

บทที่ 1

แนวคิดว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะ (Public service) เป็นหน้าที่ของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน อันได้แก่ รัฐ และนิติบุคคลที่ได้จัดตั้งขึ้นด้วยบทกฎหมาย ซึ่งกฎหมายไทยก็คือ กระทรวง ทบวง กรม และทบวงการเมืองอื่นๆ องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น และองค์การของรัฐบาลตลอดจน วัดในพระพุทธศาสนาด้วย¹ ซึ่งเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการ เว้นแต่บริการสาธารณะที่ให้เอกชนไปทำแทนฝ่ายปกครอง เหตุผลดังกล่าวก็เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นเรื่องของภารกิจหรือกิจการที่ฝ่ายปกครอง ต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยอยู่ภายใต้การควบคุมหรือกำกับของฝ่ายปกครอง อันเป็นบริการที่ต่างจากบริการของเอกชนที่เป็นเรื่องของฝ่ายเอกชนที่จัดทำขึ้นโดยความสมัครใจ ไม่ว่าจะประสงค์สิ่งตอบแทนหรือแสวงหากำไรหรือไม่ก็ตาม²

1.1 ข้อความคิดว่าด้วยบริการสาธารณะ

คำว่า “บริการสาธารณะ” เป็นถ้อยคำที่ค่อนข้างใหม่สำหรับคนไทยเรา แต่เดิมกิจการที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติอยู่เป็นประจำนั้น ในประเทศไทยเราเคยเรียกรวมๆ กันว่า “ราชการ” นั่นคือ ราชการที่อยู่ในหน้าที่ของฝ่ายบริหารรวมทั้งฝ่ายปกครอง แต่เนื่องจากกิจการที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประเทศไทย ในปัจจุบันได้ขยายขอบเขตออกไปเป็นอันมาก³ ฝ่ายปกครองก็ได้มีการพัฒนาและจัดตั้งองค์การของฝ่ายปกครองออกไปเป็นรูปแบบต่างๆ เพิ่มขึ้นตามหลักการปกครองประเทศสมัยใหม่ ทั้งปริมาณขององค์การ และปริมาณรูปแบบ โดยหลักการที่รัฐนำมาใช้เพื่อจัดโครงสร้างการบริหารราชการเพื่อรับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะที่เพิ่มขึ้นอย่างมากมานั้น ก็ได้แก่หลักการรวมอำนาจ (Centralization) และหลักการกระจายอำนาจ (Decentralization) ทั้งสองหลักการที่สำคัญนี้ ได้ก่อกำเนิดองค์การจัดทำบริการสาธารณะ ที่มี

¹ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, (โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), น.98.

² เพ็งอึ้ง, น.79.

³ เรื่องเดียวกัน.

ลักษณะรูปแบบต่างๆ นอกเหนือจากรูปแบบองค์กรของรัฐส่วนกลาง ซึ่งได้แก่กระทรวง ทบวง กรม ทั้งนี้ก็เนื่องจากรัฐประสงค์ที่จะสร้างรูปแบบองค์กรที่เหมาะสมกับภารกิจบางประการ ที่ต้องให้ความสำคัญทั้งในเรื่องความเชี่ยวชาญ ความรวดเร็ว ความคล่องตัว และความเหมาะสมกับพื้นที่หรือท้องถิ่น

ก่อนที่จะได้กล่าวถึงบริการสาธารณะท้องถิ่น คงต้องพิจารณาถึงข้อความคิดเรื่องบริการสาธารณะซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับภารกิจของรัฐก่อนว่ามีที่มา และมีความหมายอย่างไร⁴

นักปราชญ์ชาวกรีกชื่อ อริสโตเติล (Aristotle) กล่าวว่า มนุษย์เป็นสัตว์สังคม หรืออีกนัยหนึ่งมี อุปนิสัยชอบอยู่รวมกันเป็นสังคม อย่างไรก็ดี เราอาจจำแนกสังคมมนุษย์ออกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้ 2 ประเภทด้วยกันคือ (1) ชุมชน (Community-Gemeinschaft) (2) สมาคม (Association-Gesellschaft)

ชุมชนนั้นเป็นรูปแบบของสังคมมนุษย์ที่เก่าแก่กว่ารูปแบบสมาคม ชุมชนเป็นรูปแบบซึ่งรวมตัวกันโดยปราศจากความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการจัดองค์การอย่างเป็นทางการจะเป็นกิจจะลักษณะ และซึ่งมีความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกด้วยกันเป็นไปอย่างฉันทันมิตร

ส่วนสมาคมเป็นรูปแบบของสังคมมนุษย์ซึ่งจัดตั้งขึ้นเป็นองค์การ เพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายอันร่วมกันอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง จากคำนิยามนี้จะเห็นได้ว่า เราจะเรียกสังคมมนุษย์สังคมใดสังคมหนึ่งว่าเป็นสมาคมได้ต่อเมื่อปรากฏว่าสังคมมนุษย์สังคมนั้นมีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการประกอบกัน กล่าวคือ บรรดาสมาชิกทั้งหลายของสังคมมนุษย์สังคมนั้น มีความมุ่งหมายอันร่วมกันอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างประการหนึ่ง และบรรดาสมาชิกทั้งหลายของสังคมมนุษย์สังคมนั้น ได้จัดตั้งขึ้นเป็นองค์การเพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายอันร่วมกันนั้น

สำหรับสังคมมนุษย์ที่เรียกว่า “รัฐสมัยใหม่” ซึ่งเป็นสังคมมนุษย์ลักษณะหนึ่งเหมือนกันนั้น มีปัญหาว่าเป็นสังคมมนุษย์รูปแบบใด เป็นชุมชนหรือสมาคม ตอบได้ว่ารัฐเป็นสมาคม เพราะรัฐคือสังคมมนุษย์ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นเป็นองค์การ เพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ดีสมาคมที่เรียกว่ารัฐก็มีลักษณะสำคัญซึ่งทำให้รัฐมีความแตกต่างอย่างมากจากสังคมมนุษย์ที่จัดตั้งขึ้นเป็นสมาคมชนิดอื่นๆ เช่น บริษัท สหภาพ

⁴ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเชิงข้อคิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), น.1-8.

แรงงาน หรือองค์การทางศาสนา เป็นต้น การที่เราสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างรัฐกับสมาคมมนุษย์ชนิดอื่นๆ ออกจากกันอย่างชัดเจนได้จะทำให้เราสามารถกำหนดข้อคิดว่าด้วยรัฐอย่างแน่นอนชัดเจนได้

ลักษณะที่สำคัญของรัฐ มีดังนี้

1) อำนาจของรัฐครอบงำทั่วราชอาณาจักร

โดยปกติรัฐจะกำหนดบังคับให้บุคคลทุกคนที่ดำรงชีวิตอยู่ภายในอาณาจักรของตนต้องปฏิบัติหน้าที่บางประการ และให้ความคุ้มครองสิทธิบางประการแก่บุคคลทุกคนทุกคนที่ดำรงชีวิตอยู่ในอาณาจักรของตน ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะอยู่ในราชอาณาจักรของตนเป็นการชั่วคราวหรืออย่างถาวร และไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นพลเมืองของตนหรือเป็นคนต่างด้าว แต่คนต่างด้าวแม้ว่าจะไม่มีสิทธิบางประการดังเช่นพลเมืองของรัฐ เช่นไม่มีสิทธิเลือกตั้ง สิทธิในการเข้ารับราชการ แต่คนต่างด้าวคนนั้นก็ยังมีหน้าที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐ และอาจถูกลงโทษได้หากว่าตนฝ่าฝืนกฎหมายเหล่านั้น ขณะเดียวกันสิทธิของคนเหล่านั้นย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของรัฐเท่าเทียมกันกับพลเมืองของรัฐนั่นเอง อำนาจของรัฐจึงครอบงำบุคคลทุกคนที่ดำรงชีวิตอยู่ภายในอาณาจักรของรัฐ และโดยปกติรัฐจะใช้อำนาจของตนได้ก็แต่เฉพาะแต่ภายในดินแดน ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยรัฐอื่น ตามข้อตกลงระหว่างรัฐด้วยกันว่าเป็นขอบเขตดินแดนของรัฐนั้นๆ ลักษณะเช่นนี้เราไม่อาจพบเห็นได้ในสมาคมอื่นๆ

2) อำนาจรัฐเป็นอำนาจอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้

ลักษณะประการที่สองของรัฐที่จะพิจารณากันนี้ เกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กับลักษณะประการแรกอย่างใกล้ชิด เพราะเมื่อเรากล่าวว่าอำนาจของรัฐเป็นอำนาจที่ครอบงำทั่วทั้งอาณาจักร เราหมายความว่าคนทุกคนในอาณาจักรนั้นตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎ ข้อบังคับของรัฐอย่างไม่ว่าหลีกเลี่ยงได้ ไม่มีผู้ใดสามารถเลือกตัดสินใจอย่างอิสระว่าตนจะยอมตกอยู่ภายใต้บังคับของอำนาจรัฐ หรือเลือกที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของรัฐนั้นได้ และถ้าบุคคลใดฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐที่ผู้นั้นอาศัยอยู่ ผู้นั้นย่อมจะถูกลงโทษโดยรัฐนั้น

3) ภารกิจของรัฐ

สมาคมต่างชนิดกันย่อมมีภารกิจที่แตกต่างกัน สิ่งหนึ่งที่ทำให้รัฐมีความแตกต่างจากสมาคมชนิดอื่นๆ ก็คือ ภารกิจ (Functions) ของรัฐ นักปราชญ์บางท่านถือว่ารัฐสามารถ

ดำเนินภารกิจใดๆ ได้ทุกอย่าง เพราะรัฐได้รวมเอาสมาคมทุกสมาคมเข้าไว้ในอาณาจักรของตน เป็นสมาคมแห่งสมาคม เป็นสมาคมซึ่งชุมชนทั้งหมดได้ถูกจัดตั้งขึ้น ซึ่งครอบคลุมในทุกแห่งทุกมุม

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติรัฐสมัยใหม่มีภารกิจซึ่งตนจัดทำอยู่แยกออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ ⁵

- (1) ภารกิจพื้นฐาน หรือ Primary Function และ
- (2) ภารกิจลำดับรอง หรือ Secondary Function

(1) ภารกิจพื้นฐานของรัฐ (Primary Function) คือ การป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาท และยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรืออีกนัยหนึ่ง คือการดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยและรักษาความมั่นคงปลอดภัย ความมั่นคงปลอดภัยนี้มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ ได้แก่ ความมั่นคงปลอดภัยในชุมชนและความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายอันมีที่มาจากภายนอกชุมชน

ความมั่นคงปลอดภัยในชุมชน หมายถึง ความมั่นคงปลอดภัยจากการละเมิดต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของเอกชนแต่ละคน ทั้งที่จงใจและไม่จงใจ

ส่วนความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายอันมีที่มาจากภายนอกชุมชน หมายถึง การประทุษร้ายซึ่งอาจเกิดจากความจงใจ เช่น ถูกรุกรานด้วยกำลังทหารโดยรัฐอื่น หรือเกิดจากความไม่จงใจ เช่น ในกรณีที่ถูกตลากรรมภายในรัฐต้องล้มละลายเนื่องจากการทุ่มตลาดสินค้าจากต่างประเทศ ทำให้สินค้าต่างประเทศที่ผลิตภายในประเทศจำหน่ายไม่ออกก็ได้

เราจะเห็นได้ว่าภารกิจพื้นฐานของรัฐดังกล่าวข้างต้นนี้ มุ่งที่จะป้องกันมิให้สิทธิหรือสวัสดิภาพที่มีอยู่แล้วได้รับความเสียหาย อันเนื่องมาจากการประทุษร้ายลักษณะต่างๆ มิได้ส่งเสริมหรือเพิ่มเติมหรือปรับปรุงสวัสดิภาพของประชาชนให้ดียิ่งขึ้นกว่าเดิม จึงมีผู้เรียกภารกิจของรัฐประเภทนี้อีกอย่างว่า Negative Function of State

(2) ภารกิจลำดับรองของรัฐ (Secondary Function) คือ การส่งเสริมสวัสดิภาพตลอดจนการกระจายความมั่งคั่งของชาติไปยังประชาชนกลุ่มต่างๆ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม รัฐส่งเสริมสวัสดิภาพของราษฎรทั้งในทางกายภาพและทางจิตใจ รัฐประกันเงื่อนไขแห่งการครองชีพขั้นต่ำของราษฎรทุกคน เช่น การให้บริการการศึกษา การรักษาพยาบาล การขนส่งคมนาคม การพักผ่อนหย่อนใจ ส่งเสริมด้านการกีฬา ส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ประกันการว่างงาน คุ้มครองการบริโภคของราษฎร ฯลฯ เนื่องจากภารกิจลำดับรองของรัฐนี้ รัฐเพิ่มเติมขึ้นเพื่อมุ่ง

⁵ D.D. Raphael, Problems of Political Philosophy, p.45, อ่างไวโน, จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 4, น.5.

หมายที่จะปรับปรุงวิถีชีวิตของราษฎรให้ดีขึ้นกว่าที่เป็นอยู่แต่เดิมหรือเพิ่มสิทธิใหม่ ๆ หรือกระจายสิทธิที่มีอยู่แต่เดิมให้ถึงมือราษฎรอย่างทั่วถึง จึงมีผู้เรียกภารกิจประเภทนี้อีกอย่างหนึ่งว่า Positive Function of State หรือ Social Function

สำหรับภารกิจพื้นฐานซึ่งรัฐต้องจัดทำทั้งหมดแล้วเห็นว่าเป็นลักษณะสำคัญซึ่งทำให้รัฐมีความแตกต่างจากสมาคมอื่น แต่สำหรับภารกิจลำดับรองไม่เป็นเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการกิจพื้นฐานของรัฐ อาจมีบางส่วนที่สมาคมชนิดอื่นก็สามารถจัดทำได้ด้วย เช่น องค์การที่มีหน้าที่ประกันความปลอดภัยในการขนส่งทรัพย์สินหรือสิ่งของมีค่าต่างๆ หรือองค์การประเภทอื่นๆ เช่น โรงเรียนหรือมหาวิทยาลัย ก็มีการรักษาวินัยและกระบวนกรลงโทษ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสถาบันนั้น เช่นเดียวกัน เพียงแต่ภารกิจนี้มีขึ้น เพื่อสนับสนุนส่งเสริมให้วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของสถาบันนั้นคงอยู่ และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยเฉพาะภายในสถาบันนั้นๆ เฉพาะแต่รัฐเท่านั้นที่มีวัตถุประสงค์ที่แท้จริง คือการดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยและรักษาความมั่นคงปลอดภัยภายในชุมชนและป้องกันการประทุษร้ายอันมีแหล่งที่มาจากชุมชนภายนอกชุมชน

ส่วนภารกิจลำดับรองของรัฐนั้น ไม่ได้ถือว่าเป็นภารกิจเฉพาะซึ่งเป็นของรัฐเท่านั้น เพราะว่ามีสมาคมหรือชุมชนมากมายที่มุ่งสร้างสวัสดิการและความเป็นธรรมให้เกิดแก่มวลสมาชิกของสมาคมหรือชุมชน ตัวอย่าง เช่น ครอบครัวสมาคมระดับภูมิภาค องค์การสงเคราะห์ผู้ยากไร้ สหภาพแรงงาน ฯลฯ โดยแท้จริงแล้ว รัฐที่ยอมรับปฏิบัติภารกิจลำดับรองที่เราเรียกว่า “รัฐสวัสดิการ” (Welfare State) นั้น คือ รัฐที่ยอมรับจัดทำภารกิจทางสังคมของเอกชนหรือองค์การสังคมสงเคราะห์ทั้งหลายที่จะกระทำโดยสมัครใจ ความแตกต่างคงมีเพียงว่าความรับผิดชอบจัดทำภารกิจดังกล่าวของรัฐมิได้กระทำด้วยความสมัครใจอย่างเอกชน แต่โดยกฎหมายบังคับให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องจัดทำ การอุบัติขึ้นของรัฐสวัสดิการมีผลกระทบต่อประเทศประชาธิปไตยอย่างลึกซึ้ง ผลของข้อความคิดนี้ทำให้ปัจจุบัน รัฐกลายเป็นเครื่องมือในอันที่จะส่งเสริมสวัสดิภาพทางสังคมและเศรษฐกิจของประชาชน รัฐสมัยใหม่พยายามที่จะส่งเสริมความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) และดังนั้นจึงยอมรับบทบาทที่เป็นผู้กระทำและกิจกรรมของรัฐจึงขยายตัวไปอย่างกว้างขวาง

เราอาจจะเรียกภารกิจของรัฐได้อีกอย่างหนึ่งว่า “บริการสาธารณะของรัฐ” (Public Service) ในความหมายที่แตกต่างจากคำว่า “ราชการ” กล่าวคือ ภารกิจของรัฐหรือบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่รัฐต้องจัดทำขึ้นตามหน้าที่ที่เฉพาะแต่รัฐเท่านั้นที่มีอำนาจหน้าที่ และหน้าที่ที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชน หรือเพื่อปรับปรุงสวัสดิภาพแก่

ประชาชน ส่วนงานราชการนั้นส่วนใหญ่ คืองานที่เป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐนั่นเอง และเป็นกิจกรรมซึ่งโดยสภาพจะต้องกระทำโดยการใช้อำนาจของรัฐคืออำนาจบังคับ แต่เมื่อต่อมารัฐได้มีการจัดตั้งองค์การประเภทต่างๆ เพื่อรองรับในการจัดทำภารกิจที่ไม่ใช่องค์รูปแบบส่วนราชการขึ้นมา รูปแบบและบทบาทขององค์การเหล่านี้ ก็ได้กลายเป็นเครื่องมือที่สำคัญต่อการจัดทำภารกิจด้านต่างๆ ของรัฐที่นับวันจะเพิ่มขึ้นอย่างมากมายและกว้างขวาง

1.2 ความหมายและประเภทของบริการสาธารณะ

1.2.1 ความหมายของบริการสาธารณะ

ฌ็อง ริเวโร⁶ ให้ความหมายของ “บริการสาธารณะ” ว่า คือ การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคม ในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชนหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะในด้านการให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ ฯลฯ⁶

Maurice Hauriou นักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส ได้ให้คำจำกัดความของบริการสาธารณะไว้ว่า บริการสาธารณะเป็นบริการทางเทคนิค (le service technique) เพื่อสาธารณะ เป็นบริการที่สม่ำเสมอและต่อเนื่อง เพื่อสนองความต้องการของส่วนรวมโดยองค์การของรัฐที่ไม่มุ่งหากำไร⁷

ซาบู ได้ให้คำจำกัดความของบริการสาธารณะว่า กิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ให้หรือดูแล และกิจกรรมนั้นเป็นไปเพื่อสาธารณะประโยชน์⁸

⁶ ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น.79.

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

⁸ ประยูร กาญจนดุล, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.79.

สำหรับในประเทศไทย ศาสตราจารย์ประยูร กาญจนกุล ได้ให้คำจำกัดความของ บริการสาธารณะว่า หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่าย ปกครองที่จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน⁹

ส่วน นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับแนวความคิดและหลักกฎหมาย ว่าด้วยบริการสาธารณะของฝรั่งเศสเกี่ยวกับความหมายของบริการสาธารณะไว้ ดังนี้

บริการสาธารณะนั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ¹⁰

(1) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นบริการที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคล มหาชน ซึ่งหมายถึง กรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเอง อันได้แก่ กิจกรรมที่ รัฐ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายความรวมถึง กรณีที่ รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย

(2) กิจกรรมดังกล่าวในข้อ (1) จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

ตามความหมายของคำนิยามทั้งหลายข้างต้น บริการสาธารณะอาจนิยามได้ 2 กรณี คือ กรณีแรกเป็นนิยามในทางองค์กรหรือรูปแบบ และอีกความหมายหนึ่ง หมายถึง คือนิยาม ในทางเนื้อหา ในทางองค์กรหรือรูปแบบนั้น บริการสาธารณะ คือองค์กรหนึ่งองค์กรใดที่ดำเนิน กิจกรรมสาธารณะ ส่วนความหมายในทางเนื้อหานั้น จะขึ้นอยู่กับธรรมชาติของกิจกรรมซึ่งแยก ต่างหากจากองค์กร เป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ทั่วไปหรือผลประโยชน์ของ มหาชน ในยุคแรกๆ ทั้งสองความหมายมิได้ขัดแย้งกัน เนื่องจากบริการสาธารณะทั้งหลายต่าง จัดทำโดยองค์กรของรัฐ แต่ต่อมาทั้งสองความหมายไม่ได้สอดคล้องกันดังเดิม ดังจะเห็นได้จาก การที่ฝ่ายปกครองมีกิจกรรมบางอย่าง ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ เช่น กิจกรรมของ องค์กรถ่านหินของฝรั่งเศสที่มีวัตถุประสงค์ในการจำหน่ายถ่านหินในลักษณะเดียวกันกับเอกชน และนอกจากนั้นองค์กรเอกชนยังสามารถมีกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะได้ เช่น กองทุน ประกันสังคม ดังนั้น นิยามของบริการสาธารณะ จึงต้องพิจารณาจากทั้งองค์กรที่จัดทำบริการ

⁹ เพิ่งอ้าง.

¹⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), น.9-13.

สาธารณะ และจากเนื้อหาของกิจการที่ถูกจัดทำขึ้น ว่ามีวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายเพื่อ สาธารณะประโยชน์หรือไม่ประกอบด้วย¹¹

1.2.2 ประเภทของบริการสาธารณะ

สิริพร มณีภักดิ์ ได้แบ่งแยกบริการสาธารณะออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้¹²

(1) บริการสาธารณะทางปกครอง

บริการสาธารณะทางปกครอง หมายถึง กิจการบริการสาธารณะที่โดยสภาพเป็น กิจการในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อสนองประโยชน์ของประชาชนผู้ใช้บริการ อันมี ลักษณะเป็น การสร้างความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายจากภายนอกประเทศ อันเป็น ภารกิจพื้นฐาน (Primary Function) ของรัฐ ซึ่งการจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้ต้องอาศัย อำนาจพิเศษของกฎหมายมหาชน และบริการสาธารณะประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นกิจการที่รัฐทำให้ เปล่าโดยประชาชนไม่ต้องเสียค่าตอบแทน ดังนั้น บริการสาธารณะประเภทนี้ รัฐจึงไม่อาจมอบให้ องค์การใดหรือเอกชนคนใดดำเนินการแทนได้ เพราะเป็นภารกิจขั้นต่ำสุดของรัฐ แต่มิได้ หมายความว่า บริการสาธารณะประเภทนี้จะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมไม่ได้เลย บริการสาธารณะ ประเภทนี้อาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้ แต่ต้องคิดจากราคาต้นทุนโดยไม่คิดกำไร ตัวอย่างของ บริการสาธารณะทางปกครอง เช่น กิจการทหาร กิจการตำรวจ กิจการทูต สถาบันการเงินแห่งชาติ เป็นต้น

(2) บริการสาธารณะที่ไม่ใช่บริการสาธารณะทางปกครอง

บริการสาธารณะที่ไม่ใช่บริการสาธารณะทางปกครอง หมายถึง กิจการบริการ สาธารณะที่โดยสภาพเป็นกิจการในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้น เพื่อสนองประโยชน์ของ ประชาชนผู้ใช้บริการ ซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมสวัสดิภาพที่เกี่ยวข้องกับการดำรงชีวิตของ ประชาชน อันเป็นภารกิจลำดับรอง (Secondary Function) ของรัฐ เช่น ภารกิจทางด้านสังคม ได้แก่ การสังคมสงเคราะห์ การกีฬา การพักผ่อนหย่อนใจ โรงพยาบาล ภารกิจทางด้านวัฒนธรรม ได้แก่ การส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ได้แก่ การส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม หอศิลป์ พิพิธภัณฑ์ หรือ

¹¹ สิริพร มณีภักดิ์, “การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 4.

¹² เฟื่องอ้าง, น.10-11.

ภารกิจทางด้านโทรคมนาคม การสื่อสาร ได้แก่การขนส่ง โทรเลข โทรศัพท์ เป็นต้น ซึ่งบริการ สาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองอาจกระจายให้องค์กรอื่น เช่น ท้องถิ่น หรือองค์กรที่รัฐจัดตั้ง ขึ้นเป็นผู้ดำเนินการแทนก็ได้ ดังนั้น การจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้ จึงอาจดำเนินการได้โดย อาศัยอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชนและบางกรณีอาจดำเนินการได้เช่นเดียวกับกิจการของ เอกชน โดยเรียกเก็บค่าตอบแทนก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้แห่งความได้สัดส่วนในการให้บริการ

นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้คำอธิบายไว้ เกี่ยวกับประเภทของบริการสาธารณะไว้ ดังนี้¹³

(1) บริการสาธารณะทางปกครอง

บริการสาธารณะทางปกครอง คือ กิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน กิจกรรมเหล่านี้ส่วน ใหญ่จะเป็นเรื่องการดูแลความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชน บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองต้องอาศัยอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชนในการจัดทำ บริการสาธารณะทาง ปกครองส่วนใหญ่ จะเป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำให้โดยประชาชนไม่ต้องเสียค่าตอบแทน และ นอกจากนี้ เนื่องจากเนื้อหาของบริการสาธารณะทางปกครองจะเป็นเรื่องที่เป็นหน้าที่ของฝ่าย ปกครองที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษในการจัดทำ รวมทั้งอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในการจัดทำ บริการสาธารณะด้วย ดังนั้น บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กร อื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้ ซึ่งได้แก่ กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ และการคลัง เป็นต้น ซึ่งแต่เดิมนั้น บริการสาธารณะทุกประเภทจัดว่าเป็น บริการสาธารณะทางปกครองทั้งสิ้น แต่ต่อมาเมื่อกิจกรรมเหล่านี้มีมากขึ้น และมีรูปแบบและ วิธีการในการจัดทำที่แตกต่างกันออกไป จึงเกิดประเภทใหม่ๆ ของบริการสาธารณะขึ้นมาอีก

(2) บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คือ บริการสาธารณะที่ คล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชนทั้งในด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการ แหล่งที่มาของเงินทุน และวิธีปฏิบัติงาน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งการให้บริการคือ เน้นการผลิต การจำหน่าย การให้บริการและมีการแบ่งปัน ผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน เพื่อให้มีความคล่องตัวในการดำเนินการ

¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9 , น. 9-13.

(3) บริการสาธารณะทางสังคมและวัฒนธรรม

บริการสาธารณะทางสังคมและวัฒนธรรม คือ บริการสาธารณะที่เป็นการให้บริการทางสังคมและวัฒนธรรมที่ต้องการความอิสระ คล่องตัวในการทำงานโดยไม่มุ่งเน้นการทำกำไร เช่น การแสดงนาฏศิลป์ พิพิธภัณฑสถาน การกีฬา การศึกษาวิจัย ฯลฯ

สุรพล นิติไกรพจน์ ได้แบ่งประเภทของบริการสาธารณะและอธิบายความหมายของบริการสาธารณะแต่ละประเภท ดังนี้¹⁴

(1) บริการสาธารณะทางปกครอง

บริการสาธารณะทางปกครอง หมายถึง กิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นกิจการในหน้าที่ของฝ่ายปกครองเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน กิจกรรมส่วนใหญ่เป็นการสร้างความมั่นคงปลอดภัยและดูแลความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเมื่อประชาชนได้รับความปลอดภัย ความสงบสุขที่จะดำรงชีวิตโดยปราศจากภัยต่างๆ แล้ว การมาอยู่ร่วมกันของคนในสังคมก็ก่อให้เกิดความต้องการส่วนรวม อันเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการดังกล่าว ซึ่งการจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้ต้องอาศัยอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชนเป็นเครื่อง มือในการจัดทำ ดังนั้น การบริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้าดำเนินการแทนได้

บริการสาธารณะทางปกครองแบ่งตามการเกิดของภารกิจของรัฐได้ ดังนี้

ก. ภารกิจพื้นฐาน (Basic Function)

ภารกิจพื้นฐานของรัฐเป็นเหตุผลของการเกิดของรัฐ รัฐทุกรัฐจะต้องเข้ามารับผิดชอบดำเนินการให้สำเร็จลุล่วงลงเป็นความรับผิดชอบขององค์กรของรัฐประเภทแรก ซึ่งก็คือส่วนราชการนั่นเอง

ภารกิจพื้นฐาน ได้แก่ ภารกิจในการรักษาความมั่นคงของรัฐ และภารกิจในความมั่นคงปลอดภัยของชุมชน

¹⁴ สุรพล นิติไกรพจน์, รายงานการวิจัยเรื่องการปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์กรในภาคมหาชน : ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการการวิจัยแห่งชาติ, 2541), น. 5-15.

ภารกิจในการรักษาการจัดให้มีความมั่นคงของรัฐเหล่านี้ได้แก่ การจัดให้มี และจัดเตรียมความพร้อมในทางทหารสำหรับป้องกันการรุกรานจากต่างประเทศ การดำเนินการ ในทางการทูต และการติดต่อมีสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศเพื่อแสวงหาพันธมิตรและป้องกันการ รุกรานจากประเทศอื่น ตลอดจนการเจรจาตกลงกับต่างประเทศเกี่ยวกับการค้า เป็นต้น

ภารกิจในความมั่นคงปลอดภัยของชุมชน ภารกิจเหล่านี้ได้แก่ การ จัดระบบตำรวจขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยภายในประเทศ รวมตลอดไป ถึงการจัดให้มีระบบการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททั้งในทางแพ่งและทางอาญา เพื่อให้ข้อขัดแย้งหรือ การละเมิดกฎหมายที่เกิดขึ้นภายในรัฐได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดหรือบังคับการให้เป็นไปอย่าง เหมาะสม ภายใต้การดูแลของรัฐโดยมีมาตรฐานการวินิจฉัยชี้ขาดและกระบวนการบังคับการ อย่างเสมอภาคสำหรับประชาชนทุกคนภายในรัฐ

ข. ภารกิจลำดับรอง (Secondary Function)

เมื่อสังคมพัฒนาและเติบโต สมาชิกในสังคมมากและหลากหลายขึ้น สมาชิกในสังคมต่างก็มีความต้องการบางอย่างร่วมกัน ซึ่งเรียกว่า ความต้องการส่วนรวม จึง เรียกร้องการบริการจากรัฐ เพื่อตอบสนองของความต้องการของสมาชิกในสังคมในด้านการส่งเสริม ความก้าวหน้าของประเทศ และพัฒนาการของประชาชนตลอดจนการยกระดับคุณภาพชีวิตของ คนในสังคมให้สูงขึ้น จากเดิมภารกิจของรัฐที่บริการด้านการรักษาความมั่นคง ดูแลความสงบ เรียบร้อยและดูแลรักษาความปลอดภัยสาธารณะจึงไม่เพียงพอ รัฐจึงต้องขยายขอบเขตของ ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของตนออกไปสู่การจัดระบบการศึกษา การรักษาพยาบาลผู้ เจ็บป่วย การป้องกันโรค การจัดทำสาธารณูปโภคและสาธารณูปการต่างๆ ตลอดไปจนถึงการ จัดระบบการสังคมสงเคราะห์ เป็นต้น ซึ่งการดำเนินการเหล่านี้ยังคงมีส่วนที่ต้องดำเนินการโดย อาศัยอำนาจบังคับฝ่ายเดียวของรัฐอยู่ ดังนั้น องค์การที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะใน ลักษณะที่เป็นภารกิจลำดับรองนี้ ก็ยังคงเป็นหน่วยงานของรัฐในรูปที่เป็นส่วนราชการอยู่เช่นกัน

ดังนั้น ส่วนราชการต่างๆ ที่เป็นองค์การในภาคมหาชนประเภทแรกที่ได้รับ มอบหมายภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นการจัดทำภารกิจพื้นฐานหรือภารกิจ ลำดับรอง มีลักษณะร่วมกันประการหนึ่งคือ การปฏิบัติภารกิจโดยใช้อำนาจมหาชนหรืออำนาจ บังคับฝ่ายเดียวเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะที่ส่วนราชการเป็นผู้ใช้และมีฐานะ เหนือกว่าประชาชนทั่วไปในการวางกฎ ระเบียบ ออกประกาศ หรือคำสั่งหรือสั่งการเฉพาะรายต่อ บุคคลหนึ่งบุคคลใด เพื่อให้ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อให้การจัดทำภารกิจ สำเร็จลุล่วงไปตามวัตถุประสงค์ที่รัฐก่อตั้งองค์การเหล่านี้

(2) บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า (พาณิชย์กรรม)

ภายหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรมและการค้าของสังคมตะวันตก ได้เกิดพัฒนาการอย่างรวดเร็วของการผลิตในระบบอุตสาหกรรมและการเติบโตอย่างก้าวกระโดดของระบบการค้า รัฐจึงต้องเข้ามารับผิดชอบต่อภารกิจที่เกี่ยวข้องทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อการขยายตัวของระบบเศรษฐกิจ ทั้งการจัดหาแหล่งวัตถุดิบและพลังงานที่เพียงพอต่ออุตสาหกรรม รวมถึงตลอดถึงการจัดระบบสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ เพื่อรองรับการขยายตัวของอุตสาหกรรมและการค้าที่เติบโตอย่างรวดเร็ว ซึ่งภารกิจเหล่านี้เป็นภารกิจที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้าโดยแท้

แม้การดำเนินภารกิจเหล่านี้จะมีลักษณะเป็นการให้บริการสาธารณะ แต่ผู้ได้รับประโยชน์จากบริการที่รัฐจัดทำขึ้น ต่างก็สมัครใจที่จะจ่ายค่าตอบแทนและได้รับบริการนั้นตามสัดส่วนของการได้รับประโยชน์ของตนเองเฉพาะรายในลักษณะเดียวกับที่เอกชนทั้งหลายปฏิบัติติดต่อกันในทางอุตสาหกรรมและการค้า แทนที่จะเป็นการได้รับประโยชน์อย่างทั่วถึงในวงกว้างและจ่ายค่าตอบแทนบริการที่ได้รับในรูปภาษีอากรดังที่เป็นอยู่ในภารกิจพื้นฐานของรัฐ เมื่อเป็นเช่นนี้การดำเนินภารกิจในลักษณะที่เป็นอุตสาหกรรมและการค้า โดยส่วนราชการนั้น จึงไม่เหมาะสม รัฐจึงได้จัดตั้งองค์กรรูปแบบใหม่ เพื่อรับผิดชอบต่อภารกิจดังกล่าว องค์กรที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้เรียกว่า วิสาหกิจมหาชนหรือรัฐวิสาหกิจ

(3) บริการสาธารณะเฉพาะด้าน

เมื่อสังคมพัฒนายิ่งขึ้น ภารกิจที่รัฐต้องรับผิดชอบไม่ได้จำกัดอยู่เพียงภารกิจพื้นฐานและภารกิจลำดับรอง แต่ภารกิจใหม่ๆ ของรัฐได้แตกแขนงไปสู่งานด้านการศึกษาวิจัยและค้นคว้าในทางวิชาการในระดับสูง การเผยแพร่หรือส่งเสริมศิลปวัฒนธรรมเฉพาะด้าน หรือการให้บริการเฉพาะทางที่ไม่ใช่เป็นกิจกรรมทางอุตสาหกรรมหรือการค้า หรือการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองประชาชนบางหมู่บางเหล่า เป็นการเฉพาะไปยิ่งกว่าประชาชนทั่วไป โดยเหตุผลพิเศษของรัฐบางประการ ภารกิจใหม่ที่เกิดขึ้นมานี้เป็นภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะด้านหรือจัดทำให้แก่ประชาชนเฉพาะกลุ่ม องค์กรของรัฐที่เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจก็มีลักษณะไม่สอดคล้องกับภารกิจที่ต้องการความคล่องตัวในการบริหารจัดการ ความเป็นอิสระในการตัดสินใจของผู้บริหารองค์กร ส่วนราชการจึงไม่อาจตอบสนองความต้องการเหล่านี้ได้ และเมื่อพิจารณาสภาพของกิจกรรมใหม่ๆ ก็ไม่มีความเหมาะสมในการมอบภารกิจให้รัฐวิสาหกิจรับผิดชอบต่อ เพราะภารกิจเหล่านี้ ไม่มีลักษณะการประกอบการทางอุตสาหกรรมและทางการค้า และไม่สามารถเลี้ยงตัวเองในเชิงพาณิชย์กรรมได้อย่างรัฐวิสาหกิจ นอกจากนั้น ภารกิจเฉพาะด้าน

เป็นกิจกรรมที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งต้องการความรวดเร็วของการตัดสินใจและมีความต้องการประสิทธิภาพของการปฏิบัติการอย่างทันท่วงที ตามความเปลี่ยนแปลงในเรื่องนั้นๆ ที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลันทันด่วน และต้องการอำนาจฝ่ายเดียวในการกำหนดกฎ ระเบียบหรือออกคำสั่งให้ภาคเอกชนปฏิบัติเพื่อให้ภารกิจที่ได้รับมอบหมายสำเร็จลุล่วง ซึ่งส่วนราชการที่มีสายการบังคับบัญชาและการตัดสินใจที่เชื่องช้า และรัฐวิสาหกิจซึ่งโดยปกติก็ไม่สามารถมีอำนาจมหาชนที่ใช้บังคับฝ่ายเดียวต่อประชาชนได้ องค์กรของรัฐทั้งสองจึงมีลักษณะไม่สอดคล้องกับภารกิจเฉพาะด้านเช่นกัน

ดังนั้น เมื่อภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเกิดความเปลี่ยนแปลงและข้อจำกัดของการมีรูปแบบองค์กรของรัฐเพียงสองประเภท สังคมไทยจึงประสบปัญหาในการจัดทำบริการสาธารณะและส่งผลให้มีความพยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการดำเนินการเฉพาะกรณีในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรแบบที่สาม เพื่อรองรับภารกิจใหม่ของรัฐเป็นการเฉพาะกรณีเป็นครั้งๆ เมื่อเกิดความจำเป็น ทั้งๆ ที่ยังไม่มีการตรากฎหมายกลางที่จะวางโครงสร้างเพื่อรองรับสถานะและกำหนดมาตรฐานกลางสำหรับองค์กรของรัฐประเภทที่สาม ซึ่งมีอยู่จำนวนมากที่เกิดขึ้นจึงยังมีความแตกต่างกันอย่างมากทั้งในเรื่องการจัดองค์กรบริหาร การได้รับการสนับสนุนจากรัฐ ระบบการตรวจสอบประสิทธิภาพและการควบคุมดูแลการบริหารของภาครัฐ เป็นต้น สภาพเช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาภายในระบบโครงสร้างองค์กรภาครัฐ จึงได้มีความพยายามจัดตั้งองค์กรมหาชนเพื่อรองรับภารกิจเฉพาะด้าน และให้องค์กรที่จัดตั้งเป็นไปในระบบและแนวทางเดียวกัน

1.3 การจัดทำบริการสาธารณะโดยหน่วยงานของรัฐที่เป็นนิติบุคคล

ดังที่กล่าวในข้างต้นว่า บริการสาธารณะนั้น เป็นหน้าที่ของนิติบุคคลมหาชน นิติบุคคลมหาชนจึงมีความสัมพันธ์กับบริการสาธารณะ แม้ว่าปัจจุบันบริการสาธารณะทั้งหลาย อาจจะไม่ได้อำนาจโดยนิติบุคคลมหาชนเสมอไป แต่โดยส่วนมากก็ยังต้องดำเนินการโดยนิติบุคคลมหาชนเป็นหลัก ซึ่งนิติบุคคลมหาชนเหล่านั้น อาจมีหน้าที่รับผิดชอบบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างก็ได้¹⁵

¹⁵ ญัฐสุพิณ ชนประเสริฐ, “องค์การมหาชนตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 : ศึกษาเปรียบเทียบอำนาจหน้าที่ การดำเนินงาน และความสัมพันธ์กับรัฐ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 22-26.

องค์กรของรัฐที่เป็นนิติบุคคลที่จัดทำบริการสาธารณะของประเทศไทย โดยหลักๆ มีดังนี้

1.3.1 การจัดทำบริการสาธารณะโดยหน่วยงานของรัฐตามหลักการรวมอำนาจ

1.3.1.1 ราชการส่วนกลาง

ราชการส่วนกลางเป็นองค์กรในรูปแบบส่วนราชการอย่างหนึ่งที่จัดตั้งขึ้นตามหลักการรวมอำนาจ (Centralization) ซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในการจัดระเบียบบริหารราชการที่ให้อำนาจในการตัดสินใจดำเนินการต่างๆ รวมไปถึงที่ส่วนกลาง โดยมีกระทรวง ทบวง กรม เป็นผู้ประสานงานทั่วไป โดยเจ้าพนักงานของหน่วยงานดังกล่าว จะมีความสัมพันธ์ในรูปของสายการบังคับบัญชา (Hierarchy) การบริหารงานนี้เรียกว่า “การบริหารราชการส่วนกลาง”¹⁶ หรือเรียกสั้นๆ ว่า “ราชการส่วนกลาง” โดยคำว่า ส่วนราชการ หมายถึง หน่วยงานของรัฐที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีระบบการทำงาน ที่เป็นแบบแผน มีการจัดลำดับชั้นการบังคับบัญชาโดยแบ่งงานกันทำตามความชำนาญเพื่อความเหมาะสม มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ปฏิบัติงานอย่างแจ่มชัด มีระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติงาน โดยมีวินัยควบคุมความประพฤติของข้าราชการ มีระบบการจัดเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นหลักฐานในการตรวจสอบ มีการจัดระบบการเลือกสรรบุคคลเข้าทำงาน โดยยึดหลักความสามารถเป็นระบบที่ยึดถือหลักการตามตัวบทกฎหมาย แต่ละหน่วยงานมีหน้าที่และขอบเขตของการปฏิบัติงานอย่างชัดเจน¹⁷ ฯลฯ

ราชการส่วนกลางมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะส่วนกลาง บริการสาธารณะที่ส่วนกลางจัดทำนั้นเป็นกิจการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เช่น การรักษาความสงบภายในประเทศ การป้องกันประเทศ การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย การส่งเสริมการศึกษาและการประกอบอาชีพ

¹⁶ ชาญชัย แสงวงศ์, องค์การมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ หน่วยงานของรัฐที่มีส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2549), น.93-94.

¹⁷ ผุสสดี สัตยามานะและสุพัตรา เพชรธมณี, ระบบการบริหารและระเบียบวิธีปฏิบัติราชการ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไอบีเอ็นเอสไตร์, 2523), น. 20-21.

การสาธารณสุข หรือการคลัง เป็นต้น ซึ่งภารกิจเหล่านี้ ก็คือภารกิจพื้นฐานและภารกิจลำดับรอง
 นั้นเอง¹⁸

องค์การที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณสุขส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง
 กรม และส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นมีฐานะเป็นกรม

เนื่องจากองค์การตามหลักการรวมอำนาจไม่อาจจัดทำบริการสาธารณสุข
 ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นต่างๆ ได้อย่างทั่วถึงประกอบกับการ
 ปฏิบัติงานค่อนข้างล่าช้าและเสียเวลามาก ในทางการปกครองจึงได้มีการขยายหลักการรวม
 อำนาจออกไปโดยการแบ่งอำนาจให้แก่ส่วนภูมิภาค เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระของราชการ
 ส่วนกลาง เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งในการแบ่งอำนาจนี้อาจมอบอำนาจให้ใน
 บางเรื่องเท่านั้น¹⁹

1.3.1.2 ราชการส่วนภูมิภาค

ราชการส่วนภูมิภาคเป็นองค์การที่จัดตั้งขึ้นจากการขยายหลักการรวมอำนาจ
 ซึ่งมีปัญหาที่ไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณสุขได้อย่างมีประสิทธิภาพทั่วถึง จึงได้มีการแบ่งมอบ
 อำนาจการปกครอง (Deconcentration) ในเรื่องการตัดสินใจหรือวินิจฉัยสั่งการบางส่วนให้แก่
 เจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นผู้แทนของส่วนกลางไปปฏิบัติหน้าที่ในส่วนภูมิภาคทั่วราชอาณาจักร เพื่อจัดทำ
 บริการสาธารณสุขที่กฎหมาย รัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชามอบหมาย ทั้งนี้ภายใต้การบังคับบัญชา
 ตามลำดับชั้น

บริการสาธารณสุขที่ราชการส่วนภูมิภาคจัดทำก็คือ บริการสาธารณสุขที่อยู่ใน
 อำนาจหน้าที่ของส่วนกลาง แต่มอบอำนาจให้จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของ
 ประชาชนในส่วนภูมิภาคของแต่ละเขตการปกครองต่างๆ ซึ่งใช้งบประมาณของส่วนกลาง และมี
 เจ้าหน้าที่จากส่วนกลางไปประจำตามจังหวัดต่างๆ

องค์การของราชการส่วนภูมิภาคที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณสุข ได้แก่
 จังหวัด อำเภอ กิ่งอำเภอ ตำบลและหมู่บ้าน

¹⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณสุข
 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543), น.139.

¹⁹ วันเพ็ญ ทรัพย์ส่งเสริม, “การจัดระบบองค์การมหาชนอิสระในกระบวนการ
 จัดทำบริการสาธารณสุขในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น.39-40.

1.3.2 การจัดทำบริการสาธารณะโดยหน่วยงานของรัฐตามหลักการกระจายอำนาจ

การกระจายอำนาจ (Decentralization) คือ การโอนกิจการบริการสาธารณะบางเรื่องจากรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนกลางไปให้ชุมชนซึ่งตั้งอยู่ในท้องถิ่นต่างๆ ของประเทศหรือหน่วยงานบางหน่วยงานรับผิดชอบจัดทำอย่างเป็นอิสระจากองค์กรปกครองส่วนกลาง²⁰

องค์การของรัฐตามหลักการกระจายอำนาจ คือ องค์การของรัฐที่ไม่ใช่ราชการส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาค ที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนเพื่อให้จัดทำบริการสาธารณะหลายอย่างต่างๆ ไปและเฉพาะอย่าง โดยออกกฎหมายจัดตั้งให้องค์การนั้นมีฐานะเป็นนิติบุคคลสามารถดำเนินกิจการของตนเองได้โดยอิสระภายใต้ขอบเขตของกฎหมายนั้น และรัฐเป็นเพียงผู้กำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น องค์การของรัฐตามหลักการกระจายอำนาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

1.3.2.1 หน่วยงานของรัฐตามหลักการกระจายอำนาจทางพื้นที่ : ราชการส่วนท้องถิ่น

องค์การของรัฐตามหลักการกระจายอำนาจทางพื้นที่ เป็นองค์การที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นการกระจายอำนาจโดยมอบบริการสาธารณะหลายอย่างให้ดำเนินการ ยกเว้นกิจการเกี่ยวกับความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของประเทศ และกิจการอื่นๆ ที่เป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐ ให้องค์การปกครองท้องถิ่นซึ่งมีลักษณะเป็นส่วนราชการเพื่อบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ภายในขอบเขตพื้นที่หรืออาณาเขตขององค์การปกครองท้องถิ่นนั้นๆ

การกระจายอำนาจโดยการให้องค์การของรัฐตามหลักการกระจายอำนาจทางพื้นที่ จัดทำบริการสาธารณะแก่ท้องถิ่น ก่อให้เกิดข้อความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะท้องถิ่น โดยมีผู้ที่พยายามให้จำกัดความของคำว่า “บริการสาธารณะท้องถิ่น” ดังนี้

Rivero อธิบายคำว่า บริการสาธารณะท้องถิ่น โดยยอมรับว่ามีประเภทของกิจกรรมของท้องถิ่นที่แยกต่างหากจากกิจกรรมของรัฐ และเป็นเงื่อนไขประการแรกที่สำคัญของการกระจายอำนาจ ดังนั้น บริการสาธารณะท้องถิ่นจึงหมายถึง ภารกิจที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนเฉพาะท้องถิ่น ที่แยกต่างหากจากกิจกรรมของรัฐ เป็นภารกิจ

²⁰ โกวิทช์ พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย : หลักการและมิติใหม่ในอนาคต, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 37.

ที่มีวัตถุประสงค์และลักษณะในการให้บริการ โดยอยู่ในความอำนาจการหรือความควบคุมของท้องถิ่น²¹

Jacques Baquenaud ให้ความหมายว่า “บริการสาธารณะท้องถิ่น” คือ กิจกรรมที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน เฉพาะท้องถิ่นที่แยกต่างหากจากกิจกรรมของรัฐ เป็นภารกิจที่มีวัตถุประสงค์และลักษณะในการให้บริการโดยอยู่ในความอำนาจการหรือควบคุมของท้องถิ่น²²

ในประเทศไทยไม่มีกฎหมายใดกำหนดนิยามของคำว่า “บริการสาธารณะท้องถิ่น” ไว้ มีเพียงการกำหนดนิยามของคำว่า “กิจการส่วนจังหวัด” ไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2498 ว่า “กิจการส่วนจังหวัด” หมายความว่า กิจการที่แยกส่วนต่างหากจากราชการแผ่นดิน ซึ่งมีบทบังคับในพระราชบัญญัตินี้” ดังนั้น จึงอาจตีความโดยอนุโลมได้ว่าบริการสาธารณะซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกิจการส่วนท้องถิ่น หมายถึง บริการสาธารณะที่แยกส่วนต่างหากจากราชการสาธารณะที่รัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำ²³

บริการสาธารณะที่ราชการส่วนท้องถิ่นจัดทำนั้น เป็นบริการสาธารณะบางประเภทที่รัฐมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนในท้องถิ่นนั้นได้อย่างเป็นอิสระ เช่น การดูแลความสะอาดของท้องถิ่น การจัดให้มีน้ำประปา เป็นต้น ซึ่งใช้งบประมาณ และทรัพย์สินบางส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ และมีเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการ โดยส่วนกลางเพียงแต่ควบคุมดูแลเท่านั้น

การจัดแบ่งอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีนักวิชาการบางท่านเสนอว่าควรอาศัยหลักการ 2 ประการร่วมกัน คือ หลักผลประโยชน์สาธารณะ (public interest) และหลักประสิทธิภาพในการจัดการ (management efficiency) ซึ่ง “หลักผลประโยชน์สาธารณะ” หมายถึง กิจกรรมใดที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ภายในท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่งโดยเฉพาะ ไม่มีผลกระทบทั้งในทางบวกหรือทางลบต่อผู้คนในท้องถิ่นอื่นๆ ก็ให้ถือว่ากิจกรรมนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐบาลท้องถิ่น แต่ถ้ากิจกรรมใดที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของชาติโดยส่วนรวม หรือเป็นกิจกรรมที่กระทบต่อผลประโยชน์ของผู้คนหลายพื้นที่

²¹ สิริพร มณีภักดิ์, อ้างแล้ว เศรษฐกิจที่ 8, น.6.

²² Jacques Baquenaud, La Décentralisation (Paris : P.U.F., 1980), อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, น.452.

²³ สิริพร มณีภักดิ์, อ้างแล้ว เศรษฐกิจที่ 8, น.6.

(หลายท้องถิ่น) ก็ให้ถือเป็นกิจกรรมของรัฐบาลระดับชาติ ส่วน “หลักประสิทธิภาพ” หมายถึง การจัดทำกิจกรรมใดๆ ควรต้องประหยัด ถ้าสามารถใช้จ่ายเงินน้อยที่สุดเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้คนได้จำนวนมากที่สุดก็นับว่าเป็นการดี บริการสาธารณะที่มีต้นทุนคงที่ในสัดส่วนที่สูง มีต้นทุนแปรผันต่อหน่วยของการให้บริการต่ำ (ในบางกรณีอาจไม่มีต้นทุนแปรผันเลย) ควรให้เป็นหน้าที่ของท้องถิ่น ส่วนบริการสาธารณะที่มีต้นทุนแบบพิเศษ เช่น เพิ่มขึ้นเป็นช่วงขั้นบันได การจัดบริการสาธารณะบางประเภทจะต้องมีจำนวนผู้ใช้บริการมากๆ หรือเป็นชุมชนขนาดใหญ่พอสมควร จึงจะประหยัดต้นทุน ควรให้มีหน่วยงานในระดับชาติทำการผลิตและให้บริการแก่ชุมชน²⁴

ในส่วนของหลักการที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ท้องถิ่น ดำเนินการโดยเป็นอิสระภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายของรัฐนั้น มีเหตุผลมาจากหลักการที่สำคัญ 2 ประการ คือ²⁵

(1) หลักประสิทธิภาพในการจัดการ หลักการนี้เชื่อว่าท้องถิ่นที่เป็นองค์กรในทางพื้นที่ ย่อมสามารถรู้ปัญหาและความต้องการของท้องถิ่นมากกว่ารัฐส่วนกลาง ปัญหาของท้องถิ่นซึ่งส่วนมากจะเป็นปัญหาทางเทคนิคหรือเรื่องเฉพาะ ดังนั้นจึงเชื่อว่า หากให้ท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการเองแล้วย่อมมีประสิทธิภาพและเป็นผลดีแก่ประชาชนในท้องถิ่นมากกว่า ส่วนกิจหน้าที่ที่ท้องถิ่นไม่มีกำลังความสามารถในการดำเนินการ รัฐจะเป็นผู้จัดทำตามปกติ

(2) หลักการรับผิดชอบในการปกครองตนเอง มีหลักการที่สำคัญว่า ในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งนั้น โดยมากก็จะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นโดยเฉพาะ ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่จะให้ท้องถิ่นนั้นๆ รับผิดชอบในการดำเนินการในเรื่องที่เป็นประโยชน์ได้เสียของตนเอง โดยไม่เป็นภาระในงบประมาณที่มาจากภาษีของประชาชนทั่วประเทศ ดังนั้น ท้องถิ่นจำเป็นที่ต้องมีรายได้เป็นของ

²⁴ จรัส สุวรรณมาลา, การกระจายอำนาจทางการเมืองและการสู่ท้องถิ่นในทศวรรษหน้า : กระจายอำนาจอย่างไรสร้างประชาธิปไตย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ 179 การพิมพ์, 2537)

²⁵ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “ข้อสังเกตเชิงกฎหมายเกี่ยวกับพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542,” ใน การปฏิรูปกฎหมายกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, รวบรวมและจัดพิมพ์โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มิสเตอร์ก็อปปี, 2541), น.60-61.

ตนเองแยกต่างหากจากงบประมาณส่วนกลาง และนำมาจัดทำบริการสาธารณะ โดยรัฐมีหน้าที่จ่ายเงินช่วยเหลือเป็นเงินอุดหนุนเท่านั้น

การกำหนดอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบการบริการสาธารณะ ถือเป็นเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญ ทั้งนี้เพราะการยอมรับในหลักการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นก็เป็นผลประการหนึ่งมาจากการยอมรับว่าความต้องการส่วนรวมของประชาชน หรือที่เรียกว่า ประโยชน์มหาชน (Public Interest) นั้น มีทั้งในส่วนที่เป็นประโยชน์มหาชนของประชาชนทั่วทั้งประเทศ และส่วนที่เป็นประโยชน์มหาชนของประชาชนในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งโดยเฉพาะ ดังนั้น การจัดทำบริการสาธารณะ (Public Service) เพื่อสนองตอบความต้องการร่วมกันของประชาชนจึงมีทั้งที่เป็นกิจการระดับชาติ (National Affaires) และกิจการระดับท้องถิ่น (Local Affaires) โดยรัฐหรือองค์การปกครองส่วนกลางควรจำกัดตนเองอยู่แต่เฉพาะการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติเท่านั้น ส่วนกิจการระดับท้องถิ่นควรมอบหมายให้เป็นอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่นจัดทำอย่างเป็นอิสระ

ส่วนในเรื่องการจัดแบ่งอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นก็คือ การพิจารณาอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกันเองอีกด้วย โดยมีหลักการสำคัญกว้างๆ ที่ควรพิจารณา คือ ²⁶

1) ระหว่างรัฐกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น การจัดสรรภารกิจระหว่างกันควรเป็นไปในแนวทางที่ว่า เรื่องใดที่เป็นบริการสาธารณะขนาดใหญ่ที่ท้องถิ่นดำเนินการเองไม่ได้ รัฐก็ควรเป็นผู้จัดทำ ในเรื่องใดที่เป็นเรื่องเฉพาะของท้องถิ่น หากท้องถิ่นดำเนินการเองได้ ก็ควรให้ท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ

2) ระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกันเอง สามารถแบ่งเป็นองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดเล็กกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดใหญ่ และยังมีปัญหาเรื่องความทับซ้อนทางพื้นที่ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทต่างๆ ด้วย ในประการนี้ การกระจายภารกิจหน้าที่ ควรเป็นไปในแนวทางที่ว่า บริการสาธารณะที่มีขนาดใหญ่ก็ควรให้ท้องถิ่นขนาดใหญ่เป็นผู้จัดทำเพราะมีความสามารถมากกว่า และภารกิจที่ขนาดเล็กก็ควรให้ท้องถิ่นขนาดเล็กเป็นผู้จัดทำ และควรกำหนดให้ชัดเจนว่าภารกิจหน้าที่ใดเป็นของท้องถิ่นใด เพื่อแก้ปัญหาภารกิจหน้าที่ซ้ำซ้อนกันแม้จะมีพื้นที่ทับซ้อนกันก็ตาม

²⁶ เฟิงอ๋าง, น. 65.

ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยในปัจจุบัน ได้แก่ องค์กรบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์กรบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

1.3.2.2 หน่วยงานของรัฐตามหลักการกระจายอำนาจทางบริการหรือทางเทคนิค

หน่วยงานของรัฐประเภทนี้ จัดตั้งขึ้นด้วยวิธีการกระจายอำนาจโดยมอบให้จัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือเฉพาะอย่าง ให้แก่องค์กรที่ไม่ได้อยู่ในระบบราชการ องค์กรประเภทนี้โดยทั่วไปไม่ได้ถูกจำกัดหรือกำหนดขอบเขตของกิจกรรมโดยพื้นที่ แต่จะเป็นเรื่องในทางเทคนิคมากกว่า เช่น การไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ มหาวิทยาลัย เป็นต้น องค์กรประเภทนี้ มีอยู่หลายรูปแบบ ดังนี้

1.3.2.2.1 รัฐวิสาหกิจ

ในประเทศฝรั่งเศสเรียกองค์กรของรัฐประเภทนี้ว่า *Entreprise publique* แปลว่า วิสาหกิจมหาชนหรือรัฐวิสาหกิจ โดยมีการแปลเป็นภาษาไทยไว้หลายคำ ได้แก่ ภาวธุระของรัฐ ธุรกิจของรัฐ หรือการพาณิชย์ของรัฐ ปัจจุบันคำที่ใช้ทั่วไปในกฎหมายคือ รัฐวิสาหกิจ แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้ว การเข้าจัดทำธุรกิจของรัฐอาจไม่ได้อยู่ในรูปแบบขององค์กรของรัฐเสมอไป อาจทำให้เอกชนเป็นผู้เข้าจัดทำ ทั้งนี้ หากเป็นกิจการที่รัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำเอง²⁷

กิจกรรมที่องค์กรประเภทนี้จัดทำ ไม่ได้มีรูปแบบเป็นบริการสาธารณะเสมอไป เนื่องจากองค์กรที่มีสถานะเหมือนกันอาจจัดทำกิจกรรมที่แตกต่างกัน เช่น รัฐวิสาหกิจบางประเภทอาจจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การไฟฟ้าแห่งประเทศไทย ฝรั่งเศส หรือ กิจกรรมที่ไม่ใช่การจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การถ่านหินแห่งประเทศไทย หรือ กิจกรรมที่ไม่ใช่การจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การถ่านหินแห่งประเทศไทย (les charbonnages de France) หรือบริษัทร่วมทุนซึ่งอาจเป็นความช่วยเหลือระหว่างนิติบุคคลมหาชนและการลงทุนจากเอกชน เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การรถไฟแห่งประเทศไทย (S.N.C.F.) ก่อนเปลี่ยนแปลงสถานะเป็นองค์การมหาชน เมื่อ ค.ศ. 1982 หรืออาจเป็นการที่รัฐเข้าช่วยเหลือกิจกรรมของเอกชนที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น บริษัทปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย ซึ่งรูปแบบองค์กรลักษณะนี้เข้าลักษณะวิสาหกิจมหาชน โดยรัฐอาจมอบให้นิติ

²⁷ จรรยาพร สีแก้ว, “สถานะทางกฎหมายของบริษัทในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 11-20.

บุคคลตามกฎหมายเอกชนหรือบริษัทร่วมทุนเข้าจัดทำบริการสาธารณะ ที่โดยปกติมอบให้องค์กรของรัฐเป็นผู้จัดทำ ยกเว้น กิจกรรมบางอย่างที่อยู่อำนาจโดยตรงของรัฐเท่านั้น²⁸

จากลักษณะดังกล่าวของวิสาหกิจมหาชน หรือ รัฐวิสาหกิจในประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดคำจำกัดความว่า วิสาหกิจมหาชน คือ องค์การอิสระที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลจัดทำกิจกรรมที่มีลักษณะทางการค้าและอุตสาหกรรมและอยู่ภายใต้การควบคุมพิเศษของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น * จากคำจำกัดความดังกล่าวอาจกำหนดองค์ประกอบของความเป็นองค์การที่เป็นรัฐวิสาหกิจ โดยมีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ 1) ความเป็นองค์การที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลเพื่อความเป็นอิสระ 2) การเป็นองค์การที่ดำเนินกิจการในทางการค้าและอุตสาหกรรม 3) การเป็นองค์การที่อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของรัฐ โดยเฉพาะการที่รัฐถือหุ้นข้างมาก ที่จะทำให้รัฐสามารถควบคุมเสี่ยงข้างมากจากองค์ประกอบดังกล่าวข้างต้น จะพบว่าวิสาหกิจมหาชนมีลักษณะเป็นคำทางเศรษฐศาสตร์สาธารณะ (notion d'économie publique)²⁹ มากกว่าคำทางกฎหมายอย่างแท้จริง (notion strictment juridique)³⁰ ทั้งนี้ วิสาหกิจมหาชนบางวิสาหกิจอาจจัดตั้งในรูปแบบบริษัทเอกชน และบางวิสาหกิจมหาชนอาจจัดตั้งในรูปแบบองค์การมหาชน³¹

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา อธิบายคำว่า “วิสาหกิจ” (Enterprise) นั้น³² หมายถึง การเป็นหน่วยในทางเศรษฐกิจและเป็นหน่วยในทางกฎหมายด้วยในขณะเดียวกัน การเป็นหน่วยในทางเศรษฐกิจ (Economic entity) คือ การนำเอาทุน วัตถุดิบ บุคลากร มาประสานเข้าด้วยกันอย่างมีเอกภาพ ภายใต้ระบบการบริหารงานที่มีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เพื่อผลิตสินค้าและบริการออกจำหน่าย และการเป็นหน่วยในทางกฎหมาย (Legal entity) โดยที่หน่วยนั้นสามารถมีวัตถุประสงค์ของตนเอง มีสิทธิและหน้าที่ ตลอดจนความสามารถในอันที่จะใช้สิทธิหรือหน้าที่ของ

²⁸ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะผู้วิจัย, รายงานการวิจัย เรื่องหลักกฎหมายปกครอง ฝรั่งเศส, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545, น. 426.

²⁹ André G. DELION, “la notion d’entreprise publique”, in A.J.D.A. 20 avril 1976, p.14-18, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “ข้อความคิดทางกฎหมายของรัฐวิสาหกิจ”, วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 3 ปีที่ 18 (กันยายน 2531), น. 93-113.

³⁰ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, เรื่องเดียวกัน.

³¹ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักเกณฑ์ในการจำแนกวิสาหกิจมหาชน : ศึกษาเปรียบเทียบในกฎหมายไทยและฝรั่งเศส”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3 ปีที่ 18, (กันยายน 2531), น. 72-91.

³² จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 72.

ตนเองได้ รวมทั้งสามารถเป็นเจ้าของทุนหรือทรัพย์สินได้ด้วยตนเอง และ หน่วยนั้นต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นเจ้าของทุน³³

ส่วนคำว่า “มหาชน” (Public) นั้น หมายถึง การที่รัฐหรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเจ้าของ หรือสามารถครอบงำการอำนวยความสะดวกในกิจการของวิสาหกิจใดวิสาหกิจหนึ่ง กรณีเช่นนี้เราเรียกว่ารัฐหรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมี “อำนาจครอบงำชี้ขาด” (pouvoir prépondérant)เหนือวิสาหกิจ และทำให้เป็นวิสาหกิจมหาชน ส่วนการมีอำนาจครอบงำชี้ขาดของรัฐหรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น อาจเกิดจากการที่รัฐหรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีทุนหรือหุ้นในวิสาหกิจนั้นทั้งหมด หรือเป็นส่วนข้างมาก แต่ถ้าเป็นกรณีที่รัฐหรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเจ้าของทุนไม่เกินกึ่งหนึ่ง ก็อาจจัดว่าเป็นวิสาหกิจมหาชนได้ หากปรากฏว่ารัฐหรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารของวิสาหกิจเป็นฝ่ายข้างมากได้

ดังนั้น “วิสาหกิจมหาชน” จึงหมายถึง องค์การที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งดำเนินกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เพื่อผลิตสินค้าและบริการออกจำหน่าย และอยู่ภายใต้อำนาจครอบงำชี้ขาดของรัฐหรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

การที่บทบาทของรัฐมีมากขึ้น เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงความคิดทางสังคมละด้านความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี โดยเฉพาะอย่างยิ่งทำให้เกิดภารกิจทางด้านสังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรม ซึ่งเป็นภารกิจของรัฐสมัยใหม่ จึงจำเป็นที่รัฐต้องจัดตั้งองค์การเพื่อรองรับภารกิจของรัฐสมัยใหม่ ซึ่งภายหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรมและค้นพบพลังงานไฟฟ้านำไปสู่การเปลี่ยนแปลงกระบวนการผลิตทางอุตสาหกรรมและการค้าของโลก มีการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว ทำให้รัฐต้องเข้ามาจัดทำภารกิจเกี่ยวกับอุตสาหกรรมและการค้า รวมทั้งการจัดระบบสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ เพื่อรองรับการขยายตัวของอุตสาหกรรมและการค้า เหตุผลที่รัฐต้องเข้ามาจัดการดังกล่าว เนื่องจากเป็นกิจการที่ต้องใช้ทุนจำนวนมากและมีระบบการจัดการที่มีประสิทธิภาพ ทำให้ประชาชนได้รับความเชื่อมั่น

การเข้ามาจัดกิจการทางอุตสาหกรรมและการค้า ตลอดจนจัดทำสาธารณูปโภคและสาธารณูปการให้ประชาชน ผู้ได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะของรัฐบางลักษณะเป็นประโยชน์ต่อเอกชนเฉพาะกลุ่ม เมื่อประชาชนเฉพาะรายเข้ารับประโยชน์โดยสมัครใจเข้าตกลงเพื่อทำการซื้อขายหรือรับบริการจากรัฐ จึงเป็นการเข้ารับบริการโดยมีค่าตอบแทนตามสัดส่วนที่ได้รับประโยชน์จากรัฐ

³³ เฟิงอ๋าง, น. 78.

ด้วยลักษณะของภารกิจดังกล่าวทำให้การดำเนินการด้วยรูปแบบของส่วนราชการไม่เหมาะสมกับภารกิจด้านอุตสาหกรรมและการค้า เนื่องจากระบบราชการต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่มีระบบระเบียบตามลำดับขั้นบังคับบัญชาที่เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งเป็นระบบที่มีความซับซ้อนและล่าช้าไม่คล่องตัว จึงอาจทำให้มีผลเสียต่อการตัดสินใจดำเนินกิจการทางอุตสาหกรรมและการค้า ดังนั้น การเกิดขึ้นขององค์การของรัฐจึงมีการพัฒนาทางด้านรูปแบบจากส่วนราชการ มาสู่การเกิดขึ้นขององค์การของรัฐรูปแบบรัฐวิสาหกิจ ด้วยเหตุผลดังกล่าว องค์การในภาคมหาชนรูปแบบที่สองจึงเกิดขึ้นภายในรัฐ ซึ่งก็คือรัฐวิสาหกิจหรือวิสาหกิจมหาชน (Public Enterprise)

สำหรับความหมายของรัฐวิสาหกิจในประเทศไทย สามารถพิจารณาได้ 2 กรณี คือ ความหมายของรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 และความหมายของรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายอื่น³⁴ แต่ในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะคำนิยามที่ปรากฏตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ที่ใช้กันแพร่หลายและมีความสำคัญมากที่สุดสำหรับกระทรวงการคลัง ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบรัฐวิสาหกิจทั้งระบบ³⁵

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า
“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

- (ก) องค์การของรัฐบาลหรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ
- (ข) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ
- (ค) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ
- (ง) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจ

ตาม (ค) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

- (จ) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจ

ตาม (ง) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) และ/หรือ (ค) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

³⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว เจริญรอกที่ 17*, น. 178.

³⁵ สุรพล นิติไกรพจน์, “ปัญหาทางกฎหมายในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 29, (มิถุนายน 2542), น.173,

พระราชบัญญัติฉบับนี้ ให้ความหมายโดยเน้นที่การที่รัฐเป็นเจ้าของหรือ มีทุนรวมอยู่เกินกว่าร้อยละห้าสิบ กิจกรรมนั้นก็จะมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ

ประเภทของรัฐวิสาหกิจ

รัฐวิสาหกิจในประเทศไทยแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ³⁶

1) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งเป็นองค์การของรัฐบาล

องค์การของรัฐบาล (Public Corporation) หมายถึง หน่วยงาน ในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้งโดยพระราชบัญญัติหรือโดยพระราชกฤษฎีกาหรือพระราชบรมราชโองการ และกำหนดให้มีหน้าที่ในการดำเนินกิจการงานซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐโดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติ³⁷ และองค์การของรัฐบาลตามกฎหมายไทยแยกได้เป็น 2 ประเภท ประเภทแรกคือ องค์การซึ่งตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา องค์การประเภทนี้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 เป็นกฎหมายแม่บท มีทุนทั้งสิ้นเป็นของรัฐ องค์การเหล่านี้มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจและเป็นนิติบุคคลโดยมีทุนทั้งสิ้นเป็นของรัฐและประเภทที่สอง ได้แก่ องค์การซึ่งจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ โดยองค์การซึ่งจัดตั้งโดยพระราชบัญญัตินี้มีฐานะเป็นนิติบุคคลเช่นเดียวกับองค์การที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา องค์การประเภทที่สองส่วนใหญ่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจการสำคัญ ซึ่งอาจได้รับอำนาจและสิทธิพิเศษเหนือกว่าองค์การซึ่งก่อตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา เพื่อให้สามารถดำเนินกิจการของรัฐได้

2) รัฐวิสาหกิจที่อยู่ในรูปแบบหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ

เป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยทุนหมุนเวียนตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง รัฐวิสาหกิจเหล่านี้ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล และจัดตั้งขึ้นโดยมติคณะรัฐมนตรี หน่วยงานที่จัดทำธุรกิจถือเป็นส่วนหนึ่งของราชการ โดยได้รับงบประมาณประจำปีสนับสนุนจากรัฐบาลเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน มีการกำหนดระเบียบหรือข้อบังคับในการบริหารงานภายในของตนเอง ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในข้อ 1.4.2

³⁶ วันเพ็ญ ทรัพย์สงเสริม, “การจัดระบบขององค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น. 58-66.

³⁷ จันทจิรา เขี่ยมมยุรา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 4*, น. 145.

3) รัฐวิสาหกิจที่ดำเนินกิจการในรูปของบริษัทจำกัด

รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นเป็นบริษัทนั้นมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีทุนเป็นของภาครัฐทั้งหน่วยหรือเป็นของเอกชนส่วนหนึ่ง มีวัตถุประสงค์ สิทธิ หน้าที่ และหนี้เช่นเดียวกับบริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เนื่องด้วยการจัดทำบริการสาธารณะในระบบราชการมีข้อจำกัดหลายประการ อาทิเช่น ระเบียบแบบแผนต่างๆ ของทางราชการที่ไม่ก่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงานและเกิดความล่าช้าในการปฏิบัติงาน หากจะนำระบบหรือรูปแบบส่วนราชการไปจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทที่มีลักษณะกึ่งการดำเนินธุรกิจ ก็จะไม่เกิดความเหมาะสมและไม่เกิดผลดี ด้วยเหตุดังกล่าว จึงมีการสร้างองค์กรขึ้นมาใหม่ที่มีลักษณะการดำเนินงานที่ผ่อนคลายจากกฎเกณฑ์ต่างๆ ของทางราชการที่เรียกว่า “รัฐวิสาหกิจ” ขึ้นมา³⁸ ดังนั้น รัฐวิสาหกิจจึงเป็นองค์กรที่ก่อตั้งโดยภาครัฐ มีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากส่วนราชการที่มีอยู่แต่เดิม มีความเป็นอิสระทั้งในทางการเงิน การบริหารงาน และการบริหารบุคลากร รับผิดชอบภารกิจในทางอุตสาหกรรมและการค้า อันเป็นภารกิจที่รัฐถูกเรียกร้องให้เข้าไปรับผิดชอบดำเนินการตามความเปลี่ยนแปลงและพัฒนาการของอุตสาหกรรมและการค้าที่เติบโตอย่างรวดเร็วในสังคมสมัยใหม่ รัฐวิสาหกิจจะดำเนินการในเชิงพาณิชย์ สามารถดำรงอยู่ได้จากค่าตอบแทนการขายสินค้าหรือบริการของรัฐวิสาหกิจนั่นเอง ไม่ต้องพึ่งพางบประมาณที่มาจากภาษีอากร ทั้งนี้ รัฐวิสาหกิจจะอยู่ภายใต้ระบบการควบคุมตรวจสอบในลักษณะที่เรียกว่า “การกำกับดูแล” จากองค์กรของรัฐเสมอ เพื่อเป็นหลักประกันมิให้เกิดความรั่วไหลและการใช้เงินผิดวัตถุประสงค์³⁹

บริการสาธารณะที่จัดทำในรูปแบบรัฐวิสาหกิจมักเป็นกิจการด้านสาธารณูปโภค สาธารณูปการต่างๆ ที่ประชาชนทุกคนโดยเฉพาะผู้ด้อยโอกาสในสังคมควรมีโอกาส แต่กิจการเหล่านี้ต้องใช้เวลาในการลงทุนในการดำเนินการสูง ผลตอบแทนในการดำเนินการต่ำ จุดคุ้มทุน (Breake-over point) และกำไร (normal profit) ต้องใช้เวลานาน ต้องใช้พนักงานจำนวนมากและเป็นผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ในเรื่องนั้นๆ เป็นอย่างดี ทำให้เอกชนเพียงน้อยรายหรือไม่มีเลยที่จะสามารถเข้ามาดำเนินการได้ ดังนั้น รัฐจึงต้องเข้ามาดำเนินการเองเพื่อให้สาธารณชนได้รับความสะดวก อาทิเช่น รถไฟ ประปา ไฟฟ้า โทรศัพท์ การขนส่ง เป็นต้น ซึ่งรัฐบาล

³⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่*, น.152.

³⁹ สัมฤทธิ์ ยศสมศักดิ์, *หลักรัฐประศาสนศาสตร์: แนวคิดและทฤษฎี*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ศาลศาสนา), น. 124.

ประเทศต่างๆ ในโลกส่วนใหญ่ก็มักจะดำเนินการเองทั้งสิ้น โดยจะเก็บอัตราค่าบริการต่ำ เพื่อให้ประชาชนโดยรวมสามารถใช้บริการได้⁴⁰ ทั้งนี้ ในปัจจุบันมีหน่วยงานรัฐวิสาหกิจที่กระทรวงการคลังเป็นผู้กำกับดูแล (ไม่รวม “บริษัทลูก” ของรัฐวิสาหกิจเหล่านี้) รวมทั้งสิ้น 59 แห่ง

1.3.2.2.2 องค์การมหาชน (Autonomous Public Organization)

องค์การมหาชนเกิดขึ้นมาเนื่องจากการค้นพบข้อจำกัดในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทที่ไม่เหมาะสมกับองค์การของรัฐในรูปแบบส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ โดยทั่วไปจะพบว่า วิธีการดำเนินการกิจของส่วนราชการทั้งหลายนั้น ได้แก่ การบังคับใช้อำนาจฝ่ายเดียวต่อประชาชน เพื่อที่จะให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะเป็นส่วนรวม ในขณะที่เนื้อหาของภารกิจที่ดำเนินการโดยส่วนราชการทั้งหลายนั้น จะเป็นการดูแลบังคับการไม่ให้เกิดการละเมิดกฎหมาย การรักษาความสงบเรียบร้อยและการจัดระเบียบของความสัมพันธ์ต่างๆ ทางสังคมเป็นหลัก และสำหรับรัฐวิสาหกิจนั้น เนื้อหาของภารกิจเป็นการดำเนินกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นอุตสาหกรรมและการค้าที่มีประโยชน์ต่อส่วนรวม เป็นองค์ประกอบสำคัญอย่างหนึ่งในการดำเนินกิจกรรม และในส่วนวิธีการดำเนินการกิจนั้น รัฐวิสาหกิจจะดำเนินการไปบนพื้นฐานของความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างผู้ขายสินค้าหรือขายบริการกับผู้ซื้อ และโดยปกติจะไม่มีการใช้อำนาจบังคับฝ่ายเดียว ดังที่ราชการทั้งหลายปฏิบัติอยู่ต่อประชาชนในภารกิจของตน⁴¹

ความจำเป็นจะต้องมีหน่วยงานบริหารรูปแบบใหม่ที่มีระบบการบริหารงานเป็นพิเศษ แตกต่างไปจากส่วนราชการ และมีได้ดำเนินกิจกรรมในลักษณะที่มุ่งแสวงหาประโยชน์ตอบแทนในเชิงพาณิชย์ ดังเช่นรัฐวิสาหกิจขึ้น เพื่อรับผิดชอบภารกิจเฉพาะด้านของงานบริการสาธารณะบางประเภท ทำให้รัฐจำเป็นต้องตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรเหล่านี้ขึ้นโดยเฉพาะเป็นรายๆ ไปตามความจำเป็น โดยไม่มีรูปแบบหรือแนวทางที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน หากแต่หลักเกณฑ์เหล่านี้จะมีความแตกต่างกันไปตามยุคสมัย ตามสภาพเหตุการณ์และเหตุผลเฉพาะของรัฐบาลที่เสนอกฎหมายนั้นๆ ตลอดทั้งทัศนคติขององค์กรผู้ให้ความเห็นชอบกฎหมายนั้นในขณะนั้น องค์การมหาชนที่เกิดขึ้นก่อนที่จะได้มีการจัดระบบขององค์การมหาชนขึ้นเหล่านี้ เริ่มต้น

⁴⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น.17.

⁴¹ สุรพล นิติไกรพจน์, องค์การมหาชน : แนวคิด รูปแบบ และวิธีการบริหารงาน, พิมพ์ครั้งที่ 1. สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน ก.พ. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น.8.

จัดตั้งขึ้นมาเป็นครั้งแรกในปี 2479 ซึ่งได้แก่ สำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ขึ้น ตามพระราชบัญญัติจัดระเบียบทรัพย์สินฝ่ายพระมหากษัตริย์ พ.ศ. 2479 และต่อมาได้จัดตั้งธนาคารแห่งประเทศไทยขึ้นตามพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 และครุสภาตามพระราชบัญญัติครุ พ.ศ. 2488 หลังจากนั้นก็ได้มีการจัดตั้งองค์การมหาชนขึ้นเรื่อยมาตามสภาพราชกิจและความจำเป็นของบริการสาธารณะ จนกระทั่งในปี 2533 แนวคิดในเรื่ององค์การของรัฐประเภทที่สามซึ่งไม่ใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เริ่มได้รับการยอมรับมากขึ้น จากการศึกษาพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี พ.ศ. 2533 ในห้วงระยะเวลา พ.ศ. 2540-2541 มีการออกพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์การมหาชนขึ้นเป็นการเฉพาะกรณีมากถึง 9 แห่ง⁴²

1) ลักษณะเฉพาะทางกฎหมายขององค์การมหาชน

(1) ความเป็นนิติบุคคลเอกเทศ

การมีฐานะเป็นนิติบุคคลทำให้สามารถมีองค์การบริหารงานของตนเอง มีนิติกรรม มีทรัพย์สินและงบประมาณเป็นของตนเอง รวมทั้งมีสิทธิและหน้าที่ในการฟ้องหรือถูกฟ้อง และไม่ขึ้นอยู่กักระบบการบังคับบัญชา

(2) ภารกิจเฉพาะด้านทางการปกครอง (บริการสาธารณะ)

การจัดทำบริการสาธารณะขององค์การมหาชนจะถูกกำหนดโดยรัฐ องค์การมหาชนจะจัดทำบริการสาธารณะนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ และองค์การมหาชนอื่นจะเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้นไม่ได้ และภารกิจที่จัดทำจะเป็นบริการสาธารณะที่เป็นเฉพาะด้านเท่านั้น ในขณะที่ส่วนราชการต้องปฏิบัติภารกิจในลักษณะทั่วไป

(3) ความเป็นอิสระทางการเงิน งบประมาณ บุคลากร

เพื่อรักษาความเป็นอิสระขององค์การมหาชนอันเป็นจุดหมายหนึ่งในการจัดตั้งองค์กรประเภทนี้ รูปแบบการสนับสนุนในด้านงบประมาณการปฏิบัติงาน โดยการให้เงินงบประมาณในลักษณะเงินอุดหนุน และต้องดำเนินการสนับสนุนอยู่อย่างต่อเนื่อง ส่วนบุคลากร ผู้ปฏิบัติงานในองค์การมหาชนนั้นต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกประเภทหนึ่ง โดยมีระบบบริหารงานบุคคล ระบบค่าตอบแทนและสิทธิประโยชน์แตกต่างจากระบบราชการและรัฐวิสาหกิจ

⁴² เฟิงอ้าง, น.13.

(4) ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ

การกำกับดูแลของรัฐต้องปฏิบัติต่อองค์การมหาชนนั้น เป็น การกำกับดูแลที่บังคับบัญชา การกำกับดูแลที่มีขึ้นเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่รัฐยอมให้ความเป็น อิสระด้วยการจัดตั้งองค์กรขึ้นนอกระบบราชการปกติ อันเนื่องมาจากเหตุผลที่ประสงค์ให้มีองค์กร อิสระมาดำเนินกิจกรรมที่อยู่นอกขอบเขตงานบริการสาธารณะดั้งเดิมของฝ่ายปกครอง

2) ประเภทขององค์การมหาชน

ประเภทของบริการสาธารณะที่จะจัดตั้งเป็นองค์การมหาชน พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 มาตรา 5 วรรคสอง บัญญัติไว้ดังนี้

“กิจการอันเป็นบริการสาธารณะที่จะจัดตั้งองค์การมหาชน ตามวรรคหนึ่ง ได้แก่ การรับรองมาตรฐานและประเมินคุณภาพการศึกษา การศึกษาอบรมและ พัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐ การทะนุบำรุงศิลปและวัฒนธรรม การพัฒนาและส่งเสริมกีฬา การ ส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการวิจัย การถ่ายทอดและพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและทรัพยากร ธรรมชาติ การบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข การ ส่งเสริมเศรษฐกิจ การอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน หรือการดำเนินการอันเป็นสาธารณประโยชน์อื่น ใด ทั้งนี้ โดยต้องไม่เป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรเป็นหลัก”

ประเภทขององค์การมหาชน แบ่งออกได้เป็น ดังนี้⁴³

(1) องค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นโดยการตราพระราชบัญญัติ

เนื่องจากภารกิจที่รับผิดชอบมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากงานของส่วน ราชการโดยทั่วไป การมอบให้ส่วนราชการจัดทำอาจไม่เหมาะสม เช่น การรับรองมาตรฐานและ การประเมินคุณภาพการศึกษา และบางกรณีองค์การมหาชนต้องการอำนาจมหาชนหรืออำนาจใน การบังคับการฝ่ายเดียวในการกำหนดกฎ ระเบียบหรือออกคำสั่งให้เอกชนปฏิบัติตามเพื่อให้ภารกิจ ที่ได้รับมอบหมายสำเร็จลุล่วง รวมไปถึงการที่จะต้องกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการฝ่าฝืน เมื่อ

⁴³ พรพิมล บุญทวีเวช และสุรพล นิติไกรพจน์, “ข้อวิเคราะห์ทางกฎหมายและแนวทาง ในการจัดตั้งองค์การมหาชนสำหรับภารกิจทางด้านการศึกษา ศาสนา และวัฒนธรรม,” รายงาน การศึกษาวิเคราะห์เพื่อการปฏิรูปการศึกษาตามพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2543 ใน กรอบภารกิจของสำนักงานปฏิรูปการศึกษา 4 เล่ม (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2543), เล่ม 2 : น.944.

มีอำนาจหน้าที่ และลักษณะภารกิจเช่นนี้จึงจำเป็นต้องให้องค์การมหาชนประเภทนี้มีฐานะเป็นนิติบุคคล โดยอาศัยการตราเป็นพระราชบัญญัติรองรับการจัดตั้ง ซึ่งผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติ

ในปัจจุบันหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะเป็นองค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นโดยมีการตราพระราชบัญญัติเอง เช่น สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ เป็นต้น

(2) องค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นโดยการตราพระราชกฤษฎีกา

องค์การมหาชนประเภทนี้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่นเดียวกับส่วนราชการ และการดำเนินภารกิจนั้นไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชน และไม่ต้องการอำนาจบังคับต่อประชาชนโดยตรง ในการจัดตั้งองค์การมหาชนประเภทนี้มีฐานะเป็นนิติบุคคลได้ โดยให้อำนาจฝ่ายบริหารจัดตั้งได้เองโดยการตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้องค์การมหาชนดังกล่าวเป็นหน่วยงานของรัฐและเป็นนิติบุคคล ในปัจจุบันได้มีองค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นโดยวิธีนี้แล้ว จำนวน 19 แห่ง

1.4 การจัดทำบริการสาธารณะโดยหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นนิติบุคคล

หน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นนิติบุคคลในที่นี้ ไม่ได้หมายรวมถึงส่วนราชการที่ไม่เป็นนิติบุคคล กล่าวคือ ส่วนราชการที่ต่ำกว่ากระทรวง ทบวง กรมหรือเทียบเท่า ที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลแต่อย่างใด แต่หมายถึง หน่วยงานอื่นที่ไม่ใช่องค์กรในรูปแบบส่วนราชการ ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท คือ ประเภทแรก ได้แก่ หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ (Service Delivery Unit : SDU) หรือองค์การบริหารพิเศษ (Executive Agency) และประเภทที่สอง ได้แก่ หน่วยงานธุรกิจของรัฐบาล (Unincorporated Undertakings)

1.4.1 หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ⁴⁴ (Service Delivery Unit : SDU) หรือ องค์การบริหารพิเศษ(Executive Agency)

⁴⁴ อรรถัย ก๊กผล สมคิด เลิศไพฑูรย์ และคณะ, “การเพิ่มประสิทธิภาพการจัดทำบริการสาธารณะที่เชื่อมโยงระหว่างราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น,” รายงานศึกษาวิจัยเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ จัดทำโดย สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กันยายน 2549), น. 24-26.

หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ (Service Delivery Unit : SDU) เป็นองค์การที่ได้รับแนวคิดมาจากประเทศสหราชอาณาจักร ซึ่งได้มีการจัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษที่เรียกว่า “องค์การบริหารพิเศษ” (Executive Agency) ประมาณมากกว่า 200 หน่วย ประเทศแคนาดามีการจัดตั้งหน่วยงานในลักษณะเดียวกันเรียกว่า “Special Operating Agency” รวมทั้งประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ก็ได้มีการจัดตั้งองค์การเช่นเดียวกันนี้⁴⁵

หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ มีสถานะเป็นหน่วยงานในทางบริหารภายในของระบบราชการที่มุ่งเน้นในเรื่องของประสิทธิภาพและคุณภาพของการดำเนินงาน โดยมีลักษณะกึ่งอิสระ (Quasi-autonomy) หรือความสามารถในการมีนิติสัมพันธ์โดยอิสระ⁴⁶ (arm 's length) ออกไปได้ในระดับหนึ่ง แต่ “ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล” ซึ่งแยกออกไปต่างหากจากหน่วยงานแม่ (Parent Organization) ดังเช่น กรณีขององค์การมหาชน หรือรัฐวิสาหกิจ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หน่วยบริการรูปแบบพิเศษนั้นยังคงถือเป็นส่วนหนึ่งของส่วนราชการเจ้าสังกัดกระทรวงหรือกรม และอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของปลัดกระทรวงหรืออธิบดีสูงสุดแล้วแต่กรณี โดยไม่มีฐานะเป็นส่วนราชการและไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล⁴⁷ ตามนัยดังกล่าวข้างต้น หน่วยบริการรูปแบบพิเศษจึงมีลักษณะของการจัดโครงสร้างการบริหารในแบบการกระจายอำนาจ โดยแยกส่วนออกมาเป็นหน่วยงานเอกเทศ หรือที่นิยมเรียกว่า “ศูนย์รับผิดชอบ” (Responsibility Center) ที่สามารถดูแลรับผิดชอบการดำเนินการบริหารทรัพยากรและการส่งมอบผลผลิตของตนเองในลักษณะเดียวกับศูนย์กำไร (Profit Center) ที่นิยมจัดตั้งขึ้นในบริษัทธุรกิจทั่วไป

ด้วยเหตุที่หน่วยบริการรูปแบบพิเศษยังมีความสัมพันธ์ผูกพันกับหน่วยงานแม่ การดำเนินงานใดๆ ของหน่วยงานรูปแบบพิเศษจึงต้องได้รับ “การมอบอำนาจ” จากปลัดกระทรวงหรืออธิบดีของหน่วยงานแม่ อันก่อให้เกิดผลติดตามมาอย่างน้อยสองประการ กล่าวคือ ประการแรก หน่วยบริการรูปแบบพิเศษต้องมีภาระรับผิดชอบต่อผลงาน (Accountability for Results) ต่อหน่วยงานต้นสังกัดของตนเอง และประการที่สอง ฝ่ายผู้มอบอำนาจยังสามารถเข้าไปกำกับดูแล

⁴⁵ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, หน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์การมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2549), น.290.

⁴⁶ ผู้เขียน แปลความหมายของคำว่า arm's length ของ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, เพิ่งอ้าง, หน้าเดียวกัน.

⁴⁷ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, เพิ่งอ้าง, น. 292.

การดำเนินการของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษอยู่ เพื่อให้มั่นใจว่าการดำเนินการของหน่วยงานรูปแบบพิเศษเป็นไปตามวัตถุประสงค์อย่างแท้จริง

คุณลักษณะของหน่วยงานรูปแบบพิเศษที่สำคัญมี 5 ประการ ประกอบด้วย

1) เป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการแก่หน่วยงานต้นสังกัด ส่วนราชการอื่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และ/หรือประชาชน⁴⁸ โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหารายได้ (กำไร) และนำส่งรายได้เข้ารัฐโดยตรง หรือจำเป็นต้องเลี้ยงตนเองได้เป็นสำคัญ (full cost recovery) อย่างไรก็ดี ในบางกรณีอาจมีการวางเงื่อนไขให้ต้องนำส่งรายได้เหนือรายจ่ายบางส่วนเข้ารัฐตามสมควร

2) การจัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ ไม่ใช่เรื่องของการเตรียมการแปรสภาพกิจการหรือถ่ายโอนภารกิจเป็นของเอกชน (Privatization) แต่การดำเนินงานของหน่วยงานรูปแบบพิเศษต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สามารถแข่งขันและเทียบเคียงได้กับภาคเอกชน โดยอาจต้องเปิดให้มีการทดสอบตลาด (Market testing) เพื่อตอบคำถามและให้เหตุผล (Justify) ในการดำรงอยู่ของตนเอง

3) หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ ไม่ใช่หน่วยงานที่มีความเป็นอิสระอย่างเด็ดขาดหรืออยู่นอกเหนือการควบคุมดูแลของฝ่ายบริหารอย่างสิ้นเชิง แต่ยังคงอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงและอธิบดี ตามลำดับ

4) การได้รับยกเว้นหรือผ่อนคลายนโยบายระเบียบ เพื่อให้เกิดความอิสระคล่องตัวทางการบริหารจัดการ (Managerial flexibility waivers) ยังคงมีขีดจำกัดบางประการ トラบเท่าที่ไม่เกินขอบเขตอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร (นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี) ที่สามารถอนุญาตหรืออนุมัติเท่านั้น

5) การจัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ มีหลักการที่แตกต่างไปจากองค์การมหาชนในแง่ของ “ลักษณะธรรมชาติของภารกิจงานที่ยังไม่สมควรแยกออกเป็นนิติบุคคลอิสระอย่าง

⁴⁸ หน่วยบริการรูปแบบพิเศษสามารถให้บริการแก่ส่วนราชการอื่นที่ไม่ใช่ส่วนราชการเจ้าสังกัดและประชาชนได้ หากยังมีขีดความสามารถเหลือ แต่เป้าหมายการให้บริการแก่ส่วนราชการเจ้าสังกัดเป็นลำดับแรก และสัดส่วนการให้บริการส่วนใหญ่ต้องให้แก่ส่วนราชการเจ้าสังกัด หากมีกำลังผลิตส่วนเกินจะให้บริการหน่วยงานอื่นได้ โดยในการส่งมอบผลผลิตต้องมีระบบประกันคุณภาพ ทั้งนี้ การให้บริการแก่ประชาชนต้องไม่เป็นการแข่งขันกับเอกชน

เด็ดขาด จากหน่วยงานแม่ต้นสังกัดเดิม” หรืออาจมีขนาดค่อนข้างเล็กและขอบเขตจำกัดกว่า หรือไม่มีคุณลักษณะของประเด็นในเชิงนโยบายสาธารณะอย่างเด่นชัดที่จำเป็นต้องมีระดับของความเป็นอิสระอย่างค่อนข้างสูง

สำหรับลักษณะของงานที่อาจกำหนดให้ดำเนินการโดยหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ จะต้องมื่อองค์ประกอบดังต่อไปนี้⁴⁹

- 1) มีลักษณะงานที่เป็นการให้บริการ
- 2) สามารถดำเนินการได้อย่างชัดเจนภายใต้กรอบนโยบายที่กำหนดขึ้น
- 3) มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงและสร้างภาระรับผิดชอบต่อหน่วยงานแม่ต้นสังกัดได้
- 4) สามารถวัดผลสัมฤทธิ์ได้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรม
- 5) มีขนาดที่เหมาะสมเพียงพอต่อการแยกส่วนออกมาจากหน่วยงานแม่ต้นสังกัด
- 6) ไม่มีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง

การจัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษของประเทศไทย⁵⁰

ปัจจุบันรัฐบาลได้ออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริหารงานของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ พ.ศ. 2548 ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 21 มกราคม 2548 เป็นต้นมา เพื่อกำหนดรูปแบบการจัดองค์กรและการบริหารงานภายใน ตลอดจนระเบียบปฏิบัติต่างๆ ของหน่วยงานรูปแบบพิเศษแล้ว แต่โดยที่การจัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวข้างต้น เป็นการจัดตั้งขึ้นโดยใช้อำนาจในการบริหารราชการทั่วไปไม่มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติรองรับสถานะที่ชัดเจน จึงทำให้มีข้อจำกัดในบางประการ โดยเฉพาะปัญหาในเรื่องงบประมาณและรายได้ ซึ่งในข้อ 15 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริหารงานของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ พ.ศ. 2548 ได้กำหนดให้กระทรวงการคลังเป็นผู้ดำเนินการให้หน่วยงานดังกล่าวสามารถสามารถเก็บรายได้ที่ได้รับจากการให้บริการไว้ เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานได้โดยไม่ต้องส่งคลังกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง

⁴⁹ สืบค้นรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ โดยสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) http://www.opdc.go.th/special.php?spc_id=2&content_id=74.

⁵⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, คู่มือคำอธิบายกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2551), น.87-108. สืบค้นรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ <http://www.publaw.net/publaw/View.asp?publawIDs=1241>.

จากแนวทางดังกล่าว เมื่อดำเนินการมาระยะหนึ่งแล้ว รัฐเห็นว่าควรกำหนดการจัดตั้งหน่วยงานบริการรูปแบบพิเศษไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินโดยตรง เพื่อการยืนยันฐานะของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษว่าเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีกฎหมายรับรองฐานะของหน่วยงาน โดยมีรูปแบบวิธีการจัดตั้งและการบริหารงานที่แน่นอน เป็นอีกหน่วยงานในอีกลักษณะหนึ่งของการบริหารราชการ รวมทั้งเพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องในทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 จึงได้บัญญัติเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 40/1 เรื่องหน่วยงานบริการรูปแบบพิเศษ ดังนี้

“มาตรา 40/1 ในการปฏิบัติราชการของส่วนราชการภายในกรม ถ้าการปฏิบัติราชการใดของส่วนราชการนั้นมีลักษณะเป็นงานการให้บริการหรือมีบริการเกี่ยวเนื่องอยู่ด้วยและหากแยกการบริหารออกเป็นหน่วยบริการรูปแบบพิเศษจะบรรลุเป้าหมายตามมาตรา 3/1 ยิ่งขึ้น ส่วนราชการดังกล่าวโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะแยกการปฏิบัติราชการในเรื่องนั้น ไปจัดตั้งเป็นหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ ซึ่งมีใช้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจแต่อยู่ในกำกับของส่วนราชการดังกล่าวก็ได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยให้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดตั้ง การมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทน วิธีการบริหารงาน การดำเนินการด้านทรัพย์สิน การกำกับดูแลสิทธิประโยชน์ของบุคลากร และการยุบเลิกไว้ด้วย

ให้หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ มีหน้าที่ปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการตามภารกิจที่จัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษนั้นเป็นหลัก และสนับสนุนภารกิจอื่นของส่วนราชการดังกล่าวตามที่ได้รับมอบหมาย และอาจให้บริการแก่ส่วนราชการอื่น หน่วยงานของรัฐหรือเอกชน แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อภารกิจอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการจัดตั้ง”

บทบัญญัติมาตรา 40/1 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติเงื่อนไขของการจัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษไว้ดังนี้

1) ลักษณะของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษของไทย

หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ คือ การนำภารกิจด้านใดด้านหนึ่งของส่วนราชการที่มีลักษณะเป็นงานการให้บริการหรือมีบริการเกี่ยวเนื่องอยู่ด้วย ซึ่งหมายความว่าภารกิจด้านนั้นของส่วนราชการเป็นงานการให้บริการโดยตรงไม่มีภารกิจด้านอื่น หรือมีภารกิจด้านอื่นและมี

งานการให้บริการเกี่ยวเนื่องอยู่ด้วย ในกรณีเช่นนี้ หากส่วนราชการเห็นว่างานการให้บริการของ ภารกิจนั้นมีศักยภาพเพียงพอที่จะให้บริการแก่ส่วนราชการอื่นและประชาชนนอกเหนือจากการ ปฏิบัติงานประจำซึ่งเป็นการให้บริการส่วนราชการนั้นแล้ว การแยกการบริหารภารกิจนั้นเป็นหน่วย บริการรูปแบบพิเศษอาจจะทำให้ภารกิจด้านนั้นมีความคุ้มค่า เกิดความประหยัด มีการอำนวยความสะดวก แก่ประชาชน และมีการใช้บุคลากรและเครื่องมือเครื่องใช้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด เช่น ภารกิจด้านโรงพิมพ์ของรัฐ ซึ่งปกติจำเป็นต้องมีภารกิจนี้เพื่อจัดทำเอกสารเป็นทางการของรัฐ แต่เนื่องจากการทำเอกสารเป็นทางการของรัฐจะมีการผลิตตามช่วงเวลาที่มีการจัดทำเอกสาร และมีปริมาณเอกสารตามจำนวนที่กำหนด ซึ่งในการปฏิบัติภารกิจนั้นอาจมีเวลาเหลือที่เจ้าหน้าที่ มิได้ปฏิบัติหน้าที่ เพราะยังไม่มีเอกสารมาให้จัดทำ และในขณะเดียวกันเครื่องพิมพ์ที่ใช้ ประจำโรงพิมพ์ปกติก็จะใช้เฉพาะในการผลิตเอกสาร ซึ่งเมื่อผลิตเอกสารเสร็จเครื่องพิมพ์ก็ต้อง หยุดการทำงาน หรือต้องเปิดทำงานแต่ไม่มีการผลิตเอกสาร กรณีเช่นนี้ เห็นได้ว่าการใช้บุคลากร และเครื่องมือยังมีได้ใช้ให้เต็มศักยภาพในการดำเนินการ แต่ทางราชการก็ต้องมีภารกิจนี้ไว้เพื่อ เป็นงานบริการผลิตเอกสารทางราชการที่สำคัญและเป็นความรับผิดชอบของทางราชการ ฉะนั้น หากส่วนราชการเจ้าของภารกิจเห็นว่าหากแยกภารกิจด้านนี้ไปจัดตั้งเป็นหน่วยบริการรูปแบบ พิเศษ จะทำให้สามารถให้บริการตามขีดความสามารถได้อย่างเต็มที่ และเกิดประโยชน์แก่ส่วน ราชการอื่นและประชาชน รวมทั้งสามารถลดรายจ่ายภาครัฐ โดยนำค่าบริการที่ได้รับมาใช้จ่ายเป็น ค่าจ้างบุคลากรและค่าซ่อมบำรุงเครื่องมือที่เกี่ยวข้อง กรณีเช่นนี้ก็อยู่ในความหมายของหน่วย บริการรูปแบบพิเศษ

หน่วยบริการรูปแบบพิเศษมีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐรูปแบบหนึ่งที่มีใช้ส่วน ราชการหรือรัฐวิสาหกิจ แต่ในการดำเนินงานจะอยู่ในกำกับของส่วนราชการผู้แยกภารกิจนั้นไป จัดตั้งเป็นหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ

2) การจัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ

การจัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษอาจเกิดจากการพิจารณาของส่วนราชการ เจ้าของภารกิจที่เห็นสมควรแยกภารกิจของส่วนราชการของตนไปจัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี หรืออาจจัดตั้งขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีเห็นว่าควรกำหนดเป็น นโยบายให้ส่วนราชการใดจัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษก็ได้

3) รายละเอียดการบริหารงานหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 40/1 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า

“ในการปฏิบัติราชการของส่วนราชการภายในกรม ถ้าการปฏิบัติราชการใดของส่วนราชการนั้นมีลักษณะเป็นงานการให้บริการหรือมีบริการเกี่ยวเนื่องอยู่ด้วยและหากแยกการบริหารออกเป็นหน่วยบริการรูปแบบพิเศษจะบรรลุเป้าหมายตามมาตรา 3/1 ยิ่งขึ้น ส่วนราชการดังกล่าวโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะแยกการปฏิบัติราชการในเรื่องนั้น ไปจัดตั้งเป็นหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ ซึ่งมีไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจแต่อยู่ในกำกับของส่วนราชการดังกล่าวก็ได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยให้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดตั้งการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทน วิธีการบริหารงาน การดำเนินการด้านทรัพย์สิน การกำกับดูแลสิทธิประโยชน์ของบุคลากรและการยุบเลิกไว้ด้วย

ให้หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ มีหน้าที่ปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการตามภารกิจที่จัดตั้งหน่วยบริการรูปแบบพิเศษนั้นเป็นหลัก และสนับสนุนภารกิจอื่นของส่วนราชการดังกล่าว ตามที่ได้รับมอบหมาย และอาจให้บริการแก่ส่วนราชการอื่น หน่วยงานของรัฐหรือเอกชน แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อภารกิจอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการจัดตั้ง

ให้รายได้ของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษเป็นรายได้ที่ไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง”

มาตรา 40/1 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติเป็นหลักการเพื่อรองรับฐานะของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ แต่สำหรับรายละเอียดการจัดตั้ง การมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานแทนส่วนราชการ วิธีการบริหารงาน การดำเนินการด้านทรัพย์สิน การกำกับดูแล สิทธิประโยชน์ของบุคลากร และการยุบเลิกจะกำหนดเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีต่อไป

หน่วยบริการรูปแบบพิเศษนั้น โดยข้อเท็จจริงได้มีการจัดตั้งขึ้นแล้วก่อนการบัญญัติเป็นมาตรา 40/1 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2543 โดยเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีและมีการกำหนดเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการบริหารงานของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ พ.ศ. 2548 ซึ่งในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์

การจัดตั้งและการบริหารงานไว้ในแนวทางเดียวกับมาตรา 40/1 แห่งพระราชบัญญัตินี้ การจัดทำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีมาตรา 40/1 จึงเป็นเรื่องเดียวกันกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเดิม และมีผลทำให้หน่วยบริการรูปแบบพิเศษที่ได้จัดตั้งขึ้นก่อนแล้วยังคงมีฐานะเป็นหน่วยบริการรูปแบบพิเศษตามพระราชบัญญัตินี้ไปด้วย

4) หน้าที่ของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ

หน่วยบริการรูปแบบพิเศษเป็นการแยกภารกิจการให้บริการแก่ส่วนราชการเดิมมาจัดตั้งเป็นหน่วยงานรูปแบบใหม่เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการบริหารงาน ฉะนั้น ภารกิจหลักของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษจึงต้องปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการเดิมเป็นหลัก เพราะภารกิจของส่วนราชการนั้นมีได้หายไป เพียงแต่เปลี่ยนรูปแบบของหน่วยงานผู้ปฏิบัติภารกิจนั้น แต่หน้าที่ทำให้ภารกิจนั้นสัมฤทธิ์ผลยังเป็นของส่วนราชการเดิมอยู่ ส่วนราชการเดิมจึงมีหน้าที่ต้องกำกับงานของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษโดยตรง และเมื่อปฏิบัติภารกิจหลักของส่วนราชการเดิมเสร็จสมบูรณ์แล้วหน่วยบริการรูปแบบพิเศษก็จะสามารถให้บริการแก่ส่วนราชการอื่น หน่วยงานของรัฐ หรือเอกชน โดยเรียกเก็บค่าบริการตามสมควรเพื่อนำมาเป็นรายได้ในการบริหารงานของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ ซึ่งจะเป็นการประหยัดงบประมาณรายจ่ายของรัฐ

จากการตรวจสอบหลักการของมาตรา 40/1 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 กับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการบริหารงานหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ พ.ศ. 2548 แล้วปรากฏว่า หลักการและวัตถุประสงค์ส่วนใหญ่ของการจัดตั้งและการบริหารงานของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษมีลักษณะเหมือนกัน เว้นแต่กรณีของงบประมาณและรายได้ของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษตามที่มาตรา 40/1 ได้บัญญัติแก้ไขข้อจำกัดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเดิม ให้หน่วยบริการรูปแบบพิเศษที่จัดตั้งขึ้นได้รับเงินอุดหนุนทั่วไปจากส่วนราชการที่จัดตั้ง และอาจหารายได้เพื่อใช้ในการบริหารและพัฒนางานตามภารกิจได้ โดยไม่ต้องนำรายได้นั้นส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง

ในการจัดทำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ มาตรา 40/1 จึงนำแนวทางที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการบริหารงานของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ พ.ศ. 2548 .ซึ่งเป็นที่เข้าใจของส่วนราชการทั่วไปมาปรับปรุงเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 40/1 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 โดยกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดตั้ง การดำเนินงาน การดำเนินการด้านทรัพย์สิน การกำกับดูแลสิทธิประโยชน์ของ

บุคลากร และการยุบเลิกหน่วยบริการรูปแบบพิเศษไว้ ทั้งนี้ ตามที่มาตรา 40/1 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 บัญญัติไว้ และโดยที่มาตราดังกล่าวได้บัญญัติรองรับสถานะของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษไว้อย่างชัดเจน รวมทั้งบัญญัติให้มีการออกระเบียบเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการบริหารงานของหน่วยงานดังกล่าวไว้ ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่ตราขึ้นจึงต้องอาศัยตามมาตรา 40/1 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีไว้เป็นการเฉพาะ แทนการอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นอำนาจในการออกระเบียบทั่วไป

ตัวอย่างหน่วยบริการรูปแบบพิเศษของไทยที่ได้มีการจัดตั้งแล้ว ดังนี้

- คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อ วันที่ 20 มกราคม 2547 เห็นชอบในหลักการและแนวทางการจัดโครงสร้างองค์กรรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่ส่วนราชการหรือหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ รวมทั้งการนำรูปแบบการจัดโครงสร้างองค์กรดังกล่าวไปทดลองปฏิบัติในบางหน่วยงาน อาทิ สำนักกษาปณ์ กรมธนารักษ์ กองโรงพิมพ์ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และสถาบันส่งเสริมการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี สำนักงาน กพร.⁵¹ และต่อมาได้มีการจัดตั้งสถาบันส่งเสริมการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ในสำนักงาน กพร. และแปลงสภาพกองโรงพิมพ์ในสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเป็น “สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา” โดยให้มีสถานะเป็นหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ ตามมติคณะรัฐมนตรี โดยมีผลตั้งแต่วันที่ 7 มีนาคม 2548
- คณะรัฐมนตรีอนุมติให้จัดตั้ง สำนักงานบริหารกิจการสถานีวิทยุโทรทัศน์ ระบบ ยูเอช เอฟ เฉพาะกิจเป็นหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ ในกรมประชาสัมพันธ์ ซึ่งเป็นไปตามมติที่ประชุมคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการในการประชุมครั้งที่ 6/2550 เมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม 2550 ตามที่ สำนักงาน ก.พ.ร. เสนอ เป็นต้น

ในอนาคตการจัดทำบริการสาธารณะของภาครัฐที่ไม่เป็นนิติบุคคล มีแนวโน้มที่จะใช้รูปแบบหน่วยบริการรูปแบบพิเศษมากขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากส่วนราชการต่างๆ ของรัฐมีการจัดทำภารกิจในลักษณะที่เหมาะสมต่อการดำเนินกิจการโดยหน่วยบริการรูปแบบพิเศษเป็นจำนวนมาก

⁵¹ ชาญชัย แสวงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น.290-291.

1.4.2 รัฐวิสาหกิจหรือวิสาหกิจมหาชนที่ไม่เป็นนิติบุคคล

รัฐวิสาหกิจหรือวิสาหกิจมหาชนประเภทนี้ ได้แก่ หน่วยงานธุรกิจของรัฐบาล (Unincorporated Undertakings or Departmental Government Enterprise) ซึ่งหมายถึงองค์กรซึ่งดำเนินกิจการค้าของรัฐ ซึ่งรัฐเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยตรง ไม่มีฐานะนิติบุคคล วิสาหกิจประเภทนี้มีความสำคัญและมีจำนวนน้อยกว่าวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐบาล (Public Corporation)⁵²

หน่วยงานธุรกิจของรัฐบาล หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐ(รัฐบาล) เป็นเจ้าของ มีความหมายกว้างขวางมากและยังมิได้นิยามไว้ในกฎหมายฉบับใด จึงต้องมีการให้ความหมายขึ้นมาเอง ตัวอย่างของการให้ความหมายของนักวิชาการบางท่าน เช่น

ไพศาล ชัยมงคล ได้อธิบายความหมายของหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของไว้ว่า หมายถึง งานของส่วนราชการแห่งใดแห่งหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นธุรกิจโดยรัฐบาลเป็นเจ้าของและใช้เงินงบประมาณเป็นทุนดำเนินงาน ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ แต่ไม่หมายความรวมถึงหน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ดังนั้นจึงมีสถานภาพไม่เป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵³

จันทจิรา เขี่ยมมยุรา ให้ความหมายไว้โดยสรุปว่า หมายถึง หน่วยงานที่จัดทำธุรกิจที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของส่วนราชการ แต่มิได้ดำเนินงานราชการตามวัตถุประสงค์อันระบุไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน แต่เป็นงานซึ่งส่วนราชการแห่งใดแห่งหนึ่งเข้ามาดำเนินงานธุรกิจในทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม โดยขึ้นอยู่กับกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งเป็นต้นสังกัด และใช้เงินงบประมาณตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณเป็นทุนดำเนินงาน ส่วนใหญ่จัดตั้งโดยมติคณะรัฐมนตรี จึงไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล และถือว่าการดำเนินการของหน่วยงานนั้นอันเกี่ยวกับบุคคลภายนอก เป็นการดำเนินงานในฐานะตัวแทนของกระทรวง ทบวง กรม เจ้าสังกัดเท่านั้น⁵⁴

⁵² M. Brothwood, "Equal Treatment of Public and Private Enterprises", p. 10.5.

อ้างไว้ใน จันทจิรา เขี่ยมมยุรา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น.100.

⁵³ อิศระ สุวรรณกุล, การบริหารรัฐวิสาหกิจไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), น.16.

⁵⁴ จันทจิรา เขี่ยมมยุรา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น.107.

แม้ว่าในทางข้อความคิดทางกฎหมาย ไม่อาจถือว่าหน่วยงานธุรกิจของรัฐบาลเป็น รัฐวิสาหกิจหรือวิสาหกิจมหาชน เนื่องจากขาดองค์ประกอบสาระสำคัญในเรื่องความเป็นนิติบุคคลก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าวิสาหกิจมหาชนซึ่งไม่เป็นนิติบุคคลมหาชนนั้น มีอยู่ในทุกประเทศ ทั้งที่ใช้กฎหมายยุโรปตะวันตกและระบบกฎหมายอังกฤษ ข้อเท็จจริงนี้น่าจะมีที่มาจากประวัติศาสตร์ด้วยเหตุผลว่า ในระยะแรกที่รัฐเข้าดำเนินการบริหารราชการณะนั้น ได้มอบหมายให้หน่วยงานในราชการส่วนกลางและส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการทั้งสิ้น จึงปรากฏวิสาหกิจมหาชนประเภท หน่วยงานธุรกิจของรัฐ (Departmental Government Enterprise) เป็นวิสาหกิจมหาชนที่เกิดขึ้นก่อนรูปแบบอื่นและเก่าแก่ที่สุด ต่อมาเมื่อแนวความคิดและประสบการณ์ในการประกอบธุรกิจของรัฐพัฒนาขึ้น จึงได้มีการดัดแปลงเป็นการจัดตั้งองค์การเฉพาะขึ้นต่างหากจากส่วนราชการ โดยพยายามให้องค์การเหล่านั้นมีสิทธิหน้าที่และความคล่องตัวเหมือนวิสาหกิจเอกชน และต้องถือว่าวิสาหกิจมหาชนประเภทนี้ ซึ่งไม่เป็นนิติบุคคลเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปอันได้แก่ หลักที่ว่าวิสาหกิจมหาชนต้องมีฐานะนิติบุคคล⁵⁵

นอกจากนั้นกฎหมายของประเทศต่างๆ ยังกำหนดให้หน่วยงานธุรกิจของรัฐบาลเป็นวิสาหกิจมหาชนด้วย โดยเป็นการให้คำนิยามแบบจำแนกรายการ (énumération) มิได้ให้นิยามตามความหมายในทางเนื้อหา กล่าวคือ เป็นเพียงการแจกแจงถึงองค์การประเภทต่างๆ ที่ถือว่าเป็นวิสาหกิจมหาชนและจะต้องถูกควบคุมโดยกฎหมาย⁵⁶ ในเรื่องนั้นๆ

ตัวอย่างของวิสาหกิจมหาชนประเภทหน่วยงานธุรกิจของรัฐบาล เช่น สถานธนาฑู เคราะห์ของกรมประชาสงเคราะห์ โรงงานยาสูบของกระทรวงการคลัง องค์การสุราและโรงงานไฟของกรมสรรพสามิต เป็นต้น

⁵⁵ เฟ็งอ๋าง, น.123.

⁵⁶ เฟ็งอ๋าง, น.122.