

หลักการแข่งขันเสรีในมิติของรัฐวิสาหกิจ ภายใต้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2564

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PRINCIPLES OF FREE COMPETITION IN PUBLIC ENTERPRISE DIMENSIONS
UNDER THE PUBLIC ECONOMIC LAWS



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 2021
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	หลักการแข่งขันเสรีในมิติของรัฐวิสาหกิจ ภายใต้กฎหมาย
	มหาชนทางเศรษฐกิจ
โดย	นายภวิษฐ์ศธร ไกยสิทธิ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล)	
.....	กรรมการ
(อาจารย์ ดร.กฤษณ์ วสินนท์)	

CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิชวลัทธิสตร โภยสิทธิ์ : หลักการแข่งขันเสรีในมิติของรัฐวิสาหกิจ ภายใต้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ. (PRINCIPLES OF FREE COMPETITION IN PUBLIC ENTERPRISE DIMENSIONS UNDER THE PUBLIC ECONOMIC LAWS) อ.ที่ปรึกษาหลัก : รศ. ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาหลักการแข่งขันเสรีในมิติของรัฐวิสาหกิจ ภายใต้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ในขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติที่มีลักษณะยึดโยงกับหลักการแข่งขันเสรีโดยตรง และมีการใช้ รัฐวิสาหกิจเป็นเครื่องมือในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐ อันจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันของผู้ประกอบการในภาคเอกชน แต่ทั้งนี้การเข้าไปดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของความเสมอภาคและเท่าเทียมระหว่างภาครัฐกับเอกชน

ผลการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้เริ่มมีการบัญญัติหลักการแข่งขันเสรีไว้อย่างชัดเจน ตั้งแต่ พุทธศักราช 2534 และปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ พุทธศักราช 2550 ไว้เช่นกัน แต่ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้มีการบัญญัติเป็น ลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจนในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย แต่เป็นการบัญญัติไว้อย่างกว้างและโดยอ้อม จึงมีลักษณะเป็นการด้อยค่าในการรับรองหลักการแข่งขันเสรี นอกจากนี้ พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่ง มีความสัมพันธ์โดยตรงกับหลักการแข่งขันเสรี จากพบว่า การกำหนดข้อยกเว้น รัฐวิสาหกิจ ที่ปรากฏในมาตรา 4 (2) ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในส่วนของการกระทำที่ดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี เป็นการ บัญญัติให้มติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจที่จะสามารถเปลี่ยนแปลงหรือลบล้างกฎหมายได้ ประกอบกับมติคณะรัฐมนตรีมี หลากหลายสถานะ และมีความเป็นพลวัตสูง ไม่คงที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามต้นนโยบายทางการเมืองของรัฐบาลในแต่ละ ยุคสมัย จึงทำให้เกิดช่องโหว่ของกฎหมายฉบับนี้ ที่อาจทำให้เป็นช่องทางของนักการเมืองหรือกลุ่มผลประโยชน์ที่มี อิทธิพลทางการเมืองใช้สามารถแสวงหาผลประโยชน์โดยการใช้มติคณะรัฐมนตรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลประโยชน์ใน รัฐวิสาหกิจ โดยมีได้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

ดังนั้น ต้องมีการบัญญัติรับรองหลักการแข่งขันเสรีในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไว้อย่างชัดเจนและ เป็นลายลักษณ์อักษรดังเดิม รวมทั้งปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติที่กำหนดข้อยกเว้นการกระทำของรัฐวิสาหกิจเฉพาะการ ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อเกิดการแข่งขันอย่างเสรีและความเสมอภาคอย่างแท้จริงระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน

สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2564

ลายมือชื่อนิสิต
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6186011934 : MAJOR LAWS

KEYWORD: PRINCIPLE OF FREE COMPETITION, PUBLIC ECONOMIC LAW, STATE ENTERPRISE

Phiwatsathorn Kaiyasit : PRINCIPLES OF FREE COMPETITION IN PUBLIC ENTERPRISE DIMENSIONS UNDER THE PUBLIC ECONOMIC LAWS. Advisor: Assoc. Prof. AUA-AREE ENGCHANIL, Ph.D.

This thesis aims to study the principle of free competition in the dimension of state enterprises under public economic law in the scope related to the Constitution and the Act that are directly linked to the principle of free competition and use state enterprises as a tool for the state's economic activities. This will affect the competition of entrepreneurs in the private sector. However, the state's economic activities must be conducted under the conditions of equality between the public and private sectors.

The study found that the Constitution of the Kingdom of Thailand has clearly stipulated the principle of free competition since the Buddhist era.2534 and appeared in the provisions of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2540 and B.E. 2550 as well, but it appears that the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 is not clearly written in the category of rights and liberties of the people. But it is a broad and indirect provision. Therefore, it is characterized as being impaired in certifying the principle of free competition. In addition, the Trade Competition Act B.E. 2560, which is directly related to the principle of free competition, found that the exemptions for state enterprises appeared in Section 4 (2) according to the Trade Competition Act B.E. 2560 (2017) in respect of the resolutions of the Council of Ministers. It is a provision that the Council of Ministers' resolution has the power to change or override the law. In addition, the resolutions have a variety of statuses and have high dynamism. It is not stable and can be changed according to the political policies of the government in each era. Thus, causing the loopholes in this law. That may be a channel for politicians or interest groups with political influence to seek benefits by using these resolutions, especially benefits in state-owned enterprises without considering the public interest as important.

Therefore, it is advisable to enact the principles of free competition in the Constitution of the Kingdom of Thailand clearly as before and amend the provisions prescribing exceptions to legal proceedings or resolutions of the Council of Ministers under Section 4 (2) of the Trade Competition Act B.E. 2560 (2017) in order to create free and equal competition between the public and private sectors.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2021

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้อย่างสมบูรณ์ โดยได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากรองศาสตราจารย์. ดร. เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รวมทั้ง ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และ อาจารย์ ดร.กฤษณ์ วสีนนท์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ให้คำแนะนำและสั่งสอนในการศึกษาเพื่อทำวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ รวมถึงประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ผู้เขียนเสมอมา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ทุกท่าน และจะจารึกพระคุณนี้ไว้ในความทรงจำอย่างมิรู้ลืมเลือนว่า ความสำเร็จในครั้งนี้เกิดขึ้นได้ด้วย ความเมตตา กรุณา จากท่านอาจารย์ที่ให้ความช่วยเหลือในการแก้ไข ตรวจสอบข้อบกพร่องในด้านต่าง ๆ เพื่อให้ได้ผลงานที่ดียิ่งขึ้น รวมถึงให้คำแนะนำที่มีประโยชน์อย่างสูงสุดอันก่อให้เกิดประสบการณ์ในด้านการทำวิจัยตลอดจนผลงานวิจัยที่มีคุณค่าและมีคุณภาพมากในแวดวงวิชาการมากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณกัลยาณมิตรทุกท่านที่ได้ให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจให้กันตลอดมา ขอขอบคุณพี่ ๆ เพื่อน ๆ น้อง ๆ ทุกสถาบันการศึกษาที่คอยให้คำปรึกษาในการประสานงานข้อมูล รวมทั้งเพื่อน ๆ สาขากฎหมายมหาชน หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตทุกท่านที่เป็นกำลังใจและคอยช่วยเหลือตลอดระยะเวลาที่ศึกษาและจัดทำวิทยานิพนธ์ ด้วยความปรารถนาดีเสมอมา

ท้ายสุดนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดาและมารดาของผู้เขียน ดร.โจ้ ที่คอยช่วยเหลือและให้คำปรึกษา รวมทั้งขอขอบคุณพลังใจแห่งความมุ่งมั่น มานะ อุตสาหะ อดทนของตนเอง รวมทั้งพี่น้อง ครอบครัวของผู้เขียนทุกท่านที่คอยช่วยสนับสนุนในด้านการศึกษาแก่ผู้เขียนมาตั้งแต่วัยเยาว์ ให้ความรัก ความเข้าใจ ความอบอุ่น และเป็นกำลังใจสำคัญให้การทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี โดยหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์และคุณค่าทางการศึกษา ผู้เขียนขอยกความดีทั้งหมดให้แก่อาจารย์ที่ปรึกษา และท่านคณาจารย์กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน รวมทั้งกราบเป็นกตเวทิตาแก่บิดา มารดา ครูอาจารย์และผู้มีพระคุณที่ยิ่งใหญ่ของผู้เขียน ที่ได้อบรมเลี้ยงดู ให้ความรู้ ความเมตตา แก่ผู้เขียน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับความผิดพลาดไว้แต่เพียงผู้เดียว

ภิวชัฐศร ไกยสิทธิ์

สารบัญ

	หน้า
.....ค	ค
บทคัดย่อภาษาไทย.....ค	ค
.....ง	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....ง	ง
กิตติกรรมประกาศ.....จ	จ
สารบัญ.....ฉ	ฉ
สารบัญตาราง.....ช	ช
สารบัญรูปภาพ.....ฅ	ฅ
บทที่ 1 บทนำ.....16	16
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....16	16
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....20	20
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....21	21
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....21	21
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....21	21
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....22	22
1.7 กรอบแนวคิดการวิจัย.....23	23
บทที่ 2 แนวความคิดทางวิชาการ และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขันเสรีและรัฐวิสาหกิจ.....24	24
2.1 แนวคิดทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขันเสรี.....24	24
2.1.1 การแข่งขันตามแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์.....24	24
2.1.1.1 การแข่งขันกับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม.....25	25
2.1.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแข่งขันเสรีกับลัทธิเศรษฐกิจการเมือง.....29	29

2.1.1.3	การแข่งขันกับกลไกตลาด และข้อบกพร่องจากกลไกตลาด	40
2.1.1.3.1	ความหมายของกลไกตลาด	40
2.1.1.3.2	ความสัมพันธ์ระหว่างการแข่งขันกับกลไกตลาด	51
2.1.1.3.3	ข้อบกพร่องอันเกิดขึ้นจากกลไกตลาด	54
2.1.2	หลักการแข่งขันเสรีตามแนวความคิดทางวิชาการของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ .58	
2.1.2.1	หลักการแข่งขันเสรีกับหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ	58
2.1.2.1.1	หลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ	59
2.1.2.1.1.1	หลักการทั่วไปตามกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ	59
2.1.2.1.1.2	หลักการเฉพาะตามกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ.....	61
2.1.2.1.2	หลักการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ.....	71
2.1.2.1.3	การยอมรับสถานะทางกฎหมายของหลักการแข่งขันเสรี.....	76
2.1.2.2	หลักการแข่งขันเสรีกับการจัดทำบริการสาธารณะ	90
2.1.2.2.1	หลักเกณฑ์ที่สำคัญและองค์กรในการจัดทำบริการสาธารณะ	90
2.1.2.2.2	ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแข่งขันเสรีกับ การจัดทำบริการ สาธารณะ.....	92
2.1.2.3	องค์การมหาชนกับการบริการสาธารณะ	94
2.2	แนวความคิดทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับรัฐวิสาหกิจ.....	103
2.2.1	แนวความคิดกฎหมายว่าด้วยรัฐวิสาหกิจ.....	104
2.2.1.1	แนวความคิดกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจ	104
2.2.1.1.1	มีความเป็นองค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล	105
2.2.1.1.2	มีความเป็นอิสระในการบริหารงานและอิสระทางการเงิน	105
2.2.1.1.3	มีการดำเนินกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมเพื่อผลิต สินค้าหรือบริการโดยขายแลกับราคา.....	106
2.2.1.2	แนวความคิดกฎหมายว่าด้วยมหาชน.....	106

2.2.2. วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ.....	108
2.2.2.1 ด้านเศรษฐกิจและการคลัง.....	108
2.2.2.2 ด้านทางการเมืองและการปกครอง.....	108
2.2.2.3 ด้านสังคมและวัฒนธรรม.....	109
2.2.3. ที่มาของการจัดตั้งและการสิ้นสภาพของรัฐวิสาหกิจ.....	110
2.2.3.1 ที่มาและการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ.....	110
2.2.3.1.1 การโอนกิจการทางเศรษฐกิจของเอกชนมาเป็นของชาติ.....	110
2.2.3.1.2 การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาเฉพาะ.....	111
2.2.3.2 การสิ้นสภาพของรัฐวิสาหกิจ.....	113
2.2.3.2.1 การเลิกรัฐวิสาหกิจ (dissolution).....	113
2.2.3.2.2 การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (privatization).....	114
บทที่ 3 หลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และ รัฐวิสาหกิจในระบบกฎหมายไทย.....	117
3.1 สิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจก่อนและหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475.....	118
3.1.1. ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475.....	118
3.1.2 หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475.....	120
3.1.2.1 สิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ.....	121
3.1.2.2 เสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม.....	123
3.1.2.3 การจำกัดเสรีภาพในการประกอบการ.....	125
3.2 หลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	126
3.2.1 การรับรองเสรีภาพของหลักการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	126
3.2.1.1 เสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 40.....	127
3.2.1.2 เสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 75.....	130

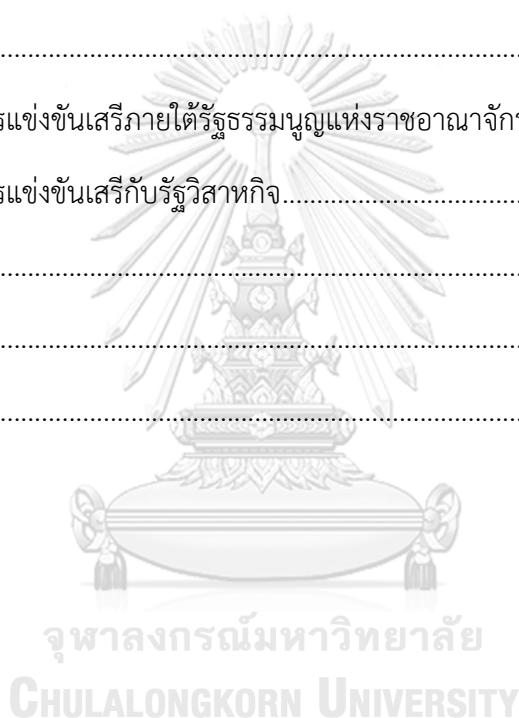
3.2.1.2.1 จัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน.....	132
3.2.1.2.2 สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง.....	133
3.2.1.2.3 ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม	135
3.2.1.2.4 พัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ	135
3.2.1.3. รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน.....	137
ก. การรักษาความมั่นคงของรัฐ	144
ข. การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม	144
ค. การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการบริการสาธารณะ.....	145
3.2.2 การจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	146
3.2.2.1 การจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 40.....	146
3.2.2.1.1 เพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ.....	147
3.2.2.1.2 เพื่อการแข่งขันอย่างเป็นธรรม.....	147
3.2.2.1.3 เพื่อการป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด.....	148
3.2.2.1.4 เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค.....	148
3.2.2.1.5 เพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น	149
3.2.2.2 การจำกัดเสรีภาพตามหลักการทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ.....	152
3.2.2.2.1 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ.....	152
3.2.2.2.2 หลักเกณฑ์กรณีรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้.....	154
ก. ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม	154
ข. ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินกว่าเหตุ	156
ค. ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลแต่อย่างใด ...	158

3.2.2.2.3	ต้องระบุเหตุผลและความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ..	160
3.2.2.2.4	ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง.....	163
3.2.3	การรับรองหลักการแข่งขันเสรีในกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องภายใต้หลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.....	165
3.2.3.1	หลักการแข่งขันเสรีภายใต้พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560...	165
3.2.3.2	หลักการแข่งขันเสรีภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าที่มีลักษณะในกิจการเฉพาะด้าน	167
3.2.3.2.1	กฎหมายในการจัดตั้งคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม	167
3.2.3.2.2	กฎหมายในการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับการพลังงาน.....	170
3.2.4	การรับรองหลักการแข่งขันเสรีตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ.....	172
3.3	รัฐวิสาหกิจในระบบกฎหมายไทย.....	181
3.3.1	ที่มาและเหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทย	181
3.3.1.1	ที่มาของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจภายใต้แนวความคิดเสรีนิยม	182
3.3.1.2	เหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทย.....	185
3.3.1.2.1	เหตุผลทั่วไป.....	186
3.3.1.2.2	เหตุผลเฉพาะด้านสำหรับประเทศไทย.....	188
3.3.1.3	ความหมายของรัฐวิสาหกิจในระบบกฎหมายไทย	192
3.3.1.3.1	ความหมายของรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561.....	192
3.3.1.3.2	ความหมายของรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายอื่น.....	193
3.3.2	การแบ่งประเภทของรัฐวิสาหกิจ	196
3.3.2.1	การแบ่งประเภทตามวัตถุประสงค์ที่จัดตั้ง	196
3.3.2.2	การแบ่งประเภทตามที่มาทางกฎหมาย	199

3.3.2.2.1 การจัดตั้งโดยกฎหมายมหาชน.....	199
ก.รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายเฉพาะ	199
ข.รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามพระราชบัญญัติ แม่บท (พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของ รัฐบาล พ.ศ. 2496).....	201
3.3.2.2.2 การจัดตั้งโดยกฎหมายเอกชน.....	201
ก.รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	202
ข.รัฐวิสาหกิจจัดตั้งตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดพระราชบัญญัติบริษัท มหาชนจำกัด พ.ศ. 2535	202
3.3.2.2.3 การจัดตั้งโดยมติคณะรัฐมนตรีตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง... ..	202
3.3.3 เครื่องมือของรัฐวิสาหกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ	203
3.3.3.1 สิทธิพิเศษตามกฎหมายจัดตั้ง	203
3.3.3.2 สิทธิพิเศษตามกฎหมายอื่น	205
ก.การให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจเป็นการทั่วไป.....	205
ข. การให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจเฉพาะแห่ง.....	206
3.3.3.3 สิทธิพิเศษตามมติคณะรัฐมนตรี.....	206
บทที่ 4 รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย.....	211
4.1 รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ.....	211
4.1.1 รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law)..	211
4.1.1.1 สหภาพยุโรป.....	212
4.1.1.2 ประเทศเยอรมนี	226
4.1.1.3 ประเทศญี่ปุ่น.....	233
4.1.2 รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law).....	241

4.1.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	241
4.1.2.2 ประเทศออสเตรเลีย.....	251
4.1.2.3 ประเทศสิงคโปร์.....	257
4.2 รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย.....	262
4.2.1 องค์การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย	265
4.2.2 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า.....	266
4.2.3 บทบัญญัติข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	266
4.2.3.1 ที่มาของบทบัญญัติตามมาตรา 4(2) กรณี รัฐวิสาหกิจ.....	267
4.2.3.2 องค์ประกอบพิจารณาตามมาตรา 4(2)	269
4.2.3.3 การพิจารณาข้อยกเว้นการกระทำตามมาตรา 4(2)	269
บทที่ 5 วิเคราะห์การรับรองหลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 และวิเคราะห์หลักการแข่งขันเสรีกับรัฐวิสาหกิจ	273
5.1 สถานะและสภาพบังคับทางกฎหมายของหลักการแข่งขันในระบบกฎหมายไทย	273
5.1.1 เสรีภาพในการแข่งขันเสรี ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560	274
5.1.2 ผลของการรับรองเสรีภาพในการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ต่อการผูกพันอำนาจอธิปไตย.....	277
5.2 หลักการแข่งขันเสรีกับรัฐวิสาหกิจ	283
5.2.1 การห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	284
5.2.1.1 การบัญญัติห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	284
5.2.1.2 ข้อเท็จจริงอันเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	287
5.2.2 สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ไขของขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าตามข้อยกเว้น มาตรา 4 (2) กรณีศึกษา รัฐวิสาหกิจ	290

5.2.2.1 ปัญหาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย	290
5.2.2.2 การพิจารณาข้อยกเว้น ตามมาตรา 4 (2).....	292
5.2.2.3 แนวทางการแก้ปัญหาของขอบเขตการบังคับใช้ข้อยกเว้น ตามมาตรา 4 (2) กรณี รัฐวิสาหกิจ	301
5.2.2.4 เปรียบเทียบการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศกับ ประเทศไทย กรณี รัฐวิสาหกิจ	312
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	318
6.1 บทสรุป.....	318
6.1.1 หลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560....	318
6.1.2 หลักการแข่งขันเสรีกับรัฐวิสาหกิจ.....	320
6.2 ข้อเสนอแนะ	323
บรรณานุกรม	326
ประวัติผู้เขียน	337



สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1 Porter's Three Generic Strategies.....	27
ตารางที่ 2 แสดงการเปรียบเทียบรูปแบบการแข่งขัน.....	28
ตารางที่ 3 รัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชน ซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายมหาชน	305
ตารางที่ 4 รัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายเอกชน ซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายเอกชน	306
ตารางที่ 5 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายมหาชนกับรัฐวิสาหกิจที่ จัดตั้งโดยกฎหมายเอกชน.....	311

สารบัญรูปภาพ

	หน้า
รูปภาพที่ 1 กรอบแนวคิดการวิจัย.....	23
รูปภาพที่ 2 กราฟแสดงอุปสงค์ของพืชชา.....	42
รูปภาพที่ 3 กราฟแสดงอุปทานของพืชชา.....	47
รูปภาพที่ 4 ปัจจัยที่มีผลต่ออุปสงค์.....	48
รูปภาพที่ 5 ปัจจัยที่มีผลต่ออุปทาน.....	49
รูปภาพที่ 6 เส้นแสดงอุปสงค์และอุปทานและจุดดุลยภาพของตลาด.....	50
รูปภาพที่ 7 แผนภาพมาตราที่มีผลต่อหลักการแข่งขันอย่างเป็นธรรม.....	167
รูปภาพที่ 8 รัฐวิสาหกิจในความกำกัับดูแลของกระทรวงการคลัง.....	185

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

หลักการแข่งขันเสรีเป็นหลักการที่รับรองให้ปัจเจกชนทุกคนมีอิสระในการประกอบกิจการอุตสาหกรรมและการค้าในภายใต้ระบบของการแข่งขัน ทั้งนี้ จะต้องไม่ถูกจำกัดการแทรกแซงโดยตรงจากรัฐหรือการวางกฎเกณฑ์ที่เป็นอุปสรรคอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อการแข่งขัน หลักการแข่งขันเสรีจึงเป็นหลักการที่มุ่งจะคุ้มครองให้บุคคลทุกคนที่ประกอบกิจการโดยใช้บังคับกับผู้เข้าร่วมแข่งขันด้วยกันเอง ให้สามารถแข่งขันกันเพื่อสู่จุดหมายได้อย่างเป็นธรรม โดยไม่สร้างข้อจำกัดใด ๆ หรือผูกขาดกับผู้แข่งขันรายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะ

หลักการแข่งขันเสรีมีความเชื่อมโยงกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ และมีที่มาจากลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยม ทั้งลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแบบเสรีนิยมคลาสสิกและลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยม (ใหม่) ซึ่งประเทศไทยมีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่มีการรับรองถึงสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพและสนับสนุนการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ดังสะท้อนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40 และ มาตรา 75 ที่บัญญัติสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยและแนวนโยบายของรัฐในการสร้างความเป็นธรรมด้านการแข่งขันในทางเศรษฐกิจไว้ ดังนี้

ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ในหมวดที่ 3 สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ตามมาตรา 40 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”

และหมวดที่ 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 75 บัญญัติว่า

“รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ

รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมการจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ

รัฐพึงส่งเสริม สนับสนุน ค้ำจุน และสร้างเสถียรภาพให้แก่ระบบสหกรณ์ประเภทต่าง ๆ และกิจการวิสาหกิจขนาดย่อมและขนาดกลางของประชาชนและชุมชน

ในการพัฒนาประเทศ รัฐพึงคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจและความอยู่เย็นเป็นสุขของประชาชนประกอบกัน”

เห็นได้ว่า ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 แสดงให้เห็นถึงการที่รัฐจะเข้ามาควบคุมหรือแทรกแซงทางเศรษฐกิจหรือจำกัดหลักการแข่งขันเสรีนั้น ย่อมสามารถกระทำได้แต่จะต้องดำเนินไปตามหลักการที่รัฐได้กำหนดตามเหตุแห่งความจำเป็น โดยผ่านองค์กรสำคัญของรัฐในการเข้าดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ คือ รัฐวิสาหกิจ ซึ่งเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประชาชน อันเป็นภารกิจสำคัญรูปแบบหนึ่งโดยเฉพาะกิจการด้านสาธารณูปโภค สาธารณูปการต่าง ๆ ที่ประชาชนทุกคนโดยเฉพาะผู้ด้อยโอกาสในสังคมควรที่เข้าถึงและได้รับตามความเหมาะสม แต่กระนั้นยังมีกฎหมายอันเป็นเครื่องมือสำคัญในการสนับสนุนการสร้างระบบเศรษฐกิจที่เสรีและเป็นธรรมระหว่างภาครัฐกับเอกชน คือ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงการกำหนดกติกาในการดูแลและส่งเสริมการประกอบธุรกิจให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมเสมอภาคเท่าเทียมกันและเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดูแลและป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลิด หรือจำกัดการแข่งขันให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ กลไกตลาด และการดำเนินธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเป็นกฎหมายที่มีลักษณะขอบเขตในการบังคับใช้ที่กว้างขวางและครอบคลุมธุรกิจต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจเกี่ยวกับสินค้าและธุรกิจเกี่ยวกับการบริการ รวมไปถึงธุรกิจเกี่ยวกับเกษตรกรรม การเงินและการธนาคาร อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นต้น

แต่ในปัจจุบันการที่ตลาดสินค้าและบริการบางประเภทยังมีผู้ประกอบการในตลาดน้อยรายอยู่ส่งผลให้เสี่ยงปัญหาการผูกขาดได้ยาก ตลาดสินค้าและบริการในไทยยังคงมีผู้มีอำนาจเหนือตลาดอยู่ซึ่งการที่มีผู้มีอำนาจเหนือตลาดอยู่ในตลาดสินค้าและบริการ ผู้มีอำนาจเหนือตลาดอาจมีพฤติกรรมที่ส่งผลเป็นการกีดกันผู้ประกอบการหน้าใหม่ไม่ให้เข้ามาสู่ตลาดได้อาจเป็นเพราะความได้เปรียบของต้นทุนและการเข้ามาเปิดตลาดอาจจะขาดทุนได้สถานะของตลาดเช่นนี้ย่อมทำให้เกิดการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจผู้มีอำนาจเหนือตลาดอาจมีการใช้อำนาจนำของตนส่งผลให้เกิดการจำกัด

การแข่งขันทางการค้า หรือผู้ประกอบการรายใหญ่อาจมีการร่วมมือกันเพื่อกำหนดราคาและปริมาณสินค้าส่งผลเป็นการลดการแข่งขันในตลาด ทำให้ผู้บริโภคได้รับความเดือดร้อนจากการแบกรับราคาที่สูงขึ้น และอาจจะส่งผลเสียถึงประสิทธิภาพการแข่งขันทางด้านเศรษฐกิจของประเทศ¹ ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจ โดยการเข้าแทรกแซงของรัฐเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ซึ่งการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐบาลควรมีอย่างจำกัด กล่าวคือ มีหน้าที่ในการจัดสรรทรัพยากรของสังคมเพื่อผลิตสินค้าหรือบริการสาธารณะ มีหน้าที่ในการกระจายรายได้และความมั่งคั่งของสังคม เพื่อให้สินค้าและบริการต่าง ๆ ที่ผลิตขึ้นได้แจกจ่ายให้ประชาชนทุกคนได้ใช้กันอย่างทั่วถึง และเพื่อเป็นการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ เพื่อให้การจัดสรรการใช้ทรัพยากรของสังคมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและการกระจายรายได้ของสังคมเป็นไปอย่าง โดยการควบคุมราคาโดยกฎหมายหรือเข้ามาเป็นผู้ให้บริการทางด้านสาธารณะ เช่น ไฟฟ้า น้ำประปา สาธารณูปโภค เป็นต้น โดยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจอันเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมของรัฐ² ทั้งนี้ความสำคัญและความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้าแทรกแซงการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจนี้ ส่งผลให้ต้องมีการตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าขึ้นมาในหลายประเทศทั่วโลกและในประเทศไทยเช่นกัน เพื่อเป็นกลไกการบังคับใช้กฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือในการกำกับดูแลและส่งเสริมให้การแข่งขันทางการค้าเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยอยู่บนพื้นฐานของกฎกติกาที่เท่าเทียมกัน และไม่เกิดการเอาเปรียบ ทั้งระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจภาครัฐและเอกชนระหว่างผู้ประกอบการขนาดต่างกัน และระหว่างผู้ประกอบการขนาดเดียวกัน

ตามที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่าด้วยเหตุผลความจำเป็นทางด้านเศรษฐศาสตร์ที่รัฐจะต้องเข้าแทรกแซงตลาดนั้น ก็เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจและเพื่อความยุติธรรม กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจึงได้กำหนดข้อยกเว้น (exemption) ให้การกระทำของหน่วยงานของรัฐ บางประการไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมาย โดยปรากฏตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในมาตรา 4 (2) คือ การยกเว้น การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ให้กับ “รัฐวิสาหกิจ” ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ³ ซึ่งการกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวทำให้เกิดสภาพการแข่งขันที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้ประกอบการเอกชนกับรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นและมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบกิจการโดยมุ่งหมายในการแสวงหากำไรและ

¹ พสธร จุฑามณี, "พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ปัญหาที่ยังหลงเหลือ" วารสารกระบวนการยุติธรรม ปีที่ 12 เล่มที่ 2 พฤษภาคม - สิงหาคม 2562 (2562). หน้า 90.

² Anthony Ogus, *Regulation Revisited*, Public Law (Thomson Reutwes (Legal) Limited and Contributors, 2009).pp 332.

³ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 4 (2)

มีการแข่งขันโดยตรงกับธุรกิจของภาคเอกชน โดยรัฐวิสาหกิจเหล่านี้ไม่ได้ ประกอบกิจการที่เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวมหรือเพื่อจัดให้มีสาธารณูปโภคแต่อย่างใด รวมทั้งยังได้สิทธิพิเศษจากรัฐที่เหนือกว่าภาคเอกชนด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ การกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวจึงมีลักษณะที่ขัดแย้งกับหลักการของ ASEAN Guidelines เพราะตามหลักการที่ปรากฏใน ASEAN Guidelines กฎหมายการแข่งขันทางการค้าควรมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับกิจกรรมทางการค้าของหน่วยทางเศรษฐกิจทั้งหมด ซึ่งรวมถึงรัฐวิสาหกิจด้วย⁴ เมื่อรัฐวิสาหกิจบางประเภทประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนจึงส่งผลให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่มีประสิทธิภาพและเกิดปัญหาในด้านต่าง ๆ เป็นระยะ ต่อมารัฐจึงได้มีนโยบายเพื่อปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎระเบียบและข้อบังคับต่าง ๆ ให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป จนนำมาสู่การตรากฎหมายยกเลิกพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และประกาศใช้เป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อันเป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับปัจจุบันของประเทศไทย โดยได้มีการแก้ไขในเรื่องการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายกับรัฐวิสาหกิจ โดยมีจุดประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่เสมอภาคและไม่เท่าเทียมกันในการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ มาตรา 4 (2) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติว่า

“มาตรา 4 พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

(1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น

(2) รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค

(3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร

(4) ธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้า”

เห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีการปรับปรุงแก้ไขในกรณีรัฐวิสาหกิจให้ดียิ่งขึ้น โดยทำให้ข้อยกเว้นภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่มีความสอดคล้องกับหลักการของ ASEAN Guidelines มากยิ่งขึ้น⁵ และหลักสากล (Model Law on Competition (2010) โดย UNCTAD) เพราะมีการกำหนดข้อยกเว้นให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่าเฉพาะรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรี ที่มีความจำเป็น

⁴ ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy, Chapter 3.1.2

⁵ สาธิตา วัฒนคุณารักษ์, "พัฒนาการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยกับกรอบนโยบายการแข่งขันทางการค้าของ Asean,"วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน) (2561).

เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค” ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่า การบัญญัติข้อยกเว้นการกระทำของรัฐที่ไม่ตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ซึ่งโดยหลักการแล้วการบังคับใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวพึงควรใช้อย่างจำกัด เพื่อคงหลักการให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและแข่งขันอย่างเป็นธรรมตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย และส่งผลอันดีต่อกลไกการตลาดที่จะสามารถดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ด้วยลักษณะการบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าว ๆ ตามกฎหมายอาจทำให้เกิดปัญหาอันมีผลทำให้ไม่เกิดการแข่งขันอย่างเสรีอย่างแท้จริง และส่งผลให้เกิดความไม่เสมอภาคและความไม่เป็นธรรมระหว่างภาครัฐกับเอกชนในสังคม รวมทั้งปัญหาของการตีความว่าการกระทำของรัฐวิสาหกิจประเภทใดหรือการกระทำใดบ้างที่ได้รับการยกเว้นไม่ให้อยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ซึ่งยังไม่มีทิศทางที่ชัดเจน และไม่สามารถจะทราบถึงขอบเขตที่สามารถกระทำได้ตามกฎหมาย

ดังนั้น จึงควรศึกษาแนวคิดและบริบทของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้ในประเด็นข้อยกเว้นตาม มาตรา 4 (2) รวมถึงศึกษากฎหมายต่างประเทศที่มีกำหนดให้การกระทำของรัฐวิสาหกิจที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อนำมาวิเคราะห์ถึงขอบเขตการบังคับใช้ที่เหมาะสมในการบังคับใช้มาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้อย่างชัดเจน เพื่อที่จะให้เกิดผลแห่งความเป็นธรรมและไร้ซึ่งความเหลื่อมล้ำทางสังคมแก่ทุกภาคส่วน

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขันเสรีของรัฐวิสาหกิจ ภายใต้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ
2. เพื่อให้ทราบถึงเหตุของความจำเป็นและรูปแบบในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายกำหนด
3. เพื่อศึกษาถึงขอบเขตหลักการแข่งขันเสรีตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และทราบถึงหลักการแข่งขันเสรีที่บังคับใช้กับรัฐวิสาหกิจ
4. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ข้อยกเว้นและขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 4 (2) ต่อการกระทำของรัฐวิสาหกิจ
5. เพื่อศึกษาถึงปัญหาและวิเคราะห์หลักการแข่งขันเสรีของรัฐวิสาหกิจ ภายใต้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ และกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย
6. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาหลักการแข่งขันเสรีในนิติรัฐวิสาหกิจ ภายใต้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและเท่าเทียมกันในสังคม

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาถึง แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขันเสรี ในมิติของรัฐวิสาหกิจ ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมทั้งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยศึกษาถึงขอบเขตของหลักการแข่งขันเสรีของรัฐวิสาหกิจภายใต้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ในกรณีที่รัฐเข้ามาเป็นผู้ประกอบการแข่งขันกับผู้ประกอบการเอกชน และปัญหาของหลักการที่เกิดขึ้นในทางเศรษฐกิจ อันนำมาสู่ความไม่เท่าเทียมในการแข่งขันระหว่างภาครัฐกับเอกชน ทั้งนี้ เพื่อวิเคราะห์และหาข้อสรุปเกี่ยวกับข้อยกเว้นและขอบเขตการบังคับใช้ ตามมาตรา 4 (2) ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อเสนอแนะแนวทางการบังคับใช้ที่เหมาะสมและเกิดความเป็นธรรม

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

ระบบกฎหมายไทยได้มีการรับรองหลักการแข่งขันเสรีและเป็นธรรมไว้อย่างชัดเจน นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งแม้ว่าไม่ได้มีการบัญญัติหลักการแข่งขันเสรีไว้อย่างชัดเจนในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยก็ตาม ในทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจอาจถือได้ว่าเป็นการต่อคำของหลักการดังกล่าว นอกจากนี้ในระดับพระราชบัญญัติได้มีการยอมรับหลักการดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัตินี้ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรี ที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวมหรือจัดให้มีสาธารณูปโภค ได้รับการยกเว้นไม่อยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าว โดยข้อยกเว้นยังคงเป็นประเด็นปัญหาในทางกฎหมายอยู่ เพราะอาจส่งผลทำให้เกิดการแข่งขันเสรีอย่างไม่เป็นธรรมระหว่างรัฐวิสาหกิจกับวิสาหกิจเอกชนได้

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

วิธีการวิจัยในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นวิธีการศึกษาวิจัยแบบเอกสาร (Documentary Research) โดยเป็นการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศในรูปแบบของหนังสือ ตำรา ตั๋วบทกฎหมาย บทความวิชาการ วารสาร หนังสือพิมพ์ รายงานการประชุม เอกสารงานวิจัยจากหน่วยงานต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน วิทยานิพนธ์ ในสาขานิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ และสาขาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขันเสรีของรัฐวิสาหกิจ ภายใต้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศรวมทั้งขอบเขตหลักการแข่งขันเสรีตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และทราบถึงหลักการแข่งขันเสรีที่บังคับใช้กับรัฐวิสาหกิจ

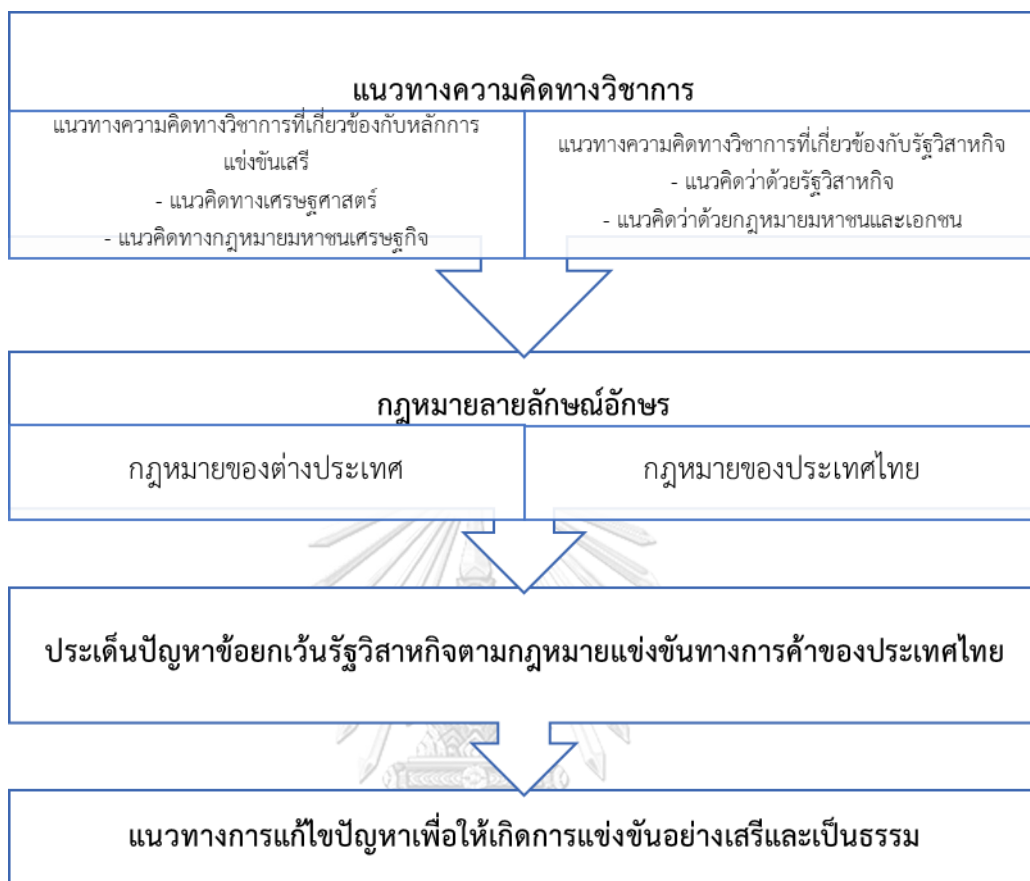
2. ทำให้ทราบถึงเหตุผลของความจำเป็นและรูปแบบในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามที่กฎหมายของประเทศไทยได้กำหนด

3. ทำให้เกิดแนวทางในการแก้ไขปัญหาหลักการแข่งขันเสรีของรัฐวิสาหกิจ ภายใต้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ เพื่อลดความเหลื่อมล้ำทางการแข่งขันและให้เกิดความเสมอภาคระหว่างภาครัฐและเอกชนอันเป็นประโยชน์ต่อสังคม

4. สามารถนำผลการศึกษามาปรับใช้เพื่อเป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบการภาคเอกชนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้มีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้น

5. สามารถแสดงให้เห็นถึงแนวทางของการหาทางเลือกที่มีประสิทธิภาพ ในการพัฒนาระดับกฎหมายและเหมาะสมต่อสภาพสังคมในปัจจุบันซึ่งควรจะมีในกฎหมาย และแสดงให้เห็นถึงการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นด้วยมุมมองของหลักการทางกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ ที่มีความเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กับกฎหมายอื่น ๆ รวมทั้งประชาชนทั่วไป นักศึกษา นักวิชาการ และผู้ที่สนใจในการศึกษา สามารถนำข้อมูลไปเป็นแนวทางพัฒนาองค์ความรู้ต่อไปในอนาคตและต่อยอดทางการศึกษาได้อย่างสมบูรณ์แบบ รวมทั้งงานวิจัยและการค้นคว้าทางวิชาการในมิติต่าง ๆ สำหรับประกอบการเรียนการทำงาน การปฏิบัติงานขององค์กรอันจะเป็นประโยชน์ในอนาคต

1.7 กรอบแนวคิดการวิจัย



บทที่ 2

แนวความคิดทางวิชาการ และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขันเสรีและรัฐวิสาหกิจ

หลักการพื้นฐานอันเป็นการกำหนดกรอบการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐมีที่มาด้วยกันอยู่ 2 ส่วน กล่าวคือ ส่วนแรกมาจากหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทั่วไป และส่วนที่สองมาจากหลักการเฉพาะของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ อันมีจุดกำเนิดและความเป็นมาที่เกี่ยวข้องเนื่องสัมพันธ์กับลัทธิเศรษฐกิจการเมือง เนื่องจากลัทธิเศรษฐกิจการเมืองทั้งแบบเสรีนิยมและแบบสังคมนิยมต่างมีผลต่อบทบาทต่อการดำเนินงานในภารกิจของรัฐในทางเศรษฐกิจอย่างสำคัญ ดังนั้น การศึกษา หลักการแข่งขันเสรีในนิติรัฐวิสาหกิจภายใต้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเริ่มศึกษาจากแนวความคิดทางวิชาการ ทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขันเสรีในมิติทางเศรษฐศาสตร์และมิติทางกฎหมาย รวมทั้งแนวความคิดทางวิชาการทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับรัฐวิสาหกิจ โดยเมื่อศึกษาเนื้อหาของทั้งสองส่วนจะทำให้ทราบถึงหลักการและเหตุผลตลอดจนขอบเขตของการดำเนินการกิจการของรัฐในมิติการประกอบกิจการเพื่อแข่งขันกับเอกชน

2.1 แนวคิดทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขันเสรี

หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม หรือที่เรียกว่าเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ มีที่มามาอันเป็นจุดกำเนิดและความสัมพันธ์กับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองโดยเฉพาะแบบเสรีนิยมที่มีความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกับบทบาทของรัฐ ทั้งนี้หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นหลักการที่มีความสำคัญและประกอบไปด้วยหลักการ 2 ประการ (1) หลักเสรีภาพในการประกอบการ (liberties to engage in an enterprise) และ (2) หลักการแข่งขันอย่างเสรี (Free competition) โดยการศึกษาเนื้อหาในสาระสำคัญส่วนนี้จะกล่าวถึงการแข่งขันตามแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์แบบเสรีนิยมและหลักการแข่งขันเสรีตามแนวความคิดทางวิชาการของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ

2.1.1 การแข่งขันตามแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์

หลักการแข่งขันเสรีในนิติกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจนั้น จำเป็นต้องศึกษาการแข่งขันตามแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์เสียก่อน เนื่องจากแนวความคิดในทางเศรษฐศาสตร์เป็นที่มาและหลักการพื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังการรับรองหลักการแข่งขันเสรีที่ถูกพัฒนาสู่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเกิดขึ้นจากแนวความคิดในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่มีการแข่งขัน โดยความสำคัญของการแข่งขันในด้านเศรษฐกิจ หมายความว่า การแข่งขันเพื่อให้ได้ลูกค้าหรือผู้บริโภคในตลาดให้มากที่สุด แต่สิ่งที่สำคัญ คือ ผลของการแข่งขันที่ส่งผลต่อระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้น ประชาชนจะได้รับประโยชน์สูงสุดเมื่อมีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ (Perfect competition)

โดยการศึกษาเนื้อหาในส่วนนี้ จะกล่าวถึงการแข่งขันกับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยมและความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแข่งขันเสรีกับลัทธิเศรษฐกิจการเมือง

2.1.1.1 การแข่งขันกับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม

ในการศึกษาการแข่งขันกับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยมจะอธิบายถึงความหมายของการแข่งขันและกลยุทธ์ในการแข่งขัน

ก. ความหมายของการแข่งขัน

คำว่า “แข่งขัน” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง ชิงเอาชนะเพื่อรางวัล, ชิงสู้เอาชนะกัน⁶

คำว่า “การแข่งขัน (Competition)” ในหลักของเศรษฐศาสตร์ หมายถึง “สถานการณ์ตลาดที่หน่วยผลิตหรือผู้เสนอขายอุปทานสินค้าหรือบริการสู้กับผู้เสนอขายอุปทานอื่น ๆ โดยเป็นการได้มากับลูกค้าที่มีสถานะเป็นผู้ซื้อ ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้บรรลุตามเป้าหมายเฉพาะทางของระบบธุรกิจ อาทิ กำไร ยอดขาย รวมทั้งส่วนแบ่งทางการตลาด ดังนั้นจึงเป็นการลักษณะที่ต้องมีการแข่งขันต่อสู้เพื่อชัยชนะที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันระหว่างหน่วยการผลิต ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมีหน่วยการผลิต 2 หน่วยหรือมากกว่า นอกจากนี้การแข่งขันสามารถกระทำได้ในหลากหลายรูปแบบ อาจกระทำในรูปลักษณะของราคา คุณภาพ ปริมาณ การบริการ หรือการผสมผสานปัจจัยข้างต้นรวมกับปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งลูกค้าหรือผู้ซื้อจะได้คุณค่าและคุณภาพอย่างสูงสุดและดีที่สุด โดยมีรูปแบบหลักของการแข่งขันที่สมบูรณ์ การผูกขาดโดยผู้ขาย 2 รายการแข่งขันเชิงผูกขาดและการผูกขาดโดยผู้ขายน้อยราย”⁷

คำว่า “การแข่งขัน” ในทางธุรกิจ มีความหมายโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ได้กำไรสูงสุด แต่เมื่อมีผู้อื่นร่วมแข่งขันด้วย วิธีการที่จะทำได้กำไรสูงสุด คือ การพยายามเสนอสินค้าหรือบริการที่ดีที่สุดต่อผู้บริโภคแต่มีราคาต่ำที่สุด ดังนั้น การแข่งขันกันย่อมทำให้ผู้ประกอบการจะต้องพัฒนาสินค้าหรือบริการอย่างเสมอ จำเป็นต้องค้นคว้าหาวิธีการต่าง ๆ ที่จะทำให้การผลิตหรือการบริการของตนมีประสิทธิภาพสูงสุด คือ ต้นทุนการผลิต (Cost of Production) ต่ำสุด แต่ได้ผลผลิตหรือบริการอย่างดี เพื่อจะขายให้ได้ในราคาต่ำที่สุด โดยสินค้ามีคุณภาพและปริมาณเท่ากัน จึงเรียกกันว่าการแข่งขันคือชีวิตการค้าหรือการประกอบอาชีพต่าง ๆ⁸

⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คพับลิเคชันส์, 2546).

⁷ สุวัฒน์ วิรุฬห์สิงห์, ศัพทานุกรมเศรษฐศาสตร์ (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551). หน้า 2-3.

⁸ วิชราภรณ์ แจ่มสว่าง, "หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ศึกษากรณีรัฐวิสาหกิจ" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558). หน้า 21.

Richard A. Posner ได้กล่าวถึงความสำคัญของการแข่งขันไว้ว่า “ในการวิเคราะห์เชิงเศรษฐศาสตร์เราให้คุณค่าและความสำคัญแก่การแข่งขัน เพราะการแข่งขันทำให้เกิดประสิทธิภาพ (ในทางเศรษฐกิจ) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การแข่งขันเป็นเพียงวิธีการมีใช้ จุดมุ่งหมายสุดท้าย”⁹

คำว่า “การแข่งขัน” ในความหมายภายใต้บริบทกฎหมาย การแข่งขันทางการค้าจะมุ่งไปที่การพยายามเอาชนะกันในตลาดธุรกิจภายใต้การแข่งขันกันในตลาด เพื่อให้ได้รับการเลือกจากผู้บริโภคหรือผู้ใช้สินค้า โดยการแข่งขันของธุรกิจในตลาดจะเกิดขึ้นระหว่างสองธุรกิจที่ดำเนินกิจการการค้าและแข่งขันกันดึงดูดการเลือกใช้จากผู้บริโภคหรือผู้ใช้สินค้าในตลาด เพื่อที่จะได้ให้ธุรกิจมีกำไรเหนือคู่แข่งทางธุรกิจ¹⁰

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นสามารถอธิบายได้ว่า การแข่งขันที่มีลักษณะเกี่ยวข้องและมีบริบททางธุรกิจเป็นสิ่งสำคัญ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ได้ผลตอบแทนอย่างสูงสุด และการตอบรับที่ดีจากผู้บริโภคหรือผู้ใช้สินค้า โดยใช้กลยุทธ์ในทางธุรกิจหลากหลายด้านผสมผสานกัน เพื่อให้ผู้บริโภคมาซื้อสินค้าหรือใช้บริการ การแข่งขันในลักษณะนี้จึงต้องมีการพัฒนานวัตกรรมใหม่ๆ อยู่ตลอดเวลาที่จะทำให้การผลิตและการบริการมีประสิทธิภาพและคุณภาพอย่างสูงสุด โดยมีต้นทุนที่ต่ำที่สุด แต่ได้ผลตอบแทนในด้านต่าง ๆ เช่น การผลิต บริการ ราคา อย่างดีที่สุดที่จะขายได้ในราคาต่ำที่สุด เมื่อผลผลิตและปริมาณเท่ากัน ซึ่งเป็นการขับเคลื่อนระหว่างสองธุรกิจหรือมากกว่า ที่ดำเนินกิจการทางการค้าและแข่งขันกัน เพื่อดึงดูดการเลือกใช้จากผู้บริโภคหรือผู้ใช้สินค้าในตลาดเพื่อให้ธุรกิจมีผลกำไร และอยู่เหนือคู่แข่งทางธุรกิจประเภทเดียวกัน

ข. กลยุทธ์การแข่งขัน

นอกจากนี้ ในการแข่งขันทางธุรกิจหรือการตลาดนั้นจะต้องมีกลยุทธ์ในการแข่งขันที่จะทำให้เป็นผู้ถูกเลือกใช้บริการหรือสินค้าจากผู้บริโภค โดยธุรกิจที่แตกต่างกันจะมีกลยุทธ์ที่แตกต่างกันแต่ทุกธุรกิจล้วนมีเป้าหมายอย่างสูงสุดเช่นเดียวกัน

Porter, Michael E ได้เสนอไว้ว่า กลยุทธ์ทางการแข่งขันจะประกอบไปด้วยหลักการกว้าง ๆ 3 ประการ ดังนี้¹¹

⁹ Richard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1984), ed. we value competition because it promotes efficiency –i.e. (“in an economic analysis, as a means rather than as an end...”) อ้างถึงใน สรวิศ ลิ้มปรีงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543). หน้า 1.

¹⁰ "The Free Dictionary by Farax," <http://www.thefreedictionary.com/competition>. [28 December 2020]

¹¹ Michael E. Poster, *“Competitive Advantage”* (New York: The Free Press, 1985). Ch.1, pp11-15.

(1) การลดต้นทุนทางการจัดการ (Low-Cost Leadership) พิจารณาสภาพแวดล้อมภายนอก โดยเฉพาะอย่างยิ่งคู่แข่งทางธุรกิจมาเป็นแนวทางในการลดต้นทุนทางการจัดการขององค์กร

(2) การสร้างความแตกต่าง (Differentiation) ทำให้เป็นเอกลักษณ์ขององค์กร ซึ่งเป็นความได้เปรียบทางการแข่งขันทางธุรกิจ ซึ่งอาจจะเป็นความแตกต่างในกระบวนการทำงานขององค์กร หรือสินค้าและบริการ

(3) การมุ่งเน้นเฉพาะ (Focus) การได้เปรียบทางการแข่งขัน ผู้นำหรือผู้บริหารจะต้องพิจารณาโดยเน้นเฉพาะกลุ่มที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทางธุรกิจ ทั้งนี้เพื่อตอบสนองต่อความต้องการและความพึงพอใจของผู้บริโภคได้อย่างเต็มที่ สามารถแสดงได้ดังตารางต่อไปนี้¹²

		Competitive Advantage	
		Lower Cost	Differentiation
Competitive Scope	Broad Target	Cost Leadership	Differentiation
	Narrow Target	Cost Focus	Differentiation Focus

ตารางที่ 1 Porter's Three Generic Strategies

จากตัวอย่างข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ธุรกิจอย่างน้อยจะต้องมีการวางแผนและดำเนินการตามแผนการต่าง ๆ เพื่อให้สามารถเป็นผู้ชนะในการทำธุรกิจและสามารถแข่งขันกับคู่แข่งทางการตลาดของตน กิจการหรือธุรกิจหาไม่ได้เลือกใช้กลยุทธ์ใดกลยุทธ์หนึ่งจากทั้งสามกลยุทธ์ (กลยุทธ์การเป็นผู้นำด้านต้นทุน กลยุทธ์การสร้าง ความแตกต่าง และกลยุทธ์การมุ่งเฉพาะด้าน) แต่กลับใช้หลายๆ กลยุทธ์ในคราวเดียวกัน กิจการนั้นจะไม่สามารถแข่งขันกับคู่แข่งที่มุ่งมั่นกับกลยุทธ์ใดกลยุทธ์หนึ่งได้เลย เพราะกิจการไม่อาจแข่งขันด้านการเป็นผู้นำต้นทุน เมื่อเผชิญกับคู่แข่งที่มีความมุ่งมั่นและทุ่มเทในเรื่องการลดต้นทุน กิจการก็ไม่อาจแข่งขันด้านการสร้างความแตกต่างได้เมื่อเผชิญกับคู่แข่งที่มีความมุ่งมั่นและทุ่มเทในเรื่องการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์และ/หรือบริการให้แตกต่าง และสุดท้ายกิจการไม่อาจแข่งขันด้านการมุ่งเน้นเฉพาะด้านได้ เช่น การมุ่งเน้นที่

¹² Michael E. Porter, *Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors* (New York, USA: Macmillan Publishing, 1980), P. 34-40.

ของทางการจัดจำหน่ายของทางใดของทางหนึ่ง หรือมุ่งเน้นที่ลูกค้าเป้าหมายกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือมุ่งเน้นที่ตลาดใดตลาดหนึ่ง เมื่อเผชิญกับคู่แข่งที่มีความมุ่งมั่นและเอาใจใส่กับของทางการจัดจำหน่ายใดของทางหนึ่ง หรือลูกค้าเป้าหมายใดเป้าหมายกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือตลาดใดตลาดหนึ่งที่กิจการถนัด และมีโอกาสที่จะเติบโต ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิด Cronshaw และคณะที่มีแนวคิดที่ว่าบริษัทที่ประสบความสำเร็จควรใช้เพียง 1 กลยุทธ์ และหลีกเลี่ยงการใช้กลยุทธ์การแข่งขันแบบครึ่ง ๆ กลาง ๆ¹³

ซึ่งในทางธุรกิจนั้น การแข่งขันอาจแบ่งได้ออกเป็นสองด้านตามแนวคิด กล่าวคือ การแข่งขันด้านราคา (Price Competition) และการแข่งขันด้านอื่นที่ไม่ใช่ราคา (Non- Price Competition) โดยสามารถแสดงได้จากตารางเปรียบเทียบดังต่อไปนี้¹⁴

การแข่งขันด้านราคา (Price Competition)	การแข่งขันด้านอื่นที่ไม่ใช่ราคา (Non- Price Competition)
<p>การที่ธุรกิจเสนอราคาต่ำกว่าคู่แข่งในตลาด (Competition among suppliers to win customers by offering lower price.)</p> <p>เช่น การลดราคาสินค้าเพื่อดึงลูกค้าจากธุรกิจรายอื่น</p>	<p>การที่ธุรกิจเสนอทางเลือกที่ดีกว่าเพื่อดึงดูดลูกค้าจากคู่แข่ง (Competition to win customers not by lowering price but by advertising, offering after-sales-service, using sales-promotion tools)</p> <p>เช่น การเสนอการบริการที่ดีกว่าในราคาที่เหมาะสม การมีบริการหลังการขาย การสร้างระบบบริการอื่น ๆ ให้ลูกค้า</p>

ตารางที่ 2 แสดงการเปรียบเทียบรูปแบบการแข่งขัน

จะเห็นได้ว่าในธุรกิจนั้น สามารถแบ่งการแข่งขันได้ออกเป็น 2 รูปแบบคือ การแข่งขันด้านราคา (Price Competition) และการแข่งขันด้านอื่นที่ไม่ใช่ราคา (Non-Price Competition) โดยการแข่งขันทั้ง 2 รูปแบบนั้นย่อมมีจุดประสงค์และจุดมุ่งหมายในการดำเนินธุรกิจให้ประสบความสำเร็จและยืนอยู่เหนือตลาดในธุรกิจประเภทเดียวกัน โดยทุกองค์การธุรกิจต่างต้องมีข้อได้เปรียบในการแข่งขันเหนือคู่แข่งในอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้อง และกลไกในการสร้างข้อได้เปรียบในการแข่งขัน คือ กลยุทธ์การแข่งขัน

¹³ Michael; Davis Cronshaw, Evan and Kay, John, , "On Being Stuck in the Middle or Good Food Costs Less at Sainsbury's," *British Journal of Management* 5 (1994). P. 19 – 32.

¹⁴ Einer Elhauge and Damien Geradin, "Global Competition Law and Economics," *Hart Publishing, Portland, USA* (2007).P 16

2.1.1.2. ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแข่งขันเสรีกับลัทธิเศรษฐกิจ

การเมือง

หลักการแข่งขันเสรีมีความสัมพันธ์กับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยมเป็นอย่างมาก เนื่องจากพัฒนาการทางความคิดของหลักการแข่งขันเสรีล้วนมาจากนักคิดทางเศรษฐศาสตร์ทั้งลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกและทั้งลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมมีผล การพัฒนาในแต่ละช่วงเวลาส่งผลต่อบทบาทในทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก โดยในส่วนนี้จะกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแข่งขันเสรีกับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก และลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยม

ก. ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก (Classical Liberalism)

ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก เป็นอุดมการณ์ทางการเมืองและสาขาหนึ่งของเสรีนิยมที่สนับสนุนเสรีภาพของพลเมืองภายใต้หลักนิติธรรมโดยเน้นเสรีภาพทางเศรษฐกิจ โดยเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ เพื่อตอบสนองต่อ นคราภิวัตน์และการปฏิวัติอุตสาหกรรมในทวีปยุโรปและทวีปอเมริกาเหนือ¹⁵ ซึ่งลัทธิเสรีนิยมคลาสสิกเกิดขึ้นพร้อม ๆ กับขบวนการสู่การรู้แจ้ง (Enlightenment movement)

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 17 และศตวรรษที่ 18 ซึ่งประกาศว่าเหตุผลคือรากฐานแห่งเสรีภาพของปัจเจกชน นักคิดในยุครู้แจ้งอย่าง จอห์น ล็อก ได้แย้งว่าใน ภาวะธรรมชาติ (state of nature) คนทุกคนเป็นอิสระเท่าเทียมกัน ดังนั้น จึงครอบครองสิทธิอันมิอาจพรากไปได้ซึ่งเป็นอิสระจากกฎหมายของรัฐหรือผู้มีอำนาจใด ๆ มนุษย์ผู้ซึ่งมีสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และการถือครองกรรมสิทธิ์ตามธรรมชาตินั้น มีความชอบธรรมในการตั้งรัฐบาลที่มีอำนาจ จำกัด โดยหน้าที่หลักของรัฐบาลเช่นนั้น คือ การรักษาคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน โดยเฉพาะสิทธิในการถือครองกรรมสิทธิ์ของเอกชน¹⁶

ทั้งนี้ ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก มีจุดกำเนิดจากพื้นฐานความเชื่อที่สำคัญ 2 ประการ คือ¹⁷

¹⁵ David Conway, "Liberalism, Classical" อ้างถึงใน Hamowy, Ronald the Encyclopedia of Libertarianism, Thousand Oaks, California : SAGE Publications, Cato Institute (2007). p. 295–298.

¹⁶ Manfred B. Steger & Ravi K. Roy, *Neoliberalism : A Very Short Introduction* แปลโดย วรพจน์ วงศ์กิจรุ่งเรือง (กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์ส พับลิชชิง เฮาส์, 2559). หน้า 24

¹⁷ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555). หน้า 37.

(1.) ความเชื่อในเรื่องกฎธรรมชาติ (idea of natural law) นักเสรีนิยมเชื่อว่ามีการเหยียบหรือกฎธรรมชาติที่เป็นสากลอยู่แล้ว และมนุษย์อาจค้นพบได้โดยอาศัยเหตุผลซึ่งมีอยู่ในตัวมนุษย์โดยธรรมชาติเช่นกัน กฎธรรมชาตินี้เป็นกฎที่ดีที่สุดและจะทำให้ทุกสิ่งทุกอย่างรวมทั้งเศรษฐกิจดำเนินไปตามกฎแห่งธรรมชาตินี้เอง

(2.) ความเชื่อในเรื่องความเท่าเทียมกันของมนุษย์ (idea of the moral equality of all man) ลัทธินี้เชื่อว่าความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ซึ่งอยู่รวมกันในสังคมที่เป็นอิสระย่อมเป็นไปโดยเท่าเทียมกัน ปัจเจกชนแต่ละคนจะกระทำทุกสิ่งโดยถือเอาประโยชน์ของตนเท่านั้น ดังนั้น รัฐจึงควรปล่อยให้เอกชนมีอิสระในการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจทั้งปวง

ตามความคิดของเสรีนิยมคลาสสิก เห็นว่า การพัฒนาเศรษฐกิจให้ดีกว่าให้เกิดความเจริญรุ่งเรือง และมีความมั่งคั่งร่ำรวยแก่ชาติบ้านเมืองและประชาชน จะต้องให้ปัจเจกชนมีเสรีภาพในทางการเมืองและในทางเศรษฐกิจ มีเสรีภาพในการดำเนินการทางการค้าและอุตสาหกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเสรีภาพในการประกอบกิจการทางการค้าและอุตสาหกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเสรีภาพในการประกอบกิจการมีเสรีภาพในการผลิตและการแลกเปลี่ยนอันรวมไปถึงการบริโภคซึ่งผู้ผลิตและผู้บริโภคต่างมีอิสระต่อกัน มีการแข่งขัน การแบ่งงานกันทำ หากคนในชาติในสังคมมีการซื้อขายแลกเปลี่ยนกันมากเท่าใด มีการแข่งขันทางการค้าและอุตสาหกรรมทางเศรษฐกิจมากเท่าใด ย่อมส่งผลต่อเศรษฐกิจของคนในชาติที่จะดีขึ้นมากเท่านั้น

ทั้งนี้ รัฐไม่ควรเข้ามายุ่งเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจ เพราะการพัฒนาเศรษฐกิจที่ดีจะเกิดจากพลัง และความต้องการของปัจเจกชนแต่ละคนหรือประชาชนทั้งหลายในสังคมเกิดการขับเคลื่อนและผลักดันในสังคมด้วยตนเอง ซึ่งพลังและความต้องการนี้มีที่มาจากธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ นั่นก็คือ สัญชาตญาณความรักตัวและความเห็นแก่ตัวเอง โดยพลังเช่นว่านี้ ก่อให้เกิดการพัฒนาในด้านการผลิต การแข่งขัน การซื้อขายและแลกเปลี่ยน รวมทั้งการบริโภค ภายใต้การประสานประโยชน์ของสมาชิกของสังคม ผ่านทางการซื้อขายแลกเปลี่ยนโดยเสรีและการแข่งขันในตลาด ดังนั้น รัฐจึงไม่จำเป็นต้องยื่นมือเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเศรษฐกิจ เพราะจะมีมือที่มองไม่เห็นคอยปรับและชักนำให้ระบบเศรษฐกิจของชาติของสังคมพัฒนาไปสู่ความเจริญมั่งคั่งและได้รับสวัสดิการสูงสุด หรืออาจจะกล่าวได้ว่า ตามแนวความคิดของเสรีนิยมคลาสสิก วิธีการที่ดีที่สุดในการพัฒนาเศรษฐกิจคือ การปล่อยให้เอกชนทำ โดยที่รัฐไม่ต้องเข้าไปยุ่งในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของสังคม หรือที่เรียกกันว่า เลสแซ่ฟแป (laissez-faire)¹⁸

¹⁸ กฤษณ์ วสินทร์, หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, แพนด็อกไม้ไหว้ครู : รวมบทความวิชาการด้านกฎหมาย (กรุงเทพฯ: ส.เจริญ การพิมพ์, 2554). หน้า 121.

laissez-faire เป็นคำเรียกขานลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีนิยมคลาสสิก โดยคำว่า laissez-faire คือ แนวคิดหรือนโยบายที่ปล่อยให้ การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจต่าง ๆ ของเอกชนเป็นไปอย่างเสรีโดยปราศจากการควบคุมและ การแทรกแซงของรัฐอย่างสิ้นเชิง แนวคิดนี้เกิดจากความเชื่อที่ว่าทำให้เสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคลใน การตัดสินใจกระทำใด ๆ อันจะนำไปสู่สวัสดิการสูงสุดแก่สังคมโดยรวม แนวคิดนี้เริ่มมาจากกลุ่ม นักปรัชญาชาวฝรั่งเศสในราวคริสต์ศตวรรษที่ 18 คำว่า “laissez-faire” เป็นภาษาฝรั่งเศสซึ่งแปลง มาจาก “laissez nous faire” แปลว่า “ปล่อยให้เราทำตามลำพัง” ซึ่งเป็นคำร้องขอของนักธุรกิจ อุตสาหกรรมที่มีต่อรัฐบาลของฝรั่งเศส และต่อมา อัดัม สมิธ (Adam Smith) นักเศรษฐศาสตร์ ชาวอังกฤษ ผู้นำแห่งสำนักคลาสสิก บิดาแห่งเศรษฐศาสตร์ ได้นำมาขยายต่อ ทั้งนี้เพื่อสนับสนุนให้ รัฐบาลลดบทบาทลงให้เหลือน้อยที่สุด โดยรัฐควรปล่อยให้การตัดสินใจทั้งหลายในประเทศเป็นไปตาม ธรรมชาติหรือกลไกของตลาด

ทั้งนี้ สาระสำคัญของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม คลาสสิกเห็นว่า การพัฒนาเศรษฐกิจให้ดีขึ้นก่อให้เกิดความมั่งคั่งร่ำรวย และส่งผลให้เกิดความเจริญ ในประเทศชาติ และประชาชนภายในประเทศนั้นจะต้องมีเสรีภาพในทางการเมืองและเศรษฐกิจ มีเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางด้านการค้าและอุตสาหกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการ ประกอบกิจการ และเสรีภาพในผลิตและการแลกเปลี่ยน อันรวมไปถึงความอิสระของผู้บริโภคในด้าน การแข่งขัน การดำเนินกิจการ การแบ่งงาน โดยรัฐจะต้องไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวหรือแทรกแซงในการ ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เพราะเศรษฐกิจที่ดีนั้นจะเกิดขึ้นโดยพลังที่มาจากธรรมชาติของความ เป็นมนุษย์ กล่าวคือ สัญชาตญาณแห่งความรักตัวเอง และเห็นแก่ตัวเอง ที่ก่อให้เกิดกลไกในด้านการ แข่งขัน การซื้อขายแลกเปลี่ยน และการบริโภค ภายใต้กิจกรรมทางเศรษฐกิจเหล่านี้จะส่งผลให้ สังคมมนุษย์ปรับตัวเข้าสู่สภาพที่ดีที่สุดได้เอง โดยมี “มือที่มองไม่เห็น” (invisible hand) กำกับซึ่งคือ ธรรมชาติการแลกเปลี่ยนและผลประโยชน์ของมนุษย์ อันหมายถึง พลังของเครื่องมือหรือกลไก การทำงานของระบบตลาดที่ไม่อาจมองเห็นได้ พลังดังกล่าวจะเป็นตัวปรับให้พฤติกรรมของการเห็น แก่ประโยชน์ของปัจเจกบุคคลแต่ละคนในระบบเศรษฐกิจก่อให้เกิดผลดีต่อส่วนรวมโดยปริยาย ทั้งนี้ หากปัจเจกบุคคลในระบบเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการ แรงงานและผู้บริโภคต่างมี การตัดสินใจและดำเนินการทางเศรษฐกิจใด ๆ อย่างมีเหตุมีผล (rational) เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด แก่ตนเองแล้ว เชื่อว่าผลประโยชน์ของทุกฝ่ายจะประสานกันได้ (harmony of interest) เปรียบ เหมือนมี “มือที่มองไม่เห็น (invisible hand)” คอยกำกับอยู่¹⁹

¹⁹ วันรัช มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์ไม่ยากอย่างที่คิด, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547). หน้า 36.

ลัทธิเศรษฐกิจที่ อדם สมิธ เสนอขึ้น คือต้นกำเนิดลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ ลัทธินี้ต่อต้านระบบศักดินาโดยตรง เพราะในระบบศักดินานั้นบุคคลจะประกอบกิจการเศรษฐกิจโดยเสรีไม่ได้ แต่ต้องผลิตตามประเพณีและส่งมอบผลผลิตแก่ผู้ปกครอง ไม่มีการแลกเปลี่ยนเสรีในตลาด การค้าขายเป็นกิจการที่ผูกขาดของผู้ปกครองหรือก็ถูกจำกัดในลักษณะต่าง ๆ และผู้ปกครองลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจมีส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดระบบการค้าขายเสรีและจำกัดการแทรกแซงของรัฐในการดำเนินการทางกิจกรรมเศรษฐกิจในการพัฒนาอุตสาหกรรมของยุโรปตะวันตกในศตวรรษที่ 18 และ 19²⁰

โดย อדם สมิธ (Adam Smith) บิดาแห่งเศรษฐศาสตร์ได้กล่าวไว้ว่า การผลิตและการแลกเปลี่ยนจะดำเนินไปโดยให้ผลดีที่สุด โดยการกระทำของมนุษย์แต่ละคนเอง อันเกิดจากสัญชาตญาณความรักตัวและเห็นแก่ตัวเอง แต่ผลที่ได้คือการขยายตัวของการทำงานกันทำ การเพิ่มประสิทธิภาพของการผลิต และการเพิ่มผลผลิตของประเทศ การกระทำเพื่อตัวเองของมนุษย์ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมด้วย ขณะเดียวกันการประสานงานในสังคมเศรษฐกิจเป็นผลจากการแลกเปลี่ยนอันเป็นการกระทำด้วยตัวเองของปัจเจกชนมากมาย มิได้มีองค์กรกลางใดทำหน้าที่วางแผนการหรือได้มีการตกลงกันไว้ก่อนระหว่างบุคคลทั้งหลาย สภาพเช่นนี้เป็นไปได้และผลดีที่สุดด้วย นี่คือรากฐานของความคิดเสรีนิยมที่เน้นเสรีภาพของมนุษย์ในทางเศรษฐกิจและการเมือง²¹

จะเห็นได้ว่าความเชื่อในการผสมผสานประโยชน์ของสมาชิกในสังคมโดยผ่านการแลกเปลี่ยนอย่างเสรีและการแข่งขันตามธรรมชาติในตลาด จึงเห็นได้ว่า บทบาทของรัฐบาลควรมีจำกัดในการเข้าแทรกแซงของรัฐบาลหากมากเกินไปจะเป็นการทำลายธรรมชาติของการติดต่อแลกเปลี่ยนของมนุษย์ และนอกจากนี้หน่วยการผลิตควรเป็นของเอกชน เอกชนเป็นผู้สะสมทุนและตั้งกิจการในทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ อדם สมิธ เห็นว่ารัฐบาลควรมีหน้าที่จำกัดอยู่เพียง 3 ประการ คือ การป้องกันประเทศ การคุ้มครองสมาชิกของสังคมจากความอยุติธรรม และการจัดการก่อตั้งและบำรุงรักษาสถาบันสาธารณะและกิจการสาธารณะ ซึ่งเป็นประโยชน์ยิ่งแก่สังคมแต่มีรายได้ไม่พอกับค่าใช้จ่าย เช่น การให้รัฐบาลมีหน้าที่การจัดการในเรื่องเงินตรา การขนส่ง การคมนาคม การศึกษา การบริการสาธารณะ เป็นต้น เพราะในสังคมเศรษฐกิจ หน่วยเศรษฐกิจอิสระทั้งหลายจะได้รับการเชื่อมโยงเข้าด้วยกัน ซึ่งก็คือ การแลกเปลี่ยน โดยการแลกเปลี่ยนจะให้ประโยชน์แก่ผู้แลกเปลี่ยนทั้งสองฝ่ายและแก่สังคมส่วนรวมด้วยนี่เป็นความสมัครใจ กล่าวคือ ระบบตลาดเป็นระบบที่มีการแข่งขันเสรี ทำให้แต่ละบุคคลมีโอกาสเลือกที่จะแลกเปลี่ยนแก่ผู้ที่ให้ประโยชน์แก่เขาอย่างสูงสุด ระบบตลาดในวิธีการเช่นนี้ จะเป็นผู้ที่กำหนดการใช้ทรัพยากรของเศรษฐกิจ และทำให้การใช้ทรัพยากรในทาง

²⁰ กฤษณ์ วสินนท์, อ้างแล้ว, หน้า 123.

²¹ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, อ้างแล้ว, หน้า 37.

ที่เป็นประโยชน์สูงสุดแก่ปัจเจกชนและสังคม กล่าวคือ จะมีการใช้ทรัพยากรมากในกิจการที่ให้ผลตอบแทนสูงสุด ซึ่งหมายความว่า เป็นกิจการที่มีความต้องการมากและการใช้ทรัพยากรจะเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ เพราะในระบบแข่งขันการผลิตที่ไม่มีประสิทธิภาพจะดำรงอยู่ไม่ได้ เนื่องจากไม่เกิดผลกำไรและขาดทุน ทำให้ต้องเลิกกิจการ²² ระบบเศรษฐกิจตามแนวความคิดของ อตัม สมิธ จึงเป็นระบบที่ให้เสรีภาพทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่กับปัจเจกชนและการประสานงานในระบบเช่นนี้ เป็นไปได้โดยไม่ต้องมีการบังคับ ซึ่งระบบเศรษฐกิจแบบนี้จะทำให้เกิดความต้องการและก้าวหน้าอย่างสูงสุด นอกจากนี้ยังมีนักปรัชญาท่านอื่น ๆ ที่ให้ความสำคัญและสนับสนุนกับแนวคิดเสรีนิยมคลาสสิก โดยเฉพาะ ชาฟเบอรี ฮัตจิสัน ปูเฟนดอร์ฟ และลอค ต่างก็เชื่อว่าสังคมมนุษย์เป็นสังคมผสม ผลประโยชน์ มนุษย์จะสามารถอยู่ร่วมกันได้โดยไม่ต้องมีการบังคับกันทุกฝีก้าว โดยสังคมมนุษย์ที่ให้เสรีภาพแก่มนุษย์จะปรับตัวเข้าสู่สภาพที่ดีที่สุดได้เอง ซึ่งคือธรรมชาติในการแลกเปลี่ยนและผสมผสานผลประโยชน์ของมนุษย์²³

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ของลัทธิเสรีนิยมคลาสสิกมุ่งเน้น “การแข่งขัน” เป็นสำคัญ ซึ่งสามารถแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงสัมพันธ์ระหว่างลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกกับหลักการแข่งขันเสรี แต่ทั้งนี้การดำเนินการกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามแบบเสรีนิยมคลาสสิกเป็นหลักก็เกิดปัญหาด้วยเช่นกันหลายประการ อาทิ การเกิดช่องว่างระหว่างชนชั้นและความเหลื่อมล้ำทางสังคม การเกิดการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภค การกระจุกตัวของอำนาจทางสังคมของนายทุน การรวมศูนย์ของทุนนิยม การเกิดการผลิตที่ขาดการรับผิดชอบต่อสังคมและขาดการบริการสาธารณะ เป็นต้น โดยปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งหมดนี้นำมาซึ่งความไม่เป็นธรรมในสังคม จึงเป็นเหตุนำมาซึ่งการปฏิเสธรระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม

ข. ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวสังคมนิยม (Socialism)

แนวคิดลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวสังคมนิยม เป็นแนวคิดใหม่ที่พัฒนาในยุโรปตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา โดยหลักการสำคัญของแนวคิดสังคมนิยมส่วนใหญ่ก็คือ การวิพากษ์สังคมเก่าที่มีช่องว่างทางชนชั้น และต้องการแก้ไขโดยการสร้างสังคมที่มีความเสมอภาคในหมู่ชนมนุษย์ โดยจากระบบลัทธิเสรีนิยมคลาสสิกทำให้สังคมมีความเหลื่อมล้ำอย่างมาก ชนชั้นแรงงานมีความยากลำบากในการดำรงชีวิต ดังนั้น จึงเกิดนักคิดที่พยายามต่อต้านเสรีนิยมคลาสสิก พยายามชี้ให้เห็นถึงปัญหาของระบบตลาดที่ปราศจากการควบคุม โดยนักคิดกลุ่มนี้ คือ สังคมนิยมยูโทเปีย โดยเสนอให้มีการช่วยเหลือกันมากขึ้น โดยช่วยผู้ยากไร้ในสังคมเป็นพิเศษ โดยนัก

²² ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, อ้างแล้ว, หน้า 43

²³ กฤษณ์ วสินนท์, อ้างแล้ว, หน้า 123

คิดเหล่านี้ได้เสนอให้ คำนึงถึงสังคมส่วนรวมให้มากขึ้น ลดการแข่งขันเพิ่มการร่วมมือ โดยให้รัฐเข้ามา
ยุ่งเกี่ยวกับเศรษฐกิจมากขึ้น โดยให้รัฐวางระเบียบการแข่งขันทำเศรษฐกิจให้รัดกุม

จะเห็นได้ว่าแนวคิดของนักเศรษฐศาสตร์กลุ่มนี้เป็น แนวคิดที่
ต้องการจะชี้ให้เห็นว่าการพัฒนาเศรษฐกิจที่ดีควรใช้การร่วมมือเป็นสำคัญ และให้รัฐเข้าไปเกี่ยวข้องกับ
กับเศรษฐกิจ โดยมีการอธิบายไว้ว่า ความเลวร้ายทางเศรษฐกิจทุกชนิดเกิดจากการแข่งขัน การ
แข่งขัน ก่อให้เกิดความยากจน ความเสื่อมทางจิตใจ อาชญากรรมและโสเภณี วิกฤตการณ์ความ
ขัดแย้งระหว่างประเทศ ซึ่งควรจะรื้อระบบของสังคมและสร้างสังคมใหม่ สร้างความร่วมมือ เป็นหลัก

อาจกล่าวโดยสรุปว่า นักสังคมนิยมยูโทเปียตำหนิการแข่งขัน
เพราะเป็นเรื่องที่เห็นแก่ตัว โดยเน้นการร่วมมือรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม และเสนอให้รัฐเข้ามาวาง
กฎเกณฑ์การแลกเปลี่ยนต่อรองให้รัดกุมแทนที่จะปล่อยให้ต่อรองอย่างเต็มที่ เพราะการต่อรองอย่าง
เต็มที่อาจไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายเพราะอำนาจในการต่อรองไม่เท่าเทียมกัน ยังจะ
ก่อให้เกิดความมอยุติธรรม รวมทั้งวิพากษ์ปัญหาความไม่เท่าเทียมกันในรายได้ ทรัพย์สิน มีการเอารัด
เอาเปรียบ โดยเฉพาะกรรมกร อันเป็นผลมาจากระบบเสรีนิยมคลาสสิก แต่เขาก็ไม่ได้เสนอให้มีการ
โอนกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลให้ส่วนรวม เพียงแต่ต้องมีการกระจายกรรมสิทธิ์ในปัจจัยการผลิต และเอา
กรรมสิทธิ์ นั้นมาร่วมกันหรือร่วมมือกันผลิต เช่นอาจเป็นในรูปแบบของสมาคมหรือสหกรณ์ โดย
สมาชิกยังมีเสรีภาพแต่ใช้ไปเพื่อร่วมมือกันโดยไม่จำเป็นที่จะต้องเกิดจากการบังคับ แต่เกิดขึ้นโดย
ความสมัครใจ

ดังนั้นเห็นได้ว่า เป้าประสงค์ของลัทธิเศรษฐกิจการเมือง คือ
ต้องการให้เกิดความกินดีอยู่ดีของสังคม เกิดความมั่งคั่งสุขสบาย เพียงแต่หนทางในการสู่เป้าหมาย
ของแต่ละลัทธิมีลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยเป็นแบบผสมจึงต้องมี
การศึกษา นำสิ่งที่ดีของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยมคลาสสิกและลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนว
สังคมนิยมมาสร้างให้เกิดระบบผสมอย่างดีที่สุด นั่นคือ ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม ดังจะ
กล่าวต่อในหัวข้อถัดไป

ค. ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม (Neo-liberalisms)

ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม หรือ เสรีนิยมใหม่ (neo-
liberalisms) เป็นคำเรียกขานแนวคิดการพัฒนาที่เกิดขึ้นในทศวรรษ 1980 ซึ่งเป็นแนวคิดทาง
เศรษฐกิจที่เน้นบทบาทของตลาดเสรีและการจำกัดบทบาทของรัฐให้น้อยที่สุดเพื่อให้กลไกราคาเป็น
ตัวหลักในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจ รูปธรรมทางนโยบายก็คือ การผ่อนปรนกฎระเบียบ ลดงบประมาณ
รัฐ เปิดเสรีการค้าการลงทุน และแปรรูปรัฐวิสาหกิจให้เป็นของเอกชน โดยเป็นการนำแนวความคิด
ของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกมาขยายต่อยอดโดยมิได้มุ่งประสงค์ที่จะต่อต้านหรือเป็น

ปฏิสัมพันธ์กับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกแต่อย่างใด เพียงแต่มุ่งที่จะแก้ไขปรับปรุงข้อบกพร่อง หรือข้อด้อยของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก

ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองนี้จึงเป็นการนำแนวคิดของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกมาดัดแปลงให้ดีขึ้น โดยจัดข้อบกพร่องส่วนใหญ่ที่คิดว่าถูกต้อง แต่มีข้อด้อยที่ต้องพัฒนาซึ่งลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมจึงพยายามแก้ไขจุดบกพร่องตรงนี้ ที่แตกต่างกับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกคือบทบาทและภารกิจของรัฐ ประกอบกับกลไกราคาอันเป็นสิ่งสำคัญ โดยปัญหาข้อบกพร่องคือความมั่งคั่งร่ำรวยตกอยู่กับแค่นกลุ่มน้อย ไม่สามารถทำให้ทุกคนมั่งคั่งร่ำรวยทุกคน ลักษณะเช่นนี้จึงเป็นปัญหาของความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจอันนำมาสู่ความคิดที่จะไปปรับปรุงแก้ไข ทั้งนี้เห็นได้ว่าประเทศไทยได้รับแนวคิดเสรีนิยม โดยสะท้อนออกมาให้เห็นในรัฐธรรมนูญหลายฉบับ ดังนั้น การศึกษาลัทธิเศรษฐกิจการเมืองจึงชี้ให้เห็นถึงเนื้อหาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจโดยมีลักษณะการรับอิทธิพลจากลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกเป็นส่วนใหญ่และลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวสังคมนิยมเป็นส่วนน้อย โดยพัฒนาการของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม (Neo-liberalisms) มีสาระสำคัญดังนี้

ประการแรก หลักประโยชน์นิยม (Utilitarianism) เป็นหลักคิดแกนกลางใหม่ที่สำคัญอย่างหนึ่งของพวกเสรีนิยมสมัยปัจจุบัน เนื่องจากทฤษฎีนี้ทำให้รัฐสามารถเข้ามายุ่งเกี่ยวกับทางเศรษฐกิจได้ง่ายขึ้น เพราะจากเดิมที่สิทธิเสรีภาพเป็นแนวคิดว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติ รัฐจะเข้าแทรกแซงก็เป็นไปด้วยความยากลำบาก แนวคิดนี้จึงมาสู่การเห็นประโยชน์ของคนส่วนใหญ่เป็นสำคัญ แม้จะมีคนส่วนน้อยถูกละเมิดเสรีภาพก็ตาม เช่น กฎหมายเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะทำได้ แต่ก็ต้องมีการจ่ายค่าชดเชย โดยมีนักคิดที่สำคัญ คือ Bentham และหลักประโยชน์นิยมนี้นำไปสู่เรื่องประโยชน์สาธารณะ หรือการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะอันนำไปสู่การออกกฎหมายที่มุ่งเพื่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่

Bentham กล่าวว่า การปกครองที่เหมาะสมที่สุดกับเสรีนิยมคือรัฐเสรีประชาธิปไตย เพราะรัฐบาลมาจากประชาชนและประชาชนรู้ดีที่สุดว่า อะไรที่จะทำให้เกิดความสุขแก่ตน ประกอบกับกฎหมายที่จะออกต้องมีวิธีคิดแบบประโยชน์นิยม โดยเห็นว่า Bentham เริ่มหาเครื่องมืออื่นที่ไม่ใช่กลไกตลาด มีการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐในการแก้ไขและพัฒนาเศรษฐกิจ คือ เห็นด้วยกับการแข่งขันกลไกตลาดแต่ใช้รัฐเข้าแทรกแซงด้วย

Mill ให้ความสำคัญเรื่องประโยชน์นิยมมากเช่นเดียวกับ Bentham ซึ่งเป็นผู้ที่มีอิทธิพลอย่างมากในทางเศรษฐศาสตร์ โดยกล่าวถึงหลักเสรีภาพว่า Mill มิได้กล่าวว่ารัฐบาลจะเป็นผู้ทำลายเสรีภาพ แต่กล่าวว่าจะถูกทำลายโดยมติของมหาชนหรือสังคมนิทรราชย์ (Social Tyranny) กล่าวคือ เสรีภาพต้องมีเสรีไปถึงสังคมที่อยู่เบื้องหลังของรัฐบาล กล่าวคือทั้งรัฐบาลและสังคมต้องมีลักษณะเสรี โดย Mill เน้นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น นอกจากนี้

Mill มองว่าการจำกัดเสรีภาพทำได้ก็ต่อเมื่อการใช้เสรีภาพนั้นทำได้หากกระทบคนอื่น แต่หากการใช้เสรีภาพจะเป็นอันตรายแก่ตัวผู้ใช้เสรีภาพรัฐไม่อาจบังคับได้ โดยมีลักษณะการจำกัดเสรีภาพอย่างพร่ำเพรื่อนั้นเป็นเรื่องที่รัฐไม่ควรทำ ส่วนเรื่องข้อด้อยของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก โดย Mill กล่าวว่าเป็นเรื่องความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจ วิธีการแก้ไขคือให้ใช้ภาษีเป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหา

ประการที่สอง สำนักนีโอคลาสสิก (Neo-Classicism) ซึ่งแนวความคิดในกลุ่มนี้ได้ผนวกทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่กำหนดขึ้นใหม่ของสำนักนีโอคลาสสิก (Neo-classicism) เข้าเป็นส่วนหนึ่งของลัทธิ ซึ่งสำนักนีโอคลาสสิก ถือได้ว่าเป็นระบบเศรษฐกิจที่ดีที่สุด คือ ระบบเศรษฐกิจที่มีหน่วยเศรษฐกิจหรือหน่วยธุรกิจแต่ละหน่วยขนาดเล็กจำนวนมากมาย และมีการแข่งขันกันอย่างเสรี ไม่มีการผูกขาด การกำหนดปริมาณการผลิตราคาสินค้า ปริมาณการจ้างงาน และราคาปัจจัยการผลิต และทำโดยกลไกของตลาดด้วยอุปสงค์ (Demand) คือ ความต้องการที่จะซื้อสินค้าของผู้บริโภค และอุปทาน (Supply) คือ ความต้องการขายสินค้าของผู้ผลิต โดยไม่มีหน่วยใดมีอำนาจกำหนดอุปสงค์ (Demand) หรืออุปทาน (Supply) ของตลาด โดยนักคิดที่มีความสำคัญคือ Stanley Jevons, Marshall เป็นต้น โดยความสำคัญของสำนักนีโอคลาสสิก (Neo-classicism) คือ สมมติฐานทางการแข่งขัน โดยความเสรีที่แท้จริงจะต้องมีการแข่งขันเสรี และไม่มีมีการผูกขาดหรือรวมกลุ่มอิทธิพลใด ๆ ซึ่งในทางปฏิบัตินั้น ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกก่อให้เกิดลักษณะดังกล่าว เป็นที่มาของสำนักนีโอคลาสสิก (Neo-classicism) ต้องเข้ามาดำเนินการแก้ไข โดยใช้บทบาทและการกิจของรัฐซึ่งมีกฎหมายเป็นเครื่องมือ ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงจำเป็นต้องเกิดขึ้นในประเทศไทย ซึ่งเดิมที่ประเทศไทยมีกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยกฎหมายเหล่านี้ได้รับอิทธิพลมาจากลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยม สมมติฐานนี้จึงนำไปสู่บทบาทของรัฐที่จะต้องทำให้เกิดการแข่งขันอย่างสูงสุด เพื่อป้องกันการผูกขาด และการรวมกลุ่มอิทธิพลของผู้มีอำนาจในทางเศรษฐกิจ มิฉะนั้นจะเกิดการเอาเปรียบกันทางเศรษฐกิจได้

ประการที่สาม ลัทธิสวัสดิการหรือแนวคิดเรื่องรัฐสวัสดิการ (Welfare State) โดยลัทธินี้มีอิทธิพลต่อทั่วโลกมากรวมถึงประเทศไทย ซึ่งตามความเห็นของลัทธิสวัสดิการ มีจุดหมายสำคัญของการศึกษาตามหลักการของเศรษฐศาสตร์ คือ การทำให้สังคมดีขึ้น ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นอย่างเท่าเทียมและเสมอภาคกัน โดยทำให้สวัสดิการทางเศรษฐกิจของสังคมเพิ่มขึ้น สวัสดิการทางเศรษฐกิจของสังคม คือ สวัสดิการของสังคม (social welfare) ที่สามารถวัดเป็นเงินหรือมูลค่าได้ โดยลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก หรือ ระบบเสรีนิยมคลาสสิกนั้นมีข้อบกพร่องอยู่บางประการ การที่รัฐจะต้องเข้ามาดำเนินการแก้ไขโดยการเข้าแทรกแซงเศรษฐกิจให้มากขึ้น โดยอาศัยการแก้ไขข้อบกพร่อง เพื่อระบบจะได้ดำเนินการต่อไปได้ ข้อบกพร่องที่สำคัญ

ประการหนึ่งในระบบเสรีนิยมคลาสสิก คือ ความเหลื่อมล้ำอย่างสูงในสวัสดิการทางเศรษฐกิจของคนในสังคม หากจัดการกระจายรายได้และทรัพย์สินให้เท่าเทียมกันมากขึ้น สวัสดิการทางเศรษฐกิจของสังคมส่วนรวมก็ย่อมจะเพิ่มขึ้น²⁴

ประการที่สี่ สำนักคิดทางเศรษฐศาสตร์เคนส์ (Keynesian Economics) ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 เศรษฐกิจโลกเข้าสู่ภาวะถดถอยและประสบกับปัญหาการว่างงานอย่างกว้างขวาง การรื้อฟื้นระบบมาตรฐานทองคำ โดยรัฐบาลอังกฤษทำให้ปัญหาการผลัดถดถอย การว่างงานสูง และการขาดดุลการชำระเงินเรื้อรัง ประกอบกับการล้มของตลาดหุ้นของสหรัฐอเมริกาในปลายทศวรรษ 1920 ภาวะการณ์ดังกล่าวได้ส่งผลต่อเศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลก ในทศวรรษ 1930 แม้ว่ารัฐบาลในหลาย ๆ ประเทศจะพยายาม แก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ ที่เกิดขึ้น แต่ไม่ประสบความสำเร็จ ส่งผลให้เศรษฐกิจตกต่ำการว่างงานอย่างแพร่หลาย และธุรกิจเป็นจำนวนมากได้ปิดกิจการลงในที่สุดในระยะเวลาดังกล่าว โดยแนวคิดดังกล่าวส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ครั้งสำคัญ²⁵ โดยเฉพาะเศรษฐศาสตร์มหภาคที่สำคัญคือได้ปฏิรูปทฤษฎีเงินตรา บทบาทของรัฐบาลในทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะการใช้นโยบายการคลังแบบขยายตัวหรือแบบขาดดุล เพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจ การสร้างแบบจำลองสภาวะสมดุลทั้งระบบในลักษณะที่เรียบง่าย รวมทั้งข้อวิพากษ์วิจารณ์ถึงจุดอ่อนของสำนักคลาสสิกและนีโอคลาสสิก ซึ่งมีจุดอ่อนในการอธิบายปัญหาการปรับตัวทางเศรษฐกิจในระบบทุนนิยมที่นำไปสู่ระดับการจ้างงานเต็มที่เป็นต้น โดยเคนส์ได้วิจารณ์และโจมตีแนวคิดของสำนักคลาสสิก (รวมทั้งสำนักนีโอคลาสสิก) อย่างรุนแรง โดยทฤษฎีการจ้างงานแบบเดิมที่เสนอว่าระดับการจ้างงานในตลาดแรงงานถูกกำหนดโดยดุลยภาพระหว่างอุปสงค์และอุปทาน โดยสมมุติว่าทั้งตลาดสินค้าและตลาดแรงงานเป็นตลาดแข่งขันตลอดจนราคาสินค้าและอัตราค่าจ้างสามารถปรับตัวขึ้นลงได้อย่างยืดหยุ่น ฉะนั้น การจ้างงานดุลยภาพที่เกิดขึ้น จะเป็นระดับการจ้างงานเต็มที และอัตราค่าจ้างในตลาดแรงงานจะเป็นอัตราค่าจ้างดุลยภาพ ถ้าหากยังมีการว่างงานอยู่ก็เป็นการว่างงานโดยสมัครใจ (voluntary unemployment) เพราะผู้ว่างงานเรียกร้องค่าจ้างสูงเกินไปและปฏิเสธที่จะทำงานระดับค่าจ้างดุลยภาพ เคนส์มีความเห็นว่า คนงานสามารถต่อรองกำหนดอัตราค่าจ้างที่เป็นตัวเงินได้แต่ไม่สามารถปรับเปลี่ยนราคาสินค้าได้ ทำให้คนงานไม่ยอมรับการลดอัตราค่าจ้างที่เป็นตัวเงินของตน เพื่อที่จะรักษาระดับมาตรฐานการครองชีพของตนเองไม่ให้เลวลงเมื่อเปรียบเทียบกับอาชีพอื่น ๆ ฉะนั้นอัตราค่าจ้างที่เป็นตัวเงินในระบบเศรษฐกิจ จึงมีลักษณะไม่ยืดหยุ่น และมีผลทำให้เกิดการว่างงานโดยไม่สมัครใจได้ เคนส์ได้เสนอว่า อุปสงค์มีผล (effective demand) อันประกอบไปด้วยการใช้จ่ายบริโภคของครัวเรือน การใช้จ่ายการลงทุนของภาคธุรกิจและ

²⁴ ฤกษ์ วัฒนันท์, หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ. หน้า 126.

²⁵ เอกสารประกอบการบรรยาย รายวิชา กฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (กรุงเทพ ฯ2561). ไม่ปรากฏเลขหน้า.

รัฐบาล รวมทั้งรายได้จากการส่งออกสุทธิ จะเป็นปัจจัยสำคัญต่อการกำหนดการจ้างงานผลผลิตและรายได้ประชาชาติระยะสั้น โดยผ่านการทำงานของตัวทวีคูณ ทำให้เกิดดุลยภาพในระบบเศรษฐกิจที่ไม่จำเป็นต้องมีการจ้างงานเต็มที่ แต่อาจมีการว่างงานแบบไม่สมัครใจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น รัฐจึงต้องเข้ามาลงทุนเพื่อให้เกิดการจ้างงาน ซึ่งหากเศรษฐกิจตกต่ำ รัฐต้องกระตุ้นเศรษฐกิจด้วยการใส่เม็ดเงินลงไปในระบบเศรษฐกิจหนึ่งในวิธีนั้นคือทำให้เกิดการจ้างงาน โดยการที่รัฐลงไปสร้างระบบสาธารณูปโภคต่าง ๆ ที่ต้องใช้แรงงานเยอะและการที่ธนาคารกลางซึ่งเป็นอิสระใช้อัตราดอกเบี้ยเพื่อควบคุมระดับเงินเฟ้อ (แม้จะเสี่ยงว่าการว่างงานจะสูงขึ้นก็ตาม) การปรับลดขนาดภาครัฐ การใช้นโยบายปลอดภาษีกับบริษัทในประเทศและต่างชาติที่ยินดีจะลงทุนในเขตเศรษฐกิจที่กำหนดไว้ การสนับสนุนให้พื้นที่เชิงพาณิชย์ในเขตเมือง ซึ่งเกิดจากบริษัทข้ามชาติ การกีดกันการรวมตัวของสหภาพ โดยอ้างว่าเพื่อปรับปรุงผลิตภาพและเพิ่ม “ความยืดหยุ่นในตลาดแรงงาน” การยกเลิกการควบคุมการไหลเวียนของการค้าและการเงินโลก การหลอมรวมเศรษฐกิจของชาติเข้าในระดับภูมิภาคและระดับโลก

ประการสุดท้าย แนวคิดเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมใหม่ (Neo-liberalism) โดยมีลักษณะต่อต้านและปฏิเสธนโยบายเศรษฐกิจแบบรัฐสวัสดิการตามแนวทางของลัทธิเคนส์เขียนด้วยการหันไปให้ความสำคัญกับหลักการตลาดเสรีแบบสุดโต่ง (market fundamentalism) ลัทธิเสรีนิยมใหม่เริ่มถูกนำมาใช้อย่างจริงจังในแถบทวีปยุโรป-แอตแลนติก และค่อย ๆ แพร่กระจายไปยังส่วนต่าง ๆ ของโลกจนถึงปัจจุบัน โดยการอุบัติขึ้นของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมใหม่ได้นำไปสู่การออกชุดนโยบายทางเศรษฐกิจต่าง ๆ ตั้งแต่การแปรรูปกิจการที่ถูกถือครองโดยรัฐและสาธารณะให้กลายเป็นของเอกชน การลดกฎระเบียบที่ขัดขวางและควบคุมการไหลเวียนของเงินทุนโดยเฉพาะทุนในภาคการเงิน และการตัดลดงบประมาณที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสวัสดิการของภาครัฐ เป็นต้น

ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมใหม่ไม่เพียงแค่นำแนวคิดระบบเศรษฐกิจตลาดเสรีมาใช้มากขึ้น แต่ยังสามารถปรับเปลี่ยน เบี่ยงเบน และกลับทางหลักการของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมดั้งเดิม ในหลายด้านเสียใหม่ ทำให้ลัทธิเสรีนิยมใหม่มีความแตกต่างจากเสรีนิยมทางเศรษฐกิจแบบดั้งเดิมอยู่หลายประการ ในที่นี้ จะขอยกมาอธิบายเฉพาะ 2 ประเด็นที่เน้นย้ำว่าเป็นความแตกต่างที่สำคัญ²⁶

ประเด็นแรก สำหรับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมแบบดั้งเดิม มนุษย์เป็นตัวแสดงของตลาดเฉพาะเมื่ออยู่ในพื้นที่ทางเศรษฐกิจเท่านั้น แต่เมื่ออยู่ในพื้นที่ทางสังคมครอบครัว การเมืองหรือศีลธรรม มนุษย์ก็จะมีตัวตนแบบอื่นที่แตกต่างกันออกไป แต่สำหรับลัทธิ

²⁶ Wendy Brown, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution* (USA: MIT Press, 2015), p.9-45.

เศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมใหม่ มนุษย์ทุกคนมีสถานะเป็นเพียงแค่ “สัตว์เศรษฐกิจ” (homo oeconomicus) ในทุกพื้นที่และในตลอดเวลา นั่นหมายถึง แม้เวลาที่อยู่ในพื้นที่ทางการเมือง สังคมหรือพื้นที่อื่น ๆ มนุษย์ก็ควรจะต้องตัดสินใจกระทำสิ่งต่าง ๆ ด้วยเหตุผลแบบเดียวกับการตัดสินใจในพื้นที่เศรษฐกิจอยู่เสมอ โดยในลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก เหตุผลและวิถีปฏิบัติของระบบตลาดจะถูกจำกัดให้อยู่เฉพาะในพื้นที่ทางเศรษฐกิจและพื้นที่การผลิตของมนุษย์เท่านั้น แต่สำหรับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมใหม่ เหตุผลและวิถีปฏิบัติของระบบตลาดถือเป็นสิ่งที่มีความเหมาะสมที่จะนำไปประยุกต์ใช้จัดระเบียบพื้นที่ของชีวิตได้ทุกประเภทตั้งแต่รัฐ รัฐบาล สังคม จนไปถึงตัวตนของมนุษย์ พื้นที่ทุกมิติของชีวิตล้วนตกอยู่ภายใต้กระบวนการ “ทำให้กลายเป็นเรื่องทางเศรษฐกิจ” (economization of every domain of life) แม้แต่ในพื้นที่ซึ่งไม่เกี่ยวข้องข้อกับเรื่องทางเศรษฐกิจและการเงินเลยก็สามารถถูกจัดระเบียบด้วยเหตุผลแบบตลาดเช่นเดียวกัน

ความแตกต่างในประเด็นต่อมาก็คือ สำหรับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก ระบบตลาดถือเป็นสิ่งที่ดีและมีอยู่โดยธรรมชาติ ดังนั้น รัฐจึงควรมีบทบาทให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ในความสัมพันธ์กับตลาด รัฐไม่ต้องยื่นมือเข้าไปแทรกแซงและไม่ต้องใช้อำนาจเข้าไปกำกับควบคุมอะไรหากไม่จำเป็น และปล่อยให้กลไกตลาดทำงานด้วยตัวของมันเองก็พอแล้ว แต่สำหรับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมใหม่ แม้ระบบตลาดจะเป็นสิ่งที่ดีสำหรับทุกพื้นที่ของชีวิตก็จริง แต่ไม่ใช่สิ่งที่มีอยู่หรือเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ “ตลาด” ในความเข้าใจของเสรีนิยมใหม่เป็นสิ่งที่ต้องถูกสร้างขึ้น ต้องได้รับการช่วยเหลือ สนับสนุนและได้รับการปกป้องคุ้มครองจากรัฐ กฎหมาย นโยบายและกลไกอื่น ๆ จึงจะทำให้ตลาดเกิดขึ้นและสามารถทำงานไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลาดในความเข้าใจของเสรีนิยมใหม่จึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการปกป้องและสนับสนุนจาก “ภายนอก” ตลาด

ในความหมายนี้ รัฐสำหรับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมใหม่ จึงมีบทบาทหน้าที่ในการอำนวยความสะดวก ให้ความช่วยเหลือ ส่งเสริมและสนับสนุนตลาดด้วยทุกวิถีทางเพื่อให้การแข่งขันเกิดขึ้นและดำเนินต่อไปได้ และไม่ใช้การเข้าไปกำกับควบคุมกลไกตลาดโดยตรง แต่คือการทำตัวเป็นผู้ปกป้องคุ้มครองตลาดจากภายนอก รวมทั้งทำหน้าที่สร้างเงื่อนไขเพื่อให้ตลาดเติบโต สร้างความเป็นไปได้ให้เกิดการแข่งขัน และสร้างความเชื่อมั่นต่อการลงทุนผ่านการออกกฎหมาย นโยบายและการใช้กลไกของรัฐเอง เราจึงเห็นได้ว่าในแทบทุกประเทศที่กลายเป็นเสรีนิยมใหม่ รัฐและกลไกอำนาจรัฐล้วนมีบทบาทสำคัญอย่างมากในกระบวนการดังกล่าว ทั้งการออกกฎหมายสนับสนุนการลงทุน การลดกฎเกณฑ์ที่ขวางกั้นตลาด การจัดการกับกลุ่มสหภาพแรงงาน รวมทั้งการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ รัฐในลักษณะเช่นนี้จึงต่างจากรัฐที่มีบทบาทน้อยและปล่อยให้กลไกตลาดทำงานไปเองเหมือนแนวคิดแบบ laissez-faire ของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก (Classical- liberalism)

ดังนั้นย่อมเห็นได้ว่า ความดำรงอยู่ของการแข่งขันเสรีหรือหลักการแข่งขันเสรีในระบบเศรษฐกิจนั้นมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ตามความเชื่อของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวนเสรีนิยมทั้งเสรีนิยมคลาสสิกและทั้งเสรีนิยมใหม่ เพราะเห็นได้ว่าในสังคมใด หากมีการแข่งขันกันมาก การพัฒนาทางเศรษฐกิจและความสมดุลทางเศรษฐกิจก็ย่อมดีขึ้นตามลำดับ ย่อมส่งผลดีที่ติดต่อประชาชนและระบบเศรษฐกิจเพื่อให้เกิดการกระจายรายได้อย่างเท่าเทียมกัน และมีการกำกับดูแลจากภาครัฐเพื่อให้ปราศจากการผูกขาด เพราะฉะนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแข่งขันเสรีกับลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวนเสรี จึงเป็นความสัมพันธ์ที่มีความใกล้ชิดกันอย่างมาก ในฐานะที่ลัทธิเศรษฐกิจเสรีนิยมการเมืองต่าง ๆ นั้น เป็นที่มาของหลักการแข่งขันเสรีอันนำมาสู่การตรากฎหมายในระบบกฎหมาย

2.1.1.3 การแข่งขันกับกลไกตลาด และข้อบกพร่องจากกลไกตลาด

2.1.1.3.1 ความหมายของกลไกตลาด

คำว่า กลไกตลาด (Market Mechanism) หมายถึง ภาวะของราคาสินค้าในตลาดเกิดการเปลี่ยนแปลง โดยขึ้นและลงตามแรงของอุปสงค์และอุปทาน ซึ่งใช้กับระบบเศรษฐกิจเสรี ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าและราคาบริการต่าง ๆ ที่ขึ้นและลง โดยเกิดจากอุปสงค์ ได้แก่ ผู้ซื้อและผู้บริโภค และอุปทาน ได้แก่ ผู้ขายและผู้ผลิต โดยที่แรงผลักดันทั้งสองนี้ส่งผลให้มีการปรับตัวของระดับราคาและ/หรือปริมาณการซื้อขายของสินค้าหรือบริการชนิดนั้น ๆ หรือที่เรียกว่า “พลังตลาด” กลไกตลาดจะเป็นเสมือนเครื่องมือที่คอยให้สัญญาณแก่หน่วยเศรษฐกิจต่าง ๆ สำหรับการตัดสินใจดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ เช่น ถ้าหากปัจจัยการผลิตชนิดหนึ่งที่มีปริมาณลดลงราคาของปัจจัยชนิดนั้นจะสูงขึ้น ทำให้ต้นทุนในการผลิตสูงขึ้น ผู้ผลิตอาจจะหันไปใช้ปัจจัยชนิดอื่น ๆ ที่มีราคาต่ำกว่าแทน หรืออาจจะผลิตสินค้าที่ใช้ปัจจัยชนิดนั้นในปริมาณที่น้อยลง ทำให้ราคาสินค้านั้นสูงขึ้น เมื่อราคาสูงขึ้นผู้บริโภคก็จะบริโภคสินค้าน้อยลงและอาจหันไปบริโภคสินค้าอื่นที่มีราคาเปรียบเทียบต่ำกว่า ฯลฯ กลไกตลาดจึงเป็นตัวปรับให้การจัดสรรทรัพยากรของสังคมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ²⁷

โดยคำนี้เกิดขึ้นตั้งแต่สมัย Adam Smith โดยได้เปรียบเทียบกลไกตลาด หรือ กลไกราคา เป็นดั่งมือที่มองไม่เห็น ในตลาดเสรีนั้นราคาสินค้าในตลาดจะมีทิศทางของตัวสินค้าเอง โดยไม่อาจมีคนใดคนหนึ่งเข้าไปกำหนดราคาแต่เพียงผู้เดียวได้ นอกจากนี้ ในเรื่องของราคาสินค้าจากการวิเคราะห์ตามกลไกตลาดจะเพิ่มขึ้นหรือลดลง ล้วนมีผลมาจากความต้องการของผู้ซื้อหรืออุปสงค์ รวมทั้งความต้องการของผู้ขายหรืออุปทานเป็นหลัก ทั้งนี้ผู้ซื้อจะต้องมีกำลังเงินเพื่อใช้จ่ายซื้อสินค้านั้น รวมทั้งต้องการซื้อสินค้าที่ให้ความคุ้มค่ากับเงินที่จ่ายไป อาจกล่าวได้ว่า กลไก

²⁷ กฤษณ์ วสินนท์, อ้างแล้ว, หน้า 124.

ตลาดถือกำเนิดขึ้นมาจากความคิดของมนุษย์ ต่อมาเมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าไม่ว่าจะเพิ่มขึ้นหรือลดลง สุดท้ายแล้วราคาสินค้าก็จะปรับตัวเข้าหาจุดสมดุล ตามกลไกที่ได้กล่าวมาแล้ว เพราะฉะนั้นไม่ว่าเราจะเป็นผู้ซื้อหรือผู้ขายก็ตาม ถ้าสามารถมองกลไกตลาดออกแล้วย่อมทำให้เกิดประโยชน์สามารถมองเห็นว่าการลงทุนนั้นคุ้มค่า

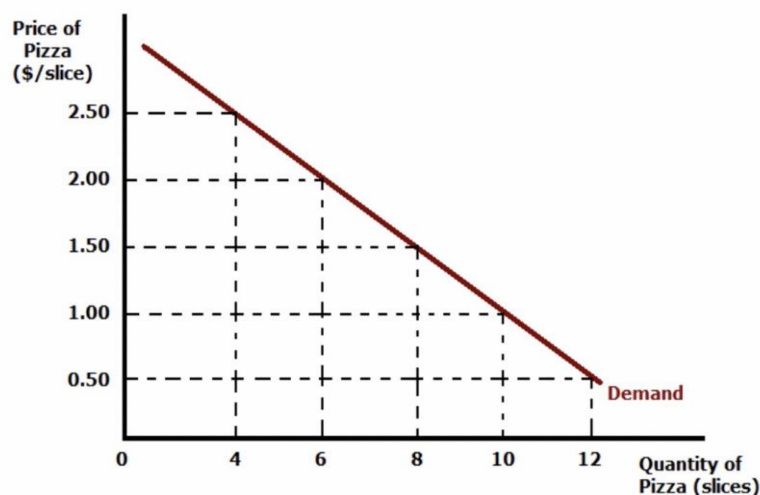
ในระบบเศรษฐกิจตลาด²⁸ (market economy) หรือระบบเศรษฐกิจตลาดเสรี (free market economy) คือ ระบบที่ใช้ “กลไกตลาด” (market mechanism) หรือ “กลไกราคา” (price mechanism) ช่วยในการจัดสรรทรัพยากรในการผลิตสินค้าและบริการต่าง ๆ ที่แสดงถึงทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดหรือหายากควรจะนำไปทำอะไรหรือผลิตอะไร ผลิตอย่างไรและสินค้าที่ผลิตขึ้นมา ใครควรจะได้ไปที่จะก่อให้เกิดค่าหรือประโยชน์สูงสุด ในการตอบสนองความต้องการทางเศรษฐกิจของมนุษย์จึงถือว่า “คุณค่า” และ “ราคา” ของสินค้ากำหนดโดยตลาดหรือโดย “ใจ” ทั้งใจของผู้บริโภคและใจของผู้ขาย (subjective theory of value) โดยใจของผู้บริโภค แสดงค่าที่มีอยู่ในใจผ่านทางอุปสงค์ (demand) โดยเมื่อกำหนดความมั่งคั่งหรือรายได้และรสนิยมและความพอใจของผู้บริโภคให้จะช่วยให้อุปสงค์หรือสัญญาแก่ผู้ผลิตหรือผู้ขาย (supply) ว่าสินค้าใดควรถูกผลิต และสินค้าที่เป็นที่ต้องการของตลาดหรือของผู้บริโภคหรือผู้ซื้อและขายให้แก่คนที่ให้ราคาดีที่สุดในตลาด โดยผู้บริโภคที่เห็นค่าหรือพอใจในสินค้ามากก็จะเต็มใจที่จะจ่ายในราคาแพงแก่สินค้านั้น ดังนั้น เพื่อที่จะทำความเข้าใจเรื่องกลไกตลาดให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการของอุปสงค์ (demand) และอุปทาน (supply) ในระบบเศรษฐกิจตลาด เพราะสองหลักนี้คือสาระสำคัญอันเป็นหัวใจของกลไกตลาด

ก. อุปสงค์ (Demand)

จุฬาลง ในทางเศรษฐศาสตร์ คำว่า “อุปสงค์ (demand)” จะมีความหมายที่มีลักษณะแตกต่างจากคำว่าความต้องการ (want) ที่ใช้กันอยู่ทั่วไป ปริมาณความต้องการของประชาชนที่จะซื้อสินค้าและบริการในราคาที่กำหนดและมีความสามารถที่จะซื้อสินค้าและบริการนั้น ๆ ได้ โดยทั่วไปและอุปสงค์หรือความต้องการของบุคคลนั้น อาจจะได้รับตอบสนองหรือไม่ได้รับก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความสามารถและกำลังซื้อของแต่ละบุคคล เช่น นายสมชายต้องการจะซื้อรถยนต์ แต่ไม่มีเงินซื้อก็จะเป็นเพียงความต้องการที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ แต่ถ้านายสมชายมีเงินก็จะซื้อรถได้ตามความต้องการ ลักษณะเช่นนี้ถือเป็นความต้องการที่แท้จริงในทางเศรษฐศาสตร์และเรียกว่า “อุปสงค์ที่มีประสิทธิภาพ” หรือที่เรียกกันสั้น ๆ ว่า “อุปสงค์ ” (Demand) นั่นคือ จะต้องเป็นความต้องการที่มีความสามารถในการซื้อด้วย โดยอุปสงค์ที่บุคคลมีต่อสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่ง หมายถึงจำนวนสินค้าชนิดนั้น ๆ ที่บุคคลจะทำการซื้อ ณ ระดับราคาที่เป็นอยู่ในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ ซึ่งอาจจะเป็น 1 วัน 1 สัปดาห์ หรือ 1 เดือน มิใช่เพียงแต่ความปรารถนาที่จะซื้อเท่านั้น ดังนั้น อุปสงค์จึงมีความ

²⁸ ฉวีวรรณ สายบัว, "การล่มสลายของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม," ประชาชาติธุรกิจ, 9 ธันวาคม 2545. หน้า 3.

หมายถึงความเต็มใจที่จะซื้อ (willingness) ร่วมกับความสามารถที่จะซื้อ (ability) พร้อม ๆ กัน การมีความปรารถนาที่จะซื้อสิ่งนั้น ๆ โดยปราศจากอำนาจซื้อหนุนหลังในความหมายทางเศรษฐกิจ จะเป็นเพียงแค่ความต้องการ (want) มิใช่อุปสงค์ (demand)²⁹ การที่ผู้บริโภคจะมีอุปสงค์ต่อสินค้าชนิดหนึ่ง ๆ มากน้อยเท่าใด ย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยที่มีส่วนกำหนดปริมาณซื้อสินค้านั้น ๆ เช่น ราคาสินค้าชนิดนั้น ราคาสินค้าชนิดอื่นที่เกี่ยวข้อง ความสามารถในการจ่ายเงินเพื่อซื้อสินค้าของผู้บริโภค รสนิยมของผู้บริโภค รายได้ของผู้บริโภค การคาดคะเนราคาสินค้าในอนาคต สิ่งแวดล้อมหรือสังคมรอบตัวของผู้บริโภคและปัจจัยอื่น ๆ อีกเป็นจำนวนมาก โดยปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้จะเข้ามากำหนดปริมาณการเสนอซื้อสินค้าของผู้บริโภคพร้อม ๆ กัน หรืออาจกล่าวได้ว่า อุปสงค์ (Demand) คือ ปริมาณเสนอซื้อซึ่งแปรผกผันกับราคา โดยสามารถแสดงได้ดังตัวอย่างซึ่งเป็นการแสดงอุปสงค์ของราคาพิซซ่าต่อชิ้น โดยหากราคาต่อชิ้นถูกลง ปริมาณการซื้อก็ยิ่งมากขึ้น เช่น ราคา 2.0 เหรียญ มีคนซื้อพิซซ่าอยู่ 6 ชิ้น แต่หากราคาถูกลงมาอยู่ที่ 1 เหรียญ จะมีปริมาณการซื้อเพิ่มขึ้นเป็น 10 ชิ้น



รูปภาพที่ 2 กราฟแสดงอุปสงค์ของพิซซ่า

ทั้งนี้ ตัวกำหนดที่ได้รับเลือกมาใช้ในการวิเคราะห์อุปสงค์ได้แก่³⁰

(1.) อุปสงค์ต่อราคา (price demand) ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงปริมาณซื้อสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งในแต่ละระดับราคาของสินค้าชนิดนั้น แต่โดยทั่วไปมักเรียกในแบบย่อว่าอุปสงค์เท่านั้น

²⁹ นราทิพย์ ชูติวงศ์, หลักเศรษฐศาสตร์ 1 : จุลเศรษฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552). หน้า 22

³⁰ วิรุณศิริ ใจมา, เศรษฐศาสตร์จุลศาสตร์ภาค 1 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553). หน้า 34.

(2.) อุปสงค์ต่อรายได้ (income demand) เป็นการพิจารณาถึงปริมาณซื้อสินค้าชนิดหนึ่งในแต่ละระดับรายได้ของผู้บริโภค

(3.) อุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่น (Cross demand) เป็นการพิจารณาถึงปริมาณซื้อสินค้าชนิดหนึ่งในแต่ละระดับราคาของสินค้าชนิดอื่น

โดยทั่วไปอุปสงค์สามารถแบ่งออกเป็น อุปสงค์ส่วนบุคคล และอุปสงค์ตลาด อุปสงค์ส่วนบุคคล (Individual demand) หมายถึงอุปสงค์สำหรับสินค้าชนิดหนึ่งของผู้บริโภคคนใดคนหนึ่งเท่านั้น ส่วนอุปสงค์ตลาด (market demand) หมายถึงอุปสงค์สำหรับสินค้าชนิดหนึ่งของผู้บริโภคทั้งหมดในตลาด หรือปริมาณซื้อสินค้าชนิดหนึ่งในทุกระดับราคาที่เป็นไปได้ของผู้บริโภคทั้งหมดในตลาด

โดยปัจจัยที่มีส่วนสำคัญในการกำหนดอุปสงค์ (demand determinants) มีหลายประการด้วยกัน ดังนี้³¹

(1) ระดับราคาสินค้าชนิดนั้น เป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดจำนวนเสนอซื้อสินค้าของผู้บริโภค ถ้าระดับราคาสินค้าสูงขึ้นผู้บริโภคจะมีความต้องการซื้อสินค้านั้นลดลง และในทางตรงกันข้าม ถ้าระดับราคาสินค้าลดลงผู้บริโภคจะมีความต้องการเสนอซื้อสินค้านั้นเพิ่มขึ้น

(2) การเปลี่ยนแปลงในราคาสินค้าชนิดอื่น ไม่ว่าสินค้าในตลาดนั้นจะเกี่ยวข้องกับสินค้าที่ผู้บริโภครากำลังซื้อหรือไม่ก็ตาม แต่การเปลี่ยนแปลงในราคาสินค้าดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อปริมาณเสนอซื้อสินค้าที่ผู้บริโภครากำลังทำการซื้ออยู่ ทั้งนี้ เนื่องจากสินค้าแต่ละชนิดต่างมีส่วนอยู่ในรายได้อันจำกัดของผู้บริโภค การที่ราคาสินค้าชนิดหนึ่งถูกลง จะดูเหมือนว่าสินค้าชนิดอื่นที่ผู้บริโภครำลังซื้อจะมีราคาแพงขึ้น โดยแท้จริงแล้วราคาสินค้าดังกล่าวมิได้มีการเปลี่ยนแปลงแต่ประการใด ปริมาณเสนอซื้อสินค้าจะมีขึ้นและลง โดยที่ราคาสินค้ามิได้เปลี่ยนแปลงไปเท่ากับเป็นการทำให้ว่าอุปสงค์ของสินค้าชนิดนั้นต่ำลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสินค้าที่มีความเกี่ยวข้องกันแล้ว การเปลี่ยนแปลงของระดับอุปสงค์จะยิ่งเห็นได้ชัดเจนเป็นอย่างมาก

(3) รายได้ของผู้บริโภค รายได้จะมีผลต่อความสามารถในการจ่ายซื้อสินค้าและบริการ ของผู้บริโภค กล่าวคือ ถ้ารายได้ของผู้บริโภคสูงขึ้น จะส่งผลทำให้ความต้องการเสนอซื้อสินค้าของผู้บริโภคเพิ่มขึ้น และถ้ารายได้ของผู้บริภคลดลง ผู้บริโภคจะมีความต้องการซื้อสินค้านั้นลดลง ซึ่งสินค้า ชนิดหนึ่งจะเรียกได้ว่าเป็นสินค้าปกติ (Normal Good) หากการเพิ่มขึ้นของรายได้ ทำให้อุปสงค์ของสินค้านั้นเพิ่มขึ้น และการลดลงของรายได้ทำให้อุปสงค์ของสินค้านั้นลดลง ตัวอย่างเช่น หากเราซื้อ น้ำ ผลไม้มากขึ้นเมื่อรายได้เพิ่มขึ้น น้ำผลไม้จะเป็นสินค้าปกติซึ่ง

³¹ นราทิพย์ ชุตินวงศ์, อ้างแล้ว, หน้า 37-38

สินค้าที่พบส่วนใหญ่จะเป็นสินค้าปกติ ส่วนสินค้าอีกชนิดหนึ่งเรียกว่า สินค้าด้อย (Inferior Good) สำหรับสินค้าด้อยนั้น การเพิ่มของรายได้ จะทำให้อุปสงค์ของสินค้านั้นลดลง และการลดลงของรายได้จะทำให้อุปสงค์ของสินค้าเพิ่มขึ้น เช่น เมื่อรายได้ของเราเพิ่มขึ้น แล้วเราซื้อเนื้อหมูมารับประทานลดลง และซื้อเนื้อปลามากขึ้น เช่นนี้ เนื้อหมูจะเป็นสินค้าด้อย

(4) ราคาสินค้าชนิดอื่นที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากผู้บริโภคมีรายได้จำกัดการตัดสินใจซื้อสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งนอกจากผู้บริโภคจะพิจารณาจากระดับราคาสินค้าชนิดนั้น และรายได้แล้ว ยังต้องพิจารณาราคาสินค้าชนิดอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งสินค้าที่มีความเกี่ยวข้องอาจเป็นสินค้าที่ใช้ ทดแทนสินค้านั้นได้หรือสินค้าที่ใช้ประกอบกับสินค้านั้น การใช้ทดแทนกันได้ (Substitute) ของ สินค้า หมายถึง เราสามารถบริโภคสินค้าชนิดหนึ่งแทนสินค้าอีกชนิดหนึ่งได้ เช่น เราบริโภคเนื้อหมู แทนเนื้อปลา เราเดินทางรถไฟแทนการเดินทางด้วยรถยนต์ เป็นต้น การใช้ประกอบกัน (Complement) ของสินค้า หมายถึง การบริโภคสินค้าชนิดหนึ่งร่วมกับสินค้าอีกชนิดหนึ่ง เช่น เราทานกาแฟพร้อมกับ ครีมเทียมและน้ำตาล เราใช้ครีมพุดร่วมกับน้ำยาสระผม เป็นต้น

(5) การคาดการณ์เหตุการณ์ในอนาคต เป็นการคาดการณ์เกี่ยวกับรายได้ของผู้บริโภค และราคาสินค้าและบริการในอนาคตซึ่งจะมีผลกระทบต่ออุปสงค์ กล่าวคือ ถ้าผู้บริโภคคาดว่าในอนาคตจะมีรายได้เพิ่มขึ้น การบริโภคในปัจจุบันของเขาก็จะเพิ่มขึ้น ทำให้จำนวนสินค้าหรือบริการที่ผู้บริโภคต้องการซื้อเพิ่มขึ้น แต่ถ้าในอนาคตคาดว่ารายได้จะลดลง การบริโภคในปัจจุบันของเขาก็จะ ลดน้อยลง ทำให้จำนวนสินค้าหรือบริการที่ผู้บริโภคต้องการซื้อลดลง ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้บริโภคคาดว่าอีกสองวันข้างหน้าบริษัทจะจ่ายเงินโบนัสให้กับพนักงาน เขาก็ตัดสินใจซื้อโทรศัพท์ทำให้อุปสงค์ของโทรศัพท์เพิ่มขึ้น แต่ถ้าคาดว่าเดือนหน้าบริษัทจะเลิกจ้าง เขาก็จะบริโภคลดน้อยลงทำให้จำนวนสินค้าหรือบริการที่ผู้บริโภคต้องการซื้อลดลงทำให้จำนวนสินค้า หรือบริการที่ผู้บริโภคต้องการซื้อลดลง ในส่วนของการคาดการณ์เกี่ยวกับราคาสินค้า และบริการในอนาคต ตัวอย่างเช่น ถ้าพຽ່ງนี้ราคาน้ำมันจะเพิ่มขึ้น วันนี้จะมีผู้ที่มีรถยนต์นำรถยนต์ออกไปเติมน้ำมันมากขึ้น ในทางตรงกันข้ามถ้าพຽ່ງนี้ราคาน้ำมันลดลง วันนี้จะมีคนนำรถยนต์ออกไปเติมน้ำมันน้อยหรือแทบไม่มีเลย

(6) รสนิยม หรือความชอบเป็นสิ่งที่มิอิทธิพลต่ออุปสงค์ของสินค้า เมื่อผู้บริโภคมีความชอบในสินค้าชนิดหนึ่งเปลี่ยนแปลงไป อุปสงค์ของสินค้านั้นก็จะเปลี่ยนแปลงไปด้วย ตัวอย่างเช่น เมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีของโทรทัศน์ เป็นทีวีจอแบน ทำให้อุปสงค์ของทีวีจอตั้งลดลง

(7) ฤดูกาลจำนวนสินค้าและบริการที่ผู้บริโภคต้องการอาจมีปริมาณเพิ่มขึ้นหรือลดลง อาจขึ้นอยู่กับฤดูกาลต่าง ๆ ด้วย เช่น ในฤดูหนาวจะมีความต้องการซื้อเสื้อ

กำหนดเพิ่มขึ้น ส่วนในฤดูฝนก็จะมีความต้องการซื้อเพิ่มขึ้นเพื่อใช้กันฝนมากขึ้นเพื่อกันฝนมากขึ้น เป็นต้น

(8) ค่าใช้จ่ายในการโฆษณาหรือทำการตลาด เมื่อผู้ผลิตมีการส่งเสริมการโฆษณาประชาสัมพันธ์ให้ ผู้บริโภครู้จักสินค้าของตนมากขึ้นย่อมมีผลทำให้ปริมาณความต้องการซื้อสินค้าของตนมากยิ่งขึ้น ย่อมมีผลทำให้ปริมาณความต้องการซื้อสินค้าชนิดนั้น ๆ เพิ่มขึ้น ในทางตรงกันข้ามถ้าผู้ผลิตลดการส่งเสริมการโฆษณาลง ย่อมมีผลทำให้ความต้องการซื้อสินค้าชนิดนั้น ๆ ลดลงด้วย ทั้งนี้ ตัวกำหนดต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นถือเป็นตัวกำหนดที่มีอิทธิพลต่อความต้องการซื้อเฉพาะบุคคลเท่านั้น ยังมีตัวกำหนดอื่นเพิ่มเติมที่มีอิทธิพลต่อความต้องการซื้อ ทั้งตลาด

(9) จำนวนประชากร เมื่อประชากรในประเทศเพิ่มจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ ย่อมหมายถึงกำลังซื้อจำนวนมากที่เกิดขึ้นซึ่งจะส่งผลต่อความต้องการสินค้าและบริการที่จะเพิ่มตาม แต่การเพิ่มจำนวนประชากรก็ยังไม่เพียงพอ ประชากรเหล่านั้นจะต้องมีอำนาจซื้อด้วยจึงจะสามารถซื้อสินค้าได้มากขึ้น

(10) สภาพเศรษฐกิจของประเทศและการเปลี่ยนแปลงในนโยบายของรัฐ หากประเทศที่มีอัตราการขยายตัวทางเศรษฐกิจค่อนข้าง สูง ย่อมทำให้ประชาชนมีรายได้เพิ่มสูงขึ้น เมื่อมีรายได้เพิ่มขึ้นความต้องการสินค้าและบริการย่อม เพิ่มขึ้นตามไปด้วย แต่ถ้าเศรษฐกิจของประเทศตกต่ำ ย่อมทำให้ความต้องการสินค้าและบริการลดน้อยลงตามไปด้วย เนื่องจากผู้บริโภคมีรายได้น้อยลง

ข. อุปทาน (Supply)

อุปทาน ในทางเศรษฐศาสตร์ คำว่า “อุปทาน (demand)” หมายถึง ปริมาณความต้องการเสนอขายสินค้าและบริการ³² โดยอุปสงค์และอุปทานเป็นตัวแปรที่กำหนด ปริมาณและราคาของสินค้าที่ซื้อขายกันในตลาด โดยตลาดอยู่ในภาวะสมดุลถ้าปริมาณอุปสงค์เท่ากับ ปริมาณอุปทาน³³ กล่าวคือ ถ้าราคาต่ำปริมาณที่เสนอขายก็จะลดต่ำลงด้วยและในทางตรงกันข้ามหาก ระดับราคาสูงขึ้นก็จะมีปริมาณเสนอขายเพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นไปตามกฎของอุปทาน (Law of Supply) ปัจจัยที่ทำให้อุปทานเปลี่ยนแปลง เช่น การเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีในการผลิต ราคาของปัจจัยที่ใช้ในการผลิตสินค้าและบริการ การเปลี่ยนแปลงฤดูกาล การคาดคะเนราคาสินค้าและบริการของผู้ขาย จากความหมายของอุปทาน จะเห็นได้ว่าอุปทานประกอบด้วย 2 ส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ดังนี้³⁴

³² R.E. Baxter Bannock G., and R. Rees., *The Penguin Dictionary of Economics*, ed. 3, Demand (Harmondsworth: Penguin Books Ltd, 1985). PP 51-54

³³ N.G Mankiw, *Principles of Economics*, ed. 3 (Mason, Ohio: Thomson/South-Western, 2004).

