

บทที่ 2

แนวคิดและวิวัฒนาการมาตรการทางกฎหมาย เกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการไปรษณีย์ของประเทศไทย

การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้บุคคลมีสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารนั้น อาจถูกจำกัดได้โดยการตรากฎหมายไว้ หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของรัฐ เป็นไปตามหลักการของกฎหมายมหาชนในเรื่องของหลัก “นิติรัฐ” ซึ่งเป็นการปกครองโดยกฎหมาย ผู้ปกครองจะกระทำการใด ๆ ในทางปกครองได้ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจหน้าที่ไว้และต้องตรวจสอบได้

กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือพนักงานของรัฐกับราษฎรหรือเอกชน ในฐานะที่รัฐหรือองค์กรของรัฐเป็นฝ่ายปกครองที่มีฐานะเหนือราษฎรหรือเอกชน เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสาธารณประโยชน์ เพื่อประโยชน์ส่วนรวม กฎหมายมหาชนจะปฏิเสธไม่นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในกฎหมายมหาชนโดยตรง โดยมีหลักการของตนเองและสร้างหลักพิเศษต่าง ๆ เพื่อนำมาใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นในทางกฎหมายมหาชน

การที่กฎหมายมหาชน กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือพนักงานของรัฐกับราษฎรหรือเอกชน ในฐานะที่รัฐหรือองค์กรของรัฐเป็นฝ่ายปกครองที่มีฐานะเหนือราษฎรหรือเอกชนไว้แล้ว การบริหารงานของรัฐ องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครอง จึงต้องมีการติดตามกำกับดูแลหรือควบคุมกำกับให้ถูกต้อง ซึ่งในบทนี้ผู้ศึกษาเห็นควรศึกษาแนวความคิดในการจัดตั้งองค์กรมหาชนอิสระ การกำกับดูแลหรือควบคุมกำกับองค์กรมหาชนอิสระและวิวัฒนาการมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการไปรษณีย์ของประเทศไทยต่อไป

1. องค์การมหาชนอิสระ

การจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระมาจากหลักการกระจายอำนาจในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งจะได้ศึกษาเกี่ยวกับแนวความคิด ในการจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระ ความหมาย สถานะ หน้าที่ ความแตกต่างขององค์การมหาชนอิสระกับวิสาหกิจมหาชน และอำนาจรัฐที่มีอยู่เหนือองค์การมหาชนอิสระต่อไป

1.1 แนวความคิดในการจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระ

การจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระ (Etablissement Public) มีแนวความคิดมาจากประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นไปตามหลักการว่าด้วยการกระจายอำนาจทางบริการหรือทางเทคนิค¹ รากฐานของการกระจายอำนาจมาจากแนวความคิดในการปกครองตนเองของกลุ่มชนท้องถิ่น ที่ต้องการมีองค์กรของตนเอง มีอิสระในการจัดการและดำเนินงานภายในขอบเขตหนึ่ง (Une Certaine Autonomie) จากแนวความคิดดังกล่าว ได้มีผู้นำไปใช้ในการจัดระเบียบบริหารของหน่วยงาน เพื่อทำให้หน่วยงานมีอิสระในการดำเนินงานภายในขอบเขตหนึ่ง เช่นเดียวกับที่กลุ่มชนท้องถิ่นดำเนินการ

¹ โทคิน พลกุล, “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมาย-ปกครอง 6, 2 (สิงหาคม 2530): 281-317, อ้างถึงใน สมชาย อางองค์, “การควบคุมกำกับดูแลองค์การมหาชนอิสระ: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2534,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543), หน้า 16.

1.2 ความหมายขององค์การมหาชนอิสระ

คำว่า “องค์การมหาชนอิสระ”² หรือ “องค์การมหาชน” หรือ “องค์การกระจายอำนาจทางบริการ” หรือ “องค์กรสาธารณะ”³ มีความหมายเป็นอย่างเดียวกัน มีผู้ให้คำนิยามคำว่า องค์การมหาชนอิสระไว้ดังนี้

Jean Rivero นิยามไว้ว่า องค์การมหาชนอิสระคือนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่งที่ทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง⁴

De Laubadère อธิบายว่า “องค์การมหาชนอิสระ” หมายถึง นิติบุคคลมหาชนทุกประเภทที่ไม่ใช่องค์กรปกครองท้องถิ่น⁵

Vedel และ Delvolvé อธิบายถึงองค์ประกอบขององค์การมหาชนอิสระ⁶ ดังนี้

1) องค์การมหาชนอิสระมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากออกไปจากรัฐส่วนราชการและองค์กรปกครองท้องถิ่น การมีฐานะเป็นนิติบุคคลทำให้องค์การมหาชนอิสระ สามารถมีทรัพย์สิน มีระบบบัญชีและงบประมาณเป็นของตนเองแยก

²สมชาย อางองค์, “การควบคุมกำกับดูแลองค์การมหาชนอิสระ: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2534,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543), หน้า 16-17.

³อิสระ นิติทัศน์ประกาศ, **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ** (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523), หน้า 88, อ้างถึงใน สมชาย อางองค์, เรื่องเดิม, หน้า 16.

⁴Jean Rivéro and Jean Waline, **Droit Administratif** (Daloz, Paris, France: n.p., 1985), p. 327, อ้างถึงใน สมชาย อางองค์, เรื่องเดิม, หน้า 16.

⁵André de Laubadère and Vénézia Gaudemet, **Traité de Droit Administratif**, Tome I, 9^e édition (Paris, France: L.G.D.J., 1984), p. 222, อ้างถึงใน สมชาย อางองค์, เรื่องเดิม, หน้า 16.

⁶Georges Vedel and Pierre Delvolvé, **Droit Administratif** (Paris, France: PUF, 1984), pp. 996-1000, อ้างถึงใน สมชาย อางองค์, เรื่องเดิม, หน้า 16.

ต่างหากจากส่วนราชการ มีอำนาจบริหารจัดการกิจการของตนได้โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาปกติของระบบราชการ

2) องค์การมหาชนอิสระมีฐานะเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน อยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแลขององค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐตามที่กำหนดในกฎหมายจัดตั้ง ทำให้องค์การมหาชนอิสระมีสิทธิพิเศษและมีอำนาจบังคับบางประการเหนือประชาชนทั่วไป เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ขององค์การมหาชนอิสระจะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนด

3) องค์การมหาชนอิสระ มีอำนาจหน้าที่หรือภารกิจในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะเฉพาะด้านบางประการ ไม่มีอำนาจดำเนินภารกิจอื่นนอกเหนือไปจากที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้ง เมื่อมีกฎหมายกำหนดภารกิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นภารกิจเฉพาะขององค์การมหาชนอิสระแล้ว องค์กรในภาคมหาชนอื่นไม่มีอำนาจก้าวล่วงไปปฏิบัติการกิจที่ได้มีการมอบหมายไว้แล้วแก่องค์การมหาชนอิสระนั้นอีก ขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์การมหาชนอิสระมีอยู่อย่างจำกัดไม่กว้างขวางครอบคลุมกิจการทั่วไป ดังเช่นที่เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐหรือส่วนราชการโดยทั่วไป

ถึงแม้ว่านักทฤษฎีกฎหมาย จะให้นิยามคำว่า “องค์การมหาชนอิสระ” แตกต่างกัน แต่มีความเห็นตรงกันว่าองค์การมหาชนอิสระมีองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ คือ (1) เป็นนิติบุคคล (2) เป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชน (3) จัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบทั้งสามข้างต้น ก็ยังเป็นที่ได้แย้งกันในปัจจุบัน⁷ นักกฎหมายบางท่านแยกองค์ประกอบขององค์การมหาชนอิสระไว้ 3 ประการคือ (1) จะต้องเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชน (2) จะต้องเป็นองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น และ (3) จะต้องอยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแลขององค์กรเจ้าหน้าที่ทางปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง

⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับองค์การมหาชนอิสระ,” วารสาร-นิติศาสตร์ 19, 4 (ธันวาคม 2532): 59-78, อ้างถึงใน สมชาย อจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 17.

1.3 การมีสถานะเป็นนิติบุคคลขององค์การมหาชนอิสระ

สถานะขององค์การมหาชนอิสระ มีแนวความคิดมาจากหลักการเกี่ยวกับนิติบุคคล ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1.3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับนิติบุคคล

แนวความคิดเกี่ยวกับการยอมรับสภาพของนิติบุคคลมีปัญหาในทางทฤษฎีที่ได้เถียงกันว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่ถูกสมมติขึ้น (Fiction) หรือเป็นปรากฏการณ์ทางธรรมชาติที่เกิดขึ้นจริง ๆ คือ มีสภาพที่เป็นอยู่จริงเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ปัญหาดังกล่าวได้ก่อให้เกิดแนวความคิดเกี่ยวกับสภาพความเป็นนิติบุคคลอยู่ 2 แนว คือ

1.3.1.1 แนวความคิดที่ว่านิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติ

แนวความคิดที่ว่านิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมาย มิได้มีความเป็นอยู่ที่แท้จริง กฎหมายสมมติให้เป็นบุคคลเพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา การที่นิติบุคคลไม่มีตัวตนที่แท้จริงจึงไม่อาจแสดงเจตนาได้ จำเป็นต้องมีผู้แทนนิติบุคคลเป็นผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคลมีสิทธิเพียงเท่าที่กฎหมายกำหนด สภาพของนิติบุคคลจะทรงอยู่ได้โดยอำนาจของกฎหมาย และกฎหมายจะถอนสภาพบุคคลเสียเมื่อใดก็ได้

1.3.1.2 แนวความคิดที่ว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจริง

แนวคิดนี้เห็นว่านิติบุคคลมีสภาพความเป็นอยู่อย่างแท้จริงมิใช่สิ่งสมมติขึ้นมีเจตนาที่แสดงออกโดยทางบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นผู้แทนของนิติบุคคลนั้น เพราะนิติบุคคลเป็นที่รวมของคนธรรมดา นิติบุคคลมิใช่สิ่งที่กฎหมายสร้างขึ้นตามใจชอบ กฎหมายเพียงแต่รับรองความมีอยู่และกำหนดสิทธิหน้าที่ของนิติบุคคลซึ่งมีอยู่แล้วโดยตนเองเท่านั้น

การโต้เถียงกันว่านิติบุคคลเกิดขึ้นจากการสมมติของกฎหมายหรือเป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติที่เกิดขึ้นจริงนั้น มีผู้มองว่าข้อโต้เถียงของทั้งสองทฤษฎีเป็นการมองปัญหาที่ไม่ถูกต้องทั้งสองฝ่าย เพราะไม่ว่าจะเป็นกลุ่มบุคคลหรือบุคคลธรรมดา การจะเป็นผู้ทรงสิทธิแห่งกฎหมายได้เป็นรื่องนามธรรมซึ่งเป็นผลแห่งการยอมรับของกฎหมาย บุคคลในทางกฎหมายก็คือศูนย์แห่งผลประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่าปัจจุบันนี้นักกฎหมายมองว่า “คน” ตาม

ธรรมชาตินั้นมิได้มีฐานะเป็น “บุคคล” โดยตนเอง แต่เป็นผลมาจากการยอมรับของกฎหมายในฐานะที่เป็นศูนย์แห่งผลประโยชน์ กฎหมายรับรองเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ให้ในทำนองเดียวกันกลุ่มคน หรือทรัพย์สินที่มีผลประโยชน์ที่กฎหมายเห็นว่าควรได้รับการคุ้มครองกฎหมายก็จะรับรองให้มีฐานะเป็น “บุคคล” เช่นเดียวกัน

1.3.2 ความแตกต่างของนิติบุคคลภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน

ระบบนิติบุคคลในประเทศไทย ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่ามีการแบ่งนิติบุคคลออกเป็นกี่ประเภท ได้แก่อะไรบ้าง แต่มีแนวความคิดในการแบ่งนิติบุคคลออกเป็น 2 ประเภท คือ นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

แนวความคิดที่พยายามแบ่งนิติบุคคลออกเป็น 2 ประเภท คือ นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน มีความแตกต่างกัน⁸ ดังนี้

1) นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน

นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน มีการก่อตั้งจากความคิดริเริ่มของปัจเจกชน กฎหมายเพียงแต่กำหนดเงื่อนไขในการก่อตั้งเท่านั้น การเข้าเป็นสมาชิกของกลุ่มคนซึ่งเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายเอกชนขึ้นอยู่กับความสมัครใจของแต่ละคนไม่มีการบังคับให้บุคคลใดเข้าเป็นสมาชิกของนิติบุคคล อำนาจการกระทำของนิติบุคคลแห่งกฎหมายเอกชนจำกัดอยู่แต่เฉพาะการกระทำภายใต้กฎหมายเอกชน และมีฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกับนิติบุคคลอื่น ไม่อาจบังคับให้บุคคลอื่นรับข้อผูกพันโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้น

⁸วันเพ็ญ ทรัพย์ส่งเสริม, “การจัดระบบองค์กรมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 15, อ้างถึงใน สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 18-23.

นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อหาผลกำไร ได้แก่ ห้างหุ้นส่วนและบริษัท นิติบุคคลซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหาผลกำไร ได้แก่ สหภาพแรงงาน สมาคม และมูลนิธิ

2) นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน เป็นผลมาจากการแทรกแซงของรัฐ โดยการตรากฎหมายออกมাজัดตั้งซึ่งพิจารณาจากหลักการรวมอำนาจและหลักการกระจายอำนาจ การเป็นสมาชิกของนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชนเป็นไปตามพฤติการณ์ของแต่ละคน กล่าวคือ บุคคลใดเข้าไปร่วมในกลุ่มชนใดซึ่งเป็นนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชน บุคคลนั้นก็จะเป็สมาชิกของนิติบุคคลนั้นทันที การดำเนินงานของนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชนจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะประโยชน์เสมอไป รัฐสามารถใช้เอกสิทธิ์แห่งอำนาจอาณาชนบังคับกับเอกชนได้โดยมิต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน

นิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชน แบ่งออกได้เป็น 3 ประการ คือ รัฐ (Etat) (ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชนอิสระ (Etablissement Publics) เป็นนิติบุคคลซึ่งประกอบกรงานเฉพาะอย่าง เช่น มหาวิทยาลัยของรัฐ เป็นต้น

1.3.3 การเป็นนิติบุคคลขององค์การมหาชนอิสระในทางกฎหมายมหาชน

กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือพนักงานของรัฐกับราษฎรหรือเอกชน เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสาธารณประโยชน์ของประชาชน มีความมุ่งหมายเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนรวมของคนทั่วไป หรือสาธารณประโยชน์ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเอกชนที่มุ่งประสงค์ที่จะตอบสนองประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนแต่ละคน การเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชน⁹ ทำให้องค์การมหาชนอิสระเป็นนิติบุคคลที่มีความแตกต่างจากนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน กล่าวคือ

⁹สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 23.

1) องค์การมหาชนอิสระมีอำนาจพิเศษบางประการ เช่น นิติกรรมขององค์การที่กระทำต่อบุคคลภายนอกเป็นนิติกรรมทางปกครอง บุคลากรเป็นบุคลากรทางกฎหมายมหาชน ทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินสาธารณะ กระบวนการล้มละลายจะนำมาใช้กับองค์การมหาชนอิสระไม่ได้เช่นเดียวกับการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแพ่ง

2) องค์การมหาชนอิสระต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับบางประการ เช่น ต้องมีระบบบัญชีสาธารณะ ซึ่งมีผลทำให้เกิดข้อจำกัดในความเป็นอิสระขององค์กรมากที่สุด

3) ห้ามองค์การมหาชนอิสระใช้วิธีอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในกรณีที่มีพระราชบัญญัติบัญญัติไว้ หรือในกรณีที่เป็นเรื่องระหว่างประเทศเท่านั้น

การกำหนดให้องค์การมหาชนอิสระเป็นนิติบุคคลมีผลทำให้เกิดความต่อเนื่องในการดำรงอยู่ขององค์กร ข้อผูกพันต่าง ๆ ขององค์การมหาชนอิสระสามารถดำรงอยู่ได้อย่างต่อเนื่อง แม้จะมีการเปลี่ยนตัวผู้บริหารองค์กรก็ตาม การดำเนินการของผู้บริหารองค์กรถือเป็นผลการดำเนินการขององค์กร เช่น ผู้บริหารไปทำสัญญากับหน่วยงานอื่นหรือองค์กรอื่น บุคคลที่จะต้องผูกพันตามสัญญานั้นไม่ใช่ผู้บริหารขององค์กร แต่เป็นตัวเององค์กรเองในฐานะที่เป็นนิติบุคคล

การมีสถานะเป็นนิติบุคคลขององค์การมหาชนอิสระทำให้องค์การเป็นศูนย์แห่งผลประโยชน์ที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายเช่นเดียวกับนิติบุคคลอื่น ๆ¹⁰ ที่สามารถมีองค์กรบริหารของตนเอง มีนิติกรรมทั้งทั่วไปและกรณีเฉพาะเรื่อง มีทรัพย์สินและงบประมาณเป็นของตนเองรวมทั้งมีสิทธิ หน้าที่ในการฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาลได้ แต่อย่างไรก็ตามการมีสถานะเป็นนิติบุคคลขององค์การมหาชนอิสระก็มิได้ทำให้องค์การมหาชนอิสระเป็นอิสระอย่างเด็ดขาด โดยไม่มีความสัมพันธ์กับรัฐ หรือองค์การปกครองท้องถิ่นเสียทีเดียว ในทางปฏิบัติความสัมพันธ์ระหว่างองค์การมหาชนอิสระกับรัฐหรือองค์การปกครองท้องถิ่นยังคงมีอยู่ แต่เปลี่ยนจากความสัมพันธ์ในลักษณะ

¹⁰ สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 21.

“อำนาจบังคับบัญชา” มาเป็น “อำนาจควบคุมกำกับ”¹¹ เท่านั้น และการควบคุมกำกับตามอำนาจดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการ “ควบคุมกำกับถึงบังคับบัญชา”¹² ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจาก “การควบคุมกำกับทางปกครอง” เนืององค์การปกครองท้องถิ่น และ “การควบคุมกำกับทางเศรษฐกิจ” เนืองรัฐวิสาหกิจ กล่าวคือ แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ แต่องค์กรที่มีอำนาจควบคุมกำกับถึงบังคับบัญชาก็สามารถควบคุมกำกับองค์การมหาชนอิสระได้ ซึ่งแตกต่างจากการควบคุมกำกับทางปกครองเนืององค์การปกครองท้องถิ่นที่จะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เสมอ เพียงแต่การควบคุมกำกับถึงบังคับบัญชานี้จะต้องไม่มีมาจนทำให้องค์การมหาชนอิสระขาดความเป็นอิสระ

การเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชนขององค์การมหาชนอิสระ คือการเป็นส่วนหนึ่งของระบบองค์กรของรัฐและไม่สามารถใช้อำนาจมหาชนได้ทุกกรณีนั่นเอง

1.4 การเป็นองค์กรจัดทำบริการสาธารณะ

ดร. ประยูร กาญจนกุล ให้คำนิยามว่า บริการสาธารณะ (Public Service) หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครอง ที่จัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน¹³

¹¹สมคิด เลิศไพฑูรย์, “ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง,” ในรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร: พี เค, 2531), หน้า 209-219, อ้างถึงใน สมชาย อจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 22.

