



ปัญหาทางกฎหมายของเทศบาลในการก่อตั้งบริษัทจำกัด
ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

THE LEGAL PROBLEM ON ESTABLISHMENT OF PRIVATE LIMITED
COMPANY IN ACCORDANCE WITH THE MUNICIPALITY B.E. 2496

นัยนา อินทจักร์

นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายมหาชน

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

2553

© ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปัญหาทางกฎหมายของเทศบาลในการก่อตั้งบริษัทจำกัด

ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

**THE LEGAL PROBLEM ON ESTABLISHMENT OF PRIVATE LIMITED
COMPANY IN ACCORDANCE WITH THE MUNICIPALITY B.E. 2496**

นัยนา อินทจักร์

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

2553

© ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง



ปัญหาทางกฎหมายของเทศบาลในการก่อตั้งบริษัทจำกัด

ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

THE LEGAL PROBLEM ON ESTABLISHMENT OF PRIVATE LIMITED
COMPANY IN ACCORDANCE WITH THE MUNICIPALITY B.E.2496

นัยนา อินทจักร์

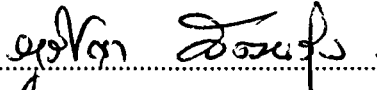
วิทยานิพนธ์นี้ได้รับการพิจารณาอนุมัติให้นับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา

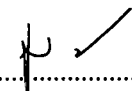
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

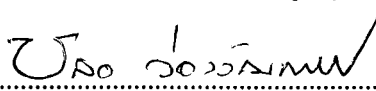
สาขาวิชากฎหมายมหาชน

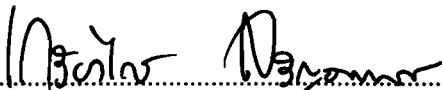
2553

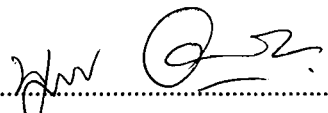
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธาน
(รองศาสตราจารย์ ดร. กริษฐา วัฒนรุ่ง)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. มন্ত্রী รูปสุวรรณ)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. ชลธ ว่องวัฒนาภักดิ์)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญชนาวัตน์)

.....กรรมการ
(ดร. นุปผา อัครพิมาน)

©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดีเนื่องจากได้รับความกรุณาจาก รองศาสตราจารย์ ดร.มนตรี รูปสุวรรณ ประธานกรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง กรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และ รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ กรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้ซึ่งกรุณาให้ความรู้ คำปรึกษา และตรวจแก้ไขจนวิทยานิพนธ์นี้เสร็จสมบูรณ์ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ อาจารย์สมชาย ธรรมสุทธิวัฒน์ อาจารย์ดารณี แสงนิล และ อาจารย์วรพชร จันทร์ขันตี ที่ได้กรุณาช่วยเหลือให้คำแนะนำแหล่งข้อมูล ตลอดจนเพื่อนๆ นิติศาสตร์มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง รุ่น 1 ที่ได้ให้กำลังใจแก่ผู้เขียนด้วยความห่วงใยและปรารถดี

ท้ายที่สุดผู้เขียนกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ที่ให้กำลังใจ ให้ความรัก ความอบอุ่น ขอบขอบคุณ คุณสุทธิพร อินทจักร์ สามีนของผู้เขียน เด็กหญิงโยษิตา อินทจักร์ และ เด็กชายณฐพร อินทจักร์ บุตรทั้งสอง และเพื่อนร่วมงาน ที่เป็นผู้อยู่เบื้องหลัง ให้กำลังใจให้มีความเพียรพยายาม เพื่อนำไปสู่ความสำเร็จในทุกๆ ด้าน

นัยนา อินทจักร์

ชื่อเรื่องวิทยานิพนธ์ ปัญหาทางกฎหมายของเทศบาลในการก่อตั้งบริษัทจำกัด
ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

ชื่อผู้เขียน นัยนา อินทจักร์

หลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน)

อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร. มนตรี รูปสุวรรณ
รองศาสตราจารย์ ดร. ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล
รองศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์มุ่งที่จะศึกษาสภาพปัญหาในการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาล ด้วยเหตุที่บริษัทจำกัดซึ่งอยู่ภายใต้การบริหารจัดการโดยเทศบาลเป็นวิสาหกิจมหาชนที่มีอิสระทางการเงิน การบริหารงาน และมีสภาพนิติบุคคลแยกออกจากรัฐแต่อยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแลของรัฐ จึงทำให้การจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาลในรูปแบบของบริษัทจำกัดมีความคล่องตัว สามารถบริหารจัดการสาธารณูปโภคและแก้ไขปัญหาในท้องถิ่นด้วยตนเองได้อย่างเหมาะสม โดยเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประชาชนในพื้นที่

ในปัจจุบันยังไม่พบว่าเทศบาลในประเทศไทยได้นำเอาการบริหารจัดการของเทศบาลในรูปแบบบริษัทจำกัด มาใช้เพื่อประโยชน์จัดทำบริการสาธารณะให้กับประชาชนในท้องถิ่น ทั้ง ๆ ที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจก่อตั้งได้ตามมาตรา 57 ตรี แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 การศึกษาบทบัญญัตินี้จึงศึกษาถึงปัญหา แนวคิด และตัวบทของกฎหมายในการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลและแนวทางในการก่อตั้งบริษัทจำกัดในประเทศไทย ผู้เขียนได้ศึกษาถึงหลักความเป็นนิติบุคคล เกณฑ์การแบ่งแยกประเภทนิติบุคคล ความหมาย ประเภท การก่อตั้ง ความรับผิดชอบของนิติบุคคลมหาชนและนิติบุคคลเอกชน ทั้งนี้เพื่อต้องการให้เห็นความเชื่อมโยงเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล ซึ่งเป็นกรณีที่นิติบุคคลมหาชนก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนด้วย

จากการศึกษาพบว่ากรณีที่เทศบาลไม่สามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดได้เนื่องจากปัญหาการก่อตั้ง การถือหุ้น การดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล ปัญหาว่าด้วยภารกิจและประเภทกิจการที่ เทศบาลจะก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของ เทศบาล ปัญหาเกี่ยวกับสถานะของบริษัทจำกัด ปัญหาอันเกิดจากปัจจัยภายในของเทศบาลที่ไม่เอื้อ ต่อการก่อตั้งบริษัทจำกัด ปัญหาอันเกิดจากผู้มีอำนาจตัดสินใจในการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัท จำกัดของเทศบาล และปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้ดำรงตำแหน่งในเทศบาล กับการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด โดยผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางเพื่อให้มีมาตรการทาง กฎหมายต่าง ๆ ในการแก้ไขปัญหาการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นหรือการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของ เทศบาล เพื่อให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้นคือ แก้ไขพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตรี โดยให้เทศบาลสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชนในกิจการอย่างอื่น นอกจากกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคได้ด้วย มีการตรากฎหมายที่กำหนดรายละเอียด เกี่ยวกับการก่อตั้ง การเข้าถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล รัฐต้องมีมาตรการ อื่นๆ ที่ให้เทศบาลสามารถควบคุมดูแลบริษัทจำกัด นอกจากมาตรการที่ผ่านทางที่ประชุมใหญ่ผู้ถือ หุ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย เทศบาลต้องปรับเปลี่ยนทัศนคติในการดำเนินการ ตามภารกิจที่จะต้องให้เอกชนเข้ามาร่วมดำเนินงานมากขึ้น และให้มีมาตรการทางกฎหมายหลาย มาตรการที่ใช้ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต การมีส่วนได้เสียหรือการขัดกันแห่ง ผลประโยชน์ของผู้ดำรงตำแหน่งในเทศบาล

ทั้งนี้ ผู้ที่เกี่ยวข้องจะต้องเข้าใจถึงความหมาย เจตนารมณ์ของการก่อตั้ง สถานะของการ จัดตั้ง ตลอดจนภารกิจและประเภทกิจการค้าที่จะต้องดำเนินการกำกับดูแล โครงสร้างการ บริหารงานและความรับผิดชอบ ท้ายที่สุดการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสามารถหารูปแบบบริษัทจำกัด ที่ก่อตั้งตามพระราชบัญญัติเทศบาลให้เหมาะสมกับประเทศไทยเพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการ ต่อไป

คำสำคัญ: บริษัทจำกัดของเทศบาล/ พระราชบัญญัติเทศบาล/ วิสาหกิจมหาชน

Thesis Title	The legal problem on establishment of private limited company in accordance with the Municipality B.E. 2496
Author	Naiyana Inthajak
Degree	Master of Law (Public Law)
Supervisory Committee	Assoc. Prof. Dr. Montree Loopsuwan Assoc. Prof. Dr. Chalor Wongwatanapikul Assoc. Prof. Dr. Kriengkrai Jaroenthanawat

ABSTRACT

This thesis is aimed to study on the problem of establishing the private company limited by Municipality, which is another method in providing the public service by the Municipality. Due to the private company limited under the management of Municipality is deemed as the Public State Enterprise, having freedom in financial, administrative, its legal juristic separated from State but under the supervise by State, it is therefore resulted the providing of public service by Municipality in the form of private company limited is flexible and able to administrate or provide the suitable problem solution to local accordingly.

Recently, it has not been found that any Municipalities in Thailand has brought private company limited to administrate the Municipality's works in the form of providing public service to local people. Even through, there is availability of law to do so in accordance with Section 57 bis. of the Municipality Act B.E. 2496. Therefore, this study is aimed to study on problem, thinking method and legal provisions in establishment of the private company limited by Municipality and the establishment of private company limited in Thailand. The author has studied in the principle of the juristic person, criteria in separate type of juristic person, its meaning, its type, its establishment, its liability of the public juristic person and private justice person. This is to reflect the connection in term

of the establishment of the juristic person or shareholders of the juristic person by the Municipality, and it is being the case that the public juristic person establishes the private juristic person as well.

The study found out that the problem that the Municipality cannot establish the private company limited are problem in form up the shareholders, working procedure of the Municipality, mission and type of business that the Municipality to be established or hold shares in it, administration of the private company limited by the Municipality, status of the private limited company, internal function of the Municipality that is not support the establishment of the private company limited, authorized person in making decision to establish such or hold shares in it and conflict of interest of authorized person in the Municipality or shares in such private company limited. The author suggest the better suitable legal methods to resolve problem on establishment, shares holding, administration of private company limited by the Municipality, i.e., to amend the Municipality Act B.E. 2496, Section 57 ter, by which allows the Municipality to establish or hold shares in the private company limited jointly with the private in the same business other than infrastructure businesses. Further, having the legislation specify particular details related to its establishment, shares holding and administration of the private company limited by the Municipality. The State shall also have other mechanism to enable the Municipality can control the private company limited other than mechanism made through Shareholder Meeting in accordance with the Civil and Commercial Code. Meanwhile, the Municipality shall also adjust its attitude to allow private enable to participate in the business much more than the past, and shall also arrange legal methods to prevent and counter corruption with having conflict of interest or authorized persons in the Municipality.

Therefore, the relevant persons shall understand to its meaning, purpose of such establishment, its status including its duty, its type of business to be governed, its administration structure and liability. Finally, the study of this thesis should be able to find the formula of the private company limited which is established in accordance with the Municipality Act B.E. 2496 suits with Thailand to be the procedure guideline onward.

Keywords: Private Company Limited by Municipality / The Municipality Act / Public State Enterprise

สารบัญ

หน้า

กิตติกรรมประกาศ	(3)
บทคัดย่อภาษาไทย	(4)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(6)
1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย	6
1.4 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย	6
1.5 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
2 แนวความคิดทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะและ การจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาล	8
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ	8
2.2 การจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย	21
2.3 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่นและ การจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	26
2.4 เทศบาลในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ	55
3 การก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลในประเทศไทย	72
3.1 แนวความคิดของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน	72
3.2 หลักความเป็นนิติบุคคล กับการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล	73

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่	
3.3 การก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนโดยนิติบุคคลมหาชน	88
3.4 แนวความคิดและการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล	90
3.5 การก่อตั้ง ถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาลในประเทศไทย	94
3.6 สถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัด	101
3.7 การกำกับดูแลการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลโดยส่วนกลาง	104
4 ปัญหาการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล	106
4.1 ปัญหาการก่อตั้ง การถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล	106
4.2 ปัญหาว่าด้วยการกิจและประเภทกิจการที่เทศบาล จะก่อตั้งหรือ ถือหุ้นในบริษัทจำกัด	114
4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล	115
4.4 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะของบริษัทจำกัด: ความเป็นวิสาหกิจมหาชน	131
4.5 ปัญหาอันเกิดจากปัจจัยภายในของเทศบาลที่ไม่เอื้อต่อการก่อตั้งบริษัทจำกัด	134
4.6 ปัญหาอันเกิดจากผู้มีอำนาจตัดสินใจในการก่อตั้งหรือ ถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล	136
4.7 ปัญหาเกี่ยวกับการจัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้ดำรงตำแหน่ง ในเทศบาลกับการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด	136
5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	143
5.1 บทสรุป	143
5.2 ข้อเสนอแนะ	148
รายการอ้างอิง	152
ประวัติผู้เขียน	159

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เดิมการจัดทำบริการสาธารณะเป็นหน้าที่ของรัฐ ต่อมาเมื่อมีการส่งเสริมให้เกิดการปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐก็ได้ถ่ายโอนภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ ตามความต้องการของท้องถิ่นเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นเองในประเทศฝรั่งเศส มีการปกครองส่วนท้องถิ่นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 รัฐค่อย ๆ ถ่ายโอนอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเดิมที่รัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะก็ได้มีการมอบอำนาจให้แก่ท้องถิ่นจัดทำบริการสาธารณะได้เองโดยรัฐจะสร้างหน่วยงานทางธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ เช่น ระบบรัฐวิสาหกิจ ที่รัฐมอบให้เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะหลังจากการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจก็ทำให้เกิดการคล่องตัวในการจัดทำบริการสาธารณะมีการขายบริการที่มุ่งแสวงหาผลกำไรเหมือนกับธุรกิจทั่วไป พอรัฐนำรูปแบบรัฐวิสาหกิจมาใช้เพื่อให้เกิดการคล่องตัวในการบริหารจัดการโดยใช้วิธีการบริหารจัดการแบบเอกชน ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาเองเมื่อประมาณ 50 ปีที่แล้ว ระบบรัฐวิสาหกิจก็ประสบกับปัญหาหนัก เนื่องจาก ฝ่ายการเมืองแต่งตั้งคนของตนเองซึ่งไม่มีความรู้ความสามารถเข้าไปเป็นผู้บริหารประกอบกับการนำกฎระเบียบของหน่วยงานของรัฐไปใช้กับองค์กรรัฐวิสาหกิจจึงทำให้เกิดปัญหาในสมัยปัจจุบันรัฐต่าง ๆ จึงมีแนวความคิดมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ

สำหรับประเทศไทย ก็มีแนวความคิดในการจัดทำบริการสาธารณะเช่นเดียวกันกับต่างประเทศ การบริการสาธารณะในประเทศไทยมีมาตั้งแต่ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้วแต่มีความแตกต่างจากปัจจุบัน คือ พระมหากษัตริย์ถือว่ารัฐเป็นผู้ผูกขาดการจัดทำบริการสาธารณะแต่เพียงผู้เดียวแต่เมื่อฝรั่งเศสเข้ามาในประเทศไทยประกอบกับที่จีนเข้ามาอาศัยพระบรมโพธิสมภารจำนวนมาก และมีการสร้างอิทธิพลทางเศรษฐกิจซึ่งหากคนของประเทศเหล่านี้จะประกอบธุรกิจหรือจัดทำบริการสาธารณะจะต้องได้รับพระบรมราชานุญาตก่อนต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 7 ได้มีการตรากฎหมายขึ้นฉบับหนึ่งเพื่อจัดระเบียบกำหนดว่ามีกิจการใดบ้างที่เอกชนจะต้องขออนุญาตจากรัฐ ซึ่งมี 2 ประเภท คือ การสาธารณูปโภค เช่น การประปา การไฟฟ้า

และกิจการที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน เช่น ธุรกิจธนาคาร หรือธุรกิจการประกันภัย เป็นต้น มีการตราพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายสาธารณูปโภค พุทธศักราช 2473 แยกกิจการที่ต้องขอพระบรมราชานุญาตออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าว ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองก็เปลี่ยนจากการขอพระบรมราชานุญาตเป็นการขออนุญาตจากรัฐบาลมาในปี พ.ศ. 2498 ได้มีการเพิ่มธุรกิจการคลังเข้าไปด้วย จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2515 ก็ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายสาธารณูปโภค พุทธศักราช 2473 โดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ซึ่งเป็นสาเหตุของการปฏิวัติของ ร.ส.ช. ในปี พ.ศ. 2534 ทุนของประเทศถูกเปลี่ยนมือจากพระมหากษัตริย์มาเป็นของรัฐบาล มีกระทรวงการคลังเป็นผู้ดูแลประเทศไทยรับแนวความคิดการกระจายอำนาจในการบริการจากสหรัฐอเมริกาหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงมีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจำนวนมาก มีการตั้งหน่วยงานพิเศษ เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ไม่เป็นส่วนราชการไม่เป็นรัฐวิสาหกิจ มีองค์กรหลายรูปแบบขึ้นมาเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ

กล่าวเฉพาะเทศบาล ซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่งที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะภายในท้องถิ่นที่รัฐมอบให้ท้องถิ่นดำเนินการอย่างอิสระภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ ทั้งนี้เนื่องจากรัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะที่จะตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างทั่วถึงแต่ละท้องถิ่นก็มีความต้องการบริการสาธารณะที่แตกต่างกันไป รัฐจึงได้กระจายอำนาจให้ท้องถิ่นจัดทำบริการสาธารณะตามความต้องการของคนในท้องถิ่นซึ่งท้องถิ่นย่อมทราบถึงความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นเองดีกว่ารัฐซึ่งเป็นส่วนกลาง

ปัจจุบันภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศต่าง ๆ ได้เปลี่ยนไปอย่างมาก กล่าวคือนอกจากรัฐจะมีภารกิจในการรักษาความมั่นคง ความสงบเรียบร้อยแล้ว รัฐยังมีภารกิจในทางเศรษฐกิจเพื่อส่งเสริมชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนอีกด้วย แต่การที่ภารกิจของรัฐเพิ่มขึ้นในขณะที่เครื่องมือในการปฏิบัติการกิจของรัฐยังมีอยู่เท่าเดิม คือ ราชการบริการส่วนกลาง และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น เป็นเหตุให้รัฐไม่สามารถปฏิบัติการกิจทางด้านเศรษฐกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งภารกิจในทางเศรษฐกิจจำเป็นต้องอาศัยความคล่องตัวในการบริหารจัดการเพื่อแข่งขันให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ แต่การที่จะอาศัยเครื่องมือของรัฐซึ่งเป็นระบบราชการทั้งส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น ที่ยังต้องอยู่ภายใต้กฎระเบียบของระบบราชการซึ่งมีความยุ่งยากซับซ้อนและจำนวนมาก ย่อมไม่สามารถทำให้ภารกิจด้านเศรษฐกิจของรัฐบรรลุตามวัตถุประสงค์ที่จะตอบสนองความต้องการในการดูแลชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชนได้

ในด้านการกิจของเทศบาล ซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่งที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มีฐานะเป็นนิติบุคคลมหาชน¹ มี 3 ประเภทได้แก่ เทศบาลตำบล เทศบาลเมือง และเทศบาลนคร มีสภาเทศบาลทำหน้าที่ออกเทศบัญญัติและควบคุมตรวจสอบการบริหารของคณะผู้บริหารเทศบาล และมีนายกเทศมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารของเทศบาลมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะภายในเขตพื้นที่ของเทศบาล ต่อมาภารกิจของเทศบาลทางด้านเศรษฐกิจเริ่มมีมากขึ้น และการใช้กลไกในการบริหารแบบราชการกับภารกิจด้านเศรษฐกิจของเทศบาลไม่สามารถทำให้ภารกิจดังกล่าวบรรลุเป้าหมายได้ ในปี พ.ศ. 2511 จึงได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 โดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2511 โดยให้เทศบาลทำการนอกเขตเทศบาล และการทำการร่วมกับบุคคลอื่น ซึ่งเพิ่มเติมมาตรา 57 ทวิ ให้เทศบาลอาจทำกิจการนอกเขต และมาตรา 57 ตริ ให้อำนาจเทศบาลก่อตั้งบริษัทจำกัด

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตริ บัญญัติให้อำนาจแก่เทศบาลในการก่อตั้งบริษัทจำกัดโดยมีหลักเกณฑ์ว่าต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ทั้งนี้ การก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า เทศบาลต้องถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนที่บริษัทนั้นจดทะเบียนและได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ปัจจุบันเทศบาลในประเทศไทยมิได้นำบทบัญญัติของมาตรา 57 ตริ มาใช้เพื่อประโยชน์แก่การจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประชาชนในท้องถิ่น เนื่องจากมีความไม่ชัดเจนในเนื้อหาของกฎหมายหลายประการทำให้ผู้บริหารของเทศบาลซึ่งเป็นฝ่ายการเมือง และพนักงานของรัฐซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่นไม่สามารถใช้และตีความกฎหมายในมาตรา 57 ตริ ได้

เรื่องดังกล่าวข้างต้นเป็นปัญหา ทั้งในเรื่องแนวคิดและบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ แนวคิดการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลเมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนจะสามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลเอกชนอย่างไร อันจะไม่ใช่เป็นการขัดต่อเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมซึ่งจำกัดอำนาจรัฐและส่งเสริมภาคเอกชนให้เป็นผู้นำในทางเศรษฐกิจสำหรับในเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายนั้น เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่จะต้องศึกษาว่าการก่อตั้งมีลักษณะอย่างไร มีสถานะอะไร ความสัมพันธ์กับราชการส่วนกลางจะเป็นอย่างไร หมายความว่า ราชการส่วนกลางจะมีอำนาจกำกับดูแลอย่างใกล้ชิดเช่นในปัจจุบันหรือไม่ นอกจากนี้บริษัทจำกัดที่ก่อตั้งขึ้นควรมีภารกิจและประเภทของกิจการกว้างขวางกว่าที่กฎหมายอนุญาตไว้หรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นหากมีการก่อตั้งบริษัทจำกัดขึ้นมาแล้ว จะต้องมีการสร้างและความรับผิดชอบของบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดอย่างไร ซึ่งเป็นเรื่องที่เหมาะสมที่จะได้มีการศึกษาอย่างยิ่ง

¹พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 7 วรรคสอง

บริษัทจำกัดของเทศบาลถือว่าเป็น “วิสาหกิจมหาชนส่วนท้องถิ่น” ประเภทหนึ่ง ซึ่งก่อตั้งโดยเทศบาล ซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อให้เทศบาลสามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาในท้องถิ่นและจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนภายในท้องถิ่นนั้น ๆ ได้ด้วยตนเอง เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนในพื้นที่เขตเทศบาล อันจะเป็นการสอดคล้องกับหลักการกระจายอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะจากส่วนกลางให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550² ปัจจุบันชุมชนต่าง ๆ อยู่กันอย่างกระจัดกระจาย แต่ละท้องถิ่นมีปัญหาและความต้องการที่แตกต่างกันไปเพื่อแก้ไขปัญหาคือตอบสนองความต้องการของประชาชนจึงเกิดแนวคิดในการจัดการปกครองท้องถิ่นขึ้น³ เทศบาลทั้ง 3 ประเภทได้แก่ เทศบาลตำบล เทศบาลเมือง เทศบาลนคร เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะต้องดำเนินการกิจการสาธารณะแก่ประชาชนในพื้นที่อย่างทั่วถึงและตรงตามความต้องการของประชาชน ดังนั้น กฎหมายของเทศบาลจึงได้มีบทบัญญัติให้เทศบาลมีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องจัดทำ และอาจจัดทำ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เทศบาลต้องจัดทำ คือ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ให้มีและบำรุงทางบกและทางน้ำ เป็นต้น ส่วนกรณีที่เทศบาลอาจจัดทำ ได้แก่ ให้มีน้ำสะอาดและการประปา ให้มีโรงฆ่าสัตว์ ให้มีท่าเทียบเรือและท่าข้าม เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 กำหนดให้เทศบาลมีอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมอีก ได้แก่ การจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่นของตนเอง การสาธารณสุข โภค และการก่อสร้างอื่น ๆ เป็นต้น

สำหรับวิธีการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาลนั้นมี 3 วิธี ได้แก่ เทศบาลจัดทำเอง เทศบาลร่วมกับผู้อื่นจัดทำ และเทศบาลมอบให้ผู้อื่นจัดทำ เนื้อหาของวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นการศึกษาเฉพาะพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตรี เรื่องการจัดทำบริการสาธารณะของท้องถิ่นโดยเทศบาลก่อตั้งบริษัทจำกัด ทั้งนี้ มีเนื้อหาของการศึกษาวิจัยว่าด้วยปัญหา ของการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล ดังนี้ (1) บริษัทจำกัดที่เทศบาลจะก่อตั้งขึ้นมานั้น มีนิยามความหมายอย่างไร มีสถานะทางกฎหมายเช่นใด เพราะการก่อตั้งบริษัทจำกัดให้ความสำคัญกับความคล่องตัวในการบริหารจัดการเพื่อการบริหารสาธารณะ⁴ อย่างไรก็ดีก็ยังมีปัญหาว่าหากเทศบาลรวมทุนกับนิติบุคคล

²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 289 - 290

³สมคิด เลิศไพฑูรย์, *กฎหมายการปกครองท้องถิ่น*, (กรุงเทพฯ: คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), 19 - 23.

⁴สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น”, *วารสารนิติศาสตร์* 20, 2 (มิถุนายน 2533): 143.

อื่นแล้ว ถ้าเกิดผลการดำเนินงานประสพภาวะขาดทุนผลร้ายก็จะเกิดแก่ภาษีอากรที่นำไปลงทุน^๑ (2) พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 มาตรา 57 ตรี ระบุเพียงคำว่ามีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายมิได้ระบุถึงประเภทของกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคไว้จึงจำเป็นต้องทำการศึกษาจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประสานงานด้านสาธารณูปโภค พ.ศ. 2549 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 และคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อจะได้ทราบถึงหลักเกณฑ์ของประเภทกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งอยู่ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของเทศบาลที่จะทำการก่อตั้งบริษัทจำกัดเพื่อบริหารจัดการได้ และ (3) ศึกษาและวิเคราะห์โครงสร้างการบริหารงานและความรับผิดชอบของเทศบาลและผู้บริหารว่าถ้ามีการก่อตั้งบริษัทจำกัดขึ้นมาแล้วควรจะกำหนดโครงสร้างและความรับผิดชอบอย่างไรเช่น ใครจะเป็นผู้เริ่มก่อตั้ง สัดส่วนและสิทธิของการถือหุ้นเป็นเช่นใด ขอบเขตความรับผิดชอบของเทศบาลและผู้บริหารจะเป็นเช่นไร

ดังนั้น จากปัญหาดังกล่าวจึงสมควรมีการศึกษาถึงปัญหาและแนวทางที่เหมาะสมในการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล ทั้งในเรื่องการก่อตั้ง การถือหุ้น การดำเนินการของบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งโดยเทศบาลอันจะเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในเขตพื้นที่ของเทศบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1.2.1 เพื่อให้ทราบถึงที่มา แนวความคิดและวัตถุประสงค์ในการก่อตั้ง การถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล ว่ามีที่มาแนวความคิดและวัตถุประสงค์อย่างไร

1.2.2 เพื่อศึกษาความหมายและสถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งโดยเทศบาล ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตรี

1.2.3 เพื่อศึกษาการจัดทำกิจการค้าอันได้แก่ภารกิจ และประเภทกิจการ ตลอดจนการกำกับดูแลบริษัทจำกัดตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

^๑ มีชัย ฤชุพันธุ์, วิจารณ์ร่างพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ ๑), (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 10 สิงหาคม 2510), ม.ป.ป.

1.2.4 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์โครงสร้าง การบริหารงาน และความรับผิดชอบของบริษัทจำกัด ที่ก่อตั้งโดยเทศบาล

1.2.5 เพื่อศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมในการก่อตั้ง การถือหุ้น และการดำเนินการของบริษัทจำกัดของเทศบาลในประเทศไทย เพื่อเป็นการส่งเสริมให้เกิดการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลเพื่อให้จัดทำบริการสาธารณะตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเขตเทศบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตรี บัญญัติให้อำนาจแก่เทศบาลก่อตั้งบริษัท จำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อจัดทำกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคโดยเทศบาลอาจ ดำเนินการเองหรือร่วมกับบุคคลอื่น แต่ปรากฏว่าเทศบาลไม่นิยมที่จะก่อตั้งบริษัทจำกัดเพื่อการดังกล่าว ซึ่งการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลมีปัญหาข้อกฎหมายสำคัญเกี่ยวกับเรื่องสถานะทางกฎหมาย การถือกรรมสิทธิ์และประเภทกิจการ การกำกับดูแล โครงสร้างการบริหาร และความรับผิดชอบ ซึ่งการดำเนินการ ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ยังไม่มีความชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาการจัดตั้งบริษัทจำกัด ของเทศบาล จึงควรที่จะศึกษาเพื่อหาแนวทางในการก่อตั้ง การถือหุ้นและการดำเนินการของบริษัท จำกัดเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาลต่อไป

1.4 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้ เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพโดยอาศัยการวิเคราะห์ด้วยข้อมูลหรือเป็นการ วิจัยเอกสารเป็นหลัก (Documentary Research) โดยวิธีวิเคราะห์ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ (History approach) ที่เกี่ยวข้องและวิธีการศึกษาวิเคราะห์ในทางกฎหมาย (Legal approach) ตลอดจน การศึกษาในเชิงพฤติกรรมศาสตร์ (Behavioral science) แล้วนำเสนอแบบพรรณนาวิเคราะห์ (Analytical description) แหล่งที่มาของข้อมูลนั้น มีแหล่งที่มา 2 ส่วน คือ

1.4.1 เอกสารชั้นต้น (Primary Sources) คือ เอกสารที่เป็นต้นฉบับหรือที่เป็นข้อมูลหรือ หลักฐานโดยตรง ซึ่งได้แก่งานเขียน ปรากฏา ถ้อยแถลง คำแถลงการณ์ บันทึก ประกาศ สุนทรพจน์ รายงานการประชุม เอกสารต่าง ๆ ของทางราชการ พระราชบัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รวมถึงรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการทุจริตของต่างประเทศ คือ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น ด้วย

1.4.2 เอกสารชั้นรอง (Secondary Sources) คือ เอกสารที่มีผู้รวบรวมเอาไว้แล้ว เช่น เอกสาร หนังสือ วารสาร ตำราวิชาการ รายงาน บทความ การวิจัยและวิทยานิพนธ์

แหล่งที่มาของข้อมูลส่วนใหญ่ได้มาจากการค้นคว้าจากห้องสมุดต่าง ๆ อาทิเช่น หอสมุดกลาง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หอสมุดปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์บรรณสารและสื่อการศึกษา มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

1.5 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้ทำการศึกษาพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ในส่วนที่เกี่ยวกับการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล เพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ว่ามีปัญหาและอุปสรรคในการก่อตั้งอย่างไร และหาแนวทางที่เหมาะสมในการก่อตั้ง การถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทราบถึงที่มาแนวความคิดและวัตถุประสงค์ในการก่อตั้ง การถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล ว่ามีที่มาแนวความคิดและวัตถุประสงค์อย่างไร

1.6.2 ทราบความหมายและสถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งโดยเทศบาลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ครี

1.6.3 ทราบถึงภารกิจ และประเภทกิจการตลอดจนการกำกับดูแลบริษัทจำกัดตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

1.6.4 สามารถวิเคราะห์โครงสร้าง การบริหารงาน และความรับผิดชอบของบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งโดยเทศบาล

1.6.5 สามารถหาแนวทางที่เหมาะสมในการก่อตั้ง การถือหุ้น และการดำเนินการของบริษัทจำกัดของเทศบาลในประเทศไทย เพื่อเป็นการส่งเสริมให้เกิดการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลเพื่อให้จัดทำบริการสาธารณะตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเขตเทศบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ

บทที่ 2

แนวความคิดทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะและ การจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาล

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ

ในการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทราบถึงแนวความคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ เพราะการบริการสาธารณะมีความเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการดำเนินงานของเทศบาล และการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลก็ล้วนแต่เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะทั้งสิ้น

2.1.1 ความหมายของการบริการสาธารณะ

กิจกรรมของรัฐหรือของฝ่ายปกครองมี 2 ประเภท คือ ดำรงทางปกครองซึ่งเป็นกิจกรรมที่ตำรวจใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการควบคุมและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างหนึ่ง และบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมประเภทหนึ่งของรัฐ ที่รัฐจะต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองตอบต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม เป็นการให้บริการแก่ประชาชนเพื่อความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิตอีกอย่างหนึ่ง

สำหรับความหมายของการบริการสาธารณะมีผู้ให้ความหมายไว้หลายท่าน ดังนี้

ศาสตราจารย์ Léon Duguit ให้ความหมายของบริการสาธารณะไว้ว่า บริการสาธารณะเป็นส่วนหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐ⁶ ความหมายดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงความมีอยู่ของบริการสาธารณะที่คู่กับรัฐ แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนโดยมีบริการสาธารณะเป็นกลไก

⁶ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel (Tome 2)*, Paris 1923 p.54 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), 31.

บริการสาธารณะในต่างประเทศความหมายสร้างขึ้นจากคำพิพากษาของศาลปกครอง ความหมายดั้งเดิม คือ กิจกรรมทุกอย่างที่รัฐทำเป็นบริการสาธารณะ ต่อมาก็เปลี่ยนความหมายมาเป็น กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเมื่อภารกิจของฝ่ายปกครองเพิ่มมากขึ้น ฝ่ายปกครองไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้ทุกประเภทจึงให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ ความหมายของบริการสาธารณะก็เปลี่ยนมาเป็น ภารกิจที่ฝ่ายปกครองทำหรือให้เอกชนทำภายใต้การควบคุมของฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ศาสตราจารย์ Maurice Hauriou นักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส ให้ความหมายของบริการสาธารณะว่า บริการสาธารณะเป็นบริการทางเทคนิคเพื่อสาธารณะ เป็นบริการที่สม่ำเสมอ ต่อเนื่อง เพื่อตอบสนองความต้องการของส่วนร่วมที่ไม่ได้มุ่งหวังผลกำไร ซึ่งจัดโดยองค์กรของรัฐ⁷

ศาสตราจารย์ Charpes ให้ความหมายของบริการสาธารณะว่า กิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งจะเป็นบริการสาธารณะได้ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ให้หรือดูแล และกิจกรรมการนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ⁸

ศาสตราจารย์ ประยูร กาญจนดุล ให้ความหมายของบริการสาธารณะว่า เป็นกิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการ ควบคุมของฝ่ายปกครอง ที่จัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชน⁹ เหตุที่ฝ่ายปกครองต้องควบคุมเพราะเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ถ้าให้เอกชนทำก็ต้องได้มาตรฐาน เช่นเดียวกับรัฐเป็นผู้จัดทำ เช่น ต้องมีการควบคุมเรื่องมาตรฐาน ราคา ความปลอดภัย และเหตุที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่รัฐต้องให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะเป็นเพราะรัฐไม่มีเงิน เทคโนโลยี หรือคน และเป็นการตัดภาระด้านการเงินของรัฐออกไปด้วย ซึ่งจะได้อีกต่อไป

บริการสาธารณะมีลักษณะที่สำคัญ 6 ประการ คือ

1. บริการสาธารณะจะต้องอยู่ในความควบคุมดูแลของฝ่ายปกครอง
2. บริการสาธารณะต้องสนองตอบต่อความต้องการของส่วนรวม
3. ระเบียบวิธีในการจัดทำบริการสาธารณะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้
4. บริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่อง สม่ำเสมอ

⁷ รังสิกร อุพงษ์, “ทฤษฎีบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส”, วารสารนิติศาสตร์ 18, (กันยายน 2531), 55.

⁸ สิริพร มณีกันท์, การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นในประเทศไทย: ศึกษาจากปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีเทศบาลและกรุงเทพมหานคร (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), 4-5.

⁹ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), 108.

5. เอกชนต้องได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน

6. เป็นบริการสาธารณะแบบให้เปล่า แต่ปัจจุบันมีบริการสาธารณะประเภทที่ต้องเสียค่าบริการด้วย

2.1.2 ประเภทของบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ บริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ดังนี้

2.1.2.1 บริการสาธารณะทางปกครอง

เดิมเรียกภารกิจทุกอย่างที่รัฐจัดทำว่าเป็นบริการสาธารณะทางปกครองทั้งหมด ซึ่งเป็นการที่รัฐจะต้องจัดทำเอง ไม่สามารถให้ใครทำแทนได้ เช่น ทหาร ตำรวจ การเงินการคลัง ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำโดยประชาชนไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย

นอกจากนี้เนื้อหาของบริการสาธารณะทางปกครองเป็นเรื่องหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษในการจัดทำรวมทั้งอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองที่จะจัดทำบริการสาธารณะด้วย ดังนั้น บริการสาธารณะทางปกครองนี้ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาจัดทำแทนได้¹⁰

ลักษณะของบริการสาธารณะทางปกครอง คือ

1. วัตถุประสงค์ บริการสาธารณะทางปกครองมีวัตถุประสงค์แห่งบริการ คือ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยรวม

2. วิธีปฏิบัติงาน บริการสาธารณะทางปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นเป็นแบบอย่างเดียวกัน มีระบบการบังคับบัญชาที่ใช้กับผู้ปฏิบัติงานทุกคน

3. แหล่งเงินทุน บริการสาธารณะทางปกครองมีแหล่งที่มาของเงินทุนเพียงแหล่งเดียว คือ เงินของรัฐ ที่รัฐจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเกี่ยวกับบริการสาธารณะทางปกครองทั้งหมด

2.1.2.2 บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นแนวความคิดเพิ่มมาจากศาลปกครอง ศาลคดีขัดกันฝรั่งเศส โดยสร้างแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับบริการสาธารณะขึ้นใหม่ ในปี ค.ศ. 1956 ศาลปกครองสูงสุดกำหนดหลักเกณฑ์บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คือ กิจกรรมนั้นจะต้องมีความคล้ายคลึงกับกิจการของเอกชนใน 3 กรณี คือ

¹⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), 35.

1. วัตถุประสงค์แห่งบริการ เป็นการมุ่งเน้นการผลิตสินค้าและบริการโดยมุ่งหวังผลกำไร ซึ่งตรงข้ามกับบริการสาธารณะทางปกครองที่สนองความต้องการของประชาชน โดยมีได้มุ่งหวังผลกำไร

2. วิธีปฏิบัติงาน มีการสร้างวิธีปฏิบัติงานเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการปฏิบัติงาน เช่น รัฐวิสาหกิจมีกำไรเป็นของตนเอง

3. ที่มาของเงินทุน เริ่มต้นรัฐจะจ่ายให้ก่อนเป็นเงินทุนประเดิมจากนั้นรัฐก็จะให้เอกชนเป็นค่าบริการแทนการอุดหนุนจากรัฐเพื่อไว้ใช้ในการบริหารกิจการ ซึ่งตรงข้ามกับบริการสาธารณะทางปกครองที่จะไม่เสียค่าใช้จ่ายบริการโดยรัฐจะจ่ายเงินโดยวิธีการตั้งงบประมาณ

นอกจากการแบ่งประเภทบริการสาธารณะออกเป็น 2 ประเภท คือ บริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมดังกล่าวแล้ว ยังมีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่แบ่งประเภทของบริการสาธารณะอีกหลายประเภทตามวัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะ ดังนี้¹¹

1. บริการสาธารณะทางสังคม คือ กิจกรรมบริการสาธารณะทุกประเภทที่รัฐจัดให้มีขึ้นเพื่อให้ความช่วยเหลือทางสังคม ซึ่งเป็นบริการสาธารณะที่ทำงานเป็นประเพณีนิยม และจะพบบริการสาธารณะประเภทนี้มากที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ ได้แก่

1) เทศบาล ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1983 ทุกเทศบาลมีศูนย์ให้ความช่วยเหลือทางสังคมประจำเทศบาลทุกเทศบาล มีหน้าที่รับผิดชอบเรื่องโรงเรียน โรงอาหาร สถานรับเลี้ยงเด็ก สถานธนาบาล

2) จังหวัด มีการจัดทำบริการสาธารณะทางสังคมอยู่เป็นจำนวนมากคิดเป็นครึ่งหนึ่งของงบประมาณรายจ่ายประจำปี โดยจังหวัดได้นำระบบบริการสาธารณะที่ดำเนินการโดยเอกชนมาใช้ ซึ่งก็ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่า หากมีปัญหาคืออยู่ในเขตอำนาจของศาลใด

2. บริการสาธารณะทางสุขภาพ เป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อให้บริการข้อมูลทางสุขภาพ การจัดตั้งองค์กรหรือสถาบันเพื่อรักษาโรคบางอย่าง บริการสาธารณะทางสาธารณสุขเกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ.1935 ในคดี Dame Philipponeau ว่าการตั้งสถาบันพิเศษขึ้นเพื่อรักษาผู้ป่วยบางประเภทถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง

3. บริการสาธารณะทางวัฒนธรรม มีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี Astruc Société du Théâtre des Champs-Élysées c/Ville de Paris ลงวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1916 โดยนาย Astruc และบริษัท Théâtre des Champs-Élysées ได้ร้องขอต่อศาลปกครองขอให้สั่งให้

¹¹ นันทวัฒน์ บรรณานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), 38-42.

เมืองปารีสปฏิบัติตามสัญญาที่จะให้สัมปทานเช่าสถานที่บนถนน Champs-Élysées เพื่อก่อสร้างโรงละครชื่อ Palais Philharmonique ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า คดีนี้ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เนื่องจากโรงละครดังกล่าวไม่ได้จัดสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ต่อจากคดีนี้ 7 ปี ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในคดี Sieur Gheusy ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1923 ว่าสัญญาที่รัฐทำขึ้นกับโรงละครอุปการเป็น “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ” โดยมีเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวไม่ได้เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน เนื่องจากมีข้อผูกพันที่รัฐจะต้องให้สัมปทานที่ดินแก่เอกชนโดยไม่คิดค่าตอบแทน และจะต้องให้เงินอุดหนุนรายปี ส่วนเอกชนก็มีข้อผูกพันต่าง ๆ ตามที่รัฐกำหนด เช่น โปรแกรมการแสดง การกำหนดราคา ค่าเข้าชม การกำกับดูแลโดยรัฐ รวมทั้งการเพิกถอนการอนุญาต ซึ่งศาลปกครองพิเคราะห์จากข้อผูกพันตามสัญญาแล้ว จึงเห็นว่ากิจกรรมดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อบริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรม

บริการสาธารณะทางวัฒนธรรมอาจมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป โดยอาจหมายถึงโรงละคร ศูนย์วัฒนธรรม พิพิธภัณฑ์และสถานที่สำคัญทางประวัติศาสตร์ต่าง ๆ ก็ได้ นอกจากนี้บริการสาธารณะทางวัฒนธรรมยังเป็นบริการสาธารณะประเภทที่รัฐอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำก็ได้¹²

4. บริการสาธารณะทางด้านการกีฬา ถือเป็นบริการสาธารณะทางปกครองที่รัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำ ซึ่งหลักการนี้เกิดขึ้นโดยการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ที่เห็นว่าบริการสาธารณะทางด้านการกีฬามีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการกีฬาและการสร้างเสริมสุขภาพของประชาชน จึงถือเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะจึงเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง ต่อมาในระยะหลังมีการมอบให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำ บริการสาธารณะทางด้านการกีฬาที่ถือเป็นบริการสาธารณะทางปกครองจึงเปลี่ยนมาเป็นบริการสาธารณะที่สามารถให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำได้

บริการสาธารณะทั้ง 4 ประเภทตามที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักการดังกล่าว แม้จะมีการแบ่งประเภทไว้หลายประเภท แต่ในทางวิชาการยังคงถือเพียงบริการสาธารณะเพียง 2 ประเภท คือ บริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ซึ่งบริการสาธารณะส่วนใหญ่จะจัดทำโดยนิติบุคคลมหาชน ส่วนบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมมักจะให้องค์กรมหาชนเป็นผู้จัดทำเนื่องจากมีความเป็นอิสระมากกว่านิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนประเภทอื่น ๆ

¹² Jean-Marie PONITIER, *Les service publics*, HACHETTE, Paris, 1996, p.7-8. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), 41.

2.1.3 หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะแต่ละประเภทต่างก็มีกรอบในการจัดทำที่เหมือนกัน แต่เกณฑ์ในการปฏิบัติจะต่างกันแล้วแต่ความสอดคล้องกับลักษณะของบริการสาธารณะ หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะนี้ถูกสร้างขึ้นโดยศาลปกครองฝรั่งเศสมี 3 หลักเกณฑ์ คือ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ ดังนี้

2.1.3.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาค

หลักว่าด้วยความเสมอภาคในเรื่องบริการสาธารณะเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความสำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากการบริการสาธารณะมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม มิได้จัดทำเพื่อประโยชน์ของผู้ใดโดยเฉพาะ ดังนั้นประชาชนทุกคนจึงควรมีสติที่จะรับการปฏิบัติหรือรับการบริการอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน

หลักความเสมอภาคเกิดในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ. 1789 ปราบกฏอยู่ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และพบในแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นเพื่อนำไปใช้กับทุกกรณี ในปี ค.ศ. 1911 มีหลักว่าผู้ใช้บริการสาธารณะทุกคนที่ใช้บริการประเภทเดียวกันย่อมอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน ปี ค.ศ. 1951 เกิดหลักว่าบุคคลที่ใช้บริการสาธารณะเดียวกันย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกัน ปี ค.ศ. 1974 เกิดหลักบริการสาธารณะว่าไม่ว่าจะเป็นคนชาติหรือคนต่างชาติก็อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกัน

2.1.3.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่มีความจำเป็นต่อประชาชน จึงต้องมีการจัดทำอย่างต่อเนื่องไม่หยุดชะงักไม่ได้เพราะจะมีผลกระทบต่อการใช้ชีวิตของประชาชนหลักว่าด้วยความต่อเนื่องนี้ก็มาจากหลักว่าด้วยรัฐ เพราะรัฐจะต้องมีความต่อเนื่องหน้าที่ของรัฐก็คือ การจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น เมื่อรัฐมีความต่อเนื่อง บริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐจึงต้องมีความต่อเนื่องด้วย

ในปี ค.ศ. 1909 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส วางหลักว่าความต่อเนื่องเป็นหัวใจสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ ต่อมาปี ค.ศ. 1979 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ วางหลักว่าความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีลักษณะเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญ

ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะขึ้นอยู่กับประเภทของบริการสาธารณะด้วย เช่น บริการสาธารณะด้านความปลอดภัย สาธารณสุข จะต้องมีความต่อเนื่องตลอดเวลา เป็นต้น ส่วนโรงเรียน ห้องสมุด พิพิธภัณฑ์ไม่จำเป็นที่จะต้องมีความต่อเนื่องตลอดเวลา สามารถหยุดได้

2.1.3.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ยังไม่มีการยืนยัน แต่หลักนี้ใช้กันอย่างแพร่หลายในฝ่ายปกครองและรับรองโดยนักวิชาการ เช่น ถ้าสนองความต้องการของประชาชนไม่ได้รัฐจะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะนั้น เช่นในฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1902 รัฐบริการในเรื่องขอตะเกียงก๊าซเพื่อให้แสงสว่าง แต่เมื่อมีไฟฟ้าประชาชนก็ไม่ใช้ตะเกียงก๊าซ รัฐก็ต้องเปลี่ยนประเภทของบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ใช้ได้กับทั้งบริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ในด้านผู้ใช้บริการสาธารณะทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่า ผู้ใช้บริการสาธารณะไม่มีสิทธิใด ๆ ในการคงไว้ซึ่งการบริการสาธารณะนั้น เอกชนจะบังคับให้รัฐจัดทำบริการสาธารณะนั้นตลอดไปไม่ได้ เพราะบริการสาธารณะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ เพื่อความเหมาะสม ศาลปกครองยังวางหลักอีกว่า ฝ่ายปกครองไม่อาจถูกบังคับให้จัดทำบริการสาธารณะได้ เว้นแต่มีกฎหมายบังคับ

ส่วนผู้ใช้บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ในปี ค.ศ. 1977 ศาลการbin ของฝรั่งเศสคดีให้บริการในบางเส้นทางทำให้ผู้โดยสารไม่สามารถเดินทางได้ แต่บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ เพื่อความเหมาะสม เพราะไม่ได้ทำเพื่อประชาชนเพียงอย่างเดียว ดังนั้น หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้จึงใช้ได้กับบริการสาธารณะทั้ง 2 ประเภท ดังกล่าวแล้ว

2.1.4 องค์การที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ

เดิมรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ แต่เมื่อภารกิจของรัฐเพิ่มมากขึ้นรัฐก็ไม่สามารถดำเนินการกิจกรรมบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชนได้ทั้งหมด เนื่องจากรัฐอาจไม่มีเครื่องมือ เทคนิค หรือทุนเพียงพอที่จะจัดทำได้ จึงมีการมอบกิจกรรมหรือภารกิจบางอย่างให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำ

2.1.4.1 บริการสาธารณะระดับชาติที่รัฐเป็นผู้จัดทำ

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ คือ บริการสาธารณะที่มีความจำเป็น ซึ่งเป็นบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับความมั่นคง เช่น ตำรวจ ทหาร สาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน เช่น ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ ซึ่งกิจการเหล่านี้มีความจำเป็นทั้งหน่วยงานของรัฐและประชาชน ประกอบกับการที่ต้องใช้เงินลงทุนสูงในกิจการต่าง ๆ ข้างต้น และมีความจำเป็นต้องจัดให้มีทั่วประเทศ ซึ่งโดยหลักการแล้วสิ่งที่ต้องทำทั่วประเทศรัฐต้องเป็นผู้จัดทำ เพื่อป้องกันการผูกขาดโดยเอกชน บริการสาธารณะที่รัฐจัดทำมีทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น

บริการสาธารณะระดับชาติที่รัฐจัดทำมี 7 ประเภท ได้แก่

1. บริการสาธารณะทางด้านยุติธรรม เหตุที่รัฐต้องเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทางด้านยุติธรรมเพราะเป็นกิจกรรมที่รัฐไม่สามารถมอบให้เอกชนจัดทำได้ เนื่องจากเป็นภารกิจที่ต้องใช้อำนาจรัฐมาก เช่น การลงโทษต่าง ๆ แต่เอกชนก็สามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้ เช่น การใช้ระบบลูกขุน

2. บริการสาธารณะทางด้านความมั่นคงปลอดภัยของสังคม

3. บริการสาธารณะทางการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ คือ การทหาร ตำรวจ

4. บริการสาธารณะทางการศึกษาของชาติ

5. บริการสาธารณะทางด้านสังคม

6. บริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรม

7. บริการสาธารณะทางการท่องเที่ยว

แต่อย่างไรก็ดี ปัจจุบันบริการสาธารณะบางประเภทได้มีการถ่ายโอนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำแล้ว

2.1.4.2 บริการสาธารณะที่ท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ

ท้องถิ่นถูกตั้งขึ้นก็เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ แต่บริการสาธารณะที่ท้องถิ่นจัดทำเป็นบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของคนในท้องถิ่น เช่น การทิ้งขยะ การรักษาความสะอาด เป็นภารกิจง่าย ๆ ที่ท้องถิ่นสามารถจัดการได้ ต่อมาเมื่อมีการกระจายอำนาจให้ท้องถิ่นมากขึ้น รัฐก็เพิ่มภารกิจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้ท้องถิ่นมากขึ้น สำหรับประเทศไทยมีการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นอย่างจริงจังตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ยังคงหลักการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยให้ความสำคัญกับการกระจายอำนาจและความเป็นอิสระในการดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศสบริการสาธารณะที่ท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำมี 4 ประเภท ได้แก่

1. บริการสาธารณะทางด้านสุขอนามัย ถือเป็นภารกิจพื้นฐานที่รัฐมอบให้ท้องถิ่นจัดทำตั้งแต่มีการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กิจกรรมทางด้านสุขอนามัยมีความหมายกว้างทั้งในเรื่องสุขภาพ การจัดการศพ ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยเมื่อปี ค.ศ. 1986 ว่าการบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับพิธีศพถือเป็นบริการสาธารณะทางปกครอง แต่ถ้าประชาชนต้องการสุสานที่ดีกว่าที่ท้องถิ่นจัดทำก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายเอง แต่ถ้าเป็นเรื่องพื้นฐานท้องถิ่นจะเป็นผู้จัดทำให้

2. บริการสาธารณะที่เกี่ยวกับการจัดให้มีน้ำสะอาด ถือเป็นภารกิจของท้องถิ่นที่ท้องถิ่นจะต้องจัดทำเองหรืออาจมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำก็ได้ น้ำสะอาด หมายถึง ระบบการประปาตั้งแต่การผลิตไปจนถึงการส่งจ่ายน้ำไปยังบ้านเรือนของประชาชน ในฝรั่งเศสท้องถิ่นจะเป็นผู้ผลิตน้ำประปาเอง แต่จะมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจ่ายน้ำ และเก็บค่าบริการแทนท้องถิ่น

3. บริการสาธารณะทางด้านการบำบัดน้ำเสีย เป็นการทำน้ำเสียให้สะอาดเพื่อนำกลับมาใช้ใหม่ ในประมวลกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของฝรั่งเศสบัญญัติว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่ทำให้น้ำสะอาดและนำกลับมาใช้ใหม่ ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่า การทำให้น้ำสะอาดเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะเป็นอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

4. บริการสาธารณะทางด้านการรักษาความสะอาด คือ การเก็บขยะและของเหลือใช้ ส่วนบริการสาธารณะทางด้านเศรษฐกิจที่ท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ คือ

1. บริการสาธารณะด้านการผลิตและจ่ายพลังงาน ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 การผลิตและการจ่ายพลังงานทำโดยรัฐ และยังสามารถให้ท้องถิ่นและเอกชนจัดทำได้ด้วย

2. บริการสาธารณะในเรื่องตลาด ท้องถิ่นในฝรั่งเศสเหมือนกับท้องถิ่นของไทย คือ ให้ท้องถิ่นดูแลสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ส่วนในยุโรปท้องถิ่นจะเป็นผู้จัดให้มีตลาดนัด

3. บริการสาธารณะด้านการขนส่ง ซึ่งด้านการขนส่งมีความเชื่อมโยงกับการศึกษา

4. บริการสาธารณะด้านสังคมและการศึกษา เดิมรัฐเป็นผู้ดูแลเกี่ยวกับเด็ก คนพิการ คนชรา คนด้อยโอกาสในสังคม ต่อมาในปี ค.ศ. 1982 มีกฎหมายกระจายอำนาจมอบภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

5. บริการสาธารณะด้านวัฒนธรรม ปี ค.ศ. 1983 รัฐบาลฝรั่งเศสออกรัฐบัญญัติ ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเก็บเอกสารทางประวัติศาสตร์

2.1.4.3 บริการสาธารณะที่เอกชนเป็นผู้จัดทำ

ในเรื่องการบริการสาธารณะเอกชนเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะมานานแล้ว ในฝรั่งเศสมีการพัฒนามาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 มีกิจกรรมบางอย่างที่เอกชนทำได้และรัฐเองก็ต้องการให้เอกชนเข้ามาร่วมจัดทำด้วย ทำให้เกิดบริการสาธารณะประเภทใหม่ ๆ คือ บริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นบริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนจัดทำ จากที่รัฐจัดทำเองก็มาเป็นรัฐทำแบบเอกชน รัฐทำร่วมกับเอกชน จนมาเป็นรัฐให้เอกชนจัดทำ ตามลำดับ แต่หากเป็นบริการสาธารณะทางด้านการปกครองรัฐไม่สามารถมอบให้เอกชนจัดทำได้ แต่ก็มีบริการสาธารณะทางปกครองบางประเภทที่รัฐเริ่มให้เอกชนเข้ามาจัดทำ เช่น เรือนจำ

สำหรับรูปแบบที่เอกชนเข้ามามีการจัดทำบริการสาธารณะมี 2 รูปแบบ คือ การเข้ามาร่วมโดยทางตรงและทางอ้อม

1. ทางตรง คือ รัฐมอบอำนาจให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ เป็นกรณีที่รัฐยกบริการสาธารณะที่รับผูกขาดให้เอกชนจัดทำไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ขั้นตอนที่สำคัญของรูปแบบนี้คือ การมอบอำนาจ เพราะรัฐไม่สามารถบังคับให้เอกชนจัดทำได้ ต้องมอบอำนาจโดยการออกกฎหมาย นอกจากกฎหมายแล้วยังมีการนำสัญญาทางปกครองมาใช้ด้วย

2. ทางอ้อม คือ การเข้าไปมีส่วนร่วมในการออกกฎหมาย หรือกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ

2.1.5 ผู้มีอำนาจในการจัดตั้ง และยุบเลิกบริการสาธารณะ

ผู้มีอำนาจในการจัดตั้ง และวิธีการจัดทำบริการสาธารณะแบ่งเป็น บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ และบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน ดังนี้¹³

2.1.5.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐมีทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น เนื่องจากรัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐจึงเป็นผู้ผูกขาดอำนาจในการจัดตั้งและยุบเลิกบริการสาธารณะ รัฐสามารถจัดตั้งบริการสาธารณะได้ 2 รูปแบบ คือ

1. การจัดตั้งโดยชัดเจน เป็นการจัดตั้งโดยการออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา เพื่อจัดตั้งบริการสาธารณะขึ้น ในส่วนของการปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ท้องถิ่นจัดตั้งบริการสาธารณะได้ 2 ทาง คือ โดยกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และโดยมติสภาท้องถิ่น นอกจากนี้การจัดตั้งบริการสาธารณะอาจทำได้ในรูปสัญญาก็ได้

2. การจัดตั้งโดยปริยาย กรณีนี้อาจเกิดขึ้นจากกรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่ากิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะ กิจกรรมนั้นก็จะกลายเป็นบริการสาธารณะไปโดยปริยายตามคำวินิจฉัยของศาล แม้ว่าฝ่ายปกครองจะมิได้มีความมุ่งหมายให้กิจกรรมนั้นเป็นบริการสาธารณะก็ตาม

สำหรับการยุบเลิกบริการสาธารณะไม่เหมือนกับการจัดตั้งเพราะการจัดตั้งบริการสาธารณะนั้นอาจกระทำได้โดยรัฐสภาหรือรัฐบาล แต่การยุบเลิกบริการสาธารณะมีลักษณะแน่นอน กล่าวคือ หากบริการสาธารณะจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ หากจะยุบเลิกก็ต้องกระทำโดยพระราชบัญญัติ หากบริการสาธารณะจัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา หรือมติคณะรัฐมนตรี หรือมติ

¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), 80, 83 และ 95.

สภาท้องถิ่น การยุบเลิกก็ต้องกระทำโดยพระราชกฤษฎีกา มติคณะรัฐมนตรี หรือมติสภาท้องถิ่นแล้วแต่กรณี

2.1.5.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน ปัจจุบันรัฐได้มอบหมายบริการสาธารณะบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ โดยบริการสาธารณะที่จะมอบให้เอกชนจัดทำจะต้องไม่เป็นบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับความมั่นคง หรือไม่เป็นบริการสาธารณะทางปกครอง การมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะจะต้องมีการมอบอำนาจให้เอกชนก่อน เอกชนจึงจะสามารถดำเนินการจัดทำได้ ซึ่งการมอบอำนาจนั้นนิติบุคคลมหาชนสามารถมอบอำนาจให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะได้ 2 รูปแบบ คือ

1. การมอบฝ่ายเดียว ซึ่งมักเป็นการมอบให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว การมอบฝ่ายเดียวนี้อาจเกิดขึ้นจากการร้องขอของเอกชนต่อรัฐเพื่อให้มอบกิจกรรมอันเป็นบริการสาธารณะให้จัดทำ หรือเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองมีเจตนาที่จะมอบให้เอกชนจัดทำเอง

2. การมอบโดยสัญญา เป็นรูปแบบการมอบกิจกรรมบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำที่นิยมมากในปัจจุบัน ซึ่งเรียกว่า “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งเป็นนิติกรรมสองฝ่ายระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนในการที่ฝ่ายปกครองจะมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่เอกชน

2.1.6 เครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ

เมื่อฝ่ายปกครองได้ก่อตั้งบริการสาธารณะขึ้นมาแล้ว ก็มีหน้าที่ดำเนินการหรือจัดทำให้มีประสิทธิภาพตามวัตถุประสงค์ของการก่อตั้ง ฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะมี 4 ประเภท คือ¹⁴

2.1.6.1 มาตรการทางกฎหมาย มาตรการทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ คือ นิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นสิ่งที่ถูกนำมาใช้มากที่สุด นิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายโดยแบ่งเป็น

1. นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป คือ กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับประชาชนเป็นการทั่วไป

2. นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล คือ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะตัวบุคคลและเป็นการเฉพาะเรื่อง เช่น คำสั่งอนุญาต อนุมัติ การเพิกถอนใบอนุญาต หรือ

¹⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), 109.

คำสั่งปฏิเสธต่าง ๆ นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้จะต้องเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ผู้จัดทำมีอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติ

3. สัญญาทางปกครอง ส่วนใหญ่จะใช้สัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมแต่ในบางกรณีก็มีการนำสัญญาทางปกครองมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะทางปกครองด้วย

2.1.6.2 บุคลากรในการจัดทำบริการสาธารณะเครื่องมือที่สำคัญอีกประการหนึ่ง นอกจากมาตรการทางกฎหมายก็คือ บุคลากร ซึ่งมีหลายประเภทได้แก่

1. ข้าราชการ คือ บุคคลซึ่งสมัครใจเข้าทำงานกับฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการถาวร และมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ข้าราชการนั้นมีได้ทั้งข้าราชการของส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น

2. เจ้าหน้าที่ เป็นบุคลากรของฝ่ายปกครองอีกประเภทหนึ่งนอกจากข้าราชการ

2.1.6.3 ทรัพย์สิน ในการจัดทำบริการสาธารณะฝ่ายปกครองจะต้องมีทรัพย์สินเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งมีทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ส่วนที่เป็นสังหาริมทรัพย์ฝ่ายปกครองได้มาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ การซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้มรดก ส่วนอสังหาริมทรัพย์นั้น นอกจากการได้มาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ฝ่ายปกครองอาจได้มาโดยวิธีการอื่นอีก 4 วิธี คือ

1. การเวนคืน เป็นกระบวนการทางปกครองที่ฝ่ายปกครองบังคับเอกชนให้ส่งมอบอสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเอกชนจะต้องได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม

2. การแปรสภาพเป็นของรัฐ หรือการโอนกิจการเป็นของรัฐเป็นกระบวนการตรงกันข้ามกับการแปรรัฐวิสาหกิจที่แปรรูปจากของรัฐเป็นเอกชน แต่การแปรสภาพเป็นของรัฐ คือ การทำกิจการของเอกชนให้เป็นของรัฐ โดยจ่ายค่าตอบแทนให้แก่เอกชน แต่รัฐจะต้องมีนโยบายที่ชัดเจนและจะต้องออกเป็นกฎหมาย เมื่อเป็นของรัฐแล้วหากกิจการดำเนินไปด้วยดีรัฐก็อาจขายกลับไปให้เอกชน แต่หากเอกชนดำเนินการแล้วไม่มีประสิทธิภาพ รัฐก็อาจออกกฎหมายแปรสภาพมาเป็นของรัฐอีก แต่ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการแปรสภาพเป็นของรัฐหรือรัฐขายให้เอกชน ก็จะต้องกระทำโดยการตราเป็นกฎหมาย

3. การยึด ในฝรั่งเศสการยึดจะต้องมีค่าตอบแทน ไม่ว่าทหารหรือพลเรือนก็มีอำนาจยึดได้ และค่าตอบแทนที่จ่ายจะต้องเป็นค่าตอบแทนตามความเป็นจริง

4. การบังคับซื้อ เป็นกรณีที่เอกชนสมยอมขายอสังหาริมทรัพย์ต่ำกว่าราคาประเมิน เพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีจำนวนมาก ในกรณีนี้รัฐก็อาจบังคับซื้อจากเอกชนในราคาที่เอกชนสมยอมกันนั้นได้

2.1.6.4 อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง ในการดำเนินกิจกรรมการบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษเพื่อจัดทำบริการสาธารณะมากมาย เช่น การเวนคืน การโอนกิจการ การยึด การลงตรา และอื่น ๆ ทั้งนี้ก็เพื่อให้การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพสามารถตอบสนองความต้องการของส่วนรวมได้ ในสัญญาทางปกครองเอง ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจพิเศษเช่นกัน เพราะหากฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจพิเศษสัญญานั้นก็จะกลายเป็นสัญญาทางแพ่งไปเสีย

2.1.7 วิธีการจัดทำบริการสาธารณะ

วิธีในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นแบ่งออกได้เป็นวิธีจัดทำบริการสาธารณะทางปกครอง และวิธีจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

วิธีจัดทำบริการสาธารณะทางปกครองใช้มาตรการทางกฎหมาย บุคลากร ทรัพย์สินและอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองจึงไม่ค่อยมีปัญหา

ส่วนวิธีจัดทำบริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นอยู่ภายใต้กฎหมาย 2 ระบบ คือ ส่วนที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะกับบุคลากรในองค์กรเป็นกฎหมายมหาชน แต่ส่วนที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะกับบุคคลภายนอก ถ้าเป็นอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมสถานะของบุคลากรก็จะมีกฎหมายแรงงานที่เกี่ยวกับรัฐวิสาหกิจ ถ้ารัฐมอบให้เอกชนทำใช้สัญญาทางปกครองในการมอบอำนาจ กรณีที่รัฐหรือรัฐวิสาหกิจจัดทำที่ใช้คำสั่งทางปกครองระหว่างตัวบริการสาธารณะกับบุคลากรภายในหรือผู้ให้บริการ

รัฐสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้ 2 รูปแบบ คือ

2.1.7.1 บริการสาธารณะที่รัฐจัดทำเอง เดิมรัฐจัดทำบริการสาธารณะด้วยตนเอง ต่อมารัฐพัฒนาวิธีการขึ้นมา มีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานเฉพาะขึ้นมาจัดทำ หรือมอบอำนาจให้เอกชนจัดทำ เนื่องจากรัฐจะไปแข่งขันกับเอกชนไม่ได้ เพราะรัฐมีอำนาจมากกว่าเอกชน กิจการที่รัฐจะจัดทำเองส่วนใหญ่จะเป็นกิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคง ถ้าเป็นรัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่ก็จะเกี่ยวกับสาธารณูปโภค

2.1.7.2 บริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำ เนื่องจากรัฐไม่อาจสั่งให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะได้ รัฐจึงต้องทำสัญญากับเอกชน เป็นกระบวนการมอบอำนาจ ซึ่งปกติรัฐเป็นผู้ผูกขาดทำ แต่เพียงผู้เดียว ต่อมารัฐมอบอำนาจที่ตนผูกขาดให้แก่เอกชนจัดทำ กระบวนการมอบอำนาจก็คือ การอนุมัติ อนุญาต ทำในรูปของสัญญาทางปกครอง กระบวนการมอบอำนาจแต่ละประเภทจะมีความแตกต่างกัน ต้องดูจากกฎหมายว่ามีขั้นตอนกระบวนการอย่างไร หรือการทำสัญญาทางปกครองก็มีทฤษฎีกฎหมายมหาชนอยู่ 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะและทฤษฎีอำนาจรัฐ เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะต้องใช้อำนาจมหาชน

2.2 การจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย

การจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยมีมานานแล้วตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แรกเริ่มรัฐจะเป็นผู้ผูกขาดในการจัดทำ ต่อมาเริ่มให้บทบาทแก่เอกชนเข้ามาร่วมจัดทำ และมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะในเวลาต่อ

2.2.1 รัฐผูกขาดการจัดทำบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยเกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว แต่ที่ชัดเจนก็ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ที่ทรงปฏิรูประบบการบริหารราชการแผ่นดินใหม่ มีการยกเลิกระบบการบริหารแบบจตุสดมภ์ และจัดตั้งกระทรวงขึ้น เพื่อทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ

เดิมวิธีการจัดทำบริการสาธารณะของไทยจะเป็นการจัดทำโดยระบบราชการ ใช้ทุนทรัพย์สิน และบุคลากรของรัฐทั้งสิ้น เป็นการจัดทำโดยการผูกขาดหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะไว้ที่รัฐต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อ พ.ศ. 2475 ทุนและอำนาจถูกเปลี่ยนมือจากพระมหากษัตริย์มาเป็นของคณะราษฎร คณะผู้ก่อการปฏิวัติ ที่กลายเป็นชนชั้นผู้ปกครองกลุ่มใหม่ที่เข้ามาควบคุมทรัพยากรของประเทศ คณะราษฎรได้นำทุนของรัฐไปจัดตั้งรัฐวิสาหกิจและบริษัทที่ราชการขึ้นจำนวนหนึ่ง เช่น บริษัทข้าวไทย บริษัทไทยเดินเรือทะเล ธนาคารมณฑล เป็นต้น ซึ่งธุรกิจต่าง ๆ เหล่านี้ยังนำระบบราชการมาใช้ในการดำเนินงาน จนกระทั่งสมัยรัฐบาล จอมพล ป.พิบูลสงคราม ก็ได้มีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจำนวนมากเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ แต่ก็ยังถูกควบคุมโดยราชการ ต่อมาเมื่อประมาณ พ.ศ. 2500 เริ่มให้เอกชนเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะ แต่ก็ยังอยู่ในการควบคุมของราชการ ดังนั้นจึงอาจ

กล่าวได้ว่าบริการสาธารณะของไทยอยู่ภายใต้การผูกขาดของระบบราชการ¹⁵ โดยผู้เขียนขอแบ่งการจัดทำบริการสาธารณะในยุคที่รัฐผูกขาดการจัดทำบริการสาธารณะเป็นดังนี้

2.2.1.1 การจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนราชการ บริการสาธารณะที่ส่วนราชการจัดทำ ถ้าเปรียบเทียบกับฝรั่งเศส คือ บริการสาธารณะทางปกครอง เพราะไม่อาจมอบให้เอกชนจัดทำได้ เนื่องจากต้องใช้อำนาจรัฐในการจัดทำประเทศไทยนำระบบราชการมาใช้จัดทำบริการสาธารณะมานานแล้วตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ต่อมาเมื่อรัชกาลที่ 5 ปฏิรูประบบราชการจึงมีหน่วยงานของรัฐรับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะ คือ กระทรวงต่าง ๆ ปัจจุบันมีกฎหมาย 2 ฉบับที่สำคัญที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ คือ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 เดิมถ้ากล่าวถึงส่วนราชการไทยก็หมายถึงทั้งหมด แต่ปัจจุบันแบ่งเป็นราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาคและราชการส่วนท้องถิ่น ส่วนกลางก็ใช้กลไกกระทรวง กรมต่าง ๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะ และบริการสาธารณะที่ส่วนกลางจัดทำ คือ ประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทั้งประเทศ เช่น ตำรวจ ทหาร การศึกษา การสาธารณสุข การจัดการทรัพยากร เป็นต้น ส่วนบริการสาธารณะที่ส่วนภูมิภาคจัดทำ คือ บริการสาธารณะที่ต่อมาจากส่วนกลาง รับคำสั่งโดยตรงจากส่วนกลาง และเป็นการเชื่อมต่อจากส่วนกลาง ส่วนการจัดทำบริการสาธารณะของราชการส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นการจัดทำที่เกิดจากความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น โดยมีกฎหมายการปกครองส่วนท้องถิ่นให้อำนาจ เช่น การรักษาความสะอาด น้ำประปา สวนพักผ่อน ซึ่งท้องถิ่นมีอิสระในการจัดทำส่วนกลางเพียงควบคุมดูแลให้ท้องถิ่นปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น

2.2.1.2 การจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐวิสาหกิจ การจัดทำบริการสาธารณะของไทยในระยะแรกที่ที่ใช้ระบบราชการก็ดูว่าจะเป็นไปได้ด้วยดี แต่ก็ปรากฏว่าระบบราชการมีระเบียบขั้นตอนมากและไม่ยืดหยุ่น ปัญหาที่เกิดจากการให้ส่วนราชการจัดทำบริการสาธารณะก็คือ การจัดทำบริการสาธารณะที่ไม่สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนและไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ทันทั่วถึง จึงมีการจัดตั้งหน่วยงานพิเศษขึ้นมาจัดทำ มีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากส่วนราชการ คือ รัฐวิสาหกิจ

รัฐวิสาหกิจเป็นนิติบุคคลแยกจากรัฐและส่วนราชการ มีอิสระด้านการเงินและการบริหารงานบุคคล มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะบริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ซึ่งบริการสาธารณะดังกล่าวเป็นบริการสาธารณะที่

¹⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), 158.

ก่อให้เกิดรายได้ มีการคิดค่าตอบแทนจากผู้มาใช้บริการ ทำให้รัฐวิสาหกิจสามารถอยู่ได้ด้วยตนเอง ไม่ต้องพึ่งพาเงินจากรัฐ นำเงินของตนเองมาขยายกิจการ หรือบริหารงานได้เมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐ

การให้รัฐวิสาหกิจเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ เป็นการกระจายอำนาจทางกิจการ รัฐวิสาหกิจจึงยังเป็นของรัฐ รัฐยังต้องควบคุมรัฐวิสาหกิจ เนื่องจากรัฐวิสาหกิจอาศัยเงินลงทุนจากรัฐ จึงต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐ เหตุผลในการตั้งรัฐวิสาหกิจก็เพื่อหารายได้ เพื่อความมั่นคงของประเทศ เช่น ตอนสงครามโลกครั้งที่ 2 ไม่มีน้ำมัน อาหาร รองเท้า จึงต้องมีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเพื่อแก้ไขปัญหา เช่น องค์การทอผ้า องค์การสารส้ม องค์การฟอกหนัง เป็นต้น เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ

สำหรับประเภทของรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยนั้นสมัยรัฐบาลนายชวน หลีกภัย แบ่งประเภทรัฐวิสาหกิจออกเป็น ประเภทหารายได้ การจัดทำสาธารณูปโภค สาธารณูปการ และประเภทอื่น ๆ ต่อมารัฐบาลพันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร แบ่งออกเป็นประเภทสถาบันการเงิน เกษตรกรรม และความมั่นคง ส่วนการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยมี 3 วิธี คือ การจัดตั้งโดยกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ การจัดตั้งโดยกฎหมายเอกชนเช่น บริษัทจำกัด และการจัดตั้งโดยมติคณะรัฐมนตรี

2.2.1.3 องค์การมหาชน ตั้งขึ้นเพื่อแก้ปัญหาในการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานอื่น ๆ แต่ในความเป็นจริงก็ไม่มีอะไรใหม่ แต่จะต่างจากรัฐวิสาหกิจที่ไม่แสวงหาผลกำไร

2.2.2 บทบาทของเอกชนในการร่วมจัดทำบริการสาธารณะ

การเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนให้เข้ามามีส่วนร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ เกิดขึ้นในสมัยรัฐบาลของนายธานินทร์ กรัยวิเชียร เนื่องจากรัฐเองเพียงลำพังไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพอาจเป็นเพราะการขาดเงินลงทุน ขาดบุคลากร และเทคโนโลยีที่ทันสมัย เป็นต้น ซึ่งโดยหลักแล้วบริการสาธารณะทางด้านปกครองไม่สามารถให้เอกชนจัดทำได้วิธีการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนให้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะมี 9 วิธี คือ

2.2.2.1 การทำสัญญาจ้างเอกชนให้บริหารงาน โดยรัฐจ่ายค่าจ้างให้เอกชน แต่ทรัพย์สินยังคงเป็นของรัฐ รัฐยังกำหนดนโยบาย การบริหารงาน และยังรับภาระด้านการลงทุนด้วยการจ้างเอกชนเข้ามามีบริหารงานมี 2 วิธี คือ การจ้างเอกชนเป็นเรื่อง ๆ กับการจ้างให้เอกชนบริหารกิจการใดกิจการหนึ่งไปเลย

2.2.2.2 การทำสัญญาให้เอกชนเช่าดำเนินการเป็นกรณีที่มีทรัพย์สินแล้วให้เอกชนเช่า เช่น โรงงาน เนื่องจากรัฐมีทรัพย์สินแล้วไม่สามารถใช้ได้อย่างเต็มที่ ซึ่งโดยหลักการที่รัฐจะให้ทรัพย์สินเอกชนเช่าจะต้องมีทรัพย์สินอยู่แล้ว

2.2.2.3 การให้สัมปทาน เป็นกรณีที่รัฐให้สิทธิเอกชน ซึ่งเดิมเป็นสิทธิของรัฐ เอกชนรับผิดชอบเรื่องการลงทุน การจัดการรับความเสี่ยงเองรัฐจะได้ส่วนแบ่งจากการดำเนินการ รัฐมีสิทธิยกเลิกการให้สัมปทานได้ ถ้าเอกชนจัดทำแล้วไม่มีประสิทธิภาพ โดยหลักการให้สัมปทานจะต้องมีการประมูล รัฐจะให้ผู้ให้ผลตอบแทนสูงสุดชนะการประมูล ซึ่งตรงกันข้ามกับต่างประเทศที่รัฐจะพิจารณาให้เอกชนที่เสนอราคาค่าบริการที่ประชาชนจะต้องเสียน้อยที่สุดชนะการประมูล

2.2.2.4 การเสนอขายหุ้นให้สาธารณะหรือให้เอกชน กิจการบางอย่างที่รัฐสนใจจะดำเนินการเอง ไม่ต้องการให้สัมปทานแก่เอกชน รัฐก็ทำได้โดยการขายหุ้นให้เอกชนในกรณีที่รัฐต้องการเงินลงทุนเพิ่ม การขายหุ้นให้เอกชนสามารถทำได้หลายวิธี แต่กิจการที่รัฐผูกขาดจะไม่ขายหุ้นให้แก่เอกชนเฉพาะราย เพราะที่สุดแล้วเอกชนก็จะเข้ามาผูกขาดแทนสำหรับรัฐวิสาหกิจจะขายหุ้นให้แก่ประชาชนเพราะรัฐวิสาหกิจตั้งโดยภาษีอากรของประชาชน การขายหุ้นจึงควรให้ประชาชนได้เป็นเจ้าของไม่ใช่เอกชนรายใดรายหนึ่งเท่านั้น

2.2.2.5 การร่วมลงทุนกับเอกชน (Join Venture) กิจการประเภทนี้รัฐจะดำเนินงานได้ต้องอาศัยเอกชนร่วมลงทุน เพื่อนำเงินหรือความเชี่ยวชาญของเอกชนโดยมากจะทำโดยการตั้งบริษัทขึ้นใหม่หรือทำเป็นรัฐวิสาหกิจ แต่ถ้าเป็นรัฐวิสาหกิจจะไม่ให้เอกชนถือหุ้น

2.2.2.6 การให้เอกชนลงทุนดำเนินการ แล้วรัฐรับซื้อผลผลิตโดยรับผูกขาดซื้อแต่เพียงผู้เดียวเช่น ไฟฟ้า โรงไฟฟ้าส่วนใหญ่จะตั้งอยู่ชายแดน เช่น โรงไฟฟ้าบ่อนอกจะตั้งใกล้พม่า ถ้าขายให้รัฐแล้วยังเหลือก็สามารถขายให้พม่าได้ แต่จะมาขายให้เอกชนของไทยไม่ได้ วิธีการนี้เป็นวิธีการที่สะดวกที่สุดเพราะรัฐไม่ต้องลงทุนเอง

2.2.2.7 การจัดโครงสร้างองค์กรใหม่ แล้วแบ่งเป็นส่วนๆ วิธีการนี้เคยทำกับองค์การโทรศัพท์ที่จัดโครงสร้างองค์กรใหม่ แล้วแยกเป็นส่วนๆ เช่น ช่อมบำรุง Call Center ปัจจุบันเอกชนเป็นผู้จัดทำแล้ววิธีการนี้กับวิธีการขายหุ้นจะนำไปสู่วิธีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจต่อไป ซึ่งแม้วิธีการนี้จะไม่ใช่การแปรรูปแต่ก็เป็นขั้นตอนในการแปรรูปต่อไป

2.2.2.8 การขายหรือยุบเลิกกิจการ อันที่จริงการขายกิจการของรัฐไม่ถือเป็นการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ก็มีกิจการบางอย่างที่รัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำเอง แต่ประชาชนยังต้องใช้บริการอยู่ รัฐก็ให้เอกชนเข้ามาซื้อ เป็นการให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำกิจการนั้นแทนรัฐ เมื่อมีการขายให้เอกชนแล้วผลก็คือ เหมือนเป็นการยุบเลิกกิจการนั้นของรัฐ รัฐไม่ได้เป็นเจ้าของกิจการนั้นต่อไป กรณีนี้ไม่ใช่การแปรรูป

2.2.2.9 การผ่อนคลายกฎระเบียบเพื่อเพิ่มการแข่งขัน ในอดีตรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานต่างๆ มีกฎระเบียบมาก จึงต้องมีการผ่อนคลายกฎระเบียบเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพ

วิธีการทั้ง 9 วิธีการนี้เป็นวิธีการที่เป็นสากลที่นำมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อส่งเสริมให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะบางส่วน

สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายหลายส่วนที่ให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ โดยหลักมีกฎหมายร่วมทุน คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งก่อนการรัฐประหารของ ร.ส.ช. ปรากฏว่ามีการทุจริตคอร์รัปชันกันมาก การให้สัมปทานแก่เอกชนไม่มีหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องเป็นเหตุให้นักการเมืองทุจริตได้โดยง่าย มาในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการวางหลักเกณฑ์การให้สัมปทาน ให้สิทธิแก่เอกชน วางหลักเกณฑ์ในการร่วมลงทุน กระบวนการดำเนินงาน การกำกับดูแล และการติดตามผลด้วย เมื่อก่อนมีโครงการก็เข้าคณะรัฐมนตรี แต่ปัจจุบันต้องมีการศึกษาก่อนแล้วส่งให้สภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติตรวจสอบก่อนแล้วค่อยเข้าสู่คณะรัฐมนตรี แต่หากเป็นกิจการที่มีมูลค่าเกินกว่า 5,000 ล้านบาท ต้องมีการจ้างบริษัทที่ปรึกษาตามที่สภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติกำหนดด้วย ระยะเวลาที่สภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติกำหนดต้องใช้เวลา 9 เดือนก่อนเข้าสู่คณะรัฐมนตรี และที่ปรึกษาต้องจัดทำรายงานของตนเองแยกต่างหากด้วย แต่สำหรับโครงการที่มีมูลค่าต่ำกว่า 1,000 ล้านบาทไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นี้

แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นี้ก็ปรากฏว่ามีปัญหาอยู่มาก เช่น กรณีการออกสลากกินแบ่งรัฐบาลออนไลน์ที่มีการให้สัมปทานไปแล้ว แต่ไม่ได้ดำเนินการตามกฎหมายนี้ก็กลายเป็นโมฆะ และมีการทำโครงการใหญ่ให้เป็นโครงการเล็ก ๆ หลาย ๆ โครงการเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายนี้

2.2.3 การให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

การให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ คือ แนวคิดการแปรรูปรัฐวิสาหกิจที่รับมาจากตะวันตก แนวความคิดนี้ต่างประเทศบังคับให้ประเทศไทยทำมาตั้งแต่ พ.ศ. 2500 เพราะรัฐวิสาหกิจมีปัญหาเรื่องทุน เป็นภาระทางการเงินที่หนักของรัฐ การบริหารรัฐวิสาหกิจที่ใช้ระบบราชการ ถ้ารัฐไม่ต้องอุดหนุนหรือรับภาระกับรัฐวิสาหกิจ รัฐก็จะเหลือเงินจำนวนมาก แนวความคิดของต่างประเทศที่จะให้รัฐหยุดให้ความช่วยเหลือแก่รัฐวิสาหกิจ ซึ่งถ้าหยุดให้ความช่วยเหลือรัฐวิสาหกิจก็จะไม่มีเงิน จึงเกิดแนวความคิดที่จะให้เอกชนเข้ามาโดยอาศัยกลไกการแปรรูป ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละรัฐบาล ตอนที่ปัญหาเศรษฐกิจมาก ๆ รัฐบาลก็ต้องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ เพราะจะเป็นการลดภาระภาครัฐ

การแปรรูปรัฐวิสาหกิจเกิดจากเหตุผลหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นความต้องการของประเทศนั้น ๆ เองที่จะแปรรูป หรือการถูกแรงบังคับจากภายนอก เช่น กองทุนการเงินระหว่าง

ประเทศ หรือ IMF ซึ่งส่วนมากการแปรรูปเกิดจากการบังคับ แต่เมื่อมีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ รัฐต้องเปิดโอกาสให้เอกชนรายอื่นแข่งขันประกอบกิจการได้อย่างเสรีและเป็นธรรม เพื่อเป็นการป้องกันการผูกขาด อันจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนโดยส่วนรวมในฐานะผู้ใช้บริการ

2.3 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่นและการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การจะศึกษาเกี่ยวกับปัญหาในการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล นอกจากการศึกษาแนวความคิดทฤษฎีอันเกี่ยวกับบริการสาธารณะแล้ว ยังมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องแนวความคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทราบถึง หลักการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน แนวความคิดในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย ดังนี้

2.3.1 หลักการรวมอำนาจ¹⁶

การรวมอำนาจปกครองเป็นวิธีการหนึ่งในการปกครองประเทศที่มีการรวมอำนาจทั้งหมดไว้ที่ “ส่วนกลาง” คือ กระทรวง กรม ของรัฐ และมีเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่มีบริการงานตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา เป็นผู้ดำเนินการปกครอง การรวมอำนาจปกครองมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ การรวมกำลังในการบังคับต่าง ๆ คือ กำลังทหารและกำลังตำรวจให้ขึ้นต่อส่วนกลาง การรวมอำนาจวินิจฉัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลาง และการมีลำดับชั้นการบังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่

การรวมอำนาจการปกครองสามารถแบ่งได้เป็น 2 แบบ คือ การรวมศูนย์อำนาจการปกครอง (concentration) และการกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครอง

2.3.1.1 การรวมศูนย์อำนาจการปกครอง คือ การปกครองภายในของประเทศรูปแบบหนึ่งที่กำหนดให้อำนาจในการตัดสินใจทั้งหลายที่เกี่ยวกับการปกครองประเทศหรือเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะเป็นของส่วนกลางโดยไม่มีการมอบอำนาจในการตัดสินใจในบางเรื่องไปยังส่วนภูมิภาค การรวมศูนย์อำนาจการปกครองนี้เป็นสร้างภาระให้กับส่วนกลางเป็นอย่างมาก เพราะส่วนกลางจะต้องเป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเองทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปกครองและการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก

¹⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540), พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), 17-18.

2.3.1.2 การกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครอง เป็นการแบ่งอำนาจการปกครองให้แก่ส่วนภูมิภาค เป็นรูปแบบการปกครองที่ส่วนกลางได้มอบอำนาจในการตัดสินใจบางเรื่องเจ้าหน้าที่ของส่วนภูมิภาค ซึ่งเป็นตัวแทนของส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำยังส่วนภูมิภาคต่าง ๆ ของประเทศ โดยตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่เหล่านั้นสามารถดำเนินการวินิจฉัยสั่งการบางอย่างได้ตามแนวทางที่ส่วนกลางกำหนด หลักการกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครองเป็นหลักการที่จะนำไปสู่การกระจายอำนาจการปกครองไปยังส่วนท้องถิ่น เพราะเมื่อมีการมอบอำนาจในการตัดสินใจบางเรื่องบางระดับให้แก่เจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำส่วนภูมิภาค ก็เท่ากับเป็นการมอบกิจการให้เจ้าหน้าที่นั้นจัดทำเองได้บางส่วน นอกจากนี้ การกระจายการรวมศูนย์อำนาจก็ยังคงทำให้กิจการต่าง ๆ ดำเนินไปรวดเร็วขึ้น ไม่ต้องรอการตัดสินใจของส่วนกลางในทุกเรื่อง หลักการกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครอง หรือหลักการแบ่งอำนาจถูกนำมาใช้กับรูปแบบของรัฐที่มีการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินด้วยหลักการรวมอำนาจที่ประสบปัญหาในการดำเนินงานด้วยเหตุที่ว่าการรวมอำนาจการปกครองไว้ที่ส่วนกลางทั้งหมดย่อมทำให้การดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐเป็นไปอย่างไม่ทั่วถึงอย่างเท่าเทียมกันทั้งประเทศและในบางครั้งก็เป็นที่ไปอย่างล่าช้า ไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมได้ จึงได้มีการขยายหลักการรวมอำนาจการปกครองออกไปเป็นการแบ่งอำนาจการปกครองให้ส่วนภูมิภาค โดยมีการมอบอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการบางส่วนให้แก่เจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ออกไปปฏิบัติงานในส่วนภูมิภาคของประเทศแต่เจ้าหน้าที่นั้นยังคงเป็นเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของส่วนกลาง การแบ่งอำนาจจึงเป็นส่วนหนึ่งของหลักการรวมอำนาจไม่ใช่การกระจายอำนาจ¹⁷แต่อย่างไรก็ดี หลักการแบ่งอำนาจมีประโยชน์หลายประการคือ

1. หลักการแบ่งอำนาจเป็นหลักการที่จะนำไปสู่การกระจายอำนาจไปยังส่วนท้องถิ่น กล่าวคือ เมื่อได้มอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการให้แก่เจ้าหน้าที่ในส่วนภูมิภาคก็เท่ากับเป็นการมอบกิจการให้เจ้าหน้าที่ส่วนภูมิภาคจัดทำได้เองบางส่วน ฉะนั้น ถ้าจะเปลี่ยนรูปจากการจัดระเบียบราชการบริหารส่วนภูมิภาคไปเป็นการจัดระเบียบราชการบริหารส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจปกครองก็ย่อมทำได้ง่ายขึ้นโดยเปลี่ยนเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินงานจากเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางให้เป็นเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นนั่นเอง แล้วมอบกิจการให้ท้องถิ่นรับไปจัดทำเองในรูปองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น เช่น เทศบาล เป็นต้น

¹⁷ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), 179-180.

2. การแบ่งอำนาจให้แก่ส่วนภูมิภาคทำให้กิจการดำเนินไปรวดเร็วขึ้น เนื่องจากเจ้าหน้าที่ในส่วนภูมิภาคมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการ และจัดทำกิจการอันเป็นเรื่องง่าย ๆ ได้โดยไม่ต้องรอกำสั่งจากส่วนกลางทุกเรื่องไป

3. ในท้องที่ที่มีการจัดระเบียบราชการบริหารส่วนท้องถิ่นย่อมทำให้มีการติดต่อประสานงานและความคล่องแคล่องการบริหารส่วนท้องถิ่นได้ใกล้ชิดขึ้น เพราะราชการบริหารส่วนกลางมีผู้แทนอยู่ในส่วนภูมิภาคที่จะคอยควบคุมดูแลองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นในจังหวัดของตน ทำให้องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นติดต่อกับราชการบริหารส่วนกลางได้สะดวกขึ้นโดยทางผู้ว่าราชการจังหวัด

4. การจัดระเบียบราชการบริหารส่วนภูมิภาคตามหลักการแบ่งอำนาจปกครองมีประโยชน์และความจำเป็นมากสำหรับประเทศที่ประชาชนยังไม่สามารถที่จะปกครองตนเอง ซึ่งถ้าจะมอบอำนาจให้ประชาชนในท้องถิ่นต่าง ๆ ปกครองตนเองอาจจะเกิดผลเสียมากกว่าผลดีในกรณีเช่นนี้จึงต้องยับยั้งการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นไว้ก่อนและจัดเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางไปดำเนินการปกครองท้องที่ต่าง ๆ แทนที่จะให้ประชาชนเลือกตั้งเจ้าหน้าที่ขึ้นมาบริหารกิจการของท้องถิ่นนั่นเอง ต่อเมื่อประชาชนมีความรู้ความสามารถเพียงพอที่จะปกครองตนเองได้จึงจะมีการกระจายอำนาจการปกครอง

หลักการรวมอำนาจในทางปกครองเป็นหลักในการจัดระเบียบราชการบริหารของรัฐเพื่อประโยชน์ในการทำบริการสาธารณะต่าง ๆ ให้แก่ประชาชน เป็นการจัดระเบียบการปกครองภายในรัฐ โดยรัฐแต่ผู้เดียวเป็นผู้ดำเนินการปกครองหรือจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ ให้แก่ประชาชนทั่วทุกถิ่นในอาณาเขตของรัฐ

ลักษณะสำคัญของหลักการรวมอำนาจปกครอง

- 1) มีการรวมกำลังทหารและกำลังตำรวจให้ขึ้นต่อส่วนกลาง
- 2) มีการรวมอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลาง
- 3) ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ เป็นไปตามระบบการบังคับบัญชา

โดยเจ้าหน้าที่ที่มีตำแหน่งสูงกว่ามีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชา อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจในการสั่งองค์กรเจ้าหน้าที่ใด ๆ ดำเนินการตลอดจนแก้ไขเพิกถอนการกระทำมีลักษณะเป็นทั้งอำนาจเหนือการกระทำ และอำนาจเหนือบุคคลผู้กระทำ¹⁸

¹⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, รวมกฎหมายการปกครองท้องถิ่น, (กรุงเทพฯ: คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), 10.

2.3.2 หลักการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ¹⁹

การกระจายอำนาจปกครองเป็นวิธีการหนึ่งในการจัดการปกครองประเทศที่รัฐมอบอำนาจการปกครองบางส่วนให้กับองค์กรอื่นนอกจากองค์กรของส่วนกลางเพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยให้มีความเป็นอิสระในการดำเนินการและไม่อยู่ในการบังคับบัญชาของส่วนกลาง แต่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของส่วนกลาง การกระจายอำนาจปกครองประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 5 ประการ คือ มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นเป็นองค์กรนิติบุคคลจากส่วนกลาง มีการเลือกตั้งสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น มีความเป็นอิสระในการปกครองตนเอง มีเจ้าหน้าที่ และงบประมาณรายได้เป็นของตนเอง

การกระจายอำนาจปกครองแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ การกระจายอำนาจทางพื้นที่และการกระจายอำนาจทางกิจการ ดังนี้

2.3.2.1 การกระจายอำนาจทางพื้นที่ หรือการกระจายอำนาจทางเขตแดนมีที่มาจากแนวความคิดทางการเมืองซึ่งเน้นความสำคัญของการเลือกตั้งโดยเห็นว่าหากเจ้าหน้าที่ที่ทำการบริหารหรือปกครองท้องถิ่นได้รับการแต่งตั้งจากส่วนกลาง ก็จะเป็นการปกครองแบบรวมอำนาจ มิใช่การกระจายอำนาจ ดังนั้น การกระจายอำนาจทางพื้นที่จึงต้องมีการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีการเลือกตั้งผู้บริหาร มีเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นที่เป็นอิสระจากส่วนกลางไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของส่วนกลาง แต่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของส่วนกลาง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็จะจัดทำกิจกรรมต่างๆ ด้วยตนเองและมีงบประมาณของตนเองเพื่อใช้ในการจัดทำกิจกรรมเหล่านั้น

2.3.2.2 การกระจายอำนาจทางกิจการ หรือการกระจายอำนาจทางบริการ เป็นวิธีการกระจายอำนาจโดยมอบบริการสาธารณะบางอย่างให้องค์กรซึ่งไม่ได้อยู่ในสังกัดของส่วนกลางรับไปจัดทำด้วยเงินทุนและเจ้าหน้าที่ขององค์กรนั่นเอง บริการสาธารณะที่แยกมาจัดทำนั้นอาจเป็นบริการสาธารณะทางด้านเศรษฐกิจ สังคม กีฬา หรือวัฒนธรรม ก็ได้ วิธีการกระจายอำนาจทางกิจการนี้ไม่ใช่การกระจายอำนาจปกครอง แต่เป็นการมอบอำนาจให้องค์กรของรัฐไปจัดทำบริการสาธารณะโดยแยกออกมาเป็นนิติบุคคลมหาชนต่างหากจากรัฐ มีทรัพย์สินและผู้บริหารของตนเอง แต่ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐเช่นกัน

หลักการกระจายอำนาจทางปกครองเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจการปกครองบางส่วนให้กับองค์กรอื่น นอกจากองค์การบริหารส่วนกลาง จัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีความ

¹⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540), พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2547), 19-20.

เป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ต้องอยู่ในความบังคับบัญชาของราชการส่วนกลาง เพียงแต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลเท่านั้นลักษณะสำคัญของหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง²⁰

1. มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์กรนิติบุคคลอิสระจากองค์กรของราชการบริหารส่วนกลาง ซึ่งนิติบุคคลเหล่านี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน
2. มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาและผู้บริหาร
3. องค์กรตามหลักการกระจายอำนาจมีความอิสระที่จะดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ได้เอง

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล เห็นว่าการกระจายอำนาจเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจการปกครองบางส่วนให้องค์กรอื่น นอกจากองค์กรของราชการบริหารส่วนกลางจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีความอิสระพอสมควรไม่ต้องขึ้นอยู่ในความบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่ให้อยู่ในการกำกับดูแลเท่านั้น แยกลักษณะความสำคัญของหลักการกระจายอำนาจทางปกครองไว้ 3 ประการ คือ²¹

1. มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์กรนิติบุคคลอิสระจากองค์กรของราชการบริหารส่วนกลาง เช่นองค์กรบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยาซึ่งมีนิติบุคคลแยกออกไปมากขึ้นเท่าใดก็นับว่ามีการกระจายอำนาจมากขึ้นเท่านั้น นิติบุคคลเหล่านี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่มีงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของตนเองมีอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายโดยไม่ต้องขอรับคำสั่งจากราชการบริหารส่วนกลางราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่กำกับดูแลให้ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องเท่านั้นมิได้เข้าบังคับบัญชาสั่งการหรืออำนวยการเอง
2. มีการเลือกตั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระจายอำนาจการปกครองให้แก่ท้องถิ่น องค์กรของราชการบริหารส่วนท้องถิ่นย่อมประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับเลือกตั้งจากราษฎรในท้องถิ่น โดยเฉพาะองค์กรสำหรับที่ประชุมปรึกษากิจการ เช่น สภาองค์การบริหารส่วนตำบล สภาเทศบาล สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ที่ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้ง ทั้งนี้ เพื่อให้

²⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์, **รวมกฎหมายการปกครองท้องถิ่น**, (กรุงเทพฯ: คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), 14.

²¹ สมพร ถาวรวินิชนันท์, **ปัญหากฎหมายขององค์การบริหารส่วนตำบลกับการมีส่วนร่วมของประชาชน** (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), 18.

ราษฎรในท้องถิ่นได้เข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่น ถ้าไม่มีการเลือกตั้งก็ไม่จำเป็นที่มีการกระจายอำนาจปกครอง จึงมีหลักการตรงกันข้ามกับหลักการรวมอำนาจปกครอง ซึ่งถือการแต่งตั้งเป็นสาระสำคัญ เจ้าหน้าที่ตำแหน่งต่าง ๆ ผู้ดำเนินการปกครองได้รับแต่งตั้งจากราชการบริหารส่วนกลางมิใช่เป็นผู้ได้รับเลือกตั้ง การเลือกตั้งถือว่าเป็นหลักสาระสำคัญของหลักการกระจายอำนาจปกครองถ้ามีการเลือกตั้งทั้งองค์กรที่ประชุมและองค์กรที่มีหน้าที่บริหารก็นับว่ามีการกระจายอำนาจอย่างสมบูรณ์

3. องค์กรตามหลักการกระจายอำนาจปกครองมีอำนาจอิสระ กล่าวคือ มีอิสระที่จะดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ได้เองโดยไม่ต้องรับคำสั่งหรืออยู่ได้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นของราชการบริหารส่วนกลาง มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการและดำเนินการได้ด้วยงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของตนเอง ซึ่งมีไม่เจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ถ้าองค์กรใดไม่มีความอิสระเช่นว่านี้ หรือมีแต่เพียงหน้าที่เสนอข้อแนะนำและให้คำปรึกษาแก่ราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนภูมิภาคเท่านั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระจายอำนาจทางปกครองอย่างแท้จริง

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวถึงการปกครองแบบกระจายอำนาจปกครอง หมายถึงการที่รัฐมอบอำนาจปกครองให้แก่องค์กรอื่นโดยให้องค์กรนี้มีอิสระที่จะดำเนินการได้เองแต่รัฐบาลอาจควบคุมเพื่อให้องค์กรนี้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายและเป็นไปตามระเบียบในเรื่องการควบคุม ซึ่งรัฐบาลออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายอำนาจที่จะดำเนินการนี้เป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ โดยรัฐออกกฎหมายจัดตั้งองค์กรนั้น ๆ ขึ้นเป็นนิติบุคคล แล้วกำหนดให้ดำเนินการของตนเองโดยอิสระภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย²²

ลักษณะของการปกครองแบบกระจายอำนาจ ได้แก่

1. แบ่งแยกอำนาจปกครองจากรัฐบาลกลางมาให้แก่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง อำนาจที่แบ่งแยก หรือกระจายมาให้นี้เป็นขององค์กรนั้น โดยเด็ดขาดและรัฐย่อมไม่มีอำนาจนั้นต่อไป
2. องค์กรนี้จะต้องประกอบด้วยบุคคลที่ได้เลือกตั้งขึ้น
3. เป็นนิติบุคคลเพื่อจะได้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการของตนและมีทรัพย์สินของตนเองตามที่กฎหมายบัญญัติ

²² หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพฯ: ประกายพริ้ง, 2538), 176 - 177.

รองศาสตราจารย์ ดร. โกวิทย์ พวงงาม เห็นว่า²³ การกระจายอำนาจคือการโอนกิจการบริการสาธารณะบางเรื่องจากรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนกลางไปให้ชุมชนซึ่งตั้งอยู่ในท้องถิ่นต่างๆของประเทศหรือหน่วยงานบางหน่วยงานรับผิดชอบจัดทำอย่างเป็นอิสระจากองค์กรปกครองส่วนกลาง ดังนั้น เห็นว่าการกระจายอำนาจมี 2 รูปแบบ คือ

1. การกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่น หรือการกระจายอำนาจตามอาณาเขต หมายถึง การมอบอำนาจให้ท้องถิ่นจัดทำกิจการหรือบริการสาธารณะบางเรื่องภายในเขตของแต่ละท้องถิ่น และท้องถิ่นมีอิสระในการปกครองตนเองพอสมควร

2. การกระจายอำนาจตามบริการ หรือการกระจายอำนาจทางเทคนิค หมายถึง การโอนกิจการบริการสาธารณะบางกิจการจากรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนกลาง ไปให้หน่วยงานบางหน่วยงานรับผิดชอบจัดทำแยกต่างหากและอย่างเป็นอิสระโดยปกติแล้วจะเป็นกิจการซึ่งการจัดทำต้องอาศัยความรู้ความชำนาญทางเทคโนโลยีแขนงใดแขนงหนึ่งเป็นพิเศษ เช่น การสื่อสาร วิทยุกระจายเสียงและโทรทัศน์ การผลิตกระแสไฟฟ้า เป็นต้น

จุดแข็งของหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง

1. ทำให้มีการสนองความต้องการของแต่ละท้องถิ่นได้ดีขึ้น เพราะผู้บริหารที่มาจากการเลือกตั้งในท้องถิ่นจะรู้ปัญหาและความต้องการของท้องถิ่นได้ดีกว่า
2. เป็นการแบ่งเบาภาระของหน่วยการบริหารราชการส่วนกลาง
3. เป็นการส่งเสริมและพัฒนาการเมืองในระดับท้องถิ่นตามระบอบประชาธิปไตย เพราะการกระจายอำนาจทำให้ประชาชนในท้องถิ่นรู้จักรับผิดชอบในการปกครองท้องถิ่นของตนเองมากขึ้น

จุดอ่อนของหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง

1. อาจก่อให้เกิดการแก่งแย่งแข่งขันระหว่างท้องถิ่นซึ่งมีผลกระทบต่อเอกภาพทางการปกครองและความมั่นคงของประเทศ ประชาชนในแต่ละท้องถิ่นอาจมุ่งแต่ประโยชน์ของท้องถิ่นตนไม่ให้ความสำคัญกับส่วนรวม
2. ผู้ที่ได้รับเลือกตั้งอาจใช้อำนาจบังคับกดขี่คู่แข่งหรือประชาชนที่ไม่ได้อยู่ฝ่ายตนเอง
3. ทำให้เกิดการสิ้นเปลืองงบประมาณ เพราะต้องมีเครื่องมือเครื่องใช้ และบุคลากรประจำอยู่ทุกหน่วยการปกครองท้องถิ่น ไม่มีการสับเปลี่ยนหมุนเวียนเหมือนการบริหารราชการส่วนกลาง

²³ โกวิทย์ พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย หลักการและมิติใหม่ในอนาคต, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: วิทยุชุมชน, 2550), 36 - 37.

2.3.3 ความหมายและความสำคัญของการปกครองท้องถิ่น

ความหมายของการปกครองท้องถิ่นนั้นมีความหมายไว้หลายท่าน ต่างมีหลักการสำคัญคล้ายคลึงกันซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้²⁴

William V. Hollowly ให้ความหมายว่าการปกครองท้องถิ่นว่า หมายถึง การปกครองตนเองของชุมชนแห่งหนึ่งแห่งใดที่มีองค์กรเกิดขึ้น ทำหน้าที่ในเขตพื้นที่ที่กำหนดมีอำนาจในการบริหารงานคลังมีอำนาจวินิจฉัยตัดสินใจ และมีสภาท้องถิ่นเป็นองค์กรสำคัญ

William A. Robson ให้ความหมายว่า การปกครองท้องถิ่นเป็นหน่วยการปกครองซึ่งรัฐได้จัดตั้งขึ้นและมีอำนาจปกครองตนเอง มีสิทธิตามกฎหมาย และต้องมีองค์กรที่จำเป็นในการปกครองเพื่อการปฏิบัติหน้าที่สมความมุ่งหมายของการปกครองท้องถิ่นนั้น ๆ

John J. Clark ให้ความหมายว่า การปกครองท้องถิ่นเป็นหน่วยการปกครองที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวข้องกับการให้บริการประชาชนในเขตพื้นที่หนึ่งพื้นที่ใดโดยเฉพาะ และหน่วยการปกครองดังกล่าวนี้จัดตั้งและจะอยู่ในความดูแลของรัฐบาลกลาง

รองศาสตราจารย์ ประทาน คงฤทธิศึกษากร ให้ความหมายการปกครองท้องถิ่นว่าเป็นระบบการปกครองที่เป็นผลเนื่องจากการกระจายอำนาจทางการปกครองของรัฐ และโดยนัยนี้จะเกิดมีองค์กรทำหน้าที่ปกครองท้องถิ่นโดยคนในท้องถิ่นนั้น ๆ องค์กรนี้จัดตั้งและถูกควบคุมโดยรัฐบาลแต่มีอำนาจในการกำหนดนโยบายและควบคุมให้การปฏิบัติเป็นไปตามนโยบายของตนเองได้

อุทัย หิรัญโต ให้ความหมายการปกครองท้องถิ่นว่า เป็นการปกครองที่รัฐบาลมอบอำนาจให้ประชาชนในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งจัดการปกครองและดำเนินกิจการบางอย่างโดยดำเนินการกันเองเพื่อบำบัดความต้องการของตน การบริหารงานของท้องถิ่นมีการจัดเป็นองค์กร มีเจ้าหน้าที่ซึ่งประชาชนเลือกตั้งขึ้นมาทั้งหมดหรือบางส่วน ทั้งนี้มีความเป็นอิสระในการบริหารงาน แต่รัฐบาลต้องควบคุมด้วยวิธีการต่าง ๆ ตามความเหมาะสม จะปราศจากการควบคุมของรัฐหาได้ไม่ เพราะการปกครองท้องถิ่นเป็นสิ่งที่รัฐทำให้เกิดขึ้น

²⁴โกวิท พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย หลักการและมติใหม่ในอนาคต, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), 28-29.

2.3.4 แนวความคิดว่าด้วยการทำหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

แนวความคิดเกี่ยวกับการทำหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้เขียนขอแบ่งเป็น

3 ประเภท คือ การทำหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตามหลักความสามารถทั่วไป และตามที่ได้รับมอบหมาย พิจารณาได้ดังนี้

2.3.4.1 การทำหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ปัจจุบันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยมี 5 ประเภทได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา อบจ. รับผิดชอบงานจัดบริการสาธารณะในระดับจังหวัดรับผิดชอบงานที่มีความคาบเกี่ยวหรือซ้ำซ้อนระหว่างพื้นที่ รับผิดชอบงานจัดบริการสาธารณะขนาดใหญ่ หรือมีค่าใช้จ่ายสูงเกินกว่าความสามารถของเทศบาลหรือ อบต. และมีหน้าที่ประสานงานจัดบริการสาธารณะร่วมกันระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ภายในจังหวัด เทศบาลมีหน้าที่รับผิดชอบการจัดบริการสาธารณะในเขตพื้นที่ชุมชนเมืองที่มีความเจริญหรือมีความหนาแน่นของประชากรสูง อบต. เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดเล็กที่สุดที่มีหน้าที่รับผิดชอบการจัดบริการสาธารณะในระดับตำบลที่เป็นพื้นที่ชนบทหรือมีความเจริญไม่มากนัก ส่วนกรุงเทพมหานครมีบทบาทเหมือนกับ อบจ. และเทศบาลเนื่องจากเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระดับจังหวัด อีกทั้งมีหน้าที่ในการจัดบริการสาธารณะโดยตรง และเมืองพัทยามีบทบาทหน้าที่ในการจัดบริการสาธารณะเหมือนกับเทศบาล

กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทต่าง ๆ จะบัญญัติกำหนดอำนาจหน้าที่และการกิจที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องดำเนินการไว้ด้วย

2.3.4.2 การทำหน้าที่ตามหลักความสามารถทั่วไป²⁵

หลักความสามารถของท้องถิ่น เป็นหลักการที่กล่าวถึงเรื่องความพร้อมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ว่าการจัดสรรกิจกรรม หรือภารกิจใดก็ตามไปให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทนั้น ต้องคำนึงถึงความพร้อมของแต่ละองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย และแม้ว่าความพร้อมของท้องถิ่นไม่ได้เป็นเงื่อนไขของการมอบภารกิจนั้น ๆ ไปให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หากแต่เป็นเงื่อนไขในการกำหนดเงื่อนไขเวลาและความพยายามที่จะเพิ่มขีดความสามารถให้กับท้องถิ่นในการจัดการ ฉะนั้น ถ้าบอกว่าท้องถิ่นยังไม่พร้อมในการจัดการ ก็มีความจำเป็นที่ส่วนราชการจะต้องมีแผนพัฒนาความพร้อมให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อรองรับบริการ

²⁵ วุฒิสาร ตันไชย, การกระจายภารกิจหน้าที่ไปสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยุคใหม่ [ออนไลน์],

2 เมษายน 2553. แหล่งที่มา : <http://www.local.moi.go.th/webst/botfam1.htm>

สาธารณะ เพื่อให้สามารถจัดการบริการสาธารณะเหล่านั้นได้ ฉะนั้น ความพร้อมจะไม่ใช่มูลเหตุของการที่บอกว่ากิจการนั้น ๆ จะไม่สามารถถ่ายโอนไปให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้นอกจากนั้นในเรื่องของหลักความสามารถแล้ว การจัดโครงสร้างเพื่อรองรับการบริหารงานใหม่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สภาพในอนาคตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นทิศทางในอนาคต โครงสร้างต่าง ๆ หรือการจัดองค์กรต่าง ๆ ของท้องถิ่นต้องเปลี่ยนแปลงไป เพราะภารกิจจำนวนหนึ่งได้ส่งมอบ เพื่อรองรับการกระจายอำนาจ และภารกิจใหม่ไปด้วย แต่อย่างไรก็ตาม โครงสร้างที่จะรองรับขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะรองรับภารกิจอันใหม่นั้น จะต้องจัดโครงสร้างเท่าที่จำเป็น ซึ่งอาจจะไม่จำเป็นที่จะต้องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีโครงสร้างขนาดใหญ่มากเกินไปที่จะไปทำให้การทำงานเกิดความทับซ้อน หรือกลายเป็นปัญหาภาระค่าใช้จ่ายด้านบุคลากร ฉะนั้น โครงสร้างที่จะเกิดขึ้นใหม่จะเป็นโครงสร้างเท่าที่จำเป็น ที่ถือว่าเป็นงานหลัก หรือเป็นงานพื้นฐานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่หากท้องถิ่นใดมีความต้องการที่จะจัดงานบางเรื่องที่เป็นงานเฉพาะ เช่น งานท่องเที่ยว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถที่จะดำเนินการได้เอง ซึ่งอาจไม่อยู่ในโครงสร้างหลักที่ต้องเหมือนกันทั่วประเทศขึ้นอยู่กับความต้องการ หรือความจำเป็นในแต่ละพื้นที่เป็นหลัก ฉะนั้นในเรื่องหลักความสามารถขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ก็จึงเป็นเรื่องการสร้างความพร้อม การเตรียมความพร้อมและการจัดโครงสร้างเพื่อการรองรับ

2.3.4.3 การกิจหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย

นอกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีภารกิจตามที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดและภารกิจตามความสามารถขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ยังมีการกิจตามที่ได้รับมอบหมายด้วย ซึ่งการมอบหมายอาจเป็นการมอบหมายโดยราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนภูมิภาค

สำหรับความสัมพันธ์ของท้องถิ่นกับรัฐบาลกลางนั้น จะมีความสัมพันธ์กันตามภารกิจหน้าที่ของท้องถิ่น กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง ท้องถิ่นมีหน้าที่ต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่น (Local Function) และประการที่สอง ท้องถิ่นมีภารกิจหน้าที่ที่ส่วนกลางมอบหมายให้ท้องถิ่นทำการแทน (Delegated Functions) ทั้งสองประการมีส่วนกำหนดลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับท้องถิ่นที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หากหน้าที่ใดที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับท้องถิ่นจะเป็นไปตามกฎหมาย และกระบวนการกำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมาย

หากหน้าที่ใด ท้องถิ่นต้องทำเพราะว่าเป็นสิ่งที่รัฐบาลกลางมอบหมายให้ทำ ความสัมพันธ์จะเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างรัฐบาลกลางกับท้องถิ่น การกำหนดอำนาจหน้าที่นี้

ส่งผลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับรัฐบาลกลางเข้ามาเกี่ยวข้องสัมพันธ์ต่อกันอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

องค์กรในพื้นที่ก็มีความสำคัญต่อการจัดบริการสาธารณะแก่ประชาชน และต่อการทำกิจกรรมของท้องถิ่นอยู่ไม่น้อย เพราะองค์กรเหล่านี้ทำหน้าที่หลักในการช่วยเหลือให้รัฐบาลกลางและท้องถิ่นประสานงานกันได้ง่าย และคล่องตัวขึ้น นอกจากนี้ การจัดทำโครงการขนาดใหญ่ ๆ บางโครงการเป็นของรัฐบาลกลางโดยตรงก็ยังคงมีรวมทั้งการทำงานร่วมกัน (Shared Functions) ระหว่างรัฐบาลกลางกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดใหญ่²⁶

2.3.5 การปกครองท้องถิ่นกับการบริหารจัดการท้องถิ่น

การปกครองท้องถิ่น (local government) หรือที่เรียกกันมากขึ้นๆ ในปัจจุบันว่าการบริหารจัดการท้องถิ่น (local governance) เกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 หลังจากการเสด็จประพาสในปีพ.ศ. 2440 และชนชั้นนำของประเศนี้ค้นพบว่า การที่เมืองต่าง ๆ ในทุกประเทศของยุโรปสวยงามสะอาดสะอ้านน่าอยู่น่าเยือนวางผังเมืองอย่างเป็นระเบียบมีการตกแต่งร้านค้าและที่พักอาศัยทางเท้ากว้างและโล่งมีต้นไม้ใหญ่ร่มรื่นตลอดสองฝั่งถนน และมีสวนสาธารณะใหญ่ๆ ทั่วเมืองสาเหตุสำคัญคือเมืองเหล่านั้นมีการบริหารจัดการโดยคนท้องถิ่นเองโดยรัฐบาลทำหน้าที่เพียงกำกับดูแลและตรวจสอบด้านกฎหมาย ไม่มีการก้าวก่ายแทรกแซง

ธนสวรรค์ เจริญเมือง นักวิชาการทางรัฐศาสตร์ได้ให้แนวคิดว่าทฤษฎีและแนวคิดในการปกครองท้องถิ่นและการบริหารจัดการท้องถิ่นที่มีความหมายและสำคัญเป็นแนวทางให้เกิดการนำไปสู่การปฏิบัติเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อท้องถิ่นและประชาชนในแต่ละท้องถิ่น มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องคือทฤษฎีจิตนิยมและทฤษฎีวัตถุนิยม

ทฤษฎีจิตนิยม (idealism) เป็นแนวคิดที่เก่าแก่มากระสำคัญสำคัญของทฤษฎีนี้คือ ความเชื่อที่ว่าจิตใจ (mind) หรือความคิด (ideas) และประสบการณ์ต่าง ๆ ทางความคิด คือสิ่งที่ดำรงอยู่จริงคือรากฐานของความจริงและมันคือสิ่งที่กำหนดวัตถุทั้งปวง ด้วยเหตุดังกล่าวทฤษฎีจิตนิยมจึงเชื่อว่าจิตใจนั่นเองที่มีพลังสำคัญยิ่ง และสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ เพราะว่าทฤษฎีนี้มีมาช้านานตั้งแต่โลกเริ่มมีศาสนาต่างๆ ที่ให้ความสำคัญต่อจิตและการฝึกจิตทฤษฎีจิตนิยมจึงแยกออกเป็นหลายสำนักความคิดของเพลโต (428-347 B.C.) ที่ว่า สิ่งที่เราเห็นเป็นเพียงรูปร่าง แต่สิ่งที่เป็นแก่นสารคือสิ่งที่มนุษย์ต้องเข้าใจต้องคิดใคร่ครวญจุดนี้ถือเป็นแนวคิดแบบจิตนิยมในยุคต้น ๆ

²⁶ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, ความสัมพันธ์ระหว่างราชการบริหารส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น [ออนไลน์], 2 เมษายน 2553. แหล่งที่มา: <http://www.thaipoliticsgovernment.org/wiki/>

แต่สำนักคิดจิตนิยมที่โดดเด่นที่สุดคือ สำนักdialectical (or absolute) idealism²⁷ ของ Georg W. Hegel (1770 - 1831) ปราชญ์ชาวเยอรมันคนสำคัญแห่งศตวรรษ ซึ่งได้เสนอ

1. ความสำคัญของจิตหรือจิตสำนึก กล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ จิตที่มีอิทธิพลเหนือวัตถุทั้งปวง

2. จิตมีพลังที่ยิ่งใหญ่ในการเปลี่ยนแปลงโลก (แสดงออกทั้งจิตสำนึก เหตุผล และเสรีภาพ) นั่นคือ การปฏิวัติ

3. โลกเปลี่ยนแปลงเป็นระยะ ๆ เพราะจิตเป็นตัวกำหนดการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว เกิดจากความขัดแย้งตามหลักทวิภาควิธี (dialectics) หรือสองด้านที่ขัดแย้งกัน ภาวะหรือสิ่งที่ดำรงอยู่ (thesis) ถูกท้าทายด้วยอีกพลังหนึ่งเรียกว่า ข้อโต้แย้ง (antithesis) ผลจากความขัดแย้งดังกล่าวนำไปสู่สิ่งเกิดใหม่ หรือข้อสรุปใหม่ (synthesis) ที่ดีกว่า และต่อจากนั้นข้อสรุปใหม่ก็จะกลายเป็นภาวะหรือสิ่งที่ดำรงอยู่กลายเป็นของเก่าแล้วก็เกิดข้อโต้แย้งใหม่ เกิดคู่ความขัดแย้งใหม่นำไปสู่ข้อสรุปใหม่ความขัดแย้งดังกล่าวผลักดันให้สังคมเกิดการเปลี่ยนแปลงหรือเกิดการปฏิวัติเป็นขั้น ๆ การเปลี่ยนแปลงของสังคมแต่ละขั้นก็จะก่อให้เกิดสภาพใหม่ที่ดีกว่าเดิม

ทฤษฎีวัตถุนิยม (หรือสสารนิยม) (materialism หรือ physicalism) หมายถึงแนวคิดที่ว่า

1. สิ่งที่ดำรงอยู่ในโลกและจักรวาลนี้คือวัตถุ

2. จิตคือสิ่งที่วัตถุปรุงแต่งขึ้นมา

3. ปรัชญาการณทุกอย่างในโลกและจักรวาลนี้ล้วนเป็นผลของวัตถุและปฏิสัมพันธ์ระหว่างวัตถุต่าง ๆ ทั้งสิ้น

ประโยชน์สรุปไว้สั้น ๆ ที่สุดได้นำเสนอข้างต้นนั่นคือ ข้อสรุปของคาร์ล มาร์กซ (1818-1883) นักคิดชาวเยอรมันที่เป็นศิษย์ของเฮเกลและได้พลิกข้อเสนอของเฮเกลไปสู่อีกข้างหนึ่งด้วยการให้ความสำคัญต่อการดำรงอยู่ทางสังคม (หรือวัตถุ) การพัฒนาของโลกและเส้นทางการพัฒนาของประวัติศาสตร์คือการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงของวัตถุ รูปแบบการผลิตแต่ละยุค ความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์และวัตถุต่าง ๆ ในกระบวนการผลิตและกิจกรรมอื่น ๆ นอกเหนือจากการผลิตส่วนจิตสำนึกและความคิดก็คือผลผลิตของความสัมพันธ์ทางวัตถุเหล่านั้น²⁸

²⁷ Brod, H. , **Hegel's Philosophy of Politics: Idealism , Identity , & Modernity**

(Boulder: Westview Press, 1992) อ้างถึงใน ชเนศวร์ เจริญเมือง, ทฤษฎีและแนวคิด: การปกครองท้องถิ่นกับการบริหารจัดการท้องถิ่น, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2551), 124.

²⁸ Marx, K., **Theses on Feuerbach,** (1945) **The Portable Karl Marx** , edited by Eugene Kamenka (NY: Penguin Books, 1983), pp. 155-158 อ้างถึงใน ชเนศวร์ เจริญเมือง, ทฤษฎีและแนวคิด: การปกครองท้องถิ่นกับการบริหารจัดการท้องถิ่น, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2551), 125.

ท้องถิ่นมีลักษณะเช่นไรย่อมต้องอาศัยทั้งปัจจัยภายในและภายนอก วัตถุประสงค์จิต เช่น อากาศหนาวเย็น หิมะตกหลายเดือน ประชาชนต้องทำงานหนักเพื่อกักตุนอาหารไว้ใช้ในฤดูหนาว ส่วนผู้คนในแถบศูนย์สูตร อากาศร้อน มีพืชผลไม้ทั้งปี ไม่ต้องทำงานหนัก ขอเพียงมีข้าวกินก็สามารถออกไปหาเก็บข้าวได้ตลอดเวลาที่ทุ่งนาหรือในป่า แต่จิตก็สามารถกำหนดวัตถุประสงค์ได้นับเป็นความสัมพันธ์ต่อกันสองทางมิใช่ทางเดียว เช่น ในสังคมที่เมืองเริ่มขยายตัวมากขึ้นชนบทมีความเป็นเมืองมากขึ้น เมื่อมีข้อเสนอให้มีการเลือกตั้งนายกเทศมนตรีโดยตรง จึงมีผู้เข้ารับมากมาย ความคิดเรื่องเลือกตั้งนายกฯ โดยตรงมาจากไหน อาจกล่าวได้ว่ามาจากสภาพวัตถุของเมืองที่เปลี่ยนไป หรือเมืองกำหนดความคิด และเมื่อความคิดของคนคนหนึ่งเสนอออกไป ทั้งเมืองก็มารับ แต่ข้อเสนอการเลือกตั้งผู้ว่าฯ โดยตรงกลับไม่มีคนสนับสนุนอย่างแข็งขันมากนัก ซึ่งชี้ให้เห็นถึงความสลับซับซ้อนของปัจจัยด้านวัตถุกับจิต และปัญหาวัตถุอื่น ๆ ที่แทรกเข้ามาจะบริหารจัดการท้องถิ่นและแก้ไขปัญหาท้องถิ่นด้วยวิธีคิดแบบจิตนิยมคือการแก้ไขแบบจิตสำนึกหรือวิธีคิดแบบวัตถุนิยมคือการแก้ไขระบบเศรษฐกิจการเมืองและสังคมตลอดจนสภาพแวดล้อมอื่น ๆ²⁹ แน่นอนวิธีคิดแบบเน้นจุดเดียวละเลยอีกจุดหนึ่งนั่นคือปฏิเสธพลังของวัตถุแบบสำนักจิตนิยม และให้น้ำหนักที่วัตถุมากเกินไป ก็ย่อมนำไปสู่การทำความเข้าใจและอธิบายท้องถิ่น และแก้ไขปัญหาของท้องถิ่นอย่างผิดพลาด

การที่ท้องถิ่นหนึ่งประสบปัญหาการจราจรย่อมเกิดจากสภาพวัตถุและจิตสำนึก เช่น เมืองนี้มีรถยนต์ส่วนบุคคลมากเกินไปทำให้จราจรแออัด ผู้คนขับขีรถจักรยานโดยไม่สวมหมวกกันน็อก หากตั้งคำถามว่าทุกอย่างเกิดจากเหตุ สำนักจิตนิยมย่อมตอบว่ารถยนต์มีจำนวนมากเกิดปัญหาจราจรติดขัดก็เพราะคนขาดจิตสำนึกไม่ยอมใช้รถเมล์ เพราะคนขับรถไม่ปฏิบัติตามกฎจราจร มีการศึกษาดีแต่ขาดจิตสำนึก ธรรมะทำให้สวมหมวกกันน็อกและดื่มสุราไม่ขับก็แล้ว ก็ยังไร้จิตสำนึก แต่สำหรับวิธีคิดแบบวัตถุนิยม จะพบว่า ปัญหาจราจรเกิดจากการขาดระบบขนส่งมวลชนที่มีประสิทธิภาพ คนจึงจำเป็นต้องใช้รถยนต์ส่วนตัว เพราะเขาไม่มีทางเลือกที่ดีกว่านั้นระบบรถเมล์ที่มีอยู่มีเพียงไม่กี่สาย ต้องรอนาน แม้อยากจะจักรยานไปทำงานแต่ก็ทำไม่ได้เพราะรถรามาเกินไป ผู้คนวันมากขึ้นไป

วิธีมองปัญหาของทั้งสองสำนักต่างก็มีเหตุผล แต่วิธีคิดที่เริ่มต้นแบบจิตนิยมย่อมไม่อาจแก้ไขปัญหาได้เลย เช่น หากการบังคับใช้กฎหมายไม่เคร่งครัดใครเลาะจะเคารพกฎจราจร หรือหากจำนวนรถยนต์มากเกินไป ผู้คนวันมาก การจราจรติดขัดมาก มีทางจักรยานแต่ก็มีรถยนต์จอดในสภาพวัตถุดังกล่าว จะเห็นว่าการรณรงค์แบบจิตสำนึกนิยมไม่ว่าจะใช้คนที่มิชชีเสียงเท่าใดก็ยาก

²⁹ ธเนศวร์ เจริญเมือง, *ทฤษฎีและแนวคิด: การปกครองท้องถิ่นกับการบริหารจัดการท้องถิ่น*, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คปฟ, 2551), 124-126.

ที่จะทำให้คนหันไปใช้จักรยาน ทางออกประการแรกจึงต้องมองปัญหาแบบวัตถุนิยมและแก้ไขแบบจิตนิยม นั่นคือ ต้องแก้ไขระบบขนส่งมวลชนให้มีประสิทธิภาพให้ได้ก่อน เมื่อแก้ไขปัญหานั้นได้ ผู้คนก็หันไปใช้มากขึ้น การจราจรก็จะไม่ติดขัด ฝุ่นละอองก็จะลดลง อุบัติเหตุก็จะลดลง เมื่อนั้นคนใช้จักรยานก็ย่อมเต็มใจใช้จักรยานบนถนน และเมื่อนั้นการรณรงค์แบบจิตนิยม (ให้คนใช้จักรยานให้มาก ๆ) จึงจะเกิดบทบาท จะเห็นว่าเป็นมาตรการที่ให้ความสำคัญที่วัตถุและแก้ไขสภาพทางวัตถุ ก่อน ขณะเดียวกันก็ได้ปฏิเสธความสำคัญและบทบาทของจิตสำนึก แต่ในวิธีแรกจะต้องเล็งเห็นและตระหนักในบทบาทของวัตถุ เข้าใจวัตถุต่าง ๆ ที่ประกอบกันเป็นสังคมและสร้างจิตสำนึก กล่าวโดยย่อคือ (1) วัตถุเป็นผู้สร้างจิต (2) จะต้องมองให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุกับจิตว่า มิใช่ด้านเดียวคือวัตถุเป็นผู้สร้างจิต แต่จิตสามารถสร้างวัตถุหรือเปลี่ยนแปลงวัตถุได้ (3) ในสภาพที่ความสัมพันธ์เป็นแบบปฏิสัมพันธ์หรือสองทาง การแก้ไขหรือปรับปรุงวัตถุจึงต้องคำนึงถึงจิตด้วยการแก้ไขปัญหาสังคมย่อมจะต้องแก้ไขทั้งวัตถุและจิต มิใช่แก้ไขด้านใดเพียงด้านเดียว

กล่าวโดยสรุป ในเมื่อท้องถิ่นและโลกประกอบด้วยทั้งวัตถุและจิตควบคู่กันตลอดมา และทั้งสองมีผลต่อกันและสัมพันธ์กันอย่างแยกกันไม่ออก การแก้ไขปัญหาท้องถิ่นและโลกย่อมไม่ใช่ปฏิเสธสิ่งใดสิ่งหนึ่ง แต่จะต้องมองให้เห็นบทบาทของทั้งสองสิ่ง จะแก้ไขพร้อม ๆ กันหรือจะเริ่มต้นด้วยการแก้ไขสิ่งใดก่อน ย่อมขึ้นอยู่กับว่าเราค้นพบว่าในสถานการณ์หนึ่ง วัตถุมีบทบาทกำหนดจิต หรืออย่างแรกมีบทบาทกำหนดอย่างหลัง เมื่อค้นพบแล้ว จึงลงมือแก้ไขที่สิ่งแรก และตามด้วยการแก้ไขสิ่งหลังในขั้นต่อไป และกระทั่งอาจจะพร้อม ๆ กัน

ดังนั้น การบริหารจัดการท้องถิ่นในแต่ละท้องถิ่นให้มีความเจริญนั้น นอกจากนโยบายสาธารณะของรัฐบาลที่มุ่งเน้นในการพัฒนากระจายอำนาจให้ท้องถิ่นดำเนินการโดยอาจให้เงินอุดหนุนแบบมีเงื่อนไขหรือเงินอุดหนุนทั่วไปที่ท้องถิ่นสามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาในท้องถิ่นตามเจตนารมณ์ของแต่ละท้องถิ่นได้ ยังจะต้องอาศัยมุมมองวิสัยทัศน์ของผู้บริหารท้องถิ่นที่จะพิจารณาใช้หลักทฤษฎีทั้งสองที่กล่าวมาแล้วข้างต้นเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนในพื้นที่ ทั้งนี้เป็นการสอดคล้องกับหลักการกระจายอำนาจที่ให้ท้องถิ่นมีอิสระในการบริหารตนเอง อำนาจอิสระในการปกครองตนเองในการบริหารงานเทศบาลนั้นคือการมีบุคลากรของตนเอง มีรายได้เป็นของตนเอง มีสิทธิหน้าที่ใช้อำนาจบังคับเหนือประชาชนในพื้นที่ได้ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้สามารถตราข้อบังคับใช้กับประชาชนในท้องถิ่นได้ และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของราชการบริหารส่วนกลาง

2.3.6 หลักความเป็นอิสระของท้องถิ่น

ความเป็นอิสระในภาษาไทยมาจากคำว่า autonomy ซึ่งมีรากมาจากภาษากรีก คือ คำว่า Auto-Nomos คำแรกหมายถึงตัวเอง ส่วนคำหลังหมายถึงกฎหมาย autonomy หมายถึงความเป็นอิสระ หรือการที่ตนเองมีอิสระที่จะออกกฎเกณฑ์ได้เอง ไม่ว่าจะมองในแง่ปรัชญา ด้านศีลธรรม การเมืองหรือชีวจริยธรรม (bioethical) ความเป็นอิสระก็คือความสามารถในการตัดสินใจของคนที่มีเรื่องราวนั้นและตัดสินใจอย่างมีอิสระ ไม่ถูกบีบบังคับ ในทางปรัชญาคนที่ตัดสินใจได้อย่างมีอิสระก็ย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน ในด้านการแพทย์ ฝ่ายหมอหรือพยาบาลต้องเคารพความเป็นอิสระของคนไข้ และในทางการเมือง ความเป็นอิสระคือสิทธิที่จะกำหนดชีวิตของประชาชน หรือการปกครองตนเอง (self - governance หรือ self - governing of a people)³⁰

ความเป็นอิสระของท้องถิ่นคือสิทธิในการปกครองตนเอง สามารถออกกฎเกณฑ์ของตนเองได้ในระดับท้องถิ่น สามารถกำหนดทิศทางการพัฒนาท้องถิ่นของตนด้วยตนเองที่เรียกว่าประชาธิปไตยระดับท้องถิ่นการปกครองตนเองในระดับท้องถิ่นซึ่งต้องการความเป็นอิสระจำต้องจำแนกให้ชัดเจนว่าท้องถิ่นควรมีความเป็นอิสระแบบใดบ้าง ซึ่งมีอย่างน้อย 7 มิติ ดังนี้³¹

1. ความเป็นอิสระด้านนโยบาย (policy autonomy) ในเมื่อแต่ละท้องถิ่นมีลักษณะเฉพาะของตนเอง ท้องถิ่นก็ควรมีความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายในการพัฒนาพื้นที่ ความเป็นอิสระดังกล่าวควรเป็นสิทธิของคนในท้องถิ่นเพราะนั่นคือท้องถิ่นของเขา และพวกเขาควรจะได้ดีที่สุดว่าพวกเขาต้องการอะไรสำหรับเมืองและสำหรับความเป็นอยู่ตลอดจนทิศทางชีวิตของพวกเขาและลูกหลานในอนาคต

2. ความเป็นอิสระด้านการวางแผน (planning autonomy) เมื่อมีนโยบาย ขึ้นต่อไปคือการวางแผนและมาตรการเพื่อทำให้นโยบายนั้นปรากฏความเป็นจริง

3. ความเป็นอิสระด้านการออกข้อบังคับ (regulatory autonomy) นโยบายจะไม่มีผลหากปราศจากนโยบายนั้นไปปฏิบัติให้เป็นจริง ดังนั้นท้องถิ่นควรมีอำนาจในการออกข้อบังคับท้องถิ่น

³⁰ J. Bronowski and B. Mazlish, **The Western intellectual Tradition: From Leonardo to Hegel**, (NY: Harper Perennial , 1960), Chapter 26 “ Kant to Hegel”, 472- 479

³¹ ชเนศวร์ เจริญเมือง, **ทฤษฎีและแนวคิด: การปกครองท้องถิ่นกับการบริหารจัดการท้องถิ่น**, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2551), 233-237.

4. ความเป็นอิสระด้านการบริหาร (administrative autonomy) ท้องถิ่นควรมีอิสระในการบริหารโครงการและจัดการงานต่าง ๆ ในท้องถิ่น ไม่สมควรที่รัฐบาลกลางจะมีอำนาจในการอนุมัติโครงการต่างๆที่ท้องถิ่นกำหนดขึ้นมา

5. ความเป็นอิสระด้านการคลัง (financial autonomy) ในเมื่อการใช้จ่ายเป็นเครื่องมือสำคัญทำให้งานส่วนใหญ่บรรลุวัตถุประสงค์ ท้องถิ่นก็ควรมีความเป็นอิสระในการหารายได้และกำหนดวิธีการใช้จ่ายของตนเอง การมีรายได้ที่จำกัดเนื่องจากขาดความเป็นอิสระในการกำหนดภาษีอากร หรือต้องได้รับความช่วยเหลือที่เรียกว่าเงินให้เปล่าหรือเงินอุดหนุน ซึ่งเป็นการให้แบบมีเงื่อนไข ท้องถิ่นต้องนำเงินดังกล่าวไปใช้ในงานที่รัฐบาลกลางกำหนด ผลก็คือท้องถิ่นต้องพึ่งพาปัจจัยภายนอก ถูกปัจจัยภายนอกกำหนดทิศทางการพัฒนา ตลอดจนระดับการพัฒนา

6. ความเป็นอิสระด้านบุคลากร (personnel autonomy) ผู้บริหารท้องถิ่นควรมีอำนาจอิสระเต็มที่ในการบริหารงานบุคคลเพราะเจ้าหน้าที่ทุกคนขึ้นต่อท้องถิ่น กระทั่งสามารถกำหนดคุณสมบัติทุกด้านของผู้สมัครเข้าทำงานได้ และให้สิทธิแก่คนในท้องถิ่นก่อนคนต่างถิ่นเพราะเห็นว่าเขาเสียภาษีให้กับท้องถิ่นมานาน เขาควรได้รับสิทธิในการสมัครงานและได้ทำงานก่อนและหากหาผู้มีคุณสมบัติเหมาะสมในท้องถิ่นไม่ได้ จึงประกาศหาคนนอกเขต และหากคนนอกเขตได้เข้าทำงานก็ต้องย้ายทะเบียนบ้านทันที

7. สมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารจะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยคนในท้องถิ่นนั้น (elected local councilors and executive) ไม่ใช่มาจากการแต่งตั้งจากหน่วยราชการเหนือขึ้นไป การเลือกตั้งและการดำรงตำแหน่งที่มีวาระจะเป็นหลักประกันว่าประชาชนสามารถคัดเลือกบุคคลที่พวกเขาต้องการสามารถตรวจสอบการทำงานได้

การปกครองตนเองในระดับท้องถิ่นที่ท้องถิ่นมีความเป็นอิสระเรียกในสหรัฐว่า local self government³² และเรียกอีกอย่างหนึ่งในประเทศอังกฤษว่า devolution³³ ซึ่งหมายถึงการมอบอำนาจให้แก่ท้องถิ่นเป็นคนดำเนินการที่เรียกต่างกันก็เพราะความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่

³² Jerome R. Reich, *colonial America* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1984) and Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, translated and edited by Harvey C. Mansfield & Delba Winthrop, (Chicago: the University of Chicago Press, 2000).

³³ Tony Byrne, *Local Government in Britain*, 6th ed. (London: Penguin Books, 1994); Vernon Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom* (Oxford: Oxford University Press, 1999) and E.L.Yuliani, "Decentralization, deconcentration and devolution: What do they mean?," paper presented at the Interlaken Workshop on Decentralization, 27-30 April 2004, Interlaken, Switzerland.

ต่างกัน คนอเมริกันเริ่มสร้างสังคมด้วยการอพยพไปอยู่ในดินแดนใหม่ที่ยังไม่มีใครปกครองจึงจัดการปกครองชุมชนด้วยตนเอง

ส่วนอังกฤษเป็นผลพวงของการต่อสู้ระหว่างท้องถิ่นกับรัฐที่มีกษัตริย์ครองอำนาจอยู่ก่อน ท้องถิ่นที่เข้มแข็งสามารถเรียกร้องให้ได้รับสิทธิในการปกครองตนเองและเป็นการต่อสู้ที่ใช้เวลาหลายศตวรรษ ในกรณีเทศบาลของประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2476 ซึ่งมีการจัดตั้งเทศบาลขึ้นเป็นครั้งแรก สภาพเทศบาลมาจากการเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรง ฝ่ายบริหารมาจากการเลือกตั้งโดยอ้อม ซึ่งถือได้ว่าในด้านรูปแบบเทศบาลตั้งแต่ พ.ศ. 2476 เป็นต้นมาซึ่งเปิดโอกาสให้คนในท้องถิ่นเป็นทั้งผู้ออกกฎหมายและบริหารท้องถิ่นของตนเอง เป็นองค์กรปกครองท้องถิ่นตามแบบการปกครองตนเองในระดับท้องถิ่นมากที่สุดในประวัติศาสตร์ยุคศักดินา และนับตั้งแต่การปฏิรูปการปกครองของประเทศไทยในปี พ.ศ. 2435³⁴

สำหรับการปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทย องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมมีอิสระในการปกครองตนเองตามหลักการกระจายอำนาจอันอยู่ภายใต้หลักความเป็นเอกภาพของรัฐ ความเป็นอิสระในการปกครองตนเองเช่นว่านั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 283 ได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในเรื่องการกำหนดนโยบาย การบริหาร การจัดการบริการสาธารณะ การบริหารงานบุคคล การเงินและการคลัง

ในด้านความเป็นอิสระของที่มาของสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นนั้น โดยมาตรา 284 บัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่นโดยสมาชิกสภาท้องถิ่นนั้นต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ส่วนคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นจะมาจากการเลือกตั้งโดยตรง หรือมาจากความเห็นชอบของสภาท้องถิ่นก็ได้

นอกจากรัฐธรรมนูญจะได้ให้ความเป็นอิสระแก่ท้องถิ่นในการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่นแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังมีความเป็นอิสระในการบริหารกิจการของท้องถิ่นเองด้วย ไม่ว่าจะเป็น อำนาจในการจัดหารายได้ เช่น การจัดเก็บภาษี การออกพันธบัตร การพาณิชย์ เป็นต้น เพื่อทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้พอที่จะดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้ เป็นต้น

³⁴ ธนสวรรค์ เจริญเมือง, 100 ปี การปกครองท้องถิ่นไทย พ.ศ. 2440-2540, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2548), 72-107.

2.3.7 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

แม้ว่ารัฐหรือส่วนกลางจะกระจายอำนาจและมอบภารกิจหรือกิจกรรมบริการสาธารณะให้แก่ส่วนท้องถิ่น โดยผ่านกลไกทางกฎหมายแล้วก็ตาม แต่ราชการส่วนกลางและราชการส่วนท้องถิ่นก็ยังต้องมีความสัมพันธ์ต่อกัน ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้ขอแบ่งเป็นความสัมพันธ์เชิงภารกิจ และความสัมพันธ์เชิงกำกับดูแล ดังนี้

2.3.7.1 ความสัมพันธ์เชิงภารกิจ

ความสัมพันธ์เชิงภารกิจระหว่างรัฐกับส่วนท้องถิ่น แบ่งแยกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่³⁵

1. ภารกิจทางปกครอง ได้แก่ การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การป้องกันประเทศ การต่างประเทศ การอำนวยความสะดวก การบริการสาธารณะประเภทนี้เป็นการกิจโดยแท้ของรัฐ เป็นภารกิจที่สำคัญ เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐโดยส่วนรวม โดยทั่วไปรัฐจะต้องเป็นผู้ดำเนินการเอง ไม่อาจมอบให้ท้องถิ่นจัดการกันเองได้

2. ภารกิจทางเศรษฐกิจ ได้แก่ การให้บริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม เช่น การขนส่ง การเดินรถไฟ การไปรษณีย์โทรเลข การไฟฟ้า การประปา ฯลฯ ภารกิจประเภทนี้ ปกติรัฐจะเป็นผู้ดำเนินการเองผ่านส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจหรืออาจมอบให้เอกชนจัดทำก็ได้ แต่มักไม่มอบให้ส่วนท้องถิ่นจัดทำ เนื่องจากเป็นภารกิจที่ต้องอาศัยเงินลงทุนสูง ประกอบกับต้องจัดทำทั่วทั้งประเทศ ซึ่งเกินอำนาจของท้องถิ่น

3. ภารกิจทางสังคม ได้แก่ การให้บริการสาธารณะทางสังคมต่างๆ เช่น การศึกษา การสาธารณสุข การกีฬา การส่งเสริมวัฒนธรรม ฯลฯ ภารกิจประเภทนี้รัฐจะเป็นผู้ดำเนินการเองผ่านส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจหรือมอบให้เอกชนจัดทำ เนื่องจากต้องจัดทำทั่วประเทศ แต่ในปัจจุบันรัฐก็เริ่มมอบภารกิจทางสังคมให้ส่วนท้องถิ่นจัดทำกันเอง ภายในเขตพื้นที่ของท้องถิ่น เช่น การศึกษา การกีฬา และวัฒนธรรม เป็นต้น

ส่วนภารกิจของท้องถิ่นนั้น เกิดขึ้นจากลักษณะของแต่ละท้องถิ่น เป็นภารกิจที่รัฐไม่สามารถเข้าไปจัดทำหรือทราบความต้องการของทุกท้องถิ่นได้อย่างทั่วถึง เพราะลักษณะความต้องการบริการสาธารณะของแต่ละท้องถิ่นย่อมแตกต่างกันออกไป เช่น บางท้องถิ่นในจังหวัดเชียงรายที่มีลักษณะทางกายภาพติดแม่น้ำเป็นส่วนมาก ดังนั้น การคมนาคมทางน้ำจึงถือเป็นบริการ

³⁵โกวิท พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย หลักการและมติใหม่ในอนาคต, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), 133.

สาธารณะที่สำคัญที่ท้องถิ่นจะต้องจำให้มีขึ้น แต่ภารกิจดังกล่าวก็ย่อมไม่มีความสำคัญเท่ากับท้องถิ่นที่ไม่มีแม่น้ำไหลผ่าน เป็นต้น

2.3.7.2 ความสัมพันธ์เชิงการควบคุม กำกับดูแล

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ที่การควบคุม กำกับดูแล ซึ่งเป็นส่วนสำคัญของหลักการกระจายอำนาจ การกระจายอำนาจที่ปราศจากการควบคุม กำกับดูแล ย่อมทำให้รัฐเดี่ยวไม่สามารถดำรงอยู่ได้³⁶ อันจะทำให้ประเทศเสียความเป็นเอกภาพของรัฐไปได้

การควบคุม กำกับดูแลแบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ การควบคุม กำกับดูแลโดยตรง และการควบคุม กำกับดูแลโดยอ้อม ดังนี้³⁷

1. การควบคุม กำกับดูแลโดยตรง เป็นการควบคุมกำกับตัวบุคคลหรือองค์กร เช่น ในเรื่องความประพฤติต่างๆ และการควบคุมกำกับการกระทำ ซึ่งเป็นการควบคุมการกระทำที่สำคัญของท้องถิ่น เช่น การให้ความเห็นชอบงบประมาณรายจ่ายประจำปีของสภาท้องถิ่น เป็นต้น

2. การควบคุม กำกับดูแลโดยอ้อม เป็นการควบคุมโดยผ่านกลไกการให้เงินอุดหนุนที่รัฐจะสามารถควบคุมการใช้จ่ายของท้องถิ่นได้ นอกจากการควบคุมโดยการให้เงินอุดหนุนแล้ว ยังมีการควบคุมโดยการให้ท้องถิ่นใช้สัญญามาตรฐาน กล่าวคือ ในการทำสัญญาต่างๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น กำหนดว่าท้องถิ่นจะต้องทำสัญญาตามแบบที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดแนบท้ายระเบียบดังกล่าว การเปลี่ยนแปลงสัญญาจะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากอัยการจังหวัด ซึ่งเป็นการถ่วงดุลอำนาจของท้องถิ่นนั่นเอง

การควบคุมกับกับดูแลส่วนท้องถิ่นโดยส่วนกลานั้น เป็นเรื่องของนิติบุคคลมหาชน 2 นิติบุคคล ส่วนกลางซึ่งมีอำนาจควบคุม กำกับดูแล ไม่ได้มีอำนาจเหนือส่วนท้องถิ่นที่ถูกควบคุม กำกับดูแล ดังนั้น การที่ส่วนกลางจะสั่งให้ส่วนท้องถิ่นเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือยกเลิกกิจกรรมใด ๆ จะต้องมิบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจส่วนกลางไว้โดยชัดแจ้ง มิเช่นนั้นแล้วก็เท่ากับว่าส่วนกลางสามารถบังคับบัญชาส่วนท้องถิ่นได้

2.3.8 การจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทย

การจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน ตั้งแต่สมัยการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ที่มีการตั้งสุขาภิบาลขึ้น

³⁶โกวิท พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย หลักการและมติใหม่ในอนาคต, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2550), 134.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดส่วนของเทศบาลต่อไป สำหรับวิวัฒนาการการจัดทำบริการสาธารณะ โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยนั้น ผู้เขียนขอเสนอในเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะยุคแรกโดยรัฐ และการถ่ายโอนภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะจากรัฐไปสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนี้

2.3.8.1 การจัดทำบริการสาธารณะยุคแรกโดยรัฐ

ยุคแรกของการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยเกิดขึ้นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งยังเป็นระบบการปกครองที่รวมอำนาจเข้าสู่ส่วนกลาง องค์กรที่ทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะในยุคแรกนี้ก็คือ ส่วนราชการ รัฐจึงเป็นผู้ที่ผูกขาดการจัดทำบริการสาธารณะทุกประเภท แต่อย่างไรก็ดี บริการสาธารณะในยุคแรก ๆ ของประเทศไทยยังเป็นบริการสาธารณะขั้นพื้นฐาน จึงไม่มีความยุ่งยากในการจัดทำ รัฐหรือส่วนราชการเองจึงสามารถจัดทำได้

ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูประบบราชการในสมัยรัชกาลที่ 5 ระบบบริการสาธารณะของไทยจึงเริ่มเป็นระบบระเบียบมากขึ้น มีหน่วยงานที่รับผิดชอบแน่นอน จำแนกตามภารกิจ คือ กระทรวงต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นก็เพื่อจัดทำบริการสาธารณะทางด้านต่าง ๆ ประกอบกับในสมัยนี้มีการเปลี่ยนแปลงบ้านเมืองเป็นอันมาก เกิดบริการสาธารณะประเภทใหม่ ๆ จำนวนมาก เพื่อปรับปรุงประเทศให้มีความเจริญทัดเทียมอารยประเทศ เช่น ไฟฟ้า ประปา ไปรษณีย์ การรถไฟ ฯลฯ ซึ่งล้วนแต่เป็นบริการสาธารณะที่สำคัญของประเทศ

2.3.8.2 การถ่ายโอนภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะจากรัฐไปสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เมื่อส่วนกลางมีภารกิจมากขึ้น ประกอบกับจำนวนประชากรและเขตพื้นที่ชุมชนที่มากขึ้น การปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจจึงเกิดขึ้น เพื่อมอบภารกิจหรือกิจกรรมบริการสาธารณะบางอย่างให้ท้องถิ่นจัดทำกันเองโดยอิสระ

เนื่องจากหลักการกระจายอำนาจในการปกครองเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจการปกครองบางส่วนให้กับองค์กรอื่นนอกจากองค์กรส่วนกลางเพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีอิสระตามสมควร ไม่ต้องขึ้นอยู่กับความบังคับบัญชาของส่วนกลาง เพียงแต่ขึ้นอยู่ในความควบคุม และกำกับดูแลเท่านั้น³⁸ ดังนั้น แนวความคิดในการกระจายอำนาจของส่วนกลางไปยังส่วนท้องถิ่นจึงมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อถ่ายโอนภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้ท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการเองตามความต้องการของท้องถิ่นนั้น ๆ แนวความคิดในการถ่ายโอนอำนาจและหน้าที่ในการตัดสินใจทรัพยากรเงินและบุคลากรไปให้ท้องถิ่นต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ ดังนี้

³⁸ โกสิน พลกุล, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), 61.

1. เป็นอำนาจหน้าที่ที่ไม่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ การป้องกันประเทศ การดำเนินนโยบายต่างประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ นโยบายการเงินการคลังของประเทศ และการยุติธรรม

2. เป็นการถ่ายโอนเฉพาะหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้
3. เป็นการถ่ายโอนหน้าที่ที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับท้องถิ่น
4. ต้องเป็นการถ่ายโอนหน้าที่ที่ท้องถิ่นสามารถดำเนินการเองได้ และเกิดความประหยัด คุ่มค่า

สำหรับประเทศไทย หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้แผนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ภารกิจที่รัฐบาลจะต้องถ่ายโอนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีจำนวนมากถึง 245 ภารกิจ ซึ่งเป็นการกิจของส่วนราชการที่เกี่ยวข้องจำนวน 15 กระทรวง 57 กรม และ 1 หน่วยงานอิสระ นอกจากนี้ แผนดังกล่าวได้กำหนดระยะเวลาในการถ่ายโอนภารกิจต่าง ๆ ให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลา 4 ปี (พ.ศ. 2544 - 2547) โดยหากไม่สามารถดำเนินการได้เรียบร้อย จะต้องถ่ายโอนภารกิจให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลา 10 ปี (พ.ศ. 2544 - 2553) ปัจจุบันภารกิจที่ได้ถ่ายโอนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้วแบ่งเป็น ดังนี้³⁹

1. ภารกิจที่ถ่ายโอนให้ท้องถิ่นไปแล้วมีจำนวน 181 ภารกิจ จากภารกิจทั้งสิ้นจำนวน 245 คงเหลือภารกิจอีกจำนวน 64 ภารกิจ ซึ่งถือว่ามีความคืบหน้าในการถ่ายโอนพอสมควร หากมองในเชิงปริมาณ

2. หากเราพิจารณาถึงเนื้อหารายละเอียดของการถ่ายโอนภารกิจแล้วจะพบว่า ภารกิจที่ถ่ายโอนแล้วส่วนใหญ่เป็นภารกิจด้านการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน ส่วนการถ่ายโอนภารกิจด้านการพัฒนาคุณภาพชีวิต เช่น การจัดการศึกษาและการสาธารณสุข ฯลฯ เป็นต้น และการถ่ายโอนภารกิจด้านการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ยังไม่มีความคืบหน้าเท่าที่ควร

3. การถ่ายโอนบุคลากรให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น พบว่ามีการถ่ายโอนข้าราชการและลูกจ้างประจำจำนวน 4,111 ราย ในปี 2546 แบ่งออกเป็นข้าราชการจำนวน 1,310 ราย และลูกจ้างประจำ 2,801 ราย

4. การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีการดำเนินการไปแล้วจำนวน 22 ฉบับ อยู่ระหว่างการดำเนินการ 28 ฉบับ

³⁹ สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย, *ทิศทางการปกครองท้องถิ่นไทย* [ออนไลน์], 2 เมษายน 2553. แหล่งที่มา http://www.trf.or.th/tips/x.asp?Art_ID=93

และยังมิได้รับการปรับปรุงแก้ไขจำนวน 15 ฉบับ ข้อมูลในเชิงปริมาณเช่นนี้ อาจกล่าวได้ว่าการกระจายอำนาจยังไม่มีความคืบหน้าเท่าที่ควร บุคลากรที่ได้ถ่ายโอนไปแล้วเป็นสัดส่วนที่น้อยมาก เมื่อเทียบกับจำนวนบุคลากรในราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาค เมื่อเปรียบเทียบกับภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีจำนวน 7,953 แห่ง ส่วนกฎหมายที่กำลังอยู่ในระหว่างการปรับปรุงแก้ไขและรอการพิจารณานั้นยังมีอีกหลายฉบับในช่วง 4 ปีที่ผ่านมารัฐสภาสามารถปรับปรุงกฎหมายได้เพียงจำนวน 22 ฉบับเท่านั้น การแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เหลือคงต้องใช้ระยะเวลาอีกพอสมควร และปัจจุบันยังไม่มีหลักประกันที่แน่ชัดว่าการดำเนินการดังกล่าวจะเสร็จสิ้นเมื่อใด

2.3.8.3 การจัดทำบริการสาธารณะตามหลักธรรมาภิบาล

การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance) หรือหลักธรรมาภิบาลเป็นแนวทางในการจัดระเบียบเพื่อให้สังคมของประเทศทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาชน สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างเป็นสุข หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีมีสาระสำคัญ 6 ประการ คือ

1. หลักนิติธรรม กับหลักนิติรัฐ ซึ่งหลักนิติรัฐ (Legal State) ซึ่งมีประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นแบบ หมายถึงการปกครองบริหารประเทศหรือสังคมซึ่งถือกฎหมายเป็นใหญ่ คือ อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายบ้านเมือง เป็นการปกครองโดยกฎหมาย มิใช่ปกครองตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจหรือผู้ปกครอง ส่วนประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ จะอ้างถึงหลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งโดยสรุปก็น่าจะมีความหมายเป็นอย่างเดียวกัน คือ ถือกฎหมายเป็นใหญ่ในการบริหาร ทั้งผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้การปกครองล้วนอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเสมอกัน และกฎหมายนั้นต้องมีความชอบธรรมด้วย ดังนั้นผู้ปกครองจึงต้องกระทำการตามที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจเท่านั้น ถ้าหากกฎหมายมิได้ให้อำนาจไว้ก็ไม่สามารถกระทำได้

2. หลักคุณธรรม คือ การยึดถือในความถูกต้องดีตาม คุณธรรมจริยธรรม

3. หลักความโปร่งใส ตรวจสอบได้

4. หลักความมีส่วนร่วม เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการปกครองหรือการตัดสินใจสาธารณะต่าง ๆ

5. หลักความรับผิดชอบ การทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนเองและผู้อื่น ความรับผิดชอบต่อสังคม และ

6. หลักความคุ้มค่า คือ การใช้ทรัพยากรอย่างประหยัด

หลักธรรมาภิบาลดังกล่าว เป็นหลักการที่ควรจะต้องได้รับการส่งเสริมให้เกิดขึ้นในการปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม การบริหารงานท้องถิ่นที่โปร่งใส ตรวจสอบได้ ผู้บริหารมีคุณธรรมจริยธรรม และมีความรับผิดชอบในการบริหารงาน รวมทั้งการดำเนิน

กิจกรรมบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะต้องเกิดการใช้จ่ายทรัพยากรอย่างคุ้มค่าและยั่งยืนด้วย

2.3.9 วิธีการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหลายวิธีการ ตั้งแต่วิธีการที่ท้องถิ่นจัดทำบริการสาธารณะเอง หรือท้องถิ่นร่วมกับองค์กรอื่นในการจัดทำในรูปแบบต่าง ๆ หรือเป็นกรณีที่ท้องถิ่นมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำก็ได้ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.3.9.1 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำบริการสาธารณะเอง

บริการสาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำเอง โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ซึ่งประเทศไทยแบ่งการปกครองส่วนท้องถิ่นเป็น 5 รูปแบบ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) กรุงเทพมหานคร (กทม.) และเมืองพัทยา ซึ่งการจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยเป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจซึ่งเป็นหลักการที่ประเทศเสรีประชาธิปไตยให้การยอมรับและปฏิบัติกันอย่างกว้างขวาง เนื่องจากการมอบหมายให้ท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะก็เพื่อเป็นการลดภาระของส่วนกลาง ทั้งในด้านการเงิน บุคลากร และอื่นๆ อีกด้วย เพราะท้องถิ่นสามารถหารายได้บางส่วนได้ด้วยตนเอง จึงสามารถลดการอุดหนุนจากรับได้ ประกอบกับกิจกรรมการบริการสาธารณะบางอย่าง รัฐไม่อาจลงไปสอบถามความต้องการของประชาชนได้อย่างทั่วถึงในทุกท้องถิ่น จึงต้องมอบหมายให้ท้องถิ่นจัดทำกันเอง เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ

การจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีลักษณะพิเศษที่สำคัญ 4 ประการ คือ⁴⁰

1. ฐานะของเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเป็นข้าราชการหรือพนักงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังเช่น ความเกี่ยวพันระหว่างนายจ้างและลูกจ้างของเอกชน แต่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเสมอภาคกับผู้ที่เกี่ยวข้องทุกคน เป็นการกำหนดโดยฝ่ายเดียวของรัฐด้วยอำนาจนิติบัญญัติซึ่งสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกฎหมาย แต่ไม่สามารถตกลงกัน

⁴⁰ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), 133-136. คมกฤษ อภาครัตน์วิไล, แนวทางการจัดตั้งสหการในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), 7-9.

ได้เหมือนนายจ้างลูกจ้างของเอกชน เพราะเจ้าหน้าที่ของราชการจะได้รับการคัดเลือกเข้ามานั้นย่อมเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย มิได้อยู่ที่ความตกลงกันระหว่างฝ่ายปกครองและบุคคลที่จะเข้ามารับราชการ นอกจากนี้ ข้าราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ด้วยกฎหมายโดยมิต้องได้รับความยินยอมของข้าราชการผู้นั้นแต่อย่างใด แต่หากเป็นลูกจ้างของเอกชนจะต้องมีการตกลงกันก่อน นายจ้างจะทำโดยฝ่ายเดียวไม่ได้ ความเกี่ยวพันของข้าราชการกับรัฐเป็นไปตามกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนมิได้เป็นไปตามกฎหมายเอกชน

2. ทรัพย์สินที่ใช้ในราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะมีลักษณะเป็นทรัพย์สินของรัฐไม่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายธรรมดา เช่นทรัพย์สินของเอกชน สาธารณสมบัติของแผ่นดิน จะถูกยึดหรือจะยกอายุความขึ้นต่อสู้เพื่อแย่งกรรมสิทธิ์ของรัฐไม่ได้ ซึ่งต่างจากทรัพย์สินของเอกชนที่อาจถูกยึดหรือยกอายุความขึ้นต่อสู้เพื่อแย่งการครอบครองหรือแย่งกรรมสิทธิ์ได้ การโอนกรรมสิทธิ์ในสาธารณสมบัติของแผ่นดินจะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะราย ๆ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองให้ทรัพย์สินของรัฐเป็นประโยชน์แก่มหาชน

3. การปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมแตกต่างจากการกระทำของเอกชน และใช้บังคับได้โดยไม่ต้องมีการแสดงเจตนาร่วมกัน เช่น คำสั่งของเจ้าพนักงานบังคับให้เอกชนทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย หรือการเรียกเก็บภาษีอากร เป็นต้น ซึ่งอำนาจนี้เป็นอำนาจมหาชน เอกชนทั่วไปไม่สามารถทำได้

4. การบริการสาธารณะเป็นบริการที่จำเป็นที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องจัดทำ เพื่อสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น และส่วนใหญ่จะเป็นกิจการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำโดยไม่คิดมูลค่า ประชาชนจะได้รับประโยชน์โดยไม่เสียค่าบริการโดยตรง นอกจากภาษีอากรที่รัฐเรียกเก็บจากประชาชนตามปกติเท่านั้น กิจการต่าง ๆ ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำโดยไม่คิดมูลค่า เช่น การให้มีแสงสว่างตามถนนหนทาง การทำถนน สะพาน เป็นต้น แต่มีกิจการบางอย่างที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องจัดเก็บค่าธรรมเนียมและค่าบริการจากผู้ใช้บริการโดยตรง โดยไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชนโดยทั่วไป เพราะผู้เสียค่าธรรมเนียมและค่าบริการเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงก็ควรที่จะรับภาระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เอง เช่น การศึกษา การทำนิติกรรมสัญญาต่าง ๆ ที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะพิเศษในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 4 ประการดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า กิจกรรมบริการสาธารณะที่ท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำมีลักษณะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะพิเศษเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ

2.3.9.2 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นร่วมกับองค์กรอื่นจัดทำ

กฎหมายจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นทุกฉบับได้บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะออกกฎหมายของท้องถิ่น เพื่อการปฏิบัติงานให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ ซึ่งรวมถึงร่วมกับองค์กรอื่นในการจัดทำโดยร่วมในในรูปแบบของสหการหรือบริษัทจำกัด ดังนี้

1. การร่วมกันในรูปแบบสหการ

การจัดตั้งสหการเป็นรูปแบบของการจัดตั้งองค์กรในการจัดทำบริการสาธารณะ ที่กฎหมายจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นได้ให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ เช่น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 58⁴¹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 95 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 มาตรา 72 เป็นต้น

สหการเป็นรูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะรูปแบบหนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะและแตกต่างไปจากองค์กรที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะขององค์กรอื่น ๆ สหการเป็นความร่วมมือกันในการดำเนินกิจกรรมการบริการสาธารณะระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตั้งแต่สองท้องถิ่นขึ้นไป หรือระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับนิติบุคคลมหาชนอื่น เพื่อจัดทำภารกิจใดภารกิจหนึ่งหรือหลายภารกิจ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่เนื่องจากท้องถิ่นมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะทางด้านปกครองอยู่มาก จึงไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะด้านอื่นให้เกิดประสิทธิภาพได้ จึงต้องจัดตั้งสหการแล้วมอบหมายภารกิจบางอย่างให้สหการเป็นผู้จัดทำส่วนการจัดตั้งสหการนั้นกฎหมายจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา⁴²

สหการมีฐานะเป็นนิติบุคคลมหาชน เพราะจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน การมีฐานะเป็นนิติบุคคลของสหการทำให้สหการเป็นแหล่งรวมผลประโยชน์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกับนิติบุคคลอื่น ๆ ดังนั้น สหการจึงมีองค์กรบริหารของ

⁴¹ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 58 บัญญัติว่า

“ถ้ามีกิจการใดอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเทศบาลตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปที่จะร่วมกันทำเพื่อให้เกิดประโยชน์อย่างยิ่ง ก็ให้จัดตั้งเป็นองค์การขึ้นเรียกว่าสหการ มีสภาพเป็นทบวงการเมือง และมีคณะกรรมการบริหาร ประกอบด้วยผู้แทนของเทศบาลที่เกี่ยวข้องอยู่ด้วย การจัดตั้งสหการจะทำได้ก็แต่โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาซึ่งจะได้กำหนดชื่ออำนาจหน้าที่ และระเบียบการดำเนินงานไว้ การยุบเลิกสหการให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาโดยกำหนดวิธีการจัดทรัพย์สินไว้ด้วย”

⁴² พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 58

ตนเอง มีความสามารถในการทำนิติกรรมต่าง ๆ มีทรัพย์สินและการคลังในนามของตนเอง มีชื่อเป็นของตนเอง รวมทั้งมีสิทธิและหน้าที่ในการฟ้องคดีหรือถูกฟ้องคดีในนามของสหการเองด้วย⁴³

2. การร่วมกันในรูปแบบบริษัทจำกัด

นอกจากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอง หรือท้องถิ่นร่วมกันจัดตั้งสหการขึ้นแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังสามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดขึ้นเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้โดยกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้บัญญัติให้ท้องถิ่นมีอำนาจก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ คือ พระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521

การที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละฉบับ เปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้มีความหมายว่า การก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือการถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเหมือนเช่นเอกชนทั่วไป แต่การจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีเงื่อนไขที่แตกต่างจากเอกชนหลายประการ กล่าวคือ บริษัทจำกัดนั้นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนที่บริษัทได้จดทะเบียนไว้ ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือหลายหน่วยงานของรัฐส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจถือหุ้นอยู่ในบริษัทจำกัดเดียวกันให้นับหุ้นที่ถือรวมกันทั้งหมด แต่ถ้าเป็นบริษัทจำกัดที่ไม่มีเอกชนร่วมถือหุ้นอยู่ด้วย กฎหมายไม่ได้บังคับว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50⁴⁴ โดยในการก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเท่านั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อกิจการอย่างอื่นนอกเหนือจากกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคไม่ได้ ซึ่งการจัดตั้งจะต้องได้รับความ

⁴³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับองค์การมหาชนอิสระ”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 19, 4, (ธันวาคม 2532): 65.

⁴⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 20, 2, (มิถุนายน 2533): 143.

เห็นชอบจากสภาท้องถิ่น และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในฐานะผู้มีอำนาจหน้าที่ควบคุมและกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย

การที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้อำนาจท้องถิ่นก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด เนื่องจาก มีภารกิจบางประเภทที่ท้องถิ่นจะต้องจัดทำ และเป็นภารกิจที่ไม่ใช่บริการสาธารณะทางปกครอง และต้องอาศัยความคล่องตัวในการดำเนินการดังเช่นเอกชน จึงจำเป็นต้องก่อตั้งบริษัทจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลเอกชนขึ้นจัดทำ ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะ ตลอดจนเป็นแหล่งรายได้อีกทางหนึ่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นอกเหนือจากภาษีอากรซึ่งเป็นรายได้หลัก ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในส่วนของ การก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล ซึ่งเป็นเรื่องที่จะได้ศึกษาในวิทยานิพนธ์นี้

2.3.9.3 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ

กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกฉบับได้บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะออกกฎหมายของท้องถิ่น เพื่อการปฏิบัติงานให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ ซึ่งรวมถึงการมอบกิจกรรมบริการสาธารณะให้แก่เอกชนเป็นผู้จัดทำ ซึ่งวิธีการในการมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ก็เหมือนกันกับวิธีการที่ส่วนกลางมอบให้เอกชนจัดทำ คือ การมอบโดยสัญญาหรือการให้สัมปทาน ดังนี้

1. การมอบโดยสัญญา

การให้เอกชนจัดทำกิจการบางอย่างเกี่ยวกับบริการสาธารณะนั้น สามารถทำได้ทั้งในรูปแบบของสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรือที่เรียกว่าสัญญาทางแพ่ง และสัญญาตามกฎหมายมหาชน หรือที่เรียกว่าสัญญาทางปกครอง และหากเกิดความเสียหายใด ๆ อันเนื่องมาจากการกระทำของเอกชน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ยังมีหน้าที่รับผิดชอบต่อความเสียหาย เพราะเป็นงานที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้น มิได้เป็นการมอบหมายอย่างเด็ดขาด องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังมีหน้าที่ต้องคอยควบคุม กำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 23 (1) ที่บัญญัติให้มีคณะกรรมการติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาให้เป็นไปตามนโยบายของท้องถิ่น เป็นต้น⁴⁵

⁴⁵ คมกฤษ อารัตน์วิไล, แนวทางการจัดตั้งสหกรณ์ในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), 10.

2. การมอบสัมปทาน

คำว่า สัมปทาน ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายว่า “การอนุญาตให้มีสิทธิที่จะทำได้แต่เพียงผู้เดียวในกิจการบางอย่าง เช่น เหมืองแร่ และป่าไม้” (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542) การให้สัมปทานแก่เอกชนในกิจการของรัฐเป็นสัญญาระหว่างรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับเอกชน โดยที่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เอกชนรายใดรายหนึ่งเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยการให้สัมปทาน โดยที่เอกชนผู้ได้รับสัมปทานจะจ่ายค่าตอบแทนให้กับรัฐ จากค่าบริการที่เรียกเก็บได้จากประชาชน ผู้ใช้บริการหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทนในรูปแบบอื่น ซึ่งสัมปทานนั้นจะต้องเป็นประโยชน์กับรัฐหรือประชาชนในท้องถิ่นนั้น ดังชื่อของสัญญาว่า สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ อันหมายถึงการให้มีสิทธิที่จะทำได้แต่เพียงผู้เดียวในกิจการบริการสาธารณะบางอย่างที่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอนุญาตให้ทำในเขตพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ซึ่งโดยปกติเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะจัดทำให้แก่ประชาชน

เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้สัมปทานในกิจการอย่างหนึ่งแก่เอกชนไปแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ยังมีอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินการของเอกชนให้เป็นไปตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งเอกชนผู้รับสัมปทานนั้นอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ การให้สัมปทานนี้เป็นการประหยัคเงินงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะดำเนินการเอง เพราะไม่ต้องใช้งบประมาณลงทุนเอง หากแต่เป็นการให้เอกชนลงทุนแล้วส่งผลประโยชน์ให้รัฐ

2.3.10 ปัญหาการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยนั้นมีอย่างน้อย 4 ประการ ได้แก่⁴⁶

2.3.10.1 ปัญหาด้านการถ่ายโอนภารกิจหน้าที่ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แม้ว่าแผนแม่บทและแผนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะได้วางข้อกำหนดและทิศทางอย่างเป็นระบบ แต่ในทางปฏิบัติกลับมีปัญหาและอุปสรรคหลายประการ ได้แก่

1. ในด้านการกิจที่ถ่ายโอนยังคงอยู่เฉพาะภารกิจในกลุ่มโครงสร้างพื้นฐานและการส่งเสริมคุณภาพชีวิต ส่วนภารกิจด้านอื่น ๆ ยังมีความคืบหน้าเท่าที่ควร

⁴⁶ โกวิทช์ พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย หลักการและมิติใหม่ในอนาคต, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2550), 405 - 407.

2. การถ่ายโอนภารกิจยังไม่เป็นไปอย่างสอดคล้องกันระหว่างภารกิจ งบประมาณ บุคลากร การปฏิบัติ และวัสดุอุปกรณ์ ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถดำเนินกิจกรรมที่มีการถ่ายโอนได้ เนื่องจากข้อจำกัดในด้านทรัพยากร ส่วนอีกหลายกิจกรรมที่ท้องถิ่นมีความพร้อมในการจัดทำ แต่ก็ปรากฏว่ายังติดขัดกับข้อกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง

3. กระบวนการถ่ายโอนจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือจากส่วนราชการผู้ถ่ายโอนอย่างมาก แต่ในทางปฏิบัติกลับประสบกับปัญหาว่าส่วนราชการต่าง ๆ มักถ่ายโอนให้เฉพาะภารกิจหน้าที่แต่ในด้านวัสดุอุปกรณ์แนวปฏิบัติ ตลอดจนข้อมูลพื้นฐานต่าง ๆ ที่จำเป็นแก่การดำเนินการตามภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลับไม่ได้รับการส่งมอบจากส่วนราชการผู้ถ่ายโอน

2.3.10.2 ปัญหาการจัดระบบบริการสาธารณะระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การขาดการบูรณาการระหว่างแผนการกระจายอำนาจกับทิศทางการปฏิรูประบบการบริหารราชการแผ่นดินทั้งระบบทำให้เกิดความซ้ำซ้อนและการแข่งขันในเชิงบทบาทหน้าที่ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและส่วนราชการต่าง ๆ เนื่องจากทิศทางที่ปรากฏในแผนการกระจายอำนาจเป็นการลดขนาดและถอนตัวออกไปของส่วนราชการต่าง ๆ แต่ในทางปฏิบัติทิศทางการปฏิรูประบบการบริหารราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาค ยังแสดงให้เห็นว่าส่วนราชการต่าง ๆ ยังจะคงมีบทบาทอย่างสำคัญต่อไปในพื้นที่บริหารการปกครองนอกศูนย์กลาง

2.3.10.3 ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่ยังอิงและอาศัยความร่วมมือและการผลักดันจากรัฐบาลที่ส่วนกลางค่อนข้างมาก รวมถึงปัญหาในเชิงองค์กร ซึ่งยังมีบุคลากรและทรัพยากรทางการบริหารค่อนข้างจำกัด เป็นผลให้การดำเนินงานเป็นไปอย่างยากลำบาก

2.3.10.4 ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการในการให้บริการสาธารณะ ภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในปัจจุบัน มักให้ความสำคัญกับเรื่องการถ่ายโอนภารกิจ แต่ยังขาดความสนใจอย่างเพียงพอในเรื่องวิธีการในการให้บริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กล่าวคือ ภายใต้อำนาจหน้าที่ปัจจุบันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยยังคงมีช่องทางในการจัดทำภารกิจที่ค่อนข้างจำกัด โดยมากมักเน้นให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำบริการสาธารณะด้วยตนเอง ผ่านการใช้ทรัพยากรภายในขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหลัก ซึ่งอาจเป็นผลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประสบกับปัญหาการเติบโตไปสู่การเป็นระบบราชการ ดังที่ราชการส่วนกลางเคยประสบมาแล้วก็ได้

นอกจากปัญหาทั้ง 4 ประการของการจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวแล้ว ยังพบว่าการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังประสบกับปัญหาอื่น ๆ อีก ได้แก่ ปัญหาการแทรกแซงการทำงานของรัฐบาล ปัญหาในการขาดการมีส่วนร่วม

ร่วมของประชาชนในท้องถิ่น ปัญหาผู้แทนท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นไม่ตระหนักในบทบาทหน้าที่ของตนเกิดการทุจริต เป็นต้น

2.4 เทศบาลในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ

คำว่า เทศบาล นั้น พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นแบบหนึ่ง (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542)

เทศบาลเป็นรูปแบบการปกครองท้องถิ่นรูปแบบหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่น ซึ่งเป็นรูปแบบที่เรียกว่าประชาธิปไตยและมีความใกล้ชิดประชาชนมากที่สุด ในบรรดาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยในปัจจุบันนี้ เทศบาลเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีฐานะเป็นตัวแทนของรัฐบาล และกระทรวงมหาดไทยที่ประสบความสำเร็จเป็นอย่างยิ่งต่อการให้บริการสาธารณะเพื่อแก้ไขปัญหาและตอบสนองความต้องการแก่ประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างดีที่สุด ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา เทศบาลเป็นองค์กรที่มีบทบาทอย่างยิ่งในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนในเขตชุมชนเมือง ซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ที่ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมและพัฒนาได้ด้วยตนเอง

2.4.1 ที่มาของเทศบาล

เทศบาลเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่ง และตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เมื่อท้องถิ่นใดมีสภาพอันสมควรยกฐานะเป็นเทศบาล ให้จัดตั้งท้องถิ่นนั้นเป็นเทศบาลโดยการตราพระราชกฤษฎีกายกฐานะท้องถิ่นนั้นขึ้นเป็นเทศบาล

เทศบาลถูกก่อตั้งตามกฎหมายเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดระเบียบเทศบาล พ.ศ. 2476 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสปกครองตนเองในลักษณะกระจายอำนาจให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งได้จำลองรูปแบบมาจากการปกครองของรัฐบาลซึ่งมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและคณะรัฐมนตรี ในส่วนของเทศบาลก็มีการจัดให้มีสภาเทศบาลและคณะเทศมนตรีซึ่งทำหน้าที่ในลักษณะเดียวกัน แต่ปรากฏว่าไม่สามารถดำเนินการได้สำเร็จ เพราะฐานะของตำบลแต่ละแห่งแตกต่างกันมาก เมื่อถึงปี พ.ศ. 2489 สามารถจัดตั้งเทศบาลได้ 117 แห่ง แต่ปรากฏว่าเทศบาลเหล่านั้นไม่พัฒนาเท่าที่ควร เนื่องจากราษฎรส่วนมากขาดความรู้ความเข้าใจและไม่สนใจในการปกครองรูปแบบเทศบาล พระราชบัญญัติจัดระเบียบเทศบาล พ.ศ. 2476 กำหนดให้จัดตั้ง เทศบาลมีสามระดับ คือ เทศบาลตำบล เทศบาลเมือง

เทศบาลนคร แบ่งโครงสร้างการบริหารงานให้เทศบาลประกอบด้วย สององค์กร คือ สภาเทศบาล และคณะกรรมการ เทศบาลมีสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งทำหน้าที่เป็นฝ่ายสภาท้องถิ่นมีอำนาจควบคุมการเทศบาล มีประธานสภาที่มาจากการแต่งตั้งของข้าหลวงประจำจังหวัด คณะมนตรีทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารท้องถิ่น มีนายกเทศมนตรีที่มาจากการแต่งตั้งของข้าหลวงประจำจังหวัดทำหน้าที่บริหารเทศบาลภายใต้การควบคุมของสภาเทศบาล

2.4.2 ความเป็นนิติบุคคลของเทศบาล

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มิได้รับรองความเป็นนิติบุคคลของเทศบาลไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาตามความในมาตรา 7 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 นั้น บัญญัติว่า “ให้เทศบาลเป็นทบวงการเมือง มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น” เทศบาลจึงเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีสถานะเป็นทบวงการเมือง ประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดิมที่ได้บัญญัติประเภทของนิติบุคคลไว้ว่า “จำพวกที่กล่าวต่อไปนี้อยู่เป็นนิติบุคคลคือ (1) ทบวงการเมือง...” ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535 โดยมาตรา 3 (1) แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติว่า “...(1) ให้ยกเลิกบทบัญญัติ บรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้ใช้บังคับโดยพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2468” และมาตรา 7 บัญญัติว่า “ให้องค์กรหรือหน่วยงานที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นทบวงการเมืองตามความหมายของมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 (1) แห่งพระราชบัญญัตินี้คงมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่อไป” ผลจากบทกฎหมายดังกล่าวทำให้เทศบาลเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียงประเภทเดียวที่มีสถานะเป็นทบวงการเมืองและมีฐานะเป็นนิติบุคคล

กฎหมายกำหนดให้เทศบาลมีฐานะเป็นนิติบุคคล เป็นมาตรการหนึ่งในการสนับสนุนความเป็นอิสระ และเพื่อให้มีความคล่องตัวในการจัดกิจการในความรับผิดชอบ เพราะเทศบาลมีความสามารถในการดำเนินการและจัดการทรัพย์สินของตนเองได้ โดยมีสิทธิและหน้าที่ได้อย่างบุคคลธรรมดา เช่น การทำนิติกรรม การเป็นเจ้าของทรัพย์สิน การเป็นโจทก์หรือจำเลย เป็นต้น ส่วนจะมีสิทธิและหน้าที่อะไรบ้างมาน้อยเพียงใด และมีความสามารถใช้สิทธิได้อย่างไรบ้างนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายการปกครองท้องถิ่นจะบัญญัติใช้อำนาจไว้ทั้งนี้หมายความว่ารวมถึงสิทธิและหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง ซึ่งมีสิทธิใช้อำนาจราชการบริหารส่วนท้องถิ่นในรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นชนิดต่าง ๆ เช่น องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด การปกครองท้องถิ่นรูปแบบพิเศษอื่น ๆ ถือว่าเป็นองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจทางฝ่ายบริหาร

เป็นองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย ตามหลักของการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย และเป็นไปตามแนวคิดของมองเตสกีเออ ตามทฤษฎีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ (นิติบุคคล) จากตัวบุคคลไปให้กับรัฐ

2.4.3 ประเภทของเทศบาล

พระราชบัญญัติเทศบาลได้จัดแบ่งประเภทของเทศบาลตามขนาดจำนวนประชากร ไว้ดังนี้

2.4.3.1 เทศบาลตำบล มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติว่า เทศบาลตำบล ได้แก่ ท้องถิ่น ซึ่งมีประกาศกระทรวงมหาดไทยยกฐานะเป็นเทศบาลตำบล ประกาศกระทรวงมหาดไทยนั้นให้ระบุชื่อและเขตของเทศบาลไว้ด้วย ตามบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดหลักเกณฑ์จัดตั้งท้องถิ่นเป็นเทศบาลตำบลที่แน่ชัดประการใด อย่างไรก็ตามกระทรวงมหาดไทยได้เคยวางแนวทางปฏิบัติในการกำหนดคุณสมบัติของท้องถิ่นที่จะจัดตั้งขึ้นเป็นเทศบาลตำบลไว้ ดังนี้ คือ (ปัจจุบันได้ยกเลิกหลักเกณฑ์นี้ไปแล้ว)

1. มีประชากรตั้งแต่ 7,000 คนขึ้นไป
2. มีความหนาแน่นของประชากรตั้งแต่ 1,500 คนต่อ 1 ตารางกิโลเมตร
3. มีรายได้เกินกว่า 5 ล้านบาทขึ้นไปโดยไม่รวมเงินอุดหนุน

นอกจากนี้พระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงฐานะของสุขาภิบาลเป็นเทศบาล พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ยกเลิกกฎหมายว่าด้วยสุขาภิบาลและให้บรรดาสุขาภิบาลตามกฎหมายว่าด้วยสุขาภิบาลที่มีอยู่ในวันที่พระราชบัญญัติประกาศในพระราชกิจจานุเบกษา มีฐานะเป็นเทศบาลตำบลตามกฎหมายว่าด้วยเทศบาลในวันที่พระราชบัญญัติใช้บังคับ (วันที่ 25 พฤษภาคม พ.ศ. 2542) เป็นการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้รูปแบบขององค์กรสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2540 มิได้เปลี่ยนแปลงอันมาจากความพร้อม ของท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แต่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารเหมือนกับเทศบาลตำบลที่จัดตั้งขึ้นตาม พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

2.4.3.2 เทศบาลเมือง มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กำหนดให้ท้องถิ่นที่สามารถจัดตั้ง เป็นเทศบาลเมืองได้แก่ ท้องถิ่นที่มีลักษณะดังนี้คือ

1. ท้องถิ่นอันเป็นที่ตั้งศาลากลางจังหวัดหรือ
2. ท้องถิ่นที่มีประชากรตั้งแต่ 10,000 คนขึ้นไป
3. มีรายได้เพียงพอแก่การที่ปฏิบัติหน้าที่อื่นต้องทำตามกฎหมายว่าด้วยเทศบาล

2.4.3.3 เทศบาลนคร มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กำหนดให้ท้องถิ่นซึ่งสามารถจัดตั้งเป็นเทศบาลนคร ได้แก่ ท้องถิ่นที่มีลักษณะดังนี้คือ

1. ท้องถิ่นที่มีจำนวนประชากรตั้งแต่ 50,000 คนขึ้นไป
2. มีรายได้เพียงพอแก่การที่จะปฏิบัติหน้าที่อื่นต้องทำตามกฎหมายว่าด้วยเทศบาล

2.4.4 อำนาจหน้าที่ของเทศบาลในการจัดทำบริการสาธารณะ

ในส่วนของอำนาจหน้าที่ของเทศบาลในการจัดทำบริการสาธารณะ ผู้เขียนขอแบ่งเป็น 3 ประเภท คือ การกิจและหน้าที่ที่เทศบาลจะต้องจัดทำ การกิจและหน้าที่ที่เทศบาลอาจจัดทำ และการกิจและหน้าที่ที่เทศบาลได้รับมอบหมาย ดังนี้

2.4.4.1 การกิจและหน้าที่ที่เทศบาลจะต้องจัดทำ

การกิจและหน้าที่ที่เทศบาลจะต้องจัดทำ แยกออกเป็น 3 กลุ่มตามประเภทของเทศบาล ซึ่งเทศบาลแต่ละประเภทจะมีอำนาจหน้าที่แตกต่างกันดังที่ระบุไว้ในมาตรา 50 สำหรับอำนาจหน้าที่ของเทศบาลตำบล มาตรา 53 สำหรับอำนาจหน้าที่ของเทศบาลเมือง และมาตรา 56 สำหรับอำนาจหน้าที่ของเทศบาลนคร ดังนี้

การกิจหน้าที่ของเทศบาลตำบล ตามมาตรา 50

1. รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน
2. ให้มีและบำรุงทางบกและทางน้ำ
3. รักษาความสะอาดของถนน หรือทางเดินและที่สาธารณะรวมทั้งการกำจัด
4. ขยะมูลฝอยและสิ่งปฏิกูล
5. ป้องกันและระงับโรคติดต่อ
6. ให้มีเครื่องใช้ในการดับเพลิง
7. ให้ราษฎรได้รับการศึกษาอบรม
8. ส่งเสริมการพัฒนาสตรี เด็ก เยาวชน ผู้สูงอายุและผู้พิการ
9. บำรุงศิลปะ จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น
10. หน้าที่อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของเทศบาล

การกิจหน้าที่ของเทศบาลเมือง ตามมาตรา 53

1. กิจการตามที่ระบุไว้ในมาตรา 50
2. ให้มีน้ำสะอาดหรือการประปา
3. ให้มีโรงพยาบาล
4. ให้มีและบำรุงสถานที่ทำการพิทักษ์และรักษาคนเจ็บไข้
5. ให้มีและบำรุงทางระบายน้ำ
6. ให้มีและบำรุงส้วมสาธารณะ
7. ให้มีและบำรุงการไฟฟ้า หรือแสงสว่างโดยวิธีอื่น
8. ให้มีการดำเนินกิจการโรงรับจำนำหรือสถานสินเชื่อท้องถิ่น

ภาระหน้าที่ของเทศบาลนคร ตามมาตรา 56

1. กิจการตามที่ระบุไว้ในมาตรา 53
2. ให้มีและบำรุงการสงเคราะห์มารดาและเด็ก
3. กิจการอย่างอื่นซึ่งจำเป็นเพื่อการสาธารณสุข
4. การควบคุมสุขลักษณะและอนามัยในร้านจำหน่ายอาหาร โรงมหรสพ และสถานบริการอื่น
5. จัดการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยและการปรับปรุงแหล่งเสื่อมโทรม
6. จัดให้มีและควบคุมตลาด ท่าเทียบเรือ ท่าข้าม และที่จอดรถ
7. การวางผังเมืองและการควบคุมการก่อสร้าง
8. การส่งเสริมกิจการการท่องเที่ยว
9. กิจการอื่น ๆ ตามมาตรา 54

2.4.4.2 ภารกิจและหน้าที่ที่เทศบาลอาจจัดทำ

ภารกิจและหน้าที่ที่เทศบาลอาจจัดทำเป็นอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเทศบาลแห่งใดจะจัดทำหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความพร้อม และความจำเป็นในเขตเทศบาลนั้น ๆ อันได้แก่กิจการดังที่ระบุไว้ในมาตรา 51 สำหรับเทศบาลตำบล กิจการตามมาตรา 54 สำหรับเทศบาลเมือง และกิจการตามมาตรา 57 สำหรับเทศบาลนคร

2.4.4.3 ภารกิจและหน้าที่ที่เทศบาลได้รับมอบหมาย

พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติในมาตรา 16 ให้เทศบาลมีอำนาจหน้าที่นอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กล่าวคือ นอกจากหน้าที่ของเทศบาลตามกฎหมายว่าด้วยเทศบาลแล้ว ในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังได้กำหนดหน้าที่ของเทศบาลไว้ด้วยเช่นกันในมาตรา 16 ให้เทศบาลเมืองพัทยา และองค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเอง ดังนี้

1. การจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่นของตนเอง
2. การจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ
3. การจัดให้มีและควบคุมตลาด ท่าเทียบเรือ ท่าข้าม และที่จอดรถ
4. การสาธารณสุขูปโภคและการก่อสร้างอื่น ๆ
5. การสาธารณสุขูปการ

6. การส่งเสริม การฝึก และประกอบอาชีพ
7. การพาณิชย์ และส่งเสริมการลงทุน
8. การส่งเสริมการท่องเที่ยว
9. การจัดการศึกษา
10. การสังคมสงเคราะห์ และการพัฒนาคุณภาพชีวิตเด็ก สตรี คนชรา และ

ผู้ด้อยโอกาส

ของท้องถิ่น

11. การบำรุงรักษาศิลปะ จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดี
12. การปรับปรุงแหล่งชุมชนแออัดและการจัดการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย
13. การจัดให้มีและบำรุงรักษาสถานที่พักผ่อนหย่อนใจ
14. การส่งเสริมกีฬา
15. การส่งเสริมประชาธิปไตย ความเสมอภาค และสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของราษฎรในการพัฒนาท้องถิ่น เทศบาลมีภาระ

หน้าที่ ดังนี้

1. การรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง
2. การกำจัดมูลฝอย สิ่งปฏิกูลและน้ำเสีย
3. การสาธารณสุข การอนามัยครอบครัว และการรักษาพยาบาล
4. การจัดให้มีและควบคุมสุสานและฌาปนสถาน
5. การควบคุมการเลี้ยงสัตว์
6. การจัดให้มีและควบคุมการฆ่าสัตว์
7. การรักษาความปลอดภัย ความเป็นระเบียบเรียบร้อย และการอนามัย

โรงมหรสพและสาธารณูปโภคสถานอื่นๆ

และสิ่งแวดล้อม

8. การจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากป่าไม้ ที่ดินทรัพยากรธรรมชาติและ
9. การผังเมือง
10. การขนส่งและการวิศวกรรมจราจร
11. การดูแลรักษาที่สาธารณะ
12. การควบคุมอาคาร
13. การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย

14. การรักษาความสงบเรียบร้อย การส่งเสริมและสนับสนุนการป้องกันและรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน

15. กิจการอื่นใดที่เป็นผลประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

การที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ของเทศบาลและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ ไว้มากมายเช่นนี้ ก็เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งรวมทั้งเทศบาล ต้องเตรียมตัวรับการถ่ายโอนภารกิจหน้าที่ งบประมาณ และบุคลากรให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจากรัฐบาล ตามทิศทางที่เป็นผลมาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 และสืบเนื่องมาถึงรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ที่ได้กำหนดให้มีกฎหมายแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ ซึ่งได้กำหนดแผนและขั้นตอนให้มีการถ่ายโอนภารกิจหน้าที่จากหน่วยราชการบริหารส่วนกลางและส่วนภูมิภาคแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

2.4.5 วิธีการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาล

ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาลซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่ง มีวิธีการเช่นเดียวกันกับวิธีการจัดทำบริการสาธารณะเช่นเดียวกับส่วนกลาง หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่น โดยทั่วไปมี 3 วิธีการ คือ เทศบาลเป็นผู้จัดทำเอง เทศบาลร่วมกับองค์กรอื่นในการจัดทำ และเทศบาลมอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำ ดังนี้

2.4.5.1 เทศบาลจัดทำเอง

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยเทศบาลมิได้มีบทบัญญัติกำหนดเฉพาะให้เทศบาลจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง แต่ได้บัญญัติไว้โดยรวมให้เทศบาลมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะโดยตนเอง ตามความในมาตรา 50, 51, 53, 54, 56 และมาตรา 57

การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นนั้นโดยหลักแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นควรเป็นผู้จัดทำเอง โดยดำเนินการตามที่กฎหมายจัดตั้งกำหนดไว้ การจัดบริการสาธารณะท้องถิ่นโดยวิธีจัดทำเองนี้โดยปกติจะเรียกว่าเป็นการจัดทำในรูป “ราชการ” กล่าวคือ จัดทำโดยเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือเทศบาล และอยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการโดยอาศัยอำนาจพิเศษในทางปกครอง และด้วยเงินงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

สำหรับภารกิจหน้าที่ที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำ หรือ มีหน้าที่ที่ต้องจัดทำ ซึ่งหมายถึงภารกิจที่เทศบาลจะต้องจัดทำหรือจัดให้มีขึ้นภายในพื้นที่รับผิดชอบของตนเอง ส่วนใหญ่เป็นภารกิจหน้าที่ขั้นพื้นฐานที่เทศบาลจำเป็นต้องมีเพื่อเป็นการให้บริการแก่คนในท้องถิ่น และเป็น

หลักประกันขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชนในท้องถิ่นว่าจะได้รับการสาธารณสุขในระดับพื้นฐานที่สุดจากรัฐ อาทิเช่น รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ให้มีน้ำสะอาดหรือการประปาให้ราษฎรมีการศึกษาอบรม ป้องกันและระงับโรคติดต่อ ให้มีและการบำรุงไฟฟ้าหรือแสงสว่างโดยวิธีอื่น การวางผังเมืองและการควบคุมการก่อสร้าง การส่งเสริมกิจการท่องเที่ยว เป็นต้น และอีกประการหนึ่งคือภารกิจหน้าที่ที่อาจจัดทำ หรือ มีหน้าที่ที่อาจจะจัดทำ ซึ่งหมายถึงกลุ่มภารกิจที่กฎหมายเปิดโอกาสให้เทศบาลสามารถจะดำเนินการจัดทำได้ หากเทศบาลมีความพร้อมและมีศักยภาพเพียงพอ สาเหตุสำคัญประการหนึ่งก็คือ ศักยภาพและความสามารถของท้องถิ่นหรือเทศบาลในแต่ละแห่งมีความแตกต่างกัน ในท้องถิ่นที่มีความเจริญสูง จำนวนประชากรมาก ย่อมส่งผลให้รายได้ของท้องถิ่นสูง ในขณะที่ในท้องถิ่นที่มีประชากรน้อย จำนวนประชากรน้อย รายได้ของท้องถิ่นก็ต่ำไปด้วย เมื่อรายได้และฐานะการคลังของท้องถิ่นแตกต่างกันเช่นนี้แล้ว ศักยภาพในแต่ละท้องถิ่นก็ย่อมแตกต่างกันไปด้วยซึ่งส่งผลต่อการปฏิบัติการกิจหน้าที่ของท้องถิ่นด้วยเช่นกัน ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดภารกิจหน้าที่ที่อาจจะกระทำ ก็เท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้ท้องถิ่นที่มีศักยภาพสูงสามารถทำหน้าที่ต่าง ๆ ได้มากขึ้น และไม่เป็นการบังคับให้ท้องถิ่นขนาดเล็กแบกรับภาระมากเกินไป อาทิเช่น ให้มีตลาด ท่าเทียบเรือและท่าข้าม ให้มีสุสานและฌาปนสถาน บำรุงและส่งเสริมการทำมาหากินของราษฎร ให้มีและบำรุงการสงเคราะห์มารดาและเด็ก ให้มีและบำรุงโรงพยาบาล เป็นต้น

การจัดทำบริการสาธารณสุขของเทศบาลเองเป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจการปกครองอันเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และการจัดทำบริการสาธารณสุขโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะเป็นการสะดวกในด้านการเงินการคลังด้วย เพราะนอกจากการได้รับเงินสนับสนุนช่วยเหลือจากส่วนกลางแล้วท้องถิ่นอาจมีรายได้จากการจัดทำบริการสาธารณสุขอีกส่วนหนึ่งด้วย การจัดทำบริการสาธารณสุขโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำเองนั้นนอกจากจะต้องประกอบด้วยลักษณะทั่วไปของการบริการสาธารณสุขแล้ว ยังมีลักษณะพิเศษเพิ่มขึ้นอีก 4 ประการ คือ

1. ฐานะของเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่รับเข้ามามี 3 ลักษณะ คือ

1) เป็นข้าราชการหรือพนักงานขององค์กรปกครองท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น

2) เป็นบุคลากรซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง แต่ไม่มีสถานะเป็นข้าราชการหรือพนักงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น คือเป็นเพียงพนักงานจ้างที่ทำสัญญาจ้างกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น พนักงานจ้างตามภารกิจ พนักงานจ้างผู้เชี่ยวชาญผู้ค้นคว้าวิจัยต่าง ๆ

3) เป็นบุคลากรที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรับเข้ามาภายใต้ระบบกฎหมาย
แพ่งได้แก่ พนักงานจ้างทั่วไป

2. ทรัพย์สินที่ใช้ในการจัดทำสาธารณะต้องเป็นทรัพย์สินของฝ่ายปกครองหรือ
ของรัฐ เช่น สาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นต้นซึ่งทรัพย์สินเหล่านี้มิได้อยู่ภายใต้บังคับของ
กฎหมายทั่วไปอย่างทรัพย์สินของเอกชน จะยึดหรือยกอายุความขึ้นต่อสู้เพื่อแย่งกรรมสิทธิ์กับ
องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ได้

3. การปฏิบัติหน้าที่ราชการของข้าราชการแห่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อม
เป็นการกระทำทางปกครองที่แสดงเจตนาฝ่ายเดียวได้ และใช้บังคับได้โดยไม่ต้องมีการแสดงเจตนา
ร่วมกัน มีอำนาจเหนือเอกชนโดยกฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการ
รื้อถอนอาคารที่ไม่ได้รับอนุญาตการเรียกเก็บภาษีป้าย หรือคำสั่งของนายทะเบียนท้องถิ่น เป็นต้น
ซึ่งอำนาจนี้เป็นอำนาจมหาชนที่เอกชนทั่วไปไม่สามารถทำได้

4. การบริการสาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องจัดทำเพื่อสนองตอบต่อ
ความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น ตามภารกิจที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำตามกฎหมาย หรือ
ภารกิจถ่ายโอนจากราชการส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาค และส่วนใหญ่จะเป็นกิจการที่ประชาชนไม่
ต้องเสียค่าบริการโดยตรง นอกเสียจากภาษีที่รัฐเรียกเก็บจากประชาชนตามปกติเท่านั้น กิจการ
ต่าง ๆ ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำโดยไม่คิดค่าบริการ เช่น การสร้างถนน การติดตั้งไฟฟ้า
ตามถนน การสร้างสวนสาธารณะ เป็นต้น สำหรับกิจการบางอย่างที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
ต้องจัดเก็บค่าธรรมเนียมและค่าบริการจากผู้ใช้บริการโดยตรงเพราะผู้เสียค่าธรรมเนียมและ
ค่าบริการเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงควรจะได้รับภาระในค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เช่น การจัดเก็บขยะ การ
ขนส่ง การทำนิติกรรมต่าง ๆ ที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

การบริการสาธารณะที่เป็นกิจการลักษณะสำคัญพิเศษที่องค์กรปกครองส่วน
ท้องถิ่นจัดทำเอง มักจะเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ได้เสียของประชาชนหรือสิทธิขั้น
พื้นฐานที่ประชาชนต้องได้รับจากรัฐหรือท้องถิ่น เช่น การบริการสาธารณสุขด้านการพยาบาลที่
เป็นปัจจัยพื้นฐานที่จำเป็นในชีวิตประจำวันของประชาชน

2.4.5.2 เทศบาลร่วมกับบุคคลอื่นในการจัดทำ

บริการสาธารณะที่เทศบาลร่วมกับบุคคลอื่นในการจัดทำ แบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่
การจัดตั้งสหการ และการก่อตั้งบริษัทจำกัด

1. กรณีการจัดตั้งสหการ มีรายละเอียดดังนี้

- 1) สหการเป็นนิติบุคคลมหาชน ซึ่งมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กำหนดให้มีสภาพเป็นทบวงการเมือง
- 2) การจัดตั้งหรือยุบเลิกสหการต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกา
- 3) การจัดตั้งสหการเพื่อจัดทำกิจการใด กิจการนั้นต้องเป็นกิจการที่อยู่ภายใต้ อำนาจหน้าที่ของเทศบาลตั้งแต่ 2 แห่งขึ้นไป และการดำเนินการร่วมมือกันดังกล่าวจะเกิดประโยชน์ มากกว่าการดำเนินการโดยเทศบาลแต่ละแห่ง
- 4) สหการดำเนินงานโดยมีคณะกรรมการบริหารประกอบด้วยผู้แทนเทศบาล ที่เกี่ยวข้อง
- 5) สหการที่จัดตั้งขึ้นอาจได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลและอาจกู้เงินได้ตาม กฎหมายว่าด้วยเทศบาล

สหการเป็นองค์กรที่องค์กรปกครองท้องถิ่นจัดตั้งขึ้นต่างหากเพื่อดำเนินกิจการที่เป็นหน้าที่ของท้องถิ่น ทั้งนี้เพราะการดำเนินการขององค์กรปกครองท้องถิ่นในบางครั้งต้องการ ความเป็นเอกเทศทางการเงินและการบริหารอีกประการหนึ่ง บริการสาธารณะบางเรื่องถ้าจำกัดให้ ทำเฉพาะในเขตท้องถิ่นหนึ่งก็จะแคบเกินไป เช่น เรื่องการจัดให้มีการระบายน้ำต้องอาศัยความ ร่วมมือจากท้องถิ่นใกล้เคียง และอาจต้องเสียค่าใช้จ่ายมากเกินกำลังของท้องถิ่นที่จะดำเนินการตาม ลำพังได้ กฎหมายจึงกำหนดให้มีการรวมตัวขององค์กรปกครองท้องถิ่นจัดตั้งเป็นสหการขึ้น⁴⁷

การจัดตั้งสหการเกิดจากการรวมตัวขององค์กรปกครองท้องถิ่นตั้งแต่ 2 องค์กร ขึ้นไป แต่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2796 กำหนดว่า เทศบาลอาจจัดตั้ง “สหการเทศบาล” ขึ้น จากการรวมตัวของเทศบาลกับเทศบาลเท่านั้น กฎหมายเทศบาลไม่ได้กำหนดให้เทศบาลรวมกับ องค์กรปกครองท้องถิ่นอื่นได้ ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ กรุงเทพนานคร พ.ศ. 2528

มีข้อสังเกตว่าในประเทศไทยไม่เคยมีการจัดตั้งสหการขึ้นเลย แต่ในประเทศ ฝรั่งเศสการจัดตั้งสหการเป็นไปอย่างแพร่หลาย โดยการจัดตั้งขึ้นอยู่ในรูปขององค์การมหาชน อิสระไม่มีรายได้เป็นของตัวเอง เพื่อจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดที่อยู่ภายใต้ความ รับผิดชอบของเทศบาล สหการแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

⁴⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่...) พ.ศ., (เรื่องพิจารณาเสร็จที่ 225 – 258 /2510).

1) สหกรณ์เฉพาะของเทศบาล (syndicat de commune) เป็นการรวมกลุ่มระหว่างประเทศด้วยตนเอง ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือสหกรณ์ที่มีอำนาจหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งเพียงประการเดียว (syndicat a vocation unique หรือ syndicat a vocation multiple หรือ SIVOP)

2) สหกรณ์ผสม (syndicat mixte) เป็นการรวมกลุ่มของเทศบาลกับองค์การปกครองท้องถิ่นซึ่งในประเทศไทยก็มีการกำหนดให้สหกรณ์มีการจัดตั้งได้ใน 2 รูปแบบ คือ สหกรณ์เทศบาลตามมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และสหกรณ์ผสมตามมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

2. กรณีเทศบาลอาจจัดทำกิจการได้โดยวิธีการก่อตั้งบริษัทจำกัดซึ่งเป็นการแต่งตั้งนิติบุคคลเอกชน ดังนั้น การจัดตั้งต้องอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 57 ตรี แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ดังนี้ คือ

- 1) บริษัทจำกัดนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อกิจการค้าอันเป็นสาธารณูปโภค
- 2) เทศบาลต้องถือหุ้นมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนที่บริษัทนั้นจดทะเบียน

ทะเบียน

3) ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

การที่กฎหมายให้อำนาจเทศบาลจัดตั้งบริษัทจำกัด หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้น เนื่องจากว่ารูปแบบของบริษัทจำกัดดำเนินงานได้คล่องตัวและการร่วมกันจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดจะทำให้เทศบาลมีรายได้อีกทางหนึ่งนอกเหนือจากรายได้จากการเก็บภาษีอากรในท้องถิ่นนั้น

2.4.5.3 เทศบาลมอบให้ผู้อื่นจัดทำ

กฎหมายจัดตั้งเทศบาลได้กำหนดให้อำนาจแก่การปกครองท้องถิ่นในการออกกฎหมายของท้องถิ่นเพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปตามอำนาจหน้าที่และนโยบายที่วางไว้ ดังนั้น เทศบาลจึงสามารถที่จะมอบกิจการบางอย่างให้เอกชนรับไปจัดทำโดยสัญญาซึ่งคู่สัญญาอาจจะมี ความเท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือคู่สัญญาอาจจะมี ความแตกต่างกัน ตามกฎหมายมหาชนก็ได้ โดยให้เอกชนจัดทำกิจการบางอย่างในรูปแบบของสัญญาหรือโดยสัมปทาน

1. โดยสัญญา

การให้เอกชนจัดทำกิจการบางอย่างเกี่ยวกับการบริการสาธารณะนั้นสามารถทำได้ทั้งในรูปแบบของสัญญาตามกฎหมายเอกชน และตามกฎหมายมหาชนและหากเกิดความเสียหายอย่างใด ๆ อันเนื่องมาจากการกระทำของเอกชนแล้ว เทศบาลเดิมก็ยังคงรับผิดชอบต่อความเสียหายนั้นในฐานะผู้รับผิดชอบเพราะเป็นงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของเทศบาลนั้น การให้

เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนี้มีไว้เป็นการมอบอำนาจโดยเด็ดขาด และการมอบอำนาจให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนี้จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายด้วย เพราะเทศบาลผู้มอบอำนาจหรือรัฐจะคอยติดตามหรือกำกับดูแลอยู่ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 23 (1) ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาให้เป็นไปตามนโยบายของท้องถิ่นหรือของรัฐ เป็นต้น

2. โดยสัมปทาน

คำว่า สัมปทาน ตามพจนานุกรมฉบับบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 หมายถึง “การอนุญาตให้มีสิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียวในกิจการบางอย่าง เช่น เหมืองแร่ และป่าไม้” การให้สัมปทานแก่เอกชนจึงเป็นสัญญาระหว่างภาครัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับภาคเอกชน โดยที่ภาครัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เอกชนรายใดรายหนึ่งดำเนินการ หรือจัดทำบริการสาธารณะโดยการให้สัมปทาน โดยที่เอกชนผู้ได้รับสัมปทานนั้นจะได้ค่าตอบแทนในการจัดทำบริการสาธารณะจากผู้ใช้บริการหรือได้รับผลประโยชน์ในรูปแบบอื่นตอบแทนและในขณะเดียวกันเอกชนผู้ได้รับสัมปทานนั้นจะต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่ภาครัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเช่นเดียวกัน และสัมปทานนั้นจะต้องเป็นประโยชน์รัฐหรือประชาชนโดยทั่วไปในท้องถิ่นตามที่เรียกสัญญานี้ว่า สัมปทานบริการสาธารณะ อันหมายความว่า การให้สิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียวในกิจการบริการสาธารณะบางอย่างที่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอนุญาตให้ทำภายในเขตการปกครองท้องถิ่นนั้น ซึ่งโดยปกติอำนาจหน้าที่นี้เป็นของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องจัดทำให้แก่ประชาชน

ในกรณีที่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้สัมปทานแก่เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้นรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเดิมนั้นก็ยังมีอำนาจในการกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะนั้นอยู่และมีอำนาจตรวจสอบการจัดทำบริการสาธารณะนั้นด้วย เอกชนผู้รับสัมปทานนี้อาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

การให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนี้เป็นการประหยัดเงินของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพราะไม่ต้องลงทุนเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่ได้ให้สัมปทานนั่นเอง และหากเอกชนผู้ได้รับสัมปทานนั้นฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดขั้นมูลฐานในการให้สัมปทานหรือฝ่าฝืนกฎหมายฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานนั้นก็มีอำนาจเพิกถอนสัมปทานนั้นได้ก่อนหมดสัญญา

สัมปทาน อันเป็นมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะให้ผู้ได้รับสัมปทานปฏิบัติตามสัญญา⁴⁸

กล่าวโดยสรุปแล้ววิธีการในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาลในการจัดทำบริการสาธารณะของท้องถิ่นนั้นมีหลายวิธีหลายรูปแบบโดยเทศบาลเป็นผู้จัดทำเองเพราะรู้ปัญหาต่าง ๆ ในท้องถิ่นได้ดี หรืออาจจะให้เอกชนจัดทำแทนโดยเทศบาลจะเป็นผู้ดูแลการจัดทำของเอกชนนั้น หรือเทศบาลนั้นอาจจะร่วมมือกับเอกชนจัดทำตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ให้อำนาจไว้

2.4.6 ความเป็นอิสระของเทศบาล

ความเป็นอิสระในภาษาไทยมาจากคำว่า autonomy ซึ่งมีรากมาจากภาษากรีก คือ คำว่า Auto-Nomos คำแรกหมายถึงตัวเอง ส่วนคำหลังหมายถึงกฎหมาย autonomy หมายถึงความเป็นอิสระ หรือการที่ตนเองมีอิสระที่จะออกกฎเกณฑ์ได้เอง ไม่ว่าจะมองในแง่ปรัชญา ด้านศีลธรรม การเมืองหรือชีวจริยธรรม (bioethical) ความเป็นอิสระก็คือความสามารถในการตัดสินใจของคนหรือเรื่องราวนั้นและตัดสินใจอย่างมีอิสระไม่ถูกบีบบังคับ ในทางปรัชญาคนที่ตัดสินใจได้อย่างมีอิสระก็ย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน ในด้านการแพทย์ ฝ่ายหมอหรือพยาบาลต้องเคารพความเป็นอิสระของคนไข้ และในทางการเมือง ความเป็นอิสระคือสิทธิที่จะกำหนดชีวิตของประชาชนหรือการปกครองตนเอง (self - governance หรือ self - governing of a people)⁴⁹

ความเป็นอิสระของท้องถิ่นคือสิทธิในการปกครองตนเอง สามารถออกกฎเกณฑ์ของตนเองได้ในระดับท้องถิ่น สามารถกำหนดทิศทางการพัฒนาท้องถิ่นของตนด้วยตนเองที่เรียกว่าประชาธิปไตยระดับท้องถิ่น

การปกครองตนเองในระดับท้องถิ่นซึ่งต้องการความเป็นอิสระจำต้องจำแนกให้ชัดเจนว่าท้องถิ่นควรมีความเป็นอิสระแบบใดบ้าง ซึ่งมีอย่างน้อย 7 ประการ ดังนี้⁵⁰

2.4.6.1 ความเป็นอิสระด้านนโยบายและการวางแผน (policy autonomy) ในเมื่อแต่ละท้องถิ่นมีลักษณะเฉพาะของตนเอง ท้องถิ่นก็ควรมีความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายในการ

⁴⁸ คมกฤษ อภาครันวิไล, *แนวทางการจัดตั้งสหการในประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), 10 - 11.

⁴⁹ J. Bronowski and B. Mazlish, *The Western intellectual Tradition: From Leonardo to Hegel* (NY: Harper Perennial, 1960), Chapter 26 “Kant to Hegel”. 472- 479.

⁵⁰ ชเนศวร์ เจริญเมือง, *ทฤษฎีและแนวคิด: การปกครองท้องถิ่นกับการบริหารจัดการท้องถิ่น*, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2551), 233-237.

พัฒนาพื้นที่ ความเป็นอิสระดังกล่าวควรเป็นสิทธิของคนในท้องถิ่นเพราะนั่นคือท้องถิ่นของเขา และพวกเขาควรจะรู้ดีที่สุดว่าพวกเขาต้องการอะไรสำหรับเมืองและสำหรับความเป็นอยู่ตลอดจนทิศทางชีวิตของพวกเขาและลูกหลานในอนาคต

2.4.6.2 ความเป็นอิสระด้านการวางแผน (planning autonomy) เมื่อมีนโยบาย ขึ้นต่อไปคือการวางแผนและมาตรการเพื่อทำให้นโยบายนั้นปรากฏความเป็นจริง

2.4.6.3 ความเป็นอิสระด้านการออกข้อบังคับ (regulatory autonomy) นโยบายจะไม่มี ความหมายใดเลยหากปราศจากนโยบายนั้น ไปปฏิบัติให้เป็นจริง ดังนั้นท้องถิ่นควรมีอำนาจในการ ออกข้อบังคับท้องถิ่น

2.4.6.4 ความเป็นอิสระด้านการบริหาร (administrative autonomy) ท้องถิ่นควรมี อิสระในการบริหารโครงการและจัดการงานต่างๆในท้องถิ่น ไม่สมควรที่รัฐบาลกลางจะมีอำนาจ ในการอนุมัติโครงการต่าง ๆ ที่ท้องถิ่นกำหนดขึ้นมา

2.4.6.5 ความเป็นอิสระด้านการคลัง (financial autonomy) ในเมื่อการใช้จ่ายเป็น เครื่องมือสำคัญทำให้งานส่วนใหญ่บรรลุวัตถุประสงค์ ท้องถิ่นก็ควรมีความเป็นอิสระในการหา รายได้และกำหนดวิธีการใช้จ่ายของตนเอง การมีรายได้ที่จำกัดเนื่องจากขาดความเป็นอิสระในการ กำหนดภาษีอากร หรือต้องได้รับความช่วยเหลือที่เรียกว่าเงินให้เปล่าหรือเงินอุดหนุน ซึ่งเป็นการ ให้แบบมีเงื่อนไข ท้องถิ่นต้องนำเงินดังกล่าวไปใช้ในงานที่รัฐบาลกลางกำหนด ผลก็คือท้องถิ่น ต้องพึ่งพาปัจจัยภายนอก ถูกปัจจัยภายนอกกำหนดทิศทางการพัฒนา ตลอดจนระดับการพัฒนา

2.4.6.6 ความเป็นอิสระด้านบุคลากร (personnel autonomy) ผู้บริหารท้องถิ่นควรมี อำนาจอิสระเต็มที่ในการบริหารงานบุคคลเพราะเจ้าหน้าที่ทุกคนขึ้นต่อท้องถิ่น กระทบสามารถ กำหนดคุณสมบัติทุกด้านของผู้สมัครเข้าทำงานได้ และให้สิทธิแก่คนในท้องถิ่นก่อนคนต่างถิ่น เพราะเห็นว่าเขาเสียภาษีให้กับท้องถิ่นมานานเขาควรได้รับสิทธิในการสมัครงานและได้ทำงานก่อน และหากหาผู้มีคุณสมบัติเหมาะสมในท้องถิ่นไม่ได้ จึงประกาศหาคนนอกเขต และหากคนนอกเขต ได้เข้าทำงานก็ต้องย้ายทะเบียนบ้านทันที

2.4.6.7 สมาชิกสภาท้องถิ่น และผู้บริหารจะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยคนในท้องถิ่น นั้น (elected local councilors and executive) ไม่ใช่มาจากการแต่งตั้งจากหน่วยราชการเหนือขึ้นไป การเลือกตั้งและการดำรงตำแหน่งที่มีวาระจะเป็นหลักประกันว่าประชาชนสามารถคัดเลือกบุคคลที่ พวกเขาต้องการสามารถตรวจสอบการทำงานได้

การปกครองตนเองในระดับท้องถิ่นที่ท้องถิ่นมีความเป็นอิสระเรียกในสหรัฐว่า local self government⁵¹ และเรียกอีกอย่างหนึ่งในประเทศอังกฤษว่า devolution⁵² ซึ่งหมายถึงการมอบอำนาจให้แก่ท้องถิ่นเป็นคนดำเนินการที่เรียกต่างกันไปเพราะความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่ต่างกัน คนอเมริกันเริ่มสร้างสังคมด้วยการอพยพไปอยู่ในดินแดนใหม่ที่ยังไม่มีใครปกครองจึงจัดการปกครองชุมชนด้วยตนเอง ส่วนอังกฤษเป็นผลพวงของการต่อสู้ระหว่างท้องถิ่นกับรัฐที่มีกษัตริย์ครองอำนาจอยู่ก่อนท้องถิ่นที่เข้มแข็งสามารถเรียกร้องให้ได้รับสิทธิในการปกครองตนเองและเป็นการต่อสู้ที่ใช้เวลาหลายศตวรรษ ในกรณีเทศบาลของประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2476 ซึ่งมีการจัดตั้งเทศบาลขึ้นเป็นครั้งแรก สภาเทศบาลมาจากการเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรงฝ่ายบริหารมาจากการเลือกตั้งโดยอ้อมซึ่งถือได้ว่าในด้านรูปแบบเทศบาลตั้งแต่ พ.ศ. 2476 เป็นต้นมาซึ่งเปิดโอกาสให้คนในท้องถิ่นเป็นทั้งผู้ออกกฎหมายและบริหารท้องถิ่นของตนเอง เป็นองค์กรปกครองท้องถิ่นตามแบบการปกครองตนเองในระดับท้องถิ่นมากที่สุดในประวัติศาสตร์ยุคศักดินา และนับตั้งแต่การปฏิรูปการปกครองของประเทศไทยในปี พ.ศ. 2435⁵³

2.4.7 การกำกับดูแลเทศบาล

เนื่องจากเทศบาลมีการจัดโครงสร้างภายในโดยแบ่งเป็น 2 ส่วนคือ สภาท้องถิ่นและฝ่ายบริหารและในแต่ละส่วนก็จะมีบุคลากรปฏิบัติหน้าที่อยู่ ทั้งนี้เพราะเทศบาลย่อมมีอำนาจกระทำตามที่กฎหมายกำหนด โดยอาศัยบุคลากรในองค์กรนั้นเป็นผู้ปฏิบัติงาน ดังนั้นการกำกับดูแลจึงต้องมีทั้งในส่วนการกำกับดูแลบุคคลและกำกับดูแลองค์กร

2.4.7.1 การกำกับดูแลบุคคล

บุคคลธรรมดาที่ปฏิบัติหน้าที่ในเทศบาล ไม่ว่าจะเป็นอยู่ในเทศบาลในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลและพนักงานเทศบาล หรือผู้ดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหาร อันได้แก่นายกเทศมนตรี ซึ่ง

⁵¹ Jerome R. Reich, **colonial America** (Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1984) and Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, translated and edited by Harvey C. Mansfield & Delba Winthrop, (Chicago: the University of Chicago Press, 2000).

⁵² Tony Byrne, **Local Government in Britain**, 6th ed. (London: Penguin Books, 1994); Vernon Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom* (Oxford: Oxford University Press, 1999) and E.L.Yuliani, “Decentralization, deconcentration and devolution: What do they mean?”. paper presented at the Interlaken Workshop on Decentralization, 27-30 April 2004, Interlaken, Switzerland

⁵³ ชเนศวร์ เจริญเมือง, 100 ปี การปกครองท้องถิ่นไทย พ.ศ. 2440-2540, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2548), 72-107.

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้กำหนดวิธีการกำกับดูแลบุคคลเหล่านี้ไว้ โดยมีกระบวนการและเงื่อนไขแตกต่างกัน ระหว่างบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ในสภาเทศบาลกับผู้ดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหาร ดังต่อไปนี้

1. สมาชิกสภาเทศบาล กำกับดูแลโดยผู้ว่าราชการจังหวัด กล่าวคือ เป็นผู้มีอำนาจสอบสวนและวินิจฉัย หากมีกรณีสงสัยว่าสมาชิกสภาเทศบาลผู้ใดสิ้นสุดลงด้วยเหตุดังนี้

1) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามสำหรับผู้รับสมัครรับเลือกตั้งตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล

2) ขาดประชุมสภาเทศบาลสามครั้งติดต่อกันโดยไม่มีสาเหตุอันสมควร

3) กระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 18

2. นายกเทศมนตรี กำกับดูแลโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย กล่าวคือ เป็นผู้มีอำนาจสั่งให้นายกเทศมนตรีออกจากตำแหน่งได้เมื่อได้รับคำร้องว่านายกเทศมนตรีกระทำการดังต่อไปนี้

1) ปฏิบัติการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน

2) ละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่

3) มีความประพฤติอันจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่ศักดิ์ ตำแหน่งหน้าที่หรือแก่เทศบาล หรือแก่ราชการ

2.4.7.2 การกำกับดูแลองค์กร

อำนาจในการกำกับดูแลองค์กรเทศบาล ได้แก่ อำนาจของส่วนกลางและส่วนภูมิภาค ในการยุบสภาท้องถิ่นเมื่อมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ การยุบสภานั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในเขตเทศบาลหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนใหญ่ โดยผู้ว่าราชการจังหวัดจะเป็นผู้มีอำนาจเสนอรายงานความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะเป็นผู้มีอำนาจสั่งยุบสภาเทศบาลได้ทั้งนี้ต้องแสดงเหตุผลไว้ในคำสั่งด้วย

2.4.7.3 การกำกับดูแลการกระทำ

แม้เทศบาลสามารถดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายด้วยตนเอง แต่ก็มิได้เป็นไปโดยอิสระ หรือปราศจากการควบคุมตรวจสอบ กฎหมายได้กำหนดให้ส่วนกลาง เข้ามามีอำนาจกำกับดูแลการกระทำของเทศบาลใน 2 ลักษณะ

1. อำนาจในการให้ความเห็นชอบ เป็นลักษณะการควบคุมก่อนการกระทำเพื่อตรวจสอบและให้ความเห็นชอบก่อนที่จะมีการกระทำนั้น ๆ เกิดขึ้น “การกระทำ” ในที่นี้ หมายความว่า รวมถึงการออกกฎ ระเบียบ และการทำนิติกรรมใด ๆ ของเทศบาลโดยจะถูกกำกับดูแลตามมาตรา 62

แสดงให้เห็นถึงอำนาจของส่วนภูมิภาค คือ นายอำเภอและผู้ว่าราชการจังหวัดในการพิจารณาร่างเทศบัญญัติที่เทศบาลมีมติเห็นชอบแล้ว และผลการพิจารณาก็อาจมีได้ 2 ทาง

ทางที่หนึ่ง คือ ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นชอบด้วยกับร่างเทศบัญญัติดังกล่าว ก็จะส่งให้นายกเทศมนตรีลงนามเพื่อใช้บังคับเป็นเทศบัญญัติ ลักษณะนี้เป็นการให้ความเห็นชอบแบบชัดเจน ตามมาตรา 62 วรรคต้น และมีอีกกรณีหนึ่งที่ได้ถือว่าผู้ว่าราชการจังหวัดได้ให้ความเห็นชอบด้วย คือ กรณีผู้ว่าราชการจังหวัดไม่พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสิบห้าวัน ตามวรรคสอง

ทางที่สอง คือผู้ว่าราชการจังหวัดไม่ให้ความเห็นชอบกับร่างเทศบัญญัติดังกล่าว ก็ส่งร่างเทศบัญญัตินั้นพร้อมด้วยเหตุผลคืนไปยังสภาเทศบาลเพื่อทบทวนใหม่อีกครั้ง แต่ถ้าสภาเทศบาลคงยังยืนยันตามร่างเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกเท่าที่มีอยู่ร่างเทศบัญญัตินั้นก็มีผลใช้บังคับได้ โดยนายกเทศมนตรีเป็นผู้ลงนามบังคับใช้แล้วแจ้งให้ผู้ว่าราชการทราบต่อไป

2. อำนาจเพิกถอนหรือระงับการกระทำ อำนาจเพิกถอนหรือระงับการกระทำของเทศบาลนี้ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 72 ซึ่งให้แก่ นายอำเภอหรือผู้ว่าราชการจังหวัดในอันที่จะสั่งเพิกถอนหรือระงับการปฏิบัติหน้าที่ของนายกเทศมนตรีหรือรองนายกเทศมนตรี หากพบว่าการปฏิบัติหน้าที่ของเทศบาลนั้นมีลักษณะที่จะเสียหายแก่เทศบาลเองหรือเสียหายต่อส่วนราชการ แต่ทั้งนี้ต้องมีการแนะนำคัดเตือนก่อน หลังจากสั่งเพิกถอนหรือระงับหน้าที่แล้ว ให้รับรายงานไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเพื่อพิจารณาสั่งการตามที่สมควร หากคำสั่งรัฐมนตรีออกมาในทางที่เห็นชอบกับนายอำเภอและผู้ว่าราชการจังหวัด จะมีผลให้การกระทำของนายกเทศมนตรีหรือรองนายกเทศมนตรีต้องถูกเพิกถอนหรือถูกระงับไปในที่สุด

2.4.7.4 การควบคุมการคลัง

เทศบาลต้องถูกควบคุมทางการเงินการคลัง 2 ลักษณะคือ

1. อำนาจออกกฎระเบียบให้เทศบาลปฏิบัติ ตามมาตรา 69 บัญญัติถึงอำนาจส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวงมหาดไทยมีอำนาจออกระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการคลัง การงบประมาณ ฯลฯ ของเทศบาลได้ เท่ากับว่าเทศบาลไม่มีอิสระในการออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคลังของตนเองได้ จะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบที่ส่วนกลางเป็นผู้กำหนดขึ้น

2. อำนาจตรวจสอบความถูกต้อง เป็นการตรวจสอบความถูกต้องภายหลังการกระทำการเงินการคลังของเทศบาล โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะเข้ามาตรวจสอบ 3 ด้าน คือ ตรวจสอบการคลัง เช่น การตรวจสอบการใช้งบประมาณประจำปี และตรวจสอบการบัญชี เช่น การตรวจสอบบัญชีรายรับ - รายจ่าย ของเทศบาล ตรวจสอบการเงินอื่น ๆ ของเทศบาล

บทที่ 3

การก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลในประเทศไทย

3.1 แนวความคิดของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน

แนวความคิดกฎหมายมหาชน และแนวความคิดกฎหมายเอกชน มีความแตกต่างกัน ทั้งในเรื่องรูปแบบ เนื้อหาสาระและองค์กร โดยขอแบ่งออกเป็นแนวความคิดของกฎหมายเอกชน และแนวความคิดของกฎหมายมหาชน ดังต่อไปนี้

3.1.1 แนวความคิดของกฎหมายเอกชน

กฎหมายเอกชน คือ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันในสถานะที่เท่าเทียมกัน บนพื้นฐานความสมัครใจ หรือเสรีภาพในการแสดงเจตนาของเอกชนเอง กฎหมายเอกชน ใช้บังคับกับสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันในสถานะที่ต่างเป็นผู้อยู่ได้ปกครองเหมือนกันและเท่าเทียมกันต่างจากกฎหมายมหาชนที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐอยู่ในฐานะผู้ปกครอง แม้ในกฎหมายเอกชน รัฐเองจะเป็นผู้ออกกฎหมาย และรัฐเป็นผู้บังคับตามสิทธิหน้าที่ที่เอกชนก่อขึ้นระหว่างกันตามกฎหมายเอกชนนั้นก็ตาม แต่รัฐก็อยู่ในฐานะคนกลางผู้กำกับให้เอกชนปฏิบัติตามนิติสัมพันธ์ที่ต่างได้ก่อขึ้นเท่านั้น⁵⁴

3.1.2 แนวความคิดของกฎหมายมหาชน

กฎหมายมหาชน คือ กฎหมายที่กล่าวกำหนดถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับสถานะและอำนาจของรัฐและผู้ปกครอง รวมทั้งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและผู้ปกครองกับพลเมืองผู้อยู่ได้ปกครองในฐานะที่รัฐและผู้ปกครองมีเอกสิทธิทางปกครองเหนือพลเมืองซึ่งอยู่ในฐานะเป็นเอกชน

⁵⁴บรรศักดิ์ อุวรรณ โฉ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), 3.

กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับกับสถานะและนิติสัมพันธ์ ซึ่งรัฐหรือหน่วยงานของรัฐฝ่ายหนึ่ง ก่อกับเอกชนหรือหน่วยงานของรัฐอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งเป็นอำนาจตามกฎหมาย เป็นกรณีที่รัฐเป็นผู้ออกกฎหมายและรัฐเองเข้าไปเป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์นั้นเองในฐานะผู้ปกครอง⁵⁵

3.2 หลักความเป็นนิติบุคคล กับการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล

ในการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 นั้น มีความจำเป็นต้องทราบถึงหลักความเป็นนิติบุคคลเกณฑ์การแบ่งแยกประเภทนิติบุคคล ความหมาย ประเภท การก่อตั้ง ความรับผิดชอบ ของนิติบุคคลมหาชนและนิติบุคคลเอกชน ทั้งนี้เพื่อต้องการให้เห็นความเชื่อมโยงเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล ซึ่งเป็นกรณีที่นิติบุคคลมหาชนก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนด้วย

3.2.1 ความหมายและทฤษฎีเกี่ยวกับนิติบุคคล

3.2.1.1 ความหมายของนิติบุคคล⁵⁶

ในอดีตเมื่อกล่าวถึงบุคคลจะมีความหมายเฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น เนื่องจากการพิจารณาบุคคลจะมุ่งไปที่คนในลักษณะที่เป็นธรรมชาติและเป็นสิ่งมีชีวิต ต่อมาเมื่อสังคมมีการพัฒนาขึ้นประกอบกับการรวมตัวกันของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจการค้า จึงเกิดแนวคิดที่ต้องการให้สิ่งที่มีร่วมกันนั้นสามารถจะถือสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิอื่นๆ ได้ ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกในการดำเนินกิจการดังกล่าว จึงมีการแยกภาวะที่รวมกันนั้นออกมาเป็นบุคคลตามกฎหมายต่างหากจากบุคคลที่มีร่วมกัน และเรียกบุคคลนั้นว่า “นิติบุคคล” ซึ่งในระบบนิติบุคคลของไทยนั้นไม่มีกฎหมายฉบับใดที่กล่าวถึงการแบ่งแยกประเภทนิติบุคคลว่ามีการแบ่งออกเป็นกี่ประเภท และแต่ละประเภทนั้นได้แก่อะไรบ้าง แต่ในทางทฤษฎีแล้วมีความพยายามที่จะแบ่งประเภทนิติบุคคลออกเป็น 2 ประเภท คือ นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

⁵⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), 3.

⁵⁶ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ รายการการศึกษา เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2537), 13.

3.2.1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับนิติบุคคล⁵⁷

ในเรื่องการยอมรับสภาพความเป็นนิติบุคคลนั้น มีทฤษฎีหลายทฤษฎีแต่มีทฤษฎีที่สำคัญอยู่ 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติ และทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลมีสภาพเป็นอยู่อย่างแท้จริง

1. ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติ

ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งสมมตินี้ถือว่า นิติบุคคลเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นด้วยอำนาจของกฎหมาย ไม่ได้มีสภาพความเป็นอยู่จริง เนื่องจากนิติบุคคลไม่มีตัวตนที่แท้จริง นิติบุคคลเป็นแต่เพียงบุคคลที่กฎหมายสมมติให้มีขึ้นเพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาและให้สามารถแสดงเจตนาได้ด้วย แต่เนื่องจากนิติบุคคลไม่อาจจะแสดงเจตนาได้เองจึงต้องแสดงออกมาโดยทางผู้แทนนิติบุคคล ดังนั้น นิติบุคคลจึงจำเป็นที่จะต้องให้ผู้แทนนิติบุคคลมาเป็นผู้แสดงเจตนาแทน และนิติบุคคลจะมีสิทธิเพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดให้เท่านั้น รวมทั้งกฎหมายอาจจะให้สภาพนิติบุคคลหรือถอนสภาพนิติบุคคลเมื่อใดก็ได้

2. ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลมีสภาพเป็นอยู่อย่างแท้จริง

ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลมีสภาพเป็นอยู่อย่างแท้จริงนี้ เห็นว่า นิติบุคคลเป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติที่เกิดขึ้นจริง ๆ มีสภาพความเป็นอยู่อย่างแท้จริง ไม่ใช่สิ่งที่สมมติขึ้นอย่างลอย ๆ นิติบุคคลจึงสามารถมีเจตนาอันแสดงออกโดยผ่านการแสดงเจตนาของบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้แทนของนิติบุคคลได้ เพราะนิติบุคคลเป็นที่รวมของบุคคลธรรมดา นิติบุคคลมิใช่สิ่งที่กฎหมายสร้างขึ้นตามอำเภอใจ กฎหมายเพียงรับรองสภาพความเป็นอยู่ของนิติบุคคลซึ่งมีอยู่แล้วและควบคุมนิติบุคคลโดยกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของนิติบุคคลไว้เท่านั้น หากกฎหมายไม่รับรองสภาพนิติบุคคลก็เท่ากับเป็นการฝ่าฝืนธรรมชาติ

ปัจจุบันนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า การโต้แย้งกันของทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวเป็นเรื่องการมองปัญหาที่ไม่ถูกต้อง เพราะจริงๆ แล้วไม่ว่ากลุ่มบุคคลหรือบุคคลธรรมดา การที่จะเป็นวัตถุแห่งกฎหมายได้ก็เป็นเรื่องนามธรรมเหมือนกัน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าไม่ใช่ทั้งเรื่องสมมติและเรื่องจริง แต่เป็นเรื่องที่เป็นผลแห่งการยอมรับของกฎหมายด้วยกัน และวัตถุแห่งกฎหมายหรือบุคคลในทางกฎหมายในที่นี้ หมายถึง ศูนย์แห่งผลประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย ซึ่งก็คือบุคคลธรรมดาและกลุ่มบุคคลที่รวมซึ่งบุคคลธรรมดา

⁵⁷ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ รายการการศึกษา เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2537), 14-15.

จากแนวคิดทฤษฎีดังกล่าวจึงอาจสรุปได้ว่า ปัจจุบันสภาพอันแท้จริงของนิติบุคคล มิได้เป็นบุคคลทางกฎหมายที่กฎหมายสมมติขึ้น และมิได้เป็นบุคคลที่มีสภาพความเป็นอยู่ที่แท้จริง แต่นิติบุคคลเป็นที่รวมของบุคคลธรรมดาหรือทรัพย์สินเพื่อดำเนินการใด ๆ ตามวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่กำหนดไว้ ซึ่งมีใช้เพื่อประโยชน์เฉพาะตัวของบุคคลธรรมดา การให้สภาพนิติบุคคลจึงเป็นวิธีการหรือเทคนิคในทางกฎหมายสามารถดำเนินการตามวัตถุประสงค์ได้โดยสะดวกโดยผ่านนิติบุคคลนั่นเองอย่างหนึ่งที่สร้างขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกในการที่จะให้บุคคลธรรมดาและทรัพย์สินที่มารวมกัน

3.2.2 การแบ่งแยกประเภทนิติบุคคล

นิติบุคคล คือ กลุ่มบุคคล องค์กร หรือทรัพย์สินที่จัดสรรไว้เป็นกองทุนเพื่อดำเนินกิจการอันใดอันหนึ่ง ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นบุคคลอีกประเภทหนึ่งที่มีใช้บุคคลธรรมดา และให้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีหรือพึงเป็นได้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น⁵⁸

มีผู้อธิบายสภาพของนิติบุคคลว่า⁵⁹นิติบุคคลมีสองประเภทใหญ่ ๆ คือ นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนหรือที่เรียกสั้น ๆ ว่า “นิติบุคคลเอกชน” และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือที่เรียกสั้น ๆ ว่า “นิติบุคคลมหาชน”

การแบ่งแยกประเภทของนิติบุคคลสองประเภทดังกล่าวอาศัยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการประกอบกันคือ กฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคลนั้น กิจกรรมที่นิติบุคคลนั้นดำเนินการและการใช้อำนาจของนิติบุคคลนั้น ดังนั้น ถ้านิติบุคคลใดจัดตั้งโดยกฎหมายมหาชน มีกิจกรรมที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” และมีการใช้อำนาจมหาชน นิติบุคคลนั้นมักจะเป็นนิติบุคคลมหาชน ในขณะที่นิติบุคคลใดจัดตั้งโดยกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดำเนินกิจกรรมที่เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของเอกชน และไม่มีการใช้อำนาจมหาชนประการใด นิติบุคคลนั้นมักจะเป็นนิติบุคคลเอกชน

การแบ่งแยกประเภทนิติบุคคลนี้ วิทยานิพนธ์นี้จะขอกล่าวถึงเพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่างนิติบุคคลเอกชนและนิติบุคคลมหาชน ดังนี้

⁵⁸ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), 127.

⁵⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, สภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการไทย, ใน รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2539), 34.

3.2.2.1 นิติบุคคลมหาชน

1. ความหมายของนิติบุคคลมหาชน

การเป็นนิติบุคคลมหาชน หมายถึง องค์กรภาครัฐที่ใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน แม้ว่าจะมีความสามารถกระทำนิติกรรมผูกพันบุคคลภายนอกแตกต่างหากจากตัวเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการได้เหมือนกับนิติบุคคลเอกชนก็ตาม แต่การดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนมิได้เป็นอิสระดังเช่นนิติบุคคลเอกชน กล่าวคือ ด้านการประกอบกิจการนิติบุคคลมหาชนมิใช่จะสามารถกำหนดขอบเขตการประกอบกิจการของตนเองขึ้นได้เพราะในการบริหารงานภาครัฐต้องมีกฎหมายเป็นกลไกการใช้อำนาจหน้าที่ กิจการของนิติบุคคลมหาชนจึงเกิดขึ้นได้เพราะมีกฎหมายกำหนดขึ้นซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐในการมอบหมายอำนาจหน้าที่ให้นิติบุคคลดังกล่าวไปดำเนินการและการมีอยู่หรือยุบเลิกนิติบุคคลมหาชนเหล่านั้นมิใช่เกิดจากความประสงค์ขององค์กรแต่ขึ้นอยู่กับภารกิจของภาครัฐและกฎหมายที่เกี่ยวข้องว่ากิจการด้านนั้นสมควรมีต่อไปหรือควรปรับปรุงไปในแนวทางอื่นใด

ในด้านการเงิน นิติบุคคลมหาชนโดยเฉพาะที่เป็นส่วนราชการไม่อาจแสวงหารายได้หรือกำหนดรายจ่ายได้ตามใจชอบแต่รายได้จะมาจากงบประมาณส่วนกลางที่มีการแบ่งสรรให้ทุกหน่วยงานนำไปปฏิบัติหน้าที่ตามนโยบายของรัฐ ส่วนการจ่ายเงินงบประมาณก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ได้รับอนุมัติให้จ่ายได้เฉพาะกิจการที่กำหนด

ในด้านบุคลากร การบรรจุแต่งตั้ง การกำหนดคุณสมบัติ หรือการอื่นใดเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดขึ้นนิติบุคคลมหาชนไม่มีอำนาจอิสระที่จะกำหนดแนวทางตามความต้องการของตนเอง

ในด้านการดำเนินการผูกพันบุคคลภายนอก นิติบุคคลมหาชนจะมีอำนาจเพียงในขอบเขตหรือหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดขึ้น เช่น อำนาจอนุมัติการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งหัวหน้าส่วนราชการจะถูกจำกัดวงเงินในการอนุมัติหรือบางกิจการต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนจึงจะดำเนินการได้

นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 65 จะเห็นได้ว่า การพิจารณาความเป็นนิติบุคคลมหาชนไม่สามารถพิจารณาแต่เฉพาะมาตรา 65 ดังกล่าวได้ แต่ต้องพิจารณาลักษณะอื่นประกอบด้วย คือ นิติบุคคลมหาชนต้องดำเนินการที่เป็นเรื่องของการจัดทำบริการสาธารณะโดยหลักการจัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้นมีที่มาจากหลักการรวมอำนาจและหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง เนื่องจากโดยปกติแล้วรัฐมีภารกิจหลัก คือ การจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์มหาชนแต่เนื่องจากการกิจของรัฐมีเพิ่มมากขึ้นประกอบกับการขยายตัวของสังคมจึงทำให้รัฐไม่สามารถที่จะดำเนินการจัดทำบริการ

สาธารณะเหล่านั้นด้วยตนเองแต่เพียงผู้เดียวได้อีกต่อไป รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างองค์กรของตนขึ้นมาทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะเหล่านั้นแทนรัฐ โดยองค์กรเหล่านี้จะอยู่ในระบบรวมอำนาจและกระจายอำนาจซึ่งเป็นการจัดระเบียบในการบริหารราชการภายในรัฐ โดยองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะเหล่านี้จะมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเพื่อสามารถตอบสนองในเรื่องของความเป็นอิสระในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ

2. ประเภทของนิติบุคคลมหาชน

นิติบุคคลมหาชนในประเทศฝรั่งเศสนั้น เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีพัฒนาการกฎหมายมหาชนมาเป็นระยะเวลานาน การแบ่งแยกประเภทนิติบุคคลเอกชนและนิติบุคคลมหาชนจึงเป็นไปอย่างมีระบบ นิติบุคคลมหาชนในประเทศฝรั่งเศสพิจารณาได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ คือ รัฐ และนิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐซึ่งได้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การมหาชน⁶⁰

สำหรับประเทศไทย ระบบนิติบุคคลมหาชนได้ปรากฏชัดเจนขึ้นภายหลังจากที่ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อ พ.ศ. 2475 รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะมากขึ้น มีการจัดองค์กรของรัฐ แบ่งแยกตามภารกิจเพื่อดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนในการจัดระบบนิติบุคคลมหาชนที่ทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะของไทยเมื่อพิจารณาจากการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินของไทยจะเห็นได้ว่าการจัดแบ่งประเภทนิติบุคคลมหาชน ดังนี้⁶¹

1) ส่วนราชการ ส่วนราชการในที่นี้ หมายถึง ราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะได้แยกออกไปเป็นการเฉพาะ สำหรับส่วนราชการที่เป็นราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาคในปัจจุบันได้แก่ กระทรวง กรม และจังหวัด โดยกระทรวง กรมในประเทศไทย ได้รับการจัดตั้งครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 แต่ได้รับฐานะเป็นนิติบุคคลในสมัยรัชกาลที่ 6 จนถึงปัจจุบัน จังหวัดเริ่มเป็นนิติบุคคลในปี พ.ศ. 2495 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2495 ซึ่งในปัจจุบันจังหวัดก็ยังคงมีสถานะเป็นนิติบุคคลอยู่เช่นเดิม (พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534) โดยส่วนราชการส่วนกลางและส่วน

⁶⁰ Georges VEDEL, et Pierre DELVOLLE. *Droit Administratif* (Paris: P.U.F. 1984), p.844
อ้างถึงใน ชาลส์ แซงส์คัลด์, คำอธิบาย กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), 90.

⁶¹ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *ความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ* รายการการศึกษา เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2537), 17-20.

ภูมิภาคจะทำหน้าที่ดำเนินกิจกรรมหลักที่เรียกว่า การกิจพื้นฐานของรัฐซึ่งถือเป็นภารกิจดั้งเดิมของรัฐ โดยแบ่งภารกิจพื้นฐานออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่

- ก. การกิจด้านการป้องกันประเทศ
- ข. การกิจด้านการรักษาความสงบเรียบร้อย
- ค. การกิจด้านการอำนวยความยุติธรรม และ
- ง. การกิจด้านการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ภารกิจพื้นฐานเหล่านี้เป็นภารกิจที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐและความปลอดภัยของประชาชนเป็นสิ่งที่รัฐจำเป็นต้องทำเพื่อประชาชนทุกคนอย่างเสมอภาคกัน ไม่สามารถเลือกปฏิบัติได้

2) รัฐวิสาหกิจ รัฐวิสาหกิจเกิดขึ้นเพื่อจัดทำภารกิจลำดับรองของรัฐโดยรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งจะมีพระราชบัญญัติจัดตั้งซึ่งรับรองสถานะความเป็นนิติบุคคลของรัฐวิสาหกิจด้วย ภารกิจของรัฐวิสาหกิจเกิดขึ้นจากข้อจำกัดของส่วนราชการ เนื่องจากส่วนราชการมีภารกิจที่จะต้องจัดทำมากมาย ประกอบกับในระยะเวลาต่อมารัฐมีความจำเป็นต้องจัดทำภารกิจลำดับรองมากขึ้น อันได้แก่ การกิจด้านอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม รวมถึงงานสาธารณูปโภคต่าง ๆ เช่น ไฟฟ้า ประปา ถนนหนทาง เป็นต้น ซึ่งภารกิจลำดับรองเหล่านี้ไม่ต้องอาศัยอำนาจรัฐบังคับก็สามารถดำเนินการได้ อันแตกต่างจากภารกิจพื้นฐาน ซึ่งเป็นภารกิจด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศและประชาชน ที่จะต้องอาศัยอำนาจรัฐในการดำเนินการรัฐจึงไม่สามารถมอบให้บุคคลอื่นดำเนินการแทนได้ในส่วนของรัฐวิสาหกิจนั้นมีการกิจลำดับรองที่เป็นภารกิจทางด้านเศรษฐกิจเป็นหลักโดยต้องดำเนินการหารายได้เข้ามาสำหรับกิจการของรัฐ แต่การหารายได้นี้ได้แต่เพียงเท่าที่ที่จะทำให้รัฐวิสาหกิจนั้นดำรงอยู่ได้ แตกต่างจากการดำเนินกิจการของเอกชนที่ต้องแสวงหาผลกำไรจากการประกอบการให้มากที่สุด ทั้งนี้ รายได้ของรัฐวิสาหกิจมาจากการเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการจากผู้ใช้บริการเป็นหลัก

3) องค์การมหาชน องค์การมหาชนมีการแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ องค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้ง และองค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางขององค์การมหาชน

องค์การมหาชนทั้งสองประเภทมีสถานะเป็นนิติบุคคลโดยกฎหมายจัดตั้งได้ให้การรับรองไว้โดยที่องค์การมหาชนถือเป็นองค์กรที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะรูปแบบที่ 3 ที่แยกออกมาจากส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ อันเนื่องมาจากการกิจขององค์การมหาชนเองที่ไม่มีลักษณะการบริหารงานที่เป็นส่วนราชการ ลักษณะกิจกรรมที่จัดทำไม่ใช่บริการสาธารณะทางด้าน

อุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม จึงไม่ถือว่าเป็นรัฐวิสาหกิจแต่ภารกิจขององค์การมหาชนแบ่งออกเป็น 2 ด้าน คือ

ก. ภารกิจลำดับรองของรัฐ ที่มีใช้ภารกิจด้านเศรษฐกิจ การอุตสาหกรรม และพาณิชยกรรม แต่เป็นภารกิจพื้นฐานทางด้านสังคม เช่น การส่งเสริมการศึกษาวิจัย ส่งเสริม ศิลปะและวัฒนธรรม เป็นต้น

ข. ภารกิจด้านอื่นของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะ หรืออาจเรียกว่า เป็นภารกิจพื้นฐานทางการปกครองสมัยใหม่ เป็นภารกิจที่รัฐมีความจำเป็นต้องทำ แต่ไม่ใช่ภารกิจพื้นฐานที่รัฐทำเป็นประจำ เช่น ภารกิจด้านการประกันสังคม เป็นต้น

4) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ปัจจุบันประเทศไทยแบ่งการปกครองส่วนท้องถิ่นเป็น 5 รูปแบบ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) กรุงเทพมหานคร (กทม.) และเมืองพัทยาซึ่งต่างก็มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบนั้น ๆ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะภายในท้องถิ่น เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนภายในท้องถิ่นโดยประชาชนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการตัดสินใจของท้องถิ่น

5) องค์การที่เป็นหน่วยราชการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญแบ่งเป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ คือ องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และองค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหน่วยงานราชการขององค์กรเหล่านี้มีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชนที่มีความเป็นอิสระสามารถดำเนินการจัดการในเรื่องเกี่ยวกับการกิจและบุคลากรได้ด้วยตนเอง ทั้งนี้ เพื่อความเป็นอิสระจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหาร เช่น สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ รวมถึงสำนักงานขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญด้วย

6) วัดในพระพุทธศาสนา พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 บัญญัติให้วัดมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชนโดยพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดว่าวัดออกเป็น 2 ประเภท คือ วัดที่ได้รับพระราชทานวิสุงคามสีมา และสำนักสงฆ์ที่กระทรวงศึกษาธิการประกาศให้มีฐานะเป็นวัดแล้วเมื่อเป็นวัดตามกฎหมายแล้วก็มีสถานะเป็นนิติบุคคลมีสิทธิหน้าที่เหมือนบุคคลธรรมดากิจการเกี่ยวกับพระพุทธศาสนาเป็นกิจการที่รัฐเข้าดำเนินการโดยกำกับดูแลร่วมกับคณะสงฆ์ เนื่องจากภารกิจเกี่ยวกับการจัดองค์กรและบำรุงรักษาราชการทางพระพุทธศาสนาถือเป็นภารกิจของรัฐ

3. การก่อตั้งนิติบุคคลมหาชน นิติบุคคลมหาชนเป็นผลมาจากการแทรกแซงของรัฐ การแทรกแซงมีวิธีการหลายรูปแบบโดยอาจเป็นไปในรูปแบบการออกกฎหมายจัดตั้งโดยเฉพาะในรูปของพระราชบัญญัติที่ต้องผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติหรือรัฐสภา การจัดตั้งและยกเลิกนิติ

บุคคลมหาชน ต้องกระทำโดยกฎหมายเฉพาะเป็นราย ๆ ไปซึ่งแตกต่างจากการก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนที่เกิดจากการริเริ่มและความสมัครใจของเอกชนเอง

4. ความรับผิดชอบของนิติบุคคลมหาชน

เนื่องจากประเทศไทยมีนิติบุคคลมหาชนหลายประเภท อันได้แก่ ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น องค์การที่เป็นหน่วยธุรการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ และวัดในพระพุทธศาสนา ดังนั้น นิติบุคคลมหาชนดังกล่าวก็มีสิทธิหน้าที่ได้ดั่งเช่น บุคคลธรรมดา มีความรับผิดชอบอาจเป็นผู้เสียหายใช้สิทธิต่าง ๆ ได้ เช่น การใช้สิทธิทางศาล การฟ้องคดี หรือถูกฟ้องคดีได้

5. เทศบาลในฐานะนิติบุคคลมหาชน

1) การก่อตั้งเทศบาล

การปกครองท้องถิ่น เป็นรูปแบบการปกครองที่เกิดขึ้นจากหลักการกระจายอำนาจปกครอง คือ การที่รัฐมอบอำนาจการปกครองบางส่วนเป็นอำนาจในทางบริหาร (มิใช่อำนาจในทางนิติบัญญัติ และมีอำนาจทางตุลาการ) หรืออำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ เพื่อบริการประชาชน มีอิสระในการปกครองตนเอง ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค⁶² ซึ่งสภาพความเป็นจริงของประเทศซึ่งมีอาณาเขตกว้างใหญ่ ชุมชนต่าง ๆ อยู่กันอย่างกระจัดกระจายแต่ละท้องถิ่นย่อมมีปัญหาและความต้องการที่แตกต่างกันไปตามสภาพแวดล้อมอันเป็นลักษณะการปกครองท้องถิ่นเฉพาะตัวของท้องถิ่นทำให้การปกครองจากส่วนกลางไปไม่ถึงหรือไม่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางปกครองได้ เพื่อแก้ปัญหาและตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างทั่วถึงและตรงตามความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น จึงเกิดแนวความคิดในการจัดการปกครองท้องถิ่นขึ้น โดยส่งเสริมให้ท้องถิ่นได้มีการปกครองตนเองมีส่วนร่วมทางการเมืองการปกครองตนเองโดยตรงซึ่งเป็นเสมือนการเสริมสร้างความศรัทธาของประชาชนต่อระบอบประชาธิปไตยโดยการกระจายอำนาจการปกครองท้องถิ่นโดยทั่วไปถือเป็นสัญลักษณ์ของสังคมที่มีความเจริญมากแล้ว

การปกครองท้องถิ่น เป็นรูปแบบการปกครองที่เกิดขึ้นจากหลักการกระจายอำนาจปกครอง คือการที่รัฐมอบอำนาจการปกครองบางส่วนเป็นอำนาจในทางบริหาร (มิใช่อำนาจในทางนิติบัญญัติ และมีอำนาจทางตุลาการ) หรืออำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ เพื่อบริการประชาชนมีอิสระในการปกครองตนเองไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของราชการส่วนกลางและ

⁶² สมคิด เลิศไพฑูรย์, รวมกฎหมายการปกครองท้องถิ่น, (กรุงเทพฯ: คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), 19.

ราชการส่วนภูมิภาค⁶³ ซึ่งสภาพความเป็นจริงของประเทศซึ่งมีอาณาเขตกว้างใหญ่ ชุมชนต่าง ๆ อยู่กันอย่างกระจัดกระจาย แต่ละท้องถิ่นย่อมมีปัญหาและความต้องการที่แตกต่างกันไปตามสภาพแวดล้อม อันเป็นลักษณะการปกครองท้องถิ่นเฉพาะตัวของท้องถิ่นทำให้การปกครองจากส่วนกลางไปไม่ทั่วถึงไม่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางปกครองได้ เพื่อแก้ปัญหาและตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างทั่วถึงและตรงตามความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น จึงเกิดแนวความคิดในการจัดการปกครองท้องถิ่นขึ้นโดยส่งเสริมให้ท้องถิ่นได้มีการปกครองตนเองมีส่วนร่วมทางการเมืองการปกครองตนเองโดยตรงซึ่งเป็นเสมือนการเสริมสร้างความศรัทธาของประชาชนต่อระบอบประชาธิปไตยการกระจายอำนาจการปกครองท้องถิ่นโดยทั่วไปถือเป็นสัญลักษณ์ของสังคมที่มีความเจริญมากแล้ว

เทศบาลเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่ง และตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เมื่อท้องถิ่นใดมีสภาพอันสมควรยกฐานะเป็นเทศบาลให้จัดตั้งท้องถิ่นนั้นเป็นเทศบาลโดยการตราพระราชกฤษฎีกายกฐานะท้องถิ่นนั้นขึ้นเป็นเทศบาล เทศบาลถูกก่อตั้งตามกฎหมายเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดระเบียบเทศบาล พ.ศ. 2476 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสปกครองตนเองในลักษณะกระจายอำนาจให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจในการปกครองระบอบประชาธิปไตยซึ่งได้จำลองรูปแบบมาจากการปกครองของรัฐบาลซึ่งมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและคณะรัฐมนตรี ในส่วนของเทศบาลก็มีการจัดให้มีสภาเทศบาลและคณะเทศมนตรีซึ่งทำหน้าที่ในลักษณะเดียวกันแต่ปรากฏว่าไม่สามารถดำเนินการได้สำเร็จ เพราะฐานะของตำบลแต่ละแห่งแตกต่างกันมากเมื่อถึงปี พ.ศ. 2489 สามารถจัดตั้งเทศบาล ได้ 117 แห่ง แต่ปรากฏว่าเทศบาลเหล่านั้นไม่พัฒนาเท่าที่ควร เนื่องจากรายการส่วนมาขาดความรู้ความเข้าใจและไม่สนใจในการปกครองรูปแบบเทศบาล พระราชบัญญัติจัดระเบียบเทศบาล พ.ศ. 2476 กำหนดให้จัดตั้ง เทศบาลมีสามระดับ คือ เทศบาลตำบล เทศบาลเมือง เทศบาลนคร แบ่งโครงสร้างการบริหารงานให้เทศบาลประกอบด้วย สององค์กร คือ สภาเทศบาลและคณะมนตรี สภาเทศบาลมีสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งทำหน้าที่เป็นฝ่ายสภาท้องถิ่นมีอำนาจควบคุมการเทศบาล มีประธานสภาที่มาจากการแต่งตั้งของข้าหลวงประจำจังหวัด คณะมนตรีทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารท้องถิ่นมีนายกเทศมนตรีที่มาจากการแต่งตั้งของข้าหลวงประจำจังหวัดทำหน้าที่บริหารเทศบาลภายใต้การควบคุมของสภาเทศบาล

⁶³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, รวมกฎหมายการปกครองท้องถิ่น, (กรุงเทพฯ: คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), 19.

2) วัตถุประสงค์ของเทศบาล

เทศบาล เป็นรูปแบบการปกครองส่วนท้องถิ่น การปกครองรูปแบบเทศบาล เป็นการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นดำเนินการปกครองตนเอง ตามระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเกิดขึ้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยเริ่มจากการจัดตั้งสุขาภิบาลกรุงเทพฯ ร.ศ. 116 โดยมีพระราชกำหนดสุขาภิบาลกรุงเทพฯ ร.ศ. 116 ในส่วนภูมิภาค มีการตราพระราชบัญญัติจัดการสุขาภิบาลท่าลอม ร.ศ. 124 ขึ้นมีวิวัฒนาการเรื่อย ๆ มาจนถึงปี พ.ศ. 2475 ได้ มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองได้มีการกระจายอำนาจการปกครองที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

เทศบาลมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะภายในท้องถิ่น โดยการมีส่วนร่วมของประชาชนในท้องถิ่น อันเป็นการแบ่งเบาภารกิจของรัฐในส่วนกลาง และเป็นการส่งเสริมการมีส่วนร่วมทางการเมืองและส่วนร่วมในการตัดสินใจในความเป็นอยู่ของประชาชน อันจะเป็นการพัฒนาประชาธิปไตยโดยส่วนรวมด้วย

3) สถานะของเทศบาล

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มิได้บัญญัติรับรองความเป็นนิติบุคคลของเทศบาลไว้โดยตรงแต่เมื่อพิจารณาตามความในมาตรา 7 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 นั้น บัญญัติว่า “ให้เทศบาลเป็นทบวงการเมืองมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น” เทศบาลจึงเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีสถานะเป็นทบวงการเมือง ประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดิมที่ได้บัญญัติประเภทของนิติบุคคลไว้ว่า “จำพวกที่กล่าวต่อไปนี้ย่อมเป็นนิติบุคคล คือ (1) ทบวงการเมือง” ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535 โดยมาตรา 3 (1) แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติว่า “....(1) ให้ยกเลิกบทบัญญัติ บรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้ใช้บังคับโดยพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2468” และมาตรา 7 บัญญัติว่า “ให้องค์กรหรือหน่วยงานที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นทบวงการเมือง ตามความหมายของมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถูกยกเลิกโดยมาตรา 3(1) แห่งพระราชบัญญัตินี้คงมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่อไป” ผลจากบทกฎหมายดังกล่าว ทำให้เทศบาลเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียงประเภทเดียวที่มีสถานะเป็นทบวงการเมืองและมีฐานะเป็นนิติบุคคล

3.2.2.2 นิติบุคคลเอกชน

นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนของไทยนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติให้ “นิติบุคคลจะมี

ขึ้นได้ก็แต่ด้วยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น”⁶⁴ ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายรับรองให้คณะบุคคล องค์กร หรือสถาบันใดมีฐานะเป็นนิติบุคคล คณะบุคคล องค์กร หรือสถาบันนั้นย่อมไม่อาจมีสภาพเป็นนิติบุคคลขึ้นมาได้และไม่อาจมีสิทธิหรือหน้าที่ใด ๆ ได้ นิติบุคคลเหล่านี้จะถูกจัดตั้งขึ้นโดยเอกชนแสดงเจตนาจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นโดยทำเป็นสัญญาจัดตั้ง หรือทำเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวแสดงเจตนาจัดตั้ง

1. ความหมายของนิติบุคคลเอกชน

ความมุ่งหมายในทางกฎหมายที่กำหนดให้มีการกำหนดตั้งนิติบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดา ก็เพื่อให้องค์กรในรูปแบบต่างๆ ที่เอกชนรวมกลุ่มกันจัดตั้งขึ้นนั้น มีความสามารถกระทำนิติกรรมต่าง ๆ ผูกพันบุคคลภายนอกขึ้นได้ ฉะนั้น นิติบุคคลเอกชนจึง มีอำนาจอิสระในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของตนเองโดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับนิติบุคคลอื่นกล่าวคือ ด้านการประกอบกิจการ นิติบุคคลเอกชนสามารถกำหนดขอบเขตการประกอบกิจการไม่ว่าในทางเพิ่มขึ้นหรือลดลง หรือยกเลิกการประกอบกิจการด้วยตนเองได้ ด้านการเงิน นิติบุคคลเอกชนมีอิสระในการแสวงหารายได้และกำหนดค่าใช้จ่ายได้ตามความพอใจ ด้านการบริหารงานบุคคล นิติบุคคลเอกชนสามารถคัดเลือกและกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะจัดจ้าง กำหนดค่าตอบแทนและเลิกจ้างได้ตามความต้องการขององค์กรนั้น

2. ประเภทของนิติบุคคลเอกชน

นิติบุคคลเอกชนนั้นจัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยแบ่งเป็น 4 ประเภท ได้แก่ สมาคม มูลนิธิ ห้างหุ้นส่วนที่จดทะเบียน และบริษัท ดังนี้

1) สมาคม (association) คือ นิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะต่อเนื่องร่วมกันและมีใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน สมาคมต้องมีข้อบังคับและจดทะเบียนตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶⁵

2) มูลนิธิ (foundation) คือ ทรัพย์สินที่จัดสรรไว้โดยเฉพาะสำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการกุศลสาธารณะ การศาสนา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ วรรณคดี การศึกษา หรือเพื่อสาธารณประโยชน์อย่างอื่น โดยมีได้มุ่งหาผลประโยชน์มาแบ่งปันกันและเมื่อได้จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วก็มีสถานะเป็นนิติบุคคล⁶⁶

3) ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน (partnership) ที่จะเป็นนิติบุคคลได้ต้องเป็นห้างหุ้นส่วนที่จดทะเบียนตามกฎหมายแล้ว ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้นจัดตั้งขึ้นได้โดยบุคคลตั้งแต่สอง

⁶⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 65

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 78

⁶⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 110

คนขึ้นไปมาตกลงกันว่าจะทำกิจการด้วยกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแบ่งปันส่วนกำไรที่ได้จากกิจการนั้น⁶⁷ แล้วทำสัญญากันไว้เพื่อการจัดตั้งเช่นว่า สัญญานี้เรียก “สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน” ซึ่งในมาตราถัดมาได้จำแนกห้างหุ้นส่วนเป็นสองจำพวก คือ

ก. ห้างหุ้นส่วนสามัญ (ordinary partnership หรือ universal partnership) คือ ห้างหุ้นส่วนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้ทั้งปวงของห้างนั้น⁶⁸

ข. ห้างหุ้นส่วนจำกัด (limited partnership) คือ ห้างหุ้นส่วนที่มีผู้เป็นหุ้นส่วนสองจำพวก จำพวกหนึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในหนี้ของห้างนั้นจำกัดตามจำนวนเงินที่ตนรับว่าจะลงหุ้น และอีกจำพวกมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในหนี้ของห้างโดยไม่จำกัดจำนวน โดยห้างหุ้นส่วนจำกัดจะต้องจดทะเบียนเสมอ⁶⁹

4) บริษัท (limited company) คือ บริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ บริษัทจำกัดนี้จะเป็นนิติบุคคลได้ต่อเมื่อจดทะเบียนตามกฎหมายแล้ว⁷⁰ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

3. การก่อตั้งนิติบุคคลเอกชน

ในประเทศฝรั่งเศส นิติบุคคลเอกชนนั้นเกิดขึ้นจากความริเริ่มของเอกชนโดยกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขในการก่อตั้งไว้ โดยการเข้าเป็นสมาชิกของบุคคลในนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนขึ้นอยู่กับความสมัครใจของบุคคล และนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนจะต้องมีการดำเนินการภายใต้กฎหมายเอกชน โดยไม่อาจใช้อภิสิทธิ์ตามกฎหมายมหาชนได้⁷¹

การจัดตั้งและการยกเลิกนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนกระทำได้ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบด้วยเจตนารมณ์ของผู้ก่อตั้ง กล่าวคือ การที่จะจัดตั้งนิติบุคคลเอกชนได้นั้น เป็นความสมัครใจของเอกชนเอง รัฐและอาบั้งคับให้เอกชนใดก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนได้ โดยการก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนประเภทต่าง ๆ ประมวลกฎหมายแพ่งและ

⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012

⁶⁸ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

⁶⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1077

⁷⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 และมาตรา 1096

⁷¹ วันเพ็ญ ทรัพย์ส่งเสริม, การจัดระบบองค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการ

พาณิชย์ได้บัญญัติกำหนดรายละเอียดการก่อตั้ง การดำเนินการ สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบ
ตลอดจนการยุบเลิกนิติบุคคลเอกชนไว้ด้วย

4. ความรับผิดชอบของนิติบุคคลเอกชน

เมื่อนิติบุคคลเอกชนไม่ว่าจะเป็นสมาคม มูลนิธิ ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน หรือ
บริษัท ได้ดำเนินการก่อตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นิติบุคคลเอกชนที่ก่อตั้งขึ้น
นั้นย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย แต่สิทธิและหน้าที่ดังกล่าว
จะต้องอยู่ภายในขอบแห่งอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดโดยกฎหมาย ข้อยกเว้น
หรือตราสารจัดตั้งนิติบุคคลนั้น ๆ ด้วย⁷² สิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลย่อมเป็นเช่นเดียวกับบุคคล
ธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีได้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น⁷³ เช่น การสมรส
การรับรองบุตร ซึ่งโดยสภาพนิติบุคคลไม่อาจมีได้ เป็นต้น

กฎหมายหรือตราสารจัดตั้งหรือข้อบังคับของนิติบุคคลนั้น ๆ จะได้กำหนดขอบเขต
อำนาจหน้าที่ของผู้แทนของนิติบุคคลนั้นไว้ด้วย เช่น ในการลงนามของกรรมการผู้จัดการของ
บริษัท ก ในฐานะเป็นผู้แทนของบริษัทต้องประทับตราของบริษัทกำกับไปด้วย มิเช่นนั้นการนั้นมี
ให้ผูกพันกับบริษัท เป็นต้น

นอกจากนี้ ผู้แทนของนิติบุคคลต้องปฏิบัติกรภายในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์
ของนิติบุคคลนั้น ๆ การใดที่ผู้แทนของนิติบุคคลได้แสดงเจตนาหรือความประสงค์ไว้ในนามของ
นิติบุคคลนั้นโดยเป็นไปตามวัตถุประสงค์เช่นว่าแล้ว นิติบุคคลนั้นย่อมต้องรับผิดชอบในผลแก่การ
นั้นด้วย และหากการเช่นว่าได้ก่อความเสียหายต่อบุคคลอื่น นิติบุคคลนั้นก็ต้องรับผิดชอบไปด้วย เว้น
แต่ความเสียหายนั้นเกิดจากการอันนอกเหนือวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล ผู้แทนของนิติบุคคล เช่น
ผู้จัดการและกรรมการทั้งหลายของบริษัทที่ออกเสียงลงมติให้กระทำการนั้น ๆ ต้องรับผิดชอบเป็นการ
เฉพาะตัว

5. บริษัทจำกัดในฐานะนิติบุคคลเอกชน

เนื่องจากวิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาปัญหาการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล ผู้เขียน
จึงขอกล่าวถึงการก่อตั้งบริษัทจำกัดในกรณีทั่วไปก่อน เพื่อให้ทราบถึงการก่อตั้ง วัตถุประสงค์และ
สถานะของบริษัทที่ถูกจัดตั้งขึ้น ดังนี้

⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 66

⁷³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 67

1) การก่อตั้งบริษัทจำกัด

การดำเนินการจัดตั้งบริษัทจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะต้องดำเนินการตามลำดับขั้นตอน ดังนี้

ก. ต้องมีผู้เริ่มก่อการตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป เข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิขึ้นแล้วไปจดทะเบียน

ข. เมื่อได้จดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิแล้ว ผู้เริ่มก่อการต้องจัดให้หุ้นของบริษัทที่จะตั้งขึ้นนั้นมีผู้เข้าชื่อจองซื้อหุ้นจนครบ

ค. ดำเนินการประชุมตั้งบริษัท โดยต้องส่งคำบอกกล่าวนัดประชุมให้ผู้จองทราบล่วงหน้าอย่างน้อย 7 วัน ก่อนวันประชุม

ง. เมื่อได้ประชุมตั้งบริษัท และที่ประชุมได้แต่งตั้งกรรมการบริษัทแล้ว ผู้เริ่มก่อการต้องมอบหมายกิจการให้กรรมการบริษัทรับไปดำเนินการต่อไป

จ. กรรมการบริษัทเรียกให้ผู้เริ่มก่อการและผู้จองหุ้นชำระค่าหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 25 ของมูลค่าหุ้น (ทุนของบริษัทจะแบ่งเป็นกี่หุ้นก็ได้ แต่ต้องไม่ต่ำกว่าหุ้นละ 5 บาท)

ฉ. เมื่อได้รับเงินค่าหุ้นแล้ว กรรมการต้องไปจดทะเบียนเป็นบริษัทภายใน 3 เดือน ภายหลังจากการประชุมตั้งบริษัท

2) วัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัด

บริษัทจำกัด จัดตั้งขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจต่าง ๆ อันมีวัตถุประสงค์ที่แสวงหาผลกำไรมาแบ่งปันกัน ซึ่งในการประกอบธุรกิจทุกประเภทย่อมมีแรงจูงใจที่จะกระตุ้นให้ผู้บริหารกล้าเสี่ยงในการลงทุนประกอบธุรกิจต่าง ๆ เช่น การผลิต การจำหน่ายสินค้าหรือบริการผู้ประกอบการย่อมมีวัตถุประสงค์สำคัญในการประกอบการ ดังต่อไปนี้

ก. ให้ได้รับผลกำไรมากที่สุด

ข. เพื่อให้เกิดความเจริญก้าวหน้าของกิจการ

ค. เพื่อความมั่นคงของกิจการ

ง. เพื่อผลิตสินค้าหรือบริการสนองความต้องการของสังคมส่วนรวม

3) สถานะของบริษัทจำกัด

สภาพการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบ “บริษัทจำกัด” นั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 โดยรูปแบบของบริษัทจะแบ่งทุนเป็นหุ้น มีมูลค่าหุ้นเท่า ๆ กัน ผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือ ทั้งนี้การดำเนินกิจการอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พหุบุคคลซึ่งแตกต่างกับการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบของบริษัทมหาชนจำกัด ที่มีวัตถุประสงค์ที่จะเสนอ

ขายหุ้นต่อประชาชน และประชาชนผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระ ทั้งนี้ การดำเนินกิจการเป็นไปตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ แยกต่างหาก

บริษัทจำกัดเมื่อจัดตั้งขึ้นย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย และเนื่องจากบริษัทจำกัดจัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน ดังนั้น บริษัทจำกัดจึงย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชนด้วย โดยมีลักษณะดังนี้⁷⁴

ก. เป็นกิจการที่จัดตั้งขึ้นด้วยการแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กันในการจัดตั้งบริษัทนี้จะมีทุนจดทะเบียนเท่าใดขึ้นอยู่กับฐานะบริษัทนั้น แต่ต้องแบ่งทุนเป็นหน่วยย่อย ๆ เรียกว่า “หุ้น” ซึ่งหุ้นแต่ละหุ้นต้องมีราคาเท่ากัน ตามมาตรา 1117 กำหนดให้หุ้นหุ้นหนึ่งต้องมีราคาต้องไม่ต่ำกว่า 5 บาท ดังนั้นบริษัทจะกำหนดมูลค่าหุ้นไว้เท่าใดก็ได้ต้องไม่ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด และหุ้นทุกหุ้นต้องมีมูลค่าเท่ากัน

ข้อสังเกต คือ มูลค่าของหุ้น ๆ หนึ่งหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ราคาพาร์ (par value)

ข. ผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือ หน้าที่ของผู้ถือหุ้นที่สำคัญต้องชำระค่าหุ้นเมื่อบริษัทมีการเรียกเก็บเงินค่าหุ้นแต่ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นจำกัดอยู่เพียงเท่าจำนวนที่ตนเองชำระ ไม่ครบมูลค่าหุ้นทั้งหมดที่ถืออยู่

ข้อสังเกต คือ จึงเป็นเหตุที่บริษัทจำกัดต้องมีคำว่า “จำกัด” ทั่วไปลายชื่อเสมอตามมาตรา 1098 (1) เพราะคำว่า “จำกัด” คือจำกัดความรับผิดชอบเพียงไม่เกินจำนวนที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือตนเอง ดังนั้นหากบริษัทมีหนี้สินเป็นจำนวนมากเพียงใด ผู้ถือหุ้นแต่ละคนรับผิดชอบจำกัดจำนวนเท่านั้น และกรรมการบริษัทอาจรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนก็ได้ หากจดแจ้งความประสงค์ลงในหนังสือบริคณห์สนธิตามมาตรา 1101

ค. ต้องมีผู้ถือหุ้นตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทตามมาตรา 1097 ซึ่ง “ผู้เริ่มก่อการ” นั้น คือ ผู้ช่วยเหลือในการจัดตั้งบริษัทตั้งแต่เริ่มแรกเป็นผู้มีชื่อระบุในหนังสือบริคณห์สนธิ ตามมาตรา 1096 (6) และต้องลงชื่อจองซื้อหุ้นไว้คนละ 1 หุ้นเป็นอย่างน้อย (มาตรา 1100)

ผู้เริ่มก่อการถือว่าเป็นผู้ถือหุ้นรุ่นแรกของบริษัทซึ่งต้องมี 3 คนขึ้นไปมีความสำคัญต่อบริษัทเป็นอย่างมาก ดังนั้นผู้เริ่มก่อการต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้นจะต้องเป็นผู้

⁷⁴ พินิจ ทิพย์มณี, หลักกฎหมายบริษัทจำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), 18 - 22.

บรรณนิติภาวะมีความสามารถในการทำนิติกรรม และที่สำคัญจะเป็นนิติบุคคลไม่ได้ ตามมาตรา 1237 (4) กำหนดให้ศาลสั่งเลิกบริษัทได้หากจำนวนผู้ถือหุ้นลดน้อยลงจนเหลือไม่ถึง 3 คน ดังนั้น บริษัทจึงจำเป็นต้องมีผู้ถือหุ้นคงอยู่ตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเสมอ

ง. คุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไม่เป็นสาระสำคัญ ผู้ถือหุ้นยอมโอนหุ้นให้ใครก็ได้ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบริษัท เว้นแต่เป็นหุ้นชนิดระบุชื่อผู้ถือหุ้น (มาตรา 1129) บริษัทไม่สนใจในคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นหากผู้ถือหุ้นตาย ล้มละลายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถก็ไม่เป็นเหตุให้บริษัทเลิกแต่อย่างใด อีกทั้งผู้ถือหุ้นสามารถทำการค้าขายแข่งขันกับบริษัทได้ ตามมาตรา 1168 วรรคที่สามและสี่ห้ามเฉพาะแต่กรรมการหรือผู้แทนกรรมการเท่านั้นที่ทำการค้าขายแข่งขันกับบริษัท

จ. เป็นกิจการที่มุ่งจะทำกำไร (มาตรา 1012) จะมีสภาพเป็นบริษัทได้ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อหา “กำไร” มาแบ่งปันระหว่างผู้ถือหุ้น ถ้าไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร เช่น เพื่อการบำเพ็ญทาน การศาสนา หรือเพื่อสาธารณประโยชน์อื่น ๆ แล้วไม่ใช่บริษัทอาจเป็นรูปแบบของมูลนิธิสมาคม ก็ได้

ข้อสังเกต จะต้องเป็นการแบ่ง “กำไร” ที่มาจากการทำกิจการร่วมกัน กำไร หมายถึง ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการประกอบการโดยหักค่าใช้จ่าย ไม่ใช่แบ่งปัน “รายได้” หรือ “ทรัพย์สิน” ซึ่งอาจมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือจ้างทำของก็ได้

ฉ. ต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลเสมอ (มาตรา 1111) ถึงแม้จะผ่านขั้นตอนการจัดตั้งบริษัทมาอย่างถูกต้องครบถ้วน แต่ยังไม่มีการจดทะเบียนก็ยังไม่เป็นบริษัท

3.3 การก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนโดยนิติบุคคลมหาชน

การก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนโดยนิติบุคคลมหาชนนั้น ผู้เขียนขอกล่าวถึงใน 3 หัวข้อ ได้แก่ วัตถุประสงค์ของการก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนโดยนิติบุคคลมหาชน การก่อตั้ง และความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลเอกชนกับนิติบุคคลมหาชนเพื่อที่จะได้กล่าวถึงการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลต่อไป ดังนี้

3.3.1 วัตถุประสงค์ของการก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนโดยนิติบุคคลมหาชน

เนื่องจากนิติบุคคลมหาชนมีหน้าที่หลักในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ ต่อมาเมื่อนิติบุคคลมหาชนมีภารกิจเพิ่มขึ้น และในบางภารกิจไม่อาจจัดทำโดยอาศัยกลไก

ของนิติบุคคลมหาชนได้จึงได้มีแนวความคิดในการก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนโดยนิติบุคคลมหาชน เพื่อให้จัดทำบริการสาธารณะบางประเภทให้มีประสิทธิภาพ

การก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนโดยนิติบุคคลมหาชนจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้นิติบุคคลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนไม่อาจจัดทำโดยอาศัยเครื่องมือของรัฐได้ แต่การให้จัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเข้ามาจัดทำจะเกิดผลดีต่อรัฐเองและต่อประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะมากกว่า

3.3.2 การก่อตั้ง

การก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนโดยนิติบุคคลมหาชนนั้น แม่วานิติบุคคลเอกชนจะต้องจัดตั้งตามกฎหมายเอกชน คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การที่นิติบุคคลเอกชนซึ่งเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐจะก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนจำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ ด้วยว่า หน่วยงานของรัฐใดมีอำนาจที่จะสามารถก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนได้ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่าง กฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐก่อตั้งนิติบุคคลเอกชน ดังนี้

3.3.2.1 มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ ฉบับต่าง ๆ จะบัญญัติให้อำนาจแก่มหาวิทยาลัยในการก่อตั้งบริษัทจำกัดได้

3.3.2.2 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น กรณีของเทศบาลมีอำนาจก่อตั้งบริษัทจำกัด หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ โดยพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้บัญญัติให้อำนาจเทศบาลไว้

นอกจากนิติบุคคลหรือหน่วยงานของรัฐจะก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจแล้ว ในส่วนของการก่อตั้งย่อมเป็นไปตามกฎหมายเอกชน คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังกล่าวแล้ว

3.3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลเอกชนกับนิติบุคคลมหาชน

แม่วานิติบุคคลมหาชนหรือหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐจะจัดตั้งนิติบุคคลเอกชนขึ้นตามกฎหมายเอกชน แต่การดังกล่าวก็หาทำให้นิติบุคคลเอกชนที่จัดตั้งขึ้นนั้นปลอดจากการควบคุมหรือกำกับดูแลจากนิติบุคคลมหาชนที่จัดตั้งขึ้นไปได้ แต่นิติบุคคลเอกชนที่จัดตั้งขึ้นยังคงต้องมีความสัมพันธ์กับนิติบุคคลมหาชน โดยเฉพาะความสัมพันธ์ในด้านการควบคุมการบริการและดำเนินงาน ทั้งนี้ เนื่องจากนิติบุคคลเอกชนที่จัดตั้งขึ้นโดยองค์กรของรัฐมิได้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อมุ่งหาผลกำไรจากการดำเนินงาน หากแต่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ

3.4 แนวความคิดและการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล

3.4.1 ที่มาของการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลในประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2511

แนวความคิดในการก่อตั้งและถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยเกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยรัฐบาลของจอมพลถนอม กิตติขจร โดยพลเอกประภาส จารุเสถียร (ยศในขณะนั้น) ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้เป็นผู้ริเริ่มในการขอแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้กว้างขวางยิ่งขึ้น ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถหารายได้เพิ่มขึ้นสำหรับการจัดทำกิจการต่าง ๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบต่างๆ อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมอาชีพของประชาชนในท้องถิ่นอีกด้วย⁷⁵

จากแนวความคิดในการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้กว้างขวางยิ่งขึ้นดังกล่าว ในปี พ.ศ. 2511 ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 โดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2511 โดยให้เทศบาลสามารถทำกิจการค้าได้โดยการก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด เพื่อประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคได้

3.4.2 วัตถุประสงค์ในการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล

การที่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กำหนดให้เทศบาลสามารถประกอบกิจการค้าขายในรูปแบบของการก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ก็เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

3.4.2.1 เนื่องจากเงินทุนที่เทศบาลนำมาใช้ในการก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้น เป็นเงินที่มาจากภาษีอากรของประชาชน ฉะนั้นหากกิจการที่บริษัทจำกัดดำเนินการแล้วประสบภาวะขาดทุน ผลเสียหายก็จะเกิดแก่ประชาชนเพราะจะทำให้เงินภาษีอากรที่จะนำมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมของเทศบาลลดน้อยถอยลงไปด้วยการที่จะให้เทศบาลนำเงินภาษี

⁷⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่.....) พ.ศ., (เรื่องพิจารณาเสร็จที่ 255-258/2510)

อาจนำไปดำเนินกิจการค้าจึงเป็นการเสี่ยง ดังนั้น กฎหมายจึงต้องให้เทศบาลดำเนินงานในรูปของบริษัทจำกัด เพื่อให้เทศบาลมีความรับผิดชอบเท่าที่เทศบาลถือหุ้นในบริษัทจำกัดเท่านั้น⁷⁶

3.4.2.2 การดำเนินงานในรูปของบริษัทจำกัดจะมีความคล่องตัวและมีประสิทธิภาพในการดำเนินงาน ทั้งนี้ เพราะการดำเนินงานในรูปของบริษัทจำกัดนั้นเป็นการดำเนินงานผ่านคณะกรรมการบริษัทซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นในบริษัทโดยคณะกรรมการบริษัทจะเป็นผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจ และกำหนดระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ในการดำเนินงานของบริษัท ซึ่งการดำเนินงานของบริษัทโดยผ่านทางคณะกรรมการบริษัทจึงเป็นการเปิดโอกาสให้บริษัทสามารถเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการบริหารงานได้อย่างเหมาะสมต่อสภาพปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานได้อย่างรวดเร็วและทันทั่วทั้ง⁷⁷

3.4.2.3 การดำเนินงานในรูปของบริษัทจำกัดทำให้เกิดความคล่องตัวทางการเงิน เนื่องจากบริษัทสามารถระดมทุนหรือเพิ่มทุนทางการเงินจากตลาดการเงินได้ซึ่งกระทำได้โดยการออกหุ้นใหม่ หรือการเสนอขายหลักทรัพย์ประเภทหนี้ของบริษัทจำกัด ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการดำเนินกิจการค้าขายของเทศบาลที่ดำเนินการในรูปของบริษัทจำกัด เป็นการเปิดโอกาสให้เทศบาลสามารถร่วมลงทุนกับภาคเอกชน หรือส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานของรัฐ รวมทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ ได้ โดยไม่ต้องใช้เงินลงทุนเองทั้งหมดและไม่จำเป็นต้องกู้เงินอันจะเป็นการเพิ่มภาระหนี้สินที่จะเกิดขึ้นตามมาเป็นจำนวนมาก อีกทั้งยังเป็นการลดภาระความเสี่ยงทางธุรกิจของเทศบาลด้วย⁷⁸

3.4.2.4 การดำเนินงานในรูปของบริษัทจำกัดทำให้เทศบาลสามารถกำหนดนโยบายและแผนการดำเนินงานที่มีประสิทธิภาพได้ โดยอาศัยอำนาจการครอบงำกิจการในฐานะที่เทศบาลเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทจำกัด⁷⁹

⁷⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่....) พ.ศ., (เรื่องพิจารณาเสร็จที่ 255-258/2510)

⁷⁷ จันจิรา เอี่ยมมยุรา, วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), 149.

⁷⁸ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานโครงการศึกษาความเหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และแผนการดำเนินงานในการโอนกิจการขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพให้กรุงเทพมหานคร, (28 กุมภาพันธ์ 2540), 99.

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

3.4.2.5 การดำเนินงานในรูปของบริษัทจำกัดเป็นการเปิดโอกาสให้มีการควบคุมตรวจสอบกิจการโดยผู้ร่วมลงทุนอื่น ๆ ได้⁸⁰ ทั้งที่เป็นภาครัฐด้วยกัน หรือภาคเอกชน

3.4.3 ประเภทกิจการที่เทศบาลสามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดได้

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตีไว้บัญญัติประเภทกิจการที่เทศบาลสามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ คือ กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

คำว่า สาธารณูปโภค นั้น พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายว่า “การประกอบการเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไป เช่น ไฟฟ้า ประปา” (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542) ซึ่งสอดคล้องกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประสานงานด้านสาธารณูปโภค พ.ศ. 2539 ข้อ 4 กำหนดว่า “งานสาธารณูปโภค หมายความว่า งานก่อสร้าง ขยาย บำรุง ซ่อมแซม ปรับปรุงและบำรุงรักษางานทางหลวง งานทางรถไฟ งานประปา งานไฟฟ้า งานโทรศัพท์ งานระบายน้ำ งานวางท่อขนส่งปิโตรเลียมและงานอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งดำเนินการในระดับพื้นดินหรือใต้หรือเหนือพื้นดิน”

พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499) บัญญัติว่า กิจการสาธารณูปโภคมีทั้งหมด 11 ประเภทด้วยกันคือ (1) การเดินรถไฟ (2) การเดินรถราง (3) การขุดคลอง (4) การเดินอากาศ (5) การประปา (6) การชลประทาน (7) การไฟฟ้า (8) การประกันภัย (9) คลังสินค้า (10) ธนาคารออมสิน และ (11) เครดิตฟองซิเอร์⁸¹ ในทางปฏิบัติศาลฎีกาของไทยได้มีพิพากษาตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของสาธารณชน พ.ศ. 2471 ว่ากิจการดังต่อไปนี้เป็นกิจการสาธารณูปโภค⁸² ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1181-2/2479 การทำเหมืองฝาย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 615/2484 การทำท่อบปิดคลองเพื่อทดน้ำไปใช้ในการเพาะปลูกและการชลประทาน การตั้งโรงไฟฟ้า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2486 การประปาและการไฟฟ้าและการขุดคลองเพื่อให้เรือเดินและเก็บค่าผ่าน

⁸⁰ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานโครงการศึกษาความเหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และแผนการดำเนินงานในการโอนกิจการขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพให้กรุงเทพมหานคร, (28 กุมภาพันธ์ 2540), 99.

⁸¹ กองราชการส่วนท้องถิ่น, “การบริหารการเทศพาณิชย์ของเทศบาล”, นิตยสารท้องถิ่น, 15, 2 (กุมภาพันธ์ 2518), 45.

⁸² เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

อย่างไรก็ตาม เราจะเห็นได้ว่า คำว่า “สาธารณูปโภค” นั้น อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา ดังเช่นประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 584 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ซึ่งยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2470 ข้อ 3 ที่กำหนดว่า “กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค (1) การรถไฟ (2) การรถราง (3) การขุดคลอง (4) การเดินอากาศ (5) การประปา (6) การชลประทาน (7) การไฟฟ้า (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเดินท่อไปยังอาคารต่าง ๆ (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชนตามที่ ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา⁸³

กิจการใดซึ่งเป็นสาธารณูปโภคเอกชนย่อมไม่มีอำนาจทำกิจการนั้นได้ตามลำพังเหมือนกิจการอื่น ๆ เพราะพระราชบัญญัติควบคุมการค้าอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2458 มาตรา 4 บังคับว่า “ห้ามมิให้บุคคลผู้ใดประกอบกิจการค้าอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐบาลหรือได้รับสัมปทานแล้ว...” ที่กฎหมายบัญญัติให้มีการควบคุมเช่นนี้ เพราะ “ลักษณะของกิจการสาธารณูปโภคมีผลเกี่ยวข้องกับประโยชน์สุขส่วนรวมของประชาชน จำเป็นที่รัฐหรือท้องถิ่นจะต้องเข้าเกี่ยวข้องควบคุมดูแลให้เอกชนจัดทำกิจกรรมดังกล่าวให้เหมาะสมกับความต้องการของประชาชนและป้องกันมิให้เอกชนแสวงหากำไรมากเกินไปจนเป็นที่เดือดร้อนแก่ประชาชนกรณีที่เอกชนดำเนินการขัดต่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวรัฐบาลก็อาจเพิกถอนอนุญาตหรือสัมปทานนั้นเสียได้⁸⁴

นอกจากนี้ในเรื่องความหมายของกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค คณะกรรมการร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา เคยตีความของคำว่า กิจการอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ว่า การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การเหมืองแร่ และบริษัทที่ราษฎรตั้งขึ้นไว้แล้วซึ่งเป็นบริษัทเอกชนจะร่วมกันจัดตั้งบริษัทจำกัด ซึ่งกิจการที่จัดทำขึ้นนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคเท่านั้น การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดจะก่อตั้งบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชนเพื่อขอประทานบัตรทำเหมืองแร่ ย่อมไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากการทำเหมืองแร่ไม่ใช่กิจการอันเป็น

⁸³ พนม เอี่ยมประยูร, “สัมปทานบริการสาธารณะ,” ใน โครงการศึกษาอบรมนิสิตหลักสูตรหลักกฎหมายปกครอง : ประเภทของสัญญาทางปกครอง ณ ห้องประชุมใหญ่ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2532), 7.

⁸⁴ กองราชการส่วนท้องถิ่น, “การบริหารการเทศพาณิชย์ของเทศบาล”, นิตยสารท้องถิ่น, 15, 2 (กุมภาพันธ์ 2518), หน้า 46

สาธารณูปโภค เพราะการทำเหมืองแร่จะเป็นประโยชน์แก่บุคคลบางกลุ่มและบางคนในจังหวัดเท่านั้น หากให้เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนทั่วไปไม่⁸⁵

3.5 การก่อตั้ง ถิ่นหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาลในประเทศไทย

ศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์ มีแนวคิดเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบของส่วนราชการว่า⁸⁶ องค์การในภาคมหานรูปแบบแรกที่เกิดขึ้นก็คือ “รัฐ” ซึ่งเป็นองค์กรที่ผูกขาดการใช้อำนาจทั้งหลายในสังคม เมื่อรัฐเกิดขึ้นแล้วก็ได้มีการแบ่งแยกภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐในด้านต่าง ๆ ออกไปยังหน่วยงานต่าง ๆ ตามความเชี่ยวชาญและตามลักษณะเฉพาะของบริการสาธารณะ

การแบ่งภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะไปยังหน่วยงานต่าง ๆ ที่รัฐจัดตั้งขึ้นนั้นอาจจะกระทำได้โดยการแบ่งแยกเป็นการภายในภายใต้ร่มเงาของรัฐบาลเป็นผู้แสดงเจตนาแทนและดำเนินการต่าง ๆ ในนามของรัฐ โดยไม่มีการแบ่งแยกหน่วยงานต่าง ๆ ออกไปจัดตั้งเป็นนิติบุคคลเอกเทศต่างหากจากรัฐหรืออาจจะกระทำได้โดยการแบ่งแยกหน่วยงานต่าง ๆ ออกไปเป็นนิติบุคคลเอกเทศต่างหากจากรัฐเพื่อผลในทางกฎหมายบางประการ อาทิ การมีอำนาจถือครองทรัพย์สินและฟ้องร้องคดีในนามของตนเองได้

การจัดโครงสร้างในการบริหารงานของรัฐจึงมีความจำเป็นต้องผสมผสานหลักการรวมอำนาจและกระจายอำนาจเข้าด้วยกันเพื่อปฏิบัติการกิจการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เพราะจะปล่อยให้รัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะตามลำพังย่อมเป็นไปได้ ดังนั้นการกระจายอำนาจ

⁸⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามบันทึกเรื่องหารือการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 (กรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดจะร่วมกับบริษัทจำกัดที่เอกชนก่อตั้งขึ้น ก่อตั้งบริษัทจำกัดเพื่อขอประทานบัตรทำเหมืองแร่)” อ้างใน สิริพร มณีพันธ์, “การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นในประเทศไทย: ศึกษาจากปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีเทศบาลและกรุงเทพมหานคร” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), 76

⁸⁶ สุรพล นิติไกรพจน์, การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์กรภาคมหาน : ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ, รายงานการวิจัยเสนอต่อสภาวิจัยแห่งชาติ, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2541), 5-8.

ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงเป็นสิ่งจำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ในรัฐสมัยใหม่ที่ภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะมีความหลากหลายและซับซ้อน⁸⁷

การจัดทำบริการสาธารณะของท้องถิ่นในประเทศไทยมีวิธีการทำได้ 3 รูปแบบ คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำเอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำร่วมกับองค์กรอื่น และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมอบให้ผู้อื่นจัดทำดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

สำหรับการดำเนินกิจการหรือการจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเทศบาล สามารถจะกระทำได้ในหลายรูปแบบเทศบาลอาจจะจัดการกิจการนั้น ๆ ด้วยตนเองหรือจะมอบให้เอกชนทำทั้งหมดก็ได้ ในขณะเดียวกันเทศบาลก็มีอำนาจมอบให้องค์กรอีกองค์กรหนึ่ง ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลอีกนิติบุคคลหนึ่งแตกต่างหากจากเทศบาลดำเนินการนั้นแทนท้องถิ่น โดยเทศบาลสามารถควบคุมองค์กรนั้นได้อย่างใกล้ชิด ถ้าเทศบาลต้องการทำกิจการในลักษณะมหาชนก็อาจจัดตั้งสหการขึ้น แต่ถ้าต้องการจัดทำอย่างในระบบธุรกิจเพื่อให้เกิดความคล่องตัว เทศบาลก็สามารถจัดตั้งบริษัทของตนเองหรือจะถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับบุคคลอื่นก็ได้

เทศบาลเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกิดขึ้นจากหลักการกระจายอำนาจที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 โดยตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้เทศบาล “ทำการค้า” โดย “การก่อตั้งบริษัทจำกัด” หรือ “ถือหุ้นในบริษัทจำกัด” ได้ การก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล นอกจากจะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (กฎหมายเอกชน) ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทแล้วยังต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติเทศบาลฯ (กฎหมายมหาชน) ด้วย

ความสำคัญของการมีบทบัญญัติพิเศษในทางกฎหมายมหาชน แยกต่างหากจากบทบัญญัติทั่วไปทางกฎหมายแพ่งในกรณีนี้ นับเป็นเรื่องสำคัญเนื่องจากการที่เทศบาลมีอำนาจรวมทุนกับนิติบุคคลอื่นได้นั้น อาจจะก่อให้เกิดผลเสียหายภายหลังได้เพราะโดยปกติรายได้ของเทศบาลนั้นเป็นรายได้มาจากภาษีอากรของราษฎรเมื่อนำไปรวมทุนกับนิติบุคคลอื่นที่เป็นเอกชนถ้าปล่อยให้กิจการที่รวมทุนกันขึ้นนี้ดำเนินไปโดยเสรี คือ ไม่มีการให้อภิสิทธิ์ใด ๆ ถ้าเกิดขาดทุนผลร้ายก็เกิดแก่เงินภาษีอากรที่นำไปลงทุน งบประมาณที่จะทำนุบำรุงท้องถิ่น ซึ่งมีน้อยอยู่แล้วก็จะยิ่งลดน้อย

⁸⁷ เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่องแนวทางการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จัดโดย สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และกระทรวงมหาดไทย ณ ห้อง LT.1 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, วันศุกร์ที่ 14 ตุลาคม 2537, 5-6.

ถอยลงไปอีกแต่ถ้าเทศบาลจะออกเทศบัญญัติมาให้สิทธิ เพื่อให้กิจการดำเนินไปได้ด้วยดี อภิสิทธิ์นั้นก็จะตกเป็นประโยชน์แก่เอกชนที่มาร่วมกิจการนั้นด้วย⁸⁸

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตรี ได้กำหนดให้ “เทศบาลอาจจะทำการร่วมกับบุคคลอื่นโดยก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเมื่อ

1. บริษัทจำกัดนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค
2. เทศบาลต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนที่บริษัทนั้นจดทะเบียนไว้ในกรณีที่หลายเทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบลหรือสุขาภิบาลถือหุ้นอยู่ในบริษัทเดียวกันให้นับหุ้นที่ถือกันรวมกัน และ
3. ได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

การเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่เทศบาลถืออยู่ในบริษัทจำกัด ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ความใน (1) และ (2) ของวรรคหนึ่ง ไม่ใช่บังคับในกรณีที่บริษัทจำกัดที่เทศบาลร่วมก่อตั้งหรือถือหุ้นนั้น ไม่มีเอกชนถือหุ้นอยู่ด้วย” ดังจะได้อธิบายต่อไปในข้อ 3.5.1

3.5.1 พิจารณาตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติให้อำนาจเทศบาลในการก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด เพื่อประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคได้ ซึ่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการก่อตั้ง ถือหุ้นและการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาลที่จัดตั้งขึ้น ดังนี้

3.5.1.1 กรณีที่บริษัทจำกัดมีเอกชนเข้าถือหุ้นรวมอยู่ด้วย

การก่อตั้ง ถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล ในกรณีที่มีเอกชนถือหุ้นรวมอยู่ด้วย มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้⁸⁹

1. บริษัทจำกัดนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ในเรื่องนี้ท่านอาจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้ให้ข้อสังเกตว่ากรณีของกรุงเทพมหานครและพัทยา กฎหมายไม่ได้ระบุว่า “กิจการค้าขาย” ไว้ ซึ่งเข้าใจว่ากฎหมายทั้งสองฉบับนี้เล็งเห็นว่า

⁸⁸ มีชัย ฤชุพันธุ์, วิจารณ์ร่างพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 6), เอกสารของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 10 สิงหาคม 2510.

⁸⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, การก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, วารสารนิติศาสตร์ 20, 2, (มิถุนายน 2533), 143.

การก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้น ก็คือการทำกร้านั่นเอง จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติคำว่า “การค้า” ไว้อีก เพราะจะเป็นการซ้ำซ้อนกัน องค์การปกครองท้องถิ่นจะประกอบกิจการอย่างอื่นไม่ได้เว้นแต่บริษัทจำกัดนั้นไม่มีเอกชนถือหุ้นอยู่ด้วย สำหรับกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคนั้น ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 3.4.3 จึงไม่ขอกล่าวซ้ำในข้อนี้อีก

2. องค์การปกครองท้องถิ่นต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินร้อยละห้าสิบของทุนที่บริษัทนั้นจดทะเบียนไว้ ในกรณีที่มีหลายองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ส่วนราชการหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจถือหุ้นอยู่ในบริษัทจำกัดเดียวกันให้นับหุ้นที่ถือกันรวมกันแต่ถ้าเป็นบริษัทที่ไม่มีเอกชนถือหุ้นอยู่ด้วยก็ไม่บังคับว่าองค์การปกครองท้องถิ่นจะต้องถือหุ้นเกินร้อยละห้าสิบ

ในกรณีของเทศบาล มีข้อสังเกต คือ กฎหมายบัญญัติให้สามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับเทศบาล สุขาภิบาล และองค์การบริหารส่วนตำบลอื่นเท่านั้น แต่มิได้บัญญัติให้เทศบาลถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับกรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจแต่อย่างใด ซึ่งต่างกับกรณีของกรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา ที่สามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจอื่น ๆ ได้ และในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ถืออยู่จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยหรือสภาท้องถิ่นก่อน แล้วแต่กรณี

สำหรับกรณีของเทศบาล การเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่เทศบาลถืออยู่จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อน ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ครี

3. สภาท้องถิ่นต้องมีมติให้ความเห็นชอบ ในกรณีของเทศบาลนั้น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มีบัญญัติให้การก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาเทศบาล แต่ในทางปฏิบัติแล้ว การก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือการถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลก็ต้องขอความเห็นชอบจากสภาเทศบาลด้วยเช่นเดียวกัน

4. ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น การที่กฎหมายกำหนดให้ท้องถิ่นร่วมจัดตั้งบริษัทจำกัดเนื่องจากรัฐประสงค์จะให้ท้องถิ่นเลี้ยงตัวเองได้โดยเปิดโอกาสให้ทำการค้าในรูปแบบของบริษัทจำกัด ทั้งนี้ เนื่องจากเงินที่ท้องถิ่นนำมาลงทุนนั้นเป็นรายได้ที่มาจากภาษีอากรของราษฎรเมื่อนำมารวมกับนิติบุคคลอื่นที่เป็นเอกชนถ้ากิจการนั้นเกิดการขาดทุนผลร้ายก็จะเกิดแก่เงินภาษีอากรที่นำไปลงทุนซึ่งงบประมาณที่จะนำมาบำรุงท้องถิ่นก็จะลดน้อยลงไปด้วย การที่ท้องถิ่นนำ

เงินมาลงทุนทำการค้าเช่นนี้จึงเป็นการเสี่ยง กฎหมายจึงกำหนดให้ท้องถิ่นทำการค้าโดยมีความรับผิดชอบจำกัดในรูปของบริษัทจำกัด⁹⁰ อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน

3.5.1.2 กรณีที่บริษัทไม่มีเอกชนเข้าถือหุ้นรวมอยู่ด้วย

ในกรณีที่เทศบาลจะก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด และเป็นกรณีที่ไม่มีเอกชนเข้าถือหุ้นรวมอยู่ด้วยนั้น มีหลักเกณฑ์ ดังนี้⁹¹

1. องค์ประกอบส่วนท้องถิ่นสามารถก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่ประกอบกิจการอื่น ๆ ได้โดยไม่จำกัดเฉพาะกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ดังเช่น ในกรณีของบริษัทจำกัดที่มีเอกชนเข้าถือหุ้นรวมอยู่ด้วยเท่านั้น

2. องค์ประกอบส่วนท้องถิ่นสามารถถือหุ้นร่วมกับหน่วยงานของรัฐอื่นได้ ซึ่งมีข้อสังเกต คือ ในกรณีของเทศบาล สุขาภิบาล กฎหมายบัญญัติให้สามารถก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับเทศบาล สุขาภิบาล และองค์การบริหารส่วนตำบลอื่นเท่านั้น แต่มิได้บัญญัติถึงการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับกรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจแต่อย่างใด ซึ่งต่างจากกรณีของกรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยาที่สามารถก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับองค์ประกอบส่วนท้องถิ่น ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจอื่น ๆ ได้ และในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่องค์ประกอบส่วนท้องถิ่นถืออยู่จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือสภาท้องถิ่นก่อน แล้วแต่กรณี

สำหรับกรณีของเทศบาล การเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่เทศบาลถืออยู่จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อน ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตี

3. สภาท้องถิ่นจะต้องมีมติให้ความเห็นชอบ กรณีของเทศบาลนั้น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มีบัญญัติให้การก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาเทศบาล แต่ในทางปฏิบัติแล้ว การก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือการถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลก็

⁹⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ ...)พ.ศ. , (เรื่องพิจารณาเสร็จที่ 255 – 258/2510).

⁹¹ อยุทธ จามิกรณ์, แนวทางการก่อตั้ง ถือหุ้น และดำเนินงานบริษัทจำกัดขององค์ประกอบส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), 65-66.

จะต้องขอความเห็นชอบจากสภาเทศบาลด้วยเช่นเดียวกันกับกรณีการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ที่มีบริษัทจำกัดมีเอกชนเข้าถือหุ้นรวมอยู่ด้วย

4. ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

3.5.2 พิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 บังคับใช้กับเทศบาลซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในกรณีที่เทศบาลก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชนด้วย โดยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งบัญญัติว่า

ในพระราชบัญญัตินี้

“หน่วยงานเจ้าของโครงการ” หมายความว่า ส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่า รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของโครงการ

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ

“ราชการส่วนท้องถิ่น” หมายความว่า ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

“กระทรวงเจ้าสังกัดของส่วนราชการ” หมายความว่า กระทรวงหรือทบวงซึ่งมีส่วนราชการในสังกัดตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม

“กระทรวงเจ้าสังกัดของรัฐวิสาหกิจ”

1. กรณีบริษัทจำกัด หมายความว่า กระทรวงการคลังหรือ กระทรวงหรือทบวงที่ได้รับมอบอำนาจให้ใช้สิทธิเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดแทนกระทรวงการคลัง

2. กรณีไม่ใช่บริษัทจำกัด หมายความว่า กระทรวงหรือทบวงซึ่งรัฐมนตรีว่าการเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นหรือรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบในงานของรัฐวิสาหกิจนั้น

“กระทรวงเจ้าสังกัดของราชการส่วนท้องถิ่น” หมายความว่า กระทรวงมหาดไทย

“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายหรือกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

“ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการพิจารณาคัดเลือกเอกชนร่วมงานหรือดำเนินการตามมาตรา 13

จากบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ดังกล่าว จึงเห็นได้ว่า กรณีที่เทศบาลจะก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคร่วมกับเอกชน ถ้าเป็นการลงทุนที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000,000,000 บาท ขึ้นไป จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ด้วย

3.5.3 พิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การก่อตั้ง การถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาลหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น นอกจากจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ แล้วแต่กรณี และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แล้ว เทศบาลและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ ยังจะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งบริษัทจำกัดขึ้นด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ในการก่อตั้งบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีดังนี้

3.5.3.1 การประกอบธุรกิจที่มีบุคคล 3 คน ขึ้นไปมาลงทุนและเป็นเจ้าของกิจการ เรียกว่า “ผู้ถือหุ้น” ผู้ถือหุ้นจะรับผิดชอบในหนี้ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจไม่เกินจำนวนเงินผู้ถือหุ้นแต่ละคนตกลงจะร่วมลงทุน บริษัทจำกัดจะต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิ⁹² โดยกรอกรายละเอียดเกี่ยวกับชื่อบริษัท จังหวัดที่ตั้งสำนักงาน แห่งใหญ่ กิจการที่จะทำทุนจดทะเบียน จำนวนหุ้น มูลค่าหุ้น ชื่อ ที่อยู่ อาชีพ จำนวนหุ้นที่จะ ลงทุน (ซึ่งต้องจองซื้อหุ้นอย่างน้อย 1 หุ้น) และลายมือชื่อของผู้เริ่มก่อตั้งบริษัททุกคนในแบบพิมพ์ คำขอจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิ⁹³ (หนังสือบริคณห์สนธิต้องผนึกอากรแสตมป์ 200 บาท) และให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนหนึ่งคนใดก็ได้เป็นผู้ยื่นขอจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิด้วยตนเอง หรือจะมอบอำนาจให้ผู้อื่น ไปยื่นจดทะเบียนแทนก็ได้การจดทะเบียน

⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097

⁹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1098

หนังสือบริคณห์สนธิต้องเสียค่าธรรมเนียมตามจำนวนทุน กล่าวคือ ทุนจดทะเบียนแสนละ 50 บาท แต่ไม่ต่ำกว่า 500 บาท และสูงสุดไม่เกิน 25,000 บาท

3.5.3.2 เมื่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้จดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิแล้ว ผู้เริ่มจัดตั้งจะต้องนัดผู้จองซื้อหุ้นเพื่อประชุมจัดตั้งบริษัท ต่อจากนั้นคณะกรรมการที่ได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมจัดตั้งบริษัทจะต้องเรียกเก็บเงินค่าหุ้นจากผู้จองซื้อหุ้น (คราวแรกให้เรียกเก็บค่าหุ้น ๆ ละ ไม่ต่ำกว่าร้อยละยี่สิบห้า)⁹⁴ และกรรมการผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อกระทำการแทนบริษัทต้องจัดทำคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทขึ้นจดทะเบียนภายใน 3 เดือนนับตั้งแต่วันที่ประชุมจัดตั้งบริษัท⁹⁵ การจดทะเบียนบริษัทต้องเสียค่าธรรมเนียมตามจำนวนทุน กล่าวคือ ทุนจดทะเบียนแสนละ 500 บาท แต่ไม่ต่ำกว่า 5,000 บาท และสูงสุดไม่เกิน 250,000 บาท

3.5.3.3 การยื่นขอจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิและการยื่นขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งและกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทที่ยื่นขอจดทะเบียนจะต้องลงลายมือชื่อใน คำขอจดทะเบียนต่อหน้านายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท ในกรณีผู้เริ่มจัดตั้งหรือกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทที่ขอจดทะเบียนไม่ประสงค์จะไปลงลายมือชื่อต่อหน้านายทะเบียนก็สามารถลงลายมือชื่อต่อหน้าสามัญหรือวิสามัญสมาชิกแห่งนิติบุคคลยสภาเพื่อได้รับรองลายมือชื่อของตนเองได้ในอีกทางหนึ่ง

หลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการดังกล่าว เป็นเพียงหลักเกณฑ์โดยย่อในการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ ส่วนขั้นตอนและวิธีการในการก่อตั้ง การเข้าถือหุ้น การโอนหุ้น หรือการดำเนินงานของบริษัทจำกัด สิทธิหน้าที่ ความรับผิดชอบ เทศบาลและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และรายละเอียดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อไป

3.6 สถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัด

บริษัทจำกัดที่ก่อตั้งขึ้นโดยเทศบาล แม้เทศบาลจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชน หากแต่การก่อตั้งบริษัทจำกัดนั้น เทศบาลยังคงต้องดำเนินการตามกฎหมายเอกชน คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น บริษัทจำกัดที่เทศบาลก่อตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็

⁹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1105

⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1112

ย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชนตามประมวลกฎหมายดังกล่าวด้วย⁹⁶ นอกจากสถานะความเป็นนิติบุคคลเอกชนของบริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้นแล้วไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับหุ้นและผู้ถือหุ้น วิธีการบริหาร การสอบบัญชี การตรวจ การเพิ่มทุนและลดทุน สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของบริษัทจำกัดก็ย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งสิ้น

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติให้เทศบาลจะต้องถือหุ้นในบริษัทจำกัดเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัดนั้น⁹⁷ ก็ด้วยกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่ จะให้เทศบาลสามารถเข้าควบคุมบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งขึ้นนั้นได้ ปัญหาที่เกี่ยวข้องคงมีต่อไปว่า บริษัทจำกัดที่เทศบาลก่อตั้งขึ้นนั้นมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนหรือไม่ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ ดังนี้⁹⁸

พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ.2502 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“...รัฐวิสาหกิจ หมายความว่า

1. องค์การของรัฐบาลหรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ
2. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
3. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจ ตาม (ก) และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
4. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจ ตาม (ค) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
5. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ง) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) และ/หรือ (ค) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ”

จากความหมายของคำว่า รัฐวิสาหกิจ ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ดังกล่าว เห็นได้ว่า บริษัทจำกัดที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรวมทั้งเทศบาลก่อตั้งขึ้นมิใช่รัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เพราะวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 หมายความว่าวิสาหกิจของ “รัฐ” เท่านั้น ไม่รวมวิสาหกิจของ “องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น”

⁹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 บัญญัติว่า “ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท เมื่อได้จดทะเบียนตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้แล้ว ท่านว่าจัดเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งรวมกันเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น”

⁹⁷ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 มาตรา 57 ตรี

⁹⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, รวมกฎหมายการปกครองท้องถิ่น, (กรุงเทพฯ: คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา), 2547, 52-53.

แนวความคิดที่ว่า วิสาหกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมิใช่ รัฐวิสาหกิจนั้น ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป ดังจะเห็นได้จากความเห็นของนายมนูญ บริสุทธิ์ อดีตเลขาธิการคณะกรรมการที่เสนอต่อเลขาธิการทำเนียบนายกรัฐมนตรีว่า การที่องค์กรปกครองส่วนจังหวัดเข้าถือหุ้นในบริษัทพืชผลสักรรรม จำกัด แทนกระทรวงเศรษฐการนั้น จำนวนหุ้นที่องค์กรการบริหารส่วนจังหวัดซื้อนั้นจะเป็นจำนวนเท่าใดย่อมไม่ทำให้บริษัทเปลี่ยนสภาพเป็นรัฐวิสาหกิจไปได้ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวสอดคล้องกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2290/2515 ที่ศาลวินิจฉัยว่า องค์กรใดจะเป็นรัฐวิสาหกิจนั้นจะต้องมีทุนทั้งหมดหรือทุนเกินกว่าร้อยละห้าสิบเป็นของรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถเป็นวิสาหกิจมหาชนได้ ทั้งนี้ เนื่องจากวิสาหกิจมหาชนมีองค์ประกอบ คือ

1. เป็นองค์กรที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล
2. เป็นองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมทางการค้าหรืออุตสาหกรรม
3. รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่นถือหุ้นในองค์กรนั้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบหรือควบคุมการบริหารงานขององค์กรนั้น

ดังนั้น แม้ว่าวิสาหกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะไม่ใช่ รัฐวิสาหกิจ แต่ก็มีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังเช่น การก่อตั้งบริษัทจำกัดโดยเทศบาล แม้บริษัทจำกัดที่เทศบาลก่อตั้งขึ้นจะไม่มีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ แต่ก็มีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนของเทศบาล เนื่องจากบริษัทจำกัดที่เทศบาลก่อตั้งขึ้นนั้นมีองค์ประกอบของการเป็นวิสาหกิจมหาชน กล่าวคือ บริษัทจำกัดมีสถานะเป็นนิติบุคคล เป็นองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมทางการค้าหรืออุตสาหกรรม และเทศบาลถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบหรือควบคุมการบริหารงานขององค์กรนั้น

ด้วยเหตุดังกล่าว บริษัทจำกัดที่เทศบาลก่อตั้งขึ้นจึงมีสถานะเป็น วิสาหกิจมหาชนของเทศบาล และแม้ว่าบริษัทจำกัดจะเป็นนิติบุคคลเอกชนเนื่องจากก่อตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน บริษัทจำกัดที่ก่อตั้งโดยเทศบาลดังกล่าวก็มีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชน หากทำให้บริษัทจำกัดมีสถานะเป็นวิสาหกิจเอกชนที่เกิดจากการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนไม่

3.7 การกำกับดูแลการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลโดยส่วนกลาง

ส่วนกลางหรือราชการบริหารส่วนกลางมีอำนาจกำกับดูแลการก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลได้ใน 2 กรณี คือ อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการอนุมัติให้ก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด และในการอนุมัติให้เปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้น ดังนี้

3.7.1 อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการอนุมัติให้ก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจอนุมัติในการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล⁹⁹ ซึ่งเป็นขั้นตอนการตัดสินใจว่าจะให้เทศบาลก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้หรือไม่ เนื่องจากการก่อตั้งบริษัทจำกัดมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการงบประมาณของเทศบาล จึงต้องให้รัฐมนตรีในฐานะผู้กำกับดูแลการบริหารงานของราชการส่วนท้องถิ่นเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติ

ขั้นตอนการอนุมัติของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ถือเป็นขั้นตอนสำคัญและเป็นอำนาจตัดสินใจสุดท้ายว่าจะให้เทศบาลก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดหรือไม่ ทั้งนี้ แม้ว่าสภาเทศบาลจะมีมติเห็นชอบในการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดแล้วก็ตาม กฎหมายก็ยังกำหนดให้ต้องผ่านการอนุมัติของรัฐมนตรี

3.7.2 อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการอนุมัติให้เปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้น

ในกรณีที่เทศบาลสามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยแล้ว¹⁰⁰ หากต่อมาเทศบาลมีความประสงค์จะเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่ถืออยู่จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีด้วย การเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ

กรณีแรก เป็นการเพิ่มจำนวนหุ้นที่เทศบาลถืออยู่ในบริษัทจำกัด ซึ่งไม่มีการกำหนดว่าเทศบาลจะเพิ่มหุ้นได้จำนวนเท่าใด ซึ่งอาจเป็นการเพิ่มหุ้นเพื่อให้เทศบาลมีจำนวนหุ้นที่ถือเกินกว่า

⁹⁹ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 มาตรา 57 ตรี (3)

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 มาตรา 57 ตรี วรรคสอง

ร้อยละ 50 ในกรณีที่มีหน่วยงานอื่นของรัฐร่วมถือหุ้นอยู่ด้วย หรือในกรณีที่เทศบาลเป็นหน่วยงานของรัฐเพียงหน่วยงานเดียวที่ถือหุ้นอยู่ในบริษัทจำกัด การเพิ่มหุ้นของเทศบาลจึงต้องเป็นกรณี queเพิ่มหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50

กรณีที่สอง เป็นการลดจำนวนหุ้นที่เทศบาลถืออยู่ในบริษัทจำกัด แต่การลดจำนวนหุ้นนี้ต้องเป็นการลดที่เทศบาลยังคงถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 หรือหากเป็นการถือน้อยกว่าร้อยละ 50 ก็ต้องเป็นกรณีที่ในบริษัทนั้นมีหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ร่วมถือหุ้นรวมอยู่ด้วย แต่เมื่อรวมการถือหุ้นของเทศบาลและหน่วยงานของรัฐอื่นแล้วก็ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ด้วย



บทที่ 4

ปัญหาการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาล

4.1 ปัญหาการก่อตั้ง การถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล

แม้ว่าพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 จะบัญญัติให้เทศบาลสามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้โดยบริษัทที่จะก่อตั้งขึ้นหรือเข้าถือหุ้นนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบกิจการค้าอันเป็นสาธารณูปโภค บริษัทจะประกอบกิจการอื่นใดมิได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่บริษัทจำกัดนั้นไม่มีเอกชนถือหุ้นรวมอยู่ด้วย¹⁰¹

อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วกลับพบว่าไม่มีเทศบาลใดในประเทศไทยที่มีการก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด ดังนั้น การศึกษาถึงปัญหาการก่อตั้งและการถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลในวิทยานิพนธ์นี้ย่อมจะเป็นประโยชน์ต่อการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลต่อไป โดยผู้เขียนขอนำเสนอการวิเคราะห์สภาพปัญหาที่ทำให้เทศบาลไม่สามารถก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ดังนี้

4.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับการเงินของเทศบาล

เทศบาลในปัจจุบันมีแหล่งรายได้สำคัญ 3 ด้าน ได้แก่¹⁰²

4.1.1.1 ภาษี อากร ค่าธรรมเนียมและค่าปรับต่าง ๆ ทั้งที่เทศบาลจัดเก็บเอง หรือรัฐบาลจัดเก็บให้แล้วส่งคืนให้กับเทศบาล หรือภาษีที่รัฐบาลแบ่งสัดส่วนให้ เป็นต้น

4.1.1.2 รายได้จากเงินอุดหนุน ซึ่งแบ่งเป็นเงินอุดหนุนทั่วไป และเงินอุดหนุนเฉพาะ

¹⁰¹ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตีร วรคสาม

¹⁰² มรุต วันทนกรและดรุณี หมั่นสมักร, ประวัติและพัฒนาการของเทศบาล [ออนไลน์],

13 เมษายน 2553. แหล่งที่มา <http://www.thaipoliticsgovernment.org/wiki/>

4.1.1.3 รายได้จากกิจการอื่น ๆ ของเทศบาลเอง เช่น โรงรับจำนำ กิจการเทศพาณิชย์ เป็นต้น การกำหนดว่าภาษีประเภทใดเป็นของเทศบาลเอง เช่น โรงรับจำนำ กิจการเทศพาณิชย์ เป็นต้น การกำหนดว่าภาษีประเภทใดเป็นของเทศบาลหรือเป็นของรัฐบาลหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทอื่น มีการกำหนดสัดส่วนเท่าใด เทศบาลเก็บอัตราภาษีเพิ่มได้อีกเท่าใด รายละเอียดต่างๆ เหล่านี้ มีกำหนดไว้ในกฎหมายอย่างน้อย 2 ฉบับ มีรายละเอียดดังนี้

1. รายได้ของเทศบาลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2543 กฎหมายได้กำหนดให้เทศบาลมีรายได้จากแหล่งต่างๆ (มาตรา 66) ดังต่อไปนี้ (1) ภาษีอากรตามแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้ (2) ค่าธรรมเนียมค่าใบอนุญาต และค่าปรับตามแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้ (3) รายได้จากทรัพย์สินของเทศบาล (4) รายได้จากการสาธารณูปโภคและเทศพาณิชย์ (5) พันธบัตรหรือเงินกู้ ตามแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้ (6) เงินกู้จากกระทรวง ทบวง กรม องค์กร หรือนิติบุคคลต่างๆ (การกู้เงินต้องได้นับอนุญาตจากสภาเทศบาล และได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย) (7) เงินอุดหนุนจากรัฐบาลหรือองค์กรบริหารส่วนจังหวัด (8) เงินและทรัพย์สินอย่างอื่นที่มีผู้อุทิศให้ (9) รายได้อื่นใดตามแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้

2. รายได้ของเทศบาลตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 นอกจากรายได้ทั้ง 9 ประการแล้ว พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ยังได้กำหนดรายได้ของเทศบาลและท้องถิ่นอื่นอีกหลายประการ (มาตรา 23) ดังนี้ (1) ภาษีโรงเรือนและที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยภาษีโรงเรือนและที่ดิน (2) ภาษีบำรุงท้องที่ตามกฎหมายว่าด้วยภาษีบำรุงท้องที่ (3) ภาษีป้ายตามกฎหมายว่าด้วยภาษีป้าย (4) ภาษีมูลค่าเพิ่มตามประมวลรัษฎากรที่ได้รับการจัดสรรในอัตราซึ่งเมื่อรวมกับการจัดสรรให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดแล้วไม่เกินร้อยละ 30 ของภาษีมูลค่าเพิ่มที่จัดเก็บได้หักส่วนที่ต้องจ่ายคืนแล้ว โดยเป็นหน้าที่ของกรมสรรพากรที่จะจัดเก็บ (5) ภาษีธุรกิจเฉพาะตามประมวลรัษฎากร โดยออกข้อบัญญัติจัดเก็บเพิ่มขึ้นในอัตรา ซึ่งเมื่อรวมกับอัตราที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดกำหนด แล้วไม่เกินร้อยละ 30 ของอัตราภาษีที่จัดเก็บตามประมวลรัษฎากร โดยเป็นหน้าที่ของกรมสรรพากรที่จะจัดเก็บ (6) ภาษีสรรพสามิตตามกฎหมายว่าด้วยภาษีสรรพสามิต ภาษีสุราตามกฎหมายว่าด้วยสุราและค่าแสตมป์ยาสูบตามกฎหมายว่าด้วยยาสูบซึ่งเก็บจากการค้าในเขตเทศบาล โดยออกข้อบัญญัติเพิ่มขึ้นในอัตราไม่เกินร้อยละ 30 ของอัตราภาษีที่กรมสรรพสามิตจัดเก็บ และให้ถือเป็นภาษีและค่าแสตมป์ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น โดยเป็นหน้าที่ของกรมสรรพสามิตที่จะจัดเก็บ (7) ภาษีและค่าธรรมเนียมรถยนต์ รวมทั้งเงินเพิ่มตามกฎหมายว่าด้วยรถยนต์ ภาษีรถตามกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบกและค่าธรรมเนียมล้อเลื่อนตามกฎหมายว่าด้วยล้อเลื่อน (8) ภาษีการพนันตามกฎหมาย

ว่าด้วยการพนัน (9) ภาษีเพื่อการศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ (10) อากรฆ่าสัตว์และผลประโยชน์อื่นอันเกิดจากการฆ่าสัตว์ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการฆ่าสัตว์และจำหน่ายเนื้อสัตว์ (11) อากรรังนกอีแอ่นตามกฎหมายว่าด้วยอากรรังนกอีแอ่น (12) ค่าภาคหลวงแร่ตามกฎหมายว่าด้วยแร่ (13) ค่าภาคหลวงปิโตรเลียมตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียม (14) ค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ (15) ค่าธรรมเนียมสนามบิน (16) ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตขายสุราและค่าธรรมเนียมใบอนุญาตเล่นการพนัน (17) ค่าธรรมเนียมใช้น้ำบาดาล (18) ค่าธรรมเนียมอื่น ๆ ที่เรียกเก็บจากผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะที่จัดให้มีขึ้น (19) รายได้อื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นของเทศบาล แหล่งรายได้ประเภทต่างๆ ที่กล่าวถึงในข้างต้น ไม่ได้หมายความว่าเทศบาลจะมีรายได้ภาษีเหล่านั้นทั้งหมดเต็มจำนวน หากแต่ยังต้องแบ่งรายได้บางประเภทให้กับหน่วยงานอื่นอีก เช่น รัฐบาลหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น เป็นต้น นอกจากนี้การเก็บรายได้เหล่านี้ เทศบาลไม่ได้เป็นผู้จัดเก็บเองทั้งหมด ยังมีหน่วยงานอื่น ๆ ที่เข้ามาดำเนินการเก็บภาษีให้แก่เทศบาลอีก เช่น กรมสรรพากร กรมสรรพสามิต กรมการขนส่งทางบก เป็นต้น สรุปการจัดเก็บรายได้ของเทศบาลไว้ดังนี้

เทศบาลจัดเก็บเอง รัฐบาลจัดเก็บแล้วแบ่งให้เทศบาลตามสัดส่วน (1) ภาษีโรงเรือนและที่ดิน (2) ภาษีบำรุงท้องที่ (3) ภาษีป้าย (4) อากรการฆ่าสัตว์ (5) อากรรังนกอีแอ่น (1) ภาษีสรรพสามิต (2) ภาษีสุรา (3) ค่าแสตมป์ยาสูบ (4) ภาษีการพนัน (5) ค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ (6) ค่าธรรมเนียมสนามบิน (7) ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตขายสุรา (8) ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตเล่นการพนัน (9) ภาษีมูลค่าเพิ่ม (10) ภาษีธุรกิจเฉพาะ (11) ภาษีและค่าธรรมเนียมรถยนต์ (12) ภาษีเพื่อการศึกษา (13) ค่าภาคหลวงแร่ (14) ค่าภาคหลวงปิโตรเลียม

จะเห็นได้ว่า ภาษีที่เทศบาลจัดเก็บเองและไม่ต้องแบ่งสรรให้กับหน่วยงานจะมีค่อนข้างน้อย รายได้ส่วนใหญ่จึงมาภาษีที่รัฐบาลเป็นผู้จัดเก็บและจัดสรรให้แก่เทศบาล

นอกจากนี้พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ยังกำหนดให้เทศบาลมีรายได้จากแหล่งอื่นๆ อีก ได้แก่ (1) รายได้จากทรัพย์สินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (2) รายได้จากสาธารณูปโภค (3) รายได้จากการพาณิชย์และการทำกิจการ ไม่ว่าจะดำเนินการเองหรือร่วมกับบุคคลอื่นหรือจากสหการ (4) ภาษีอากร ค่าธรรมเนียม ค่าใบอนุญาต ค่าปรับ ค่าตอบแทน หรือรายได้อื่นใดตามที่มิกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (5) ค่าบริการ (6) เงินอุดหนุนจากรัฐบาล ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น (7) เงินช่วยเหลือจากต่างประเทศ องค์กรต่างประเทศ หรือองค์กรระหว่างประเทศ (8) รายได้จากการจำหน่ายพันธบัตร (9) เงินกู้จากต่างประเทศ ทบวง กรม องค์กร หรือนิติบุคคลต่าง ๆ (10) เงินกู้จากต่างประเทศ องค์กรต่างประเทศ

หรือองค์การระหว่างประเทศ (11) เงินและทรัพย์สินอย่างอื่นที่มีผู้อุทิศให้ (12) เงินช่วยเหลือหรือเงินค่าตอบแทน (13) รายได้จากทรัพย์สินของแผ่นดิน หรือรายได้จากทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินการเพื่อกู้ยืมเงินในเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (14) รายได้จากค่าธรรมเนียมพิเศษ

การออกพันธบัตรตาม (8) การกู้เงินจากองค์การหรือนิติบุคคลต่าง ๆ ตาม (9) การกู้เงินตาม (10) และรายได้ตาม (13) ให้ออกเป็นเทศบัญญัติโดยได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี

เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจออกมาเมื่อปี พ.ศ. 2542 จึงทำให้กฎหมายแม่บทของเทศบาลที่กำหนดที่มาแห่งรายได้ของเทศบาลใน 9 ประการข้างต้น ต้องถูกทดแทนด้วยรายได้ของเทศบาลตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542

เนื่องจากการจัดเก็บรายได้ประเภทเงินภาษีที่อยู่ในอำนาจของเทศบาลและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ ในประเทศไทยนั้นมีอยู่อย่างจำกัด เทศบาลและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ จึงต้องอาศัยรายได้หลักที่มาจากการจัดสรรจากงบประมาณแผ่นดิน ประจำปีงบประมาณต่าง ๆ จึงกล่าวได้ว่า ในปัจจุบันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยจึงเกือบไม่สามารถดำเนินกิจการอะไรได้ หากไม่ได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลกลาง¹⁰³

ดังนั้น เมื่อเทศบาลและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นๆ ประสบกับปัญหาของรายได้ที่เทศบาลจะก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด ซึ่งต้องใช้เงินสูงจึงกระทำได้ยาก แม้ว่าพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 จะบัญญัติเปิดโอกาสให้เทศบาลสามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วด้วยปัญหาสภาพการเงินของเทศบาลที่มีรายได้น้อย ต้องรอเงินงบประมาณแผ่นดินจากส่วนกลางเท่านั้น ทำให้เทศบาลไม่อาจมีเงินในการลงทุนก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้

เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาทางการเงินของเทศบาลในการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด และหากรัฐมีนโยบายที่จะส่งเสริมให้เทศบาล รวมทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ ก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด เพื่อประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคอย่างจริงจังแล้ว ก็ควรที่จะมีมาตรการส่งเสริมการลงทุนให้กับเทศบาลดังกล่าว ซึ่งในปัจจุบันกระทรวงมหาดไทยได้ออกระเบียบว่าด้วยการให้เงินทุนส่งเสริมการประกอบกิจการของเทศบาล เพื่อให้เทศบาลมีแหล่งเงินทุนที่จะสามารถนำมาก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ คือระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยเงินทุนส่งเสริมกิจการเทศบาล พ.ศ. 2518 แต่เนื่องจากกองทุน

¹⁰³ ชูวงศ์ ฉายะบุตร, การปกครองท้องถิ่นไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : พินิจ พรินติ้ง เซ็นเตอร์ จำกัด, 2539), 346-350.

ส่งเสริมกิจการเทศบาลดังกล่าวเป็นกองทุนที่มีเงินมาจากเงินสะสมที่เหลือใช้ในปีงบประมาณของเทศบาล ประกอบกับการจ่ายเงินทุนจากกองทุนให้เทศบาลที่ขอู้โดยปกติจะมีวงเงินไม่เกิน 10 เท่าของวงเงินสะสมของเทศบาล¹⁰⁴ ซึ่งก็มีจำนวนไม่มาก

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีการจัดตั้งกองทุนเพื่อส่งเสริมกิจการของเทศบาล แต่ก็ไม่อาจแก้ไขปัญหาด้านการเงินของเทศบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่เนื่องจากเทศบาลมีฐานะเป็นนิติบุคคลที่มีสิทธิหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา จึงสามารถอาจกู้เงินจากสถาบันการเงินต่าง ๆ ในประเทศได้ แต่การกู้ยืมเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังเกิดขึ้นได้ยากในปัจจุบัน เนื่องจากสถาบันการเงินต่าง ๆ จะอนุมัติสินเชื่อต่อเมื่อมีกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้ค้ำประกันเงินกู้ ซึ่งในทางปฏิบัติกระทรวงมหาดไทยได้เคยค้ำประกันการกู้ยืมเงินให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียงครั้งเดียว คือ กรณีการกู้ยืมเงินของเทศบาลเมืองภูเก็ตจากธนาคารออมสินจำนวน 50,000,000 บาท เพื่อนำไปใช้ในการดำเนินกิจการของตลาดสด¹⁰⁵

ในต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศส อังกฤษ ญี่ปุ่น รัฐได้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่วิสาหกิจมหาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยวิธีการต่าง ๆ โดยเฉพาะวิสาหกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค เพื่อให้วิสาหกิจมหาชนสามารถที่จะดำเนินกิจการอันเป็นประโยชน์สาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ตัวอย่างการให้ความช่วยเหลือทางการเงินโดยรัฐที่ให้แก่บริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ในประเทศอังกฤษ โดย The Local Authorities (Capital Finance and Approved Investments) Regulations 1995¹⁰⁶ หรือการจัดตั้งกองทุนขึ้นและฝากทรัพย์สิน เพื่อช่วยเหลือทางการเงินแก่บริษัทผสมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส หรือการจัดตั้งสถาบันทางการเงินต่าง ๆ ของประเทศญี่ปุ่นเพื่อให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่วิสาหกิจมหาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

¹⁰⁴ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยเงินทุนส่งเสริมกิจการเทศบาล พ.ศ.2518 ข้อ 16

¹⁰⁵ สัมภาษณ์ ลักขณา ปีสานนท์, หัวหน้ากลุ่มระบบบัญชีและเงินอุดหนุน กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, มกราคม 2540 อ้างถึงใน อยุทธ์ จามิกรณ์, แนวทางการก่อตั้ง ถือหุ้น และดำเนินงานบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์, 2540), 102.

¹⁰⁶ Ward C., *Local Authority Companies* 1996, p. 29. อ้างถึงใน อยุทธ์ จามิกรณ์, แนวทางการก่อตั้ง ถือหุ้น และดำเนินงานบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), 103.

4.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดของกฎหมายในการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้บัญญัติให้เทศบาลสามารถอาจก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ เพื่อประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค แต่เนื่องจากแนวความคิดของนิติบุคคลมหาชน (เทศบาล) และนิติบุคคลเอกชน (บริษัทจำกัด) มีความแตกต่างกัน กล่าวคือการดำเนินงานของเทศบาลซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนนั้น ก็เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะอันมุ่งต่อประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม แต่การดำเนินงานของบริษัทจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลเอกชนนั้น มุ่งต่อประโยชน์ส่วนตัว เพื่อแสวงหาผลกำไรมาแบ่งปันกันเป็นหลัก

การที่กฎหมายกำหนดให้เทศบาลร่วมกับเอกชนก่อตั้งบริษัทจำกัด หรือให้เทศบาลเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด จึงย่อมเกิดได้ยากในทางปฏิบัติ เนื่องจากเทศบาลและบริษัทจำกัดมีแนวความคิดแตกต่างกัน ประกอบกับกิจการที่กฎหมายกำหนดให้เทศบาลสามารถอาจร่วมกับเอกชนในการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ มีเพียงกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเท่านั้น ซึ่งกิจการดังกล่าวอาจไม่จูงใจเอกชนให้เข้าร่วมดำเนินงานกับเทศบาล เนื่องจาก กิจการสาธารณูปโภค เป็นกิจการที่มีความจำเป็นแก่ประชาชนและเป็นกิจการที่โดยปกติมิใช่กิจการที่มุ่งหาผลกำไร ดังนั้นการที่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กำหนดดังกล่าวจึงอาจเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการร่วมกันก่อตั้งบริษัทจำกัดระหว่างเทศบาลกับเอกชนได้

ปัญหาว่าด้วยข้อจำกัดของเทศบาลในการก่อตั้งบริษัทจำกัด เพราะเกิดปัญหาว่าจะเป็นการประกอบธุรกิจแข่งขันกับเอกชนหรือไม่ และจะเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่เพียงใด เป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่เพราะรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้¹⁰⁷ รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจโดยเสรีโดยอาศัยกลไกตลาดกำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ค้ำครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค

ตัวอย่างเช่น เคยมีปัญหาว่าการที่เทศบาลจะดำเนินกิจการเคเบิลทีวีจะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ อย่างไร ได้เคยมีการตีความของ

¹⁰⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 87 (2)

คณะกรรมการร่างกฎหมายครบคณะว่า¹⁰⁸ การที่เทศบาลตำบลแม่สอดจะประกอบกิจการเคเบิลทีวีได้หรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาบทบัญญัติอันเป็นอำนาจของเทศบาล ซึ่งอาจเป็นบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 หรือกฎหมายอื่นใดที่บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของเทศบาลที่จะกระทำได้ ในส่วนของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของเทศบาลในพระราชบัญญัติเทศบาลฯ นั้น แม้จะมีได้มีบัญญัติไว้โดยตรงว่า เทศบาลสามารถกระทำการเคเบิลได้ แต่เมื่อพิจารณาตรา 16 (1) แห่งพระราชกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 กำหนดให้เทศบาลมีอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเองได้ และให้มีการจัดการสาธารณูปโภคเป็นอำนาจหน้าที่ประการหนึ่ง

เมื่อเทศบาลตำบลแม่สอดดำเนินกิจการเคเบิลทีวีโดยติดตั้งเครื่องรับสัญญาณจากดาวเทียมแล้วส่งคลื่นผ่านตามสายให้กับประชาชนในพื้นที่ เนื่องจากเขตพื้นที่เทศบาลไม่สามารถรับคลื่นสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ได้โดยไม่ได้เรียกเก็บเงินค่าสมาชิกหรือค่าบริการใด ๆ จากประชาชน ผู้ใช้บริการ นอกจากค่าต่อสายจากสายส่งหลักของเทศบาลและค่าบำรุงรักษาเล็กน้อยโดยมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อธุรกิจการค้า และโดยปัจจุบันการรับรู้ข่าวสารและวิทยาการจากวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์เป็นความจำเป็นสำคัญสำหรับชีวิตประจำวันของประชาชนการดำเนินการเพื่อให้ประชาชนสามารถรับคลื่นสัญญาณวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ได้จึงถือได้ว่าเป็นกิจการสาธารณูปโภคอย่างหนึ่ง และเป็นความจำเป็นเพื่อต้องการสนองต่อความต้องการของประชาชนในพื้นที่ซึ่งไม่สามารถรับสัญญาณคลื่นตามปกติได้ และเมื่อเทศบาลมิได้ทำเป็นธุรกิจการค้า จึงไม่อาจถือได้ว่ามีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน และถึงแม้ว่าจะมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน ก็อยู่ในข่ายได้รับการยกเว้นตามมาตรา 87 (2) ของรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดให้เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวมหรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค ซึ่งจะเห็นว่าการดำเนินกิจการเคเบิลทีวีนั้นคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตีความในเรื่องเดียวกันนี้ว่าเป็นกิจการสาธารณูปโภคเช่นกัน

สำหรับในประเทศฝรั่งเศสนั้นการก่อตั้งมิได้แบ่งแยกประเภทตามลักษณะของการจัดตั้งจากส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือส่วนท้องถิ่น แต่ได้ดูจากการเข้าร่วมหุ้นหรือการแปรรูปกิจการรัฐไปยังเอกชนและจากเอกชนไปสู่ภาครัฐ การโอนกิจการเป็นของรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อถ่ายโอนกรรมสิทธิ์ของวิสาหกิจใดวิสาหกิจหนึ่งหรือกลุ่มวิสาหกิจเอกชนไปสู่องค์กรระดับชาติ พร้อมทั้งไม่ต้องการให้เอกชนสามารถกำหนดทิศทางเศรษฐกิจโดยอาศัยอำนาจการลงทุนทางการเงิน แต่มุ่ง

¹⁰⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามบันทึกเรื่องการประกอบกิจการเคเบิลทีวีของเทศบาล, (เรื่องพิจารณาเสร็จที่ 524/2544).

ที่จะจัดการบริหารกิจการดังกล่าวให้เป็นไปโดยตอบสนองประโยชน์สาธารณะหรือจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน สำหรับการแปรรูปกิจการของรัฐเป็นของเอกชน เป็นการแปรรูปวิสาหกิจซึ่งรัฐมีหุ้นอยู่ทั้งหมดหรือหุ้นข้างมากซึ่งอยู่ในอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติเป็นผู้กำหนดให้แปรรูป สำหรับการตั้งวิสาหกิจมหาชนขึ้นใหม่โดยรัฐ ทำได้ 2 วิธี คือก่อตั้งเป็นองค์การของรัฐบาล และก่อตั้งในรูปของบริษัทจำกัดหรือบริษัทร่วมทุน

การก่อตั้งวิสาหกิจมหาชนในรูปแบบของบริษัทจำกัด นอกจากรัฐจะกระทำโดยการออกคำสั่งอันเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาฝ่ายเดียวแล้ว รัฐยังอาจใช้วิธีการทำสัญญาซึ่งเป็นวิธีที่ใช้ในกฎหมายเอกชนได้อีกวิธีหนึ่งด้วย การทำสัญญาตามวิธีในกฎหมายเอกชนคือการที่รัฐใช้กระบวนการในการก่อตั้งวิสาหกิจมหาชนตามวิธีการก่อตั้งบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัทนั่นเอง แต่การทำสัญญานี้มิได้มีลักษณะเป็นสัญญาอย่างแท้จริงเพราะบริษัทจำกัดเป็นสัญญาชนิดหนึ่งซึ่งการก่อตั้งต้องอาศัยคำเสนอ คำสนองที่ต้องตรงกันของบุคคลหลายฝ่ายจึงจะเกิดขึ้นได้ และวิธีการที่รัฐทำการก่อตั้งบริษัทจำกัดเป็นวิสาหกิจมหาชน โดยแท้จริงแล้วมีรัฐแต่ฝ่ายเดียวเป็นทั้งผู้ทำคำเสนอและทำคำสนอง โดยไม่มีบุคคลฝ่ายอื่นที่เป็นอิสระเข้าเกี่ยวข้องด้วยเลย ในทางวิชาการเรียกการก่อตั้งด้วยวิธีนี้ว่า “การจัดตั้งโดยกระบวนการ Pseudo Contract”¹⁰⁹

ปัญหาว่าด้วยวิธีการหรือกระบวนการก่อตั้งบริษัทจำกัดในประเทศไทยนั้นคงต้องทำความเข้าใจกระบวนการก่อตั้งให้กระจ่างเพื่อเป็นแนวทางในการก่อตั้งวิสาหกิจมหาชนในรูปของบริษัทจำกัดให้มากยิ่งขึ้น เนื่องจากเป็นสภาพปัญหาที่ทำให้เทศบาลไม่กล้าที่ดำเนินการเพราะหากดำเนินการไม่ถูกต้อง การกระทำนั้นก็เป็นการขัดต่อกฎหมายมีผลให้ตกเป็นโมฆะได้ เมื่อกฎหมายได้กำหนดให้สามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดได้ แต่กฎหมายไม่ได้ระบุชัดเจนถึงขนาดว่าอาศัยหลักเกณฑ์ใดทั้งยังไม่มีระเบียบรองรับ รัฐบาลจะต้องพิจารณาทบทวนและสร้างความเข้าใจเรื่องของกระบวนการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลให้ชัดเจนเพื่อเป็นการส่งเสริมการกระจายอำนาจไปสู่ท้องถิ่นและเพื่อสร้างเครื่องมือการบริหารจัดการภาครัฐยุคใหม่ให้สอดคล้องกับภารกิจของท้องถิ่นที่เพิ่มมากขึ้น

¹⁰⁹ Nguyen Quoc Vinh, *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales*, (Paris : L.G.D.J., 1980), 67.

4.2 ปัญหาว่าด้วยการกิจและประเภทกิจการที่เทศบาลจะก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัท จำกัด

4.2.1 ปัญหาว่าด้วยการกิจของเทศบาล

ตามที่ได้มีการจัดแบ่งประเภทเทศบาลไว้ 3 ประเภท ซึ่งจัดลำดับชั้นไว้สามระดับ คือ เทศบาลตำบล เทศบาลเมือง และเทศบาลนคร ซึ่งเทศบาลทั้งสามระดับมีความแตกต่างในรายละเอียดของการก่อตั้ง อำนาจหน้าที่ และวิธีการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ ตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 แล้วพบว่าภารกิจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะในหลาย ๆ อย่างเพื่อสนองต่อความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น โดยกฎหมายได้กำหนดหน้าที่อย่างกว้างให้เทศบาลจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งบางกรณีก็มีกฎหมายเฉพาะมาช่วยกำหนดให้ชัดเจนยิ่งขึ้นและบางครั้งก่อให้เกิดปัญหาในกรณีที่บทบัญญัติในกฎหมายเฉพาะมีลักษณะเป็นการตัดอำนาจของเทศบาล แต่บางกรณีก็ไม่มีกฎหมายเฉพาะเช่นนั้น นอกจากนี้บางกรณียังได้กำหนดให้เทศบาลต้องจัดทำหน้าที่แทนรัฐอีกด้วย ทำให้ท้องถิ่นซึ่งมักประสบปัญหาด้านการคลัง และความพร้อมอื่น ๆ ต้องรับภาระหนักขึ้นไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นในหน้าที่ของตนได้ตามวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะ

ปัญหาเรื่องภารกิจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะที่เทศบาลจะต้องดำเนินการหลายอย่างด้วยภารกิจที่มีจำนวนมากนั้น กฎหมายควรบัญญัติระบุถึงขอบเขตอำนาจรับผิดชอบภารกิจแต่ละประเภทให้มีความหมายอย่างแคบลง หรือกำหนดมาตรการแก้ไขปัญหาข้อพิพาททางปกครองขึ้น ทั้งนี้เทศบาลแต่ละประเภทจะได้เตรียมความพร้อมหรือจัดทำแผนพัฒนาความพร้อมในการบริหารจัดการท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ปัญหาเรื่องศักยภาพในการจัดทำบริการสาธารณะตามภารกิจหน้าที่ วิธีการจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาลมีข้อจำกัดในเรื่องของความสามารถในการจัดทำบริการสาธารณะ หากเทศบาลใดที่มีความเจริญสูง จำนวนประชากรมาก ย่อมส่งผลให้รายได้ของเทศบาลสูง ในขณะที่เทศบาลที่มีประชากรน้อย จำนวนประชากรน้อย 120 รายได้ของเทศบาลก็ต่ำไปด้วย เมื่อรายได้ของเทศบาลแตกต่างกันเช่นนี้แล้ว ศักยภาพในแต่ละเทศบาลก็ย่อมแตกต่างกันไปด้วย ซึ่งส่งผลต่อการปฏิบัติภารกิจหน้าที่ของเทศบาลด้วยเช่นกัน และมีผลในการเลือกที่จะใช้วิธีการการจัดทำบริการสาธารณะให้เหมาะสมกับสถานะของเทศบาลด้วย ซึ่งจะเห็นว่ามีการจัดตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลน้อยมากหรือแทบจะไม่มีเลยทั้งที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้

4.2.2 ปัญหาว่าด้วยประเภทกิจการที่เทศบาลจะก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด

การก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลจะต้องเป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ โดยพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตรี ระบุเพียงคำว่ามีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายมิได้ระบุถึงประเภทของกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ จึงได้ทำการศึกษาจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประสานงานด้านสาธารณูปโภค พ.ศ. 2549 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499) และคำพิพากษาศาลฎีกา และได้ทราบถึงหลักเกณฑ์ของประเภทกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งอยู่ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของเทศบาลที่จะทำการก่อตั้งบริษัทจำกัดได้

ปัญหาว่าด้วยประเภทกิจการนั้น หากกฎหมายได้บัญญัติความหมายของกิจการสาธารณูปโภคไว้ว่าหมายความว่าอย่างไร ก็จะทำให้เทศบาลก่อตั้งบริษัทจำกัดเพื่อดำเนินการตามภารกิจแต่ละประเภทได้อย่างถูกต้อง และยังจะต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วนเกี่ยวกับความแตกต่างของคำว่าพาณิชย์ ซึ่งใกล้เคียงเป็นอย่างมากกับการสาธารณูปโภค ซึ่งการพาณิชย์นั้น เทศบาลจะจัดทำเองหรือจัดตั้งบริษัทจำกัดขึ้นจัดทำก็ได้ แตกต่างกับกับกรณีที่เราพิจารณาซึ่งจะเป็นกรณีการจัดตั้งบริษัทจำกัดเสมอ และการพาณิชย์นั้นกฎหมายมิได้บัญญัติว่าจะต้องเกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคหรือไม่กฎหมายเปิดช่องให้เทศบาลสามารถดำเนินการพาณิชย์ได้อย่างกว้างขวางในลักษณะที่มุ่งหากำไร เช่นเดียวกับธุรกิจหรือกิจการค้าที่ดำเนินการโดยเอกชน และต้องตราเป็นเทศบัญญัติ ส่วนการจัดตั้งบริษัทจำกัดกฎหมายกำหนดแต่เพียงว่าต้องได้รับมติเห็นชอบจากสภาท้องถิ่นเท่านั้น

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล

4.3.1 ปัญหาการดำเนินงานของบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำหรับปัญหาการดำเนินงานของบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เขียนขอแบ่งเป็นดังนี้

4.3.1.1 ผู้เริ่มก่อการและผู้ถือหุ้น การจัดตั้งวิสาหกิจมหาชน ประเภทที่เป็นนิติบุคคล เอกชนดังเช่นบริษัทจำกัด รัฐจะต้องใช้กระบวนการในการก่อตั้งตามวิธีการก่อตั้งบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บริษัทจำกัดเป็นเรื่องที่บุคคลหลายคนมาตกลงทำกิจการหาทำไรร่วมกัน ซึ่งเป็นการทำสัญญากัน เพราะฉะนั้น บริษัท จึงอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายและบทบัญญัติต่าง ๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งที่เกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาทั่ว ๆ ไป กล่าวคือ การก่อตั้งบริษัทก็เป็นการก่อให้เกิดสัญญาชนิดหนึ่ง บทบัญญัติเกี่ยวกับคำเสนอ คำสนอง หลักในเรื่องการแสดงเจตนา โฆษณกรรม และโมฆียกรรมของนิติกรรมก็ต้องนำมาบังคับใช้ หรือหลักในการตีความสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทก็ต้องนำหลักกฎหมายและบทบัญญัติในเรื่องการตีความสัญญามาใช้ด้วย แต่การนำบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องสัญญามาใช้กับบริษัทนั้น ก็ใช้ได้เฉพาะกรณีที่ไม่ได้มีบทบัญญัติไว้เป็นพิเศษในหมวดว่าด้วยห้างหุ้นส่วนและบริษัทแล้วเท่านั้น

การกระทำกิจกรรมร่วมกันอาจพิจารณาได้ 3 ประการ คือ กระทำกิจกรรมอันเดียวกัน คือผู้เข้าหุ้นต่างมีความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์อันเดียวกัน เช่นจะค้าขายสิ่งใดก็ค้าด้วยกัน ไม่กระทำการแข่งขันกันในตลาดหรือในกิจการอย่างเดียวกัน โดยไม่ได้รับความยินยอมจากหุ้นส่วนอื่นหรือที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นบริษัท และดำเนินการร่วมกัน คือ ผู้เข้าหุ้นทุกคนมีสิทธิเข้าไปจัดการงานหรือควบคุมการจัดการงานของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทได้

ลักษณะของวิสาหกิจมหาชนซึ่งตั้งขึ้นในรูปของบริษัทจำกัด มี 2 ประเภท คือ

1. บริษัทจำกัดซึ่งรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดแต่เพียงผู้เดียว
2. บริษัทจำกัดซึ่งรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นส่วนข้างมาก ซึ่งตามกฎหมายไทยต้องเกินกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนหุ้นทั้งหมดหรือเรียกว่า บริษัททุนผสม ซึ่งหมายถึงว่ามีผู้ถือหุ้นที่เป็นทั้งรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชนรวมกัน แต่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องเป็นผู้ถือหุ้นส่วนข้างมากของจำนวนหุ้นทั้งหมด ในประเทศฝรั่งเศสมีบริษัทแบบผสม หรือวิสาหกิจเอกชนที่เกิดจากการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเรียกว่า Société d'Economie Mixte (SEM) เป็นนิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่งที่อยู่ภายใต้กฎหมายแพ่ง โดยกิจกรรมของนิติบุคคลนี้ได้พัฒนามาจากการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐตามปกติ มาปฏิบัติในทางเศรษฐกิจ และการค้าเป็นการปฏิบัติการทางเศรษฐกิจและการค้าซึ่งประเภทนี้รัฐจะถือหุ้นใหญ่แต่อย่างไรก็ตามแม้ Société d'Economie Mixte จะก่อตั้งตามกฎหมายแพ่งและต้องดำเนินงานตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน แต่ Société d'Economie Mixte ยังคงต้องปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับ ตลอดจนกฎหมายต่างๆ ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนที่รัฐออกมาควบคุม Société d'Economie Mixte

สำหรับวิสาหกิจมหาชนซึ่งทุนทั้งหมดเป็นของรัฐนั้น ผู้เป็นเจ้าของคือรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่เพียงผู้เดียว ดังนั้น เงื่อนไขในการพิจารณาค้นหารูปแบบในทางกฎหมายซึ่งเหมาะสมที่จะให้รัฐและเอกชนเป็นผู้ถือหุ้นร่วมกันในวิสาหกิจมหาชนจึงหมดไป

แต่อย่างไรก็ตามการที่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนซึ่งทุนทั้งหมดเป็นของรัฐหรือขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปของบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมก่อให้เกิดประเด็นที่ว่าวิธีการก่อตั้งบริษัทจำกัดดังกล่าวจะเป็นการจัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งหรือไม่ในประการที่ว่า การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทต้องกระทำโดยสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทซึ่งกระทำโดยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ตกลงเข้ากันเพื่อกระทำกิจกรรมร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น¹¹⁰ โดยเฉพาะในกรณีบริษัทจำกัดต้องประกอบด้วยบุคคลใดๆ ตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปจึงจะเป็นผู้เริ่มก่อการและตั้งบริษัทจำกัดได้¹¹¹ แต่การที่รัฐก่อตั้งโดยหุ้นทั้งหมดเป็นของรัฐเห็นได้ชัดว่ารัฐแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้จัดตั้งในกรณีเช่นนี้จึงไม่อาจมีสัญญาจัดตั้งซึ่งทำขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 บัญญัติไว้ดังกล่าวแล้ว และยังเป็น การไม่สอดคล้องกับลักษณะเนื้อหาของรูปแบบบริษัทอีกด้วย (เช่นว่า บรรดาผู้ถือหุ้นของบริษัทควรจะมีสิทธิในการกำหนดผลประโยชน์ต่าง ๆ และมีสิทธิแต่งตั้งผู้บริหารหรือผู้ตรวจสอบบัญชีของบริษัท) ทั้งนี้เพราะนอกจากรัฐแล้วไม่มีผู้ถือหุ้นรายอื่นอีก และหน้าที่ต่างๆซึ่งตามปกติต้องกระทำโดยบรรดาผู้ถือหุ้นทั้งปวงก็ถูกสงวนไว้ให้รัฐแต่ผู้เดียว รูปแบบบริษัทจึงเป็นเพียงการสมมติ (fiction) ขึ้นว่ามีอยู่เท่านั้น

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น ได้จัดองค์ประกอบขององค์กรอำนาจการของวิสาหกิจที่โอนมาเป็นของชาติหรือของรัฐ ซึ่งเป็นรูปแบบการบริหารโดยบุคคล 3 ฝ่าย คือ ตัวแทนของรัฐ บุคลากร และผู้ใช้บริการ ซึ่งจะต้องมีจำนวนเท่าๆกันในคณะกรรมการ แต่ในระยะหลังได้เปลี่ยนแปลงไปจากกรอบแนวคิด เช่นการเปลี่ยนแปลงส่วนที่เท่า ๆ กันของทั้งสามฝ่ายหรือการเลือกกรรมการที่มาจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะอันเป็นคุณสมบัติส่วนบุคคล จนกระทั่งได้มีรัฐบัญญัติลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 1982 ได้กำหนดให้มีระบบการบริหารงานโดยบุคคล 3 ฝ่ายอีกครั้งกล่าวคือ คณะกรรมการบริหารของกลุ่มบริษัทอุตสาหกรรมที่ถูกโอนเป็นของรัฐจะต้องประกอบด้วยตัวแทนของรัฐ จำนวน 7 คน ตัวแทนของพนักงานจำนวน 6 คน และผู้ทรงคุณวุฒิหรือตัวแทนจากผู้บริหาร โภค จำนวน 5 คน โดยตัวแทนของทั้ง 3 ฝ่ายมีจำนวนเท่ากัน

รัฐบัญญัติลงวันที่ 26 กรกฎาคม 1983 ได้กำหนดยกเลิกความแตกต่างด้านการจัดองค์ประกอบดังกล่าว และได้บัญญัติเน้นย้ำถึงความคล้ายคลึงระหว่างองค์กรบริหารของรัฐวิสาหกิจและองค์กรบริหารของหน่วยงานเอกชน โดยรัฐบัญญัติได้กำหนดให้คณะกรรมการบริหารและ

¹¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012

¹¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097

กรรมการตรวจสอบของรัฐวิสาหกิจซึ่งมีฐานะเป็นองค์การมหาชนหรือบริษัทแห่งชาติ หรือ บริษัทร่วมทุนที่มีนิติบุคคลมหาชนเข้ามาถือหุ้นตั้งแต่ 90% ขึ้นไปจะต้องประกอบด้วยบุคคล 3 ฝ่ายคือ ตัวแทนของรัฐ ผู้ทรงคุณวุฒิหรือตัวแทนด้านสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่นและผู้ใช้บริการซึ่งแต่ละฝ่ายจะรับการแต่งตั้งโดยรัฐกฤษฎีกาโดยจะต้องมีตัวแทนจากพนักงานรัฐวิสาหกิจจำนวนไม่ต่ำกว่า 1 ใน 3 ในกรณีของบริษัทร่วมทุนที่มีนิติบุคคลมหาชนถือหุ้นอยู่ต่ำกว่า 90% จะต้องมีส่วนที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ โดยทั่วไปองค์การบริหารต้องประกอบด้วยตัวแทนของพนักงานรัฐวิสาหกิจจำนวน 1 ใน 3 และที่เหลือเป็นตัวแทนจากผู้ถือหุ้นทั้งฝ่ายรัฐบาลและเอกชน¹¹²

บริษัทร่วมทุนถือเป็นบริษัทประเภทหนึ่งซึ่งเปิดโอกาสให้เอกชนเข้าร่วมทุนในการดำเนินงานส่วนหนึ่ง และอีกส่วนหนึ่งเป็นการลงทุนดำเนินการร่วมกันของนิติบุคคลมหาชน กรณีที่รัฐเข้าดำเนินการโดยรัฐมีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท รัฐจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือกิจการ กล่าวคือ ถ้ารัฐเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ กฎหมายว่าด้วยบริษัทกำหนดให้รัฐสามารถตั้งองค์การบริหารเองได้

บริษัทร่วมทุนระดับท้องถิ่น มีขึ้นทั้งในระดับเทศบาล จังหวัด และภาค ซึ่งอาจนำกระบวนการนี้ไปใช้แต่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการตามขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องและรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 7 กรกฎาคม 1983 ได้แก้ไขเพิ่มเติมระบบของวิสาหกิจประเภทนี้ โดยการเพิ่มบทบาทขององค์กรปกครองของรัฐในการเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารกิจการมากยิ่งขึ้น¹¹³

เมื่อได้วิเคราะห์แล้วบริษัทจำกัดของเทศบาลในประเทศไทยย่อมจะต้องมีองค์ประกอบขององค์การอำนาจการตามวิธีการก่อตั้งหุ้นส่วนบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนบริษัทมาปรับใช้ โดยมีปัญหาว่าผู้เริ่มก่อการและผู้ถือหุ้นจะต้องมีคุณสมบัติอย่างไร ในบริษัทจำกัดซึ่งรัฐหรือเทศบาลเป็นผู้ถือหุ้นส่วนข้างมาก ซึ่งตามกฎหมายไทยต้องเกินกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนหุ้นทั้งหมด ย่อมแสดงให้เห็นถึงว่าฝ่ายรัฐหรือเทศบาลย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะยิ่งกว่าผลประโยชน์ส่วนตัว รัฐย่อมต้องมีอำนาจครอบงำการอำนาจการและการจัดการในวิสาหกิจได้ ดังนั้น ผู้เริ่มก่อการสมควรจะต้องเป็นตัวแทนจากรัฐหรือเทศบาล ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งไม่ได้กำหนดว่าผู้เริ่มก่อการจะต้องมีคุณสมบัติอย่างไรบ้าง แต่

¹¹² LAGARDE, (De la societe anonyme a l'entreprise publique), Mel.Ripert, t., p.296;

LEDUC, (Les societies d'Etat, instrument de mise en valeur de l'outre-mer), Arch.p hill.dr., 1952, p.109.

¹¹³ DEVES C., (Nouveau depart pour l'economie mixte locale), A.J.D.A.,1983, p.596, et

(Economie mixte locale), Dossier A.J.D.A., 1993, n*9.

ผู้เริ่มก่อการจะต้องทำนิติกรรมต่าง ๆ ในการก่อตั้งบริษัท ผู้เริ่มก่อการจะต้องบรรลุนิติภาวะหรืออย่างน้อยจะต้องมีความสามารถที่จะทำนิติกรรมได้ ผู้เริ่มก่อการอาจมีสัญญาระหว่างกันเองว่าจะจัดตั้งบริษัทกันอย่างไร จะจดทะเบียนที่ไหน บุคคลจะถือหุ้นเท่าใด หรือจะหาทุนมาจากที่ใด บุคคลใดจะออกค่าใช้จ่ายส่วนไหนอย่างไร บุคคลใดจะบริหารงานบริษัทอย่างไร จะขายหุ้นให้บุคคลใดได้บ้าง มีข้อจำกัดในการโอนหุ้นหรือไม่ ตลอดจนรายละเอียดต่างๆที่จะต้องเขียนไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ สำหรับผู้ถือหุ้นนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 3 คน ดังนั้นเมื่อพิจารณาการก่อตั้งวิสาหกิจมหาชนของฝรั่งเศสแล้ว ผู้ถือหุ้นควรจะประกอบไปด้วยบุคคล 3 ฝ่าย คือเทศบาล ส่วนราชการหรือหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐ และเอกชนทั่วไปซึ่งอาจเป็นผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ ในท้องถิ่น ทั้งนี้ในประเทศฝรั่งเศสยังให้สิทธิพนักงานของรัฐวิสาหกิจถือหุ้นได้จำนวน 1 ใน 3 อีกด้วย โดยสิทธิของผู้ถือหุ้นคือจะได้รับเงินปันผลควบคุมการดำเนินงานของบริษัท มีสิทธิทางทรัพย์สินเกี่ยวกับหุ้น และมีสิทธิเกี่ยวกับตัวหุ้น บริษัทเป็นบุคคลต่างหากจากคณะกรรมการของบริษัทและผู้ถือหุ้น บริษัทย่อมมีสิทธิหน้าที่มีทรัพย์สินของตนเองต่างหากจากผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นหาใช่เจ้าของบริษัทหรือเจ้าของทรัพย์สินในบริษัทผู้ถือหุ้นคงมีสิทธิใด ๆ ภายในกรอบของกฎหมายได้ แม้แต่ให้เลิกบริษัทเสียก็ได้

4.3.1.2 กรรมการบริษัท ตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทได้กำหนดวิธีการควบคุมและจัดการงานของบริษัทไว้โดยทั่วไป คือ มีองค์กร 2 องค์กรในบริษัท คือ ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น และคณะกรรมการบริษัท ผู้ถือหุ้นทั้งหลายเป็นผู้ให้ทุนแก่บริษัทในการดำเนินกิจการเป็นเสมือนเจ้าของบริษัท และทรัพย์สินทั้งหลายของบริษัท ผู้ถือหุ้นทั้งหมดจึงเป็นผู้แต่งตั้งและมอบหมายให้คณะกรรมการบริษัทดำเนินงานของบริษัทเพื่อหากำไรมาแบ่งให้แก่ผู้ถือหุ้นกรรมการของบริษัทแม้จะแต่งตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น แต่กลับเป็นผู้แทนหรือตัวแทนบริษัทหาใช่ตัวแทนหรือผู้แทนของผู้ถือหุ้น กรรมการจะต้องกระทำการภายในกรอบหน้าที่ที่ตนได้รับมอบหมาย และจะกระทำการเกินอำนาจหน้าที่ที่บริษัทมีอยู่ไม่ได้ กรรมการจะต้องปฏิบัติงานให้เป็นไปตามหนังสือบริคณห์สนธิ และข้อบังคับบริษัท กรรมการของบริษัทจะมีอยู่จำนวนเท่าใดกฎหมายมิได้กำหนดไว้ให้อยู่ในดุลยพินิจของที่ประชุมใหญ่จะกำหนด จะมีเพียงคนเดียวก็ได้ บุคคลล้มละลายและผู้ไร้ความสามารถย่อมเป็นกรรมการไม่ได้ ทั้งนี้อาจกำหนดคุณสมบัติของกรรมการไว้ในข้อบังคับของบริษัทได้ และจะอยู่ในตำแหน่งนานเท่าใดย่อมอยู่ที่ข้อบังคับของบริษัท อำนาจของกรรมการขึ้นอยู่กับข้อบังคับ ถ้าไม่มีข้อบังคับเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ กรรมการก็บริหารงานไปตามที่ประชุมใหญ่กำหนด¹¹⁴

¹¹⁴ สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่, *หุ้นส่วนบริษัท*, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2552), 146, 154,

ดังนั้น กรรมการบริษัทของเทศบาลจึงต้องประกอบไปด้วยบุคคลตามที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแต่งตั้ง ซึ่งจะต้องเป็นบุคคลที่เป็นผู้บริหารงานบริษัทและควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของลูกจ้างบริษัท จึงต้องพิจารณาความเหมาะสมกับตำแหน่งที่จะต้องเป็นบุคคลที่มีเวลาให้กับการทำงานเป็นอย่างมาก เพราะเป็นตำแหน่งที่มีความรับผิดชอบสูง และต้องบริหารงานเพื่อให้ได้ผลกำไรหรือเงินรายได้ที่ได้รับจะต้องคุ้มทุนหรือเลี้ยงตัวเองได้ ทั้งนี้กรรมการบริษัทอาจเป็นผู้ถือหุ้นก็ได้โดยจำนวนกรรมการ คุณสมบัติ และวิธีการดำเนินงานจะกำหนดในข้อบังคับของบริษัทได้

4.3.1.3 ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น ตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ผู้ถือหุ้นมิใช่ตัวแทนของบริษัท และมีใช้ตัวแทนของผู้ถือหุ้นกันเองด้วย ทั้งมิใช่เจ้าของทรัพย์สินในบริษัท ในด้านความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นนั้น โดยทั่วไปผู้ถือหุ้นคงมีความรับผิดชอบแต่ต้องชำระค่าหุ้นตามจำนวนที่ยังชำระไม่ครบเท่านั้น ไม่มีความรับผิดชอบต่อบริษัทหรือต่อเจ้าหน้าที่ของบริษัท

ในประเทศฝรั่งเศสการดำเนินการต่าง ๆ ที่ยึดหลักตามกฎหมายแพ่งแล้ววิสาหกิจที่แปรรูปเป็นเอกชนอาจมีข้อยกเว้นบางประการในการนำเอากฎหมายเอกชนมาบังคับใช้ คือ วิสาหกิจอาจได้รับอำนาจพิเศษที่หลากหลายที่มีมาจากการเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง เช่น การเวนคืน การเรียกเก็บเงินในฐานะเจ้าหน้าที่โดยอาศัยอำนาจบังคับแห่งกระบวนการทางปกครอง และรัฐวิสาหกิจมิได้ตกอยู่ภายใต้กฎข้อบังคับที่ใช้กับหน่วยงานเอกชนทั่วไป กล่าวคือ วิสาหกิจจะไม่สามารถประสบภาวะล้มละลายเช่นเดียวกับหน่วยงานเอกชนอื่น นอกจากนี้ ยังมีข้อได้เปรียบอยู่เป็นอย่างมากในเรื่องการบังคับคดีของเจ้าหน้าที่เพื่อดำเนินการให้มีการบังคับยึดทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลในคดีประเภทนี้มีได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปที่บังคับใช้แก่รัฐวิสาหกิจทั้งหมด แต่ขึ้นอยู่กับสถานะเฉพาะของวิสาหกิจนั้น ๆ เช่น กรณีขององค์การหนังสือพิมพ์แห่งชาติ¹¹⁵

ในทางตรงกันข้ามรัฐวิสาหกิจต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์บางประการที่จำกัดขอบเขตเสรีภาพในการดำเนินการ โดยคำวินิจฉัยของศาลมิได้กำหนดให้สิทธิแก่รัฐวิสาหกิจเช่นเดียวกับสิทธิที่บริษัทเอกชนมีในการระงับข้อพิพาทซึ่งอาจมิได้กระทำโดยตุลาการ แต่ใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ¹¹⁶

นอกจากนี้ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 9 กรกฎาคม 1975 ซึ่งมิได้ปรับเปลี่ยนหลักเกณฑ์ใด ๆ ในเรื่องนี้ได้บัญญัติเพิ่มเติมว่าอาจนำข้อยกเว้นบางประการมาบังคับใช้แก่รัฐวิสาหกิจเพื่อประโยชน์ขององค์การมหาชนด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกา แต่รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวก็ยังคงไม่มีการบังคับใช้ แต่ก็มีรัฐบัญญัติหลายฉบับที่อนุญาตไว้โดยเฉพาะให้ใช้วิธีการชี้ขาด

¹¹⁵ Cass., 9 juil. 1951, J.c.p., 1951 .ii, n°6457

¹¹⁶ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 13-02-1957 คดี societe nationale de vente des surplus , Rec., p.678 .

ข้อพิพาทในรัฐวิสาหกิจบางแห่งโดยอนุญาโตตุลาการ เช่น กรณีของการรถไฟฝรั่งเศส การไปรษณีย์โทรเลข การสื่อสาร และองค์การจกระบบการเดินรถไฟฝรั่งเศส¹¹⁷

กรรมการต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเพียงใดขึ้นอยู่กับข้อบังคับ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1. ความรับผิดชอบบริษัท กรรมการอาจต้องรับผิดชอบต่อบริษัทเพราะทำผิดข้อบังคับ ผิดหนังสือบริคณห์สนธิหรือมติของที่ประชุมใหญ่ หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ทำผิดสัญญา กับบริษัท หรือทำละเมิดต่อบริษัท หรือละเลยหน้าที่ก็ได้ แต่กรณีที่กรรมการกระทำการแล้วเกิดความเสียหายแก่บริษัทหากก่อให้เกิดสิทธิจะฟ้องกรรมการได้หรือไม่ เช่น ใช้ดุลพินิจผิดพลาดโดยสุจริต หรือทำงานไม่ได้ผลดีเท่าที่ควรเนื่องจากความรู้ความสามารถไม่พอ

2. ความรับผิดชอบผู้ถือหุ้น ผู้เข้ารับเป็นกรรมการของบริษัทย่อมถือว่ามีมติตกลงโดยปริยายกับผู้ถือหุ้นว่าจะบริหารงานของบริษัทไปตามข้อบังคับและวัตถุประสงค์ของบริษัท นอกจากนั้น กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ถ้ากรรมการละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบเกิดการเสียหายแก่ผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นก็ย่อมฟ้องให้กรรมการรับผิดชอบได้

3. ความรับผิดชอบบุคคลภายนอก กรรมการปฏิบัติงานในฐานะเป็นผู้แทนของบริษัท ซึ่งมาตรา 1167 ให้น่าบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนมาใช้บังคับกับความเกี่ยวพันในระหว่างกรรมการ และบริษัท และบุคคลภายนอก เพราะฉะนั้นกิจการที่กรรมการกระทำไปภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนโดยชอบนั้น กรรมการหาต้องรับผิดชอบส่วนตัวไม่ แต่ถ้ากรรมการกระทำการโดยปราศจากอำนาจหรือทำนอกเหนืออำนาจและบริษัทไม่ให้สัตยาบันกรรมการก็อาจต้องรับผิดชอบส่วนตัวต่อบุคคลภายนอก

สำหรับความรับผิดชอบทางอาญาของกรรมการ มีดังนี้

1. พระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคมและมูลนิธิ พ.ศ. 2499 ห้ามมิให้กรรมการของบริษัทตลอดจนผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานของห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด ทำการหลายอย่างเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของห้าง บริษัท ผู้เป็นหุ้นส่วน ผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้และบุคคลภายนอก เพราะฉะนั้นกรรมการของบริษัทซึ่งปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ นอกจากจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่งดังกล่าวข้างต้นแล้ว อาจต้องรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

2. ในการบริหารงานของบริษัท หากกรรมการกระทำผิดกฎหมาย กรรมการก็ย่อมต้องรับโทษเป็นส่วนตัวด้วย

¹¹⁷ SUPRA, N*113

3. บางกรณีกรรมการอื่นผู้ที่ไม่ได้ลงมือกระทำผิดด้วยก็อาจต้องสันนิษฐานว่าเป็นผู้กระทำผิดด้วยก็มี เช่น พระราชบัญญัติน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2521

ดังนั้น ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัท จะต้องนำหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนมาปรับใช้กับความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นและกรรมการ

4.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในเชิงการดำเนินงานของบริษัทจำกัด

เนื่องจากบริษัทจำกัดที่เทศบาลก่อตั้งขึ้นนั้น มีเทศบาลเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ด้วย และการก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในฐานะผู้กำกับดูแลเทศบาลด้วย ดังนั้น บริษัทที่เทศบาลก่อตั้งขึ้นหรือเข้าถือหุ้น ย่อมจะต้องมีความสัมพันธ์ในเชิงดำเนินงานทั้งกับเทศบาลและรัฐ เนื่องจากกิจการที่บริษัทจำกัดดำเนินการเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ดังนี้

4.3.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบริษัทจำกัด

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบริษัทนั้น เป็นความสัมพันธ์เชิงการให้ความเห็นชอบของกระทรวงมหาดไทย ใน 2 กรณี คือ

1. การให้ความเห็นชอบในการอนุมัติให้เทศบาลก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด และ
2. การให้ความเห็นชอบในการอนุมัติให้เทศบาลเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่ถือในบริษัทจำกัดที่เทศบาลก่อตั้งขึ้น

ความสัมพันธ์ในเชิงการให้ความเห็นชอบดังกล่าว ถือเป็นการที่รัฐเข้ามามีบทบาทในการควบคุมในเฉพาะกรณีการก่อตั้งและการเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้น ส่วนในเรื่องการดำเนินงานของบริษัทจำกัดนั้น กฎหมายมิได้กำหนดให้รัฐหรือกระทรวงมหาดไทยเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลแต่ประการใด ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้¹¹⁸

1. กรณีที่เทศบาลก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

ปัจจุบันแม้ว่าการประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคบางประเภทของบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยจะมีการดำเนินงานภายใต้การควบคุมจากรัฐโดยผ่านกฎหมายต่างๆ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงสภาพและมาตรฐานแห่ง

¹¹⁸ อยุทธ์ จามิกรณ์, แนวทางในการก่อตั้ง ถือหุ้น และดำเนินงานบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), 108-110.

ความปลอดภัยในกิจการประเภทรื้อ ๆ เช่น การประกอบกิจการขนส่งทางบก จะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 การประกอบกิจการขนส่งทางน้ำ จะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481 และพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456 เป็นต้น

ในอดีตที่ผ่านมา แม้ว่าจะมีกฎหมายกำหนดให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจต้องเสนอโครงการลงทุนประจำปีต่อคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่ก็มีส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจบางแห่งที่ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินโครงการลงทุนบางโครงการแทนโดยการให้สัมปทานสิทธิ หรือร่วมลงทุน และถือว่าส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจนั้นมิได้ลงทุนในโครงการนั้น จึงไม่ต้องเสนอโครงการต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ แต่ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยราชการหรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้อนุมัติการให้สัมปทานสิทธิ หรือการร่วมลงทุนแต่เพียงผู้เดียว โดยอาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 เมื่อวันที่ 26 มกราคม 2515 ที่กำหนดว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเจ้าสังกัดของกิจการที่เป็นสาธารณูปโภค เช่น การรถไฟ การเดินอากาศ การประปา เป็นต้น มีอำนาจที่จะอนุมัติการให้สัมปทานเอกชนเพื่อดำเนินกิจการสาธารณูปโภค และไม่มีขั้นตอนปฏิบัติที่ชัดเจนและเป็นธรรมแก่เอกชน ทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น โครงการเหล่านั้นจึงไม่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี และการกลั่นกรองจากหน่วยงานกลางที่มีหน้าที่ดูแลทางการเงินของรัฐวิสาหกิจทำให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่มีหลักเกณฑ์หรือวิธีปฏิบัติที่แน่นอน

คณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ 9 ตุลาคม 2533 ได้ตระหนักถึงความจำเป็นที่จะให้การพิจารณาให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการโครงการมีหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติที่แน่นอน ไม่ใช่เป็นอำนาจของรัฐมนตรีแต่ละกระทรวงแต่เพียงผู้เดียวอีกต่อไป จึงได้มีมติให้กระทรวงการคลังร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าไปพิจารณากร่างระเบียบหลักเกณฑ์ และวิธีปฏิบัติในการดำเนินการให้สัมปทานแก่เอกชน หรือการนำโครงการบริการพื้นฐานของรัฐไปให้เอกชนลงทุนตามโครงการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานส่วนท้องถิ่นแล้วให้นำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

ในการพิจารณาโครงการทางด่วนสายบางนา-ชลบุรี และโครงการต่อขยายแนวทางด่วนขั้นที่ 2 สายบางโคล่-แจ้งวัฒนะ คณะกรรมการกลั่นกรองเรื่องเสนอรัฐมนตรีฝ่ายเศรษฐกิจในคราวประชุมเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2534 ได้มีมติเร่งรัด 3 หน่วยงาน ในข้อ 2 ให้ดำเนินการร่างระเบียบ หลักเกณฑ์ และวิธีปฏิบัติในการดำเนินการให้สัมปทานแก่เอกชน และขอให้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ครอบคลุมไปถึงเรื่องการตัดสินใจในการลงทุนด้วยการให้เอกชนรับสัมปทานหรือรัฐเป็นผู้ลงทุนเองฝ่ายใดสามารถดำเนินการประหยัดและได้รับผลดีมากกว่ากัน

นอกจากนี้ ควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดทำ Terms of Reference ราคากลาง มาตรฐานสำหรับเปรียบเทียบการคัดเลือกให้ชัดเจน รวมถึงให้เพิ่มผู้แทนสำนักงบประมาณ สำนักงานคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ และสำนักงานอัยการสูงสุดเข้าร่วมพิจารณาด้วย

คณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ 13 กันยายน 2534 ได้มีมติเห็นชอบในหลักการเกี่ยวกับร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ตามที่กระทรวงการคลังเสนอโดยยกเว้นการให้สัมปทานปิโตรเลียมและประทานบัตรแร่แก่เอกชนไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบนี้ นอกจากนี้ยังมอบหมายให้คณะทำงานร่างระเบียบฯ รับผิดชอบจัดทำระเบียบเรื่องนี้ให้เป็นร่างพระราชบัญญัติฯ สำหรับวงเงินลงทุนตามโครงการที่กำหนดไว้ไม่ต่ำกว่า 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ควรมีบทบัญญัติที่ให้ทางราชการสามารถแก้ไขวงเงินให้สูงขึ้นได้

คณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2534 ได้มีมติเห็นชอบร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2534 ซึ่งระเบียบฯ นี้ ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 108 ตอนที่ 231 ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2534 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 27 ธันวาคม 2534

ต่อมาคณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2535 ได้มีมติรับหลักการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ที่กระทรวงการคลังเสนอและมอบให้รองนายกรัฐมนตรี (นายมีชัย ฤชุพันธุ์) รับผิดชอบไปตรวจพิจารณาแล้วเสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาเป็นเรื่องด่วน และสภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่รัฐสภาในคราวประชุม ครั้งที่ 16/2535 เมื่อวันที่ 6 มีนาคม 2535 ได้ลงมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวและพระราชบัญญัติฯ ได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 9 เมษายน 2535 โดยรัฐบาลได้ตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ดังนี้

1) เพื่อกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาในการพิจารณาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่สำคัญของรัฐ พร้อมทั้งกำหนดให้หน่วยงานกลางหลายหน่วยงาน เช่น กระทรวงการคลัง สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงบประมาณ เป็นต้น รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเข้ามาช่วยวิเคราะห์และพิจารณาคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมดำเนินโครงการในทุก ๆ ขั้นตอน นอกเหนือจากการพิจารณาของกระทรวงเจ้าสังกัดเพียงแห่งเดียว เพื่อให้อำนาจการอนุมัติโครงการลงทุนสำคัญ ๆ เป็นของคณะรัฐมนตรีแทนที่จะเป็นของกระทรวงเจ้าสังกัดหรือรัฐมนตรีเจ้าสังกัด

2) เพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นตอนการปฏิบัติงาน รวมถึงระยะเวลาการดำเนินการให้เอกชนเข้าร่วมงานได้ทราบ ตั้งแต่เริ่มโครงการจนแล้วเสร็จและสิ้นอายุสัญญา เพื่อให้เกิดความชัดเจน โปร่งใสเป็นธรรม และสร้างความมั่นใจต่อเอกชนผู้เสนอตัวเข้าดำเนินการในโครงการของรัฐ

3) เพื่อให้มีการติดตามผลการดำเนินงานของเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกอย่างใกล้ชิดเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าการดำเนินงานทั้งหมดจะเป็นไปตามวัตถุประสงค์และเกิดผลสำเร็จ รวมทั้งหากเกิดปัญหาอุปสรรคในการดำเนินการก็พร้อมที่จะได้รับการแก้ไขจากภาครัฐ

อย่างไรก็ตามแม้ว่าปัจจุบันรัฐจะยังมีได้ตรากฎหมายที่จะสามารถควบคุมการประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคได้ทุกประเภท แต่ได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีสาระสำคัญที่กำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจให้ความเห็นชอบในการก่อตั้งบริษัทจำกัด หรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด และมีการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินงานของบริษัทจำกัดอย่างใกล้ชิด โดยให้มีคณะกรรมการประสานงานซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจากหลายหน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชน คอยติดตามกำกับดูแลผลการดำเนินงานของบริษัทจำกัดเพื่อรายงานผลต่อคณะรัฐมนตรี แต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็มิได้บัญญัติถึงกระบวนการที่ชัดเจนของรัฐในการดำเนินการต่อบริษัทจำกัดในกรณีที่บริษัทดำเนินงานแล้วเกิดปัญหาค้าง

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ตรารึขึ้นเพื่อกำหนดเรื่องต่าง ๆ ที่กฎหมายจะบังคับใช้มีผลให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจกรรมได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายนี้กำหนด โดยใช้บังคับกับโครงการทุกโครงการที่รัฐโดยส่วนราชการราชการส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจมอบให้ภาคเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ยกเว้นในกรณีที่รัฐให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียม และการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่ สำหรับโครงการที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการไปแล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติใช้บังคับให้ดำเนินการได้สำหรับขั้นตอนที่ได้ทำไปแล้วแต่ขั้นตอนที่จะดำเนินการต่อไปจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนี้หากมีกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่งอื่นใดที่ขัดแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้แทน นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ และมีอำนาจที่จะออกกฎกระทรวงเพื่อการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วย

นับตั้งแต่มีการประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ. 2535 เป็นต้นมา ไม่มีการแก้ไข

กฎหมายดังกล่าว แต่มีกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 15 แห่งกฎหมายดังกล่าวออกมา 1 ฉบับ ในปี 2537 เพื่อกำหนดรายละเอียดต่างๆของกระบวนการให้เอกชนเข้าร่วมงาน รวมทั้งมีประกาศกระทรวงการคลังและประกาศสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนเข้าร่วมงานออกมาอีกด้วย

สำหรับ “โครงการ” ที่จะเข้าข่ายมาตรานี้ นั้น มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กำหนดไว้ว่า หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐและการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

กฎหมายกำหนดให้เทศบาลมีฐานะเป็นนิติบุคคล เป็นมาตรการหนึ่งในการสนับสนุนความเป็นอิสระ และเพื่อให้มีความคล่องตัวในการจัดกิจการในความรับผิดชอบ เพราะเทศบาลมีความสามารถในการดำเนินการและจัดการทรัพย์สินของตนเองได้ โดยมีสิทธิและหน้าที่ได้อย่างบุคคลธรรมดา แต่จะเห็นได้ว่าการก่อตั้งวิสาหกิจมหาชนนั้นได้ยึดหลักการแห่งนิติรัฐ กล่าวคือรัฐจะก่อตั้งวิสาหกิจมหาชนได้เมื่อมีพระราชบัญญัติให้อำนาจโดยชัดแจ้งแล้ว ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าอำนาจการก่อตั้งวิสาหกิจมหาชนไทยเป็นของรัฐสภาในการใช้ดุลยพินิจที่เป็นไปโดยเต็มที่ตามที่เห็นสมควรได้เสมอแต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนเป็นหลักสำคัญ

การก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลนั้นนับเป็นเรื่องที่สำคัญมาก ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากิจกรรมเช่นนี้ก่อให้เกิดความ “เสี่ยง” ต่อสถานะการเงินของท้องถิ่น ดังนั้นจึงต้องมีมาตรการจากส่วนกลางที่จะมากำกับกับการจัดทำกิจกรรมเช่นนี้ โดยกฎหมายกำหนดให้ส่วนกลางมีอำนาจกำกับดูแลได้ด้วยการอนุมัติหรือไม่อนุมัติหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด จะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้จำกัดขอบเขตการกำกับดูแลอยู่ที่ความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ยังเปิดโอกาสให้ส่วนกลางกำกับดูแลดุลพินิจขององค์การปกครองท้องถิ่นด้วย ส่วนกลางจึงไม่เพียงแต่สามารถตรวจสอบว่าบริษัทจำกัดที่ได้รับจัดตั้งนั้นมีกิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคหรือไม่เท่านั้น แต่ยังสามารถไม่อนุมัติให้จัดตั้งบริษัทจำกัดได้ถ้าเห็นว่าบริษัทจำกัดนั้น ๆ ไม่สอดคล้องกับท้องถิ่นนั้น ๆ หรือการจัดตั้งบริษัทนั้นจะไม่ก่อให้เกิดรายได้แก่ท้องถิ่นดุลพินิจของส่วนกลางนี้ในปัจจุบันถือว่าเป็นเด็ดขาดเพราะยังไม่มีการควบคุมโดยองค์กรใด ๆ ทั้งสิ้น การใช้ดุลพินิจของส่วนกลางนี้เท่ากับว่าเทศบาลจะไม่สามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดได้ถ้ามีเหตุผลพิเศษไม่เพียงพอในการขอก่อตั้ง

ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าส่วนกลางจะเห็นความสำคัญมากน้อยแค่ไหนขึ้นอยู่กับดุลยพินิจโดยจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในท้องถิ่น อาทิเช่น การก่อตั้งบริษัทจำกัดนั้นสอดคล้องกับวัฒนธรรมพื้นถิ่นนั้น ๆ หรือ ค้ำค้ำกับการลงทุนและก่อให้เกิดรายได้เพื่อเลี้ยงตัวเองได้ เป็นต้น แต่ยังไม่ปรากฏว่ามีมาตรฐานใดเป็นหลักในทางวิชาการหรือมีการตราบทบัญญัติให้มีความ

ชัดเจนว่าเงื่อนไขในการก่อตั้งบริษัทจำกัดนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนหรือเป็นความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นหรือเพราะมีเหตุผลจำเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันของแนวทางการขออนุญาตก่อตั้งและเป็นแนวทางให้ส่วนกลางใช้ดุลพินิจอย่างยุติธรรม

สำหรับประเทศไทย เมื่อกล่าวถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเราพิจารณาถึงองค์กรดังต่อไปนี้คือ (1) องค์กรบริหารส่วนจังหวัด (2) เทศบาล (3) องค์กรบริหารส่วนตำบล (4) กรุงเทพมหานคร และ (5) เมืองพัทยา ทั้งห้าองค์กรดังกล่าวต่างก็มีกฎหมายจัดตั้งองค์กรของตนเองแยกเป็นเอกเทศต่างหากองค์กรบริหารส่วนจังหวัดอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 เทศบาลมีพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2496 องค์กรบริหารส่วนตำบลมีพระราชบัญญัติองค์กรบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 กรุงเทพมหานครและพัทยายู่ภายใต้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 และเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 ตามลำดับ

กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในอันที่จะจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนส่วนท้องถิ่นเพื่อแสวงหารายได้เข้าองค์กรได้เช่นกัน แต่ทั้งนี้มีข้อจำกัดว่าขอบเขตพื้นที่ที่วิสาหกิจมหาชนส่วนท้องถิ่นดำเนินกิจการจะต้องจำกัดเฉพาะภายในเขตท้องถิ่นแต่ละท้องถิ่น หรือในรูปบริษัทจำกัดเป็นของสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยตราเป็น “เทศบัญญัติ” หรือ “ข้อบัญญัติ” หรือ “ข้อบังคับ” ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ และโดยปกติต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยก่อน เนื่องจากการประกาศใช้บังคับเทศบัญญัติหรือข้อบัญญัติเหล่านี้ต้องส่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยลงนาม ยกเว้นกรณีของกรุงเทพมหานครเท่านั้นที่ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยก่อนแต่ประการใด

การไม่อนุมัติ (หรืออนุมัติ) ในกรณีนี้กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยเฉพาะ กรณีจึงเห็นได้ว่าแตกต่างจากการกำกับดูแลโดยทั่วไปซึ่งกฎหมายมักกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ว่าราชการจังหวัด การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้ควบคุมกำกับโดยตรงแทนที่จะเป็นผู้ว่าราชการจังหวัดยังคงอย่าให้เราเห็นว่ากรณีนี้เป็นเรื่องที่กฎหมายเห็นว่าสำคัญกว่ากิจกรรมอื่น ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ปัญหาจึงเกิดจากการกำกับดูแลเช่นนี้เป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือท้องถิ่น ทำให้ความเป็นอิสระของท้องถิ่นน้อยลงไปหรือไม่ โดยหลักทั่วไปแล้วอำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจในระบบการบริหารงานภายในของแต่ละนิติบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการบริหารงานภายในรัฐหรือองค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจต่าง ๆ เช่น เทศบาล และเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา ส่วนอำนาจการกำกับดูแลนั้นเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง

องค์กรกับองค์กร กล่าวคือ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจทั้งหลาย

ความสัมพันธ์ระหว่างราชการบริหารส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาคของไทย นั้นจัดเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะการบังคับบัญชาในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างราชการบริหารส่วนกลาง (และราชการบริหารส่วนภูมิภาค) กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะการกำกับดูแล แต่ในกรณีเรื่องของการขออนุญาตก่อตั้งบริษัทจำกัดนั้น เราจะเห็นว่าในกรณีของกรุงเทพมหานครมีข้อยกเว้นให้ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย แต่ประการใด และหากพิจารณาถึงอำนาจในการตราเทศบัญญัติของเทศบาลก็เพียงแต่ได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการเท่านั้น

การใช้อำนาจกำกับดูแลตามกฎหมายเทศบาลฉบับปัจจุบันเป็นไปอย่างกว้างขวาง มีทั้งกรณีเกินขอบเขตที่กฎหมายเทศบาลกำหนด และเข้ามาควบคุมดุลพินิจของเทศบาลโดยออกหนังสือเวียนหรือหนังสือสั่งการที่มีให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเทศบาลให้เทศบาลปฏิบัติ อย่างไรก็ตามการที่องค์กรกำกับดูแลได้วางหลักเกณฑ์หรือวิธีปฏิบัติเพื่อให้เทศบาลดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ให้อยู่ในมาตรฐานเดียวกันก็ก่อให้เกิดประโยชน์แก่เทศบาล ทั้งนี้หลักเกณฑ์ที่วางไว้ต้องไม่ก้าวล่วงเข้าไปกำหนดอำนาจกำกับดูแลเพิ่มขึ้น ไม่เช่นนั้นแล้วจะไปกระทบกระเทือนความเป็นอิสระของท้องถิ่น และหากการใช้อำนาจกำกับดูแลซึ่งมีลักษณะที่เป็นอำนาจที่มีขอบเขตชัดเจนหากใช้เกินขอบเขตหรือไม่มีขอบเขตก็จะกลายเป็นอำนาจควบคุมบังคับบัญชา

ซึ่งในหลักการของการกระจายอำนาจปกครองเป็นหลักการที่ส่วนกลางมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างเอง โดยท้องถิ่นมีอิสระในการดำเนินการตามสมควร ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชา แต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล และเมื่อพิจารณาแล้วการอนุมัติหรือการอนุญาตให้จัดตั้งบริษัทจำกัดเทศบาลควรมีอำนาจตัดสินใจได้ดีกว่า โดยอาจมีกระบวนการของภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ เช่นให้มีการจัดทำประชาคมเพื่อรับฟังความคิดเห็นก่อนดำเนินการ และมีการตรวจสอบได้ตามที่กฎหมายให้อำนาจ ทั้งนี้การก่อตั้งบริษัทจำกัดย่อมได้รับความเห็นชอบจากสภาเทศบาลและผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อตราเป็นเทศบัญญัติใช้บังคับต่อไป

ดังนั้น ราชการส่วนกลางย่อมใช้อำนาจกำกับดูแลตรวจสอบการดำเนินการของเทศบาลในเรื่องที่จำเป็นเท่านั้น สำหรับเรื่องวิธีการจัดทำบริการสาธารณะควรให้ท้องถิ่นเป็นผู้เลือกและเป็นผู้ตัดสินใจเอง

2. กรณีที่เทศบาลก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อประกอบกิจการค้าขายอย่างอื่นที่มีใช้สาธารณูปโภค และไม่มีเอกชนถือหุ้นรวมอยู่ด้วย

กรณีที่เทศบาลก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อประกอบกิจการค้าขายอย่างอื่นที่มีใช้สาธารณูปโภค และไม่มีเอกชนถือหุ้นรวมอยู่ด้วย ปัจจุบันรัฐยังมิได้มีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมดูแลบริษัทจำกัดดังกล่าวแต่อย่างใด ในขณะที่ประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น มีการตรากฎหมายต่าง ๆ เพื่อให้รัฐสามารถเข้าควบคุมกำกับกับการก่อตั้งและดำเนินงานของวิสาหกิจมหาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้วิสาหกิจมหาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินงานตามวัตถุประสงค์ของการก่อตั้ง เพื่อสนองตอบต่อความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ และมีมาตรฐานแห่งความปลอดภัยในการดำเนินงานภายใต้การควบคุมและกำกับดูแลจากรัฐ เช่น การกำหนดให้ Secretary Of State มีอำนาจในการกำหนดระเบียบกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อบังคับใช้กับบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศอังกฤษ หรือในฝรั่งเศสที่กำหนดให้บริษัทจำกัดแบบผสมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำต้องยอมรับและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของกฎหมายมหาชนที่รัฐกำหนดขึ้น หรือในญี่ปุ่นที่กำหนดให้วิสาหกิจมหาชนส่วนท้องถิ่นจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิสาหกิจมหาชนแต่ละประเภท เป็นต้น

4.3.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างเทศบาลกับบริษัทจำกัด

เนื่องจากบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งหรือถือหุ้นโดยเทศบาลในประเทศไทยยังไม่มีในปัจจุบัน แต่หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจเทศบาลในการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างเทศบาลกับบริษัทจำกัดที่เทศบาลก่อตั้งขึ้นหรือเข้าถือหุ้น ย่อมเป็นความสัมพันธ์ในเชิงการดำเนินงานของบริษัทจำกัด กล่าวคือ เทศบาลจะเป็นผู้กำหนดทิศทาง นโยบายการบริหารงานของบริษัทจำกัดเนื่องจากเทศบาลเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่จึงมีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการก่อตั้ง คือ การประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเพื่อประโยชน์สาธารณะของประชาชนในท้องถิ่น

บริษัทจำกัดจะถูกบริหารงาน โดยกรรมการบริษัทซึ่งเป็นการดำเนินการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งบริษัท โดยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของเทศบาล โดยผ่านทางที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น ซึ่งมีอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการบริษัท และพิจารณาให้ความเห็นชอบกิจการที่สำคัญต่าง ๆ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้บริษัทมีองค์กร 2 องค์กร คือ ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น และคณะกรรมการบริษัท ทั้ง 2 องค์กรนี้เป็นที่แสดงออกซึ่งเจตนาและเป็นผู้ทำกิจกรรมต่างๆแทนบริษัท ดังที่กล่าวมาแล้วว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลโดยกฎหมายสมมุติขึ้น บริษัทไม่อาจเกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติอย่างบุคคลธรรมดา จึงต้องมีบุคคลธรรมดาก่อตั้งบริษัทขึ้น และจะต้องมีบุคคลธรรมดา คือ คณะกรรมการของบริษัทเข้าบริหารงานของบริษัท นอกจากนั้นการที่เกิดมี

บริษัทขึ้นก็เพราะมีบุคคลประสงค์จะประกอบธุรกิจการค้าโดยตนเองมีความรับผิดชอบจำกัดเพียงเท่าที่ตกลงในหุ้นของบริษัท ผู้ถือหุ้นทั้งหมดจึงเป็นผู้แต่งตั้งและมอบหมายให้กรรมการบริษัทดำเนินงานของบริษัทเพื่อหาทำกำไรมาแบ่งให้แก่ผู้ถือหุ้น

ในเบื้องต้นจะเห็นได้ว่าบริษัทเป็นบุคคลต่างหากจากคณะกรรมการของบริษัทและผู้ถือหุ้น บริษัทย่อมมีสิทธิหน้าที่มีทรัพย์สินและหนี้สินของคนต่างหากจากผู้ถือหุ้นว่ากันตามกฎหมายแล้ว ผู้ถือหุ้นหาใช่เจ้าของบริษัทหรือเจ้าของทรัพย์สินในบริษัทไม่ ผู้ถือหุ้นคงมีสิทธิในฐานะผู้ถือหุ้น แต่ว่าเมื่อผู้ถือหุ้นรวมกันแล้วอาจมีมติให้บริษัทดำเนินการหรือไม่ดำเนินการใด ๆ ภายในกรอบของกฎหมายได้ แม้แต่ให้เลิกบริษัทเสียก็ได้ กรรมการของบริษัทแม้จะแต่งตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น แต่กลับเป็นผู้แทนหรือตัวแทนของบริษัท หาใช่ผู้แทนหรือตัวแทนของผู้ถือหุ้นไม่แม้บริษัทจะตั้งขึ้นโดยประสงค์จะหาทำกำไรมาแบ่งกัน เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการของบริษัทที่ดำเนินการให้ได้กำไร และเมื่อมีกำไรย่อมเอามาแบ่งเป็นเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้น แต่จะกล่าวว่ากรรมการของบริษัทดำเนินงานเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงบริษัทก็ได้ เพราะแท้จริงกรรมการเป็นผู้แทนหรือตัวแทนของบริษัทซึ่งนิติบุคคลแยกจากผู้ถือหุ้น ขณะเดียวกันที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้แต่งตั้งถอดถอนกรรมการของบริษัทและที่ประชุมผู้ถือหุ้นอาจกำหนดนโยบายของบริษัทหรือมีมติให้บริษัทดำเนินการหรือเว้นดำเนินการบางอย่างในกรอบของกฎหมายได้ การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการจึงกล่าวได้ว่าอยู่ภายใต้การควบคุมหรือครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นอีกด้วย

การปฏิบัติงานของกรรมการบริษัทนั้น เมื่อกรรมการเป็นเพียงผู้แทนหรือตัวแทนของบริษัท กรรมการจึงต้องกระทำการภายในกรอบอำนาจที่ตนได้รับมอบหมายเท่านั้น และจะกระทำการเกินอำนาจหน้าที่ที่บริษัทมีอยู่ก็ไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมการจะต้องปฏิบัติงานให้เป็นไปตามหนังสือบริคณห์สนธิ และข้อบังคับของบริษัทซึ่งเป็นเสมือนธรรมนูญและกฎหมายของบริษัท ในการดำเนินงานของบริษัทกรรมการไม่จำเป็นต้องไปปฏิบัติหน้าที่ประจำโดยปกติกรรมการจะทำงานโดยการประชุมกันเป็นครั้งคราว เว้นแต่กรรมการจะดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ประจำของบริษัทด้วย ส่วนงานประจำของบริษัทย่อมปฏิบัติโดยเจ้าหน้าที่ประจำของบริษัทซึ่งในระดับสูงอาจได้แก่ ประธานกรรมการ รองประธานกรรมการ ผู้จัดการทั่วไป ผู้จัดการฝ่ายต่าง ๆ เพื่อแสดงให้เห็นหน้าที่และความรับผิดชอบซึ่งแตกต่างไปจากผู้ถือหุ้นซึ่งฝ่ายผู้ลงทุน นอกจากคณะกรรมการและเจ้าหน้าที่แล้ว บริษัทยังมีผู้ปฏิบัติงานในระดับต่ำลงไปอีกซึ่งถือว่าเป็นเพียงลูกจ้างเป็นผู้ปฏิบัติงานตามคำสั่งของฝ่ายจัดการ กระทำของลูกจ้างไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำของผู้แทนอันจะผูกมัดบริษัทได้

สำหรับเทศบาลซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นนั้น แม้จะเป็นเจ้าของทุนและโดยทั่วไปมักจะถือว่าเป็นเจ้าของบริษัท ตลอดจนมีอำนาจแต่งตั้งกรรมการบริษัทก็ตาม แต่ในฐานะผู้ถือหุ้นหาอาจเข้าไป

จัดการงานของบริษัทได้ไม่ ได้แต่เป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมการดำเนินงานของคณะกรรมการบริษัท โดยการเข้าประชุมออกเสียงลงมติในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้น ทั้งในการประชุมหรือมีมติใด ๆ ที่ประชุมใหญ่ก็ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับและมติของที่ประชุม ซึ่งจะต้องไม่ขัดกับหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทและกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย มิใช่ว่าที่ประชุมใหญ่จะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดมีมติให้กรรมการบริษัทปฏิบัติการอย่างใดก็ได้ แต่อย่างไรก็ดี การที่ที่ประชุมใหญ่มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับได้ จะต้องเป็นผู้กำหนดนโยบายของบริษัทและแต่งตั้งถอดถอนกรรมการ จึงถือว่าเป็นผู้มีอำนาจในบริษัท แม้จะมีการแยกหน้าที่ความรับผิดชอบกันระหว่างผู้ถือหุ้น กรรมการ เจ้าหน้าที่และลูกจ้างของบริษัท แต่ในส่วนบุคคลอาจแยกกันไม่ได้โดยเด็ดขาด เพราะผู้ถือหุ้นอาจดำรงตำแหน่งกรรมการ และเป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างของบริษัทด้วยก็ได้ ฉะนั้นเมื่อพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของบุคคลเหล่านี้ จึงต้องถือว่าเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ในฐานะอะไร

ในทางปฏิบัติบริษัทอาจถูกควบคุมโดยทางตรงหรือทางอ้อมจากบุคคลหรือองค์กรนอกบริษัทอีกด้วย เช่น บริษัทที่มีหนี้สินมากอาจถูกเจ้าหนี้รายใหญ่เข้ามาควบคุมดำเนินงาน บางกรณีบริษัทอาจต้องให้ตำแหน่งกรรมการในบริษัทแก่เจ้าหนี้ด้วย สำหรับบริษัทที่มีหุ้นขายอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ก็อาจถูกควบคุมโดยตลาดหลักทรัพย์ในบางประการ หากบริษัทดำเนินงานไม่ดี ราคาหุ้นตกต่ำฐานะของกรรมการก็คงไม่มั่นคง และอาจมีผู้เข้ามากวาดซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการของบริษัทก็ได้ การจัดการงานของบริษัทจึงถูกควบคุมโดยตลาดในทางอ้อมด้วย

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะของบริษัทจำกัด: ความเป็นวิสาหกิจมหาชน

วิสาหกิจมหาชนเป็นเครื่องมือของรัฐซึ่งใช้ในการประกอบการทางเศรษฐกิจ การที่รัฐจำเป็นต้องแสวงหาเครื่องมือแบบใหม่ในการดำเนินกิจการงานด้านนี้เพราะจะมีความคล่องตัวสูงสามารถดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เทศบาลถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินงานด้านการปกครองของรัฐซึ่งต้องกระทำโดยรัดกุมภายใต้ระเบียบกฎเกณฑ์ของกฎหมาย แต่ขณะเดียวกันลักษณะงานของด้านเศรษฐกิจต้องอาศัยความคล่องตัวในการตัดสินใจดำเนินการและในด้านการเงิน

ปัญหาว่าด้วยความไม่เข้าใจความหมายของวิสาหกิจมหาชนหรือไม่เข้าใจข้อความคิดในทางกฎหมายว่าวิสาหกิจมหาชนคืออะไร ทั้งนี้ เนื่องจากความไม่เข้าใจในการกิจของรัฐและความไม่เข้าใจในลักษณะภาระหน้าที่ที่รัฐมอบหมายให้วิสาหกิจมหาชนปฏิบัติ และยังมีปัญหาอีกว่า

กิจการของรัฐกิจการใดหรือประเภทใดที่สมควรจัดตั้งให้ดำเนินงานในรูปวิสาหกิจมหาชน และกิจการใดที่สมควรดำเนินงานในรูปของส่วนราชการ ตัวอย่างเช่น กิจการสาธารณูปโภค สาธารณูปการ (infrastructure undertaking) ซึ่งปัญหาประเภทกิจการนี้จะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

มีผู้พิจารณาข้อความคิดว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนตามกฎหมายไทยจากตัวบทกฎหมาย แนวคำพิพากษา และคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยเปรียบเทียบกับข้อความคิดทางกฎหมาย ว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนทั่วไปแล้ว¹¹⁹ เห็นว่ามีข้อสรุปที่น่าสนใจอันแสดงให้เห็นถึงแนวคิดของศาล ยุติธรรมและของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับภาระหน้าที่ของรัฐในทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ทำหน้าที่กระทำโดยส่วนราชการ ซึ่งส่วนราชการจะทำการค้าได้หรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการที่ส่วนราชการทำการค้าได้หรือไม่ยังไม่อาจสรุปได้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1478/2525 โดยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจประเภทหน่วยงานธุรกิจที่รัฐหรือรัฐบาลเป็นเจ้าของต้องให้คณะรัฐมนตรี (รัฐบาล) เป็นผู้จัดตั้ง หรือน้อยที่สุดต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี (รัฐบาล) นั้น โดยแท้จริงแล้วไม่มีกฎหมายฉบับใดบัญญัติไว้ หลักเกณฑ์ของ คณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นแต่เพียงรวบรวมจากแนวทางปฏิบัติที่มีอยู่สังเคราะห์เป็นกฎเกณฑ์ขึ้น จึงถือได้แต่เพียงว่าเป็นวิธีปฏิบัติในทางปกครอง มิใช่กฎหมาย ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นก็คือการไม่ ปฏิบัติตามวิธีที่ถือปฏิบัติกันนี้จะเป็นการกระทำในทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็น โทษหรือไม่ แต่ตามหลักกฎหมายทั่วไปวิธีที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาจนกระทั่งเป็นจารีตประเพณีก็ยัง ไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย เพราะไม่มีสภาพบังคับ (sanction) คำพิพากษาศาลฎีกา (แผนกคดีอาญา) ที่ 3189 – 3191/2524 ข้อบังคับของจารีตประเพณีจึงอาจถูกฝ่าฝืนได้เสมอ และถ้ารัฐมิได้ออกกฎหมาย ใดมากำหนดสภาพบังคับขึ้นรองรับจารีตประเพณีเหล่านี้แล้ว การฝ่าฝืนก็ไม่ถือว่าเป็นการผิดกฎหมาย หรือทำให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นอย่างใด

ในส่วนของประเทศบาลนั้นตามกฎหมายได้บัญญัติให้เทศบาลสามารถทำกิจการค้าขายโดย ก่อตั้งบริษัทจำกัดได้ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งการประกอบกิจการค้าขายของเทศบาล จะสามารถจัดทำกิจการค้าขายลักษณะอย่างไร จะสามารถดำเนินกิจกรรมเช่นในด้านอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรมเหมือนเอกชนได้หรือไม่เพราะเทศบาลเป็นส่วนราชการที่ต้องอยู่ภายใต้ระบบการ จัดระเบียบราชการซึ่งมีขั้นตอนการปฏิบัติที่ซับซ้อน ซึ่งในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 12) มิได้บัญญัติไว้แต่ประการใด และการพิจารณาว่าเทศบาล

¹¹⁹ จันจิรา เอี่ยมมยุรา, วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาในเชิง ประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), 121.

จะต้องดำเนินการค้าขายเท่านั้นมิใช่ดำเนินการในด้านอื่น ๆ ซึ่งการดำเนินการเช่นนี้จะเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่าเทศบาลดำเนินการค้าขายในด้านใดจึงจะเป็นวิสาหกิจมหาชน ทั้งนี้จะทำให้เข้าใจถึงความหมายของวิสาหกิจมหาชนได้ง่ายขึ้น

แต่มีปัญหาต่อไปอีกว่าเมื่อกฎหมายให้อำนาจก่อตั้งแล้วเทศบาลจะเป็นเจ้าของบริษัทจำกัดในนามของตนเองได้หรือไม่ หรือการเป็นเจ้าของจะต้องกระทำผ่านกระทรวง ทบวง กรม อีกทอดหนึ่ง ซึ่งการพิจารณาเรื่องการเป็นเจ้าของนี้จะเป็นเกณฑ์หนึ่งในการพิจารณาว่าบริษัทจำกัดเป็นวิสาหกิจมหาชนหรือไม่เช่นกัน

ตามหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ถือว่ากระทรวง ทบวง กรมหรือราชการส่วนกลางคือรัฐ (แต่ไม่รวมส่วนราชการท้องถิ่น) แต่ระบบกฎหมายไทยรัฐมิได้เป็นนิติบุคคล แต่ได้บัญญัติให้กระทรวง ทบวง กรม เป็นนิติบุคคลแทน¹²⁰ จึงอาจสรุปได้ว่าเมื่อกระทรวง ทบวง กรม เป็นผู้จัดตั้งหน่วยงานธุรกิจขึ้น ถือว่าหน่วยงานธุรกิจนั้นเป็น “รัฐวิสาหกิจประเภทหน่วยงานธุรกิจที่รัฐหรือรัฐบาลเป็นเจ้าของ” ตามนิยามในกฎหมายแล้ว

การเปิดโอกาสให้เทศบาลจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยชอบด้วยกฎหมาย อาจเป็นการเปิดช่องให้นักการเมืองท้องถิ่นหรือข้าราชการบางกลุ่มแสวงหาผลประโยชน์โดยการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนขนาดเล็กที่ไม่เป็นนิติบุคคล ได้ถึงแม้ในทางปฏิบัติอาจเป็นไปได้ยาก ดังนั้นปัญหาทางกฎหมายเรื่องวิธีการจัดตั้งบริษัทจำกัดจะต้องชัดเจนไม่คลุมเครือมิเช่นนั้นอาจทำให้เกิดช่องทางทุจริตของกลุ่มบุคคลบางพวกได้

สำหรับเกณฑ์ที่กฎหมายไทยใช้ในการพิจารณาว่าองค์กรใดเป็นวิสาหกิจมหาชนนั้นถือเกณฑ์จำนวนทุนที่รัฐเข้าร่วมเป็นสำคัญ¹²¹ กล่าวคือ เป็นองค์การที่ทุนเป็นของรัฐทั้งหมดได้แก่องค์การของรัฐบาล หรือเป็นองค์การที่รัฐมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ ได้แก่การก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และอยู่ภายใต้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้นได้กล่าวไว้แล้วในข้อความคิด

¹²⁰ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 พ.ศ. 2515

¹²¹ ประชุม กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), 91.

ของวิสาหกิจมหาชนว่าได้ถือหลักการมีอำนาจครอบงำชี้ขาดหรือการอยู่ใต้อำนาจของรัฐเป็นสำคัญ มิได้ถือเอาจำนวนทุนเป็นส่วนข้างมากเพียงอย่างเดียว¹²² เนื่องจากมีองค์กรจำนวนมากที่รัฐเข้าไปมีส่วนในการถือหุ้นหรือร่วมลงทุนแต่จำนวนทุนหรือหุ้นนั้นน้อยกว่าร้อยละห้าสิบ จึงต้องมีการใช้อำนาจในการชี้ขาด การตัดสินใจ การวางนโยบาย เพื่อให้เป็นไปตามแผนงานและทิศทางของรัฐ และยังสามารถตรวจสอบติดตามดูแลการใช้เงินงบประมาณแผ่นดินส่วนที่ลงทุนภายใต้ระบบกฎเกณฑ์วิสาหกิจมหาชนได้อีกด้วย ดังนั้น จึงมีปัญหาว่จะถือเกณฑ์ทุนเป็นเกณฑ์กำหนดวิสาหกิจมหาชนในประเทศไทยหรือไม่

ในแง่ลักษณะการให้นิยามในกฎหมายไทย ข้อความคิดว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนตามกฎหมายไทยเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับข้อความคิดว่าด้วยวิสาหกิจมหาชนตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่เป็นประเทศที่พัฒนาความรู้ทางกฎหมายมหาชนก้าวหน้าไปมากและถือว่าเป็นแม่แบบในด้านนี้แก่ประเทศต่างๆ แต่การให้นิยามคำว่าวิสาหกิจมหาชนทั้งในดับทกฎหมายและในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ก็ยังไม่อาจกำหนดออกมาในลักษณะเป็นข้อความคิดในทางกฎหมายได้ คงใช้วิธีนิยามโดยแจกแจงตามลักษณะขององค์การประเภทต่างๆตามที่กฎหมายต้องการไว้เป็นลำดับ ซึ่งของประเทศไทยนั้น มีการแยกรายการได้ 7 ประเภท ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ในหัวข้อรัฐวิสาหกิจ ดังนั้นจึงจะต้องมีการนิยามความหมายของวิสาหกิจมหาชนให้กระจ่างชัดเจน โดยเฉพาะว่ามีความหมายในทางเนื้อหาเป็นอย่างไร ทั้งนี้ วิสาหกิจมหาชนในประเทศฝรั่งเศส นอกจากหมายถึงวิสาหกิจที่องค์การปกครองส่วนกลางเป็นผู้ประกอบการแล้วยังหมายถึงองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ประกอบการด้วย (วิสาหกิจมหาชนส่วนท้องถิ่น)

4.5 ปัญหาอันเกิดจากปัจจัยภายในของเทศบาลที่ไม่เอื้อต่อการก่อตั้งบริษัทจำกัด

ปัญหาเกี่ยวกับการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลนั้น นอกจากปัญหาต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว อันเป็นปัญหาที่เกิดจากปัจจัยภายนอกเทศบาล แต่ที่ปรากฏว่ายังมีปัจจัยภายในของเทศบาลเองที่ยังเป็นอุปสรรคต่อการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดจากเทศบาลที่ไม่ประสงค์จะให้นิติบุคคลอื่น จัดทำบริการสาธารณะแทนเทศบาล และปัญหาอันเกิดจากการที่เทศบาลซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการดำเนินการของบริษัทจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน สามารถพิจารณาได้ดังนี้

¹²² Deringer Arved, "Equal Treatment of Public and Private Enterprise", p.1.3.

4.5.1 ปัญหาที่เกิดจากเทศบาลที่ไม่ประสงค์จะให้นิติบุคคลอื่น จัดทำบริการสาธารณะแทน

เทศบาล

เทศบาลในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะภายในเขตพื้นที่ของเทศบาล แม้ว่าพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 จะบัญญัติให้เทศบาลสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติยังไม่เคยมีเทศบาลใดสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ ทั้งนี้ เพราะการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดจะทำให้ความรับผิดชอบหรือความสำคัญของเทศบาลในการจัดทำบริการสาธารณะด้านการสาธารณสุขไปพลางๆ เพราะการบริการสาธารณะที่เทศบาลจะมอบให้บริษัทจำกัดจัดทำนั้นก็จะกลายเป็นภารกิจหน้าที่บริษัทไป ซึ่งอาจไม่เป็นที่ต้องการของผู้บริหารเทศบาล ซึ่งอาจเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลได้

4.5.2 ปัญหาอันเกิดจากการที่เทศบาลซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการดำเนินการของบริษัทจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน

การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเทศบาลซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่งที่มีอำนาจอิสระ (Autonomy) ในการปฏิบัติหน้าที่ ตามความเหมาะสม กล่าวคือ อำนาจของเทศบาลจะต้องมีขอบเขตพอควร เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเทศบาลอย่างแท้จริง แต่อย่างไรก็ดี แม้เทศบาลจะมีความเป็นอิสระในการดำเนินงานของท้องถิ่นในเขตเทศบาล แต่ระบบการบริหารงานของเทศบาลก็ยังเป็นระบบราชการ ซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่น ดังนั้น เทศบาลยังคงยึดติดและเคยชินกับระบบการบริหารงานแบบราชการซึ่งเป็นระบบกฎหมายปกครอง อันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมหาชน

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้เทศบาลขาดความเข้าใจเกี่ยวกับการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด รวมทั้งการดำเนินงานของบริษัทจำกัดซึ่งก่อตั้งและดำเนินงานภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน ที่เป็นองค์กรทางธุรกิจมีความคล่องตัว สามารถดำเนินงาน และเปลี่ยนแปลงได้อย่างรวดเร็ว อาจทำให้เทศบาลซึ่งไม่มีความเข้าใจการดำเนินงานของบริษัทจำกัดเกรงว่าจะไม่สามารถดำเนินงานในรูปแบบบริษัทจำกัดได้

4.6 ปัญหาอันเกิดจากผู้มีอำนาจตัดสินใจในการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของ

เทศบาล

แม้พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 จะบัญญัติให้เทศบาลสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ แต่เทศบาลก็ไม่สามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้โดยลำพังเพียงการตัดสินใจของเทศบาลเองเท่านั้น หากแต่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้กำหนดวิธีการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดไว้ด้วย โดยมีขั้นตอนของการอนุมัติโดยฝ่ายบริหารส่วนกลาง คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยไว้ด้วย ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าแม้ท้องถิ่นจะมีความพร้อมในการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด และได้ผ่านความเห็นชอบจากสภาเทศบาลแล้ว ให้เทศบาลก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ แต่เทศบาลยังคงต้องให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้อนุมัติในขั้นตอนสุดท้ายด้วย

หากรัฐบาลไม่มีนโยบายที่จะให้เทศบาลก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก็ย่อมไม่อนุมัติให้มีการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดโดยเทศบาลได้ ทั้งนี้ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติว่ากรณีใดที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะต้องอนุมัติหรือไม่อนุมัติให้เทศบาลก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดบ้าง ดังนั้น อำนาจอนุมัติของรัฐมนตรีจึงเป็นอำนาจดุลพินิจของรัฐมนตรีเท่านั้น

4.7 ปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้ดำรงตำแหน่งในเทศบาลกับการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด

แม้ว่าในปัจจุบันยังไม่มีเทศบาลใดในปัจจุบันที่สามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ แต่เมื่อเทศบาลสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้แล้ว ก็อาจมีปัญหากับความมีส่วนได้เสียทั้งในระดับชาติหรือในระดับท้องถิ่นเอง การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวมในระดับชาติ คือ กรณีของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย อาจมีผลประโยชน์ได้เสียต่อการอนุมัติหรือไม่อนุมัติให้เทศบาลก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ส่วนการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวมในระดับท้องถิ่นนั้น เป็นกรณีของผู้บริหารเทศบาลมีส่วนได้เสียกับการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด อันจะทำให้เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวมได้

การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม หรือผลประโยชน์ทับซ้อน ถือได้ว่าเป็นการทุจริตอย่างหนึ่ง เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องได้รับผลประโยชน์เฉพาะตนอันไม่สมควร เพราะประโยชน์น่าจะเป็นของรัฐหรือส่วนรวม ผลประโยชน์ทับซ้อนเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ เช่น การใช้ข้อมูลจากตำแหน่งหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนตน หรือการเอื้อประโยชน์จากงานในหน้าที่ให้แก่ผู้ใกล้ชิด ในปัจจุบันมีกฎหมายอยู่หลายฉบับที่มีบทบัญญัติในการกำจัดหรือป้องปรามการขัดกันของผลประโยชน์ดังกล่าว ทั้งในกฎหมายหลัก เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายเฉพาะตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทต่าง ๆ¹²³

องค์กรอิสระที่มีหน้าที่โดยตรงในการรับมือกับปัญหาจากผลประโยชน์ทับซ้อน คือ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งมีอำนาจใช้กฎหมายเฉพาะ 5 ฉบับ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 ในอนาคตอันใกล้นี้จะมีกฎหมายเฉพาะอีกฉบับหนึ่งที่จะนำมาใช้ได้ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการขัดกันของประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งทั้งหมดหากได้รับการบังคับใช้อย่างจริงจังน่าจะช่วยขจัดปัญหาเกี่ยวกับการทุจริตอันเกิดจากผลประโยชน์ทับซ้อนในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐได้¹²⁴ โดยสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในหมวด 12 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ส่วนที่ 2 มาตรา 265-269 โดยมีสาระสำคัญที่เกี่ยวกับการขัดกันของผลประโยชน์ของรัฐมนตรี ดังนี้

- 1) ห้ามรัฐมนตรีดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใดก็ได้ด้วย¹²⁵
- 2) ห้ามรัฐมนตรีปฏิบัติราชการหรือการดำเนินงานในหน้าที่ประจำในกิจการที่รับถือหุ้นใหญ่¹²⁶ รวมทั้งห้ามรัฐมนตรีบริจก แต่งตั้ง โยกย้าย โอน เลื่อนตำแหน่ง และเลื่อนเงินเดือน

¹²³ เมธี ครองแก้ว, “ผลประโยชน์ส่วนตนจากความสูญเสียส่วนรวม: การรับมือการทุจริตจากผลประโยชน์ทับซ้อน”, วารสารวิชาการ ป.ป.ช. 1, 1 (มกราคม 2551): 33.

¹²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

¹²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 267

¹²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 268 ประกอบกับมาตรา 266

ของข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำและมีข้าราชการการเมือง พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ กิจการที่รัฐถือหุ้นใหญ่ หรือราชการส่วนท้องถิ่น¹²⁷

3) รัฐมนตรีต้องไม่เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท หรือไม่คงไว้ซึ่งความเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทต่อไป ทั้งนี้ตามจำนวนที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้ใดประสงค์จะได้รับประโยชน์จากกรณีดังกล่าวต่อไป ให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้นั้นแจ้งให้ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง และให้รัฐมนตรีผู้นั้นโอนหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทดังกล่าวให้นิติบุคคลซึ่งจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รัฐมนตรีจะกระทำการใดอันมีลักษณะเป็นการเข้าไปบริหารหรือจัดการใด ๆ เกี่ยวกับหุ้นหรือกิจการของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทมิได้¹²⁸

2. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 บัญญัติให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 250 (3) ได้กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่เฉพาะใต้สวนและวินิจฉัยการกระทำทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการที่ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกอง หรือเทียบเท่าขึ้นไป รวบรวมข้อมูลการกระทำผิดความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม รวมทั้งดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการในระดับต่ำกว่าที่ร่วมกระทำความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว หรือกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือที่กระทำความผิดในลักษณะที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรดำเนินการ

3. พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542

ในการจัดหาสินค้าและบริการไม่ว่าด้วยวิธีการจัดซื้อหรือการจัดจ้างหรือวิธีอื่นใดของหน่วยงานของรัฐทุกแห่งนั้น รวมทั้งองค์ประกอบส่วนท้องถิ่น เป็นการดำเนินการโดยใช้งบประมาณเงินกู้ เงินช่วยเหลือ หรือรายได้ของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นเงินของแผ่นดิน รวมทั้งการที่รัฐให้สิทธิในการดำเนินกิจการบางอย่างโดยการให้สัมปทานอนุญาตหรือกรณีอื่นใดในลักษณะเดียวกันก็เป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นกิจการของรัฐ ฉะนั้น การ

¹²⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 268 ประกอบกับมาตรา 266

¹²⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 269

จัดหาสินค้าและบริการรวมทั้งการให้สิทธิดังกล่าว จึงต้องกระทำอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรมและมีการแข่งขันกันอย่างเสรีเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ แต่เนื่องจากการดำเนินการที่ผ่านมา มีการกระทำในลักษณะการสมยอมในการเสนอราคาและมีพฤติกรรมต่างๆ อันทำให้ไม่มีการแข่งขันกันเสนอประโยชน์สูงสุดให้แก่หน่วยงานของรัฐอย่างแท้จริงและเกิดความเสียหายต่อประเทศชาติ

นอกจากนั้น ในบางกรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็มีส่วนร่วมหรือมีส่วนสนับสนุนในการทำความผิด หรือละเว้นไม่ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ อันมีผลทำให้เกิดปัญหาในเรื่องนี้ทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น จึงสมควรกำหนดให้การกระทำความผิดเป็นความผิดเพื่อเป็นการปราบปรามการกระทำในลักษณะดังกล่าว รวมทั้งกำหนดลักษณะความผิดและกลไกในการดำเนินการเอาผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้การปราบปรามดังกล่าวมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

การทุจริตเกี่ยวกับการสมยอมในการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ เป็นพฤติกรรมที่ปรากฏแพร่หลายในสังคมไทย เปรียบเสมือนโรคระบาดที่ยังกำจัดไม่ได้และเป็นพฤติกรรมเลียนแบบตั้งแต่ระดับชาติไปจนถึงระดับท้องถิ่น มีเครือข่ายโยงใยกันทั้งหมด การฮั้วจึงเป็นสิ่งสะท้อนระบบอุปถัมภ์และการคอร์รัปชันของสังคมไทย โดยมีบุคคลที่เกี่ยวข้องกัน 3 กลุ่ม ได้แก่ ข้าราชการ นักการเมืองและนักธุรกิจหรือกลุ่มผลประโยชน์ซึ่งเรียกว่า “Iron triangle” การฮั้วเกิดขึ้นเมื่อราชการร่วมกับนักการเมือง นักธุรกิจหรือกลุ่มผลประโยชน์แสวงหาประโยชน์ร่วมกัน และมีข้าราชการเป็นแกนกลาง โดยทั้งสามฝ่ายมีเจตนาร่วมกัน คือ “น้อโกงรัฐ” เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมตามกฎหมายควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) รัฐบาลจึงได้ตรากฎหมายพิเศษเพื่อดำเนินการเอาผิดกับอาชญากรคอเช็ดขาว (White Collar Crime) กลุ่มนี้โดยเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติ ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ในการศึกษาครั้งนี้เป็นการศึกษากรณีการสมยอมเสนอราคาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผลการศึกษาพบว่า การกระทำความผิดเกี่ยวกับการสมยอมในการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐเกิดจากบุคคล 3 ฝ่ายร่วมมือกัน ได้แก่ เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ นักการเมืองทุกระดับและนักธุรกิจหรือผู้ประกอบการภาคเอกชน ซึ่งมีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นแกนกลางในการทุจริตหรือใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ (Abuse) เอื้อประโยชน์แก่ผู้เสนอการรายหนึ่งรายใด ทำให้ไม่มีการแข่งขันเสนอราคากันอย่างแท้จริง หากมีการเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้ต้องรับผิดชอบสำหรับผู้บังคับบัญชาที่ทุจริตหรือละเลยเพิกเฉยไม่เอาใจใส่ จนมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในหน่วยงานให้ถือว่าเป็นตัวการร่วมด้วย ส่วนการนำสืบและพิสูจน์ความผิดให้ใช้หลักการสมคบ (Conspiracy) โดยใช้ใช้ประกอบกับบทสันนิษฐานของกฎหมายผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา พร้อมทั้งนำเอากฎหมายป้องกันและปราบปรามการ

ฟอกเงินมาเสริมย่อมจะทำให้พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 สามารถป้องกันและปราบปรามเอาผิดแก่กรณีดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น¹²⁹

พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 บัญญัติให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจในการสอบสวนเพื่อดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วย

4. พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543

พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 มีสาระสำคัญในการจำกัดการเป็นหุ้นส่วนและการถือหุ้นของรัฐมนตรี ซึ่งรัฐมนตรี หมายถึง นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีแต่ละคณะรัฐมนตรีจะถูกจำกัดมิให้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วน หรือบริษัท นอกจากนี้ยังถูกห้ามมิให้คงไว้ซึ่งความเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทอีกด้วย¹³⁰ แต่พระราชบัญญัตินี้ก็มีข้อยกเว้นที่เปิดโอกาสให้รัฐมนตรีสามารถเข้าไปมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องได้ในสองกรณี คือ

กรณีที่ 1 กรณีห้างหุ้นส่วนจำกัด ที่รัฐมนตรีเป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบไม่เกินร้อยละห้าของทุนทั้งหมดของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น และในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด รัฐมนตรีเป็นผู้ถือหุ้นไม่เกินร้อยละห้าของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัทนั้น¹³¹ กรณีนี้รัฐมนตรีสามารถเป็นหุ้นส่วนถือหุ้นในนิติบุคคลที่กล่าวมาได้ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด

กรณีที่ 2 เป็นกรณีที่รัฐมนตรีประสงค์จะเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท เกินกว่าที่กำหนดในข้อยกเว้นกรณีที่ 1 โดยรัฐมนตรีที่ประสงค์จะได้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายดังนี้

- 1) แจ้งเป็นหนังสือไปยังประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี
- 2) ต้องจัดการโอนหุ้นส่วนหรือหุ้นให้นิติบุคคลภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้แจ้งให้ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทราบและเมื่อโอนหุ้นส่วนหรือ

¹²⁹ ชำนาญ ปริบาล, ปัญหาในการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ทุจริต : ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา ต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546), บทคัดย่อ.

¹³⁰ พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 มาตรา 4

¹³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

หุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทให้นิติบุคคลแล้วให้แจ้งประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทราบภายใน 10 วันนับแต่วันที่โอน¹³²

5. พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551¹³³

พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 บัญญัติให้มีสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐหรือสำนักงาน ป.ป.ท. ซึ่งเป็นหน่วยงานจัดตั้งขึ้นใหม่ภายหลังที่มีการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ เมื่อปี พ.ศ. 2545 โดยจัดตั้งขึ้นตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 ที่กำหนดให้สำนักงาน ป.ป.ท. เป็นส่วนราชการระดับกรมสังกัดกระทรวงยุติธรรม อยู่ในกรมการ ป.ป.ท. ทั้งนี้ ในการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ท. เลขธิการคณะกรรมการ ป.ป.ท. จะปฏิบัติงานขึ้นตรงต่อประธานกรรมการ

สำนักงาน ป.ป.ท. มีอำนาจตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 และคณะรัฐมนตรียังได้มีมติมอบหมายให้เป็นหน่วยงานหลักขอเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตภาครัฐด้วย ดังนี้

1) ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 กำหนดให้สำนักงาน ป.ป.ท. มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในงานธุรการของคณะกรรมการ ป.ป.ท. ตลอดจนการสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ท. เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ประสานงานและให้ความร่วมมือกับส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและแก้ไขปัญหาการทุจริต ประสานงานและให้ความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต รวบรวมและเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการทุจริตจัดให้มีหรือให้ความร่วมมือกับองค์กรอื่น ในการศึกษาอบรมและพัฒนาความรู้เกี่ยวกับการป้องกันและแก้ไขปัญหาการทุจริต รวมทั้งปฏิบัติการอื่น ตามที่พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นหรือตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ท. มอบหมาย

¹³² พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 มาตรา 5

¹³³ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ, เกี่ยวกับ ป.ป.ท..

[ออนไลน์], 13 เมษายน 2553. แหล่งที่มา http://www.pacc.go.th/index.php?mod=about_duty

2) คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม 2551 ให้นำหน่วยงานภาครัฐนำแนวทางและมาตรการตามยุทธศาสตร์ชาติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. และภาคีทุกภาคส่วนร่วมจัดทำขึ้น เพื่อใช้เป็นกรอบทิศทางการประสานความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแปลงไปสู่การปฏิบัติโดยกำหนดไว้ในแผนปฏิบัติราชการ 4 ปี และแผนปฏิบัติราชการประจำปี มีสำนักงาน ก.พ. สำนักงาน ก.พ.ร. และสำนักงาน ป.ป.ท. เป็นหน่วยงานหลัก ในการสนับสนุนการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ นอกจากนี้คณะรัฐมนตรียังมีมติแต่งตั้งคณะกรรมการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตภาครัฐโดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีที่ดูแลนโยบายการบริหารจัดการที่ดีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ก.พ. เลขาธิการ ก.พ.ร. และผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ เป็นกรรมการ โดยมีเลขาธิการคณะกรรมการ ป.ป.ท. เป็นกรรมการและเลขานุการ

จากอำนาจหน้าที่ดังกล่าว สำนักงาน ป.ป.ท.จึงมีบทบาทเป็นองค์กรหลักของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ และการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ โดยเป็นศูนย์กลางทั้งด้านการป้องกัน การปราบปราม และการประสานงานกับหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในการดำเนินการตามนโยบายรัฐบาลเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ รวมทั้งกำหนดมาตรการเพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริตในฝ่ายบริหารสามารถบูรณาการการดำเนินการระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ให้บังเกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตรี บัญญัติให้อำนาจแก่เทศบาลในการก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด ทั้งนี้เพื่อดำเนินกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค แนวคิดให้เทศบาลก่อตั้งบริษัทจำกัดนั้นมีที่มาจากหลักการกระจายอำนาจการปกครองให้แก่ท้องถิ่น โดยมุ่งหวังให้ท้องถิ่นสามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาลocal ได้ด้วยตนเอง ทำให้รูปแบบการปกครองแบบกระจายอำนาจปกครองเกิดสัมฤทธิ์ผลขึ้น กล่าวคือ รัฐได้มอบอำนาจบางส่วนให้แก่ท้องถิ่นไปจัดการบริการสาธารณะ ท้องถิ่นสามารถใช้หลักการในความเป็นอิสระปกครองตนเองเพื่อจัดทำกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นได้โดยตรง แนวคิดการก่อตั้งบริษัทจำกัดจึงเป็นการเสริมสร้างหลักการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญและหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

การให้มีบริษัทจำกัดขึ้นในเทศบาลปรากฏครั้งแรกในพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 6 พ.ศ. 2511) ในการแก้ไขเพิ่มเติมในชั้นยกร่างนั้น นายมีชัย ฤชุพันธุ์ ได้วิจารณ์ร่างพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 (ฉบับที่ 6) พ.ศ. ว่ามีประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณาว่า ควรคำนึงในประเด็นที่เทศบาลไปร่วมทุนกับเอกชนและเกิดขาดทุนขึ้นมา ผลร้ายก็จะตกแก่ประชาชนที่เป็นผู้ชำระภาษีอากร อย่างไรก็ตาม ความกังวลดังกล่าวก็มิได้เป็นจริงขึ้นมา เพราะเทศบาลทั่วประเทศไทยต่างไม่นำมาตรา 57 ตรี มาใช้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคณะกรรมการที่ยกร่างกฎหมายและบัญญัติมาตรา 57 ตรี ขึ้นมาน่าจะได้ทำการศึกษา วิเคราะห์ถึงข้อดี ข้อเสีย แล้วว่า น่าจะเกิดประโยชน์ต่อเทศบาลตลอดจนประชาชนในท้องถิ่นมากกว่า มิฉะนั้นแล้วบทบัญญัติในมาตรา 57 ตรี ซึ่งถูกนายมีชัย ฤชุพันธุ์ วิจารณ์อย่างหนักนั้น คงไม่สามารถผ่านเป็นกฎหมายได้ ทั้งนี้ ในระบบการจัดทำบริการสาธารณะในต่างประเทศเองก็ได้เปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นร่วมกับเอกชน หรือให้อุเอกชนดำเนินการได้เอง เช่น ในรูปของบริษัทจำกัดหรือวิสาหกิจมหาชนอื่น ๆ

ปัญหาที่เป็นประเด็นการศึกษาคือ การก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลต้องเป็นกิจการค้าขาย อันเป็นสาธารณูปโภค หมายความว่าอย่างไร จากการตีความของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ปรากฏว่า การก่อตั้งบริษัทจำกัดเพื่อขอประทานบัตรทำเหมืองแร่ไม่ใช่กิจการอันเป็น สาธารณูปโภค และอีกกรณีหนึ่งที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความไว้ คือ เทศบาลตำบลแม่ สอดดำเนินกิจการเคเบิลทีวีโดยติดตั้งเครื่องรับสัญญาณจากดาวเทียมแล้วส่งคลื่นผ่านตามสาย ให้กับประชาชนในพื้นที่ ถือได้ว่าเป็นกิจการสาธารณูปโภคอย่างหนึ่ง ปัญหาการตีความดังกล่าวจึง ต้องศึกษาเทียบเคียงจากกฎหมายอื่น ๆ อีกได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประสานงาน ด้านสาธารณูปโภค พ.ศ. 2529 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือ ความผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ตลอดจนแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่ากิจการใดเป็น กิจการอันมีลักษณะเป็นสาธารณูปโภค ความไม่ชัดเจนของกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ดังที่อธิบายมาข้างต้น ทำให้เทศบาลขาดความมั่นใจในการก่อตั้งบริษัทจำกัด อันเห็นได้อย่างชัดเจน จากการที่เทศบาลทั่วประเทศมิได้ริเริ่มก่อตั้งบริษัทจำกัดขึ้น เนื่องจากเกรงว่ากิจการที่จะก่อตั้ง บริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อจัดทำนั้นจะเป็น “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค หรือไม่”

สำหรับสถานะทางกฎหมายของบริษัทจำกัดนั้น ถ้าเทศบาลก่อตั้งบริษัทจำกัดขึ้นมาแล้ว บริษัทจำกัดดังกล่าวมีฐานะเป็นนิติบุคคลเอกชนแยกต่างหากจากเทศบาลซึ่งก็มีคำถามเกี่ยวกับการ แยกกิจการอยู่ว่า จะมีขั้นตอนและวิธีการก่อตั้งอย่างไร เช่นการกำหนดขอบเขตวัตถุประสงค์ในการ ก่อตั้ง การดำเนินการด้วยทุนของตนเองทั้งหมดหรือไปร่วมทุนกับบุคคลอื่น ตลอดจนการถูก กำกับดูแลจากเทศบาลและราชการส่วนกลาง ซึ่งจัดว่าเป็นปัญหาที่ยังไม่มีความชัดเจนเพราะ กฎหมายเทศบาลบัญญัติเพียงอนุญาตให้ก่อตั้งได้แต่ไม่ระบุต่อไปว่าจะต้องทำอะไรต่อไป

ในประเทศฝรั่งเศส คำว่าวิสาหกิจมหาชนนั้น เป็นคำที่มีความหมายกว้าง กล่าวคือ หมายความว่า กิจการใดก็ตามไม่ว่าจะเป็นของราชการส่วนกลาง หรือ ส่วนภูมิภาค และส่วน ท้องถิ่น หากเป็นกิจการที่ตอบสนองต่อประชาชนในการจัดทำบริหารสาธารณะแล้วถือว่าเป็น วิสาหกิจมหาชนทั้งสิ้น ดังนั้นไม่ว่าวิสาหกิจมหาชนที่มีชื่อเรียกว่า รัฐวิสาหกิจ วิสาหกิจมหาชนของ รัฐวิสาหกิจมหาชนส่วนท้องถิ่น จัดว่าเป็นวิสาหกิจมหาชนทั้งหมด ประเทศฝรั่งเศสวางแนวทางการ บริหารสาธารณะโดยวิสาหกิจมหาชน ดังนี้ ในกรณีจัดตั้งเป็นรัฐวิสาหกิจ จะมีอำนาจจัดทำ สาธารณูปโภคทั่วประเทศ เช่น การไฟฟ้า การรถไฟ แต่ถ้าเป็นวิสาหกิจนี้จัดทำโดยส่วนภูมิภาคและ ส่วนท้องถิ่นจะเป็นการจัดทำสาธารณูปโภคที่ชิดโยงอยู่กับสภาพภูมิศาสตร์ของท้องถิ่นนั้น เช่น รถเมล์ท้องถิ่น สถานีบริการน้ำมันในท้องถิ่น โรงพยาบาลท้องถิ่น เป็นต้น

ผู้วิจัยได้วิเคราะห์ต่อไปว่า ถ้ามีการก่อตั้งบริษัทจำกัดของเทศบาลขึ้นมาแล้ว จะเกิดปัญหาอย่างไร จากการศึกษาพบว่า บริษัทจำกัดจะเผชิญปัญหาการกับกำดูแลจากราชการส่วนกลาง กล่าวคือ จะเกิดปัญหว่าราชการส่วนกลางจะอนุมัติให้ก่อตั้งหรือไม่ และหากอนุมัติแล้วราชการส่วนกลางจะมีวิธีการกำกับดูแลอย่างไร เพราะวาระการส่วนกลางใช้วิธีกำกับดูแลอย่างใกล้ชิดก็จะเกิดปัญหาการบริหารงานที่ไม่คล่องตัว ปัญหาต่อไปคือ วิธีการก่อตั้งและการจัดการโครงสร้างบริษัทจำกัด เนื่องจากการก่อตั้งบริษัทจำกัดในปัจจุบันนี้มีวิธีการก่อตั้งตามแนวทางของบริษัทจำกัด ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบริษัทมหาชนจำกัด เท่านั้น ส่วนบริษัทจำกัดของเทศบาลยังไม่ปรากฏวิธีการก่อตั้งว่าจะต้องทำอะไร โดยเฉพาะการเริ่มก่อการและผู้ถือหุ้น นอกจากนี้ในโครงสร้างการบริหารจะกำหนดให้เป็นเช่นใด ปัญหาสุดท้ายคือความรับผิดชอบ ซึ่งแยกศึกษาเป็นความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นกับกรรมการของบริษัท

ปัจจุบันการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด เพื่อประกอบกิจการค้าต่างๆของเทศบาลนั้นมีขึ้นเพื่อช่วยเหลือ แบ่งเบาภารกิจของเทศบาลในการจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชนในท้องถิ่น และเพื่อให้เทศบาลสามารถหาและมีรายได้เป็นของตนเอง โดยการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลจะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ในกรณีที่เทศบาลจะก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่มีเอกชนถือหุ้นรวมอยู่ด้วย เทศบาลจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่ปัญหาที่สำคัญในการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาล คือ จะทำอะไรให้เทศบาลสามารถก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคต่าง ๆ อย่างกว้างขวางและแพร่หลาย และบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นนั้นสามารถดำเนินการกิจให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนในเทศบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจากการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาในการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาลแล้วพบว่า แนวทางในการก่อตั้ง ถือหุ้นและดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาลในปัจจุบันยังมีปัญหาและอุปสรรค ดังนี้

5.1.1 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้บัญญัติให้เทศบาลสามารถอาจก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ เพื่อประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค แต่เนื่องจากแนวความคิดของนิติบุคคลมหาชน (เทศบาล) และนิติบุคคลเอกชน (บริษัทจำกัด) มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การดำเนินงานของเทศบาลซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนนั้น ก็เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะอันมุ่งต่อประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม แต่การดำเนินงานของบริษัทจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลเอกชนนั้นมุ่งต่อประโยชน์ส่วนตัว เพื่อแสวงหาผลกำไรมาแบ่งปันกันเป็นหลัก

การที่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติให้เทศบาลก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัท จำกัดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค” เท่านั้น บริษัทจะประกอบกิจการอย่างอื่นไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่บริษัทจำกัดไม่มีเอกชนถือหุ้นอยู่ด้วย ซึ่งการบัญญัติวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดในลักษณะดังกล่าว ย่อมทำให้เกิดการลงทุนจากภาคเอกชนได้ยากในปัจจุบัน ตลอดจนเทศบาลเองก็ไม่สามารถก่อตั้งบริษัทจำกัดได้หากภาคเอกชนไม่ร่วมลงทุนด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากเทศบาลประสบกับปัญหาทางการเงินการงบประมาณ ทำให้ไม่มีเงินมากพอที่จะลงทุนในการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด หรือต้องใช้เทคโนโลยีระดับสูงซึ่งเทศบาลเองยังไม่มีประสิทธิภาพ จำต้องอาศัยความสามารถของเอกชน

ดังนั้นการที่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติให้เทศบาลสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด เฉพาะกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเท่านั้น กิจการดังกล่าวอาจไม่จูงใจเอกชนให้ร่วมดำเนินงาน เนื่องจากกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค เป็นกิจการที่จำเป็นต่อประชาชน และเป็นกิจการที่มีได้มุ่งแสวงหาผลกำไรในต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศส อังกฤษ ญี่ปุ่น รัฐได้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่วิสาหกิจมหาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยวิธีการต่าง ๆ โดยเฉพาะวิสาหกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค เพื่อให้วิสาหกิจมหาชนสามารถที่จะดำเนินกิจการอันเป็นประโยชน์สาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ

5.1.2 กรณีที่เทศบาลจะก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดเพื่อประกอบกิจการต่าง ๆ นั้น การดำเนินงานหรือการบริหารกิจการของบริษัทจำกัด จะต้องอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีความคล่องตัว แต่ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาเช่น คณะกรรมการบริหารบริษัทจำกัดจะต้องมาจากการแต่งตั้งของเทศบาล ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ ซึ่งอาจเป็นข้าราชการที่มีได้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ความสามารถในการบริหารทางธุรกิจ จึงทำให้การดำเนินงานของบริษัทไม่มีประสิทธิภาพ ตลอดจนเป็นช่องทางให้เกิดการทุจริตได้อีกด้วย

ปัญหาในการดำเนินงานของบริษัทอีกประการหนึ่ง คือ การดำเนินงานของบริษัทอาศัยการตัดสินใจของกรรมการบริษัทจำกัดที่สามารถตัดสินใจต่าง ๆ ได้ด้วยตนเอง แต่กิจการอันเป็นสาธารณูปโภคนั้น เป็นกิจการที่มีความจำเป็นต่อประชาชน หากกรรมการบริษัทตัดสินใจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อบริษัทเองและประชาชนผู้ใช้บริการได้ ซึ่งในเรื่องนี้แม้ว่าการดำเนินงานของบริษัทจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่รัฐจะต้องมีการควบคุมบริษัทที่เข้าดำเนินงานกับเทศบาล เพื่อควบคุมดูแลมิให้เกิดความเสียหายทั้งต่อประชาชนและบริษัทเอง ดังเช่น ในประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น ที่บริษัทจำกัดขององค์กร

ปกครองส่วนท้องถิ่น หรือวิสาหกิจมหาชนต่าง ๆ ที่แม้จะก่อตั้งตามกฎหมายเอกชน แต่ก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายมหาชนซึ่งรัฐออกมาควบคุมด้วย

5.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบริษัทนั้น เป็นความสัมพันธ์เชิงการให้ความเห็นชอบของกระทรวงมหาดไทย ใน 2 กรณี คือ การให้ความเห็นชอบในการอนุมัติให้เทศบาลก่อตั้งบริษัทจำกัดหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด และการให้ความเห็นชอบในการอนุมัติให้เทศบาลเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่ถือในบริษัทจำกัดที่เทศบาลก่อตั้งขึ้น ความสัมพันธ์ในเชิงการให้ความเห็นชอบดังกล่าว ถือเป็นการที่รัฐเข้ามามีบทบาทในการควบคุมในเฉพาะกรณีการก่อตั้งและการเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้น ส่วนในเรื่องการดำเนินงานของบริษัทจำกัดนั้น กฎหมายมิได้กำหนดให้รัฐหรือกระทรวงมหาดไทยเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลแต่ประการใด

ส่วนในด้านความสัมพันธ์ของเทศบาลกับบริษัทจำกัดเนื่องจากบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งหรือถือหุ้นโดยเทศบาลในประเทศไทยยังไม่มีในปัจจุบัน แต่หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจเทศบาลในการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างเทศบาลกับบริษัทจำกัดที่เทศบาลก่อตั้งขึ้นหรือเข้าถือหุ้น ย่อมเป็นความสัมพันธ์ในเชิงการดำเนินงานของบริษัทจำกัด กล่าวคือ เทศบาลจะเป็นผู้กำหนดทิศทางนโยบายการบริหารงานของบริษัทจำกัดเนื่องจากเทศบาลเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่จึงมีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการก่อตั้ง คือ การประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเพื่อประโยชน์สาธารณะของประชาชนในท้องถิ่น ซึ่งบริษัทจำกัดจะถูกบริหารงานโดยกรรมการบริษัทซึ่งเป็นการดำเนินการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งบริษัท โดยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของเทศบาล โดยผ่านทางที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น ซึ่งมีอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการบริษัท และพิจารณาให้ความเห็นชอบกิจการที่สำคัญต่าง ๆ

5.1.4 ปัญหาอันเกิดจากปัจจัยภายในของเทศบาลที่ไม่เอื้อต่อการก่อตั้งบริษัทจำกัด เนื่องจากเทศบาลในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะภายในเขตพื้นที่ของเทศบาล แม้ว่าพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 จะบัญญัติให้เทศบาลสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติยังไม่เคยมีเทศบาลใดสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ ทั้งนี้ เพราะการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดจะทำให้ความรับผิดชอบหรือความสำคัญของเทศบาลในการจัดทำบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคน้อยลงไป เพราะการบริการสาธารณะที่เทศบาลจะมอบให้บริษัทจำกัดจัดทำนั้นก็จะกลายเป็นภารกิจหน้าที่บริษัทไป ซึ่งอาจไม่เป็นที่ต้องการของผู้บริหารเทศบาล ซึ่งอาจเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการก่อตั้งหรือเข้า

ถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลได้ ตลอดจนการที่เทศบาลขาดความเข้าใจเกี่ยวกับการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด รวมทั้งการดำเนินงานของบริษัทจำกัดซึ่งก่อตั้งและดำเนินงานภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน ที่เป็นองค์กรทางธุรกิจมีความคล่องตัวสามารถดำเนินงาน และเปลี่ยนแปลงได้อย่างรวดเร็ว อาจทำให้เทศบาลซึ่งไม่มีความเข้าใจการดำเนินงานของบริษัทจำกัดเกรงว่า จะไม่สามารถดำเนินงานในรูปแบบบริษัทจำกัดได้

5.1.5 ปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้ดำรงตำแหน่งในเทศบาลกับการก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด แม้ว่าในความเป็นจริงยังไม่มีเทศบาลใดในปัจจุบันที่สามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ แต่เมื่อเทศบาลสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้แล้ว ก็อาจมีปัญหาเกี่ยวกับความมีส่วนได้เสียทั้งในระดับชาติหรือในระดับท้องถิ่นเอง การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวมในระดับชาติ คือ กรณีของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย อาจมีผลประโยชน์ได้เสียต่อการอนุมัติหรือไม่อนุมัติให้เทศบาลก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ส่วนการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวมในระดับท้องถิ่น นั้น เป็นกรณีของผู้บริหารเทศบาลมีส่วนได้เสียกับการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด อันจะทำให้เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวมได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาและอุปสรรคต่างๆ ดังกล่าวมาแล้ว ในการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดของเทศบาลที่ยังไม่มีความเหมาะสม ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะเพื่อให้มีมาตรการทางกฎหมายต่างๆ เพื่อแก้ไขการก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นหรือการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล เพื่อให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น ดังนี้

5.2.1 แก้ไขพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 57 ตรี โดยให้เทศบาลสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดร่วมกับเอกชนในกิจการอย่างอื่นนอกจากกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคได้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการจูงใจเอกชนให้ร่วมดำเนินการในกิจการของท้องถิ่นให้กว้างขวางยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดภารกิจของท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะ และเป็นการเพิ่มรายได้ให้กับเทศบาล ตลอดจนประชาชนจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์ในท้ายที่สุดทั้งในเรื่องบริการสาธารณะที่ดีมีคุณภาพ และรายได้ที่เพิ่มขึ้นของท้องถิ่น อันจะนำมาใช้เพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชนในท้องถิ่นต่อไป

5.2.2 มีการตรากฎหมายที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการก่อตั้ง การเข้าถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล โดยมีรายละเอียดในเรื่อง องค์ประกอบของคณะกรรมการบริษัท คุณสมบัติความรู้ความสามารถเกี่ยวกับกิจการที่ก่อตั้งขึ้น กระบวนการของรัฐในการควบคุม กำกับดูแลบริษัทจำกัดของเทศบาล เช่น การควบคุมทางการเงิน เนื่องจากเงินที่เทศบาลนำไปลงทุน เป็นเงินที่มาจากภาษีอากรของประชาชน จึงควรมีหน่วยงานที่ตรวจสอบการใช้จ่ายเงินในการลงทุนของเทศบาล เพื่อป้องกันการทุจริตของเทศบาลในการก่อตั้งบริษัทจำกัดด้วย

5.2.3 รัฐต้องมีมาตรการอื่น ๆ ที่ให้เทศบาลสามารถควบคุมดูแลบริษัทจำกัด นอกจากมาตรการที่ผ่านทางที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ดังเช่น มาตรการกำหนดวิธีการในการควบคุมการดำเนินงานของวิสาหกิจมหาชนในประเทศญี่ปุ่น ทั้งนี้ เพื่อให้เทศบาลสามารถควบคุมการดำเนินงานของบริษัทจำกัดได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น และ นอกจากมาตรการที่รัฐจะต้องออกมาเพื่อควบคุมการดำเนินงานของบริษัทแล้ว รัฐยังต้องกำหนด มาตรการให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่เทศบาล เพื่อให้เทศบาลสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นใน บริษัทจำกัดได้ เนื่องจาก ท้องถิ่นประสบกับปัญหาทางงบประมาณ มีรายได้จำกัด ถ้าพึ่งเพียง งบประมาณของเทศบาลจึงไม่อาจก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัดได้ จำต้องให้รัฐเข้ามามี บทบาทในการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน เช่น การให้เทศบาลสามารถกู้ยืมเงินโดยกระทรวงมหาดไทย เป็นผู้ค้ำประกัน เป็นต้น

5.2.4 เทศบาลต้องปรับเปลี่ยนทัศนคติในการดำเนินการตามภารกิจที่จะต้องให้เอกชนเข้า มาร่วมดำเนินงานมากขึ้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดปริมาณภารกิจของเทศบาล และเป็นการเพิ่ม ประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะ อันจะเกิดประโยชน์ต่อประชาชนในท้องถิ่นต่อไป

5.2.5 ในเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้ดำรงตำแหน่งในเทศบาลกับการก่อตั้งหรือ ถือหุ้นในบริษัทจำกัด อาจมีปัญหาเกี่ยวกับความมีส่วนได้เสียทั้งในระดับชาติหรือในระดับท้องถิ่น เอง การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวมในระดับชาติ คือ กรณีของ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย อาจมีผลประโยชน์ได้เสียต่อการอนุมัติหรือไม่อนุมัติให้ เทศบาลก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด ส่วนการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ ส่วนรวมในระดับท้องถิ่นนั้น เป็นกรณีของผู้บริหารเทศบาลมีส่วนได้เสียกับการก่อตั้งหรือเข้าถือ หุ้นในบริษัทจำกัด อันจะทำให้เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวม ได้ ซึ่งปัจจุบันมีมาตรการทางกฎหมายหลายนโยบายที่เป็นการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

และการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ตลอดจนการมีส่วนได้เสียของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ได้แก่ มาตรการดังต่อไปนี้

5.2.5.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ในหมวด 12 การตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ ส่วนที่ 2 มาตรา 265-269 โดยมีสาระสำคัญที่เกี่ยวกับการขัดกันของผลประโยชน์ของรัฐมนตรี โดยห้ามรัฐมนตรีดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใดก็ได้ด้วย ห้ามรัฐมนตรีปฏิบัติราชการหรือการดำเนินงานในหน้าที่ประจำในกิจการที่รับถือหุ้นใหญ่ รวมทั้งห้ามรัฐมนตรีบรรจุ แ่่งตั้ง โยกย้าย โอน เลื่อนตำแหน่ง และเลื่อนเงินเดือนของข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำและมีใช้ข้าราชการการเมือง พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ กิจการที่รัฐถือหุ้นใหญ่ หรือราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐมนตรีต้องไม่เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท หรือไม่คงไว้ซึ่งความเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทต่อไป ทั้งนี้ตามจำนวนที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้ใดประสงค์จะได้รับประโยชน์จากกรณีดังกล่าวต่อไป ให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้นั้นแจ้งให้ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง และให้รัฐมนตรีผู้นั้นโอนหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทดังกล่าวให้นิติบุคคลซึ่งจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รัฐมนตรีจะกระทำการใดอันมีลักษณะเป็นการเข้าไปบริหารหรือจัดการใด ๆ เกี่ยวกับหุ้นหรือกิจการของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทมิได้

5.2.5.2 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 บัญญัติให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มีอำนาจหน้าที่เฉพาะได้ส่วนและวินิจฉัยการกระทำทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการที่ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกอง หรือเทียบเท่าขึ้นไป ร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม รวมทั้งดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการในระดับต่ำกว่าที่ร่วมกระทำความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว หรือกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือที่กระทำความผิดในลักษณะที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรดำเนินการ

5.2.5.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 การทุจริตเกี่ยวกับการสมยอมในการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ เป็นพฤติกรรมที่ปรากฏแพร่หลายในสังคมไทย และเป็นพฤติกรรมเลียนแบบตั้งแต่ระดับชาติไปจนถึงระดับท้องถิ่น

มีเครือข่ายโยงใยกันทั้งหมด การฮั้วจึงเป็นสิ่งสะท้อนระบบอุปถัมภ์และการคอร์รัปชันของสังคมไทย โดยมีบุคคลที่เกี่ยวข้องกัน 3 กลุ่ม ได้แก่ ข้าราชการ นักการเมืองและนักธุรกิจหรือกลุ่มผลประโยชน์ซึ่งเรียกว่า “Iron triangle” การฮั้วเกิดขึ้นเมื่อราชการร่วมกับนักการเมือง นักธุรกิจหรือกลุ่มผลประโยชน์แสวงหาประโยชน์ร่วมกัน และมีข้าราชการเป็นแกนกลาง โดยทั้งสามฝ่ายมีเจตนาร่วมกัน คือ “ฉ้อโกงรัฐ” เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมตามทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) รัฐบาลจึงได้ตรากฎหมายพิเศษเพื่อดำเนินการเอาผิดกับผู้กระทำผิด

5.2.5.4 พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 มีสาระสำคัญในการจำกัดการเป็นหุ้นส่วนและการถือหุ้นของรัฐมนตรี

5.2.5.5 พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 บัญญัติให้มีสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ หรือ สำนักงาน ป.ป.ท. มีอำนาจหน้าที่ได้สวนข้อเท็จจริงและข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำการทุจริตในภาครัฐของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าปัจจุบันมีมาตรการทางกฎหมายหลายมาตรการที่ใช้ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต การมีส่วนได้เสียหรือการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความครอบคลุมเหมาะสมแล้ว แต่อย่างไรก็ดี ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต การมีส่วนได้เสีย และการขัดกันแห่งผลประโยชน์ จำต้องอาศัยคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ เองนอกจากมาตรการทางกฎหมายด้วย

ดังที่กล่าวมาจึงสามารถสรุปได้ว่า หากการก่อตั้ง การเข้าถือหุ้น และการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาล สามารถมีมาตรการต่าง ๆ ที่จะส่งเสริมให้เทศบาลสามารถก่อตั้งหรือเข้าถือหุ้น รวมทั้งการดำเนินงานของบริษัทจำกัดของเทศบาลได้อย่างเหมาะสมแล้ว ก็ย่อมจะเป็นการแบ่งเบาภารกิจของเทศบาล และทำให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพ

รายการอ้างอิง



รายการอ้างอิง

- กระทรวงมหาดไทย. (2519, 6 พฤษภาคม). ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยเงินทุนส่งเสริมกิจการเทศบาล พ.ศ. 2518
- กองราชการส่วนท้องถิ่น. (2518, กุมภาพันธ์). การบริหารการเทศาภิบาลของเทศบาล. **นิตยสารท้องถิ่น**, 15, 2.
- โกวิท พวงงาม. (2550). การปกครองท้องถิ่นไทย หลักการและมติใหม่ในอนาคต. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญชน.
- คมกฤษ อารัตน์วิไล. (2540). แนวทางการจัดตั้งสหการในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 13-02-1957 คดี societe nationale de vente des surplus , Rec.,
- จันจิรา เอี่ยมมยุรา. (2529). วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ชำนาญ ปริบาล. (2546). ปัญหาในการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ทุจริต : ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความคิดเกี่ยวกับการเสนอราคา ต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.
- ชูวงศ์ ฉายะบุตร. (2539). การปกครองท้องถิ่นไทย (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: พินิจ ประพันธ์ เชนเตอร์.
- ธนสวรรค์ เจริญเมือง. (2548). 100 ปี การปกครองท้องถิ่นไทย พ.ศ. 2440-2540 (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ.
- ธนสวรรค์ เจริญเมือง. (2551). ทฤษฎีและแนวคิด: การปกครองท้องถิ่นกับการบริหารจัดการท้องถิ่น (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ.

นครินทร์ เมฆไตรรัตน์. (ม.ป.ป). ความสัมพันธ์ระหว่างราชการบริหารส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น. สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2553, จาก

<http://www.thaipoliticsgovernment.org/wiki/>

นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2550). กฎหมายมหาชน เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ประยูร กาญจนดุล. (2533). คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ประยูร กาญจนดุล. (2535). คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ประยูร กาญจนดุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน (2542). กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน.

พนม เข้มประยูร. (7 มิถุนายน 2532). สัมปทานบริการสาธารณะ. ใน โครงการศึกษาอบรมนิติกรหลักสูตรหลักกฎหมายปกครอง : ประเภทของสัญญาทางปกครอง (7 มิถุนายน 2532) ณ ห้องประชุมใหญ่ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

พระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543. (2543,12 กรกฎาคม).

ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117, ตอนที่ 66 ก, หน้า 1.

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496. (2496), 17 กุมภาพันธ์. ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 70, ตอนที่ 14, หน้า 222.

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534. (2534, 4 กันยายน), **ราชกิจจานุเบกษา**, เล่ม 108, ตอนที่ 156, ฉบับพิเศษ หน้า 1.

พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535. (2551, 3 มีนาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**, เล่ม 125, ตอนที่ 41ก, หน้า 12.

พินิจ ทิพย์มณี. (ม.ป.ป.). **หลักกฎหมายบริษัทจำกัด**. ม.ป.ท.: ม.ป.พ.

โกศล พลกุล. (2549). **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น** (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

มรุต วันทนการ และดุณี หมั่นสมัคร. (ม.ป.ป.). **ประวัติและการพัฒนาการของเทศบาล**. สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2553, จาก <http://www.thaipoliticsgovernment.org/wiki>

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2540). **รายงานโครงการศึกษาความเหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และแผนการดำเนินงานในการโอนกิจการขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพให้กรุงเทพมหานคร**. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ.

มีชัย ฤชุพันธุ์. (2510). **วิจารณ์ร่างพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 6)**. ใน เอกสารของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. 10 สิงหาคม 2510. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

เมธี ครองแก้ว. (2551, มกราคม). ผลประโยชน์ส่วนตนจากความสูญเสียส่วนรวม : การรับมือการทุจริตจากผลประโยชน์ทับซ้อน. **วารสารวิชาการ ป.ป.ช.** 1(1), 33.

รังสิกร อุปพงศ์. (2531, กันยายน). ทฤษฎีบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส. **วารสารนิติศาสตร์** 18, 55.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. (2540, 11 ตุลาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**, ตอนที่ 55ก, หน้า 1.

ลักษณะ ปีสานนท์. (2540). **หัวหน้ากลุ่มระบบบัญชีและเงินอุดหนุน กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย**. สัมภาษณ์. มกราคม.

วันเพ็ญ ทรัพย์ส่งเสริม. (2539). **การจัดระบบองค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

วุฒิสาร ตันไชย. (ม.ป.ป). การกระจายภารกิจหน้าที่ไปสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยุคใหม่.

สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2553, จาก <http://www.local.moi.go.th/webst/botfam1.htm>.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (มิถุนายน 2537). **ความเป็นไปได้ใน**

การลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ รายการการศึกษา เสนอต่อสำนักงาน

คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบ

ราชการ.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2532, ธันวาคม). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับองค์การมหาชนอิสระ. วารสาร

นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 19(4), 65.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2533, มิถุนายน) การก่อตั้งหรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดขององค์กรปกครอง

ส่วนท้องถิ่น. วารสารนิติศาสตร์ 20(2), 143.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2539). สภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการไทย. ใน รายงานการวิจัย

เสนอต่อคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการ

ข้าราชการพลเรือน.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2547). **รวมกฎหมายการปกครองท้องถิ่น**. กรุงเทพฯ: คณะรัฐมนตรีและราช

กิจจานุเบกษา.

สมพร ถาวรวิริยะนันท์. (2542). **ปัญหากฎหมายขององค์การบริหารส่วนตำบลกับการมีส่วนร่วม**

ของประชาชน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน.

มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.

สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่. (2552). **หุ้นส่วนบริษัท** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย. (2537). **แนวทางการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการ**

กระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. ใน **เอกสารประกอบการสัมมนา**. 14

ตุลาคม 2537 ณ ห้อง LT.1 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย. (ม.ป.ป). **ทิศทางการปกครองท้องถิ่นไทย**. สืบค้นเมื่อ 2

เมษายน 2553, จาก http://www.trf.or.th/tips/x.asp?Art_ID=93

- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่...) พ.ศ. (เรื่องพิจารณาเสร็จที่ 225 – 258 /2510).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามบันทึกเรื่องหรือการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 (กรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดจะร่วมกับบริษัทจำกัดที่เอกชนก่อตั้งขึ้น ก่อตั้งบริษัทจำกัดเพื่อขอประทานบัตรทำเหมืองแร่. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามบันทึกเรื่องการประกอบกิจการเคเบิลทีวีของเทศบาล. (เรื่องพิจารณาเสร็จที่ 524/2544).
- สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ. (ม.ป.ป.). เกี่ยวกับ ป.ป.ท.. สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2553, จาก : http://www.pacc.go.th/index.php?mod=about_duty
- สิริพร มณีภักดิ์. (2536). การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นในประเทศไทย: ศึกษาจากปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีเทศบาลและกรุงเทพมหานคร. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- สุรพล นิตไกรพจน์. (กรกฎาคม 2541). การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์กรภาคมหาชน : ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ. ใน รายงานการวิจัยเสนอต่อสภาวิจัยแห่งชาติ. กรุงเทพฯ: สภาวิจัยแห่งชาติ.
- หยุด แสงอุทัย. (2538). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: ปรกาศพริก.
- อยุธยา จามิกรณ์. (2540). แนวทางในการก่อตั้ง อีอู๋น และดำเนินงานบริษัทจำกัดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.
- Bronowski J. & Mazlish, B. (1960). The Western intellectual Tradition: From Leonardo to Hegel. Chapter 26, Kant to Hegel (pp.472- 479). NY: Harper Perennial

- Bronowski, J. & Brouce, M. (1960). *The Western intellectual Tradition: From Leonardo to Hegel*. NY: Harper Perennial.
- Cass., 9 juil. 1951 , J.c.p., 1951.
- Deringer, A. (2000). *Equal Treatment of Public and Private Enterprise* N.P.: Wily – Blachevell.
- DEVES, C. (1993). *Nouveau depart pour l'economie mixte locale*. A.J.D.A., 1983, p.596, et *Economie mixte locale*. Dossier A.J.D.A.
- Jerome, R. (2000). *colonial America* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall,1984) and Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, In Harvey, C. & Delba, W. (Eds.). Chicago: the University of Chicago Press.
- LAGARDE. (1952). *De la societe anonyme a l'entreprise publique*, Mel.Ripert, t., p.296; LEDUC. *Les societies d'Etat,instrument de mise en valeur de l'outre-mer*, Arch. phill. dr.
- Nguyen, Q.V. (1980). *Les entreprises publiques face au droit des societie/s commerciales*. Paris: L.G.D.J.
- Tony Byrne. (2004, April). *Local Government in Britain*. (6th ed.) London: Penguin Books.
- Vernon, B. (1999). *Devolution in the United Kingdom*. Oxford: Oxford University Press.
- Yuliani, E.L. *Decentralization, deconcentration and devolution: What do they mean?*. In paper presented at the Interlaken Workshop on Decentralization. Switzerland: Interlaken.



ประวัติผู้เขียน

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นาง นัยนา อินทจักร์
วัน เดือน ปี เกิด	12 มกราคม 2514
สถานที่อยู่ปัจจุบัน	218 หมู่ 12 ตำบลรอบเวียง อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57000
ประวัติการศึกษา	ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ประวัติการทำงาน	
2551 – ปัจจุบัน	นักบริหารงานทั่วไป เทศบาลนครเชียงราย อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย
2542 – 2551	นิติกร เทศบาลนครเชียงราย อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย
2540 – 2542	นิติกร สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักนายกรัฐมนตรี กรุงเทพมหานคร