³⁴ วิรุณสิริ ใจมา, อ้างแล้ว, หน้า 44-45.

(1) ความเต็มใจที่จะเสนอขายหรือให้บริการ(willingness) กล่าวคือ ณ ระดับราคาต่าง ๆ ที่ตลาดกำหนดมาให้ ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการมีความยินดีหรือเต็มใจที่จะเสนอขายสินค้าหรือให้บริการตามความต้องการซื้อของผู้บริโภค

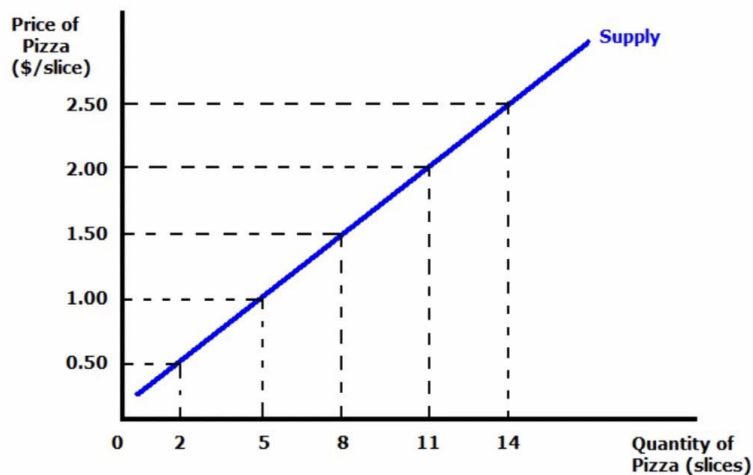
(2) ความสามารถในการจัดหาเสนอขายหรือให้บริการ (ability to sell) กล่าวคือ ผู้ผลิต หรือผู้ประกอบการ จะต้องจัดหาให้มีสินค้า หรือบริการ อย่างเพียงพอที่จะตอบสนองความต้องการซื้อของผู้บริโภค ณ ระดับราคาของตลาดในขณะนั้น ๆ (สามารถเสนอขายหรือให้บริการได้) เมื่อกล่าวถึงคำว่า "อุปทาน " จะเป็นการมองทางด้านของผู้ผลิต ซึ่งตรงข้ามกับอุปสงค์ที่เป็นการมองทางด้านของผู้บริโภค ในทางเศรษฐศาสตร์แล้ว ความสัมพันธ์ของราคาสินค้าที่มีต่ออุปทานของสินค้านั้นจะเป็นไปตามกฎของอุปทาน (Law of Supply)

อุปทานสามารถแบ่งออกเป็น อุปทานส่วนบุคคลและอุปทานตลาด อุปทานส่วนบุคคล (individual supply) หมายถึงอุปทานสำหรับสินค้าชนิดหนึ่งของผู้ขายคนใดคนหนึ่งเท่านั้นและอุปทานตลาด (market supply) หมายถึงอุปทานสำหรับสินค้าชนิดหนึ่งของผู้ขายทั้งหมดในตลาด หรือหมายถึงปริมาณขายสินค้าหนึ่งในทุกระดับราคาที่เป็นได้ของผู้ขายทั้งหมดในตลาด

ทั้งนี้ กฎของอุปทาน (Laws of Supply) ได้อธิบายถึงความสัมพันธ์ของราคา (Price) และความต้องการขายสินค้า-บริการของผู้ประกอบการ ณ ช่วงเวลาหนึ่ง ๆ โดยความสัมพันธ์ระหว่างราคาและอุปทาน มีความสัมพันธ์กันในลักษณะ Direct Relationship หรือ มีความสัมพันธ์ไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อราคาเพิ่มขึ้น (Price เพิ่ม) ปริมาณความต้องการขายหรืออุปทานจะมีมากขึ้นด้วย (Supply เพิ่ม)

ในขณะเดียวกัน เมื่อราคาปรับตัวลง (Price ลด) อุปทานก็จะลดลงด้วย (Supply ลด) เมื่อสินค้ามีราคาสูงขึ้น ผู้ประกอบการสามารถคาดการณ์ได้ว่าจะได้กำไรสูงขึ้น ในทางกลับกันเมื่อราคาสินค้าลดลงปริมาณอุปทานจะน้อยลง เนื่องจากคาดการณ์ว่ากำไรที่ได้จะลดลง โดยข้อยกเว้นของกฎของอุปทานจะมีลักษณะเช่นเดียวกันกับกฎของอุปสงค์ ในบางกรณีที่ความสัมพันธ์ของราคาขายสินค้าและบริการ กับปริมาณการเปลี่ยนแปลงของอุปทานไม่เป็นไปตามความสัมพันธ์ไปในทิศทางเดียวกัน³⁵ หรืออาจกล่าวได้ว่า อุปทาน (Supply) คือ ปริมาณเสนอขายซึ่งแปรผันตามราคา โดยสามารถแสดงได้ดังตัวอย่างซึ่งเป็นการแสดงอุปทานของราคาพิชซ่าต่อชิ้น โดยหากราคาต่อชิ้นแพงขึ้น ปริมาณการขายก็ยิ่งมากขึ้น เช่น ราคา 0.5 เหรียญ ผลิตขายอยู่เพียง 2 ชิ้น แต่พอราคาแพงขึ้นเป็น 2.5 เหรียญ ปริมาณการผลิตขายก็เพิ่มเป็น 14 ชิ้น

³⁵ David Shapiro Steven A. Greenlaw, *Principles of Economics*, ed. 2, Oct 11, 2017 ed., "Demand, Supply, and Equilibrium in Markets for Goods and Services" (OpenStax CNX, 2017).



รูปภาพที่ 3 กราฟแสดงอุปทานของพิซซ่า

ทั้งนี้ ปัจจัยที่กำหนดอุปทาน (Supply Determinants) อันเป็นตัวแปรหรือปัจจัยต่าง ๆ ซึ่งมีอิทธิพลต่อจำนวนสินค้าที่ผู้ขายยินดีที่จะนำออกขาย โดยปัจจัยที่มีผลต่อความต้องการขายสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งของผู้ขายมีอยู่หลายปัจจัยสามารถสรุปได้ ดังนี้³⁶

(1) ต้นทุนการผลิต เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าปริมาณความต้องการเสนอขายหรืออุปทานจะเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางกลับกันกับต้นทุนการผลิตของผลผลิตหรือสินค้าหรือบริการนั้น ๆ กล่าวคือ ภายใต้อัตนทุนการผลิตระดับหนึ่งถ้าต้นทุนการผลิตต่อหน่วยของสินค้าหรือบริการสูงขึ้น ความสามารถในการเสนอขายหรืออุปทานจะมีปริมาณน้อยลง ถ้าต้นทุนการผลิตต่อหน่วยลดลงปริมาณอุปทานจะมีมากขึ้น

(2) ราคาปัจจัยการผลิต เนื่องจากราคาปัจจัยการผลิตเป็นตัวกำหนดต้นทุนการผลิตของสินค้าหรือบริการ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงของราคาปัจจัยการผลิตทำให้ต้นทุนการผลิตเปลี่ยนแปลงในทิศทางเดียวกัน เช่น ถ้าค่าจ้างแรงงานสูงขึ้นจะทำให้ต้นทุนการผลิตสินค้าโดยทั่วไปสูงขึ้น ส่งผลให้ปริมาณความต้องการเสนอขายหรืออุปทานลดลงได้ และถ้ากลับกันก็จะให้ผลในทางตรงกันข้าม

(3) ราคาสินค้าชนิดอื่น การเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าชนิดหนึ่งอาจมีผลกระทบต่อปริมาณความต้องการเสนอขายหรืออุปทานของสินค้าชนิดหนึ่งได้ เช่น ถ้าราคาสัมลดลง ชาวสวนอาจหันไปปลูกมะนาวแทน ทำให้ปริมาณความต้องการขายสัมลดลง ส่วนของมะนาวเพิ่มขึ้น เนื่องจากผู้ผลิตรายดังกล่าวคาดว่าจะได้รับกำไรเพิ่มขึ้นจากการปลูกมะนาวแทนสัม

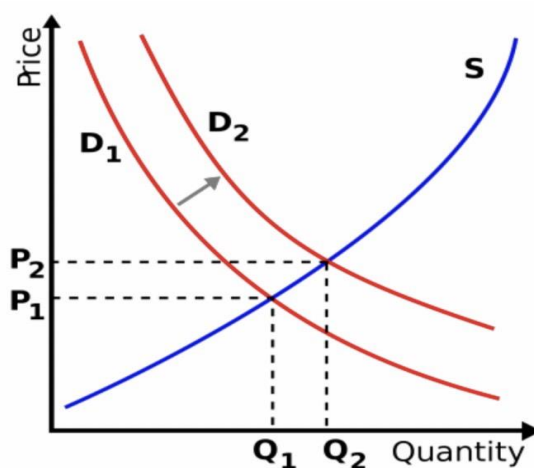
³⁶ นราทิพย์ ชูติวงศ์, อ้างแล้ว, หน้า 45-46.

(4) เทคโนโลยีการผลิต ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมีผลทำให้ต้นทุนการผลิตต่อหน่วยลดลง เนื่องจากปัจจัยการผลิตจำนวนเท่าเดิมผู้ผลิตสามารถผลิตสินค้าได้ปริมาณมากขึ้น นั่นคือ ความสามารถในการเสนอขายหรืออุปทานของสินค้าของผู้ผลิตมีเพิ่มขึ้น

(5) ภาษี จำนวนภาษีที่รัฐบาลจัดเก็บจากการขายสินค้าและบริการ เป็นปัจจัยหนึ่งที่เป็นตัวกำหนดต้นทุนการผลิตของสินค้าและบริการ ถ้ารัฐบาลเก็บภาษีในอัตราสูงจะทำให้ต้นทุนการผลิตสินค้าสูงขึ้น ทำให้อุปทานลดลง แต่ถ้ารัฐบาลเก็บภาษีในอัตราลดลง ทำให้ต้นทุนการผลิตสินค้าลดลง และอุปทานจะเพิ่มขึ้น

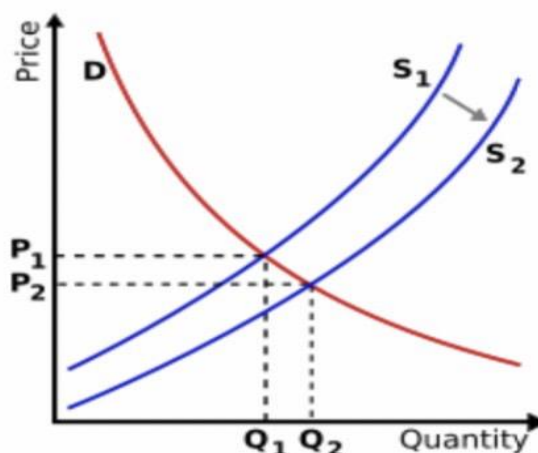
(6) การคาดการณ์ราคาสินค้าในอนาคต ถ้าผู้ผลิตคาดการณ์ว่าราคาสินค้าในอนาคตจะสูง ขึ้น ผู้ผลิตจะชะลอปริมาณการเสนอขายในปัจจุบันลง เพื่อจะเก็บไว้รอขายในอนาคต (อุปทานลดลง) ในทางกลับกัน ถ้าคาดการณ์ว่าราคาสินค้าในอนาคตจะลดลง ผู้ผลิตจะเพิ่มปริมาณการเสนอขายในปัจจุบันมากขึ้น (อุปทานเพิ่มขึ้น)

(7) สภาพดินฟ้าอากาศ ส่วนใหญ่จะมีอิทธิพลต่อผลผลิตทางการเกษตร ถ้าฝนฟ้าตกต้องตามฤดูกาลผลผลิตก็จะมีมากและอุดมสมบูรณ์ แต่ถ้าสภาพดินฟ้าอากาศไม่ดีปริมาณผลผลิตก็จะมีน้อย



รูปภาพที่ 4 ปัจจัยที่มีผลต่ออุปสงค์

ในกรณีที่กราฟอุปสงค์เลื่อนทางขวาทั้งเส้นแสดงว่าความต้องการมากขึ้น กรณีนี้ปริมาณและราคาย่อมสูงขึ้นตาม เพราะโดยธรรมชาติเมื่อมีผู้อยากซื้อมากขึ้นสินค้าก็ยิ่งถูกผลิตมากและถูกโก่งราคาให้สูงขึ้น แต่หากกราฟเลื่อนมาทางซ้ายย่อมส่งผลตรงกันข้ามคือ ปริมาณและราคาลดลง

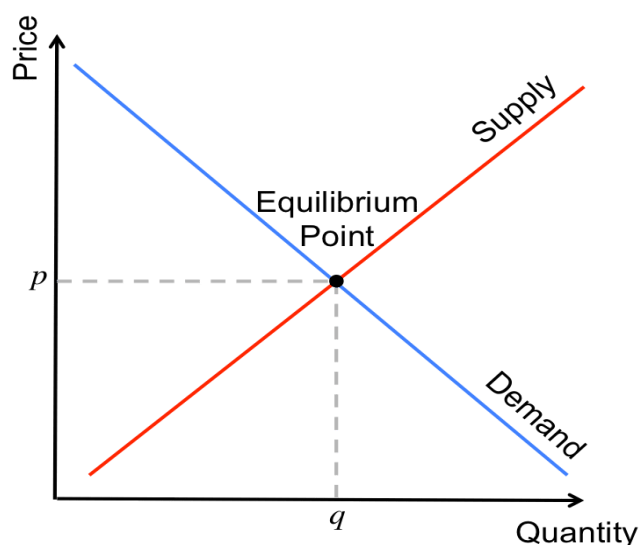


รูปภาพที่ 5 ปัจจัยที่มีผลต่ออุปทาน

ในกรณีอุปทานหากกราฟเลื่อนทางขวาทั้งเส้น แสดงว่าความต้องการขายมากขึ้น กรณีนี้ปริมาณสินค้าเพิ่มขึ้นแต่ราคาลดลง เพราะธรรมชาติของตลาดเมื่อมีผู้ผลิตสินค้าออกมาในปริมาณมากราคาย่อมต่ำลง แต่ถ้าหากกราฟเลื่อนมาทางซ้ายก็ย่อมส่งผลให้ตรงข้ามคือ ปริมาณลดลงแต่ราคาสูงขึ้น

ดังนั้น การตกลงซื้อขายจะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อทั้งผู้ซื้อและผู้ขายต่างยอมรับราคาและปริมาณซื้อขายอันเดียวกัน ซึ่งจุดที่ทำให้เกิดการซื้อขายดังกล่าวนี้เองที่เรียกว่า “ดุลยภาพ”(Equilibrium) และ ณ จุดนี้ราคาสินค้าและปริมาณความต้องการซื้อและขายจะมีเพียงราคาเดียวเท่านั้น เรียกระดับราคาและปริมาณดังกล่าวนี้ว่า “ราคาดุลยภาพ” (Equilibrium Price) และ “ปริมาณดุลยภาพ” (Equilibrium Quantity) และเรียกภาวะดังกล่าวนี้ว่า “ดุลยภาพของตลาด” (Market Equilibrium) จึงสรุปได้ว่า ดุลยภาพของตลาด หมายถึง สภาพสมดุลที่เกิดขึ้น ณ ระดับราคาและผู้ซื้อและผู้ขายได้ทำการตกลงซื้อขายกัน แล้วปริมาณความต้องการซื้อจะต้องเท่ากับปริมาณความต้องการขายพอดีหรืออาจกล่าวได้ว่าจุดดุลยภาพของตลาดจะเกิดขึ้น ณ จุดที่เส้นอุปสงค์ตัดกับเส้นอุปทาน³⁷ การเคลื่อนไหวลักษณะเช่นนี้จึงเรียกว่า “กลไกราคา หรือ กลไกตลาด” นั่นเอง

³⁷ จุฑามาศ ทวีไพบูลย์วงษ์, เศรษฐศาสตร์จุลภาค (กรุงเทพฯ: เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า, 2548). หน้า 40.



รูปภาพที่ 6 เส้นแสดงอุปสงค์และอุปทานและจุดดุลยภาพของตลาด

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า แบบจำลองอุปสงค์และอุปทาน อธิบายว่าอุปสงค์และอุปทานเป็นปัจจัยที่กำหนดราคาของสินค้าในตลาด โดยใช้แนวคิดของจุดสมดุล (equilibrium)³⁸ จุดสมดุลในแบบจำลองนี้คือภาวะที่ปริมาณความต้องการซื้อสินค้าเท่ากับปริมาณความต้องการขายสินค้า ราคาสินค้าที่ทำให้ปริมาณความต้องการซื้อเท่ากับปริมาณความต้องการขายนี้เรียกว่าราคาสมดุล และปริมาณสินค้าที่ซื้อขายในจุดสมดุลเรียกว่าปริมาณสมดุล ในแผนภูมิเส้นที่แสดงอุปสงค์และอุปทาน จุดสมดุลคือจุดที่เส้นอุปสงค์และเส้นอุปทานตัดกัน หากปริมาณอุปสงค์มากกว่าปริมาณอุปทาน ซึ่งเกิดเมื่อราคาสินค้าต่ำกว่าราคาดุลยภาพของสินค้านั้น จะเกิดการขาดแคลนสินค้า หรือเรียกว่ามีอุปสงค์ส่วนเกิน ในขณะที่เมื่อปริมาณอุปทานมากกว่าปริมาณอุปสงค์ คือเมื่อราคาสินค้าสูงกว่าราคาดุลยภาพ จะเกิดสินค้าล้นตลาด หรืออุปทานส่วนเกิน โดยเมื่อเกิดกรณีเหล่านี้ ผู้ซื้อและผู้ขายในตลาดจะตอบสนองจนกระทั่งตลาดเข้าสู่ดุลยภาพต่อเนื่องกัน หากปริมาณอุปสงค์มากกว่าปริมาณอุปทาน ซึ่งเกิดเมื่อราคาสินค้าต่ำกว่าราคาสมดุลของสินค้านั้น จะเกิดการขาดแคลนสินค้าหรือเรียกว่ามีอุปสงค์ส่วนเกิน ในขณะที่เมื่อปริมาณอุปทานมากกว่าปริมาณอุปสงค์ คือเมื่อราคาสินค้าสูงกว่าราคาสมดุล จะเกิดสินค้าล้นตลาด หรืออุปทานส่วนเกิน โดยเมื่อเกิดกรณีเหล่านี้ ผู้ซื้อและผู้ขายในตลาดจะตอบสนองจนกระทั่งตลาดเข้าสู่ดุลยภาพต่อเนื่องกัน อันเป็นลักษณะพิเศษของกลไกตลาดตามธรรมชาติ

³⁸ Michael Parkin Robin Bade, *Foundations of Microeconomics*, ed. The Addison-Wesley series in economics, 6 (Addison Wesley, 2002), pp 24.

2.1.1.3.2 ความสัมพันธ์ระหว่างการแข่งขันกับกลไกตลาด

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม การทำงานในลักษณะของของ กลไกตลาดเป็นสิ่งสำคัญต่อการควบคุมอุปสงค์และอุปทานเพื่อให้ตลาดเข้าสู่จุดสมดุล ดังนั้น เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างปริมาณเสนอซื้อกับราคาสินค้าเป็นไปตามกฎของอุปสงค์ คือ ผู้ซื้อจะซื้อสินค้ามากขึ้นเมื่อราคาสินค้าลดลง ซื้อสินค้าน้อยลงเมื่อราคาสินค้าสูงขึ้น และความสัมพันธ์ระหว่างปริมาณเสนอขายเป็นไปตามกฎของอุปทาน คือ ผู้ขายจะขายสินค้ามากขึ้นเมื่อราคาสินค้าสูงขึ้นขายสินค้าน้อยลงเมื่อราคาสินค้าลดลง ความต้องการของผู้ซื้อและผู้ขายจึงไม่สอดคล้องกัน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องยืดหยุ่นหรือประนีประนอมระหว่างกัน โดยถ้าราคาสินค้ามีราคาที่สูงขึ้น ผู้ซื้อย่อมเสนอซื้อสินค้าจำนวนน้อย ในขณะที่ผู้ขายจะเสนอขายสินค้าจำนวนมาก ดังนั้น เพื่อให้สามารถขายสินค้าในปริมาณที่ต้องการได้ ผู้ขายอาจจะต้องยอมลดราคาสินค้าของลง เพราะราคาสินค้าที่ต่ำลงจะเป็นผลให้มีผู้ซื้อสินค้าจำนวนมากขึ้น ในขณะที่ผู้ขายต้องการขายสินค้าน้อยลง ความแตกต่างระหว่างปริมาณเสนอซื้อและปริมาณเสนอขาย ณ ระดับราคาที่เป็นอยู่ก็จะลดน้อยลง แต่ตราบไต่ที่ปริมาณเสนอซื้อยังไม่เท่ากับปริมาณเสนอขาย แนวโน้มผู้ขายจะลดราคาสินค้าให้ต่ำลงไปอีก ก็ยังมีอยู่เพื่อว่า ตนจะสามารถขายสินค้าส่วนที่เหลือได้หมดและเมื่อราคาสินค้าลดลง ผู้ซื้อก็จะเพิ่มปริมาณเสนอซื้อให้มากขึ้น ดังนั้น การประนีประนอมในระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายจะดำเนินไปในลักษณะนี้ จนกว่าราคาสินค้าได้ลดลงมากพอจนทำให้ปริมาณเสนอซื้อและปริมาณเสนอขายอยู่ในจุดที่เท่ากันพอดี

ในการทำงานเดียวกัน หากราคาสินค้าแต่เริ่มแรกอยู่ในระดับต่ำ ผู้ซื้อย่อมเสนอซื้อสินค้าจำนวนมาก ในขณะที่ผู้ขายเสนอขายสินค้าจำนวนน้อย ผู้ซื้ออาจจำเป็นต้องขึ้นราคาสินค้าเพื่อให้ตนสามารถได้รับสินค้าในปริมาณที่ต้องการ ผู้ขายก็จะยอมนำสินค้าออกขายเพิ่มขึ้น การประนีประนอมระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายก็จะเป็นไปในลักษณะเดียวกับกรณีข้างต้น แต่เป็นไปในทางตรงกันข้าม ไม่ว่าจะเป็กรณใดก็ตาม เมื่อแนวโน้มการปรับราคามีลักษณะหรือกลไกเพื่อให้สูงขึ้นหรือต่ำลงจะสิ้นสุดลงเมื่อปริมาณเสนอซื้อและปริมาณเสนอขาย ณ ระดับราคาในตลาดเท่ากันพอดี ซึ่งราคาและปริมาณดังกล่าวก็คือราคาและปริมาณ ณ จุดตัดของเส้นอุปสงค์ของตลาดและเส้นอุปทานของตลาด

ทั้งนี้ การที่ราคาดุลยภาพจะอยู่ ณ จุดตัดของเส้นอุปสงค์และเส้นอุปทานของตลาดเสมอนั้นไม่ได้หมายความว่า ราคาที่มีการซื้อขายกันจริง ๆ ในตลาดในขณะหนึ่ง ๆ จำเป็นจะต้องเป็นราคาดุลยภาพเสมอไป ซึ่งราคาที่มีการซื้อขายกันจริง ๆ ในตลาดอาจสูงหรือต่ำกว่าราคาดุลยภาพก็ได้ แต่ราคาที่จะทำให้ปริมาณเสนอซื้อเท่ากับปริมาณเสนอขายพอดีจะมีเพียงราคาเดียว คือ ราคา ณ จุดดุลยภาพ ดังนั้น หากราคาสินค้าในตลาดอยู่ในระดับที่สูงหรือต่ำกว่าราคาดุลยภาพ อุปทานส่วนเกินหรืออุปสงค์ส่วนเกินที่เกิดขึ้นจะผลักดันทำให้ราคาสินค้ากลับมาอยู่ ณ

จุดดุลยภาพ การปรับตัวดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ และเราเรียกกลไกการปรับตัวที่เกิดขึ้นว่า กลไกตลาด (Market Mechanism) หรือพลังตลาด (market force)³⁹ โดยในทางเศรษฐศาสตร์สมดุลทางเศรษฐกิจนี้ ค่าของตัวแปรทางเศรษฐกิจจะไม่เปลี่ยนแปลง ตัวอย่างเช่น ในการแข่งขันที่สมบูรณ์แบบของข้อความมาตรฐานดุลยภาพเกิดขึ้น ณ จุดที่ปริมาณความต้องการและปริมาณที่ให้มา มีค่าเท่ากัน⁴⁰ ดังนั้น ตลาดสมดุลในกรณีนี้เป็นเงื่อนไขที่ตลาดราคาจะจัดตั้งขึ้นผ่านการแข่งขันดังกล่าว โดยกำหนดว่าปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ขอโดยผู้ซื้อจะเท่ากับจำนวนของสินค้าหรือบริการที่ผลิตโดยผู้ขาย ราคานี้จึงเรียกว่าราคาแข่งขันหรือราคาล้างตลาด และจะไม่มี การเปลี่ยนแปลงเว้นแต่ อุปสงค์หรืออุปทานจะเปลี่ยนไปและปริมาณเรียกว่า ปริมาณแข่งขันหรือปริมาณล้างตลาด

ดังนั้น กลไกตลาด เป็นเครื่องมือที่ในการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด โดยจะทำหน้าที่ตอบคำถามที่ว่า จะผลิตสินค้าอะไร ผลิตอย่างไร และใครจะเป็นผู้ได้ใช้ประโยชน์จากสินค้าหรือบริการนั้น มากที่สุด ภายใต้การแสวงหากำไรสูงสุดของผู้ผลิต และผู้ขาย เพื่อให้ทั้งผู้ผลิตและผู้ซื้อพอใจ โดยทุกการซื้อขายในตลาดจะมีสองฝ่ายคือ ผู้ซื้อและผู้ขาย ผลการซื้อขาย เช่นขายในราคาอย่างใด ปริมาณเท่าใด ขึ้นอยู่กับอำนาจต่อรองของแต่ละฝ่ายในตลาด ทั้งนี้ อำนาจต่อรองของทั้งผู้ผลิต (ผู้ขาย) และผู้บริโภค (ผู้ซื้อ) ในตลาดดังกล่าวจะถูกขีดวงจำกัดโดย 3 ลักษณะของการแข่งขัน ได้แก่⁴¹

(1) ลักษณะการแข่งขันระหว่างผู้ผลิต (ในกรณีที่เป็นคนเดียวกับผู้ขาย) กับผู้บริโภค โดยลักษณะของการแข่งขันเกิดขึ้นเนื่องจากการแก่งแย่งผลประโยชน์กันโดยธรรมชาติ กล่าวคือ ผู้บริโภคจะพยายามต่อรองให้ได้ราคาต่ำ ในขณะที่ผู้ผลิตพยายามต่อรองให้ได้ราคาสูง แต่มีข้อจำกัดสำหรับความสามารถของแต่ละฝ่ายในการบรรลุเป้าหมายนั้น คือ ถ้าหากราคาที่เสนอซื้อต่ำเกินไปผู้ผลิตก็จะไม่ขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภค และในทางกลับกันถ้าผู้ผลิตเสนอราคาที่สูงกว่าคุณค่าที่ผู้บริโภคประเมินแล้ว ผู้บริโภคก็จะปฏิเสธ ดังนั้น พลังจากทั้งสองฝ่าย จึงทำหน้าที่ถ่วงดุล (check and balance) กลไกตลาดอยู่ โดยธรรมชาติ ตัวอย่างเช่น การซื้อขายบ้าน ผู้ซื้อก็จะพยายามต่อรองกับผู้ขายให้ได้ราคาต่ำสุดเสมอ ในขณะที่ผู้ผลิต (ผู้สร้างบ้านจัดสรร) ต้องการขายในราคาสูงสุดที่ผู้บริโภคยินดีจะซื้อและต้องไม่ต่ำกว่าราคาต่ำสุดที่ผู้ขายต้องการจะขาย การซอ้นกันของช่วงราคาจากทั้งสองฝ่ายเท่านั้นที่จะทำให้เกิดการตกลงซื้อขายขึ้นมาได้ เห็นได้ว่า พลังในการแข่งขันจากทั้ง

³⁹ นราทิพย์ ชุตินวงศ์, อ้างแล้ว, หน้า 46-49.

⁴⁰ Hal R Varian, *Intermediate Microeconomics : A Modern Approach*, ed. 5 (London: W.W.Norton & Company, 1999).pp 35.

⁴¹ วรกรณ์ สามโกเศศ, “สามการแข่งขันภายใต้กลไกตลาด” ใน แสงแดดยังมีราคา (กรุงเทพฯ: บริษัท ที่ปังพอยท์ จำกัด, 2546).หน้า 54-56.

สองฝ่ายซึ่งไม่จำเป็นต้องเท่ากันจะเป็นสิ่งที่ช่วยกำหนดอำนาจต่อรองของผู้ผลิตและผู้บริโภค และเป็นตัวชี้นำกระบวนการทำงานของกลไกตลาด

(2) ลักษณะการแข่งขันระหว่างผู้บริโภคร่วมกันเอง การแข่งขันเช่นนี้ทำให้เกิดอำนาจต่อรองของผู้บริโภคในตลาดอ่อนลงเมื่อสินค้าและบริการมีจำกัด ผู้บริโภคจึงแย่งชิงกันซื้อ ใครที่เสนอราคาสูงสุดก็จะได้สินค้านั้นไป การแข่งขันในลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นเสมอ แม้แต่ในตลาดที่มีผู้ผูกขาดสินค้าหนึ่งอยู่เพียงรายเดียว เช่น การประมูลสินค้า เป็นต้น

(3) ลักษณะการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตด้วยกันเอง การแข่งขันลักษณะนี้แตกต่างจากการแข่งขันลักษณะอื่น ๆ เพราะจะต้องมีผู้ผลิตหลายราย และเมื่อพิจารณาว่ามีผู้บริโภคร่วมกันจำกัด ผู้ผลิตจะแข่งขันกันเพื่อให้ได้สิทธิในการให้บริการลูกค้า ผู้ผลิตที่ผลิตสินค้าที่มีคุณภาพในราคาต่ำสุดจะได้สิทธิในการขายสินค้านั้นไป แน่แน่นอนว่าสินค้าที่ดีที่สุดมีราคาต่ำสุดนั้นไม่มีในโลกแห่งความเป็นจริง สิ่งที่เกิดขึ้นก็คือคุณภาพที่ผู้บริโภคพอใจ ผู้ผลิตรายใดสามารถเสนอขายสินค้าด้วยราคาที่ต่ำกว่าก็จะได้สิทธิในการขายสินค้าและบริการนั้นไปครอง

โดยทั้งสามลักษณะของการแข่งขันที่แอบซ่อนตัวอยู่ภายใต้กลไกตลาดจะร่วมกันทำงานเป็นมือที่มองไม่เห็นคอยชักนำกลไกตลาด โดยลักษณะของทิศทางที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นอย่างไรจะขึ้นอยู่กับอำนาจการต่อรองของผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าว หากกระบวนการข้างต้นดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่มีการแทรกแซงการทำงานของกลไกตลาดแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลดีต่อระบบเศรษฐกิจหลายประการ⁴² เช่น สามารถจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่ไปยังบุคคลที่มีความต้องการใช้สินค้านั้นอย่างแท้จริง ผู้ผลิตจะคิดค้นสินค้าใหม่ ๆ และพัฒนาคุณภาพรูปแบบสินค้าให้แตกต่างจากผู้ผลิตอื่น รวมทั้งมีการนำวัตถุดิบใหม่ ๆ มาผลิตสินค้าให้เพิ่มมากขึ้น เนื่องจากผู้ผลิตสินค้าต้องทำให้สินค้าของตนแตกต่างจากสินค้าของผู้ผลิตอื่น เพื่อสร้างโอกาสให้ตนได้รับผลกำไร มากกว่าผู้ผลิตรายอื่น เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมจึงให้ความสำคัญต่อการแข่งขันเสรี โดยอาศัยกลไกตลาดเป็นกลไกสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจให้สมบูรณ์และรัฐควรจะมีบทบาทเกี่ยวกับการจัดสรรการใช้ทรัพยากรให้น้อยที่สุด ทั้งนี้ ด้วยความเชื่อทางทฤษฎีที่ว่า หากปล่อยให้เอกชนแต่ละคนได้ประกอบพฤติกรรมทางเศรษฐกิจของตนโดยอิสระแล้ว จะทำให้การจัดสรรการใช้ทรัพยากรของสังคมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สังคมและประชาชนจะได้รับความพอใจหรือสวัสดิการอย่างสูงสุด

⁴² อินทชัย วิสุทธิแพทย์, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลตามพ.ร.บ.ว่าด้วยการสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 : ศึกษาเฉพาะราคาขายปลีกไข่ไก่" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554) หน้า 7.

2.1.1.3.3 ข้อบกพร่องอันเกิดขึ้นจากกลไกตลาด

ส่วนข้อดีของระบบเศรษฐกิจโดยอาศัยกลไกตลาดมีหลายประการ ในเบื้องต้นเป็นการปลดปล่อยพลังอันสำคัญของมนุษย์ซึ่งถูกจูงใจโดยผลประโยชน์ส่วนตัวให้ขยันขันแข็ง มีความคิดริเริ่ม มีการวิจัยเพื่อเพิ่มผลผลิต นำไปสู่ความหลากหลายของสินค้าที่จำเป็นในแง่นี้มีส่วนทำให้ปิดช่องว่างระหว่างคนรวยและคนจน แต่ในส่วนลบนั้นก็คือทำให้เกิดการรวมกระจุก จนกระจาย ในกรณีที่ระบบการเมืองไม่มีมาตรการที่จะแจกแจงรายได้ให้ยุติธรรมยิ่งขึ้น ความล้มเหลวของกลไกตลาดเกิดขึ้น เนื่องจากตลาดไม่มีความสมบูรณ์ (imperfect competition) และการไร้ตลาดของบางสินค้า (nonexistence of markets) ราคาไม่สามารถกำหนดปริมาณผลิตได้อย่างเหมาะสมในระบบเศรษฐกิจ อีกทั้งการจัดสรรโดยเอกชนอาจไม่เป็นที่พอใจของสังคม ดังนั้นภาครัฐจึงต้องมีความจำเป็นที่เข้ามามีบทบาทในระบบเศรษฐกิจ เพื่อให้ราคาสะท้อนปริมาณผลิตที่เหมาะสม โดยภาครัฐอาจเข้ามาแทรกแซงในระบบเศรษฐกิจ โดยการออกกฎหมายและมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้ราคาสะท้อนต้นทุนที่แท้จริงหรือเข้ามามีบทบาทในการผลิตและการจัดสรรทรัพยากรเอง ซึ่งความล้มเหลวของกลไกตลาดสามารถสรุปได้หลายประการ ดังนี้⁴³

ประการที่ 1 ข้อบกพร่องที่เกิดจากความไม่เป็นธรรมในสังคม จากการที่รัฐเข้าแทรกแซงในระบบเศรษฐกิจ เนื่องจากความเมตตากรุณา (Benevolence) เป็นการแทรกแซงเพื่อปกป้องคุ้มครองบุคคลที่อ่อนแอและขาดอำนาจต่อรองในระบบเศรษฐกิจเสรีที่อาศัยกลไกตลาด โดยวัตถุประสงค์ของการเข้าแทรกแซงจึงเป็นการแทรกแซงเพื่อประสิทธิภาพในการจัดสรรผลประโยชน์ให้เป็นธรรมและความเสมอภาค ซึ่งมีลักษณะเป็นความยุติธรรมตามระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ นั้นเอง ตัวอย่าง ของการเข้าแทรกแซงเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ได้แก่ กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ฯลฯ⁴⁴ และในโลกความเป็นจริง การจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพนั้นอาจขาดความเป็นธรรม สังคมอาจมีความเห็นว่าการกระจายทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจนั้นไม่มีความยุติธรรม ภาครัฐอาจจำเป็นต้องมีหน้าที่กระจายรายได้จากกลุ่มหนึ่งที่มีความกินดีมีสุขมากกว่าไปให้อีกกลุ่มหนึ่งที่ด้อยโอกาสที่จะอยู่ในสังคม ทั้งนี้ เครื่องมือที่ใช้อาจเป็นการตรากฎหมายปฏิรูปการถือครองที่ดินหรือการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาทุกประเภทในอัตราก้าวหน้า เพื่อสร้างความเป็นธรรมในสังคมให้มีมากขึ้น

ประการที่ 2 การกระจายรายได้ต้องพึ่งภาครัฐที่มีอำนาจล้นพ้น ที่ได้เสียงส่วนใหญ่ของประชาชนในระบบประชาธิปไตย การกระจายรายได้จากคนรวย เพื่อให้คนจนมี

⁴³ ชนรัตน์ เอี่ยมกุลวัฒน์, เศรษฐศาสตร์ภาครัฐ: ทฤษฎีและแนวคิดเชิงนโยบาย (กรุงเทพฯ: คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557). หน้า 35

⁴⁴ ศักดา ธนิตกุล, "รัฐธรรมนุญไทยกับเสรีภาพในการประกอบธุรกิจมุมมองในเชิงเศรษฐศาสตร์," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2547). หน้า 58.

ความเป็นอยู่ที่ทำให้สังคมยอมรับได้ โดยภาครัฐมีอำนาจในการบังคับจัดเก็บภาษีอากร หรือให้บริการสาธารณะฟรีกับคนที่ด้อยโอกาสในสังคม การที่ภาครัฐอำนาจบังคับอาจจะไม่ใช่เพื่อการกระจายรายได้เพียงอย่างเดียว แต่อาจเพื่อส่งเสริมให้มีการบริโภคสินค้าที่มีคุณค่า (merit goods) เช่น การอนุรักษ์สัตว์ เพื่อให้เยาวชนรุ่นหลังได้เยี่ยมชม ส่งเสริมการบริโภคสินค้าพื้นบ้านเพื่ออนุรักษ์วัฒนธรรมประเพณีของไทย หรือภาครัฐอาจใช้อำนาจในการลดแรงจูงใจในการบริโภคสินค้าที่ไม่มีคุณค่า (demerit goods) เช่น เก็บภาษีสรรพสามิตในอัตราสูงกับสินค้าประเภทบุหรี่และเหล้า เพื่อลดการบริโภคสินค้าที่ไม่มีคุณค่านั่นเอง

ประการที่ 3 ข้อบกพร่องอันเกิดจากสินค้าสาธารณะ (Public Goods) เป็นสินค้าที่มีคุณสมบัติไม่เหมือนสินค้าเอกชน คือ เป็นสินค้าที่ไม่สามารถกีดกันการบริโภคได้ (non-exclusion) และเป็นสินค้าที่ไม่เป็นปรปักษ์ต่อการบริโภค หรือเป็นสินค้าที่สามารถบริโภคพร้อมกันได้ (non-rival or joint-Consumption) นั่นคือ ซึ่งการบริโภคสินค้าสาธารณะที่ภาครัฐจัดสรร ไม่ได้ทำให้การบริโภคของบุคคลอื่นนั้นลดน้อยลง หรืออาจกล่าวได้ว่า การได้รับบริการจากการป้องกันชายแดนไม่สามารถแยกการบริโภคออกจากกันได้ สินค้าสาธารณะที่มีคุณสมบัติสองลักษณะนี้เราเรียกว่า สินค้าสาธารณะบริสุทธิ์ (pure public good) สินค้าสาธารณะเป็นสินค้าที่ไม่มีผู้ผลิตเอกชนใดต้องการผลิต หรืออาจจะผลิตบ้างเพื่อประโยชน์ของผู้ผลิตเอง แต่ไม่เพียงพอต่อความต้องการของสังคม สาเหตุคือดังกล่าวก่อเกิดจากสินค้าสาธารณะเป็นสินค้าที่สามารถบริโภคพร้อมกัน ดังนั้นผู้ผลิตไม่สามารถรู้ว่าผู้ใดต้องการเท่าไร และจะคิดราคาที่จะเก็บจากผู้บริโภคอย่างไร ผู้บริโภคก็รู้ว่า การผลิตสินค้าประเภทนี้ออกสู่ตลาดแล้ว ผู้บริโภคก็สามารถบริโภคพร้อมกับผู้อื่นได้ ทำให้ผู้บริโภคไม่มีแรงจูงใจที่จะยอมเปิดเผยความพึงปรารถนาจริง (revelation of true preferences) ในการนี้ ผู้บริโภคจึงมีแนวโน้มที่จะบอกว่าราคาหรือประโยชน์ที่ได้รับจากการบริโภคสินค้าสาธารณะต่ำกว่าความเป็นจริง การที่มีปัญหาผู้บริโภคไม่ยอมเปิดเผยความจริงเพื่อไม่เป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่าย (free rider) ทำให้ผู้ผลิตไม่สามารถตั้งราคาที่แท้จริง จึงทำให้มีความแตกต่างกับสินค้าเอกชน ด้วยเหตุดังกล่าวนี้อาจสินค้าสาธารณะจึงไม่สามารถกำหนดโดยกลไกตลาดรัฐบาลจึงต้องดำเนินการบางอย่างเพื่อให้ปริมาณการผลิตสินค้าสาธารณะเป็นไป ณ ปริมาณที่มีประสิทธิภาพ อาจโดยการดำเนินการ หรือสนับสนุนให้เอกชนดำเนินการโดยการลดภาษีหรือให้เงินสนับสนุน⁴⁵

ประการที่ 4 ข้อบกพร่องที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกและข้อบกพร่องที่เกิดจากการเข้าถึงข้อมูล กล่าวคือ สินค้าบางประเภทที่ราคากำหนดโดยกลไกตลาดนั้นต่ำกว่าหรือสูงกว่าต้นทุนของสังคม เพราะการผลิตสินค้าจำพวกนี้ออกมาแล้วมีผลกระทบต่อบุคคลอื่น โรงงานที่ผลิตสินค้าและปล่อยน้ำเสียลงในแม่น้ำลำคลอง โดยกิจกรรมที่บุคคลหนึ่งทำที่มีผลกระทบต่อสวัสดิการบุคคลอีกคนหนึ่งและมีผลภายนอกกลไกตลาด ทั้งนี้ เราเรียกปัญหาหรือประโยชน์ที่เกิด

⁴⁵ ชนรัตน์ เอี่ยมกุลวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 35

จากกิจกรรมนั้น ๆ ว่า ผลภายนอกหรือผลกระทบต่อบุคคลอื่น (externality) ผลกระทบต่อผู้อื่น อาจจะเป็นในแง่ลบ (negative externality) เช่น การที่โรงงานปล่อยน้ำเสียลงในแม่น้ำโดยไม่มีระบบบำบัดน้ำภายในโรงงาน หรือการที่โรงงานปล่อยมลภาวะอันเป็นพิษจากการสันดาปเผาไหม้ในระบบอุตสาหกรรม นอกจากนี้ยังมีผลกระทบต่อผู้อื่นที่สามารถเป็นแง่บวก (positive externality) ได้ ดังเช่น ผลการศึกษาได้จากการเก็บข้อมูลหรือศึกษาจากเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อสังคม ที่มีผลกระทบต่อผู้อื่นในแง่บวกหรือแง่ลบนั้น ส่งผลให้ทรัพยากรไม่สามารถได้รับการจัดสรรให้มีประสิทธิภาพได้ และกลไกตลาดไม่สามารถจูงใจให้ผู้ผลิตและผู้บริโภครวมผลกระทบภายนอกต่อสังคมได้ ดังนั้น ภาครัฐจึงต้องเข้ามาแทรกแซงโดยอาจเข้ามาเก็บภาษีผู้ที่สร้างมลภาวะเป็นพิษ หรือมีมาตรการควบคุมให้มลภาวะพิษนั้นอยู่ในอัตราที่เหมาะสม และอาจจัดสรรเงินหรืองบประมาณ เพื่อช่วยเหลือและพัฒนาชุมชน หรือจัดโครงการในลักษณะของกิจกรรมเพื่อสังคม (Corporate Social Responsibility) หรือที่เรียกกันว่า CSR โดยเป็นแนวคิดในการดำเนินกิจกรรมภายในและภายนอกองค์กร ที่คำนึงถึงผลกระทบต่อสังคม ด้วยการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ในองค์กรหรือทรัพยากรจากภายนอกองค์กร เพื่อให้สังคมนั้นอยู่อย่างมีความสุข

ส่วนในด้านการเข้าถึงข้อมูลนั้น ในระบบเศรษฐกิจที่มีลักษณะของการแข่งขันแบบสมบูรณ์นั้น ข้อมูลทุกอย่างจะต้องมีครบถ้วนและเปิดเผยอย่างโปร่งใส และราคาทั้งหมดในตลาดนั้น โดยผู้บริโภครู้และเข้าถึงชุดข้อมูลดังกล่าวได้อย่างสะดวก แต่ในสังคมปัจจุบันนั้น ข้อมูลที่มาประกอบการตัดสินใจของผู้บริโภคและผู้ผลิตนั้นอาจไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ (asymmetric information) เช่น การพิจารณาซื้อบ้านมือสอง ผู้บริโภคมักไม่สามารถมั่นใจเต็มร้อยว่า บ้านหลังนั้นมีประวัติความเป็นมาอย่างไร เคยมีการซ่อมหรือข้อบกพร่องที่ปกปิดในด้านโครงสร้าง การก่อสร้างมาบ้างหรือไม่ ซึ่งเมื่อซื้อแล้วเข้าอยู่อาศัยจะเกิดปัญหาที่ตามมาได้เช่น หลังคารั่ว วัสดุมีปัญหา อีกกรณีหนึ่ง การพิจารณาซื้อยาเพื่อมารักษาโรคหรือผลิตภัณฑ์เวชสำอาง ผู้บริโภคไม่สามารถได้ว่ายาชนิดนั้นมีสรรพคุณตามที่บริษัทหรือผู้ผลิตโฆษณาหรือกล่าวอ้างหรือไม่ ดังนั้น ภาครัฐจึงต้องมีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามามีบทบาทในการให้ข้อมูลอย่างถูกต้องกับผู้บริโภค โดยอาจมีการบังคับผู้ประกอบการ หรือผู้ขายให้มีการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสกับสาธารณชนเกี่ยวกับผลการรับรองสรรพคุณยาหรือเวชสำอาง หรือฐานะที่แท้จริงของกิจการ ซึ่งหน่วยงานตรวจสอบและเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสถาบันการเงิน องค์กรอาหารและยาเป็นอีกหน่วยงานของภาครัฐ มีหน้าที่คอยตรวจสอบว่า ยามีสรรพคุณอย่างที่กล่าวไว้บนฉลากขวดยาหรือไม่ และให้ข้อมูลจำเป็นอื่น ๆ เกี่ยวกับยาและสินค้าบริโภค แต่บทบาทรัฐในการให้ข้อมูลต่อประชาชนก็ยังคงมีปัญหาเนื่องจาก บุคลากรของภาครัฐอาจไม่สามารถหาข้อมูลได้ หรือปกปิดข้อมูลเพื่อปกปิดข้อมูลเพื่อประโยชน์อย่างอื่น

ประการที่ 5 ข้อบกพร่องที่เกิดจากการผูกขาดทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ ในทางทฤษฎี การผูกขาดในประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมโดยอาศัยกลไกตลาดจะไม่มี

ทางเกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นได้ยากด้วยเหตุ 2 ประการ คือ (1) ในด้านความเชี่ยวชาญในการผลิตสินค้าและบริการแต่ละประเภท ทำให้ผู้ประกอบการต้องมีความเชี่ยวชาญในการผลิตสินค้าและบริการในแต่ละประเภทและโดยมีความจำเป็นต้องพึ่งผู้ประกอบการอื่น ๆ และ (2) การแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการที่มีกำไรส่วนเกิน จะทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาในตลาดนั้นเพื่อผลิตสินค้าหรือบริการแข่งขันกับผู้ประกอบการรายที่อยู่ในตลาดก่อน และผู้ที่เป็นปัจเจกชนย่อมเห็นแก่ประโยชน์สูงสุดของตนเช่นกันที่จะเลือกสินค้าหรือบริการที่ให้อรรถประโยชน์สูงสุดแก่ตนโดยจ่ายราคาที่ต่ำสุด จากเหตุทั้งสองประการย่อมทำให้การผูกขาดเกิดขึ้นได้ยากหรือไม่เกิดขึ้นเลย

อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงไม่ได้เป็นอย่างที่กล่าวไว้ข้างต้น เนื่องจากผู้ผลิตบางรายสามารถกำหนดกลไกของราคาสินค้าหรือบริการที่ผลิตได้เอง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาความต้องการสินค้าหรืออุปสงค์ (Demand) ในตลาด ซึ่งอาจเกิดจากการที่ผู้ผลิตรายนั้นมีอำนาจมากในตลาดหรือเกิดจากการร่วมมือกันแทนที่จะแข่งขันกันของผู้ผลิตโดยเป็นการผูกขาดทางตรง หรืออาจเกิดจากลักษณะของสินค้าหรือบริการบางประเภท โดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวจะทำให้มีประสิทธิภาพมากกว่ามีผู้ประกอบการหลายราย เนื่องจากเหตุผลของต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยของผู้ประกอบการจะเป็นต้นทุนที่สูงมาก แต่เมื่อการผลิตเพิ่มขึ้นต้นทุนเฉลี่ยย่อมต่ำลงเช่นกัน ซึ่งการผูกขาดโดยธรรมชาติหรือผูกขาดทางอ้อมเห็นได้จากกิจการที่มีลักษณะของเงื่อนไขการบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคเข้ามามีส่วนร่วมด้วย ได้แก่ กิจการไฟฟ้า กิจการน้ำประปา กิจการโทรคมนาคม ฯลฯ⁴⁶

ประการที่ 6 ข้อบกพร่องที่เกิดจากการไม่มีเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ อัตราการว่างงาน อัตราเงินเฟ้อสูง ลักษณะของความตกต่ำทางเศรษฐกิจ บัญชีเดินสะพัดติดลบในอัตราสูง ภาคส่งออกไม่ขยายตัว ไม่มีการนำเข้าของสินค้า หนี้สาธารณะจำนวนมากอาจเป็นสัญญาณว่ากลไกตลาดนั้นล้มเหลว โดยไม่สามารถทำให้การจ้างงานและไม่สามารถควบคุมเงินเฟ้อให้อยู่ในอัตราที่เหมาะสม ไม่สามารถมีการเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างมีเสถียรภาพเพื่อให้ประชาชนมีความกินดีอยู่ดีขึ้น ไม่สามารถรักษาดุลบัญชีเดินสะพัดให้อยู่ในอัตราที่มีเสถียรภาพและไม่สามารถรักษาการเจริญเติบโตของการส่งออกในอัตราที่เหมาะสม การไร้เสถียรภาพในระบบเศรษฐกิจเป็นสัญญาณเตือนภัยแก่ภาครัฐ โดยผู้กำหนดนโยบายและนักวิชาการบางส่วนเชื่อว่ากลไกตลาด ไม่ใช่สูตรสำเร็จในการจัดสรรทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจ และมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งที่ภาครัฐต้องรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ ซึ่งความล้มเหลวของกลไกตลาดในส่วนสินค้าสาธารณะ ปัญหา ผลกระทบต่อบุคคลอื่น ข้อผลกระทบต่อผู้อื่น ข้อมูลนั้นหายาก การไร้ตลาดของสินค้าบางชนิดและการผูกขาด โดยสิ่งเหล่านี้เป็นเหตุผลที่เกิดจากความล้มเหลวของทฤษฎีโดยตรง แต่ในส่วนความ

⁴⁶ ศักดา ธนิตกุล, อ้างแล้ว, หน้า 59.

เป็นธรรมและการไร้เสถียรภาพทางเศรษฐกิจอาจไม่ใช่ความล้มเหลวของกลไกตลาดโดยตรง แต่กลไกตลาดอาจไม่สามารถแก้ไขปัญหาทั้งสองข้อนี้ได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นย่อมเห็นได้ว่า การแข่งขันในตลาดนำไปสู่การจัดสรรทรัพยากรทางเศรษฐกิจอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากผู้ที่สามารถใช้ทรัพยากรได้อย่างมีประสิทธิภาพและคุ้มค่าที่สุดนั้น ย่อมจะมีต้นทุนที่ต่ำที่สุดจึงทำให้เกิดการได้เปรียบในการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม ในทางตรงกันข้ามความล้มเหลวอันเกิดจากข้อบกพร่องของกลไกตลาดนั้น ส่งผลให้ไม่เกิดการแข่งขันในระบบตลาด อันเป็นจุดเริ่มต้นของความไร้ประสิทธิภาพและประสิทธิผล ในการบริหารจัดการทรัพยากร เนื่องจากผู้ประกอบการไม่ต้องขวนขวายในการแข่งขันจึงสามารถลักลอบการของต้นทุนที่สูงไปยังผู้บริโภคซึ่งไม่มีทางเลือกได้ ดังนั้น การแข่งขันเสรีโดยอาศัยกลไกตลาดจึงถือเป็นหัวใจสำคัญของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม แต่การจะเกิดการแข่งขันได้ย่อมอาศัยกลไกตลาดที่สมบูรณ์อันเป็นเครื่องมือที่นำไปสู่ความสมบูรณ์ในระบบเศรษฐกิจ แต่หากเกิดความล้มเหลวของกลไกตลาดขึ้นมาย่อมเป็นเหตุผลให้รัฐเข้าไปแทรกแซงกลไกตลาดเพื่อให้อยู่ในระดับที่เหมาะสมและสมดุลกับระบบเศรษฐกิจ

2.1.2 หลักการแข่งขันเสรีตามแนวความคิดทางวิชาการของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ

จากที่กล่าวมาในส่วนต้นแล้วว่าลัทธิเศรษฐกิจการเมืองในแต่ละยุคสมัยสะท้อนให้เห็นถึงหน้าที่บทบาทและภารกิจของรัฐ ซึ่งภารกิจที่สำคัญและมีความจำเป็นต่อความเป็นรัฐหรือการดำรงอยู่ของรัฐ นั่นคือ การมีชีวิตอยู่ดีมีสุขรอดปลอดภัยอันเป็นสิทธิพื้นฐานของประชาชน และต่อมาถูกพัฒนาต่อยอดโดยส่งผลให้ภารกิจของรัฐเพิ่มขึ้นโดยเฉพาะภารกิจของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ดังนั้น กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจจึงเป็นสาขาที่เกิดขึ้นมาในภายหลัง เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้บทบาทหรือภารกิจของรัฐในทางเศรษฐกิจจะมากหรือน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับแนวความคิดทางเศรษฐกิจของแต่ละรัฐ ซึ่งหากรัฐใดยึดมั่นในแนวความคิดทางเศรษฐกิจทางเสรีนิยมมาก ย่อมส่งผลให้การเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐก็จะมีอยู่อย่างจำกัด หรือหากเข้าแทรกแซงเพื่อแก้ไขกลไกตลาดที่บกพร่องเท่านั้น แต่หากรัฐใดที่มีแนวความคิดทางเศรษฐกิจโน้มเอียงไปทางระบบเศรษฐกิจสังคมนิยมหรือรัฐสวัสดิการ บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจก็ย่อมจะมีมากขึ้นตามไปด้วย

2.1.2.1 หลักการแข่งขันเสรีกับหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ

ในการศึกษาหลักการแข่งขันเสรีกับหลักแนวคิดสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ สามารถแยกประเด็นได้เป็น 2 หัวข้อสำคัญ คือ หลักการทั่วไปของกฎหมาย

มหาชนทางเศรษฐกิจ และหลักการยอมรับสถานะทางกฎหมายของหลักการแข่งขันเสรี โดยผู้เขียนจะอธิบายดังต่อไปนี้

2.1.2.1.1 หลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ

ในหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจสามารถแบ่งหลักการได้เป็น 2 ลักษณะ คือ หลักการทั่วไปตามกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจและหลักการเฉพาะตามกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ

2.1.2.1.1.1 หลักการทั่วไปตามกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ

โดยหลักการทั่วไปตามกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ สามารถแบ่งออกเป็นหลักนิติรัฐและหลักการที่สืบเนื่องอื่น ๆ

ก. หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ (Legal State) เป็นแนวความคิดที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนาน โดยแก่นแท้อันเป็นสาระสำคัญของนิติรัฐ คือ การปกครองโดยกฎหมายที่จะไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ อันมีผลเป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน เมื่อพิจารณาถึงพัฒนาการของหลักนิติรัฐแล้วจะพบว่า หัวใจของหลักนิติรัฐมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ภายในขอบเขตของ กฎหมาย ซึ่งปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา อีกทั้งรัฐต้องมีหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรโดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ⁴⁷ แนวคิดว่าด้วยนิติรัฐ ถือกำเนิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 จากความเบื่อหน่ายการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ไร้กฎหมาย และเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย หลักนิติรัฐ จึงมีแนวคิดมาจากเรื่องการจำกัดตนเอง ซึ่งตามแนวคิดนี้รัฐจะจำกัดตนเองในทางกฎหมายได้ก็แต่ด้วยความยินยอมของรัฐเอง กล่าวคือการจำกัดนี้เป็นไปเพราะมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดรูปแบบและเงื่อนไขของการใช้อำนาจในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนโดยรัฐไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใดนอกเหนือไปจากข้อจำกัดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่รัฐสร้างขึ้นและกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเขavnานี้ จำเป็นสำหรับการดำรงอยู่ของรัฐเอง เพราะหากรัฐไม่เคารพ กฎหมาย สภาพอนาธิปไตยก็จะเกิดขึ้นและจะทำลายกฎหมายของรัฐนั่นเอง หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ การเคารพกฎหมายที่รัฐตราขึ้นเป็นการจำกัดอำนาจของ

⁴⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, เอกบุณย วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553). หน้า 326-327.

รัฐเอง แต่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐ ที่จำเป็นเพื่อความอยู่รอดของรัฐ โดยสรุปอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ถูกจำกัดโดยข้อจำกัด ตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่รัฐตราขึ้น ดังนั้น รัฐต้องเคารพสิทธิหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้เอกชน และเมื่อใดก็ตามที่รัฐจะทำการกระทบกระเทือนต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชน รัฐต้องอาศัยกฎหมาย ให้กระทำการได้

นักคิดที่สำคัญชาวเยอรมัน Robert Von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph Frisherr Von Aretin กล่าวว่า “นิติรัฐ” หมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผล อันเป็นรูปแบบ การปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุมีผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดใน สำหรับสังคมเป็นการทั่วไป จากการให้ความหมายดังกล่าว อาจสรุปได้ว่า นิติรัฐ คือ รัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข

กาเร ดอมัลแบร์ นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้กล่าวว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักการที่ว่าด้วยการที่รัฐต้องยอมตนอยู่ใต้อำนาจของกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำของรัฐอยู่ สองประการ คือ กฎเกณฑ์ที่รับรองสิทธิเสรีภาพของ ประชาชน และกฎหมายที่กำหนดวิธีการ หรือ มาตรการซึ่งรัฐสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด

ข. หลักการสืบเนื่องอื่น ๆ

หลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งอาจมีชื่อเรียกต่างกันบ้าง เช่น หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprincip) ในประเทศเยอรมัน หลักนิติรัฐ (Etat De Droit) ในประเทศฝรั่งเศส หรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในประเทศอังกฤษ หลักการทั้งหมดนี้มีหลักการเดียวกัน กล่าวคือ เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด รัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐจึงต้องมีบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงสิทธิและเสรีภาพของราษฎร เช่น สิทธิเสรีภาพในร่างกาย สิทธิเสรีภาพในทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา และสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น ซึ่งรัฐจะต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎร โดยยอมตนให้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเคร่งครัด ตราบใดที่กฎหมายยังบังคับใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัดรัฐอยู่เสมอ การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ก็ต้องด้วยความยินยอมของราษฎรให้รัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง รัฐที่เป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร นอกจากนั้นความสัมพันธ์ ในนิติรัฐไม่เฉพาะแต่ความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับราษฎรเท่านั้นที่จะต้องเป็นความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร เจาหนาทของรัฐ กับราษฎรก็จะต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายด้วย

ทั้งนี้ หลักนิติรัฐจึงมีสาระสำคัญที่ประกอบด้วยหลักการพื้นฐานที่สืบเนื่องมาจากการประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรอันเกิดจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ รายละเอียดของหลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หรือหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

2.1.2.1.1.2 หลักการเฉพาะตามกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ

รัฐมีหน้าที่ในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อประชาชนเป็นสำคัญโดยด้านการเศรษฐกิจ (économie) ซึ่งเป็นการจัดการที่เกี่ยวกับการผลิต การจำหน่าย การแลกเปลี่ยน การบริการ การดูแลด้านการบริโภคและการใช้สอยสิ่งต่าง ๆ ของประชาชน นอกจากนี้ รัฐ (État) ยังต้องควบคุมและอาจเข้าแทรกแซงปัจจัยต่าง ๆ ที่ส่งผลต่อสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยเครื่องมือที่รัฐใช้ในการดำเนินการดังกล่าวนี้ คือ กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ (droit public économique) กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการเขามามีบทบาทแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ ของนิติบุคคลมหาชนทั้งหลาย ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสจำแนกนิติบุคคล (personnes morales) ออกเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่ง (personnes morales de droit privé) และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (personnes morales de droit public)⁴⁸ โดยคำว่า นิติบุคคลมหาชน (personne publique) หมายถึง นิติบุคคล (personne morale) ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อให้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ⁴⁹ (service public) เช่น รัฐ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน ฯลฯ นิติบุคคล (legal person) เป็นกลุ่มบุคคลหลายคนซึ่งร่วมกันก่อตั้งกลุ่มขึ้นโดยอาศัยอำนาจทางกฎหมาย เพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยกลุ่มบุคคลดังกล่าว ได้แก่ คณะบุคคล องค์กร หน่วยงาน บริษัทจำกัด กองทรัสต์สิน ฯลฯ ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้นิติบุคคลนั้นเป็นบุคคลประเภทหนึ่งที่มีไซบุคคลธรรมดา (natural person) โดยรับรองให้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีพึงเป็นได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น⁵⁰ ซึ่งนิติบุคคลนั้นไม่ได้มีความเป็นอยู่แห่งสภาพบุคคลที่แท้จริง เพียงแต่ถือว่า

⁴⁸ Jean Rivero et Jean Waline, "Droit Administratif," *Précis Dalloz. Droit public Science politique* (2000).pp 127

⁴⁹ Pierre-Laurent and Frier et Jacques Petit, *Droit Administratif*, ed. 10 (Issy-les-Moulineaux: LGDJ : Lextenso édition, 2015). Pp 23.

⁵⁰ ประยูร กาณจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, ed. พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538).หน้า 32.

เป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นเพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่เสมือนบุคคลธรรมดา⁵¹ ตามกฎหมายฝรั่งเศส ถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคลซึ่งมีลักษณะเฉพาะ โดยลักษณะการเป็นนิติบุคคลที่สำคัญของรัฐ คือ การที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย (souveraineté) ซึ่งเป็นอำนาจหนึ่งเดียวของรัฐ โดยรัฐมีอำนาจอธิปไตยทั้งในระหว่างประเทศ (ordre international) และภายในประเทศ (ordre interne)⁵²

การพิจารณาความหมายของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ โดยต้องเริ่มจากการพิจารณาความหมายของกฎหมายมหาชนที่มีความหมายว่า “กฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจของรัฐกับประชาชน หรือระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน บนพื้นฐานของความไม่เท่าเทียมกัน โดยรัฐในฐานะผู้มีอำนาจปกครองนั้นมีอำนาจเหนือประชาชน”⁵³ ดังนั้นความหมายของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจจึงหมายถึง กฎหมายที่กล่าวถึงบทบาทของรัฐหรือการให้อำนาจของหน่วยงานของรัฐในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจอันส่งผลต่อความสัมพันธ์ของรัฐกับประชาชน หรือระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน

ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์⁵⁴ ได้อธิบายหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจในประเด็นที่เป็นหลักการโดยเฉพาะที่วางอยู่บนองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ หลักเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจและหลักการที่รัฐต้องเข้าควบคุมและแทรกแซงทางการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งหลักการทั้งสองต่างก็มีลักษณะที่เป็นการขัดแย้งและผสมผสานประโยชน์ซึ่งกันและกัน อธิบายโดยสรุปได้ดังต่อไปนี้

หลักเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจ⁵⁵ ประกอบด้วยพื้นฐานสำคัญสองประการ คือ หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าและหลักการรับรองสิทธิในทรัพย์สินหรือหลักกรรมสิทธิ์ โดยในประเทศฝรั่งเศสได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่การปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ตั้งแต่ปี ค.ศ.1789 เมื่อเวลาผ่านไปหลักเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจนี้ก็ได้อุบัติวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่า หลักการดังกล่าวได้ลดฐานะความสำคัญและคุณค่าลงจากการที่เคยเป็น “หลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ” นับแต่เมื่อ มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4 เมื่อปี ค.ศ. 1946 ซึ่งบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงไปจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองเมื่อปี ค.ศ. 1789 อยู่มาก แต่แนวคำพิพากษาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในระยะต่อมาก็ยังคง

⁵¹ ประสิทธิ์ ไชวีไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล, ed. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549). หน้า 45-46.

⁵² Bernard Stirn et Yann Aquila, อ้างแล้ว, หน้า 24

⁵³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555). หน้า 22.

⁵⁴ สุรพล นิติไกรพจน์, "ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ," วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2534). หน้า 371-385

⁵⁵ "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่สอง)," วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 4 (2537). หน้า 812-840

ยืนยันและให้คำรับรองฐานะของการเป็นหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญของหลักเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจดังกล่าว ซึ่งมีดังนี้⁵⁶

ก. หลักการรับรองสิทธิในทรัพย์สินหรือหลักกรรมสิทธิ

ตามลัทธิเสรีนิยมนั้นถือว่า “กรรมสิทธิ” เป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติที่ไม่อาจจำกัดได้ของมนุษย์ชาติเป็นสิ่งที่ศักดิ์สิทธิ์ไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ เพราะเมื่อมนุษย์ได้ใช้แรงงานกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่เกิดขึ้นมาแล้ว สิ่งนั้นย่อมเป็นของมนุษย์ผู้กระทำการนั้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่า กรรมสิทธิ์จึงเป็นเครื่องมือที่สนับสนุนให้มนุษย์มีเสรีภาพอย่างแท้จริง ยิ่งกว่านั้นหลักการเคารพในกรรมสิทธิ์ยังมีฐานะเป็นเสรีภาพพื้นฐานอย่างหนึ่งในตัวเองด้วย ในปัจจุบันแทบทุกประเทศถือว่า หลักกรรมสิทธิ์หรือหลักการรับรองสิทธิในทรัพย์สินนั้นเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

ในประเทศฝรั่งเศส การประกาศรับรองหลักกรรมสิทธิ์ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง เมื่อปี 1789 จึงมีขึ้นเพื่อยืนยันความศักดิ์สิทธิ์ของหลักกรรมสิทธิ์และวางหลักการที่จะขจัดให้หมดสิ้นไปซึ่งข้อจำกัดกรรมสิทธิ์ทั้งหลายที่เคยมีมาแต่เดิมในสมัยก่อนการปฏิวัติ ดังนั้นในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฯ ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789⁵⁷ นี้ จึงได้รับรองยืนยัน “หลักกรรมสิทธิ์” ไว้ในบทบัญญัติมาตรา 2 ว่าเป็นส่วนหนึ่งของ “สิทธิตามธรรมชาติที่ไม่อาจจำกัดได้ของมนุษย์ชาติ” และยืนยันไว้อีกในมาตรา 17 ว่า

“กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ศักดิ์สิทธิ์และไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ คนทุกคนไม่อาจถูกไล่ออนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนได้ เว้นเสียแต่จะเป็นไปด้วยความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนล่วงหน้าที่เหมาะสมและเป็นธรรม”

ในคำประกาศอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นในสมัยปฏิวัติก็ได้รับรองถึงความมีอยู่ของหลักกรรมสิทธิ์ในลักษณะอย่างเดียวกันนี้ และแม้แต่นิติบัญญัติฉบับปี 1814 และ 1830 ก็ยังคงยืนยันหลักการเดียวกันนี้ แม้กระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับปีค.ศ. 1848 ซึ่งมีบทบัญญัติในลักษณะของการแทรกแซงในทางเศรษฐกิจโดยรัฐอยู่อย่างมากก็ยังคงประกาศรับรองความสำคัญของกรรมสิทธิ์ในลักษณะเช่นนี้อยู่

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักกรรมสิทธิ์ คือ สิทธิที่จะถือเอาและใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างสมบูรณ์ หลักกรรมสิทธิ์จึงเป็นการรับรองให้ผู้ทรงกรรมสิทธิ์สามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้ตามที่พอใจ และหาประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้เต็มตามความสามารถของตน ซึ่งก็ย่อมหมายถึงการยึดถือเอาทรัพย์สินนั้นไว้ การใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นและการได้รับดอกผลจากทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้

⁵⁶ วิชากรณ์ แจ่มสว่าง, อ้างแล้ว, หน้า 29

⁵⁷ Douglas K. Stevenson, *American Life and Institutions* (Stuttgart: Germany, 1987).pp 132.

ขอบเขตที่รัฐธรรมนูญ กฎหมายหรือกฎข้อบังคับต่าง ๆ กำหนดไว้ ส่งผลให้กรรมสิทธิ์สามารถถูกรอดสิทธิ์ได้ เช่น การเวนคืน การโอนเป็นของชาติในวิสาหกิจต่าง ๆ (Nationalization) เป็นต้น

ข. หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า⁵⁸

หลักการนี้ยังคงทันสมัยและเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ เนื่องจากในปัจจุบันความหลากหลายและความแตกต่างกันของกิจกรรมในทางเศรษฐกิจได้ทำให้เกิดการบัญญัติกฎหมายใหม่ ๆ ที่วางข้อจำกัดเสรีภาพในทางเศรษฐกิจเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก นับตั้งแต่การกำหนดเงื่อนไขในการเริ่มประกอบการ การกำหนดให้ต้องมีการขออนุญาตประกอบการเป็นการล่วงหน้าหรือแม้แต่การห้ามการประกอบการในทางเศรษฐกิจบางประการ นอกจากนั้นระบบเศรษฐกิจของฝรั่งเศสในปัจจุบันก็ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเป็นอย่างมาก โดยจุดกำเนิดของหลักการอันเป็นพื้นฐานประการหนึ่งของหลักเสรีนิยมนี้ สามารถย้อนลงไปจนถึงตั้งแต่สมัยก่อนการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งก่อนการปฏิวัตินั้น ระบบเศรษฐกิจล้วนแต่ดำเนินไปในแนวทางที่ตรงกันข้ามกับแนวคิดเสรีนิยม กล่าวคือ มีการจัดตั้งสมาคมทางการค้า หรือการรวมตัวกันของผู้ประกอบการในลักษณะต่าง ๆ มากมาย ตลอดทั้งมีการตั้งด่านกักเก็บภาษีตามเขตแดนต่าง ๆ ที่อยู่ภายในพรมแดนของประเทศฝรั่งเศส ต่อมาในศตวรรษที่ 18 มีการพยายามแสดงความเห็นคัดค้านปรากฏการณ์ดังกล่าว และพยายามเสนอแนวความคิดในเรื่องของการประกอบการและการขนส่งสินค้าอย่างเสรี แต่การปรับเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจครั้งสำคัญของประเทศก็ยังคงไม่เกิดขึ้นในยุคนี้แต่ความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญกลับไปเกิดขึ้นในสมัยของการปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศสเป็นต้นไป

ภายหลังการปฏิวัติ แม้ว่าในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 จะไม่ได้ระบุถึงเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมไว้โดยแจ้งชัด ดังเช่นกรณีของสิทธิเสรีภาพอย่างอื่น ๆ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือเสรีภาพส่วนบุคคล ฯลฯ แต่การยอมรับเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมเหล่านี้ ก็ปรากฏอยู่ในทางพฤตินัย เพราะในทหระณะของผู้ร่างคำประกาศดังกล่าว เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมย่อมมีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพทั่วไปของพลเมืองอยู่แล้ว ดังที่ศาสตราจารย์ MESTRE กล่าวไว้ว่า แม้เสรีภาพในการประกอบการจะไม่มีภาระบุนย่นอย่างแจ้งชัดในคำประกาศดังกล่าว แต่ทว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้ประสงค์จะให้เสรีภาพในการประกอบการเสรีภาพในการกระทำการตามความสามารถของตนเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งมีความหมายรวมอยู่ในคำประกาศยืนยันในเรื่องเสรีภาพของพลเมืองอยู่แล้ว ทั้งนี้ด้วยเงื่อนไขประการเดียวกันคือ จะต้องไม่มีการใช้เสรีภาพนั้นเป็นไปในทางรบกวนขัดสิทธิของบุคคลอื่น หรือหากจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้นได้ประกาศความประสงค์ในการยอมรับหลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าอยู่แล้วอย่างเต็มที่ เพียงแต่

⁵⁸ สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, หลักกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ, ed. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563).

ไม่กล้าที่จะประณามอย่างชัดเจนต่อระบบสมาคมการค้าต่าง ๆ ที่มีอยู่ในสมัยนั้นเท่านั้น นอกจากนี้ การเรียกร้องหลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าในบทบัญญัติของกฎหมายอย่างแข็งขันมา เกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1791 ในกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรฉบับหนึ่งที่เรียกว่า “Decret d' Allard” ลง วันที่ 2-17 มีนาคม 1791 ต่อมาก็ได้รับการกล่าวถึงอย่างกว้างขวางว่าเป็นที่มาที่เป็นลายลักษณ์ชัดเจนของหลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า บทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวระบุไว้โดยชัดแจ้งว่า “นับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายนของปีต่อไป บุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะประกอบการหรือดำเนินกิจกรรมของวิชาชีพทุกประเภท ศิลปกรรม หรือช่างฝีมือที่ผู้นั้นเห็นว่า เหมาะสมและตรงตามความต้องการของตน โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตสำหรับการนั้นเป็นการล่วงหน้าจากหน่วยงานใด” โดยบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้ คือ การรับรองอย่างชัดเจนถึงสิ่งที่เรียกว่า “หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า” ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส โดยหลักดังกล่าวก็ยังไม่เคยถูกยกเลิกหรือถูกสภาแห่งรัฐที่ทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าสิ้นผลบังคับในทางกฎหมายไปแล้วแต่อย่างใด ทั้ง ๆ ที่กฎหมายดังกล่าวได้ใช้มาเกือบสองร้อยปีแล้ว และต้องถือว่าหลักนี้ยังคงใช้บังคับได้อยู่ (แม้ว่าจะไม่สามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณี เนื่องจากมีข้อจำกัดโดยกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่ในภายหลัง) และถือได้ว่า สภาพบังคับในฐานะกฎหมายที่ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ (Positive Law) ของกฎหมายฉบับนี้ก็มีฐานะเป็นรากฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรของหลักกฎหมายมหาชนในทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน

ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1848 ก็ได้ประกาศรับรองว่า รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว “รับประกันแก่พลเมืองทุกคนในสิทธิในการทำงานและการประกอบการอุตสาหกรรม” และปัจจุบัน แม้รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ในปี ค.ศ. 1946 และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ ฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ในปี ค.ศ. 1958 จะไม่ปรากฏร่องรอยของการรับรองหลักการดังกล่าวนี้โดยชัดแจ้งก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับนี้ต่างก็ได้อ้างถึงและรับรองสภาพบังคับของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ให้มีผลเสมือนกับเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญปัจจุบันอยู่ด้วยแล้ว โดยหลักการในเรื่องเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้ายังคงได้รับการรับรองให้มีผลใช้บังคับอยู่ตลอดมา เช่น คำพิพากษาลงวันที่ 28 ตุลาคม 1960 สภาแห่งรัฐได้พิพากษาโดยอ้างถึงกฎหมายที่ออกในปี ค.ศ. 1791 โดยระบุอ้างอิงอย่างชัดเจน ซึ่งตอนหนึ่งของคำพิพากษาดังกล่าวกล่าวว่า “เสรีภาพในการประกอบการอุตสาหกรรมและการค้าที่ได้รับการยืนยันโดยกฎหมาย” หรือในกรณีของคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยในเรื่องที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการโอนวิสาหกิจเอกชนในเป็นของชาติ (Nationalization) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยโดยกล่าวถึงสิ่งที่เรียกว่า “การประกอบ

วิชาชีพต่าง ๆ อย่างเสรี” และ “เสรีภาพในการประกอบการ” โดยอ้างไปถึงเนื้อหาของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองในปี ค.ศ. 1789 ด้วยเช่นกัน⁵⁹

จะเห็นได้ว่า หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้านับเป็นส่วนหนึ่งของ “เสรีภาพพื้นฐานของประชาชน” ซึ่งจะสามารถกำหนดขึ้นหรือจำกัดขอบเขตได้ก็โดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น และในเรื่องฐานะและคุณค่าของเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า สภาแห่งรัฐก็ได้วินิจฉัยชี้ขาดเรื่องนี้ไว้ในคดีหลายคดีด้วยกัน โดยสภาแห่งรัฐได้พิพากษาว่าการกำหนดหลักเกณฑ์และข้อจำกัดเสรีภาพในเรื่องนี้ จะกระทำได้แต่โดยกฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น และยังได้วินิจฉัยด้วยว่า “เสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน” ซึ่งมีความหมายอยู่ในตัวเองว่าลำพังแต่ฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่อาจออกกฎหมายหรือวางข้อจำกัดเสรีภาพนี้โดยไม่มีกฎหมายของรัฐสภาให้อำนาจไว้ได้ นอกจากนี้ เสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้ายังได้รับการยอมรับด้วยว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่นำมาตีความใช้บังคับได้กับทุกกรณีในการพิจารณาพิพากษาคดีของสภาแห่งรัฐ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อีกด้วย การยอมรับแนวทางการตีความเช่นนี้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาจำนวนมากของสภาแห่งรัฐ ทั้งโดยแจ้งชัดและโดยการอ้างอิงเปรียบเทียบ ดังเช่นที่สภาแห่งรัฐได้เคยวินิจฉัยถึงเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวว่าเป็นหลักการที่รับรองยืนยันโดยกฎหมายลงวันที่ 2 และ 17 มีนาคม 1791 (Decret d'Allard) หรือในคำพิพากษาบางคดีได้กล่าวยืนยันถึงสิ่งซึ่ง เรียกว่า “หลักพื้นฐานว่าด้วยเสรีภาพในทางการค้า” เป็นต้น⁶⁰ นอกจากนี้ สถานะของหลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า ที่มีอยู่ต่อองค์กรนิติบัญญัติย่อมมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือกฎหมายที่ขัดต่อหลักเสรีภาพในเรื่องนี้ย่อมอาจถือได้ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม แม้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้วินิจฉัยรับรองสภาพบังคับในระดับรัฐธรรมนูญของเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าแล้วก็ตาม แต่ก็ต้องมีสภาพบังคับในระดับรัฐธรรมนูญและหลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้านี้ มีความหมายถึง การรับประกันการมีอยู่ของเสรีภาพเท่านั้น ซึ่งหมายความว่า กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติไม่อาจจะจำกัดหรือตัดรอนเสรีภาพนี้ได้ เพราะในที่สุดแล้วหลักเสรีภาพที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญก็จำเป็นต้องมีการวางหลักเกณฑ์รองรับการใช้เสรีภาพนั้น โดยกฎหมายในระดับรองลงมาซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติ และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยอมรับในเรื่องนี้ เพราะแม้หลักเสรีภาพในเรื่องนี้จะมิได้อยู่แล้ว

⁵⁹ สุรพล นิติไกรพจน์, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่หนึ่ง)," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 24 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, no. ฉบับที่ 3 (2537), หน้า 371

⁶⁰ สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, อ้างแล้ว, หน้า 47

ตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ แต่ก็จำเป็นต้องมอบภารกิจในการกำหนดรายละเอียดในเรื่องการใช้เสรีภาพนี้ให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปพิจารณาตามความเหมาะสม⁶¹

โดยสาระสำคัญอันเป็นองค์ประกอบของหลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าประกอบด้วยหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ หลักเสรีภาพในการประกอบการ (liberties to engage in an enterprise) และหลักการแข่งขันโดยเสรี (free competition) อันกล่าวได้โดยสรุปดังนี้

(1) หลักเสรีภาพในการประกอบการ

หลักเสรีภาพในการประกอบการเป็นหลักที่รับรองความเป็นอิสระในการประกอบกิจการของเอกชนซึ่งหากไม่มีกฎหมายกำหนดข้อห้ามไว้ เอกชนย่อมมีเสรีภาพในการเลือกประกอบการต่าง ๆ ได้ โดยหลักดังกล่าวมีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้รัฐออกหลักเกณฑ์หรือข้อจำกัดใด ๆ ที่กระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการของประชาชน อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพในการประกอบการก็อาจมีข้อจำกัด ซึ่งอาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่เกี่ยวกับการใช้เสรีภาพในการประกอบการ หรืออาจให้อำนาจฝ่ายปกครองในการจำกัดเสรีภาพการประกอบการได้ในบางกรณีตามความจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ⁶² ซึ่งกรณีนี้สอดคล้องกับคำประกาศแห่งสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 มาตรา 1 ซึ่งบัญญัติว่า มนุษย์มีกำเนิดและคงไว้ซึ่งเสรีภาพ รวมทั้งความเท่าเทียมกันในสิทธิต่าง ๆ ความแตกต่างทางสังคมจะกำหนดใหม่ขึ้นได้แต่เพียงในกรณีอันเป็นประโยชน์ร่วมกันเท่านั้น สำหรับมาตรการจำกัดเสรีภาพในการประกอบการนั้น ได้แก่ การออกระเบียบกำหนดเงื่อนไขในการประกอบกิจการ การกำหนดให้ต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ การกำหนดให้ต้องมีการขออนุญาต การผูกขาดการประกอบการบางลักษณะโดยภาครัฐ

หลักนี้ใช้บังคับกับกิจกรรมในทางเศรษฐกิจทุกประเภทและใช้กับทุกขั้นตอนในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ หลักการนี้เริ่มต้นจากเสรีภาพในการจัดตั้งหรือเริ่มดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วว่า “ประชาชนทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพทุกอาชีพที่มีได้มีกฎหมายกำหนดข้อจำกัดห้ามไว้”⁶³ ดังนั้น หลักเสรีภาพในการประกอบการจึงขัดแย้งกับการห้ามมิให้เปิดสถานประกอบการ และขัดแย้งต่อการกำหนดสภาพบังคับให้ต้องขออนุญาตประกอบกิจการบางประเภทเป็นการล่วงหน้าหรือมีข้อกำหนด

⁶¹ สุรพล นิติไกรพจน์, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่หนึ่ง)." หน้า 592

⁶² Joël Mekhantar, "Droit Politique Et Constitutionnel," *Droit public et sciences politiques* (1998).pp. 34

⁶³ สุรพล นิติไกรพจน์, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่สอง)." หน้า 820

ว่า ผู้ประกอบอาชีพบางอาชีพจะต้องมีคุณสมบัติและมีความสามารถในทางวิชาชีพอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหมายความว่ารวมตลอดไปถึงการให้อำนาจผูกขาดแก่สถานประกอบการแห่งใดแห่งหนึ่งด้วย

นอกจากนี้แล้ว หลักเสรีภาพในการประกอบการยังมีความหมายไปถึงเสรีภาพที่จะดำเนินการหรือการเลือกกรรมวิธีในการประกอบการทางธุรกิจด้วย ดังนั้น หลักเสรีภาพดังกล่าวนี้จึงขัดแย้งกับการจำกัดรูปแบบการผลิตหรือการปฏิบัติงานหรือการบริหารงานรูปแบบใดแบบหนึ่ง หรือการจำกัดวิธีการประกอบการหรือจำกัดการใช้วัตถุดิบในการผลิตในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง หรือการบังคับให้ต้องเลือกวัตถุดิบในการผลิตหรือวิธีการผลิตหรือการประกอบการอย่างใด ๆ รวมทั้งการห้ามมิให้วางข้อจำกัดใด ๆ กับตัวบุคคลผู้เลือกประกอบอาชีพโดยกรรมวิธีอย่างใด ๆ ด้วย ซึ่งหลักเสรีภาพในการประกอบการมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับเสรีภาพที่มีความหมายใกล้เคียงกันบางอย่างซึ่งแม้จะมีข้อที่แตกต่างกัน แต่ก็มี ความคล้ายคลึงกันอยู่ในบางส่วน ซึ่งก็คือ เสรีภาพในการทำงาน (Liberty the Travail) กับเสรีภาพในการทำสัญญา (Liberty Contractual) ซึ่งเห็นได้ว่า เสรีภาพในการทำงานจะแตกต่างจากเสรีภาพในการประกอบการอยู่บ้าง ในประเด็นที่นิยามว่า “การทำงาน” นั้นหมายถึง การประกอบการด้วยกำลังกายหรือกำลังสติปัญญาของบุคคลแต่ละคน แต่ในขณะที่เสรีภาพในการประกอบการอันเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า นั้นกลับมีเรื่องของการลงทุนเป็นเงื่อนไขที่สำคัญ

ทั้งนี้ ข้อจำกัดของหลักเสรีภาพในการประกอบการ หลักนี้มีความหมายกว้างขวาง และครอบคลุมทุกเรื่อง แต่แท้ที่จริงแล้วหลักดังกล่าวยังมีข้อจำกัดมาก และเป็นข้อจำกัดที่แทบจะทำให้หลักนี้สิ้นผลใช้บังคับ ซึ่งข้อจำกัดที่ว่านี้อาจจะมาจากหลักการที่ว่าด้วยการแทรกแซงในทางเศรษฐกิจของรัฐหรือหลักการในเรื่องอื่น ๆ ซึ่งล้วนแต่ส่งผลให้การตีความหลักเสรีภาพในการประกอบการ ซึ่งมีรอบที่ค่อนข้างจะจำกัดมาก เช่น ข้อจำกัดเสรีภาพที่มาจากอำนาจนิติบัญญัติ นอกจากการกำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดไว้ในกฎหมายแล้ว กฎหมายยังสามารถ กำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใดสามารถกำหนดข้อห้ามหรือเงื่อนไขของการใช้เสรีภาพดังกล่าวได้อีกด้วย เช่น กรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยแจ้งชัดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กำหนดมีอำนาจในการเข้าไปแทรกแซงในการประกอบการบางประเภทของเอกชนได้ เป็นต้น

แต่หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าย่อมสามารถนำกลับมาอ้างและใช้บังคับได้ในส่วนที่อยู่นอกเหนือมาตรการที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการกำหนดไปแล้ว กล่าวได้ว่า เฉพาะแต่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่มีอำนาจวางข้อจำกัดในการให้เสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า ดังนั้น จึงจำต้องอาศัยเฉพาะแต่อำนาจการออกกฎหมายของ ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่จะสามารถก่อตั้งหรือทำให้เสรีภาพนี้กลับคืนมาได้ อีก และเมื่อกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดรับรองการผูกขาดในกิจการบางประเภทไว้แล้ว

อำนาจที่จะยกเว้นการผูกขาดย่อมไม่อาจมีได้โดยอาศัยแต่เพียงกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารเท่านั้น หากฝ่ายบริหารจะปรับเปลี่ยนกลไกในการผูกขาดให้มีความเหมาะสมก็จะกระทำได้แต่เพียง โดยการปรับเปลี่ยนวิธีการดำเนินการให้เหมาะสมเท่านั้น โดยไม่สามารถปรับเปลี่ยนสถานะของการผูกขาดที่มีอยู่แล้วให้เป็นอย่างอื่นโดยปราศจากกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมารองรับได้ โดยข้อจำกัดเสรีภาพที่มาจากฝ่ายปกครอง ซึ่งนอกจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ระบุอำนาจของฝ่ายปกครองไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ภารกิจของฝ่ายปกครองที่มีอยู่ตามกฎหมายก็อาจให้อำนาจฝ่ายปกครองในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบการได้ในบางกรณี ตามความจำเป็นหรือประโยชน์สาธารณะ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อย⁶⁴ การรักษาประโยชน์ของงานบริการสาธารณะ และการรักษาสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน เป็นต้น⁶⁵

นอกจากนี้ ข้อจำกัดเสรีภาพในการประกอบการมีที่มาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมเช่นกัน โดยศาลยุติธรรมอาจจะเข้ามามีบทบาทวางข้อจำกัดเสรีภาพในการประกอบการได้ในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของการประกอบการค้าที่ไม่ยุติธรรมหรือมีลักษณะผูกขาดหรือขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งเมื่อปรากฏกรณีเช่นนี้ ศาลยุติธรรมอาจพิพากษาห้ามบุคคลผู้นั้นประกอบอาชีพบางอาชีพ หรือห้ามการประกอบอาชีพในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งโดยมีกำหนดระยะเวลาหรือไม่ก็ได้ ซึ่งการจำกัดเสรีภาพในกรณีเช่นนี้ แม้ว่าจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าของบุคคลที่ต้องคำสั่งห้ามเช่นนั้น แต่ในอีกด้านหนึ่งย่อมมีลักษณะเป็นการรับประกันเสรีภาพนี้ด้วยว่าเสรีภาพที่ว่านี้ จะไม่ถูกคุกคามโดยการประกอบการหรือการแข่งขันที่ไม่สุจริต กล่าวคือ มีลักษณะเป็นการรับประกันการประกอบกิจการที่สุจริตและเคารพในกติกาของการแข่งขันไปในขณะเดียวกัน⁶⁶

(2) หลักการแข่งขันเสรี

หลักการแข่งขันเสรี คือ หลักการที่มุ่งคุ้มครองให้บุคคลทุกคนสามารถแย่งชิงกันไปสู่จุดหมายได้โดยไม่สร้างข้อจำกัดใด ๆ แก่ผู้แข่งขันคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ หลักการนี้จะเป็นการรับประกันว่าการแข่งขันในการประกอบการจะเป็นไปโดยเสรี หลักการแข่งขันเสรียังมีผลโดยตรงไปถึงกิจการที่รัฐเข้ามาเป็นผู้ประกอบการเองอีกด้วย โดยหลักการแล้วรัฐจะต้องไม่ประกอบการแข่งขันกับประชาชน นอกจากจะมีเหตุผลจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และหากรัฐเข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจในลักษณะที่แข่งขันกับการประกอบการ

⁶⁴ หมายถึง การรักษาความสงบเรียบร้อยในลักษณะที่เป็นการวางหลักเกณฑ์ที่แจ้งชัดที่สามารถปฏิบัติได้และเห็นได้ชัดเจนว่า เป็นมาตรการที่จำเป็นเกี่ยวข้องโดยตรงสำหรับการรักษาความสงบเรียบร้อยเท่านั้น.

⁶⁵ สุรพล นิติไกรพจน์, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่สอง)." หน้า 812-840

⁶⁶ สุรพล นิติไกรพจน์, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่สอง)." หน้า 812-840

ของเอกชน รัฐก็ต้องประกอบการแข่งขันในลักษณะที่เท่าเทียมกันและต้องไม่มีข้อกำหนดที่เอาเปรียบเอกชนด้วย⁶⁷

จุดเด่นของหลักการนี้ก็คือ หลักการแข่งขันเสรีจะมีผลโดยตรงไปถึงกิจการที่รัฐเข้ามาเป็นผู้ประกอบการเอง ซึ่งภายใต้หลักการในเรื่องเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า เพราะการที่รัฐจะต้องงดเว้นไม่เข้าร่วมในการประกอบการทางเศรษฐกิจก็คือหลักการแข่งขันเสรีนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ความหมายหรือองค์ประกอบของหลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้านี้จะถูกตีความและมีการนำมาใช้บังคับในลักษณะที่ยืดหยุ่นมากกว่า ตัวอย่างในประเทศฝรั่งเศสสภาแห่งรัฐก็ได้วินิจฉัยตีความหลักการในเรื่องการแข่งขันเสรีนี้ในลักษณะที่ยืดหยุ่นและมีความหมายกว้างกว่าการตีความหลักเสรีภาพในการประกอบการอย่างมาก

สำหรับหลักการแข่งขันเสรีสามารถตีความหมายได้สองนัยด้วยกัน กล่าวคือ ในความหมายแรก หลักการแข่งขันเสรีมีความหมายจำกัดถึงการที่รัฐต้อง “ไม่แข่งขันกับเอกชน” ซึ่งหลักการไม่แข่งขันกับเอกชนนี้ มิได้หมายความเฉพาะในกิจการที่เป็นอุตสาหกรรมและการค้าเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงกิจการทุกอย่างที่มีลักษณะหรืออาจมีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพ ซึ่งล้วนแต่ต้องห้ามทั้งสิ้น ทั้งนี้ไม่ว่าการประกอบกรนั้นจะกระทำโดยมีเงื่อนไขหรือวัตถุประสงค์อย่างใด ๆ เพราะโดยธรรมชาติแล้ว กิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพนี้ย่อมจะเป็นกิจการที่สงวนไว้สำหรับเอกชนเท่านั้น ซึ่งแนวทางในการให้ความหมายของหลักการแข่งขันเสรีในลักษณะเช่นนี้ มาจากคำวินิจฉัยลงวันที่ 30 พฤษภาคม 1930 ของสภาแห่งรัฐซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า “โดยหลักทั่วไปแล้วกิจการหรือการประกอบการที่มีลักษณะในเชิงพาณิชย์จะต้องเป็นกิจการที่สงวนไว้สำหรับการริเริ่มของภาคเอกชนเท่านั้น” ภายใต้แนวการตีความดังกล่าว นอกจากจะไม่สามารถก่อตั้งหรือดำเนินการวิสาหกิจของตนได้แล้ว รัฐหรือองค์กรของรัฐก็ย่อมไม่สามารถให้การสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกให้แก่วิสาหกิจของเอกชนรายใดรายหนึ่งได้อีกด้วย ทั้งนี้เนื่องจากสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษา ลงวันที่ 6 มีนาคม 1964 ว่า “กรณียอมไม่อยู่ในขอบอำนาจขององค์การของรัฐที่จะให้เงินช่วยเหลือจากภาครัฐแก่วิสาหกิจของเอกชนในระหว่างการแข่งขันของวิสาหกิจเอกชนนั้น ๆ กับผู้ประกอบการอื่น ๆ ในเขตท้องที่นั้นได้” ดังนั้น หลักการที่ห้ามมิให้รัฐเข้าแข่งขันกับเอกชนนี้มีที่มาจากแนวความคิดที่ว่า รัฐหรือองค์กรของรัฐย่อมมีอภิสิทธิ์และสิทธิในการดำเนินงานต่าง ๆ ที่เป็นพิเศษนอกเหนือไปจากที่เอกชนมีอยู่ ซึ่งถ้าหากยินยอมให้เข้าร่วมในการแข่งขันในกิจกรรมทางเศรษฐกิจแล้ว ก็จะทำให้้องค์การของรัฐได้ประโยชน์เพิ่มมากขึ้นโดยไม่เป็นธรรมเท่า ๆ กับที่เอกชนจะเสียประโยชน์ไปจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

⁶⁷ สุรพล นิติไกรพจน์, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่สอง)." หน้า 812-

ส่วนนัยความหมายที่สองของหลักการแข่งขันเสรี คือ ลักษณะ “การแข่งขันอย่างเสมอภาค” ภายใต้ความหมายของหลักการแข่งขันอย่างเสมอภาคก็ไม่ได้ห้ามมิให้รัฐหรือองค์กรของรัฐเข้าประกอบการในทางเศรษฐกิจเสมอไป หากแต่รัฐหรือองค์กรของรัฐอาจเข้าประกอบการได้หากว่าการประกอบกรนั้น ๆ ได้กระทำลงไปภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดต่าง ๆ ในลักษณะเดียวกันกับที่เอกชนประกอบอยู่ ซึ่งแนวคิดจากคำพิพากษาของฝรั่งเศสที่เกิดขึ้นได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า สภาแห่งรัฐได้กลับมายึดถือแนวการตีความหลักการแข่งขันเสรี กล่าวคือ การตีความในลักษณะของหลักการแข่งขันอย่างเสมอภาคสำหรับการเข้าประกอบการทางเศรษฐกิจขององค์กรของรัฐ เช่น คำพิพากษาลงวันที่ 18 ธันวาคม 1959 ซึ่งสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า การจัดตั้งสถานีบริการน้ำมันในบริเวณที่จอดรถสาธารณะของหน่วยงานของรัฐนั้น ย่อมมีเหตุผลที่ยอมรับได้ ถ้าหากว่าการประกอบกรนั้นใช้หลักกลไกราคาตามภาวะปกติอย่างเดียวกันกับราคาที่ปรากฏในท้องตลาดของสถานีบริการน้ำมันของเอกชน หรือในคำพิพากษาลงวันที่ 23 มิถุนายน 1965 สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า สถาบันว่าด้วยการศึกษามิศาสตร์แห่งชาติซึ่งมีเอกชนประกอบกิจการดังกล่าวอยู่นั้นไม่ได้ดำเนินการโดยการให้เช่าอุปกรณ์ในราคาต่ำกว่าราคาของบริษัทเอกชน ดังนั้น การประกอบกรดังกล่าวจึงไม่ใช่กรณีที่จะผิดต่อหลักการแข่งขันเสรีหรือละเมิดต่อกฎหมายแต่อย่างใด⁶⁸

จากที่กล่าวมาข้างต้นแสดงให้เห็นว่าความหมายที่กล่าวมาทั้งหมดจะต้องนำมาใช้ประกอบกันเพื่อจะนำมาสู่การกำหนดขอบเขตของเนื้อหาของหลักการแข่งขันเสรี กล่าวคือ โดยหลักการแล้ว รัฐจะต้องไม่ประกอบการแข่งขันกับประชาชน นอกจากนี้จะมีเหตุผลจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และหากรัฐเข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจในลักษณะที่แข่งขันกับการประกอบการของเอกชน รัฐก็ต้องประกอบการแข่งขันในลักษณะที่เท่าเทียมกันและต้องไม่มีข้อกำหนดที่เอาเปรียบเอกชนด้วย ซึ่งนอกจากนี้ การที่รัฐหรือองค์กรของรัฐจะเข้าไปประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ยังต้องคำนึงถึงข้อจำกัดในเรื่องขอบอำนาจและขอบวัตถุประสงค์ของตนอีกด้วย เพราะหน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานจะถูกจำกัดวัตถุประสงค์ในการก่อตั้ง ซึ่งโดยปกติมักจะไม่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบการทางอุตสาหกรรมและการค้า ดังนั้น หลักเกณฑ์สำคัญที่รัฐต้องเข้าควบคุมและดำเนินกิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจ ก็คือ กิจการที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือกิจการที่เอกชนไม่สามารถดำเนินการได้โดยข้อกำหนดของกฎหมาย และกิจการที่มีไม่ทั่วถึงจนก่อให้เกิดความขาดแคลนของประชาชน

2.1.2.1.2 หลักการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ

หลักการอีกประการหนึ่งที่ได้มีการรับรองในคำบทยุติของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือการเข้ามาจัดองค์ประกอบของการดำเนินการทางเศรษฐกิจของรัฐ หรือกล่าวให้ชัดเจนก็คือการเข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจของภาครัฐนั่นเอง หลักการเข้าแทรกแซงทาง

⁶⁸ สุรพล นิตไกรพจน์, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่สอง). หน้า 818

เศรษฐกิจนี้เกิดขึ้นจากแนวคิดสังคมนิยมที่ตรงกันข้ามกับหลักเสรีนิยม จึงทำให้เนื้อหาของหลักการนี้ก็ตรงกันข้ามกับหลักเสรีนิยมอย่างเห็นได้ชัด เพราะแทนที่จะจำกัดบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจ หลักการนี้ก็กลับส่งเสริมหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นที่มาของความชอบธรรม หรือเป็นการกำหนดภาระหน้าที่ในการที่รัฐจะต้องเข้าไปแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ หรือเข้าไปวางหลักการหรือจำกัดขอบเขตของการประกอบกิจกรรมในทางเศรษฐกิจบางลักษณะอีกด้วย โดยความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจ เนื่องจากเพื่อแก้ไขปัญหาความไม่มีประสิทธิภาพของระบบกลไกตลาด มุ่งแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำและความไม่เท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาสังคมเสื่อมโทรมตามมา ซึ่งระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมกลไกตลาดมีความเชื่อมั่นในระบบกลไกตลาด แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ได้อธิบายให้เห็นว่า กลไกตลาดจะทำงานได้ดีนั้นจำเป็นต้องมีรัฐบาลที่เข้มแข็งและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินของเอกชนอย่างจริงจัง ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญที่สุดที่จะทำให้กลไกตลาดทำงาน เช่น การรับรองและให้สถานะบุคคลเพื่อให้เป็น ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย การรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน การรับรองเสรีภาพในการทำสัญญา เป็นต้น⁶⁹ นอกจากนี้ แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ยังได้อธิบายว่าในสถานการณ์ที่กลไกตลาด ล้มเหลว ไม่มีประสิทธิภาพ หรือไม่อาจก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ทุกคนในสังคม รัฐบาลสามารถ แทรกแซงในตลาด (market intervention) ได้

หลักการแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยรัฐ เป็นการนำแนวความคิดของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกมาขยายต่อยอด เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องหรือข้อด้อยของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกโดยพัฒนาเป็นแนวคิดของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยมที่เห็นว่ารัฐมีความชอบธรรมในการแทรกแซงในตลาด กล่าวคือ⁷⁰

ประการแรก ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีได้นำ “หลักประโยชน์นิยม” มาปรับใช้เป็นหลักคิดแกนกลางที่เป็นสาระสำคัญรวมถึงการเป็นเครื่องมือในการอธิบายให้เหตุผลความเห็นแนวเสรีนิยม เพื่อนำไปสู่ในหลักการยอมรับประโยชน์ของรัฐ ดังนั้น การที่รัฐจำเป็นต้องมีบทบาทในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ยอมรับการเกิดประโยชน์จากการแทรกแซงของรัฐทางเศรษฐกิจ ยอมให้รัฐเข้าแทรกแซงในกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้มากยิ่งขึ้นกว่าแนวคิดเสรีนิยมคลาสสิกนั้น ก็เพื่อก่อให้เกิดความสุขสูงสุดแก่คนจำนวนมากที่สุด โดยยอมให้รัฐเข้าแทรกแซงเพื่อวางกรอบให้เกิดการแข่งขันอย่างแท้จริง และไม่ให้มีการผูกขาด รวมถึงการกระจุกตัวของทุน ซึ่งจะต้องควบคู่ไปกับการยึดมั่นในการให้มีเสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรม โดยให้มีการแข่งขัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยึดมั่นใน “กลไกตลาดหรือกลไกราคา”

⁶⁹ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับธุรกิจ: แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา, ed. พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559). หน้า 1-2 และหน้า 111.

⁷⁰ กฤษณ์ วสินนท์, หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ. หน้า 125.

ประการที่สอง ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม ได้ผนวกทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่กำหนดขึ้นใหม่ของสำนักนีโอคลาสสิก (neo-classicism) เข้าเป็นส่วนหนึ่งของลัทธิ ซึ่งสำนักนีโอคลาสสิก ถือได้ว่าเป็นระบบเศรษฐกิจที่ดีที่สุด คือ ระบบเศรษฐกิจที่มีหน่วยเศรษฐกิจหรือหน่วยธุรกิจแต่ละหน่วยขนาดเล็กจำนวนมากมาย และมีการแข่งขันกันอย่างเสรี ไม่มีการผูกขาด การกำหนดปริมาณการผลิตราคาสินค้า ปริมาณการจ้างงาน และราคาปัจจัยการผลิต และทำโดยกลไกของตลาดด้วยอุปสงค์ (Demand) คือ ความต้องการที่จะซื้อสินค้าของผู้บริโภค และอุปทาน (Supply) คือ ความต้องการขายสินค้าของผู้ผลิต โดยไม่มีหน่วยใดมีอำนาจกำหนดอุปสงค์หรืออุปทานของตลาด

ระบบเศรษฐกิจเสรีที่สำนักนีโอคลาสสิกเสนอ คือ ระบบที่มีการแข่งขัน โดยไม่มีการผูกขาด หน่วยเศรษฐกิจมีขนาดเล็กและไม่มีอำนาจต่อรอง เพราะการแข่งขันเสรีเป็นพื้นฐานที่จำเป็นถ้าต้องการให้มีความผสมกลมกลืนทางเศรษฐกิจ ดังนั้น ลักษณะสำคัญของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม คือ ระบบเศรษฐกิจที่มีการกระจายตัวของปัจจัยการผลิต หน่วยเศรษฐกิจมีขนาดเล็กและแข่งขันกันอย่างเต็มที่ ซึ่งลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม ไม่ใช่เกิดขึ้นเพื่อต้องการจำกัดการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมเศรษฐกิจ จนส่งผลให้เกิดการกระจุกตัวของทุนหรือมีการผูกขาด แต่ลักษณะพื้นฐานของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม คือ การกระจายอำนาจและกระจายปัจจัยการผลิตในสังคมเศรษฐกิจ โดยไม่ยอมให้อำนาจและปัจจัยต่าง ๆ ไปกระจุกตัวอยู่ที่ใดที่หนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นสถาบันของรัฐหรือนายทุน ดังนั้น หากกล่าวถึงลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม หรือระบบเสรีนิยมในความหมายพื้นฐานแล้ว หมายถึง ระบบเศรษฐกิจที่มีหน่วยการผลิตมีขนาดเล็กและแข่งขันกันได้อย่างเสรี มิได้หมายถึงระบบเศรษฐกิจที่รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ⁷¹ โดยการแทรกแซงเพื่อให้เกิดสิ่งที่ดีขึ้นในระบบเศรษฐกิจ

ประการที่สาม ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม ได้มีการเสนอลัทธิสวัสดิการหรือแนวคิดเรื่องรัฐสวัสดิการ (Welfare State) ซึ่งตามความเห็นของลัทธิสวัสดิการ มีจุดหมายสำคัญของการศึกษาตามหลักการของเศรษฐศาสตร์ คือ การทำให้สังคมดีขึ้น ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นอย่างเท่าเทียมและเสมอภาคกัน โดยทำให้สวัสดิการทางเศรษฐกิจของสังคมเพิ่มขึ้น สวัสดิการทางเศรษฐกิจของสังคม คือ สวัสดิการของสังคม (social welfare) ที่สามารถวัดเป็นเงินหรือมูลค่าได้ โดยลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก หรือ ระบบเสรีนิยมคลาสสิกนั้น มีข้อบกพร่องอยู่บางประการ การที่รัฐจะต้องเข้ามาดำเนินการแก้ไขโดยการเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจให้มากขึ้น โดยอาศัยการแก้ไขข้อบกพร่อง เพื่อระบบจะได้ดำเนินการต่อไปได้ ข้อบกพร่องที่สำคัญประการหนึ่งในระบบเสรีนิยมคลาสสิก คือ ความเหลื่อมล้ำอย่างสูงในสวัสดิการทางเศรษฐกิจ

⁷¹ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง, หน้า 124.

ของคนในสังคม หากจัดการกระจายรายได้และทรัพย์สิน ให้เท่าเทียมกันมากขึ้น สวัสดิการทางเศรษฐกิจของสังคมส่วนรวมก็ย่อมจะเพิ่มขึ้น

ดังนั้น รัฐจึงสามารถกระทำการจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชนโดยการแทรกแซงในทางเศรษฐกิจได้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ทุกคนในสังคม แต่อย่างไรก็ตาม การเข้าแทรกแซงโดยรัฐในทางเศรษฐกิจนั้นต้องถูกจำกัดไว้เท่าที่ จำเป็นและต้องถือเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น โดยแนวคิดในปัจจุบันที่เกี่ยวกับบทบาทที่ควรจะเป็นของรัฐ ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมกลไกตลาด คือ รัฐควรเข้าแทรกแซงในระดับที่เหมาะสมกับ ความสามารถของรัฐเอง (Matching role to capacity)⁷² แต่ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปโดยความยินยอมของคนในสังคมโดยผ่านสัญญาประชาคมหรือรัฐธรรมนูญ โดยวิธีการแทรกแซงทางเศรษฐกิจมีได้ 2 ลักษณะ ดังนี้⁷³

1.) รัฐในฐานะผู้ควบคุมเศรษฐกิจ (The State as Regulator)

ภารกิจของรัฐในฐานะผู้ควบคุมเศรษฐกิจ เป็นภารกิจซึ่งต้องอาศัยอำนาจสาธารณะหรืออำนาจมหาชนสั่งการและมีผลบังคับฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องมีการแสดงเจตนาพร้อมกัน ดังนั้น องค์การที่เหมาะสมในการประกอบภารกิจนี้ คือ ส่วนราชการอันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ตลอดจนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ เท่านั้น ในการนี้สามารถแบ่งการแทรกแซงทางเศรษฐกิจในฐานะรัฐเป็นผู้ควบคุมเศรษฐกิจได้เป็น 5 รูปแบบ⁷⁴ คือ

(1) การวางแผนทางเศรษฐกิจ รัฐจะดำเนินการโดยผ่านมาตรการของการวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจ ซึ่งกำหนดแนวทางและเป้าหมายของการเติบโตทางเศรษฐกิจ ตลอดถึงมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐพึงดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามแผนการดังกล่าว

(2) การผูกขาดการดำเนินการทางเศรษฐกิจบางประเภทโดยการกฎหมายห้ามมิให้เอกชนดำเนินการกิจการประเภทนั้น ๆ เว้นแต่โดยได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งจากรัฐ ซึ่งปกติจะเป็นกิจการที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อประชาชนหรือต่อเศรษฐกิจชาติ

(3) การให้ความสนับสนุนแก่การดำเนินงานทางเศรษฐกิจของเอกชน รัฐอาจเล็งเห็นว่าการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจบางลักษณะอาจก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติได้ ดังนั้น รัฐจึงอาจออกกฎหมายให้การสนับสนุนแก่การประกอบกิจการนั้น ๆ เช่น ออกกฎหมายดเว้นการเก็บภาษีจากกำไรที่เอกชนได้รับจากการประกอบกิจการในระหว่างระยะเวลานั้น ๆ เป็นต้น

⁷² ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับธุรกิจ: แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา. หน้า 5.

⁷³ สุรพล นิติไกรพจน์, "ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ," วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 21, no. ฉบับที่ 3 (2536). หน้า 380-381

⁷⁴ สุรพล นิติไกรพจน์, "ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ," หน้า 380-381

(4) การวางหลักเกณฑ์ในการประกอบอาชีพบางประเภทรัฐอาจเล็งเห็นว่าวิชาชีพบางประเภทอาจมีผลกระทบต่อประชาชน จึงอาจมีการวางหลักเกณฑ์ควบคุมมาตรฐานและควบคุมการประกอบวิชาชีพนั้น ๆ ให้แตกต่างจากวิชาชีพอื่น ๆ เช่น การจัดตั้งองค์กรวิชาชีพที่คอยสอดส่องดูแลการประกอบวิชาชีพ เป็นต้น

(5) การห้ามประกอบอาชีพทางเศรษฐกิจบางลักษณะ รัฐอาจออกกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปขึ้น เพื่อใช้กับการประกอบอาชีพทุกประเภท เพื่อห้ามการประกอบอาชีพในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบสังคม หรือการค้ำกำไรเกินควรจนทำให้สังคมเดือดร้อน เช่น ออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดและค้ำกำไรเกินควร หรือ กฎหมายที่มีลักษณะคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น

2) รัฐในฐานะผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (The State as Entrepreneur)

รัฐในฐานะผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม) โดยรัฐอาจเลือกใช้เครื่องมือของรัฐได้ถึง 2 ประเภท ดังนี้⁷⁵

(1) ให้ส่วนราชการและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ เช่นเดียวกับประเภทแรก หรือ

(2) รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดตั้งองค์การประเภทใหม่ขึ้น ซึ่งเป็นนิติบุคคลขึ้นดำเนินการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมโดยเฉพาะ รวมถึงวิสาหกิจแบบผสม คือ วิสาหกิจที่มีได้เป็นของรัฐอย่างเดียว แต่เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมด้วย

หลักเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจและหลักการแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยรัฐนั้น แม้หลักการทั้งสองหลักการจะมีลักษณะที่ขัดแย้งกันแต่หลักการทั้งสองก็ผสมผสานประโยชน์ซึ่งกันและกัน เนื่องจากในความเป็นจริงรัฐมีอาจใช้เพียงหลักการใดหลักการหนึ่งเท่านั้น เพราะในบางครั้งเพื่อรักษาให้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมรัฐก็จำเป็นต้องเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจ เพื่อให้การทำงานกลไกตลาดทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพในบางสถานการณ์หากรัฐปล่อยให้เอกชนดำเนินการต่อไปก็จะนำไปสู่การผูกขาด ดังนั้น รัฐจึงต้องเข้าดำเนินการทางเศรษฐกิจเพื่อให้เกิดการแข่งขันเสรีและเป็นธรรมและเพื่อป้องกันการผูกขาดทั้งที่เกิดโดยธรรมชาติและเกิดจากผู้ประกอบการเอง ทั้งนี้ ในปัจจุบันเป็นรัฐเข้าดำเนินการทางเศรษฐกิจโดยอาศัยพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

⁷⁵ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, "วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ)ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด" (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529). หน้า 37

2.1.2.1.3 การยอมรับสถานะทางกฎหมายของหลักการ

แข่งขันเสรี

ในการศึกษาการยอมรับสถานะทางกฎหมายของหลักการแข่งขันเสรี สามารถแยกออกได้เป็น 2 หัวข้อสำคัญ คือ การยอมรับหลักการแข่งขันเสรี และขอบเขตของการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรี

ก. การยอมรับหลักการแข่งขันเสรี

ในประเด็นของการยอมรับหลักการแข่งขันเสรีทางกฎหมายนี้ ผู้เขียนจะแยกการนำเสนอออกเป็นสามหัวข้อย่อยตามลำดับ ได้แก่ การรับรองหลักการแข่งขันเสรี สถานะทางกฎหมายของหลักการแข่งขันเสรี และการจำกัดหลักการแข่งขันเสรี

1.) การรับรองหลักการแข่งขันเสรี

หลักการแข่งขันเสรีได้รับการรับรองในระบบกฎหมายในหลายประเทศที่เป็นระบบเสรีประชาธิปไตย อาทิ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส แคนาดา และญี่ปุ่น เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่การรับรองหลักการแข่งขันเสรีในระบบกฎหมายถูกแสดงให้เห็นด้วยการมีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าไว้ ซึ่งโดยทั่วไปก็คือกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้น นอกจากจะมีการรับรองหลักการแข่งขันเสรีในระบบกฎหมายโดยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าไว้ เช่น กฎหมายลงวันที่ 2 และ 17 มีนาคม ค.ศ. 1791⁷⁶ รัฐกำหนด ลงวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1986⁷⁷ เป็นต้น ก็ยังมีการรับรองความมีอยู่ของหลักการแข่งขันเสรีในระบบกฎหมายโดยศาลอีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส⁷⁸ (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ได้เคยวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับเรื่องหลักการแข่งขันเสรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่น โดยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ)

⁷⁶ d"cret d'Allard des 2 et 17 mars 1791

⁷⁷ Ordonnance 1er d"tembre 1986

⁷⁸ ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส เช่น C.E. 29 mars 1901 Casanova, หรือ C.E. 30 mai 1930 Chambre syndicale du commerce en detail de Nevers, C.E. 22 juin 1951 Daudignac, C.E. 23 juin 1965 Soci"t" a" rienne de recherches mini" res, C.E. 28 octobre 1960 Martial de laboulaye, C.E. 25 d"tembre 1970 Commune de Montmagny, C.E. 13 novembre 1974 Syndicat des fabricants d'explosifs et d'accessoires, C.E. 1er avril 1998 Union hospitaliere เป็นต้น

เป็นผู้มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการวางและพัฒนาหลักการที่ว่าด้วยการแข่งขันระหว่างรัฐกับเอกชน จากเดิมคือ "ห้ามรัฐแข่งขันกับเอกชน มาเป็น "การแข่งขันอย่างเสมอภาค" ในปัจจุบัน

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ได้เคยวินิจฉัยว่า "เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน" ซึ่งมีความหมายอยู่ในตัวเองว่า ลำพังแต่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจออกกฎหมายหรือวางข้อจำกัดเสรีภาพนี้โดยไม่มีกฎหมายของรัฐสภาให้อำนาจไว้ได้ ยิ่งกว่านั้น เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมยังได้รับการยอมรับโดยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ว่าเป็น "หลักกฎหมายทั่วไป" ที่นำมาตีความใช้บังคับได้กับทุกกรณีในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อีกด้วย การยอมรับแนวทางการตีความเช่นนี้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาจำนวนมากของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ทั้งโดยแจ้งชัดและโดยการอ้างอิงเปรียบเทียบ ดังเช่นที่ศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ได้เคยวินิจฉัยถึง เสรีภาพในเรื่องดังกล่าวว่าเป็น "หลักการที่รับรองยืนยันโดยกฎหมายลงวันที่ 2 และ 17 มีนาคม ค.ศ. 1791 (décret d'Allard) หรือในคำพิพากษาบางคดีได้กล่าวยืนยันถึงสิ่งซึ่งเรียกว่า "หลักพื้นฐานว่าด้วยเสรีภาพในทางการค้า" นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ยังได้วินิจฉัยไว้ด้วยว่าการกำหนดหลักเกณฑ์และข้อจำกัดเสรีภาพในเรื่องนี้ จะกระทำได้แต่โดยกฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น ในทางวิชาการถือว่าหลักเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมประกอบด้วยหลักการสำคัญย่อยลงไปอีกสองประการด้วยกัน คือ หลักเสรีภาพในการประกอบกิจการกับหลักการแข่งขันเสรี ดังนั้น เมื่อศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ได้รับรองเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมแล้ว ก็ย่อมสามารถถือได้ว่าศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ได้รับรองหลักการแข่งขันเสรีและเสรีภาพในการประกอบกิจการไปด้วยแล้วโดยปริยาย⁷⁹

2.) สถานะทางกฎหมายของหลักการแข่งขันเสรี

ในประเทศฝรั่งเศสหลักการแข่งขันเสรีไม่ได้ถูกบัญญัติในรัฐธรรมนูญ คำว่า "การแข่งขัน (la concurrence) หรือการแข่งขันเสรี (la libre concurrence)" หรือคำอื่นที่มีความหมายเดียวกัน ไม่ได้ถูกบัญญัติในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 และในทางความเป็นจริงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel) ยังไม่ได้รับรองหลักการแข่งขันเสรีหรือที่อาจเรียกว่าหลักเสรีภาพในการแข่งขันไว้

⁷⁹ กฤษณ์ วสินนท์, หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ. หน้า 134.

อย่างชัดเจนเลย ทั้งยังไม่ได้รับรองหลักการเสรีภาพในการค้าและอุตสาหกรรมไว้อย่างชัดเจน เช่นเดียวกันอีกด้วย แม้ว่า ในปี ค.ศ. 1982 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel) ได้มีการรับรองหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้อย่างชัดเจนก็ตาม⁸⁰ โดยหลักการแข่งขันเสรีได้รับการรับรองผ่านบทบัญญัติหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระดับพระราชบัญญัติ (หรืออาจเรียกว่ารัฐบัญญัติ) ลงไป และโดยการรับรองของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) เท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ จึงสรุปว่าหลักการแข่งขันเสรีหรือที่อาจเรียกว่าหลักเสรีภาพในการแข่งขันไม่มีสถานะทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญเพราะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) ยังไม่ได้รับรองหลักการแข่งขันเสรีหรือที่อาจเรียกว่าหลักเสรีภาพในการแข่งขันไว้อย่างชัดเจน⁸¹

ในประเด็นปัญหาเรื่องเกี่ยวกับการรับรองหลักการเสรีภาพในการค้าและอุตสาหกรรมอันรวมไปถึงหลักแข่งขันเสรีโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel) ว่าได้รับรองหรือไม่นั้น ได้มีนักวิชาการบางส่วนซึ่งอาจเป็นส่วนน้อยมีความเห็นว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel) ได้มีการรับรองหลักเสรีภาพในการค้าและอุตสาหกรรมไปแล้วในครั้งที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel) ได้มีการรับรองหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้อย่างชัดเจน ในคำวินิจฉัย ลงวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1982 ในเรื่องเกี่ยวกับการโอนเป็นของชาติ เพราะเหตุผลที่ว่าเมื่อได้พิจารณาจากเนื้อหาของคำวินิจฉัยทั้งหมดแล้ว ย่อมต้องถือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel) ได้มีการรับรองหลักเสรีภาพในการค้าและอุตสาหกรรมแล้วโดยปริยายหรือโดยทางอ้อมแล้ว และในขณะเดียวกันเมื่อพิจารณาองค์ประกอบในทางวิชาการของหลักเสรีภาพในการค้าและอุตสาหกรรมซึ่งมีเสรีภาพในการประกอบกิจการและหลักการแข่งขันเสรีเป็นสององค์ประกอบสำคัญแล้ว ย่อมสามารถถือได้ว่าหลักการแข่งขันเสรีได้รับการรับรอง โดยปริยายหรือโดยอ้อมแล้วเช่นกัน

นอกจากนี้ ในปัจจุบันหลักการแข่งขันเสรีเป็นหลักที่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในสนธิสัญญาของสหภาพยุโรปหลายฉบับ ซึ่งประเทศฝรั่งเศสเป็นภาคีหรือรัฐสมาชิก

⁸⁰ Cc16 Janvier Et 11 F” Vier 1982 Concernant Nationalisation, อ้างใน “หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ” ใน แทนดอกร่มโพธิ์ดวงตะวันรวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมาย (กรุงเทพฯ: ส เจริญ การพิมพ์ จำกัด, 2554). หน้า.131

⁸¹ ฤกษ์ วสินนท์, หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ. หน้า 134

อยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1957 มาตรา 3 (f) มาตรา 3a มาตรา 3b และมาตรา 85-102 ฉบับที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม⁸² และโดยที่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ได้มีมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฉบับ ปี ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน บัญญัติไว้ว่า “สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้รับการให้สัตยาบันแล้วหรือได้รับความเห็นชอบโดยชอบแล้วให้มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ได้มีการประกาศใช้บังคับ ย่อมมีฐานะทางกฎหมายสูงกว่ารัฐบัญญัติ ทั้งนี้ ภายใต้ข้อสงวนที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องบังคับใช้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงนั้นเช่นเดียวกัน”⁸³ สรุปก็คือ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของสนธิสัญญา คือ สูงกว่าพระราชบัญญัติ (รัฐบัญญัติ) แต่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลักการแข่งขันเสรีซึ่งเป็นหลักที่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1957 น่าจะมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายในระดับสนธิสัญญา

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ก็ได้รับรองเสรีภาพในการค้าและอุตสาหกรรมอันหมายความรวมถึงทั้งเสรีภาพใน

⁸² Trait" de Rome 1957 : Trait" instituant la Communaut" europ" enne version consolid"e "Article 3

1. Aux fins "nonc" es à l'article 2, l'action de la Communaut" comporte, dans les conditions et selon les rythmes pr" vus par le pr" sent trait" : g) un r?gime as surant que la concurrence n'est pas fauss"e dans le march? int"rieur;.....”

“Article 4

1. Aux fins "nonc" es à l'article 2, l'action des "tats membres et de la Communaut? comporte, dans les conditions et selon les rythmes pr" vus par le pr" sent trait", l'instauration d'une politique "conomique fond" e sur l'"troite coordination des politiques "conomiques des "tats membres, sur le march" int"rieur et sur la d" finition d'objectifs communs, et conduite conform" ment au respect du principe d'une "conomie de march" ouverte o" la concurrence est libre.

2. Parall" lement, dans les conditions et selon les rythmes et les proc" dures pr" vus par le pr"sent trait", cette action comporte la fixation irr" vocable des taux de change conduisant à l'instauration d'une monnaie unique, l"cu, ainsi que la d"finition et la conduite d'une politique mon"taire et d'une politique de change uniques dont l'objectif principal est de maintenir la stabilit" des prix et, sans pr" judice de cet objectif, de soutenir les politiques "conomiques g"n" rales dans la Communaut", conform" ment au principe d'une "conomie de march" ouverte o" la concurrence est libre.

1. Aux fins " nonc" es à l'article 2, l'action des "tats membres et de la Communaut" comporte, dans les conditions et selon les rythmes pr" vus par le pr" sent trait", l'instauration: d'une politique "conomique fond" e sur l'"troite coordination des politiques "conomiques des "tats membres, sur le march" int"rieur et sur la d" finition d'objectifs communs, et conduite conform" ment au respect du principe d'une "conomie de march" ouverte o" la concurrence est libre.....”

⁸³นั้นทวีตน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549).

การประกอบกิจการและหลักการแข่งขันเสรีอย่างชัดแจ้งแล้วไว้ในคดีหลายคดีด้วยกัน โดยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ได้เคยวินิจฉัยว่า “เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน” ซึ่งมีความหมายอยู่ในตัวเองว่า หากแต่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจออกกฎเกณฑ์หรือวางข้อจำกัดเสรีภาพนี้โดยไม่มีกฎหมายของรัฐสภาให้อำนาจไว้ได้ ยิ่งกว่านั้น เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมยังได้รับการยอมรับโดยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่นำมาตีความใช้บังคับได้กับทุกกรณีในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อีกด้วย การยอมรับแนวทางการตีความเช่นนี้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาจำนวนมากของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยการอ้างอิงเปรียบเทียบ เช่นที่ศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ได้เคยวินิจฉัยถึงเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวว่าเป็น “หลักการที่รับรองยืนยันโดยกฎหมายลงวันที่ 2 และ 17 มีนาคม ค.ศ. 1791 (d' cret d'Allard) หรือในคำพิพากษาบางคดีได้กล่าวยืนยันถึงสิ่งซึ่งเรียกว่า “หลักพื้นฐานว่าด้วยเสรีภาพในทางการค้า” และศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ยังได้วินิจฉัยไว้ด้วยว่าการกำหนดหลักเกณฑ์และข้อจำกัดเสรีภาพในเรื่องนี้จะกระทำได้แต่โดยกฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ก็ได้มีการวินิจฉัยซึ่งมีเนื้อหาที่น่าจะถือได้ว่าเป็นการรับรองหลักการแข่งขันเสรี หรือหลักการแข่งขันอย่างเสมอภาคไปแล้วไม่โดยตรงก็โดยอ้อม⁸⁴

ศาสตราจารย์ Jean-Philippe Colson ศาสตราจารย์แห่งมหาวิทยาลัย Montpellier ได้กล่าวโดยสรุปว่า “เสรีภาพในการแข่งขัน คือ เสรีภาพที่ถูกทำให้ทันสมัย แม้ว่าจะขาดการรับรองในระดับรัฐธรรมนูญ” และแม้ว่าในปัจจุบัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังไม่ยอมรับสถานะหรือคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญแก่หลักการแข่งขันเสรีแต่การยอมรับเรื่องดังกล่าวนี้มีความจำเป็นที่เป็นเรื่องต้องใช้ระยะเวลาในการยอมรับ”⁸⁵

ส่วนในประเทศเยอรมัน สถานะหรือลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของหลักการแข่งขันเสรีได้มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้ใน มาตรา 2 อนุมาตรา 1 รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ที่บัญญัติว่า

⁸⁴ เป็นต้นว่า คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส C.E. 1er avril 1998 Union hospitali" re priv" e

⁸⁵ Jean-Philippe Colson, *Droit Public "Conomique*, อ้างใน กฤษณ์ วสินนท์, “หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” ใน แทนดอคมไม่ไหว้ครุรวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมาย (2554).หน้า 138

“บุคคลมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองได้โดยเสรีราบ
 ใดที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นหรือละเมิดระบอบรัฐธรรมนูญ หรือศีลธรรมอันดีของ
 ประชาชน”⁸⁶

จะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวจะใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะเคร่งครัด
 และจำกัดความ แต่ในทางปฏิบัติ มาตรานี้ใช้ได้กับพฤติกรรมวิสัยทุกอย่างของมนุษย์ ซึ่งจะได้รับการ
 ค้ำครองตามมาตรานี้เว้นแต่จะมีกฎหมายที่เกี่ยวกับเสรีภาพอันมีลักษณะเป็นกฎหมายพิเศษบัญญัติ
 ในเรื่องนั้น ๆ ไว้แล้ว โดยมาตรานี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันถือว่าเป็นพื้นฐาน
 ของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และใช้กับการดำเนินการในทางเศรษฐศาสตร์ทุกชนิด ซึ่งรวมถึง
 เสรีภาพในทางเศรษฐกิจด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้ประกอบการย่อมมีเสรีภาพในการประกอบการ
 ทางเศรษฐกิจในทุกด้าน (privatautonomie) และมีเสรีภาพในการที่จะแข่งขันกับผู้อื่นโดยไม่ถูก
 ขัดขวาง (wettbewerbsfreiheit)⁸⁷

3.) การจำกัดหลักการแข่งขันเสรี

การจำกัดหลักการแข่งขันเสรีจะต้องดำเนินการโดยกฎหมาย
 ของฝ่ายนิติบัญญัติและจะต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายอันหมายถึงความรวมถึงความชอบ
 ด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ⁸⁸

ลักษณะประการแรก คือการที่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมี
 บทบัญญัติที่จำกัดหลักการแข่งขันเสรีในกิจกรรมบางประเภทหรือบางลักษณะโดยตรงอย่างชัดเจน

ลักษณะประการที่สอง คือการที่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมี
 บทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการในกิจกรรมบางประเภทหรือบางลักษณะอย่างคร่าว
 ๆ ไม่ชัดเจนเท่านั้น แต่ในขณะเดียวกันได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใด
 สามารถกำหนดข้อห้ามหรือเงื่อนไขของการใช้เสรีภาพดังกล่าวในรายละเอียดได้อีกด้วยอย่างชัดแจ้ง
 แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายบริหารก็อาจใช้วิธีการจำกัดหลักการแข่งขันเสรีโดยใช้พระราชกำหนดเป็น
 เครื่องมือแทนได้หากเข้าเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนด

ในส่วนของฝ่ายปกครอง ในทางปฏิบัติ ในกรณีที่ไม่มีความ
 ของฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้ ก็อาจยกเหตุผลในเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อย และประโยชน์

⁸⁶ German Information Center, “รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน แปลจาก the Basic Law of the
 Federal Republic of Germany ” (1961).

⁸⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538). หน้า 83

⁸⁸ กฤษณ์ วสันนท์, หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ. หน้า 132

สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม ประกอบความจำเป็น เป็นฐานหรือข้ออ้างในการออกนิติกรรมทางปกครองที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดหลักการแข่งขันเสรีในบางเรื่อง ในบางเวลา ในบางสถานการณ์ หรือในบางสถานที่ได้ แต่ก็สุ่มเสี่ยงต่อการถูกเพิกถอนเพราะด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยศาลในภายหลังได้

ในประเทศเยอรมัน หลักเสรีภาพในการแข่งขันเสรีได้รับการคุ้มครองเฉพาะภายในกรอบกฎเกณฑ์ที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เสรีภาพนี้อาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา แต่อย่างไรก็ตามย่อมต้องมีการชั่งน้ำหนักกันด้วย ถ้าหากว่าการกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับสังคมนั้น โอกาสน้อยมากที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายมาจำกัด และศาลรัฐธรรมนูญแบ่งแวดวงของพฤติกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ออกเป็นสามชั้นด้วยกัน โดยชั้นนอกสุดนั้น เป็นลักษณะหรือพฤติกรรมที่มีความเกี่ยวข้องกับในสังคมสาธารณะหรือเกี่ยวข้องกับสังคมโดยส่วนรวมเป็นหลัก โดยที่กฎหมายสามารถวางหลักเกณฑ์ควบคุมพฤติกรรมเหล่านี้ได้อย่างกว้างขวาง ชั้นกลางคือชั้นที่เป็นเรื่องส่วนบุคคล กฎหมายจะควบคุมได้น้อยลง และชั้นในสุดคือชั้นที่ถือว่าเป็นความลับส่วนบุคคล ซึ่งในชั้นนี้โดยปกติและกฎหมายจะไม่กำหนดกฎเกณฑ์ สำหรับชั้นใน ๆ นี้มีความหมายทางเศรษฐกิจน้อย เพราะการกระทำในทางเศรษฐกิจมักจะอยู่ในชั้นที่เป็นพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับสังคมคือชั้นนอกสุดเสมอ ดังนั้น เสรีภาพในการกระทำทางเศรษฐกิจจึงอาจถูกจำกัดโดยกฎหมายได้ หากกฎหมายนั้นมีจุดมุ่งหมายทางเศรษฐกิจที่เป็นที่ยอมรับได้ และต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ⁸⁹

ข. ขอบเขตการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรี

ในประเด็นเรื่องขอบเขตการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีจะแบ่งประเด็นในการพิจารณาเป็น 2 หัวข้อ คือ การบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีกรณีผู้ประกอบการภาคเอกชนกับผู้ประกอบการภาคเอกชน กับ การบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีกรณีผู้ประกอบการภาครัฐกับผู้ประกอบการภาคเอกชน⁹⁰

1.) หลักการแข่งขันเสรีกับผู้ประกอบการภาคเอกชน

ตามแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ของเสรีนิยมถือว่าประเทศและสังคมใดที่ใช้ระบบมีการปล่อยให้เอกชนมีเสรีในการประกอบกิจการ มีการแข่งขันกันทางการค้ามากเท่าใด ย่อมส่งผลให้เศรษฐกิจของประเทศและสังคมนั้นก็จะดีและสมดุล เนื่องจากเมื่อมีการผลิต มีการแบ่งงานกันทำ มีการซื้อขายแลกเปลี่ยน มีการแข่งขันกันมากเท่าใด กลไกตลาดก็ยังมีประสิทธิภาพในฐานะที่เป็นเครื่องมือสำคัญมากยิ่งขึ้น ดังนั้น หากพิจารณาขอบเขตของการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีภายใต้อิทธิพลทางความคิดของเสรีนิยมแล้ว ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่าหลักการแข่งขัน

⁸⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน หน้า 83

⁹⁰ กฤษณ์ วสินนท์, หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ. หน้า 134

เสรีมุ่งที่จะบังคับใช้กับกรณีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการภาคเอกชนกับผู้ประกอบการภาคเอกชนเป็นสำคัญ

ดังนั้น ประเด็นขอบเขตของการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีในกรณีผู้ประกอบการภาคเอกชนกับผู้ประกอบการภาคเอกชน จึงไม่ใช่ประเด็นที่เป็นปัญหาถกเถียงกันในทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ เพราะกรณีนี้รัฐไม่ได้เข้าเป็นผู้ประกอบกิจการเสียเอง รัฐเป็นเพียงผู้ควบคุมกำกับดูแลหลักการแข่งขันเสรี ฉะนั้น โดยหลักการกรณีนี้รัฐจึงสามารถวางตัวเป็นกลาง สามารถให้ความเสมอภาคและความเป็นธรรมได้ เพราะในกรณีนี้บทบาทของรัฐจะอยู่ในฐานะผู้ควบคุมกำกับดูแลหลักการแข่งขันเสรีเท่านั้น

2.) หลักการแข่งขันเสรีกับผู้ประกอบการภาครัฐ

ในประเด็นเรื่องการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีกับผู้ประกอบการภาครัฐสามารถแบ่งหัวข้อย่อยออกเป็น 2 หัวข้อ คือ การการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีกับผู้ประกอบการภาครัฐ และการยกเว้นหรือการไม่นำหลักการแข่งขันเสรีมาบังคับใช้กับผู้ประกอบการภาครัฐ

2.1) การการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีกับผู้ประกอบการภาครัฐ

การบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีกับผู้ประกอบการภาครัฐนั้น จะเห็นได้ว่า หากพิจารณาภายใต้อิทธิพลทางความคิดของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม โดยเฉพาะอย่างเสรีนิยมคลาสสิกอย่างเคร่งครัดแล้ว เห็นได้ว่า “รัฐไม่สามารถประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนได้” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ “รัฐจะต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน” เพราะเสรีนิยมคลาสสิกเน้นย้ำว่ารัฐไม่ควรมีบทบาทในทางเศรษฐกิจ เรื่องเศรษฐกิจเป็นเรื่องของเอกชน ดังนั้น การตีความหรือให้คำตอบว่า รัฐจะต้องงดเว้นไม่เข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชน เช่นนี้ จึงเป็นการตีความที่สอดคล้องไม่ขัดแย้งกับแนวความคิดของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม (Non-Classic) โดยเฉพาะอย่างเสรีนิยมคลาสสิก (Neo-classicism)

โดยหากศึกษาเปรียบเทียบกับประสบการณ์ของประเทศฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นได้ว่าในช่วงเวลาหนึ่งศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส⁹¹ (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ได้วินิจฉัยว่า “โดยหลักทั่วไปแล้วกิจการหรือการประกอบกิจการที่มีลักษณะในเชิงพาณิชย์จะต้องเป็นกิจการที่สงวนไว้สำหรับการริเริ่มของภาคเอกชนเท่านั้น” ออกไป ฉะนั้นหลักการแข่งขันเสรีมีความหมายจำกัดถึงการที่รัฐจะต้องไม่แข่งขันกับเอกชน ซึ่งหลักการไม่แข่งขันกับเอกชนนี้ หาได้มี

⁹¹ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส C.E. 30 mai 1930. Chambre syndicale du commerce en detail de Nevers

ความหมายความแคบแต่เฉพาะในกิจการที่เป็นการค้าและอุตสาหกรรมเท่านั้นไม่ หากแต่มีความหมายรวมไปถึงกิจการทุกอย่างที่มีลักษณะหรืออาจมีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพ ซึ่งล้วนแต่ต้องห้ามทั้งสิ้น ทั้งนี้ไม่ว่าการประกอบกิจการนั้นจะกระทำโดยมีเงื่อนไขหรือมีวัตถุประสงค์อย่างใด ๆ เพราะโดยธรรมชาติแล้ว กิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพนี้ย่อมจะเป็นกิจการที่สงวนไว้สำหรับเอกชนเท่านั้น นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ยังได้วินิจฉัยที่ว่า “กรณียอมไม่อยู่ภายในขอบอำนาจขององค์กรของรัฐที่จะให้เงินช่วยเหลือแก่วิสาหกิจเอกชนรายใดรายหนึ่งในระหว่างการแข่งขันของวิสาหกิจเอกชนนั้น ๆ กับผู้ประกอบการอื่นในเขตท้องถิ่นนั้นได้” ดังนั้น นอกจากจะไม่สามารถก่อตั้งหรือดำเนินการใด ๆ แข่งขันกับเอกชนได้แล้ว รัฐหรือองค์กรของรัฐยังไม่สามารถให้การสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกให้แก่วิสาหกิจของเอกชนรายใดรายหนึ่งได้อีกด้วย⁹²

ซึ่งในการตีความของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ไปในทางห้ามมิให้รัฐเข้าไปประกอบการแข่งขันกับเอกชน ถือเป็น การตีความอย่างเคร่งครัดมาก เป็นการตีความที่ไม่เพียงแต่รับอิทธิพลทางความคิดมาจากเสรีนิยมคลาสสิกเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการตีความซึ่ง “มีที่มาจากแนวความคิดที่ว่ารัฐหรือองค์กรของรัฐย่อมมีอิทธิพลและมีกลไกการดำเนินงานต่าง ๆ ที่เป็นพิเศษนอกเหนือไปจากที่เอกชนมีอยู่ ซึ่งถ้าหากยินยอมให้เข้าร่วมในการแข่งขันในกิจกรรมทางเศรษฐกิจแล้ว ก็จะทำให้องค์กรของรัฐได้ประโยชน์เพิ่มมากขึ้นโดยไม่เป็นธรรม เท่า ๆ กับที่เอกชนจะเสียประโยชน์ไปจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมนั้น”⁹³ ด้วย

ต่อมาการให้ความหมายหรือการตีความในประเด็นการเข้าไปดำเนินการแข่งขันกับเอกชนของรัฐไปในแนวทางห้ามรัฐเข้าไปประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนโดยเป็นการตีความที่เคร่งครัดก็ได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นการให้ความหมายหรือการตีความในลักษณะที่มีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยมี การให้ความหมายหรือการตีความไปในแนวทางที่ยอมรับให้รัฐเข้าไปประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนได้ ภายใต้เงื่อนไขหรือเหตุผลบางประการ ซึ่งเงื่อนไขหรือเหตุผลที่สำคัญที่สุดก็คือ “ความจำเป็น” และ “ความเสมอภาค”

การให้ความหมายหรือการตีความไปในแนวทางที่ยอมรับให้รัฐเข้าไปประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนได้ ดังที่กล่าวมา เกิดจากเหตุจากปัจจัยหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสาเหตุสำคัญ 3 ประการ คือ⁹⁴

⁹² สุรพล นิติไกรพจน์, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส," วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 24 (2537), หน้า 380-381

⁹³ "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่สอง)," หน้า 380-381

⁹⁴ กฤษณ์ วสันต์, หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, หน้า 134

ประการที่หนึ่ง คือ เกิดจากความเสื่อมถอยของอิทธิพลทางความคิดของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีนิยมคลาสสิก ที่เชื่อมั่นอย่างมากในเรื่อง “laissez faire” ซึ่งอาจแปลได้ว่าเป็นการปล่อยให้เอกชนดำเนินการในทางเศรษฐกิจเท่านั้น รัฐไม่ต้องเข้ามายุ่งเกี่ยว”

ประการที่สอง เกิดจากคือความเสื่อมถอยของพลังในการริเริ่มหรือพัฒนาทางเศรษฐกิจของภาคเอกชน ซึ่งมีผลมาจากสงครามโลกครั้งที่ 2

ประการที่สามเกิดจากการรับอิทธิพลทางความคิดในเรื่องบทบาทของรัฐสมัยใหม่ ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจ

ในปัจจุบันรัฐสามารถเข้าไปประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนได้ ภายใต้เงื่อนไขสำคัญ 2 ประการ คือ ความมีอยู่ของความต้องการสาธารณะ (l'existence d'un besoin public) กับความไม่พอเพียงหรือการขาดการริเริ่มจากทางภาคเอกชน (l'insuffisance ou l'absence de l'initiative privé) และจะต้องอยู่ภายใต้หลักการแข่งขันอย่างเสมอภาค (le principe d'égale concurrence)”⁹⁵

ภายใต้ความหมายของหลักการแข่งขันอย่างเสมอภาคนี้ หลักการแข่งขันเสรีไม่ได้ห้ามขาดที่จะมีให้รัฐหรือองค์กรของรัฐเข้าประกอบการในทางเศรษฐกิจเสมอไป หากแต่รัฐหรือองค์กรของรัฐอาจเข้าประกอบการได้หากว่าการประกอบกรนั้น ๆ ได้ กระทบลงไป ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดต่าง ๆ ในลักษณะเดียวกันกับที่เอกชนประกอบอยู่ สำหรับการเข้าประกอบการทางเศรษฐกิจขององค์กรของรัฐ⁹⁶

ยกตัวอย่าง เช่น ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat สภาแห่งรัฐ) ได้วินิจฉัยว่า “การจัดตั้งสถานีบริการน้ำมันในบริเวณที่จอดรถสาธารณะของหน่วยงานของรัฐนั้น ย่อมมีเหตุผลที่ยอมรับได้ หากว่าการประกอบกรนั้นใช้หลักกลไกราคาตามภาวะปกติอย่างเดียวกันกับราคาที่ปรากฏในท้องตลาดของสถานีบริการน้ำมันของเอกชน”⁹⁷ หรือ ได้วินิจฉัยว่า “สถาบันว่าด้วยการศึกษากฎนิศาสตร์แห่งชาติซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและเป็นองค์กรของรัฐแห่งหนึ่ง ซึ่งจัดให้มีการให้เช่าอุปกรณ์ การถ่ายภาพทางอากาศซึ่งมีเอกชนประกอบกิจการดังกล่าวอยู่เช่นกันนั้น ไม่ได้ดำเนินการโดยการให้เช่าอุปกรณ์ในราคาที่ต่ำกว่าราคาของบริษัทเอกชน ดังนั้น การประกอบกรดังกล่าวจึงไม่ใช่กรณีที่ละเมิดต่อหลักการแข่งขันเสรีหรือละเมิดต่อกฎหมายแต่อย่างใด

⁹⁵Jean-Philippe Colson, *Droit Public "Conomique*, อ้างใน กฤษณ์ วสินนท์, “หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” ใน แตนดอกไม้ไหว้ครุรวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมาย. หน้า 1381

⁹⁶ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส.” หน้า 380-381

⁹⁷ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส C.E. 18 d" cembre 1959 Delansorme

ระบบกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส ได้มีการนำการตีความความหมายของหลักการแข่งขันเสรีในแนวแรกที่มีงจะยืนยัน “หลักการไม่แข่งขันกับเอกชน” กับการตีความความหมายของหลักการแข่งขันเสรีในแนวทางที่สองที่มีงถึง “หลักการแข่งขันอย่างเสมอภาค” มาใช้ประกอบกันเพื่อจะนำไปสู่การกำหนดขอบเขตของเนื้อหาของหลักการแข่งขันเสรี กล่าวคือ โดยหลักการแล้ว รัฐจะต้องไม่ประกอบการแข่งขันกับเอกชน นอกจากจะมีเหตุแห่งความจำเป็นและเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และหากรัฐเข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจในลักษณะที่ต้องแข่งขันกับเอกชน รัฐก็ต้องประกอบการแข่งขันในลักษณะที่เท่าเทียมกันและต้องไม่มีข้อกำหนดที่เอาเปรียบเอกชนด้วย⁹⁸ ยิ่งกว่านั้น การที่รัฐหรือองค์กรของรัฐจะเข้าไปประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ยังต้องคำนึงถึงข้อจำกัดในเรื่องขอบอำนาจและขอบวัตถุประสงค์ของตนอีกด้วย เพราะหน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานจะถูกจำกัดวัตถุประสงค์ในการก่อตั้ง และโดยปกติมักจะไม่มีความประสงค์ในการประกอบการทางการค้าและอุตสาหกรรมอยู่แล้ว⁹⁹

จากที่กล่าวมาข้างต้นสรุปได้ว่า โดยหลักแล้วหลักการแข่งขันเสรีสมควรที่จะต้องบังคับใช้แก่ผู้ประกอบการในทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะในทางการค้าและอุตสาหกรรมทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคลเอกชน หรือรัฐ และนิติบุคคลมหาชนอื่นทั้งหลาย

นอกจากนี้ในสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1957 ยังได้มีบทบัญญัติหลายมาตราที่สะท้อนให้เห็นว่ารัฐสามารถประกอบการกิจการแข่งขันกับเอกชนได้แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักการแข่งขันเสรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องเคารพต่อหลักในเรื่องการแข่งขันต่าง ๆ ที่ได้มีการบัญญัติไว้ในสนธิสัญญา¹⁰⁰ ดังเช่น มาตรา 86-1 ของสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1957 ฉบับที่ได้มีปรับปรุงการแก้ไขแล้ว (หลังสนธิสัญญานีซ) บัญญัติว่า

"Article 68 1. In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in this Treaty, in particular to those rules provided for in Art. 12 and Arts. 81 to 89."¹⁰¹

⁹⁸ สุรพล นิติไกรพจน์, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส." หน้า 380-381

⁹⁹ "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่สอง)." หน้า 812-840

¹⁰⁰ TITRE VI - Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations, CHAPITRE 1 - Les règles de concurrence, SECTION 1 - Les règles applicables aux entreprises, Article 81-86

¹⁰¹ "Section 86 1. Les états membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus"

ซึ่งอาจแปลเป็นไทยได้ว่า รัฐสมาชิกไม่สามารถกำหนดมาตรการใดที่ขัดแย้งกับหลักเกณฑ์ของสนธิสัญญานี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 12 และมาตรา 81 ถึง 89 มาใช้กับวิสาหกิจมหาชนและวิสาหกิจเอกชนของที่ได้รับสิทธิพิเศษได้

ในประเทศเยอรมัน การประกอบกิจการทางเศรษฐกิจของรัฐที่จะเป็นการแข่งขันกับเอกชน ย่อมเป็นที่ไม่น่ายินดีสำหรับเอกชนที่ต้องแข่งขันด้วย ฝ่ายเอกชนกลัวที่จะต้องเลิกกิจการไป เพราะไม่สามารถแข่งขันต่อไปได้ เนื่องจากรัฐวิสาหกิจย่อมมีทุนอุดหนุนที่แน่นอนอยู่ตลอดเวลา จึงมีปัญหาถกกันในเยอรมันว่า การประกอบกิจการทางเศรษฐกิจของรัฐนั้นควรให้ทำได้หรือไม่เพียงใด และจะต้องมีพื้นฐานทางกฎหมายรับรองหรือไม่เพียงใดในทางตำราถึงกับมีผู้เสนอความคิดว่า รัฐจะดำเนินการทางเศรษฐกิจที่เป็นการหารายได้อย่างเดียวไม่ได้ เพราะการแสวงหากำไรนั้นไม่เป็นการให้ความเป็นธรรมที่พอเพียงแก่การดำเนินการเองในทางเศรษฐกิจของรัฐ แต่เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันมิได้กำหนดรูปแบบของระบบเศรษฐกิจไว้อย่างชัดเจน ความคิดที่จะจำกัดการแสวงหารายได้ของรัฐโดยการตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาจึงไม่มีน้ำหนักเพียงพอ

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาขอบเขตของการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจของรัฐได้จากสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ในทางตำราและคำพิพากษาของศาลก็ยังตีความสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างค่อนข้างจะเคร่งครัด โดยถือว่าในกรณีทั่ว ๆ ไปนั้น การประกอบกิจการทางเศรษฐกิจของรัฐไม่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ จึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับ เว้นแต่กิจการนั้นจะเป็นการปิดโอกาสการแข่งขันของเอกชน หากเป็นเพียงการทำให้รัฐวิสาหกิจได้เปรียบบ้าง หรือมีการอุดหนุนทางการเงินแก่รัฐวิสาหกิจบ้าง ก็ยังไม่ถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁰² ฉะนั้น ตามกฎหมายประชาคมยุโรปหรือสหภาพยุโรป โดยหลักแล้ว วิสาหกิจทุกประเภทต้องอยู่ภายใต้หลักการแข่งขันเสรี แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีหลักการก็ย่อมต้องมีข้อยกเว้นเช่นกัน

สรุปจะเห็นได้ว่า หลักการแข่งขันเสรีสมควรบังคับใช้กับผู้ประกอบการภาครัฐเช่นเดียวกับต้องบังคับใช้กับผู้ประกอบการภาคเอกชน เพื่อให้เกิดความเสมอภาคและเป็นธรรมในหลักการแข่งขัน นอกจากนี้องค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมกำกับดูแลความศักดิ์สิทธิ์ทางกฎหมายของหลักการแข่งขันเสรีควรที่จะเป็นองค์กรทางปกครองที่มีอิสระ (Autorité administrative independante หรือ Independent Regulatory Agency) เพื่อให้เกิดความเป็นกลางและเสมอภาคมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีการแข่งขัน ระหว่างผู้ประกอบการภาครัฐกับผู้ประกอบการภาคเอกชน

2.2) การยกเว้นหรือการไม่นำหลักการแข่งขันเสรีมาบังคับใช้กับผู้ประกอบการภาครัฐ

¹⁰² บุญศรี มีวงศ์ไผ่, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน .หน้า 38

หากรัฐต้องการที่จะเข้าไปดำเนินการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะในทางการค้าและอุตสาหกรรม การยกเว้นหรือการไม่บังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีอันหมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการขัดแย้งต่อหลักการแข่งขันเสรีอาจทำได้ในหลายรูปแบบหลายวิธีด้วยกัน ซึ่งสามารถแยกการอธิบายได้เป็น 3 ลักษณะ คือ¹⁰³

ลักษณะที่หนึ่ง คือ การที่รัฐเข้าไปเป็นผู้ดำเนินการประกอบกิจการที่มีลักษณะในทางการค้าและอุตสาหกรรมเองไม่ว่าจะในรูปแบบใด โดยลักษณะเหล่านี้ส่วนใหญ่คือการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจด้วยวิธีการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐใหม่ ไม่ว่าจะในรูปแบบของนิติบุคคลมหาชนหรือนิติบุคคลเอกชนหรืออาจไม่เป็นนิติบุคคลก็ได้ ซึ่งอาจจัดตั้งโดยกฎหมายหรือนิติกรรมทางปกครอง หรือ การจดทะเบียน การซื้อวิสาหกิจการเอกชนทั้งหมดหรือการซื้อหุ้นบางส่วนเพื่อเป็นผู้ถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 เพื่อเป็นรัฐวิสาหกิจ การจัดตั้งหน่วยงานขึ้นใหม่หรือรับช่วงดำเนินการของเอกชนที่สืบ เนื่องมาจากกระบวนการโอนกิจการเป็นของชาติหรือจากการยึดทรัพย์สินหรือจากการริบทรัพย์สิน และการขยายงานของหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐเดิมออกไป ดำเนินการที่มีลักษณะในทางการค้าและอุตสาหกรรม เป็นต้น โดยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจผู้เขียนจะขอกล่าวในหัวข้อถัดไป

ลักษณะที่สอง คือ การกำหนดการห้ามไม่ให้ประกอบกิจการในบางประเภทหรือการผูกขาดกิจการบางประเภทขึ้น โดยรัฐไม่เข้าไปดำเนินการประกอบกิจการเอง แต่มีการให้สัมปทานแต่เพียงรายเดียวหรือหลายราย หรือการอนุญาตแบบจำกัดเฉพาะราย ซึ่งถือว่ามี การยกเว้นการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีโดยอัตโนมัติ หรืออาจเป็นกรณีที่กำหนดให้มีการยกเว้นการบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีทั้งหมดหรือบางส่วนในวงแคบเฉพาะผู้รับสัมปทานด้วยกันหรือผู้ได้รับอนุญาตด้วยกัน

ลักษณะที่สาม คือ การสนับสนุนหรือช่วยเหลือกิจการของเอกชนและของรัฐ ถ้าเป็นการการสนับสนุนหรือช่วยเหลือกิจการของเอกชนและของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมาย มีความเสมอภาค มีความเป็นธรรมไม่ใช่เฉพาะแค่ตามกฎหมายการสนับสนุนหรือช่วยเหลือกิจการของเอกชนและของรัฐ จะขัดแย้งต่อหลักการแข่งขันเสรีก็ต่อเมื่อการสนับสนุนหรือช่วยเหลือกิจการของเอกชนและของรัฐนั้น ไม่มีความเสมอภาค ไม่มีความเป็นธรรม ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งในความหมายแคบและความหมายกว้าง

การเข้าไปเป็นผู้ประกอบการภาครัฐที่เกิดจากความประสงค์ ความต้องการ หรือนโยบายของภาครัฐนี้ ถ้าพิจารณาในมุมมองเชิงวิชาการแล้ว จะเห็นได้ว่าจำนวนหรือความมีมากมีน้อยของการเข้าไปเป็นผู้ประกอบการภาครัฐย่อมมีความเชื่อมโยงกับความเชื่อใน

¹⁰³ กฤษณ์ วสินนท์, หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, หน้า 134

แนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์หรือลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเป็นอย่างยิ่งสำหรับประเทศที่รับอิทธิพลทางความคิดจากลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยม ซึ่งเห็นในความสำคัญและความจำเป็นของการเข้ามา มีบทบาทในทางเศรษฐกิจของรัฐ ซึ่งเห็นในความสำคัญและความจำเป็นของการแทรกแซงในทางเศรษฐกิจของรัฐควบคู่ไปกับหลักคิดในเรื่องการปล่อยให้เอกชนทำการแข่งขัน และกลไกตลาดจำนวนหรือความมีมากมีน้อยของการเข้าไปเป็นผู้ประกอบการภาครัฐในประเทศนั้น ก็ย่อมจะมากกว่าประเทศที่รับอิทธิพลทางความคิดจากลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกอย่างเคร่งครัด

นอกจากนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับสหภาพยุโรป แม้ว่าจะได้มีการกำหนดให้หลักการแข่งขันเสรีต้องใช้บังคับกับวิสาหกิจทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นวิสาหกิจเอกชนหรือรัฐวิสาหกิจ หรือที่อาจเรียกว่าวิสาหกิจมหาชนก็ตาม แต่ก็ยังมีการกำหนดให้การบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีอันรวมไปถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการแข่งขันซึ่งได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาแก่วิสาหกิจบางประเภทอย่างมีข้อจำกัดได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ยอมให้มีการลดความเคร่งครัดในการต้องปฏิบัติตามหลักการแข่งขันเสรีลงไปได้บ้างในบางเรื่องบางกรณี กล่าวคือ ในมาตรา 86-2 ของสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1957 ฉบับที่มีการแก้ไขปรับปรุงแล้ว ซึ่งบัญญัติว่า

*"Article 86 2. Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community."*¹⁰⁴

ซึ่งอาจแปลสรุปความเป็นไทยได้ว่า วิสาหกิจที่ได้รับการมอบหมายให้ดำเนินการจัดทำบริการซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะในทางเศรษฐกิจหรือวิสาหกิจที่ลักษณะของรายได้มาจากการผูกขาดหรือแปลว่าวิสาหกิจที่มีลักษณะผูกขาดด้านภาษี ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ซึ่งได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการแข่งขัน ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการแข่งขันจะต้องไม่ถึงกับเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานหรือแปลว่าไม่ก่อให้เกิดความล้มเหลวในการปฏิบัติงาน ให้เป็นไปตามภาระกิจที่กฎหมายกำหนดหรือตามสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้น แต่อย่างไร

¹⁰⁴ "Section 86 2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté."

ก็ตาม มาตรา 86-2 ของสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1957 ฉบับที่มีการแก้ไขปรับปรุงแล้ว ได้กำหนดให้ วิสาหกิจที่คู่แลรับผิดชอบการดำเนินการจัดการบริการสาธารณะที่มีจุดมุ่งหมายทางเศรษฐกิจทั่วไป หรือมีลักษณะการผูกขาดด้านภาษีนั้น อาจได้รับประโยชน์จากการลดความเคร่งครัดของหลักการ แข่งขันเสรีลงไปได้บ้าง ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การปฏิบัติตามหลักการแข่งขันเสรีนั้นอาจจะก่อให้เกิด อุปสรรคต่อการดำเนินการตามกฎหมายหรือการปฏิบัติหน้าที่ของวิสาหกิจที่กฎหมายกำหนด

ในเรื่องเกี่ยวกับการยกเว้นหลักการแข่งขันเสรีนี้ ศาลยุติธรรม แห่งประชาคมยุโรป (The Court of Justice of the European Community Union ปัจจุบัน คือ The Court of Justice of the European Union, officially the Court of Justice) ได้เคยวินิจฉัย ว่าไว้ในคดีหนึ่ง¹⁰⁵ ว่า “เพื่อที่จะได้รับยกเว้นจากหลักเกณฑ์ในการแข่งขันโดยเสรี บริการสาธารณะ ของฝรั่งเศสต้องยืนยันให้เห็นว่า หากไม่ได้รับการยกเว้นแล้วการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ จะไม่สามารถดำเนินการได้ อีกทั้งอาจเผชิญกับอุปสรรคที่ไม่อาจผ่านพ้นและกิจการดังกล่าวจะไม่อาจ เป็นจริงได้”¹⁰⁶

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในต่างประเทศการยกเว้น หรือการไม่นำหลักการแข่งขันเสรีมาบังคับใช้กับผู้ประกอบการภาครัฐอาจมีได้แต่ต้องเป็นข้อยกเว้นซึ่ง ต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบในทุก ๆ ด้าน โดยจะต้องไม่เกิดผลกระทบต่อสาธารณะชนและให้ ความสำคัญกับความเสมอภาคและเป็นธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

2.1.2.2 หลักการแข่งขันเสรีกับการจัดทำบริการสาธารณะ

ในประเด็นเรื่องหลักการแข่งขันเสรีกับการจัดทำบริการสาธารณะ สามารถแบ่งออกเป็น 2 หัวข้อ คือ หลักเกณฑ์ที่สำคัญและองค์กรในการจัดทำบริการสาธารณะ ความสัมพันธ์ของหลักการแข่งขันเสรีกับการจัดทำบริการสาธารณะ

2.1.2.2.1 หลักเกณฑ์ที่สำคัญและองค์กรในการจัดทำบริการ

สาธารณะ

การบริการสาธารณะ เป็นกิจกรรมที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับ การเกิดขึ้นของสังคมมนุษย์ เมื่อมนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นกลุ่มสังคมจะทำให้เกิดภารกิจบางประการที่ไม่ใช่ ภารกิจของคนใดคนหนึ่ง เช่น การดูแลความสงบเรียบร้อย การจัดทำสิ่งสาธารณูปโภคพื้นฐานที่ทุกคน ต้องใช้ เป็นต้น ภารกิจเหล่านี้มักจะไม่มีการจ้างคนใดรับไปดำเนินการ สังคมจึงจัดให้มีโครงสร้างทาง สังคมขึ้นมาดำเนินการ เช่น ระบบการเมืองและระบบบริหารรัฐกิจ เป็นต้น เพื่อทำหน้าที่ผลิต จัดหา

¹⁰⁵ C.J.C.E.. 19 Mai 1993, Paul Corbeau อ้างใน กฤษณ์ วสินนท์, “หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการ กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” ใน แทนดอว์ไม่ไหว้ครุรวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมาย, (2554). หน้า 131

¹⁰⁶ ศูนย์ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครอง ฝรั่งเศส เรื่อง ทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับการบริการสาธารณะของฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547). หน้า 36.

เพื่อบริการแก่สาธารณชนกิจกรรมเหล่านี้จึงถูกเรียกว่า “การบริการสาธารณะ” การให้บริการสาธารณะ จึงนับเป็นกิจกรรมที่หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องที่อาจเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการให้แก่ประชาชนผู้มารับบริการ ทั้งนี้โดยมีเป้าหมายที่สำคัญคือ การให้บริการที่ตอบสนองความต้องการของประชาชนอย่างทั่วถึงและเสมอภาค โดยหน่วยงานที่ให้บริการจะต้องส่งมอบบริการแก่ประชาชนด้วยจิตสำนึกที่ดีในการให้บริการ และมีการนำผลสะท้อนกลับจากประชาชนในฐานะผู้มาใช้บริการ เพื่อนำมาปรับปรุงพัฒนาการให้บริการให้มีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับข้อร้องเรียน ข้อเสนอแนะต่าง ๆ ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่า การบริการสาธารณะจำเป็นต้องคำนึงถึงคุณภาพและประสิทธิภาพของการให้บริการ โดยอาศัยเทคนิคและวิธีการที่เหมาะสมต่อกลุ่มเป้าหมายที่ให้บริการ ช่วงเวลาและสถานที่การให้บริการ

เมื่อพิจารณาในแง่ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว กฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงคือ กฎหมายปกครองซึ่งเกิดขึ้นมาก็โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นภารกิจจำเป็นอันขาดเสียมิได้สำหรับทุกรัฐในโลก หลักการพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะประกอบด้วย 3 หลักการ คือ¹⁰⁷

1.) หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ

การบริการสาธารณะต้องไม่มีวันหยุดนิ่ง เพราะจะทำให้ประชาชนเดือดร้อน ประเทศชาติ เสียหาย หลักการนี้สะท้อนให้เห็นในหลักการที่กำหนดในกฎหมายปกครองในด้านต่าง ๆ ทั้งนี้ หลักการที่สำคัญของหลักที่ว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ คือนิติบุคคลผู้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ จะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่มีเกิดการหยุดชะงักจะต้องมีการรับผิดชอบ และในกรณีที่เกิดการหยุดชะงักในการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์การมหาชน องค์กรที่หาหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทน เพื่อเป็นหลักประกันการต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ ซึ่งได้มีตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดรองรับในคดี Winkell ลงวันที่ 7 สิงหาคม 1909 ว่า ความต่อเนื่องเป็นหัวใจสำคัญของการบริการสาธารณะ หลังจากนั้นเป็นต้นมาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีอื่น ๆ ต่างก็ให้ความสำคัญกับหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะและได้กลายเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของการบริการสาธารณะที่มีคุณค่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of law)¹⁰⁸

2.) หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

¹⁰⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554). หน้า 110

¹⁰⁸ กฎหมายปกครอง, ed. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553). หน้า 81

การจัดทำบริการสาธารณะ หลักการนี้มีวัตถุประสงค์สำคัญคือ เพื่อให้ทันต่อความต้องการของประชาชน เพราะความต้องการของประชาชนสามารถเปลี่ยนแปลงได้อยู่เสมอตามสภาพความผันแปรของเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ทั้งนี้ การบริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลา เพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ เพราะโดยสภาพของการจัดทำบริการสาธารณะทั่ว ๆ ไปที่มีวัตถุประสงค์ในการตอบสนองความต้องการของประชาชน เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะนั้นก็น่าจะได้รับเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของประชาชนไปด้วย

3.) หลักความเสมอภาค

ความเสมอภาคของประชาชนที่จะได้รับการบริการสาธารณะ โดยเท่าเทียม ไม่มีการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้เนื่องจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น รัฐมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน ประชาชนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับประโยชน์จากการบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน โดยหลักการนี้นอกจากความเสมอภาคที่จะได้รับประโยชน์จากการบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกันแล้ว ยังหมายรวมถึงความเสมอภาคที่จะได้รับอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นราคาค่าบริการ ความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐ รวมทั้งความเสมอภาคในการเข้าทำงานกับรัฐอย่างเท่าเทียมกันโดยการสอบแข่งขันกับบุคคลอื่น ๆ ภายใต้เงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับคุณสมบัติ ด้านความรู้และความสามารถพื้นฐาน¹⁰⁹

2.1.2.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแข่งขันเสรีกับการจัดทำบริการสาธารณะ

พัฒนาการของแนวความคิดในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐที่วินิจฉัยในเรื่องการขยายตัวของกิจกรรมของรัฐจากสภาพความต้องการในการจัดให้มีบริการสาธารณะใหม่ ๆ ขึ้นซึ่งในปัจจุบันระบบกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส สามารถแยกหลักเกณฑ์ที่อธิบายสาเหตุของปรากฏการณ์ดังกล่าวออกเป็น 2 กรณี คือ¹¹⁰

(1.) กรณีที่บริการสาธารณะจะต้องมีขึ้นอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยสภาพของเรื่องการบริการสาธารณะบางประเภทต้องมีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการ หรือสาธารณะประโยชน์ที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ และต้องจัดให้มีบริการสาธารณะตามความจำเป็นอย่างยิ่ง โดยรัฐจะต้องกระทำ ทั้งนี้ไม่ต้องคำนึงถึงจะมีการประกอบโดยเอกชนในลักษณะเดียวกันอยู่

¹⁰⁹ หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ, ed. พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547). หน้า 37

¹¹⁰ สุรพล นิติไกรพจน์, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่หนึ่ง)." หน้า 609

ก่อนหรือไม่ ได้แก่ กรณีที่สภาพและธรรมชาติของความต้องการสาธารณะมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการดำเนินกิจกรรมในทางเศรษฐกิจนั้นอย่างขาดเสียมิได้ และกรณีที่เป็นกรณืการเข้าประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อตอบสนอง ความต้องการสาธารณะเป็นสำคัญ

(2.) กรณีที่ถือว่าบริการสาธารณะอาจจัดให้มีขึ้นได้ในบางสถานการณ์เท่านั้น กรณีนี้คือจะต้องมีการจัดให้มีกิจกรรมที่มีลักษณะในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจขึ้นได้ หากว่ามีข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์เกิดขึ้น โดยหลักการแข่งขันเสรีนั้นย่อมได้รับผลกระทบอย่างโดยตรง ทั้งนี้ สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่ขาดแคลนการริเริ่มหรือการประกอบการของเอกชน และกรณีที่เคยมีการริเริ่มกิจการของรัฐในเรื่องนั้น ๆ มาก่อนแล้วข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าเคยมีการประกอบการทางเศรษฐกิจในเรื่องนั้น ๆ โดยรัฐมาก่อนแล้วอาจเป็นเหตุของการดำเนินการที่จะต้องประกอบกิจกรรมนั้น ๆ ต่อไป หรืออาจจะเป็นเหตุของการคงกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมกิจกรรมที่รัฐเคยดำเนินการมาในอดีตต่อไปอีกก็ได้

โดยบริการสาธารณะจำต้องตระหนักว่า ปัจเจกบุคคลเหล่านั้นมักจะอำนาจทางการเมืองแสวงหาผลประโยชน์ให้แก่ตนเองโดยไม่คำนึงถึงผลเสียที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลอื่นซึ่งพฤติกรรมการตัดสินใจ ที่มี ข้อสมมติฐานจากหลักทางเศรษฐศาสตร์ ในลักษณะนี้ จำเป็นจะต้องอิงหลักทางเศรษฐศาสตร์ที่เน้นการแข่งขัน และการถ่วงดุลซึ่งกันและกันมาประกอบในการแก้ไขปัญหา¹¹¹ โดยฐานคติที่สำคัญของแนวคิดทางเลือกสาธารณะ จึงเป็นการให้ความสำคัญกับปัจเจกกับบุคคล การกระจายอำนาจ การส่งเสริมการแข่งขัน การตัดสินใจตามหลักเหตุผล ประสิทธิภาพสูงสุดในการใช้ทรัพยากรการยอมรับความแตกต่างและการตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนที่หลากหลาย โดยรัฐจะต้องมีการควบคุมและจัดระเบียบได้แก่งานที่มีวัตถุประสงค์ในการแทรกแซงการตลาดการค้าเพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าระหว่างหน่วยผลิตหรือกลุ่มผู้ผลิต¹¹² หน่วยงานนี้จะทำหน้าที่ควบคุมโดยการกำหนดระเบียบหรือกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องเพื่อไม่ให้เกิดการเอาเปรียบและเกิดการแข่งขันอย่างเสมอภาค

จากที่กล่าวมาข้างต้นเห็นได้ว่า การบริการสาธารณะมีรากฐานมาจากแนวคิดที่สังเคราะห์หลักการทางเศรษฐศาสตร์มาประยุกต์ใช้กับศาสตร์อื่น ๆ เพื่อประโยชน์ทางการเมืองและการบริหาร เพราะเชื่อว่าจะสามารถช่วยแก้ปัญหาต่างข้างต้นของรัฐหรือเป็นทางออกอย่างหนึ่งได้จากฐานคติที่สำคัญของแนวคิดทางเลือกสาธารณะ จึงเป็นการให้ความสำคัญกับปัจเจกกับบุคคลการกระจายอำนาจการส่งเสริมการแข่งขันการตัดสินใจตามหลักเหตุผลประสิทธิภาพ

¹¹¹ Vincent. Ostrom, "Public Choice : A Different Approach to the Study of Public," *Public Administration Review* (1971), pp 1

¹¹² Samuel J and Hara Bernstien, Patrick O, *Public Administration : Organization, People and Public Policy* (New York: Harper and Row., 1979). pp 21

สูงสุดในการใช้ทรัพยากรการยอมรับความแตกต่างและการตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนที่หลากหลาย และพัฒนาการให้บริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิผล และยังคงคำนึงถึงหลักประสิทธิภาพอีกด้วย นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าการให้บริการสาธารณะจำเป็นจะต้องพิจารณาอย่างเป็นระบบที่ประกอบด้วยปฏิสัมพันธ์ต่าง ๆ ภายในระบบของการให้บริการรวมถึงมีปฏิสัมพันธ์กับสภาพแวดล้อมภายนอก ทั้งนี้ เพื่อให้ภาครัฐจะต้องส่งมอบการให้บริการสาธารณะที่ดีแก่ประชาชนได้ตรงกับความต้องการจำเป็นและความต้องการของประชาชนอย่างแท้จริง โดยคำนึงถึงความเสมอภาคความ ซึ่งการบริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในอำนาจของรัฐ และองค์การที่ให้บริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นองค์การบริหารราชการ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และองค์การเอกชน เป็นต้น

2.1.2.3 องค์การมหาชนกับการบริการสาธารณะ

องค์การมหาชนถือได้ว่าเป็นทางเลือกใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะ โดยมีลักษณะเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจซึ่งมีข้อแตกต่างกับหน่วยงานของรัฐหลายประการ เช่น ระบบการบริหารงาน รูปแบบ ความสัมพันธ์กับรัฐ ความแตกต่างทั้งหลายจึงทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบของหน่วยงานแต่ละหน่วยงานซึ่งส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะของบางหน่วยงานเป็นไปไม่ได้ดีเท่าที่ควร ดังนั้น จึงมีแนวความคิดที่จะให้มีกฎหมายกลางออกมารองรับหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ โดยกำหนด ขอบเขต อำนาจหน้าที่ ระบบการบริหารงานและความสัมพันธ์กับรัฐไว้ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2542 จึงได้มีการตรากฎหมายชื่อ “พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542” ขึ้นเพื่อกำหนดสถานะทางกฎหมายเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ¹¹³

แม้พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 จะมีได้ให้ความหมายที่แน่ชัดขององค์การมหาชนเอาไว้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว¹¹⁴ จะเห็นได้ว่าองค์การมหาชนได้แก่องค์กรที่ฝ่ายบริหารจัดการตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการดำเนินงานตามโครงการพัฒนาด้านต่าง ๆ ของรัฐหรือการดำเนินงานตามแผนงานหรือนโยบายเพื่อจัดทำบริการสาธารณะด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะ โดยมีลักษณะเด่น คือ องค์การมหาชน

¹¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ, ed. พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560) หน้า 175.

¹¹⁴ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่การดำเนินงานตามโครงการพัฒนาด้านต่าง ๆ ของรัฐหรือการดำเนินงานตามแผนงานหรือนโยบายเพื่อจัดทำบริการสาธารณะด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะมักจะมีปัญหาความสลับซับซ้อนความขัดแย้งในการดำเนินการ การซับซ้อนของความสัมพันธ์ระหว่างส่วนราชการ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ ก่อให้เกิดความล่าช้าและความไม่ยืดหยุ่นของกฎระเบียบราชการ ดังนั้น เพื่อลดปัญหาดังกล่าวและเพื่อเปิดโอกาสให้มีการจัดระบบ บริหารแนวใหม่สำหรับภารกิจของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะในบางกรณีให้มีความคล่องตัวและมีการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรและบุคลากรให้เกิดประสิทธิภาพ และประสิทธิผลสูงสุด ตลอดจนเพื่อบูรณาการให้ผู้เกี่ยวข้องทั้งหมดเข้าร่วมกันทำงานอย่างมีเอกภาพและประสานงานกันเพื่อความรวดเร็วในการดำเนินงาน ซึ่งต้องอาศัยความเร่งด่วน จึงสมควรมีกฎหมายให้ฝ่ายบริหารสามารถตั้งหน่วยงานบริหารเป็นองค์การมหาชนที่แตกต่างไปจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจได้ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและมีความคล่องตัวในการดำเนินงานมหาชนซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการให้บริการสาธารณะกับรัฐวิสาหกิจซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร

ก. สถานะทางกฎหมายและลักษณะขององค์การมหาชน

สถานะทางกฎหมายขององค์การมหาชนเป็นระบบขององค์การมหาชนที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 เป็นระบบโครงสร้างองค์การของรัฐรูปแบบใหม่ที่คู่ขนานไปกับส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจอันเป็นองค์กรจัดทำบริการสาธารณะของรัฐที่มีอยู่เดิม การกำหนดให้จัดตั้งองค์การมหาชนขึ้นเป็นรายองค์กรได้โดยการตราพระราชกฤษฎีกาจัดตั้ง ทำให้องค์การมหาชนมีสถานะทางกฎหมายเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่อยู่นอกกระบวนราชการ การที่กฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชนขึ้นเฉพาะรายองค์กรมีศักดิ์เป็นเพียงพระราชกฤษฎีกาได้สร้างกรอบข้อจำกัดประการหนึ่งสำหรับการตรากฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชนกล่าวคือ องค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ไม่อาจก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในทางนิติฐานะหรือไปกระทบกระเทือนต่อองค์การมหาชนที่เกิดขึ้นอยู่แล้วก่อนการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งส่วนใหญ่เกิดขึ้นโดยกฎหมายที่มีศักดิ์ในระดับของพระราชบัญญัติได้ “ให้องค์การมหาชนเป็นหน่วยงานของรัฐและเป็นนิติบุคคล” ความในมาตรา 6¹¹⁵ แห่งพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ได้ยืนยัน หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสถานะขององค์การมหาชนไว้อย่างชัดเจน

ความเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นนิติบุคคลหรือที่เรียกว่า “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน” ขององค์การมหาชนนี้ นอกจากจะได้รับการยืนยันตามมาตรา 6 แล้ว บทบัญญัติมาตรา 45¹¹⁶ แห่งพระราชบัญญัตินี้ ยังได้ยืนยันหลักการในเรื่องทรัพย์สินของรัฐขององค์การมหาชนไว้อย่างชัดเจน ในความตอนแรกของมาตรานี้ว่า “ทรัพย์สินขององค์การมหาชนเป็นทรัพย์สินของรัฐ”

นอกจากนี้ มาตรา 15¹¹⁷ ยังบัญญัติคุ้มครองทรัพย์สินขององค์การมหาชนซึ่งมีฐานะเป็นทรัพย์สินของรัฐไว้ตามหลักกฎหมายที่ใช้บังคับทั่วไปเกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐไว้ด้วยว่า “ทรัพย์สินขององค์การมหาชนไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี” การยืนยันว่าองค์การมหาชนเป็นนิติบุคคลที่มีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐนั้น นอกจากจะนำมาซึ่งผลทางกฎหมายในเรื่องความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินขององค์การมหาชนดังกล่าว แล้วยังมีความหมายด้วยว่า องค์การมหาชนเป็นหน่วยงานที่จะต้องปฏิบัติภารกิจที่รัฐมอบหมายให้อัน ได้แก่ การจัดทำบริการสาธารณะบางประการ การที่รัฐจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายและงบประมาณในการดำเนินภารกิจขององค์การมหาชนที่เกิดขึ้น และรัฐย่อมมีความชอบธรรมที่จะกำหนดนโยบายการดำเนินงาน ควบคุมตรวจสอบและ

¹¹⁵ มาตรา 6 ให้องค์การมหาชนเป็นหน่วยงานของรัฐ และเป็นนิติบุคคล

¹¹⁶ มาตรา 45 ทรัพย์สินขององค์การมหาชนเป็นทรัพย์สินของรัฐ และเมื่อมีการยุบเลิกองค์การมหาชน ให้มีเจ้าหน้าที่ทำการตรวจสอบทรัพย์สินและชำระบัญชีรวมทั้งการโอนหรือการจำหน่ายทรัพย์สินที่ยังคงเหลืออยู่และการจัดการเกี่ยวกับบุคลากรขององค์การมหาชนทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

¹¹⁷ มาตรา 15 ทรัพย์สินขององค์การมหาชนไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

ประเมินประสิทธิภาพการปฏิบัติหน้าที่ขององค์การมหาชนนั้นด้วย นอกจากจะยืนยันว่าองค์การมหาชนเป็นองค์การของรัฐ มิใช่การดำเนินงานของภาคเอกชนหรือองค์การแสวงหากำไรอื่น ๆ อันเป็นคำอธิบายที่เป็นการชี้แจงต่อความตระหนักและไม่เข้าใจในการที่รัฐจะเปลี่ยนแปลงองค์การจัดทำบริการสาธารณะเดิมที่เคยเป็นส่วนราชการให้มาเป็นองค์การมหาชน ซึ่งมักจะมิได้เข้าใจอย่างผิดพลาดไปว่าเป็นการ “แปรรูปองค์กร” ในทำนองเดียวกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization) แล้ว¹¹⁸

การเป็นองค์กรของรัฐดังกล่าวยังมีความหมายด้วยว่าภายในระหว่างองค์การจัดทำบริการสาธารณะในภาครัฐด้วยกันเอง หากมีปัญหาเรื่องการทับซ้อนระหว่างอำนาจหน้าที่ในการดำเนินงานหรือมีความขัดแย้งในการดำเนินกิจการใด ๆ ระหว่างองค์การมหาชน หรือองค์กรอื่นของรัฐ ก็ควรที่จะให้องค์กรวินิจฉัยสูงสุดในฝ่ายบริหารอัน ได้แก่ คณะรัฐมนตรีเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดว่าองค์กรใดควรจะเป็นผู้มีอำนาจดำเนินกิจการนั้น ๆ แต่เพียงผู้เดียว ทั้งนี้ตั้งที่บทบัญญัติมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติ ดังกล่าวกำหนดไว้แล้วว่า “มาตรา 8 ในกรณีที่มีปัญหาการซ้ำซ้อนหรือขัดแย้ง ในการดำเนินกิจการขององค์การมหาชนกับการปฏิบัติงานของส่วนราชการ หรือ การดำเนินงานของหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายให้ถือว่าพระราชกฤษฎีกา จัดตั้งองค์การมหาชนตามพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายพิเศษที่มีวัตถุประสงค์ โดยเฉพาะปัญหาที่เกี่ยวกับการดำเนินกิจการขององค์การมหาชนกับส่วน ราชการหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามวรรคหนึ่ง ให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดพร้อมทั้งกำหนดระเบียบแบบแผนการปฏิบัติราชการเพื่อการประสานงาน ระหว่างองค์การมหาชน ส่วนราชการ และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง โดยคณะรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้คณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอความเห็นและร่าง ระเบียบแบบแผนการปฏิบัติราชการต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อประกอบการพิจารณา ก็ได้คำวินิจฉัยและระเบียบแบบแผนที่คณะรัฐมนตรีกำหนดตามวรรคสองให้ องค์การมหาชน ส่วนราชการ และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องถือเป็นแนว ปฏิบัติราชการต่อไป”¹¹⁹

ทั้งนี้ นอกจากจะได้บัญญัติในเรื่ององค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งใน เรื่องอำนาจหน้าที่แล้ว ความในวรรคแรกของมาตรา 8¹²⁰ นี้เอง ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายว่าด้วยองค์การมหาชนไว้ด้วย กล่าว คือหลักการที่ว่า “องค์การมหาชนมีอำนาจจำกัดเฉพาะกรณี แต่ส่วนราชการทั้งหลายมีอำนาจกว้างขวางทั่วไป” อีกด้วย

¹¹⁸ สุรพล นิติไกรพจน์, องค์การมหาชน : แนวคิดรูปแบบและวิธีการบริหารงาน (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน ก.พ., 2542). หน้า 16-18.

¹¹⁹ Ibid. หน้า 16-18.

¹²⁰ มาตรา 8 ในกรณีที่มีปัญหาการซ้ำซ้อนหรือขัดแย้งในการดำเนินกิจการขององค์การมหาชนกับการปฏิบัติงานของส่วนราชการหรือการดำเนินงานของหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายให้ กพม. เสนอคณะรัฐมนตรีเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดและกำหนดระเบียบแบบแผนเพื่อการประสานงานระหว่างองค์การมหาชน ส่วนราชการ และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง

โดยหลักการดังกล่าวนี้มีความหมายว่า ภายในกรอบอำนาจหน้าที่เฉพาะ ตามกฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชนจะต้องถือว่าองค์การมหาชนนั้นแต่ผู้เดียวที่มีอำนาจดำเนินการกิจการที่กำหนดไว้โดยเฉพาะและโดยแจ้งชัดตามกฎหมายจัดตั้ง หากหน่วยงานอื่นของรัฐก้าวล่วงเข้ามา ดำเนินการกิจการดังกล่าวขององค์การมหาชน กรณีนี้ก็ต้องถือว่าหน่วยงานอื่นของรัฐนั้นกระทำการ โดยไม่มีอำนาจ ภายใต้หลักการดังกล่าวนี้ จึงมีความจำเป็นต้องระบุขอบเขตอำนาจหน้าที่และภารกิจ ขององค์การมหาชนแต่ละแห่ง ไว้อย่างจำกัดเคร่งครัดเฉพาะเท่าที่มีความประสงค์จะให้องค์การ มหาชนนั้นดำเนินการเท่านั้น เพราะมิฉะนั้นก็ย่อมจะก่อให้เกิดปัญหาการทับซ้อนระหว่างอำนาจใน การจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรของรัฐต่างองค์กรกันได้

นอกจากจะยืนยันหลักการที่ว่าองค์การมหาชนเป็นหน่วยงานในภาครัฐ แล้ว บทบัญญัติในพระราชบัญญัติฉบับนี้ในมาตรา 5 ว่าด้วยการจัดตั้งองค์การมหาชนยังยืนยันความ แตกต่างระหว่างองค์การมหาชนออกจากส่วนราชการ และรัฐวิสาหกิจซึ่งมีอยู่เดิมอย่างชัดเจนอีกด้วย โดยการบัญญัติว่า

“เมื่อรัฐบาล มีแผนงานหรือนโยบายด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อจัดทำ บริการสาธารณะและมีความเหมาะสมที่จะจัดตั้งหน่วยงานบริหารขึ้นใหม่แตกต่างไปจากส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ”

หลักการอีกประการหนึ่งของความเป็นองค์กรใน ภาครัฐที่พระราชบัญญัติ ฉบับนี้ได้นำมาบัญญัติรับรองเอาไว้สำหรับกรณี องค์การมหาชนด้วยก็คือ การยกเว้นการใช้บังคับ กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายแรงงานสัมพันธ์และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับแรงงาน ทั้งนี้ โดย มาจากพื้นฐานแนวคิดในเรื่องที่ว่า รัฐย่อมจะต้องเป็นตัวอย่างอันดีและเป็นแบบอย่าง ในการกำหนด ความคุ้มครองสวัสดิการและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ให้แก่บุคลากรผู้ปฏิบัติงานให้แก่รัฐในระดับที่ดีมาก ยิ่งกว่าที่รัฐกำหนดให้เอกชนปฏิบัติกับอีกประการหนึ่ง คือแนวคิดที่ว่าระบบความสัมพันธ์ทางแรงงาน ที่รัฐกำหนดไว้ใน กฎหมายเกี่ยวกับการแรงงานสัมพันธ์ซึ่งเป็นเรื่องระหว่างนายจ้างและลูกจ้างย่อมไม่ เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม กฎหมายและระเบียบข้อบังคับไม่ใช่การเจรจาต่อรองดังเช่นความสัมพันธ์ในทางแรงงานระหว่าง นายจ้างและลูกจ้างโดยทั่วไป

ทั้งนี้โดยบทบัญญัติมาตรา 38 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า “มาตรา 38 กิจการขององค์การมหาชนไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ กฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม และ กฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน ทั้งนี้ ผู้อำนวยกา เจ้าหน้าที่และลูกจ้างขององค์การมหาชนต้องได้รับประโยชน์ตอบแทนไม่น้อยกว่าที่ กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม และกฎหมายว่า ด้วยเงินทดแทน” สำหรับการมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกเทศแยกต่างหากไปจากรัฐและส่วนราชการ

ทั้งหลายของรัฐ โดยผลของบทบัญญัติมาตรา 6 นั้น ย่อมเป็นการดำรงสถานะที่จะทำให้องค์การมหาชนสามารถรักษาความเป็นอิสระและคล่องตัวในการดำเนินงานไว้ได้เป็นอย่างดี เพราะเมื่อมีสถานะเป็นนิติบุคคลแล้ว ก็ย่อมสามารถทรงสิทธิและใช้สิทธิ มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ตัดสินใจหรือตกลงเข้าทำนิติกรรม หรือเป็นโจทก์ฟ้องหรือถูกฟ้องคดีได้ในนามตนเอง อันเป็นสถานะที่จะมีได้ก็แต่สำหรับเฉพาะบุคคลที่มีความเป็นอิสระและสามารถดูแลตัดสินใจกับทั้งรับผิดชอบการดำเนินการของตนเองได้เท่านั้น ดังนั้น การมีสถานะเป็นนิติบุคคลโดยไม่ต้องพึ่งพาหรือเป็นส่วนหนึ่งของส่วนราชการ ได้จึงเป็นสาระที่ขาดเสียมิได้สำหรับองค์กรจัดทำบริการสาธารณะ

ข. บริการสาธารณะที่เป็นองค์การมหาชน

1) ภารกิจไม่ควรซ้ำซ้อนกับภารกิจของรัฐวิสาหกิจ โดยที่การจัดตั้งองค์การมหาชนขึ้นเป็นองค์กรของรัฐประเภทที่สามนั้นมีที่มาและแนวความคิดโดยตรงมาจากนิติบุคคลมหาชนประเภท “องค์การมหาชนอิสระ (E'tablissement Public) ของฝรั่งเศสซึ่งมีการแบ่งองค์การมหาชนออกเป็น 3 ประเภท คือ องค์การมหาชนอิสระทางปกครอง ซึ่งอาจเทียบได้กับส่วนราชการของไทย องค์การมหาชนอิสระทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (E tablissement Public Industriel et Commercial) ซึ่งอาจเทียบได้กับรัฐวิสาหกิจของไทยที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และองค์การมหาชนอิสระทางวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรม (E'tablissement Public Scientifique et Culturel) ซึ่งอาจเทียบได้กับองค์การของรัฐประเภทที่สามที่ได้จัดตั้งขึ้นแล้ว

ดังนั้น พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 จึงได้พยายามจัดแบ่งภารกิจที่จะจัดตั้งเป็นองค์การมหาชนและภารกิจทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่ควรเป็นของรัฐวิสาหกิจ¹²¹ ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น มาตรา 5 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงบัญญัติว่า “กิจการอันเป็นบริการสาธารณะที่จะจัดตั้งองค์การมหาชนตามวรรคหนึ่ง ได้แก่ การรับรองมาตรฐานและประเมินคุณภาพการศึกษา การศึกษาอบรมและพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐ การทะนุบำรุงศิลปะ และวัฒนธรรม การพัฒนาและส่งเสริมการกีฬา การส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษา และการวิจัย การถ่ายทอดและพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ การบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข การสังคมสงเคราะห์ การอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน หรือการ ดำเนินการอันเป็นสาธารณประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ โดยต้องไม่เป็นกิจการที่มี วัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรเป็นหลัก”

ซึ่งจะเห็นได้ว่าบริการสาธารณะตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเน้นหนักไปในทางสังคม การศึกษา และวัฒนธรรม อย่างไรก็ตาม ความในตอนที่ห้าของบทบัญญัติดังกล่าวก็ยัง

¹²¹ ชาญชัย แสวงศักดิ์, หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์การมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), หน้า 210-215.

เปิดไว้อย่างกว้างให้ครอบคลุมไปถึง “การอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนหรือการดำเนินการอัน เป็นสาธารณประโยชน์อื่นใด” อีกด้วย

ซึ่งความในตอนท้ายของมาตรา 5 วรรคสอง ที่ระบุว่า กิจกรรมที่จะติดตั้ง เป็นองค์การมหาชนนั้น “...ต้องไม่เป็นกิจการที่มี วัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรเป็นหลัก” เป็นการ กำหนดข้อแตกต่างในเรื่อง วัตถุประสงค์ระหว่างรัฐวิสาหกิจที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรจาก การ ประกอบการกับองค์การมหาชนซึ่งจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการให้บริการ สาธารณะมิใช่แสวงหา กำไร อย่างไรก็ตาม หากจะกำหนดห้ามมิให้องค์การ มหาชนแสวงหากำไรเสียเลย ก็จะมีผลทำให้องค์การมหาชนไม่สามารถหา รายได้มาเลี้ยงตัวเองได้ อันจะทำให้้องค์การมหาชนต้องพึ่งพาเงินอุดหนุนจาก งบประมาณของรัฐเพียงอย่างเดียว ซึ่งจะเป็นภาระแก่รัฐมากเกินไป พระราช บัญญัติฉบับนี้จึงได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 วรรคสอง แต่เพียงว่าองค์การมหาชน ต้องไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรเป็นหลัก และยังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 13¹²² ว่าองค์การมหาชนมีอำนาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง ค่าตอบแทน หรือ ค่าบริการในการดำเนินกิจการได้ตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว

2) การกิจอาจมีลักษณะถาวรหรือชั่วคราว การกิจที่จะจัดตั้ง องค์การมหาชนขึ้นมาดำเนินการนั้นอาจเป็นการกิจที่ต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่อง สม่ำเสมอ ไม่มีที่สิ้นสุด เป็นการถาวร เช่น การให้บริการทางด้านสาธารณสุข หรืออาจเป็นการกิจที่มีลักษณะชั่วคราวโดยมีระยะเวลาหรือเงื่อนไขในการดำเนินการที่แน่นอน เช่น จัดตั้งขึ้นเพื่อบริหารจัดการแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศ เป็นต้น

ค. องค์ประกอบของการเป็นองค์การมหาชน

องค์การมหาชน มีลักษณะและองค์ประกอบที่สำคัญดังนี้¹²³

1) การเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นนิติบุคคล องค์การมหาชน เป็นหน่วยงานหนึ่งของรัฐที่อยู่ในภาคมหาชน (Public Sector) สามารถใช้สิทธิ ตลอดทั้งได้รับการคุ้มครองในเรื่องทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ เช่นเดียวกับหน่วย อื่นของรัฐ นอกจากให้องค์การมหาชนสามารถทำนิติกรรมและมีทรัพย์สินเป็น ของตนเองแล้ว ความเป็นนิติบุคคลเอกเทศทำให้องค์การมหาชนไม่อยู่ในสาย การบังคับบัญชาของระบบราชการ ซึ่งเป็นหลักประกันความเป็นอิสระที่สำคัญยิ่งต่อองค์การมหาชน

¹²² มาตรา 13 ภายใต้วัตถุประสงค์ขององค์การมหาชน ให้องค์การมหาชนมีอำนาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบำรุงค่าตอบแทน หรือค่าบริการในการดำเนินกิจการได้ตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาจัดตั้ง

¹²³ สุรพล นิติไกรพจน์, มหาวิทยาลัยไทยในรูปแบบขององค์การมหาชน : กรณีตัวอย่างของมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 10-11.

2) การเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชน องค์การมหาชน จัดตั้งขึ้น โดยกฎหมายเฉพาะ เช่น จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา ตามมติคณะ รัฐมนตรี เป็นต้น กฎหมายเหล่านี้ จะกำหนดฐานะและให้อำนาจที่แตกต่างกันในแต่ละประเภทขององค์การรวมทั้งมีอำนาจพิเศษในทาง ปกครอง กล่าวคือ นิติกรรมในองค์การมหาชนต่อบุคคลภายนอกเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภท หนึ่งมีการใช้อำนาจมหาชนในการออกคำสั่งบังคับฝ่ายเดียว นอกจากนี้องค์การ มหาชนยังอยู่ภายใต้ การบังคับของกฎหมายมหาชน บุคลากรขององค์การ มหาชนเป็นบุคลากรทางกฎหมายมหาชน กระบวนการล้มละลายตามกฎหมายแพ่งจะนำมาใช้บังคับองค์การมหาชนไม่ได้ จึงทำให้องค์การ มหาชนมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชน

3) การได้รับงบประมาณในลักษณะเงินอุดหนุนจากรัฐ องค์การมหาชน ย่อมมีภารกิจที่ได้รับกำหนดและมอบหมายจากรัฐให้ไปปฏิบัติ ให้การบริการสาธารณะอันเป็น หน้าที่โดยตรงของรัฐในเรื่องนั้น ๆ รัฐจึงจำเป็นต้องเป็นผู้จัดสรรงบประมาณและค่าใช้จ่ายมาเพื่อการ ดำเนินภารกิจดังกล่าว เนื่องจากองค์การมหาชนมิใช่กิจการที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรมา เลี้ยงตัวเอง หากแต่การแยกสถานะออกมาเป็นนิติบุคคลเอกเทศเพียงเพื่อความคล่องตัวและความมี ประสิทธิภาพในการปฏิบัติภารกิจพิเศษตามที่รัฐกำหนดให้เท่านั้น ดังนั้น เพื่อประโยชน์และมีความ คล่องตัวรัฐจะต้องจัดสรรงบประมาณให้เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับองค์การมหาชนทั้งหลาย

4) การมีอำนาจหน้าที่และภารกิจเฉพาะด้าน องค์การมหาชน เป็น หน่วยงานรูปแบบพิเศษที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินภารกิจเฉพาะหลังจากที่ได้มีการจัดตั้งส่วนราชการ ต่าง ๆ ขึ้นเพื่อรองรับภารกิจพื้นฐานของรัฐ ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดความซ้ำซ้อนในเรื่องภารกิจองค์การ มหาชนจึงต้องมีขอบเขตภารกิจ มีอำนาจหน้าที่ที่จำกัดชัดเจนและมีลักษณะเป็นภารกิจเฉพาะ ตามที่ระบุในกฎหมายจัดตั้งอำนาจหน้าที่ดังกล่าวย่อมจะมีขอบเขตข้อจำกัดไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น จึงได้เกิดหลักทั่วไปในการกำหนดอำนาจขององค์การมหาชนไว้ใน ลักษณะเป็น “อำนาจหน้าที่ เฉพาะ” ในขณะที่ส่วนราชการทั้งหลายมีอำนาจลักษณะ “อำนาจหน้าที่ทั่วไป”

5) ความเป็นอิสระในการบริหารงาน องค์การมหาชนต้องการความเป็น อิสระอย่างสูงในการบริหารงานให้ลุล่วงไปตามภารกิจที่รัฐกำหนดให้ ดังนั้น จึงต้องการความคล่องตัว และอำนาจตัดสินใจที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาดภายในองค์กรนั้น ๆ ทั้งในเรื่องการกำหนดระเบียบข้อบังคับ การจัดองค์กรการเงิน การบัญชี การบริหารบุคคล การจัดสวัสดิการ ตลอดจนการจัดซื้อจัดจ้างและ การควบคุมตรวจสอบประสิทธิภาพภายในอีกด้วย

6) การอยู่ภายใต้ระบบการควบคุมตรวจสอบของรัฐ การเป็นหน่วยงาน ของรัฐที่ใช้เงินงบประมาณจากภาษีอากรของประชาชนทำให้องค์การมหาชนมิได้มีความเป็นอิสระจน ไม่มีการตรวจสอบควบคุมใด ๆ จากรัฐ ความเป็นอิสระขององค์การมหาชนก็มีความหมายแต่เพียง ความเป็นอิสระในทางเทคนิคที่กฎหมายรับรองความเป็นอิสระไว้เพียงเพื่อให้ภารกิจที่กฎหมาย

มอบหมายให้สามารถสำเร็จลุล่วงไปได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น ดังนั้น องค์การมหาชนจึงต้องรับผิดชอบและจะต้องถูกควบคุมตรวจสอบในผลสำเร็จของภารกิจที่รัฐมอบให้ปฏิบัติเสมอ ภายใต้แนวทางการควบคุมตรวจสอบจะต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเป็นอิสระขององค์การมหาชน กล่าวคือ จะต้องเป็นการควบคุมตรวจสอบภายหลัง (a Posteriori Control) นอกจากนั้นยังต้องมีองค์กรหน้าที่ของรัฐในระดับนโยบายที่จะต้องมีหน้าที่ควบคุมอยู่ห่างๆ ในลักษณะของการกำกับดูแล¹²⁴ เพื่อคอยยับยั้งการกระทำที่อาจออกนอกกรอบ นโยบายของรัฐหรือเป็นการละเมิดกฎหมาย

7) การอยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร องค์การมหาชนมี ความเป็นอิสระภายใต้กรอบของกฎหมายจัดตั้งโดยฝ่ายบริหาร เช่น รัฐมนตรีเจ้าสังกัดคอยกำกับดูแล องค์การมหาชน ซึ่งมีความแตกต่างจากการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจในกรณีใช้กับรัฐวิสาหกิจ จะต่างจากการกำกับดูแลทาง ปกครองที่รัฐใช้ควบคุมองค์การปกครองท้องถิ่น แต่การกำกับดูแลองค์การมหาชนเป็นการกำกับดูแลกึ่งบังคับบัญชา (Tutelle Quasi Hierarchique) การกำกับดูแลประเภทนี้มีความใกล้เคียงกับการควบคุมบังคับบัญชาอย่างมากดังนั้น การกำกับดูแลองค์การมหาชนมีขึ้นเพื่อ แลกเปลี่ยนกับการที่รัฐยอมให้ความเป็น อิสระด้วยการจัดตั้งองค์กรขึ้นนอกระบบราชการ เนื่องมาจากเหตุผลพิเศษทาง เทคนิคที่ประสงค์จะให้มืองค์การมหาชนดำเนินกิจกรรมที่มีอยู่นอกขอบเขตงาน บริการสาธารณะดั้งเดิมของฝ่ายปกครองเป็นกรณีๆ ไปเพื่อให้เกิดความคล่องตัว

ง. ประเภทขององค์การมหาชน

องค์การมหาชนที่เกิดขึ้นใน ประเทศฝรั่งเศสมีหลายประเภท (Categories) และมีความหลากหลาย แตกต่างกันไปในแง่วัตถุประสงค์ กิจกรรมและการบริหาร สามารถแบ่งได้เป็น 4 ประเภท¹²⁵ ดังนี้

1) องค์การมหาชนทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (E'tablissement Public Industriels et Commerciaux) จำแนกออกเป็น

1.1) ด้านการผลิตและการขนส่ง องค์การมหาชนด้านนี้ ส่วนใหญ่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจและเป็นนิติบุคคลในรูปองค์การมหาชน เช่น ถ่านหินฝรั่งเศส (Charbonnages de France) การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส (Electricité de France) เป็นต้น แต่ในระบอบของฝรั่งเศสก็มีความสับสนอยู่มากน้อยที่กิจกรรมบางอย่างซึ่งควรเป็นนิติบุคคลในรูปแบบขององค์การมหาชน เช่น สายการบิน Air France เป็นต้น และบางกิจกรรมถูกโอนเป็นของรัฐ (nationalization)

1.2) ด้านการคลัง เช่น สำนักงานวางและฝากทรัพย์ (Caisse

¹²⁴ "ข้อความคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล (Tutelle)," วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2532). หน้า 88.

¹²⁵ โทคิน ฟลกุล, "นิติบุคคลตามกฎหมายฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง (2530). หน้า 310-311.

Des Denots et Consignations) เป็นต้น แต่พวกธนาคารและบริษัทประกันภัยที่ถูกลงโทษของรัฐ จะไม่เป็นนิติบุคคลในรูปขององค์การมหาชน

1.3) ด้านการเป็นตัวแทนแห่งผลประโยชน์ของกลุ่ม เช่น สภาหอการค้า สภาเกษตรกรรม (Chambers d'Agriculture) สภาอาชีพของพวกช่างฝีมือ เป็นต้น แต่สภาวิชาชีพของพวกแพทย์ หนายความ สถาปนิก ไม่ถือเป็นนิติบุคคลในรูปองค์การมหาชนแต่เป็นนิติบุคคลเอกชนที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ

1.4) ด้านการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ เฉพาะบางองค์การเท่านั้น ที่เป็นองค์การมหาชน เช่น กองทุนเพื่อการจัดระเบียบและวางกฎเกณฑ์ตลาดการเกษตร (Fonds d'Organisation et de Regularisation des Marches Sgricoles-FORMA) เป็นต้น

2) องค์การมหาชนทางสังคม ได้แก่ กองทุนเงินประกันสังคม แห่งชาติทั้งหลาย เช่น กองทุนประกันสุขภาพแห่งชาติ (Caisse Nationale d'Assurancemaladie) โรงพยาบาลต่าง ๆ เป็นต้น

3) องค์การมหาชนทางวัฒนธรรม เช่น โรงเรียนมัธยม มหาวิทยาลัยหรือสถาบันในระดับอุดมศึกษาอื่น ๆ คำว่า วัฒนธรรมใช้ในความหมายค่อนข้างกว้างรวมไปถึงด้านการค้นคว้าวิจัยตลอดจนราชบัณฑิตยสถาน เช่น ราชบัณฑิตยสถานแห่งฝรั่งเศส (Academic Francaise)

4) องค์การมหาชนทางปกครอง (E'tablissement Publics Adminstratifs) รูปแบบนิติบุคคลแบบองค์การมหาชนได้ถูกยืมไปใช้ในทาง ปกครองโดยเฉพาะทางพื้นที่ เนื่องจากความไม่พร้อมบางประการที่จะจัดตั้ง องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นขึ้นมาจึงให้องค์การปกครองซึ่งมีลักษณะเฉพาะ พื้นที่เป็นนิติบุคคลในรูปองค์การมหาชนไปก่อน เช่น การร่วมทำกิจการของ คอมมูนหลาย ๆ คอมมูนในรูปของสหการ (Syndicates de Communes) หรืออำเภอ (Districts), จังหวัด (Syndicates Mixtes), การจัดตั้งเมืองใหม่ (Villes Nouvelles)

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า องค์การมหาชนและรัฐวิสาหกิจต่างมีฐานะเป็นนิติบุคคลเหมือนกัน แต่องค์การมหาชนจะเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมาย มหาชนเสมอ ส่วนรัฐวิสาหกิจนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคลในทาง กฎหมายมหาชนเสมอไป เนื่องจากรัฐวิสาหกิจประเภทนั้น ๆ จะมีความสัมพันธ์ กับรัฐในเรื่องการถือหุ้นและการคุ้มครองข้างมากในคณะกรรมการเท่านั้น และองค์การมหาชนสามารถแยกออกได้เป็นหลายประเภท ตามกิจกรรมที่จัดทำ กล่าวคือ ถ้าทำกิจกรรมในทางปกครองก็เป็นองค์การ มหาชนทางปกครอง ถ้าทำกิจกรรมในทางเศรษฐกิจก็เป็นองค์การมหาชนทาง อุตสาหกรรมและการค้า ดังนั้น รัฐวิสาหกิจใดที่จัดทำกิจกรรมทาง

อุตสาหกรรม และการค้ารัฐวิสาหกิจนั้นเป็นได้เพียงองค์การมหาชนทางอุตสาหกรรมและการค้าเท่านั้น ไม่อาจเป็นองค์การมหาชนประเภทอื่นได้ นอกจากนี้องค์การมหาชนจัดทำบริการสาธารณะเสมอ ในขณะที่รัฐวิสาหกิจนั้นมีเพียงบางแห่งเท่านั้นที่จัดทำบริการสาธารณะ เช่น องค์การ โทรศัพท์ การไฟฟ้า การรถไฟ การประปา แต่รัฐวิสาหกิจบางแห่งจัดทำกิจกรรม ในลักษณะเดียวกับเอกชนแต่ไม่ได้ให้บริการสาธารณะ เช่น ธนาคารพาณิชย์ ดังนั้น รัฐวิสาหกิจจึงอาจมีฐานะเป็นองค์การมหาชนได้ เนื่องจาก รัฐวิสาหกิจที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชนต้องจัดทำบริการสาธารณะทาง อุตสาหกรรม และการค้าโดยรัฐถือหุ้นเกินกว่าครึ่งหนึ่งหรือเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงอย่างมาก ในคณะกรรมการบริหารได้เท่านั้น

ดังนั้น องค์การมหาชนจึงเป็นหน่วยงานของรัฐในรูปแบบใหม่ที่เกิดจากการปฏิรูประบบราชการ ช่วงก่อนหน้า มีหน่วยงานภาครัฐซึ่งรู้จักกันอยู่ใน 2 รูปแบบด้วยกันคือ ส่วนราชการที่เป็นกระทรวง ทบวงและกรมต่าง ๆ ส่วนอีกรูปแบบหนึ่งคือ รัฐวิสาหกิจ แต่เนื่องจากหน่วยงานทั้งสองมีข้อจำกัดของตัวระบบและไม่สามารถรองรับการดำเนินกิจกรรมสาธารณะรูปแบบใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไปตามระดับการพัฒนาทางสังคม เศรษฐกิจและการเปลี่ยนแปลงด้านเทคโนโลยีองค์การมหาชนจึงเป็นนวัตกรรมสำหรับการแก้ปัญหาระบบราชการของไทย องค์การมหาชนเป็นการจัดระบบองค์กรในภาครัฐที่มุ่งสร้างหน่วยงานบริการสาธารณะรูปแบบใหม่ นอกเหนือจากส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเป็นสิ่งแสดงออกถึงหลักการและวิถีคิด การมองปัญหาของระบบราชการไทยแนวใหม่ ภายใต้ กระบวนการของการปฏิรูประบบราชการ องค์การมหาชนเป็นหน่วยงานของรัฐ ที่ต้องการการบริหารที่คล่องตัว มีการกำกับดูแลที่เรียกว่าไม่ใช่กำกับดูแล เหมือนส่วนราชการคือมีกฎระเบียบต่าง ๆ ที่ทำให้การทำงานล่าช้าหรือว่าการทำงานมีกรอบ มีกติกาคู่ที่ค่อนข้างรัดตึง เพราะฉะนั้นพระราชบัญญัติ องค์การมหาชนจะเปิดโอกาสให้ส่วนราชการสามารถตั้งหน่วยงานขึ้นมาที่ทำงานของส่วนราชการ บางส่วนที่ไม่จำเป็นต้องเป็นองค์กรแบบราชการ

2.2 แนวคิดทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับรัฐวิสาหกิจ

การดำเนินกิจกรรมในทางเศรษฐกิจของรัฐภายใต้หลักการแข่งขันเสรี มีหลักอยู่ว่ารัฐจะไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน ในส่วนที่รัฐจะประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนถือเป็นข้อยกเว้น ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐจะอยู่ในสถานะเดียวกับเอกชน ดังนั้น การที่รัฐใช้รัฐวิสาหกิจเป็นเครื่องมือในการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจจึงไม่สามารถที่จะทำได้ตามอำเภอใจ หากแต่รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ รัฐก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับเอกชนเช่นกัน ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะและรูปแบบในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยใช้การดำเนินการในลักษณะที่กระทำในภาคเอกชน ด้วยเหตุนี้โดยหลักแล้วจึงต้องถือว่ารัฐวิสาหกิจและวิสาหกิจของเอกชนมีฐานะเท่าเทียมกัน แต่ด้วยเหตุที่รัฐวิสาหกิจเป็นหน่วยงานของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยมีเป้าหมายการดำเนินการอยู่ที่ประโยชน์มหาชนซึ่งเป็นการบริการสาธารณะโดยสำคัญ ทั้งนี้ ในการดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งการจัดตั้ง

ดังกล่าวจึงมีความจำเป็นต้องอาศัยอำนาจมหาชน (Puisseance Publique) ของรัฐบาลประการได้ ลักษณะดังกล่าวทำให้รัฐวิสาหกิจมีลักษณะผสม (Hybrid) ระหว่างการเป็นวิสาหกิจแบบเอกชนกับมหาชน ทำให้สามารถได้รับสิทธิพิเศษอันเป็นเอกลักษณ์ที่วิสาหกิจเอกชนไม่มีได้

ฉะนั้น รัฐจึงได้จัดระบบของการภาครัฐอีกรูปแบบหนึ่งขึ้น ได้แก่ รัฐวิสาหกิจเพื่อรับผิดชอบในการจัดทำภารกิจในทางอุตสาหกรรมและการค้าเหล่านี้เป็นการเฉพาะ แยกต่างหากจากสวนราชการที่มีอยู่เดิม โดยรัฐวิสาหกิจจะมีการบริหารที่เป็นอิสระ มีการดำเนินงานที่มีความยืดหยุ่น และมีความคล่องตัว ในการตัดสินใจในเชิงพาณิชย์ภายใต้การกำกับตรวจสอบจากองค์กรของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือ วิสาหกิจมหาชน จึงเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐในการประกอบภารกิจบริการสาธารณะ ในทางเศรษฐกิจเนื่องจากภารกิจของรัฐได้ขยายเพิ่มเติมมากขึ้นนอกเหนือจากภารกิจดั้งเดิม ฉะนั้น หลักความคิดทางกฎหมายของรัฐวิสาหกิจ จึงหมายถึง องค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งดำเนินกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เพื่อผลิตสินค้าและบริการออกจำหน่าย และอยู่ภายใต้อำนาจการชี้ขาดของรัฐ¹²⁶ การศึกษาหลักการคิดทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับรัฐวิสาหกิจนี้จะพิจารณาใน 3 หัวข้อ คือ หลักการคิดทางกฎหมายว่าด้วยรัฐวิสาหกิจ เหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ และที่มาของการจัดตั้งและการสิ้นสภาพของรัฐวิสาหกิจ

2.2.1 แนวคิดทางกฎหมายว่าด้วยรัฐวิสาหกิจ

จากการศึกษาจะพบว่าตัวบทกฎหมายส่วนมากจะใช้คำว่า “รัฐวิสาหกิจ” โดยไม่มีการให้คำจำกัดความหรืออธิบายถึงเนื้อหาสาระของคำดังกล่าวแต่อย่างใด หรือเป็นเพียงการบัญญัติแจกแจงรายการของรัฐวิสาหกิจประเภทต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนั้นเท่านั้น โดยไม่ได้มีจุดความมุ่งหมายที่จะให้คำจำกัดความอันเป็นการการทั่วไปแก่รัฐวิสาหกิจ¹²⁷ ในการศึกษาหลักการคิดทางกฎหมายของ “รัฐวิสาหกิจ” หรือ “วิสาหกิจมหาชน” (Concept of Public Enterprise) นั้น ผู้เขียนจะแยกการพิจารณาออกเป็นคำว่า “วิสาหกิจ” (Enterprise) และ “มหาชน” (Public) ประกอบกัน ด้วยเหตุผลที่ว่าคำว่ารัฐวิสาหกิจเกิดจากการประสมคำของสองคำนี้ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่มุ่งใช้หลักการคิดของคำทั้งสอง อันจะแสดงถึงลักษณะขององค์กรใหม่¹²⁸

2.2.1.1 แนวคิดทางกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจ

คำว่า “วิสาหกิจ” (Enterprise) นั้นหมายถึง “การเป็นหน่วย (Entity) ในทางเศรษฐกิจ และเป็นหน่วยในทางกฎหมายในขณะเดียวกัน การเป็นหน่วยในทางเศรษฐกิจ คือ

¹²⁶ รัชยา ภักดีจิตต์, ธรรมาภิบาลเพื่อการบริหารภาครัฐและภาคเอกชน, ed. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557). หน้า 32.

¹²⁷ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักเกณฑ์ในการจำแนกวิสาหกิจมหาชน : ศึกษาเปรียบเทียบในกฎหมายไทยและฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, no. ปีที่ 18 (2531). หน้า 72

¹²⁸ชลธิชา แข็งสารกิจ, “ปัญหาทางกฎหมายการให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจในประเทศไทย” (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537). หน้า 71

การนำเอาทุน วัตถุประสงค์ บุคลากร มาประสานเข้ากันอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้ระบบการบริหารที่มีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เพื่อผลิตสินค้าและบริการออกจำหน่ายโดยที่หน่วยงานนั้นต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นเจ้าของทุน (นั่นคือมีการแยกผู้เป็นเจ้าของทุนและฝ่ายจัดการหรือฝ่ายบริการออกจากกัน) มีวัตถุประสงค์เป็นของตนเอง มีสิทธิและหน้าที่ตลอดจนความสามารถในอันที่จะใช้สิทธิหรือปฏิบัติหน้าที่ของตนเองได้ รวมทั้งสามารถเป็นเจ้าของทุนหรือทรัพย์สินได้ด้วยตนเอง”¹²⁹ จากความหมายดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบได้เป็น 3 องค์ประกอบด้วยกันอธิบายโดยสรุปได้ดังต่อไปนี้¹³⁰

2.2.1.1.1 มีความเป็นองค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล

การที่องค์กรหนึ่งองค์กรใดมีฐานะเป็นนิติบุคคลนั้นเท่ากับเป็นการยอมรับรองสิทธิและหน้าที่ขององค์กรนั้นที่จะต้องกระทำในนามของตนเองแยกต่างหากจากสภาพบุคคลของสมาชิก โดยการยอมรับให้รัฐวิสาหกิจมีฐานะเป็นนิติบุคคลนั้นเป็นเรื่องทางเทคนิคในทางกฎหมาย เพื่อสร้างเอกภาพและความเป็นอิสระให้กับองค์กร กล่าวคือ เป็นเครื่องมือสนับสนุนการมอบอำนาจที่ได้ให้แก่องค์กรผู้บริหาร เพื่อบริหารวิสาหกิจตามความจำเป็นทางกฎหมายและทางปฏิบัติของสภาพแวดล้อมที่รัฐวิสาหกิจนั้นดำรงอยู่¹³¹ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นการไม่ให้นาระบบที่ใช้กับส่วนราชการมาใช้กับรัฐวิสาหกิจ ในขณะเดียวกันก็เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐวิสาหกิจสร้างหรือนำเอาระบบที่เหมาะสมกับการดำเนินการทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมมาใช้และสามารถพัฒนาองค์กรได้

2.2.1.1.2. มีความเป็นอิสระในการบริหารงานและอิสระทางการเงิน

องค์กรทางการค้าที่มีความเป็นอิสระทางการเงินจากราชการ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วก็หมายถึงรัฐบาลกลางที่เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งวิสาหกิจขึ้นมาเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหาร แต่ขณะเดียวกันก็จำเป็นต้องมีการควบคุม กำกับดูแลจากฝ่ายการเมืองและข้าราชการประจำในบางกรณี เนื่องจากภารกิจบางส่วนเป็นการดำเนินการในกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะจึงกำหนดลักษณะการบริหารงานของรัฐวิสาหกิจโดยทั่วไป¹³²

¹²⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556). หน้า 208.

¹³⁰ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, "วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ)ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด." หน้า 71-78.

¹³¹ Andre G. Delion, "“ความหมายของรัฐวิสาหกิจในฝรั่งเศส” แปลโดย ชาญชัย แสงศักดิ์ " วารสารกฎหมายปกครอง (2526). หน้า 4.

¹³² Herbert Morrison, อ้างใน พิพัฒน์ ไทยอารีย์ และพิมลจรรย์ นามวัฒน์, แนวความคิดเกี่ยวกับรัฐวิสาหกิจ, (กรุงเทพฯ: สุโขทัยธรรมราชา, 2530). หน้า 56.

ดังนั้น การมีอิสระในการบริหารงานของตนเองและอิสระทางการเงิน จึงเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ประกอบขึ้นมาเป็นวิสาหกิจ นอกเหนือจากปัจจัยในการผลิตอื่น ๆ ในแง่ทางกฎหมาย สิ่งเหล่านี้ได้มาเนื่องจากการมีฐานะเป็นนิติบุคคล โดยในการบริหารวิสาหกิจจะมีองค์กรภายในรัฐวิสาหกิจองค์กรหนึ่งที่มีหน้าที่บริหารงานเป็นการเฉพาะ เช่น การที่บริษัทมีคณะกรรมการบริหารที่มีอำนาจเต็มในการบริหารกิจการของบริษัทได้อย่างอิสระและมีอำนาจวินิจฉัยเรื่องต่าง ๆ ได้อย่างรวดเร็วเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่สุด

2.2.1.1.3 มีการดำเนินกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมเพื่อผลิตสินค้าหรือบริการโดยขายแลยกั้บราคา

กิจกรรมการผลิตของรัฐวิสาหกิจนั้นอาจเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบริการใด ๆ ก็ได้ที่สามารถซื้อขายได้ โดยมีต้องคำนึงถึงเหตุที่ว่าในแต่ละยุคในแต่ละสมัย ในแต่ละสถานที่หรือในแต่ละองค์กร กิจกรรมอย่างเดียวกันอาจจะขายได้หรือให้เปล่าโดยไม่คิดค่าตอบแทนก็ได้ เช่น การศึกษา วัฒนธรรม เป็นต้น ทั้งนี้ หน่วยงานที่รับผิดชอบบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งผลิตและจำหน่ายสินค้าหรือบริการ ที่มีลักษณะเป็นการให้บริการสาธารณะและงานสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ หรืองานของรัฐบางด้านที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงและการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ หรือการดำเนินกิจกรรมมีผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของประชาชนที่รัฐยังจำเป็นต้องควบคุมและดำเนินการแต่ผู้เดียว หรือเป็นงานที่ภาคเอกชนยังไม่พร้อมที่จะลงทุนดำเนินการ หรือเป็นกิจการที่รัฐจำเป็นต้องแทรกแซงตลาดเพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม หรือให้บริการแก่กลุ่มเป้าหมายเฉพาะ ทั้งนี้เพื่อให้งานให้บริการนั้นได้มาตรฐานทั้งในเรื่อง คุณภาพ ปริมาณ ค่าใช้จ่าย และอื่น ๆ ดังนั้น รัฐวิสาหกิจอาจขายสินค้าหรือบริการในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนก็ได้ เพื่อประโยชน์ของมหาชน แต่หากเป็นกรณีเช่นนี้รัฐยังคงจะต้องชดเชยส่วนที่ขาดทุนไป ซึ่งหากมีการคาบเกี่ยวกันระหว่างวิธีการออกค่าใช้จ่ายสำหรับบริการทางปกครองกับวิธีการคิดค่าตอบแทนตามปกติของกิจกรรมทางเศรษฐกิจนี้ทำให้จำเป็นต้องเจาะจงความหมายของเกณฑ์ที่ราคาที่จะต้องมีความสัมพันธ์กับต้นทุน (prix relie a un Cout) เป็นสำคัญ¹³³

2.2.1.2 แนวคิดทางกฎหมายว่าด้วยมหาชน

คำว่า “มหาชน” หมายถึง “การที่องค์กรหรือวิสาหกิจอยู่ภายใต้การครอบงำอำนาจการของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมี อำนาจครอบงำชี้ขาด (pouvoir preponderant)” เหนือองค์กรหรือวิสาหกิจนั้น”¹³⁴ โดยหลักการคิดดังกล่าวมุ่งพิจารณาในแง่ของความเป็นเจ้าของและการดำเนินการในวิสาหกิจ เนื่องจากรัฐวิสาหกิจเป็นวิสาหกิจของรัฐและอยู่ภายใต้การอำนาวยการของรัฐ การเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็น

¹³³ Andre G. Delion, ““ ความหมายของรัฐวิสาหกิจในฝรั่งเศส” แปลโดย ชายชัย แสงศักดิ์ ”. หน้า 4.

¹³⁴ Ibid.

เจ้าของวิสาหกิจนั้นทำให้รัฐมีอำนาจครอบงำชี้ขาดการดำเนินการเหนือวิสาหกิจนั้น เช่นเดียวกับในกรณีวิสาหกิจเอกชน โดยอำนาจครอบงำชี้ขาดที่กล่าวถึงนี้ หมายถึง อำนาจที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นเป็นสถาบันในทางกฎหมายภายในรัฐวิสาหกิจ (Institutional Power) ซึ่งนักนิติศาสตร์บางท่านเรียกว่า “อำนาจที่มีลักษณะทางองค์กร” (organique) ซึ่งหมายถึง อำนาจที่ผู้ใช้ได้ใช้ไปในฐานะที่ผู้ใช้เป็นส่วนหนึ่งภายในองค์กรหรือวิสาหกิจนั้น

ทั้งนี้ ความหมายของอำนาจครอบงำอำนาจการหรืออำนาจชี้ขาด (pouvoir prpouderant) จะเข้าใจง่ายขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับ “อำนาจควบคุมกำกับการ (pouvoir de tutelle)” กล่าวคือ อำนาจที่ควบคุมกำกับการที่รัฐมีอยู่เหนือรัฐวิสาหกิจนั้น เป็นอำนาจที่นิติบุคคลมหาชนมิได้เข้าไปมีส่วนร่วมหรือใช้สำหรับในการจัดการรัฐวิสาหกิจโดยตรงหรือเข้าไปเป็นองค์กร (organ) อันเป็นส่วนหนึ่งอันเดียวกันภายในรัฐวิสาหกิจ เช่น อำนาจควบคุมของรัฐสภาต่อรัฐวิสาหกิจในทางการคลัง อำนาจควบคุมของรัฐบาลหรือฝ่ายปกครองต่อรัฐวิสาหกิจในทางการบริหาร ทางเทคนิค ทางเศรษฐกิจ การกักเงิน หรือการที่รัฐวิสาหกิจจะเข้ามีส่วนร่วมในการลงทุนในสถาบันทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมอื่น ๆ เป็นต้น แต่ “อำนาจครอบงำชี้ขาด” ในรัฐวิสาหกิจนั้น ผู้ใช้อำนาจครอบงำชี้ขาดต้องเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร โดยอาจจะเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ทั้งหมดหรือส่วนข้างมาก หรือเป็นผู้กุมเสียงทั้งหมด หรือเสียงข้างมากในองค์กรของผู้บริหารของวิสาหกิจนั้นก็ได้ หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น การมีอำนาจครอบงำชี้ขาดของรัฐเหนือรัฐวิสาหกิจจึงอาจมีได้ในกรณีดังนี้¹³⁵

(1.) ในกรณีที่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีลักษณะกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ (actifs) ทั้งหมดหรือในหุ้นของวิสาหกิจทั้งหมด ได้แก่ กรณีของรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การมหาชนห้างหุ้นส่วนบริษัทที่รัฐเป็นผู้ถือหุ้นรายเดียว อันเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยทั่วไป ในกรณีนี้การมีอำนาจชี้ขาดของรัฐจึงมีขึ้นอย่างแน่นอน

(2.) ในกรณีที่ห้างหุ้นส่วนบริษัทซึ่งรัฐร่วมทุนกับเอกชน ที่เรียกว่าห้างหุ้นส่วนหรือบริษัททุนผสม (Mixed Economic Societe) ในกรณีเช่นนี้หลักเกณฑ์ที่ควรจะใช้ในการพิเคราะห์ว่าห้างหุ้นส่วนบริษัทผสมเป็นรัฐวิสาหกิจหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องดูว่าอยู่รัฐสามารถครอบงำการอำนาจการหรืออำนาจกำกับการห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทได้หรือไม่ หากรัฐนั้นอยู่ในวิสัยที่จะครอบงำการอำนาจการห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทได้ ห้างหุ้นส่วนบริษัทนั้น ๆ ก็ถือว่าเป็นรัฐวิสาหกิจ ดังนั้น บรรดาห้างหุ้นส่วนบริษัททุนผสมซึ่งรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้วแต่กรณี เป็นเจ้าของทุนเกินครึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด (ตั้งแต่ร้อยละห้าสิบเอ็ด หรือ 51%) ขึ้นไป จึงเป็นรัฐวิสาหกิจ รวมถึงในส่วนสาขา

¹³⁵ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, "วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ)ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด." หน้า 78

หรือสาขาช่วงของรัฐวิสาหกิจก็ต้องอยู่ในความหมายของรัฐวิสาหกิจด้วยเช่นกัน หากการร่วมทุนเป็นฝ่ายข้างมากมาตลอดโดยไม่ขาดสาย

ดังนั้น หากให้จำกัดความของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ได้อย่างชัดเจนและแน่นอนแล้ว ก็จะสามารถแยกได้ว่าองค์กรใดควรมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ และองค์กรใดที่กฎหมายกำหนดรูปแบบให้มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจแต่โดยเนื้อหาไม่ได้เป็นรัฐวิสาหกิจ โดยสิ่งเหล่านี้เป็นพื้นฐานสำคัญต่อรูปแบบของการจัดตั้งองค์กรของรัฐให้เหมาะสมกับบริการสาธารณะในแต่ละประเภท เพื่อให้เกิดความเสมอภาคต่อการแข่งขันของผู้ประกอบภาครัฐและภาคเอกชน

2.2.2. วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ

การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นล้วนมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันออกไปเพื่อให้เหมาะสมแก่บริบทของแต่ละประเทศ โดยวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่พบในประเทศที่พัฒนาแล้ว และในหลายๆประเทศ สามารถแบ่งได้เป็น 3 ประการหลัก โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

2.2.2.1 ด้านเศรษฐกิจและการคลัง

การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยมีวัตถุประสงค์ด้านเศรษฐกิจและการคลังเป็นเรื่องที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของชาติในสาขาใดสาขาหนึ่งโดยเฉพาะหรือทั่ว ๆ ไป เพื่อจัดองค์การทางเศรษฐกิจที่ถูกโอนมาเป็นของรัฐและเพื่อเป็นสิ่งจูงใจสำหรับเงินทุนของเอกชนอันเนื่องมาจากการขาดแคลนทรัพยากรของเอกชนในการดำเนินการสำหรับโครงการลงทุนขนาดใหญ่ โดยเพื่อวัตถุประสงค์ในการหารายได้เข้ารัฐ โดยสาเหตุทางการคลังนี้บางกรณีมาจากหลักการที่รัฐสามารถจำกัดและควบคุมการผลิตการบริโภคสินค้าที่เป็นอันตรายแก่สังคมได้โดยลงมือเป็นผู้จัดการธุรกิจการผลิตและการจำหน่ายสินค้านั้นโดยตรง หรือบางกรณีมาจากความประสงค์ของรัฐที่ต้องการลดภาระภาษีของประชาชนลงโดยการเข้าจัดการธุรกิจเพื่อแสวงหารายได้เข้ารัฐ ซึ่งกิจการที่ผูกขาดเหล่านี้ได้แก่ยาสูบ สุรา เป็นต้น สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาและเครือรัฐออสเตรเลียยังได้มีการดำเนินการสลากกินแบ่ง รัฐบาลนอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อหารายได้เข้ารัฐอีกด้วยเพื่อใช้ประโยชน์จากทรัพยากร สำหรับประเทศที่มีทรัพยากรมาก ๆ เช่น แร่ธาตุ น้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ รัฐบาลก็จะจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเพื่อมาดำเนินงานด้านทรัพยากรเหล่านี้เพื่อให้มีการนำทรัพยากรมาใช้ประโยชน์อย่างเต็มที่ และส่งผลในการนำรายได้เข้ารัฐอีกทางหนึ่งด้วย¹³⁶ ส่วนในประเทศไทย เช่น สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล รัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องกับธนาคารและธุรกิจการเงิน เป็นต้น

2.2.2.2 ด้านทางการเมืองและการปกครอง

รัฐจำเป็นที่จะต้องจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นเพื่อประโยชน์ในการป้องกันประเทศหรือเพื่อประโยชน์ในการป้องกันประเทศหรือเพื่อประสิทธิภาพในการปกครองประเทศ และ

¹³⁶ สมหญิง เจียมศักดิ์ศรี, "มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมรัฐวิสาหกิจ ศึกษาเฉพาะกรณี รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533)ibid. หน้า 134

ในขณะที่เดียวกันเหตุผลทางการปกครองก็ไปเสริมเหตุผลทางเศรษฐกิจให้แข็งแกร่งขึ้นด้วย การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการนำเอาแนวความคิดของปรัชญาทางการเมืองและอุดมการณ์ของการจัดองค์การทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศมาปฏิบัติ กล่าวคือ แนวความคิดที่ว่าการผลิตควรเปลี่ยนมือจากนายทุนเอกชนมาเป็นของรัฐจึงเกิดการโอนกิจการทางเศรษฐกิจเอกชนที่สำคัญ ๆ มาเป็นของชาติ (Nationalization) ต่อมาเมื่อสังคม และเศรษฐกิจมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น ปัญหาการจัดองค์การขนาดใหญ่ก็เริ่มขึ้น จึงเกิดแนวความคิดที่จะให้มีการผสมผสานกันระหว่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมโดยรัฐและความเป็นอิสระในการจัดการของวิสาหกิจของรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยสืบเนื่องจากอุดมการณ์ทางการเมืองนี้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด ได้แก่ กรณีของประเทศอังกฤษและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ เมื่อพรรคแรงงานซึ่งมีปรัชญาทางการเมืองในแนวสังคมนิยมมีเสียงข้างมากในการบริหารประเทศ ได้เสนอให้จัดหน่วยงานด้านอุตสาหกรรมของรัฐเสียใหม่ โดยมีโครงการโอนธุรกิจอุตสาหกรรมมาเป็นของรัฐ ใน ค.ศ.1946-1948 รวมทั้งนักธุรกิจทางการเงินด้วย เช่น ธนาคารแห่งอังกฤษ (Bank of England) การสื่อสารคมนาคมแห่งจักรภพ (Commonwealth Communication) ซึ่งรวมทั้งกิจการสาธารณูปโภค สาธารณูปการ เช่น แก๊ส ไฟฟ้า ถ่านหิน เหล็กและเหล็กกล้า การขนส่งทั้งทางถนน รถไฟ และทางเรือ เป็นต้น เพื่อมุ่งประโยชน์สาธารณะที่ ส่วนรวมจะพึงได้จากผลของการดำเนินกิจการสำหรับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส นโยบายของรัฐบาลฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลจากกลุ่มพรรคการเมืองฝ่ายซ้าย เช่น พรรคสังคมนิยม ซึ่งยังผลให้มีการโอนกิจการของเอกชนมาเป็นของรัฐหลายกิจการเพื่อสนองวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงภาวะเศรษฐกิจของประเทศและสอดคล้องกับปรัชญาการเมือง ซึ่งแนวความคิดที่จะโอนอำนาจทางเศรษฐกิจจากนายทุนมาสู่คนงานทั้งหมด¹³⁷

2.2.2.3 ด้านสังคมและวัฒนธรรม

การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยมีวัตถุประสงค์ในด้านสังคมและวัฒนธรรมตามปกติเป็นหน้าที่ของรัฐบาลที่จะดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนซึ่งกิจการบางประเภทมีประโยชน์ต่อสาธารณะมาก การรักษาไว้ซึ่งศิลปวัฒนธรรมของชาติ ตลอดจนการส่งเสริมสุขภาพพลานามัยของประชาชนไม่ค่อยเป็นที่สนใจของเอกชนมากนัก เนื่องจากต้องใช้เงินทุนจำนวนมาก ผลตอบแทนไม่น่าสนใจในมุมมองของนักธุรกิจ รัฐจึงควรเข้ามาดำเนินการเพื่อคงไว้ซึ่งวัตถุประสงค์ดังกล่าว นอกจากนี้ ยังเป็นกิจการที่มีได้มุ่งหวังกำไรเพียงอย่างเดียว แต่เน้นการส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม เช่น ทั้งด้านคมนาคม การสื่อสาร โทรคมนาคม ตลอดจนด้านสาธารณูปโภค สาธารณูปการต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส รัฐเข้าดำเนินการรถไฟ ไฟฟ้า เป็นต้น สำหรับประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ได้โอนกิจการรถไฟฟ้ามาร่วมของรัฐ

¹³⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย, ed. พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2550). หน้า 15.

นอกจากนี้ก็ได้เข้าดำเนินการกิจการไปรษณีย์โทรเลข แก๊ส และไฟฟ้าอีกด้วย ส่วนในประเทศไทย องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย การกีฬาแห่งประเทศไทย เป็นต้น¹³⁸

กล่าวโดยสรุปจะเห็นได้ว่า การจัดทำบริการสาธารณะในระบบราชการมีข้อจำกัดหลายประการ เช่น ระเบียบแบบแผนต่าง ๆ ของทางราชการ ที่ไม่ก่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงาน และเกิดความล่าช้าในการปฏิบัติงาน หากนำเอาระบบราชการไปจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทที่มีลักษณะกิจการดำเนินธุรกิจเช่นเดียวกับการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน ก็จะทำให้เกิดความไม่เหมาะสมและไม่เกิดผลดี ด้วยเหตุนี้ จึงมีการสร้างองค์กรขึ้นมาใหม่ ที่มีการดำเนินงานที่ผ่อนคลายจากกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของทางราชการ เรียกว่า รัฐวิสาหกิจ และจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศพัฒนาแล้วเป็นไปเพื่อการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐอย่างแท้จริงและเป็นเหตุประการสำคัญในการผลักดันให้มีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นในประเทศต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว

2.2.3. ที่มาของการจัดตั้งและการสิ้นสภาพของรัฐวิสาหกิจ

ภายหลังจากการเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐวิสาหกิจในหลาย ๆ แห่ง ก็ประสบปัญหาภาวะวิกฤตทั่วทั้งโลก อันเนื่องมาจากการขาดทุนและการดำเนินการที่ขาดประสิทธิภาพ ประเทศต่าง ๆ จึงได้กลับไปสนับสนุนนโยบายการแข่งขันเสรีที่เน้นในเรื่องการแข่งขันและประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจอีกครั้ง¹³⁹ ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นในการนำไปสู่นโยบายการจำกัดมิให้รัฐประกอบการในทางเศรษฐกิจที่แข่งขันกับเอกชน ทั้งนี้ ในการศึกษาหัวข้อนี้จึงต้องแบ่งเป็น 2 หัวข้อ คือ ที่มาและการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ และการสิ้นสภาพของรัฐวิสาหกิจ

2.2.3.1 ที่มาและการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ

การศึกษาที่มาและการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ สามารถแบ่งการศึกษาได้เป็น 2 รูปแบบ คือ การโอนกิจการทางเศรษฐกิจของเอกชนมาเป็นของชาติ และการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาเป็นการเฉพาะ

2.2.3.1.1 การโอนกิจการทางเศรษฐกิจของเอกชนมาเป็นของชาติ

การโอนมากิจการทางเศรษฐกิจของเอกชนมาเป็นของรัฐ (nationalization หรือ nationalisation) คือ กระบวนการแปลงทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐบาล โดยทำให้เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐบาลระดับชาติหรือรัฐ ซึ่งมักจะหมายถึงการที่ทรัพย์สินถูกถ่ายโอนจากภาคเอกชนหรือหน่วยราชการระดับล่าง เช่น เทศบาล มาเป็นของหน่วยราชการระดับที่ใหญ่

¹³⁸ ประภาวดี ประจักษ์ศุภนิต, รัฐวิสาหกิจไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2502 ถึงปัจจุบัน (กรุงเทพฯ: สุโขทัยธรรมาราช, 2531). หน้า 29.

¹³⁹ ชลธิชา แข็งสาริกิจ, "ปัญหาทางกฎหมายการให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจในประเทศไทย" .หน้า 1-2.

กว่าอย่างรัฐบาล การโอนมาเป็นของรัฐมีความหมายตรงข้ามกับการโอนกิจการของรัฐเป็นของเอกชน (privatization) การโอนมาเป็นของเทศบาล (municipalization) และการแปรรูปตลาดหลักทรัพย์ (demutualization)

การใช้อำนาจของรัฐในการโอนกิจการทางเศรษฐกิจของเอกชนเป็นของชาติ (Nationalisation) นั้นมีปรากฏมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1254 ในกฎบัตรแห่งโคเปนเฮเกน (Charter to the city of Copenhagen) ในสมัยกลางก็มีปรากฏในกฎหมายของเยอรมันและสแกนดิเนเวียและหลักการเดียวกันนี้ได้มาปรากฏอยู่ในการได้รับการรับรองไว้ในข้อ 17 ของปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 และในรัฐธรรมนูญ (ฉบับแก้ไขครั้งที่ 5) ของสหรัฐอเมริกา โดยเหตุนี้ จึงไม่ใช่สิ่งที่แปลกใหม่ที่เกิดขึ้นในข้อคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1946 โดยรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 ถือว่าคำปรารภนี้เป็นส่วนหนึ่งด้วย¹⁴⁰

ดังนั้น “การโอนกิจการทางเศรษฐกิจของเอกชนมาเป็นของชาติ” เป็นกระบวนการเพื่อโอนหรือแลกเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน สิทธิ หรือประโยชน์อันได้จากทรัพย์สินในวิสาหกิจของเอกชนแห่งใดแห่งหนึ่งมาเป็นของชาติหรือส่วนรวม การกระทำดังกล่าวต้องมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และรัฐต้องชดใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เดิมด้วย จากลักษณะทั่วไปดังกล่าวการโอนกิจการทางเศรษฐกิจของเอกชนเป็นของชาติจึงแตกต่างจากมาตรการอื่น ๆ ที่รัฐใช้ในการแทรกแซงอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สินที่เอกชนมีตามกฎหมาย อันได้แก่ การยึดทรัพย์และการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ในแง่ที่ว่า การยึดทรัพย์รัฐไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่เอกชนผู้ถูกยึดทรัพย์ แต่การโอนกิจการทางเศรษฐกิจของเอกชนเป็นของชาติ รัฐต้องชดใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนเจ้าของกรรมสิทธิ์เดิมเสมอ

2.2.3.1.2 การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาเฉพาะ

วิธีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นเป็นการเฉพาะสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะ สามารถทำได้ 2 วิธี คือ รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งเป็นนิติบุคคลมหาชนซึ่งโดยส่วนมากคือวิสาหกิจในรูปแบบขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าทุกองค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะต้องเป็นรัฐวิสาหกิจ และรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งในรูปแบบนิติบุคคลเอกชน¹⁴¹ โดยหากรัฐประสงค์ที่จะให้รัฐวิสาหกิจนั้นมีเอกสิทธิ์เหนือและได้รับอำนาจมหาชนในบางประการเพื่อประกอบบริการสาธารณะ รัฐก็ต้องจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ โดยสามารถกระทำได้ในรูปองค์การของรัฐบาล แต่ถ้าหากรัฐประสงค์จะให้

¹⁴⁰ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, "วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ)ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด." หน้า 160

¹⁴¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย. หน้า 16-18.

วิสาหกิจมีโครงสร้างเช่นเดียวกับวิสาหกิจเอกชนทั่วไป เพื่อความคล่องตัวในการบริหารงาน และการดำเนินกิจการของรัฐวิสาหกิจ รวมทั้งสามารถแข่งขันกับเอกชนได้ดี กิจการของรัฐวิสาหกิจก็ไม่จำเป็นต้องได้รับอำนาจรัฐ หากเป็นเช่นนี้แล้ว รัฐก็ควรจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นในรูปกฎหมายเอกชน¹⁴²

ทั้งนี้ วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่รัฐเป็นผู้จัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาใหม่ในรูปขององค์การมหาชนที่มีทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นวิธีการที่รัฐออกคำสั่งอันเป็นการแสดงออกฝ่ายเดียว การออกคำสั่งอาจกระทำได้ในรูปพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือกฎหมายลำดับรองก็ได้ว่ารัฐวิสาหกิจใดถูกจัดตั้งขึ้นโดยวิธีการดังกล่าวได้ กฎหมายฉบับนั้นจะต้องบัญญัติถึงขอบวัตถุประสงค์ หลักเกณฑ์ในการดำเนินการและบริหาร ตลอดจนกำหนดสภาพนิติบุคคลของรัฐวิสาหกิจได้อย่างชัดเจน

นอกจากนี้ วิธีการจัดตั้งในรูปแบบนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน เป็นการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยการทำสัญญาตามวิธีในกฎหมายมหาชน กล่าวคือ การที่รัฐใช้อำนาจและกระบวนการในการจัดการเพื่อที่ดำเนินการก่อตั้งรัฐวิสาหกิจ ตามวิธีการก่อตั้งบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบริษัทจำกัดมหาชนตามกฎหมายบริษัทจำกัดมหาชน ทั้งนี้ ลักษณะของรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งในรูปของห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด จะมีอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท คือ¹⁴³

ประเภทที่หนึ่ง บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดแต่เพียงผู้เดียว หรืออาจกล่าวได้ว่าถือหุ้นทั้งหมดหรือหนึ่งร้อยเปอร์เซ็นต์

ประเภทที่สอง คือ บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด โดยรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นส่วนข้างมาก ซึ่งต้องเกินกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนหุ้นทั้งหมด บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดประเภทนี้อาจเรียกว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดทุนผสม (Societe d'economie mixte) หมายความว่า มีผู้ถือหุ้นที่เป็นทั้งรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชนรวมกัน แต่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องเป็นผู้ถือหุ้นส่วนข้างมากของจำนวนหุ้นทั้งหมด¹⁴⁴ ซึ่งประเภทนี้ในประเทศฝรั่งเศสจะถือหุ้นใหญ่ หรือ Etablissement public industriel et commercial หรือ EPIC ซึ่งจะเป็นกรณีที่รัฐมาทำธุรกรรมในทางอุตสาหกรรม หรือการค้า เช่น การไฟฟ้าและก๊าซแห่งประเทศไทย (EDF) การรถไฟแห่งประเทศไทย (SNCF) เป็นต้น

¹⁴² เอกวิทย์ มณีธร, ระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชนของไทย : เอกสารคำสอน วิชา 246312 (กรุงเทพฯ: เอ็ม.ที.เพรส, 2550). หน้า 194.

¹⁴³ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, "วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ)ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด." หน้า 186.

¹⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย. หน้า 15-20.

โดยสามารถสรุปได้ว่า การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาเพื่อเป็นการเฉพาะนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจไว้นั้นจะต้องมีลักษณะเป็น “ตราสารจัดตั้งนิติบุคคล” ตรงกันข้ามในกรณีที่กฎหมายฉบับใดจำกัดอยู่เฉพาะในกรอบทางกฎหมายในลักษณะทั่ว ๆ ไป โดยไม่ก่อให้เกิดนิติบุคคลใดนิติบุคคลหนึ่งขึ้นมาโดยเฉพาะเจาะจง กฎหมายนั้นจะไม่ใช่กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ แต่เป็นกฎหมายในลักษณะที่เป็นกฎหมายในการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจอันจะเกิดขึ้นในภายหลังเท่านั้น

2.2.3.2 การสิ้นสภาพของรัฐวิสาหกิจ

เมื่อรัฐวิสาหกิจมีลักษณะของกิจการไม่เหมาะสมหรือหรือสอดคล้องกับแผนการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมตลอดจนนโยบายของรัฐ หรือด้วยเหตุผลประการอื่น ๆ รัฐสามารถที่จะพิจารณายกเลิกรัฐวิสาหกิจได้ โดยการสิ้นสภาพของรัฐวิสาหกิจสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้¹⁴⁵

2.2.3.2.1 การเลิกรัฐวิสาหกิจ (dissolution)

รัฐวิสาหกิจไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นโดยวิธีโอนวิสาหกิจเอกชนมาเป็นของชาติ (Nationalization) หรือโดยวิธีที่รัฐจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นใหม่ ท้ายที่สุดแล้วรัฐวิสาหกิจก็อาจจะมีรูปแบบในทางกฎหมายรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งในสองรูปแบบ นั่นคือ องค์การของรัฐ หรือบริษัทจำกัด หรือการเลิกรัฐวิสาหกิจมีประเด็นที่ต้องพิจารณาด้วยกัน 2 ประเด็น ดังนี้

ก. การถอนสภาพนิติบุคคลของวิสาหกิจ

การถอนสภาพนิติบุคคลของวิสาหกิจนั้น อาจมีได้ 2 ลักษณะด้วยกันคือ การถอนสภาพรัฐวิสาหกิจที่เป็นองค์การของรัฐบาล กับการถอนสภาพรัฐวิสาหกิจที่เป็นบริษัทจำกัด โดยการเลิกรัฐวิสาหกิจนั้น คือ การทำให้วิสาหกิจสูญหายไป ดังนั้น จึงหมายถึงการถอนสภาพนิติบุคคลของวิสาหกิจ ทั้งนี้ หากรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ ถูกจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ การเลิกรัฐวิสาหกิจก็ต้องกระทำโดยการตราพระราชบัญญัติเพื่อยกเลิกพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น แต่ถ้าวิสาหกิจมหาชนจัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา การเลิกรัฐวิสาหกิจก็ต้องกระทำโดยการตราพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกายกเลิกพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ในกรณีที่รัฐวิสาหกิจถูกจัดตั้งขึ้นตามกระบวนการจัดตั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ การเลิกก็ต้องกระทำตามกระบวนการเลิกบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรืออาจกระทำโดยการตราพระราชบัญญัติเลิกรัฐวิสาหกิจก็ย่อมที่จะสามารถได้

¹⁴⁵ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, "วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ)ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด." หน้า 189-191.

ข. การชำระบัญชีของวิสาหกิจ

เมื่อรัฐวิสาหกิจใดรัฐวิสาหกิจหนึ่งถูกยุบเลิกก็จำเป็นต้องมีการชำระบัญชีกองทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจ และจัดการชำระหนี้ของรัฐวิสาหกิจที่ถูกยุบเลิก ในกรณีที่มีทรัพย์สินเหลืออยู่จากการชำระหนี้ ถ้ารัฐวิสาหกิจนั้นรัฐเป็นเจ้าของหุ้นส่วนแต่เพียงฝ่ายเดียวทรัพย์สินนั้นก็ย่อมตกเป็นของรัฐ แต่ถ้าในกรณีที่รัฐวิสาหกิจนั้นเป็นวิสาหกิจแบบผสม กองทรัพย์สินก็จะต้องตกได้แก่รัฐและแก่เอกชนตามส่วนของเงินลงทุนแล้วแต่กรณี

2.2.3.2.2 การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (privatization)

การโอนกิจการของรัฐเป็นของเอกชน หรือการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (privatization) เป็นกรณีหรือกระบวนการโอนความเป็นเจ้าของธุรกิจ วิสาหกิจ หน่วยงาน บริการสาธารณะหรือทรัพย์สินจากภาครัฐ (รัฐหรือรัฐบาล) มาเป็นภาคเอกชน¹⁴⁶ หรือองค์การไม่แสวงหาผลกำไรเอกชน คำดังกล่าวยังใช้ในความหมายที่แตกต่างออกไปด้วย โดยหมายถึงการที่รัฐบาลจ้างบริษัทเอกชนทำงานแทน เช่น การเก็บรายได้และภาษีอากร การบังคับใช้กฎหมาย การรวบรวมวิเคราะห์ข้อมูลสารสนเทศ และการจัดการเรือินจำหรือสถานคุมขังกักกัน¹⁴⁷ การแปรรูปกิจการของรัฐโดยทั่วไปเชื่อกันว่าจะเพิ่มผลผลิต กำไรและประสิทธิภาพขององค์การที่ถูกแปรรูป¹⁴⁸

ในบางกรณีมีเอกชนประกอบกิจการที่ให้บริการสาธารณะได้ดีกว่ารัฐวิสาหกิจ รัฐจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปประกอบกิจการเหล่านั้นซ้ำซ้อนกับเอกชน ทำให้จำเป็นต้องลดขนาดและจำนวนของรัฐวิสาหกิจลง สิ่งดังกล่าวทำให้ส่งผลไปถึงการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ" หรือ privatisation นั้น มีความหมายว่า หมายถึงการเปลี่ยนสภาพความเป็นเจ้าของ (ownership) รัฐวิสาหกิจจากรัฐไปเป็นของเอกชน โดยในอดีตที่ผ่านมาประเทศไทย "ไม่เคยมีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ" ตามความหมายดังกล่าว จะมีก็แต่เพียง "การเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในรัฐวิสาหกิจ" รูปแบบต่าง ๆ เช่น การทำสัญญาจ้างเอกชนบริหารงาน การให้สัมปทานแก่เอกชน หรือการร่วมลงทุนกับเอกชน เป็นต้น¹⁴⁹

ประเด็นต้องพิจารณาคือ “การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ” กับ “การแปลงสภาพรัฐวิสาหกิจ” มีความหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ การแปรรูปของรัฐวิสาหกิจจากรัฐวิสาหกิจประเภทที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาให้เป็นรัฐวิสาหกิจประเภทที่

¹⁴⁶ A Luis, *The Impact of Privatization on Firms in the Infrastructure Sector in Latin American Countries* (Chicago: The University of Chicago, 2004).pp.1

¹⁴⁷ F. L Chowdhury, “*Corrupt Bureaucracy and Privatisation of Tax Enforcement*” (Dhaka: Pathak Samabesh, 2006).pp.2-4

¹⁴⁸ OECD Organisation for Economic Co-operation and Develop, *Privatising State-Owned Enterprises: An Overview of Policies and Practices in Oecd Countries* (Paris: OECD Development Centre, 2003).

¹⁴⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย. หน้า 17

จัดตั้งขึ้นในรูปของบริษัทจำกัดหรือบริษัทจำกัด (มหาชน) นั้น ยังไม่ได้เป็นการแปรรูปรัฐวิสาหกิจแต่อย่างใด トラบใดที่ยังไม่มีการโอนหรือขายหุ้นของบริษัทนั้นไปเป็นของเอกชน หรือมีการโอนหรือขายหุ้นของบริษัทนั้นไปเป็นของเอกชนยังไม่ถึงร้อยละห้าสิบของบริษัท บริษัทก็ยังคงเป็นรัฐวิสาหกิจ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ยังไม่มีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเกิดขึ้น¹⁵⁰

ทั้งนี้ รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปของบริษัทจำกัด หรือบริษัทจำกัด (มหาชน) โดยมีเอกชนเป็นผู้ถือหุ้นไม่ถึงร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมดกับรัฐวิสาหกิจที่แปลงสภาพมาเป็นบริษัทจำกัด หรือบริษัทจำกัด (มหาชน) ในภายหลังจึงมีสภาพเป็นรัฐวิสาหกิจเช่นเดียวกัน รัฐวิสาหกิจที่เป็นบริษัทจำกัด หรือบริษัทจำกัดมหาชน (มหาชน) จะสูญเสียความเป็นรัฐวิสาหกิจ ก็ต่อเมื่อมีการโอนหรือขายหุ้นไปเป็นของเอกชนถึงร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมดเท่านั้น ในกรณีที่รัฐบาลมีนโยบายที่จะแปรรูปรัฐวิสาหกิจใดที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา รัฐบาลจะต้องดำเนินการแปลงสภาพของรัฐวิสาหกิจนั้นให้เป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทจำกัด (มหาชน) เสียก่อน เพื่อแปลงทุนของรัฐวิสาหกิจนั้นให้เป็นทุนเรื่องหุ้น เพื่อจะได้โอนหรือขายหุ้นไปเป็นของเอกชนได้ ดังนั้น การแปลงสภาพของรัฐวิสาหกิจจึงมิใช่การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ¹⁵¹

การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ เป็นการนำสิทธิหรือทรัพย์สินของแผ่นดินไปประดมทรัพยากรจากเอกชน ซึ่งรวมถึงการบริหารงานที่มีประสิทธิภาพและทุนก้อนใหม่มาใช้ในการลงทุนและพัฒนากิจการของรัฐในอนาคต ซึ่งจะทำให้รัฐวิสาหกิจสามารถขยายงานและเพิ่มการให้บริการแก่ประชาชนมากขึ้นทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพ พร้อมทั้งมีการรับเทคโนโลยีใหม่ๆ การแปรรูปรัฐวิสาหกิจมีหลายวิธี โดยรูปแบบการแปรรูปรัฐวิสาหกิจมีหลายรูปแบบ แต่สามารถจำแนกได้เป็นลักษณะกว้าง 2 รูปแบบ ดังนี้¹⁵²

(1) การแปรรูปรัฐวิสาหกิจแบบทั้งหมด (Privatization is total) เช่น การขาย หรือโอน รัฐวิสาหกิจให้แก่ภาคเอกชนทั้งกิจการ โดยรัฐบาลจะไม่มีส่วนเป็นเจ้าของเหลืออยู่เลย

(2) การแปรรูปรัฐวิสาหกิจแบบบางส่วน (Privatization is partial) คือ มีการจำหน่ายหรือ ขายรัฐวิสาหกิจเพียงบางส่วน เช่น การนำหุ้นรัฐวิสาหกิจบางส่วนออกขายในตลาดหลักทรัพย์ เพราะต้องการเงินทุนและเทคโนโลยีใหม่ๆ หรือการบริหารที่มีประสิทธิภาพจากเอกชน รัฐยังคงเหลือส่วนที่เป็นเจ้าของอยู่บ้าง เพราะหากขายให้เอกชนทั้งหมด เอกชนอาจค้ากำไรโดยไม่คำนึงถึงความเดือดร้อนของประชาชน

¹⁵⁰ พันธ สิมะเสถียร, "ความเป็นไปได้ในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจสู่ภาคเอกชน," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2528). หน้า 23.

¹⁵¹ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง. หน้า 216-217.

¹⁵² ปราณี จิตกรณกิจศิลป์, "แนวทางปฏิบัติในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจสมัยใหม่," วารสารพัฒนบริหารศาสตร์ (2531). หน้า 264.

จะเห็นได้ว่า เป็นกระบวนการที่ลดบทบาทของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจของภาคเอกชนที่มีอิทธิพลต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจและยังรวมถึงการเปลี่ยนแปลงภาระของรัฐบาล โดยการขายทรัพย์สินและหุ้นส่วนของกิจกรรมที่รัฐเป็นเจ้าของหรือกำลังดำเนินการให้แก่เอกชน เพื่อการบริหารงานให้ความคล่องตัวและเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน



บทที่ 3

หลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และรัฐวิสาหกิจในระบบกฎหมายไทย

ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่มีการปกครองในระบบเสรีประชาธิปไตยเฉกเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส แคนาดา อังกฤษ และญี่ปุ่น เป็นต้น โดยประเทศไทยได้ปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขตลอดมาตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 โดยคำว่า “ประชาธิปไตย” แปลว่า อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศมาจากประชาชน เป็นการปกครองที่ยึดเอาความเห็นหรือความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่อำนาจในการปกครองประเทศเป็นของปวงชน ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติงานของรัฐบาล ตลอดจนออกเสียงผ่านองค์การของประชาชนไม่ว่าหวังใจรัฐบาล การปกครองในระบบประชาธิปไตย กฎหมายเป็นกติกาที่จะกำหนดบทบาทหรือขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของแต่ละบุคคลในการดำเนินการปกครอง กฎหมายที่สำคัญที่สุดก็คือกฎหมายรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายอื่น ๆ จะขัดแย้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ได้

กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงเป็นแม่บทในการกำหนดรูปแบบและกระบวนการในการปกครอง ตลอดถึงกำหนดหลักประกันในเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยหมวดว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ อันเป็นการวางกรอบแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐที่เข้ามาบริหารประเทศว่าต้องใช้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมเท่านั้นในการบริหารประเทศ เมื่อรัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติรับรองเศรษฐกิจเสรีนิยมเป็นหลักในการบริหารประเทศ อันมีหัวใจสำคัญของระบบเศรษฐกิจคือการแข่งขันเสรีของผู้ประกอบการที่อยู่ในระบบตลาด จึงทำให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ต้องมีการบัญญัติรับรองหลักการแข่งขันเสรีไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย และหมวดแนวนโยบายแห่งรัฐ โดยการรับรองรับรองหลักการดังกล่าวส่งผลต่อการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ โดยเฉพาะในกรณีของรัฐต้องเข้าเป็นผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเฉกเช่นเดียวกับเอกชน

ในระบบกฎหมายไทยจึงได้มีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยบทบาทของรัฐวิสาหกิจไทยในแต่ละช่วงจะขึ้นอยู่กับบริบทของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตามรัฐวิสาหกิจก็ยังถือว่าเป็นเครื่องมือทางเศรษฐกิจที่สำคัญในระบบกฎหมายและระบบเศรษฐกิจไทย ดังนั้น ในการศึกษาเนื้อหาส่วนนี้จึงต้องแยกประเด็นในการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน คือ สิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจก่อนและหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 หลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และรัฐวิสาหกิจในระบบกฎหมาย

3.1 สิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจก่อนและหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ในการศึกษาหลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทราบถึงการเปลี่ยนแปลงของการรับรองสิทธิและเสรีภาพในแต่ละช่วงเวลา อันเนื่องจากอิทธิพลของลัทธิเศรษฐศาสตร์การเมืองในแต่ละช่วงล้วนแต่มีบทบาทที่แตกต่างกันจนเป็นที่มาของการรับรองหลักการแข่งขันเสรีในปัจจุบัน อันเป็นสาระสำคัญของหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ดังที่กล่าวมาในหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจว่าการรับรองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจจะเปลี่ยนไปตามแต่ละช่วงเวลา อันเนื่องจากอิทธิพลของลัทธิเศรษฐศาสตร์การเมืองในช่วงเวลานั้น ๆ ในการศึกษาการรับรองหลักการแข่งขันเสรีของประเทศไทยในปัจจุบัน โดยสาระสำคัญในส่วนนี้จะแบ่งเป็น 2 ช่วงระยะเวลา คือ ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 และช่วงที่สองคือ หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

3.1.1. ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

หากกล่าวถึงเหตุผลที่จะต้องมีการรับรองสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ประเทศไทยเราได้ให้การรับรองสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจอัน อันได้แก่ เสรีภาพในการค้าและสิทธิในทรัพย์สินมาตั้งแต่สมัยสุโขทัย โดยปรากฏตามหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ในหลักที่ 1 โดยแสดงให้เห็นถึงหลักเสรีภาพทางการค้าว่า

“เจ้าเมือง บ เอา จกอบ ไนไพร ลู่ทาง
เพื่อนจูงวัวไปค้า ขี่ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้างค้า
ใครจักใคร่ค้าม้าค้า ใครจักใคร่ค้าเงินค้าทองคำ”

ซึ่งหมายความว่าหากผู้ใดจะเข้าเมืองไม่มีการเก็บภาษี (จกอบ) และหากผู้ใดประสงค์ที่จะทำการค้าอะไรก็สามารถที่จะทำได้ โดยสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราชมีการค้าขายกันโดยเสรีตามหลักเศรษฐกิจเสรีนิยมคลาสสิก ซึ่งในสมัยนั้นยังไม่มี การนำหลักการแทรกแซงของรัฐมาใช้ในระบบและไม่มี การลิดรอนสิทธิของราษฎร และไม่มี การเก็บภาษีอากร นอกจากนี้หลักศิลาจารึกเดียวกัน ก็แสดงให้เห็นถึงการรับรองสิทธิในทรัพย์สินของราษฎรเอาไว้ดังนี้

“ไพร่ในเมืองสุโขทัย สร้างป่าหมาก ป่าพลูทั่วเมืองนี้ทุกแห่ง
ป่าพร้าวก็หลายในเมืองนี้ ป่าลางก็หลายในเมืองนี้ หมากม่วง
ก็หลายในเมืองนี้ หมากขามก็หลายในเมืองนี้ ใครสร้างไว้ให้แก่มัน”

ซึ่งในลักษณะนี้แสดงให้เห็นว่า หากผู้ใดต้องการที่จะจับจองที่ดิน ปลูกพืชผลไม้ทำสวนต่าง ๆ อันได้แก่ สวนมะพร้าว สวนมะม่วง สวนขนุน เป็นต้น ซึ่งหากผู้้นั้นเป็นผู้แผ้วถางจับจอง

ที่ดินแล้วก็มีสิทธิและเป็นเจ้าของที่ดินนั้น กล่าวคือ ได้กรรมสิทธิ์และถือเป็นที่ทรัพย์สินที่เป็นมรดกตกถึงทายาทด้วย

แม้ในทางกฎหมายจะไม่ถือว่าหลักศิลาจารึกนั้นเป็นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย เนื่องจากเป็นเพียงของการบันทึกข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในช่วงนั้นไว้ให้ปรากฏในทำนองเดียวกับพงศาวดารหรือจดหมายเหตุก็ตาม แต่ข้อความที่ปรากฏบนหลักศิลาจารึกดังกล่าวก็แสดงให้เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของราษฎร ได้รับการรับรองในประเทศไทยมาอย่างยาวนาน¹⁵³

อย่างไรก็ตาม สิทธิเสรีภาพของราษฎรที่มีมาตั้งแต่สมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราชนั้น ได้ถูกจำกัด ลงโดยผลของการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงสิทธิทุกประการอย่างเด็ดขาด ราษฎรไม่มีสิทธิใด ๆ แม้แต่ในชีวิตของตนเองหรือทรัพย์สินที่ตนทำมาหาได้ตน แต่สิทธิของราษฎรจะมีขึ้นได้ก็แต่โดยพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์เท่านั้น แต่สิทธินั้นก็เป็สิทธิที่ไม่สมบูรณ์โดยประชาชนผู้ทรงสิทธินั้นจะยกสิทธิดังกล่าวขึ้นต่อสู้หรือหักล้างพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ย่อมไม่สามารถกระทำได้ และพระมหากษัตริย์จะตัดสิทธิแก่ราษฎรเช่นนั้นเมื่อใดก็ได้ หรือจะจำกัดการใช้สิทธินั้นอย่างไรก็ได้ ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 เคยมีพระบรมราชาธิบายในเรื่องนี้ไว้ดังนี้

“พระบรมราชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดินกรุงสยามนี้
ไม่ได้มีปรากฏในกฎหมายอันหนึ่งอันใด ด้วยเหตุคือว่า
เป็นที่ล้นพ้น ไม่มีข้อใด สิ่งอันใดหรือผู้ใดจะเป็นผู้ขัดขวางได้”¹⁵⁴

โดยสิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจที่ได้รับการรับรองมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยไม่ได้รับผลกระทบจากการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มากนักเหมือนกับสิทธิเสรีภาพประเภทอื่น ๆ เช่น สิทธิเสรีภาพในร่างกาย และสิทธิในชีวิต เป็นต้น เว้นแต่ในบางช่วงและบางเรื่องเท่านั้น เช่น สมัยสมเด็จพระมหาจักรพรรดิแห่งกรุงศรีอยุธยา พ.ศ. 2081-2111 ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ตรากฎหมายขึ้นหลายฉบับเพื่อผูกขาดทางการค้า โดยได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับสินค้าต้องห้ามซึ่งเป็นสินค้าที่รัฐบาล โดยพระคลังจะเป็นผู้ผูกขาดซื้อขายได้แต่เพียงผู้เดียว หากพ่อค้าคนใดจะขายหรือซื้อสินค้าต้องห้าม ซึ่งเป็นสินค้าที่เป็นยุทธปัจจัยและสินค้านำเข้าราคาสูง เช่น ปืน กระสุน ดินดำ กำมะถัน งาช้าง ไม้จันทน์ เป็นต้น จะต้องติดต่อซื้อขายกับพระคลังโดยตรง ต่อมาในช่วงปลายสมัยอยุธยา จึงได้มีการตรากฎหมายขยายการผูกขาดสินค้า รวมไปถึงสินค้าที่ใช้ ในชีวิตประจำวัน เช่น ถ้วยชาม ผ้าแดง เป็นต้น ซึ่งเท่ากับเป็นการจำกัดเสรีภาพในทางการค้าของราษฎร แต่หาก

¹⁵³ ปกรณ์ นิลประพันธ์, โครงการเฉลิมพระเกียรติ สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, สิทธิ เสรีภาพทางเศรษฐกิจ (กรุงเทพฯ: องค์การค้าของคุรุสภา, 2544). หน้า 26.

¹⁵⁴ สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดสิทธิ เสรีภาพทางเศรษฐกิจ (กรุงเทพฯ: องค์การค้าของคุรุสภา, 2544). หน้า 27.

พิจารณาข้อจำกัดทางการค้าแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพอย่างมีเหตุผล กล่าวคือ สินค้าเหล่านั้นบางส่วนเป็นสินค้ายุทธปัจจัย หากปล่อยให้มีการค้าขายโดยตรงแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศได้ และบางส่วนที่เป็นสินค้าที่หายากและมีราคาแพง ซึ่งจะนำเงินจากต่างประเทศเข้ามาภายในประเทศได้มาก เช่น สินค้าประเภท เครื่องเทศซึ่งเป็นสินค้าหายาก งาม่าข่า ไม้จันทน์ เป็นต้น โดยสินค้าเหล่านี้ล้วนเป็นสินค้าที่สำคัญที่ต่างชาติให้ความนิยมในดินแดนเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

จะเห็นได้ว่าในสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองนั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจนี้จะขึ้นอยู่กับพระบรมราชวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์แต่ละพระองค์ โดยจะมีความเห็นแตกต่างกันไปและไม่มีความมาตรฐานที่เป็นกลาง หากเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย จึงได้มีการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้านต่าง ๆ รวมทั้งสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจ ไว้อย่างเป็นทางการในรัฐธรรมนูญ และได้มีการกำหนดเงื่อนไขในการที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวของประชาชนไว้ด้วย เพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยปราศจากเหตุผล

3.1.2 หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

หากพิจารณารัฐธรรมนูญทุกฉบับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 เรื่อยมานั้น จะพบว่า นอกจากพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 รวมทั้งรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรทุกฉบับแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกือบทุกฉบับได้ให้การรับรองสิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช. 2521 เท่านั้น ที่มีได้ให้การรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับก็มีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจ ในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475, 2489 และ พุทธศักราช 2490 นั้น ได้แสดงการรับรอง สิทธิเสรีภาพไว้ร่วมกับสิทธิเสรีภาพประการอื่น และบัญญัติไว้แต่เพียงสั้น ๆ ว่า เสรีภาพในทรัพย์สินและในการอาชีพย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่ในรัฐธรรมนูญฯ ตั้งแต่ปี พุทธศักราช 2492 เป็นต้นมานั้นได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจ โดยแบ่งออกเป็นกรรับรองสิทธิในทรัพย์สินประการหนึ่ง กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพอีกประการหนึ่ง พร้อมกันนั้นก็บัญญัติถึงเงื่อนไขในการที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนไว้ อย่างชัดเจนด้วยว่ารัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวของประชาชนได้เฉพาะเพื่อการอันเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น เพื่อจะรองรับอุดมการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองเอาไว้¹⁵⁵

¹⁵⁵ โครงการเฉลิมพระเกียรติ สานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. หน้า 28-37.

ในการพิจารณาสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจตามรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 เรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะพบพัฒนาการการของหลักการรับรองสิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม และการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ได้ดังนี้

3.1.2.1 สิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลในรัฐแห่งเสรีประชาธิปไตยเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสิทธิประเภทหนึ่งของประชาชนที่พึงได้รับการคุ้มครอง โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ให้การรับรองสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินไว้ทำนองเดียวกับรัฐเสรีประชาธิปไตย ดังที่บัญญัติไว้ในส่วนที่ 5 สิทธิในทรัพย์สิน มาตรา 37 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560¹⁵⁶ โดยมีจุดมุ่งหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอดกรรมทั้งกำหนด หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการเวนคืน อสังหาริมทรัพย์ และค่าทดแทน

หากพิจารณาแล้วจะพบว่า สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินได้บัญญัติเป็นครั้งแรกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (มาตรา 14)¹⁵⁷ ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 (มาตรา 34)¹⁵⁸ ได้บัญญัติเพิ่มเรื่องสิทธิในการสืบทอดและ

¹⁵⁶ มาตรา 37

บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด

ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความเสียหายจากการเวนคืนโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ผลกระทบต่อผู้ถูกเวนคืน รวมทั้งประโยชน์ที่ผู้ถูกเวนคืนอาจได้รับจากการเวนคืนนั้น

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นต้องใช้เพื่อการที่บัญญัติไว้ในวรรคสาม เว้นแต่เป็นการเวนคืนเพื่อนำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปชดเชยให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามกฎหมายบัญญัติ

กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและกำหนดระยะเวลาการเข้าใช้อสังหาริมทรัพย์ให้ชัดเจน ถ้ามิได้ใช้ประโยชน์เพื่อการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือเมื่ออสังหาริมทรัพย์เหลือจากการใช้ประโยชน์และเจ้าของเดิมหรือทายาทประสงค์จะได้คืน ให้คืนแก่เจ้าของเดิมหรือทายาท

ระยะเวลาการขอคืนและการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนที่มีได้ใช้ประโยชน์หรือที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท และการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดเชยไปให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การตรวจกฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยระบุเจาะจงอสังหาริมทรัพย์หรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามความจำเป็น มิให้ถือว่าเป็นการขัดต่อมาตรา 26 วรรคสอง

¹⁵⁷ มาตรา 14 ภายในบังคับแห่งกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ

¹⁵⁸ มาตรา 34

สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การสืบทอดย่อมได้รับความคุ้มครอง สิทธิของบุคคลในการสืบทอดย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ได้บัญญัติในทำนองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับซึ่งบุคคลที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยชอบรวมถึงการรับมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม สิทธิดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น เช่น การอายัด การยึด หรือการริบทรัพย์สินจะกระทำได้อีกแต่โดยกฎหมายให้อำนาจเป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเวนคืนได้บัญญัติเป็นครั้งแรกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 (มาตรา 34) และได้บัญญัติในทำนองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับซึ่งกำหนดให้การทดแทนเป็นราคาซื้อขายกันในท้องตลาด

เห็นได้ว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เปลี่ยนแปลงให้การทดแทนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นการทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรสำหรับบทบัญญัติที่กำหนดให้การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเว้นแต่เป็นกรณีการชดเชยแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยมีหลักการสำคัญว่า กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะต้องระบุวัตถุประสงค์ มีการกำหนดระยะเวลา และขอบเขตการใช้ อสังหาริมทรัพย์ให้ชัดเจน ถ้ามิได้ใช้ประโยชน์เพื่อการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือมี อสังหาริมทรัพย์เหลือจากการใช้ประโยชน์ และเจ้าของเดิมหรือทายาทประสงค์จะได้คืน ให้คืนแก่เจ้าของเดิมหรือทายาทเพื่อความยุติธรรม แต่หากเกิดกรณีที่มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยระบุ วัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนอย่างหนึ่งแต่ในเวลาต่อมาต้องการจะนำไปดำเนินการในวัตถุประสงค์อีก อย่างหนึ่ง รัฐต้องคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นให้กับเจ้าของหรือทายาท และหากรัฐยังต้องการเวนคืน อสังหาริมทรัพย์นั้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นอีก ก็ต้องทำการเวนคืนใหม่โดยต้องระบุวัตถุประสงค์ แห่งการเวนคืนใหม่ไว้ด้วย ทั้งนี้ การกำหนดระยะเวลาการขอคืนและการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูก เวนคืนที่มีได้ใช้ประโยชน์หรือที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท และการเรียก คืนค่าทดแทนที่خذไป ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

อย่างไรก็ตาม รัฐอาจตรากฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ รายได้ตามความจำเป็น โดยไม่ถือว่าขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 26 วรรคสอง¹⁵⁹

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็น สาธารณูปโภค หรือการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศโดยตรง หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติและต้องخذใช้ค่าทำขวัญอันเป็น ธรรมแก่เจ้าของ ตลอดจนผู้ทรงสิทธิตามที่ระบุไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์บรรดาที่ได้รับความเสียหายในการ เวนคืนนั้นด้วย

การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้าใช้หรือครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลก็ด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ของบุคคลมาเป็นของรัฐก็ถ้ามิใช่ด้วยความยินยอมของบุคคลนั้น จะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยสาธารณะ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ และต้องخذใช้ค่าทดแทนอันเป็นธรรมแก่ผู้ได้รับความเสียหายด้วย

¹⁵⁹ มาตรา 26

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือ

3.1.2.2 เสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม

หากพิจารณาแล้ว เสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพตามรัฐธรรมนูญ นั้นดูเหมือนจะเป็นเสรีภาพที่มีความสมบูรณ์ในตัวเอง กล่าวคือ ถ้ารัฐธรรมนูญให้การรับรองเสรีภาพดังกล่าวแล้ว รัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครอง ซึ่งจะทำให้ประชาชนแต่ละคนสามารถประกอบกิจการหรืออาชีพตามที่ตน ต้องการ โดยที่ไม่มีใครมาบังคับได้ แต่ในความเป็นจริงนั้น การที่บุคคลเลือกที่จะประกอบกิจการหรืออาชีพในอาชีพหนึ่งนั้น นอกจากจะเป็นการตอบสนองต่อความต้องการหรือความถนัดส่วนตัวแล้ว บุคคลย่อมมุ่งหมายด้วยการเลือกประกอบอาชีพหรือกิจการนั้น อย่างน้อยที่สุดแล้วจะทำให้มีรายได้มากเพียงพอแก่การดำรงชีวิตของตนเองและครอบครัว ในข้อเท็จจริงคงจะไม่มีบุคคลใดเลือกประกอบอาชีพที่ตอบสนองต่อความถนัดและความพอใจของตน แต่เพียงอย่างเดียว

ถ้าบุคคลเลือกที่จะประกอบกิจการหรืออาชีพหนึ่ง แต่ปรากฏว่ารายได้จากการประกอบอาชีพหรือกิจการที่เลือกทำนั้นไม่เพียงพอแก่การดำรงชีวิตเพราะเหตุว่าตนเองไม่มีฝีมือหรือความสามารถที่จะประกอบอาชีพ หรือกิจการนั้นก็แสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นไม่เหมาะสมกับอาชีพหรือกิจการนั้น และสมควรที่จะเปลี่ยนไป ประกอบกิจการหรืออาชีพอื่นที่เหมาะสมกว่า แต่ถ้าบุคคลใดไม่สามารถที่จะดำรงชีวิตอยู่ได้จากอาชีพที่เขา เลือกเพราะเหตุว่า เขาถูกกีดกันไม่ให้มีโอกาสได้ประกอบกิจการหรืออาชีพนั้นแข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่น ไม่ว่าจะโดยทางหนึ่งทางใด หรือถูกกีดกันกีดกันหรือถูกบีบบังคับให้มีโอกาสที่จะขยายกิจการแล้ว ก็จะเห็นได้ว่า บุคคลนั้นมีได้มีเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือกิจการนั้นอย่างแท้จริง จึงกล่าวได้ว่าการแข่งขันในการ ประกอบกิจการหรืออาชีพอย่างเสรีและเป็นธรรมนั้นเป็นหัวใจของเสรีภาพในการประกอบกิจการและอาชีพ

นับตั้งแต่รัฐบาลได้เปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจของประเทศจากระบบที่ต้องพึ่งพาภาคเกษตรกรรมเป็นหลัก ไปเป็นระบบที่พึ่งพาอุตสาหกรรมเป็นหลักคดีเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันตามสัญญาจ้างแรงงาน มีจำนวนมากขึ้น อีกทั้งในช่วง 20 ปีที่ผ่านมาได้มีการลงทุนขนาดใหญ่ในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก และกิจการขนาดใหญ่หลายแห่งได้ดำเนินธุรกิจในลักษณะที่เป็น การกีดกันมิให้ผู้ประกอบการรายย่อยที่ผลิตสินค้า หรือให้บริการประเภทเดียวกับตน มีโอกาสได้เข้าแข่งขันในตลาด หรือไม่วิธีการอื่นในการแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายย่อย จนทำให้ผู้ประกอบการรายย่อยไม่สามารถมีส่วนแบ่งในตลาดได้และต้องเลิกกิจการไป เช่น โดยการเทขายสินค้าจำนวนมากที่ตนผลิตได้ในราคาต่ำมากหรือที่เรียกกันว่า การทุ่มตลาด จนผู้ประกอบการรายย่อย

เสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้รวมทั้งต้องระบุดผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

ไม่สามารถแข่งขันได้ หรือบีบบังคับให้ร้านค้าขายซื้อสินค้าบางอย่างจากตนเท่านั้น มิฉะนั้นจะไม่ขายสินค้าประเภทอื่น ๆ ให้ หรือขายให้โดยไม่มีส่วนลดพิเศษเช่นเคย หรือการกำหนดให้ผู้ค้ารายย่อยต้องขาย สินค้าในราคาและผู้ผลิตกำหนดไว้เท่านั้น เป็นต้น สภาพดังกล่าวทำให้สภาวรัฐธรรมนูญทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตระหนักถึงความสำคัญของการแข่งขันอย่างเป็นธรรม จึงได้มีการบรรจุบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการแข่งขัน โดยเสรีไว้ ซึ่งการรับรองว่าจะต้องมีการแข่งขันทาง การค้าอย่างเสรี และเป็นธรรมนั้นเป็นประโยชน์ต่อประชาชนด้วยเช่นกัน เพราะการค้าที่มีการแข่งขันอย่างเสรีนั้นหมายถึง การค้าที่ไม่มีการกีดกัน ผู้ผลิตแต่ละรายไม่ว่าจะเป็นรายใหญ่หรือรายย่อยมีความเท่าเทียมกันที่ จะเสนอขายสินค้าหรือบริการของตนต่อผู้บริโภค ดังนั้น ผู้ผลิตแต่ละรายจึงต้องแข่งขันกันทั้งในแง่ของคุณภาพของสินค้าและราคา ซึ่งการแข่งขันลักษณะนี้จะทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้บริโภคซึ่งได้แก่ประชาชนทั่วไป¹⁶⁰

หากพิจารณาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ไม่ปรากฏว่าได้ให้การรับรองเสรีภาพในการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมไว้แต่ประการใด แต่เพิ่มมีบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2538) พุทธศักราช 2540 และ พุทธศักราช 2550 พร้อมทั้งได้บัญญัติเงื่อนไขในการที่รัฐจะจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันอย่างโดยเสรีอย่างเป็นธรรมไว้อย่างชัดเจน หากพิจารณาในหลักการรับรองหลักการแข่งขันเสรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามมาตรา 40 วรรคสอง ได้มีการรับรองหลักการดังกล่าว โดยได้บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” พร้อมทั้งได้บัญญัติเงื่อนไขในการที่รัฐจะจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันอย่างโดยเสรีอย่างเป็นธรรมไว้อย่างชัดเจน

นอกจากนี้ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พุทธศักราช 2550 และ พุทธศักราช 2560 ยังได้ให้ความสำคัญถึงการรับรองหลักการแข่งขันเสรีไว้ในการจัดตั้งองค์กรของรัฐในการจัดการสรรคเลื่อนความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยองค์กรดังกล่าวต้องจัดสรรคเลื่อนความถี่ และกำกับดูแลกิจการดังกล่าวให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังได้บัญญัติถึง

¹⁶⁰ สุณีย์ อธิวิรุฬห์, "บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ," สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ (ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์). หน้า 2-5.

ระบบเศรษฐกิจที่รัฐธรรมนูญต้องการให้รัฐยึดถืออันได้แก่ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม อันทำให้รัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับมีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน

3.1.2.3 การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ

การที่รัฐธรรมนูญรับรองเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยอย่างเป็นธรรม โดยรัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงการประกอบอาชีพของประชาชนที่ยังคงอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตามรัฐยังมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างกฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการนี้ ซึ่งต้องเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือ เศรษฐกิจของประเทศการคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพการคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพ (safety) ของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันเท่านั้น ยกตัวอย่างในประเทศไทย แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.51/2547 กรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁶¹

ในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการนั้น กฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดขอบเขตไว้ กว้างขวางหรือแคบอย่างไรสุดแล้วแต่ลัทธิทางการเมืองที่ประเทศนั้น ๆ ยอมรับนับถือ ตัวอย่างประเทศประชาธิปไตยที่ให้เสรีภาพทางเศรษฐกิจมากได้แก่ สหรัฐอเมริกาจะไม่มีรัฐวิสาหกิจหรือกิจการค้าที่ดำเนิน โดยรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นรถไฟ เครื่องบิน ไฟฟ้า โทรศัพท หรือกิจการปิโตรเลียม ยกเว้นรถเมล์ของเทศบาล เมืองเล็ก ๆ บางเทศบาลที่เอกชนไม่ได้ดำเนินการเพราะมีผู้โดยสารถน้อย ทำให้ไม่มีกำไรและเทศบาลเห็นว่ามีควมจำเป็นต้องมีส่วนประเทศประชาธิปไตยที่ให้เสรีภาพทางเศรษฐกิจน้อยกว่า เช่น ฟิลิปปินส์ หรือประเทศไทย เป็นต้น โดยประเทศไทยเราเองมีการปิโตรเลียม มีกิจการเดินอากาศ โทรศัพท และ ไฟฟ้าที่ดำเนินการ โดยรัฐ เป็นต้น¹⁶²

¹⁶¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 51/2547 การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดห้ามใช้ เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อน ในท้องที่ จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด ลงวันที่ 24 กันยายน 2542 ซึ่งห้ามใช้เครื่องมือบางชนิดทำการประมงในบางช่วงเวลา มิได้ห้ามโดยสิ้นเชิงและตลอดไป เพื่อการอนุรักษ์สัตว์น้ำอันเป็นการแก้ปัญหาการทำลายพันธุ์สัตว์น้ำ อันเกิดจากการใช้เครื่องมือประมงบางชนิด ที่ส่งผลให้ลูกสัตว์น้ำเศรษฐกิจถูกจับปะปนขึ้นมาด้วย และพ่อพันธุ์แม่พันธุ์ปลาถูกจับเป็นจำนวนมากนั้น เป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์ อย่างยั่งยืนตลอดไป แม้จะกระทบต่อเสรีภาพในการทำประมงของผู้ฟ้องคดีก็ตามแต่เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้ ประกาศดังกล่าวจึงเป็นมาตรการจำเป็นที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับและมีได้กระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อประกาศ ดังกล่าวออกโดยผู้มีอำนาจและมีการใช้ดุลยพินิจโดยชอบแล้ว จึงเป็นประกาศที่ชอบด้วยกฎหมาย

¹⁶² สุนีย์ ธีรวิรุฬห์, "บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ." หน้า 3

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะให้เสรีภาพในการประกอบกิจการ แต่ถ้าให้มีเสรีภาพโดยไม่มี ข้อจำกัดก็อาจก่อให้เกิดผลเสียหายได้ ดังนั้น จึงต้องมีการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว กฎหมายที่สำคัญที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อันจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

3.2 หลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในการศึกษาหลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ผู้เขียนได้ทำการแบ่งออกเป็น 4 ส่วน คือ การรับรองเสรีภาพของหลักการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 การจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 การรับรองหลักการแข่งขันเสรีในกฎหมายอื่นภายใต้หลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และการรับรองหลักการแข่งขันเสรีตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ โดยสามารถสรุปได้ดังนี้

3.2.1 การรับรองเสรีภาพของหลักการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

หลัก “สิทธิและเสรีภาพ” นับว่าเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตยและเป็นสิ่งที่ควบคุมมากับการกำเนิดของรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศทั้งหลายที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยในโลก เพราะการมีรัฐธรรมนูญนั้นก็ด้วยมีเจตนารมณ์เพื่อที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ตลอดจนความเสมอภาคของบุคคล ดังจะเห็นได้จากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ข้อ 16 ที่กำหนดว่า “สังคมใดไม่มีการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย จะถือว่าไม่มีรัฐธรรมนูญไม่ได้” และหลักการดังกล่าวนี้ได้กลายเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ยอมรับกันทั่วไป¹⁶³

แนวความคิดเรื่องการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่าเป็นแนวความคิดที่มาจากตะวันตกเป็นสำคัญ อันเป็นผลมาจากการพัฒนาการของกระบวนการเรียกร้องของกลุ่มต่าง ๆ ที่อ้างความชอบธรรมของประโยชน์นั้น ๆ ว่าเป็นสิ่งจำเป็นต่อความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) โดยมีพื้นฐานในการสนับสนุนความชอบธรรมในการใช้สิทธิมาจากแนวความคิดเรื่อง “สิทธิธรรมชาติ” ที่สืบเนื่องมาจาก “กฎหมายธรรมชาติ” (Natural Law) ในสมัยกรีก และได้พัฒนาแนวความคิดดังกล่าวจากเดิมที่เป็นเพียงการกล่าวอ้างในบริบททางกฎหมายมาเป็น

¹⁶³ บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐”, ed. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547). หน้า 177.

แนวคิดทางการเมือง ซึ่งเป็นการกล่าวอ้างเพื่อเรียกร้องสิทธิ เสรีภาพ อิสรภาพและความเสมอภาค¹⁶⁴ และได้ถูกพัฒนาเป็นแนวคิดเศรษฐศาสตร์การเมืองโดยอาคัยกลไกตลาด โดยกลไกนี้จะทำงานได้ดีภายใต้เงื่อนไขการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรมในตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวจึงมีอิทธิพลต่อการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ จนถึงปัจจุบัน ดังนั้น เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นได้ว่าได้มีการบัญญัติรับรองหลักการแข่งขันเสรี อันถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของการทำงานของกลไกตลาด ดังที่ปรากฏอยู่ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 40 และหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 75 ดังนั้น การศึกษาขอบเขตของการรับรองเสรีภาพในการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงต้องแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง เสรีภาพในการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 40 และ ส่วนที่สอง เสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 75

3.2.1.1 เสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 40

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ใช้หลักการบริหารในระบบเศรษฐกิจและในการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรอยู่บนหลักเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมสมัยใหม่ (Neo-Liberalism) โดยให้ความสำคัญกับระบบเศรษฐกิจที่มีการแข่งขันเสรีโดยอาคัยกลไกตลาดควบคู่ไปกับบทบาทของรัฐในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจและสังคม เพื่อแก้ไขความล้มเหลวของตลาดและส่งเสริมสวัสดิการโดยทั่วไปของประชาชน การแทรกแซงทางเศรษฐกิจจึงเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือสถาบันระหว่างประเทศประเทศ เช่น องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) เป็นต้น ในเศรษฐกิจแบบตลาดเพื่อพยายามให้มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจเกินกว่าการวางระเบียบพื้นฐานซึ่งกลฉ้อฉล, การบังคับใช้สัญญา และการจัดหาสินค้าและบริการสาธารณะ¹⁶⁵ การแทรกแซงทางเศรษฐกิจอาจมีเป้าหมายเพื่อจุดประสงค์ทางการเมืองหรือเศรษฐกิจต่าง ๆ เพื่อให้ความช่วยเหลือปกป้องปัจเจกชนที่อ่อนแอ รัฐบาลจึงเข้ามาดูแลป้องกันมิให้เกิดการผูกขาดหรือเอารัดเอาเปรียบขึ้นเหมือนดังที่เคยเกิดขึ้นมาในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมคลาสสิก¹⁶⁶ โดยระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมกลายมาเป็นอุดมการณ์ที่อยู่เบื้องหลังแนวคิดการค้าเสรีหรือตลาดโลกทุนนิยมในปัจจุบัน

¹⁶⁴ คณะกรรมการศึกษาแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เรื่อง สิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ของชนชาวไทย” (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2549). หน้า 2

¹⁶⁵ Nikolaos. Karagiannis, ""Key Economic and Politico-Institutional Elements of Modern Interventionism", " *Social and Economic Studies* (2001).pp 21

¹⁶⁶ Ludwig Von Mises, *Interventionism: An Economic Analysis* (New York: The Foundation for Economic Education, 1998). pp.1

มาตรา 40 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
บัญญัติว่า¹⁶⁷

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพิงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรา 40 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ พร้อมทั้งกำหนดเงื่อนไข ในการจำกัดเสรีภาพว่าต้องดำเนินการและเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และมีการกำหนดขอบเขตของการตรากฎหมายจัดระเบียบการประกอบอาชีพมิให้เป็นในการก้าวก่ายในการจัดการศึกษา

หากพิจารณามาตรา 40 วรรคแรก ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น สะท้อนให้เห็นว่า เป็นการรับรองหลักการเศรษฐกิจแบบตลาด (Maissez-faires หรือ Market Economy)¹⁶⁸ ที่ถูกพัฒนาขึ้นมาจากลัทธิเศรษฐกิจเสรีนิยมคลาสสิก โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้บัญญัติเป็นครั้งแรกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (มาตรา 14)¹⁶⁹ และบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ส่วนบทบัญญัติในวรรคสองเป็นการรับรองหลักการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ (State Interventionism) ทั้งสิ้น โดยมีลักษณะเป็นการกำหนดข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพการประกอบอาชีพ พร้อมทั้งกำหนดกรอบว่าจะทำได้ในกรณีใดบ้าง อันเป็นการนำหลักการของระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมเข้ามาใช้ในรัฐธรรมนูญ

¹⁶⁷ มาตรา 40 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁶⁸ บวรศักดิ์ อวรรณโณ, "ภูมิหลังมาตรา 50 และมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2547), หน้า 46.

¹⁶⁹ มาตรา 14 ภายในบังคับแห่งบทกฎหมายบุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ

ทั้งนี้ ในการดำเนินการตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพตามวรรคสองนี้ จำเป็นต้องพิจารณาตามมาตรา 26 และมาตรา 77¹⁷⁰ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบด้วย ด้วยเหตุผลที่ว่า การจำกัดเสรีภาพเป็นข้อยกเว้นจึงต้องพิจารณา จำกัดเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เช่น ในการตรากฎหมายเพื่อ “การจัดระเบียบการ ประกอบอาชีพ” ต้องไม่สร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินความจำเป็น หรือทำให้บุคคลไม่สามารถเข้า ประกอบอาชีพนั้นได้ด้วยเหตุที่ไม่เกี่ยวกับความรู้ในอาชีพนั้น เช่น กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับสถานศึกษา ว่าจะต้องมีลักษณะอย่างไร เป็นต้น และต้องไม่มีลักษณะเป็นการกีดกันทางอาชีพหรือวิชาชีพ เนื่องจากมีแนวโน้มที่ผู้ประกอบการอาชีพต่าง ๆ จะรวมกลุ่มกันเพื่อกำหนดให้อาชีพของตนเป็น “วิชาชีพ” และสร้างกลไกที่เป็นอุปสรรคหรือภาระของผู้ประกอบอาชีพโดยไม่จำเป็น เห็นได้ว่า แม้จะ ให้เสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยเปิดกว้างไว้ก็ตาม แต่บทบัญญัติภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ก็ได้ให้ ข้อจำกัดเพื่อมิให้สังคมได้รับความเดือดร้อนหรือเป็นการสร้างภาระที่ไม่จำเป็นจากการประกอบอาชีพ อันคำนึงถึงหลักการแห่งประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

ดังที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักการแข่งขันเสรีได้บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงเป็นการรับรองให้ปัจเจกชนทุกคนให้มีอิสระ ในการประกอบกิจการอุตสาหกรรมและการค้าในระบบของการแข่งขัน โดยไม่ถูกจำกัดโดยการ แทรกแซงโดยตรงจากรัฐ รวมถึงการวางกฎเกณฑ์ที่เป็นอุปสรรคหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการ แข่งขัน เช่น การให้ความช่วยเหลือหรืออุดหนุนจากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ฯลฯ การบัญญัติรับรอง หลักการดังกล่าวยังถูกนำมาใช้กับผู้ประกอบการภาครัฐที่เข้ามาประกอบการแข่งขันกับเอกชนด้วย

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติ รับรองหลักการแข่งขันเสรีไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยนั้น จึงเป็นการคุ้มครอง

¹⁷⁰ มาตรา 77

รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้อง กับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และ ดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่าง ถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจ เกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมา ประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของ กฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบไปด้วยเพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและ เหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษ อาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

สิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ แม้หลักการแข่งขันเสรีหรือที่ตามรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติว่าเป็นเสรีภาพการแข่งขันอย่างเป็นธรรมจะไม่ใช้สิทธิเสรีภาพอย่างสมบูรณ์เด็ดขาด (absolute right) แต่เป็นสิทธิสัมพัทธ์ (Relative Right)¹⁷¹ ที่สามารถถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อมิให้เกิดความวุ่นวายและกระทบต่อสาธารณะก็ตาม แต่ด้วยสถานะหรือลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของหลักการแข่งขันเสรีจึงทำให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอาจใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ โดยมากกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวของประชาชนได้โดยปราศจากเหตุอันสมควรตามรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

3.2.1.2 เสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 75

แนวนโยบายแห่งรัฐหรือแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ (State Policy) หมายความว่าถึงกรอบหรือแนวทางที่นโยบายหลักของประเทศ ซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดความมั่นคงแห่งความเป็นรัฐและตอบสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งรัฐบาล รัฐสภาหรือองค์กรของรัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการกำหนดนโยบาย บริหารราชการแผ่นดิน และออกกฎหมายให้เป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้เป็นแนวนโยบายแห่งรัฐ และจะไม่ผันแปรตามการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับนโยบายแห่งรัฐมีบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญเกือบทุกประเทศ แต่ส่วนใหญ่จะกำหนดเฉพาะหลักการใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับลักษณะการปกครองของประเทศที่ไม่ต้องการให้มีการเปลี่ยนแปลงและบัญญัติไว้ในมาตราเฉพาะแต่ละเรื่องโดยไม่มีกำหนดเป็นหมวดหมู่ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเดนมาร์ก เป็นต้น จะมีเพียงไม่กี่ประเทศที่แยกบัญญัติไว้เป็นหมวดหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น ประเทศสเปน ประเทศอินเดีย ประเทศสวีเดนเซอร์แลนด์ และประเทศไทย เป็นต้น สำหรับประเทศไทยได้เริ่มนำแนวนโยบายแห่งรัฐมาบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 โดยใช้ชื่อหมวดว่า “แนวนโยบายแห่งรัฐ” ซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้นได้นำแนวความคิดมาจากรัฐธรรมนูญของประเทศอินเดีย เพราะได้พิจารณาเห็นว่าเมื่อรัฐธรรมนูญได้กำหนดเรื่องสิทธิ เสรีภาพและหน้าที่ของปวงชนชาวไทยแล้ว ก็ควรมีบทบัญญัติหน้าที่ของรัฐไว้ด้วยเช่นกัน เพื่อประโยชน์ของประชาชนและแสดงถึงอุดมการณ์ของชาติให้มีความมั่นคงสำหรับการปกครองประเทศ รวมทั้งเพื่อให้เป็นนโยบายกลางที่จะส่งผลให้นโยบายของคณะรัฐมนตรีแต่ละคณะมีความต่อเนื่องกัน และเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนเป็นสำคัญ¹⁷²

¹⁷¹ Pakeerut W., "Law Enforcement Limitations on Citizens' Rights and Freedoms. Measures to Control the Constitutionality of the Law," *Journal of Laws*, no. 30 (2000), pp.21

¹⁷² อัมพร จารุจินดา, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองชั้นสูง หน่วยที่ 7 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ (นนทบุรี: สุโขทัยธรรมมาธิราช, 2555). หน้า 13.

ทั้งนี้ มาตรา 75 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติแนวนโยบายแห่งรัฐที่มีลักษณะสอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว โดยได้บัญญัติว่า

“รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ

รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมการจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ

รัฐพึงส่งเสริม สนับสนุน คุ้มครอง และสร้างเสถียรภาพให้แก่ระบบสหกรณ์ประเภทต่าง ๆ และกิจการวิสาหกิจขนาดย่อมและขนาดกลางของประชาชนและชุมชน

ในการพัฒนาประเทศ รัฐพึงคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจและความอยู่เย็นเป็นสุขของประชาชน ประกอบกัน”

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติจะเห็นได้ว่าจุดมุ่งหมายของมาตราดังกล่าวเป็นลักษณะของกำหนดหลักการในการจัดระบบเศรษฐกิจของประเทศ โดยมีเป้าหมายเพื่อให้ประชาชนมีโอกาสเข้าถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง และต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจและกำหนดหลักการกรณีของรัฐจำเป็นต้องประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน รวมตลอดจนหลักการในการดูแลระบบสหกรณ์ และกิจการวิสาหกิจขนาดย่อมและขนาดกลาง โดยสะท้อนแนวคิดระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมเป็นหลัก

ทั้งนี้จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดระบบเศรษฐกิจของประเทศ ได้มีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกเกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 (มาตรา 68)¹⁷³ ส่วนเรื่องการส่งเสริมและสนับสนุนการสหกรณ์ได้มีการบัญญัติเป็นครั้งแรกใน

¹⁷³ มาตรา 68

การริเริ่มทางเศรษฐกิจส่วนเอกชนย่อมเป็นไปโดยเสรี แต่ทั้งนี้จะต้อง ไม่เป็นการขัดแย้งกับการประกอบกิจการอันมีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคและจะต้องไม่เป็นการบั่น รอนมนุษยธรรม ความมั่นคงของสังคม หรือเสรีภาพของบุคคล

การประกอบกิจการอันมีลักษณะเป็นสาธารณูปโภครัฐพึงจัดให้ประสานกันกับ การดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจส่วนเอกชน ในทางที่จะให้เป็นประโยชน์แก่ประชาชนเป็นส่วนรวม กิจการอันเป็นการผูกขาดตัดตอนก็ดี

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 (มาตรา 83)¹⁷⁴ และบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ทั้งนี้ การนำหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียงมาใช้เป็นเป้าหมายนั้นได้บัญญัติครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (มาตรา 83)¹⁷⁵ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติมาตรานี้เพื่อกำหนดเป็นนโยบายสำคัญที่พึงนำไปใช้ในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศ โดยกำหนดหลักการสำคัญของกรอบการกำหนดนโยบายทางด้านเศรษฐกิจ โดยยึดหลักระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเป็นหลัก โดยมีจุดมุ่งหมายให้ประชาชนได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการเพิ่มบทบัญญัติขึ้นใหม่โดยเพื่อกำหนดให้รัฐพึงคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุและการพัฒนาด้านจิตใจและความอยู่เย็นเป็นสุขของประชาชนประกอบกัน ไม่ใช่มุ่งพัฒนาความเจริญทางวัตถุเป็นหลักอย่างเช่นรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ที่ผ่านมา อันจะเป็นกลไกการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจและการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม¹⁷⁶ ซึ่งมาตรา 75 วรรคหนึ่ง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สามารถแบ่งหน้าที่หรือบทบาททางเศรษฐกิจของรัฐได้ดังนี้

3.2.1.2.1 จัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน

ประเทศไทยเริ่มใช้ยุทธศาสตร์ชาติในการพัฒนาประเทศ ตั้งแต่พุทธศักราช 2560 โดยมีวิสัยทัศน์ว่า “ประเทศไทยจะต้องมีความมั่นคง มั่งคั่ง ยั่งยืน เป็นประเทศพัฒนาแล้ว ด้วยการพัฒนาตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง” หรือเป็นคติพจน์ประจำชาติว่า “มั่นคง มั่งคั่ง ยั่งยืน” เพื่อสนองต่อต่อผลประโยชน์แห่งชาติอันได้แก่การมีเอกราช อธิปไตย การดำรงอยู่อย่างมั่นคง และยั่งยืนของสถาบันหลักของชาติและประชาชนจากภัยคุกคามทุกรูปแบบ การอยู่ร่วมกันในชาติอย่างสันติสุขเป็นปึกแผ่น มีความมั่นคงทางสังคมท่ามกลางพหุสังคมและการมีเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ความเจริญเติบโตของชาติความเป็นธรรมและความอยู่ดีมีสุขของประชาชน ความยั่งยืนของฐานทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม ความมั่นคงทางพลังงานและอาหาร ความสามารถในการรักษาผลประโยชน์ของชาติภายใต้การเปลี่ยนแปลงของสภาวะแวดล้อมระหว่างประเทศ และการ

การประกอบกิจการอันมีลักษณะเป็น สาธารณูปโภคโดยเอกชนก็ที่จะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

¹⁷⁴ มาตรา 83 รัฐพึงส่งเสริมและสนับสนุนการสหกรณ์

¹⁷⁵ มาตรา 83 รัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการดำเนินการตามแนวปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง

¹⁷⁶ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, ed. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562). หน้า 1.

อยู่ร่วมกันอย่างสันติประสานสอดคล้องกันด้านความมั่นคงในประชาคมอาเซียนและประชาคมโลก อย่างมีเกียรติและศักดิ์ศรี โดยมีเป้าหมายการที่สำคัญในการพัฒนาประเทศ คือ “ประเทศชาติมั่นคง ประชาชนมีความสุข เศรษฐกิจพัฒนาอย่างต่อเนื่อง สังคมเป็นธรรม ฐานทรัพยากรธรรมชาติยั่งยืน” โดยยกระดับศักยภาพของประเทศในหลากหลายมิติพัฒนาคนในทุกมิติและในทุกช่วงวัยให้เป็นคนดีเก่ง และมีคุณภาพ สร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม สร้างการเติบโตบนคุณภาพชีวิตที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม และมีภาครัฐของประชาชนเพื่อประชาชนและประโยชน์ส่วนรวม¹⁷⁷

จึงเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มุ่งเน้นที่การพัฒนาประเทศ โดยมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ได้สะท้อนให้เห็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการกำหนดแนวนโยบายของรัฐในเรื่องเศรษฐกิจว่าต้องการแก้ไขปัญหาเรื่องความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจและการได้รับประโยชน์อย่างไม่ทั่วถึงจากการกำหนดนโยบายด้านเศรษฐกิจที่ผ่านมา โดยมีการผสมผสานแนวคิดของยุทธศาสตร์ชาติและแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 คือ ยุทธศาสตร์การสร้างความเป็นธรรมและลดความเหลื่อมล้ำในสังคม เข้ามาปรับและบัญญัติไว้ให้สอดคล้องกัน เพื่อมุ่งเน้นการพัฒนาให้ประชาชนชาวไทยทุกคนได้รับผลประโยชน์จากการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยมีรายได้และคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น โดยผลักดันให้มีการกระจายความเจริญทางเศรษฐกิจไปยังทุกพื้นที่ทั่วประเทศ ชุมชนต่าง ๆ ต้องได้รับการสนับสนุนให้สามารถมีส่วนร่วมในการพัฒนาได้อย่างเข้มแข็งและยั่งยืน

3.2.1.2.2 สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาเศรษฐกิจ

พอเพียง

เศรษฐกิจพอเพียงเป็นปรัชญาชี้ถึงแนวการดำรงอยู่และปฏิบัติตนของประชาชนในทุกๆระดับ ตั้งแต่ระดับครอบครัว ระดับชุมชน จนถึงระดับรัฐ ทั้งในการพัฒนาและบริหารประเทศให้ดำเนินไปในทางสายกลาง โดยเฉพาะการพัฒนาเศรษฐกิจ เพื่อให้ก้าวทันต่อโลกยุคโลกาภิวัตน์ ความพอเพียง หมายถึง ความพอประมาณ ความมีเหตุผล รวมถึงความจำเป็นที่จะต้องมีระบบภูมิคุ้มกันในตัวที่ดีพอสมควร ต่อการกระทบใด ๆ อันเกิดจากการเปลี่ยนแปลงทั้งภายในภายนอก ประเทศไทยตระหนักถึงประโยชน์ของปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง ที่จะช่วยให้ชาวบ้านระดับฐานราก พอมีพอกิน สามารถยังชีพอยู่อย่างมีความสุข หากได้ยึดถือและเดินตามแนวปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง แม้แต่การประกอบกิจการหรือการดำเนินการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นกิจการเล็กหรือใหญ่ หากได้ยึดถือตามแนวปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง ก็จะช่วยให้อุปการกิจการหรือการดำเนินการนั้นเจริญเติบโต

¹⁷⁷ ยุวดี พ่วงรอด และคณะ, "นโยบายสาธารณะด้านการสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม กรณี ศึกษาองค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์ประทับช้าง อำเภอโพธิ์ประทับช้าง จังหวัดพิจิตร," *Journal of Roi Kaensam Academi* ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (2563). หน้า 1

อย่างยั่งยืนมั่นคง¹⁷⁸ ในปี พ.ศ. 2549 ประเทศไทยเริ่มบัญญัติให้ปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง เป็นแนวทางในการดำเนินนโยบายในรัฐธรรมนูญ

โดยจากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ได้มีการบัญญัติไว้ส่วนหนึ่งของคำปรารภที่กล่าวถึงความจำเป็นในการตรารัฐธรรมนูญออกใช้บังคับจำเป็นต้องกำหนดกลไกทางปกครองที่เหมาะสมแก่สถานการณ์ เพื่อใช้ไปพลางก่อน โดยคำนึงถึงหลักนิติธรรมตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การฟื้นฟูความรู้รักสามัคคี ระบบเศรษฐกิจ และความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง การเสริมสร้างระบบการตรวจสอบทุจริตที่เข้มแข็งและระบบจริยธรรมที่ดีงาม การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การปฏิบัติตามกฎบัตรสหประชาชาติ พันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ การส่งเสริมสัมพันธไมตรีกับนานาประเทศ การดำรงชีวิตตามหลักเศรษฐกิจพอเพียง¹⁷⁹

ต่อมาหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ 3 แนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน มาตรา 78 (1)¹⁸⁰ และในส่วนที่ 7 แนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ มาตรา 83¹⁸¹ ด้วยเช่นกัน อันนำมาสู่การบัญญัติถึงหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ให้ความสำคัญและประโยชน์ของการดำเนินการตามปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง จึงบัญญัติให้เป็นแนวนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินและกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของวัตถุประสงค์ในการดำเนินการงานขององค์กรตามที่กำหนดขึ้นในพระราชบัญญัตินั้น ๆ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการนำหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงของประเทศไทยมาประยุกต์ใช้ร่วมกับระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมที่ประเทศไทยรับเอาอิทธิพลจากประเทศฝั่งยุโรป โดยมุ่งหวังให้เกิดการนำไปใช้ในระบบเศรษฐกิจภายในสังคมและการบริหารราชการทางเศรษฐกิจ

¹⁷⁸ ประเมธี วิมลศิริ, "หลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง สู่การวางแผนพัฒนาประเทศไทยอย่างยั่งยืน," สถาบันพระปกเกล้า กันยายน - ธันวาคม 2559 (2559): หน้า 4-8.

¹⁷⁹ "รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549". ราชกิจจานุเบกษา. (2549) เล่ม 123, ตอน 102 ก. หน้า 1-14.

¹⁸⁰ มาตรา 78

รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้

(1) บริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปเพื่อการพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ และความมั่นคงของประเทศไทยอย่างยั่งยืน โดยต้องส่งเสริมการดำเนินการตามปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงและคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศไทยในภาพรวมเป็นสำคัญ

¹⁸¹ มาตรา 83 รัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการดำเนินการตามแนวปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง

3.2.1.2.3 ขจัดกาการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม

ภายใต้หลักการคิดในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมที่เชื่อว่ากาการแข่งขันจะเป็นกลไกที่มีประสิทธิภาพที่สุดในระบบเศรษฐกิจ โดยเป็นการป้องกันการผูกขาดและทำให้สังคมได้รับประโยชน์สูงสุดจากการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่จำกัด โดยประเด็นนี้สะท้อนให้เห็นถึงหลักการที่เริ่มต้นจากการที่รัฐจะต้องคอยสอดส่องดูแลไม่ให้เอกชนรายใดรายหนึ่งมีอำนาจครอบงำเหนือตลาด จนสามารถกำหนดราคาของสินค้าในตลาดให้มีราคาขึ้นลงได้ตามความต้องการของตนอันเป็นการเอาเปรียบผู้ประกอบการเอกชนรายอื่น ไม่ว่าจะเป็โดยการกักตุนสินค้าอันเป็นผลทำให้ขาดแคลนสินค้าในตลาดจนราคาเพิ่มขึ้นผิดปกติ หรือการกำหนดราคาจำหน่ายสินค้าที่ต่ำกว่าราคาตลาดจนผิดปกติโดยอาศัยความเป็นผู้ผลิตรายใหญ่หรือการร่วมมือกันระหว่างผู้ผลิตที่มีกำลังการผลิตมากเพื่อทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นหรือต่ำลงอย่างผิดปกติ เนื่องจากอุปสงค์ (Demand) และอุปทาน (Supply) ไม่สอดคล้องกัน สิ่งเหล่านี้จึงทำให้เกิดการแทรกแซงราคาตลาดนำมาสู่ปัญหาความไม่เสมอภาคทางเศรษฐกิจและความเหลื่อมล้ำทางด้านรายได้และทรัพย์สินของประชาชน ย่อมทำให้เกิดการผูกขาดทางเศรษฐกิจก็อาจเกิดขึ้นได้

ดังที่กล่าวมาแล้วในบทข้างต้น ทั้งนี้ เครื่องมือของรัฐที่ใช้ในการควบคุมดูแลรักษาตลาดให้เป็นตลาดเสรีได้ก็คือกลไกทางกฎหมายโดยตราขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์นี้ ดังนั้น รัฐในฐานะที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมจะเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจเพื่อป้องกันการผูกขาด โดยประเทศไทยได้มีกฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับแรกคือพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งในปัจจุบันได้แยกกฎหมายออกเป็น 2 ฉบับ คือพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542¹⁸² อันเป็นกฎหมายที่รัฐต้องออกมาเพื่อให้เป็นไปตามข้อยกเว้นของระบบเศรษฐกิจเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวได้มีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 75 วรรคแรก ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

3.2.1.2.4 พัฒนาศาามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ

การเพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ นั้น ถือเป็นหัวใจของการยกระดับการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยมีจุดเน้นหลักที่การพัฒนาศักยภาพของภาคเศรษฐกิจที่แท้จริง คือ ภาคการผลิตและบริการของประเทศ ซึ่งต้องเกิดจากความเข้มแข็งของปัจจัยสนับสนุนหลายด้าน ทั้งด้านทรัพยากรมนุษย์ ศักยภาพด้านเทคโนโลยีและนวัตกรรม โครงสร้างพื้นฐาน รวมทั้งกฎระเบียบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องที่เอื้อต่อการค้าการลงทุนและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรต่าง ๆ อย่างมีประสิทธิภาพและมูลค่าเพิ่มสูงสุด

¹⁸² วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "การพัฒนาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในภูมิภาคอาเซียน," วารสารร่วมพฤษภูมิ มหาวิทยาลัยเกริก ปีที่ 32 ฉบับที่ 3 (2557), หน้า 1-5.

จากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มุ่งหวังที่จะให้เกิดการขับเคลื่อนประเทศให้พัฒนาไปข้างหน้าได้อย่างเป็นขั้นตอน จนเกิดความมั่นคง มั่งคั่ง และยั่งยืน ทั้งในทางการเมืองการปกครองเศรษฐกิจและสังคม ตามระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ซึ่งกลไกของ “การปฏิรูปประเทศ” เป็นกลไกหนึ่งในการขับเคลื่อนการพัฒนาประเทศให้บรรลุเป้าหมายได้อย่างแท้จริงภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ โดยรัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญและกำหนดแนวนโยบายแห่งรัฐในการส่งเสริมและจัดให้มีกลไกหรือมาตรการเพื่อเป็นเครื่องมือการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ดังระบุไว้ในหลายมาตรา เช่น มาตรา 62¹⁸³ มาตรา 69¹⁸⁴ มาตรา 73¹⁸⁵ มาตรา 74¹⁸⁶ รวมทั้งมาตรา 75 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นหลักการที่สอดคล้องกับการปฏิรูปประเทศด้านเศรษฐกิจ 3 ด้าน คือ ด้านที่ 1 การเพิ่มความสามารถทางการแข่งขันของประเทศ ด้านที่ 2 ความเท่าเทียมและการเติบโตอย่างมีส่วนร่วม และด้านที่ 3 การปฏิรูปด้านสถาบันเศรษฐกิจ โดยการเพิ่มความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยมีจุดเน้นหลัก คือ การพัฒนาศักยภาพของภาคเศรษฐกิจที่แท้จริง อันได้แก่ ภาคการผลิตและบริการของประเทศ ซึ่งต้องเกิดจากความเข้มแข็งของปัจจัยสนับสนุนหลายด้าน ทั้งด้านทรัพยากรมนุษย์ ศักยภาพด้านเทคโนโลยีและนวัตกรรม โครงสร้างพื้นฐาน รวมทั้งกฎระเบียบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องที่เอื้อต่อการค้าการลงทุนและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรต่าง ๆ อย่างมีประสิทธิภาพและมูลค่าเพิ่มสูงสุดตามกลไกตลาดในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม ทั้งนี้ ในมาตรา 75 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นี้ จึงได้

¹⁸³ มาตรา 62

รัฐต้องรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัดเพื่อให้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคง อย่างยั่งยืนตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ และจัดระบบภาษีให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม

กฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรอบการดำเนินการทางการคลัง และงบประมาณของรัฐ การกำหนดวินัยทางการคลังด้านรายได้และรายจ่ายทั้งเงินงบประมาณและเงินนอกงบประมาณ การบริหารทรัพย์สินของรัฐและเงินคงคลังและการบริหารหนี้สาธารณะ

¹⁸⁴ มาตรา 69

รัฐพึงจัดให้มีและส่งเสริมการวิจัยและพัฒนาวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและศิลปวิทยาการแขนงต่าง ๆ ให้เกิดความรู้ การพัฒนา และนวัตกรรม เพื่อความเข้มแข็งของสังคมและเสริมสร้างความสามารถของคนในชาติ

¹⁸⁵ มาตรา 73

รัฐพึงจัดให้มีมาตรการหรือกลไกที่ช่วยให้เกษตรกรประกอบเกษตรกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ได้ผลผลิตที่มีปริมาณและคุณภาพสูง มีความปลอดภัยโดยใช้ต้นทุนต่ำ และสามารถแข่งขันในตลาดได้ และพึงช่วยเหลือเกษตรกรผู้ยากไร้ให้มีที่ทำกิน โดยการปฏิรูปที่ดินหรือวิธีอื่นใด

¹⁸⁶ มาตรา 74

รัฐพึงส่งเสริมให้ประชาชนมีความสามารถในการทำงานอย่างเหมาะสมกับศักยภาพและวัยและให้มีงานทำ และพึงคุ้มครองผู้ใช้แรงงานให้ได้รับความปลอดภัยและมีสุขอนามัยที่ดีในการทำงาน ได้รับรายได้ สวัสดิการ การประกันสังคม และสิทธิประโยชน์อื่นที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพ และพึงจัดให้มีหรือส่งเสริมการออมเพื่อการดำรงชีพเมื่อพ้นวัยทำงาน

รัฐพึงจัดให้มีระบบแรงงานสัมพันธ์ที่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการดำเนินการ

มีการผสมผสานให้ยุทธศาสตร์ชาติและแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 ได้เข้ามามีบทบาทในการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้รัฐธรรมนูญในมาตราดังกล่าวนี้ก็นำไปสู่การพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายทางด้านเศรษฐกิจเพื่อให้เศรษฐกิจไทยมีการเติบโตอย่างเข้มแข็งและมีประสิทธิภาพ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องในลำดับรองที่ต้องมีการปฏิรูปหรือปรับปรุงกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นต้น อันจะกล่าวในบทถัดไป

3.2.1.3. รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน

ในส่วนบทบัญญัติในมาตรา 75 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติว่า

“รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมการจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวที่กำหนดว่ารัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชนด้วย เว้นแต่มีความจำเป็นบางประการเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมการจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้หากพิจารณาในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ในหลักเกณฑ์ในเรื่องการห้ามรัฐเข้าไปประกอบ กิจกรรมในทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน อันเป็นหลักพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรี (Capitalism) สะท้อนให้เห็นถึงหลักการที่รัฐจะต้องทำให้กลไกของตลาดมีการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม (Competitive Market) โดยหลักการนี้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนและมีผลบังคับอย่างจริงจังเป็นครั้งแรกในประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง ซึ่งเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญในทางกฎหมายมหาชนของประเทศไทยเป็นครั้งแรก โดยกำหนดให้การล่วงละเมิดบทบัญญัติในเรื่องสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะอาศัย อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญเองกำหนดไว้และจะต้องกระทำโดย พระราชบัญญัติเฉพาะและเท่าที่มีความจำเป็นเท่านั้นโดยแสดงให้เห็นในมาตรา 27 และ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560¹⁸⁷

¹⁸⁷ มาตรา 27

บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคลฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

เมื่อพิจารณาในเรื่องหลักเกณฑ์การห้ามรัฐ ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ ในลักษณะที่เป็นการแข่งขันกับเอกชนที่ปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้บัญญัติเนื้อหาไว้ในมาตรา 87¹⁸⁸ โดยรัฐธรรมนูญฉบับหลักที่ใช้บังคับมาก่อนหน้านี้ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ก็มีข้อความทำนองคล้ายกันนี้บัญญัติอยู่แล้วเช่นกัน แต่ไม่มีลักษณะของการกำหนดเป็นข้อห้ามชัดเจน โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและการที่รัฐธรรมนูญไม่ได้มีสภาพบังคับโดยตรงต่อองค์กรของรัฐ โดยเฉพาะต่อองค์กรนิติบัญญัติ ไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมิให้มีการบัญญัติกฎหมายจำกัดตรอนสิทธิเสรีภาพได้ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้เริ่มกำหนดเป็นครั้งแรก ดังนั้น ก่อนปี พุทธศักราช 2540 จึงอาจกล่าวได้ว่า มิได้มีหลักการที่มีความชัดเจนแน่นอนในเรื่องการห้ามรัฐประกอบกิจการในทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนอยู่ในกฎหมายสูงสุดของประเทศ ทั้งนี้ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 68¹⁸⁹ แต่เพียงเป็นแนวทางปฏิบัติของเรื่องดังกล่าว

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุคนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

มาตรา 29

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

¹⁸⁸ มาตรา 87

รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คุ้มครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้น การตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจและไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณสุข

¹⁸⁹ มาตรา 68

รัฐพึงสนับสนุนให้เอกชนได้มีการริเริ่มในทางเศรษฐกิจรัฐพึงประกอบกิจการอันมีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคในทางที่จะให้เป็นประโยชน์แก่ประชาชนเป็นส่วนรวม การประกอบกิจการอันมีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคโดยเอกชนจะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

รัฐพึงวางมาตรการมิให้มีการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจโดยเอกชนที่ได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทั้งนี้ไม่ว่าการผูกขาดตัดตอนนั้นจะเป็นโดยทางตรงหรือทางอ้อม

โดยในเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการล่วงละเมิดมิได้ของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิเสรีภาพซึ่งจะต้องมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร กับทั้งในเรื่องหลักการห้ามมิให้รัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน โดยได้มีการปรับปรุงถ้อยคำของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ให้มีความชัดเจนมากขึ้น และได้บัญญัติไว้ในหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานของรัฐ มาตรา 84 (1)¹⁹⁰ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นหลักการในการทำนองเดียวกับมาตรา 75 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560¹⁹¹

จากการพิจารณาหลักการห้ามมิให้รัฐเข้าแทรกแซงหรือดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจตามแนวคิดของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้น จากการศึกษากรณีหลักการแข่งขันเสรีของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไปในบทก่อนหน้าแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสมีระบบศาลปกครอง (Conseil d'Etat) เพื่อควบคุมการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีระบบศาลรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) เพื่อควบคุมการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ มิให้ขัดหรือแย้งต่อหลักการนี้ ซึ่งเป็นหลักการที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ และโดยที่ประเทศไทยได้จัดให้มีระบบศาลปกครองเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีศาลรัฐธรรมนูญเพื่อควบคุมการตรากฎหมายของรัฐมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญตามแนวทางของประเทศภาคพื้นยุโรปเช่นเดียวกับที่เป็นอยู่ในฝรั่งเศส¹⁹²

ทั้งนี้ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ได้วินิจฉัยหลักการห้ามประกอบกิจการทางเศรษฐกิจในลักษณะที่แข่งขันกับเอกชนไปในแนวทางที่เห็นว่า หากมีกฎหมายให้อำนาจและมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวมหรือตอบสนองความต้องการบริการสาธารณะแล้ว รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอาจเข้าประกอบกิจการทางเศรษฐกิจได้ หากว่าการเข้า

¹⁹⁰ มาตรา 84

รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้

(1) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด และสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค

¹⁹¹ สุรพล นิติไกรพจน์, "ปตท. กับ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ State and Their Prohibiting to Conduct Business : A Case Study of the Ptt Group Purchase of Glow and the Café Amazon Shares," วารสารสังคมวิจัยและพัฒนา ปีที่ 1 ฉบับที่ 4 (2562), หน้า 2

¹⁹² Ibid. หน้า 7-9.

ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจนั้น “เป็นไปโดยหลักความเสมอภาคภายใต้กลไกตลาด” เช่น ในคำพิพากษาลงวันที่ 17 เมษายน 1964 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า¹⁹³

“ในฤดูตากอากาศที่มีประชาชนจำนวนมาก ต้องการที่พักอาศัยเพื่อตั้งแคมป์พักตากอากาศ และกิจการให้เช่าที่พักเพื่อตั้งแคมป์ของเอกชน ไม่มีสถานที่เพียงพอที่จะรองรับความต้องการดังกล่าวได้ เทศบาลตำบลที่อยู่ริมทะเลย่อมสามารถเปิดให้บริการเช่าสถานที่ หรือตั้งแคมป์ในลักษณะเดียวกันกับที่เอกชนดำเนินการได้”

คำพิพากษาลงวันที่ 18 ธันวาคม 1959¹⁹⁴

“การจัดตั้งสถานีสervisน้ำมันเชื้อเพลิงภายในพื้นที่ที่จัดรถยนต์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดจากศาลปกครองสูงสุดว่าสามารถกระทำได้ หากว่ามีความจำเป็นที่ต้องจัดทำบริการนั้นและได้จำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิงในราคาเดียวกันกับสถานีสervisน้ำมันของเอกชน”

แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ภายใต้สถานการณ์ที่รัฐมีความจำเป็นตามกฎหมายหรือมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือมีความจำเป็นในการรักษาประโยชน์ส่วนรวมในการที่จะต้องเข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจที่มีเอกชนเป็นผู้ดำเนินการอยู่แล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยชี้ขาดตีความตามหลักเรื่องตลาดเสรีหรือหลักการทำงานของกลไกตลาดไปในทิศทางเพื่อจะอธิบายว่าหากมีความจำเป็นต้องเข้าไปดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจ รัฐก็จะต้องดำเนินการภายใต้หลักความเสมอภาค คือจะต้องไม่เอาเปรียบเอกชนผู้ประกอบกิจการนั้นและจะต้องประกอบกิจการในลักษณะและเงื่อนไขอย่างเดียวกับเอกชน โดยต้องจำหน่ายสินค้าและบริการนั้นในราคาตลาด และต้องไม่มีความได้เปรียบในเชิงโครงสร้างหรือวิธีการบริหารจัดการในกิจการนั้นยิ่งไปกว่าผู้ประกอบการเอกชน

ดังนั้น ในประเด็นเกี่ยวกับการตีความในมาตรา 75 วรรคสอง ในกรณีรัฐต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ย่อมต้องตีความตามแนวทางของศาลในฝรั่งเศสเพื่อมาใช้ประโยชน์เกี่ยวกับกรณีหลักการห้ามรัฐมิให้เข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชน

จากที่กล่าวมาพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรา 75 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้นำหลักการของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางสำหรับกรณีของประเทศไทย เนื่องจากศาลสูงของฝรั่งเศสได้วางหลักเกณฑ์และตีความ

¹⁹³ Conseil d'Etat, Section, 17 avril 1964, Commune de Merville-Franceville, requête numéro 57680, rec. p. 231 อ้างใน ปตท. กับ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ. หน้า 7-9.

¹⁹⁴ C.E. 18 December 1959, Delansombre อ้างใน ปตท. กับ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ. หน้า 9.

หลักการแข่งขันเสรี ที่มุ่งหมายมาตั้งแต่แรกว่าจะห้ามมิให้เอกชนเอาเปรียบคู่แข่งอื่น ๆ มาเป็นหลักการห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะแข่งขันกับเอกชน ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 75 บัญญัติรับรองไว้ โดยได้แสดงให้เห็นถึงการบัญญัติอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรใน “หลักการไม่แข่งขันกับเอกชน” แต่การบัญญัติใน “หลักการแข่งขันอย่างเสมอภาค” มีความจำเป็นที่จะต้องตีความในหลักการของแนวนโยบายแห่งรัฐร่วมด้วย ซึ่งหมายความว่า หากว่ารัฐหรือนิติบุคคลมหาชนจำเป็นจะต้องเข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับการประกอบการของเอกชน รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนนั้นก็ต้องประกอบกิจการนั้นในลักษณะที่เท่าเทียมกันและไม่มีข้อกำหนดใดที่ให้ประโยชน์หรือเอาเปรียบเอกชนรายอื่นด้วย เว้นแต่หากมีความจำเป็นต้องเข้าไปดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจ รัฐก็ต้องดำเนินการภายใต้หลักความเสมอภาค ทั้งนี้ ในมาตรา 75 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นด้วย เช่นกัน หากมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมการจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ โดยสะท้อนให้เห็นถึงข้อยกเว้นของหลักการแข่งขันเสรีที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

นอกจากนี้ ประเทศไทยมีตัวอย่างตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณี รัฐสามารถเข้าไปควบคุมการแทรกแซงทางเศรษฐกิจได้ โดยจะต้องพิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความเป็นธรรม เสมอภาคและได้สัดส่วน โดยอยู่ภายใต้กรอบของหลักเศรษฐกิจเสรีนิยมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยสามารถกระทำได้โดยผ่านองค์กรตุลาการ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยอันแสดงถึงการควบคุมการแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยองค์กรตุลาการที่เกี่ยวข้องกับระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม เช่น

ก. คำวินิจฉัยที่ 2-4/2555 เรื่อง พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 32 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่¹⁹⁵

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551¹⁹⁶ เป็นบทบัญญัติที่เป็นมาตรการในการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ แม้ว่าการห้ามโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือการแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะมีผลกระทบต่อการขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของผู้ประกอบอาชีพดังกล่าว ซึ่งหากฝ่าฝืนมีความผิดและมีโทษทางอาญาอันเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการ

¹⁹⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 2-4/2555

¹⁹⁶ มาตรา 32 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อัน เป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือโดยอ้อม

ประกอบอาชีพอยู่บางส่วนก็ตาม แต่ก็เป็นการจำกัดเสรีภาพภายในขอบเขตที่มาตรา 43 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้อำนาจกระทำได้เป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพเพียงเท่าที่จำเป็น เนื่องจากมิได้ห้ามการโฆษณาโดยเด็ดขาด มิได้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคล โดยมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลที่ขายสินค้าประเภทนั้น ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง อันเป็นไปตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และในวรรคสามของมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ฯ นั้น ก็เป็นบทบัญญัติที่มีให้ใช้บังคับกับการโฆษณาที่มีต้นกำเนิดนอกราชอาณาจักร เนื่องจากมีการถ่ายทอดสดผ่านดาวเทียมมาจากต่างประเทศ ซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมและการโฆษณานั้นย่อมสิ้นสุดไปพร้อมกับการถ่ายทอดสดรายการนั้น ๆ มิได้ปรากฏให้เห็นอยู่ตลอดไปเหมือนดังเช่นการโฆษณาที่มีต้นกำเนิดภายในราชอาณาจักร

ดังนั้น มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 29 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ข. คำวินิจฉัยที่ 9/2562 เรื่อง พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 164 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 และมาตรา 75 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่¹⁹⁷

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 164¹⁹⁸ บัญญัติให้การผลิตบุหรี่ยิกาแรตเป็นกิจการผูกขาดของรัฐมีความมุ่งหมายควบคุมการผลิตบุหรี่ยิกาแรตและควบคุมการบริโภคยาสูบของประเทศเนื่องจากบุหรี่ยิกาแรตเป็นสิ่งเสพติดชนิดหนึ่งที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนจำเป็นต้องควบคุมปริมาณการผลิตกระบวนการผลิตและจำหน่ายยาสูบให้ได้คุณภาพและมาตรฐานมิให้กระทบต่อสุขภาพของประชาชนซึ่งดำเนินการโดยการยาสูบแห่งประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการยาสูบแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2561 ภายใต้การควบคุมดูแลของรัฐสามารถปรับนโยบายให้ตอบสนองกับนโยบายของรัฐได้ง่ายกว่ากิจการที่ดำเนินการโดยเอกชน หากปล่อยให้เอกชนผลิตบุหรี่ยิกาแรตโดยเสรีย่อมมีผลให้ปริมาณการผลิตเพิ่มขึ้นและมีราคาถูกลงเพราะการดำเนินการของเอกชนย่อมหวังการแสวงหากำไร ซึ่งกำไรนั้นก็มาจากการบริโภคของประชาชนทำให้อัตราส่วนผู้สูบบุหรี่ก็จะสูงขึ้นยากต่อการควบคุมโดยเฉพาะเยาวชนสามารถเข้าถึงและหาซื้อได้โดยง่ายอันจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพและพลานามัยของประชาชนรัฐจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลเป็นเงินจำนวนมากในแต่ละปีซึ่งขัดกับนโยบายของภาครัฐที่ต้องการให้

¹⁹⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9/2562

¹⁹⁸ มาตรา 164 การผลิตบุหรี่ยิกาแรตเป็นกิจการผูกขาดของรัฐ

ประชาชนลดการบริโภคยาสูบตั้งจะเห็นได้จากการริเริ่มตราพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535 จนมาถึงพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 ในปัจจุบัน เพื่อกำหนดมาตรการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบและยกระดับการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของประชาชนโดยเฉพาะเด็กและเยาวชนซึ่งเป็นทรัพยากรที่สำคัญของชาติถือเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องรับผิดชอบต่อปัญหาสุขภาพของประชาชนอันเกิดจากการบริโภคสินค้าดังกล่าวโดยสอดคล้องกับกรอบอนุสัญญาขององค์การอนามัยโลกว่าด้วยการควบคุมยาสูบที่ประเทศไทยเป็นภาคีเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าว จึงเป็นไปเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคและเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนถือเป็นประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะที่รัฐสามารถตรากฎหมายขึ้นจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลในการประกอบอาชีพผลิตและจำหน่าย บุหรี่ซิการ์เรตได้ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 40 วรรคสอง ประกอบกับเมื่อซึ่งนำหน้า าระหว่างหลักประกันเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองไว้กับประโยชน์ของรัฐ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้แล้ว เห็นได้ว่ารัฐมีความจำเป็นต้องเข้าไปดำเนินการผลิต บุหรี่ซิการ์เรตแต่เพียงผู้เดียว แม้จะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลแต่ก็เป็นไป เท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและสุขภาพของประชาชนอันเป็นประโยชน์สาธารณะที่สำคัญยิ่งทั้ง บทบัญญัติดังกล่าว มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่ บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมไม่ได้จำกัดเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่ เหตุและไม่ได้กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลแต่อย่างใด ดังนั้นพระราชบัญญัติภาษี สรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 164 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ส่วนพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 164 ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 75 หรือไม่ เห็นว่าพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2560 มาตรา 164 ที่บัญญัติให้การผลิตบุหรี่ยิการ์เรตเป็นกิจการผูกขาดของรัฐถือว่ารัฐเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจอันเป็น ภารกิจของรัฐในฐานะผู้ควบคุมเศรษฐกิจที่อาศัยอำนาจสาธารณะหรืออำนาจมหาชนสั่งการและบังคับ ให้เกิดผลมีความมุ่งหมายควบคุมการผลิตบุหรี่ยิการ์เรตและควบคุมการบริโภคยาสูบในประเทศ เนื่องจากบุหรี่ยิ การ์เรตเป็นสิ่งเสพติดชนิดหนึ่งที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนจำเป็นต้องควบคุมปริมาณการผลิต กระบวนการผลิตและจำหน่ายยาสูบให้ได้คุณภาพและมาตรฐาน มิให้กระทบต่อสุขภาพของประชาชน มิได้เป็นกรณีของรัฐไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจใน อุตสาหกรรมบุหรี่ยิการ์เรตไม่ถือเป็นการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรมและไม่ถือเป็นการที่รัฐ ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชนเนื่องจากเป็นกรณีที่รัฐมีความจำเป็นเพื่อ ประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐและรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมดังนั้นพระราชบัญญัติภาษี

สรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 164 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 75

ดังนั้น พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 164 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 และมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

จากที่ยกตัวอย่างมาข้างต้น แสดงให้เห็นว่าหลักการของมาตรา 75 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นลักษณะการห้ามรัฐต้องไม่ประกอบกิจการซึ่งมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เป็นหลัก แต่รัฐสามารถเข้าไปประกอบกิจการอันมีลักษณะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม และการจัดให้มีสาธารณูปโภคโดยยึดถือประโยชน์ของชาติและประชาชน ทั้งนี้ รัฐสามารถเข้าควบคุมการแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยอาศัยอำนาจขององค์กรตุลาการ

เมื่อพิจารณามาตรา 75 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สามารถแบ่งข้อยกเว้นที่รัฐสามารถแข่งขันกับเอกชน ได้ดังนี้

ก. การรักษาความมั่นคงของรัฐ

ความมั่นคงของรัฐ หมายถึง ความอยู่รอดปลอดภัย (Survival) และความเจริญก้าวหน้า (Growth) ของรัฐ ตลอดจนความเป็นปึกแผ่นแน่นแฟ้นคงทนของชาติ พร้อมทั้งจะเผชิญกับสถานการณ์ทุกรูปแบบได้ในอนาคต และการที่ชาติจะมีความมั่นคงและปลอดภัยจากอันตรายทั้งปวงได้นั้น จะต้องปราศจากสิ่งทีเรียกว่า ภัยคุกคาม (Threats) นอกจากนี้ยัง หมายถึง การดำรงรักษาไว้ซึ่งเอกราชของชาติ บุรณาภาพแห่งดินแดน สวัสดิภาพของประชาชน การปกครองระบอบประชาธิปไตย หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าในกรณีที่รัฐสามารถประกอบกิจการที่แข่งขันกับเอกชนได้ อย่างไรก็ตาม โดยสภาพแล้วกิจการค้าหรืออาชีพบางประเภทหากให้เอกชนดำเนินการอาจก่อให้เกิดผลร้ายต่อความมั่นคงและหรือเศรษฐกิจของประเทศขึ้นได้ เช่น ค้าอาวุธ การประกอบธุรกิจธนาคาร ธุรกิจเงินทุนหลักทรัพย์ จะเห็นได้ว่าการประกอบธุรกิจเหล่านี้ หากเป็นในกรณีที่เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงของรัฐและเศรษฐกิจของรัฐต้องสันคลอนไปได้ เพราะกิจการค้าอาวุธนั้น อาจทำให้อาวุธต่าง ๆ ตกไปอยู่ในมือของโจรผู้ร้ายหรือผู้ก่อการร้ายได้โดยง่าย ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาความมั่นคง และเกิดความเดือดร้อนต่อประชาชน ส่วนธุรกิจธนาคารหรือธุรกิจเงินทุนทรัพย์นั้น เนื่องจากเป็นธุรกิจที่ต้องระดมทุนจากทั้งภายในและภายนอกประเทศเป็นจำนวนมาก ถ้าหากเอกชนบริหารจัดการไม่ได้ มาตรฐานก็จะก่อให้เกิดปัญหาภาวะเศรษฐกิจของชาติได้เช่นกัน

ข. การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม

ประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ส่วนรวม (Public Interest) เป็นถ้อยคำที่ใช้ในบริบทกฎหมายมหาชนอย่างกว้างขวาง ในบางประเทศในทวีปยุโรป อันเป็นหัวใจของ

การกระทำทั้งหมดของผู้ใช้อำนาจรัฐรวมไปถึงฝ่ายปกครองด้วย ซึ่งคำว่าประโยชน์สาธารณะเป็นถ้อยคำที่มีพลวัตสูงมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละสังคมและยุคสมัย ทั้งนี้ การตีความถ้อยคำดังกล่าวจึงต้องมีเกณฑ์พิจารณาพอสมควร ดังนั้น เมื่อประโยชน์สาธารณะเป็นหัวใจของทุกการกระทำของผู้ใช้อำนาจรัฐ การพิจารณาทบทวนตรวจสอบเพื่อให้เกิดการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง จึงนอกเหนือจากหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะถือเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย โดยฝ่ายปกครองก็จำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์ที่มั่นคงมาพิจารณาประกอบข้อเท็จจริงและวินิจฉัยเป็นรายกรณี¹⁹⁹ ซึ่งส่วนรวมในความหมายโดยนัยของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับนี้จึงหมายถึงประชาชนเป็นสำคัญ โดยการรักษาสถิติประโยชน์ส่วนรวมนี้สะท้อนให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญกับประโยชน์ส่วนรวมเป็นที่ตั้ง ดังนั้น การที่รัฐจะเข้ามาดำเนินการแข่งขันกับเอกชนได้ ก็เพื่อกิจการอันเกี่ยวเนื่องกับการรักษาสถิติประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ มิใช่ส่วนตนหรือของรัฐเอง โดยรัฐจะต้องคำนึงถึงเงื่อนไขในการรักษาสถิติประโยชน์ส่วนรวมเพื่อให้เกิดการบริหารจัดการที่ดี สนับสนุนบทบาทการลงทุนของภาคเอกชนที่คำนึงถึงประสิทธิภาพการให้บริการเพื่อลดภาระการลงทุนของภาครัฐ และเป็นการเลือกให้ประชาชนได้รับบริการที่ดีมีคุณภาพดีขึ้นและคุ้มครองประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ค. การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการบริการสาธารณะ

รัฐจะเข้าแข่งขันกับเอกชนได้ด้วยข้อยกเว้น คือการจัดให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐในทางเศรษฐกิจ และต้องมีให้สาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอยู่ในความผูกขาดของเอกชนอันอาจก่อความเสียหายแก่รัฐ โดยกิจการเหล่านี้รัฐจะเป็นผู้ดำเนินการเป็นส่วนใหญ่ เช่น กิจการสาธารณูปโภคที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวัน อาทิ ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ การสื่อสาร การขนส่งมวลชน เป็นต้น เนื่องจากเป็นกิจการที่ส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนจำนวนมาก เพราะปัจจุบันประชาชนต้องพึ่งพาสาธารณูปโภค หากกิจการเหล่านี้หยุดชะงักไม่สามารถขับเคลื่อนได้อย่างต่อเนื่องตามหลักเกณฑ์การจัดทำบริการสาธารณะที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นย่อมจะส่งผลให้เกิดปัญหาในด้านต่าง ๆ และก่อให้เกิดความวุ่นวายในวงกว้างได้ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้ให้ข้อยกเว้นในกรณีนี้ซึ่งรัฐสามารถดำเนินการแข่งขันกับเอกชนได้แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานความเสมอภาคเป็นสำคัญ มิฉะนั้นแล้วจะทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน และหากปล่อยให้มีการประกอบกิจการด้านการสาธารณูปโภคโดยไม่มีกำกับดูแลแล้วผู้ประกอบกิจการอาจอาศัยช่องทางดังกล่าวเพื่อแสวงหากำไรและเกิดการเอาเปรียบผู้บริโภคและประชาชนได้

¹⁹⁹ อนันต์ คงเครือพันธ์, "“ประโยชน์สาธารณะ” ในแง่มุมคดีปกครอง," วารสารนิติศาสตร์ (2561), หน้า 2-5.

จากที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า ตามมาตรา 75 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีหากมีความจำเป็นต้องเข้าไปดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจ รัฐก็ต้องดำเนินการภายใต้หลักความเสมอภาค ซึ่งในวรรคสองนี้สะท้อนให้เห็นถึงหลักการแข่งขันเสรีอย่างชัดเจน โดยมีแนวคิดระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมคลาสสิก (Neo Classic) และแนวคิดระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมใหม่ (Neo-Liberals) ผสมอยู่ในวรรคเดียวกัน แม้จะมีได้มีการบัญญัติถึงระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนเหมือนกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ พุทธศักราช 2550 ฉบับก่อน ๆ ก็ตามแต่นัยหนึ่งก็มีลักษณะแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับระบบเศรษฐกิจที่มีการแข่งขันเสรี ควบคู่ไป กับบทบาทของรัฐในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนในสังคม

3.2.2 การจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ไว้ในมาตรา 40 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม ในวรรคสองของมาตราดังกล่าวก็ได้บัญญัติการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไว้ด้วย โดยเป็นลักษณะการจำกัดสิทธิเสรีภาพนอกจากจะอาศัยอำนาจตามหลักการเฉพาะแล้วยังต้องอยู่ภายใต้หลักการทั่วไปอันเป็นสาระสำคัญของการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติไว้ ดังนั้น ในการศึกษาหัวข้อการจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จำเป็นต้องแยกการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ การจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 40 และการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามหลักการทั่วไปสำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามมาตรา 26

3.2.2.1 การจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 40

เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และเสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรมตามที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้เป็นเสรีภาพที่ได้รับรองแบบเด็ดขาด เนื่องจากในวรรคสองของมาตราดังกล่าว ได้บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” โดยเป็นการกำหนดกรอบว่าจะทำได้ในกรณีใดบ้าง ในการดำเนินการตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพตามวรรคสองนี้ จำเป็นต้อง

พิจารณามาตรา 26 และมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ดังที่ได้อธิบายมาในหัวข้อก่อนหน้านี้ เพราะการจำกัดเสรีภาพเป็นข้อยกเว้นจึงต้องพิจารณาจำกัดเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยจากมาตรา 40 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ สามารถแสดงถึงเงื่อนไขหรือวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพที่ได้บัญญัติไว้ 5 ประการ ดังนี้

3.2.2.1.1 เพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ

เสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นหลักสากลที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญในประเทศเศรษฐกิจเสรีนิยมรวมถึงประเทศไทยที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพแต่การประกอบอาชีพนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องอยู่บนพื้นฐานของศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ ความปลอดภัย ความสงบและความเรียบร้อย การรักษาการป้องกันและการประกันในชาติบ้านเมืองดำรงอยู่ได้ตลอดจนทำให้บรรลุดัตถประสงค์ของชาติด้วย โดยการประกอบการค้าหรืออาชีพใดอาชีพหนึ่งนั้น เสมือนว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของคนแต่ละคน แต่อย่างไรก็ตาม โดยสภาพแล้วกิจการค้าหรืออาชีพบางประเภทอาจก่อให้เกิดผลร้ายต่อความมั่นคงและหรือเศรษฐกิจของประเทศขึ้นได้ เช่น ค่าอาวุธสงคราม การเปิดบ่อนการพนัน รับห่วยใต้ดิน เป็นต้น หรือแม้แต่ธุรกิจ เงินทุน หลักทรัพย์หรือสกุลเงินเหรียญดิจิทัล หรือ คริปโตเคอร์เรนซี (Cryptocurrency) คือ สินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset) ประเภทหนึ่งที่มีการรักษาความปลอดภัยด้วยการเข้ารหัส ถูกออกแบบมาเพื่อใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเช่นเดียวกับสกุลเงินทั่วไป (Fiat Currency) เพียงแต่ไม่สามารถจับต้องได้ และโทเคน (Token) ซึ่งเป็นสกุลเงินดิจิทัลที่ถูกสร้างขึ้นมาจากเครือข่ายบล็อกเชนของคนอื่นไม่มีเครือข่ายเป็นของตัวเอง ที่พบได้ในปัจจุบัน เป็นต้น สิ่งเหล่านี้หากไม่มีการควบคุมโดยรัฐหากอาจทำให้ความความมั่นคงของชาติได้รับผลกระทบได้ ซึ่งการประกอบอาชีพใดอาชีพหนึ่งนั้นจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงความมั่นคงของรัฐและระบบเศรษฐกิจของประเทศเป็นสำคัญ

3.2.2.1.2 เพื่อการแข่งขันอย่างเป็นธรรม

การแข่งขันถือเป็นหัวใจสำคัญสำหรับการประกอบอาชีพ เพราะหากผู้ประกอบอาชีพไม่สามารถเข้าแข่งขันทางการค้าได้อย่างเสรีและเป็นธรรมแล้ว ก็เท่ากับว่าไม่สามารถประกอบอาชีพนั้นได้อย่างแท้จริง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทข้างต้น หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า การแข่งขันทางการค้าและการประกอบอาชีพอย่างเสรีและเป็นธรรมนั้น ส่งผลดีต่อประชาชนในภาพรวมเป็นส่วนใหญ่ แต่หากการประกอบอาชีพนั้นทำให้เกิดการแข่งขันไม่เป็นธรรมขึ้นรัฐสามารถออกบทบัญญัติเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมขึ้นมาได้ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย เช่น สหรัฐอเมริกา กลุ่มประเทศประชาคมยุโรป ออสเตรเลีย เป็นต้น ล้วนแต่ให้ความสำคัญกับอำนาจรัฐในการบัญญัติกฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเพื่อจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน สำหรับในประเทศไทย ได้มีการตรากฎหมาย

ขึ้นหลายฉบับเพื่อจัดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เช่น พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 เป็นต้น

3.2.2.1.3 เพื่อการป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด

การผูกขาดเป็นเสมือนอีกขั้วหนึ่งของตลาดที่จะไม่มีการแข่งขันทางการค้าเกิดขึ้นเลย เจ้าของธุรกิจ หรือผู้ประกอบการอาชีพหากมีเพียงรายเดียวและสามารถตั้งราคาสินค้าได้ตามใจชอบทำให้ผู้บริโภคต้องตกอยู่ในภาวะจำยอมเนื่องจากไม่มีทางเลือก ผู้ประกอบการหรือผู้ประกอบการอาชีพจึงได้รับกำไรจากธุรกิจผูกขาดอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย โดยทั่วไปแล้ว การผูกขาดมักจะเกิดขึ้นกับธุรกิจแบบครบวงจร เพราะสามารถผลิตสินค้าได้ด้วยตนเอง และสามารถเลือกที่จะไม่จ่ายวัตถุดิบชั้นกลางให้กับธุรกิจคู่แข่งได้ทำให้เป็นเสมือนการบังคับโดยอ้อมให้คู่แข่ง รายอื่นหมดหนทางต่อสู้ และธุรกิจอีกประเภทที่มักเกิดการผูกขาด คือ ธุรกิจที่ได้รับสัมปทานจากทางภาครัฐ เช่น โทรคมนาคม สุรา ผู้ประกอบการจึงมีอำนาจในการกำหนดราคา เพื่อแสวงหากำไร และยังสามารถช่วงชิงส่วนแบ่งทางการตลาดจากสินค้าที่มีการแข่งขันเสรีได้จากนโยบายของทางภาครัฐอีกด้วย และการผูกขาดนั้นมีความสัมพันธ์กับการประกอบอาชีพดำรงตำแหน่งทางการเมืองในทิศทางทั้งไปและกลับ กล่าวคือ การดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะช่วยสนับสนุนปัจจัยด้านเศรษฐกิจ แต่ในขณะเดียวกัน ภาคธุรกิจก็สามารถหนุนนำภาคการเมืองได้เช่นกัน แม้ว่าในปัจจุบันความสัมพันธ์ระหว่าง การเมืองและภาคธุรกิจจะลดน้อยลงแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีให้เห็นได้เป็นเรื่องปกติ²⁰⁰

จากการศึกษาเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ให้ความสำคัญกับการป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาดในการประกอบอาชีพจึงได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว เพื่อต้องการที่จะจัดการผูกขาดซึ่งส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน อันนำมาสู่การตรากฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการผูกขาด โดยมีสาระสำคัญของเนื้อหาที่ครอบคลุมด้านการผูกขาดด้วย ทั้งนี้ กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust Laws) จึงเป็นสิ่งสำคัญมากต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพจึงสามารถกระทำได้เท่าที่จำเป็นอันเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ

3.2.2.1.4 เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค

การคุ้มครองผู้บริโภค หมายถึง การปกป้องดูแลผู้บริโภค ให้ได้รับความปลอดภัย เป็นธรรม และประหยัด จากการบริโภคสินค้าและบริการ ซึ่งในปัจจุบันมีการแข่งขันกันในเรื่องธุรกิจมาก ทำให้ผู้ผลิตแข่งขันผลิตและบริการ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภค แต่พบว่า มีผู้ผลิตจำนวนไม่น้อย ที่ไม่คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้บริโภค ด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องทำหน้าที่ดูแลและกำกับแก้ไข โดยมีจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคในทางกฎหมายเพื่อ

²⁰⁰ เตือนเด่น นิคมบริรักษ์, การผูกขาดกับความเหลื่อมล้ำในภาคธุรกิจ (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2552). หน้า 13-23.

คุ้มครองผู้บริโภค ไม่ให้เสียเปรียบผู้ผลิต ไม่ให้ตกเป็นเหยื่อของการโฆษณา เพื่อควบคุมสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐาน ไม่ปลอดภัย หรือเป็นอันตรายต่อผู้บริโภค และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองสิทธิของประชาชนซึ่งเป็นผู้บริโภค จึงเป็นเหตุผลที่รัฐจะสามารถตรากฎหมายขึ้น เพื่อจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรมได้ หากการประกอบอาชีพนั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิทั้งหลายของผู้บริโภคในส่วนรวม

พิจารณาแล้วเห็นว่า เหตุที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงสิทธิของผู้บริโภคไว้เนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่ฐานะผู้บริโภคไม่สามารถหลีกเลี่ยงผลกระทบอันเกิดจากการบริโภคได้ เนื่องจากผู้บริโภคมีฐานะไม่เท่าเทียมกับผู้ผลิต ทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ ดังนั้น เพื่อให้ประชาชนในฐานะผู้บริโภคมีสิทธิ ได้รับการคุ้มครองสิทธิของตน รัฐธรรมนูญจึงจัดตั้งให้ มีองค์การอิสระที่ประกอบด้วยตัวแทน ผู้บริโภคที่จะมาทำหน้าที่ให้ความเห็นในการตรากฎ ข้อบังคับ และกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection) และมีส่วนร่วมในการ กำหนดทิศทางและแนวทาง เพื่อคุ้มครองสิทธิของตนเอง และเพื่อให้พ้นจากการโดนเอาเปรียบจาก เอกชนผู้ประกอบการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ ประชาชนมีส่วนร่วมในระบบการเมือง (Realpolitik) มากขึ้น²⁰¹ ทั้งนี้ การบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย จึงเป็นการวางแนวทางในด้านการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ไว้ อันนำมาสู่การตรากฎหมายในลำดับรองฉบับต่าง ๆ ที่บังคับใช้ในประเทศไทย เช่น พระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นต้น

3.2.2.1.5 เพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

คำว่า อาชีพ สามารถจำแนกออกได้ 2 ประเภท คือ “อาชีพ” โดยทั่วไป ซึ่งบุคคลที่ประสงค์จะประกอบอาชีพเช่นนี้ย่อมสามารถเข้าดำเนินการได้ทันที เช่น แม่ค้า พ่อค้าขายของในตลาดนัด ตลาดสด เจ้าของกิจการ พนักงานบริษัท เป็นต้น ส่วนอีกประเภทหนึ่ง คือ “วิชาชีพ” ซึ่งไม่ใช่ใครหรือบุคคลทั่วไปจะยึดเป็นอาชีพสำหรับตนเองได้ เพราะการประกอบวิชาชีพต่าง ๆ เช่น แพทย์ ผู้ตรวจสอบบัญชี พยาบาล นักเทคนิคการแพทย์ เกษษกร ทนายความ สถาปนิก เป็นต้น โดยความสำคัญของวิชาชีพ คือ ผู้จะประกอบอาชีพบางอาชีพที่เป็นวิชาชีพได้ ต้องเรียนรู้ในวิชานั้นโดยเฉพาะ และมีความรู้ความเชี่ยวชาญในทักษะของวิชาชีพตนเองเป็นการเฉพาะ เพื่อนำมาประกอบอาชีพเพื่อเลี้ยงชีวิต โดยการประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับชีวิตผู้คนจึงต้องมีกฎหมายกำหนด

²⁰¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ภาพรวมของรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, ed. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2546). หน้า 44-45.

ไว้แน่นอน และเพื่อไม่ให้ผู้ประกอบวิชาชีพนำอาชีพไปล่วงละเมิดผู้รับบริการจึงต้องมี “จริยธรรม” หรือ “จรรยาวิชาชีพ” กำหนด

อาชีพเหล่านี้จึงต้องเรียนรู้ในลักษณะของวิชาการเพื่อใช้วิชาการนั้นมาประกอบวิชาชีพการประกอบอาชีพที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชนโดยตรง และมีแนวทางการปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพเป็นของตัวเอง ดังนั้นก่อนที่จะมาประกอบวิชาชีพดังกล่าวได้ นอกจากจะต้องได้รับการศึกษาในวิชาชีพนั้นอย่างลึกซึ้งแล้วยังต้องได้รับการอบรมปลูกฝังเกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติเฉพาะของผู้ประกอบอาชีพก่อนด้วย ผู้ประกอบวิชาชีพแต่ละสาขาจึงอาจรวมตัวกันเป็นสมาคม เช่น สมาคมนายความ สภาวิชาชีพบัญชี เป็นต้น เพื่อทำหน้าที่ควบคุมดูแลบรรดาผู้ประกอบวิชาชีพในสาขาของตนให้ประกอบวิชาชีพโดยซื่อสัตย์สุจริต ตลอดจนอยู่ในหลักการของคุณธรรมและจริยธรรม สำหรับการปฏิบัติของผู้ประกอบอาชีพนั้นเพื่อไม่ให้สังคมโดยรวมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย

ในส่วนซึ่งเกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งได้ใช้ถ้อยคำว่า “เพื่อประโยชน์สาธารณะอื่น” หมายถึง สิ่งใดก็ตามที่ให้ประโยชน์สุขแก่บุคคลทั้งหลายในสังคม ผลประโยชน์สาธารณะ ยังหมายรวมถึงหลัก ประโยชน์ต่อมวลสมาชิกในสังคม อันเป็นคำที่มีพลวัตสูงเข้ามาเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในการจำกัดเสรีภาพตามวรรคสอง เมื่อพิจารณาแล้วจึงเห็นว่าเป็นการอาศัยถ้อยคำที่มีความหมายกว้างอาจก่อให้เกิดขอบเขตที่ไม่ชัดเจน และอาจมีแนวโน้มเปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตีความได้อย่างกว้างขวางขัดต่อเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองได้

ดังนั้น การที่ผู้ประกอบวิชาชีพแต่ละวิชาชีพจัดระเบียบการประกอบวิชาชีพตามรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติไว้ ก็เพื่อควบคุมดูแลกันเองย่อมย่อมส่งผลดีแก่ส่วนรวม อีกทั้งยังเป็นการแบ่งเบาภาระของรัฐที่จะเข้าไปกำกับดูแลผู้ประกอบวิชาชีพแต่ละวิชาชีพ ให้ประกอบวิชาชีพตามหลักวิชาตามหลักวิชาและโดยคำนึงถึงประโยชน์ของสังคมโดยรวมเป็นสำคัญ ทั้งนี้เหตุผลดังกล่าวจึงเป็นที่ยอมรับว่าในข้อจำกัดในการประกอบอาชีพ โดยรัฐสามารถบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนย่อมสามารถกระทำได้ จากแนวคิดของรัฐธรรมนูญนำมาสู่การตรากฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 พระราชบัญญัติการประกอบอาชีพงานก่อสร้าง พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติวิชาชีพวิศวกรรม พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิชาชีพสถาปัตยกรรม พ.ศ. 2508 พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 เป็นต้น แต่ทั้งนี้การตรากฎหมายจำเป็นต้องคำนึงถึงความเสมอภาคและประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

ส่วนใน มาตรา 40 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ได้บัญญัติว่า “การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้ำก๋ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา” พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญมีจุดมุ่งหมายเพื่อการจัดระเบียบในการประกอบอาชีพ โดยต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อไม่ให้มีการสร้างเงื่อนไขในลักษณะที่จะนำไปสู่การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลทั่วไป หรือเข้าไปก้ำก๋ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างองค์ความรู้และการถ่ายทอดความรู้ให้แก่ผู้เข้ารับการศึกษา จึงจำเป็นต้องมีอิสระในการจัดระบบการศึกษาเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้เข้ารับการศึกษาโดยมิได้มุ่งหมายเพื่อให้ผู้เข้ารับการศึกษาไปประกอบอาชีพด้านใดด้านหนึ่งแต่เพียงด้านเดียว เช่น การประกอบอาชีพสื่อมวลชน หรือนักวิทยาศาสตร์ บุคคลมีเสรีภาพที่จะเป็นได้แม้ไม่จบการศึกษาทางด้านวารสารศาสตร์หรือทางด้านวิทยาศาสตร์โดยตรง ซึ่งการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะในเรื่องวิชาชีพเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบอาชีพต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะด้วย เช่น การประกอบอาชีพประมง ก็ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในการทำการประมง เป็นต้น

จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่า ในวรรคสามนี้ควรเพิ่มเติมในประเด็นบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการทำงาน อันหมายความว่ารวมถึงโอกาสที่จะได้รับเข้าทำงานที่มั่นคงในระหว่างการทำงาน รวมทั้งมีสิทธิในโอกาสที่จะทำมาหาเลี้ยงชีพตามกฎหมายในงานซึ่งตนเลือกหรือรับรองอย่างเสรี โดยที่รัฐจะต้องดำเนินการกำหนดมาตรการที่จะทำให้สิทธิในการทำงานเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพอย่างสมบูรณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความสำเร็จของการจ้างงาน รวมทั้งการให้คำแนะนำในทางเทคนิคและวิชาชีพ และโครงการฝึกอบรมโดยเฉพาะบุคคลผู้พิการ อีกทั้งรัฐจะต้องดำเนินการและกำหนดแผนงานที่เสริมสร้างโอกาสให้สตรีได้มีโอกาสและมีสิทธิในการทำงานเช่นเดียวกัน โดยอาจจะมีการขยายความเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายของระหว่างประเทศที่บัญญัติถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพมาเทียบเคียง คือ อนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (American Convention on Human Right Additional Protocol: ACHEAP) ที่บัญญัติว่า บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการทำงาน ซึ่งหมายความว่ารวมถึงโอกาสที่จะได้รับการทำงานที่มั่นคงในระหว่างการทำงาน รวมทั้งมีสิทธิในโอกาสที่จะทำมาหาเลี้ยงชีพตามกฎหมายในงานซึ่งตนเลือกหรือรับรองอย่างเสรี อย่างเช่นกฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (The Civil Right Act) ที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานที่มีขอบด้วยกฎหมาย เพื่อนำมาปรับใช้ให้มีความชัดเจนและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

3.2.2.2 การจำกัดเสรีภาพตามหลักการทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะพบว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีอำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นอำนาจในการแทรกแซงของรัฐ โดยได้มีการบัญญัติเหตุผลที่สามารถจะยกขึ้นเป็นข้ออ้างในการตรากฎหมายที่จะมุ่งจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไว้อย่างกว้างขวาง²⁰² แต่ในมาตรา 40 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 การพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ มิใช่มีเพียงที่บัญญัติไว้ในมาตรา 40 วรรคสองเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพควบคู่ไปด้วย

ตามกฎหมายมหาชนที่ว่าด้วยหลักนิติรัฐนั้น แม้ว่าจะยอมรับให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หรือองค์กรอื่นที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายลำดับรอง กฎ หรือข้อบังคับอื่นใด อันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ก็ตาม แต่ก็เชื่อว่าจะทำให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรอื่นที่ได้รับมอบใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจโดยปราศจากขอบเขตในการใช้อำนาจ

ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40 นั้นหากมีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง จำเป็นต้องตระหนักถึงมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันประกอบด้วย โดยมีวัตถุประสงค์ให้องค์กรที่มีอำนาจตรากฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนให้ต้องเคลื่อนไหวอยู่ในกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้น อันเป็นรูปแบบในการตรากฎหมายที่ใช้จำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญทุกประเภท ฉะนั้น การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และการแข่งขันอย่างเป็นธรรม จึงต้องอยู่ภายใต้ต้ององค์ประกอบของมาตรา 26 ด้วย โดยสามารถแบ่งองค์ประกอบที่เป็นรูปแบบในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ 4 ประการ ดังนี้

3.2.2.2.1 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแล้วจะพบว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทไว้ในระดับที่แตกต่างกันไป 3 รูปแบบ ดังนี้²⁰³

²⁰² กฤษณ์ วสินนท์, "เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมในระบบกฎหมายไทย: การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2547), หน้า 79-87.

²⁰³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 201-207.

รูปแบบที่ 1 คือ สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเด็ดขาด ไม่อนุญาตให้องค์กรนิติบัญญัติ ตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ ตัวอย่างของบทบัญญัติประเภทนี้ เช่น เสรีภาพบริบูรณ์ในการถือ ศาสนา ตามมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560²⁰⁴ ซึ่งเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาย่อมได้รับความคุ้มครองตราบเท่าที่ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตราย ต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น เนื่องจาก หากพิจารณาจำแนกสิทธิและเสรีภาพจากอาการที่ใช้แล้ว²⁰⁵ เสรีภาพในการนับถือศาสนานั้นจัดอยู่ในประเภท สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม (Liberty of conscience) หรือสิทธิและเสรีภาพในทางความคิด²⁰⁶ ซึ่งโดยสภาพ แล้วการใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจ ไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือรำคาญแก่ผู้อื่นหรือสังคม

รูปแบบที่ 2 คือ สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้ก็แต่โดยการปฏิบัติตามเงื่อนไข พิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญเรียกร้องว่าการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย นั้นจะต้องผูกพันอยู่กับสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งหรือวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการโดยวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

รูปแบบที่ 3 คือ สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้โดยไม่มีเงื่อนไขพิเศษสำหรับการออกกฎหมายฉบับนั้น ซึ่งหมายความว่าแม้รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นหลักแต่องค์กร นิติบัญญัติอาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพใดตามที่เห็นสมควร ตัวอย่างสำหรับการประกันสิทธิและเสรีภาพในลักษณะนี้ เช่น มาตรา 37 วรรคแรกและวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560²⁰⁷

²⁰⁴ มาตรา 31 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

²⁰⁵ การจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามอาการที่ใช้จำแนกได้เป็น 2 ประเภทคือ (1) เสรีภาพในมโนธรรม (Liberty of conscience) ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ (absolute) ปราศจากเงื่อนไข และ (2) สิทธิและเสรีภาพในการกระทำ (Liberty of action) ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์ (relative) คือรัฐมีอำนาจที่จะจำกัดได้

²⁰⁶ แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่า “เสรีภาพในการนับถือศาสนา” จะจัดอยู่ในประเภทสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม แต่ “เสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน” นั้นจัดอยู่ในประเภทสิทธิและเสรีภาพในการกระทำ ซึ่งการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมมีผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้อื่นหรือของสังคมได้ไม่มากนักน้อย รัฐจึงต้องจัด ระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ของประชาชนแต่ละคน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้แต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนกระทำการใด ๆ ที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์ส่วนรวม (ดู ขนาทธร จิตติเดโช, “เสรีภาพทางศาสนากับปัญหาสิทธิมนุษยชน,” วารสารคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ, 2550)

²⁰⁷ มาตรา 37 บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด ขอบเขตแห่งสิทธิและการ จำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อพิจารณาการรับรองสิทธิและเสรีภาพข้างต้นแล้ว จะเห็นว่า ในระบบการรับรองสิทธิและเสรีภาพ ประเภทแรกนั้นรัฐไม่อาจเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้เลย ทำได้เฉพาะการกำหนดกรอบหรือเขตแห่งสิทธิที่รัฐจะคุ้มครองให้เท่านั้น เช่น เสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา ย่อมได้รับความคุ้มครองตราบเท่าที่ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนสิทธิและเสรีภาพ ประเภทที่สองรัฐมีดุลพินิจได้บ้างในการที่จะเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลแต่ต้องอยู่ใต้ เงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ในขณะที่ในประเภทที่สามนั้นรัฐอิสระและดุลพินิจมากที่สุด เนื่องจาก การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ประเภทนี้รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขพิเศษไว้ การจำกัดจึงอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปเท่านั้น ดังนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยการตรากฎหมายจะกระทำได้ก็แต่โดยการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

3.2.2.2 หลักเกณฑ์กรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้โดยไม่มีเงื่อนไขพิเศษ เนื่องจากเป็นสิทธิและเสรีภาพที่จัดอยู่ใน “กรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเงื่อนไขไว้” แต่การตรากฎหมายที่มี ผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ก็ยังจะต้องไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์อื่น ๆ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 26 ซึ่งประกอบไปด้วยหลักกฎหมายดังต่อไปนี้

ก. ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (Rule of Law) และหลักนิติรัฐ (Legal State) เป็นเรื่องที่นักวิชาการเห็นว่ามี ความหมายใกล้เคียงกันมาก คือ เป็นหลักการที่อารยประเทศยึดถือเป็นหลักที่ถือกำเนิดเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษซึ่งใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) สำหรับคำว่า นิติรัฐ (Legal State) เป็นหลักที่เกิดขึ้นในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ซึ่งนำโดยประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน ซึ่งใช้คำในภาษาเยอรมันว่า เรชท์สตาต (Rechtsstaat) แต่ทั้งนิติธรรม (Rule of Law) และนิติรัฐ (Legal State) ต่างใช้คติตรงกันว่า

หลักที่ 1 ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เจ้าหน้าที่รัฐหรือฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งต่างจากเอกชน ถ้าเอกชนจะดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ก็สามารถดำเนินการได้เสมอ การที่ไม่ให้เจ้าหน้าที่รัฐดำเนินการใด ๆ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและแม้จะมีกฎหมายบัญญัติก็จะมีข้อกำหนดเงื่อนไขขอบเขตในการใช้อำนาจไว้ด้วย

หลักที่ 2 คือ หลักที่ว่าเมื่อมีการกำหนดขอบเขตไว้เช่นใดรัฐหรือฝ่ายปกครองจะต้องใช้กฎหมายไปในขอบเขตแห่งอำนาจนั้นโดยเคร่งครัดไม่สามารถใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้²⁰⁸

อย่างไรก็ตาม “หลักนิติธรรม” ไม่ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นครั้งแรก แต่เคยปรากฏอยู่ในมาตรา 3 วรรคสอง²⁰⁹ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งอยู่ในหมวด 1 (บททั่วไป) โดยบัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาต้องเป็นไป ตามหลักนิติธรรม” ซึ่งย่อมาหมายความว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในการตรากฎหมายนั้นจะต้องเป็นไปตาม หลักนิติธรรมด้วย ดังนั้น เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาซึ่งเป็นผลผลิตจากการปฏิบัติหน้าที่ของ รัฐสภาถูกโต้แย้งว่าเป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยอาศัย “หลักนิติธรรม” ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 3 โดยการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมหรือไม่ เพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม ตามมาตรา 3 ก็ย่อมมีผลให้เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับมิได้

และเมื่อจากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็พบว่า ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายซึ่งตราโดยองค์กรนิติบัญญัติมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อ “หลักนิติธรรม” ตามมาตรา 3 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทำให้เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับมิได้มาแล้วในหลายคดี²¹⁰ แม้ว่า “หลักนิติธรรม” ไม่ได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องเงื่อนไขการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลก็ตาม ดังนั้น การเพิ่ม “หลักนิติธรรม” เป็นเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงไม่น่าจะมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เคยวินิจฉัยโดยอาศัย “หลักนิติธรรม” ตาม มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

²⁰⁸ อมร วาณิชวิวัฒน์ และคณะ, “คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี” (กรุงเทพฯ: สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2551). หน้า 125.

²⁰⁹ มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม

²¹⁰ เช่น คำวินิจฉัยที่ 12/2555, คำวินิจฉัยที่ 4/2556, คำวินิจฉัยที่ 5/2556, คำวินิจฉัยที่ 19-20/2556 และ คำวินิจฉัยที่ 3/2559

จะเห็นได้ว่า “หลักนิติรัฐ” (Legal State) หรือ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) เป็นหลักในการปกครองประเทศ และเหตุผลดังกล่าวทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องระบุมอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการจำกัดสิทธิ เพราะรัฐธรรมนูญนั้นต้องการให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรวจสอบว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตามมาตราใดตามที่รัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายออกไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนที่ว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ไม่สามารถกระทำได้”²¹¹ โดยเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมจึงเป็นสิ่งที่สำคัญในการทำให้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมให้เป็นที่พึงของประชาชนได้อย่างแท้จริงเพราะหลักนิติธรรมเป็นเป็นเครื่องมือที่ใช้จำกัดและควบคุมการใช้อำนาจ โดยไม่ชอบของผู้มีอำนาจทั้งหลาย ดังนั้นหลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการสำคัญที่ใช้ในการควบคุม กำกับให้ รัฐสภา คณะรัฐมนตรีตุลาการ และหน่วยงานของรัฐทั้งหลายให้อำนาจไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนดทำให้เกิดสังคมที่เป็นธรรม ทุกคนสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีของบุคคลได้รับการคุ้มครอง ซึ่งในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญได้ใช้หลักนิติธรรมมาประกอบคำวินิจฉัยในคดีต่าง ๆ

ข. ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินกว่าเหตุ

การที่มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่าในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลนั้นต้อง “ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ” แสดงให้เห็นถึงการยอมรับ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ”²¹² ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เกินไปโดยอำเภอใจ ถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากันกับบทบัญญัติอื่นแห่งรัฐธรรมนูญ องค์กรณีบัญญัติ แม้ว่าโดยสภาพไม่ใช่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจปกครองล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง แต่องค์กร นิติบัญญัติก็อาจใช้อำนาจรัฐตรากฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เช่นกัน ด้วยเหตุ ดังกล่าวเมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นจึงต้อง สอดคล้องกับหลักความสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน ซึ่งในทางทฤษฎีหลักนี้ประกอบด้วย 3 ประการหลัก ได้แก่²¹³

²¹¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน หน้า 215-216.

²¹² “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” (Uebermassverbot) หรือ “หลักความได้สัดส่วน” (der Grundsatz der Verhältnismaessigkeit) ตามหลักกฎหมายของเยอรมันนั้น ถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็น ลายลักษณ์อักษร แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้เพราะรากฐานของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรม (Gerechtigkeit) อันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้เคย วินิจฉัยว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงมีลำดับชั้นในระดับของ รัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐและเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิขั้น พื้นฐานของประชาชน ดู บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐาน ของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543).

²¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน หน้า 201-207.

ประการที่หนึ่ง หลักแห่งความเหมาะสม หรือ หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Suitability) หมายถึง มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม กล่าวคือ สามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ โดยรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้อีกเฉพาะเพียงเพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นไม่ให้การใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนคนหนึ่งกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ๆ หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนเท่านั้น ดังนั้น การตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือมิให้กระทำการใด โดยที่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น และหรือประโยชน์มหาชนไม่ได้รับการคุ้มครองให้ดีขึ้นมาเลย ก็เท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ขัดต่อหลักแห่งความเหมาะสมเพราะไม่สามารถบรรลุผลในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้จริงในทางปฏิบัติ

ประการที่สอง หลักแห่งความจำเป็น (principle of necessity) หมายถึง มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด โดยตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยแล้ว รัฐจะเรียกร้องให้ประชาชนจำต้องยอมสละสิทธิและเสรีภาพของตนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นและหรือประโยชน์มหาชนเท่านั้น ดังนั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าความจำเป็นในการดำเนินการให้บรรลุจุดมุ่งหมายที่ตั้งไว้ย่อมขัดต่อหลักแห่งความจำเป็น

ประการที่สาม หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of proportionality in the Narrow Sense) หรือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ” หมายความว่า มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติขึ้นในกฎหมายเพื่อใช้บังคับนั้นนอกจากจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแล้วจะต้อง เป็นมาตรการที่ “พอสมควรแก่เหตุ” อีกด้วย หลักนี้เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งนำนักประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่ เหมาะสมและจำเป็นนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง มาตรการตามกฎหมายย่อมขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ หาก มาตรการนั้นไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการ

หลักการดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศในอันที่จะป้องกันมิให้รัฐตรากฎหมายมาเพิ่มภาระแก่ประชาชนจนเกินความจำเป็น โดยคำนึงถึงประโยชน์สังคมและส่วนรวมจะได้รับ เมื่อเทียบกับภาระที่ประชาชนทุกคนจะต้องปฏิบัติเพื่อให้ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น ถ้ารัฐต้องการรู้ว่าประชาชนทั่วไปผู้ใดทำการค้าขายบ้าง รัฐอาจออกกฎหมายเพื่อกำหนดให้ประชาชน

ทั้งประเทศที่ประสงค์จะทำการค้าขายต้องมาจดทะเบียนต่อรัฐ เพียงเพื่อรัฐจะรู้ว่ามิได้มีผู้ใดค้าขายอยู่ที่ใด และค้าอะไร ซึ่งในการออกกฎหมายเช่นนั้นประชาชนทุกคนที่ทำการค้าขายย่อมเกิดหน้าที่ที่จะต้องมาจดทะเบียนกับรัฐ จะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ในขณะที่รัฐสามารถสำรวจตรวจสอบเป็นครั้งคราว หรือสามารถรู้ได้จากข้อมูลของหน่วยงานอื่น เช่น หน่วยงานที่จัดเก็บภาษีอากร เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าภาระที่เกิดแก่ประชาชน เมื่อเทียบกับประโยชน์ที่รัฐหรือสังคมจะได้รับย่อมไม่คุ้มค่างัน หรือในกรณีที่รัฐตรากฎหมาย (พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ. 2535) บังคับให้ประชาชนที่เป็นเจ้าของรถต้องจัดให้มีการประกันความเสียหายสำหรับผู้ประสบภัยโดยประกันภัยกับบริษัท แม้ว่าประชาชนส่วนหนึ่งจะได้ทำประกันภัยที่คุ้มครองรวมถึงการคุ้มครองที่กำหนดไว้ในกฎหมายแล้ว ก็ยังถูกบังคับให้ต้องทำประกันภัยซ้ำอีก อันเป็นการสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็น แต่ต่อมาจะได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวโดยเพิ่มความว่า “สำหรับรถที่เจ้าของรถได้จัดให้มีการประกันภัยความเสียหายต่อผู้ประสบภัย โดยเอาประกันภัยครอบคลุมความเสียหายต่อผู้ประสบภัยและทรัพย์สินตามชนิด ประเภท และขนาดของรถที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงแล้วไม่ต้องจัดให้มีการประกันความเสียหายสำหรับผู้ประสบภัยอีก” แต่ในทางปฏิบัติรัฐก็มิได้ออกกฎกระทรวงดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นในส่วนที่เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินความจำเป็นโดยมีความมุ่งหมายทำนองเดียวกับการห้ามตรากฎหมายสร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น กล่าวคือ เพื่อป้องกันมิให้รัฐตรากฎหมายจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินความจำเป็นเมื่อคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือสังคมโดยรวมทั้งนี้จะต้องควบคู่ไปกับหลักการพอสมควรแก่เหตุ เช่น รัฐจะตรากฎหมายบังคับให้ผู้จะเล่นกีฬาเป็นอาชีพทุกชนิดต้องได้รับใบอนุญาต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยแก่สังคม หรือป้องกันมิให้เกิดอันตรายแก่ผู้ประกอบการอาชีพ ย่อมจะเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่รัฐหรือสังคมจะได้รับย่อมไม่อาจเทียบได้กับความสูญเสียสิทธิและเสรีภาพที่จะเกิดขึ้นกับประชาชน

ค. ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลแต่อย่างใด

มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ใช้ถ้อยคำว่า “การตรากฎหมายดังกล่าวจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้” แทนที่ถ้อยคำเดิมตามบทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้ง 2 ฉบับ (พุทธศักราช 2540 และ พุทธศักราช 2550) ซึ่งเคยใช้ถ้อยคำเหมือนกันว่า “การตรากฎหมายดังกล่าว... จะกระทบกระเทือน สาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” โดยที่บทบัญญัติในส่วนนี้ได้รับอิทธิพลจากมาตรา 19 (2) ของรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งบัญญัติว่า “ไม่ว่ากรณีใด การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานมิได้” ซึ่งมีข้อสังเกตว่ามาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญเยอรมันก็ไม่ได้บัญญัติว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทบกระเทือนต่อ “ศักดิ์ศรีความเป็น

เป็นมนุษย์” มิได้ แต่อย่างใด แต่เนื่องจาก “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ปรากฏอยู่ในมาตรา 1 (1)²¹⁴ ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน จึงถือว่ามีความสำคัญสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และมีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายด้วย “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงเป็นกรอบในการกำหนดทิศทาง ในเชิงนโยบายแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเพื่อบรรลุเป้าหมายต่อหลักการอันมีความสำคัญสูงสุดของรัฐธรรมนูญ²¹⁵

แต่อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายส่วนใหญ่ล้วนเห็นพ้องต้องกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็น สิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่งด้วยเช่นกัน การที่จะอ้างว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีลักษณะเป็นการป่าวประกาศ หลักการ ทั้งยังขาดความชัดเจนแน่นอนนั้นก็มีข้อประเด็นที่จะทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต้องสูญเสียฐานะของความเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานไปแต่อย่างใด เพราะแม้แต่สิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ หลายต่อหลายสิทธิก็มีลักษณะ ทำนองเดียวกับหลักการเช่นนี้ด้วยเช่นกัน เช่น หลักความเสมอภาค เป็นต้น และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐก็เคยมีคำวินิจฉัยที่รับรองความเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาตั้งแต่ช่วงแรกของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ²¹⁶

สำหรับ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 การพิจารณาหลักนี้อาจอาศัยทฤษฎีกฎหมายมหาชนและบทบัญญัติรัฐธรรมนูญประกอบกัน ซึ่งเห็นได้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นอกจากจะปรากฏอยู่ในมาตรา 26 แล้ว คำนี้ยังปรากฏอยู่ในมาตรา 4 ซึ่ง อยู่ในหมวด 1 (บททั่วไป) ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว อีกด้วย ดังนั้น บทบัญญัติที่ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์...ย่อมได้รับความคุ้มครอง” ตามมาตรา 4 จึงมีสถานะเป็นการวางหลักทั่วไปโดยการประกาศเจตนารมณ์ของรัฐที่จะให้ความรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากหมวดทั่วไปเป็นหมวดที่กำหนดหลักการทั่วไปของรัฐ อันถือว่าสาระสำคัญของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในหมวดต่อ ๆ มาจะต้องสอดคล้องกับหลักทั่วไปดังกล่าว นอกจากนั้นมาตรา 26 ซึ่งอยู่ในหมวด 3 (สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย) ยังเป็นการเน้นย้ำอีกว่า “การตรากฎหมายดังกล่าวจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้” ดังนั้น “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงก่อให้เกิดผลดังต่อไปนี้²¹⁷

ประการที่หนึ่ง คือ เมื่อ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 4 ซึ่งเป็นบททั่วไปของรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการกำหนดหลักการพื้นฐานความสัมพันธ์

²¹⁴ มาตรา 1 (การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์)

(1) ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไม่อาจจะถูกล่วงละเมิดได้ อำนาจรัฐทั้งหลายผูกพันที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

²¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐาน ของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หน้า 97.

²¹⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง ศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2542). หน้า 58.

²¹⁷ อุดม รัฐอมฤต และคณะ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตาม มาตรา 28 (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544). หน้า 90-91.

ระหว่างรัฐกับปัจเจกชนว่ารัฐจะให้ความคุ้มครอง ต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น การกำหนดหลักพื้นฐานความสัมพันธ์ดังกล่าว จึงเปรียบเสมือนกับการกำหนดให้คุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีสถานะในระดับของรัฐธรรมนูญซึ่งก่อให้เกิดผลต่อการกำหนดทิศทางของรัฐ เพราะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นตัวกำหนดและเป็นตัวจำกัดวัตถุประสงค์ภาระหน้าที่ของรัฐ นอกจากนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังเป็นตัวกำหนดและจำกัดความชอบธรรมของการกระทำของรัฐ และของกฎหมายที่มีต่อคุณค่า ดังกล่าว จากพื้นฐานดังกล่าวนี้เองย่อมมีความหมายต่อการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ด้วย และการบัญญัติศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญไม่เพียงแต่มุ่งหมายที่จะผูกพันการกระทำของรัฐทั้งหลายเท่านั้น หากแต่ยังต้องบังคับให้รัฐต้องกำหนดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปว่าอำนาจอื่น ๆ นอกเหนือจากอำนาจรัฐก็ไม่อาจที่จะละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้

ประการที่สอง คือ การตีความเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ นั้น จะต้องตีความว่าสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ นั้น ต่างมีผลมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยจะต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ด้วย “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ย่อมมีความสำคัญต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในส่วนที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคลนั้นได้ ก่อให้เกิดบทสันนิษฐานที่เป็นคุณต่อปัจเจกบุคคลหากเป็นกรณีที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคล และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย ดังนั้น ภายในขอบเขตดังกล่าวรัฐจึงไม่อาจเข้าไปแทรกแซงได้ในกรณีที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐกับปัจเจกบุคคล

ดังนั้น การเพิ่ม “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงไม่มีผลต่อแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด และยังคงเป็นหลักการสำคัญที่รัฐจะต้องตระหนักถึงก่อนจะมีการตรากฎหมายใด กฎหมายหนึ่งออกมาเพื่อบังคับใช้

3.2.2.2.3 ต้องระบุเหตุผลและความจำเป็นในการจำกัดสิทธิ

และเสรีภาพ

มาตรา 26 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล... ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัด สิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” ข้อจำกัดนี้เป็นหลักการข้อเดียวที่เป็นข้อจำกัดทางรูปแบบในการตรากฎหมายที่มีผล เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ในขณะที่ข้อจำกัดอื่น ๆ ตามมาตรา 26 เป็นข้อจำกัดทางเนื้อหา ทั้งสิ้น โดยบทบัญญัตินี้ใช้ถ้อยคำแตกต่างไปจากที่เคยบัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับเก่าทั้ง 2 ฉบับ (พุทธศักราช 2540 และ พุทธศักราช 2550) ซึ่งบัญญัติไว้เหมือนกัน ว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่ง... ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย” บทบัญญัตินี้เรียกว่า

“หลักการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่คล้ายกับมาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญเยอรมันที่บัญญัติว่า “...กฎหมายดังกล่าวจะต้องกล่าวอ้างถึง มาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย”

บทบัญญัตินี้ในกฎหมายของประเทศเยอรมัน เรียกว่าหลัก “Zitiergebot” มีความมุ่งหมายเพื่อทำหน้าที่เตือน ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้เข้าไปแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ตั้งใจและโดย ปราศจากการไตร่ตรองซึ่งน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสียของการแทรกแซงกับผลที่จะได้จากการแทรกแซง ดังกล่าว เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องไตร่ตรองอย่างรอบคอบและจะต้องตรวจสอบอย่างละเอียดถึงผลดังกล่าว เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้นการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังทำให้การใช้และการตีความกฎหมายเกิดความ ชัดเจนขึ้น และยังทำให้ประชาชนสามารถตรวจสอบได้ว่าการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว²¹⁸

แต่หลักการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่เคยบัญญัติไว้ใน มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับเก่า ทั้ง 2 ฉบับ (พุทธศักราช 2540 และ พุทธศักราช 2550) ได้ถูกตัดออกไปจากมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน และได้ใช้ถ้อยคำใหม่ว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล...ต้องระบุ เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” ดังนั้น การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงไม่ถูกบังคับให้ต้องระบุ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในตรากฎหมายดังเช่นที่เคยบังคับในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อน แต่จะต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพแทน

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่ามาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญฯ จะกำหนดว่า “ต้องระบุเหตุผลความจำเป็น ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” แต่รัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดรายละเอียดรูปแบบในทางปฏิบัติของการ ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายว่าต้องระบุอย่างไร ดังนั้น เพื่อให้การระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายในทางปฏิบัติเป็นไปในรูปแบบเดียวกัน คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) จึงได้กำหนดแนวทางในการเขียนบทจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ตามมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญฯ ไว้ใน คำปรารภของกฎหมาย โดยกำหนดเป็น 2 ส่วน ดังนี้

ส่วนที่หนึ่ง คงหลักการเกี่ยวกับการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในเรื่องนั้น ทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นในช่วงที่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ

²¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐาน ของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หน้า 173-176.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ใช้บังคับ กล่าวคือกำหนดไว้เป็นวรรคสองของคำปรารภ²¹⁹

ส่วนที่สอง เพิ่มความขึ้นเป็นวรรคสามของคำปรารภ เพื่อระบุถึงเหตุผลความจำเป็นในการตรา กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ไม่ว่าจะเป็นการตรา กฎหมายที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ก็ตาม รวมทั้งระบุด้วยว่ากฎหมายที่ตราขึ้น ดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ตลอดจนกฎหมายที่ตราขึ้นนี้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญ

โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 11 เมษายน 2560 เห็นชอบแนวทางการตราและการจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามความเห็นของ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ดังกล่าว อย่างไรก็ดีคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560 รับทราบและเห็นชอบแนวทางการจัดทำร่างกฎหมายให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (เพิ่มเติม) ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เสนอและให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติต่อไป ซึ่งเป็นการกำหนดให้การเขียนความในวรรคสามของคำปรารภ ในร่างกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ ดังนี้

(1) เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ๆ

(2) การระบุว่ากฎหมายนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 26 แล้ว โดยการเขียนบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในคำปรารภให้ใช้ถ้อยคำ ดังนี้

“โดยที่เป็นการสมควร.....

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่ง มาตรา 26 ประกอบกับมาตรา .. มาตรา และมาตรา .. ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้ กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

²¹⁹ ดังนั้น แม้มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐) จะไม่มีบทบัญญัติบังคับว่า “ต้องระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย” ดังที่เคยบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙ ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับเก่าทั้ง 2 ฉบับ (พ.ศ. 2540 และ พ.ศ.2550) แต่ในทางปฏิบัติของการ ตรากฎหมายภายหลังประกาศใช้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ก็มีการระบุบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นไว้ด้วย

เหตุผลและความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อ ... (อธิบายเหตุผลและความจำเป็นในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ)..... ซึ่งการตราพระราชบัญญัตินี้สอดคล้องกับเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำกัด การประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น มีความจำเป็นต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการโดยต้องมีการระบุความจำเป็นของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้ชัดเจน เพื่อประโยชน์ต่อการใช้อำนาจและ ประชาชนเป็นสำคัญ

3.2.2.2.4 ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้

บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

หลักการนี้มีรากฐานมาจากหลักนิติรัฐซึ่งเรียกร่ององค์กรณีติบัญญัติใน การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลว่าจะต้องตรากฎหมายให้ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นการเฉพาะเจาะจง หลักการนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลอย่างน้อย 2 ประการ ดังนี้

ประการการที่ 1 คือ เหตุผลในการแบ่งแยกอำนาจ การที่ รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายซึ่งจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้น ก็ เนื่องจากไม่ต้องการให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครอง ในรูปของกฎหมาย เพราะเหตุผลว่า คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือหลักที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนิน กิจกรรมทางปกครองให้ สำเร็จลุล่วงไปได้ ถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง หลักการมีผลใช้บังคับ เป็นการทั่วไปของกฎหมายและการห้ามตรากฎหมายใช้บังคับเฉพาะบุคคลและเฉพาะ กรณีจึงมีผล เป็นการคุ้มครองมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติล่วงล้ำเข้ามาในเขตอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของฝ่าย บริหาร

ประการที่สอง คือ เหตุผลในการป้องกันการเลือกปฏิบัติ หลักการดังกล่าวช่วยคุ้มครองปัจเจกชนมิให้รัฐเลือก ปฏิบัติโดยการตรากฎหมายเฉพาะกรณีขึ้นใช้ บังคับด้วย เพราะกฎหมายที่มีผลทั่วไปจะเป็นเครื่องประกันความ สม่าเสมอและความเท่าเทียมกันใน ผลทางกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เหมือนกัน การปฏิบัติ ที่เท่าเทียมกันนี้ถือเป็น องค์ประกอบที่สำคัญของความยุติธรรม

ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา 26 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ จึง มีผลเป็นการตอกย้ำหลักความเสมอภาคตามตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญฯ และทำให้หลัก ความเสมอภาคปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมอีกทางหนึ่ง

กฎหมายที่จะถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ไม่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป แต่เป็นกฎหมายเฉพาะบุคคล และเฉพาะกรณีซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 26 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ อาจเกิดขึ้นได้ดังนี้คือ กรณีแรก เป็น กรณีที่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีผลใช้บังคับเฉพาะบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคล จำนวนแน่นอน จำนวนหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลที่อาจคำนวณจำนวนได้กลุ่มหนึ่ง กรณีที่สอง เป็นกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่แม้มีลักษณะเป็นนามธรรม ใช้บังคับบุคคลทั่วไป แต่ในทาง ข้อเท็จจริงแล้วมุ่งประสงค์ให้ใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะรายหรือเฉพาะกลุ่มโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่มี ลักษณะทั่วไป และเป็นนามธรรมนั้นเป็นเพียงการอำพรางเจตนาที่แท้จริง ถือว่าขัดกับมาตรา 26 วรรคสอง ตัวอย่างเช่น ประกาศของคณะรัฐประหารที่พรณนาความในลักษณะที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป แต่เมื่อพิเคราะห์จากบริบทแวดล้อมแล้วเห็นได้ชัดว่ามุ่งหมายใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือคณะบุคคลใดคณะ หนึ่งซึ่งเป็นปฏิปักษ์ทางการเมืองของตนย่อมถือว่าขัดกับหลักการนี้²²⁰

แต่ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น และองค์กรนิติบัญญัติเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องมีการการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล องค์กรนิติบัญญัติอาจตรากฎหมาย ลักษณะนี้ขึ้นใช้บังคับได้โดยไม่ถือว่าขัดต่อหลักการห้ามมิให้ตรา กฎหมายใช้บังคับเฉพาะกรณีถ้าหากว่า กฎหมายที่ตราขึ้นนั้นไม่ได้มีผลเฉพาะเหตุการณ์นั้น แต่ได้รับการบัญญัติให้ครอบคลุมเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและมีผลใช้บังคับกับบุคคลไม่จำกัดจำนวน ด้วย²²¹ จึงไม่ขัดกับมาตรา 26 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

อย่างไรก็ตาม หลักการนี้รัฐธรรมนูญได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ คือ กรณีการตรากฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 37 วรรคเจ็ด) อันเป็นการตรากฎหมายที่มีผล เป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินซึ่งโดย หลักแล้วการตรากฎหมายดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของ มาตรา 26 วรรคสองด้วย แต่มาตรา 37 วรรคเจ็ด ได้บัญญัติหลักการยกเว้นไว้ว่า “การตรากฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยระบุเจาะจงอสังหาริมทรัพย์หรือเจ้าของ อสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตาม ความจำเป็นมิให้ถือว่าการขัดต่อมาตรา 26 วรรคสอง” ซึ่งหมายความว่า โดยเนื้อหาแล้วกฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยระบุเจาะจงอสังหาริมทรัพย์หรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนนั้น เป็นกฎหมายที่ “มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง” ซึ่งขัดต่อมาตรา 26 วรรคสอง แต่มาตรา 37 วรรคเจ็ด ได้บัญญัติยกเว้นไว้ว่า “มิให้ถือว่าการขัดต่อมาตรา 26 วรรคสอง”

ดังนั้น การตรากฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยระบุเจาะจง อสังหาริมทรัพย์หรือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามความจำเป็นจึงสามารถกระทำได้ แต่ใน

²²⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน หน้า 165-166.

²²¹ Ibid.

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 40 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยหลักการทั่วไปไม่สามารถที่จะตรากฎหมายอันกระทบต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือเป็นการเฉพาะเจาะจงรายอาชีพหรือบุคคลได้ เว้นแต่มีเหตุแห่งความจำเป็นเท่านั้น

3.2.3 การรับรองหลักการแข่งขันเสรีในกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องภายใต้หลักการใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

หลักการแข่งขันเสรีได้ถูกรับรองโดยรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ หลักการแข่งขันเสรียังได้มีการรับรองผ่านทางกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ อีกด้วย โดยเฉพาะ พระราชบัญญัติ ซึ่งในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติที่สะท้อนให้เห็นถึงการรับรองหลักการแข่งขันเสรีในระบบกฎหมายไทยมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุ โทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 รวมถึง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่มีความสำคัญในระบบเศรษฐกิจอัน เป็นประเด็นสำคัญในการศึกษา

ดังนั้น ในส่วนการรับรองหลักการแข่งขันเสรีตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง จะเป็นการศึกษาใน 2 หัวข้อสำคัญ คือ หลักการแข่งขันเสรีภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และหลักการแข่งขันทางการค้าภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในกิจการเฉพาะด้าน

3.2.3.1 หลักการแข่งขันเสรีภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นประกอบด้วย 92 มาตรา ซึ่งกำหนดข้อห้ามตามหลักเพื่อมิให้มีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Competition) และห้ามมิให้มีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) โดยมาตราหลักของ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีดังนี้

1. การควบคุมและห้ามพฤติกรรมของธุรกิจที่มีอำนาจผูกขาดหรือเหนือ ตลาดเป็นการเฉพาะซึ่งกำหนดพฤติกรรม ที่ใช้อำนาจเหนือตลาดที่กระทบต่อการแข่งขันในตลาด (มาตรา 50)

2. การควบรวมกิจการเพื่อตรวจสอบว่าการควบกิจการจะเกิดผลดีหรือ เสียต่อการแข่งขันเศรษฐกิจโดยรวมหรือไม่ โดยหลักนั้นมิได้ห้ามการควบกิจการของผู้ประกอบธุรกิจ รายเล็ก ๆ แต่อย่างไร เพราะการรวมกิจการรายเล็กไม่ได้ส่ง ผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ซึ่งการควบกิจการสามารถนำไปสู่ประโยชน์ทางเศรษฐกิจได้เช่นกัน อาทิ ก่อให้เกิดประสิทธิภาพใน

การผลิต เกิดพลังต่อรองในตลาดทำให้การแข่งขันดีขึ้น ตัวอย่างที่ผู้ประกอบการรายเล็ก ๆ ควบกิจการเข้าด้วยกันทำให้สามารถต่อรองกับธุรกิจรายใหญ่ในตลาดได้ (มาตรา 51)

3. การห้ามธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดเดียวกันทำข้อตกลงใด ๆ ที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันหรือลดการแข่งขัน อาทิ ธุรกิจขายเสื้อผ้ากับธุรกิจผลิตเสื้อผ้าทำข้อตกลงกันในการจำกัดราคาโดยธุรกิจทั้งสองเป็นคู่แข่งกัน (มาตรา 54)

4. การกำหนดธุรกิจที่เกี่ยวข้องหรือมีคู่แข่งแต่เชื่อมโยงกันทำข้อตกลงอันนำไปสู่การจำกัดการแข่งขัน (มาตรา 55)

โดยมาตรา 55 จะมีลักษณะต่างกับมาตรา 54 ตรงกรณีที่เป็นธุรกิจในตลาดเดียวกันหรือตลาดหนึ่งตลาดใด หากมีการทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน ซึ่งมาตรา 54 เน้นห้ามตลาดเดียวกันในลักษณะการแข่งขันแนวนอน (Horizontal Market) ส่วนมาตรา 55 เน้นการทำข้อตกลงแล้วสร้างผลกระทบตลาดหนึ่งตลาดใดโดยอาจเป็นตลาดที่เชื่อมโยงกันในแนวตั้ง (Vertical Market) แล้วสร้างปัญหาการแข่งขันในตลาดหนึ่ง²²²

5. การห้ามการกระทำไม่เป็นธรรมกรณีที่ธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าแล้วใช้อำนาจกีดกันหรือบังคับให้ธุรกิจรายเล็กต้องดำเนินการตาม (มาตรา 57)

6. การห้ามธุรกิจทำข้อตกลงกับต่างประเทศอันนำไปสู่ปัญหาการแข่งขันตลาด โดยมุ่งไปที่ธุรกิจที่อยู่ในประเทศกีดกันไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดที่อยู่ในราชอาณาจักรสามารถติดต่อเพื่อการซื้อขายโดยตรงกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร และส่งผลทำให้เกิดการผูกขาดสินค้านำเข้า อันเป็นการตัดโอกาสที่ธุรกิจจะทำการค้าเสรีกับธุรกิจต่างประเทศ และในอีกมุมหนึ่งคือการป้องกันมิให้ธุรกิจต่างประเทศควบคุมตลาดแข่งขันภายในราชอาณาจักรโดยการทำสัญญาตกลงแก่ธุรกิจไทยเพียงรายเดียว ทำให้ไม่เกิดการแข่งขันในตลาดของสินค้าหรือบริการ (มาตรา 58)

ทั้งนี้ สามารถแสดงได้ด้วยกรอบกฎหมายตามแผนภาพการเปลี่ยนผ่านแต่ละมาตราที่มีผลต่อหลักการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 สู่ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ดังนี้

²²² พรชัย วิสุทธิศักดิ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2563). หน้า 55.



รูปภาพที่ 7 แผนภาพมาตราที่มีผลต่อหลักการแข่งขันอย่างเป็นธรรม²²³

พิจารณาแล้วเห็นว่า หลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะมุ่งไปที่การห้ามเป็นสำคัญ โดยมีลักษณะการห้ามที่เห็นได้ชัด 3 ประการ คือ การใช้อำนาจเหนือตลาดที่กระทบต่อการแข่งขัน (Abuse of dominant market power) การห้ามทำการตกลงท่ามกลางธุรกิจที่ก่อให้เกิดการแข่งขันไม่เป็นธรรม (Anti-competitive agreements) และการป้องกันการควบรวมกิจการอันจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างวงกว้าง (Anti-competitive mergers and acquisition)

3.2.3.2 หลักการแข่งขันเสรีภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าที่มีลักษณะในกิจการเฉพาะด้าน

การกำกับดูแลเฉพาะในประเทศไทย ได้มีการจัดตั้งองค์กรขึ้น 2 องค์กร คือ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) กับ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ภารกิจในการกำกับดูแลทั้งสององค์กรอยู่ภายใต้หลักการแข่งขันเสรี โดยพิจารณาจากกฎหมายที่เป็นฐานแห่งการจัดตั้งองค์กรกำกับดูแล ได้ดังนี้

3.2.3.2.1 กฎหมายในการจัดตั้งคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม

คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. เป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ

²²³ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, 23 ธันวาคม 2560 .[ออนไลน์] www.otcc.or.th.

องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งมาตรา 274 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดให้ กสทช. เป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อรับผิดชอบและกำกับการดำเนินการเกี่ยวกับคลื่นความถี่ ตามมาตรา 60 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

โดยมาตรา 60 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการตรากฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียด ซึ่งได้บัญญัติว่า

“รัฐต้องรักษาไว้ซึ่งคลื่นความถี่และสิทธิในการเข้าใช้วงโคจรดาวเทียมอันเป็นสมบัติของชาติ เพื่อใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชน

การจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่งไม่ว่าจะใช้เพื่อส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม หรือเพื่อประโยชน์อื่นใดต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะรวมตลอดทั้งการให้ประชาชนมีส่วนร่วมได้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ด้วย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

รัฐต้องจัดให้มีองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อรับผิดชอบและกำกับการดำเนินการเกี่ยวกับคลื่นความถี่ให้เป็นไปตามวรรคสอง ในการนี้ องค์กรดังกล่าวต้องจัดให้มีมาตรการป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรม หรือสร้างภาระแก่ผู้บริโภคเกินความจำเป็นป้องกันมิให้คลื่นความถี่รบกวนกัน รวมตลอดทั้งป้องกันการกระทำที่มีผลเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการรับรู้หรือปิดกั้นการรับรู้ข้อมูลหรือข่าวสารที่ถูกต้องตามความเป็นจริงของประชาชน และป้องกันมิให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่โดยไม่คำนึงถึงสิทธิของประชาชนทั่วไป รวมตลอดทั้งการกำหนดสัดส่วนขั้นต่ำที่ผู้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่จะต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”²²⁴

พิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติลักษณะนี้ได้มีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (มาตรา 40)²²⁵ และบัญญัติในทา

²²⁴ มาตรา 60 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

²²⁵ มาตรา 40

คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติ เพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินการตามวรรคสองต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะอื่น รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

นองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (มาตรา 47)²²⁶ โดยเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองการจัดสรรคลื่นความถี่อย่างเป็นธรรม เห็นได้ว่า การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (กสทช.) ทำให้การบัญญัติกฎหมายในส่วนการใช้อำนาจและหน้าที่ของ กสทช. ที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 รวมทั้งฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2560 - 2564 มีอาจบัญญัติอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวให้ชัดหรือแย้งกับหลักการในรัฐธรรมนูญได้

แม้ในบทบัญญัติไม่ปรากฏคำว่า “การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” ดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ แต่ความหมายของคำว่า “ป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมหรือสร้างภาระแก่ผู้บริโภคเกินความจำเป็น” สะท้อนให้เห็นถึงหลักการแข่งขันเสรีโดยนัยแต่เป็นในลักษณะที่สามารถตีความได้อย่างกว้าง โดยเป็นลักษณะกำหนดรายละเอียดของการคุ้มครองประชาชนมิให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ และการดำเนินการใดอันจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ด้วย

ดังนั้น บทบัญญัติใน มาตรา 60 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงเป็นการต่อยอดสถานะทางกฎหมายของหลักการแข่งขันเสรี โดยเฉพาะในกิจการโทรคมนาคม อันเป็นกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานของประชาชนให้มีสถานะทางกฎหมายอยู่ในระดับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เพิ่มเติม “...สิทธิในการเข้าใช้วงโคจรของดาวเทียม” ขึ้น เพื่อเป็นการกำหนดให้เป็นสมบัติของชาติด้วย เนื่องจากวงโคจรของดาวเทียมนั้น ไม่มีเจ้าของประเทศใดจะมีสิทธิเข้าใช้วงโคจรในระดับและเส้นทางอย่างไร เป็นเรื่องการตกลงระหว่างประเทศ ที่รัฐจำเป็นต้องใช้ความเป็นรัฐไปทำความตกลง และเมื่อเป็นสมบัติของชาติแล้ว จึงต้องกำหนดให้รัฐใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญ

²²⁶ มาตรา 47

คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มืองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินการตามวรรคสองต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะอื่น และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม รวมทั้งต้องจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินการสื่อมวลชนสาธารณะ

การกำกับการประกอบกิจการตามวรรคสองต้องมีมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการควบรวมการครองสิทธิข้ามสื่อ หรือการครอบงำ ระหว่างสื่อมวลชนด้วยกันเองหรือโดยบุคคลอื่นใด ซึ่งจะมีผลเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารหรือปิดกั้นการได้รับข้อมูลข่าวสารที่หลากหลายของประชาชน

3.2.3.2.2 กฎหมายในการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับ

การพลังงาน

พระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้มีบริการด้านพลังงานอย่างเพียงพอและมั่นคงต่อความต้องการของประชาชน ส่งเสริมการแข่งขันในกิจการพลังงาน และป้องกันการใช้อำนาจในทางมิชอบในการประกอบกิจการพลังงาน ส่งเสริมให้การบริการของระบบโครงข่ายพลังงาน ส่งเสริมให้การประกอบกิจการพลังงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตและผู้ใช้พลังงาน

ทั้งยังส่งเสริมการใช้พลังงานและการใช้ทรัพยากรในการประกอบกิจการพลังงานอย่างประหยัดและมีประสิทธิภาพโดยคำนึงถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้ใช้พลังงานทั้งทางด้านอัตราค่าบริการและคุณภาพการให้บริการ และยังเป็น การปกป้องสิทธิเสรีภาพของผู้ใช้พลังงาน ชุมชนท้องถิ่น ประชาชน และผู้รับใบอนุญาตในการมีส่วนร่วม เข้าถึง ใช้ และจัดการด้านพลังงาน ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ตาม มาตรา 7 ที่ได้บัญญัติว่า

“มาตรา 7 พระราชบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้

(1) ส่งเสริมให้มีบริการด้านพลังงานอย่างเพียงพอ มีความมั่นคง และมีความเป็นธรรมต่อผู้ใช้พลังงานและผู้รับใบอนุญาต

(2) ปกป้องผลประโยชน์ของผู้ใช้พลังงานทั้งทางด้านอัตรา ค่าบริการและคุณภาพการให้บริการ

(3) ส่งเสริมการแข่งขันในกิจการพลังงาน และป้องกันการใช้อำนาจในทางมิชอบในการประกอบกิจการพลังงาน

(4) ส่งเสริมให้การบริการของระบบโครงข่ายพลังงานเป็นไป ด้วยความเป็นธรรม โปร่งใสและไม่มีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม

(5) ส่งเสริมให้การประกอบกิจการพลังงานเป็นไปอย่างมี ประสิทธิภาพ และเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตและผู้ใช้พลังงาน

(6) ปกป้องสิทธิเสรีภาพของผู้ใช้พลังงาน ชุมชนท้องถิ่น ประชาชน และผู้รับใบอนุญาตในการมีส่วนร่วม เข้าถึง ใช้ และจัดการด้านพลังงาน ภายใต้หลักเกณฑ์ ที่ให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

(7) ส่งเสริมการใช้พลังงานและการใช้ทรัพยากรในการประกอบกิจการพลังงานอย่างประหยัดและมีประสิทธิภาพโดยคำนึงถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และความสมดุลของทรัพยากรธรรมชาติ

(8) ส่งเสริมการใช้พลังงานหมุนเวียนในการประกอบกิจการไฟฟ้าที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมน้อย”

ยกตัวอย่าง กรณี มาตรา 7(5) แสดงให้เห็นถึง การส่งเสริมการแข่งขันและการประกอบกิจการ ในกิจการพลังงาน ส่งเสริมการประกอบกิจการพลังงานให้มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม พร้อมทั้งป้องกันการใช้อำนาจในทางมิชอบในการประกอบกิจการพลังงาน²²⁷ อันเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม ทำให้การประกอบกิจการมีประสิทธิภาพ ซึ่งตรงตามหลักการแข่งขันเสรีที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น นอกจากนี้ยังมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องป้องกันการใช้อำนาจในทางมิชอบในการประกอบกิจการพลังงาน ซึ่งก็เท่ากับเป็นหลักประกันว่าจะมีการป้องกันมิให้ใช้อำนาจมิชอบในการสร้างกฎเกณฑ์ที่ทำให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเสียเปรียบในการแข่งขันทางการค้า เพื่อจะทำให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีอย่างแท้จริง

นอกจากนี้ การอนุญาตให้ประกอบกิจการพลังงาน ตามมาตรา 47 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้กำหนดว่าการประกอบกิจการพลังงานไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ ต้องได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน²²⁸ ซึ่งก็หมายความว่าไม่ว่าผู้ประกอบการรายใดก็ตาม เมื่อได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ และไม่มีลักษณะที่ต้องห้ามตามที่กฎหมาย เอกชนรายนั้นกำหนดย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการพลังงาน สามารถยื่นคำขออนุญาตจากคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน บทบัญญัติมาตรานี้จึงเป็นการสะท้อนถึงการรับรองหลักเสรีภาพในการประกอบการหรือประกอบอาชีพได้เช่นกัน

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่า กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ส่งเสริมการประกอบกิจการพลังงาน ไม่ว่าจะเป็นการแข่งขันในกิจการพลังงาน

²²⁷ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550, มาตรา 7

²²⁸ มาตรา 47

การประกอบกิจการพลังงานไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ ต้องได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการในการออกใบอนุญาต ให้คณะกรรมการประกาศกำหนดประเภทและอายุใบอนุญาตให้สอดคล้องกับขนาดและลักษณะของกิจการพลังงานประเภทต่าง ๆ โดยให้คำนึงถึงผลกระทบต่อประชาชน ความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ สังคม และการลงทุน รวมถึงลักษณะการแข่งขันของกิจการแต่ละประเภท และอาจกำหนดเงื่อนไขเป็นการเฉพาะรายด้วยก็ได้

การกำหนดประเภท ขนาด และลักษณะของกิจการพลังงานที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมข้อมูลสถิติ คณะกรรมการอาจประกาศกำหนดให้กิจการพลังงานที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตตามวรรคสาม เป็นกิจการที่ต้องมาแจ้งต่อสำนักงานก็ได้

การให้บริการ รวมถึงการใช้พลังงานให้เกิดความสมดุล ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความมีประสิทธิภาพในการประกอบกิจการแก่ผู้รับใบอนุญาต และเกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ใช้พลังงาน ฉะนั้นกฎหมายฉบับนี้จึงจะต้องกำหนดบทบัญญัติที่สะท้อนถึงหลักเสรีนิยม ทั้งหลักการกรรมสิทธิ์และหลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า เพื่อให้เป็นการสนับสนุนให้การประกอบกิจการพลังงานมีประสิทธิภาพและเพียงพอต่อความต้องการ อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ยังต้องมีบทบัญญัติที่เป็นการให้ภาครัฐเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลกิจการพลังงาน เนื่องจากเป็นกิจการสาธารณูปโภคที่เกี่ยวข้องกับคนจำนวนมาก ภาครัฐจึงต้องมีหน้าที่ในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจในการประกอบกิจการพลังงาน ซึ่งสามารถวิเคราะห์ได้ตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจโดยแท้จริง

ดังนั้น ในการจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลทั้งสององค์กร แม้จะมีกฎหมายในการจัดตั้งที่มีที่มาจากสถานะหรือลำดับศักดิ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ก็มีวัตถุประสงค์ของการเป็นองค์กรกำกับดูแลอิสระที่วางอยู่บนเหตุและหลักการเดียวกัน กล่าวคือ การแยกบทบาทระหว่างองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแล และหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดำเนินงานหรือเป็นผู้ประกอบกิจการออกจากได้อย่างสิ้นเชิง เพื่อจุดประสงค์สำหรับการปฏิรูปรัฐวิสาหกิจ นอกจากนี้หากพิจารณาในด้านสาธารณูปโภคตามแนวทางการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนเพื่อให้ประสบความสำเร็จ พร้อมทั้งมีการกำหนดให้จัดตั้งหน่วยงานสำหรับกำกับดูแลโดยมีความเป็นอิสระในแต่ละสาขาที่มีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน ย่อมเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน คู่แข่งผู้บริโภค และให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการ

3.2.4 การรับรองหลักการแข่งขันเสรีตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ คือ การกำหนดแนวทางการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ เพื่อให้ประชาชนมีชีวิตและความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นโดยการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนทุกชั้นตอนอย่างเป็นระบบ โดยประเทศไทยได้มีการริเริ่มจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจของชาติมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2502 ในสมัยรัฐบาลจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ โดยในปี พ.ศ. 2504 ได้ประกาศใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติฉบับแรกขึ้น ซึ่งแผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ ฉบับที่ 1 มีระยะเวลาของแผน 6 ปี โดยที่แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับต่อ ๆ มา มีระยะเวลาของแผน 5 ปี หน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดทำแผน คือ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ โดยปัจจุบันประเทศไทยกำลังอยู่ในช่วงของแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560-2564)

ในปัจจุบันประเทศไทยมีแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติทั้งหมด 12 ฉบับ โดยการศึกษาถึงแผนพัฒนาฯ แต่ละฉบับจะเป็นการศึกษาถึงการรับรองหลักการแข่งขันเสรี โดยเฉพาะกรณีที่รัฐเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจในฐานะเป็นผู้ประกอบ (รัฐวิสาหกิจ) ดังนี้²²⁹

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2504 - 2509) ได้มีแนวนโยบายที่เกี่ยวข้องหลักการแข่งขันเสรีไว้ 2 ระยะ คือ ระยะที่หนึ่ง ส่งเสริมการลงทุนของเอกชนในด้านอุตสาหกรรม โดยเฉพาะกิจการที่ใช้วัตถุดิบในประเทศเป็นส่วนใหญ่ และรัฐไม่ประกอบกิจการขึ้นใหม่ อันเป็นการแข่งขันกับเอกชน ส่วนกิจการที่รัฐอำนวยความสะดวกแล้วก็จะจัดการให้บังเกิดประโยชน์ยิ่งขึ้นระยะที่สอง คือ รัฐได้วางระเบียบว่าด้วยการเงินและการบัญชีของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2504 ให้รัฐวิสาหกิจทุกแห่งถือเป็นหลักปฏิบัติในด้านการบัญชีและการลงทุนให้มีมาตรฐานเดียวกัน โดยส่งเสริมให้มีการดำเนินงานจะเน้นหนักไปในด้านปรับปรุงให้รัฐวิสาหกิจมีสมรรถภาพสูงขึ้น และขยายกิจกรรมของรัฐวิสาหกิจที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาประเทศ

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2510 - 2514) ได้วางแนวนโยบายที่เกี่ยวข้องหลักการแข่งขันเสรีที่เน้นไปทางด้านการส่งเสริมเป็นสำคัญ คือ ดำเนินกิจการรัฐวิสาหกิจเฉพาะกิจการที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภคเพื่อประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมส่วนรวม ความมั่นคงของชาติและเพื่อหารายได้ของประเทศเท่านั้น โดยที่รัฐจะไม่ตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นใหม่เว้นแต่ที่จำเป็นแก่ประโยชน์ส่วนรวมโดยแท้จริงเท่านั้น และจะดำเนินนโยบายให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐที่จะส่งเสริมการลงทุนของเอกชน พร้อมทั้งจะต้องส่งเสริมและปรับปรุงรัฐวิสาหกิจที่จำเป็นจะต้องรักษาไว้ โดยจะวางแผนการอันเหมาะสมที่จะปรับปรุงสมรรถภาพในการบริหารงานให้สูงขึ้น เพื่อให้สามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องของความอุดหนุนด้านการเงินจากรัฐ เป็นต้น

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2515 - 2519) คงมีลักษณะของการที่รัฐส่งเสริมการดำเนินการของรัฐวิสาหกิจ โดยรัฐวิสาหกิจที่รัฐจะสนับสนุนให้คงดำเนินการในรูปรัฐวิสาหกิจต่อไป ได้แก่ รัฐวิสาหกิจประเภทสาธารณูปโภค และสาธารณูปการขนาดใหญ่ เป็นต้น และมีสาระสำคัญ คือ รัฐจะไม่ตั้งรัฐวิสาหกิจประเภทอุตสาหกรรมหรือการค้าขึ้นใหม่เพื่อทำการแข่งขันกับเอกชน และไม่ขยายกิจการของโรงงานอุตสาหกรรมที่มีอยู่แล้วไปในด้านแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะประโยชน์และความปลอดภัยของชาติ

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2520 - 2524) ได้วางหลักที่เกี่ยวข้องหลักการแข่งขันไว้ คือ รัฐจะสนับสนุนให้คงไว้และดำเนินการต่อไปในรัฐวิสาหกิจอุตสาหกรรมที่มีลักษณะผูกขาดเพื่อการควบคุมคุณภาพ ราคา และหารายได้เป็นพิเศษ เช่น โรงงานยาสูบ โรงงานสุรา

²²⁹ พิพัฒน์ ไทยอารี และสิริวิทย์ เรืองสุรัตน์, ประมวลนโยบายรัฐบาลและแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ที่เกี่ยวกับรัฐวิสาหกิจ (กรุงเทพฯ: สถาบันศึกษาและวิจัยรัฐวิสาหกิจ คณะรัฐศาสตร์ 2549). หน้า 48-50.

และโรงงานเกษตรกรรม เป็นต้น โดยรัฐจะสนับสนุนให้คงไว้และดำเนินการต่อไปในรัฐวิสาหกิจอุตสาหกรรมที่เป็นยุทธปัจจัยที่จำเป็นจริง ๆ เท่านั้นและรัฐจะมุ่งสนับสนุนรัฐวิสาหกิจอุตสาหกรรมใหม่

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 5 (พ.ศ.2525 - 2529) ได้วางแนวนโยบายที่เกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขัน คือ การลดภาระการให้เงินอุดหนุนรัฐวิสาหกิจสามารถเลี้ยงตัวเองได้ โดยให้มีการปรับราคาสินค้าและบริการ เพื่อให้มีรายได้สุทธิในอัตราไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยพันธบัตรเงินกู้ของรัฐบาล และดูแลให้อัตรารายได้และส่วนทุนของรัฐวิสาหกิจอยู่ต่ำกว่าที่เหมาะสมและให้จัดทำแผนดำเนินการของรัฐวิสาหกิจขึ้นแต่ละแห่งเพื่อแสดงแผนการผลิต การตลาด การหารายได้ และลดรายจ่ายให้ชัดเจนเพื่อพิจารณาดำเนินการแปรสภาพการบริหารไปสู่เชิงธุรกิจ ยุบเลิก หรือจำหน่ายรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินการกิจการไม่ได้ผล หรือขาดทุนติดต่อกันมาหลายปี โดยไม่มีเหตุอันสมควร

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2530 - 2534) ได้วางหลักการแข่งขันเสรีที่เกี่ยวข้อง คือ การรักษาเสถียรภาพทางการคลังของประเทศโดยมุ่งที่จะให้มีมาตรการลดเงินกู้ยืม โดยเพิ่มประสิทธิภาพการจัดการ และยกระดับการให้บริการของรัฐวิสาหกิจ นอกจากนี้ ต้องทบทวนบทบาทและปรับปรุงการกำกับดูแลรัฐวิสาหกิจ ให้สอดคล้องกับสถานการณ์

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2535 - 2539) ได้วางแนวทางที่เกี่ยวข้องหลักการแข่งขันไว้ คือ ให้มีการปรับปรุงกลไกการกำกับดูแล โดยลดบทบาทกำกับดูแลจากหน่วยงานของรัฐ และปรับปรุงระบบการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ เช่น การปรับปรุงโครงสร้างองค์กร ระบบการบริหารและการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจให้คล่องตัวและเป็นเชิงธุรกิจมากขึ้น และกำหนดใช้นโยบายราคา เพื่อให้รัฐวิสาหกิจกำหนดราคาสินค้าและเพิ่มบทบาทการดำเนินงานร่วมกับเอกชน

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2540 - 2544) มีแนวทางที่เกี่ยวข้องหลักการแข่งขัน โดยที่แผนพัฒนาเศรษฐกิจ ฯ ฉบับนี้ เน้นการพัฒนาวิสาหกิจ เพื่อลดบทบาทของรัฐในการเป็นเจ้าของวิสาหกิจและเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ โดยเพิ่มบทบาทภาคเอกชน เพื่อให้รัฐวิสาหกิจเป็นเครื่องมือในการเสริมสร้างระบบเศรษฐกิจที่เข้มแข็ง โดยให้มีการติดตามและประเมินผลการดำเนินการตามแผนงาน รวมทั้งสนับสนุนรัฐวิสาหกิจให้มีสถานะเป็นบริษัทมหาชน และจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ เพื่อให้สามารถระดมทุนจากประชาชนได้อย่างกว้างขวาง และจัดตั้งองค์กรกลางเป็นการถาวร เพื่อบริหารนโยบายการเพิ่มบทบาทภาคเอกชน และประสานการปฏิบัติกับรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ อย่างต่อเนื่อง

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2545 - 2549) ได้มีแนวนโยบายที่เกี่ยวข้องกับรัฐวิสาหกิจ คือ ส่งเสริมให้มีการแปลงทุนในรัฐวิสาหกิจขนาดใหญ่ที่มีศักยภาพ

เป็นทุนเรือนหุ้น และจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ เพื่อเพิ่มประเภท และความหลากหลายของหลักทรัพย์ รวมทั้งปฏิรูปรัฐวิสาหกิจ และเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในกิจการของภาครัฐโดยคำนึงถึงประสิทธิภาพการดำเนินงาน มาตรฐานและคุณภาพของผลผลิตสินค้า

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2550 - 2554) ได้วางนโยบายที่เกี่ยวข้องหลักการแข่งขันเสรีไว้ คือ เน้นการพัฒนาธุรกิจให้มีการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพ มีการบริหารจัดการที่ดีและรายงานผลการดำเนินงานอย่างโปร่งใส โดยมีกฎหมายกำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันการให้บริการจากภาคเอกชน เพื่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรและเกิดสวัสดิการสูงสุด ทั้งนี้ การแปรรูปรัฐวิสาหกิจจะต้องตระหนักถึงหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ มุ่งเน้นการเพิ่มประสิทธิภาพการดำเนินงาน การเพิ่มมูลค่าสินทรัพย์ของรัฐ และการดูแลผลประโยชน์ผู้ด้อยโอกาสให้สามารถเข้าถึงบริการได้อย่างทั่วถึง

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2555-2559) ได้วางนโยบายที่เกี่ยวข้องหลักการแข่งขันเสรีไว้ คือ ส่งเสริมและพัฒนาประสิทธิภาพการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ โดยพัฒนาระบบการบริหาร จัดการและบริหารความเสี่ยงเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการดำเนินงานให้มีความโปร่งใสตามหลักธรรมาภิบาล รวมทั้งส่งเสริมให้เอกชนเข้ามีส่วนร่วมในการลงทุนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน และการให้บริการขั้นพื้นฐานของภาครัฐเพิ่มขึ้น โดยปรับปรุงระเบียบและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งพัฒนากลไกและรูปแบบการให้ภาคเอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะอื่น

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560-2564) ได้น้อมนำหลัก “ปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง” มาเป็นปรัชญานำทางในการพัฒนาประเทศอย่างต่อเนื่องจากแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ฉบับที่ 9-11 เพื่อเสริมสร้างภูมิคุ้มกันและช่วยให้สังคมไทยสามารถยืดหยุ่นได้อย่างมั่นคงเกิดภูมิคุ้มกัน และมีการบริหารจัดการความเสี่ยงอย่างเหมาะสม ส่งผลให้การพัฒนาประเทศสู่ความสมดุลและยั่งยืน ในการพัฒนาประเทศในระยะแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 12 จะมุ่งบรรลุเป้าหมายในระยะ 5 ปีที่จะสามารถต่อยอดในระยะต่อไปเพื่อให้บรรลุเป้าหมายการพัฒนาระยะยาวตามยุทธศาสตร์ 20 ปี เป็นหลัก ให้ความสำคัญกับการกำหนดทิศทางการพัฒนาที่มุ่งมั่นสู่การเปลี่ยนแปลงผ่านประเทศไทยจากประเทศที่มีรายได้ปานกลางไปสู่ประเทศที่มีรายได้สูง มีความมั่นคงและยั่งยืน สังคมอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุข และนำไปสู่การบรรลุวิสัยทัศน์ระยะยาว “มั่นคง มั่งคั่ง ยั่งยืน” ของประเทศ

โดยรัฐวิสาหกิจในฐานะหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่สำคัญ ต่อการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์และแนวทางการพัฒนาประเทศทั้งทางตรงและทางอ้อม จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องสร้างบทบาทการดำเนินงานให้มีความชัดเจน สอดคล้องกับนโยบายและสภาพแวดล้อม โดยกำหนด

เป้าหมาย คือ “รัฐวิสาหกิจเป็นเครื่องมือสำคัญในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติสู่ความมั่นคง มั่งคั่ง ยั่งยืน” เพื่อให้รัฐวิสาหกิจสามารถดำเนินบทบาทในการสนับสนุนยุทธศาสตร์ของประเทศในด้านต่าง ๆ ได้ตามเป้าหมายและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งผลจากการเชื่อมโยงนโยบายด้านรัฐวิสาหกิจกับ กรอบยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี แผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 12 และแผนอื่น ๆ แต่จะเน้นไปที่ด้านการแข่งขัน เป็นสำคัญ ซึ่งอยู่ในยุทธศาสตร์ที่ 3 การสร้างความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจและแข่งขันได้อย่างยั่งยืน โดยมีแนวทาง คือ ยกกระตือรือร้นการผลิตสินค้าเกษตรและอาหารเข้าสู่ระบบมาตรฐาน มีการต่อยอดความ เข้มแข็งของอุตสาหกรรมสู่อุตสาหกรรมที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูง รวมทั้งเสริมสร้างขีดความสามารถ การแข่งขันในเชิงธุรกิจของภาคบริการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและกฎระเบียบเพื่อส่งเสริมการค้าที่เป็น ธรรม แต่อย่างไรก็ตามเหตุการณ์การแพร่ระบาดของโควิด-19 ที่แพร่ระบาดอย่างรวดเร็วและส่ง ผลกระทบอย่างรุนแรงทั่วโลก ส่งผลให้การดำเนินงานตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 ในหลายมิติไม่สามารถบรรลุผลได้ตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดบริบทและสถานะของประเทศ ไทยจากผลของแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 เช่น มิติด้านเศรษฐกิจ²³⁰ เนื่องจาก เศรษฐกิจขยายตัวต่ำสุดในรอบ 22 ปี เศรษฐกิจไทยในภาพรวมปี 2563 หดตัวลงร้อยละ 6.1 จากที่ ขยายตัวร้อยละ 4.2 และ 2.1 ในปี 2561 และปี 2562 ตามลำดับ อันมีสาเหตุเนื่องมาจากสถานการณ์ การแพร่ระบาดของโควิด-19 ทำให้เศรษฐกิจได้รับผลกระทบเป็นวงกว้าง โดยการผลิตภาคเกษตร ลดลงร้อยละ 3.6 ภาคอุตสาหกรรมลดลงร้อยละ 5.9 และภาคบริการ (นอกเหนือจากบริการภาครัฐ⁵) ลดลงร้อยละ 7.4 (เป้าหมายภายใต้แผนฯ 12 กำหนดให้มีอัตราการขยายตัวเฉลี่ยไม่ต่ำกว่าร้อยละ 3, 4.5 และ 6ตามลำดับ) มูลค่าการส่งออกสินค้าในสกุลเงินดอลลาร์สหรัฐ ลดลงร้อยละ 6.6 และรายได้ จากการท่องเที่ยวลดลง 2.18 ล้านล้านบาท ในทำนองเดียวกัน การลงทุนภาคเอกชนปรับตัวลดลง ร้อยละ 8.4 ในปี 2563 จากที่ขยายตัวร้อยละ 2.7 ในปี 2562²³¹

จากการศึกษา เห็นได้ว่าแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ทั้ง 12 ฉบับที่กล่าว มาข้างต้นจะพบว่า ในช่วงแรกของการมีการประกาศใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เป็นในลักษณะการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ โดยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก และยุคที่ รัฐวิสาหกิจมีอย่างกว้างขวาง โดยในประเด็นการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ไม่มีการกำหนดนโยบายใด ๆ ออกมา ภายหลังจากมีการใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ที่วางนโยบายอยู่ภายใต้ระบบ เศรษฐกิจเสรีนิยม การรับรองหลักการแข่งขันเสรีในส่วนกรณีผู้ประกอบการภาครัฐประกอบการ แข่งขันกับเอกชนจึงมีการรับรองที่เป็นรูปธรรมมากขึ้น เนื่องจากในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม แห่งชาติ แต่ละฉบับได้มีเนื้อหาสาระสำคัญที่จะค่อยๆ ลดบทบาททางเศรษฐกิจของรัฐ โดย

²³⁰ World Bank(2020). The Worldwide Governance Indicators (WGI) project. Available from: <http://info.worldbank.org/governance/WGI>

²³¹ ธนาคารแห่งประเทศไทย, 25 กุมภาพันธ์ 2564. [ออนไลน์] www.bot.or.th.

การกำหนดว่ารัฐจะไม่โอนกิจการของเอกชนมาเป็นของรัฐ ไม่ประกอบการแข่งขันกับเอกชน และการโอนรัฐวิสาหกิจอุตสาหกรรมให้แก่เอกชนไปดำเนินการ โดยรัฐสามารถดำเนินจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นใหม่ นั้นก็ทำได้เฉพาะในกิจการสาธารณูปโภค ในส่วนการประกอบกิจการอุตสาหกรรมและกิจการอื่น และรัฐสามารถแทรกแซงได้เฉพาะเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น แม้ในบางฉบับจะไม่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้โดยตรงก็ตาม แต่ก็ได้มีการเพิ่มบทบาทให้เอกชนร่วมประกอบการ หรือร่วมลงทุนกับรัฐ และในกิจการที่มีการแข่งขันกับเอกชน บางฉบับก็ได้วางนโยบายให้มีการแข่งขันภายใต้เงื่อนไข หรือกฎเกณฑ์เช่นเดียวกับเอกชน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ได้มีการรับรองหลักการแข่งขันเสรีตั้งแต่แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ตั้งแต่ฉบับแรกจวบจนถึงฉบับปัจจุบัน

ทั้งนี้ ได้มีการร่างแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 13 (พ.ศ. 2566 – 2570) เป็นแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับแรกที่เริ่มต้นกระบวนการยกร่างกรอบแผน ภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติและจะมีผลในการใช้เป็นกรอบเพื่อกำหนด แผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ ภายใต้หลักการ “พลิกโฉมประเทศไทยสู่สังคมก้าวหน้า เศรษฐกิจสร้างมูลค่าอย่างยั่งยืน” (Transformation to Hi-Value and Sustainable Thailand) และมีเป้าหมายหลักที่ต้องการบรรลุผล 5 ประการ คือ (1) การปรับโครงสร้างผลิตสู่เศรษฐกิจฐานนวัตกรรม (2) การพัฒนาคนสำหรับโลกยุคใหม่ (3) การมุ่งสู่สังคมโอกาสและความเป็นธรรม (4) การเปลี่ยนผ่านไปสู่ความยั่งยืน และ (5) การเสริมสร้างความสามารถของประเทศในการรับมือกับความเสี่ยงและการเปลี่ยนแปลง ภายใต้บริบทโลกใหม่ โดยแต่ละองค์ประกอบได้มีการกำหนด “หมุดหมาย” ของการพัฒนาเพื่อนำไปสู่การขับเคลื่อนแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 13 (พ.ศ. 2566 – 2570) ที่ชัดเจนใน 4 มิติ ดังนี้²³²

มิติที่ 1 เศรษฐกิจมูลค่าสูงที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม (High Value-Added Economy) เพื่อสร้างมูลค่าเพิ่มจากการพัฒนา ต่อยอด และใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้ ความคิดสร้างสรรค์ เทคโนโลยี และนวัตกรรม พร้อมกับการลดผลกระทบเชิงลบต่อสิ่งแวดล้อม และใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างมีประสิทธิภาพ โดยการปรับทิศทางของภาคการผลิตเดิมที่มีความสำคัญ แต่มีความเสี่ยงที่จะสูญเสียความสามารถในการแข่งขันในอนาคตหากไม่มีการปรับตัว และส่งเสริมภาคการผลิตที่ไทยมีศักยภาพสอดคล้องกับทิศทางการเปลี่ยนแปลงของโลก ประกอบด้วย 6 หมุดหมาย ได้แก่

หมุดหมายที่ 1 ไทยเป็นประเทศชั้นนำด้านสินค้าเกษตรและเกษตรแปรรูปมูลค่าสูง เพื่อบ่มเน้นการผลิตสินค้าเกษตรและอุตสาหกรรมแปรรูปการเกษตรที่มีมูลค่าสูง โดยการประยุกต์ใช้

²³² (ร่าง) แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 13, สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (สศช.), 20 มีนาคม 2565 [ออนไลน์] www.nesdc.go.th.

เทคโนโลยีตลอดจนกระบวนการผลิต เพื่อแก้ไขปัญหาข้อจำกัดด้านผลิตภาพ ปรับปรุงคุณภาพผลผลิต รวมถึง ลดการพึ่งพาทรัพยากรธรรมชาติและผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

หมวดหมู่ที่ 2 ไทยเป็นจุดหมายของการท่องเที่ยวที่เน้นคุณค่าและความยั่งยืน เพื่อพลิกฟื้นรูปแบบการท่องเที่ยวไทยจากกิจกรรมการท่องเที่ยวมูลค่าต่ำที่เน้นปริมาณนักท่องเที่ยวจำนวนมาก และส่งผลให้เกิดความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมอย่างรวดเร็ว สู่การท่องเที่ยวที่ใช้จุดเด่นและความสร้างสรรค์ ในการสร้างมูลค่า บนพื้นฐานของความรับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม เพื่อให้แหล่งท่องเที่ยวและ ทรัพยากรธรรมชาติได้รับการฟื้นฟู อันเป็นการมุ่งเน้นสู่การเจริญเติบโตอย่างยั่งยืน

หมวดหมู่ที่ 3 ไทยเป็นฐานการผลิตยานยนต์ไฟฟ้าของอาเซียน เพื่อปรับนิเวศอุตสาหกรรมยานยนต์ของไทยไปสู่ยานยนต์ไฟฟ้า อันจะเป็นโอกาสในการพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศและเพิ่มการจ้างงานในอนาคต รวมทั้งสนับสนุนการลดปริมาณการปล่อยมลพิษอากาศและ ก๊าซเรือนกระจกในระยะยาว

หมวดหมู่ที่ 4 ไทยเป็นศูนย์กลางทางการแพทย์และสุขภาพมูลค่าสูง โดยพัฒนาต่อยอดอุตสาหกรรมการผลิตและบริการทางการแพทย์ รวมถึงบริการด้านสุขภาพที่ประเทศไทยมีฐานเดิมที่แข็งแกร่งและมีห่วงโซ่อุปทานเชื่อมโยงต่อเนื่องภาคการผลิตที่หลากหลาย ให้เป็นกำลังหลักในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจในอนาคต

หมวดหมู่ที่ 5 ไทยเป็นประตูการค้าการลงทุนและจุดยุทธศาสตร์ทางโลจิสติกส์ ที่สำคัญของภูมิภาค โดยเพิ่มประสิทธิภาพของโครงสร้างพื้นฐานและการให้บริการด้านการขนส่งและโลจิสติกส์ของประเทศไทยให้สามารถสนับสนุนการเชื่อมโยงอย่างไร้รอยต่อภายในอาเซียน รวมทั้งพัฒนาความพร้อมด้านสิ่งอำนวยความสะดวกทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อใช้ประโยชน์จากการมี ส่วนร่วมในห่วงโซ่มูลค่าโลก (Global Value Chains: GVCs) ของไทย แนวระเบียบเศรษฐกิจระดับภูมิภาค และการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษตามแนวชายแดน

หมวดหมู่ที่ 6 ไทยเป็นฐานการผลิตอิเล็กทรอนิกส์อัจฉริยะและบริการดิจิทัลของอาเซียน โดยพัฒนาต่อยอดจากการเป็นฐานผลิตสินค้าอิเล็กทรอนิกส์แบบดั้งเดิมสู่การเป็นฐานการผลิตสินค้า อิเล็กทรอนิกส์อัจฉริยะและบริการด้านดิจิทัล อาทิ ซอฟต์แวร์ ดิจิทัลคอนเทนต์ และดิจิทัลแพลตฟอร์ม เพื่อยกระดับผลิตภาพ สร้างมูลค่าเพิ่ม และเกื้อหนุนการเปลี่ยนผ่านสู่ยุคดิจิทัล (Digital Transformation) ในทุกภาคส่วน

มิติที่ 2 สังคมแห่งโอกาสและความเสมอภาค (High Opportunity Society)
เพื่อให้ทุกกลุ่มคนในประเทศมีโอกาสเลื่อนสถานะทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างเต็มศักยภาพ ประชาชนได้รับความคุ้มครองทางสังคมที่เพียงพอ เหมาะสม ทุกภาคส่วนในสังคมมีส่วนร่วมและได้รับประโยชน์จากการเจริญเติบโต ทางเศรษฐกิจอย่างเสมอภาค และประเทศมีความเหลื่อมล้ำลดลงใน

ทุกมิติ โดยการใช้เทคโนโลยีฐานข้อมูล สารสนเทศ และดิจิทัลแพลตฟอร์มเป็นเครื่องมือสำคัญในการส่งเสริมการแข่งขันที่เปิดกว้างและเป็นธรรมเพื่อลดความเหลื่อมล้ำในเชิงธุรกิจ ส่งเสริมกิจกรรมทางเศรษฐกิจและการเข้าถึงบริการสาธารณะที่มีคุณภาพ ในเมืองหลักและท้องถิ่นต่างจังหวัด เพื่อลดความเหลื่อมล้ำในเชิงพื้นที่ ตลอดจนการช่วยเหลือผู้ด้อยโอกาส อย่างตรงกับปัญหาและความต้องการ การใช้นโยบายการเงินการคลังเพื่อสนับสนุนการกระจายรายได้และการจัดความคุ้มครองทางสังคมอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อเพิ่มพลวัตการเคลื่อนสถานะทางเศรษฐกิจและสังคม (Socioeconomic Mobility) ประกอบด้วย 3 หมายเหตุ ได้แก่

หมายเหตุที่ 7 ไทยมี SMEs ที่เข้มแข็ง มีศักยภาพสูง และสามารถแข่งขันได้โดยเพิ่มโอกาสและเร่งพัฒนาศักยภาพของ SMEs ให้สามารถใช้เทคโนโลยีและนวัตกรรมตลอดกระบวนการดำเนินธุรกิจ และสร้างเสริมสมรรถนะในการปรับตัวได้อย่างรวดเร็ว อันจะช่วยลดทอนความเสี่ยงและข้อจำกัดของ SMEs ทั้งในด้านการเข้าถึงแหล่งเงินทุน การจัดหาแรงงาน และการแข่งขันกับธุรกิจขนาดใหญ่ รวมทั้ง ส่งเสริมศักยภาพและบทบาทของวิสาหกิจชุมชนและวิสาหกิจเพื่อสังคมในการพัฒนาชุมชน สังคมและสิ่งแวดล้อม

หมายเหตุที่ 8 ไทยมีพื้นที่และเมืองหลักของภูมิภาคที่มีความเจริญทางเศรษฐกิจทันสมัยและน่าอยู่ โดยผลักดันการพัฒนาพื้นที่ทั้งในมิติด้านการส่งเสริมการค้าการลงทุน การเสริมสร้าง ศักยภาพของพื้นที่เพื่อรองรับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และการพัฒนาพื้นที่ให้น่าอยู่และมีคุณภาพชีวิตที่เป็นมิตร ต่อสิ่งแวดล้อม ผ่านการมีส่วนร่วมของภาคส่วนต่าง ๆ ในพื้นที่ ทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ชุมชน สถาบันการศึกษา และภาคเอกชน ในการออกแบบและขับเคลื่อนการพัฒนาที่เหมาะสมและตอบโจทย์ความต้องการของคนในพื้นที่

หมายเหตุที่ 9 ไทยมีความยากจนข้ามรุ่นลดลง และคนไทยทุกคนมีความคุ้มครองทางสังคมที่เพียงพอ เหมาะสม โดยใช้เทคโนโลยีดิจิทัลและระบบข้อมูลสารสนเทศเป็นเครื่องมือช่วยระบุ กลุ่มเป้าหมาย ปัญหา และความจำเป็นไปสู่การออกแบบนโยบายตัดวงจรการส่งผ่านความยากจนข้ามรุ่นได้อย่างเฉพาะเจาะจง รวมถึงออกแบบระบบความคุ้มครองทางสังคมให้เหมาะสมกับความต้องการและรูปแบบการทำงานที่เปลี่ยนไป เพื่อแก้ปัญหา ลดความเสี่ยง และสร้างความมั่นคงทางรายได้ให้แก่กลุ่มเปราะบางได้อย่างตรงจุด

มิติที่ 3 วิถีชีวิตที่ยั่งยืน (High Sustainability) เพื่อส่งเสริมรูปแบบการดำเนินชีวิตและกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เอื้อให้เกิดความยั่งยืนของทรัพยากรธรรมชาติ ระบบนิเวศ และสภาพภูมิอากาศพร้อมทั้งสามารถรับมือและมีภูมิคุ้มกันจากสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยให้ความสำคัญกับการพัฒนา ประสิทธิภาพของการบริหารจัดการภาครัฐและบทบาทของภาคส่วนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการประยุกต์ใช้ เทคโนโลยี เพื่อมุ่งจัดการกับปัญหาที่เป็นภัยคุกคามสำคัญทั้งในประเทศไทยและในระดับโลก ซึ่งได้แก่ ปัญหา ขยะ มลพิษทางน้ำ มลพิษอากาศ ก๊าซเรือนกระจกและ

ความเสี่ยงของภัยธรรมชาติอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ ประกอบด้วย 2 หมุดหมาย ได้แก่

หมุดหมายที่ 10 ไทยมีเศรษฐกิจหมุนเวียนและสังคมคาร์บอนต่ำ โดยการปรับปรุงระบบบริหารจัดการเพื่อให้ขยะและน้ำเสียได้รับการหมุนเวียนกลับไปใช้ประโยชน์ในสัดส่วนที่สูงขึ้น การสนับสนุนพลังงานหมุนเวียนให้เป็นแหล่งพลังงานหลักสำหรับการพัฒนากำลังการผลิตไฟฟ้าใหม่ของประเทศ รวมทั้งส่งเสริมพัฒนาและประยุกต์ใช้เทคโนโลยีเพื่อจัดการปัญหาสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน และเป็นโอกาสในการสร้างมูลค่าเพิ่มทางเศรษฐกิจ เช่น การใช้เทคโนโลยีชีวภาพเพื่อเพิ่มมูลค่าให้แก่วัสดุเหลือใช้ทางการเกษตร และการผลิตสินค้าที่มาจากวัสดุเหลือใช้และมีการปล่อยคาร์บอนในปริมาณต่ำ เป็นต้น

หมุดหมายที่ 11 ไทยสามารถลดความเสี่ยงและผลกระทบจากภัยธรรมชาติและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยมุ่งจัดการพื้นที่ที่ประสบภัยธรรมชาติซ้ำซาก และพื้นที่ที่มีแนวโน้มจะเผชิญกับผลกระทบที่รุนแรงจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ให้มีความเสี่ยงที่ลดลง ผ่านการใช้มาตรการป้องกันภัยที่ยั่งยืนและมาตรการการปรับตัวที่เหมาะสมกับสภาพพื้นที่และการดำเนินงานชีวิตของประชาชน ตลอดจนการอนุรักษ์ฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติที่มีความสำคัญต่อการป้องกันความเสี่ยงและผลกระทบจากภัยธรรมชาติและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ รวมทั้งการปรับปรุงประสิทธิภาพของระบบบริหารจัดการภัยและขีดความสามารถในการรับมือกับภัยของทุกภาคส่วน

มิติที่ 4 ปัจจัยสนับสนุนการพลิกโฉมประเทศ (Key Enablers for Thailand's Transformation) เพื่อพัฒนาปัจจัยสนับสนุนที่มีความสำคัญต่อการเปลี่ยนผ่านประเทศไปสู่การเป็น “เศรษฐกิจสร้างคุณค่า สังคมเดินหน้าอย่างยั่งยืน” โดยเฉพาะการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้มีคุณภาพได้มาตรฐานสอดคล้องกับความต้องการของตลาดแรงงานและโลกยุคใหม่ และส่งเสริมการเคลื่อนย้ายแรงงาน ไปสู่ภาคการผลิตและบริการที่มีผลิตภาพและมูลค่าสูง และกลไกการบริหารจัดการภาครัฐที่ทันสมัย เท้าทันต่อ การเปลี่ยนแปลงสามารถตอบสนองต่อความต้องการประชาชน และสอดคล้องกับทิศทางการพัฒนาประเทศ อย่างมีประสิทธิภาพ ประกอบด้วย 2 หมุดหมาย ได้แก่

หมุดหมายที่ 12 ไทยมีกำลังคนสมรรถนะสูง มุ่งเรียนรู้อย่างต่อเนื่อง ตอบโจทย์การพัฒนาแห่งอนาคต โดยการพัฒนาคุณภาพการศึกษาให้เทียบเท่ามาตรฐานสากลและให้ความสำคัญกับการ เสริมสร้างทักษะที่จำเป็นในโลกยุคใหม่อย่างรอบด้าน รวมถึงการปรับปรุงระบบการฝึกอบรมเพื่อปรับและยกระดับทักษะฝีมือแรงงาน (Reskill/ Upskill/ New skill) ให้มีคุณภาพ ทันสมัย ได้มาตรฐาน ตอบโจทย์ ความต้องการอย่างตรงจุด ทุกคนสามารถเข้าถึงได้ ตลอดจนการบริหารจัดการกำลังคนภายใต้บริบทสังคมสูงวัยเพื่อลดทอนความเสี่ยงในการขาดแคลนกำลังแรงงาน

หมุดหมายที่ 13 ไทยมีภาครัฐที่มีสมรรถนะสูง โดยปรับปรุงการทำงานของภาครัฐ ให้มีความบูรณาการและเป็นเอกภาพ ตั้งแต่ระดับนโยบาย ระดับปฏิบัติ จนถึงการติดตามประเมินผล

การนำเทคโนโลยีดิจิทัลมาประยุกต์ใช้อย่างเต็มรูปแบบเพื่อปรับปรุงการบริหารงานภาครัฐและการให้บริการสาธารณะ การแก้ไขกฎหมายกฎระเบียบภาครัฐให้ทันสมัย และการปรับปรุงโครงสร้างการบริหารงานภาครัฐให้มีความยืดหยุ่นและเอื้อให้เกิดความยั่งยืนทางการคลัง

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า ตามร่างแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 13 ยังคงให้ความสำคัญกับหลักการแข่งขันอยู่ แต่ถูกปรับเปลี่ยนไปตามบริบทโดยมีการนำเทคโนโลยีสมัยใหม่ เช่น เหมืองข้อมูล (Data Mining) และการเรียนรู้ของเครื่องกล (Machine Learning) เป็นต้น และ (3) การใช้ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence: AI) และระบบหุ่นยนต์อัตโนมัติ (Automation & Robotics) ในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เข้ามาปรับใช้เพื่อพัฒนาการแข่งขัน โดยแนวทางการพัฒนาตามหมวดหมู่ที่ 7 เพื่อส่งเสริมให้ประเทศไทยมี SMEs ที่เข้มแข็ง มีศักยภาพสูง และสามารถแข่งขันได้ โดยสอดคล้องกับเป้าหมายหลักของแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 13 ในเป้าหมายที่ 1 ด้านการปรับโครงสร้างภาคการผลิตและบริการสู่เศรษฐกิจฐานนวัตกรรม

ในประเด็นภาคการผลิตและบริการสำคัญได้รับการยกระดับให้มีความสามารถในการแข่งขันที่สูงขึ้น เศรษฐกิจท้องถิ่นและผู้ประกอบการรายย่อยสามารถเชื่อมโยงกับห่วงโซ่มูลค่า และประเทศไทยมีระบบนิเวศที่สนับสนุนการค้าการลงทุนและการพัฒนานวัตกรรม ผ่านการสร้างและพัฒนาผู้ประกอบการ SME ในแต่ละภาคธุรกิจของประเทศให้สามารถแข่งขันได้อย่างยั่งยืน อีกทั้งเชื่อมโยงผู้ประกอบการ SME กับห่วงโซ่มูลค่าโลก โดยมีระบบนิเวศในการประกอบธุรกิจที่เหมาะสม ความรู้ ทักษะทางพฤติกรรม และคุณลักษณะตามบรรทัดฐานที่ดีของสังคม และเป้าหมายที่ 3 ในการมุ่งสู่สังคมแห่งโอกาสและความเป็นธรรม ในประเด็นความเหลื่อมล้ำเชิงรายได้ ความมั่งคั่ง ตามกลไกระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม

3.3 รัฐวิสาหกิจในระบบกฎหมายไทย

ในการศึกษารัฐวิสาหกิจในระบบกฎหมายไทย ผู้เขียนจะแยกการศึกษาเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ที่มาและเหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทย การแบ่งประเภทรัฐวิสาหกิจในระบบกฎหมายไทย และเครื่องมือในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐวิสาหกิจ

3.3.1 ที่มาและเหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทย

ในการศึกษาที่มาและและเหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทย ผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน คือ ที่มาของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจภายใต้แนวคิดเสรีนิยม เหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทย และความหมายของรัฐวิสาหกิจในระบบกฎหมายไทย

3.3.1.1 ที่มาของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจภายใต้แนวความคิดเสรีนิยม

การพัฒนารัฐวิสาหกิจไทย มีมาตั้งแต่สมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) ซึ่งพระองค์ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการปฏิรูปประเทศในด้านต่าง ๆ การบริหารราชการแผ่นดิน และการสร้างโครงสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐานของประเทศ รองรับการพัฒนาด้านเศรษฐกิจและสังคมของประเทศให้เท่าเทียมอารยะประเทศทางฝั่งตะวันตกในสมัยนั้น เช่น การตั้งกรมไปรษณีย์โทรเลข ขึ้นในปี พ.ศ. 2429 เพื่อวางโครงข่ายระบบโทรเลขและโทรศัพท์ขึ้นให้ประชาชนได้ใช้ในการติดต่อสื่อสาร การตั้งกรมรถไฟ สังกัดอยู่ในกระทรวงโยธาธิการขึ้นมาในปี พ.ศ. 2433 เพื่อสร้างระบบทางรถไฟ เป็นเส้นทางคมนาคม ให้ราษฎรที่อยู่ที่ยอดเขาแดนใต้ใช้ในการขนส่งผู้โดยสารและสินค้ากับเมืองหลวงได้ง่ายขึ้น และการตั้งกรมสุขาภิบาลขึ้นในปี พ.ศ. 2448 เพื่อดำเนินกิจการประปาในการจัดหาน้ำสะอาดสำหรับประชาชนในกรุงเทพฯ ได้ใช้ประโยชน์ เป็นต้น

ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา คณะราษฎรในฐานะรัฐบาลได้นำทุนของรัฐไปจัดตั้งรัฐวิสาหกิจและบริษัทกิจการขึ้นจำนวนหนึ่ง โดยรัฐบาลเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่และอยู่ภายใต้การบริหารงานของข้าราชการที่มาจากคณะราษฎรหรือบุคคลที่ใกล้ชิดกับคณะราษฎร เช่น วิสาหกิจทางการเงิน ได้แก่ ธนาคารเอเชีย ธนาคารมณฑล และบริษัทไทยเศรษฐกิจประกันภัย หรือวิสาหกิจทางอุตสาหกรรม ได้แก่ บริษัทข้าวไทย บริษัทประมงไทย บริษัทเดินเรือไทย และบริษัทไทยเดินเรือทะเล หรือวิสาหกิจทางด้านพาณิชย์กรรม ได้แก่ บริษัทค้าพืชผลไทยและบริษัทพืชกลีกรวม เป็นต้น วิสาหกิจเหล่านี้ ล้วนมีส่วนช่วยในการพึ่งพาอาศัยกัน ส่งผลให้เกิดความคล่องตัว ในการดำเนินงานทางธุรกิจ ประกอบกับบุคคลที่เข้าบริหารภายในกิจการเหล่านี้เป็นผู้ทรงอิทธิพลทางการเมือง ที่สามารถชักจูงของรัฐบาลและอิทธิพลทางการเมืองเข้าสนับสนุนในการดำเนินงาน จึงทำให้กิจการเหล่านั้นประสบผลสำเร็จทางการค้า²³³

หลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง รัฐบาลได้จัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นเป็นจำนวนมาก เพื่อบูรณะฟื้นฟูเศรษฐกิจและสังคมใหม่ให้เจริญก้าวหน้า โดยจัดทำกิจการที่เป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน และกิจการที่มีผลโดยตรงต่อความมั่นคงของประเทศ เพื่อดำเนินการทางด้านอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม และเพื่อตอบสนองความต้องการในด้านอุปโภคบริโภคของประชาชนให้เพียงพอ ตลอดจนเพื่อประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับสงคราม เช่น เชื้อเพลิง เป็นต้น รวมทั้งเพื่อดำเนินกิจการที่เป็นการบริการประชาชนที่ภาคเอกชนไม่มีความพร้อมทั้งในด้านเงินทุนและความสามารถ มีการตรากฎหมายสำคัญฉบับหนึ่ง ในปี พ.ศ. 2496 เพื่อเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงาน ขึ้นมาทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล พ.ศ. 2496 ที่เป็นผลให้มีการจัดตั้งหน่วยงานต่าง ๆ ซึ่งมีสภาพเป็นรัฐวิสาหกิจขึ้นอีก

²³³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย, หน้า 15-20

หลายแห่ง เช่น องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ องค์การเบตเตอร์ องค์การแก้ว องค์การจัดการน้ำเสีย เป็นต้น²³⁴

แต่อย่างไรก็ตาม ความรุ่งเรืองของรัฐวิสาหกิจกลับเริ่มแยกลงในสมัยรัฐบาลของจอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นต้นมา ซึ่งขณะนั้นเกิดปัญหาทางการเงินของประเทศ รัฐบาลไทยต้องขอรับความช่วยเหลือจากธนาคารโลก (World Bank) ในการกู้เงิน ซึ่งได้ส่งผู้แทนพิเศษมาศึกษาสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศไทย และนำเสนอแนวทางการบริหารจัดการด้านการเงินของประเทศไทย ด้วยแรงกดดันของธนาคารโลก (หน่วยงานที่ขับเคลื่อนแนวคิด “ทุนนิยม” ที่ไม่ต้องการให้รัฐลงทุนในกิจการสาธารณูปโภค) แนวคิดของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจจึงเริ่มเกิดขึ้นนับตั้งแต่ยุคนี้เป็นต้นมา แม้ว่าแผนพัฒนาเศรษฐกิจ ฉบับที่ 1 ที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2504 จะมีการกล่าวถึงการแปรรูปรัฐวิสาหกิจไว้ตามที่ธนาคารโลกให้ข้อเสนอแนะไว้ แต่การดำเนินงานของรัฐบาลตั้งแต่แผนพัฒนาเศรษฐกิจ ฉบับที่ 1 มาจนถึงฉบับฉบับที่ 8 ก็ยังไม่เคยมีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจตามแบบอย่างของประเทศต่าง ๆ ที่ได้ดำเนินการไปจะมีก็แต่เพียง “การเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในรัฐวิสาหกิจ” เท่านั้นที่ได้มีการดำเนินการอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม ซึ่งมี 6 วิธีการด้วยกัน คือ²³⁵

1. การทำสัญญาจ้างเอกชนให้บริหารงาน (Contract-Out) หรือมาเป็นผู้บริหาร (Management Contract)
2. การทำสัญญาให้เอกชนเช่าดำเนินการ (Lease Contract)
3. การให้สัมปทานภาคเอกชน (Concession)
4. การกระจายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ (spread the shares on the stock exchange)
5. การร่วมลงทุนกับภาคเอกชน (Joint-Venture)
6. การให้เอกชนลงทุนดำเนินการแก่รัฐในการรับซื้อผลผลิต (Trade Sale and Liquidation)

ต่อมาอิทธิพลของบทบาทแนวคิดเศรษฐกิจใหม่เรื่อง “ลัทธิเสรีนิยมใหม่” ของประเทศมหาอำนาจตะวันตก ที่เชื่อว่าการแข่งขันจะนำไปสู่คุณภาพของการให้บริการที่ดี ได้พยายามผลักดันให้ประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยด้วย ให้นำกิจการงานบริการมาแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization)²³⁶ เพื่อเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเสรี และลดบทบาทการแทรกแซง

²³⁴ เอกวิทย์ มณีธร, ระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชนของไทย : เอกสารคำสอน วิชา 246312. หน้า 156.

²³⁵ ระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชนของไทย, ed. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอ็ม.ที.เพรส, 2552). หน้า 156-158.

²³⁶ สุรพล นิติไกรพจน์, "ปัญหาทางกฎหมายในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย," วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2542). หน้า 167.

โดยรัฐ ประกอบกับ ในช่วงปี พ.ศ. 2539 เมื่อประเทศไทยประสบวิกฤตปัญหาเศรษฐกิจ รัฐบาลได้ เจรจาขอความช่วยเหลือทางการเงินและวิชาการจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund หรือ IMF) และได้จัดทำแผนฟื้นฟูเศรษฐกิจแบบเบ็ดเสร็จร่วมกับ IMF ในการขอ เงินกู้จาก IMF โดยประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามเป้าหมายเศรษฐกิจและการปฏิรูป ระบบสถาบันการเงิน รวมทั้งจะต้องมีการทบทวนเป้าหมายการดำเนินนโยบายด้านต่าง ๆ ตาม ระยะเวลาที่กำหนดไว้ โดยเฉพาะประเด็นเรื่องการเรื้อรังรัฐวิสาหกิจก็เป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่ง ในการดำเนินนโยบายตามข้อตกลง

รัฐจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เพื่อใช้ในการ แปลงสภาพจากรูปแบบรัฐวิสาหกิจที่มีกฎหมายจัดตั้ง ไปเป็นรัฐวิสาหกิจแบบบริษัทจำกัด หรือ บริษัท มหาชนจำกัด โดยนำทุนของรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นมาแปลงเป็นหุ้น แล้วนำไปจดทะเบียนในตลาด หลักทรัพย์ เมื่อมีการนำหุ้นของรัฐวิสาหกิจนั้น ออกขายในสัดส่วนที่มากกว่าร้อยละ 50 ของหุ้น ทั้งหมด กิจการนั้นก็จะพ้นจากการเป็นรัฐวิสาหกิจ และขณะเดียวกันก็ยกเลิกกฎหมายจัดตั้ง รัฐวิสาหกิจเหล่านั้น เพื่อเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาลงทุนและให้บริการเช่นเดียวกับรัฐวิสาหกิจที่มี รูปแบบองค์กรเป็นบริษัทจำกัดมหาชน รัฐวิสาหกิจที่ถูกแปลงสภาพไปเป็นบริษัทมหาชนจำกัด ในครั้ง นั้น มี อาทิ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) และ บริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

โดยปัจจุบันมีรัฐวิสาหกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง ไม่รวมบริษัทลูกของรัฐวิสาหกิจเหล่านี้ รวมทั้งสิ้น 52 แห่ง 9 ประเภท²³⁷ ซึ่งสามารถแสดงให้เห็นได้ดัง รูปภาพที่ 8

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²³⁷ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ, 3 มีนาคม 2565 [ออนไลน์] www.sepo.go.th.

รัฐวิสาหกิจในความกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง 52 แห่ง 9 สาขา

<p>1 ขนส่ง (9 แห่ง)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. การรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) 2. การรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) 3. การรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) 4. องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) 5. บริษัท ขนส่ง จำกัด (บขส.) 6. บริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) (ทอท.) 7. บริษัทวิทยุการบินแห่งประเทศไทย (บวท.) 8. สถาบันการบินพลเรือน (สบพ.) 9. การท่าเรือแห่งประเทศไทย (กทท.) 	<p>4 สาธารณูปการ (6 แห่ง)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. การประปานครหลวง (กปน.) 2. การประปาสวนภูมิภาค (กปภ.) 3. องค์การจัดการน้ำเสีย (อจน.) 4. การเคหะแห่งชาติ (กคช.) 5. บริษัท ธนาคารพัฒนาสินทรัพย์ จำกัด 6. การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (กนอ.) 	<p>7 ทรัพยากรธรรมชาติ (3 แห่ง)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ (ออป.) 2. องค์การสวนพฤกษศาสตร์ (อสพ.) 3. องค์การสวนสัตว์แห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์ (อสส.)
<p>2 พลังงาน (4 แห่ง)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) 2. การไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) 3. การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) 4. บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ปตท.) 	<p>5 อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (8 แห่ง)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. การยางแห่งประเทศไทย (ยทท.) 2. โรงงานไฟฟ้า กรมสรรพสามิต (โรงงานไฟ) 3. องค์การสุรา กรมสรรพสามิต (อส.) 4. สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล (สลาก) 5. บริษัท สหโรงแรมไทยและการท่องเที่ยว จำกัด (สทโรงแรม) 6. โรงพิมพ์ตำรวจ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (โรงพิมพ์ตำรวจ) 7. บริษัทอยู่กรุงเทพ จำกัด (บอภ.) 8. องค์การสลาก (อส.) 	<p>8 สังคมและเทคโนโลยี (5 แห่ง)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย (วท.) 2. องค์การพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ (อพวช.) 3. การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย (ททท.) 4. การกีฬาแห่งประเทศไทย (กกท.) 5. องค์การหนังสือพิมพ์ (อภ.)
<p>3 สื่อสาร (3 แห่ง)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. บริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) (เอ็นที) 2. บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด (ปณท.) 3. บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน) (อสมท.) 	<p>6 เกษตร (5 แห่ง)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. องค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทย (อศค.) 2. องค์การลาดเพื่อเกษตรกรรม (อศค.) 3. องค์การสะพานปลา (อสป.) 4. การยางแห่งประเทศไทย (กยท.) 5. องค์การคลังสินค้า (อสค.) 	<p>9 สถาบันการเงิน (9 แห่ง)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ธนาคารออมสิน (ออส.) 2. ธนาคารอาคารสงเคราะห์ (อสส.) 3. ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร (ธ.ก.ส.) 4. ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย (ธสน.) 5. ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย (ธพว.) 6. บริษัทประกันวินาศภัยอุตสาหกรรมขนาดย่อม (บ.อ.ย.) 7. ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย (อิสท.) 8. บริษัทบริหารสินทรัพย์ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย จำกัด (บ.อ.ย.) 9. สำนักงานธนาคารราชภัฏ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า (อศค.)



สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

รูปภาพที่ 8 รัฐวิสาหกิจในความกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง

จากภาพข้างต้นเห็นได้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยมีรัฐวิสาหกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง จำนวน 52 แห่ง โดยสามารถแบ่งได้เป็น 9 สาขา คือ ขนส่ง จำนวน 9 แห่ง พลังงาน จำนวน 4 แห่ง สื่อสาร จำนวน 3 แห่ง สาธารณูปโภค จำนวน 6 แห่ง อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม จำนวน 8 แห่ง เกษตร จำนวน 5 แห่ง ทรัพยากรธรรมชาติ จำนวน 3 แห่ง สังคมและเทคโนโลยี จำนวน 5 แห่ง และสถาบันการเงิน จำนวน 9 แห่ง

3.3.1.2 เหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทย

เหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจมีอยู่หลายประการแตกต่างกันไป โดยมีทั้งเหตุผลทางเศรษฐกิจ การคลัง ความมั่นคง ในบางกรณีก็เป็นเรื่องทางสังคม และวัฒนธรรม โดยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจใดรัฐวิสาหกิจหนึ่งอาจเนื่องด้วยเหตุผลที่กล่าวมานี้หลายประการรวมกันก็เป็นได้ เหตุผลในการมีรัฐวิสาหกิจสามารถแยกเป็น 2 เหตุผลทั่วไปและเหตุผลเฉพาะสำหรับประเทศไทย

3.3.1.2.1 เหตุผลทั่วไป

มูลเหตุในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่พบในหลายประเทศรวมทั้งในประเทศไทย มีอยู่ด้วยกัน 4 ประการ ดังนี้²³⁸

ประการที่ 1 เพื่อหารายได้ กล่าวคือ ในบางกรณีรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินกิจการบางประเภทเพื่อหารายได้เข้ารัฐโดยตรงแทนที่จะปล่อยให้เอกชนดำเนินกิจการนั้นและเรียกเก็บภาษี กิจการบางประเภทที่รัฐสามารถเรียกค่าตอบแทนในอัตราที่สูงเพื่อให้มีรายได้มากขึ้นนั้นรัฐจะกำหนดให้เป็นกิจการที่รัฐเป็นผู้ประกอบการแต่ผู้เดียวหรือเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐ เพื่อกันมิให้เอกชนเข้ามาแข่งขัน รัฐจะจะสามารถกำหนดอัตราค่าตอบแทนได้ตามต้องการ อาทิ การผลิตสุรา ยาสูบ สลากกินแบ่ง และไฟ เป็นต้น

ส่วนกิจการที่รัฐเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องผูกขาดรัฐก็จะเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาประกอบกิจการแข่งขันได้ แต่ขณะเดียวกันรัฐก็ดำเนินการเองด้วยเพื่อหารายได้ เช่น การจัดตั้งการกีฬาแห่งประเทศไทยขึ้นเพื่อให้รัฐสามารถหารายได้จากกีฬาต่าง ๆ (ตามพระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558) เป็นต้น ซึ่งกิจการที่รัฐเป็นผู้ผูกขาดแต่ผู้เดียวจะทำให้รัฐ สามารถเรียกค่าตอบแทนได้ในอัตราที่สูงและทำให้รัฐมีรายได้มากกว่าที่จะปล่อยให้เอกชนดำเนิน ธุรกิจนั้น และยังมีการเรียกเก็บภาษีอากรจากเอกชน ดังนั้น ในบางกรณีรัฐจึงประกาศให้กิจการที่รัฐต้องการหารายได้ จึงเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐ เช่น กิจการเกี่ยวกับการกีฬาทุกประเภทที่รัฐ สามารถมีรายได้ เป็นต้น

ประการที่ 2 เพื่อความมั่นคงของประเทศ กล่าวคือ กิจการบางประเภทอาจมีความสำคัญต่อความมั่นคงของประเทศและของประชาชน หากปล่อยให้เอกชนดำเนินกิจการอาจมีการร่วมมือกันผูกขาดในกิจการใดกิจการหนึ่งหรือหลายกิจการ และเรียกค่าตอบแทนในสินค้าหรือบริการตามอำเภอใจ สร้างความเดือดร้อนให้แก่ผู้บริโภคโดยรวม เช่น กิจการที่เป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน ไฟฟ้า น้ำประปา โทรศัพท์ เนื่องจากกิจการบางอย่างหากปล่อยให้เอกชนดำเนิน กิจการอาจเกิดการผูกขาดในกิจการใดกิจการหนึ่ง หรือหลายกิจการ โดยมีการเรียกค่าตอบแทนใน สินค้าหรือบริการตามอำเภอใจ สร้างความเดือดร้อนให้แก่ผู้บริโภคโดยรวม หรือในบางกรณีกิจการก็มีผลโดยตรงต่อความมั่นคงของประเทศและรัฐวิสาหกิจก็อาจเป็นเครื่องมือในทางปกครองได้ เช่น การจัดตั้งการรถไฟแห่งประเทศไทย เพื่อสร้างทางรถไฟและเดินรถไฟไปในพื้นที่ภาคต่าง ๆ ของประเทศ หรือการจัดตั้งกรมไปรษณีย์และโทรเลข เพื่อให้การติดต่อสื่อสารมีความสะดวก รวดเร็วขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ เป็นการรวมศูนย์อำนาจการปกครองในภูมิภาคให้เข้ามาสู่ส่วนกลางหรือในบางกรณีกิจการก็มีผลโดยตรงต่อความมั่นคงของประเทศ ดังเช่นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐบาลของจอมพล ป. พิบูลสงคราม โดยในช่วงปี พ.ศ. 2481 ถึง พ.ศ. 2487 ได้มีนโยบาย

²³⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย, หน้า 73-75.

หลักว่า “วัตถุหรือผลิตภัณฑ์สิ่งใดหากไม่รีบตั้งองค์การจัดทำขึ้นมาแล้วจะเกิดความขาดแคลน ก็จัดตั้งองค์การผลิตวัตถุนั้นขึ้นก่อน” และเพื่อให้เกิดความแน่นอน รัฐบาลจะเข้าประกอบกิจการในการผลิตที่มีความจำเป็นต่อชาติในยามสงครามทุกชนิด²³⁹ เช่น องค์การแบตเตอรี่ (พ.ศ. 2498) องค์การแก้ว (พ.ศ. 2498) องค์การฟอกหนัง (พ.ศ. 2498) องค์การเชื้อเพลิง (พ.ศ. 2503) ซึ่งถือว่าเป็นยุทธปัจจัยของกองทัพในยามสงคราม

โดยในบางครั้งลัทธิ “ชาตินิยม” ก็เป็นแรงผลักดันอย่างหนึ่งในการที่รัฐต้องเข้ามาดำเนินการบางอย่างด้วยตนเอง เนื่องจากไม่ต้องการให้ต่างชาติเข้ามามีบทบาทในอุตสาหกรรมที่สำคัญ ซึ่งอาจเข้ามามีอิทธิพลจนสามารถมีอำนาจทางเศรษฐกิจ แนวความคิดเช่นนี้ค่อนข้างรุนแรงในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2

ประการที่ 3 เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท กล่าวคือ การจัดทำบริการสาธารณะถือเป็นภารกิจหน้าที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐที่จะต้องจัดให้มีเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนในประเทศ เดิมนั้นรัฐรับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทที่เป็น ภารกิจพื้นฐานของรัฐอันได้แก่การรักษาความมั่นคง การดูแลความสงบเรียบร้อยและการรักษาความปลอดภัย รวมทั้งการจัดระบบการระงับข้อพิพาทต่าง ๆ เป็นต้น แต่ต่อมาเมื่อสังคมพัฒนาขึ้น รัฐก็ขยายขอบเขตภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของตนให้กว้างขวางออกไป เช่น การจัดให้มีระบบการศึกษา การสาธารณสุข การสังคมสงเคราะห์ต่าง ๆ เป็นต้น²⁴⁰ ซึ่งภารกิจนี้เป็นภารกิจที่สำคัญ โดยเฉพาะกิจการด้านสาธารณสุข ปลอดภัย สาธารณูปการต่าง ๆ ที่ประชาชนทุกคน โดยเฉพาะผู้ด้อยโอกาสในสังคมควรมีแต่กิจการเหล่านี้ต้องใช้เงินทุนในการดำเนินการสูง แต่ได้ผลตอบแทนในการดำเนินการต่ำ จุดคุ้มทุน และกำไรจะต้องใช้ระยะเวลานาน ต้องใช้พนักงานจำนวนมากและเป็นผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ ในเรื่องนั้น ๆ เป็นอย่างดี

ประการที่ 4 เพื่อจัดทำสาธารณูปโภค กล่าวคือสาธารณูปโภคเป็นปัจจัยขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนควรได้รับบริการและด้วยเหตุผลที่ประชาชนในสังคมมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ต่างกัน การจัดทำสาธารณูปโภคที่คิดค่าบริการตามลักษณะการจัดการเชิงธุรกิจอาจทำให้ประชาชนบางส่วนไม่มีโอกาสในการใช้บริการเหล่านั้น ประกอบกับปัญหาด้านต้นทุนในการดำเนินงาน จุดคุ้มทุน และผลตอบแทนเช่นเดียวกับกิจการสาธารณูปการที่ทำให้เอกชน ไม่สนใจเข้ามาดำเนินการ ดังนั้น เพื่อให้ประชาชนทุกคนมีโอกาสที่เท่าเทียมกันในการใช้บริการรัฐจึงต้องเข้ามาดำเนินกิจการเองและคิดอัตราค่าบริการในระดับที่ประชาชนทั่วไปปรับได้ เช่น การจัดตั้งการรถไฟแห่งประเทศไทยเพื่อสร้างทางรถไฟและเดินรถไฟไปในพื้นที่ภาคต่าง ๆ ของประเทศหรือการจัดตั้งกรม

²³⁹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, "วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ)ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด." หน้า 51.-54

²⁴⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. หน้า 242-244.

ไปรษณีย์และโทรเลขเพื่อให้การติดต่อสื่อสารมีความสะดวกรวดเร็วขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์หลักอีกประการ คือ เป็นการรวมศูนย์อำนาจการปกครองในภูมิภาคให้เข้ามาสู่ ส่วนกลางหรือการจัดตั้งองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพที่มีการให้เหตุผลไว้ท้ายพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ พ.ศ. 2519 ดังนี้²⁴¹

“เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ คือ เนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่ในกรุงเทพมหานครต้องโดยสารรถประจำทาง จึงจำเป็นที่จะต้อง จัดการระบบการขนส่งโดยสารรถประจำทางในกรุงเทพมหานครให้ดำเนินการไปโดยมีประสิทธิภาพและมีระเบียบเพื่อช่วยบรรเทาปัญหาการจราจรคับคั่งและเพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกยิ่งขึ้น ในการจัดระบบการขนส่งดังกล่าว สมควรที่รัฐจะเข้ามามีส่วนร่วมรับผิดชอบในการจัดทำ โดยจัดตั้ง เป็นองค์การของรัฐตามพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 จึงจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกานี้ขึ้น”

3.3.1.2.2 เหตุผลเฉพาะด้านสำหรับประเทศไทย

ความมุ่งหมายในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจของแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันไปตามความต้องการของแต่ละประเทศ ขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองของประเทศนั้น ในบางครั้งรัฐวิสาหกิจอาจเกิดขึ้นมาได้โดยมิได้มีความมุ่งหมายที่จะให้กิจการนั้นเป็นรัฐวิสาหกิจ แต่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากสถานการณ์คับขันทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง หรือความต้องการให้รัฐวิสาหกิจมีบทบาทในการพัฒนาเศรษฐกิจ จึงถือว่าเป็นการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจด้วย “วัตถุประสงค์ชั่วคราว” เพื่อให้เป็นไปตามความมุ่งหมายที่วางไว้ ประเทศไทยได้มีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในลักษณะดังกล่าว 4 ประการ ดังนี้²⁴²

ประการที่ 1 ยึดทรัพย์สินเนื่องจากเหตุผลทางการเมือง กล่าวคือ การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในลักษณะนี้ของประเทศไทยมีอยู่เพียงแห่งเดียวเป็นกรณีที่รัฐบาลมิได้มีความมุ่งหมายในการจัดตั้งองค์การนั้นให้เป็นรัฐวิสาหกิจ แต่เมื่อรัฐทำการยึดทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นและมีผลทำให้รัฐเข้าไปถือหุ้นในองค์การนั้น เกินกว่าร้อยละ 50 องค์การนั้นจึงมีสภาพเป็นรัฐวิสาหกิจโดย “ไม่ตั้งใจ”

รัฐวิสาหกิจประเภทนี้ คือ บริษัท ทิพยประกันภัย จำกัด ซึ่งก่อตั้งเมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2494 ในชื่อบริษัท ประกันภัยเอเชียติก จำกัด ต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท ทิพยประกันภัย จำกัด เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2496 โดยมีผู้ถือหุ้นรายใหญ่ คือ จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ และท่านผู้หญิงวิจิตรธนะรัชต์ หลังจากมีการยึดทรัพย์สินบุคคลทั้งสอง ในปี พ.ศ. 2507 กระทรวงการคลังจึงรับโอนหุ้นในส่วนนี้ คิดเป็นร้อยละ 49.95

²⁴¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 93 ตอนที่ 103 วันที่ 20 สิงหาคม 2519

²⁴² นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. หน้า 148-170

ของหุ้นทั้งหมดในขณะนั้น ต่อมาในปี พ.ศ. 2518 รัฐบาลได้ทำการยึดทรัพย์สินของจอมพลประภาส จารุเสถียร ซึ่งทำให้กระทรวงการคลังรับโอนหุ้นของจอมพลประภาสฯ ในบริษัท ทิพยประกันภัย จำกัด เพิ่มอีกคิดเป็นร้อยละ 5.65 ของหุ้นทั้งหมด เมื่อนำไปรวมกับหุ้นที่กระทรวงการคลังถืออยู่เดิมในบริษัทฯ ทำให้กระทรวงการคลังถือหุ้นรวมทั้งสิ้นร้อยละ 55.60 บริษัทดังกล่าว จึงมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามนัยของพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502

ประการที่ 2 เพื่อแก้ไขวิกฤติเศรษฐกิจเฉพาะคราว กล่าวคือ ในประเทศประสบปัญหาทางเศรษฐกิจและขาดแคลนเงินตราที่จะนำไปซื้อสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศให้เพียงพอกับความต้องการของประชาชน รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินกิจการบางอย่างเองเพื่อให้สินค้าบางชนิดที่มีความจำเป็นสำหรับใช้ในยามฉุกเฉินหรือเพื่อป้องกันการขาดแคลนยามสงครามมีอยู่อย่างเพียงพอ ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2496 รัฐสภาจึงได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496²⁴³ โดยมีเหตุผลในการตรากฎหมายดังกล่าว คือ เมื่อรัฐบาลเห็นความจำเป็นที่ควรจะมีหน่วยงานหรือองค์การในภาครัฐบาลเพื่อดำเนินการอันเป็นสาธารณประโยชน์หรือเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ ช่วยเหลือในการครองชีพ หรืออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ก็ให้กระทำได้โดยตราพระราชกฤษฎีกา (มาตรา 3)²⁴⁴

กฎหมายฉบับนี้ถือว่าเป็นกฎหมายที่วางระเบียบให้รัฐวิสาหกิจมีหลักเกณฑ์ วัตถุประสงค์ และแผนงานที่แน่ชัด มีกฎหมายยอมรับสถานภาพ ของหน่วยงานเหล่านี้และการจัดตั้งก็จะดำเนินการได้โดยสะดวกสอดคล้องกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลเพราะฝ่ายบริหาร คือ คณะรัฐมนตรีสามารถดำเนินการได้โดย การตราเป็นพระราชกฤษฎีกาเพื่อจัดตั้งองค์การเหล่านี้ขึ้นตามความเหมาะสม

ต่อมาโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาในช่วงปี พ.ศ. 2498 หลายฉบับเพื่อจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมา เช่น²⁴⁵

- พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การทอผ้า พ.ศ. 2498²⁴⁶ มีเหตุผลในการจัดตั้ง คือ “เพื่อประกอบการอุตสาหกรรมประเภทเส้นใยและทอผ้าทุกชนิดอันเป็นประโยชน์แก่ทางราชการทหารและประชาชน และเพื่อประโยชน์ในการเศรษฐกิจ ช่วยเหลือใน

²⁴³ เป็นเกณฑ์ในการจัดตั้งองค์กรที่มีฐานะเป็นหน่วยราชการ แต่ถือเป็นกิจการของภาครัฐที่ดำเนินการอยู่ใน ช่วงระยะเวลาอันสั้น พ.ศ. 2502 ซึ่งเป็นระยะก่อนที่จะมีการใช้คำว่า “รัฐวิสาหกิจ

²⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. หน้า 147-174.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การทอผ้า พ.ศ. 2498, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 72 ตอนที่ 54 วันที่ 26 กรกฎาคม พ.ศ. 2498

การครองชีพ ตลอดจนอำนวยความสะดวกในด้านอุตสาหกรรมประเภทนี้ ให้ทางราชการและประชาชนได้ มีพอใช้ทั้งในยามปกติและยามสงคราม”

- พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การผลิตอาหารสำเร็จรูป พ.ศ. 2498²⁴⁷ มีเหตุผลในการจัดตั้ง คือ “เพื่อดำเนินกิจการเกี่ยวกับการผลิตอาหารสำเร็จรูปให้มี เพียงพอตามความจำเป็นแก่การบริโภคและสะดวกแก่การขนย้ายในเวลาที่ยังขาดแคลนต้องการ และเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนที่จะได้มีอาหารบริสุทธ์บริโภคโดยทั่วถึงกันทั้งประเทศ ตลอดจนถึงใน ท้องถิ่นที่กันดารซึ่งขาดแคลนอาหารสด เป็นการช่วยเหลือในการครองชีพ ทั้งเพื่อประโยชน์ใน การเศรษฐกิจที่ไม่ต้องสั่งซื้ออาหารสำเร็จรูปจากต่างประเทศ หรือทำให้การสั่งซื้อสินค้าประเภทนี้จาก ต่างประเทศลดน้อยลง และยังเป็นโอกาสให้ประชาชนพลเมืองได้มีโอกาสทำการเพาะปลูกและ เลี้ยงสัตว์เพิ่มขึ้น เพื่อจำหน่ายวัตถุดิบให้แก่องค์การผลิตอาหารสำเร็จรูปอันเป็นผลพลอยได้ใน การเศรษฐกิจอีกทางหนึ่งด้วย”

ประการที่ 3 เพื่อเป็นโครงการชั้นนำแก่ภาคเอกชนในการ ดำเนินธุรกิจ กล่าวคือ ในกรณีที่สังคมใดต้องการสิ่งอำนวยความสะดวกหรือบริการใหม่ ๆ ซึ่งเอกชน ยังไม่มีความพร้อมในการดำเนินการเพราะต้องใช้เงินจำนวนมาก หรือเอกชนได้ดำเนินการนั้นอยู่ แล้วแต่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นที่พึงพอใจของสังคมหรือทำกำไรให้กับตนเองได้ รัฐโดยตนเองหรือ โดยการเรียกร้องของประชาชนก็จะเข้ามาดำเนินการ โดยคาดหวังว่าจะสามารถบริหารงานได้อย่าง มีประสิทธิภาพและด้วยต้นทุนที่ต่ำเพื่อให้มีการอำนวยความสะดวกหรือมีบริการที่ประชาชนพึงพอใจ หรือเพื่อรักษาธุรกิจของเอกชนไว้มิให้ล้มละลาย รวมถึงเป็นการแก้ปัญหาคนว่างงานด้วยโดยอาจเป็น กรณีเข้ามาดำเนินการเองหรือเข้าควบคุมหรือถือหุ้นข้างมากในกิจการนั้น ๆ โดยมีได้ เปลี่ยนแปลง โครงสร้างเดิมของกิจการแต่อย่างใด เช่น กิจการรถไฟ ปรรษณีย์ โทรศัพท์ และ วิทยุกระจายเสียง เป็นต้น

นอกจากนั้น ในการดำเนินการบางประเภทที่มีความสำคัญทาง เศรษฐกิจเพราะเป็นการบริการอันเป็นพื้นฐานที่ช่วยส่งเสริมให้การพัฒนาเศรษฐกิจเป็นไปได้ โดยสะดวกและรวดเร็ว รัฐอาจต้องเป็นผู้เริ่มดำเนินการก่อน ด้วยเหตุผลที่ว่า เอกชนไม่มีความรู้หรือ ประสบการณ์ในเชิงอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์ในเรื่องนั้นมาก่อน จึงเกิดความไม่มั่นใจในด้าน ผลตอบแทนที่เกิดขึ้นจากการลงทุนจากธุรกิจนั้น หรือไม่สนใจในการดำเนินการ เมื่อรัฐได้ดำเนินการ ภาระหนึ่งจนประสบความสำเร็จและเป็นตัวอย่างที่ดี เอกชนก็อาจจะตัดสินใจเข้ามาดำเนินการ เช่น การจัดสร้างที่พักอาศัยให้แก่ประชาชนซึ่งต้องใช้พื้นที่กว้างขวางเงินทุนจำนวนมากและอาจเป็น

²⁴⁷ พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การผลิตอาหารสำเร็จรูป พ.ศ. 2498, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 72 ตอนที่ 42 วันที่ 7 มิถุนายน พ.ศ. 2498

ความเสี่ยงในมุมมองของเอกชน ภายหลังจากที่รัฐบาลหลายประเทศ เช่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศมาเลเซียและประเทศไทย ต่างก็ประสบความสำเร็จในการดำเนินการเอกชนในประเทศนั้นก็จะหันมาดำเนินการในลักษณะเดียวกันบ้าง เมื่อยังคงมีความต้องการและตลาดรองรับอย่างเพียงพอ และกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นในอีกหลายกิจการในปัจจุบัน เช่น กิจการขนส่ง มวลชน การสร้างเส้นทางคมนาคม ซึ่งเอกชนเริ่มให้ความสนใจในการเข้ามาดำเนินการร่วมกับภาครัฐ ทั้งนี้ กิจการเกษตรบางประเภท รัฐก็อาจต้องเป็นผู้เริ่มดำเนินการ ดังเช่นที่ปรากฏในเหตุผลท้ายพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การตลาดเพื่อเกษตรกร พ.ศ. 2517²⁴⁸

ประการที่ 4 เป็นวิธีเข้าจัดการเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะเรื่อง กล่าวคือ นับแต่ปี พ.ศ. 2539 เป็นต้นมา ประเทศไทยได้ประสบปัญหาทางเศรษฐกิจ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2540 รัฐบาลมีคำสั่งให้สถาบันการเงิน 16 แห่ง ระวังกิจการชั่วคราว หลังจากนั้นประเทศไทยได้ประกาศยกเลิก ระบบตะกร้าเงิน (basket of currency) ในเรื่องอัตราแลกเปลี่ยน และหันมาใช้ นโยบายอัตราแลกเปลี่ยนลอยตัว (managed float) ทำให้เงินบาทลดค่าลงและขยายตัวเป็นวิกฤตการณ์ทางการเงินครั้งใหญ่ จนในที่สุดต้องขอรับความช่วยเหลือจากกองทุน การเงินระหว่างประเทศ หรือ IMF (International Monetary Fund) ในช่วงเวลานี้สถาบันการเงินหลายแห่งประสบปัญหาหนี้เสียจากสินเชื่อที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ หรือ NPL (Non - Performing Loan) และในที่สุดรัฐบาลต้องตั้งกองทุนฟื้นฟูสถาบันการเงินเข้ามาพยุง โดยปล่อยให้สถาบันการเงินกู้จำนวน 430,000 ล้านบาท แต่ก็ไม่สามารถแก้ปัญหาได้ คณะรัฐมนตรีจึงได้อนุมัติมาตรการปฏิรูปสถาบันการเงิน มีผลให้สถาบันการเงิน 42 แห่ง หยุดการดำเนินงานเป็นการชั่วคราว ซึ่งต่อมาทำให้มีสถาบันการเงินหยุดดำเนินงานทั้งหมด 58 แห่ง และในจำนวนนี้ถูกปิดถาวร 56 แห่ง ในเวลาต่อมา²⁴⁹

คณะรัฐมนตรีมีมติรับรองแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิรูปสถาบันการเงิน รวม 4 ฉบับ โดยฉบับที่ 1 ให้อำนาจแก่องค์การปฏิรูปสถาบันการเงิน (ปรส) ฉบับที่ 2

²⁴⁸ “เหตุผลเนื่องจากผลผลิตเกษตรกรรมเป็นสินค้าออกที่สำคัญและนำรายได้ส่วนใหญ่มาสู่ประเทศ การเศรษฐกิจของประเทศขึ้นอยู่กับอาชีพเกษตรกรรมแต่ปรากฏว่าเกษตรกรส่วนใหญ่มีรายได้น้อยและมาตรฐานการครองชีพอยู่ในระดับต่ำ เพราะเกษตรกรถูกพ่อค้าและคนกลางกดราคาผลผลิตเกษตรกรรมเพื่อให้ตนได้ผลกำไรมากที่สุด เกษตรกรจำต้องยอมตกอยู่ในฐานะผู้เสียเปรียบเพราะไม่มีอำนาจในการต่อรองราคาขายผลผลิต เกษตรกรรมของตน เป็นการที่จะต้องจัดตั้งตลาดสำหรับเกษตรกรขึ้น เพื่อให้เกษตรกรและสหกรณ์การเกษตรนามผลิตผลเกษตรกรรมของตนหรือรวบรวมผลผลิตเกษตรกรรมอื่นมาขายใน ตลาดเพื่อเกษตรกร ซึ่งจะเป็นการลดคนกลางให้น้อยลงและส่งเสริมให้กลุ่มเกษตรกรและสหกรณ์การเกษตรเป็นผู้จำหน่ายหรือส่งผลผลิตเกษตรกรรมออกสู่ท้องตลาดเสียเอง ทั้งเป็นการช่วยให้ ประชาชนผู้อุปโภคและบริโภคและผู้จำหน่ายปลีกซื้อผลผลิตเกษตรกรรมจากเกษตรกร กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์การเกษตร หรือจากงานเกษตรกรได้โดยตรง ไม่ต้องผ่านคนกลางหลายชั้นดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งจะเป็นทางลดค่าครองชีพของประชาชนได้ทางหนึ่ง และในโอกาสต่อไปเมื่อกลุ่มเกษตรกรหรือสหกรณ์การเกษตรมีฐานะการเงินที่มั่นคงสามารถที่จะรับบริการของ องค์การตลาดเพื่อเกษตรกรไปดำเนินการได้ ก็จะได้รับโอนกิจการนี้ไปดำเนินการ เห็นสมควร จัดตั้งองค์การตลาดเพื่อเกษตรกรขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกานี้ขึ้น”

²⁴⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. หน้า 150-169.

ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินกระตุ้นเศรษฐกิจจากต่างประเทศเพิ่ม ฉบับที่ 3 จัดการภาระทางการเงินที่รัฐบาลต้องเข้าช่วยเหลือกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน และฉบับที่ 4 จัดตั้งบรรษัทบริหารสถาบัน การเงิน (บพส.) เพื่อเป็นเครื่องมือในการบริหารสินทรัพย์ด้วยคุณภาพของสถาบันการเงินที่มีปัญหาตามแผนการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน การดำเนินการดังกล่าวถือได้ว่า รัฐบาลเข้าไปแทรกแซงระบบสถาบันการเงินเพื่อแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจของประเทศ จึงส่งผลทำให้สถาบันการเงินบางแห่งมีสภาพเป็นรัฐวิสาหกิจในเวลาต่อมา คือ

1) ธนาคารกรุงไทย จำกัด ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจโดยการควบกิจการของธนาคารเกษตร จำกัด และธนาคารมณฑล จำกัด ที่เป็นธนาคารพาณิชย์ได้มีรัฐบาลเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่เปิดดำเนินการครั้งแรกเมื่อวันที่ 14 มีนาคม พ.ศ. 2509 และต่อมาในวันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2530 ได้รับโอนสินทรัพย์และหนี้สินของธนาคารสยาม ดังนั้น เมื่อ ธนาคารกรุงไทย จำกัด นำกิจการของธนาคารมหาชนเข้ามาควบรวมและรับโอนทรัพย์สินที่ดีของ ธนาคารกรุงเทพพาณิชย์การมาบริหาร จึงมีผลทำให้ธนาคารมหานครและธนาคารกรุงเทพพาณิชย์การมีสภาพเป็นรัฐวิสาหกิจไปด้วย

2) ธนาคารรัตนสิน จำกัด เปิดดำเนินการเมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2541 โดยกระทรวงการคลังเป็นผู้ริเริ่มและเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ จึงมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ เพื่อใช้เป็นกลไกของรัฐบาลในการแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน ดังนั้น เมื่อ ธนาคารแหลมทอง จำกัด รวมกิจการเข้ากับธนาคารรัตนสิน จำกัด ฐานะของธนาคารแหลมทอง จำกัด จึงเป็นรัฐวิสาหกิจไปด้วย

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐบาลเข้าแทรกแซงสถาบันการเงินข้างต้นนี้ ถือเป็นการเข้ามาแก้ปัญหาเป็นการชั่วคราว เมื่อปัญหาคลี่คลายลงในระดับหนึ่งแล้วรัฐบาลโดยกระทรวงการคลังก็จะดำเนินการจำหน่ายกิจการของสถาบันการเงินเหล่านี้ต่อไป

3.3.1.3 ความหมายของรัฐวิสาหกิจในระบบกฎหมายไทย

ความหมายของรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยที่ใช้อ้างอิงกันที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย สามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ ความหมายของรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 และความหมายของรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายอื่น

3.3.1.3.1 ความหมายของรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติ

วิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561

การให้ความหมายของรัฐวิสาหกิจในกฎหมายฉบับนี้เป็นการให้ความหมายซึ่งถูกนำไป อ้างอิงในกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับรัฐวิสาหกิจและการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ โดยมาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ บัญญัติว่า

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล กิจการของรัฐซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งขึ้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) มีทุนรวมอยู่ ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

(3) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจตาม (1) หรือ (2) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (1) และ (2) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (2) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

พิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ได้ให้นิยามความหมายของ คำว่า รัฐวิสาหกิจ แตกต่างจากพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 โดยมีความหมายที่กว้างและเพิ่มบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด เพื่อให้สอดคล้องกับการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยมีที่มาจากกฎหมายเอกชน โดยเน้นถึงสัดส่วนการลงทุนของส่วนราชการหรือองค์กรของรัฐบาลในกิจการเป็นสำคัญ โดยคำจำกัดความของ “รัฐวิสาหกิจ” ไว้ว่า เป็นองค์กรของรัฐบาล ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล กิจการของรัฐซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งขึ้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ หมายความว่า หน่วยงานใดก็ตามไม่ว่าจะเป็นของรัฐหรือกิจการของรัฐที่รัฐตั้งขึ้น หรือธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ รวมทั้งบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด ที่รัฐจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชน หากรัฐถือหุ้นเกินร้อยละห้าสิบแล้ว จะถือว่าเป็นรัฐวิสาหกิจ ดังนั้น รัฐวิสาหกิจจึงมีจำนวนขึ้นลงไม่แน่นอน ซึ่งหากรัฐถือหุ้นน้อยกว่าร้อยละห้าสิบจะไม่เรียกว่า “รัฐวิสาหกิจ”

3.3.1.3.2 ความหมายของรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายอื่น

นอกจากนี้จากการศึกษายังมีกฎหมายอื่นอีก 3 ฉบับที่ได้ให้ความหมายของรัฐวิสาหกิจไว้ โดยมีรายละเอียดดังนี้²⁵⁰

กฎหมายฉบับที่ 1 คือ พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการ และพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

1. องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาลหรือกิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น และหมายความรวมถึงหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ แต่ไม่รวมถึงองค์กรหรือกิจการที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อสงเคราะห์หรือส่งเสริมการใด ๆ ที่มีใช้ธุรกิจ

²⁵⁰ กฎหมายปกครอง หน้า 156.

2. บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ กระทรวง ทบวง กรม หรือทบวงการเมืองที่มีฐานะเทียบเท่า และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม 1. มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ หรือ

3. บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ กระทรวง ทบวง กรม หรือทบวงการเมืองที่มีฐานะเทียบเท่า และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม 1. และหรือ 2. มีทุนรวมอยู่ด้วยถึงสองในสาม

กฎหมายฉบับที่ 2 คือ พระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2521 (เดิมคือพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการเศรษฐกิจแห่งชาติ พ.ศ. 2502) บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรค 6 ว่า

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

1. องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล หรือกิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น และหมายความรวมถึง หน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ

2. บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง หรือกรม และหรือ รัฐวิสาหกิจตาม 1. มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ หรือ

3. บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง หรือกรม และ/หรือ รัฐวิสาหกิจตาม 1. และ/หรือ 2. มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

กฎหมายฉบับที่ 3 คือ พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 บัญญัติไว้ในมาตรา 6 ว่า

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

1. องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาลหรือกิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น และให้หมายความรวมถึง หน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ

2. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือทบวงการเมืองที่มีฐานะเทียบเท่า หรือรัฐวิสาหกิจตาม 1. มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

เห็นได้ว่าคำนิยามในกฎหมายทั้ง 3 ฉบับข้างต้น ได้กำหนดวิธีการจำแนกรายการและองค์กรที่ถูกจำแนกไว้คล้ายคลึงกันมาก จะมีความหมายกว้างแคบต่างบ้างก็เพียง เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับเท่านั้น คำนิยามตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 จะกว้างกว่าสองฉบับ กล่าวคือ ครอบคลุมถึงกิจการใด ๆ ที่รัฐเป็นเจ้าของ

หรือมีทุนรวมอยู่เกินกว่าร้อยละห้าสิบ ไม่ว่าจะเส้นทางตรงหรือทางอ้อมก็ขึ้นก็ตามซึ่งพระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2521 พระราชบัญญัติแรงงาน รัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 ไม่ได้กำหนดเอาไว้ ส่วนพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐาน สำหรับกรรมการและพนักงาน รัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 ไม่ได้ครอบคลุมถึงองค์การหรือกิจการที่มี วัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อการสงเคราะห์หรือส่งเสริมใด ๆ ที่มีใช้ธุรกิจ เช่น การกีฬาแห่งประเทศไทยการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย และสำนักงานกองทุนสงเคราะห์การทำสวนยาง เป็นต้น

เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ในกฎหมายฉบับอย่างละเอียดถี่ถ้วนจะพบว่าข้อกำหนดความหมายของคำว่ารัฐวิสาหกิจไว้ต่างกันก็เนื่องมาจากจุดมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับนั้นมีเป้าหมายต่างกัน อาทิเช่น พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 จะกำหนดความหมายของรัฐวิสาหกิจไว้ค่อนข้างกว้างเพื่อดูแลการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินและควบคุมสถานะการเงินของแผ่นดิน หากรัฐวิสาหกิจจำเป็นจะต้องใช้จ่ายเงิน รัฐจะได้จัดสรรงบประมาณให้ ขณะเดียวกันหากรัฐวิสาหกิจมีรายได้หรือผลกำไรก็จะได้นำส่งให้แก่รัฐ ส่วนพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงาน รัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 ได้ให้ความหมายไว้ค่อนข้างแคบ เนื่องจากต้องการแก้ไขข้อบกพร่องของการที่กฎหมายว่าด้วยองค์การของรัฐบาลและกฎหมายว่าด้วยกิจการที่เป็นของรัฐ บัญญัติถึงจำนวนกรรมการ คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามของกรรมการและพนักงานไว้แตกต่างกันและและยังเปิดช่องให้แต่งตั้งบุคคลคนเดียวดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจได้หลายรัฐวิสาหกิจ ทำให้การดำเนินการของรัฐวิสาหกิจไม่ก้าวหน้าเท่าที่ควร พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงบัญญัติขึ้นมาเพื่อวางระบบเกี่ยวกับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ให้มีมาตรฐานเดียวกันและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับเดียว และต้องการให้มีผลเฉพาะรัฐวิสาหกิจประเภทที่ระบุไว้ในกฎหมายนี้เท่านั้น²⁵¹

คำนิยามในกฎหมายทั้งสี่ฉบับนี้ ปัจจุบันมีความสำคัญในฐานะที่เป็นกฎหมายหลักในการกำหนดความหมายของรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายไทยและถูกนำไปใช้อ้างอิงทั่วไปทั้งในกฎหมายฉบับอื่นและตำราวิชาการสาขาต่าง ๆ อย่างกว้างขวางซึ่งสามารถสรุปได้ว่ารัฐวิสาหกิจตามความหมายของกฎหมายทั้งสี่ฉบับดังกล่าว ได้แก่ องค์การ 7 ประเภท²⁵² คือ

- (1) องค์การของรัฐบาล
- (2) กิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น
- (3) หน่วยงานธุรกิจที่รัฐหรือรัฐบาลเป็นเจ้าของ

²⁵¹ หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. หน้า 157.

²⁵² จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, "วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ)ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด." หน้า 5-6.

(4) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

(5) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือ รัฐวิสาหกิจ ตาม (1) และ/หรือ (2) และ/หรือ (3) และ/หรือ (4) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่า ร้อยละห้าสิบ

(6) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือ รัฐวิสาหกิจ ตาม (1) และ/หรือ (2) และ/หรือ (3) และ/หรือ (4) และ/หรือ (5) มีทุนรวมอยู่ ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

(7) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือ รัฐวิสาหกิจตาม (1) และ/หรือ (2) และ/หรือ (3) และ/หรือ (4) และ/หรือ (5) และ/หรือ (6) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

ดังนั้น “รัฐวิสาหกิจ” ที่เป็นคำนิยามทั่วไปในกฎหมายไทยจึงไม่มีและไม่เคยมีอยู่ มีแต่เพียง “รัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561” อันเป็นพระราชบัญญัติที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน หรือ “รัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518” หรือ “รัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2521” หรือ “รัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543”²⁵³

ทั้งนี้ “รัฐวิสาหกิจ” ที่ใช้กันอยู่อย่างในวงกว้างของสังคม ก็คือ คำนิยามที่ปรากฏอยู่ตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการของรัฐวิสาหกิจมากที่สุดและมีความสำคัญมากที่สุดสำหรับกระทรวงการคลังอันเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลตรวจสอบรัฐวิสาหกิจทั้งระบบ

3.3.2 การแบ่งประเภทของรัฐวิสาหกิจ

มีการแบ่งประเภทของรัฐวิสาหกิจไว้หลายระบบด้วยกัน โดยในหัวข้อนี้ได้แบ่งประเภทของรัฐวิสาหกิจออกเป็น 2 ประเภท คือ การแบ่งประเภทของรัฐวิสาหกิจตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง และการแบ่งประเภทของรัฐวิสาหกิจตามที่มาทางกฎหมาย

3.3.2.1 การแบ่งประเภทตามวัตถุประสงค์ที่จัดตั้ง

การแบ่งประเภทของรัฐวิสาหกิจตามวัตถุประสงค์ที่จัดตั้ง สามารถแบ่งได้เป็น 4 วัตถุประสงค์หลัก ดังนี้

²⁵³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. หน้า 158.

(ก.) รัฐวิสาหกิจประเภทที่หารายได้ให้รัฐ โดยรัฐวิสาหกิจประเภท ดังกล่าวนี้อาจรัฐวิสาหกิจเป็นการผลิตหรือจัดขายสินค้าจำพวกสิ่งเสพติดหรือสินค้าจำพวกอบายมุข รัฐจึงต้องเข้าควบคุม ได้แก่ โรงงานยาสูบ กระทรวงการคลัง และสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล เป็นต้น

(ข.) รัฐวิสาหกิจประเภทที่เป็นสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทที่ 1 รัฐวิสาหกิจประเภทสาธารณูปโภค ได้แก่ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การไฟฟ้านครหลวง การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค การประปานครหลวง การประปาส่วนภูมิภาค เป็นต้น

ประเภทที่ 2 รัฐวิสาหกิจประเภทสาธารณูปการ ได้แก่ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย บริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) การท่าเรือแห่งประเทศไทย การรถไฟแห่งประเทศไทย องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด บริษัท วิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด การเคหะแห่งชาติ การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย การรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย องค์การพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ องค์การจัดการน้ำเสีย บริษัท ธนารักษ์พัฒนาสินทรัพย์ จำกัด บริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

(ค.) รัฐวิสาหกิจประเภทที่ตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการตามนโยบายพิเศษของรัฐ เป็น รัฐวิสาหกิจที่มีความมุ่งหมายในการจัดตั้งแตกต่างกันไปตามความต้องการของแต่ละประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองของประเทศ ซึ่งบางครั้งการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจอาจจะไม่มีความมุ่งหมายมาก่อน แต่มากำหนดในกฎหมายจัดตั้ง ทั้งนี้ เนื่องจากสถานการณ์คับขันทางเศรษฐกิจหรือความต้องการทางสังคม การเมือง หรืออาจจัดตั้งขึ้นเพื่ออนุรักษ์และใช้ประโยชน์ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 4 ประเภท คือ²⁵⁴

ประเภทที่ 1 รัฐวิสาหกิจประเภทสถาบันการเงิน ได้แก่ ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ธนาคารออมสิน ธนาคารอาคารสงเคราะห์ (ธอส.) ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร (ธกส.) ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย (ธสน.) สำนักงานธนาคุณเคราะห์ กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ (สศค.) บริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย (ธพว.) บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม (บสย.) และธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย (ธอท.)

ประเภทที่ 2 รัฐวิสาหกิจประเภทอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ เป็นต้น

²⁵⁴ มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย. หน้า 221.

ประเภทที่ 3 รัฐวิสาหกิจประเภทเกษตรกรรมและพาณิชย์กรรม ได้แก่ องค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทย การยางแห่งประเทศไทย องค์การตลาดเพื่อเกษตรกร องค์การสะพานปลา องค์การตลาด องค์การคลังสินค้า โรงพิมพ์ตำรวจ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ โรงงานไฟ วมสรพสามิต องค์การสุรา กรมสรรพสามิต องค์การเภสัชกรรม บริษัท ขนส่ง จำกัด บริษัท อยู่กรุงเทพ จำกัด

ประเภทที่ 4 รัฐวิสาหกิจประเภทส่งเสริมกิจกรรมต่าง ๆ ได้แก่ การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย การกีฬาแห่งประเทศไทย องค์การสวนสัตว์ สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี แห่งประเทศไทย สำนักงานกองทุนสงเคราะห์การทำสวนยาง สถาบันการบิณฑลเรือน องค์การสวน พฤษศาสตร์ เป็นต้น

(ง.) รัฐวิสาหกิจประเภทที่ตั้งขึ้นหรือได้มาด้วยเหตุผลอื่น ได้แก่ บริษัท สหโรงแรมไทยและการท่องเที่ยว จำกัด บริษัท ทิพยประกันภัย จำกัด นอกจากนี้ ยังมีรัฐวิสาหกิจอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นโดยนิติเหตุจำนวน 2 แห่ง คือ บริษัท บริหารสินทรัพย์กรุงเทพพาณิชย์ จำกัด บริษัท บริหารสินทรัพย์สุขุมวิท จำกัด²⁵⁵ และนอกจากนี้ยังมีบริษัทลูกอีกจำนวนมากกว่า 120 แห่ง เช่น บริษัท ไทย - อะมาติอุส เซาท์อีส เอเชีย จำกัด บริษัท บริหารสินทรัพย์สุขุมวิท จำกัด บริษัท บริหารสินทรัพย์ กรุงเทพพาณิชย์ จำกัด บริษัท ผลิตไฟฟ้าและน้ำเย็น จำกัด Subic Bay Energy Co., Ltd. บริษัท ปตท. (กัมพูชา) จำกัด บริษัท ปตท. คำสากร จำกัด บริษัท พีทีที แทงก์ เทอร์มินัล จำกัด บริษัท ปตท. จำหน่ายก๊าซธรรมชาติ จำกัด บริษัท ปตท. ธุรกิจค้าปลีก จำกัด (มหาชน) (PTTOR) บริษัท ปตท. สำรองและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) (PTTEP) บริษัท การผลิตไฟฟ้าและพลังงานร่วม จำกัด (CHPP) บริษัท พีทีที โพลีเมอร์ โลจิสติกส์ จำกัด บริษัท พีทีที แอลเอ็นจี จำกัด (PTTLNG) บริษัท พีทีที อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด (PTT INTER) บริษัท ปตท. กรีนเอ็นเนอร์ยี จำกัด (PTTGC) บริษัท โรงแรมท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ จำกัด บริษัท เอ ซี ที โมบาย จำกัด บริษัทกฎหมายกรุงเทพ จำกัด บริษัท กรุงเทพ คอมพิวเตอร์ เซอร์วิส เซส จำกัด บริษัท กรุงเทพธุรกิจบริการ จำกัด บริษัท เคทีบี แอดไวซอรี จำกัด บริษัท เคทีบี ลีสซิ่ง จำกัด บริษัท หลักทรัพย์จัดการกองทุน กรุงเทพ จำกัด (มหาชน) บริษัท รถไฟฟ้า ร.ฟ.ท. จำกัด บริษัท สินเชื่อไปรษณีย์ไทย จำกัด เป็นต้น

ส่วนธนาคารแห่งประเทศไทยและกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนา ระบบสถาบันการเงินนั้นถือเป็นองค์กรอิสระที่เป็นรัฐวิสาหกิจ ไม่อยู่ในการกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง ทั้งนี้จากการศึกษาจะเห็นได้ว่าการแบ่งประเภทของรัฐวิสาหกิจตามวัตถุประสงค์ เป็นการแบ่งที่เน้น รัฐวิสาหกิจแต่ละประเภทตามจุดเด่นของการก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนในด้านใดเป็นสำคัญ โดยปัจจุบันมีรัฐวิสาหกิจที่เกิดขึ้นมามากมายเป็นจำนวนมากหากรวมบริษัทลูกของรัฐวิสาหกิจด้วยมีมากกว่า 170 แห่งทั่วประเทศ และก็มีรัฐวิสาหกิจที่ล้มเลิกกิจการมากมายเช่นกันในแต่ละปี

²⁵⁵ หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. หน้า 158-160.

ซึ่งในการศึกษานี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาเฉพาะรัฐวิสาหกิจหลัก จำนวน 52 แห่ง ทั้ง 9 สาขาเท่านั้น เพราะถือว่าเป็นรัฐวิสาหกิจหลักอันครอบคลุมถึงการบริหารงานของบริษัททุกด้วยเช่นกัน

3.3.2.2 การแบ่งประเภทตามที่มาทางกฎหมาย

การแบ่งประเภทของรัฐวิสาหกิจตามที่มาทางกฎหมาย รัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งถูกจัดตั้งโดยกฎหมายที่ต่างกันตามเหตุผลและความจำเป็นเฉพาะเรื่อง รัฐวิสาหกิจประเภทที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของชาติหรือรัฐวิสาหกิจ ที่มีหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะส่วนใหญ่จะถูกจัดตั้งโดยกฎหมายเฉพาะอันเป็นกฎหมายประเภทกฎหมายมหาชนโดยรัฐวิสาหกิจที่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจรัฐ ในการจัดทำบริการสาธารณะมักจะถูกจัดตั้งโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ส่วนรัฐวิสาหกิจที่ไม่มีความจำเป็นต้องใช้อำนาจรัฐก็จะถูกจัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามพระราชบัญญัติแม่บท ส่วนรัฐวิสาหกิจประเภทหารายได้อาจจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชนในรูปของบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดก็ได้ นอกจากนี้ ยังมีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจอีกประเภทหนึ่งในส่วนราชการเป็นหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล และใช้เงินงบประมาณแผ่นดินในการดำเนินกิจการ²⁵⁶

ทั้งนี้ สามารถแยกจากจัดตั้งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ การจัดตั้งโดยกฎหมายมหาชน และการจัดตั้งโดยกฎหมายเอกชน และการจัดตั้งโดยมติคณะรัฐมนตรีตามกฎหมายว่าด้วยเงินคลัง

3.3.2.2.1 การจัดตั้งโดยกฎหมายมหาชน

รัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่นั้นจัดตั้งขึ้นโดยมีการตรากฎหมายขึ้นมาจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเฉพาะแห่ง กฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้เป็นกฎหมายมหาชนซึ่งมีอยู่หลายลักษณะด้วยกัน โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายเฉพาะ (Specific law) และรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตาม พระราชบัญญัติแม่บท (พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496)

ก. รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายเฉพาะ

รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายเฉพาะ (Specific Law) เป็นการจัดตั้งโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่า อาทิ ประกาศคณะปฏิวัติ หรือพระราชกำหนด ซึ่งรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายเฉพาะนี้ส่วนใหญ่จะเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อดำเนินกิจการสำคัญ มีขอบเขตกว้างขวาง และมีความจำเป็นที่จะต้องมีอำนาจและสิทธิพิเศษต่าง ๆ เพื่อให้สามารถดำเนินกิจการของรัฐวิสาหกิจนั้น ได้แก่ (1) กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนา ระบบสถาบันทางการเงิน จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 แก้วไข

²⁵⁶ มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย. หน้า 121.

เพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 พ.ศ. 2528 (2) การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 (3) การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 (4) การไฟฟ้านครหลวง จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 (5) การประปาส่วนภูมิภาค จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 (6) การประปานครหลวง จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 (7) การรถไฟแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 (8) การท่าเรือแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 (9) การรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 (10) สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล พ.ศ. 2517 (11) องค์การเภสัชกรรม จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติองค์การเภสัชกรรม พ.ศ. 2509 (12) การยางแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการยางแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 (13) การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 (14) สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติสถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 (15) การกีฬาแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2528 (16) การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 (17) องค์การสะพานปลา จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติจัดระเบียบกิจการแพปลา พ.ศ. 2496 (18) การเคหะแห่งชาติ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการเคหะแห่งชาติ พ.ศ. 2537 (19) ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2536 (20) ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร พ.ศ. 2509 (21) ธนาคารอาคารสงเคราะห์ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารอาคารสงเคราะห์ พ.ศ. 2496 (22) ธนาคารออมสิน จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารออมสิน พ.ศ. 2498 (23) ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 (24) บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติบริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม พ.ศ. 2534 (25) บริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย จัดตั้งโดยพระราชกำหนดบริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย พ.ศ. 2540²⁵⁷ (26) ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 (27) การทางพิเศษแห่งประเทศไทย เดิมจัดตั้งโดยประกาศของ

²⁵⁷ ฝ่ายบริหารจัดตั้งขึ้นเพื่อแก้ปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจ ปี พ.ศ. 2540

คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 พ.ศ. 2515 ต่อมาได้มีการตราเป็นพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2550 เป็นต้น

ข. รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามพระราชบัญญัติแม่บท (พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496)

พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นโดยได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 3 ว่า “เมื่อรัฐบาลเห็นเป็นการสมควรจะจัดตั้งองค์การเพื่อดำเนินการอันเป็นสาธารณณะหรือเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ หรือ ช่วยเหลือในการครองชีพ หรืออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนใช้เงินลงทุนจากงบประมาณแผ่นดิน ก็ให้ กระทำได้โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา” จากบทบัญญัติดังกล่าวที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารที่จะจัดตั้งองค์การหรือหน่วยงานขึ้นมาทำหน้าที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้ จึงเกิดหน่วยงาน หลายๆ แห่ง ซึ่งมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ได้แก่ (1) องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ จัดตั้งโดยพระราช กฤษฎีกาจัดตั้งองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ พ.ศ. 2519 (2) องค์การคลังสินค้า จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การคลังสินค้า พ.ศ. 2498 (3) องค์การตลาด จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้ง องค์การคลังสินค้า พ.ศ. 2498 (4) องค์การสวนพฤกษศาสตร์ จัดตั้งโดยพระราช กฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสวนพฤกษศาสตร์ พ.ศ. 2536 (5) องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ พ.ศ. 2499 (6) องค์การสวนสัตว์ จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้ง องค์การสวนสัตว์ พ.ศ. 2497 (7) องค์การตลาดเพื่อเกษตรกร จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การจัดตั้งองค์การตลาดเพื่อเกษตรกร พ.ศ. 2535 (8) สถาบันการบินพลเรือน จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันการบินพลเรือน พ.ศ. 2535 (9) องค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2514 (10) องค์การพิพิธภัณฑวิทยาสาสตร์แห่งชาติ จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การพิพิธภัณฑวิทยาสาสตร์แห่งชาติ พ.ศ. 2538 (11) องค์การจัดการน้ำเสีย จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การจัดน้ำเสีย พ.ศ. 2538 เป็นต้น

3.3.2.2.2 การจัดตั้งโดยกฎหมายเอกชน

รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นเพื่อการดำเนินธุรกิจในรูปแบบของเอกชน นั้น มีจุดมุ่งหมาย เพื่อความคล่องตัวในการดำเนินกิจการและเพื่อให้หลุดพ้นจากระเบียบและขั้นตอนของรัฐ ซึ่งมี 2 ประเภท ดังนี้²⁵⁸

²⁵⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. หน้า 223-234.

ก. รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการจัดตั้งบริษัท จำกัด ดังนั้น จึงต้องดำเนินการจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด โดยรัฐจะเข้าไปถือหุ้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบ มีการนำเอาหลักเกณฑ์การดำเนินงานของเอกชนมาใช้เพื่อให้มีความคล่องตัวและเป็นอิสระ รัฐวิสาหกิจเหล่านั้น ได้แก่ (1) บริษัท วิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด (2) บริษัท อู่กรุงเทพ จำกัด (3) บริษัท ขนส่ง จำกัด (4) บริษัท สหโรงแรมไทยและการท่องเที่ยว จำกัด (5) บริษัท ธนารักษ์พัฒนาสินทรัพย์ จำกัด (6) บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด

ข. รัฐวิสาหกิจจัดตั้งตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดพระราชบัญญัติ

บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

แม้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จะเป็นกฎหมายมหาชนก็ตาม แต่เป็นกฎหมายมหาชนที่มีขึ้นเพื่อวางเงื่อนไขต่าง ๆ ในการดำเนินธุรกิจขนาดใหญ่ของเอกชน จึงถือได้ว่ากิจการที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายดังกล่าวเป็นกิจการที่จัดตั้งขึ้นในระบบกฎหมายเอกชน มีรัฐวิสาหกิจบางแห่งที่จัดตั้งขึ้นโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการจัดตั้งบริษัทมหาชน จำกัด โดยรัฐจะเข้าไปถือหุ้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบ และนำเอาหลักเกณฑ์ตาม กฎหมายดังกล่าวมาใช้เพื่อความคล่องตัวและเป็นอิสระ รัฐวิสาหกิจเหล่านั้น ได้แก่ (1) บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) (2) ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) (3) บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (4) บริษัท กสท.โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (5) บริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) (6) บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (7) บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) (8) บริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน) (9) บริษัท หลักทรัพย์จัดการกองทุน กรุงไทย จำกัด

3.3.2.2.3 การจัดตั้งโดยมติคณะรัฐมนตรีตามกฎหมายว่า

ด้วยเงินคลัง

รัฐวิสาหกิจประเภทนี้จัดตั้งโดยมติคณะรัฐมนตรีเพื่อให้เป็นหน่วยงานธุรกิจของรัฐ ตั้งขึ้นในส่วนราชการโดยรัฐให้ทุนเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน มีการกำหนดระเบียบหรือ ข้อบังคับในการบริหารงานภายในของตนเอง โดยรัฐวิสาหกิจเหล่านี้ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล ได้แก่ (1) องค์การสุรา กรมสรรพสามิต บริหารงานตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดตั้งองค์การสุรา กรมสรรพสามิต พ.ศ. 2506 (2) โรงพิมพ์ตำรวจ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ บริหารงานตามข้อบังคับโรงพิมพ์ตำรวจ กรมตำรวจ พ.ศ. 2508 (3) โรงงานยาสูบ กระทรวงการคลัง บริหารงานตามระเบียบบริหารงานโรงงานยาสูบ พ.ศ. 2516 (4) สำนักงานธนานุเคราะห์ กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ บริหารงานตามข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานสำนักงานธนานุเคราะห์ กรม

พระราชสงเคราะห์ พ.ศ. 2517 (5) โรงงานไฟ กรมสรรพสามิต บริหารงานตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดตั้งโรงงานไฟ กรมสรรพสามิต พ.ศ. 2535 เป็นต้น²⁵⁹

3.3.3 เครื่องมือของรัฐวิสาหกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ

ด้วยเหตุที่การดำเนินงานของรัฐและเอกชนมีความแตกต่างกันทั้งทางด้านวัตถุประสงค์และวิธีการโดยวัตถุประสงค์สำคัญของฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจกรรมทุกประเภทเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) อันเป็นกิจกรรมที่มีความจำเป็นสำหรับสมาชิกทุกคนในสังคมซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ในขณะที่กิจกรรมเกือบทุกประเภทของภาคเอกชนตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ดังนั้น วิธีการในการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มุ่งประโยชน์สาธารณะจึงต้องแตกต่างจากวิธีการในการดำเนินการของเอกชนส่วนใหญ่ แล้วมุ่งแต่ประโยชน์ส่วนตน วิธีการในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะมีลักษณะเด่นประการหนึ่งที่แตกต่างจากวิธีการในการดำเนินการของเอกชน คือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษหรืออำนาจมหาชน (puissance publique) อันเป็นอำนาจพิเศษที่เอกชนไม่มีอำนาจดังกล่าว แต่ฝ่ายปกครองต้องมีอำนาจนี้ไว้เพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำภารกิจให้ลุล่วงไปด้วยตัวเองโดยมิต้องอาศัยอำนาจอื่นเช่นอำนาจศาลมาบังคับ อำนาจเหล่านี้ได้แก่ อำนาจในการออกคำสั่งฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (acte unilateral) บังคับให้เอกชนต้องปฏิบัติตาม เป็นต้น

เมื่อมีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้รัฐวิสาหกิจมีอำนาจมหาชนบางประการเพื่อที่จะปฏิบัติภารกิจให้สำเร็จลุล่วงไปได้ ดังนั้น ในระบบกฎหมายของประเทศไทยจึงมีการให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจในการจัดทำ บริการสาธารณะ โดยสิทธิพิเศษที่ให้แก่รัฐวิสาหกิจนี้มิได้ให้เฉพาะอำนาจมหาชนของรัฐแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังให้สิทธิพิเศษอื่น ๆ แก่รัฐวิสาหกิจเพื่อรัฐวิสาหกิจจะสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ

การให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายไทยมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ เท่านั้น หากยังเป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบอื่น ๆ อีกมากมายหลายกรณี โดยสิทธิพิเศษที่รัฐให้กับรัฐวิสาหกิจสามารถจำแนกได้ 3 กรณี ดังนี้²⁶⁰

3.3.3.1 สิทธิพิเศษตามกฎหมายจัดตั้ง

ได้แก่ สิทธิพิเศษที่ระบุไว้ในกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละประเภท ตัวอย่างเช่น

²⁵⁹ มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย. หน้า 123.

²⁶⁰ หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. หน้า 168.

- สิทธิพิเศษในการที่ทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจไม่อยู่ในความรับผิด ของการบังคับคดี เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิต พ.ศ. 2511 มาตรา 12²⁶¹
- สิทธิพิเศษในการใช้สอยหรือเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ในการครอบครองของบุคคลใด ๆ ซึ่งมีใช้เคหสถานของเอกชนเป็นการชั่วคราว เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 มาตรา 34²⁶²
- สิทธิพิเศษในการกระทำภายในขอบเขตหน้าที่เหนือพื้นที่และแดนกรรมสิทธิ์ของที่ดินนั้นของบุคคลใด ๆ เมื่อที่ดินนั้นไม่ใช่ที่ดินอันเป็นที่ตั้งโรงเรียน เช่น พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2511 มาตรา 38²⁶³
- สิทธิพิเศษในการใช้อำนาจดำเนินการเวนคืนที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เช่น พระราชบัญญัติการเคหะแห่งชาติ พ.ศ. 2537 มาตรา 29²⁶⁴

²⁶¹ มาตรา 12 บัญญัติว่า ทรัพย์สินของ กฟผ. ไม่อยู่ในความรับผิด แห่งการบังคับคดี

²⁶² มาตรา 34 บัญญัติว่า เพื่อประโยชน์ในการสร้างและบำรุงรักษา ซึ่งระบบการส่งพลังงานไฟฟ้า เช่น สายส่ง คักย์สูงหรือสายส่งคักย์ต่ำ เสา สถานีไฟฟ้าและอุปกรณ์ต่าง ๆ ให้พนักงานมีอำนาจที่จะใช้สอยหรือเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ใน ความครอบครองของบุคคลใด ๆ ซึ่งมีใช้เคหสถานของเอกชนเป็นการชั่วคราว ภายใต้งบเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) การใช้สอยนั้นเป็นการจำเป็นสำหรับการสำรวจระบบการส่งพลังงานไฟฟ้าและการป้องกันอันตรายหรือ ความเสียหายที่จะเกิดแก่ระบบการส่งพลังงานไฟฟ้า และ

(2) ได้แจ้งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ทราบล่วงหน้าภายในเวลาอันสมควร ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์หรือผู้ทรงสิทธิอื่น เนื่องจากการกระทำ ของพนักงานดังกล่าวในวรรคหนึ่ง บุคคลเช่นว่านั้นย่อมเรียกเงินค่าทดแทนจากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคได้.

²⁶³ มาตรา 38 บัญญัติว่า ในการส่ง และการจำหน่ายน้ำ ให้การ ประปานครหลวงมีอำนาจเดินท่อน้ำ และติดตั้ง อุปกรณ์ไปได้ เหนือ ตามหรือข้ามที่ดินของบุคคลใด ๆ ในเมื่อที่ดินนั้นไม่ใช่ พื้นดินอันเป็นที่ตั้งโรงเรียน

ให้การประปานครหลวงมีอำนาจกำหนดบริเวณที่ดินที่เดินท่อน้ำ และติดตั้งอุปกรณ์ โดยมีความกว้างจาก ท่อน้ำ ด้านละไม่เกินสองเมตรห้าสิบเซนติเมตร สำหรับท่อน้ำขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไป ในบริเวณที่กำหนด นี้ให้การประปานครหลวงมีอำนาจตัดฟันต้น กิ่งหรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ได้โดยต้องจ่ายค่าทดแทนในการที่ใช้ ที่ดิน และ ในการตัดฟัน แล้วแต่กรณี ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองด้วยจำนวนเงินอันเป็นธรรม เว้นแต่เจ้าของหรือผู้ครอบครอง เป็นผู้ได้รับ ประโยชน์คุ้มค่าในการกระทำนั้นอยู่ด้วย ในกรณีที่ไม่สามารถตกลงกันได้จำนวนเงินค่าทดแทน ให้นำมาตรา 36 วรรคสอง มาใช้ บังคับโดยอนุโลม

²⁶⁴ มาตรา 29 ในการดำเนินกิจการของ กคช. ให้คำนึงถึงประโยชน์ ของรัฐและประชาชน

ในการนี้ ให้ถือว่าวัตถุประสงค์ตามมาตรา 6 (1) หรือ (4) เป็นวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะตามกฎหมาย ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

เมื่อ กคช. มีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้ในการดำเนินกิจการตามมาตรา 6 (1) หรือ (4) ให้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

มาตรา 6 ให้จัดตั้งการเคหะขึ้น เรียกว่า “การเคหะแห่งชาติ” เรียกโดยย่อว่า “กคช.” และให้เป็นนิติบุคคล มี วัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

(1) จัดให้มีเคหะเพื่อให้ประชาชนได้มีที่อยู่อาศัย รวมตลอดถึงจัดให้มีสาธารณูปโภค สาธารณูปการ และสิ่ง อำนวย ความสะดวกแก่ผู้อยู่อาศัย ทำนุบำรุง ปรับปรุง และพัฒนาบรรดาเคหะดังกล่าว รวมทั้งพัฒนาผู้อยู่อาศัยให้มีคุณภาพชีวิต ที่ดี ขึ้น ทั้งในทางสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม ฯลฯ

- สิทธิพิเศษในการใช้อำนาจทำการรื้อถอนหรือทำลายเท่าที่จำเป็น เช่น พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 มาตรา 42²⁶⁵ และ 43²⁶⁶
- สิทธิพิเศษในการเข้าไปในสถานที่ของบุคคลใด ๆ เพื่อการตรวจสอบแซมกรณีจำเป็น เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 มาตรา 37²⁶⁷
- สิทธิพิเศษในการโอนอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนมาไปยังผู้อื่นได้ เช่น พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 มาตรา 38²⁶⁸
- สิทธิพิเศษในการได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาล เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 3²⁶⁹

3.3.3.2 สิทธิพิเศษตามกฎหมายอื่น

นอกจากกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่มีบทบัญญัติให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจแล้ว รัฐวิสาหกิจยังได้รับสิทธิพิเศษตามกฎหมายระเบียบ และข้อบังคับต่าง ๆ ทั้งที่เป็นโดยแบ่งสิทธิพิเศษตามกฎหมายอื่น ๆ คือ การให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจเป็นการทั่วไป และการให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจเฉพาะแห่ง

ก. การให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจเป็นการทั่วไป ได้แก่

(4) ปรับปรุงรื้อ หรือย้ายแหล่งเสื่อมโทรมเพื่อให้มีสภาพการอยู่อาศัย สิ่งแวดล้อม เศรษฐกิจและสังคมดีขึ้น

²⁶⁵ มาตรา 42 บัญญัติว่า บรรดาการปลูกสร้าง อาคาร การตั้งโรงงาน และการประกอบกิจการโรงงานในนิคมอุตสาหกรรมให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน กฎหมายว่า ด้วยการควบคุมการก่อสร้างอาคาร และกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง แต่การอนุญาตซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตาม กฎหมายว่าด้วยการนั้น ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ว่าการหรือผู้ซึ่งผู้ว่าการมอบหมาย

²⁶⁶ มาตรา 43 ในกรณีที่มีการปลูกสร้างอาคารโดยมิได้รับอนุญาตตามมาตรา 42 หรือในกรณีที่มีการปลูกสร้างอาคาร ผิดแผนผังแบบก่อสร้างหรือรายการที่ได้รับอนุญาตหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในใบอนุญาต ให้กนอ. มีอำนาจ สั่งระงับการก่อสร้าง แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือรื้อถอนอาคารหรือส่วนแห่งอาคารดังกล่าวภายในระยะเวลาอันสมควร โดยแจ้งระยะ เวลาให้ผู้ปลูกสร้าง เจ้าของ หรือผู้ครอบครองอาคารทราบ

เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามวรรคหนึ่งแล้ว และผู้ปลูกสร้าง เจ้าของ หรือผู้ครอบครองอาคารไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ของ กนอ. ให้ กนอ. มีอำนาจจัดการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่เห็นสมควรเพื่อแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือรื้อถอนอาคารหรือช่างแห่งอาคารนั้นได้โดยคิดค่าใช้จ่ายจากผู้ปลูกสร้าง เจ้าของ หรือผู้ครอบครองอาคารนั้น

²⁶⁷ มาตรา 37 บัญญัติว่า พนักงานอาจเข้าไปในสถานที่ของบุคคลใด ๆ เพื่อตรวจ ซ่อมแซม หรือแก้ไขระบบการส่งพลังงานไฟฟ้า ในกรณีจำเป็นเพื่อป้องกันอันตรายเป็นการด่วนใน เวลาหนึ่งเวลาใดก็ได้ เมื่อได้แจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทราบแล้ว

²⁶⁸ มาตรา 38 บัญญัติว่า ในการดำเนินกิจการของการรถไฟแห่งประเทศไทย ให้คำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและประชาชนและความปลอดภัย

²⁶⁹ มาตรา 3 บัญญัติว่า เมื่อรัฐบาลเห็นเป็นการสมควรจะจัดตั้งองค์การเพื่อดำเนินกิจการอันเป็นสาธารณประโยชน์ หรือเพื่อประโยชน์ในการเศรษฐกิจ หรือช่วยเหลือในการ ครอบงำ หรืออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน โดยใช้เงินทุนจากงบประมาณแผ่นดินก็ได้โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

- สิทธิพิเศษในการได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียมภาษีหรืออากร เช่น พระราชบัญญัติภาษีโรงเรือนและที่ดิน พุทธศักราช 2475 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 6 ทวิ²⁷⁰
- สิทธิพิเศษในการได้รับการค้ำประกันเงินกู้จากรัฐบาล เช่น พระราชบัญญัติกำหนดอำนาจกระทรวงการคลังในการค้ำประกัน พ.ศ. 2510
- สิทธิพิเศษในการที่รัฐจ่ายค่าชดเชยค่าภาษีอากรให้แก่ผู้จำหน่ายสินค้าให้กับรัฐวิสาหกิจ เช่น พระราชบัญญัติชดเชยค่าภาษีอากรสินค้าส่งออกที่ผลิตในราชอาณาจักร พ.ศ. 2524 มาตรา 4²⁷¹
- สิทธิพิเศษในการได้รับการยกเว้นไม่ต้องอยู่ในบังคับของ กฎหมายบางประการ เช่น พระราชบัญญัติประกอบอาชีพงานก่อสร้าง พ.ศ. 2522 มาตรา 4²⁷²

ข. การให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจเฉพาะแห่ง ได้แก่

- สิทธิพิเศษในการมีอำนาจผูกขาดดำเนินการแต่ผู้เดียว เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 เรื่องการควบคุมกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค พ.ศ. 2515
- สิทธิพิเศษในการบังคับให้ต้องฝากเงินหรือเปิดบัญชีกับธนาคารที่เป็นรัฐวิสาหกิจ เช่น พระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 มาตรา 14²⁷³

3.3.3.3 สิทธิพิเศษตามมติคณะรัฐมนตรี

การที่รัฐบาลได้ใช้อำนาจในทางบริหารกำหนดสิทธิพิเศษบางประการให้แก่วิสาหกิจทั้งในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁷⁰ มาตรา 6 ทวิ บัญญัติว่า ให้รัฐมนตรีมีอำนาจยกเว้นภาษีโรงเรือนและที่ดินให้แก่วิสาหกิจสำหรับพื้นที่ที่เป็นบริเวณต่อเนื่องกับโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นที่ใช้ประโยชน์โดยตรงของรัฐวิสาหกิจนั้นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดได้.

²⁷¹ มาตรา 4 บัญญัติว่า ภายใต้บังคับมาตรา 5 กระทรวงการคลังมีอำนาจค้ำประกันหนี้ของส่วนราชการ หนี้ขององค์การของรัฐ หนี้ของบริษัทจำกัดที่เป็นรัฐวิสาหกิจ และหนี้ของสถาบันการเงินได้โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

บริษัทจำกัดที่เป็นรัฐวิสาหกิจดังกล่าวต้องเป็น

- (ก) บริษัทจำกัดที่ส่วนราชการ และหรือองค์การของรัฐมีทุนรวมอยู่ด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบ หรือ
- (ข) บริษัทจำกัดที่ส่วนราชการ และหรือองค์การของรัฐ และหรือบริษัทจำกัดตาม (ก) มีทุนรวมอยู่ด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบ.

²⁷² มาตรา 4 บัญญัติว่า พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่.

- (1) ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณซึ่งประกอบงานก่อสร้างด้วยตนเอง.
- (2) นิติบุคคลต่างประเทศซึ่งมีสิทธิเข้ามารับงานก่อสร้างในกิจการตามพันธะที่รัฐบาลตกลงกับทบวงการชำนัญพิเศษแห่งสหประชาชาติ สถาบันระหว่างประเทศอื่นหรือรัฐบาลต่างประเทศ.
- (3) นิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา.

²⁷³ มาตรา 14 บัญญัติว่า ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์มีอำนาจนำเงินกองทุนไปหาดอกผลได้โดยการฝากออมทรัพย์ หรือฝากประจำกับธนาคารที่ เป็นรัฐวิสาหกิจหรือชื่อหลักทรัพย์ของรัฐบาล.

ภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เช่น กรณีจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีพิเศษไม่ต้องประกวดราคา หรือในกรณีให้สิทธิพิเศษเป็นการเฉพาะกรณีซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐบาลในแต่ละเหตุการณ์ กล่าวโดยสรุปว่าสิทธิพิเศษของรัฐวิสาหกิจที่กล่าวมาแล้วทั้งหมดมีอยู่ด้วยกัน 4 ลักษณะ คือ

ลักษณะที่ 1 คือ สิทธิพิเศษทางการเงินและภาษีอากร เนื่องจาก รัฐวิสาหกิจเป็น องค์การของรัฐที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐจึงมีแนวโน้มที่จะให้รัฐวิสาหกิจ ดำเนินการช่วยเหลือประชาชนโดยไม่คำนึงถึงรายได้เป็นสำคัญ ดังนั้น รัฐจึงต้องให้ความช่วยเหลือแก่รัฐวิสาหกิจด้วยการให้สิทธิพิเศษทางการเงิน อันได้แก่ การให้เงินอุดหนุนโดยจัดสรรงบประมาณแผ่นดินและการค้ำประกันเงินกู้ ส่วนสิทธิพิเศษทางด้านภาษีอากร ได้แก่ การที่รัฐให้ความช่วยเหลือทางอ้อมแก่รัฐวิสาหกิจด้วยการยกเว้นหรือลดภาระภาษีอากรให้แก่รัฐวิสาหกิจ

ลักษณะที่ 2 คือ สิทธิพิเศษที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจ ได้แก่ การที่รัฐให้หลักประกันแก่ทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจว่า ไม่อยู่ในข่ายของการบังคับคดีหรือการที่รัฐวิสาหกิจมีสิทธิพิเศษในการได้มาซึ่งทรัพย์สิน เช่น เว้นคืน หรือใช้สอยทรัพย์สินของเอกชนอื่น เช่น ผ่านแดนกรรมสิทธิ์หรือเข้าไปในที่ดินของเอกชน เป็นต้น

ลักษณะที่ 3 คือ สิทธิพิเศษในการจำกัดเสรีภาพในการดำเนินของเอกชนอื่น เนื่องจากบริการสาธารณะรัฐจัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐจึงต้องจำกัดเสรีภาพในการประกอบ อาชีพบางประเภทให้แก่รัฐวิสาหกิจก่อน ทั้งนี้ เพื่อให้กิจการเหล่านั้นอยู่ในความดูแลอย่างใกล้ชิดของฝ่ายปกครอง เพื่อที่ฝ่ายปกครองจะได้รักษามาตรฐานของการบริการและอัตราค่าบริการให้อยู่ในลักษณะที่ไม่กระทบกับประชาชน สิทธิพิเศษประเภทนี้ ได้แก่ การให้รัฐวิสาหกิจผูกขาดกิจการบางอย่างแต่ผู้เดียวโดยห้ามมิให้เอกชนดำเนินการ หรือการที่บังคับให้เอกชนผู้ต้องการดำเนินกิจการบริการสาธารณะจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐหรือรัฐวิสาหกิจก่อน เช่น กรณีตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ที่ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามที่กำหนดไว้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรี เป็นต้น

ลักษณะที่ 4 เอกสิทธิ์ในการใช้อำนาจมหาชนอื่นของรัฐวิสาหกิจ เนื่องจาก การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐวิสาหกิจมีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐวิสาหกิจบางแห่งจึงต้องมีอำนาจมหาชนทำนองเดียวกับฝ่ายปกครอง อำนาจมหาชนที่ว่านี้ได้แก่ อำนาจหรือเอกสิทธิ์ในการบังคับฝ่ายเดียว เช่น อำนาจในการออกกฎระเบียบใช้บังคับแก่บุคคลอื่นฝ่ายเดียวหรืออำนาจในการห้ามดำเนินการใด ๆ ในขอบเขตหนึ่ง เช่น การห้ามมิให้ผู้ใดสร้างโรงเรือนหรือสิ่งอื่นในเขตเดินสายไฟฟ้า เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตตามพระราชบัญญัติการ

ไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 อำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่ง เช่น การซื้อถอนหรือทำลายโรงเรือนที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ปลูกสร้างได้เองตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 หรืออำนาจมหาชนอีกประเภทหนึ่ง อันได้แก่ เอกสิทธิ์ในการเป็นเจ้าของพนักงานตามกฎหมาย โดยสืบเนื่องมาจากการที่รัฐวิสาหกิจบางประเภทมีการใช้อำนาจมหาชนดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น ผู้ที่เป็นผู้ดำเนินการใช้อำนาจมหาชนดังกล่าวจึงต้องมีอำนาจหน้าที่เป็นพิเศษเพื่อให้สามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิพิเศษนั้น²⁷⁴

นอกจากนี้ มีหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ นอกเหนือจากส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว ยังได้มีการจัดตั้งองค์การของรัฐอีกประการหนึ่งขึ้นมาโดยการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรเหล่านี้ขึ้นมาเป็นการเฉพาะราย โดยองค์กรเหล่านี้ไม่ได้เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ มีฐานะเป็นองค์กรของรัฐประเภทพิเศษที่มีความเป็นอิสระ มีโครงสร้างและระบบการทำงานเป็นของตนเอง มีบางหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งมีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เช่น (1) สภาอากาศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยสภาอากาศไทย พ.ศ. 2461 (2) สำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติจัดระเบียบทรัพย์สินฝ่ายพระมหากษัตริย์ พ.ศ. 2479 (3) ธนาคารแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 (4) ครุสภา จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติครู พ.ศ. 2488 (5) องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติองค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก พ.ศ. 2491 (6) ทูรรักษา ระดับอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา จัดตั้งโดยพระราชกำหนดจัดสรรทุนสำรองเงินตราเกินจำนวนธนบัตรที่ออกใช้ พ.ศ. 2498 (7) สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติสภาวิจัยแห่งชาติ พ.ศ. 2502 (8) ตลาดหลักทรัพย์ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2517 (9) สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติสถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 (10) กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน จัดตั้งโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย (พ.ศ. 2485) พ.ศ. 2528 (11) มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี พ.ศ. 2533 (12) สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2534 (13) สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (14) สถาบันพระปกเกล้า จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติสถาบันพระปกเกล้า พ.ศ. 2541 (15) กองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกร จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกร พ.ศ. 2542 (16) สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ จัดตั้งโดย

²⁷⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย, หน้า 86-94.

พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 (17) สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ. 2543 (18) กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติกองทุน สนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พ.ศ. 2544 (19) บริษัทบริหารสินทรัพย์ไทย (20) สถาบันอนุญาโตตุลาการ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 (21) สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกันภัย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกันภัย พ.ศ. 2550 (22) มหาวิทยาลัยมหิดล จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยมหิดล พ.ศ. 2550 (23) สำนักงานคณะกรรมการกิจการพลังงาน จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 (24) มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ พ.ศ. 2550 (25) มหาวิทยาลัยบูรพา จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยบูรพา พ.ศ. 2550 (26) องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดย พระราชบัญญัติองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2551 (27) มหาวิทยาลัยทักษิณ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยทักษิณ พ.ศ. 2551 (28) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551 (29) มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ พ.ศ. 2558 (30) มหาวิทยาลัยขอนแก่น จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยขอนแก่น พ.ศ. 2558 (31) มหาวิทยาลัยสวนดุสิต จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยสวนดุสิต พ.ศ. 2558 (32) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2558 (33) ราชวิทยาลัยจุฬาภรณ์ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติราชวิทยาลัยจุฬาภรณ์ พ.ศ. 2559 (34) มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ พ.ศ. 2559 (35) มหาวิทยาลัยศิลปากร จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยศิลปากร พ.ศ. 2559 (36) มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ พ.ศ. 2559 (37) สถาบันการพยาบาลศรีสวรินทิรา สภากาชาดไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติสถาบันการพยาบาลศรีสวรินทิรา สภากาชาดไทย พ.ศ. 2559 (38) สำนักงานส่งเสริมเศรษฐกิจดิจิทัล จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม พ.ศ. 2560 (39) มหาวิทยาลัยแม่โจ้ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยแม่โจ้ พ.ศ. 2560 เป็นต้น

หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจเหล่านี้มีฐานะเป็นนิติบุคคลถูกจัดตั้งขึ้นเฉพาะกรณีเป็นราย ๆ ตามความจำเป็นและความต้องการของสถานการณ์ในขณะจัดตั้งส่วนใหญ่แล้วจะได้รับการอุดหนุนจากรัฐในการดำเนินงาน มีอำนาจและหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้ง

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐวิสาหกิจจะจัดตั้งขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือประชาชน เพื่อการจัดการด้านบริการสาธารณะ แต่เมื่อเกิดวิกฤตการณ์ด้านเศรษฐกิจขึ้นมา ตลอดจนสภาพแวดล้อมหลายปัจจัย ทำให้รัฐวิสาหกิจบางแห่งหมดความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้าไปดำเนินการ เพราะความจำเป็นในตอนที่ตั้งรัฐวิสาหกิจเพื่อแก้ปัญหาการครองชีพของประชาชนภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้หมดไปแล้ว หรือในบางกรณีมีเอกชนประกอบกิจการที่ให้บริการสาธารณะได้ดีกว่ารัฐวิสาหกิจ รัฐจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปประกอบกิจการเหล่านั้นซ้ำซ้อนกับเอกชน ทำให้จำเป็นต้องลดขนาดและจำนวนของรัฐวิสาหกิจลง สิ่งดังกล่าวทำให้ส่งผลไปถึงการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ



บทที่ 4

รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย

รัฐวิสาหกิจมีบทบาทในการจัดให้มีโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการที่ทั่วถึงมีคุณภาพ และในราคาที่เหมาะสม เช่น ไฟฟ้า ประปา รถโดยสารสาธารณะ รถไฟ รถไฟฟ้า ทางพิเศษ เป็นต้น ถือเป็นบริการขั้นพื้นฐาน ที่จำเป็นหรือเพิ่มความสะดวกสบายต่อการดำเนินชีวิตของประชาชน รวมถึงโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะที่ส่งเสริม ความสามารถในการแข่งขันของประเทศและจำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชนด้วย เช่น ท่าอากาศยาน ท่าเรือ เป็นต้น นอกจากนี้ยังดำเนินกิจกรรมที่เสริมสร้างความมั่นคงแห่งรัฐ ทั้งกิจการที่รัฐต้องดำเนินการเอง เพื่อให้เกิดความมั่นคงด้านเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งสนับสนุนหรือส่งเสริมภาคประชาชนและภาคธุรกิจ ในรูปแบบของการสนับสนุนให้เกิดกิจกรรม ทางเศรษฐกิจและสังคม โดยรัฐวิสาหกิจยังมีบทบาทต่อการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศในทางอ้อมทั้งในด้านการลงทุน การใช้จ่ายของรัฐผ่านรัฐวิสาหกิจ และการจ้างงานอีกด้วย ซึ่งรัฐวิสาหกิจในแต่ละประเทศล้วนมีความแตกต่างกันในบทบาทของกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยในบทนี้จะแบ่งออกเป็น 2 หัวข้อ คือ รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ และรัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศไทย

4.1 รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ

กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากต่างประเทศเป็นหลัก โดยการศึกษาในเนื้อหาและสาระสำคัญของรัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ จะแบ่งออกเป็น 2 หัวข้อ โดยจะกล่าวถึง รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) และรัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

4.1.1 รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law)

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) ถือว่ามีความสำคัญและเป็นต้นแบบของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก โดยในหัวข้อนี้อจะแบ่งเนื้อหาออกเป็น รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมนี และรัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศญี่ปุ่น

4.1.1.1 สหภาพยุโรป

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Community) เป็นการรวมกลุ่มเศรษฐกิจของประเทศสมาชิกที่มีขนาดเศรษฐกิจใหญ่และมีความหลากหลายของประเทศสมาชิกเข้าด้วยกัน²⁷⁵ กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีขึ้นเพื่อป้องกันการแข่งขันในระบบเสรี²⁷⁶ ซึ่งระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนั้นมุ่งเน้นถึงการมีประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร²⁷⁷ การซื้อขายในราคาที่เหมาะสม และการคิดค้นนวัตกรรมใหม่ ทั้งนี้ มีการยึดมั่นในความเชื่อที่ว่า ระบบเศรษฐกิจแบบเสรี มีความเกี่ยวข้องกับนโยบายการแข่งขันทางการค้า รวมถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้ามีขึ้นเพื่อการสนับสนุนการแข่งขันในตลาดเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ก็จะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจและการสนับสนุนการแข่งขันอย่างเสรีด้วย

ในยุคแรกๆ ที่เริ่มมีการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในปี ค.ศ. 1957 เป็นการรวมตัวกันของประเทศในทวีปยุโรป เพื่อบูรณาการการรวมตัวทางเศรษฐกิจและกระชับความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิก ทั้งด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ในช่วงแรก เป็นความร่วมมือด้านเศรษฐกิจ เพื่อพัฒนาให้เกิดตลาดเดียว (Single Market) ซึ่งทำให้เกิดการประหยัดต่อขนาด (Economy of Scale) เพิ่มความสามารถในการแข่งขันและจุดประสงค์ที่สำคัญคือการมีตลาดร่วมกันในประชาคม และ สนับสนุนให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์ โดยสหภาพยุโรป (European Union) พัฒนามาจากประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป (European Coal and Steel Community – ECSC) ซึ่งจัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2495 เพื่อร่วมกันบริหารยุทธปัจจัยสำคัญและส่งเสริมสันติภาพในยุโรป มีสมาชิกที่ร่วมก่อตั้ง 6 ประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอิตาลี ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเบลเยียม และประเทศลักเซมเบิร์ก ต่อมาวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2500 กลุ่มประเทศทั้ง 6 ได้ลงนามสนธิสัญญากรุงโรม (Treaties of Rome) ซึ่งถือเป็นจุดกำเนิดของการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป และได้พัฒนามาเป็นสหภาพยุโรปในปัจจุบัน ในปัจจุบันนี้มีประเทศสมาชิกจำนวน 28 ประเทศ โดยมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ ณ กรุงบรัสเซลส์ ประเทศเบลเยียม โดยการรวมตัวของสหภาพยุโรปนั้น เน้นหลักการตลาดเดียว (Single Market) คือการค้าที่สามารถเคลื่อนย้ายสินค้า บุคคล หรือบริการ และทุนได้อย่างเสรีภายในตลาดเดียวกันทั่วทั้งสหภาพยุโรป ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภค โดยผู้ประกอบการสามารถพัฒนาและเข้าถึงตลาดของประเทศอื่นในสหภาพยุโรปได้ง่ายขึ้น ทั้งนี้การสร้างตลาดเดียวต้องอาศัย

²⁷⁵ Alison Jones and Brenda Sufrin, *Ec Competition Law: Text Cases and Materials* ed. 4th (Oxford Oxford University Press, 2016). p.1.

²⁷⁶ Ibid. p.2.

²⁷⁷ Ibid. p.94

การรวมตัวกันอย่างสร้างสรรค์ และลดอุปสรรคที่เกิดจากความแตกต่างของกฎหมาย ด้วยวิธีการตกลงร่วมกันของกลุ่มสมาชิก²⁷⁸ การคุ้มครองการแข่งขันในตลาด เป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และนอกจากจะคุ้มครองตลาดแล้วยังมีเป้าหมายอื่น ๆ ดังต่อไปนี้

1) คุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection) ผู้บริโภคเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบในปลายทางการแข่งขัน ดังนั้น จึงจำเป็นที่กฎหมายแข่งขันทางการค้าต้องคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภค

2) คุ้มครองการจัดสรรปันส่วน (Redistribution) โดยการขจัดอำนาจทางเศรษฐกิจ และทำการจัดสรรปันส่วนความมั่งคั่ง เนื่องจากหากปล่อยให้มีการกระจุกตัวอยู่ในมือของผู้มีอำนาจผูกขาดทางการค้า จะเป็นการคุกคามต่อการดำรงอยู่ของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี

3) ปกป้องผู้แข่งขัน (Protecting Competitors) เมื่อมีการจัดสรรปันส่วนแล้ว กฎหมายแข่งขันทางการค้ายังใช้บังคับเพื่อปกป้องผู้ประกอบการรายเล็กจากคู่แข่งที่มีอำนาจมากกว่า โดยผู้ประกอบการรายเล็กจะมีความเชื่อมั่นว่าจะประสบความสำเร็จในธุรกิจได้

4) หลักการตลาดเดียว (The Single Market Imperative) กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีบทบาทสำคัญเพื่อเป้าหมายของการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว ซึ่งเป็นการทลายอุปสรรคในเรื่อง การค้าและการทำให้การเคลื่อนย้ายคน ทุน สินค้าและบริการเป็นไปได้อย่างเสรี รวมถึงผู้ประกอบการจะมีโอกาสเติบโตขยายกิจการ ได้กว้างขึ้นจากตลาดภายในประเทศ โดยสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ขยายขอบข่ายครอบคลุมไปทั่วทั้งสหภาพยุโรป ทั้งนี้ ปัจจุบันมีการเพิ่มจำนวนสมาชิก ทำให้หลักการตลาดเดี่ยวมียุทธศาสตร์สำคัญต่อการใช้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้า ทั้งในปัจจุบันรวมไปถึงอนาคต²⁷⁹

ก. บทบัญญัติของกฎหมาย

สนธิสัญญาลิสบอน (Treaty of Lisbon) มีผลใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. 2009 เป็นการบัญญัติ สนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of the European Union – TFEU) ขึ้น โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวกับพฤติกรรมตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันไว้ในมาตรา 1016 ซึ่งมีเป้าหมาย เพื่อควบคุมพฤติกรรมตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอันเป็นความเสียหายของผู้บริโภคและเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร ทั้งนี้ ได้กำหนดข้อห้ามการตกลงของผู้ประกอบการ ทั้งการตกลงของผู้ประกอบการในแนวราบ (Horizontal) คือ ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ในระดับเดียวกัน ซึ่งเป็นคู่แข่งหรือมีโอกาส

²⁷⁸ Paul Craig and Grainne De Burca, *Eu Law Text, Cases and Materials* ed. 4th (Oxford: Oxford University Press, 2008). p.47.

²⁷⁹ Richard Whish, *Competition Law*, ed. 6th (Oxford: Oxford University Press, 2009).p.3

แข่งขันกันได้ และความตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจแนวตั้ง (Vertical) ซึ่งหมายถึง ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจต่างระดับกัน เช่น ความตกลงระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย

1) บทบัญญัติมาตรา 101 แห่ง TFEU

หลักเกณฑ์ของบทบัญญัติมาตรา 101 แห่ง TFEU²⁸⁰ มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรม ร่วมกันในการกำหนดราคาอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน โดยบัญญัติไว้ว่า ข้อตกลงระหว่างองค์กรธุรกิจ (Between Undertakings) การตัดสินใจของสมาคมขององค์กรธุรกิจ (Decisions by Associations of Undertakings) หรือการกระทำร่วมกันใด ๆ ระหว่างองค์กรธุรกิจ (Concerted Practices) ที่อาจกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป และมีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็นการขัดขวาง จำกัด หรือ บิดเบือนการแข่งขันในตลาด ย่อมเป็นการต้องห้าม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำ ดังต่อไปนี้

²⁸⁰ TFEU. Article 101

1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices,

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;

(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

(1) การกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายทั้งโดยตรงและโดยอ้อม หรือการกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอื่น ๆ

(2) การจัดหรือควบคุมการผลิต ตลาด การพัฒนาเทคโนโลยี หรือการลงทุน

(3) การแบ่งส่วนของตลาดหรือแหล่งวัตถุดิบ

(4) การกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันสำหรับธุรกรรมเดียวกันต่อคู่ค้ารายอื่น ซึ่งจะทำให้คู่ค้ารายนั้นเสียผลประโยชน์ในการแข่งขัน

(5) การทำข้อสรุปของสัญญาภายใต้การยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีหน้าที่ ซึ่งในทางการค้าปกติไม่มีการเกี่ยวข้องใด ๆ กับเป้าหมายของสัญญา

2) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ

มาตรา 101 แห่ง TFEU มุ่งควบคุมพฤติกรรมการกระทำร่วมกันของ “องค์กรธุรกิจ” (Undertaking) ซึ่งเป็นองค์กรที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป โดยได้มีการตีความและให้ความหมายอย่างกว้างไว้โดยมีแนวคำตัดสินของคณะกรรมการ (Commission) และโดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี Hofner and Elser V. Macrotron ได้อธิบายว่า²⁸¹ “ในบริบทแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าคำว่าองค์กรทางธุรกิจหมายความว่า องค์กรทุกรูปแบบที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่ต้องคำนึงสถานะทางกฎหมายหรือแหล่งที่มาของเงินทุนขององค์กรนั้น”

3) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างร้ายแรง
พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างร้ายแรง

(Hard Core Cartel) เป็นการตกลงไม่เป็นธรรมอันมีผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรงที่สุดในลักษณะที่เป็นการกีดกันขัดขวางและทำลายระบบการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมรวมทั้งทำให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของผู้บริโภคและเศรษฐกิจของประเทศที่ได้รับผลกระทบเหล่านี้ในวงกว้าง

โดยจากการศึกษาพบว่า การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงโดยสรุปแล้วมี 4 กรณี ได้แก่ การกำหนดราคา การแบ่งตลาด การจำกัดปริมาณการผลิต และการตกลงร่วมกันเข้าประกวดราคาเหล่านี้เป็นการกระทำที่มีเป้าหมายเพื่อจำกัดการแข่งขัน²⁸² โดยอธิบายได้ ดังนี้

(1) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคา

²⁸¹ Hofner and Elser V. Macrotron, Case C-41/90, ECR I-1979, The concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity regardless of the legal status of the way in which it is financed. (1991).

²⁸² Alison Jones and Brenda Sufrin, *Ec Competition Law: Text Cases and Materials* p.779.

การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคา (Horizontal Price Fixing) เป็นการกระทำที่ไม่พึงประสงค์มากที่สุดในประเภทของการรวมตัวกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทั้งหมด โดยการตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคานี้ ปรากฏเป็นข้อห้ามอยู่ในมาตรา 101 (1) (ก) ที่ห้ามการกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งจากคำตัดสินของคณะกรรมการการยุโรปได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ห้ามร่วมกันกำหนดราคาไม่เฉพาะการร่วมกันกำหนดราคาโดยชัดแจ้ง แต่รวมไปถึงการกระทำที่ส่งผลเป็นการร่วมกันกำหนดราคาด้วย²⁸³

ตัวอย่างคดี IFTRA Rules Glass on Glass Containers คณะกรรมการการยุโรปได้ลงโทษสมาคมผู้ผลิตภาชนะแก้วที่มีการรวมตัวกันลดการแข่งขันด้านราคาโดยการกำหนดหน้าที่ให้สมาชิกต้องไม่ทำการลดราคา ต้องเปิดเผยข้อมูลระหว่างกัน มีการใช้กระบวนการทางบัญชีที่เหมือนกัน และต้องกำหนดราคาขนส่งเป็นรูปแบบเดียวกัน ในคำตัดสินนี้ คณะกรรมการการยุโรปได้ชี้ชัดเกี่ยวกับประเด็นที่ว่า ในตลาดสินค้าชนิดเดียวกันโอกาสของการแข่งขันในด้านที่ไม่ใช่ราคามีน้อย เพราะฉะนั้นการรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันด้านราคามีความสำคัญเป็นอย่างมาก และข้อตกลงที่จะไม่ยอมลดราคาก็เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายเช่นเดียวกัน²⁸⁴

คำตัดสินจำนวนมากได้ลงโทษข้อตกลงที่อาจเป็นการกำหนดระดับราคา ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม หรือการปรึกษากันด้านราคาโดยมีการให้คำมั่นสัญญาว่าจะไม่ส่งใบเสนอราคาจนกว่าจะเข้าร่วมปรึกษากันก่อน รวมถึงการห้ามตกลงเกี่ยวกับเงื่อนไขจำกัดการแข่งขันด้านราคา การกำหนดราคาสูงสุด หรือการกำหนดราคาขายต่อ ในคดี British Sugar ทางคณะกรรมการการยุโรปไม่พบว่าราคาของน้ำตาลมีการกำหนดกันอย่างชัดเจน แต่การตัดสินใจของผู้เข้าร่วมในตลาดทุกรายจะต้องอยู่ภายใต้การตัดสินใจของผู้เข้าร่วมตกลงรายอื่น เพื่อบรรลุถึงกลยุทธ์ในการร่วมมือกันรักษาระดับราคาให้สูงขึ้นภายใต้ความเชื่อมั่นซึ่งกันและกัน ก็เข้าข่ายเป็นการรวมตัวกันกำหนดราคารูปแบบหนึ่ง²⁸⁵

การรวมตัวกันกำหนดราคาในภาคบริการก็ตกอยู่ภายใต้มาตรา 101 (1) ด้วย ตัวอย่างคดี Eurocheque: Helsinki Agreement ทางคณะกรรมการการยุโรปได้กำหนดค่าปรับเป็นจำนวน 6,000,000 ยูโร เมื่อธนาคารในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตกลงร่วมกันกำหนดค่าธรรมเนียมที่ใช้กับลูกค้า แต่อย่างไรก็ดี คำตัดสินได้ถูกยกเลิกไปบางส่วนและค่าปรับก็ถูกลดลง²⁸⁶

²⁸³ ผกาวิรี ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน และระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555).

²⁸⁴ Richard Whish, *Competition Law*.p.507.

²⁸⁵ Ibid. p.508.

²⁸⁶ Ibid.p.510.

การห้ามรวมตัวกันกำหนดราคาไม่ได้บังคับเฉพาะกับฝ่ายผู้ขายเท่านั้น กฎหมายห้ามการรวมตัวกันกำหนดราคาของทางฝ่ายผู้ซื้อด้วยเช่นกัน ในคดี Spanish Raw tobacco และ Italian Row Tobacco มีข้อเท็จจริงคือ ทางฝ่ายผู้แปรรูปยาสูบถูกกล่าวหาจากทาง คณะกรรมการยุโรปว่าร่วมกันกำหนดราคาซื้อขายยาสูบจากผู้ปลูกยาสูบและพ่อค้าคนกลาง และแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อกำหนดรูปแบบการรับซื้อร่วมกัน โดยทางคณะกรรมการพิจารณาว่าการกระทำเช่นนี้ มีเป้าหมายในการจำกัดการแข่งขัน แม้ว่าจะเป็นการซื้อที่ต่ำกว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งอาจนำไปสู่การลดลงของราคาเมื่อไปถึงผู้บริโภคก็ตาม แนวคิดทางคณะกรรมการคือการรวมตัวกันกำหนดราคารับซื้อเป็นการขัดขวางความมีอิสระในการตัดสินใจและขัดขวางการแข่งขันระหว่างกัน²⁸⁷

ในมาตรา 101 (1) ได้ระบุห้ามความตกลงที่เป็นการกำหนดราคาซื้อหรือราคาขาย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม และศาลยุติธรรมแห่งยุโรป ระบุว่า ในกระบวนการของการแข่งขันด้านราคา ต้องเป็นไปเพื่อที่จะทำให้ราคาลดลงต่ำที่สุด อย่างไรก็ตาม ผู้ผลิตต่างก็มีอิสระในการกำหนดราคาของตน และสามารถประเมินถึงการกำหนดราคาของคู่แข่งได้ แต่จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ในการไม่เข้าร่วมกันกำหนดราคาที่จะนำไปสู่การขึ้นราคาและขจัดอุปสรรคหรือความไม่แน่นอนระหว่างคู่แข่ง²⁸⁸

การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคานี้ถูกระบุว่าเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 101 (1) อย่างชัดเจน ซึ่งแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่จะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 101 (3) เนื่องจากเป็นการกระทำที่ไร้ประโยชน์ต่อผู้บริโภค²⁸⁹

(2) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาด

การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาด ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายสามารถมีอำนาจเหนือตลาดในพื้นที่นั้นได้และจะไม่มีการแข่งขันด้านราคากระหว่างผู้เข้าร่วมตกลง ซึ่งในกรณีของสหภาพยุโรปจะเป็นการขัดแย้งกับแนวคิดของตลาดเดียว เนื่องจากโดยมากแล้วจะเป็นการแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจของแต่ละประเทศโดยที่ผู้ประกอบธุรกิจในประเทศนั้น ๆ ก็จะได้รับประโยชน์ จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมนี้มีเป้าหมายคือการจัดการแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพ

การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาดนี้ ไม่อาจมีความเป็นไปได้ที่จะเข้าข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 101 (3) เนื่องจาก ข้อตกลงแบ่งตลาด

²⁸⁷ Ibid. p.511.

²⁸⁸ Alison Jones and Brenda Sufrin, *Ec Competition Law: Text Cases and Materials* .p.779.

²⁸⁹ Ibid.p.818.

เป็นการขจัดคู่แข่งออกจากตลาดไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน จึงไม่อาจเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้เป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของผู้บริโภค²⁹⁰

(3) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดปริมาณการผลิต

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดปริมาณการผลิต ทำให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างอุปสงค์และอุปทานโดยอัตโนมัติ ซึ่งจะทำให้เกิดการขึ้นราคา และในบางคดีการจำกัดปริมาณเกิดขึ้นได้ง่ายกว่าการร่วมกันกำหนดราคาแต่นำไปสู่ผลคือการขึ้นราคาเช่นเดียวกัน²⁹¹ การกระทำเช่นนี้

โดยหลักแล้วจะไม่ได้รับการยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 101 (3) เว้นแต่เป็นข้อตกลงที่จำเป็น เพื่อการวิจัยและพัฒนาหรือความเชี่ยวชาญบางรูปแบบ

(4) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อเข้าประกวดราคา

การตกลงร่วมกันเพื่อเข้าประกวดราคา เกิดขึ้นเมื่อองค์กรธุรกิจรวมตัวกันเพื่อเสนอราคาประมูล อันส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคาระหว่างผู้ที่รวมตัวกัน แทนที่จะเกิดการแข่งขันกันเสนอราคาต่ำที่สุด โดยการรวมตัวกันเช่นนี้เป็นการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติมาตรา 101 เนื่องจากราคาที่ถูกเสนอนั้น ไม่ได้เป็นไปตามต้นทุนที่แท้จริง

4) ผลของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างร้ายแรงที่กฎหมายห้ามกระทำหากข้อตกลงหรือการตัดสินใจร่วมกันขององค์กรทางธุรกิจใด ๆ มีลักษณะต้องห้ามเข้าองค์ประกอบบัญญัติไว้ในมาตรา 101 (1) การกระทำเหล่านั้นจะมีผลเป็นโมฆะโดยอัตโนมัติตามบทบัญญัติมาตรา 101 (2) ซึ่งจะส่งผลให้การตกลงหรือการตัดสินใจร่วมกันดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ (Unenforceable) ทั้งนี้ หากเนื้อหาของข้อตกลงในส่วนใดไม่เป็นการจำกัดการแข่งขัน อันจะขัดต่อ กฎหมาย เนื้อหาในส่วนนั้นก็ยังบังคับได้ หมายความว่า ข้อตกลงอาจไม่เสียไปทั้งหมด²⁹²

5) ข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

ข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันบัญญัติอยู่ในมาตรา 101 (3)²⁹³ ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป โดยบัญญัติถึงรูปแบบ

²⁹⁰ Richard Whish, *Competition Law*.p.519.

²⁹¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *Ec Competition Law: Text Cases and Materials* p.808

²⁹² Barry Rodger Kristy Middleton, Anger, Angus Macculloch and Jonathan Galloway,, *Case & Materials on Uk&Ec Competition Law* ed. 2nd (Oxford: Oxford University Press, 2009). p.234.

²⁹³ Treaty on the Functioning of the European union Article 101 (ex Article 81 TEC)

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,

ของการกระทำที่ทำให้ข้อตกลงระหว่างองค์กรธุรกิจมีผลสมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นการยกเว้น มาตรา 101 (1) ซึ่งจะมีเงื่อนไขที่ต้องพิสูจน์ให้เข้าองค์ประกอบตามหลักกฎหมายดังกล่าว

โดยองค์ประกอบนี้ข้อตกลงที่เกิดขึ้น จะต้องไม่สนับสนุนให้องค์กรทาง ธุรกิจสามารถจัดการแข่งขันได้ ภายใต้ส่วนสำคัญของกระบวนการผลิต ซึ่งสุดท้ายแล้วการแข่งขัน จะต้องให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพในการส่งเสริมการแข่งขัน เป้าหมายสูงสุดของมาตรา 101 คือ การปกป้องกระบวนการแข่งขัน เมื่อการแข่งขันถูกจำกัด กระบวนการของการแข่งขันจะถูกนำไปสู่ การสิ้นสุดและประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นในระยะสั้นจะถูกเอาชนะด้วยการสูญเสียในระยะยาวจาก ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเพื่อรักษาสถานภาพโดยมีการจัดสรรทรัพยากรอย่างไม่ถูกต้องและมีการ ลดลงของการคิดค้นนวัตกรรมใหม่รวมถึงการขึ้นราคาสินค้าอีกด้วย

ข. การบังคับใช้กฎหมาย

เมื่อปี ค.ศ. 2009 สนธิสัญญาของสหภาพยุโรปฉบับใหม่มีผลใช้บังคับ คือ สนธิสัญญา Lisbon (Treaty of Lisbon) และเป็นการบัญญัติสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจ หน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of European Union – TFEU) ขึ้น โดย บัญญัติเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 101 กฎหมายแข่งขัน ทางการค้าของสหภาพยุโรปมีสถาบันหลักที่เป็นหน่วยงานหลักที่มีบทบาทและอำนาจในการใช้ กฎหมายและดำเนินคดีแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป คือ

1) สหภาพยุโรป (European Parliament)

สมาชิกสภายุโรปอยู่ในวาระครั้งละ 5 ปี มาจากการเลือกตั้งโดยตรงในรัฐ สมาชิก โดยมีภารกิจหลัก คือ การตัดสินใจร่วมกับคณะมนตรีในประเด็นต่าง ๆ เช่น การพิจารณาร่าง กฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งริเริ่มโดยคณะกรรมการยุโรป โดยในบางเรื่องสภายุโรปจะมีบทบาท

CHULALONGKORN UNIVERSITY

- any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;

(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

เพียงให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คณะมนตรีและคณะกรรมการยุโรปจะรับฟังข้อคิดเห็นของสหภาพยุโรปตามหลักประชาธิปไตย²⁹⁴

2) คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union)

สมาชิกคณะรัฐมนตรีประกอบด้วยรัฐมนตรีหรือผู้แทนรัฐบาลจากทุกประเทศสมาชิก โดยเป็นองค์กรตัดสินใจหลักของสหภาพยุโรป ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐสมาชิกทั้งหมดและมีหน้าที่พิจารณาร่างกฎระเบียบของสหภาพยุโรปและอนุมัติงบประมาณ ทั้งเป็นเวทีสำคัญในการประสานงานด้านนโยบายเศรษฐกิจ นโยบายร่วมด้านการต่างประเทศและความมั่นคง ตลอดจนกำกับดูแลการทำงานของคณะกรรมการยุโรป และประสานงานด้านอื่น ๆ ระหว่างประเทศสมาชิก ทั้งนี้ คณะกรรมการยุโรปได้ทำหน้าที่ในการออกกฎหมายในด้านการค้าที่สำคัญ คือ ได้ออกกฎหมายที่แบ่งอำนาจไปยังคณะกรรมการยุโรปเพื่อใช้บังคับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า²⁹⁵

3) คณะกรรมการยุโรป (European Commission: EC)

คณะกรรมการยุโรปประกอบด้วยประธานคณะกรรมการยุโรป 1 คน และคณะกรรมการอีก 26 คน (ตามจำนวนรัฐสมาชิก 27 ประเทศ) และข้าราชการประจำอีก 25,000 คน การบังคับใช้กฎหมายและการกำหนดนโยบายการแข่งขันทางการค้าจะอยู่ภายใต้อำนาจของ คณะกรรมการยุโรป (European Commission) ซึ่งมีภารกิจหลัก คือทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป คณะกรรมการยุโรปมีส่วนสำคัญมากในเรื่องกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพราะเป็นผู้มีอำนาจเริ่มคดี (Initiate) ตรวจสอบและได้สวน (Investigate) และออกคำตัดสิน (Adjudicate) โดยคำตัดสินของคณะกรรมการยุโรปสามารถนำไปอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรม (European Court of Justice)²⁹⁶ และที่สำคัญเมื่อกรรมการยุโรป ได้รับแจ้งจากกิจการที่รู้ตัวว่าตนกำลังร่วมกิจการอื่นกระทำการกำหนดราคา หรือเมื่อสงสัยว่ามีการร่วมกันกำหนดราคา หรือเมื่อมีผู้บริโภคร้องเรียนกรณีเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (Cartels) คณะกรรมการยุโรปยังสามารถเริ่มการเข้าตรวจสอบกลุ่มกิจการต้องสงสัยได้อีกด้วย นอกจากนั้น

²⁹⁴ ผกาวิรี ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน และระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย." หน้า 84.

²⁹⁵ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (2550). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.dtn.go.th/images/EU_241054_1.pdf. [2565, 7 กรกฎาคม]

²⁹⁶ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (2550). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.dtn.go.th/images/EU_241054_1.pdf. [2565, 01 กรกฎาคม]

ยังมีหน้าที่ดูแลบริหารงบประมาณของสหภาพยุโรป ซึ่งกรรมการแต่ละคนมีหน้าที่รับผิดชอบคนละด้าน แต่ละคนมีเจ้าหน้าที่และองค์กรย่อยอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของตน โครงสร้างภายในของคณะกรรมการแบ่งออกเป็นกรม (Directorate: DG) ต่าง ๆ ช่วยดูแลเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า คือ คณะกรรมการยุโรปด้านแข่งขันทางการค้า (Directorate General for Competition)²⁹⁷

4) ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice)

องค์คณะผู้พิพากษาประกอบด้วยผู้พิพากษาจากแต่ละประเทศสมาชิกรวม 27 คน และผู้ช่วยผู้พิพากษาอีก 8 คนโดยหน้าที่หลักของศาล คือ การบังคับใช้และการพิจารณาตีความกฎหมายเพื่อชี้ขาดว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปได้รับการปรับใช้เหมือนกันในทุกประเทศสมาชิกหรือไม่ และเป็นผู้มีอำนาจในการในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายของสหภาพยุโรป การตีความข้อกฎหมาย สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการ

ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปทั้งหมด ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป แต่ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปในแต่ละประเทศจะมีกฎหมายแข่งขันทางการค้าของตนเอง โดยมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาแห่งยุโรป รวมทั้งจะมีหน่วยงานรับผิดชอบด้านการแข่งขัน คือ องค์กรการแข่งขันระดับชาติ National Competition Authorities (NCAs) โดยจะประสานงานใกล้ชิดกับคณะกรรมการยุโรป และเมื่อปี ค.ศ. 2004 (พ.ศ. 2547) สหภาพยุโรปได้จัดตั้ง European Competition Network (ECN) เพื่อประสานความร่วมมือระหว่างคณะกรรมการยุโรปและหน่วยงานผู้รับผิดชอบในเรื่องการแข่งขันของประเทศสมาชิกเขียนความเห็นและสรุปในแต่ละคดี รวมถึงการดำเนินการในกรณีพิพาท

องค์กรกำกับการแข่งขันของประเทศสมาชิก (National Competition Authority) โดยจะร่วมมือกันรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีภายใต้เครือข่ายที่ตั้งขึ้นเรียกว่า ECN (European Competition Network) คณะกรรมการยุโรปจะเป็นผู้ดำเนินคดีในกรณีที่พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นมีผลกระทบต่อการแข่งขันในประเทศสมาชิกตั้งแต่ 3 ประเทศขึ้นไป สำหรับการดำเนินคดีโดยองค์กรกำกับการแข่งขันของประเทศสมาชิก จะกระทำต่อเมื่อพฤติกรรม

²⁹⁷Michelle Cini and Lee McGowan, *Competition Policy in the European Union*. (New York: Palgrave Macmillan, 2009).

จำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นมีผลกระทบต่อการแข่งขันภายในประเทศสมาชิกในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น²⁹⁸

สนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of the European Union - TFEU) บัญญัติเกี่ยวกับการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

1) บทบัญญัติห้ามการทำความตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันหรือ “Cartel” ซึ่งเป็นความตกลงร่วมกันที่มีเป้าหมายหรือมีผลกระทบเพื่อจำกัดการแข่งขันโดยทั่วไปจะเกิดจากความตกลงของผู้แข่งขัน เช่น การกำหนดราคา การแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจ หรือการจำกัดปริมาณการผลิต โดยเฉพาะกรณีการตกลงร่วมกันในแนวนราบ (Horizontal agreement) ที่มีการลงโทษอย่างรุนแรง หรือการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่คนละระดับการแข่งขัน (Different level of the market) หรือที่เรียกว่ามีความสัมพันธ์กันในแนวตั้ง (Vertical agreement) ก็อาจถูกควบคุมได้เช่นกัน หากว่ามีผลเสียต่อการแข่งขัน²⁹⁹ เช่น ผู้จำหน่ายสินค้ามีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ขายปลีกขายสินค้าราคาต่ำกว่าราคาที่กำหนด หรือที่เรียกว่าการกำหนดราคาขายปลีก (Resale price maintenance)

2) ห้ามใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือ “Abuse of Dominant Position” ซึ่งหมายถึง การที่ผู้ประกอบการใช้อำนาจที่ตนมีอยู่มากในตลาดไปเอาเปรียบเป็นผลให้คู่แข่งไม่สามารถแข่งขันในตลาดได้³⁰⁰ เช่น การที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดลดราคาสินค้าของตนให้ต่ำกว่าราคาสินค้าในตลาดเพื่อขับไล่คู่แข่งออกไปจากตลาดหรือเพื่อกีดกันมิให้บุคคลภายนอกเข้ามาแข่งขัน จนในที่สุดจะสามารถขึ้นราคาสินค้าให้สูงขึ้นเป็นอย่างมากได้ เนื่องจากไม่มีคู่แข่งรายอื่นอยู่ในตลาด ซึ่งเป็นหนึ่งในรูปแบบของการจำกัดการแข่งขันที่จะต้องถูกตรวจสอบอย่างเคร่งครัด

3) ควบคุมการดำเนินการจัดโครงสร้างขององค์กรธุรกิจที่อาจมีผลที่จะนำไปสู่การได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาด เช่น การรวมธุรกิจ (Mergers) หรือการเข้าซื้อกิจการ เพื่อป้องกันผลกระทบทางลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมตัวนั้น เช่น ทำให้ราคาสูงขึ้น ลดทางเลือกของผู้บริโภค และไม่กระตุ้นนวัตกรรม เนื่องจากหากมีการควบรวมกิจการแล้วส่งผลให้เหลือ

²⁹⁸ จิรัตติกาล สุริยะ, "ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า" (สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2556).

²⁹⁹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *Ec Competition Law: Text Cases and Materials* . p.39.

³⁰⁰ Kristy Middleton, *Case & Materials on Uk&Ec Competition Law* .p.76

ผู้ประกอบการรายใหญ่เพียงรายเดียว ผู้บริโภคก็จะขาดทางเลือกในการซื้อสินค้าหรือบริการ และราคาของสินค้าหรือบริการก็จะสูงขึ้น ดังนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าของหลายประเทศจึงกำหนดไว้ว่า การจะควบคุมกิจการในบางกรณีต้องผ่านการอนุมัติของหน่วยงานที่กำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าก่อน จึงจะดำเนินการได้อย่างสมบูรณ์

4) มีการควบคุมการช่วยเหลือของภาครัฐ หรือ “State Aid” โดยห้ามการช่วยเหลือ หรือการแทรกแซงของรัฐที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน³⁰¹ เพื่อเป็นการยืนยันว่าการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการเป็นไปอย่างยุติธรรม โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของยุโรป จะมีผลครอบคลุมถึงรัฐวิสาหกิจด้วย และห้ามมิให้รัฐเข้ามาแทรกแซงตลาดเพื่อสนับสนุนกิจการใดกิจการหนึ่ง ไม่ว่าจะในรูปแบบใด ๆ ที่ส่งผลให้เกิดกิจการใดกิจการหนึ่งอยู่ในสถานะได้เปรียบเหนือคู่แข่งอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม ได้มีการกำหนดถึงกรณียกเว้นประเทศสมาชิกสามารถให้ความช่วยเหลือแก่ภาคธุรกิจได้ในบางกรณี

ค. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน

สหภาพยุโรปให้สิทธิบุคคลที่ได้รับความเสียหาย อันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนมาตรา 101 และ มาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU สิทธิของผู้เสียหายในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ได้รับการยืนยันโดยสหภาพยุโรป (The Court of Justice of the EU) ว่าบุคคลสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลภายในประเทศได้ โดยจะขอจะยกตัวอย่างคดีบรรทัดฐานที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกบุคคลและคดีที่เกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงและคดีที่ได้รับยกเว้นให้ทำการจำกัดการแข่งขันได้ เพื่อที่จะได้นำมาใช้กับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับสถานการณ์ต่อไป

1) คดี Courage v. Crehan³⁰²

คดีนี้แสดงให้เห็นถึงสิทธิของบุคคลในการฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายจากบุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป³⁰³ จากข้อเท็จจริงของคดี คือ ข้อตกลงระหว่างผู้ผลิตสุรากับผู้ขายสุรา ศาลสหภาพยุโรปได้มีการตัดสินแล้วว่าเป็นความผิดตาม

³⁰¹ European Commission. (2012). State Aid Control. (Online) Available : http://ec.europa.eu/competition/state_en.html. [2022, June 21].

³⁰² *Manfredi Et Al. V. Lloyd Adriatico Et Al.*, Case C-295 to C-298/04 (2006).

³⁰³ Veljko Milutinovic, *The 'Right to Damages' under Eu Competition Law: From Courage V. Crehan to the White Paper and Beyond.* (Netherlands: Kluwer Law International, 2010). p.69.

มาตรา 101 ต่อมาผู้ขายสุราฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ผลิตสุราต่อศาลประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษได้ใช้หลักการรับผิดชอบร่วมกันในการร่วมกันกระทำความผิด (in pari delicto potior est conditio defendentis) ในการตัดสินคดี ผู้ขายสุราโจทก์จึงมีส่วนในการกระทำความผิดกับผู้ผลิตสุราจำเลยด้วย ภายใต้หลักการของกฎหมายอังกฤษ ศาลตัดสินว่า คู่ความทั้งสองฝ่ายร่วมกันกระทำความผิด (at equally fault) โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายใด ๆ ถึงแม้ว่าจะได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติ มาตรา 101 ก็ตาม เนื่องจากโจทก์มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย³⁰⁴

2) คดี Manfredi V. Lloyd Adriatico et al.³⁰⁵

เป็นคดีที่ผู้เอาประกันภัยรถยนต์ ฟ้องบริษัทผู้ผลิตรถยนต์ที่ร่วมกันตกลงตั้งราคาจ่ายเงินสำหรับบุคคลที่สาม ในระหว่างศาลสหภาพยุโรปพิจารณา ศาลอิตาลีแย้งว่า ผู้บริโภคไม่มีสิทธิฟ้องตามกฎหมายอิตาลี ศาลสหภาพยุโรปชี้แจงว่า การบังคับใช้มาตรา 101 มีความเสี่ยงที่จะไร้ประสิทธิภาพหากไม่ให้สิทธิแก่ผู้ได้รับความเสียหายฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำที่เป็นการลดการแข่งขัน ภายใต้หลัก 2 ประการ คือ ประการแรกหลักความมีประสิทธิภาพ (Principle of Effectiveness) ผู้เสียหายควรได้รับค่าเสียหายเพื่อเป็นการเยียวยา รวมทั้งค่าเสียหายจากกำไรที่สูญเสียไป รวมทั้งดอกเบี้ย และประการที่สองหลักความได้สัดส่วน (Principle of Equivalence) นอกจากนั้นศาลยุโรปแนะนำว่าค่าเสียหายตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าควรเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ด้วย³⁰⁶

3) คดี Zinc Producer Group

คดีนี้มีข้อเท็จจริงคือ มีบริษัทขนาดใหญ่ที่เกี่ยวกับการทำเหมืองแร่และการถลุงแร่สังกะสีหลายบริษัท ได้แก่ บริษัท UM, MG, PAG, Penaroya และ RTZ ได้ตกลงกันเพื่อรวมกลุ่มผู้ผลิตสังกะสี (Zinc Producer Group) โดยภายใต้ข้อตกลงนี้ สมาชิกของกลุ่มผู้ผลิตสังกะสีได้ร่วมกันกำหนดราคาผลิตสังกะสีที่ใช้มีการทำสัญญากับผู้บริโภค ซึ่งส่งผลทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถหลีกเลี่ยงราคาสังกะสีที่สูงขึ้นได้ เนื่องมาจากมีทั้งการกำหนดราคาและการจำกัดปริมาณสินค้า ทำให้ราคาสินค้าไม่เป็นไปตามราคาที่แท้จริงของตลาด รวมถึงสังกะสีก็มีคุณภาพต่ำอีกด้วย อันเป็นการสร้างข้อจำกัดให้ผู้บริโภค

³⁰⁴ Ibid.p.70.

³⁰⁵ Manfredi Et Al. V. Lloyd Adriatico Et Al.

³⁰⁶ Veljko Milutinovic, The 'Right to Damages' under Eu Competition Law: From Courage V. Crehan to the White Paper and Beyond. . p.73.

ข้อตกลงข้างต้น เป็นการจำกัดความเป็นอิสระของแต่ละบริษัทที่จะไปเจรจาเกี่ยวกับราคาของสังกะสีและจำกัดการตั้งราคาสังกะสี ซึ่งเป็นข้อตกลงที่มีเป้าหมายและมีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคาภายในสหภาพยุโรป โดยราคาที่เหล่าบริษัทร่วมกันตกลงนั้นถูกนำไปใช้เป็นพื้นฐานสำหรับการตั้งราคาของสังกะสีทั้งหมด และข้อตกลงที่ห้ามไม่ให้ผู้ซื้อสังกะสีนำไปขายต่อร่วมถึงการแบ่งสรรโควตาการขายก็เป็นการจำกัดการแข่งขันเช่นเดียวกัน โดยเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้กับผู้ผลิตที่จะต้องจำกัดการแข่งขันของตน เพราะฉะนั้น การกระทำทั้งหมดที่กล่าวมานี้จึงเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้า มาตรา 81 (1)

ข้อสังเกตในคดีนี้ คือ ทางคณะกรรมการยุโรปมีความเห็นว่า แม้มีเพียงความตั้งใจให้เกิดการจำกัดการแข่งขันก็เป็นการละเมิดบทบัญญัติ มาตรา 81 (1) แล้วโดยไม่จำเป็นว่าการจำกัดการแข่งขันจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ก็ตาม³⁰⁷

4) คดี Visa International-Multilateral Interchange Fee

คณะกรรมการยุโรปได้ยกเว้นการให้การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยไม่ให้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปในกรณีการร่วมกันกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคาร (Multilateral Interchange Fee: MIF) ในการชำระเงินระหว่างประเทศ ด้วยการใช้บัตร Visa หลังจากที่บริษัท Visa ได้จัดระเบียบใหม่ ส่งผลให้ค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารลดลงและมีการจำกัดระดับที่เหมาะสมกับต้นทุนในภาพรวมด้านร้านค้าปลีกและผู้บริโภค

Multilateral Interchange Fee หรือ “MIF” คือ การจ่ายเงินค่าธรรมเนียมระหว่างธนาคาร สำหรับธุรกรรมผ่านบัตรเครดิตหรือบัตรเดบิต ในระบบของ Visa นั้น ธนาคารของร้านค้าเป็นผู้ชำระค่าธรรมเนียมแลกเปลี่ยนให้แก่ธนาคารของผู้ถือบัตร ซึ่งปกติค่าธรรมเนียมดังกล่าวจะตกเป็น ภาระของร้านค้าที่จะต้องจ่ายเมื่อมีการรับเงินผ่านบัตรในแต่ละครั้ง ค่าธรรมเนียม MIF ที่ใช้เรียกเก็บโดยทั่วไปจะมาจากคณะกรรมการของ Visa ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการแล้ว หรือตามที่ธนาคารทั้งสองฝ่ายจะตกเป็นอย่างอื่นหลังจากที่คณะกรรมการหารือกับบริษัท Visa และผู้ที่เกี่ยวข้องแล้ว รูปแบบของ MIF ที่ทาง Visa เสนอมาเข้าข้อยกเว้นตาม มาตรา 81 (3) ของสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า โดยหลักของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีผลครอบคลุมรัฐวิสาหกิจด้วยและห้ามมิให้รัฐเข้ามาแทรกแซงตลาดเพื่อสนับสนุน

³⁰⁷ Ioannis Kokkoris, *Competition Cases from the European Union* ed. 2ed (London: Sweet & Maxwell, 2010),p.2

กิจการใดกิจการหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็กรูปแบบใด ๆ ที่ส่งผลให้เกิดกิจการใดกิจการหนึ่งอยู่ในสภาวะได้เปรียบเหนือคู่แข่งอื่น ๆ อย่างไรก็ดี ได้มีการกำหนดถึงกรณียกเว้นประเทศสมาชิกสามารถให้ความช่วยเหลือแก่ภาคธุรกิจได้ในบางกรณี โดยกำหนดให้หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ประกอบกรให้บริการอันเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจโดยรวมหรือมีลักษณะผูกขาดในการแสวงหารายได้ (Revenue-producing monopoly) ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า เท่าที่หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ขัดขวางการปฏิบัติงานตามกฎหมายหรือตามที่ได้รับมอบหมาย

4.1.1.2 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนี หรือชื่อทางการว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันโดยทั่วไป เคยถือว่าถูกต้องตามกฎหมายภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา จนกระทั่งเมื่อสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแพ้สงครามโลกครั้งที่ 1 ทำให้เกิดปัญหาเศรษฐกิจจนได้มีการบัญญัติกฎหมาย Cartel ขึ้น แต่กฎหมายดังกล่าวควบคุมเฉพาะการดำเนินธุรกิจไปในทางเอาเปรียบผู้อื่นเท่านั้น และในทางปฏิบัติก็ได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามกลับเป็นการยอมรับโดยกฎหมายให้มีการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจได้ จนกลายเป็นเรื่องธรรมดาสำหรับการที่ผู้ประกอบการจะรวมตัวกัน เพื่อกีดกันบุคคลภายนอก

หลังจากที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐบาลทหารของฝ่ายสัมพันธมิตรจึงได้ออกกฎหมายเพื่อสลายตัวการรวมกันเป็น Cartel ต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ตาม มิได้มีการใช้บังคับกฎหมายนี้อย่างจริงจัง กฎหมายนี้จึงไม่มีผลในทางปฏิบัติเท่าใดนัก เมื่อมีการคืนอำนาจการปกครองแก่ประชาชนชาวเยอรมัน ในปี ค.ศ. 1949 รัฐบาลที่เข้ามาทำหน้าที่บริหาร ได้พยายามผลักดันให้มีการออกกฎหมาย Cartel (GWB) โดยได้ร่างกฎหมายที่มีลักษณะเข้มงวด แต่ในขั้นตอนการพิจารณาของสภา ได้มีการผ่อนคลายนในเรื่องของการรวมตัวกัน (มาตรา 2-8 GWB) และตัดเรื่องการควบคุมการรวมกิจการเข้าด้วยกันทิ้งไป (มาตรา 18 ในฉบับร่างของรัฐบาล) นอกจากนี้แล้วยังอนุญาตให้มีการกำหนดราคาแน่นอน สำหรับสินค้ามีเยื่อ (มาตรา 100 GWB) เมื่อมีการแก้ไขเช่นนี้ ทำให้กฎหมายฉบับนี้ซึ่งประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1957 ขาดประสิทธิภาพไปมากหลังจากที่ได้ประกาศใช้กฎหมายนี้แล้ว ได้มีการแก้ไขรวมทั้งสิ้น 4 ครั้ง สำหรับการแก้ไขครั้งแรกซึ่งทำในปี ค.ศ. 1965 ไม่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ ส่วนในการแก้ไขครั้งที่ 2 เมื่อปี ค.ศ. 1973 ได้มีการเพิ่มบทบัญญัติในเรื่องของการควบคุมการรวมกิจการเข้าด้วยกันเข้ามา (มาตรา 23, 24 และ 24 b GWB) พร้อมทั้งยกเลิกการกำหนดราคาแน่นอนสำหรับสินค้ามีเยื่อ (มาตรา 16, 38 a GWB) นอกจากนี้แล้วยังห้ามพฤติกรรมในทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นการฮั้วกัน (มาตรา 25 IGWB) เพิ่มขึ้นมา รวมทั้งมีการปรับปรุงในเรื่องของการควบคุมดูแลการเอาเปรียบของกิจการที่อยู่ในฐานะเป็นผู้ครองตลาดอีกด้วย (มาตรา 22 GWB)

ในการแก้ไขครั้งที่ 3 เมื่อปี ค.ศ. 1976 ได้กำหนดการควบคุมการรวมตัวของกิจการหนังสือพิมพ์ให้เข้มงวดขึ้น ส่วนในการแก้ไขครั้งที่ 4 ได้มีการเพิ่มความเข้มงวดสำหรับการควบคุมการรวมตัวกัน และการควบคุมดูแลการเอาเปรียบของกิจการในทางเศรษฐกิจที่อยู่ในฐานะเป็นผู้ครองตลาดมากยิ่งขึ้น กฎหมาย GWB ฉบับที่มีการแก้ไขครั้งที่ 4 เมื่อปี ค.ศ. 1980 นี้ยังคงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน³⁰⁸ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1980 นั้น ได้มีการปรับปรุงกฎหมายฉบับนี้ไปสู่อารมณ์ของเศรษฐกิจแนวใหม่โดยมุ่งที่จะยืนยัน และแก้ไขปัญหาการควบกิจการ ควบคุมการเลือกที่รักมักที่ชังโดยการค้าที่มีอำนาจและจัดหาความคุ้มครองที่ดีกว่าสำหรับการค้าขนาดเล็กและขนาดกลางต่อการขัดขวางโดยคู่แข่งที่มีอำนาจ การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 มีผลบังคับใช้

เมื่อวันที่ 1 มกราคม 1990 ได้ออกแบบให้มีความเข้มแข็งในการคุ้มครองการแข่งขันต่อการเพิ่ม การกระจุกตัวของอำนาจในภาคการค้าและมุ่งหมายที่จะเพิ่มความมั่นใจในการแข่งขันที่มากขึ้น³⁰⁹

ก. บทบัญญัติกฎหมาย

กฎหมายป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางเศรษฐกิจ หรือ GWB กฎหมายฉบับนี้ เป็นกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า เป็นกฎหมายหลักในการคุ้มครองผู้บริโภคของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นก็ได้ ทั้งนี้ ได้บัญญัติข้อห้ามกรณีการตกลงกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวนอน (Horizontal Arrangement) โดยจะต้องปรากฏว่าผู้ประกอบการจะต้องมีจุดมุ่งหมายร่วมกัน และการตกลงกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวตั้ง (Vertical Restraint) ซึ่งอาจมีการทำสัญญาเพียงฝ่ายเดียวหรือสัญญาสองฝ่ายก็ได้

(1) การตกลงกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวนอน (Horizontal Arrangement) บทบัญญัติมาตรา 1 ของ GWB มีวัตถุประสงค์ที่จะห้ามให้มีการรวมตัวเช่น Cartel รวมทั้งห้ามมิให้ผู้ประกอบการทำความตกลงกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวนอน (Horizontal Arrangement) ในการที่จะพิจารณาว่าข้อตกลงใด (Agreements) หรือมติของสมาคมผู้ประกอบการ (decision of associations) มีผลบังคับตามกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

³⁰⁸ วรวัฒน์ กุศลกลางกูรวัฒน์, "ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด: ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวนอน" วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ " (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2537).

³⁰⁹ ผาสุก เจริญเกียรติ, "ความรับผิดทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539).

(1.1) ต้องมีข้อตกลงซึ่งได้กระทำโดยผู้ประกอบการหรือสมาคมของผู้ประกอบการ รวมทั้งมติของสมาคมผู้ประกอบการ

(1.2) ข้อตกลงหรือมติดังกล่าวต้องทำโดยมีจุดมุ่งหมายร่วมกัน

คำว่า “จุดมุ่งหมายร่วมกัน” (Common Purpose) ย่อมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าบทบัญญัติมาตรา 1 ของ GWB มุ่งจำกัดเฉพาะการตกลงร่วมกันในแนวนอนเท่านั้น (Horizontal Arrangement) ทั้งนี้เป็นเพราะการตกลงในแนวนอน ย่อมต้องเป็นการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการในระดับอุตสาหกรรม หรือระดับตลาดเดียวกัน มุ่งที่จะกีดกันหรือจัดผู้แข่งขันของตนในตลาด ส่วนการตกลงร่วมกันในแนวตั้งนั้น (Vertical Arrangement) เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการที่อยู่ในช่วงระดับการผลิตหรือระดับอุตสาหกรรมที่แตกต่าง รวมทั้งมีผลประโยชน์ในการประกอบกรแตกต่างกัน เข้ามาร่วมมือกันเพื่อกีดกันหรือจัดผู้แข่งขันในตลาด

(1.3) จุดมุ่งหมายร่วมกันนั้น ต้องเป็นไปเพื่อจำกัดการแข่งขัน

(1.4) การจำกัดการแข่งขันดังกล่าว มุ่งที่จะมีอิทธิพลต่อการผลิตหรือสภาวะการณ์ของตลาดในทางการค้าสินค้า หรือบริการทางพาณิชย์

(1.5) ข้อตกลงหรือมติดังกล่าว ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

ข้อตกลง (Agreements) หรือมติสมาคม (Resolutions) ที่เข้าหลักเกณฑ์ตาม มาตรา 1 ของกฎหมาย GWB ก่อให้ผลบังคับดังต่อไปนี้

(ก) ผลบังคับตามกฎหมายแพ่ง (Civil Law Consequences)

ข้อตกลงหรือมติของสมาคมย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายหรือโมฆะ

(ข) ผลบังคับทางปกครอง (Administrative Consequences)

เนื่องจากการ ฝ่าฝืนบทบัญญัติในกฎหมาย GWB เป็นความผิดทางปกครอง การเข้าร่วมหรือการยอมรับตามข้อตกลง หรือมติที่เป็นโมฆะดังกล่าว ย่อมไม่เป็นความผิด เว้นแต่ว่า ได้มีการกระทำตามข้อตกลงหรือสมาคมที่เป็นโมฆะ ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมาย GWB มาตรา 38 (1)³¹⁰

ใน GWB ได้บัญญัติครอบคลุมถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการในการที่จะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวตั้ง (Vertical Restraint) เช่นเดียวกับการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (Horizontal Restraint) หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 1 ซึ่งแม่บทของการห้ามการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน กับมาตรา 15 ซึ่งเป็นแม่บทของการห้ามจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง จะเห็นได้ว่า ความแตกต่างสาระสำคัญขององค์ประกอบ กล่าวคือ ในมาตรา 1 ได้บัญญัติให้คู่กรณีที่ร่วมจำกัดการแข่งขันในแนวนอนต้องมีจุดมุ่งหมายร่วมกัน (Common Purpose) โดยอาจเป็นการแสดงเจตนาาร่วมกันในลักษณะของการทำข้อตกลง (Agreement) หรือมติาร่วมกันใน

³¹⁰ วรวัฒน์ กุสลากรวัฒน์, "ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด: ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวตั้ง" วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ "หน้า 66.

การที่จะกระทำการนั้น (Resolution) แต่ในมาตรา 15 ได้บัญญัติถึง กรณีที่มีการทำสัญญาเพียงฝ่ายเดียว หรือสัญญาสองฝ่าย โดยไม่จำเป็นต้องมีมติร่วมกัน (Resolution)³¹¹

(2) การทำความตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง (Vertical Restraint)

(2.1) การตกลงในเรื่องราคา และข้อสัญญาทางธุรกิจ (Agreements on prices and Business Terms) ปรากฏตามบทบัญญัติมาตรา 15 ของกฎหมาย GWB มีหลักว่า “ข้อตกลงระหว่าง ผู้ประกอบการเกี่ยวกับสินค้าและบริการภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ เป็นโมฆะหากปรากฏว่าในการทำข้อตกลงใด ๆ ผู้ประกอบการได้กำหนดเงื่อนไขในสัญญาให้ผู้กรณีต้องขายสินค้าและบริการในราคา หรือเงื่อนไขอื่น ๆ แก่ลูกค้า ข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ”

บทบัญญัติมาตรา 15 จึงเป็นพื้นฐานสำคัญในการป้องกันการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง ซึ่งผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้า หรือบริการมักจะทำสัญญากับผู้ขายส่ง โดยมีเงื่อนไขให้ผู้ขายส่งจำหน่ายสินค้าหรือบริการในราคา หรือเงื่อนไขที่ผู้ผลิตสินค้าต้องการ หรือกำหนดเงื่อนไขในราคาของสินค้า หรือบริการ ที่เสนอขายให้แก่ผู้ขายปลีกในราคาที่แตกต่างกัน (Preference Clause)³¹²

บทบัญญัติมาตรา 15 GWB ใช้บังคับแก่ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการเท่านั้น (Enterprises) ไม่รวมถึงสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาตั้งตัวแทนจำหน่าย ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Blitzgerate ในสัญญากำหนด Preference Clause โดยให้ผู้สัญญาต้องขายสินค้าและบริการให้ลูกค้าในราคาที่ต่ำกว่าลูกค้าทั่วไปเป็นโมฆะเพราะขัดต่อมาตรา 15 GWB

ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติในมาตรา 15 ถือเป็นมีความผิดทางปกครอง (Administrative Offence) อันมีโทษถูกปรับตามกฎหมาย ปรากฏตามมาตรา 38

(2.2) การรักษาระดับราคาในวัสดุสิ่งพิมพ์ (Price Maintenance For Published Materials) บทบัญญัติมาตรา 16 เป็นบทยกเว้นการบังคับใช้มาตรา 15 ในสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ เนื่องจาก เหตุผลในนโยบายวัฒนธรรม (Cultural Policy) สิ่งพิมพ์ต่างๆ (Published Materials) รวมทั้งหนังสือพิมพ์ (Newspaper), หนังสือ (Books) และแม็กกาซีน (Magazine) แต่อย่างไรก็ตามศาลสูงสหพันธ์ (Federal Supreme Court) ได้เคยมีคำพิพากษาในคดี Schallplarren ในปี ค.ศ. 1981 ว่าแผ่นเสียง (Records) ไม่ถือเป็นสิ่งพิมพ์ ในอันที่ผู้ผลิตจะกำหนดราคาขายได้³¹³

ในการฟ้องร้องผู้ละเมิดต่อเจ้าของสำนักพิมพ์จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาล เห็นว่า ระบบการจัดจำหน่ายสิ่งพิมพ์ได้เป็นไปอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ เจ้าของ

³¹¹ Ibid. หน้า 67.

³¹² Ibid. หน้า 67.

³¹³ Ibid. หน้า 68

สำนักพิมพ์ ได้มีการกำหนดราคาขายปลีก ให้ผู้ค้าปลีกเป็นราคาเดียวกันทุกคน และหากปรากฏว่าผู้ละเมิดได้ชักจูงผู้ค้าปลีกละเมิดสัญญาที่ได้ทำไว้กับเจ้าของสำนักพิมพ์เพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์จากการขายสิ่งพิมพ์ให้กับตน กรณีดังกล่าวถือเป็นการละเมิดเจ้าของสำนักพิมพ์ อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ของสำนักงานป้องกันการผู้ขาด (Cartel Authority) มีอำนาจยกเลิกราคาขายปลีกซึ่งกำหนดโดยเจ้าของสำนักพิมพ์ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า การกำหนดราคาขายปลีกปราศจากเหตุผล (Unjustifiably Price)³¹⁴

(2.3) การใช้ข้อจำกัดในข้อตกลง การผูกขาดเฉพาะราย ข้อจำกัดในการขายปลีก การตกลงอันเป็นการผูกขาด (Use Restrictions, Exclusive Dealing, Resale Restriction, Tying Arrangements) ปรากฏตาม บทบัญญัติมาตรา 18 ได้บัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ควบคุมคาร์เทล (The Cartel Authority) ในอันที่จะรู้คำวินิจฉัยว่าข้อตกลงหรือเงื่อนไขในข้อตกลงเป็นโมฆะหรือไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย หากปรากฏว่าข้อตกลงหรือข้อจำกัดอันเป็นเงื่อนไขตามสัญญาหรือข้อตกลงมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของคู่กรณี

(2.4) การตกลงอันเป็นการผูกมัด (Tying Arrangements) มาตรา 18 (1) ข้อ 4 ของกฎหมาย GWB ได้บัญญัติห้ามทำสัญญาหรือข้อตกลงกัน โดยมีข้อกำหนดในลักษณะที่เป็นการบังคับให้คู่กรณีต้องซื้อสินค้าหรือบริการทางพาณิชย์ ซึ่งไม่เกี่ยวกับสาระสำคัญของสัญญาหรือข้อตกลงจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนอกจากเจ้าหน้าที่สำนักงานป้องกันการผูกขาดได้ประกาศให้ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะแล้ว หากปรากฏว่าผู้ประกอบการได้กำหนดข้อสัญญาเพิ่มขึ้นในสัญญาอันมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ ห้ามปฏิบัติตามข้อสัญญาเช่นว่านั้น

(ก) หากจำนวนผู้ประกอบการหลายรายต้องผูกพันตามข้อสัญญาที่มีลักษณะ จำกัดเสรีภาพในการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม

(ข) การจำกัดการแข่งขันมีลักษณะเป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดของ ผู้ประกอบการอย่างไม่เป็นธรรม

(ค) ข้อสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า ในการที่จะพิจารณาว่าข้อสัญญาใดเป็นธรรมหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล หรือเจ้าหน้าที่สำนักงานป้องกันการผูกขาด นอกจากนี้ ยังต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าข้อตกลงนั้น ได้ทำเป็นหนังสืออีกด้วย³¹⁵

(2.5) สิทธิบัตรและการอนุญาตใช้สิทธิบัตร บทบัญญัติของกฎหมาย GWB ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรปรากฏในมาตรา 20 โดยกำหนดให้ข้อตกลงใด ๆ ที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากสิทธิบัตร การออกแบบที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วจะ

³¹⁴ Ibid. หน้า 68.

³¹⁵ Ibid. หน้า 68

ตกเป็นโมฆะ หากได้กำหนดให้สัญญาอนุญาตให้ใช้อย่างมีสิทธิจำกัดนอกเหนือขอบเขตแห่งการใช้สิทธิ เว้นแต่ข้อจำกัดนั้นจะเกี่ยวกับรูปแบบ จำนวน ปริมาณ ขอบเขต หรือกำหนดระยะเวลาจะไม่ถือว่าอยู่ในขอบเขตแห่งการใช้สิทธิดังกล่าว

ในส่วนข้อยกเว้นพฤติกรรมการแห่งมาตรา 20 (1) คือ หากเป็นข้อจำกัดสิทธิที่เกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ถึงได้รับอนุญาตที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีเพื่อประโยชน์ของผู้อนุญาต ข้อจำกัดสิทธิที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้รับอนุญาตมีหน้าที่ต้องใช้สิทธิทดแทนจากการใช้สิทธิบัตรหรือสิ่งประดิษฐ์ ข้อจำกัดสิทธิให้ผู้รับอนุญาตต้องไม่มีข้อโต้แย้ง ความสมบูรณ์แห่งสิทธิบัตร ข้อจำกัดที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ที่ได้รับอนุญาตต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบที่กฎหมายกำหนดเพื่อการแข่งขันในตลาด ข้อจำกัดสิทธิเหล่านี้มีผลใช้บังคับตราบเท่าที่ยังอยู่ในระยะเวลาคุ้มครองแห่งสิทธิบัตร ส่วนข้อจำกัดต้องห้ามอื่นตามมาตรา 20 (1) ยังสามารถร้องต่อองค์กร Cartel Office เพื่ออ้างเหตุผล ความจำเป็นทางด้านเศรษฐศาสตร์ได้ บทบัญญัติที่ห้ามการร่วมสมกันตกลงหรือสมรู้ร่วมคิดกันเพื่อใช้อำนาจทางเศรษฐกิจในทางที่ไม่ชอบ ตามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 1 นั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือใช้หลักความผิดในตัวเอง ซึ่งอาจเป็นเพราะในอดีตสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีปัญหาเกี่ยวกับการรวมกลุ่มทางการค้าแบบคาร์เทล (Cartel Martellgesetz) อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้น โดยขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจ แต่จะต้องอยู่ภายใต้การดูแลอย่างใกล้ชิดกับองค์กร Cartel Office อย่างเข้มงวด ซึ่งมีความแตกต่างในข้อนี้จากระบบความควบคุมทางเศรษฐกิจคือข้อตกลงที่มีรูปแบบการแข่งขันในระบบควบคุมโครงสร้างเศรษฐกิจ ข้อตกลงนั้นจะเป็นโมฆะทันที³¹⁶

ข. ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้บังคับใช้โดยสำนักงานคาร์เทลของรัฐบาลกลางในกรุงเบอร์ลิน เกือบจะทั้งหมดซึ่งเป็นอิสระจากรัฐบาล แม้ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางก็ตาม โดยมีเจ้าหน้าที่คาร์เทลท้องถิ่นเป็นผู้ช่วยดูแลในกิจกรรมของสำนักงานคาร์เทลในกรุงเบอร์ลิน อีกส่วนหนึ่งรายงานและอำนาจบังคับในกรณีมีการควมรวมกิจการเกิดขึ้นจากคณะกรรมการผูกขาดในเมืองโคโลญน์ คำแนะนำของคณะกรรมการดังกล่าว มีส่วนสำคัญอย่างมากในการใช้บังคับ กฎหมายฉบับนี้³¹⁷

1.) ขอบเขตการบังคับใช้เชิงบุคคล

โดยหลักแล้ว GWB มีผลบังคับกับผู้ประกอบการ (Unternehmen) ของทุกราย³¹⁸ ทั้งนี้ นิยามของผู้ประกอบการใน GWB ก็เป็นในแนวทางเดียวกันกับนิยามของ

³¹⁶ Ibid. หน้า 70.

³¹⁷ ผาสุก เจริญเกียรติ, "ความรับผิดทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์." หน้า 48.

³¹⁸ BKartA, Leitfaden Zusagan in der Fusionskontrolle (Mai 2017), para 1.

ผู้ประกอบการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป³¹⁹ ซึ่งเป็นการนิยามผู้ประกอบการตามการทำหน้าที่ (der funktionale Unternehmensbegriff) กล่าวคือ การเป็นผู้ประกอบการนั้นหมายถึงการดำเนินการใด ๆ ทางการค้าหรือเศรษฐกิจโดยอิสระ ซึ่งนำไปสู่การแลกเปลี่ยนสินค้าหรือให้บริการโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการดำเนินการดังกล่าวจะมีจุดมุ่งหมายหากำไรหรือไม่³²⁰

ข้อสังเกตประการสำคัญก็คือ กิจกรรมที่รัฐถือหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วน หรือ กิจกรรมที่รัฐบริหารหรือดำเนินการก็ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของ GWB เช่นกัน ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 185 (1) GWB อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้เองก็ได้รับข้อยกเว้นบางประการไว้ อาทิ ข้อยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติ มาตรา 19, 20 และ 31b (5) GWB มาใช้กับค่าบริการหรือค่าธรรมเนียมที่ออกมาตามกฎหมายมหาชน และข้อยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติในส่วนที่ 1 - 3 ของ GWB มาใช้กับธนาคารกลางเยอรมัน (Deutsche Bundesbank) และสถาบันสินเชื่อเพื่อการบูรณะ (die Kreditanstalt für Wiederaufbau)

GWB นั้นจะสามารถนำไปใช้กับกิจกรรมที่มีโครงข่ายเป็นสาระสำคัญในการดำเนินธุรกิจซึ่งมีกฎหมายควบคุมเฉพาะอยู่แล้ว อาทิ ธุรกิจพลังงาน และธุรกิจโทรคมนาคมได้ ทั้งนี้สำหรับธุรกิจพลังงานนั้น จะปรากฏชัดในมาตรา 185 (3) GWB ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยธุรกิจพลังงาน (Energiewirtschaftsgesetz ต่อไปจะเรียกว่า EnWG) จะไม่กระทบต่อการใช้บทบัญญัติมาตรา 19, 20 และ 29 GWB ตรงกับที่มาตรา 111 EnWG มิได้บัญญัติกฎเกณฑ์ไว้เป็นอย่างอื่น นั่นก็หมายความว่า GWB ก็สามารถใช้กับกิจการพลังงานได้นั้นเอง เพียงแต่การใช้มันจะมี ขอบเขตจำกัดเพียงแค่ว่ากรณี EnWG ไม่ได้บัญญัติกฎเกณฑ์อื่นใดไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น และ GWB สามารถใช้กับธุรกิจโทรคมนาคมได้ซึ่งพิจารณาได้จาก มาตรา 2 (4) ของกฎหมายโทรคมนาคม (Telekommunikationsgesetz ต่อไปจะเรียกว่า TKG) ซึ่งได้กำหนดหลักการไว้ว่า GWB สามารถใช้ได้อยู่ตรงเท่าที่ TKG มิได้บัญญัติมาตรการไว้เป็นการเฉพาะ³²¹ นั่นก็หมายความว่า GWB สามารถใช้ธุรกิจโทรคมนาคมได้เช่นเดียวกัน แต่ขอบเขตจะถูกจำกัดเพียงแค่ว่ากรณี TKG มิได้กำหนดมาตรการเฉพาะไว้เท่านั้น

อนึ่งในบทบัญญัติของ GWB เองก็มีการบัญญัติของการแข่งขันพิเศษไว้สำหรับกิจการบางประการเช่นกัน เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับสภาพกิจการดังกล่าว อันได้แก่

³¹⁹ Volker Emmerich, Kartellrecht, § 20, para 4.

³²⁰ Volker Emmerich, Kartellrecht, § 20, para 6.

³²¹ กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : ขอบเขตการบังคับใช้และความคุ้มครองของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2561), หน้า 627

กิจการการเกษตร (มาตรา 28 GWB) กิจการพลังงาน (มาตรา 29 GWB) กิจการสื่อ (มาตรา 30 GWB) และกิจการประปา (มาตรา 31 - 31b GWB)³²²

2.) ขอบเขตการบังคับใช้เชิงภูมิศาสตร์

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า GWB มีเป้าหมายในการปกป้องการแข่งขัน ซึ่งนั้นก็หมายถึง การแข่งขันในเยอรมนีนั่นเอง³²³ ตามมาตรา 185 (2) GWB ได้วางหลักไว้ว่า บทบัญญัติต่างๆ ว่าด้วยการควบคุมการจำกัดการแข่งขันนั้นครอบคลุมไปถึงการจำกัดการแข่งขันใดๆ ที่ก่อให้เกิดผลขึ้นในเยอรมนี แม้การกระทำดังกล่าวจะได้กระทำลงนอกเยอรมนีก็ตาม หลักการดังกล่าวจะถูกเรียกกันในทางวิชาการว่า “หลักผลของการกระทำ”(Auswirkungsprinzip)³²⁴ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวเกิดขึ้นจากการกระทำนอกเยอรมนีดังกล่าวจะต้องมิใช่เป็นเพียงแค่ผลทางอ้อมหรือผลอันห่างไกลเท่านั้น หากแต่ต้องเป็นผลโดยตรงของการกระทำและมีผลกระทบต่อการแข่งขันในเยอรมนีด้วย

ค. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน

คดี ZementVerkaufsstelle Niedersachsen ปี ค.ศ. 1975

เกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1975 ข้อเท็จจริงที่ว่าบรรดาผู้ผลิตปูนซีเมนต์ในเมือง Lower Saxony ได้ทำความตกลงร่วมกันตั้ง Cartel และปี ค.ศ. 1945 ได้จัดตั้งสำนักงานขายปูนซีเมนต์ร่วมกัน (ZVN-Gmbtt) และภายหลังที่กฎหมาย GWB ใช้บังคับ สำนักงาน Bundeskartellamt มีคำสั่งให้เลิก Cartel ดังกล่าว ปรากฏว่า ZVN ก็ยังคงดำเนินการจำหน่ายปูนซีเมนต์ของบรรดาผู้ผลิตปูนซีเมนต์ที่เป็นผู้ถือหุ้นในเขต Lower โดยที่ ZNV จะทำการซื้อปูนซีเมนต์จากบรรดาผู้ผลิตที่ถือเป็นผู้ถือหุ้นในเขต Lower Saxony ซึ่งเป็นผู้ครองตลาดอยู่ในเขตถึง 80 เปอร์เซ็นต์ ในราคาที่เท่ากัน รวมทั้งยังจำหน่ายให้แก่ผู้ซื้อในราคาที่บรรดาผู้ผลิตปูนซีเมนต์กำหนดไว้อีกในคดีนี้ ศาลสูงสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่าการตกลงร่วมกันในการตั้งสำนักงานขายปูนซีเมนต์ (ZVN) ร่วมกัน แสดงให้เห็นถึงการตกลงกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการแข่งขันย่อมสามารถนำมาตรา 1 ของ GWB มาใช้บังคับ³²⁵

4.1.1.3 ประเทศญี่ปุ่น

ในปี ค.ศ. 1920 เป็นต้นมา ประเทศญี่ปุ่นได้มีการเปลี่ยนแปลงนโยบายทางเศรษฐกิจใหม่และเกิดแนวคิดที่จะสร้างตลาดเสรีขึ้น โดยเมื่อ Zaihatsu ได้ล่มสลายลงใน

³²² Volker Emmerich, Kartellrecht, § 37, para 3.

³²³ BKartA, Das Bundeskartellamt in Bonn Organisation, Aufgaben und Tätigkrit, 2011, p. 8.

³²⁴ กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : ขอบเขตการบังคับใช้และความคุ้มครองพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด." หน้า 622

³²⁵ ผาสุก เจริญเกียรติ, "ความรับผิดชอบทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์." หน้า 50.

ปี ค.ศ. 1947 ประเทศญี่ปุ่นจึงได้ตรากฎหมาย Antimonopoly Act ขึ้น เพื่อป้องกันการกลับมา รวมกลุ่มของ Zaihatsu อีกครั้ง หลังจากมีการประกาศใช้ได้ไม่นานก็เกิดกระแสต่อต้านกฎหมายจาก ภาคธุรกิจว่ามีกฎเกณฑ์เข้มงวดมากเกินไป จึงได้มีมาตรการผ่อนปรนกฎเกณฑ์ในกฎหมาย Antimonopoly Act ซึ่งถือว่าในปี ค.ศ. 1950 นี้เป็นยุคที่ไม่มีคนยอมรับ ต่อมาในปี ค.ศ. 1960 เศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นขยายตัวอย่างรวดเร็ว ทำให้ทุกคนสนใจแต่เรื่องธุรกิจของตนเองและไม่ สนใจกฎหมาย Antimonopoly Act ต่อมาในปี ค.ศ. 1970 ประเทศญี่ปุ่นเกิดวิกฤตน้ำมัน (Oil Crisis) ก่อให้เกิดการฮั้วราคากันขึ้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1977 ได้นำระบบเปรียบเทียบรายได้ที่เกิดจากการฮั้ว ราคามาใช้ แต่กลับเกิดปัญหา คือทำให้ไม่มีการพัฒนาอุตสาหกรรม เพราะหลังจากเกิดวิกฤตน้ำมัน มี ธุรกิจบางกลุ่มขายไม่ได้ จึงไม่มีการพัฒนาในระบบเศรษฐกิจ เป็นผลให้ต้องปรับแก้กฎหมายให้มีการ ฮั้วราคากันได้ในสินค้าพื้นฐาน

ในช่วงปี ค.ศ. 1980 รัฐบาลได้มีการดำเนินนโยบายทางการแข่งขัน ทางการค้าและ นโยบายทางอุตสาหกรรมควบคู่กัน เพื่อมุ่งเน้นในการพัฒนาเศรษฐกิจ ซึ่งได้ต้นแบบ มาจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ตาม การที่ญี่ปุ่นได้ดูแลการค้าจาก สหรัฐอเมริกามาก ทำให้เกิดการขัดแย้งทางการค้า จึงมีการเจรจาเพื่อปรับโครงสร้างทางเศรษฐกิจให้ สอดคล้องกัน ประเทศญี่ปุ่นจึงแก้ไขกฎหมาย Antimonopoly Act ให้เข้มแข็งขึ้น โดยการเพิ่ม ค่าปรับเป็น 4 เท่าตัว และมีการยกเลิกประกาศ กฎกระทรวงที่มีการผ่อนปรนการฮั้วราคา ในยุคนี้เกิด การยอมรับจากสังคมและธุรกิจเป็นอย่างมาก อาจกล่าวได้ว่า Antimonopoly Act นี้ เพิ่งได้มีการ บังคับใช้อย่างจริงจัง เมื่อภายหลังสถานการณ์วิกฤตทางเศรษฐกิจเมื่อปี ค.ศ. 1990³²⁶

หลักการสำคัญของ Antimonopoly Act มีดังนี้³²⁷

(1) ห้ามการผูกขาดโดยเอกชน การรวมตัวกันภายในประเทศและ ต่างประเทศ การจัดทำข้อตกลงที่ไม่ให้เกิดการแข่งขัน และการก่อตั้งบริษัทเพื่อควบคุมสมาคมและ บริษัทโฮลดิ้ง

(2) จำกัดการควบรวมกิจการ การถือหุ้นโดยสถาบันทางการเงิน การ เป็นเจ้าหน้าที่ขององค์กร และการถ่ายโอนการบริหารระหว่างบริษัท

(3) เพิ่มขีดความสามารถของรัฐบาลในการออกคำสั่งแก่ผู้ประกอบการ ที่ละเมิด กฎหมายและกำหนดค่าปรับกับนักธุรกิจและนิติบุคคล

(4) ทำการอนุญาตให้แก่สมาคมการค้าขนาดเล็ก

³²⁶ Yasuda Nobuyuki, "The Evolution of Competition Law in Southeast Asian Countries," *Globalization and Law in Asia International Institute for the Sociology of Law* (2003).p.2.

³²⁷ Hiroshi Iyori, "A Comparison of U.S.-Japan Antitrust Law: Looking at the International Harmonization of Competition Law," *Pacific Rim Law & Policy Journal* (1995).p.66

(5) ก่อตั้ง Fair Trade Commission (FTC) ขึ้นในฐานะคณะกรรมการอิสระที่บังคับใช้ Antimonopoly Act

ก. บทบัญญัติของกฎหมาย

พฤติกรรมที่จัดว่าเป็นการกระทำการตกลงร่วมกันที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นนั้น ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 3 แห่ง Antimonopoly Act ความว่า “ผู้ประกอบการทุกรายจะต้องไม่ผูกขาดตลาดหรือไม่จำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันควร” ซึ่งมาตรา 2 (6) แห่ง Antimonopoly Act บัญญัตินิยามคำว่าจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันควรไว้ว่า “การจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันสมควร” หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ประกอบการร่วมกัน ไม่ว่าจะโดยการทำสัญญาข้อตกลง หรือวิธีการอื่น ๆ ในการที่จะจำกัดพฤติกรรมร่วมกันเพื่อที่จะ

(1) กำหนดราคาหรือขึ้นสินค้า

(2) จำกัดปริมาณการผลิต การถ่ายทอดเทคโนโลยี ปัจจัยการผลิต หรือลูกค้าอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด

การจำกัดทางการค้าโดยปราศเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Restraint of Trade) แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก คือ ความตกลงการค้าในแนวนอน (Horizontal Agreement) และความตกลงการค้าในแนวตั้ง (Vertical Agreement) โดยในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น มาตรา 2 (6) ได้รวมข้อตกลงทั้งในแนวนอนและแนวตั้งไว้ด้วยกัน จากคำจำกัดความข้างต้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้ห้ามการรวมกลุ่มเพื่อจำกัดการแข่งขัน (Cartel) และการห้ามการสมคบกันในการประมูล (Bid-Rigging) ซึ่งเป็นการจำกัดการค้าในแนวนอน โดยจากสถิติการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องเมื่อปี ค.ศ. 2001 ทั้งสิ้น จำนวน 42 คดี พบว่า เป็นเรื่องการจำกัดทางการค้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรถึง 39 คดี โดยเป็นเรื่องการสมคบกันในการประมูล (Bid-Rigging) 36 คดี และการร่วมมือกันกำหนดราคา (Price Cartel) 3 คดี

FTC ได้ตีความมาตรา 2 (6) ให้รวมไปถึงการจำกัดการค้าในแนวตั้งด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายสินค้า (Distribution Agreement) ระหว่างผู้ผลิตที่อยู่ในต่างประเทศและผู้จำหน่ายสินค้าภายในประเทศ โดยออกแนวทางการพิจารณา (Guideline) ความตกลงการจัดจำหน่ายสินค้าที่อาจถือว่าขัดกับกฎหมายตาม มาตรา 2 (6) ว่ารวมถึงกรณี ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายตกลงกันว่าผู้จัดจำหน่ายจะไม่นำเข้าสินค้าที่เป็นสินค้า คู่แข่งของผู้ผลิตนั้นเข้ามาขายในญี่ปุ่น

(2) ผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายตกลงกันว่าผู้ผลิตจะไม่ขายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายรายใหม่ เพื่อป้องกันการเข้าสู่ตลาดของผู้จัดจำหน่ายรายใหม่

(3) ผู้ผลิตวัตถุดิบและผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูป (Finished Products) ตกลงกันว่า ผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปจะไม่ซื้อวัตถุดิบที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ และผู้จัดจำหน่ายปฏิเสธที่จะซื้อสินค้าจากผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปที่ซื้อวัตถุดิบนำเข้ามาจากต่างประเทศ

เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติดังกล่าวกับกฎหมายไทยพบว่า ในส่วนของการจำกัดการค้าในแนวนอนนั้น ในมาตรา 54 (1) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไทยได้ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าหรือบริการนั้น อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้น

สำหรับการจำกัดการค้าในแนวตั้งตรงกับมาตรา 58 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไทย ได้ห้ามผู้ประกอบการในประเทศทำนิติกรรมหรือสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร อันก่อให้เกิดพฤติกรรมการผูกขาด หรือจำกัดการค้าอย่างไม่เป็นธรรม และส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและผลประโยชน์ต่อผู้บริโภคโดยรวม เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในประเทศไทยที่ต้องการจะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกประเทศโดยตรง

บทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) การห้ามมิให้มีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเป็นบทบัญญัติหลักบทหนึ่งในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น โดยมาตรา 19 แห่ง Antimonopoly Act บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการที่ประกอบธุรกิจในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเป็นไม่เป็นธรรม (No entrepreneur shall employ unfair trade practices) ซึ่งพฤติกรรมอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมนั้น มาตรา 2 (9) ได้ให้คำนิยามไว้โดยกำหนดตัวลักษณะของการกระทำไว้อย่างกว้าง ๆ 6 ประการด้วยกัน ได้แก่

(1) การเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันควร (Unreasonable Discrimination)

(2) การกำหนดราคาอย่างไม่เหมาะสม (Unreasonable Price)

(3) การชักจูงหรือบีบบังคับลูกค้าของคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เพื่อให้หันมาติดต่อกับตน (Unreasonable Inducement)

(4) การดำเนินธุรกิจกับคู่สัญญาของตน โดยกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของคู่สัญญานั้นอย่างไม่เป็นธรรม (Unjust Restriction)

(5) การดำเนินธุรกิจกับคู่สัญญาของตนโดยกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของคู่สัญญานั้นอย่างไม่เป็นธรรม (Abuse of one's dominant position)

(6) การเข้าไปแทรกแซงกิจการของคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (Unreasonable inference in the affairs of competition)

ซึ่งการกระทำทั้ง 6 ประการนั้น แต่ละประการล้วนมีแนวโน้มที่จะทำลายการแข่งขัน อย่างยุติธรรมในระหว่างบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดทั้งสิ้นโดย FIC ได้ อธิบายว่ารูปแบบการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขาดเงื่อนไขดังต่อไปนี้เป็นอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ

- (1) ขาดการแข่งขันโดยอิสระระหว่างผู้ประกอบการ (Existence of Competition)
- (2) ไม่มีการแข่งขันอย่างอิสระในเรื่องของราคา คุณภาพและบริการ (Methods of Competition)
- (3) ผู้ประกอบการไม่สามารถตัดสินใจในเรื่องการต่อรองและเงื่อนไขได้อย่างอิสระ (Free decision making in Business)

ซึ่งกฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ FTC ที่จะประกาศเพื่อกำหนดว่าการประกอบธุรกิจแบบใดจึงจะถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรม (The FTC is empowered by its quasi-legislative power to Designate Unfair Trade Practice) โดยพิจารณาว่ามีการประกอบธุรกิจแบบใดบ้างที่อยู่ในตัวอย่างการกระทำทั้ง 6 ประการ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้³²⁸

ข. การบังคับใช้กฎหมาย

Antimonopoly Act เป็นกฎหมายที่ได้วางรากฐานเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจของ ผู้ประกอบการในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม จึงได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม ขึ้นมา เพื่อเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร (Administrative Agency) ซึ่งมีหน้าที่หลักในการนำกฎหมายไปบังคับใช้³²⁹ โดยคณะกรรมการชุดนี้จะอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรี³³⁰ มีคุณลักษณะพิเศษ คือ เป็นคณะกรรมการฝ่ายบริการที่เป็นอิสระ (Independent Administrative Committee) โดยประธานคณะกรรมการและกรรมการอีก 4 คน นายกรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้ง โดยความยินยอมของรัฐสภา มีระยะเวลาการดำรงตำแหน่ง 5 ปี คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมนี้จะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญอย่างมาก ในทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ และจะต้องมีความชำนาญเฉพาะในระดับสูงควบคู่กันด้วย ในส่วนของการ

³²⁸ ขจีรัตน์ คทวนิชกุล, "กรณีศึกษาและวิเคราะห์ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่า ด้วยแนวทางการพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการค้าส่งค้าปลีกกับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย พ.ศ. 2549 สารนิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต " (มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2550).

³²⁹ Antimonopoly Act. Section 27 (1) The Fair Trade Commission, which has the duty to achieve the purpose set forth in Article 1, is hereby established pursuant to the provisions of Article 49, paragraph (3) of the Act for Establishment of the Cabinet Office (Act No. 89 of 1999).

³³⁰ Antimonopoly Act. Section 27 (2) The Fair Trade Commission is administratively attached to the office of the Prime Minister.

ปฏิบัติงานนั้นกฎหมายได้ระบุให้คณะกรรมการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการบังคับใช้กฎหมาย ในกรณีที่คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมได้เบาะแสมาเอง หรือประชาชนรายงานมาให้ทราบ คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมก็จะทำการไต่สวน ซึ่งเจ้าหน้าที่ดังกล่าวสามารถที่จะเข้าไปสืบสวนใน สถานที่ต้องห้ามของบริษัทที่เกี่ยวข้องได้ เรียกให้จัดส่งหลักฐานได้ หรือเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมา ให้การ เป็นต้น

ในทางทฤษฎีแล้ว พฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์อย่างชัดเจน ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลเสียต่อผู้บริโภคเป็นอย่างมาก และในการบังคับใช้กฎหมาย ถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่สืบสวน ตรวจสอบ และหาพยานหลักฐานที่แน่นอนในการดำเนินคดีได้ยาก ในประเทศญี่ปุ่นได้มีหลักในการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อเอาผิดกับผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันกำหนดราคาสินค้าและบริการที่เป็นประโยชน์ ดังนี้

(1) ศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่นประยุกต์หลักความผิดในตัวเอง (Per Se Illegal) ให้กลายเป็นหลักถึงความรับผิดในตัวเอง (Quasi Per Se)³³¹ ซึ่งมีนัยในการตัดสินคดีของศาลว่า นอกจากจะมีการร่วมกันแล้ว จะต้องนำเอาความตกลงหรือการตกลงนั้นไปดำเนินการจริง ๆ ระดับหนึ่งก่อน เช่น หลังจากการประชุมตกลงกันแล้ว ผู้เข้าร่วมประชุมได้กลับไปยังบริษัทแล้ว ติดต่อผู้ค้าส่งหรือผู้ค้าปลีกว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงราคา หรือพิมพ์ราคาที่ปรากฏในแผ่นแสดงราคาสินค้าให้เพื่อเปลี่ยนแปลงราคา ให้เป็นไปตามที่ตกลงกัน แต่ไม่ถึงขั้นต้องมีการขายสินค้าให้กับลูกค้าตามที่ตกลงกันจริง ๆ จึงจะถือว่าเป็นความผิด³³²

(2) ศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่นยอมรับหลักแวดล้อม (Indirect Evidence) ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำผิดจริง เช่น หลักฐานการติดต่อระหว่างผู้ถูกกล่าวหา โดยไม่จำเป็นต้องแสดงหลักฐานที่ระบุว่าผู้ถูกกล่าวหาทั้งหลาย ตกลงว่าจะขึ้นราคาเท่าใด เมื่อใด เป็นต้น³³³

(3) เนื่องจากการค้นหาหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดจริงนั้นเป็นเรื่องยากมาก ในปี ค.ศ. 2005 ประเทศญี่ปุ่นได้มีการแก้ไขกฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าเพื่อให้มีอำนาจสืบสวนได้มากขึ้น โดยในปัจจุบันคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น เมื่อมีหมายศาล (A Writ) มาแล้วย่อมมีอำนาจที่จะเข้าไปในสถานที่ประกอบธุรกิจต้องสงสัยว่ากระทำความผิดโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของผู้ประกอบธุรกิจก่อน เพื่อค้นและยึดหลักฐาน ในกรณีที่จำเป็นอาจสั่งห้ามมิให้บุคคลใดเข้าไปในสถานที่หรือออกไป

³³¹ Akria Inoue, "Japanese Antitrust Law Manual: Law, Case and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act," *n.p.* (2007).p.28.

³³² Matsuo Matisushita with John D. Davis, "Introduction to Japanese Antimonopoly Law," *ibid.* (1990).p.41-43.

³³³ Inoue, "Japanese Antitrust Law Manual: Law, Case and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act."p.30

จากสถานที่ที่กำลังทำการตรวจสอบ คั้น หรือยึดหลักฐานอยู่ก็ได้ นอกจากนั้นหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่คณะกรรมการ JFTC หามาได้ยังนำไปใช้เป็นหลักฐานในกระบวนการพิจารณาของศาลได้ด้วย ซึ่งแต่เดิมจะทำเช่นนั้นไม่ได้³³⁴

โดยบุคคลใดที่ไม่พอใจคำตัดสินของคณะกรรมการ สามารถยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งไปยังศาลยุติธรรมเพื่อให้ศาลเพิกถอนคำตัดสินได้ โดยการยื่นคำร้องนี้จะต้องทำภายใน 30 วัน นับแต่วันที่คำสั่งของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมมีผลบังคับ ซึ่งศาลจะพิพากษาให้ยกเลิกคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าที่ไม่เป็นธรรม หากปรากฏว่าข้อเท็จจริงที่คณะกรรมการตัดสินนั้นไม่มีหลักฐานสนับสนุนอย่างชัดเจน และอีกกรณีหนึ่งก็คือเมื่อปรากฏคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น³³⁵

ค. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน

(1) คดี Kyowa Excio³³⁶

ข้อเท็จจริง บริษัท Kyowa Excio และบริษัทอื่น ๆ อีก 9 บริษัท ได้ร่วมกันจัดตั้งสมาคม Kabutokai ซึ่งเป็นสมาคมของผู้ประกอบธุรกิจในธุรกิจเดียวกัน ซึ่งต่อมาบริษัท Kyowa Excio และสมาชิกอีก 9 บริษัทในสมาคม Kabutokai ได้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลและมีการตกลงร่วมมือในการประมุลงานโดยกำหนดว่าจะให้บริษัทใด ซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมเป็นผู้ชนะการ

³³⁴ Ibid.p.106

³³⁵ Antimonopoly Act. Section 82.

(1) A petitioner for a protective order or a person to whom a protective order was issued may file a petition for rescission of the protective order with the court that retains the case record (if no such court exists, the court that issued the protective order) on the grounds that the requirement prescribed in the preceding Article have not been met or are no longer met.

(2) Whenever the court makes a decision on a petition for rescission of a protective order, it shall serve a written decision on the petitioner and the adverse party.

(3) An immediate appeal may be lodged against a decision on the petition for rescission of a protective order.

(4) A decision to rescind a protective order shall not take effect until the decision becomes final and binding.

(5) When a court has rendered a decision to dismiss a protective order, if the court had issued a protective order for the protection of the trade secret against any person other than the petitioner for rescission of the protective order or the adverse party during the same action in which the protective order was issued, the court shall immediately notify the person of its decision to rescind the protective order.

³³⁶ Kyowa Excio Co., V. Japanese Fair Trade Commission, 552 KOSEITORI HIKI 25 (Tokyo High Court, 29 March 1996)..

ประมุขงานในช่วงเวลาตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1981 ถึงวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1983 ได้ร่วมมือกันโดยตกลงว่า จะให้บริษัทไคชนะการประมุขงานก่อนแล้วจึงร่วมกันเข้าไปประมุขงานทั้งหมด 27 ครั้ง ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการ JFTC ได้ข้อมูลจึงทำการตรวจสอบและสอบสวน ภายหลังเห็นว่าจำเลยได้ร่วมมือกันจริงจึงมีคำสั่งลงโทษจำเลย 3 บริษัท โดยกำหนดให้ชำระค่าปรับทางปกครอง ที่เรียกว่า “surcharge (kachokin)” โดยหนึ่งในสามบริษัทนั้นคือ บริษัท Kyowa Excio บริษัท Kyowa Excio ปฏิเสธที่จะจ่ายค่าปรับทางปกครอง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (IFTC) จึงได้เปิดกระบวนการไต่สวน (hearing proceeding) และมีคำตัดสินให้บริษัท Kyowa Excio ต้องจ่ายค่าปรับทางปกครองในวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 1994 บริษัท Kyowa Excio ได้อุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการ JFTC ไปยังศาลสูงเมืองโตเกียวอ้างว่า จำเลยไม่มีเจตนาที่จะร่วมกันกำหนดว่าจะให้บริษัทสมาชิกไคชนะการประมุขและจำเลยทั้งหมดไม่มีอำนาจตลาดเพียงพอที่จะกำหนดให้สมาชิกไคชนะการประมุขได้ ต่อมาเมื่อวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 1996 ศาลสูงเมืองโตเกียวเห็นว่าข้ออ้างของจำเลยฟังไม่ขึ้น เมื่อมีหลักฐานชัดเจนว่าจำเลยได้ร่วมตกลงกับจำเลยอื่น ๆ

ในการร่วมมือกันกำหนดตัวสมาชิกที่จะชนะการประมุขแม้ว่าจำเลยทั้งแปดจะอ้างว่าไม่มีเจตนาที่จะกระทำผิดและไม่มีความสามารถ และกำลังทางธุรกิจที่จะกระทำ ความผิดได้ก็ตาม แต่จำเลยทั้งแปดก็คาดได้ว่าเมื่อรวมกำลังของจำเลยทั้งแปดรวมกับกำลังทางธุรกิจของจำเลยอีกสองรายแล้วก็มีกำลังรวมกันที่ค่อนข้างมาก (substantial) แต่แทบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะมีใครสามารถหยั่งทราบเจตนาที่แท้จริงของจำเลย และทราบว่าการแข่งขันที่ไม่ร่วมด้วยว่ามีกำลัง มากน้อยเพียงใด จึงเป็นเรื่องปกติที่ศาลจะต้องสันนิษฐานเอาว่าจำเลยทั้ง 10 บริษัท ซึ่งร่วมกันตกลง ในการกำหนดสมาชิกผู้ที่จะชนะการประมุข มีทั้งเจตนาและความสามารถที่จะชนะการประมุขได้จึง ตกลงกันทำเช่นนั้น

ถึงแม้ว่าจะไม่มีหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าบริษัทจำเลยทั้ง 10 บริษัท ประชุมที่ใด และผลเป็นอย่างไรแต่ก็มีหลักฐานว่า จำเลยทั้ง 10 มีการประชุมกันและมีเอกสาร ติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน ศาลจึงเห็นว่า จำเลยทั้ง 10 ได้ร่วมกันทำความตกลงที่มีผลเป็นการจำกัด การแข่งขันในการประมุขงานอย่างมากในช่วงระยะเวลา ตั้งแต่เดือนมีนาคม ค.ศ. 1981 ถึงเดือน มิถุนายน ค.ศ. 1988 ในการประมุขงานทั้งหมด 27 ครั้ง จึงเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่นมีความชัดเจน ด้านตัวบทและการบังคับใช้ รวมถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น The Antimonopoly Act of 1947 ซึ่งเป็นเวลาสองปีนับตั้งแต่ญี่ปุ่นประกาศยอมแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 โดยเห็นว่าที่มาของ กฎหมายมาจากเหตุผล 2 ประการ คือ กฎหมายดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากสหรัฐอเมริกาสืบเนื่องมาจาก หลังการแพ้สงครามประเทศญี่ปุ่นอยู่ภายใต้การจัดระเบียบการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และกฎหมาย

ของสหรัฐอเมริกา เพราะรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ก็ต้องใช้ต้นร่างและแนวคิดจากสหรัฐอเมริกา และอีกประการ คือ แม้ญี่ปุ่นจะได้รับความเสียหายจากสงครามแต่ก็มิได้เสียหายหมดทั้งประเทศ ปัจจัยการผลิตและเจ้าของทุนหรือนายทุนบางส่วนก็ยังคงอยู่ไม่ได้ถูกทำลายไปด้วย หากไม่มีกฎหมายป้องกันการผูกขาดแล้วย่อมส่งผลให้นายทุนใช้อำนาจเหนือตลาดบิดเบือนการแข่งขันทางการค้าและเกิดตลาดผูกขาดได้

4.1.2 รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่ามีความสำคัญและเป็นต้นแบบของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก โดยในหัวข้อนี้จะแบ่งเนื้อหาออกเป็น 3 หัวข้อ คือ รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย และรัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศสิงคโปร์

4.1.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาถือกำเนิดมายาวนานกว่าหนึ่งศตวรรษ โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าฉบับแรกของสหรัฐอเมริกามีชื่อว่า The Sherman Act ได้รับการประกาศใช้อย่างเป็นทางการในปี พ.ศ. 2433 (ค.ศ. 1890) ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศผู้นำความคิดเสรีนิยม (Liberalism) มีความเชื่ออย่างยิ่งว่า ควรปล่อยให้การค้าดำเนินไปอย่างเสรี โดยให้ตลาดเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของผู้ผลิตและผู้บริโภค บทบาทของรัฐจำกัดอยู่ที่การสร้างกติกาในการแข่งขันของผู้ประกอบการให้เป็นธรรม ภายใต้นโยบายแข่งขันเสรีอย่างเคร่งครัด โดยถือว่าการกระทำใดที่มีผลทำให้การแข่งขันเสียไป เป็นสิ่งที่ต้องห้ามไม่สมควรให้เกิดขึ้น ดังนั้น รัฐจึงกำหนดมาตรการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่มีลักษณะเข้มงวดเคร่งครัด โดยบัญญัติกฎหมายในลักษณะห้ามมิให้กระทำไว้ (Prohibition Approach)³³⁷

สหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรกในโลกที่บัญญัติกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจ ขนาดใหญ่ (Large Business Enterprise) มิให้มีการใช้อำนาจทางการตลาดตามอำเภอใจจนก่อให้เกิดการแสวงประโยชน์โดยมิชอบ (abusive practice) จุดมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายนี้คือให้ตลาดมีการแข่งขัน โดยเสรี มีการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคโดยรวม ผู้บริโภคมีโอกาสเลือกสินค้าและบริการที่มีคุณภาพและราคาเป็นธรรม โดยกฎหมายต้องการควบคุมโครงสร้าง (Structural Control) ของตลาดสินค้าและบริการไม่ให้มีลักษณะ

³³⁷ กวี เปรมรัตน์ชัย, การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อความไม่เป็นธรรมทางการค้า วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กรุงเทพฯ ฯ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541). หน้า 40.

กระจุกตัว พยายามลด ขัดขวาง หรือทำลายแนวทางที่ผู้ประกอบการจะใช้เพื่อแสวงหาอำนาจผูกขาด (Antitrust) เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ โดยสะดวก³³⁸

The Sherman Act 1980 เป็นบทบัญญัติที่มีถ้อยคำความหมายกว้าง ๆ เป็นการทั่วไป เพื่อเปิดให้กฎหมายสามารถใช้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมหรือการกระทำที่เป็นการจำกัดทางการค้าหรือทางพาณิชย์และการกระทำอันเป็นการผูกขาดในรูปแบบใหม่ ๆ ในอนาคตได้ และในขณะเดียวกันก็เป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดสำหรับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีได้อย่างกว้างขวาง ทำให้การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้มีความยืดหยุ่นและทันสมัย และศาลได้มีบทบาทสำคัญในการตีความและปรับใช้กฎหมาย

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา (The Sherman Act 1980) ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ถือกำเนิดเป็นอันดับสองของโลก ต่อจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาที่บัญญัติขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2431 (ค.ศ. 1889) หากพิจารณาจากประวัติศาสตร์ของกฎหมายฉบับนี้ควบคู่กับประวัติศาสตร์การก่อตั้งประเทศพบว่า มีความสอดคล้องและสมเหตุสมผลกัน กล่าวคือ ในยุคที่สหรัฐอเมริกากำลังสร้างประเทศอยู่นั้น พ่อค้า นักธุรกิจ นายทุนทั้งหลายที่เป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตได้ย้ายฐานการผลิตจากยุโรปไปยังสหรัฐอเมริกา คนเหล่านี้ นำทั้งเงินทุนและปัจจัยการผลิตติดตัวไปด้วยยอมทำให้ได้เปรียบประชาชนทั่วไปและผู้ผลิตท้องถิ่นเดิมที่ไม่มีปัจจัยการผลิต ในช่วงเวลาดังกล่าวเกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมากมาย เช่น การรวมตัวกันกำหนดราคาของผู้ขายสินค้าอุปโภค บริโภค เช่น น้ำตาล และน้ำมัน จึงเกิดความไม่พอใจของประชาชนต่อการรวมกลุ่มกันของผู้ขายสินค้าอุปโภค บริโภคดังกล่าว ซึ่งส่งผลให้สินค้าอุปโภค บริโภคมีราคาสูงขึ้นมาก ทั้งยังมีแนวโน้มจะลุกลามไปยังสินค้าอื่น ๆ รัฐบาลสหรัฐอเมริกา จึงได้บัญญัติ The Sherman Act 1980 ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือเพื่อเป็นเครื่องมือในการต่อต้านการรวมตัวกันทางธุรกิจที่มีการผูกขาดทางการค้า และมีการจำกัดการค้าอย่างเสรี³³⁹

The Sherman Act 1980 ได้กลายเป็นแม่แบบของกฎหมายแข่งขันทางการค้าย่อย ๆ อีกหลายฉบับ เช่น The Clayton Act, The Robinson-Patman Act, และ the Federal Trade Commission Act เป็นต้น เพื่อกำหนดลักษณะการดำเนินธุรกิจที่ต้องห้ามตลอดจนรายละเอียดในเรื่องอื่น ๆ ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งรวมเรียกกฎหมายเหล่านั้นว่า Antitrust Law

³³⁸ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาสาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, ฉบับที่ 1 (ศึกษาด้านกฎหมาย) (กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์, 2542).หน้า 2.

³³⁹ จิตรติกาล สุริยะ, "ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า." หน้า 47.

บทบัญญัติ The Clayton Act ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อขยายเป้าหมายไปสู่การยับยั้งการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมด้วย กล่าวคือ The Clayton Act ได้ขยายรายละเอียดของการประกอบธุรกิจการค้าโดยมิชอบ เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถรู้ได้และคาดได้ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำฝ่าฝืนต่อกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายให้ใช้ได้กับการรวมตัวทุกรูปแบบที่มีการพัฒนารูปแบบของการจำกัดทางการค้าหรือพฤติกรรมที่เป็นการผูกขาด ซึ่งมีลักษณะพิเศษ 4 รูปแบบ³⁴⁰ ได้แก่

- (1) การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (Price Discrimination)
- (2) การบังคับให้ติดต่อธุรกิจเฉพาะกับตน (Exclusive Dealing)
- (3) การควบรวมกิจการ (Acquisition of Competing Companies)
- (4) การรวมอำนาจบริหารจัดการ (Interlocking Directorates)

The Clayton Act เป็นบทบัญญัติที่ได้วางแนวทางเกี่ยวกับรูปแบบการประกอบธุรกิจ การค้าโดยมิชอบที่กฎหมายเล็งเห็นว่ารูปแบบพฤติกรรมดังกล่าว อาจก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดได้ แม้ว่าพฤติกรรมทั้ง 4 รูปแบบ จะมีได้เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse Dominance) ซึ่งจะเป็นความผิดในตัวเอง (Per Se Rule) เพราะมีผลร้ายต่อกระบวนการแข่งขัน หากแต่เป็นพฤติกรรมที่จัดว่าเป็นขั้นตอนหรือวิธีการหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจบางประการที่จะทำให้บรรลุถึงผลประโยชน์ของธุรกิจตนโดยมิชอบ ฉะนั้นในการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดหรือไม่ จึงต้องพิจารณาถึงระดับของผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำว่าเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมาก หรือมีแนวโน้มว่าจะเป็นการสร้างการผูกขาดในระดับการค้าใดการค้าหนึ่งหรือไม่³⁴¹

The Clayton Act นี้ มุ่งหมายที่เข้าไปควบคุมพฤติกรรมทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ การค้าที่กระทำการบางอย่างอันเป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้ประกอบการอื่นจนได้รับความเสียหายในระดับที่ The Clayton Act บัญญัติควบคุมอยู่โดยได้เน้นถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับกระบวนการแข่งขัน ซึ่งนั่นย่อมเป็นการรวมเอาความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผู้ประกอบการรายที่ถูกกระทำไปในตัว ทั้งนี้ เพราะเมื่อการกระทำความผิดทั้ง 4 รูปแบบ เกิดผลเสียหายต่อกระบวนการแข่งขันแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดเดียวกันนั้นย่อมถูกระทบไปด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ฉะนั้น เมื่อความเสียหายของผู้ประกอบธุรกิจถูกรวมอยู่ในความเสียหายของระบบตลาดแล้ว จึงอนุมานได้ว่า The Clayton Act นี้ มีบทบัญญัติส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการ

³⁴⁰ ขจีรัตน์ คทวนิชกุล, "กรณีศึกษาและวิเคราะห์ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่า ด้วยแนวทางการพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการค้าส่งค้าปลีกกับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย พ.ศ. 2549 สารนิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ".หน้า 62.

³⁴¹ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาสาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, ฉบับที่ 1 (ศึกษาด้านกฎหมาย).หน้า 5

ปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมด้วย แต่ในทางกลับกัน หากการกระทำดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่สร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นกับกระบวนการแข่งขัน เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายเท่านั้น พฤติกรรมเช่นนี้ย่อมไม่ถือเป็นความผิด ทั้งนี้ เพราะเจตนารมณ์แรกเริ่มเดิมทีของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา (The Sherman Act) เน้นที่การรักษากระบวนการแข่งขันให้มีประสิทธิภาพมากกว่าที่จะปกป้องผู้ประกอบการรายย่อยที่ถูกกลั่นแกล้ง

หน่วยงานกำกับดูแลด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ได้แก่ แผนกการแข่งขันทางการค้า สังกัดกระทรวงยุติธรรม (The Antitrust Division of U.S. Department of Justice หรือ DoJ) และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (Federal Trade Commission หรือ FTC) และที่สำคัญ The Sherman Act ให้สิทธิเอกชนฟ้องร้องคดีได้โดยตรงในกรณีที่พบเห็นการผูกขาดหรือใช้อำนาจใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ต้องร้องเรียนผ่านหน่วยงานของรัฐ

ก. บทบัญญัติของกฎหมาย

บทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกัน อันมีผลเป็นการลดหรือจำกัดการแข่งขันอย่างเสรีของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมมิให้บรรดาผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในตลาดทำความตกลงร่วมกัน หรือกระทำการร่วมกัน หรือรวมตัวกันเพื่อยุติการแข่งขันระหว่างกัน อันเป็นการจำกัดทางการค้าบัญญัติอยู่ในมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act 104 ซึ่งวางหลักว่า บรรดาข้อตกลง ความร่วมมือ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบทรัสต์หรือรูปแบบอื่น หรือการสมคบคิดกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าระหว่างมลรัฐหรือกับรัฐต่างประเทศ ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบ

(1) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ

บุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา คือ บุคคลที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 แห่ง The Sherman Act 105 วางหลักไว้ว่า “บุคคล” (Person) หรือ “กลุ่มบุคคล” (Persons) ที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 1-7 แห่งบทบัญญัตินี้ ให้ความหมายรวมถึง นิติบุคคล (Corporations) และสมาคม (Association) ที่จัดตั้งขึ้นหรือได้รับอนุญาตให้จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา กฎหมายแห่งมลรัฐ และกฎหมายต่างประเทศ ผู้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา จึงอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดา นิติบุคคล และสมาคม ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเองหรือกฎหมายอื่น ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “ผู้ประกอบการ”

มาตรา 1 แห่ง Sherman Act มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน ทั้งในลักษณะที่เป็นข้อตกลง (Agreement) ความร่วมมือ (Combination) และการสมคบคิด (Conspiracy) ย่อมมีสาระสำคัญ คือ เป็นการตกลงระหว่างผู้ประกอบการ คือ จะต้องมีการผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป

มาเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด ทำให้สามารถเกิดการกระทำที่เป็น “การร่วมกัน” ขึ้น หากมีผู้ประกอบการเพียงรายเดียวยอมเป็นการกระทำฝ่ายเดียวไม่ครบองค์ประกอบตามมาตรา 1 แห่ง Sherman Act นี้ แต่อาจจะเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าในลักษณะอื่น เช่น ความผิดเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act³⁴² ได้

ข้อตกลง (Agreement) ความร่วมมือ (Combination) และการสมคบคิด (Conspiracy) ระหว่างผู้ประกอบการ ไม่ว่าจะเป็นการตกลงหรือการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในแนวนอน (Horizontal Restraint) ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่อยู่ในระดับเดียวกัน เช่น ผู้ผลิตกับผู้ผลิต หรือผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันในแนวตั้ง (Vertical Restraint) ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่อยู่คนละระดับในสายการผลิตเดียวกัน เช่น ผู้ผลิต ผู้ค้าส่ง และผู้ค้าปลีก

(2) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันอันมีลักษณะไม่สมเหตุสมผลเป็นการจำกัดการค้า อย่างเสรีระหว่างมลรัฐ

บทบัญญัติมาตรา 1 Sherman Act เป็นบทบัญญัติที่มีความหมายกว้าง ครอบคลุม พฤติกรรมการตกลงทั้งการตกลงในระดับเดียวกันหรือการตกลงต่างระดับกัน ซึ่งข้อตกลงความร่วมมือ หรือการสมคบคิดกัน อันจะเป็นความผิดตามมาตรา 1 แห่ง Sherman Act ได้ นั้น จะต้องก่อให้เกิดการจำกัดทางการค้า (Restraint of Trade of Commerce) ในระหว่างมลรัฐหรือรัฐต่างประเทศ (Interstate) กล่าวคือ ข้อตกลง ความร่วมมือ หรือการสมคบคิดกันนั้นจะต้องก่อให้เกิดการจำกัดทางการค้าระหว่างสองรัฐขึ้นไป หากจำกัดการค้าเกิดขึ้นในมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง ย่อมใช้กฎหมายของมลรัฐนั้นในการพิจารณา

ในการพิจารณาการกระทำหรือพฤติกรรมว่าเป็นการร่วมกันเพื่อจำกัดหรือลดการแข่งขันอันเป็นพฤติกรรมที่อาจฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่นั้น ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้ปรับใช้หลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason) โดยเป็นการใช้ในลักษณะที่ยอมรับว่าพฤติกรรมเช่นนั้นจะมีผลต่อการแข่งขันในตลาด เพียงว่าในสถานการณ์ (Circumstance) เช่นนั้นตามแต่ละคดี มีเงื่อนไขหรือเหตุผลบางประการทำให้ยอมรับการจำกัดการแข่งขันนั้นได้ โดยโจทก์มีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่จำกัดการค้าโดยไม่สมเหตุสมผล³⁴³

3) บทบัญญัติในการเรียกค่าเสียหาย

³⁴² U.S. Code § 2 - Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

³⁴³ Richard A. Givens and Thomas V. Vakerics, "Antitrust Basic," *Law Journal press* (n.d.),p.15.

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ได้มีบทบัญญัติให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายของธุรกิจหรือทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ได้มีสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายจำนวนสามเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (Treble Damages) ค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี รวมทั้งค่าทนายความตามมาตรา 4 แห่ง Clayton Act³⁴⁴

ค่าเสียหายธรรมดา (Single Damage หรือ Actual Loss) จะไม่มีผลเป็นการยับยั้ง หรือป้องปรามการกระทำผิด ในเบื้องต้นยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่า การกระทำที่เปิดเผย เช่น การรวมธุรกิจ กิจการร่วมค้า การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจ ศาลจะพิพากษาให้ผู้เสียหายได้รับค่าชดเชยตามความเป็นจริงที่พิสูจน์ได้ (Single Damage) ส่วนการกระทำที่ไม่เป็นการเปิดเผยศาลจะพิพากษาพิจารณาเรื่องค่าเสียหายเป็นสามเท่าของความเสียหายที่แท้จริง แต่หากกำหนดเช่นนี้ จะเป็นแรงจูงใจให้ผู้กระทำความผิดโดยไม่เปิดเผย พยายามเบี่ยงเบนการกระทำของตนให้เป็นการกระทำที่เปิดเผยแทน

ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาให้ความเห็นว่า การชดเชยเยียวยาความเสียหาย และการป้องปราม มิให้กระทำความผิด เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายในกรณีที่ให้สิทธิเอกชนฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจำนวนสามเท่า โดยวิธีการบังคับให้ชดเชยค่าเสียหายแล้วนำมาคูณสาม เนื่องจากหากบังคับคดีให้ชดเชยค่าเสียหาย เพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหายตามความเป็นจริง อาจไม่คุ้มกับความเสียหายที่ได้รับ เนื่องจากการดำเนินคดีและการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำมาพิสูจน์ในคดีมีค่าใช้จ่ายสูง ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายพิสูจน์ได้นั้น จึงเป็นทั้งการชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้า เป็นการป้องปรามที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ ถือเป็นรางวัลและส่งเสริมให้เอกชนนำคดีมาสู่ศาล³⁴⁵

ข. การบังคับใช้กฎหมาย

การบริหารและการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่ โดยแบ่งเป็น 2 หน่วยงาน³⁴⁶ คือ แผนกป้องกันการผูกขาดของกระทรวงยุติธรรมและคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลางหรือคณะกรรมการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) นอกจากนั้น กฎหมายป้องกันการผูกขาดยังได้กำหนดเครื่องมือในการบังคับใช้

³⁴⁴ Clayton Act. Section 4 Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue *** and shall recover three-fold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.

³⁴⁵ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, ed. 6th (New York: Aspen, 2005).p.335.

³⁴⁶ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาสาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, ฉบับที่ 1 (ศึกษาด้านกฎหมาย). หน้า 22.

กฎหมายป้องกันการผูกขาด อีกประเภทหนึ่งก็คือว่ามีส่วนในการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ คือ การกำหนดให้สิทธิเอกชนฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายได้สามเท่า พร้อมทั้งค่าดำเนินคดีและค่าใช้จ่ายด้วย

ทั้งนี้ Sherman Act 1890 ประกอบด้วยข้อกฎหมายที่สำคัญคือ

1) ห้ามมิให้ธุรกิจมีการร่วมกันจำกัดการแข่งขันของตลาด ในมาตรา 1 Sherman Act 1890³⁴⁷ 2) ห้ามมิให้ธุรกิจทำการผูกขาดและใช้อำนาจผูกขาดนั้นในการจำกัดการแข่งขัน ในมาตรา 2 Sherman Act 1890³⁴⁸ โดยเมื่อมีการตราและบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าตาม Sherman Act 1890 ได้มีการบังคับใช้กฎหมายกับบริษัท สแตนดาร์ดออยล์ (Standard Oil Company) ซึ่งกลายเป็นคดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่สำคัญในประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดี Standard Oil Co. of New Jersey v United States 1911 ศาลได้พิจารณาร่างกระทำของบริษัท สแตนดาร์ดออยล์กับ Sherman Act แล้วพบว่าบริษัทสแตนดาร์ดออยล์ได้ทำการผูกขาดตลาดค่าน้ำมันและทำพฤติกรรมทางธุรกิจต่าง ๆ อันนำไปสู่การจำกัดการแข่งขันของตลาดซึ่งถือว่ามี ความผิดตาม Sherman Act ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในครั้งนี้ถือเป็นการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อจัดการกับการผูกขาดตลาดและการใช้อำนาจผูกขาดนั้นจำกัดการแข่งขันซึ่งจะส่งผลเสียต่อเศรษฐกิจและต่อผู้บริโภคในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีก 3 ฉบับ คือ

1) Clayton Act 1914

2) Robinson-Patman Act 1936 และ

3) Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 โดย Clayton Act 1914 เป็นการปรับ Sherman Act 1890 ที่มีพัฒนาจากคำพิพากษาและเป็นการถอด

³⁴⁷ "Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court."

³⁴⁸ "Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court."

หลักการของคำพิพากษามาเป็นตัวบทกฎหมายเพื่อสนับสนุนการแข่งขันในตลาดและสร้างข้อกำหนดมิให้มีการใช้อำนาจผูกขาด

ซึ่ง Clayton Act 1914³⁴⁹ มีข้อห้ามการเลือกปฏิบัติด้านราคา (Price Discrimination) การกำหนดราคาตลาด (Price Fixing) การทำสัญญาการขายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Sale Contract) ในส่วนของ Robinson-Patman Act 1936 ได้มีการกำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติด้านราคา (Price Discrimination) ที่เน้นไปที่การคุ้มครองธุรกิจขนาดเล็กจากธุรกิจที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจในตลาด ซึ่งการตรา Robinson-Patman Act 1936 เป็นการปรับแก้ไข Clayton Act 1914 เพื่อให้มีเครื่องมือทางกฎหมายสำหรับการจัดการกับการเลือกปฏิบัติด้านราคาซึ่งมีความสลับซับซ้อนในการดำเนินการทางธุรกิจ โดยไม่ได้ยกเว้นรัฐวิสาหกิจแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการปรับปรุงกฎหมายแอนโทรทรัสต์ โดยการตรา Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 ซึ่งใช้เป็นเครื่องมือกำหนดให้ธุรกิจหากจะมีการรวมกันหรือเข้าควบคุมกิจการจะต้องมีการแจ้งและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการค้า (Us Federal Trade Commission) ก่อน ซึ่งคณะกรรมการการค้ามีหน้าที่สำคัญในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือแอนโทรทรัสต์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับรัฐวิสาหกิจเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันนำรับการแข่งขันในตลาด ซึ่งโดยปกติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะปรับใช้แก่รัฐวิสาหกิจที่ดำเนินการด้านสาธารณูปโภคและคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา และสำนักงานยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาสสามารถปรับใช้กฎหมายแก่รัฐวิสาหกิจได้ โดยกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ยกเว้นการบังคับแก่รัฐวิสาหกิจ แต่เนื่องจากโครงสร้างตลาดแบบทุนนิยมของสหรัฐอเมริกาจึงทำให้มีรัฐวิสาหกิจในจำนวนที่น้อยมาก โดยโครงสร้างเศรษฐกิจ และกิจการสาธารณูปโภค ล้วนดำเนินการโดยเอกชน โดยรัฐวิสาหกิจของสหรัฐอเมริกา เช่น การไปรษณีย์ The United States Postal Service (USPS หรือที่เรียกว่า Post Office , US Mail หรือPostal Service) เป็นหน่วยงานอิสระของฝ่ายบริหารของรัฐบาลกลางสหรัฐที่รับผิดชอบในการให้บริการไปรษณีย์ในสหรัฐอเมริการวมถึงพื้นที่โดดเดี่ยวและเกี่ยวของรัฐ มันเป็นหนึ่งในหน่วยงานของรัฐไม่กี่ที่ที่ได้รับอนุญาตอย่างชัดเจนโดยรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยข้อมูล ปี 2019 มีพนักงานประจำ 469,934 คนและพนักงานที่ไม่ใช่อาชีพ 136,174 คน บริการไปรษณีย์มีหน้าที่ตามกฎหมายในการให้บริการชาวอเมริกันทุกคน โดยไม่คำนึงถึงภูมิศาสตร์ ในราคาและคุณภาพที่สม่ำเสมอ ที่ทำการไปรษณีย์มีสิทธิ์พิเศษไปยังกล่องจดหมายระบุว่า "จดหมายสหรัฐฯ" และ letterboxes ส่วนบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มีการแข่งขันกับ

³⁴⁹ The Clayton Antitrust Act of 1914, codified at 15 U.S.C. p.12-27.

เอกชนส่งมอบแพคเกจบริการ เช่น ยูไนเต็ดพาร์เซลเซอร์วิส เฟดเอ็กซ์และเอเมซอน³⁵⁰ ซึ่งแตกต่าง
บริบทของไปรษณีย์ประเทศไทย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า
กับรัฐวิสาหกิจเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันสำหรับการแข่งขันในตลาด³⁵¹ ซึ่งโดยปกติกฎหมายแข่งขัน
ทางการค้าจะปรับใช้แก่รัฐวิสาหกิจที่ดำเนินการด้านสาธารณูปโภคและคณะกรรมการการแข่งขันทาง
การค้าที่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา (FTC) และสำนักงานยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาสามารถปรับใช้
กฎหมาย Sherman Antitrust Act, Robinson-Patman Act และ Clayton Act แก่รัฐวิสาหกิจได้
ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีการพัฒนากฎหมาย
การแข่งขันทางการค้าอย่างต่อเนื่องและมีการใช้หลักการจากคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย
การแข่งขันทางการค้าซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นต้นแบบ
สำคัญสำหรับหลายๆ ประเทศในการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าและไม่ได้มีการยกเว้น
รัฐวิสาหกิจในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ค. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาเพื่อลดหรือ จำกัดการแข่งขัน

(1) คดี United States v. Socony - Vacuum Oil Co.

คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า บริษัท Socony-Vacuum Oil Co. และบริษัท
น้ำมันขนาดใหญ่ที่มีการผลิตน้ำมันที่ครบวงจร (Integrated) อีกรหลายบริษัท (จำเลย) ขายน้ำมันแก๊ส
โซลีนให้กับผู้ค้าและผู้ค้าส่งขายต่อให้ปั้มน้ำมัน ราคาที่ซื้อขายกันคือราคาที่ซื้อขายกันทันที (The
spot market price) บรรดาบริษัทต่าง ๆ พยายามจำกัดการผลิตน้ำมัน แต่มีการลักลอบการผลิตโดย
ผิดกฎหมายเป็นปริมาณมาก ทำให้ราคาน้ำมันในตลาดตกต่ำมาก ดังนั้น บริษัทผู้ค้าน้ำมันอิสระ
จำเป็นต้องขายน้ำมันทันทีที่ผลิตได้ในราคาที่ตกต่ำมาก บรรดาบริษัทจำเลยทั้งหลายจึงได้ทำความตกลง
กันว่าจะให้บริษัทใดซื้อน้ำมันจากผู้ค้าน้ำมันอิสระมาเก็บสต็อกไว้เพื่อไม่ให้น้ำมันออกสู่ท้องตลาด
มากเกินไป กรรมการต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมฟ้องบริษัทจำเลยข้อหากระทำผิดตาม
มาตรา 1 ของกฎหมาย Sherman Act ศาลชั้นต้นสั่งให้คณะลูกขุนทราบว่าการร่วมกันกำหนดราคา
สินค้าเป็นความผิดในตัวเอง โดยไม่ต้องคำนึงว่าราคาที่ร่วมกันกำหนดนั้นเป็นราคาที่พอสมควรหรือไม่
แต่ศาลจะพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อคณะลูกขุนเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัย
(If the Juny Found, Beyond Reasonable Doubt) ว่าราคาที่สูงขึ้นนั้นเกิดจากปัจจัยหลาย ๆ
ปัจจัย รวมกันไม่เฉพาะปัจจัยที่ร่วมกันกำหนดราคาเท่านั้น ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาของศาล

³⁵⁰ บริการไปรษณีย์ของสหรัฐอเมริกา, 25 มกราคม 2565. [ออนไลน์] https://hmongin.th.wiki/United_States_Post_Office.

³⁵¹ David E. M. Sappington and J. Gregory Sidak, "Competition Law for State-Owned Enterprises,"
Antitrust Law Journal (2003).p.481.

ขั้นต้น ในประเด็นนี้และมีคำสั่งให้มีการตัดสินประเด็นข้อเท็จจริงโดยคณะลูกขุนอีก (A New Trial) ศาลอุทธรณ์ให้ความเห็นว่ากรณีที่สินค้าขึ้นราคาโดยปัจจัยหลายปัจจัยรวมกันไม่ทำให้พฤติกรรมของจำเลยเป็นความผิดในตัวเอง ดังนั้น คณะลูกขุนต้องตัดสินว่าพฤติกรรมของจำเลยส่งเสริมการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขัน

ประเด็นกฎหมายในคดีนี้มีว่า หากการร่วมกันกำหนดราคาน้ำมันเกิดจากวัตถุประสงค์ของจำเลยที่ต้องการเพียงพยุงราคาน้ำมันให้มีเสถียรภาพ (To Stabilize The Price) จะมีผลต่อการตีความมาตรา 1 หรือไม่

ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาว่า การที่ผู้ประกอบการร่วมกันกำหนดราคาในแนวนอนถือเป็นความผิดในตัวเอง (Illegal Per Se) โดยไม่ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์เบื้องหลังการกระทำของจำเลย โดยให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาศาลฎีกาไว้ดังนี้

(1.1) จากคำพิพากษาคดี Trenton Potteries ศาลได้วางบรรทัดฐานว่าการประกอบธุรกิจ ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดแล้วค่อนข้างมาก (A Substantial Part of An Industry) ร่วมกันกำหนดราคา ก็ถือว่ามีพฤติกรรมการแข่งขันโดยมิชอบ โดยไม่ต้องคำนึงว่าจำเลยมีวัตถุประสงค์ที่ดีหรือไม่ หรือราคาที่ร่วมกันกำหนดเป็นราคาที่พอสมควรหรือไม่หรือใช้วิธีการอย่างไรในการร่วมกันกำหนดราคา การร่วมกันกำหนดราคาของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันถือว่าเป็นความผิดในตัวเอง (Illegal Per Se)

(1.2) จำเลยอ้างคำพิพากษาในคดี Appalachian Coals และ คดี Chicago Board of trade ศาลฎีกาเห็นว่าคดี Appalachian Coals นั้นมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยไม่มีแผนที่จะร่วมกันกำหนด ราคาก่อนหน้าแต่การที่พฤติกรรมของจำเลยมีผลต่อราคาก่อนหน้าเพราะเกิดจากความบังเอิญ (Conjectural) เพราะไม่มีการดำเนินตามแผนและศาลชั้นต้นยังมีอำนาจที่จะสั่งเกี่ยวกับแผนได้ หากแผนดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน ส่วนคดี Chicago Board of trade ไม่มีข้อเท็จจริงใดที่แสดงให้เห็นว่า มีการแทรกแซงกลไกตลาดและไม่มีเป้าหมายและผลในการทำให้ระบบราคาสูงขึ้นเลยเป็นเพียงการควบคุมระยะเวลาการกำหนดราคาเท่านั้น

(1.3) จำเลยอ้างคำพิพากษาในคดี Trenton Potteries มีการตกลงกันให้สมาชิกที่มีอำนาจตลาด จำกัดการทำงานของการแข่งขันได้ แต่ในคดีนี้จำเลยเพียงแต่ซื้อน้ำมันในตลาดตามราคาตลาดเท่านั้น และมีเป้าหมายเพื่อกำจัดความชั่วร้ายของการแข่งขัน (Competition Evil) จำเลยยังต่อสู้ดีกว่าจำเลยทั้งหมดรวมกันก็ไม่มีอำนาจมากพอที่จะกำหนดราคาน้ำมันในตลาดได้ แต่ศาลเห็นว่าหลักฐานที่เชื่อได้ว่าจำเลยตั้งใจจะพยุงราคาน้ำมันให้สูงขึ้นและสามารถทำได้จริง ศาลจึงเชื่อว่า โครงการซื้อน้ำมันของจำเลยสามารถพยุงราคาน้ำมันให้สูงขึ้นได้ และไม่จำเป็นว่า การขาย ณ ราคาตลาดในขณะนั้น (Spot Market Sale) ยังมีการแข่งขันอยู่เพราะการซื้อน้ำมันของจำเลยได้จำกัด การแข่งขันในตลาดแล้ว

(1.4) การจำกัดความชั่วร้ายของการแข่งขัน ไม่ได้เป็นข้ออ้างว่าตนไม่ได้กระทำผิดกฎหมาย The Sherman Act หากจำเลยอ้างเช่นนั้นได้ กฎหมาย The Sherman Act ก็จะไม่มีความหมาย เพราะ The Sherman Act ไม่ได้มีเป้าหมายเฉพาะแต่เพียงการจำกัดการผูกขาดเท่านั้น แต่หมายถึงพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการที่เข้าไปแทรกแซงกลไกตลาดแม้ว่าจำเลยในคดีนี้จะไม่มีอำนาจเพียงพอในการควบคุมตลาด แต่การที่มีพฤติกรรมพองราคาน้ำมันก็เพียงพอแล้วที่จะถือได้ว่าเป็นการร่วมกันเข้าไปแทรกแซงกลไกตลาด (They Tampered with Price Structures) และถึงแม้ว่าราคาที่จำเลยซื้อน้ำมันจะเป็นราคาที่ปรับเปลี่ยนไปตามราคาตลาดแต่เป็นราคาที่แน่นอน (Fixed Price) เพราะถือว่าเป็นราคาที่ถูกร่วมกันโดยจำเลย³⁵²

4.1.2.2 ประเทศออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลียเป็นประเทศที่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพ และมีพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันเรื่อยมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และมีการใช้มาตรการทางกฎหมาย เพื่อแก้ไขปัญหาการผูกขาดของผู้ประกอบธุรกิจ โดยประเทศไทยได้รับเอาหลักการบางส่วนของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลียมาบัญญัติในกฎหมายไทยด้วย ดังนั้น การศึกษาถึงรายละเอียดของกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียจึงเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เพื่อจะได้นำมาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

เครือรัฐออสเตรเลียได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าเป็นฉบับแรก เมื่อปี ค.ศ. 1906 มีชื่อว่า Australian Industries Preservation Act กฎหมายฉบับนี้บัญญัติให้บุคคลใด ตกลงทำสัญญาหรือรวมตัวกันหรือสมคบกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือพาณิชย์กรรม หากฝ่าฝืนจะถูกลงโทษทางอาญา คือ จำคุกหรือปรับ และให้สิทธิแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย อันเนื่องจากการกระทำดังกล่าวเรียกค่าเสียหายได้ถึงสามเท่า โดยการตรากฎหมายฉบับนี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา แต่มีปัญหาในการบังคับใช้เป็นอย่างมากในช่วงต้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1965 จึงได้มีการตรากฎหมายใหม่ขึ้นมา ชื่อ The Trade Practices Act (TPA) เป็นกฎหมายที่ให้แนวทางแก้ปัญหาผูกขาดตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการรักษาไว้ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและการพาณิชย์กรรมของเครือรัฐออสเตรเลีย กฎหมายฉบับนี้ ได้มีหลักการในการควบคุมการผูกขาดและปฏิบัติอันเป็นการจำกัดทางการค้า โดยการเข้าควบคุมเป็นรายกรณี ซึ่งมีหลักว่ากฎหมายจะไม่ห้ามบรรดาผู้ประกอบการทั้งหลายที่จะทำความตกลงกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือธุรกิจ แต่ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะต้องแจ้งถึงข้อตกลงดังกล่าวให้ทางราชการทราบเพื่อขึ้นทะเบียนไว้ หากทาง

³⁵² ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 146.

ราชการตรวจพบภายหลังว่า การตกลงดังกล่าวก่อให้เกิดผลอันเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวมแล้ว ก็จะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย³⁵³

The Trade Practices Act (TPA) เป็นกฎหมายที่ใช้แนวทางการแก้ปัญหาการผูกขาดตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันทางการค้าและการพาณิชย์กรรมของเครือรัฐออสเตรเลียโดยมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ

(1) เพื่อทำให้เกิดการแข่งขันที่เข้มแข็งของวิสาหกิจเอกชนในหลายระดับของการผลิตและการจำหน่ายสินค้าอุตสาหกรรมและในสินค้าเพื่อบริโภคและบริการ

(2) เพื่อทำให้สถานะของผู้บริโภคมีความเข้มแข็งต่อบรรดาผู้ผลิตและผู้จำหน่ายเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคและเพื่อประโยชน์ต่อกระบวนการแข่งขัน เพราะผู้ผลิตและผู้จำหน่าย จะทำการแข่งขันในด้านราคาและคุณภาพมากขึ้น

ต่อมาในปี ค.ศ. 2010 มีการออกกฎหมายฉบับใหม่ คือ The Competition and Consumer Act 2010 โดยเป็นการรวบรวมกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เข้าด้วยกัน

ก. บทบัญญัติของกฎหมาย

พฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขัน (Anti-competitive Practices) ที่ถือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลีย บัญญัติอยู่ในหมวด 4 ของ The Competition and Consumer Act 2010 ได้บัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขันครอบคลุมการกระทำ ดังต่อไปนี้

(1) การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

บัญญัติไว้โดยเฉพาะในส่วนที่ 1 ของหมวดที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 44ZZRA-44ZZRV โดยห้ามการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การร่วมกันกำหนดราคาหารร่วมกันประมูล การแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจ และการจำกัดปริมาณผลผลิตของสินค้า เป็นต้น

มาตรา 44ZZRA วางหลักว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันจะต้องไม่กระทำการ หรือก่อให้เกิดผลกระทบในรูปแบบของการทำสัญญาระหว่างกัน หรือดำเนินการร่วมกัน หรือ ทำความเข้าใจระหว่างกัน ที่เป็นการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน โดยมีรูปแบบ ดังนี้

ก) กำหนดราคา หรือ

ข) จำกัดปริมาณผลผลิต หรือ

³⁵³ ผกาวิรี ผาติเวชย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน และระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย." หน้า 165-166.

ค) การแบ่งส่วนลูกค้า ตัวแทนจำหน่ายหรือพื้นที่การประกอบธุรกิจ หรือ

ง) การร่วมมือกันในการเสนอประมูล ซึ่งเป็นการกระทำโดยผู้ที่เป็น หรือมีแนวโน้มจะเป็นผู้แข่งขันกัน

ความหมายของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 44ZZRD ซึ่งมีลักษณะ คือ

(1) การกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันโดยการทำสัญญา การ ดำเนินการร่วมกัน หรือ ทำความเข้าใจระหว่างกัน จะเป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน เมื่อ

(1.1) ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่อไปนี้ทั้งหมด

(ก) เงื่อนไขของเป้าหมายหรือผลกระทบเป็นตามที่ระบุใน ข้อ (2)

(ข) เงื่อนไขของเป้าหมายเป็นไปตามที่ระบุในข้อ (3) และ (1.2) ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของการแข่งขันที่ระบุในข้อ (4)

(2) การกระทำจะเป็นไปตามเงื่อนไขของเป้าหมายหรือผลกระทบต่อเมื่อการกระทำนั้นมีเป้าหมายหรือมีแนวโน้มที่จะมีผลกระทบ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อการ กำหนด ควบคุม รักษา หรือ จัดให้มีการกำหนด ควบคุม หรือรักษา สำหรับราคา ส่วนลด ส่วนแบ่ง เงินคืน หรือสินเชื่อที่เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่จัดให้มีขึ้น หรือมีแนวโน้มว่าจะจัดให้มีขึ้น โดย ผู้เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือสินค้าหรือบริการที่ได้รับ หรือมีแนวโน้มว่าจะรับจากผู้เข้าร่วมทำสัญญาการดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจ ระหว่างกัน หรือ

(3) การกระทำที่จะเป็นไปตามเงื่อนไขของเป้าหมาย คือ การกระทำที่มี เป้าหมาย โดยตรงหรือโดยอ้อม และการแบ่งสรรระหว่างบุคคลใดก็ตามที่เข้าร่วมสัญญา การ ดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน รวมถึงการยืนยันว่าเมื่อมีการประมูลที่เกี่ยวกับการ จัดหาหรือการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการแล้ว

(4) การกระทำที่จะเป็นไปตามเงื่อนไขของการแข่งขัน คือ ผู้เข้าร่วม อย่างน้อย 2 ราย ในการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือการทำความเข้าใจระหว่างกัน กล่าวคือ ได้กระทำหรือมีแนวโน้มว่าจะกระทำหรือในการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือการทำความ เข้าใจระหว่างกันมีการแข่งขันแต่ละรายการกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันใน ลักษณะข้างต้นนี้ ผู้กระทำอาจจะต้องรับผิดชอบทั้งในทางแพ่งและทางอาญาตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย³⁵⁴

³⁵⁴ 44ZZRD Cartel provisions

(2) การตกลงในลักษณะต่าง ๆ ของผู้ประกอบการอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (Contracts, arrangements or understandings that restrict dealings or affect competition)

พฤติกรรมการตกลงข้างต้น ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 45 โดยห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการร่วมกันในรูปแบบของการทำสัญญาระหว่างกัน (Contracts) หรือดำเนินการร่วมกัน (Arrangements) หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน (Understandings) โดยมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบ ทำให้การแข่งขันลดลงเป็นอย่างมาก (Substantially lessen Competition) หรือเพื่อจำกัดหรือปฏิเสธการติดต่อทางธุรกิจกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ (Exclusionary Provisions) ซึ่งบทบัญญัติในมาตรานี้เป็นการวางหลักที่มีความหมายอย่างกว้าง ครอบคลุมถึงการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือการทำความเข้าใจระหว่างกันในเรื่องใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก หรือที่เป็นการปฏิเสธการติดต่อทางธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่น

(3) ข้อตกลงที่กระทบต่อการแข่งขัน (Covenants Affecting Competition) บัญญัติ อยู่ใน มาตรา 45A วางหลักว่า ห้ามมิให้ผู้ประกอบกิจการทำความตกลงร่วมกัน (Arrangements) หรือทำความเข้าใจในระหว่างกัน (Understandings) เพื่อกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือเพื่อควบคุมราคาของสินค้าหรือบริการ เช่น ร่วมกันกวดราคา หรือบีบราคาสินค้า เป็นต้น มาตรา 45B วางหลักว่า ข้อตกลงที่เป็นการให้สิทธิหรือประโยชน์ หรือกำหนด

(c) ensuring that in the event of a request for bids in relation to the supply or acquisition of goods or services:

(i) one or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but one or more other parties do not; or

(ii) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but at least 2 of them do so on the basis that one of those bids is more likely to be successful than the others; or

(iii) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but not all of those parties proceed with their bids until the suspension or finalisation of the request for bids process; or

(iv) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid and proceed with their bids, but at least 2 of them proceed with their bids on the basis that one of those bids is more likely to be successful than the others; or

(v) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but a material component of at least one of those bids is worked out in accordance with the contract, arrangement or understanding.

(4) The competition condition is satisfied if at least 2 of the parties to the contract, arrangement or understanding:

(a) are or are likely to be; or

(b) but for any contract, arrangement or understanding, would be or would be likely to be; in competition with each other.

สิทธิหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจ จะไม่มีผลบังคับหากมีผลกระทบทำให้การแข่งขันลดลงเป็นอย่างมาก

(4) การกำหนดราคาขายปลีก (Resale price maintenance)

ในมาตรา 48 บัญญัติห้ามมิให้ใช้วิธีการกำหนดราคาขายปลีก โดยห้ามกำหนดราคาที่ต่ำจนเกินไปทำให้ผู้ค้าปลีกไม่สามารถประกอบธุรกิจได้ เนื่องจากหากมีการกำหนดราคาขายปลีกขั้นต่ำไว้แล้ว จะเป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคาในตลาด รวมถึงเป็นการรักษาระดับราคาที่สูงเอาไว้ด้วย

ทั้งนี้ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าในบางรูปแบบมีข้อยกเว้นให้สามารถกระทำได้หากเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลีย บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าและมีความเชื่อว่าการแข่งขันจะนำไปสู่การมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและเพิ่มพูนความเป็นอยู่ของผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี การสนับสนุนการแข่งขันทางการค้าแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้เกิดผลดีต่อผู้บริโภค กฎหมายจึงต้องมีการกำหนดข้อยกเว้นเอาไว้ ซึ่งใน The Competition and Consumer Act 2010 ได้มีการบัญญัติถึงข้อยกเว้นสำหรับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันไว้ 2 รูปแบบ ได้แก่ การขออนุญาต (Authorization) และการมีหนังสือแจ้ง (Notification) โดยอำนาจพิจารณาอนุญาต และรับแจ้งเป็นของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค (ACCC) ของเครือรัฐออสเตรเลีย

ข. การบังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลียมีเจตนารมณ์ให้ผู้ประกอบธุรกิจ แข่งขันกันอย่างเป็นธรรม ผู้ประกอบธุรกิจสามารถตัดสินใจทางธุรกิจได้ด้วยตนเองโดยไม่ถูกเงื่อนไขบังคับจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น รวมถึงให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติอย่างเป็นธรรม

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลีย มีทั้งโทษทางแพ่งและทางอาญา ดังนั้น ผู้กระทำผิดอาจต้องถูกดำเนินการทั้งทางแพ่งและทางอาญาคู่ขนานกันไป หรือถูกดำเนินคดีอย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ องค์การที่ใช้บังคับกฎหมายมี 2 องค์การ ได้แก่ คณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) เป็นองค์กรอิสระ ซึ่งมีบทบาทในการคุ้มครองผู้บริโภค กำกับดูแลการแข่งขัน ส่งเสริมความเป็นธรรมในธุรกิจ รวมถึงการนำคดีขึ้นสู่ศาล และสำนักงานอัยการสูงสุด (Commonwealth Director of Public Prosecutions: CDPP) โดยทางสำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่ดำเนินคดีอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการตกลงร่วมกัน เพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค มีหน้าที่รับผิดชอบในการค้าหากการกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและรวบรวมหลักฐาน และระบุถึงพฤติกรรม

ร้ายแรง เพื่อส่งให้สำนักอัยการสูงสุดดำเนินคดีอาญา โดยอำนาจในการดำเนินคดีแพ่งก็ตกแก่ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค

ในประเทศออสเตรเลีย รัฐวิสาหกิจตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดกำหนดเป้าหมาย แข่งขันทางการค้า Trade Practices Act 1974 (TPA) (renamed the Competition and Consumer Act 2010)³⁵⁵ โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (ACCC) สามารถที่จะใช้ กฎหมายแข่งขันทางการค้าในการที่จะจัดการกับการกระทำที่เป็นอำนาจเหนือตลาด หรือการร่วมฮั้ว กันในตลาดระหว่างรัฐวิสาหกิจกับเอกชนที่ส่งผลต่อการแข่งขันทางการค้าในตลาด³⁵⁶ นอกจากนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังสามารถที่จะบังคับใช้ National Access Regime ภายใต้ Trade Practices Act 1974, Part IIIA เพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมแก่ธุรกิจภาค สาธารณูปโภค³⁵⁷

คำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาเพื่อลดหรือจำกัด การแข่งขัน

(1) คดี Marine Hose Cartel³⁵⁸

คดีนี้มีการตกลงร่วมกันกำหนดราคา รวมทั้งกันประมูล และแบ่งเขต ตลาดระหว่างบริษัทต่างประเทศที่เป็นผู้จัดจำหน่ายอย่างที่ใช้ส่งน้ำมันและก๊าซจากแหล่งผลิตไปยังเรือ บรรทุกน้ำมันนอกชายฝั่งทะเล ซึ่งบริษัทที่เกี่ยวข้องรวมทั้งสิ้น 4 บริษัท ได้ร่วมกันแบ่งงานและรวมหัว กันประมูลในแต่ละงานโดยบริษัทเหล่านี้ใช้รหัสลับเรียกขานระหว่างกันเพื่อปิดบังการกระทำของ ตนเอง ในคดีนี้การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในระดับนานาชาติ และการประมูลครั้งสำคัญได้ จัดขึ้นในต่างประเทศ แต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลมีขึ้นได้ในเครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งได้รับ ผลกระทบจากการร่วมกันตกลงครั้งนี้ หลังจากมีการดำเนินคดีจากองค์กรแข่งขันทางการค้าของ สหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่นแล้ว ในปี ค.ศ. 2010 ศาลยุติธรรมแห่งเครือรัฐ ออสเตรเลียได้มีคำสั่งให้บริษัทที่ร่วมกันกระทำความผิดห้ามทำผิดซ้ำอีก และลงโทษปรับ เป็นจำนวน 8,000,000 เหรียญสหรัฐ

(2) คดี Power Transformers Cartel³⁵⁹

³⁵⁵ พรชัย วิสุทธิศักดิ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า, ed. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564). หน้า 255.

³⁵⁶ Trade Practices Act 1974 was renamed the Competition and Consumer Act 2010, effective 1 January 2011. This name change does not have any impact on the numbering or content of the competition provisions in the Act.

³⁵⁷ Trade Practices Act 1974, Part IIIA

³⁵⁸ ผกาวิรี ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน และระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะ นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย." หน้า 165-166.

³⁵⁹ Ibid. 165-166

ผู้ผลิตและผู้จำหน่ายหม้อแปลงไฟฟ้ารายใหญ่ของเครือรัฐออสเตรเลีย ได้มีส่วนร่วมในการกำหนดราคารวมหัวกันประมูล และแบ่งตลาดภายในประเทศซึ่งมีมูลค่าตลาดรวมกว่า 160,000 เหยียดสหรัฐต่อปี โดยลูกค้าต่างได้รับผลกระทบจากการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในครั้งนี้นำไปถึงบริษัทจัดส่งไฟฟ้าขนาดใหญ่ทั่วทั้งเครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นบริษัทของสาธารณะ จึงส่งผลให้ผู้บริโภคชาวออสเตรเลียต้องจ่ายค่าไฟในราคาที่สูงขึ้น โดยการตกลงร่วมกันนี้กระทำโดยเหล่าผู้บริหารใหญ่ของบริษัทต่าง ๆ ที่มีการประชุมกันอย่างลับ ๆ

4.1.2.3 ประเทศสิงคโปร์

แต่เดิมประเทศสิงคโปร์ไม่มีกฎหมายแข่งขันทางการค้า เนื่องจากประเทศสิงคโปร์ไม่มีทรัพยากรธรรมชาติที่ต้องมีการแย่งชิงสำหรับการผลิตและจำหน่ายสินค้า การจำหน่ายสินค้าและบริการสำหรับประชาชนในสิงคโปร์ จะเน้นการนำเข้าจากต่างประเทศและสาเหตุสำคัญที่สิงคโปร์ยังไม่เห็นความสำคัญของกฎหมายการค้า คือ สิงคโปร์มีกฎหมายคุ้มครองอย่างเด็ดขาดในธุรกิจที่ไม่ยอมให้มีการแข่งขัน ได้แก่ ธุรกิจพลังงานและการสื่อสาร โดยที่รัฐบาลสิงคโปร์จะควบคุมการบริหารจัดการธุรกิจพลังงานและการสื่อสารโดยผ่านกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม ขณะที่การแข่งขันในธุรกิจอื่น ๆ นอกเหนือจากธุรกิจพลังงานและการสื่อสาร จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการการแข่งขันของสิงคโปร์ (Completion Commission of Singapore - CCS) เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นในกลุ่มอาเซียนด้วยกัน เช่น ประเทศไทยธุรกิจ พลังงานและการสื่อสารถือเป็นธุรกิจการแข่งขันเสรี³⁶⁰ โดยเหตุผลของการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น มาจากปัจจัยทั้งจากภายในประเทศและจากภายนอกประเทศ ดังนี้³⁶¹

ปัจจัยภายในประเทศ

ในช่วงเข้าสู่ศตวรรษที่ 21 ประเทศสิงคโปร์เริ่มมีนโยบายที่ต้องการเปิดตลาดให้ผู้ประกอบการต่างชาติและผู้ประกอบการสิงคโปร์เข้ามาดำเนินธุรกิจแข่งขันในตลาดบางประเภท ได้แก่ ธุรกิจโทรคมนาคม สื่อ พลังงาน และธนาคารพาณิชย์ได้ อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลานั้นประเทศสิงคโปร์มีกิจการที่รัฐเชื่อมโยงกับเอกชนในรูปแบบของ Government - Link Company (GLC) จำนวนมาก ซึ่งเมื่อรวมเข้าด้วยกันแล้วจะมีผลผลิตสูงถึง 60 % ของมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (GDP) ซึ่งจะเป็นการยากที่ผู้ประกอบการรายอื่นจะเข้ามาแข่งขันได้ในช่วงแรกก่อนที่จะมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ประเทศสิงคโปร์จึงได้ตรากฎหมายกำกับดูแลธุรกิจเฉพาะ (sectoral regulations) เช่น ภายหลังจากการเปิดเสรีของตลาดกิจการโทรคมนาคมในปี ค.ศ. 2000 รัฐบาล

³⁶⁰ จีรัตติกาล สุริยะ, "ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า." หน้า 55-60

³⁶¹ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับธุรกิจระหว่างประเทศ : กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2560). หน้า 127 - 128.

ประเทศสิงคโปร์ ได้ตรากฎหมายการแข่งขันในธุรกิจโทรคมนาคม (The Telecom Competition Code) เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และการนำไปสู่กฎเกณฑ์การแข่งขันที่เป็นธรรม ประสิทธิภาพ และยั่งยืน³⁶² นอกจากนี้ธุรกิจโทรคมนาคมแล้ว รัฐบาลสิงคโปร์ยังได้ตรากฎหมายกำกับดูแลธุรกิจเฉพาะอื่น ๆ เช่น ธุรกิจพลังงาน และธุรกิจการเงิน เป็นต้น เพื่อให้ผู้ประกอบการต่างชาติ และผู้ประกอบการ ขนาดกลางและขนาดเล็กสามารถเข้ามาลงทุนในธุรกิจดังกล่าวได้³⁶³

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2001 คณะกรรมการทบทวนเศรษฐกิจ (The Economic Committee : ERC) ซึ่งแต่งตั้งโดยนายกรัฐมนตรีโก๊ะ จ๊กตง (Goh Chok Tong) ได้ ทบทวนนโยบายและกลยุทธ์การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศและได้เล็งเห็นถึงความเปลี่ยนแปลงใน กระแสเศรษฐกิจและเทคโนโลยี และความไม่แน่นอนของสถานการณ์ตลาดโลก จึงเห็นว่าประเทศ สิงคโปร์ต้องมีการปรับรูปแบบทางเศรษฐกิจของประเทศเพื่อให้มีการเติบโตทางเศรษฐกิจที่ยั่งยืน และ สร้างงานให้กับชาวสิงคโปร์ ในการนี้ คณะกรรมการจึงได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการให้ทบทวนบทบาท ของบริษัท GLC ซึ่งคณะอนุกรรมการชุดนี้ได้เสนอแนะให้มีการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้ามา ใช้บังคับกับธุรกิจทั่วไปเพิ่มเติมจากกฎหมายกำกับดูแลธุรกิจเฉพาะที่มีอยู่เดิม เพื่อให้ ผู้ประกอบการ ต่างชาติและผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กสามารถเข้ามาในตลาดได้อย่างเสรีและเป็นธรรม อันจะนำไปสู่การแข่งขันที่จะทำให้ตลาดสิงคโปร์มีประสิทธิภาพมากขึ้น และยกระดับความสามารถใน การแข่งขันของประเทศสิงคโปร์โดยรวม³⁶⁴

ปัจจัยภายนอกประเทศ

ประเทศสิงคโปร์ได้เจรจาและทำความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement) กับหลายประเทศ ซึ่งความตกลงส่วนใหญ่จะมีส่วนที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ใน ประเด็นการแข่งขันทางการค้า 30 หนึ่งในความตกลงที่สำคัญอย่างมาก ได้แก่ ความตกลงเขตการค้า เสรีระหว่างประเทศสิงคโปร์และสหรัฐอเมริกา (The US-Singapore Free Trade Agreement 2003 (USSFTA) มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2004 เนื่องจากรัฐบาลและภาคธุรกิจของ สหรัฐอเมริกามีความกังวลเกี่ยวกับจำนวนและบทบาทของบริษัท GLC ในบทที่ 12 (Chapter 12) ภายใต้หัวข้อ “Anticompetitive Business Conduct : Designated Monopolies, and Government Enterprise” จึงได้กำหนดให้ประเทศสิงคโปร์ต้องตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้า มาใช้บังคับ โดยมีสาระสำคัญคือ ไม่ให้บริษัท GLC ร่วมกันทำความตกลงกับคู่แข่งเพื่อจำกัดการ แข่งขันในเรื่องราคา ปริมาณ หรือแบ่งลูกค้า หรือมีพฤติกรรมที่กีดกันคู่แข่งทางธุรกิจซึ่งจะทำให้การ

³⁶² Bull S.C. Cavinder Bull S.C., Lim Chong kin, and Ng Ee Kia., ““Competition Policy and Law,” in Competition Law and Policy in Singapore,” *Academy Publishing* (2015).p.6-7.

³⁶³ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับธุรกิจระหว่างประเทศ : กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน. หน้า 128.

³⁶⁴ Ibid. หน้า 128.

แข่งขันในตลาดลดลงอย่างมีนัยสำคัญ³⁶⁵ นอกจากนี้ยังกำหนดให้ประเทศสิงคโปร์ต้องมีมาตรการในการจัดการกับการกระทำที่เป็นการกีดกันทางการค้าอย่างเหมาะสม รวมถึงการจัดตั้งองค์กรที่จะบังคับใช้มาตรการนั้นด้วย ประเทศสิงคโปร์จึงมีพันธกรณีต้องตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้แล้วเสร็จภายในเดือนมกราคม ค.ศ. 2005 ตามที่ข้อตกลงกำหนด³⁶⁶

ในการร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นี้ รัฐบาลนำโดยกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม (Ministry of Trade and Industry (MTI)) ได้ศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของหลายประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย ไอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกาและแคนาดา อย่างไรก็ตาม ประเทศสิงคโปร์ได้นำกฎหมายของประเทศอังกฤษ (The UK Competition Act 1998) มาเป็นต้นแบบในการตรากฎหมายมากที่สุด แต่ก็ยังคงคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจที่มีขนาดเล็ก และเป็นเสรีของประเทศเป็นสำคัญ³⁶⁷ ภายหลังจากการทำประชาพิจารณ์ถึงสองครั้งร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (The Competition Act) ก็ผ่านการพิจารณาสภาสิงคโปร์และออกเป็นกฎหมายในวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 2004 และได้รับความเห็นชอบจากประธานาธิบดีเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004

ก. สาระสำคัญของกฎหมาย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์มีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ การส่งเสริมให้กลไกตลาดของประเทศให้เป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ และเพิ่มการแข่งขันทางเศรษฐกิจ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงกำหนดไม่ให้มีการกระทำที่เป็นการกีดกันหรือจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมนอกจากนี้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้ายังได้จัดตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งสิงคโปร์ (The Competition Commission of Singapore : CCS) ซึ่งต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและผู้บริโภคแห่งสิงคโปร์ (The Competition and Consumer Commission of Singapore : CCCS) มีบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับนี้เท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของธุรกิจเฉพาะอื่น ๆ นอกจากนี้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ไม่ครอบคลุมประเด็นการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายการค้าที่เป็นธรรม (The Fair Trading Act) เนื่องจากรัฐบาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นมีวัตถุประสงค์การคุ้มครองและการบังคับใช้ที่แตกต่างกัน³⁶⁸ อย่างไรก็ตาม องค์กรที่ดูแลเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น ในอดีตดำเนินการโดยสมาคมผู้บริโภคแห่งสิงคโปร์ (The Consumers

³⁶⁵ Ibid. หน้า 128.

³⁶⁶ Cavinder Bull S.C., "Competition Policy and Law," in Competition Law and Policy in Singapore."p.8.

³⁶⁷ Ibid.p.10

³⁶⁸ Ibid.p.12-13.

Association of Singapore (CASE)) แต่ในปัจจุบันได้เปลี่ยนให้อยู่ภายใต้ CCCS เช่นเดียวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (The Competition Act) ของประเทศสิงคโปร์ ฉบับแก้ไขล่าสุดในปี ค.ศ. 2006 มีทั้งหมด 6 หมวด โดยมีสาระสำคัญดังนี้

หมวดที่ 1 บทเบื้องต้นว่าด้วยคำนิยามต่าง ๆ ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

หมวดที่ 2 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งสิงคโปร์ (CCCS) ว่าด้วยวิธีการจัดตั้งสมาชิก อำนาจหน้าที่ รวมถึงเจ้าพนักงานการจัดการทรัพย์สินและการเงิน และการทำรายงานประจำปี

หมวดที่ 3 การแข่งขันทางการค้า ว่าด้วยพฤติกรรมที่ต้องห้ามกระทำ ข้อยกเว้น และการบังคับใช้

หมวดที่ 4 กระบวนการอุทธรณ์ ว่าด้วยการจัดตั้งและอำนาจของ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ (The Competition Appeal Board : CAB) และการอุทธรณ์ต่อศาล

หมวดที่ 5 ความผิดอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของ CCCS

หมวดที่ 6 บทเบ็ดเตล็ดเกี่ยวกับสิทธิของเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดในการนำคดีขึ้นสู่ศาล ความร่วมมือด้านการแข่งขันทางการค้าระหว่างคณะกรรมการกับหน่วยงานอื่น ๆ ทั้งในและต่างประเทศ การรักษาความลับ และการคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้อง

นอกจากรัฐธรรมนูญและอนุบัญญัติแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ยังให้ CCCS มีอำนาจออกแนวทางการพิจารณา (guidelines)³⁶⁹ เพื่อให้ CCCS ตีความและบังคับใช้ บทบัญญัติ อีกทั้งยังสร้างความชัดเจนให้กับผู้ประกอบการในการปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง ซึ่งภายหลังจากการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้า CCCS ได้จัดทำแนวทางการพิจารณา มา ทั้งหมด 13 ฉบับ ซึ่งครอบคลุมภารกิจหลักของ CCCS ในการตีความการกระทำที่ต้องห้าม คำนิยามของตลาดการสอบสวน การบังคับใช้และกระบวนการแจ้งเตือน นอกจากนี้ CCCS ยังจัดทำเกณฑ์การประเมินตนเอง (self-assessment criteria) เพื่อช่วยให้ผู้ประกอบการประเมินว่ากิจการของตนนั้น ละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ อย่างไรก็ตาม แนวทางการพิจารณานี้ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายให้ CCCS ต้องปฏิบัติตาม³⁷⁰ CCCS จึงสามารถตีความและบังคับใช้กฎหมายแตกต่างออกไปได้ตามเห็นสมควรโดยอยู่ภายใต้หลักสำคัญ คือ ต้องพิจารณาการกระทำที่เป็นการกีดกันการแข่งขันเป็น

³⁶⁹ Competition Act (Cap 50B, 2006 Rev Ed), Section 61.

³⁷⁰ Competition Act (Cap 50B, 2006 Rev Ed), Section 61 (4).

สำคัญ คำนึงถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคม มุ่งเน้นความร่วมมือจากผู้ประกอบการและภาคส่วนอื่น ๆ และสร้างความสมดุลในผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย³⁷¹

ข. ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ใช้บังคับกับผู้ประกอบการ (undertaking) ซึ่งหมายถึง บุคคลใด ๆ ทั้งบุคคลธรรมดา นิติบุคคล คณะบุคคล หรือองค์กรอื่นใดที่สามารถประกอบกิจการเชิงพาณิชย์หรือเชิงเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการได้ โดยไม่คำนึงว่าผู้ที่เป็นเจ้าของธุรกิจนั้นจะเป็นคนสิงคโปร์ คนต่างชาติ หรือรัฐบาล อย่างไรก็ตาม กฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่บังคับใช้กับกิจกรรมที่ดำเนินการโดยรัฐบาลหรือบุคคลที่ดำเนินการในนามของรัฐบาลของประเทศสิงคโปร์³⁷² นอกจากนี้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์มีขอบเขตบังคับใช้กับความตกลงหรือธุรกิจใด ๆ ที่ทำขึ้นทั้งในและนอกอาณาเขตประเทศสิงคโปร์ โดยพฤติการณ์นั้น ๆ จะต้องมีผลเสียต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องในประเทศสิงคโปร์ในระดับมากพอสมควร (appreciable adverse effect)³⁷³

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ คือ Competition Act 2009 Chapter 50 B นับตั้งแต่ฉบับแรกถึงปัจจุบันซึ่งมีผลใช้ บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2010 เหตุใดกฎหมายนี้จึงเริ่มบัญญัติและประกาศใช้ในประเทศสิงคโปร์ทั้งที่ประเทศนี้เป็นประเทศพัฒนาแล้วและเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจที่สำคัญมาก เห็นว่าประเทศสิงคโปร์มีระบบเศรษฐกิจเสรีทุนนิยมที่มีตลาดสมบูรณ์และเป็นลักษณะประเทศธุรกิจบริการ เช่น การเงิน การธนาคาร การลงทุน ในตลาดทุน น้ำมัน โดยอยู่ภายใต้กฎของการซื้อขายของการค้าเสรีขององค์การการค้าโลก (WTO) และเงื่อนไขการค้าเสรีที่สิงคโปร์ได้ตกลงไว้กับแต่ละประเทศ ซึ่งมีการตรวจสอบกันเองระหว่างประเทศ จึงส่งผลให้ประเทศสิงคโปร์สามารถทุ่มเทศักยภาพของรัฐไปยังการควบคุม การแข่งขันทางการค้าด้านอื่น ๆ ได้อย่างเต็มที่ โดยบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเฉพาะการ ผลิตและการนำเข้ามาขายในประเทศ โดยควบคุมไม่ให้มีราคาสูงเกินความเป็นจริง เป็นต้น อีกสาเหตุหนึ่งที่ประเทศสิงคโปร์ได้บัญญัติกฎหมายฉบับนี้ คือ การรับเงื่อนไขของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ที่เปิดเสรีสำหรับการเคลื่อนย้ายการลงทุน การขนส่ง ในภาคธุรกิจ เพื่อป้องกันการเข้ามาของแรงงานและเงินทุนที่มากเกินไป

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้มีการปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยตัวอย่างส่วนใหญ่ที่ยกให้เห็นจะเป็น

³⁷¹ Cavinder Bull S.C., "Competition Policy and Law," in Competition Law and Policy in Singapore."p.19-25.

³⁷² Competition Act (Cap 50B, 2006 Rev Ed), Section 33 (4).

³⁷³ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับธุรกิจระหว่างประเทศ : กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน.

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศพัฒนาแล้ว สะท้อนว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นเป็นที่นิยมในประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาอย่างมาก และพบว่าในประเทศต่าง ๆ ได้มีการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและมีการปรับใช้เพื่อให้เป็นมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองและสนับสนุนการแข่งขันทางการค้า โดยในช่วงปี ค.ศ. 1990 - 2013 มีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว ซึ่งในปี ค.ศ. 1990 ประเทศที่มีการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีเพียง 23 ประเทศ แต่ในปี 2013 ประเทศที่มีการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพิ่มขึ้นเป็น 122 ประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วในการออกกฎหมายการแข่งขันทางการค้า³⁷⁴ โดยการเพิ่มขึ้นอย่างมากของประเทศที่ตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้า มาจากการที่แต่ละประเทศตระหนักถึงความจำเป็นของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ใช้ปกป้องการแข่งขัน ของตลาดเพื่อเสริมสร้างให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจโดยประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจจะนำไปสู่การพัฒนาเศรษฐกิจและการเพิ่มประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อผู้บริโภค (promotion of consumer welfare) เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว ในหลายประเทศได้นำกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไปปรับใช้เพื่อจัดการกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมทั้งในการใช้อำนาจเหนือตลาดการร่วมกันจำกัดการแข่งขันในตลาด และการห้ามมิให้มีการรวมกันของธุรกิจหากการรวมกันจะก่อให้เกิดปัญหาต่อการแข่งขันทางการค้า เป็นต้น

4.2 รัฐวิสาหกิจในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากต่างประเทศเป็นหลัก หากพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย จะต้องมองไปที่บริบทการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจการเมืองของไทย โดยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ในปี พ.ศ. 2475 ภาคเศรษฐกิจของไทยเป็นการเกษตรกรรมและธุรกิจขนาดเล็กแต่หลังจากมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองรัฐบาลทหารมุ่งการสนับสนุนไปที่เกษตรกรซึ่งถือเป็นประชากรส่วนมากของประเทศไทยในช่วงเวลานั้น³⁷⁵ โดยรัฐบาลมีนโยบายในการป้องกันผู้ยากไร้จากการถูกเอารัดเอาเปรียบจากพ่อค้าคนกลางหรือธุรกิจที่ควบคุมเศรษฐกิจ และในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เริ่มมีการตระหนักถึงปัญหาการขาดแคลนสินค้าอุปโภคบริโภคที่เกิดจากการกักตุนสินค้าของธุรกิจ ทางรัฐบาลจอมพลแปลก พิบูลสงคราม จึงต้องออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อจัดการกับการกักตุนสินค้าของธุรกิจโดยการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคคือพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2480 ใช้ในการควบคุมราคาสินค้าที่จำหน่ายในตลาดในกรณีฉุกเฉินเกิดสงครามหรือช่วงการประกาศใช้กฎอัยการศึก เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าฉวยโอกาสขึ้นราคาสินค้า การบังคับใช้พระราชบัญญัติ

³⁷⁴ OECD, 2014, International Co-operation in Competition Law Enforcement

³⁷⁵ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, ed. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 22-25.

ป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2480 นั้น ใช้เฉพาะกรณีฉุกเฉิน หากในเหตุการณ์ปกติ พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2480 ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้

ต่อมาในช่วงปี พ.ศ. 2480-2500 มีการขยายตัวของธุรกิจในประเทศไทย และนำไปสู่การประสานประโยชน์ระหว่างธุรกิจและรัฐในการดำเนินการทางการผลิตและการค้า การประสานประโยชน์กันนี้เองนำไปสู่การกระจุกตัวของผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ และในช่วงปี พ.ศ. 2502 จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้เข้าควบคุมอำนาจรัฐและดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจตามคำแนะนำของ ประเทศสหรัฐอเมริกา ในการดำเนินนโยบายการเปิดเสรีการค้าและลดการพึ่งพา รัฐวิสาหกิจในการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจ รวมถึงกระตุ้นให้มีการลงทุนจากภาคเอกชนด้วยการดำเนินนโยบายการเปิดเสรีการค้า นำไปสู่การปรับเปลี่ยนประเทศเข้าสู่ระบบอุตสาหกรรมทั้งนี้ในขณะที่รัฐบาลเน้นส่งเสริมการพัฒนาภาคเอกชน การส่งเสริมนั้นนำไปสู่การกระจุกตัวของตลาดและการร่วมกันของธุรกิจในการควบคุมตลาด³⁷⁶ ธุรกิจผูกขาดหรือที่มีอำนาจ ควบคุมตลาดสามารถที่จะสานสัมพันธ์กับรัฐบาลทหารและสามารถร่วมกำหนดนโยบายของภาครัฐเพื่อจำกัดการแข่งขันที่จะมีต่อธุรกิจของตน³⁷⁷

ในช่วงปี พ.ศ. 2520-2530 ประเทศไทยเข้าสู่การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ แต่ทว่ารูปแบบการเติบโตทางเศรษฐกิจอยู่ภายใต้การพัฒนาที่ไม่เท่าเทียมและมีการกระจุกตัวของผลประโยชน์³⁷⁸ เศรษฐกิจไทยอยู่ภายใต้ผู้ขายน้อยราย (oligopoly)³⁷⁹ โดยกิจกรรมทางเศรษฐกิจอยู่ในมือของกลุ่มธุรกิจไม่กี่ราย ทำให้กลุ่มธุรกิจไม่กี่รายเหล่านั้นสามารถที่จะดึงเอาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยตัดวงผลประโยชน์จากผู้บริโภค ซึ่งไม่มีอำนาจต่อรองกับกลุ่มธุรกิจเหล่านั้นและไม่มีธุรกิจรายใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ ในระหว่างปี พ.ศ. 2530 - 2532 รัฐบาลได้เริ่มกลยุทธ์ในการขับเคลื่อนตลาดเพื่อเป็นหัวใจในการพัฒนาเศรษฐกิจทำให้ประเทศไทยสามารถดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติได้เป็นอย่างมาก³⁸⁰ กลุ่มธุรกิจชนชั้นกลางสามารถที่จะขยับฐานะทางเศรษฐกิจจากเงินลงทุนและสามารถเป็นกลุ่มการเมืองใหม่ที่เข้ามามีบทบาทในการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจ³⁸¹ ทั้งนี้กลุ่มธุรกิจชนชั้นกลางเริ่มตระหนักถึงความสำคัญของการเปิดเสรีทางเศรษฐกิจ การแข่งขันใน

³⁷⁶ Nipon Paopongsakorn, "The New Competition Law in Thailand: Lessons for Institution Building" *Review of Industrial Organization* (2002). pp.185-204.

³⁷⁷ Ibid. pp.185-204.

³⁷⁸ Chris Dixon., *The Thai Economy : Uneven Development and Internationalisation* (Routledge, 1999). pp.12

³⁷⁹ Ian Coxhead and Jiraporn Plangpraphan, "Economic Boom, Financial Bust, and the Decline of Thai Agriculture : Was Growth in the 1990s Too Fast?" *Chulalongkorn Journal of Economics* (1999). pp.11

³⁸⁰ Ibid. pp.11

³⁸¹ Ibid. pp.11-12

ตลาดและความจำเป็นที่จะต้องมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อใช้ป้องกันการแข่งขัน³⁸² จึงนำไปสู่การปรับปรุงกฎหมายพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 และมีการร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่ขึ้นมา

ในปี พ.ศ. 2534 เพื่อเป็นการส่งเสริมและปกป้องกลไกตลาด รัฐบาลตระหนักถึงความจำเป็นในการสนับสนุนและปกป้องการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม โดยแยกกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าออกจากกัน โดยมีการร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ขึ้นโดยผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ในเดือนเมษายน พ.ศ. 2535 แต่ยังไม่ทันที่กฎหมายนี้จะผ่านฝ่ายนิติบัญญัติก็มีการยุบสภาในเดือนกันยายนปีเดียวกัน

ในปี พ.ศ. 2542 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ผ่านออกมาบังคับใช้โดยได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2522 แล้วออกมาเป็นกฎหมาย 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ซึ่งจะใช้ในภาวะที่กลไกราคาไม่เป็นไปตามปกติ และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 อันเป็นประเทศแรกในอาเซียนที่มีการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์ ซึ่งจะใช้ในภาวะปกติ โดยได้มีการปรับปรุงหลักเกณฑ์กับการป้องกันการผูกขาดไว้เป็นการเฉพาะเพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการอันไม่เป็นธรรม ในปี พ.ศ. 2542-2559 นับแต่มีการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ในปี พ.ศ. 2542 การปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างขาดประสิทธิภาพจึงนำไปสู่การริเริ่มในการปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย³⁸³

วัตถุประสงค์เพื่อให้การแข่งขันทางการค้าเป็นเครื่องมือรักษาไว้ซึ่งความเป็นธรรมเสมอภาค ลดความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจและสังคม รวมถึงการเน้นความเป็นอิสระขององค์กรบังคับใช้ การปรับปรุงข้อยกเว้นการบังคับใช้ให้จำกัดขอบเขตของข้อยกเว้นมากขึ้น และปรับปรุงบัญญัติหลักเกี่ยวกับข้อห้ามต่าง ๆ เพื่อป้องกันการแข่งขันในตลาด โดยคณะกรรมการที่เป็นผู้ร่างกฎหมายได้ส่งร่างกฎหมายไปที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว และสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาในช่วงปี พ.ศ. 2559 ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวได้ผ่านสภาในปี พ.ศ. 2560 และได้รับโปรดเกล้าฯ ให้ตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ในปี พ.ศ. 2560 เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2560

³⁸² เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, การปฏิรูปเพื่อลดการผูกและส่งเสริมการแข่งขันในเศรษฐกิจไทย (กรุงเทพฯ: เป็นไท, 2555). หน้า 2-18.

³⁸³ พรชัย วิสุทธิศักดิ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. หน้า 53.

4.2.1 องค์กรบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สามารถแบ่งได้เป็น 3 หน่วยงานหลัก ได้แก่ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และศาลปกครอง

1) คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (Office of Trade Competition Commission : OTCC) เป็นหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายหลักของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยมีอำนาจหน้าที่ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 17³⁸⁴ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาการใช้อำนาจได้เป็น 3 ประเภท คือ³⁸⁵ อำนาจบริหาร (administrative power) ได้แก่ การพิจารณาเรื่องร้องเรียนและสอบสวนการกระทำ ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และดำเนินคดีอาญาตามที่มีผู้เสียหายร้องทุกข์ตามมาตรา 78 อำนาจ กึ่งนิติบัญญัติ (quasi-legislative power) ได้แก่ ออกระเบียบหรือประกาศ เพื่อปฏิบัติการตาม พระราชบัญญัตินี้ กำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อให้มีการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม และออกระเบียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับโครงสร้างองค์กร การบริหารงาน

³⁸⁴ มาตรา 17 ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) เสนอแนะต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้
- (2) ออกระเบียบหรือประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้
- (3) กำกับดูแลการประกอบธุรกิจและกำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อให้มีการแข่งขันทางการค้า อย่างเสรีและเป็นธรรม
- (4) พิจารณาเรื่องร้องเรียนและสอบสวนการกระทำ ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้
- (5) พิจารณาวินิจฉัยคำร้องขอตามมาตรา 59
- (6) วางระเบียบการสืบสวนและสอบสวนของคณะอนุกรรมการสอบสวน
- (7) ประกาศแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้
- (8) ดำเนินคดีอาญาตามที่มีผู้เสียหายร้องทุกข์ตามมาตรา 78
- (9) พิจารณากำหนดโทษปรับทางปกครองตามมาตรา 80 มาตรา 81 มาตรา 82 และ มาตรา 83 รวมทั้งฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ต่อศาลปกครอง

- (10) เชิญบุคคลหนึ่งบุคคลใดมาให้ข้อเท็จจริง คำอธิบาย คำแนะนำหรือความเห็น
- (11) เสนอความเห็นและเสนอแนะต่อรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายของรัฐ ด้านการแข่งขันทางการค้า
- (12) ให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับกฎ ระเบียบ หรือคำสั่งที่เป็นอุปสรรคต่อ การแข่งขันทางการค้า ทำให้เกิดการกีดกัน จำกัดการแข่งขัน หรือลดการแข่งขันทางการค้า อันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการ
- (13) กำหนดแผน กลยุทธ์ และแนวทางการบริหารงานของสำนักงาน
- (14) ออกระเบียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับโครงสร้างองค์กร การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การเงินและทรัพย์สินและการดำเนินงานอื่นของสำนักงาน
- (15) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

³⁸⁵ วัจนธนิศร์ ศรีวิชัย, "แนวทางการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย : ศึกษากรณีการกระทำของกลุ่มเกษตรกร สหกรณ์และชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560). หน้า 80-81.

บุคคล การงบประมาณ การเงินและทรัพย์สิน และการดำเนินงานอื่นของสำนักงาน และอำนาจกึ่งตุลาการ (quasi-judicial power) ได้แก่ มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลง การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้

2) ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (Central Intellectual Property and International Trade Court) เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอาญา และคดีเรียกค่าเสียหายตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

3) ศาลปกครอง (administrative Court) เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการรับฟ้องคดีของผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ในกรณีการขอ อนุญาตรวมกิจการหรือคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำที่ฝ่าฝืน ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ รวมถึงคดีของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อบังคับชำระค่าปรับ

4.2.2 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า

ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีขอบเขตในการบังคับใช้ที่กว้างและครอบคลุมธุรกิจต่าง ๆ โดยตามมาตรา 5 นิยามคำว่า “ธุรกิจ” หมายความว่า กิจการอันดำเนินการเพื่อประโยชน์ทางการค้าในทางเกษตรกรรมอุตสาหกรรมพาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ และให้หมายความรวมถึงกิจการอื่นตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง และขอบเขตการบังคับใช้ที่สำคัญตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ได้บัญญัติว่า

“มาตรา 4 พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

(1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น

(2) รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค

(3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร

(4) ธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้า”

4.2.3 บทบัญญัติข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

จากขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะเห็นว่า มาตรา 4 ได้กำหนด ข้อยกเว้นการบังคับใช้กับหน่วยงานของรัฐ ได้แก่ กรณีส่วนราชการในมาตรา 4 (1) และกรณีรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐในมาตรา 4 (2) โดยในหัวข้อนี้

จะกล่าวถึงเฉพาะ กรณี รัฐวิสาหกิจ ตามมาตรา 4 (2) ซึ่งเป็นกรณีที่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.2.3.1. ที่มาของบทบัญญัติตามมาตรา 4(2) กรณี รัฐวิสาหกิจ

บทบัญญัติมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้มีการบัญญัติขึ้นโดยมีสาระสำคัญที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 อันเป็นกฎหมายฉบับเดิมของประเทศไทย โดยมีเหตุผลในการแก้ไข คือ เพื่อกำกับดูแลอย่างครอบคลุมทุกธุรกิจอย่างเสมอภาค ซึ่งในการศึกษาที่มาของบทบัญญัติมาตรา 4 (2) ในส่วนนี้ จะได้ศึกษาที่มาและสาระสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับเดิมรวมทั้งพัฒนาการในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติมาจนกระทั่งเป็นบทบัญญัติในปัจจุบัน

โดยกฎหมายฉบับเดิมของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติถึงกรณีรัฐวิสาหกิจ ตามมาตรา 4 บัญญัติว่า

“พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

- (1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น
- (2) รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ
- (3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง

และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร

- (4) ธุรกิจตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งอาจกำหนดให้ยกเว้น

การใช้บังคับทั้งฉบับหรือแต่เฉพาะบทบัญญัติหนึ่งบทบัญญัติใดของพระราชบัญญัตินี้ก็ได้”

เห็นได้ว่า ขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ตามมาตรา 4 ข้างต้นได้รับอิทธิพลทางความคิดจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (The Monopoly Regulation and Fair Trade Act : MRFTA) โดย MRFTA ซึ่งได้รับอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายมาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antimonopoly law : AML) ของประเทศญี่ปุ่น ถึงแม้ว่า AML จะได้รับอิทธิพลของกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust Laws) ของประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 แต่ก็ได้มีการเพิ่มเติมข้อยกเว้นหลายประการเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของประเทศญี่ปุ่น โดยขอบเขตการบังคับใช้ AML คือ นโยบายแข่งขัน (Competition policy) ของรัฐ ซึ่งจะมีความหมายและขอบเขตที่กว้างกว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาด เพราะนโยบายการแข่งขันรวมไปถึงนโยบายทางการค้า นโยบายเกี่ยวกับรัฐวิสาหกิจ นโยบายเกี่ยวกับวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม จึงอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติยกเว้นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 4 ได้รับอิทธิพลมา

จากขอบเขตการบังคับใช้ AML ผ่านทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้³⁸⁶

การกำหนดบทบัญญัติยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายวิธีการงบประมาณ มีข้อวิจารณ์ในเรื่องปัญหาความไม่เสมอภาคและไม่เท่าเทียมกันในการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากรัฐวิสาหกิจบางประเภทประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน จึงส่งผลต่อความเชื่อมั่นในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศและนักลงทุนจากต่างประเทศ นอกจากนี้ การยกเว้นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายวิธีการงบประมาณทั้งหมดไม่สอดคล้องกับหลักสากลที่ให้บังคับใช้กฎหมายกับผู้ประกอบธุรกิจไม่ว่าจะเป็นของภาครัฐหรือภาคเอกชน ซึ่งกฎหมายการแข่งขันของเกือบทุกประเทศไม่ให้การยกเว้นแก่รัฐวิสาหกิจโดยตรงไม่ว่าจะเป็นการยกเว้นแบบทั่วไปหรือแบบเจาะจงรายใดรายหนึ่ง แต่ยกเว้นเฉพาะการกระทำที่เป็นการดำเนินการตามกฎหมาย/คำสั่งของหน่วยงานของรัฐ เพื่อประโยชน์ต่อความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ หรืออาจเป็นการยกเว้นธุรกิจบางสาขาซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่รัฐวิสาหกิจและธุรกิจเอกชนสามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างเท่าเทียม³⁸⁷

จากประเด็นปัญหาข้างต้นประกอบกับเพื่อปรับปรุงบทบัญญัติให้สอดคล้องกับรูปแบบและพฤติกรรมประกอบธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป จึงมีนโยบายให้ปรับปรุงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยบรรจุเป็นส่วนหนึ่งของแผนการปฏิรูปกฎหมาย จนนำมาสู่การตรากฎหมายยกเลิกพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และประกาศใช้เป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดบทบัญญัติยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายกับการกระทำของหน่วยงานของรัฐไว้ในมาตรา 4 (2) โดยบัญญัติว่า “รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค ”

เมื่อได้ทราบถึงความเป็นมาของบทบัญญัติมาตรา 4 (2) แล้ว ในส่วนถัดไป จะอธิบายถึงองค์ประกอบพิจารณาของมาตรานี้

³⁸⁶ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. หน้า 238-241

³⁸⁷ คณะกรรมการปฏิรูปการเกษตร อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การท่องเที่ยวและการบริการ, "การปฏิรูปกฎหมายการแข่งขันทางการค้า " รายงานวาระปฏิรูปที่ 12 การผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม, หน้า 1-10.

4.2.3.2 องค์ประกอบบทพิจารณาตามมาตรา 4(2)

จากการศึกษาความเป็นมาของบทบัญญัติมาตรา 4 (2) จะเห็นว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีการบัญญัติที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ใน 2 ประเด็นสำคัญ คือ

1) ประเภทหน่วยงานที่ได้รับยกเว้น โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ระบุการยกเว้นสำหรับรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายวิธีกรงบประมาณ ในขณะที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ระบุการยกเว้นสำหรับหน่วยงาน 3 ประเภท ได้แก่ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ

2) การกระทำที่ได้รับยกเว้น โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้มีการแก้ไขจุดบกพร่องของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่ยกเว้นให้การกระทำของรัฐวิสาหกิจในทุกกรณี อันทำให้เกิดปัญหาความไม่เสมอภาคและไม่เท่าเทียมกันในการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากรัฐวิสาหกิจบางประเภทประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน กล่าวคือ ในกฎหมายปัจจุบันได้มีการระบุการกระทำที่หน่วยงานของรัฐจะได้รับการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมาย โดยให้ยกเว้นเฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค

ทั้งนี้ จากถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อาจแยกองค์ประกอบบทพิจารณาออกได้เป็น 3 ส่วน กล่าวคือ

ส่วนที่หนึ่ง องค์ประกอบเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐ ได้แก่ การมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ

ส่วนที่สอง องค์ประกอบเกี่ยวกับการกระทำ ได้แก่ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค

ส่วนที่สาม ขอบเขตการบังคับใช้ข้อยกเว้น ได้แก่ ยกเว้นเท่าที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวมหรือจัดให้มีสาธารณูปโภค

4.2.3.3 การพิจารณาข้อยกเว้นการกระทำตามมาตรา 4(2)

มาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 บัญญัติโดยใช้คำว่า “ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวมหรือจัดให้มีสาธารณูปโภค” โดยองค์ประกอบด้านการกระทำนี้ประเทศไทยได้นำมาใช้เป็นครั้งแรกใน

กฎหมายนี้ จึงยังไม่ปรากฏคดีหรือข้อร้องเรียนที่ศาลหรือคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีการพิจารณาข้อยกเว้นเกี่ยวกับการกระทำที่จะนำมาศึกษา แต่จากถ้อยคำที่บัญญัติอาจศึกษาเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำตามมาตรา ๑ ได้ดังนี้

1. จะต้องมีการกระทำเกิดขึ้น ซึ่งโดยหลักการแล้วการกระทำนั้นจะอยู่ในบังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า หากแต่มาตรา 4 บัญญัติว่าไม่ให้ใช้บังคับกฎหมายกับการกระทำนั้น ๆ ของหน่วยงานของรัฐ

2. การกระทำนั้นเป็นการดำเนินการตามกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งก็สอดคล้องกับขอบเขตการกระทำของรัฐ กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยไม่อาจใช้อำนาจของตนได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ และแม้หากมีกฎหมายให้อำนาจก็ไม่อาจใช้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายกำหนดให้ไว้ได้

กฎหมาย หมายถึง กฎที่สถาบัน หรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐตราขึ้น หรือที่เกิดขึ้นจากจารีตประเพณีอันเป็นที่ยอมรับนับถือ เพื่อใช้ในการบริหารประเทศ เพื่อใช้บังคับบุคคลให้ปฏิบัติตาม หรือเพื่อกำหนดระเบียบแห่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หรือระหว่างบุคคลกับรัฐ ซึ่งหากพิจารณาตามนัยมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ควรพิจารณาเฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เนื่องจากการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐอาจกระทบสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน กฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการดำเนินการในทางปกครองได้นั้นจึงควรต้องมีความชัดเจนแน่นอนและเป็นที่ยอมรับได้ ทั้งนี้ ในการตรากฎหมาย รัฐจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77³⁸⁸ ซึ่งกำหนดกรอบและหลักการสำคัญในการตรากฎหมายตามแนวคิดที่ว่าไม่ควรมีกฎหมายเกินความจำเป็น และเป็นการสร้างหลักประกันให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมและรับรู้ถึงกระบวนการจัดทำร่างกฎหมายตั้งแต่เริ่มต้น

³⁸⁸ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลบังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

มติคณะรัฐมนตรี หมายถึง ผลของการบริหารราชการแผ่นดินโดย คณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นการวินิจฉัย การอนุญาต การอนุมัติ หรือการสั่งการ จึงถือได้ว่ามติคณะรัฐมนตรี เป็นเรื่องภายในของฝ่ายบริหารผูกพันหน่วยงานราชการที่จะต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีเพราะ มติคณะรัฐมนตรีเป็นเหมือนคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม ซึ่งแนวทาง ของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 4) ได้เคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ 92/2504³⁸⁹ ว่า มติคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจในทางบริหารของรัฐ เพื่อเป็นกรอบแนวทางใน การบริหารราชการแผ่นดิน และคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) ได้เคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จ ที่ 379/2544³⁹⁰ ว่ามติคณะรัฐมนตรีมิได้มีสถานะทางกฎหมาย แต่หากพิจารณาถึงการกระทำของ คณะรัฐมนตรี สามารถแยกการกระทำออกได้ เป็น 2 ลักษณะ คือ

ลักษณะที่ 1 เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ถือว่า การทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” หรือ เรียกว่า “การทำทางการเมือง”

ลักษณะที่ 2 เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับระดับเดียวกับพระราชบัญญัติถือว่าทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรฝ่าย ปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” ซึ่งเฉพาะแต่การกระทำที่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย ในระดับกฎหมายบัญญัติ (พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ) เท่านั้นที่ถือว่าเป็น “การกระทำทางปกครอง”

โดยการกระทำของคณะรัฐมนตรีทั้ง 2 ลักษณะนี้ยากที่แยกออกจาก กันได้อย่างเด็ดขาด เพราะมีความเกี่ยวพันกันอยู่เสมอ จึงมีปัญหาสถานะและผลทางกฎหมายของมติ คณะรัฐมนตรีว่ามีเพียงใดข้อพิจารณาสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งหากพิจารณาตาม แนวทางของกฤษฎีกาจะเห็นว่ามติของคณะรัฐมนตรีมิใช่กฎหมายแต่ในปัจจุบันนักกฎหมายได้ยอมรับ แล้วว่า หากมติคณะรัฐมนตรีใดมีลักษณะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์และระบบกฎหมายยอมรับบังคับใช้ กฎเกณฑ์ตามนั้น มติคณะรัฐมนตรีก็ย่อมเป็น “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” หรือ บางกรณี คณะรัฐมนตรีได้ใช้อำนาจกระทำผูกพันนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อเปลี่ยนแปลงระบับสิทธิของ ประชาชนย่อมเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ดังนั้น ในการพิจารณาสถานะทางกฎหมายของมติ คณะรัฐมนตรี จึงต้องพิจารณาเนื้อหาและผลบังคับใช้ของมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามารถ จำแนกมติคณะรัฐมนตรีออกเป็น 3 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นการกระทำทางนโยบาย กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีในลักษณะนี้เป็นการกำหนดแนวทางการบริหารงานแผ่นดินอย่างใดอย่าง หนึ่ง นอกเหนือจากที่รัฐบาลได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา

³⁸⁹ บันทึก เรื่อง การขึ้นบัญชีการสอบคัดเลือกเพื่อเลื่อนชั้น

³⁹⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ขอรหัสเกี่ยวกับโครงการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ 1900 MHz

กรณีที่ 2 มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็น “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการและข้าราชการถือปฏิบัติเป็นการทั่วไป แม้ไม่มีผลเป็นกฎหมายโดยตรง แต่ส่วนราชการต่าง ๆ สามารถนำมติคณะรัฐมนตรีไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงกรณีต่าง ๆ ให้เกิดผลในทางกฎหมายได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น

กรณีที่ 3 มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงเป็นกรณีเฉพาะราย ได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการตามกฎหมายต่าง ๆ เช่น กรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม คณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ เช่น คณะกรรมการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย คณะกรรมการการทำเรือแห่งประเทศไทย เป็นต้น นอกจากนี้ อาจมีลักษณะเป็นคำสั่งในทางสาระของเรื่องเฉพาะเรื่อง เช่น การวินิจฉัยให้กระทรวง ทบวง กรมใดปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบราชการพลเรือน เป็นต้น หรือมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบการแต่งตั้ง โยกย้ายข้าราชการในตำแหน่งระดับสูงต่าง ๆ ถือว่ามีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง”

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า มติคณะรัฐมนตรีมีหลากหลายสถานะ บางกรณีถือเป็นการกระทำที่เป็น “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” บางกรณีถือเป็นการกระทำที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” บางกรณีถือเป็นการกระทำทางนโยบาย ซึ่งต้องทำการศึกษาพิจารณาศึกษาจำแนกเนื้อหาและผลบังคับใช้ของมติคณะรัฐมนตรีถึงจะทราบถึงสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีได้

บทที่ 5

วิเคราะห์การรับรองหลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และวิเคราะห์หลักการแข่งขันเสรีกับรัฐวิสาหกิจ

ในการศึกษาและวิเคราะห์การรับรองหลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับแนวทางการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า การศึกษา รัฐวิสาหกิจ โดยจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ซึ่งเริ่มต้นศึกษาจากส่วนแรก คือ สถานะและสภาพบังคับทางกฎหมายของหลักการแข่งขันในระบบกฎหมายไทย ส่วนที่สองคือ หลักการแข่งขันเสรีกับรัฐวิสาหกิจ

5.1 สถานะและสภาพบังคับทางกฎหมายของหลักการแข่งขันในระบบกฎหมายไทย

การจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ได้รับอิทธิพลและแนวความคิดจากหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส โดยการกำหนดลำดับชั้นระหว่างกฎหมายประเภทต่าง ๆ จะทำให้ผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายที่มีศักดิ์ต่อยกกว่าต้องเคารพและไม่สามารถตรากฎหมายที่ละเมิดกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าได้ กฎหมายไทยได้นำเอาหลักดังกล่าวมาประยุกต์ใช้ โดยบทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ อันเป็นหลักประกันสูงสุดอย่างหนึ่งของหลักนิติรัฐ (legal State) รวมถึงการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และกฎหมายต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย อันเป็นมาตรการเพื่อเป็นการประกันการเคารพและปฏิบัติต่อหลักการความสูงสุดของกฎหมาย ความเท่าเทียมกันทางกฎหมาย มีความโปร่งใสและ ยุติธรรมในการใช้กฎหมาย แสดงให้เห็นถึงหลักนิติธรรม (Rule of Law) อันหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

การรับรองหลักการแข่งขันเสรีในหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยมีมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 แต่ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้มีการบัญญัติในหลักการแข่งขันเสรีไว้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยรัฐธรรมนูญ ดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อน ๆ จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนของ

หลักการแข่งขันเสรีในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 จึงนำมาสู่การพิจารณาถึงหลักการรับรองหลักการแข่งขันเสรีว่ามีสถานะและสภาพบังคับทางกฎหมายเช่นใด โดยในการศึกษาส่วนนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 หัวข้อ คือ เสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และข้อเท็จจริงของการรับรองเสรีภาพในการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

5.1.1. เสรีภาพในการแข่งขันเสรี ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

สิทธิและเสรีภาพบางประการมีเนื้อหาอันเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของประชาชนไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางการค้าหรือการลงทุน ได้แก่ สิทธิในทรัพย์สินซึ่งเป็นต้นทุนการผลิต เสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพและเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม โดยวิวัฒนาการของการปกครองเสรีประชาธิปไตยในส่วนนี้ เกิดจากแรงผลักดันทางเศรษฐกิจที่มีความเชื่อว่ามนุษย์ทุกคนนั้นมีสิทธิโดยเท่าเทียมกันในการแสวงประโยชน์ เพื่อความเจริญก้าวหน้า ทั้งด้านเศรษฐกิจและจิตใจอันนำไปสู่การปฏิวัติอุตสาหกรรม จากการศึกษาพบว่าอดีตที่ผ่านมาซึ่งอยู่บนพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจเสรี (Laissez - faire) อันนำมาสู่ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม (Liberalism) ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสังคมอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ เหตุผลที่ต้องให้การรับรองสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจไว้ในรัฐธรรมนูญ มาจากเหตุผล 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง คือ หลักการยอมรับว่าบุคคลนั้นย่อมมีความต้องการในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่แตกต่างกัน โดยมีปัจจัยขึ้นอยู่กับความสนใจ ความถนัดและความเชี่ยวชาญของแต่ละบุคคลอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น ดังนั้น ทุกคนภายใต้การปกครองระบบเสรีประชาธิปไตยจึงมีความชอบธรรมที่จะเลือกประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่ตรงกับความถนัดและความต้องการของตนเองเพื่อตอบสนองต่อความต้องการและความพึงพอใจของตน

ประการที่สอง คือ มนุษย์เป็นสัตว์สังคม (Human being is social animal) เพราะมนุษย์มีการอาศัยอยู่ร่วมกันอย่างเป็นหมวดหมู่ มิได้ใช้ชีวิตอยู่เพียงคนเดียวตามลำพังแต่อย่างใด เนื่องจากมนุษย์ต้องทำกิจกรรมร่วมกันอยู่ตลอดเวลา ต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน และแต่ละชีวิตต่างก็ต้องการที่จะเสริมสร้างความสุข ความมั่นใจ และความปลอดภัยให้กับตนเองอยู่เสมอ สังคมจึงเป็นแหล่งรวมศูนย์ทางความคิดที่มนุษย์ได้สร้างขึ้นมาเพื่อแสวงหาคำตอบให้กับตนเอง ดังนั้น เมื่อมีความจำเป็นต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน โดยนำสิ่งที่ตนทำมาหาได้ไปแลกเปลี่ยน กับสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการใช้แต่ไม่สามารถผลิตได้ด้วยตนเอง จากผู้ที่สามารถผลิตสิ่งนั้นหรือผู้ที่สามารถให้บริการนั้น ๆ ได้ ดังนั้น การซื้อขายแลกเปลี่ยนอันเป็นบ่อเกิดของการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

ตลอดจนการสืบทอดมรดกที่ตนหามาได้นั้นจึงเกิดขึ้น สิ่งเหล่านี้จึงเป็นสาระสำคัญของสังคมมนุษย์ซึ่งรัฐจะต้องให้การรับรองและคุ้มครองประชาชนภายใต้การปกครองอันมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

สำหรับการรับรองเสรีภาพในการแข่งขันเสรีในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นั้น จากการศึกษาพบว่า ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ไม่ปรากฏว่าได้ให้การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแข่งขันเสรีไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่ประการใด แต่ได้เริ่มมีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นฉบับแรกโดยคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาหลักการแข่งขันเสรีนี้ไว้ในหมวดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว³⁹¹ แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีความประสงค์ที่ต้องการจะแยกระหว่างสิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และสิทธิในการแข่งขันอย่างเสรีออกจากกันอย่างชัดเจน เพื่อไม่ต้องการให้เกิดการผูกขาดในระบบเศรษฐกิจ รวมถึงการที่รัฐให้สิทธิแก่เอกชนในการผูกขาดกิจการหรือการให้สัมปทานแก่ผู้ประกอบการเพียงรายเดียว เพื่อให้เกิดการแข่งขันเสรีระหว่างภาครัฐกับเอกชน

เมื่อพิจารณาหลักการแข่งขันเสรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่อมา พบว่ายังคงได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพชนชาวไทย โดยได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 50 ซึ่งถ้อยคำมีลักษณะเหมือนกับในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เพียงแต่เปลี่ยนจากคำว่าสิทธิมาเป็นเสรีภาพเท่านั้น และหลักการแข่งขันเสรีก็ยังคงได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยปรากฏในมาตรา 43 ซึ่งยังคงหลักการเดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540³⁹²

แต่เมื่อพิจารณาหลักการแข่งขันเสรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่ามีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับก่อนหน้าในลักษณะของการเขียนถ้อยคำที่มีความหมายกว้างยิ่งขึ้นในบริบทของหลักการแข่งขันเสรี และไม่พบการบัญญัติอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่ปรากฏในลักษณะของการบัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของ

³⁹¹ คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ, รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช ครั้งที่ 18/2534 (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา, 2534). หน้า 2-18.

³⁹² เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ พุทธศักราช 2550 พบว่า มาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตรงกับบทบัญญัติในมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

คนไทย มาตรา 40³⁹³ และลักษณะของการจัดการในระบบเศรษฐกิจที่รัฐพึงกระทำซึ่งปรากฏในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 75³⁹⁴

ดังนั้นเห็นได้ว่า ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติถึงหลักการแข่งขันเสรีไว้ร่วมกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพและมีลักษณะชัดเจนปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ปรากฏอยู่ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 40 และในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ ตามมาตรา 75 โดยมีลักษณะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน แต่เป็นการบัญญัติในขอบเขตความหมายที่กว้างซึ่งมีลักษณะเป็นการรับรองหลักการแข่งขันเสรีไว้โดยอ้อม โดยแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ และรวมถึงเป็นแนวนโยบายแห่งรัฐอันเป็นแนวทางการบริหารงานของรัฐที่ใช้เป็นหลักฐานในการตรากฎหมายและการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดหน้าที่และภารกิจของรัฐหรือของประเทศและมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการรักษาเสถียรภาพของประเทศและการดำรงชีพของประชาชนเป็นหลัก

แต่ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า การมีได้บัญญัติหลักการแข่งขันเสรีไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 เหมือนในฉบับก่อน ๆ จึงเป็นการบัญญัติในลักษณะที่ทำให้การรับรองหลักการแข่งขันเสรีถูกต้องอย่างค้ำประกัน แต่อย่างไรก็ตามเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพซึ่งตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้แสดงถึงเจตนารมณ์

³⁹³ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพเพื่งเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวกายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา

³⁹⁴ รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ

รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมการจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ

รัฐพึงส่งเสริม สนับสนุน คุ้มครอง และสร้างเสถียรภาพให้แก่ระบบสหกรณ์ประเภทต่าง ๆ และกิจการวิสาหกิจขนาดย่อมและขนาดกลางของประชาชนและชุมชน

ในการพัฒนาประเทศ รัฐพึงคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจและความอยู่เย็นเป็นสุขของประชาชน ประกอบกัน

อย่างชัดเจนในการรับรองหลักการแข่งขันเสรีอันเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว จึงทำให้ลำดับศักดิ์ของหลักการดังกล่าวก็ย่อมมีสถานะทางกฎหมายสูงสุดตามไปด้วย อันถือเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และมีสภาพบังคับทางกฎหมายผูกพันองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ อันเป็นหลักประกันเสรีภาพในการแข่งขันเสรีของประชาชนในรัฐ ผู้ประกอบกิจการและผู้ประกอบอาชีพในระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนและภาคเอกชนด้วยกัน

5.1.2 ผลของการรับรองเสรีภาพในการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ต่อการผูกพันอำนาจอธิปไตย

จากการศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พบว่ามีการบัญญัติรับรองหลักการแข่งขันเสรีไว้ในลักษณะเดียวกัน แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการบัญญัติไว้โดยอ้อม โดยผู้เขียนจะขออธิบายรวมกันเมื่อหลักการแข่งขันเสรีได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญทำให้บทบัญญัติของกฎหมายอื่นใด กฎหรือข้อบังคับ ไม่ว่าจะมาก่อนหรือหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญหากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะใช้บังคับมิได้ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้บัญญัติรับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าว ไว้ในมาตรา 5 บัญญัติว่า

“รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

“เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

ดังนั้นเห็นได้ว่า เมื่อหลักการแข่งขันเสรีเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว ลำดับศักดิ์ของหลักการดังกล่าวก็ย่อมมีสถานะทางกฎหมายสูงสุดตามไปด้วย การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติรับรองหลักการแข่งขันเสรีไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยนั้น จึงเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ

แม้สิทธิและเสรีภาพในหลักการแข่งขันเสรีที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะไม่ใช่สิทธิเสรีภาพอย่างสมบูรณ์เด็ดขาด (absolute right) แต่เป็นสิทธิสัมพัทธ์ (Relative Right) ที่สามารถถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อมิให้เกิดความวุ่นวายและกระทบต่อสาธารณะก็ตาม แต่ด้วยสถานะหรือลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของหลักการ

แข่งขันเสรีจึงทำให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอาจใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ มากระทบต่อสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวของประชาชนได้ โดยปราศจากเหตุอันสมควรตามรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ทั้งนี้ ได้บัญญัติเน้นย้ำหลักการดังกล่าวไว้ใน มาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า

“สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่นบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

บทบัญญัติมาตราดังกล่าวเห็นได้ว่า ได้มีการบัญญัติให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ โดยพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะมีบทบัญญัติทั่วไปว่าอะไรที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายไม่ห้ามไว้ประชาชนมีเสรีภาพสามารถกระทำได้ ถ้าหากไม่กระทบต่อความสงบสุขของสังคม ซึ่งพบว่าได้เปลี่ยนวิธีการบัญญัติใหม่ ให้เป็นสากลมากขึ้น โดยวางหลักการให้ “อะไรที่ไม่ได้ห้ามไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย สามารถทำได้และได้รับการคุ้มครอง” และในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กำหนดกรอบการใช้สิทธิเสรีภาพตามหลักสากล (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) โดยต้องไม่กระทบความมั่นคงปลอดภัยของชาติ ต้องไม่กระทบความสงบเรียบร้อย และต้องไม่กระทบสิทธิเสรีภาพของคน โดยหลักการดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับและบังคับใช้กันโดยทั่วไป ซึ่งได้มีการปรับเอามาประยุกต์ในการบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เมื่อพิจารณาต่อไปพบว่า ตามมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบด้วยสองส่วนหลักที่สำคัญ กล่าวคือ ส่วนที่หนึ่งรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าประชาชนแต่ละคนมีสิทธิและเสรีภาพตราบเท่าที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายไม่จำกัด

สิทธิและเสรีภาพ และส่วนที่สองกำหนดกรอบการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าต้องไม่ใช่สิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะเป็นการกระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของสังคมและประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น โดยเห็นว่ามาตรานี้ มีหลักการเช่นเดียวกับมาตรา 5 ของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส

และนอกจากนี้พบว่า บทบัญญัติมาตราดังกล่าวได้บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพโดยมีความหมายโดยนัยผูกพันต่อรัฐสภา ศาลและฝ่ายบริหาร อันเป็นอำนาจอธิปไตย หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญผูกพัน องค์กฤษฎีกาบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหารและองค์การตุลาการ ดังนั้น เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม เป็นเสรีภาพประเภทหนึ่ง ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติไว้ จึงส่งผลให้รัฐต้องผูกพันตามสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ดังนั้น องค์กรต่าง ๆ ของรัฐก็ไม่อาจละเมิดต่อเสรีภาพดังกล่าวได้ อันแสดงให้เห็นถึงหลักประกันเสรีภาพให้แก่ผู้ประกอบกิจการหรือผู้ประกอบอาชีพภาคเอกชนที่อาจถูกหน่วยงานของรัฐเข้ามาจำกัดหรือละเมิดสิทธิดังกล่าวได้ และเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าผลของการรับรองหลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สามารถส่งผลต่ออำนาจอธิปไตยอันเป็นลักษณะเชื่อมโยงและสอดคล้องกัน โดยสรุปได้ดังนี้

ก. ผลของการรับรองเสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรมต่อฝ่ายนิติบัญญัติ

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ มีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีอำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นอำนาจในการแทรกแซงของรัฐ โดยได้มีการบัญญัติเหตุผลที่สามารถจะยกขึ้นเป็นข้ออ้างในการตรากฎหมายที่จะมุ่งจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไว้อย่างกว้างขวาง ตามกฎหมายมหาชนที่ว่าด้วยหลักนิติรัฐนั้นแม้ว่าจะยอมรับให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หรือองค์กรอื่นที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายลำดับรอง กฎ หรือข้อบังคับอื่นใด อันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ก็ตาม แต่ก็เชื่อว่าจะให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรอื่นที่ได้รับมอบใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจโดยปราศจากขอบเขตในการใช้อำนาจ แต่ในมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 การพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ มิใช่มีเพียงที่บัญญัติไว้ในมาตรา 40 พรรคสองเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพควบคู่ไปด้วย

ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ หลักการแข่งขันเสรีหรือเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 40 วรรคสอง ได้บัญญัติไว้ว่า

“การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” แต่เมื่อพิจารณาจากข้อยกเว้นของมาตราดังกล่าวจะพบว่าเป็นข้อยกเว้นที่มีลักษณะกว้าง โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ด้วย เมื่อพิจารณามาตรา 26 ได้วางเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการบัญญัติรับรองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไว้ว่า

“การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

จะเห็นได้ว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40 นั้นหากมีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง จำเป็นต้องตระหนักถึงมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบด้วย โดยมีวัตถุประสงค์ให้องค์กรอันหมายถึงฝ่ายนิติบัญญัติ ที่มีอำนาจตรากฎหมายที่มีผลเป็นจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนให้ต้องเคลื่อนไหวอยู่ในกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้น อันเป็นรูปแบบในการตรากฎหมายที่ใช้จำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญทุกประเภท ฉะนั้น การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และการแข่งขันอย่างเป็นธรรม จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับประกอบของมาตรา 26 ด้วย โดยสามารถแบ่งองค์ประกอบที่เป็นรูปแบบในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ 4 ประการ คือ

(1) การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ การตรากฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(3) ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย และ

(4) กฎหมายดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

จากการวิเคราะห์เห็นได้ว่า ข้อจำกัดในเสรีภาพสำหรับการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติ ล้วนเป็นข้อจำกัดผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน อันเป็นข้อจำกัดที่มีผลมาจากสิทธิและเสรีภาพ และความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของฝ่ายนิติบัญญัติของไทย โดยเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หลักประกันสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะมีผลในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อองค์กรที่ใช้และตีความหลักดังกล่าวได้ใช้และตีความหลักดังกล่าวตามเจตนารมณ์แห่งความมุ่งหมายของหลักการนั้น ๆ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดแบบเสรีนิยมนั้นสิทธิและเสรีภาพจะบรรลุความมุ่งหมายได้โดยการกำหนดให้องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางที่จะเข้ามาตรวจสอบในเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ ก่อให้เกิดอำนาจในการตรวจสอบแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันให้แก่สิทธิ และเสรีภาพเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติละเมิดหลักการดังกล่าวได้

ข. ผลของการรับรองเสรีภาพในการแข่งขันเสรีต่อฝ่ายบริหาร

อำนาจบริหารหรือสถาบันบริหาร หมายถึงบุคคล คณะบุคคล กลุ่มบุคคล หรือองค์กรที่นโยบาย และกฎหมายที่ผ่านความเป็นชอบของรัฐสภาแล้วไปดำเนินการหรือปฏิบัติ ทั้งในด้านการปกครองหรือบริหารประเทศ โดยแบ่งเป็นกระทรวง กรม ต่าง ๆ รวมทั้งด้านการทหาร และด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นต้น เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นกฎหมายจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือที่ให้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดไว้

ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการบัญญัติรับรองหลักการแข่งขันเสรีให้มีลำดับศักดิ์ในระดับรัฐธรรมนูญนั้น ทำให้การบัญญัติกฎหมายแห่งกฎหมายของฝ่ายบริหารไม่สามารถยกเลิกหลักการดังกล่าวได้ เว้นแต่จะอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดมาจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม เพราะการบัญญัติกฎหมายแห่งกฎหมายของฝ่ายบริหารต้องอาศัยกฎหมายแม่บทให้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายนั้น เนื่องจากกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าหากไม่มีกฎหมายที่ลำดับศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจไว้ก็ย่อมไม่สามารถดำรงอยู่ได้ อันเป็นลักษณะตามลำดับศักดิ์ทางกฎหมาย

จากที่กล่าวมาข้างต้นเห็นได้ว่า ผลของการรับรองเสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรมต่อฝ่ายบริหาร ย่อมผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายปกครอง โดยการกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอันเป็นหลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองที่จำเป็นในการใช้และตีความกฎหมายปกครอง คือ การกระทำทางปกครอง

ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจให้ไว้ไม่สามารถกระทำได้ กล่าวคือ คือ ฝ่ายบริหารจะต้องเคารพต่อลำดับชั้นของกฎหมาย

ดังนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับทั่วไป ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ รวมตลอดถึงกฎหมายประเพณีทางปกครอง และหลักกฎหมายทั่วไปได้ เช่นเดียวกับการใช้และตีความกฎหมายปกครอง ที่ผู้มีอำนาจตีความจะเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายในกรณีคือ จะใช้หรือตีความกฎหมายกฎหมายเกินกว่ากฎหมายให้อำนาจไม่ได้ และจะใช้หรือตีความกฎหมายในกรณีที่กฎหมายให้ตนเองมีอำนาจในสิ่งที่กฎหมายไม่ละเว้นไม่ให้อำนาจไม่ได้เช่นกัน เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น มาตรการของฝ่ายปกครองจะขัดต่อสิทธิและเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรมตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้ด้วยเช่นกัน

ค. ผลของการรับรองเสรีภาพในการแข่งขันเสรีต่อฝ่ายตุลาการ

ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรมอำนาจตุลาการก็จำต้องวินิจฉัยให้สอดคล้องกับสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ได้รับรองไว้เช่นกัน การวินิจฉัยคดีของศาลให้สอดคล้องกับสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้นำมาใช้เฉพาะกรณีที่ศาลตรวจสอบการกระทำของรัฐเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงกรณีทั่ว ๆ ไปด้วย เช่น ตามมาตรา 25 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติว่า

“บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

จากการบัญญัติมาตราดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายเพื่อให้สิทธิแก่ประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ให้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ บทบัญญัตินี้มีลักษณะทำนองเดียวกับมาตรา 28 วรรคสอง³⁹⁵ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันกับอำนาจตุลาการ ดังนั้น หมายความว่า หากสิทธิของประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพในหลักการแข่งขันเสรีที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ถูกละเมิดสามารถใช้สิทธิทางศาลได้ จึงทำให้ปัจเจกชนสามารถเรียกร้องมีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของตนได้

³⁹⁵ มาตรา 28 วรรคสอง บัญญัติว่า บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

นอกจากนี้ มาตรา 5 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” และมาตรา 212 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วย มาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”

พิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีเช่นนี้ศาลย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง นอกจากจะขัดกับรัฐธรรมนูญในประเด็นอื่น ๆ แล้ว บทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ ขัดกับสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ เพราะบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งกับสิทธิและเสรีภาพเท่ากับเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญเช่นกัน จึงเห็นได้ว่า อำนาจตุลาการย่อมผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นธรรมเป็นเสรีภาพประเภทหนึ่งที่ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฝ่ายตุลาการจึงมีบทบาทผูกพันกับหลักการดังกล่าวเช่นกัน

ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตุลาการมีอำนาจหน้าที่และบทบาทสำคัญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้และตีความหลักดังกล่าวตามเจตนารมณ์แห่งความมุ่งหมายของหลักการนั้น ๆ หากการใช้และตีความหลักดังกล่าวไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของหลักนั้น ๆ ในที่สุดย่อมไม่สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ และที่ควรตระหนักยิ่งกว่านั้นคือ การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย

5.2 หลักการแข่งขันเสรีกับรัฐวิสาหกิจ

การศึกษาวิเคราะห์หลักการแข่งขันเสรีกับรัฐวิสาหกิจเป็นการศึกษาในประเด็นทางกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐวิสาหกิจที่ประกอบการแข่งขันกับเอกชน ทั้งนี้มีบทบัญญัติในบางมาตราที่ไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ส่งผลกระทบต่อหลักการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจและระบบกฎหมายไทย รวมถึงผู้ประกอบการในภาคเอกชนที่รัฐเข้าไปประกอบกิจการแข่งขัน โดยการศึกษาจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ การห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาของขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ตามข้อยกเว้น มาตรา 4 (2) กรณีศึกษา รัฐวิสาหกิจ

5.2.1 การห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

หลักการแข่งขันเสรีในทางกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจนั้น เป็นการศึกษาถึงการใช้อำนาจของรัฐอันมีลักษณะเกี่ยวข้องหรือยึดโยงกับหลักการแข่งขันเสรีโดยมีวัตถุประสงค์มุ่งหมายจำกัดการใช้อำนาจหรือการออกกฎหมายในลักษณะต่าง ๆ โดยใช้รัฐวิสาหกิจเป็นเครื่องมือในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐ อันจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันของผู้ประกอบการในภาคเอกชน จึงมีประเด็นที่ต้องศึกษาว่าการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติห้ามมิให้รัฐประกอบกิจการในลักษณะแข่งขันกับเอกชนนั้นสอดคล้องกับหลักการแข่งขันเสรีหรือไม่ โดยการศึกษาเนื้อหาในส่วนนี้จะแบ่ง 2 ส่วน คือ การบัญญัติห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และข้อเท็จจริงอันเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

5.2.1.1 การบัญญัติห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

หลักเกณฑ์ในเรื่องการห้ามรัฐเข้าไปประกอบกิจการในทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน อันเป็นหลักพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรี (Capitalism) ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนและมีผลบังคับอย่างจริงจังเป็นครั้งแรกในประเทศไทยตามมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540³⁹⁶ อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง ซึ่งเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญในทางกฎหมายมหาชนของประเทศไทยเป็นครั้งแรก โดยกำหนดให้การล่วงละเมิดบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะอาศัยอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญเองกำหนดไว้และจะต้องกระทำโดย พระราชบัญญัติเฉพาะและเท่าที่มีความจำเป็นเท่านั้น

โดยจากการศึกษาพบว่า หลังจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ประกาศใช้บังคับมาระยะหนึ่งได้มีความเปลี่ยนแปลงทางการเมือง อันเป็นเหตุให้มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญฯ ฉบับดังกล่าว และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ขึ้น โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังคงมีลักษณะแนวทางหลักการเดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในประเด็นความเป็นกฎหมายสูงสุด

³⁹⁶ มาตรา 87 รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรี โดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ค้ำครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดตัดตอน ทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎหมายที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับ ความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษา ความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณสุขโลก

ของรัฐ และไม่สามารถล่วงละเมิดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิเสรีภาพ โดยจะต้องมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร กับทั้งในเรื่องหลักการห้ามมิให้รัฐประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจอันมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน โดยได้มีการปรับปรุงถ้อยคำของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้มีความชัดเจนมากขึ้น และได้บัญญัติไว้ในหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานของรัฐ มาตรา 84 (1) ดังต่อไปนี้

“มาตรา 84 รัฐต้องดำเนินการตาม แนวนโยบายด้านเศรษฐกิจดังต่อไปนี้

(1) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด และ สนับสนุนให้มีการพัฒนา เศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับ ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะ เป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือ การจัดให้มีสาธารณูปโภค...”

เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของมาตรา 84(1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นการบัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดให้เป็นแนวนโยบายที่นำไปใช้ในการดำเนินการเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ โดยคงหลักการเดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยรัฐต้องให้การสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีอย่างเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาดในการขับเคลื่อนและพัฒนาเศรษฐกิจ ให้มีการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยที่รัฐต้องไม่แทรกแซงและควบคุมกลไกตลาด หรือประกอบกิจการที่มีลักษณะแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคง หรือผลประโยชน์ส่วนรวม หรือกิจการที่มีลักษณะเป็นสาธารณูปโภค

และเมื่อพิจารณาต่อในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นรัฐธรรมนูญที่ยังคงยืนยันหลักการเรื่องการมีค่าบังคับสูงสุดในลำดับชั้นของกฎหมายของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และให้ทุกองค์กรของรัฐจะต้องผูกพันตามบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กับทั้งไม่อนุญาตให้มีการตรากฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หลักการในเรื่องการห้ามการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชน ก็มีการปรับปรุงเล็กน้อยให้กระชับมากขึ้น โดยข้อแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ คือ มีการเพิ่มข้อยกเว้นบางประการ ดังที่ บัญญัติไว้ในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ ในบทบัญญัติมาตรา 75 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ดังต่อไปนี้

“มาตรา 75 รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์ จากความเจริญเติบโตทาง เศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถ พึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถใน การแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและของประเทศ

รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ”

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า บทบัญญัติในมาตรา 75 วรรคสอง ในหมวด 6 ว่าด้วยแนวนโยบายแห่งรัฐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยมีจุดมุ่งหมายให้รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชนด้วย เว้นแต่มีความจำเป็นบางประการเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมการจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้หากพิจารณาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับก่อน ๆ ในหลักเกณฑ์ในเรื่องการห้ามรัฐเข้าไปประกอบกิจกรรมในทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน อันเป็นหลักพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรี (Capitalism) สะท้อนให้เห็นถึงหลักการที่รัฐจะต้องทำให้กลไกของตลาดมีการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม (Competitive Market) ทั้งนี้องค์ประกอบที่สำคัญที่รัฐจะต้องมีการยืนยันไว้ทั้งสามประการโดยครบถ้วนตามแนวคิดของระบบเศรษฐกิจนี้ อันได้แก่ หลักการรับรองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชน (Private Property) ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 37³⁹⁷ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง หลักการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือเสรีภาพการประกอบอาชีพ (Freedom of Enterprise) ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 40³⁹⁸

³⁹⁷ มาตรา 37 บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด

ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับเสียหายจากการเวนคืนโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ผลกระทบต่อผู้ถูกเวนคืน รวมทั้งประโยชน์ที่ผู้ถูกเวนคืนอาจได้รับจากการเวนคืนนั้น

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นต้องใช้เพื่อการที่บัญญัติไว้ในวรรคสาม เว้นแต่เป็นการเวนคืนเพื่อนำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปชดเชยให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามที่กฎหมายบัญญัติ

กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและกำหนดระยะเวลาการเข้าใช้อสังหาริมทรัพย์ให้ชัดแจ้ง ถ้ามิได้ใช้ประโยชน์เพื่อการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือมีอสังหาริมทรัพย์เหลือจากการใช้ประโยชน์และเจ้าของเดิมหรือทายาทประสงค์จะได้คืน ให้คืนแก่เจ้าของเดิมหรือทายาท

ระยะเวลาการขอคืนและการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์หรือที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท และการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดเชยไปให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การตรากฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยระบุเจาะจงอสังหาริมทรัพย์หรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามความจำเป็น มิให้ถือว่าเป็นการขัดต่อมาตรา 26 วรรคสอง

³⁹⁸ มาตรา 40

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และหลักการที่รัฐจะต้องทำให้กลไกของตลาดมีการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม (Competitive Market) ซึ่งเป็นกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 75 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีการรับรองหลักเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรีในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาเป็นเวลานาน และเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วพบว่า ในประเทศฝรั่งเศสมีศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดการกระทำของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย เช่นเดียวกับที่ประเทศไทยที่ได้ริเริ่มให้มีขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2540 นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสแล้ว พบว่า ศาลสูงของฝรั่งเศสได้วางหลักเกณฑ์และตีความหลักการแข่งขันเสรีที่มุ่งหมายมาตั้งแต่แรกว่าจะห้ามมิให้เอกชนเอาเปรียบผู้แข่งขันอื่น มาเป็นหลักการห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะแข่งขันกับเอกชน

จากการศึกษาพบว่า การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 75 ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฯ จะมีลักษณะของ “หลักการที่รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน” เป็นหลัก โดยไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ชัดเจนหรือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรในประเด็นของ “หลักการแข่งขันอย่างเสมอภาค” อันหมายความว่า หากว่ารัฐหรือนิติบุคคลมหาชนจำเป็นจะต้องเข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับการประกอบการของเอกชน โดยรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนนั้นก็จะต้องประกอบกิจการในลักษณะที่เท่าเทียมกันและเสมอภาค และไม่มีข้อกำหนดใดที่ให้ประโยชน์หรือเอารัดเอาเปรียบเอกชนรายอื่นด้วย

5.2.1.2 ข้อเท็จจริงอันเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เมื่อพิจารณาภายใต้หลักการทางความคิดของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยมโดยเฉพาะอย่างเสรีนิยมคลาสสิก ย่อมได้คำตอบว่า “รัฐไม่สามารถประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนได้” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ “รัฐจะต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน” เพราะระบบ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา

เศรษฐกิจเสรีนิยมคลาสสิก เน้นย้ำว่า รัฐไม่ควรมีบทบาทในทางเศรษฐกิจเลย เพราะ เรื่องเศรษฐกิจเป็นเรื่องของเอกชน

ดังนั้น เมื่อตีความได้ว่า รัฐจะต้องงดเว้นไม่เข้าไปประกอบกิจการอันเป็นการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อแข่งขันกับเอกชน เช่นนี้ จึงเป็นการตีความให้ความหมายที่สอดคล้องมีลักษณะไม่ขัดแย้งกับแนวความคิดของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแนวเสรีนิยมโดยเฉพาะอย่างเสรีนิยมคลาสสิก แต่ต่อมากการให้ความหมายในประเด็นดังกล่าวได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยเป็นการให้ความหมายหรือการตีความในลักษณะที่มีความยืดหยุ่นขึ้น โดยมีแนวคิดการให้ความหมายหรือการตีความไปในแนวทางที่ยอมรับให้รัฐเข้าไปประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนได้ ภายใต้เงื่อนไขหรือเหตุผลบางประการ ซึ่งเงื่อนไขหรือเหตุผลที่สำคัญที่สุดก็คือ “ความจำเป็น” และ “ความเสมอภาค”

จึงเห็นได้ว่า การบังคับใช้หลักการแข่งขันเสรีกับผู้ประกอบการภาครัฐหรือหน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องวางหลักการสองหลักการ คือ หลักการไม่แข่งขันเอกชน กับ หลักการแข่งขันอย่างเสมอภาค อันนำไปสู่การกำหนดขอบเขตของหลักการแข่งขันเสรี ว่ารัฐจะต้องไม่ประกอบการแข่งขันกับประชาชนนอกจากจะมีเหตุผลจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และหากรัฐเข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจในลักษณะที่แข่งขันกับเอกชน ก็ต้องอยู่ภายใต้ความเท่าเทียมกันและต้องไม่มีข้อกำหนดที่เอาเปรียบเอกชนด้วย

เมื่อพิจารณาเหตุผลของความจำเป็นพบว่า ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามมาตรา 75 วรรคสอง ซึ่งได้บัญญัติว่า

“รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการ แข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดทำมีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะโดยยกเว้นให้รัฐสามารถเข้าประกอบกิจการในลักษณะแข่งขันกับเอกชนได้นั้นก็เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดทำมีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ”

โดยผู้เขียนมีความเห็นว่า จากบทบัญญัติดังกล่าวรัฐสามารถแข่งขันกับเอกชนได้ หากเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดทำมีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ อันถือเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาให้รัฐเข้าประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนได้

แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ว่ารัฐต้องเข้าแข่งขันเอกชนภายใต้ความเท่าเทียมกันและเสมอภาคกับเอกชน

และเมื่อพิจารณาต่อจะพบว่า การที่บัญญัติหลักการแข่งขันอย่างเป็นทางการเป็นธรรมดังกล่าวไว้ในหมวด “แนวนโยบายแห่งรัฐ” นั้น อันเป็นแนวทางการบริหารงานของรัฐที่ใช้เป็นหลักฐานในการตรากฎหมายและการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดหน้าที่และภารกิจของรัฐหรือของประเทศและมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการรักษาเสถียรภาพของประเทศและการดำรงชีพของประชาชนที่มีผลโดยตรงต่อการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐ โดยเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของรัฐวิสาหกิจโดยตรง เห็นว่า แนวนโยบายแห่งรัฐนั้น เป็นการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นแนวทางที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติที่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งจะต้องมีลักษณะการเขียนที่กว้างและครอบคลุมในสาระสำคัญเพราะเนื่องจากลักษณะของการเมืองหรือรัฐบาลในแต่ละยุคสมัยนั้น มีลักษณะทางสังคมที่มีความเป็นพลวัตสูงมีการเปลี่ยนแปลงการบริหารราชการแผ่นดินได้ตลอดเวลา

ดังนั้น ไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงการบริหารของงานรัฐบาล ไม่ว่ารัฐบาลไหนก็ตามย่อมที่จะมาบริหารงานต่อและดำเนินงานได้อย่างต่อเนื่อง โดยการกำหนดนโยบายต่าง ๆ จะขัดต่อแนวนโยบายแห่งรัฐมิได้ ทั้งนี้ คำอธิบายดังกล่าว ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในมาตรา 64 ได้บัญญัติว่า

“บทบัญญัติในหมวดนี้ เป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน”

เมื่อแนวนโยบายแห่งรัฐ เป็นขอบเขตและทิศทางที่เป็นนโยบายหลักอันสำคัญของประเทศ ในการบริหารงานของรัฐที่จะต้องใช้เป็นแนวทาง ในการตรากฎหมายและการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยรัฐต้องใช้ยึดถือและปฏิบัติให้สอดคล้องกับแนวทางดังกล่าวซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดความมั่นคงแห่งความเป็นรัฐและตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน และออกกฎหมายให้เป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้เป็นแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ซึ่งจะไม่ผันแปรไปตามการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง

ดังนั้น เมื่อพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายเห็นได้ว่าจะต้องนำแนวนโยบายแห่งรัฐมาบังคับใช้ในการบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดหน้าที่และภารกิจของรัฐหรือของประเทศและมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการรักษาเสถียรภาพของประเทศประกอบการพิจารณาร่วมด้วย โดยจะต้องคำนึงถึงหลักการแข่งขันเสรีกับผู้ประกอบการภาครัฐหรือหน่วยงานของรัฐนั้น โดยต้องวางหลักการสองหลักการ คือ หลักการไม่แข่งขันเอกชน กับ หลักการแข่งขันอย่างเสมอภาค โดยรัฐจะต้องไม่ประกอบการแข่งขันกับประชาชน นอกจากจะมีเหตุผลจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น และหากรัฐเข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจในลักษณะที่แข่งขันกับเอกชนก็ต้องอยู่ภายใต้ความเสมอภาคและต้องไม่มีข้อกำหนดที่เอาเปรียบเอกชนด้วย

ทั้งนี้ เนื้อหาในสาระสำคัญของการห้ามมิให้รัฐประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในลักษณะแข่งขันกับเอกชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามที่ได้กำหนดไว้ นั้น มีเนื้อหาที่สัมพันธ์กับประเด็นกฎหมายแข่งขันทางการค้าอันเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องและมีความสำคัญโดยตรงกับหลักการแข่งขันเสรีในสภาวะปัจจุบัน ซึ่งเป็นกฎหมายที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายขึ้น แต่ปรากฏว่ามีลักษณะสาระสำคัญในบางประเด็นที่อาจส่งผลให้ไม่เกิดการแข่งขันเสรีที่แท้จริงในระบบเศรษฐกิจ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

5.2.2 สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ไขของขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ตามข้อยกเว้น มาตรา 4 (2) กรณีศึกษา รัฐวิสาหกิจ

ในส่วนวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาของขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าตามข้อยกเว้น มาตรา 4 (2) กรณีศึกษา รัฐวิสาหกิจ ทั้งนี้ จะทำการศึกษาโดยจะแบ่งออกเป็น 4 ส่วน คือ ปัญหาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย วิเคราะห์การพิจารณาข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (2) วิเคราะห์แนวทางการแก้ปัญหาวิเคราะห์ของขอบเขตบังคับใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (2) กรณี รัฐวิสาหกิจ และวิเคราะห์เปรียบเทียบการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศกับประเทศไทย กรณี รัฐวิสาหกิจ

5.2.2.1 ปัญหาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย

ภายหลังจากการเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐวิสาหกิจในหลาย ๆ แห่งก็ประสบปัญหาภาวะวิกฤตทั่วทั้งโลก อันเนื่องมาจากการขาดทุนและการดำเนินการที่ขาดประสิทธิภาพ ประเทศต่าง ๆ จึงได้กลับไปสนับสนุนนโยบายการแข่งขันเสรีที่เน้นในเรื่องการแข่งขันและประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจอันเป็นจุดเริ่มต้นในการนำไปสู่นโยบายการจำกัดมิให้รัฐประกอบการในทางเศรษฐกิจที่แข่งขันกับเอกชน โดยการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรม เป็นภารกิจสำคัญของการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐ อันเป็นหัวใจในการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจให้มีความเจริญเติบโต เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 75 วรรคหนึ่งและวรรคสอง โดยมีจุดมุ่งหมายของมาตราดังกล่าวเป็นลักษณะของกำหนดหลักการในการจัดระบบเศรษฐกิจของประเทศ โดยมีเป้าหมายเพื่อให้ประชาชนมีโอกาสเข้าถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง และต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจและกำหนดหลักการกรณีรัฐจำเป็นต้องประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน ป้องกันการผูกขาดตัดตอนไม่ว่าโดยตรงและทางอ้อม และคุ้มครองผู้บริโภค รวมตลอดจนหลักการใน

การดูแลระบบสหกรณ์ และกิจการวิสาหกิจขนาดย่อมและขนาดกลาง โดยสะท้อนแนวคิดระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมเป็นเป็นหลัก

ดังนั้น เพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดที่จะนำไปสู่การจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรม โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอันเป็นกฎหมายสูงสุด จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย ในปี พ.ศ. 2542 นับแต่มีการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ในปี พ.ศ. 2542 การปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ายังขาดประสิทธิภาพจึงนำไปสู่การริเริ่มในการปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ทั้งนี้ ได้มีการให้ตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่ ในปี พ.ศ. 2560 อันเป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับที่สองของประเทศไทย และยังคงใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบด้วย 92 มาตรา จึงเปรียบเสมือนเป็นธรรมนูญกำกับดูแลพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้า อันมีวัตถุประสงค์ในตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขึ้นไว้โดยเฉพาะ โดยมีลักษณะกฎหมายที่มีขอบเขตการบังคับใช้อย่างกว้างขวางโดยครอบคลุม การควบคุมและห้ามพฤติกรรมของธุรกิจที่มีอำนาจผูกขาดหรือเหนือตลาดเป็นการเฉพาะซึ่งกำหนดพฤติกรรม ที่ใช้อำนาจเหนือตลาดที่กระทบต่อการแข่งขันในตลาด การรวบรวมกิจการเพื่อตรวจสอบว่าการควบกิจการจะเกิดผลดีหรือเสียต่อการแข่งขันเศรษฐกิจโดยรวมหรือไม่ การห้ามธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดเดียวกันทำข้อตกลงใด ๆ ที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันหรือลดการแข่งขัน การกำหนดธุรกิจที่เกี่ยวข้องหรือมีคู่แข่งแต่เชื่อมโยงกันทำข้อตกลงอันนำไปสู่การจำกัดการแข่งขัน การห้ามการกระทำไม่เป็นธรรมกรณีที่ธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าแล้วใช้อำนาจกีดกันหรือบังคับให้ธุรกิจรายเล็กต้องดำเนินการตาม การห้ามธุรกิจทำข้อตกลงกับต่างประเทศอันนำไปสู่ปัญหาการแข่งขันตลาด ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 50 – 58 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้มีการกำหนดขอบเขตการกระทำและธุรกิจที่ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายนี้ ซึ่งมีลักษณะแตกต่างไปจากผู้ประกอบการทั่วไปและธุรกิจบางประเภทที่รัฐอาจมีความจำเป็นต้องยกเว้นไม่ให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายโดยได้กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ไว้ในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 4 พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

(1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น

(2) รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เฉพาะใน ส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษา ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค

(3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมี วัตถุประสงค์ ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร

(4) ธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้า

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่า ได้มีการให้รัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้าฉบับนี้โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีการปรับปรุงแก้ไขในกรณีรัฐวิสาหกิจให้ดียิ่งขึ้น โดยทำให้ ข้อยกเว้นภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่มีความสอดคล้องกับหลักการของ ASEAN Guidelines มากยิ่งขึ้น เว้นแต่ รัฐวิสาหกิจที่มีการกระทำเฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือ มติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์ สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภคจะไม่ตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการ แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งโดยหลักการแล้วการบังคับใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวพึงควรใช้อย่างจำกัด เพื่อคงหลักการให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและแข่งขันอย่างเป็นธรรมตามเจตนารมณ์แห่ง กฎหมาย และส่งผลอันดีต่อกลไกการตลาดที่จะสามารถดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ด้วย ลักษณะการบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าวที่มีได้ยกเว้นเฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี อาจทำให้เกิดปัญหาอันมีผลทำให้ไม่เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมอย่างแท้จริง และส่งผลให้ เกิดความไม่เสมอภาคและความไม่เป็นธรรมระหว่างภาครัฐกับเอกชนในสังคม ซึ่งประเด็นปัญหา ดังกล่าวนำมาสู่การวิเคราะห์เพื่อนำมาสู่แนวทางการแก้ไขปัญหาในหัวข้อถัดไป

5.2.2.2 การพิจารณาข้อยกเว้น ตามมาตรา 4 (2)

โดยปัญหาที่เกิดขึ้นจากขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2560 ส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สอดคล้องกับหลักการแข่งขันเสรีอย่าง เป็นธรรมอย่างเห็นได้ชัด ทำให้รัฐวิสาหกิจมีอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาด โดยเฉพาะ รัฐวิสาหกิจที่เป็นบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการ แข่งขันทางการค้าและการกำกับดูแลกิจการสาธารณูปโภค อยู่ในมาตรา 4 (2) ของพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 4 (2) บัญญัติว่า พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับ แก่การกระทำของ

(2) รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เฉพาะใน ส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษา ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค

จากการศึกษาพบว่าจะต้องพิจารณาถึงนิยามของการกระทำตาม บทบัญญัติเป็นลำดับแรก ซึ่งตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ไม่ปรากฏการให้ คำนิยามของกฎหมายดังกล่าว แต่จากการพิจารณาถ้อยคำที่บัญญัติเบื้องต้นจะเห็นว่าการกระทำที่ ได้รับการยกเว้นล้วนเป็นเหตุจำเป็นเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในหลักการกฎหมายมหาชนได้ให้ คำอธิบายว่า ประโยชน์สาธารณะถือเป็นเป้าหมายหลักในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ที่จะต้อง อธิบายได้อย่างสมเหตุและสมผลว่าการกระทำนั้นมีผลเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างไร ดังนั้น การบัญญัติจึงจำเป็นที่จะต้องใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง เพื่อให้สามารถ เปลี่ยนแปลงได้ตามสภาพของสังคมอยู่เสมอ

และเมื่อพิจารณาจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ พบว่า มีการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในการกระทำที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์เพื่อ ประโยชน์สาธารณะ แต่ไม่มีประเทศใดที่กำหนดนิยามของการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะไว้อย่าง ชัดเจน ทั้งนี้ โดยแต่ละประเทศมีลักษณะการบัญญัติที่แตกต่างกัน ยกตัวอย่าง เช่น

สหภาพยุโรป ใช้คำว่า “การจัดหาบริการที่เป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจทั่วไป (services of general economic interest :SGEI) หรือมีลักษณะเป็นการสร้างรายได้ให้รัฐผ่านการ ผูกขาด (a revenue-producing monopoly)” โดยคณะกรรมการได้มีคำอธิบายใน COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest ว่า TFEU ไม่มีการกำหนดนิยาม ของ SGEI และคงจะไม่สามารถระบุกิจกรรมที่เป็น SGEI อย่างตายตัวได้เพราะจะต้องพิจารณาตามบริบท ต่าง ๆ ของรัฐ เช่น ความต้องการของพลเมือง เทคโนโลยีลักษณะของตลาด สภาพสังคมและการเมือง เป็นต้น

ประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้คำว่า “การดำเนินการตามนโยบายของรัฐ” โดยเป็น หลักที่ศาลได้พัฒนาขึ้นในคดี Parker vs Brown เรียกว่า หลัก “state action defense” ซึ่งศาลมี ความเห็นว่าพฤติกรรมที่ดำเนินการตามนโยบายของรัฐเป็นพฤติกรรมที่ได้รับการยกเว้นการบังคับใช้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากเป็นการดำเนินการอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งย่อมมี ความสำคัญมากกว่าการคุ้มครองหลักการระบบการค้าเสรี ทั้งนี้ พฤติกรรมที่ได้รับการยกเว้นดังกล่าว เป็นกรณีที่ศาลจะต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี

เมื่อพิจารณาถึงแนวทางการบัญญัติกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและการตีความของศาลพบว่า การที่กฎหมายไม่กำหนดนิยามของการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะไว้อย่างชัดเจนเนื่องจากการพิจารณาจะต้องอาศัยการพิเคราะห์ตามพฤติการณ์และสภาพการณ์ในขณะนั้น ๆ เช่นเดียวกับการบัญญัติถ้อยคำเกี่ยวกับการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะในประเทศไทย ซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้ถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง เพื่อให้สามารถปรับใช้ได้อย่างสอดคล้องกับสภาพของสังคมในแต่ละยุคสมัย และปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์และพลวัตทางสังคม ดังนั้นในการเขียนบทบัญญัติของกฎหมายในการกระทำที่ได้บัญญัติไว้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดนิยามการกระทำที่ได้รับยกเว้น ตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อมา คือประเด็นข้อยกเว้นตามมาตรา 4(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยได้กำหนดเกณฑ์ด้านอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการกระทำที่ได้รับการยกเว้น กล่าวคือ ต้องเป็นการดำเนินการตามกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรี จึงอาจพิจารณาเกณฑ์ด้านอำนาจหน้าที่ในลักษณะรูปแบบได้ว่า การกระทำที่จะได้รับยกเว้นตามมาตรา 4 (2) ต้องเป็นการดำเนินการที่มีฐานแห่งอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการอย่างชัดเจน ซึ่งอยู่ในรูปแบบของกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรี โดยสามารถแยกข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4(2) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การกระทำของรัฐวิสาหกิจเฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมาย เมื่อพิจารณาเห็นว่า กฎหมาย หมายถึง กฎที่สถาบันหรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐตราขึ้น หรือที่เกื้อหนุนจากจารีตประเพณีอันเป็นที่ยอมรับนับถือ เพื่อใช้ในการบริหารประเทศ เพื่อใช้บังคับบุคคลให้ปฏิบัติตาม หรือเพื่อกำหนดระเบียบแห่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หรือระหว่างบุคคลกับรัฐ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามนัย มาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกระทำของรัฐวิสาหกิจที่ควรยกเว้นการดำเนินการตามกฎหมายนั้น ควรพิจารณาเฉพาะตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ให้อำนาจในการยกเว้น รัฐวิสาหกิจเป็นการเฉพาะเท่านั้น แต่ทั้งนี้ กฎหมายที่ให้อำนาจในการยกเว้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักการแข่งขันเสรีอันเป็นหลักการที่รับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอันเป็นกฎหมายสูงสุด และต้องไม่กระทบสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน โดยกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการดำเนินการในทางปกครองได้นั้นจึงควรต้องมีความชัดเจนแน่นอนและเป็นที่ยุติความหมายได้ คือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งการที่หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองจะกระทำการต่าง ๆ ได้นั้น ต้องปรากฏว่าหน่วยงานมีอำนาจหน้าที่ในการกระทำการเพื่อให้วัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะบรรลุผล เพราะหากไม่มีกฎหมายให้

อำนาจ หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่กระทบสิทธิของเอกชนได้ โดยกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นจะต้องเป็นไปในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

ประเด็นที่สอง การกระทำของรัฐวิสาหกิจเฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อพิจารณาเห็นว่า มติคณะรัฐมนตรี หมายถึง ผลของการบริหารราชการแผ่นดินโดยคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นการวินิจฉัย การอนุญาต การอนุมัติ หรือการสั่งการ จึงถือได้ว่ามติคณะรัฐมนตรีเป็นเรื่องภายในของฝ่ายบริหารผูกพันหน่วยงานราชการที่จะต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีเพราะมติคณะรัฐมนตรีเป็นเหมือนคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม³⁹⁹ โดยในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า จากการศึกษาแนวทางของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายกองที่ 4) ได้เคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสรีที่ 92/2504⁴⁰⁰ ว่า มติคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจในทางบริหารของรัฐ เพื่อเป็นกรอบแนวทางในการบริหารราชการแผ่นดิน และคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) ได้เคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสรีที่ 379/2544⁴⁰¹ ว่ามติคณะรัฐมนตรีมิได้มีสถานะทางกฎหมาย แต่หากพิจารณาถึงการกระทำของคณะรัฐมนตรี สามารถแยกการกระทำออกได้ เป็น 2 ลักษณะ คือ

ลักษณะที่ 1 เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ถือว่า กระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” หรือ เรียกว่า “การทำทางการเมือง”

ลักษณะที่ 2 เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับระดับเดียวกับพระราชบัญญัติถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” ซึ่งเฉพาะแต่การกระทำที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ (พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ) เท่านั้นที่ถือว่าเป็น “การกระทำทางปกครอง”

โดยการกระทำของคณะรัฐมนตรีทั้ง 2 ลักษณะนี้ยากที่แยกออกจากกันได้ อย่างเด็ดขาด เพราะมีความเกี่ยวพันกันอยู่เสมอ จึงมีปัญหาสถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีว่ามีเพียงใดข้อพิจารณาสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งหากพิจารณาตามแนวทางของกฤษฎีกาจะเห็นว่ามติของคณะรัฐมนตรีมิใช่กฎหมายแต่ในปัจจุบันนักกฎหมายได้ยอมรับแล้วว่า หากมติคณะรัฐมนตรีใดมีลักษณะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์และระบบกฎหมายยอมรับบังคับใช้กฎเกณฑ์ตามนั้น มติคณะรัฐมนตรีก็ย่อมเป็น “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” หรือ บางกรณีคณะรัฐมนตรีใดใช้อำนาจกระทำผูกพันนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อเปลี่ยนแปลงระบับสิทธิของประชาชน ย่อมเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ดังนั้น ในการพิจารณาสถานะทางกฎหมายของมติ

³⁹⁹ วิษณุ เครืองาม, คำบรรยายหลักสูตรนักกฎหมายมหาชนภาครัฐ รุ่นที่ 2 เรื่อง รัฐบาลในด้านที่มาก การบริหารราชการแผ่นดิน อำนาจของนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี และรัฐมนตรี [ออนไลน์] <http://web.krisdik.go.th/activityDetail.jsp?actType=8&actCode=51&head=4&item=n5>. (29 มิถุนายน 2565)

⁴⁰⁰ บันทึก เรื่อง การขึ้นบัญชีการสอบคัดเลือกเพื่อเลื่อนชั้น

⁴⁰¹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ขอรหัสเกี่ยวกับโครงการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ 1900 MHz

คณะรัฐมนตรี จึงต้องพิจารณาเนื้อหาและผลบังคับใช้ของมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามารถ
จำแนกมติคณะรัฐมนตรีออกเป็น 3 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นการกระทำทางนโยบาย กล่าวคือ
มติคณะรัฐมนตรีในลักษณะนี้เป็นการกำหนดแนวทางการบริหารงานแผ่นดินอย่างใดอย่างหนึ่ง
นอกเหนือจากที่รัฐบาลได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา เช่น ในความสัมพันธ์กับต่างประเทศหรือในการพัฒนา
เศรษฐกิจและสังคม หรือในการกำหนดแนวทางปฏิบัติทางสังคมและวัฒนธรรม จึงไม่ใช่กฎเกณฑ์แห่ง
กฎหมาย นอกจากนี้มติคณะรัฐมนตรีในบางกรณีก็เป็นเพียงการดำเนินงานภายในของฝ่ายปกครองที่ยัง
ไม่ผลกระสิทธิของบุคคลใด ๆ ไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงสู่บุคคลภายนอกมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึง
ไม่เป็นกฎและคำสั่งทางปกครอง เป็นเพียงแต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น ตัวอย่างคำ
พิพากษาศาลปกครองสูงสุด มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็น “การกระทำทางนโยบาย” เช่น คำสั่งศาล
ปกครองสูงสุดที่ พ.9/2549⁴⁰² เป็นต้น

กรณีที่ 2 มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็น “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง”
กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการและข้าราชการถือปฏิบัติเป็นการทั่วไป แม้
ไม่มีผลเป็นกฎหมายโดยตรง แต่ส่วนราชการต่าง ๆ สามารถนำมติคณะรัฐมนตรีไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริง
กรณีต่าง ๆ ให้เกิดผลในทางกฎหมายได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น เช่น การกำหนดวันหยุดราชการ เป็น
ต้น ในทางตรงกันข้าม หากส่วนราชการหรือข้าราชการผู้ใดไม่ปฏิบัติตามก็จะต้องได้รับผลกระทบในทาง
ร้าย โดยถือเป็นความผิดทางวินัยโดยตรงฐานขัดคำสั่งผู้บังคับบัญชา ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้จึง
มีผลบังคับตามความเป็นจริงและย่อมมีฐานะเป็น “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” เช่น มติ
คณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 26 กันยายน 2543 ที่เห็นชอบตามมติคณะกรรมการพิจารณาสิทธิพิเศษของ
หน่วยงานและรัฐวิสาหกิจ ที่ให้สิทธิพิเศษแก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ด้วยการให้หน่วยงาน
ราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ พิจารณาหมายเลขโทรศัพท์ใหม่ขององค์การโทรศัพท์เป็น
ลำดับแรก เป็นต้น

อย่างไรก็ตามมติคณะรัฐมนตรีที่วางกฎเกณฑ์ให้ส่วนราชการหรือ
ข้าราชการปฏิบัตินี้ ไม่ได้อยู่ในรูปแบบของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหารที่กฎหมายรองรับ จึง
ต้องถือว่ามติดังกล่าวไม่มีผลบังคับให้ประชาชนหรือบุคคลนอกกระบบราชการต้องปฏิบัติตามโดยตรงแต่
ถือเป็น “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” ได้เช่นกัน เช่นในกรณีที่คณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะที่
เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง อาจมีกรณีเรื่องใดเรื่องหนึ่งบัญญัติไว้โดยตรงให้คณะรัฐมนตรีออก

⁴⁰² มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 2548 ที่อนุมัติให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งแปรรูปมาจากการ
ไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยระดมทุนเพื่อใช้ในการก่อสร้างโรงไฟฟ้าเพิ่มเติม รวมทั้งเห็นชอบให้มีการจัดสรรกำลังการผลิตให้กับ
บริษัทดังกล่าว ในปี 2549-2558 เป็นเรื่อง “การกำหนดนโยบาย” เกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะในด้านของการผลิตไฟฟ้าจำหน่าย
ประชาชนของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ มิได้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่ง
หมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงไม่มีลักษณะเป็นกฎ

กฎหมายลำดับรองได้ ซึ่งในกรณีต้องถือว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีสภาพเป็น “กฎหมายลำดับรอง” หรือเป็น “กฎ” ที่เป็นลูกบท เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติให้วางระเบียบ โดยที่มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ มีข้อแตกต่างจากมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ แต่มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหารเป็นเพียงการใช้อำนาจให้ความเห็นชอบกฎเกณฑ์รูปแบบนั้น ๆ ในฐานะที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด จึงไม่ใช่กฎเกณฑ์ตามรูปแบบ

หากพิจารณาตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของ กฎ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เห็นว่า “กฎ” ตามบทบัญญัตินี้เป็น “กฎหมายลำดับรอง” ที่ออกโดยองค์กรบริหารหรือองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งนอกจากพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ อันเป็นกฎหมายตามแบบพิธีหรือเป็นกฎตามรูปแบบแล้ว ยังรวมถึงมาตรการหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปที่มีผลให้ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม ซึ่งมีใช้มีผลทางกฎหมายโดยตรงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ ไม่ว่าจะเรียกชื่ออะไร อันเป็นกฎหมายตามเนื้อความหรือเป็น “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” โดยสภาพ คำว่า มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่ได้หมายความว่าต้องมีผลบังคับแก่ประชาชนทุกคน อาจมีผลบังคับเฉพาะประเภทของบุคคลก็ได้ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลที่อยู่ในบังคับนั้นจะมีจำนวนเท่าใดเพียงแต่ไม่ใช่มีผลบังคับเจาะจงตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น

สำหรับมติคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินในการตัดสินใจร่วมกันของคณะรัฐมนตรี อำนาจนี้อาจมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ๆ หรือบทบัญญัติของกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติต่าง ๆ รวมทั้งระเบียบ หรือธรรมเนียมปฏิบัติ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคณะรัฐมนตรีมิได้ปฏิบัติหน้าที่ในงานด้านนโยบายเท่านั้น แต่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายปกครองด้วย มติคณะรัฐมนตรีจึงอาจมีลักษณะเป็นงานนโยบายซึ่งเป็นการกำหนดทิศทางและนโยบายเกี่ยวกับการบริหารงานอย่างใดอย่างหนึ่งที่หน่วยงานที่ควบคุมดูแล หรือรับผิดชอบในเรื่องนั้นจะต้องรับไปดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี หรืออาจมีลักษณะเป็นคำสั่งซึ่งมีผลทางกฎหมายโดยตรงเป็นกรณีเฉพาะราย หรือเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ หรืออาจมีลักษณะเป็นกฎซึ่งมีผลเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตามมิได้มีผลทางกฎหมายโดยตรงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งในกรณีที่เป็น “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” นั้น อาจเป็นกฎที่เป็นลูกบท เช่น กฎหมายบางฉบับกำหนดให้คณะรัฐมนตรีออก “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” หรือ อาจใช้อำนาจออก “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” ได้อิสระ โดยอาศัย “หลักการทั่วไป” ที่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรบริหารประเทศ

ตามรัฐธรรมนูญ ฯ จำเป็นต้องมีอำนาจดูแลการใช้บังคับกฎหมายและการจัดการองค์กรให้เป็นไปโดยเรียบร้อย ทำนองเดียวกับอำนาจของผู้บังคับบัญชาขององค์กรต่าง ๆ ซึ่งเป็นอำนาจทั่วไปในการจัดองค์กรและเป็นเรื่องการวางหลักเกณฑ์ที่สามารถนำไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในกรณีต่าง ๆ ให้เกิดผลทางกฎหมายได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น โดยมติคณะรัฐมนตรีที่เป็น “กฎ” นี้มุ่งต่อผลในกฎหมายแก่บุคคลในองค์กรฝ่ายบริหารโดยหน่วยงานและบุคคลในองค์กรฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ คณะรัฐมนตรียังมีอำนาจกำกับดูแลรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรเหล่านั้นและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งมีอำนาจควบคุมกำกับดูแลพนักงานของรัฐในองค์กรดังกล่าวด้วย มติคณะรัฐมนตรีในลักษณะนี้จึงมีสภาพบังคับในทางปกครอง หรือมีผลทางกฎหมายให้หน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมตลอดถึงข้าราชการและพนักงานของรัฐในหน่วยงานดังกล่าวต้องปฏิบัติตาม หากฝ่าฝืนย่อมมีความรับผิดชอบตามมา

ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้จะมีได้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา อย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจเกิดผลกระทบต่อประชาชนได้ด้วยทั้งที่ประชาชนไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งบางกรณีอาจเป็นผลกระทบต่อสำคัญที่ต้องให้ความเยียวยาทางกฎหมาย เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.14/2548⁴⁰³ เป็นต้น

กรณีที่ 3 มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงเป็นกรณีเฉพาะราย ได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการตามกฎหมายต่าง ๆ เช่น กรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม คณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ เช่น คณะกรรมการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย คณะกรรมการการทำเรือแห่งประเทศไทย เป็นต้น นอกจากนี้ อาจมีลักษณะเป็นคำสั่งในทางสาระของเรื่องเฉพาะเรื่อง เช่น การวินิจฉัยให้กระทรวง ทบวง กรมใดปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบราชการพลเรือน เป็นต้น หรือมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบการ

⁴⁰³ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2544 ซึ่งรับทราบมติของคณะกรรมการกลั่นกรองเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีที่ให้อำนาจเงินพิเศษในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานรัฐวิสาหกิจ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นพนักงานในตำแหน่งสายงานหลักซึ่งหาบุคลากรทดแทนได้ยาก และปฏิบัติงานด้าน Science and Technology ซึ่งเคยได้รับเงินพิเศษอยู่เดิมก่อนที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ระงับการจ่าย และมีตำแหน่งต่ำกว่าระดับผู้อำนวยการฝ่ายหรือตำแหน่งเทียบเท่าที่เรียกซึ่งเป็นอย่างอื่นลงมา มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็น “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง”

แต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในตำแหน่งระดับสูงต่าง ๆ ถือว่ามีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 465/2547⁴⁰⁴ เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า มติคณะรัฐมนตรีมีหลากหลายสถานะ บางกรณีถือเป็นการกระทำที่เป็น “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” บางกรณีถือเป็นการกระทำที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” บางกรณีถือเป็นการกระทำทางนโยบาย” ซึ่งต้องทำการศึกษาพิจารณาจำแนก เนื้อหาและผลบังคับใช้ของมติคณะรัฐมนตรีถึงจะทราบถึงสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีได้

ดังนั้น ในประเด็นการกระทำของรัฐวิสาหกิจเฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตาม มติคณะรัฐมนตรี ผู้เขียนเห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีนั้นมีหลากหลายสถานะและมีความเป็นพลวัตที่ค่อนข้างสูง โดยมีทั้งข้อดีและข้อเสียเป็นสำคัญ หากพิจารณาในด้านข้อดี มติคณะรัฐมนตรีนั้นสามารถทำให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปได้อย่างรวดเร็วและทันต่อสถานการณ์ต่าง ๆ เช่น การอนุมัติงบประมาณ การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ เป็นต้น อันเป็นเรื่องภายในของการบริหารราชการแผ่นดินเท่านั้น แต่ในทางกลับกันการบัญญัติให้อำนาจในการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีเพื่อยกเว้น รัฐวิสาหกิจที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค นั้น เป็นการบัญญัติให้มติคณะรัฐมนตรี มีอำนาจที่จะสามารถเปลี่ยนแปลงหรือลบล้างกฎหมายได้ ประกอบกับมติคณะรัฐมนตรีมีความเป็นพลวัตสูง ไม่คงที่ และสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามแต่รัฐบาลในแต่ละยุคสมัย ด้วยลักษณะความหลากหลายทางสถานะตามที่ได้วิเคราะห์นี้ จึงทำให้เป็นช่องโหว่ในบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ ที่อาจทำให้เป็นช่องทางของนักการเมืองหรือกลุ่มผลประโยชน์ที่มีอิทธิพลทางการเมือง สามารถแสวงหาผลประโยชน์โดยการใช้อำนาจ มติคณะรัฐมนตรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลประโยชน์ในรัฐวิสาหกิจ โดยมิได้มีการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ และประชาชนเป็นสำคัญ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ตามบทบัญญัติในข้อยกเว้นในประเด็นนี้เป็นปัญหาที่ส่งผลทำให้ไม่เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมอย่างแท้จริงได้เห็นควรที่จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไข บทบัญญัติเพื่อให้ดียิ่งขึ้นกว่าเดิม

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาต่อมาในประเด็นเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ของข้อยกเว้น ตามมาตรา 4 (2) พบว่า ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการกระทำที่ได้รับการยกเว้นตามกฎหมาย โดยระบุว่าต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์การรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือ จัดให้มีสาธารณูปโภค โดย

⁴⁰⁴ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นคณะกรรมการซึ่งแต่งตั้งตามมติคณะรัฐมนตรี โดยให้อำนาจหน้าที่ในการพิจารณา กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และจำนวนเงินชดเชยพิเศษแทนการจัดสรรที่ดินแปลงอพยพ โครงการพัฒนากลุ่มน้ำป่าสัก อันเนื่องมาจากพระราชดำริ ซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคล จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ และมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ให้ผู้ใดมีสิทธิและไม่มีสิทธิที่จะได้รับเงินชดเชยพิเศษฯ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งรับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ปัจจุบันยังไม่มีกำหนดแนวทางในการพิจารณาหรือคำอธิบายของหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพิ่มเติม อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์จะเห็นว่า วัตถุประสงค์เหล่านี้ มีลักษณะร่วมกัน คือ ต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับภารกิจของรัฐ และต้องก่อให้เกิดผลประโยชน์ในระดับประเทศ หรือเป็นประโยชน์ต่อประชาชนโดยส่วนใหญ่เป็นสำคัญ โดยจากการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศนั้น ปรากฏแนวทางในการพิจารณาหรือคำอธิบายของหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับเกณฑ์วัตถุประสงค์ของการกระทำ ดังนี้

สหภาพยุโรป ตาม TFEU มาตรา 106 (2) กำหนดเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ คือ ต้องเป็นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาบริการที่เป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจทั่วไป (SGEI) หรือมีลักษณะเป็นการสร้างรายได้ให้รัฐผ่านการผูกขาด” โดยคณะกรรมการได้มีคำอธิบายใน Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest โดยข้อยกเว้นในกิจกรรมเหล่านี้เป็นไปเพื่อให้ประเทศสมาชิกสามารถดูแลให้บริการที่มีวัตถุประสงค์ดังกล่าวบรรลุพันธกิจได้กิจกรรมที่อยู่ในขอบข่ายวัตถุประสงค์ของ SGEI ต้องพิจารณาตามบริบทของแต่ละประเทศ โดยเป็นไปตามความต้องการของประชาชน เทคโนโลยี การตลาด ตลอดจนสภาพทางสังคม และการเมือง ซึ่งโดยทั่วไปกิจกรรม SGEI จะเป็นบริการเชิงพาณิชย์ด้านสาธารณูปโภค เช่น การขนส่ง พลังงาน การสื่อสาร ไปรษณีย์ เป็นต้น

สหรัฐอเมริกา โดยหลักการทั่วไป ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐบาลไม่อยู่ภายใต้บังคับ ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า สำหรับหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะเป็นบริษัทของรัฐบาลกลางหรือรัฐวิสาหกิจ (Federal government corporations) จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย การแข่งขันหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่ศาลจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ เป็นกรณีไป แต่มีแนวโน้มที่สหรัฐอเมริกาจะบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันกับ รัฐวิสาหกิจซึ่งมีการดำเนินกิจการอาจส่งผลกระทบต่อสภาพการแข่งขันในตลาด

เมื่อวิเคราะห์เกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ พบว่า มีลักษณะร่วมกันกับแนวทางการพิจารณาในประเทศไทย คือ ต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับภารกิจของรัฐ และ ต้องก่อให้เกิดผลประโยชน์ในระดับประเทศหรือเป็นประโยชน์ต่อประชาชนโดยส่วนใหญ่ แต่โดยที่ในรายละเอียดของวัตถุประสงค์ของประเทศไทยได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น การพิจารณาจึงต้องสอดคล้องกับบริบทของถ้อยคำของกฎหมาย และอาจนำตัวอย่างการพิจารณาของกฎหมายต่างประเทศมาเทียบเคียงได้เฉพาะเท่าที่อยู่ในขอบเขต โดยผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาว่า พฤติกรรมใดหรือลักษณะของรัฐวิสาหกิจใดที่สมควรจะได้รับการยกเว้นควรนำหลักการในเรื่องประโยชน์สาธารณะมาบังคับใช้เป็นสำคัญและเห็นควรให้อำนาจแก่ศาลในการพิจารณาวินิจฉัยถึงพฤติกรรมที่เห็นว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในข้อยกเว้นเป็นรายกรณีไป นอกจากนี้แล้วผู้เขียนมีความเห็นว่า ในทาง

กฎหมายมหาชนได้นำหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) มาใช้พิจารณาประกอบการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยอธิบายว่า หน่วยงานของรัฐมีอำนาจดำเนินการเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะและเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น โดยจะต้องเลือกดำเนินการไปในทางที่เหมาะสมในอันที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจอย่างแท้จริงและวิธีการหรือมาตรการที่เลือกใช้ต้องมีความจำเป็นต่อการดำเนินการเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายของภาคเอกชน ซึ่งเมื่อภาครัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะที่เหมาะสมแล้ว ภาคเอกชนย่อมต้องเสียสละสิทธิของตนในบางเรื่องเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ในการนี้ จึงอาจพิจารณาหลักความจำเป็นตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ตามหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาร่วมด้วยเช่นกัน

จากที่กล่าวมาข้างต้นในการวิเคราะห์การพิจารณาข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (2) นั้น จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติตามมาตรา 4 (2) ได้มีการปรับปรุงแก้ไขจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 อันเป็นพระราชบัญญัติฉบับเก่าที่ได้เคยบังคับใช้ โดยได้มีการปรับเปลี่ยนในข้อยกเว้น ที่มีให้รัฐวิสาหกิจต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาสู่การพัฒนาให้รัฐวิสาหกิจนั้นอยู่ภายใต้ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แต่ทว่าข้อยกเว้นที่มีให้ใช้บังคับแก่รัฐวิสาหกิจ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค นั้นมีประเด็นปัญหาเกิดขึ้น เห็นได้ว่าพัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยได้มีการพัฒนาได้อย่างดียิ่งขึ้น แต่ข้อยกเว้นนี้ได้กล่าวมานั้นยังมีบางประเด็นที่อาจทำให้ไม่เกิดการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรมที่แท้จริง โดยผู้เขียนเห็นว่า การพัฒนาในบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการพัฒนาบทบัญญัติทางกฎหมายที่ดีขึ้นมีความสอดคล้องกับหลักสากลและ ASEAN Guidelines มากขึ้น แต่การพัฒนาของบทบัญญัติในมาตรานี้ยังมีข้อบกพร่องที่ทำให้การแก้ไขในกฎหมายฉบับนี้มีได้ถึงขั้นดีที่สุดจึงจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงและแก้ไขบทบัญญัติให้ดียิ่งขึ้นเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างแท้จริง

5.2.2.3 แนวทางการแก้ปัญหาของขอบเขตการบังคับใช้ข้อยกเว้น ตามมาตรา 4 (2) กรณี รัฐวิสาหกิจ

เมื่อวิเคราะห์ถึงนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 บัญญัติว่า

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล
กิจการของรัฐซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งขึ้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตาม

(1) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

(3) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจตาม

(1) หรือ (2) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (1) และ (2) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (2) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

เมื่อข้อเท็จจริงพบว่า รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายถือเป็นธุรกิจหลักในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและตลาดแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ซึ่งรัฐวิสาหกิจที่ได้รับการยกเว้นนั้นเป็นธุรกิจสาธารณูปโภค อันเป็นธุรกิจที่มีการประกอบกิจการตั้งแต่ต้นน้ำ (Upstream) คือแหล่งที่มาของวัตถุดิบ เงินทุน แรงงาน ในกระบวนการของธุรกิจ ต่อมากลางน้ำ (Midstream) คือกระบวนการ การจัดการ การแปรรูป เพื่อก่อให้เกิดสินค้า หรือบริการและปลายน้ำ (Downstream) การที่สินค้าหรือบริการนั้น ไปถึงมือผู้บริโภค ซึ่งรัฐวิสาหกิจที่ได้รับการยกเว้นนั้นเป็นธุรกิจต้นน้ำหรือธุรกิจที่ควบคุมต้นทุนการผลิตของเศรษฐกิจซึ่งถือเป็นหัวใจหลักของเศรษฐกิจเป็นหลัก โดยรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยส่วนใหญ่จะเป็นผู้ควบคุมดูแลธุรกิจสาธารณูปโภคและหลากหลายธุรกิจ

และเมื่อพิจารณาจากคำนิยามดังกล่าวข้างต้นประกอบ พบว่ารัฐวิสาหกิจตามคำนิยามตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 สามารถแบ่งสถานะทางกฎหมายของรัฐวิสาหกิจได้เป็นสองประเภทด้วยกัน คือ รัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชน โดยเป็นนิติบุคคลที่ถูกจัดตั้งตามกฎหมายมหาชน และรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายเอกชน โดยเป็นนิติบุคคลที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด เป็นต้น ซึ่งจากการศึกษา รัฐวิสาหกิจไทยในปัจจุบันที่อยู่ภายใต้การกำกับของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) กระทรวงการคลัง มีจำนวนทั้งสิ้น 53 แห่ง⁴⁰⁵ (สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจจัดไว้ทั้งหมด 52 แห่ง แต่ผู้เขียนได้รวมธนาคารกรุงไทยเข้าไปด้วย จึงทำให้มีรัฐวิสาหกิจทั้งหมด 53 แห่ง โดยสามารถแยกตามประเภทที่มาของการจัดตั้งด้วยกฎหมาย ได้ดังนี้

ประเภทที่ 1 คือ รัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชน ซึ่งได้จัดตั้งตามกฎหมายมหาชน ดังตารางต่อไปนี้

ลำดับ	ชื่อรัฐวิสาหกิจ	ส่วนราชการที่กำกับดูแล	ประเภทสาขา
1	การทางพิเศษแห่งประเทศไทย	กระทรวงคมนาคม	ขนส่ง
2	การรถไฟแห่งประเทศไทย	กระทรวงคมนาคม	ขนส่ง

⁴⁰⁵ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ , 20 เมษายน 2565 [ออนไลน์] www.sepo.go.th.

3	การทำเรือแห่งประเทศไทย	กระทรวงคมนาคม	ขนส่ง
4	การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย	กระทรวงคมนาคม	ขนส่ง
5	สถาบันการบินพลเรือน	กระทรวงคมนาคม	ขนส่ง
6	การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย	กระทรวงพลังงาน	พลังงาน
7	การไฟฟ้านครหลวง	กระทรวงมหาดไทย	พลังงาน
8	การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค	กระทรวงมหาดไทย	พลังงาน
9	การประปานครหลวง	กระทรวงมหาดไทย	สาธารณูปการ
10	การประปาส่วนภูมิภาค	กระทรวงมหาดไทย	สาธารณูปการ
11	องค์การจัดการน้ำเสีย	กระทรวง ทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม	สาธารณูปการ
12	การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย	กระทรวงอุตสาหกรรม	สาธารณูปการ
13	การเคหะแห่งชาติ	กระทรวงการพัฒนาสังคม และความมั่นคงของมนุษย์	สาธารณูปการ
14	โรงงานไฟฟ้ามหานคร จำกัด	กระทรวงการคลัง	อุตสาหกรรมและ พาณิชย์กรรม
15	องค์การสุรา จำกัด	กระทรวงการคลัง	อุตสาหกรรมและ พาณิชย์กรรม
16	สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล	กระทรวงการคลัง	อุตสาหกรรมและ พาณิชย์กรรม
17	โรงพิมพ์ตำรวจ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ	สำนักงานตำรวจแห่งชาติ	อุตสาหกรรมและ พาณิชย์กรรม
18	องค์การตลาด	กระทรวงมหาดไทย	อุตสาหกรรมและ พาณิชย์กรรม
19	องค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทย	กระทรวงเกษตรและ สหกรณ์	เกษตรและ ทรัพยากรธรรมชาติ
20	องค์การตลาดเพื่อเกษตรกร	กระทรวงเกษตรและ สหกรณ์	เกษตรและ ทรัพยากรธรรมชาติ

21	องค์การสะพานปลา	กระทรวงเกษตรและ สหกรณ์	เกษตรและ ทรัพยากรธรรมชาติ
22	การยางแห่งประเทศไทย	กระทรวงเกษตรและ สหกรณ์	เกษตรและ ทรัพยากรธรรมชาติ
23	องค์การคลังสินค้า	กระทรวงพาณิชย์	เกษตรและ ทรัพยากรธรรมชาติ
24	องค์การสวนพฤกษศาสตร์	กระทรวง ทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม	เกษตรและ ทรัพยากรธรรมชาติ
25	องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้	กระทรวง ทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม	เกษตรและ ทรัพยากรธรรมชาติ
26	องค์การสวนสัตว์	กระทรวง ทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม	เกษตรและ ทรัพยากรธรรมชาติ
27	สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และ เทคโนโลยีแห่งประเทศไทย	กระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและ นวัตกรรม	สังคมและ เทคโนโลยี
28	องค์การพิพิธภัณฑ์วิทยาศาสตร์ แห่งชาติ	กระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและ นวัตกรรม	สังคมและ เทคโนโลยี
29	การกีฬาแห่งประเทศไทย	กระทรวงการท่องเที่ยว และกีฬา	สังคมและ เทคโนโลยี
30	องค์การเภสัชกรรม	กระทรวงสาธารณสุข	สังคมและ เทคโนโลยี
31	ธนาคารออมสิน	กระทรวงการคลัง	การเงิน
32	ธนาคารอาคารสงเคราะห์	กระทรวงการคลัง	การเงิน
33	ธนาคารเพื่อการเกษตรและ สหกรณ์การเกษตร	กระทรวงการคลัง	การเงิน
34	ธนาคารเพื่อการส่งออกและ นำเข้าแห่งประเทศไทย	กระทรวงการคลัง	การเงิน

35	ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย	กระทรวงการคลัง	การเงิน
36	บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม	กระทรวงการคลัง	การเงิน
37	สำนักงานธนาคารกรุงเทพ กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ	กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์	สังคมและเทคโนโลยี
38	ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย	กระทรวงการคลัง	การเงิน
39	การยาสูบแห่งประเทศไทย	กระทรวงการคลัง	อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม
40	การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย	กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา	อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม
41	การทางพิเศษแห่งประเทศไทย	กระทรวงคมนาคม	ขนส่ง

ตารางที่ 3 รัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชน ซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายมหาชน

จากตารางจะเห็นได้ว่า รัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชน ซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายมหาชน ปัจจุบันมีทั้งสิ้นจำนวน 41 แห่ง สามารถแบ่งได้เป็นสาขาขนส่งจำนวน 6 แห่ง สาธารณูปการ จำนวน 5 แห่ง พลังงานจำนวน 3 แห่ง การเงิน จำนวน 7 แห่ง อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม จำนวน 7 แห่ง สังคมและเทคโนโลยี จำนวน 5 แห่ง และ เกษตรและทรัพยากรธรรมชาติ จำนวน 8 แห่ง

ประเภทที่ 2 รัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายเอกชน โดยเป็นนิติบุคคลที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ดังตารางต่อไปนี้

ลำดับ	ชื่อรัฐวิสาหกิจ	ส่วนราชการที่กำกับดูแล	ประเภทสาขา
1	บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)	กระทรวงพลังงาน	พลังงาน
2	บริษัท ขนส่ง จำกัด	กระทรวงคมนาคม	ขนส่ง
3	บริษัท อู่กรุงเทพ จำกัด	กระทรวงกลาโหม	อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม
4	บริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน)	กระทรวงคมนาคม	ขนส่ง

5	บริษัท วิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด	กระทรวงคมนาคม	ขนส่ง
6	บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด	กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม	สื่อสาร
7	บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน)	สำนักนายกรัฐมนตรี	สื่อสาร
8	บริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน)	กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม	สื่อสาร
9	บริษัท สหโรงแรมไทยและการท่องเที่ยว จำกัด	กระทรวงการคลัง	อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม
10	บริษัท ธนารักษ์พัฒนาสินทรัพย์ จำกัด	กระทรวงการคลัง	อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม
11	บริษัท รถไฟฟ้า ร.ฟ.ท. จำกัด	กระทรวงคมนาคม	ขนส่ง
12	ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน)***	กระทรวงการคลัง	การเงิน

ตารางที่ 4 รัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายเอกชน ซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายเอกชน จากตารางจะเห็นได้ว่า รัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายเอกชน ซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายเอกชน ปัจจุบันมีทั้งสิ้นจำนวน 12 แห่ง สามารถแบ่งได้เป็นสาขาสื่อสาร 3 แห่ง พลังงาน 1 แห่ง อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม 3 แห่ง ขนส่ง 4 แห่ง และการเงิน 1 แห่ง

เห็นได้ว่า รัฐวิสาหกิจไทยในปัจจุบันมีทั้งหมด 53 รัฐวิสาหกิจ โดยแบ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายมหาชน จำนวน 41 แห่ง และรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายเอกชนจำนวน 12 แห่ง ทั้งนี้ในกรณีของธนาคารไทย จำกัด (มหาชน) เห็นได้ว่าเดิมทีธนาคารกรุงไทย มีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 แต่ต่อมา มีการปรับปรุงแก้ไข พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 และกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน (ซึ่งมีสถานะไม่ใช่รัฐวิสาหกิจ) เข้าถือหุ้นของธนาคารกรุงไทยมากกว่าร้อยละ 50 จึงทำให้ธนาคารกรุงไทยมิใช่รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายวิธีการงบประมาณ แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณานิยามคำว่า รัฐวิสาหกิจ ตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ตามมาตรา 4 (ข) บัญญัติว่า “บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจตาม (ก) มีทุนอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ” เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ธนาคารกรุงไทยเป็นบริษัทมหาชนจำกัด ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายด้วยบริษัทมหาชนจำกัด โดยมีกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน ซึ่งมีสถานะภาพเป็น หน่วยงานของรัฐ ประเภทหน่วยงานในกำกับดูแลของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะ ถือหุ้นในจำนวนร้อยละ 55.07 ของทุนทั้งหมด ธนาคารกรุงไทยจึงมี

สภาพเป็นรัฐวิสาหกิจ ตามมาตรา 4 (ข) ตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ดังนั้น จะพบว่านิยามการเป็นรัฐวิสาหกิจของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับมีความแตกต่างกัน คือพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ใช้คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ในขณะที่พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ใช้คำว่า “ส่วนราชการ” ซึ่งมีความหมายแตกต่างกัน จึงทำให้ธนาคารกรุงไทยมี 2 สถานะ

แต่เมื่อพิจารณาบริบททางสังคมประกอบกับในปัจจุบันธนาคารกรุงไทย ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นการให้บริการธุรกรรมทางการเงิน สินเชื่อ กู้ยืม บัตรเครดิต ลิขสิทธิ์ ประกัน เป็นต้น อันมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารเอกชนอื่น ๆ รวมทั้งในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย พบว่าธนาคารกรุงไทย มีหลักทรัพย์ KTB ที่ประชาชนทั่วไป สามารถเข้าซื้อหุ้นหรือขายได้เสมอ อันเป็นลักษณะหนึ่งของการจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายเอกชน ผู้เขียนจึงเห็นว่าธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) เป็นรัฐวิสาหกิจ และจัดอยู่ในกลุ่มรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งตามกฎหมายเอกชน

เห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 บัญญัติให้รัฐวิสาหกิจ ส่วนใหญ่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ยกเว้นเฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค โดยเป็นข้อยกเว้นที่มีให้ใช้บังคับจึงทำให้ในปัจจุบันมีรัฐวิสาหกิจบางประเภท ที่ได้รับการยกเว้นไม่ตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ดังนั้น ย่อมทำให้บริษัทลูกของรัฐวิสาหกิจเหล่านี้ก็ไม่อยู่ภายใต้ไม่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาพบว่า การยกเว้นรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยเฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยในปัจจุบันพบว่ารัฐวิสาหกิจหลายแห่งมีอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดและหลายแห่งประกอบธุรกิจแข่งขันกับภาคเอกชนโดยตรง โดยเฉพาะรัฐวิสาหกิจที่แปรสภาพเป็นบริษัทมหาชนจำกัด อาทิ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัท กสท. โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) เป็นต้น ซึ่งล้วนแต่มีการบริหารจัดการเหมือนกับเอกชนโดยมุ่งผลกำไรหรือผลประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ ซึ่งเห็นได้ว่าในสังคมปัจจุบันรัฐวิสาหกิจประเภทนี้ได้เปรียบเอกชน โดยรัฐบาลได้ให้สิทธิพิเศษต่าง ๆ แก่รัฐวิสาหกิจทุกด้าน รวมทั้งใช้ประโยชน์จากอำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจผูกขาด โดยไม่ถูกควบคุม ซึ่งจะต่างกับบริบทการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับทุกรัฐวิสาหกิจทั้งเอกชนและรัฐโดยไม่มีข้อยกเว้น

พิจารณาแล้วเห็นว่า จากการวิเคราะห์ในหัวข้อก่อนหน้านี้สามารถเชื่อมโยงในการปรับปรุงบทบัญญัติเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมได้ กล่าวคือ จะต้องมีการนำเกณฑ์ความเป็นนิติบุคคลของรัฐวิสาหกิจมาใช้ในการยกเว้นในกรณีของรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ ด้วย เนื่องจากการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาประกอบกิจการทางธุรกิจต้องพิจารณาสถานะทางกฎหมายให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ เพราะการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายใด สามารถสะท้อนให้เห็นถึงการใช้อำนาจของรัฐในรัฐวิสาหกิจแต่ละประเภท หากรัฐวิสาหกิจใดจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนรัฐวิสาหกิจนั้นก็ควรมีสถานะเช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนที่วางอยู่บนความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน แต่หากรัฐวิสาหกิจใดรัฐต้องการให้มีสถานะหรือมีสิทธิพิเศษบางประการที่เหนือกว่าเอกชน รัฐวิสาหกิจนั้นก็ควรจัดตั้งให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

ดังนั้น การใช้เกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องประโยชน์สาธารณะเพียงอย่างเดียวจึงไม่สามารถที่จะสร้างหลักประกันการแข่งขันเสรีของเอกชนได้ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคและเท่าเทียมกันระหว่างผู้ประกอบการภาคเอกชนและรัฐวิสาหกิจ ผู้เขียนเห็นว่า จึงต้องนำหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนและนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเข้ามาพิจารณาด้วยเช่นกัน แต่ทั้งนี้หากพิจารณาแล้วเห็นว่าวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจใด มีความจำเป็นต้องมีสิทธิพิเศษหรือมีอำนาจมหาชนที่เหนือกว่าเอกชน รัฐควรจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นให้อยู่ในลักษณะของรูปแบบองค์การมหาชนทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อหากได้มีการจัดกลุ่มการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแล้ว จะต้องมีการปรับปรุงโดยแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายแข่งขันทางการค้าให้ใช้บังคับแก่รัฐวิสาหกิจทุกประเภท โดยไม่ต้องมีข้อยกเว้นดังเช่นปัจจุบัน ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักสากล (Model Law on Competition (2010) โดย UNCTAD) และหลักการของ ASEAN Guidelines โดยผู้ประกอบการไม่ว่าจะเป็นของภาครัฐหรือเอกชนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งหากพิจารณารัฐวิสาหกิจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศไม่ให้การยกเว้นแก่รัฐวิสาหกิจไว้โดยตรง ไม่ว่าจะเป็นการยกเว้นแบบทั่วไป (blanket exemption) หรือแบบเจาะจงรายใดรายหนึ่ง แต่มีลักษณะเป็นการยกเว้นเฉพาะ “พฤติกรรม” ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นการดำเนินการตามกฎหมายหรือตามคำสั่งของหน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแล หรือเป็นไปเพื่อความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ หรือประโยชน์แห่งสาธารณะเป็นสิ่งสำคัญ หรือยกเว้น “ธุรกิจบางสาขา” ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่รัฐวิสาหกิจและธุรกิจเอกชนสามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างเท่าเทียม

และจากการศึกษาและเก็บตัวเลขทางสถิติ พบว่า รูปแบบบริษัทในประเทศไทย พบว่า บริษัทที่ใหญ่ที่สุด 10% มีรายได้ถึง 60% ของรายได้ของบริษัททั้งหมด และบริษัทที่มีรายได้สูงสุด 20% มีรายได้คิดเป็น 90% ของรายได้ของบริษัททั้งหมดในประเทศ โดยตัวเลข

ดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงการกระจุกตัวของรายได้ โดยบริษัทขนาดใหญ่ 20 อันดับแรกของประเทศ โดยอันดับต้นเป็นรัฐวิสาหกิจกลุ่มพลังงาน ธนาคารฯ เฉพาะเครือบริษัทในกลุ่ม ปตท. เพียงรายเดียวมีรายได้สูงถึง 45.6% ของรายได้ของบริษัทในตลาดหลักทรัพย์ทั้งหมด ดังนั้นจึงสะท้อนว่ามีการกระจุกตัวสูงมาก อีกทั้งหากเปรียบเทียบกับต่างประเทศจะพบว่าบริษัทขนาดใหญ่ของประเทศเกาหลีนั้นส่วนใหญ่มักจะเป็นบริษัทส่งออก แต่บริษัทขนาดใหญ่ในประเทศไทยกลับไม่ได้ส่งออกแต่อย่างใด ดังนั้น จึงเป็นประเด็นที่เห็นว่ารัฐวิสาหกิจเหล่านี้มีขนาดอุตสาหกรรมที่ใหญ่หรือว่ามีการผูกขาดทางเศรษฐกิจก็ย่อมได้⁴⁰⁶

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาจึงต้องพิจารณาว่าหลักเกณฑ์ที่ควรจะเป็นสำหรับการพิจารณาว่ารัฐวิสาหกิจใดควรอยู่หรือไม่ควรอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 รวมถึงประเด็นการห้ามมิให้รัฐประกอบกิจการในลักษณะแข่งขันกับเอกชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นอกจากนี้จะต้องใช้หลักเกณฑ์ด้านการบริการสาธารณะอันเป็นสำคัญต่อการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐ เข้ามาพิจารณาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรต้องพิจารณาถึงเกณฑ์ความเป็นนิติบุคคลตามวัตถุประสงค์การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในด้านที่มาของกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนร่วมด้วย เพื่อที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและความเสมอภาคในทางเศรษฐกิจ

เมื่อวิเคราะห์ต่อมาพบว่า ประเทศไทยที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) โดยยืนอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติหลัก โดยอาศัยการตีความกฎหมายที่เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จากนั้นจึงนำหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้ให้เหมาะสมกับคดี โดยในระบบนี้อำนาจการออกกฎหมายขึ้นอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น ศาลจึงไม่มีอำนาจในการสร้างหลักกฎหมาย แต่มีสถานะเป็นเพียงผู้ใช้กฎหมาย โดยระบบกฎหมายไทยซึ่งได้ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นได้แยกประเภทกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ออกจากกันอย่างชัดเจน จึงส่งผลโดยตรงต่อจัดตั้งนิติบุคคลของรัฐ กล่าวคือ การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ เพื่อเป็นเครื่องมือในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยให้รัฐวิสาหกิจนั้น ๆ อยู่ภายใต้กฎหมายใด กล่าวคือ ตามทฤษฎีผลประโยชน์ (Interest Theory) ซึ่งพบว่า กฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่วางลักษณะนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนอันอยู่บนพื้นฐานของความอิสระในการแสดงเจตนา ความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญาโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะบังคับอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ โดยอยู่บนหลักความเสมอภาคและเท่าเทียมกันตามกฎหมาย แต่ขณะที่กฎหมายมหาชนองค์กรหรือบุคคลที่เข้าไปมีนิติสัมพันธ์คือ รัฐหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง หรือระหว่างรัฐกับรัฐ

⁴⁰⁶ เตือนเด่น นิคมบริรักษ์, การผูกขาดกับความเหลื่อมล้ำในภาคธุรกิจ. หน้า 8.

ด้วยกัน โดยจะต้องเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ โดยกฎหมายมหาชนมีลักษณะเป็นการบังคับ และหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งออกมาในรูปแบบคำสั่งหรือข้อห้ามที่เรียกว่าการกระทำฝ่ายเดียว กล่าวคือ การกระทำฝ่ายหนึ่งสามารถกำหนดทิศทางหน้าที่ทางกฎหมายให้กับอีกฝ่ายหนึ่งได้โดยฝ่ายหลังมิได้ตกลงยินยอมด้วย เช่น การตราพระราชบัญญัติ เป็นต้น จึงทำให้องค์กรของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจมหาชนที่เหนือกว่าเอกชนทั่วไป ดังนั้น เห็นได้ว่ากฎหมายมหาชนจะต้องมีหลักการอยู่บนความไม่เสมอภาค หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือรัฐและหน่วยงานของรัฐต้องอยู่เหนือเอกชน

เมื่อพิจารณาต่อในประเด็นการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายนั้น จึงมีความสำคัญที่จะต้องตระหนักถึงวัตถุประสงค์อันเป็นสาเหตุแห่งการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ โดยเมื่อแยกการพิจารณาวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจให้มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนและนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนสามารถพิจารณาความแตกต่าง ของสถานะทางกฎหมาย อันเป็นสาระสำคัญได้ดังนี้

ประเด็นความแตกต่าง	รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายมหาชน	รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายเอกชน
วัตถุประสงค์และการดำเนินงาน	ปรากฏในกฎหมายที่จัดตั้ง (พระราชบัญญัติ) หรือรับรอง	ปรากฏในตราสารการจัดตั้ง
เนื้อหาในทางวัตถุประสงค์	ทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม	ทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัว
การเป็นสมาชิก	เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย	เกิดจากความสมัครใจยินยอม
การจัดตั้งและยุบเลิก	เกิดขึ้นได้จากการแทรกแซงของอำนาจรัฐคือใช้อำนาจของกฎหมายไปกระทำการจัดตั้งหรือรับรอง	โดยความยินยอมของบุคคลที่ประกอบกันจัดตั้งนิติบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจ
อำนาจนิติบุคคล	ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะจึงอยู่ในฐานะเหนือกว่าเอกชน	ไม่มีอำนาจมหาชนที่จะบังคับบุคคลอื่น ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจึงอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน
นิติวิธี	ไม่นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นตามกฎหมายมหาชนสร้างหลักกฎหมายขึ้นมา	เน้นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน และมุ่งรักษาประโยชน์ของเอกชน

ความมุ่งหมาย	เพื่อประโยชน์สาธารณะและการให้บริการสาธารณะ โดยไม่มุ่งหวังเรื่องกำไร	เพื่อประโยชน์เอกชน เว้นบางกรณี เอกชนทำเพื่อส่วนรวมได้ เช่น มูลนิธิ
--------------	---	--

ตารางที่ 5 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายมหาชนกับรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายเอกชน

จากตารางดังกล่าวข้างต้น พิจารณาแล้วเห็นว่าวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ มีความจำเป็นเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ โดยหากต้องการให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว นั้น รัฐต้องมีความจำเป็นที่จะต้องให้สิทธิพิเศษหรือมีอำนาจมหาชนที่เหนือกว่าเอกชนเช่นนั้น ผู้เขียนเห็นว่า รัฐก็ควรจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่มีลักษณะและพฤติกรรมซึ่งอยู่ในวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะให้อยู่ในลักษณะรูปแบบขององค์การมหาชนทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เฉกเช่นในต่างประเทศ

ทั้งนี้ สำหรับหลักการในการพิจารณาว่ากฎหมายและมาตรการใดมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าวหรือไม่ นั้น ผู้เขียนเห็นว่า มีความจำเป็นจะต้องนำหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายมหาชนมาพิจารณาดังที่กล่าวมาข้างต้น กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่ากฎหมายและมาตรการดังกล่าวได้อนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันในลักษณะเท่าที่เท่าจะเป็นไปได้และเหมาะสมเท่านั้น เพื่อบรรลุประโยชน์สาธารณะในด้านนั้น ๆ หรือไม่ หากได้ความว่ามีกฎหมายหรือมาตรการอันแสดงถึงการอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันในทิศทางที่น้อยกว่า แต่สามารถบรรลุประโยชน์สาธารณะดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน ก็จะต้องถือว่ากฎหมายหรือมาตรการที่อนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันด้วยทางที่รุนแรงกว่านั้นไม่มีความจำเป็น

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเสมอภาคแก่ทุกภาคส่วนในระบบเศรษฐกิจที่ร่วมดำเนินการแข่งขันทางการค้าในตลาด ผู้เขียนเห็นว่า รัฐวิสาหกิจทุก รัฐวิสาหกิจควรจะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เฉกเช่นกับเอกชน ถึงแม้รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งตามกฎหมายเอกชนนั้นจะมีการทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม และหากรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าวัตถุประสงค์ของในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจใดมีความจำเป็นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะแล้ว รัฐก็ต้องให้สิทธิพิเศษหรือมีอำนาจมหาชนที่เหนือกว่าเอกชนเช่นนั้น รัฐก็ควรจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นให้อยู่ในลักษณะองค์การมหาชนทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมอันเป็นทางเลือกใหม่ในการจัดทำบริการสาธารณะ

5.2.2.4 เปรียบเทียบการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศกับประเทศไทย กรณี รัฐวิสาหกิจ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีประวัติการพัฒนามาจากหลักการการสร้างเสรีภาพการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนและสาธารณะ ดังนั้นจึงมีการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าขึ้น ในส่วนนี้จึงเป็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย ในประเด็นรัฐวิสาหกิจ โดยจากการศึกษาในบทที่ 4 จะขอยกตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายกับรัฐวิสาหกิจ ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทย ดังนี้

ในสหภาพยุโรป สนธิสัญญาของสหภาพยุโรปที่มีผลใช้บังคับ คือ สนธิสัญญาลิสบอน (Treaty of Lisbon) และเป็นการบัญญัติสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of European Union – TFEU) ขึ้น โดยบัญญัติเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 101 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีสถาบันหลักที่เป็นหน่วยงานหลักที่มีบทบาทและอำนาจในการใช้กฎหมายและดำเนินคดีการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป โดยมีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับรัฐวิสาหกิจ คือ มีการควบคุมการช่วยเหลือของภาครัฐ หรือ “State Aid” โดยห้ามการช่วยเหลือหรือการแทรกแซงของรัฐที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน เพื่อเป็นการยืนยันว่าการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเป็นไปอย่างยุติธรรม โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของยุโรป จะมีผลครอบคลุมถึงรัฐวิสาหกิจด้วย และห้ามมิให้รัฐเข้ามาแทรกแซงตลาดเพื่อสนับสนุนกิจการใดกิจการหนึ่ง ไม่ว่าจะในรูปแบบใด ๆ ที่ส่งผลให้เกิดกิจการใดกิจการหนึ่งอยู่ในสถานะได้เปรียบเหนือคู่แข่งอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม ได้มีการกำหนดถึงกรณียกเว้นประเทศสมาชิกสามารถให้ความช่วยเหลือแก่ภาคธุรกิจได้ในบางกรณีเท่านั้น

ในประเทศเยอรมนี มีกฎหมายป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางเศรษฐกิจ หรือ GWB กฎหมายฉบับนี้ เป็นกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า เป็นกฎหมายหลักในการคุ้มครองผู้บริโภคของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นก็ได้ ทั้งนี้ ได้บัญญัติข้อห้ามกรณีการตกลงกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวนอน (Horizontal Arrangement) โดยจะต้องปรากฏว่าผู้ประกอบการจะต้องมีจุดมุ่งหมายร่วมกัน และการตกลงกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวตั้ง (Vertical Restraint) ซึ่งอาจมีการทำสัญญาเพียงฝ่ายเดียวหรือสัญญาสองฝ่ายก็ได้ โดยกิจการที่รัฐถือหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วน หรือ กิจการที่รัฐบริหารหรือดำเนินการก็ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของ GWB เช่นกัน ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 185 (1) GWB อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวนี้เองก็ได้ระบุข้อยกเว้นบางประการไว้ อาทิ

ช้อยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติ มาตรา 19, 20 และ 31b (5) GWB มาใช้กับค่าบริการหรือค่าธรรมเนียมที่ออกตามกฎหมายมหาชน และช้อยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติในส่วนที่ 1 - 3 ของ GWB มาใช้กับธนาคารกลางเยอรมัน (Deutsche Bundesbank) และสถาบันสินเชื่อเพื่อการบูรณะ (die Kreditanstalt für Wiederaufbau) อันเป็นลักษณะเฉพาะด้านพฤติกรรมและธุรกิจบางสาขา

ในประเทศญี่ปุ่น Antimonopoly Act เป็นกฎหมายที่ได้วางรากฐานเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม จึงได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมขึ้นมา เพื่อเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร (Administrative Agency) ซึ่งมีหน้าที่หลักในการนำกฎหมายไปบังคับใช้เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติดังกล่าวกับกฎหมายไทยพบว่า ในส่วนของการจำกัดการค้าในแนวนอนนั้น ในมาตรา 54 (1) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไทย ได้ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขใด ๆ ที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการนั้น อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้น สำหรับการจำกัดการค้าในแนวตั้งตรงกับมาตรา 58 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไทย ได้ห้ามผู้ประกอบการในประเทศทำนิติกรรมหรือสัญญากับผู้ประกอบการในต่างประเทศอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร อันก่อให้เกิดพฤติกรรมผูกขาด หรือจำกัดการค้าอย่างไม่เป็นธรรม และส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและผลประโยชน์ต่อผู้บริโภคโดยรวม เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในประเทศไทยที่ต้องการจะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกประเทศโดยตรง ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) การห้ามมิให้มีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเป็นบทบัญญัติหลักบทหนึ่งในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น โดยมาตรา 19 แห่ง Antimonopoly Act บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการที่ประกอบธุรกิจมีลักษณะที่ก่อให้เกิดความเป็นไม่เป็นธรรม (No entrepreneur shall employ unfair trade practices) ซึ่งพฤติกรรมอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมนั้น ปรากฏตาม มาตรา 2 (9)

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับรัฐวิสาหกิจเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันนำหรับการแข่งขันในตลาด ซึ่งโดยปกติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะปรับใช้แก่รัฐวิสาหกิจที่ดำเนินการด้านสาธารณูปโภคและคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา (FTC) และสำนักงานยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาสามารถปรับใช้กฎหมาย Sherman Antitrust Act, Robinson-Patman Act และ Clayton Act แก่รัฐวิสาหกิจได้⁴⁰⁷ โดยกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยกเว้นการบังคับ

⁴⁰⁷ Stuart M. Chemtob, "The Role of Competition Agencies in Regulated Sectors" Paper presented at the 5th International Symposium on Competition Policy and Law (2007), pp.1-4

แก่รัฐวิสาหกิจ (government-owned enterprise) แต่เนื่องจากโครงสร้างตลาดแบบทุนนิยมของสหรัฐอเมริกาจึงทำให้มีรัฐวิสาหกิจในจำนวนที่น้อยมาก โดยโครงสร้างเศรษฐกิจ และกิจการสาธารณูปโภค ล้วนดำเนินการโดยเอกชน โดยรัฐวิสาหกิจของสหรัฐอเมริกา คือ การไปรษณีย์ United States Postal Service (USPS) ก็เป็นหน่วยงานอิสระของรัฐบาลกลาง (Independence Agency) ซึ่งแตกต่างบริบทของประเทศไทย

ในประเทศออสเตรเลียถือว่ามียุทธศาสตร์การพัฒนามาจากหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ เนื่องจากประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศหนึ่งในเครือจักรภพอังกฤษ (Commonwealth of England) ซึ่งมีการใช้กฎหมายที่คล้ายคลึงกันกับประเทศอังกฤษ แต่ในประเทศออสเตรเลียเองก็มีการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อกำกับการค้าและปกป้องการแข่งขันทางการค้าเช่นกัน ข้อบัญญัติเกี่ยวกับการปกป้องการแข่งขันทางการค้านั้นอยู่ใน Trade Practices Act 1974 ที่วางกรอบการค้าที่เป็นธรรมเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและปกป้องการแข่งขันทางการค้า ในการคุ้มครองการแข่งขันทางการค้านั้น Trade Practices Act 1974 ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจเหนือตลาดของธุรกิจในการจำกัดการแข่งขันทางการค้า เช่น การใช้อำนาจเหนือตลาดในการกำจัดคู่แข่งออกจากตลาด การห้ามมิให้คู่แข่งรายใหม่เข้าสู่ตลาด การจำกัดมิให้ธุรกิจเข้ามาร่วมแข่งขันโดยรัฐวิสาหกิจตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า Trade Practices Act 1974 (renamed the Competition and Consumer : Act 2010)⁴⁰⁸ โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (ACCC) สามารถที่จะใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในการที่จะจัดการกับการกระทำของรัฐวิสาหกิจที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาด หรือการรวมอำนาจกันในตลาดระหว่างรัฐวิสาหกิจกับเอกชนที่ส่งผลต่อการแข่งขันทางการค้าในตลาด นอกจากนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังสามารถที่จะบังคับใช้ National Access Regime ภายใต้ Trade Practices Act 1974, Part IIIA เพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมแก่ธุรกิจในภาคสาธารณูปโภค⁴⁰⁹

ในประเทศสิงคโปร์ ได้กำหนดให้องค์กรที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ Competition and Consumer Commission of Singapore (CCCS) เป็นคณะกรรมการอิสระภายใต้กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม โดยคณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจสอบสวนและวินิจฉัยลักษณะพฤติกรรมที่กีดกันการแข่งขันทางการค้า รวมทั้งเผยแพร่ประชาสัมพันธ์เพื่อส่งเสริมการแข่งขัน และให้คำปรึกษาในประเด็นปัญหาการแข่งขันทางการค้าแก่รัฐบาล และยังมีอำนาจครอบคลุมตามกำหนดในด้านการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย ทั้งนี้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

⁴⁰⁸ Trade Practices Act 1974 was renamed the Competition and Consumer Act 2010, effective 1 January 2011. This name change does not have any impact on the numbering or content of the competition provisions in the Act.

⁴⁰⁹ พรชัย วิสุทธิศักดิ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. หน้า 21

ของประเทศสิงคโปร์ มีขอบเขตใช้บังคับค่อนข้างกว้างและที่สำคัญคือมีความชัดเจนในการตีความ ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายมากกว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เช่น ประเทศสิงคโปร์มีตัวอย่างการตีความที่ชัดเจน คำว่า Entity ให้ความหมายรวมถึงองค์กรหรือสมาคมที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือวิชาชีพเฉพาะหรือแม้แต่องค์กรที่ไม่แสวงหากำไรด้วย สาเหตุเนื่องจากในประเทศสิงคโปร์มีแนวทางการตีความทั้งจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายออกมาค่อนข้างมาก รวมไปถึงจากคำตัดสินในคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นซึ่งมีจำนวนมากกว่าของประเทศไทย พบว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยและสิงคโปร์มีลักษณะที่แตกต่างกันในรายละเอียดต่าง ๆ เช่น โทษและประเภทของโทษ แต่ในภาพรวมของหลักการกฎหมายของทั้งสองประเทศมีความคล้ายคลึงกัน⁴¹⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายและพฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายซึ่งทั้งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยและสิงคโปร์ ได้กำหนดให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เป็นสากล โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยก็จัดรัฐวิสาหกิจอยู่ภายใต้การแข่งขันอย่างเสรีเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ

จากการศึกษาพบว่า หลักสากล (Model Law on Competition โดย UNCTAD) ได้ให้ผู้ประกอบธุรกิจไม่ว่าจะเป็นของภาครัฐหรือเอกชนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า และจากประเทศตามตัวอย่างข้างต้นจะเห็นว่าประเทศที่พัฒนาแล้วเหล่านี้จัดให้รัฐวิสาหกิจต้องอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า รวมถึงประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกที่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยมีเพียงประเทศไทย ที่ไม่บังคับใช้แก่รัฐวิสาหกิจทุกประเภทอย่างเท่าเทียมกัน แต่เป็นการกำหนดข้อยกเว้นให้รัฐวิสาหกิจบางประเภทที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยสำหรับประเทศอื่น ๆ ไม่ให้การยกเว้นแก่รัฐวิสาหกิจโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นการยกเว้นแบบทั่วไปหรือแบบเจาะจงรายใดรายหนึ่ง โดยจะมีลักษณะที่แตกต่างกันไปตามแต่การปกครองของประเทศนั้น ๆ แต่ยกเว้นเฉพาะ "พฤติกรรม" ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นการดำเนินการตามกฎหมายหรือตามคำสั่งของหน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลหรือเป็นไปเพื่อประโยชน์ ต่อสาธารณะ หรือยกเว้นธุรกิจบางสาขาของรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่รัฐวิสาหกิจและธุรกิจเอกชนสามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างเท่าเทียม

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างลักษณะของพฤติกรรมและธุรกิจบางสาขาที่ได้รับการยกเว้นของต่างประเทศที่ใช้กฎหมาย Common law และ กฎหมาย Civil law ได้ดังตารางต่อไปนี้⁴¹¹

ประเทศ/กลุ่มประเทศ	ลักษณะของพฤติกรรมและธุรกิจบางสาขาที่ได้รับการยกเว้น
--------------------	---

⁴¹⁰ สาธิตา วิมลคุณารักษ์, "The Comparative Study of Competition Laws in Thailand and Singapore.," *Huachiew Chalemprakiet Law Journal* (2019).pp.1.

⁴¹¹ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง แนวทางการปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2558).

สหภาพยุโรป	มีหลักการที่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับรัฐวิสาหกิจ กล่าวคือ กำหนดให้หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ประกอบการให้บริการอันเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจโดยรวมหรือมีลักษณะผูกขาดในการแสวงหารายได้ (Revenue-producing monopoly) ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเท่าที่หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ขัดขวางการปฏิบัติงานตามกฎหมายหรือตามที่ได้รับมอบหมาย
สหรัฐอเมริกา	โดยหลักการทั่วไป ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐบาลไม่อยู่ภายใต้บังคับ ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า สำหรับหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะเป็นบริษัทของรัฐบาลกลางหรือรัฐวิสาหกิจ (Federal government corporations) จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่ศาลจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ เป็นกรณีไปแต่มีแนวโน้มที่สหรัฐอเมริกาจะบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันกับรัฐวิสาหกิจซึ่งมีการดำเนินกิจการอาจส่งผลกระทบต่อสภาพการแข่งขันในตลาด
สิงคโปร์	มีข้อยกเว้นให้แก่ธุรกิจที่ผูกขาดโดยภาครัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างรายได้แก่รัฐ และธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานรายสาขา
เกาหลีใต้	ยกเว้น “พฤติกรรม” ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นการดำเนินการตามกฎหมายหรือนโยบายของภาครัฐเพื่อสาธารณประโยชน์
ไต้หวัน	ยกเว้นรัฐวิสาหกิจที่มีได้ประกอบธุรกรรมในการซื้อขายสินค้าหรือบริการ
อินโดนีเซีย	ยกเว้น “พฤติกรรม” ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นการดำเนินการตามกฎหมายหรือนโยบายของภาครัฐเพื่อสาธารณประโยชน์
เวียดนาม	บังคับใช้กฎหมายกับรัฐวิสาหกิจทุกประเภท แต่มีข้อยกเว้นทางอ้อมให้แก่ธุรกิจที่ผูกขาดโดยภาครัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างรายได้แก่รัฐ และธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานรายสาขา และบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับหน่วยงานฝ่ายปกครอง (State administrative bodies) หากมีการกระทำที่ทำลายการแข่งขันในตลาด

อินเดีย	บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินกิจกรรมทางพาณิชย์ ยกเว้นรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับพลังงานปรมาณู เงินตรา การป้องกันประเทศ และการอวกาศ
---------	---

ตารางที่ 6 ลักษณะของพฤติกรรมและธุรกิจบางสาขาที่ได้รับการยกเว้นของต่างประเทศที่ใช้กฎหมาย Common law และ กฎหมาย Civil law

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การยกเว้น กรณี รัฐวิสาหกิจ ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในบางประเภท เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวมหรือจัดให้มีสาธารณูปโภค ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 (2) ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้น จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศมากยิ่งขึ้น โดยหากมีความจำเป็นที่จะต้องยกเว้นรัฐวิสาหกิจในบางประเภทจะต้องมีการนำหลักพิจารณาในด้านลักษณะของพฤติกรรมของรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ และประโยชน์สาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเข้าร่วมในการพิจารณาด้วย อันจะเป็นการยกระดับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยเพื่อให้สอดคล้องกับต่างประเทศ และทำให้เกิดการแข่งขันเสรีและเป็นไปตามกลไกตลาดที่ควรจะเป็นในระบบเศรษฐกิจ

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ประเด็นหลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ มุ่งศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขันเสรีตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมทั้งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ศึกษาถึงขอบเขตหลักการแข่งขันเสรีตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมถึงกฎหมายแข่งขันทางการค้า กรณี รัฐวิสาหกิจ อันเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับหลักการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม ในประเด็น ขอบเขตและปัญหาการบังคับใช้ข้อยกเว้น ตามมาตรา 4 (2) ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เฉพาะในกรณีของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายความสัมพันธ์ทั้งหมดและได้วิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นรวมทั้งแนวทางการแก้ไขปัญหาไว้ในบทที่สองถึงบทที่ห้าของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งนี้ในส่วนท้ายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะแบ่งเนื้อหาเป็น 2 ส่วน คือ หลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และหลักการแข่งขันเสรีกับรัฐวิสาหกิจ

6.1.1 หลักการแข่งขันเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช

2560

สำหรับการรับรองเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น จากการศึกษาพบว่า ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ไม่ปรากฏว่าได้ให้การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเสรีอย่างเป็นทางการไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่ประการใด แต่ได้เริ่มมีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นฉบับแรก โดยคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาหลักการแข่งขันเสรีนี้ไว้ในหมวดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีความประสงค์ที่ต้องการจะแยกระหว่างสิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และสิทธิในการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นทางการออกจากกันอย่างชัดเจน เพื่อไม่ต้องการให้เกิดการผูกขาดในระบบเศรษฐกิจ รวมถึงการที่รัฐให้สิทธิแก่เอกชนในการผูกขาดกิจการหรือการให้สัมปทานแก่ผู้ประกอบการเพียงรายเดียว เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีระหว่างภาครัฐกับเอกชน

เมื่อพิจารณาหลักการแข่งขันเสรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่อมา พบว่ายังคงได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพชนชาวไทย โดยได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 50 ซึ่งถ้อยคำมีลักษณะเหมือนกับในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เพียงแต่เปลี่ยนจากคำว่าสิทธิมาเป็นเสรีภาพเท่านั้น และหลักการแข่งขันเสรีก็ยังคงได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยปรากฏในมาตรา 43 ซึ่งยังคงหลักการเดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

แต่เมื่อพิจารณาหลักการแข่งขันเสรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่ามีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับก่อนหน้าในลักษณะของการเขียนถ้อยคำที่มีความหมายกว้างยิ่งขึ้นในบริบทของหลักการแข่งขันเสรี และไม่พบการบัญญัติอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่ปรากฏในลักษณะของการบัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 40 และลักษณะของการจัดการในระบบเศรษฐกิจที่รัฐพึงกระทำซึ่งปรากฏในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 75

ดังนั้นเห็นได้ว่า ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติถึงหลักการแข่งขันเสรีไว้ร่วมกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพและมีลักษณะชัดเจนปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ปรากฏอยู่ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 40 และในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ ตามมาตรา 75 โดยมีลักษณะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน แต่เป็นการบัญญัติในขอบเขตความหมายที่กว้างซึ่งมีลักษณะเป็นการรับรองหลักการแข่งขันเสรีไว้โดยอ้อม โดยแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพและรวมถึงเป็นแนวนโยบายแห่งรัฐอันเป็นแนวทางการบริหารงานของรัฐที่ใช้เป็นหลักฐานในการตรากฎหมายและการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดหน้าที่และภารกิจของรัฐหรือของประเทศและมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการรักษาเสถียรภาพของประเทศและการดำรงชีพของประชาชนเป็นหลัก

จากการศึกษาพบว่า การมิได้บัญญัติหลักการแข่งขันเสรีไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 เหมือนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อน ๆ จึงเป็นการบัญญัติในลักษณะที่ทำให้การรับรอง

หลักการแข่งขันเสรีถูกด้อยค่าลง แต่อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการแข่งขันอย่างเป็นทางการและเป็นธรรมและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้แสดงถึงเจตนารมณ์อย่างชัดเจนในการรับรองหลักการแข่งขันเสรีอันเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว จึงทำให้ลำดับศักดิ์ของหลักการดังกล่าวก็ย่อมมีสถานะทางกฎหมายสูงสุดตามไปด้วย อันถือเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และมีสภาพบังคับทางกฎหมายผูกพันองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ อันเป็นหลักประกันเสรีภาพในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นทางการของประชาชนในรัฐ ผู้ประกอบกิจการและผู้ประกอบอาชีพในระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนและภาคเอกชนด้วยกัน

6.1.2 หลักการแข่งขันเสรีกับรัฐวิสาหกิจ

ในส่วนนี้ จะแบ่งผลการศึกษาจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ การห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และสภาพปัญหาของขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ตามข้อยกเว้น มาตรา 4 (2)

ก. การห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกับเอกชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

จากการศึกษาพบว่า บทบัญญัติในมาตรา 75 วรรคสอง ในหมวด 6 ว่าด้วยแนวนโยบายแห่งรัฐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยมีจุดมุ่งหมายให้รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชนด้วย เว้นแต่มีความจำเป็นบางประการเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมการจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้หากพิจารณาในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ในหลักเกณฑ์ในเรื่องการห้ามรัฐเข้าไปประกอบกิจกรรมในทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน อันเป็นหลักพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรี (Capitalism) สะท้อนให้เห็นถึงหลักการที่รัฐจะต้องทำให้กลไกของตลาดมีการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม (Competitive Market) ทั้งนี้องค์ประกอบที่สำคัญที่รัฐจะต้องมีการยืนยันไว้ทั้งสามประการ โดยครบถ้วนตามแนวคิดของระบบเศรษฐกิจนี้ อันได้แก่ หลักการรับรองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชน (Private Property) ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน หลักการรับรองเสรีภาพในการประกอบการหรือเสรีภาพการประกอบอาชีพ (Freedom of Enterprise) ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และหลักการที่รัฐจะต้องทำให้กลไกของตลาดมีการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม (Competitive Market) ซึ่งเป็นกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 75 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเมื่อพิจารณาจากประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีการรับรองหลักเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรีในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาเป็นเวลานาน และ

เปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วพบว่า ในประเทศฝรั่งเศสมีศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดการกระทำของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย เฉกเช่นเดียวกับที่ประเทศไทยที่ได้ริเริ่มจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญให้มีขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2540 นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสแล้ว พบว่า ศาลสูงของประเทศฝรั่งเศสได้วางหลักเกณฑ์และตีความหลักการแข่งขันเสรีที่มุ่งหมายมาตั้งแต่แรกว่าจะห้ามมิให้เอกชนเอาเปรียบผู้แข่งขันอื่น มาเป็นหลักการห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะแข่งขันกับเอกชน

ดังนั้น การที่บัญญัติหลักการแข่งขันเสรีดังกล่าวไว้ในหมวด “แนวนโยบายแห่งรัฐ” นั้น อันเป็นแนวทางการบริหารงานของรัฐที่ใช้เป็นหลักฐานในการตรากฎหมายและการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดหน้าที่และภารกิจของรัฐหรือของประเทศและมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการรักษาเสถียรภาพของประเทศและการดำรงชีพของประชาชนที่มีผลโดยตรงต่อการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐ โดยเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของรัฐวิสาหกิจโดยตรง เห็นว่า แนวนโยบายแห่งรัฐนั้น เป็นการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นแนวทางที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติที่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งจะต้องมีลักษณะการเขียนที่กว้างและครอบคลุมในสาระสำคัญเพราะเนื่องจากลักษณะของการเมืองหรือรัฐบาลในแต่ละยุคสมัยนั้น มีลักษณะทางสังคมที่มีความเป็นพลวัตสูงมีการเปลี่ยนแปลงการบริหารราชการแผ่นดินได้ตลอดเวลา

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 75 ได้บัญญัติจากบทบัญญัติดังกล่าวซึ่งรัฐสามารถแข่งขันกับเอกชนได้ หากเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนร่วม การจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ อันถือเป็นเกณฑ์ในพิจารณาให้รัฐเข้าประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนได้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ว่ารัฐต้องเข้าแข่งขันเอกชนภายใต้ความเท่าเทียมกันและเสมอภาคกับเอกชน คงรับรองไว้อย่างชัดเจนใน “หลักการไม่แข่งขันกับเอกชน” แต่ไม่มีลักษณะของบทบัญญัติที่ชัดเจนหรือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรใน “หลักการแข่งขันอย่างเสมอภาค” อันหมายความว่า หากว่ารัฐหรือนิติบุคคลมหาชนจำเป็นจะต้องเข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับการประกอบการของเอกชน โดยรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนนั้นก็จะต้องประกอบกิจการในลักษณะที่เท่าเทียมกันและเสมอภาค และไม่มีข้อกำหนดใดที่ให้ประโยชน์หรือเอารัดเอาเปรียบเอกชนรายอื่นด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายเห็นได้ว่าจะต้องนำแนวนโยบายแห่งรัฐมาบังคับใช้ในการบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดหน้าที่และภารกิจของรัฐหรือของประเทศและมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการรักษาเสถียรภาพของประเทศ ประกอบการพิจารณาพร้อมด้วย โดยจะต้องคำนึงถึงหลักการแข่งขันเสรีกับผู้ประกอบการภาครัฐหรือหน่วยงานของรัฐนั้น โดยต้องวางหลักการสองหลักการ คือ หลักการไม่แข่งขันเอกชน กับ หลักการแข่งขันอย่างเสมอ

ภาค โดยรัฐจะต้องไม่ประกอบการแข่งขันกับประชาชน นอกจากจะมีเหตุผลจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น และหากรัฐเข้าไปประกอบกิจการทางเศรษฐกิจในลักษณะที่แข่งขันกับเอกชนก็ต้องอยู่ภายใต้ความเสมอภาคและต้องไม่มีข้อกำหนดที่เอาเปรียบเอกชนด้วย

ข. สภาพปัญหาของขอบเขตการบังคับใช้ ตามช้อยกเว้น มาตรา 4 (2)

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่า ได้มีการให้รัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฉบับนี้โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีการปรับปรุงแก้ไขในกรณีรัฐวิสาหกิจให้ดียิ่งขึ้น โดยทำให้ช้อยกเว้นภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่มีความสอดคล้องกับหลักการของ ASEAN Guidelines และหลักสากลกฎหมายแม่แบบด้านการแข่งขัน (Model Law on Competition (2010) โดย UNCTAD มากยิ่งขึ้น เว้นแต่ รัฐวิสาหกิจที่มีการกระทำเฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภคที่ไม่ตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งโดยหลักการแล้วการบังคับใช้ช้อยกเว้นดังกล่าวพึงควรใช้อย่างจำกัดเพื่อคงหลักการให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและแข่งขันอย่างเป็นธรรมตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย และส่งผลอันดีต่อกลไกการตลาดที่จะสามารถดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจากผลการศึกษาสามารถสรุปได้ ดังนี้

ประการแรก การกระทำของรัฐวิสาหกิจที่ควรยกเว้นการดำเนินการตามกฎหมายนั้น ควรพิจารณาเฉพาะตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ให้อำนาจในการยกเว้นรัฐวิสาหกิจเป็นการเฉพาะเท่านั้น แต่ทั้งนี้ กฎหมายที่ให้อำนาจในการยกเว้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักการแข่งขันเสรีอันเป็นหลักการที่รับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอันเป็นกฎหมายสูงสุด และต้องไม่กระทบสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน โดยกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการดำเนินการในทางปกครองได้นั้นจึงควรต้องมีความชัดเจนแน่นอนและเป็นที่ยอมรับได้ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งการที่หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองจะกระทำการต่าง ๆ ได้นั้น ต้องปรากฏว่าหน่วยงานมีอำนาจหน้าที่ในการกระทำการเพื่อให้วัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะบรรลุผล เพราะหากไม่มีกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่กระทบสิทธิของเอกชนได้ โดยกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นจะต้องเป็นไปในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

ประการที่สอง การกระทำของรัฐวิสาหกิจเฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีนั้นมีหลากหลายสถานะและมีความเป็นพลวัตที่ค่อนข้างสูง โดยมีทั้งข้อดีและข้อเสียเป็นสำคัญ หากพิจารณาในด้านข้อดี มติคณะรัฐมนตรีนั้นสามารถทำให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปได้อย่างรวดเร็วและทันต่อสถานการณ์ต่าง ๆ อันเป็นเรื่องภายในสำหรับ

การบริหารราชการแผ่นดินเท่านั้น แต่ในทางกลับกันการบัญญัติให้อำนาจในการดำเนินการตามมติ คณะรัฐมนตรีเพื่อยกเว้นรัฐวิสาหกิจที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค นั้น เป็นการบัญญัติให้มติ คณะรัฐมนตรี มีอำนาจที่จะสามารถเปลี่ยนแปลงหรือลบล้างกฎหมายได้ ประกอบกับมติคณะรัฐมนตรี มีความเป็นพลวัตสูง ไม่คงที่ และสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามแต่รัฐบาลในแต่ละยุคสมัย ด้วยลักษณะ ความหลากหลายทางสถานะตามที่ได้วิเคราะห์นี้ จึงทำให้เป็นช่องโหว่ในบทบัญญัติของกฎหมายฉบับ นี้ ที่อาจทำให้เป็นช่องทางของนักการเมืองหรือกลุ่มผลประโยชน์ที่มีอิทธิพลทางการเมือง สามารถ แสวงหาผลประโยชน์โดยการใช้อำนาจของมติคณะรัฐมนตรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลประโยชน์ในรัฐวิสาหกิจ โดยมีได้มีการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและประชาชนเป็นสำคัญ ดังนั้น ตามบทบัญญัติในข้อยกเว้น ในประเด็นนี้เป็นปัญหาที่ส่งผลทำให้ไม่เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมอย่างแท้จริงได้เห็นควรที่ จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติเพื่อให้ดียิ่งขึ้นกว่าเดิม

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (2) นั้น ได้มีการปรับปรุงแก้ไขจาก พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 อันเป็นพระราชบัญญัติฉบับเก่าที่ได้เคยบังคับใช้ โดยได้มีการปรับเปลี่ยนในข้อยกเว้น ที่มีให้รัฐวิสาหกิจต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทาง การค้า พ.ศ. 2542 มาสู่การพัฒนาให้รัฐวิสาหกิจนั้นอยู่ภายใต้ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง การค้า พ.ศ. 2560 แต่ทั้งนี้ก็ยังปรากฏบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นที่มีให้ใช้บังคับแก่รัฐวิสาหกิจบาง ประเภท คือ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อ ประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มี สาธารณูปโภค เห็นได้ว่าพัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยได้มีการพัฒนาได้ อย่างดียิ่งขึ้น แต่ข้อยกเว้นนี้ได้กล่าวมานั้นยังมีบางประเด็นที่อาจทำให้ไม่เกิดการแข่งขันเสรีอย่าง เป็นธรรมที่แท้จริงและเป็นช่องโหว่ทางกฎหมาย โดยผู้เขียนเห็นว่า การพัฒนาในบทบัญญัติดังกล่าว เป็นการพัฒนาบทบัญญัติทางกฎหมายที่ดีขึ้นมีความสอดคล้องกับหลักสากลกฎหมายแม่แบบด้านการ แข่งขัน (Model Law on Competition (2010) โดย UNCTAD และ ASEAN Guidelines มากยิ่งขึ้น ขึ้น แต่การพัฒนาของบทบัญญัติในมาตรานี้ยังมีข้อบกพร่องที่ทำให้การแก้ไขในกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ถึง ขั้นดีที่สุดจึงจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงและแก้ไขบทบัญญัติให้ดียิ่งขึ้นเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างแท้จริง

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากผลศึกษาทำให้ผู้เขียนสามารถสังเคราะห์ (Synthesis) เพื่อหาแนวทางในการ แก้ไขปัญหาเบื้องต้นในการปรับปรุงกฎหมายให้ดียิ่งขึ้น ได้ดังนี้

1. ควรมีการบัญญัติรับรองหลักการแข่งขันเสรีไว้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยให้มีบทบัญญัติการรับรอง หลักการแข่งขันเสรีอย่างชัดเจนและเป็นลายลักษณ์อักษร เฉกเช่นกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

ไทย พุทธศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ได้บัญญัติรับรองหลักการแข่งขันเสรีไว้อย่างชัดเจน

2. ควรแก้ไขมาตรา 4 (2) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่ได้รับการยกเว้นตามกฎหมายตามความว่า “ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐประโยชน์สาธารณะผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค” โดยเฉพาะในส่วนของการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี

3. ควรมีการนำเกณฑ์ความเป็นนิติบุคคลของรัฐวิสาหกิจมาใช้ในการยกเว้นในกรณีของรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ ด้วย เนื่องจากการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาประกอบกิจการทางธุรกิจต้องพิจารณาสถานะทางกฎหมายให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ เพราะการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายใด สามารถสะท้อนให้เห็นถึงการใช้อำนาจของรัฐในรัฐวิสาหกิจแต่ละประเภท หากรัฐวิสาหกิจใดจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนรัฐวิสาหกิจนั้นก็ควรมีสถานะเช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนที่วางอยู่บนความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน แต่หากรัฐวิสาหกิจใดรัฐต้องการให้มีสถานะหรือมีสิทธิพิเศษบางประการที่เหนือกว่าเอกชน รัฐวิสาหกิจนั้นก็ควรจัดตั้งให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน โดยหากพิจารณาแล้วเห็นว่าวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจใด มีความจำเป็นต้องมีสิทธิพิเศษหรือมีอำนาจมหาชนที่เหนือกว่าเอกชน รัฐควรจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นให้อยู่ในลักษณะของรูปแบบองค์การมหาชนทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

4. การใช้เกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องประโยชน์สาธารณะเพียงอย่างเดียวจึงไม่สามารถที่จะสร้างหลักประกันการแข่งขันเสรีของเอกชนได้ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคและเท่าเทียมกันระหว่างผู้ประกอบการภาคเอกชนและรัฐวิสาหกิจผู้เขียนเห็นว่า จึงต้องนำหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนและนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเข้ามาพิจารณาดูด้วยกัน แต่ทั้งนี้หากพิจารณาแล้วเห็นว่าวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจใด มีความจำเป็นต้องมีสิทธิพิเศษหรือมีอำนาจมหาชนที่เหนือกว่าเอกชนบางประการ รัฐควรจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นให้อยู่ในลักษณะของรูปแบบองค์การมหาชนทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

5. การยกเว้น กรณี รัฐวิสาหกิจ ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในบางประเภท เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 (2) ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้น จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศมากยิ่งขึ้น โดยหากเห็นว่ามีความจำเป็นต้องยกเว้นรัฐวิสาหกิจในบางประเภทนั้น จะต้องมีการนำหลัก

พิจารณาในด้านลักษณะของพฤติกรรมหรือธุรกิจบางสาขาของรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ และประโยชน์สาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเข้าร่วมในการพิจารณาด้วย

6. สำหรับรัฐวิสาหกิจที่ให้บริการสาธารณะหรือดูแลสวัสดิการของประชาชนโดยตรง รัฐควรทบทวนการให้เงินอุดหนุนแก่รัฐวิสาหกิจในบางกรณี โดยเป็นการให้เงินอุดหนุนโดยตรงแก่ประชาชนกลุ่มเป้าหมาย และเปิดโอกาสให้ประชาชนเลือกได้ว่าเงินอุดหนุนนั้นจะเลือกซื้อบริการจากรัฐวิสาหกิจหรือจากผู้ประกอบการเอกชนก็ได้ อันมีลักษณะให้เสรีภาพในการเลือกใช้บริการจากการตัดสินใจของประชาชนตามแต่บุคคล

7. รัฐต้องไม่ให้อำนาจแก่รัฐวิสาหกิจที่ส่งผลให้เกิดอำนาจเหนือตลาดหรือผูกขาดตลาด โดยจะต้องมีการส่งเสริมการแข่งขันเสรี และให้เกิดความเป็นธรรมอย่างเสมอภาค รวมทั้งต้องสร้างระบบธรรมาภิบาลในองค์กร และต้องกำกับดูแลโดยจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ

8. การพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในสมัยใหม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำเครื่องมือทางดิจิทัล (Digital Transformation) เข้ามามีบทบาทในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ หรือแม้แต่ในการใช้ระบบเอกสาร ซึ่งทั้งนี้ กฎหมายจะต้องมีการปรับแก้ให้สอดคล้องกับสังคมปัจจุบัน และการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในอนาคต จะต้องนำศาสตร์อื่น ๆ เข้ามามีบทบาทมากเพื่อร่วมพัฒนากฎหมายให้เกิดประสิทธิภาพต่อสังคมอย่างสูงสุด โดยสามารถนำค่าสถิติจากตัวเลข หรือข้อมูล Big data ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงในการวิเคราะห์จากภาคเอกชนหรือการวิจัยเชิงปริมาณ เข้ามาประยุกต์ใช้ในการพัฒนากฎหมาย โดยศึกษาถึงปัจจัยต่าง ๆ จากอำนาจเหนือตลาดหรือส่วนแบ่งทางการตลาดในระบบธุรกิจที่สามารถวัดค่าบ่งชี้ทางสถิติได้อันมีบทบาทสำคัญต่อกฎหมาย เพื่อนำค่าที่ได้มาศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างระบบเศรษฐกิจกับการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบัน โดยนำเอาเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาผสมผสาน รวมทั้งแพลตฟอร์มหลากหลายมิติ (Multisided Platform) เพื่อเกิดเศรษฐกิจความเร็ว (Economy of Speed) และเศรษฐกิจความหลากหลายเฉพาะตัว (Economy of Scope) อันส่งผลให้เกิดธุรกิจและการแข่งขันเสรีอย่างข้ามพรมแดนควบคุม โดยการนำนวัตกรรมปัญญาประดิษฐ์ (AI : Artificial Intelligence) เข้ามาเพื่อส่งเสริมให้กฎหมายเกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นและเพื่อให้สอดคล้องกับสังคมยุคใหม่แห่งโลกอนาคต

บรรณานุกรม

- Alison Jones and Brenda Sufrin. *Ec Competition Law: Text Cases and Materials* Edited by 4th. Oxford Oxford University Press, 2016.
- Andre G. Delion. "“ความหมายของรัฐวิสาหกิจในฝรั่งเศส” แปลโดย ชายชัย แสงศักดิ์” ". วารสารกฎหมาย ปกครอง (2526).
- Anthony Ogus. *Regulation Revisited*. Public Law Thomson Reutwes (Legal) Limited and Contributors, 2009.
- Bannock G., R.E. Baxter, and R. Rees,. *The Penguin Dictionary of Economics*. Demand. Edited by 3. Harmondsworth: Penguin Books Ltd, 1985.
- Bernstien, Samuel J and Hara, Patrick O. *Public Administration : Organization, People and Public Policy*. New York: Harper and Row., 1979.
- Brown, Wendy. *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. USA: MIT Press, 2015.
- C.J.C.E.. 19 Mai 1993, Paul Corbeau อ้างใน กฤษณ์ วสีนนท์, “หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการ กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” ใน แทนดอกไม้ไหว้ครุรวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมาย. 2554.
- Cavinder Bull S.C., Bull S.C., Lim Chong kin, and Ng Ee Kia,. "“Competition Policy and Law,” in Competition Law and Policy in Singapore." *Academy Publishing* (2015).
- Center, German Information. "“รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน แปลจาก the Basic Law of the Federal Republic of Germany ", 1961.
- Chowdhury, F. L. “*Corrupt Bureaucracy and Privatisation of Tax Enforcement*”. Dhaka: Pathak Samabesh, 2006.
- Colson, Jean-Philippe. *Droit Public "Conomique*, อ้างใน กฤษณ์ วสีนนท์, “หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” ใน แทนดอกไม้ไหว้ครุรวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมาย. 2554.
- Conway, David. "Liberalism, Classical อ้างถึงใน Hamowy, Ronald the Encyclopedia of Libertarianism." *Thousand Oaks, California : SAGE Publications, Cato Institute* (2007): 295-98.
- Cronshaw, Michael; Davis, Evan and Kay, John, . "On Being Stuck in the Middle or Good Food Costs Less at Sainsbury's." *British Journal of Management* 5 (1994): 19-32.

- David E. M. Sappington and J. Gregory Sidak. "Competition Law for State-Owned Enterprises." *Antitrust Law Journal* (2003).
- Develop, OECD Organisation for Economic Co-operation and. *Privatising State-Owned Enterprises: An Overview of Policies and Practices in Oecd Countries*. Paris: OECD Development Centre, 2003.
- Dixon., Chris. *The Thai Economy : Uneven Development and Internationalisation* Routledge, 1999.
- Einer Elhauge and Damien Geradin. "Global Competition Law and Economics." *Hart Publishing, Portland, USA* (2007).
- "The Free Dictionary by Farax." <http://www.thefreedictionary.com/competition>.
- Hiroshi Iyori. "A Comparison of U.S.-Japan Antitrust Law: Looking at the International Harmonization of Competition Law." *Pacific Rim Law & Policy Journal* (1995).
- Hofner and Elser V. Macrotron*, Case C-41/90, ECR I-1979, The concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity regardless of the legal status of the way in which it is financed. (1991).
- Ian Coxhead and Jiraporn Plangrapphan. "Economic Boom, Financial Bust, and the Decline of Thai Agriculture : Was Growth in the 1990s Too Fast?" ". *Chulalongkorn Journal of Economics* (1999).
- Inoue, Akria. "Japanese Antitrust Law Manual: Law, Case and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act." *n.p.* (2007).
- Ioannis Kokkoris. *Competition Cases from the European Union* Edited by 2ed. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- Karagiannis, Nikolaos. "'Key Economic and Politico-Institutional Elements of Modern Interventionism'." *Social and Economic Studies* (2001).
- Kristy Middleton, Barry Rodger, Anger, Angus Macculloch and Jonathan Galloway., *Case & Materials on Uk&Ec Competition Law* Edited by 2nd. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Luis, A. *The Impact of Privatization on Firms in the Infrastructure Sector in Latin American Countries*. Chicago: The University of Chicago, 2004.
- Manfred B. Steger & Ravi K. Roy. *Neoliberalism : A Very Short Introduction* แปลโดย วรพจน์ วงศ์กิจรุ่งเรือง กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์ส พับลิชชิง เฮาส์, 2559.

- Manfredi Et Al. V. Lloyd Adriatico Et Al.*, Case C-295 to C-298/04 (2006).
- Mankiw, N.G. *Principles of Economics*. Edited by 3. Mason, Ohio: Thomson/South-Western, 2004.
- Matsuo Matisushita with John D. Davis. "Introduction to Japanese Antimonopoly Law." *n.p.* (1990).
- Mekhantar, Joël. "Droit Politique Et Constitutionnel." *Droit public et sciences politiques* (1998).
- Michelle Cini and Lee McGowan. *Competition Policy in the European Union*. . New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- Morrison, Herbert. อ้างใน พิพัฒน์ ไทยอารีย์ และพิมลจรรย์ นามวัฒน์, แนวความคิดเกี่ยวกับรัฐวิสาหกิจ. กรุงเทพฯ: สุโขทัยธรรมมาธิราช, 2530.
- Nipon Paopongsakorn. "The New Competition Law in Thailand: Lessons for Institution Building". *Review of Industrial Organization* (2002).
- Ostrom, Vincent. "Public Choice : A Different Approach to the Study of Public." *Public Administration Review* (1971).
- Paul Craig and Grainne De Burca. *Eu Law Text,Cases and Materials* Edited by 4th. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Pierre-Laurent, and Frier et Jacques Petit. *Droit Administratif*. Edited by 10. Issy-les-Moulineaux: LGDJ : Lextenso édition, 2015.
- Posner, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1984). อ้างถึงใน สรวิต ลิ้มปรั่งซี่, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา Edited by we value competition because it promotes efficiency –i.e. (“in an economic analysis, as a means rather than as an end...”) กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543.
- Poster, Michael E. *Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors*. New York, USA: Macmillan Publishing, 1980.
- Poster, Michael E. “*Competitive Advantage*” New York: The Free Press, 1985.
- Richard A. Givens and Thomas V. Vakerics. "Antitrust Basic." *Law Journal press* (n.d.).
- Richard A. Posner. *Economic Analysis of Law*. Edited by 6th. New York: Aspen, 2005.
- Richard Whish. *Competition Law*. Edited by 6th. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Robin Bade, Michael Parkin. *Foundations of Microeconomics*. 6. Edited by The Addison-Wesley series in economics. Addison Wesley, 2002.

- Steven A. Greenlaw, David Shapiro. *Principles of Economics*. "Demand, Supply, and Equilibrium in Markets for Goods and Services". Edited by 2. Oct 11, 2017 ed.: OpenStax CNX, 2017.
- Stevenson, Douglas K. *American Life and Institutions*. Stuttgart: Germany, 1987.
- Stuart M. Chemtob. "The Role of Competition Agencies in Regulated Sectors". *Paper presented at the 5th International Symposium on Competition Policy and Law* (2007).
- Varian, Hal R. *Intermediate Microeconomics : A Modern Approach*. Edited by 5. London: W.W.Norton & Company, 1999.
- Veljko Milutinovic. *The 'Right to Damages' under Eu Competition Law: From Courage V. Crehan to the White Paper and Beyond*. . Netherlands: Kluwer Law International, 2010.
- Von Mises, Ludwig. *Interventionism: An Economic Analysis*. New York: The Foundation for Economic Education, 1998.
- W., Pakeerut. "Law Enforcement Limitations on Citizens' Rights and Freedoms. Measures to Control the Constitutionality of the Law." *Journal of Laws*, no. 30 (2000).
- Waline, Jean Rivero et Jean. "Droit Administratif." *Précis Dalloz. Droit public Science politique* (2000): 40-45.
- Yasuda Nobuyuki. "The Evolution of Competition Law in Southeast Asian Countries." *Globalization and Law in Asia International Institute for the Sociology of Law* (2003).
- กฤษฎณ์ วสีนนท์. *Cc16 Janvier Et 11 F” Vier 1982 Concernant Nationalisation*, อ้างใน “หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ” ใน แทนดอกไม้ไหว้ครูรวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมาย. กรุงเทพฯ: ส เจริญ การพิมพ์ จำกัด, 2554.
- . “เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมในระบบกฎหมายไทย: การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2547).
- . หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ. แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความวิชาการด้านกฎหมาย. กรุงเทพฯ: ส เจริญ การพิมพ์, 2554.

- . เอกสารประกอบการบรรยาย รายวิชา กฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพฯ ๒561.
- กวี เปรมรัตน์ชัย. การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อความไม่เป็นธรรมทางการค้า วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. กรุงเทพฯ ฯ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์. "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : ขอบเขตการบังคับใช้และความคุ้มครองของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด." วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2561).
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- ขจีรัตน์ คทวนิชกุล. "กรณีศึกษาและวิเคราะห์ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่า ด้วยแนวทางการพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการค้าส่งค้าปลีกกับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย พ.ศ. 2549 สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ", มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2550.
- คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562.
- คณะกรรมการศึกษาแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. "แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เรื่อง สิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ของชนชาวไทย". กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2549.
- คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ. รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช ครั้งที่ 18/2534. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา, 2534.
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. "วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ)ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.
- จิรตติกาล สุริยะ. "ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า." สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2556.
- จุฑามาศ ทวีไพบูลย์วงศ์. เศรษฐศาสตร์จุลภาค. กรุงเทพฯ: เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า, 2548.
- ฉวีวรรณ สายบัว. "การล่มสลายของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม." ประชาชาติธุรกิจ, 9 ธันวาคม 2545, 3.
- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา. ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- ชนรัตน์ เอี่ยมกุลวัฒน์. เศรษฐศาสตร์ภาครัฐ: ทฤษฎีและแนวคิดเชิงนโยบาย. กรุงเทพฯ: คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- ชลธิชา แซ่งสารกิจ. "“ปัญหาทางกฎหมายการให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจในประเทศไทย” ", จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.

- . หน่วยงานของรัฐที่มีส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์การมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ.
กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549.
- เดือนเด่น นิคมบริรักษ์. การปฏิรูปเพื่อลดการผูกและส่งเสริมการแข่งขันในเศรษฐกิจไทย. กรุงเทพฯ: เป็นไท, 2555.
- . การผูกขาดกับความเหลื่อมล้ำในภาคธุรกิจ. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2552.
- . เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง แนวทางการปรับปรุงกฎหมายแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัย
เพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2558.
- นราทิพย์ ชูติวงศ์. หลักเศรษฐศาสตร์ 1 : จุลเศรษฐศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
2552.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. กฎหมายปกครอง. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.
- . การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550.
- . คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549.
- . มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- . หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.
- . หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐาน ของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543.
- . “หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐”. Edited by
พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ภาพรวมของรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. Edited
by พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2546.
- . "ภูมิหลังมาตรา 50 และมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540." วารสาร
กฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2547).
- บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ. กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.
- . ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง ศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ สิทธิและ
เสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2542.
- ปกรณ์ นิลประพันธ์. โครงการเฉลิมพระเกียรติ สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. สิทธิ
เสรีภาพทางเศรษฐกิจ. กรุงเทพฯ: องค์การการค้าของคุรุสภา, 2544.
- . สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดสิทธิ เสรีภาพทางเศรษฐกิจ. กรุงเทพฯ:
องค์การค้าของคุรุสภา, 2544.
- ปรเมธี วิมลศิริ. "หลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง สู่การวางแผนพัฒนาประเทศไทยอย่างยั่งยืน." สถาบันพระปกเกล้า
กันยายน - ธันวาคม 2559 (2559).
- ประภาวดี ประจักษ์ศุภานิต. รัฐวิสาหกิจไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2502 ถึงปัจจุบัน. กรุงเทพฯ: สุโขทัยธรรมาธิราช, 2531.

ประยูร กาณจนกุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549.

ปราณี จิตกรรมกิจศิลป์. "แนวทางปฏิบัติในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจสมัยใหม่." วารสารพัฒนบริหารศาสตร์ (2531).

ผกาวิรี ผาติเวทย์. "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการ แข่งขันและระบบ การขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 วิทยานิพนธ์นิติศาสตร มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

ผาสุก เจริญเกียรติ. "ความรับผิดทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

พนัส สิมะเสถียร. "ความเป็นไปได้ในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจสู่ภาคเอกชน." วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2528).

พรชัย วิสุทธิศักดิ์. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.

———. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564.

ปสรร จุฑามณี. "พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ปัญหาที่ยังหลงเหลือ ". วารสารกระบวนการ ยุติธรรม ปีที่ 12 เล่มที่ 2 พฤษภาคม - สิงหาคม 2562 (2562).

พิพัฒน์ ไทยอารี และสิริวัลย์ เรื่องสุรัตน์. ประมวลนโยบายรัฐบาลและแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ที่ เกี่ยวข้องกับรัฐวิสาหกิจ. กรุงเทพฯ: สถานศึกษาและวิจัยรัฐวิสาหกิจ คณะรัฐศาสตร์ 2549.

โกคิน พลกุล. "นิติบุคคลตามกฎหมายฝรั่งเศส." วารสารกฎหมายปกครอง (2530).

ยุวดี พวงรอด และคณะ. "นโยบายสาธารณะด้านการสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม กรณี ศึกษาองค์การ บริหารส่วนตำบลโพธิ์ประทับช้าง อำเภอโพธิ์ประทับช้าง จังหวัดพิจิตร." *Journal of Roi Kaensarn Academi* ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (2563).

รัชยา ภัคดีจิตต์. ธรรมนูญเพื่อการบริหารภาครัฐและภาคเอกชน. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.

ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คพับลิเคชันส์, 2546.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสาร ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

———. หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ). โครงการตำราและเอกสารประกอบการ สอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

- วรวัฒน์ กุสลากรวัฒน์. "ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด: ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าใน แนวตั้ง วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์", มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2537.
- วรากรณ์ สามโกเศศ. "สามการแข่งขันภายใต้กลไกตลาด" ใน แสงแดดยังมีราคา. กรุงเทพฯ: บริษัท ที่ปิ้ง พอยท์ จำกัด , 2546.
- วัจนันต์ ศรีวิชัย. "แนวทางการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย : ศึกษากรณีการกระทำของกลุ่มเกษตรกร สหกรณ์และชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560.
- วัชรารณณ์ แจ่มสว่าง. "หลักการแข่งขันเสรีในมิติทางกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ศึกษากรณีรัฐวิสาหกิจ." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคนิน. เศรษฐศาสตร์ไม่ยากอย่างที่คิด. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- วิรุณศิริ ใจมา. เศรษฐศาสตร์จุลศาสตร์ภาค 1 กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์. "การพัฒนาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในภูมิภาคอาเซียน." วารสารร่วม พุทธิ มหาวิทยาลัยเกริก ปีที่ 32 ฉบับที่ 3 (2557).
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. กฎหมายกับธุรกิจ: แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559.
- . กฎหมายกับธุรกิจระหว่างประเทศ : กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.
- . คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.
- . คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.
- . "รัฐธรรมนูญไทยกับเสรีภาพในการประกอบธุรกิจมุมมองในเชิงเศรษฐศาสตร์." วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2547): 63.
- สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, ฉบับที่ 1 (ศึกษาทางด้านกฎหมาย). กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์, 2542.
- สมหญิง เจียมศักดิ์ศรี. "มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมรัฐวิสาหกิจ ศึกษาเฉพาะกรณี รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.
- สาธิตา วิมลคุณารักษ์. "The Comparative Study of Competition Laws in Thailand and Singapore." *Huachiew Chalermprakiet Law Journal* (2019).

- . "พัฒนาการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยกับกรอบนโยบายการแข่งขันทางการค้าของ Asean." วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน) (2561). สำนักงานศาลปกครอง, ศูนย์ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ สำนักวิจัยและวิชาการ. หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เรื่อง ทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับการบริการสาธารณะของฝรั่งเศส. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547.
- สุนีย์ ธีรวิรุฬห์. "บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ." สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ (ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์).
- สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ. หลักกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.
- สุรพล นิติไกรพจน์. "ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ." วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 21, no. ฉบับที่ 3 (2536).
- . "ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ." วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2534): 371-78.
- . "ข้อความคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล (Tutelle)." วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2532).
- . "ปตท. กับ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ห้ามรัฐประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ State and Their Prohibiting to Conduct Business : A Case Study of the Ptt Group Purchase of Glow and the Café Amazon Shares." วารสารสังคมวิจัยและพัฒนา ปีที่ 1 ฉบับที่ 4 (2562).
- . "ปัญหาทางกฎหมายในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย." วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2542).
- . มหาวิทยาลัยไทยในรูปแบบองค์กรมหาชน : กรณีตัวอย่างของมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- . "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส." วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 24 (2537): 608.
- . "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่สอง)." วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 4 (2537): 812-40.
- . "หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่หนึ่ง)." วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 24 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, no. ฉบับที่ 3 (กันยายน 2537 2537).
- . "“หลักเกณฑ์ในการจำแนกวิสาหกิจมหาชน : ศึกษาเปรียบเทียบในกฎหมายไทยและฝรั่งเศส.”" วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, no. ปีที่ 18 (2531).
- . องค์กรมหาชน : แนวคิดรูปแบบและวิธีการบริหารงาน กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน ก.พ, 2542.
- สุวัฒน์ วิรุฬห์สิงห์. ศัพทานุกรมเศรษฐศาสตร์ กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

อนันต์ คงเครือพันธ์. "ประโยชน์สาธารณะ" ในแง่มุมคดีปกครอง." วารสารนิติศาสตร์ (2561).

อมร วาณิชวิวัฒน์ และคณะ. "คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี". กรุงเทพฯ: สำนัก
เลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2551.

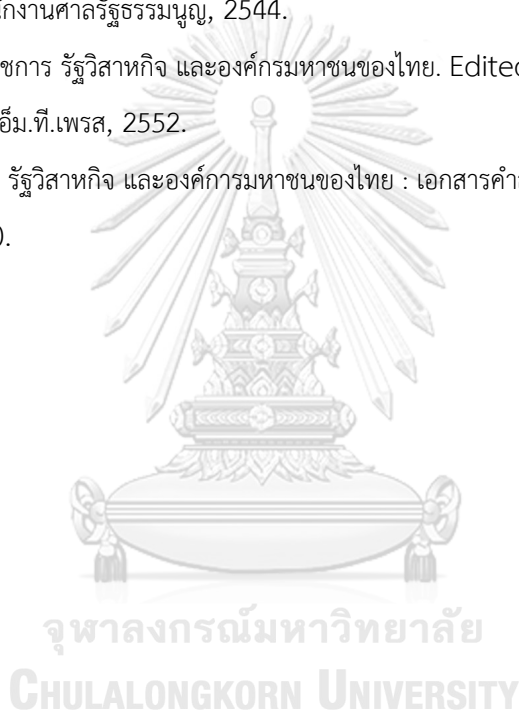
อัชพร จารุจินดา. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองชั้นสูง หน่วยที่ 7 แนวนโยบาย
พื้นฐานแห่งรัฐ. นนทบุรี: สุโขทัยธรรมมาธิราช, 2555.

อินทัช วิสุทธิแพทย์. "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลตามพ.ร.บ.ว่าด้วยการสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 :
ศึกษาเฉพาะราคาขายปลีกไขไก่" , จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

อุดม รัฐอมฤต และคณะ. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตาม มาตรา 28
กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544.

เอกวิทย์ มณีธร. ระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ และองค์กรมหาชนของไทย. Edited by พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ห้าง
หุ้นส่วนจำกัด เอ็ม.ที.เพรส, 2552.

———. ระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ และองค์กรมหาชนของไทย : เอกสารคำสอน วิชา 246312. กรุงเทพฯ: เอ็ม.
ที.เพรส, 2550.





จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล

นายวิชฐ์ศธร ไกยสิทธิ์

วัน เดือน ปี เกิด

25 กุมภาพันธ์ 2535

วุฒิการศึกษา

จบการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY