

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

วิทยานิพนธ์นี้ได้ทำการศึกษาเขตอำนาจศาลปกครอง กรณีความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง เพราะมีปัญหาจากหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยว่าการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานทางปกครองได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกนั้น ควรจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรม โดยพิจารณาจากหลักกฎหมายไทย หลักกฎหมายต่างประเทศ คำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด คำพิพากษาศาลฎีกา คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ซึ่งแม้ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้เพิ่มเติม แต่ก็ต้องใช้ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดและทฤษฎีบริการสาธารณะ ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกันไป ทำให้มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลที่อาจกระทบสิทธิของคู่สัญญา โดยเฉพาะฝ่ายเอกชนบุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายจากการบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงของหน่วยงานทางปกครองที่จะต้องจัดให้มีการบริการสาธารณะ จึงต้องแสวงหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนควบคู่กับการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้ ผู้เขียนจึงขอสรุปผลการศึกษาโดยสังเคราะห์ปัญหาต่างๆ ที่ค้นพบเพื่อใช้วินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้างในระบบกฎหมายไทยต่อไป ดังนี้

6.1 บทสรุป

6.1.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง

จากการศึกษาพบว่า ประเทศที่ศาลเป็นระบบศาลคู่ มีการแยกศาลปกครองออกจากระบบศาลยุติธรรม โดยแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งและแยกระบบกฎหมายออกเป็นระบบกฎหมายเอกชน ที่มีศาลยุติธรรมมีอำนาจเหนือคดีทั่วไป และระบบกฎหมายมหาชนที่มีศาลปกครอง เป็นองค์กรตุลาการศาลปกครองมีอำนาจเหนือคดีปกครองทุกประเภท รวมทั้งคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ภายใต้ระบบศาลคู่จะมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดที่ต้องใช้ทฤษฎีและ

หลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้น วินิจฉัยแยกความรับผิดชอบละเมิดในทางปกครองออกจากความรับผิดชอบละเมิดในทางแพ่งเพื่อแยกเขตอำนาจศาล ซึ่งหลายประเทศมีปัญหาเรื่องหลักที่จะใช้และการปรับใช้ทฤษฎี รวมทั้งประเทศไทยที่แยกระบบศาล และระบบกฎหมายไม่นานนัก พัฒนาการทางทฤษฎีและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายจึงยังมีข้อจำกัดอยู่มาก

ระบบกฎหมายมหาชน กิจกรรมของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่สำคัญยิ่ง ก็คือการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งกิจกรรมของฝ่ายปกครองบางประเภทใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือ โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่ใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองมีทั้งกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำเองโดยตรง เนื่องจากเป็นเรื่อง โครงสร้างความเป็นอยู่และความมั่นคงปลอดภัยพื้นฐาน ซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐเองไม่อาจมอบหมายให้เอกชนจัดทำแทนได้ วิธีการดำเนินงานจัดทำบริการสาธารณะจึงใช้อำนาจเหนือทางกฎหมายที่มีอยู่ รวมทั้งการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ซึ่งล้วนแต่เป็นการใช้อำนาจเหนือฝ่ายเดียวเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองอาจใช้วิธีการมอบหมายให้องค์กรของรัฐประเภทอื่น หรือบุคคล หรือนิติบุคคลภาคเอกชน จัดทำบริการสาธารณะแทนได้ เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันเจริญก้าวหน้าไปอย่างมาก ประชากรของประเทศมีจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ กิจกรรมของรัฐหรือฝ่ายปกครองจึงขยายตัวมากขึ้น ตามความเจริญของเศรษฐกิจ สังคมและจำนวนประชากร ทำให้โดยสภาพแล้วฝ่ายปกครองเองไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะตอบสนองความต้องการของส่วนรวมได้อย่างทั่วถึงและรวดเร็วได้ การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองจึงมีลักษณะของการทำสัญญาตกลงมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคต่าง ๆ ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองอาจทำสัญญามอบหมายตามกฎหมายเกณฑ์ที่ใช้ในระบบกฎหมายเอกชน เช่น สัญญาจ้างทำของ และสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น หรืออาจทำสัญญาตามกฎหมายเกณฑ์ที่ใช้ในระบบกฎหมายมหาชนมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทน เช่น การให้สัมปทานต่าง ๆ ที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ หรือสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นต้น

การที่หน่วยงานทางปกครองทำสัญญามอบหมายหรือว่าจ้างให้เอกชนซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนตน อันเป็นกรณีที่เอกชนซึ่งเป็นผู้รับจ้างได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองแทนหน่วยงานทางปกครอง และหน่วยงานทางปกครองเป็นผู้มีอำนาจกำกับหรือดูแลการทำงานตามที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ กำหนดขอบอำนาจในการดำเนินการของหน่วยงานทางปกครอง เช่น สัญญาจ้างเอกชนก่อสร้างถนน สะพาน วางท่อประปาหรือเสาไฟฟ้า หากเอกชนคู่สัญญาได้

กระทำการดังกล่าวแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก จึงมีปัญหาคำคัญอันควรแก่การพิจารณาว่าลักษณะทางกฎหมายของสัญญาจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเอกชนผู้รับจ้างนั้นเป็นอย่างไร บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหาย จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในมูลละเมิดจากเอกชนผู้รับจ้างตามสัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือเรียกร้องจากหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้าง หรือเรียกร้องได้ทั้งเอกชนผู้รับจ้างและหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้าง และจะยื่นฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง ศาลฎีกา และคำวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ดังที่กล่าวมาข้างต้น เห็นว่ายังมีความไม่ชัดเจนกรณีที่ผู้รับจ้างจากหน่วยงานทางปกครองกระทำละเมิด ผู้เสียหายต้องใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลไหน เนื่องจากยังมีการตีความลักษณะของสัญญา นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา เนื้อหาของสัญญาแตกต่างกัน

6.1.2 ปัญหาที่เกี่ยวกับความหลากหลายของสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้าง

โดยปกติแล้วการที่หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างมอบหมายให้เอกชนผู้รับจ้างเข้าจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญาแทนตนนั้น สัญญาที่ทำกับเอกชนผู้รับจ้าง อาจทำได้ทั้งสัญญาทางแพ่ง ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นในรูปของสัญญาจ้างทำของ หรือในบางกรณีอาจทำในรูปของสัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาอีกประเภทหนึ่ง คือ สัญญาทางปกครอง

การที่หน่วยงานทางปกครองทำสัญญากับเอกชนให้ก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ เช่น สร้างสะพาน ถนน หรือวางท่อประปาหรือเสาไฟฟ้า และได้กระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกนั้น สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานทางปกครอง ดังนั้น สัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาที่เข้าหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครอง เพราะมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายนั้น มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน อันเกิดจากการกระทำละเมิดของเอกชนผู้รับจ้างตามสัญญาจัดทำบริการสาธารณะ หรือเรียกร้องจากหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างตามสัญญาดังกล่าว หรือเรียกร้องได้ทั้งจากเอกชนผู้รับจ้างและหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้าง โดยยื่นฟ้องเป็นคดีพิพาทต่อศาลปกครอง

ระบบสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่เกิดปัญหาขึ้นหลายประการต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ปัญหาที่เกิดขึ้นตั้งแต่การที่กฎหมายทั้งหลายที่ได้นำมาใช้ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้อย่างชัดเจน เมื่อเปรียบเทียบกับการทำสัญญาของเอกชน ที่จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายแพ่งทำให้การตีความลักษณะของสัญญาแตกต่างกัน ส่งผลให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดี

และเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด คำพิพากษาศาลยุติธรรม และ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะนี้ ยังมีแนวทางการเห็นแตกต่างกัน ดังนั้น หากมีแนวทางที่ชัดเจนแน่นอนก็จะทำให้ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากผู้รับจ้างลดน้อยลง ไปจึงเป็นประเด็นสำคัญที่น่าสนใจทางกฎหมาย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หลังจากที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาแล้ว ปัญหาที่มักเข้าไปสู่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลคือ สัญญาที่จัดทำระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้าง มีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือเป็นสัญญาทางปกครอง หากเป็นสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบและไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือก็สมบูรณ์เป็นสัญญาจ้างทำของ เมื่อทำสัญญาจ้างทำของแล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “ผู้ว่าจ้าง” และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “ผู้รับจ้าง” ผู้ว่าจ้างมีหน้าที่มอบหมายงานให้แก่ผู้รับจ้างไปทำโดยที่ผู้ว่าจ้างไม่มีสิทธิออกคำสั่งหรือควบคุมการปฏิบัติงานของผู้รับจ้าง ผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องทำงานในสิ่งที่ผู้ว่าจ้างมอบหมายให้สำเร็จ ผู้รับจ้างมีอิสระในการทำงาน เมื่อผู้รับจ้างทำการงานสำเร็จ ผู้ว่าจ้างจะต้องจ่ายสินจ้างเพื่อผลสำเร็จในงานที่ได้มอบหมายนั้น การงานที่ผู้ว่าจ้างบางอย่างอาจเป็นงานที่เป็นอันตรายหรือเป็นงานที่มีความเสี่ยงสูงซึ่งอาจทำให้บุคคลภายนอกต้องเผชิญกับความเสียหายต่ออันตรายต่าง ๆ ในระหว่างที่มิการทำงานที่ผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างทำของ หากมีความเสียหายเกิดขึ้นอำนาจการพิจารณาพิพากษาจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม และสัญญาจ้างแรงงาน ความรับผิดชอบตามสัญญาจ้างแรงงานนั้นอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างเกี่ยวข้องกับการพิจารณาความรับผิดชอบของลูกจ้าง อันเกิดจากการกระทำโดยประมาทที่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อบุคคลที่สามด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า หากหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะทำสัญญาจ้างแรงงานให้เอกชนรับจ้างเข้าทำงานแทน หน่วยงานทางปกครองต้องร่วมกันรับผิดชอบกับเอกชนลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง เนื่องจากลูกจ้างอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างเสมอ หากมีความเสียหายเกิดขึ้นในระหว่างการทำงานที่ผู้ว่าจ้างหน่วยงานทางปกครองย่อมต้องร่วมรับผิดชอบด้วยเสมอ เว้นแต่ เป็นกรณีที่ความเสียหายไม่อยู่ในระหว่างการทำงานที่ผู้ว่าจ้างหรือนอกขอบเขตงานที่จ้าง

แต่หากเป็นสัญญาทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบการทำงานในลักษณะที่สามารถจำกัดอิสระในการเลือกวิธีการทำงานของเอกชนผู้รับจ้าง โดยสามารถระบุให้ผู้รับจ้างทำงานตามวิธีการหรือทำงานตามรายละเอียดที่ผู้ว่าจ้างกำหนดได้

ไม่ว่าจะเป็นเพราะสัญญาให้สิทธิแก่ผู้ว่าจ้างไว้โดยชัดแจ้ง หรือเพราะการกระทำของหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างเองในทางปฏิบัติ กรณีที่มีการว่าจ้างงานซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสาธารณชน หากเกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกเนื่องมาจากการทำงานที่ว่าจ้างนั้น หน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดชอบเมื่อหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ตามกฎหมายในการควบคุมบังคับบัญชา ตรวจตรา กำกับดูแลความเรียบร้อยหรือใช้ความระมัดระวังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น อำนวยการพิจารณาพิพากษาจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังนั้นปัญหาที่เกี่ยวกับความหลากหลายของสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างกับเอกชน ผู้รับจ้างจึงทำให้เกิดปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาลตามมาอีกด้วย

6.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะของกลุ่มสัญญาและอำนาจหน้าที่ของผู้รับจ้างตามสัญญา

เดิมงานก่อสร้างงานโยธาสาธารณะเป็นภารกิจของหน่วยงานทางปกครองเป็นผู้ดำเนินการ แต่เมื่อเวลาผ่านไป รัฐได้พยายามถ่ายโอนภารกิจให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทน ดังนั้น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญาและความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายแต่ละประเทศบัญญัติไว้ โดยเฉพาะเรื่องสถานะของกลุ่มสัญญา เป็นปัญหาที่ทำให้เกิดความแตกต่างในเรื่องของความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครอง

โดยที่กรณีตามปัญหาที่ต้องการศึกษานี้ได้ทำการศึกษากรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างซึ่งหน่วยงานทางปกครองได้ทำสัญญาว่าจ้างให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานทางปกครอง เช่น การว่าจ้างให้สร้างถนน สร้างสะพาน หรือว่าจ้างให้ขุดลอกร่องน้ำ คูคลอง เป็นต้น ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาจ้างทำของตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น” จากบทบัญญัติดังกล่าว จึงเห็นได้ว่านิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างอาจเป็นได้ทั้งสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาจ้างแรงงาน โดยที่สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีสองฝ่าย คือ ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง โดยมีสาระสำคัญของสัญญาคือมุ่งผลสำเร็จของงานนั้น และความสัมพันธ์ของผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างก็เป็นเพียงคู่กรณีในสัญญาเท่านั้น ผู้ว่าจ้างไม่มีสิทธิออกคำสั่งแก่ผู้รับจ้างและไม่มีอำนาจบังคับบัญชาผู้รับจ้างดังเช่นนายจ้างที่มีสิทธิออกคำสั่งให้ลูกจ้างปฏิบัติตามสัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของจึงแตกต่างจากสัญญาจ้างแรงงานตรงที่สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาซึ่งมุ่งผลสำเร็จของงานที่ว่าจ้างเป็นสำคัญ ความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างทำของก็เป็นความรับผิดชอบของการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของตนเอง

ส่วนสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 สาระสำคัญ จะอยู่ที่ตัวลูกจ้างเป็นสำคัญ คือ ต้องการใช้แรงงานมิได้มุ่งผลสำเร็จของงานอย่างสัญญาจ้างทำของ หลักใหญ่ที่ชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างทำของกับสัญญาจ้างแรงงาน คือ ผู้รับจ้าง ในสัญญาจ้างทำของ ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของผู้ว่าจ้างทำของเหมือนลูกจ้างต้องอยู่ใต้บังคับ บัญชาของนายจ้าง ส่วนความรับผิดชอบของนายจ้างในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้างในทางการที่จ้างนั้น ความเกี่ยวพันของนายจ้างและลูกจ้างมีอยู่ระหว่างบุคคลซึ่งบุคคลหนึ่งมีคำสั่งและควบคุมงาน ซึ่งทำโดยบุคคลอีกบุคคลหนึ่ง นายจ้างไม่เพียงแต่จัดผลสำเร็จของตนให้แก่คนงาน แต่ยังสั่งให้ ลูกจ้างทำงานตามวิธีที่ตนต้องการอีกด้วยไม่ว่าเวลาใด ลูกจ้างเป็นบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้คำสั่งของ นายจ้างเกี่ยวกับวิธีซึ่งตนต้องทำงาน และทำงานภายใต้การควบคุมดูแลของนายจ้างเชื่อฟังคำสั่งของ นายจ้างตลอดเวลา ซึ่งต่างจากสัญญาจ้างทำของที่ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างมิได้มีความสัมพันธ์กันแต่มุ่ง ผลสำเร็จของงานนั้น เมื่อได้มอบหมายงานใดไปแล้ว ผู้ว่าจ้าง ไม่มีสิทธิไปออกคำสั่งหรือควบคุม การปฏิบัติงานของผู้รับจ้าง และไม่สามารถสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานตามวิธีที่ตนต้องการได้ ผู้รับจ้าง ไม่อยู่ภายใต้คำสั่งของผู้ว่าจ้างเกี่ยวกับวิธีซึ่งตนต้องทำงาน ไม่ต้องถูกควบคุมดูแลหรือต้องฟังคำสั่ง ชี้ขาดของผู้ว่าจ้างอย่างลูกจ้าง ส่วนความรับผิดชอบของนายจ้างในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างในทางการที่ จ้างนั้น ก็เป็นเพราะนายจ้างเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์แห่งการงานนั้นเอง ผลเสียหายเกิดขึ้นจากการ กระทำของลูกจ้างที่มีความตั้งใจที่จะอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของนายจ้าง นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบ ถ้าหากสิ่งที่ปฏิบัติไปนั้นอยู่ในขอบเขตของงานที่จ้าง

6.2 ข้อเสนอแนะ

6.2.1 ข้อเสนอแนะปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในความรับผิดชอบทางละเมิด ของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง

ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดในทางปกครองต้อง เป็นข้อพิพาทจากการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเนื่องมาจาก การใช้อำนาจตามกฎหมาย การออกกฎ ออกคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น การละเลยต่อหน้าที่ ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ทั้งนี้โดยผลของการกระทำ ละเมิดดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ดังนั้น หากเป็นกรณีที่เอกชนผู้รับจ้างเป็นคู่สัญญาใน การเข้าจัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างแล้ว ถือได้ว่าเป็นการดำเนิน กิจการแทนหน่วยงานทางปกครอง เสมือนเอกชนผู้รับจ้างเป็นตัวแทนของหน่วยงานทางปกครอง ผู้รับจ้าง อันกระทำการ โดยได้รับอำนาจตามกฎหมาย เมื่อถือว่าการดำเนินการของผู้รับจ้างเป็นการ ดำเนินกิจการแทนหน่วยงานทางปกครองแล้ว ดังนั้นผู้รับจ้างจึงควรมีฐานะเป็น “หน่วยงานทาง

ปกครอง” ตามคำนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อผู้รับจ้างกระทำละเมิดต่อผู้เสียหาย ผู้เสียหายจึงต้องฟ้องเป็น คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาล จึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เฉพาะมาตรา 3 เป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง และบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

6.2.2 ข้อเสนอแนะปัญหาที่เกี่ยวกับความหลากหลายของสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้าง

ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อมิให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความหลากหลายของสัญญา จึงควรที่จะมีการแก้ไขนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยให้ระบุไปชัดเจนในกฎหมายที่จะแก้ไขใหม่ให้รวมถึงสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองมอบหมายให้เอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะด้วย ดังนั้น ควรจะแก้ไขเป็นว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ หรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เพราะเมื่อได้กำหนดนิยามประเภทของสัญญาทางปกครองให้หมายความรวมถึง กรณีที่หน่วยงานทางปกครองทำสัญญาว่าจ้าง หรือมอบหมายว่าจ้างบุคคลให้เข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะไว้อย่างชัดเจนในคำนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองแล้ว หากมีกรณีพิพาทอันเกิดจากสัญญาดังกล่าว คดีพิพาทย่อมอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น จึงจะแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาลอันเกิดจากความหลากหลายของประเภทของสัญญาได้

6.2.3 ข้อเสนอแนะปัญหาเกี่ยวกับสถานะของคู่สัญญาและอำนาจหน้าที่ของผู้รับจ้างตามสัญญา

ผู้เขียนได้ศึกษาถึงสถานะของผู้เสียหาย โดยหากพิสูจน์ให้เห็นว่า ลักษณะของความเสียหายเกิดจากงานโยธาสาธารณะ หน่วยงานทางปกครองจะต้องรับผิดชอบ นอกจากนี้บุคคลผู้มีส่วนร่วมในการดำเนินงานสาธารณะ ได้แก่ ผู้รับทำงานสาธารณะ ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในงานสาธารณะ และบริษัทที่มีส่วนร่วมในงานสาธารณะจะต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวด้วย ส่วนสถานะของหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างและเอกชนผู้รับจ้างก็ส่งผลกระทบต่อการแบ่งแยกความรับผิดชอบ โดยมากจะพิจารณาว่าการดำเนินงานของเอกชนผู้รับจ้างมีคุณพินิจในการดำเนินการ หรือเว้นการดำเนินการดังกล่าวหรือไม่ หากเอกชนผู้รับจ้างไม่มีคุณพินิจตัดสินใจในการดำเนินการจัดทำงานโยธาสาธารณะด้วยตนเอง เอกชนผู้รับจ้างก็ถือเป็นเครื่องมือของรัฐในการจัดทำให้งานโยธาสาธารณะนั้นบรรลุผล

ดังนั้น การตีความสถานะของหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างและเอกชนผู้รับจ้างจึงส่งผลให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลได้ เพราะขึ้นอยู่กับการตีความนิตีสัมพันธ์ของคู่สัญญาว่า เอกชนผู้รับจ้างมีอำนาจในการใช้คุณพินิจโดยมีอิสระหรือไม่ หรือเป็นเพียงเครื่องมือของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างเท่านั้น กรณีดังกล่าวจะถือว่าเป็นการที่เอกชนผู้รับจ้างดำเนินกิจการแทนหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้าง หากในระหว่างการดำเนินการจัดทำงานโยธาสาธารณะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ผู้เสียหายจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนที่ศาลปกครอง เนื่องจากเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้เขียนเห็นว่า หากมีการแก้ไขคำว่า หน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ครอบคลุมถึงบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองตามที่ผู้เขียนได้เสนอแนะให้มีการแก้ไขมาแล้วนั้น ย่อมทำให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการฟ้องคดี โดยไม่จำเป็นต้องไปตีความนิตีสัมพันธ์ของคู่สัญญาอีกแต่ประการใดเพราะเนื่องจากว่า หากกำหนดไว้ชัดเจนว่าผู้รับจ้างที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ถือเป็นหน่วยงานทางปกครองแล้ว หากมีการกระทำละเมิดอันเกิดจากการจัดให้ทำบริการสาธารณะ คดีพิพาทดังกล่าวย่อมเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราช

บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่านอกจากแนวคำวินิจฉัยที่ควรมีความชัดเจนแล้วในส่วนรูปแบบของสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้างนั้น หากในข้อกำหนดของสัญญาได้เพิ่มหลักประกันในกรณีที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย โดยให้มีการทำประกันภัยเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้เสียหายไม่ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น หน่วยงานทางปกครองหรือเอกชนผู้รับจ้างจะเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม หากมีระบบประกันภัย ผู้เสียหายก็จะได้ประโยชน์จากสัญญาประกันภัย จะได้รับเงินชดเชยค่าเสียหายครบตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง และได้รับเงินค่าเสียหายภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว เพราะหากผู้เสียหายใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลซึ่งหน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดชอบก็ต้องใช้ระยะเวลานานพอสมควรกว่าที่ผู้เสียหายจะได้เงินค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากหน่วยงานทางปกครองอาจจะไม่มีงบประมาณและต้องทำเรื่องขอตั้งงบประมาณเพื่อเบิกจ่าย และหากฟ้องเอกชนผู้รับจ้างก็อาจมีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษา หากเอกชนผู้รับจ้างไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะมาชำระค่าสินไหมทดแทน ดังนั้นหากในสัญญาได้กำหนดให้มีการประกันภัย ก็จะเป็นหลักประกันความเป็นธรรม ให้แก่ผู้เสียหายได้มากที่สุด

หลักการกำหนดให้มีระบบประกันภัยนั้น ผู้เขียนเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในส่วนที่ 7 หมวดสัญญาและหลักประกันของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยกำหนดให้ในการทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะของส่วนราชการ ต้องกำหนดให้คู่สัญญาทำประกันภัยไว้ เพื่อให้บริษัทผู้รับประกันเป็นผู้รับผิดชอบแก่ผู้เสียหายในกรณีที่ผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายในการจัดทำบริการสาธารณะ