

# ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการประกอบกิจกรรม

## ทางเศรษฐกิจ: ศึกษาวิเคราะห์กรณีการประกอบกิจการขนส่งประจำทาง

(เรื่องเสร็จที่ ๑๕๗๓/๒๕๖๕)\*

กรณี อรรถเนติศาสตร์\*\*

### ๑. ความทั่วไป

เมื่อกล่าวในบริบทของกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (Administration Law) ตามโครงสร้างการจัดแบ่งหน่วยงานทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ในปัจจุบัน โดยหลักแล้วจะมีหน่วยงานทางปกครองเข้ามาเกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะ (Public Service) ได้ในสองรูปแบบ กล่าวคือ (๑) การจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ ที่เป็นนิติบุคคลมหาชนตามหลักการสากล เป็นการจัดทำบริการสาธารณะตามหลักการรวมศูนย์อำนาจ (Centralization) ซึ่งมีการรวมอำนาจการบังคับบัญชา วินิจฉัยสั่งการ และบังคับการต่าง ๆ ผ่านหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนเทียม และในทางตำราถือเป็นองค์การหรือส่วนหนึ่ง (Organ) ของรัฐ กล่าวคือ ส่วนราชการ ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม รวมถึงหน่วยงานส่วนภูมิภาคของส่วนราชการซึ่งได้รับการแบ่งหรือมอบหน้าที่และอำนาจบางอย่างจากส่วนกลาง (Deconcentration) ไปดำเนินการเช่นเดียวกันในส่วนภูมิภาค (๒) การจัดทำบริการสาธารณะโดยหน่วยงานทางปกครองตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง (Decentralization) เป็นการที่รัฐถ่ายโอนหน้าที่และอำนาจให้แก่หน่วยงานทางปกครองที่เป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากรัฐ (องค์การของรัฐ) โดยหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวสามารถมีบุคลากรและรายได้เป็นของตนเอง มีความเป็นอิสระในทางปกครอง (Autonomy) จากการควบคุมแบบบังคับบัญชาจากรัฐและองค์การของรัฐข้างต้น โดยรัฐจะมีเฉพาะอำนาจควบคุมแบบกำกับดูแลในทางปกครอง (la Tutelle Administrative) เฉพาะปัญหา

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นหน่วยงานต้นสังกัด ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กองกฎหมายเทคโนโลยีและการคมนาคม ปฏิบัติงานสถาบันพัฒนา นักกฎหมายมหาชนอีกหน้าที่หนึ่ง, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (ดุษฎีนิพนธ์ทางกฎหมายปกครอง), น.ม. (กฎหมายอาญา) ป. บัณฑิต (กฎหมายมหาชน) และ น.บ. ธรรมศาสตร์, บ.ปค., นบท., LL.M. (Information Law) (High Merit, Thesis accepted with High Distinction) King's College London (ทุนรัฐบาล ก.พ.)

ความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น ไม่สามารถวินิจฉัยสั่งการโดยการใช้ดุลพินิจแทนได้<sup>๑</sup>

ในส่วนของการกระจายอำนาจทางปกครองให้องค์การของรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้น ยังสามารถแบ่งเป็นประเภทย่อย ๆ ได้อีก ๒ ประเภท ตามวัตถุประสงค์ของการกระจายอำนาจ ซึ่งพิเคราะห์ตามเขตพื้นที่ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือลักษณะเฉพาะในทางเนื้อหาของบริการสาธารณะดังกล่าวเป็นสำคัญ ได้แก่ (๒.๑) การกระจายอำนาจในเชิงพื้นที่ (Decentralization by Territorial) ซึ่งเป็นการถ่ายโอนหน้าที่และอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะหลาย ๆ ประการที่โดยหลักแล้วเป็นบริการสาธารณะทางปกครอง (Administrative Public Service) หรือที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองให้แก่หน่วยงานทางปกครองประเภทองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป กล่าวคือ องค์กรบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) เทศบาล องค์กรบริหารส่วนตำบล (อบต.) และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ กล่าวคือ กรุงเทพมหานคร (กทม.) และเมืองพัทยา เพื่อให้จัดทำภารกิจตามหน้าที่และอำนาจที่กฎหมายกำหนดเฉพาะในเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสในการมีส่วนร่วมในการปกครองตนเองอย่างเป็นอิสระและตอบสนองต่อความต้องการให้แก่ประชาชนในท้องถิ่นเองเป็นหลัก และ (๒.๒) การกระจายอำนาจในเชิงกิจการ (Decentralization by Services) ซึ่งมุ่งเน้นประเภทการจัดทำบริการสาธารณะที่โดยหลักแล้วไม่ใช่บริการสาธารณะทางปกครอง และไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้อำนาจในทางปกครอง ทั้งไม่ได้มุ่งเน้นจัดทำไปที่เขตพื้นที่รับผิดชอบแห่งใดแห่งหนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่มีลักษณะพิเศษในทางเนื้อหาที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ตลอดจนความคล่องตัวและความเป็นอิสระในการตัดสินใจดำเนินการของหน่วยงานทางปกครองผู้จัดทำภารกิจเป็นสำคัญ ซึ่งประกอบด้วย บริการสาธารณะทางเศรษฐกิจ (Economic Public Service) ที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรเป็นหลัก ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะจัดทำผ่านหน่วยงานทางปกครองประเภทรัฐวิสาหกิจ และบริการสาธารณะทางสังคมและวัฒนธรรม (Social and Cultural Public Service) ที่มีได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรเป็นหลัก ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะจัดทำผ่านหน่วยงานทางปกครองประเภทองค์การมหาชน ตามลำดับ<sup>๒</sup>

<sup>๑</sup> ประยูร กาญจนดุล, *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๙) น. ๑๓๔-๑๓๕; เอกวิทย์ มณีธรรม, *ระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชนของไทย*, (ทจก. เวสต์เทรค ประเทศไทย, ๒๕๕๑) น. ๒๗-๓๑

<sup>๒</sup> J. De Soto, *Droit Administrative: Theorie Generale du Service Public*, (Montchrétien, 1989) p. 333; กิตติวัฒน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต, *คู่มือศึกษาพื้นฐานวิชากฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน*, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (เสมาธรรม, ๒๕๕๓) น. ๓๐-๓๖; นันทวัฒน์ บรมานันท์, *การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย*, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (วิญญูชน,

กล่าวโดยเฉพาะในส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เนื่องจากปัจจุบันบริการสาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประสงค์จะจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้นมีอยู่หลากหลายประเภทและมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นตามพัฒนาการของสังคม ในทางข้อเท็จจริงจึงเกิดบริการสาธารณะบางประเภทมีลักษณะผสมผสานระหว่างการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นเป็นการเฉพาะแต่ก็มีลักษณะของกิจการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมุ่งประสงค์ที่จะสร้างรายได้ในทางการค้าหากำไรด้วยในขณะเดียวกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มีลักษณะของการเข้าไปประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายในเขตท้องถิ่น อันถือเป็นการแทรกแซงการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการภาคเอกชน (Economic Intervention) รูปแบบหนึ่ง<sup>๓</sup> แต่ในทางปฏิบัติพบว่ากฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยส่วนใหญ่มักจะมีได้มีทั้งบทบัญญัติที่ให้อำนาจจัดทำบริการสาธารณะประเภทดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจง แต่ก็มีได้มีบัญญัติห้ามชัดแจ้งมิให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำแต่อย่างใด แตกต่างจากกรณีของรัฐวิสาหกิจซึ่งมักจะเป็นการตรากฎหมายจัดตั้งองค์การของรัฐโดยกำหนดหน้าที่และอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจแต่ละประเภทไว้เป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความประสงค์ที่จะจัดทำบริการสาธารณะประเภทดังกล่าว จึงมักก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในทางกฎหมายว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้นหรือไม่ จะเป็นการขัดต่อหลักการห้ามมิให้รัฐประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน ซึ่งเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมซึ่งได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ อีกทั้งจะเป็นการเข้าซ้อนในเชิงภารกิจกับรัฐวิสาหกิจหรือไม่ ดังปรากฏเป็นข้อหารือต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่เนือง ๆ และหนึ่งในข้อหารือในประเด็นดังกล่าวได้แก่ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการประกอบกิจการขนส่งประจำทาง (เรื่องเสรีจที ๑๕๗๓/๒๕๖๕) ซึ่งผู้เขียนได้มีโอกาสปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายเลขานุการฯ ด้วย

อนึ่ง แม้ว่าในท้ายที่สุดหน่วยงานผู้ขอหารือ คือ กรมการขนส่งทางบกจะได้ขอถอนข้อหารือเรื่องดังกล่าวออกจากการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) เพื่อจะนำประเด็นที่ขอหารือไปหาข้อยุติกับหน่วยงานภายในที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความชัดเจนเสียก่อน<sup>๔</sup>

๒๕๕๐) น.๑๕-๒๑; สุรพล นิธิไกรพนธ์, *องค์การมหาชน: แนวคิด รูปแบบ และวิธีการบริหารงาน*, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน ก.พ., ๒๕๕๒) น. ๘-๑๑

<sup>๓</sup> Vincent Hoffmann-Martinot and Hellmut Wollmann (eds.), *State and Local Government Reforms in France and Germany: Divergence and Convergence* (Springer, 2006) p. 112

<sup>๔</sup> หนังสือกรมการขนส่งทางบก ด่วนที่สุด ที่ คค ๐๔๐๘.๓/๑๘๐๔๒ ลงวันที่ ๒๐ ธันวาคม ๒๕๖๕ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ขอถอนข้อหารือเรื่อง ขอรื้อกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการขนส่ง

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าข้อมูลที่ผู้เขียนได้รวบรวมเพื่อจัดทำเป็นบันทึกความเห็นเบื้องต้นและที่ได้ศึกษาเพิ่มเติมตามความสนใจเป็นการส่วนตัวในเชิงกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ (Public Economic Law) ทั้งในส่วนของการคิดในทางตำราเกี่ยวกับบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจและระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรม ข้อพิจารณาตามทฤษฎีทางเลือกสาธารณะ (Public Choice Theory) ตัวอย่างประเภทบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศ หลักเกณฑ์จากแนวคำวินิจฉัยตอบข้อหารือของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตลอดจนข้อเท็จจริงในเรื่องเสรีที่ ๑๕๗๓/๒๕๖๕ ซึ่งได้นำมาศึกษาวิเคราะห์เป็นกรณีตัวอย่างสำหรับการปรับใช้หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายและทางเศรษฐศาสตร์เข้าด้วยกัน นั้น อาจจะเป็นประโยชน์ไม่มากนักน้อยสำหรับเป็นแนวทางเบื้องต้นเพื่อพิจารณาถึงหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ ในการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจแต่และประเภทว่าจะสามารถดำเนินการได้หรือไม่ อย่างไร ต่อไปในอนาคต จึงขอเสนอผลการศึกษาวิเคราะห์ในรูปแบบของบทความ ดังต่อไปนี้<sup>๕</sup>

## ๒. ข้อความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจ และระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรม<sup>๖</sup>

**บริการสาธารณะทางเศรษฐกิจ** หรือที่เรียกในทางตำราอีกอย่างหนึ่งว่าบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (Industrial and Commercial Public Service) หมายความว่า บริการสาธารณะซึ่งเป็นภารกิจของรัฐในการดำเนินกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะและสามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้ โดยรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการ

<sup>๕</sup> อนึ่ง บทความฉบับนี้มุ่งประสงค์จำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะในส่วนของการจัดทำบริการสาธารณะประเภทที่เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเองโดยตรง ไม่รวมถึงกรณีการจัดตั้งวิสาหกิจหรือบริษัทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Public Enterprises) เพื่อจัดทำภารกิจอีกทอดหนึ่ง ตลอดจนการร่วมลงทุนในวิสาหกิจหรือบริษัทดังกล่าวกับภาคเอกชนเพื่อดำเนินกิจการร่วมกัน ซึ่งกรณีดังกล่าวทั้งหมดมีรายละเอียดที่จะต้องแยกศึกษาต่างหากเป็นอีกหัวข้อหนึ่ง

<sup>๖</sup> สรุปความจาก Hellmut Wollmann and Gérard Marcou, *The Provision of Public Services in Europe: Between State, Local Government and Market*, (Edward Elgar Publishing, 2010); Maria Rosaria Mauro and Federico Pernazza, *State and Enterprise: Legal Issues in the Global Market*, (Springer, 2023); Marlies Hesselman et al., *Socio-Economic Human Rights in Essential Public Services Provision* (Routledge, 2017); John Fenwick and Lorraine Johnston, *Public Enterprise and Local Place: New Perspectives on Theory and Practice*, (Routledge, 2020); Robert Millward, *Private and Public Enterprise in Europe: Energy, Telecommunications and Transport, 1830–1990*, (Cambridge University Press, 2005); นันทวัฒน์ บรมานันท์, *มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย*, (ศาลรัฐธรรมนูญ, ๒๕๕๕); สุรพล นิติไกรพจน์, *การให้มีให้รัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ: กรณีศึกษา การซื้อหุ้น GLOW และธุรกิจกาแฟเมซอนของกลุ่ม ปตท.* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๑)

อย่างต่อเนื่อง เสมอภาค และปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมอยู่เสมอ แต่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากบริการสาธารณะประเภทอื่นตรงที่ภารกิจที่หน่วยงานทางปกครองเป็นผู้จัดทำแทนรัฐประเภทนี้นั้นอาศัยเงินทุนส่วนใหญ่ในการจัดทำมาจากการเรียกค่าตอบแทนการให้บริการต่อผู้ใช้บริการจากการที่ผู้นั้นได้รับประโยชน์หรือความสะดวกสบายเป็นพิเศษเฉพาะตนตามสัดส่วนจากการให้บริการ การผลิต การจำหน่าย หรือแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับ ทั้งมีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหารายได้เป็นหลัก ทำนองเดียวกันกับผู้ประกอบกิจการภาคเอกชน อาทิ กิจการธนาคารพาณิชย์ กิจการขนส่งมวลชนสาธารณะทั้งทางบก ทางน้ำ ทางราง หรือทางอากาศ กิจการรับส่งจดหมายและพัสดุไปรษณีย์ กิจการพลังงานไม่ว่าจะเป็นไฟฟ้าหรือก๊าซ กิจการประปา และกิจการโทรคมนาคม<sup>๗</sup> ทั้งนี้ กฎหมายที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจในกรณีหนึ่ง ๆ นั้นจะต้องแยกพิจารณาออกเป็นสองบริบท กล่าวคือ ในบริบทของหน้าที่และอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานทางปกครองนั้นจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายมหาชน แต่ในบริบทเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับประชาชนผู้รับบริการสาธารณะจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายเอกชน

ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรี (Capitalism) และอิทธิพลของข้อความคิดเกี่ยวกับการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (laissez-faire, laissez-passer) ของนักคิดคนสำคัญ ในลัทธิประโยชน์นิยม (Unitarianism) เช่น Jeremy Bentham John Stuart Mill และลัทธิสวัสดิการ (Welfarism) เช่น Arthur C. Pigou และ John Maynard Keynes ประกอบกันนั้น นิตินโยบายอันเป็นสากลของรัฐสมัยใหม่ให้ความสำคัญกับสิทธิในทรัพย์สิน ตลอดจนเสรีภาพในการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพของเอกชนเป็นพื้นฐาน ว่ารัฐจะต้องไม่ทำการใช้อำนาจแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวหากขาดความจำเป็น เนื่องจากเหตุผลสำคัญหลายประการ ประกอบด้วย<sup>๘</sup>

(๑) การรับรองสิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยระบบกฎหมายจะเป็นสิ่งจูงใจในการทำงาน (incentive) ของเอกชนทำให้บุคคลมีความมั่นใจว่าจะได้รับผลประโยชน์จากความพยายามของตน รัฐจึงพึงปล่อยให้บุคคลแสดงศักยภาพในการผลิตสินค้าและบริการอย่างใด ๆ ตามปรารถนา เพื่อสนับสนุนให้เกิดการผลิตคิดค้นนวัตกรรม มีการนำเสนอสินค้าและบริการเข้าสู่ตลาด และมอบให้ตลาดนั่นเองเป็นสถานที่สำหรับคัดกรองว่า สินค้าหรือ

<sup>๗</sup> ผู้สนใจศึกษาเปรียบเทียบรายละเอียดการจัดบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจแต่ละประเภทในกรณีของสหภาพยุโรป สำหรับตำราภาษาไทยสามารถศึกษาได้จาก เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ*, (วิญญูชน, ๒๕๖๖) น. ๑๗๘-๑๘๖

<sup>๘</sup> ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง*, พิมพ์ครั้งที่ ๖ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๑) น. ๘๘-๑๔๑

บริการของผู้ประกอบกิจการรายใดที่จะเป็นที่ยอมรับและได้รับความนิยม ซึ่งบุคคลคนนั้นก็จะได้ประโยชน์ตอบแทนสูงสุดโดยผลของกลไกทางตลาดเอง

(๒) กิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้นโดยหลักแล้วผู้ประกอบกิจการมักจะต้องมีการลงทุนในปัจจัยการผลิต ซึ่งประกอบไปด้วย แรงงาน ทรัพยากรธรรมชาติ และเงินทุนที่ค่อนข้างสูงเพื่อแลกกับประโยชน์ตอบแทนทางเศรษฐกิจที่คุ้มค่าในภายหลังและมีปัจจัยความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจต่าง ๆ ที่ต้องคำนึงถึงประกอบด้วย จึงต้องการความเชี่ยวชาญและความสนใจเป็นส่วนตัว โดยสาระของการประกอบกิจการโดยทั่วไปแล้วเอกชนจึงสามารถทำได้ดีกว่ารัฐบาล ซึ่งมีบุคลากรภาครัฐปฏิบัติหน้าที่ประจำ อุดมด้วยทรัพยากรของรัฐ และทุนเป็นงบประมาณจากรายได้แผ่นดิน ขาดสภาพการแข่งขันและแรงจูงใจในการพัฒนาสินค้าและบริการโดยใช้ปัจจัยการผลิตที่จำกัดให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

(๓) เป็นการเปิดโอกาสในการพัฒนาศักยภาพของเอกชนให้สามารถแบ่งเบาภาระกิจของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะบางประการได้ในอนาคต และ

(๔) การใช้อำนาจแทรกแซงของรัฐโดยไม่จำกัดจะเป็นการเพิ่มอำนาจของรัฐรุกร้าเข้าไปในแดนเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ในเชิงเศรษฐกิจระหว่างเอกชนด้วยกันโดยไม่จำเป็น จนท้ายที่สุดเอกชนจะขาดซึ่งแรงจูงใจในการพัฒนาศักยภาพในการผลิตและให้บริการโดยใช้ปัจจัยการผลิตของตนเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของตนเอง แล้วหันไปพึ่งพาสินค้าและบริการจากรัฐแต่อย่างเดียว

อย่างไรก็ตาม เพื่อรองรับสภาพปัญหาในกรณีที่สภาพเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมมีข้อบกพร่องจนกลายเป็นสภาพที่การแข่งขันอย่างเสรีในตลาดไม่มีอยู่จริงหรือที่เรียกว่าตลาดล้มเหลว (Market Failure)<sup>๙๙</sup> เกิดสภาวะการประกอบกิจการโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมาย การผูกขาดทางการค้า สินค้าหรือบริการที่ผลิตออกมามีปริมาณไม่เพียงพอต่อความต้องการ ไม่มีคุณภาพหรือมีราคาสูงจนกระทบต่อประโยชน์ของผู้บริโภค บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของรัฐสมัยใหม่โดยมากจึงต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนกับประโยชน์สาธารณะในทางเศรษฐกิจ โดยจะบัญญัติข้อยกเว้นที่เปิดช่องให้รัฐใช้เครื่องมือในทางกฎหมายมหาชนเข้าแทรกแซงการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ**เพื่อความเป็นธรรมในสังคมหลายประการ**<sup>๑๐</sup> ในรูปแบบที่แตกต่างกันไป เช่น การตรากฎหมายหวงห้ามการประกอบกิจการบางประเภทอย่างเด็ดขาดหรือจำกัดจำนวนผู้เข้าแข่งขันในตลาดด้วยการให้สัมปทานแต่ผู้ประกอบกิจการเฉพาะราย การจัดตั้ง

<sup>๙๙</sup> ธรรมนิติย์ สุมนต์กุล, *กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: กฎหมายทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด และสิ่งแวดล้อม*, (วิญญูชน, ๒๕๕๙) น. ๒๔-๒๖

<sup>๑๐</sup> บุญศรี มีวงศ์โหมษ, *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๘) น. ๑๔๗

หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นองค์การของรัฐเข้าไปเป็นผู้ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคหรือสาธารณูปการเสียเองเพื่อผูกขาดหรือแข่งขันกับเอกชน การวางแผนเศรษฐกิจและให้การสนับสนุนการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชนที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนด ตลอดจนการกำกับดูแลของรัฐ (Economic Regulation) กล่าวคือ การใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐในการควบคุมพฤติกรรมและการตัดสินใจของผู้ประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในมิติต่าง ๆ เช่น กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในทางรูปแบบสำหรับการเข้าหรือออกจากตลาด (Restriction of Entry-Exit Regulation) ผ่านระบบอนุมัติ อนุญาต หรือการแจ้งก่อนดำเนินกิจการ และกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในทางเนื้อหาสำหรับการประกอบกิจการ (Restriction of Operating Regulation) ในมิติต่าง ๆ เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับความปลอดภัย สิ่งแวดล้อม คุณภาพ อัตราค่าบริการ หรือการป้องกันการผูกขาด<sup>๑๑</sup>

ด้วยเหตุนี้ กล่าวโดยเฉพาะสำหรับการที่รัฐหรือองค์การของรัฐจะใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเพื่อเข้าแทรกแซงการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชนในรูปแบบของการให้หน่วยงานทางปกครองเข้าไปจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนได้หรือไม่ นั้น จึงจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่รองรับข้อความคิดเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรม<sup>๑๒</sup> ดังต่อไปนี้

(๑) หลักการที่รัฐจะต้องรับรองและคุ้มครองให้เอกชนสามารถถือกรรมสิทธิในทรัพย์สิน ตลอดจนสามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวไปดำเนินกิจกรรมเพื่อหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างใด ๆ ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม กล่าวคือ การรับรองและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอดของเอกชน (Private Property Right) ตามมาตรา ๓๗<sup>๑๓</sup> และเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ (Freedom of Enterprise) ตามมาตรา ๔๐<sup>๑๔</sup>

<sup>๑๑</sup> ฐรี สิริสุนทร, เศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการกำกับดูแลและการแข่งขัน, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๔) น. ๔-๖

<sup>๑๒</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส”, ๒๕ (วารสารนิติศาสตร์, ๒๕๓๗) ๓ น. ๖๑๑-๖๑๗

<sup>๑๓</sup> มาตรา ๓๗ บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด  
ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>๑๔</sup> มาตรา ๔๐ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่งเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

ของรัฐธรรมนูญฯ นั้นเอง ซึ่งแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้เปิดช่องให้สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ทั้งสองประการนี้ได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ทั้งนี้ ในกรณีของการจำกัดเสรีภาพตามมาตรา ๔๐ จะมีเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่เข้มข้นเพิ่มขึ้น ในรายละเอียดว่าจะต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นจำกัดเสรีภาพเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะ ด้านความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการ ผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงพอที่จำเป็น หรือเพื่อ ประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น เช่น กรณีขาดแคลนการริเริ่มหรือการประกอบกิจการของภาคเอกชน ด้วยเหตุนี้ การดำเนินการให้หน่วยงานทางปกครองเข้าจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจ เพื่อประโยชน์สาธารณะประการต่าง ๆ จึงจำเป็นจะต้องอาศัยฐานแห่งอำนาจตามกฎหมาย ในระดับพระราชบัญญัติที่อนุญาตให้หน่วยงานทางปกครองเข้าประกอบกิจการที่ระบุไว้ อย่างชัดเจนเป็นเบื้องต้น

(๒) หลักการที่รัฐจะต้องทำให้กลไกของตลาดมีการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม (Competitive Market) ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๕ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ<sup>๑๕๙</sup> เป็นหลักการที่เรียกร้องให้รัฐต้องดูแลบริหารจัดการให้กลไกของตลาดดำเนินไปตามปกติ กล่าวคือ โดยหลักแล้ว รัฐสมควรมีบทบาทในฐานะตัวกลางหรือกรรมการผู้ควบคุมกฎ ที่จะต้องคอย สอดส่องดูแลให้อุปสงค์ (Demand) และอุปทาน (Supply) เป็นตัวกำหนดกลไกการผลิตและการ แลกเปลี่ยนสินค้าและบริการที่ผลิตได้อย่างเป็นปกติ โดยไม่มีเอกชนรายใดรายหนึ่งที่มีอำนาจ ผูกขาดทางเศรษฐกิจ สามารถครอบงำเหนือตลาดจนถึงระดับที่สามารถกำหนดราคาของสินค้า หรือบริการในตลาดให้ขึ้นลงได้ตามความต้องการของตนโดยเอาเปรียบผู้ประกอบการรายอื่นและ ผู้บริโภค ด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การกักตุนสินค้าเพื่อให้เกิดความขาดแคลนแล้วกำหนดราคาขาย โดยเอาเปรียบ หรือจำหน่ายสินค้าและบริการผิดราคาในลักษณะของการทุ่มตลาดเป็นการ ชั่วคราวเพื่อตัดคู่แข่งที่ขาดความสามารถในการแข่งขันในลักษณะเดียวกันออกไปจากตลาดอย่าง ถาวร เพื่อที่จะสามารถกำหนดราคาได้ตามความประสงค์เพราะปราศจากคู่แข่งในตลาด ในภายหลัง ในกรณีเช่นนี้ รัฐจะต้องใช้เครื่องมือในทางกฎหมาย เช่น กฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน ทางการค้า กฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและบริการ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครอง

---

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือ ก้าวถ่วงการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา

<sup>๑๕</sup> มาตรา ๗๕ รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาด ทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ



ผู้บริโภค และกฎหมายเฉพาะที่กำกับดูแลการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจแต่ละประเภท บุคลากรของรัฐ ตลอดจนงบประมาณที่ได้จากภาษีอากรในการปฏิบัติหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ หากรัฐประสงค์ที่จะเข้ามามีส่วนในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในตลาดด้วยก็จะต้องเป็นไปในรูปแบบของการถ่ายโอนภารกิจให้แก่หน่วยงานทางปกครองที่เป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากรัฐและมีวัตถุประสงค์เฉพาะในการประกอบกิจการประเภทนั้น ๆ คือ องค์การของรัฐตามหลักการกระจายอำนาจเป็นผู้จัดทำ มิใช่การมอบหมายภารกิจให้ส่วนราชการที่เป็นองค์การของรัฐเอง เพราะส่วนราชการนั้นมีทั้งอำนาจในการออกกฎเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์อำนาจในการบังคับการตามกฎหมายและกฎที่เกี่ยวข้อง ทั้งยังสามารถระดมทุนจากงบประมาณแผ่นดินได้อย่างไม่จำกัด ตลอดจนมีอภิสิทธิ์และมีกลไกการดำเนินงานต่าง ๆ ที่เป็นพิเศษ นอกเหนือไปจากที่เอกชนมีอยู่ ซึ่งหากยินยอมให้เข้าร่วมในการแข่งขันในตลาดแล้วก็จะทำให้ได้รับประโยชน์เพิ่มมากขึ้นโดยไม่เป็นธรรม เท่า ๆ กับที่ผู้ประกอบการภาคเอกชนจะเสียประโยชน์ไปจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมนั้น เป็นเหตุให้กระทบต่อระบบการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรมอยู่เองโดยสภาพ

(๓) หลักการห้ามมิให้รัฐประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๕ วรรคสอง<sup>๑๖</sup> ของรัฐธรรมนูญฯ เป็นหลักการที่สืบเนื่องมาจากหลักการที่รัฐจะต้องทำกลไกของตลาดมีการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม โดยนอกจากที่ตัวรัฐและองค์การของรัฐจะต้องไม่เข้ามาประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนด้วยตนเองแล้ว แม้ในกรณีที่รัฐได้ถ่ายโอนอำนาจให้แก่องค์การของรัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจ ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดหน้าที่และอำนาจให้แก่องค์การดังกล่าวอย่างชัดแจ้งแล้ว การดำเนินกิจการแข่งขันกับเอกชนขององค์การของรัฐดังกล่าวก็ต้องดำเนินการโดยปราศจากความได้เปรียบในเชิงโครงสร้าง วิธีการบริหารจัดการ หรือสิทธิพิเศษในการกำหนดราคาให้ต่ำกว่าราคาตลาดโดยไม่ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ประกอบ การอื่นทั้งจะต้องตกอยู่ภายใต้กติกาและเงื่อนไขที่จะต้องถูกกำกับดูแลตามกฎหมายโดยรัฐเช่นเดียวกันกับผู้ประกอบการภาคเอกชนทุกประการอย่างเสมอภาค

<sup>๑๖</sup> มาตรา ๗๕

๑๓๑

๑๓๑

รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ

๑๓๑

๑๓๑

### ๓. ข้อพิจารณาตามทฤษฎีทางเลือกสาธารณะ<sup>๑๗</sup>

การที่รัฐจะตัดสินใจเข้าแทรกแซงการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยการถ่ายโอนอำนาจให้หน่วยงานทางปกครองในรูปแบบของกิจการของรัฐเข้าจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายล้วนแต่เปิดช่องให้ทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจสามารถจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่ง ๆ ได้ ปัญหาที่ว่าสำหรับในบริการสาธารณะด้านเศรษฐกิจที่จะจัดทำในแต่ละพื้นที่ รัฐสมควรใช้ดุลพินิจเลือกถ่ายโอนอำนาจให้องค์การของรัฐรูปแบบใดเป็นผู้รับผิดชอบภารกิจ นั้น เพื่อให้การใช้ดุลพินิจตัดสินใจเป็นไปโดยรอบคอบรอบด้านและมีประสิทธิภาพสูงสุด สมควรต้องนำข้อพิจารณาจากทฤษฎีด้านเศรษฐกิจการเมือง (Political Economy) ในที่นี้คือ ทฤษฎีทางเลือกสาธารณะ ซึ่งเป็นทฤษฎีว่าด้วยการนำเอาหลักการบริหารจัดการในเชิงเศรษฐศาสตร์ ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานเรื่องพฤติกรรมความต้องการของตลาด และความพึงพอใจของผู้บริโภค ให้ได้รับประโยชน์สูงสุดในสินค้าและบริการมากที่สุด โดยใช้ทรัพยากรซึ่งมีอยู่จำกัดของผู้ประกอบการในกระบวนการบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพ มาปรับใช้ประกอบการพิจารณา เพื่อพัฒนาและเสริมประสิทธิภาพแก่การตัดสินใจของภาครัฐ (ในที่นี้คือการตัดสินใจเกี่ยวกับถ่ายโอนอำนาจจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจเหนือพื้นที่) เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน โดยสรุปเป็นข้อพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(๑) พิจารณาจากความพร้อมของการจัดให้มีการวิเคราะห์นโยบายสาธารณะ (Policy Analysis) โดยจะต้องศึกษารายละเอียดของนโยบายสาธารณะ (Substantive Areas) วิเคราะห์ถึงผลลัพธ์จากการนำนโยบายไปสู่การปฏิบัติ ตลอดจนแผนและแนวทางการบริหารงบประมาณ (Planning Programming Budgeting System: PPBS) ซึ่งจะเน้นไปที่การวิเคราะห์เชิงตัวเลขหรือการวิเคราะห์ในเชิงปริมาณที่ชัดเจนสำหรับเป็นข้อมูลสนับสนุนการเลือกนโยบายสาธารณะที่ดีกว่าบนพื้นฐานของเหตุผล (Rational Choice) จากชุดของความเป็นไปได้อันเป็นทางเลือกทั้งหมดที่มีอยู่ ภายใต้ข้อจำกัดที่หลากหลายตามประเภทและขีดความสามารถในการจัดหาสินค้าและบริการ ทั้งในทางเหตุผลหรือตรรกะ ลักษณะทางกายภาพ และทางเศรษฐกิจ พร้อมทั้งชุดของข้อมูลแสดงความเหมือนหรือแตกต่างในเชิงคาดการณ์ซึ่งผลลัพธ์ของทางเลือก

<sup>๑๗</sup> สรุปความจาก Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, (Yale University Press, 1997); George A. Boyne, *Public Choice Theory and Local Government: A Comparative Analysis of the UK and the USA*, (Palgrave Macmillan, 1998); Hugh Stretton and Lionel Orchard, *Public Goods, Public Enterprise, Public Choice: Theoretical Foundations of the Contemporary Attack on Government* (ST. Martin's Press, 1994); Daniel A. Farber and Philip P. Frickey, *Law and Public Choice*, (University of Chicago Press, 1991).

ในแต่ละแนวทาง (Predictive Scenario) ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ที่ผู้มีอำนาจตัดสินใจสามารถประเมินความเป็นไปได้ที่จะสามารถบรรลุเป้าหมายที่ต้องการจากแนวทางทั้งหมดที่มีอยู่ เรียงตามลำดับจากมากไปหาน้อย มีการตัดสินใจกำหนดภารกิจแก่หน่วยงานของรัฐต่างหน่วยงานให้เกิดการทำงานที่ส่งเสริมกัน (Redundancy) ในส่วนที่ยังขาดตกบกพร่องหรือมีข้อจำกัดอยู่ และลดปัญหาการจัดทำบริการสาธารณะที่ซ้ำซ้อน (Duplication) ระหว่างหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่และอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องเดียวกัน

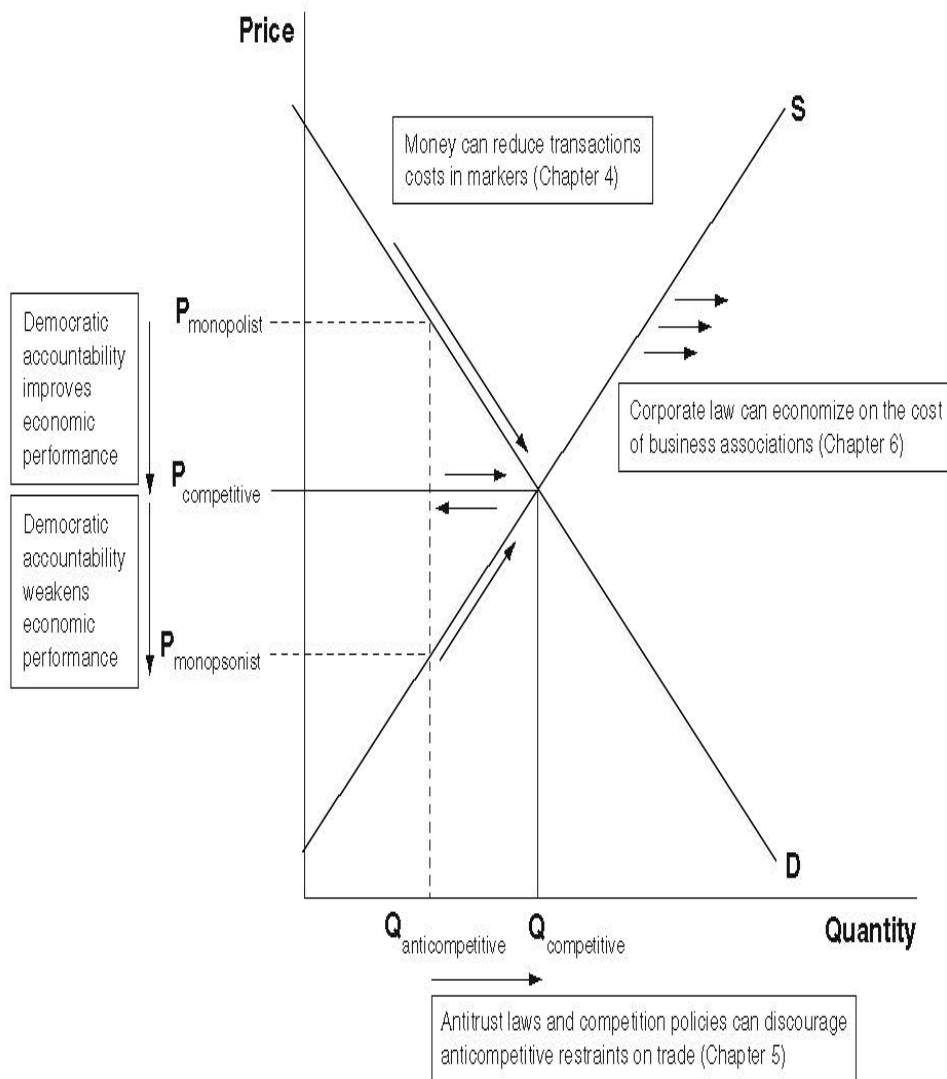
**(๒) พิจารณาจากความพร้อมในการจัดให้มีการลดบทบาทของรัฐและเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนและภาคประชาชน (State Disengagement; Promoting Democratic Accountability)** กล่าวคือ ในขณะที่บริการสาธารณะทางเศรษฐกิจนั้นยังถือเป็นบริการสาธารณะจึงสามารถจัดจัดทำโดยองค์การของรัฐได้ แต่เมื่อมีลักษณะของการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจด้วยจึงจะต้องมุ่งเน้นให้มีการกระจายอำนาจการตัดสินใจ ตลอดจนมีมาตรการเสริมศักยภาพจากองค์กรภายนอกภาครัฐ เช่น มีกระบวนการที่เปิดโอกาสให้ตัวแทนภาคเอกชนซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการบริหารจัดการกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เข้าใจหลักการเรื่องอุปสงค์ อุปทาน และหลักการตลาด (อันประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน 4 P ได้แก่ Product (ตัวผลิตภัณฑ์ซึ่งอาจเป็นสินค้าหรือบริการ) Price (ราคาสินค้าหรือบริการ) Place (ช่องทางการจัดจำหน่าย) และ Promotion (บริการส่งเสริมการขาย)) ตลอดจนเปิดโอกาสให้ตัวแทนภาคประชาชนซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง (Primary Stakeholders) จากการดำเนินงานของภาครัฐที่มีผลต่อคุณภาพชีวิตของตน ในฐานะผู้ใช้สินค้าและบริการ ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจหรือแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับสินค้าและบริการนั้น ทั้งนี้ เพื่อสะท้อนมุมมองและประสบการณ์ที่หลากหลาย รวมไปถึงเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลในทางเนื่อหาด้านคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการ อันจะยังผลให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด

**(๓) พิจารณาจากความพร้อมในการจัดให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องและมีหลักประกันความโปร่งใสตรวจสอบได้ (Legal Compliance and Transparency)** โดยที่องค์การของรัฐจะเข้าจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจ จึงจะต้องเคารพต่อกฎหมายอันเป็นมาตรฐาน และแนวปฏิบัติต่าง ๆ ในการประกอบกิจการเป็นการเฉพาะ เช่น กฎเกณฑ์ด้านคุณภาพ ราคา ความปลอดภัย หรือสิ่งแวดล้อม เช่นเดียวกันกับผู้ประกอบกิจการภาคเอกชน ทั้งนี้ เพื่อลดความเสี่ยงเสียหายอันเกิดจากการประกอบกิจการโดยไม่ต้องด้วยกฎหมายประการต่าง ๆ และเนื่องจากสถานะความเป็นหน่วยงานของรัฐ จึงมีภาระหน้าที่เพิ่มเติมที่จะต้องเคารพต่อกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และกฎทุกประการที่ผูกพันให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามหลักนิติรัฐ (Legal State) และหลักนิติธรรม (The Rule of Laws) เช่น กฎหมายที่ให้อำนาจ

จัดทำบริการสาธารณะประเภทดังกล่าว หลักในการประกอบกิจการอย่างเสรีและเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าซึ่งรัฐกำกับดูแลองค์การของรัฐอยู่ด้วย จึงย่อมจะยังผลให้กรณีที่องค์การของรัฐเข้าไปจัดทำบริการสาธารณะประเภทใดแล้ว แม้จะทำโดยมีอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งด้วยเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การขาดแคลนบริการสาธารณะเพราะยังไม่มีเอกชนที่ริเริ่มให้บริการในพื้นที่ก็ตาม การเข้าไปจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวก็ต้องไม่ส่งผลเป็นการผูกขาดหรือก่อบาตรการปิดกั้นการเข้าร่วมแข่งขันในตลาดของเอกชนที่สนใจเข้าประกอบกิจการประเภทเดียวกันในภายหลัง เว้นแต่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะให้ดำเนินการในลักษณะที่เป็น การผูกขาดได้อีกชั้นหนึ่ง<sup>๑๘</sup> ทั้งนี้ เพื่อประกันความเป็นไปได้ของการแข่งขันในตลาด และเพิ่มทางเลือกที่มากขึ้นในการเข้าถึงสินค้าและบริการให้แก่ประชาชน อันจะส่งผลต่อคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการในทางอ้อม ยิ่งกว่านั้น องค์การของรัฐผู้จัดทำบริการสาธารณะต้องพร้อมดำเนินการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว และพร้อมรับการตรวจสอบถ่วงดุลในทางรูปแบบในเรื่องการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ทั้งที่เป็นกระบวนการภายในฝ่ายบริหาร อาทิ การกำกับดูแลในทางปกครองโดยรัฐมนตรีเจ้าสังกัด การกำกับดูแลการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยองค์กรกำกับดูแลตามกฎหมายเฉพาะ และกระบวนการภายนอกฝ่ายบริหาร เช่น การตรวจสอบพฤติกรรมกรรมการทุจริตและประพฤติมิชอบในการใช้จ่ายเงินงบประมาณโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรตุลาการ ตลอดจนการตรวจสอบจากภาคประชาชนผ่านการร้องเรียนหรือการเลือกตั้ง เป็นต้น<sup>๑๙</sup>

<sup>๑๘</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน*, (นิติธรรม, ๒๕๓๘) น. ๑๒๑-๑๒๒

<sup>๑๙</sup> OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service: OECD Guidelines and Overview* (OECD, 2003) p. 152-153, 185-186, 226-228, 233.



แผนภูมิแสดงตัวอย่างความสัมพันธ์เพื่อการบริหารสมดุล ระหว่างปัจจัยด้านความสามารถในการผลิตหรือให้บริการ (Quantity) การมีส่วนร่วมของเอกชนหรือประชาชนผู้ให้บริการ (Democratic Accountability) สภาพของการแข่งขันอย่างเสรีในตลาด (Competitive) กับราคาสินค้าหรือบริการ (Price) ซึ่งรัฐสามารถเข้าแทรกแซงการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยใช้มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นเครื่องมือในการรักษาสมดุลได้ ข้อมูลจาก Dino Falaschetti, *Democratic Governance and Economic Performance: How Accountability Can Go Too Far in Politics, Law, and Business*, (Springer, 2008) p. 118

#### ๔. ตัวอย่างการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในต่างประเทศ<sup>๒๐</sup>

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนขอนำเสนอผลการตรวจสอบประเภทของการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศ โดยเลือกนำเสนอตัวอย่างจากประเทศซึ่งมีสถานะเป็นรัฐเดี่ยว (Unitary State) ทำนองเดียวกันกับประเทศไทย ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่น เพื่อประกอบการพิจารณาพอสังเขป ดังต่อไปนี้

(๑) **ประเทศฝรั่งเศส** กล่าวเฉพาะในส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภททั่วไป มีการแบ่งรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกเป็นสามระดับ คือ (๑) องค์กรบริหารส่วนภาค (Region) ซึ่งเป็นการร่วมกลุ่มขององค์กรบริหารส่วนจังหวัดที่มีเขตพื้นที่ติดต่อกัน ๓ ถึง ๔ แห่งเข้าไว้ด้วยกัน ได้รับการจัดตั้งขึ้นมาเพื่อให้จัดทำภารกิจด้านการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ภายในเขตของตน และภารกิจด้านการวางแผนและให้การสนับสนุนในด้านต่าง ๆ แก่เทศบาลและองค์กรบริหารส่วนจังหวัด ปัจจุบันมีอยู่จำนวน ๑๘ แห่ง (๒) องค์กรบริหารส่วนจังหวัด (Department) ได้รับการจัดตั้งขึ้นมาเพื่อจัดทำภารกิจที่มีขนาดใหญ่และเกินขอบเขตความสามารถที่เทศบาลจะจัดการได้ โดยมีสถานะเป็นทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและราชการส่วนภูมิภาคอยู่ด้วยในตัวในช่วงแรก เพราะมีเจ้าหน้าที่จากส่วนกลางของรัฐมาปฏิบัติหน้าที่ตามหลักการแบ่งอำนาจ ก่อนจะได้รับการถ่ายโอนอำนาจเพิ่มเติมในภายหลัง ปัจจุบันมีอยู่จำนวน ๑๐๑ แห่ง และ (๓) เทศบาล (Commune) มีฐานะเป็นหน่วยปกครองท้องถิ่นระดับพื้นฐานที่สุด ได้รับการจัดตั้งขึ้นมาเพื่อจัดทำภารกิจที่เกี่ยวกับความจำเป็นขั้นพื้นฐานในชีวิตประจำวัน และการพิทักษ์ผลประโยชน์ของชุมชนเป็นสำคัญ ปัจจุบันมีอยู่จำนวน ๓๕,๐๕๖ แห่ง ทั้งนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบมีหน้าที่และอำนาจจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจดังต่อไปนี้

(๑.๑) **องค์กรบริหารส่วนภาค** มีหน้าที่และอำนาจเกี่ยวกับการส่งเสริมภาคธุรกิจและการจ้างงานในระดับท้องถิ่น ช่วยเหลือและจัดสรรเงินอุดหนุนทางตรง เช่น การให้กู้ยืมเงิน การออกเงินล่วงหน้า การปรับปรุงอัตราดอกเบี้ย และการช่วยเหลือและจัดสรรเงินอุดหนุนทางอ้อม เช่น การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ในราคาข้อยอมเยาเพื่อการอุตสาหกรรม การเข้าเป็น

<sup>๒๐</sup> สรุปสาระสำคัญโดยปรับใช้ถ้อยคำให้สอดคล้องกับการจัดองค์การของประเทศไทย จาก ศุภสวัสดิ์ ชัชวาลย์, การปกครองท้องถิ่น: มุมมองจากประเทศฝรั่งเศส ญี่ปุ่น สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และไทย (สำนักงานสัญญาธรรมศักดิ์ เพื่อประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๓); นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศส ๒๐๑๘ (อมรินทร์, ๒๕๖๑); นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และคณะ, ทิศทางการปกครองท้องถิ่นของไทยและต่างประเทศเปรียบเทียบ (วิญญูชน, ๒๕๔๖)

ผู้ค้าประกันการกู้ยืมเงินแก่ผู้ประกอบการภาคเอกชนต่าง ๆ การจัดให้มีคลองและท่าเรือขนาดเล็ก รวมทั้งระบบการเดินเรือภายในเขตคลองและท่าเรือดังกล่าว การจัดทำแผนการขนส่งและจัดให้มีการกำหนดโครงสร้างและเครือข่ายของการขนส่งทางรางที่เป็นประโยชน์ไว้ในแผนพัฒนาว่าด้วยการขนส่ง ตลอดจนให้การสนับสนุนทางการเงินในเขตก่อสร้างต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น รางหรือสถานีเพื่อจัดให้มีระบบขนส่งทางรางในเขตของตน ทั้งนี้ โดยจะต้องปรึกษาหารือกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดที่เกี่ยวข้อง และทำสัญญากับรัฐวิสาหกิจ คือ การรถไฟแห่งประเทศไทยด้วย

**(๑.๒) องค์การบริหารส่วนจังหวัด** มีหน้าที่และอำนาจทั้งในการให้ความช่วยเหลือทางการเงินโดยตรงแก่ธุรกิจในท้องถิ่นที่ประสบปัญหา และการสนับสนุนงานขององค์การบริหารส่วนภาคในการช่วยเหลือสนับสนุนเงินอุดหนุนทั้งทางตรงและทางอ้อม การให้ความช่วยเหลือด้านการลงทุนในสถานศึกษาเอกชนระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย การกำหนดแผนและเส้นทางท่องเที่ยวทางเท้า ตลอดจนดูแลรักษาสถานที่ท่องเที่ยวทางธรรมชาติต่าง ๆ การจัดให้มีและดำเนินกิจการขนส่งทางบกนอกเขตเมือง เช่น รถประจำทาง การจัดให้มีและดำเนินกิจการรถรับส่งนักเรียน ทั้งนี้ โดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากเทศบาลที่เกี่ยวข้อง การจัดให้มีสนามบินพลเรือน ตลอดจนการบริหารจัดการท่าเรือทั้งเพื่อการพาณิชย์และในกิจการประมง

**(๑.๓) เทศบาล** มีหน้าที่และอำนาจในการให้ความช่วยเหลือทางการเงินโดยตรงแก่ธุรกิจในท้องถิ่นที่ประสบปัญหา ช่วยเหลือสนับสนุนเงินอุดหนุนทั้งทางตรงและทางอ้อมแก่ผู้ประกอบการภาคเอกชนต่าง ๆ การจัดให้มีน้ำประปา การดูแลและรับผิดชอบท่าเรือพาณิชย์และท่าเรือในกิจการประมง และอาจดำเนินการผ่านความร่วมมือระหว่างเทศบาลในการพัฒนาพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งร่วมกัน

**(๒) ประเทศญี่ปุ่น** กล่าวเฉพาะในส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภททั่วไป มีการแบ่งรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกเป็นสองระดับ คือ (๑) องค์การบริหารส่วนจังหวัด (Prefecture) ได้รับการจัดตั้งขึ้นมาเพื่อจัดทำภารกิจที่มีความยุ่งยากซับซ้อนต้องอาศัยทรัพยากรในการดำเนินการมาก ซึ่งเทศบาลไม่มีขีดความสามารถที่จะดำเนินการได้ หรือเป็นภารกิจที่มีขอบเขตความรับผิดชอบกว้างขวางเชื่อมต่อระหว่างเขตของเทศบาล ปัจจุบันมีอยู่จำนวน ๔๗ แห่ง และ (๒) เทศบาล (Commune) ได้รับการจัดตั้งขึ้นมาเพื่อจัดทำภารกิจพื้นฐานที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน ปัจจุบันมีอยู่จำนวน ๑,๗๑๘ แห่ง โดยมีการแบ่งรูปแบบย่อยตามระดับความเจริญและความหนาแน่นของประชากรออกเป็นเทศบาลนคร (City) เทศบาลเมือง (Town) และเทศบาลหมู่บ้าน (Village) ทั้งนี้ องค์การบริหาร

ส่วนจังหวัดและเทศบาลมีหน้าที่และอำนาจจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจทำนองเดียวกัน ได้แก่ การให้กู้ จัดหาแหล่งเงินกู้ให้แก่ภาคธุรกิจและอุตสาหกรรมในท้องที่ การพัฒนาที่ดิน เป็นศูนย์กลางทางการค้าหรืออุตสาหกรรม เพื่อส่งเสริมภาคธุรกิจในท้องที่ที่รับผิดชอบ จัดให้มี และบริหารระบบขนส่งมวลชนทั้งรถประจำทาง หรือรถไฟฟ้าใต้ดินในบางเมืองที่มีขนาดใหญ่และมี ประชากรอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก ตลอดจนการจัดหาแหล่งที่พักอาศัยที่มีราคาเหมาะสมให้กับ ประชาชนภายในท้องถิ่น

**๕. หลักเกณฑ์จากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ผ่านมา เกี่ยวกับหน้าที่ และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ**

สำหรับสภาพปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการ ประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในทางปฏิบัติของประเทศไทย นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีข้อ วินิจฉัยตอบข้อหารือซึ่งเป็นการวางแนวทางการใช้การตีความกฎหมายเอาไว้ ดังต่อไปนี้

(๑) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ปัญหาการตีความ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.๒๕๒๘ (เรื่องเสร็จที่ ๑๕/ ๒๕๓๒)

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๓) วินิจฉัยโดยสรุปว่า ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครไม่อาจอาศัยอำนาจตามมาตรา ๔๙ (๕) แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบ บริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ วางระเบียบแผนการตราเป็นข้อบัญญัติในเรื่องการปรับปรุง แหล่งชุมชนแออัดและจัดการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย โดยการใช้เงินงบประมาณของ กทม. จัดซื้อ ที่ดินเพื่อนำไปจำหน่ายในราคาทุนและให้ประชาชนผ่อนชำระตามระยะเวลาที่กำหนดได้ เนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการซื้อมาเพื่อขายไปซึ่งอสังหาริมทรัพย์อันเป็น การดำเนินการพาณิชย์ของ กทม. ตามมาตรา ๘๙ (๒๖) ซึ่งจะต้องตราเป็นข้อบัญญัติ กรุงเทพมหานครตามมาตรา ๙๗ (๓) และการใช้เงินงบประมาณของ กทม. ไปจัดซื้อที่ดิน การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของ กทม. เป็นเรื่องของการเงิน การทรัพย์สิน และการจัดหา ผลประโยชน์จากทรัพย์สินของ กทม. ที่ยังไม่มีข้อบัญญัติให้อำนาจ กทม. ดำเนินการดังกล่าวได้ จึงจำเป็นต้องตราข้อบัญญัติตามมาตรา ๙๗ (๔) ด้วย

(๒) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง องค์การบริหาร ส่วนตำบลรับจ้างกรมป่าไม้ปลูกป่าและบำรุงป่า (เรื่องเสร็จที่ ๔๙๗/๒๕๔๒)

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๕) วินิจฉัย โดยสรุปว่า อบต. มีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการส่วนท้องถิ่น มีอำนาจหน้าที่ในการพัฒนา ตำบลทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยเฉพาะในมาตรา ๖๗ (๗) แห่ง พ.ร.บ. สภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลฯ ได้บัญญัติให้ อบต. มีหน้าที่ต้องทำในการบำรุงรักษา ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในเขต อบต. ซึ่งการปลูกป่าจะเป็นผลให้บรรลุวัตถุประสงค์



ตามมาตรา ๖๗ (๗) ดังกล่าว แต่เมื่อกฎหมายบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของ อบต. ที่ต้องทำแล้ว ย่อมไม่อยู่ในวิสัยที่ อบต. จะเข้าเป็นคู่สัญญากับกรมป่าไม้เพื่อรับจ้างทำการปลูกป่าได้ เพราะนอกจากจะมีลักษณะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์แล้ว จะเท่ากับว่า อบต. หลีกเลี่ยงการกระทำตามอำนาจหน้าที่ และดำเนินการหาผลประโยชน์จากหน้าที่ที่จะต้องกระทำตามกฎหมาย แต่กรมป่าไม้และ อบต. ย่อมร่วมกันหาพื้นที่และให้ความเห็นชอบการจ้างบุคคลหรือกลุ่มสหกรณ์ปลูกป่า แล้วให้ อบต. มีหน้าที่กำกับดูแลการทำงานให้เป็นไปตามสัญญาจ้างได้ เพราะมีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๖๗ (๙) ของ อบต. โดยการสนับสนุนของกรมป่าไม้

### **(๓) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การประกอบกิจการเคเบิลทีวีของเทศบาล (เรื่องเสร็จที่ ๕๒๔/๒๕๔๔)**

คณะกรรมการกฤษฎีกา วินิจฉัยโดยสรุปว่า เทศบาลจะประกอบกิจการเคเบิลทีวีได้หรือไม่ ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติอันเป็นอำนาจของเทศบาล ซึ่งอาจเป็น พ.ร.บ. เทศบาลฯ หรือกฎหมายอื่นใด ที่บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของเทศบาลที่จะกระทำได้ ในส่วนบทบัญญัติใน พ.ร.บ. เทศบาลฯ นั้น แม้จะมีได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าเทศบาลกระทำการกิจการเคเบิลทีวีได้ แต่เมื่อพิจารณาจากมาตรา ๑๖ แห่ง พ.ร.บ. กำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ ที่บัญญัติว่า เทศบาลมีอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเองได้ และให้มีการจัดการสาธารณูปโภคเป็นอำนาจหน้าที่ประการหนึ่ง ฉะนั้น หากพิจารณาได้ว่าการจัดทำกิจการเคเบิลทีวีได้กระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการให้บริการตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยมิใช่เป็นการทำเพื่อการค้าแล้ว ก็ชอบที่จะกระทำได้ เมื่อเทศบาลตำบลแม่สอดดำเนินกิจการเคเบิลทีวีเนื่องจากเขตพื้นที่เทศบาลไม่สามารถรับคลื่นสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ได้ และการดำเนินการดังกล่าวมิได้มีการเรียกเก็บเงินค่าสมาชิกหรือค่าบริการใด ๆ นอกจากค่าใช้จ่ายสำหรับการเชื่อมต่อสายสัญญาณจากเทศบาลและค่าซ่อมแซมบำรุงรักษาเล็กน้อย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อธุรกิจการค้า และโดยที่ปัจจุบันการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและวิทยาการจากวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์เป็นความจำเป็นสำคัญสำหรับชีวิตประจำวันของประชาชน การดำเนินการเพื่อให้ประชาชนสามารถรับคลื่นสัญญาณดังกล่าวได้จึงถือได้ว่าเป็นกิจการสาธารณูปโภคอย่างหนึ่ง และเป็นความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกหรือตอบสนองความต้องการของประชาชนซึ่งอยู่ในพื้นที่อับ ไม่สามารถรับคลื่นสัญญาณตามปกติได้ เทศบาลตำบลแม่สอดจึงดำเนินกิจการเคเบิลทีวีได้ และเมื่อไม่ได้ทำเป็นธุรกิจการค้า จึงไม่อาจถือได้ว่ามีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน และถึงแม้มีลักษณะแข่งขันกับเอกชนก็อยู่ในข่ายได้รับยกเว้นตามมาตรา ๘๗ ของรัฐธรรมนูญฯ อนึ่ง การดำเนินกิจการเคเบิลทีวีนี้ หากจะต้องดำเนินการขออนุญาตตามกฎหมายใดที่เกี่ยวข้องแล้ว เทศบาลก็มีหน้าที่ต้องดำเนินการตามกฎหมายนั้นด้วย

(๔) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๕๔๐ (การจัดซื้อรถแทรกเตอร์ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดพิจิตร) (เรื่องเสร็จที่ ๓๒๑/๒๕๔๙)

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) วินิจฉัยโดยสรุปว่า จากสภาพปัญหาระหว่างเกษตรกรกับผู้รับจ้างเกี่ยวข้าวด้วยเครื่องจักร อันเป็นเหตุให้ผู้รับจ้างเกี่ยวข้าวทั้งหมดเปลี่ยนไปรับจ้างเกี่ยวข้าวในจังหวัดอื่น ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจิตรจึงประสงค์จะช่วยเหลือเกษตรกรโดยให้ออบต. ซื้อรถเกี่ยวข้าวไว้บริการ และให้ อบจ. ซื้อรถแทรกเตอร์ไว้ให้บริการแก่ อบต. ด้วย อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันผู้รับจ้างเกี่ยวข้าวได้กลับมาจ้างเกี่ยวข้าวตามเดิมแล้ว ดังนั้น การที่ อบต. จะจัดซื้อรถเกี่ยวข้าวไว้บริการเกษตรกรในเขต อบต. มีลักษณะเป็นการซื้อเครื่องจักรเพื่อออกไปรับจ้างเกษตรกรเกี่ยวข้าวแทนที่เอกชนซึ่งประกอบกิจการอยู่ การกระทำดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าเป็นการบำรุงและส่งเสริมการประกอบอาชีพของราษฎรตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘ (๗) แห่ง พ.ร.บ. สถาปนาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลฯ เมื่อกิจการที่ อบต. จะกระทำ ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของ อบต. หรือเป็นกิจการที่ไม่อาจกระทำได้แล้ว การที่ อบจ. พิจิตร จะจัดซื้อรถแทรกเตอร์ไว้บริการรับขนย้ายรถเกี่ยวข้าวของ อบต. แต่ละแห่งเป็นการเฉพาะ จึงไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของ อบจ. ที่จะดำเนินการตามมาตรา ๔๕ (๓) แห่ง พ.ร.บ. องค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ ในการสนับสนุนสภาพตำบลและราชการส่วนท้องถิ่นอื่นในการพัฒนาท้องถิ่น รวมทั้งอาจเป็นการประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนอันเป็นการขัดกับบทบัญญัติมาตรา ๘๗ ของรัฐธรรมนูญฯ ด้วย

(๕) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง แนวทางการปฏิบัติในการดำเนินการตามโครงการจัดหาที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (เรื่องเสร็จที่ ๑๕๖/๒๕๕๐)

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) วินิจฉัยโดยสรุปว่า กรณีที่เทศบาลจะดำเนินการในเรื่องใด ๆ ได้ ต้องอยู่ในขอบอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายเท่านั้น เมื่อ พ.ร.บ. เทศบาลฯ มิได้ให้อำนาจเทศบาลตำบลและเทศบาลเมืองในการจัดการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยไว้ มีแต่เทศบาลนครเท่านั้นที่มาตรา ๕๖ (๕) แห่ง พ.ร.บ. เทศบาลฯ กำหนดให้อำนาจและหน้าที่ในการจัดการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยและการปรับปรุงแหล่งเสื่อมโทรม และแม้ว่า พ.ร.บ. กำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ มาตรา ๑๖ (๑๒) จะได้กำหนดให้เทศบาล เมืองพัทยา และ อบต. มีอำนาจและหน้าที่ในการปรับปรุงแหล่งชุมชนแออัดและการจัดการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย ทำนองเดียวกับที่ พ.ร.บ. เทศบาลฯ บัญญัติไว้สำหรับเทศบาลนคร แต่ก็เพียงการกำหนดแผนการที่บัญญัติไว้เป็นกรอบอำนาจหน้าที่เท่านั้น มิได้หมายความว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายจะมีอำนาจในการจัดสรรที่ดินและก่อสร้างที่อยู่อาศัยเพื่อขายให้แก่ประชาชนอันมีลักษณะเป็นการประกอบกิจการค้าขายได้

(๖) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการสมัครเป็นผู้ประกอบการรับจ้างแปรสภาพหัวมันสำปะหลัง ตามโครงการแทรกแซงตลาดมันสำปะหลัง ปี ๒๕๕๑/๕๒ (เรื่องเสร็จที่ ๑๙๘-๑๙๙/๒๕๕๒)

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) วินิจฉัยโดยสรุปว่าการดำเนินการใด ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด ประกอบกับการประกอบกิจการพาณิชย์ตามมาตรา ๕๐ แห่ง พ.ร.บ. องค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ หรือมาตรา ๖๘ (๑๑) แห่ง พ.ร.บ. สภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล ก็จะต้องเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นด้วย เมื่อปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้ อบจ. หรือ อบต. มีอำนาจหน้าที่ในการเป็นผู้ประกอบการรับจ้างแปรสภาพมันสำปะหลังหรือรับจำนำมันสำปะหลัง ดังนั้น อบจ. หรือ อบต. จึงไม่อาจเป็นผู้รับจ้างดำเนินการดังกล่าวได้

(๗) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สถานภาพขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. ๒๕๒๐ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติน้ำบาดาล (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๖ (เรื่องเสร็จที่ ๖๓๘/๒๕๕๒)

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๗) วินิจฉัยโดยสรุปว่า การที่มาตรา ๔ แห่ง พ.ร.บ. น้ำบาดาลฯ บัญญัติว่า พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่องค์กรของรัฐที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการจัดหาน้ำเพื่ออุปโภคบริโภค หรือเพื่อเกษตรกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับการเจาะน้ำบาดาลและการใช้น้ำบาดาล โดยมีได้ให้คำจำกัดความคำว่า “องค์กรของรัฐ” ไว้เป็นการเฉพาะ เมื่อพิจารณา มาตรา ๒๘๑ ของรัฐธรรมนูญฯ ประกอบกับมาตรา ๖๙ และมาตรา ๗๑ แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ แสดงให้เห็นว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นการจัดระเบียบบริหารราชการรูปแบบหนึ่งที่รัฐกระจายอำนาจการบริหารราชการให้แก่ท้องถิ่น เพื่อให้ประชาชนในท้องถิ่นนั้นมีส่วนร่วมในการปกครองตนเอง ด้วยเหตุนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงเป็น องค์กรของรัฐประเภทหนึ่งที่มีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปในการดูแลและจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ตามที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนด สำหรับหน้าที่ในการจัดหาน้ำเพื่ออุปโภคบริโภค แม้กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้ง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น มาตรา ๒๓ และมาตรา ๖๘ แห่ง พ.ร.บ. สภาตำบลและ องค์กรบริหารส่วนตำบลฯ จะกำหนดให้อำนาจจัดให้มีน้ำเพื่อการอุปโภคบริโภคและ การเกษตร แต่หน้าที่ดังกล่าวเป็นเพียงหน้าที่หนึ่งในหลายหน้าที่ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อาจดำเนินการนั้นได้เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในเขตขององค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่นนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงไม่ใช่องค์กรของรัฐที่มีหน้าที่หลักในการจัดหาน้ำเพื่อ อุปโภคบริโภคหรือเพื่อเกษตรกรรม นอกจากนี้ เมื่อตรวจสอบเจตนารมณ์ของการยกเว้น มาตรา ๒๘๑ นี้ ปรากฏว่าไม่ประสงค์ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตาม

พระราชบัญญัตินี้ ดังนั้น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจึงไม่ใช่ของค์การของรัฐซึ่งอยู่ในข่ายได้รับการยกเว้นตามมาตรา ๔ แห่ง พ.ร.บ. น้ำบาดาลฯ

(๘) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดในการลงทุนจัดตั้งและบริหารจัดการสถานีบริการก๊าซธรรมชาติ (NGV) (เรื่องเสร็จที่ ๗๔/๒๕๕๓)

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) วินิจฉัยโดยสรุปว่า การดำเนินการใดๆ ของ อบจ. จะต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ตามที่ พ.ร.บ. องค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องบัญญัติไว้ แม้มาตรา ๕๐ จะได้บัญญัติให้ อบจ. สามารถดำเนินกิจการเกี่ยวกับการพาณิชย์ได้ แต่การดำเนินกิจการนั้นต้องเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของ อบจ. ตามที่กฎหมายกำหนดด้วย เมื่อปรากฏว่าใน พ.ร.บ. องค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้ อบจ. มีอำนาจหน้าที่ในการลงทุนจัดตั้งและบริหารจัดการสถานีบริการก๊าซธรรมชาติ ทั้งไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้ อบจ. มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำสาธารณูปโภคได้ ต่างจากกฎหมายจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น อบจ. จึงไม่สามารถลงทุนจัดตั้งและบริหารจัดการสถานีบริการก๊าซธรรมชาติ

(๙) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดนนทบุรีในการดำเนินโครงการส่งเสริมการตลาด การท่องเที่ยวเชิงเกษตรและส่งเสริมกลุ่มอาชีพ (เรื่องเสร็จที่ ๑๑๗๗/๒๕๕๘)

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) วินิจฉัยโดยสรุปว่า แม้ว่ามาตรา ๔๕ (๘) แห่ง พ.ร.บ. องค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ ประกอบกับ (๑๖) และ (๑๗) แห่งกฎกระทรวง (พ.ศ. ๒๕๔๑) ออกตามความใน พ.ร.บ. ดังกล่าว จะบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของ อบจ. ในอันที่จะส่งเสริมการท่องเที่ยว และส่งเสริมและแก้ไขปัญหาการประกอบอาชีพ แต่การดำเนินการดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็นการส่งเสริม มิใช่เป็นการเข้าไปดำเนินกิจการนั้น ๆ เสียเอง เมื่อ อบจ. นนทบุรี ได้ดำเนินโครงการโดยจัดกิจกรรมล่องเรือไหว้พระ ๙ วัดรอบเกาะเกร็ด และได้จ้างเรือให้รับผู้โดยสารจากจุดลงทะเบียนล่องเรือไปรอบเกาะเกร็ดโดยประชาชนไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเดินทางดังกล่าว ซึ่งมีใช่เป็นเพียงการอำนวยความสะดวกให้กับประชาชนในการเข้าถึงแหล่งท่องเที่ยว หากแต่มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการนำเที่ยวเสียเอง ทั้งที่มีผู้ประกอบการเอกชนให้บริการเรือเพื่อเข้าถึงแหล่งท่องเที่ยวบริเวณรอบเกาะเกร็ดอยู่แล้ว หาก อบจ. จะอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน ก็อาจประสานงานกับเอกชนที่ให้บริการเรือโดยสารในบริเวณใกล้เคียงให้มารับนักท่องเที่ยวไปตามจุดหมายที่มีการส่งเสริม โดยอาจตกลงกับผู้ให้บริการให้เรียกเก็บค่าโดยสารในอัตราที่สมเหตุสมผล ก็ย่อมกระทำได้ การดำเนินการของ อบจ. นนทบุรีที่จัดหาเรือรับส่งประชาชนไปยังจุดท่องเที่ยวโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายจึงอาจเป็นการ

ตัดทางทำมาหาได้ของผู้ประกอบอาชีพดังกล่าวอยู่ และอาจเป็นการขัดต่อประเพณีการปกครองที่ห้ามมิให้รัฐกระทำการค้าขายแข่งขันกับเอกชน

(๑๐) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเรียกเก็บค่าเช่าช่องจำหน่ายตั๋วโดยสารภายในอาคารสถานีขนส่งผู้โดยสารของเทศบาลนครลำปาง (เรื่องเสร็จที่ ๔๒๘/๒๕๖๒)

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) วินิจฉัยโดยสรุปว่า โดยที่กรมการขนส่งทางบกได้มีการถ่ายโอนภารกิจด้านการบริหารจัดการสถานีขนส่งผู้โดยสารบางส่วนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และข้อ ๔ แห่งระเบียบกรมการขนส่งทางบก ว่าด้วยการบริหารและดำเนินกิจการสถานีขนส่งผู้โดยสารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องปฏิบัติตาม พ.ร.บ. การขนส่งทางบกฯ และต้องดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบประกาศ คำสั่ง ที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการสถานีขนส่งผู้โดยสาร ไม่ว่าจะออกโดยกรมการขนส่งทางบกหรือหน่วยงานอื่น แต่ปรากฏว่า พ.ร.บ. การขนส่งทางบกฯ และกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องมิได้มีบทบัญญัติใดกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจในการจัดเก็บรายได้ประเภทใดได้บ้างสำหรับการดำเนินกิจการสถานีขนส่งผู้โดยสาร ดังนั้น หากเทศบาลนครลำปางประสงค์จะจัดเก็บค่าเช่าช่องจำหน่ายตั๋วโดยสารภายในอาคารสถานีขนส่งผู้โดยสารจังหวัดลำปางจากผู้ประกอบการขนส่งและให้ตกเป็นรายได้จากทรัพย์สินของเทศบาล โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๖๖ (๓) แห่ง พ.ร.บ. เทศบาลฯ ประกอบกับระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจัดหาประโยชน์ในทรัพย์สินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ เทศบาลนครลำปางย่อมสามารถเรียกเก็บให้เหมาะสมและถูกต้องตามที่กฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกำหนดได้

จากแนวทางตามข้อวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาทั้งหมดสามารถสรุปเป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นได้ ดังต่อไปนี้

(๑) ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดมาตรการกำกับดูแลการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจประเภทใด ๆ ไว้ เช่น กำหนดให้ใช้มาตรการกำกับดูแลแบบบังคับก่อน (*ex-ante regulation*) ว่าจะต้องได้รับใบอนุญาต ได้รับการขึ้นทะเบียน หรือมีการแจ้งก่อนการดำเนินการประกอบกิจการ และกฎหมายเฉพาะดังกล่าวไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรการที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรการที่กฎหมายเฉพาะกำหนดด้วย เช่น จะต้องเป็นผู้ได้รับใบอนุญาต ได้รับการขึ้นทะเบียน หรือได้รับใบรับแจ้งเป็นหลักฐาน จากองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจให้เป็นไปตามตามที่กฎหมายกำหนดก่อนดำเนินการด้วย เฉกเช่นเดียวกันกับที่เอกชนผู้ประสงค์ที่จะประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจประเภทที่กฎหมายกำหนดมาตรการกำกับดูแลการประกอบกิจการประเภทดังกล่าวนั้นจะต้องปฏิบัติ

(๒) หน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจ (กล่าวคือ เป็นการให้บริการโดยมีการเรียกเก็บค่าตอบแทนในลักษณะของทำการค้าหากำไร) นั้น จะต้องสอดคล้องกับข้อห้ามมิให้รัฐประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๕ วรรคสอง ตลอดจนหลักในการกำหนดหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบในการจัดทำบริการสาธารณะให้เป็นไปตามกฎหมาย ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๕๐ วรรคหนึ่งและวรรคสอง<sup>๒๑</sup> ของรัฐธรรมนูญฯ ด้วย โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วางแนวทางการพิจารณาตลอดมาว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีความสามารถในการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากหน้าที่และอำนาจตามที่ระบุในพระราชบัญญัติที่จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบนั้น ๆ หรือกฎหมายระดับพระราชบัญญัติฉบับอื่น ๆ ที่กำกับดูแลการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ ที่บัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจเป็นการเฉพาะด้วย ไม่ใช่การพิจารณาเพียงแต่กรอบในการกระจายอำนาจทางปกครองในเชิงพื้นที่จากรัฐ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ เท่านั้น (ซึ่งเป็นข้อพิจารณาทำนองเดียวกันกับการพิจารณาวัตถุประสงค์ ตลอดจนหน้าที่และอำนาจของรัฐวิสาหกิจประเภทที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย ซึ่งก็จะมีหน้าที่และอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะได้แต่เฉพาะในประเภทของกิจการที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ เป็นสำคัญ โดยถือว่าเป็นการตรากฎหมายเพื่อให้อำนาจเข้าแทรกแซงการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจโดยการเข้าประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนในกรณีที่จำเป็น ตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๗๕ วรรคสอง<sup>๒๒</sup>)

กล่าวอีกนัยหนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกาได้วางแนวทางการใช้การตีความหน้าที่และอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจ “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ว่าหมายความถึงเฉพาะกรณีที่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภท และ/หรือกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่กำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจเปิดช่องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเข้าเป็นผู้ประกอบ

<sup>๒๑</sup> มาตรา ๒๕๐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจดูแลและจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรมสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน รวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนการจัดการศึกษาให้แก่ประชาชนในท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรมสาธารณะใดที่สมควรให้เป็นหน้าที่และอำนาจโดยเฉพาะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ หรือให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานหลักในการดำเนินการใด ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งต้องสอดคล้องกับรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามวรรคสี่ และกฎหมายดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกลไกและขั้นตอนในการกระจายหน้าที่และอำนาจ ตลอดจนงบประมาณและบุคลากรที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจดังกล่าวของส่วนราชการแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>๒๒</sup> สุภาวณีย์ อมรจิตรสุวรรณ, *หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ*, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๓)

กิจการแข่งขันกับเอกชนได้เท่านั้น ไม่รวมถึงหน้าที่และอำนาจตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่ถือเป็นแต่เพียงบทบัญญัติในการกำหนดกรอบในการกระจายอำนาจที่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกฎหมายเฉพาะที่กำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกันก่อนอีกชั้นหนึ่ง (แต่ทั้งนี้ อาจสามารถนำมาอ้างอิงได้โดยตรงหากเป็นการดำเนินการโดยมิได้เรียกเก็บค่าตอบแทน เช่น ตัวอย่างในเรื่องเสรีจที่ ๕๒๔/๒๕๔๔)

อนึ่ง ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่วางแนวทางการใช้การตีความกรณีที่เป็นบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจอย่างเคร่งครัดประการนี้ จะมีความแตกต่างในบางส่วนจากความเห็นในทางตำราของนักกฎหมายมหาชนในประเทศไทยส่วนใหญ่ที่มักอธิบายว่าพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ ถือเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดหน้าที่และอำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพิ่มเติมจากกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งสามารถอ้างอิงได้โดยตรง<sup>๒๓</sup> ซึ่งก็เป็นแนวความเห็นที่สอดคล้องกับแนวทางอันเป็นสากลในต่างประเทศ ที่จะใช้การอ้างอิงกฎหมายว่าด้วยการกระจายอำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อเป็นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะได้โดยตรงควบคู่ไปกับกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยไม่ต้องรอการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสียก่อน ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในหัวข้อที่ ๔ ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศมีการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจที่ค่อนข้างหลากหลายกว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทย ความไม่ลงรอยในแนวความเห็นทางกฎหมายข้างต้นจึงอาจเป็นสาเหตุหนึ่งของแนวทางการใช้การตีความกฎหมายที่ยังไม่ตรงกันของหน่วยงานของรัฐ เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในกรณีที่มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่และอำนาจบางประการไว้ในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ แต่ยังไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎหมายเฉพาะที่กำกับดูแลการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เป็นเหตุให้ต้องมีการหารือมายังคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อตีความอยู่บ่อยครั้ง

<sup>๒๓</sup> โปรดดู คำอธิบายทางตำราของผู้ทรงคุณวุฒิต่าง ๆ ในหัวข้อเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ เช่น คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงเอกสารการสอน, เอกสารการสอนชุดวิชาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการไทย หน่วยที่ ๑-๗, (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, ๒๕๕๙); ชาญชัย แสงศักดิ์, ข้อควรรู้ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, (วิญญูชน, ๒๕๖๒); นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐, (วิญญูชน, ๒๕๔๓); โกวิท พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย: หลักการและมติใหม่ในอนาคต, พิมพ์ครั้งที่ ๙ (วิญญูชน, ๒๕๕๙); เอกฉัตร วิทยอภิบาลกุล, คำอธิบายกฎหมายการปกครองท้องถิ่น, (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๖๔)

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ตีความไปในทางเคร่งครัดนั้นดูจะมีน้ำหนักที่มากกว่า สำหรับการถือเป็นแนวทางปฏิบัติเพื่อประโยชน์แห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายไทยทั้งระบบ เพราะมีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๕๐ วรรคหนึ่งและวรรคสองที่วางหลักการไว้เพื่อแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติเนื่องจากเหตุผลพิเศษของประเทศไทย อย่างเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ แม้รัฐธรรมนูญฯ จะกำหนดขอบเขตในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มีความหมายอย่างกว้าง ครอบคลุมการจัดทำบริการสาธารณะทั่วไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ไม่ว่าจะให้บริการสาธารณะที่มุ่งเน้นการหารายได้หรือไม่มุ่งเน้นการหารายได้ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญฯ ก็ได้เน้นย้ำว่าสำหรับบริการสาธารณะเรื่องใดที่กำหนดในกฎหมายเป็นการเฉพาะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ กฎหมายดังกล่าวนั้นจะต้องคำนึงถึงรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประกอบด้วยเป็นสำคัญ ทั้งนี้ เจตนารมณ์ของบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ ข้างต้นเกิดจากข้อเท็จจริงว่าปัจจุบันได้มีการกระจายบริการสาธารณะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการโดยไม่คำนึงถึงรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทำให้ประชาชนในท้องถิ่นต้องได้รับผลกระทบจากการจัดทำบริการสาธารณะที่ไม่มีคุณภาพ หรือไม่เพียงพอต่อความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นเอง<sup>๒๔</sup> ซึ่งเป็นการสะท้อนถึงสภาพปัญหาพื้นฐานเฉพาะตัวเกี่ยวกับฐานรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทย ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีประเภท ขนาด รวมถึงสภาพความเป็นเมืองที่แตกต่างกันนั้นจะมีศักยภาพในการหารายได้ที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น การกำหนดภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะในทางเศรษฐกิจแต่เพียงแนวทางกว้าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการกระจายอำนาจนั้น หากสามารถถูกนำมาอ้างอิงเป็นฐานอำนาจโดยตรงโดยไม่สอดคล้องกับรายได้ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดเก็บได้เองจึงย่อมกระทบต่อสถานะทางการคลังของรัฐที่จะต้องรับภาระในการจัดสรรงบประมาณเป็นเงินอุดหนุนให้เพียงพอต่อรายจ่ายที่เกิดขึ้นจากการกำหนดภารกิจที่ขาดความสมดุลกับรายได้<sup>๒๕</sup>

ในการนี้ เมื่อพิจารณาถึงสภาพปัญหาเกี่ยวกับความพร้อมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยในภาพรวมแล้ว สำหรับบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจซึ่งมิใช่ภารกิจลำดับแรกในการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่แล้วเป็นการเบื้องต้น หากยังไม่มีกรอบ

<sup>๒๔</sup> คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐* (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ๒๕๖๒) น. ๔๔๗-๔๔๘

<sup>๒๕</sup> สกนธ์ วรรณวิวัฒนา, *การกระจายอำนาจทางการคลังสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น: แนวคิดและการปฏิบัติกรณีศึกษาประเทศไทย*, (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๖) น. ๑๑๐-๑๑๓



หน้าที่และอำนาจเอาไว้อย่างชัดเจนไว้ทั้งในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น และกฎหมายเฉพาะที่กำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจเลย จึงยังไม่สมควรที่จะใช้การตีความอย่างกว้างโดยอ้างอิงเฉพาะบทบัญญัติในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ ซึ่งเป็นกรอบหน้าที่และอำนาจในการกระจายอำนาจเป็นการทั่ว ๆ ไป มาเป็นฐานอำนาจโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจ โดยปราศจากการทบทวนความเหมาะสมเกี่ยวกับรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบการแก้ไขกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบต่าง ๆ หรือกฎหมายเฉพาะที่กำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจประเภทนั้น ๆ ให้สอดคล้องกันเสียก่อน

## ๖. บทวิเคราะห์ตัวอย่างการปรับใช้กฎหมาย จากข้อเท็จจริงในเรื่องเสร็จที่ ๑๕๓๗/๒๕๖๕

### (๑) ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหา

กรมการขนส่งทางบกมีข้อหาหรือปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา<sup>๒๖</sup> สรุปความได้ว่า โดยที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเส้นทางสำหรับการขนส่งประจำทางด้วยรถโดยสารบางเส้นทางที่คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางกำหนดเพื่ออำนวยความสะดวกในการเดินทางให้แก่ประชาชน ไม่มีผู้ประกอบการประสงค์จะจัดการเดินรถ เนื่องจากดำเนินการแล้วไม่ได้ผลกำไร ไม่คุ้มค่ากับการลงทุน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบางแห่งจึงมีความประสงค์ที่จะพัฒนาระบบการขนส่งด้วยรถโดยสารสาธารณะภายในเขตพื้นที่ของตน และประสงค์จะยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง เพื่อจัดการเดินรถโดยสารประจำทางภายในเขตพื้นที่ของตน

อย่างไรก็ดี การประกอบการขนส่งประจำทางประเภทที่มีการเรียกเก็บค่าตอบแทนนั้นเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจประเภทที่มีกฎหมายกำหนดมาตรการกำกับดูแลผ่านระบบอนุญาต ซึ่งหลักเกณฑ์และวิธีการในการยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง ตามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบการขนส่งประจำทาง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน โดยการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และกฎกระทรวง ฉบับที่ ๔ (พ.ศ. ๒๕๒๔) ออกตามความในพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ ๖๓ (พ.ศ. ๒๕๖๔) ออกตามความในพระราชบัญญัติการขนส่ง

<sup>๒๖</sup> หนังสือกรมการขนส่งทางบก ที่ คค ๐๔๐๘.๓/๑๓๓๔๒ ลงวันที่ ๑๖ กันยายน ๒๕๖๕ เรื่อง ขอรื้อกรณี องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่ง ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ กำหนดให้ผู้ประสงค์จะประกอบการขนส่งประจำทาง ต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามแบบของกรมการขนส่งทางบก แต่หลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กำหนดในกฎกระทรวงก็ยังคงเปิดช่องให้แต่เพียงบุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคลประเภทที่มีวัตถุประสงค์หรือหน้าที่และอำนาจทางกฎหมายเพื่อการประกอบกิจการในเชิงพาณิชย์โดยตรงเท่านั้น ที่จะมีคุณสมบัติ สามารถเป็นผู้มีสิทธิเริ่มการพิจารณาออกใบอนุญาตโดยการยื่นคำขอรับใบอนุญาตพร้อมทั้งเอกสารและหลักฐานที่เกี่ยวข้องได้ กล่าวคือ เฉพาะบุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด (หมายความรวมถึงรัฐวิสาหกิจที่เป็นนิติบุคคลเอกชน จัดตั้งขึ้นในรูปแบบบริษัทที่จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕) สหกรณ์ และองค์การของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล (หมายความถึงรัฐวิสาหกิจที่เป็นนิติบุคคลมหาชน จัดตั้งขึ้นตามพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. ๒๔๙๖) และองค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ๆ (หมายความถึงรัฐวิสาหกิจที่เป็นนิติบุคคลมหาชน จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นการเฉพาะ)<sup>๒๗</sup> กรณีจึงมีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง เพื่อจัดการเดินรถโดยสารประจำทางภายในเขตพื้นที่ของตนได้หรือไม่ อย่างไร และหากองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้ จะต้องดำเนินการอย่างไร เพื่อให้้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินการดังกล่าวได้

## (๒) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขในความเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการขนส่งประจำทาง เพื่อเริ่มต้นการพิจารณาออกใบอนุญาต

ในทางตำรา<sup>๒๘</sup> ระบบการอนุญาต (authorization system) เป็นหนึ่งในวิธีการกำกับดูแลการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐ ในลักษณะที่รัฐตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ โดยกำหนดให้ผู้ที่จะประสงค์จะประกอบกิจการประเภทที่ถูกต้องกำกับดูแลจะสามารถประกอบกิจการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อได้รับการอนุญาตจากองค์กรฝ่ายปกครอง

<sup>๒๗</sup> สำนักงาน กพร., *หลักการจำแนกประเภทหน่วยงานของรัฐในกำกับของฝ่ายบริหาร*, พิมพ์ครั้งที่ ๔ (สำนักงาน กพร., ๒๕๕๘) น. ๗-๘

<sup>๒๘</sup> สรุปลงมาจาก Thomas A. Lambert, *How to Regulate: A Guide for Policy Maker*, (Cambridge University Press, 2017); Robert Baldwin et al, *Understanding Regulation: Theory Strategy and Practice*, 2nd edition, (Oxford University Press, 2012); Bronwen Morgan and Karen Yeung, *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*, (Cambridge University Press, 2007); คณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย, *รายงานการศึกษา เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศ*, (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๕๖๐)

ผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตแล้วเสียก่อนเท่านั้น (ในที่นี้คือนายทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบก) มิเช่นนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบในทางรูปแบบสำหรับการฝ่าฝืนดำเนินกิจการโดยไม่ได้รับอนุญาต แม้ว่าในทางปฏิบัติผู้ฝ่าฝืนประกอบกิจการไปก่อนอาจจะยังมิได้กระทำความผิดประการใดในทางเนื้อหาเกี่ยวกับข้อปฏิบัติในการประกอบกิจการก็ตาม<sup>๒๙</sup> การกำกับดูแลในรูปแบบนี้ กฎหมายจะกำหนดหน้าที่และอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองผู้กำกับดูแลในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อออกใบอนุญาต (license; permit) ซึ่งการพิจารณาทางปกครอง (Administrative Decision-Making) เพื่อออกใบอนุญาตจะเริ่มต้นขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ “ปรากฏข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขในการริเริ่มการพิจารณาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด” กล่าวคือ “ผู้มีคุณสมบัติในการขอรับใบอนุญาต ยื่นคำขอรับใบอนุญาตพร้อมด้วยเอกสารหลักฐานถูกต้องครบถ้วนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายฉบับนั้น ๆ กำหนด” เสียก่อน กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตไม่มีอำนาจดุลพินิจ (discretion power) ที่จะริเริ่มการพิจารณาเพื่อออกใบอนุญาตเอง โดยปราศจากการยื่นคำขอรับใบอนุญาตที่ต้องครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดได้

ระบบอนุญาตเป็นมาตรการกำกับดูแลการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เข้มข้นที่สุด เนื่องจากมีลักษณะของการสั่งการเพื่อให้ความยินยอมให้ดำเนินกิจกรรมที่อาจมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ จึงมักมีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการที่เข้มข้น เช่น อาจมีการกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญ หรือสถานะทางการเงินที่มั่นคง และกฎหมายอาจกำหนดให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตมีอำนาจดุลพินิจที่จะพิจารณาความเหมาะสมของการที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาต หรือกำหนดเงื่อนไขประกอบคำสั่งตามความเหมาะสม ซึ่งในทางปฏิบัติ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๖) ได้เคยมีข้อวินิจฉัยเกี่ยวกับการพิจารณาเพื่อออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง ยืนยันถึงอำนาจดุลพินิจในการพิจารณาออกใบอนุญาตไว้ ในบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง คุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง ตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ (กรณีสหกรณ์เดินรถกำแพงเพชรยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางเส้นทางสายที่ ๖๔๒ กำแพงเพชร-ตาก) (เรื่องเสร็จที่ ๓๘๐/๒๕๓๐) โดยสรุปว่า การพิจารณาคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางนั้น ย่อมต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบกได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ว่ากรณีใดบ้างที่กฎหมายนี้กำหนดให้เป็นคุณสมบัติซึ่งผู้ที่จะมีสิทธิยื่นคำขอรับใบอนุญาตได้จะต้องมีให้ครบถ้วนเสียก่อน ฉะนั้น หากกรณีใดที่กฎหมายนี้

<sup>๒๙</sup> ในกรณีตามข้อหาหรือ คือ การกำหนดความรับผิดชอบสำหรับการประกอบกิจการโดยไม่ได้รับใบอนุญาตไว้ ตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๑๒๖ ซึ่งบัญญัติว่า ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๓ วรรคหนึ่ง มาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง มาตรา ๖๕ วรรคหนึ่ง หรือมาตรา ๗๔ วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นคุณสมบัติในการยื่นคำขอรับใบอนุญาตด้วย ย่อมไม่อาจนำกรณีนั้นมากล่าวอ้างว่าผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตขาดคุณสมบัติได้ เมื่อมาตรา ๒๔ แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบกฯ ได้บัญญัติคุณสมบัติไว้กรณีเดียว คือ ต้องมีสัญชาติไทย และในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดจะต้องมีการจดทะเบียนตามกฎหมายไทย ฯลฯ ประกอบกับแม้ว่าในมาตรา ๒๓ จะบัญญัติไว้ด้วยว่า ผู้ใดจะประกอบการขนส่งประจำทางได้จะต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน โดยหลักเกณฑ์วิธีการในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามกฎกระทรวงก็ตาม แต่กฎกระทรวง ฉบับที่ ๔ (พ.ศ.๒๕๒๔)ฯ ข้อ ๑ (๕) ก็ได้กำหนดไว้แต่เพียงว่าสหกรณ์ที่ประสงค์จะขออนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางต้องยื่นเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องตามรายการที่ระบุไว้เสนอมาร่วมกับคำขอรับใบอนุญาตฯ ด้วย โดยมีได้กำหนดรายละเอียดอื่นใดที่สหกรณ์จะต้องปฏิบัติหรือต้องมีคุณสมบัติในเรื่องใดเป็นพิเศษไว้อีก ฉะนั้น ตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบกฯ นี้จึงไม่ปรากฏว่า ได้กำหนดให้วัตถุประสงค์ของสหกรณ์เป็นคุณสมบัติประการหนึ่งในอันที่จะถือเป็นข้อจำกัดสิทธิในการยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางด้วยแต่อย่างใด จึงไม่อาจนำวัตถุประสงค์ของสหกรณ์นั้นมากล่าวอ้างปฏิเสธตั้งแต่ในชั้นการยื่นคำขอรับใบอนุญาตว่าเป็นผู้ไม่มีคุณสมบัติได้ กรณีเช่นนี้แตกต่างจากการพิจารณาในชั้นการออกใบอนุญาตให้ผู้ยื่นคำขอเป็นผู้ประกอบการขนส่งประจำทาง ซึ่งในชั้นนั้นนายทะเบียนสามารถใช้ดุลพินิจได้ตามสมควร โดยอาจจำเป็นต้องคำนึงถึงความสามารถในการดำเนินกิจการตามที่จะได้รับใบอนุญาตต่อไปด้วยว่า ผู้ยื่นคำขอนั้นจะกระทำได้เพียงใดหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาถึงขอบเขตวัตถุประสงค์ของสหกรณ์นั้นโดยตรงได้

ดังนั้น การพิจารณาคุณสมบัติของผู้มีสิทธิยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางนั้น ในชั้นแรกย่อมต้องเป็นไปตามที่กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบกได้บัญญัติไว้ อันประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๒๓<sup>๓๐</sup> และมาตรา ๒๔<sup>๓๑</sup> ประกอบกับหลักเกณฑ์และวิธีการในรายละเอียดที่กำหนดไว้ตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๔ (พ.ศ. ๒๕๒๔) ออกตามความในพระราชบัญญัติการขนส่ง

<sup>๓๐</sup> มาตรา ๒๓ ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบการขนส่งประจำทาง การขนส่งไม่ประจำทาง การขนส่งโดยรถยนต์เล็ก หรือการขนส่งส่วนบุคคล เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

การขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

<sup>๓๑</sup> มาตรา ๒๔ ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง การขนส่งไม่ประจำทางและการขนส่งโดยรถยนต์เล็ก ต้องมีสัญชาติไทย

ในกรณีที่ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้นต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทยและมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในราชอาณาจักรไทย และ

ทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งข้อ ๑ (๑) ถึง (๖)<sup>๓๒</sup> ของกฎกระทรวงดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการอันเป็นคุณสมบัติเกี่ยวกับตัวผู้มีสิทธิยื่นคำขอรับใบอนุญาต ประกอบการขนส่งประจำทางไว้แต่เพียงกรณีของบุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด สหกรณ์ และองค์การของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาลหรือตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ๆ เท่านั้น ยังไม่มีข้อกำหนดที่เปิดช่องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอรับใบอนุญาต เพื่อริเริ่มการพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบการขนส่ง ประจำทางได้ ในการนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงไม่สามารถยื่นคำขอรับใบอนุญาต ประกอบการขนส่งประจำทาง เพื่อจัดการเดินรถโดยสารประจำทางภายในเขตพื้นที่ของตนได้ เว้นแต่จะได้แก้ไขเพิ่มเติมสาระของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๔๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ให้ครอบคลุม ถึงกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง ตามแบบของกรมการขนส่งทางบก พร้อมด้วยแผนการดำเนินการในการประกอบการขนส่ง และเอกสารและหลักฐานที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ เพื่อให้นายทะเบียนสามารถริเริ่มการ พิจารณาเพื่อออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางได้ เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎกระทรวง กำหนดแล้ว

<sup>๓๒</sup> ข้อ ๑ ผู้ใดประสงค์จะประกอบการขนส่งประจำทาง การขนส่งไม่ประจำทางหรือการขนส่งโดยรถขนาดเล็ก ให้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามแบบของกรมการขนส่งทางบก พร้อมด้วยแผนการดำเนินการในการประกอบการขนส่ง และเอกสารและหลักฐาน ดังต่อไปนี้

(๑) บุคคลธรรมดา

ฯลฯ

ฯลฯ

(๒) ห้างหุ้นส่วนสามัญ

ฯลฯ

ฯลฯ

(๓) ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด

ฯลฯ

ฯลฯ

(๔) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด

ฯลฯ

ฯลฯ

(๕) สหกรณ์

ฯลฯ

ฯลฯ

(๖) องค์การของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาลหรือตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ๆ

ฯลฯ

ฯลฯ

ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าในบริบทของกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบกนั้น หน่วยงานทางปกครองประเภทองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีได้เป็นผู้ต้องห้ามอย่างชัดเจนมิให้เป็นผู้ยื่นคำขอขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการขนส่งประจำทางตามกฎหมาย แต่เมื่อยังไม่มีกรอบกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในรายละเอียดเพื่อกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีคุณสมบัติเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอรับใบอนุญาตได้ การพิจารณาเพื่อออกใบอนุญาตก็อาจเริ่มได้ เนื่องจากมิได้มีคำขอจากผู้มีสิทธิยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎกระทรวงกำหนด เว้นเสียแต่จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กำหนดในกฎกระทรวงให้ครอบคลุมถึงกรณีให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตเสียก่อน

### (๓) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจตามขอวัตถุประสงค์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในชั้นการทำคำสั่งออกใบอนุญาต

ในทางตำรา มีความเห็นว่าการขนส่งมวลชนสาธารณะในเขตท้องถิ่นนั้นเป็นหนึ่งในบริการสาธารณะที่เป็นกิจการไม่สลบซับซ้อนและมีได้มีเทคนิคมาก ทั้งยังใช้งบประมาณในการดำเนินการไม่มากนัก และมักเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของประชาชน ซึ่งหากได้พนักงานท้องถิ่นที่รู้ถึงสภาพท้องถิ่นนั้น ๆ เป็นผู้จัดทำ ก็จะมีประสิทธิภาพมากกว่าให้รัฐซึ่งเป็นผู้วางนโยบายดำเนินการเอง จึงเป็นประเภทของบริการสาธารณะที่กฎหมายสามารถบัญญัติกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการในเขตพื้นที่ของตนได้<sup>๓๓</sup> ทั้งเมื่อได้พิจารณาเปรียบเทียบกับตัวอย่างบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศจัดทำ ซึ่งได้นำเสนอแล้วในหัวข้อที่ ๔ รวมตลอดจนบทบัญญัติในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒

<sup>๓๓</sup> Arne Beck, *Competition for Public Transport Services: Institutional Framework and Empirical Evidence of Bus Services in Germany* (Physica-Verlag, 2012) p. 21-22, 38; M.E. Beesley, *Economic Criteria for the Maintenance, Modification or Creation of Public Urban and Suburban Transport Services* (OECD Economic Research Centre, 1973) p. 32, 58; สมคิด เลิศไพฑูรย์, *กฎหมายการปกครองท้องถิ่น*, (กรุงเทพฯ: เอ็กสเปอร์เน็ท, ๒๕๕๐) น. ๕๐-๕๑

มาตรา ๑๖ (๒๖)<sup>๓๔</sup> ประกอบกับมาตรา ๑๗ (๒๑)<sup>๓๕</sup> และมาตรา ๑๘<sup>๓๖</sup> ก็จะทำให้เห็นว่ามีการกำหนดกรอบในการกระจายอำนาจทางปกครองในเชิงพื้นที่จากรัฐ เพื่อถ่ายโอนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอาไว้ได้อย่างสอดคล้องกันกับความเห็นในทางตำราและแนวทางสากลดังกล่าวแล้ว

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกรณีตามข้อหาหรือเป็นประเด็นซึ่งเกี่ยวข้องข้อกับหน้าที่และอำนาจในการประกอบกรณสงประจําทาง ซึ่งตามบทนิยามมาตรา ๔ (๒) ของพระราชบัญญัติการสงสงทางบกฯ หมายความว่า “การสงสงเพื่อสงสงตามสงสงทางที่คณะกรรมการกำหนด” อันเป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสงสงหารายได้<sup>๓๗</sup> โดยหน่วยงานผู้ทำภารกิจมีการเรียกค่าตอบแทนการให้บริการต่อผู้ให้บริการจากการที่ผู้นั้นได้รับประโยชน์หรือความสะดวกสบายเป็นพิเศษเฉพาะตนตามสัดส่วนจากการใช้บริการ หรือที่เรียกว่าการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจ ที่โดยปกติแล้วรัฐจะเลือกใช้วิธีการกระจายอำนาจทางปกครองในเชิงกิจการจากรัฐ เพื่อถ่ายโอนอำนาจให้แก่หน่วยงานของรัฐประเภทรัฐวิสาหกิจซึ่งมีวัตถุประสงค์ หน้าที่และอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะกึ่งการดำเนินธุรกิจ เช่นเดียวกับภาคเอกชน มีการจัดโครงสร้างองค์กร ตลอดจนลักษณะของการประกอบกิจการ

<sup>๓๔</sup> มาตรา ๑๖ ให้เทศบาล เมืองพัทยา และองค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเองดังนี้

๑.ล๑ ๑.ล๑

(๒๖) การสงสงและการวิศวกรรมจราจร

๑.ล๑ ๑.ล๑

<sup>๓๕</sup> มาตรา ๑๗ ภายใต้งบับมาตรา ๑๖ ให้้องการบริหารสงสงจังหวัดมีอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเอง ดังนี้

๑.ล๑ ๑.ล๑

(๒๑) การสงสงมวลชนและการวิศวกรรมจราจร

๑.ล๑ ๑.ล๑

<sup>๓๖</sup> มาตรา ๑๘ ให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเองตามมาตรา ๑๖ และมาตรา ๑๗

<sup>๓๗</sup> อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า ในทางตรงกันข้าม หากเป็นการจัดทำบริการสงสงมวลชนสาธารณะโดยไม่คิดค่าตอบแทนเพื่อประโยชน์ของท้องถิ่นโดยแท้ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงที่ชัดเจนว่าเป็นสงสงทางที่ไม่มีผู้ประกอบกรณที่ประสงค์จะจัดการเดินรถเลย ทั้งผู้ประกอบกรณภาคเอกชนและรัฐวิสาหกิจที่มีหน้าที่และอำนาจโดยตรงตามกฎหมายจัดตั้ง ้องกรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถดำเนินการได้ทันที โดยอ้างอิงบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่้องกรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ มาตรา ๑๖ (๒๖) ประกอบกับมาตรา ๑๗ (๒๑) มาตรา ๑๘ และตัวอย่างการตีความในเรื่องเสรีที่ ๕๒๔/๒๕๔๔ เป็นฐานอำนาจได้โดยตรง ทั้งไม่จำเป็นต้องมาขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการตามข้อหาเรื่องนี้ตั้งแต่ต้น เพราะไม่ต้องด้วยบทนิยามคำว่า “การประกอบกรณสงสงประจําทาง”

ที่ผ่อนคลายจากกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของทางราชการ ก่อนวิธีการกระจายอำนาจทางปกครองในเชิงพื้นที่ให้แก่หน่วยงานของรัฐประเภทองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่จะมียัตถุประสงค์หลักเน้นหนักไปที่การจัดทำบริการสาธารณะทางปกครองเพื่อสนองความต้องการของประชาชนในเขตท้องถิ่นนั้นเองมากกว่าวัตถุประสงค์ในการแสวงหารายได้<sup>๓๘</sup> และซึ่งในระบบกฎหมายไทยก็ได้มีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเพื่อประกอบการขนส่งเพื่อสินจ้างอยู่แล้วถึงสองแห่ง ที่มีความสามารถในการประกอบกิจการโดยสอดคล้องกับกรอบวัตถุประสงค์ตลอดจนหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายโดยตรง กล่าวคือ (๑) บริษัท ขนส่ง จำกัด (บขส.) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามข้อ ๑ (๔) ของกฎกระทรวงฯ และ (๒) องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) จัดตั้งขึ้นตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ พ.ศ. ๒๕๑๙ ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์การของรัฐบาลฯ เป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามข้อ ๑ (๖) ของกฎกระทรวงฯ

โดยที่ข้อ ๓/๑<sup>๓๙</sup> แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ ๔๖ และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในชั้นการพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง ให้นายทะเบียนต้องพิจารณาถึงความเป็นผู้มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด การยื่นคำขอพร้อมเอกสารและหลักฐานที่ครบถ้วนถูกต้อง ความเหมาะสมของแผนการดำเนินการในการประกอบการขนส่ง ตลอดจนความสามารถในการดำเนินการตามแผนดังกล่าวของผู้ขอรับใบอนุญาต ดังนั้น แม้ว่าจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงตามข้อพิจารณาในประเด็นแรกแล้ว สำหรับการพิจารณาในชั้นการออกใบอนุญาต มีความจำเป็นที่นายทะเบียนจะต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ หน้าที่และอำนาจ ตลอดจนรายได้ของหน่วยงานทางปกครองที่จะเข้ามาขอรับใบอนุญาตในพื้นที่หนึ่ง ๆ เสียก่อนด้วย ด้วยเหตุนี้ หากนำหลักการตามทฤษฎีทางเลือกสาธารณะมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินใจออกใบอนุญาต ในข้อเท็จจริงซึ่งเป็นกรณีที่มีทั้งรัฐวิสาหกิจ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ที่มีความประสงค์จะขอรับใบอนุญาตประกอบ

<sup>๓๘</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๐) น. ๑๔๙-๑๕๑

<sup>๓๙</sup> ข้อ ๓/๑ ในการพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบการขนส่ง หากนายทะเบียนเห็นว่าผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด และได้ยื่นคำขอพร้อมเอกสารและหลักฐานครบถ้วนถูกต้อง รวมทั้งแผนการดำเนินการในการประกอบการขนส่งมีความเหมาะสม และผู้ขอรับใบอนุญาตมีความสามารถในการดำเนินการตามแผนดังกล่าวได้ให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) ในกรณีการขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง ให้นายทะเบียนจัดทำความเห็นและเงื่อนไขในใบอนุญาตเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณา หากคณะกรรมการพิจารณาอนุมัติการออกใบอนุญาตและเงื่อนไขในใบอนุญาตแล้ว ให้นายทะเบียนกำหนดเงื่อนไขไว้ในใบอนุญาตและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอรับใบอนุญาตนั้น



กิจการในพื้นที่เดียวกัน ในเบื้องต้นจึงสมควรที่จะออกใบอนุญาตให้แก่รัฐวิสาหกิจที่มีหน้าที่และอำนาจโดยตรงและมีความพร้อมในการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจมากกว่าเสียก่อน เพื่อประสิทธิภาพสูงสุดและลดความซ้ำซ้อนของหน่วยงานของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทเดียวกันในพื้นที่เดียวกันต่อไป

แต่ทั้งนี้ หากกรณีตามข้อหาหรือปรากฏข้อเท็จจริงที่ชัดเจนว่าเป็นเส้นทางที่ไม่มีผู้ประกอบการที่ประสงค์จะจัดการเดินรถเลย ทั้งผู้ประกอบการภาคเอกชนและรัฐวิสาหกิจที่มีหน้าที่และอำนาจโดยตรงตามกฎหมายจัดตั้ง ก็อาจถือได้ว่ากรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่รัฐจะเข้าแทรกแซงเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยถ่ายโอนอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามาดำเนินการเป็นการเพิ่มเติม แต่กระนั้น เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นนิติบุคคลมหาชนที่จัดตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย มีวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และกฎหมายนั้นกำหนดขอบข่ายการดำเนินงานไว้ด้วยเหตุนี้ ลำพังเพียงเจตนาดีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มุ่งให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ แต่เพียงอย่างเดียวนั้นไม่ก่อให้เกิดอำนาจดำเนินการแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้<sup>๔๐</sup> การดำเนินการเพื่อแทรกแซงเสรีภาพในการประกอบกิจการจึงมีความจำเป็นต้องอาศัยฐานอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนด้วย จึงจะเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๔๐ วรรคสอง ประกอบกับมาตรา ๗๕ วรรคหนึ่งและวรรคสอง และมาตรา ๒๕๐ วรรคหนึ่งและวรรคสอง ซึ่งเมื่อพิจารณาจากสาระในตัวพระราชบัญญัติการขนส่งทางบกฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำกับดูแลการประกอบกิจการตามข้อหาหรือ ยังมีได้บัญญัติให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงมีความจำเป็นที่นายทะเบียนจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ ตลอดจนหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบด้วยว่าจะสามารถออกใบอนุญาตให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบได้หรือไม่

ในการนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบฐานอำนาจตามที่กำหนดในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระบบกฎหมายไทย ประกอบด้วย พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖<sup>๔๑</sup> พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗<sup>๔๒</sup> พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๕๔๐<sup>๔๓</sup> พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ

<sup>๔๐</sup> มีชัย ฤชุพันธุ์, *คำบรรยายวิชากฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน*, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๒๔), น. ๑-๒

<sup>๔๑</sup> มาตรา ๕๐ ถึง มาตรา ๕๗

<sup>๔๒</sup> มาตรา ๖๖ ถึงมาตรา ๖๘

<sup>๔๓</sup> มาตรา ๔๕

เมืองพัทยา พ.ศ. ๒๕๔๐.<sup>๔๔</sup> และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๘ แล้วจะพบว่ามีเพียงพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ มาตรา ๘๙ (๘) ประกอบ (๒๖)<sup>๔๕</sup> เท่านั้น ที่กำหนดหน้าที่และอำนาจของ กทม. ในการประกอบกิจการขนส่งในเขตพื้นที่ของ กทม. ในเชิงพาณิชย์เอาไว้อย่างชัดเจน ขณะที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับอื่น ๆ จะมิได้มีการกำหนดหน้าที่และอำนาจในการประกอบกิจการขนส่งในเชิงพาณิชย์เอาไว้ ด้วยเหตุนี้ หากปรับใช้แนวทางตามข้อวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา กับข้อเท็จจริงตามข้อหาหรือจึงเห็นได้ว่ามีเพียง กทม. ที่มีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งที่สามารถประกอบกิจการขนส่งสาธารณะเพื่อสินจ้างซึ่งจะต้องได้รับใบอนุญาตได้ สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่น ๆ คือ เทศบาล อบต. อบจ. และเมืองพัทยา นั้น นอกจากจะต้องมีการแก้ไขหลักเกณฑ์ในกฎกระทรวงฉบับที่ ๔ฯ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ให้รองรับการเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอรับใบอนุญาตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว ยังมีความจำเป็นต้องมีการแก้ไขหน้าที่และอำนาจที่กำหนดในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ ให้ครอบคลุมถึงการประกอบกิจการขนส่งในเชิงพาณิชย์ในเขตพื้นที่ของแต่ละองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้สามารถเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตในชั้นการพิจารณาออกใบอนุญาตของนายทะเบียน ภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๔๐ วรรคสอง มาตรา ๗๕ วรรคหนึ่งและวรรคสอง ประกอบมาตรา ๒๕๐ วรรคหนึ่งและวรรคสอง อีกด้วย

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ศึกษาวิเคราะห์ข้อความคิดในทางตำราเกี่ยวกับบริการสาธารณะในทางเศรษฐกิจ ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรม ทฤษฎีทางเลือกสาธารณะ ตัวอย่างบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจที่จัดทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศ แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนตัวอย่างในทางปฏิบัติจากข้อหาหรือในเรื่องเสร็จที่ ๑๕๗๓/๒๕๖๕ เห็นได้ว่าภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนของประเทศไทยนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแม้จะถูกจัดเป็นหน่วยงานทางปกครองตามหลักการกระจายอำนาจในเชิงพื้นที่

<sup>๔๔</sup> มาตรา ๖๒

<sup>๔๕</sup> มาตรา ๘๙ ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอื่น ให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการในเขตกรุงเทพมหานครในเรื่องดังต่อไปนี้

๑ล๑

๑ล๑

(๘) การขนส่ง

๑ล๑

๑ล๑

(๒๖) การพาณิชย์ของกรุงเทพมหานคร

๑ล๑

๑ล๑

มิใช่หน่วยงานทางปกครองตามหลักการกระจายอำนาจในเชิงกิจการดังเช่นกรณีของรัฐวิสาหกิจ แต่ก็มีได้ถือเป็นข้อต้องห้ามเป็นการเด็ดขาดมิให้สามารถดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อสนองตอบต่อประโยชน์สาธารณะของประชาชนในท้องถิ่นอย่างใด ๆ ได้เลย เพียงแต่ด้วยเหตุผลความจำเป็นเกี่ยวกับวัตถุประสงค์เบื้องต้นของการกระจายอำนาจ ประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจที่มีข้อจำกัด ตลอดจนความสามารถในการจัดหารายได้และการบริหารงบประมาณที่มีความแตกต่างหลักกันอยู่ค่อนข้างมากสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละแห่งของประเทศไทย ในทางนิตินโยบายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการจำกัดขอบเขตในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจมิให้กว้างขวางจนเกินไป ในการนี้ ผู้เขียนเห็นสมควรมีข้อเสนอแนะถึงแนวทางการพิจารณาหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ว่าจะสามารถเข้าจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจโดยชอบด้วยเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๔๐ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๗๕ วรรคหนึ่งและวรรคสอง และมาตรา ๒๕๐ วรรคหนึ่งและวรรคสอง กำหนดไว้ได้หรือไม่ อย่างไร ตามลำดับดังต่อไปนี้

๑. พิจารณาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเองว่ามีบทบัญญัติที่ให้อำนาจจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจดังกล่าวได้โดยตรงหรือไม่ และ/หรือ

๒. พิจารณาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่วางมาตรการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจแต่ละประเภท ว่าได้บัญญัติให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำกิจกรรมไว้เป็นการเฉพาะ หรือได้เปิดช่องให้สามารถเข้าสู่ตลาดภายใต้เงื่อนไขในการประกอบกิจการเอาไว้เช่นเดียวกับกรณีผู้ประสงค์จะประกอบกิจการภาคเอกชนหรือไม่

ทั้งนี้ หากกฎหมายเฉพาะมีการกำหนดให้ใช้มาตรการกำกับดูแลแบบบังคับกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ระบบอนุมัติ อนุญาต หรือการแจ้ง ก่อนประกอบกิจการ เช่นเดียวกับภาคเอกชน ฝ่ายปกครองผู้ทำหน้าที่เป็นองค์กรกำกับดูแล สมควรพิจารณาใช้ทฤษฎีทางเลือกสาธารณะประกอบการใช้ดุลพินิจเพื่อออกคำสั่งอนุมัติ อนุญาต หรือรับแจ้ง ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ เช่น ข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยุติถึงความจำเป็นที่จะต้องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชนในท้องถิ่น เนื่องจากยังไม่มีเอกชนให้ความสนใจเข้ามาดำเนินการ และจะไม่เกิดความซ้ำซ้อนในเชิงภารกิจกับรัฐวิสาหกิจที่มีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทดังกล่าว โดยตรงอยู่แล้ว เนื่องจากยังไม่มีผลการดำเนินการของรัฐวิสาหกิจในเขตพื้นที่นั้น ๆ จากข้อจำกัดในการให้บริการ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับความพร้อมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำภารกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพเมื่อพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ที่วัดได้ในเชิงตัวเลข อาทิ ขอบเขตพื้นที่รับผิดชอบ จำนวนผู้ใช้บริการในท้องถิ่น สถานะทางการคลัง รายได้และรายจ่ายในการจัดทำภารกิจ และบุคลากรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว มีเหตุผล

ที่เชื่อได้ว่าการยินยอมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการในเขตพื้นที่นั้น ๆ จะมีความเหมาะสมมากกว่า อีกทั้งยังมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดการร่วมลงทุนกับรัฐวิสาหกิจหรือภาคเอกชน และ/หรือ ยังมีช่องว่างในตลาดที่ภาคเอกชนยังสามารถเข้ามาแข่งขันได้ในอนาคต ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการพัฒนาคุณภาพของการให้บริการในอนาคต เป็นรายกรณี ๆ ไป เป็นต้น

๓. หากไม่ปรากฏหน้าที่และอำนาจตามข้อเสนอแนะในข้อ ๑. และ ๒. อย่างชัดเจน จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายและกฎที่เกี่ยวข้อง ให้รองรับหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขในส่วนของกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประเภทนั้น ๆ หรือกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจแต่ละประเภท หรือทั้งสองประการ ซึ่งสมควรมีข้อพิจารณาว่าจะปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อถ่ายโอนอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่ อย่างไร ดังต่อไปนี้

(๑) พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายในการริเริ่มดำเนินการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย ว่าสมควรกำหนดให้มีการแทรกแซงเสรีภาพในการประกอบกิจการของประชาชนเพิ่มเติมจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยถ่ายโอนอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามาดำเนินกิจการประเภทต่าง ๆ แข่งขันกับภาคเอกชน ตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๗๕ วรรคหนึ่งและวรรคสอง และมาตรา ๒๕๐ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง กำหนด หรือไม่ โดยสาระในการแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายสมควรจะต้องมีความสอดคล้องกับกรอบในการกระจายอำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ ตลอดจนแผนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และแผนปฏิบัติการกำหนดขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งได้จัดทำขึ้นตามพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย

(๒) สำหรับหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในรายละเอียดของกฎหมายหรือกฎสำหรับการอนุมัติ อนุญาต หรือให้ความเห็นชอบในการกำกับดูแลทางปกครอง ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบใด ในพื้นที่ใด มีหน้าที่และอำนาจจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจในทางปฏิบัติแต่ละกรณีนั้น เห็นสมควรมีบทบัญญัติเปิดช่องให้ผู้มีอำนาจอนุมัติ อนุญาต หรือให้ความเห็นชอบ ใช้ดุลพินิจตามความเหมาะสมในการจัดทำภารกิจ โดยนำหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีทางเลือกสาธารณะทำนองเดียวกันกับแนวทางตามข้อเสนอแนะข้อ ๒ มาใช้ประกอบการตัดสินใจด้วย เพื่อให้เกิดสภาพบังคับในทางกฎหมายว่าจะต้องมีการใช้ดุลพินิจที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น ยิ่งกว่านั้น เห็นสมควรที่จะต้องมีการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ (Comparative Legal Study) ในรายละเอียด ตลอดจนพิจารณาตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมตามแนวทางที่เป็นสากลจากภารกิจทำนองเดียวกันกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศ ว่ามีการถ่ายโอนอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบใดดำเนินการ ภายใต้หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขอย่างไรบ้าง ทั้งนี้

เพื่อประกันความรอบคอบในการกำหนดภารกิจและการใช้จ่ายงบประมาณของหน่วยงานทางปกครองอีกชั้นหนึ่ง

อนึ่ง เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจได้โดยชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ กฎหมาย และกฎที่เกี่ยวข้องแล้ว สมควรที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะได้คำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๒๕๓ ได้กำหนดกลไกในการตรวจสอบผลการประกอบกิจการโดยยึดโยงกับความพึงพอใจของประชาชนในท้องถิ่นซึ่งเป็นผู้รับบริการเอาไว้ว่า ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สภาท้องถิ่น และผู้บริหารท้องถิ่นเปิดเผยข้อมูลและรายงานผลการดำเนินงานให้ประชาชนทราบ รวมตลอดทั้งมีกลไกให้ประชาชนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมอย่างเคร่งครัดด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประเมินผลสัมฤทธิ์ และทบทวนความเหมาะสมของการจัดทำบริการสาธารณะในทางเศรษฐกิจประเภทนั้น ๆ โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่อไป

---