

|                                                       |                                |
|-------------------------------------------------------|--------------------------------|
| <b>Newspaper :</b> Krungthep Turakij                  | <b>Date:</b> 25 September 2018 |
| <b>‘HEADLINE’:</b> รัฐต้องไม่ประกอบกิจการแข่งกับเอกชน | <b>Page:</b> 9                 |
| <b>Section :</b> ทศนะ                                 | <b>Column Inch :</b> 112       |
| <b>Circulation :</b> 180,000                          | <b>PR Value :</b> 487,872      |



กรุงเทพธุรกิจ  
**คำๆ ยายๆ**  
 กับกฎหมายธุรกิจ  
 ■ สกล หาดญสุกธวัชรินทร์



บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดว่า **รัฐต้องไม่ประกอบกิจการแข่งกับเอกชนเริ่มมีบัญญัติเป็นครั้งแรก ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2534** ในหมวด 5 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 77 คือ **“มาตรา 77 รัฐพึงสนับสนุนให้เอกชนมีบัญญัติบทบาทในทางเศรษฐกิจ**

รัฐพึงวางมาตรการ **มิให้มีการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจ** โดยเอกชนที่มีได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งนี้ ไม่ว่าการผูกขาดตัดตอนนั้นจะเป็นโดยตรงหรือทางอ้อม

รัฐไม่พึงประกอบกิจการอันมีลักษณะเป็นธุรกิจหรือเป็นการแข่งขันกับเอกชน **เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค”**

รัฐธรรมนูญ ฉบับต่อมา คือรัฐธรรมนูญ ปี 2540 ก็มีบทบัญญัติทำนองเดียวกัน ในหมวด 5 แนวนโยบายแห่งรัฐ คือ

**“มาตรา 87 รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม**คุ้มครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนเว้นแต่

มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค”

รัฐธรรมนูญปี 2550 มีบัญญัติไว้ในหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ 7 แนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ มาตรา 84 (1) คือ

**“มาตรา 84 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้**

(1) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด และสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชนเว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค”

รัฐธรรมนูญปี 2560 ฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติไว้ในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 75 วรรคสอง ดังนี้

**“รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดทำมีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ”**

ทั้งนี้ ในหมวดแนวนโยบายแห่งรัฐของรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่กล่าวข้างต้น จะมีหนึ่งมาตรา ที่บัญญัติว่า บทบัญญัติในหมวดนี้เป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการ

ตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญปี 2534 มีข้อความต่อท้ายด้วยว่า **“ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องรัฐ”** ซึ่งเป็นการชี้ว่า บทบัญญัติในมาตราต่างๆ ในหมวดแนวนโยบายแห่งรัฐ ไม่ใช่บทบังคับให้รัฐมีภาระหน้าที่ต้องดำเนินการหรือปฏิบัติ แต่เป็นแนวทางที่รัฐควรดำเนินการหรือปฏิบัติ

ข้อที่ต้องพิจารณาต่อไป คือคำว่า รัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีความหมายอย่างไร หมายถึงองค์กรหรือหน่วยงานใด คำว่า “รัฐ” อาจพิจารณาได้ว่าหมายถึง ประเทศชาติที่มีประชากร มีดินแดน มีอิสระ มีรัฐบาลปกครองเป็นความหมายโดยรวม ลักษณะเป็นนามธรรม ซึ่งจะต้องมีองค์กรหรือหน่วยงานเป็นเครื่องมือเป็นกลไกในการดำเนินการหรือปฏิบัติภารกิจในเรื่องต่างๆ ให้ **คำว่ารัฐจึงควรต้องหมายความถึงองค์กรและหน่วยงานดังกล่าวซึ่งในปัจจุบันเรียกว่าหน่วยงานของรัฐ**

หน่วยงานของรัฐตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายต่างๆ อาจประมวลได้ดังนี้ คือ

ส่วนราชการได้แก่กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค รัฐวิสาหกิจ

หน่วยงานอิสระที่ใช้อำนาจรัฐ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น องค์การมหาชน

สำหรับรัฐวิสาหกิจ มี 2 แบบ คือ รัฐวิสาหกิจที่มีพระราชบัญญัติ (พ.ร.บ.) หรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น และรัฐวิสาหกิจตามความหมายกฎหมายงบประมาณ คือ องค์การทางธุรกิจ เช่นบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหน่วยงานของรัฐลงทุนหรือถือหุ้นตั้งแต่ 50% ขึ้นไป ทั้งนี้ **พ.ร.บ.บางฉบับ ไม่ถือว่ารัฐวิสาหกิจตามกฎหมายงบประมาณ เป็นหน่วยงานของรัฐ** แต่อย่างไรก็ตาม ในบริบทของรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ซึ่งเป็นแนวนโยบายของรัฐเกี่ยวกับเศรษฐกิจ รัฐวิสาหกิจตามความหมายของกฎหมายงบประมาณ จึงควรถือว่าเป็นหน่วยงานของรัฐ จึงมีความหมายเป็นรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว

ในกรณีที่รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายงบประมาณ เช่น**บริษัทมหาชนจำกัด** ที่**หน่วยงานของรัฐถือหุ้นตั้งแต่ 50% ขึ้นไป** ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน ซึ่งมีใช้กิจการที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค ก็เป็นที่ชัดเจนว่า **ขัดกับแนวนโยบายตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ** ดังกล่าว แต่ถ้าบริษัทมหาชนจำกัดนั้น ไม่ได้ประกอบธุรกิจที่เป็นการแข่งขันกับเอกชนเอง แต่ตั้งบริษัทขึ้นใหม่ถือหุ้นในบริษัทนั้นไม่ถึง 50% เป็นบริษัทลูก บริษัทลูกก็ถือหุ้นในบริษัทแม่ส่วนหนึ่ง โดยบริษัทแม่มีอำนาจ

ควบคุมบริษัทลูก แล้วให้บริษัทลูกประกอบธุรกิจที่เป็นการแข่งขันกับเอกชนแทน ก็มี**ปัญหาว่า การที่บริษัทมหาชนจำกัดดังกล่าว ให้บริษัทลูกประกอบกิจการแทนจะถือว่าขัดกับแนวนโยบาย ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่**

หากพิจารณาในแง่ของความเป็น**นิติบุคคล** บริษัทลูกเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากบริษัทแม่ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว แต่หาก**พิจารณาจากข้อเท็จจริง** กรณีนี้ บริษัทที่บริษัทมหาชนจำกัดตั้งขึ้นใหม่ถือเป็นบริษัทย่อยหรือบริษัทในเครือ มีลักษณะเป็นกลุ่มกิจการในทางเศรษฐกิจการค้า ซึ่งมีกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายเกี่ยวกับตลาดทุนกำหนดให้บริษัทแม่ และบริษัทลูกหรือบริษัทย่อยหรือบริษัทในเครือ จัดทำงบการเงินรวม เพื่อแสดงฐานะทางการเงินของกลุ่มกิจการ ซึ่งมีมาตรฐานบัญชีรองรับ **หากพิจารณาตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ** ที่บัญญัติไม่ให้รัฐประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน ก็อาจพิจารณาได้ว่า กรณีตั้งบริษัทลูกให้ประกอบธุรกิจแข่งกับเอกชน แต่ก็เป็นธุรกิจของกลุ่มที่มีบริษัทมหาชนจำกัด ที่เป็นรัฐวิสาหกิจเป็นบริษัทแม่ ก็อาจถือได้ว่าเข้าข่ายขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม**บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ** **ดังกล่าวเป็นเพียงแนวทาง** ให้รัฐดำเนินนโยบาย จึงขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐบาล ในภาพรวมว่า จะส่งเสริมให้บริษัทมหาชนจำกัดที่เป็นรัฐวิสาหกิจ ขยายการประกอบกิจการให้เติบโตด้วยการตั้งบริษัทลูกขึ้นมา ประกอบกิจการแสวงหากำไรให้มากยิ่งขึ้น หรือมีนโยบายให้มุ่งประกอบกิจการหลัก ส่วนธุรกิจด้านอื่นๆ ก็ปล่อยให้เอกชนมีที่ยืนและสามารถแข่งขันได้บ้าง