

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองมีทั้งกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำเองโดยตรง เนื่องจากเป็นเรื่องโครงสร้างความเป็นอยู่และความมั่นคงปลอดภัยพื้นฐานซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐเอง (Service Public Régalien) ไม่อาจมอบหมายให้เอกชนจัดทำแทนได้ เช่น บริการสาธารณะอันเกี่ยวกับงานการคลัง การรักษาความสงบภายในประเทศ การป้องกันประเทศ งานการยุติธรรม และงานการทูตระหว่างประเทศ เป็นต้น วิธีการดำเนินงานจัดทำบริการสาธารณะจึงใช้อำนาจเหนือทางกฎหมายที่มีอยู่ รวมทั้งการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองซึ่งล้วนแต่เป็นการใช้อำนาจเหนือฝ่ายเดียวเป็นหลัก อย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองอาจใช้วิธีการมอบหมายให้องค์กรของรัฐประเภทอื่นหรือบุคคลหรือนิติบุคคลภาคเอกชน จัดทำบริการสาธารณะแทนได้ เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันเจริญก้าวหน้าไปอย่างมาก ประชากรของประเทศมีจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ กิจกรรมของรัฐหรือฝ่ายปกครองจึงขยายตัวมากขึ้นตามความเจริญของเศรษฐกิจ สังคม และจำนวนประชากร ทำให้โดยสภาพแล้วฝ่ายปกครองเองไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะตอบสนองความต้องการของส่วนรวมได้อย่างทั่วถึงและรวดเร็วได้ การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองจึงมีลักษณะของการทำสัญญาตกลงมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทน (délégation) ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคต่าง ๆ ทั้งนี้ฝ่ายปกครองอาจทำสัญญามอบหมายตามกฎหมายเกณฑ์ที่ใช้ในระบบกฎหมายเอกชน เช่น การทำสัญญาแพ่ง สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น หรืออาจทำสัญญาตามกฎหมายเกณฑ์ที่ใช้ในระบบกฎหมายมหาชนมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทน เช่น การให้สัมปทานต่าง ๆ ที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติหรือสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นต้น

ในประเทศไทย การที่หน่วยงานทางปกครองทำสัญญามอบหมายหรือว่าจ้างให้เอกชนซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนตน อันเป็นกรณีที่เอกชนซึ่งเป็นผู้รับจ้างได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองแทนหน่วยงานทางปกครอง และหน่วยงานทางปกครองเป็นผู้มีอำนาจกำกับหรือดูแลการทำงานตามที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ กำหนดขอบอำนาจในการดำเนินการของหน่วยงานทางปกครอง เช่น สัญญาจ้างเอกชนก่อสร้างถนน สะพาน วางท่อประปาหรือเสาไฟฟ้า หากเอกชนคู่สัญญาได้

กระทำการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกแล้ว จึงมีปัญหาคำคัญอันควรแก่การพิจารณาว่าลักษณะทางกฎหมายของสัญญาจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเอกชนผู้รับจ้างนั้นเป็นอย่างไร บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในมูลละเมิดจากเอกชนผู้รับจ้างตามสัญญาจัดทำบริการสาธารณะ หรือเรียกร้องจากหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้าง หรือเรียกร้องได้ทั้งเอกชนผู้รับจ้างและหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างและจะยื่นฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง เนื่องจากคำพิพากษา คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ยังมีความแตกต่างกันเป็นหลายแนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรก เห็นว่าเอกชนผู้รับจ้างมิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐเมื่อการกระทำตามสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนฟ้องคดีละเมิดต่อเอกชนด้วยกันเอง จึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม แนวทางที่สอง เห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำทางกายภาพของเอกชนผู้รับจ้างที่ไม่ได้ใช้อำนาจตามกฎหมาย อีกทั้งมิใช่การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายจึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง บุคคลภายนอกผู้เสียหายจึงต้องยื่นฟ้องคดีละเมิดนี้ต่อศาลยุติธรรม แนวทางที่สาม เห็นว่าเอกชนผู้รับจ้างเป็นตัวแทนของหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งหน่วยงานทางปกครองมอบหมายอำนาจหน้าที่ให้เอกชนโดยการทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะโดยที่ข้อความในสัญญาระบุว่าผู้ว่าจ้างมีอำนาจที่จะตรวจสอบและควบคุมงานเพื่อให้เป็นไปตามเอกสารสัญญาและมีอำนาจที่จะสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมหรือตัดทอนงานได้ หน่วยงานทางปกครองยังคงมีอำนาจสั่งการและกำกับดูแลการดำเนินการของผู้รับจ้าง เมื่อเอกชนผู้รับจ้างกระทำการตามสัญญาดังกล่าวแล้วก่อให้เกิดความเสียหาย บุคคลภายนอกผู้เสียหายจึงต้องยื่นฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และแนวทางที่สี่ เป็นแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่เห็นว่า เมื่อการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานทางปกครองก่อให้เกิดความเสียหายกับเอกชน จึงเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชนที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายกันเองที่ศาลยุติธรรม ไม่ใช่คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่ามีปัญหาที่สมควรแก่การศึกษา 3 ปัญหา คือ ประการแรก ปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในความรับผิดชอบละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง อันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง ประการที่สองปัญหาที่เกี่ยวกับความหลากหลายของสัญญา ระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้างและประการที่สามปัญหาเกี่ยวกับสถานะ

ของคู่สัญญาและอำนาจหน้าที่ของผู้รับจ้างตามสัญญา กรณีจึงเป็นประเด็นสำคัญที่น่าสนใจทางกฎหมายที่ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดพื้นฐาน หลักความรับผิดชอบเรื่องละเมิด ทฤษฎีบริการสาธารณะ ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาจัดทำบริการสาธารณะและเขตอำนาจศาล
2. เพื่อศึกษาแนวคำพิพากษา คำสั่งของศาลปกครองสูงสุด คำพิพากษาศาลยุติธรรมและแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง
3. เพื่อศึกษาปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหา
4. เพื่อศึกษาปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับความหลากหลายของสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้าง พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหา
5. เพื่อศึกษาปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับสถานะของคู่สัญญาและอำนาจหน้าที่ของผู้รับจ้างตามสัญญา พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหา

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การที่หน่วยงานทางปกครองทำสัญญากับเอกชนให้ก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ เช่น สร้างสะพาน ถนน หรือวางท่อประปา หรือเสาไฟฟ้า และได้กระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกนั้น สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ (Marché de travaux publics ou service public) แทนหน่วยงานทางปกครอง บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายนั้น มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการกระทำละเมิดจากเอกชนผู้รับจ้างตามสัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือเรียกร้องจากหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างตามสัญญาดังกล่าวหรือเรียกร้องได้ทั้งจากเอกชนผู้รับจ้างและหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้าง โดยยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง อย่างไรก็ตามก็ดีเนื่องจากคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด คำพิพากษาศาลยุติธรรมและคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะนี้ ยังมีแนวทางการเห็นแตกต่างกัน ดังนั้นหากมีแนวทางที่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับกรณีนี้ก็จะทำให้ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีกรณีความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้างลดน้อยลงไป

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาและวิเคราะห์ปัญหานี้มุ่งศึกษาเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ จากแนวคำพิพากษา คำสั่งของศาลปกครองสูงสุด คำพิพากษาศาลยุติธรรมและแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยศึกษากฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางที่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับการฟ้องคดีกรณีความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้าจากบทบัญญัติกฎหมาย ตำรากฎหมาย วิทยานิพนธ์ หนังสือบทความทางวิชาการของผู้ทรงคุณวุฒิ ตลอดจน คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คำพิพากษาของศาลยุติธรรมและคำพิพากษา คำสั่งของศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง ศึกษาบทบัญญัติกฎหมาย ตำรากฎหมาย หนังสือบทความทางวิชาการต่างประเทศที่เกี่ยวข้องเขตอำนาจศาลปกครองกรณีหน่วยงานทางปกครองทำสัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งการกระทำตามสัญญาดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายกับบุคคลภายนอก

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิดพื้นฐาน หลักความรับผิดชอบเรื่องละเมิด ทฤษฎีบริการสาธารณะ ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาจัดทำบริการสาธารณะและเขตอำนาจศาล
2. ทำให้ทราบถึงแนวคำพิพากษา คำสั่งของศาลปกครองสูงสุด คำพิพากษาศาลยุติธรรม และแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหา
4. ทำให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับความหลากหลายของสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้าง พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหา
5. ทำให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับสถานะของคู่สัญญาและอำนาจหน้าที่ของผู้รับจ้างตามสัญญาพร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหา