

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบ ของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง

ในประเทศไทย การที่หน่วยงานทางปกครองทำสัญญามอบหมายหรือว่าจ้างให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนตน หากเอกชนคู่สัญญาได้กระทำการใด ๆ ไปแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก มีปัญหาในการพิจารณาว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเอกชนจะเป็นผู้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนและผู้เสียหายจะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลใด ผู้เขียนได้ทำการศึกษาในประเด็นดังกล่าว พบว่ามีปัญหาดังต่อไปนี้

5.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง

ความรับผิดชอบละเมิดในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการทำงานโยธาสาธารณะนั้น มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าผู้เสียหายจะฟ้องบุคคลใดได้บ้าง จะฟ้องที่ศาลไหนและสัดส่วนความรับผิดชอบควรเป็นเช่นไร

ผู้เขียนได้ศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง ศาลยุติธรรม และคำวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังนี้

5.1.1 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าข้อพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.643-669/2554

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 27 (กรุงเทพมหานคร) ได้ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีตามสัญญาลงวันที่ 25 พฤศจิกายน 2542 ให้สิทธิแก่ผู้ฟ้องคดีในการติดตั้งบำรุงรักษาถังขยะและกล่องไฟป้ายขนาดเล็กริมถนนสายหลักในเขตท้องที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 27 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 27 ให้สิทธิผู้ฟ้องคดีแต่เพียงผู้เดียวได้รับประโยชน์ในการใช้สิทธิโฆษณาตามเนื้อที่ที่จัดให้มีขึ้นแต่ละแห่งเพื่อประโยชน์ทางการค้าเป็นระยะเวลา 4 ปี โดยตามขอบเขตและข้อกำหนด (TOR) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาข้อ 8.7 กำหนดว่า ห้ามมิให้ผู้ฟ้องคดีติดตั้งป้ายโฆษณาหรือตั้งเสาอยู่ในรัศมี 20 เมตร ห่างจากศาลาที่พักผู้โดยสารรถประจำทางที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 27 ให้สิทธิแก่เอกชนรายอื่นเพื่อติดตั้งป้ายโฆษณาในศาลาที่พักผู้โดยสารรถประจำทาง แต่ปรากฏว่าบริษัท จ. ซึ่งได้รับสิทธิในการดูแลรักษาและ

ติดตั้งป้ายโฆษณาบริเวณศาลาที่พักผู้โดยสารรถยนต์ประจำทางในเขตท้องที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 27 กระจายตามพื้นที่เขตต่าง ๆ ประมาณ 42 เขต ได้ทำผิดสัญญาโดยทำการติดตั้งป้ายโฆษณาออร์สมิ 20 เมตร วัตถุประสงค์ศาลาที่พักผู้โดยสารตามสิทธิที่บริษัท จ. ได้รับและอยู่ใกล้ป้ายโฆษณาของผู้ฟ้องคดี ในระยะ 100 เมตร เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีเสียประโยชน์ในทางการค้า ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการก่อสร้างป้าย โฆษณาดังกล่าว บริษัท จ. ก่อสร้างโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 21 และ มาตรา 39 ทวิ แห่ง พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 39 แห่ง พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งไปยังผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึงที่ 26 (ผู้อำนวยการเขตในกรุงเทพมหานคร) ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นเพื่อสั่งให้บริษัท จ. รื้อถอนป้ายโฆษณาดังกล่าว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งยี่สิบหกยังคงเพิกเฉยนั้น เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการ กระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่ กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้ฟ้องคดีต้องฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 27 ซึ่งเป็นหน่วยงานของ รัฐตามมาตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ให้รับผิดชอบ แต่ไม่อาจฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงที่ 26 ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ (ผู้อำนวยการเขต) ได้ตามมาตรา 5 แห่ง พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.26/2553

โครงการก่อสร้างท่อเหลี่ยมคอนกรีตเสริมเหล็กแบบ 3 ช่องทางตามสัญญาจ้างระหว่าง นายอำเภอวาปีปทุม กับห้างหุ้นส่วนจำกัด ค. ที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง (จังหวัดมหาสารคามที่ 1 กรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยที่ 2) ได้รับอนุมัติจากสำนักงบประมาณให้เบิกจ่ายงบประมาณ รายจ่ายประจำปีงบประมาณ 2545 งบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้ควบคุมดำเนินการใช้งบประมาณ ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหนังสือแจ้งไป ยังนายอำเภอวาปีปทุมทราบว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มอบให้กรมการปกครองซึ่งเป็นต้นสังกัดของ นายอำเภอวาปีปทุมเป็นหน่วยงานเบิกจ่ายงบประมาณแทนและให้นายอำเภอดำเนินการจัดซื้อ จัดจ้างโครงการที่ได้รับอนุมัติ จึงฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นเจ้าของงบประมาณโครงการที่ได้รับ อนุมัติจากสำนักงบประมาณ ดังนั้น การก่อสร้างโครงการดังกล่าวของนายอำเภอเป็นการดำเนินการ ในฐานะผู้ได้รับมอบหมายจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 นายอำเภอจึงอยู่ในฐานะผู้แทนหรือผู้มีอำนาจกระทำ การแทนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และเมื่อการก่อสร้างก่อให้เกิดความเสียหายเพราะนายอำเภอใช้ดุลพินิจ กำหนดจุดก่อสร้างและเลือกรูปแบบโครงการโดยปราศจากความรอบคอบและความระมัดระวัง อย่างเพียงพอ อันเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจต่อผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงต้อง

รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายต่อผู้ฟ้องคดี ส่วนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นั้น เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของ นายอำเภอมีฐานะเป็นตัวแทนของราชการส่วนกลางและมีได้เป็นข้าราชการสังกัดของจังหวัด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายต่อผู้ฟ้องคดี

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 441/2549

คดีนี้ การก่อสร้างปรับปรุงระบบป้องกันน้ำท่วมขัง (เขื่อน) จึงเป็นการกระทำที่ใช้ อำนาจทางปกครองหรือเป็นการดำเนินกิจการในทางปกครองตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 2 ก่อสร้างปรับปรุงระบบป้องกันน้ำท่วมขัง (เขื่อน) ก็ตาม แต่ก็เป็นการดำเนินกิจการของเทศบาลเมืองซึ่งมีอำนาจโดยเฉพาะ เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ก่อสร้างปรับปรุงระบบป้องกันน้ำท่วมขัง (เขื่อน) จนเป็นเหตุให้บ้านของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งตั้งอยู่ติดกับคลองอานาชะงาได้รับความเสียหาย และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งใช้บ้านหลังดังกล่าวเป็นที่อยู่อาศัยและประกอบการค้า ทำให้ต้องขาดรายได้จากการประกอบการค้า ระหว่างการซ่อมแซมบ้าน ถือได้ว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นผลโดยตรงจากการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะเป็นเอกชนมิใช่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ก็ยังเป็นเอกชนที่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ให้ดำเนินกิจการในอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2547 (ป)

พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมชลประทาน กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พ.ศ. 2540 มาตรา 4 บัญญัติให้กรมชลประทานกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (1) ดำเนินการจัดให้ได้มาซึ่งน้ำ หรือ กัก เก็บ รักษา ควบคุม ส่ง ระบายน้ำ หรือแบ่งน้ำเพื่อการเกษตรกรรม การพลังงาน การสาธารณสุข โภค หรือการอุตสาหกรรม มาตรา 6 บัญญัติว่า อำนาจหน้าที่ของส่วนราชการกรมชลประทาน กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ มีดังนี้ ๗๗ (12) ถึง (13) สำนักชลประทานที่ 1 ถึง 12 มีอำนาจหน้าที่ (ก) และ (ข) บำรุงรักษาอาคารชลประทาน ถนนชลประทาน และปรับปรุงแหล่งน้ำธรรมชาติให้เกิดประโยชน์ในการอุปโภคและบริโภค กรณีลำห้วยเป็นแหล่งน้ำธรรมชาติเพราะเป็นทางน้ำที่ไหลจากภูเขา การขุดลอกลำห้วยจึงเป็นการปรับปรุงแหล่งน้ำธรรมชาติ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของกรมชลประทานตามพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมชลประทาน กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พ.ศ. 2540 ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดี (โครงการชลประทานร้อยเอ็ด กรมชลประทาน) ได้มอบหมายให้

ห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. ดำเนินการขุดลอกลำห้วยยางแทนผู้ถูกฟ้องคดี แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 187/2546

การที่ผู้ฟ้องคดีที่ 2 (องค์การบริหารส่วนตำบลเกาะเกิด) ดำเนินการว่าจ้างบริษัท ศ. จำกัด ให้ถมดินบริเวณหนองน้ำสาธารณประโยชน์เพื่อสร้างอาคารศูนย์พัฒนาอาชีพและรายได้ในท้องที่ตำบลเกาะเกิด อำเภอบางปะอิน จังหวัดพระนครศรีอยุธยา ถือเป็นการดำเนินการจัดทำกิจการในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลเพื่อบำรุงและส่งเสริมการประกอบอาชีพของราษฎร ซึ่งเป็นการกระทำการตามอำนาจหน้าที่ในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อพัฒนาตำบลทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ตามมาตรา 66 และมาตรา 68(7) แห่งพระราชบัญญัติสภาพตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 จึงเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการในทางปกครองตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดำเนินการว่าจ้างบริษัท ศ. จำกัด ให้ถมดินบริเวณหนองน้ำสาธารณประโยชน์ดังกล่าว ทำให้ปิดกั้นถนนและทางน้ำที่ผู้ฟ้องคดีใช้สัญจรไปมาและผู้ฟ้องคดีไม่อาจใช้น้ำจากหนองน้ำสาธารณประโยชน์หรือระบายน้ำออกจากที่ดินได้ ทำให้น้ำท่วมขังที่ดินของผู้ฟ้องคดี แม้การถมดินดังกล่าวจะเกิดจากการกระทำละเมิดของบริษัท ศ. จำกัด แต่การถมดินบริเวณหนองน้ำสาธารณประโยชน์นั้น อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กรณีถือว่าเป็นคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 168/2546

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (การประปาส่วนภูมิภาค) เป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มีวัตถุประสงค์เพื่อการประกอบและส่งเสริมธุรกิจการประปาโดยการสำรวจ จัดหาแหล่งน้ำดิบ และจัดให้ได้มาซึ่งน้ำดิบเพื่อใช้ในการผลิตจัดส่ง และจำหน่ายน้ำประปา รวมทั้งการดำเนินธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องหรือต่อเนื่องกับธุรกิจการประปาเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่การสาธารณสุขปโภค ในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว พนักงานหรือลูกจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจใช้สอยหรือครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นเป็นการชั่วคราว เพื่อประโยชน์ในการสร้างและบำรุงรักษาระบบการผลิต การส่งและจำหน่ายประปาและมีอำนาจเดินท่อสูบน้ำและติดตั้งอุปกรณ์ไปได้ เหนือ หรือข้ามพื้นดินของบุคคลอื่น

ตามมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ทำสัญญาร่วมลงทุนกับบริษัท ป. กำหนดระยะเวลาในสัญญา 25 ปี สัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และเป็นกรมอบสิทธิ อำนาจหน้าที่ให้บริษัท ป. ดำเนินการผลิตและจำหน่ายประปาให้กับประชาชนในเขตจังหวัดปทุมธานี จึงเป็นการมอบหมายให้บริษัท ป. ดำเนินกิจการทางปกครองแทนผู้ถูกฟ้องคดีแทนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 บริษัท ป. จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น เมื่อคดีนี้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายไม่สามารถอยู่อาศัยได้อย่างปกติสุข อันเกิดจากกลิ่นเน่าเหม็น เสียงดังจากเครื่องสูบน้ำ ใช้น้ำสอยประโยชน์จากแม่น้ำเจ้าพระยาไม่ได้ ไม่มีความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน มีการวางท่อส่งน้ำใต้ดินลอดผ่านที่ดินของผู้ฟ้องคดี ละเมิดที่ดินทิ้งกริมตลิ่งที่เกิดจากที่ดินของผู้ฟ้องคดี และผู้ฟ้องคดีไม่สามารถใช้ประโยชน์จากที่ดินได้ตามปกติ กรณีจึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 159/2546 (ป)

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (แขวงกรมทางหลวง) เป็นส่วนราชการสังกัดสำนักทางหลวงที่ 14 มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการปรับปรุงและรักษาทางหลวง ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ทั่วไปตามมาตรา 6 (32) แห่งพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2538 ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 มาตรา 4 ได้ให้นิยามคำว่า งานทาง หมายความว่า กิจการใดที่ทำเพื่อหรือเนื่องในการสำรวจ การก่อสร้าง การขยาย การบูรณะ หรือการบำรุงรักษาทางหลวง หรือการจราจรบนทางหลวง มาตรา 19 บัญญัติว่า ให้อธิบดีกรมทางหลวงเป็นเจ้าหน้าที่กำกับตรวจตรา และควบคุมทางหลวงและงานทางที่เกี่ยวกับทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดินและทางหลวงสัมปทาน จะเห็นได้ว่า การดำเนินการก่อสร้างทางหลวงแผ่นดินซึ่งถือว่าเป็นงานทางนั้น พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกัอำนาจหน้าที่ของกรมทางหลวงไว้เป็นการเฉพาะ จึงถือได้ว่างานก่อสร้างทางหลวงแผ่นดินเป็นเรื่องการดำเนินการที่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายโดยเฉพาะ แม้ข้อเท็จจริงจะฟังได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (บริษัท ค.) ดำเนินการก่อสร้างทางหลวงแผ่นดินสายกระบี่-ขนอม แทนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ตาม กรณียังถือว่างานก่อสร้างทางหลวงแผ่นดินดังกล่าวเป็นการดำเนินการของกรมทางหลวงซึ่งมีอำนาจโดยเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าการก่อสร้างทางหลวงดังกล่าวได้ก่อสร้างให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีจึงถือได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการก่อสร้างทางหลวงดังกล่าว เป็นผลโดยตรงจาก

การใช้อำนาจตามกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กรณีจึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 382/2545

มาตรา 16(2) แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 กำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจและหน้าที่ในการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำและทางระบายน้ำ และมาตรา 67(1) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 กำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีหน้าที่ในการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางน้ำและทางบก ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (องค์การบริหารส่วนตำบลเนินพระปรังค์) ได้ว่าจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ช. ทำถนนอันเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงถือเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การกระทำของห้างหุ้นส่วนจำกัด ช. จึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองแทนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดังนั้น การเข้าไปขุดดินในที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและนำดินในส่วนที่ขุดไปถมลงบนที่ดินทั้งสองแปลงของผู้ฟ้องคดีทั้งสองเพื่อทำถนนอันเป็นเหตุผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้รับความเสียหาย กรณีจึงเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 271/2545 (ป)

โดยที่มาตรา 67 (1) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 บัญญัติให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีหน้าที่จัดให้มีและบำรุงรักษาทางน้ำและทางบก และมาตรา 68 (3) บัญญัติให้องค์การบริหารส่วนตำบลอาจจัดให้มีและบำรุงรักษาทางระบายน้ำภายในเขตองค์การบริหารส่วนตำบล ดังนั้น การขุดคูส่งน้ำและถมถนนตามคำฟ้องจึงเป็นส่วนหนึ่งของการจัดให้มีทางน้ำและทางบกตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบลคลองน้อย) ตามกฎหมาย คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ว่าจ้างให้นาย ว. ผู้รับจ้าง ไปดำเนินการขุดคูส่งน้ำและถมถนน เมื่อพิจารณาจากลักษณะงานในสัญญาจ้างที่ระบุให้ผู้รับจ้างต้องทำงานขุดและถมถนน โดยขุดคูส่งน้ำขนาดปากคูกว้าง 4.00 เมตร ท้องคูกว้าง 2 เมตร ลึก 2 เมตร ยาว 8 เมตร ปริมาตรดินไม่น้อยกว่า 4,800 ลูกบาศก์เมตร และถมถนนกว้าง 3 เมตร ยาว 1,300 เมตร ใช้หินผ่านตะแกรงถมถนนจำนวน 260 ลูกบาศก์เมตร แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการ

กำหนดแนวและขุดคูส่งน้ำขึ้นมาใหม่ และในคำอุทธรณ์ผู้ฟ้องคดีได้กล่าวอ้างเพิ่มเติมว่า การว่าจ้างดังกล่าวได้มีนาย น. สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลคลองน้อยเป็นผู้ควบคุมการขุด และชี้แจงแนวเขตให้ผู้รับจ้างกระทำการขุดคูส่งน้ำและถมถนน ซึ่งข้อ 13 ของสัญญาจ้างกำหนดว่าผู้ว่าจ้างมีอำนาจที่จะตรวจสอบและควบคุมงานเพื่อให้เป็นไปตามเอกสารสัญญาและมีอำนาจที่จะสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมหรือตัดทอนซึ่งงานตามสัญญาจ้าง และเป็นที่ยืนยันว่า การว่าจ้างของหน่วยงานทางปกครองในลักษณะเช่นนี้จะต้องมีแผนที่แนบผังและเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ชี้แจงแนวเขตให้แก่ผู้รับจ้าง ดังนั้น แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะทำสัญญาขุดคูส่งน้ำและถมถนนกับนาย ว. ผู้รับจ้างตามสัญญาก็ตาม แต่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดียังคงมีอำนาจสั่งการและกำกับดูแลการดำเนินการขุดคูส่งน้ำและถมถนนดังกล่าว กรณีจึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดำเนินการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางน้ำและทางบกโดยการขุดคูส่งน้ำและถมถนนตามคำฟ้องโดยมอบหมายให้นาย ว. ผู้รับจ้างเป็นผู้ดำเนินการแทน จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายขององค์การบริหารส่วนตำบล ตามมาตรา 67 และมาตรา 68 ประกอบกับมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 หากการขุดคูส่งน้ำและถมถนนดังกล่าวรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้ฟ้องคดีและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 308/2553

การที่เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ควบคุมงานปล่อยให้ บริษัท น จำกัด ขุดดินแนวริมคลองออกไปจนไม่มีดินเหลือเพียงพอที่จะค้ำยันให้แนวรั้วยังคงตั้งอยู่ได้ จึงเป็นการประมาทเลินเล่อ เมื่อการกระทำดังกล่าวทำให้ดินตามแนวริมคลองและบริเวณใต้รั้วมีไม่เพียงพอที่จะค้ำยันให้แนวรั้วยังคงตั้งอยู่ต่อไปได้ เป็นเหตุให้รั้วของผู้ฟ้องคดีพังลง ทำให้ทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามนัยมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ผู้ถูกฟ้องคดีอุทธรณ์ว่ามีได้กระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงฟังไม่ขึ้น คดีมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีต่อไปว่า ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีเพียงใด ซึ่งประมาณการไว้รวมเป็นเงินทั้งสิ้น 40,000 บาท โดยแยกรายละเอียดของวัสดุที่ใช้ก่อสร้างและค่าแรงงาน รวมราคาต่อหน่วย (เมตร) ละ 2,500 บาท นั้น เป็นราคาที่ประมาณการเมื่อปี พ.ศ. 2548 อันเป็นการประมาณการในช่วงเวลาใกล้เคียงกับขณะเกิดเหตุและเป็นราคาที่ถูกฟ้องคดีเองเป็นฝ่ายประมาณการไว้ จึงถือไว้ว่าเป็นค่าเสียหายที่ควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามนัยมาตรา 438 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.52-54/2553

ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น กล่าวโดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ในการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบกแล้ว เป็นที่ยอมรับกัน โดยทั่วไปว่าทางเท้าถือเป็นส่วนหนึ่งของทางสาธารณะที่ทำให้ผู้คนเดิน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่จัดให้มีและบำรุงรักษาทางเท้าด้วย ในเมื่อการดำเนินการตามโครงการก่อสร้างปรับปรุงขยายผิวจราจรถนนนครบาลและถนนสุริยาตรี ผู้รับจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีได้ขยายผิวจราจรรุกล้ำเข้าไปในที่ดินตามโฉนดที่ดินของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 7 ในส่วนที่เป็นแนวถอยร่นของอาคารตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งที่ดินในส่วนที่เป็นแนวถอยร่นของอาคารตามกฎหมายกระทรวงดังกล่าวเพียงแต่ถูกจำกัดสิทธิการใช้ประโยชน์โดยบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินตามเดิม การที่เจ้าของที่ดินยอมถอยร่นแนวอาคารของตนตามระยะที่กำหนดไว้ในกฎหมายกระทรวงดังกล่าวไม่ได้ถือว่าเจ้าของที่ดินยอมอุทิศที่ดินในส่วนนั้นให้เป็นที่สาธารณประโยชน์ ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 7 เคยแสดงเจตนาอุทิศที่ดินในส่วนที่เป็นแนวถอยร่นของอาคารตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ดังกล่าว จึงถือไม่ได้ว่าที่ดินส่วนดังกล่าวตกเป็นที่ดินของรัฐประเภทสาธารณสมบัติของแผ่นดินตามมาตรา 1304 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่ผู้รับจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีขยายผิวจราจรรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 7 ในส่วนดังกล่าว ทำให้ทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 7 ได้รับความเสียหาย จึงเป็นการกระทำละเมิดผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 7 ตามนัยมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะผู้ว่าจ้างเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิด ตามนัยมาตรา 428 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 67/2555

จำเลย (กรมทางหลวง) เป็นหน่วยงานทางปกครองมีภารกิจเกี่ยวกับการพัฒนาโครงการสร้างพื้นฐานด้านทางหลวง การก่อสร้างและบำรุงรักษาทางหลวง ให้มีโครงข่ายทางหลวงที่สมบูรณ์เพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวก รวดเร็ว และปลอดภัยในการเดินทางและให้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยทางหลวงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ตามข้อ 2 ของกฎหมายกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2552 และโดยที่พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 มาตรา 19 บัญญัติให้อธิบดีกรมทางหลวงเป็นเจ้าหน้าที่กำกับตรวจตราและควบคุมทางหลวง และที่เกี่ยวกับทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน ประกอบ

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดนิยาม คำว่า “ทางหลวง” หมายความว่า ทางหรือถนน ซึ่งจัดไว้เพื่อประโยชน์ในการจราจรสาธารณะทางบก ... และหมายความรวมถึง ... ป้ายจราจร เครื่องหมายจราจร เครื่องหมายสัญญาณ เครื่องสัญญาณไฟฟ้า เครื่องแสดงสัญญาณที่จอดรถ ... และอาคารหรือสิ่งอื่นอันเป็นอุปกรณ์งานทางบรรดาที่มีอยู่หรือที่ได้จัดไว้ในเขตทางหลวงเพื่อประโยชน์แก่งานทางหรือผู้ใช้ทางหลวงนั้นด้วย และกำหนดนิยามคำว่า “งานทาง” หมายความว่า กิจการใดที่ทำเพื่อหรือเนื่องในการสำรวจก่อสร้าง การขยาย การบูรณะ หรือการบำรุงรักษาทางหลวง หรือการจราจรบนทางหลวง จำเลยจึงมีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยตรงในการควบคุม เพื่อติดตั้งและจัดให้มีเครื่องหมายหรือป้าย และสัญญาณจราจรในบริเวณก่อสร้างซ่อมแซมถนนเพื่อความปลอดภัยในการจราจรแก่ประชาชนผู้ขับขี่ยานพาหนะที่ใช้ทางหลวง คดีนี้ โจทก์อ้างว่า จำเลยได้ขุดลอกผิวถนนทางหลวงหมายเลข 201 สายระหว่าง อำเภอสีคิ้ว-ชัยภูมิ ออกเป็นหลุมขนาดใหญ่ โดยไม่ได้ติดตั้งป้ายสัญญาณ ป้ายเตือน สัญญาณไฟ หรืออุปกรณ์ใด ๆ เพื่อให้โจทก์ทั้งสองและผู้ขับขี่ยานพาหนะที่สัญจรไปมาบริเวณดังกล่าวได้เห็นหรือรู้ได้ว่าบริเวณนั้นมีการซ่อมแซมผิวถนน และมีการขุดผิวถนน หรือผิวถนนชำรุดเป็นหลุมขนาดใหญ่ ทำให้โจทก์ที่ 2 ขับรถยนต์ตกลงไปในหลุมดังกล่าวแล้วกระเด็นพุ่งข้ามเกาะกลางถนนไปชนรถยนต์บรรทุกสิบล้อเป็นเหตุให้โจทก์ทั้งสองได้รับบาดเจ็บและรถยนต์ของโจทก์ที่ 1 เสียหาย ขอให้ศาลใช้ค่าเสียหาย คดีนี้ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2547

จำเลยที่ 1 (กรุงเทพมหานคร) มีหน้าที่บำรุงรักษา ทางบก ทางน้ำและทางระบายน้ำ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 6 ประกอบ มาตรา 89(6) จำเลยที่ 1 ได้ว่าจ้างจำเลยที่ 2 (ห้างหุ้นส่วนจำกัด บ.) ให้ทำการก่อสร้างเขื่อนกั้นดิน บริเวณริมคลองตาอูฐ ในการดำเนินการก่อสร้างจำเลยที่ 1 กำหนดระดับของคันทับหลังเขื่อนให้อยู่ในระดับต่ำกว่าพื้นดิน ทำให้ดินในที่ดินของโจทก์ทั้งสามไหลออกจากที่ดิน เป็นเหตุให้บ้านเรือนของโจทก์ทั้งสามได้รับความเสียหาย คดีมีประเด็นปัญหาต้องวินิจฉัยว่า เหตุละเมิดเกิดจากการออกแบบกำหนดระดับคันทับหลังเขื่อน หรือไม่ เมื่อจำเลยที่ 1 มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการบำรุงรักษาทางระบายน้ำ การจัดให้มีและก่อสร้าง ตลอดจนการออกแบบเขื่อนดังกล่าว ก็เพื่อประโยชน์ในการระบายน้ำและป้องกันน้ำท่วมของกรุงเทพมหานคร การกระทำตามฟ้อง จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของจำเลยที่ 1 เมื่อก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้อื่น จึงเป็นคดี

พิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3)

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 32/2546

ผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบลกลาย) เป็นราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางน้ำและทางบกอันเป็นการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตน ตามมาตรา 67 (1) แห่งพระราชบัญญัติสภาพตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 มาตรา 16 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการตามโครงการขุดลอกคูระบายน้ำด้วยการขุดลอกคูระบายน้ำเพื่อประโยชน์แก่การเกษตร การอุปโภค การป้องกันอุทกภัย ตลอดจนการกำหนดจุดทำสะพานข้าม และรายละเอียดอื่น ๆ นั้น ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวในการจัดระบบบริการสาธารณะ ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินโครงการดังกล่าวผ่านทางที่ดินของผู้ฟ้องคดีและที่ดินของประชาชนหลายสิบครอบครัวเป็นระยะทาง ประมาณ 10 กิโลเมตร โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดินทำให้ไม่สามารถข้ามคูน้ำไปทำการเกษตรในที่ดินของตนได้สะดวก ซึ่งกระทบกระเทือนสิทธิของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง นอกจากนี้ การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดทำสะพานข้าม และปรับสันคูระบายน้ำเพื่อเป็นทางสัญจรรวมทั้งขยายเขตการไฟฟ้า นั้น ก็เป็นคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้หน่วยงานทางปกครองกระทำการเพื่อเยียวยาความเดือดร้อนจากการกระทำละเมิดที่ถูกฟ้องร้อง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) กรณีพิพาทดังกล่าวจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 24/2545

ผู้ถูกฟ้องคดี (เทศบาลนครเชียงใหม่) เป็นหน่วยงานทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 39 และมาตรา 56 และพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 มาตรา 16 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการตามโครงการปรับปรุงสภาพแวดล้อมริมฝั่งแม่น้ำปิง โดยการถมที่ดิน ตอกเสาเข็ม สร้างเขื่อนและสร้างทาง เพื่อให้ประชาชนใช้เป็นสถานที่เดินออกกำลังกายและพักผ่อนถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายในการจัดระบบบริการสาธารณะกำหนดขอบเขตพื้นที่โครงการฯ ดังกล่าว ดังนั้น เมื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย อีกทั้ง คดีนี้ นอกจากผู้ฟ้องคดีจะขอให้ชดเชยค่าเสียหายแล้วยังมีคำขอให้ระงับหรือ

ยุติโครงการริมฝั่งแม่น้ำปิงด้านตะวันออกเฉพาะส่วนที่ก่อหรืออาจจะก่อความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีไว้จนกว่าจะมีการทบทวนแก้ไขเสียก่อน อันเป็นคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้หน่วยงานทางปกครองงดเว้นการกระทำโดยกำหนดเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) ข้อหานี้จึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

อย่างไรก็ดี ได้มีคำสั่งศาลปกครองที่วินิจฉัยว่าการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างที่เกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะเป็นการกระทำทางกายภาพที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 196/2545

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า เมื่อเดือนพฤศจิกายน 2543 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (องค์การบริหารส่วนตำบลบ้านเกาะ) ได้ว่าจ้างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (บริษัท อ. จำกัด) ให้ดำเนินการปรับปรุงถนนลูกรัง ซึ่งในการปรับปรุงถนนดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีโดยลูกรังที่นำมาถมได้ทำให้ดินไม้กับร่วนตามแนวที่ดินของผู้ฟ้องคดีหักพังเสียหายตลอดแนวที่ดิน นอกจากนี้เมื่อประมาณ 9-10 ปีที่ผ่านมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้จัดให้มีการตั้งเสาไฟฟ้าจำนวน 4 ต้น และสายไฟฟ้ากับดวงไฟแสงสว่างรुकล้าที่ดินของผู้ถูกฟ้องคดี จึงขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งเก้า ร่วมกันหรือแทนกันชดใช้ค่าเสียหายพร้อมดอกเบี้ย และให้นำเสาไฟฟ้า ดวงไฟแสงสว่าง และสายไฟฟ้าออกไปจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีกรณีตามคำฟ้องจึงเป็นการฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำทางกายภาพของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อันเกิดจากสัญญาจ้างในโครงการปรับปรุงถนนลูกรัง และการกระทำดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นไปตามหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มิใช่เกิดจากการกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายกระทำการทำให้ทรัพย์สินในที่ดินของผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใดคดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองแต่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

ด้วยความเคารพ เนื่องจากว่า เมื่อพิจารณาเนื้อหาของสัญญาจ้างในโครงการปรับปรุงถนนลูกรังแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการกระทำดังกล่าวขององค์การบริหารส่วนตำบลบ้านเกาะ เป็นการกระทำไปตามอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ดังนั้นบริษัท อ. จำกัด จึงเป็นผู้ดำเนินการแทนองค์การบริหารส่วนตำบลบ้านเกาะ โดยใช้อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 เมื่อการกระทำของบริษัท อ. จำกัด ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของ

หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

5.1.2 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าข้อพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ อ.7273/2537

จำเลยที่ 4 (กรมทางหลวง) มีหน้าที่รับประมวลและควบคุมการก่อสร้างถนนสายรังสิต-บางพูนและสายบางพูน-รังสิต จึงมีหน้าที่ดูแลและจัดให้มีเครื่องหมาย ป้ายหรือสัญญาณจราจร ในบริเวณที่เกิดเหตุ และต้องคอยควบคุมดูแลให้จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้ประมวลและทำการก่อสร้างถนน สายดังกล่าวติดตั้งเครื่องหมายต่าง ๆ ให้ถูกต้อง เมื่อจำเลยที่ 2 ไม่ได้ติดตั้งเครื่องหมายและสัญญาณ จราจรให้ถูกต้อง เป็นเหตุให้โจทก์ที่ขับรถยนต์มาถึงที่เกิดเหตุไม่สามารถหลบหลีกหรือห้ามล้อ ได้ทัน ทำให้รถยนต์ที่โจทก์ขับชนท่อระบายน้ำเสียหาย การกระทำของจำเลยที่ 4 จึงเป็นการละเว้น ไม่ควบคุมจำเลยที่ 2 ให้จัดการป้องกันอันตรายอันจะเกิดแก่ผู้ใช้ถนนตามหน้าที่ จำเลยที่ 4 เป็น ผู้ประมาทเลินเล่อ ต้องรับผิดชอบโจทก์ในผลแห่งละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ อ.4129/2530

การที่จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้รับเหมาทำการก่อสร้างทางได้ใช้ถังน้ำมันขนาด 200 ลิตร ปิดกั้นขวางถนนที่กำลังก่อสร้างโดยไม่ติดตั้งอุปกรณ์ส่องสว่าง เพื่อให้ผู้ที่ขับขี่ยานพาหนะในเวลา กลางคืนมีโอกาสเห็นได้ในระยะอันสมควร เป็นเหตุให้โจทก์ไม่สามารถจะหยุดรถได้ทันทำให้ต้อง หักรถหลบเป็นเหตุให้รถพุ่งขึ้นไปบนเกาะกลางถนนเช่นนี้ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อทำให้ ทรัพย์สินของบุคคลอื่นเสียหาย จำเลยที่ 2 จึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ ฐานละเมิด ส่วนจำเลยที่ 1 (กรมทางหลวง) มีหน้าที่รับผิดชอบในการซ่อมแซม ก่อสร้างบำรุงรักษา ถนนที่เกิดเหตุ ย่อมมีหน้าที่ควบคุมและจัดให้มีเครื่องหมายหรือป้ายและสัญญาณจราจรในบริเวณ ก่อสร้างปรับปรุงถนนที่เกิดเหตุ แม้จะได้กำหนดให้จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้รับเหมาก่อสร้างดำเนินการ ก่อสร้างปรับปรุงถนนให้ทำและปิดป้ายจราจร เครื่องหมายไม้กั้นเพื่อความปลอดภัยแก่การจราจร จำเลยที่ 1 ก็ต้องคอยควบคุมดูแลให้ผู้รับเหมาก่อสร้างติดตั้งเครื่องหมายและสัญญาณจราจรขึ้นให้ ถูกต้อง เมื่อปรากฏว่าจำเลยที่ 2 มิได้ติดตั้งให้ถูกต้องแล้วและเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย จำเลยที่ 1 ก็ย่อมจะต้องรับผิดชอบโจทก์ร่วมกับจำเลยที่ 2 ด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ อ.3057/2530

จำเลยที่ 2 ที่ 3 ทำสัญญากับจำเลยที่ 1 (กรุงเทพมหานคร) รับจ้างปรับปรุงถนน การปรับปรุงถนนดังกล่าวจำเลยที่ 2 ที่ 3 ได้ทำทางเบี่ยงไว้ แต่มิได้ติดตั้งไฟสัญญาณให้มองเห็น ในเวลากลางคืน ผู้ตายขับรถยนต์มาตามปกติถึงบริเวณที่เกิดเหตุ ซึ่งบริเวณที่เกิดเหตุมืดมากและ

มองเห็นปลายทางเบี่ยงได้ไม่ชัดเจน การที่จำเลยทำการก่อสร้างปรับปรุงถนนจำเลยจะต้องปฏิบัติตามประกาศเจ้าพนักงานจราจรฉบับที่ 3/2516 โดยจะต้องติดตั้งเครื่องหมายและติดโคมไฟให้ประชาชนที่ใช้ทางได้ชัดเจน เพื่อป้องกันอุบัติเหตุที่จะเกิดขึ้น แม้ผู้ตายเคยเป็นนายอำเภอบางกะปิ มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตบางกะปิและเคยขับรถยนต์ผ่านทางที่เกิดเหตุเป็นประจำ แต่ผู้ตายไม่มีหน้าที่ต้องจดจำว่าถนนตอนใดกำลังก่อสร้างบ้าง ผู้ตายมีหน้าที่ขับรถยนต์ให้เป็นไปตามกฎ ข้อบังคับของเจ้าพนักงานจราจรและปฏิบัติตามสัญญาณที่ติดตั้งไว้ การที่ผู้ตายมีอายุ 63 ปี หาใช่เป็นอุปสรรคหรือทำให้สมรรถภาพในการขับรถยนต์ห่อนยานเสมอไปไม่ เหตุตามฟ้องจึงเกิดขึ้นเพราะความประมาทของจำเลยฝ่ายเดียว จำเลยที่ 1 จะอ้างว่ายังอยู่ในระหว่างอายุสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างซึ่งจำเลยที่ 2 ยังไม่ส่งมอบงานไม่ได้ เพราะจำเลยที่ 1 มีหน้าที่ป้องกันอุบัติเหตุหรือป้องกันอันตรายแก่ผู้ใช้ถนนโดยตรงอยู่แล้ว ส่วนการที่จำเลยที่ 1 อ้างว่าจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 และที่ 3 มีนิติสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างทำของ จำเลยที่ 1 เป็นผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในเสียหายต่อบุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428 นั้น เห็นว่า จำเลยที่ 1 มีหน้าที่จัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2518 มาตรา 66(2) เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเพราะจำเลยที่ 1 ประมาทด้วยแล้ว จำเลยที่ 1 ก็ต้องร่วมกับจำเลยที่ 2 และที่ 3 รับผิดชอบต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ อ.1975/2528

จำเลยที่ 2 (กรมทางหลวง) มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในการซ่อมแซมก่อสร้างบำรุงรักษาถนนวิภาวดีรังสิตที่เกิดเหตุ เมื่อจำเลยที่ 2 จัดให้มีการซ่อมสร้างทางดังกล่าว จำเลยที่ 2 ย่อมมีหน้าที่ควบคุมจัดให้มีเครื่องหมายและสัญญาณจราจรในบริเวณก่อสร้างซ่อมแซมถนน แม้จำเลยที่ 2 จะจัดให้บริษัทรับเหมาก่อสร้างดำเนินการก่อสร้างซ่อมแซมถนนก็ต้องควบคุมให้บริเวณรับเหมาดัดตั้งเครื่องหมายและสัญญาณจราจรขึ้นให้ถูกต้อง ถ้าบริษัทรับเหมามีได้ติดตั้งให้ถูกต้องแล้วเกิดความเสียหาย จำเลยที่ 2 ย่อมจะต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ อ.1571/2511

จำเลยที่ 2 รับจ้างจำเลยที่ 1 (เทศบาลนครเชียงใหม่) ทำท่อระบายน้ำและทางเท้าสาธารณะซึ่งอยู่ในความดูแลและบำรุงรักษาของจำเลยที่ 1 แต่จำเลยที่ 1 ละเว้นไม่ทำการป้องกันอันตรายแก่ผู้ใช้ถนนหรือทางเท้าตามหน้าที่ให้เรียบร้อย โดยไม่ปิดฝาบ่อและไม่มีแสงสว่างให้เห็น ทั้งไม่มีเครื่องหมายหรือเครื่องปิดกั้นแสดงไว้ให้ทราบ ฉะนั้น การที่โจทก์พลัดตกลงไปในบ่อพักท่อระบายน้ำของจำเลยที่ 1 ก็เพราะปากบ่อไม่มีฝาปิด และไม่มีแสงสว่างให้เห็น ทั้งไม่มีเครื่องหมายหรือเครื่องปิดกั้นแสดงไว้ให้ทราบ จึงไม่ใช่เป็นความประมาทเลินเล่อของโจทก์ แต่เป็นเพราะจำเลยที่ 1 ละเว้นไม่กระทำการป้องกันอันตรายแก่ผู้ใช้ถนนหรือทางเท้าตามหน้าที่ให้เรียบร้อย

จำเลยที่ 1 จะอ้างว่ายังอยู่ในระหว่างการจ้างซึ่งจำเลยที่ 2 ยังไม่มอบงานไม่ได้ เพราะจำเลยที่ 1 เป็นเทศบาลย่อมมีหน้าที่เพื่อการนี้โดยตรงอยู่แล้ว เมื่อจำเลยที่ 1 ละเว้นไม่จัดการป้องกันอันตราย อันจะเกิดขึ้นแก่ผู้ใช้ถนนหรือทางเท้าตามหน้าที่จำเลยที่ 1 จึงเป็นผู้ประมาทเดินเล่อต้องรับผิดชอบ โจทก์ และจะอ้างข้อตกลงที่จำเลยที่ 1 ได้ตกลงไว้กับจำเลยที่ 2 ว่าจำเลยที่ 2 ต้องรับผิดชอบต่ออุบัติเหตุหรือภัยอันตรายความเสียหายที่เกิดขึ้นเองเพื่อปิดให้ตนพ้นผิดไม่ได้ เพราะโจทก์เป็นคนนอกสัญญา ส่วนที่จำเลยที่ 1 อ้างว่าจำเลยที่ 1 เป็นผู้ว่าจ้างทำของจึงไม่ต้องรับผิดชอบ เมื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างการทำงานที่ว่าจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 428 เห็นว่าจำเลยที่ 1 เป็นเทศบาลนคร การสร้างทางเท้าและท่อระบายน้ำ เป็นหน้าที่ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 56 ประกอบด้วยมาตรา 50 และ 53 เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเพราะจำเลยที่ 1 ได้ประมาทเดินเล่อแล้ว จำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนนั้น

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2557

คดีนี้โจทก์ฟ้องว่า นางสาว ส. ขับจักรยานยนต์ไปตามถนนโดยมีนางสาว พ. (ผู้ตาย) ซ้อนท้าย ขณะที่ขับรถลงสะพานรถจักรยานยนต์ได้ตกหลุมขนาดกว้างประมาณ 1 เมตร ลึกประมาณ 6 นิ้ว จึงเป็นเหตุให้นางสาว พ. พลัดตกจากรถจักรยานยนต์และล้มลงนอนอยู่บนพื้นถนน ขณะนั้นจำเลยที่ 4 (นางสาว อ.) ได้ขับจักรยานยนต์วิ่งสวนทางมาด้วยความเร็วโดยประมาทปราศจากความระมัดระวัง พุ่งเข้าทับนางสาว พ. ถึงแก่ความตาย จำเลยที่ 1 (บริษัท อ.) เป็นนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่จำเลยที่ 4 ได้กระทำไปในทางการที่จ้างด้วย ส่วนจำเลยที่ 3 (กรุงเทพมหานคร) นั้นมีหน้าที่ดูแลซ่อมแซมถนนพิพาทไม่ให้เกิดชำรุดบกพร่องแต่ละเลยไม่ซ่อมแซม ทั้งยังไม่จัดให้มีป้ายเตือนหรือเครื่องหมายไว้เพื่อแสดงให้เห็นว่าถนนชำรุด การกระทำของจำเลยทั้งสองทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ขอให้จำเลยทั้งสองร่วมกันชดเชยค่าปลงศพและค่าเสียหายแก่โจทก์ พร้อมดอกเบี้ย จำเลยที่ 4 ให้การว่ามีได้ประมาทเดินเล่อเป็นเหตุให้นางสาว พ. ถึงแก่ความตาย จำเลยที่ 3 ให้การว่าความตายของนางสาว พ. เป็นผลมาจากความประมาทเดินเล่อของนางสาว ส. ขอให้ยกฟ้อง ประเด็นแห่งคดีระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 4 จึงเป็นกรณีที่เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิดจากเอกชนด้วยกัน อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม แม้โจทก์ฟ้องจำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองให้ต้องรับผิดชอบในมูลละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่เมื่อโจทก์ฟ้องขอให้จำเลยทั้งสองร่วมกันรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายในมูลละเมิดที่สืบเนื่องจากผลแห่งความตายของนางสาว พ. มูลความแห่งคดีระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 3 จึงเป็น

กรณีที่มีมูลความแห่งคดีเดียวกันกับคดีระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 4 กรณีจึงชอบที่จะได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลเดียวกันเพื่อให้คำพิพากษาเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ดังนั้น คดีระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 3 จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมเช่นเดียวกัน

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2557

คดีนี้โจทก์ทั้งสองฟ้องว่า จำเลยที่ 3 (องค์การบริหารส่วนจังหวัดสมุทรปราการ) ว่าจ้างให้จำเลยที่ 2 (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ค.) ปรับปรุงถนนและทางเดินเท้าถนนสายลวด ส่วนจำเลยที่ 1 (นาย ส.) เป็นผู้รับจ้างช่วงจากจำเลยที่ 2 แต่ในระหว่างการก่อสร้าง จำเลยที่ 1 มิได้ติดตั้งสัญญาณไฟป้ายเตือน แสงเหล็กหรือวัสดุอื่นใด ตลอดแนวที่ยังไม่ได้เปิดให้มีการจราจรจนเป็นเหตุทำให้นาย ว. สามีของ โจทก์ที่ 1 และบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ โจทก์ที่ 2 ขับขี่รถจักรยานยนต์ผ่านบริเวณดังกล่าวล้มลงได้รับบาดเจ็บและถึงแก่ความตาย ขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนพร้อมดอกเบี้ย เห็นว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องมาจากโจทก์ทั้งสองกล่าวอ้างว่าได้รับความเสียหายจากการที่จำเลยที่ 1 ผู้รับจ้างช่วงจากจำเลยที่ 2 กระทำโดยประมาทมิได้ติดตั้งสัญญาณไฟ ป้ายเตือน แสงเหล็กหรือวัสดุอื่นใด พร้อมดวงไฟติดตลอดแนวที่ยังไม่ได้รับเปิดให้มีการจราจร เป็นเหตุทำให้นาย ว. สามีของ โจทก์ที่ 1 และบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ โจทก์ที่ 2 ขับขี่รถจักรยานยนต์ผ่านบริเวณดังกล่าวล้มลงได้รับบาดเจ็บและถึงแก่ความตาย ขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ประเด็นแห่งคดีจึงเป็นกรณีที่เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิดจากเอกชนด้วยกัน ที่โจทก์ทั้งสองยื่นฟ้องจำเลยที่ 3 เพียงเพราะในฐานะผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างปรับปรุงถนนและทางเดินเท้าเท่านั้น เหตุละเมิดตามคำฟ้องจึงมิได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยที่ 3 อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น และไม่ได้เกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 60/2555

โจทก์ทั้งสองฟ้องว่า โจทก์ทั้งสองได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของจำเลยทั้งสอง กรณีจำเลยที่ 1 (กรมทางหลวง) เจ้าของโครงการก่อสร้างทางหลวงหมายเลข 4 สายอำเภอปากท่อ-อำเภอชะอำว่าจ้างให้จำเลยที่ 2 (บริษัท ส.) ก่อสร้างปรับปรุงทางหลวงสายดังกล่าวในช่วงบริเวณที่เกิดเหตุตามฟ้อง แต่ระหว่างดำเนินการ จำเลยทั้งสองไม่จัดให้มีเครื่องหมายหรือสัญญาณเตือนใด ๆ ให้ผู้ใช้ถนนทราบทางด้านหน้าชำรุดหรือระดับพื้นถนนไม่เท่ากัน เป็นเหตุให้รถยนต์ที่โจทก์ที่ 1 ขับมาตกถนนและพลิกคว่ำ โจทก์ที่ 1 ได้รับบาดเจ็บและ

รถยนต์คันดังกล่าวซึ่งมีโจทก์ที่ 2 เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้รับความเสียหาย ขอให้บังคับ จำเลยทั้งสองร่วมกันรับผิดชอบค่าเสียหายให้แก่โจทก์ทั้งสอง เห็นว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ สืบเนื่องมาจากการที่โจทก์ทั้งสอง กล่าวอ้างว่าได้รับความเสียหายจากการที่จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็น เอกชนผู้รับจ้าง กระทำโดยประมาทปราศจากความระมัดระวังกระทำการปรับปรุงถนนทางหลวง ประเด็นแห่งคดีจึงเป็นกรณีที่เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิดจากเอกชนด้วยกัน ที่โจทก์ทั้งสองยื่นฟ้องจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเพียงเพราะในฐานะผู้ว่าจ้างตาม สัญญาจ้างเท่านั้น เหตุละเมิดตามคำฟ้องของโจทก์ทั้งสองมิได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของ จำเลยที่ 1 อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น และ ไม่ได้เกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ล่าช้าเกินสมควร จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง อันจะอยู่ ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา ของศาลยุติธรรม

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 30/2554

คดีนี้โจทก์ฟ้องว่า จำเลยที่ 2 (บริษัท กสท.โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน)) ว่าจ้างจำเลย ที่ 1 (บริษัท ล.) ให้ทำการขุดถนนก่อสร้างวางท่อร้อยสายเคเบิลหรือสายใต้ดิน โดยมีจำเลยที่ 3 (กรุงเทพมหานคร) เป็นผู้อนุญาต จำเลยที่ 1 ทำการขุดก่อสร้างวางท่อร้อยสายเคเบิลหรือสายใต้ดิน แล้วไม่ตรวจสอบว่าสภาพผิวจราจรอยู่ในสภาพใช้งานได้เป็นปกติหรือไม่ ทำให้บริเวณพื้น ผิวจราจรชำรุดเป็นหลุม และจำเลยที่ 2 ก็ไม่ตรวจผิวจราจรว่าจำเลยที่ 1 ปรับสภาพผิวจราจรให้เป็น ปกติตามเดิมหรือไม่ และจำเลยที่ 3 ก็ไม่ตรวจผิวจราจรว่าจำเลยที่ 1 และที่ 2 ปรับสภาพพื้น ผิวจราจรให้เป็นปกติตามเดิมหรือไม่เช่นกัน ทำให้โจทก์ขับขีรถจักรยานยนต์ตกหลุมที่จำเลยที่ 1 ขุดไว้ ได้รับอันตรายบาดเจ็บสาหัส ขอให้บังคับจำเลยทั้งสามชดใช้ค่าเสียหาย เห็นว่าประเด็น แห่งคดีเป็นกรณีที่เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิดจากเอกชนด้วยกัน ที่โจทก์ยื่นฟ้อง จำเลยที่ 2 และที่ 3 ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเพียงเพราะในฐานะผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างและ ผู้อนุญาตให้ขุดถนนเท่านั้น เหตุละเมิดตามคำฟ้องของโจทก์จึงมิได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำ ของจำเลยที่ 2 และที่ 3 อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือ คำสั่งอื่น และไม่ได้เกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือ ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงาน ทางปกครอง อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3)

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 23/2551

คดีนี้โจทก์ฟ้องว่า โจทก์ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของจำเลยทั้งสามกรณีจำเลยที่ 1 (กรมทางหลวง) เจ้าของโครงการปรับปรุงก่อสร้างถนนสายพระประแดง-บางปลาจก ว่าจ้างให้จำเลยที่ 2 (บริษัท น.) และที่ 3 (บริษัท ค.) ปรับปรุงและก่อสร้างถนนสายดังกล่าว แต่ระหว่างดำเนินการตามสัญญาจำเลยที่ 2 และที่ 3 ขุดดินจำนวนมากกองไว้บริเวณด้านหน้าแนวรั้วกำแพงของโจทก์ด้านทิศตะวันออกเฉียงเหนือของที่ดินโจทก์ ทำให้ดินและเศษวัสดุปิดกั้นกีดขวางทางน้ำและเกิดน้ำท่วมขังเป็นจำนวนมากในขณะที่ฝนตก อีกทั้งน้ำยังกัดเซาะโครงสร้างรากฐานตลอดแนวกำแพงจนกระทบกระเทือนต่อความแข็งแรงของโครงสร้างฐานรากกำแพงเมื่อเกิดฝนตกหนัก น้ำหนักของน้ำและดินจึงดันกำแพง ทำให้เกิดการแตกร้าวและลึ้มเอียงเข้ามาในที่ดินของโจทก์ โจทก์เห็นว่า จำเลยที่ 1 ในฐานะผู้ว่าจ้างหรือตัวการของจำเลยที่ 2 และที่ 3 ต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว ขอให้จำเลยทั้งสามร่วมกันหรือแทนกันชำระค่าเสียหายพร้อมดอกเบี้ยแก่โจทก์ เห็นว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องมาจากการที่โจทก์กล่าวอ้างว่าได้รับความเสียหายจากการที่จำเลยที่ 3 นำดินจำนวนมากกองไว้บริเวณด้านหน้าแนวรั้วกำแพงของโจทก์ ทำให้รั้วกำแพงแตกร้าวและลึ้มเอียงขอให้ชดเชยค่าเสียหาย ประเด็นแห่งคดีจึงเป็นกรณีที่เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิดจากเอกชนด้วยกัน ที่โจทก์ยื่นฟ้องจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง เพียงเพราะในฐานะผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างปรับปรุงก่อสร้างถนนสายพระประแดง-บางปลาจก โดยมีจำเลยที่ 2 และที่ 3 ซึ่งเป็นเอกชนเป็นผู้รับจ้างและผู้รับจ้างช่วงตามลำดับเท่านั้น เหตุละเมิดตามคำฟ้องของโจทก์ จึงมิได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น และไม่ได้เกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 22/2551

ห้างหุ้นส่วนจำกัดเอกชนผู้รับจ้างจากกรมชลประทานซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ในฐานะผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างปรับปรุงท่อลอดถนนทางหลวง จึงต้องพิจารณาประเด็นแห่งคดีมูลละเมิดจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 428 ที่บัญญัติว่า “ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้อง

รับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้าง ได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำงานที่ว่าจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง” ซึ่งเป็นกรณีที่เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิดจากเอกชนด้วยกันและจึงพิจารณาต่อไปว่ากรมชลประทานผู้ว่าจ้างเป็นผู้ผิดในการเลือกหาห้างหุ้นส่วนจำกัดผู้รับจ้างหรือหาผู้รับจ้าง โดยไม่เป็นไปตามระเบียบของทางราชการหรือไม่ และเหตุแห่งการละเมิดก็มีได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำตามอำนาจหน้าที่ จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 6/2549

โจทก์ทั้งสองฟ้องว่า โจทก์ทั้งสองเป็นผู้รับจ้างจัดซื้อและติดตั้งเครื่องสูบน้ำพร้อมอุปกรณ์ให้แก่จำเลยที่ 2 (การประปานครหลวง) ที่บริเวณโรงงานผลิตน้ำบางเขน นอกจากนี้จำเลยที่ 2 ยังว่าจ้างจำเลยที่ 1 (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ส.) ดำเนินการกำจัดตะกอน โดยมีบ่อตากตะกอนอยู่ติดกับโรงงานสูบน้ำดังกล่าว ต่อมาขอบคันดินของบ่อตากตะกอนพังทลายเป็นเหตุให้น้ำและโคลนในบ่อไหลเข้าท่วมโรงงานสูบน้ำ ทำให้หม้อเตอร์และอุปกรณ์อื่นของโจทก์ทั้งสองได้รับความเสียหาย จำเลยที่ 1 จึงต้องรับผิดชอบ ส่วนจำเลยที่ 2 เป็นเจ้าของบ่อตากตะกอนจึงต้องร่วมกันรับผิดชอบด้วยเห็นว่า ข้อพิพาทคดีนี้เกิดจากขอบคันดินของบ่อตากตะกอนพังทลาย แม้จำเลยที่ 1 จะเป็นผู้รับจ้างทำการขุดลอกตะกอนให้แก่จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่จำเลยที่ 1 ก็เป็นเพียงเอกชนผู้รับจ้างเท่านั้น มิใช่หน่วยงานทางปกครอง ทั้งการละเมิดตามข้อกล่าวอ้างของโจทก์นั้นก็เกิดจากการที่จำเลยที่ 1 ทำการขุดลอกบ่อตากตะกอนตามสัญญาที่ทำไว้กับจำเลยที่ 2 มิใช่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายแต่อย่างใดและแม้จำเลยที่ 2 จะเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่ตามคำฟ้องของโจทก์คงเพียงแต่ให้จำเลยที่ 2 ในฐานะผู้ครอบครองสถานที่ร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 เท่านั้น ดังนั้นคดีนี้จึงมิใช่ข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 46/2548

โจทก์เป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 ฟ้องจำเลยทั้งสอง (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. ที่ 1 นาง ว. ที่ 2) ซึ่งเป็นเอกชน ขอให้ศาลใช้ค่าเสียหายกรณี ลูกจ้างของจำเลยที่ 1 กระทำละเมิดในทางการที่จ้าง ซึ่งใช้รถแบ็กโฮขุดตัดดินบริเวณขอบถนน พัฒนาถนนเขตโดยประมาทปราศจากความระมัดระวัง ทำให้กระแทกถูกท่อประปาของโจทก์แตก ซ้ำรถเสียหาย ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองยื่นฟ้องจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นเอกชนเท่านั้น และแม้จำเลยที่ 1 จะเป็นคู่สัญญากับเทศบาลตำบลกมลลาไสยตามสัญญาจ้างก่อสร้างรางระบายน้ำ คอนกรีตเสริมเหล็กสายพัฒนาถนนเขตก็ตาม แต่จำเลยทั้งสองก็มีใช้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เห็นว่า ข้อพิพาทคดีนี้มีใช้คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือ คำสั่งอื่นหรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง ศาลฎีกา และคำวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังกล่าวมาข้างต้น เห็นว่า ยังมีความไม่ชัดเจนกรณีที่ผู้รับจ้างจากหน่วยงานทางปกครองกระทำละเมิด ผู้เสียหายต้องใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลไหน เนื่องจากยังมีการตีความ ลักษณะของสัญญา นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา เนื้อหาของสัญญาแตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า หากเป็นกรณีที่ผู้รับจ้างเข้าจัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานทางปกครองแล้ว ถือเป็น การดำเนินการกิจการแทนหน่วยงานทางปกครอง ผู้เสียหายจึงต้องฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งปกครอง หรือคำสั่งอื่น ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง สอดคล้องกับประเทศฝรั่งเศสที่ให้ศาลปกครอง เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาในคดีที่ฟ้องขอให้วินิจฉัยคดีมหาชนผู้รับสัมปทานหรือ ผู้รับทำงานสาธารณะรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากงานสาธารณะ

5.2 ปัญหาที่เกี่ยวกับความหลากหลายของสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้าง

การที่หน่วยงานทางปกครองมอบหมายให้เอกชนเข้าจัดทำภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะแทนนั้น ส่วนใหญ่การมอบหมายจะกระทำในรูปแบบของสัญญา ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญา สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

5.2.1 สัญญาจ้างทำของ

สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองทำกับผู้รับจ้างให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น โดยมากจะอยู่ในรูปของสัญญาจ้างทำของ

สัญญาจ้างทำของ ตามมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น”

ลักษณะของสัญญาจ้างทำของอาจสรุปได้ดังนี้

- 1) เป็นสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งคู่กรณีต่างมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตอบแทนกัน กล่าวคือผู้ว่าจ้างต้องให้สินจ้างตอบแทนและผู้รับจ้างต้องทำการงานให้เป็นผลสำเร็จ
- 2) เป็นสัญญาที่มุ่งถึงความสำเร็จของการงานที่ว่าจ้าง มิใช่มุ่งหมายถึงวิธีปฏิบัติงานหรือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน
- 3) เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ กล่าวคือ เป็นสัญญาซึ่งเพียงคู่กรณีตกลงกันก็บังคับกันได้
- 4) ผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาผู้รับจ้าง แต่มีสิทธิตรวจตราการงานที่ว่าจ้างตลอดเวลาที่ผู้รับจ้างดำเนินการอยู่

เห็นได้ว่า สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีสองฝ่าย คือ ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง โดยมีสาระสำคัญของสัญญา คือ มุ่งผลสำเร็จของงานนั้นและความสัมพันธ์ของผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างก็เป็นเพียงคู่กรณีในสัญญาเท่านั้น ความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างทำของจึงไม่ใช่เรื่องความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ดังนั้น กฎหมายจึงบัญญัติให้ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบในผลเสียหายที่ผู้รับจ้างได้ก่อขึ้น เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนหน้าที่ของผู้ว่าจ้าง คือในส่วนการงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง ตามมาตรา 428 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428 บัญญัติว่า “ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่จ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำหรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง.”

สำหรับกฎหมายเยอรมัน ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของผู้ว่าจ้างไว้เป็นการเฉพาะกรณีจึงต้องบังคับตามหลักกฎหมายละเมิดทั่วไปตามมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีพื้นฐานมาจากความรับผิดในการกระทำของตนเอง ดังนั้น ความรับผิดทางละเมิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายเยอรมันจึงถือเป็นความรับผิดในการกระทำของตนเองเช่นกัน หากว่าความรับผิดทางละเมิดของผู้ว่าจ้างเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นก็คงจะได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะดังเช่นกรณีนายจ้างที่ต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง (มาตรา 831 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) อีกทั้งมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนำหลักการมาจากหลักกฎหมายละเมิดทั่วไปมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังนั้นมาตรา 420 ย่อมใช้หลักความรับผิดในการกระทำของตนเองเหมือนกับมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 428 มีพื้นฐานความรับผิดทางละเมิดเช่นเดียวกับมาตรา 420 ดังนั้นพื้นฐานความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายไทยมาตรา 428 จึงเหมือนกับมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน คือ ใช้หลักความรับผิดในการกระทำของตนเองเช่นกัน

ส่วนความรับผิดของรัฐในฐานะผู้ว่าจ้างในระบบกฎหมายเยอรมัน การจะพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างทำของนั้น โดยทั่วไปจะใช้เกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างความรับผิดทางแพ่งกับความรับผิดของรัฐซึ่งเป็นหลักกฎหมายมหาชนโดยจะใช้เกณฑ์ “หน้าที่” เป็นหลัก ว่าเป็นหน้าที่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนหรือไม่ ถ้าเป็นหน้าที่ที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน เมื่อการดำเนินการหรืองดเว้นการดำเนินการก่อให้เกิดความเสียหาย ก็ถือเป็นความรับผิดของรัฐ

สำหรับกฎหมายอังกฤษ เมื่อพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายอังกฤษ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอังกฤษใช้หลักการเดียวกับความรับผิดทางละเมิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายไทย กล่าวคือผู้ว่าจ้างรับผิดในการกระทำของตนเอง อย่างไรก็ตามความรับผิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายอังกฤษในเรื่องการกระทำของผู้ว่าจ้างนั้น แตกต่างกับความรับผิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายไทยในประเด็นที่ว่า การกระทำของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายอังกฤษไม่รวมถึงการละเว้นการกระทำ แต่การกระทำละเมิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายไทยนั้นรวมถึงการละเว้นการกระทำด้วย อย่างไรก็ดี แม้ว่าตามกฎหมายอังกฤษการกระทำของผู้ว่าจ้างจะไม่รวมถึงการละเว้นการกระทำ แต่ผู้เสียหายยังคงได้รับความเป็นธรรม เพราะประเทศอังกฤษใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law การพิจารณาคดีของศาลมีความยืดหยุ่นกว่าประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ซึ่งยึดตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นใหญ่ หากประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด ศาลย่อมตัดสินให้รับผิดไม่ได้ ในขณะที่ศาลอังกฤษจะพิจารณาคดีโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่ได้จากคดีที่วินิจฉัยไว้ก่อนหน้านั้นประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีเพื่อให้

ผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรมสูงสุด เช่น คดี *Hughes v. Percival* (1883) “ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้รับจ้างหากไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการจ้างผู้รับจ้างทำงานที่อาจจะก่ออันตรายขึ้นในถนนหลวง” จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีความเห็นในทำนองเดียวกันว่า ผู้ว่าจ้างจะรับผิดชอบในการกระทำของผู้รับจ้างต่อเมื่อผู้รับจ้างทำการงานใดที่คาดว่าจะเกิดอันตรายแก่บุคคลอื่น หากคนไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการมอบหมายงานนั้นตนต้องรับผิดชอบ ต่อมา มีพระราชบัญญัติ *The Occupiers’ Liability* 1957 s.2(4) ได้กล่าวถึงเรื่องหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของเจ้าของบ้านซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างอันน่าจะนำมาใช้เทียบเคียงในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างทำของได้ดังนี้ เจ้าของบ้านไม่ต้องรับผิดชอบต่อแขกที่มาเยี่ยมบ้านในผลเสียหายที่เกิดจากการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำขึ้น ถ้าเจ้าของบ้านหรือผู้ว่าจ้างได้ใช้ความระมัดระวังในการเลือกและดูแลการปฏิบัติงานของผู้รับจ้าง² และหน้าที่ตาม *Common Law* นี้ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ *Highways (Miscellaneous Provision Act, 1961 Section 1(3))* บัญญัติให้บุคคลผู้ที่ทำงานหรือว่าจ้างผู้อื่นทำงานในหรือใกล้ถนนสาธารณะ ต้องรับผิดชอบในผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกจากการกระทำของผู้รับจ้าง หากพิสูจน์ไม่ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการให้คำแนะนำอย่างดีพอแก่ผู้รับจ้าง³ จากที่กล่าวมาจึงสรุปได้ว่าความรับผิดทางละเมิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายไทยมีหลักการเหมือนกับกฎหมายอังกฤษในประเด็นที่ว่าความรับผิดทางละเมิดของผู้ว่าจ้างไม่ใช่ความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นแต่เป็นความรับผิดในการกระทำของตนเอง แต่มีความแตกต่างกันในกรณีที่ผู้ว่าจ้างละเว้นการกระทำ โดยศาลไทยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 7273/2537 วินิจฉัยว่า คดีนี้จำเลยที่ 4 (กรมทางหลวง) มีหน้าที่รับประมูลและควบคุมการก่อสร้างถนนสายรังสิต-บางพูน และสายบางพูน-รังสิต จึงมีหน้าที่ดูแลและจัดให้มีเครื่องหมาย ป้ายหรือสัญญาณจราจรในบริเวณที่เกิดเหตุ และต้องคอยควบคุมดูแลให้จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้ประมูลและทำการก่อสร้างถนนสายดังกล่าวติดตั้งเครื่องหมายต่าง ๆ ให้ถูกต้อง เมื่อจำเลยที่ 2 ไม่ได้ติดตั้งเครื่องหมายและสัญญาณจราจรให้ถูกต้อง เป็นเหตุให้โจทก์ที่ขับรถยนต์มาถึงที่เกิดเหตุไม่สามารถหลบหลีกหรือห้ามล้อได้ทันทำให้รถยนต์ที่โจทก์ขับ ชนท่อระบายน้ำเสียหาย การกระทำของจำเลยที่ 4 จึงเป็นการละเว้นไม่ควบคุมจำเลยที่ 2 ให้จัดการป้องกันอันตรายอันจะเกิดแก่ผู้ใช้ถนนตามหน้าที่จำเลยที่ 4 เป็นผู้ประมาทเลินเล่อ ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ในผลแห่งละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 แต่ความรับผิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายอังกฤษไม่รวมถึงการละเว้นของผู้ว่าจ้าง หน้าที่ของผู้ว่าจ้างในกฎหมายอังกฤษได้มีอยู่ตามคำพิพากษาของศาล และกฎหมาย

² From *The Law of Torts* (pp.653-654), by John G. Fleming, (n.d.).

³ *Ibid.*

ลายลักษณ์อักษรต่าง ๆ (พระราชบัญญัติ) หากว่าผู้ว่าจ้างไม่กระทำตามที่จนก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นขึ้น ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเองเช่นกัน

ส่วนความรับผิดของผู้ว่าจ้างทำของของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยหลักทั่วไปผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลอื่นอันเป็นผลมาจากการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำของผู้รับจ้างหรือคนงานของผู้รับจ้าง แต่ก็มีข้อยกเว้นตามกฎหมายที่ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิด คือ

- 1) ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดต่อเมื่อผู้ว่าจ้างกระทำโดยประมาทเลินเล่อโดยตรง ได้แก่ กรณีผู้ว่าจ้างไม่ระมัดระวังในการเลือกหาผู้รับจ้างหรือผู้ว่าจ้างไม่ระมัดระวังในการออกคำสั่งแก่ผู้รับจ้าง
- 2) ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดในการกระทำของผู้รับจ้างต่อบุคคลที่สาม หากความประมาทเลินเล่อของผู้รับจ้างเป็นสาเหตุหนึ่งของความเสียหายที่เกิดขึ้น ผู้ว่าจ้างย่อมต้องมีความรับผิดภายใต้ขอบเขตความรับผิดที่มีอยู่ตามหลักกฎหมาย ดังนั้นความรับผิดของผู้ว่าจ้างในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีพื้นฐานมาจากความรับผิด 2 ประเภท คือ 1) เป็นความรับผิดในการกระทำของตนเอง กล่าวคือ ความรับผิดในการกระทำของผู้ว่าจ้างเอง และ 2) เป็นความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น คือ ความรับผิดในการประมาทเลินเล่อของผู้รับจ้าง หากนำมาเทียบกับกฎหมายไทย มาตรา 428 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นว่ากรณีผู้ว่าจ้างต้องรับผิดเหมือนกัน 2 กรณี กล่าวคือ ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดในกรณีที่ผู้ว่าจ้างไม่ระมัดระวังในการเลือกหาผู้รับจ้างและกรณีที่ผู้ว่าจ้างไม่ระมัดระวังในการออกคำสั่งแก่ผู้รับจ้าง ซึ่ง 2 กรณีนี้ถือเป็นความรับผิดในการกระทำของตนเองดังเช่นมาตรา 428 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้ผิดในคำสั่งที่ตนให้ไว้หรือกรณีที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้ผิดในการเลือกหาผู้รับจ้าง เหตุที่วางหลักให้ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดในการกระทำของตนเองเพราะเมื่อผู้ว่าจ้างบุคคลอื่นกระทำการที่อาจจะก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหาย ถือว่าผู้ว่าจ้างเองเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายนั้นขึ้น ผู้ว่าจ้างจึงต้องใช้ความระมัดระวังดังที่วิญญูชนพึงกระทำหรือความระมัดระวังตามมาตรฐานที่สังคมยอมรับได้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่ผู้ว่าจ้างไม่ต้องใช้ความระมัดระวังดังกล่าว เช่น กรณีผู้ว่าจ้างไม่ได้เข้าควบคุมการทำงานของผู้รับจ้าง เป็นต้น

ตามกฎหมายประเทศอิตาลี เมื่อหน่วยงานทางปกครองประสงค์จะก่อสร้าง ปรับปรุง ซ่อมแซมสิ่งสาธารณูปโภคหรืออสังหาริมทรัพย์ของรัฐ หน่วยงานจะทำสัญญาจ้างให้เอกชนดำเนินการดังกล่าวโดยทำเป็นสัญญาจ้างทำงานโยธาสาธารณะ ซึ่งสัญญานี้แม้ว่าจะมีคู่กรณีเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีวัตถุประสงค์ในการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น สร้างถนน ขุดคูโมงค์ ขุดท่อเพื่อติดตั้งระบบไฟฟ้า ประปา แก๊ส หรือ โทรศัพท์ เป็นต้น หรือเพื่อซ่อมแซมสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าว ซึ่งล้วนเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะและการดำเนินการตามสัญญาจะทำภายใต้การกำกับดูแลอันเข้มข้นของหน่วยงานทางปกครอง อย่างไรก็ตามอำนาจของ

หน่วยงานทางปกครองในการเข้าแทรกแซงหรือกำกับดูแลก็ไม่อาจทำให้ความมีอิสระในการทำงานที่จ้างของคู่สัญญาฝ่ายผู้รับจ้างหมดสิ้นไป ผู้รับจ้างยังคงมีอิสระในการทำงานเช่นเดิมนอกจากนี้วัตถุประสงค์หลักของสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธาณะนั้น มีเพียงเพื่อให้ผู้รับจ้างทำงานก่อสร้างให้แล้วเสร็จมิได้เป็นการมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองแต่อย่างใด โดยหน่วยงานทางปกครองตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งงานนั้น สัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธาณะจึงเป็น “สัญญาจ้างทำของ” จึงส่งผลให้โดยหลักแล้วผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างทำของได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ว่าจ้าง

ประเทศสเปนมีหลักเรื่องความรับผิดชอบแก่บุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามที่มีใช้คู่สัญญากับหน่วยงานภาครัฐในผลแห่งละเมิดอันเกิดจากการก่อสร้างงานโยธาสาธาณะว่า “คู่สัญญาของหน่วยงานภาครัฐจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาหรือระหว่างการบังคับสัญญา” ซึ่งเป็นหลักที่ใช้เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของหน่วยงานภาครัฐไว้อย่างชัดเจน โดยมีพื้นฐานความคิดมาจากสัญญาจ้างทำของในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกระหว่างการงานที่จ้าง เพราะเมื่อหน่วยงานภาครัฐได้เข้าตกลงทำสัญญาจ้างให้บริษัทเอกชนดำเนินการก่อสร้างงานอย่างหนึ่งอย่างใดแล้ว หน่วยงานภาครัฐจะไม่มีหน้าที่ในการออกคำสั่งหรือควบคุมการปฏิบัติงานของคู่สัญญาอย่างใกล้ชิดเช่นเดียวกับการจ้างแรงงานหรือจ้างบุคลากรในหน่วยงานของตนที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการภายใต้คำสั่งหรือการควบคุมดูแลของหน่วยงานภาครัฐผู้ว่าจ้าง หน่วยงานภาครัฐมีสิทธิเพียงแต่การเข้าตรวจสอบเนื้อหาหรือผลของงานว่าถูกต้องตรงตามข้อตกลงในสัญญาแล้วหรือไม่เท่านั้น เพราะหน่วยงานภาครัฐมุ่งที่ผลสำเร็จของงานตามสัญญาเป็นสำคัญ อย่างไรก็ดี หากความเสียหายเกิดขึ้นโดยตรงจากคำสั่งของหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานภาครัฐจะต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลภายนอก หากความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากตัวโครงการงานโยธาสาธาณะนั่นเอง

สำหรับประเทศไทย นักกฎหมายไทยโดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าพื้นฐานความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ว่าจ้างตามมาตรา 428 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ใช่ความรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นอย่างกรณีนายจ้างกับลูกจ้าง แต่เป็นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง กล่าวคือ กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ผู้ว่าจ้างร่วมรับผิดชอบกับผู้รับจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งผู้รับจ้างได้กระทำไปตามสัญญาจ้างทำของ ผู้ว่าจ้างไม่ต้องเป็นผู้รับผิดชอบหรือแทนผู้รับจ้าง เพราะผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างทำของของผู้ว่าจ้างต้องการผลสำเร็จของงานนั้น ๆ โดยผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานแก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ ดังนั้นเมื่อผู้ว่าจ้าง

มอบหมายงานให้แก่ผู้รับจ้างไปแล้ว ผู้รับจ้างไม่ต้องทำงานภายใต้อำนาจการบังคับบัญชา การควบคุมดูแล หรือคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างจึงมีอิสระในการทำงานที่ได้รับมอบหมาย ตามวิธีการของตนเอง โดยที่ผู้ว่าจ้างไม่สามารถสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานตามวิธีการที่ตนต้องการได้ ซึ่งไม่เหมือนกรณีสัญญาจ้างแรงงานที่นายจ้างมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาหรือสั่งให้ลูกจ้างทำงาน ตามวิธีของตนเองได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างอาจต้องรับผิดชอบร่วมกันตามหลักความรับผิดชอบร่วมกันได้ โดยจะต้องพิจารณาว่าผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างมีเจตนาร่วมกันทำละเมิดหรือไม่ หากทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างมีเจตนาร่วมกันทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอก ทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้นตามมาตรา 432 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โดยสรุป ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ว่าจ้างทำของตามมาตรา 428 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง กล่าวคือ ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำ โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยเป็นผู้คิดในส่วนงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง ซึ่งการสั่งงานให้ผู้รับจ้างทำ การออกคำสั่งแก่ผู้รับจ้าง การเลือกหาผู้รับจ้าง ถือว่าเป็นการกระทำของผู้ว่าจ้าง หากผู้ว่าจ้างได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจนทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ผู้ว่าจ้างจะมีความรับผิดชอบทางละเมิดในการกระทำของผู้ว่าจ้างเอง โดยมีความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ผู้ว่าจ้างเป็นเจตนา ประกอบความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างตามมาตรา 428 ซึ่งความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างอาจไม่มีความผิดในการก่อให้เกิดความเสียหายเลยก็ย่อมได้ กล่าวคือ ผู้รับจ้างไม่มีเจตนาหรือประมาทเลินเล่อในการก่อความเสียหายขึ้น หรือผู้รับจ้างอาจถูกผู้ว่าจ้างใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดก็ได้ หากไม่พิจารณาบทบัญญัติมาตรา 428 ให้ถี่ถ้วนอาจจะทำให้เข้าใจผิดว่าความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างตามมาตรา 428 เป็นความรับผิดชอบในการกระทำของผู้รับจ้างหรือเป็นความรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ดังนั้น ในการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างตามมาตรา 428 ให้พิจารณาเฉพาะการกระทำของผู้ว่าจ้างเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาการกระทำของผู้รับจ้างแต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่า หากหน่วยงานทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ไม่ดำเนินการเองกลับทำสัญญามอบหมายให้เอกชนผู้รับจ้างเข้าดำเนินการแทน เอกชนผู้รับจ้างจึงอยู่ในฐานะที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองที่กระทำการแทนหน่วยงานทางปกครอง ดังนั้น หน่วยงานทางปกครองจึงไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายจากการทำของเอกชนผู้รับจ้างได้และเป็นกรณีที่ไม้อาจนำหลักเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามมาตรา 428 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่กรณีนี้ได้ หรือถ้าจะใช้หลัก

ความรับผิดชอบตามสัญญาจ้างทำของ ควรจะมีข้อยกเว้นให้หน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดชอบในกรณี ที่ผู้รับจ้างทำของดำเนินการไปตามคำสั่งของหน่วยงานทางปกครอง

5.2.2 สัญญาจ้างแรงงาน⁴

ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างจะเกิดขึ้นได้โดยสัญญาจ้างแรงงานตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยคำว่า “นายจ้าง” และ “ลูกจ้าง” นั้นหมายถึงบุคคลสองฝ่ายซึ่งมี ความสัมพันธ์กันตามลักษณะเอกเทศสัญญาจ้างแรงงาน มีบทวิเคราะห์ศัพท์ลักษณะสัญญาจ้าง แรงงานบัญญัติไว้ในมาตรา 575 มีใจความว่า “อันว่าแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้าง ตลอดเวลาที่ทำงานให้”

สัญญาจ้างแรงงานจึงเป็นสัญญาที่มีบุคคลสองฝ่าย คือ นายจ้างและลูกจ้างเข้ามาทำ ความตกลงก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ต่อกัน โดยต่างฝ่ายต่างยินยอมปฏิบัติต่อกันตามที่ได้ตกลงไว้และ ตามที่กฎหมายกำหนด ลูกจ้างมีหน้าที่จะต้องทำงานให้แก่นายจ้าง ไม่ว่าจะป็นงานใช้กำลังกายหรือ กำลังสมองก็ตาม และฝ่ายนายจ้างก็มีหน้าที่ต้องชำระหรือจ่ายสินจ้าง สัญญาจ้างแรงงานจึงมีลักษณะ เป็นสัญญาต่างตอบแทน และยังมีลักษณะพิเศษต่างไปจากสัญญาจ้างบริการธรรมดา เนื่องจาก นายจ้างมีอำนาจควบคุมดูแลการทำงานของลูกจ้าง และลูกจ้างก็ต้องทำงานให้แก่นายจ้างภายใต้การ ควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้าง⁵

จะเห็นได้ว่าการเกิดขึ้นของสัญญาจ้างแรงงานจะต้องมีการแสดงเจตนาของคู่สัญญา คือ มีคำเสนอสนองที่ต้องตรงกัน กล่าวคือ ลูกจ้างตกลงจะทำงานให้แก่นายจ้าง และนายจ้างตกลง จ่ายสินจ้างให้ลูกจ้างตลอดระยะเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ ซึ่งการตกลงกันนี้กฎหมายไม่ได้กำหนด แบบของสัญญาจ้างแรงงานเอาไว้ ดังนั้นอาจเป็นการตกลงกันด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือก็ได้ อย่างไรก็ตามการแสดงเจตนาของลูกจ้างที่จะเข้าทำสัญญานั้นจะต้องแสดงต่อนายจ้างผู้ที่มีอำนาจ รับเข้าทำงานด้วย สัญญาจึงจะเกิดขึ้น

นายจ้าง⁶ ตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 คือ ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาให้ลูกจ้างทำงานให้ตน ขณะเดียวกันก็มีหน้าที่จ่ายสินจ้างตลอดเวลาที่จ้าง ทำงานให้

⁴ จาก ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 38), โดย ฉวีฉวี สถิตานุชิต, 2533, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵ จาก ย่อหลักกฎหมายแรงงาน (น. 5), โดย วิจิตรา (ฟุ้งถัดดา) วิเชียรชม, 2551, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

⁶ ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 48-49). เล่มเดิม.

แต่หากเป็นกรณีที่นายจ้างให้ลูกจ้างได้ทำงานให้บุคคลภายนอก แล้วก็รับสินจ้างจากบุคคลภายนอก กรณีเช่นนี้ถือได้ว่านายจ้างคนเดิมขาดอำนาจบังคับบัญชาชั่วคราว นายจ้างคนเดิมก็ไม่ใช่ นายจ้าง ถ้าลูกจ้างไปกระทำละเมิดในระหว่างที่อยู่กับนายใหม่ ถือว่านายใหม่มีอำนาจบังคับบัญชาในขณะที่ยื่น ไปใช้ชั่วคราวและก็จะจ่ายเงินเดือนให้ นายใหม่ก็ถือว่าเป็นนายจ้าง⁷ เนื่องจากสัญญาเกิดจากความตกลง การเลิกสัญญาโดยปริยายก็มีได้ หรืออาจเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยปริยายก็ได้ เพราะสัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่ไม่ต้องทำเป็นหนังสือ เมื่อนายจ้างเดิมตกลงให้ลูกจ้างไปเป็นลูกจ้างของนายจ้างคนใหม่ ก็เป็นการเลิกจ้างสัญญาโดยปริยาย หรืออีกทางหนึ่งถึงจะมีกำหนดเวลาจ้าง คู่สัญญาอาจตกลงกันโดยตรงหรือโดยปริยายให้ระงับการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานชั่วคราวจนกว่าจะกลับมาทำงานให้นายจ้างตามเดิมก็ได้⁸ กรณีเช่นนี้เป็นกรณีที่นายจ้างโอนสิทธิของตนให้แก่ผู้อื่น โดยที่ลูกจ้างต้องยินยอมด้วยตามมาตรา 577 วรรคแรก ซึ่งแม้เป็นการโอนสิทธิชั่วคราวนายจ้างก็ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบ หรือในกรณีจ้างเหมาช่วงค่าแรง หากลูกจ้างของผู้รับเหมาช่วงได้ก่อให้เกิดการละเมิดเกิดขึ้น ผู้รับเหมาในขั้นแรกก็ไม่สามารถที่จะปฏิเสธ โดยอ้างว่าตนมิใช่ นายจ้างของคณงานของผู้รับเหมาช่วงนั้น เพื่อให้พ้นความรับผิดชอบ เนื่องจากศาลฎีกาถือว่ากรณีดังกล่าวผู้รับเหมาในขั้นแรกนั้นก็ป็นนายจ้างของคณงานซึ่งทำละเมิดร่วมกันกับผู้รับเหมาช่วงด้วย

ลูกจ้าง⁹ คือ ผู้ที่ทำการงานให้นายจ้างตามที่นายจ้างสั่ง แล้วก็รับสินจ้างจากนายจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ ไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างทดลองงาน ลูกจ้างประจำ ลูกจ้างที่มีกำหนดเวลาการจ้างไว้แน่นอน (ทั้งระยะสั้นและระยะยาว) ลูกจ้างที่ทำงานไม่เต็มเวลา (Part Time) ลูกจ้างสัญญาจ้างพิเศษ และรวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้านด้วย¹⁰ และไม่ว่าจะเป็นผู้รับค่าจ้างด้วยตนเองหรือไม่ก็ตาม การทำงานดังกล่าวนี้เพื่อรับสินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ และแม้ว่าบางครั้งลูกจ้างจะไม่ได้กระทำการใด ๆ ให้แก่นายจ้างโดยตรงและได้ไปทำละเมิดขึ้น เช่น นายจ้างใช้ให้ลูกจ้างไปทำงานผู้อื่น นายจ้างก็อาจต้องรับผิดชอบ

⁷ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง (น. 265). เล่มเดิม.

⁸ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (น. 364), โดย พจน์ ปุษปาคม, 2530, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

⁹ ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 58-59). เล่มเดิม.

¹⁰ จาก คำอธิบายกฎหมายแรงงาน (น. 29), โดย เกษมสันต์ วิจารณ์, 2554, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน).

ปัญหา คือ ในกรณีที่ลูกจ้างให้ผู้อื่นกระทำการแทนตน ผู้ที่ทำแทนนั้นจะถือได้ว่าเป็นลูกจ้างหรือไม่ การทำแทนในที่นี้นั้นอาจจะเกิดจากการที่ลูกจ้างวานให้เข้าทำแทนหรือผู้อื่นเข้ามาทำแทนโดยลูกจ้างยินยอม กรณีเช่นนี้ถ้าเราถือตามหลักการของสัญญาจ้างแรงงานแล้ว จะเห็นได้ว่าผู้ที่มาทำแทนนั้นไม่เป็นลูกจ้าง เนื่องจากนายจ้างไม่ได้มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวบุคคลผู้ที่มาทำการแทน และไม่มีการจ่ายสินจ้างให้บุคคลที่มาทำแทนนั้นอีกด้วย ดังนั้นหากผู้ที่มาทำการแทนนั้นได้ก่อให้เกิดการละเมิดขึ้นในระหว่างที่ทำงานนั้นแทนลูกจ้าง นายจ้างสามารถที่จะปฏิเสธเพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบได้ โดยอ้างว่าบุคคลที่ทำการละเมิดไม่ใช่ลูกจ้างของตน ทั้งนี้โดยไม่ต้องพิจารณาเสียเลยว่าเป็นการละเมิดในทางการที่จ้างหรือไม่อีกด้วย

สาเหตุของการให้บุคคลอื่นอาจเข้ามาทำงานแทนลูกจ้างนั้น ยังมีอีกหลายประการ เช่น ลูกจ้างได้ใช้ ปล่อยให้ หรือยินยอมให้บุคคลอื่นเข้ามากระทำการในทางการที่จ้างแทนลูกจ้าง ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใครและจะมีคุณสมบัติเหมาะสมกับงานนั้นหรือไม่ก็ตาม เช่น ลูกจ้างเป็นคนขับรถแต่ยอมให้คนอื่นซึ่งไม่มีใบอนุญาตขับรถมาขับรถแทน เป็นต้น และเมื่อเกิดการละเมิดต่อผู้เสียหายขึ้นแล้วผลลัพธ์ก็ไม่ต่างกับลูกจ้างเป็นผู้กระทำละเมิดเสียเอง กล่าวคือ นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งลูกจ้างได้ใช้ ปล่อยให้หรือยินยอมให้กระทำนั้น เนื่องด้วยเห็นได้ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นถือว่าเป็นความผิดของลูกจ้างเป็นการกระทำในทางการที่จ้างด้วยเพราะลูกจ้างมีหน้าที่ควบคุมรับผิดชอบไม่ให้เหตุร้ายเกิดขึ้นจากการทำงานของบุคคลซึ่งกระทำการในทางการที่จ้างนั้นแทนตน อีกทั้งบุคคลอื่นนั้นก็ยังได้ปฏิบัติหน้าที่ในกิจการและเพื่อประโยชน์ของนายจ้างเอง ดังนั้นย่อมมีฐานะเช่นเดียวกับลูกจ้างของตน ทั้งนี้ไม่ว่านายจ้างจะรู้เห็นยินยอมด้วยในการที่ลูกจ้างให้บุคคลอื่นกระทำการในทางการที่จ้างแทนตนนั้นหรือไม่ก็ตาม นายจ้างก็ยังคงต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดนั้นอยู่นั่นเอง

สัญญาจ้างแรงงาน ไม่ถือผลสำเร็จแห่งการทำงานที่ทำงานที่ลูกจ้างทำจะประสบผลสำเร็จหรือไม่ มิใช่ข้อสาระสำคัญของสัญญา นายจ้างต้องการเพียงแต่จะใช้แรงงานของลูกจ้างเท่านั้น ดังนั้น หน้าที่ลูกจ้างจะต้องชำระ คือ แรงงาน โดยที่นายจ้างจะจ่ายสินจ้างตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้แก่ นายจ้าง เช่น ทำงานเป็นประชาสัมพันธ์ในโรงแรม ทำงานเป็นพนักงานบริษัท ทำงานเป็นพนักงานขายสินค้าในห้างสรรพสินค้า เป็นต้น

สัญญาจ้างแรงงาน นายจ้างและลูกจ้างมีความสัมพันธ์ที่พิเศษต่อกันในลักษณะที่นายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง ซึ่งถือได้ว่าเป็นลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานอันมีความแตกต่างกับสัญญาจ้างทำของ อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างเห็นได้ตามมาตรา 583 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นอาชญากรรมก็ดี ละทิ้งการทำงานไปเสียก็ดี กระทำความผิดอย่าง

ร้ายแรงก็ดี หรือทำประการอื่นอันไม่สมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้องและสุจริตก็ดี ท่านว่านายจ้างจะไล่ออกโดยมิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทนก็ได้” กล่าวคือ นายจ้างสามารถกำหนดแนวทางหรือวิธีการทำงานให้ลูกจ้างปฏิบัติตาม โดยที่ลูกจ้างมีหน้าที่ต้องเชื่อฟังคำสั่ง คำแนะนำของนายจ้าง หากมีเช่นนั้นแล้วจะถือว่าลูกจ้างมีความผิดเป็นเหตุให้นายจ้างสามารถไล่ออกได้โดยไม่ต้องบอกกล่าว

สัญญาจ้างแรงงาน ความรับผิดชอบละเมิดกรณีนายจ้าง-ลูกจ้างเป็นความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางที่จ้างนั้นตามมาตรา 425 เพราะความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง-ลูกจ้างมีลักษณะพิเศษ นายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชา ออกคำสั่ง ควบคุมการทำงานของลูกจ้างได้ และยังสามารถสั่งให้ลูกจ้างทำงานตามวิธีที่ตนต้องการ ไม่ว่าเวลาใดในระยะเวลาการทำงานที่ว่าจ้างก็ได้ ส่งผลให้ลูกจ้างไม่มีอิสระในการทำงานตามวิธีการหรือแนวทางที่ตนเองต้องการ ลูกจ้างต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้างอย่างเคร่งครัด ลูกจ้างต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างเสมอ เมื่อเป็นเช่นนี้หากเกิดความเสียหายขึ้นในระหว่างการทำงานที่ว่าจ้าง จะให้ลูกจ้างรับผิดชอบฝ่ายเดียวเห็นจะไม่เป็นธรรม เพราะการทำงานของลูกจ้างนั้นต้องทำตามคำสั่งนายจ้างเสมอ นายจ้างจึงเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการทำงานของลูกจ้าง ดังนั้นนายจ้างจะต้องรับผิดชอบหากลูกจ้างก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในระหว่างการทำงานที่ว่าจ้างหรือภายในขอบเขตงานที่จ้าง หากลูกจ้างก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นไม่อยู่ในระหว่างการทำงานที่ว่าจ้างหรือนอกขอบเขตงานที่จ้าง นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว แต่ลูกจ้างจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าวเป็นการส่วนตัวตามมาตรา 420

สำหรับประเทศฝรั่งเศส หากพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะเห็นว่าทั้งสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของ ต่างก็เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มี “การทำงาน” และ “การจ่ายค่าตอบแทน” เป็นวัตถุประสงค์แห่งหนึ่ง ความแตกต่างอยู่ที่การทำงานและการจ่ายค่าตอบแทนอันสามารถอธิบายได้ว่า การทำงานของสัญญาจ้างแรงงานอยู่ที่การให้บริการ แต่สัญญาจ้างทำของอยู่ที่ผลสำเร็จของงาน ส่วนการจ่ายค่าตอบแทนจะแตกต่างกันตรงที่สัญญาจ้างแรงงานมีการจ่ายค่าตอบแทนเป็นค่าจ้าง แต่สัญญาจ้างทำของมีการจ่ายค่าตอบแทนซึ่งมีการกำหนดราคากันไว้แน่นอนแล้ว หรือมิฉะนั้นก็คำนวณค่าตอบแทนตามผลสำเร็จของงาน ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของกฎหมายฝรั่งเศสว่า หลักที่ใช้ในการแยกความแตกต่างของสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างทำของ ได้แก่หลักเรื่องวิธีการคำนวณสินจ้าง ประกอบกับหลักเรื่องวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นคือ หากเป็นสัญญาจ้างแรงงานความสำเร็จของงานไม่ใช่เงื่อนไขในการจ่ายค่าจ้าง การจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนจะมีการจ่ายที่เป็นสัดส่วนกับระยะเวลาการทำงานตามที่ตกลงกันไว้

ในคํวบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ไม่ปรากฏหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างหรือหลักอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้าง หรือการที่นายจ้างมีอำนาจควบคุมการทำงานของลูกจ้างแต่อย่างใด เพียงแต่กฎหมายให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่จะบอกเลิกสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่มีกำหนดเวลาไว้ได้ และอีกฝ่ายหนึ่งก็อาจใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายได้เท่านั้น

เช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน ตามบทบัญญัติในกฎหมายแพ่งเยอรมัน วางหลักว่าสัญญาจ้างแรงงานเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสัญญาว่าจะทำงานแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและคู่สัญญาฝ่ายหลังมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานใด ๆ แต่ในสัญญาจ้างทำของมีบทบัญญัติว่าสัญญาเกิดจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งถูกผูกพันให้ต้องผลิตผลงานตามที่สัญญาไว้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งถูกผูกพันให้ต้องจ่ายค่าตอบแทนตามที่ได้ตกลงไว้เพื่อผลสำเร็จแห่งการนั้น เห็นได้ชัดว่าหลักที่ใช้ในการแยกลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานออกจากสัญญาจ้างทำของ ได้แก่ หลักเรื่องวัตถุประสงค์ สัญญาประกอบกับหลักเรื่องวิธีการคำนวณสินจ้าง นั่นคือ หากว่าเงื่อนไขในการจ่ายค่าจ้างไม่ได้มุ่งผลสำเร็จของงาน ถือว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน แต่หากว่าเงื่อนไขในการจ่ายค่าจ้างมุ่งผลสำเร็จของงานเป็นสำคัญ ถือว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ อันตรงกับแนวความคิดของนักกฎหมายของเยอรมันที่ได้กล่าวว่าคุณคดีจะมีสถานะเป็นลูกจ้างต้องอยู่ภายใต้ลักษณะ 3 ประการ คือต้องเป็นการทำงานตามสัญญาที่อยู่ภายใต้ กฎหมายเอกชน ต้องเป็นการทำงานเพื่อผู้อื่น โดยแลกกับค่าตอบแทนและสัญญาที่อยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนนั้นต้องแสดงนัยว่าเป็นการทำงานที่ขึ้นอยู่กับบุคคลอื่นหรือสิ่งอื่น การกล่าวว่าคุณคดีที่อยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนนั้นต้องแสดงนัยว่าเป็นการทำงานที่ขึ้นอยู่กับบุคคลอื่นหรือสิ่งอื่น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการทำงานที่มีใช้ใช้ดุลพินิจ หรือการตัดสินใจของตนเอง อันเห็นว่าเป็นลักษณะอย่างหนึ่งที่แสดงว่าคุณคือนั้นมีฐานะเป็นลูกจ้าง แต่กรณีของคุณคดีที่ทำงานโดยขึ้นอยู่กับดุลพินิจหรือการตัดสินใจของตนเองนั้นเรียกได้ว่าผู้รับจ้างอิสระ เช่น สัญญาระหว่างแพทย์และคนไข้ กรณีถือว่าการทำงานนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจและการใช้ดุลพินิจที่เรียกว่าเสรีภาพส่วนบุคคล อันถือว่าไม่ได้อยู่ในฐานะลูกจ้าง แต่มีได้กล่าวอย่างชัดเจนว่า หน้าที่ในการเชื่อฟังหรือทำตามคำสั่งของนายจ้างเป็นสิ่งสำคัญ ที่ใช้ในการแยกว่าสัญญารับทำงานให้ นั้นเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของ แต่ก็ได้เห็นว่าคุณคือนายจ้างต้องมีหน้าที่ในการออกข้อบังคับในการทำงานต่างจาก อำนาจบังคับบัญชาเป็นหลักวินิจฉัยสำคัญที่ใช้แยกแยะระหว่างสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างทำของ แต่ก็ไม่มีคำอธิบายที่ชัดเจนว่าลักษณะ ขอบเขต และระดับของอำนาจบังคับบัญชาที่นายจ้างมีเหนือลูกจ้างเป็นอย่างไร มีเพียงตัวอย่างเช่น จ้างวาดภาพ จ้างซ่อมท่อประปา หรือจ้างสถาปนิก ก็ไม่มีความชัดเจนระหว่างการให้หน้าหนักหรือ ความสำคัญที่ผลสำเร็จของงานกับอำนาจบังคับบัญชา เพราะนักกฎหมายเยอรมันยอมรับตรงกันว่า ความแตกต่างสำคัญของสัญญาจ้าง

แรงงานกับจ้างทำของอยู่ที่ผลสำเร็จของงานเป็นสำคัญ ดังนั้น ถือได้ว่าหลักที่ใช้ในการแยกลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานออกจากสัญญาจ้างทำของ ของนักกฎหมายเยอรมัน ได้แก่ หลักเรื่องวัตถุประสงค์ สัญญา อันมุ่งผลสำเร็จของงานเป็นสำคัญประกอบหลักเรื่องวิธีการคำนวณสินจ้าง อาจกล่าวได้ว่า หากเป็นสัญญาจ้างแรงงานความสำเร็จของงานไม่ใช่เงื่อนไขในการจ่ายค่าจ้าง แต่หากเป็นสัญญาจ้างทำของความสำเร็จของงานเป็นเงื่อนไขในการจ่ายค่าจ้าง

ดังนั้นจะเห็นได้ชัดเจนว่าในกฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมัน ได้ถือหลักวัตถุประสงค์ สัญญา และหลักเรื่องวิธีการคำนวณสินจ้างเป็นสำคัญ แต่ทั้งนี้เมื่อได้ศึกษากับแนวความคิดของนักกฎหมายประกอบแล้ว เห็นได้ว่าการยอมรับหลักความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง หรืออำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างด้วย สำหรับในเยอรมันและฝรั่งเศสก็ยอมรับว่า เป็นหน้าที่ของลูกจ้างในการเชื่อฟังคำสั่งของนายจ้างถือเป็นหน้าที่โดยปริยายอยู่แล้ว

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างมิได้จำกัดอยู่เฉพาะการมีอำนาจบังคับบัญชาในลักษณะของงานที่ทำ แต่ยังหมายความรวมถึงอำนาจบังคับบัญชาที่แสดงออกมาในแนวทางอื่นด้วย เช่น การกำหนดเวลาทำงาน การกำหนดวันลา ตลอดจนการกำหนดระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ด้วย ตลอดจนเกี่ยวข้องกับพิจารณาในกรณีความรับผิดชอบอันเกิดการกระทำโดยประมาทและก่อให้เกิดผลเสียหายต่อบุคคลที่สาม ยกตัวอย่างเช่น การที่มีการจ้างแพทย์มาทำการรักษาวินิจฉัยคนไข้เป็นรายกรณีสัญญาดังกล่าวถือเป็นสัญญาจ้างทำของ อันจะปรับได้กับ มาตรา 587 คือ แพทย์ผู้รับจ้างตกลงรับจะทำงานคือการรักษาคนไข้จนสำเร็จโดยเป็นการทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างคือโรงพยาบาล และโรงพยาบาลตกลงให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จคือการรักษา หากต่อมาเมื่อมีการรักษาแพทย์ท่านนี้มีการกระทำโดยประมาทอาจเป็นกรณีสังฆาคิดคนไข้แพ้ยา เกิดผลกระทบท่อร่างกายเป็นเหตุให้คนไข้เสียชีวิต เกิดคำถามว่าทายาทของคนไข้จะสามารถเรียกให้บุคคลใดรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้บ้าง พิจารณาได้ว่า สำหรับแพทย์ต้องรับผิดชอบตาม มาตรา 420 เรื่องละเมิด คือเป็นการกระทำโดยประมาทต่อคนไข้ก่อให้เกิดคนไข้เสียชีวิต แต่ประเด็นสำคัญคือว่าทายาทคนไข้จะสามารถเรียกให้โรงพยาบาล ซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างในสัญญาจ้างทำของรับผิดชอบในความเสียหายได้มากน้อยเพียงใด หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 428¹¹ แล้วจะเห็นได้ว่าแพทย์เป็นอาชีพที่มีความเชี่ยวชาญ โรงพยาบาลไม่สามารถมีคำสั่งหรืออำนาจบังคับบัญชาในลักษณะของการทำงานคือการรักษาคนไข้ได้ดังนั้นในข้อยกเว้นตามบทบัญญัติที่ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบเนื่องจากการงานที่สั่งให้ทำ กับคำสั่งที่ตนให้ไว้ จึงนำมาปรับไม่ได้ ก็จะเหลือในส่วนการเลือกหาผู้รับจ้าง ในกรณีต้อง

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428 บัญญัติว่า “ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ว่าจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง.”

ได้ความว่าผู้ว่าจ้างรู้แล้วว่าผู้รับจ้างไม่ดียังฝืนจ้างมาทำงานกรณีนี้ผู้ว่าจ้างจึงต้องรับผิดชอบ แต่กรณีข้อเท็จจริงนี้ก็ไม่ได้หมายความว่าแพทย์ไม่มีความเชี่ยวชาญ แต่โรงพยาบาลยังฝืนจ้าง กรณีจึงไม่อยู่ในข้อยกเว้นตามบทบัญญัติดังนั้นจึงมีปัญหาว่าเมื่อผู้ว่าจ้างไม่สามารถรับผิดชอบตามหลักเรื่องละเมิดตามมาตรา 428 แล้วจะมีผลอย่างไร เห็นว่าบ่อเกิดแห่งนี้นั้นมีด้วยกันอยู่ 2 กรณี คือ

1) นิติเหตุ ซึ่งเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งโดยกฎหมาย เช่นละเมิด จัดการงานนอกสั่ง เป็นต้น กรณีข้อเท็จจริงไม่สามารถที่จะเรียกให้โรงพยาบาลรับผิดชอบคนไข้ตามเหตุละเมิดตามมาตรา 428 จึงต้องพิจารณาต่อไปในบ่อเกิดแห่งหนึ่งส่วนต่อไปได้แก่

2) นิติกรรม ซึ่งเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งโดยนิติกรรม ตามที่ได้กล่าวมาเบื้องต้นแล้วว่ากรณีเป็นสัญญาจ้างทำของ จึงต้องใช้หลักเรื่องนิติกรรมสัญญามาบังคับด้วย เห็นได้ว่าสัญญาจ้างทำของนี้มีคู่สัญญาคือโรงพยาบาลและแพทย์ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องผลแห่งหนี้ ตามมาตรา 220¹² ประกอบมาตรา 215¹³ เห็นได้ว่าโรงพยาบาลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากแพทย์ อันเป็นบุคคลที่ตนใช้ในการชำระหนี้คือ การรักษาคนไข้โดยขนาดสมควรว่าเป็นความผิดของตนเอง ดังนั้นเมื่อการรักษาคนไข้ของแพทย์เป็นการกระทำเพื่อการชำระหนี้ คือการทำงานตามสัญญาจ้างทำของแก่โรงพยาบาลแล้ว หากเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกคือการตายของคนไข้ กรณีนี้โรงพยาบาลย่อมต้องมีความรับผิดชอบตามสัญญา และทายาทคนไข้ย่อมสามารถเรียกให้โรงพยาบาลรับผิดชอบในเหตุแห่งความเสียหายนี้ได้อีกด้วย อย่างไรก็ตามกฎหมายไทยเห็นว่า แม้ผู้ว่าจ้างในสัญญาจ้างทำของรับผิดชอบตามหลักเรื่องละเมิดไม่ได้แต่ก็สามารถให้รับผิดชอบตามสัญญาได้

เนื่องจากความทันสมัยในยุคปัจจุบัน ทำให้เกิดมีอาชีพที่มีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาอาชีพบางอย่างเกิดความไม่ชัดเจน ยกตัวอย่างเช่น อาชีพที่มีลักษณะการทำงานที่ใช้แรงกาย อยู่ในสภาพแวดล้อม และมีความเสี่ยงต่ออันตรายจากการทำงาน คล้ายสัญญาจ้างแรงงานแต่ปรากฏว่าลักษณะบางประการตรงกับลักษณะของสัญญาจ้างทำของ หรือกล่าวได้ว่าเป็นสัญญาลักษณะที่ผู้รับจ้างตกลงทำงานตามที่ผู้ว่าจ้างกำหนด และผู้ว่าจ้างตกลงให้สินจ้างโดยคำนวณตามความสำเร็จของงานเช่นให้เป็นรายชิ้น โดยผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาวัสดุ อุปกรณ์ เครื่องมือ และสถานที่ทำงานให้ผู้รับจ้าง เช่น พนักงานทำงานในโรงงาน ที่มีการกำหนดค่าจ้างที่ต่อเมื่อทำงานเสร็จแต่ต้องมาทำงานในโรงงานของผู้ว่าจ้างและทำตามคำสั่งของนายจ้าง โดยมีการ

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 220 บัญญัติว่า “ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความผิดของตัวแทนแห่งตนกับทั้งของบุคคลที่ตนใช้ในการชำระหนี้ นั้น โดยขนาดสมควรกับว่าเป็นความผิดของตนเองจะนั้น แต่บทบัญญัติแห่งมาตรา 373 หาใช้บังคับแก่กรณีเช่นนี้ด้วยไม่.”

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 บัญญัติว่า “เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ให้ชำระ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นได้.”

กำหนดเวลาทำงานกำหนดวันลา เช่นกำหนดว่าทำเฟอร์นิเจอร์ได้ 10 ชิ้นก็จะได้ค่าตอบแทนชิ้นละ 100 บาท เป็นต้น กรณีนี้ยังเป็นปัญหาที่น่าสงสัยโดยเห็นว่ากรณีนี้เป็นกรณีของสัญญาจ้างทำของ โดยใช้หลักเรื่องวัตถุแห่งสัญญา คือคำนึงถึงความสำเร็จของงานเป็นสำคัญ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากรณีนี้เป็นกรณีของสัญญาจ้างแรงงาน โดยใช้หลักเรื่องวิธีการคำนวณเงินจ้าง คือได้ค่าตอบแทนตลอดระยะเวลาที่ทำงาน แต่การให้ค่าจ้างเป็นรายชิ้นนี้ถือว่าเป็นวิธีการจ่ายค่าจ้างอีกแบบหนึ่งเท่านั้น อีกทั้ง ใช้หลักเรื่องอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างมาปรับใช้เนื่องจากนายจ้างมีการแสดงออกถึงอำนาจบังคับบัญชาเช่น การกำหนดระเบียบวินัยการทำงาน ทั้งนี้เห็นได้ว่าการบรรลุซึ่งผลสำเร็จของงานจำเป็นที่จะต้องมีการมีชิ้นงานที่มีมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้นวัตถุประสงค์เครื่องมือจำต้องอยู่ภายใต้ความดูแลของนายจ้าง รวมถึงการให้คำแนะนำในลักษณะการทำงาน ทั้งนี้เพื่อให้ได้มาตรฐานเดียวกัน

ผู้เขียนมีความเห็นว่างานลักษณะนี้ ถือเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ทั้งนี้ นอกเหนือจากการปรับใช้ตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้วผู้เขียนเห็นว่าเพื่อคำนึงถึงสิทธิประโยชน์อันลูกจ้างพึงได้รับอีกทั้งเป็นการเพิ่มกำลังใจในการทำงานด้วย แม้นายจ้างอาจต้องรับผิดชอบสิทธิบางประการอันเกิดจากสัญญาจ้างแรงงาน แต่ภาระที่ต้องรับผิดชอบนี้อาจเป็นเพียงสิ่งเล็กน้อยหากเทียบกับการที่ได้ผลผลิตที่มากขึ้นเนื่องจากลูกจ้างมีแรงจูงใจในการทำงานมากขึ้น ทำให้มีผลกำไรที่มากขึ้น เป็นต้น

โดยสรุป ความรับผิดชอบตามสัญญาจ้างแรงงานนั้น อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างเกี่ยวข้องกับการพิจารณาความรับผิดชอบของลูกจ้าง อันเกิดจากการกระทำโดยประมาทที่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อบุคคลที่สามด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า หากหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะทำสัญญาจ้างแรงงานให้เอกชนรับจ้างเข้าทำงานแทน หน่วยงานทางปกครองต้องร่วมกันรับผิดชอบกับเอกชนลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง เนื่องจากลูกจ้างอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างเสมอ หากมีความเสียหายเกิดขึ้นในระหว่างการทำงานที่ว่าจ้างหน่วยงานทางปกครองย่อมต้องร่วมรับผิดชอบด้วยเสมอ เว้นแต่เป็นกรณีที่ความเสียหายไม่อยู่ในระหว่างการทำงานที่ว่าจ้างหรือนอกขอบเขตงานที่จ้าง

5.2.3 สัญญาทางปกครอง

ความหมายของสัญญาทางปกครองตาม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจในคดีปกครองประเภทต่าง ๆ รวมทั้งข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครองด้วย โดยผลของกฎหมายจึงต้องแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณา

พิพากษาคดีปกครอง โดยมีวิธีพิจารณาในระบบไต่สวน และระบบกฎหมายที่ต่างไปจากระบบ สัญญาทางแพ่งเดิมการจัดตั้งศาลปกครอง จึงนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงระบบศาลและระบบกฎหมาย ที่มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลมาก โดยเฉพาะ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่จากเดิมคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทุกประเภทอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมหรือศาลชั้นอุทธรณ์ แต่เมื่อได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองเพราะสัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะให้สำเร็จลุล่วง ทั้งเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนที่สถานะของคู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน จึงจำเป็นต้องบัญญัติแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายสัญญาทางปกครองว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

โดยที่กฎหมายใช้คำว่าสัญญาทางปกครอง “หมายความว่า” ที่มีความหมายแตกต่างไปจากนิยามความหมายของคำอื่น ที่บัญญัติไว้ก่อนหน้าสัญญาทางปกครองที่กฎหมายใช้คำว่า “หมายความว่า” อันเป็นการจำกัดขอบเขตการตีความไว้อย่างเคร่งครัด ดังนั้น สัญญาทางปกครอง 4 ประเภท ที่บัญญัตินิยามไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วย ที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง คำว่า “หมายความว่า” ตามมาตรา 3 ดังกล่าวย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าสิ่งที่ให้หมายความรวมถึงนั้น ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง โดยที่รูปแบบกฎหมายบัญญัติ แต่หากเข้าลักษณะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้วให้เป็นสัญญาทางปกครองด้วย เพราะ โดยสภาพแล้วถือเป็นสัญญาทางปกครอง โดยอาจพิจารณาจากเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ศาลปกครองนำมาปรับใช้ไม่ว่าข้อกำหนดพิเศษในสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไปหรือองค์ประกอบอื่น ๆ เพราะไม่ใช่ความหมายโดยตรง จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่จะวางหลักกฎหมายและพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องนี้ต่อไปโดยนำหลักกฎหมายที่มีอยู่ รวมทั้งใช้นิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ โดยเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะของฝรั่งเศสเพื่อนำมาปรับใช้เป็นเกณฑ์เพื่อให้สามารถเข้าสู่นิติวิธีหลักที่จะตีความได้อย่างรวดเร็วทั้งนิยามความหมาย การตีความที่เมื่อแยกสัญญาทางปกครองให้อยู่ในระบบกฎหมายมหาชน

ก็มีปัญหาทางกฎหมายในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง แต่เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทย มีการพัฒนาไม่มากนัก อีกทั้งคำนิยามสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นนิยามแบบเปิด ก็ยิ่งจะเป็นปัญหาทางกฎหมายมาก เพราะการนิยามเปิดแม้จะเป็นการเปิด โอกาสให้ศาลสามารถพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไปได้ในอนาคตแต่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยขอบเขตของสัญญาทางปกครองมาก

การบัญญัตินิยามสัญญาทางปกครองที่เป็นนิยามเปิด “หมายรวมถึง” ที่กฎหมายกำหนดด้วยคำเช่นนี้ ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายประสงค์จะให้มีการพัฒนาในเรื่องนี้ต่อไปในอนาคต นับแต่วันที่กฎหมายใช้บังคับ เมื่อกำหนดให้เป็นข้อพิพาทอย่างหนึ่งที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองแล้ว แนวทางการพัฒนาหลักดังกล่าวจึงเป็นเรื่องศาลปกครอง ทั้งการที่กฎหมายบัญญัติแต่เพียง “หมายรวมถึง” ในด้านหลักเกณฑ์ในการตีความที่ศาลปกครองจะนำมาใช้ในการตีความที่ถือว่ามีความยืดหยุ่นอย่างมากเพราะเท่ากับว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ไว้เลย แม้อาจจะดูคลุมพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองได้ แต่สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่ได้แต่เป็นเหตุผลทางวิชาการและหลักกฎหมายของต่างประเทศที่นำมาปรับใช้รวมทั้งพัฒนาการของหลักกฎหมายเรื่องนี้ ที่จะต้องหาข้อสรุปต่อไปว่าต้องมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอนใช้ตีความสัญญาทางปกครองต่อไปโดยนำหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมาเป็นเกณฑ์ในการตีความโดยไม่ละเลยต่อเจตนารมณ์เดิมที่ต้องการให้ศาลปกครองพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องพร้อม ๆ กันไปได้ด้วย

สัญญาทางปกครองไทยมีขอบเขตกว้างขวางจะมีทั้งสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายและสัญญาทางปกครองโดยสภาพที่ต้องพิจารณาจากเนื้อหาสัญญา โดยทฤษฎีบริการสาธารณะและข้อกำหนดพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมากที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ถือเป็นสัญญาทางปกครองด้วย คือเมื่อได้พิจารณาแล้วโดยสภาพเช่นนั้น ก็ให้เป็นสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลสามารถพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ตามสภาพ แต่เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนเช่นนี้ก็อาจมีปัญหาข้อขัดข้องในการตีความสัญญาได้ บางครั้งศาลปกครองอาจถูกมองว่าเป็นการตีความขยายเขตอำนาจ หรือตีความคับแคบจนคดีข้อพิพาทตามสัญญานั้นไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่อาจกระทบต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมของกลุ่มสัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชนที่จะไม่ได้รับประโยชน์จากการแสวงหาพยานหลักฐานและวิธีพิจารณาความในระบบไต่สวนในระบบศาลปกครองได้

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามความหมายสัญญาทางปกครองไว้เป็นครั้งแรกว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เมื่อพิจารณาสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาดังต่อไปนี้

1) สัญญาสัมปทาน

นักกฎหมายปกครองไทยได้อธิบายความหมายของสัมปทานไว้ว่า สัมปทานเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเองโดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น¹⁴ จากคำอธิบายดังกล่าวเป็นความหมายที่นำมาอธิบายความหมายของสัญญาสัมปทาน ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้เป็นอย่างดี

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาของราชการที่เก่าแก่ที่สุดสัญญาหนึ่ง ตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชจนถึงปัจจุบัน คือ กรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนลงทุนในกิจการทางด้านสาธารณูปโภคอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง กล่าวคือ เอกชนที่รับสัมปทานจะต้องลงทุนจัดให้มีบริการสาธารณะนั้น โดยตรงเป็นค่าตอบแทน โดยอาจแบ่งสัญญาสัมปทานออกได้เป็นสัมปทานบริการสาธารณะและสัญญาการให้ใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งต่างหากตามนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2) สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หมายถึงสัญญาที่หน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครองทำสัญญามอบหมายให้เอกชนเข้าทำในภารกิจใดภารกิจหนึ่งที่โดยปกติอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายปกครองหรือรัฐ ใช้วิธีการทางสัญญามอบหมายบริการสาธารณะให้บุคคลรับไปเป็นผู้จัดทำสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาที่มีขอบเขตกว้างขวางมาก โดยเฉพาะการที่ระบบสัญญาทางปกครองไทย ได้นำระบบกฎหมายปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของ

¹⁴ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 146), โดย ประยูร กาญจนดล, 2538, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ฝรั่งเศสมาใช้และมีการตีความสัญญาเทียบเคียงกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงมีทั้งการให้เอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาให้เอกชนกำจัดขยะหรือขุดลอกท่อระบายน้ำหรือสัญญาที่ถือเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาก่อสร้างและซ่อมแซมอาคาร โรงพยาบาลที่ประชาชนสามารถเข้าพักรักษาในโรงพยาบาลหรือเข้าใช้บริการสาธารณะทางด้านสาธารณสุขจากโรงพยาบาลของรัฐนั้น ๆ ได้โดยตรงหรือสัญญาให้ทุนการศึกษาที่เมื่อจบการศึกษาแล้วจะต้องมาใช้ทุนในหน่วยงานของรัฐ เป็นการเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ จึงมีการตีความสัญญาเหล่านี้โดยใช้หลักความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับการจัดทำบริการสาธารณะด้วย

3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคมีความหมายว่า “บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นแก่การดำรงชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์” ทั้งยังมีความหมายตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ เช่น การประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 วันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 กำหนดว่า “กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค (1) การไฟฟ้า (2) การรถราง...” ซึ่งตามความหมายที่ยกมานี้จะเห็นว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” แบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1) ทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ ซึ่งได้จัดขึ้นเพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สะพานคนเดินข้ามถนน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ เป็นต้น

2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต เช่น เสาไฟฟ้าและสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล เป็นต้น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นเรื่องของกิจการและทรัพย์สินที่ใช้ในกิจการนั้น ดังนั้น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงมีความหมายไปในทางที่ว่าเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งที่ประชาชนทั่วไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินชีวิตและเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณา

4) สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ปกติโดยทั่วไปแล้วทรัพยากรธรรมชาติเป็นสิทธิของชาติที่รัฐจะห้ามมิให้เอกชนเข้าไปใช้ประโยชน์ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐในรูปของสัญญาที่อนุญาตและยินยอมให้เอกชนเข้าไปแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น โดยจ่ายค่าตอบแทนให้รัฐ ทั้งนี้อาจเป็นสัญญาสัมปทาน แต่จะแตกต่างกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเพราะสัญญาให้แสวงประโยชน์จาก

ธรรมชาติมีวัตถุประสงค์ที่จะสงวนรักษาทรัพยากรของชาติไม่ให้ถูกทำลายหรือนำไปใช้ประโยชน์ โดยที่รัฐไม่ได้ประโยชน์อย่างคุ้มค่า โดยมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะเหมือนกับ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติแม้ว่าจะมีวัตถุประสงค์แตกต่างไปจาก สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะก็ตาม แต่สัญญาสัมปทานการให้แสวงประโยชน์จาก ทรัพยากรธรรมชาติก็เป็นผลส่วนหนึ่งมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดูแลรักษา ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ สัญญาประเภทนี้ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้ สัมปทาน แต่สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ 3 ประการ กล่าวคือ

1) คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สัญญาของทางราชการทุกประเภท คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ มีฐานะเป็นนิติบุคคล การเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงเป็นไปตามที่กฎหมายเฉพาะที่จัดตั้งองค์กรของรัฐ นั้น ๆ กำหนด

2) อำนาจในการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะเข้าทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนได้ จะต้องเป็นไปในกรอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของตน ทั้งผู้ที่จะทำสัญญาต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจ ตามกฎหมาย สำหรับคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานราชการนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของ หน่วยงาน และอำนาจในการกระทำการของหน่วยงานของรัฐจะกำหนดโดยกฎหมายทั่วไป ส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะกำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ แต่ละ ประเภทขณะที่รัฐวิสาหกิจจะเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารของรัฐวิสาหกิจร่วมกับ ผู้บริหารสูงสุดของรัฐวิสาหกิจตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่ง ขึ้นมา ส่วนหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ที่มีกฎหมายจัดตั้งเป็นพิเศษ ก็ต้องพิจารณาจากกรอบ วัตถุประสงค์ของหน่วยงานรัฐที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานแต่ละแห่ง ว่าตามกฎหมาย เฉพาะเหล่านั้นได้กำหนดวัตถุประสงค์หน่วยงานนั้นเพื่อการใด

3) การเลือกคู่สัญญาในการทำสัญญาของทางราชการนั้น ไม่ว่าจะสัญญาของทางราชการ ทั่วไป สัญญาพัสดุ หรือสัญญาทางปกครองประเทศก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่อาจเลือกผู้ที่เป็น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยอิสระ เนื่องจากจะต้องปฏิบัติตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอย่าง เกร่งครัด ภายใต้วิธีการที่โปร่งใส เป็นกลาง มีการแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรม และตอบสนอง ผลประโยชน์สาธารณะมากที่สุด การเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะเข้าทำสัญญาให้แสวงประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติจะเป็นไปตามกฎหมายว่าโดยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ในกิจการของรัฐและระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ประการแรก “คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ”

ประการที่สอง “สัญญานี้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”¹⁵ เมื่อศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครองและหลักเกณฑ์ของเอกสิทธิ์ไว้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครองบรรลุผลเป็นการกำหนดความหมายอันมีลักษณะทั่วไปของสัญญาทางปกครอง ด้วยการนำแนวความคิดมาจากสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั่นเอง¹⁶ ศาลปกครองสูงสุดวางหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครอง และหลักเอกสิทธิ์ไว้ สำหรับการวินิจฉัยข้อพิพาทของคดี ดังเช่นข้อกำหนดที่เป็นการให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเพียงฝ่ายเดียวที่จะบอกเลิกสัญญาได้ โดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่ผิดสัญญาในสาระสำคัญก็ดี ข้อกำหนดที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ ที่มีได้ระบุไว้ในสัญญาเพิ่มเติมได้ โดยไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านก็ดี เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษ¹⁷ เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 382/2545

คดีนี้โดยที่มาตรา 16(2) แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 กำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจและหน้าที่ในการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ และมาตรา 67(1) แห่ง

¹⁵ มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544.

¹⁶ จาก สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย, โดย โภคิน พลกุล, 2547 (มกราคม-เมษายน), *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 4(1), น. 52.

¹⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544.

พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบล มีหน้าที่ในการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางน้ำ และทางบก การที่ผู้ผูกฟ้องคดีที่ 2 ว่าจ้างนิติบุคคล เอกชนทำถนน อันเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงถือเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การกระทำของนิติบุคคล เอกชนดังกล่าว จึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองแทนผู้ผูกฟ้องคดี ที่ 2 ดังนั้น การเข้าไปขุดดินและถมดินเพื่อทำถนนในที่ดินของผู้ผูกฟ้องคดีทั้งสอง อันเป็นเหตุให้ผู้ผูกฟ้องคดีได้รับความเสียหาย จึงเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงให้รับคำฟ้องในข้อหาดังกล่าวไว้พิจารณา

จากคำสั่งดังกล่าว เห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ เป็นหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบล เมื่อไปทำสัญญาว่าจ้างให้เอกชนทำถนนแทน จึงเป็นการทำสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเข้าลักษณะนิยามของสัญญาทางปกครอง

5.3 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะของคู่สัญญาและอำนาจหน้าที่ของผู้รับจ้างตามสัญญา

เดิมงานก่อสร้างงานโยธาสาธารณะเป็นภารกิจของหน่วยงานทางปกครองเป็นผู้ดำเนินการ แต่เมื่อเวลาผ่านไป รัฐได้พยายามถ่ายโอนภารกิจให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทน ดังนั้นเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญาและความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายแต่ละประเทศบัญญัติไว้ โดยเฉพาะเรื่องสถานะของคู่สัญญา เป็นปัญหาที่ทำให้เกิดความแตกต่างในเรื่องของความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครอง ดังนี้

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ในกรณีที่ปัจเจกบุคคลได้รับผลร้ายจากการดำเนินงานสาธารณะ โดยการกระทำนั้นปราศจากความผิด หากผลร้ายที่ได้รับเป็นผลธรรมดาที่คาดหมายให้บุคคลทั่วไปยอมรับได้ รัฐย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในผลร้ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้น เพราะในสังคมปัจเจกบุคคลย่อมได้รับผลดีหรือข้อได้เปรียบบุคคลอื่นอยู่บ้าง ถือเป็น การเกื้อผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล เมื่อใดที่ปัจเจกบุคคลได้รับความเสียหายเป็นพิเศษเกินไปกว่าผลร้ายธรรมดาที่อาจคาดหมายให้บุคคลทั่วไปยอมรับได้ รัฐย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ถึงแม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากการที่รัฐไม่ได้กระทำเลยก็ตาม ความผิดโดยปราศจากความรับผิดชอบในงานโยธาสาธารณะดังกล่าวไม่ได้หมายถึงการก่อสร้างหรือจัดให้มีทรัพย์สินสาธารณะเท่านั้น แต่ยังหมายถึงการบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าวด้วย เช่น การก่อสร้างถนน

การทำความสะอาดถนน เป็นต้น ยกตัวอย่างเช่น คดี Ville d'Orléans จากคดีดังกล่าว ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการอาจกล่าวอ้างให้ผู้รับทำงานสาธารณะรับผิดชอบในฐานะที่ได้กระทำความคิดในการปฏิบัติงานสาธารณะ หรือรับผิดชอบในกรณีที่มีข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งกำหนดให้ผู้รับทำงานสาธารณะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานสาธารณะหรือรับผิดชอบในกรณีที่มีข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งกำหนดให้ผู้รับทำงานสาธารณะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานสาธารณะ แม้ว่าจะไม่ได้กระทำความคิดก็ตาม เห็นได้ว่าสัญญาที่หน่วยงานเจ้าของโครงการกับเอกชนผู้รับทำงานสาธารณะ มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้เสียหายสามารถฟ้องหน่วยงานเจ้าของโครงการและเอกชนได้ทั้งคู่ต่อศาลปกครอง หรือจะเลือกฟ้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวได้ต่อศาลปกครอง

สำหรับประเทศไทย เมื่อหน่วยงานทางปกครองได้วางจ้างให้เอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะแทนตนนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวไว้ว่า สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ผู้เสียหายจึงสามารถใช้สิทธิฟ้องหน่วยงานทางปกครองกับผู้รับจ้างได้ทั้งคู่ต่อศาลปกครองเช่นเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศส เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 271/2545 (ป) เป็นต้น

ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับการที่ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา ผู้รับจ้างซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการแทนหน่วยงานทางปกครอง แม้ว่าผู้รับจ้างจะเป็นเอกชนก็ตาม เนื่องจากว่า มูลคดีพิพาทเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หากตีความ โดยเคร่งครัดจะส่งผลให้ผู้เสียหายต้องไปฟ้องผู้รับจ้างซึ่งเป็นเอกชนต่อศาลยุติธรรม อันจะเป็นปัญหาที่ทำให้ผลของคำพิพากษาระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรมขัดกัน ได้ อีกทั้งยังมีปัญหาในการแบ่งส่วนความรับผิดชอบในการชดเชยค่าสินไหมทดแทน ดังนั้นการที่ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในส่วนของผู้รับจ้างที่เป็นเอกชนไปด้วย ก็จะทำให้ไม่เกิดปัญหาดังกล่าว ทั้งยังเป็นหลักประกันความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้เป็นอย่างดี

5.3.1 สถานะของผู้เสียหาย

ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากงานสาธารณะต้องพิจารณาสถานะของผู้ได้รับความเสียหายเป็นสำคัญด้วย เนื่องจากสถานะของผู้ที่ได้รับความเสียหายจะส่งผลต่อการพิจารณาฐานความรับผิด ดังนี้

1) ผู้ใช้งานสาธารณะ เป็นบุคคลที่ใช้งานสาธารณะอย่างปกติธรรมดา แต่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการงานสาธารณะดังกล่าว

ลักษณะความเสียหายและภาระการพิสูจน์ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ใช้งานสาธารณะนั้น เป็นความเสียหายโดยตรงเนื่องมาจากการก่อสร้าง หรือการบำรุงรักษางานสาธารณะ ผู้ใช้งาน

สาธารณะที่ได้รับความเสียหายต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นและงานสาธารณะอันเป็นเหตุแห่งความเสียหาย ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากผู้เสียหายเองหรือเกิดจากเหตุสุดวิสัย หน่วยงานทางปกครองหรือผู้รับทำงานสาธารณะอาจไม่ต้องรับผิดชอบหรือหน่วยงานทางปกครองอาจกล่าวอ้างว่าตนไม่ได้ทำความผิดเนื่องจากได้ปฏิบัติงานสาธารณะ อย่างดีแล้ว รวมถึงได้ให้สัญญาเตือนเพื่อป้องกันอันตรายไว้ด้วยแล้ว จึงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

2) บุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการโยธาสาธารณะนั้น เป็นบุคคลที่ไม่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงในการดำเนินการหรือการปฏิบัติงานสาธารณะ รวมถึงไม่ได้เป็นผู้ใช้ประโยชน์จากงานโยธาสาธารณะ

ลักษณะความเสียหายและการพิสูจน์ ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบนั้น บุคคลภายนอกเพียงแต่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามีความสัมพันธ์กันระหว่างความเสียหายและงานโยธาสาธารณะ โดยไม่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความผิดแต่อย่างใดและความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายที่ผิดปกติ กล่าวคือ มีระดับความร้ายแรงมากกว่าความเสียหายตามปกติที่อาจเกิดขึ้นในสถานการณ์ เช่นนั้นกับบุคคลภายนอก และในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากความผิดของผู้เสียหายเอง หรือเกิดจากเหตุสุดวิสัย หน่วยงานทางปกครองหรือผู้รับทำงานสาธารณะอาจไม่ต้องรับผิดชอบ ดังกล่าว

3) บุคคลที่มีส่วนร่วมในการดำเนินงานหรือปฏิบัติงานสาธารณะ หมายถึง บุคคลที่เข้าไปมีส่วนร่วมในงานสาธารณะที่ก่อให้เกิดความเสียหาย เช่น

1. ผู้รับทำงานสาธารณะ ซึ่งทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง กับหน่วยงานเจ้าของโครงการ ซึ่งผู้รับจ้างได้รับค่าตอบแทนจากหน่วยงานหรือผู้รับสัมปทานงานโยธาสาธารณะก็ถือว่าเป็นผู้มีส่วนร่วมในงานสาธารณะ แต่จะได้รับความตอบแทนจากผู้บริการสาธารณะ

2. ผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ในงานสาธารณะ ซึ่งไม่ได้มีความผูกพันกันตามสัญญา กับเจ้าของโครงการโดยตรง เช่น ลูกจ้างของผู้รับจ้างช่วง หรือผู้ปฏิบัติงานมีความผูกพันในลักษณะของการลงนามในสัญญางานโยธาสาธารณะ

3. บริษัทที่มีส่วนร่วมในงานสาธารณะ

ความเสียหายเกิดขึ้นจากงานสาธารณะที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นเจ้าของโครงการนั้น ผู้เสียหายมีทางเลือกที่จะฟ้องบรรดาลูกหนี้หลายราย ดังนี้ ผู้เสียหายอาจยื่นฟ้องขอให้หน่วยงานทางปกครองเจ้าของโครงการรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย หรือผู้เสียหายอาจยื่นฟ้องผู้รับทำงานสาธารณะให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย หรือผู้เสียหายอาจยื่นฟ้องทั้งคู่ให้ร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

ซึ่งหลักการที่ให้ผู้เสียหายมีทางเลือกที่จะฟ้องบรรดาถูกหนี้ยหลายราย โดยอาจฟ้องทั้งหน่วยงานทางปกครองและฟ้องผู้รับทำงานสาธารณะให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายของประเทศฝรั่งเศส นั้น สอดคล้องกับแนวคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 441/2549

คดีนี้ การก่อสร้างปรับปรุงระบบป้องกันน้ำท่วมขัง (เขื่อน) จึงเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือเป็นการดำเนินกิจการในทางปกครองตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ก่อสร้างปรับปรุงระบบป้องกันน้ำท่วมขัง (เขื่อน) ก็ตาม แต่ก็เป็นการดำเนินกิจการของเทศบาลเมืองซึ่งมีอำนาจโดยเฉพาะ เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ก่อสร้างปรับปรุงระบบป้องกันน้ำท่วมขัง (เขื่อน) จนเป็นเหตุให้บ้านของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งตั้งอยู่ติดกับคลองอานะซุงได้รับความเสียหาย และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งใช้บ้านหลังดังกล่าวเป็นที่อยู่อาศัยและประกอบการค้า ทำให้ต้องขาดรายได้จากการประกอบการค้าระหว่างการซ่อมแซมบ้าน ถือได้ว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นผลโดยตรงจากการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะเป็นเอกชนมิใช่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ก็ก็เป็นเอกชนที่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ให้ดำเนินกิจการในอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2547 (ป)

การขุดลอกลำห้วยซึ่งเป็นแหล่งน้ำธรรมชาติเพราะเป็นทางน้ำที่ไหลจากภูเขาเป็นการปรับปรุงแหล่งน้ำธรรมชาติให้เกิดประโยชน์ในการอุปโภคและบริโภค ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของกรมชลประทานตามมาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 6 แห่งพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมชลประทาน กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น การที่โครงการชลประทานร้อยเอ็ด กรมชลประทานมอบหมายให้เอกชนดำเนินการขุดลอกลำห้วยบางแทนแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว แม้ว่าผู้รับจ้างที่เป็นเอกชนจะไม่ใช่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่หากได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครองหรือให้ใช้อำนาจทางปกครอง เมื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกแล้ว

ผู้เสียหายย่อมสามารถฟ้องผู้รับจ้างต่อศาลปกครองได้ เพราะหากความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเพราะความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้รับจ้างโดยตรงแล้ว ผู้รับจ้างจึงต้องเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย และการที่ศาลวินิจฉัยให้ฟ้องต่อศาลปกครองได้นั้นก็เพื่อประโยชน์ในการกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบในการชดเชยค่าเสียหาย หากปล่อยให้ผู้เสียหายแยกไปฟ้องผู้รับจ้างต่อศาลยุติธรรม ก็อาจจะส่งผลให้คำพิพากษาระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรมขัดกันได้ เช่นเดียวกับปัญหาที่เกิดจากความหลากหลายของสัญญาตามที่ได้ศึกษามาก่อนหน้านี้แล้ว

5.3.2 สถานะของกลุ่มสัญญาและเนื้อหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้รับจ้างตามสัญญา

ประเทศเยอรมัน โดยทั่วไปเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างความรับผิดชอบทางแพ่งกับความรับผิดชอบของรัฐซึ่งเป็นหลักกฎหมายมหาชนนั้นจะใช้เกณฑ์หน้าที่เป็นหลัก โดยจะพิจารณาว่าหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนหรือไม่ แต่ในกรณีที่เกิดความสัมพันธ์ขึ้นสามฝ่ายระหว่าง หน่วยงานทางปกครอง “ผู้ว่าจ้าง” และเอกชน “ผู้รับจ้าง” และเอกชน “ผู้เสียหาย” ก็จะเกิดการผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งกับกฎหมายมหาชนขึ้น เนื่องจากสัญญาจ้างทำของที่ หน่วยงานทางปกครอง “ผู้ว่าจ้าง” และ เอกชน “ผู้รับจ้าง” มีนิติสัมพันธ์กันนั้นเป็นสัญญาในทางแพ่งให้มีหน้าที่ในการดำเนินการตามที่จ้าง แต่ในการดำเนินงานตามที่จ้างนั้น ซึ่งก็มีการดำเนินการที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายแพ่งเช่น สัญญาจ้างลูกจ้าง การทำสัญญาซื้อขายอื่น ๆ เป็นต้น แต่ในบางส่วนก็มีหน้าที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน เช่น การป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ประชาชน โดยการจัดให้มีเครื่องหมายและสัญญาณจราจร การดำเนินจัดการสิ่งกีดขวางการจราจร เป็นต้น โดยได้พัฒนาทฤษฎีผู้รับจ้างในฐานะเครื่องมือของรัฐ โดยใช้เกณฑ์ “หน้าที่” เข้ามาพิจารณาประกอบด้วย โดยมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1) การที่เอกชน “ผู้รับจ้าง” ดำเนินการหรืองดเว้นดำเนินการนั้น “ใกล้ชิด” กับหน้าที่ที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนหรือไม่ เช่น การป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ประชาชนโดยการจัดให้มีเครื่องหมายและสัญญาณจราจร การดำเนินจัดการสิ่งกีดขวางการจราจร เป็นต้น ซึ่งการดำเนินการหรืองดเว้นดำเนินการนั้นใกล้ชิดกับหน้าที่ของรัฐ

2) เอกชน “ผู้รับจ้าง” มีดุลพินิจในการดำเนินการหรืองดเว้นการดำเนินการตามหน้าที่นั้นมากน้อยเพียงใด เปรียบเสมือนเครื่องมือของหน่วยงานทางปกครองหรือไม่

เมื่อพิจารณาได้ความแล้วว่า การดำเนินการหรืองดเว้นดำเนินการดังกล่าว “ใกล้ชิด” กับหน้าที่ในทางมหาชนแล้ว อีกทั้งเอกชน “ผู้รับจ้าง” ก็ไม่มีเสรีภาพในการดำเนินการหรือไม่มีดุลพินิจในการดำเนินการหรืองดเว้นดำเนินการ เปรียบก็คล้ายกับเป็น “เครื่องมือของรัฐ” กรณีดังกล่าวหากเอกชน “ผู้รับจ้าง” ดำเนินการหรืองดเว้นการดำเนินการและก่อให้เกิดความ

เสียหายแก่เอกชนอื่น ๆ การพิจารณาความรับผิดจะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตความรับผิดของรัฐซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน

หลักการพิจารณาโดยใช้เกณฑ์ “หน้าที่” ในการกำหนดความรับผิดของผู้รับจ้างนั้น สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 126/2544 (ป)

แม้หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างจะทำสัญญาจ้างกับเอกชนผู้รับจ้างก็ตาม เมื่อพิจารณาลักษณะงานในสัญญาจ้าง ปรากฏว่าผู้ว่าจ้างยังคงมีอำนาจสั่งการและกำกับดูแลการดำเนินการ เพื่อให้เป็นไปตามเอกสารสัญญาและมีอำนาจที่จะสั่งให้แก้ไข เปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมหรือตัดทอนงาน กรณีจึงถือได้ว่าหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย โดยมอบหมายให้เอกชนผู้รับจ้างเป็นผู้ดำเนินการแทน เมื่อการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 271/2545 (ป)

คดีนี้การขุดคูส่งน้ำและถมถนนของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นส่วนหนึ่งของการจัดให้มีทางน้ำและทางบกตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีตาม พระราชบัญญัติสภาพาบบลและองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะงานในสัญญาจ้างแล้วจะเห็นว่าเป็นการกำหนดแนวและขุดคูส่งน้ำขึ้นมาใหม่ อีกทั้งในข้อ 13 ของสัญญาที่ปรากฏว่าผู้ว่าจ้างมีอำนาจ ที่จะตรวจสอบและควบคุมงานเพื่อให้เป็นไปตามเอกสารสัญญาและมีอำนาจที่จะสั่งให้แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมหรือตัดทอนงาน ดังนั้น แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะทำสัญญากับเอกชนผู้รับจ้างก็ตาม เมื่อผู้ถูกฟ้องคดียังคงอำนาจสั่งการและกำกับดูแลการดำเนินการขุดคูส่งน้ำและถมถนนดังกล่าวไว้ กรณีจึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดำเนินการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางน้ำและทางบก โดยการขุดคูส่งน้ำและถมถนน โดยมอบหมายให้เอกชนผู้รับจ้างเป็นผู้ดำเนินการแทน จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายขององค์การบริหารส่วนตำบลตามมาตรา 67 มาตรา 68 และมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติสภาพาบบลและองค์การบริหารส่วนตำบล เมื่อการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 187/2546

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดำเนินการว่าจ้างบริษัทเอกชนให้ถมดินบริเวณหนองน้ำสาธารณะประโยชน์เพื่อสร้างอาคารศูนย์พัฒนาอาชีพและรายได้ ถือเป็นการดำเนินการจัดทำกิจการ

ในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลเพื่อบำรุงและส่งเสริมการประกอบอาชีพของราษฎร ซึ่งเป็นการกระทำตามอำนาจหน้าที่ในฐานะองค์กรปกครองท้องถิ่นเพื่อพัฒนาตำบล ทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมตามมาตรา 66 และมาตรา 68(7) แห่ง พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล จึงเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการในทางปกครองตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดเพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวม เมื่อการถกเถียงดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี แม้จะเป็นการกระทำของเอกชนแต่การดำเนินการดังกล่าวอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงถือว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.304/2550

การดำเนิน โครงการพัฒนาสุขภาพชีวิต และสนามกีฬาเอนกประสงค์ของผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งเป็นองค์การบริหารส่วนตำบล เป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 68(4) แห่ง พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 เมื่อขณะทำการถกเถียงเพื่อดำเนินตามโครงการดังกล่าว ทำให้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีซึ่งติดกับโครงการดังกล่าวเกิดน้ำท่วมเป็นเหตุให้ต้นตองกองที่ปลูกอยู่ตายบางส่วน ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนจากผู้ถูกฟ้องคดีได้ตามมาตรา 1337 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนจะเรียกร้องได้เพียงใดนั้น ต้องกำหนดจากความเสียหายที่แท้จริง

จากแนวคำสั่งและคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวได้วินิจฉัยว่า ผู้รับจ้าง (เอกชน) เป็นผู้ดำเนินการแทนหน่วยงานทางปกครอง โดยที่หน่วยงานทางปกครองได้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะไปตามอำนาจหน้าที่ตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้น ผู้รับจ้างจึงต้องมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานทางปกครองด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้รับจ้างเป็นเครื่องมือของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลได้ เมื่อการกระทำของผู้รับจ้างก่อให้เกิดความเสียหาย จึงเป็นการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ในขณะที่ศาลฎีกาประเทศสหรัฐอเมริกา วางหลักไว้ว่า รัฐบาลสหรัฐจะรับผิดชอบผู้เสียหายกรณีละเมิดที่เกิดจากการกระทำของผู้รับจ้างหรือไม่นั้น ให้พิจารณาว่าผู้รับจ้างดังกล่าว

เป็นผู้รับจ้างทำการทำงานตามสัญญาโดยอิสระหรือไม่ หากเป็นผู้รับจ้างทำการทำงานตามสัญญาโดยอิสระเสียแล้ว คู่สัญญาเอกชนต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดด้วยตนเองตามกฎหมายลักษณะละเมิดของมลรัฐที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้น ศาลฎีกาสหรัฐพิจารณาความเป็น “ผู้รับจ้างทำการทำงานตามสัญญาโดยอิสระ” จากความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานกับผู้รับจ้างเอกชนใน 2 ประการ คือ ประการแรก อำนาจของหน่วยงานในการควบคุมการกระทำทางกายภาพในรายละเอียดของผู้รับจ้างเอกชนมีมากน้อยเพียงใด โดยทั่วไปแล้วอำนาจของหน่วยงานจะเป็นประการใด เพียงใด จะกำหนดไว้ในข้อสัญญา ประการที่สอง หน่วยงานได้แสดงพฤติกรรมที่เป็นการกำกับดูแลการดำเนินการของคู่สัญญาเอกชนในลักษณะวันต่อวันอย่างแท้จริงหรือไม่ ดังนั้นหากหน่วยงานไม่มีทั้งอำนาจในการควบคุมและกำกับดูแลดังกล่าว ผู้รับจ้างเอกชนที่กระทำละเมิดย่อมมีฐานะเป็นผู้รับจ้างทำการทำงานตามสัญญาโดยอิสระ และต้องรับผิดชอบในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว โจทก์จึงไม่อาจฟ้องให้รัฐบาลสหรัฐรับผิดชอบในละเมิดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้รับจ้างเอกชนนั้นได้

ส่วนประเทศอิตาลี โดยหลักแล้ว ผู้รับจ้างเป็นผู้รับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างการทำงานที่ว่าจ้าง แต่ศาลฎีกาได้มีแนวคำพิพากษาว่า กรณีดังต่อไปนี้ หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบ ในกรณีดังต่อไปนี้

กรณีที่หน่วยงานต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว

1) กรณีที่ผู้รับจ้างทำงานภายใต้คำสั่งและการบังคับบัญชาของหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้าง หน่วยงานจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายแต่เพียงผู้เดียวเพราะผู้รับจ้างดำเนินการตามการบังคับบัญชาเสมือนหนึ่งเป็นแขนขา หรือเป็นเครื่องมือของหน่วยงานทางปกครอง เอกชนผู้รับจ้างต้องทำตามคำสั่งของหน่วยงานโดยไม่มีอิสระในการตัดสินใจหรือในการทำงานที่จ้างเลย ต้องปฏิบัติตามคำสั่งเสมือนหนึ่งเป็นลูกจ้างตามสัญญาแรงงาน กรณีนี้หากเกิดความเสียหายใด ๆ ขึ้นหน่วยงานผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนต่อบุคคลภายนอก เพราะการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นส่งผลให้ความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของได้ลดระดับลงจนกลายเป็นความสัมพันธ์ตามสายการบังคับบัญชา แต่หากเป็นกรณีที่หน่วยงานผู้ว่าจ้างใช้อำนาจหน้าที่ของตนในการกำกับดูแลการดำเนินการของผู้รับจ้าง โดยเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามปกติแล้ว หากเกิดความเสียหายขึ้นอันเนื่องมาจากการดำเนินการของผู้รับจ้าง ผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลภายนอก

แม้ว่าตามสัญญาจ้างก่อสร้างนั้นหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างจะมีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลการทำงานตามสัญญาจ้างทำของก็ตามและแม้อำนาจในการกำกับดูแลดังกล่าวจะลดทอนความอิสระในการดำเนินการตามสัญญาของผู้รับจ้างอยู่บ้าง โดยหากเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างจะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งเป็นผู้อำนวยการโครงการ

เพื่อให้มีหน้าที่กำกับดูแลโครงการก่อสร้าง ถึงแม้ว่าในการกำกับดูแลเจ้าหน้าที่ผู้ใช้นั้นจะใช้อำนาจในการกำกับดูแลหรือเข้าแทรกแซงการทำงานที่จ้างอย่างเข้มข้นหรือต่อเนื่องเพียงใดก็ตาม แต่การเข้าแทรกแซงดังกล่าวก็ไม่อาจเปลี่ยนอิสระในการทำงานของผู้รับจ้างให้ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของหน่วยงานโดยสิ้นเชิงได้ ผู้รับจ้างยังคงมีหน้าที่ในการทำงานที่จ้างด้วยความระมัดระวังในฐานะผู้มีวิชาชีพในการก่อสร้าง ซึ่งเมื่อเห็นว่าอาจเกิดความเสียหายขึ้นก็มีหน้าที่ในการแจ้งให้หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างทราบ หากไม่แจ้งแล้วเกิดความเสียหายขึ้นผู้รับจ้างก็ต้องรับผิดชอบ แต่ถ้าได้แจ้งต่อหน่วยงานผู้ว่าจ้างให้ทราบแล้ว แต่หน่วยงานยังยืนยันให้ทำต่อไป กรณีนี้การดำเนินการตามคำสั่งของหน่วยงานเป็นการดำเนินการภายใต้การบังคับบัญชา เอกชนผู้รับจ้างไม่มีอิสระในการดำเนินการเป็นอย่างอื่น หากเกิดความเสียหายขึ้นหน่วยงานผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว ศาลฎีกายังวางหลักต่อไปว่า ผู้รับจ้างนั้นไม่เพียงแต่มีหน้าที่ในการระมัดระวังความเสียหายจากการทำางานที่จ้าง กรณีที่เห็นว่าโครงการมีข้อผิดพลาดก็มีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้หน่วยงานผู้ว่าจ้างทราบ หรือเห็นว่าคำสั่งของผู้ว่าจ้างผิดพลาด หรือคำสั่งของผู้อำนวยการโครงการผิดพลาดก็ต้องแจ้งและโต้แย้งว่ามีความผิดพลาด หากไม่แจ้งหรือโต้แย้งแล้วยังดำเนินการต่อไป หากความเสียหายเกิดแก่บุคคลภายนอกผู้รับจ้างก็ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าได้โต้แย้งหรือแจ้งให้หน่วยงานทราบแล้วแต่หน่วยงานบอกให้ดำเนินการต่อไป เพราะหน่วยงานเห็นว่าจะไม่เกิดความเสียหายใด ๆ หากต่อมาเกิดความเสียหาย กรณีนี้หน่วยงานผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว

อย่างไรก็ตาม หน่วยงานจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อบุคคลภายนอกก็ต่อเมื่อความเสียหายดังกล่าวเป็นผลโดยตรงมาจากคำสั่งของหน่วยงาน โดยการสั่งการดังกล่าวต้องเป็นไปในลักษณะที่ไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับจ้างได้ตัดสินใจหรือตัดโอกาสดังกล่าวของผู้รับจ้าง

2) กรณีความผิดจากการที่หน่วยงานละเลยในการแจ้งข้อมูลแก่ผู้รับจ้าง เช่น กรณีที่หน่วยงานทำสัญญาจ้างให้ผู้รับเหมาเอกชนรายหนึ่งทำการขุดอุโมงค์ ทั้งที่ทราบว่ามีสายไฟฟ้าอยู่ใต้ดินบริเวณที่ขุดเจาะ แต่กลับละเลยไม่แจ้งให้ผู้รับจ้างทราบ ส่งผลให้ในการขุดเจาะโดนสายไฟฟ้าทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย กรณีนี้หน่วยงานจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายแต่เพียงผู้เดียว เป็นต้น

อย่างไรก็ดีในสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะจะระบุไว้ในข้อสัญญาหนึ่งว่า หากผู้รับจ้างไม่รับผิดชอบขอใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่บุคคลภายนอก กรณีดังกล่าวอาจเป็นเหตุให้หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาได้อีกด้วย จะเห็นได้ว่ากฎหมายอิตาลีได้สร้างระบบที่คุ้มครองบุคคลภายนอกจากความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการทำางานที่จ้างไว้อย่างดีแล้ว โดยบังคับให้ผู้รับจ้างต้องทำประกันภัยความเสียหายต่อบุคคลภายนอก ซึ่งเป็นระบบที่ช่วยคุ้มครองให้ผู้เสียหายได้รับค่าสินไหมทดแทน ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งไม่ค่อยพบ

ข้อกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องทำประกันภัย ไม่ปรากฏในสัญญาจ้างทำของ หรือสัญญาทางปกครอง ที่ให้ทำโยธาสาธารณะเท่าใดนัก

ผู้เขียนเห็นว่า หากจะให้เป็นหลักประกันในกรณีที่เกิดความเสียหาย แก่ผู้ที่ถูกระทำละเมิดจากการจัดทำงาน โยธาสาธารณะจึงควรกำหนดให้มีการทำประกันภัยเพื่อเป็นหลักประกันความเสียหายให้แก่บุคคลภายนอกด้วย ซึ่งนอกเหนือจากประเทศอิตาลีแล้ว ในประเทศสเปนกฎหมายบังคับให้เอกชนคู่สัญญาจะต้องทำสัญญาประกันกับบริษัทประกันภัย เพื่อเป็นการคุ้มครองหรือให้หลักประกันกับทั้งหน่วยงานภาครัฐและบุคคลภายนอกที่อาจจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการดำเนินการตามสัญญาอยู่ด้วยเสมอ ดังนั้นปัญหาที่คู่สัญญากับหน่วยงานภาครัฐไม่สามารถจ่ายค่าชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้เพราะปัญหาทางการเงิน จึงมีโอกาสดังกล่าวเกิดขึ้นได้น้อยมาก