¹²สุรพล นิติไกรพจน์, “ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล,” วารสารนิติศาสตร์ 19, 4 (2532): 88, อ้างถึงใน สมชาย อจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 22.

¹³ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 108, อ้างถึงใน สมชาย อจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 23-24.

ศาสตราจารย์ Chapus เห็นว่า กิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ทำหรือดูแลกิจกรรมนั้น เพื่อสาธารณประโยชน์¹⁴

กิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะ ประกอบด้วยเงื่อนไข ดังนี้

1) บริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครอง

บริการสาธารณะเป็นกิจการที่รัฐทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ดังนั้น บริการสาธารณะทุกประเภท จะต้องอยู่ในความอำนาจการควบคุมหรือความควบคุมของฝ่ายปกครอง บริการสาธารณะซึ่งจัดทำโดยฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครอง เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์แห่งมหาชน จะนำกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับไม่ได้

2) บริการสาธารณะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ สนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม เนื่องจากการกิจของรัฐมีมากขึ้น กิจการบางอย่างต้องใช้เงินลงทุนและใช้เทคโนโลยีในการจัดทำสูง รัฐไม่สามารถดำเนินการเองได้ จึงมอบให้บุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ เมื่อรัฐมอบหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บุคคลอื่นทำแล้ว บทบาทของรัฐในฐานะผู้จัดทำหรือผู้อำนาจการก็จะเปลี่ยนเป็นผู้ควบคุม เพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์ตอบแทนมากที่สุดและเดือดร้อนน้อยที่สุด

3) การจัดทำบริการสาธารณะ สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้โดยบทกฎหมาย เมื่อสภาพของเศรษฐกิจ สังคมมีความเปลี่ยนแปลง การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐก็ต้องมีการพัฒนาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้ทันสมัย เหมาะสมกับสถานการณ์และความจำเป็นเพื่อให้เข้ากับวิวัฒนาการที่เปลี่ยนแปลงไป และถึงแม้บุคคลใดจะเคยได้รับ

¹⁴ชาญชัย แสวงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง,” เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โครงการอบรมนิติกร หลักสูตรสัญญาทางปกครอง, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 28 กันยายน 2531, หน้า 58, อ้างถึงใน สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 24.

สิทธิและประโยชน์จากบริการสาธารณะบุคคลนั้นไม่มีสิทธิขัดขวางไม่ให้มีการเปลี่ยนแปลง ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม แต่ต้องทำตามกฎหมายหรือมีกฎหมายให้อำนาจให้กระทำได้

4) บริการสาธารณะต้องดำเนินการอยู่เป็นนิจ สม่ำเสมอต่อเนื่อง ไม่มีการหยุดชะงัก

บริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับประชาชน หากมีการหยุดชะงักไม่ว่าจะด้วยกรณีใด ๆ ประชาชนย่อมได้รับความเดือดร้อนและได้รับความเสียหาย หากในระหว่างที่มีการจัดทำบริการสาธารณะและเกิดปัญหาขึ้นภายในองค์กร เช่น พนักงานลูกจ้างนัดหยุดงาน ทำให้บริการสาธารณะหยุดชะงัก ฝ่ายปกครองยังคงมีหน้าที่ที่จะดำเนินการบริการสาธารณะไปตามปกติ และมีอำนาจที่จะดำเนินการตามกฎหมายแก่ผู้ที่ทำให้บริการสาธารณะหยุดชะงักได้ ส่วนเอกชนที่ได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะหากเกิดเหตุขัดข้องหรือหยุดชะงักลง ก็มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองแก้ไขบริการสาธารณะให้ดำเนินไปได้ตามปกติ

5) ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน

วัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ต่อประชาชน โดยต้องทำอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันมิใช่จัดทำเพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ฝ่ายปกครองจึงต้องปฏิบัติด้วยความเสมอภาคและเที่ยงธรรม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะเป็นสำคัญ

ภารกิจของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะแยกตามลักษณะงานได้สองประเภท คือ บริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะที่ไม่ใช่บริการสาธารณะทางปกครอง

1) บริการสาธารณะทางปกครอง

บริการสาธารณะทางปกครอง ได้แก่ กิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ และจะต้องเป็นเรื่องการดูแลความปลอดภัยและความสงบสุขของประชาชน บริการสาธารณะประเภทนี้โดยเนื้อหาแล้วเป็นหน้าที่เฉพาะของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษในการจัดทำ รวมทั้ง “อำนาจพิเศษ” ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการ

สาธารณะด้วย ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจมอบหมายให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามา
ดำเนินการแทนได้

บริการสาธารณะทางปกครองส่วนใหญ่จะเป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำให้
ประชาชนโดยไม่เสียค่าตอบแทน เช่น กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบ
ภายในประเทศ การป้องกันประเทศ การยุติธรรม การคลัง เป็นต้น¹⁵

แต่เดิมการบริการสาธารณะทุกประเภท ถือว่าเป็นบริการสาธารณะ
ทางปกครองทั้งสิ้น แต่ต่อมาเมื่อกิจการเหล่านี้ ได้เกิดมีขึ้นมากมายและมีรูปแบบวิธีการ
ในการจัดทำที่แตกต่างกันออกไป จึงทำให้เกิดบริการสาธารณะประเภทใหม่ ๆ เกิด
ขึ้นมาอีก¹⁶

2) บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม

บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมเป็นบริการสาธารณะ
ที่สนองความสะดวกสบายให้กับประชาชน ได้แก่ กิจกรรมอันเป็นสาธารณูปโภค และ
สาธารณูปการต่าง ๆ เช่น การไฟฟ้า การคมนาคม การสาธารณสุข เป็นต้น กิจกรรมเหล่านี้
หากฝ่ายปกครองเห็นว่าส่วนใดเกี่ยวข้องกับความมั่นคงหรือเกี่ยวกับเศรษฐกิจของ
ประเทศ หรือเป็นกิจการที่ช่วยเหลือในการครองชีพของประชาชน หรือเพื่อบริการ
แก่ประชาชนรัฐจะต้องเป็นผู้จัดทำเองจะมอบหมายให้เอกชนจัดทำมิได้

การพิจารณาว่าบริการสาธารณะใดเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะ
ทางปกครองหรือเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม
นั้น¹⁷ เบื้องต้นหากบริการสาธารณะใดดำเนินการโดยนิติบุคคลมหาชนให้สันนิษฐานไว้
ก่อนว่าเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะ

¹⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, บริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส
(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), หน้า 10.

¹⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-
วิญญูชน, 2546), หน้า 28.

¹⁷ ชาอุชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและ
สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง 9, 1 (เมษายน 2533): 206-208.

ทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นจะต้องมีลักษณะคล้ายคลึงกับวิสาหกิจของเอกชนทั้งสามด้าน คือ

1) วัตถุประสงค์แห่งบริการ

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนแต่เพียงอย่างเดียว ในขณะที่บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางพาณิชย์กรรมมีวัตถุประสงค์แห่งการบริการทางด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน คือ เน้นทางด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการและมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับเช่นเดียวกับกิจการของเอกชน

2) แหล่งที่มาของเงินทุนของบริการ

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากรัฐแต่เพียงอย่างเดียว โดยรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบทางด้านเงินทุนทั้งหมดที่จะต้องนำมาใช้จ่ายในการดำเนินการ ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น แหล่งรายได้ส่วนใหญ่จะนำมาจากค่าตอบแทนที่ได้เรียกเก็บจากผู้ที่มาใช้บริการ

3) วิธีปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการ

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานที่รัฐได้กำหนดขึ้นมาเพื่อให้เป็นแบบเดียวกันมีระบบบังคับบัญชา ซึ่งจะต้องนำมาใช้กับผู้ปฏิบัติงานทุกคน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีวิธีการปฏิบัติงานที่ได้กำหนดขึ้นมาเอง ซึ่งแตกต่างไปจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินกิจการต่าง ๆ

จากลักษณะที่สำคัญทั้งสามประการที่นำมาใช้เป็นตัวแบ่งประเภทของบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองและบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมแล้ว ทำให้สามารถเห็นถึงความแตกต่างของบริการสาธารณะทั้งสองประเภท คือ ผู้ใช้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองนั้น สถานภาพของผู้ใช้บริการจะถูกกำหนดโดยกฎหรือข้อบังคับทั้งหมด ตั้งแต่การกำหนดองค์กร การจัดองค์กรและการปฏิบัติงาน การใช้บริการสาธารณะประเภทนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการจะมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไข แต่ในขณะที่ความสัมพันธ์ของ

ผู้ให้บริการของบริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมจะมีลักษณะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน

สรุปได้ว่า บริการสาธารณะทางปกครอง ส่วนมากรัฐมักจัดทำในรูปแบบของส่วนราชการ และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม เป็นเรื่องของการให้บริการทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม รัฐจัดทำโดยอาศัยองค์กรจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบอื่น

การจัดทำบริการสาธารณะเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญที่สุดขององค์การมหาชนอิสระ¹⁸ ซึ่งจะมีความแตกต่างกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การวิชาชีพ โดยองค์การวิชาชีพเป็นองค์กรที่มีได้จัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะ แต่จะมีการจัดทำบริการอย่างอื่นควบคู่กันด้วย บริการสาธารณะที่องค์การมหาชนอิสระจัดทำจะเป็นบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งจะถูกกำหนดโดยรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยองค์การมหาชนอิสระมิได้เป็นผู้กำหนดเองว่า จะต้องจัดทำบริการสาธารณะอะไร

การจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะอย่างถือได้ว่าเป็นทั้งข้อจำกัดและหลักบังคับขององค์การมหาชนอิสระ กล่าวคือ เมื่อมีกฎหมายกำหนดให้องค์การมหาชนอิสระจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว องค์การมหาชนอิสระจะจัดทำบริการสาธารณะที่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ และเมื่อมีการกำหนดให้องค์การมหาชนอิสระจัดทำบริการสาธารณะประเภทใดแล้ว องค์การมหาชนอื่นจะเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้นอีกไม่ได้เช่นกัน ทั้งนี้เป็นไปตามหลักที่ว่า “อำนาจเฉพาะเหนือกว่าอำนาจทั่วไป” (Special Generalibus Deragant)

ตามหลักการที่ว่าองค์การมหาชนอิสระจะต้องจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะอย่าง แต่มีข้อยกเว้นหลายประการที่อาจเกิดจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายเพิ่มเติมอำนาจให้แก่องค์การมหาชนอิสระ ที่จัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดแล้ว การเพิ่มอำนาจเช่นนั้นมักเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับองค์การมหาชนอิสระทางอุตสาหกรรมและการค้าเป็นส่วนใหญ่ ทั้งนี้ เพราะจะมีการเปลี่ยนแปลงในทางเศรษฐกิจ

¹⁸ สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 27.

อยู่ตลอดเวลา อีกทั้งองค์การมหาชนอิสระทางอุตสาหกรรมและการค้าบางองค์การ ได้จัดตั้งบริษัทในเครือหรือไปถือหุ้นในบริษัทเอกชนบางบริษัทซึ่งบริษัทดังกล่าวต่างก็มีได้จัดทำบริการสาธารณะอย่างเดียวกับองค์การมหาชนอิสระนั้น หรือองค์การมหาชนอิสระอื่น เช่น โรงพยาบาลซึ่งทำหน้าที่ในการรักษาผู้ป่วย อาจได้รับอำนาจให้ทำการสอนและวิจัยเกี่ยวกับยาและสาธารณสุขด้วย เป็นต้น

1.5 ความแตกต่างระหว่างองค์การมหาชนอิสระกับวิสาหกิจมหาชน

องค์การมหาชนอิสระมีองค์ประกอบที่สำคัญ ได้แก่ การเป็นนิติบุคคล ในทางกฎหมายมหาชน และจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายใต้การควบคุมกำกับขององค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐ ทำให้องค์การมหาชนอิสระมีลักษณะคล้ายคลึงกับองค์กรอื่น ทั้งที่เป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายเอกชนและนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชน เช่น วิสาหกิจมหาชน ซึ่งเป็นองค์กรอิสระที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล จัดทำกิจกรรมที่มีลักษณะทางการค้าและอุตสาหกรรมและอยู่ภายใต้การควบคุมพิเศษของรัฐ หรือองค์กรปกครองท้องถิ่น¹⁹ โดยทั่วไปวิสาหกิจมหาชนจะถูกมองว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับองค์การมหาชนอิสระ แต่หากพิจารณาจากองค์ประกอบที่สำคัญสามประการ ได้แก่

- 1) เป็นองค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล
- 2) เป็นองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมในทางการค้าและอุตสาหกรรม
- 3) เป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐถือหุ้นมากกว่ากึ่งหนึ่งหรือรัฐสามารถควบคุมเสียงข้างมากในคณะกรรมการ

จากองค์ประกอบดังกล่าวจะเห็นว่า องค์การมหาชนอิสระกับวิสาหกิจมหาชนมีองค์ประกอบเพียงประการเดียวที่เหมือนกัน คือ การเป็นนิติบุคคล โดยองค์การมหาชนอิสระเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชนเสมอ ส่วนวิสาหกิจมหาชนมีเพียงความสัมพันธ์กับรัฐในเรื่องของการถือหุ้นและการคุมเสียงข้างมากในคณะกรรมการเท่านั้น ความสัมพันธ์เช่นนี้มิได้มีส่วนกำหนดให้วิสาหกิจมหาชนเป็นนิติบุคคลทาง

¹⁹ สมชาย อัจจงคำ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

กฎหมายมหาชนเสมอไป วิสาหกิจมหาชนบางวิสาหกิจอาจเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนทั้ง ๆ ที่เรียกว่าวิสาหกิจมหาชน และประการสำคัญคือ องค์การมหาชนอิสระจัดทำบริการสาธารณะเสมอ แต่วิสาหกิจมหาชนอาจจัดทำบริการสาธารณะหรือมิได้จัดทำบริการสาธารณะแต่จัดทำกิจการในลักษณะเดียวกับเอกชนก็ได้

1.6 อำนาจอธิปไตยที่มีอยู่เหนือองค์การมหาชนอิสระ

องค์การมหาชนอิสระเป็นนิติบุคคลที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อปฏิบัติการกิจที่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ใช้งบประมาณจากภาษีอากรของประชาชน มีการดำเนินงานเช่นเดียวกับองค์กรในภาคมหาชนอื่น ๆ องค์การมหาชนอิสระต้องอยู่ภายใต้กฎหมายต่าง ๆ ที่รัฐบัญญัติขึ้น อำนาจหรือความสัมพันธ์ที่รัฐมีอยู่กับองค์การมหาชนอิสระ แยกพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้²⁰

1) อำนาจในการกำหนดภารกิจ

ภารกิจเริ่มแรกของรัฐ (Primary Functions of State) คือ การจัดตั้งส่วนราชการเพื่อให้บริการต่อประชาชน ทำให้ส่วนราชการมีอำนาจหน้าที่ในลักษณะทั่วไป ไม่อาจจำกัดขอบเขต หรือประเภทของภารกิจที่จะต้องปฏิบัติไว้ได้ล่วงหน้า และต้องดำเนินการกิจภายใต้พื้นฐานการเมืองการปกครองของรัฐ หากรัฐกำหนดให้มีการจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระขึ้นเพื่อรับผิดชอบภารกิจเฉพาะด้านที่เกิดขึ้นใหม่ตามความต้องการหรือความจำเป็นของสังคมแล้ว รัฐต้องกำหนดหรือระบุภารกิจที่มอบหมายให้องค์การมหาชนอิสระปฏิบัติโดยชัดเจนในกฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระแต่ละแห่ง ภารกิจที่องค์การมหาชนอิสระได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติต้องเป็นภารกิจ

²⁰สุรพล นิติไกรพจน์, การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์การในภาคมหาชน: ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ (ม.ป.ท., 2541), หน้า 92-99, อ้างถึงใน สมชาย อาจองศ์, เรื่องเดิม, หน้า 29-33.

เฉพาะที่มีความชัดเจน สามารถระบุลักษณะ หรือวิธีการดำเนินการตลอดจนขอบเขตของงานที่จะต้องดำเนินการไว้โดยแจ้งชัดได้ตั้งแต่เริ่มต้น เพื่อให้ความแตกต่างระหว่างภารกิจของส่วนราชการและภารกิจที่มอบหมายแก่องค์การมหาชนอิสระปรากฏอย่างเด่นชัด

2) อำนาจในการกำหนดงบประมาณให้แก่องค์การมหาชนอิสระ

องค์การมหาชนอิสระดำเนินการกิจการในทางการบริหารหรือการจัดทำบริการสาธารณะอยู่ภายใต้ขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐบาล ไม่ได้ประกอบกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นอุตสาหกรรมหรือการค้าอันจะทำให้สามารถมีรายได้เลี้ยงตัวเองได้ดังที่เป็นอยู่ในกรณีรัฐวิสาหกิจ ดังนั้น งบประมาณค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานองค์การมหาชนอิสระ เป็นภาระที่รัฐจะต้องรับผิดชอบโดยตรง แม้ว่าองค์การมหาชนอิสระบางแห่งอาจได้รับค่าตอบแทนในการให้บริการ หรือค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ได้รับประโยชน์อยู่บ้าง แต่เงินที่เรียกเก็บได้ก็คงมีสัดส่วนที่ต่ำมากเมื่อเปรียบเทียบกับต้นทุนในการจัดองค์กรและค่าใช้จ่ายในการบริหารและดำเนินการ ฉะนั้น องค์การมหาชนอิสระจึงยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการสนับสนุนทางงบประมาณจากรัฐบาลอยู่อย่างไม้อาจหลีกเลี่ยงได้

การกำหนดกรอบและจำนวนงบประมาณที่จะจัดสรรให้ในแต่ละปีงบประมาณ รัฐบาลจึงมีอำนาจในการกำหนดทิศทางการดำเนินนโยบายหรือการปฏิบัติการกิจด้านใดด้านหนึ่งขององค์การมหาชนอิสระได้ แต่ทว่าภายใต้หลักการในเรื่องความเป็นอิสระขององค์กรกระจายอำนาจ การครอบงำโดยผ่านระบบงบประมาณของรัฐบาลได้ลดระดับความสำคัญลงมากกว่าที่เป็นอยู่ต่อส่วนราชการทั้งหลาย เพราะหลักการเกี่ยวกับองค์กรกระจายอำนาจที่จำเป็นต้องมีความเป็นอิสระในทางงบประมาณจากรัฐ ทำให้องค์การมหาชนอิสระขอและรับงบประมาณจากรัฐในรูปเงินอุดหนุนมิใช่งบประมาณในลักษณะจำแนกรายการตามภารกิจที่จะดำเนินการ ดังเช่นกรณีของส่วนราชการทั้งหลาย

3) อำนาจในการวางโครงสร้างการบริหารงาน

การที่ส่วนราชการใช้ระบบการมีผู้บังคับบัญชาสูงสุดรับผิดชอบหน่วยงานเพียงคนเดียว จึงเปิดช่องให้ผู้บริหารสูงสุดขององค์กร ซึ่งไม่มีสายการบังคับบัญชาเหนือ

ขึ้นไปอีก มีอำนาจมากเกินไปโดยไม่มีการควบคุมและการกำหนดนโยบาย หรือการบริหารงานอาจจะเป็นไปได้โดยไม่รอบคอบ เป็นการจัดโครงสร้างการบริหารงานที่ไม่เหมาะสมสำหรับองค์การมหาชนอิสระ ซึ่งมีความเป็นอิสระในทางการเงิน การเงิน งบประมาณ และการบริหารบุคลากร จึงควรกำหนดโครงสร้างการบริหารงานในรูปแบบอื่น ที่มีใช้การมีผู้บังคับบัญชาสูงสุดเพียงคนเดียวในการบริหารหน่วยงาน โดยรัฐจะต้องวางแนวทางการบริหารงานขององค์การมหาชนอิสระไว้ โดยกำหนดรูปแบบโครงสร้างการบริหารไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระ

โครงสร้างการบริหารที่สามารถมีระบบควบคุมตรวจสอบนโยบายและกำหนดทิศทางการปฏิบัติงานซึ่งเชื่อว่าจะทำให้เกิดความรอบคอบและการตัดสินใจร่วมกันขององค์กรไว้ได้ ซึ่งเป็นแนวทางที่ยอมรับกันโดยทั่วไป สำหรับองค์การมหาชนอิสระ ได้แก่ การจัดโครงสร้างการบริหารให้มีคณะกรรมการบริหาร (Executive Board) ที่มีอำนาจทางการเงินและบุคลากร ตลอดจนควบคุมการบริหารงานของผู้บริหารกับการมีผู้บริหารสูงสุดเพียงคนเดียวที่เรียกว่า ผู้อำนวยการ (Director) ที่จะรับผิดชอบบริหารงานให้เป็นไปตามนโยบายและแนวทางที่คณะกรรมการบริหารกำหนด และจะเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของหน่วยงาน โดยรัฐบาลหรือรัฐมนตรีที่รับผิดชอบจะเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการบริหารและคณะกรรมการบริหารจะเป็นผู้พิจารณาเสนอการแต่งตั้งตัวผู้อำนวยการตามลำดับ

4) อำนาจในการกำหนดระบบบริหารงานบุคคล

องค์การมหาชนอิสระต้องมีความเป็นอิสระในการว่าจ้างบุคลากรเพื่อปฏิบัติงานต่าง ๆ ได้ตามความเหมาะสมเพื่อให้เกิดผลสำเร็จตามภารกิจที่องค์การมหาชนอิสระนั้น ๆ ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการ รวมตลอดไปถึงการกำหนดค่าตอบแทนในการจ้างบุคลากรของตนเอง ตามสภาพและลักษณะของงานหรือตำแหน่งที่ว่าจ้างด้วย

5) อำนาจในการกำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมาย

องค์การมหาชนอิสระเป็นหน่วยงานของรัฐที่ใช้งบประมาณแผ่นดินไปจัดทำบริการสาธารณะโดยมีความเป็นอิสระในทางการเงิน และการบริหารงาน แตกต่างไปจากส่วนราชการทั้งหลายที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาและความรับผิดชอบของรัฐ จึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดระบบการควบคุมองค์กรของรัฐประเภทนี้เพื่อให้

สามารถรองรับได้ว่าองค์กรเหล่านี้ ยังคงปฏิบัติงานภายในขอบเขตนโยบายของรัฐบาล โดยเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะภายในกรอบที่กฎหมายจัดตั้งระบุนาการกิจหน้าที่ไว้ การควบคุมองค์กรกระจายอำนาจในลักษณะเช่นนี้ย่อมอยู่ภายใต้ระบบการควบคุมแบบกำกับดูแล หรือการควบคุมกำกับ (Tutelage Control) ซึ่งแตกต่างไปจากการควบคุมบังคับบัญชา (Hierarchical Control) ที่เป็นอยู่ในระบบราชการทั้งหลาย

โดยปกติแล้วอำนาจกำกับดูแลให้การดำเนินการขององค์กรมหาชนอิสระเป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมายนั้นจะอยู่ในสองลักษณะ ได้แก่ การกำกับดูแลเหนือตัวบุคคล คือ การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้บริหารระดับสูง และคณะกรรมการบริหารขององค์กรมหาชนอิสระโดยรัฐบาลหรือโดยรัฐมนตรีซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นผู้รับผิดชอบกำกับดูแลองค์กรมหาชนอิสระนั้นประการหนึ่งกับการกำกับดูแลเหนือการกระทำ คือ การกำหนดให้ผู้กำกับดูแล มีอำนาจตัดสินใจในการให้ความเห็นชอบในเรื่องการดำเนินการที่สำคัญ ๆ เช่น การกู้ยืมเงินจำนวนมาก การตัดบัญชีหนี้สินให้เป็นศูนย์ ฯลฯ รวมตลอดไปจนถึงการให้อำนาจผู้กำกับดูแลในการสั่งการให้องค์กรกระจายอำนาจชี้แจงรายงานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการดำเนินงานในเรื่องหนึ่งเรื่องใดหรือให้ระงับการดำเนินการที่อาจขัดหรือแย้งต่อนโยบายของรัฐบาลไว้เป็นการชั่วคราวก่อนการตัดสินใจขั้นสุดท้าย ฯลฯ

6) อำนาจในการตรวจสอบและประเมินผล

งานราชการโดยทั่วไปเป็นงานที่มุ่งจะตอบสนองประโยชน์แก่ประชาชนในลักษณะทั่วไปและมีขอบเขตการปฏิบัติงานอย่างกว้างขวาง จึงเป็นเรื่องยากที่จะประเมินประสิทธิภาพของระบบราชการโดยรวมออกมาได้อย่างแน่ชัดว่าผลการดำเนินงานของราชการนั้นมีความคุ้มค่าเมื่อเปรียบเทียบกับงบประมาณที่ได้ใช้ไปหรือไม่ แต่สำหรับองค์กรมหาชนอิสระซึ่งมีความเป็นอิสระทั้งในทางการเงินงบประมาณ และบุคลากรแยกต่างหากออกไป โดยได้รับการกิจให้ปฏิบัติอย่างจำกัดและแข็งข้ออยู่ในตัว การตรวจสอบพิจารณาความคุ้มค่าโดยนัยทางงบประมาณเมื่อเปรียบเทียบกับผลที่ได้รับจากการปฏิบัติงานขององค์กรมหาชนแต่ละแห่ง จึงเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับรัฐเพื่อประโยชน์ในการกำหนดนโยบายต่อองค์กรมหาชนอิสระ

และโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการประเมินความสามารถและประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของผู้บริหารขององค์การมหาชนอิสระนั้น

7) อำนาจในการยุบเลิกองค์การมหาชนอิสระ

องค์การมหาชนอิสระได้จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการกิจการในทางบริหาร บางประการตามที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ ดังนั้น เมื่อหมดความจำเป็นในการดำเนินการกิจดังกล่าว หรือเมื่อรัฐไม่เห็นควรให้มีองค์กรของรัฐเพื่อดำเนินการกิจดังกล่าวอีกต่อไปรัฐก็ย่อมมีอำนาจที่จะยุบเลิกองค์การมหาชนอิสระที่จัดตั้งขึ้นได้ และโดยที่องค์การมหาชนอิสระเหล่านี้ได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อกิจการเฉพาะด้านอยู่แล้ว ดังนั้น องค์กรของรัฐประเภทนี้จึงไม่อาจอ้างถึงเหตุผลความจำเป็นในการดำรงอยู่ของตนขึ้น อ้างยันต่อรัฐผู้กำหนดนโยบายเองได้

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายแม่บทหรือกฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระจะไม่ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการยุบเลิกองค์การมหาชนอิสระไว้ แต่รัฐเป็นผู้สถาปนาองค์การมหาชนอิสระขึ้นรัฐก็ยังคงมีอำนาจยุบเลิกองค์การมหาชนอิสระที่หมดความจำเป็นในการดำรงอยู่ไปแล้วได้อยู่แน่นอน ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนที่ว่า “ผู้ใดมีอำนาจสถาปนาผู้นั้นมีอำนาจล้มล้าง” นั่นเอง

1.7 องค์การมหาชนอิสระในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสจัดรูปแบบรัฐตามโครงสร้างแบบรัฐเดี่ยว (Etat Unitaire) รัฐเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชน (Personne Morale de Droit Public) มีอำนาจสูงสุดและควบคุมองค์การปกครองอื่นตามลำดับชั้นลดหลั่นกันลงมา การปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการกระจายอำนาจ (Etat Unitaire Décentralisé) จึงมีนิติบุคคลอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาโดยตรงของรัฐ เช่น องค์การปกครองท้องถิ่น (Les Collectivités Territoriales หรือ Etablissements Publics) แต่รัฐมีอำนาจในการกำกับดูแล (Pouvoir de Tutelle) นิติบุคคลเหล่านี้ ต่อมาได้มีการนำแนวความคิดว่าด้วยการกระจายอำนาจทางบริการหรือทางเทคนิค²¹ ไปใช้ในการจัดระเบียบบริหารของหน่วยงาน

²¹ สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 13.

บางแห่งซึ่งมีผลให้หน่วยงานเหล่านั้นมีอิสระในการดำเนินงานภายในขอบเขตหนึ่ง เช่นเดียวกับกลุ่มชนท้องถิ่น หน่วยงานดังกล่าวนี้เรียกว่า “องค์การมหาชนอิสระ”

(Etablissement Public)

องค์การมหาชนอิสระในสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือกำเนิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1798 มีชื่อเรียกแตกต่างกันออกไป²² เช่น กองทุน (Caisse) สำนักงาน (Office) องค์การ (Etablissement) ที่ทำการ (Bureau) หรือองค์กร (Organisme) ได้แก่ โรงพยาบาล สถานสงเคราะห์ ต่อมาขยายไปสู่กิจกรรมด้านการศึกษา ท้ายที่สุดก็ขยายไปสู่กิจกรรมเกือบทุกด้านทั้งด้านอุตสาหกรรมและเศรษฐกิจ อาทิ สภาหอการค้า สำนักงานอาคารสงเคราะห์ พิพิธภัณฑ์และสวนสาธารณะ สำนักงานพลังงานปรมาณู การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส ฯลฯ เหตุผลและความจำเป็นในการจัดตั้งเป็นองค์การมหาชนอิสระแยกจากรัฐหรือองค์การปกครองท้องถิ่นของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่สำคัญ²³ มีดังนี้

1) เหตุผลในแง่วัตถุประสงค์ของกิจกรรมที่จัดทำซึ่งต้องการความเป็นอิสระ รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงกิจกรรมทางวิชาการ ศิลปะการรวมกลุ่มวิชาชีพและกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการชั่วคราว เป็นกิจกรรมที่ต้องการความเป็นอิสระ จึงสามารถจัดตั้งเป็นองค์การมหาชนอิสระได้

2) เหตุผลในแง่ระบบบัญชีและระบบงบประมาณ

การจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระ มีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้องค์กรนั้นสามารถใช้ระบบบัญชีและระบบงบประมาณที่ยืดหยุ่น ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดซึ่งจะแตกต่างจากระบบบัญชีและงบประมาณของรัฐที่ไม่สามารถยืดหยุ่นและปรับสภาพให้ทันกับเหตุการณ์หรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้

3) เหตุผลในแง่ความสัมพันธ์กับรัฐ

การนำระบบขององค์การมหาชนอิสระมาใช้ก็เพื่อก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างองค์การมหาชนอิสระกับรัฐในลักษณะผู้ถูกควบคุมกำกับ กับผู้ควบคุมกำกับ

²² สมชาย อัจจงค์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34-35.

มิใช่ผู้ได้บังคับบัญชากับผู้บังคับบัญชา กล่าวคือ องค์การมหาชนอิสระจะอยู่ภายใต้
อำนาจของรัฐที่เรียกว่า “อำนาจควบคุมกำกับ” (La Tutelle Administration)

4) เหตุผลในแง่ประโยชน์ของบุคคลากรในองค์กร

การจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระ เพื่อแก้ไขการดำเนินงานได้อย่างรวดเร็ว
หากสามารถใช้ระบบสรรหาบุคคลที่เคยทำงานร่วมกันมาหรือสรรหาจากบุคคลที่มี
ความรู้ความสามารถ ผลสำเร็จของงานก็จะได้ตามเป้าหมายที่วางไว้ หากใช้ระบบ
การสรรหาบุคลากร ตามระบบราชการที่ได้มาจากการเลื่อนตำแหน่ง ประสิทธิภาพใน
การบริหารงานอาจไม่ดีตามที่ได้ตั้งเป้าหมายไว้

สำหรับความจำเป็นที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลทาง
เศรษฐกิจในรูปของ “องค์การมหาชนอิสระ” โดยไม่จัดตั้งเป็นองค์กรกำกับดูแลทาง
เศรษฐกิจในรูปขององค์กรนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน หรือหน่วยงานราชการ (Les
Administrations) มีเหตุผล 2 ประการ²⁴ ดังนี้

1) เหตุผลทางกฎหมาย

การที่รัฐเป็นทั้งผู้ประกอบการและให้บริการกิจการทางเศรษฐกิจ
(L'Opérateur Economique) ในขณะเดียวกันรัฐก็มีบทบาทเป็นผู้กำกับดูแลการแข่งขัน
ในตลาดของกิจการนั้น ๆ (Le Régulateur Economique) ซึ่งการที่รัฐเป็นทั้งผู้ประกอบการ
กิจการและผู้กำกับดูแลการแข่งขันอาจจะทำให้เกิดปัญหาในเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อน
เนื่องจาก “รัฐผู้กำกับดูแล” อาจจะออกกฎระเบียบที่เอื้อต่อ “รัฐผู้ประกอบการ” ทำให้
ผู้ประกอบการรายใหม่ในตลาดต้องแข่งขันกับผู้ประกอบการของรัฐผู้มีอำนาจ
การผูกขาดตลาดภายใต้ข้อกฎหมายที่ไม่ยุติธรรม เพื่อให้การค้าเสรีอันเป็นเป้าหมายหลัก
ของสหภาพยุโรปสามารถเกิดขึ้นได้บนพื้นฐานของความโปร่งใส เท่าเทียมและยุติธรรม

²⁴กิตยาภรณ์ ประยูรพรหม และพิมพ์ดาว จันทระจันต์, องค์การมหาชนอิสระใน
กฎหมายมหาชนเศรษฐกิจฝรั่งเศส (Les Autorités Administratives Indépendantes en
Droit Public de l'Economie Français) [Online], available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=816>, 2009 (มีนาคม, 1).

กฎหมายแห่งสหภาพยุโรปบังคับให้มีการแยกองค์กรทั้งในทางปฏิบัติและหรือในทางกฎหมายระหว่าง “ผู้กำกับดูแล” และ “ผู้ประกอบกิจการ” ภายใต้หลักการ “การแบ่งแยกองค์กรกำกับดูแลออกจากองค์กรประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ” (Le Principe de Séparation du Régulateur et des Opérateurs) กล่าวคือ องค์กรกำกับดูแลและหน่วยงานที่ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจจะต้องมีการแยกบัญชีงบประมาณและการดำเนินงานออกจากกัน แต่มิได้หมายความว่า รัฐจะต้องแปรรูปรัฐวิสาหกิจทั้งหมดให้เป็นกิจการของเอกชน

2) เหตุผลในทางปฏิบัติ

ข้อดีของการเลือกจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลทางเศรษฐกิจในรูปแบบขององค์กรมหาชนอิสระ มีดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง เพื่อให้การแข่งขันสามารถเกิดขึ้นได้อย่างเสรีบนพื้นฐานของความเท่าเทียมและยุติธรรมระหว่างผู้ประกอบการในตลาด การกำกับดูแลและควบคุมการแข่งขันในการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ มีความจำเป็นที่จะต้องมอบหมายให้ผู้ที่มีความรู้ ความเข้าใจ รวมถึงความชำนาญและเชี่ยวชาญในลักษณะเฉพาะของกิจการแต่ละสาขานั้น ๆ การคัดเลือกบุคคลเพื่อเป็นกรรมการในคณะกรรมการกำกับดูแลกิจการสาขาใด จำต้องมุ่งพิจารณาเรื่องความรู้และความเชี่ยวชาญในสาขานั้นของบุคคลเป็นสำคัญ

ประการที่สอง เพื่อให้การกำกับดูแลกิจการทางเศรษฐกิจสามารถเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ องค์กรกำกับดูแลจะต้องสามารถมีอิสระในการดำเนินการพอที่ผู้ประกอบการจะมอบความไว้วางใจและพร้อมที่จะเปิดเผยข้อมูลในทางธุรกิจ ซึ่งหากองค์กรกำกับดูแลเป็นหน่วยงานราชการหรือองค์กรภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร การเข้าถึงข้อมูลขององค์กรกำกับดูแลอาจจะทำได้ยากหรือเป็นไปไม่ได้ เนื่องจากไม่ได้รับความร่วมมือในการเปิดเผยข้อมูลทางธุรกิจจากผู้ประกอบการ เช่น การกำกับดูแลการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจจากผู้ประกอบการ (นักลงทุน) ด้านการเงินและตลาดหลักทรัพย์

ประการที่สาม ปัจจัยด้านเวลา มีผลต่อการประกอบกิจการการค้า การลงทุนทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก ดังนั้น รูปแบบการดำเนินงานของหน่วยงานของ รัฐที่ล่าช้าจึงไม่เอื้อต่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ

ความจำเป็นที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลทางเศรษฐกิจใน รูปของ “องค์กรมหาชนอิสระ” โดยไม่ให้อำนาจกำกับดูแลทางเศรษฐกิจเป็นของตุลาการ ประธานศาลฎีกา M. Guy Canivet ได้กล่าวในบทความเรื่อง “องค์กรกำกับดูแลและ อำนาจตุลาการ” ว่า การที่รัฐจัดตั้งองค์กรมหาชนอิสระเพื่อกำกับดูแลกิจการทาง เศรษฐกิจเป็นหนึ่งในกลไกการลดอำนาจของศาลตุลาการ โดยเฉพาะศาลสถิตยุติธรรม เพราะองค์กรมหาชนอิสระมีอำนาจในการรับคำร้องเรียน สอบสวนคำร้องเรียนและ วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการและระหว่างผู้ประกอบการ ด้วยกัน ซึ่งเดิมข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ภายใต้อำนาจของศาลสถิตยุติธรรม

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐเลือกที่จะจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ ภายใต้อำนาจขององค์กรมหาชนอิสระ โดยที่ไม่เลือกให้เป็นอำนาจของตุลาการ มีข้อดี คือ การดำเนินงานขององค์กรมหาชนอิสระมักจะอยู่ในรูปแบบของการป้องกันล่วงหน้า (L'Action Préventive) มากกว่าการแก้ไขผลเสียที่เกิดขึ้นแล้ว กล่าวคือ คำสั่งทาง ปกครองหรือการกำกับดูแลมักจะเกิดขึ้นก่อน (En Amont) ที่ผู้ประกอบการจะได้ลงมือ กระทำกิจการทางเศรษฐกิจ แต่การเข้ามากำกับดูแลโดยศาลตุลาการมักจะเกิดขึ้นหลัง การประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ (En Aval) เช่น ก่อนที่ผู้ประกอบการจะลงมือกระทำ กิจการทางเศรษฐกิจ องค์กรมหาชนอิสระจะได้ตรวจสอบผลของกิจการที่อาจจะเกิดขึ้น ต่อตลาด ผู้ใช้บริการ รวมถึงผู้บริโภคโดยทั่วไป หากกิจการที่จะลงมือกระทำจะส่งผลให้ เกิดการผูกขาดหรือการกีดกันทางการค้า ผู้ประสงค์ประกอบกิจการจะไม่ได้รับ ใบอนุญาตประกอบกิจการ ในทางกลับกัน หากให้อำนาจกำกับดูแลทางเศรษฐกิจเป็น ของตุลาการ ศาลไม่อาจที่จะเข้ามาแทรกแซงก่อนการเกิดข้อพิพาทได้ ดังนั้น หาก ผู้ประกอบการได้ลงทุนในกิจการไปแล้ว แต่เกิดข้อพิพาทและศาลพิจารณาว่ามีการ ผูกขาดหรือการกีดกันทางการค้าในภายหลัง ผู้ประกอบการจะต้องเลิกดำเนินกิจการ ดังกล่าว ทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยในการกระทำธุรกรรมนำมาซึ่งความสูญเสียทาง ทรัพย์สินและโอกาสในทางเศรษฐกิจ

ความจำเป็นที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ
ในรูปของ “องค์กรมหาชนอิสระ” โดยไม่จัดตั้งองค์กรกำกับดูแลทางเศรษฐกิจในรูปของ
องค์กรที่มาจากการเลือกตั้ง

James Buchanan ผู้ได้รับรางวัลโนเบลสาขาเศรษฐศาสตร์ ค.ศ. 1986 ได้
อธิบายพฤติกรรมของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง นักการเมือง และพนักงานของรัฐด้วยทฤษฎี
ทางเศรษฐศาสตร์จุลภาคว่า นักการเมือง และพนักงานของรัฐมีพฤติกรรมเหมือน
ผู้บริโภคในระบบเศรษฐกิจ กล่าวคือ แรงบันดาลใจในการกระทำการใด ๆ ของ
นักการเมือง คือ การสร้างผลประโยชน์ส่วนตนมากกว่าที่จะสนใจผลประโยชน์ของ
ส่วนรวม กล่าวในอีกแง่หนึ่งคือ การที่นักการเมืองจะกระทำการใด ๆ เพื่อผลประโยชน์
ของส่วนรวม นักการเมืองลงมือทำเพราะเล็งเห็นว่าผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะกลับมาเลือกตน
เป็นตัวแทนในสมัยต่อ ๆ ไป เพราะเล็งเห็นต่อผลประโยชน์ส่วนตัว หากมีการมอบ
อำนาจในการกำกับดูแลกิจการทางเศรษฐกิจให้แก่ นักการเมืองหรือบุคคลที่มาจากการ
เลือกตั้ง จะทำให้การกำกับดูแลกิจการทางเศรษฐกิจไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความ
เท่าเทียม ยุติธรรมและโปร่งใส เนื่องจากนักการเมืองจะมีความกังวลว่าผลของการ
ตัดสินใจใด ๆ ของตนอาจจะมีผลต่ออนาคตทางการเมืองในวันข้างหน้าได้ ข้อดีอีก
ข้อหนึ่งในการไม่ให้อำนาจในการกำกับดูแลกิจการทางเศรษฐกิจเป็นขององค์กรที่มา
จากการเลือกตั้ง คือ กิจการทางเศรษฐกิจเป็นกิจการที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะ จึงมีความ
จำเป็นเป็นอย่างยิ่งที่จะมอบหมายอำนาจการกำกับดูแลให้แก่ผู้เชี่ยวชาญและชำนาญการ
ในกิจการสาขานั้น ๆ มากกว่านักการเมือง

จากเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงเลือกที่จะจัดตั้ง
องค์กรกำกับดูแลทางเศรษฐกิจขึ้นภายใต้รูปแบบขององค์กรมหาชนอิสระ ซึ่งอาจกล่าว
ได้ว่าองค์กรลักษณะดังกล่าวเป็น “อำนาจที่สี่” (Le 4^e Pouvoir) นอกเหนือไปจากอำนาจ
นิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ

องค์การมหาชนอิสระของสาธารณรัฐฝรั่งเศสสามารถจำแนกประเภทในการจัดระบบโครงสร้างทางกฎหมายออกได้สามกลุ่ม คือ²⁵

1) องค์การมหาชนอิสระทางปกครอง (Etablissement Public Administratif) เป็นรูปแบบแรกขององค์การมหาชนอิสระในสาธารณรัฐฝรั่งเศส มักจะรับผิดชอบภารกิจที่เคยเป็นส่วนหนึ่งของภารกิจของรัฐมาก่อน จัดตั้งขึ้นโดยวัตถุประสงค์ที่จะแบ่งภารกิจที่รัฐเคยเป็นผู้ดำเนินการอยู่เดิมให้แยกไปดำเนินการเพื่อให้เกิดความคล่องตัวและประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ

ตัวอย่างเช่น หอสมุดแห่งชาติ ณ กรุงปารีส (Bibliothèque National: Paris) ศูนย์ข้อมูลการท่องเที่ยวแห่งชาติ (Agence Nationale de L'Information Touristique) ศูนย์ข้อมูลเอกสารเกี่ยวกับการเรียนการสอนแห่งชาติ (Centre National de Documentation Pédagogique) โรงเรียนของรัฐในระดับมัธยมศึกษาตอนต้นและตอนปลาย (Collèges et Lycées d'Enseignement Public) วิทยาลัยการปกครองแห่งชาติ (Ecole Nationale d'Administration) ฯลฯ เป็นต้น

2) องค์การมหาชนอิสระในทางวิทยาศาสตร์วัฒนธรรมและวิชาชีพ (Etablissement Public a Caractère Scientifique, Culture et Professionnel) เป็นองค์การมหาชนอิสระที่พัฒนามาจากองค์การมหาชนอิสระทางปกครองที่มีมาแต่เดิมบนพื้นฐานของภารกิจเฉพาะด้านที่แตกต่างไปจากเดิม โดยองค์การมหาชนอิสระประเภทที่สองนี้ได้รับมอบหมายภารกิจให้รับผิดชอบกิจกรรมในทางวิทยาศาสตร์ การวิจัย การศึกษา และการส่งเสริมวัฒนธรรมเป็นหลัก

ตัวอย่างเช่น มหาวิทยาลัยทั้งหลายในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สำนักฝรั่งเศสแห่งปลายบูรพาทิศ (Ecole Française d'Extreme-Orient) สถาบันการศึกษา

²⁵ศุภพล นิติไกรพจน์, การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์การในภาคมหาชน: ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ (ม.ป.ท., 2541), หน้า 61-64, อ้างถึงใน สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 36-39.

แห่งชาติว่าด้วยศาสตร์ประยุกต์ (Institut National de Sciences Spécifiques)

สถาบันการศึกษาวิศวกรรมศาสตร์แห่งชาติ (Instituts Nationaux Polytechniques) ฯลฯ

3) องค์การมหาชนอิสระที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้า

(Etablissement Public à Caractère Industriel et Commercial) เป็นองค์การมหาชนอิสระที่พัฒนามาจากองค์การมหาชนอิสระทางปกครอง มีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะสามารถหารายได้จากการจัดทำภารกิจนั้น ๆ โดยตรง และในหลายกรณีรายได้จากการประกอบการก็เพียงพอสำหรับการดำรงอยู่ในทางการเงินและงบประมาณขององค์กรนั้น ๆ ได้ด้วยหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งองค์การมหาชนอิสระประเภทนี้ก็คือกิจการรัฐวิสาหกิจที่ต้องการสิทธิพิเศษหรืออำนาจบังคับบางประการต่อประชาชนที่หน่วยทางธุรกิจเอกชนโดยปกติจะมีสิทธิหรืออำนาจพิเศษดังกล่าวไม่ได้ จึงต้องมาจัดตั้งกิจการดังกล่าวขึ้นในรูปขององค์การมหาชนอิสระเพื่อให้กิจการที่มีสภาพรัฐวิสาหกิจ (ซึ่งโดยปกติจะมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน) นั้นสามารถมีสิทธิและอำนาจพิเศษในฐานะนิติบุคคลมหาชนได้นั่นเอง

ตัวอย่างเช่น การทำอากาศยานแห่งปารีส (Aéroport de Paris) ธนาคารเพื่อการเกษตรแห่งชาติ (Caisse Nationale du Crédit Agricole) ศูนย์การศึกษาอากาศยานแห่งชาติ (Centre National d'Etudes Spatiales) การไฟฟ้าแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Electricité de France) การรถไฟแห่งชาติ (Société Nationale de Chemin de Fer) องค์การขนส่งมวลชนแห่งปารีส (Régie Autonome du Transport Parisien) สำนักงานคณะกรรมการพลังงานปรมาณู (Commissariat à l'Energie Atomique) ธนาคารกลางเพื่อการรับประกันภัย (Caisse Centrale de Réassurance) ฯลฯ

องค์การมหาชนอิสระของสาธารณรัฐฝรั่งเศสทั้งสามรูปแบบนี้มีลักษณะโครงสร้างการบริหารงาน ภารกิจ การควบคุมจากรัฐที่แตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง ซึ่งถูกกำหนดมาจากภารกิจที่ได้รับมอบหมายที่แตกต่างกัน แต่ละประเภทองค์กร หรือภายในของแต่ละประเภทองค์กรก็มีลักษณะพิเศษเฉพาะที่แตกต่างกันไปในรายละเอียด แต่อย่างน้อยที่สุดบนพื้นฐานของความเป็นองค์การมหาชนอิสระ องค์กรเหล่านี้จะต้องมีลักษณะร่วมกันอยู่สามประการ คือ การเป็นนิติบุคคลเอกเทศแยกมาจากรัฐ แยกต่างหากไปจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งนำมาสู่ความเป็นอิสระในทาง

การเงิน งบประมาณ บุคลากร กับการเป็นนิติบุคคลในภาคมหาชนอันมีผลทำให้องค์กรเหล่านี้สามารถมีสิทธิพิเศษและมีอำนาจมหาชนที่จะบังคับต่อประชาชน กับทั้งจะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรของรัฐ และประการสุดท้าย คือ การที่องค์กรเหล่านี้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะด้านที่มีกรอบจำกัดมากกว่าภารกิจของรัฐหรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นโดยทั่วไป

กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของสาธารณรัฐฝรั่งเศส²⁶ มีองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อกำกับดูแลทางเศรษฐกิจหลายองค์กร แบ่งเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ

1) องค์กรมหาชนอิสระที่มีอำนาจในการกำกับดูแลครอบคลุมทุกกิจการ

(Les Autorités de Régulation aux Compétences Transversales ou Horizontales) เช่น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (Le Conseil de la Concurrence) คณะกรรมการคุ้มครองความปลอดภัยผู้บริโภค (La Commission de la Sécurité des Consommateurs) คณะกรรมการกำกับดูแลข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (La Commission des Clauses Abusives) เป็นต้น

2) องค์กรมหาชนอิสระที่มีอำนาจในการกำกับดูแลกิจการด้านใด

ด้านหนึ่ง (Les Autorités de Régulation Sectorielles ou Verticales) องค์กรที่สำคัญ เช่น คณะกรรมการกำกับดูแลด้านพลังงาน (La Commission de Régulation de l'Énergie) องค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมและการไปรษณีย์สื่อสาร (L'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes) องค์กรกำกับดูแลตลาดหลักทรัพย์ (L'Autorité des Marchés Financiers) เป็นต้น

ระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส องค์กรมหาชนอิสระ (Etablissement Public) มีฐานะเป็นองค์กรหนึ่งของฝ่ายปกครองซึ่งถึงแม้จะมีฐานะเป็นนิติบุคคลเอกเทศ แต่ก็เป็องค์กรที่ได้รับมอบหมายภารกิจจากฝ่ายปกครองสูงสุด คือ คณะรัฐมนตรีให้ไปทำหน้าที่ดำเนินการกิจบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดภายใต้การควบคุมกำกับทั้งในด้านการกำกับตัวบุคคล (Tutelle sur les Personnes) และในด้านการกำกับ

²⁶ กิตยาภรณ์ ประยูรพรหม และพิมพ์ดาว จันทรขันธ์, เรื่องเดิม.

กระทำ (Tutelle sur les Actes) ดังนั้น องค์การมหาชนอิสระ จึงเป็นองค์กรที่ปฏิบัติงานตามนโยบาย และแนวทางของฝ่ายบริหาร ความเป็นอิสระที่องค์กรนี้ได้รับเป็นเพียง ความเป็นอิสระในรูปแบบ กล่าวคือ ความเป็นอิสระที่ได้รับการกำหนดให้เพื่อประโยชน์ ในการปฏิบัติการกิจให้ได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น ต่างจากความอิสระในทางเนื้อหา อันหมายถึงความเป็นอิสระที่องค์กรของรัฐเป็นอิสระ (Autorité Administrative Indépendent) มิได้อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของฝ่ายบริหารมีอยู่ตามเหตุผลความ จำเป็นในการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระขึ้นเพื่อจัดทำภารกิจที่ต้องการ ความเป็นกลาง เป็นอิสระ และปลอดจากการแทรกแซงจากทั้งฝ่ายบริหารและ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรอื่น ๆ

ความแตกต่างที่เห็นได้ชัดเจนขององค์กรสองประเภทนี้ก็คือ องค์การ-มหาชนอิสระ (Etablissement Public) นั้น จะต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคล เอกเทศแยก ต่างหากจากรัฐเสมอ ในขณะที่องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระนั้น มีฐานะเป็นเพียงองค์กร (Organ) หนึ่งของรัฐ จึงไม่มีนิติฐานะในตัวของมันเอง หากแต่เพียงเป็นองคาพยพหนึ่ง ในการปฏิบัติการกิจให้แก่รัฐเท่านั้น และในกรณีที่เป็น องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ มีความจำเป็นในการปฏิบัติงานที่ต้องการหน่วยงานธุรการที่เป็นนิติบุคคลมารองรับ และเป็นผู้ทรงสิทธิต่าง ๆ ในทางกฎหมายแทนในนามของตน องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ก็อาจจะจัดให้มีหน่วยงานธุรการที่เป็นนิติบุคคลในรูปองค์การมหาชนอิสระมารองรับ และถือสิทธิหน้าที่ตลอดจนดำเนินการต่าง ๆ ในทางกฎหมายให้แทนก็ได้

1.8 องค์การมหาชนอิสระในสหราชอาณาจักร

ในช่วงปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมาหลาย ๆ ประเทศเริ่มมีแนวความคิดที่จะ ปรับปรุงประสิทธิภาพของระบบราชการ โดยให้มีการจัดตั้งหน่วยงานบริหารพิเศษ ซึ่งมีชื่อเรียกแตกต่างกันในรูปของ Independent Public Agency หรือ Executive Agency วัตถุประสงค์หลักในการจัดตั้งองค์กรเพื่อปรับปรุงงานบริการของรัฐให้มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ ประสิทธิผล มีความยืดหยุ่น คล่องตัว สามารถจัดการในลักษณะเดียวกับการบริหารเชิงธุรกิจ

เดิมสหราชอาณาจักรมีการจัดส่วนราชการที่มีขนาดใหญ่โต มีภารกิจที่กว้างขวางหลากหลาย กระจัดกระจายไม่สามารถดำเนินตามภารกิจที่ได้รับมอบหมายให้เสร็จสิ้นสมบูรณ์ในหน่วยงานราชการเดียวกันได้ ภารกิจในลักษณะที่เป็นการให้บริการในงานบริการเฉพาะด้านต่อประชาชนไม่มีคุณภาพหรือขาดประสิทธิภาพ ส่วนราชการต่าง ๆ ไม่ค่อยคำนึงถึงการให้บริการ แต่จะมุ่งเน้นไปที่ความถูกต้องของกระบวนการปฏิบัติงานตามระเบียบ ข้อบังคับของทางราชการ ทำให้ประสบปัญหาเกี่ยวกับการบริหารงานของส่วนราชการในด้านต่าง ๆ เหมือนกับประเทศอื่น ๆ เช่นกัน

ปี ค.ศ. 1987 Sir Robin ได้จัดทำรายงานการศึกษาเรื่อง “Improving Management the Next Steps”²⁷ เพื่อใช้เป็นแนวความคิดในการปรับปรุงประสิทธิภาพการปฏิบัติงานของหน่วยราชการสหราชอาณาจักร โดยให้มีการจัดตั้งองค์กรบริหารที่เป็นอิสระเรียกว่า “หน่วยงานบริหารพิเศษ” (Executive Agency) ขึ้นแยกออกมาต่างหากจากส่วนราชการ และมีการเสนอหลักการสำคัญในการจัดตั้งหน่วยงานบริหารพิเศษไว้ดังนี้

1) จะต้องมีการกำหนดภารกิจและขอบเขตการปฏิบัติงาน ความรับผิดชอบ และอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานบริหารพิเศษ ตลอดจนความสัมพันธ์กับหน่วยราชการที่เป็นผู้ดูแลหน่วยงานนี้ขึ้นไว้ล่วงหน้าเป็นลายลักษณ์อักษรและมีความชัดเจนตั้งแต่เบื้องต้นในเอกสารที่กำหนดขอบเขตภารกิจของหน่วยงาน (Framework Document)

2) มีการแต่งตั้งหัวหน้าผู้บริหารของหน่วยงานพิเศษ ซึ่งไม่มีฐานะเป็นข้าราชการหากแต่ได้รับแต่งตั้งโดยมีกำหนดเวลาที่แน่ชัดในสัญญาว่าจ้างโดยหัวหน้าผู้บริหารนี้ นอกจากจะเป็นผู้รับผิดชอบจัดทำ Framework Document ร่วมกับหน่วยราชการผู้ดูแลหน่วยงานบริหารพิเศษนี้แล้ว ยังมีฐานะเป็นผู้รับผิดชอบสูงสุดในการบริหารงานของหน่วยงานบริหารพิเศษนี้ ให้เป็นไปตามภารกิจที่ได้รับมอบหมายอีกด้วย

²⁷ สมาน รังสิโยภักดิ์ และจิตติมา เฟื่องเรือง, หน่วยงานบริหารพิเศษ

(กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน ก.พ., 2539), หน้า 7-9, อ้างถึงใน สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 41.

3) มีการมอบหมายอำนาจหน้าที่ให้แก่หัวหน้าผู้บริหารให้มากที่สุดเท่าที่จะสามารถกระทำได้ เพื่อให้การปฏิบัติงานเฉพาะด้านที่มอบหมายให้แก่หน่วยงานบริหารพิเศษนี้สามารถสิ้นสุดลงได้ในระดับของหน่วยงาน ทั้งนี้ โดยหัวหน้าผู้บริหารจะมีความเป็นอิสระในการจัดวางระบบงานและการบริหารทรัพยากร การจัดซื้อจัดจ้าง ตลอดจนทั้งงบประมาณที่ได้รับอย่างเต็มที่เพื่อให้การปฏิบัติงานที่ได้รับมอบหมายสำเร็จลุล่วงไปได้ตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง

4) บุคลากรที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานบริหารพิเศษจะยังคงมีสถานภาพเป็นข้าราชการและจะโอนจากส่วนราชการที่สังกัดอยู่เดิมไปปฏิบัติงานปกติ ณ หน่วยงานบริหารพิเศษและมีโอกาสที่จะได้รับค่าตอบแทนเพิ่มขึ้นตามกรอบความตกลงที่กำหนดไว้ใน Framework Document

5) มีการกำหนดเป้าหมายการปฏิบัติงานในลักษณะของดัชนีชี้วัดผลการปฏิบัติงาน (Performance Indicator) ไว้อย่างชัดเจน โดยคำนึงถึงผลผลิตของการปฏิบัติงาน (Output) ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ล่วงหน้า เพื่อที่จะนำมาสู่การประเมินประสิทธิภาพของหัวหน้าผู้บริหารหน่วยงานตามกรอบระยะเวลา โดยมีระบบการตรวจสอบประสิทธิภาพและประสิทธิผลตามดัชนีชี้วัดผลการปฏิบัติงาน โดยหน่วยงานแห่งชาติที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ ทั้งนี้ เพื่อที่จะนำไปสู่การให้รางวัลหรือลงโทษผู้บริหารหน่วยงานต่อไป

จากรายงานผลการศึกษาดังกล่าว ในเดือนกุมภาพันธ์ 1988 รัฐบาลของสหราชอาณาจักรซึ่งมีนางมาร์กาเรต แทตเชอร์ เป็นผู้นำ ได้ให้ความเห็นชอบตามแนวทางของรายงาน โดยกำหนดโครงการซึ่งเป็นนโยบายสำคัญของรัฐบาลเรียกว่า “Next Steps Programme: Executive Agencies” มีการจัดตั้งหน่วยงานบริหารพิเศษขึ้นเพื่อรับผิดชอบดำเนินการในเรื้องนั้น ๆ โดยวิธีการที่แตกต่างไปจากการดำเนินงานของราชการ เพื่อยกระดับคุณภาพการบริการในกิจกรรมเฉพาะด้านแก่ประชาชน ทำให้ประชาชนผู้เสียภาษีได้รับบริการที่ดีขึ้นจากรัฐ การที่ระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักรมิได้แบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกันอย่างชัดเจน หากรัฐเข้าแทรกแซงจึงต้องเป็นไปเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นคราว ๆ ไป ตามแต่รัฐจะเห็นจำเป็น รัฐจึงให้มีการจัดตั้งหน่วยงานบริหารพิเศษขึ้นเพื่อรับผิดชอบภารกิจ

บางประการที่เคยเป็นของส่วนราชการมาแต่เดิม เพื่อให้มีสภาพเหมาะสมกับการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะ

ภายใต้รูปแบบของหน่วยงานบริหารพิเศษได้มีการดำเนินงานมากที่เคยเป็นภารกิจของส่วนราชการมาแต่เดิมถูกกำหนดให้ดำเนินการโดยหน่วยงานบริหารพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภารกิจที่มีลักษณะเป็นงานเฉพาะด้านการบริหาร (Executive Functions) อาทิเช่น วิทยาลัยพัฒนาข้าราชการพลเรือน (Civil Service College) แต่งานทางด้านการกำหนดนโยบายและคำบริการ (Policy Formulating and Advice) ยังคงเป็นภารกิจที่ส่วนราชการต่าง ๆ ทำหน้าที่ดำเนินต่อไป²⁸ และจนถึงปี ค.ศ. 1995 สหราชอาณาจักรได้จัดตั้ง Executive Agency เพื่อปฏิบัติการกิจในเรื่องต่าง ๆ แล้ว เป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 110 หน่วย ครอบคลุมภาระงานที่เคยปฏิบัติหรือรับผิดชอบโดยข้าราชการอังกฤษจำนวนประมาณ 65% ของข้าราชการทั้งหมดที่มีอยู่²⁹ หลังจากมีนโยบายดังกล่าว ประเทศอังกฤษก็มีองค์การพิเศษเป็นจำนวนมาก จนเรียกกันว่า เป็นสาขาที่ 3 (third arm) เพิ่มจากเดิมที่มีแต่ราชการส่วนกลางและส่วนท้องถิ่น³⁰

1.9 องค์การมหาชนอิสระในประเทศไทย

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ประเทศไทยได้มีการจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระขึ้น เพื่อรับผิดชอบดำเนินการกิจในการบริการสาธารณะ ปฏิบัติภารกิจที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากงานราชการโดยทั่วไป มีระบบวิธีการ

²⁸ สมชาย อัจจงค์, เรื่องเดิม, หน้า 41.

²⁹ สมาน รังสิโยภักดิ์, การปฏิรูปภาคราชการ: แนวคิดและยุทธศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานก.พ., 2540), หน้า 25, อ้างถึงใน สมชาย อัจจงค์, เรื่องเดิม, หน้า 41.

³⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของอังกฤษ,” วารสารกฎหมายปกครอง 6, 2 (สิงหาคม 2530): 324, อ้างถึงใน สมชาย อัจจงค์, เรื่องเดิม, หน้า 39.

ดำเนินงานที่เป็นอิสระไม่อยู่ในสายบังคับบัญชาตามปกติของส่วนราชการ โดยการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะราย มิได้มีรูปแบบอย่างชัดเจน รัฐจัดตั้งขึ้นทั้งที่เป็นรูปแบบที่อยู่กับส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหรือมิได้รับการจัดกลุ่มให้อยู่ในประเภทใด แต่แยกไว้เป็นหน่วยงานอิสระหน่วยงานหนึ่งที่มีได้มีโครงสร้างหรือระบบของตัวเอง และเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการหรือมิได้มีลักษณะเป็นรัฐวิสาหกิจ

ก่อนปี พ.ศ. 2533 ได้ปรากฏหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการหรือมิได้มีลักษณะเป็นรัฐวิสาหกิจเกิดขึ้นในระบบบริหารงานภาครัฐอยู่จำนวนมาก เป็นองค์กรที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อให้รับผิดชอบปฏิบัติการที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากงานราชการโดยทั่วไป มีระบบวิธีการดำเนินงานที่เป็นอิสระไม่อยู่ในสายบังคับบัญชาตามปกติของส่วนราชการทั้งหลาย ได้แก่ ธนาคารแห่งประเทศไทย (พ.ศ. 2485) ครุสภา (พ.ศ. 2488) องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก (พ.ศ. 2491) สำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ (พ.ศ. 2491) องค์การสวนสัตว์ (พ.ศ. 2496) ทูรศึกษาระดับอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา (พ.ศ. 2498) กองทุนสงเคราะห์การทำสวนยาง (พ.ศ. 2503) สถาบันส่งเสริมการสอนวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (พ.ศ. 2515) การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย (พ.ศ. 2522) การกีฬาแห่งประเทศไทย (พ.ศ. 2528) กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนา ระบบสถาบันการเงิน (พ.ศ. 2528) และมีองค์การบางองค์การที่กระทรวงการคลังจัดเป็นหน่วยงานรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 4 แม้ว่ากิจการขององค์กรเหล่านั้นจะมีได้ประกอบภารกิจในทางอุตสาหกรรม หรือการค้า และมีได้มีลักษณะการประกอบกิจการในเชิงพาณิชย์เลยก็ตาม เช่น สถาบันส่งเสริมการสอนวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย เป็นต้น

นับแต่ปี พ.ศ. 2533 รัฐได้ตราพระราชบัญญัติจัดตั้งมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารีขึ้น ทิศทางการจัดตั้งองค์กรมหาชนอิสระจึงเริ่มมีความชัดเจน และได้รับความสนใจในการศึกษาเกี่ยวกับการจัดระบบโครงสร้างของรัฐและการบริหารรัฐกิจมากยิ่งขึ้น และรัฐได้จัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและมีใช้รัฐวิสาหกิจแต่เป็นองค์กรมหาชนอิสระขึ้น โดยตรากฎหมายที่มีลักษณะที่ชัดเจน และใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี (พ.ศ. 2533) ได้แก่ สำนักงานพัฒนา-

วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (พ.ศ. 2534) มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ (พ.ศ. 2535) กองทุนสนับสนุนการวิจัย (พ.ศ. 2535) สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข (พ.ศ. 2535) กองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (พ.ศ. 2539) มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย (พ.ศ. 2540) มหาวิทยาลัยมหามกุฏราชวิทยาลัย (พ.ศ. 2540) สถาบันมาตรวิทยา (พ.ศ. 2540) องค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (พ.ศ. 2540) มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี (พ.ศ. 2541) สถาบันส่งเสริมการสอนวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (พ.ศ. 2541) เป็นต้น

องค์กรของรัฐที่จัดได้ว่าเป็นองค์กรมหาชนอิสระของประเทศไทย อาจพิจารณาได้ ดังนี้³¹

- 1) เป็นองค์กรที่รัฐออกพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นใหม่โดยเฉพาะ ได้แก่ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย
- 2) เป็นองค์กรที่มีฐานะเป็นส่วนราชการ แต่มีลักษณะของการจัดองค์การดำเนินงานและความสัมพันธ์กับรัฐที่แตกต่างจากส่วนราชการ ได้แก่ มหาวิทยาลัยของรัฐทุกแห่งที่สังกัดทบวงมหาวิทยาลัย
- 3) องค์กรที่มีฐานะเป็นส่วนราชการ แต่ได้รับยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบ ข้อบังคับของทางราชการ โดยมีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ปรับโครงสร้างการดำเนินงานที่เป็นอิสระ ได้แก่ ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร
- 4) เป็นองค์กรที่ถูกกำหนดให้มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ แต่โดยลักษณะของกิจกรรมที่จัดทำไม่ใช่กิจกรรมในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม แต่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะด้านที่ไม่แสวงหากำไรในทางเศรษฐกิจ จึงไม่อาจจัดเป็นรัฐวิสาหกิจได้

³¹ สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 43.

5) องค์การรัฐวิสาหกิจที่จัดทำกิจกรรมในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม และในขณะเดียวกันกิจกรรมที่จัดทำมีลักษณะเป็นบริการสาธารณะด้วย รัฐวิสาหกิจประเภทนี้จะมีฐานะเป็นองค์การมหาชนอิสระ เนื่องจากเป็นรัฐวิสาหกิจที่ได้รับสิทธิพิเศษบางประการ เช่น การได้รับอำนาจมหาชนในการบังคับฝ่ายเดียว ได้แก่ การไฟฟ้า-นครหลวง การประปานครหลวง องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย เป็นต้น

การจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระในประเทศไทยช่วงแรกมีปัญหาและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ในปี พ.ศ. 2542 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติองค์การ-มหาชน พ.ศ. 2542³² เป็นกฎหมายที่กำหนดถึงวิธีการจัดตั้ง วัตถุประสงค์ขององค์การ-มหาชน ทุน รายได้ ทรัพย์สิน การบัญชี การตรวจสอบ การประเมินผลงาน การบริหาร และการดำเนินงาน บุคลากรขององค์กร การกำกับดูแลและการยุบเลิก เพื่อเป็นการวางโครงสร้างองค์การมหาชนโดยรวมที่จะมีการจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่การดำเนินงานตามโครงการพัฒนาด้านต่าง ๆ ของรัฐ หรือการดำเนินงานตามแผนงานหรือนโยบายเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะมักจะมีปัญหาความสลับซับซ้อน ความขัดแย้งในการดำเนินการ การซับซ้อนของความรับผิดชอบในระหว่างส่วนราชการ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ก่อให้เกิดความล่าช้า และความไม่ยืดหยุ่นของกฎระเบียบราชการ ดังนั้น เพื่อลดปัญหาดังกล่าวและเพื่อเปิดโอกาสให้มีการจัดระบบบริหารแนวใหม่สำหรับภารกิจของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะในบางกรณีให้มีความคล่องตัวและมีการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรและบุคลากรให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุด ตลอดจนเพื่อบูรณาการให้ผู้เกี่ยวข้องทั้งหมดเข้าร่วมกันทำงานอย่างมีเอกภาพและประสานงานกันเพื่อความรวดเร็วในการดำเนินงาน ซึ่งต้องอาศัยความเร่งด่วน จึงสมควรมีกฎหมายให้ฝ่ายบริหารสามารถตั้งหน่วยงานบริหารเป็นองค์การมหาชนที่แตกต่างไปจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจได้

³² หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

2. การกำกับดูแลหรือการควบคุมกำกับ

การกำกับดูแลหรือการควบคุมกำกับมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ทั่วไปของประชาชน จึงสมควรศึกษาความหมาย หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ลักษณะของการกำกับดูแล ความแตกต่างของการกำกับดูแลทางปกครองและการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ ลักษณะเฉพาะของการกำกับดูแลองค์การมหาชนอิสระต่อไป

2.1 ความหมายของการกำกับดูแลหรือการควบคุมกำกับ

“การกำกับดูแล” (Tutelle) หรือ “การควบคุมกำกับ” (Tutelle) ตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐ มีผู้ให้ความเห็นไว้ ดังนี้³³

Francis-Paul Benoit กล่าวว่า การควบคุมกำกับทางปกครอง คือ ตัวบทกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมที่รัดกุมและสำคัญของอำนาจส่วนกลางเหนือการดำเนินงานขององค์กรปกครองท้องถิ่น³⁴

Jean Rivéro กล่าวว่า การควบคุมกำกับ คือ การควบคุมของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติ³⁵

Marcel Waline กล่าวว่า การควบคุมกำกับ คือ การควบคุมทั้งหมดที่มีต่อองค์กรกระจายอำนาจและในกรณียกเว้นพิเศษยังรวมถึงการควบคุมเหนือบุคคลตามกฎหมายแพ่งด้วย³⁶

³³ สมชาย อางองค์, เรื่องเดิม, หน้า 53-54.

³⁴ Francis-Paul Benoit, *Le Droit Administratif Français* (Dalloz, Paris, France: n.p., 1968), p. 136, อ้างถึงใน สมชาย อางองค์, เรื่องเดิม, หน้า 53.

³⁵ Rivéro, op. cit., p. 327, อ้างถึงใน สมชาย อางองค์, เรื่องเดิม, หน้า 53.

³⁶ Marcel Waline, *Précis de Droit Administratif* (Montchestien, France: n.p., 1969), p. 309, อ้างถึงใน สมชาย อางองค์, เรื่องเดิม, หน้า 54.

Roland Maspeitol และ Pierre Laroque ให้นิยามไว้ว่า การควบคุมกำกับ คือ อำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติขององค์กรปกครองที่สูงกว่า เหนือองค์กรและเหนือการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป³⁷

กล่าวโดยสรุป การกำกับดูแลหรือการควบคุมกำกับเป็นอำนาจควบคุมของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจหรือองค์กรมหาชนอิสระโดยอยู่ภายใต้กฎหมายที่กำหนดไว้ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน

2.2 หลักทางกฎหมายของการกำกับดูแลหรือการควบคุมกำกับ³⁸

การกำกับดูแลหรือการควบคุมกำกับมีหลักทางกฎหมาย ดังนี้

2.2.1 การควบคุมกำกับเป็นอำนาจควบคุมชนิดหนึ่ง

อำนาจควบคุม (Pouvoir de Controller) ในความหมายอย่างแคบ หมายถึง การตรวจสอบว่านิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น³⁹ ไม่รวมถึงการตรวจสอบในกรณีอื่น ๆ ความหมายอย่างกว้าง หมายถึง การควบคุมการกระทำทุกอย่าง ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำใด ๆ⁴⁰ นอกเหนือจากนิติกรรมตามความหมายนี้ การควบคุมมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่รวมถึงการควบคุมความเหมาะสมในการตัดสินใจด้วย

³⁷ Roland Maspeitol and Pierre Laroque, **Latutelle Administrative** (Paris, France: Librairie du Recueil Sirey, 1930), p. 10, อ้างถึงใน สมชาย อจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 54.

³⁸ สมชาย อจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 54-56.

³⁹ Guy Melleray, **La Tutelle de l'Etat sur les Communes** (Paris, France: Librairie du Recueil Sirey, 1981), pp. 59-60, อ้างถึงใน สมชาย อจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 54.

⁴⁰ สมชาย อจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 54.

การควบคุมกำกับอยู่กึ่งกลางระหว่างการควบคุมในความหมายอย่างแคบและอย่างกว้าง เพราะรัฐใดรัฐหนึ่งฝ่ายนิติบัญญัติอาจจะระบุให้มีการควบคุมกำกับบางส่วนตามความหมายอย่างแคบ หรือควบคุมกำกับทั้งหมดตามความหมายอย่างกว้าง การควบคุมกำกับอาจควบคุมกำกับเพียงตัวบุคคล แต่ไม่ควบคุมองค์กร หรือควบคุมกำกับเพียงความชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ควบคุมกำกับความเหมาะสมในการตัดสินใจ ซึ่งเป็นการควบคุมการใช้ดุลพินิจ หรืออาจควบคุมกำกับทั้งสองอย่างควบคู่กันไปก็ได้

2.2.2 การควบคุมกำกับเป็นการควบคุมกำกับเหนือองค์กรและการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ

องค์กรกระจายอำนาจเกิดจากกระบวนการปกครองแบบกระจายอำนาจ (Décentralisation) โดยรัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นนอกเหนือจากองค์กรของส่วนกลาง องค์กรเหล่านั้นจะมีสภาพเป็นนิติบุคคลมีอำนาจตัดสินใจทางการปกครองตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางประการ มีอิสระตามสมควร ไม่ต้องขึ้นอยู่กับการบังคับบัญชาของส่วนกลาง เพียงแต่อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับเท่านั้น

การควบคุมกำกับเหนือองค์กรกระจายอำนาจ⁴¹ ได้แก่ อำนาจในการสั่งพักราชการ การถอดถอนนายกเทศมนตรี การยุบสภาจังหวัดของส่วนกลาง

การควบคุมกำกับเหนือการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ ได้แก่ การยกเลิกการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Annotation) การให้ความเห็นชอบ (Approbation) และการทำคำสั่งแทน (Substitution)

ความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับคำว่า องค์กรกระจายอำนาจ (Organe Décentralisé) มีสองส่วน ดังนี้

ส่วนหนึ่งเห็นว่า องค์กรกระจายอำนาจ หมายถึง องค์กรปกครองท้องถิ่น ซึ่งรวมถึงองค์การมหาชนอิสระด้วย เพราะองค์การมหาชนอิสระเป็นองค์กรทางปกครองที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล รัฐมอบหมายความเป็นอิสระให้ส่วนหนึ่ง มีผลประโยชน์เฉพาะของตน ผู้บริหารขององค์การมหาชนอิสระมักได้รับแต่งตั้งจากกลุ่ม

⁴¹ สมชาย อาจองค์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

นักเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม หรือกลุ่มอาชีพซึ่งมิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ การควบคุมของรัฐเพื่อผลประโยชน์ทั่วไปเหนือองค์กรเหล่านี้มีอยู่ตลอดเวลา องค์ประกอบขององค์กรมหาชนอิสระจึงคล้ายคลึงกับองค์กรปกครองท้องถิ่น เพราะองค์ประกอบขององค์กรปกครองท้องถิ่นก็มีฐานะเป็นนิติบุคคลมีผลประโยชน์เฉพาะของตน มีองค์กรที่มาจากการเลือกตั้ง มีพื้นที่ที่แน่นอนและมีการควบคุมกำกับจากรัฐ

อีกส่วนหนึ่งเห็นว่า องค์กรกระจายอำนาจ หมายถึง เฉพาะองค์กรปกครองท้องถิ่นเท่านั้น เนื่องจากองค์กรปกครองท้องถิ่นและองค์การมหาชนอิสระมีความแตกต่างกันหลายประการ กล่าวคือ องค์กรปกครองท้องถิ่นเป็นการกระจายอำนาจทางดินแดน ซึ่งเกิดจากสถานการณ์ในทางการเมืองที่ประชาชนในท้องถิ่นผลักดันให้รัฐต้องยอมรับความเป็นอิสระบางส่วนก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรออกมาเป็นองค์กรปกครองท้องถิ่น ส่วนองค์การมหาชนอิสระเกิดจากความต้องการของรัฐที่จะแบ่งแยกการทำงานหรือแบ่งแยกในทางเนื้อหาของกิจการเท่านั้น อำนาจของรัฐเหนือองค์การมหาชนอิสระจึงมีอยู่อย่างมากเมื่อเทียบกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและแปรผันไปตามเจตนารมณ์ของการจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระนั้น ๆ

ตัวอย่าง สมาชิกสภาท้องถิ่นจะถูกให้ออกหรือสภาท้องถิ่นจะถูกยุบ องค์กรควบคุมกำกับก็จะต้องจัดการให้มีการเลือกตั้งใหม่ในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ องค์กรควบคุมกำกับไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปจัดการงานของท้องถิ่นได้ด้วยตัวเอง ในขณะที่รัฐสามารถส่งคนเข้าไปทำหน้าที่แทนในองค์การมหาชนอิสระเมื่อใดก็ได้ นอกจากนี้การควบคุมกำกับเหนือองค์กรปกครองท้องถิ่นมีลักษณะเป็นเอกภาพ ไม่ว่า องค์กรปกครองท้องถิ่นจะมีขนาดใหญ่หรือเล็ก จะมีรูปแบบเป็นเทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัดหรือภาคก็ตาม การควบคุมกำกับก็คล้ายคลึงกันเป็นส่วนใหญ่ซึ่งแตกต่างไปจากการควบคุมกำกับองค์การมหาชนอิสระที่จะแปรผันไปตามขนาดและลักษณะขององค์การมหาชนอิสระที่หลากหลาย โดยอาจแบ่งการควบคุมกำกับองค์การมหาชนอิสระได้เป็นหลายระดับ ในขณะที่ไม่สามารถแบ่งระดับการควบคุมกำกับองค์กรปกครองท้องถิ่นได้ ประการสำคัญ ถ้ายอมรับว่าองค์การมหาชนอิสระเป็นองค์กรกระจายอำนาจประเภทหนึ่งแล้ว การมีองค์การมหาชนอิสระของท้องถิ่นเท่ากับเป็นการกระจายอำนาจซ้อนการกระจายอำนาจ ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งผิดปกติในระบบกฎหมายมหาชน

2.2.3 การควบคุมกำกับเป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างจำกัด

ขอบเขตสำคัญของการควบคุมกำกับก็คือ การที่ส่วนกลางไม่แทรกแซงองค์กรกระจายอำนาจจนองค์การขาดอิสระไป การมีขอบเขตจำกัดเช่นนี้ทำให้อำนาจควบคุมกำกับ (Pouvoir de Tutelle) ต่างกับอำนาจบังคับบัญชา (Pouvoir Hiérarchique) กล่าวคือ

1) อำนาจควบคุมกำกับ จะมีได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เป็นอำนาจที่ใช้ในระบบกระจายอำนาจ (Décentralisation) ผู้ควบคุมกำกับไม่มีอำนาจกำหนดแนวทางปฏิบัติงานให้องค์กรกระจายอำนาจปฏิบัติ ไม่มีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขการกระทำใด ๆ ขององค์กรกระจายอำนาจ โดยผู้ควบคุมกำกับมีอำนาจสูงสุดเพียงการออกคำสั่งแทนองค์การกระจายอำนาจในกรณีองค์การกระจายอำนาจนั้น ไม่ทำคำสั่งเมื่อกฎหมายระบุให้ทำคำสั่งเช่นนั้น

2) อำนาจบังคับบัญชา เป็นอำนาจที่ไม่มีขอบเขตจำกัดแม้ในกรณี ที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ ใช้ภายในองค์กรของนิติบุคคลมหาชนด้วยตนเอง เป็นการบังคับบัญชาภายในหน่วยงาน เช่น รัฐมนตรีมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการ ในกระทรวง ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะจัดบุคลากรให้ทำงานที่ตนเห็นสมควร กำหนดแนวทางในการทำงานของบุคลากร มีอำนาจลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่ฝ่าฝืนกฎหมาย เพิกถอนคำสั่งต่าง ๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ด้วยตนเองหรือโดยการร้องเรียนของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้น

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ใช้ในระบบการรวมอำนาจ (Centralisation) ผู้บังคับบัญชาสามารถกำหนดแนวทางปฏิบัติงาน และเปลี่ยนแปลงแก้ไขการกระทำใด ๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชาได้⁴²

2.2.4 การควบคุมกำกับเป็นการควบคุมกำกับโดยฝ่ายปกครองที่มีฐานะสูงกว่า

นักกฎหมายส่วนใหญ่มีแนวโน้มที่เห็นว่าฝ่ายปกครองที่มีฐานะสูงกว่า หมายถึงรัฐเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามหากยอมรับว่าองค์การมหาชนอิสระเป็นองค์กร

⁴² สมชาย อาจองค์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

กระจายอำนาจแล้ว ฝ่ายปกครองที่มีฐานะสูงกว่าย่อมหมายถึงองค์กรปกครองท้องถิ่น ซึ่งมีองค์กรระดับรัฐ เพราะองค์กรปกครองท้องถิ่นต้องควบคุมกำกับองค์การมหาชน-อิสระเช่นกัน

2.2.5 การควบคุมกำกับมิใช่ขึ้นเพื่อผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐ

องค์กรกระจายอำนาจหรือรัฐอาจกระทำการใด ๆ ในลักษณะละเลย หรือละเมิดกฎหมายที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประชาชน จึงให้มีการควบคุมกำกับเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน จากการกระทำของผู้บริหารองค์กรกระจายอำนาจ

2.3 ลักษณะของการกำกับดูแลหรือการควบคุมกำกับ⁴³

2.3.1 การควบคุมกำกับเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว

การควบคุมกำกับเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เกิดจากเจตนา ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ถูกควบคุมโดยศาลปกครอง นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครอง และผู้ถูกปกครอง หรือประชาชนเป็นเรื่องของการใช้ “อำนาจ” ที่ฝ่ายหนึ่งเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง ความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองอยู่ที่ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมนั้น ๆ การควบคุมกำกับจึงไม่ใช่สัญญา ทั้งนี้ เพราะนิติกรรมฝ่ายเดียวนั้น เป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้รับนิติกรรม การควบคุมกำกับที่เกิดจากการตกลงกันระหว่างรัฐกับองค์กรกระจายอำนาจจึงไม่อาจมีขึ้นได้⁴⁴ เพราะการควบคุมกำกับเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่อาจก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือการไม่เปลี่ยนแปลงสภาพทางกฎหมายก็ได้

การควบคุมกำกับมิใช่อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐที่จะกำหนดให้องค์กรกระจายอำนาจกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ ตามที่รัฐต้องการได้ เพราะการกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ เป็นอำนาจโดยตรงขององค์กรกระจายอำนาจ องค์กรควบคุม

⁴³ สมชาย อาจองค์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 58-60.

⁴⁴ Serge Regourd, *L'Acte de Tutelle en Droit Administratif Francais* (Paris, France: L.G.D.J., 1982), p. 413, อ้างถึงใน สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 58.

กำกับมีอำนาจแต่เพียงควบคุมกำกับด้วยการให้ความเห็นชอบ (Approbation) หรือสั่งยกเลิก (Annulation) การกระทำใด ๆ ขององค์กรกระจายอำนาจเท่านั้น

การควบคุมกำกับเป็นนิติกรรมทางปกครองมีผลทำให้การควบคุมกำกับต่างจากนิติกรรมทางแพ่ง กล่าวคือ

- 1) นิติกรรมทางปกครองเป็นนิติกรรมของฝ่ายปกครอง ฉะนั้น การควบคุมกำกับจึงตั้งอยู่บนหลักของทฤษฎีอำนาจมหาชนไม่ใช่ทฤษฎีบริการสาธารณะ
- 2) นิติกรรมทางปกครองเป็นนิติกรรมที่ไม่สามารถสั่งให้งดผลของการกระทำไว้ก่อนได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ต่างจากนิติกรรมทางแพ่งซึ่งศาลมีอำนาจสั่งให้งดผลของการกระทำไว้ก่อนได้
- 3) นิติกรรมทางปกครองเป็นนิติกรรมที่สามารถบังคับใช้ได้ทันที โดยไม่ต้องมีคำสั่งศาลก่อน ซึ่งต่างจากนิติกรรมทางแพ่งที่จะต้องมีการฟ้องคดี⁴⁵

2.3.2 การควบคุมกำกับเป็นนิติกรรมเฉพาะเรื่อง

นิติกรรมเฉพาะเรื่อง (Acte Individuel) เป็นนิติกรรมที่มีได้สร้างกฎเกณฑ์ในอันที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ถาวรขึ้น แต่จะหมดไปภายหลังจากนิติกรรมนั้นแล้วเสร็จ เช่น กรณีผู้ว่าราชการจังหวัดทำคำสั่งแทนนายกเทศมนตรี เพราะนายกเทศมนตรีไม่ยอมมีคำสั่งปฏิเสธคำขอของเอกชนที่จะเข้ามาครอบครองทางสาธารณะ การทำคำสั่งแทนเช่นนี้ไม่ใช่การก่อให้เกิดกฎหมายทั่วไป แต่เป็นการก่อให้เกิดกฎหมายเฉพาะเรื่อง และเมื่อมีคำสั่งปฏิเสธไปแล้วนิติกรรมนี้ก็จะหมดไปหากมีเอกชนอื่นขอเข้ามาครอบครองทางสาธารณะอีก และนายกเทศมนตรีไม่ยอมมีคำสั่งปฏิเสธคำขอนี้ อีก ผู้ว่าราชการจังหวัดก็ต้องทำคำสั่งแทนนายกเทศมนตรีใหม่อีก

นิติกรรมทั่วไป (Acte Réglementaire) เป็นนิติกรรมที่สร้างกฎเกณฑ์ในอันที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ถาวรขึ้นและจะหมดไปเมื่อมีการยกเลิก เช่น นายกเทศมนตรี ออกเทศบัญญัติเกี่ยวกับการจราจร ในเขตเทศบาล เทศบัญญัตินี้จะใช้บังคับไปจนกว่าจะมีกฎหมายฉบับอื่นมายกเลิกแก้ไข

⁴⁵ Georges Vedel and Pierre Delvolvé, *Droit Administratif* (Paris, France: PUF, 1984), p. 283, อ้างถึงใน สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 59.

นิติกรรมทั่วไปมีลักษณะทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ส่วนนิติกรรมเฉพาะเรื่องเป็นนิติกรรมที่เฉพาะเจาะจงกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเป็นราย ๆ ไป การควบคุมกำกับจึงเป็นนิติกรรมเฉพาะเรื่องในอันที่จะควบคุมกำกับเหนือการกระทำใด ๆ ขององค์กรที่ถูกควบคุมเป็นการตัดสินใจเป็นครั้งเป็นคราวไป ไม่ว่าการกระทำที่ถูกควบคุมกำกับจะมีลักษณะเฉพาะเรื่องหรือเป็นการทั่วไปก็ตาม การควบคุมกำกับก็ยังเป็นการควบคุมกำกับเฉพาะเรื่องเสมอถ้าการควบคุมกำกับเป็นนิติกรรมทั่วไป การเคารพความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขององค์กรที่ถูกควบคุมก็จะหมดไป⁴⁶ เพราะเท่ากับว่าการควบคุมกำกับเป็นการสร้างกฎหมายในอนาคตให้แก่องค์กรที่ถูกควบคุมที่จะต้องปฏิบัติตาม โดยไม่สูญเสียไปหลังจากได้ทำนิติกรรมแล้ว

2.4 การกำกับดูแลทางปกครองและการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการแยกแยะการกำกับดูแลองค์การปกครองท้องถิ่นซึ่งเป็นการกำกับดูแลทางปกครอง (Tutelle Administrative) และการกำกับดูแลรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ (Tutelle Economique) ออกจากกัน⁴⁷

2.4.1 การกำกับดูแลทางปกครอง

การกำกับดูแลทางปกครอง (Tutelle Administrative) เป็นการกำกับดูแลองค์การกระจายอำนาจทางปกครอง หมายถึง องค์การปกครองท้องถิ่นที่มีอิสระในเชิงการเมือง เช่น การเลือกตั้งผู้บริหารท้องถิ่น การกำกับดูแลจะเป็นไปในลักษณะที่ให้ความเป็นอิสระอย่างจำกัด (Autonomie Limitée) และมีลักษณะกึ่งบังคับบัญชา (Quasi-hiérarchie) ค่อนข้างชัดเจน แนวทางการแก้ปัญหาทางบริหารของส่วนกลางต่อปัญหาที่เกิดขึ้นในองค์การปกครองท้องถิ่นหลาย ๆ แห่งได้ทำให้ลักษณะของการกำกับดูแลทางปกครองมีลักษณะใกล้เคียงกับการควบคุมบังคับบัญชา

⁴⁶ สมชาย อาจองค์, เรื่องเดิม, หน้า 60.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 60-69.

การกำกับดูแลทางปกครองหรือการกำกับดูแลองค์กรกระจายอำนาจทางปกครองสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ การควบคุมกำกับโดยตรง กับการควบคุมกำกับโดยอ้อม

1) การควบคุมกำกับโดยตรง มีข้อพิจารณาสองกรณี คือ

(1) การควบคุมตัวบุคคลหรือองค์กร

การควบคุมตัวบุคคลหรือองค์กร เป็นการควบคุมสถานภาพทางกฎหมายของคณะบุคคลหรือบุคคลคนเดียวที่อยู่ในรูปของคณะบุคคล เช่น คณะเทศมนตรี คณะกรรมการสุขภาพ สภาเทศบาล นายกเทศมนตรี เป็นต้น

ตัวอย่าง กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัด เห็นว่าคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้ใดปฏิบัติการณ์ไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่หรือมีความประพฤติในทางที่จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่ศักดิ์ศรีตำแหน่งหรือองค์กรปกครองท้องถิ่นหรือแก่ราชการ ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพร้อมด้วยหลักฐาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจสั่งให้คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นออกจากตำแหน่งได้

(2) การควบคุมการกระทำ

การกระทำที่สำคัญขององค์กรปกครองท้องถิ่นจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของส่วนกลาง โดยการให้ความเห็นชอบต่อการกระทำขององค์กรปกครองท้องถิ่น เช่น การอนุมัติงบประมาณต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัด การสั่งเพิกถอนหรือสั่งให้ระงับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง กรณีที่ผู้ควบคุมกำกับเห็นว่าคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นปฏิบัติไปในทางที่อาจเป็นการเสียหายแก่ท้องถิ่นหรือเสียหายแก่ราชการ และผู้ควบคุมกำกับได้คัดค้านแล้ว แต่คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นไม่ปฏิบัติตาม ผู้ควบคุมกำกับมีอำนาจสั่งเพิกถอนหรือสั่งระงับการปฏิบัติของคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นได้

2) การควบคุมกำกับโดยอ้อม แยกพิจารณาได้เป็นสองกรณี ได้แก่

(1) การให้เงินอุดหนุน

การให้เงินอุดหนุนแก่องค์กรปกครองท้องถิ่น มี 2 กรณี คือ เงินอุดหนุนทั่วไปกับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจ เงินอุดหนุนทั่วไปนั้น เมื่อองค์กรปกครอง-

ท้องถิ่นได้รับแล้วจะนำไปใช้ในด้านใด ๆ ก็ได้ โดยไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของส่วนกลาง ส่วนเงินอุดหนุนเฉพาะกิจจะถูกควบคุมอย่างใกล้ชิดทุกขั้นตอนจากที่ส่วนกลางกำหนด

(2) การใช้สัญญามาตรฐาน

สัญญามาตรฐาน คือ สัญญาที่บุคคลหรือนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชนหรือทางกฎหมายแพ่งกระทำขึ้นโดยแบบของสัญญานั้นถูกกำหนดขึ้นโดย “บุคคลที่สาม” ดังจะเห็นได้จากการจัดทำสัญญาต่าง ๆ ขององค์กรปกครองท้องถิ่นนั้น ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วย พัสดของหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น กำหนดว่าจะต้องทำตามแบบที่อยู่ในส่วนที่แนบท้ายระเบียบและการเปลี่ยนแปลงสัญญาจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากอัยการจังหวัดหรือสำนักงานอัยการสูงสุดเท่านั้น

ปัจจุบัน การกำกับดูแลทางปกครองมีความเข้มงวดมากขึ้น เนื่องจากการออกกฎ ระเบียบ คำสั่งให้ฝ่ายปกครองท้องถิ่นปฏิบัติในแนวเดียวกัน อันมีผลทำให้การกำกับดูแลทางปกครองมีลักษณะใกล้เคียงกับการบังคับบัญชามากขึ้น

2.4.2 การกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ (Tutelle Economique)

การกำกับดูแลทางเศรษฐกิจเป็นกระบวนการที่รัฐกำหนดขึ้น เพื่อแลกกับการที่รัฐยอมให้รัฐวิสาหกิจมีความเป็นอิสระในทางการเงินและในทางเทคนิค โดยมีหลักทั่วไปว่าการตัดสินใจที่สำคัญต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลก่อนเสมอ แต่มิใช่ว่าการตัดสินใจทุกเรื่องต้องผ่านความเห็นชอบทุกครั้งไป เพราะการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้น ต้องการการตัดสินใจที่ฉับไวและทันต่อเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น การขอความเห็นชอบจึงจำกัดแต่เฉพาะเรื่องที่สำคัญจริง ๆ เช่น การตัดสินใจในการลงทุนเป็นจำนวนมาก ๆ การตัดสินใจที่มีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะ และการขึ้นราคาสินค้า เป็นต้น ในส่วนของรัฐนั้น รัฐจำเป็นต้องเข้าควบคุมการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ รวมตลอดถึงการควบคุมในเรื่องงบประมาณและการกำหนดนโยบายในการบริหารต่อรัฐวิสาหกิจ

2.4.3 ความแตกต่างระหว่างการกำกับดูแลทางปกครองกับการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ⁴⁸

การกำกับดูแลทางปกครอง เป็นกระบวนการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อแลกเปลี่ยนกับการให้ความเป็นอิสระในเชิงการเมืองแก่องค์กรปกครองท้องถิ่นต่าง ๆ ซึ่งมีความต้องการพิเศษของตนที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละพื้นที่ และแลกเปลี่ยนกับการยอมให้มีความอิสระในการจัดองค์กรแยกไปจากฝ่ายปกครองส่วนกลางเพื่อตอบสนองความต้องการพิเศษของแต่ละท้องถิ่นซึ่งย่อมแตกต่างไปจากจุดมุ่งหมายของส่วนกลาง และมีขึ้นเพื่อที่จะป้องกันผลประโยชน์ของท้องถิ่นนั้น ๆ เพื่อที่จะแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของประชาชนในท้องถิ่นและกระทำการตามความคิดเห็นเหล่านั้นโดยผ่านองค์กรตัวแทน ซึ่งมีอำนาจทางปกครองและทางการเงินเป็นของตนเองต่างไปจากส่วนกลาง

การกระจายอำนาจทางปกครองมีวัตถุประสงค์แรกที่สุดในเชิงการเมือง การกำกับดูแลที่รัฐกระทำต่อองค์กรเหล่านี้ มีขึ้นเพื่อสนองตอบต่อลักษณะในเชิงการเมืองเช่นกัน การกำกับดูแล “ทางการเมือง” มีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมให้องค์การปกครองท้องถิ่นเคารพกรอบกติกาทางกฎหมาย ตลอดไปจนถึงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่วางไว้เพื่อกำหนดความเป็นอิสระขององค์กรปกครองท้องถิ่นเหล่านี้

อำนาจกำกับดูแลที่มีเหนือการปฏิบัติการต่าง ๆ ขององค์กรปกครองท้องถิ่นหรือที่เรียกว่า การกำกับกระทำ (Tutelle sur les Actes) จะเริ่มต้นขึ้นเมื่อกรอบกติกาต่าง ๆ ที่วางไว้ถูกละเมิด โดยมีการกระทำที่ขัดต่อบทกฎหมายเกิดขึ้น รัฐในฐานะผู้กำกับดูแลจะมีอำนาจยกเลิกเพิกถอนการกระทำที่อยู่นอกอำนาจเช่นนั้นได้ แต่รัฐจะไม่สามารถดำเนินการใด ๆ โดยอ้างอำนาจกำกับดูแลได้เลย หากการกระทำขององค์กรปกครองท้องถิ่น ถูกต้องตามระเบียบ ข้อบังคับ หรือกฎหมาย ถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะมีลักษณะไม่สมเหตุผล ฟุ่มเฟือย หรือปราศจากผลตอบแทนที่คุ้มค่าในทางเศรษฐกิจ ลักษณะเช่นว่านี้ไม่อาจยอมรับได้สำหรับการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ ที่ต้อง

⁴⁸ สมชาย อาจองค์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 65.

ถือเอาการบรรลุเป้าหมายทางเศรษฐกิจเป็นตัวกำหนดหาใช้ระเบียบคำสั่งต่าง ๆ ที่ออกมา เพื่อควบคุมความถูกต้องของการกระทำดังที่เป็นอยู่ในการกำกับดูแลทางปกครอง

หลักทั่วไปของการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ การตัดสินใจที่สำคัญ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรกำกับดูแลก่อนเสมอ แต่ขณะเดียวกันก็มีไว้ว่า การตัดสินใจทุกเรื่องจำเป็นจะต้องผ่านความเห็นชอบก่อน เพราะการดำเนินการทางเศรษฐกิจไม่อาจรื้อหรือประวิงเวลาการตัดสินใจไว้ได้ในทุก ๆ เรื่องหรือทุก ๆ ครั้ง หากแต่ต้องการการตัดสินใจที่ฉับไวและทันเหตุการณ์ ดังนั้น การจะต้องได้รับความเห็นชอบจึงจะต้องจำกัดไว้เฉพาะการตัดสินใจในเรื่องที่มีความสำคัญจริง ๆ เช่น การตัดสินใจลงทุนครั้งใหญ่ การตัดสินใจที่จะมีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะ หรือการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการในกรณีที่เป็นบริการสาธารณะ เป็นต้น

อำนาจกำกับดูแลต่อผู้บริหารขององค์กรกระจายอำนาจ หรือที่เรียกว่า การกำกับดูแลเหนือบุคคล (Tutelle sur les Personnes) ในการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ รัฐจะต้องทรงไว้ซึ่งอำนาจอย่างกว้างขวางในการแต่งตั้ง ถอดถอนผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ เพราะความเป็นอิสระขององค์กรเหล่านี้ เกิดขึ้นจากเหตุผลทางเทคนิค จากการจัดองค์กร แยกต่างหากไปจากฝ่ายปกครองเพื่อความคล่องตัวในการดำเนินงานเท่านั้น หากใช้ความเป็นอิสระในเชิงการเมืองดังเช่นที่เป็นอยู่ในองค์กรปกครองท้องถิ่น ซึ่งมีผู้บริหารมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และรัฐจำต้องเคารพในหลักเกณฑ์ของความเป็นอิสระ เกี่ยวกับผู้บริหารขององค์กรปกครองท้องถิ่นในระดับที่มากกว่ากรณีของรัฐวิสาหกิจ

ลักษณะที่ได้กล่าวมาทำให้เห็นความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่าง การกำกับดูแลทางเศรษฐกิจต่อรัฐวิสาหกิจกับการกำกับดูแลทางปกครองซึ่งรัฐกระทำต่อ องค์กรปกครองท้องถิ่น

2.5 ลักษณะเฉพาะของการกำกับดูแลองค์การมหาชนอิสระ

การมีสถานะเป็นนิติบุคคลขององค์การมหาชนอิสระ ไม่ได้ทำให้องค์การมหาชนอิสระเป็นอิสระแยกตัวอย่างไม่มีความสัมพันธ์กับรัฐหรือองค์กรปกครองท้องถิ่นอย่างเด็ดขาด ในทางปฏิบัติความสัมพันธ์ระหว่างองค์การมหาชนกับรัฐ หรือ องค์กรปกครองท้องถิ่นยังอยู่ใกล้ชิด เพียงแต่เปลี่ยนความสัมพันธ์จาก “อำนาจบังคับ

บัญชา” มาเป็น “อำนาจควบคุมกำกับ” เท่านั้น อำนาจบังคับบัญชาเกิดจากความจำเป็นในการบังคับให้เป็นไปตามกฎระเบียบ สำหรับการปกครองภายในขององค์กรจัดทำบริการสาธารณะหรือฝ่ายปกครอง อำนาจเช่นนี้มุ่งไปที่การที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการได้ทุกประการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ รวมไปถึงการที่จะเพิกถอนเปลี่ยนแปลงหรือกระทำการแทนในเรื่องที่ผู้ใต้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องปฏิบัติหรือได้ปฏิบัติไปแล้วอีกด้วย⁴⁹

องค์การมหาชนอิสระมีความเป็นอิสระภายใต้กรอบของกฎหมายจัดตั้ง มีองค์กรเจ้าหน้าที่ทางปกครองคอยดูแล การกำกับดูแลที่รัฐปฏิบัติต่อองค์การมหาชนอิสระ มีความแตกต่างไปจากการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจที่ใช้กับรัฐวิสาหกิจ และต่างไปจากการกำกับดูแลทางปกครองที่ใช้กับองค์การปกครองท้องถิ่นและอาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีพิเศษเฉพาะที่อาจเรียกได้ว่าเป็นการกำกับดูแลกึ่งบังคับบัญชา (Tutelle Quasi-hiérarchique) อันเนื่องมาจากลักษณะของการกำกับดูแลประเภทนี้มีความใกล้เคียงกับการควบคุมบังคับบัญชาเป็นอย่างมาก การกำกับดูแลต่อองค์การมหาชนอิสระในรูปแบบนี้มีขึ้นเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่รัฐยอมให้ความเป็นอิสระ ด้วยการจัดตั้งองค์กรขึ้นนอกกระบบราชการปกติแก่องค์กรเหล่านี้ อันเนื่องมาจากเหตุผลพิเศษทางเทคนิคที่ประสงค์จะให้มืองค์กรอิสระมาดำเนินกิจกรรมที่อยู่นอกขอบเขตงานบริการสาธารณะดั้งเดิมของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะเป็นกรณี ๆ ไป เพื่อให้เกิดความคล่องตัว ซึ่งแม้จะกล่าวได้ว่าภารกิจที่องค์การมหาชนอิสระได้รับมอบหมายนี้จะแตกต่างไปจากงานปกครองดั้งเดิมบ้างก็ตามแต่มิได้แตกต่างมากจนเกิดคุณภาพใหม่ขึ้นจนถึงกับทำให้องค์กรที่รับผิดชอบกลายเป็นองค์กรพิเศษแตกต่างไปจากฝ่ายปกครองอย่างสิ้นเชิง ดังกรณีของรัฐวิสาหกิจ หากแต่ยังคงเป็นองค์กรพิเศษภายในฝ่ายปกครองนั่นเอง ดังนั้น การกำกับดูแลองค์การมหาชนอิสระนี้จึงมีลักษณะสำคัญ ๆ ใกล้เคียงกับการควบคุมบังคับบัญชาเป็นอย่างมาก

องค์การมหาชนอิสระหลายแห่งในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้รับความเป็นอิสระในการดำเนินงานโดยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ แต่เมื่อเวลาผ่านมาถึงปัจจุบันองค์กร

⁴⁹ สมชาย อาจองค์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

เหล่านั้นก็ต้องยอมรับรูปแบบการควบคุมแบบกึ่งบังคับบัญชา ที่ฝ่ายปกครองกำหนด ขึ้นใช้กับองค์การมหาชนอิสระใหม่ ๆ ที่เพิ่งจัดตั้งขึ้น

ภายในระบบองค์การมหาชนอิสระมีระดับการกำกับดูแลที่แตกต่างกัน ออกไปองค์กรบางกลุ่มอาจถูกควบคุมอย่างเข้มงวดไม่ต่างไปจากส่วนราชการ เนื่องจาก องค์กรเหล่านั้นเคยเป็นส่วนราชการมาก่อนแล้วได้รับการจัดตั้งเป็นองค์การมหาชน-อิสระในภายหลัง โดยมีสาเหตุมาจากความเหมาะสม ที่ควรจะต้องเป็นองค์กรเอกเทศต่าง ไปจากส่วนราชการ แต่ไม่มีเหตุผลความจำเป็นของเรื่องมาสนับสนุนความเป็นอิสระ องค์กรบางกลุ่มไม่ได้ถูกควบคุมอย่างเข้มงวด การกำกับดูแลเข้าใจถึงการกำกับดูแลทาง เศรษฐกิจมากขึ้น องค์การมหาชนอิสระเหล่านี้ได้ความเป็นอิสระด้วยเหตุผลความจำเป็น ของการเป็นอิสระอย่างแท้จริง ไม่ใช่เพียงสาเหตุเพราะความเหมาะสม เช่น โรงพยาบาล ต่าง ๆ ที่มีระบบบริหารภายในซับซ้อนต่างไปจากส่วนราชการแท้ ๆ มีรายได้จากการ ดำเนินงานของตนเองต่างไปจากงานปกครองทั่วไปหรือสถาบันค้นคว้าวิจัยทาง-วิทยาศาสตร์ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป การกำกับดูแลองค์การมหาชนอิสระ ทั้งในทางทฤษฎีและ ทั้งที่ปรากฏในบทกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง มีลักษณะใกล้เคียงกับการกำกับดูแลทาง ปกครองที่รัฐปฏิบัติต่อองค์การปกครองท้องถิ่น แต่เมื่อมีการปฏิบัติจริงกระบวนการ กำกับดูแลกลับใกล้เคียงกับการควบคุมบังคับบัญชาเป็นอย่างมาก

3. วิวัฒนาการเกี่ยวกับกิจการไปรษณีย์ของประเทศไทย

กิจการไปรษณีย์ของประเทศไทยจัดตั้งมาเป็นเวลากว่าหนึ่งร้อยปี มีวิวัฒนาการ เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพเศรษฐกิจ สังคมและความต้องการของประชาชน เป็นบริการ ที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม

3.1 การเปิดกิจการไปรษณีย์ในประเทศไทย

พัฒนาการด้านการติดต่อสื่อสารของประเทศไทย⁵⁰ น่าจะเริ่มต้นขึ้นในแผ่นดินพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 3 เปิดสัมพันธไมตรีทางการค้าโดยเสรีกับต่างประเทศ หลักฐานด้านการสื่อสารยุคใหม่ ปรากฏอย่างชัดเจนในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ที่รับอิทธิพลและวิทยาการด้านต่าง ๆ ของประเทศตะวันตกมาพัฒนาปรับปรุงประเทศให้ทันสมัย เปิดสัมพันธทางการทูต และลงนามในสนธิสัญญาเบาริ่ง ซึ่งเป็นสนธิสัญญาทางพระราชไมตรีและการค้าที่ประเทศไทยลงนามร่วมกับอังกฤษ ใน พ.ศ. 2398 และใช้เป็นแบบในการทำสนธิสัญญาทางไมตรีและพาณิชย์กับประเทศอื่น ๆ ในเวลาต่อมา

การติดต่อส่งข่าวสารกับต่างประเทศ เริ่มดำเนินการโดยชาวต่างประเทศ โดยประเทศอังกฤษได้จัดตั้งสถานกงสุลอังกฤษขึ้นที่กรุงเทพฯ เพื่อรับฝากจดหมายและไปรษณีย์ภัณฑ์ระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศผ่านทางเรือสินค้าไปยังเมืองสิงคโปร์ จากนั้นที่ทำการไปรษณีย์เมืองสิงคโปร์จึงแยกส่งต่อไปจุดหมายปลายทางในยุโรปหรือประเทศอื่น ๆ ต่อไป

ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงเห็นว่าพัฒนาการดังกล่าวทำให้ประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีการไปรษณีย์ขึ้น เพื่อใช้ติดต่อสื่อสารทั้งภายในและต่างประเทศ มีการนำแบบอย่างไปรษณีย์ของประเทศจีนและญี่ปุ่นมาปรับใช้กับการจัดตั้งกิจการไปรษณีย์ในประเทศไทย เริ่มแรกมีการออกประกาศการไปรษณีย์ฉบับแรกในวันที่ 28 กรกฎาคม 2424 ประกาศให้ราษฎรรับทราบว่าจะมีการจัดส่งหนังสือตามแบบประเทศที่เจริญแล้ว เพื่อให้บริการแก่ประชาชนและเป็นการสนับสนุนด้านการติดต่อค้าขายกับต่างประเทศ ขอความร่วมมือจากประชาชนช่วยให้ความสะดวกกับเจ้าหน้าที่ในการจัดทำบัญชีหมายเลขบ้าน และในวันเสาร์ที่ 4 สิงหาคม

⁵⁰ กรมไปรษณีย์โทรเลข, ข้ามขอบฟ้า หนังสือที่ระลึก 119 ปี (กรุงเทพฯ: ดาวฤกษ์, 2545), หน้า 20-56.

2426⁵¹ ได้ประกาศเปิดการไประณียอย่างเป็นทางการแจ้งให้ประชาชนทราบว่าเปิดเดินหนังสือเขตพระนครด้านเหนือถึงสามเสน ด้านใต้ถึงบางคอแหลม ด้านตะวันออกถึงสระประทุม ด้านตะวันตกถึงตลาดพลู เพื่อให้กิจการไประณียของประเทศไทยมีกฎหมายที่สมบูรณ์และเป็นที่ยอมรับของนานาชาติ

วันที่ 30 มิถุนายน 2428 ได้ประกาศใช้ “พระราชบัญญัติกรมไประณียสยาม จุลศักราช 1247”⁵² ซึ่งถือเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการไประณียฉบับแรกที่ตราเป็นพระราชบัญญัติตั้งกรมไประณีย เปิดให้บริการรับส่งไประณียภัณฑ์ให้แก่ประชาชน โดยมีหลักการเกี่ยวกับการให้อำนาจแก่กรมไประณียในการจัดการไประณียทั่วประเทศ รวมทั้งให้กรมไประณียมีสิทธิในการกำหนดอัตราค่าฝากส่งหนังสือต่าง ๆ การจัดทำดวงตราไประณียากรและความผิดอันเกิดจากการทำดวงตราปลอม ความรับผิดชอบของกรมไประณียเกี่ยวกับสิ่งของฝากส่งทางไประณียที่สูญหายหรือเสียหาย ความผิดเกี่ยวกับการเอาของสกปรก หรือของที่เป็นอันตรายใส่ในตู้ไประณีย สิทธิพิเศษของบุรุษไประณียผู้นำจ่าย และการให้ความคุ้มครองแก่ร้านจำหน่ายตราไประณียากร ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์แก่ผู้ให้และผู้ให้บริการควบคู่กันไปทั้ง 2 ฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นประชาชน เจ้าหน้าที่ หรือกรมไประณียเพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างเรียบร้อย เกิดผลดีแก่ส่วนรวม โดยมีข้อกำหนดในเรื่องต่าง ๆ คือ อำนาจในการรับส่งหนังสือ ปิดผนึก การป้องกันของหาย ความเป็นธรรมเกี่ยวกับผลประโยชน์ของกรมไประณีย การกำหนดโทษ อำนาจในการส่งหนังสือส่วนพระองค์ และการใช้ตราประทับปลอม

เมื่อกิจการไประณียมีความก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น บทกำหนดต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติกรมไประณียสยาม จุลศักราช 1247 ที่ใช้อยู่มีเนื้อหารายละเอียดไม่ครอบคลุมถึงการดำเนินงานที่เปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพสากลไประณีย กรมไประณียจึงได้จัดให้มีบริการไประณียระหว่างประเทศ มีการปรับปรุงกฎหมายและข้อบังคับต่าง ๆ และประกาศใช้กฎหมายฉบับใหม่

⁵¹ การสื่อสารแห่งประเทศไทย, 100 ปี การไประณียไทย (กรุงเทพฯ: ประยูรวงศ์, 2526), หน้า 65.

⁵² พระราชบัญญัติกรมไประณียสยาม จุลศักราช 1247 (พ.ศ. 2428).

ซึ่งดัดแปลงแก้ไขมาจากพระราชบัญญัติฉบับแรกในวันที่ 1 ตุลาคม 2440 เรียกชื่อว่า “พระราชกำหนดไปรษณีย์ รตนโกสินทร์ศก 116 (พ.ศ. 2440)”

3.2 กรมไปรษณีย์โทรเลข

เริ่มแรกบริการไปรษณีย์และบริการโทรเลข แยกต่างหากออกจากกันมิได้ รวมเป็นกรมเดียวกัน⁵³ กิจการไปรษณีย์มีกรมไปรษณีย์ดูแล ส่วนกิจการโทรเลขมีกรมกลาโหมดูแล พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงเห็นว่าการไปรษณีย์และการโทรเลขเป็นกิจการที่ต้องอาศัยซึ่งกันและกัน มีลักษณะใกล้เคียงกัน ต่างก็เป็นงานบริการประชาชนด้านการติดต่อสื่อสารและมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด เป็นงานประเภทเดียวกัน ซึ่งเป็นบริการสาธารณะทั้งสองบริการ เมื่อมีการตั้งกรมไปรษณีย์ขึ้นแล้ว จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้โอนกิจการโทรเลขทหารในสังกัดกรมกลาโหมรวมกรมไปรษณีย์กับกรมโทรเลข เป็นกรมเดียวกันเรียกว่า “กรมไปรษณีย์โทรเลข” และยังให้รวมที่ทำการไปรษณีย์ และที่ทำการโทรเลขเข้าไว้ด้วยกัน เรียกว่าที่ทำการไปรษณีย์โทรเลข ในปี พ.ศ. 2441 เพื่อความสะดวกในการปฏิบัติงาน การบริหารงาน และเป็นการประหยัดงบประมาณแผ่นดินในการว่าจ้างบุคลากรและสถานที่ทำงาน โดยออกเป็นประกาศกระทรวงโยธาธิการลงวันที่ 19 กรกฎาคม 2441 ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของกิจการทางด้านการสื่อสารของประเทศไทย เพื่อให้เกิดประโยชน์ทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม สามารถเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานให้ครอบคลุมได้ทั่วประเทศ

เมื่อมีการรวมกิจการไปรษณีย์โทรเลขแล้ว กิจการไปรษณีย์ของประเทศไทย ได้จัดตั้งขึ้นในรูปของหน่วยงานราชการมีฐานะเป็นกรม ลักษณะงานการให้บริการของกรมไปรษณีย์โทรเลขที่ผ่านมาเป็นบริการเพื่อสาธารณะประโยชน์ มีหน้าที่อำนวยความสะดวกแก่ประชาชนทั่วไป ทั้งในด้านการไปรษณีย์ โทรคมนาคม และบริการการเงิน จึงเป็นกิจการที่มีความจำเป็นต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเป็นอย่างมาก

⁵³ กรมไปรษณีย์โทรเลข, เรื่องเดิม, หน้า 20-56.

ต่อมาได้มีการแยกหน่วยงานบางหน่วยในกรมไปรษณีย์โทรเลขออกมาจัดตั้งเป็นหน่วยงานใหม่ขึ้น ได้แก่ ธนาคารออมสิน กองทะเบียนวิทยุและกระจายเสียง บริษัทวิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด และองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย

กิจการไปรษณีย์ได้ปรับปรุงให้ดีขึ้นเรื่อยมา ปี พ.ศ. 2476 กิจการด้านพาณิชยกรรมของประเทศไทยได้มีการพัฒนาเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก ทำให้กฎหมายไปรษณีย์ที่ใช้บังคับอยู่มีความล้าหลังไม่เหมาะสมกับการพาณิชยกรรม จึงมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการไปรษณีย์ให้เกิดความสะดวกแก่ประชาชนและเหมาะสมกับยุคสมัยมากขึ้น จึงมีการตรา “พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พุทธศักราช 2477” ขึ้นให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2477 เป็นต้นมา กฎหมายดังกล่าวประกอบด้วย 12 หมวด ได้แก่ บทวิเคราะห์ศัพท์ อำนาจสิทธิเด็ดขาด ไปรษณียากร ตราไปรษณียากร การรับและการส่งไปรษณีย์ภัณฑ์ การลงทะเบียนและการประกัน ไปรษณีย์ภัณฑ์ส่งไม่ได้ ถุงไปรษณีย์ทางเรือ สิทธิพิเศษในการรับส่งไปรษณีย์ภัณฑ์ ฐานนิติ การตรวจค้น จับกุม ฟ้องร้อง บทลงโทษและการรักษาการตามกฎหมาย และในปี พ.ศ. 2483 กรมไปรษณีย์โทรเลขได้ดำเนินการเปิดบริการเช็คไปรษณีย์ขึ้น จึงได้มีการเสนอขอเพิ่มเติมความในพระราชบัญญัติไปรษณีย์ พุทธศักราช 2477 ให้ถูกต้องสมบูรณ์ตามความเป็นจริง โดยให้ยกเลิกและบัญญัติความใหม่ในมาตรา 4 (10) และเพิ่มอนุมาตรา 13 ของมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติไปรษณีย์ พุทธศักราช 2477 ซึ่งแก้ไขคำจำกัดความของไปรษณีย์ภัณฑ์ จาก “ไปรษณีย์ภัณฑ์ หมายความว่าจดหมายไปรษณีย์บัตร ไปรษณีย์บัตรตอบรับ หนังสือกิตติยคดี ตัวอย่าง หรือแบบสินค้าของดีพิมพ์ทุกชนิด หนังสือพิมพ์ลงทะเบียน ห่อจดหมาย ห่อพัสดุ ฐานนิติ หรือวัตถุอย่างอื่นที่นำมาใช้ในการสื่อสารทางไปรษณีย์” เป็น “ไปรษณีย์ภัณฑ์ หมายความว่าจดหมาย ไปรษณีย์บัตร ไปรษณีย์บัตรตอบรับ หนังสือกิตติยคดี ตัวอย่างหรือแบบสินค้าของดีพิมพ์ทุกชนิด หนังสือพิมพ์ลงทะเบียน ห่อจดหมาย ห่อพัสดุ ฐานนิติ เช็คไปรษณีย์หรือวัตถุอย่างอื่นที่นำมาใช้ในการสื่อสารไปรษณีย์” และอนุมาตรา 13 ของมาตรา 4 ได้เพิ่มความหมายของคำว่า เช็คไปรษณีย์ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติไปรษณีย์ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2483

ต่อมาปี พ.ศ. 2504 ประเทศไทยได้ประสบปัญหาการขาดความคล่องตัวในการดำเนินงาน จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติทุนไพบูลย์ พ.ศ. 2504 ใช้บังคับเพื่อให้กิจการด้านไพบูลย์โทรเลขมีความคล่องตัวทางการเงินมากขึ้น สามารถนำรายได้ทั้งหมดเข้าเป็นทุนไพบูลย์ ตลอดจนคงสิทธิของข้าราชการ กรมไพบูลย์โทรเลข ตามระเบียบข้าราชการพลเรือนมีผลทำให้กรมไพบูลย์โทรเลขมีความคล่องตัวในการใช้จ่ายเงินมากขึ้น แยกการเงินออกมาเป็นอิสระไม่ต้องใช้งบประมาณรายจ่ายจากงบประมาณของประเทศ

3.3 การสื่อสารแห่งประเทศไทย

ตั้งแต่ประเทศไทยจัดตั้งกิจการไพบูลย์ในปี พ.ศ. 2426 สภาพของกิจการได้เปลี่ยนแปลงไปตามวิวัฒนาการจนมีความเจริญก้าวหน้า แต่ระบบการบริหารงานยังคงถือปฏิบัติแบบเดียวกับกระทรวง ทบวง กรม ฝ่ายพลเรือนโดยทั่วไป ถึงแม้จะมีการตราพระราชบัญญัติทุนไพบูลย์ พ.ศ. 2504 ใช้บังคับแล้ว กิจการไพบูลย์โทรเลขยังคงมีปัญหาอุปสรรค การบริหารงานต้องการความเป็นอิสระ ขาดความคล่องตัว ติดขัดระเบียบปฏิบัติ

การบริหารงานของกรมไพบูลย์โทรเลขมีลักษณะต่างจากหน่วยงานราชการทั่วไป คือ มีลักษณะเป็นงานพาณิชย์ มีรายได้มาจากการขายบริการและรายจ่ายทั้งหมดจ่ายจากเงินทุนของตนเอง คือ เงินทุนไพบูลย์ มิใช่เงินงบประมาณแผ่นดินที่มาจากภาษีอากรของประชาชนเหมือนกับหน่วยงานราชการอื่น ๆ แต่กลับถูกควบคุมและปฏิบัติตามขั้นตอนของทางราชการ โดยไม่คำนึงเหตุผลและความแตกต่างของลักษณะงาน ทำให้เกิดความล่าช้าและเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนากิจการไพบูลย์โทรเลขอย่างมาก ข้าราชการ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และหน่วยงานต่าง ๆ โดยเฉพาะกระทรวงคมนาคม ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบและผู้ควบคุมบังคับบัญชากรมไพบูลย์โทรเลข จึงได้มีแนวความคิดที่จะผลักดัน ขอเปลี่ยนแปลงปรับปรุงการบริหารงานของกิจการไพบูลย์ต่อเนื่องมาตลอด จนเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน พ.ศ. 2519 สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีมติเห็นชอบให้มีการตราพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย

พ.ศ. 2519 และได้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวลงพระปรมาภิไธย เมื่อวันที่ 21 กันยายน พ.ศ. 2519

พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 มีวัตถุประสงค์เพื่อ ดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคมของ ประเทศไทย แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้ยกเลิกพระราชบัญญัติไปรษณีย์ พุทธศักราช 2477 จึงทำให้ยังมีผลใช้บังคับอยู่เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่ง พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 โดยแก้ไขคำบางคำใน พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ. 2477 เช่น คำว่า “กรม” และ “กรมไปรษณีย์โทรเลข” ให้ หมายความว่า “การสื่อสารแห่งประเทศไทย” สาระสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ประกอบด้วย 5 หมวด คือ การจัดตั้งทุนและเงินสำรอง การกำกับ การควบคุม และการ จัดการ ความสัมพันธ์กับรัฐบาล การอุทธรณ์และการสงเคราะห์ การบัญชี การสอบและ การตรวจ และให้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติทุนไปรษณีย์ พ.ศ. 2504 โดยโอนกิจการ ทรัพย์สิน หนี้สิน สิทธิ หน้าที่ความรับผิดชอบและความผูกพันต่าง ๆ เงินทุนไปรษณีย์ ข้าราชการและลูกจ้างจากกรมไปรษณีย์โทรเลขส่วนใหญ่ในระดับปฏิบัติการให้อยู่ใน ความรับผิดชอบของการสื่อสารแห่งประเทศไทย

3.4 บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด

รัฐได้มีนโยบายแปลงสภาพการสื่อสารแห่งประเทศไทย โดยจัดทำแผน-แม่บทการพัฒนากิจการโทรคมนาคมกำหนดให้ การสื่อสารแห่งประเทศไทย แบ่งออกเป็น 2 บริษัท ประกอบด้วย บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด และบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด แยกบทบาทขององค์กรกำกับดูแลและองค์กรระดับบริการเพื่อ เปิดเสรีธุรกิจโทรคมนาคม และแปรรูปการสื่อสารแห่งประเทศไทยให้มีการเพิ่มบทบาท ภาคเอกชน ปี พ.ศ. 2540 ประเทศไทยได้ประสบปัญหาวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจของ ประเทศ รัฐบาลจึงได้ขอรับความช่วยเหลือทางด้านวิชาการและการเงินจากกองทุน การเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund) หรือ IMF ซึ่งกำหนดเงื่อนไขไว้ในหนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent) โดยรัฐบาลได้ให้การรับรองต่อ IMF ว่าจะ เร่งแปรรูปรัฐวิสาหกิจ เพื่อเป็นการลดภาระของรัฐในการสนับสนุนทางการเงินแก่

รัฐวิสาหกิจ และจะเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมลงทุน หรือเพิ่มบทบาทให้กับภาคเอกชน เพื่อให้เข้ามาร่วมดำเนินกิจการกับภาครัฐวิสาหกิจในรูปแบบต่าง ๆ มากขึ้น ประกอบกับประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) และร่วมทำความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อเปิดตลาดการค้าเสรี (Liberalisation) อย่างเต็มที่

ปี พ.ศ. 2546 รัฐบาลได้มีการแปลงสภาพการสื่อสารแห่งประเทศไทยโดยอาศัยอำนาจ ตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วย การสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2546 ให้ยกเลิกตั้งแต่วันที่ 14 สิงหาคม 2546 โดยจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) และบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สังกัดกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (Ministry of Information and Communication Technology) โดยมีกระทรวงการคลังถือหุ้น 100 เปอร์เซ็นต์ เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ. 2546 รัฐบาลได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ออกพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด พ.ศ. 2546 เพื่อโอนกิจการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการไปรษณีย์ของการสื่อสารแห่งประเทศไทยให้แก่บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด เนื่องจากในระยะแรกบริษัทยังมีความจำเป็นต้องได้รับอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ เช่นเดียวกับการสื่อสารแห่งประเทศไทยได้รับตามพระราชบัญญัติไปรษณีย์ พุทธศักราช 2477

พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พุทธศักราช 2477 มาตรา 22 บัญญัติให้อธิบดีจัดทำไปรษณียนิเทศ เพื่อใช้ประกอบพระราชบัญญัติ และให้มีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไข ตัดทอน เพิ่มเติม หรือยกเลิกเพิกถอนเสียได้เป็นคราว ๆ และตามคำนิยามใน มาตรา 4 (12) ไปรษณียนิเทศ หมายถึง สมุด กฏ ข้อบังคับ คำสั่งหรือประกาศว่าด้วยการไปรษณีย์ทั่วไป อันพึงต้องปฏิบัติตามความในพระราชบัญญัตินี้หรือตามสัญญาสากลไปรษณีย์ ด้วยเหตุที่สหภาพสากลไปรษณีย์ มีการประชุมใหญ่ทุก ๆ ระยะเวลา 4 ปี ซึ่งในการประชุมแต่ละครั้งจะมีการแก้ไข ปรับปรุงอนุสัญญาสากลไปรษณีย์

ระเบียบปฏิบัติแห่งอนุสัญญาฯ ตลอดจนพิธีสารที่เกี่ยวข้อง เมื่อได้มีการประกาศใช้ อนุสัญญาสากลไพรินซ์ ประเทศไทยจะมีการปรับปรุง แก้ไขไพรินซ์นิเทศ เพื่อให้ สอดคล้องกับอนุสัญญาสากลไพรินซ์ ไพรินซ์นิเทศฉบับที่ใช้ปัจจุบัน คือ ไพรินซ์นิเทศ พ.ศ. 2553 ซึ่งคณะกรรมการกิจการไพรินซ์ กระทรวงเทคโนโลยี-สารสนเทศและการสื่อสาร ประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2553 ดังนั้น กฎหมายที่ใช้ บังคับในการให้บริการไพรินซ์ปัจจุบัน ประกอบด้วย พระราชบัญญัติ ไพรินซ์ พุทธศักราช 2477 พระราชกฤษฎีกากำหนด อำนาจ สิทธิ และประโยชน์บริษัท ไพรินซ์ไทย จำกัด พ.ศ. 2546 ไพรินซ์นิเทศ ซึ่งเป็น กฎ ข้อบังคับที่ออกโดยอาศัย อำนาจตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติไพรินซ์ พุทธศักราช 2477⁵⁴

⁵⁴ไพรินซ์นิเทศ พ.ศ. 2553.