-b-e-2560/> 9 เมษายน 2564]
- . ความเป็นมากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/history-of-thailands-trade-competition-law/> 9 เมษายน 2564]
- สำนักงานคณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก. โครงสร้างพื้นฐาน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.eeco.or.th/th/comprehensive-infrastructure> 7 มิถุนายน 2564]
- สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ. กระทรวงการคลัง, รัฐวิสาหกิจภายใต้กำกับ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.sepo.go.th/content/162> 27 มีนาคม 2564]
- สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. สรุปภาพรวมความร่วมมือระหว่างไทยกับ Oecd [Online]. Available from: <http://sdgs.nesdc.go.th/wcontent/uploads/2020/12/%E0%B8%AA%E0%B8%A3%E0%B8%B8%E0%B8%9B%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%AD%E0%B8%9A%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%A3%E0%B9%88%E0%B8%A7%E0%B8%A1%E0%B8%A1%E0%B8%B7%E0%B8%AD-OECD-3.pdf> 15 พฤษภาคม 2564]
- สิริวิชญ์ ทิวะกุล. สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559.

- สิริพร มณีภักดิ์. การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นในประเทศไทย : ศึกษาจากปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีเทศบาลและกรุงเทพมหานคร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2538.
- สุรพล นิติไกรพจน์. ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล (Tutelle) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.openbase.in.th/node/1957> 3 มิถุนายน 2564]
- . หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์ 24, 3 (กันยายน 2537): 583-620.
- . หลักเกณฑ์ในการจำแนกวิสาหกิจมหาชน : ศึกษาเปรียบเทียบในกฎหมายไทยและฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์ 18, 3 (กันยายน 2531): 72-91.
- อมร กิจเชวงกุล. การใช้นิติบุคคลพิเศษ (Spv) เพื่อระดมทุนและดำเนินโครงการสาธารณูปโภคที่จำเป็นของกรุงเทพมหานคร. ใน เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง วิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง สำนักงานศาลปกครอง. 2553.
- อยุทธ์ จามิกรณ์. แนวทางในการก่อตั้ง ถือหุ้น และดำเนินงานบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2540.



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY



ภาคผนวก ก
บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY



ที่ E10091220115309

สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง
กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

หนังสือรับรอง

ขอรับรองว่าบริษัทนี้ ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อวันที่ 24 กันยายน 2498 ทะเบียนนิติบุคคลเลขที่ 0105498001303

ปรากฏข้อความในรายการตามเอกสารทะเบียนนิติบุคคล ณ วันออกหนังสือนี้ ดังนี้

1. ชื่อบริษัท บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด
2. กรรมการของบริษัทมี 11 คน ตามรายชื่อดังต่อไปนี้

1. นายมานิต เดชอภิโชค	2. นายปิยะ พุดคล่อง
3. นายวีระวุธ กูชนะกิจ	4. นายอาคม พูนชัย
5. นายโตม ชโยธิน	6. นายอนันต์ มโนมัยพิบูลย์
7. นายสมบุรณ์ หอมนาน	8. นายธีรวัฒน์ ห้วยหงษ์ทอง
9. นายเกรียงพล พัฒนรัฐ	10. นายนพตล ฉายปัญญา
11. นายชนะพนธ์ ศรีรัตนพัฒน์/	

3. จำนวนหรือชื่อกรรมการซึ่งลงชื่อผูกพันบริษัทได้คือ นายปิยะ พุดคล่อง และ นายเกรียงพล พัฒนรัฐ

ลงลายมือชื่อร่วมกันและประทับตราสำคัญของบริษัท หรือ นายปิยะ พุดคล่อง หรือ นายเกรียงพล พัฒนรัฐ

ลงลายมือชื่อร่วมกับกรรมการอื่นอีกหนึ่งคน รวมเป็นสองคนและประทับตราสำคัญของบริษัท/

4. ทุนจดทะเบียน 50,000,000.00 บาท / ห้าสิบล้านบาทถ้วน/

5. สำนักงานใหญ่ ตั้งอยู่เลขที่ 2 ซอยรามคำแหง 40 แยก 2 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร/

6. วัตถุประสงค์ของบริษัทมี 50 ข้อ ดังปรากฏในสำเนาเอกสารแนบท้ายหนังสือรับรองนี้ จำนวน 4 แผ่น โดยมีลายมือชื่อนายทะเบียนซึ่งรับรองเอกสารเป็นสำคัญ

คำเตือน : หนังสือรับรองฉบับนี้พิมพ์ออกจากรุ่นฉบับที่เป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ การสั่งพิมพ์ถือเป็นสำเนาเอกสาร

กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์
Department of Business Development
Ministry of Commerceก้าวสู่ธุรกิจ
สู่ยุคดิจิทัลLeading Business
Towards Digital
Transformation

หนังสือฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับเมื่อวันออกหนังสือนี้ ผู้ใช้ควรตรวจสอบให้ตรงตามกับที่หนังสือรับรองฉบับนี้ทุกประการ
สามารถตรวจสอบเอกสารในระบบภาครัฐ CR Code และเว็บไซต์กรม (www.dbd.go.th) ได้ไม่เกิน 90 วัน
นับจากวันที่ออกหนังสือรับรอง

Ref:E6410091220115309

ออกให้ ณ วันที่ : 2021-04-16 T12:55:03+0700

1/6

ที่ E10091220115309



สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง
กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

หนังสือรับรอง

ออกให้ ณ วันที่ 16 เดือน เมษายน พ.ศ. 2564

(นางสุคนธา ไชยชาญชัย)

นายทะเบียน

ข้อควรทราบ ประกอบหนังสือรับรอง ฉบับที่ E10091220115309

1. บริษัทนี้เดิมชื่อ บริษัท สหสามัคคีค้าสัตว์ จำกัด ได้จดทะเบียนเปลี่ยนชื่อเป็น บริษัท กรุงเทพนคร จำกัด เมื่อวันที่ 15 กันยายน 2537/
2. นิติบุคคลนี้ได้ส่งงบการเงินปี 2563
3. หนังสือนี้รับรองเฉพาะข้อความที่ห้าง/บริษัทได้นำมาจดทะเบียนไว้เพื่อผลทางกฎหมายเท่านั้น ข้อเท็จจริงเป็นสิ่งที่ควรหาไว้พิจารณาฐานะ
4. นายทะเบียนอาจเพิกถอนการจดทะเบียน ถ้าปรากฏว่าข้อความอันเป็นสาระสำคัญที่จดทะเบียนไม่ถูกต้อง หรือเป็นเท็จ



กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์
Department of Business Development
Ministry of Commerce

หนังสือรับรองฉบับนี้จัดทำขึ้นโดยระบบอัตโนมัติ ผู้ใช้ควรตรวจสอบให้แน่ใจก่อนที่จะดำเนินการจดทะเบียน ซึ่งหาก
สามารถตรวจสอบสถานะในระบบผ่าน QR Code และเว็บไซต์กรม (www.dbd.go.th) ได้ไม่เกิน 90 วัน
นับจากวันที่ออกหนังสือรับรอง

ก้าวสู่ธุรกิจ
สู่ยุคดิจิทัล

Leading Business
Towards Digital
Transformation



Ref:E6410091220115309

ออกให้ ณ วันที่ : 2021-04-16 T12:55:03+0700

2/6

ที่ E10091220115309

ออกให้ ณ วันที่ 16 เดือน เมษายน พ.ศ. 2564

บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด

วัตถุประสงค์ของ ก้างหุ้นส่วนบริษัท นี้ มี 50 ข้อ ดังนี้



- (1) ประกอบกิจการค้าอุตสาหกรรมประเภทโรงฆ่าสัตว์
- (2) ทำกิจการค้าสัตว์มีชีวิต เชื้อสัตว์และสิ่งของสัตว์รวมทั้งผลิตภัณฑ์จากเนื้อสัตว์และส่วนอื่นๆของสัตว์
- (3) ประกอบกิจการค้าเลี้ยงสัตว์ และการส่งเสริมการค้าเลี้ยงสัตว์
- (4) ทำการขนส่งทั้งทางบก ทางน้ำและทางอากาศ
- (5) ประกอบกิจการค้าขนส่งมวลชนขนส่งสินค้า และการจัดผ่านคนธุรกิจพัฒนาส่งเสริมการค้าด้านการขนส่ง และธุรกิจการค้าด้านการให้บริการที่จอดรถทั่วไป และการจัดเก็บค่าบริการ
- (6) ประกอบกิจการค้ารับจ้างหรือรับดำเนินการเกี่ยวกับการขนส่งทุกประเภท เช่น กิจการขนส่งมวลชน กิจการขนส่งสินค้า และธุรกิจการค้าด้านการให้บริการอื่นๆที่เกี่ยวข้องทุกชนิด ทุกประเภท
- (7) ทำการซื้อขายสินค้าในต่างประเทศ ส่งสินค้าจากต่างประเทศเข้ามาจำหน่ายและส่งสินค้าออกไปจำหน่ายยังต่างประเทศ
- (8) ทำการสนับสนุนการค้าระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศเพื่อส่งเสริมรัดกุมประสงค์ดังกล่าวข้างต้น
- (9) เข้าเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วน และเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดอื่น
- (10) เข้าหุ้นลงทุนร่วมกับนิติบุคคล อันจะเป็นทางนำมาซึ่งประโยชน์ต่อบริษัทโดยตรง หรือโดยทางอ้อม
- (11) ทำการจัดตั้งสำนักงานสาขา หรือแต่งตั้งตัวแทน ทั้งภายใน และภายนอกประเทศ
- (12) เข้าถือกรรมสิทธิ์ในสิ่งทราฟิฟ และอสังหาริมทรัพย์ ทั้งใน และนอกประเทศ เพื่อใช้ประโยชน์ในกิจการตามวัตถุประสงค์ของบริษัท
- (13) ประกอบธุรกิจซื้อ จัดหา รับ เข้า เข้าซื้อ ถือกรรมสิทธิ์ ครอบครอง ปรับปรุง ไร่ และจัดการโดยประการอื่นซึ่งทรัพย์สินใดๆ ตลอดจนดอกผลของทรัพย์สินนั้น
- (14) ประกอบกิจการค้าขาย โอน จำนอง จำนำ แลกเปลี่ยน และจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการอื่น
- (15) ประกอบกิจการค้าที่ดิน พร้อมสิ่งปลูกสร้าง หรือ ที่ดิน หรือ สิ่งปลูกสร้าง
- (16) ประกอบกิจการค้าจัดสรรที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง หรือ ที่ดิน หรือ สิ่งปลูกสร้าง
- (17) ประกอบกิจการค้าให้เช่า ให้เช่าช่วง ให้เช่าซื้อ ที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง อาคาร อาคารชุด สำหรับการพักอาศัย พาณิชยกรรม สำนักงาน ศูนย์การค้า พลาซ่า และ ธุรกิจเกี่ยวกับการจัดการสิ่งแวดล้อมในการพัฒนาที่ดิน หรือ อสังหาริมทรัพย์ สั้นๆ ทุกชนิดทุกประเภท
- (18) ประกอบกิจการค้ารับเหมาก่อสร้างอาคาร อาคารพาณิชย์ อาคารที่พักอาศัย สถานที่ทำการ ศูนย์การค้า พลาซ่า ถนน สะพาน เขื่อน อุโมงค์ และงานก่อสร้างอย่างอื่นทุกชนิด รวมทั้งรับทำงานโยธาทุกประเภท
- (19) ประกอบกิจการค้าก่อสร้างอาคารชุด จัดระเบียบเป็นคู่ก่อสร้างอาคารชุดตามพระราชบัญญัติอาคารชุด
- (20) ประกอบกิจการค้าอุตสาหกรรม รับสัมปทาน หรือกิจการอย่างอื่นใด ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อวัตถุประสงค์ของบริษัทโดยตรง หรือเพื่อหากำไรสนับสนุนกิจการตามวัตถุประสงค์ของบริษัท
- (21) ประกอบกิจการค้ารับสัมปทานระเบิดหิน ย่อยหิน ทำทราย และธุรกิจการค้าขายหิน และทราย ทุกชนิด
- (22) ประกอบกิจการค้าเหมืองแร่ โรงงานถลุงแร่ แยกแร่ แปรสภาพแร่ หลอมแร่ แต่งแร่ สกัดแร่ วิศวกรรม และตรวจสอบแร่ บดแร่ ขนแร่



ที่ E10091220115309

ออกให้ ณ วันที่ 16 เดือน เมษายน พ.ศ. 2564

บริษัท กรุงเทพรานคม จำกัด

วัตถุประสงค์ของ ห้างหุ้นส่วน/บริษัท นี้ มี.....50.....ข้อ ดังนี้

- (23) ประกอบกิจการค้าโรงสี โรงเลื่อย โรงงานไสไม้ และอบไม้ โรงงานคอตตัวตั้ง และฟืนสีตัวตั้งรถยนต์ โรงงานผลิตเซรามิคและเครื่องเคลือบ โรงงานผลิตเครื่องปั้นดินเผา โรงงานอัดปอ โรงงานสกัดน้ำมันพืช โรงงานกระดาษ โรงงานกระสอบ โรงงานทอผ้า โรงงานปั่นด้าย โรงงานสังกะสี โรงงานเร็ด และหล่อหลอมโลหะ โรงงานบุหรี โรงงานผลิตอาหารกระป๋อง โรงชุดเจาะน้ำมันดิบ โรงกลั่นและแปลงน้ำมันเชื้อเพลิง
- (24) ประกอบกิจการค้าโรงพิมพ์ รับพิมพ์หนังสือ พิมพ์หนังสือจำหน่าย และ ออกหนังสือ หรือหนังสือพิมพ์
- (25) ประกอบกิจการค้าโรงแรม สถานที่พักตากอากาศ ภัตตาคาร บาร์ ในดัลลัส สถานที่บันเทิงทุกประเภท
- (26) ประกอบธุรกิจการพัฒนามัคลากรและทรัพยากรมนุษย์ เช่น การจัดฝึกอบรม การสัมมนา การศึกษา ด้วงนาเพื่อการพัฒนา และการบริหาร ตามหลักสูตรการพัฒนามัคลากร และทรัพยากรมนุษย์ทุกสาขาวิชาชีพ
- (27) ประกอบกิจการค้าบริการ จัดเก็บ รวบรวม จัดทำ จัดพิมพ์ และเผยแพร่สถิติ ข้อมูลในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การตลาด รวมทั้งวิเคราะห์ และประเมินผลในการดำเนินธุรกิจ
- (28) ประกอบธุรกิจบริการรับเป็นที่ปรึกษาและให้คำแนะนำปัญหาเกี่ยวกับด้านบริหารงาน พาณิชยกรรม อุตสาหกรรม รวมทั้งปัญหาการผลิต การตลาด และการจัดจำหน่าย
- (29) ประกอบกิจการค้ารับจ้างเป็นที่ปรึกษา และบริการให้คำปรึกษาด้านการศึกษา สํารวจ วิจัย วิเคราะห์หาข้อมูล วางแผนงาน เผยแพร่ข้อมูลทางสถิติ และข้อมูลอื่น ๆ ทุกชนิดทุกประเภท ประเมินผลสรุปความเหมาะสม ความเป็นไปได้ในการดำเนินการจัดทำโครงการลงทุนและโครงการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทุกประเภท
- (30) ประกอบธุรกิจด้านการกู้ยืมเงิน เปิกเงินเกินบัญชีจากธนาคาร นิติบุคคล หรือสถาบันการเงินอื่น และให้กู้ยืมเงิน หรือให้เครดิตด้วยวิธีการอื่น ๆ โดยจะมีหลักประกัน หรือไม่ก็ตาม รวมทั้ง การรับ ออก โอน และสลักหลัง ตัวเงิน ตัวแลกเงิน ตัวสัญญาใช้เงิน เช็ค หรือตราสารอย่างอื่นที่เปลี่ยนมือได้
- (31) ประกอบธุรกิจบริการรับค้าประกันหนี้สิน ความรับผิด และการปฏิบัติตามสัญญาของบุคคลอื่น รวมทั้งรับบริการค้าประกันบุคคลซึ่งเดินทางเข้ามาในประเทศไทย หรือ เดินทางออกไปต่างประเทศตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง กฎหมายว่าด้วยภาษีอากร และกฎหมายอื่น ๆ
- (32) ประกอบกิจการค้าบริการทางด้านกฎหมาย ทางบัญชี ทางวิศวกรรม ทางสถาปัตยกรรม และทางการตลาด
- (33) ประกอบกิจการค้าตลาดสด และธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องทุกชนิดทุกประเภท
- (34) ประกอบกิจการค้าอาหารสด อาหารแห้ง อาหารสำเร็จรูป อาหารดัดแปลง อาหารปรุงแต่ง เครื่องกระป๋อง เครื่องปรุงอาหาร เครื่องดื่ม สุรา เบียร์ บุหรี และเครื่องบริโภคอื่น ๆ ทุกชนิด ทุกประเภท
- (35) ประกอบกิจการค้าข้าว ผลิตภัณฑ์ข้าว มันสำปะหลัง ผลิตภัณฑ์มันสำปะหลัง ข้าวโพด งา ถั่ว พริกไทย ปอ นุ่น ฝ้าย ครั่ง ละหุ่ง ไม้ ยาง ผัก ผลไม้ ของปลา สมุนไพร หนังสือดี ชาสัตว์ สัตว์ไม่มีชีวิต สัตว์มีชีวิต เนื้อสัตว์ชำแหละ น้ำตาล อาหารสัตว์ และพืชผลทางการเกษตรทุกชนิด
- (36) ประกอบกิจการค้ากระดาษ เครื่องเขียน แบบเรียน แบบพิมพ์ หนังสือ อุปกรณ์การเรียน เครื่องคำนวณ เครื่องพิมพ์ อุปกรณ์การพิมพ์ สิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ตู้เก็บเอกสาร และเครื่องใช้สำนักงานทุกชนิด
- (37) ประกอบกิจการค้ายารักษา และป้องกันโรคสำหรับคนและสัตว์ เครื่องเวชภัณฑ์ เคมีภัณฑ์ เครื่องมือแพทย์ และเภสัชกรรม ฝ้าย ยาปราบศัตรูพืช ยาปรุงร่งพืช และสัตว์ทุกชนิด เครื่องมือ เครื่องใช้ทางวิทยาศาสตร์



กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์
Department of Business Development
Ministry of Commerce

ก้าวสู่ประเทศไทย
สู่ยุคดิจิทัล

Leading Business
Towards Digital
Transformation



หนังสือฉบับนี้เป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ ผู้ใช้สามารถลงบันทึกข้อมูลลงในสมุดบัญชีได้โดยไม่ต้องพิมพ์ สามารถตรวจสอบสถานะในระบบผ่าน QR Code และเว็บไซต์กรม (www.dbd.go.th) ได้เป็นเวลา 90 วัน นับจากวันที่เอกสารฉบับนี้สร้างขึ้น

Ref:E6410091220115309

ออกให้ ณ วันที่ : 2021-04-16 T12:55:03+0700

4/6

ที่ E10091220115309

ออกให้ ณ วันที่ 16 เดือน เมษายน พ.ศ. 2564

บริษัท กรุงเทพรานคม จำกัด

วัตถุประสงค์ของ ห้างหุ้นส่วน/บริษัท นี้ มี.....50.....ข้อ ดังนี้

- (38) ประกอบกิจการค้า ค้าย เครื่องใช้ไฟฟ้า เครื่องใช้สอย เครื่องใช้ตกแต่งบ้าน เครื่องใช้ประดับตกแต่งสวน เครื่องใช้ และเครื่องมือเสริมความงาม และอุปกรณ์ของสินค้าดังกล่าว เครื่องอุปโภคบริโภคทุกชนิด เครื่องใช้
- (39) ประกอบกิจการค้าทอง นาก เงิน เพชร พลอย และ อัญมณีอื่น รวมทั้งวัตถุกึ่งหยาบเครื่องสำอาง
- (40) ประกอบกิจการค้า เครื่องจักร เครื่องยนต์ เครื่องมือกล เครื่องทุนแรง ยานพาหนะ เครื่องกำเนิด และ เครื่องใช้ไฟฟ้า ตู้เย็น ตู้น้ำเย็น เครื่องปรับอากาศ พัดลม หม้อหุงข้าวไฟฟ้า เตาหุงต้มไฟฟ้า เตาอบขนม และอาหาร เครื่องสูบน้ำ เครื่องทำความร้อน เครื่องทำความเย็น เครื่องซักผ้า เครื่องครัว เครื่องเหล็ก เครื่องทองแดง เครื่องทองเหลือง เครื่องสุขภัณฑ์ เครื่องเคหภัณฑ์ เครื่องเฟอร์นิเจอร์ อุปกรณ์ไฟฟ้า อุปกรณ์ประปา รวมทั้งอะไหล่ ชิ้นส่วน ส่วนประกอบ และอุปกรณ์ของสินค้าดังกล่าวข้างต้น
- (41) ประกอบกิจการค้าวัสดุก่อสร้าง อุปกรณ์ และเครื่องมือเครื่องใช้ในการก่อสร้าง เครื่องมือช่างทุกประเภท สี เครื่องมือพาสี เครื่องตกแต่งอาคารทุกชนิด ทุกประเภท
- (42) ประกอบกิจการค้าพลาสติก หรือสิ่งอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ทั้งที่อยู่ในสภาพวัตถุดิบหรือสำเร็จรูป
- (43) ประกอบกิจการค้ายางดิบ ยางแผ่น หรือ ยางชนิดอื่นอันผลิตขึ้น หรือได้มาจากส่วนใดส่วนหนึ่งของ ต้นยางพารา รวมตลอดสิ่งยางเทียม สิ่งทำเทียม วัตถุหรือสินค้าดังกล่าว โดยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์
- (44) ประกอบกิจการค้าทำนา ทำสวน ทำไร่ ทำสวนยาง ทำนาเกลือ ทำป่าไม้ เลี้ยงสัตว์ และ กิจกรรมคอมพิวเตอร์
- (45) ประกอบกิจการค้าให้บริการรับจ้างทำการศึกษา วิจัย จัดเก็บ ขนส่ง คัดแยก แปรสภาพ และ กำจัดขยะมูลฝอยติดเชื้อทั่วไป ขยะติดเชื้อร้ายแรง ขยะชุมชน ขยะชีวภาพ ขยะพิษหรือขยะอันตราย (Hazardous waste) ขยะที่เป็นพิษรังสี (Chemotherapy waste) และอื่น ๆ ทุกชนิด ทุกประเภท ด้วยวิธีการเผา ทำลาย ผึ่งกลิ่น และ หมักปุ๋ย หมักแอมโมเนียไฮดรอกไซด์ และ ด้วยวิธีการอื่นๆที่เกี่ยวข้องทุกชนิด ทุกประเภท
- (46) ประกอบกิจการค้ารับจ้างทำความสะอาดขุดลอกคูคลอง ท่อระบายน้ำ กำจัดหรือดำเนินการเกี่ยวกับขยะมูลฝอย เช่น ทำปุ๋ย หมัก สังกะสน หรือ เผาทำลาย หรือ ดำเนินกิจการอื่นๆที่เกี่ยวข้องทุกชนิด ทุกประเภท
- (47) ประกอบกิจการค้าสถานีโทรทัศน์ สถานีวิทยุกระจายเสียง สถานีการสื่อสารและโทรคมนาคม และธุรกิจการค้าสื่อโฆษณา ป้ายโฆษณา และสถานที่ติดตั้งป้ายโฆษณาทางการตลาด การโฆษณา ประชาสัมพันธ์ และธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องทุกชนิด ทุกประเภท รวมทั้งการจัดเก็บค่าบริการ
- (48) ประกอบกิจการโรงผลิตพลังงานไฟฟ้า และพลังงานทดแทนอื่นทุกประเภท รวมทั้งประกอบธุรกิจบริการกำจัดมูลฝอยด้วยเตาเผาผลิตพลังงานไฟฟ้า รวมถึงการรับกำจัดขยะอันตราย หรือขยะติดเชื้อเพื่อผลิตเป็นกระแสไฟฟ้า รวมถึงระบบผลิตและจำหน่ายไฟฟ้า เครื่องกำเนิดไฟฟ้า สายส่งไฟฟ้า และ สิ่งอื่นอันเป็นวัสดุของโรงไฟฟ้าอื่นๆ



ที่ E10091220115309

ออกให้ ณ วันที่ 16 เดือน เมษายน พ.ศ. 2564

บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด

วัตถุประสงค์ของ ห้างหุ้นส่วน/บริษัท นี้ มี.....50.....ข้อ ดังนี้

(49) ประกอบกิจการรับและให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมทุกลักษณะ ทงประเทศ โดยรับใช้ระบบโครง

.....รวมถึงกิจการซึ่งให้บริการส่ง การแพร่ หรือการรับเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส

.....หรือการอื่นใดซึ่งสามารถเข้าใจความหมายได้โดยระบบสาย ระบบคลื่นความถี่ ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟ

ฟ้าสั้น หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน รวมทั้งการประกอบกิจการอันเกี่ยวกับโทรคมนาคม

.....วิทยุคมนาคม และกิจการอื่นที่ต่อเนื่อง หรือใกล้เคียงกัน หรือที่เกี่ยวข้อง หรือซึ่งเป็นประโยชน์แก่การประกอบ

.....กิจการและให้บริการดังกล่าวทั้งในประเทศ ระหว่างประเทศ และนอกประเทศ

(50) ประกอบกิจการรับ/ส่งผ่านข่าวสารข้อมูลผ่านระบบสื่อสารโทรคมนาคมโดยสื่อต่างๆทั้งเคเบิล วิทยุ

โทรทัศน์ ดาวเทียม ใยแก้วนำแสงหรือสื่ออื่น ๆ





ภาคผนวก ข
บริษัท ขอนแก่น ทรานซิท ซิสเต็ม จำกัด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ที่ E10091220008990



สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง
กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

หนังสือรับรอง

ขอรับรองว่าบริษัทนี้ ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2560 ทะเบียนนิติบุคคลเลขที่ 0405560001534

ปรากฏข้อความในรายการตามเอกสารทะเบียนนิติบุคคล ณ วันออกหนังสือนี้ ดังนี้

1. ชื่อบริษัท บริษัท ขอนแก่น ทรานซิท ซิสเต็ม จำกัด
2. กรรมการของบริษัทมี 5 คน ตามรายชื่อดังต่อไปนี้
 1. นายเข้มชาติ สมใจวงษ์
 2. พลตรีชาติชาย ประดิษพงษ์
 3. นายสามารถ ยิ่งวรวงศ์
 4. นายอดิเรก หงส์พูนพิพัฒน์
 5. นายปัญญา เกิดศักดิ์ ณ แวงน้อย/

3. จำนวนหรือชื่อกรรมการซึ่งลงชื่อผูกพันบริษัทได้คือ นายเข้มชาติ สมใจวงษ์, นายอดิเรก หงส์พูนพิพัฒน์, พลตรีชาติชาย ประดิษพงษ์ กรรมการสองในสามคนนี้ลงลายมือชื่อร่วมกันพร้อม

ประทับตราสำคัญของบริษัท/

4. ทุนจดทะเบียน 25,000,000.00 บาท / ยี่สิบห้าล้านบาทถ้วน/

5. สำนักงานใหญ่ ตั้งอยู่เลขที่ 123 หมู่ที่ 16 ตำบลในเมือง อำเภอเมืองขอนแก่น จังหวัดขอนแก่น/

6. วัตถุประสงค์ของบริษัทมี 11 ข้อ ดังปรากฏในสำเนาเอกสารแนบท้ายหนังสือรับรองนี้ จำนวน 2 แผ่น โดยมีลายมือชื่อนายทะเบียนซึ่งรับรองเอกสารเป็นสำคัญ

ออกให้ ณ วันที่ 19 เดือน มีนาคม พ.ศ. 2562

By./

(นางเอมอร งามเพชร)

นายทะเบียน

คำเตือน : หนังสือรับรองฉบับนี้พิมพ์ออกจากรุ่นฉบับที่เป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ การสั่งพิมพ์ถือเป็นสำเนาเอกสาร



หนังสือรับรองฉบับนี้สร้างในรูปแบบไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ ผู้ใช้ควรตรวจสอบข้อความที่ปรากฏบนหนังสือรับรองฉบับนี้ทุกครั้ง สามารถตรวจสอบภายในระบบทาง QR Code และเว็บไซต์กรม (www.dbd.go.th) ได้ไม่เกิน 1 เดือน นับจากวันที่ออกหนังสือรับรอง

ก้าวสู่ธุรกิจ
สู่ยุคดิจิทัล

Leading Business
Towards Digital
Transformation



Ref:E6210091220008990

ออกให้ ณ วันที่ : 2019-03-19 T08:43:53+0700

1/4



ที่ E10091220008990

สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง
กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

หนังสือรับรอง

ข้อควรทราบ ประกอบหนังสือรับรอง ฉบับที่ E10091220008990

1. นิติบุคคลนี้ได้ส่งงบการเงินปี 2560
2. หนังสือรับรองเฉพาะข้อความที่ห้าง/บริษัทได้นำมาจดทะเบียนไว้เพื่อผลทางกฎหมายเท่านั้น ข้อเท็จจริงเป็นสิ่งที่ควรหาไว้พิจารณา
ฐานะ
3. นายทะเบียนอาจเพิกถอนการจดทะเบียน ถ้าปรากฏว่าข้อความอันเป็นสาระสำคัญของจดทะเบียน
ไม่ถูกต้อง หรือเป็นเท็จ



ที่ E10091220008990

ออกให้ ณ วันที่ 19 เดือน มีนาคม พ.ศ. 2562

บริษัท ขอนแก่น ทรานซิท ซิสเต็ม จำกัด

วัตถุประสงค์ของ หุ้นส่วนจำกัด/บริษัท นี้ มี.....ข้อ ดังนี้

(////) วัตถุประสงค์ทั่วไป.....

(1)ซื้อ จัดหา รับ เข้า ซื้อ ออกรวมสิทธิ ครอบครอง ปรับปรุง ไร่ และจัดการ โดยประการอื่นซึ่งทรัพย์สินใด ๆ ตลอดจน
ดอกผลของทรัพย์สินนั้น

(2) ขาย โอน จำนอง จำนำ แลกเปลี่ยน และจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการอื่น

(3) เป็นนายหน้า ตัวแทน ตัวแทนค้าต่างในกิจการและธุรกิจทุกประเภท เว้นแต่ในธุรกิจประกันภัย การหาสมาชิกให้สมาคม การ
ค้าหลักทรัพย์(4) กู้ยืมเงิน เมินเงินเกินบัญชีจากธนาคาร นิติบุคคล หรือสถาบันการเงินอื่น และให้กู้ยืมเงิน หรือให้เครดิตด้วยวิธีการอื่น โดยจะ
มีหลักประกันหรือไม่ก็ตาม รวมทั้งการรับ ออก โอน และสลับหลังตัวเงิน ตัวแลกเปลี่ยนหรือตราสารที่เปลี่ยนมือได้อย่างอื่น เว้นแต่ในธุรกิจ
ธนาคาร ธุรกิจเงินทุน และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์

(5) ทำการจัดตั้งสำนักงานสาขา หรือแต่งตั้งตัวแทน ทั้งภายในและภายนอกประเทศ

(6) เข้าเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด

วัตถุประสงค์ประกอบพาณิชย์กรรม

(7) ทำการประกอบกิจการสาธารณูปโภคเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496
และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และเกี่ยวเนื่องกับอำนาจหน้าที่ของเทศบาล

(8) ประกอบกิจการค้า ขนส่ง ขนส่งสินค้า และกิจการที่เกี่ยวข้องกับการขนส่ง

(9) ประกอบกิจการค้ารับจ้าง หรือรับดำเนินการเกี่ยวกับการขนส่งทุกประเภท

(10) ประกอบกิจการให้เช่า ให้เช่าช่วงที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง อาคาร อาคารชุดสำหรับที่พักอาศัย การพาณิชย์ สำนักงาน
ศูนย์การค้า พลาซ่า และธุรกิจที่เกี่ยวกับการจัดการสิ่งแวดล้อมในการพัฒนาที่ดิน หรือสิ่งทวริมทรัพย์อื่น ๆ ทุกชนิดทุกประเภท

ที่ E10091220008990

ออกให้ ณ วันที่ 19 เดือน มีนาคม พ.ศ. 2562

บริษัท ขอนแก่น ทรานซิท ซิสเต็ม จำกัด

วัตถุประสงค์ของ ~~สัญญารับทุน~~บริษัท นี้ มี.....11.....ข้อ ดังนี้

(11) ..*By J.* ..ระดมกิจการล่าสุดสหกรณ์.รับสัมปทาน.หรือกิจการอื่นใด.ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อวัตถุประสงค์ของบริษัทโดยตรง
หรือเพื่อหากำไรมาสนับสนุนกิจการตามวัตถุประสงค์ของบริษัท.....





ภาคผนวก ค

บริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ที่ E10091220115317



สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง
กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

หนังสือรับรอง

ขอรับรองว่าบริษัทนี้ ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อวันที่ 3 กันยายน 2551 ทะเบียนนิติบุคคลเลขที่ 0215551002801

ปรากฏข้อความในรายการตามเอกสารทะเบียนนิติบุคคล ณ วันออกหนังสือนี้ ดังนี้

1. ชื่อบริษัท บริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก จำกัด
2. กรรมการของบริษัทมี 11 คน ตามรายชื่อดังต่อไปนี้
 1. นายสำรวย มานะอนันตกุล
 2. นายปรีชัย ชุ่มบุญยืนยง
 3. นายสังข์เวิน ทวดห้อย
 4. นายณรงค์ สอนหลักทรัพย์
 5. นายเพ็ก เลิศวังพงค์
 6. นายวิรุจณ์ ลออรรถพงษ์
 7. นายประวิทย์ แม่นหมาย
 8. นายวิเชิด ผาสุย
 9. นายประชา ทรัพย์พิพัฒนา
 10. นายภิเศก นวพันธุ์
 11. นายธีระ อดะเมธีองเมธานี/

3. จำนวนหรือชื่อกรรมการซึ่งลงชื่อผูกพันบริษัทได้คือ นายสำรวย มานะอนันตกุล, นายปรีชัย ชุ่มบุญยืนยง, นายประวิทย์ แม่นหมาย, นายณรงค์ สอนหลักทรัพย์ กรรมการจำนวน สองในสี่คนนี้ลงลายมือชื่อและประทับตราสำคัญของบริษัท/

4. ทุนจดทะเบียน 25,000,000.00 บาท / ยี่สิบห้าล้านบาทถ้วน/

5. สำนักงานใหญ่ ตั้งอยู่เลขที่ 14 หมู่ที่ 2 ตำบลชุมแสง อำเภอวังจันทร์ จังหวัดระยอง/

6. วัตถุประสงค์ของบริษัทมี 2 ข้อ ดังปรากฏในสำเนาเอกสารแนบท้ายหนังสือรับรองนี้ จำนวน 1 แผ่น โดยมีลายมือชื่อนายทะเบียนซึ่งรับรองเอกสารเป็นสำคัญ

ออกให้ ณ วันที่ 16 เดือน เมษายน พ.ศ. 2564

(นางสุคนธา โชคพงษ์อุตม์ชัย)

นายทะเบียน

คำเตือน : หนังสือรับรองฉบับนี้พิมพ์ออกจากรุ่นฉบับที่เป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ การสั่งพิมพ์ถือเป็นสำเนาเอกสาร



กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์
Department of Business Development
Ministry of Commerce

ก้าวสู่ธุรกิจ
สู่ยุคดิจิทัล

Leading Business
Towards Digital
Transformation



หนังสือฉบับนี้เป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ ผู้ใช้ควรตรวจสอบให้ตรงตามที่หนังสือรับรองฉบับนี้ทุกชั้น สามารถตรวจสอบในระบบนำทาง CR Code และเว็บไซต์กรม (www.dbd.go.th) ได้ไม่เกิน 90 วัน นับจากวันที่ออกหนังสือรับรอง

Ref:E6410091220115317

ออกให้ ณ วันที่ : 2021-04-16 T12:56:36+0700

1/3



ที่ E10091220115317

สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง
กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

หนังสือรับรอง

ข้อควรทราบ ประกอบด้วยหนังสือรับรอง ฉบับที่ E10091220115317

- นิติบุคคลนี้ได้ส่งงบการเงินปี 2563
- หนังสือนี้รับรองเฉพาะข้อความที่ห้าง/บริษัทได้นำมาจดทะเบียนไว้เพื่อผลทางกฎหมายเท่านั้น ข้อเท็จจริงเป็นสิ่งที่ควรหาไว้พิจารณาฐานะ
- นายทะเบียนอาจเพิกถอนการจดทะเบียน ถ้าปรากฏว่าข้อความอันเป็นสาระสำคัญที่จดทะเบียนไม่ถูกต้อง หรือเป็นเท็จ



ที่ E10091220115317

ออกให้ ณ วันที่ 16 เดือน เมษายน พ.ศ. 2564

บริษัท บริหารจัดการยางพาราภาคตะวันออก
จำกัดวัตถุประสงค์ของ หุ้นกู้หุ้นสามัญ/บริษัท นี้ มี.....2.....ข้อ ดังนี้

- (1) ..ประกอบกิจการเป็นตลาดกลางซื้อขาย จัดเก็บ แลกเปลี่ยน รวบรวม จัดหา ยางพารา โดยได้รับเป็นรายได้จากค่าขาย และ
ธุรกิจบริการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายยางพารา เช่น การรับฝากยางพารา เป็นต้น
-(2) กู้ยืมเงิน เบิกเงินเกินบัญชีจากธนาคาร นิติบุคคล หรือสถาบันการเงินอื่น และให้กู้ยืมเงิน หรือให้เครดิตด้วยวิธีการอื่น

โดยจะมีหลักประกันหรือไม่ก็ตาม รวมทั้งการรับ ออก โอน และสตกหลังตัวเงิน หรือตราสารที่เปลี่ยนมือได้อย่างอื่น เว้นแต่ใน
ธุรกิจธนาคาร ธุรกิจเงินทุน และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์



กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์
Department of Business Development
Ministry of Commerce

หนังสือฉบับนี้เป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ ผู้ใช้ควรตรวจสอบให้แน่ใจก่อนทำธุรกรรมกับหนังสือฉบับนี้ทุกกรณี
สามารถตรวจสอบสถานะในระบบบริการ CR Code และเว็บไซต์กรม (www.dbd.go.th) ได้ไม่เกิน 90 วัน
นับจากวันที่เอกสารนี้ได้รับการขึ้นทะเบียน

ก้าวสู่ธุรกิจ
สู่ยุคดิจิทัล

Leading Business
Towards Digital
Transformation



Ref:E6410091220115317

ออกให้ ณ วันที่ : 2021-04-16 T12:56:36+0700

3/3

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล

นางสาวพิชญนันท์ ทิพย์มณี

วุฒิการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับ 2 ประจำปีการศึกษา 2557

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

เนติบัณฑิต สมัยที่ 68 ปีการศึกษา 2558

เนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY