

การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ

เกริกเกียรติ ทิพย์ชัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร


นิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์


สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

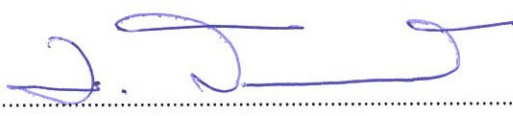
2559

การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ  
เกริกเกียรติ ทิพย์ชัย  
คณะนิติศาสตร์

อาจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของ  
การศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

ศาสตราจารย์..........ประธานกรรมการ  
(ดร.สุรพล นิตไกรพจน์)

ศาสตราจารย์..........กรรมการ  
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

อาจารย์..........กรรมการ  
(ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร)

ศาสตราจารย์..........คณบดี  
(ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร)  
พฤศจิกายน 2559

## บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ
ชื่อผู้เขียน	นายเกริกเกียรติ ทิพย์ชัย
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2559

วิทยานิพนธ์นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1. ศึกษาแนวคิดและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐให้เอกชนจัดทำหรือร่วมจัดทำ 2. ศึกษาอำนาจหน้าที่การควบคุม กำกับดูแลในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ 3. ศึกษาเปรียบเทียบการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทย

วิธีการศึกษาแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรก เป็นการศึกษาหลักการพื้นฐาน แนวคิดทฤษฎี และพัฒนาการของการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ ส่วนที่สอง เป็นการศึกษาเปรียบเทียบการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศที่ผู้วิจัยเห็นว่ามีความสำคัญ พบว่า 1. การปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น บริการสาธารณะบางประเภทยังไม่มีกฎหมายกำหนดโดยเฉพาะให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะทำและการควบคุม กำกับดูแลนั้นเป็นเพียงการควบคุม กำกับดูแลโดยคู่สัญญาทำให้มักเกิดการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐแต่ไม่มีความผิดเกิดขึ้น 2. การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะยังขาดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขและบอกเลิกสัญญาและกฎหมายให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการมีเอกสิทธิ์มากเกินไปรวมถึงการขาดความชัดเจนในการให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการบอกเลิกสัญญา จนทำให้ใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขและบอกเลิกสัญญาตามอำเภอใจและไม่เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ 3. การควบคุม กำกับดูแลนั้นมักจะขาดประสิทธิภาพเนื่องจากการไม่มีองค์กรกลางที่จะเข้าไปตรวจสอบการควบคุม กำกับดูแลและไม่มี การดำเนินการทางกฎหมายกับบุคคลที่มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล แม้บุคคลนั้นจะละเลยในการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่มีชอบก็ตาม 4. ความสัมพันธ์ทางกฎหมายในการตรวจสอบหรือติดตามการจัดทำบริการสาธารณะทั้งในความสัมพันธ์ระหว่างราชการส่วนกลางกับองค์กรที่ได้รับอำนาจตามหลักการกระจายอำนาจและความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนการกำหนดความสัมพันธ์ในบทบัญญัติทางกฎหมายยังไม่ไปในทิศทางเดียวกัน

ดังนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาทั้ง 4 ประการดังกล่าว ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ปัญหา คือ 1. การตั้งคณะกรรมการกลางในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนในบริการสาธารณะประเภทการให้เอกชนเดินรถร่วมกับรัฐและสัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการ 2.

(4)

การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐและการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการบอกเลิกสัญญาในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ รวมถึงเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 3. แก้ไขระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550 ให้มีการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนคู่สัญญาในการกำกับดูแลเป็นการควบคุมดูแล

## ABSTRACT

<b>Title of Thesis</b>	The Control and the Oversight of Private Organization about the Public Services by the State
<b>Author</b>	Mr. Kroekkiat Thipchai
<b>Degree</b>	Master of Laws
<b>Year</b>	2016

---

The purposes of the thesis are including,

1. To study about the concept and the process of the state's project about the public service that provided by the private organization or the group who join in with the state.

2. To study about the duty and the power of the state to control and oversight the private organization of public service project.

3. To study about the Laws between Thai Laws and other countries Laws about the control and oversight to do the public service project.

There are two method to study the projects. First part is to study the basic of the theory and the development of The control and the oversight of private organization about the public services by the state. The second part is to study about the Laws between Thai Laws and other countries Laws about the control and oversight to do the public service project which the researcher found it is vital. The researcher found that 1) The operations of the control and the oversight of private organization about the public services by the state. For some public service, there is no specific law for the the department of the state or the officer who has the duty to take care of the project. 2) The duty of using the privilege of the state over the private organization to oversight the project about the public service, they are still lacking the regulations of the resolution and contract's cancelation. Also, the laws provided the power for the partners of contract from the state to have the over privilege and lacking of the clearly to provide the power for the partners of contract to cancel the contract. Those are the reasons to cause the whim of using the privilege to solve the problem and cancel the contract and not helpful for the public. 3) About the control and oversight, it always lack of efficiency because there is no any organization to control and operation by using laws with the officer who

(6)

has the power to control things even they are using power in the wrong way.<sup>4</sup>) The relation between Law in investigation of public service project, the government officer and the main organization who has the power to control the contract between the partners of contract, there is still lack of indication that about the provision of the law, it is still not in the same way.

Therefore, the solution to solve all the problems the researcher would recommend the following resolution.

1. To appoint the committee who has the power to control and oversight the private organization about the public service by the state. And to provide them the power to control the public transportation with private organization and about the public service to the state and the contract of the construction from the state.

2. The additional criteria for amendment of Council Regulation on Procurement Act 2535 or the procurement and management of public procurement rules, and more in order to terminate the contract in the Office of the Prime Minister in parcel 2535.

Or a proposal for procurement and supply management sector. The additional provision in the law to allow private investment in state affairs 2556.

3. To resolve the Bangkok Mass Transit Authority regulations governing the management and oversight of private bus services are scheduled for 2550. Also to indicate the relationship between the state and private parties in the regulatory oversight.

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่อง “การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ” ได้รับความอนุเคราะห์ของเจ้าหน้าที่หอสมุดมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทำพระจันทร์และเจ้าหน้าที่หอสมุดศาลปกครองสูงสุด จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร เป็นอย่างสูง ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาของผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ กรุณาให้คำปรึกษา คำแนะนำและชี้แนะแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์ รวมถึงการสละเวลาในการตรวจวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียนตลอดมา ตลอดจนให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์จนวิทยานิพนธ์สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณพ่อ วันชัย ทิพย์ชัย และคุณแม่ รวีวรรณ ทิพย์ชัย ผู้ให้กำเนิดที่มีพระคุณอย่างหาที่สุดมิได้ ที่คอยให้กำลังใจ กำลังทรัพย์ผู้เขียนในการศึกษานิติศาสตรมหาบัณฑิต และจัดทำวิทยานิพนธ์มาโดยตลอดตั้งแต่เริ่มศึกษาจนจบการศึกษา

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ครอบครัว ทิพย์ชัย ครอบครัว กุลสิงห์ ครอบครัว สุขนิรันดร์ ครอบครัว ช้างสีเอี่ยม ที่คอยให้กำลังใจและสนับสนุนผู้เขียนในการศึกษานิติศาสตรมหาบัณฑิตและจัดทำวิทยานิพนธ์ตลอดมา

ผู้เขียนขอขอบพระคุณสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ที่ให้โอกาสผู้เขียนในการเข้าศึกษาเพื่อน ๆ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ รุ่นที่ 3, 4, 5, 9 และเพื่อน พี่ น้อง จากค่ายวิถีไทยวิถีธรรม ของคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ โดยเฉพาะ พระคทาวุธ คเวสกรรมโม ที่คอยสนับสนุนและให้กำลังใจผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์มาโดยตลอด

ผู้เขียนขอขอบคุณ เพื่อน ๆ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี รุ่นที่ 4 ที่คอยให้กำลังใจและคำปรึกษาแก่ผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์มาโดยตลอด

คุณค่าและประโยชน์อันพึงมีจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอยกความดีทั้งหมดนี้แด่ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร ศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ศ.ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ซึ่งได้ให้เกียรติเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งกราบเป็นกตเวทิตาแก่ บิดา มารดา คณาจารย์ และผู้มีพระคุณที่อบรมเลี้ยงดูให้ความรู้ ความเมตตาแก่ผู้เขียน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขออ้อมรับความผิดพลาดไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยไว้ ณ ที่นี้

เกริกเกียรติ ทิพย์ชัย

มกราคม 2560

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
<b>บทที่ 1 บทนำ</b>	<b>1</b>
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของสภาพปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของงานวิจัย	5
1.3 สมมติฐาน	5
1.4 ขอบเขตการศึกษา	6
1.5 ระเบียบวิธีวิจัย	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
<b>บทที่ 2 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ</b>	<b>8</b>
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ	10
2.1.1 ภารกิจพื้นฐานของรัฐ	10
2.1.1.1 ภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง	11
2.1.1.2 ภารกิจของรัฐด้านการจัดทำบริการสาธารณะ	14
2.1.2 หลักการพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะ	15
2.1.2.1 หลักความต่อเนื่องสม่ำเสมอของบริการสาธารณะ	15
2.1.2.2 หลักการอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ	17
2.1.2.3 หลักความเสมอภาค	19
2.1.3 องค์กรที่ทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ	21
2.1.3.1 บริการสาธารณะที่รัฐจัดทำเอง	21
2.1.3.2 บริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ	31
2.2 การควบคุมตรวจสอบเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	38
2.2.1 อำนาจในการกำกับดูแล	38
2.2.1.1 ลักษณะและรูปแบบของการใช้อำนาจกำกับดูแล	40
2.2.1.2 วิธีการในการกำกับดูแล	44
2.2.2 อำนาจในการควบคุมดูแล	49
2.2.2.1 ลักษณะของการควบคุมดูแล	50

2.2.2.2 องค์ประกอบของการควบคุมดูแล	51
<b>บทที่ 3 การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐในต่างประเทศ</b>	<b>58</b>
3.1 ประเทศฝรั่งเศส	58
3.1.1 วิวัฒนาการและขั้นตอนในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน	58
3.1.1.1 วิวัฒนาการการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน	58
3.1.1.2 ขั้นตอนในการการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน	60
3.1.2 การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ	68
3.1.2.1 องค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	68
3.1.2.2 ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	75
3.1.2.3 การเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดชอบของรัฐในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	84
3.2 ประเทศอังกฤษ	88
3.2.1 วิวัฒนาการและขั้นตอนในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน	89
3.2.1.1 วิวัฒนาการของบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน	89
3.2.1.2 ขั้นตอนในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน	93
3.2.2 การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ	102
3.2.2.1 องค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	102
3.2.2.2 ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	105
3.2.2.3 การเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากความรับผิดชอบของรัฐในการควบคุมดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	110
<b>บทที่ 4 การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐในประเทศไทย</b>	<b>115</b>
4.1 วิวัฒนาการและกระบวนการในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	115
4.1.1 วิวัฒนาการของบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน	116
4.1.1.1 การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์	116
4.1.1.2 การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475	117
4.1.1.3 การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนในปัจจุบัน	119
4.1.2 กระบวนการในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	121
4.1.2.1 กระบวนการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535	121

4.1.2.2	กระบวนการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะของการ ได้รับสัมปทานหรือการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ	124
4.2	องค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	130
4.2.1	การควบคุมดูแลโดยองค์กรของรัฐที่เป็นคู่สัญญา	130
4.2.1.1	การควบคุมดูแลโดยราชการส่วนกลาง	130
4.2.1.2	การควบคุมดูแลโดยราชการส่วนท้องถิ่น	134
4.2.1.3	การควบคุมดูแลโดยรัฐวิสาหกิจ	140
4.2.1.4	การควบคุมดูแลโดยองค์การมหาชน	142
4.2.2	การควบคุมดูแลโดยคณะกรรมการที่มีอำนาจตามกฎหมาย	143
4.2.2.1	การควบคุมดูแลโดยคณะกรรมการกิจการพลังงาน (กกพ.)	143
4.2.2.2	การควบคุมดูแลโดยคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556	144
4.2.2.3	การควบคุมดูแลโดยสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.)	147
4.2.2.4	การควบคุมดูแลโดยคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ	149
4.3	วิธีการในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ	152
4.3.1	วิธีการควบคุม กำกับดูแลที่ระบุไว้ในกฎหมาย	152
4.3.1.1	วิธีการควบคุม กำกับดูแลการจ้างก่อสร้างโดยราชการส่วนกลาง	152
4.3.1.2	วิธีการควบคุม กำกับดูแลการจ้างก่อสร้างโดยราชการส่วนท้องถิ่น	155
4.3.1.3	วิธีการควบคุม กำกับดูแลการลงทุนหรือร่วมลงทุนของเอกชนใน กิจการของรัฐ	157
4.3.1.4	วิธีการควบคุม กำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงาน	159
4.3.1.5	วิธีการควบคุม กำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม	160
4.3.1.6	วิธีการควบคุม กำกับดูแลกิจการเดินรถโดยสารของเอกชน	162
4.3.2	วิธีการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่ระบุไว้ในสัญญา	165
4.3.2.1	การควบคุมดูแลตามสัญญาสัมปทานก่อนปี พ.ศ. 2535	165
4.3.2.2	การควบคุมดูแลตามสัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการ	178
4.3.2.3	การควบคุมดูแลตามสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ	183
4.4	ความรับผิดของรัฐและการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการควบคุม กำกับดูแล เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	187
4.4.1	ความรับผิดของรัฐและการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเลย หรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ	190
4.4.1.1	ความรับผิดอันเกิดจากการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่	190
4.4.1.2	ความรับผิดอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร	196
4.4.2	ความรับผิดอันเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐ	200

4.4.2.1 ความรับผิดชอบอันเกิดจากการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว	201
4.4.2.2 ความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว	210
4.4.3 ความรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดชอบในทาง ละเมิดของรัฐ	215
<b>บทที่ 5 บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ</b>	<b>222</b>
5.1 วิเคราะห์ปัญหาจากการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชน จัดทำบริการสาธารณะ	222
5.1.1 วิเคราะห์ปัญหาการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชน จัดทำบริการสาธารณะ	222
5.1.2 วิเคราะห์ปัญหาการปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าในการควบคุม กำกับดูแลเอกชน จัดทำบริการสาธารณะ	225
5.1.3 วิเคราะห์ปัญหาอันเกิดจากความรับผิดชอบทางละเมิดในการควบคุม กำกับดูแล เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	227
5.2 วิเคราะห์ปัญหาการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ	230
5.2.1 การใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว	230
5.2.2 การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว	235
5.2.2.1 วิเคราะห์การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยอำนาจกฎหมาย	236
5.2.2.2 วิเคราะห์การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยอำนาจตามสัญญา	240
5.3 วิเคราะห์ปัญหาการกลไกในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ	242
5.4 วิเคราะห์ปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายในการควบคุม กำกับดูแลเอกชน จัดทำบริการสาธารณะ	248
<b>บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ</b>	<b>251</b>
6.1 บทสรุป	251
6.2 ข้อเสนอแนะ	253
6.2.1 การตั้งคณะกรรมการกลางในการกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเอกชน	253
6.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนคู่สัญญา สาธารณะ	257
<b>บรรณานุกรม</b>	<b>259</b>
<b>ประวัติผู้เขียน</b>	<b>270</b>

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของสภาพปัญหา

องค์กรในภาคมหานรูปแบบแรกที่เกิดขึ้นก็คือ รัฐ ในความหมายขององค์กรที่ผูกขาดการใช้ อำนาจทั้งหลายในสังคมหนึ่ง ๆ ภารกิจของรัฐในยุคดั้งเดิมนั้นในสมัยโบราณ รัฐได้เข้าควบคุม กำกับ ดูแลชีวิตประจำวันของประชาชนในทุก ๆ ด้านอาจจะเนื่องจากเป็นรัฐเล็ก ๆ มีประชาชนไม่มากมี รูปแบบการปกครองแบบกษัตริย์ทำให้ภารกิจของรัฐในยุคโบราณรัฐเข้าดูแลในทุก ๆ เรื่อง ต่อมาใน สมัยก่อนยุคคลาสสิกซึ่งสืบเนื่องจากประชาชนถูกจำกัดในเรื่องเสรีภาพจากสมัยโบราณ ทำให้เกิดการ เรียกร้องในเรื่องสิทธิเสรีภาพ ดังนั้นแนวคิดของรัฐในเรื่องนี้จำกัดเรื่องที่รัฐไม่ควรเข้ามายุ่งเกี่ยวกับ โดยยึดหลักที่ว่า ธุรกิจควรปล่อยให้ไปเองตามธรรมชาติ รัฐจะเข้ายุ่งเกี่ยวก็ต่อเมื่อประโยชน์ทาง เกษตรกรรม อุตสาหกรรมหรือการค้าขาย<sup>1</sup> วิธีการของรัฐ คือ การออกกฎหมายตั้งกำแพงภาษี จำกัด การนำสินค้าเข้าและห้ามนำเงินและทองแห่งออกนอกประเทศ ต่อมาพวกเขาณิชยนิยม (Mercantilism) โดย Petty เป็นนักเศรษฐศาสตร์ชาวอังกฤษคนแรกที่กล่าวถึงหน้าที่ของรัฐบาลไว้ว่า ต้องมีหน้าที่ในการป้องกันประเทศ รักษาราชบัลลังก์ของผู้ปกครองประเทศและต้องมีศาลยุติธรรม และให้การดูแลของสวัสดิการของประชาชน

ในช่วงก่อนทศวรรษที่ 30 มีแนวความคิดด้านเสรีนิยมของสำนักคลาสสิกที่มี Adam Smith เป็นนักคิดสำคัญ มีแนวคิดแบบปล่อยให้รัฐบาลไม่ควรแทรกแซงธุรกิจเอกชน ถือหลักเสรีภาพทาง เศรษฐกิจและการค้าขายในตลาดเสรีภาพ รวมถึงการคัดค้านการวางข้อบังคับต่าง ๆ ของรัฐบาล<sup>2</sup> โดย วางอยู่บนหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ หลักกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชน หลักเสรีภาพทางการค้า และอุตสาหกรรม หลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักการแบ่งปันในตลาด จนกระทั่งในช่วงหลัง ทศวรรษที่ 30 เป็นต้นมา รัฐได้เปลี่ยนแปลงบทบาทโดยมีสาเหตุที่สำคัญ 2 ประการ<sup>3</sup> คือ

---

<sup>1</sup> อัมพร วิจิตรภักดิ์ และวิรัช ธเนศวร, **ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจ** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สถาน สงเคราะห์หญิง, 2519), หน้า 184 อ้างถึงใน โชคชัย รัตติจินากร, **ปัญหาและอุปสรรคในการมีส่วนร่วมของเอกชนต่อกิจการของรัฐ: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2541), หน้า 10.

<sup>2</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 26 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 11.

<sup>3</sup> โชคชัย รัตติจินากร, **ปัญหาและอุปสรรคในการมีส่วนร่วมของเอกชนต่อกิจการของรัฐ: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2541), หน้า 11-12.

### 1. เศรษฐกิจตกต่ำครั้งใหญ่ (ปี ค.ศ. 1930-1938)

ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 มีการว่างงานจำนวนมาก เนื่องจากระดับการว่างงานลดลงหรือจะเรียกแบบว่าการว่างงานที่โลกไม่เคยประสบมาก่อน แนวความคิดในระบบเสรีนิยมที่เชื่อว่าในระบบเศรษฐกิจ ซึ่งมีกลไกอัตโนมัติจะแก้ปัญหาในตัวเองเสร็จไม่ต้องเข้าไปเกี่ยวข้อง ไม่สามารถแก้ไขเศรษฐกิจตกต่ำได้ จึงเกิดแนวความคิดใหม่ที่หาทางแก้ไขปัญหาการว่างงานในช่วงนี้ โดยมี John Maynard Keynes โดยรัฐบาลจะต้องเข้าไปก้าวล่วงจะคาดหวังให้ทุกสิ่งทุกอย่างเรียบร้อยไม่ได้

### 2. สงครามโลกครั้งที่ 2 (World War II)

ทำให้การผลิตและการค้าขายมีปัญหา และความต้องการมีการเปลี่ยนแปลงโดยความต้องการสินค้ามีมาก แต่ไม่สามารถผลิตได้ตามที่ต้องการเนื่องจากต้องนำวัตถุดิบไปผลิตเป็นยุทธปัจจัย เช่น ปืน กระสุน เป็นต้น ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องมีการวางแผนเศรษฐกิจ ซึ่งมีแนวความคิดว่า “การใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุดต้องนำมาตรการการวางแผนการใช้ทรัพยากรมาใช้”

จากสาเหตุทั้ง 2 ประการทำให้รัฐเข้ามามีบทบาททางเศรษฐกิจอย่างกว้างขวางโดยรัฐจะต้องเปลี่ยนแปลงบทบาทของรัฐจากการเป็น รัฐที่มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยมาเป็นรัฐที่จัดทำบริการสาธารณะ เพราะรัฐมีความเจริญเติบโตและเปลี่ยนแปลงมากขึ้นเป็นรัฐสมัยใหม่ที่มีความแตกต่างจากรัฐในสมัยก่อน การจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐจะต้องตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนนั้นเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ เริ่มตั้งแต่การจัดทำบริการขั้นพื้นฐานคือ การบริการสาธารณูปโภค เช่น การจำหน่ายไฟฟ้า การจัดหาน้ำประปาสำหรับอุปโภคและบริโภคหรือการให้บริการสื่อสารทางด้านโทรคมนาคม จนไปถึงการจัดระบบขนส่งมวลชนเมื่อมีประชากรความต้องการที่จะได้รับบริการสาธารณะที่มากขึ้น เช่น รถโดยสารสาธารณะ รถไฟ เป็นต้น ซึ่งเป็นการจัดทำในลักษณะเดียวกันกับเอกชนที่ประกอบกิจการดังกล่าวอยู่โดยการแข่งขันกับรัฐ<sup>4</sup>

ในประเทศไทยนั้น การบริการสาธารณะระยะแรก ๆ นั้น ได้เกิดขึ้นโดยการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐเพื่อดูแลและจัดทำบริการสาธารณะ ในรูปแบบที่เรียกว่า รัฐวิสาหกิจ เพื่อแก้ปัญหาการขาดความคล่องตัวในการดำเนินงานของระบบราชการแบบเดิม แต่เมื่อสังคมมีความเปลี่ยนแปลงและเจริญเติบโตไปอย่างมาก รัฐวิสาหกิจที่รัฐจัดตั้งขึ้นให้ดำเนินการกิจการในการบริการสาธารณะนั้นก็มิใช่ข้อจำกัดในการดำเนินงานหลายประการ เช่น การขาดแคลนเงินทุนในการลงทุนเพิ่มเติม ระบบโครงสร้างที่ยังต้องดำเนินงานภายใต้กฎหมายเพราะยังมีสภาพเป็นองค์กรของรัฐ จึงเกิดแนวความคิดที่จะโอนกิจการของรัฐที่ดำเนินการโดยรัฐวิสาหกิจให้แก่ภาคเอกชนโดยการแปรรูปองค์กร ทำให้การวางระบบโครงสร้างขององค์กรที่มีความคล่องตัวและการหาแหล่งเงินทุนในการลงทุนเพิ่มเติมทำให้การบริการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ แต่ก็ได้รับการต่อต้านจากประชาชนบางส่วนเพราะกิจการดังกล่าวเป็นของชาติทำให้เกิดการแข่งขันในด้านค่าบริการจากผู้ประกอบการรายอื่น<sup>5</sup> ทำให้

<sup>4</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, **สัญญาทางปกครอง** (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 1-2.

<sup>5</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, **การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), หน้า 21-23.

รัฐต้องมีหน้าที่ปรับปรุงและพัฒนาบริการสาธารณะที่ตนจัดทำอยู่ให้ทันสมัยกว่าเดิมโดยการให้เอกชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐหรือจัดทำบริการสาธารณะรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น เป็นความรับผิดชอบของรัฐ เป็นเรื่องที่ต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ รายละเอียดของภารกิจซึ่งเป็นบริการสาธารณะที่ต้องดำเนินการ ความรับผิดชอบและอำนาจหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนขั้นตอนและวิธีดำเนินงานในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งเอกชนจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบตลอดไปถึงระบบการจัดเก็บค่าตอบแทน หรือค่าใช้จ่ายที่รัฐหรือประชาชนผู้รับบริการจะต้องเป็นผู้ชำระ เรื่องราวและรายละเอียดต่าง ๆ เหล่านี้ไม่สามารถกำหนดได้โดยรัฐฝ่ายเดียว หากแต่ต้องมีการเจรจาทำความเข้าใจบนพื้นฐานของความเข้าใจและความยินยอมพร้อมใจของเอกชนที่จะเข้ามารับผิดชอบต่องานบริการสาธารณะนั้น ๆ ด้วย การเจรจาตกลงของทั้งสองฝ่ายในเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวปรากฏในรูปของสัญญาทางปกครอง อันจะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงรูปแบบหรือเทคนิคของบริการสาธารณะ หรืออาจจะต้องขยายขอบเขตของการให้บริการออกไปในเขตพื้นที่หรือชุมชนซึ่งทำให้ต้องมีการลงทุนอย่างมหาศาล ทำให้ประชาชนจะได้รับบริการสาธารณะตามที่ตนต้องการอย่างแท้จริง<sup>6</sup> โดยปรากฏในรูปแบบการให้เอกชนเป็นผู้รับสัมปทานไปจัดทำบริการสาธารณะ หรือการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนในการร่วมกิจการกับรัฐแต่ปรับรูปแบบของการดำเนินงานไม่ให้เกิดการผูกขาดในการถือครองเอกสิทธิ์ของเอกชนที่ เรียกว่า Public-Private Partnerships (PPP)

การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนจึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่เป็นการมอบการดำเนินการของบริการสาธารณะให้แก่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง ในประเทศไทยนั้นการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนเกิดจากสัญญาของภาครัฐหลายรูปแบบ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) หรือ การให้สัมปทาน เช่น สัมปทานการให้เอกชนนำรถร่วมเข้าร่วมเดินรถ หรือ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนโดยเฉพาะสัมปทานบริการสาธารณะนั้นเกิดจากการที่ประเทศไทยนั้นต้องการความรู้ความชำนาญพิเศษ การถ่ายทอดเทคโนโลยีใหม่ ๆ การจัดหาวัสดุ อุปกรณ์จากต่างประเทศรวมทั้งเงินลงทุนจากต่างประเทศ เอกชนเป็นผู้จัดทำและรับผิดชอบต่อ โดยมีสัมปทานบริการสาธารณะที่สำคัญ ๆ สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพฯ และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ระหว่างกระทรวงคมนาคม การรถไฟแห่งประเทศไทย กับบริษัท โอบิเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพระหว่าง กรุงเทพฯ กับ บริษัท ขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด บันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงครั้งที่ 2 (ทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์) ระหว่าง กรมทางหลวงกับบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด เป็นต้น แต่ในปัจจุบันนี้สัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชนมักจัดทำในรูปแบบการร่วมงานในกิจการของรัฐเช่น ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพื่อให้เกิดความหลากหลายในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนในรูปแบบต่าง ๆ ไม่จำเป็นต้องเป็นรูปแบบสัมปทานเสมอไป เพราะการทำสัญญาร่วมทุนนั้นเอกชนจะมี

<sup>6</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 2-8.

ส่วนในการจัดทำบริการสาธารณะแต่อาจจะไม่ได้รับความเสี่ยงเองเสมอไป เช่น สัญญาให้ใช้สิทธิประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมย่านพหลโยธิน เป็นต้น

ดังนั้นแม้ เมื่อรัฐอนุญาตให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ รัฐก็ยังคงมีความรับผิดชอบต่อประชาชนในเรื่องคุณภาพ ความเพียงพอ หรือความมั่นคงปลอดภัยของการดำเนินการบริการสาธารณะนั้น ๆ ที่จะมีผลกระทบต่อประชาชนผู้รับบริการอยู่โดยตลอด เพราะความรับผิดชอบต่อเรื่องบริการสาธารณะเป็นกรณีที่มีหลักกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นความรับผิดชอบของรัฐรวมทั้งตามหลักการแล้วภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นของรัฐเพียงแต่การที่เอกชนได้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐแต่เพียงภารกิจในการจัดทำไม่มีซึ่งอำนาจ อำนาจหน้าที่ของรัฐจึงเป็นผู้ควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนนั้น

จากที่กล่าวไปข้างต้นจึงถือได้ว่ารัฐจึงมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนคู่สัญญาให้เป็นไปตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้และมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ในการควบคุม กำกับดูแลดังกล่าวก็ยังพบปัญหาในหลายประการ ดังนี้

1. ปัญหาจากการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น บริการสาธารณะบางประเภทยังไม่มีกฎหมายกำหนดโดยเฉพาะให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะทำและการควบคุม กำกับดูแลนั้นเป็นเพียงการควบคุม กำกับดูแลโดยคู่สัญญาทำให้มักเกิดการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐแต่ไม่มีความผิด

2. ปัญหาการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนในการจัดให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนในการจัดให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะยังขาดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขและบอกเลิกสัญญาและกฎหมายให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการมีเอกสิทธิ์มากเกินไปรวมถึงการขาดความชัดเจนในการให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการบอกเลิกสัญญา จนทำให้ใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขและบอกเลิกสัญญาตามอำเภอใจและไม่เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ

3. ปัญหากลไกในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

การควบคุม กำกับดูแลนั้นมักจะขาดประสิทธิภาพเนื่องจากการไม่มีองค์กรกลางที่จะเข้าไปตรวจสอบการควบคุม กำกับดูแลนั้นและไม่มี การดำเนินการทางกฎหมายกับบุคคลที่มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล แม้บุคคลนั้นจะละเลยในการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่มีชอบก็ตาม

4. ปัญหาในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในบทบัญญัติของกฎหมาย ความสัมพันธ์ทางกฎหมายในการตรวจสอบหรือติดตามการจัดทำบริการสาธารณะทั้งในความสัมพันธ์ระหว่างราชการส่วนกลางกับองค์กรที่ได้รับอำนาจตามหลักการกระจายอำนาจและความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนการกำหนดความสัมพันธ์ในบทบัญญัติทางกฎหมายยังไม่ไปในทิศทางเดียวกัน

ดังนั้น ในการศึกษาวิทยานิพนธ์ในเรื่องนี้ ผู้วิจัยจึงต้องการศึกษาถึงปัญหาของการควบคุม กำกับดูแลบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนว่ามีขั้นตอนการดำเนินการอย่างไร การละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่กฎหมายได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ในการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างไรและในฐานะที่รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญา ได้ใช้เอกสิทธิ์นั้น

เพียงใดมีหลักเกณฑ์กำหนดการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวหรือไม่เพียงใด เหตุใดบางครั้งการใช้เอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาของรัฐจึงทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนและประโยชน์สาธารณะจนเกินไป กลไกในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีประสิทธิภาพมากเพียงใด การเยียวยาความเสียหายทางปกครองมีขั้นตอนอย่างไร บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้รัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลมีความชัดเจนเพียงใด รวมถึงการศึกษาการจัดทำบริการสาธารณะและการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐในประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษ เพราะสามารถที่จะนำมาปรับใช้และเป็นแนวทางแก่ประเทศไทยได้อันจะเป็นประโยชน์แก่ประเทศไทยในอนาคตต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของงานวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะและการควบคุมตรวจสอบการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน
2. เพื่อศึกษากระบวนการในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนและอำนาจหน้าที่การควบคุม กำกับดูแลในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐในไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐในไทยและต่างประเทศ
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำโดยรัฐในไทย

## 1.3 สมมติฐาน

การจัดทำจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนเป็นการจัดทำบริการสาธารณะที่เอกชนเป็นผู้รับมอบภารกิจในการบริการสาธารณะไปจากรัฐและเป็นผู้ลงทุนรวมถึงการรับผิดชอบต่อความเสี่ยงเอง รัฐจึงมีอำนาจหน้าที่เป็นผู้ควบคุม กำกับดูแลจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนนั้น โดยยังถือว่าภารกิจในการบริการสาธารณะนั้นยังเป็นของรัฐอยู่เพียงแต่เอกชนเป็นผู้จัดทำแทนรัฐ การควบคุม กำกับดูแลของรัฐนั้นเป็นอำนาจอย่างหนึ่งที่รัฐมี แต่หน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบางคนรัฐละเลยหรือล่าช้าต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายทำให้ประชาชนที่รับบริการสาธารณะได้รับความเสียหายอย่างมากและการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนคู่สัญญาบางครั้งทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหายเกินความจำเป็น รวมถึงการพิพาทภาคีที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการควบคุม กำกับดูแล ซึ่งการควบคุม กำกับดูแลในแต่ละเรื่องนั้นก็ขึ้นอยู่กับสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชนได้ตกลงกันทำให้รัฐมีอำนาจอะไรบ้างเรียกว่าการควบคุม กำกับดูแลโดยสัญญาหรือการควบคุม กำกับดูแลที่กฎหมายให้อำนาจไว้ แต่หากเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่กฎหมายกำหนดให้มีกลุ่มบุคคลควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชน เนื่องจากบางสัญญามีมูลค่าสูงเช่น ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นผู้ควบคุม กำกับดูแล เรียกว่าเป็นการควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการที่กฎหมายให้อำนาจไว้

เพื่อให้การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะเกิดความเสียหายน้อยที่สุด ลดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน และการพิพาทภาคีปกครองที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ต่อสาธารณะและที่เกี่ยวกับการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ที่มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐมีหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่ชัดเจน กลไกในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพมากขึ้นและบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองเป็นไปในทิศทางเดียวกันและมีความชัดเจน จึงต้องมีมาตรการในทางกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

#### 1.4 ขอบเขตการศึกษา

เนื่องจากสัญญาจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนนั้นมีหลายฉบับ การควบคุม กำกับดูแลก็แตกต่างกันไปตามกฎหมายแต่ละสัญญาและกฎหมายที่ให้อำนาจ ซึ่งมีกฎหมายอยู่หลายฉบับที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ ว่าด้วยการบริหารจัดการและควบคุม กำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 พระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 และ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ขณะการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ได้มีร่าง ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ซึ่งอยู่ระหว่างการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ผู้ศึกษาจึงได้นำร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ มาศึกษาและวิเคราะห์ด้วย นอกจากนี้ผู้วิจัยยังศึกษาการควบคุมดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนที่ให้อำนาจไว้ในสัญญา อาทิเช่น บันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวง ครั้งที่ 2 (ทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์) ระหว่าง กรมทางหลวง กับ บริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด และสัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพระหว่าง กรุงเทพมหานคร กับ บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด รวมถึงการนำกฎหมายของต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศส มาเปรียบเทียบ เพื่อที่จะได้วิเคราะห์และนำมาปรับใช้กับการควบคุม กำกับดูแลในประเทศไทย

#### 1.5 ระเบียบวิธีวิจัย

วิธีในการศึกษาวิจัยที่ใช้ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Search) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลวิเคราะห์จากหนังสือ บทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ และรายงานการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีหรือแนวคิดในการควบคุมกำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐและการศึกษาตามขอบเขตของกรณีเชิงศึกษา รวมทั้งกฎหมายต่าง ๆ ของทั้งในไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนบริการสาธารณะ

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบแนวคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณสุขและการควบคุมตรวจสอบการจัดทำบริการสาธารณสุขโดยเอกชน
2. ทราบกระบวนการในการจัดทำบริการสาธารณสุขโดยเอกชนและอำนาจหน้าที่การควบคุมกำกับดูแลในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณสุขโดยรัฐในไทยและต่างประเทศ
3. สามารถวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณสุขโดยรัฐในไทยและต่างประเทศ
4. ทราบแนวทางในการแก้ไขการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณสุขที่เอกชนจัดทำโดยรัฐในไทย

## บทที่ 2

### ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

คำจำกัดความของบริการสาธารณะนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากวิวัฒนาการทางสังคมและการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ ในสมัยก่อนการปฏิวัติใหญ่ของประเทศในฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1789 ความคิดเรื่องการบริการสาธารณะยังไม่เกิดขึ้น ทั้งนี้เพราะในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้นพระมหากษัตริย์ทรงบริหารประเทศตามพระราชอัธยาศัย ทรงใช้อำนาจโดยสิทธิขาดทั้งทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ผู้ใดจะละเมิดหรือฟ้องพระองค์มิได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักที่ว่า พระมหากษัตริย์ทรงอยู่นอกเหนือความผิดทั้งปวง (Le Roi ne peut mal faire) แต่ภายหลังการปฏิวัติในปี 1789 ก็ได้เกิดแนวความคิดใหม่ทางการเมืองการปกครอง อำนาจหน้าที่ทางการเมืองการปกครองกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารภายใต้ระบอบรัฐสภา การใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องกระทำภายใต้บังคับของกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา นอกจากนั้นรัฐบัญญัติ (La loi) ลงวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 1789 หมวดที่ 3 มาตรา 7 ก็ได้บัญญัติแยกเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำหน้าที่ทางปกครอง และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำหน้าที่ทางตุลาการออกจากกันโดยบัญญัติให้ ในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ทางปกครอง ผู้ปกครองจังหวัดและอำเภอไม่อาจถูกขัดขวางจากการกระทำของอำนาจตุลาการได้และด้วยเหตุนี้กฎหมาย (Une instruction législative) ลงวันที่ 8 มกราคม 1790 ก็ได้ระบุว่า รัฐธรรมนูญจะถูกละเมิด ถ้าอำนาจตุลาการสามารถเข้าไปยุ่งเกี่ยวในทางปกครองและไปขัดขวางการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการต่าง ๆ การแยกอำนาจหน้าที่ทางบริหารออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการเช่นนี้ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเดิมไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำใด ๆ ของตนในฐานะที่เป็นผู้แทนส่วนพระองค์ กลับต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของตน และนับตั้งแต่นั้นมีการจัดตั้งสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) ขึ้นในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ใน ค.ศ. 1790 จนเมื่อได้สถาปนาเป็นศาลปกครองสูงสุด เจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านี้ก็จะถูกสภาแห่งรัฐควบคุมให้การปฏิบัติหน้าที่ราชการเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายยิ่งขึ้น<sup>7</sup>

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ทฤษฎีบริการสาธารณะเกิดขึ้นจากนักกฎหมายสำนักบอร์โกโดซ์ นักกฎหมายบางท่านใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะอธิบายรัฐและข้อจำกัดอำนาจรัฐ บ้างก็ใช้ทฤษฎีนี้อธิบายข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายปกครองหรือเขตอำนาจศาลของศาลปกครอง ความหลากหลายของทฤษฎีบริการสาธารณะจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้<sup>8</sup> ความหลากหลายของทฤษฎีบริการสาธารณะเกิดจากความคิดในการอธิบายทฤษฎีบริการสาธารณะของ เล-อง ดูกีต์ (Léon

<sup>7</sup> รังสิกร อูปพงศ์, “ทฤษฎีการบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 18, 3 (กันยายน 2531): 38-40.

<sup>8</sup> ซีระชัย จาตุรนต์สวัสดิ์, ทฤษฎีบริการสาธารณะในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส: ข้อความคิด แนวทางการใช้ และระบบกฎหมาย, หน้า 2, ค้นวันที่ 3 เมษายน 2558 จาก <http://thaiaixois.online>

DUGUIT) กับ กาสตงแจซ (Gaston JEZE) กล่าวคือ DUGUIT นั้นแม้ว่าจริง ๆ แล้วท่านไม่ได้มุ่งศึกษาทฤษฎีบริการสาธารณะโดยตรง แต่จากการที่ท่านอ้างเรื่องบริการสาธารณะเป็นหลักเพื่อที่จะสนับสนุนทฤษฎีทางสังคมวิทยาของท่าน ท่านเป็นคนแรกที่พยายามชักนำให้มีการศึกษาวิชากฎหมายและท่านตำหนิพวกนักกฎหมายที่ถือปรัชญาแห่งจิตวิสัยว่าเป็นพวกที่ต้องการสร้างกฎหมายบนหลักที่อยู่นอกเหนือความเป็นจริงในสังคม ท่านเองเห็นว่า สิ่งที่สำคัญที่สุดที่เป็นแก่นแท้ของกฎหมายคือหลักการพึงพาอาศัยซึ่งกันและกันในสังคม จนถึงกับบางคนกล่าวว่า DUGUIT เป็นนักสังคมนิยม แต่ก็ยังเป็นนักสังคมนิยมเชิงวัตถุวิสัย (le socialisme objectif)<sup>9</sup> ส่วนท่าน JEZE เห็นว่า การบริการสาธารณะเป็นพื้นฐานของกฎหมายปกครอง แต่กฎหมายปกครองคือบรรดากฎเกณฑ์พิเศษต่าง ๆ ที่ใช้กับวิธีการตามกฎหมายมหาชน ท่านได้ชี้ให้เห็นว่าการบริการสาธารณะเป็นวิธีการที่สำคัญวิธีแรกที่อยู่เหนือวิธีการอื่น ๆ ในการที่จะสนองความต้องการผลประโยชน์ส่วนรวม การบริการสาธารณะจึงเป็นวิธีการทางเทคนิคที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อ้างเพื่อปฏิบัติการสนองความต้องการผลประโยชน์ส่วนรวม จะเห็นได้ว่า แนวความคิดของ JEZE วางอยู่บนหลักพื้นฐานทางสังคมวิทยา เช่นเดียวกับ DUGUIT แต่ใกล้เคียงความเป็นจริงทางสังคมมากกว่า<sup>10</sup>

นอกจาก เล-อง ดูกีต์ (Léon DUGUIT) และ กาสตงแจซ (Gaston JEZE) แล้ว ก็มีบุคคลอื่นที่ให้ความหมายของบริการสาธารณะ อาทิเช่น ศาสตราจารย์ ฌ็อง ริเวโร (Jean Rivero) ได้อธิบายว่า บริการสาธารณะ คือ การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชนหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะด้านการให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ ๆ ลฯ โดยความหมายนี้ยังรวมไปถึงกิจกรรมของรัฐที่อาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนภายใต้การควบคุม กำกับดูแลของรัฐด้วย<sup>11</sup>

ศาสตราจารย์ Maurice HAURIU สำนักกฎหมายตุลูลส มองว่าบริการสาธารณะเป็นข้อจำกัดอำนาจของรัฐ (Autolimitation objective de la puissance publique)

ศาสตราจารย์ Andre DE LAUBADERE มีความเห็นว่า บริการสาธารณะเป็นอำนาจของมหาชนในการตัดสินใจว่าส่วนรวมประสงค์ให้เกิดการดำเนินการในเรื่องใด และรัฐจะต้องจัดให้มีบริการนั้น ๆ

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ให้ความหมายของบริการสาธารณะไว้ว่า บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนวยการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสนองความต้องการโดยส่วนรวมของประชาชน

<sup>9</sup> Léon DUGUIT, "Traité de droit constitutionnel" Tome II, deuxième édition (Paris: n.p., 1923), pp. 54-68 อ้างถึงใน รังสิกร อุปพงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 47-48.

<sup>10</sup> Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif* (Paris: n.p., n.d.), p. 15 อ้างถึงใน รังสิกร อุปพงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 51.

<sup>11</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 73.

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ให้ความหมายของบริการสาธารณะไว้ว่า บริการสาธารณะนั้นเป็นกิจกรรมอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม และจะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ 1. เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งหมายถึงกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเองอันได้แก่กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ รัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายความรวมถึงกรณีของรัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย 2. กิจการดังกล่าวมาแล้วในข้อ 1. จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน<sup>12</sup>

ความหมายของบริการสาธารณะนั้นจึงไม่มีการกำหนดไว้แน่นอนตายตัวไม่ว่าจะจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือจากแนวคำวินิจฉัยของศาล แต่อย่างไรก็ตามนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนหลายคนต่างก็ยอมรับถึงความหมายของบริการสาธารณะในลักษณะที่ใกล้เคียงหรือคล้ายคลึงกัน คือ บริการสาธารณะเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ที่ดำเนินการจัดขึ้นโดยบุคคลในกฎหมายมหาชน หรือโดยเอกชน ซึ่งฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจควบคุม กำกับดูแลบางประการและอยู่ภายใต้ระบบพิเศษ<sup>13</sup>

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าบริการสาธารณะ หมายถึง กิจการที่รัฐต้องใช้อำนาจจัดทำในการบริหารประเทศ โดยกิจการนั้นต้องเป็นกิจการที่ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม และมีนิติบุคคลทางมหาชนมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นการมอบให้เอกชนมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

## 2.1 แนวคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะถือได้ว่าเป็นหน้าที่หลักอย่างหนึ่งในการดำเนินภารกิจของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนภายในประเทศ การศึกษาถึงความหมาย หลักการพื้นฐานของบริการสาธารณะรวมถึงภารกิจของรัฐจึงเป็นพื้นฐานที่สำคัญที่จะทำให้เข้าใจกระบวนการในการจัดทำและการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะ

### 2.1.1 ภารกิจพื้นฐานของรัฐ

ในปัจจุบัน เมื่อรัฐได้เกิดขึ้นแล้วก็ได้มีการแบ่งแยกภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐในด้านต่าง ๆ ออกไปยังส่วนราชการต่าง ๆ ตามลักษณะความเชี่ยวชาญและตามลักษณะเฉพาะของกิจการบริการสาธารณะประเภทนั้น ๆ การแบ่งแยกภารกิจและความรับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะไปยังส่วนราชการต่าง ๆ ที่รัฐจัดตั้งขึ้นนั้นอาจกระทำได้โดยการแบ่งแยกเพียงเป็น

<sup>12</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 26.

<sup>13</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), หน้า 107.

การภายใน ภายใต้ร่มเงาของรัฐซึ่งมีรัฐบาลเป็นผู้แสดงเจตนาแทน และดำเนินการต่าง ๆ ในนามของรัฐ โดยไม่มีการแบ่งแยกส่วนราชการต่าง ๆ ออกไปเป็นนิติบุคคลเอกเทศ หรืออาจกระทำได้โดยการแบ่งแยกองค์กรส่วนราชการต่าง ๆ ออกไปให้มีฐานะบุคคลเอกเทศต่างหากจากรัฐ ส่วนราชการต่าง ๆ ที่เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล ซึ่งต่างก็มีหน้าที่ร่วมกันในการที่จะรับผิดชอบดำเนินการกิจบริการสาธารณะที่เป็นภารกิจพื้นฐานหรือที่เรียกว่าภารกิจดั้งเดิมที่รัฐทุกรัฐจะต้องดำเนินการให้ลุล่วงไปได้ ทั้งนี้เพราะภารกิจพื้นฐานก็คือเหตุผลของการเกิดขึ้นของรัฐและคือเหตุผลที่จะต้องรัฐบาลขึ้นมาดูแลรับผิดชอบจัดทำภารกิจเหล่านี้เพื่อตอบสนองผลประโยชน์ร่วมและความต้องการของประชาชนทั้งหลายที่รวมตัวกันก่อให้เกิดรัฐขึ้นนั่นเอง<sup>14</sup> เราสามารถแบ่งประเภทภารกิจของรัฐที่จัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะออกได้เป็น 2 ด้าน คือ ภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองกับภารกิจด้านการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อการสนองความต้องการของประชาชน

#### 2.1.1.1 ภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

ในสังคมที่มีระเบียบการใช้สิทธิเสรีภาพโดยอิสระของประชาชนจะต้องอยู่ภายในกรอบและเป็นไปตามกฎหมายที่รัฐได้กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยตั้งอยู่บนหลักประกันขั้นพื้นฐานในการใช้เสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นตัวกำหนดกรอบและขอบเขตในการประกอบกิจกรรมของเอกชน อย่างไรก็ตาม ฝ่ายบริหารอาจกำหนดและทำให้มาตรการดังกล่าวสมบูรณ์ รวมทั้งนำมาตราการไปบังคับใช้โดยทั่วไปอย่างเป็นรูปธรรม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวในการป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ในประเทศฝรั่งเศสเรียกกิจกรรมของรัฐที่เป็นการใช้อำนาจเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยของบ้านเมืองว่า ตำรวจทางปกครอง (Police Administrative) ซึ่งก็คือกระบวนการแทรกแซงของฝ่ายปกครองซึ่งพยายามที่จะทำให้กิจกรรมของเอกชนดำเนินไปตามหลักเกณฑ์ของจารีตทางสังคม และอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>15</sup> ซึ่งภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองในประเทศฝรั่งเศสนั้น ความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหมายถึง สภาวะของสังคมปกติที่ประกอบด้วยความสงบ (la paix) มีการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด (le bon order) มีความมั่นคง (la sûreté) ความปลอดภัยสาธารณะ (la sécurité publique) มีสุขอนามัย (salubrité) และมีความสงบสุข (la tranquillité) ซึ่งโดยปกติแล้วเป็นหน้าที่ของกระทรวงมหาดไทย ความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองจึงประกอบไปด้วย<sup>16</sup>

1. ความมั่นคง (la sûreté) หมายถึง การป้องกันการถูกรุกรานจากศัตรูภายนอกประเทศ

<sup>14</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, **ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชน** (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, 2543), หน้า 18-19.

<sup>15</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, **รายงานการวิจัย เรื่องหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส** (รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 427.

<sup>16</sup> Jean-Marie PONTIER, **Les services publics** (Paris: HACHETTE, 1996), pp. 111-112 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, **มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะ** (วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2554), หน้า 35.

2. ความปลอดภัยสาธารณะ (la sécurité publique) หมายถึง การป้องกันไม่ให้เกิดความเสี่ยงหรืออุบัติเหตุต่าง ๆ ตลอดจนป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือทรัพย์สินของประชาชน

3. ความสงบสุข (la tranquillité) หมายถึง การดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ป้องกันมิให้เกิดความวุ่นวาย เยงอึกที่ก่อกวนหรือการประท้วงเดินขบวนที่กีดขวางสาธารณะ

4. สุขอนามัย (salubrité) หมายถึง การดูแลป้องกันมิให้เกิดความเสี่ยงต่อโรคภัยไข้เจ็บ ดูแลความสะอาดของถนน กำจัดขยะมูลฝอย ตลอดจนดูแลสุขภาพของคนในสังคม

ส่วนภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองในประเทศไทย หมายถึง ภารกิจบริการสาธารณะที่โดยสภาพเป็นกิจการในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อสนองประโยชน์ของประชาชนผู้ใช้บริการอันมีลักษณะเป็นการสร้างความมั่นคงปลอดภัยให้มีขึ้นภายในชุมชนและความปลอดภัยจากการประทุษร้ายจากภายนอกอันเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐ ซึ่งการจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้ต้องอาศัยอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชนและบริการสาธารณะประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นกิจการที่รัฐทำให้เปล่า โดยประชาชนไม่ต้องเสียค่าตอบแทน ดังนั้นบริการสาธารณะประเภทนี้ รัฐจึงไม่อาจมอบหมายให้องค์กรใดหรือเอกชนใดดำเนินการแทนได้ เพราะเป็นภารกิจขั้นต่ำที่สุดของรัฐ<sup>17</sup> ความปลอดภัยมั่นคงนี้มีอยู่ 2 ลักษณะ คือ ความมั่นคงปลอดภัยในชุมชนและความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายอันมีแหล่งที่มาจากภายนอกประเทศ

#### 1. ความปลอดภัยในชุมชน

ความปลอดภัยในชุมชน หมายถึง ความมั่นคงปลอดภัยจากการละเมิดชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของเอกชนแต่ละคน ทั้งที่จงใจและไม่จงใจ

#### 2. ความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายอันมีแหล่งที่มาจากภายนอกประเทศ

ความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายอันมีแหล่งที่มาจากภายนอกประเทศ หมายถึง การประทุษร้ายซึ่งอาจจะเกิดจากความจงใจ เช่น ถูกรุกรานโดยกำลังทหารของรัฐอื่น หรือเกิดจากความไม่จงใจ เช่น ในกรณีที่อุตสาหกรรมภายในรัฐต้องล้มละลายเนื่องจากมีการทุ่มตลาดสินค้าจากต่างประเทศ ทำให้สินค้าต่างประเทศมีราคาถูกลงกว่าสินค้าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศมาก ถึงขนาดที่สินค้าที่ผลิตภายในประเทศจำหน่ายไม่ออกก็ได้ การรักษาความมั่นคงปลอดภัยในชุมชนนั้นกระทำได้ด้วยการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและการเก็บภาษีจากประชาชน กำหนดแบบแผนความประพฤติของบุคคลในความสัมพันธ์ระหว่างกันและกัน และการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายที่ตราขึ้นล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยภายในชุมชนทั้งสิ้นและการเก็บภาษีอากรก็เป็นเครื่องมือที่รัฐใช้หารายได้ไว้ใช้จ่ายในการประกอบกิจการของรัฐ

<sup>17</sup> สมชาย อาจองค์, การควบคุมกำกับดูแลองค์การมหาชนอิสระ: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2534), หน้า 25-26.

ส่วนการรักษาความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายภายนอกประเทศนั้นกระทำ ได้โดยการสร้างแสนยานุภาพทางทหาร ทำสนธิสัญญาและเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ เป็นต้น<sup>18</sup>

ภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองนั้น ส่วนราชการ ทั้งหลายที่ได้รับมอบหมายให้ดูแลรับผิดชอบดำเนินการต่างก็ได้รับเครื่องมือต่าง ๆ ในการที่จะดำเนินการ ภารกิจเหล่านี้ให้ลุล่วงไปได้โดยกำหนดไว้ในกฎหมายที่รัฐตราขึ้น เครื่องมือที่สำคัญที่สุดที่ขาดไม่ได้เลยในการดำเนินการภารกิจเหล่านี้คือ อำนาจมหาชนหรือที่เรียกว่า อำนาจบังคับฝ่ายเดียว<sup>19</sup> ภารกิจของ รัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองนั้น จึงเป็นเรื่องการใช้อำนาจอ้างหน้าในการ ก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิซึ่งสิทธิฝ่ายเดียวขึ้นกับเอกชนโดยเอกชนนั้นไม่ ต้องสมัครใจที่เรียกว่า นิติกรรมทางปกครอง (Administrative Act) ได้แก่ อำนาจในออกกฎหมาย ทั่วไป เช่น การออกกฎจรรยา อาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวาจา การออกคำสั่งที่มีผลใช้บังคับ เฉพาะรายซึ่งเป็นการห้ามมิให้กระทำอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น ห้ามมิให้ประชุมหรือการชุมนุมที่อาจ นำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อย หรือสั่งให้ผู้ชุมนุมสลายตัว และใช้กำลังได้เท่าที่จำเป็นหรือที่เรียกว่าการใช้กำลังปฏิบัติการ<sup>20</sup> เช่น เคลื่อนย้ายรถที่ขวางจราจร ยึดไม้เถื่อน ซึ่งการใช้อำนาจอ้างหน้าจะต้อง เคารพต่อหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่เป็นการใช้อำนาจของตำรวจใน สถานการณ์ที่ไม่ปกติ<sup>21</sup>

ดังนั้นแล้ว การรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐจึงมีลักษณะสำคัญ คือ การรักษา ความสงบในที่สาธารณะ การรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินรวมถึงการรักษาความสะอาด และสิ่งแวดล้อม<sup>22</sup> แต่หากเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น เช่น การกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา ผู้ที่มีหน้าที่ในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเหล่านี้ ในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า ตำรวจทางยุติธรรม ไม่ใช่ อำนาจหน้าที่ของตำรวจทางปกครองเพราะการกระทำความผิดกฎหมายอาญานั้นอยู่ในเขตอำนาจศาลของ ศาลยุติธรรม ไม่ใช่ศาลปกครอง โดยในประเทศฝรั่งเศสนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ทาง

<sup>18</sup> John Salmon, *Jurisprudence*, 7<sup>th</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 1924), p. 144 อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, *วิสาทกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาในเชิง ประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 5-6.

<sup>19</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, *สัญญาทางปกครอง*, หน้า 20.

<sup>20</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, *ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ* (กรุงเทพฯ: สำนักงาน ศาลปกครอง, 2545), หน้า 11-16.

<sup>21</sup> ในสถานการณ์ปกตินั้น การใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองต้องเคารพต่อหลักการ กระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่ในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ เช่น ในสภาวะสงครามหรือเกิด การจลาจล การใช้อำนาจทางปกครองก็จะเพิ่มขึ้นตามสถานการณ์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของ บ้านเมืองไว้ให้ได้

<sup>22</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* (กรุงเทพฯ: นิติ ธรรม, 2538), หน้า 302-303.

กระบวนการยุติธรรมใช้อำนาจผ่านองค์กรสององค์กรในการปฏิบัติภารกิจของตน คือ ตำรวจแห่งชาติ (police nationale) และตำรวจอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า ฌองตามเมอริ (Gendarmerie) ซึ่งทั้งสององค์กรมีสถานะต่างกัน แต่มีภารกิจทางตำรวจเหมือนกัน โดยการใช้กำลังตามอำนาจของตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่นั้นหากเป็นเรื่องของตำรวจทางปกครองผู้ใช้อำนาจก็คือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และหากเป็นเรื่องของตำรวจทางยุติธรรมผู้ใช้อำนาจก็คือเจ้าหน้าที่ทางกระบวนการยุติธรรม<sup>23</sup>

#### 2.1.1.2 ภารกิจของรัฐด้านการจัดทำบริการสาธารณะ

เมื่อสังคมพัฒนาขึ้น มีสมาชิกในสังคมมากขึ้นและหลากหลายขึ้น ส่งผลให้รัฐต้องขยายขอบเขตภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้กว้างขวางออกไป จากภารกิจในการรักษาความสงบเรียบร้อยและดูแลรักษาความปลอดภัย ไปสู่ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การจัดระบบการศึกษา การรักษาพยาบาล การจัดทำสาธารณูปโภคและสาธารณูปการต่าง ๆ เพื่อความเจริญก้าวหน้าของประเทศและยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนให้สูงขึ้น เรียกว่า ภารกิจของรัฐด้านการจัดทำบริการสาธารณะ หากในประเทศไทย เรียกว่า ภารกิจลำดับรอง (Secondary Functions of State)<sup>24</sup>

ภารกิจของรัฐด้านการจัดทำบริการสาธารณะ คือ การส่งเสริมสวัสดิภาพตลอดจนการกระจายความมั่งคั่งของชาติไปยังประชาชนกลุ่มต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคมและประชาชนอยู่ดีกินดี รัฐส่งเสริมสวัสดิภาพของราษฎรทั้งในทางกายและทางจิตใจ รัฐประกันเงื่อนไขแห่งการครองชีพขั้นต่ำของราษฎรทุกคน เช่น การให้บริการศึกษา การรักษาพยาบาล การขนส่งคมนาคม การพักผ่อนหย่อนใจ ส่งเสริมการเล่นกีฬาเพื่อให้ราษฎรมีสุภาพแข็งแรง ส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ประกันการว่างงาน คຸ້ມครองการบริโภคของราษฎร ๆ ล๓<sup>25</sup> ต่างกับภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง คือ ภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองมีลักษณะของการห้าม การจำกัดเสรีภาพ ในขณะที่บริการสาธารณะเป็นการให้บริการแก่ประชาชนเป็นอีกรูปแบบหนึ่งในภารกิจของรัฐในสมัยใหม่ บริการสาธารณะจึงมีลักษณะสำคัญดังนี้

1. ต้องเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายกำหนด หรือศาลเห็นว่าเป็นประโยชน์สาธารณะจริง กิจกรรมเหล่านี้มีความหลากหลายมากตั้งแต่จัดการศึกษา การทำถนนหนทาง ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ ๆ ล๓ เมื่อเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะบริการสาธารณะจึงอาจขาดทุนได้เสมอ เพราะวัตถุประสงค์ทางการเงินทองหรือกำไรไม่ใช่วัตถุประสงค์หลักอย่างในบริการสาธารณะโดยเอกชน การดูว่าการใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ย่อมเป็นไปตามกฎหมาย คือ ถ้ากฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องทำ ก็ต้องถือว่ารัฐสภาตัวแทนของ

<sup>23</sup> ฌ็อง-ฟรังซัวร์ กูแซ็ง, “ตำรวจทางปกครองและตำรวจทางยุติธรรมในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 3, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2546): 119.

<sup>24</sup> สุรพล นิตไกรพจน์, *ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรมหาชน*, หน้า 21.

<sup>25</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, *วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 6.

ประชาชนได้แสดงเจตนาแล้วว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้าไม่มีกฎหมายตราออกมาโดยรัฐสภา ศาลปกครองจะพิเคราะห์ถึงลักษณะของกิจกรรมนั้นว่าสิ่งที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐทำนั้นมีลักษณะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ถ้าทำไปเพื่อสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ก็ถือว่าเป็นบริการสาธารณะ ต้องขึ้นศาลปกครอง<sup>26</sup>

2. ต้องเป็นกิจกรรมที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยตรง เช่น ลงมือทำเอง อาทิ กรมสามัญศึกษาทำโรงเรียนประถม มัธยม กรมทางหลวงสร้างทาง หรือให้ผู้อื่นทำภายใต้การควบคุมกำกับดูแลใกล้ชิดโดยฝ่ายปกครอง เช่น การให้บริการสาธารณะ<sup>27</sup>

### 2.1.2 หลักการพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะ

โดยทั่วไปแล้วนั้น บริการสาธารณะที่ไม่ว่าจัดทำโดยผู้ใดหรือประเภทใดต้องอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานในการบริการสาธารณะเช่นเดียวกัน ซึ่งในทางทฤษฎีนั้น ไม่ปรากฏว่ามีหลักการพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ก็มีหลักเกณฑ์บางประการที่พอจะถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานระหว่างบริการสาธารณะแต่ละประเภทที่แม้จะมีบางอย่างแตกต่างกัน แต่ก็ปรากฏว่าหลักการพื้นฐานนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่ Louis Rolland แห่งสำนักความคิดทางกฎหมาย ต่อมาในแวดวงนักกฎหมายมหาชนพากันเรียกว่า กฎหมายของบริการสาธารณะหรือกฎหมายของ Rolland ซึ่งหลักการพื้นฐานดังกล่าวได้นำมาใช้กับบริการสาธารณะทุกประเภท<sup>28</sup>

บริการสาธารณะนั้นไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือจัดทำโดยผู้ใดย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐาน 3 ประการ คือ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ และหลักความเสมอภาค

#### 2.1.2.1 หลักความต่อเนื่องสม่ำเสมอของบริการสาธารณะ

หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (principe de continuité) ได้ถูกกล่าวขึ้นเป็นครั้งแรกในคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Winkell ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1909 โดยพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนชื่อ Tardieu ได้กล่าวไว้ว่า “ความต่อเนื่องเป็นหัวใจสำคัญของบริการสาธารณะ” หลังจากนั้นมาศาลปกครองก็ให้ความสำคัญกับหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ความต่อเนื่องนี้ไม่มีมาตรฐานแน่นอนที่ตายตัวว่าจะต้องมีลักษณะเช่นไร สำหรับบริการสาธารณะบางประเภทจะต้องจัดทำอย่างถาวร เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยทั้งภายในและภายนอกประเทศ การรักษาพยาบาล หมายถึงวันละ 24 ชั่วโมง สัปดาห์ละ 7 วัน ในขณะที่บริการสาธารณะบางประเภทไม่จำเป็นต้องจัดทำอย่างถาวรแต่จำเป็นต้องจัดทำอย่างสม่ำเสมอ เช่น พิพิธภัณฑสถานสามารถกำหนดเวลาเปิด-ปิด ได้ หรือการหยุดพักร้อนประจำปี เป็นต้น<sup>29</sup>

<sup>26</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 304-305.

<sup>27</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 304-305.

<sup>28</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 43.

<sup>29</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 46-47.

บริการสาธารณะเป็นกิจการที่จำเป็นอย่างยิ่งแก่ประชาชน ถ้าบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักไม่ว่าด้วยประการใด ๆ ประชาชนย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือความเสียหาย เช่น บริการสาธารณะที่ให้บริการไฟฟ้า ประปาหรือการขนส่งมวลชนหยุดชะงัก ย่อมจะก่อความเดือดร้อนและความเสียหายแก่ประชาชนอย่างมาก ด้วยเหตุนี้บริการสาธารณะที่ส่วนราชการเป็นผู้จัดทำจึงถือเป็นหลักสำคัญที่ต้องทำให้สม่ำเสมอและเป็นนิจเพราะความต้องการของประชาชนมีอยู่ตลอดเวลา และฝ่ายปกครองก็ได้รับอำนาจจากกฎหมายที่จะจัดการให้บริการสาธารณะดำเนินได้ตามปกติ หากมีผู้ใดมาทำให้บริการสาธารณะหยุดชะงักลงฝ่ายปกครองก็มีอำนาจที่จะปราบปรามได้ ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ประสงค์จะลาออกกะทั่งจากตำแหน่งบริการสาธารณะหยุดชะงักลง องค์กรที่มีอำนาจบังคับบัญชาต้องเข้ามาดูแลแทนหรือแต่งตั้งผู้ปฏิบัติงานแทนก่อน ส่วนในการนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ในฝรั่งเศสไม่ได้ยอมรับในหลักการเรื่องสิทธิการนัดหยุดงาน เนื่องจากรัฐธรรมนูญปี 1946 ประกอบกับการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ดำเนินการอย่างใดเลยในเรื่องนี้ สภาแห่งรัฐได้ยอมรับความจำเป็นในการประนีประนอมระหว่างสิทธิในการนัดหยุดงานกับหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และการยอมรับอำนาจของรัฐบาลในการดำเนินการประสานหลักดังกล่าวโดยการตรากฎระเบียบของฝ่ายบริหาร โดยเหตุที่การนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ในภาครัฐไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายหรือผลกระทบเฉพาะแต่ในเรื่องการไม่ได้รับประโยชน์ของนายจ้างอันเป็นหลักปกติของเสรีนิยมเท่านั้น หากแต่มีผลกระทบต่อประโยชน์โดยรวมของชุมชนทั้งหมดในรัฐที่ได้รับความกระทบกระเทือนจากการนัดหยุดงานและทำให้บริการสาธารณะพื้นฐานที่จำเป็นสำหรับชีวิตประจำวันต้องหยุดชะงักลง และผลจากเหตุการณ์ดังกล่าว การบังคับใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐย่อมได้รับความกระทบกระเทือนไปด้วย ด้วยเหตุนี้ การกำหนดให้มีบริการสาธารณะขั้นต่ำในกิจการบริการสาธารณะทุกประเภทจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1963 กล่าวคือ ห้ามมิให้มีการนัดหยุดงาน ที่จะก่อให้เกิดบริการสาธารณะชะงักลงทั้งระบบ อันอาจทำให้การปฏิบัติงานส่วนอื่น ๆ ของบริการสาธารณะระส่ำระสาย นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดให้กลุ่มสหภาพที่ก่อความเคลื่อนไหวนัดหยุดงานมีหน้าที่แจ้งให้หน่วยงานที่มีอำนาจบังคับบัญชาทราบล่วงหน้าอย่างน้อยก่อนห้าวันที่จะเริ่มการนัดหยุดงาน และต่อมา หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะก็ได้รับการยอมรับจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้มีสถานะเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญด้วย<sup>30</sup>

สำหรับบุคคลที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครอง หลักที่ว่าบริการสาธารณะจะต้องจัดดำเนินการเป็นนิจโดยสม่ำเสมอ ย่อมมีผลบังคับอย่างเคร่งครัดในกรณีที่เกี่ยวข้องกับผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ ถ้ากิจการที่ให้สัมปทานหรือเอกชนจัดทำต้องหยุดชะงักลงเพราะการกระทำผิดของเอกชนนั้นเอกชนผู้นั้นจักต้องถูกบังคับลงโทษตามที่กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในสัญญา ส่วนเอกชนผู้ได้รับ

<sup>30</sup> J. P. GILLI et divers, *La continuité des services publics* (Paris: n.p., 1973) อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 393-395.

ประโยชน์จากบริการสาธารณะก็ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจัดการแก้ไขบริการสาธารณะให้ดำเนินการไปตามปกติ หากบริการสาธารณะเกิดขัดข้องหรือหยุดชะงักลงไม่ว่าเพราะเหตุใด ๆ<sup>31</sup>

หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนั้น มีผลต่อการปฏิบัติราชการบุคลากรภาครัฐและสัญญาทางปกครอง ดังนี้<sup>32</sup>

1) ผลของหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะต่อการปฏิบัติราชการ ทำให้เกิดระบบการรักษาราชการแทน กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง จะต้องมีการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้รักษาราชการแทน เช่น กรณีนายกรัฐมนตรีไม่อาจปฏิบัติราชการแทนได้ ให้รองนายกรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาราชการแทน เป็นต้น

2) ผลของหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะต่อบุคลากรภาครัฐ ในระบบกฎหมายไทยนั้น ห้ามมิให้ข้าราชการ ลูกจ้างของส่วนราชการหรือพนักงานรัฐวิสาหกิจนัดหยุดงาน ส่วนในระบบกฎหมายของต่างประเทศบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะได้มีผลห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐนัดหยุดงาน โดยการบังคับให้สหภาพของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะนัดหยุดงานต้องแจ้งการนัดหยุดงานล่วงหน้าเพื่อเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขปัญหาล่วงหน้าได้ และในบริการสาธารณะบางประเภทที่การหยุดดำเนินการโดยเด็ดขาดอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะได้ เช่น โรงพยาบาล ตำรวจ ไฟฟ้า ฯ ลฯ ในบริการสาธารณะเหล่านี้ หากจะนัดหยุดงานต้องให้มีบริการขั้นต่ำ

3) ผลของหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะต่อระบบสัญญาทางปกครอง ทำให้เกิดหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างไปจากกฎหมายแพ่ง เช่น แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจนำหลักสัญญาต่างตอบแทนมาใช้ได้ คือ หลักที่ว่าหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดนัดชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิไม่ชำระหนี้ตอบแทนจนกว่าจะได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ของฝ่ายที่ผิดนัดนั้นไว้ได้ (l'exceptio non adimpleticontractus) ซึ่งหลักนี้ไม่อาจนำมาใช้ได้สัญญาทางปกครองโดยเฉพาะสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะได้ เพราะจะทำให้บริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำอยู่นั้นขาดความต่อเนื่องและประชาชนผู้ใช้บริการต้องเดือดร้อน

#### 2.1.2.2 หลักการอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ

หลักการอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ (principed'adaptabilité) หมายถึง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการอยู่เสมอ เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน หลักการอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะไม่ได้เกิดขึ้นอย่างชัดแจ้งจากคำวินิจฉัยศาลปกครอง แต่มีการกล่าวพาดพิงหรือให้หรือให้ข้อคิดเห็นไว้ในคำวินิจฉัยของศาลปกครองว่า โดยสภาพ

<sup>31</sup> ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 114-115.

<sup>32</sup> บุษพา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 1 (มกราคม-เมษายน 2548): 22-24.

ของการจัดทำบริการสาธารณะทั่ว ๆ ไปที่มีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการของประชาชน เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะนั้นก็น่าจะได้รับการเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของประชาชนไปด้วย<sup>33</sup>

ในฝรั่งเศส คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดในคดี *Compagnie nouvelle de gaz de Deville-Les Rouen* ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1902 เกี่ยวกับการนำเรื่องระบบไฟฟ้าให้แสงสว่างบนถนนหนทางมาใช้แทนการจุดตะเกียงแทนก๊าซนั้น ถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยแรกของศาลปกครองที่วางหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะในกรณีที่มีเหตุการณ์หรือสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป โดยศาลปกครองสูงสุดในให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะที่จะสามารถแก้ไขกฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการปฏิบัติตามสัญญาได้เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปอย่างได้ผลดีที่สุด หลักดังกล่าวถูกนำมาใช้ในอีกกรณีหนึ่งด้วย โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Jaffray* ลงวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1960 ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถฟ้องร้องฝ่ายปกครองเพื่อขอให้สั่งให้ตนอยู่ในตำแหน่งเดิมได้<sup>34</sup>

สำหรับข้าราชการหรือพนักงานของรัฐนั้นจะต้องยอมรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามฐานะตามกฎหมายของตนโดยบทกฎหมาย แม้ว่าจะทำให้ข้าราชการสูญเสียสิทธิหรือประโยชน์ที่เคยได้รับตามบทกฎหมายเดิมก็ตาม ทั้งนี้เพราะฐานะของข้าราชการเป็นไปตามบทกฎหมาย ไม่ได้เป็นไปตามสัญญาเหมือนกับลูกจ้างของเอกชน ดังนั้น บทกฎหมายจึงอาจเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการได้ทุกเมื่อ โดยที่ข้าราชการไม่อาจอ้างสิทธิที่เคยได้รับอยู่ก่อนแล้วมาเป็นข้อโต้แย้งการเปลี่ยนแปลง และให้คงเป็นไปตามเดิมได้ ส่วนเอกชนผู้เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง เช่น ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ หลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะยอมให้อำนาจรัฐที่จะแก้ไขข้อสัญญาในสัมปทานส่วนที่กำหนดขึ้นตามกฎหมายมหาชนได้เสมอ เมื่อมีความจำเป็นต้องรักษาประโยชน์สาธารณะ เช่น การถอนคืนสัมปทานเพื่อซื้อก่อนสิ้นอายุสัมปทาน เพราะสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองที่มีบทกำหนดเป็นบทบังคับตามกฎหมายมหาชนอยู่ด้วย ฉะนั้นหลักของกฎหมายเอกชนที่ว่า สัญญาเป็นเสมือนกฎหมายที่มีผลบังคับคู่สัญญา จึงไม่อาจนำมาใช้บังคับแก่รัฐในกรณีนี้ได้<sup>35</sup>

ดังนั้นแล้ว การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะ ผู้ใดจะถือว่าเสียหายหรือเสียสิทธิอย่างใดไม่ได้ เพราะรัฐจำเป็นที่จะต้องแก้ไขบริการสาธารณะเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันและเพื่อประโยชน์สาธารณะ การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจักต้องคำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงจากความจำเป็นในการรักษาประโยชน์สาธารณะอยู่เสมอ และจะต้องปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชน สิทธิและประโยชน์ที่บุคคลได้รับจากบริการสาธารณะไม่ใช่ว่าจะขัดขวางไม่ให้มีการเปลี่ยนแปลง เมื่อมีความจำเป็นต้องทำเพื่อประโยชน์

<sup>33</sup> Gilles J. GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics* (Paris: L.G.D.J., 1994), p. 49 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, หน้า 50-51.

<sup>34</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, หน้า 51.

<sup>35</sup> ประยูร กาญจนดุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 112-113.

สาธารณะ หลักการอันนี้ย่อมมีผลบังคับแก่บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเข้าราชการหรือบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง หรือเอกชนผู้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะ<sup>36</sup>

### 2.1.2.3 หลักความเสมอภาค

ในฝรั่งเศสหลักความเสมอภาค (principled'égalité) เป็นหลักที่มีที่มาจากหลักความเสมอภาคกันในทางกฎหมายซึ่งได้บัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 เป็นการรับรองขั้นพื้นฐานในสิทธิที่จะเสมอภาคกันทางกฎหมายอันหมายถึงความเสมอภาคทางด้านสภาพของผู้ใช้บริการและความเสมอภาคในระหว่างคู่สัญญา หลักความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะนี้ ส่วนหนึ่งแล้วมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ได้พยายามวางหลักเกณฑ์และสร้างทฤษฎีขึ้นมาเพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของรัฐ เช่น คำวินิจฉัยคดี Chomel ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1911 ถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ศาลปกครองสูงสุดได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมารองรับความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะโดยวางหลักไว้ว่า ผู้ใช้บริการสาธารณะทุกคนที่ใช้บริการสาธารณะประเภทเดียวกันย่อมอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน และต่อมาก็ได้นำมาวินิจฉัยคดี Societe des concerts du conservatoire ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1951 ที่ได้กล่าวถึง หลักแห่งความเสมอภาคในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเอาไว้ว่า คนทุกคนซึ่งใช้บริการสาธารณะเดียวกันจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน<sup>37</sup>

หลักการนี้เป็นเพียงการนำหลักการทั่วไปในเรื่องความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้ากฎหมายและความเสมอภาคที่จะได้รับจากการปฏิบัติจากหน่วยงานของรัฐมาใช้สำหรับการจัดทำบริการสาธารณะ หลักการนี้มีขอบเขตที่กว้างมาก ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ใช้บริการสาธารณะ หลักการดังกล่าวถูกนำมาใช้ในการเก็บค่าบริการและผลประโยชน์ให้แก่ผู้ใช้บริการทุกคน กล่าวคือ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมาย เอกชนแต่ละคนมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีการแบ่งฐานะของบุคคลและการกำหนดค่าบริการที่จะต้องไม่แตกต่างกันเว้นแต่จะเป็นไปตามความแตกต่างของลักษณะการใช้บริการหรือตามความจำเป็นในเรื่องประโยชน์สาธารณะ ความเสมอภาคในการที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้นยังหมายความรวมถึงสิทธิเสมอภาคในการที่บุคคลจะสมัครเข้ารับหน้าที่การงานในหน่วยงานของรัฐอีกด้วย เมื่อบุคคลนั้นมีคุณสมบัติและพื้นฐานความรู้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>38</sup> โดยในประเทศฝรั่งเศสเคยรับฟ้องคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งการกำหนดคุณสมบัติในการเข้าดำรงตำแหน่งระดับสูงของกระทรวงการสงคราม ข้อเท็จจริงในคดีนี้กระทรวงดังกล่าวได้ออกกฤษฎีกาฉบับหนึ่ง โดยสงวนตำแหน่งระดับสูงของกระทรวงไว้ให้แก่บุคลากรชายเท่านั้น จึงถูกบุคลากรหญิงโต้แย้งว่า กฤษฎีกาดังกล่าวขัดต่อหลักความเสมอภาคของบุคคลเกี่ยวกับการทำงานในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งสภาแห่งรัฐตัดสินเป็นหลักว่า หญิงมี

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

<sup>37</sup> Alain-Serge MESCHERIAKOFF, *Droit des service publics* (Paris: PUF, 1991), pp. 139-140 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, หน้า 44.

<sup>38</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 396-398.

ความสามารถโดยชอบด้วยกฎหมายในงานที่ขึ้นตรงต่อราชการส่วนกลางของกระทรวงต่าง ๆ แต่ฝ่ายปกครองก็สามารถกำหนดคุณสมบัติที่จำเป็นสำหรับงานในตำแหน่งหน้าที่ใด ๆ ในกระทรวงได้โดยอาจกำหนดข้อจำกัดสำหรับการรับบุคคลเข้าทำงานหรือหลักเกณฑ์การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งเฉพาะบุคลากรหญิงได้ หากข้อจำกัดดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับหน้าที่นั้น ๆ ทั้งนี้การกำหนดดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลที่รับฟังได้ว่าจำเป็นสำหรับตำแหน่งหน้าที่นั้น ๆ จริง ๆ มิได้เกิดจากเหตุผลอื่น<sup>39</sup>

หลักความเสมอภาคนี้ยังได้ขยายขอบเขตมาสู่การเข้ารับบริการสาธารณะของประชาชนด้วย โดยหลักความเสมอภาคนี้ บังคับฝ่ายปกครองว่าต้องให้บริการต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน แต่หลักนี้ไม่ห้ามฝ่ายปกครองที่จะให้บริการต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญในลักษณะที่แตกต่าง เช่น สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเคยตัดสินว่า นักเรียนของโรงเรียนที่อยู่นอกเส้นทางของรถบริการรับส่งนักเรียน มีสถานะแตกต่างจากนักเรียนที่โรงเรียนของตนอยู่ในเขตเส้นทางของการเดินทางของบริการรับส่ง เมื่อพิจารณาในแง่การเข้ารับบริการสาธารณะด้านการคมนาคมขนส่งนักเรียนรัฐจึงอาจปฏิบัติต่อนักเรียนทั้งสองเขตแตกต่างกันได้<sup>40</sup> เพราะหลักความเสมอภาคไม่ใช่หลักความเป็นเอกภาพ เป็นความเสมอภาคต่อการปฏิบัติอย่างเดียวกันในสถานการณ์ที่เหมือนกัน ดังนั้นการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อผู้ใช้บริการสาธารณะจะต้องมีความสัมพันธ์กับความแตกต่างในสถานการณ์ที่สามารถอธิบายได้ ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วินิจฉัยในเรื่องนี้ว่า การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของเรือข้ามฟากระหว่างจังหวัด La Rochelle กับ เกาะ Ré แตกต่างกันระหว่างคนอาศัยอยู่บนแผ่นดินใหญ่กับคนอาศัยอยู่บนเกาะโดยคนที่อาศัยอยู่บนเกาะได้รับส่วนลดนั้น ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างกันเพราะสถานการณ์ที่แตกต่าง<sup>41</sup>

ส่วนบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองนั้น ความเสมอภาคในการที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะก็ย่อมมีอยู่เช่นเดียวกัน เช่น ความเสมอภาคในการที่จะมีโอกาสเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองอย่างเดียวกับบุคคลอื่น ด้วยเหตุนี้จึงได้มีระเบียบของทางราชการวางไว้ให้มีการเรียกประกวดราคาในการจัดหาพัสดุหรือในการก่อสร้างอาคารต่าง ๆ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปที่มีความสนใจได้เข้าแข่งขันกับผู้อื่นเพื่อเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง และในการวินิจฉัยชี้ขาดให้ผู้ใดเป็นผู้รับสัญญา ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำด้วยความเที่ยงธรรมโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นข้อสำคัญ<sup>42</sup>

<sup>39</sup> คดี C.E., Ass., 3 กรกฎาคม 1936, Demoiselle BOBARD et autres; บุษพา อัครพิมาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 13.

<sup>40</sup> คดี C.E., 19 มิถุนายน 1992, Departement du Puy-de-Dome c/Bouchon; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 13.

<sup>41</sup> คดี CE. Sect. 10 mai 1974, Denoyez et chorques, p. 274; สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 30, 2 (มิถุนายน 2543): 173.

<sup>42</sup> ประยูร กาญจนกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 115.

### 2.1.3 องค์กรที่ทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ

ในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งถือว่าเป็นภารกิจหลักของฝ่ายปกครองหรือรัฐนั้น เมื่อประมาณหลายร้อยกว่าปีที่ผ่านมารัฐจะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะเองโดยส่วนมากแล้วเป็นเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง แต่ในปัจจุบันนี้ความต้องการของประชาชนมีมากขึ้นเอกชนจึงเข้ามามีบทบาทในการบริการสาธารณะในรูปแบบต่าง ๆ การบริการสาธารณะจึงจำเป็นที่จะต้องมีการจัดทำหน้าที่ในการบริการสาธารณะ ยกเว้นจากการบริการสาธารณะในเรื่องที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองซึ่งรัฐจะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะเอง จึงสามารถแบ่งประเภทขององค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำเองและบริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนจัดทำ

#### 2.1.3.1 บริการสาธารณะที่รัฐจัดทำเอง

ในระยะเริ่มแรกนั้น รัฐจะเป็นฝ่ายจัดทำบริการสาธารณะกับประชาชนโดยตรงเอง บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจการจัดทำของรัฐจะต้องเป็นบริการสาธารณะที่เมื่อพิจารณาจากสภาพของบริการสาธารณะแล้ว เป็นหน้าที่ของรัฐเพียงผู้เดียวที่จะเป็นผู้จัดทำหรือเป็นสิ่งที่จำเป็นหรือมีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของประชาชนทั่วประเทศอย่างทั่วถึง เป็นวิธีการทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือ องค์กรของรัฐจะจัดเข้าทำกิจกรรมของบริการสาธารณะประเภทหนึ่งโดยตรงด้วยบุคลากร อุปกรณ์ และการเงินเฉพาะของตนเอง<sup>43</sup> เมื่อเศรษฐกิจและสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป เข้าสู่รัฐสมัยใหม่ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปโดยรวดเร็วและทันต่อความต้องการของประชาชน จำเป็นต้องเปลี่ยนรูปแบบในการจัดทำบริการสาธารณะใหม่ให้เกิดความคล่องตัว<sup>44</sup> ดังนั้นจึงเกิดรูปแบบองค์กรในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ 3 องค์กรหลัก ๆ คือ บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนราชการ บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐวิสาหกิจ และบริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์การมหาชน

#### 1) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนราชการ

ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ให้คำอธิบายว่า องค์กรในภาคมหชนรูปแบบแรกที่เกิดขึ้นก็คือ รัฐ ซึ่งเป็นองค์กรที่ผูกขาดการใช้อำนาจทั้งหลายในสังคม เมื่อรัฐเกิดมีขึ้นแล้วก็ได้มีการแบ่งแยกภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ ออกไปยังหน่วยงานต่าง ๆ ตามความเชี่ยวชาญและตามลักษณะเฉพาะของบริการสาธารณะ<sup>45</sup>

การแบ่งแยกภารกิจของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะไปยังหน่วยงานต่าง ๆ ที่รัฐจัดตั้งขึ้นนั้นอาจจะกระทำได้โดยการแบ่งแยกภายใต้ร่มเงาของรัฐซึ่งมีรัฐบาลเป็นผู้แสดงเจตนาแทนและดำเนินการต่าง ๆ ในนามของรัฐ โดยไม่มีการแบ่งแยกหน่วยงาน ๆ ออกไปจัดตั้งเป็น

<sup>43</sup> วีระชัย จาตุรนต์สวัสดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 5.

<sup>44</sup> สุรพงศ์ กลั่นประชา, *สัญญาเกี่ยวกับบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 28.

<sup>45</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, *การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์กรภาคมหชน: ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีใช้ ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ* (รายงานวิจัยเสนอต่อ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2541), หน้า 5-8.

นิติบุคคลเอกเทศต่างหากจากรัฐ เพื่อผลในทางกฎหมายบางประการ<sup>46</sup> บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนราชการจึงเป็นการให้บริการที่ไม่มุ่งแสวงหากำไร ใช้งบประมาณแผ่นดิน ใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐเป็นหลักในการดำเนินกิจกรรม บุคลากรจะมีสถานะเป็นข้าราชการหรือพนักงานราชการ ซึ่งหน่วยงานของรัฐที่ว่าเป็นคือ กระทรวง ทบวง กรม รวมทั้งส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็น กระทรวง ทบวง กรม เช่น สำนักนายกรัฐมนตรีเป็นส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกระทรวง หรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นมีฐานะเป็นกรม<sup>47</sup>

ทั้งนี้แล้ว ฝ่ายปกครองมีการแบ่งส่วนราชการในการจัดทำบริการสาธารณะตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ออกเป็น 3 ส่วน โดยกำหนดให้แต่ละส่วนมีเขตอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในหน้าที่ของตนเอง ดังนี้

(1) การบริการสาธารณะที่จัดทำโดยราชการส่วนกลาง

การบริการสาธารณะที่จัดทำโดยราชการส่วนกลาง คือ การบริหารราชการส่วนกลางที่บริหารราชการแผ่นดินโดยการรวมอำนาจตัดสินใจ กำหนดนโยบาย การวางแผน การจัดสรรงบประมาณ การควบคุมตรวจสอบและการบริหารราชการนั้น กิจการสำคัญไว้ให้เป็นภาระการรับผิดชอบของหน่วยงานต่าง ๆ ที่สังกัดราชการบริหารส่วนกลาง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการบริหารงานภาครัฐ การจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินในปัจจุบันเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 (แก้ไขปรับปรุงฉบับที่ 5 พ.ศ. 2545)<sup>48</sup>

ดังนั้น การบริหารราชการส่วนกลาง คือ การบริหารราชการโดยกระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่ในการบริการสาธารณะที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมของประเทศ เช่น การป้องกันประเทศ การรักษาความสงบภายในประเทศ การป้องกันภัยพิบัติ การชลประทาน เป็นการใช้อำนาจตามหลักการรวมอำนาจ

(2) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนภูมิภาค

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนภูมิภาค คือ การบริหารราชการส่วนภูมิภาค โดยการแบ่งแยกอำนาจมาจากราชการส่วนกลาง การบริหารราชการนั้นเป็นการบริหารราชการที่อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานราชการส่วนภูมิภาค เช่น จังหวัดและอำเภอ หรือที่เรียกชื่ออย่างอื่น

การบริหารราชการส่วนภูมิภาคเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารราชการส่วนกลางทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า ราชการบริหารส่วนกลางหรือการบริหารงานของกระทรวง ทบวง กรม

<sup>46</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, **องค์การมหาชนและหน่วยงานรูปแบบพิเศษ: หน่วยงานของรัฐที่มีข้าราชการและรัฐวิสาหกิจ**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), หน้า 84.

<sup>47</sup> ชัยยุทธนา วงศ์วานิช, **การกำหนดสถานะทางกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ** (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2553), หน้า 8.

<sup>48</sup> เอกวิทย์ มณีธรรม, **ระบบราชการ รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนของไทย** (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอ็ม.ที.เพรส, 2551), หน้า 120.

แม้มีอำนาจหน้าที่กว้างขวางแต่ก็มีที่ตั้งอยู่ในเมืองหลวง และในบางครั้งบางกรณีราชการส่วนกลางไม่อาจปฏิบัติราชการ ซึ่งรวมทั้งการกำกับดูแลให้บริการตลอดจนให้ความช่วยเหลือประชาชนในพื้นที่ห่างไกลได้ทั่วถึง กฎหมายจึงบัญญัติให้จัดตั้งราชการส่วนภูมิภาคขึ้นในส่วนภูมิภาคหรือพื้นที่ต่าง ๆ ยกเว้นเมืองหลวง พร้อมกับการแต่งตั้งข้าราชการประจำของราชการบริหารส่วนกลาง เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดและนายอำเภอ ไปปฏิบัติราชการในฐานะตัวแทนของราชการบริหารส่วนกลางรวมทั้งมอบหมายอำนาจบางส่วนบางเรื่องให้ข้าราชการดังกล่าว<sup>49</sup>

### (3) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนท้องถิ่น

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนท้องถิ่น หมายถึง บริการสาธารณะบางอย่างที่รัฐมอบหมายให้องค์การแห่งราชการส่วนท้องถิ่นจัดการเองเพื่อสนองความต้องการของประโยชน์ส่วนรวมของท้องถิ่นนั้น เป็นการใช้อำนาจตามหลักการกระจายอำนาจ

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นกิจการที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการ เป็นกิจการประเภทหนึ่งซึ่งเป็นหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนกลางนั่นเองเพราะกิจการในหน้าที่ความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนกลางนั้นมี 2 ประเภท<sup>50</sup> คือกิจการที่มอบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรับไปดำเนินการได้ กับกิจการที่ไม่อาจมอบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรับไปดำเนินการ

#### (3.1) กิจการที่มอบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้

เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันโดยทั่วไปของประชาชนอันเป็นผลประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นโดยตรง ซึ่งต้องการการกำกับดูแลอย่างใกล้ชิดจึงจะสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ องค์กรปกครองส่วนกลางอาจดำเนินการไม่เต็มที่เท่าที่ควรเพราะการควบคุมไม่ทั่วถึง การกระจายอำนาจให้องค์กรส่วนท้องถิ่นจัดทำเช่นนี้จึงสามารถเป็นหลักประกันได้ว่าบริการสาธารณะที่องค์กรส่วนท้องถิ่นจัดทำนั้นตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นและแบ่งเบาภาระขององค์กรปกครองส่วนกลาง เช่น การกำจัดขยะมูลฝอย การก่อสร้างต่าง ๆ การจราจรถนนหนทางในหมู่บ้าน เป็นต้น

#### (3.2) กิจการที่ไม่อาจมอบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำได้

เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนในประเทศ ซึ่งไม่ควรเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำ และบางกิจการอาจมีผลกระทบต่ออธิปไตยของประเทศชาติด้วย กิจการประเภทนี้เรียกว่า กิจการของชาติ (National Affairs) เช่นกิจการทางทหาร กิจการต่างประเทศ เป็นต้น

บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่นนั้นจะต้องเป็นภารกิจที่เกี่ยวข้องด้วยท้องถิ่นนั้นโดยเฉพาะ และเป็นไปเพื่อสนองความต้องการของคนในท้องถิ่น ซึ่งการพิจารณาว่าบริการสาธารณะใดเป็นบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น

<sup>49</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 132-133.

<sup>50</sup> พรชัย รัศมีแพทย์, การปกครองตนเองของนครหลวงกรุงเทพฯ: ศึกษากรณีนิสิตสัมพันธ์กับองค์กรปกครองส่วนกลาง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 34-39.

จะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยบริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนท้องถิ่นนั้นจะต้องมีลักษณะ ดังนี้<sup>51</sup>

(3.2.1) เป็นกิจการที่เป็นไปเพื่อสนองความต้องการของคนในท้องถิ่นนั้นที่สามารถแยกออกหรือมีลักษณะแตกต่างจากท้องถิ่นอื่นได้ เช่น การกำจัดขยะมูลฝอย การจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ การจัดการศึกษาขั้นต้น การกำจัดน้ำเสียในชุมชน ตลาด ท่าเทียบเรือ เป็นต้น

(3.2.2) เป็นกิจการที่ใกล้ชิดกับคนในท้องถิ่น กล่าวคือ เป็นเรื่องของการให้บริการที่เกี่ยวกับชีวิตประจำวันของคนในท้องถิ่น ซึ่งเป็นภารกิจที่ไม่สลับซับซ้อนหรือมีเทคนิคมากนัก เช่น การฃาปนกิจ การจัดหาหน้าสะอาด การดูแลที่สาธารณะในเขตท้องถิ่น เป็นต้น

จากลักษณะดังกล่าวข้างต้น สามารถจำแนกประเภทของบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจของท้องถิ่นได้ 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1. เป็นเรื่องเกี่ยวกับสวัสดิการของคนในท้องถิ่นโดยตรง สามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท<sup>52</sup>

1) สวัสดิการที่ให้โดยถืออายุ เช่น การจัดบริการด้านโรงเรียน สนามเด็กเล่น บ้านพักคนชรา เป็นต้น

2) สวัสดิการที่ให้โดยถือตามสภาพร่างกาย เช่น การให้ความช่วยเหลือเลี้ยงดูคนพิการ คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถ เป็นต้น

2. เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพแวดล้อมและการอำนวยความสะดวก และการดำรงชีวิตของคนในท้องถิ่น เช่น การจัดหาหน้าสะอาดหรือน้ำประปา การจัดสถานที่พักผ่อนหย่อนใจ การจัดบริการด้านการเคหะ การจัดให้มีไฟฟ้าหรือแสงสว่างโดยวิธีอื่น เป็นต้น

การจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนราชการจึงมีความสำคัญมาก เพราะเป็นองค์กรในภาคมหาชนที่ได้รับมอบหมายในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นองค์กรแรก ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ จึงได้สรุปลักษณะของการดำเนินกิจการบริการสาธารณะโดยส่วนราชการไว้อย่างน่าสนใจ ดังนี้<sup>53</sup>

1. กิจการบริการสาธารณะที่ส่วนราชการรับผิดชอบดำเนินการ เป็นกิจการที่มีความสำคัญและมีผลเกี่ยวข้องโดยตรง หรือโดยทางอ้อมของการดำรงอยู่ของรัฐ

2. การดำเนินการกิจของส่วนราชการจะมีลักษณะของการใช้อำนาจบังคับฝ่ายเดียวต่อประชาชนโดยการออกกฎบังคับ ระเบียบหรือประกาศตลอดทั้งการออกคำสั่งเฉพาะรายบังคับแก่ประชาชนโดยไม่คำนึงถึงความยินยอมสมัครใจของผู้ที่เกี่ยวข้อง

<sup>51</sup> สิริพร มณีภักดิ์, การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นในประเทศไทย: ศึกษาจากปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีเทศบาลและกรุงเทพมหานคร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 28.

<sup>52</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

<sup>53</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชน, หน้า 23-24.

3. เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในส่วนราชการต่าง ๆ จะได้รับสถานะหรือสิทธิพิเศษทางกฎหมายหรือได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายเป็นพิเศษยิ่งกว่าประชาชนทั่วไป เพื่อคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ของภารกิจที่ได้รับมอบหมายให้ผู้ปฏิบัติงานเหล่านี้รับผิดชอบปฏิบัติ

4. โดยที่ภารกิจพื้นฐานและภารกิจสำคัญของรัฐที่ส่วนราชการต่าง ๆ ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัตินั้นเกี่ยวข้องและส่งผลกระทบต่อความมั่นคง ความปลอดภัยหรืออาจกระทบกระเทือนต่อการดำรงอยู่ของรัฐ ในทางใดทางหนึ่ง ดังนั้น การปฏิบัติภารกิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนราชการต่าง ๆ จึงเป็นไปภายใต้การบังคับบัญชาอย่างเข้มงวดจากผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นไปจนกระทั่งถึงลำดับสูงสุดของการบังคับบัญชาที่สิ้นสุด ณ หัวหน้ารัฐบาล

## 2) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐวิสาหกิจ

ในระยะแรก คำว่า รัฐวิสาหกิจ ยังไม่มีการนำมาใช้กัน แต่นักคิดสำคัญ คือ เฮอร์เบิร์ต มอริสัน (Rt. Hon. Herbert Morrison) ได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับบรรษัทสาธารณะ ก็คือ องค์การทางการค้าที่มีความอิสระทางการเงินจากราชการ ซึ่งโดยทั่วไปก็หมายถึงรัฐบาลกลางที่เป็นหน่วยงานจัดตั้งองค์การเหล่านี้ขึ้นมา แต่เมื่อพิจารณาคุณลักษณะของกิจการบรรษัทสาธารณะในเชิงปฏิบัติแล้ว กล่าวได้ว่า รัฐวิสาหกิจมิได้จำกัดจะต้องจัดตั้งในรูปของบรรษัทสาธารณะแต่เพียงอย่างเดียว และก็ได้จำกัดว่ากิจการทางการค้าเท่านั้น ทั้งนี้เพราะกิจการประเภทอื่น ๆ ที่อยู่ในเครือข่ายของกิจกรรมทางเศรษฐกิจมิเพิ่มขึ้นด้วย ด้วยเหตุนี้ การจะใช้คำนิยามดังกล่าวเพื่ออธิบายถึงกิจการรัฐวิสาหกิจทั้งปวงก็ดูจะไม่ถูกต้องนัก ศาสตราจารย์ เอ. เอช. แฮนสัน (A. H. Hanson) จึงได้กำหนดคำนิยามไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า รัฐวิสาหกิจ หมายถึง กิจการที่รัฐเป็นเจ้าของ และดำเนินการด้านอุตสาหกรรม การเงิน และการค้าพาณิชย์ จากคำนิยามนี้ได้มีการกล่าวถึงการเป็นเจ้าของโดยรัฐอย่างชัดเจนขึ้นว่ากรกล่าวแต่เพียงว่าเป็นหน่วยงานที่รัฐจัดตั้งซึ่งบ่งบอกถึงเป็นการกำกับดูแลสิ่งที่เป็นเจ้าของด้วย ในการเสนอแนวคิดของเขาสหประชาชาติจึงได้ปรับคำนิยามของเขาใหม่ โดยชี้ให้เห็นว่าการควบคุมนั้นเป็นไปโดยวิธีการถือหุ้นจำนวนกว่าร้อยละห้าสิบ และตามแนวความคิดของแฮนสันนี้ ทำให้ผู้วิจัยรัฐวิสาหกิจเข้าใจว่า รัฐวิสาหกิจคือกิจการที่รัฐเป็นผู้จัดตั้งขึ้น เพื่อทำหน้าที่ในกิจการอุตสาหกรรม เกษตรกรรม การเงินและการค้า และรัฐมีหน้าที่ควบคุมด้วย<sup>54</sup> จึงได้มีผู้วิจัยข้อความคิดทางกฎหมายว่าด้วยรัฐวิสาหกิจหรือวิสาหกิจมหาชนไว้ในลักษณะของการวิเคราะห์ข้อความคิดของคำว่า วิสาหกิจ และ มหาชนของรัฐ ดังนี้

คำว่า วิสาหกิจ นั้น หมายถึง การเป็นหน่วย ในทางเศรษฐกิจ และเป็นหน่วยในทางกฎหมาย ในขณะเดียวกัน การเป็นหน่วยในทางเศรษฐกิจ คือ การนำเอาทุน วัตถุดิบ บุคลากร มาประสานเข้ากันอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้ระบบการบริหารที่มีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพื่อผลิตสินค้าและบริการออกจำหน่ายโดยที่หน่วยงานนั้นต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกเป็นต่างหากจากผู้เป็นเจ้าของทุน มีวัตถุประสงค์เป็นของตนเอง มีสิทธิและหน้าที่ตลอดจนความสามารถในอันที่จะใช้สิทธิหรือปฏิบัติหน้าที่ของตนเองได้ รวมทั้งคำว่าเป็นเจ้าของทุนหรือทรัพย์สินได้ด้วยตนเอง ส่วนคำว่า มหาชน นั้นหมายถึง การที่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเจ้าของหรือสามารถครอบงำการอำนวยความสะดวกในกิจการของวิสาหกิจใดวิสาหกิจหนึ่ง ทำให้วิสาหกิจนั้นเป็นวิสาหกิจมหาชนหรือ

<sup>54</sup> เอกวิทย์ มณีธร, *เรื่องเดิม*, หน้า 184-185.

รัฐวิสาหกิจ ซึ่งการครอบงำชี้ขาดของรัฐนี้อาจจะเกิดจากการที่รัฐหรือองค์กรปกครองของส่วนท้องถิ่น มีทุนหรือหุ้นในวิสาหกิจนั้นทั้งหมด หรือส่วนข้างมาก ฉะนั้น ข้อความคิดทางกฎหมายของรัฐวิสาหกิจ จึงหมายถึง องค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งดำเนินกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เพื่อผลิตสินค้าและบริการออกจำหน่ายและอยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>55</sup>

แต่ในประเทศฝรั่งเศสและไทยนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายหลายฉบับได้กล่าวถึงคำว่า รัฐวิสาหกิจไว้โดยมิได้ให้คำจำกัดความหรือคำอธิบายถึงความหมายของคำดังกล่าวเลย และหากมีกฎหมายฉบับใดที่อาจจะให้คำนิยามของ คำว่า รัฐวิสาหกิจไว้ กฎหมายนั้นก็ก็เป็นเพียงการ แจกแจงรายการของรัฐวิสาหกิจประเภทต่าง ๆ อันจะอยู่ใต้บังคับของกฎหมายฉบับนั้นเท่านั้น หาได้มีความมุ่งหมายที่จะให้คำจำกัดความอันเป็นการทั่วไปของคำว่ารัฐวิสาหกิจ เพื่อใช้เป็นพื้นฐานของความเข้าใจในบทบาท ภาระหน้าที่และสถานะขององค์กรดังกล่าวในระบบกฎหมายแต่อย่างใด<sup>56</sup> โดยเฉพาะในประเทศไทยนั้นการให้ความหมายของรัฐวิสาหกิจนั้น ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ได้ให้ข้อสังเกตไว้อย่างน่าสนใจว่า ประเทศไทยนั้น ในทางกฎหมายไม่เคยมีคำนิยามของคำว่า รัฐวิสาหกิจ อย่างเป็นทางการทั่วไปเอาไว้เลย นอกจากให้นิยาม รัฐวิสาหกิจตาม พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 รัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 หรือ รัฐวิสาหกิจตาม พระราชบัญญัติพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2521 จึงไม่มีหลักเกณฑ์ในการจำแนกรัฐวิสาหกิจที่เป็นเหตุผลและสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เป็นอยู่แต่อย่างใดทั้งสิ้น เมื่อไม่สามารถมีหลักเกณฑ์ในการบ่งชี้ว่าอะไรที่จะสามารถเป็นรัฐวิสาหกิจได้บ้างเสียแล้ว การจะให้คำจำกัดความของรัฐวิสาหกิจก็ย่อมเป็นสิ่งที่เป็นไปได้<sup>57</sup> และหน่วยงานบางหน่วยงานอาจจะมิใช่สถานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายฉบับหนึ่งแต่ไม่เป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายอย่างอื่นในเวลาเดียวกันนั้นเองก็ได้<sup>58</sup>

ดังนั้น รัฐวิสาหกิจจึงหมายถึง หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะโดยมุ่งหวังกำไรและมีความคล่องตัวและเป็นอิสระมากกว่าการจัดทำบริการสาธารณะของราชการส่วนกลาง

รัฐวิสาหกิจจึงถูกสร้างขึ้นมาเพื่อสร้างความคล่องตัวให้กับรัฐในการบริการสาธารณะ และแก้ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดหลาย ๆ ประการที่เกิดจากระบบราชการ เช่น ระเบียบแบบแผนต่าง ๆ ของทางราชการที่ไม่ก่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงานและเกิดความล่าช้าในการปฏิบัติงาน อีกทั้งระบบราชการไม่เหมาะสมสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทที่มี

<sup>55</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*, หน้า 208.

<sup>56</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักเกณฑ์ในการจำแนกรัฐวิสาหกิจมหาชน ศึกษาเปรียบเทียบในกฎหมายไทยและฝรั่งเศส,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 18, 3 (กันยายน 2531): 72.

<sup>57</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, “วิกฤตการณ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับรัฐวิสาหกิจไทย,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 19, 1 (มีนาคม 2532): 88-90.

<sup>58</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, “ปัญหาทางกฎหมายในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 29, 2 (มิถุนายน 2542): 171.

ลักษณะกึ่งดำเนินธุรกิจเช่นเดียวกับการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน ด้วยเหตุนี้รัฐจึงตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาแตกต่างจากราชการเพื่อให้สามารถจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด หากพิจารณาโดยทั่วไปรัฐวิสาหกิจ (public enterprise) มีลักษณะเฉพาะของตนเองดังนี้<sup>59</sup>

1. มีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกไปต่างหากจากรัฐและส่วนราชการที่มีอยู่เดิม มีความเป็นอิสระทั้งในทางการเงิน การบริหารงานและการบริการงานบุคคล

2. มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการภารกิจในทางอุตสาหกรรมและการค้า อันเป็นภารกิจสมัยใหม่ที่รัฐถูกเรียกร้องให้เข้าไปรับผิดชอบดำเนินการตามความเปลี่ยนแปลงและพัฒนาการของอุตสาหกรรมและการค้าที่เติบโตอย่างรวดเร็วในสังคมสมัยใหม่

3. เนื่องจากภารกิจดังกล่าวเป็นภารกิจที่มีค่าตอบแทนการให้บริการและผู้ได้รับประโยชน์จะเป็นผู้ได้ประโยชน์ยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ จากการดำเนินการของบุคคลของรัฐ ดังนั้นผู้ได้รับประโยชน์จึงต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐตามสัดส่วนที่ตนได้รับประโยชน์เพื่อมิให้ประชาชนผู้ที่เสียภาษีอากรต้องมาร่วมรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในค่าบริการที่ตนเองไม่เคยใช้บริการเลย ดังนั้น องค์กรผู้รับผิดชอบภารกิจเหล่านี้จึงต้องดำเนินการในเชิงพาณิชย์ คือ เรียกค่าตอบแทนจากการขายสินค้าหรือบริการของตนโดยไม่ต้องพึ่งพาเงินงบประมาณที่มาจากภาษีอากรในการดำเนินงานตามปกติขององค์กรนั้น ๆ

4. รัฐเป็นผู้ก่อตั้งองค์กรที่ทำภารกิจในลักษณะเช่นนี้ขึ้นมา ในเบื้องต้นได้ใช้เงินลงทุนจากภาษีอากรของประชาชนในการก่อตั้ง ดังนั้นองค์กรเหล่านี้จึงต้องอยู่ภายใต้ระบบการควบคุมตรวจสอบในลักษณะที่เรียกว่า การกำกับดูแล จากองค์กรของรัฐเสมอ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้เกิดความรว้อไหลและการใช้จ่ายเงินผิดวัตถุประสงค์

ดังนั้นแล้ว การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจึงต้องมีเหตุผลขึ้นมา อาจจะเป็นเหตุผลในด้านเศรษฐกิจ การคลัง หรือความมั่นคง จึงมีเหตุผลทั่วไปในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ 4 ประการ<sup>60</sup> ดังนี้

1. เพื่อหารายได้

ในบางกรณีรัฐมีความจำเป็นต้องดำเนินกิจกรรมบางประเภทเพื่อหารายได้เข้ารัฐโดยตรงแทนที่จะปล่อยให้เอกชนดำเนินกิจการนั้นและเรียกเก็บภาษีกิจกรรมบางประเภทที่รัฐสามารถเรียกค่าตอบแทนในอัตราที่สูงเพื่อให้มีรายได้มากขึ้นนั้น รัฐจะกำหนดให้เป็นกิจการที่รัฐเป็นผู้ประกอบการแต่ผู้เดียวหรือผูกขาดโดยรัฐ

2. เพื่อความมั่นคงของประเทศ

กิจการบางประเภทอาจมีความสำคัญต่อความมั่นคงของประเทศและของประชาชน การปล่อยให้เอกชนดำเนินกิจการ อาจมีการร่วมมือผูกขาดในกิจการใดกิจการหนึ่งหรือหลายกิจการ และเรียกค่าตอบแทนในสินค้าหรือบริการได้ตามอำเภอใจสร้างความเดือดร้อนให้แก่ประชาชน

<sup>59</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, *ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชน*, หน้า 26-27.

<sup>60</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะ* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 222-223.

### 3. เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท

ในอดีตรัฐเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทที่เป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐได้แก่การรักษาความมั่นคง การดูแลความสงบเรียบร้อยและการรักษาความปลอดภัย ต่อมาเมื่อสังคมพัฒนาขึ้น รัฐก็ขยายขอบเขตภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของตนให้กว้างขวางออกไป ไม่อาจตอบสนองความต้องการของประชาชนในประเทศได้ทุกคน จึงต้องมีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาทำหน้าที่ในการบริการสาธารณะแทน

### 4. เพื่อจัดทำสาธารณูปโภค

กิจการสาธารณูปโภคเป็นปัจจัยขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนควรได้รับบริการและด้วยเหตุผลที่ประชาชนในสังคมมีฐานะทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกันการจัดทำสาธารณูปโภคที่คิดค่าบริการตามลักษณะการจัดการเชิงธุรกิจอาจทำให้ประชาชนบางส่วนไม่มีโอกาสในการใช้บริการเหล่านั้น ประกอบกับปัญหาด้านต้นทุนในการดำเนินงาน จุดคุ้มทุน และผลตอบแทน เช่นเดียวกับกิจการสาธารณูปโภคที่ทำให้เอกชนไม่สนใจเข้ามาดำเนินการ ดังนั้น เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสเท่าเทียมกันในการใช้บริการ รัฐจึงต้องเข้ามาดำเนินกิจการเองและเรียกเก็บค่าบริการในอัตราระดับที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ เช่น การจัดตั้งการรถไฟแห่งประเทศไทยเพื่อสร้างทางรถไฟและเดินรถไฟไปในพื้นที่ภาคต่าง ๆ ของประเทศ

### 3) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์การมหาชน

เมื่อสังคมพัฒนาไป ภารกิจที่รัฐจะต้องรับผิดชอบจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนก็ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงภารกิจพื้นฐานอันเป็นภารกิจดั้งเดิมของรัฐและการบริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ ที่พัฒนาซับซ้อนขึ้น ภารกิจใหม่ ๆ ของรัฐได้พัฒนาแตกแขนงออกไปสู่งานทางด้านการศึกษาและค้นคว้าทางวิชาการในระดับสูง การเผยแพร่หรือส่งเสริมศิลปวัฒนธรรมเฉพาะด้านหรือการให้บริการให้บริการเฉพาะทางที่มีได้มีลักษณะเป็นกิจกรรมอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม หรือการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองประชาชนบางกลุ่มเป็นการเฉพาะโดยเหตุผลพิเศษของรัฐบางประการ ภารกิจนี้จึงเป็นภารกิจใหม่ที่สังคมได้เรียกร้องต่อรัฐภายหลังการที่ได้มีการจัดวางรูปแบบและโครงสร้างขององค์กรของของรัฐประเภทส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจขึ้นแล้ว แต่เมื่อนำลักษณะและวิธีการตลอดจนข้อจำกัดในการดำเนินภารกิจขององค์กรของรัฐทั้งสองรูปแบบนี้มาพิจารณา ก็จะพบได้ว่าภารกิจใหม่ที่เกิดขึ้นระยะหลังอันเป็นภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะด้านหรือจัดทำให้แก่ประชาชนเฉพาะกลุ่มเหล่านี้ก็ไม่สอดคล้องกับลักษณะขององค์กรทั้งที่เป็นส่วนราชการและที่เป็นรัฐวิสาหกิจเพราะกิจกรรมบริการสาธารณะใหม่ ๆ เหล่านี้ต้องการความคล่องตัวในการบริหารจัดการความเป็นอิสระตัดสินใจของผู้บริหารองค์กร ซึ่งรูปแบบของส่วนราชการที่อยู่ในสายการบังคับบัญชาและมีการตัดสินใจตามลำดับขั้นก็ไม่อาจสนองความต้องการเหล่านั้นได้ และเมื่อพิจารณาจากกรอบขององค์กรในรูปรัฐวิสาหกิจ ก็จะพบว่าไม่มีความเหมาะสมที่จะมอบภารกิจใหม่ ๆ เหล่านี้ให้รัฐวิสาหกิจรับผิดชอบดำเนินการเช่นเดียวกัน เพราะภารกิจนี้มีลักษณะของการประกอบการทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมและไม่สามารถเลี้ยงตัวเองในเชิงพาณิชย์ได้

นอกจากการที่ลักษณะของภารกิจที่เกิดขึ้นใหม่เหล่านี้ที่มีความแตกต่างไปจากภารกิจของส่วนราชการอันเนื่องมาจากเป็นภารกิจในการดำเนินกิจกรรมเฉพาะด้านที่เป็นเรื่องใหม่สำหรับรัฐแล้ว กิจกรรมบางลักษณะที่มีความสำคัญสูง และเป็นกิจกรรมที่มีเทคนิควิธีการเฉพาะ

ซึ่งต้องการความรวดเร็วของการตัดสินใจและมีความต้องการประสิทธิภาพของการปฏิบัติการอย่างทันที่ตามความเปลี่ยนแปลงในเรื่องนั้น ๆ ที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลันทันด่วน เช่น การกำกับควบคุมตลาดเงินและตลาดทุนของประเทศ ฯลฯ ก็เป็นลักษณะกิจกรรมที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะใช้รูปแบบของส่วนราชการเนื่องจากสายการบังคับบัญชาและการตัดสินใจที่เชิงซ้ำของระบบราชการจะไม่เอื้อต่อประสิทธิภาพในการดำเนินบริการสาธารณะในเรื่องเหล่านี้ นอกจากนี้รูปแบบของรัฐวิสาหกิจซึ่งโดยปกติจะไม่สามารถมีอำนาจมหาชนที่จะใช้บังคับฝ่ายเดียวต่อประชาชนได้ ก็เป็นรูปแบบที่ไม่เหมาะสมและสอดคล้องกับภารกิจใหม่ที่ต้องการทั้งการตัดสินใจอย่างรวดเร็ว และต้องการอำนาจฝ่ายเดียวในการกำหนดระเบียบหรือออกคำสั่งให้ภาคเอกชนปฏิบัติตามเพื่อให้ภารกิจที่ได้รับมอบหมายสำเร็จลุล่วงไปด้วยเช่นกัน<sup>61</sup>

ท่ามกลางความเปลี่ยนแปลงภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ จึงได้เกิดความพยายามในการแก้ไขปัญหาด้วยการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐรูปแบบที่สามเพื่อรับรองภารกิจของรัฐขึ้นเฉพาะกรณีเมื่อเกิดความจำเป็นเช่นนั้น ทั้ง ๆ ที่ยังไม่มี การจัดวางโครงสร้างและระบบขององค์กรของรัฐประเภทที่สามที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเฉพาะเกิดขึ้นอย่างมากมาย โดยที่ยังมิได้มีการศึกษาและจัดวางระเบียบและโครงสร้างขององค์กรประเภทนี้ขึ้นล่วงหน้า ดังนั้น องค์กรของรัฐประเภทที่สามที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจจำนวนมากที่เกิดขึ้นนี้จึงมีความแตกต่างกันอยู่เป็นอย่างมากทั้งในแง่การจัดองค์กรบริหาร การได้รับการสนับสนุนจากรัฐ ระบบการตรวจสอบประสิทธิภาพและการกำกับดูแลการบริหารจากรัฐ ฯลฯ<sup>62</sup>

องค์กรมหาชนแปลมาจากคำว่า L'établissements Publics หรือ Etablissement Publique หรือ Autonomous Public Organization มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า องค์กรมหาชนอิสระ หรือ องค์กรกระจายอำนาจทางบริการหรือทางเทคนิค มีบุคคลที่ได้ให้ความหมายขององค์กรมหาชนอิสระไว้ดังนี้<sup>63</sup>

Benoit Jeanneau กล่าวว่า องค์กรมหาชนอิสระ คือ นิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชนที่จัดทำกิจกรรมพิเศษและขึ้นตรงต่อองค์กรรับผิดชอบทางพื้นที่ เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น

George Vedel กล่าวว่า องค์กรมหาชนอิสระ คือ นิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชนนอกเหนือจากรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

Jean Rivero กล่าวว่า องค์กรมหาชนอิสระ คือ นิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่งที่ทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง

ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ได้กล่าวว่า องค์กรมหาชนอิสระ คือ องค์กรที่อยู่กึ่งกลางระหว่างส่วนราชการของรัฐกับรัฐวิสาหกิจ กล่าวคือ องค์กรมหาชนอิสระมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกตัวออกไปจากส่วนราชการของรัฐ ไม่ใช่นิติบุคคลเช่นเดียวกับรัฐวิสาหกิจทั่ว ๆ ไป

<sup>61</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, *ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรมหาชน*, หน้า 31.

<sup>62</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*, หน้า 219-222.

<sup>63</sup> เอกวิทย์ มณีธร, *เรื่องเดิม*, หน้า 246-247.

แทนที่จะนำความเป็นอิสระจากฐานะการเป็นนิติบุคคลไปใช้รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมตั้งที่รัฐวิสาหกิจทั้งหลายดำเนินบริหารงานอยู่ แต่องค์การมหาชน กลับมีภาระในการจัดทำบริการเช่นเดียวกับการบริการสาธารณะของส่วนราชการระดับกรม กระทรวง ความแตกต่างระหว่างภารกิจองค์การมหาชนกับส่วนราชการต่าง ๆ มีอยู่เพียงภารกิจในการจัดทำรับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะเรื่อง ในขณะที่ส่วนราชการต่าง ๆ ได้รับมอบหมาย ปฏิบัติงานครอบคลุมในลักษณะทั่ว ๆ ไป

กล่าวโดยสรุปได้ว่า องค์การมหาชน หมายถึง หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะที่ไม่มุ่งหวังกำไรแต่จัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในเฉพาะเรื่อง

#### 1. เหตุผลในการจัดตั้งองค์การมหาชนเป็นอิสระแยกจากรัฐ

องค์การมหาชนมีเหตุผลและความจำเป็นในการจัดตั้งองค์กรอิสระแยกจากรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนี้<sup>64</sup>

1) เหตุผลในแง่วัตถุประสงค์ของกิจกรรมที่จัดทำที่ต้องการความเป็นอิสระที่รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซง

2) เหตุผลในแง่ระบบบัญชีและงบประมาณที่ต้องการใช้ระบบบัญชีและงบประมาณที่ยืดหยุ่น ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดทุกเรื่อง

3) เหตุผลในแง่ความสัมพันธ์กับรัฐ เพื่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะกำกับดูแลไม่ใช่มุ่งบังคับบัญชา

4) เหตุผลในแง่ประโยชน์ของบุคลากร เพื่อให้งานรุดหน้าไปอย่างรวดเร็วด้วยระบบการสรรหาคนที่เคยทำงานร่วมกันหรือรู้ใจมาก่อน แทนการได้คนที่เลื่อนไหลมาตามระบบราชการ

#### 2. ลักษณะการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะขององค์การมหาชน

การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะขององค์การมหาชน มีลักษณะ ดังนี้<sup>65</sup>

##### 1) ภารกิจไม่ควรซ้ำซ้อนกับภารกิจของรัฐวิสาหกิจ

การจัดตั้งองค์การมหาชนขึ้นเป็นองค์กรของรัฐประเภทที่สามนั้นมีที่มาและแนวความคิดโดยตรงมาจากนิติบุคคลมหาชนประเภท องค์การมหาชนอิสระ ของฝรั่งเศสซึ่งมีการแบ่งองค์การมหาชนออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ คือ องค์การมหาชนอิสระทางปกครองซึ่งอาจเทียบได้กับส่วนราชการของไทย องค์การมหาชนอิสระทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมซึ่งอาจเทียบได้กับรัฐวิสาหกิจของประเทศไทยที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และองค์การมหาชนอิสระทางวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมซึ่งอาจเทียบได้กับองค์การของรัฐประเภทที่สามที่ได้ตั้งขึ้นแล้ว ดังนั้น พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 จึงได้พยายามจัดแบ่งภารกิจที่จะจัดตั้งเป็นองค์การมหาชนและภารกิจทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่ควรเป็นของรัฐวิสาหกิจด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น มาตรา 5 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัตินี้จึงบัญญัติว่า กิจการอันเป็นบริการ

<sup>64</sup> สมชาย อาจองค์, *เรื่องเดิม*, หน้า 15.

<sup>65</sup> เอกวิทย์ มณีธร, *เรื่องเดิม*, หน้า 264-267.

สาธารณะที่จะจัดตั้งองค์การมหาชนตามวรรคแรก ได้แก่ การรับรองมาตรฐานและการประเมินคุณภาพการศึกษา การศึกษาอบรมและพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐ การทะนุบำรุงศิลปะและวัฒนธรรม การพัฒนาและส่งเสริมการกีฬา การส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและวิจัย การถ่ายทอดพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ การบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข การสังคมสงเคราะห์ การอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนหรือการดำเนินการอันเป็นสาธารณประโยชน์อื่นใด โดยต้องไม่เป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรเป็นหลัก

แต่อย่างไรก็ตาม หากจะกำหนดห้ามมิให้องค์การมหาชนแสวงหากำไรเลย ก็จะมีผลทำให้องค์การมหาชนไม่สามารถหารายได้มาเลี้ยงตัวเองได้ อันจะทำให้เป็นภาระแก่รัฐมากเกินไป ตามมาตรา 13 ที่บัญญัติว่า องค์การมหาชนมีอำนาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง ค่าตอบแทน หรือค่าบริการในการดำเนินการได้ตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว

## 2) การกิจอาจมีลักษณะถาวรหรือชั่วคราว

การกิจที่จะจัดตั้งองค์การมหาชนขึ้นมาดำเนินการนั้นเป็นการกิจที่ต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอ ไม่มีที่สิ้นสุด เป็นการถาวร เช่น การให้บริการสาธารณสุข หรืออาจเป็นการกิจที่มีลักษณะชั่วคราวโดยมีระยะเวลาหรือเงื่อนไขในการดำเนินการที่แน่นอน เช่น จัดตั้งขึ้นเพื่อบริหารการแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศ ซึ่งมีกำหนดเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดที่แน่นอน พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ได้รองรับไว้ในมาตรา 7(10) และมาตรา 44(1) ดังนี้

มาตรา 7 ในพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชน ตามมาตรา 5 อย่างน้อยจะต้องมีข้อความ ดังต่อไปนี้ คือ การยุบเลิกองค์การมหาชนในกรณีที่องค์การมหาชนตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการกิจอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะกิจหรือตั้งขึ้นโดยมีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุด

มาตรา 44 องค์การมหาชนเป็นอันยกเลิกในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ (1) เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาการดำเนินการขององค์การมหาชนตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาจัดตั้ง (2) เมื่อการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนนั้นเสร็จสิ้นลง และรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนนั้นได้ประกาศยุติการดำเนินการขององค์การมหาชนนั้นในราชกิจจานุเบกษา

### 2.1.3.2 บริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ

โดยหลักแล้วการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดทำเอง แต่เนื่องจากรัฐมีภาระมากขึ้น กิจการบางอย่างรัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำเองเพราะเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้อง

กับการใช้อำนาจรัฐ กิจกรรมบางอย่างรัฐต้องใช้งบประมาณมาก ต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญเป็นพิเศษ ซึ่งทำให้รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างดีและรวดเร็วทันความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะ ดังนั้นแล้วเมื่อรัฐเห็นว่าเอกชนมีความสามารถที่จะจัดการบริการสาธารณะได้ รัฐจึงหาวิธีในการตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยการมอบให้เอกชนที่มีความพร้อมและความสนใจจัดทำบริการสาธารณะแทนโดยการที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะซึ่งการที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้น หมายถึง การกระทำที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วนแทนรัฐ เพราะโดยสภาพแล้วเอกชนไม่ได้มีหน้าที่ที่จะจัดทำบริการสาธารณะ บริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น เมื่อรัฐตัดสินใจอนุมัติหรืออนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนจึงจะสามารถเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้<sup>66</sup>

โดยทั่วไปแล้วการมอบบริการสาธารณะบางประเภทให้แก่เอกชนไปดำเนินการจัดทำจะต้องเป็นบริการสาธารณะที่ไม่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศหรือไม่เกี่ยวกับการดำเนินการในการบริหารประเทศอันเป็นหน้าที่ของรัฐส่วนใหญ่จะเป็นบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภค การมอบบริการสาธารณะให้แก่เอกชนเป็นผู้จัดทำจะต้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ โดยในตอนแรกนั้นจะต้องมีการ มอบอำนาจ (Habilitation) ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยรัฐไปยังเอกชนก่อน เหตุผลที่บริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนจัดทำนั้นจะต้องไม่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ เพราะ รัฐต้องการที่จะควบคุมบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำและรักษาผลประโยชน์ของประชาชนไม่ให้ผู้ใดทำความเดือดร้อนให้สาธารณประโยชน์เสียหาย<sup>67</sup>

แต่ในปัจจุบัน การจัดทำบริการสาธารณะนอกจากที่รัฐมอบให้เอกชนจัดทำแล้ว ยังมีบริการสาธารณะที่เอกชนได้มีส่วนร่วมในการจัดทำโดยการมีส่วนร่วมดังกล่าวเอกชนไม่ต้องรับความเสี่ยงภัยในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว คือ การบริการสาธารณะที่รัฐให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมถึงการจัดทำสัญญาของหน่วยงานราชการของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1) การให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะรูปแบบสัมปทาน

ศาสตราจารย์ ประยูร กาญจนดุล ให้ความหมายของสัมปทานไว้ว่า สัมปทานเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใด ในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น<sup>68</sup>

<sup>66</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 117-118.

<sup>67</sup> ธนิต ประภาตนันท์, มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานประกอบกิจการไฟฟ้ากับการพัฒนาส่งเสริมบทบาทภาคเอกชน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), หน้า 23.

<sup>68</sup> ประยูร กาญจนดุล, เรื่องเดิม, หน้า 146.

จุลสิงห์ วสันตสิงห์ ให้ความเห็นเกี่ยวกับสัมปทานไว้ว่า สัมปทานนั้นไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมาย จึงต้องถือตามความหมายที่บัญญัติไว้ในพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน (ฉบับ พ.ศ. 2525) ได้ให้ความหมายของสัมปทานไว้ว่า การอนุญาตให้มีสิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียวในกิจการบางอย่างเช่นเหมืองแร่และป่าไม้<sup>69</sup>

จะเห็นได้ว่า สัมปทานนั้น หมายถึง กิจการบางอย่างที่รัฐมอบอำนาจทางสัญญาให้เอกชนจัดทำ ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อหารายได้ก็ตามจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการทำสัญญาเอาไว้

สัมปทานจึงเกิดขึ้นเพราะวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และเหตุที่มีการให้สัมปทานเพื่อให้ผู้รับสัมปทานไปจัดทำบริการสาธารณะเนื่องจากเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก ทางฝ่ายรัฐขาดผู้ชำนาญการทางเทคนิคและขาดเงินทุน และเอกชนสามารถให้การสนับสนุนในขั้นต้นได้ ประการที่สอง เป็นเหตุผลทางการเงินเพราะเป็นการลงทุนอย่างหนึ่ง เนื่องจากฝ่ายรัฐฝ่ายเดียวไม่สามารถระดมเงินทุนได้ตามเป้าหมายที่วางไว้ และถ้ารัฐจัดการเองก็ไม่อาจที่จะให้บริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพและทั่วถึงเท่ากับเอกชนจัดการได้ ดังนั้น จึงต้องมีการทำสัญญาทางปกครองกำหนดสิทธิและหน้าที่ทั้งสองฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ให้สัมปทานและฝ่ายผู้รับสัมปทาน โดยบริการสาธารณะที่องค์กรของรัฐ ผู้ให้สัมปทานจะให้สัมปทานในลักษณะเป็นบริการทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม<sup>70</sup> สัมปทานสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ สัมปทานให้แสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติและสัมปทานบริการสาธารณะ

#### (1) สัมปทานให้แสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ

สัมปทานให้แสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ คือ ทรัพยากรธรรมชาติบางอย่างมีจำนวนจำกัด เช่น แร่ ปิโตรเลียม รัฐต้องหวงแหนและห้ามมิให้บุคคลเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น ถือว่าทรัพยากรเหล่านี้รัฐเป็นเจ้าของ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐ เช่น ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ใดสำรวจแร่ในที่ใดไม่ว่าที่ที่สำรวจแร่นั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตสำรวจแร่ และมาตรา 43 ห้ามมิให้ผู้ใดทำเหมืองในที่ใด ๆ ไม่ว่าที่ที่ทำเหมืองนั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับประทานบัตร สัมปทานให้แสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาตินี้ ผู้รับสัมปทานต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ และเมื่อพิจารณาจากลักษณะของสัมปทานนี้จะเห็นได้ว่าไม่ได้มีลักษณะเป็นการให้บริการสาธารณะ หากแต่มีลักษณะมุ่งที่จะรักษาและควบคุมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติมากกว่า ในต่างประเทศนั้น โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสไม่ถือว่าสัมปทานแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ

<sup>69</sup> จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ (กรุงเทพฯ: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2538), หน้า 8.

<sup>70</sup> สุรพงศ์ กลั่นประชา, *เรื่องเดิม*, หน้า 54-55.

เป็นสัญญาทางปกครอง แต่ถือเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะในตัวเองซึ่งใช้กฎหมายเอกชนมาบังคับ ไม่ได้ใช้กฎหมายปกครองแต่อย่างใด<sup>71</sup>

(2) สัมปทานบริการสาธารณะ

ในประเทศฝรั่งเศสนั้นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครองที่มีมาตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 14 ที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างคลองและทางรถไฟโดยมีแนวคิดที่เอกชนสามารถเข้ามาจัดทำและดูแลกิจการของฝ่ายปกครองบางอย่างซึ่งนอกจากจะเป็นการประหยัดเวลาและงานของฝ่ายปกครองแล้ว ยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมของเอกชนในกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะ<sup>72</sup>

ศาสตราจารย์ เดอโลบาตร์ ได้ให้คำจำกัดความของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะว่า คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งปกติได้แก่ หน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรของรัฐ ซึ่งเรียกว่า ผู้ให้สัมปทาน มอบหมายให้นิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาซึ่งปกติได้แก่ บุคคลตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งเรียกว่าผู้รับสัมปทานเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะโดยผู้รับสัมปทานจะต้องเข้ามาเสี่ยงและรับผลของความเสียหาย โดยสัญญานั้นจะมีกำหนดเวลาที่แน่นอนและสามารถเรียกเก็บค่าใช้บริการจากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นได้<sup>73</sup>

จุลสิงห์ วสันตสิงห์ ให้ความเห็น ของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะไว้ว่า<sup>74</sup> สัมปทานบริการสาธารณะนั้น ก็มีได้มีเขียนไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด แต่จากการวิจัยหมายถึงการที่หน่วยงานภาครัฐซึ่งประกอบด้วยส่วนราชการและส่วนรัฐวิสาหกิจ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะมอบหมายให้ภาคเอกชนเป็นผู้ลงทุนในโครงการ และเป็นผู้ให้บริการต่อประชาชนในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยภาคเอกชนจะได้ผลตอบแทนการลงทุนจากรายได้ที่ประชาชนได้ใช้บริการของโครงการ

ดังนั้นแล้ว สัมปทานบริการสาธารณะ หมายถึง การที่องค์กรของรัฐมอบอำนาจให้แก่เอกชนทางสัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง และต้องมีกฎหมายให้อำนาจรัฐไว้ในการมอบอำนาจให้ทำสัญญา

สัมปทานบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครองอีกรูปแบบหนึ่งที่เป็น การมอบการดำเนินการของบริการสาธารณะให้แก่นิติบุคคลมหาชนอื่นหรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง การมอบบริการสาธารณะให้จัดทำนั้นประกอบไปด้วยเงื่อนไข 2 ประการ ประการแรกนั้น ผู้ที่สามารถมอบบริการสาธารณะไปให้ผู้อื่นจัดทำได้จะต้องเป็นนิติบุคคลภายใต้กฎหมายมหาชน เช่น รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประการที่สอง บริการสาธารณะที่มอบให้ผู้อื่นไปจัดทำผู้รับมอบจะต้องจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เดียวกับที่ฝ่ายปกครองจัดทำและต้อง

<sup>71</sup> ไชยวัฒน์ บุณนาค, “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน: วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน,” ใน **ครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภิทัย** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 135-136.

<sup>72</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, **สัญญาทางปกครอง**, หน้า 524.

<sup>73</sup> สุรพงศ์ กลั่นประชา, **เรื่องเดิม**, หน้า 52.

<sup>74</sup> จุลสิงห์ วสันตสิงห์, **เรื่องเดิม**, หน้า 8.

จัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย<sup>75</sup> เช่น สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 หรือ สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ เป็นต้น

2) การให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public Private Partnership: PPP)

นอกจากการที่รัฐมอบบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำในรูปแบบสัมปทานแล้วยังมีการให้เอกชนมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐอีกรูปแบบหนึ่ง คือ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนนั้น คือ การอนุญาตหรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิแก่เอกชนดำเนินกิจการของรัฐ ทั้งในกิจการเชิงพาณิชย์และสังคม ซึ่งกิจการของรัฐดังกล่าวต้องเป็นกิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย หรือกิจการดังกล่าวต้องให้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมีผู้ให้ความหมายไว้หลายองค์กร ดังนี้<sup>76</sup>

องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและพัฒนา (Organization for Economic Cooperation and Development: OECD) ได้ให้คำจำกัดความของ PPP ไว้ว่า เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐบาลกับเอกชนผู้ร่วมลงทุนหนึ่งรายหรือมากกว่าในการที่จะให้เอกชนนั้น ๆ ส่งมอบบริการสาธารณะในลักษณะต่างตอบแทนให้แก่รัฐบาลโดยเอกชนจะได้ผลกำไรจากการให้บริการและรัฐบาลจะได้บรรลุเป้าประสงค์ของการส่งมอบบริการที่ได้ตั้งไว้

กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) เสนอว่า PPP เป็นเรื่องของการตกลงให้ภาคเอกชนเป็นผู้จัดหาสินทรัพย์และส่งมอบบริการด้านโครงสร้างพื้นฐานซึ่งแต่เดิมรัฐบาลเคยเป็นผู้กระทำ นอกเหนือจากการที่ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการและจัดหาเงินทุนแล้ว PPP ยังมีลักษณะสำคัญอีก 2 ประการ อันได้แก่ การเน้นให้เอกชนเป็นผู้จัดหาและผู้ลงทุนในบริการสาธารณะและการโอนความเสี่ยงที่สำคัญจากภาครัฐไปสู่ภาคเอกชน

ดังนั้น การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจึง หมายถึง บริการสาธารณะที่รัฐได้มอบให้เอกชนไปจัดทำโดยลงทุนและรับความเสี่ยงภัยเองหรือมีส่วนเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในรูปแบบของการจัดตั้งนิติบุคคลเข้ามาร่วมการงานกัน

เนื่องจากบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำเองนั้นอาจหาเงินทุนได้ไม่เพียงพอเพราะการดำเนินนโยบายด้านการลงทุนที่ต้องคำนึงถึงเสถียรภาพทางการคลังของประเทศ รัฐจะต้องกู้เงินจากต่างประเทศ เช่น กู้เงินจากธนาคารโลก (World Bank) ธนาคารพัฒนาเอเชีย (Asian Development: ADB) หรือเงินกู้จากธนาคารภายในประเทศ เป็นต้น แต่ในปัจจุบัน รัฐได้ให้มีการระดมทุนในรูปแบบใหม่ ๆ เพื่อให้ได้จัดทำบริการสาธารณะโดยเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

<sup>75</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 518.

<sup>76</sup> สำนักงบประมาณของรัฐบาล, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, การวิเคราะห์ร่วมทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน (Public Private Partnership: PPP) (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ม.ป.ป.), หน้า 5.

การให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐดังกล่าวต้องใช้เงินจำนวนมาก ส่วนใหญ่จะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะด้านโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ เช่น ถนน ทางด่วน รถไฟ ระบบประปา ที่อยู่อาศัย เป็นต้น จึงมีวัตถุประสงค์ดังนี้

(1) เพื่อเพิ่มศักยภาพในการลงทุนโครงการพัฒนาระบบสาธารณูปโภค ซึ่งมักจะเป็นโครงการขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมาก จึงต้องมีการวางแผนการลงทุนอย่างรอบคอบเพราะอาจเกิดผลกระทบเกี่ยวกับสถานะทางการเงินได้โดยง่าย

(2) เพื่อถ่ายโอนความเสี่ยงให้ภาคเอกชน การพัฒนาระบบสาธารณูปโภคมีความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องมากมายหลายชนิดหลายประเภท อีกทั้งความเสี่ยงแต่ละชนิดก็มีความสำคัญและก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานะของโครงการได้อย่างมาก เช่น ความเสี่ยงด้านการก่อสร้าง ความเสี่ยงด้านการพัฒนาโครงการ เป็นต้น

(3) เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการบริหารจัดการของภาคเอกชนนั้นมีประสิทธิภาพมากกว่าการบริหารจัดการของภาครัฐ การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการโครงการบางส่วนหรือทั้งหมดในรูปแบบต่าง ๆ นั้นจึงเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพให้กับโครงการ

การให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้นทำให้การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเกิดความคล่องตัวมากกว่าในรูปแบบของทางราชการซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ทำได้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากกว่า ช่วยให้เกิดการพัฒนาโครงสร้างทางการเงิน มุ่งเน้นการใช้ต้นทุนอย่างมีประสิทธิภาพ มีการแก้ปัญหาโดยคำนึงถึงหลักการทางเศรษฐกิจมากกว่าภาครัฐ และที่สำคัญทำให้สามารถแยกเจตนาธรมณ์ของการดำเนินงานออกจากทางการเมืองได้ และเนื่องจากโครงการหลาย ๆ โครงการต้องการนำความรู้ทางเทคโนโลยีไปประยุกต์ใช้เพื่อให้เกิดการดำเนินงานที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดและเป็นไปตามมาตรฐานสากล ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจะส่งผลให้เป็นการเพิ่มมาตรฐานการดำเนินงานภายในประเทศให้มีคุณภาพการให้บริการมากยิ่งขึ้นและยังถือได้ว่าเป็นการเตรียมตัวเพื่อรองรับการร่วมดำเนินการจากต่างประเทศที่จะมีมากขึ้นในอนาคต รวมทั้งการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจะเป็นตัวกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจและการเงินและก่อให้เกิดแหล่งเงินทุนใหม่ ๆ เพิ่มขึ้น นอกจากนี้ ยังเป็นการเปิดโอกาสให้นักลงทุนภายในประเทศได้เรียนรู้ทักษะใหม่ ๆ ซึ่งสามารถนำไปใช้ในเศรษฐกิจส่วนอื่นของประเทศได้<sup>77</sup>

### 3) การจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนในระบบราชการ

การจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนในระบบราชการมีทั้งของราชการส่วนกลางและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำซึ่งทั้งราชการส่วนกลางและท้องถิ่นจะมีกฎหมายกำหนดบังคับใช้ที่ต่างกัน แบ่งออกได้ 2 ประการ ดังนี้

<sup>77</sup> กุลศักดิ์ ช่วยชู, การนำมาตราทางกฎหมายมารับการจัดทำบริการสาธารณะระบบ PPP (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 43-46.

(1) การจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนในระบบราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)

ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้กล่าวถึงความเป็นมาเกี่ยวกับการบริหารพัสดุในระบบราชการไทยว่า การบริหารพัสดุในระบบราชการใหม่เริ่มมีขึ้นครั้งแรกเมื่อมีการตั้งกรมพัสดุแห่งชาติ ในปี พ.ศ. 2475 โดยการรวบรวมจัดซื้อของทางราชการมาไว้ในหน่วยงานเดียวกัน แต่ต้องประสบปัญหาต่าง ๆ มากมายทั้งทางด้านการเมืองและการบริหารงานภายใน เช่น ขาดเจ้าหน้าที่ผู้มีประสบการณ์ด้านการบริหารพัสดุ หน่วยงานดังกล่าวจึงต้องยุบเลิกไป<sup>78</sup>

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการหรือที่เรียกว่าการพัสดุ กำหนดขึ้นใช้สำหรับกระทรวง ทบวง กรมหรือที่เรียกว่า ราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค สำหรับราชการส่วนท้องถิ่นในรูปแบบต่าง ๆ และรัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่ก็ได้นำหลักการของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมนี้ไปใช้เป็นระเบียบข้อบัญญัติหรือข้อบังคับของหน่วยงานนั้น ๆ ด้วยไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมนี้จึงมีความสำคัญต่อระบบการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐเป็นอย่างมาก

การดำเนินการเกี่ยวกับพัสดุในรูปแบบปัจจุบันได้มีการปฏิบัติอย่างเป็นระบบขึ้นโดยหน่วยราชการฝ่ายทหารได้ริเริ่มให้มีการดำเนินการปรับปรุงการบริหารงานพัสดุก่อนด้วยความช่วยเหลือจากรัฐบาลของสหรัฐอเมริกา โดยมีการจัดตั้งโรงเรียนส่งกำลังบำรุงทหารบกขึ้นเพื่อฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ทางด้านนี้โดยเฉพาะ สำหรับในส่วนราชการฝ่ายพลเรือนได้เริ่มต้นปรับปรุงการบริหารงานพัสดุเมื่อปลายปี พ.ศ. 2511 ด้วยความริเริ่มของกรมวิเทศสหการ สำนักงบประมาณ และสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ด้วยความร่วมมือจากประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>79</sup>

(2) การจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนในระบบราชการตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)

การจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนในระบบราชการตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการหรือที่เรียกว่าการพัสดุ เช่นเดียวกับส่วนราชการ แต่กฎหมายฉบับนี้มุ่งใช้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้น คือ องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาลและองค์การบริหารส่วนจังหวัด และกฎเกณฑ์ในการเลือกเอกชนเข้าทำสัญญา การควบคุม กำกับดูแลตามสัญญา และเรื่องอื่น ๆ ก็จะมีผลคล้ายคลึงกับการดำเนินการของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)

<sup>78</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, **สารานุกรมเกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535** (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2542), หน้า 1-5.

<sup>79</sup> สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, **รายงานการวิจัยเรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับพัสดุและสัญญากับทางราชการ** (รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 9.

การบริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำนั้นที่กล่าวมา เป็นไปตามหลักการกระจายภารกิจ และองค์กรที่มอบภารกิจในการบริการสาธารณะแก่เอกชนก็คือ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ซึ่งมีกฎหมายให้หน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะหลักการกระจายภารกิจนี้ หมายถึง การที่รัฐได้มอบภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่เอกชนจัดทำแทนรัฐ อาจจะเป็นในรูปของสัญญาทางปกครองในรูปแบบต่าง ๆ แล้วแต่กิจการที่จะจัดทำและความตกลง ระหว่างรัฐกับเอกชนผู้จัดทำ โดยการที่รัฐมอบภารกิจไปให้เอกชนจัดทำนั้น เอกชนมีหน้าที่ในการ ให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ แต่เอกชนไม่มีอำนาจเหนือกว่าประชาชน ผู้ใช้บริการสาธารณะเพราะรัฐไม่ได้มอบอำนาจให้แก่เอกชนไป เอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะจึงไม่มี อำนาจทางปกครองที่จะบังคับหรือมีคำสั่งใด ๆ กับประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะได้ เพราะเอกชนไม่ มีอำนาจทางปกครองจึงไม่สามารถมีกรกระทำทางปกครองได้และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน ผู้จัดทำบริการสาธารณะเป็นความสัมพันธ์ภายใต้การควบคุม กำกับดูแลของรัฐ โดยเป็นการควบคุม กำกับดูแลการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนผู้รับมอบบริการสาธารณะไปจากรัฐ

## 2.2 การควบคุมตรวจสอบเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

ในการจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐได้มอบภารกิจให้เอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะนั้น ภารกิจที่เอกชนได้รับมอบจากรัฐไปจัดทำนั้น เอกชนได้รับไปเพียงภารกิจแต่ไม่ได้ไปซึ่งอำนาจทำให้รัฐ จึงยังมีความสัมพันธ์กับเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะในฐานะเป็นผู้ควบคุม กำกับดูแลบริการ สาธารณะที่เอกชนจัดทำ ส่วนบริการสาธารณะที่รัฐได้มอบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชนจัดทำนั้น รัฐมีความสัมพันธ์กับองค์กรเหล่านี้ในฐานะเป็นผู้กำกับดูแลเพราะ หน่วยงานดังกล่าวมีทั้งอำนาจและภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ในการกำกับดูแลดังกล่าวก็ เป็นหลักการที่สามารถนำมาปรับใช้ในการควบคุมตรวจสอบเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะได้ จึงมีแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชน ดังนี้

### 2.2.1 อำนาจในการกำกับดูแล

ตามหลักการกระจายอำนาจนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความอิสระในการบริหารงาน โดยรัฐบาลหรือส่วนกลางต้องไม่เข้าไปแทรกแซงการบริหารงาน แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากรัฐ เพื่อให้การบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับ ต่าง ๆ ที่รัฐกำหนด ตลอดจนต้องสอดคล้องกับแนวนโยบายและทิศทางการพัฒนาเมือง การปกครอง ของรัฐอีกด้วย ซึ่งหากไม่มีการกำกับดูแลแล้วองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจบริหารงานหรือ ดำเนินการไปในทางที่มีข้อขัดกับผลประโยชน์ของประเทศหรือประชาชนในท้องถิ่นได้ จึงจำเป็นต้อง มีการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างเหมาะสม เนื่องจากหากมีการกำกับดูแลที่มีลักษณะเป็น การบังคับบัญชาจะทำให้เป็นการแทรกแซงหรือการครอบงำการบริหารงาน

คำว่า การกำกับดูแลตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส เป็นคำ ๆเดียวกับการกำกับดูแลที่ กล่าวถึงโดยทั่วไปในกฎหมายแพ่ง ซึ่งอธิบายถึงการที่ผู้อนุบาลจัดการทรัพย์สินของผู้ไร้ความสามารถ (ผู้เยาว์, วิกลจริต เป็นต้น) คำ ๆ นี้ปรากฏในกฎหมายมหาชนเป็นเวลานานแล้ว โดยไม่ปรากฏแน่ชัด

ว่าเมื่อใด เพื่ออธิบายถึงการที่ตัวแทนของรัฐดูแลกิจการขององค์กรมหาชนอื่น เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรมหาชนอิสระ เพื่อให้องค์กรเหล่านี้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย<sup>80</sup> ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์จึงได้รวบรวมผู้ให้คำนิยามคำว่า กำกับดูแลอยู่มากมาย ได้แก่<sup>81</sup>

Ernst FORSTHOFF กล่าวว่า การกำกับดูแล ก็คือ อำนาจของรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติ . . . ที่จะตรวจสอบดูแลอย่างเป็นพิเศษมากกว่าการตรวจสอบองค์กรเอกชนธรรมดาเหนือองค์กรกระจายอำนาจ

Jean REVERO กล่าวว่า การกำกับดูแล คือการควบคุมของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติ

Francis-Pual Benoit กล่าวว่า ตัวบทกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมที่รัดกุมและสำคัญ ของส่วนกลางเหนือการดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เรียกว่า การกำกับดูแลทางปกครอง (Tutelle administrative)

ปรีดี พนมยงค์ ใช้คำว่าดูแลควบคุม ดังที่ท่านเคยกล่าวว่า “รัฐบาลกลางอาจดูแลควบคุมโดยบัญญัติให้การปกครองท้องถิ่นได้ปรึกษาหารือในกิจการบางชนิด และดูแลมิให้การปกครองท้องถิ่นทำนอกเหนือบทกฎหมาย และในบางประเทศรัฐบาลกลางอาจมีอำนาจสั่งให้ยกเลิกกิจการ ซึ่งการปกครองท้องถิ่นได้กระทำไปอันเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ใช้คำว่า การควบคุมกำกับ โดยกล่าวว่า “การควบคุมกำกับ (Tutelle) ตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส” เป็นคำเดียวกับการควบคุมกำกับ ที่กล่าวโดยทั่วไปในทางกฎหมายแพ่ง ซึ่งอธิบายถึงการที่ผู้อนุบาลจัดการทรัพย์สินของผู้ไร้ความสามารถ (ผู้เยาว์) เป็นต้น

ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ กล่าวถึง การกำกับดูแล (Tutelle) ว่ามีทั้งการกำกับดูแลทางปกครอง (Tutelle administration) และการกำกับดูแลเหนือรัฐวิสาหกิจ (Tutelle economique) โดยกล่าวถึงการกำกับดูแลทางปกครอง ว่า “เป็นกระบวนการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อแลกเปลี่ยนกับการให้ความเป็นอิสระในเชิงการเมืองแก่องค์กรปกครองท้องถิ่นต่าง ๆ ซึ่งมีความต้องการพิเศษของตนแตกต่างกันออกไปในแต่ละพื้นที่และแลกเปลี่ยนกับการยอมให้มีความเป็นอิสระในการจัดองค์กร”

ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ กล่าวถึง Tutelle ว่า “แนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องของอำนาจกำกับดูแล (le pouvoir de Tutelle) ของรัฐที่มีต่อองค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจจึงกลับกันกับแนวความคิด และหลักกฎหมายในเรื่องของอำนาจบังคับบัญชา (le pouvoir hierarchique)”

ดังนั้น การกำกับดูแล หมายถึง การตรวจสอบการกระทำขององค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจจากรัฐ ให้เป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และอาจมีอำนาจในการยกเลิกหรือยกเลิกการกระทำขององค์กรที่ได้รับอำนาจนั้นจากรัฐ

<sup>80</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การกำกับดูแลทางปกครอง,” ใน **รวมบทความกฎหมายการปกครองท้องถิ่น** (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2539), หน้า 200.

<sup>81</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “ข้อความคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลทางปกครอง,” ใน **รวมบทความกฎหมายการปกครองท้องถิ่น** (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2539), หน้า 184.

### 2.2.1.1 ลักษณะและรูปแบบของการใช้อำนาจกำกับดูแล

องค์กรที่ใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง ได้แก่ รัฐบาล การที่รัฐบาลได้ใช้อำนาจในการกำกับดูแลดังกล่าวถือว่าเป็น การกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งของรัฐ สำหรับการกระทำของรัฐที่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครองนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยองค์กรฝ่ายบริหาร โดยองค์กรฝ่ายบริหารนั้นแยกได้เป็น 2 องค์กร คือ รัฐบาลและฝ่ายปกครอง<sup>82</sup> องค์กรฝ่ายรัฐบาล ได้แก่ คณะรัฐมนตรี มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายในการบริหารประเทศ ส่วนองค์กรฝ่ายปกครองได้แก่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมขององค์กรฝ่ายรัฐบาลอีกชั้นหนึ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงหมายถึง ข้าราชการส่วนกลาง ข้าราชการส่วนภูมิภาค และข้าราชการส่วนท้องถิ่น สำหรับการใช้อำนาจในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ได้แก่การกระทำทางปกครองของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคที่มีต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยผ่านทางเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของกระทรวงที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการปกครอง เช่น กระทรวงมหาดไทย เป็นต้น<sup>83</sup>

#### 1) ลักษณะของการใช้อำนาจในการกำกับดูแลทางปกครอง

ลักษณะของการใช้อำนาจในการกำกับดูแลทางปกครองนี้ มีลักษณะดังนี้

##### (1) อำนาจกำกับดูแลเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง

การกำกับดูแลเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวและเป็นนิติกรรมทางปกครองเฉพาะเรื่องเฉพาะราว โดยการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมหรือนิติกรรมทางปกครองนี้เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน ขณะที่การกระทำทางปกครองที่เป็นการปฏิบัติการณ์นั้นเป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นตามสิทธิและหน้าที่

ในประเทศฝรั่งเศสนิติกรรมทางปกครองเป็นปทัสถานทางกฎหมายที่ยาวนาน นักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสโดยเฉพาะสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้พัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองจนมีผลทำให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐและในขณะเดียวกันฝ่ายปกครองก็สามารถปฏิบัติราชการได้ด้วยดี ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายให้คำนิยามว่านิติกรรมทางปกครองตามความหมายของกฎหมายประเทศฝรั่งเศส มีผู้สรุปว่าหลักที่ถือเป็นพื้นฐาน

<sup>82</sup> สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 17, 3 (กันยายน 2530): 61.

<sup>83</sup> วิรัตน์ จันทพรกิจ, อำนาจหน้าที่ของนายอำเภอในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น: ศึกษาเฉพาะกรณีองค์การบริหารส่วนตำบล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), หน้า 59-60.

ในการถือว่าการกระทำใดถือเป็นนิติกรรมทางปกครองในกฎหมายในฝรั่งเศสให้พิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ว่าสภาแห่งรัฐรับเรื่องนั้นไว้พิจารณาหรือไม่<sup>84</sup>

กฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ถือว่าการกำกับดูแลนี้ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เพราะการกำกับดูแลจะเป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นโดยไม่จำต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้รับนิติกรรม การกำกับดูแลที่เกิดการตกลงกันระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมไม่อาจมีขึ้นได้ไม่ใช่สัญญาที่ต้องตกลงระหว่างกันก่อน นอกจากนี้การกำกับดูแลนี้ยังเป็นนิติกรรมทางปกครองเฉพาะเรื่องเฉพาะราว เนื่องจากการกำกับดูแลเป็นการควบคุมเหนือการกระทำใดการกระทำหนึ่งเท่านั้นไม่ว่าการกระทำที่ถูกควบคุมนั้นจะมีลักษณะเฉพาะเรื่องเฉพาะราวหรือทั่วไปก็ตาม ลักษณะนี้มีความสำคัญเพราะถ้าผู้ใช้อำนาจกำกับดูแลสามารถออกนิติกรรมทางปกครองทั่วไป วางกฎเกณฑ์ทั่วไปให้องค์กรส่วนท้องถิ่นต้องปฏิบัติตามแล้วการเคารพความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขององค์กรทางปกครองส่วนท้องถิ่นก็จะหมดไป<sup>85</sup>

#### (2) การกำกับเป็นอำนาจควบคุมชนิดหนึ่ง

คำว่า อำนาจควบคุม หรือการควบคุม มีความหมายได้ 2 นัย นัยแรกคือ ความหมายอย่างแคบ หมายถึงการตรวจสอบนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น ส่วนความหมายอย่างกว้าง หมายถึง การควบคุมการกระทำทุกอย่าง (toute manifestation de l'activite) ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำใด ๆ (Action) นอกเหนือจากนิติกรรม (acte juridique) จึงรวมถึงการควบคุมความเหมาะสมในการตัดสินใจด้วย

ดังนั้น การกำกับดูแลจึงเป็นการควบคุมชนิดหนึ่งที่อยู่กึ่งกลางระหว่างการควบคุมในความหมายอย่างกว้างและอย่างแคบ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติในรัฐใดรัฐหนึ่งอาจตรากฎหมายให้มีการกำกับดูแลทั้งหมดหรือบางส่วน ดังเช่นตามการควบคุมในความหมายอย่างกว้างและอย่างแคบ หรืออาจจะให้มีการควบคุมกำกับดูแลทั้ง 2 อย่างควบคู่กันไปด้วยก็ได้

#### (3) อำนาจกำกับดูแลทางปกครองต้องมาจากส่วนกลาง

การกระจายอำนาจปกครอง องค์กรกระจายอำนาจมีความเป็นอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างด้วยตนเอง แต่ส่วนกลางยังมีอำนาจกำกับดูแล ด้วยเหตุผลที่ว่าภายในรัฐ ๆ หนึ่งจะต้องมีความเป็นเอกภาพอยู่เป็นสิ่งสำคัญแม้จะมีความหลากหลายในท้องถิ่นก็ตาม

องค์กรกระจายอำนาจเกิดจากกระบวนการทางปกครองแบบกระจายอำนาจ ซึ่งเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นนอกจากองค์กรของรัฐที่เป็นราชการส่วนกลาง โดยองค์กรเหล่านี้จะมีสภาพเป็นนิติบุคคลและมีอำนาจในทางปกครองบางประการตามที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อให้มีความอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะไม่ต้องอยู่ในการบังคับบัญชาจาก

<sup>84</sup> ยงยุทธ อนุกุล, หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาลต่างประเทศ, ใน เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 เรื่อง สัญญาทางปกครองและพัสดุดิจิตโดยศาลปกครอง, 16-18 กรกฎาคม 2547, หน้า 52.

<sup>85</sup> วลัยกร รัตนกุล, การกำกับดูแลเหนือการกระทำของกรุงเทพมหานครโดยรัฐ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 21.

ส่วนกลาง เพียงแต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากส่วนกลางเท่านั้น โดยคำว่าองค์กรกระจายอำนาจที่กล่าวไปข้างต้น นอกจากจะหมายถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้วยังหมายถึงรัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนด้วย<sup>86</sup>

การที่องค์กรส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างด้วยตนเองนั้นไม่ได้หมายความว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถกระทำใด ๆ ก็ได้ตามความพอใจ แต่หมายความว่า เป็นอิสระภายใต้เงื่อนไขอันเป็นลักษณะเฉพาะที่มีความสัมพันธ์ 4 ประการ<sup>87</sup> คือ

#### 1. การมีบุคลากรของตนเอง

บุคลากรในที่นี้ หมายถึง บุคคลที่กระทำการในฐานะผู้แทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มาจากการเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่น เช่น นายกองค์การบริหารส่วนตำบล นายกเทศมนตรี เป็นต้น กับเจ้าหน้าที่ประจำซึ่งมาจากการบรรจุแต่งตั้งโดยอาศัยอำนาจบริหารขององค์กรส่วนท้องถิ่น เช่น ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ในองค์การบริหารส่วนจังหวัด เป็นต้น

#### 2. การมีรายได้ของตนเอง

รายได้ของตนเอง หมายถึง การมีรายได้และมีแหล่งอำนาจในการจัดสรรรายได้เพื่อใช้จ่ายในการจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กล่าวคือ การมีงบประมาณของตนเอง ทั้งทางตรง ทางอ้อม และจากเงินอุดหนุนต่าง ๆ

#### 3. การมีฐานะเป็นนิติบุคคล

การกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นนิติบุคคลเป็นเทคนิคทางกฎหมาย ทำให้องค์กรนั้นมีความสามารถถือสิทธิแยกต่างหากจากองค์กรปกครองส่วนกลาง เป็นการประกันความเป็นอิสระขององค์กรนั้นอีกทางหนึ่ง และยังทำให้เกิดหลักประกันเสรีภาพแก่ประชาชนด้วย เพราะเป็นนิติบุคคลในทางมหาชน จึงมีอำนาจในทางมหาชน ออกคำสั่งให้บุคคลปฏิบัติตามโดยบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องมีส่วนร่วมหรือยินยอม ตลอดจนความสามารถทางกายภาพเข้าบังคับการให้บุคคลผู้รับคำสั่งนั้นปฏิบัติตามด้วย

#### 4. การกำกับดูแลโดยองค์กรปกครองส่วนกลาง

การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบุคลากรของตนเอง มีรายได้ของตนเองและเป็นนิติบุคคลดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น หากรัฐไม่กำหนดมาตรการในการควบคุมไว้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นอาจใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หรือละเลยไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ในบางเรื่อง ทำให้การจัดทำบริการสาธารณะขาดประสิทธิภาพหรือล่าช้า หรือไม่ได้มาตรฐานขั้นต่ำและรักษาไว้ซึ่งมาตรฐานของการจัดทำบริการสาธารณะนั้นตามหน้าที่ที่รัฐมอบหมายให้ได้

#### (4) อำนาจกำกับดูแลทางปกครองต้องก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย

หลักการนี้มาจากเหตุผลที่ว่า ตามหลักการกระจายอำนาจ องค์กรกระจายอำนาจมีอิสระในการในการตัดสินใจจัดทำบริการสาธารณะด้วยตัวเอง แต่ก็ยังถูกกำกับดูแลโดยส่วนกลางอยู่ ดังนั้น เพื่อเป็นหลักประกันหรือสร้างความมั่นใจให้แก่องค์กรกระจายอำนาจในการ

<sup>86</sup> สมชาย อัจจงค์, *เรื่องเดิม*, หน้า 55-56.

<sup>87</sup> พรชัย รัศมีแพทย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 39-49.

จัดทำบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพ อำนาจกำกับดูแลของส่วนกลางที่มีอยู่เหนือองค์กรกระจายอำนาจจะมีอยู่ในเรื่องใดบ้างและมากน้อยเพียงใดจะต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนในกฎหมาย<sup>88</sup>

หลักการในเรื่องอำนาจการกำกับดูแลก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายเป็นหลักที่สำคัญมาก เพราะเป็นแสดงควมมีอยู่หรือไม่มีของอำนาจกำกับดูแลทางปกครองในทฤษฎีคลาสสิกได้พูดถึงหลักการนี้ว่า “ไม่มีการกำกับดูแลถ้าปราศจากกฎหมายแม่บทและไม่มีการกำกับดูแลที่เกินเลยไปจากกฎหมายแม่บท”<sup>89</sup> กฎหมายแม่บท หมายถึง พระราชบัญญัติ เท่านั้นที่พูดถึงอำนาจการกำกับดูแลเอาไว้ และส่วนที่กฎหมายแม่บทไม่ได้เขียนไว้ก็จะไม่มีอำนาจกำกับดูแลไปถึงได้

(5) อำนาจการกำกับดูแลทางปกครองเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการจัดระบบการบริหารเพื่อจัดการบริการสาธารณะอันเป็นประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนแหล่งที่มาอันเป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่น ๆ ที่เป็นกฎหมายมหาชน ที่กำหนดหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม และหน่วยงานของรัฐ โดยมีบทบัญญัติที่จะให้มีการบังคับตามกฎหมายนั้นด้วยการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจออกคำสั่ง อนุญาต วินิจฉัยและสั่งการ องค์กรฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้กำหนดไว้

(6) อำนาจกำกับดูแลต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม

ผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐเป็นคำที่ค่อนข้างกว้าง ดังนั้น อาจจะทำให้ตกลงไปว่า การกำกับดูแลมีขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน องค์กรกระจายอำนาจและรัฐจากการกระทำของผู้บริหารการกระจายอำนาจ ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่าผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจกระทำการใด ๆ ก็ตามในลักษณะที่ละเลยหรือละเมิดกฎหมาย ซึ่งอาจจะมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นนั้นหรือเป็นผลเสียสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

## 2) รูปแบบของการใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง

กฎหมายให้อำนาจองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบต่าง ๆ มากมาย เช่น การออกข้อบังคับ ออกคำสั่ง ออกคำอนุญาต ซ่อมแซมถนนหนทาง รักษาผู้เจ็บป่วย การกระทำเหล่านี้สามารถจัดและแยกเป็น 4 รูปแบบ<sup>90</sup> ดังนี้

### (1) การวางกฎข้อบังคับทั่วไป

เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างหน่วยงานของตนกับหน่วยงานอื่นหรือเอกชนอื่นภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวไม่จำเป็นต้องได้รับการยอมรับจากบุคคลอื่น เช่น การตราเทศบัญญัติและข้อบัญญัติต่าง ๆ เป็นต้น

<sup>88</sup> เพ็ญศรี เพ็ญสาตแสง, **อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง: ศึกษากรณีองค์การเทศบาล** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 34.

<sup>89</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 34-35.

<sup>90</sup> พรชัย รัตมีแพทย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 49-50.

## (2) การออกคำสั่งวินิจฉัย

เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างหน่วยงานของตนกับหน่วยงานอื่นหรือเอกชนอื่นโดยเฉพาะเจาะจงภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเช่นเดียวกับการวางกฎข้อบังคับทั่วไป เช่น การสั่งเปรียบเทียบปรับผู้กระทำความผิดข้อบัญญัติของกรุงเทพฯ เป็นต้น

## (3) การออกคำวินิจฉัย

เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาร่วมกันระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่นเดียวกับ กระทรวง ทบวง กรม ซึ่งเป็นองค์การปกครองส่วนกลางจัดทำตามกฎหมายมหาชนและเอกชน เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตของเทศบาลตำบลเขมราฐ เป็นต้น

## (4) การปฏิบัติการ

เป็นการใช้กำลังทางกายภาพปฏิบัติการตามกฎหมาย กฎข้อบังคับ คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือสัญญาต่าง ๆ เช่น การกระทำผิดตามกฎหมายเทศบาลบัญญัติ เป็นต้น

## 2.2.1.2 วิธีการในการกำกับดูแล

การกำกับดูแลทางปกครองหรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการกำกับดูแลเชิงอำนาจนั้นเป็นการกำกับดูแลองค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจมาจากส่วนกลางก็คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจรวมถึงองค์การมหาชน ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอิสระในเชิงการเมือง การควบคุม กำกับดูแลจะเป็นลักษณะที่ให้ความอิสระอย่างจำกัดและมีลักษณะกึ่งบังคับบัญชาอย่างค่อนข้างชัดเจน วิธีการควบคุม กำกับดูแลสามารถแบ่งออกได้เป็น การควบคุม กำกับดูแลเหนือตัวบุคคลหรือองค์กร และการควบคุม กำกับดูแลเหนือการกระทำ

## 1) การควบคุม กำกับดูแลโดยตรง

## (1) การควบคุม กำกับดูแลตัวบุคคลหรือองค์กร

แบ่งออกเป็นกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลหรือองค์กรและการกำกับดูแลเหนือการกระทำ มีรายละเอียดดังนี้<sup>91</sup>

## (1.1) การกำกับดูแลเหนือตัวบุคคล

การกำกับดูแลเหนือตัวบุคคล หมายถึง การกำกับดูแลบุคคลที่เป็นส่วนประกอบทางการเมืองขององค์กร เช่น นายกเทศมนตรี นายกองจัดการบริหารส่วนจังหวัด ผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นต้น โดยองค์การปกครองส่วนกลางมีอำนาจแต่งตั้งตัวบุคคลหรือองค์กรหรือถอดถอนบุคคลขององค์กรที่ถูกควบคุมได้ เป็นต้น

การใช้อำนาจลงโทษทางวินัย (un pouvordisciplinaire) เหนือบุคคลของผู้มีอำนาจกำกับดูแลถือว่าเป็นวิธีการกำกับดูแลอีกชนิดหนึ่ง เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งพักราชการ (suspendu) นายกเทศมนตรีได้ อย่างไรก็ตาม อำนาจลงโทษทาง

<sup>91</sup> L. Richer, "La notion de tutelle sur les personnes en droit administrative," RDP (1979): 971 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, **กฎหมายการปกครองท้องถิ่น** (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), หน้า 59-60.

วินัยในกรณีของการกำกับดูแลเป็นเรื่องที่แตกต่างจากอำนาจลงโทษทางวินัยของผู้บังคับบัญชา ระดับสูงกว่าเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา ทั้งนี้ก็เพราะว่าในสายงานของการบังคับบัญชานั้น การไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นโดยหลักแล้วถือว่ามีความผิดจะต้องรับโทษทางวินัย ในทางตรงกันข้าม องค์การที่ถูกกำกับดูแลนั้นไม่จำเป็นต้องเชื่อฟังคำสั่งของใคร อำนาจในการลงโทษทางวินัยในกรณีนี้ ไม่สามารถลงโทษใครได้อย่างไม่มีขอบเขต นายกเทศมนตรีคนหนึ่งอาจถูกสั่งพักราชการหรือให้ออกได้ เพราะเขากระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามงานของเทศบาลแต่เขาจะไม่ถูกสั่งพักหรือให้ออกเพราะปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐมนตรี

#### (1.2) การกำกับดูแลองค์กร

การกำกับดูแลเหนือองค์กร หมายถึง การกำกับดูแลบุคคลที่เป็น ส่วนประกอบทางการเมืองขององค์กรในรูปคณะบุคคล เช่น คณะเทศมนตรี สภากรุงเทพฯ เป็นต้น โดยองค์การปกครองส่วนกลางมีอำนาจในการยุบสภาท้องถิ่นเพื่อให้ราษฎรเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นใหม่ได้

ในบางกรณีกฎหมายไม่อาจกำหนดเงื่อนไขในการยุบสภาท้องถิ่นไว้เลย แต่บางกรณีกฎหมายก็กำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่นอกจากที่กล่าวมาทั้ง 2 กรณีแล้ว ในกรณีที่เกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบงบประมาณท้องถิ่นนั้นจะมีลักษณะเป็นการผสมผสานระหว่างการกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลและการกำกับดูแลเหนือการกระทำ ความจริงแล้วการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบงบประมาณท้องถิ่นนั้นก็คือการกำกับกระทำอย่างหนึ่งขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง แต่เมื่อกฎหมายนำเรื่องนี้มาสัมพันธ์กับการออกจากตำแหน่งของฝ่ายบริหารหรือสภาท้องถิ่นแล้ว การให้ความเห็นชอบ หรือไม่ให้ความเห็นชอบงบประมาณท้องถิ่นจึงกลายมาเป็น “การกำกับดูแลกึ่งตัวบุคคลกึ่งการกระทำ”

#### (2) การกำกับดูแลเหนือการกระทำ

เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจกำกับดูแลจะควบคุมการกระทำขององค์การ กระจายอำนาจเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น และในขณะเดียวกันก็ตรวจสอบถึงดุลยพินิจด้วย ซึ่งในกรณีหลังนั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ วิธีการก็คือผู้กำกับดูแลมีอำนาจสั่งยกเลิกนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ด้วยตนเองเลยทีเดียว นอกจากนั้น ถ้าเราพิจารณาจากการให้ความเห็นชอบ เราจะพบว่าเป็นการกำกับดูแลมากยิ่งขึ้น เช่น การกระทำขององค์การกระจายอำนาจที่สำคัญบางอย่างก่อนที่จะประกาศใช้ได้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้กำกับดูแลเสียก่อน<sup>92</sup>

การกำกับดูแลในรูปแบบ การให้ความเห็นชอบ จึงมีความสำคัญมาก ในบางกรณีกฎหมายอาจจะเพียงกำหนดว่าการเจียบถือเป็นการให้ความเห็นชอบ เพียงแต่ระยะเวลาที่ระบุไว้นับแต่องค์การกระจายอำนาจส่งเรื่องมาให้องค์การกำกับดูแลผ่านไป โดยไม่มีการแสดงความเห็นชอบก็ถือว่ามีการให้ความเห็นชอบแล้ว อำนาจนี้จึงเทียบได้กับการใช้สิทธิคัดค้าน (droit de veto) ในทางตรงกันข้ามพระราชบัญญัติอาจจะบัญญัติให้มีการให้ความเห็นชอบอย่างแข็งขัน การ

<sup>92</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การกำกับดูแลทางปกครอง,” ใน **รวมบทความกฎหมายการปกครองท้องถิ่น**, หน้า 206-207.

กระทำขององค์การที่ถูกกำกับดูแลจะชอบด้วยกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อมีการให้ความเห็นชอบอย่างเป็นทางการจากผู้มีอำนาจในการกำกับดูแล<sup>93</sup> แต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำใด ๆ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีจำนวนหลายคน การปฏิเสธของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งถือว่าเป็นการปฏิเสธให้ความเห็นชอบแล้ว

## 2) การกำกับดูแลโดยอ้อม

ได้แก่ การให้เงินอุดหนุนและการใช้สัญญามาตรฐาน มีรายละเอียด ดังนี้

### (1) การให้เงินอุดหนุน

เงินอุดหนุนท้องถิ่น คือ เงินช่วยเหลือที่รัฐบาลจัดสรรแบ่งปันโดยเอามาจากงบประมาณแผ่นดินของรัฐบาลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อใช้จ่ายในการบริหารกิจการตามหน้าที่ความรับผิดชอบ และเงินจำนวนนี้เป็นการให้เปล่าโดยไม่ต้องกู้ยืม ส่วนประเทศอังกฤษที่เป็นต้นกำเนิดของการให้เงินอุดหนุนนั้น เงินอุดหนุนของท้องถิ่นมีความหมายรวมถึงรายได้จากภาษีอากรบางประเภทที่รัฐบาลจัดเก็บแล้วแบ่งปันให้แก่ท้องถิ่นต่าง ๆ ด้วย ภาษีอากรประเภทนี้เรียกว่า “Assigssed Revenues” ซึ่งเป็นภาษีอากรที่เรียกเก็บจาก สุนัข อาวุธปืน เบียร์ เหล้าองุ่น ลูกกวาด และยาสูบ แต่รายได้จากภาษีอากรประเภทนี้ได้ยกเลิกไปนานแล้ว<sup>94</sup>

ทุกปีส่วนกลางจะจัดสรรเงินอุดหนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับไปแล้วจะนำไปใช้ในด้านใด ๆ ก็ได้โดยไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของส่วนกลาง ส่วนเงินอุดหนุนเฉพาะกิจนั้นจะเป็นเงินอุดหนุนที่ระบุกิจการโดยตรงที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะนำไปใช้ได้<sup>95</sup> ถ้าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้น้อยและมีกิจการที่ต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด แต่มีรายได้ไม่เพียงพอ ส่วนกลางจะอุดหนุนเงินจัดสรรแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เงินอุดหนุนจึงเป็นมาตรการในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทางอ้อม เพราะในทางปฏิบัติแล้วไม่มีองค์กรส่วนท้องถิ่นใดไม่ขอรับเงินอุดหนุน

### (2) สัญญามาตรฐาน

คือ สัญญาที่บุคคลหรือนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชนหรือทางแพ่งบุคคลหนึ่งทำขึ้น โดยแบบของสัญญานั้นถูกกำหนดขึ้นโดยบุคคลที่สาม การที่สัญญาถูกกำหนดโดยบุคคลที่สาม จึงเท่ากับว่าบุคคลที่ทำสัญญานั้น ๆ ถูกจำกัดอำนาจและการริเริ่มในการกำหนด

<sup>93</sup> คดี C.E. 19 juin 1960 Contessetts, Rec, 406. และ คดี C.E. 5 fevrier 1965, department de la Haute-Savoit, et C.E. 19 mars 1965, Jean-Louis Severe et Caraman, AJ, 1965. 478 ett p. 468, Chr., Mme PUYBASSET. DS 1966. 162. Concl. GALABERT; สมคิด เลิศไพฑูรย์, *กฎหมายการปกครองท้องถิ่น* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), หน้า 60-61.

<sup>94</sup> สิริราไพ พวงเสรี, *การกำกับดูแลเงินอุดหนุนขององค์การปกครองท้องถิ่นในประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539), หน้า 8.

<sup>95</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, *กฎหมายการปกครองท้องถิ่น*, หน้า 62.

รายละเอียดทางสัญญานันเอง<sup>96</sup> การใช้สัญญามาตรฐานเป็นมาตรการในการกำกับดูแลทางอ้อมนั้นมีการแพร่หลายในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระจายอำนาจนั้นมักพบตัวอย่างนี้มากมาย เช่น การทำสัญญาต่าง ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การกำกับดูแลที่กล่าวมาในข้างต้นนั้นเป็นการกำกับดูแลในเชิงอำนาจ หรือการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐในการปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจไปตามหลักการกระจายอำนาจนั่นเอง ซึ่งการกระจายอำนาจนั้นตามหลักแล้วมีอยู่ 2 ลักษณะ<sup>97</sup> คือ

1. การกระจายอำนาจทางพื้นที่ หรือที่เรียกว่า การกระจายอำนาจทางเขตแดน (Decentralisation Teritoriale) มีที่มาจากแนวความคิดทางการเมืองซึ่งเน้นความสำคัญของการเลือกตั้ง โดยเห็นว่าหากเจ้าหน้าที่ที่ทำการบริหารหรือปกครองท้องถิ่นได้รับการแต่งตั้งมาจากส่วนกลางก็จะเป็นการปกครองแบบรวมอำนาจมิใช่กระจายอำนาจการที่รัฐมอบอำนาจ<sup>98</sup> ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Collectivites Locales) จัดทำ โดยการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายจะถูกจำกัดขอบเขตโดยพื้นที่หรืออาณาเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ การจัดระเบียบราชการบริหารลักษณะนี้เรียกว่า “การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น”

2. การกระจายอำนาจทางบริการ หรือที่เรียกว่า การกระจายอำนาจทางเทคนิค (Decentralisation par service ou technique) คือ การที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่องบางอย่างให้แก่องค์กรของรัฐ (State Organs) ที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะที่แยกมาจัดทำนั้นอาจเป็นบริการสาธารณะทางด้านเศรษฐกิจ สังคม กีฬา หรือวัฒนธรรม<sup>99</sup> การกระจายอำนาจทางบริการนี้มิใช่เป็นการกระจายอำนาจทางปกครอง แต่เป็นการ “มอบ” ให้องค์การของรัฐไปจัดทำบริการสาธารณะโดยแยกออกมาเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐ มีทรัพย์สินของตนเองและมีผู้บริหารของตนเองโดยมีนิติบุคคลกระจายอำนาจนี้จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐเช่นกัน ซึ่งมีอยู่ 2 รูปแบบ คือ รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชน

#### 1) การกำกับดูแลรัฐวิสาหกิจ

การกำกับดูแลรัฐวิสาหกิจ หรือเรียกอีกอย่างว่า การกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ เป็นกระบวนการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อแลกกับการที่รัฐยอมให้รัฐวิสาหกิจมีความเป็นอิสระในทางการเงินและทางเทคนิคอันเป็นปัจจัยที่จะขาดเสียมิได้ในการบริการสาธารณะ โดยมีหลักทั่วไปว่าการตัดสินใจที่สำคัญจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่กำกับดูแลก่อนเสมอ แต่มิใช่ว่าการตัดสินใจทุกเรื่องต้องผ่านความเห็นชอบทุกครั้งไป เพราะการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้นต้องการการตัดสินใจที่ฉับไวและทันต่อเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้นการขอความเห็นชอบจึงจำกัดอยู่ที่

<sup>96</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การควบคุมกำกับเหนือองค์การปกครองท้องถิ่นในประเทศไทย,”

วารสารกฎหมายปกครอง 10, 1 (เมษายน 2533): 30.

<sup>97</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, หน้า 18-19.

<sup>98</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองส่วนท้องถิ่น, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 23.

<sup>99</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

เรื่องสำคัญจริง ๆ เช่นการตัดสินใจในกรณีที่มีการลงทุนในสัญญาที่มีมูลค่าสูง การตัดสินใจที่มีผลกระทบต่อบริการสาธารณะ เป็นต้น ส่วนของรัฐนั้นจำเป็นต้องเข้าควบคุมการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะรวมถึงการควบคุมในเรื่องงบประมาณและการกำหนดนโยบายในการบริหารต่อรัฐวิสาหกิจอีกด้วย<sup>100</sup>

## 2) การกำกับดูแลองค์กรมหาชน

องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากการกระจายอำนาจประเภทองค์การมหาชน ในฝรั่งเศสนั้นจะถูกตั้งขึ้นโดยกฎหมายเฉพาะมีความอิสระภายใต้การกำกับดูแลของรัฐและเป็นนิติบุคคล เช่น หอสมุดแห่งชาติ วิทยาลัยการปกครองแห่งชาติส่วนในประเทศไทยนั้น องค์การมหาชนอิสระที่ว่านี้ได้แก่ มหาวิทยาลัยต่าง ๆ ที่แม้ยังถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของระบบราชการแต่ก็มีความอิสระในทางปฏิบัติด้านต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในการจัดตั้งมหาวิทยาลัยนั้น ๆ การกำกับดูแลประเภทนี้จะมีลักษณะเป็นพิเศษเฉพาะ คือ เป็นการกำกับดูแลกึ่งบังคับบัญชา เพราะองค์กรประเภทนี้เกิดขึ้นมาจากเหตุผลทางเทคนิคซึ่งรัฐยอมให้มีอิสระในการดำเนินกิจกรรมที่อยู่นอกขอบเขตการบริการสาธารณะดั้งเดิมของฝ่ายปกครองในแต่ละกรณี แต่ก็ไม่ได้แตกต่างไปจากการกำกับดูแลรัฐวิสาหกิจมาก การกำกับดูแลประเภทนี้ยังไม่มีระบบเฉพาะของตนเองและมีข้อเท็จจริงในการปฏิบัติที่หลากหลายแตกต่างกันไปแล้วแต่กรณีลักษณะกิจกรรมของแต่ละองค์กร<sup>101</sup> ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับขนาดและลักษณะขององค์กรมหาชนที่มีอยู่อย่างหลากหลายมากมาย ทำให้สามารถแบ่งการกำกับดูแลได้เป็นหลายระดับ ต่างกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีลักษณะเป็นเอกภาพไม่ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะมีขนาดใหญ่หรือเล็กก็ตาม

ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า<sup>102</sup> อำนาจกำกับดูแลที่มีเหนือการปฏิบัติกรต่าง ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือที่เรียกว่า การกำกับการกระทำนั้น จะเริ่มต้นขึ้นเมื่อกรอบกติกาต่าง ๆ ที่วางไว้ถูกละเมิดนั้นหมายความว่า ได้มีการกระทำที่ขัดต่อบทกฎหมายเกิดขึ้น และรัฐในฐานะผู้กำกับดูแลก็จะมีอำนาจยกเลิกยกเลิกการกระทำที่อยู่นอกเหนืออำนาจเช่นนั้นได้ แต่ทว่ารัฐจะไม่สามารถดำเนินการใด ๆ โดยอ้างอำนาจกำกับดูแลได้เลย หากการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นถูกต้องตามระเบียบหรือข้อบังคับของกฎหมายแล้ว แม้ว่าการกระทำนั้นจะมีลักษณะไม่สมเหตุผล ฟุ่มเฟือย หรือปราศจากผลตอบแทนที่คุ้มค่าในทางเศรษฐกิจก็ตาม ซึ่งลักษณะเช่นนี้ไม่อาจยอมรับได้สำหรับการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจซึ่งต้องถือเอาการบรรลุเป้าหมายทางเศรษฐกิจเป็นตัวกำหนด หากใช้ระเบียบคำสั่งต่าง ๆ ที่ออกมาเพื่อควบคุมความถูกต้องของการกระทำที่เป็นอยู่ในการกำกับดูแลทางปกครองไม่ ซึ่งการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจก็คือ การกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐวิสาหกิจหรือองค์การมหาชนตามหลักการกระจายการบริการนั่นเอง ศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์ กล่าวต่อว่า การกำกับดูแลทางเศรษฐกิจนั้น การตัดสินใจที่สำคัญจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่กำกับดูแลก่อนเสมอแต่

<sup>100</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, “ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 19, 4 (ธันวาคม 2532): 80-84.

<sup>101</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 87-90.

<sup>102</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 84-85.

ขณะเดียวกันก็ไม่ใช่ว่า การตัดสินใจทุกเรื่องจำเป็นจะต้องผ่านความเห็นชอบก่อน เพราะการดำเนินการทางเศรษฐกิจนั้น ไม่อาจรีรอหรือประวิงเวลาการตัดสินใจได้ในทุก ๆ เรื่องหรือทุก ๆ ครั้ง หากแต่ต้องการการตัดสินใจที่ฉับไวและทันเหตุการณ์ ดังนั้น การที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจึงจำกัดไว้เฉพาะเรื่องที่มีความสำคัญจริง ๆ เช่น การตัดสินใจลงทุนครั้งใหญ่ การตัดสินใจที่จะมีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นต้น

ดังนั้น แม้การจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชนจะถูกกำกับดูแลโดยรัฐเช่นเดียวกันแต่การกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนจะต้องมีความยืดหยุ่นมากกว่าเพราะการกำกับดูแลทางปกครองซึ่งรัฐกระทำต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีการขอความเห็นจากคณะกรรมการหรือหน่วยงานต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษก่อน ส่วนการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจนั้นการที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่กำกับดูแลจำกัดไว้เฉพาะเรื่องที่มีความสำคัญจริง ๆ

### 2.2.2 อำนาจในการควบคุมดูแล

รัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะ แต่การบริการสาธารณะบางประเภทรัฐก็ให้ออกชนได้เข้ามาเป็นผู้จัดการแทน โดยรัฐมอบให้ออกชนเป็นผู้จัดทำ เพื่อให้การบริการสาธารณะได้เกิดประโยชน์มากที่สุด หากออกชนสามารถเข้าไปจัดการได้ รัฐก็สามารถมอบภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ให้ออกชนเป็นผู้จัดทำได้เช่นเดียวกัน

การจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยออกชนนั้น แม้จะไม่ได้เป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจเหมือนดังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนนั้น แต่ในทางวิชาการแล้วการจัดทำบริการสาธารณะโดยออกชนเป็นไปตามหลักการกระจายภารกิจจากรัฐสู่ออกชนโดยการมอบบริการสาธารณะบางประเภทให้จัดทำ โดยการที่รัฐมอบภารกิจไปให้ออกชนจัดทำนั้น ออกชนมีหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ แต่ออกชนไม่มีอำนาจเหนือกว่าประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะเพราะรัฐไม่ได้มอบอำนาจให้แก่ออกชนไป ออกชนที่จัดทำบริการสาธารณะจึงไม่มีอำนาจทางปกครองที่จะบังคับหรือมีคำสั่งใด ๆ กับประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะได้ เพราะออกชนไม่มีอำนาจทางปกครองจึงไม่สามารถมีกรกระทำทางปกครองได้

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้ความหมายไว้ว่า การควบคุม กำกับดูแลออกชนจัดทำบริการสาธารณะ หมายถึง “ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการควบคุมการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาและให้เกิดผลดีต่อประโยชน์สาธารณะ”<sup>103</sup> กล่าวคือ เมื่อรัฐมอบภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้ออกชนเป็นผู้จัดทำ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับออกชนเป็นสัญญาทางปกครองโดยรัฐกับออกชนเป็นคู่สัญญากัน เมื่อออกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐในฐานะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ สิ่งสำคัญคือฝ่ายออกชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด โดยต้องยึดตามหลักการที่ว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ<sup>104</sup>

<sup>103</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 90.

<sup>104</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

### 2.2.2.1 ลักษณะของการควบคุมดูแล

ลักษณะของการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีหลายประการ ดังต่อไปนี้

#### 1) การควบคุม กำกับดูแลเป็นอำนาจควบคุมชนิดหนึ่ง

การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้นเป็นอำนาจที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการที่จะควบคุม กำกับ ตรวจสอบ การดำเนินการตามสัญญาของเอกชนและการให้บริการสาธารณะว่าตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนผู้รับบริการสาธารณะเพียงใด

#### 2) เป็นอำนาจที่มีกำหนดในกฎหมายและในสัญญา

เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนเกิดขึ้นจากการทำสัญญาที่เรียกว่าสัญญาทางปกครอง ดังนั้น การควบคุม กำกับดูแลจะมีการกำหนดอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ในสัญญา แต่บริการสาธารณะบางประเภทหากมีกฎหมายที่กำหนดอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุม กำกับดูแลไว้ เช่น ระดับพระราชบัญญัติต่าง ๆ หรือระเบียบต่าง ๆ เป็นต้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวนี้ด้วย บริการสาธารณะบางประเภทก็อาจให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลทั้งตามกฎหมายและตามสัญญา เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นต้น ซึ่งต่างจากการกำกับดูแลที่มีการกำหนดอำนาจของราชการส่วนกลางในการกำกับดูแล องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนทางกฎหมายเท่านั้น

#### 3) เป็นการควบคุม กำกับดูแลโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีอำนาจเหนือกว่า

ในการที่รัฐให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะผ่านสัญญา สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองจึงเป็นสัญญาที่รัฐต้องมีอำนาจเหนือกว่าเนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาในทางมหาชนที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมากกว่าประโยชน์ของคู่สัญญา ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีอำนาจที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในการที่จะควบคุม กำกับ ตรวจสอบการดำเนินการตามสัญญา ตามหลักเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาของรัฐ เป็นต้น

#### 4) เป็นการควบคุม กำกับดูแลเหนือนิติบุคคลเอกชนและการกระทำของเอกชน

ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้น แม้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่มีอำนาจในการบังคับบัญชาเอกชนคู่สัญญา แต่เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินการอย่างต่อเนืองตามหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนอย่างแท้จริง การควบคุม กำกับดูแลคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีอำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทั้งการควบคุม กำกับดูแลเหนือตัวเอกชนคู่สัญญา (นิติบุคคล เช่น ห้างหุ้นส่วน, บริษัท ) คู่สัญญาเองและการควบคุม กำกับดูแลเหนือการกระทำ (การดำเนินการให้บริการสาธารณะ) ของเอกชนคู่สัญญา เหมือนดังเช่นการกำกับดูแล

#### 5) การควบคุม กำกับดูแลมีขึ้นเพื่อผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐและประชาชน

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นภารกิจหลักอย่างหนึ่งที่รัฐต้องจัดทำ ดังนั้น บริการสาธารณะที่รัฐได้ให้เอกชนจัดทำแทนจึงเป็นเพียงการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐมีเพียงภารกิจที่ต้องให้บริการไม่มีอำนาจใดในการจัดทำบริการสาธารณะนอกเสียรัฐได้ให้อำนาจไว้ การ

ควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะจึงมีเหตุผลเพื่อประโยชน์ทั่วไปของรัฐและประชาชน ผู้รับบริการสาธารณะเป็นสำคัญ

#### 2.2.2.2 องค์ประกอบของการควบคุมดูแล

บริการสาธารณะที่รัฐได้ให้เอกชนจัดทำนั้น รัฐมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม ตรวจสอบ การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนคู่สัญญาว่าเป็นไปตามสัญญาและตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนหรือไม่โดยมีองค์ประกอบที่สำคัญของการควบคุมดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ดังนี้

##### 1) เป็นการควบคุมดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนอย่างใกล้ชิด

ในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา ฝ่ายปกครองมีสิทธิควบคุมดูแลและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาได้เสมอ โดยอำนาจนี้มาจากหลักการที่ว่า รัฐมีหน้าที่เป็นหลักประกัน การดำเนินบริการสาธารณะให้ดำเนินไปได้ด้วยดี ดังนั้น ในสัญญาทางปกครองบางประเภทที่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับประชาชนผู้ใช้บริการ เช่น ในสัญญาที่มอบหมายให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะซึ่งเอกชนคู่สัญญาจะต้องเป็นผู้ดำเนินบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมาย หรือในสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เป็นต้น<sup>105</sup>

ในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญาของเอกชนคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจควบคุมและสอดส่องดูแลการปฏิบัติการดังกล่าวได้ ในสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาสัมปทานการเดินรถ สัญญาสัมปทานทางด่วน เพิ่มอีก ซึ่งให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจที่จะกำหนดแนวทางให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติได้ เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้กับประชาชนมากที่สุด แม้ว่าโดยหลักแล้วเอกชนคู่สัญญามีสิทธิที่จะเลือกปฏิบัติตามสัญญาด้วยตนเองก็ตาม ส่วนในสัญญาที่รับเหมาก่อสร้างนั้น ฝ่ายรัฐมีอำนาจเข้าไปควบคุมดูแลเสมือนดังหัวหน้าผู้ควบคุมงาน เอกชนคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือต้องเลือกใช้วัสดุที่มีคุณภาพตามความประสงค์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เป็นต้น<sup>106</sup> ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจในการเข้าแทรกแซงการปฏิบัติการตามสัญญาของเอกชนคู่สัญญา โดยอำนาจดังกล่าวนี้มี 2 ลักษณะ ดังนี้<sup>107</sup>

<sup>105</sup> วิษณุ วรัญญู, “การปฏิบัติการตามสัญญาทางปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 4, 1 (มกราคม-เมษายน 2547): 90.

<sup>106</sup> โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” ใน เอกสารประกอบการสัมมนาเชิงปฏิบัติการ เรื่อง สัญญาทางปกครอง: การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2546), หน้า 13-14.

<sup>107</sup> บุษผา อัครพิมาน, “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน บทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาคครั้งที่ 2/2547 เรื่องสัญญาทางปกครองและพัสดุ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 2-8.

## (1) อำนาจในการควบคุมตรวจตราการปฏิบัติการ

เป็นรูปแบบการควบคุมที่มีลักษณะธรรมดาเรียกว่า การควบคุมตรวจตรา (controle de surveillance) การควบคุมในลักษณะนี้ คือ การที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเข้าควบคุมตรวจตราว่าฝ่ายเอกชนมีการดำเนินการตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือไม่ โดยรูปแบบการควบคุมก็อาจใช้วิธีการเข้าไปตรวจงานระหว่างที่อีกฝ่ายกำลังปฏิบัติการ การเรียกเอกสารเพื่อมาตรวจสอบ หรืออาจเป็นรูปแบบการออกคำสั่งให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามได้

## (2) อำนาจในการควบคุมกำหนดทิศทางของสัญญา

การควบคุมลักษณะนี้จะมีเข้มงวดกว่าลักษณะแรก โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่เพียงเข้าควบคุมตรวจตราให้มีการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาเท่านั้น แต่จะเข้าไปแทรกแซงเลือกรูปแบบหรือวิธีการในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาด้วย ซึ่งในปกติเป็นสิ่งที่มิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญา การเข้าไปควบคุมในลักษณะนี้ถือว่าเป็นการเข้าไปกำหนดทิศทางของการปฏิบัติการตามสัญญาเลยทีเดียว

อำนาจในการควบคุมตรวจตราการปฏิบัติการและอำนาจในการควบคุมกำหนดทิศทางของสัญญาจึงเป็นการใช้อำนาจควบคุมดูแลเหนือการกระทำเพราะเป็นการตรวจสอบการจัดทำภารกิจในการบริการสาธารณะของเอกชนว่าเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ รัฐจึงมีอำนาจในการแทรกแซงในการบริการสาธารณะของเอกชน ดังเช่นการควบคุมดูแลเชิงอำนาจที่เป็น การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐที่จัดทำบริการสาธารณะนั้น

## 2) เป็นอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา

ภายใต้หลักการพื้นฐานของบริการสาธารณะในเรื่อง ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (principe de continuite) ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาย่อมมีหน้าที่ต่อประชาชนในการรับประกันการมีอยู่และควมมีประสิทธิภาพของบริการสาธารณะหรือสิ่งสาธารณูปโภคอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญานั้น ๆ อยู่ตลอดไป ดังนั้นหากมีการกระทำใด ๆ ของเอกชนคู่สัญญาที่จะก่อให้เกิดความขัดข้องหรือหยุดชะงักของบริการสาธารณะในการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคในเรื่องนั้น ๆ<sup>108</sup> คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ เพื่อรับประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หากเอกชนไม่ลงมือปฏิบัติงานหรือปฏิบัติงานล่าช้าไม่ทันตามกำหนด หรือปฏิบัติงานบกพร่องไม่เป็นไปตามสัญญา หรือโอนงานไปให้บุคคลที่สามดำเนินการแทนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจดำเนินการดังต่อไปนี้<sup>109</sup> แล้วแต่กรณี คือ

## (1) สั่งให้มีการปรับตามข้อกำหนดสัญญา

เป็นการกำหนดตัวเงินที่ต้องชดใช้เป็นจำนวนแน่นอนไว้เป็นการล่วงหน้าในข้อสัญญาว่า เมื่อมีการผิดสัญญาโดยไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อใดข้อหนึ่งหรือหลายข้อ ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชดใช้เบี้ยปรับ ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นการกำหนดเบี้ยปรับในกรณีที่คู่สัญญาฝ่าย

<sup>108</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 79-80.

<sup>109</sup> วิษณุ วรัญญู, เรื่องเดิม, หน้า 91.

เอกชนไม่สามารถชำระหนี้ได้ภายในกำหนดเวลาและมักกำหนดไว้ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจปรับรายวัน เมื่อมีการผิดนัดไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งเรียกค่าปรับได้เองโดยไม่จำเป็นต้องฟ้องศาลเช่น การลงโทษปรับในความล่าช้า ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางหลักไว้ในคดี Deplanque (ลงวันที่ 31 พฤษภาคม 1907) ว่า แม้ในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ก็สามารถลงโทษเช่นนี้ได้<sup>110</sup>

(2) สั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในสัญญา

การกำหนดให้มีค่าเสียหายจากการผิดสัญญา เป็นความมุ่งหมายเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลจะกำหนดให้ตามดุลพินิจ เจ้าหน้าที่จึงต้องมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นตามจำนวนที่ร้องขอ โดยค่าเสียหายนั้นจะเป็นจำนวนเงินเสมอไม่รวมถึงการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น<sup>111</sup>

(3) จัดให้บุคคลอื่นเข้าทำแทน โดยให้เอกชนคู่สัญญาเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายทั้งหมด เนื่องจากค่าเสียหายจากการจ้างผู้รับจ้างรายใหม่นั้นเกิดขึ้นจากกรณีที่ผู้รับจ้างทำงานไม่แล้วเสร็จตามสัญญา จนเป็นเหตุให้หน่วยงานทางปกครองของผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาและจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ให้เข้ามาทำงานต่อในส่วนที่เหลือให้แล้วเสร็จโดยค่าเสียหายในส่วนนี้ ได้แก่เงินค่าจ้างที่ต้องจ่ายเพิ่มขึ้นสำหรับการจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ให้ทำงานในส่วนที่เหลือจนแล้วเสร็จ<sup>112</sup> ถือว่าเป็นมาตรการเพิ่มลักษณะเฉพาะเรื่องและชั่วคราว และจะใช้ได้ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดผลอย่างร้ายแรงเท่านั้น

(4) บอกเลิกสัญญา ซึ่งไม่ถือว่าเป็นอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาโดยตรงเพราะมีผลทำให้สัญญาสิ้นสุดลง อำนาจบอกเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองนี้มีข้อยกเว้นสำหรับสัญญาทางปกครองบางประเภทเท่านั้น อนึ่ง การบอกเลิกสัญญานั้นใช้ได้ทั้งในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาผิดสัญญาอย่างร้ายแรงและในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาไม่ผิด แต่ว่าการบอกเลิกสัญญานั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนซึ่งในกรณีหลังนี้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับค่าเสียหายอย่างเต็มที่

3) เป็นอำนาจเอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญา

ในสมัยที่มีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้นลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครองมีลักษณะไม่เท่าเทียมกันแต่เรียกไม่ได้ว่าผู้ปกครองในสมัยนั้นมีเอกสิทธิ์ เนื่องจากรัฐในสมัยนั้นก็คือพระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมายและมีอำนาจเด็ดขาดสมบูรณ์ ด้วยลักษณะเช่นนี้เองผู้ปกครองจึงสามารถออกคำสั่งหรือใช้กำลังบังคับอย่างไรก็ได้และไม่อาจถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบประการใด ๆ ได้ การใช้อำนาจจึงเป็นไปในลักษณะอำเภอใจ<sup>113</sup>

<sup>110</sup> ยงยุทธ อนุกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 8.

<sup>111</sup> สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, *หลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติราชการที่ดีในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2554), หน้า 123.

<sup>112</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 123.

<sup>113</sup> สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, *สรุปหลักกฎหมายปกครองเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 2.

ในภายหลังเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นนิติรัฐ (Legal State) ทำให้บุคคลทุกคนอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายรวมทั้งผู้ปกครองด้วย แต่ในฐานะผู้ปกครองประเทศและฝ่ายปกครองก็ยังมีฐานะไม่เท่าเทียมกันอยู่เพราะฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในบางเรื่อง ซึ่งเอกชนหรือผู้อยู่ใต้ปกครองไม่มี สามารถอธิบายลักษณะของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองได้ว่า เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนั้นเป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองตามกฎหมายที่จะกระทำต่อผู้อยู่ใต้ปกครองในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่า เพราะว่าสภาพแห่งกิจการที่ฝ่ายปกครองจัดทำนั้นแตกต่างจากสภาพกิจการที่เอกชนจัดทำมาก โดยฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะซึ่งถือว่าเป็นกิจการที่รักษาประโยชน์สาธารณะและเพื่อประเทศชาติ จึงจำเป็นต้องมีเอกสิทธิ์เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้จัดทำบริการสาธารณะโดยไม่มีอุปสรรคใด ๆ มาขัดขวาง เรียกอีกอย่างได้ว่าเพราะเป็นหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครองที่จัดทำบริการสาธารณะจึงมีอำนาจเหนือเอกชน<sup>114</sup> เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีนักวิชาการได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

เอกสิทธิ์ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานแปลว่า สิทธิพิเศษ สิทธิ โดยเฉพาะ ส่วนในพจนานุกรมภาษาอังกฤษโดยเฉพาะ Webster's New World Dictionary ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า “กฎพิเศษอันตราสำหรับหรือที่โต้แย้งบุคคลใด สิทธิใด ผลประโยชน์หรือความคุ้มกันโดยพิเศษที่มอบให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง” ส่วนใน Black's Law Dictionary ได้ให้คำอธิบายคำว่า เอกสิทธิ์ว่า

ผลประโยชน์หรือประโยชน์พิเศษและเฉพาะที่บุคคลหนึ่ง กลุ่มชนหนึ่งหรือชนชั้นหนึ่งได้รับนอกเหนือจากประโยชน์ทั่วไปที่พลเมืองอื่น ๆ พึงได้รับ อำนาจหรือการได้รับการยกเว้นพิเศษหรือเฉพาะสิทธิ อำนาจ สิทธิพิเศษหรือความคุ้มกันของบุคคลใดหรือชนชั้นใดนอกเหนือจากวิธีทางปกติของกฎหมาย<sup>115</sup>

เอกสิทธิ์ คือ สิทธิพิเศษเฉพาะบุคคลบางคนหรือบุคคลบางประเภทที่มีคุณลักษณะพิเศษบางประการที่ทำให้ผู้นั้นมีความชอบธรรมที่จะอ้างเพื่อยืนยันผลประโยชน์บางประการเป็นพิเศษเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ โดยในทางกฎหมายปกครองนั้น เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหมายความว่า สิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองตามกฎหมายที่จะกระทำต่อบุคคลผู้อยู่ใต้ปกครองในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะ

ดังนั้น เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจึงหมายถึง อำนาจพิเศษที่องค์กรของรัฐในระดับสูงกว่ามีเหนือองค์กรของรัฐในระดับต่ำกว่า หรืออำนาจพิเศษที่รัฐมีเหนือเอกชนคู่สัญญาใน

<sup>114</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-3.

<sup>115</sup> ไผทชิต เอกจริยกร, เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 15-16.

สัญญาทางปกครอง เพื่อให้วัตถุประสงค์ของสัญญาตอบสนองความต้องการของประชาชนอย่างแท้จริง

(1) วัตถุประสงค์ของการให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์

เมื่อฝ่ายปกครองหรือรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนในการดำเนินการบริการสาธารณะ เอกสิทธิ์ดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์ ดังนี้<sup>116</sup>

(1.1) เพื่อให้สามารถดำเนินงานบริการสาธารณะได้อย่างต่อเนื่อง

(1.2) เพื่อความรวดเร็วในการบริการสาธารณะให้ทันต่อเหตุการณ์ ซึ่งจะส่งผลให้สามารถป้องกันแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นได้อย่างทันท่วงที ก่อให้เกิดความสงบสุขแก่ชุมชน

(1.3) เพื่อความมั่นคงและความปลอดภัยของสังคม เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน มิให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย

(1.4) เพื่อความเหมาะสมกับสภาพของสังคมในขณะนั้น เนื่องจากปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงอย่างมากทั้งต่อสังคมและเศรษฐกิจรัฐ จึงจำเป็นต้องสร้างกลไกในการควบคุมหรือการส่งเสริมกิจกรรมต่าง ๆ ของประชาชนให้มีสิทธิภาพที่ทัดเทียมกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งจะส่งผลให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สังคมส่วนรวม

(1.5) เพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินการบริการสาธารณะ ในบางกรณีฝ่ายปกครองจึงต้องมีอำนาจในการออกคำสั่งและบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นได้ หรือการที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมโดยมิได้วางกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดตายตัวในการปฏิบัติ เพราะหากใช้อำนาจในการออกคำสั่งและบังคับการจนเกินไปอาจถูกต่อต้าน ซึ่งจะส่งผลให้การดำเนินการบริการสาธารณะไม่บรรลุผลได้

(2) ประเภทเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ประเภทเอกสิทธิ์ของรัฐเกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะมีดังนี้

(2.1) อำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว

ตามหลักทั่วไปในเรื่องนิติกรรมสัญญา สัญญาจะแก้ไขได้ก็แต่โดยความยินยอมพร้อมใจของคู่สัญญาทุกฝ่ายเท่านั้น แต่หลักทั่วไปดังกล่าวก็มีข้อจำกัดอยู่เมื่อนำมาพิจารณาในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะธรรมชาติของงานบริการสาธารณะการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นเหตุผลในการทำสัญญาทางปกครองนั้นมิใช่การดำเนินการเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งก็คือเอกชนคู่สัญญากับฝ่ายปกครองที่ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องนั้น ๆ เท่านั้น หากประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม หรือประโยชน์ที่จะต้องจัดให้มีขึ้นโดยสัญญาทางปกครองนั้น ๆ เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมากก็ย่อมชอบด้วยเหตุผลที่จะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงเนื้อหาความตกลงในสัญญาทางปกครองนั้น ๆ ได้ แม้ว่าเหตุที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญานั้นจะไม่ได้ถูกกำหนดหรือระบุไว้ในสัญญาทางปกครอง

<sup>116</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-25.

ตั้งแต่ต้นก็ตาม<sup>117</sup> คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ภายใต้หลักที่ว่าบริการสาธารณะนั้นไม่ว่าจะได้รับการดำเนินการโดยรัฐหรือโดยเอกชนต้องอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานแห่งการบริการสาธารณะเดียวกัน คือหลักความต่อเนื่อง หลักเรื่องความเสมอภาคของผู้ใช้บริการ และหลักความอ่อนตัวเปลี่ยนแปลงได้ ภายใต้หลักการอ่อนตัวเปลี่ยนแปลงได้นี้ทำให้สัญญาที่มอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถเข้ามาเปลี่ยนแปลงในการดำเนินการนั้นเพื่อบังคับให้เอกชนปรับปรุงแก้ไขบริการให้ทันสมัยหรือทันต่อความต้องการใหม่ ๆ ได้ ซึ่งถือเป็นการเพิ่มภาระให้เอกชนคู่สัญญาเพราะไม่ได้กำหนดไว้ขณะทำสัญญา แต่สิ่งเหล่านี้กลายเป็นสิ่งจำเป็นในภายหลังเพื่อตอบสนองต่อบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เพราะในระหว่างระยะเวลาตามสัญญา ความต้องการของประชาชนอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ การบริการก็ต้องปรับตามอาจมีความต้องการเพิ่มขึ้น เช่น ในการขนส่งมวลชน เมื่อมีจำนวนประชากรเพิ่มขึ้นคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจเรียกให้เอกชนคู่สัญญาเพิ่มความถี่ของเที่ยวรถได้และถ้าการเพิ่มของเที่ยวรถดังกล่าวทำให้เอกชนต้องลงทุนเพิ่ม เพราะเพิ่มเที่ยวรถ เอกชนก็จะได้รับการชดเชยโดยอาจได้รับการขยายระยะเวลาของสัญญาออกไป เพื่อให้เอกชนได้มีโอกาสแสวงหาประโยชน์ในกิจการนั้นนานขึ้นเพื่อให้ถึงจุดคุ้มทุนหรืออาจได้รับชดเชยเป็นตัวเงินก็ได้

#### (2.2) อำนาจในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

เป็นผลมาจากการใช้อำนาจเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว เป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดยุติการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนคู่สัญญา โดยมีสาเหตุหลัก ๆ ที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการบอกเลิกสัญญา คือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาหรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อได้ เป็นต้น

การควบคุมดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐนั้นสามารถสรุปได้ ดังนี้

1. เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชน กล่าวคือสัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน
2. โดยหลักการแล้วรัฐมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ แต่ถ้าภารกิจไหนที่รัฐนั้นพิจารณาเห็นแล้วว่าเอกชนสามารถทำได้และจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อมหาชน รัฐก็มีอำนาจที่จะมอบภารกิจการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ๆ ทั้งหมดหรือบางส่วนให้เอกชนจัดทำก็ได้
3. สัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะที่เอกชนกับรัฐได้ทำขึ้นนั้นถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาทางกฎหมายมหาชน ที่รัฐมีอำนาจเหนือมหาชน เพราะภารกิจหลักของรัฐคือการจัดทำบริการสาธารณะโดยให้เกิดประโยชน์อย่างสูงสุดต่อมหาชนได้อย่างแท้จริง จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนเพื่อที่จะเป็นควบคุมดูแลให้ประโยชน์สาธารณะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐ
4. รัฐมีอำนาจควบคุมดูแลเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นอำนาจตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

<sup>117</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 82-83.

5. เมื่อรัฐใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุมดูแลเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ หากเกิดความเสียหายเกิดขึ้นจากกรณีดังกล่าวรัฐต้องมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่นั้น

จากที่กล่าวไปข้างต้นทั้งการกำกับดูแลและการควบคุมดูแลนั้น การกำกับดูแลนั้นโดยส่วนมากแล้วจะปรากฏในความสัมพันธ์ระหว่างราชการส่วนกลางกับราชการส่วนท้องถิ่น ราชการส่วนกลางกับรัฐวิสาหกิจและราชการส่วนกลางกับองค์การมหาชนตามหลักการกระจายอำนาจและมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจราชการส่วนกลางไว้โดยชัดเจนในการกำกับ ควบคุม ตรวจสอบการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานดังกล่าว แต่การกำกับดูแลดังกล่าวก็เป็นหลักการที่นำมาใช้กับการกำกับ ควบคุม ตรวจสอบ การดำเนินการตามสัญญาของเอกชนได้ถ้าหากการกำกับ ควบคุม ตรวจสอบดังกล่าวเป็นอำนาจที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจนว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนคู่สัญญาในการดำเนินการตามสัญญาอย่างไรบ้าง

แต่หากการกำกับ ควบคุม ตรวจสอบ การดำเนินการของเอกชนคู่สัญญานั้นมีการให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามสัญญาเท่านั้น ความสัมพันธ์ดังกล่าวจะเป็นความสัมพันธ์ตามหลักการควบคุมดูแล เนื่องจากการควบคุมดูแลมีหลักการที่สำคัญคือ ต้องเป็นการควบคุมดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนอย่างใกล้ชิดแต่ต้องเป็นการบังคับการให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ซึ่งเป็นอำนาจที่มีอยู่โดยทั่วไปนอกเหนือจากในสัญญาที่ตกลงกันไว้ได้ให้อำนาจในการควบคุมดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะเป็นอำนาจที่มีขอบเขตกว้างกว่าอำนาจในการกำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

## บทที่ 3

### การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐในต่างประเทศ

#### 3.1 ประเทศฝรั่งเศส

ปัจจุบันนี้กฎหมายมหาชนฝรั่งเศสยอมรับว่า ฝ่ายปกครองสามารถที่จะสละซึ่งอำนาจมหาชน (puissance publique) บางส่วนหรือเป็นการชั่วคราวได้ และยังยอมรับด้วยว่า เนื่องจากฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่เพิ่มขึ้นอยู่ตลอด จึงควรจะสามารถหันเข้าหาฝ่ายเอกชนเพื่อช่วยเหลือทางการเงินและการลงทุนได้ด้วย โดยอาศัยการทำสัญญาเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการดำเนินการดังกล่าว สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่รัฐมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ ดังนั้นการที่รัฐมอบกิจการบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำแทนนั้น จึงหมายความว่า ผู้ที่เป็นคู่สัญญาเป็นผู้ที่ดำเนินการต่าง ๆ ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นนายจ้างของบุคลากรทุกคน เป็นผู้ควบคุมงานก่อสร้าง เป็นผู้รับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่จะเกิดขึ้น รวมทั้งจะเป็นผู้รับการเสี่ยงภัยจากการดำเนินการทั้งหมดด้วย<sup>118</sup>

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่เป็นต้นแบบของประเทศไทยในเรื่องของกฎหมายปกครอง การศึกษาการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นสิ่งที่ควรนำมาศึกษา เพื่อที่จะนำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศไทย

#### 3.1.1 วิวัฒนาการและขั้นตอนในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน

##### 3.1.1.1 วิวัฒนาการการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน

การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นเริ่มพัฒนามาตั้งแต่ยุคกลาง เช่น เมืองที่สร้างถนนมีสิทธิเรียกค่าผ่านทางและโดยเฉพาะอย่างยิ่งใน ศตวรรษที่ 16 การจัดบริการสาธารณูปโภคพื้นฐานหลายอย่างได้พัฒนาขึ้น เช่น ทางรถไฟ หรือการขุดคลองสุเอซ และตัวอย่าง คือ การขุดอุโมงค์ลอดช่องแคบระหว่างอังกฤษกับฝรั่งเศส ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทั้งสิ้น ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1953 เป็นต้นมา รัฐประสบปัญหาทางภาระงบประมาณเป็นอย่างมาก จึงทำให้รัฐเลือกวิธีการมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น การสร้างทางหลวงสัมปทาน การจัดผังเมือง การจัดการดูแลสวนสาธารณะ เป็นต้น และการมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะได้พัฒนารูปแบบและวิธีการในหลายลักษณะ เช่น การสร้างทางด่วน ในปี

---

<sup>118</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 100-101.

1980 มีตัวแปรสำคัญ คือ กฎหมายว่าด้วยการกระจายอำนาจสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทำให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจและมีอิสระในการเข้าทำสัญญาสัมปทาน<sup>119</sup>

การบริการสาธารณะโดยฝ่ายปกครอง อาจจะอาศัยนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว อันได้แก่ กฎหรือคำสั่ง หรืออาศัยสัญญาเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ๆ โดยฝ่าย ปกครองอาจจะใช้สัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือที่เรียกว่า การบริหารจัดการแบบเอกชน เช่น สัญญาซื้อขาย ที่ดินโดยการเจรจา หรือขายผลผลิตอันได้มาแต่ที่ดินของรัฐที่มีใช้สาธารณะสมบัติ ของแผ่นดิน สัญญาเช่า สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น การอาศัยวิธีการทางกฎหมายเอกชนที่ว่านี้ มักจะ พบในการดำเนินบริการสาธารณะประเภท บริการอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเป็นส่วนใหญ่ แต่ สัญญาอีกประเภทหนึ่งที่ฝ่ายปกครองดำเนินบริการสาธารณะโดยการบริหารจัดการแบบพิเศษ ที่มี อำนาจมหาชนมาเกี่ยวข้องไม่มากนักน้อย โดยอาศัยเครื่องมือที่เรียกว่า สัญญาทางปกครอง ได้มี จุดเริ่มต้นและปรากฏในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้มีการให้สัมปทานจัดหาน้ำดื่มให้กับเมืองในกรุงปารีส หรือสัมปทานที่เป็นการให้สัมปทานโดยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ในการจัดหา Credit Line สำหรับการ ก่อสร้างคลอง Du Mini<sup>120</sup>

สัญญาทางปกครองจึงเป็นเทคนิคในการบริหารกิจการบริการสาธารณะของฝ่าย ปกครอง เพราะในบางสถานการณ์การใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือจะได้ผลดีกว่าการใช้อำนาจ ฝ่ายเดียว เนื่องจากสัญญานั้นเป็นเครื่องหมายแห่งความร่วมมือโดยความสมัครใจของทุกฝ่ายจึงเป็น ผลให้งานบรรลุเป้าหมายได้ดีกว่าการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ในทางเทคนิค ในการบริหารหรืองานบางอย่างฝ่ายปกครองไม่ประสงค์หรือไม่พร้อมที่จะจัดทำเองเพราะอาจจะเสี่ยง ต่อการขาดทุนสูงก็ดีหรือฝ่ายปกครองอาจจะไม่รู้เทคนิคก็ดี สัญญาทางปกครองจึงเป็นสิ่งที่เหมาะสม ที่เห็นได้ชัดเจนคือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะทั้งหลาย จึงเป็นการที่รัฐแบ่งเบาภาระไปให้ เอกชนดำเนินการภายใต้การควบคุมของรัฐ แต่อาศัยเทคนิค ทุน ตลอดจนความเสี่ยงภัยของเอกชน เอง ทำให้กิจการหลายอย่างดำเนินไปด้วยดี ดังนั้น ในการจัดทำบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมอบ ให้เอกชนไปจัดทำโดยใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการบริหารงานบริการสาธารณะ โดยสัญญาที่ทำกัน นั้นมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ จึงมีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งโดยส่วน ใหญ่แล้วจะเป็น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ<sup>121</sup>

เมื่อสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป รัฐได้ใช้เทคนิคในด้านสัญญาเข้าแทรกแซงเศรษฐกิจ เป็นอย่างมาก แนวความคิดนี้ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการกำหนดแผนการพัฒนาของฝรั่งเศสเกิดขึ้น เสมือนกับผลงานร่วมกันของกลุ่มพลังต่าง ๆ ภายในชาติ โดยมีความคิดว่าแทนที่จะปล่อยให้ผู้มี

<sup>119</sup> บุษผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 49.

<sup>120</sup> Tony Merna, "Oriental Group Practice," In *Concession Contract* (N.p.: n.p., n.d.), pp. 4-5 อ้างถึงใน อารยา กิตติเวช, สัญญาสัมปทาน: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็น ผู้รับสัมปทานในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทชั้นปริญญาตรี ต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 216-217.

<sup>121</sup> สุรพงศ์ กลั่นประชา, *เรื่องเดิม*, หน้า 51.

บทบาททางด้านเศรษฐกิจแต่ละคนต่างคิดต่างทำให้มาร่วมกันคิดร่วมกันทำจะเป็นประโยชน์กว่า นั่นคือ ให้มีการตกลงร่วมกัน โดยความตกลงนี้ได้แปรรูปมาเป็นสัญญาที่มีลักษณะของการแสดงเจตนาหลายฝ่าย หน่วยงานของรัฐจึงนำแนวคิดเกี่ยวกับสัญญามาใช้ตกลงร่วมกันเพื่อให้ผู้มีประโยชน์ในทางเศรษฐกิจหลายฝ่ายตกลงกันได้และสัญญานั้นจะเริ่มโดยรัฐเอง จึงทำให้เกิดสัญญาร่วมทุนขึ้น<sup>122</sup>

สัญญาร่วมทุนนั้นจะเป็นหลักประกันให้ว่า คู่สัญญาหลายฝ่ายที่มีประโยชน์ร่วมกัน ข้อบังคับหรือข้อกำหนดที่ฝ่ายใดกำหนดขึ้นจะมาบังคับอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้เพราะเป็นการตกลงกันในสัญญา การบังคับใช้และการปฏิบัติตามสัญญาจะต้องมีการปฏิบัติร่วมกัน เพราะประสิทธิภาพของสัญญาจะดีหรือไม่ดีขึ้นอยู่กับทุกฝ่ายสามารถแลกเปลี่ยนประโยชน์กันได้หรือไม่ และสัญญาร่วมทุนทำให้กิจการในทางเศรษฐกิจของประเทศบรรลุความมุ่งหมายได้<sup>123</sup>

### 3.1.1.2 ขั้นตอนในการการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน

ในประเทศฝรั่งเศสสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจัดเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครองที่มีมาตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 14 ที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างคลองและทางรถไฟโดยมีแนวคิดว่ายเอกชนสามารถเข้ามาจัดทำและดูแลกิจการของฝ่ายปกครองบางอย่าง ซึ่งนอกจากจะเป็นการประหยัดเวลาและงานของฝ่ายปกครองแล้วยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมของเอกชนในกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะ โดยแต่เดิมนั้นสัมปทานบริการสาธารณะจะมอบให้แก่เอกชนเป็นผู้จัดทำ แต่ต่อมาภายหลังจึงมีการมอบให้นิติบุคคลมหาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำด้วย ในส่วนที่เกี่ยวกับการคัดเลือกผู้รับสัมปทานนั้น ผู้ให้สัมปทานจะดำเนินการตามการแข่งขันอย่างเสรี แต่มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะว่า สัมปทานบริการสาธารณะบางประเภทจะให้สัมปทานได้ก็เฉพาะแต่นิติบุคคลมหาชนเท่านั้น โดยจะมีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนนั้นเป็นผู้ผูกขาดในกิจการนั้น ซึ่งถือว่าเป็นการผูกขาดโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายให้เป็นผู้สัญญาโดยการบังคับตามกฎหมาย สำหรับระยะเวลาในการให้สัมปทานบริการสาธารณะจะขึ้นอยู่กับผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทานที่ตกลงกันก่อนทำสัญญา แต่โดยทั่วไประยะเวลาค่อนข้างยาวเพื่อให้ผู้รับสัมปทานซึ่งต้องลงทุนเป็นจำนวนมากได้ดำเนินการไปในระยะเวลาที่จะได้ทุนที่ลงไปกลับคืน ในระหว่างระยะเวลาตามสัญญา ผู้รับสัมปทานจะได้รับหลักประกันจากฝ่ายปกครอง สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจะสิ้นสุดลงในกรณีที่ไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือสิ้นสุดกรณีพิเศษหากเกิดเหตุการณ์ต่าง ๆ เป็นต้น<sup>124</sup>

ดังนั้น การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองนี้มีผลโดยตรงมาจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันของฝ่ายปกครองกับเอกชนประการหนึ่ง กับกฎหมายที่กำหนดการก่อให้เกิดสัญญานั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาอีกประการหนึ่ง กฎหมายนี้เองที่ทำให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความเสมอภาคในทางปกครองถูกจำกัดมากกว่าในกฎหมาย

<sup>122</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 64-65.

<sup>123</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 65.

<sup>124</sup> อารยา กิตติเวช, สัญญาสัมปทาน: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 248.

แพ่ง<sup>125</sup> กระบวนการให้จัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนในประเทศฝรั่งเศสนั้น จึงสามารถแยกออกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

1) กระบวนการให้จัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนตามสัญญาพัสดุ (marché public)

รัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1816 ได้วางหลักสำคัญไว้หลักหนึ่ง คือ ในการก่อสร้างต่าง ๆ ของเทศบาลจะต้องทำโดยวิธีการประกวดราคา (L'adjudication) ต่อมา มาตรา 12 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1833 ซึ่งนับได้ว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองจนกระทั่งรัฐกำหนด (ordonnance) ลงวันที่ 4 ธันวาคม ค.ศ. 1836 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในมาตรา 1 ว่า การจัดหาพัสดุของรัฐทุกประเภทจะต้องทำโดยเปิดโอกาสให้มีการแข่งขัน (concurrence) และมีการประกาศเชิญชวน (publication) ให้เข้าร่วมแข่งขัน และในรัฐกำหนดฉบับนี้ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการประมูลเอาไว้ นอกจากนี้ รัฐกำหนดลงวันที่ 14 พฤศจิกายน ค.ศ. 1837 ก็ได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาบัญญัติไว้สำหรับใช้กับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย<sup>126</sup>

กระบวนการจัดหาพัสดุนั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ เงื่อนไขทางด้านรูปแบบ เงื่อนไขทางด้าน การเชิญชวนและเงื่อนไขเกี่ยวกับความเสมอภาค โดยเงื่อนไขทางด้านรูปแบบ เป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดของการทำสัญญาจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองเพราะการจัดหาสัญญาพัสดุนั้น จะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กฎ และระเบียบต่าง ๆ อย่างเคร่งครัด ส่วนเงื่อนไขทางด้าน การประกาศเชิญชวนก็เป็นการใช้วิธีการที่ทำให้เกิดการแข่งขันระหว่างวิสาหกิจเอกชนที่ประสงค์จะเข้าทำงานกับฝ่ายปกครอง นอกจากนี้การประกาศเชิญชวนยังก่อให้เกิดความโปร่งใสในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองด้วย ส่วนเงื่อนไขที่เกี่ยวกับความเสมอภาคก็มีที่มาจากความเสมอภาคในการใช้บริการสาธารณะหรือมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะร่วมกับฝ่ายปกครอง เงื่อนไขทั้ง 3 ประการนี้มีอิทธิพลต่อการทำสัญญาจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองเป็นอันมาก<sup>127</sup> กระบวนการจัดหาพัสดุของประเทศฝรั่งเศสมี ดังนี้

(1) การเสนอราคา (l'appel d'offres)<sup>128</sup>

ประมวลกฎหมายพัสดุนับใหม่ได้นำเอาระบบการเสนอราคา มาแทนที่การประกวดราคา (L'adjudication) ทั้งการเสนอราคาและการประกวดราคาต่างก็มี

<sup>125</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” *วารสารกฎหมายปกครอง* 5 (2529): 91-92.

<sup>126</sup> André de LAUBADERE, François MODERNE and Pierre DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs Tome 1*, 2 Editions (Paris: L.G.D.J., 1983), pp. 245-249 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, หน้า 505.

<sup>127</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, หน้า 507-508.

<sup>128</sup> André de LAUBADERE, LAUBADERE, François MODERNE and Pierre DELVOLLE, *op. cit.*, pp. 633-639 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, หน้า 508-509.

กระบวนการที่ใกล้เคียงกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเริ่มต้นภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้ประกาศเชิญชวนไปแล้ว คือ ทั้งผู้เสนอราคาและผู้ประกวดราคาก็ต้องยื่นข้อเสนอของตนต่อฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม การเสนอราคาและการประกวดราคามีข้อแตกต่างกันที่สำคัญคือ การประกวดราคานั้น ผู้ยื่นเสนอต่ำสุดจะถูกคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา<sup>129</sup> ในขณะที่การเสนอราคานั้น ผู้ที่ยื่นข้อเสนอที่ดีที่สุดจะเป็นผู้ได้รับการคัดเลือก ซึ่งการประกวดราคานั้นอาจมีข้อบกพร่องอยู่ที่ผู้เสนอราคาต่ำสุดอาจไม่ใช่ผู้ที่ดีที่สุดที่จะเข้ามาทำงานกับฝ่ายปกครองก็ได้ ดังนั้น การเสนอราคาจึงเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครองได้ประโยชน์มากกว่าการประกวดราคา เพราะฝ่ายปกครองสามารถเลือกคู่สัญญาได้จากการพิจารณาข้อเสนอทั้งทางด้านเทคนิคและราคา การเสนอราคาสามารถทำได้ 2 วิธี<sup>130</sup> คือ

(1.1) การเสนอราคาเป็นการทั่วไป ได้แก่ กระบวนการระดับชาติที่ผู้ประกอบการที่สนใจทุกคนสามารถยื่นข้อเสนอได้

(1.2) การเสนอราคาแบบจำกัด ได้แก่ กระบวนการระดับชาติที่จำกัดไว้เฉพาะผู้ประกอบการที่ได้รับเชิญจากฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการจัดหาพัสดุเท่านั้นที่จะสามารถยื่นข้อเสนอได้ โดยฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการจัดหาพัสดุจะต้องเชิญผู้ประกอบการไม่ต่ำกว่า 5 รายให้เข้าร่วมในการเสนอราคา

กระบวนการในการเสนอราคาทั้งสองวิธีมีจุดเริ่มต้นที่ต่างกันในการเสนอราคาเป็นการทั่วไปนั้น เมื่อถึงเวลาที่ฝ่ายปกครองกำหนดผู้ประกอบการที่สนใจก็สามารถเสนอราคาได้ ในขณะที่การเสนอราคาแบบจำกัดนั้น จุดเริ่มต้นอยู่ที่ฝ่ายปกครองต้องทำบัญชีรายชื่อผู้ที่ฝ่ายปกครองต้องการเชิญให้มาเสนอราคาก่อนโดยในการทำบัญชีรายชื่อนั้นฝ่ายปกครองจะดูจากผู้มีประสบการณ์และฐานะทางการเงินที่ดี<sup>131</sup>

## (2) การประกาศเชิญชวน

มาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุฉบับใหม่ได้กล่าวถึงกระบวนการประกาศเชิญชวนไว้ว่า การประกาศเชิญชวนนั้นจะต้องมีสาระที่สำคัญคือ วัตถุประสงค์ของการจัดหาพัสดุ สถานที่ที่ผู้สนใจเข้าร่วมจะสามารถหาข้อมูลหรือขอคำปรึกษาได้ ระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอ การประกาศเชิญชวนต้องพิมพ์เผยแพร่ในเอกสารที่เรียกว่า Bulletin officiel d'annonces des marches publics<sup>132</sup>

สำหรับระยะเวลาในการยื่นขอเสนอนั้น โดยปกติแล้วจะมีการกำหนดไว้เป็นสองลักษณะที่สัมพันธ์กันกับการเสนอราคา โดยในการเสนอราคาเป็นการทั่วไปนั้นจะต้องกำหนดไว้ไม่ต่ำกว่า 52 วัน หรือในกรณีพิเศษอาจลดลงมาเหลือ 26 วันได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้

<sup>129</sup> ยุทธนา ทิณรัตน์, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 59.

<sup>130</sup> มาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ; นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 508.

<sup>131</sup> มาตรา 52 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 508-509.

<sup>132</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 509.

ในมาตรา 50 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุฉบับใหม่ และนอกจากนี้ระยะเวลาอาจลดลงเป็น 36 วัน หากการจัดหาพัสดุนั้นมีจำนวนต่ำกว่า 5 ร้อยยูโร ส่วนในกรณีการเสนอราคาแบบจำกัดนั้น มีระยะเวลา 2 ขั้นตอนคือ ขั้นตอนในการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ที่ฝ่ายปกครองจะเชิญเข้ามาร่วมเสนอราคา จะต้องดำเนินการจัดทำภายใน 37 วัน นับแต่วันที่มีการประกาศว่าจะให้มีการเสนอราคา ส่วนขั้นตอนที่สองจะเป็นกรณีที่เมื่อฝ่ายปกครองตกลงจะเชิญผู้ใดให้เข้าเสนอราคานั้น ผู้นั้นจะต้องเสนอราคาต่อฝ่ายปกครองภายใน 40 วัน นับแต่วันที่ได้รับจดหมายเชิญจากฝ่ายปกครอง

### (3) การคัดเลือก

มาตรา 53 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ ได้วางหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้เสนอราคาไว้ดังนี้<sup>133</sup>

#### 1. ข้อเสนอที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย

มาตรา 1 ของประมวลกฎหมายพัสดุฉบับปัจจุบัน บัญญัติไว้ว่าสัญญาพัสดุจะต้องตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครอง ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองพิจารณาข้อเสนอแล้ว เห็นว่าไม่ได้เป็นไปตามความต้องการของฝ่ายปกครองหรือไม่ได้ตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครอง ข้อเสนอดังกล่าวก็จะไม่ได้รับการพิจารณาจากฝ่ายปกครอง

#### 2. หลักในการเลือกข้อเสนอ

ฝ่ายปกครองจะต้องทำการศึกษาเปรียบเทียบข้อเสนอทั้งหมดและพิจารณาว่าข้อเสนอใดให้ประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองมากที่สุด ส่วนใหญ่แล้วข้อเสนอที่ให้แก่ฝ่ายปกครองมากที่สุดจะเป็นข้อเสนอที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการเงิน เช่น จำนวนเงิน ระยะเวลาในการจ่ายเงินของฝ่ายปกครอง หรือผลประโยชน์ทางการเงินที่ฝ่ายปกครองจะได้รับ เป็นต้น

#### 3. การจัดลำดับ

การคัดเลือกของฝ่ายปกครองต้องมีการให้คะแนนเพื่อจัดลำดับ ผู้ยื่นข้อเสนอ ในกรณีที่มีผู้ยื่นข้อเสนอเป็นจำนวนมาก ฝ่ายปกครองจะจัดลำดับผู้ได้รับการคัดเลือกไว้ประมาณ 10-12 ราย ผู้ที่อยู่ในลำดับต้นเป็นผู้ที่ได้รับการคัดเลือกในเบื้องต้น แต่อย่างไรก็ตามไม่ถือว่าเป็นการคัดเลือกโดยเด็ดขาดเพราะมาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุได้กำหนดหลักเกณฑ์บางประการไว้

<sup>133</sup> Patrice COSSALTER, *Le nouveau Code des marchés publics*, Editions de (Paris: la Lettre du Cadre Territorial, 2001), pp. 16-21 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 509-510.

มาตรา 46 ได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ว่า วิสาหกิจที่ได้เข้ามาเสนอราคาจะต้องจัดส่งเอกสารเกี่ยวกับสถานะทางการเงินและการเสียภาษีของตนต่อฝ่ายปกครองพร้อม ๆ กับการเสนอราคา โดยวิสาหกิจจะเป็นผู้รับรองเอกสารเหล่านั้นด้วยตนเองว่าประกอบด้วยข้อมูลที่เป็นความจริงทุกประการ เมื่อวิสาหกิจนั้นได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะในการเสนอราคาก็จะต้องให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทำการรับรองเอกสารดังกล่าวว่าเป็นความจริงและนำมาเสนอต่อฝ่ายปกครองที่ได้ทำการคัดเลือกตนไว้ภายในระยะเวลาที่ฝ่ายปกครองนั้นกำหนด หากไม่สามารถดำเนินการได้ วิสาหกิจนั้นก็จะมีสิทธิที่จะเข้าทำงานกับฝ่ายปกครองและฝ่ายปกครองก็จะต้องให้ผู้ที่อยู่ในลำดับถัดไปดำเนินการตามมาตรา 46 ต่อไป

2) กระบวนการให้จัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนตามสัญญาสัมปทาน นับตั้งแต่ปี 1990 เป็นต้นมา ประเทศฝรั่งเศสมีสิ่งบ่งชี้บางประการที่แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องการมอบให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ สิ่งบ่งชี้ข้อแรกคือ พัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันโดยเสรี การที่เป็นประเทศต่าง ๆ ทั่วยุโรปรวมตัวกันเป็นสหภาพยุโรปตลอดจนการเรียกร้องของประชาชนรวมทั้งสื่อมวลชนที่ต้องการให้การดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐมีความโปร่งใส และเครื่องบ่งชี้ข้ออื่นก็คือ ปัญหาอื้อฉาวในเรื่องทุจริตคอร์ปชั่นในขั้นตอนการให้สัมปทานซึ่งเกิดขึ้นค่อนข้างมากในช่วงระยะเวลาก่อนหน้านั้น เช่น เรื่องการคอร์ปชั่นในปี 1992 รัฐบาลได้ขอให้สมาชิกสภาแห่งรัฐท่านหนึ่งวิเคราะห์สภาพปัญหาและนำเสนอรายงานการศึกษา และจากรายงานศึกษาดังกล่าว ทำให้รัฐบาลต้องออกกฎหมายป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์ปชั่น โดยมีในเรื่องของการให้สัมปทาน โดยเฉพาะการจัดให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมและโดยการประกาศเชิญชวน<sup>134</sup> กระบวนการให้สัมปทานของประเทศฝรั่งเศสจึงมีขั้นตอน ดังนี้<sup>135</sup>

<sup>134</sup> P. TURQUET de BEAUREGARD, “การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและการควบคุมสัญญาจัดซื้อ จัดจ้างและสัมปทานบริการสาธารณะ การบรรยายพิเศษ ซึ่งจัดขึ้นโดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ร่วมกับ สถานเอกอัครราชทูตฝรั่งเศสประจำประเทศไทย 11-12 ธันวาคม 2541 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา,” วารสารกฎหมายปกครอง. 18, 1 (เมษายน 2542): 31-32.

<sup>135</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 32-34.

## (1) การประกาศเชิญชวน (publicite)

การประกาศเชิญชวน (publicite) แบ่งเป็น 2 ขั้นตอน ดังนี้

(1.1) ขั้นตอนในการจัดทำบัญชีรายชื่อของบริษัทเอกชนที่มีสิทธิยื่นข้อเสนอ ซึ่งมีลักษณะเหมือนการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามกฎหมาย เช่น การเสียภาษีรายได้ของบริษัทในปีที่ผ่านมา ฯลฯ เป็นข้อพิจารณาในการคัดเลือก

(1.2) หน่วยงานของรัฐจะเจรจากับผู้ผ่านการคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้น ในขั้นนี้จะแตกต่างจากการเข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ผู้พันหน่วยงานของรัฐ แต่เป็นเรื่องที่หน่วยงานของรัฐจะเจรจากับผู้เข้าแข่งขันแต่ละราย ในทางตรงกันข้ามผู้เข้าแข่งขันต้องผูกพันตามข้อเสนอ กระบวนการต่าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการกระจายอำนาจบัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้บริหารองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องได้รับอนุมัติจากสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก่อนที่จะดำเนินการประกาศเชิญชวน

(2) บทบาทของคณะกรรมการพิจารณาการให้สัมปทาน (role de la commission de delegation de service public)

เมื่อดำเนินการประกาศเชิญชวนแล้วจะมีคณะกรรมการพิเศษเข้ามาศึกษาข้อเสนอต่าง ๆ เพื่อจัดทำเรียงลำดับข้อเสนอต่าง ๆ ชั้นหนึ่งก่อน คณะกรรมการชุดนี้ในระดับชาติจะมีอยู่ตามกระทรวงต่าง ๆ โดยรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้ง ส่วนในระดับท้องถิ่น คณะกรรมการชุดนี้จะมาจากการแต่งตั้งโดยสภาท้องถิ่นโดยมีการลงคะแนนกันตามสัดส่วน คณะกรรมการพิจารณาให้สัมปทานจะเสนอความเห็นในเบื้องต้นโดยจัดลำดับข้อเสนอของผู้เข้าแข่งขัน

## (3) การคัดเลือก (choix)

ในกรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เมื่อคณะกรรมการได้ให้ความเห็นในเบื้องต้นแล้ว ฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะทำการคัดเลือกผู้เข้าแข่งขันรายที่เห็นสมควรได้รับสัมปทานโดยนำไปเสนอต่อสภาท้องถิ่นให้อนุมัติอีกครั้งหนึ่ง และในกรณีที่การคัดเลือกของฝ่ายบริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างไปจากข้อเสนอของคณะกรรมการพิจารณาการให้สัมปทาน ขั้นตอนเหล่านี้จะมีการควบคุมเพื่อไม่ให้ฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีอำนาจในการคัดเลือกใช้อิสระมากเกินไป และการคัดเลือกนั้นถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง ถ้ามีปัญหาอาจนำไปฟ้องศาลปกครองได้ด้วย

3) กระบวนการให้จัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนตามสัญญาาร่วมดำเนินการในระบบ PPP

ในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสได้มีการตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เอาไว้ โดยเป็นไปตามรัฐกำหนดฉบับที่ 2004-559 ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2004 ว่าด้วยสัญญาาร่วมดำเนินการ (Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat)<sup>136</sup> โดยกฎหมายดังกล่าวเป็นการออกเพื่ออนุวัติการ

<sup>136</sup> ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Order No.2004-559 of 17 June 2004 on partnership contracts”; กุลศักดิ์ ช่วยชู, *เรื่องเดิม*, หน้า 131.

ให้เป็นไปตาม Directive 2004/18/EC ของสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นแนวทางที่ใช้บังคับกับโครงการร่วมดำเนินการของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

สัญญาร่วมดำเนินการไม่ใช่รูปแบบการดำเนินโครงการรัฐที่กำหนดขึ้นสำหรับการดำเนินโครงการทั่วไปตามปกติ แต่ถือเป็นวิธีการที่เหมาะสมสำหรับกิจการสาธารณะบางประเภทที่โครงการมีความซับซ้อนในการดำเนินการ มีมูลค่าการลงทุนสูง และต้องอาศัยความรู้ความชำนาญของเอกชนเป็นพิเศษ ตามกฎหมาย Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ส่วนมูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วมดำเนินการนั้นต้องเป็นไปตาม Directive ของสหภาพยุโรป และประเทศฝรั่งเศสได้ออกรัฐกฤษฎีกาเพื่อกำหนดมูลค่าของสัญญาร่วมดำเนินการไว้ในรัฐกฤษฎีกาฉบับที่ 2009-243 ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 2009 (Décret n° 2009-243 du 2 mars 2009)<sup>137</sup> ขั้นตอนในการเข้าร่วมโครงการมีรายละเอียด ดังนี้

(1) ขั้นตอนในการประเมินความเหมาะสมในการทำสัญญา

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 2 กำหนดไว้ว่า หน่วยงานของรัฐต้องทำการศึกษาเพื่อประเมินถึงความจำเป็นและความเหมาะสมในการทำสัญญาร่วมดำเนินการ ซึ่งจะมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายหน่วยงานที่ช่วยในการประเมิน โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบวิธีการต่าง ๆ ที่อาจใช้ในการดำเนินโครงการซึ่งต้องมีการพิจารณาทั้งในเรื่องมูลค่าของโครงการ การจัดสรรความเสี่ยง ประสิทธิภาพในการดำเนินโครงการและผลกระทบต่อการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยกรณีที่หน่วยงานจะเลือกใช้วิธีการทำสัญญาร่วมดำเนินการ จะต้องแสดงผลการศึกษาให้เห็นว่าโครงการนั้นอยู่ในข่ายที่จะทำสัญญาร่วมดำเนินการได้ตามที่กฎหมายกำหนด<sup>138</sup>

(2) ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat กำหนดไว้ว่าการคัดเลือกคู่สัญญาจะอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยเสรีภาพในการเข้าเสนอราคาของเอกชน หลักการปฏิบัติต่อผู้เสนอราคาอย่างเท่าเทียมกัน และหลักความโปร่งใสของกระบวนการคัดเลือกโดยหน่วยงานของรัฐ โดยต้องออกประกาศเชิญชวนให้เสนอราคา เป็นไปตาม Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat และช่วงเวลาตั้งแต่วันที่ประกาศเชิญชวนให้ผู้สนใจเข้ามาร่วมดำเนินการจนถึงวันสุดท้ายของการรับข้อเสนอของเอกชนต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่า 40 วัน โดยหน่วยงานของรัฐต้องจัดทำบัญชีรายชื่อของบริษัทที่ได้รับอนุมัติให้เสนอราคาด้วย<sup>139</sup>

รูปแบบการคัดเลือกคู่สัญญานั้นเป็นไปตามกฎหมายในมาตรา 7 โดยมาตรา 7 ได้กำหนดวิธีการเลือกคู่สัญญาไว้เป็น 2 กรณี ดังนี้

<sup>137</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 139-140.

<sup>138</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 140-141.

<sup>139</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 141.

## (2.1) กรณีของโครงการที่มีความซับซ้อน

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat กำหนดไว้ว่าในกรณีที่หน่วยงานของรัฐจะทำสัญญาร่วมดำเนินการเพื่อดำเนินโครงการที่มีความซับซ้อนเกินกว่าที่หน่วยงานของรัฐจะกำหนดวิธีหรือแผนการดำเนินการได้เอง กฎหมายกำหนดให้ใช้วิธีการแข่งขันโดยการเจรจาหรือกับผู้เสนอราคาเพื่อกำหนดรายละเอียดของโครงการและคัดเลือกคู่สัญญา มีขั้นตอนดังนี้<sup>140</sup>

(2.1.1) หน่วยงานต้องจัดทำแผนโครงการที่กำหนดเป้าหมายของภารกิจที่จะดำเนินการและหารือกับผู้เสนอราคาแต่ละรายเพื่อกำหนดวิธีการหรือแผนงานที่เหมาะสมที่สุดในการดำเนินกิจการนั้น โดยผู้เสนอราคาแต่ละรายจะต้องได้รับโอกาสในการหารือกับหน่วยงานอย่างเท่าเทียมกัน และหน่วยงานต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่ได้จากการหารือกับผู้เสนอราคารายหนึ่งให้แก่ผู้เสนอราคารายอื่น ๆ โดยปราศจากความยินยอมของผู้เสนอราคารายนั้น ซึ่งหน่วยงานอาจจะต้องหารือกับผู้ร่วมเสนอราคาอย่างต่อเนื่องเพื่อให้ได้ข้อมูลของปัญหาต่าง ๆ

(2.1.2) เมื่อหน่วยงานเห็นว่าได้รับข้อมูลเพียงพอแก่การกำหนดวิธีการหรือแผนงานที่เหมาะสมที่สุดในการดำเนินภารกิจแล้ว ก็จะยุติกระบวนการหารือและแจ้งให้ผู้เสนอราคาทั้งหมดยื่นข้อเสนอราคาสุดท้าย (Offer Finale) ตามวิธีการหรือแผนงานที่กำหนดในเบื้องต้น โดยต้องให้ผู้เสนอราคามีเวลาอย่างน้อย 1 เดือน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งในการจัดทำและยื่นข้อเสนอสุดท้าย โดยข้อเสนอดังกล่าวจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญในการปฏิบัติตามสัญญาไว้โดยครบถ้วน

## (2.2) กรณีของโครงการที่ไม่มีความซับซ้อน

ในกรณีของโครงการอื่น ๆ ที่ไม่มีความซับซ้อนแต่มีเหตุจำเป็นให้ต้องใช้วิธีการทำสัญญาร่วมดำเนินการ เช่น โครงการที่ต้องดำเนินการโดยเร่งด่วน หน่วยงานของรัฐอาจใช้วิธีประกาศเชิญชวนให้ประกวดราคาในการคัดเลือกคู่สัญญาตามที่กฎหมายกำหนด หรือในกรณีที่สัญญามีมูลค่าไม่เกินที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกา หน่วยงานของรัฐสามารถเลือกคู่สัญญาโดยใช้วิธีการประมูลแบบเจรจาต่อรองได้

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat กำหนดไว้ว่าการพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญาจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศเชิญชวนให้ประกวดราคา โดยหลักเกณฑ์การคัดเลือกต้องมีการพิจารณามูลค่าโดยรวมของราคาที่เสนอ และเป้าหมายผลสัมฤทธิ์ที่กำหนดไว้ตามลักษณะของโครงการ โดยหน่วยงานของรัฐอาจกำหนดข้อพิจารณาอื่น ๆ ด้วยก็ได้ เช่น ข้อเสนอด้านเทคนิค หรือความก้าวหน้าทางนวัตกรรมที่ใช้ ระยะเวลาก่อสร้าง หรือคุณภาพมาตรฐานและความคงทนของสิ่งก่อสร้าง ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐจะต้องคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอที่มีความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจมากที่สุดเป็นผู้เข้าทำสัญญา โดยอ้างอิงผลจากการประเมินศึกษาโครงการในเบื้องต้น รวมทั้งตามเอกสารที่ได้เชิญชวนไปก่อนหน้านี้<sup>141</sup>

<sup>140</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 142.

<sup>141</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 143.

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat กำหนดไว้ว่าเมื่อหน่วยงานของรัฐได้ตัวคู่สัญญาแล้วต้องแจ้งให้ผู้เสนอราคารายอื่น ๆ ที่ไม่ได้รับการคัดเลือกทราบด้วย โดยหน่วยงานจะลงนามในสัญญาได้เมื่อล่วงพ้นระยะเวลา 10 วัน นับแต่วันที่แจ้งผู้เสนอราคารายอื่น ๆ แล้วเท่านั้น หากมีข้อสงสัยของผู้เสนอราคาที่ไม่ได้รับการคัดเลือก หน่วยงานจะต้องตอบข้อสงสัยดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 15 วัน โดยต้องระบุถึงเหตุแห่งการปฏิเสธข้อเสนอมของผู้เสนอราคารายนั้น พร้อมทั้งระบุถึงประโยชน์ที่หน่วยงานได้รับมากกว่าจากผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือก ทั้งนี้ กรณีสัญญาร่วมดำเนินการของรัฐหรือองค์การมหาชนที่มีเจ้าหน้าที่บัญชีรัฐ หน่วยงานจะต้องเสนอให้รัฐมนตรีผู้ดูแลด้านเศรษฐกิจ (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง) พิจารณาถึงผลกระทบของโครงการต่อฐานะด้านการงบประมาณและให้ความเห็นชอบสัญญาเสียก่อนจึงจะลงนามในสัญญาได้ และเมื่อมีการลงนามในสัญญาแล้ว หน่วยงานจะต้องส่งสัญญาไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก่อนการดำเนินการใด ๆ ตามสัญญา และส่งคำสั่งอนุมัติคู่สัญญาไปลงในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรปภายใน 30 วันนับแต่วันที่ส่งสัญญาไปให้คู่สัญญา<sup>142</sup>

### 3.1.2 การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ

ในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนในประเทศฝรั่งเศสนั้น มีทั้งการควบคุมก่อนทำสัญญาและการควบคุมหลังทำสัญญาแล้ว โดยมีองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐที่กฎหมายกำหนดไว้ให้มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนนั้น ๆ หลักการควบคุม กำกับดูแลนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สัญญานั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายก็เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและเป็นการป้องกันมิให้มีคดีความโดยไม่จำเป็น มีรายละเอียดดังนี้

3.1.2.1 องค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

องค์กรที่มีหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนนั้น สามารถแยกพิจารณาได้เป็นการควบคุม กำกับดูแลก่อนทำสัญญา และการควบคุม กำกับดูแลหลังทำสัญญา ดังนี้

#### 1) การควบคุม กำกับดูแลก่อนทำสัญญา

การควบคุม กำกับดูแลก่อนทำสัญญา คือ การควบคุมภายในของฝ่ายปกครองในระดับราชการส่วนกลางจะมีการควบคุมตามลำดับชั้น ข้าราชการระดับสูงได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้มีความสุจริต ทำงานอย่างมีประสิทธิภาพ และมีขีดความสามารถสูง เพราะฉะนั้น ข้าราชการระดับสูงจึงมีหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเป็นธรรมต่าง ๆ ก่อนที่จะลงนาม ข้าราชการระดับสูงที่มีหน้าที่ดังกล่าวจะมีหน่วยงานทางกฎหมายเป็นผู้ช่วยพิจารณานอกจากนี้หน่วยงานดังกล่าวนี้อาจขอความร่วมมือหรือความช่วยเหลือจากหน่วยงานอื่นได้ โดยเฉพาะจากสภาแห่งรัฐซึ่งสมาชิกของสภาแห่งรัฐหลายท่านจะเป็นที่ปรึกษากฎหมายของหน่วยงานต่าง ๆ เช่น ในกระทรวงกลาโหมของประเทศฝรั่งเศสจะมีหน่วยงานที่เรียกว่า องค์กรการควบคุม

<sup>142</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 143.

ตรวจสอบกองทัพ ทำหน้าที่ตรวจสอบการซื้ออาวุธยุทโธปกรณ์ นอกจากนั้นในแต่ละกระทรวงจะมีผู้ตรวจราชการของกระทรวง ซึ่งผู้ตรวจราชการของกระทรวงจะขึ้นตรงต่อรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้ผู้ตรวจราชการของกระทรวงไปตรวจสอบการทำสัญญาต่าง ๆ ภายในหน่วยงานของตนเองได้ด้วย และเพื่อให้ทางราชการสามารถจัดซื้อจัดจ้างในราคาที่เป็นธรรม ในแต่ละกระทรวงจะมีหน่วยงานวิเคราะห์ราคาต้นทุนของพัสดุที่ทางราชการต้องการจัดซื้อจัดจ้างอยู่แล้ว<sup>143</sup> มีองค์กรที่ใช้อำนาจควบคุม กำกับดูแล ดังนี้

(1) การควบคุมโดยคณะกรรมการพิเศษ

ในกรณีที่ส่วนราชการบางแห่งไม่มีหน่วยงานวิเคราะห์ราคาต้นทุน ส่วนราชการนั้นอาจขอความช่วยเหลือจากคณะกรรมการพิเศษเรียกว่า “คณะกรรมการกลางตรวจสอบการทำสัญญาพัสดุ” ซึ่งมีหน้าที่รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องของสัญญาพัสดุต่าง ๆ โดยปกติก่อนที่จะเข้าทำสัญญา จะมีขั้นตอนหนึ่งที่หน่วยงานที่ประสงค์จะทำสัญญาพัสดุต้องเสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการดังกล่าวเพื่อพิจารณา คณะกรรมการชุดนี้ประกอบด้วยประธานซึ่งมาจากผู้พิพากษาศาลปกครองหรือศาลตรวจเงินแผ่นดิน และมีผู้แทนจากหน่วยงานต่าง ๆ ร่วมเป็นกรรมการ โดยมีการมอบหมายให้เจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบท่านหนึ่งศึกษาทำรายงานเสนอคณะกรรมการเพื่อพิจารณารายละเอียด โดยจะพิจารณาประเด็นที่สำคัญต่าง ๆ เช่น การจัดซื้อจัดจ้างได้เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมหรือไม่ เนื่องจากการพิจารณาเรื่องราคาเป็นเรื่องสำคัญเพราะเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐทั้งให้ความเป็นธรรมกับผู้เข้าแข่งขันด้วย เมื่อพิจารณาแล้ว คณะกรรมการจะให้ความเห็นเป็นข้อสรุปว่าควรเข้าทำสัญญาหรือไม่ ในกรณีที่คณะกรรมการคณะกรรมการพิเศษมีความเห็นว่า ไม่ควรเข้าทำสัญญาแต่หน่วยงานของรัฐเห็นตรงกันข้าม โดยเฉพาะในกรณีที่มีความเร่งด่วนฉุกเฉิน หน่วยงานของรัฐที่เข้าทำสัญญาดังกล่าวจะต้องแจ้งให้คณะกรรมการคณะกรรมการพิเศษทราบและขอให้รัฐมนตรีที่ควบคุม กำกับดูแลหน่วยงานของตนเข้าทำสัญญา บทบาทของคณะกรรมการชุดนี้เป็นการกรองอีกชั้นหนึ่งเพื่อไม่ให้ความผิดพลาดเป็นคดีฟ้องร้องไปยังศาลปกครอง เมื่อมีการเข้าทำสัญญาแล้วก็เป็นหน้าที่ของผู้ตรวจบัญชี ซึ่งในระบบบริหารราชการในฝรั่งเศส ในแต่ละกระทรวงจะมีผู้ตรวจบัญชีซึ่งเป็นผู้แทนของกระทรวงการคลังประจำอยู่ด้วย โดยผู้ตรวจบัญชีจะต้องลงนามเมื่อมีการใช้เงินงบประมาณในแต่ละหน่วยงาน ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจะไม่สามารถใช้เงินงบประมาณได้ถ้าผู้ตรวจบัญชีไม่ลงนาม และโดยปกติจะไม่ลงนามทันทีแต่จะมีการพิจารณาก่อน<sup>144</sup>

(2) การควบคุมโดยตุลาการผู้พิจารณาคำขอฉุกเฉินก่อนการทำสัญญา

เกิดขึ้นตามกฎหมายในปี 1993 คือ เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดได้ยื่นคำขอต่อตุลาการดังกล่าวเพื่อขอพิจารณาเป็นเรื่องเร่งด่วน หากผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่ามีความผิดปกติในขั้นตอนการประกาศเชิญชวนหรือความผิดปกติในการเปิดให้มีการแข่งขัน การยื่นคำขอจะต้องมีก่อนการทำสัญญา ขั้นตอนนี้จะใช้กับสัญญาพัสดุหรือการทำสัญญาสัมปทานระดับขององค์กรปกครองส่วน

<sup>143</sup> P. TURGUET de BEAUREGARD, *เรื่องเดิม*, หน้า 36-37.

<sup>144</sup> บุนผา อัครพิมาน, *สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย*, หน้า 57-58.

ท้องถิ่น ตุลาการหัวหน้าศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งได้รับมอบหมายหน้าที่ให้เป็นตุลาการดังกล่าวมีอำนาจสั่งการให้ผู้รับผิดชอบในองค์กรส่วนท้องถิ่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น สั่งให้ระงับการเข้าทำสัญญาไว้ก่อน รวมทั้งมีอำนาจที่จะยกเลิกกระบวนการหรือขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งที่ได้ดำเนินการมาในช่วงก่อนทำสัญญาได้ ในกรณีเช่นนี้ตุลาการดังกล่าวมีระยะเวลา 20 วันที่จะพิจารณาวินิจฉัย จะเห็นได้ว่าเป็นกระบวนการที่รวดเร็วและมีประสิทธิภาพเพราะเป็นการวินิจฉัย ณ สถานที่เกิดเหตุ ในกรณีที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการแข่งขันอย่างเป็นธรรม เมื่อศาลตัดสินแล้วฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการวินิจฉัยสั่งการของตุลาการหัวหน้าศาลปกครองชั้นต้น อาจส่งเรื่องไปให้สภาแห่งรัฐวินิจฉัยในชั้นสุดท้ายได้ และการยื่นเรื่องให้สภาแห่งรัฐวินิจฉัยต้องทำภายใน 15 วัน แต่ว่าการส่งเรื่องไปให้สภาแห่งรัฐพิจารณานั้นไม่มีผลเป็นการระงับกระบวนการที่จะต้องดำเนินการต่อไป อย่างไรก็ตาม หากผู้ว่าราชการจังหวัดพบว่ามีความผิดปกติอย่างใดอย่างหนึ่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจขอให้ทบทวนชี้แจงหรือขอให้แก้ไขนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่มีอำนาจยกเลิกนิติกรรมดังกล่าว และในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดไม่เห็นด้วยกับคำสั่งที่ออกต่อศาลปกครองส่วนท้องถิ่นเสนอ ผู้ว่าราชการจังหวัดจะร้องขอต่อศาลปกครองให้ยกเลิกนิติกรรมดังกล่าว ซึ่งเป็นการตัดอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดในการยกเลิกนิติกรรมที่ออกไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>145</sup>

## 2) การควบคุมภายหลังจากทำสัญญาแล้ว

มีกระบวนการขั้นตอนหลายขั้นตอน ดังนี้

(1) ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ทำสัญญาไปแล้ว ผู้ว่าราชการจังหวัดยังคงมีอำนาจที่จะยับยั้งการทำสัญญาได้หากเห็นว่าสัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดในการควบคุมการกระทำทางปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยยื่นคำร้องต่อศาลปกครองเพื่อสั่งให้ระงับการดำเนินการตามสัญญานั้นก่อนได้ การขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้ระงับการดำเนินการมีผลเป็นการระงับการดำเนินการเป็นการชั่วคราว และศาลปกครองจะต้องวินิจฉัยสั่งการอย่างรวดเร็ว<sup>146</sup>

(2) เป็นการตรวจสอบโดยคณะผู้ตรวจราชการระหว่างกระทรวง ซึ่งมีหน้าที่สอบสวนและตรวจสอบการทำสัญญา และการดำเนินการตามสัญญาสัมปทาน ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรอิสระที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ตรวจสอบเรื่องได้เรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ แต่ไม่มีสถานะเป็นศาล คำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวอาจถูกโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ องค์กรนี้ได้รับการจัดตั้งในปี 1991 เพื่อทำหน้าที่ป้องกันและปราบปรามการทุจริต โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อป้องกันและปราบปรามความผิดอาญาฐานเอื้ออำนาจให้กับผู้ใดผู้หนึ่งเป็นพิเศษโดยไม่มีเหตุอันชอบ องค์กรนี้ไม่สามารถริเริ่มตรวจสอบด้วยตนเองได้ เว้นแต่จะได้รับคำร้องจากนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง รัฐมนตรีว่าการที่เข้าทำสัญญาในเรื่องนั้น นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลตรวจเงินแผ่นดินได้ตรวจสอบพบว่ามีความผิดปกติในการทำสัญญานั้น หรือในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่ามีกรกระทำ

<sup>145</sup> P. TURQUET de BEAUREGARD, การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและการควบคุมสัญญาจัดซื้อ จัดจ้างและสัมปทานบริการสาธารณะ, หน้า 38-39.

<sup>146</sup> บุปผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย, หน้า 59.

ที่ไม่ชอบเกิดขึ้น ศาลตรวจเงินแผ่นดินหรือผู้ว่าราชการจังหวัดก็ย่อมจะขอให้องค์กรดังกล่าวตรวจสอบได้ จะเห็นได้ว่าการควบคุมการทำสัญญาในระดับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น มีความพยายามที่จะรวมศูนย์การตรวจสอบเอาไว้ที่ผู้ว่าราชการจังหวัด อย่างไรก็ตาม คณะผู้ตรวจราชการระหว่างกระทรวงได้ปฏิบัติหน้าที่ในการตรวจสอบความผิดปกติ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการทำสัญญาต่าง ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและส่วนราชการต่าง ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>147</sup>

### (3) การควบคุม กำกับดูแลโดยหน่วยราชการเอง

เมื่อทำสัญญาแล้วฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐยังคงมีหน้าที่ตรวจสอบว่าคู่สัญญาที่ได้รับเอาภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะไปดำเนินการไม่ว่าในรูปของสัญญาต่าง ๆ นั้นได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ หน่วยงานของรัฐมีหลายวิธีการในการตรวจสอบการปฏิบัติตามสัญญา เช่น ตรวจสอบผลการดำเนินการหรืออาจสำรวจความคิดเห็นของผู้ใช้บริการก็ได้ และในขั้นสุดท้ายของกระบวนการ ก็ยังมีการตรวจสอบควบคุมโดยกระบวนการยุติธรรม<sup>148</sup>

### (4) การควบคุมโดยศาล

(4.1) เป็นการควบคุมโดยศาลยุติธรรม สำคัญมากในการตรวจสอบสัญญาพัสดุและสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการทุจริตประพฤติมิชอบและความโปร่งใสในทางเศรษฐกิจ ลงวันที่ 29 มกราคม 1993 ที่ได้กำหนดการกระทำที่เป็นความผิดอาญาไว้ 3 ฐานความผิด<sup>149</sup> ดังนี้

#### (4.1.1) ความผิดฐานใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ

ความผิดฐานใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หมายถึง ความผิดที่เจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบ ไม่ว่าจะโดยตนเองหรือบุคคลในครอบครัว เข้าไปมีผลประโยชน์ในบริษัทที่ได้รับสัมปทาน กรณีดังกล่าวเกิดขึ้นบ่อยมากโดยเฉพาะในระดับท้องถิ่น บางกรณีเมื่อทำสัญญากันไปแล้ว ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ที่ได้ทำสัญญาเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวพันทางครอบครัวกับนายกเทศมนตรี เช่น เป็นลูกเขย เป็นต้น

#### (4.1.2) การเอาทรัพย์สินของบริษัทไปใช้ผิดวัตถุประสงค์

ความผิดฐานนี้ผู้ที่กระทำความผิด คือ เอกชนคู่สัญญา กล่าวคือ เป็นการกระทำของผู้บริหารบริษัทที่นำเอาทรัพย์สินของบริษัทไปใช้ผิดจากวัตถุประสงค์หรือประโยชน์ของบริษัท องค์กรประกอบความผิดฐานนี้ไม่จำเป็นว่าผู้กระทำนั้นจะได้ประโยชน์จากการกระทำหรือไม่ เพียงเข้าข่ายว่าได้นำทรัพย์สินไปใช้ผิดวัตถุประสงค์ของบริษัทก็ถือว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดแล้ว ที่ผ่านมามีผู้บริหารบริษัทที่เป็นผู้รับสัมปทานและนักการเมืองหลายคนถูกฟ้องเองดำเนินคดีในลักษณะดังกล่าว

<sup>147</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.

<sup>148</sup> P. TURQUET de BEAUREGARD, การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและการควบคุมสัญญาจัดซื้อ จัดจ้างและสัมปทานบริการสาธารณะ, หน้า 40.

<sup>149</sup> บุนผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย, หน้า 60-61.

(4.1.3) ความผิดฐานอำนวยประโยชน์ให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันชอบ

เป็นความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน ปี 1993 ความผิดฐานนี้คือการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการเอื้อประโยชน์หรือพยายามเอื้อประโยชน์ต่อผู้เข้าแข่งขันรายหนึ่งรายใดในการเข้าทำสัญญาหรือในการให้สัมปทาน จะเห็นได้ว่าบทนิยามของความผิดฐานนี้ค่อนข้างกว้าง

ความผิดฐานต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางและเป็นที่ยอมรับของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมาก เพราะองค์ประกอบความผิดค่อนข้างกว้างเพียงพยายามที่จะกระทำความผิดก็เข้าข่ายแล้ว และเหตุที่เป็นที่ยอมรับกันมากก็เพราะว่าขั้นตอนการทำสัญญามีความสลับซับซ้อน ในแต่ละขั้นตอนอาจเกิดความผิดพลาดหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยไม่ได้ตั้งใจ ฉะนั้นนับตั้งแต่กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับเป็นต้นมา ทำให้หน่วยงานของรัฐที่เข้าทำสัญญาต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างสูงโดยต้องตรวจสอบอย่างระมัดระวังก่อนที่จะทำสัญญา

(4.2) การควบคุม กำกับดูแลโดยศาลปกครอง

การควบคุม กำกับดูแลโดยศาลปกครองนั้นมีอยู่ 3 ระดับ<sup>150</sup> คือ

(4.2.1) การควบคุมระดับทั่วไปหรือที่เรียกว่าการควบคุมระดับปกติ เป็นการควบคุมที่ศาลปกครองฝรั่งเศสใช้บ่อยที่สุด จะเป็นการควบคุมในกรณีที่ฝ่ายปกครองบังคับใช้กฎหมายโดยการใช้บังคับกฎหมายว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เช่น คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ค.ศ. 1914 เป็นคดีเกี่ยวกับใบอนุญาตก่อสร้าง ในกรณีนี้มีการปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้โดยให้เหตุผลว่าเป็นการกระทบต่อสภาพการณ์ทางด้านภูมิทัศน์ และในกรณีดังกล่าวกฎหมายได้บัญญัติเงื่อนไขที่ห้ามมิให้มีการอนุญาตก่อสร้างกรณีมีผลกระทบต่อภูมิทัศน์ไว้ และในกรณีนี้ สภาแห่งรัฐจึงเข้าไปพิจารณาว่าสถานที่ดังกล่าวมีลักษณะที่ต้องเข้าไปคุ้มครองทางภูมิทัศน์หรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาทางภาวะวิสัยเป็นอย่างมากเพราะว่าเป็นการพิจารณาถึงความสวยงามของสถานที่นั้นและต้องพิจารณาโดยเคารพต่อกฎเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติในเรื่องภูมิทัศน์ด้วย

(4.2.2) การควบคุมในระดับขั้นต่ำ

เป็นการควบคุมที่ศาลปกครองจะเข้าไปพิจารณาของฝ่ายปกครองและจะมีการเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองก็ต่อเมื่อเกิดข้อผิดพลาดชัดเจน ซึ่งต้องเป็นกรณี queเห็นได้อย่างชัด ๆ และแน่นอนจริง ๆ ว่ามีข้อผิดพลาดอย่างนั้น

(4.2.3) การควบคุมระดับต่ำสุด

ศาลปกครองจะรับคดีไว้พิจารณาแต่จะไม่เข้าไปควบคุมการพิจารณาของฝ่ายปกครอง แต่จะควบคุมเฉพาะเหตุในเรื่องแบบและในเรื่องของอำนาจเท่านั้น

<sup>150</sup> M. Phillipe MAETIN, “คดีฟ้องขอให้ยกเลิกนิติกรรมทางปกครองและคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง,” ใน *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2: กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2543), หน้า 7-9.

หากคดีปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาพัสดุและสัญญาสัมปทานนั้น ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีประเภทดังกล่าวใน 2 ลักษณะ<sup>151</sup> ดังนี้

(4.2.3.1) ในกรณีมีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย (recours de pleincontentieux) ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาในคดีฟ้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งโดยทั่วไปเรียกว่า juge de contrat มีหน้าที่พิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย บางครั้งอาจเป็นเรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา หรือบางครั้งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความสัญญา ในเรื่องนี้มีหลักเกณฑ์สำคัญที่เกิดจากแนวคำพิพากษาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือผู้พิพากษาในกรณีนี้ไม่มีอำนาจที่จะยกเลิกยกเลิกคำวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงานของรัฐในเรื่องของการปฏิบัติตามสัญญา แต่ผู้พิพากษาศาลปกครองจะพิจารณาเพียงว่า คำวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงานได้ดำเนินการไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากเห็นว่าไม่ชอบก็เป็นเงื่อนไขที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิได้รับค่าชดเชย ตรงกันข้ามกับคดีที่ฟ้องร้องเพื่อให้ยกเลิกยกเลิกนิติกรรม ซึ่งการฟ้องขอให้ยกเลิกนิติกรรมอาจทำได้โดยอาศัยเหตุ 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ ฟ้องว่าข้อความในสัญญาในส่วนที่เป็นข้อกำหนด (clauses réglementaires) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือฟ้องขอให้ยกเลิกเอกสารหรือสัญญา (cahiers des charges) ว่านิติกรรมที่แยกออกมาว่าเป็นเอกสารหรือสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(4.2.3.2) ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเพื่อขอให้ยกเลิกยกเลิกนิติกรรม (recours pour l'excès du pouvoir) ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเพื่อขอให้ยกเลิกยกเลิกนิติกรรม ผู้ที่จะฟ้องส่วนมากคือ ผู้ใช้บริการหรือบุคคลภายนอก ส่วนผู้รับสัมปทานก็อาจฟ้องร้องได้ แต่จะต้องได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ถ้ายังไม่ทำสัญญาก็ไม่มีอำนาจฟ้อง

#### (4.3) การควบคุมโดยศาลบัญชี (La Cour des comptes)<sup>152</sup>

ในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐในประเทศฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุมาตรา 222 กำหนดให้ ศาลบัญชีมีอำนาจในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างที่อยู่ในอำนาจการควบคุมของศาลบัญชี<sup>153</sup> โดยศาลบัญชีจะทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมบัญชีของหน่วยงานทุกรัฐทุกหน่วยงาน บัญชีของรัฐวิสาหกิจ และบัญชีขององค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นให้ถูกต้อง ซึ่งจะแบ่งการควบคุมออกเป็น 2 ลักษณะ คือการควบคุมในลักษณะของศาล และการควบคุมในลักษณะของฝ่ายบริหาร

(4.3.1) การควบคุมในลักษณะของศาล (Le contrôle Juridictionnel) การควบคุมในลักษณะของศาล (Le contrôle Juridictionnel) ได้แก่ การใช้อำนาจ

<sup>151</sup> P. TURGUET de BEAUREGARD, การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและการควบคุมสัญญาจัดซื้อ จัดจ้างและสัมปทานบริการสาธารณะ, หน้า 41-42.

<sup>152</sup> ปรมศวรรร์ สังข์เอี่ยม, ปัญหาการควบคุมการเข้าแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), หน้า 166-167.

<sup>153</sup> Michel Guibal, Code de marches publics (Paris: Publication du Moniteur, 1992), p. 256 อ้างถึงใน ปรมศวรรร์ สังข์เอี่ยม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 166.

ควบคุมบัญชี (Les comptes) ต่าง ๆ ของสมุหบัญชี (Comptables publics) ซึ่งในแต่ละปี สมุหบัญชีจะต้องส่งบัญชีงบประมาณรายจ่ายให้ศาลบัญชีเพื่อทำการตรวจสอบ โดยที่บัญชีนั้นไม่จำเป็นต้องมีข้อสงสัยหรือมีข้อขัดแย้งกฎหมายแต่ประการใด ก็ต้องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลบัญชีทุกครั้ง หากปรากฏว่าบัญชีที่ส่งมานั้นไม่ถูกต้องหรือมีข้อบกพร่อง ศาลบัญชีก็จะส่งสมุหบัญชีหาหลักฐานมายืนยันชี้แจงแก่ศาลหรือหาเงินมาชดใช้ในจำนวนเงินที่เป็นปัญหา

(4.3.2) การควบคุมตรวจสอบในลักษณะฝ่ายบริหาร (Cōntroleadministratif) การควบคุมทางด้านบริหารนี้มีลักษณะคล้ายกับการควบคุมในทางศาลต่อสมุหบัญชี คือ เป็นการควบคุมตรวจสอบภายหลังที่ได้มีการปฏิบัติงานแล้ว แต่จะแตกต่างกันที่ว่าในกรณีนี้ ศาลบัญชีจะมีหน้าที่เป็นเพียงองค์กรที่ปรึกษา คือ ไม่มีอำนาจพิพากษาหรือตัดสินลงโทษ แต่จะมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบในลักษณะของการให้ข้อมูลหรือเสนอแนะแก่นักการเมือง หรือข้าราชการประจำผู้มีอำนาจตัดสินใจในการลงโทษ หรือจัดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสิ่งที่ศาลบัญชีพิจารณาไม่ถูกต้อง การควบคุมในลักษณะนี้จะมีหลายรูปแบบคือ การควบคุมผู้สั่งจ่าย การควบคุมองค์กรที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับใช้หลักเกณฑ์การจัดทำบัญชีสาธารณะ และการควบคุมรัฐวิสาหกิจ แต่ในปัจจุบันนี้การควบคุมตรวจสอบในลักษณะฝ่ายบริหารของฝรั่งเศส ยังได้ควบคุมไปถึงประสิทธิภาพและคุณภาพในการบริหารงานของหน่วยงานนั้น ๆ ด้วย

(5) การควบคุม กำกับดูแลโดยหน่วยงาน Mission d'Appui à la Réalisation des Contrats de Partenariat (MAPPP)<sup>154</sup>

เกิดจากการประกาศของกระทรวงการคลังให้มีการควบคุม กำกับดูแล การจัดทำบริการสาธารณะประเภท PPP ในประเทศฝรั่งเศสโดยเฉพาะ โดยหน่วยงานนี้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแล ดังนี้

(5.1) ประเมินโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP และศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการโดยพิจารณาจากข้อมูลที่จัดเตรียมโดยหน่วยงานเจ้าของโครงการ เพื่อเสนอประกอบการพิจารณาอนุมัติโครงการจากรัฐบาล

(5.2) เมื่อโครงการใดได้รับการเสนอจะต้องทบทวนผลการประเมินเบื้องต้นของหน่วยงานเจ้าของโครงการเพื่อให้แน่ใจว่าโครงการนั้น ๆ ได้ดำเนินการถูกต้องสมบูรณ์ทั้งทางด้านกฎหมาย ด้านการเงินและได้สัดส่วนในเชิงคุณภาพของโครงการ

(5.3) โครงการที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐบาลกลาง ก่อนที่จะได้รับการอนุมัติโครงการให้ใช้รูปแบบการร่วมลงทุนแบบ PPP จะต้องผ่านการพิจารณาจาก MAPPP ก่อนทั้งในส่วนของกฎหมายและผลประโยชน์ด้านการเงินเปรียบเทียบกับการจัดซื้อจัดจ้างทั่วไปว่าสมควรใช้วิธีร่วมดำเนินการหรือไม่

(5.4) MAPPP ให้การสนับสนุนในส่วนของการเตรียมการและเจรจาต่อรองในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง และเอกสารสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

<sup>154</sup> Mission d'appui a la réalisation des contrats de partenariat, **The Mission d'Appui aux PPP (MAPPP)**, Retrieved January 1, 2005 from <http://www.ppp.bercy.gouv.fr> อ้างถึงใน กุลศักดิ์ ช่วยชู, *เรื่องเดิม*, หน้า 146-147.

(5.5) MAPPP ช่วยในการคัดเลือกที่ปรึกษาภาคเอกชนที่จะมาช่วยในการดำเนินโครงการให้แก่ผู้จัดทำโครงการ

(5.6) MAPPP รับผิดชอบในการส่งเสริมการตลาดของโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศฝรั่งเศสผ่านการเผยแพร่ทางข่าว การร่วมประชุม และจัดตั้งสถาบันศึกษาและพัฒนาเกี่ยวกับ PPP

3.1.2.2 ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

ความรับผิดชอบของรัฐในฝรั่งเศสนั้นเป็นระยะเวลายาวนานมาแล้วในอดีต หลักการในเรื่องนี้เริ่มต้นจากเรื่องหลักความไม่ต้องการรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง หลักดังกล่าวเป็นหลักที่ตกทอดมาจากแนวความคิดระบบการปกครองเก่าของฝรั่งเศส ซึ่งถือว่าพระมหากษัตริย์ไม่อาจจะทำผิดได้ กล่าวคือรัฐไม่ต้องการรับผิดชอบอันเนื่องเสียแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนเนื่องจากในสมัยนั้นการรับผิดชอบของรัฐไม่ได้ประสบปัญหามากมายนักเพราะว่าบริการสาธารณะมีจำนวนน้อยมีและมีการติดต่อกับประชาชนน้อย จนกระทั่งเมื่อถึงตอนท้ายของศตวรรษที่ 19 หลักหรือความคิดที่ว่าพระมหากษัตริย์ไม่ต้องการรับผิดชอบนั้นเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไปโดยเห็นได้ชัดจากคำพิพากษาของศาลซัดกันในคดี Blanco โดยคำพิพากษานี้ได้วินิจฉัยว่า “ความรับผิดชอบที่อาจตกแก่รัฐ สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนโดยการกระทำของบุคลากรที่จัดทำบริการสาธารณะ ความรับผิดชอบนี้ไม่อาจวางหลักเกณฑ์จากประมวลกฎหมายแพ่งที่ใช้ในกรณีความเสมอภาคระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่ความรับผิดชอบนี้ไม่เป็นการทั่วไปและไม่เด็ดขาด โดยมีหลักกฎหมายพิเศษซึ่งแตกต่างไปตามบริการและความจำเป็นที่จะประนีประนอมสิทธิของรัฐกับสิทธิของเอกชน”<sup>155</sup> หลังจากนั้นความรับผิดชอบของรัฐค่อย ๆ ขยายตัวทีละน้อยโดยไม่เพียงแต่รัฐเท่านั้นที่ต้องรับผิดชอบ แต่ถือว่าเขตการปกครองท้องถิ่นหรือองค์กรของรัฐต้องรับผิดชอบด้วย นอกจากนั้นบริการสาธารณะบางประเภทที่ก่อนหน้านี้ไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น การรักษาความสงบ ก็ได้มีการกำหนดความรับผิดชอบของรัฐให้มีความรับผิดชอบ<sup>156</sup>

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสรัฐจะเข้ามารับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องปรากฏว่าการกระทำของรัฐดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ในการพิจารณาความผิดกฎหมายของการกระทำของรัฐจะต้องคำนึงว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากบริการสาธารณะ นั้นเกิดจากการกระทำในลักษณะที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย เช่น การออกคำสั่งทางปกครอง หรือ เป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางข้อเท็จจริงหรือการละเลยไม่กระทำการ ในกรณีที่การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย เช่น การออกคำสั่งทางปกครอง และการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย บุคคลที่ได้รับความเสียหายขอให้มีการยกเลิกการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายดังกล่าวได้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเหตุแห่งการขอยกเลิกการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายมีอยู่ 4 ประการใหญ่ ๆ คือ การกระทำ

<sup>155</sup> ฌ็อง-โกล็ด เวเนเซีย, “การพัฒนาเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในกรณีที่ไม่มีความผิด,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง* 3, 1 (มกราคม-เมษายน 2546): 25.; พูนศักดิ์ ไวสารวัจ, “ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในฝรั่งเศส,” *วารสารกฎหมายปกครอง* 6, 3 (ธันวาคม 2530): 588-589.

<sup>156</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 589.

ดังกล่าวเป็นการกระทำที่องค์กรเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจ หรือการกระทำผิดแบบ หรือมีการใช้ดุลพินิจ โดยบิดเบือน หรือละเมิดกฎหมาย บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจฟ้องขอให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายไปเป็นอีก กระบวนพิจารณาหนึ่งก็ได้<sup>157</sup>

ในกรณีที่การกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางข้อเท็จจริง หรือความเสียหายเกิดจากการละเลยไม่กระทำการ บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งกระทำการในบริบทของการบริการสาธารณะย่อมฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้ โดยไม่มีประเด็นที่จะต้องฟ้องขอให้ยกเลิกการกระทำนั้น เพราะเห็นประจักษ์อยู่ในตัวว่าการกระทำที่มุ่งผลในทางข้อเท็จจริงเป็นการกระทำที่ไม่อาจถูกยกเลิกได้ และความเสียหายที่รัฐนั้นจะต้องมีหน้าที่เข้ามาชดใช้แทนนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เห็นเป็นรูปธรรมและสามารถกำหนดลงไปได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นความเสียหายในปัจจุบันเท่านั้น ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตหากไม่ใช่เป็นแต่เพียงความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้แต่เป็นความเสียหายที่จะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน รัฐย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่จะต้องเกิดขึ้นนั้น<sup>158</sup>

ความรับผิดชอบของรัฐในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

#### 1) ความรับผิดชอบทางละเมิด

ระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแบ่งความรับผิดชอบทางละเมิดซึ่งกระทำลงโดยความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของตนเองตามประมวลกฎหมายและความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของบุคคลที่สามตามประมวลกฎหมายแพ่ง ศาลคดีชดใช้กัน ในคดี Blanco มีความเห็นว่าการแบ่งแยกประเภทความรับผิดชอบและหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดตามกฎหมายแพ่งจะนำมาใช้บังคับกับความรับผิดชอบของรัฐไม่ได้ เหตุผลสำคัญส่วนหนึ่งเกิดจากความมาเชื่อมั่นในระบบศาลยุติธรรมซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนของระบอบเดิมที่หากมีเขตอำนาจในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐด้วยแล้ว ก็อาจส่งผลกระทบต่องานทางปกครองได้ เหตุผลสำคัญอีกส่วนหนึ่งมาจากการปรับใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ยิ่งไปกว่านั้นศาลคดีชดใช้กันยังมองว่าศาลปกครองน่าจะอยู่ในสถานะที่จะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจัดทำบริการสาธารณะ (ซึ่งเป็นเหตุก่อให้เกิดความรับผิดชอบ) ได้ดีกว่าศาลยุติธรรมด้วย<sup>159</sup>

อาจกล่าวได้ว่า โดยทั่วไปแล้วความรับผิดชอบทางละเมิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นความรับผิดชอบที่มีลักษณะพิเศษไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแพ่ง ซึ่งเป็นกรณีของความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของตนเองมาใช้บังคับกับรัฐได้ เนื่องจาก รัฐไม่ได้กระทำการต่าง ๆ ด้วยตนเอง

<sup>157</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ: ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมาย เยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 139.

<sup>158</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 139-140

<sup>159</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 146-147.

แต่กระทำผ่านองค์กรของตน ในขณะที่เดียวกันเราก็ไม่สามารถนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ซึ่งเป็นกรณีของความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของตนเองมาใช้บังคับกับรัฐได้เช่นกัน เนื่องจากความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างผู้มีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการกับผู้ปฏิบัติ การบัญชาสั่งการ เช่น คนรับใช้ เสมียนหรือลูกจ้าง แต่ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายปกครอง เป็นความรับผิดชอบที่รัฐรับผิดชอบโดยตรงต่อผู้เสียหายโดยเจ้าหน้าที่ข้าราชการที่กระทำละเมิดไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย แต่ก็มีกรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบทั่วไปในระบบกฎหมายเอกชน คือ อยู่ในอำนาจการพิพากษาของศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา<sup>160</sup>

องค์ประกอบของความรับผิดชอบดังกล่าวนี้ ในประเทศฝรั่งเศสสามารถแบ่งแยกประเภทความรับผิดชอบของรัฐโดยมีความผิดได้ 3 ประเภท ดังนี้

(1) การกระทำผิดส่วนตัว (faute personnelle)

การกระทำผิดส่วนตัว เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดโดยวัตถุประสงค์ส่วนตัว กรณีนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบเองในการเยียวยาความเสียหาย รัฐจะไม่เข้าไปรับผิดชอบด้วย ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาคดีตามหลักกฎหมายเอกชน และศาสตราจารย์ Georges Dupuis ได้สรุปจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดว่า การกระทำผิดส่วนตัวมี 3 ประการ<sup>161</sup> คือ

(1.1) เมื่อการกระทำผิดนั้นมิได้อยู่ในการปฏิบัติหน้าที่

ถือว่าการกระทำนั้นไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับภาระหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ เป็นการดำเนินชีวิตส่วนตัวของเจ้าหน้าที่

(1.2) เมื่อมีการกระทำผิดในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่

มีการกระทำผิดในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่แต่การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนา เช่น ด้วยแรงแค้น หรือเป็นการกระทำที่รุนแรงอย่างมาก

(1.3) การกระทำความผิดที่ไม่ได้ทำในหน้าที่แต่มีความต่อเนื่องกับ

หน้าที่ เช่น พนักงานขับรถของหน่วยงานของรัฐขับรถไปในหน้าที่ และได้ขับรถเลยไปในเส้นทางอื่นอันเป็นประโยชน์ส่วนตัว

(2) การกระทำผิดในหน้าที่ (faute de service)

เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนโดยเป็นการปฏิบัติหน้าที่ และไม่มีวัตถุประสงค์ไม่ชอบเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐปะปนในการกระทำ ในกรณีประเภทนี้รัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายโดยตรง เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อและจะไม่ถูกฟ้องเป็นการส่วนตัว ศาลที่มีเขตอำนาจคือศาลปกครอง นักปกครองของฝรั่งเศสมักจะแบ่งความผิดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ออกเป็น 3 ลักษณะ<sup>162</sup> ดังนี้

<sup>160</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 147-148.

<sup>161</sup> ฉันทิกา กุลธำรงค์, ความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายฝรั่งเศสกับกฎหมายไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 20.

<sup>162</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 20-21.

## (2.1) กรณีที่มีการปฏิบัติราชการโดยไม่ชอบ

กรณีที่มีการปฏิบัติราชการโดยไม่ชอบ หากปรากฏว่ากรณีไม่เป็นไปตามมาตรฐานการกระทำที่วิญญูชนพึงกระทำ โดยถือว่าเกิดความผิดแล้วหากความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น วิญญูชนอาจคาดเห็นและหลีกเลี่ยงได้ ในกรณีนั้น หน่วยงานของรัฐก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดแก่เอกชน

## (2.2) กรณีที่มีได้มีการปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องกระทำ

เป็นการงดเว้นกระทำการ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การกระทำ ความผิดของรัฐ อาจจะเป็นการกระทำอันใดอันหนึ่งหรือการงดเว้นการกระทำซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องกระทำก็ได้ หากรัฐงดเว้นการกระทำดังกล่าวรัฐก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เอกชน ทั้งนี้ก็เพราะงานราชการ ทั้งนี้ก็เพราะราชการหรืองานบริการสาธารณะมิใช่เป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐที่จะเลือกจะกระทำการหรือไม่ก็ได้ แต่ก็เป็นหน้าที่ที่หน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติ

## (2.3) กรณีที่ปฏิบัติราชการล่าช้ากว่าที่ควร

โดยปกติรัฐจะต้องปฏิบัติการณ์อันเป็นหน้าที่ของตนภายในเวลาอันสมควร หากรัฐมิได้ปฏิบัติการณ์ดังกล่าวภายในเวลาอันสมควรแล้ว ถือว่ารัฐกระทำผิดและต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายแก่เอกชน

## (3) ความรับผิดชอบร่วมกัน (Le cumul de responsabilité)

เป็นกรณีการละเมิดที่มีความรับผิดชอบร่วมกันทั้งความรับผิดของรัฐและของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นส่วนตัว อันเนื่องมาจากการกระทำเดียวกัน ขอบเขตความรับผิดในประเภทนี้ค่อนข้างจะกว้างขวางโดยเป็นนโยบายในทางกฎหมายที่จะช่วยผู้เสียหายให้ได้รับการเยียวยา เพราะอาจเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเดียวกันไม่มีเงินเพียงพอจะชดใช้ได้ดีพอก็ได้<sup>163</sup> กล่าวโดยสรุป คือเป็นเรื่องความรับผิดทั้งของเจ้าหน้าที่และของฝ่ายปกครองที่มีต่อบุคคลอื่น โดยความรับผิดเช่นนี้เกิดจากเหตุได้หลายประการ ปรากฏในคำพิพากษาคดี Anquet ในปี ค.ศ. 1911 เกี่ยวกับชายผู้หนึ่งติดอยู่ในที่ทำการไปรษณีย์และถูกทำร้ายโดยเจ้าหน้าที่ไปรษณีย์ นาย Anquet เรียกร้องให้รัฐชดใช้ แต่ถูกปฏิเสธว่าเป็นความผิดโดยส่วนตัว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นความผิดส่วนตัวจริง แต่ในขณะเดียวกันหน่วยงานเองก็ดำเนินงานไม่ดีเพราะว่าปิดประตูก่อนเวลาเลิกงานและวินิจฉัยว่าความเสียหายเกิดจากความผิดของหน่วยงานด้วย ผลจึงให้รัฐชดใช้ค่าทดแทนทั้งหมด และยืนยันว่าผู้ได้รับความเสียหายอาจเลือกฟ้องเจ้าหน้าที่เป็นส่วนตัวต่อศาลยุติธรรมหรือฟ้องรัฐบาลต่อศาลปกครองได้<sup>164</sup>

## 2) ความรับผิดที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนคู่สัญญา

เมื่อมีการปฏิวัติครั้งใหญ่ขึ้นในปี ค.ศ. 1789 มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองและแบ่งแยกอำนาจของรัฐออกเป็น 3 องค์การ คือ องค์กฤษฎีกา องค์การบริหาร และองค์การตุลาการ ซึ่งการดำเนินการขององค์การบริหารที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะมีฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการแม้จะอยู่ภายใต้กฎหมายที่เท่าเทียมกันกับเอกชนก็ตาม แต่ก็ได้มีการให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อความสะดวกรวดเร็ว และ

<sup>163</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 21-22.

<sup>164</sup> พูนศักดิ์ ไวสารวง, เรื่องเดิม, หน้า 593.

ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน ซึ่งอำนาจพิเศษดังกล่าวของประเทศฝรั่งเศสนั้นมีบ่อเกิดมาจาก คำพิพากษาศาลปกครอง ความเห็นของนักวิชาการในฝรั่งเศส บทบัญญัติกฎหมายหลายลักษณะ อักษรที่ให้อำนาจและหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นอำนาจฝ่ายเดียวที่ฝ่ายปกครองมีเหนือเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะและอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้เป็นการแสดงถึงว่า บริการสาธารณะใดที่ผู้จัดทำมีอำนาจพิเศษถือว่ากิจกรรมนั้นเป็นบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำ ไม่เพียงแต่บริการสาธารณะที่รัฐจัดทำเท่านั้นที่รัฐมีอำนาจพิเศษ บริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำรัฐก็มีอำนาจพิเศษเหนือเอกชนได้ในบางกรณี เช่น การเวนคืนที่ดินเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น รวมถึงการใช้สิทธิในการแก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญา หากการใช้อำนาจดังกล่าวนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอำนาจพิเศษดังกล่าวที่รัฐมีเหนือเอกชนคู่สัญญาเรียกว่า เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ<sup>165</sup>

การควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนนั้น เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ เมื่อรัฐใช้อำนาจในการควบคุม กำกับดูแลที่เรียกว่าเอกสิทธิ์ของรัฐนั้นหากทำให้เอกชนได้รับความเสียหายหรือไม่เป็นไปตามกฎหมายรัฐจะต้องมีความรับผิดชอบต่อเอกชน โดยอำนาจที่ใช้นั้นเป็นอำนาจฝ่ายเดียวมี 2 กรณีที่รัฐใช้อำนาจในการควบคุม กำกับดูแล มีรายละเอียดดังนี้

#### (1) ความรับผิดชอบที่เกิดจากการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐ

ภายใต้เจตนารมณ์เพื่อประโยชน์มหาชน คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ โดยเฉพาะในสัญญาที่รัฐได้มอบบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำเพราะเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะโดยตรง ทั้งนี้การจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานในการบริการสาธารณะ คือ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักความเสมอภาค และหลักการอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ จากการอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะนี้เอง ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถเข้ามาแทรกแซงในการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนให้ปรับปรุงแก้ไขบริการสาธารณะให้ทันสมัยและทันต่อความต้องการใหม่ ๆ ได้ ถือเป็น การเพิ่มภาระให้เอกชนคู่สัญญาเพราะไม่มีการกำหนดไว้ในสัญญา แต่สิ่งเหล่านี้กลายเป็นสิ่งจำเป็นในภายหลังเพื่อตอบสนองต่อบริการสาธารณะ<sup>166</sup> โดยการขอแก้ไขนั้นอาจทำได้ในหลายเรื่อง เช่น อาจแก้ไขระยะเวลาของสัญญา แก้ไขเพิ่มเติมหรือลดหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ลดหรือเพิ่มจำนวนทรัพย์สินตามสัญญาที่จะต้องส่งมอบหรือแม้แต่การแก้ไขเงื่อนไขการปฏิบัติตามสัญญาและสามารถแก้ไขได้ฝ่ายเดียว สำหรับในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติผิดไปจากข้อกำหนดในสัญญา ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาหรือไม่ก็ตาม เป็นเรื่องที่ไม่ได้อยู่ในขอบเขตการแก้ไขสัญญาแต่เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตการใช้อำนาจล้นโทษของรัฐ รัฐจะสามารถแก้ไขสัญญาได้มี 3 กรณี คือ กรณีที่มีกฎหมาย กรณีที่ข้อกำหนดในสัญญากำหนดเอาไว้ให้

<sup>165</sup> สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, **สรุปหลักกฎหมายปกครองเรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง**, หน้า 13-15.

<sup>166</sup> บุบผา อัครพิมาน, **สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย**, หน้า 127-128.

คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว และกรณีที่ไม่มีความหมายและข้อสัญญากำหนดไว้<sup>167</sup>

การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐในประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นการประสานประโยชน์ของบริการสาธารณะกับประโยชน์ส่วนตัวของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพราะประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็เป็นประโยชน์ตามสัญญาซึ่งเป็นประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และหากให้คู่สัญญาต้องเสี่ยงในการรับภาระจากความไม่แน่นอนของการดำเนินบริการสาธารณะเพียงฝ่ายเดียวก็จะมีเอกชนรายใดยอมเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐหรือหากจะเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐก็จะคำนวณราคาความเสี่ยงไว้สูงมากอันจะกระทบกับผู้ใช้บริการโดยรวม ดังนั้น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐจึงมาควบคู่กับการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเต็มจำนวนอันเป็นผลที่เกิดจากการแก้ไขสัญญาของรัฐเนื่องจากการเรียกร้องการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คู่สัญญาต้องแสดงให้เห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนนั้น หมายถึง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการชดใช้ทั้งค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (damnum emergens) และค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้<sup>168</sup>

ดังนั้น ฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา โดยเฉพาะหนี้คู่สัญญาฝ่ายเดียว โดยปกติ สัญญาทางแพ่งที่ทำขึ้นแล้วฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียวจะแก้ไขข้อสัญญาไม่ได้ตามทฤษฎีความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนั้น สัญญาทางแพ่งจึงยึดหลัก ความเปลี่ยนแปลงไม่ได้ของสัญญา แต่ในสัญญาทางปกครองที่ทำเพื่อบริการสาธารณะโดยแท้ และเนื่องจากบริการสาธารณะจะต้องปรับปรุงให้ทันความต้องการส่วนรวมอยู่เสมอ ฝ่ายปกครองจึงต้องมีเอกสิทธิ์แก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อให้สนองต่อความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์สาธารณะได้ หลักในสัญญาทางปกครองจึงได้แก่ความเปลี่ยนแปลงได้ของข้อสัญญาตามบริการสาธารณะ แต่ในการใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขสัญญาทางปกครองนั้นมีข้อสังเกต ดังนี้<sup>169</sup>

1. หลักนี้ใช้กับสัญญาทางปกครองทุกประเภท แต่ที่พบบ่อยที่สุดคือสัญญาก่อสร้างสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน และสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ
2. อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดี่ยวนี้อาจต้องมีสาเหตุมาจากการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ตามอำเภอใจไม่ได้
3. ข้อจำกัดอำนาจในการแก้ไขฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองต่อไปก็คือฝ่ายปกครองจะลดค่าตอบแทนตัวเงินที่ตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวไม่ได้ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อ

<sup>167</sup> พิษณุ กลั่นอนุรักษ์, ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 63-64.

<sup>168</sup> บุบผา อัครพิมาน, “ผลของสัญญาทางปกครองระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน บทความทางวิชาการเล่ม 1: กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ เอกสารประกอบสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 เรื่องสัญญาทางปกครองและพัสดุ, หน้า 29-30.

<sup>169</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง, หน้า 99-102.

สัญญาฝ่ายเดียวนั้นจะต้องไม่เกินขนาด เอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เช่น ขอให้เอกชนชำระหนี้ใหม่อื่นที่ไม่ได้กำหนดและเกี่ยวข้องกับสัญญาเลย หรือขอให้เพิ่มของจากที่กำหนดในสัญญาถึงสามเท่าตัวทั้งที่ไม่สามารถแสดงได้ว่าความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเพิ่มขึ้นขนาดนั้น ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะฝ่ายปกครองกับเอกชนทำสัญญาเพื่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญาบางอย่าง การเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจนทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาใหม่ และการเปลี่ยนแปลงตามอำนาจอำเภอใจอาจไม่เป็นธรรมสำหรับคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาโดยรู้ว่าตนมีข้อจำกัดทางเทคนิคหรือการเงิน

4. เมื่อฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขสัญญาแล้ว ฝ่ายปกครองต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนเป็นการแลกเปลี่ยน ตามทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ในการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐมีปรากฏในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ดังนี้

1. คำพิพากษาเมื่อปี 1958 ในคดี *Distilleris de Magnae – Laval* สภาแห่งรัฐได้เขียนคำพิพากษาไว้อย่างชัดเจนว่า “ไม่ว่าจะในกรณีใดก็ตามถือว่าเป็นอำนาจของรัฐบาลในการยกเลิกสัญญาจัดซื้อพัสดุพิพาทภายใต้เงื่อนไขสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนของผู้เดือดร้อนเสียหาย โดยอำนาจดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในสัญญาทางปกครอง”

2. ในคดี *Société concessionnaire du garage parking Saint-Honoré C/ Ville de Paris* ลงวันที่ 3 พฤษภาคม 1974 ได้ตัดสินยืนยันว่า “คำขอของผู้รับสัมปทานที่มุ่งจะให้ศาลปกครองเป็นผู้ชี้ขาดในการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจสั่งให้ได้”

ในคดีดังกล่าวศาลยอมรับไว้ชัดเจนว่า อำนาจการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวรวมถึงอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง ดังนั้นแม้ไม่มีกฎหมายหรือข้อกำหนดเอาไว้ฝ่ายปกครองก็สามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้ฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาจะผลักภาระโดยการร้องขอต่อศาล ให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ไม่ได้

(2) ความรับผิดชอบที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐ

อำนาจของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวล้วนแต่มีที่มาจากทฤษฎีและแนวความคิดของบริการสาธารณะทั้งสิ้น ดังนั้น ในการจัดทำบริการสาธารณะหากรัฐไม่มีอำนาจพิเศษเหนือเอกชน รัฐไม่สามารถที่จะดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้ลุล่วงไปได้ตามวัตถุประสงค์ของรัฐ อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจึงเป็นอำนาจฝ่ายเดียวที่มีเหนือเอกชนเพื่อใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>170</sup> การเลิกสัญญาโดยรัฐจึงเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐอย่างหนึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองใช้ยกเลิกเมื่อเอกชนทำผิดสัญญานั้นจะต้องเป็นสัญญาสัมปทานหรือสัญญาอื่น ๆ ที่มีการลงทุนค่อนข้างสูง

อำนาจในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนี้รัฐสามารถตัดสินใจได้เองโดยไม่ต้องมาศาลภายหลังการเตือนให้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว เอกชนยังไม่ทำตาม ก็อาจสั่งให้เอกชนชดใช้ค่าเสียหาย และถ้าจำเป็นอาจเข้าทำการแทนเอกชนเอง หรือให้บุคคลที่สามมาทำการแทนโดยเอกชนคู่สัญญาต้องจ่ายค่าใช้จ่ายให้ และหากฝ่ายปกครองเห็นสมควร จะใช้

<sup>170</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 451.

สิทธิเลิกสัญญาก็ได้ ข้อยกเว้นมีอยู่เรื่องเดียวคือ การวินิจฉัยว่าเอกชนผิดสัญญาสัมปทานอย่างร้ายแรง จนถึงขั้นต้องเลิกสัญญา ต้องให้ศาลวินิจฉัย เพราะความเสียหายกับเอกชนมีมากในกรณีสัญญาสัมปทาน

การบอกเลิกสัญญานั้นใช้ได้ทั้งในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาผิดสัญญาอย่างร้ายแรงและในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาไม่ผิด แต่ว่าการบอกเลิกสัญญานั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชน ซึ่งในกรณีหลังนี้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับค่าเสียหายอย่างเต็มที่เนื่องจากการลงโทษในลักษณะนี้มีผลค่อนข้างรุนแรง เพราะทำให้สัญญาสิ้นสุดลงและเอกชนไม่มีสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอีกต่อไป ซึ่งมีผลทำให้งานหรือบริการที่เป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องหยุดชะงักลง ดังนั้น เงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการลงโทษโดยการเพิกถอนสิทธิของคู่สัญญา (déchéance) จึงค่อนข้างเข้มงวด โดยต้องปรากฏว่าประการแรก ฝ่ายปกครองต้องเลือกใช้การลงโทษโดยวิธีการนี้เป็นวิธีการสุดท้าย (Ultima ratio) เท่านั้น หลังจากที่ใช้วิธีการลงโทษโดยวิธีการอื่น ประการที่สอง ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นจะต้องมีลักษณะร้ายแรงถึงขนาด (une faute d' une particulière gravité) ส่วนใหญ่ในบันทึกเงื่อนไขต่อท้ายสัญญา (cahiers des charges) มักจะมีการกำหนดลักษณะของความผิดที่อาจเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนถูกเพิกถอนสิทธิตามสัญญาได้ เช่น ในสัญญามอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจ่ายน้ำประปา (affermage des distributions publiques d'eau potable) ข้อ 48 ของบันทึกเงื่อนไขต่อท้ายสัญญา กำหนดการเพิกถอนสิทธิตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนว่า ในกรณีที่มีการทำผิดสัญญาอย่างร้ายแรงของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยเฉพาะการไม่จ่ายน้ำประปาให้ผู้ใช้น้ำตามเงื่อนไขที่กำหนดในบันทึกเงื่อนไขต่อท้ายสัญญาหรือการทำให้การบริการต้องหยุดชะงักลง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจถูกเพิกถอนสิทธิการเป็นคู่สัญญาได้ส่วนในสัมปทานให้เอกชนจ่ายน้ำประปา (concessions de distribution publique d'eau potable) กำหนดเหตุที่ฝ่ายเอกชนอาจถูกเพิกถอนสิทธิการเป็นคู่สัญญาได้ เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่นำเสนอแผนการดำเนินงานตามสัญญาต่อคู่สัญญาฝ่ายปกครอง หรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาให้เสร็จภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบันทึกเงื่อนไขต่อท้ายสัญญา

ในการที่รัฐใช้อำนาจฝ่ายเดียวบอกเลิกสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีข้อสังเกต ดังนี้<sup>171</sup>

1. เป็นมาตรการที่มีได้มีความมุ่งหมายแต่เพียงการเยียวยาความเสียหายเท่านั้น หากแต่มุ่งถึงการบังคับให้มีการปฏิบัติ (l'exécution effective) ที่สอดคล้องกับความต้องการของประโยชน์สาธารณะด้วย
2. เป็นสิทธิของฝ่ายปกครองที่จะใช้มาตรการดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ แม้จะไม่มีข้อกำหนดของสัญญากำหนดให้สิทธิเช่นนั้น คือ ฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับความบกพร่องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เสมอ แม้ว่าในสัญญาจะไม่ได้กำหนดไว้ (คำพิพากษาศาลแห่งรัฐลงวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1907 ในคดี Deplanque)
3. การใช้สิทธิดังกล่าวเป็นการตัดสินใจเพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความผิดเสียก่อน เพียงแต่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งเตือนให้

<sup>171</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 121-122.

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบก่อนเท่านั้น จะเห็นได้ว่าการปฏิบัติตามสัญญากลับปรากฏว่ามีการใช้วิธีการที่เรียกว่า คำสั่งทางปกครองและเอกสิทธิ์ที่จะบังคับให้ดำเนินการไปก่อน (privlège du préalable) ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของการใช้อำนาจสาธารณะ

ในการใช้อำนาจของรัฐบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวดังกล่าวนี้มีปรากฏในคำพิพากษา ของสภาแห่งรัฐ ดังนี้

1. สภาแห่งรัฐเคยตัดสินไว้ในคดี Peulabeuf ปี 1950 ว่า “ตามสัญญาข้อ 6

ในกรณีที่ผู้ลงทุนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ และการออกคำสั่งของฝ่ายปกครองให้คู่สัญญาปฏิบัติตามไม่เป็นผล คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถเข้าไปดำเนินการแทนคู่สัญญาได้เอง” ทั้งนี้ก็เพื่อให้การดำเนินการตามสัญญาอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะไม่หยุดชะงัก

2. อำนาจในการสั่งให้คู่สัญญายุติการปฏิบัติตามสัญญาเป็นการชั่วคราว โดยไม่จำเป็นต้องมีการเตือนล่วงหน้าก่อน<sup>172</sup>

3. คู่สัญญาฝ่ายปกครองสงวนสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาเช่าทรัพย์สินที่มีกับเอกชนฝ่ายเดียว หากปรากฏว่าฝ่ายเอกชนไม่ดูแลบำรุงรักษาทรัพย์สินของตนเอง<sup>173</sup>

4. ในคดี Compagnie Nouvelle du gaz de Deville – Lès – Rouen ปี 1902 โดยในปี 1874 บริษัทเอกชนได้ทำสัญญากับเทศบาลเมือง Rouen เพื่อตามไฟถนน โดยมีได้ระบุว่าจะให้ตามไฟด้วยวิธีการใด บริษัทผู้รับสัมปทานได้ตามไฟด้วยก๊าซ ในปี 1887 ได้มีการขยายอายุของสัญญาออกไปโดยมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาในสัญญา โดยขณะนั้นเมืองใกล้เคียงเริ่มมีการตามไฟถนนด้วยไฟฟ้าแล้ว ต่อมาเทศบาลเมือง Rouen เรียกร้องให้บริษัทผู้รับสัมปทานตามไฟถนนด้วยไฟฟ้าแต่บริษัทปฏิเสธ เทศบาลจึงไปทำสัญญากับบริษัทอื่นให้มาตามไฟถนนด้วยไฟฟ้า บริษัทผู้รับสัมปทานรายแรกจึงมาฟ้องเรียกค่าเสียหาย เพราะทำให้เขาเสียสิทธิผูกขาดในการตามไฟถนนแต่เพียงผู้เดียวตามสัญญาไป ซึ่งศาลตัดสินว่าฝ่ายปกครองมิได้ระบุวิธีการตามไฟในการขยายอายุสัญญาออกไป ทั้งที่ขณะนั้นเทศบาลใกล้เคียงเริ่มใช้วิธีการตามไฟด้วยไฟฟ้ากันแล้วจึงถือว่าคู่สัญญาทั้งสองมีส่วนผิดที่ไม่ระบุเงื่อนไขให้ชัดเจนและถือว่าเจตนาของคู่สัญญาต้องการให้มีการตามไฟด้วยวิธีการใดก็ได้ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิตามสัญญาในการตามไฟด้วยวิธีการใดก็ได้ แต่ขณะเดียวกันคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็มีสิทธิที่จะมอบให้บุคคลอื่นเข้ามาทำการตามไฟถนนด้วยไฟฟ้าได้ หากคู่สัญญาเดิมปฏิเสธที่จะทำภายใต้เงื่อนไขใหม่ ทั้งนี้เพราะถือว่าความต้องการในบริการสาธารณะเปลี่ยนแปลงไปแล้ว ดังนั้นฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องให้การตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะที่เปลี่ยนแปลงไป

<sup>172</sup> คดี C.E., 8 มกราคม 1965, daFonseca, Rec. 7; บุนผา อัครพิมาน, “ผลของสัญญาทางปกครองระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน *บทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ เอกสารประกอบสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 เรื่องสัญญาทางปกครองและพัสดุ*, หน้า 4.

<sup>173</sup> คดี C.E., 23 ธันวาคม 1952, Dame Vve Lillo, p. 573; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 5.

5. ฝ่ายปกครองต้องเลือกใช้การลงโทษโดยวิธีการบอกเลิกสัญญา<sup>174</sup> เป็นวิธีการสุดท้าย (Ultima ratio) เท่านั้น หลังจากทีวิธีการลงโทษโดยวิธีการอื่น เช่น การเรียกค่าเสียหายหรือการเข้าดำเนินการแทนใช้ไม่ได้ผล<sup>174</sup>

3.1.2.3 การเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดของรัฐในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

ในการที่รัฐควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้น ไม่ว่าจะเอกชนที่ได้รับมอบภารกิจอย่างไรไปจัดทำบริการสาธารณะ ก็อาจมีความเสียหายเกิดขึ้นกับประชาชนผู้รับบริการสาธารณะและเอกชนคู่สัญญาได้ไม่ว่าจะเป็นการละเมิดทางปกครองหรือการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อเกิดความเสียหายทำให้รัฐต้องมีความรับผิดชอบต่อเอกชนคู่สัญญาหรือประชาชนผู้รับบริการบริการสาธารณะ ในประเทศฝรั่งเศสนั้นความรับผิดที่เกิดจากการควบคุม กำกับดูแลสามารถดำเนินการทางศาลปกครองเพื่อได้รับการเยียวยาความเสียหายไม่ว่าจะเป็นการทำให้ผู้เสียหายได้กลับเข้าสู่สถานะเดิมหรือการได้รับชำระค่าเสียหายเป็นตัวแทน ซึ่งการชำระค่าเสียหายเป็นตัวแทนนั้น เป็นรูปแบบการเยียวยาที่เกิดขึ้นได้เฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นสามารถคำนวณเป็นเงินตราได้ โดยเฉพาะความเสียหายที่เกิดแก่ร่างกายนั้น การเยียวยาความเสียหายด้วยการชำระค่าเสียหายนี้ จะเป็นรูปแบบการเยียวยาเพียงรูปแบบเดียวเท่านั้นที่เป็นไปได้<sup>175</sup>

การฟ้องคดีปกครองในประเทศฝรั่งเศสมี 4 ประเภทคือ 1. คำฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง 2. คำฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาล 3. คำฟ้องขอให้ศาลตีความหรือพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง 4. คำฟ้องที่ศาลปกครองมีอำนาจลงโทษทางอาญา ผู้วิจัยขอกล่าวถึงการฟ้องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของรัฐในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น คือการฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองและคำฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาล ดังนี้

#### 1) การฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

(1) ลักษณะทั่วไปของคำฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง คำฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำฟ้องที่มีวัตถุประสงค์ขอให้ศาลเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น คำฟ้องประเภทนี้จึงต้องควบคุมการกระทำ

<sup>174</sup> คดี Concl. Romieu sous C.E., mai 1907, Deplanque, Rec. 514 et sous C.E., 20 janvier, 1905, Cie départementales des eaux, Rec. 57: Obs. R. Alibert, C.E., 12 avril 1935, Sté rurale de distribution électrique, S., 1935, 3, p. 125; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 16.

<sup>175</sup> เจตน์ สถาวรศีลพร, การเยียวยาความเสียหายโดยศาลปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด หรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการกระทำทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส, ใน *เอกสารประกอบสัมมนาตุลาการศาลปกครองชั้นต้นครั้งที่ 1/2551 เรื่อง การคำนวณความเสียหายหรือค่าทดแทนในคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3), กรุงเทพมหานคร, 2551, หน้า 1-2.*

ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายเป็นสำคัญ มิได้มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลแต่อย่างใด ผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้ได้จึงไม่จำเป็นต้องถูกกระทบสิทธิจากการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่ประโยชน์ของตนถูกกระทบกระเทือนก็เพียงพอแล้วที่จะถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีอำนาจฟ้อง แม้ว่าคำฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนี้จะมุ่งเน้นไปที่การขอให้เพิกถอนการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ แต่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองฝรั่งเศสบุคคลยังอาจใช้คำฟ้องนี้สำหรับการปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครองหรือการเพิกเฉยไม่ออกคำสั่งทางปกครองได้อีกด้วย โดยกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองฝรั่งเศสถือว่าการไม่ออกคำสั่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายในเวลาที่กำหนดเท่ากับเป็นการปฏิเสธคำสั่ง ซึ่งการปฏิเสธนี้ถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง การที่กฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้สร้างจินตภาพในทางกฎหมายดังกล่าวขึ้นเนื่องจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ทั้งนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสอาจกำหนดไว้ในคำพิพากษาให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการออกมาตรการทางปกครองซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองได้<sup>176</sup>

ดังนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงใช้วิธีการสร้างจินตภาพในทางกฎหมายเพื่อกำหนดให้การเพิกเฉยของฝ่ายปกครองเป็นการปฏิเสธคำขอที่จะทำให้ศาลปกครองเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ขึ้นมาได้ จากที่กล่าวไปข้างต้นเหตุผลของคำฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง จึงแยกพิจารณาได้ ดังนี้<sup>177</sup>

(1.1) เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายในแง่รูปแบบ

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายในแง่รูปแบบ มีลักษณะสำคัญอยู่ 2 ประการ ดังนี้

#### (1.1.1) การกระทำโดยไม่มีอำนาจ

การกระทำโดยไม่มีอำนาจ หมายถึง กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้กระทำการนั้น ไม่มีอำนาจจะกระทำได้ตามกฎหมาย เพราะกิจการที่ทำนั้นไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น หรือมีการใช้อำนาจหน้าที่นอกเขตอำนาจของตนตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ อันเป็นการพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับองค์กรผู้ใช้อำนาจ เช่น จะต้องกระทำการโดยองค์กรเดี่ยวหรือองค์กรกลุ่ม

#### (1.1.2) การกระทำผิดแบบ

การกระทำผิดแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ หมายถึง กรณีที่มีการปฏิบัติไม่ครบถ้วนหรือไม่ถูกต้องตามแบบที่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งเป็นเงื่อนไขในแบบวิธีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง กรณีนี้ก็จะเกิดเหตุที่ศาลจะสั่งเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองได้และถือว่าเป็นวิธีการที่จะควบคุมฝ่ายปกครองมิให้กระทำการบกพร่องได้อีกทางหนึ่ง

<sup>176</sup> นฤมล ชนระรัตน์, ปัญหาการจัดทำคำพิพากษาและการกำหนดค่าบังคับในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 92-93.

<sup>177</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 94-95.

(2.1) เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายในแง่เนื้อหา

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายในแง่เนื้อหา มีลักษณะสำคัญอยู่ 2 ประการ ดังนี้

(2.1.1) การใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

การใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจหน้าที่ตรงตามกฎหมาย แต่มีความมุ่งหมายอย่างอื่นที่ไม่ใช่ความมุ่งหมายที่ได้รับมอบอำนาจหน้าที่ให้ใช้ตามกฎหมาย หรือใช้อำนาจหน้าที่โดยผิดเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ โดยอาจจะเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเพื่อมุ่งต่อประโยชน์ส่วนตัวหรือรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม

(2.1.2) การกระทำโดยฝ่าฝืนกฎหมาย

การกระทำโดยฝ่าฝืนกฎหมาย หมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการที่ขัดต่อกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายโดยมิชอบ นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และการสำคัญผิดในการตีความบทกฎหมายด้วย

คำฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น มีลักษณะใกล้เคียงกับประเภทคำฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่มีการแตกต่างกันในวัตถุประสงค์ฟ้องคดีบางประการ กล่าวคือ ในกฎหมายฝรั่งเศสสิ่งที่นำมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนได้จะเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครองหรือมาตรการอื่นใดภายในฝ่ายปกครองไม่ได้ ในขณะที่ศาลปกครองไทยกำหนดคำไว้กว้างกว่า คือ สามารถนำกฎ คำสั่ง หรือการกระทำใด มาเป็นวัตถุประสงค์ฟ้องคดีได้

(2) ลักษณะการกำหนดคำบังคับของคำฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

การฟ้องคดีประเภทนี้ถือว่าเป็นวิธีการตั้งสิทธิในการฟ้องคดีปกครองที่ดีที่สุดของวิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส เนื่องจากเป็นทางที่ทำให้ศาลปกครองควบคุมฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติตามอยู่ในขอบเขตแห่งกฎหมายและอำนาจหน้าที่ ทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนได้มีทางควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองไปในตัวด้วย ศาลปกครองจึงอาจมีคำสั่งได้ 3 ประการ คือ สั่งไม่รับคำฟ้อง สั่งเพิกถอน หรือสั่งยกฟ้อง<sup>178</sup>

2) การฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาล

(1) ลักษณะของคำฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาล<sup>179</sup>

คำฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาลนี้ เป็นคำฟ้องที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของบุคคล ตลอดจนรับรองค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจจะมีคำขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้ ลักษณะคำฟ้องประเภทนี้จึงมุ่งหมายหรือคุ้มครองสิทธิ

<sup>178</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 95-96.

<sup>179</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 97-99.

ของบุคคลคล้ายศาลยุติธรรมมากกว่าที่จะมุ่งเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ออกจากระบบบริหารราชการ ผู้มีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้จึงได้แก่ ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิ คดีที่ฟ้องได้แก่ คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดในทางปกครอง คดีเกี่ยวกับภาษีอากร และคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

การฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาลนี้ มีลักษณะแตกต่างกับคดีที่ฟ้องเพื่อขอให้ศาลสั่งเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองในประการสำคัญ ดังนี้

(1.1) คดีที่ฟ้องเพื่อขอให้ศาลสั่งเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง เกิดขึ้นจากคำสั่งหรือข้อบังคับหรือการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนการฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาลนั้น อาจเกิดจากสัญญาทางปกครอง การกระทำละเมิดในทางปกครองหรือการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

(1.2) คดีที่ฟ้องเพื่อขอให้ศาลสั่งเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง มีความมุ่งหมายที่จะเพิกถอนคำสั่งข้อบังคับหรือการกระทำในทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีลายลักษณ์อักษร ส่วนการฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาลนั้น มีความมุ่งหมายที่จะให้กลับคือสูสิทธิเดิมหรือได้รับค่าสินไหมทดแทน

(1.3) คดีที่ฟ้องเพื่อขอให้ศาลสั่งเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองไม่มีการต่อสู้กันระหว่างคู่ความ ฝ่ายผู้ฟ้องคดีเพียงแต่เสนอหลักฐานว่าคำสั่ง ข้อบังคับ หรือการกระทำในทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้ตนเสียประโยชน์เท่านั้น ส่วนการฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาลนั้น ต้องสู้กันอย่างเต็มที่ ฝ่ายผู้ฟ้องคดีต้องพิสูจน์ว่าตนถูกละเมิดสิทธิ

(1.4) คดีที่ฟ้องเพื่อขอให้ศาลสั่งเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายอย่างใดอย่างหนึ่ง และไม่ต้องใช้ทุนความก็ได้ ส่วนการฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาลนั้น ต้องเสียค่าฤชาธรรมเนียมตามระเบียบและต้องใช้ทุนความเป็นผู้ว่าคดี

การพิจารณาแบ่งแยกคำฟ้องกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองออกจากคำฟ้องที่ศาลมีอำนาจเต็มนั้น มีข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับการเลือกฟ้องคดี กล่าวคือ จะใช้คำฟ้องที่ศาลมีอำนาจเต็มได้ก็ต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ได้มุ่งประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่มุ่งที่จะได้รับการเยียวยาในส่วนอื่นด้วย

ลักษณะทั่วไปของคำฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาลของฝรั่งเศสนี้ พอจะเทียบได้กับอำนาจของศาลปกครองของไทยในประเภทคำฟ้องขอให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำหรืองดเว้นกระทำการตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) และ (4) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(2) ลักษณะการกำหนดค่าบังคับของคำฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาล

คำฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มตามอำนาจของศาลนี้ เป็นคำฟ้องที่ศาลใช้อำนาจของตนอย่างเต็มรูปแบบที่สุดเพื่อให้สิทธิตามกฎหมายของคู่กรณีกลับคืนมา โดยศาล

ไม่ได้มีอำนาจเพียงแต่เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากแต่ยังมีอำนาจพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือสั่งการแทนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ก็ได้ จึงอาจเรียกคดีประเภทนี้ว่าคดีฟ้องขอให้รับรองสิทธิหรือคดีฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนก็ได้ แล้วแต่กรณี<sup>180</sup>

### (3) ประเภทของค่าเสียหาย

ค่าเสียหายจะถูกกำหนดขึ้นในรูปของการชำระเงินทั้งหมดในครั้งเดียว หรือจะกำหนดให้แบ่งชำระเป็นงวดก็ได้ ซึ่งการแบ่งชำระเป็นงวดนี้มักนำมาใช้ในกรณีที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายจนวนร่างกานพิการ ในอีกทางหนึ่ง หากปรากฏว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับนั้นเพิ่มขึ้น ก็อาจมีการร้องขอให้พิจารณากำหนดค่าเสียหายนั้นใหม่อีกครั้งหนึ่งก็ได้ โดยอาจกำหนดในรูปของการชำระทั้งหมดในงวดเดียว หรือแบ่งชำระเป็นงวด ๆ ก็ได้ อนึ่ง การกำหนดค่าเสียหายใหม่นี้ จะพิจารณาโดยอาศัยฐานจากสถานะทางเศรษฐกิจในวันที่ยื่นคำร้องขอให้พิจารณากำหนดค่าเสียหายให้ใหม่<sup>181</sup>

ดังนั้น การที่รัฐมีอำนาจควบคุม กำกับดูแลเอกชนในการให้บริการสาธารณะ หากการใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อเอกชนคู่สัญญาหรือประชาชนผู้ได้รับบริการสาธารณะให้ได้รับความเสียหาย ผู้เสียหายก็มีสิทธิในการฟ้องศาลปกครองให้พิจารณาและวินิจฉัยตามประเภทการฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มตามอำนาจของศาลได้

## 3.2 ประเทศอังกฤษ

ระบบกฎหมายของอังกฤษไม่มีการจำแนกประเภทของกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนที่ถือว่ามีเนื้อหาที่แยกจากกันโดยชัดเจนดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสหรือไทย ดังนั้นระบบสัญญาที่เป็นอยู่ในประเทศอังกฤษจึงไม่มีการจำแนกว่ามีสัญญาตามกฎหมายมหาชนที่แยกออกไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนแต่อย่างใด ดังนั้นสัญญาในภาครัฐของอังกฤษจึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะพื้นฐานเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยทั่วไป คือต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทั่วไปและต้องอยู่ภายใต้อำนาจของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งโดยทั่วไป<sup>182</sup>

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศอังกฤษจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเหมือนในประเทศไทยและฝรั่งเศส แต่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศอังกฤษมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการบริการสาธารณะที่เรียกว่า Public Private

<sup>180</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 99-100.

<sup>181</sup> เจตน์ สถาวรศีลพร, *เรื่องเดิม*, หน้า 3-4.

<sup>182</sup> Colin C. Turpin, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII (Leiden, Netherlands: Martinus Nijhoff, 1982), p. 34 อ้างถึงใน บุญส่ง ศิริพันธ์โนน, *สิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขสัญญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 38-39.

Partnerships หรือสัญญา PPP การศึกษาสัญญาของภาครัฐของประเทศอังกฤษจึงควรที่จะศึกษา เพื่อจะได้นำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับสัญญาที่รัฐให้ออกชนจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย

### 3.2.1 วิวัฒนาการและขั้นตอนในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน

#### 3.2.1.1 วิวัฒนาการของบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ หรือที่เรียกว่ากฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่เหมือนในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ หรือที่เรียกว่าระบบประมวลกฎหมาย สัญญาของภาครัฐในอังกฤษจึงย่อมมีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด ทั้งในเรื่อง การนำคดีขึ้นสู่ศาล หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และกฎหมายที่ใช้บังคับเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น ดังนั้นการศึกษาถึงการแบ่งแยกของความเป็นกฎหมายมหาชนและเอกชนของประเทศอังกฤษจึงเป็นสิ่งสำคัญ

ประเทศอังกฤษยอมรับความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ในขณะที่ประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายเน้นการแบ่งแยกพิจารณาคดีพิพาทคดีตามกฎหมายแต่ละประเภทออกจากกัน ระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษกลับเน้นวิธีพิจารณาความสำหรับคดีแต่ละประเภทว่ามุ่งบังคับแก่กิจการสาธารณะของหน่วยงานของรัฐหรือบังคับแต่สิทธิเอกชนของพลเมือง นักวิชาการใช้คำว่า กฎหมายมหาชน ในความหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง เมื่อนักกฎหมายอังกฤษพูดถึงกฎหมายมหาชนก็จะมุ่งถึงประเด็นการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) อาจกล่าวได้ว่าความแตกต่างของกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนตามความเป็นจริงของกฎหมายอังกฤษ คือ หากประชาชนประสงค์จะฟ้องร้องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรปกครอง วิธีการที่นำมาใช้บังคับได้แก่ กระบวนการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการนั่นเอง แต่คดีจะไม่ได้รับการพิจารณาจากศาลอื่นเพราะไม่มีระบบศาลปกครองแยกออกไปจากระบบศาลธรรมดา แม้ว่าจะมีคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญทางปกครองหลายคณะ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญยังอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลธรรมดา สาธารณชนในประเทศอังกฤษไม่เคยคำนึงว่าคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ มีสถานะเป็นศาล และกฎหมายปกครองในอังกฤษมิได้แยกออกจากกฎหมายทั่วไปในกฎหมายประเพณี สัญญาระหว่างเอกชนกับรัฐบังคับตามหลักเกณฑ์เดียวกับที่ใช้ตามสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลอังกฤษไม่มองว่ากฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนมีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด<sup>183</sup>

ตามกฎหมายของอังกฤษ อำนาจในการมอบหมายให้ผู้อื่นเป็นคู่สัญญาและดำเนินการตามสัญญา (Delegation) เป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ให้หน่วยงานของรัฐอย่างชัดเจน และไม่ใช่เป็นเรื่องของตัวการและตัวแทน (Principal and Agent) ตามกฎหมายเอกชน ดังนั้นความคิดต่าง ๆ ในเรื่องของกฎหมายตัวการและตัวแทน เช่น ตัวแทนเซิต หรืออำนาจโดยปริยายของ

<sup>183</sup> จิรนิติ หะวานนท์, “กฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษกับระบบประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส,” *ตุลพาท* 44 (มกราคม-มีนาคม 2540): 88-89.

ตัวทาน จึงนำมาใช้บังคับไม่ได้<sup>184</sup> ยกเว้นการทำงานในกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ จะมีการมอบอำนาจให้กันเสมอ เพราะถือว่าข้าราชการในกระทรวงคือส่วนหนึ่งของตัวรัฐมนตรีนั่นเอง เว้นแต่สภาพของเรื่องจะเป็นอำนาจเฉพาะตัวของรัฐมนตรี<sup>185</sup> การศึกษาวิวัฒนาการของการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนในประเทศอังกฤษนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ยุคสมัย ได้แก่

1) ยุคพระราชอำนาจของกษัตริย์

พระเจ้าวิลเลียม ได้ทรงสถาปนาระบบอบคักดินารวมศูนย์อำนาจ และพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในอังกฤษ (Royal Prerogative) เป็นที่มาของสถาบันต่าง ๆ ในระบอบการปกครองและระบบกฎหมายอังกฤษ โดยทรงใช้พระราชอำนาจผ่านสภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน หรือที่เรียกว่า Privy Council ในปัจจุบันการบริหารราชการแผ่นดินทางด้านนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ โดยในทางตุลาการที่สำคัญพระมหากษัตริย์จะทรงพิจารณาคดีผ่านศาลหลวง ซึ่งเดิมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีที่มีความสำคัญเท่านั้น ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเขตอำนาจของศาลต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการศึกษาการพิจารณาคดี (Judicature Act 1873) และ 1875 นับแต่นั้นเป็นต้นมาจนกระทั่งปัจจุบัน ศาลหลวงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป คำพิพากษาของศาลหลวงเป็นคำพิพากษาที่มีผลผูกพันทั่วราชอาณาจักรตามหลักจารีตประเพณีที่มีผลทั่วไปอันเป็นที่มาของคำว่า คอมมอนลอว์ (Common Law) และได้วิวัฒนาการระบบศาลของอังกฤษจนกระทั่งเป็นศาลไฮน์คอร์ต (High Court) ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) และศาลสภาขุนนาง (House of Lords) ที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน<sup>186</sup>

ในยุคสมัยดังกล่าวได้ปรากฏหลักการที่สำคัญทางด้านสัญญาของฝ่ายปกครอง 2 ประการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางกฎหมายของรัฐได้แก่ 1. พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้ (The King can do no Wrong) และ 2. พระมหากษัตริย์จะไม่ถูกดำเนินคดีในศาลของพระองค์ (The King could not be Sued in His Own Courts) หลักการดังกล่าวข้างต้นหมายความว่ารัฐ จะถูกฟ้องร้องหรือดำเนินคดีในศาลอันเกิดจากความผิดทั้งหลายไม่ว่าทางสัญญาหรือทางละเมิดมิได้ หากมีการละเมิดเกิดขึ้นโดยข้าราชการหรือรัฐมนตรี เอกชนก็ชอบจะฟ้องให้รัฐมนตรีหรือข้าราชการนั้น ๆ รับผิดชอบส่วนตัวตามหลักกฎหมายแพ่งว่าด้วยเรื่องละเมิดทั่ว ๆ ไปได้ แต่จะฟ้องรัฐไม่ได้<sup>187</sup>

<sup>184</sup> ไชยวัฒน์ บุญนา, “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน: Which Way to Go?,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 35, 2 (มิถุนายน 2549): 271-272.

<sup>185</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, นิติกรรมทางปกครองในกฎหมายอังกฤษ (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2529), หน้า 470.

<sup>186</sup> ขวลิต เศวตสุด, สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 101.

<sup>187</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ระบบควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลในประเทศอังกฤษ,” วารสารกฎหมาย 14, 2 (มกราคม 2536): 70 อ้างถึงใน ขวลิต เศวตสุด, เรื่องเดิม, หน้า 101.

## 2) ยุคอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา

หลักที่ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของสภา (Sovereignty of Parliament) เกิดขึ้นภายหลัง ค.ศ. 1688 สืบเนื่องจากอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการบริหารราชการแผ่นดินที่มีอย่างมากมายและได้มีความพยายามที่จะขยายขอบเขตอำนาจนั้นออกไปอันส่งผลให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติราชการ รวมทั้งทำให้เกิดความเดือนร้อนตลอดจนกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐสภาออกกฎหมายจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อันได้แก่ Bill of Rights 1689 และ Act of Settlement 1701 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติม Bill of Rights ในส่วนของการสืบพระราชบัลลังก์ของราชวงศ์อังกฤษ ยิ่งไปกว่านั้น ต่อมาในภายหลัง รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติ Crown Proceeding Act 1947 เพื่อยกเลิกเอกสิทธิ์ที่จะไม่ถูกดำเนินคดีในศาลในหลายกรณีลง โดยเฉพาะความรับผิดชอบทางแพ่งของรัฐมนตรีซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของผู้ใช้พระมหากษัตริย์ และไม่ต้องรับผิดชอบหลักคอมมอนลอว์ที่ว่าพระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้ และหลักที่ว่าพระมหากษัตริย์จะไม่ทรงถูกดำเนินคดีในศาลของพระองค์<sup>188</sup>

อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าในปัจจุบัน กฎหมายของสหภาพยุโรป และกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนสามารถที่จะมีผลผูกพันที่เหนือกว่ากฎหมายของรัฐสภาก็ตาม แต่กรณีที่จะมีผลเหนือกว่าในลักษณะดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายภายในประเทศได้ให้อำนาจเช่นนั้นไว้โดยชัดแจ้งด้วยเท่านั้น

## 3) ยุคการเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา

เมื่อรัฐสภามีความจำเป็นต้องตรากฎหมายจำนวนมากเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และรัฐสภาไม่อาจที่จะกำหนดรายละเอียดไว้ในกฎหมายแม่บททั้งหมด ประกอบกับรัฐบาลเป็นฝ่ายควบคุมเสียงข้างมากในรัฐสภา รัฐสภาได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถที่จะตรากฎหมายลำดับรองเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทได้ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาและให้อำนาจในการตราพระราชกำหนดได้จะต้องระบุเป็นบทบัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าวด้วยว่า “A Provision in a bill which Enables Primary Legislation to be Amended or Repealed by Subordinate Legislation with or without Further Parliamentary Scrutiny คำสั่งของรัฐมนตรี (Ministerial Orders)” หรือพระราชกฤษฎีกาโดยสภาองคมนตรี (Order in Council) มีสภาพบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ (Same Force as an Act of Parliament) ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติ Deregulation and Contracting Out Act 1994 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่รัฐสภาได้มอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายลำดับรองในปัจจุบัน ได้แก่ พระราชบัญญัติ Regulatory Reform Act 2001

อย่างไรก็ตามถึงแม้กฎหมายลำดับรองอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกกฎหมายแม่บทได้ก็ตาม แต่ผู้ที่ออกกฎหมายลำดับรองมีหน้าที่ที่จะต้องหารือกับผู้มีส่วนได้เสียในผลแห่งประกาศดังกล่าวซึ่งเป็นไปตามหลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายในระบบกฎหมายปกครอง

<sup>188</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 70 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 101.

นอกจากนั้น กฎหมายลำดับรองดังกล่าวก็อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของรัฐสภาด้วยเช่นกัน โดยแยกออกได้เป็น 3 กรณี ได้แก่

(1) กฎหมายทั่วไป ฝ่ายบริหารสามารถที่จะประกาศใช้บังคับกฎหมายลำดับรอง เช่นว่านั้นได้ทันที แต่จะต้องส่งให้รัฐสภาพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย

(2) กฎหมายที่มีความสำคัญ ฝ่ายบริหารจะต้องเสนอร่างต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยรัฐสภามีสิทธิที่จะคัดค้านไม่ให้มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายลำดับรองดังกล่าวได้

(3) กฎหมายที่เกี่ยวกับภาษีอากร และการกระทำความผิดในทางอาญาและอื่น ๆ ที่บัญญัติในพระราชบัญญัติ Regulatory Reform Act 2001 ฝ่ายบริหารจะต้องเสนอเพื่อขอความเห็นชอบต่อและรับรองจากรัฐสภา

โดยผลของกระบวนการและขั้นตอนดังกล่าว อำนาจในทางปฏิบัติของรัฐมนตรีจึงเพิ่มขึ้นอย่างมาก ดังนั้นรัฐสภาจึงได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อพิจารณาควบคุมตรวจสอบการบริหารงานของฝ่ายบริหาร 2 คณะ เพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำที่จะต้องมีการกำหนดขึ้น ได้แก่

1. คณะกรรมาธิการอำนาจของรัฐมนตรี
2. คณะกรรมาธิการพิจารณาอำนาจคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

ของฝ่ายบริหารและการไต่สวน

ในระยะต่อมาได้เกิดกระแสความนิยมในการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคของประเทศอังกฤษ เกิดขึ้นภายใต้แนวความคิดเสรีนิยมของรัฐบาลพรรคอนุรักษนิยม (Conservative Party) โดยมีนางมากาเร็ต แทชเชอร์เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเปิดเสรีให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในบริการสาธารณะ หรือให้เข้ามาบริหารจัดการรัฐวิสาหกิจของภาครัฐโดยการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization) การบริหารภายใต้แนวความคิดเศรษฐกิจเช่นนี้ จึงทำให้รัฐบาลอังกฤษสามารถแก้ปัญหาภาวะเศรษฐกิจที่ตกต่ำเกิดขึ้นทั่วโลกในทศวรรษที่ 70 ได้สำเร็จและเกิดการพัฒนาระบบการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบ Private Finance Initiative ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการร่วมลงทุนแบบ Public Private Partnerships (PPP)<sup>189</sup>

การร่วมลงทุนแบบ Private Finance Initiative ดังกล่าว ได้ปรากฏขึ้นอย่างเป็นทางการในการประกาศผลสำเร็จของการให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการสาธารณะของนาย เคน คลาร์ก (Ken Clarke) ซึ่งเป็น The Chancellor ในปี ค.ศ. 1992 เมื่อพรรคแรงงาน (Labour Party) ได้รับการเลือกตั้งในปี 1997 กระแสความนิยมในการร่วมลงทุนกับภาคเอกชนก็ได้รับการประสานทางนโยบายมาอย่างต่อเนื่อง จนกระทั่งได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการหุ้นส่วนวิภาคของสหราชอาณาจักร (Partnerships UK: PUK) ในปี ค.ศ. 2000 ซึ่งเป็นองค์กรกลางที่มีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาและพัฒนาระบบการเข้าร่วมทุน ทำให้ระบบร่วมทุนของประเทศอังกฤษได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง

<sup>189</sup> กฤษณพงศ์ ชาญวิรวงศ์, ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนวิภาค (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 64.

### 3.2.1.2 กระบวนการในการจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน

ขั้นตอนในการจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนในประเทศอังกฤษนั้น จะไม่เหมือนประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยเพราะในประเทศอังกฤษนั้นจะไม่มีทำให้สัมปทานแต่รัฐบาลอังกฤษก็ต้องการให้มีเอกชนมาลงทุนจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐไม่ว่าจะในรูปแบบการร่วมจัดทำหรือการจัดซื้อจัดจ้างที่มีอยู่แล้วในทุก ๆ ประเทศ ขั้นตอนในการจัดทำนี้จึงสามารถแยกพิจารณาตามรูปแบบของสัญญาของรัฐประเทศอังกฤษ ดังนี้

#### 1) สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

ระเบียบว่าด้วยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแต่ละประเภทในภาพรวมจะมีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ระเบียบข้อบังคับดังกล่าวจะใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ (Public Bodies) ที่ระบุไว้ในระเบียบข้อบังคับนั้นซึ่งจะเรียกว่า หน่วยงานของรัฐที่จะเข้าทำสัญญา (Contracting Authorities) เช่น รัฐมนตรี (Ministers) กระทรวง (Departments) สภาผู้แทนราษฎร (House of Common) สภาขุนนาง (House of Lords) เป็นต้น เมื่อหน่วยงานของรัฐต้องการจะให้มีการเสนอราคาโดยเอกชนคู่สัญญาโดยที่จะจัดซื้อหรือเช่าสินค้าต่าง ๆ ซึ่งกระบวนการที่สำคัญในการดำเนินการเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างแยกได้เป็น 3 ประการ ที่หน่วยงานของรัฐจะเข้าทำสัญญา โดยจะต้องเลือกแนวทางใดแนวทางหนึ่ง ดังนี้<sup>190</sup>

(1) การเชิญชวนให้ร่วมประกวดราคาโดยเปิดเผย (Open Procedure)

การเชิญชวนให้ร่วมประกวดราคาโดยเปิดเผย (Open Procedure) ใช้ในกรณีบุคคลทั่วไปสามารถเข้าร่วมประกวดราคาต่อหน่วยงานของรัฐได้โดยเสรี

#### (2) การจำกัดผู้เข้าร่วมประมูล (Restricted Procedure)

การจำกัดผู้เข้าร่วมประมูล (Restricted Procedure) ใช้ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่จะเข้าทำสัญญาเห็นว่า การจำกัดจำนวนเอกชนคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมเสนอราคาในโครงการที่ต้องการความเชี่ยวชาญเฉพาะเมื่อคำนึงถึงคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาหรือคุณลักษณะทางเทคนิคของสินค้าหรือบริการจะเป็นการสนับสนุนให้มีการเข้าร่วมประกวดราคามากกว่าการประกวดราคาโดยเสรี

#### (3) การเจรจาต่อรอง (Negotiated Procedure)

การเจรจาต่อรอง (Negotiated Procedure) ใช้ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่จะเข้าทำสัญญาต้องการให้มีการนำเสนอโครงการ และมีการเจรจาต่อรองเงื่อนไขและข้อกำหนดต่าง ๆ กับเอกชนรายใดหลายหนึ่งหรือหลายรายเพื่อประโยชน์สูงสุดของรัฐตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขและวิธีการที่กำหนดไว้ในระเบียบดังกล่าว

2) สัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ (Public Private Partnership: PPP)

การเข้าร่วมงานระหว่างภาครัฐกับเอกชนเป็นความพยายามอย่างยิ่งของรัฐบาลในการที่จะฟื้นฟูการจัดให้มีบริการสาธารณะของประเทศอังกฤษซึ่งจะพบว่ามีหลากหลาย

<sup>190</sup> ขวลิต เศวตสุด, *เรื่องเดิม*, หน้า 124-125.

องค์กรภาคเอกชนที่เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในภาครัฐเกี่ยวกับการดำเนินการดังกล่าว ความร่วมมือหรือความช่วยเหลือระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนกลางกับบริษัทเอกชนมักจะถือว่าการเข้าร่วมงานระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชน ฝ่ายบริหารพยายามที่จะขยายขอบข่ายของการให้ความร่วมมือในการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐเนื่องจากเห็นว่าเป็นแนวทางที่ดีที่สุดในการที่จะปรับปรุงบริการสาธารณะให้ดีขึ้นโดยเห็นว่าบริษัทเอกชนจะมีประสิทธิภาพในการบริหารงานแบบข้าราชการในสายการบังคับบัญชาและอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องและความเชี่ยวชาญทางด้านการจัดการและความเฉียบแหลมทางการเงินของภาคเอกชนจะเป็นส่วนสำคัญในการสร้างมูลค่าเพิ่มให้แก่ภาษีอากรของผู้เสียภาษีทั้งหลาย<sup>191</sup>

ในปัจจุบันการให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐในประเทศอังกฤษนั้น จะถูกกำหนดโดยกฎหมาย The Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 ซึ่งกฎหมายทั้ง 2 ฉบับออกเพื่ออนุวัติการตาม Directive ของสหภาพยุโรปที่เป็นการรองรับหลักการเกี่ยวกับมาตรฐานการจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรปตามที่กำหนดไว้ European Communities Act 1972 โดย Public Contracts Regulations 2006 จะเป็นการอนุวัติตาม Directive 2004/18/EC และ The Utilities Contracts Regulations 2006 จะเป็นการอนุวัติตาม Directive 2004/17/EC ซึ่งกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับในสหราชอาณาจักรยกเว้นประเทศสกอตแลนด์<sup>192</sup> การให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐในอังกฤษนั้นมีรูปแบบที่สำคัญ คือ การให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐแบบ Publicfinance Initiative (PFI)

การให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐแบบ Publicfinance Initiative (PFI) ถือว่าเป็นรูปแบบการร่วมดำเนินการรูปแบบหนึ่งของการร่วมดำเนินการแบบ PPP ที่ส่วนใหญ่จะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ออกแบบก่อสร้าง จัดหาเงินทุน และดำเนินงาน โดยรัฐจะเป็นผู้กำหนดผลลัพธ์ที่ต้องการแต่รัฐจะไม่ได้เป็นเจ้าของสินทรัพย์ มีขั้นตอนในการให้เอกชนเข้าร่วมงานดังนี้

#### (1) ขั้นตอนการประเมินความเหมาะสมในการทำสัญญา

การประเมินความคุ้มค่าทางการเงินของโครงการ ถือเป็นขั้นตอนปฏิบัติเริ่มต้นที่หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมว่าโครงการร่วมดำเนินการดังกล่าวเหมาะสมจะใช้วิธีการร่วมดำเนินการกับเอกชนหรือไม่ เนื่องจากโครงการร่วมดำเนินการส่วนใหญ่จะเป็นโครงการที่ใช้งบลงทุนค่อนข้างสูง การประเมินความคุ้มค่าทางการเงินจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมากโดยจะต้องพิจารณาจากปัจจัยหลาย ๆ อย่างประกอบกัน สำหรับขั้นตอนการประเมินความคุ้มค่าทางการเงินของประเทศอังกฤษจะเป็นคู่มือแนวทางปฏิบัติที่ชื่อว่า “Value for Money Assessment Guidance” ที่ออกใช้บังคับในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2006 โดยคู่มือดังกล่าวจะใช้สำหรับการประเมินความคุ้มค่าทางการเงินของโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI เป็นหลัก แต่หาก

<sup>191</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 128.

<sup>192</sup> กุลศักดิ์ ช่วยชู, เรื่องเดิม, หน้า 91.

หน่วยงานของรัฐที่ใช้รูปแบบในการร่วมดำเนินการในระบบ PPP อื่น ที่ไม่ใช่แบบ PFI ก็สามารถใช้คู่มือนี้ในการพิจารณาได้ โดยมี 3 ขั้นตอน ดังนี้<sup>193</sup>

(1.1) ขั้นตอนการประเมินแผนงาน (Programme Level Assessment)

ขั้นตอนการประเมินแผนงานเป็นการวิเคราะห์ในเชิงคุณภาพและคุณภาพและเชิงปริมาณของโครงการว่าแผนงานดังกล่าวมีความเหมาะสมที่จะนำรูปแบบการดำเนินการ แบบ PFI มาใช้กับโครงการดังกล่าวหรือไม่ มีหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1.1.1) แผนงานต้องสามารถใช้ได้จริง (Viability)

การประเมินในส่วนนี้จะเป็นการประเมินเกี่ยวกับประเด็นด้านประสิทธิภาพของโครงการ หน้าที่ความรับผิดชอบ หรือเงินทุนที่จะใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ

(1.1.2) แผนงานต้องตอบสนองต่อความต้องการ (Desirability)

การประเมินในส่วนนี้จะเป็นการประเมินเกี่ยวกับประโยชน์ที่จะได้รับจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างหลาย ๆ รูปแบบ เช่น แรงจูงใจของโครงการและการกระจายความเสี่ยงเทียบกับการจัดซื้อจัดจ้างตามปกติและต้องมีการพิจารณาถึงข้อดีข้อเสียของสัญญา

(1.1.3) แผนงานต้องสามารถทำให้สำเร็จได้ (Achievability)

การประเมินในส่วนนี้จะเป็นการวัดความสนใจของตลาดทักษะและความสามารถของผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชน ความเสี่ยงต่าง ๆ และข้อจำกัดของผู้ให้กู้เงินลงทุน

(1.2) ขั้นตอนการประเมินโครงการ (Project Level Assessment)

ขั้นตอนการประเมินโครงการเป็นขั้นตอนที่พิจารณาเพื่อทำให้แน่ใจว่าโครงการที่จะดำเนินการนั้นสอดคล้องกับแผนงานที่ได้พิจารณาไปก่อนหน้านี้และสามารถนำแผนดังกล่าวมาจัดทำเป็นโครงการได้หรือไม่ ใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการประเมินแผนงาน<sup>194</sup>

(1.3) ขั้นตอนการประเมินการจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Level Assessment)

ขั้นตอนการประเมินการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการพิจารณาเพื่อให้แน่ใจว่าจะเกิดกระบวนการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพ มีการกระจายความเสี่ยงที่หลากหลายและเหมาะสม รวมทั้งเหมาะสำหรับโครงการที่มีโครงสร้างและระดับทางการเงินที่มีความซับซ้อน<sup>195</sup>

<sup>193</sup> HM Treasury, **Value for Money Assessment Guidance** (London: n.p., 2006)

อ้างอิงใน กุลศักดิ์ ช่วยชู, *เรื่องเดิม*, หน้า 100-102.

<sup>194</sup> *Ibid.*, pp. 27-40 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 102.

<sup>195</sup> *Ibid.*, pp. 41-49 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 102.

## (2) ขั้นตอนการเปิดประมูลโครงการ

ในโครงการสาธารณะที่ภาครัฐต้องการการลงทุนร่วมกับภาคเอกชน นั้น ภายใต้ระบบการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของ The Public Regulations 2006 ภาครัฐจะต้องส่งรายละเอียดเกี่ยวกับโครงการที่จะลงทุน และวิธีการติดต่อกับภาครัฐ ให้แก่คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 เพื่อที่คณะกรรมการจะได้ประกาศโครงการดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรปให้แก่ภาคเอกชนที่มีความสนใจจะได้ศึกษารายละเอียดของโครงการ ภายหลังจากคณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 จะต้องแจ้งการประกาศดังกล่าวต่อคณะกรรมการประจำสหภาพยุโรป (The Commission European)<sup>196</sup>

ขั้นตอนการเปิดประมูลโครงการ ในประเทศอังกฤษนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 5 รูปแบบ ดังนี้

(2.1) การประมูลแบบเสรี (The Open Procedure)<sup>197</sup>

การเปิดประมูลแบบเสรีเป็นรูปแบบหนึ่งในวิธีการที่ภาครัฐใช้ในการคัดเลือกเอกชนผู้ซึ่งสนใจในการลงทุนโครงการสาธารณะโดยการเปิดประมูลเสรี และให้ผู้ที่มีความสนใจสามารถยื่นประมูลได้โดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เว้นแต่เป็นคุณสมบัติพื้นฐานที่รัฐได้กำหนดไว้ โดยการเปิดประมูลในรูปแบบนี้ภาครัฐจะเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนยื่นข้อเสนอในการประกวดราคาได้ โดยภาครัฐไม่มีสิทธิที่จะคัดเลือกผู้ประมูลได้ซึ่งจะทำให้ผู้เข้าร่วมประมูลมีจำนวนมากว่าการประมูลรูปแบบอื่น

ในขั้นตอนการเปิดประมูลโครงการนั้น หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องประกาศเนื้อหาของโครงการและข้อเสนอในการให้ภาคเอกชนเข้าร่วมลงทุนตามการประกาศแผนงานร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ได้ส่งไปให้คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 ประกาศในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป เพื่อเปิดประมูลโครงการ ให้ภาคเอกชนยื่นข้อเสนอเข้าร่วมลงทุนกับภาครัฐ

ในส่วนการกำหนดเวลาของภาครัฐเรื่องการตอบรับข้อเสนอในการประมูลโครงการของภาคเอกชน ภาครัฐจะต้องกำหนดเวลาในการตอบรับที่จะประมูลไม่น้อยกว่า 52 วันนับตั้งแต่วันที่ได้ออกประกาศ และภาครัฐจะต้องส่งข้อมูลที่จำเป็นในการเข้าร่วมทุนในเรื่องประสิทธิภาพของภาคเอกชนที่ภาครัฐต้องการในระยะเวลาไม่น้อยกว่าหกวันก่อนที่ถึงกำหนดในการส่งคำตอบรับ และภาครัฐจะต้องคัดเลือกผู้ที่ยื่นข้อเสนอที่ดีที่สุดในการให้ราคาต่ำสุดในการที่ภาครัฐต้องเสียค่าใช้จ่าย

(2.2) การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล (The Restricted Procedure)<sup>198</sup>

ในขั้นตอนการเปิดประมูลโครงการนั้น หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องประกาศเนื้อหาของโครงการและข้อเสนอในการให้ภาคเอกชนเข้าร่วมลงทุนตาม

<sup>196</sup> กฤษณพงศ์ ชาญวิรวงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 73.

<sup>197</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 73-74.

<sup>198</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 74-75.

การประกาศแผนงานร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ได้ส่งไปให้คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 ประกาศในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป เพื่อเปิดประมูลโครงการ ให้ภาคเอกชนยื่นข้อเสนอเข้าร่วมทุนกับภาครัฐเช่นเดียวกันกับการประมูลแบบเปิดเสรี

ในส่วนการกำหนดเวลาของภาครัฐเรื่องการตอบรับข้อเสนอในการประมูลโครงการของภาคเอกชน ภาครัฐจะต้องกำหนดเวลาในการตอบรับที่จะประมูลไม่น้อยกว่า 37 วันนับตั้งแต่วันที่ได้ออกประกาศ เมื่อภาคเอกชนตอบรับข้อเสนอแล้ว ภาครัฐจะต้องทำการประเมินคุณสมบัติทั่วไปและลักษณะต้องห้ามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เพื่อจะคัดเลือกภาคเอกชนที่มีสิทธิยื่นของประกวดราคาได้และคัดเลือกเอกชนที่มีความเหมาะสมไม่น้อยกว่า 5 องค์กร หลังจากได้ทำการคัดเลือกแล้ว ภาครัฐจะต้องส่งหนังสือเชิญภาคเอกชนที่มีสิทธิเข้าร่วมประมูล โดยมีระยะเวลาในการตอบรับไม่น้อยกว่า 40 วัน นับตั้งแต่วันที่ส่งหนังสือเชิญ

### (2.3) การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง

การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง หมายถึง กระบวนการคัดเลือกสัญญาที่หน่วยงานของรัฐจะทำการเจรจาต่อรองกับผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวหรือหลายรายเกี่ยวกับข้อกำหนดเงื่อนไขของสัญญา<sup>199</sup>

หน่วยงานของรัฐอาจใช้วิธีเลือกคู่สัญญาโดยการเจรจาต่อรองได้

ใน 2 กรณี ดังนี้

#### (2.3.1) กรณีที่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า

หน่วยงานของรัฐอาจจัดทำสัญญาเพื่อบริการสาธารณะโดยการเจรจาต่อรอง ด้วยวิธีกรณีที่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า ได้ในกรณี ที่มีการยื่นข้อเสนอในการประมูลไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ หรือในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่สามารถกำหนดมูลค่าของสัญญาทั้งหมดล่วงหน้าได้

#### (2.3.2) กรณีที่ไม่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า

หน่วยงานของรัฐอาจจัดทำสัญญาเพื่อบริการสาธารณะโดยการเจรจาต่อรอง ด้วยวิธีกรณีที่ไม่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้าได้ในกรณี ที่เป็นสัญญาสาธารณะ หรือสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ หรือสัญญาเพื่อให้การบริการสาธารณะ หรือสัญญาก่อสร้างสาธารณะและสัญญาเพื่อให้การบริการสาธารณะ

สำหรับขั้นตอนในการดำเนินการนั้น หน่วยงานของรัฐต้องแสดงความประสงค์ในการคัดเลือกสัญญาด้วยกระบวนการเจรจาต่อรอง โดยการพิมพ์ประกาศแจ้งความประสงค์ในการประมูลในราชกิจจานุเบกษาโดยเร็วที่สุด นับจากวันที่มีมติที่จะใช้กระบวนการดังกล่าว ประกาศแจ้งความประสงค์ต้องใช้แบบฟอร์มและระบุข้อมูลตามกฎระเบียบของคณะกรรมการการยุโรป เลขที่ 1564/2005 ทั้งนี้หน่วยงานของภาครัฐต้องกำหนดวันสิ้นสุดระยะเวลาการรับหนังสือแสดงความจำนงไว้น้อยกว่า 37 วัน นับแต่วันที่ออกประกาศ

<sup>199</sup> กุลศักดิ์ ช่วยชู, *เรื่องเดิม*, หน้า 104-107.

(2.4) การประมูลแบบแข่งขันโดยการอภิปราย (The Competitive Dialogue Procedure)<sup>200</sup>

ขั้นตอนในการประมูลโครงการรูปแบบนี้ มีลักษณะเช่นเดียวกับการเปิดประมูลโดยวิธีหลักซึ่งภาครัฐจะต้องประกาศแผนงานร่วมทุนที่ได้ส่งไปให้คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 ประกาศในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป เพื่อเชิญชวนให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมประมูลโครงการ ในระยะเวลาตอบรับของภาคเอกชนภาครัฐสามารถกำหนดระยะเวลาได้ไม่น้อยกว่า 37 วัน นับแต่วันที่ได้มีการประกาศ นอกจากนี้ภาครัฐจะต้องประเมินคุณสมบัติขั้นพื้นฐานของภาคเอกชนที่ได้ตอบรับข้อเสนอในการประมูลและมีอำนาจในการคัดเลือกภาคเอกชนที่มีศักยภาพดีที่สุดในการเข้าร่วมประมูลในจำนวนที่ไม่น้อยกว่า 3 องค์กร โดยส่งหนังสือเชิญให้เอกชนที่ได้รับการคัดเลือกมาเข้าร่วมขั้นตอนการประมูล

ส่วนวิธีการเปิดประมูลโดยใช้รูปแบบแข่งขันโดยการอภิปราย ภาครัฐจะต้องเชิญผู้ประเมินทั้งหมดให้มาประชุมร่วมกัน โดยการกำหนดประเด็นในการอภิปรายเกี่ยวกับเป้าหมายในการดำเนินงานที่เหมาะสมกับโครงการ การสร้างความพึงพอใจในการดำเนินงาน และความเห็นเกี่ยวกับสัญญาที่จะบังคับใช้กับโครงการที่เปิดประมูล ซึ่งภาครัฐจะต้องไม่ให้เกิดการสมยอมกันขึ้นในระหว่างการประมูล

หลังจากนั้นภาครัฐจะต้องนำข้อมูลทั้งหมดมาประเมินความเหมาะสมในการคัดเลือกคู่สัญญา ภาครัฐสามารถเลือกผู้ประมูลที่ได้รับการประเมินในระดับที่ดีที่สุด

(2.5) ระบบการเปิดประมูลภายใต้ The Utilities Contracts Regulations 2006

ระบบการเปิดประมูลภายใต้ The Utilities Contracts Regulations 2006 เป็นระบบการประมูลที่ใช้กับภาครัฐและกิจการสาธารณะที่อยู่ในบังคับของ The Utilities Contracts Regulations 2006 ซึ่งระบบการเปิดประมูลของกฎหมายฉบับดังกล่าวก็ให้นำระบบการเปิดประมูลของ The Utilities Contracts Regulations 2006 มาใช้บังคับในรูปแบบและการประมูลแบบเสรี การประมูลแบบจำกัดผู้ประมูล ภาครัฐจะต้องใช้วิธีการประกวดราคาการแข่งขันกันระหว่างผู้ประมูลเพื่อที่จะสามารถคัดเลือกผู้ประมูลที่มีคุณสมบัติที่ดีที่สุด

แต่อย่างไรก็ตาม ภาครัฐสามารถเลือกคู่สัญญาภาคเอกชนโดยไม่ใช้ระบบการแข่งขันก็ได้ ถ้าในการประมูลนั้นปรากฏว่าไม่มีภาคเอกชนรายใดเข้าร่วมประมูล หรือผู้ที่ประมูลขาดคุณสมบัติในการเข้าร่วมงาน หรือโครงการดังกล่าวมีความจำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีและศิลปะขั้นสูงซึ่งไม่สามารถใช้ระบบการประกวดราคาในการคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติในการดำเนินงานมากที่สุดได้

(3) ขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญา

เมื่อภาครัฐเปิดประมูลโครงการเพื่อเลือกคู่สัญญาภาคเอกชน นอกจากภาครัฐจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายได้กำหนดไว้สำหรับวิธีการเปิดประมูล ภาครัฐยังจะต้องตรวจสอบคุณสมบัติขั้นพื้นฐานของภาคเอกชนที่ตอบรับข้อเสนอในการประมูลเพื่อที่จะ

<sup>200</sup> กฤษณพงศ์ ชาญวิรวงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 77-78.

คัดเลือกภาคเอกชนที่เหมาะสมในการเข้าร่วมการประมูล ซึ่งเป็นขั้นตอนที่บังคับใช้กับการเปิดประมูลทุกรูปแบบ โดยเอกชนมีหน้าที่ในการยื่นข้อมูลที่ต้องใช้ตรวจสอบแก่ภาครัฐโดยมีรายละเอียด ดังนี้<sup>201</sup>

(3.1) ลักษณะทั่วไปของคู่สัญญา

ภาคเอกชนที่จะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนกับภาครัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ จะต้องผ่านขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติขององค์กรตามที่กฎหมายได้กำหนดเอาไว้ จึงจะมีสิทธิเสนอตัวเข้าแข่งขันประมูลราคาในการเข้าร่วมทุนกับภาครัฐที่เป็นเจ้าของโครงการ ซึ่งคุณสมบัติสำคัญที่ภาครัฐจะต้องพิจารณาก็คือคุณสมบัติทางการเงินและคุณสมบัติในความสัมพันธ์และการถือครองเทคโนโลยี คุณสมบัติดังกล่าวเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการคัดเลือกภาคเอกชน ดังนั้นภาคเอกชนจึงมีหน้าที่ในการนำข้อมูลที่แสดงถึงคุณสมบัติขององค์กรให้แก่ภาครัฐเพื่อใช้ในการตรวจสอบด้วย

(3.2) ลักษณะต้องห้ามของคู่สัญญา

ในการเลือกเอกชนคู่สัญญาของภาครัฐ ภาครัฐจะต้องคำนึงถึงลักษณะต้องห้ามตามที่ The Public Contracts Regulations 2006 กำหนดไว้ด้วย ซึ่งปรากฏลักษณะของภาคเอกชนที่ต้องห้ามมิให้เข้าร่วมทำสัญญา เช่น เป็นผู้ร่วมสมคบคิดกับองค์กรอาชญากรรม เป็นผู้กระทำการอันเป็นการทุจริต เป็นผู้ที่ทำให้สินบนแก่ภาครัฐและเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงในเรื่องผลประโยชน์ทางการเงิน

(4) ขั้นตอนการเลือกคู่สัญญา

ขั้นตอนการเลือกคู่สัญญา มีรายละเอียดที่สำคัญที่ The Public Contracts Regulations 2006 กำหนดไว้ ดังนี้<sup>202</sup>

(4.1) ภาครัฐจะต้องคัดเลือกผู้ประมูลที่มีศักยภาพในการดำเนินการที่ดีที่สุด นั่นคือได้รับการประเมินศักยภาพสูงสุดและเสนอค่าตอบแทนที่ดีที่สุดและเป็นภาระแก่รัฐน้อยที่สุด

(4.2) หากการที่เอกชนเสนอราคาต่ำกว่าเกณฑ์ปกติมีสาเหตุมาจากการที่เอกชนได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลประเทศของตน รัฐซึ่งเป็นเจ้าของโครงการจะต้องรับฟังคำชี้แจงของเอกชนรายนั้นก่อนพร้อมตรวจสอบว่าการให้ความช่วยเหลือดังกล่าวขัดต่อสนธิสัญญาของสหภาพยุโรปหรือไม่

(4.3) หากรัฐปฏิเสธข้อเสนองานของเอกชนตามข้อ (2) รัฐต้องแจ้งผลการคัดเลือกตามแบบที่ กำหนดในกฎระเบียบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป เลขที่ 1564/2005 ภายใน 48 วัน เพื่อประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป และแจ้งผลการคัดเลือกให้เอกชนที่ไม่ได้รับการคัดเลือกทราบ<sup>203</sup>

<sup>201</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 78-81.

<sup>202</sup> กุลศักดิ์ ช่วยชู, เรื่องเดิม, หน้า 113-114.

<sup>203</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 114.

(4.4) รัฐต้องเจรจากรอบการดำเนินงาน (Framework) กับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกในเรื่องข้อตกลงการทำสัญญาและการบริหารจัดการ เพื่อกำหนดกรอบการทำงานระหว่างคู่สัญญา

(4.5) การคัดเลือกคู่สัญญานั้น ตาม The Utilities Contracts Regulations 2006 จะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในลักษณะเดียวกับ The Public Contracts Regulations 2006 แต่จะมีรายละเอียดต่างกันในเรื่องการจำกัดสิทธิบางประการของเอกชนที่มีสัญชาติในกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งหากโครงการร่วมดำเนินการดังกล่าวมีมูลค่าการลงทุนมากกว่าร้อยละ 50 ของมูลค่าการลงทุนทั้งหมด ซึ่งโดยหลักรัฐจะต้องปฏิเสธข้อเสนอจากเอกชนที่ได้มาจากกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปดังกล่าว เว้นแต่เป็นโครงการที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีระดับสูง

3) สัญญาร่วมดำเนินการในรูปของบริษัทร่วมทุน (Joint Venture Companies)

บริษัทร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนถือเป็นรูปแบบการลงทุนที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP โดยบริษัทร่วมทุนมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทใหม่ที่มีสถานะในทางกฎหมายแยกออกจากผู้ร่วมดำเนินการ ซึ่งสัดส่วนในการถือหุ้นในบริษัทร่วมทุนอาจมีได้หลายรูปแบบ เช่น 50 : 50 หรือ 75 : 25 สัดส่วนดังกล่าวจะมีผลต่อสถานะของบริษัทและการบริหารจัดการภายในบริษัท โดยบริษัทร่วมทุนจะมีคณะกรรมการบริหารที่มาจากตัวแทนผู้ถือหุ้นทั้งหลาย คู่มีร่วมดำเนินการฉบับนี้จึงทำขึ้นเพื่อให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาในกรณีที่รัฐประสงค์จะร่วมดำเนินการกับเอกชนในรูปของกิจการร่วมค้า<sup>204</sup> มีขั้นตอนในการดำเนินการ ดังนี้

(1) กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเพื่อจัดตั้งบริษัทร่วมทุน

กระบวนการในการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการจะต้องสามารถตอบสนองวัตถุประสงค์ทางธุรกิจของบริษัทร่วมทุนได้ และการที่จะประสบความสำเร็จได้นั้นผู้ร่วมดำเนินการจะต้องมีศักยภาพ เพื่อให้เข้าถึงวัตถุประสงค์และเป้าหมาย มีรายละเอียด ดังนี้<sup>205</sup>

(1.1) เงื่อนไขเชิงนโยบาย

ในการคัดเลือกผู้เข้ามาดำเนินการฝ่ายเอกชนเพื่อจัดตั้งบริษัทนั้นมีสิ่งที่จะต้องพิจารณา ดังนี้

(1.1.1) ความคุ้มค่าทางการเงิน (Value for Money)

นโยบายของรัฐ คือ ต้องการให้หน่วยงานของรัฐมีการใช้เงินที่เป็นของรัฐให้เกิดความคุ้มค่าทางการเงินให้มากที่สุด โดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน (The National Audit Office: NAO) จะเป็นผู้มีหน้าที่ดูแลรายจ่ายของรัฐและรายงานผลไปยังรัฐสภาถึงมี

<sup>204</sup> Partnerships UK, HM Treasury Guidance Prepared by Partnership UK: A Guidance Note for Public Sector Bodies forming Joint Venture Companies with The Private Sector (N.p.: n.p., 2001) อ้างถึงใน กุลศักดิ์ ช่วยชู, *เรื่องเดิม*, หน้า 114-115.

<sup>205</sup> *Ibid.*, pp. 26-30 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 115-119.

ความมีประสิทธิภาพและความไร้ประสิทธิภาพในการใช้เงินของรัฐในทางเศรษฐกิจ นอกจากความคุ้มค่าทางการเงินแล้ว รัฐยังต้องพิจารณาอย่างอื่นประกอบด้วย เช่น การจัดการความเสี่ยงหรือการคาดการณ์รายได้ที่จะเกิดขึ้นในระยะยาว

(1.1.2) หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรป (EC Procurement Rules)

การนำหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรปมาปรับใช้กับการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในอังกฤษนั้น การดำเนินการส่วนใหญ่ในประเทศอังกฤษมักเป็นความตกลงเพื่อจัดตั้งบริษัทร่วมทุน ซึ่งการร่วมดำเนินการรูปแบบดังกล่าวจะไม่นำหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรปมาปรับใช้ อย่างไรก็ตามความแตกต่างระหว่างการเป็นหุ้นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างกับหุ้นส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างมักจะแยกออกจากกันไม่ชัดเจน จึงควรพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป เช่น ถ้ามีสัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่ผูกพันกันไว้ในการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปอาจจะนำมาใช้ได้ดีในสัญญาดังกล่าว เป็นต้น

(1.2) รูปแบบของกระบวนการคัดเลือก (Typical Selection Processes)

มีอยู่ 2 รูปแบบ คือ การเปิดให้มีการแข่งขันและวิธีกำหนดเป้าหมายของโครงการ จะใช้วิธีใดแล้วแต่กรณี แต่จุดประสงค์ทั้งหมดจะเกี่ยวข้องกับกรณี ดังต่อไปนี้

(1.2.1) การบ่งชี้และการตรวจสอบตลาดโดยพิจารณาถึงประเภท ชีวิตประวัติ ขนาดผู้เล่น ยุทธวิธี เป็นต้น

(1.2.2) การบ่งชี้และตรวจสอบตัวผู้เล่นหลัก โดยพิจารณาจากหลักการ สถิติของการดำเนินการ ชีวิตประวัติ ยุทธวิธี ส่วนแบ่งการตลาด ทักษะการตลาดและผู้เข้าแข่งขัน เป็นต้น

(1.2.3) การพัฒนาเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในการประเมินมูลค่าจะอิงอยู่กับความสามารถที่ต้องการ คุณลักษณะและความต้องการของผลลัพธ์เชิงกลยุทธ์

(1.2.4) การจัดทำบัญชีรายชื่อ

(1.2.5) การระบุและเจรจาตกลงกับผู้ร่วมดำเนินการที่ต้องการ

(2) หลักเกณฑ์ในการคัดเลือก

สิ่งที่ต้องพิจารณาในอันดับแรก คือ ความต้องการที่ชัดเจนของรัฐเกี่ยวกับคุณภาพ คุณลักษณะและทรัพย์สินที่ต้องการจากผู้ร่วมดำเนินการของฝ่ายเอกชนในการจัดตั้งบริษัทร่วมทุน คือการเข้าถึงทรัพย์สินของผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนที่ต้องการประสบความสำเร็จทางการค้า แต่การเข้าถึงเหล่านี้อาจหาไม่ได้จากหน่วยงานของรัฐ เช่น แหล่งเงินทุน ผู้เชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยี ทักษะทางการตลาด แต่ที่สำคัญคือการได้หุ้นส่วนที่มีคุณสมบัติถูกต้อง และต้องมีเกณฑ์การตัดสินใจบนพื้นฐานการให้ความสำคัญกับผู้ร่วมดำเนินการเป็นอันดับแรก<sup>206</sup>

<sup>206</sup> *ibid.*, p. 30 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 119-120.

### 3.2.2 การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ

ในระบบกฎหมายอังกฤษมักจะไม่ค่อยปรากฏถึงการระงับข้อพิพาทจากการดำเนินการตามสัญญาของรัฐโดยวิธีการฟ้องร้องดำเนินคดีเนื่องจากข้อพิพาทส่วนใหญ่โดยปกติแล้วจะเริ่มต้นโดยการเสนอข้อพิพาทต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และหากไม่อาจจะระงับข้อพิพาทในชั้นเจ้าหน้าที่สัญญา ก็จะทำเนิการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการไกล่เกลี่ย และในกรณีที่การไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลสำเร็จก็จะมีการนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับ เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงให้นำข้อพิพาทเสนอต่อศาลเพื่อพิจารณาพิพากษา โดยได้มีการระบุมาตรการดังกล่าวไว้ในสัญญามาตรฐานของฝ่ายปกครอง เหตุผลประการสำคัญประการหนึ่งก็เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับเอกชนคู่สัญญามักจะเป็นไปในลักษณะที่เป็นการลงทุนดำเนินธุรกิจในลักษณะการร่วมดำเนินการอย่างยาวนานเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย มากกว่าที่จะเป็นไปในลักษณะของการทำธุรกรรมเพียงชั่วคราว ซึ่งการใช้กระบวนการยุติธรรมอาจจะไม่เหมาะสมแก่รูปแบบการทำธุรกรรมร่วมกันและบางที่อาจจะไม่เป็นผลดีแก่ทุกฝ่าย<sup>207</sup> แต่หากจะมีการฟ้องร้องกันก็จะฟ้องศาลธรรมดาทำนองเดียวกับที่ใช้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน<sup>208</sup>

3.2.2.1 องค์การของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

การควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนโดยองค์กรต่าง ๆ นั้น องค์กรที่ควบคุม กำกับดูแลย่อมมีฐานะเป็นนิติบุคคลเหมือนกับในฝรั่งเศสและไทย แม้จะไม่มีกฎหมายมหาชนแยกออกมาก็ตาม นิติบุคคลต่าง ๆ ที่ดำเนินการแทนรัฐจึงมีลักษณะในการจัดระบบร่วมกับนิติบุคคลอื่น ๆ ทั่วไปของภาคเอกชน และยังมีบางสิ่งที่กฎหมายอังกฤษยอมรับและเรียกว่า กึ่งนิติบุคคล (Semi Corporation) เพราะมีสภาพบางประการคล้ายนิติบุคคลแม้ว่าจะไม่ครบถ้วนเท่ากันก็ตาม เช่น Registered Friendly Society ซึ่งมีสิทธิจะใช้ชื่อร่วมในการฟ้องหรือถูกฟ้องได้ และมีสิทธิถือทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์แห่งการจัดตั้ง ซึ่งห่างหุ้นส่วนสามัญ (Partnership) ที่ไม่เป็นนิติบุคคลก็มีสภาพอย่างเดียวกัน โดยรัฐเป็นผู้ให้เอกสิทธิ์ดังกล่าวขึ้นโดย Letter Patent ซึ่งจะมีการระบุให้สิทธิอะไรหรือไม่ให้สิทธิอะไรก็ได้ Inns of Court และ Trustee Saving Bank ก็จัดเป็นองค์กรที่อยู่ในประเภทกลุ่มกึ่งนิติบุคคล<sup>209</sup> การควบคุม กำกับดูแลการทำสัญญาของภาครัฐในประเทศอังกฤษจะประกอบไปด้วยหลายองค์กรที่มีหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแล มีรายละเอียด ดังนี้

<sup>207</sup> Peter Cane, *An Introduction Administrative Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (London: Clarendon, 1992), pp. 263-264 อ้างถึงใน กุลศักดิ์ ช่วยชู, *เรื่องเดิม*, หน้า 143.

<sup>208</sup> ไชยวัฒน์ บุนนาค และเยาวรัตน์ กุหลาบเพชรทอง, “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน,” *บทบัญญัติ* 42, 6 (มิถุนายน 2533): 60.

<sup>209</sup> W. H. Goodhart, “Corporations,” *Halsbury’s Laws of England* 9 (1974): 716, 720-721 อ้างถึงใน ไชยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, *เรื่องเดิม*, หน้า 318-319.

## 1) กระบวนการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง

รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติ Tribunals and Inquiries Act 1992 เพื่อเป็นกฎหมายแม่บทในการพิจารณาการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองทั้งที่เป็นรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่น และดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปโดยสะดวกและรวดเร็ว รวมทั้งประหยัดค่าใช้จ่ายของปัจเจกชน โดยทั่วไป คณะกรรมการจะประกอบไปด้วย บุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญในสาขาที่คณะกรรมการนั้นเกี่ยวข้องรับผิดชอบ และมีอำนาจจากคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ และวินิจฉัยตามความเห็นของตนในกรณีที่น่าสงสัยว่า เจ้าหน้าที่สำคัญผิดในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย หรือการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ไม่เป็นไปตามนโยบายที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ประธานคณะกรรมการจะได้รับการแต่งตั้งโดยประธานสภาขุนนาง หรือรัฐมนตรีโดยเลือกรายชื่อจากบุคคลที่ประธานสภาขุนนางคัดสรรไว้แล้ว เจ้าหน้าที่ที่จะต้องแจ้งสิทธิอุทธรณ์ไว้ในคำวินิจฉัยในกรณีที่คำวินิจฉัยดังกล่าวนั้นปัจเจกชนมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ในการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยคณะกรรมการ ปัจเจกชนมีสิทธิที่จะได้รับข้อเท็จจริงดังกล่าวและมีโอกาสที่จะโต้แย้งคัดค้านนอกจากนั้นคณะกรรมการจะต้องให้เหตุผลในคำวินิจฉัยของตนเว้นแต่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ<sup>210</sup>

## 2) กระบวนการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรในฝ่ายนิติบัญญัติ

พระราชบัญญัติ Parliamentary Commissioner for Administration Act 1967 ได้มีการตราขึ้นเพื่อปรับปรุงกระบวนการควบคุมฝ่ายปกครองให้ดีขึ้น ได้ยอมรับที่จะจัดตั้ง Parliamentary Commissioner for Administration ขึ้นโดยเลียนแบบผู้ตรวจการของรัฐสภาหรือ Ombudsman ของประเทศนอร์ดิก โดยได้มีการตราพระราชบัญญัติ Parliamentary Commissioner for Administration Act 1967 และแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1994 โดยมีอำนาจตรวจสอบคำร้องของปัจเจกชนที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม Parliamentary Commissioner for Administration ไม่อยู่ในอำนาจที่จะตรวจสอบ เนื่องจาก Commissioner ไม่ได้มีขึ้นเพื่อแทนที่กระบวนการตรวจสอบอื่นที่มีอยู่แล้ว ดังนั้น สัญญาทางการค้าและสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองจึงไม่อาจนำเสนอต่อ Commissioner ได้ เว้นแต่ Commissioner พิจารณาเห็นควรรับเรื่องไว้พิจารณาเป็นกรณีพิเศษ อันเป็นผลสืบเนื่องจากหลักการที่ว่าด้วย เสรีภาพในการเข้าทำสัญญา ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เท่ากับว่ารัฐสามารถที่จะดำเนินการใด ๆ ก็ตามที่ชอบด้วยกฎหมายผ่านกระบวนการใช้นิติกรรมสัญญาเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ และการใช้ข้อผูกพันตามสัญญาแทนที่จะใช้เครื่องมือทางด้านบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจทำให้รัฐไม่ต้องถูกตรวจสอบจากรัฐสภาโดยผลของกฎหมาย เนื่องจากโดยทั่วไปรัฐสภาจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบการทำสัญญาของฝ่ายปกครองระหว่างรัฐกับเอกชน คู่สัญญา<sup>211</sup>

<sup>210</sup> Alex Carroll, *Constitutional and Administrative, Financial Times Revised Edition* (London: Pitman, 1998), pp. 431-436 อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *เรื่องเดิม*, หน้า 143-144.

<sup>211</sup> Peter Cane, *op. cit.*, p. 256 อ้างถึงใน ชาลิต เศวตสุด *เรื่องเดิม*, หน้า 144-145.

## 3) กระบวนการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อเอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครองที่เกินขอบอำนาจ (Ultra Vires) หรือในกรณีที่กระทำการโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย (No Legal Authority) ไม่ว่าจะกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณี หรือฝ่าฝืนหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งกระทำลงโดยฝ่ายปกครองเองหรือโดยคณะกรรมการ เอกชนนั้นอาจฟ้องคดีศาลไฮน์คอร์ท (High Court) เพื่อให้เยียวยา (Remedy) ความเสียหายของตนตามกระบวนการวิธีพิจารณาที่เหมาะสม กล่าวคือ หากกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือเอคควิตี้ (Equity) ไม่ได้รับรองกระบวนการในการเยียวยาของปัจเจกชนในกรณีดังกล่าวไว้ ปัจเจกชนก็ไม่อาจที่จะนำคดีไปสู่ศาลซึ่งต่างกับหลักฝรั่งเศสและภาคพื้นยุโรปที่ถือว่าผู้มีส่วนได้เสียย่อมนำคดีมาสู่ศาลปกครองได้เป็นหลักหากตนเสียหาย เว้นแต่กฎหมายจะห้ามนำคดีมาสู่ศาล

## 4) กระบวนการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรกึ่งตุลาการ (อนุญาโตตุลาการ)

กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นอีกวิธีการหนึ่งที่เอกชนคู่สัญญากับฝ่ายปกครองมักจะเลือกที่จะใช้เป็นแนวทางในการระงับข้อพิพาทหรือเยียวยาความเสียหาย ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาของฝ่ายปกครองในส่วนของอนุญาโตตุลาการได้เป็นที่ยอมรับในประเทศอังกฤษโดยการตราพระราชบัญญัติ Arbitration Act 1889, 1950 และ 1979 ต่อมามีการยกเลิกและได้มีการตราพระราชบัญญัติ Arbitration Act 1996 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน โดยมาตรา 106 ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติในส่วนที่ 1 ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอันเกิดจากสัญญา มาตรา 1 ถึงมาตรา 84 มาใช้ระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง ซึ่งระบบอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมของเอกชนคู่สัญญาเนื่องจากเอกชนคู่สัญญามีสิทธิกำหนดบุคคลที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการและวิธีการอนุญาโตตุลาการ และเอกชนคู่สัญญาส่วนใหญ่ไม่ประสงค์ที่จะใช้กระบวนการทางศาลในการระงับข้อพิพาทซึ่งจะให้เกิดผลดีในแง่ของการเป็นคู่ค้ากับฝ่ายปกครองต่อไปในอนาคต<sup>212</sup>

## 5) การควบคุม กำกับดูแลโดย Partnerships UK

เมื่อปี ค.ศ. 1997 รัฐบาลพรรคแรงงานได้จัดตั้ง Treasury Taskforce ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลโครงการร่วมดำเนินการ สังกัดอยู่ในกระทรวงการคลัง ประกอบด้วย เจ้าหน้าที่ในส่วนนโยบายที่มาจากกระทรวงการคลังและเจ้าหน้าที่ในส่วนของโครงการที่มาจากภาคเอกชน ต่อมาในช่วงเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 1989 ได้มีการพิจารณาและเห็นว่าควรจะต้องมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการที่เป็นการถาวร จึงได้มีการจัดตั้ง Partnerships UK ขึ้นเพื่อรับช่วงต่อจาก Treasury Taskforce และได้ถูกจัดตั้งในปี ค.ศ. 2000<sup>213</sup> ในปัจจุบัน Partnerships UK เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยเอกชนถือหุ้นมากกว่ารัฐ โดยรัฐถือหุ้นร้อยละ 49 และเอกชนถือหุ้นร้อยละ 51 และมีการตั้งที่ปรึกษา (Advisory Council) ภายในกระทรวงการคลังเพื่อทำหน้าที่ควบคุมการทำงานของ Partnerships UK

<sup>212</sup> ขวลิต เศวตสุด, *เรื่องเดิม*, หน้า 153-154.

<sup>213</sup> Graham Allen, *The Private Finance Initiative (PFI)* (N.p.: n.p., n.d.), pp. 16-17 อ้างถึงใน กุลศักดิ์ ช่วยชู, *เรื่องเดิม*, หน้า 124.

การควบคุม กำกับดูแลจะเป็นการควบคุม กำกับดูแลการร่วมดำเนินงานของเอกชนโดยมุ่งเน้นไปเกี่ยวกับโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI มีหน้าที่ ดังนี้

(1) ให้การสนับสนุนการจัดซื้อจัดจ้างที่มีความซับซ้อน

(2) สนับสนุนสัญญาสาธาณูปโภคขนาดเล็ก

(3) ให้การสนับสนุนผู้จัดทำนโยบายเพื่อให้เกิดการพัฒนารูปแบบการจัดซื้อจัดจ้างรวมทั้งนโยบายและแผนงานของการลงทุนต่าง ๆ

3.2.2.2 ความรับผิดของรัฐที่เกิดจากการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

ในประเทศอังกฤษนั้น แต่เดิมกฎหมายวางหลักให้กษัตริย์หรือรัฐไม่ต้องรับผิดตามหลัก “King can do no Wrong” และถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดเป็นส่วนตัวโดยตรง หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใด ถึงแม้ว่าการทำงานที่ทำนั้นจะเป็นการปฏิบัติราชการตามหน้าที่ มีปรากฏในทางปฏิบัติบ่อยครั้งที่รัฐบาลจะจ่ายค่าเสียหายให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกฟ้อง เนื่องจากรัฐไม่ยอมรับผิดชอบโดยตรงตั้งแต่เริ่มแรก ต่อมาจึงมีกฎหมาย “Crown Proceedings Act 1947” บัญญัติให้ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐได้เหมือนรัฐมีฐานะอย่างเอกชน โดยฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องโดยตรงหรือจะฟ้องตัว Attorney General ก็ได้ กรณีจึงเป็นหลักกฎหมายอย่างเดียวกับกรณีนายจ้างและลูกจ้าง เอกชนผู้เสียหายจึงยังอาจฟ้องต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้อยู่เช่นเดิม และเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นผู้รับผิดที่แท้จริงในที่สุดโดยรัฐเป็นเพียงผู้รับผิดชอบไปก่อนเท่านั้น โดยอาจจะฟ้องไล่เบี้ยจากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ในภายหลัง<sup>214</sup> ความรับผิดดังกล่าวของราชบัลลังก์จึงเป็นความรับผิดแทนองค์กรเจ้าหน้าที่ของตนไปก่อนเท่านั้น ผู้ที่จะต้องรับผิดโดยแท้จริงเป็นส่วนตัวก็ยังคงได้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดเช่นเดิม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความรับผิดเสมือนหนึ่งบุคคลธรรมดาที่เป็นลูกจ้างบุคคลอื่นตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่จึงไม่อาจถือว่าเป็นเรื่องละเมิดในทางปกครองได้<sup>215</sup>

การที่กฎหมายอังกฤษกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ตนได้กระทำลงไปเสมือนกับความรับผิดของเอกชนทั่วไปนั้น สืบเนื่องมาจากอิทธิพลความคิดของนักกฎหมายอังกฤษที่มีชื่อเสียงและสำคัญที่สุดคนหนึ่ง คือ ไตซีย์ (Dicey) จากการศึกษากฎหมายปกครองที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศฝรั่งเศสในยุคสมัยของเขาทำให้ไตซีย์เห็นว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งแยกศาลปกครองออกเป็นอีกระบบหนึ่งจากศาลยุติธรรมนั้นเป็นการป้องกันช่วยเหลือไม่ให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดจากการละเมิดของตน ลักษณะดังกล่าวแตกต่างอย่างยิ่งจากระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งไม่ยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอภิสิทธิ์ยิ่งกว่าบุคคลธรรมดา เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดกระทำละเมิดเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นก็ต้องขึ้นศาลยุติธรรมและรับผิดในการกระทำดังกล่าวเหมือนกับบุคคลอื่น<sup>216</sup>

<sup>214</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 20.

<sup>215</sup> วรเจตน์ ภาศิริตัน, *เรื่องเดิม*, หน้า 190.

<sup>216</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 190-191.

ความรับผิดของรัฐที่เกิดจากการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะในประเทศอังกฤษ สามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

#### 1) ความรับผิดในทางละเมิด

ในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกัน อังกฤษจึงไม่มีกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐแยกออกจากกันเป็นพิเศษแตกต่างจากความรับผิดของเอกชนทั่วไป โดยปกติแล้วราชบัลลังก์ (ในกรณีที่ไม่มีความคุ้มกัน) และหน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำไปตามหลักเกณฑ์ของ Common Law ซึ่งใช้บังคับกับเอกชนทั่วไปด้วย อาจมีความรับผิดของรัฐบางกรณีที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากความรับผิดโดยทั่วไปอยู่บ้าง เนื่องจากความรับผิดทางละเมิดของรัฐในระบบกฎหมายอังกฤษเป็นความรับผิดที่อาศัยหลักเกณฑ์ของ Common Law (Law of Torts) ความรับผิดในทางละเมิดในประเทศอังกฤษมีรายละเอียดที่สำคัญ ดังนี้<sup>217</sup>

##### (1) องค์ประกอบความรับผิด

ระบบกฎหมายอังกฤษได้พัฒนาหลักว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดขึ้นมาโดยยึดโยงกับองค์ประกอบต่าง ๆ ของความรับผิดในแต่ละประเภทเป็นสำคัญ ทั้งนี้โดยที่ศาลเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญที่สุดในการพัฒนาทฤษฎีและเงื่อนไขความรับผิดประเภทต่าง ๆ ในระบบกฎหมายอังกฤษ จะอ้างเพียงว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่ว่าจะด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะทำให้บุคคลนั้นต้องรับผิด บุคคลจะต้องรับผิดในความเสียหายที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อได้กระทำการครบองค์ประกอบของละเมิดประเภทต่าง ๆ ที่ศาลได้พัฒนาแยกแยะขึ้น นอกเหนือจากการกำหนดองค์ประกอบความรับผิดแตกต่างกันออกไปตามลักษณะการละเมิดและความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองแล้ว ศาลได้พัฒนาความรับผิดเกี่ยวกับละเมิดที่มีลักษณะทั่วไป คือ ไม่ยึดโยงอยู่กับสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมาด้วย เช่น ความรับผิดอันเกิดมาจากการละเมิดหน้าที่ตามกฎหมาย กล่าวคือ หากบุคคลละเมิดหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติ และการละเมิดหน้าที่นั้นก่อให้เกิดความเสียหาย บุคคลที่มีหน้าที่ดังกล่าวก็ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้น

ความรับผิดที่อาจกล่าวได้ว่ามีลักษณะทั่วไปอีกประการหนึ่งในระบบกฎหมายอังกฤษ คือ ความรับผิดอันเนื่องมาจากการกระทำโดยประมาท (Negligence) ซึ่งเป็นรูปแบบความผิดอันมีลักษณะเป็นองค์ประกอบภายในอย่างหนึ่งคู่กับเจตนา บุคคลจะต้องรับผิดในการกระทำโดยประมาทก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ ต่อมาศาลได้จำกัดขอบเขตความรับผิดให้แคบลง กล่าวคือ ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองในลักษณะที่เป็นรูปธรรม ศาลจะปฏิเสธไม่ให้บุคคลผู้กระทำการด้วยความประมาทต้องรับผิดโดยฐานความผิดนี้

##### (2) การตรวจสอบการกระทำผิด

ส่วนการตรวจสอบการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองว่าการกระทำผิดกฎหมายหรือไม่นั้น ศาลอังกฤษจะอาศัยอำนาจในการตรวจสอบจากกฎหมายลาย

<sup>217</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 217-233.

ลักษณะอักษรที่รัฐสภาตราขึ้นประการหนึ่งและจาก Common Law ที่เรียกกันว่า “Supervisory Jurisdiction” เป็นการให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางปกครองได้ทั้ง ๆ ที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ ก็เนื่องจากหลัก “ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” เพราะโดยปกติแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองย่อมอาศัยอำนาจในการกระทำต่าง ๆ จากกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำเกินขอบอำนาจที่ตนได้รับจากกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ย่อมถือว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดเจตจำนงของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดในระบบกฎหมายอังกฤษ การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและศาลย่อมเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำนั้นได้

### (3) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ในการพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นสัมพันธ์กับการกระทำหรือไม่ นั้น ตามหลัก Common Law แล้ว จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่าการกระทำนั้นในทางธรรมชาติหรือตามหลักวิทยาศาสตร์แล้วเป็นสาเหตุก่อให้เกิดผลเสียหายขึ้นหรือไม่ ดังนั้นมีการจำกัดวงให้แคบลงถือว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อสามารถคาดหมายว่าการกระทำจะก่อให้เกิดความเสียหายได้

### (4) ความรับผิดชอบทางละเมิดประเภทต่าง ๆ

ในประเทศอังกฤษนั้น ความรับผิดชอบทางละเมิดแยกออกได้เป็นความรับผิดชอบทางละเมิดที่มีองค์ประกอบความรับผิดชอบในลักษณะทั่วไปและความรับผิดชอบทางละเมิดที่มีองค์ประกอบความรับผิดชอบเฉพาะเรื่อง แต่ผู้วิจัยขอกล่าวถึงความรับผิดชอบทางละเมิดที่มีองค์ประกอบความรับผิดชอบในลักษณะทั่วไปเท่านั้น เพราะเป็นความรับผิดชอบที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งความรับผิดชอบทางละเมิดที่มีองค์ประกอบความรับผิดชอบในลักษณะทั่วไปแบ่งแยกได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

#### (4.1) ความรับผิดชอบเนื่องจากละเมิดหน้าที่ที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ต้องปฏิบัติ (Breach of Statutory Duty)

ความรับผิดชอบเนื่องจากละเมิดหน้าที่ที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ต้องปฏิบัติได้มีการยอมรับกันในทางตำราว่ามีที่มาจากคดี Ashby v. White ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงต้นศตวรรษที่ 18 ในคดีนี้โจทก์ได้รับความเสียหายจากการที่เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการพิสูจน์แล้วว่าทุจริตได้กระทำการขัดต่อหน้าที่ตามกฎหมายเลือกตั้ง และโดยเหตุที่ตามข้อเท็จจริงโจทก์ไม่สามารถขอเยียวยาสิทธิทางอื่นได้ โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ศาลได้รับคำฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณาโดยให้เหตุผลว่าเมื่อโจทก์มีสิทธิ โจทก์ย่อมสามารถฟ้องคดีเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิของตนได้

ในกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานทางปกครองต้องปฏิบัติและในกฎหมายนั้นเองรัฐสภากำหนดวิธีการในการเยียวยาความเสียหายไว้ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองละเมิดต่อหน้าที่ดังกล่าวนี้ ต้องสันนิษฐานไว้เบื้องต้นว่า รัฐสภาไม่ต้องการให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลสำหรับการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติดังกล่าว วิธีการที่รัฐสภากำหนดไว้ในกฎหมายอาจมีได้หลากหลายและแตกต่างกันหลายวิธี เช่น กำหนดให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายร้องเรียนต่อรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงที่ควบคุมหน่วยงานทางปกครองนั้น หรือต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท อย่างไรก็ตามในบางกรณีหลักเกณฑ์ดังกล่าว

นี้ก็ใช้ไม่ได้ เช่น ในคดี *Refell v. Surrey County Council* ซึ่งเป็นกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งหนึ่งก่อสร้างอาคารเรียนโดยไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรฐานการก่อสร้างอาคารอย่างมั่นคงแข็งแรงตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งนี้ปลูกสร้างอาคารโดยทำประตูและหน้าต่างเป็นกระจก เด็กนักเรียนคนหนึ่งได้กระแทกประตูกระจกประตูแตกและนักเรียนคนดังกล่าวได้รับบาดเจ็บ กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ผู้ที่เห็นว่าหน่วยงานทางปกครองฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามกฎหมายมีสิทธิร้องเรียนต่อรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบ หากกล่าวตามหลักดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้บุคคลย่อมไม่สามารถฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นละเมิดหน้าที่ดังกล่าวได้ ศาลได้รับคดีไว้พิจารณาโดยไม่ได้ให้เหตุผลไว้เป็นพิเศษ แต่อาจจะอธิบายว่าน่าจะเป็นเพราะศาลเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นกระทบต่อสิทธิเมื่อพิจารณาตาม Common Law แล้ว ศาลเห็นว่ามีน้ำหนักที่สำคัญที่จำเป็นต้องคุ้มครอง

#### (4.2) ความรับผิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาท (Negligence)

ในระบบกฎหมายอังกฤษความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาท เป็นความรับผิดประเภทหนึ่งที่มีลักษณะทั่วไป (Innominate Tort) กล่าวอีกนัยหนึ่ง “ประมาท” ในระบบกฎหมายอังกฤษไม่ใช่เป็นเพียงรูปแบบของ “ความผิด” เหมือนจงใจเท่านั้น แต่เป็นประเภทของความรับผิดอย่างหนึ่งซึ่งมีโครงสร้างความรับผิดเป็นเอกเทศแยกออกต่างหากกับความรับผิดทางละเมิดประเภทอื่น ลักษณะสำคัญของความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทคือ การก่อให้เกิดความเสียหายโดยการละเมิดหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังอันเป็นหน้าที่ที่ Common Law ยอมรับ ความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทอาจเกิดขึ้นคู่กับความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการละเมิดหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

ในประเทศอังกฤษนั้น การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นนั้นยังไม่ก่อให้เกิดความรับผิด บุคคลที่กระทำความผิดโดยประมาทจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหาย แนวคำพิพากษาศาลอังกฤษนั้นยอมรับว่าบุคคลย่อมมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในเรื่องที่เกี่ยวกับการละเมิดกรรมสิทธิ์หรือสิทธิส่วนบุคคลเป็นสำคัญ หน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังมักจะเป็นหน้าที่ที่เกิดจากสัญญา ปรากฏในคดี *Donoghue v. Stevenson*<sup>218</sup> แต่ในปัจจุบันในการพิจารณาว่าบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้ได้รับความเสียหายและความสามารถในการคาดคะเนผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำเป็นสำคัญ นอกจากนี้ศาลจะยังพิจารณาด้วยว่าการกำหนดหน้าที่ให้ต้องใช้ความระมัดระวัง เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมแล้วเป็นเรื่องที่มีความเป็นธรรม ถูกต้องและสมเหตุสมผลหรือไม่

<sup>218</sup> ศาลได้พยายามวางหลักทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดที่ได้กระทำโดยประมาทว่า บุคคลย่อมมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามที่จำเป็นเพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับบุคคลอื่นซึ่งเมื่อพิจารณาอย่างมีเหตุมีผลแล้วเป็นบุคคลที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำนั้น

ในการละเมิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้น เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมากเท่าไร บุคคลก็ต้องมีหน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวังมากขึ้นเท่านั้นและจะต้องไม่ใช่การละเมิดที่เกิดจากการจงใจ ส่วนความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นในระบบกฎหมายอังกฤษจะต้องคาดหมายได้ว่ามาจากการกระทำของบุคคลที่ละเมิดต่อหน้าที่ หากความเสียหายที่ห่างไกลเกินไปจากการละเมิดหน้าที่ย่อมไม่ทำให้บุคคลดังกล่าวต้องรับผิดชอบ<sup>219</sup> ส่วนความรับผิดชอบเนื่องมาจากการกระทำโดยประมาทที่ฝ่ายปกครองกระทำการเกินขอบอำนาจศาลจะไม่พิจารณาว่ามีการกระทำเกินขอบอำนาจหรือกระทำการโดยไม่มีอำนาจ เช่น ละเลยไม่ปฏิบัติตามมาตรการรักษาความปลอดภัยในบริเวณสถานที่ก่อสร้างให้เพียงพอ หรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความปลอดภัยในทางจราจร เป็นต้น

## 2) ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐ

ในการจัดทำบริการสาธารณะหากรัฐไม่มีอำนาจพิเศษเหนือเอกชน รัฐไม่สามารถที่จะดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้ลุล่วงไปได้ตามวัตถุประสงค์ของรัฐ อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจึงเป็นอำนาจฝ่ายเดียวที่มีเหนือเอกชนเพื่อใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ การเลิกสัญญาและการแก้ไขข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวโดยรัฐจึงเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐอย่างหนึ่งในระบบกฎหมายอังกฤษ เมื่อรัฐใช้อำนาจเช่นนี้แล้วเกิดผลที่ตามมา ดังนี้

(1) ความรับผิดชอบการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวโดยรัฐ (Variations Clause)

เกิดจากการใช้สิทธิของรัฐในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวในประเทศอังกฤษนั้นรัฐจะต้องเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการแก้ไขสัญญา โดยมีการกำหนดมาตรการในการบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายของเอกชนคู่สัญญาที่ได้มีการรับรองไว้ในข้อสัญญามาตรฐาน (Standard Clause) มีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้<sup>220</sup>

<sup>219</sup> ในคดี *Wagon Mound* มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า พนักงานของจำเลยซึ่งมีหน้าที่ขนถ่ายน้ำมันลงเรือได้กระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้น้ำมันจำนวนหนึ่งไหลลงสู่พื้นน้ำบริเวณท่าเรือและได้ไหลกระจายไปไกลราว 180 เมตร จนกระทั่งถึงบริเวณที่อยู่ต่อเรือและซ่อมเรือของโจทก์ หลังจากนั้น 6 ชั่วโมง เรือที่ได้รับการขนถ่ายน้ำมันก็ได้ออกจากท่าเรือไป โจทก์ได้ดูตรวจน้ำมันที่ลอยมาและสอบถามบริษัทน้ำมัน Caltex ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตน้ำมันดังกล่าวว่าน้ำมันที่ลอยอยู่จะก่อให้เกิดอันตรายหรือไม่ บริษัทน้ำมัน Caltex ตอบว่าไม่ก่อให้เกิดอันตรายเพราะว่าน้ำมันดังกล่าวจะติดไฟก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามีความร้อนสูงนั้น โจทก์จึงได้ดำเนินการเช็คสภาพเรือและซ่อมแซมเรือตามปกติปรากฏว่าสองวันต่อมาโลหะที่เกิดจากการกลอมที่ซ่อมแซมเรือได้หยดลงไปในพื้นที่มีคราบน้ำมันลอยอยู่และก่อให้เกิดการลุกไหม้อย่างรวดเร็วเป็นบริเวณกว้าง การลุกไหม้ดังกล่าวได้ทำลายอยู่ต่อเรือและซ่อมเรือของโจทก์เกือบหมดสิ้น คดีนี้ Privy Council (ศาลคณะองคมนตรีที่มีหน้าที่วินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นในเครือจักรภพอังกฤษหากมีการอุทธรณ์ขึ้นมา) วินิจฉัยให้โจทก์แพ้คดีโดยเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ใช่ความเสียหายที่บุคคลที่มีเหตุผลโดยทั่วไปจะคาดหมายได้

<sup>220</sup> Colin C. Turpin, *op. cit.*, pp. 166, 181 อ้างถึงใน *ชวลิต เศวตสุต, เรืองเดิม*, หน้า 139-140.

(1.1) การเยียวยาความเสียหายของเอกชนคู่สัญญา<sup>221</sup>นี้เรียกว่า การทบทวนมูลค่าตามสัญญา (Revision of Contract Price) ซึ่งมาจากการยึดถือหลักการสำคัญในการกำหนดราคาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนและเป็นธรรมต่อเอกชนคู่สัญญา

(1.2) การพิจารณาคำนวณค่าเสียหายหรือเงินชดเชยที่ให้เอกชนคู่สัญญาจึงมีฐานในการคำนวณราคาจากราคาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล เช่น ในสัญญาจัดซื้อ รัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินเพิ่ม (Additional Sum) ให้แก่เอกชนคู่สัญญาเพื่อตอบแทนการทำงานพิเศษ (Extra Work) ต้องคิดตามอัตราสุทธิหรือราคา (Net Rates or Price) หรือที่จะอนุมานได้จากเอกสารดังกล่าว<sup>221</sup> มิฉะนั้นก็จะคิดตามอัตราสุทธิหรือราคาที่จะตกลงกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

(1.3) หากตกลงตามข้อ 2. ไม่ได้ก็จะมีกำหนดอัตราหรือราคาโดยอิงอยู่กับมูลค่าของวัสดุที่ใช้หรืออัตราของค่าแรงรายวันตามที่กำหนดไว้ในเอกสารปริมาณและราคาตามสัญญาจัดซื้อ<sup>221</sup> นั้น ๆ

## (2) การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ('Break' Clause)

นอกจากการให้อำนาจรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียวแล้ว เอกชนคู่สัญญายังตกลงยอมให้รัฐมีอำนาจเหนือในการบอกเลิกสัญญาได้ด้วย โดยข้อตกลงดังกล่าวได้เกิดขึ้นโดยรัฐในสัญญามาตรฐานเรื่อง การเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวเพื่อความสะดวก ('Break clauses') ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวได้ให้สิทธิของรัฐในการบอกเลิกสัญญาทั้งหมดได้ทันที รวมทั้งการบอกเลิกข้อกำหนดส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญา ณ เวลาใดเวลาหนึ่งโดยการบอกกล่าวเป็นหนังสือล่วงหน้าไปยังคู่สัญญาชั่วระยะเวลาหนึ่ง<sup>221</sup>

3.2.2.3 การเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากความรับผิดชอบของรัฐในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

จากที่ได้กล่าวในตอนต้นไว้แล้วว่า อำนาจในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษนั้นอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งการให้อำนาจศาลยุติธรรมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวก็มีให้อำนาจศาลยุติธรรมเป็นการทั่วไป โดยใช้เงื่อนไขกว้าง ๆ ว่าเมื่อฝ่ายปกครองได้กระทำไปโดยมิชอบหรือไม่สมเหตุผล อำนาจของศาลอังกฤษจะมีได้ต่อเมื่อการกระทำทางปกครองนั้นล่วงล้ำขอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (Ultra Vires) หรือมิได้เป็นไปตามหลัก Natural Justice อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งทั้งคำว่า Ultra Vires และคำว่า Principle of Natural Justice ก็คือ ต่างก็เป็นศัพท์เทคนิคที่มีความหมายจำกัดเฉพาะบางกรณีเท่านั้น หากได้มีความหมายที่จะตีความไปอย่างไรก็ได้ ดังนั้น หากฝ่ายปกครองได้กระทำการใดภายในขอบอำนาจหน้าที่และสอดคล้องกับหลัก Natural

<sup>221</sup> Office of Government Commerce, **New Model Terms and Conditions of Contract: General Goods and Service**, Retrieved March 31, 2005 from [http://www.ogc.gov.uk/sdtkdev/new\\_content/decisionmap/tcintro.html](http://www.ogc.gov.uk/sdtkdev/new_content/decisionmap/tcintro.html) อ้างถึงใน *ชวลิต เศวตสุด, เรื่องเดิม*, หน้า 140.

Justice แล้ว แม้จะเป็นการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผลหรือไม่ได้สัดส่วนที่ควร ผู้ที่เสียประโยชน์ก็หาอาจร้องขอให้ศาลยุติธรรมตรวจสอบได้ไม่<sup>222</sup>

ลักษณะเด่นประการหนึ่งของระบบกฎหมาย Common Law ก็คือการให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความถูกต้องชอบธรรมของการกระทำทางปกครองของฝ่ายบริหารได้ ซึ่งต่างจากที่เป็นอยู่ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปที่นิยมจัดตั้งศาลปกครองในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งขึ้นมารับผิดชอบโดยเฉพาะแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม การให้ศาลยุติธรรมรับผิดชอบหน้าที่ด้านนี้โดยไม่จัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นต่างหากนี้มีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ ในส่วนดีนั้นประชาชนสามารถมั่นใจในความอิสระและเป็นกลางของศาลยุติธรรมได้มากกว่าการจัดตั้งองค์กรใหม่ขึ้นมาทำหน้าที่ ทั้งยังเป็นการตัดปัญหายุ่งยากในเรื่องเขตอำนาจศาลที่จะต้องคาบเกี่ยวกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ด้วย นอกจากนี้ยังจะทำให้เกิดภาพพจน์ที่ดีสำหรับรัฐบาลว่าอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเช่นเดียวกับประชาชนทั่วไปได้ชัดเจนกว่าในกรณีที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นพิเศษอีกด้วย ส่วนข้อเสียนั้นได้แก่ปัญหาผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีปกครองรวม ๆ ไปกับคดีแพ่งสามัญทั่วไปนั้นมักจะขาดความรู้ความเข้าใจแนวความคิดของกฎหมายปกครอง ลักษณะพิเศษของคดีปกครองรวมทั้งการนำหลักเกณฑ์ด้านวิธีการพิจารณาความต่าง ๆ ที่ใช้อยู่กับคดีแพ่งสามัญมาใช้บังคับกับคดีปกครองอย่างเหมาะสมทำให้การพิจารณาคดีปกครองต้องล่าช้าและขาดประสิทธิภาพไปโดยไม่จำเป็น<sup>223</sup>

ดังนั้น ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการความรับผิดชอบของรัฐในการควบคุมกำกับดูแลเอกชนคู่สัญญาและประชาชนผู้เสียหายจึงต้องใช้สิทธิทั้งทางศาลและวิธีอื่น ๆ ดังนี้

1) การดำเนินคดีทางศาลยุติธรรม

ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือไม่พอใจอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่หรือองค์กรทางปกครองในอังกฤษ อาจดำเนินการขอรับการเยียวยาจากศาลยุติธรรมได้ใน 3 กรณีด้วยกัน คือ

(1) ฟ้องเป็นคดีแพ่งสามัญตามหลักกฎหมายในเรื่องละเมิด ผิดสัญญา หรือกึ่งสัญญา

(2) ฟ้องขอให้ศาล High Court ใช้อำนาจตรวจสอบที่มีอยู่เหนือศาลลำดับรอง มาทำการตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบในรูปของคำสั่งยกเลิกเพิกถอนคำวินิจฉัยหรือการกระทำทางปกครองนั้น

(3) อุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองต่อศาลตามที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้สิทธิไว้

2) การวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองโดย Administrative Tribunals

โดยปกติประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมสามารถที่จะฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมเพื่อขอให้ศาลพิจารณาทบทวนคำสั่งหรือการกระทำดังกล่าวได้ เนื่องจากผู้พิพากษาไม่ใส่ใจต่อปัญหาและข้อเรียกร้องของชน

<sup>222</sup> จริญญา ภักดีธนากุล, “การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในอังกฤษ,” *ตุลพาท* 37, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2533): 108-109.

<sup>223</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 105.

ชั้นแรงงาน หรือแสดงอคติในทางชนชั้น จนทำให้ชนชั้นแรงงานไม่ไว้วางใจศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยสิทธิประโยชน์ที่ตนได้รับจากกฎหมายสวัสดิการสังคม<sup>224</sup> รัฐสภาจึงได้ตรากฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการเข้าแทรกแซงการดำเนินวิถีชีวิตของประชาชนมากขึ้น ผลที่ตามมา คือ เกิดข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนเป็นจำนวนมาก แต่การให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม สาเหตุสำคัญเนื่องมาจากผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมอังกฤษไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่แทนที่ประเทศอังกฤษจะจัดตั้งศาลปกครอง ประเทศอังกฤษก็ยังคงใช้ศาลยุติธรรมในการพิจารณาคดีปกครอง แต่ก็ได้มีการจัดตั้งองค์กรหนึ่งขึ้นมาเพื่อแบ่งเบาภาระของศาลยุติธรรม องค์กรดังกล่าวคือ “Administrative Tribunals” ซึ่งเป็นคำรวมที่ใช้เรียกบรรดาคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายหลายลักษณะอักษรมากมายหลายฉบับ และมีจำนวนหลายพันคณะ เพื่อจัดระบบการพิจารณาข้อพิพาทของฝ่ายปกครองให้เป็นระบบในปี ค.ศ. 1958 รัฐสภาจึงได้ตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและการไต่สวนขึ้น (The Tribunals and Inquiries Act 1958 และ 1971) คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทนี้บางทีก็เรียกว่าศาลฝ่ายบริหารหรือตุลาการฝ่ายบริหาร<sup>225</sup>

### 3) การดำเนินคดีในทางอื่น ๆ

การดำเนินคดีในทางอื่น ๆ ของประเทศอังกฤษนั้นมีหลายวิธี ดังนี้<sup>226</sup>

(1) การอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดกึ่งตุลาการซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายหลายลักษณะอักษรโดยเฉพาะ

ในบางกรณี รัฐสภาอาจบัญญัติเป็นกฎหมายไว้โดยเฉพาะว่าผู้ที่ไม่พอใจกับคำวินิจฉัยในเรื่องนั้นของหน่วยงานทางปกครอง เช่น องค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น คณะกรรมการเฉพาะกิจ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดระดับต่ำ หรือแม้แต่พนักงานเจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่ง อาจอุทธรณ์คำวินิจฉัยของหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวนั้น ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดกึ่งตุลาการ ซึ่งตั้งขึ้นโดยเฉพาะสำหรับกรณีนั้นก็ได้

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดกึ่งตุลาการนี้มีระบบการจัดองค์กรอยู่ภายนอกระบบงานตามปกติของศาลยุติธรรม และไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาของศาล ทั้งในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองของคณะกรรมการฯ มีอำนาจซึ่งในบางกรณีถึงกับเป็นหน้าที่ ที่จะนำนโยบายของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับเรื่องนั้น หรือปัจจัยอื่นที่กำหนดไว้เป็นพิเศษ ซึ่งตามปกติศาลยุติธรรมจะไม่คำนึงเลย มาพิจารณาประกอบการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดด้วย อย่างไรก็ตามนโยบายหรือปัจจัยพิเศษดังกล่าวนี้ ส่วนใหญ่แล้วมักจะถูกกำหนดไว้ให้เป็นที่ลวงรู้แก่คู่กรณีทุกฝ่ายอยู่ก่อนแล้ว

<sup>224</sup> ณรงค์เดช สรุโฆษิต, การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2553), หน้า 70-71.

<sup>225</sup> อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ, “กลไกในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในประเทศที่ไม่มีศาลปกครอง,” *ตุลพาท* 41, 1 (มกราคม-มีนาคม 2540): 32.

<sup>226</sup> จริญญา ภักดีธนากุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 98-105.

(2) การไต่สวนหาข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการวินิจฉัยสั่งการของ  
รัฐมนตรี

ในกรณีเนื้อหาของเรื่องที่เป็นมูลให้เกิดข้อพิพาททางปกครองขึ้น มีลักษณะค่อนข้างไปทางด้านนโยบายมากกว่าเป็นเรื่องสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายนั้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องดังกล่าวมักจะบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ที่ไม่พอใจต่อคำวินิจฉัยชี้ขาดของหน่วยงานทางปกครองที่จะอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบในเรื่องนั้น ๆ ได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้กฎหมายมักจะต้องกำหนดไว้ด้วยเสมอว่ารัฐมนตรีจะต้องจัดให้มีการไต่สวนข้อเท็จจริง เสียก่อนที่จะทำคำวินิจฉัยชี้ขาดอุทธรณ์ในเรื่องนั้น วิธีการไต่สวนข้อเท็จจริงก่อนนี้มักนำไปใช้กับกรณีที่รัฐมนตรีจะต้องให้ความเห็นชอบก่อนที่จะมีกากระทำทางปกครองในบางเรื่องด้วย

ในการไต่สวนข้อเท็จจริงนี้ ผู้ไต่สวนซึ่งได้รับมอบหมายจากรัฐมนตรีจะต้องฟังข้ออ้างข้อเถียงของคู่กรณีทุกฝ่ายเสียก่อนที่จะดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานอาจมีการรับฟังความเห็นจากบุคคลและองค์กรที่เกี่ยวข้องเป็นการทั่วไป และทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นเสนอต่อรัฐมนตรีซึ่งจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยสั่งการต่อไป ซึ่งต่างกับคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดของรัฐมนตรีนั้นแม้ตามปกติรัฐมนตรีจะต้องคำนึงถึงรายงานและความเห็นของคณะผู้ไต่สวนเป็นหลัก แต่กฎหมายก็ได้ห้ามไว้ว่ารัฐมนตรีจะนำปัจจัยหรือตัวแปรอื่น ๆ ที่มีได้ปรากฏอยู่ในรายงานการไต่สวน เช่น นโยบายของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับเรื่องนั้นมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยสั่งการไม่ได้

(3) การหาทางเยียวยาจากรัฐสภาตามช่องทางการเมือง

เนื่องจากคณะรัฐมนตรีทั้งคณะและรัฐมนตรีแต่ละคนในอังกฤษจำเป็นต้องร่วมกันรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา ดังนั้น ประชาชนผู้เดือดร้อนหรือได้รับความไม่เป็นธรรมจากฝ่ายปกครองซึ่งรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีดูแลรับผิดชอบอยู่ จึงสามารถที่จะเสนอขอความเป็นธรรมจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากเขตเลือกตั้งของตน ให้นำเรื่องเสนออย่างไม่เป็นทางการต่อรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบเพื่อหาทางเยียวยาแก้ไขให้ถูกต้อง หรืออาจดำเนินการอย่างเป็นทางการในสภาผู้แทนราษฎรโดยวิธีการตั้งกระทู้ถาม หรือเสนอญัตติเพื่อให้ได้มาเรื่องการเยียวยาก็ได้ ทางแก้ดังกล่าวนี้จะได้ผลอย่างรวดเร็วและจริงจังในกรณีที่มีการกระทำทางปกครองที่เป็นต้นเหตุแห่งความเดือดร้อนนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลซึ่งของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบโดยตรง

(4) การร้องเรียนต่อ Ombudsman

มีหลายกรณีที่ต้องเดือดร้อนจากการกระทำโดยมิชอบของฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะหาทางเยียวยาตามช่องทาง แห่งกฎหมายได้การฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม การอุทธรณ์ต่อ Administrative Tribunals หรือการอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีมีการสืบสวนข้อเท็จจริงได้ บางอย่างไม่เหมาะสมหรือไม่สะดวกที่จะหาทางเยียวยาทางการเมือง จากรัฐสภาได้ด้วย ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีส่วนพิเศษเพิ่มขึ้นอีกทางหนึ่ง เพื่อให้ประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนหรือคับแค้นใจในกรณีที่ไม่รู้จะหันไปหาใครได้เช่นนี้มีโอกาสได้รับการเยียวยาได้บ้าง

ต่อมาได้รับการยอมรับโดยการตราพระราชบัญญัติ The Parliamentary Commissioner Act 1967 ออกมาจัดตั้งระบบติดตามตรวจสอบการประพฤติ

ปฏิบัติมิชอบของฝ่ายปกครองขึ้นเรียกชื่อว่า The Parliamentary Commissioner for Administration หรือที่รู้จักกันในชื่อย่อว่า P.C.A. ให้ชื่อเป็นภาษาไทยได้ว่า ข้าหลวงรัฐสภาด้านการปกครอง

ระบบการติดตามตรวจสอบโดยข้าหลวงรัฐสภาด้านการปกครองนี้ มิได้ให้อำนาจตัวข้าหลวงเข้าไปทำหน้าที่เป็นฝ่ายปกครองเสียเอง ทั้งนี้ได้ให้อำนาจเป็นสถาบัน วินิจฉัยชี้ขาดอุทธรณ์ที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนยื่นคัดค้านคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองด้วยขออำนาจ ของสถาบันนี้คงจำกัดอยู่เพียงการสอบสวนเรื่องราวที่มีการร้องเรียนขึ้นมาว่ามีความไม่เป็นธรรม เกิดขึ้นจากการทุจริตหรือประพฤติมิชอบของฝ่ายปกครองหรือไม่ และหากมีควรจะดำเนินการแก้ไข เยียวยาอย่างไร ซึ่งแม้ในกรณีที่ได้พบการทุจริต หรือประพฤติมิชอบจริง ข้าหลวงรัฐสภาด้านการ ปกครอง ก็หาได้อำนาจที่จะบังคับบัญชาหรือสั่งการให้มีสภาพบังคับเป็นการแก้ไขเยียวยาอย่างใดไม่ คงได้แต่ทำเป็นรายงานเสนอข้อเท็จจริงและความเห็นต่อรัฐสภาและบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

## บทที่ 4

### การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐในประเทศไทย

การจัดทำบริการสาธารณะถือว่าเป็นภารกิจหลักของรัฐที่จะต้องจัดทำ และให้ประชาชนในรัฐได้รับบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียม เสมอภาคกัน และทุกคนในรัฐก็สามารถที่จะเข้าถึงการบริการสาธารณะของรัฐได้อย่างสะดวก ดังนั้นการจัดทำบริการสาธารณะจึงมีส่วนสำคัญต่อการดำรงชีวิตของประชากรในรัฐเป็นอย่างยิ่ง เมื่อมีการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนแล้ว ก็จะมีขั้นตอนที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายทันทีก็คือการควบคุม กำกับดูแลเนื่องจากภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะยังเป็นของรัฐเอกชนมีเพียงหน้าที่ในการจัดทำแทนและไม่ได้ไปซึ่งอำนาจใด ๆ การศึกษาถึงวิวัฒนาการในการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศไทยจึงมีความสำคัญเพราะจะทำให้ทราบว่าในอดีตจนถึงปัจจุบันนี้ประเทศไทยมีความเป็นมาในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนอย่างไรซึ่งจะนำไปสู่การศึกษาถึงการควบคุม กำกับดูแลซึ่งเป็นขั้นตอนที่รัฐมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐที่เอกชนได้รับมอบหมายภารกิจไปจัดทำ

#### 4.1 วิวัฒนาการและกระบวนการในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

ประเทศไทยมีการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำนั้นตั้งแต่ สมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้ว มีการศึกษาพบว่า ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้น ได้มีแนวความคิดที่แยกสัญญาของฝ่ายปกครองไทยออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ 2 ประเภทขึ้น คือ สัญญาไปรเวท (Private Contract) ประเภทหนึ่ง และสัญญาปับลิก (Public Contract) อีกประเภทหนึ่ง โดยสัญญาไปรเวทเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการรับซื้อขายสิ่งของต่าง ๆ จ้างคน ช่างม้า เช่าที่ เช่าเรือ เช่าตึก เช่าโรงเรือน เช่าแพที่มีเจ้าของ ซึ่งลักษณะของกิจการจะเป็นธุรกิจของเอกชน ขณะที่สัญญาปับลิกหรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า สัญญาของแผ่นดินหรือสัญญาของมหาชน เป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้รักษาเมืองกับชาวต่างชาติในกิจการที่เกี่ยวกับการค้าไม้ ขุดไร่ ทำข้าสาร ตึก ร่อนทอง ขุดคลอง ทำทาง ทำปลา ผูกภาชีอากร ทำสวนไร่นาที่ไม่มีเจ้าของอื่น ที่เป็นของแผ่นดิน แต่รูปแบบของการมอบบริการสาธารณะเหล่านั้นให้เอกชนยังมีได้เป็นรูปแบบของการทำสัญญา และต่อมา นับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 การมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการแทนรัฐก็มีจำนวนมากขึ้นและได้มีการนำรูปแบบของการทำสัญญามาใช้เพื่อเป็นข้อตกลงในการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำ แต่สัญญาดังกล่าวแม้จะจัดทำโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐแต่ก็มีได้มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการในการทำสัญญาไว้เป็นพิเศษ<sup>227</sup>

<sup>227</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 199.

#### 4.1.1 วิวัฒนาการของบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน

การที่รัฐมอบบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำนั้น ในประเทศไทยสามารถแบ่งได้เป็นสองช่วง คือ ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์และภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ดังนี้

##### 4.1.1.1 การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์

ในรัชสมัยสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เริ่มมีการให้สัมปทานแก่เอกชนในการ เขาดำเนินกิจการที่เป็นบริการสาธารณะในบางกิจการ โดยในปี พ.ศ. 2429 ได้ทรงพระราชทาน สัมปทานให้แก่บริษัทเดนมาร์ก เพื่อสร้างทางรถไฟเอกชนสายแรกระหว่างกรุงเทพฯ และ สมุทรปราการ และต่อมาก็ได้ทรงมีหนังสือสัญญาพระราชทานพระบรมราชานุญาตขุดคลองโดยทำ สัญญาระหว่างผู้แทนพระองค์ (ผู้อนุญาต) กับเอกชนสองรายที่เข้าหุ้นส่วนเป็นผู้ขุดคลอง (ผู้รับพระ บรมราชานุญาต) โดยในสัญญาได้กำหนดให้ผู้รับอนุญาตขุดคลองต้องนำแผนที่แบบแผนคลองที่ กำหนดจะขุดเวลาที่ขุดจะลงมือขุด มายื่นต่อผู้อนุญาตเพื่อขอความเห็นชอบก่อนด้วยทุกครั้งก่อนลงมือ ขุด การมอบบริการสาธารณะให้เอกชนที่มีขึ้นในช่วงระยะเวลาดังกล่าวเป็นการพระราชทานพระบรม ราชานุญาตโดยไม่มีการออกกฎหมายมาควบคุมการมอบบริการสาธารณะในลักษณะดังกล่าวแต่อย่าง ใด คงกำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาตว่าผู้รับอนุญาตและผู้อนุญาตพึงจะปฏิบัติต่อกันอย่างไร ในการพระราชทานพระบรมราชานุญาตนี้ ผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะได้รับสิทธิแต่ เพียงผู้เดียวในการดำเนินการโดยมีสิทธิพิเศษในการจัดเก็บรายได้จากบริการนั้น ๆ และผู้รับอนุญาต จะต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐเป็นการตอบแทนที่รัฐให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับอนุญาตซึ่งเป็นลักษณะของ การให้สัมปทาน<sup>228</sup>

ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีการตรากฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับการมอบให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ นั่นคือพระราชบัญญัติจัดวาง การรถไฟแลทางหลวง พุทธศักราช 2464 โดยกฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการ ผูกขาดกิจการที่เป็นรถไฟโดยรัฐ แต่สามารถมอบให้เอกชนทำกิจการดังกล่าวได้โดยจะต้องได้รับพระ บรมราชานุญาตเป็นพิเศษ จากนั้นในปี พ.ศ. 2471 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้า เจ้าอยู่หัวก็ได้มีการตรากฎหมายมาควบคุมกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค คือพระราชบัญญัติ ควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 โดย กฎหมายดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคในประเทศไทย รวมทั้งกิจการที่เกี่ยวกับการประกันภัย ธนาคารเครดิตฟองซิเอร์ และกิจการอื่นที่มีสภาพคล้ายคลึงกัน เว้นแต่จะได้รับพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานเสียก่อน และนอกจากนี้ในปี พ.ศ. 2473 ในรัชสมัย ของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวก็ได้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการมอบให้เอกชนจัด ดำเนินกิจการที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะขึ้นมาอีกฉบับหนึ่งคือพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับ สัมปทานพุทธศักราช 2473 โดยกฎหมายได้กำหนดการสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงเป็นกิจการที่รัฐ ผูกขาดเอกชนสามารถดำเนินการได้จะต้องได้รับสัมปทานจากรัฐบาลก่อน การมอบบริการสาธารณะ

<sup>228</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 94.

ให้เอกชนจัดทำในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีจำนวนไม่มากนักเนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมรวมทั้งความเจริญของบ้านเมืองยังมีไม่มากเท่าที่ควร<sup>229</sup>

4.1.1.2 การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475

ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การให้สัมปทานแก่เอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะยังคงเป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 อยู่ แต่กฎหมายดังกล่าวถูกแก้ไขสองครั้ง คือในปี พ.ศ. 2485 และในปี พ.ศ. 2499 โดยในการแก้ไขครั้งแรกเป็นการเปลี่ยนแปลงผู้มีหน้าที่อนุญาตจากกษัตริย์มาเป็นรัฐบาล และในการแก้ไขครั้งที่สองเป็นการเพิ่มเติมการประกอบกิจการประเภทคลังสินค้าเข้าไปด้วย เนื่องจากเป็นกิจการค้าที่อาจกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของสาธารณชนได้ กฎหมายดังกล่าวใช้มาเป็นเวลานานกว่า 40 ปี จึงถูกยกเลิกโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2516 ในยุคของ จอมพลถนอม กิตติขจร ในฐานะหัวหน้าคณะปฏิวัติ โดยข้อ 1 ให้ยกเลิกบรรดากฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน โดยเหตุที่คณะปฏิวัติก็มีข้อพิจารณาประการหนึ่งเห็นว่า สมควรปรับปรุงบรรดากฎหมายดังกล่าวให้เป็นกฎหมายฉบับเดียวกันเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติ ทั้งนี้ข้อ 3 ของประกาศดังกล่าวได้กำหนดให้การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ และบรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกาเหล่านี้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค โดยข้อ 4 ได้กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเช่นว่านี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี<sup>230</sup> ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเสียใหม่ โดยกำหนดให้รัฐเป็นเจ้าของกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เอกชนที่จะประกอบกิจการดังกล่าว จะต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี<sup>231</sup>ก่อน

โครงการขนาดใหญ่ที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาของการบังคับใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 นี้มีจำนวนมาก เช่น สัญญาให้ประกอบการเดินรถโดยสารประจำทางระหว่างองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพกับบริษัทกรุงเทพขนส่งจำกัด พ.ศ. 2530 สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (รัฐวิสาหกิจ) กับบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (พ.ศ. 2531) สัญญาสัมปทานทางหลวงระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัท ดอนเมืองโกลด์เวย์ จำกัด (พ.ศ. 2532) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพฯ และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทยระหว่างกระทรวงคมนาคม การรถไฟแห่งประเทศไทย

<sup>229</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 94-95.

<sup>230</sup> พัทธมา จิตรมหีมา, “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง,”

วารสารกฎหมายปกครอง 27, 3 (2553): 26-27.

<sup>231</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 95.

ไทยและบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด (พ.ศ. 2533) สัญญาสัมปทานให้บริการโทรศัพท์แบบ พกพาระบบ Telepoint Service ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัท โฟนพอยต์ (ประเทศไทย) จำกัด (พ.ศ. 2533) สัญญาจ้างเก็บขยะมูลฝอยในพื้นที่บางส่วนของเขตคลองเตย ระหว่างกรุงเทพฯกับห้างหุ้นส่วนจำกัดประเสริฐชัยบริการ (พ.ศ. 2533) สัญญาสัมปทานโครงการ ขยายบริการโทรศัพท์ 2 ล้านหมายเลขในเขตกรุงเทพฯและปริมณฑลระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัท ซีพีเทลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด (พ.ศ. 2534) สัญญาสัมปทานโครงการขยาย บริการโทรศัพท์ 1 ล้านหมายเลขในเขตภูมิภาคระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัท ไทยเทลโฟนแอนด์เทลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด (พ.ศ. 2534) และสัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กรุงเทพฯระหว่างกรุงเทพฯกับบริษัทระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพจำกัด (พ.ศ. 2535) เป็นต้น<sup>232</sup>

ก่อนปี พ.ศ. 2535 อันเป็นปีที่กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐจะใช้บังคับ หากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจใดมีโครงการลงทุน จะต้องเสนอ โครงการลงทุนดังกล่าวต่อคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเพื่อเสนอ คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติตามพระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคม พ.ศ. 2521 แต่ก็มี ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจบางแห่งที่ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการลงทุนบางโครงการแทนส่วน ราชการหรือรัฐวิสาหกิจนั้น โดยการให้สัมปทาน สิทธิหรือร่วมลงทุน และถือว่าส่วนราชการหรือ รัฐวิสาหกิจนั้นมิได้ลงทุนในโครงการนั้น จึงไม่ต้องเสนอโครงการต่อสำนักงานคณะกรรมการ พัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ แต่ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยราชการหรือรัฐวิสาหกิจเป็น ผู้อนุมัติการให้สัมปทาน สิทธิหรือการร่วมลงทุนแต่เพียงผู้เดียว อาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการ ควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชน ซึ่งก็คือ ประกาศ ของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58<sup>233</sup>

เนื่องจากการอนุญาตหรือการได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีตามประกาศของคณะ ปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ดังกล่าว ไม่มีแนวทางปฏิบัติหรือหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ทำให้การแสวงหา ผลประโยชน์จากผู้มีส่วนที่เกี่ยวข้องเป็นไปได้ง่าย ดังนั้น ภายหลังจากที่คณะรักษาความสงบเรียบร้อย แห่งชาติ (คณะ รสช.) ได้ทำการรัฐประหารโค่นล้มรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 รัฐบาลใหม่ที่มีนายอานันท์ ปันยารชุนเป็นนายกรัฐมนตรีจึงได้จัดทำ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ขึ้นโดยมี เหตุปรากฏอยู่ในหมายเหตุแนบท้ายกฎหมายดังกล่าวว่า เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทาน หรือให้สิทธิแก่เอกชนหรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในปัจจุบันส่วนใหญ่จะกำหนดเป็นอำนาจ การพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว และในเรื่องสำคัญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของ รัฐมนตรีทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้ในหลักเกณฑ์ที่ไม่แน่นอนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สัมปทาน ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ซึ่งส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้ กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ดังนั้น เพื่อให้มีแนวทางปฏิบัติการใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงาน

<sup>232</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 95-96.

<sup>233</sup> สุกัญญา นาชัยเวียง, “การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ,”

หรือการดำเนินการในกิจการของรัฐโดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป จึงสมควรมีกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ดังนั้น ในเวลาต่อมาบรรดาโครงการของรัฐที่เปิดให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนหรือรับสัมปทานจึงจำเป็นต้องปฏิบัติตามกรอบของกฎหมายฉบับนี้ก่อนจึงจะสามารถทำสัญญากับรัฐได้<sup>234</sup>

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั้นเกิดขึ้นมาด้วยวัตถุประสงค์สำคัญคือ เพื่อกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาในการพิจารณาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่สำคัญของรัฐ พร้อมทั้งกำหนดให้มีหน่วยงานและผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเข้ามาช่วยวิเคราะห์และพิจารณาคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมดำเนินโครงการในทุก ๆ ขั้นตอน กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้อำนาจในการอนุมัติโครงการลงทุนสำคัญเป็นของคณะรัฐมนตรีแทนที่จะเป็นของกระทรวงหรือรัฐมนตรี มีการกำหนดมาตรฐานขั้นตอนการปฏิบัติงานรวมถึงระยะเวลาการดำเนินงานของเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกเพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปตามวัตถุประสงค์ การปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นส่งผลทำให้การดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เป็นไปอย่างล่าช้า และมีปัญหาทางกฎหมาย ในหลายประการ<sup>235</sup> จึงทำให้กระทรวงการคลังแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพื่อเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติที่บังคับใช้ในขณะนั้น<sup>236</sup> โดยสำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้มีหนังสือแจ้งกระทรวงต่าง ๆ ให้เสนอความเห็น<sup>237</sup>

#### 4.1.1.3 การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนในปัจจุบัน

ในปัจจุบันนั้นการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นได้ยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ไปแล้วบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 แทนพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 จึงเป็นกฎหมายที่มีขึ้นมาเพื่อสานต่อการดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เหตุผลในการตรากฎหมายฉบับนี้ที่ปรากฏอยู่ในเหตุผลแนบท้ายกฎหมายคือ "โดย

<sup>234</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, หน้า 96-97.

<sup>235</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ*, ค้นวันที่ 22 ตุลาคม 2558 จาก <http://www.innnews.co.th/shownews/show?newscode=450269>

<sup>236</sup> อารยา กิตติเวช, *เรื่องเดิม*, หน้า 77.

<sup>237</sup> สำนักงานเลขาธิการรัฐมนตรี, หนังสือ ด่วนที่สุด ที่ นร 0503/ว(ล)11744, 29 สิงหาคม 2548, เรื่อง ขอให้กระทรวงคมนาคมพิจารณาเสนอความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 อ้างถึงใน อารยา กิตติเวช, *เรื่องเดิม*, หน้า 77.; ตามที่กระทรวงการคลังเสนอ เพื่อปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ในประเด็นที่เกี่ยวข้องหรือประเด็นอื่นที่เห็นสมควรแล้วแจ้งผลการพิจารณาให้ เลขาธิการคณะรัฐมนตรีทราบ; อารยา กิตติเวช, *เรื่องเดิม*, หน้า 77.

ที่กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2535 มีหลักเกณฑ์บางประการที่ไม่ชัดเจน ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังมิได้มีการกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญบางประการไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา ประกอบกับในปัจจุบันประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐยังไม่สามารถดำเนินการให้เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชนได้ ดังนั้น การมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ จึงเป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้มีการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะขึ้น อีกทั้งยังส่งผลให้เป็นการประหยัดงบประมาณของภาครัฐด้วย ทำให้การใช้ทรัพยากรของรัฐเป็นไปอย่างคุ้มค่าและเกิดประสิทธิภาพ และเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ โดยมีการเปิดเสรีด้านการค้าและการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ ด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ การกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน โดยมีความโปร่งใสและสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและหลักวินัยการเงิน การคลัง การส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมทั้งให้มีหน่วยงานรับผิดชอบในการทำหน้าที่กำหนดมาตรฐาน ควบคุม กำกับดูแล ส่งเสริม และสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตลอดจนพัฒนาวินัยการเงินการคลังของประเทศในการให้เอกชนร่วมลงทุน เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงทางการเงินและการคลังของประเทศในระยะยาว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติ<sup>238</sup> รวมทั้งประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเรื่อง ลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ พ.ศ. 2558 และ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2559 ที่นำมาบังคับใช้ด้วย

โครงการต่าง ๆ ที่ต้องเข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้แก่ โครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู ช่วงแคราย – มีนบุรี มูลค่าโครงการ 56,725 ล้านบาท โครงการรถไฟฟ้าสายสีเหลืองช่วงลาดพร้าว – สำโรง มูลค่าโครงการ 54,768 ล้านบาท โครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงินช่วง หัวลำโพง – บางแค และช่วงบางซื่อ – ท่าพระ มูลค่าโครงการ 82,494 ล้านบาท เป็นต้น

<sup>238</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ.

#### 4.1.2 กระบวนการในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนบริการสาธารณะก็เพื่อผลประโยชน์ของประเทศชาติและให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนที่จะได้รับบริการสาธารณะได้อย่างทั่วถึงและการทำสัญญาบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนเป็นการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนจึงได้กำหนดกระบวนการให้บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน ผลของสัญญา เพื่อให้มีขั้นตอนในการจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ประเทศชาติอย่างแท้จริง

การให้จัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนนั้น เกิดขึ้นได้โดย การที่มีคู่สัญญาอย่างน้อย ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐกับเอกชนในรูปแบบที่เรียกว่า สัญญาทางปกครองหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าสัญญากับทางราชการ ในประเทศไทยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (เฉพาะสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ) หรือระเบียบของส่วนราชการอื่นว่าด้วยการพัสดุ แต่ระเบียบดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์การคัดเลือกคู่สัญญาในกรณีการตกลงทำสัญญาจัดซื้อหรือจัดจ้างเท่านั้น ส่วนสัญญาประเภทอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบของส่วนราชการอื่นว่าด้วยการพัสดุ ก็จะต้องอยู่ภายใต้ระเบียบหรือหลักเกณฑ์เฉพาะสำหรับสัญญาประเภทนั้น ๆ กระบวนการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะมีรายละเอียด ดังนี้

4.1.2.1 กระบวนการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ขั้นตอนต่าง ๆ ในการดำเนินการเกี่ยวกับพัสดุ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดขั้นตอนที่สำคัญ ๆ ไว้ดังนี้

1) การจัดทำรายงานขอซื้อหรือขอจ้างเสนอต่อหัวหน้าส่วนราชการ

เมื่อทราบวงเงินงบประมาณในการจัดหาพัสดุแล้ว เจ้าหน้าที่พัสดุต้องจัดทำรายงานเสนอหัวหน้าส่วนราชการเพื่อขอดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง

กรณีซื้อที่ดินหรือสิ่งก่อสร้าง เจ้าหน้าที่พัสดุต้องทำรายงานเสนอต่อหัวหน้าส่วนราชการ โดยเสนอรายละเอียด คือ เหตุผลที่จะซื้อ รายละเอียดของที่ดิน วิธีที่จะซื้อราคาซื้อขายของที่ดิน วงเงินที่จะซื้อ ราคาประเมินของทางราชการในท้องที่นั้น<sup>239</sup>

กรณีซื้อหรือจ้างอื่น ๆ เจ้าหน้าที่พัสดุต้องทำรายงานเสนอต่อหัวหน้าส่วนราชการ ประกอบไปด้วย เหตุผลและความจำเป็นที่ต้องซื้อหรือจ้างรายละเอียดของพัสดुरาคามาตรฐาน วงเงินกำหนดเวลาที่ต้องการใช้พัสดุนั้น วิธีที่จะซื้อหรือจ้าง<sup>240</sup>

2) การจัดทำเอกสารสอบราคาหรือเอกสารประกวดราคาหรือเอกสารอื่น

เจ้าหน้าที่พัสดุต้องจัดทำเอกสารสอบราคา โดยอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด เช่น คุณสมบัติเฉพาะของพัสดุที่ต้องการซื้อ จำนวนที่ต้องการ รูปแบบรายการรายละเอียดคุณสมบัติของผู้เข้าเสนอราคา แบบใบเสนอราคา กำหนดสถานที่ วันเวลา เปิดซองสอบราคา ฯลฯ<sup>241</sup>

<sup>239</sup> ข้อ 28 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

<sup>240</sup> ข้อ 27 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แก้ไขโดย ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2539

## 3) การเผยแพร่เอกสารสอบราคาหรือเอกสารประกวดราคา

การเผยแพร่เอกสารสอบราคาหรือเอกสารประกวดราคาแบ่งออกเป็นสองกรณี โดยกรณีแรกเป็นการเผยแพร่เอกสารสอบราคา ได้กำหนดให้การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีการสอบราคา ให้มีการดำเนินการเผยแพร่การสอบราคา โดยก่อนวันเปิดซองสอบราคาไม่น้อยกว่า 10 วัน สำหรับการสอบราคาในประเทศไทยหรือไม่น้อยกว่า 45 วัน สำหรับการสอบราคานานาชาติ ให้เจ้าหน้าที่พัสดุส่งประกาศเผยแพร่การสอบราคาและเอกสารการสอบราคาไปยังผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างทำงานนั้นโดยตรง หรือโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้กับให้ปิดประกาศเผยแพร่การสอบราคาไว้โดยเปิดเผย ณ ที่ทำการของส่วนราชการนั้น<sup>242</sup>

และกรณีที่สอง คือ เป็นการเผยแพร่เอกสารประกวดราคา โดยเจ้าหน้าที่พัสดุต้องดำเนินการปิดประกาศประกวดราคาโดยเปิดเผย ณ ที่ทำการของส่วนราชการนั้น ส่งไปประกาศทางวิทยุกระจายเสียงหรือประกาศในหนังสือพิมพ์และให้กระทำก่อนการให้หรือการขายเอกสารประกวดราคาไม่น้อยกว่า 7 วันทำการสำหรับการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีประกวดราคานานาชาติ ให้ส่วนราชการถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของแหล่งเงินกู้หรือแหล่งให้เงินช่วยเหลือ<sup>243</sup>

## 4) การแต่งตั้งคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง

การแต่งตั้งคณะกรรมการที่มีอำนาจตามกฎหมายเพื่อให้การปฏิบัติการจัดหาพัสดุเป็นไปอย่างละเอียด รอบคอบและโปร่งใส ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จึงได้กำหนดให้มีคณะกรรมการที่มีอำนาจตามกฎหมายและผู้เกี่ยวข้องกับการจัดหาพัสดุของทางราชการรวม 10 ประเภทด้วยกัน ได้แก่

(1) คณะกรรมการพิจารณาคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น มีหน้าที่พิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นตามหลักเกณฑ์และภายในระยะเวลาที่หัวหน้าส่วนราชการกำหนด<sup>244</sup>

(2) คณะกรรมการเปิดซองสอบราคา มีหน้าที่เปิดซองใบเสนอราคา ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคา พิจารณาคัดเลือกพัสดุหรืองานจ้างของผู้เสนอราคาที่ถูกต้อง ฯลฯ<sup>245</sup>

(3) คณะกรรมการรับและเปิดซองสอบราคา มีหน้าที่รับซองประกวดราคา รับเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ตามบัญชีรายการเอกสารของผู้เสนอราคาพร้อมทั้งพัสดุตัวอย่าง ตรวจสอบหลักประกันของร่วมกับเจ้าหน้าที่การเงิน ฯลฯ<sup>246</sup>

<sup>241</sup> ข้อ 40 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

<sup>242</sup> ข้อ 41 (1) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

<sup>243</sup> ข้อ 45 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย

ข้อ 14 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2541)

<sup>244</sup> ข้อ 32 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

<sup>245</sup> ข้อ 42 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

<sup>246</sup> ข้อ 49 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

(4) คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา มีหน้าที่ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคา ใบราคา เอกสารหลักฐานต่าง ๆ พัสดุตัวอย่าง วิจารณ์าคัดเลือกสิ่งของหรืองานจ้าง ให้คณะกรรมการรายงานผลการพิจารณา ฯลฯ<sup>247</sup>

(5) คณะกรรมการจัดซื้อโดยวิธีพิเศษ ส่วนราชการแต่งตั้งคณะกรรมการจัดซื้อโดยวิธีพิเศษขึ้นเพื่อดำเนินการทอดตลาด ให้ดำเนินการซื้อโดยวิธีเจรจาตกลงราคาในกรณีเป็นพัสดุที่ต้องซื้อเร่งด่วน หากล่าช้าอาจเสียหายแก่ราชการ ในกรณีเป็นพัสดุที่ใช้ราชการลับ ฯลฯ<sup>248</sup>

(6) คณะกรรมการจัดจ้างโดยวิธีพิเศษ เกิดขึ้นเพื่อดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535<sup>249</sup>

(7) คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ มีหน้าที่ตรวจรับพัสดุ ณ ที่ทำการของผู้ใช้พัสดุนั้น ตรวจรับพัสดุให้ถูกต้องครบถ้วนตามหลักฐานที่ตกลงกันไว้ เมื่อตรวจถูกต้องครบถ้วนแล้ว ให้รับพัสดุไว้และถือว่าผู้ขายหรือผู้รับจ้างได้ส่งมอบ ฯลฯ<sup>250</sup>

(8) คณะกรรมการตรวจการจ้าง มีหน้าที่ตรวจสอบรายงานการปฏิบัติงานของผู้รับจ้าง ในกรณีที่เห็นว่าผลงานที่ส่งมอบทั้งหมดหรืองวดใดก็ตามไม่เป็นไปตามแบบรูป

<sup>247</sup> ข้อ 50 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

<sup>248</sup> ข้อ 57 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

<sup>249</sup> ข้อ 58 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

การจ้างโดยวิธีพิเศษ ให้หัวหน้าส่วนราชการแต่งตั้งคณะกรรมการจัดจ้างโดยวิธีพิเศษขึ้นเพื่อดำเนินการดังต่อไปนี้ย่อ

(1) การจ้างโดยวิธีพิเศษตามข้อ 24 (1) (2) (3) และ (4) ให้เชิญผู้มีอาชีพรับจ้างทำงานนั้นโดยตรงมาเสนอราคา หากเห็นว่าราคาที่เสนอนั้นยังสูงกว่าราคาในท้องถื่น หรือราคาที่ประมาณได้ หรือราคาที่คณะกรรมการเห็นสมควร ให้ต่อรองราคาลงเท่าที่จะทำได้

(2) การจ้างโดยวิธีพิเศษตามข้อ 24 (5) ให้เจรจากับผู้รับจ้างรายเดิมตามสัญญาหรือข้อตกลงซึ่งยังไม่สิ้นสุดระยะเวลาการส่งมอบเพื่อขอให้มีการจ้างตามรายละเอียด และราคาที่ต่ำกว่าหรือราคาเดิม โดยคำนึงถึงราคาต่อหน่วยตามสัญญาเดิม (ถ้ามี) เพื่อให้บังเกิดผลประโยชน์สูงสุดที่ส่วนราชการจะได้รับ

(3) การจ้างโดยวิธีพิเศษตามข้อ 24 (6) กรณีเป็นพัสดุที่ได้ดำเนินการจ้างโดยวิธีอื่นแล้วไม่ได้ผลดี ให้สืบราคาจากผู้มีอาชีพรับจ้างทำงานนั้นโดยตรง และผู้เสนอราคาในการสอบราคาหรือประกวดราคาซึ่งถูกยกเลิกไป (ถ้ามี) หากเห็นว่าผู้เสนอราคารายที่เห็นสมควรจ้างเสนอราคาสูงกว่าราคาในท้องถื่น หรือราคาที่ประมาณได้ หรือราคาที่คณะกรรมการเห็นสมควร ให้ต่อรองราคาลงเท่าที่จะทำได้

ให้คณะกรรมการรายงานผลการพิจารณาและความเห็นพร้อมด้วยเอกสารที่ได้รับไว้ทั้งหมดต่อหัวหน้าส่วนราชการเพื่อสั่งการ โดยเสนอผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ (ความในข้อนี้ แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อ 17 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2539)

<sup>250</sup> ข้อ 71 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

รายการละเอียดและข้อกำหนดในสัญญา ให้รายงานหัวหน้าส่วนราชการผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ เพื่อทราบหรือสั่งการ แล้วแต่กรณีในกรณีที่กรรมการตรวจการจ้างบางคนไม่ยอมรับงาน โดยทำ ความเห็นแย้งไว้ ให้เสนอหัวหน้าส่วนราชการเพื่อพิจารณาสั่งการ ฯลฯ<sup>251</sup>

(9) ผู้ควบคุมงาน มีหน้าที่ตรวจและควบคุมงาน ณ สถานที่ที่กำหนดไว้ ในสัญญา พร้อมทั้งผลการปฏิบัติงาน จัดบันทึกสภาพการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างและเหตุการณ์ แวดล้อมเป็นรายวัน ฯลฯ<sup>252</sup>

(10) คณะกรรมการตรวจงานปฏิบัติการ กรณีที่มีการจัดทำเอง ให้ หัวหน้าส่วนราชการแต่งตั้งผู้ควบคุมรับผิดชอบในการจัดทำเองนั้น และแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจ การปฏิบัติงานโดยมีคุณสมบัติและหน้าที่เช่นเดียวกับคณะกรรมการตรวจการจ้าง เว้นแต่ส่วนราชการ ที่กำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบโดยเฉพาะอยู่แล้ว<sup>253</sup>

4.1.2.2 กระบวนการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะของการได้รับ สัมปทานหรือการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

สัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองรูปแบบหนึ่งที่รัฐมอบภารกิจให้เอกชนในการจัดทำ บริการสาธารณะแทนรัฐบางกิจการ และหมายถึงสัญญาที่ฝ่ายปกครองซึ่งเรียกว่า ผู้ให้สัมปทาน ฝ่าย หนึ่ง มอบหมายให้เอกชน (อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล) ซึ่งเรียกว่า ผู้รับสัมปทาน อีกฝ่าย หนึ่งเข้ารับจัดทำบริการสาธารณะในการรับจัดทำบริการสาธารณะนี้<sup>254</sup> โดยที่รัฐมีหน้าที่เพียงควบคุม กำกับดูแลบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำนั้น สัมปทานจึงเกิดจากการเจรจาตกลงระหว่างฝ่ายรัฐและ เอกชน ดังนั้น กระบวนการในการให้จัดทำบริการสาธารณะจึงไม่ได้เป็นไปตาม ระเบียบสำนัก กษัตริย์มนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่เป็นสัญญาทางปกครองที่รัฐและเอกชนได้ตกลงทำกัน ขึ้นหรือตราออกเป็นกฎหมายในระดับต่าง ๆ ซึ่งในประเทศไทยมีอยู่มากมายหลายสัญญา เช่น สัมปทานเกี่ยวกับถนน ทางด่วน หรือกิจการโทรคมนาคม เป็นต้น

เนื่องจากในสมัยก่อนปี พ.ศ. 2535 การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในการให้ เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้นยังไม่มีกฎหมายใดใช้บังคับ มีเพียงการทำสัญญาที่รัฐให้เอกชนจัดทำ บริการสาธารณะ การควบคุม กำกับดูแลจึงต้องเป็นไปตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำตกลงกันในสัญญา สัมปทาน เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพและสัญญาสัมปทานทางหลวง เป็นต้น

แต่ในปัจจุบันการทำสัญญาที่รัฐให้เอกชนจัดทำหรือมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการ สาธารณะนั้นต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่ง พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังกล่าวนั้น เป็นกฎหมายที่ บัญญัติครอบคลุมถึงการจัดทำบริการสาธารณะทั้งในรูปแบบการให้สัมปทานและการให้เอกชนร่วม

<sup>251</sup> ข้อ 72 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

<sup>252</sup> ข้อ 73 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อ 20 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 3)

<sup>253</sup> ข้อ 15 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

<sup>254</sup> ไชยวัฒน์ บุนนาค และเยาวรัตน์ กุหลาบเพชรทอง, *เรื่องเดิม*, หน้า 66.

ลงทุนกับรัฐ<sup>255</sup> หากโครงการหรือสัญญาของภาครัฐใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 แล้ว ก็ต้องนำหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายดังกล่าวมาปฏิบัติด้วย ดังนั้น ขั้นตอนในการจัดทำสัมปทานบริการสาธารณะและสัญญาที่รัฐให้เอกชนร่วมลงทุนนั้น ผู้วิจัยได้แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การจัดทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่มีมูลค่าต่ำกว่า 1 พันล้านบาท และการจัดทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่มีมูลค่าหรือโครงการตั้งแต่กว่า 1 พันล้านบาท มีรายละเอียดและขั้นตอนในการดำเนินการ ดังนี้

1) การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนที่มีมูลค่าต่ำกว่า 1 พันล้านบาท ในประเทศไทยนั้นบริการสาธารณะโดยเอกชนที่รัฐได้ทำกับเอกชนนั้นบางสัญญาจะมีมูลค่าของสัญญาต่ำกว่า 1 พันล้านบาท ต้องดำเนินการตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2559 ประกาศดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ออกโดย คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ตามประกาศดังกล่าวโครงการที่มีมูลค่าต่ำกว่า 1 พันล้านบาท เรียกว่า โครงการขนาดเล็ก<sup>256</sup> โครงการขนาดเล็กดังกล่าวมีกระบวนการในการให้เอกชนร่วมลงทุนในกรณีโครงการขนาดเล็กที่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดเลือกเอกชนเพื่อการอนุญาต การให้สัมปทาน การให้สิทธิ หรือการให้ประโยชน์ในกิจการของรัฐไว้เป็นการเฉพาะ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวโดยอนุโลม<sup>257</sup>

นอกจากโครงการใดที่ไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการให้เอกชนเข้าทำสัญญาร่วมลงทุนกับรัฐไว้แล้ว ต้องดำเนินการดังต่อไปนี้

1. ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการ<sup>258</sup>

<sup>255</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในพระราชบัญญัตินี้ “ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

<sup>256</sup> ข้อ 4 ของประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2559

<sup>257</sup> ข้อ 7 ของประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2559

<sup>258</sup> ข้อ 9 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2559

2. เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการขนาดเล็กแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการคัดเลือกเอกชนโดยนำหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในระเบียบว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานเจ้าของโครงการมาใช้บังคับโดยอนุโลม การดำเนินการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญาให้เริ่มจากวิธีประมูลก่อนเว้นแต่เป็นกรณีใดกรณีหนึ่ง คือ มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือหากใช้วิธีการประมูลจะไม่คุ้มค่า<sup>259</sup>

3. เมื่อได้ผลการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป<sup>260</sup>

4. เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว หากไม่เห็นด้วยให้ส่งเรื่องคืนหน่วยงานเจ้าของโครงการเพื่อพิจารณาทบทวน หากเห็นด้วยให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้ร่วมลงทุนต่อไป<sup>261</sup>

5. เมื่อมีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนของโครงการขนาดเล็ก ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดส่งสรุปลักษณะสำคัญของโครงการดังกล่าวและวิธีการได้มาซึ่งเอกชนผู้ร่วมลงทุนให้แก่กระทรวงเจ้าสังกัดและสำนักงาน<sup>262</sup>

2) การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนที่มีมูลค่าหรือโครงการตั้งแต่ 1 พันล้านบาทขึ้นไป

ในปัจจุบันการจัดทำบริการสาธารณะระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีมูลค่าตั้งแต่ 1 พันล้านบาทขึ้นไปต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งขั้นตอนในการจัดทำบริการสาธารณะโดยการมอบให้เอกชนจัดทำหรือการให้เอกชนร่วมจัดทำมีรายละเอียด ดังนี้

(1) โครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่ 1000 ล้านบาทขึ้นไป ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้<sup>263</sup> และขั้นแรกในการเสนอโครงการนั้นหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอผล

<sup>259</sup> ข้อ 10 ของประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>260</sup> ข้อ 12 ของประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>261</sup> ข้อ 13 ของประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>262</sup> ข้อ 15 ของประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

การศึกษาและวิเคราะห์โครงการตามรายละเอียดที่คณะกรรมการ<sup>264</sup> กำหนดและในการเสนอโครงการนั้น หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยอย่างน้อยต้องมีการเปรียบเทียบต้นทุนและความคุ้มค่าระหว่างการใช้งบประมาณของรัฐกับการให้เอกชนร่วมลงทุน และทางเลือกในการให้เอกชนร่วมลงทุนในรูปแบบต่าง ๆ พร้อมทั้งว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อจัดทำรายงานผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการเป็นเอกเทศ เพื่อประกอบการพิจารณาของรัฐมนตรีด้วย โดยรัฐมนตรีต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับการเสนอเรื่องจากหน่วยงานเจ้าของโครงการ<sup>265</sup> และเสนอสำนักงาน<sup>266</sup> ต่อไป

(2) เมื่อสำนักงานได้รับผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการแล้ว จะต้องพิจารณาให้เสร็จสิ้นภายใน 60 วัน หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่าสำนักงานเห็นด้วยกับโครงการ ในกรณีที่สำนักงานเห็นด้วยกับโครงการ สำนักงานจะเสนอคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ แต่ถ้าไม่เห็นด้วยให้แจ้งความเห็นต่อรัฐมนตรีและหน่วยงานเจ้าของโครงการ และหากรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยกับความเห็นของสำนักงานให้เสนอคณะกรรมการเพื่อพิจารณาตัดสินต่อไป โดยในการเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการไม่ว่าในกรณีใดดังกล่าว ให้มีความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเสนอประกอบการพิจารณาไปพร้อมกัน ในกรณีที่โครงการนั้นจะต้องมีการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน ให้มีความเห็นของสำนักงานงบประมาณประกอบด้วย<sup>267</sup>

(3) เมื่อคณะกรรมการเห็นชอบกับหลักการของโครงการใดแล้ว หากเป็นโครงการที่จะต้องมีการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดินหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือจะต้องมีการก่อหนี้โดยการกู้หรือการค้ำประกันโดยกระทรวงการคลัง คณะกรรมการจะต้องเสนอโครงการนั้นต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติโครงการและวงเงินงบประมาณหรือวงเงินในการก่อหนี้ด้วย<sup>268</sup>

<sup>263</sup> มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 โครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือมูลค่าที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยกฎกระทรวงต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

หลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

<sup>264</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ “คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

<sup>265</sup> มาตรา 24-26 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>266</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ “สำนักงาน” หมายความว่า สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

<sup>267</sup> มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>268</sup> มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

(4) ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นชอบกับหลักการของโครงการ หรือเมื่อคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติโครงการแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุนในส่วนของโครงการที่เป็น การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนต่อไป<sup>269</sup>

(5) ร่างสัญญาร่วมลงทุนต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของ สัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ และให้หน่วยงาน เจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกขึ้น ซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินสี่คน เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศ เชิญชวนเอกชนร่วมลงทุน ร่างขอบเขตโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุน กำหนดหลักประกันของ และหลักประกันสัญญา เจริญและพิจารณาคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนและอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องตาม กฎหมายกำหนด<sup>270</sup>

(6) ภายใน 15 วันนับแต่เมื่อได้ผลการคัดเลือกเอกชนและผลการ เจริญและได้จัดทำร่างสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับคัดเลือกแล้วเสร็จให้คณะกรรมการคัดเลือก (1) นำผลการคัดเลือก ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์และร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการ เจริญและเอกสารที่เกี่ยวข้องเสนอสำนักงาน โดยสำนักงานต้องเสนอและส่งความเห็นและเอกสารที่ เกี่ยวข้องต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดภายใน 45 วันและ (2) ส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการ เจริญให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาโดยให้สำนักงานอัยการสูงสุดเสนอร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่าน การพิจารณาแล้วแต่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดภายใน 45 วัน<sup>271</sup>

(7) ร่างสัญญาของฝ่ายปกครองที่ร่วมลงทุนกับเอกชนนั้นจะต้องผ่าน จะต้องผ่านการตรวจสอบจากสำนักงานอัยการสูงสุดเสมอ ไม่ทางตรงก็ทางอ้อม กล่าวคือ ในเรื่อง สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองสร้างขึ้นเอง หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะส่งร่างสัญญาที่ยกร่างเรียบร้อยแล้ว มาให้สำนักงานอัยการสูงสุด พิจารณา หรือในบางกรณี หน่วยงานเจ้าของเรื่องก็ขอความ ช่วยเหลือมายังสำนักงานอัยการสูงสุดโดยตรงให้ไปช่วยยกร่างสัญญาให้ หรือไม่ก็เป็นกรณีที่ใช้สัญญา มาตรฐานซึ่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นผู้ร่างขึ้นมาหรือได้ผ่านการตรวจทานจากสำนักงานอัยการ สูงสุดมาก่อนแล้ว ในทางปฏิบัติ อัยการผู้ตรวจร่างพิจารณาร่างสัญญาได้ยึดหลักการตรวจร่างสัญญา ของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ดังนี้<sup>272</sup>

(7.1) พิจารณาข้อความในร่างสัญญาโดยนำไปปรับบทกฎหมาย ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ข้อตกลงผูกพันระหว่างคู่สัญญาสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากข้อตกลง

<sup>269</sup> มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>270</sup> มาตรา 34-35 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>271</sup> มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>272</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, “อัยการกำมติ กรม. เรื่องร่างสัญญา,” วารสารอัยการ (มิถุนายน 2532): 87-103 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 264.

ส่วนใดขัดแย้งกับกฎหมายอาจมีผลให้ข้อตกลงส่วนนั้นหรือสัญญาทั้งฉบับเป็นโมฆียะได้ ซึ่งนั้นย่อมหมายถึงราชการจะได้รับความเสียหาย

(7.2) พิจารณามติคณะรัฐมนตรี ตลอดจนกฎระเบียบของทางราชการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้น เพื่อตรวจสอบว่าข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาสอดคล้องกับมติ กฎ และระเบียบดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะส่วนราชการ/รัฐวิสาหกิจเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้วยย่อมผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามมติ กฎ และระเบียบดังกล่าวอย่างเคร่งครัด

(7.3) พิจารณาความได้เปรียบเสียเปรียบโดยมุ่งรักษาประโยชน์ของรัฐเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งมีได้หมายความว่า จะตรวจสอบร่างสัญญาเพื่อให้ฝ่ายรัฐเอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ในการตรวจพิจารณาจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมเป็นธรรมในเชิงธุรกิจระหว่างคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นไปได้ในการที่รัฐจะแสวงหาประโยชน์จากการทำสัญญานั้นให้ได้มากที่สุด

(7.4) ในกรณีที่ข้อตกลงในสัญญาส่วนใดไม่ชัดเจนหรืออาจตีความในการเกิดผลเสียหายแก่รัฐ อัยการผู้ตรวจร่างสัญญาจะเชิญผู้แทนของหน่วยงานเจ้าของเรื่อง มาชี้แจงข้อเท็จจริงและร่วมกันพิจารณาข้อตกลงดังกล่าวนั้น หากเห็นพ้องต้องกันว่าควรแก้ไข อัยการก็จะทำการแก้ไขร่างสัญญาส่วนนั้นและส่วนอื่น ๆ ที่สัมพันธ์กันให้เหมาะสม แต่ถ้าผู้แทนหน่วยงานเจ้าของเรื่องมีความเห็นว่าไม่ควรแก้ไข อัยการก็จะไม่ก้าวล่วงไปแก้ไขในการที่จะขัดความประสงค์ของเจ้าของเรื่อง แต่จะเสนอความเห็นข้อสังเกตแก่หน่วยงานนั้นเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการดำเนินการต่อไป

(7.8) เมื่อรัฐมนตรีได้รับความเห็นและเอกสารพร้อมกับร่างสัญญาร่วมลงทุนแล้ว จะต้องพิจารณาเสนอความเห็นประกอบเรื่อง แล้วนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาภายใน 30 วันหากคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยให้ส่งเรื่องคืนรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อแจ้งคณะกรรมการคัดเลือกพิจารณาทบทวนและเสนอเรื่องกลับมายังรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกต่อไป<sup>273</sup>

ดังนั้น การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะที่กล่าวไปข้างต้นนั้นจึงมีกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดใน มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2559 แม้จะอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม สัญญาของภาครัฐทั้งหมดนั้นไม่จำเป็นจะต้องเป็นสัญญาในระบบกฎหมายปกครองหรืออาจกล่าวได้ว่า ส่วนราชการสามารถทำสัญญาบนพื้นฐานของกฎหมายแพ่งได้เช่นกัน

<sup>273</sup> มาตรา 41-42 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

เช่น สัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่า สัญญาว่าจ้างทำความสะอาด สัญญาให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินราชพัสดุสัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาแพ่ง เป็นต้น<sup>274</sup>

## 4.2 องค์การของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

จากที่เคยได้กล่าวไปแล้วว่า เมื่อรัฐได้มอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปจัดทำแทน รัฐจึงมีหน้าที่เพียงควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนนั้น เพราะถือว่าการจัดทำบริการสาธารณะยังเป็นภารกิจหลักที่รัฐต้องจัดทำและมีความรับผิดชอบอยู่ ในประเทศไทยมีสัญญาของภาครัฐมากมายที่เอกชนได้เป็นคู่สัญญากับรัฐและได้จัดทำบริการสาธารณะ หน่วยงานและคณะบุคคลของรัฐที่มีอำนาจในการการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนนั้นจึงสามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

### 4.2.1 การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์การของรัฐที่เป็นคู่สัญญา

เมื่อบริการสาธารณะประเภทใดที่รัฐได้มอบให้เอกชนไปจัดทำหรือที่เรียกว่าการกระจายภารกิจนั้น รัฐก็ยังมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเพราะหากปล่อยให้เอกชนจัดทำโดยไม่มี การควบคุม กำกับดูแลแล้วนั้นบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำไปอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อ ผู้ใช้บริการหรือประเทศชาติรวมทั้งเพื่อให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะ องค์การของรัฐจึงมีความสำคัญในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน เนื่องจากในประเทศไทยมีสัญญาทางปกครองอยู่มากมาย สัญญาทางปกครองใดหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานไหนมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลสามารถแบ่งแยกได้ 3 ลักษณะ ดังนี้

#### 4.2.1.1 การควบคุม กำกับดูแลโดยราชการส่วนกลาง

ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 นั้น หน่วยงานที่อยู่ในจัดอยู่ในราชการส่วนกลางสำนักรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักรัฐมนตรีหรือกระทรวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่ง สังกัดหรือไม่สังกัดสำนักรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวงแต่หน่วยงานที่มีอำนาจในการจัดทำบริการ สาธารณะหรือมอบบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำนั้นมักจะเป็นหน่วยงานระดับ กระทรวง และ ระดับกรม เนื่องจากเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยตรงในการจัดทำ บริการสาธารณะและเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองได้ จึงทำให้มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล ในสัญญาทางปกครองที่ได้ให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทนทั้งตามกฎหมายและตามสัญญา การควบคุม

<sup>274</sup> กิตตนัย ธรรมธัช, การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง, ใน บทความนำเสนอในสัมมนา เชิงปฏิบัติการเรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครอง: การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างประเทศ เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล”, วันที่ 12-13 มีนาคม 2546, ณ สำนักงาน ศาลปกครองและศูนย์การประชุมสหประชาชาติ, หน้า 78.

กำกับดูแลโดยราชการส่วนกลางจึงสามารถแบ่งแยกเป็นสัญญาสำคัญ ๆ ที่องค์กรของราชการส่วนกลางมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลได้ ดังนี้

1) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพฯและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ระหว่างกระทรวงคมนาคม การรถไฟแห่งประเทศไทย กับ บริษัทโฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด

โครงการโฮปเวลล์เกิดขึ้นในสมัยรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ โดยมีการเปิดประมูลสัมปทานก่อสร้างทางยกระดับ เพื่อแก้ปัญหาการจราจร โดยผู้รับสัมปทานจะมีรายได้จากค่าโดยสารรถไฟฟ้า ค่าผ่านทาง และรายได้จากอสังหาริมทรัพย์ตลอดเส้นทาง ผลการประมูลนั้น บริษัท โฮปเวลล์โฮลดิ้งส์ ของนายกอร์ดอน วู เป็นผู้ชนะเหนือคู่แข่งคือ บริษัท ลาวาลิน (SNC-Lavalin) จากแคนาดา มีการลงนามในสัญญาโดยนายมนตรี พงษ์พานิช อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม จากพรรคกิจสังคม กับบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2533 อายุของสัมปทาน 30 ปี มีกำหนดตั้งแต่วันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2534 โดยลักษณะโครงการมี 4 ระบบ คือ ถนนทางด่วนยกระดับเก็บค่าผ่านทาง จำนวน 2 ทางไปกลับ 3 ช่องจราจร ทางรถไฟยกระดับของการรถไฟแห่งประเทศไทย จำนวน 3 ทาง ทางรถไฟชุมชนยกระดับ จำนวน 2 ทางของการรถไฟแห่งประเทศไทย และถนนรถยนต์เสมอระดับดินขนานระบบทางรถไฟและถนนยกระดับจำนวน 4 ช่องจราจร (ถนน Local Road ในปัจจุบัน) กำหนดระยะเวลาก่อสร้าง 8 ปี แบ่งเป็น 5 ระยะคือ ระยะที่ 1 ช่วงยมราช-ดอนเมือง ระยะทาง 18.8 กิโลเมตร ระยะที่ 2 ยมราช-หัวหมาก และมีกะสัน-แม่น้ำ ระยะทาง 18.5 ระยะที่ 3 ช่วงดอนเมือง-รังสิต ระยะทาง 7 กิโลเมตร ระยะที่ 4 ช่วงหัวลำโพง-วงเวียนใหญ่ และยมราช-บางกอกน้อย (ธนบุรี) ระยะทาง 6.7 กิโลเมตร ระยะที่ 5 ช่วงวงเวียนใหญ่-โพธิ์นิมิตร และตลิ่งชัน-บางกอกน้อย(ธนบุรี) ระยะทาง 9.1 กิโลเมตร รวมเป็นระยะทางทั้งหมด 60.1 กิโลเมตรและทางด่วน 56.8 กิโลเมตร มูลค่าการก่อสร้างช่วงนั้น ประมาณ 80,000 ล้านบาท<sup>275</sup>

โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพฯนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐคือกระทรวงคมนาคม กระทรวงคมนาคมจึงมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะที่เอกชนเป็นผู้จัดทำ (บริษัท โฮปเวลล์ ประเทศไทย) ในฐานะองค์กรของรัฐที่เป็นคู่สัญญาตามสัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพฯที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

2) สัญญาสัมปทานทางหลวง ระหว่าง กรมทางหลวง กับ บริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด

การดำเนินการให้บริการทางหลวงของประเทศไทยในอดีตแต่เดิม เป็นการดำเนินการของภาครัฐโดยถือว่าเป็นภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐจะต้องจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคม โดยมีหน่วยงานหลักคือ กรมทางหลวง และกระทรวงคมนาคม ที่มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลในการก่อสร้างและให้บริการที่เกี่ยวกับ ถนนของทางหลวงดังกล่าว โดยได้มีการให้เอกชนเป็นผู้เข้ามารับสัมปทานไปจัดทำหรือก่อสร้างทางให้สัญจรไปมา ซึ่งมีมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2473 โดยในอดีตนั้นมีปรากฏอยู่ 2 เส้นทาง คือ สายเนินหลังเต่า – บ้านทุ่งเหี่ยว ระยะทาง

<sup>275</sup> โครงการโฮปเวลล์, ค้นวันที่ 22 ตุลาคม 2558 จาก [guru.sanook.com/7134/](http://guru.sanook.com/7134/)

ประมาณ 15 กิโลเมตร ปัจจุบันเป็นทางหลวงหมายเลข 3246 และอีกสายหนึ่ง คือ สายบูเกะสามี่ – ดุซงยอ ระยะทางประมาณ 15 กิโลเมตร ปัจจุบันเป็นทางหลวงหมายเลข 4055<sup>276</sup>

หลังจากนั้นมาการประกอบกิจการสัมปทานทางหลวงได้วางไว้เป็นเวลานาน จนถึงปี พ.ศ. 2532 กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคมได้เปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามารับสัมปทานทางหลวง 1 สาย คือ ทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง ระหว่าง กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม ผู้ให้สัมปทานเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ กับบริษัทดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด ซึ่งในปัจจุบันได้เปลี่ยนชื่อเป็น บริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทานเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยในปัจจุบันมีกฎหมายที่ใช้บังคับ คือ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 โดย กรมทางหลวงมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลและติดตามการดำเนินการในการก่อสร้างและให้บริการตามสัญญาสัมปทานดังกล่าว<sup>277</sup>

ในการให้เอกชนเข้ารับสัมปทานก่อสร้างและให้บริการทางยกระดับมีการแบ่งการบริหารจัดการทางยกระดับเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่เป็นทางหลวงสัมปทาน และทางหลวงแผ่นดิน ทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์ มีแนวสายทางเริ่มจากบริเวณเขตดินแดง กรุงเทพฯ แล้วสิ้นสุดเส้นทางที่อำเภอคลองหลวง จังหวัดปทุมธานี รวมระยะทางทั้งสิ้น 28.10 กิโลเมตรวัตถุประสงค์ของการก่อสร้างทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์ คือ การแก้ปัญหาการจราจรบนถนนวิภาวดีรังสิต และถนนพหลโยธิน อันเป็นเส้นทางที่มีผู้เดินทางจากต่างประเทศมาไทยและลงจากเครื่องบินที่สนามบินนานาชาติดอนเมือง โดยในระยะแรก กรมทางหลวงมีโครงการที่จะขยายช่องจราจรของถนนวิภาวดีรังสิต เพื่อเป็นการรองรับการสัญจรของรถยนต์ที่จะไปยังท่าอากาศยานดอนเมือง ซึ่งการจราจรบนถนนวิภาวดีรังสิตมีแนวโน้มที่สูงขึ้นทุกวัน จนติดขัดในช่วงเวลาเร่งด่วน แต่อุปสรรคของการขยายช่องจราจรคือ มีบ้านเรือนตั้งอยู่ริมเส้นทางเป็นจำนวนมาก จนไม่สามารถขยายช่องจราจรได้ กรมทางหลวงจึงมีแนวคิดที่จะสร้างเป็นทางยกระดับซ้อนทับบนถนน โดยใช้พื้นที่เกาะกลางถนนเพื่อรองรับโครงสร้าง แต่เนื่องจากในขณะนั้นงบประมาณของกรมทางหลวงมีไม่เพียงพอ จึงได้เสนอให้เอกชนได้เข้าร่วมประมูลโครงการเพื่อบริหารจัดการ โดยบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง ได้ชนะประมูล และบริหารเส้นทางมาจนถึงปัจจุบัน

สัญญาสัมปทานทางหลวงโครงการนี้ มีกรมทางหลวงเป็นคู่สัญญา กรมทางหลวงจึงมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลในฐานะองค์กรของรัฐที่เป็นคู่สัญญา ซึ่งกรมทางหลวงเป็นหน่วยงานที่สังกัดกระทรวงคมนาคม มีอำนาจตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

### 3) สัญญาสัมปทานสถานีโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ (ITV)

ใน พ.ศ. 2538 สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้เปิดให้กลุ่มเอกชนที่สนใจเข้ายื่นซองประมูลจัดตั้งสถานีโทรทัศน์ระบบ UHF ซึ่งมีกลุ่มบริษัทเอกชนเข้าร่วมยื่นข้อเสนอ 3 กลุ่ม และผลการประมูลสรุปว่า กลุ่มบริษัทสยามทีวีแอนด์คอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด ในเครือธนาคารไทย

<sup>276</sup> สีน สุนพงษ์ศรี, การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง: ศึกษากรณีโครงการทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2550), หน้า 1.

<sup>277</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1-2.

พาณิชย์เป็นผู้ชนะการประมูลเนื่องจากมีข้อเสนอต่อรัฐสูงสุดถึง 25,200 ล้านบาท จากราคากลางที่ตั้งไว้ 10,000 ล้านบาท สำหรับระยะเวลาสัมปทาน 30 ปี ต่อมากลุ่มบริษัทสยามทีวีแอนด์คอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด ได้รับอนุมัติจากรัฐบาลให้เป็นผู้ดำเนินกิจการสถานีโทรทัศน์เสรีระบบ UHF และมีการลงนามในสัญญาสัมปทานกันเมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม พ.ศ. 2538 โดยได้มีการก่อตั้ง บริษัทสยามอินโฟเทคนเมนท์ จำกัด ในภายหลังเปลี่ยนชื่อใหม่เป็น บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) และได้แพร่ภาพออกอากาศอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2539

สัญญาสัมปทานสถานีโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ (ITV) ดังกล่าว มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลในการแพร่ภาพออกอากาศของบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยมีอำนาจตามสัญญาสัมปทานที่คู่สัญญาได้ตกลงทำขึ้น

4) สัญญาว่าจ้างให้ซ่อมทำบริภัณฑ์อากาศยานรวม 3 สัญญา ระหว่าง กองทัพอากาศและบริษัทวินโดว์ โพร1997 จำกัด

ในสัญญาว่าจ้างให้ซ่อมทำบริภัณฑ์อากาศยานรวม 3 สัญญา ประกอบไปด้วย สัญญาเลขที่ 82/งป.2546 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2546 จ้างซ่อมทำบริภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์อากาศยาน สัญญาเลขที่ 35/งป.2547 ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2546 จ้างซ่อมทำบริภัณฑ์อากาศยาน และสัญญาเลขที่ 47/งป.2547 ลงวันที่ 6 มกราคม 2547 จ้างซ่อมทำบริภัณฑ์นิวตรอนิกส์อากาศยาน<sup>278</sup> สัญญาว่าจ้างให้ซ่อมบริภัณฑ์ทั้ง 3 สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะ

การควบคุม กำกับดูแลในสัญญาดังกล่าวจึงเป็นอำนาจหน้าที่ของ กองทัพอากาศ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่สังกัดในกระทรวงกลาโหมมีหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลคู่สัญญา (บริษัท วินโดว์ โพร 1997 จำกัด) ในสัญญาว่าจ้างให้ซ่อมทำบริภัณฑ์อากาศยานรวม 3 สัญญา ดังกล่าว โดยมีอำนาจตาม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)<sup>279</sup>

5) โครงการบำบัดน้ำเสียคลองด่าน ระหว่างกรมควบคุมมลพิษกับกิจการร่วมค้าเอ็นวีพีเอสเคจี (บริษัท NVPSKG)

เมื่อวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ. 2538 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบหลักการในโครงการก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษจังหวัดสมุทรปราการหรือ บ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่าน บนพื้นที่สองฝั่งแม่น้ำเจ้าพระยาที่บางปูใหญ่และบางปลาгод ด้วยงบประมาณก่อสร้าง 13,612 ล้านบาท เป็นการประมูลโครงการแบบเหมารวม หรือที่เรียกว่า Turn Key<sup>280</sup> ใน

<sup>278</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 394/2558

<sup>279</sup> ข้อ 15, 71-73 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

<sup>280</sup> โครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turnkey) หมายถึง โครงการที่มีรูปแบบและขอบเขตการดำเนินงานครอบคลุมการสำรวจ ออกแบบ ตลอดจนก่อสร้างจนแล้วเสร็จสมบูรณ์ รวมทั้งการบำรุงรักษาในช่วงเริ่มต้นโครงการ โดยผู้รับจ้างเพียงรายเดียว ซึ่งการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จจะครอบคลุมโครงการที่มีลักษณะ จ้างออกแบบควบคุมการก่อสร้าง หรือ จ้างก่อสร้างพร้อมจัดหาเงินทุน หรือ จ้างออกแบบควบคุมก่อสร้างพร้อมจัดหาเงินทุนหรือจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จเต็มรูปแบบ สัญญา

ระหว่างที่มีการประมูลโครงการอยู่ดี ๆ กรมควบคุมมลพิษได้เสนอให้มีการเปลี่ยนสเปค แผนการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสีย โดยเสนอให้รวมบ่อบำบัดน้ำเสียทั้งฝั่งตะวันออก และฝั่งตะวันตกของแม่น้ำเจ้าพระยาเข้าด้วยกัน โดยให้ก่อสร้างทางฝั่งตะวันออกเพียงแห่งเดียว และเชื่อมต่อกับฝั่งตะวันตกด้วยอุโมงค์ลอดใต้แม่น้ำเจ้าพระยา โดยอ้างว่าที่ดินฝั่งตะวันตกหายากและมีราคาแพงมาก

ปรากฏว่าสเปคใหม่ของกรมควบคุมมลพิษไปเข้ากับแนวทางของกลุ่มบริษัท NVPSKG ซึ่งมีข้อเสนอให้รวมบ่อบำบัดน้ำเสียทั้งสองแห่งเข้าด้วยกัน ทำให้ให้กลุ่มบริษัท NVPSKG ชนะการประมูลโครงการ 2 หมื่นกว่าล้านไปได้

ดังนั้น โครงการบำบัดน้ำเสียคลองด่านจำเป็นต้องมีขึ้นเพราะจังหวัดสมุทรปราการมีปัญหา น้ำเสีย รัฐจึงต้องจัดทำบริการสาธารณะโดยการกำจัดน้ำเสียเพื่อประชาชน โครงการนี้จึงมีกรมควบคุมมลพิษเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับบริษัท NVPSKG ที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน กรมควบคุมมลพิษจึงมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำโครงการบำบัดน้ำเสียของ บริษัท NVPSKG นี้ ตามสัญญาจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key) ที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

#### 4.2.1.2 การควบคุม กำกับดูแลโดยราชการส่วนท้องถิ่น

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนท้องถิ่นนั้น ได้แก่ บริการสาธารณะบางประเภทที่รัฐมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำเองเพื่อสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้น เช่น การดูแลรักษาความสะอาดของท้องถิ่น การจัดให้มีน้ำประปาหรือสถานที่พักผ่อนหย่อนใจ เป็นต้น สำหรับผู้ดำเนินการจัดทำได้แก่ เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยใช้งบประมาณและทรัพย์สินบางส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นในการจัดทำบริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมายและมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการได้โดยอิสระโดยส่วนกลางเพียงแต่เข้าไปควบคุม กำกับดูแลเท่านั้น ส่วนอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะโดยทั่วไปแล้ว บัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภท และในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542

บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่นนั้นจะต้องเป็นภารกิจที่เกี่ยวข้องด้วยท้องถิ่นนั้นโดยเฉพาะ และเป็นไปเพื่อสนองความต้องการของคนในท้องถิ่น ซึ่งการพิจารณาว่าบริการสาธารณะใดเป็นบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยมีองค์กรในส่วนราชการส่วนท้องถิ่น คือ รูปแบบแรกเป็นการปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป เป็นรูปแบบการปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีอยู่ทั่วประเทศทุกจังหวัด มี 3 ประเภทได้แก่ เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) และองค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) อีกรูปแบบ คือ การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ มีการบริหารจัดการไม่เหมือนกับรูปแบบทั่วไป จะมีขึ้นเป็นกรณี ๆ ไป ส่วนใหญ่จะเป็นเขตเมืองใหญ่ เช่น เมืองหลวงหรือเมืองท่องเที่ยว ซึ่งไม่เหมาะสมที่จะใช้รูปแบบทั่วไปมาใช้ในการปกครอง ปัจจุบันมีกรุงเทพฯและเมืองพัทยาที่เป็นประเภทนี้

---

จ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จนั้น มักจะมีการประมูลงานแบบเหมารวม (Lump Sum Turnkey) โดยมีบริษัทที่ปรึกษาเป็นผู้ดำเนินการสำรวจออกแบบเบื้องต้น จัดทำข้อกำหนดรายการและเอกสารประกวดราคาและให้เสนอข้ออนุวัติต่อรัฐมนตรีเป็นกรณี ๆ ไป

องค์กรเหล่านี้จึงมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพราะเป็นหน่วยงานที่รัฐได้กระจายอำนาจให้องค์กรเหล่านี้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำและมอบบริการสาธารณะให้เอกชนทำได้ หากการจัดทำบริการสาธารณะใดที่องค์กรเหล่านี้ได้มอบให้เอกชนจัดทำไม่ว่าจะในรูปแบบสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัมปทานรูปแบบต่าง ๆ องค์กรเหล่านี้ก็มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลเพราะถือว่าภารกิจหลักในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นยังอยู่ที่รัฐก็คือองค์กรเหล่านี้อยู่ ดังนั้นจึงมีสัญญาสำคัญ ๆ ที่ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแล ดังนี้

1) การควบคุม กำกับดูแลโดยองค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.)

องค์การบริหารส่วนตำบลนับได้ว่าเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีขนาดเล็กที่สุดและอยู่ใกล้ชิดกับประชาชนที่สุด องค์การบริหารส่วนตำบลจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มีตัวอย่างสัญญาการควบคุม กำกับดูแลโดยองค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) ดังนี้

(1) สัญญาซื้อขายรถยนต์บรรทุกน้ำอเนกประสงค์ พร้อมติดตั้งเครื่องสูบน้ำ อุปกรณ์ดับเพลิง และเครื่องมืออุปกรณ์ประจําภาระหว่าง องค์การบริหารส่วนตำบลคำด้วงกับห้างหุ้นส่วนจำกัด เอ.เอส.พี.มอเตอร์

สัญญาซื้อขายดังกล่าวได้มีการซื้อขายในวันที่ ลงวันที่ 17 กันยายน 2550 เป็นสัญญาการซื้อตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และเป็นสัญญาทางปกครองเพราะ สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีเครื่องมืออันสำคัญที่ใช้ในการดับเพลิงอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยขององค์การบริหารส่วนตำบลตามนัยมาตรา 67 (4) แห่ง พระราชบัญญัติ สภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537<sup>281</sup>

ในการควบคุม กำกับดูแลกระบวนการขั้นตอนในการซื้อขายดังกล่าว องค์การบริหารส่วนตำบลคำด้วงมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลในฐานะองค์กรของรัฐ คู่สัญญา มีอำนาจตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)และตามสัญญาจ้างที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

(2) สัญญาจ้างก่อสร้างถนนลาดยางสายบ้านค้อวัง-บ้านเปาะ-บ้านเหล่าน้อย (ตอนที่ 2) ตำบลค้อวัง อำเภอค้อวัง จังหวัดยโสธร ระหว่างองค์การบริหารส่วนตำบลค้อวัง กับห้างหุ้นส่วนจำกัด ปรีชาชาญ

องค์การบริหารส่วนตำบลค้อวัง ได้จ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ปรีชาชาญ ก่อสร้างถนนลาดยางสายบ้านค้อวัง-บ้านเปาะ-บ้านเหล่าน้อย (ตอนที่ 2) ตำบลค้อวัง อำเภอค้อวัง จังหวัดยโสธรระยะทาง 2.7 กิโลเมตร กำหนดราคาค่าก่อสร้างจำนวน 4,899,990 บาท แบ่งจ่ายเงินเป็น 4 งวด ระยะเวลาก่อสร้างรวม 110 วัน<sup>282</sup> สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

<sup>281</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 140/2558

<sup>282</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 8/2553

ในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างหรือการจัดทำบริการสาธารณะของ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ปรีชาชาญนี้ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของ องค์การบริหารส่วนตำบลค้อวัง ในฐานะองค์กรของรัฐส่วนท้องถิ่นที่เป็นคู่สัญญา มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)และตามสัญญาจ้างที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

## 2) การควบคุม กำกับดูแลโดยเทศบาล

เทศบาลมิได้จัดตั้งขึ้นทั่วทั้งประเทศ แต่จัดตั้งขึ้นเป็นแห่ง ๆ ไป ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 โดยเมื่อรัฐพิจารณาเห็นควรที่จะยกฐานะท้องถิ่นใดขึ้นเป็นเทศบาล ก็ตราพระราชกฤษฎีกายกฐานะท้องถิ่นนั้นเป็นเทศบาลเป็นแห่ง ๆ ไป เทศบาลมีฐานะเป็นทบวงการเมืองและเป็นนิติบุคคลดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 มีตัวอย่างสัญญาการควบคุม กำกับดูแลโดยเทศบาล ดังนี้

(1) สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงทางเท้าถนนวิถีทัศน์ระหว่าง เทศบาลนครสุราษฎร์ธานีกับบริษัท อาร์ 34 ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด

เทศบาลนครสุราษฎร์ธานีได้จ้างบริษัท อาร์ 34 ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัดก่อสร้างปรับปรุงทางเท้าถนนวิถีทัศน์ทั้ง 2 ข้างทาง ตั้งแต่ถนนหน้าเมืองถึงถนนศรีตาปี และบริเวณใกล้เคียงหรือต่อเนื่องเป็นเงินค่าจ้างจำนวน 600,000 บาท กำหนดเริ่มทำงานภายในวันที่ 23 มิถุนายน 2552 และแล้วเสร็จภายในวันที่ 20 ตุลาคม 2552<sup>283</sup> สัญญาก่อสร้างดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างหรือการจัดทำบริการสาธารณะของ บริษัท อาร์ 34 ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด นี้ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของ เทศบาลนครสุราษฎร์ธานี ในฐานะองค์กรของรัฐส่วนท้องถิ่นที่เป็นคู่สัญญา มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) และตามสัญญาจ้างที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

(2) สัญญาจ้างวางท่อระบายน้ำสายหน้าวัดเนินบกพร้อมบ่อพักฝาทะแกรงเหล็ก ระหว่าง เทศบาลตำบลบ้านนาปรือกับบริษัท ลีตเตอร์ เน็ตเวิร์ค จำกัด

เทศบาลตำบลบ้านนาปรือทำสัญญาจ้างผู้ฟ่องคตีบริษัท ลีตเตอร์ เน็ตเวิร์ค จำกัดวางท่อระบายน้ำสายหน้าวัดเนินบกพร้อมบ่อพักฝาทะแกรงเหล็ก ตามแบบของเทศบาลตำบลบ้านนาปรือโดยกำหนดให้งานก่อสร้างแล้วเสร็จภายในวันที่ 10 กรกฎาคม 2544<sup>284</sup> สัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาการจ้างที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ในการควบคุม กำกับดูแลการวางท่อระบายน้ำหรือการจัดทำบริการสาธารณะของ บริษัท ลีตเตอร์ เน็ตเวิร์ค จำกัดนี้ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของ เทศบาลตำบลบ้านนาปรือ ในฐานะองค์กรของรัฐส่วนท้องถิ่นที่เป็นคู่สัญญา มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตามระเบียบ

<sup>283</sup> คำพิพากษาศาลปกครองที่ อ. 821/2557

<sup>284</sup> คำพิพากษาศาลปกครองที่ อ. 334/2552

กระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)และตามสัญญาจ้างที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

(3) สัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตภายในหมู่บ้าน ระหว่างเทศบาล ตำบลธาตุ อำเภวารินชำราบ จังหวัดอุบลราชธานี กับห้างหุ้นส่วนจำกัด จำรัสสมุทรการการค้า

เทศบาลตำบลธาตุ อำเภวารินชำราบ จังหวัดอุบลราชธานี ได้ตกลงว่าจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด จำรัสสมุทรการการค้า ก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กภายในหมู่บ้าน หมู่ที่ 10 บ้านโนนสมบูรณ์ ตำบลธาตุขนาดกว้าง 5,00 เมตร ระยะทางยาว 400.00 ที่ตั้งโครงการ สายทาง เชื่อมบ้านโนนสมบูรณ์ - บ้านดวงเจริญ รายละเอียดตามแบบมาตรฐานเทศบาลตำบลธาตุกำหนด โดยผู้รับจ้างต้องเริ่มทำงานภายในวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 และต้องแล้วเสร็จภายในวันที่ 5 พฤษภาคม พ.ศ. 2558 สัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาการจ้างที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างถนนคอนกรีตภายในหมู่บ้าน หรือการจัดทำบริการสาธารณะของ ห้างหุ้นส่วนจำกัด จำรัสสมุทรการการค้านี้ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของ เทศบาลตำบลธาตุ อำเภวารินชำราบ จังหวัดอุบลราชธานีในฐานะองค์กรของรัฐส่วนท้องถิ่นที่เป็นคู่สัญญา มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) และตามสัญญาจ้างที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

3) การควบคุม กำกับดูแลโดยองค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.)

องค์การบริหารส่วนจังหวัดตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จัดตั้งขึ้นทุกจังหวัดเพื่อจัดทำกิจการส่วนจังหวัดอันเป็นกิจการที่แยกเป็นส่วนหนึ่งต่างหากจากกิจการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง และส่วนภูมิภาค องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการส่วนท้องถิ่น เขตขององค์การบริหารส่วนจังหวัดได้แก่เขตจังหวัดตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่งกฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีตัวอย่างสัญญาการควบคุม กำกับดูแลโดยองค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) ดังนี้

(1) สัญญาจ้างก่อสร้างให้ทำงานโรงซักฟอกภายในสถานสงเคราะห์คนชราบ้านสีตริง ตำบลปากแจ่ม อำเภอยาย้อย จังหวัดตรัง ระหว่างองค์การบริหารส่วนจังหวัดตรัง กับห้างหุ้นส่วนจำกัด ตรัง พัฒนถล

องค์การบริหารส่วนจังหวัดตรังได้ทำสัญญาจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ตรัง พัฒนถลก่อสร้างให้ทำงานโรงซักฟอกภายในสถานสงเคราะห์คนชราบ้านสีตริง ตำบลปากแจ่ม อำเภอยาย้อย จังหวัดตรัง ตามแบบองค์การบริหารส่วนจังหวัดตรังพร้อมติดตั้งป้ายโครงการระหว่างดำเนินการจำนวน 1 ป้าย ตามสัญญาจ้างเลขที่ 82/2550 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2550<sup>285</sup> สัญญา ก่อสร้างดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

<sup>285</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 765/2558

ในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างให้ทำงานโรงซังฟอกหรือการจัดทำบริการสาธารณะของ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ตรัง พัฒนถกลนี้ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของ องค์การบริหารส่วนจังหวัดตรังในฐานะองค์กรของรัฐส่วนท้องถิ่นที่เป็นคู่สัญญา มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)และตามสัญญาจ้างที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

(2) สัญญาจ้างก่อสร้างพัฒนาและปรับปรุงสวนเฉลิมพระเกียรติ นวมินทราชินี ระหว่างองค์การบริหารส่วนจังหวัดระนองกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ส. ศิลาลอยก่อสร้าง องค์การบริหารส่วนจังหวัดระนองได้ทำสัญญาจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ส. ศิลาลอยก่อสร้างก่อสร้างพัฒนาและปรับปรุงสวนเฉลิมพระเกียรติ นวมินทราชินีตามแบบองค์การบริหารส่วนจังหวัดระนองตามสัญญาจ้างเลขที่ 16/2545 ลงวันที่ 29 มีนาคม 2545 จำนวนเงินค่าจ้าง 9,590,000 และกำหนดจ่ายเป็นงวดรวม 6 งวด<sup>286</sup> สัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างให้ก่อสร้างก่อสร้างพัฒนาและปรับปรุงสวนเฉลิมพระเกียรติ นวมินทราชินี หรือการจัดทำบริการสาธารณะของ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ส. ศิลาลอยก่อสร้างนี้ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของ องค์การบริหารส่วนจังหวัดระนองในฐานะองค์กรของรัฐส่วนท้องถิ่นที่เป็นคู่สัญญา มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) และตามสัญญาจ้างที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

(3) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเอนกประสงค์ ระหว่างองค์การบริหารส่วนจังหวัดศรีสะเกษ กับ ห้างหุ้นส่วนจำกัดถนอมรัตน์

องค์การบริหารส่วนจังหวัดศรีสะเกษได้ตกลงจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ถนอมรัตน์ ก่อสร้างอาคารเอนกประสงค์ขนาดเล็กมีชั้นลอย (แบบตอกเสาเข็ม) โรงเรียนเมืองจันทร์ วิทยาคม ขนาด 20x45 เมตร พร้อมติดตั้งป้ายประชาสัมพันธ์จำนวน 1 ป้าย โดยผู้รับจ้างต้องเริ่มทำงานรับจ้างภายในวันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ. 2557 และจะต้องทำงานให้แล้วเสร็จบริบูรณ์ภายในวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2558 สัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างให้ก่อสร้างก่อสร้างอาคารเอนกประสงค์หรือการจัดทำบริการสาธารณะของ ห้างหุ้นส่วนจำกัดถนอมรัตน์นี้ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของ องค์การบริหารส่วนจังหวัดศรีสะเกษในฐานะองค์กรของรัฐส่วนท้องถิ่นที่เป็นคู่สัญญา มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) และตามสัญญาจ้างที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

<sup>286</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 595/2557

## 4) การควบคุม กำกับดูแลโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ

## (1) กรุงเทพมหานคร

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ได้กำหนดให้กรุงเทพมหานครเป็นราชการส่วนท้องถิ่น มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 6 และมีการแบ่งพื้นที่การบริหารออกเป็นเขตและแขวงตามมาตรา 7 มีสัญญาการควบคุม กำกับดูแลโดยกรุงเทพมหานครคือ

สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ ระหว่าง กรุงเทพมหานครกับบริษัทขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด

กลุ่มธนายง ได้ก่อตั้งบริษัทระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (BTSC) ขึ้นตามข้อเสนอ เพื่อรับสัมปทานเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2535 และได้ลงนามสัญญาสัมปทานกับ กรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 9 เมษายน 2535 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาสัมปทาน เมื่อวันที่ 25 มกราคม 2538 และวันที่ 28 มิถุนายน 2538 เพื่อที่จะเข้ามารับสัมปทานโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ ซึ่งเป็นโครงการที่รัฐให้สัมปทานแก่เอกชน เพื่อสร้างและประกอบการระบบขนส่งมวลชนวิงบนทางยกระดับ 2 สาย ในกรุงเทพมหานคร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยบรรเทาปัญหาการจราจรใน กรุงเทพมหานคร และเพื่อให้ประชาชนมีทางเลือกในการเดินทางที่มีประสิทธิภาพ ซึ่ง กรุงเทพมหานครได้ประกาศเชิญชวนให้เอกชนยื่นรายละเอียดข้อเสนอของโครงการ และข้อเสนอของกลุ่มธนายงได้รับการคัดเลือกกว่ามีความเหมาะสมมากที่สุด

สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพนี้ กรุงเทพมหานครเป็นคู่สัญญาจึงมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำของเอกชนตามสัมปทานโครงการนี้ในฐานะองค์กรของรัฐส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษที่เป็นคู่สัญญา

## (2) เมืองพัทยา

โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปี พ.ศ. 2540 กำหนดให้สมาชิกสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้งและคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นให้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนหรือมาจากความเห็นชอบของสภาท้องถิ่น แต่เนื่องจากการปกครองท้องถิ่นในรูปแบบเมืองพัทยาที่ใช้กันอยู่มีปลัดเมืองพัทยาทำหน้าที่บริหารกิจการเมืองพัทยาโดยสัญญาจ้างและสภาเมืองพัทยาที่มีบางส่วนมาจากการแต่งตั้งยังไม่สอดคล้องและเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงได้มีการยกเลิกกฎหมายว่าด้วยเมืองพัทยาฉบับเดิมและมีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ขึ้นใหม่แทน มีสัญญาการควบคุม กำกับดูแลโดยเมืองพัทยา คือสัญญาว่าจ้างให้ผู้ฟ้องคดีเก็บขนขยะมูลฝอยในเขตพื้นที่เมืองพัทยาระหว่าง เมืองพัทยากับบริษัท ฉัตรไทย จำกัด

เมืองพัทยาได้ทำสัญญาจ้างบริษัท ฉัตรไทย จำกัดเก็บขนขยะมูลฝอยในเขตพื้นที่เมืองพัทยา ตามสัญญาจ้างลงวันที่ 15 ธันวาคม 2535 มีกำหนดระยะเวลาตามสัญญาจ้าง 10 ปี ตั้งแต่วันที่ 13 เมษายน 2536 จนถึงวันที่ 13 เมษายน 2546 ในการทำงานผู้ฟ้องคดีได้รับเงินค่าจ้างร้อยละ 89.50 ของจำนวนเงินค่าธรรมเนียมที่จัดเก็บได้ทั้งหมดในแต่ละเดือน โดยผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องเก็บเงินค่าธรรมเนียมการเก็บขนขยะมูลฝอยแทนผู้ถูกฟ้องคดี โดยใช้ใบเสร็จรับเงินของผู้ถูก

ฟ้องคดี<sup>287</sup> สัญญาก่อสร้างดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ในการควบคุม กำกับดูแลการเก็บขนขยะมูลฝอยในเขตพื้นที่เมืองพัทยาหรือการจัดทำบริการสาธารณะของ บริษัท ฉัตรไทย จำกัดนี้ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของ เมืองพัทยาในฐานะองค์กรของรัฐส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษที่เป็นคู่สัญญา มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตามสัญญาเก็บขนขยะมูลฝอยตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)

#### 4.2.1.3 การควบคุม กำกับดูแลโดยรัฐวิสาหกิจ

รัฐวิสาหกิจจึงถูกสร้างขึ้นมาเพื่อสร้างความคล่องตัวให้กับรัฐในการบริการสาธารณะและแก้ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดหลาย ๆ ประการที่เกิดจากระบบราชการ เช่น ระเบียบแบบแผนต่างๆของทางราชการที่ไม่ก่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงานและเกิดความล่าช้าในการปฏิบัติงาน อีกทั้งระบบราชการไม่เหมาะสมสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทที่มีลักษณะกึ่งดำเนินธุรกิจเช่นเดียวกับการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน ด้วยเหตุนี้รัฐจึงตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาแตกต่างจากราชการเพื่อให้สามารถจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดมีสัญญาที่การควบคุม กำกับดูแลโดยรัฐวิสาหกิจ ดังนี้

1) สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด

ในสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 นี้ บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (ทางด่วนกรุงเทพ) เป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างและบริหารทางพิเศษศรีรัช (ทางด่วนขั้นที่ 2) และส่วนต่อขยายต่าง ๆ รวมทั้งธุรกิจที่เกี่ยวข้องภายใต้สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 กับการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ซึ่งมีระยะเวลา 30 ปี นับตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม 2533 และสัญญาเพื่อการต่อขยายโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ส่วนดี ระยะเวลา 30 ปี นับตั้งแต่วันที่ 17 เมษายน 2540 โดยเป็นการทำสัญญาโครงการทางพิเศษในลักษณะ BTO (Build Transfer and Operate) กล่าวคือ ทางด่วนกรุงเทพเป็นผู้ออกแบบ ก่อสร้าง และบริหารระบบทางด่วน โดยกรรมสิทธิ์ในสิ่งก่อสร้างถาวรต่าง ๆ ตกเป็นของ กทพ. ทางพิเศษศรีรัชประกอบด้วยทางพิเศษ 4 ส่วน คือส่วนเอ (พระราม 9-รัชดาภิเษก) ส่วนบี (พญาไท-บางโคล่) ส่วนซี (รัชดาภิเษก-แจ้งวัฒนะ) และส่วนดี (พระราม 9-ศรีนครินทร์) โดยบริษัทได้รับส่วนแบ่งรายได้ค่าผ่านทางตามสัดส่วนในสัญญาสำหรับทางพิเศษศรีรัชและทางพิเศษเฉลิมมหานคร (ทางด่วนขั้นที่ 1) ยกเว้นในส่วนของทางพิเศษส่วนซี และส่วนดี บริษัทได้รับค่าผ่านทางทั้งจำนวนตลอดระยะเวลาของสัญญา

สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 นี้จึงเป็นสัญญาทางปกครองที่บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัดเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะโดยอยู่ภายใต้ควบคุม กำกับดูแลของหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญา ก็คือ การทางพิเศษ (กทพ.) ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นรัฐวิสาหกิจ มีอำนาจหน้าที่ตามสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

<sup>287</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 305/2558

2) สัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อประปาและงานอื่นที่เกี่ยวข้อง ระหว่าง การประปานครหลวงกับบริษัท รวมนที จำกัด

การประปานครหลวงได้ทำสัญญาจ้างบริษัท รวมนที จำกัดก่อสร้างวางท่อประปาและงานอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งตามสัญญากำหนดให้มีระยะเวลาการทำงาน 400 วัน เริ่มงานวันที่ 14 กรกฎาคม 2542 สิ้นสุดวันที่ 16 สิงหาคม 2543 โดยใช้มาตรการ N คือ ให้มีการก่อสร้างในเวลา กลางคืนตั้งแต่เวลา 21.00 น.ถึงเวลา 5.00 น. เป็นเวลาทำงานรวม 8 ชั่วโมง<sup>288</sup> สัญญาก่อสร้างดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างวางท่อประปาและงานอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือการจัดทำบริการสาธารณะของ บริษัท รวมนที จำกัดนี้ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของ การประปานครหลวงในฐานะองค์กรของรัฐเป็นรัฐวิสาหกิจที่เป็นคู่สัญญา มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตามสัญญาก่อสร้างวางท่อประปาและงานอื่นที่เกี่ยวข้องที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

3) สัญญาสัมปทานการให้เอกชนเดินรถกับบริษัทขนส่ง จำกัด

การขนส่งโดยรถยนต์และรถโดยสารในประเทศไทย เริ่มครั้งแรกหลังจาก เปิดการเดินรถไฟสายแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้ราว 2-3 ปี ต่อมาในปี พ.ศ. 2451 ได้มีรถโดยสารประจำทางขึ้นเป็นครั้งแรกเป็นของพระยาภักตินรเศรษฐ ผู้ให้กำเนิดรถโดยสารสาธารณะชาวเดินรับส่งผู้โดยสารจากประตูน้ำ สระปทุมกับบางลำภู นับได้ว่าเป็นการเริ่มทำการขนส่งด้วยรถโดยสารขึ้น พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงได้ทรงตราพระราชบัญญัติรถยนต์เป็นฉบับแรกขึ้นเมื่อ ร.ศ. 128 ขึ้นตรงกับ พ.ศ. 2453 พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้วางระเบียบการเดินรถและขับรถขึ้นไว้ และใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน ร.ศ. 129 หรือ พ.ศ. 2454 เป็นต้นมา

ใน พ.ศ. 2473 นี้เอง ได้มีกลุ่มนักธุรกิจเอกชนกลุ่มหนึ่งได้ก่อตั้งบริษัทเดินอากาศ จำกัด ขึ้นมีชื่อเป็นภาษาอังกฤษว่า Aerial Transport of Siam Company Limited ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ใหญ่ ๆ 2 ประเภท ได้แก่ กิจการบินพาณิชย์ กิจการเดินรถ โดยได้เปิดสายการบินพาณิชย์เป็นครั้งแรกภายในประเทศไทย ได้ทำการก่อสร้างสนามบินและท่าอากาศยานขึ้น ณ บริเวณต่าง ๆ ที่เปิดสายการบินไปถึง สำหรับกิจการบินพาณิชย์นอกประเทศ บริษัทฯ ได้รับนโยบายจากทางราชการให้เปิดสาย การบินไปต่างประเทศ ได้แก่ โซนิน (สิงคโปร์) ย่างกุ้ง ไซ่ง่อน แต่ไม่สามารถดำเนินการได้เพราะญี่ปุ่น เริ่มแผ่ขยายอิทธิพลครอบคลุม ไปทั่วภาคพื้นทวีปเอเชีย เมื่อเปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท ขนส่ง จำกัด แล้วก็ยังใช้ชื่อเรียกเป็นภาษาอังกฤษเช่นเดิม คือ Aerial Transport of Siam Company Limited

ปัจจุบันบริษัทขนส่งจำกัดเป็นรัฐวิสาหกิจจดทะเบียนในรูปแบบของบริษัท สังกัด กระทรวงคมนาคม มีสถานที่ตั้งสถานีขนส่งผู้โดยสารภาคเหนือ ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และภาคกลางได้ย้ายจากสถานที่ทำการเดิมที่ตลาดหมอซิด มาเช่าพื้นที่ของการรถไฟแห่งประเทศไทย ในพื้นที่ 72 ไร่ 2 งาน 92 ตารางวา ที่ ถ.กำแพงเพชร 2 แขวงลาดยาว เขตจตุจักร โดยใช้ชื่อที่ทำการว่า สถานีขนส่งผู้โดยสารหมอซิด 2 เนื่องจากเมื่อปี พ.ศ. 2536 กรุงเทพฯ โดยร้อยเอกกฤษดา อรุณวงศ์ ณ อยุธยา และพันเอกวินัย สมพงษ์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ในขณะนั้น ขอความร่วมมือ

<sup>288</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.672/2557

กรมการขนส่งทางบก และ บริษัท ขนส่ง จำกัด เพื่อพัฒนาการใช้ประโยชน์พื้นที่ที่ตลาดหมอชิต ในการจัดสร้างโรงจอดรถและซ่อมบำรุง รถไฟฟ้าระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ (B.T.S) ให้เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน สร้างความพึงพอใจให้กับประชาชนผู้โดยสารดีขึ้น ได้เปิดใช้อย่างเป็นทางการ เมื่อวันที่ 8 เมษายน พ.ศ. 2541 เป็นต้นมา

การเดินทางของบริษัทเอกชนที่เดินรถในเส้นทางระหว่างกรุงเทพฯ ไปยังจังหวัดต่าง ๆ จึงเป็นภารกิจที่บริษัท ขนส่ง จำกัดต้องจัดทำบริการสาธารณะรวมทั้งการให้เอกชนเข้ามาร่วมเดินรถโดยวิธีการได้รับสัมปทานเข้าไปร่วมเดินรถกับบริษัท ขนส่ง จำกัด ในส่วนของสัมปทานที่บริษัทขนส่งจำกัดได้ให้เอกชนได้ร่วมเดินรถไป บริษัท ขนส่ง จำกัด จึงมีหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลการเดินรถรวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเดินรถของบริษัทเอกชนที่รับสัมปทาน โดยบริษัทขนส่ง จำกัด มีอำนาจตาม ระเบียบ และคู่มือรถร่วมบริษัทขนส่ง จำกัด พ.ศ. 2547 และคำสั่งของบริษัทขนส่งจำกัดที่ ค. 29/2552

#### 4.2.1.4 การควบคุม กำกับดูแลโดยองค์การมหาชน

องค์การมหาชนอิสระ คือ องค์การที่อยู่กึ่งกลางระหว่างส่วนราชการของรัฐกับรัฐวิสาหกิจ กล่าวคือ องค์การมหาชนอิสระมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกตัวออกไปจากส่วนราชการของรัฐ ไม่ใช่นิติบุคคลเช่นเดียวกับรัฐวิสาหกิจทั่ว ๆ ไป แทนที่จะนำความเป็นอิสระจากฐานะการเป็นนิติบุคคลไปใช้รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมดังที่รัฐวิสาหกิจทั้งหลายดำเนินบริหารงานอยู่ แต่องค์การมหาชนกลับมีภาระในการจัดทำบริการเช่นเดียวกับการบริการสาธารณะของส่วนราชการระดับกรม กระทรวง ความแตกต่างระหว่างภารกิจขององค์การมหาชนกับส่วนราชการต่าง ๆ มีอยู่เพียงภารกิจในการจัดทำรับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะเรื่อง ในขณะที่ส่วนราชการต่าง ๆ ได้รับมอบหมายปฏิบัติงานครอบคลุมในลักษณะทั่ว ๆ ไปไม่มีสัญญาการควบคุม กำกับดูแลโดยองค์การมหาชนคือ สัญญาออกแบบตงกแต่งภายในและเฟอร์นิเจอร์ ระหว่างสำนักงานส่งเสริมการจัดประชุมและนิทรรศการกับบริษัท โอเอสเอส เอ็นจิเนียริง จำกัด

สำนักงานส่งเสริมการจัดประชุมและนิทรรศการตกลงทำสัญญากับบริษัท โอเอสเอส เอ็นจิเนียริง จำกัดออกแบบตงกแต่งภายในและเฟอร์นิเจอร์ โดยคิดค่าบริการชนิดเหมารวมตามสัญญาข้อ 3 คิดค่าจ้างเป็นงวด ๆ คือจ่ายเงินงวดที่ 1 ถึงงวดที่ 3 ตั้งแต่เมื่อแบบร่างลงตัวจนถึงเขียนแบบรายละเอียดเสร็จเรียบร้อย จ่ายเงินงวดที่ 4 เมื่อมีการประมูลงานก่อสร้าง จ่ายเงินงวดที่ 5 เบิกเป็นรายเดือนเท่า ๆ กันจนกว่างานจะแล้วเสร็จ ในราคางานรวมทั้งสิ้น 5,000,000 บาท<sup>289</sup> สัญญาก่อสร้างดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ในการควบคุม กำกับดูแลการออกแบบตงกแต่งภายในและเฟอร์นิเจอร์ หรือการจัดทำบริการสาธารณะของ บริษัท โอเอสเอส เอ็นจิเนียริง จำกัดนี้ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานส่งเสริมการจัดประชุมและนิทรรศการในฐานะองค์กรของรัฐส่วนองค์กรมหาชนที่เป็นคู่สัญญา มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตามระเบียบคณะกรรมการสำนักงานส่งเสริมการจัดประชุมและนิทรรศการว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2556

<sup>289</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 647/2557

#### 4.2.2 การควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการที่มีอำนาจตามกฎหมาย

ที่กล่าวไปข้างต้นในส่วนที่รัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลในฐานะเป็นคู่สัญญานั้นเป็นเพราะความเป็นคู่สัญญาทำให้มีอำนาจโดยตรงในการควบคุม กำกับดูแล แต่ในบริการสาธารณะบางประเภทนั้นจะมีการตั้งคณะกรรมการที่มีอำนาจตามกฎหมายหรือองค์กรที่เป็นหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งตามกฎหมายแต่ละฉบับให้มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล หน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาจึงไม่มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล เรียกว่า การควบคุม กำกับดูแลโดยผลของกฎหมายเพราะมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน้าที่คณะกรรมการเหล่านี้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแล มีรายละเอียด ดังนี้

##### 4.2.2.1 การควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการกิจการพลังงาน (กกพ.)

เนื่องจากการตราพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 เพื่อปรับโครงสร้างการบริหารกิจการพลังงาน โดยแยกงานนโยบาย งานควบคุม กำกับดูแล และการประกอบกิจการพลังงานออกจากกัน เปิดโอกาสให้ภาคเอกชน ชุมชน และประชาชน มีส่วนร่วมและบทบาทมากขึ้น รวมทั้งให้การประกอบกิจการพลังงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มีความมั่นคง มีปริมาณเพียงพอ และทั่วถึงในราคาที่เป็นธรรมและมีคุณภาพได้มาตรฐาน ตอบสนองต่อความต้องการและการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนในด้านเศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อม คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 เพื่อทำหน้าที่กำกับพลังงานกิจการไฟฟ้าและกิจการก๊าซธรรมชาติภายใต้กรอบนโยบายของรัฐ โดยมีสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (สกพ.) ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของ กกพ. ทั้งนี้ กกพ. ได้รับโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2551 เป็นต้นมา<sup>290</sup>

การประกอบกิจการพลังงาน กิจการไฟฟ้าและกิจการก๊าซธรรมชาติ จึงจะต้องได้รับการอนุญาตจาก คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ซึ่งคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) มีอำนาจหน้าที่ ออกประกาศกำหนดประเภทใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงาน และเสนอการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนดประเภท ขนาด และลักษณะของกิจการพลังงานที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาต กำหนดระเบียบและหลักเกณฑ์ในการจัดหาไฟฟ้า และการออกประกาศเชิญชวนการรับซื้อไฟฟ้า รวมทั้งควบคุม กำกับดูแลขั้นตอนการคัดเลือกให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ส่งเสริมการใช้พลังงานอย่างประหยัดและมีประสิทธิภาพ พลังงานหมุนเวียนและพลังงานที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมน้อย โดยคำนึงถึงประสิทธิภาพในการประกอบกิจการไฟฟ้าและความสมดุลของทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น

ดังนั้น ภารกิจของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการพลังงาน กิจการไฟฟ้าและกิจการก๊าซธรรมชาติ จึงต้องอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) เพราะพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ได้กำหนดเอาไว้เป็นการควบคุม กำกับดูแลโดยผลของกฎหมาย

<sup>290</sup> คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน, ค้นวันที่ 21 มกราคม 2559 จาก <http://www.erc.or.th/>

#### 4.2.2.2 การควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติการให้ เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

การที่รัฐให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐหรือร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐนั้น เกิดขึ้นจากคณะรัฐมนตรีที่ประชุมกันเมื่อวันที่ 9 ตุลาคม 2533 ได้ตระหนักถึงความจำเป็นที่จะให้มีการพิจารณาการให้เอกชนเข้ามาร่วมดำเนินการโครงการโดยมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนไม่ใช่เป็นอำนาจของรัฐมนตรีแต่ละกระทรวงเพียงผู้เดียวอีกต่อไป จึงได้มีมติให้กระทรวงการคลังร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าไปพิจารณาการร่างระเบียบ หลักเกณฑ์ และวิธีปฏิบัติในการดำเนินการให้สัมปทานแก่เอกชน หรือการนำโครงการของรัฐไปให้เอกชนลงทุนตามโครงการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานส่วนท้องถิ่น จนเมื่อคราวประชุมในวันที่ 13 กันยายน 2534 ได้มีมติเห็นชอบในร่างหลักการดังกล่าว โดยยกเว้นการให้สัมปทานปิโตรเลียมและประทานบัตรแร่แก่เอกชนไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบนี้ พร้อมกันนี้ยังให้คณะทำงานจัดทำเป็นร่างพระราชบัญญัติสำหรับเงินลงทุนตามโครงการที่กำหนดไว้ไม่ต่ำกว่า 1 พันบาทขึ้นไป และมีบทบัญญัติที่ให้ทางราชการสามารถแก้ไขวงเงินให้สูงขึ้นได้ และสภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่รัฐสภาในคราวประชุม ครั้งที่ 16/2535 เมื่อวันที่ 6 มีนาคม 2535 ได้ลงมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว และได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 9 เมษายน 2535<sup>291</sup>

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั้นเกิดขึ้นมาด้วยวัตถุประสงค์สำคัญ คือ เพื่อกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาในการพิจารณาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่สำคัญของรัฐ พร้อมทั้งกำหนดให้มีหน่วยงานและผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเข้ามาช่วยวิเคราะห์และพิจารณาคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมดำเนินโครงการในทุก ๆ ขั้นตอน กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้อำนาจในการอนุมัติโครงการลงทุนสำคัญเป็นของคณะรัฐมนตรีแทนที่จะเป็นของกระทรวงหรือรัฐมนตรี มีการกำหนดมาตรฐานขั้นตอนการปฏิบัติงานรวมถึงระยะเวลาการดำเนินงานของเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกเพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปตามวัตถุประสงค์ การปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นส่งผลทำให้การดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เป็นไปอย่างล่าช้า และมีปัญหาทางกฎหมาย ในหลายประการ<sup>292</sup>

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 จึงเป็นกฎหมายที่มีขึ้นมาเพื่อสานต่อการดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เหตุผลในการตรากฎหมายฉบับนี้ที่ปรากฏอยู่ในเหตุผลแนบท้ายกฎหมายคือ ในปัจจุบันประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐยังไม่สามารถดำเนินการให้เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชนได้ ดังนั้น การมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการ

<sup>291</sup> โชคชัย รัตกัจจนากร, *เรื่องเดิม*, หน้า 61-62.

<sup>292</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ*.

สาธารณะ จึงเป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้มีการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะขั้น สมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เพื่อให้มี การกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ การ กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน โดยมีความ โปร่งใสและสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและหลักวินัยการเงิน การคลัง การส่งเสริมและสนับสนุน การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมทั้งให้มีหน่วยงานรับผิดชอบในการทำหน้าที่กำหนด มาตรฐาน ควบคุม กำกับดูแล ส่งเสริม และสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตลอดจน พัฒนาวินัยการเงินการคลังของประเทศในการให้เอกชนร่วมลงทุน เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อความ มั่นคงทางการเงินและการคลังของประเทศในระยะยาว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติ<sup>293</sup>

สัญญาของภาครัฐที่จัดทำกับเอกชนที่เป็นโครงการร่วมลงทุนนั้นถึงแม้จะมีมูลค่า สัญญาที่ไม่ถึง 1 พันล้านบาท แต่ในปัจจุบันได้มีประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วม ลงทุนในกิจการของรัฐเรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำ กว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2559 มาบังคับใช้ โดยเป็นการอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติการให้ เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพ.ศ. 2556 ของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนใน กิจการของรัฐ

ดังนั้น สัญญาที่รัฐให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโครงการใดที่มีมูลค่าไม่ถึง 1 พันล้านบาท ก็ต้องดำเนินการตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการ ของรัฐเรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดใน มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หากสัญญาที่รัฐ ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโครงการใดที่มีมูลค่าตั้งแต่ 1 พันล้านบาท ก็ต้องดำเนินการตาม พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในการควบคุม กำกับดูแลให้ เอกชนปฏิบัติตามสัญญาจะมีกฎหมายกำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมการเข้ามาควบคุม กำกับดูแล เช่นเดียวกันเป็นการใช้อำนาจควบคุม กำกับดูแลโดยผลของกฎหมาย

สัญญาที่ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วม ลงทุนในกิจการของรัฐ ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างที่สำคัญ ๆ เช่น

1) สัญญาโครงการสถานแสดงพันธุ์สัตว์น้ำเฉลิมพระเกียรติ เนื่องในโอกาส มหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 80 พรรษา 5 ธันวาคม พ.ศ. 2550

สัญญาโครงการสถานแสดงพันธุ์สัตว์น้ำเฉลิมพระเกียรติ เนื่องในโอกาสมหา มงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 80 พรรษา 5 ธันวาคมดังกล่าว เป็นสัญญาระหว่างเทศบาลเมือง กาญจนบุรีคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับบริษัท เอ็ดดูเทนเมนท์ แพลนเน็ต จำกัด เอกชนคู่สัญญา ในสัญญานี้ เทศบาลเมืองกาญจนบุรีประสงค์จะดำเนินโครงการสถานแสดงพันธุ์สัตว์น้ำกาญจนบุรี เฉลิมพระ เกียรติ เนื่องในโอกาสมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 บนพื้นที่ ประมาณ 11 ไร่ ภายในบริเวณสวนสมเด็จพระญาณสังวร ตำบลเหนือ อำเภอเมือง จังหวัดกาญจนบุรี

<sup>293</sup> เรื่องเดียวกัน.

ซึ่งเทศบาลจะเข้าจากกรมธนารักษ์ เพื่อเปิดให้บริการแก่ประชาชนทั่วไป โดยเทศบาลจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างอาคารและงานโยธาต่าง ๆ และให้เอกชนเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการออกแบบการติดตั้งระบบที่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงและงานพิเศษเชี่ยวชาญเฉพาะทาง ตลอดจนอุปกรณ์ต่าง ๆ รวมถึงการจัดหาพันธุ์สัตว์น้ำมาแสดงและให้สิทธิแก่เอกชนในการบริหารจัดการโครงการเพื่อเปิดบริการให้ประชาชนเข้าชมภายใต้การควบคุม กำกับดูแลของเทศบาล<sup>294</sup>

โครงการสถานแสดงพันธุ์สัตว์น้ำเฉลิมพระเกียรติ เนื่องในโอกาสมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 80 พรรษา 5 ธันวาคม พ.ศ. 2550 ดังกล่าวเป็นโครงการร่วมลงทุนระหว่างเทศบาลเมืองกาญจนบุรีคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับบริษัท เอ็ดดูเทนเมนท์ แพลนเน็ต จำกัด เอกชนคู่สัญญาเทศบาลเมืองกาญจนบุรีจึงมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของบริษัท เอ็ดดูเทนเมนท์ แพลนเน็ต จำกัด ที่มีหน้าที่เปิดให้เข้าชมการแสดงพันธุ์สัตว์น้ำ ในฐานะคู่สัญญา แต่เนื่องจากโครงการดังกล่าวเป็นโครงการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีมูลค่าไม่เกิน 1 พันล้านบาท ในการควบคุม กำกับดูแลนั้น ปัจจุบันเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันด้วย ถือว่าเป็นการควบคุมกำกับดูแลโดยผลของกฎหมาย

- 2) สัญญาให้สิทธิใช้ประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมย่านพหลโยธิน

สัญญาให้สิทธิใช้ประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมย่านพหลโยธินเป็นสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐระหว่าง การรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) คู่สัญญาฝ่ายรัฐกับบริษัท เซ็นทรัล อินเทอร์เน็ตพัฒนา จำกัด เอกชนคู่สัญญามีระยะเวลาในการดำเนินโครงการ 20 ปี (19 ธันวาคม 2551 ถึง 18 ธันวาคม 2571) ในสัญญานี้การรถไฟแห่งประเทศไทย ให้บริษัท เซ็นทรัล อินเทอร์เน็ตพัฒนา จำกัด เช่าที่ดิน บริเวณสามเหลี่ยมย่านพหลโยธินพื้นที่ประมาณ 47.22 ไร่ (75,558.65 ตรม.) เพื่อดำเนินการตามโครงการปรับปรุงการใช้ประโยชน์ที่ดินในทางพาณิชย์ ตามสัญญาเช่าฉบับลงวันที่ 19 ธันวาคม 2521 มีกำหนด 30 ปี ตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม 2521 ถึงวันที่ 18 ธันวาคม 2551 เมื่อครบกำหนดระยะเวลาเช่า 30 ปีแล้ว บริษัทฯ ยอมให้อาคารและสิ่งก่อสร้างต่าง ๆ รวมทั้งอุปกรณ์อาคารและอุปกรณ์-สิ่งก่อสร้าง และส่วนควบต่าง ๆ ระบบเครื่องทำความเย็น ระบบเครื่องไฟฟ้า ระบบเครื่องโทรศัพท์ ระบบกำจัดสิ่งโสโครกและน้ำเสีย เครื่องตกแต่งและครุภัณฑ์ ฯลฯ ที่ใช้ในการดำเนินกิจการของโครงการทั้งหมด ซึ่งอยู่ในที่เช่าตกเป็นกรรมสิทธิ์ของการรถไฟฯ ทั้งสิ้น การรถไฟฯ จะให้บริษัทฯ ซึ่งเช่าที่ดินแปลงนี้ได้เช่าอาคารและสิ่งก่อสร้างต่าง ๆ ที่ใช้ในการดำเนินกิจการของโครงการทั้งหมดเพื่อประกอบกิจการต่อไปได้อีกครั้งละไม่น้อยกว่า 10 ปี ในอัตราค่าเช่าและผลประโยชน์ตอบแทนตามที่จะได้ตกลงร่วมกัน บริษัทฯ ต้องแจ้งความจำนงกับการรถไฟฯ ก่อน

<sup>294</sup> ธนกฤต วรณัชชากุล, พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556: กลไกสำคัญในการปฏิรูปการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย (รายงานการศึกษาส่วนบุคคล สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ, 2556), หน้า 62.

ครบกำหนดอายุสัญญาเช่าไม่น้อยกว่า 1 ปี เมื่อสัญญาสิ้นสุดการรถไฟแห่งประเทศไทย ได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยมีคณะกรรมการมาตรา 13 กำหนดให้การรถไฟฯ ต่ออายุสัญญาเช่ากับบริษัทฯ มีกำหนด 20 ปี ตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม 2551 ถึงวันที่ 18 ธันวาคม 2571 ตามสัญญาเช่าฉบับลงวันที่ 9 ธันวาคม 2551 โดยบริษัทฯ ต้องชำระค่าผลประโยชน์ตอบแทนบูรณะพัฒนา (Renovation) ศูนย์การค้าและระบบต่าง ๆ การประกันภัย และอื่น ๆ ซึ่งมีคณะกรรมการมาตรา 22 ตาม พ.ร.บ.ร่วมทุนปี พ.ศ. 2535 เป็นผู้กำกับดูแล ปฏิบัติตามเงื่อนไขสัญญาเช่าโดยเคร่งครัด<sup>295</sup>

สัญญาให้สิทธิใช้ประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมย่านพหลโยธินดังกล่าว เป็นโครงการร่วมลงทุนระหว่างการรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) คู่สัญญาฝ่ายรัฐกับบริษัท เซ็นทรัล อินเตอร์พัฒนา จำกัด เอกชนคู่สัญญา การรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) จึงมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของบริษัท เซ็นทรัล อินเตอร์พัฒนา จำกัด ที่มีสิทธิประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมย่านพหลโยธิน โครงการดังกล่าวเป็นโครงการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีมูลค่าเกิน 1 พันล้านบาท ในการควบคุม กำกับดูแลนั้น ปัจจุบันเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันด้วย ถือว่าเป็นการควบคุม กำกับดูแลโดยผลของกฎหมาย

4.2.2.3 การควบคุม กำกับดูแลโดยสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.)

คลื่นความถี่ (Frequency) นับว่าเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะที่มีความสำคัญ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 47 ได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับคลื่นความถี่ไว้ โดยกำหนดให้องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ รวมทั้งการควบคุม กำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันให้กับสาธารณะว่าการจัดสรรความถี่จะได้มีการดำเนินโดยองค์กรที่มีความเป็นอิสระ มีความเป็นกลาง และมีความสามารถในการทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังได้วางกรอบในการดำเนินการขององค์กรดังกล่าวว่าจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรมและความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งต้องจัดให้ภาคประชาชนได้มีส่วนร่วมในการดำเนินการสื่อมวลชนสาธารณะด้วย<sup>296</sup>

เนื่องจากพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ได้ใช้มาเป็นเวลานานแล้วแต่ยังไม่เกิดผลในทางปฏิบัติเท่าที่ควร ทำให้เกิดข้อติดขัดในการดำเนินการหลายประการ รวมทั้งยังมีบทบัญญัติที่ไม่

<sup>295</sup> สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ, **โครงการสัญญาให้สิทธิใช้ประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมย่านพหลโยธิน**, ค้นวันที่ 15 สิงหาคม 2559 จาก <http://www.ppp.sepo.go.th/project/view/16>

<sup>296</sup> สำนักกฎหมาย, กองบรรณาธิการ, “กฎหมาย กสทช. ฉบับใหม่กับการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อประโยชน์สาธารณะ,” **จุลนิติ** 8, 2 (มีนาคม-เมษายน 2554): 1.

สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สมควรกำหนดให้จัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นองค์กรอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่ดำเนินการจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม รวมทั้งกำหนดขอบเขตการดำเนินงานขององค์กร การดำเนินงานขององค์กรและการควบคุม กำกับดูแลการประกอบกิจการดังกล่าว รวมทั้งการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ขึ้น<sup>297</sup>

พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ได้บัญญัติ ความหมายของกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ไว้ดังนี้<sup>298</sup>

กิจการกระจายเสียง หมายความว่า กิจการวิทยุกระจายเสียงและกิจการกระจายเสียงซึ่งให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบในระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการกระจายเสียง

กิจการโทรทัศน์ หมายความว่า กิจการวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรทัศน์ซึ่งให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะ หรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการโทรทัศน์

กิจการวิทยุโทรคมนาคม หมายความว่า กิจการซึ่งเป็นการรับและส่งเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือสิ่งอื่นใด ซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้โดยระบบคลื่นความถี่ เพื่อความมุ่งหมายทางโทรคมนาคมในกิจการใดกิจการหนึ่งโดยเฉพาะหรือเป็นการเฉพาะกิจที่มีใช้เป็นการประกอบกิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคมหรือกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์

กิจการโทรคมนาคม หมายความว่า กิจการซึ่งให้บริการการส่ง การแพร่ หรือการรับเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือสิ่งอื่นใด ซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้โดยระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่นระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน และรวมถึงกิจการซึ่งให้บริการดาวเทียมสื่อสาร หรือกิจการอื่น

<sup>297</sup> สุทธิมาตร จันทรแดง, “พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553,” *จุลินิติ* 8, 2 (มีนาคม-เมษายน 2554): 103-104.

<sup>298</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

ที่ กสทช.กำหนดให้เป็นกิจการโทรคมนาคม แต่ไม่รวมถึงกิจการที่เป็นกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการวิทยุคมนาคม

ดังนั้น ภารกิจของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะในปัจจุบันที่เกี่ยวกับการจัดให้มีกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ กิจการวิทยุโทรคมนาคมและกิจการโทรคมนาคม เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอิสระจัดตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>299</sup> มีอำนาจหน้าที่ในการ จัดทำแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ ตารางกำหนดคลื่นความถี่แห่งชาติแผนแม่บทกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ แผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม แผนความถี่วิทยุและแผนเลขหมายโทรคมนาคม รวมถึงพิจารณาอนุญาตและควบคุม กำกับดูแลการใช้คลื่นความถี่และเครื่องวิทยุคมนาคมในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม หรือในกิจการวิทยุคมนาคมและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาตดังกล่าว เช่น การประมูล 4G คลื่น 900 MHz โดยผู้ชนะการประมูลชุดที่ 1 ที่ ผู้ประมูลเสนอมูลค่า 75,654 ล้านบาท ได้แก่ บริษัท แจส โมบาย บอร์ดแบนด์ จำกัด ชุดที่ 2 ที่ผู้ประมูลเสนอราคา 76,298 ล้านบาท ได้แก่ บริษัท ทรุมูฟ เอช ยูนิเวอร์แซล คอมมิวนิเคชั่น จำกัด เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ. 2558

#### 4.2.2.4 การควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ

รัฐวิสาหกิจเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการมุ่งหารายได้และกำไรเข้าสู่รัฐ เป็นองค์กรของรัฐที่มีความอิสระและคล่องตัวในการจัดทำบริการสาธารณะมากกว่าการจัดทำบริการสาธารณะของราชการส่วนกลาง แม้จะมีความอิสระแต่ก็ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของราชการส่วนกลางตามหลักการกระจายอำนาจในทางเทคนิคเพื่อให้การใช้อำนาจหรือบริการ

<sup>299</sup> มาตรา 47 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินการตามวรรคสองต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะอื่น และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม รวมทั้งต้องจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินการสื่อมวลชนสาธารณะ

การกำกับการประกอบกิจการตามวรรคสองต้องมีมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการควบรวม การครอบงำหรือการครอบงำ ระหว่างสื่อมวลชนด้วยกันเองหรือโดยบุคคลอื่นใด ซึ่งจะมีผลเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารหรือปิดกั้นการได้รับข้อมูลข่าวสารที่หลากหลายของประชาชน

สาธารณะเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายและเกิดผลกระทบต่อผู้รับบริการสาธารณะและเอกชนน้อยที่สุด

เมื่อรัฐวิสาหกิจมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ การจัดทำบริการสาธารณะก็อาจมีการให้เอกชนเข้ามาร่วมจัดทำหรือมอบให้เอกชนจัดทำแทน รัฐวิสาหกิจก็จะมีความสัมพันธ์กับเอกชนในฐานะหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำไม่ว่าจะโดยสัญญาหรือโดยผลของกฎหมาย (หากมีการออกกฎหมายให้อำนาจไว้) ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างรัฐวิสาหกิจบางหน่วยงานที่มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล ดังนี้

1) การควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการตรวจสอบของการประปานครหลวง

เมื่อ 14 พฤศจิกายน 2457 โดยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวเสด็จมาทรงเปิดกิจการโดยมีชื่อเรียกในครั้งนั้นว่า การประปากรุงเทพมหานคร มีกรมสุขาภิบาลกระทรวงนครบาลเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินงาน กิจการประปาได้ก้าวหน้าขึ้นเป็นลำดับ จากที่เคยจำหน่ายเฉพาะในเขตพระนคร ได้ขยายการจำหน่ายไปยังฝั่งธนบุรี โดยวางท่อตามแนวสะพานพุทธยอดฟ้าไปยังถนนประชาธิปไตยและสมเด็จพระยาต่อมาระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 สะพานพุทธยอดฟ้าถูกระเบิดทำลาย เป็นเหตุให้ท่อประปาที่วางไว้เกิดชำรุดเสียหายไปด้วย ทำให้การจ่ายน้ำย่านฝั่งธนต้องหยุดชะงัก เทศบาลนครธนบุรีจึงได้เริ่มกิจการประปาของตนเองโดยชุดเจาะบ่อบาดาลให้บริการน้ำ หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงเมื่อปี 2489 โรงงานผลิตน้ำสามเสนเป็นโรงกรองน้ำแห่งเดียวในขณะนั้น ผลิตน้ำได้น้อย ไม่เพียงพอต่อการบริการน้ำประปาที่เกิดสภาพน้ำไหลอ่อน และไม่ไหลเป็นบริเวณกว้าง ไฟฟ้าก็เช่นกัน มีสภาพดับ ๆ เปิด ๆ รัฐบาลจึงตั้งคณะกรรมการพัฒนาปรับปรุงกิจการไฟฟ้า และประปาขึ้น โดยมีหลวงบุรกรรมโกวิท อธิบดีกรมโยธาสมัยนั้นเป็นประธาน และเพื่อแก้ปัญหาหน้าไฟไม่พอใช้ จึงได้มีนโยบายให้เร่งขุดติดตั้งไฟฟ้าและประปาเป็นการชั่วคราว จนกว่าจะมีการปรับปรุงกิจการทั้ง 2 ชนิดนี้ให้เพียงพอ ต่อมาได้มีการรวมและโอนกิจการประปาไฟฟ้าให้เป็นรัฐวิสาหกิจ โดยรัฐบาลได้ออกพระราชบัญญัติการประปานครหลวง ให้โอนกิจการประปากรุงเทพ กรมโยธาเทศบาล การประปานครบุรี การประปาเทศบาลนครธนบุรี และประปาเทศบาลสมุทรปราการ รวมเป็นกิจการเดียวกัน เรียกว่า การประปานครหลวง เมื่อวันที่ 16 สิงหาคม 2510 ประธานกรรมการการประปานครหลวง ท่านแรก คือ พล.อ.ประภาส จารุเสถียร และแต่งตั้ง อธิบดีกรมโยธาเทศบาล นายดำรง ชลวิจารณ์ เป็นผู้อำนวยการการประปานครหลวง โดยมีอำนาจหน้าที่ตาม พ.ร.บ.การประปานครหลวง พ.ศ. 2510 คือ สำรอง จัดหาแหล่งน้ำดิบ และจัดให้ได้มาซึ่งน้ำดิบเพื่อใช้ในการประปาผลิต จัดส่ง และจำหน่ายน้ำประปาในเขตท้องที่ กรุงเทพฯ จังหวัดนนทบุรี และจังหวัดสมุทรปราการ และควบคุมมาตรฐานเกี่ยวกับระบบประปาเอกชนในเขตท้องที่ดังกล่าวดำเนินธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องกันหรือเป็นประโยชน์แก่การประปา และคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและประชาชน<sup>300</sup>

ปัจจุบัน การประปานครหลวงเป็นรัฐวิสาหกิจสังกัดกระทรวงมหาดไทย การสำรอง จัดหาแหล่งน้ำดิบ และจัดให้ได้มาซึ่งน้ำดิบเพื่อใช้ในการประปาผลิต จัดส่ง และจำหน่ายน้ำประปาในเขตท้องที่ กรุงเทพฯ จังหวัดนนทบุรี และจังหวัดสมุทรปราการ ของการประปานครหลวงนั้น เป็นการบริการสาธารณะโดยเป็นการจัดหาสาธารณูปโภคเพื่อความเป็นอยู่ที่ดีของ

<sup>300</sup> การประปานครหลวง, ค้นวันที่ 1 มีนาคม 2559 จาก <http://www.mwa.co.th>

ประชาชนในประเทศ รวมทั้งการเข้าร่วมกิจการต่าง ๆ กับเอกชน หน้าที่ดังกล่าว มีคณะกรรมการตรวจสอบของการประปานครหลวงเข้ามาควบคุม กำกับดูแลการทำหน้าที่ดังกล่าว โดยมีอำนาจตามคำสั่งการประปานครหลวง ที่ กก 2/2558 สั่ง ณ วันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2558

2) การควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการของ บริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน)

บริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน) (บมจ. อสมท.) เป็นรัฐวิสาหกิจ สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี จัดทะเบียนจัดตั้งในรูปบริษัทมหาชนจำกัด เมื่อวันที่ 17 สิงหาคม 2547 ด้วยการแปลงสภาพจากองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย (อ.ส.ม.ท.) ตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2547 บริษัทได้กระจายหุ้นสู่มหาชนเป็นครั้งแรกในฐานะบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย โดยมีภารกิจในการประกอบกิจการสื่อสารมวลชนที่มุ่งสู่การเป็นผู้นำธุรกิจด้านสื่อสารมวลชนครบวงจรในภูมิภาคอาเซียนที่เพื่อตอบสนองต่อสังคมอุดมปัญญา บมจ. อสมท. มีธุรกิจหลักประกอบด้วย ธุรกิจที่ดำเนินการเอง ได้แก่ กิจการโทรทัศน์ กิจการวิทยุกระจายเสียง สำนักข่าวไทย และกิจการการให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกและโครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัล รวมถึงบริษัทย่อย 2 บริษัท คือ บริษัท พาโนรามา เวิลด์ไวด์ จำกัด และบริษัท ซีดเอ็มคอต จำกัด นอกจากนี้ยังร่วมดำเนินกิจการกับผู้ประกอบการเอกชนอื่น ๆ ภายใต้สัญญาาร่วมดำเนินกิจการ ได้แก่ บริษัท บางกอกเอ็นเตอร์เทนเมนต์ จำกัด ดำเนินกิจการส่งโทรทัศน์ ไทยทีวีสี ช่อง 3 และกลุ่ม ทู วู้ชส์ ดำเนินกิจการให้บริการโทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิก มีหน้าที่ดำเนินธุรกิจสื่อสารมวลชนครบวงจรที่เติบโตอย่างต่อเนื่องและยั่งยืน ผลิตและจัดหา Content ที่สร้างสรรค์และมีคุณภาพ ให้บริการออกอากาศ (Network Provider) ทุกช่องทาง (Platform) ที่มีคุณภาพและได้มาตรฐานและเป็นองค์กรดิจิทัล (Digital Organization) ที่มีความรับผิดชอบต่อสังคมและผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย<sup>301</sup>

ดังนั้น ภารกิจในการดำเนินกิจการโทรทัศน์ กิจการวิทยุกระจายเสียง สำนักข่าวไทยจึงเป็นหน้าที่ของบริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน) ในการจัดทำบริการสาธารณะ ในการดำเนินกิจการดังกล่าวที่ต้องมีการลงทุนและจัดทำบริการสาธารณะกับเอกชนนั้นจะมีคณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลกิจการทำหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ๆ โดยมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลและให้คำแนะนำแก่กรรมการของฝ่ายบริหารของบริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน) ในการปฏิบัติหน้าที่ รวมถึงติดตามและประเมินผลการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการของฝ่ายบริหารของบริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน) รวมถึงจัดทำรายงานการประเมินผลการควบคุม กำกับดูแลกิจการประจำปี ตามกฎบัตรที่คณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลกิจการได้ทำขึ้นและนโยบายการควบคุม กำกับดูแลกิจการ

<sup>301</sup> บริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน), ค้นวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2559 จาก <http://mcoth.listedcompany.com>

### 4.3 วิธีการในการควบคุม กำกับดูแลบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำโดยรัฐ

การควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนนั้น หน่วยงานหรือคณะกรรมการของรัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตาม สัญญาของภาครัฐหรือโดยกฎหมาย กำหนดขึ้นวิธีในการควบคุม กำกับดูแลนั้น คือ ในทางปฏิบัติแล้วนั้น หน่วยงานหรือคณะกรรมการของรัฐดังกล่าวมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลนั้นใช้อำนาจในการควบคุม กำกับดูแลอย่างไร การควบคุม กำกับดูแลดังกล่าวมีกฎหมายกำหนดอำนาจไว้อย่างชัดเจนสามารถแยกพิจารณาวิธีการของการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนได้ ดังนี้

#### 4.3.1 วิธีการควบคุม กำกับที่ระบุไว้ในกฎหมาย

วิธีการที่ระบุไว้ในกฎหมายของการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนนั้น จะต้องมีการกำหนดไว้ในกฎหมายเพราะภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะยังเป็นของรัฐอยู่ หากไม่มีการกำหนดไว้รัฐก็ไร้ซึ่งอำนาจในการที่จะควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน กฎหมายจึงต้องมีการกำหนดอำนาจและหน้าที่ของรัฐในการควบคุม กำกับดูแลไว้โดยมักจะอยู่ในหมวดที่ว่าด้วยการควบคุม กำกับดูแลโดยเฉพาะ ในกฎหมายแต่ละฉบับไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติต่าง ๆ พระราชกฤษฎีกาต่าง ๆ หรือระเบียบต่าง ๆ เป็นต้น กฎหมายจะมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ารัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลอย่างไร สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

##### 4.3.1.1 วิธีการควบคุม กำกับดูแลการพัสดุและจัดซื้อจัดจ้างโดยราชการส่วนกลาง

เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่เป็นราชการส่วนกลางควบคุม กำกับดูแล เอกชนคู่สัญญา มีการระบุอำนาจการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับปรับปรุงนั้น ดังนี้

##### 1) การควบคุม กำกับดูแลโดยหัวหน้าส่วนราชการที่เป็นคู่สัญญา

ส่วนราชการ หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือในต่างประเทศ แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น<sup>302</sup> ดังนั้นหัวหน้าส่วนราชการก็คือ บุคคลผู้มีอำนาจสูงสุดในส่วนราชการดังกล่าว หัวหน้าส่วนราชการดังกล่าวมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล ดังนี้<sup>303</sup>

(1) พิจารณานุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงิน จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้ หรือเงินช่วยเหลือ แล้วแต่กรณีด้วยความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้ หรือเงินช่วยเหลือ แล้วแต่กรณีด้วย

<sup>302</sup> ข้อ 5 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับปรับปรุง

<sup>303</sup> ข้อ 136, 137 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับปรับปรุง ข้อ 136, 137

(2) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือข้อตกลงตาม (1) หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาส่งมอบของหรือระยะเวลาในการทำงาน ให้ตกลงพร้อมกันไป

(3) พิจารณาใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด

(4) การตกลงกับคู่สัญญาที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ให้หัวหน้าส่วนราชการพิจารณาได้เฉพาะกรณีที่เป็นประโยชน์แก่ทางราชการโดยตรง หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของทางราชการในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป

## 2) การควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการตรวจการจ้าง

คณะกรรมการตรวจการจ้างคือคณะกรรมการที่หัวหน้าส่วนราชการแต่งตั้งขึ้นเพื่อปฏิบัติการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535<sup>304</sup> มีอำนาจหน้าที่ดังนี้<sup>305</sup>

(1) มีหน้าที่ตรวจสอบรายงานการปฏิบัติงานของผู้รับจ้าง และเหตุการณ์แวดล้อมที่ผู้ควบคุมงานรายงาน โดยตรวจสอบกับแบบรูปรายการละเอียดและข้อกำหนดในสัญญาทุกสัปดาห์

(2) ในกรณีมีข้อสงสัยหรือมีกรณีที่เห็นว่า ตามหลักวิชาการช่างไม่น่าจะเป็นไปได้ ให้ออกตรวจงานจ้าง โดยให้มีอำนาจสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร

(3) โดยปกติให้ตรวจผลงานที่ผู้รับจ้างส่งมอบภายใน 3 วันทำการ นับแต่วันที่ประธานกรรมการได้รับทราบการส่งมอบงาน และให้ทำการตรวจรับให้เสร็จสิ้นไปโดยเร็วที่สุด เมื่อตรวจเห็นว่าเป็นการถูกต้องครบถ้วนเป็นไปตามแบบรูปรายการละเอียดและข้อกำหนดในสัญญาแล้ว ให้ถือว่าผู้รับจ้างส่งมอบงานครบถ้วนตั้งแต่วันที่ผู้รับจ้างส่งงานจ้างนั้น

(4) ในกรณีที่เห็นว่าผลงานที่ส่งมอบทั้งหมดหรืองวดใดก็ตามไม่เป็นไปตามแบบรูปรายการละเอียดและข้อกำหนดในสัญญา ให้รายงานหัวหน้าส่วนราชการผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุเพื่อทราบหรือสั่งการ แล้วแต่กรณี

(5) ในกรณีที่กรรมการตรวจการจ้างบางคนไม่ยอมรับงาน โดยทำความเห็นแย้งไว้ ให้เสนอหัวหน้าส่วนราชการเพื่อพิจารณาสั่งการ

การใช้อำนาจของคณะกรรมการตรวจการจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับปรับปรุงนั้น มีปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด เป็นการพิพาทกันเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างศูนย์ส่งเสริมสุขภาพ ระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงไม้เอื้อะง้วน ต้นหยงมัส (ผู้รับจ้าง) กับกรมอนามัย (ผู้ว่าจ้าง) ซึ่งแบ่งงานออกเป็น 19 งวด ต่อมาผู้รับจ้างได้ส่งมอบงาน งวดที่ 1 ถึงงวดที่ 18 ภายในกำหนดอายุสัญญาจ้าง แต่ในงวดสุดท้ายปรากฏว่า ยังมีงานที่ก่อสร้างไม่แล้วเสร็จหลายรายการ เช่น งานระบบบำบัดน้ำเสีย เป็นต้น รวมทั้งยังเป็นการก่อสร้างที่ผิดรูปแบบและรายการ ทำให้ไม่เป็นไปตามสัญญาจ้างคณะกรรมการตรวจการจ้างจึงแจ้งให้ผู้รับจ้าง

<sup>304</sup> ข้อ 34 (7) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

<sup>305</sup> ข้อ 72 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ดำเนินการแก้ไข ซึ่งผู้รับจ้างได้แก้ไขงานดังกล่าวถึงสองครั้ง ต่อมา เมื่อผู้รับจ้างตรวจรับงานที่ผู้รับจ้างส่งมอบในครั้งหลังและออกไปรับรองผลการปฏิบัติงานให้เรียบร้อยแล้ว จึงได้ใช้สิทธิหักค่าจ้างส่วนหนึ่งเป็นค่าปรับโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกระยะเวลานับแต่วันสิ้นสุดสัญญาถึงวันที่ผู้รับจ้างได้แจ้งให้แก้ไขงานระบบบำบัดน้ำเสีย เป็นช่วงเวลาที่ผู้ว่าจ้างใช้ในการตรวจรับงาน

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างที่กำหนดวันชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน หากผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในวันดังกล่าวย่อมตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมิพักต้องเตือนเลยตามมาตรา 204 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนผู้ว่าจ้างมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้ผู้รับจ้างเมื่อผู้รับจ้างก่อสร้างเสร็จแล้วถูกต้องครบถ้วนตามรูปแบบรายการและสัญญาภายในกำหนดเวลาตามสัญญา แต่ในคดีนี้คณะกรรมการตรวจการจ้างตรวจพบในภายหลังว่า ผู้รับจ้างใช้ท่อขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางที่ผิดไปจากแบบที่กำหนดอันมิใช่เพียงข้อบกพร่องผิดพลาดในการทำงาน แต่เป็นการจงใจปฏิบัติผิดสัญญาจ้างโดยรู้ดีอยู่แล้วว่างานที่ทำไม่ถูกต้องตามสัญญา เมื่อคณะกรรมการตรวจการจ้างสั่งให้ผู้รับจ้างแก้ไขงานที่ผิดแบบและบกพร่อง ทำให้เกิดความล่าช้าไปบ้าง ผู้รับจ้างก็ไม่อาจอ้างว่ามีเหตุมาจากความล่าช้าในการตรวจรับงานของคณะกรรมการตรวจการจ้างเพราะผู้รับจ้างย่อมรู้วาทนปฏิบัติไม่ถูกต้องและมีหน้าที่ต้องแก้ไขให้ถูกต้องเสียก่อนส่งมอบงานไม่ใช่ให้คณะกรรมการตรวจการจ้างตรวจผลแล้วจึงแก้ไข ผู้ว่าจ้างจึงมีสิทธิปรับผู้รับจ้างเพราะส่งมอบงานล่าช้ากว่ากำหนดนับแต่วันถัดจากวันที่ครบกำหนดตามสัญญาจนถึงวันที่ผู้รับจ้างส่งมอบงานที่แก้ไขแล้วเสร็จ<sup>306</sup>

### 3) การควบคุม กำกับดูแลโดยผู้ควบคุมงาน

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ผู้ควบคุมงานมีอำนาจหน้าที่ดังนี้<sup>307</sup>

(1) ตรวจและควบคุมงาน ณ สถานที่ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือที่ตกลงให้ทำงานจ้างนั้น ๆ ทุกวัน ให้เป็นไปตามแบบรูปรายการละเอียด และข้อกำหนดในสัญญาทุกประการในกรณีที่ปรากฏว่าแบบรูปรายการละเอียด หรือข้อกำหนดในสัญญามีข้อความขัดกัน หรือเป็นที่คาดหมายได้ว่าถึงแม้ว่างานนั้นจะได้เป็นไปตามแบบรูปรายการละเอียด และข้อกำหนดในสัญญา แต่เมื่อสำเร็จแล้วจะไม่มั่นคงแข็งแรง หรือไม่เป็นไปตามหลักวิชาช่างที่ดี หรือไม่ปลอดภัยให้สิ่งปักงานนั้นไว้ก่อน แล้วรายงานคณะกรรมการตรวจการจ้างโดยเร็ว

(2) จัดบันทึกสภาพการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างและเหตุการณ์แวดล้อมเป็นรายวันพร้อมทั้งผลการปฏิบัติงาน หรือการหยุดงานและสาเหตุที่มีการหยุดงานอย่างน้อย 2 ฉบับเพื่อรายงานให้คณะกรรมการตรวจการจ้างทราบทุกสัปดาห์ และในวันถึงกำหนดส่งมอบงานแต่ละงวด ให้รายงานผลการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างว่าเป็นไปตามสัญญาหรือไม่ ให้คณะกรรมการตรวจการจ้างทราบภายใน 3 วันทำการ นับแต่วันถึงกำหนดนั้น ๆ

<sup>306</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 32/2546

<sup>307</sup> ข้อ 73 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับปรับปรุง

#### 4.3.1.2 วิธีการควบคุม กำกับดูแลการพัสดุและจัดซื้อจัดจ้างของราชการส่วนท้องถิ่น

เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่เป็นราชการส่วนท้องถิ่น<sup>308</sup> ควบคุม กำกับดูแลเอกชนคู่สัญญา มีการระบุนโยบายควบคุม กำกับดูแลไว้ในระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ดังนี้

1) การควบคุม กำกับดูแลโดยหัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น

หัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น<sup>309</sup> มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลดังนี้<sup>310</sup>

(1) มีดุลพินิจในการแก้ไขสัญญาที่ตั้งงบประมาณดำเนินการตั้งจ่ายจากเงินรายได้ตามข้อ 57<sup>311</sup>

(2) หัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจบอกเลิกข้อสัญญาหรือข้อตกลงในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด

(3) หากหัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นตกลงที่จะบอกเลิกสัญญาหรือบอกเลิกข้อตกลงกับเอกชนคู่สัญญา สามารถทำได้เฉพาะกรณีที่เป็นประโยชน์แก่หน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นโดยตรงหรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้น

2) การควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการตรวจการจ้าง

คณะกรรมการตรวจการจ้างมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแล ดังนี้<sup>312</sup>

<sup>308</sup> ข้อ 5 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

<sup>309</sup> ข้อ 5 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

<sup>310</sup> ข้อ 129, 130 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

<sup>311</sup> ข้อ 57 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

การสั่งซื้อหรือสั่งจ้างทุกวิธีที่ใช้จ่ายจากเงินรายได้ นอกจากที่กำหนดไว้ในข้อที่ 58 และข้อ 59 ให้หัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นเป็นผู้มีอำนาจสั่งซื้อหรือสั่งจ้างโดยไม่จำกัดวงเงิน

<sup>312</sup> ข้อ 65 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

(1) ตรวจสอบรายงานการปฏิบัติงานของผู้รับจ้าง และเหตุการณ์แวดล้อมที่ผู้ควบคุมงานรายงาน โดยตรวจสอบกับแบบรูปรายการละเอียด และข้อกำหนดในสัญญาทุกสัปดาห์รวมทั้งรับทราบหรือพิจารณาการสั่งหยุดงาน หรือพักงานของผู้ควบคุมงาน แล้วรายงานหัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น เพื่อพิจารณาสั่งการต่อไป

(2) การดำเนินการตาม (1) ในกรณีมีข้อสงสัย หรือมีกรณีให้เห็นว่าตามหลักวิชาการช่างไม่น่าจะเป็นไปได้ ให้ออกตรวจงานจ้าง ณ สถานที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือที่ตกลงให้ทำงานจ้างนั้น ๆ โดยให้มีอำนาจสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติม หรือตัดทอนงานจ้างได้ตามที่เห็นสมควรและตามหลักวิชาการช่างเพื่อให้เป็นไปตามแบบรูป รายการละเอียดและข้อกำหนดในสัญญา

(3) โดยปกติให้ตรวจผลงานที่ผู้รับจ้างส่งมอบภายใน 3 วันทำการ นับแต่วันที่ประธานกรรมการได้รับทราบการส่งมอบงาน และให้ทำการตรวจรับให้เสร็จสิ้นไปโดยเร็วที่สุด

(4) เมื่อตรวจเห็นว่าเป็นการถูกต้องครบถ้วนเป็นไปตามแบบรูป รายการละเอียดและ

ข้อกำหนดในสัญญาแล้วให้ถือว่าผู้รับจ้างส่งมอบงานครบถ้วนตั้งแต่วันที่ผู้รับจ้างส่งงานจ้างนั้น และให้ทำใบรับรองผลการปฏิบัติงานทั้งหมดหรือเฉพาะงวด แล้วแต่กรณี โดยลงชื่อไว้เป็นหลักฐาน อย่างน้อย 2 ฉบับมอบให้แก่ ผู้รับจ้าง 1 ฉบับ และเจ้าหน้าที่พัสดุ 1 ฉบับ เพื่อทำการเบิกจ่ายเงินตามระเบียบว่าด้วยการเบิกจ่ายเงินของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น และรายงานให้หัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นทราบในกรณีที่เห็นว่า ผลงานที่ส่งมอบทั้งหมดหรืองวดใดก็ตามไม่เป็นไปตามแบบรูป รายการละเอียดและข้อกำหนดในสัญญา ให้รายงานหัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ เพื่อทราบหรือสั่งการแล้วแต่กรณี

(5) ในกรณีที่กรรมการตรวจการจ้างบางคนไม่ยอมรับงาน โดยความเห็นแย้งไว้ให้เสนอหัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นเพื่อพิจารณาสั่งการ ถ้าหัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น สั่งการให้ตรวจรับงานจ้างนั้นไว้ จึงจะดำเนินการตาม (4)

### 3) การควบคุม กำกับดูแลโดยผู้ควบคุมงาน

ผู้ควบคุมงาน มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลดังนี้<sup>313</sup>

(1) ตรวจสอบและควบคุมงาน ณ สถานที่ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือที่ตกลงให้ทำงานจ้างนั้น ๆ ทุกวัน ให้เป็นไปตามแบบรูป รายการละเอียดและข้อกำหนดไว้ในสัญญาทุกประการ โดยสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมหรือตัดทอนงานจ้างได้ตามที่เห็นสมควรและตามหลักวิชาการช่างเพื่อให้เป็นไปตามแบบรูปรายการละเอียด และข้อกำหนดในสัญญา ถ้าผู้รับจ้างขัดขืนไม่ปฏิบัติตามก็สั่งให้หยุดงานนั้นเฉพาะส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดแล้ว แล้วแต่กรณีไว้ก่อน จนกว่าผู้รับจ้างจะยอมปฏิบัติให้ถูกต้องตามคำสั่ง และให้รายงานคณะกรรมการตรวจการจ้างทันที

<sup>313</sup> ข้อ 66 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

(2) ในกรณีที่ปรากฏว่าแบบรูป รายการละเอียดหรือข้อกำหนดในสัญญามีข้อความขัดกันหรือเป็นที่คาบคองได้ว่าถึงแม้ว่างานนั้นจะได้เป็นไปตามแบบรูป รายการละเอียดและข้อกำหนดในสัญญาแต่เมื่อสำเร็จแล้วจะไม่มั่นคงแข็งแรง หรือไม่เป็นไปตามหลักวิชาช่างที่ดี หรือไม่ปลอดภัย ให้สั่งพักงานนั้นไว้ก่อนแล้วรายงานคณะกรรมการตรวจการจ้างโดยเร็ว

(3) จัดบันทึกสภาพการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างและเหตุการณ์แวดล้อมเป็นรายวันพร้อมทั้งผลการปฏิบัติงาน หรือการหยุดงานและสาเหตุที่มีการหยุดงานอย่างน้อย 2 ฉบับเพื่อรายงานให้คณะกรรมการตรวจการจ้างทราบทุกสัปดาห์ และเก็บรักษาไว้เพื่อมอบให้แก่เจ้าหน้าที่พัสดุ เมื่อเสร็จงานแต่ละงวด โดยถือว่าเป็นเอกสารสำคัญของทางราชการเพื่อประกอบการตรวจสอบของผู้มีหน้าที่การบันทึกการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างให้ระบุรายละเอียดขั้นตอนการปฏิบัติงานและวัสดุที่ใช้ด้วย

(4) ในวันกำหนดลงมือทำการของผู้รับจ้างตามสัญญา และในวันถึงกำหนดส่งมอบงานแต่ละงวดให้รายงานผลการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างว่าเป็นไปตามสัญญาหรือไม่ ให้คณะกรรมการตรวจการจ้างทราบภายใน 3 วันทำการนับแต่วันถึงกำหนดนั้น ๆ

#### 4.3.1.3 วิธีการควบคุม กำกับดูแลการลงทุนหรือร่วมลงทุนของเอกชนในกิจการของรัฐ

ระบุในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้น หมวด 6 ว่าด้วยการควบคุม กำกับดูแลและติดตามผล ดังนี้

1) คณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลที่ถูกแต่งตั้งขึ้นโดยรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดนั้น<sup>314</sup> มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้<sup>315</sup>

(1) ติดตามกำกับดูแลโครงการให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน แผนการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุน และแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ

(2) เรียกหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือเอกชนคู่สัญญาเข้าชี้แจงหรือจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง

(3) เรียกหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือเอกชนคู่สัญญาเข้าชี้แจงหรือจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง

(4) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางการแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ และให้ส่งสำเนารายงานและเอกสารที่เกี่ยวข้องไปยังสำนักงาน<sup>316</sup>

2) ในการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน หากปรากฏว่ามีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุนได้ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการและเอกชนเสนอ

<sup>314</sup> มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>315</sup> มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>316</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

แนวทางการแก้ไขปัญหาคณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลเพื่อพิจารณาหาแนวทางการแก้ไข  
ปัญหาต่อไป<sup>317</sup>

3) ในกรณีที่ปรากฏว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการละเลยหรือไม่ปฏิบัติตาม  
เงื่อนไขข้อผูกพันของสัญญาร่วมลงทุน ให้คณะกรรมการกำกับดูแลทำรายงานพร้อมด้วยความเห็น  
เสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อสั่งการให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการตามสัญญา  
ร่วมลงทุน<sup>318</sup>

4) ในกรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่ดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้  
คณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลรายงานต่อสำนักงานเพื่อเสนอให้คณะกรรมการพิจารณาต่อไป และ  
หากเป็นกรณีที่มีเหตุร้ายแรงให้คณะกรรมการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา<sup>319</sup>

5) ในกรณีต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ  
เสนอเหตุผลและความจำเป็นในการขอแก้ไขต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณา หาก  
คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่มีสาระสำคัญ  
ให้คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบต่อไป แต่หาก  
คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ  
ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและ  
รายละเอียดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาด้วย และถ้าคณะกรรมการกำกับ  
ดูแลเห็นด้วยกับการแก้ไข ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการ  
สูงสุดตรวจพิจารณา ก่อนส่งความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลพร้อมทั้งร่างสัญญาร่วมลงทุน  
ฉบับใหม่ที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอขอ  
ความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป<sup>320</sup>

6) การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หมายถึง การแก้ไข  
เปลี่ยนแปลง

ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้<sup>321</sup>

(1) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงลักษณะของโครงการ การเปลี่ยนแปลง  
ขอบเขตของเนื้องานการเปลี่ยนแปลงการให้บริการ หรือการเปลี่ยนแปลงการดำเนินโครงการ โดย  
การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในลักษณะที่กำหนดไว้ในข้อนี้จะต้องทำให้ผลลัพธ์ในเชิงการให้บริการ  
สาธารณะตามเป้าประสงค์เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม หรือเป็นการเพิ่มผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาฝ่าย  
เอกชน

<sup>317</sup> มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>318</sup> มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>319</sup> มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>320</sup> มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

<sup>321</sup> ข้อ 3 ของประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง  
ลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ พ.ศ. 2558

(2) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐไม่ว่าในรูปแบบใด ๆ ซึ่งรวมถึง

การเปลี่ยนแปลงผลประโยชน์ตอบแทนในรูปตัวเงิน หรือส่วนแบ่งรายได้ การเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการ และการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท

(3) การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาหรือการเปลี่ยนโครงสร้างองค์กร อันมีผลทำให้ไม่สามารถดำเนินโครงการต่อไปได้

(4) การเปลี่ยนแปลงระยะเวลาของสัญญา

(5) การเปลี่ยนแปลงหลักประกันสัญญา

(6) การเปลี่ยนแปลงอัตราค่าบริการ หรือการเปลี่ยนแปลงคุณภาพ

การให้บริการ

#### 4.3.1.4 วิธีการควบคุม กำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงาน

การควบคุม กำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานมีการบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มีรายละเอียด ดังนี้

1) ให้มีคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ประกอบด้วย ประธานกรรมการคนหนึ่งและกรรมการอื่นอีกหกคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้เลขาธิการเป็นเลขานุการคณะกรรมการ<sup>322</sup>

2) คณะกรรมการตาม (1) มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้<sup>323</sup>

(1) ควบคุม กำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ภายใต้กรอบนโยบายของรัฐ

(2) กำหนดระเบียบและหลักเกณฑ์ในการจัดหาไฟฟ้า และการออกประกาศเชิญชวนการรับซื้อไฟฟ้า รวมทั้งควบคุม กำกับดูแลขั้นตอนการคัดเลือกให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

(3) ตรวจสอบการประกอบกิจการพลังงานของผู้รับใบอนุญาตให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและโปร่งใส

(4) ออกระเบียบหรือประกาศและควบคุม กำกับดูแลมาตรฐานและคุณภาพในการให้บริการ รวมทั้งมาตรการในการคุ้มครองผู้ใช้พลังงานจากการประกอบกิจการพลังงาน

(5) เสนอข้อบังคับและจรรยาบรรณในการปฏิบัติงานของกรรมการและพนักงานเจ้าหน้าที่ต่อรัฐมนตรีตามมาตรา 9 (10)

(6) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือที่กฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

<sup>322</sup> มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

<sup>323</sup> มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

3) ให้คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดเพื่อพิจารณาหรือกระทำการอย่างใดตามที่คณะกรรมการมอบหมายได้และวิธีการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนด<sup>324</sup>

4) ในการปฏิบัติหน้าที่ให้คณะกรรมการ คณะอนุกรรมการและบุคคลซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งมีอำนาจขอให้หน่วยงานของรัฐหรือบุคคลใดมีหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริง มาให้ถ้อยคำ หรือส่งเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาได้<sup>325</sup>

5) ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบกิจการที่เข้าข่ายเป็นผู้ประกอบกิจการพลังงานที่ต้องได้รับใบอนุญาตแต่ยังไม่ได้รับใบอนุญาต หยุด หรือระงับการประกอบกิจการพลังงานหรือปลดการเชื่อมต่อออกจากระบบโครงข่ายพลังงาน เมื่อคณะกรรมการมีคำสั่งดังกล่าวแล้ว หากผู้ประกอบกิจการมิได้ดำเนินการตามคำสั่งให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งดังกล่าวได้<sup>326</sup>

4.3.1.5 วิธีการควบคุม กำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม

คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอิสระจัดตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>327</sup> การควบคุม กำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ไว้ใน

<sup>324</sup> มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

<sup>325</sup> มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

<sup>326</sup> มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

<sup>327</sup> มาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินการตามวรรคสองต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะอื่น และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม รวมทั้งต้องจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินการสื่อสารมวลชนสาธารณะ

การกำกับการประกอบกิจการตามวรรคสองต้องมีมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการควบรวม การครอบงำหรือการครอบงำ ระหว่างสื่อมวลชนด้วยกันเองหรือโดยบุคคลอื่นใด ซึ่งจะมีผลเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารหรือปิดกั้นการได้รับข้อมูลข่าวสารที่หลากหลายของประชาชน

พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 หมวดที่ 1 ส่วนที่ 6 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังนี้

1) คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และโทรคมนาคม แห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้<sup>328</sup>

(1) พิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการใช้คลื่นความถี่และเครื่องวิทยุคมนาคมในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม หรือในกิจการวิทยุคมนาคมและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาตดังกล่าว

(2) พิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็วถูกต้อง และเป็นธรรมและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาตดังกล่าว

(3) พิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการใช้เลขหมายโทรคมนาคม และกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาตดังกล่าว

(4) กำหนดโครงสร้างอัตราค่าธรรมเนียมและโครงสร้างอัตราค่าบริการในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ให้เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการ และผู้ให้บริการโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

(5) กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาด หรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

(6) ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบกิจการและ ค้ำครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคมและส่งเสริมสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์คลื่นความถี่ที่ใช้ในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

(7) เสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้มีกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุง หรือยกเลิกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดสรรคลื่นความถี่และการดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องับคลื่นความถี่กิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

(8) ออกระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งอันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ กสทช.

(9) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น

2) คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ มีอำนาจหน้าที่ ปฏิบัติการใด ๆ แทน คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และโทรคมนาคมแห่งชาติ

<sup>328</sup> มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์และปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และโทรคมนาคมแห่งชาติ มอบหมาย<sup>329</sup>

3) ให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมมีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการใด ๆ แทน คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และโทรคมนาคมแห่งชาติ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจการโทรคมนาคมและกิจการวิทยุคมนาคม และปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และโทรคมนาคมแห่งชาติมอบหมาย<sup>330</sup>

4) ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการโทรคมนาคมดำเนินการใด ๆ ในประการที่จำเป็นเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค โดยอาศัยการใช้เครือข่ายหรือการโฆษณาอันมีลักษณะเป็นการค้ากำไรเกินควร หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดตามหลักเกณฑ์ที่ กสทช. กำหนด ให้ กสทช. มีอำนาจสั่งระงับการดำเนินการดังกล่าวได้<sup>331</sup>

5) ผู้ประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการโทรคมนาคมผู้ใดได้รับคำสั่ง แล้วไม่ปฏิบัติตาม ให้ กสทช. มีอำนาจปรับทางปกครองไม่เกินห้าล้านบาท และปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งแสนบาทตลอดเวลาที่ยังมิได้ปฏิบัติตามคำสั่ง<sup>332</sup>

#### 4.3.1.6 วิธีการควบคุม กำกับดูแลกิจการเดินรถโดยสารของเอกชน

เป็นอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ควบคุม กำกับดูแลเอกชนที่จะนำรถโดยสารเข้าร่วมบริการ ซึ่งในการควบคุม กำกับดูแลการนำรถเข้าร่วมบริการของเอกชนนั้น มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจรัฐไว้ในระเบียบขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ ว่าด้วยการบริหารจัดการและควบคุม กำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550 ส่วนที่ 2 หมวดที่ 10 ดังนี้

#### 1) มาตรฐานในการให้บริการที่ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติดังนี้<sup>333</sup>

##### (1) การประกอบการขนส่ง

(1.1) ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่องค์การกำหนดเกี่ยวกับลักษณะชนิด สีของรถ ตราเครื่องหมาย หมายเลขเส้นทาง หมายเลขกำกับรถ

(1.2) ต้องไม่แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงที่นั่ง โดยไม่ได้รับอนุญาต

(1.3) ต้องเดินรถให้ถูกต้องตามรายละเอียดเส้นทางที่กำหนดไว้

<sup>329</sup> มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

<sup>330</sup> มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

<sup>331</sup> มาตรา 31 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

<sup>332</sup> มาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

<sup>333</sup> ข้อ 41 ของระเบียบขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550

- (1.4) ต้องเก็บค่าโดยสารหรือค่าบริการอื่น ๆ ให้ถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตประกอบการขนส่ง
- (1.5) รถที่นำไปใช้ในกิจการอื่น หรือออกนอกเส้นทางที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต ต้องได้รับอนุญาตจากองค์การและกรมการขนส่งทางบก
- (2) การประกอบการเกี่ยวกับรถโดยสาร
- (2.1) ต้องมีสภาพมั่นคงแข็งแรงปลอดภัย มีอุปกรณ์ส่วนควบถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง
- (2.2) ต้องจดทะเบียนและเสียภาษีประจำปี
- (2.3) ต้องไม่แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงเครื่องอุปกรณ์ หรือส่วนควบของรถให้ผิดแผกแตกต่างในสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงก่อนได้รับอนุญาต
- (2.4) ต้องติดแผ่นป้ายเลขทะเบียนเครื่องหมายแสดงการเสียภาษีประจำปีที่นายทะเบียนออกให้ เครื่องหมายแสดงการจัดทำประกันภัยไว้กับตัวรถ และเครื่องหมายหรือประกาศตามที่องค์การหรือหน่วยราชการอื่นกำหนด
- (3) การประกอบการเกี่ยวกับผู้ประจำรถขณะปฏิบัติหน้าที่
- (3.1) ต้องมีใบอนุญาตที่ทางราชการออกให้ และใบอนุญาตที่ผ่านการรับรองจากองค์การติดตัวขณะปฏิบัติหน้าที่
- (3.2) ต้องไม่เสพสุราหรือของมีเมามา ยาเสพติด หรือวัตถุออกฤทธิ์ต่อประสาท
- (3.3) ต้องไม่แสดงกิริยาหรือใช้ถ้อยคำเสียดสี ดูหมิ่น ก้าวร้าว รังแก รบกวน หยาบหยาม หรือกระทำอนาจารต่อผู้อื่น
- (3.4) ต้องรับ-ส่งผู้โดยสารให้ถึงจุดหมายปลายทาง
- (3.5) ต้องปิดประตูทุกครั้งก่อนนำรถออกจากป้ายและขณะรถวิ่งในเส้นทาง และเปิดประตูเมื่อนำรถเข้าจอดที่ป้ายเรียบร้อยแล้ว (กรณีกฎหมายกำหนดให้มีประตูปิด - เปิดอัตโนมัติ)
- (3.6) ต้องดูแลผู้โดยสารขึ้น-ลงก่อนออกรถ
- (3.7) ต้องไม่สูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทางหรือสถานที่ตามที่กฎหมายกำหนด
- (3.8) ต้องแต่งกายให้ถูกต้องตามแบบที่องค์การกำหนด
- (3.9) ต้องหยุดรถรับ-ส่งผู้โดยสารที่มีเครื่องหมายให้รถหยุด เพื่อรับ-ส่งผู้โดยสาร เมื่อปรากฏว่ามีผู้โดยสารต้องการให้หยุดรถ
- (3.10) ต้องปฏิบัติและให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ขององค์การในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย
- (3.11) ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก

- 2) บทลงโทษในกรณีฝ่าฝืนตามข้อ 1)<sup>334</sup>
- (1) กรณีฝ่าฝืนเกี่ยวกับการประกอบการขนส่ง ปรับตั้งแต่ 200-1,000 บาท และพักการเดินรถจนกว่าจะแก้ไขดำเนินการให้ถูกต้องจึงอนุญาตให้เดินรถได้<sup>335</sup>
- (2) กรณีฝ่าฝืนเกี่ยวกับการประกอบการขนส่ง ปรับตั้งแต่ 500-2,000 บาท<sup>336</sup>
- (3) กรณีฝ่าฝืนเกี่ยวกับรถ ปรับตั้งแต่ 500-2,000 บาท และพักการเดินรถ จนกว่าจะแก้ไขดำเนินการให้ถูกต้องจึงอนุญาตให้เดินรถได้<sup>337</sup>
- (4) กรณีฝ่าฝืนเกี่ยวกับผู้ประจํารถ ปรับตั้งแต่ 500-2,000 บาท และงดปฏิบัติหน้าที่ จนกว่าจะแก้ไขปรับปรุงให้ถูกต้องตามระเบียบ<sup>338</sup>
- (5) กรณีฝ่าฝืนเกี่ยวกับการประกอบการขนส่ง ปรับตั้งแต่ 200-1,000 บาท<sup>339</sup>
- 3) ผู้มีอำนาจสอบสวนและสั่งลงโทษ<sup>340</sup>  
ผู้มีอำนาจสอบสวนและสั่งลงโทษให้เป็นไปตามคำสั่งที่องค์การมอบหมาย
- 4) การลงโทษผู้ประกอบการและผู้กระทำผิด<sup>341</sup>  
การลงโทษผู้ประกอบการและผู้กระทำผิด มีดังนี้
- (1) เลิกสัญญาและถอนรถ

<sup>334</sup> ข้อ 42 ของระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550

<sup>335</sup> กรณีฝ่าฝืนเกี่ยวกับการประกอบการขนส่ง ตามข้อ 41.1.1-ข้อ 41.1.2 ตามระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550

<sup>336</sup> กรณีฝ่าฝืนเกี่ยวกับการประกอบการขนส่ง ตามข้อ 41.1.3-ข้อ 41.1.5 ตามระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550

<sup>337</sup> กรณีฝ่าฝืนเกี่ยวกับรถ ตามข้อ 41.2.1-ข้อ 41.2.4 ตามระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550

<sup>338</sup> กรณีฝ่าฝืนเกี่ยวกับผู้ประจํารถ ตามข้อ 41.3.1 - ข้อ 41.3.7 ตามระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550

<sup>339</sup> กรณีฝ่าฝืนเกี่ยวกับการประกอบการขนส่ง ตามข้อ 41.3.8-ข้อ 41.3.11 ตามระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550

<sup>340</sup> ข้อ 44 ของระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550

<sup>341</sup> ข้อ 45 ของระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550

- (2) พักการเดินรถ
  - (3) ปรับ
  - (4) งดปฏิบัติหน้าที่ผู้ประจำรถ
  - (5) ทำทัณฑ์บน
- 5) การอุทธรณ์<sup>342</sup>

(1) ให้ผู้ถูกลงโทษ มีสิทธิยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งลงโทษ ที่ฝ่ายการเดินรถเอกชนร่วมบริการ ภายใน 7 วันทำการ นับแต่วันที่รับทราบคำสั่งลงโทษ

(2) การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ให้ผู้บังคับบัญชาที่มีตำแหน่งสูงกว่าผู้สั่งลงโทษ 1 ระดับ เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์และนำเสนอผู้มีอำนาจ หากผู้อำนวยการเป็นผู้สั่งลงโทษ ให้ยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการบริหารกิจการองค์การ เป็นผู้พิจารณา ผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ต้องดำเนินการพิจารณาให้เสร็จสิ้น ภายใน 15 วันทำการ นับถัดจากวันรับอุทธรณ์ เว้นแต่มีเหตุอันควร

(3) การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้อำนวยการให้ถือเป็นที่สุด เว้นแต่กรณีผู้อำนวยการสั่งลงโทษ ให้ถือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการบริหารกิจการองค์การเป็นที่สุดและให้ฝ่ายการเดินรถเอกชนร่วมบริการ แจ้งผลให้ผู้อุทธรณ์ทราบโดยเร็ว

#### 4.3.2 วิธีการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่ระบุไว้ในสัญญา

วิธีการควบคุม กำกับดูแลที่ระบุไว้ในสัญญาจะปรากฏในสัญญาสัมปทานในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐบังคับใช้ แต่ในปัจจุบันแม้กฎหมายจะตั้งคณะกรรมการเข้ามาควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ แต่การจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวก็ต้องมีการทำสัญญาและในข้อสัญญาก็ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับ ดูแลอีกทาง

ดังนั้น ในปัจจุบันการทำสัญญาจ้างก่อสร้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) รวมถึง การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตาม พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ก็มีการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามที่ระบุไว้ในสัญญาซึ่งเป็นการให้อำนาจโดยข้อกำหนดตามสัญญา ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่ระบุไว้ในสัญญาที่สำคัญ ๆ ดังนี้

##### 4.3.2.1 การควบคุม กำกับดูแลตามสัญญาสัมปทานก่อนปี พ.ศ. 2535

ก่อน พ.ศ. 2535 การจัดทำบริการสาธารณะโครงการที่ใช้งบประมาณจำนวนมาก โดยส่วนมากรัฐจะให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะโดยการที่รัฐมอบบริการสาธารณะให้เอกชน คู่สัญญาจัดทำโดยเอกชนลงทุนและรับความเสี่ยงภัยเอง เอกชนจะมีรายได้จากการเก็บค่าบริการที่

---

<sup>342</sup> ข้อ 46 ของระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550

ให้บริการสาธารณะไปและต้องแบ่งรายได้ให้แก่รัฐตามที่ตกลงกันในสัญญา ความสัมพันธ์ระหว่าง คู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยส่วนมากจะเป็นไปตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น โดยผู้วิจัย ขอยกตัวอย่างการควบคุม กำกับดูแลในสัญญาที่สำคัญ ๆ ดังนี้

1) สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ทรูมทราเวลไทย กับ บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด

สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ฉบับนี้ มีข้อสัญญาที่ให้อำนาจรัฐในการควบคุม กำกับดูแล ดังนี้<sup>343</sup>

การกำหนดสิทธิการเลิกสัญญาโดยการทางพิเศษแห่งประเทศไทย

ข้อ 20.2

(ก) สิทธิเลิกสัญญา

“กทพ” มีสิทธิเลิกสัญญาในกรณีดังต่อไปนี้

(1) “บีอีซีแอล” จดทะเบียนเลิกบริษัท ชำระบัญชี เว้นแต่การกระทำดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของการรวมกิจการหรือเพื่อปรับโครงสร้างตามเงื่อนไขที่ “กทพ” ได้ให้ความเห็นชอบล่วงหน้าเป็นหนังสือหรือ

(2) “บีอีซีแอล” มีคำสั่งถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือ

(3) “บีอีซีแอล” จงใจและผิดสัญญาในสาระสำคัญอย่างต่อเนื่องในการปฏิบัติตามเงื่อนไขผูกพันตามสัญญานี้หรือ

(4) “บีอีซีแอล” ไม่ทำการชำระเงินตามที่ระบุไว้ในข้อ 4.6 ทั้งนี้ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญานี้) ภายใน 90 วันจากวันที่ “กทพ” มีหนังสือบอกกล่าวให้ชำระ หรือในระยะเวลาที่ “กทพ” กำหนดแล้วแต่ระยะใดจะยาวกว่า หรือ

(5) “บีอีซีแอล” จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยไม่มีเหตุผลที่สมควรหยุดการก่อสร้างหรือดำเนินการ “เอสอีเอส”

นอกจากกรณีตาม (1) ถึง (5) “กทพ” ยังมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามที่ได้ระบุไว้ในข้อ 3.4 (ง)

ข้อ 24.1 “บีอีซีแอล” จะจัดเอกสารให้ “กทพ”

เมื่อ “กทพ” ร้องขอ “บีอีซีแอล” จะจัดเอกสารในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง “เอสอีเอส” หรือที่ได้จัดหา หรือนำมาใช้ไม่  
ว่าโดยวิธีใด ๆ โดย “บีอีซีแอล” เพื่อประโยชน์ของการก่อสร้าง

<sup>343</sup> สุรพงศ์ กลั่นประชา, *เรื่องเดิม*, หน้า 230-239.

“เอสอีเอส” (แต่ไม่รวมถึง ข้อมูลลับเฉพาะ) โดยไม่คิดมูลค่าให้แก่ “กทพ” หรือหน่วยงานของรัฐที่ “กทพ” กำหนด “ปียีซีแอล” จะใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดที่จะจัดเอกสารที่จัดหาหรือนำมาให้ โดยบุคคลที่สามเพื่อการนี้ให้กับ “กทพ”

ข้อ 25 เบ็ดเตล็ด

25.1 การเปลี่ยนแปลงต้องเป็นหนังสือ

การเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขสัญญานี้จะมีผลผูกพันต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและลงนามโดยตัวแทนผู้มีอำนาจของแต่ละฝ่าย

25.2 สัญญาฉบับเดียว

สัญญาฉบับนี้มีผลเหนือข้อตกลงหรือการดำเนินการอื่นใด ไม่ว่าด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สัญญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ “เอสอีเอส” และ “สิทธิตามสัญญา” หรือเนื้อหาอื่นของสัญญา สัญญานี้ถือเป็นข้อตกลงทั้งหมดที่คู่สัญญาได้ตกลงกันได้

2) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพฯและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ระหว่างกระทรวงคมนาคม การรถไฟแห่งประเทศไทย กับ บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด

สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพฯและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ฉบับนี้ มีข้อสัญญาที่ให้อำนาจรัฐในการควบคุม กำกับดูแล ดังนี้<sup>344</sup>

ในข้อ 5 ได้กำหนดสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

5.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิและความรับผิดชอบในการตรวจสอบ กำกับ และควบคุมสัมปทานนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะใช้อำนาจและสิทธิที่ตนมีอยู่ ตามความจำเป็นและสมควร เพื่อให้บริษัทสามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันที่ระบุในสัญญานี้ได้

คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หมายถึง กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย จะรับผิดชอบร่วมกันในการปฏิบัติตามสัญญา แต่ในกรณีสัญญาข้อใดระบุอำนาจหน้าที่ของกระทรวงคมนาคมหรือ การรถไฟแห่งประเทศไทย ไว้โดยเฉพาะ ก็ให้กระทรวงคมนาคมหรือการรถไฟแห่งประเทศไทย ดังกล่าวเพียงหน่วยงานเดียว มีอำนาจหน้าที่ตามที่ระบุในสัญญาข้อนั้น

<sup>344</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 253-279.

ในกรณีที่สัญญาได้ระบุอำนาจหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ ทั้งกระทรวงคมนาคมและ การรถไฟแห่งประเทศไทย จะรับผิดชอบร่วมกันในการปฏิบัติตามสัญญา กระทรวงคมนาคม และการรถไฟแห่งประเทศไทย อาจแต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการตามสัญญาขึ้นเพื่อให้มีหน้าที่ที่ถ่วงดุล หรือดำเนินการในฐานะคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งหากมีการแต่งตั้งคณะกรรมการดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะแจ้งให้บริษัททราบเป็นหนังสือ

#### 9. การดำเนินการก่อสร้าง

9.1 ในการดำเนินการก่อสร้าง บริษัทต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดตามแผนแบบขั้นสุดท้ายที่ได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามที่ได้ระบุไว้ในสัญญาข้อ 7.2 และต้องทำงานให้เสร็จเรียบร้อยตามรายการจำเพาะของโครงการหรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในรายการจำเพาะของโครงการตามข้อ 7.3

9.2 บริษัทจะต้องรับประกันต่อความชำรุดบกพร่อง ในกรณีที่ทางรถไฟของ รฟท. ตลอดจนอุปกรณ์และระบบสนับสนุนซึ่งบริษัทก่อสร้างขึ้นหรือจัดหานั้นชำรุดบกพร่องภายในเวลา 2 ปี นับตั้งแต่การก่อสร้างทางรถไฟดังกล่าวแล้วเสร็จสมบูรณ์และได้มีการส่งมอบให้ รฟท. แล้ว หากมีความชำรุดบกพร่องหรือความเสียหายใดปรากฏขึ้นภายใน 2 ปี อันมีสาเหตุมาจากงานก่อสร้าง และเป็นผลมาจากความบกพร่องของบริษัท หรือผู้รับเหมาก่อสร้างของบริษัทที่ใช้วัสดุที่ไม่ถูกต้อง การออกแบบหรืองานช่างฝีมือที่บกพร่อง หรือกระทำการอันแตกต่างไปจากมาตรฐานทางเทคนิคอันเป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติ บริษัทต้องซ่อมแซม ก่อสร้างให้ใหม่และแก้ไขให้โดยไม่ชักช้า โดย รฟท. ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด ทั้งนี้ไม่รวมถึงการชำรุดหรือบอบสลายเนื่องจากการใช้งานตามปกติวิสัย ซึ่ง รฟท. เป็นผู้รับผิดชอบ

ในกรณีที่บริษัทไม่เริ่มทำการซ่อมแซม ก่อสร้างให้ใหม่ และทำการแก้ไขตามความจำเป็นดังกล่าว ภายใน 30 วัน นับจากวันที่ได้รับแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรจาก รฟท. หรือ ในกรณีที่บริษัทไม่ทำการแก้ไขความชำรุดบกพร่องหรือความเสียหายด้วยวิธีการอันถูกต้องภายในระยะเวลาอันสมควรตามที่ รฟท. กำหนด รฟท. มีสิทธิทำการซ่อมแซม ก่อสร้างใหม่และแก้ไขเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นทำการแทนนั้น แล้วเรียกเอาค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากบริษัท โดยบริษัทต้องให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตาม ค่าใช้จ่ายนั้นต้องเป็นจำนวนที่พอสมควรแก่เหตุ

12. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงการก่อสร้าง การก่อสร้างเพิ่มเติม หลังจากการเปิดใช้งานแล้ว

12.1 หลังจากได้เปิดการใช้งานแล้ว บริษัทอาจแก้ไข ดัดแปลงโครงสร้างและเครื่องอำนวยความสะดวกต่าง ๆ และ/หรือก่อสร้างโครงสร้างและอุปกรณ์ความสะดวกเพิ่มเติมและเปิดใช้งาน โดยอนุมัติของกระทรวงคมนาคม ด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัท แต่การต่อเติมหรือดัดแปลงดังกล่าวนี้ต้องอยู่ภายในขอบเขตของการดำเนินการตามสัญญา

12.2 ในกรณีที่กระทรวงคมนาคมหรือ รฟท. ตามแต่กรณี เป็นผู้ร้องขอให้บริษัทต่อเติมและ/หรือดัดแปลงเพิ่มเติม โครงสร้างที่มีอยู่เดิม กระทรวงคมนาคม และ/หรือ รฟท. ตามแต่กรณี และบริษัทต้องตกลงกันในเรื่องผลกระทบด้านการเงินและ ค่าชดเชยก่อนเริ่มงานต่อเติม และ/หรือดัดแปลงเพิ่มเติมดังกล่าว นั้น

12.3 คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องเปิดโอกาสให้บริษัทได้ยื่น ข้อเสนอขอทำสัญญาเพื่อดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการขยาย เส้นทางสัมปทานของระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับ ก่อนบุคคลอื่น

ซ. การบอกเลิกสัญญา

27. การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

27.1 นอกเหนือจากกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจบอกเลิกสัญญานี้ได้ในกรณีที่บริษัทได้ “ล้มละลาย” หรือถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด หรือจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่เริ่มต้น หรือไม่ทำการสำรวจ ออกแบบ และก่อสร้าง ระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับ ภายในเวลาอันควร หรือตามแผนการดำเนินงาน จนเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า บริษัทจะไม่สามารถก่อสร้างระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาที่ระบุไว้ในสัญญานี้ ในกรณีเหตุสุดวิสัย (ตามข้อ 32.5) และเหตุดังกล่าวนี้ ต้องร้ายแรงจนถึงขั้นที่สมควรเป็นเหตุให้บอกเลิกสัญญานี้ได้

การบอกเลิกสัญญานี้ต้องดำเนินการตามลำดับ กระบวนการ ดังต่อไปนี้

27.1.1 ขั้นตอนที่หนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีหนังสือ บอกกล่าวไปยังบริษัทระบุถึงสาเหตุตามข้อ 27.1 ที่อ้างว่าให้สิทธิ แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะบอกเลิกสัญญานี้ได้ หากบริษัทไม่ทำการ แก้ไข การแจ้งนั้นจะต้องระบุรายละเอียดของพฤติการณ์นำมาซึ่ง

เหตุดังกล่าว ในกรณีนี้บริษัทต้องแก้ไขการผิดสัญญา ภายในเก้าสิบ (90) วัน หลังจากวันที่ได้รับบอกกล่าว หรือภายในระยะเวลาที่นานกว่านั้นตามที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะกำหนด ในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัย ทำให้บริษัทมิได้ปฏิบัติตามสัญญา และหากบริษัทมิได้อยู่ในวิสัยที่จะแก้ไขการผิดสัญญา หรือแก้ไขผลจากเหตุสุดวิสัยได้ ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว บริษัทต้องเริ่มมาตรการและดำเนินการอย่างเต็มที่ต่อไปเพื่อแก้ไขการผิดสัญญา หรือแก้ไขผลจากเหตุสุดวิสัยดังกล่าวอย่างได้ผล หากเป็นการสมควรคู่สัญญาต้องปรึกษาหารือกัน เพื่อให้สามารถตกลงกันถึงทางเลือกอื่นอันเป็นที่พอใจของทั้งสองฝ่ายซึ่งอาจทำให้สัมปทานมีผลบังคับต่อไป กรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ หากบริษัทได้แก้ไขการผิดสัญญาหรือแก้ไขผลจากเหตุสุดวิสัยที่กล่าวอ้างแล้ว ให้ถือว่าสาเหตุของการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นอันหมดสิ้นไป

27.1.2 ขั้นตอนที่สอง หากบริษัทพิจารณาโดยสุจริตแล้ว เห็นว่าสาเหตุของการบอกเลิกสัญญานี้ที่กล่าวอ้างนั้นไม่มีมูลหรือไม่ร้ายแรงเพียงพอถึงขนาดที่เป็นเหตุให้บอกเลิกสัญญานี้ได้ บริษัทต้องชี้แจงสาเหตุแสดงอย่างชัดเจนต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และในกรณีที่คำชี้แจงแสดงสาเหตุเป็นที่พอใจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้บริษัททราบ ภายในสามสิบ (30) วัน หลังจากได้รับคำชี้แจงแสดงสาเหตุจากบริษัท และหลังจากนั้นให้กรณีเป็นอันยุติ

27.1.3 ขั้นตอนที่สาม ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเห็นว่าคำชี้แจงแสดงสาเหตุของบริษัทยังไม่เป็นที่ยอมรับได้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องแจ้งให้บริษัททราบ ในกรณีนี้ให้ถือว่าได้มีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญานี้ได้เกิดขึ้นแล้วระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับบริษัท และให้ระงับข้อพิพาทนั้นตามความในข้อ 31 แห่งสัญญานี้

27.2 ให้สิทธิและหน้าที่ทั้งปวงตามสัญญาของบริษัท และคู่สัญญาฝ่ายรัฐคงอยู่ โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงจนกว่าจะได้มีการระงับข้อพิพาทไปโดยความตกลงร่วมกันของคู่กรณี หรือตามที่กำหนดไว้ในข้อ 31 ของสัญญานี้

27.3 ในกรณีที่มีการบอกเลิกสัญญานี้ก่อนวันสิ้นสุดอายุสัมปทานด้วยเหตุผลใด ๆ ตามที่ได้กล่าวถึงในข้อ 27.1 ยกเว้นเพราะเหตุสุดวิสัย คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะได้รับค่าเสียหายจากบริษัทตามข้อ 27.4

27.4 ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 และมาตรา 391 การชดเชยค่าเสียหายตามข้อ 27.3

นั้น มีความมุ่งหมายเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐอยู่ในสถานะเสมอเหมือนกัน

#### 29. การยึดคืนสัมปทานและการชดใช้

29.1 ในกรณีที่รัฐบาลยึดคืนหรือเวนคืนระบบหรือพื้นที่ภายใต้สัญญานี้ ให้สัญญานี้เป็นอันสิ้นสุดลง และในกรณีนี้ ให้บริษัทได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

3) สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ ระหว่าง กรุงเทพฯ กับ บริษัท ขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด

สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ มีข้อสัญญาที่ให้อำนาจรัฐในการควบคุม กำกับดูแล ดังนี้<sup>345</sup>

ข้อ 8. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบของระบบขนส่งมวลชน กทม.

8.1 บริษัทอาจตัดแปลงหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงใด ๆ ที่ กทม. เห็นชอบแล้ว หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงส่วนหนึ่งส่วนใดของระบบขนส่งมวลชน กทม. เป็นคราว ๆ ไป เพื่อปรับปรุงระบบขนส่งมวลชน กทม. ตามที่บริษัทเห็นสมควรโดยค่าใช้จ่ายของบริษัทเอง ดังนี้การตัดแปลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจาก กทม. ก่อน และ กทม. ไม่อาจปฏิเสธการให้ความยินยอมนั้นโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและให้นำความในข้อ 6.2 มาใช้กับการที่บริษัทขอความยินยอมจาก กทม. ตามข้อนี้

8.2 ในกรณีที่ กทม. ขอให้บริษัทตัดแปลง หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบใด ๆ ซึ่ง กทม. เห็นชอบตามข้อ 6 แล้ว หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงส่วนหนึ่งส่วนใดของระบบขนส่งมวลชน กทม. บริษัทสงวนสิทธิในอันที่จะขอให้ กทม. ชดเชยบริษัทสำหรับผลกระทบทางการเงินอย่างรุนแรงจากการร้องขอดังกล่าว ก่อนที่บริษัทจะเริ่มดำเนินการตามคำร้องขอนั้น

8.3 ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขการออกแบบ หรืองานตามข้อ 8.1 หรือข้อ 8.2 ในระหว่างเวลาการก่อสร้าง ให้ปรับขยายกำหนดเวลาการดำเนินโครงการให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ ในกรณีที่บริษัทแก้ไขการ

<sup>345</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 301-318.

ออกแบบที่ผิดพลาดของบริษัทเองนั้น จะไม่มีการปรับขยายเวลาดำเนินโครงการออกไป

#### ข้อ 9. การทดสอบการเสร็จงาน

##### 9.1 การตรวจสอบคุณภาพ

บริษัทจะจัดให้มีและดำเนินการซึ่งระบบตรวจสอบคุณภาพ เพื่อให้งานได้รับการออกแบบ มีลักษณะทางวิศวกรรม มีการผลิต การทดสอบ และปฏิบัติโดยถูกต้อง บริษัทจะจัดส่งสำเนาของระบบตรวจสอบคุณภาพดังกล่าวให้แก่ กทม. และที่ปรึกษาอิสระโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อบริษัทมีระบบตรวจสอบคุณภาพดังกล่าวนี้

##### 9.2 การทดสอบในระหว่างงาน

9.2.1 บริษัทจะแจ้งให้ กทม. และที่ปรึกษาอิสระทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่ายี่สิบเอ็ดวัน จึงกำหนดเวลาสำหรับการทดสอบงานในระหว่างงาน กทม. และที่ปรึกษาอิสระอาจเข้าร่วมเพื่อสังเกตการทดสอบ หรือเข้าเยี่ยมชมในเขตก่อสร้างได้ตามต้องการ โดยแจ้งให้บริษัททราบถึงความประสงค์เป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้าอย่างน้อยห้าวันทำการก่อนกำหนดวันทำการทดสอบ หรือเข้าเยี่ยมชมแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ การเข้าสังเกตการทดสอบ และการเข้าเยี่ยมชมดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการรบกวนการขัดขวางงาน

9.2.2 หากจะมีการทดสอบใดนอกประเทศไทย บริษัทจะต้องแจ้ง กทม. และที่ปรึกษาอิสระทราบถึงกำหนดเวลาการทดสอบล่วงหน้าไม่น้อยกว่ายี่สิบเอ็ดวัน และบริษัทจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายตามสมควรในการที่ กทม. และที่ปรึกษาอิสระเข้าร่วมและเข้าสังเกตการทดสอบส่วนประกอบที่เป็นสาระสำคัญของอุปกรณ์ ทั้งนี้ กทม. และที่ปรึกษาอิสระจะต้องแจ้งความประสงค์ดังกล่าวให้บริษัททราบเป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้าอย่างน้อยสิบวันทำการก่อนวันกำหนดทำการทดสอบนั้น

9.2.3 ที่ปรึกษาอิสระจะถูกกำหนดให้ส่งรายงานการเข้าร่วมและสังเกตการทดสอบแต่ละครั้งนั้นเป็นหนังสือแก่ กทม. และบริษัทภายในสามวันทำการ นับแต่วันสังเกตการทดสอบ และจะต้องส่งรายงานผลการทดสอบ รายงานความเห็นและข้อเสนอแนะของการทดสอบแก่ กทม. และบริษัทภายในสิบสี่วันสังเกตการทดสอบ

9.2.4 หาก กทม. หรือที่ปรึกษาอิสระไม่ได้เข้าร่วมและเข้าสังเกตการทดสอบครั้งใด บริษัทจะส่งสำเนาผลการทดสอบ

ให้แก่ กทม. หรือที่ปรึกษาอิสระพร้อมด้วยเอกสารประกอบที่ กทม. อาจร้องขอเพิ่มเติมตามสมควร

### 9.3 การทดสอบเมื่อเสร็จงาน

9.3.1 เมื่อบริษัทเห็นว่าสายทางบางส่วนหรือทั้งหมดของ อนุสาวรีย์หรือสายสุขุมวิทสายใดสายหนึ่ง หรือทั้งสองสายได้สร้างเสร็จและพร้อมที่จะเปิดใช้งานได้ บริษัทจะแจ้งให้ กทม. ทราบ เป็นหนังสือพร้อมทั้งสำเนาให้ที่ปรึกษาอิสระทราบถึงกำหนดวันนัดเพื่อการทดสอบการเสร็จงาน หนังสือดังกล่าวจะต้องส่งอย่างน้อยเจ็ดวันก่อนวันนัดเพื่อทดสอบการเสร็จงานนั้น

9.3.2 (ก) กทม. บริษัทและที่ปรึกษาอิสระจะต้องส่งผู้แทนของตนเข้าร่วมในการทดสอบในวันนัดเพื่อทดสอบการเสร็จงาน และทำการทดสอบการปฏิบัติงานของสายทางบางส่วนหรือทั้งหมดของอนุสาวรีย์หรือสายสุขุมวิท ไม่ว่าจะสายหนึ่งสายใดหรือทั้งสองสาย แล้วแต่กรณี

(ข) ในกรณีที่ผู้แทนของ กทม. บริษัทหรือของที่ปรึกษาอิสระทราบนัดแล้วไม่มาร่วมในการทำการทดสอบโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้คู่สัญญาฝ่ายที่มาร่วมในการทดสอบตามกำหนดนัดครั้งแรกนี้กำหนดนัดอีกครั้งหนึ่งเพื่อทำการทดสอบ กำหนดนัดครั้งที่สองนี้จะต้องห่างจากวันนัดครั้งแรกไม่น้อยกว่าเจ็ดวันโดยแจ้งเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่มาภายในสามวันก่อนกำหนดนัดครั้งที่สอง และให้ส่งสำเนาหนังสือดังกล่าวไปยังที่ปรึกษาอิสระด้วย โดยวันกำหนดนัดครั้งที่สองเพื่อทำการทดสอบนั้น หากผู้แทนของ กทม. บริษัท หรือที่ปรึกษาอิสระไม่มาร่วมทำการทดสอบในครั้งนี้อีก ให้ถือว่าฝ่ายที่ไม่มานั้นมอบอำนาจให้ฝ่ายที่มานั้นทำการทดสอบแทน ตลอดจนจัดทำรายงานแทนในนามของฝ่ายที่ไม่มาทำการทดสอบนั้น

9.3.3 เมื่อจัดสร้างและทดสอบสายทางบางส่วนหรือทั้งหมดของสายอนุสาวรีย์ หรือสายสุขุมวิท สายหนึ่งสายใดหรือทั้งสองสายเสร็จแล้ว บริษัทมีสิทธิเริ่มให้บริการแก่ประชาชนในสายทางที่เสร็จแล้วได้ ทั้งนี้ ให้ถือว่าสายทางที่ผ่านหลักเกณฑ์การทดสอบตามภาคผนวก ข. แล้ว เป็นสายทางที่สมบูรณ์

9.3.4 กทม. จะผ่อนผันให้แก่บริษัทในความคลาดเคลื่อนหรือชำรุดบกพร่องเล็กน้อย ซึ่งไม่เป็นสาระสำคัญต่อระบบ โดยจะไม่ยกมาเป็นเหตุให้การปฏิบัติงานของระบบต้องเลื่อนล่าช้าออกไป

9.3.5 ที่ปรึกษาอิสระถูกกำหนดให้เสนอรายงานผลการทดสอบการสำเร็จงานเป็นหนังสือต่อ กทม. และบริษัทภายในสิบสี่

วันนับแต่วันที่ทำการทดสอบ ซึ่งในรายงานนั้นจะต้องยืนยันว่าสายทางขนส่งสายทางใดเป็นไปตามภาคผนวก ข. หรือไม่ กทม. จะต้องแจ้งบริษัทภายในสี่สิบเอ็ดวัน นับจากวันที่ทดสอบว่าสายทางนั้นเป็นไปตามมาตรฐาน และถือว่าสร้างเสร็จแล้วหรือไม่ หากรายงานของที่ปรึกษาอิสระไม่ระบุว่าสายทางนั้นไม่เป็นไปตามมาตรฐาน และ กทม. ก็ไม่แจ้งให้บริษัททราบว่า กทม. เห็นว่าสายทางนั้นยังไม่แล้วเสร็จพร้อมด้วยเหตุผลแห่งการนั้นเป็นหนังสือภายในสี่สิบเอ็ดวันนับแต่วันที่ทดสอบ ให้ถือว่า กทม. ตกลงว่าสายทางนั้น ๆ เป็นอันสร้างแล้วเสร็จ และบริษัทอาจเริ่มดำเนินการสายทางนั้นได้

#### ข้อ 16. การรับประกันคดี

16.1 ภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญา บริษัทตกลงจะรับประกันคดีรับคดี ป้องกัน และดำเนินการให้ กทม. ข้าราชการ และลูกจ้าง กทม. ปลอดภัยและพ้นจากบรรดาความรับผิดชอบ และความเสียหายใด ๆ อันอาจเกิดขึ้นหรือได้รับผลมาจากการกระทำ การหรือดเว้นไม่กระทำ การ ซึ่งรวมถึงการจงใจหรือประมาทเลินเล่อของบริษัท หรือของลูกจ้างบริษัท หรือการที่บริษัทหรือลูกจ้างของบริษัทไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับสัญญานี้

16.2 ความในข้อนี้ให้คงมีผลบังคับใช้ตลอดไป แม้สัญญานี้จะสิ้นอายุลงหรือมีการบอกเลิกสัญญา

#### ข้อ 21. การเลิกสัญญา

21.1 การเลิกสัญญาโดย กทม.

21.1.1 กทม. มีสิทธิเลิกสัญญาในกรณี ดังต่อไปนี้

21.1.1.1 บริษัทไม่สามารถดำเนินการทดสอบให้เสร็จสิ้นได้ภายในกำหนดเวลาที่ระบุไว้ในภาคผนวก ค. หรือตามกำหนดเวลาอื่นที่คู่สัญญาจะตกลงกันติดต่อกันไม่น้อยกว่าสองครั้ง และเป็นที่ยืนยันได้โดยชัดแจ้งว่า บริษัทไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานี้ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาได้ทั้งนี้ ยกเว้นกรณีที่การไม่สามารถดำเนินการนั้นมีสาเหตุมาจากความเสี่ยงที่เป็นข้อยกเว้น ซึ่งบริษัทมิได้ก่อหรือมีส่วนร่วมก็ให้เกิดขึ้น หรือจากเหตุที่บริษัทไม่ต้องรับผิดชอบ หรือ

21.1.1.2 บริษัทถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดในคดีล้มละลาย หรือ

21.1.1.3 บริษัทจงใจผิดสัญญาในสาระสำคัญอย่างต่อเนื่อง

4) สัญญาสัมปทานทางหลวง ระหว่าง กรมทางหลวง กับบริษัท ดอนเมือง โทลล์เวย์ จำกัด

สัญญาสัมปทานทางหลวงในปัจจุบันนี้มีพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ให้อำนาจรัฐในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับทางหลวง<sup>346</sup> อีกทางหนึ่ง ในการควบคุม กำกับดูแลตามสัญญานั้นมีข้อสัญญาที่ให้อำนาจรัฐในการควบคุม กำกับดูแล ดังนี้<sup>347</sup>

#### 5. ความรับผิดชอบของกรมทางหลวง

5.1 กรมทางหลวงมีหน้าที่ตรวจตรา กำกับและควบคุมสัมปทานนี้ กรมทางหลวงจะใช้อำนาจและสิทธิที่พึงปวง รวมทั้งอำนาจและสิทธิตามพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน และพระราชบัญญัติทางหลวง ซึ่งจำเป็นและสมควร เพื่อให้บริษัทสามารถปฏิบัติข้อผูกพันของตนตามสัญญานี้ได้

12. การแก้ไขตัดแปลงการก่อสร้าง การก่อสร้างเพิ่มเติม หลังจากเปิดการจราจรแล้ว

12.1 หลังจากได้เปิดการจราจรแล้ว โดยอนุมัติของกรมทางหลวง บริษัทอาจทำการแก้ไขโครงสร้างและอุปกรณ์ความสะดวกต่าง ๆ และ/หรือสิ่งก่อสร้าง โครงสร้างและอุปกรณ์ความสะดวกเพิ่มเติมในการจราจร โดยค่าใช้จ่ายของบริษัทเอง แต่การต่อเติมหรือตัดแปลงดังกล่าวนี้จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของการดำเนินการตามสัญญาสัมปทานนี้

12.2 ในกรณีที่ทางหลวงมีความประสงค์จะต่อเติมและ/หรือตัดแปลงเพิ่มเติมต่อโครงสร้างที่มีอยู่เดิมนั้น ก่อนเริ่มทำการต่อเติมและ/หรือตัดแปลงเพิ่มเติม กรมทางหลวงและบริษัทจะต้องทำการตกลงกันในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อภาระทางการเงิน

<sup>346</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ในพระราชบัญญัตินี้ “ทางหลวงสัมปทาน” หมายความว่า ทางที่รัฐให้สัมปทานแก่บุคคลใด ๆ ในการสร้างหรือบำรุงรักษา โดยเก็บค่าใช้ทาง ไม่ว่าในระดับพื้นดิน ใต้หรือเหนือพื้นดินหรือใต้หรือเหนืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น และให้หมายความรวมถึงอุโมงค์ สะพาน เรือหรือพาหนะสำหรับขนส่งข้ามฟาก และท่าเรือสำหรับขึ้นหรือลงรถ ที่จัดไว้เพื่อประโยชน์แก่ทางหลวงสัมปทานด้วย

<sup>347</sup> สุรพงษ์ กลั่นประชา, *เรื่องเดิม*, หน้า 337-353.

#### 14. การปิดและจำกัดการจราจร

14.1 ในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยหรือมีกรณีฉุกเฉินเกิดขึ้น ซึ่งจำเป็นต้องปิดการจราจร บริษัทอาจจะปิดหรือจำกัดการใช้ทางหลวงสัมปทาน และจะแจ้งให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องทราบโดยทันที

14.2 เว้นแต่ในกรณีฉุกเฉิน หากบริษัทเห็นว่าจำเป็นจะต้องจำกัดการจราจรเนื่องมาจากงานบำรุงรักษาหรืองานซ่อมแซม ซึ่งจะต้องทำตามกำหนดเวลา บริษัทต้องแจ้งให้กรมทางหลวงทราบล่วงหน้าอย่างน้อยสอง (2) สัปดาห์

#### 27. การเลิกสัญญาโดยกรมทางหลวง

27.1 กรมทางหลวงอาจเลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้เพราะเหตุบริษัทผิดสัญญา แต่ทั้งนี้เฉพาะเหตุที่ระบุไว้ในมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทานเท่านั้น และเหตุใด ๆ ดังกล่าวนี้อาจต้องร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรเลิกสัญญาสัมปทาน และจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้ ตามลำดับ คือ

ก. ในขั้นแรก กรมทางหลวงจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังบริษัทระบุเหตุที่อ้างว่ากรมทางหลวงมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้ พร้อมทั้งระบุรายละเอียดของพฤติการณ์ซึ่งเป็นเหตุเลิกสัญญาดังกล่าว ถ้าหากเหตุดังกล่าวนี้ไม่ได้รับการแก้ไข

ในกรณีนี้บริษัทมีเวลาทำการแก้ไขการผิดสัญญาเป็นเวลาเก้าสิบ (90) วันหลังจากได้รับหนังสือบอกกล่าว หรือในเวลาที่นานกว่านั้น ตามที่กรมทางหลวงจะเห็นสมควรกำหนดให้ หรือถ้าหากในทางปฏิบัติไม่อยู่ในวิสัยที่จะแก้ไขการผิดสัญญานั้นได้ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้บริษัทเริ่มดำเนินการแก้ไขการผิดสัญญาดังกล่าวนั้นด้วยความเข้มแข็ง

ในกรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ หากบริษัทได้แก้ไขการผิดสัญญาที่กล่าวอ้างแล้ว ให้ถือว่าเหตุการณ์เลิกสัญญาดังกล่าวเป็นอันหมดสิ้นไป

ข. ขั้นตอนที่สอง ในกรณีที่บริษัทพิจารณาเห็นโดยสุจริตว่าเหตุผิดสัญญาที่กล่าวอ้างนั้น ไม่มีมูลหรือไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรเป็นเหตุให้เลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้ บริษัทจะต้องให้คำชี้แจงแสดงเหตุผลอย่างเต็มที่ต่อกรมทางหลวง และในกรณีที่คำชี้แจงแสดงเหตุผลเป็นที่พึงพอใจต่อกรมทางหลวง กรมทางหลวงจะต้องแจ้งให้บริษัททราบเช่นนั้นเป็นลายลักษณ์อักษรภายในสามสิบ (30) วัน หลังจากได้รับคำชี้แจงแสดงเหตุผลจากบริษัท และหลังจากนั้นให้เรื่องเป็นอันยุติ

ค. ขั้นตอนที่สาม ในกรณีที่กรมทางหลวงพิจารณาเห็นว่า คำชี้แจงแสดงเหตุผลของบริษัทไม่อาจยอมรับได้ กรมทางหลวง จะต้องแจ้งให้บริษัททราบ ในกรณีนี้ ให้ถือว่าได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้น ระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานและข้อพิพาทให้ระงับตามความของข้อ 31 ของสัญญาสัมปทานนี้

27.2 จนกว่าข้อพิพาทจะได้ระงับไปเรียบร้อยแล้วโดยการตกลงร่วมกันของคู่กรณี หรือตามข้อกำหนดของข้อ 31 ของสัญญาสัมปทานนี้ สิทธิและหน้าที่ทั้งปวงของบริษัทตามสัญญาสัมปทานนี้ให้มีอยู่โดยไม่เปลี่ยนแปลง

## 29. การเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทาน

29.1 ในกรณีที่กรมทางหลวงใช้สิทธิยึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานตามมาตรา 9, มาตรา 10, มาตรา 11 ของพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทานก่อนครบอายุสัมปทาน บริษัทจะต้องได้รับค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมาย

จากที่กล่าวมาข้างต้นสัญญาที่กล่าวมาในหัวข้อนี้ทั้งหมด ล้วนเป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เป็นฝ่ายรัฐและเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะและรัฐมีอำนาจเหนือกว่า แต่เพื่อการจัดทำภารกิจของรัฐในการบริหารประเทศแล้ว บางครั้งรัฐอาจยอมลดตัวมาเทียบเท่ากับเอกชนมาทำสัญญากับเอกชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ เพื่อความสะดวกในการทำสัญญา ซึ่งในการทำสัญญานั้น ต้องมีคู่สัญญาโดยมีบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปเข้ามาเกี่ยวข้อง ฝ่ายหนึ่งคือผู้แสดงเจตนาโดยเสนอที่จะทำสัญญา เรียกว่า “ผู้เสนอ” และอีกฝ่ายหนึ่งคือผู้ที่ตอบรับคำเสนอของผู้เสนอ เรียกว่า “ผู้สนอง” คำว่า 2 ฝ่ายนั้น มิได้หมายถึงบุคคลเพียง 2 คนเท่านั้นคู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาจประกอบด้วยบุคคลมากกว่า 1 คนก็ได้และต้องมีการตกลงกัน การแสดงเจตนาของทั้ง 2 ฝ่าย ต้องถูกต้องตรงกันจึงจะเกิดสัญญาขึ้นได้ กล่าวคือ ทั้งผู้เสนอและผู้สนองมีเจตนาตรงกันในการทำสัญญารวมทั้งต้องมีวัตถุประสงค์การแสดงเจตนาของบุคคลในสัญญาต้องก่อให้เกิดผลผูกพันถูกต้องตามกฎหมาย ข้อนี้เป็นลักษณะสำคัญเช่นเดียวกับนิติกรรม กล่าวคือ ต้องมีเจตนาที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

#### 4.3.2.2 การควบคุม กำกับดูแลตามสัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการ

สัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการนั้นคือการ จ้างเอกชนในการเข้ามาก่อสร้างที่สัญญาในการก่อสร้างต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์มาหาชนและใช้ในการดำเนินการให้บริการ สาธารณะทั้งการจ้างก่อสร้างของทางราชการส่วนกลางและการจ้างก่อสร้างขององค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่น หลังจากมีการตกลงเอกชนให้เข้ามาเป็นคู่สัญญาละมีการดำเนินการตามสัญญาแล้ว คู่สัญญา ฝ่ายรัฐก็ต้องมีหน้าที่ควบคุม กำกับดูแลเอกชนก่อสร้างเพื่อให้มีการดำเนินการตามสัญญาและป้องกัน ไม่ให้ประโยชน์สาธารณะได้รับความเสียหายโดยมีกฎหมายให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนคู่สัญญาไว้ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไข เพิ่มเติม) หรือ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) โดยขอยกตัวอย่างการควบคุม กำกับดูแลตามสัญญาจ้างก่อสร้างของ ทางราชการที่สำคัญ ดังนี้

##### 1) สัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กภายในหมู่บ้าน

สัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กภายในหมู่บ้านดังกล่าว ก่อสร้าง ที่หมู่ที่ 2 บ้านหนองสองห้อง ตำบลธาตุ ขนาดกว้าง 5.00 เมตร ระยะทางยาว 530.00 เมตร ที่ตั้ง โครงการ บ้านหนองสองห้อง หมู่ที่ 2 ไปบ้านดอนกลางใต้ หมู่ที่ 8 มูลค่าในการจ้างก่อสร้าง 998,000 บาทเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างที่ทำขึ้นระหว่าง เทศบาลตำบลธาตุ อำเภวารินชำราบ จังหวัด อุบลราชธานีคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เรียกว่า ผู้ว่าจ้าง กับห้างหุ้นส่วนนายเยี่ยรุ่งเรืองก่อสร้างเอกชนคู่สัญญา เรียกว่า ผู้รับจ้าง มีข้อสัญญาที่ระบุให้เทศบาลตำบลธาตุ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการควบคุมตาม สัญญา ดังนี้

ข้อ 5 ก. ภายในกำหนดวัน นับถัดจากวันลงนามใน สัญญา ผู้รับจ้างจะต้องเสนอแผนงานให้เป็นที่พอใจแก่ผู้ว่าจ้าง โดยแสดงขั้นตอนของการทำงานและกำหนดเวลาที่ต้องใช้ในการ ทำงานหลักต่าง ๆ ให้แล้วเสร็จ

ข้อ 5 ข. ผู้รับจ้างต้องเริ่มทำงานที่รับจ้างภายในวันที่ 28 เดือน สิงหาคม พ.ศ. 2557 และต้องทำงานให้แล้วเสร็จสมบูรณ์ ภายในวันที่ 25 เดือน พฤศจิกายน พ.ศ. 2557 ถ้าผู้รับจ้างมิได้ลง มือทำงานภายในกำหนดเวลาหรือจะแล้วเสร็จล่าช้าเกินกว่า กำหนดเวลา หรือผู้รับจ้างทำผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่งหรือตกเป็นผู้ ล้มละลาย หรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการ ตรวจสอบการจ้างหรือผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษา ซึ่งได้รับ มอบหมายจากผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญานี้ได้และ มีสิทธิจ้างผู้รับจ้างรายใหม่เข้าทำงานของผู้รับจ้างให้ลุล่วงไปได้ ด้วยการที่ผู้ว่าจ้างไม่ใช่สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวข้างต้นไม่เป็นเหตุ ให้ผู้รับจ้างพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา

ข้อ 6 เมื่องานแล้วเสร็จบริบูรณ์ และผู้ว่าจ้างได้รับมอบหมายจากผู้รับจ้างหรือจากผู้รับจ้างรายใหม่ ในกรณีที่มีการบอกเลิกสัญญาตามข้อ 5 หากมีเหตุชำรุดบกพร่องหรือเสียหายเกิดขึ้นจากงานนี้ ภายในกำหนด 2 ปี นับถัดจากวันที่ได้รับมอบหมายดังกล่าว ซึ่งความชำรุดบกพร่องหรือเสียหายนั้นเกิดจากความบกพร่องของผู้รับจ้างอันเกิดจากการใช้วัสดุที่ไม่ถูกต้องหรือทำไว้ไม่เรียบร้อย หรือทำไม่ถูกต้องตามมาตรฐานแห่งหลักวิชา ผู้รับจ้างจะต้องรีบทำการแก้ไขให้เรียบร้อยโดยไม่ชักช้า โดยผู้ว่าจ้างไม่ต้องออกเงินใด ๆ ในกรณีนี้ทั้งสิ้น หากผู้รับจ้างบิดพลิ้วไม่กระทำการดังกล่าวภายในกำหนด 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากผู้ว่าจ้างหรือไม่ทำการแก้ไขให้ถูกต้องเรียบร้อยภายในเวลาที่ผู้ว่าจ้างกำหนดให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะทำการนั้นเองหรือจ้างผู้อื่นให้ทำงานนั้นโดยผู้รับจ้างเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย

ข้อ 8 ผู้รับจ้างจะต้องควบคุมงานที่รับจ้างอย่างเอาใจใส่ ด้วยประสิทธิภาพและความชำนาญ และในระหว่างทำงานที่รับจ้างจะต้องจัดให้มีผู้แทนซึ่งทำงานเต็มเวลาเป็นผู้ควบคุมงาน ควบคุมงานดังกล่าวจะต้องเป็นผู้แทนได้รับมอบอำนาจจากผู้รับจ้าง คำสั่งหรือคำแนะนำต่าง ๆ ที่ได้แจ้งแก่ผู้แทนผู้ได้รับมอบอำนาจนั้นถือว่าเป็นคำสั่งหรือคำแนะนำที่ได้แจ้งแก่ผู้รับจ้าง การแต่งตั้งผู้ควบคุมงานนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือและต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าจ้าง การเปลี่ยนตัวหรือแต่งตั้งผู้ควบคุมงานใหม่ จะทำได้หากไม่ได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าจ้างก่อน

ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะขอเปลี่ยนตัวผู้แทนได้รับมอบหมาย อำนาจนั้น โดยแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้รับจ้างและผู้รับจ้างจะต้องทำการเปลี่ยนตัวโดยฉับพลัน โดยไม่คิดราคาเพิ่มหรืออ้างเหตุเพื่อขยายอายุสัญญาอันเนื่องมาจากเหตุนี้

ข้อ 9. ผู้รับจ้างจะต้องรับผิดชอบอุบัติเหตุ ความเสียหาย หรือภัยอันตรายใด ๆ อันเกิดจากการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างและจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายจากการกระทำของลูกจ้างของผู้รับจ้าง

ความเสียหายใด ๆ อันเกิดแก่งานที่ผู้รับจ้างได้ทำขึ้น แม้จะเกิดขึ้นเพราะเหตุสุดวิสัย นอกจากกรณีอันเกิดจากความผิดของผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างจะต้องรับผิดชอบโดยซ่อมแซมให้คืนดีหรือเปลี่ยนให้ใหม่โดยค่าใช้จ่ายของผู้รับจ้างเอง ความรับผิดชอบของผู้รับจ้างดังกล่าวในข้อนี้จะสิ้นสุดลงเมื่อผู้ว่าจ้างได้รับมอบงานครั้งสุดท้าย

ซึ่งหลังจากนั้นผู้รับจ้างคงต้องรับผิดชอบในกรณีชำรุดบกพร่องหรือความเสียหายดังกล่าวในข้อ 6 เท่านั้น

ข้อ 11 ถ้าผู้ว่าจ้าง แต่งตั้งกรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษา เพื่อควบคุม การทำงานของผู้รับจ้าง กรรมการตรวจการจ้าง หรือผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษานั้นมีอำนาจเข้าไป ตรวจการงานในโรงงานและสถานที่ที่ก่อสร้างได้ตลอดเวลา และผู้รับจ้างจะต้องอำนวยความสะดวกและความช่วยเหลือในการนั้นตามสมควร

กรณีที่มีกรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษา ทำให้ผู้รับจ้างพ้นความรับผิดชอบตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใดไม่ได้

ข้อ 12 ผู้รับจ้างจะต้องรับรองว่า ได้ตรวจสอบ และทำความเข้าใจ ในรูปแบบ ระบุรายการละเอียดโดยถี่ถ้วนแล้ว หากปรากฏว่าแบบรูปและรายการละเอียดนั้นผิดพลาดหรือคลาดเคลื่อนไปจากหลักการทางวิศวกรรมหรือทางเทคนิค ผู้รับจ้างตกลงที่จะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของกรรมการตรวจการจ้าง หรือผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษาผู้ว่าจ้างแต่งตั้งเพื่อให้งานแล้วเสร็จบริบูรณ์ โดยจะคิดค่าใช้จ่ายใด ๆ เพิ่มขึ้นจากผู้ว่าจ้างไม่ได้

ข้อ 13 ผู้รับจ้างตกลงว่า กรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษาที่ผู้ว่าจ้างแต่งตั้ง มีอำนาจที่จะตรวจสอบและควบคุมงานเพื่อให้เป็นไปตามเอกสารสัญญา และมีอำนาจที่จะสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมหรือตัดทอนซึ่งงานตามสัญญา หากผู้รับจ้างขัดขืนไม่ปฏิบัติตาม กรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษา มีอำนาจที่จะสั่งให้หยุดกิจการนั้นชั่วคราวได้ ความล่าช้าในกรณีผู้รับจ้างจะถือเป็นเหตุขอขยายวันทำการออกไปไม่ได้

ข้อ 14 ผู้ว่าจ้าง มีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้น ๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญานี้ นอกจากนี้ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขแบบรูป และข้อกำหนดต่าง ๆ ในเอกสารสัญญานี้ด้วยโดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะแต่อย่างใด

## 2) สัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กภายในหมู่บ้าน

สัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กภายในหมู่บ้านดังกล่าว ก่อสร้างที่หมู่ที่ 10 บ้านโนนสมบูรณ์ ตำบลธาตุ ขนาดกว้าง 5.00 เมตร ระยะทางยาว 400.00 เมตร ที่ตั้งโครงการ บ้านหนองสองห้อง หมู่ที่ 2 ไปบ้านดอนกลางใต้ หมู่ที่ 8 มูลค่าในการจ้างก่อสร้าง 1,031,000 บาท เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างที่สร้างขึ้นระหว่าง เทศบาลตำบลธาตุ อำเภอวารินชำราบ จังหวัดอุบลราชธานีคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เรียกว่า ผู้ว่าจ้าง กับห้างหุ้นส่วนจำกัดการค้าเอกชนคู่สัญญา เรียกว่า ผู้รับจ้าง มีข้อสัญญาที่ระบุให้เทศบาลตำบลธาตุ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการควบคุมตามสัญญา ดังนี้

ข้อ 5 ก. ภายในกำหนดวัน นับถัดจากวันลงนามในสัญญา ผู้รับจ้างจะต้องเสนอแผนงานให้เป็นที่พอใจแก่ผู้ว่าจ้าง โดยแสดงขั้นตอนของการทำงานและกำหนดเวลาที่ต้องใช้ในการทำงานหลักต่าง ๆ ให้แล้วเสร็จ

ข้อ 5 ข. ผู้รับจ้างต้องเริ่มทำงานที่รับจ้างภายในวันที่ 5 เดือน กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 และต้องทำงานให้แล้วเสร็จสมบูรณ์ภายในวันที่ 5 เดือน พฤษภาคม พ.ศ. 2558 ถ้าผู้รับจ้างมิได้ลงมือทำงานภายในกำหนดเวลาหรือจะแล้วเสร็จล่าช้าเกินกว่ากำหนดเวลา หรือผู้รับจ้างทำผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่งหรือตกเป็นผู้ล้มละลาย หรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการตรวจการจ้างหรือผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษา ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญานี้ได้และมีสิทธิจ้างผู้รับจ้างรายใหม่เข้าทำงานของผู้รับจ้างให้ลุล่วงไปได้ด้วยการที่ผู้ว่าจ้างไม่ใช่สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวข้างต้นไม่เป็นเหตุให้ผู้รับจ้างพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา

ข้อ 6 เมื่องานแล้วเสร็จบริบูรณ์ และผู้ว่าจ้างได้รับมอบหมายจากผู้รับจ้างหรือจากผู้รับจ้างรายใหม่ ในกรณีที่มีการบอกเลิกสัญญาตามข้อ 5 หากมีเหตุชำรุดบกพร่องหรือเสียหายเกิดขึ้นจากงานนี้ ภายในกำหนด 2 ปี นับถัดจากวันที่ได้รับมอบหมายดังกล่าว ซึ่งความชำรุดบกพร่องหรือเสียหายนั้นเกิดจากความบกพร่องของผู้รับจ้างอันเกิดจากการใช้วัสดุที่ไม่ถูกต้องหรือทำไว้ไม่เรียบร้อย หรือทำไม่ถูกต้องตามมาตรฐานแห่งหลักวิชา ผู้รับจ้างจะต้องรีบทำการแก้ไขให้เรียบร้อยโดยไม่ชักช้า โดยผู้ว่าจ้างไม่ต้องออกเงินใด ๆ ในกรณีนี้ทั้งสิ้น หากผู้รับจ้างบิดพลิ้วไม่กระทำการดังกล่าวภายในกำหนด 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากผู้ว่าจ้างหรือไม่ทำการแก้ไขให้ถูกต้องเรียบร้อย

ภายในเวลาที่ผู้ว่าจ้างกำหนดให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะทำการนั้นเอง หรือจ้างผู้อื่นให้ทำงานนั้นโดยผู้รับจ้างเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย

ข้อ 8 ผู้รับจ้างจะต้องควบคุมงานที่รับจ้างอย่างเอาใจใส่ ด้วยประสิทธิภาพและความชำนาญ และในระหว่างทำงานที่รับจ้างจะต้องจัดให้มีผู้แทนซึ่งทำงานเต็มเวลาเป็นผู้ควบคุมงาน ควบคุมงานดังกล่าวจะต้องเป็นผู้แทนได้รับมอบอำนาจจากผู้รับจ้าง คำสั่งหรือคำแนะนำต่าง ๆ ที่ได้แจ้งแก่ผู้แทนผู้ได้รับมอบอำนาจนั้นถือว่าเป็นคำสั่งหรือคำแนะนำที่ได้แจ้งแก่ผู้รับจ้าง การแต่งตั้งผู้ควบคุมงานนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือและต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าจ้าง การเปลี่ยนตัวหรือแต่งตั้งผู้ควบคุมงานใหม่ จะทำได้หากไม่ได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าจ้างก่อน

ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะขอเปลี่ยนตัวผู้แทนได้รับมอบหมาย อำนาจนั้น โดยแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้รับจ้างและผู้รับจ้างจะต้องทำการเปลี่ยนตัวโดยฉับพลัน โดยไม่คิดราคาเพิ่มหรืออ้างเหตุเพื่อขยายอายุสัญญาอันเนื่องมาจากเหตุนี้

ข้อ 9. ผู้รับจ้างจะต้องรับผิดชอบอุบัติเหตุ ความเสียหาย หรือภัยอันตรายใด ๆ อันเกิดจากการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างและจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายจากการกระทำของลูกจ้างของผู้รับจ้าง

ความเสียหายใด ๆ อันเกิดแก่งานที่ผู้รับจ้างได้ทำขึ้น แม้จะเกิดขึ้นเพราะเหตุสุดวิสัย นอกจากกรณีอันเกิดจากความผิดของผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างจะต้องรับผิดชอบโดยซ่อมแซมให้คืนดีหรือเปลี่ยนให้ใหม่โดยค่าใช้จ่ายของผู้รับจ้างเอง ความรับผิดชอบของผู้รับจ้างดังกล่าวในข้อนี้จะสิ้นสุดลงเมื่อผู้ว่าจ้างได้รับมอบงานครั้งสุดท้าย ซึ่งหลังจากนั้นผู้รับจ้างคงต้องรับผิดชอบในกรณีชำรุดบกพร่อง หรือความเสียหายดังกล่าวในข้อ 6 เท่านั้น

ข้อ 11 ถ้าผู้ว่าจ้าง แต่งตั้งกรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษา เพื่อควบคุม การทำงานของผู้รับจ้าง กรรมการตรวจการจ้าง หรือผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษานั้นมีอำนาจเข้าไป ตรวจการงานในโรงงานและสถานที่ที่ก่อสร้างได้ตลอดเวลา และผู้รับจ้างจะต้องอำนวยความสะดวกและความช่วยเหลือในการนั้นตามสมควร

กรณีที่มีกรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษา ทำให้ผู้รับจ้างพ้นความรับผิดชอบตามสัญญานี้ข้อหนึ่งข้อใดไม่

ข้อ 12 ผู้รับจ้างจะต้องรับรองว่า ได้ตรวจสอบ และทำความเข้าใจ ในรูปแบบ ระบุรายการละเอียดโดยถี่ถ้วนแล้ว หากปรากฏว่าแบบรูปและรายการละเอียดนั้นผิดพลาดหรือคลาดเคลื่อนไปจากหลักการทางวิศวกรรมหรือทางเทคนิค ผู้รับจ้างตกลงที่จะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของกรรมการตรวจการจ้าง หรือผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษาผู้ว่าจ้างแต่งตั้งเพื่อให้งานแล้วเสร็จบริบูรณ์ โดยจะคิดค่าใช้จ่ายใด ๆ เพิ่มขึ้นจากผู้ว่าจ้างไม่ได้

ข้อ 13 ผู้รับจ้างตกลงว่า กรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษาที่ผู้ว่าจ้างแต่งตั้ง มีอำนาจที่จะตรวจสอบและควบคุมงานเพื่อให้เป็นไปตามเอกสารสัญญา และมีอำนาจที่จะสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมหรือตัดทอนซึ่งงานตามสัญญานี้ หากผู้รับจ้างขัดขืนไม่ปฏิบัติตาม กรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษา มีอำนาจที่จะสั่งให้หยุดกิจการนั้นชั่วคราวได้ ความล่าช้าในกรณีผู้รับจ้างจะถือเป็นเหตุขอขยายวันทำการออกไปไม่ได้

ข้อ 14 ผู้ว่าจ้าง มีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้น ๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญานี้ นอกจากนี้ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขแบบรูป และข้อกำหนดต่าง ๆ ในเอกสารสัญญานี้ด้วยโดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะแต่อย่างใด

จากสัญญาดังกล่าว ข้อสัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจควบคุมเอกชน คู่สัญญาในการก่อสร้างเป็นสัญญาที่มีรูปแบบในการควบคุม กำกับดูแลที่ระบุไว้ใกล้เคียงกันเนื่องจากในทางปฏิบัติสัญญาของภาครัฐที่จัดทำกับเอกชนคู่สัญญาในทางราชการนั้น จะมักมีการกำหนดอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐแบบเดียวกันเพื่อเป็นการปฏิบัติไปในทิศทางเดียวกัน

4.3.2.3 วิธีการควบคุม กำกับดูแลตามสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ สัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่รัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล ผู้วิจัยขอยกตัวอย่าง 2 สัญญา ดังนี้

1) สัญญาโครงการสถานแสดงพันธุ์สัตว์น้ำเฉลิมพระเกียรติ เนื่องในโอกาสมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550

สัญญาโครงการสถานแสดงพันธุ์สัตว์น้ำเฉลิมพระเกียรติ เนื่องในโอกาสมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 ดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ดังนี้<sup>348</sup>

#### ข้อ 6 การควบคุมโดยเทศบาล

6.1 บริษัทยินยอมให้เทศบาลตรวจสอบการจำหน่ายบัตรและการขายรายได้อื่น ๆ จากการเปิดให้บริการแก่ประชาชนรวมทั้งรายได้ทั้งปวง อันเกิดจากกิจการต่อเนื่องกับโครงการ อาทิเช่น ร้านถ่ายรูป ร้านขายของที่ระลึก ร้านอาหาร ค่าติดตั้งป้ายโฆษณา ค่าผลประโยชน์ใด ๆ และรายได้อื่น ๆ ไม่ว่ารูปแบบใด ทั้งนี้บริษัทจะต้องกำหนดเงื่อนไขในสัญญาที่ทำกับเจ้าของร้านค้าหรือสินค้าต่าง ๆ เหล่านั้น ให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่าง ๆ ของสัญญานี้ และให้เจ้าของร้านค้าหรือสินค้าซึ่งเป็นผู้สัญญาได้รับรู้และยอมรับสิทธิของเทศบาลด้วย

6.2 เทศบาลมีสิทธิเข้าควบคุม กำกับ ดูแลและตรวจสอบการดำเนินตลอดโครงการตลอดจนให้ความเห็นและคำแนะนำแก่บริษัทได้ตลอดเวลา และบริษัทต้องปฏิบัติตามความเห็นและคำแนะนำของเทศบาลโดยเคร่งครัด

#### ข้อ 14 ค่าปรับและการบอกเลิกสัญญา

หากบริษัทถูกศาลพิพากษาถึงที่สุดให้เป็นบุคคลล้มละลาย หรือศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด เทศบาลมีสิทธิบอกเลิกสัญญานี้ได้ทันที

หากบริษัทไม่ปฏิบัติตามสัญญานี้ข้อใดข้อหนึ่งอันเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญและเทศบาลได้แจ้งให้แก้ไขเป็นหนังสือแล้ว แต่บริษัทยังไม่ปฏิบัติตามสัญญานี้หรือไม่แก้ไขการผิดสัญญาเช่นว่านั้นภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากเทศบาล เทศบาลมีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันที หากเทศบาลยังไม่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา บริษัทจะต้องชำระค่าปรับให้แก่เทศบาลเป็นรายวันในอัตราวันละ .... บาท นับแต่วันที่พ้นกำหนด 30 วัน ดังกล่าวจนถึงวันที่บริษัทแก้ไขและปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาหรือจนถึงวันบอกเลิกสัญญาได้อีกด้วย

นอกจากสิทธิบอกเลิกสัญญาแล้ว หากบริษัทไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อใดข้อหนึ่งเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่เทศบาล

<sup>348</sup> ธนกฤต วรณัชชากุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 53-61.

หรือบุคคลอื่น บริษัทจะต้องรับผิดชอบและชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เทศบาลหรือบุคคลอื่นโดยสิ้นเชิงและโดยพลัน

ในกรณีที่เทศบาลบอกเลิกสัญญา เทศบาลมีสิทธิริบหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนตามแต่จะเห็นสมควร นอกจากบริษัทจะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นจำนวนเกินกว่าหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา

การที่เทศบาลไม่ใช่สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวข้างต้นนั้น ไม่เป็นเหตุให้บริษัทพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา

## 2) โครงการสัญญาให้สิทธิใช้ประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมย่าน

พหลโยธิน

โครงการสัญญาให้สิทธิใช้ประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมย่านพหลโยธิน ดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ดังนี้<sup>349</sup>

### ข้อ 5 สิทธิและหน้าที่ของบริษัท

#### 5.12 การปฏิบัติตามกฎหมาย

บริษัทจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานและการดำเนินการของบริษัทซึ่งบัญญัติไว้ในปัจจุบันและในอนาคตโดยเคร่งครัด โดยบริษัทจะรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายทั้งหมด หากปรากฏว่า รฟท. ต้องรับผิดชอบหรือได้รับความเสียหายเพราะเหตุที่บริษัทไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย บริษัทจะชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ รฟท. ทั้งสิ้นโดยไม่ชักช้า

### ข้อ 6 สิทธิและหน้าที่ของ รฟท.

6.3 รฟท. หรือผู้แทนมีสิทธิเข้าไปตรวจศูนย์การค้าได้ในเวลาทำการปกติของบริษัทโดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า สำหรับนอกเวลาทำการปกติ (รวมเวลากลางคืน) นั้น ให้ รฟท. หรือผู้แทนเข้าไปตรวจได้ทันที ในกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วน และบริษัทต้องอำนวยความสะดวกแก่ รฟท. หรือผู้แทนของ รฟท. ในการเข้าไปตรวจศูนย์การค้า

6.4 ในกรณีที่การกระทำใด ๆ ของบริษัท/หรือของผู้เช่าหรือผู้เช่าช่วง หรือบุคลากรของบุคคลดังกล่าว หรือผู้ใช้บริการภายในศูนย์การค้า ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือทรัพย์สินของบุคคลอย่างร้ายแรง หรือการกระทำนั้นเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

<sup>349</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-82.

หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือข้อกำหนดใด ๆ ในสัญญาเป็นอย่างร้ายแรง หาก รพท. เห็นว่ามีเหตุผลและโดยการปรึกษาหารือกับบริษัทแล้วให้ รพท. มีอำนาจสั่งระงับหรือแก้ไขการกระทำดังกล่าวได้ทันที

ข้อ 7 การแก้ไข ดัดแปลง ก่อสร้างเพิ่มเติม หรือต่อเติม ศูนย์การค้า

7.4 ถ้าบริษัทได้ทำการแก้ไข ดัดแปลง หรือต่อเติม ศูนย์การค้าหรือก่อสร้างสิ่งใดสิ่งหนึ่งเพิ่มเติมในศูนย์การค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจาก รพท. ตามข้อ 71. และ/หรือทำให้เกิดความเสียหายแก่โครงสร้างของศูนย์การค้าและ/หรือกระทำผิดกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ รพท.และ/หรือต้องถูกปรับหรือถูกบังคับให้รื้อถอนและ/หรือต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายใด ๆ บริษัทต้องรับผิดชอบในบรรดาค่าใช้จ่ายค่าปรับ ค่าเสียหาย ที่เกิดขึ้นทั้งสิ้นจนกว่าการดำเนินการจะแล้วเสร็จ

7.5 ในการแก้ไข ดัดแปลง หรือต่อเติมศูนย์การค้าหรือก่อสร้างสิ่งใดสิ่งหนึ่งเพิ่มเติมในศูนย์การค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจาก รพท. หรือไม่ก็ตาม หากเกิดความเสียหายแก่บุคคลและ/หรือทรัพย์สินรวมตลอดถึงศูนย์การค้าและ/หรือกระทำผิดกฎหมายอันเป็นเหตุให้ รพท.และ/หรือต้องถูกปรับหรือถูกบังคับให้รื้อถอนและ/หรือต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายใด ๆ บริษัทต้องรับผิดชอบในบรรดาค่าใช้จ่าย ค่าปรับ ค่าเสียหาย ที่เกิดขึ้นทั้งสิ้นจนกว่าการดำเนินการจะแล้วเสร็จ

7.6 ในกรณีที่บริษัทปฏิบัติผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องหรือปล่อยให้ ศูนย์การค้าอาจจะเป็นอันตรายแก่ผู้อื่น รพท. หรือตัวแทนมีสิทธิเข้าไปในศูนย์การค้า เพื่อทำการซ่อมแซม แก้ไข ดัดแปลง ต่อเติม หรือบำรุงรักษาศูนย์การค้า หรือก่อสร้างสิ่งใดสิ่งหนึ่งเพิ่มเติมลงบนศูนย์การค้าได้ โดยบริษัทจะไม่อ้างว่าเป็นการรอนสิทธิของบริษัท หรือทำให้บริษัทได้รับประโยชน์จากศูนย์การค้าน้อยลงแต่อย่างใด ทั้งนี้บริษัทจะต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นทั้งสิ้นแต่ผู้เดียว

จากที่กล่าวมาข้างต้นสัญญาที่กล่าวมาในหัวข้อนี้ทั้งหมดล้วนเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายรัฐและเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะและรัฐมีอำนาจเหนือกว่า แต่เพื่อการจัดทำภารกิจของรัฐในการบริหารประเทศแล้ว บางครั้งรัฐอาจยอมลดตัวมาเทียบเท่ากับเอกชนมาทำสัญญากับเอกชน ตามประมวลกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์ได้ เพื่อความสะดวกในการทำสัญญา ซึ่งในการทำสัญญานั้น ต้องมีคู่สัญญาโดยมีบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปเข้ามาเกี่ยวข้อง ฝ่ายหนึ่งคือผู้แสดงเจตนาโดยเสนอที่จะทำสัญญา เรียกว่า “ผู้เสนอ” และอีกฝ่ายหนึ่งคือผู้ที่ตอบรับคำเสนอของผู้เสนอ เรียกว่า “ผู้สนอง” คำว่า 2 ฝ่ายนั้น มิได้หมายถึงบุคคลเพียง 2 คนเท่านั้นคู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาจ ประกอบด้วยบุคคลมากกว่า 1 คนก็ได้และต้องมีการตกลงกัน การแสดงเจตนาของทั้ง 2 ฝ่าย ต้องถูกต้องตรงกันจึงจะเกิดสัญญาขึ้นได้ กล่าวคือ ทั้งผู้เสนอและผู้สนองมีเจตนาตรงกันในการทำสัญญารวมทั้งต้องมีวัตถุประสงค์การแสดงเจตนาของบุคคลในสัญญาต้องก่อให้เกิดผลผูกพันถูกต้องตามกฎหมาย ข้อนี้เป็นลักษณะสำคัญเช่นเดียวกับนิติกรรม กล่าวคือ ต้องมีเจตนาที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

สัญญาทางแพ่งจะเกิดขึ้นได้ต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันทุกฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายผู้เสนอและฝ่ายผู้สนอง คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาของผู้เสนอในอันที่จะทำสัญญากับอีกฝ่ายหนึ่ง โดยการยื่นข้อเสนอกับอีกฝ่ายทราบด้วยข้อความที่ชัดเจนแน่นอนว่าผู้เสนอประสงค์สิ่งใด เมื่ออีกฝ่ายหนึ่งทราบแล้วและเข้าใจก็จะสนองตอบโดยเข้าทำสัญญาด้วย หากคำเสนอไม่มีความชัดเจนเพียงพอ แม้อีกฝ่ายหนึ่งจะสนองรับคำเสนอ สัญญาก็อาจไม่เกิดขึ้น ส่วนคำสนองคือ การแสดงเจตนาตอบรับคำเสนอ ซึ่งผู้ได้รับคำเสนอตกลงที่จะทำสัญญาตามคำเสนอนั้น คำสนองจะต้องมีข้อความที่ถูกต้องตรงกับคำเสนอในสาระสำคัญทุกประการ สัญญาจึงจะเกิดขึ้นได้ และคำสนองจะมีผลเมื่อผู้เสนอได้ทราบถึงคำสนองแล้ว เมื่อมีการสนองรับตามคำเสนอทุกประการก่อนคำเสนอสิ้นความผูกพัน สัญญาจะเกิดขึ้นทันทีตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาบนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาที่ถือว่า บุคคลมีอิสระที่จะก่อนิติสัมพันธ์ เกิดสิทธิหน้าที่และก่อให้เกิดภาระผูกพันคู่สัญญาตามเจตนาที่ได้แสดงออกมา

#### 4.4 ความรับผิดชอบของรัฐและการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

ก่อนที่ประเทศไทยจะมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 นั้น ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุขมีพระราชอำนาจและพระบรมราชานุญาตเด็ดขาดและล้นพ้นเพียงพระองค์เดียว ทรงเป็นรัฐอธิปัตย์ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการได้โดยลำพัง พระบรมราชวินิจฉัยของพระองค์ทรงเป็นที่สุดทั้งกิจการภายในและกิจการภายนอก เนื่องจากพระมหากษัตริย์มีอำนาจสูงสุดเช่นนี้ ทำให้เกิดหลักที่ว่า พระมหากษัตริย์ไม่ทรงกระทำผิดหรือหลัก “The King can do no Wrong” ทำให้ผู้ใดจะฟ้องร้องหรือกล่าวหาพระมหากษัตริย์มิได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา<sup>350</sup> เมื่อเกิดกรณีที่กระทรวงและกรมซึ่งถือว่าเป็นส่วนราชการของพระมหากษัตริย์ได้ใช้อำนาจแทนพระมหากษัตริย์หรือข้าราชการทั้งหลายได้ก่อให้เกิด

<sup>350</sup> ึ่งทอง จันทรางศุ, “พระมหากษัตริย์ในรัฐธรรมนูญ,” วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์ 1, 3 (มกราคม-มิถุนายน 2546): 15.

ความเสียหายต่อประชาชน การจะฟ้องพระมหากษัตริย์จึงขึ้นอยู่กับองค์พระมหากษัตริย์ว่าจะทรงยินยอมให้ประชาชนฟ้องร้องหรือไม่ ตามกฎหมายตราสามดวง ลักษณะอาญาหลวง มาตรา 28<sup>351</sup>

ส่วนการฟ้อง กระทรวง ทบวง กรม ในฐานะที่เป็นส่วนราชการของพระมหากษัตริย์นั้น ศาลฎีกาของไทยได้กำหนดหลักการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสัญญาหรือละเมิดไว้ในปี ร.ศ. 121 โดยคำพิพากษาฎีกาที่ 520/121 ว่ากระทรวงและกรมที่ถูกฟ้องจะไม่ยอมตกเป็นจำเลยก็ได้ ต่อมาในปี ร.ศ. 129 กระทรวงยุติธรรมได้ออกกฎหมายคดีที่ 60 ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ร.ศ. 129 รับรองสิทธิของกระทรวงและกรมไว้โดยชัดเจนว่า เมื่อถูกฟ้องแล้ว กระทรวงและกรมจะมาเป็นจำเลยหรือไม่ก็ได้ ศาลไม่มีอำนาจบังคับ เป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องทูลเกล้าฯ ถวายฎีกา หรือกระทรวงและการยอมมาเป็นจำเลยเอง เมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายมีอาจฟ้องกระทรวงและกรมได้ เนื่องจากกระทรวงและกรมไม่ยอมเป็นจำเลย ทำให้เกิดปัญหาว่าผู้เสียหายจะฟ้องข้าราชการให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้หรือไม่ ในกรณีนี้ศาลไทยนั้นยึดตามกฎหมายของอังกฤษคือ ต้องฟ้องข้าราชการให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัว<sup>352</sup>

จนถึงมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี พ.ศ. 2468 แม้กระทรวง ทบวง กรม จะมีฐานะเป็นนิติบุคคลแล้ว แต่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดก็ยังไม้อาจจะฟ้องกระทรวงหรือกรมให้รับผิดชอบได้ เพราะกระทรวงหรือกรมยังมีเอกสิทธิ์ที่จะยอมเข้ามาเป็นคู่ความในคดีหรือไม่ก็ได้และต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์ เอกชนจึงมีสิทธิเพียงการฟ้องข้าราชการผู้กระทำละเมิดให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดเท่านั้น<sup>353</sup>

---

<sup>351</sup> มาตรา 28 แห่งกฎหมายตราสามดวง ลักษณะอาญาหลวง มีผู้มาฟ้องหาข้าทูลละอองธุลีพระบาทด้วยคดีประการใด ๆ ให้เอาเนื้อความนั้นขึ้นบังคับทูลพระกรุณาให้กัมราบก่อน ถ้าทรงพระกรุณาสั่งให้พิจารณา จึงพิจารณาได้ ถ้าผู้ใดเอาไปพิจารณาไต่ถามตีโดยพลการเอง ท่านว่าผู้นั้นละเมิดพระราชอาญาท่าน ท่านให้ลงโทษ 6 สถาน คือ

- (1) ให้ฟืนคอริบเรือน
- (2) ให้รับราชบาต แล้วเอาตัวลงหย้าข้าง
- (3) ให้ทวนด้วยลวดหนัก 50 ที
- (4) ให้ไหมจตุรคูน
- (5) ให้ไหมทวิคูน
- (6) ให้ไหมลาหนึ่ง

<sup>352</sup> การให้ข้าราชการรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในสมัยนั้น ปรากฏในตำราหลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่งของพระยาเทพวิฑูรว่า

“พระเจ้าแผ่นดินแลรัฐบาลถูกฟ้องร้องในทางประทุษร้ายส่วนแพ่งไม่ได้ แลที่เวลานี้กินความตลอดถึงกระทรวงและกรมต่าง ๆ ด้วย นอกจากเขาจะยินยอมเป็นจำเลย ที่ว่ามานี้ไม่กินความถึงการที่จะฟ้องร้องส่วนตัว เจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ในกระทรวงหรือกรมถ้าเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่กระทำผิดฟ้องร้องได้”

<sup>353</sup> กาญจนกนก อติสุธาโกชน, ความรับผิดชอบอันของฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542: ศึกษาเปรียบเทียบความรับผิดชอบ

หลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 จากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข อำนาจของพระมหากษัตริย์ก็ได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นของประชาชนโดยมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญ การปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475<sup>354</sup> การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบจากการละเมิดของข้าราชการซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับที่ 5 คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492<sup>355</sup> หลังจากนั้นประชาชนก็สามารถฟ้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้โดยตรงรวมถึงการรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวโดยไม่ต้องมีการขอพระบรมราชานุญาตอีกต่อไป แต่การรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐยังไม่มีกฎหมายมาบังคับใช้จึงต้องพิจารณาไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539<sup>356</sup> ขึ้นและใช้บังคับมาถึงปัจจุบันนี้

ในปัจจุบันนี้ กระบวนการในการดำเนินคดีในทางปกครองให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดชอบในทางปกครองที่เกิดจากการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้น จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

การควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐทันทีเมื่อรัฐได้มอบบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำตามหลักการกระจายภารกิจในฐานะองค์กรของรัฐที่มีภารกิจหลักในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนนั้นเป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่ง และเป็นการกระทำโดยเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแล แต่การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวนี้บางครั้งอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนคู่สัญญาหรือประชาชนผู้รับบริการสาธารณะ รวมทั้งการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการแก้ไขสัญญาหรือการบอกเลิกสัญญาก็อาจทำให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะรวมถึงประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะด้วย เมื่อการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายรัฐจึงต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น ๆ หากรัฐมีความผิดเกิดขึ้นจริง โดยสามารถแบ่งแยกความรับผิดชอบของรัฐได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

---

**ฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 11.

<sup>354</sup> มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 “อำนาจสูงสุดของประเทศนั้นเป็นของประชาชนทั้งหลาย”

<sup>355</sup> มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบเพื่อการกระทำของเจ้าพนักงานในฐานะเป็นเสมือนตัวการหรือนายจ้างย่อมได้รับความคุ้มครอง

<sup>356</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, ราชกิจจานุเบกษา 113, 60 ก (14 พฤศจิกายน 2539).

#### 4.4.1 ความรับผิดชอบของรัฐและการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ประเทศไทยได้รับเอาแนวคิดและอิทธิพลในการจัดตั้งศาลปกครองมาจากฝรั่งเศส ดังตัวอย่างที่เห็นได้จากการที่ผู้ร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 (ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์) ที่พยายามนำแนวทางของระบบกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสมาปฏิบัติในประเทศไทย<sup>357</sup> แต่เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสไม่มีคดีเกี่ยวกับการละเลยหรือล่าช้าจึงคำถามขึ้นมาว่าแล้วคดีประเภทนี้เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างไร มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นอยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก น่าจะเกิดจากการนำมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติเรื่องรารร้องทุกข์ พ.ศ. 2492 ซึ่งก็มีที่มาจากกรณีต้นร่างกฎหมาย (คือ ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจของคณะกรรมการกฤษฎีกาในคดีปกครอง พุทธศักราช 2478 และร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2478) ที่นำแนวทางการพิจารณาจากประเทศฝรั่งเศสเช่นเดียวกัน

ประการที่สอง เป็นความต้องการนำหลักการของประเทศฝรั่งเศสเรื่อง การปฏิเสธโดยปริยายต่อคำร้องหรือคำขอของประชาชนมาใช้บังคับกรณีที่ฝ่ายปกครองรับคำร้องหรือคำขอดังกล่าวแล้วนิ่งเฉย<sup>358</sup> เพียงแต่ประเทศฝรั่งเศสได้วางแนวทางไว้ชัดเจนให้ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ทั้งนี้ ก็เพื่อให้นำไปสู่การฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ปรากฏว่าประเทศไทยในขณะนั้นยังไม่พร้อมในหลายด้าน จุดนี้จึงถือได้ว่าเป็นความแตกต่างที่แม้พยายามนำระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมาใช้ในประเทศไทย แต่ก็ไม่สามารถนำมาได้ทั้งหมด จากข้อขัดข้องดังกล่าว การจัดการกับปัญหาการละเลยหรือล่าช้าในประเทศไทย จึงถูกดำเนินการด้วยลักษณะที่เป็นของประเทศไทยเอง

ความรับผิดชอบอันเกิดจากการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงสามารถแยกศึกษาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

##### 4.4.1.1 ความรับผิดชอบอันเกิดจากการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่

หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด หมายถึง การงานที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดด้วยความรับผิดชอบ ไม่ว่าหน้าที่นั้นจะเป็นหน้าที่ที่ต้องกระทำใด ๆ หรือหน้าที่ที่ต้องใช้ดุลยพินิจรวมถึงการออกคำสั่ง และเมื่อเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดแล้วนั้น ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำโดยไม่อาจปฏิเสธหรือละเว้นไม่กระทำการตามหน้าที่ของตนได้เลย<sup>359</sup>

<sup>357</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ และสุรีย์ เผ่าสุทธาวร, “ขอบเขตใหม่ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์,” วารสารกฎหมายปกครอง 15, 1 (เมษายน 2539): 74.

<sup>358</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 76.

<sup>359</sup> สิริรัตน์ หมวดเมือง, *คดีปกครองเกี่ยวกับการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 19.

การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐเกิดจากการที่รัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนแต่รัฐละเลยในการปฏิบัติหน้าที่การควบคุม กำกับดูแลในทางปกครองการกระทำเช่นนี้เรียกว่า การละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งการละเลยต่อหน้าที่หมายถึง การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผลที่จะกล่าวอ้างได้ ไม่ว่าจะการไม่ดำเนินการดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยประมาทเลินเล่อ<sup>360</sup> และอำนาจหน้าที่หมายถึง การที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง หมายความว่า ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ถือว่าฝ่ายปกครองมีดุลยพินิจในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่<sup>361</sup>

การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะของรัฐจึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งถือว่าเป็นความรับผิดชอบหนึ่งของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องรับผิดชอบในผลเสียหายในการบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำ การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายมีปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ ดังนี้

1) การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในรูปแบบของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด มีรายละเอียดดังนี้

(1) คดีนี้ศาลปกครองสูงสุด มีคำพิพากษาว่า องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ละเลยการปฏิบัติหน้าที่ที่ปล่อยให้รถยนต์โดยสารประจำทาง (ขสมก.) หรือรถร่วมบริการเอกชน ออกวิ่งโดยปล่อยมลพิษจากไอเสีย (ควันดำ) เกินค่ามาตรฐาน และสั่งให้ (ขสมก.) ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย โดยไม่ให้รถยนต์โดยสารประจำทาง ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของ (ขสมก.) ก่อให้เกิดมลพิษควันดำอีกโดยให้รายงานผลการตรวจวัดควันดำของรถยนต์โดยสารของ (ขสมก.) และรถร่วมบริการเอกชนต่อศาลทุก 3 เดือนเป็นเวลา 1 ปี และให้กรมควบคุมมลพิษกำหนดแผนปฏิบัติการในการควบคุม กำกับดูแล ติดตาม ควบคุมเพื่อมิให้ (ขสมก.) ปล่อยรถยนต์โดยสาร และรถร่วมบริการของเอกชน ออกวิ่งโดยปล่อยควันดำเกินมาตรฐาน และรายงานผลการปฏิบัติการตามแผนดังกล่าวต่อศาลทุก 3 เดือนเป็นเวลา 1 ปี นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา รวมถึงให้กรมควบคุมมลพิษพิจารณาดำเนินการตามระเบียบกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อประกาศให้รถยนต์โดยสารของ (ขสมก.) และรถร่วมบริการของเอกชนต้องถูกควบคุมการปล่อยอากาศเสีย ตาม มาตรา 68 ของ พ.ร.บ. ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมพ.ศ. 2535<sup>362</sup>

<sup>360</sup> กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, รายงานการวิจัย เรื่องการบังคับคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 104-105.

<sup>361</sup> มีชัย ฤชุพันธ์, “การร่างกฎหมายประเทศไทย,” วารสารกฎหมายปกครอง 15 (เมษายน 2539): 42.

<sup>362</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 11-14/2557

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดข้างต้น เป็นการยืนยันว่า หนึ่งในผู้ถูกฟ้องคดี คือองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) เป็นหน่วยงานของรัฐในฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจที่ถูกจัดตั้งตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ พ.ศ. 2519<sup>363</sup> เป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยองค์การของรัฐบาล จึงมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลโดยตรงในฐานะเป็นคู่สัญญาที่ให้เอกชนได้รับสัมปทานในการเดินรถ เมื่อปล่อยให้การเดินรถของเอกชนมีมลพิษและควันดำเกินมาตรฐานและมีการร้องเรียนจากผู้เสียหายทั้งหมดแล้วยังเพิกเฉยจึงเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) โดยตรงที่ต้องควบคุม กำกับดูแลการเดินรถของเอกชนที่ทำให้ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะเกิดความเสียหาย เมื่อมีอำนาจหน้าที่แต่ไม่ควบคุม กำกับดูแล การกระทำขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ

(2) คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ข้อเท็จจริงรับกันว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสองคนเคยใช้บริการรถยนต์โดยสารประจำทางของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไปสอนหนังสือ แต่ให้บริการไม่ดี แล่นไม่ตรงเวลา ไม่แล่นไปตามเส้นทางที่แน่นอน และสภาพรถยนต์ไม่ปลอดภัยจึงงดใช้บริการชั่วคราว จึงพอจะอนุมานได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสองคนน่าจะถูกรบกวนสิทธิอันอาจถือได้ว่าได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย แต่ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสองคนได้เคยมีหนังสือร้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ปรับปรุงแก้ไขการบริการที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองว่าบกพร่องมีภาระต้องดำเนินการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แก้ไขข้อบกพร่องแต่ประการใด กรณีพิพาทแห่งคดีที่กล่าวหาว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ละเลยต่อหน้าที่จึงยังไม่เกิดขึ้น ฉะนั้นจึงไม่อาจถือได้ว่าคดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายที่กำหนดให้ปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น<sup>364</sup>

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว การเดินรถของบริษัท นครพิงค์เดินรถ จำกัด เป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะระหว่างบริษัท ขนส่ง จำกัด ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐในรูปแบบรัฐวิสาหกิจที่จดทะเบียนตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับบริษัท นครพิงค์เดินรถ จำกัด เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง โดยมีคณะกรรมการของบริษัท ขนส่ง จำกัด มีอำนาจควบคุม กำกับดูแลการเดินรถของบริษัท นครพิงค์เดินรถ จำกัด โดยผลของกฎหมายตามระเบียบและคู่มือรถร่วมบริษัทขนส่ง จำกัด พ.ศ. 2547 และคำสั่งของบริษัทขนส่งจำกัดที่ ค. 29/2552

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวเป็นการยืนยันอย่างชัดเจนโดยศาลว่า การปฏิบัติหน้าที่ใดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะเป็นความผิดเนื่องจากการละเลยใน

<sup>363</sup> ราชกิจจานุเบกษา 2496/14/268 (17 กุมภาพันธ์ 2496) อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *รวมกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติ* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 86.

<sup>364</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ. 205/2548

การปฏิบัติหน้าที่นั้นจะต้องมีการร้องขอให้เจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติหน้าที่ก่อนซึ่งในคำพิพากษาศาลฎีกามีหนังสือแจ้งเตือนให้ปฏิบัติหน้าที่แล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติหน้าที่เลย ผู้เสียหายจึงจะมีสิทธิในการดำเนินคดีทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในความผิดที่ละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด

2) การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายตามคำพิพากษาศาลฎีกา การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาคดีหนึ่ง โดยมีข้อเท็จจริง ดังนี้

วันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2555 ที่ศาลแพ่ง ถ.รัชดาภิเษก ศาลอ่านคำพิพากษาศาลฎีกา ในคดีที่ นายนำ และนางลักขณา โชติมนัส สามีภรรยา ร่วมกันเป็นโจทก์ฟ้อง นายทวิม แสงเดช พนักงานขับรถโดยสารสาธารณะสาย 207 นายธนสิทธิ์ วรโชติหรือฤทธิริ นายจ้างพนักงานขับรถ, นายฤกษ์ชัย เรืองกิตติยศ เจ้าของรถ, บริษัท 207 เดินรถ จำกัด, นายเชาวน์ กระแสชล เจ้าของสัมปทานเดินรถ และองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ เป็นจำเลยที่ 1-6 ตามลำดับฐานละเมิด กรณี น.ส.ปิยะธิดา โชติมนัส นักศึกษามหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ พลัดตกจากรถโดยสารสาธารณะสาย 207 วิ่งระหว่าง มหาวิทยาลัยรามคำแหง 1 - มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2 เสียชีวิต เมื่อวันที่ 14 กันยายน 2547 เรียกค่าสินไหมทดแทน 12 ล้านบาทเศษ คดีนี้ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาให้จำเลยร่วมกันใช้เงิน 10,747,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 นับแต่วันละเมิด และยกฟ้อง นายฤกษ์ชัย จำเลยที่ 3 เพราะเป็นเพียงผู้มีชื่อเป็นเจ้าของรถอยู่เดิมนั้น คดีนี้ จำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 5 ขาดนัดพิจารณาและไม่ยื่นฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยใจความว่า ศาลพิเคราะห์แล้ว เห็นว่า จำเลยที่ 1 เป็นพนักงานขับรถโดยสารสาธารณะสาย 207 วิ่งระหว่างรามคำแหง-หัวหมาก ถึง รามคำแหง-บางนา จำเลยที่ 1 ยอมรับในคดีอาญาว่า กระทำโดยประมาทจริง ศาลอาญาลงโทษจำคุก 1 ปี 6 เดือน คดีถึงที่สุดแล้ว คดีแพ่งจึงจำต้องอาศัยข้อเท็จจริงส่วนอาญา ฟังว่า ในคดีแพ่งจำเลยกระทำโดยประมาทด้วย เห็นว่า จำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์หรือไม่ เห็นว่า นายทวิม จำเลยขับรถโดยสารสาธารณะ อันเป็นยานพาหนะเดินเครื่องจักรกลตามกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 437<sup>365</sup> ย่อมต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดความเสียหายกลับปล่อยปละไม่ปิดประตูรถโดยสารสาธารณะ จำเลยที่ 2, 4, 6 เป็นนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง และแม้พยานจำเลยอ้างว่าผู้เสียหายมีส่วนผิด ก้าวเท้าพลาดตกไปเองก็ตาม แต่ศาลเห็นประตูรถโดยสารสาธารณะเป็นสิ่งป้องกันมิให้เกิดอันตราย เมื่อรู้ว่าประตูเสียกลับไม่ซ่อมแซม และไม่ปิดประตูรถ ทำให้ผู้ตายพลัดตกไปตาย จึงเป็นความประมาทของจำเลยที่

<sup>365</sup> มาตรา 437 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมกำกับดูแลยานพาหนะอย่างใด ๆ อันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อการเสียหายอันเกิดแต่ยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั่นเอง

ความข้อนี้ให้ใช้บังคับได้ตลอดถึงผู้มีไว้ในครอบครองของตน ซึ่งทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ หรือโดยความมุ่งหมายที่จะใช้ หรือโดยอาการกลไกของทรัพย์สินนั้นด้วย

1 และจำเลยอื่น ๆ ทุกคน ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดด้วย ซึ่งเป็นคำรักษาพยาบาล ค่าปลงศพ ค่าขาดไร้อุปการะเป็นเวลา 20 ปี ซึ่งเป็นค่าสินไหมทดแทน

ศาลฎีกาพิพากษาว่า จำเลยที่ 1, 2, 4, 5, 6 ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนรวมทั้งสิ้น 9,856,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันละเมิด และให้ออกหมายบังคับคดี คำบังคับคดี ไปยึดทรัพย์จำเลย มาชำระหนี้แก่โจทก์ต่อไป

กรณีดังกล่าวเป็นอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นจากการประมาทเลินเล่อของรถร่วมบริการของบริษัท 207 ซึ่งเป็นบริษัทของเอกชนมีหน้าที่ในการนำรถออกร่วมบริการกับประชาชนโดยได้รับสัมปทานมาจากองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ถือว่าเป็นนายจ้างของทวีม แสงเดช ผู้ขับรถร่วมบริการดังกล่าวจึงต้องรับผิดชอบในผลของความประมาทในทางแพ่งที่นาย ทวีม แสงเดช ได้กระทำลงไป

กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องสิทธิที่ผู้เสียหายใช้เพื่อดำเนินคดีกับเอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะในทางศาลยุติธรรม ส่วนในทางปกครองนั้นเมื่อรัฐได้มอบบริการสาธารณะให้เอกชนได้จัดทำแล้ว รัฐก็มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแล ในการควบคุม กำกับดูแลนั้นเป็นการตรวจสอบบริการสาธารณะที่เอกชนได้จัดทำว่าเป็นไปตามระเบียบ และคู่มือรถร่วมบริษัท ขนส่งจำกัด พ.ศ. 2547 รถร่วมและมาตรฐานการให้บริการที่เกี่ยวกับการเดินรถของบริษัท ขนส่ง จำกัด และตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเพียงใด รวมถึงมีความปลอดภัยเพียงใด หากบริการสาธารณะที่เอกชนได้ให้บริการนั้นทำให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนผู้รับบริการสาธารณะไม่ว่าทางกายหรือชีวิตเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลของรัฐ รวมถึงการละเมิดในทางปกครอง รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีความรับผิดชอบจากการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่หรือการขาดใช้ค่าเสียหายหากเกิดจากความจงใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในคำวินิจฉัยของศาลปรากฏว่า “ประตุรถโดยสารสาธารณะเป็นสิ่งป้องกันมิให้เกิดอันตราย เมื่อรู้ว่าประตุเสียกลับไม่ซ่อมแซม และไม่ปิดประตุรถ ทำให้ผู้ตายพลัดตกไปตาย” การไม่ซ่อมแซมประตุรถโดยสารสาธารณะดังกล่าวเกิดจากการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ทำให้ประชาชนผู้รับบริการบริการสาธารณะได้รับความเสียหาย แต่เมื่อการไม่ซ่อมแซมประตุเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายโดยรู้ว่าประตุเสีย จึงถือว่าเป็นการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ทำให้ประชาชนผู้รับบริการบริการสาธารณะได้รับความเสียหาย สามารถฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้เอกชนคู่สัญญาทำการซ่อมแซมประตุรถโดยสารเพื่อให้บริการสาธารณะมีความปลอดภัยยิ่งขึ้นได้

การใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายต่อศาลปกครองในการที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่จะต้องเป็นคดีที่ไม่ใช่แพ่งและอาญา แต่เป็นคดีที่เกิดขึ้นจากมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ที่เกิดจากการไม่การควบคุม กำกับดูแลก็เป็นเหตุผลที่ประชาชนผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิในการฟ้องต่อศาลปกครองได้ โดยการพิพาทในคดีปกครองนั้นคู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นรัฐและอีกฝ่ายคือผู้เสียหายตาม มาตรา 42 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 ซึ่งประชาชนสามารถใช้สิทธินี้ฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญากับเอกชนได้ หากหน่วยงานของรัฐหน่วยงานนั้นละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแล

## 3) การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในรูปแบบอื่น ๆ

นอกจากการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปรากฏตามคำพิพากษาแล้ว ยังมีการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุการณ์ในปัจจุบัน มีรายละเอียดดังนี้

(1) การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายที่ปรากฏในการรับเรื่องร้องเรียนเอกชนให้บริการสาธารณะ การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายที่ปรากฏในการรับเรื่องร้องเรียนเอกชนให้บริการสาธารณะในปัจจุบันมักเกิดขึ้นกับสัมปทานบริการสาธารณะร่วมบริการที่รกร่วมบริการที่ได้รับสัมปทานไปจากองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ที่ร้องเรียนรกร่วมบริการที่ได้รับสัมปทานจากบริษัทขนส่งจำกัด (ขสมก.) มีตัวอย่างในการรับเรื่องร้องเรียนดังนี้

(1.1) การร้องเรียนรถประจำทางสาย 8 เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2558

มีผู้ร้องเรียนรถโดยสารสาธารณะสาย 8 เบอร์ข้างรถ 35-112 เวลาที่เกิดเหตุช่วงประมาณ 17.30-18.00 น. โดยได้ขึ้นจากอนุสาวรีย์ชัยสมรภูมิ และได้ลงป้ายบ้านกลางเมือง (ลาดพร้าว 25) จะขอร้องเรียน คือ พนักงานขับรถเร็วหวาดเสียว กระจกตลอดระยะทาง และได้ออกรถก่อนที่ผู้โดยสารลงจากรถยังไม่เสร็จเรียบร้อย ทำให้ผู้ร้องเรียนมีอาการเซเกือบล้มและพนักงานเก็บเงินมีกริยาไร้มารยาท เหตุเกิดจากขณะที่รถวิ่งผ่านแยกลาดพร้าว - รัชดาผู้ร้องเรียนได้ลุกขึ้นเตรียมลง (ซึ่งยังห่างจากป้ายบ้านกลางเมืองอยู่มาก) โดยได้กดกริ่ง แต่โดนกระเป่ารถต่อว่าว่า “เมื่อก็ถามแล้วทำไมไม่ตอบ” ผมจึงได้ตอบกลับไปว่า “ถามว่าอะไรครับ” แล้วกระเป่ารถบอกว่า “ตะโกนบอกว่ามีใครลงป้ายบ้านกลางเมืองรีป่าว” ผมได้ตอบว่า “ผมไม่ได้ยินผมนั่ง แต่กระเป่ารถเห็นผมที่จะจดหมายเลขเค้าจึงได้หยาบคายใส่ผม ประมาณว่า “คุณอย่าเอาความดีใส่ตัว” สาเหตุที่กระเป่ารถโดยสารสาธารณะไม่พอใจที่ผมลงป้ายนี้เนื่องจากช่วงที่ติดไฟแดงตรงแยกลาดพร้าวรถโดยสารสาธารณะได้เข้าวิ่งเลนขวาสุด และไม่ยอมจอดรับส่งผู้โดยสารเพราะต้องเข้าเลนซ้ายสุด ลักษณะบุคลิกของกระเป่ารถโดยสารสาธารณะ เพศหญิง อายุประมาณ 40 ขึ้นไป รูปร่างท้วม ผมยาวประมาณบ่า ด้วยความเคารพอย่างสูง<sup>366</sup>

จากเรื่องร้องเรียนดังกล่าว องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ได้ให้คำตอบมาว่า เรียนท่านผู้ร้อง ตามที่ท่านได้ร้องเรียนรถประจำทางสาย 8 เลขข้างรถ 35-112 ผู้ขับรถขับรถเร็วพนักงานเก็บเงินแสดงกริยาจาไม่สุภาพนั้นได้รับเรื่องแล้วจะประสานผู้เกี่ยวข้องให้อบรม ตักเตือน กำชับและย้ำเตือนให้มีจิตสำนึกในดำเนินงานบริการให้มากกว่านี้ และมีควรประพฤติเยี่ยงนี้ เพราะจะทำให้เสื่อมเสียถึงรถสาธารณะ ต้องขออภัยท่านผู้ร้องมา ณ ที่นี้ด้วย จึงเรียนมาเพื่อทราบ

<sup>366</sup> องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ, หมวดยุทธการแสดงความเห็น ร้องเรียนเอกชนร่วมบริการ, คำนวนที่ 16 สิงหาคม 2559 จาก <http://www.bmta.co.th/?q=th/content/>

(1.2) การร้องเรียนรถโดยสารสาธารณะสาย 8 วันที่ 4 ตุลาคม พ.ศ. 2558

มีผู้ร้องเรียนว่าได้ขึ้นรถโดยสารสาธารณะสาย 8 เลขข้างรถ 33-112 เมื่อช่วงเวลา 12.45 โดยประมาณของวันที่ 4 ตุลาคม 2558 จากบริเวณแยกตึกชัย คนขับเป็นชายไว้ผมรองทรง ไว้หนวด ระหว่างทางคนขับมีท่าทางเกรี้ยวกราดต่ำสภหายาบคายส่งเสียงดังคล้ายคนมีอาการทางจิตตลอดเวลาและมีพฤติกรรมขับเร็วและประมาทโดยพยายามปาดหน้าสาย 8 อีกคันที่ขับมาก่อนตรงบริเวณหน้าพระราชวังพญาไทอย่างกระชั้นชิดโดยไม่คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้โดยสารและผู้ร่วมใช้ถนน ระหว่างทางที่เกิดเหตุกระเปารถโดยสารสาธารณะบนรถกลับนั่งเฉยไม่มีการห้ามปรามแต่อย่างใด ได้ขอให้องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพตรวจสอบและดำเนินการ<sup>367</sup>

จากเรื่องร้องเรียนดังกล่าว องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ได้ให้คำตอบมาว่า เรียนท่านผู้ร้อง ตามที่ท่านได้ร้องเรียนรถประจำทางสาย 8 ผู้ขับรถทำทางเกี่ยวกราดนั้นทาง (ขสมก.) ได้รับเรื่องแล้วจะทำหนังสือถึงผู้ประกอบการให้ กำชับย้ำเตือน ผู้ขับรถคันดังกล่าวมิให้ประพฤติเช่นนี้อีก หากตรวจพบจะดำเนินการขั้นต่อไป จึงเรียนมาเพื่อทราบ

(2) การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายที่ปรากฏตามข่าวและสิ่งตีพิมพ์อื่น ๆ

การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายที่ปรากฏตามข่าวและสิ่งตีพิมพ์ต่าง ๆ ปรากฏในข่าวทางอินเทอร์เน็ตข่าวหนึ่ง โดยมีใจความสำคัญว่า พฤติกรรมของคนขับรถประจำทางสาธารณะสาย 8 ในกรุงเทพมหานคร ได้รับเสียงวิจารณ์จากสังคมออนไลน์ในแง่ลบเป็นวงกว้าง ไม่ใช่แค่เพียงคนไทยที่พูดถึงเรื่องความย่ำแย่ของพนักงานที่ขับรถหวาดเสียวเท่านั้น แต่สื่อต่างชาติก็ยังติดตามเรื่องรถเมล์สาย 8 เช่นกัน โดยนาย นิกเกอิ เอเชีย ริวิว สื่อของญี่ปุ่น รายงานว่า การขับขี่ของรถประจำทางสาย 8 นั้นนับเป็นเรื่องแย่มาก โดยปีที่ผ่านมามีผู้ให้บริการรถเมล์สาย 8 ได้รับเรื่องร้องเรียนจากผู้โดยสารมากถึง 345 ครั้ง หรือ คิดเป็นอัตราส่วนถูกร้องเรียนเกือบทุกวัน ก็ว่าได้ เช่น การขับรถอย่างไม่ระมัดระวัง หรือคิดอยากจะไม่รับผู้โดยสารหรือส่งผู้โดยสารตามอำเภอใจ เป็นต้น<sup>368</sup>

จากข่าวที่ปรากฏในอินเทอร์เน็ตข้างต้น เป็นการแสดงให้เห็นว่าการให้บริการสาธารณะของเอกชนที่นำรถร่วมเข้าบริการสาย 8 นั้น นอกจากก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยในประเทศไทยแล้วยังก่อให้เกิดความเสียหายต่อภาพลักษณ์ในสายตาของผู้สื่อข่าวต่างชาติด้วย เนื่องจากชาวต่างชาติได้มีการได้ใช้บริการสาธารณะดังกล่าวจริงและได้เห็นถึงการให้บริการของพนักงานประจำรถรวมถึงความไม่ปลอดภัยของการขับรดดังกล่าว

#### 4.4.1.2 ความรับผิดชอบที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรหมายความว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายที่กำหนดแล้วแต่การดำเนินการนั้นไม่แล้วเสร็จไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดจนเวลาล่วงผ่านไปเกินสมควร หากการล่าช้าเกินสมควรดังกล่าวปราศจากเหตุผลที่จะกล่าวอ้างได้ และ

<sup>367</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>368</sup> รถเมล์ “สาย 8” ในตำนาน ดังไกล สื่อนอกชี้ต้องปรับพฤติกรรมคนขับ, คืบวันที่ 9 กันยายน 2559 จาก <http://news.sanook.com/1911402>

หากการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่ยื่นคำร้อง กรณีนี้ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่หน่วยงานของรัฐต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว<sup>369</sup> การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าจะอยู่ในขอบเขตเดียวกันกับการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติจะเห็นได้จากบทกฎหมายและคำพิพากษาที่มักจะเชื่อมโยงการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐว่าละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่เมื่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐล่าช้าย่อมทำให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าตามกฎหมายมีปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ ดังนี้

1) การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าตามกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษา

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า กรุงเทพฯ ได้จัดให้มีทางขึ้น-ลง เป็นบันไดเลื่อนด้วยระบบไฟฟ้าและมีลิฟท์ในบางจุดเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คนพิการที่สถานีขนส่งแล้วจำนวน 5 สถานี จากสถานีขนส่งรวมจำนวนทั้งสิ้น 23 สถานี อย่างไรก็ตาม เมื่อกรุงเทพฯ โดยผู้ว่าราชการกรุงเทพฯ มิได้แสดงให้ศาลเห็นโดยชัดแจ้งว่าเหตุที่มีได้จัดให้มีลิฟท์เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คนพิการและจัดให้มีอุปกรณ์ที่อำนวยความสะดวกโดยตรงอื่น ๆ แก่คนพิการ รวมทั้งสัญลักษณ์ที่แสดงให้เห็นว่ามีอุปกรณ์ที่อำนวยความสะดวกโดยตรงแก่คนพิการที่สถานีขนส่งและรถรางนั้น เกิดจากข้อจำกัดใด หรือมีปัญหาอุปสรรคใด กรณีจึงเห็นได้ว่าการจัดให้มีอุปกรณ์ที่อำนวยความสะดวกโดยตรงแก่คนพิการ รวมทั้งสัญลักษณ์ที่แสดงให้เห็นว่ามีอุปกรณ์ที่อำนวยความสะดวกโดยตรงแก่คนพิการที่สถานีขนส่งและรถรางนั้น อยู่ในวิสัยที่กรุงเทพฯ โดยผู้ว่าราชการกรุงเทพฯ จะดำเนินการได้ จนถึงวันที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองในวันที่ 13 กันยายน 2550 เป็นระยะเวลากว่า 6 ปี แต่กรุงเทพฯ เพียงจัดให้มีทางขึ้น-ลงเป็นบันไดเลื่อนด้วยระบบไฟฟ้าและมีลิฟท์ในบางจุดที่สถานีขนส่งจำนวน 5 สถานี จากสถานีขนส่งรวมจำนวนทั้งสิ้น 23 สถานี จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร เมื่อวินิจฉัยเช่นนี้แล้วจึงไม่จำต้องวินิจฉัยข้ออ้างอื่นตามอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสามเพราะไม่ทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไป การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้องนั้น ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้กรุงเทพฯ โดยผู้ว่าราชการกรุงเทพฯ จัดทำลิฟท์ที่สถานีขนส่งทั้ง 23 สถานี และจัดทำอุปกรณ์สิ่งอำนวยความสะดวกที่สถานีขนส่งทั้ง 23 สถานีและจัดทำสิ่งอำนวยความสะดวกบนรถไฟฟ้า<sup>370</sup>

จากคำพิพากษาข้างต้น ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) เป็นบริษัทของเอกชนที่ได้รับสัมปทานในการจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับกิจการรถไฟฟ้าในกรุงเทพฯ จากกรุงเทพฯ ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษจัดตั้งตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพฯ พ.ศ. 2528<sup>371</sup> จึงมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล

<sup>369</sup> กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 105.

<sup>370</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 650/2557

<sup>371</sup> มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพฯ พ.ศ. 2528 ให้กรุงเทพฯ มีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น มีระเบียบการบริหารตามพระราชบัญญัตินี้ และมีอาณาเขตท้องที่ตามที่กรุงเทพฯ มีอยู่ในวันที่ พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

การจัดทำบริการสาธารณะของระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ในฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญา เมื่อเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะทำให้ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะได้รับความเดือดร้อนเสียหาย กรุงเทพฯ ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่ควบคุม กำกับดูแลควรจะต้องเข้ามารับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะของ ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย คำพิพากษาดังกล่าวจึงเป็นการยืนยันว่ารัฐควรเข้ามามีส่วนร่วมรับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนเมื่อเกิดความเสียหายในการใช้บริการสาธารณะของประชาชนขึ้น

2) การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงครั้งที่ 2 (ทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์)

สัญญาสัมปทานทางหลวง ได้มีการแก้ไขจำนวน 2 ครั้ง มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง-ดอนเมือง ฉบับที่ 1 บันทึกเป็นข้อตกลงเลขที่ 1/2538 ลงวันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2538 ฉบับที่ 2 บันทึกข้อตกลงเลขที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2539 ในข้อ 1.2.1 ในเรื่องขอบเขตของโครงการตั้งแต่ ข้อ 1.2.1.1 ถึงข้อ 1.2.1.5 โดยวัตถุประสงค์ของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาในครั้งนี้ นี้ก็เพื่อแก้ปัญหาการจราจรคับคั่งบริเวณหน้าท่าอากาศยานดอนเมืองและบนถนนวิภาวดีรังสิต กรมทางหลวงจึงอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งรัฐบาลโดยคณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบในหลักการโดยใช้วิธีการคัดเลือกให้เอกชนลงทุนและให้เจรจากับผู้รับสัมปทานเดิม คือ บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) จึงเป็นผู้ได้รับสัมปทาน สัมปทานดังกล่าวมักนิยมเรียกกันว่า ทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์

การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงครั้งที่ 2 (ทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์) มีเหตุการณ์ที่สำคัญคือในปี พ.ศ. 2535 รัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน ได้อนุมัติให้บริษัทก่อสร้างโครงการส่วนต่อขยายระยะทาง 5.7 กิโลเมตร จากสนามบินดอนเมือง-อนุสรณ์สถาน เพื่อแก้ไขปัญหารถติดหน้าสนามบินดอนเมืองและเพื่อชดเชยความเสียหายจากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ให้แก่บริษัทเอกชนเพื่อทำการก่อสร้าง ทางเชื่อมยกระดับ ลูปแรมป์ (Loop Ramp) บริเวณแยกหลักสี่และแยกบางเขนหน้ามหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ และมีการขอแก้ไขสัญญาในปี พ.ศ. 2538

สมัยรัฐบาลนายชวน หลีกภัย รวมถึงในสมัยนายบรรหาร ศิลปอาชา พ.ศ. 2538-2539 ได้มีการขยายสัมปทานเพิ่มอีก 7 ปีจากปี พ.ศ. 2537-2564 และขยายค่าผ่านทางช่วงดินแดง-ดอนเมืองเป็น 20-80 บาท กับช่วงสนามบินดอนเมือง-อนุสรณ์สถานเป็น 15-35 บาท ในปี พ.ศ. 2542 ต้องขึ้นค่าผ่านทางตามสัญญาแต่รัฐบาลนายชวน หลีกภัยไม่อนุมัติให้ปรับค่าผ่านทางตามสัญญาที่ได้แก้ไข เช่นเดียวกันกับปี พ.ศ. 2547

ในสมัยของนายทักษิณ ชินวัตร ก็ไม่อนุมัติให้ปรับค่าผ่านทาง ทำให้เป็นการแสดงถึงการแทรกแซงสัญญาสัมปทานโดยรัฐเป็นเหตุให้เอกชนนำเรื่องขึ้นร้องต่อศาลปกครองและตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อเจรจาให้ชดเชยความเสียหาย

หลังจากนั้นทำให้รัฐบาลสมัย พล.อ.สุรยุทธ์ จุลานนท์ ปี พ.ศ. 2549-2551 ได้แก้ไขสัญญาอีกครั้งโดยขยายสัมปทานเพิ่มอีก 13 ปีสิ้นสุดปี พ.ศ. 2577 และขยายค่าผ่านทางช่วง ดินแดง-ดอนเมือง รวมทั้งช่วงดอนเมือง-อนุสรณ์สถาน พร้อมทั้งอนุมัติกรอบการปรับอัตราค่าผ่านทางล่วงหน้าตามสัญญาสัมปทานโดยไม่ต้องขอมติจากคณะรัฐมนตรี จนถึงในปี พ.ศ. 2552 รัฐบาลนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ก็ได้อนุมัติค่าผ่านทางในอัตราที่เรียกเก็บที่เพิ่มขึ้นตามสัญญาสัมปทาน

ในปัจจุบันนี้โครงการดังกล่าวทำให้ไทยต้องสูญเสียเงินชดเชยเป็นจำนวนมาก หลังจากที่ไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ให้บริษัทเอกชนสร้างวงแหวน ลูปแรมป์ เชื่อมทางยกระดับที่บริเวณแยกหลักสี่และบางเขน กรณีนี้จึงเป็นเงื่อนไขทำให้รัฐบาลต้องถูกบริษัทเอกชนฟ้องร้องให้ต้องชดเชยค่าเสียหายบ่อยครั้งจนถึงขั้นยอมขยายสัญญาไปจนถึงปี พ.ศ. 2577

จากที่กล่าวมาข้างต้น หากรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ละเลยหรือล่าช้าจนทำให้ประชาชนผู้รับบริการสาธารณะได้รับความเสียหาย ผู้เสียหายสามารถดำเนินคดีทางศาลปกครองเพื่อให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลได้โดยมีวิธีการ ดังนี้

1. การดำเนินคดีทางศาลปกครองกับรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ละเลยในการปฏิบัติหน้าที่

ในการฟ้องคดีอันเกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนั้นต้องเป็นการฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (2)<sup>372</sup> ประกอบกับ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2)<sup>373</sup> พื้นฐานของการฟ้องคดีประเภทนี้เกิดจากการที่ฝ่ายปกครองละเลยต่อหน้าที่ โดยหน้าที่ดังกล่าวอาจเป็นหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำในรูปของปฏิบัติการทางปกครองหรือเป็นการขอให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะออกคำสั่งอันเป็นการกระทำในทางดเว้นก็ได้ ในการฟ้องคดีดังกล่าวมีข้อสังเกตดังนี้

1) ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ตามกฎหมายให้ต้องปฏิบัติ

กรณีจะเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามมาตรา 9 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น เงื่อนไขประการแรกจะต้องเป็นกรณีที่กฎหมาย

<sup>372</sup> มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้  
(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

<sup>373</sup> มาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้  
(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ ส่วนการกำหนดให้เป็นหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ นั้น อาจจะเป็นการกำหนดในลักษณะที่เป็นการทั่ว ๆ ไป

- 2) ฝ่ายปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ
- 3) การละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติเกิดผลกระทบต่อผู้ฟ้อง

2. หลักเกณฑ์การดำเนินคดีทางศาลปกครองในการปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้า  
ในการฟ้องคดีอันเกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ตามกฎหมายนั้นต้องเป็นการฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (2) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) พื้นฐานของการฟ้องคดีประเภทนี้เกิดจากการที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรโดยหน้าที่ดังกล่าวอาจเป็นหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำในรูปของปฏิบัติการทางปกครองหรือเป็นการขอให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะออกคำสั่งอันเป็นการกระทำในทางดเว้นก็ได้ ในการฟ้องคดีดังกล่าวมีข้อสังเกตดังนี้

- 1) ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ตามกฎหมายให้ต้องปฏิบัติ

กรณีจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา 9 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น เงื่อนไขประการแรกจะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ ส่วนการกำหนดให้เป็นหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ นั้น อาจจะเป็นการกำหนดในลักษณะที่เป็นการทั่ว ๆ ไป

- 2) ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร
- 3) การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรเกิดผลกระทบต่อผู้ฟ้อง

#### 4.4.2 ความรับผิดอันเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐ

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองนั้นเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยมีการแบ่งผลประโยชน์ให้แก่รัฐและเอกชนได้กำไรจากการที่ได้จัดทำบริการสาธารณะ โดยรัฐมีอำนาจพิเศษที่เรียกว่าเอกสิทธิ์ของรัฐอยู่เหนือเอกชนในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

เอกสิทธิ์ของรัฐเป็นอำนาจพิเศษที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทั้งในการทำสัญญาและดำเนินการตามสัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะโดยมีสาระสำคัญตรงที่ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถใช้เอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญาทั้งการแก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาเป็นต้นได้ หากเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะต่อไปได้หรือไม่ดำเนินการตามสัญญารวมถึงการใช้อธิปไตยเพื่อประโยชน์สาธารณะแม้เอกชนจะไม่ได้ผิดสัญญาก็ตาม แต่การใช้อธิปไตยดังกล่าวในกรณีที่เอกชนไม่ได้ผิดสัญญาก็ต้องจ่ายเงินทดแทน แต่หากเป็นกรณีที่ใช้อธิปไตยโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

หรือเกินความจำเป็นทำให้เอกชนได้รับความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องมีความรับผิดชอบต่อเอกชน คู่สัญญา การเอกสิทธิ์ของรัฐที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังมีปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่เป็น การยืนยันว่ารัฐมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนี้

สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนระหว่างสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติกับ เอกชนผู้รับจ้างเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดยจัดให้มีอาคารเรียนเพื่อเป็นสถานที่ศึกษา ให้กับเด็กและเยาวชนในท้องถิ่น อันเป็นบริการสาธารณะที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันประกอบกับ ข้อกำหนดในสัญญายังมีลักษณะที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ดังจะเห็นได้จาก ข้อความในสัญญาที่กำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้แม้คู่สัญญาฝ่าย เอกชนจะไม่ผิดสัญญาก็ตาม และสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำงานพิเศษเพิ่มเติมแม้ไม่ได้มีการตกลงกัน ไว้ในสัญญาจ้างตั้งแต่แรก ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเป็นไปอย่างต่อเนื่องและบรรลุ วัตถุประสงค์ของการบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>374</sup>

สัญญาจ้างก่อสร้างพัฒนาระบบแปลงเกษตรกรรม ระหว่างสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อ เกษตรกรรมผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้าง เป็นสัญญาทางปกครองที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคสำหรับ ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันและมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็น หน่วยงานทางปกครองเป็นอันมาก เช่น ข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงาน พิเศษ ข้อกำหนดที่ให้ผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ ประกอบกับเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มี วัตถุประสงค์เพื่อก่อสร้างระบบแปลงเกษตรกรรมอันเป็นลักษณะพิเศษเพื่อให้การดำเนินการทาง ปกครองบรรลุผล ซึ่งเป็นลักษณะที่ไม่พบในสัญญาแพ่งทั่วไป นอกจากนี้ ยังมีการตกลงให้ใช้สัญญา แบบปรับราคาได้<sup>375</sup>

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการ สาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ แต่สามารถกระทำได้ด้วยเหตุผลที่ต้อง มีการปรับปรุงบริการสาธารณะให้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนซึ่งถือว่าเป็นภารกิจที่ สำคัญของรัฐ<sup>376</sup> ความรับผิดของรัฐที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการควบคุม กำกับ ดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะสามารถแบ่งแยกเป็น 2 กรณี ดังนี้

#### 4.4.2.1 ความรับผิดอันเกิดจากการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

ในสัญญาทางปกครองที่ภาครัฐจะต้องทำสัญญากับเอกชนนั้น หากยึดหลักสัญญา ต้องเป็นสัญญาอย่างเคร่งครัดดังเช่นในสัญญาทางแพ่ง อาจทำให้ประโยชน์สาธารณะเสียหายได้ ฝ่าย ปกครองจึงต้องดำเนินการประสานประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญาและประโยชน์ของ รัฐที่ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงเกิดหลักกฎหมายที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการ แก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าวนั้น มีมูลเหตุจาก

<sup>374</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546; สำนักงานพัฒนาระบบงานคดีปกครอง, **คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2551), หน้า 67.

<sup>375</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 139/2547; **เรื่องเดียวกัน**, หน้า 68.

<sup>376</sup> ปารวี พิสิฐเสนากุล, **เงื่อนไขการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง**, หน้า 2, ค้นวันที่ 3 พฤษภาคม 2559 จาก <http://www.slideshare.net/valrom/ss-29425522>

การที่บุคคลสองฝ่ายเข้าทำสัญญากัน จะมีข้อเท็จจริงบางประการที่ถือเป็นเสมือนรากฐานหรือมูลเหตุของการตกลงเข้าทำสัญญาก่อนที่ตามพันธะกรรมที่ตกลงไว้ต่อกัน ดังนั้นหากมีเหตุการณ์บางประการอันไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้นในอนาคต และทำให้มีผลกระทบต่อรากฐานหรือมูลเหตุของการตกลงเข้าทำสัญญานั้น ๆ คู่กรณีก็ไม่ควรจะต้องผูกพันปฏิบัติตามเนื้อหาแห่งสัญญาที่ตกลงกันไว้แต่เดิม โดยมีสิทธิเรียกร้องให้มีการแก้ไขข้อสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งมูลเหตุที่ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงไปของสัญญาในขณะที่สัญญาและขณะปฏิบัติการชำระหนี้จนทำให้มีสิทธิของคู่สัญญาแก้ไขข้อสัญญาหรือเลิกสัญญาได้นั้น ในสัญญาทางแพ่งก็เช่น การเกิดวิกฤตเศรษฐกิจทำให้ค่าเงินเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ราคาของสินค้าเกิดการเปลี่ยนแปลงไปจนเกินความคาดหมายของคู่สัญญา การเกิดสงคราม การเกิดภัยพิบัติ การห้ามนำเข้าหรือส่งออกวัตถุดิบที่ใช้ผลิตสินค้าบางชนิด เป็นต้น อันทำให้การปฏิบัติตามสัญญานั้นเป็นภาระอันเกินควรแก่ความคาดหมายหรือการชำระหนี้ไม่มีทางบรรลุตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้ กรณีตามตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงไปของพฤติการณ์อันเป็นข้อเท็จจริงที่มีผลกระทบต่อสัญญา ในสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งอันอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง นอกจากพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงจะมีผลกระทบต่อสัญญาแล้ว การเปลี่ยนแปลงไปของบทบัญญัติของกฎหมายก็ย่อมจะมีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองด้วยเช่นกัน

รัฐจึงมีเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาเพียงฝ่ายเดียว เนื่องจากการที่รัฐมีเอกสิทธิ์เช่นนี้เป็นเพราะการจัดทำบริการสาธารณะต้องเป็นไปตามหลักการพื้นฐานในการบริการสาธารณะ คือ หลักการอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันและเพื่อประโยชน์สาธารณะ การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจักต้องคำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงจากความจำเป็นในการรักษาประโยชน์สาธารณะอยู่เสมอ และจะต้องปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชน สิทธิและประโยชน์ที่บุคคลได้รับจากบริการสาธารณะ ซึ่งอำนาจในการแก้ไขสัญญาที่รัฐมีนั้นก็มีการยืนยันจากศาลปกครองโดยปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครอง ดังนี้

ในคดีพิพาทกันเรื่องหนึ่ง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ในการก่อสร้างได้ และผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีงบประมาณที่จะดำเนินการก่อสร้างได้ต่อไป จึงแจ้งบอกเลิกสัญญานั้น มิใช่กรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีจะทำงานไม่แล้วเสร็จภายในเวลาหรือผู้ฟ้องคดีดำเนินการไม่ถูกต้องตามสัญญาประการใดประการหนึ่ง การบอกเลิกสัญญาจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการที่ข้อกำหนดในสัญญาให้สิทธิแก่ผู้ถูกฟ้องคดีฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาได้ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มเติมหรือลดงานจากรูปแบบรายละเอียดตามสัญญาโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญานั้น เป็นกรณีที่คู่สัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล แต่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวนั้น จะต้องเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น<sup>377</sup>

ดังนั้น หากรัฐแก้ไขสัญญาทำให้เอกชนได้รับความเสียหาย รัฐก็อาจจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายเป็นตัวแทนต่อเอกชนคู่สัญญา ดังที่ปรากฏใน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

<sup>377</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 483/2551

1) การใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบ

(1) ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่สัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยนั้น การใช้สิทธิดังกล่าวต้องอยู่บนพื้นฐานหลักความจำเป็นและความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาด้วย เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า การพยายามแก้ไขสัญญาโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มิได้เกิดขึ้นจากความจำเป็นแต่อย่างใด การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาโดยบันทึกข้อตกลงที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ทำขึ้น จึงไม่มีผลใช้บังคับต่อผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่มีอำนาจที่จะปรับลดเงินค่าจ้างจากผู้ฟ้องคดี และมีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าจ้างที่ปรับลดลงไปจำนวน 168,542 บาทให้แก่ผู้ฟ้องคดี<sup>378</sup>

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดข้างต้น องค์การบริหารส่วนตำบลคลองสีล่อมเป็นหน่วยงานของรัฐในรูปแบบองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537<sup>379</sup> มีอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในพื้นที่ของตนตามหลักการกระจายอำนาจจากราชการส่วนกลาง สัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ การก่อสร้างของห้างหุ้นส่วนจำกัด จิตมาตตรังนั้นต้องอยู่ภายใต้การควบคุม กำกับดูแลขององค์การบริหารส่วนตำบลคลองสีล่อมในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เมื่อองค์การบริหารส่วนตำบลคลองสีล่อมมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลก็ย่อมมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาก่อสร้างที่ทั้งคู่ในทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่เมื่ออำนาจที่มีเหนือเอกชนในการแก้ไขสัญญานั้นได้ใช้ไปแต่เกินความจำเป็นและความเป็นธรรมทำให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด จิตมาตตรัง ได้รับความเสียหาย การกระทำเช่นนี้จึงถือว่าเป็นการใช้อำนาจเกินกว่าที่ควรจะเป็น เป็นการยืนยันว่า ในสัญญาทางปกครองนั้นรัฐมีเอกสิทธิ์ในสัญญาเหนือเอกชนในการที่จะแก้ไขสัญญาได้ แต่การแก้ไขสัญญานั้นจะต้องมีความจำเป็นและเป็นธรรมต่อคู่สัญญาตามหลักการอ่อนตัวเปลี่ยนแปลงได้ของบริการ

(2) ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ตามเอกสารสอปรการระบุว่า ผู้ฟ้องคดีจะต้องก่อสร้างท่อลอดขนาดเส้นผ่าศูนย์กลาง 0.60 เมตร และตามสัญญาได้ระบุไว้ชัดเจนว่าให้ผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติงานดำเนินการปรับพื้นที่พร้อมลงหินคลุกบดอัดแน่น และวางท่อลอดขนาดเส้นผ่าศูนย์กลาง 0.60 เมตร จึงเห็นได้ว่างานวางท่อลอดขนาดเส้นผ่าศูนย์กลาง 0.60 เมตรเป็นงานตามสัญญา ส่วนการจะกำหนดว่าจะก่อสร้างหรือวางท่อดังกล่าวบริเวณใดเป็นเรื่องที่ต้องไปตรวจสอบจากพื้นที่จริงและไปสอบถามจากประชาชนในพื้นที่ต่อไป ดังนั้นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบแปลนแนบท้ายสัญญาแม้จะแตกต่างจากแบบแปลนที่ผู้ฟ้องคดีซื้อมาจากการสอบราคาก็ตาม แต่ก็มีใช้การแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญตามข้อ 33 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของ

<sup>378</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2554

<sup>379</sup> ราชกิจจานุเบกษา 117, 10 ก (20 กุมภาพันธ์ 2543), หน้า 1 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, รวมกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 58.

องค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 จึงไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบก่อนลงนามในสัญญาแต่อย่างใด<sup>380</sup>

องค์การบริหารส่วนตำบลบางบัวทอง เป็นหน่วยงานของรัฐในรูปแบบองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537<sup>381</sup> ได้จ้างให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างถนนลาดยางแอสฟัลท์ติกคอนกรีต องค์การบริหารส่วนตำบลบางบัวทองจึงมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างของผู้ฟ้องคดีในกรณีนี้

## 2) การใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาที่รัฐต้องรับผิดชอบ

(1) คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทำบันทึกข้อตกลงก่อนที่จะครบกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จที่แก้ไขใหม่เพียง 30 วัน เพื่อที่จะใช้สิทธิปรับผู้ฟ้องคดีเป็นเงินจำนวนถึง 311 วัน คิดเป็นเงิน 3,249,750 บาท จากจำนวนค่าก่อสร้างทั้งสิ้น 4,099,781 บาท ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาโดยไม่สุจริต เมื่อผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างตามสัญญาจนแล้วเสร็จและส่งมอบงานให้ผู้ถูกฟ้องคดีภายในกำหนดระยะเวลาที่ผู้ถูกฟ้องคดีทำบันทึกตกลงแนบท้ายสัญญาให้ขยายเป็นวันที่ 27 สิงหาคม 2545 แล้ว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิหักค่าจ้างตามสัญญาเป็นจำนวนเงินดังกล่าวนั้นจึงเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาโดยมิชอบ ทั้งนี้แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะได้แสดงความยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีปรับโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ก็ตาม พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินค่าปรับที่หักไว้เป็นเงิน 3,249,750 บาท ให้แก่ผู้ฟ้องคดีภายในกำหนดเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา<sup>382</sup>

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงสถานที่กำจัดขยะมูลฝอยระหว่างเทศบาลเมืองโพธารามซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่ได้รับอำนาจตามหลักการกระจายอำนาจทางพื้นที่ในรูปแบบของเทศบาล<sup>383</sup> ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2543 (ฉบับที่ 12) กับเอกชนนั้น เป็นสัญญามีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง เทศบาลเมืองโพธารามจึงมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนก่อสร้างดังกล่าวโดยมีอำนาจตามสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นและระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)

## (2) สัญญาสัมปทานสถานีโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ (ITV)

สัญญาสัมปทานสถานีโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ (ITV) เป็นสัญญาระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) กับ บริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน) ในการให้บริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน) เผยแพร่ออกอากาศรายการโทรทัศน์ช่อง ITV ปี พ.ศ. 2539 เนื่องจากใน

<sup>380</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 447/2554

<sup>381</sup> ราชกิจจานุเบกษา 117, 10 ก (20 กุมภาพันธ์ 2543), หน้า 1 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *รวมกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติ* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 58.

<sup>382</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 510/2554

<sup>383</sup> ราชกิจจานุเบกษา 70, 14 (17 กุมภาพันธ์ 2496), หน้า 222 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *รวมกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติ* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 54.

สัญญาดังกล่าวมีการกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองจากรัฐตามสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ ความว่า “หากสำนักงานหรือหน่วยงานของรัฐให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใด ๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินกิจการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์โดยมีโฆษณาหรืออนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับสมาชิกทำการโฆษณาได้ และเป็นเหตุให้ผู้เข้าร่วมการงานได้รับผลกระทบต่อฐานะการเงินของผู้เข้าร่วมงานอย่างรุนแรง เมื่อผู้เข้าร่วมงานร้องขอ สำนักงานจะพิจารณาและเจรจากับผู้ร่วมงานโดยเร็ว เพื่อหามาตรการชดเชยความเสียหายที่ผู้เข้าร่วมงานได้รับจากผลกระทบดังกล่าว” หลังจากนั้นได้เกิดเหตุการณ์ดังต่อไปนี้

(2.1) วันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 กองทัพบกได้ยกเลิกสัญญาเช่าและใช้เวลาดอกอากาศสถานีโทรทัศน์กองทัพบกช่อง 7 กับบริษัทกรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด จากสัญญาเดิม (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน 2537) ที่กำหนดไว้ 12 ปี (พ.ศ. 2537-พ.ศ. 2549) ซึ่งจะสิ้นสุดสัญญาในปี 2539 แลกกองทัพบกได้ยกสร้างสัญญาฉบับใหม่ที่อนุญาตให้บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด ดำเนินกิจการให้บริการวิทยุโทรทัศน์ทางสถานีโทรทัศน์กองทัพบกช่อง 7 เป็นระยะเวลา 25 ปีด้วยข้ออ้างเพื่อกรุยทางไปสู่การแปรสภาพบริษัทเป็นบริษัทมหาชนและนำกิจการเข้าจดทะเบียนระดมทุนในตลาดหลักทรัพย์พร้อมกับกำหนดอัตราค่าตอบแทนที่บริษัทต้องจ่ายให้แก่กองทัพบกเฉลี่ยปีละ 150-230 ล้านบาท หรือรวมค่าผลประโยชน์ตอบแทน 25 ปีทั้งสิ้น 4,670 ล้านบาท

(2.2) เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2542 คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติให้สถานีวิทยุโทรทัศน์ช่อง 11 กรมประชาสัมพันธ์ มีโฆษณาได้ในช่วงการถ่ายทอดสดกีฬาซีเกมส์ครั้งที่ 20 ระหว่างเดือนกรกฎาคม-สิงหาคม 2542 และการแข่งขันโอลิมปิกฤดูร้อนในปี 2000 ระหว่างเดือนกันยายน-ตุลาคม 2543 ซึ่งภายหลังจากช่วงเวลาดังกล่าวสถานีวิทยุโทรทัศน์ช่อง 11 ยังคงปล่อยให้มีการโฆษณาต่อเนื่องเรื่อยมา

หลังจากเกิดเหตุการณ์ทั้ง 2 ดังกล่าว บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ได้ติดตามทวงถามสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) ว่ามีการดำเนินการอย่างไรจากการที่บริษัทดังกล่าวได้รับผลกระทบแต่สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) ปฏิเสธชดเชยความเสียหายที่บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ได้รับ จนกระทั่งบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ได้นำข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย ซึ่งคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในหมายเลขแดงที่ 4/2547 ลงวันที่ 30 มกราคม 2547 มีสาระสำคัญ ดังนี้<sup>384</sup>

1. ให้สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) ชดเชยความเสียหาย โดยชำระเงินคืนให้แก่บริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน) จำนวน 20 ล้านบาท จากมูลค่าความเสียหายที่ไอทีวีเรียกร้องไป 1,730 ล้านบาท

<sup>384</sup> ชูชาติ สว่างสาส์, ฝ่าปรากราเหล็กกฎหมายสัมปทาน ฉบับปรับปรุงใหม่ พ.ร.บ.ร่วมทุน ปี 2535: หนามยอกอกเมกะโปรเจกต์ (กรุงเทพฯ: ยู ซาเลนจ์ คอมมิวนิเคชั่น, 2550), หน้า 189-190.

2. ให้เปลี่ยนแปลงการจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนตามสัญญาข้อ 5 ในสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ โดยกำหนดให้บริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน) ต้องจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนขั้นต่ำปีละ 230 ล้านบาท ตลอดระยะเวลาที่เหลืออยู่ของสัญญา หรือต้องจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนในอัตราร้อยละ 6.5 ของรายได้ก่อนหักค่าใช้จ่าย โดยให้ถือเอาจำนวนที่มากกว่าเป็นหลัก ตั้งแต่วันที่ 3 กรกฎาคม 2545 เป็นต้นไป

3. ให้สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) คืนเงินผลประโยชน์ตอบแทนขั้นต่ำ สำหรับงวดวันที่ 3 กรกฎาคม 2546 ที่ไอทีวีได้ชำระในระหว่างการดำเนินคดีไปจำนวน 570 ล้านบาทคืนแก่บริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน)

4. ให้บริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน) สามารถแพร่ภาพออกอากาศได้ โดยไม่ต้องถูกจำกัดเฉพาะรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์ในช่วงเวลาไพรม์ไทม์ (19.30-21.30) แต่ไอทีวีต้องนำเสนอรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของเวลาออกอากาศทั้งหมดภายใต้ข้อบังคับของกฎระเบียบที่ทางราชการออกใช้บังคับสถานีวิทยุโทรทัศน์โดยทั่วไป

สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีไม่ยอมรับคำวินิจฉัยและได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยว่า

การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาในข้อ 5 วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ยูเอชเอฟระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) เป็นการเพิ่มเติมเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาโดยมิได้เสนอเรื่องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง จึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

องค์คณะตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้ออกนั่งบัลลังก์อ่านคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีดังกล่าวเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2549 วินิจฉัยอุทธรณ์คำร้องของบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ที่มีต่อคำพิพากษาของศาลปกครองกลาง แล้วเห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาเข้าร่วมงาน และดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟอันเป็นเนื้อหาของบริการสาธารณะโดยปราศจากการตรวจสอบจากรัฐ ดังนั้น คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการข้างต้นจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 40 วรรคสาม (2) (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าว

จากคำพิพากษาดังกล่าวจึงเป็นการยกเลิกคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการทำให้ทำให้บริษัท ไอทีวี จำกัด ต้องจ่ายค่าตอบแทนรวมแล้วเป็นเงิน 97,000 ล้านบาท ซึ่งบริษัท ไอทีวี จำกัด ไม่สามารถที่จะหาเงินมาจ่ายได้ รัฐจึงไม่ได้รับค่าทดแทนและนำมาสู่การบอกเลิกสัญญา

(3) คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การสั่งการของประธานองค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ถูกฟ้องคดี) เป็นการสั่งที่มีอำนาจกระทำได้โดยถือว่าเป็นงานพิเศษที่อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อให้สามารถก่อสร้างถนนตามสัญญาต่อไปได้ และถือว่าการก่อสร้างเขื่อนเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งของสัญญาก่อสร้างถนน แม้เป็นการตกลงด้วยวาจาก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากตามบทบัญญัติมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติให้สัญญาจ้างทำของต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้น เมื่อกรณีดังกล่าวไม่ได้เกิดจากการสมยอมระหว่างผู้แทนของหน่วยงานของรัฐกับผู้รับจ้าง หรือเกิดจากความผิดของผู้รับจ้าง หรือผู้รับจ้างต้องหลีกเลี่ยงการประกวดราคา แม้จะเป็นกรณีที่ไม่ได้ผ่านขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538<sup>385</sup> แต่โดยที่การดำเนินการตามระเบียบดังกล่าวเป็นขั้นตอนการปฏิบัติภายในของหน่วยงาน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจนำการไม่ปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวมาเป็นเหตุผลปฏิเสธความรับผิดชอบได้ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างเขื่อนตามที่มีการสั่งให้ทำเพิ่มเติมจนเสร็จเรียบร้อยแล้ว ย่อมมีสิทธิได้รับชำระค่าจ้างเป็นการตอบแทนตามจำนวนที่ตกลงกันได้ พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินค่าจ้างตามสัญญา พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี นับแต่วันที่คณะกรรมการตรวจการจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีได้ตรวจรับงานเป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จสิ้นให้แก่ผู้ฟ้องคดี<sup>386</sup>

องค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ถูกฟ้องคดี) เป็นหน่วยงานของรัฐในรูปแบบองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ได้จ้างให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กเลียบบดลอง องค์การบริหารส่วน

<sup>385</sup> ในปัจจุบันนี้ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2544 ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว โดยมีระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมใช้บังคับแทน

<sup>386</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 16/2547

ตำบลดังกล่าวจึงมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างของผู้ฟ้องคดีในกรณีนี้ตามสัญญาจ้างก่อสร้างที่คู่สัญญาทำขึ้นและระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)

(4) ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การที่สัญญาจ้างก่อสร้างเชื่อม ค.ส.ล. (ดาตห้องคลอง) ตามสัญญาจ้างเลขที่ สนน. 103/82539 ลงวันที่ 21 มิถุนายน 2539 ราวเหล็กและบันได คลองไฟสังโทรระหว่างผู้ฟ้องคดี (บริษัท ศกรวิศวรรรม จำกัด) กับผู้ถูกฟ้องคดี (กรุงเทพฯ) มีข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ผู้ฟ้องคดีฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาได้ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวนั้นจะต้องเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิตามสัญญาเปลี่ยนแปลงลดงานก่อสร้างตามสัญญาลง มิใช่เป็นการดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผลจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจรับฟังได้<sup>387</sup>

กรุงเทพฯ ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รูปแบบพิเศษจัดตั้งตาม พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 จึงมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างเชื่อม ค.ส.ล. (ดาตห้องคลอง) ของบริษัท ศกรวิศวรรรม จำกัด ในฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาโดยมีอำนาจตามสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นและข้อบัญญัติ กรุงเทพฯ เรื่อง การพัสดุ พ.ศ. 2538

(5) คำวินิจฉัยอัยการสูงสุดคดีหนึ่ง เทศบาลนครอุดรธานีผู้ว่าจ้างได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงห้วยหมากแข้ง ประกอบด้วยงานก่อสร้างทางระบายน้ำคอนกรีต ยาวประมาณ 1600 เมตร และซ่อมแซมรางคอนกรีตเดิมจำนวน 23 แฉก ในขณะที่ก่อสร้างประชาชนได้รับความเดือดร้อนมาก ผู้ว่าจ้างจึงแจ้งให้ผู้รับจ้างหยุดการดำเนินการโครงการนี้ไว้ก่อน เพื่อเปลี่ยนแปลงเนื้องานโดยยกเลิกการซ่อมแซมรางระบายน้ำ อ.ส.ร. จำนวน 23 แฉก เปลี่ยนเป็นการขุดลอกคลองดินด้านท้ายน้ำเพื่อระบายน้ำ และป้องกันน้ำท่วมจากคลองคาคอนกรีตรูปสี่เหลี่ยมคางหมูตามสัญญาเดิมแทน การเปลี่ยนแปลงเนื้องานจ้างการขอเปลี่ยนแปลงเนื้องานใหม่ซึ่งเนื้องานที่ขอเปลี่ยนแปลงนี้ไม่อยู่ในเนื้องานเดิม หรืออยู่ในพื้นที่ที่กำหนดให้เป็นพื้นที่ในการก่อสร้างซ่อมแซมเดิม วัสดุ และแรงงานที่ใช้แตกต่างกันไป ตลอดจนวิธีก่อสร้างก็มีได้ใช้วิธีเดิม ดังนั้น ปริมาณการจ้างราคา ค่าก่อสร้างรวมทั้งระยะเวลาในการก่อสร้างย่อมเปลี่ยนแปลง การขอเปลี่ยนแปลงงานจ้างดังกล่าว ซึ่งถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามสัญญา ถ้าฝ่ายรัฐประสงค์ที่จะดำเนินการดังกล่าว ขอบที่จะต้องแก้ไขสัญญา การใช้อำนาจแก้ไขหากผิดไปจากวัตถุประสงค์ของสัญญาเดิมแล้ว การแก้ไขเปลี่ยนแปลงย่อมไม่สามารถทำได้<sup>388</sup>

จากคำวินิจฉัยของสำนักงานอัยการสูงสุดดังกล่าว สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงห้วยหมากแข้งระหว่างเทศบาลนครอุดรธานีซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่ได้รับอำนาจตามหลักการกระจายอำนาจทางพื้นที่ โดยเป็นหน่วยงานของรัฐในรูปแบบของเทศบาล ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2543 (ฉบับที่ 12) กับเอกชนนั้น เป็นสัญญามีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง เทศบาลนครอุดรธานีจึงมีอำนาจในการควบคุม กำกับ

<sup>387</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 483/2551

<sup>388</sup> คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 146/2542

ดูแลเอกชนก่อสร้างดังกล่าวโดยมีอำนาจตามสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นและระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)

การแก้ไขและเปลี่ยนแปลงสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐในประเทศไทย นั้น กฎหมายที่มีการกำหนดขั้นตอนไว้อย่างชัดเจนคือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 47 ที่มีการเสนอเหตุผลให้และความจำเป็นในการแก้ไขต่อคณะกรรมการกำกับดูแล และจะมีการพิจารณาต่อว่าส่วนที่ขอแก้ไขเป็นสาระสำคัญหรือไม่ซึ่งมีการกำหนดขั้นตอนไว้อย่างชัดเจนว่าในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่มีสาระสำคัญ ให้คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบต่อไป

แต่หากคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอประเด็นที่ขอแก้ไขผลกระทบจากการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและรายละเอียดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาด้วย และถ้าคณะกรรมการกำกับดูแลเห็นด้วยกับการแก้ไข ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ก่อนส่งความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลพร้อมทั้งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับใหม่ที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีการกำหนดขั้นตอนในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาไว้ค่อนข้างชัดเจน

ส่วนการแก้ไขสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 47 ดังกล่าว ในปัจจุบันการแก้ไขสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐดังกล่าว ได้มีประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง ลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ พ.ศ.2558 มาบังคับใช้เพิ่มเติมโดยเป็นการอธิบายว่าการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หมายถึง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

1. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงลักษณะของโครงการ การเปลี่ยนแปลงขอบเขตของเนื้องานการเปลี่ยนแปลงการให้บริการ หรือการเปลี่ยนแปลงการดำเนินโครงการ โดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในลักษณะที่กำหนดไว้ในข้อนี้จะต้องทำให้ผลลัพธ์ในเชิงการให้บริการสาธารณะตามเป้าประสงค์เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม หรือเป็นการเพิ่มผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน
2. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐไม่ว่าในรูปแบบใด ๆ ซึ่งรวมถึงการเปลี่ยนแปลงผลประโยชน์ตอบแทนในรูปตัวเงิน หรือส่วนแบ่งรายได้ การเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการ และการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท
3. การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาหรือการเปลี่ยนโครงสร้างองค์กร อันมีผลทำให้ไม่สามารถดำเนินโครงการต่อไปได้
4. การเปลี่ยนแปลงระยะเวลาของสัญญา
5. การเปลี่ยนแปลงหลักประกันสัญญา
6. การเปลี่ยนแปลงอัตราค่าบริการ หรือการเปลี่ยนแปลงคุณภาพการให้บริการ

การที่มีประกาศดังกล่าวออกมาบังคับใช้เพิ่มเติมยิ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาที่มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ทำให้หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาหากต้องการที่จะแก้ไขสัญญาจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและหลักเกณฑ์ในกฎหมายดังกล่าวที่บัญญัติขึ้น

#### 4.4.2.2 ความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

การจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนจัดทำนั้น รัฐและเอกชนย่อมมีความผูกพันในฐานะคู่สัญญา มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน ในระหว่างที่ดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะอยู่นั้นหากเกิดข้อพิพาทและอีกฝ่ายผิดสัญญาหรือปฏิบัติมิชอบก็ต้องคู่สัญญาเป็นหลักว่าคู่สัญญามีสิทธิในการดำเนินการกับอีกฝ่ายในกรณีใดได้บ้าง แต่ในกรณีที่เอกชนเป็นฝ่ายผิดนั้นรัฐย่อมมีอำนาจเหนือกว่าที่เรียกว่าเอกสิทธิ์ของรัฐ เนื่องจากเป็นสัญญาทางปกครองในฐานะที่รัฐเป็นผู้ควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขสัญญา การเข้าควบคุมตรวจตราการให้บริการสาธารณะ การให้เอกชนทำรายงาน เป็นต้น แต่มีการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐอยู่ชนิดหนึ่งคือ การบอกเลิกสัญญา

การเลิกสัญญานั้นเป็นวิธีการหนึ่งที่จะทำให้สัญญาระงับหรือสิ้นไปซึ่งการจะเลิกสัญญาได้ต้องปรากฏว่าก่อนเลิกสัญญานิติสัมพันธ์ตามสัญญานั้นจะต้องยังมีอยู่และสมบูรณ์ทุกประการ กล่าวคือ สัญญาดังกล่าวจะต้องเกิดจากเจตนาหรือความประสงค์ที่คู่สัญญาต้องการจะสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน โดยอิสระเสรีภาพในการคิด การตัดสินใจ การกระทำ และด้วยวิธีการตามกฎหมายได้บัญญัติรับรองไว้ ดังนั้นเมื่อเกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นแล้ว จึงมีความผูกพันแน่นอนเหมือนเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาสร้างขึ้นมาบังคับระหว่างกัน จึงไม่อาจจะเลิกหรือทำให้สัญญาระงับไปโดยอำเภอใจของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวได้<sup>389</sup> ซึ่งการใช้สิทธิในการเลิกสัญญานั้นมี 3 วิธีคือ

1. คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเห็นพ้องต้องกันว่าสัญญาที่ได้ทำขึ้นแล้วนั้นไม่ควรที่จะดำรงอยู่ต่อไปเพราะเหตุผลบางประการที่คู่สัญญามีร่วมกัน จึงตกลงกันเลิกสัญญา อันเป็นลักษณะของการทำนิติกรรมใหม่เพื่อระงับสิทธิหรือระงับนิติสัมพันธ์เดิม
2. คู่สัญญาฝ่ายรัฐเห็นว่านิติสัมพันธ์ระหว่างกันนั้นไม่อาจดำเนินต่อไปหรือไม่อาจรักษาไว้ได้ต่อไป จึงทำคำเสนอขอเลิกสัญญาไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ถ้าเห็นพ้องต้องกันนิติสัมพันธ์ก็จะระงับไป อาจใช้วิธีในการก่อสร้างแบบปกติได้ หรืออาจจะสนองรับคำเสนอขอเลิกสัญญากันโดยปริยายก็ได้

3. การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งรัฐจะมีอำนาจนี้ โดยมีที่มาจากข้อสัญญาที่มีการระบุไว้หรือจากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ตามพระราชบัญญัติ ระเบียบต่าง ๆ เป็นต้น

นอกจาก 3 วิธีข้างต้นแล้วยังมีหลักเกณฑ์เฉพาะที่รัฐอาจจะบอกเลิกสัญญาได้ คือในกรณีที่เอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญาอย่างร้ายแรงและในกรณีที่เอกชนไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่รัฐใช้สิทธิในการเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเอกชนนั้นไม่ปฏิบัติตามสัญญา การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวบางสัญญานั้นจะต้องต้องมีการโต้แย้งเตือนให้เอกชนทราบถึงการกระทำผิดต่าง ๆ แล้ว (เฉพาะสัญญาสัมปทานที่มีมูลค่าสูง ๆ) ถึงจะสามารถใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้และต้องปรากฏ

<sup>389</sup> สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, **สรุปหลักกฎหมายปกครองเรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง**, หน้า 46.

ว่าเอกชนรายนั้น ๆ มีความผิดที่ร้ายแรงจริง ๆ เช่น ทำให้ประชาชนได้รับความเสียหายจากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะบ่อยครั้ง หรือไม่จัดทำบริการสาธารณะเลยเป็นเวลานาน ๆ เป็นต้น ดังนั้น รัฐจึงสามารถใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้หากเอกชนมีความผิดร้ายแรงจริง ๆ พร้อมทั้งเรียกค่าเสียหายได้ โดยการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาของรัฐนั้นมีการยืนยันในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

1) กรณีที่รัฐบอกเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมาย

(1) คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีหยุดดำเนินการก่อสร้างและมีได้เข้าทำงานก่อสร้างดังกล่าว เป็นการกระทำที่เข้าลักษณะของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว และเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า กรุงเทพฯได้แก้ปัญหาอุปสรรคของผู้ฟ้องคดีจนผู้ฟ้องคดีสามารถเข้าทำงานก่อสร้างตามสัญญาได้แล้ว การที่ผู้ฟ้องคดีหยุดดำเนินการก่อสร้างและมีได้เข้าทำงานก่อสร้างตามสัญญาจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ที่กรุงเทพฯสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงานจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษายกฟ้อง<sup>390</sup>

จากคำพิพากษาดังกล่าว กรุงเทพมหานครเป็นหน่วยงานของรัฐในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษจัดตั้งตาม พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนในฐานะองค์กรของรัฐที่มีอำนาจตามกฎหมาย การมีคำสั่งให้เอกชนเป็นผู้ทำงานนั้นเป็นการเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ถือว่าเป็นการบอกเลิกสัญญาอย่างหนึ่งคือไม่มีการดำเนินการในการก่อสร้างดังกล่าวต่อไปอีกและถือว่ามีเหตุผลในการมีคำสั่งเป็นผู้ทำงานได้เพราะเอกชนคู่สัญญาหยุดดำเนินการก่อสร้างเป็นเวลานาน คำพิพากษานี้เป็นการยืนยันว่ารัฐสามารถใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้หากมีความผิดร้ายแรงจริง ๆ

(2) ข้อเท็จจริงในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า บริษัท จั๊ย จำกัด (ผู้ถูกฟ้องคดี) ไม่ทำการก่อสร้างกลุ่มอาคารที่พักและบริการตามสัญญาให้แล้วเสร็จบริบูรณ์เพื่อส่งมอบแก่กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืช (ผู้ฟ้องคดี) ภายในกำหนดเวลาและมีพฤติการณ์บ่งชี้ว่าไม่อาจทำงานให้แล้วเสร็จโดยเร็วได้ กระทั่งผู้ฟ้องคดีต้องบอกเลิกสัญญา กรณีจึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชำระหนี้ซึ่งก็คือการก่อสร้างกลุ่มอาคารและที่พักและบริการให้แล้วเสร็จบริบูรณ์ ผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าหนี้ตามสัญญาจึงมีอำนาจที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีเรียกค่าขาดรายได้จากการนำอาคารบ้านพักและร้านอาหารออกบริการให้นักท่องเที่ยวเข้าพักและใช้สอย

ซึ่งเมื่อได้พิจารณาเนื้อหาและสัญญาที่ผู้ฟ้องคดีว่าจ้างผู้ถูกฟ้องคดีทำงานก่อสร้างกลุ่มอาคารและที่พักและบริการ ซึ่งมีอาคารร้านอาหารและบ้านพักนักท่องเที่ยว อีกทั้งแบบแปลนการก่อสร้างได้ระบุไว้ชัดเจนว่า การก่อสร้างดังกล่าวผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับจ้างย่อมคาดเดาหรือควรจะได้คาดเห็นอยู่แล้วว่า เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างเสร็จและส่งมอบให้แก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีย่อมต้องนำออกเอาใช้ประโยชน์เพื่อให้นักท่องเที่ยวได้เข้าพักอาศัยและใช้สอย ดังนั้นผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถนำอาคารร้านอาหารและที่พักออกให้บริการนักท่องเที่ยวเพื่อหารายได้ตามความประสงค์ จึงเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาโดยไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ของผู้ถูกฟ้องคดี และเป็นความ

<sup>390</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 683/2554

เสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษที่คู่กรณีได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงชอบที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการขาดรายได้จากการใช้ประโยชน์จากอาคารดังกล่าวจากผู้ถูกฟ้องคดีได้<sup>391</sup>

จากคำพิพากษาดังกล่าว เป็นการสัญญาจ้างก่อสร้างกลุ่มอาคารและที่พักระหว่าง กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืชซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นหน่วยงานราชการ ส่วนกลางระดับกรมกับ บริษัท จั๊ย จำกัด ซึ่งเป็นเอกชนคู่สัญญา เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครอง กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืชจึงมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลบริษัท จั๊ย จำกัดในการจัดทำบริการสาธารณะตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วย การพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) และสัญญาจ้างก่อสร้างที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

## 2) กรณีที่รัฐบอกเลิกสัญญาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

(1) คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อในสัญญาจ้างไม่ได้ระบุความหนาและน้ำหนักของท่าเหล็กกล้าที่ผู้รับจ้างที่จะต้องนำมาขยายในการวางท่อประปา เมื่อผู้รับจ้างนำท่อเหล็กกล้าตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมให้ใช้ได้ตามมาตรฐาน มอก. มาใช้ในการวางขยายท่อประปาจึงถูกต้องตามสัญญาแล้ว การที่เทศบาลนำคุณสมบัติของท่าประปาที่ผู้รับจ้างรายอื่นใช้ในการขยายเขตประปาแก่เทศบาลซึ่งมีน้ำหนักและความหนามากกว่ามาเปรียบเทียบกับท่อเหล็กที่ผู้รับจ้างนำมาใช้แล้วไม่รับมอบงานเป็นการตรวจสอบที่อยู่นอกเหนือและเกินจากข้อกำหนดในสัญญาจ้าง นำมาเป็นเหตุบอกเลิกสัญญา จึงเป็นการบอกเลิกสัญญาที่มีชอบด้วยกฎหมาย ศาลพิพากษาให้เทศบาลชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงินค่าจ้างตามสัญญา<sup>392</sup>

จากคำพิพากษาข้างต้น เทศบาลดังกล่าวเป็นหน่วยงานของรัฐคู่สัญญาในรูปแบบองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2543 (ฉบับที่ 12) มีอำนาจควบคุม กำกับดูแลผู้ถูกฟ้องคดีก็คือเอกชนคู่สัญญาในการจ้างวางท่อขยายประปาในฐานะองค์กรของรัฐที่เป็นคู่สัญญาแต่เมื่อรัฐบอกเลิกสัญญามีชอบทำให้บริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำนั้นได้รับความเสียหาย รัฐต้องมีความรับผิดชอบในการจ่ายค่าเสียหายให้แก่เอกชนตามสัญญา

(2) คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญาเพราะไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้รับจ้าง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถจะเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีได้เพราะเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่สามารถกระทำได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้จะไม่ใช่ไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาก็ตาม และเห็นว่าค่าซื้อเอกสารประกวดราคาและค่าเดินทางมาซื้อรูปแบบรายการก่อสร้างนั้นเป็นค่าใช้จ่ายก่อนสัญญาเกิดขึ้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ฟ้องคดีในส่วนนี้ ส่วนค่าคำนวณและแบบตรวจสอบสถานที่ก่อสร้างและค่าทดสอบชั้นดินเป็นค่าใช้จ่ายจากการงานที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำให้แก่ผู้ฟ้องคดีหลังจากที่ได้ทำสัญญากันแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องใช้จ่ายเงินค่าการงานดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีและการที่ผู้ฟ้องคดีไปสั่งซื้อวัสดุก่อสร้างรอไว้เพื่อเตรียมการก่อสร้างจึงเป็นการกระทำตามปกติของ

<sup>391</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 459/2556

<sup>392</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 176/2548

บุคคลที่มีหน้าที่ต้องชำระค่าสิ่งซื้อวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างและทำให้ผู้ฟ้องคดีถูกริบเงินมัดจำ การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีจึงทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี<sup>393</sup>

จากคำพิพากษาของศาลปกครองดังกล่าว สัญญาก่อสร้างประปาชนบท ระหว่างองค์การบริหารส่วนตำบลดงขงอ ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐส่วนท้องถิ่นในรูปแบบองค์การบริหารส่วนตำบลตามพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการปกครองส่วนตำบล พ.ศ. 2537 กับบริษัท สหทัศนกิจก่อสร้าง จำกัด เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง องค์การบริหารส่วนตำบลดงขงอจึงมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างของบริษัท สหทัศนกิจก่อสร้าง จำกัดตามสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นและตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)

(3) คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏเหตุอันควรสงสัยในความเหมาะสมของแบบรากฐานของสะพานว่าสมควรจะใช้ฐานรากแบบตอกเสาเข็มตามที่กำหนดไว้ในสัญญาจ้างหรือสมควรปล่อยเป็นแบบฐานแผ่ตามผลการทดสอบและวิเคราะห์ของผู้ฟ้องคดีรวมทั้งสำนักงานโยธาธิการจังหวัดตาก วิทยุเช่นผู้ถูกฟ้องคดีชอบที่จะมอบหมายให้ผู้ควบคุมงาน คณะกรรมการตรวจการจ้าง บริษัทที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญอื่นที่ตนเชื่อถือและไว้วางใจตรวจสอบสภาพชั้นดินและวิเคราะห์ความเหมาะสมของแบบฐานรากที่จะพึงใช้กับสะพานที่ว่าจ้างก่อสร้างให้แน่ใจ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ดำเนินการเหมือนดังเช่นวิทยุเช่นเช่นผู้ถูกฟ้องคดีพึงกระทำ กลับบ่ายเบี่ยงให้อนุมัติไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบฐานรากตามคำขอของผู้ฟ้องคดีและยืนยันให้ผู้ฟ้องคดีลงมือก่อสร้างฐานรากแบบตอกเสาเข็มตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริตให้แก่ผู้ฟ้องคดีพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นจำนวน 100,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินดังกล่าว และให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนหลักประกันสัญญาให้แก่ผู้ฟ้องคดี<sup>394</sup>

สัญญาจ้างก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็กข้ามห้วยแม่อุสุดังกล่าวเป็นสัญญาระหว่างองค์การบริหารส่วนตำบลแม่อุสุซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐในฐานะองค์กรของรัฐในระดับเทศบาลที่จัดทำบริการสาธารณะของราชการส่วนท้องถิ่นพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการปกครองส่วนตำบล พ.ศ. 2537 และเอกชนคู่สัญญาที่นำคดีมาฟ้อง เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง องค์การบริหารส่วนตำบลแม่อุสุจึงมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนที่เป็นคู่สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะในฐานะองค์กรของรัฐที่เป็นคู่สัญญาและโดยผลของกฎหมาย

### 3) กรณีที่รัฐบอกเลิกสัญญาโดยปริยาย

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์ในการทำสัญญาจ้างก่อสร้างอันเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งตามสัญญาจ้างนั้นคือ สวัสดิภาพ โดยข้อตกลงในสัญญานั้นมิได้มีการกำหนดให้ฝ่ายเอกชนหรือผู้รับจ้างบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้เนื่องจากสัญญาดังกล่าวเป็น

<sup>393</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 429/2556

<sup>394</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 733/2554

สัญญาทางปกครองที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ เอกสิทธิ์ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าว จึงเป็นของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งในกรณีพิพาทนี้แม้ผู้ฟ้องคดีจะมีส่วนเป็นฝ่ายผิดก็ตาม แต่ผู้ฟ้องคดีก็ชอบที่จะปฏิบัติตามสัญญาให้แล้วเสร็จ หากได้ใช้ความพยายามเพื่อให้การปฏิบัติตามสัญญาลุล่วง แต่กรณีของผู้ฟ้องคดีนั้นเห็นว่าเริ่มเข้าดำเนินการตามสัญญาล่าช้าโดยผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือเตือนก่อน และเมื่อได้เริ่มทำงานผู้ฟ้องคดีก็มีข้อทักท้วงจากกรณีต่าง ๆ ที่ผู้ฟ้องคดีน่าจะเข้าใจพื้นที่เป็นอย่างดี ต้องถือว่าผู้ฟ้องคดีทราบถึงปัญหานี้อยู่แล้ว

แม้จะฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีต่างฝ่ายต่างยังไม่มีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะบอกเลิกการจ้างได้โดยชอบ แต่เมื่อต่างฝ่ายต่างใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาซึ่งกันและกันแสดงว่าทั้งสองฝ่ายสมควรใจที่จะให้สัญญาพิพาทเลิกแล้วต่อกัน สัญญาจึงเลิกกันโดยปริยายเมื่อสัญญาพิพาทต้องถูกยกเลิกด้วยความสมควรใจของทั้งสองฝ่ายโดยที่ไม่ใช่ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว คู่สัญญาต่างฝ่ายต้องให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่ตามเดิมโดยที่ต่างฝ่ายต่างเรียกร้องความเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้

จากคำพิพากษาดังกล่าว สัญญาจ้างก่อสร้างสวนสุขภาพเป็นสัญญาระหว่างเทศบาลตำบลป่าต้วซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่ได้รับอำนาจมาจากการกระจายอำนาจในรูปแบบเทศบาลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2543 (ฉบับที่ 12) กับเอกชนคู่สัญญาที่นำคดีมาฟ้อง สัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เทศบาลตำบลป่าต้วจึงมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนคู่สัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) และสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

#### 4) กรณีที่รัฐใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาแต่รัฐได้รับความเสียหาย

เกิดขึ้นในสัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพฯระหว่างระหว่างกระทรวงคมนาคม การรถไฟแห่งประเทศไทย กับ บริษัทโฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด สัญญาดังกล่าว ไม่มีการดำเนินการซึ่งเกิดจากความล่าช้าของรัฐทั้งการรถไฟแห่งประเทศไทยและกระทรวงคมนาคม ที่ประสบปัญหาในการส่งมอบพื้นที่บริเวณทางรถไฟที่การรถไฟแห่งประเทศไทยไม่สามารถเคลียร์พื้นที่สัมปทานก่อสร้างให้แก่บริษัทโฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ได้ทันตามสัญญา ปัญหาในการเจรจาในการออกแบบการก่อสร้างที่ไม่สามารถตกลงเจรจากันได้ จนนาย สุวัจน์ ลิปตพัลลภ ซึ่งเป็นรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมขณะนั้นจึงได้ตัดสินใจเสนอให้รัฐบาลยกเลิกสัมปทานตามข้อ 27 เมื่อวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2539 และมีการเสนอแนวทางในการบอกเลิกสัญญา แต่ก็นำมาสู่การบอกเลิกสัญญาครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2540

ซึ่งจากการที่สัญญาไม่มีการดำเนินการและไม่มีความคืบหน้า ทำให้โครงการดังกล่าวดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาไม่เสร็จและเปลืองงบประมาณเป็นจำนวนมาก เนื่องจากโครงการนี้ใช้งบประมาณในการลงทุนประมาณ 80,000 ล้านบาท

#### 4.4.3 ความรับผิดและการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดในทางละเมิดของรัฐ

แต่เดิมความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานของรัฐหรือของเจ้าหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกก็ดี ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ต่อหน่วยงานของรัฐเองก็ดีตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดเช่นเดียวกับความรับผิดทางละเมิดของเอกชนธรรมดา แต่การนำกฎหมายดังกล่าวซึ่งมีเจตนารมณ์จะให้ใช้บังคับโดยตรงกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนมาใช้บังคับกับการละเมิดของหน่วยงานของรัฐและหรือเจ้าหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกและกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ต่อหน่วยงานของรัฐด้วยเองนั้นเป็นการไม่เหมาะสม เพราะในบางกรณีก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทั้งแก่ผู้เสียหายและแก่เจ้าหน้าที่ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่การบริหารรัฐกิจ

ดังนั้น จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ขึ้น ใช้บังคับกับความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานของรัฐและเหนือของเจ้าหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกและกับความรับผิดและกับเจ้าหน้าที่ต่อหน่วยงานของรัฐเองเป็นการเฉพาะ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ. 2539 เป็นต้นมา<sup>395</sup>

พระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัตินิยามศัพท์คำว่า ละเมิด ไว้เป็นการเฉพาะและมีได้บัญญัติหลักเกณฑ์ความรับผิดของหน่วยงานของรัฐต่อผู้เสียหาย รวมทั้งความรับผิดในการละเมิดของเจ้าหน้าที่ไว้โดยครบถ้วน ดังนั้น ในกรณีที่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีได้บัญญัติเรื่องใดที่เกี่ยวกับความรับผิดในการละเมิดทางปกครองไว้เป็นการพิเศษ จึงต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ซึ่งมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

เนื่องจากการละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นผลจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้ฟ้องคดีนั้นอาจจะเป็นความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะมีความเสียหายในการปฏิบัติการทางปกครอง อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย ทรัพย์สิน เป็นต้น หรือความเสียหายที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาด จนทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในเรื่องต่าง ๆ

ความรับผิดทางละเมิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐมีคำพิพากษาที่นำมาวิเคราะห์ได้ ดังนี้

##### 1. ความรับผิดทางละเมิดที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครอง

ความรับผิดทางละเมิดที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองมีปรากฏในคำสั่งศาลปกครองตีหนึ่ง ศาลวินิจฉัยว่า องค์การบริหารส่วนตำบล คลองน้อย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ว่าจ้างผู้รับจ้างดำเนินการขุดคูส่งน้ำและถมถนนในที่ดินของผู้เสียหาย ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยเห็นว่า ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีว่าจ้างผู้รับจ้าง

<sup>395</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 99.

ให้ดำเนินการขุดคูส่งน้ำและถมถนนเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติและไม่ใช่การละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่ศาลปกครองสูงสุดโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่าการขุดคูส่งน้ำและการถมถนนตามคำฟ้องเป็นการจัดให้มีทางน้ำและทางบกตามอำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบล ตามมาตรา 67 มาตรา 68 และมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งในสัญญาจ้างเป็นการกำหนดแนวและขุดคูส่งน้ำขึ้นมาใหม่ หากการขุดคูส่งน้ำและถมถนนดังกล่าวรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้ฟ้องคดี ต้องถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการผิดกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี โดยผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งการและกำกับดูแลการดำเนินการดังกล่าวให้เป็นไปตามสัญญาได้ ดังนั้น ถือได้ว่าองค์การบริหารส่วนตำบลคลองน้อยใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดำเนินการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางน้ำและทางบก โดยมีอบหมายผู้รับจ้างเป็นผู้ดำเนินการแทน จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายขององค์การบริหารส่วนตำบล ตามพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537<sup>396</sup>

จากคำสั่งศาลดังกล่าว สัญญาการจ้างขุดคูส่งน้ำและถมถนนในที่ดินเป็นสัญญาจ้างที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง โดยมีองค์การบริหารส่วนตำบลคลองน้อยเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการดำเนินการตามสัญญาของเอกชนคู่สัญญาในฐานะคู่สัญญา โดยมีอำนาจตามสัญญาจ้างที่คู่สัญญาทำขึ้นและระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)

## 2. ความรับผิดทางละเมิดที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกา

ความรับผิดทางละเมิดที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกามีข้อเท็จจริง คือ วันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2555 ที่ศาลแพ่ง ถ.รัชดาภิเษก ศาลอ่านคำพิพากษาศาลฎีกา ในคดีที่ นายนำ และนางลักษณา โชติมนัส สามีมรรยา ร่วมกันเป็นโจทก์ฟ้อง นายทวิม แสงเดช พนักงานขับรถโดยสารสาธารณะสาย 207 นายธนสิทธิ์ วรโชติหิรัญศิริ นายจ้างพนักงานขับรถ, นายฤกษ์ชัย เรืองกิตติยศ เจ้าของรถ, บริษัท 207 เดินรถ จำกัด, นายเชาวน์ กระแสชล เจ้าของสัมปทานเดินรถ และองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ เป็นจำเลยที่ 1-6 ตามลำดับฐานละเมิด กรณี น.ส.ปิยะธิดา โชติมนัส นักศึกษามหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ พลัดตกจากรถโดยสารสาธารณะสาย 207 วิ่งระหว่าง มหาวิทยาลัยรามคำแหง 1 - มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2 เสียชีวิต เมื่อวันที่ 14 กันยายน 2547 เรียกค่าสินไหมทดแทน 12 ล้านบาทเศษ คดีนี้ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาให้จำเลยร่วมกันใช้เงิน 10,747,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 นับแต่วันละเมิด และยกฟ้อง นายฤกษ์ชัย จำเลยที่ 3 เพราะเป็นเพียงผู้มีชื่อเป็นเจ้าของรถอยู่เดิมเท่านั้น คดีนี้ จำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 5 ขาดนัดพิจารณาและไม่ยื่นฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยใจความว่า ศาลพิเคราะห์แล้ว เห็นว่า จำเลยที่ 1 เป็นพนักงานขับรถโดยสารสาธารณะสาย 207 วิ่งระหว่างรามคำแหง-หัวหมาก ถึง รามคำแหง-บางนา จำเลยที่ 1 ยอมรับในคดีอาญาว่า กระทำโดยประมาทจริง ศาลอาญาลงโทษจำคุก 1 ปี 6 เดือน คดีถึงที่สุดแล้ว คดีแพ่งจึงจำต้องอาศัยข้อเท็จจริงส่วนอาญา ฟังว่า ในคดีแพ่งจำเลยกระทำโดยประมาทด้วย เห็นว่า จำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์หรือไม่ เห็นว่า นายทวิม จำเลยขับรถโดยสารสาธารณะ อันเป็นยานพาหนะ

<sup>396</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 271/2545 (ประชุมใหญ่)

เดินเครื่องจักรกลตามกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 437 ย่อมต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดความเสียหายกลับปล่อยปละไม่ปิดประตูรถโดยสารสาธารณะ จำเลยที่ 2, 4, 6 เป็นนายจ้าง ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง และแม้พยานจำเลยอ้างว่าผู้เสียหายมีส่วนผิด ก้าวเท้าพลาดตกไปเองก็ตาม แต่ศาลเห็นประตูรถโดยสารสาธารณะเป็นสิ่งป้องกันมิให้เกิดอันตราย เมื่อรู้ว่าประตูเสียกลับไม่ซ่อมแซม และไม่ปิดประตูรถ ทำให้ผู้ตายพลัดตกไปตาย จึงเป็นความประมาทของจำเลยที่ 1 และจำเลยอื่น ๆ ทุกคน ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดด้วย ซึ่งเป็นคำรักษาพยาบาล ค่าปลงศพ ค่าขาดไร้อุปการะเป็นเวลา 20 ปี ซึ่งเป็นค่าสินไหมทดแทน

ศาลฎีกาพิพากษาว่า จำเลยที่ 1, 2, 4, 5, 6 ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน รวมทั้งสิ้น 9,856,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันละเมิด และให้ออกหมายบังคับคดี ค่าบังคับคดี ไปยึดทรัพย์จำเลย มาชำระหนี้แก่โจทก์ต่อไป

กรณีดังกล่าวเป็นอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นจากการประมาทเลินเล่อของรถร่วมบริการของบริษัท 207 ซึ่งเป็นบริษัทของเอกชนมีหน้าที่ในการนำรถออกจากร่วมบริการกับประชาชนโดยได้รับสัมปทานมาจากองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ถือว่าเป็นนายจ้างของทวิม แสงเดช ผู้ขับรถร่วมบริการดังกล่าวจึงต้องรับผิดชอบในผลของความประมาทในทางแพ่งที่นาย ทวิม แสงเดช ได้กระทำลงไป

ในคำวินิจฉัยของศาลปรากฏว่า “ประตูรถโดยสารสาธารณะเป็นสิ่งป้องกันมิให้เกิดอันตราย เมื่อรู้ว่าประตูเสียกลับไม่ซ่อมแซม และไม่ปิดประตูรถ ทำให้ผู้ตายพลัดตกไปตาย” การไม่ซ่อมแซมประตูรถโดยสารสาธารณะดังกล่าวเกิดจากการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ทำให้ประชาชนผู้รับบริการบริการสาธารณะได้รับความเสียหาย แต่เมื่อการไม่ซ่อมแซมประตูเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหาย โดยรู้ว่าประตูเสีย จึงถือว่าเป็นการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ทำให้ประชาชนผู้รับบริการสาธารณะได้รับความเสียหายแต่ผลจากความเสียหายดังกล่าวนั้นเป็นความเสียหายถึงแก่ชีวิตจึงถือว่าเป็นการละเมิดในทางปกครอง โดยสามารถเรียกค่าเสียหายทางศาลปกครองในอีกกรณีหนึ่ง แต่ผู้เสียหายได้เลือกดำเนินคดีทางศาลยุติธรรมแล้ว

นอกจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐแล้วยังมีพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ว่า จะต้องรับผิดชอบในการละเมิดหรือไม่ และจะต้องรับผิดชอบมากน้อยเพียงใด ตลอดจนวิธีการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนซึ่งหากการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายแล้ว กรณีก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาความรับผิดหรือบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าว

หากการปฏิบัติหน้าที่หรือการกระทำใดของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นนั่นเป็นความรับผิดทางละเมิดที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนคู่สัญญาหรือประชาชนผู้รับบริการสาธารณะ ผู้เสียหายย่อมสามารถดำเนินการทางศาลปกครองเพื่อได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยการชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5<sup>397</sup>

<sup>397</sup> มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้

ในบทบัญญัติดังกล่าว เอกชนหรือประชาชนผู้รับบริการสาธารณะได้รับความเสียหายจากการละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่อยู่ในสังกัด หรือกระทรวงการคลังกรณีเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดไม่สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด โดยฟ้องหน่วยงานของรัฐหรือกระทรวงการคลังแล้วแต่กรณีได้โดยตรงจะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ แต่หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดต่อเอกชนหรือประชาชนผู้รับบริการสาธารณะให้ได้รับความเสียหายโดยมิได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 6<sup>398</sup>

การกระทำละเมิดดังกล่าวมิได้เป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ อาจเกิดขึ้นนอกเวลาราชการ เช่น ในขณะที่หยุดพักเที่ยงหรือดำเนินชีวิตปกติอยู่ที่บ้าน หรือเกิดในเวลาราชการแต่เป็นการกระทำละเมิดเพราะเรื่องส่วนตัว เจ้าหน้าที่จึงต้องรับผิดชอบเป็นการเฉพาะตัว

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวหากมีกรณีเกิดความรับผิดทางละเมิดขึ้นหากเป็นกรณีตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ต้องดำเนินการทางศาลปกครอง แต่หากเป็นการละเมิดตามมาตรา 6 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะไม่เป็นการละเมิดในทางปกครองจึงเป็นการละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะต้องฟ้องคดีที่ศาลยุติธรรม

ในการฟ้องคดีทางศาลปกครองต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐให้รับผิดในทางละเมิดเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดในทางปกครอง จึงต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542

การฟ้องคดีเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกิดจากการละเมิดในทางปกครองนั้นมีบัญญัติไว้ใน มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3)<sup>399</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สามารถแยกองค์ประกอบได้ 3 ประการ ดังนี้

1. การละเมิดตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นจะต้องเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

---

ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใดให้ถือว่ากระทรวง การคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดตามวรรคหนึ่ง

<sup>398</sup> มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้

<sup>399</sup> มาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

จะต้องพิจารณาก่อนว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่หรือเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นการกระทำในลักษณะส่วนตัวของเจ้าหน้าที่บุคคลนั้น เพราะพื้นฐานของการกระทำที่แตกต่างกันดังกล่าวจะนำไปสู่ความรับผิดชอบที่แตกต่างกัน ความรับผิดชอบของรัฐในทางละเมิดจะเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำในการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น ส่วนกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำผิดไปในฐานะส่วนตัวไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ความรับผิดชอบจากการกระทำดังกล่าวจะต้องเรียกร้องจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำผิดเท่านั้น ไม่อาจเรียกร้องจากรัฐได้ หลักในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวใช้หลักในการพิจารณาเช่นเดียวกับหลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

2. การละเมิดตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะต้องเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือกฎ คำสั่งทางปกครอง

การละเมิดตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะต้องเป็นการกระทำที่ต้องเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น เพราะการออกกฎก็ดี คำสั่งทางปกครองก็ดี หรือคำสั่งอื่นของเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำความดังกล่าว ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นการทั่วไป

3. การละเมิดตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

แม้คำฟ้องในการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่กับการละเมิดในทางปกครองจะผูกพันตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง<sup>400</sup> ประกอบคำนิยามคำว่า คู่กรณีตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คือผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย อันเนื่องจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของฝ่ายปกครอง จึงจะมีสิทธิในการนำคดีมาฟ้องก็ตาม แต่โดยที่เรื่องละเมิดเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ถูกกระทำให้เกิดความเสียหายโดยตรง อันเป็นการกระทบต่อสิทธิของผู้นั้น คุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดีในเรื่องละเมิด

<sup>400</sup> มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด

การที่นำคำพิพากษาของศาลปกครองมาพิจารณาประกอบกับความรับผิดชอบของรัฐจากการแบ่งแยกความรับผิดชอบของรัฐเป็น 3 กรณีใหญ่ ๆ ข้างต้นนั้นเป็นไปตามหลักผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาล แสดงถึงว่าคำพิพากษาของศาลมีลักษณะเป็นที่สุดและเด็ดขาด การเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลจะทำได้ก็แต่ในศาลที่อยู่ในลำดับชั้นสูงกว่าเท่านั้น และเมื่อศาลวินิจฉัยแล้วผลของคำวินิจฉัยจะผูกพันฝ่ายปกครองและคู่ความให้ต้องปฏิบัติตาม<sup>401</sup> หากรัฐหรือเจ้าหน้าที่มีความผิดแล้วไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษานอกจากจะต้องรับโทษตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ยังอาจจะต้องรับโทษทางอาญาและโทษทางวินัยอีกด้วย

จากการศึกษาการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยจะเห็นได้ว่า มีการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำนั้นตั้งแต่สมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้วแต่รูปแบบของการมอบบริการสาธารณะเหล่านั้นให้เอกชนยังมีได้เป็นรูปแบบของการทำสัญญา แม้จะจัดทำโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐแต่ก็ได้มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการในการทำสัญญาไว้เป็นพิเศษ ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การให้สัมปทานแก่เอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะยังคงเป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 กฎหมายดังกล่าวถูกยกเลิกโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 27มกราคม พ.ศ. 2516 โดยโครงการขนาดใหญ่ที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาของการบังคับใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 นี้มีจำนวนมาก ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาบังคับใช้ซึ่งเกิดขึ้นมาด้วยวัตถุประสงค์สำคัญคือ เพื่อกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาในการพิจารณาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่สำคัญของรัฐ แต่ก็ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีขึ้นมาเพื่อสานต่อการดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เหตุผลในการตรากฎหมายฉบับนี้ที่ปรากฏอยู่ในเหตุผลแนบท้ายกฎหมายคือ "โดยที่กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2535 มีหลักเกณฑ์บางประการที่ไม่ชัดเจนก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเป็นอย่างมากกระบวนการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

ในปัจจุบันบริการสาธารณะที่รัฐให้เอกชนได้จัดทำหรือมีส่วนในการจัดทำนั้นปรากฏตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และในรูปแบบของการได้รับสัมปทานหรือการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามกฎหมายต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นต้น

เมื่อมีการตกลงทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนแล้วความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนจะเป็นความสัมพันธ์ภายใต้การควบคุม กำกับดูแลของรัฐ โดยรัฐมีอำนาจเหนือกว่า รัฐมีอำนาจควบคุม กำกับดูแลการปฏิบัติตามสัญญา อำนาจบังคับการให้เป็นตามและสัญญาอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า อำนาจเอกสิทธิ์ของรัฐ ส่วนเอกชนนั้นก็มิหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ

<sup>401</sup> บุบผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, หน้า 20.

ตามสัญญาด้วยตัวเอง มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีที่ฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญาแต่ไม่มีสิทธิหยุดให้บริการสาธารณะเนื่องจากบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่องซึ่งถือว่าหลักความต่อเนื่องเป็นหลักการพื้นฐานในการบริการสาธารณะ

การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวในประเทศไทยแบ่งแยกได้เป็นการควบคุม กำกับดูแลโดยองค์กรของรัฐที่เป็นคู่สัญญาและการควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการที่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งวิธีการควบคุม กำกับดูแลที่แบ่งแยกออกเป็นสองกรณีดังกล่าวนี้เป็นการควบคุม กำกับดูแลโดยสัญญาทางปกครองที่รัฐและเอกชนได้ทำสัญญาขึ้น เป็นสัญญาที่รัฐมีอำนาจเหนือกว่า และเป็นอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลโดยผลของกฎหมาย ซึ่งบริการสาธารณะบางประเภทรัฐอาจจะมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลตามกฎหมาย บางประเภทรัฐอาจมีอำนาจตามสัญญาที่ทำขึ้นหรือบางประเภทรัฐอาจมีอำนาจทั้งทางสัญญาทางปกครองและตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งการควบคุม กำกับดูแลดังกล่าวก็จะต้องมีวิธีการในการควบคุม กำกับดูแลระบุไว้ทั้งในสัญญาที่ทำขึ้นและในบทบัญญัติของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นวิธีการควบคุม กำกับดูแลการพัสดุและจัดซื้อจัดจ้างของราชการส่วนกลางหรือวิธีการควบคุม กำกับดูแลการลงทุนหรือร่วมลงทุนของเอกชนในกิจการของรัฐ เป็นต้น

เมื่อรัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล การควบคุม กำกับดูแลก็เป็นการใช้อำนาจอย่างหนึ่งซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวบางครั้งโดยเจ้าหน้าที่หรือโดยหน่วยงานของรัฐอาจทำให้เอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนคู่สัญญาหรือการปฏิบัติหน้าที่ทำให้เกิดความเสียหายทางละเมิด หรือการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ รัฐจึงต้องมีความรับผิดชอบต่อเอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ การใช้อำนาจที่เป็นการละเมิดในทางปกครองรวมถึงการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐที่ทำให้เอกชนได้รับความเสียหาย ซึ่งความรับผิดของรัฐดังกล่าวก็ยังมีปัญหาในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเกิดจากการกลไกในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่ไม่มีองค์กรกลางเข้ามาควบคุม กำกับดูแลให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแล ปัญหาหลักเกณฑ์ของการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐทั้งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาและปัญหาการให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการบอกเลิกสัญญา รวมถึงปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ในการวิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวกับการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐนั้นจึงต้องมีการศึกษาแนวคิดที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะรวมถึงการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะในต่างประเทศเพื่อมาศึกษาข้อดีข้อเสียเปรียบเทียบกับของไทย ซึ่งผู้วิจัยจะได้ทำการวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

## บทที่ 5

### บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุม กำกับดูแล เอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ

ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ที่ผู้วิจัยศึกษาอยู่นั้น เป็นการศึกษาในเรื่องปัญหาของการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ สามารถแยกออกได้เป็น 4 ประเด็นใหญ่ ๆ ดังนี้

#### 5.1 วิเคราะห์ปัญหาจากการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะตามสัญญาทางปกครองที่รัฐได้ทำกับเอกชนหรือตามกฎหมายที่ได้บัญญัติให้อำนาจรัฐไว้แล้ว แต่ในการเข้าไปควบคุม กำกับดูแลจริง ๆ แล้วนั้นเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล ซึ่งการที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจในการเข้าไปควบคุม กำกับดูแล การควบคุม กำกับดูแลดังกล่าวนี้เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล เมื่อเจ้าหน้าที่คนดังกล่าวได้ปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่นั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนคู่สัญญาของรัฐหรือประชาชนผู้รับบริการสาธารณะ ผลของความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวคือ การละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ จากผลของความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวนี้สามารถแยกเป็นประเด็นปัญหาได้ คือ การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าเกินสมควรและการละเมิดทางปกครองในการปฏิบัติหน้าที่ ดังนี้

##### 5.1.1 วิเคราะห์ปัญหาการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

อำนาจในการควบคุม กำกับดูแลในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนนั้น เป็นอำนาจที่รัฐมีตามกฎหมายเพื่อตรวจสอบว่า ในการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนที่รัฐวิสาหกิจควบคุม กำกับดูแลเอกชนนั้นซึ่งเป็นการควบคุม กำกับดูแลเชิงภารกิจที่กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ว่า ในขั้นตอนการจัดทำหรือในการให้บริการสาธารณะแล้วนั้นรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ ได้ควบคุม กำกับดูแลเอกชนคู่สัญญาเป็นไปตามขอบเขตของกฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลแต่ไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้น รัฐหรือหน่วยงานของรัฐดังกล่าวก็ต้องมาความรับผิดชอบในการละเลยการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลของรัฐนี้สรุปได้ว่าเป็น การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจหน้าที่แล้วต้องใช้อำนาจนั้นปฏิบัติหน้าที่ในเวลาเวลาใดเวลาหนึ่งแต่ละเลยในการปฏิบัติหน้าที่นั้น

1. การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ที่ควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่ปรากฏในคำพิพากษา

การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐในการควบคุม กำกับดูแลนั้นตามคำพิพากษาศาลปกครองที่ อ. 11-14/2557<sup>402</sup> และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 205/2548<sup>403</sup>

คำพิพากษาของศาลปกครองทั้ง 2 คดี ดังกล่าวนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเป็นการฟ้องให้รัฐต้องรับผิดชอบเนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัตินั้น การปฏิบัติหน้าที่อย่างไรที่ศาลจะถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นละเลยในการปฏิบัติหน้าที่จริง ๆ จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว ศาลได้มีการวางหลักการเกี่ยวกับการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ไว้ว่าจะต้องมีการทำหนังสือหรือรายงานต่อเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการควบคุม กำกับดูแลแต่หากไม่มีการแจ้งเตือนหรือการร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องก่อน ศาลก็ไม่สามารถวินิจฉัยว่าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวละเลยในการปฏิบัติหน้าที่

<sup>402</sup> คดีนี้ศาลปกครองสูงสุด มีคำพิพากษาว่า องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ละเลยการปฏิบัติหน้าที่กรณีปล่อยให้รถยนต์โดยสารประจำทาง (ขสมก.) หรือรถร่วมบริการเอกชน ออกวิ่งโดยปล่อยมลพิษจากไอเสีย (ควันดำ) เกินค่ามาตรฐาน และสั่งให้ (ขสมก.) ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายโดยไม่ให้รถยนต์โดยสารประจำทาง ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของ (ขสมก.) ก่อให้เกิดมลพิษควันดำอีก โดยให้รายงานผลการตรวจวัดควันดำของรถยนต์โดยสารของ (ขสมก.) และรถร่วมบริการเอกชนต่อศาลทุก 3 เดือนเป็นเวลา 1 ปี และให้กรมควบคุมมลพิษกำหนดแผนปฏิบัติการในการควบคุม กำกับดูแล ติดตาม ควบคุมเพื่อมิให้ (ขสมก.) ปล่อยรถยนต์โดยสาร และรถร่วมบริการของเอกชน ออกวิ่งโดยปล่อยควันดำเกินมาตรฐาน และรายงานผลการปฏิบัติการตามแผนดังกล่าวต่อศาลทุก 3 เดือนเป็นเวลา 1 ปี นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา รวมถึงให้กรมควบคุมมลพิษ พิจารณาดำเนินการตามระเบียบกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อประกาศให้รถยนต์โดยสารของ (ขสมก.) และรถร่วมบริการของเอกชนต้องถูกควบคุมการปล่อยอากาศเสีย ตาม มาตรา 68 ของ พ.ร.บ.ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535

<sup>403</sup> คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ข้อเท็จจริงรับกันว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสองคนเคยใช้บริการรถยนต์โดยสารประจำทางของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไปสอนหนังสือ แต่ให้บริการไม่ดี แล่นไม่ตรงเวลา ไม่แล่นไปตามเส้นทางที่แน่นอน และสภาพรถยนต์ไม่ปลอดภัยจึงงดใช้บริการชั่วคราว จึงพอจะอนุมานได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสองคนน่าจะถูกระทบสิทธิอันอาจถือได้ว่าได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย แต่ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสองคนได้เคยมีหนังสือร้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ปรับปรุงแก้ไขการบริการที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองว่าบกพร่องมีภาระต้องดำเนินการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แก้ไขข้อบกพร่องแต่ประการใด กรณีพิพาทแห่งคดีที่กล่าวหาว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ละเลยต่อหน้าที่จึงยังไม่เกิดขึ้น ฉะนั้นจึงไม่อาจถือได้ว่าคดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายที่กำหนดให้ปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

2. การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่ปรากฏจากการรับเรื่องร้องเรียนการเดินรถของเอกชน

การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐดังกล่าวนั้นได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.4.1.1 นั้น ในเรื่องการรับเรื่องร้องเรียนเอกชนนำรถร่วมบริการสาย 8 ให้บริการสาธารณะนั้น การร้องเรียนดังกล่าวเป็นการยืนยันได้ว่า การให้บริการของรถร่วมเอกชนที่นำรถเข้าร่วมเดินรถกับองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) นั้น ไม่เป็นไปตามระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550 บ่อยครั้ง จากกรณีร้องเรียนข้างต้นเป็นกรณีตัวอย่างและมีผู้โดยสารร้องเรียนกรณีเช่นนี้อีกหลายครั้ง

ผู้วิจัยมีความเห็นจากกรณีการรับเรื่องร้องเรียนดังกล่าว ดังนี้

1. จากการรับเรื่องร้องเรียนดังกล่าวนี้รวมทั้งการฟ้องร้ององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพได้ลงโทษบริษัทรถร่วม พนักงานขับรถและพนักงานประจำรถที่กระทำความผิด ในข้อ 45 ยกเว้นกรณีเลิกสัญญาและถอนรถนั้นไม่ได้ช่วยให้การจัดทำบริการสาธารณะของรถร่วมเอกชนดังกล่าวมีความปลอดภัยขึ้นเลย เนื่องจากเกิดการกระทำความผิดในลักษณะเช่นเดิมอยู่เป็นประจำ

2. ระเบียบดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลการให้บริการของรถเอกชนร่วมบริการโดยเฉพาะว่ามีหน้าที่อย่างไร จึงเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวขึ้นแต่ไม่มีผู้ใดรับผิดชอบเนื่องจากกฎหมายไม่ได้มีการกำหนดไว้โดยชัดเจนว่าใครมีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนนำรถเข้าร่วมบริการดังกล่าว ซึ่งควรจะมีกฎหมายเข้ามากำหนดให้มีหน่วยงานกลางของรัฐเข้ามาควบคุม กำกับดูแลโดยเฉพาะและกำหนดอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลโดยชัดเจน

3. ในการลงโทษเอกชนคู่สัญญาที่นำรถร่วมเข้าบริการและทำให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนผู้รับบริการสาธารณะนั้น องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพซึ่งเป็นคู่สัญญาที่ให้เอกชนได้รับสัมปทานไปมีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องลงโทษบริษัทที่นำรถเข้าร่วมบริการสาธารณะ พนักงานขับรถและพนักงานประจำรถที่กระทำความผิดด้วย และหากมีการกระทำความผิดในลักษณะเดิมหลายครั้ง องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) มีอำนาจตามข้อ 22 แห่งระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550 ที่จะบอกเลิกสัญญากับบริษัทที่ร่วมเดินรถได้ จากการศึกษาที่เกิดการกระทำความผิดของเอกชนตามระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550 มีกรณีที่รัฐมีอำนาจในการบอกเลิกสัญญา รัฐก็ไม่ใช่อำนาจในการบอกเลิกสัญญา

การละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ในต่างประเทศนั้น ในประเทศฝรั่งเศสนั้นไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายเพราะประเทศฝรั่งเศสได้สร้างหลักการปฏิเสธโดยปริยายต่อคำร้องหรือคำขอของประชาชนมาใช้บังคับกรณีที่ฝ่ายปกครองรับคำร้องหรือคำขอดังกล่าวแล้วนิ่งเฉย การฟ้องคดีจะเป็นการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 จึงแตกต่างกับประเทศไทย

### 5.1.2 วิเคราะห์ปัญหาการปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

ส่วนการปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าเกินสมควรจากที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.4 นอกจากการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าเกินสมควรก็เป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความรับผิดประการหนึ่ง การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าเกินสมควรนั้นกล่าวโดยสรุปได้ว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายที่กำหนดแล้วแต่การดำเนินการนั้นไม่แล้วเสร็จไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดจนเวลาล่วงผ่านไปเกินสมควรโดยปราศจากเหตุผลที่จะกล่าวอ้างได้ จึงทำให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนคู่สัญญาหรือประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าเกินสมควรมีขอบเขตเดียวกันกับการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่เนื่องจากมีความรับผิดมาจากการปฏิบัติหน้าที่เหมือนกันเพียงแต่การละเลยคือการไม่ปฏิบัติหน้าที่เลย ส่วนการปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าล่าช้าคือการปฏิบัติหน้าที่แต่ใช้เวลาเกินที่กฎหมายกำหนดหรือใช้เวลานานเกินสมควร ซึ่งบางคดีศาลปกครองก็มีคำพิพากษาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำผิดนั้นเป็นการละเลยหรือล่าช้าเพราะพื้นฐานความผิดของการละเลยหรือล่าช้ามีความใกล้เคียงกัน การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าเกินสมควรก็เป็นความผิดตาม เป็นความผิดมาตรา 9 (2) ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อยู่ในบทเดียวกันกับความผิดในการละเลยการปฏิบัติหน้าที่ การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะมีกรณีศึกษาที่นำมาวิเคราะห์ ดังนี้

1. การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าเกินสมควรตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 650/2557<sup>404</sup>

จากคำพิพากษาดังกล่าวผู้วิจัยมีความเห็น ดังนี้

1) การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องมีการแจ้งเตือนเป็นหนังสือหรือร้องเรียนไปยังหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะมีการนำคดีมาฟ้องเพื่อที่จะได้เอามาประกอบในการวินิจฉัยคดีของศาลว่ามีการแจ้งเตือนหรือร้องเรียนดังกล่าวไปแล้วแต่ยังคงเพิกเฉยในการปฏิบัติหน้าที่

2) เนื่องจากบริการสาธารณะดังกล่าวเป็นการให้บริการรถไฟฟ้าที่มีการควบคุมดูแลโดยกรุงเทพฯในฐานะคู่สัญญาฝ่ายรัฐเพียงองค์กรเดียวย่อมไม่มีประสิทธิภาพดีกว่าการควบคุม กำกับดูแลโดยหน่วยงานของรัฐที่เป็นกลางเนื่องจากเจ้าหน้าที่ของกรุงเทพฯไม่มีความรับผิดชอบที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจนในการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่

2. กรณีพิพาทในการขึ้นค่าทางด่วนตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงครั้งที่ 2 (ทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์)

<sup>404</sup> ศาลวินิจฉัยว่า “การจัดให้มีอุปกรณ์ที่อำนวยความสะดวกโดยตรงแก่คนพิการ รวมทั้งสัญลักษณ์ที่แสดงให้เห็นว่ามีอุปกรณ์ที่อำนวยความสะดวกโดยตรงแก่คนพิการที่สถานีขนส่งและรถรางนั้น เป็นระยะเวลากว่า 6 ปี แต่กรุงเทพฯ เพียงจัดให้มีทางขึ้น-ลงเป็นบันไดเลื่อนด้วยระบบไฟฟ้าและมีลิฟท์ในบางจุดที่สถานีขนส่งจำนวน 5 สถานี จากสถานีขนส่งรวมจำนวนทั้งสิ้น 23 สถานี จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร”

โครงการตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงครั้งที่ 2 (ทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์) ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 ผู้วิจัยมีความเห็นว่า จากปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นนั้นการที่รัฐบาลบางรัฐบาลไม่อนุมัติในการขึ้นราคาทางด่วนในมติคณะรัฐมนตรี ในปี พ.ศ. 2542 รัฐบาลนายก ชวน หลีกภัย (9 พฤศจิกายน 2540-17 กุมภาพันธ์ 2544) ไม่อนุมัติให้ปรับค่าผ่านทางเป็น 55 บาท ตามสัญญาสัมปทานที่ได้แก้ไขในปี พ.ศ. 2539 ในปี พ.ศ. 2547 รัฐบาลนายก ทักษิณ ชินวัตร (17 กุมภาพันธ์ 2544-11 มีนาคม 2548) ไม่อนุมัติให้ปรับค่าผ่านทางเป็น 70 บาท ตามสัญญาสัมปทานที่ได้แก้ไขในปี 2539 และขอให้บริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์เก็บค่าผ่านทาง 20 บาท ตลอดสาย สำหรับรถ 4 ล้อ และ 50 บาท สำหรับรถ 6 ล้อขึ้นไป ในปี พ.ศ. 2548 และ 30 บาทตลอดสาย ในปี 2549- 2550

จากการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงการปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางครั้งนั้น ไม่เพียงแต่จะกลายมาเป็นมูลเหตุให้บริษัทนำเรื่องขึ้นร้องต่อศาลปกครอง และตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชดเชยความเสียหายแล้วยังทำให้ รัฐบาล พล.อ.สุรยุทธ์ จุลานนท์ (1 ตุลาคม 2549-29 มกราคม 2551) แก้ไขสัญญาให้กับบริษัทอีกเป็นครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 12 กันยายน 2550 โดย ขยายสัมปทานเพิ่มอีก 13 ปี สิ้นสุดปี พ.ศ. 2577 และขยายฐานค่าผ่านทางช่วงดินแดง-ดอนเมือง จาก 20-100 บาท ช่วงดอนเมือง-อนุสรณ์สถาน 15-45 บาท พร้อมอนุมัติกรอบการปรับอัตราค่าผ่านทางล่วงหน้าตามสัญญาสัมปทานโดยไม่ต้องขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรี

การกระทำดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าเกินสมควรเนื่องจากรัฐบาลในฐานะที่เป็นคู่สัญญากับบริษัทดอนเมืองโทลล์เวย์มีหน้าที่ตามสัญญาในการอนุมัติขึ้นค่าผ่านทางในทางด่วนดังกล่าว จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าตามสัญญา ผู้วิจัยมีความเห็นดังนี้

1. การที่มติคณะรัฐมนตรีไม่ยอมปรับราคาค่าบริการทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์ทำให้เกิดความเสียหายที่เอกชนคู่สัญญานำมาฟ้องเรียกค่าเสียหาย เนื่องจากตามบันทึกในการตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงครั้งที่ 2 นั้น มีการตกลงอัตราในการคิดค่าบริการทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์ไว้ จึงถือว่าการที่ปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าเกินสมควรทำให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนคู่สัญญา ซึ่งเอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินคดีทางศาลปกครองให้รับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าที่ทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหายได้

2. แม้การที่คณะรัฐมนตรีจะไม่ยอมปรับขึ้นราคาค่าบริการทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์ตามบันทึกแก้ไขข้อตกลงในสัญญาสัมปทานทางหลวง ฉบับที่ 2 และยังคงราคาค่าผ่านทางเหลือเพียง 20 บาท จะเป็นการไม่ดำเนินการตามสัญญาซึ่งนำมาสู่การฟ้องร้องคดีของเอกชนยังศาลปกครอง แต่ก็ทำให้ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะได้รับประโยชน์ ซึ่งการไม่ยอมปรับราคาค่าผ่านทางในทางยกระดับดังกล่าวก็เป็นการกระทำเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนและเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

การปฏิบัติหน้าที่โดยล่าช้าเกินสมควรในประเทศฝรั่งเศสไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายเพราะประเทศฝรั่งเศสได้สร้างหลักการปฏิเสธโดยปริยายต่อคำร้องหรือคำขอของประชาชนมาใช้บังคับกรณีที่ย้ายปกครองรับคำร้องหรือคำขอดังกล่าวแล้วนิ่งเฉย ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 จึงแตกต่างกับประเทศไทย

### 5.1.3 ความรับผิดชอบทางละเมิดในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

จากที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 4 ความรับผิดชอบทางละเมิดในกรณีนี้เป็นการละเมิดในทางปกครองไม่ได้ตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดเช่นเดียวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเอกชนธรรมดา เพราะมีกฎหมายบัญญัติการละเมิดไว้โดยเฉพาะ การกระทำละเมิดในทางปกครองนั้นมีบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติขึ้นเพื่อรองรับในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการละเมิดผู้อื่นให้เกิดความเสียหายโดยตรง ความรับผิดชอบทางละเมิดอันเกิดจากการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะมีประเด็นที่ผู้วิจัยนำมาวิเคราะห์ ดังนี้

#### 1. ความรับผิดชอบทางละเมิดที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครอง

ความรับผิดชอบทางละเมิดที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองมีปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 271/2545 (ประชุมใหญ่)<sup>405</sup>

จากคำสั่งศาลปกครองดังกล่าวผู้วิจัยเห็นด้วยกับคำสั่งของศาลปกครองดังกล่าวเนื่องจากการชดเชยน้ำและถมถนนของเอกชนคู่สัญญานั้นทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายแม้องค์การบริหารส่วนตำบลคลองน้อย คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ได้ดำเนินการเอง แต่เมื่อบริการสาธารณะโดยหลักการแล้ว เอกชนเป็นเพียงผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะยังเป็นของรัฐอยู่ เมื่อทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ รัฐจึงมีความรับผิดชอบทางละเมิดต่อผู้เสียหาย

#### 1. ความรับผิดชอบทางละเมิดที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกา

ความรับผิดชอบทางละเมิดที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาคดีหนึ่งที่ศาลยุติธรรมได้พิพากษาไปแล้วเมื่อวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2555<sup>406</sup> ที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4

<sup>405</sup> คดีนี้ ศาลวินิจฉัยว่า องค์การบริหารส่วนตำบล คลองน้อย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ว่าจ้างผู้รับจ้างดำเนินการชดเชยน้ำและถมถนนในที่ดินของผู้เสียหาย ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยเห็นว่า ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีว่าจ้างผู้รับจ้างให้ดำเนินการชดเชยน้ำและถมถนนเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติและไม่ใช่วินิจฉัยการละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่ศาลปกครองสูงสุดโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่าการชดเชยน้ำและการถมถนนตามคำฟ้องเป็นการจัดให้มีทางน้ำและทางบกตามอำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบล ตามมาตรา 67 มาตรา 68 และมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งในสัญญาจ้างเป็นการกำหนดแนวและชดเชยน้ำขึ้นมาใหม่ หากการชดเชยน้ำและถมถนนดังกล่าวรุกเข้าไปในที่ดินของผู้ฟ้องคดี ต้องถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการผิดกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี โดยผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งการและกำกับดูแลการดำเนินการดังกล่าวให้เป็นไปตามสัญญาได้ ดังนั้น ถือได้ว่าองค์การบริหารส่วนตำบลคลองน้อยใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดำเนินการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางน้ำและทางบก โดยมอบหมายผู้รับจ้างเป็นผู้ดำเนินการแทน จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายขององค์การบริหารส่วนตำบลตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

ในคำพิพากษาดังกล่าว เป็นอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นจากการประมาทเลินเล่อของรถร่วมบริษัท 207 และพนักงานขับรถ ที่ได้รับสัมปทานมาจากองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ซึ่งเป็นบริษัทที่นำรถร่วมออกให้บริการและก่อความเสียหายขึ้น และนายทวิม แสงเดช พนักงานที่ขับรถร่วมบริการดังกล่าวต้องรับผิดชอบในทางแพ่งและอาญาในผลที่ตัวเองกระทำลงไป แต่ในคำวินิจฉัยของศาลมีพฤติการณ์ที่ปรากฏว่า “ประตุรถเมล์เป็นสิ่งป้องกันที่มีให้เกิดอันตราย เมื่อรู้ว่าประตุเสียกลับไม่ซ่อมแซมและไม่ปิดประตุรถทำให้ผู้ตายพลัดตกไปตาย”

จากคำพิพากษาดังกล่าว ผู้วินิจฉัยมีความเห็นว่า การรู้ว่าประตุรถเสียกลับไม่ซ่อมแซมประตุรถโดยสารดังกล่าวนั้นเป็นการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ที่เป็นหน่วยงานของรัฐ มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลให้เอกชนคือบริษัทรถร่วม 207 ซ่อมแซมประตุรถโดยสารคันดังกล่าว เพื่อให้บริการสาธารณะของบริษัทเอกชนดังกล่าวมีความปลอดภัย ผลจากการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายต่อนางสาว ปิยะธิดา โชติมนัสถึงแก่ชีวิต ซึ่งผลจากความเสียหายดังกล่าว ในการดำเนินคดีปกครองพ่อแม่ของผู้ตายมีสิทธิตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (2),(3) จากกรณีดังกล่าวจึงเป็นความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐได้อีกกรณีหนึ่ง

นอกจากการดำเนินคดีปกครองที่เกิดจากการละเมิดตามมาตรา 9 (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 นั้น พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2539 นั้นเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดที่ได้ทำลงไปซึ่งต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในนิยามความหมายของพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้เท่านั้น แต่ในความเสียหายที่เกิดขึ้นหากเกิดจากการให้บริการสาธารณะที่เอกชนเป็นคนจัดทำ เอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวไม่มีความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2539 เนื่องจากเอกชนไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2539 จึงต้องรับผิดชอบตามการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม

<sup>406</sup> ศาลฎีกาวินิจฉัยใจความว่า ศาลพิเคราะห์แล้ว เห็นว่า จำเลยที่ 1 เป็นพนักงานขับรถโดยสารสาธารณะสาย 207 วิ่งระหว่างรามคำแหง-หัวหมาก ถึง รามคำแหง-บางนา จำเลยที่ 1 ยอมรับในคดีอาญาว่า กระทำโดยประมาทจริง ศาลอาญาลงโทษจำคุก 1 ปี 6 เดือน คดีถึงที่สุดแล้ว คดีแพ่งจึงจำต้องอาศัยข้อเท็จจริงส่วนอาญา ฟังว่า ในคดีแพ่งจำเลยกระทำโดยประมาทด้วย เห็นว่า จำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์หรือไม่ เห็นว่า นายทวิม จำเลยขับรถโดยสารสาธารณะ อันเป็นยานพาหนะเดินเครื่องจักรกลตามกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 437 ย่อมต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดความเสียหายกลับปล่อยละไม่ปิดประตุรถโดยสารสาธารณะ จำเลยที่ 2, 4, 6 เป็นนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง และแม้ยานจำเลยอ้างว่าผู้เสียหายมีส่วนผิด ก้าวเท้าพลัดตกไปเองก็ตาม แต่ศาลเห็นประตุรถโดยสารสาธารณะเป็นสิ่งป้องกันมิให้เกิดอันตราย เมื่อรู้ว่าประตุเสียกลับไม่ซ่อมแซม และไม่ปิดประตุรถ ทำให้ผู้ตายพลัดตกไปตาย จึงเป็นความประมาทของจำเลยที่ 1 และจำเลยอื่น ๆ ทุกคน ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดด้วย ซึ่งเป็นค่ารักษาพยาบาล ค่าปลงศพ ค่าขาดไร้อุปการะเป็นเวลา 20 ปี ซึ่งเป็นค่าสินไหมทดแทน

ในต่างประเทศนั้นความรับผิดในทางละเมิดของรัฐในประเทศอังกฤษแบ่งเป็นความรับผิดเนื่องจากละเมิดหน้าที่ที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ต้องปฏิบัติและความรับผิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาท ความรับผิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาท การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นนั้นยังไม่ก่อให้เกิดความรับผิด บุคคลที่กระทำความผิดโดยประมาทจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายนั้น ศาลจะพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้ที่ได้รับความเสียหายและความสามารถในการคาดคะเนผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำเป็นสำคัญ

ในการละเมิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้น เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมากเท่าไร บุคคลก็ต้องมีหน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวังมากขึ้นเท่านั้นและจะต้องไม่ใช่การละเมิดที่เกิดจากการจงใจ ส่วนความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นในระบบกฎหมายอังกฤษจะต้องคาดหมายได้ว่ามาจาก การกระทำของบุคคลที่ละเมิดต่อหน้าที่ หากความเสียหายที่ห่างไกลเกินไปจากการละเมิดหน้าที่ย่อมไม่ทำให้บุคคลดังกล่าวต้องรับผิด มีปรากฏในคดี Wagon Mound<sup>407</sup>

ดังนั้น การละเมิดในทางปกครองที่เกิดขึ้นในประเทศไทยจึงแตกต่างกับประเทศอังกฤษ เนื่องจากในประเทศไทยศาลได้มีการพิพากษาว่าการจงใจเป็นเหตุให้เกิดการละเมิดได้

ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้นความรับผิดละเมิดในทางปกครองนั้นจะคล้าย ๆ กับการละเมิดในประเทศไทยคือ มีความเสียหายเหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่ในการรับผิดจากการละเมิดนั้น แบ่งแยกได้เป็น 3 กรณี คือ

1. กรณีที่มีการปฏิบัติราชการโดยไม่ชอบ หากปรากฏว่ากรณีไม่เป็นไปตามมาตรฐานการกระทำที่วิญญูชนพึงกระทำ โดยถือว่าเกิดความผิดแล้วหากความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น วิญญูชนอาจคาดเห็นและหลีกเลี่ยงได้ ในกรณีนั้น หน่วยงานของรัฐก็ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่เอกชน
2. กรณีที่มีได้มีการปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องกระทำเป็นการงดเว้นกระทำการ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การกระทำความผิดของรัฐ อาจจะเป็นการกระทำอันใดอันหนึ่งหรือการงดเว้นการกระทำซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องกระทำก็ได้ หากรัฐงดเว้นการกระทำดังกล่าวรัฐก็ต้องชดใช้

<sup>407</sup> คดี Wagon Mound มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า พนักงานของจำเลยซึ่งมีหน้าที่ขนถ่ายน้ำมันลงเรือได้กระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้น้ำมันจำนวนหนึ่งไหลลงสู่พื้นน้ำบริเวณท่าเรือและได้ไหลกระจายไปไกลราว 180 เมตร จนกระทั่งถึงบริเวณที่ต่อเรือและซ่อมเรือของโจทก์ หลังจากนั้น 6 ชั่วโมง เรือที่ได้รับการขนถ่ายน้ำมันก็ได้ออกจากท่าเรือไป โจทก์ได้ดูตรวจน้ำมันที่ลอยมาและสอบถามบริษัทน้ำมัน Caltex ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตน้ำมันดังกล่าวว่าน้ำมันที่ลอยอยู่จะก่อให้เกิดอันตรายหรือไม่ บริษัทน้ำมัน Caltex ตอบว่าไม่ก่อให้เกิดอันตรายเพราะว่าน้ำมันดังกล่าวจะติดไฟก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามีความร้อนสูงนั้น โจทก์จึงได้ดำเนินการเช็คสภาพเรือและซ่อมแซมเรือตามปกติปรากฏว่าสองวันต่อมาโลหะที่เกิดจากการกล่อมที่ซ่อมแซมเรือได้หยดลงไปใต้น้ำที่มีคราบน้ำมันลอยอยู่และก่อให้เกิดการลุกไหม้อย่างรวดเร็วเป็นบริเวณกว้าง การลุกไหม้ดังกล่าวได้ทำลายต่อเรือและซ่อมเรือของโจทก์เกือบหมดสิ้น คดีนี้ Privy Council (ศาลคณะองคมนตรีที่มีหน้าที่วินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นในเครือจักรภพอังกฤษหากมีการอุทธรณ์ขึ้นมา) วินิจฉัยให้โจทก์แพ้คดีโดยเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ใช่ความเสียหายที่บุคคลที่มีเหตุผลโดยทั่วไปจะคาดหมายได้

ค่าเสียหายให้แก่เอกชน ทั้งนี้ก็เพราะงานราชการ ทั้งนี้ก็เพราะราชการหรืองานบริการสาธารณะมิใช่เป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐที่จะเลือกจะกระทำการหรือไม่ก็ได้ แต่ก็เป็นหน้าที่ที่หน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติ

### 3. กรณีที่ปฏิบัติราชการล่าช้ากว่าที่ควร

โดยปกติรัฐจะต้องปฏิบัติการณ์อันเป็นหน้าที่ของตนภายในเวลาอันสมควร หากรัฐมิได้ปฏิบัติการณ์ดังกล่าวภายในเวลาอันสมควรแล้ว ถือว่ารัฐกระทำผิดและต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่เอกชน

## 5.2 วิเคราะห์ปัญหาการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

เมื่อรัฐมีความจำเป็นหลาย ๆ อย่างที่จะต้องดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะเพื่อให้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนและความเปลี่ยนแปลงของโลกที่เกิดขึ้นในทุก ๆ วัน การจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐเพียงฝ่ายเดียวไม่อาจทำให้เพียงพอต่อความต้องการของประชาชน รัฐจึงจำเป็นต้องให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาร่วมลงทุน สัญญาจ้างก่อสร้างต่าง ๆ เพื่อให้บริการสาธารณะที่จัดทำเพียงพอต่อความต้องการของประชาชน เพราะเอกชนมีพร้อมทั้งเงินลงทุนและความสามารถ แต่ในการที่รัฐได้ให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะยังถือว่าเป็นของรัฐอยู่ รัฐจึงมีอำนาจที่จะควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะให้บริการสาธารณะนั้นตอบสนองความต้องการของประชาชนผู้รับบริการสาธารณะและได้รับความปลอดภัยจากการใช้บริการสาธารณะมากที่สุด และหลักการหนึ่งที่เป็นหลักการสำคัญที่รัฐจะใช้ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนโดยมีอำนาจในทางมหาชนเป็นอำนาจที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเรียกว่าอำนาจเอกสิทธิ์ของรัฐเหนือคู่สัญญา ซึ่งประกอบไปด้วย 2 ประการใหญ่ ๆ คือ อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวและอำนาจในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

### 5.2.1 การใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

ตามหลักทั่วไปในการทำนิติกรรมสัญญา สัญญาจะแก้ไขได้ก็แต่โดยความยินยอมพร้อมใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเท่านั้น แต่หากเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์คือการบริการสาธารณะ เช่น การจัดให้มีสาธารณูปโภค การก่อสร้างถนนหนทาง การสร้างทางด่วนและความสะดวกในการเดินทางทั้ง รถประจำทาง เรือ หรือรถไฟฟ้า ไม่ได้ดำเนินการเพื่อคู่สัญญาแต่เป็นการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนภายในประเทศหรือเรียกว่าประโยชน์สาธารณะ หากประโยชน์สาธารณะหรือความต้องการของประชาชนได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมก็ย่อมชอบด้วยเหตุผลที่จะให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาความตกลงในสัญญาทางปกครองได้ตามที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องการ แม้ว่าเหตุที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวจะมีได้ถูกกำหนดไว้ในสัญญาทางปกครองนั้น ๆ ก็ตาม

การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิในการขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาฝ่ายเดียว เป็นการใช้อำนาจพิเศษที่เรียกว่า เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือคู่สัญญา รัฐใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวก็เพื่อที่จะสามารถเข้ามา

แทรกแซงบังคับให้เอกชนต้องปรับปรุงบริการสาธารณะให้ทันสมัยและทันต่อความต้องการใหม่ ๆ ของประชาชนซึ่งจะสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะที่ว่า “หลักการอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ”

เนื่องจากในปัจจุบันนี้การทำสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ถึงแม้จะเป็นสัญญาทางปกครองที่มีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาแต่การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญานั้นไม่ได้มีการกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าในการแก้ไขสัญญานั้นมีขั้นตอนและหลักเกณฑ์อย่างไรบ้าง เช่น การแก้ไขสัญญาในข้อ 136 ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ที่ให้อำนาจหัวหน้าส่วนราชการพิจารณาใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาโดยในการแก้ไขสัญญานั้นต้องไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ รวมถึงการตกลงกับเอกชนในการแก้ไขสัญญา

การให้อำนาจหัวหน้าส่วนราชการในการแก้ไขสัญญาหรือตกลงในการแก้ไขสัญญาจ้างก่อสร้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ดังกล่าวอาจนำมาซึ่งข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนคู่สัญญา อันจะเห็นได้จากปริมาณคดีเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือการบอกเลิกสัญญาที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองเป็นจำนวนมากเพราะเนื่องจากเอกชนคู่สัญญาไม่พอใจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน แม้จะทราบดีว่าการแก้ไขสัญญาดังกล่าวเป็นเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและหลักเอกสิทธิ์ดังกล่าวไม่มีการบัญญัติไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ก็ตาม

ในปัจจุบันได้มีการประชุมของคณะรัฐมนตรีในวันที่ 7 กรกฎาคม พ.ศ. 2558 ได้มีมติเห็นชอบในร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ตอนนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งผู้วิจัยได้นำร่างดังกล่าวมาศึกษาและวิเคราะห์ด้วย ในร่างดังกล่าวมีการบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ในมาตรา 92<sup>408</sup> โดยมีสาระสำคัญว่า “การแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ” ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่าในการบัญญัติดังกล่าวไม่มีความ

<sup>408</sup> มาตรา 92 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หากการแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ แต่ต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์เดิม และถ้ามีการเพิ่มวงเงินจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่ง หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาส่งมอบหรือระยะเวลาในการทำงาน ให้ตกลงพร้อมกันไป

เพื่อประโยชน์ในการป้องกันการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงโดยไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์เดิม คณะกรรมการนโยบายอาจออกระเบียบ เพื่อกำหนดรายละเอียดและเงื่อนไขเพิ่มเติมได้ตามความจำเป็น

แตกต่างจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) เท่าใดนัก

ทั้งนี้ การให้อำนาจรัฐสามารถเปลี่ยนแปลงสัญญาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมคู่สัญญาอีกฝ่าย แม้ว่าการใช้สิทธิดังกล่าวของรัฐต้องใช้อำนาจอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายก็ตาม แต่ผู้วิจัยเห็นว่าการให้อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญานั้นเป็นช่องทางที่ให้รัฐสามารถใช้อำนาจโดยมิชอบโดยทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเสียหายได้ หรือแทนที่จะเป็นการเปลี่ยนแปลงสัญญาประโยชน์สาธารณะแต่กลับทำให้เกิดผลเสียต่อประชาชนอีกด้วยเพราะเอกชนคู่สัญญาอาจหยุดการก่อสร้างตามสัญญา และการที่เอกชนกว่าจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) นั้นต้องผ่านหลายขั้นตอนที่ทางราชการกำหนดไว้ แม้การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐจะสามารถทำได้เนื่องจากเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือกว่า แต่รัฐก็ควรคำนึงถึงผลเสียต่อเอกชนที่จะได้รับและหากเอกชนหยุดจัดทำบริการสาธารณะความเสียหายนั้นก็กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และควรมีบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายเดียวของรัฐไว้ การใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีคำพิพากษาศาลปกครองที่นำมาวิเคราะห์ได้ ดังนี้

#### 1. กรณีที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบ

การแก้ไขสัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าวมีคำพิพากษาที่นำมาวิเคราะห์ คือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 447/2554<sup>409</sup>

ผู้วิจัยเห็นว่า ตามคำพิพากษาทั้งสองดังกล่าวนี้ เป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย การที่กฎหมายให้อำนาจรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียวถือเอกสิทธิ์ในการจะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยไม่ต้องยินยอมก็ได้เจตนาหมายก็เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุเป้าหมายหรือดำเนินการต่อไปได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เพราะการทำสัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะบางครั้งเมื่อสังคมมีการเจริญเติบโตมากขึ้นและเปลี่ยนแปลงไป บางเงื่อนไขของสัญญาก็ต้องแปรเปลี่ยนไปตามด้วย หรือปรับเปลี่ยนตามกาลเวลา สถานที่ เพื่อประโยชน์ของมหาชนเป็นที่ตั้ง ถ้าจะรอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายยินยอมก็อาจจะไม่ทันการณ์ หรือทำให้การจัดทำบริการสาธารณะล่าช้าออกไป

<sup>409</sup> คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ตามเอกสารสอברהระบุว่า ผู้ฟ้องคดีจะต้องก่อสร้างท่อลอดขนาดเส้นผ่าศูนย์กลาง 0.60 เมตร และตามสัญญาได้ระบุไว้ชัดแจ้งว่าให้ผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติงานดำเนินการปรับพื้นที่พร้อมลงหินคลุกบดอัดแน่น และวางท่อลอดขนาดเส้นผ่าศูนย์กลาง 0.60 เมตร จึงเห็นได้ว่างานวางท่อลอดขนาดเส้นผ่าศูนย์กลาง 0.60 เมตรเป็นงานตามสัญญา ส่วนการจะกำหนดว่าจะก่อสร้างหรือวางท่อดังกล่าวบริเวณใดเป็นเรื่องที่ต้องไปตรวจสอบจากพื้นที่จริงและไปสอบถามจากประชาชนในพื้นที่ต่อไป ดังนั้นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบแปลนแนบท้ายสัญญาแม้จะแตกต่างจากแบบแปลนที่ผู้ฟ้องคดีซื้อมาจากการสอบราคาก็ตาม แต่ก็มีใช้การแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญตามข้อ 33 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 จึงไม่จำต้องแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบก่อนลงนามในสัญญาแต่อย่างใด

แต่หากการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวนั้นแม้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีอำนาจตามหลักเอกลสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญา ก็ต้องรับผิดชอบหากการใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนคู่สัญญา แต่ในคำพิพากษาดังกล่าวนั้นไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ในการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

## 2. กรณีที่รัฐต้องรับผิดชอบ

หากเป็นกรณีที่รัฐต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดจากการแก้ไขสัญญามีปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

### 1. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 510/2554<sup>410</sup>

จากคำพิพากษาดังกล่าว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในคำวินิจฉัยของศาลได้กล่าวถึงการทำบันทึกข้อตกลงแนบท้ายสัญญาขยายระยะเวลาของเทศบาลเมืองโพธารามเพื่อปรับเอกชนผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นการใช้สิทธิตามสัญญาโดยไม่สุจริตทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหายเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาโดยมิชอบ โดยไม่ได้วินิจฉัยว่าเป็นการใช้เอกลสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญาโดยมิชอบ เนื่องจากเอกลสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญานั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลจะใช้วินิจฉัยในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในคำพิพากษานี้จึงได้นำเอาหลักสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 มาปรับใช้กับข้อพิพาทดังกล่าวที่เกิดขึ้น

ดังนั้น หลักสุจริตดังกล่าวที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาประกอบการวินิจฉัยในการให้เอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ ในกรณีที่การใช้อำนาจของรัฐในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ

---

<sup>410</sup> ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทำบันทึกข้อตกลงก่อนที่จะครบกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จที่แก้ไขใหม่เพียง 30 วัน เพื่อที่จะใช้สิทธิปรับผู้ฟ้องคดีเป็นเงินจำนวนถึง 311 วัน คิดเป็นเงิน 3,249,750 บาท จากจำนวนค่าก่อสร้างทั้งสิ้น 4,099,781 บาท ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาโดยไม่สุจริต เมื่อผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างตามสัญญาจนแล้วเสร็จและส่งมอบงานให้ผู้ถูกฟ้องคดีภายในกำหนดระยะเวลาที่ผู้ถูกฟ้องคดีทำบันทึกตกลงแนบท้ายสัญญาให้ขยายเป็นวันที่ 27 สิงหาคม 2545 แล้ว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิหักค่าจ้างตามสัญญาเป็นจำนวนเงินดังกล่าวนี้จึงเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาโดยมิชอบ ทั้งนี้แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะได้แสดงความยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีปรับโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆก็ตาม พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินค่าปรับที่หักไว้เป็นเงิน 3,249,750 บาท ให้แก่ผู้ฟ้องคดีภายในกำหนดเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา

2. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2554<sup>411</sup>

จากคำพิพากษาดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นด้วยกับการนำหลักความจำเป็นและหลักความเป็นธรรมมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเนื่องจากการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือคู่สัญญาเอกชนนั้นจะต้องมีขอบเขตไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจและสามารถนำมาประกอบการวินิจฉัยคดีของศาลได้

จากคำพิพากษาที่ผู้วิจัยได้นำมาวิเคราะห์มาข้างต้นทั้งหมดนั้น คำพิพากษาดังกล่าวสามารถนำมาสรุปเป็นหลักการในการใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ดังนี้

1. การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
2. การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องอยู่บนพื้นฐานหลักความจำเป็นและความเป็นธรรมต่อคู่สัญญา
3. การแก้ไขสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐหากมิใช่การแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไม่จำเป็นต้องแจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทราบก่อน
4. การแก้ไขสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถนำหลักสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 มาปรับใช้ได้

การวินิจฉัยคดีของศาลในกรณีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ปรากฏในคำพิพากษาดังกล่าวที่ศาลวินิจฉัยว่าการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวต้องไม่เกินความจำเป็นหรือความเป็นธรรมนั้น เป็นการเข้าสู่กระบวนการของศาลปกครองที่ศาลปกครองจะต้องตัดสินว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าถ้าใช้เอกสิทธิ์เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ การใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อเอกชนคู่สัญญาเพราะถือว่าหลักเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาของรัฐเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่รัฐสามารถใช้อำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ ดังนั้นเมื่อเกิดความเสียหายต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรัฐก็ต้องรับผิดชอบโดยการทดแทนค่าเสียหายเป็นตัวแทนแก่เอกชนคู่สัญญา แม้ศาลจะตัดสินว่าเป็นการใช้เอกสิทธิ์แล้วคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ไม่มี ความผิดก็ตาม และผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรจะมีขั้นตอนและหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐเพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิคำนึงถึงเอกชนคู่สัญญาและประโยชน์สาธารณะรวมถึงการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนคู่สัญญาด้วยหากการแก้ไขสัญญานั้นมิชอบด้วยกฎหมาย

การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาในประเทศฝรั่งเศสนั้นมีคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว คือ คดี *Compagnie Nouvelle du gaz de Deville* –

<sup>411</sup> คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่สัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยนั้น การใช้สิทธิดังกล่าวต้องอยู่บนพื้นฐานหลักความจำเป็นและความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาด้วย เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า การพยายามแก้ไขสัญญาโดยผู้ผูกฟ้องคดีที่ 3 มิได้เกิดขึ้นจากความจำเป็นแต่อย่างใด การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาโดยบันทึกข้อตกลงที่ผู้ผูกฟ้องคดีที่ 3 ทำขึ้น จึงไม่มีผลใช้บังคับต่อผู้ผูกฟ้องคดี ผู้ผูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่มีอำนาจที่จะปรับลดเงินค่าจ้างจากผู้ผูกฟ้องคดี และมีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าจ้างที่ปรับลดลงไปจำนวน 168,542 บาท ให้แก่ผู้ผูกฟ้องคดี

Lès – Rouen ปี 1902<sup>412</sup> ซึ่งในคำพิพากษาดังกล่าวเป็นการยืนยันของหลักการพื้นฐานในการบริการสาธารณะที่ว่า “หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้” เป็นคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานของการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐในการแก้ไขสัญญา

จากคำพิพากษาดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยแรกของศาลปกครองที่วางหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะในกรณีที่มีเหตุการณ์หรือสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป โดยศาลปกครองสูงสุดในให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะที่จะสามารถแก้ไขกฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการปฏิบัติตามสัญญาได้เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปอย่างได้ผลดีที่สุด หลักดังกล่าวถูกนำมาใช้ในอีกกรณีหนึ่งด้วยและรัฐก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงินแก่เอกชนคู่สัญญาเพราะเอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย

จากคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศสคดีดังกล่าว จึงเหมือนกับคำพิพากษาของศาลในประเทศไทยที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชดใช้ค่าทดแทนเป็นตัวเงินแก่เอกชนคู่สัญญาในกรณีที่การใช้อำนาจของรัฐในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวและเกิดความเสียหายต่อเอกชนคู่สัญญา

ส่วนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาในประเทศอังกฤษนั้นรัฐจะสามารถแก้ไขสัญญาได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาซึ่งเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยข้อตกลงในสัญญามาตรฐาน ดังนั้นหากในสัญญามาตรฐานมิได้มีการระบุไว้โดยชัดแจ้งในสัญญามาตรฐาน รัฐก็จะมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงใด ๆ ฝ่ายเดียวได้ แต่ก็มีข้อดีในการแก้ไขสัญญาดังกล่าวคือเนื่องจากในประเทศอังกฤษมีการอบและหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาที่ชัดเจนจึงทำให้การแก้ไขสัญญานั้นเป็นไปอย่างรวดเร็วและโปร่งใส

ดังนั้น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวในประเทศไทยมีความแตกต่างกับประเทศอังกฤษ เนื่องจากในประเทศอังกฤษการแก้ไขสัญญาจะต้องเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาส่วนในประเทศไทยนั้นหากเห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่เสียเปรียบคู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถแก้ไขสัญญาได้ และในประเทศอังกฤษมีหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาที่ชัดเจนกว่าในประเทศไทย

### 5.2.2 การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

สัญญาที่เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้นเป็นสัญญาทางปกครองเป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนและคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในทางมหาชนเป็นอำนาจเหนือกว่า ซึ่งการบอกเลิกสัญญาก็เป็นเอกสิทธิ์ของรัฐที่มีเหนือเอกชนคู่สัญญาอีกกรณีหนึ่งต่อจากเอกสิทธิ์ของรัฐในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว เป็นการใช้อำนาจของรัฐที่เห็นว่าการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพราะเอกชนคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา แบ่งเป็นประเด็นที่จะวิเคราะห์ได้ 2 ประเด็น ดังนี้

---

<sup>412</sup> ศาลวินิจฉัยว่า “คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิตามสัญญาในการตามไฟด้วยวิธีการใดก็ได้ แต่ขณะเดียวกันคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็มีสิทธิที่จะมอบให้บุคคลอื่นเข้ามาทำการตามไฟถนนด้วยไฟฟ้าได้ หากคู่สัญญาเดิมปฏิเสธที่จะทำภายใต้เงื่อนไขใหม่ ทั้งนี้เพราะถือว่าความต้องการในการบริการสาธารณะเปลี่ยนแปลงไปแล้ว ดังนั้นฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องให้การตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะที่เปลี่ยนแปลงไป”

### 5.2.2.1 วิเคราะห์การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยอำนาจตามกฎหมาย

การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐโดยกฎหมายเป็นการบอกเลิกสัญญาตามที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ให้มีอำนาจในการเลิกสัญญาได้ซึ่งในกฎหมายจะมีการกำหนดถึงสาเหตุในการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวไว้ สามารถแบ่งแยกในการวิเคราะห์ออกได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

#### 1) ปัญหาการบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการ

ในปัจจุบันการบอกเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นโดยเฉพาะในสัญญาจ้างก่อสร้างตาม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) รวมถึงร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐที่จะมีผลบังคับใช้ในอนาคตนั้น ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการบอกเลิกสัญญา เช่น ในข้อ 137 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) กำหนดว่า “ให้หัวหน้าส่วนราชการพิจารณาใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด” หรือข้อ 130 ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) กำหนดว่า “ให้หัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นพิจารณา ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด” ปัญหาการบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเด็น ดังนี้

#### (1) กรณีการบอกเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมาย

กรณีการบอกเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นมีคำพิพากษาของศาลที่นำมาวิเคราะห์ คือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 683/2554<sup>413</sup> และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 459/2556<sup>414</sup>

<sup>413</sup> ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีหยุดดำเนินการก่อสร้างและมิได้เข้าทำงานก่อสร้างดังกล่าว เป็นการกระทำที่เข้าลักษณะของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว และเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า กรุงเทพฯได้แก้ปัญหาค่าอุปสรรคของผู้ฟ้องคดีจนผู้ฟ้องคดีสามารถเข้าทำงานก่อสร้างตามสัญญาได้แล้ว การที่ผู้ฟ้องคดีหยุดดำเนินการก่อสร้างและมิได้เข้าทำงานก่อสร้างตามสัญญาจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ที่กรุงเทพฯสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงานจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษายกฟ้อง

<sup>414</sup> ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า บริษัท จั๊ย จำกัด (ผู้ถูกฟ้องคดี) ไม่ทำการก่อสร้างกลุ่มอาคารที่พักและบริการตามสัญญาให้แล้วเสร็จบริบูรณ์เพื่อส่งมอบแก่กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืช (ผู้ฟ้องคดี) ภายในกำหนดเวลาและมีพฤติการณ์บ่งชี้ว่าไม่อาจทำงานให้แล้วเสร็จโดยเร็วได้ กระทั่งผู้ฟ้องคดีต้องบอกเลิกสัญญา กรณีจึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชำระหนี้ซึ่งก็คือการก่อสร้างกลุ่มอาคารและที่พักและบริการให้แล้วเสร็จบริบูรณ์ ผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าหนี้ตามสัญญาจึงมีอำนาจที่จะ

จากคำพิพากษาของศาลทั้ง 2 คดีข้างต้นเป็นการบอกเลิกสัญญาตาม ข้อ 130 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ที่ กำหนดไว้โดยชัดเจนว่า หากคู่สัญญาเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญา สามารถพิจารณาในการบอกเลิกสัญญาได้ แต่หากเป็นไปตามร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและ การบริหารพัสดุภาครัฐ (ที่จะบังคับใช้ในอนาคต) จะบัญญัติไว้ใน มาตรา 99<sup>415</sup>

(2) กรณีการบอกเลิกสัญญาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

กรณีการบอกเลิกสัญญาโดยมิชอบด้วยกฎหมายมีคำพิพากษาที่จะ นำมาวิเคราะห์ดังนี้

---

เรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีเรียกค่าขาดรายได้จากการนำอาคารบ้านพักและโรง อาหารออกบริการให้นักท่องเที่ยวเข้าพักและใช้สอย

ซึ่งเมื่อได้พิจารณาเนื้อหาและสัญญาที่ผู้ฟ้องคดีว่าจ้างผู้ถูกฟ้องคดีทำงานก่อสร้างกลุ่มอาคาร และที่พักและบริการ ซึ่งมีอาคารร้านอาหารและบ้านพักนักท่องเที่ยว อีกทั้งแบบแปลนการก่อสร้างได้ ระบุไว้ชัดเจนว่า การก่อสร้างดังกล่าวผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับจ้างย่อมคาดเดาหรือควรจะได้คาดเห็นอยู่ แล้วว่า เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างเสร็จและส่งมอบให้แก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีย่อมต้องนำออกเอาใช้ ประโยชน์เพื่อให้นักท่องเที่ยวได้เข้าพักอาศัยและใช้สอย ดังนั้นผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถนำอาคารโรง อาหารและที่พักรอกให้บริการนักท่องเที่ยวเพื่อหารายได้ตามความประสงค์ จึงเป็นความเสียหายที่ เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาโดยไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ของผู้ถูกฟ้องคดี และเป็นความเสียหายอันเกิดจาก พฤติการณ์พิเศษที่คู่กรณีได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว ผู้ฟ้อง คดีจึงชอบที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการขาดรายได้จากการใช้ประโยชน์จาก อาคารดังกล่าวจากผู้ถูกฟ้องคดีได้

<sup>415</sup> มาตรา 99 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ในกรณีที่ มีเหตุบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงตามกฎหมาย หรือมีเหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่สามารถ ส่งมอบงานหรืองานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือเหตุอื่นตามที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือข้อตกลง ให้อยู่ดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงกับคู่สัญญา

การตกลงกับคู่สัญญาที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาได้เฉพาะกรณีที่ เป็นประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐโดยตรงหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบ ของหน่วยงานของรัฐในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป

(2.1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 176/2548<sup>416</sup>

จากคำพิพากษาดังกล่าว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่ศาลพิพากษาว่าการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นการบอกเลิกสัญญาที่มีชอบด้วยกฎหมายจึงไม่สอดคล้องกับความผิดที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาโดยมิชอบ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นใช้สิทธิเกินขอบเขตตามสัญญาจ้างเท่านั้น จึงเป็นการมิได้ปฏิบัติตามสัญญาจ้างที่ได้ทำขึ้น และการมิได้ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวก็ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) และในระเบียบดังกล่าวมีบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจฝ่ายเดียวเท่านั้นในกรณีที่เอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ

(2.2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 429/2556<sup>417</sup>

จากคำพิพากษาดังกล่าว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐหากการบอกเลิกสัญญานั้นศาลจะวินิจฉัยว่าเป็นไปตามหลักเอกลักษณ์ของรัฐเหนือคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็หน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพราะเอกลักษณ์ของรัฐคุ้มครองเพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปได้ตามหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะแต่หากเอกชนคู่สัญญาได้รับความเดือดร้อนเสียหายคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นต้นทุนในส่วนที่ได้รับความเสียหายไป แต่หากการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวไม่เป็นไปตาม

<sup>416</sup> ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อในสัญญาจ้างไม่ได้ระบุความหนาและน้ำหนักของท่าเหล็กกล้าที่ผู้รับจ้างที่จะต้องนำมาขยายในการวางท่อประปา เมื่อผู้รับจ้างนำท่อเหล็กกล้าตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมให้ใช้ได้ตามมาตรฐาน มอก. มาใช้ในการวางขยายท่อประปาจึงถูกต้องตามสัญญาแล้ว การที่เทศบาลนำคุณสมบัติของท่าประปาที่ผู้รับจ้างรายอื่นใช้ในการขยายเขตประปาแก่เทศบาลซึ่งมีน้ำหนักและความหนามากกว่ามาเปรียบเทียบกับท่อเหล็กที่ผู้รับจ้างนำมาใช้แล้วไม่รับมอบงานเป็นการตรวจสอบที่อยู่นอกเหนือและเกินจากข้อกำหนดในสัญญาจ้าง นำมาเป็นเหตุบอกเลิกสัญญา จึงเป็นการบอกเลิกสัญญาที่มีชอบด้วยกฎหมาย ศาลพิพากษาให้เทศบาลชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงินค่าจ้างตามสัญญา

<sup>417</sup> ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญาเพราะไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้รับจ้าง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถจะเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีได้เพราะเป็นเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองที่สามารถกระทำได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้จะไม่ใช่ไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาก็ตาม และเห็นว่าค่าซื้อเอกสารประกวดราคาและค่าเดินทางมาซื้อรูปแบบรายการก่อสร้างนั้นเป็นค่าใช้จ่ายก่อนสัญญาเกิดขึ้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบผู้ฟ้องคดีในส่วนนี้ ส่วนค่าคำนวณและแบบตรวจสอบสถานที่ก่อสร้างและค่าทดสอบชั้นดินเป็นค่าใช้จ่ายจากการงานที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำให้แก่ผู้ฟ้องคดีหลังจากที่ได้ทำสัญญากันแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องใช้เงินค่าการงานดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดี และการที่ผู้ฟ้องคดีไปสั่งซื้อวัสดุก่อสร้างรอไว้เพื่อเตรียมการก่อสร้างจึงเป็นการกระทำตามปกติของบุคคลที่มีหน้าที่ต้องชำระค่าสั่งซื้อวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างและทำให้ผู้ฟ้องคดีถูกริบเงินมัดจำ การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีจึงทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี

หลักเอกสิทธิ์ของรัฐเหนือคู่สัญญา ศาลจะมีคำพิพากษาให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรวมถึงความรับผิดอื่น ๆ อันนอกจากค่าเสียหายเป็นตัวเงิน

ดังนั้น คำพิพากษาดังกล่าว ศาลมุ่งที่จะชดเชยความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญา แต่ก็มองว่าการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวก็เป็นไปตามหลักเอกสิทธิ์ของรัฐเหนือคู่สัญญาซึ่งเป็นการวินิจฉัยที่ศาลใช้เป็นเหตุผลว่าการบอกเลิกสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแม้เอกชนคู่สัญญาจะได้รับความเสียหายก็ตาม

### (2.3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 733/2554<sup>418</sup>

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวผู้วิจัยมีความเห็นว่าการพิจารณากระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในคดีนี้เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและเป็นการยืนยันหลักการที่ว่า สามารถนำมาตรา 5 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับคดีการใช้สิทธิและการชำระหนี้ทั้งตามสัญญาแพ่งและสัญญาทางปกครองได้ แม้ในคำพิพากษาดังกล่าวจะมีเหตุตามข้อกำหนดในสัญญาให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจบอกเลิกสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและทำสัญญากับผู้รับจ้างรายใหม่ได้ แต่การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและความจำเป็นต่าง ๆ โดยสุจริตและหากการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเป็นไปโดยไม่สุจริตทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นได้จากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของตนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้เสียหาย

ดังนั้น หลักสุจริตซึ่งเป็นหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สามารถนำมาใช้ประกอบคำวินิจฉัยของศาลปกครองเช่นเดียวกับการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญา

จากกรณีการบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างของรัฐที่กล่าวมาทั้งหมดนั้น การให้อำนาจของรัฐในการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวโดยหลักแล้วในการแล้วจะต้องมีการทำหนังสือแจ้งเตือนถึงเอกชนคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามสัญญา ก่อน แม้ในทางปฏิบัติจะมีการแจ้งเตือนเป็นหนังสือไปยังเอกชนคู่สัญญาให้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาที่ปรากฏในสัญญาจ้างก่อสร้างบางสัญญาของทางราชการ

<sup>418</sup> ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏเหตุอันควรสงสัยในความเหมาะสมของแบบรากฐานของสะพานว่าสมควรจะใช้ฐานรากแบบตอกเสาเข็มตามที่กำหนดไว้ในสัญญาจ้างหรือสมควรปล่อยเป็นแบบฐานแผ่ตามผลการทดสอบและวิเคราะห์ของผู้ฟ้องคดีรวมทั้งสำนักงานโยธาธิการจังหวัดตาก วิทยุเช่นผู้ถูกฟ้องคดีชอบที่จะมอบหมายให้ผู้ควบคุมงาน คณะกรรมการตรวจการจ้าง บริษัทที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญอื่นที่ตนเชื่อถือและไว้วางใจตรวจสอบสภาพชั้นดินและวิเคราะห์ความเหมาะสมของแบบฐานรากที่จะพึงใช้กับสะพานที่ว่าจ้างก่อสร้างให้แน่ใจ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ดำเนินการเหมือนดังเช่นวิทยุชนเช่นผู้ถูกฟ้องคดีพึงกระทำ กลับบ่ายเบี่ยงให้อนุมัติไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบฐานรากตามคำขอของผู้ฟ้องคดีและยืนยันให้ผู้ฟ้องคดีลงมือก่อสร้างฐานรากแบบตอกเสาเข็มตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริตให้แก่ผู้ฟ้องคดี พินิจพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นจำนวน 100,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินดังกล่าว และให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนหลักประกันสัญญาให้แก่ผู้ฟ้องคดี

แล้วก็ตาม แต่ก็ไม่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด อย่างน้อยการมีที่กฎหมายได้กำหนด ขั้นตอนในการบอกเลิกสัญญาไว้ก็เป็นการป้องกันการใช้ออกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญา ฝ่ายรัฐที่จะทำให้เอกชนได้รับความเสียหายและไม่เป็นธรรมเพราะการมีหนังสือแจ้งเตือนให้ปฏิบัติตามสัญญานั้นคู่สัญญาของรัฐจะต้องแสดงเหตุผลในการแจ้งเตือนและให้โอกาสเอกชนในการดำเนินการตามสัญญาด้วย

## 2) วิเคราะห์การบอกเลิกสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

นอกจากสัญญาจ้างก่อสร้างที่ราชการส่วนกลางและส่วนท้องถิ่นเป็นคู่สัญญาแล้วยังมีปัญหาในเรื่องการบอกเลิกสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในกรณีที่มีการร่วมลงทุนระหว่างเอกชนกับรัฐทั้งในสัญญาที่มีมูลค่าต่ำกว่า 1 พันล้านบาท และสัญญาที่มีมูลค่าตั้งแต่ 1 พันล้านบาทขึ้นไป ขั้นตอนและหลักเกณฑ์ในการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนกับรัฐนั้นมีความชัดเจนเนื่องจากเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่และยกเลิกกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ไป ดังนั้นการบอกเลิกสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนจึงเป็นเรื่องที่ทำให้โครงการที่ดำเนินการนั้นได้รับความเสียหายหรือทำให้ไม่มีการจัดทำโครงการดังกล่าวต่อไป

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีการกำหนดอำนาจของรัฐเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาคือ มาตรา 44 และหากการดำเนินการตามสัญญามีปัญหาคณะกรรมการกำกับดูแลก็มีอำนาจตามมาตรา 45

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังกล่าว ในการให้อำนาจรัฐที่จะบอกเลิกสัญญานั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า “ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการและเอกชนเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณาหาแนวทางการแก้ไขปัญหาต่อไป” ซึ่งข้อความดังกล่าวอาจตีความได้ว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถบอกเลิกสัญญาได้ แต่การจะให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการบอกเลิกสัญญานั้นควรจะมีข้อความว่า “ให้มีอำนาจในการบอกเลิกสัญญา” เพื่อที่จะได้ไม่ต้องไปตีความกันหากเกิดข้อพิพาท

จากข้างต้นการที่เกิดเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้มีเพียงการกำหนดว่าให้เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาต่อคณะกรรมการ แต่หากเหตุที่เกิดขึ้นดังกล่าวไม่มีแนวทางในการแก้ไขปัญหาเลย เช่น การขาดเงินลงทุนที่จะใช้ในกิจการร่วมลงทุนดังกล่าวของเอกชน หรือ เกิดเหตุสุดวิสัยเป็นต้น จะต้องมีการระบุว่าเหตุดังกล่าวนี้เกิดจากฝ่ายรัฐหรือฝ่ายเอกชน หากเกิดจากรัฐก็ควรมีมาตรการอย่างไร หากเหตุเกิดจากเอกชนต้องมีมาตรการอย่างไร เช่น ควรจะให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจตามกฎหมายในการบอกเลิกสัญญาหรือนำเรื่องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา เป็นต้น

### 5.2.2.2 วิเคราะห์การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยอำนาจตามสัญญา

นอกจากการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐตามกฎหมายแล้วยังมีการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐอีกประเภทหนึ่งคือ การบอกเลิกสัญญาโดยมีอำนาจตามสัญญา ซึ่งในสัญญาจะมีการตกลงเอาไว้ว่าในการควบคุมดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้นเพื่อให้บริการสาธารณะ

ดำเนินต่อไปได้หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะจะมีการตกลงว่ามีสาเหตุใดบ้างที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ โดยมีสัญญาที่ผู้วิจัยนำมาวิเคราะห์ คือ

1. สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กระทรวงมหาดไทย กับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด
2. สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟ และถนนยกระดับในกรุงเทพฯ และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ระหว่างกระทรวงคมนาคม การรถไฟแห่งประเทศไทย กับบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด
3. สัญญาสัมปทานทางหลวง ระหว่าง กรมทางหลวง กับบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด

การใช้อำนาจบอกเลิกสัญญาของรัฐในต่างประเทศนั้น การเลิกสัญญาโดยรัฐจึงเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐอย่างหนึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองใช้ยกเลิกเมื่อเอกชนทำผิดสัญญานั้นหากเอกชนคู่สัญญาเป็นฝ่ายผิดจะต้องมีการแจ้งเตือนเป็นหนังสือให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาก่อน สามารถเรียกให้เอกชนคู่สัญญาชำระค่าทดแทนเป็นตัวเงินได้และอาจจะประกวดราคาเพื่อหาคู่สัญญาใหม่ โดยให้คู่สัญญาผู้ที่ยกเลิกสิทธิเป็นผู้รับผิดชอบในการจ้างคู่สัญญารายใหม่ ในประเทศฝรั่งเศสมีคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการใช้อำนาจบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐ ดังนี้

1. สภาแห่งรัฐเคยตัดสินไว้ในคดี Peulabeuf ปี 1950 ว่า  
“ตามสัญญาข้อ 6 ในกรณีที่ผู้ลงทุนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ และการออกคำสั่งของฝ่ายปกครองให้คู่สัญญาปฏิบัติตามไม่เป็นผล คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถเข้าไปดำเนินการแทนคู่สัญญาได้เอง” ทั้งนี้ก็เพื่อให้การดำเนินการตามสัญญาอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะไม่หยุดชะงัก
2. อำนาจในการสั่งให้คู่สัญญายุติการปฏิบัติตามสัญญาเป็นการชั่วคราว โดยไม่จำเป็นต้องมีการเตือนล่วงหน้าก่อน<sup>419</sup>
3. คู่สัญญาฝ่ายปกครองสงวนสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาเช่าทรัพย์สินที่มีกับเอกชนฝ่ายเดียว หากปรากฏว่าฝ่ายเอกชนไม่ดูแลบำรุงรักษาทรัพย์สินของตนเอง<sup>420</sup>
4. ฝ่ายปกครองต้องเลือกใช้การลงโทษโดยวิธีการบอกเลิกสัญญานี้เป็นวิธีการสุดท้าย (ultima ratio) เท่านั้น หลังจากที่ใช้วิธีการลงโทษโดยวิธีการอื่น เช่น การเรียกค่าเสียหายหรือการเข้าดำเนินการแทนใช้ไม่ได้ผล<sup>421</sup>

<sup>419</sup> คดี C.E., 8 มกราคม 1965, da Fonseca, Rec. 7; บุปผา อัครพิมาน, พิมาน. “ผลของสัญญาทางปกครองระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน *บทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ เอกสารประกอบสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 เรื่องสัญญาทางปกครองและพัสดุ*, หน้า 4.

<sup>420</sup> คดี C.E., 23 ธันวาคม 1952, Dame Vve Lillo, p. 573; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 5.

การใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาของประเทศไทยจะเหมือนกับประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ หากการเลิกสัญญาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นคนผิด คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบอกเลิกสัญญา และหาคู่สัญญารายใหม่ได้ เอกชนจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการจ้างคู่สัญญารายใหม่ด้วย แต่หากการบอกเลิกสัญญาคู่สัญญาเอกชนไม่ได้เป็นคนผิดคู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ส่วนในประเทศอังกฤษ รัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยทันทีรวมถึงการบอกเลิกข้อกำหนดส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญา ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง แต่การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวดังกล่าวต้องเป็นไปตามเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญามาตรฐานเช่นเดียวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา

การบอกเลิกสัญญาในประเทศไทยจะแตกต่างกับในประเทศอังกฤษ เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาในประเทศไทยนั้นสามารถบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่มีกำหนดไว้ตามสัญญา เท่านั้นส่วนการบอกเลิกสัญญาในประเทศไทย คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญา

### 5.3 วิเคราะห์ปัญหาทกลไกในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

จากที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 4 ว่าในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะให้ดำเนินการตามสัญญา ตรวจสอบ กำกับอย่างใกล้ชิด ในประเทศไทยนั้น มีทั้งการควบคุม กำกับดูแลโดยหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาและการควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการที่กฎหมายให้อำนาจในบริการสาธารณะแต่ละประเภทไว้

ในการควบคุมดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยทั้งในสัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นการควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการตามกฎหมายนั้น มีกลไกในการควบคุม กำกับดูแลบริการสาธารณะที่มอบให้เอกชนจัดทำได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 ซึ่งสรุปกลไกในการควบคุม กำกับดูแลดังกล่าวได้ดังนี้

#### 1. กลไกในการควบคุมดูแลเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญา

กลไกในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญาเป็นอำนาจที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเหนือเอกชนคู่สัญญาในการติดตามการดำเนินการตามสัญญา ตรวจสอบดูแลอย่างใกล้ชิด แต่จะต้องเป็นไปตามสัญญาที่กำหนดไว้เท่านั้น การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญาดังกล่าวมักจะปรากฏในสัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นก่อนพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ใช้บังคับ เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ เป็นต้น แต่ในปัจจุบันก็มีการควบคุมดูแลเอกชน

<sup>421</sup> คดี Concl. Romieu sous C.E., mai 1907, Deplanque, Rec. 514 et sous C.E., 20 janvier, 1905, Cie départementales des eaux, Rec. 57: Obs. R. Alibert, C.E., 12 avril 1935, Sté rurale de distribution électrique, S., 1935, 3, p. 125; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 16.

จัดทำบริการสาธารณะโดยคู่สัญญาที่ปรากฏ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการ สัญญาสัมปทานการให้เอกชนนำรถเข้าร่วมให้บริการ เป็นต้น

## 2. กลไกในการกำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมาย

กลไกในการกำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายเป็นการ กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจอย่างชัดเจนเป็นการแต่งตั้งคณะกรรมการ โดยเฉพาะตามกฎหมายแต่ละประเภทให้อำนาจในการ กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากคณะกรรมการดังกล่าวมีความสามารถ ความรู้และความเชี่ยวชาญในบริการสาธารณะที่จะให้เอกชนจัดทำ เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปตามหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนมากที่สุด เช่น คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 คณะกรรมการกำกับดูแลกิจการพลังงาน เป็นต้น

จากการศึกษาการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะทั้ง 2 รูปแบบดังกล่าวข้างต้นพบว่า การจัดทำบริการสาธารณะที่ควบคุมดูแลโดยคู่สัญญาหรือกำกับดูแลโดยกฎหมายที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุมดูแลไม่มีประสิทธิภาพที่ดีเท่ากับการกำกับดูแลโดยคณะกรรมการที่มีอำนาจตามกฎหมายเนื่องจากการควบคุม ดูแลตามสัญญานั้นหากไม่มีการดำเนินการติดตามเอกชนคู่สัญญาหรือละเลยในการปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบแล้ว การจะตรวจสอบหรือเอาผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานที่เป็นคู่สัญญานั้นเป็นไปได้ค่อนข้างยากและไม่ได้มีกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบเอาไว้โดยชัดเจน จึงทำให้บริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำไปอาจจะเกิดปัญหาในการให้บริการหรือการบังคับเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ปฏิบัติหน้าที่เป็นไปได้ยาก ซึ่งการควบคุมดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยสัญญามีสัญญาที่ผู้วิจัยจะนำมาวิเคราะห์ดังนี้

### 1. สัญญาสัมปทานการให้เอกชนเดินรถบริการสาธารณะ

การให้สัมปทานเอกชนนำรถโดยสารให้บริการนั้นแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท หลัก ๆ คือ

#### 1) การให้สัมปทานเดินรถโดยองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.)

การให้สัมปทานเดินรถโดยองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) เป็นการให้เอกชนนำรถร่วมเข้าให้บริการในเขตกรุงเทพฯ และจังหวัดใกล้เคียงไม่ว่าจะเป็นรถตู้โดยสารประจำทางหรือรถโดยสาร巴士โดยสารประจำทาง เพื่อมุ่งให้ประชาชนที่มีรายได้ต่ำถึงปานกลางได้เดินทางโดยสารในราคาที่ถูกลง ซึ่งการเดินทางก็เป็นเหตุผลสำคัญที่ทุกคนต้องใช้รถในการดำเนินชีวิตในการควบคุม กำกับดูแลการที่เอกชนนำรถร่วมให้บริการนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ควบคุมดูแลเอกชนที่จะนำรถโดยสารเข้าร่วมบริการ ซึ่งในการควบคุมดูแลการเดินรถของบริษัทเอกชนนั้น มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจรัฐไว้ในระเบียบขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ ว่าด้วยการบริหารจัดการและควบคุม กำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550 ส่วนที่ 2 หมวดที่ 10 แต่การมีกฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าวก็เป็นการอธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการควบคุม กำกับดูแลที่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐควบคุม กำกับดูแลอยู่แต่ไม่ได้มีองค์กรที่เป็นกลางเข้ามาควบคุม กำกับดูแลแต่อย่างใด

#### 2) การให้สัมปทานเดินรถโดยบริษัทขนส่ง จำกัด (บขส.)

การให้สัมปทานเดินรถโดยบริษัทขนส่ง จำกัด (บขส.) เป็นการให้เอกชนเดินรถในเส้นทางที่บริษัทขนส่ง จำกัด (บขส.) กำหนด คือ ระหว่างกรุงเทพฯ ไปจังหวัดต่าง ๆ ซึ่งในปัจจุบัน

นั้นมีสถานีขนส่งที่คอยให้บริการอยู่ทุกจังหวัด ซึ่งในการควบคุมดูแลการเดินทางของบริษัทเอกชนนั้น มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจรัฐไว้ในระเบียบและคู่มือรกร่วมบริษัท ขนส่ง จำกัด พ.ศ. 2547 และคำสั่งของบริษัท ขนส่ง จำกัดที่ ค. 29/2552 แม้จะมีกฎหมายกำหนดการกำกับดูแลการเดินทางของเอกชนไว้แต่กฎหมายก็ให้อำนาจบริษัท ขนส่ง จำกัด (บขส.) ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ให้สัมปทานมีอำนาจในการควบคุมดูแลในฐานะคู่สัญญาเช่นเดิม แม้ในระเบียบ และคู่มือรกร่วมบริษัท ขนส่ง จำกัด พ.ศ. 2547 จะมีการตั้งคณะกรรมการบริษัท ขนส่ง จำกัด แต่คณะกรรมการดังกล่าวปรากฏว่ามีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการทำสัญญาสัมปทานเดินรถและขั้นตอนต่าง ๆ ก่อนที่เอกชนจะสามารถนำรถเข้าเดินรถให้บริการสาธารณะได้เท่านั้นไม่มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล ติดตาม ตรวจสอบ การเดินรถของบริษัทเอกชนแต่อย่างใด

## 2. สัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการ

สัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการแบ่งแยกได้ 2 ประเภท คือ สัญญาจ้างก่อสร้างของราชการส่วนกลางซึ่งอยู่ภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และสัญญาจ้างก่อสร้างของราชการส่วนท้องถิ่นอยู่ภายใต้ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ในการควบคุม กำกับดูแลการก่อสร้างโดยเอกชนตามสัญญานั้นมีทั้งการควบคุม กำกับดูแลตามข้อกำหนดของสัญญา และการควบคุม กำกับดูแลตามกฎหมายที่กล่าวไปข้างต้น ซึ่งทั้ง 2 ประเภทมีขั้นตอนในการควบคุม กำกับดูแลตามกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ ในการควบคุม กำกับดูแลการดำเนินการตามสัญญาของเอกชนนั้นจะมีผู้ควบคุมงานคอยกำกับ ดูแล ตรวจสอบ การดำเนินการตามสัญญาและคอยรายงานให้คณะกรรมการตรวจการจ้างทราบ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในการควบคุม กำกับดูแลโดยผู้ควบคุมงานและคณะกรรมการตรวจการจ้างดังกล่าวแม้จะถูกแต่งตั้งโดยกฎหมายก็ตามแต่เป็นการแต่งตั้งโดยหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญากับเอกชนที่รับจ้างก่อสร้าง จึงไม่ได้เป็นการแต่งตั้งโดยบุคคลที่เป็นกลางแต่อย่างใด

## 3. สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ

สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพระหว่างกรุงเทพฯ กับบริษัท ขนส่งมวลชนกรุงเทพ (BTSC) เป็นสัญญาก่อสร้างและประกอบบริการขนส่งมวลชนวิงบนทางยกระดับสองสาย (รถไฟฟ้า) ในกรุงเทพฯ เพื่อช่วยบรรเทาปัญหาการจราจรในกรุงเทพฯ และเพื่อให้ประชาชนมีทางเลือกในการเดินทางที่มีประสิทธิภาพ ในการที่บริษัท ขนส่งมวลชนกรุงเทพ (BTS) ดำเนินการให้บริการรถไฟฟ้าจึงต้องอยู่ภายใต้การควบคุม กำกับดูแลของกรุงเทพฯ ในฐานะหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาตามสัญญาดังกล่าวที่สร้างขึ้น ในสัญญาข้อ 16 มีข้อกำหนดว่าบริษัทเอกชนตกลงจะรับผิดชอบใช้ หากความเสียหายเกิดจากข้าราชการหรือลูกจ้างของกรุงเทพฯ ในการกระทำหรือไม่กระทำการเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแล แต่การมีข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในข้อสัญญาข้อ 16 ดังกล่าว เป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่ไม่มีการกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการให้เจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างของกรุงเทพฯ ในสัญญาที่เกี่ยวกับการควบคุม ตรวจสอบ กำกับ ติดตาม การให้บริการรถไฟฟ้าดังกล่าว ซึ่งถือว่าการป้องกันไม่ให้มีการละเลยล่าช้า ละเมิดการหรือใช้อำนาจโดยมิชอบปฏิบัติหน้าที่ รวมถึงการไม่องค์กรที่เป็นกลางคอยควบคุม

ตรวจสอบ กำกับ ติดตาม เอกชนในการให้บริการรถไฟฟ้าหรือรับเรื่องร้องเรียนซึ่งจะมีประสิทธิภาพที่ดีกว่าการให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐควบคุม กำกับดูแลเอง

#### 4. สัญญาสัมปทานสถานีโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ (ITV)

สัญญาสัมปทานสถานีโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ (ITV) เป็นสัญญาระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) กับ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ในการให้บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) เผยแพร่ออกอากาศรายการโทรทัศน์ช่อง ITV ปี พ.ศ. 2539 เนื่องจากในสัญญาดังกล่าวมีการกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองจากรัฐตามสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ ความว่า

หากสำนักงานหรือหน่วยงานของรัฐให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใด ๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินกิจการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์โดยมีโฆษณาหรืออนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับสมาชิกทำการโฆษณาได้และเป็นเหตุให้ผู้เข้าร่วมการงานได้รับผลกระทบต่อฐานะการเงินของผู้เข้าร่วมงานอย่างรุนแรง เมื่อผู้เข้าร่วมงานร้องขอ สำนักงานจะพิจารณาและเจรจากับผู้ร่วมงานโดยเร็ว เพื่อหามาตรการชดเชยความเสียหายที่ผู้เข้าร่วมงานได้รับจากผลกระทบดังกล่าว

หลังจากนั้นได้เกิดเหตุการณ์ดังต่อไปนี้

1. วันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 กองทัพบกได้ยกเลิกสัญญาเช่าและใช้เวลาออกอากาศสถานีโทรทัศน์กองทัพบกช่อง 7 กับบริษัทกรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด จากสัญญาเดิม (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน 2537) ที่กำหนดไว้ 12 ปี (พ.ศ. 2537-2549) ซึ่งจะสิ้นสุดสัญญาในปี พ.ศ. 2539 แลกกองทัพบกได้ยกร่างสัญญาฉบับใหม่ที่อนุญาตให้บริษัทกรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด ดำเนินกิจการให้บริการวิทยุโทรทัศน์ทางสถานีโทรทัศน์ กองทัพบกช่อง 7 เป็นระยะเวลา 25 ปีด้วยข้ออ้างเพื่อกรุยทางไปสู่การแปรสภาพบริษัทเป็นบริษัทมหาชนและนำกิจการเข้าจดทะเบียนระดมทุนในตลาดหลักทรัพย์พร้อมกับกำหนดอัตราค่าตอบแทนที่บริษัทต้องจ่ายให้แก่กองทัพบกเฉลี่ยปีละ 150-230 ล้านบาท หรือรวมค่าผลประโยชน์ตอบแทน 25 ปีทั้งสิ้น 4,670 ล้านบาท

2. เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2542 คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติให้สถานีวิทยุโทรทัศน์ช่อง 11 กรมประชาสัมพันธ์ มีโฆษณาได้ในช่วงการถ่ายทอดสดกีฬาซีเกมส์ครั้งที่ 20 ระหว่างเดือนกรกฎาคม-สิงหาคม 2542 และการแข่งขันโอลิมปิกฤดูร้อนในปี 2000 ระหว่างเดือนกันยายน-ตุลาคม 2543 ซึ่งภายหลังจากช่วงเวลาดังกล่าวสถานีวิทยุโทรทัศน์ช่อง 11 ยังคงปล่อยให้มีการโฆษณาต่อเนื่องเรื่อยมา

หลังจากเกิดเหตุการณ์ทั้ง 2 ดังกล่าว บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ได้ติดตามทวงถามสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) ว่ามีการดำเนินการอย่างไรจากการที่บริษัทดังกล่าวได้รับผลกระทบแต่สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) ปฏิเสธชดเชยความเสียหายที่บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ได้รับ จนกระทั่งบริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน) ได้นำข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย ซึ่งคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในหมายเลขแดงที่ 4/2547 ลงวันที่ 30 มกราคม 2547 มีสาระสำคัญ ดังนี้

1. ให้สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) ชดเชยความเสียหาย โดยชำระเงินคืนให้แก่บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) จำนวน 20 ล้านบาท จากมูลค่าความเสียหายที่ไอทีวีเรียกร้องไป 1,730 ล้านบาท

2. ให้เปลี่ยนแปลงการจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนตามสัญญาข้อ 5 ในสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ โดยกำหนดให้บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ต้องจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนขั้นต่ำปีละ 230 ล้านบาท ตลอดระยะเวลาที่เหลืออยู่ของสัญญา หรือต้องจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนในอัตราร้อยละ 6.5 ของรายได้ก่อนหักค่าใช้จ่าย โดยให้ถือเอาจำนวนที่มากกว่าเป็นหลัก ตั้งแต่วันที่ 3 กรกฎาคม 2545 เป็นต้นไป

3. ให้สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) คืนเงินผลประโยชน์ตอบแทนขั้นต่ำสำหรับงวดวันที่ 3 กรกฎาคม 2546 ที่ไอทีวีได้ชำระในระหว่างการดำเนินคดีไปจำนวน 570 ล้านบาท คืนแก่บริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน)

4. ให้บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) สามารถแพร่ภาพออกอากาศได้ โดยไม่ต้องถูกจำกัดเฉพาะรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์ในช่วงเวลาไพรม์ไทม์ (19.30-21.30 น.) แต่ไอทีวีต้องนำเสนอรายการข่าว สารคดีและสารประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของเวลาออกอากาศทั้งหมดภายใต้ข้อบังคับของกฎระเบียบที่ทางราชการออกใช้บังคับสถานีวิทยุโทรทัศน์โดยทั่วไป

คำวินิจฉัยชี้ขาดข้างต้น สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) ประกาศไม่ยอมรับโดยเห็นว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะกรณีที่ให้มีการแก้ไขสัญญาสัมปทานลดผลประโยชน์ตอบแทนนั้นถือว่าอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขตของสัญญาและเกินขอบเขตข้อตกลงที่ได้เสนอให้อนุญาตตุลาการพิจารณา อีกทั้งยังเป็นคำชี้ขาดข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ การจะยอมรับคำวินิจฉัยชี้ขาดเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงตัดสินใจยื่นคำร้องต่อศาลปกครองกลางเพื่อขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัย

องค์คณะตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้ออกนั่งบัลลังก์อ่านคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีดังกล่าวเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2549 วินิจฉัยอุทธรณ์คำร้องของบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ที่มีต่อคำพิพากษาของศาลปกครองกลาง<sup>422</sup> แล้วเห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟอันเป็นเนื้อหาของบริการสาธารณะโดยปราศจากการตรวจสอบจากรัฐ ดังนั้น คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการข้างต้นจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ

<sup>422</sup> ศาลปกครองกลางได้พิพากษากรณีนี้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาสัมปทานในข้อ 5 วรรคสี่ของสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) เป็นการเพิ่มเติมเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาโดยมิได้เสนอเรื่องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง จึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ใน พ.ร.บ. รวมทุนปี 2535

ประชาชนตามมาตรา 40 วรรคสาม (2) (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าว

จากกรณีดังกล่าว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในสัญญาสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศนระบบยูเอชเอฟ เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเผยแพร่ออกอากาศรายการโทรทัศนที่มีการควบคุมตรวจสอบ ติดตาม การดำเนินการตามสัญญาโดยสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) เพียงองค์กรเดียว ซึ่งปัญหาในการแก้ไขสัญญาที่นำมาสู่การพิพาทและขึ้นศาลปกครองนั้น หากมีการตั้งคณะกรรมการหรือหน่วยงานที่เป็นกลางเข้ามาควบคุม ตรวจสอบ ติดตาม การดำเนินการตามสัญญาแล้ว ปัญหาดังกล่าวย่อมไม่เกิดขึ้นและการควบคุม กำกับดูแลมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

กลไกในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศสนั้นได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 มีการควบคุม กำกับดูแลโดยผู้ว่าราชการจังหวัดที่มีอำนาจที่จะยับยั้งการทำสัญญาได้หากเห็นว่าสัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการควบคุม กำกับดูแลโดยคณะผู้ตรวจราชการระหว่างกระทรวง ซึ่งมีหน้าที่สอบสวนและตรวจสอบการทำสัญญา และการดำเนินการตามสัญญาสัมปทาน ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรอิสระที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ตรวจสอบเรื่องได้เรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ รวมถึงหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญามีหน้าที่ตรวจสอบว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่รับเอาภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะไปดำเนินการไม่ว่าในรูปของสัญญาต่าง ๆ นั้นได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ หน่วยงานของรัฐมีหลายวิธีการในการตรวจสอบการปฏิบัติดำเนินการตามสัญญา

ดังนั้น การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศสมีการควบคุม กำกับดูแลโดยหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาและควบคุม กำกับดูแลโดยคณะผู้ตรวจราชการระหว่างกระทรวงซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการควบคุม กำกับดูแลในประเทศไทยที่มีการควบคุม กำกับดูแลโดยหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาและการควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการที่กฎหมายให้อำนาจแต่ละประเภท

ส่วนกลไกในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะในประเทศอังกฤษนั้นจะเป็นการควบคุม กำกับดูแลโดยหน่วยงานของรัฐและการควบคุม กำกับดูแลโดยหน่วยงานที่ชื่อว่า Partnerships UK ในบริการสาธารณะประเภทการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (PPP)

ดังนั้น การควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยกับอังกฤษมีการควบคุม กำกับดูแลโดยหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาเช่นเดียวกัน แต่การควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการที่มีอำนาจตามกฎหมายแต่ละประเภทของไทยเป็นเจ้าหน้าที่ตามความหมายของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งต่างจาก Partnerships UK ที่เป็นหน่วยงานของรัฐที่จัดตั้งขึ้นเป็นการควบคุม กำกับดูแลที่ไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวและแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว เป็นการควบคุม กำกับดูแลเพื่อติดตามการดำเนินการตามสัญญาและสนับสนุนการให้บริการสาธารณะของเอกชนคู่สัญญาเท่านั้น

จากกลไกในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยนั้น การควบคุม กำกับดูแลนั้นมักจะขาดประสิทธิภาพเนื่องจากการไม่มีองค์กรกลางที่จะเข้าไปตรวจสอบการควบคุม กำกับดูแลนั้นและไม่มี การดำเนินการทางกฎหมายกับบุคคลที่มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล แม้บุคคลนั้นจะละเลยในการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่มีชอบก็ตาม

## 5.4 วิเคราะห์ปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

จากที่กล่าวไปข้างต้นในบทที่ 2 แล้วว่า บริการสาธารณะเป็นภารกิจที่สำคัญภารกิจหนึ่งของรัฐนอกจากการรักษาความสงบเรียบร้อย แต่เมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปความต้องการของคนในสังคมมีมากขึ้น รัฐจึงจำเป็นต้องมีก่อตั้งให้รัฐวิสาหกิจเป็นองค์กรของรัฐที่เข้ามามีส่วนในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ แต่ก็ยังไม่เพียงพอต่อความต้องการของประชาชนผู้รับบริการสาธารณะจึงเกิดแนวคิดให้เอกชนเข้ามาร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะในที่สุด

ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นหากบริการสาธารณะที่จัดทำนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐที่ได้รับมอบอำนาจตามหลักการกระจายอำนาจ ซึ่งก็คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเหล่านี้กับองค์กรของรัฐที่มีอำนาจเหนือกว่า คือ ราชการส่วนกลางนั้น เป็นความสัมพันธ์ที่เรียกว่า การกำกับดูแล ซึ่งการกำกับดูแลเป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐกับองค์กรของรัฐเท่านั้น และอำนาจในการกำกับดูแลต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเท่านั้น ส่วนการบริการสาธารณะที่รัฐได้มอบให้เอกชนจัดทำแทนรัฐนั้น เป็นไปตามหลักการกระจายภารกิจที่เอกชนมีเพียงภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะไม่ได้มีซึ่งอำนาจหากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ความสัมพันธ์จึงเป็นความสัมพันธ์ที่รัฐมีอำนาจเหนือกว่าเรียกว่า การควบคุม กำกับดูแล อำนาจควบคุม กำกับดูแลดังกล่าวเป็นทั้งอำนาจที่รัฐมีทั้งตามกฎหมายบัญญัติไว้ ตามสัญญา รวมถึงอำนาจอื่น ๆ เช่น เอกสิทธิ์ของรัฐ หากการใช้อำนาจนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ในปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีปรากฏทั้งความสัมพันธ์ในการกำกับดูแลและความสัมพันธ์ในการควบคุมดูแล ดังนั้นการพิจารณาว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวนั้นควรจะเป็นตามหลักการกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลจึงศึกษาวิเคราะห์จากคู่สัญญาหรือถ้อยคำในทางกฎหมายไม่ได้ หากแต่ต้องมีการศึกษาถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนว่าสามารถเข้าไปแทรกแซงการจัดทำบริการสาธารณะของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้เพียงใดซึ่งมีกฎหมายหลายฉบับที่นำมาวิเคราะห์ ดังนี้

### 1. พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้ในกิจการของรัฐที่ให้เอกชนจัดทำหรือร่วมจัดทำในกรณีที่มีทุนทรัพย์ในการลงทุนสูง โดยเฉพาะโครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไปจะต้องผ่านขั้นตอนตามพระราชบัญญัตินี้ ในการตรวจสอบ ติดตามการดำเนินการตามสัญญาของเอกชนที่เป็นคู่สัญญากับรัฐนั้นพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนด<sup>423</sup> ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยชัดเจนการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชนคู่สัญญาเป็นความสัมพันธ์รูปแบบการกำกับดูแล

<sup>423</sup> พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556; มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีข้อความในมาตราดังกล่าวที่ว่าให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ “ติดตามกำกับดูแลโครงการให้มีการดำเนินงาน

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับการกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายเป็นการกำกับดูแล เนื่องจากพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในการตรวจสอบ ติดตามการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนโดยกฎหมายกำหนดบุคคลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะในการกำกับดูแล เช่นเดียวกับการกำกับดูแลและระหว่างราชการส่วนกลางกับองค์กรที่ได้รับอำนาจตามหลักการกระจายอำนาจ (องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน)

2. พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็นกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อให้เอกชนที่ต้องการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยจะต้องได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้รวมถึงขั้นตอนอื่น ๆ ในการที่จะได้รับเกี่ยวกับการประกอบกิจการหรือต้องดำเนินการตามสัญญา การดำเนินการตรวจสอบ ติดตามการดำเนินการตามสัญญา เอกชนที่ได้รับอนุญาตไปจากคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ในกฎหมายกำหนดเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบการกำกับดูแล

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับการกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายเป็นการกำกับดูแล เนื่องจากพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ในการตรวจสอบ ติดตามการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนโดยกฎหมายกำหนดบุคคลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะในการกำกับดูแล เช่นเดียวกับการกำกับดูแลและระหว่างราชการส่วนกลางกับองค์กรที่ได้รับอำนาจตามหลักการกระจายอำนาจ (องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน)

3. พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อให้เอกชนที่ต้องการจะประกอบกิจการไฟฟ้าหรือก๊าซธรรมชาติ โดยจะต้องได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ และในการตรวจสอบ ติดตามการประกอบกิจการของเอกชน รัฐในฐานะผู้ให้อุญาตมีอำนาจในการควบคุม ตรวจสอบติดตามโดยคณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ในกฎหมายกำหนดเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบการกำกับดูแล

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับการกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายเป็นการกำกับดูแล เนื่องจากพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ในการตรวจสอบ ติดตามการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนโดยกฎหมายกำหนดบุคคลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะในการกำกับดูแล เช่นเดียวกับการกำกับดูแลและระหว่างราชการส่วนกลางกับองค์กรที่ได้รับอำนาจตามหลักการกระจายอำนาจ (องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน)

---

ตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน แผนการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุน และแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ”

4. ระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสาร เอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550

ระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสาร เอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่กำหนดขั้นตอนในการเดินรถของเอกชนที่ทำสัญญาเดินรถกับองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) รวมถึงมาตรฐานอื่น ๆ ที่ระเบียบดังกล่าวได้กำหนดไว้ และการควบคุม กำกับดูแลโดยองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) เอง ในระเบียบดังกล่าวได้ กำหนดความสัมพันธ์เป็นการกำกับดูแล

ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับการกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายเป็นการกำกับดูแล ดังกล่าว เนื่องจากระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสาร เอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550 จะเป็นการตรวจสอบติดตามเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยกฎหมายกำหนดไว้ แต่โดยหลักการทางกฎหมายของการกำกับดูแลแล้วจะต้องมีการกำหนดไว้ในกฎหมายโดยชัดเจนว่าในการกำกับดูแลนั้นกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดหรือหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดในการกำกับดูแลแล้วมีอำนาจหน้าที่อย่างไรบ้าง แต่ระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสาร เอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550 กำหนดถึง มาตรฐานในการเดินรถของพนักงานขับรถและพนักงานประจำรถและวิธีการลงโทษเอกชนในการไม่ ดำเนินการตามระเบียบดังกล่าวเท่านั้นจึงจะไปตามหลักการของการควบคุมดูแลเนื่องจากในระเบียบ ดังกล่าวมีการกำหนดให้เอกชนต้องปฏิบัติและให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ขององค์การขนส่งมวลชน กรุงเทพในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย จึงทำให้องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพมี อำนาจโดยทั่วไปไม่ใช่อำนาจเฉพาะตามกฎหมายเท่านั้นซึ่งเป็นอำนาจที่มีขอบเขตกว้างกว่าการกำกับ ดูแล

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

จากการศึกษาการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ พบว่าการจัดทำบริการสาธารณะเป็นภารกิจพื้นฐานที่รัฐจะต้องจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนภายในประเทศให้มีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น แต่เมื่อเวลาได้เปลี่ยนแปลงไปความต้องการของประชาชนในประเทศได้เปลี่ยนแปลงไปหรือมีมากขึ้น รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะด้วยตนเองให้เพียงพอ กับความต้องการของประชาชนได้ จึงได้เกิดความคิดที่จะให้ภาคเอกชนเข้ามามีบทบาทในการจัดทำ หรือร่วมจัดทำบริการสาธารณะเนื่องจากภาคเอกชนมีเงินทุนรวมถึงความรู้ความสามารถในบางเรื่อง เข้ามาร่วมกับรัฐในรูปแบบของการทำสัญญาที่เรียกว่า สัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะในรูปแบบ การจ้างก่อสร้างของทางราชการ การให้สัมปทาน หรือการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เป็นต้น โดยเป็นการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำตามหลักการกระจายภารกิจ ซึ่งบริการสาธารณะที่เอกชนได้รับมอบจากรัฐไปจัดทำนั้นก็ยังต้องยึดหลักการพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐได้ยึดถือมาตลอด ซึ่งก็คือ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักความอ่อนตัว ปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะและหลักความเสมอภาค ที่ต้องยึดตามหลักการดังกล่าวก็ เนื่องจากบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำนั้นต้องมีการดำเนินการจัดทำอย่างต่อเนื่องห้ามหยุดและ หากในอนาคตความต้องการของประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะได้เปลี่ยนแปลงไปก็อาจมีการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขสัญญาให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนในสมัยนั้นรวมถึงประชาชนทุกคนมีความเสมอภาคควรที่จะได้เข้าถึงบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำอย่างเท่าเทียมกัน

แต่เนื่องจากภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะยังถือว่าเป็นภารกิจหลักที่รัฐจะต้องจัดทำ เอกชนที่ได้รับมอบบริการสาธารณะจากรัฐไปจัดทำนั้นจึงได้รับไปเพียงภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะไม่ได้รับไปซึ่งอำนาจเพราะไม่ใช่การกระจายอำนาจที่ราชการส่วนกลางได้มอบให้ราชการ ส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนซึ่งถือว่าเป็นหน่วยงานของรัฐจัดทำบริการสาธารณะ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบของการ ควบคุมดูแลหรือกำกับดูแล

การควบคุม กำกับดูแลดังกล่าวจึงถือว่าเป็นอำนาจหน้าที่อย่างหนึ่งที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ มีอำนาจเหนือเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะ เป็นการตรวจสอบ ติดตามว่าบริการสาธารณะที่เอกชน จัดทำนั้นเป็นไปตามกฎหมายหรือสัญญาหรือไม่ อำนาจที่รัฐมีเหนือเอกชนดังกล่าวนี้เรียกได้ว่าเป็น เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยรัฐสามารถที่จะเข้าไปตรวจสอบการจัดทำบริการ สาธารณะของเอกชนได้ เอกชนก็จะต้องมีการจัดทำรายงานหากรัฐร้องขอ และเพื่อประโยชน์ สาธารณะรัฐอาจจะมีการแก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาได้แม้ไม่มีการตกลงไว้ในสัญญาเพราะเป็น

การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐ เมื่อรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญาและมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล การกระทำความผิดอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนหรือประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะซึ่งหาก ไม่เป็นไปตามกฎหมายหรือไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐก็จะต้องมีความรับผิดชอบต่อเอกชนใน กรณีที่ใช้เอกสิทธิ์ทำให้เอกชนเสียหาย แต่หากการกระทำนั้นเกิดจากการการละเลยหรือล่าช้าในการที่ จะต้องปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลแล้วความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นกับประชาชนผู้ใช้บริการ สาธารณะ รัฐย่อมต้องมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้น แม้จะมี กฎหมายหรือสัญญาระบุการให้อำนาจรัฐในการควบคุม กำกับดูแลเอาไว้แต่ก็ยังพบปัญหาที่เกิดจาก การละเลยหรือล่าช้าปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแล หรือการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐทำให้เอกชน คู่สัญญาเกิดความเสียหาย การพิพากษาคดีของศาลปกครองในคดีที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ รวมถึงความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการ ควบคุม กำกับดูแล ดังนี้

1. ปัญหาจากการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดย เจ้าหน้าที่ของรัฐ

บริการสาธารณะบางประเภทยังไม่มีกฎหมายกำหนดโดยเฉพาะให้หน่วยงานของรัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะทำและการ ควบคุม กำกับดูแลนั้นเป็นเพียงการควบคุม กำกับดูแลโดยคู่สัญญาทำให้มักเกิดการละเลยในการ ปฏิบัติหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐแต่ไม่มีความผิด

2. ปัญหาการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนในการจัดให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือคู่สัญญาเอกชนประกอบไปด้วย การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวและ การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ในการแก้ไขและบอกเลิกสัญญาดังกล่าวในสัญญาจ้างก่อสร้างของทาง ราชการทำให้เกิดความเสียหายกับเอกชนคู่สัญญาจนต้องนำคดีมาฟ้องศาลปกครองเป็นจำนวนมาก เนื่องมาจาก หลักกฎหมายที่ใช้บังคับ คือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) นั้น ขาดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขและบอกเลิกสัญญาและให้อำนาจคู่สัญญาฝ่าย รัฐมากเกินไป พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ขาดความชัดเจน ในการให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการบอกเลิกสัญญา รวมถึงบางกรณีก็เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบซึ่ง ศาลก็ได้นำหลักสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี

3. ปัญหากลไกในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

การควบคุม กำกับดูแลนั้นมักจะขาดประสิทธิภาพเนื่องจากการไม่มีองค์กรกลางที่จะเข้าไป ตรวจสอบการควบคุม กำกับดูแลนั้นและไม่มี การดำเนินการทางกฎหมายกับบุคคลที่มีอำนาจในการ ควบคุม กำกับดูแล แม้บุคคลนั้นจะละเลยในการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่มีชอบก็ ตาม

4. ปัญหาบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

ในการตรวจสอบ ควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะทั้งตามกฎหมายและตาม สัญญานั้นสามารถแบ่งแยกอำนาจในการตรวจสอบการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนได้ 2 ประเภทคือ อำนาจในการกำกับดูแลตามกฎหมายและอำนาจในการควบคุมดูแลตามสัญญา แต่มีบาง

กรณีที่มีการกำหนดการตรวจสอบการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนไว้แต่ไม่มีความชัดเจนว่าการตรวจสอบการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวเป็นไปตามหลักการกำกับดูแลหรือหลักการควบคุมดูแล และมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่กำหนดความสัมพันธ์ในการตรวจสอบเอกชนจัดทำบริการสาธารณะไม่เป็นไปตามหลักการกำกับดูแลและหลักการควบคุมดูแล

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้นจากการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐนั้น เพื่อแก้ปัญหาหลักในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ การดำเนินการติดตามเอกชนจัดทำบริการสาธารณะทั้งตามสัญญาและกฎหมายของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐมีขอบเขตและหลักเกณฑ์ การเยียวยาความเสียหายทางปกครองรวมถึงความชัดเจนของบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการควบคุม กำกับดูแล รัฐควรมีแนวทาง ดังนี้

### 6.2.1 การตั้งคณะกรรมการกลางในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน

จากที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 ว่าการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้นมี 2 รูปแบบ คือการควบคุม กำกับดูแลโดยหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาและการควบคุม กำกับดูแลโดยคณะกรรมการที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เนื่องจากการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยสัญญานั้นยังมีความบกพร่องและไม่มีประสิทธิภาพที่ดีพอเพราะควบคุม กำกับดูแลโดยคู่สัญญาเพียงอย่างเดียว ดังนั้น ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการกลางเข้าไปมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม กำกับดูแลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะในบริการสาธารณะบางประเภท ดังต่อไปนี้

1. การแต่งตั้งคณะกรรมการให้อำนาจเข้าไปควบคุม กำกับดูแลกิจการเดินรถของเอกชน
  - 1) การเดินรถขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.)

องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) เป็นรัฐวิสาหกิจที่สังกัดกระทรวงคมนาคมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะประเภทรถโดยสารประจำทางในปัจจุบันมีการให้บริษัทเอกชนเข้ามารับสัมปทานในการเดินรถร่วมกับรถโดยสารที่องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพจัดทำเอง เรียกว่ารถร่วมบริการ โดยเส้นทางที่เอกชนเดินรถนั้นเป็นไปตามที่องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพกำหนดในเขตกรุงเทพฯ และจังหวัดใกล้เคียง โดยมีกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพคือระเบียบองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพว่าด้วยการบริหารจัดการและกำกับดูแลรถโดยสารเอกชนร่วมบริการ พ.ศ. 2550 กฎหมายดังกล่าวมีการกำหนด มาตรฐานในการให้บริการที่ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติ การประกอบการเกี่ยวกับรถโดยสาร การประกอบการเกี่ยวกับผู้ประกอบการรถโดยสารที่ปฏิบัติหน้าที่บดบังโทษในกรณีฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวและการลงโทษผู้ประกอบการและผู้กระทำผิด

แม้จะมีกฎหมายกำหนดมาตรการและบทลงโทษในเรื่องดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงการให้อำนาจแก่องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพหรือเจ้าหน้าที่ของตนเองในการควบคุม กำกับดูแลการเดินรถของบริษัทเอกชนซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีประสิทธิภาพที่ดีเท่ากับการตั้งคณะกรรมการกลางเพื่อเข้ามาใช้อำนาจในการควบคุม กำกับดูแล ตรวจสอบการเดินรถของ

บริษัทเอกชน เนื่องจากคณะกรรมการกลางจะเป็นบุคคลที่มีความสามารถและความเชี่ยวชาญรวมถึงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องได้เสียกับการเดินรถของเอกชน

ผู้วิจัยขอเสนอแนะให้มีการตั้งคณะกรรมการกลางดังกล่าวโดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลการเดินรถในกิจการของรัฐ” ประกอบไปด้วย นายกรัฐมนตรีเป็นประธาน รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงคมนาคมเป็นรองประธาน ผู้อำนวยการองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกิน 5 คนเป็นกรรมการและปลัดกระทรวงคมนาคมเป็นกรรมการและเลขานุการ

(2) ให้คณะกรรมการคณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลการเดินรถในกิจการของรัฐมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(2.1) ให้ความเห็นชอบในการขอสัมปทานเดินรถของเอกชน

(2.2) ให้คณะกรรมการมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล ตรวจสอบ การให้เอกชนเดินรถโดยสาธารณะ รวมทั้งการดำเนินการอื่น ๆ ตามสัญญาและการพิจารณาเรื่องร้องเรียนเอกชนในการให้บริการสาธารณะในการเดินรถ

(2.3) ในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขสัญญาการให้เอกชนเดินรถที่มีใช้สาระสำคัญ ให้คณะกรรมการคณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลการเดินรถพิจารณาแล้วแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมเพื่อทราบต่อไป ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เอกชนคู่สัญญาเสนอประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการพิจารณาด้วย และถ้าคณะกรรมการกำกับดูแลเห็นด้วยกับการแก้ไข ให้คณะกรรมการแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมเพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

(2.4) ในกรณีที่เอกชนไม่ดำเนินการตามสัญญาและตามกฎหมายนี้ให้คณะกรรมการมีอำนาจในการลงโทษ ดังนี้

(2.4.1) เลิกสัญญาและถอนรถ

(2.4.2) พักการเดินรถ

(2.4.3) ปรับ

(2.4.4) งดปฏิบัติหน้าที่ผู้ประจำรถ

(2.4.5) ทำทัณฑ์บน

2) การเดินรถของบริษัท ขนส่ง จำกัด (บขส.)

บริษัทขนส่งจำกัดเป็นรัฐวิสาหกิจสังกัดกระทรวงคมนาคมที่จดทะเบียนเป็นบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะประเภทรถโดยสารประจำทางในปัจจุบันมีการให้บริษัทเอกชนเข้ามารับสัมปทานในการเดินรถร่วมกับรถโดยสารที่บริษัทขนส่งจำกัด เรียกว่า รถร่วมบริการ โดยเส้นทางที่เอกชนเดินรถนั้นเป็นไปตามที่บริษัทขนส่งจำกัดในต่างจังหวัด โดยมีกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจบริษัทขนส่งจำกัด คือ ระเบียบ และคู่มือรถร่วมบริษัทขนส่ง จำกัด พ.ศ. 2547 กฎหมายดังกล่าวมีการกำหนด มาตรฐานในการให้บริการที่ผู้ประกอบการ

ต้องปฏิบัติ การประกอบการเกี่ยวกับรถโดยสาร การประกอบการเกี่ยวกับผู้ประจำรถขณะปฏิบัติหน้าที่ บทลงโทษในกรณีฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวและการลงโทษผู้ประกอบการและผู้กระทำผิด

แม้จะมีกฎหมายกำหนดมาตรการและบทลงโทษในเรื่องดังกล่าวแล้วก็ตามรวมถึงการตั้งคณะกรรมการของบริษัทขนส่งจำกัดขึ้นมา แต่คณะกรรมการดังกล่าวไม่มีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการเดินรถของเอกชนแต่อย่างใดมีเพียงอำนาจเกี่ยวกับการดำเนินการตามขั้นตอนในการเข้าเป็นคู่สัญญา กับบริษัทขนส่งจำกัด ส่วนการควบคุม กำกับดูแลการเดินรถของเอกชนนั้นกฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงการให้อำนาจแก่บริษัทขนส่งจำกัดหรือเจ้าหน้าที่ของตนเองในการควบคุม กำกับดูแลการเดินรถของบริษัทเอกชนซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีประสิทธิภาพที่ดีเท่ากับการตั้งคณะกรรมการกลางเพื่อเข้ามาใช้อำนาจในการควบคุม กำกับดูแล ตรวจสอบการเดินรถของบริษัทเอกชน เนื่องจากคณะกรรมการกลางจะเป็นบุคคลที่มีความสามารถและความเชี่ยวชาญรวมถึงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องได้เสียกับการเดินรถของเอกชน ผู้วิจัยขอเสนอแนะให้มีการตั้งคณะกรรมการกลางดังกล่าวโดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลการเดินรถในกิจการของรัฐ” ประกอบไปด้วย นายกรัฐมนตรีเป็นประธาน รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงคมนาคมเป็นรองประธาน ผู้อำนวยการองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพและผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกิน 5 คนเป็นกรรมการและปลัดกระทรวงคมนาคมเป็นกรรมการและเลขานุการ

(2) ให้คณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลการเดินรถในกิจการของรัฐมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(2.1) ให้ความเห็นชอบในการขอสัมปทานเดินรถของเอกชน

(2.2) ให้คณะกรรมการมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล ตรวจสอบ การให้เอกชนเดินรถโดยสารสาธารณะ รวมทั้งการดำเนินการอื่น ๆ ตามสัญญาและการพิจารณาเรื่องร้องเรียนเอกชนในการให้บริการสาธารณะในการเดินรถ

(2.3) ในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขสัญญาการให้เอกชนเดินรถที่มีใช้สาระสำคัญ ให้คณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลการเดินรถพิจารณาแล้วแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมเพื่อทราบต่อไป ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เอกชนคู่สัญญาเสนอประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการพิจารณาด้วย และถ้าคณะกรรมการกำกับดูแลเห็นด้วยกับการแก้ไข ให้คณะกรรมการแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมเพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

(2.4) ในกรณีที่เอกชนไม่ดำเนินการตามสัญญาและตามกฎหมายนี้ให้คณะกรรมการมีอำนาจในการลงโทษ ดังนี้

(2.4.1) เลิกสัญญาและถอนรถ

(2.4.2) พักการเดินรถ

(2.4.3) ปรับ

(2.4.4) งดปฏิบัติหน้าที่ผู้ประจำรถ

(2.4.5) ทำทัณฑ์บน

2. การแต่งตั้งคณะกรรมการการเข้าไปมีอำนาจควบคุม กำกับดูแลการจ้างก่อสร้างของทางราชการ

สัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการนั้นแบ่งแยกได้ 2 ประเภท คือ สัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการตามสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) และสัญญาจ้างก่อสร้างของราชการส่วนท้องถิ่นตาม ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ในการควบคุม กำกับดูแลการจ้างก่อสร้างดังกล่าวมีการควบคุม กำกับดูแลโดยผู้ควบคุมงานและคณะกรรมการตรวจการจ้างซึ่งถูกแต่งตั้งมาจากหัวหน้าส่วนราชการ (หากเป็นกระทรวงหัวหน้าส่วนราชการก็คือรัฐมนตรี เป็นต้น) ในการมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบ ติดตาม ควบคุม กำกับดูแล การดำเนินการตามสัญญาของเอกชน แม้จะมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจผู้ควบคุมงานและคณะกรรมการตรวจการจ้างเอาไว้ การตรวจสอบ ติดตาม ควบคุม กำกับดูแล การดำเนินการตามสัญญาของเอกชนนั้นไม่มีประสิทธิภาพดีเท่ากับการมีคณะกรรมการกลางเป็นผู้มีอำนาจในการตรวจสอบ ติดตาม ควบคุม กำกับดูแล การดำเนินการตามสัญญาของเอกชน เนื่องจาก ผู้ควบคุมงานและคณะกรรมการตรวจการจ้างเป็นบุคคลที่ถูกหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาแต่งตั้งมาอาจจะมีส่วนเกี่ยวข้องได้เสียกับการจ้างก่อสร้างตามสัญญาได้ ผู้วิจัยขอเสนอแนะให้มีการตั้งคณะกรรมการกลาง ดังนี้

1) ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลการจ้างก่อสร้างของรัฐ” ประกอบไปด้วย รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เป็นประธาน อธิบดีคนใดคนหนึ่ง ที่สังกัดกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งรัฐมนตรีเจ้าสังกัดแต่งตั้งเป็นรองประธาน และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกิน 5 คนเป็นกรรมการและปลัดกระทรวงคมนาคมเป็นกรรมการและเลขาธิการ

2) ให้คณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลการจ้างก่อสร้างของรัฐมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) ให้ความเห็นชอบในการทำสัญญาจ้างก่อสร้างของรัฐ
- (2) ให้คณะกรรมการมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแล ตรวจสอบ การก่อสร้างของทางราชการ รวมทั้งการดำเนินการอื่น ๆ ตามสัญญาและการพิจารณาเรื่องร้องเรียนเอกชนในดำเนินการก่อสร้างตามสัญญา

(3) ในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขสัญญาการจ้างก่อสร้างที่มีใช้สาระสำคัญ ให้คณะกรรมการควบคุม กำกับดูแลการจ้างก่อสร้างพิจารณาแล้วแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบต่อไป ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาจ้างก่อสร้างในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เอกชนคู่สัญญาเสนอประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไขสัญญาจ้างก่อสร้าง ที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการพิจารณาด้วย และถ้าคณะกรรมการกำกับดูแลเห็นด้วยกับการแก้ไข ให้คณะกรรมการแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

(4) ในกรณีที่เอกชนไม่ดำเนินการตามสัญญาและตามกฎหมายนี้ให้คณะกรรมการมีอำนาจในการลงโทษ ดังนี้

(4.1) มีหนังสือแจ้งเตือนอย่างน้อย 3 ครั้งพร้อมกำหนดระยะเวลาตามความเหมาะสมให้ดำเนินการตามสัญญา

(4.2) หากเอกชนคู่สัญญาไม่ดำเนินการตามข้อ (1) ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว อาจให้มีเอกชนรายอื่นเข้าดำเนินการตามสัญญาแทนหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐดำเนินการเองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ผิดสัญญาต้องชดใช้ค่าทดแทนดังกล่าว

หากในอนาคตมีการประกาศบังคับใช้ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ผู้วิจัยขอให้นำหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งคณะกรรมการกลางในการควบคุม กำกับดูแลดังกล่าวไปเสนอแนะในร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐดังกล่าวด้วย

## 6.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนคู่สัญญา

ปัญหาการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนในการจัดให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ เป็นกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนจนมีการนำคดีขึ้นฟ้องศาลเป็นจำนวนมากอันเนื่องมาจากการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐทำให้เอกชนได้รับความเสียหายโดยเฉพาะสัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการอันเนื่องมาจากการไม่มีหลักเกณฑ์ในการให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวทำให้การใช้อำนาจอาจเกิดความเสียหายมากเกินความจำเป็นและการวินิจฉัยตัดสินคดีของศาลปกครองสูงสุดนั้น บางกรณีมีการนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปทั้งในทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายมหาชนมาประกอบในการพิพากษาคดีทั้งในกรณีของการให้อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวและการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

1. การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

ในการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการแก้ไขสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น ควรมีขั้นตอนในการแก้ไขสัญญาเพราะการแก้ไขสัญญาบางสัญญามีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนที่กำลังดำเนินการอยู่ โดยหากตกลงในการแก้ไขสัญญากันไม่ได้ ก็จะต้องเป็นการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยรัฐซึ่งควรมีการกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญา ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535<sup>424</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ มาตรา 92 ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่าควรมีหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญา ดังนี้

1) การเปลี่ยนแปลงเนื้อหาการจ้างอันเป็นการเปลี่ยนหรือย้ายขอบเขตเดิมของงานที่เป็นสาระสำคัญ ให้ผิดไปจากที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาได้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นการแก้ไขเพื่อความเป็นธรรมและประโยชน์สาธารณะอย่างสูงสุด

2) การเปลี่ยนแปลงจากวัตถุประสงค์เดิมเป็นอย่างอื่น เป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามสัญญา การใช้อำนาจในการแก้ไขหากผิดไปจากวัตถุประสงค์เดิมเป็นอย่างอื่น เป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามสัญญา การใช้อำนาจแก้ไขหากผิดไปจากวัตถุประสงค์ของสัญญาเดิมแล้วการแก้ไขเปลี่ยนแปลงย่อมไม่สามารถทำได้

<sup>424</sup> ในปัจจุบันมีร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ซึ่งผ่านวาระที่ 1 ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในการรับหลักการไปแล้ว หากร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการบังคับใช้ในอนาคตให้นำข้อเสนอแนะไปบังคับใช้ในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้

2. การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการบอกเลิกสัญญาในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

ในการใช้อำนาจบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ดังกล่าวนั้น ในมาตรา 99 มีการบัญญัติเพียงให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถเลิกสัญญาได้โดยทันทีซึ่งควรจะมิขั้นตอนที่บัญญัติเป็นกฎหมายในการบอกเลิกสัญญา

ผู้วิจัยขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการบอกเลิกสัญญาในมาตรา 99 วรรคท้ายดังนี้ “ในการบอกเลิกสัญญาตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้มีอำนาจต้องมีการแจ้งเตือนเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาอย่างน้อย 1 ครั้ง ภายในกำหนดเวลาตามที่คู่สัญญาเห็นสมควร”

3. ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นกฎหมายที่มีการตั้งคณะกรรมการเข้ามามีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชน บุคคลที่จะเข้ามาเป็นคณะกรรมการได้ต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถ มีความประพฤติดีและมีประสบการณ์ คณะกรรมการดังกล่าวจึงเป็นคนที่ทราบการดำเนินการตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ดีที่สุด ดังนั้น จึงควรที่จะมีอำนาจในการบอกเลิกสัญญาซึ่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังกล่าวไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง

ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้เพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 45 วรรคสาม<sup>425</sup> โดยมีหลักเกณฑ์ว่า “หากการแก้ปัญหาตามวรรคสอง ไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ให้คณะกรรมการมีอำนาจในการบอกเลิกสัญญากับเอกชนคู่สัญญา”

---

<sup>425</sup> มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ สำนักงานอาจกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการและให้เอกชนจัดทำแผนการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุนด้วยก็ได้ในการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน หากปรากฏว่ามีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุนได้ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการและเอกชนเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณาหาแนวทางการแก้ไขปัญหาต่อไป

## บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกาวงค์. รายงานการวิจัย เรื่องการบังคับคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542. รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2547.
- กฤษณพงศ์ ชาญวิรวงศ์. ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนวิภาค (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- กาญจน์กนก อติสุธาโกชน. ความรับผิดชอบอื่นของฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542: ศึกษาเปรียบเทียบความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- การประปานครหลวง. ค้นวันที่ 1 มีนาคม 2559 จาก <http://www.mwa.co.th>
- กิตตินัย ธรรมรัช. การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง. ใน บทความนำเสนอสัมมนาเชิงปฏิบัติการ เรื่อง สัญญาของฝ่ายปกครอง: การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล. วันที่ 12-13 มีนาคม 2546. ณ สำนักงานศาลปกครองและศูนย์การประชุมสหประชาชาติ. หน้า 78-88.
- กุลศักดิ์ ช่วยชู. การนำมาตรการทางกฎหมายมารองรับการจัดทำบริการสาธารณะระบบ PPP. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- กูแซ็ง, ฌอง-ฟรังซัว. ตำรวจทางปกครองและตำรวจทางกฤษฎีการะบบกฎหมายฝรั่งเศส. วารสารวิชาการศาลปกครอง. 3, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2546): 119-124.
- ขวัญชัย สันตสว่าง. กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542
- คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน. ค้นวันที่ 21 มกราคม 2559 จาก <http://www.erc.or.th/>
- คัมภีร์ แก้วเจริญ. อัยการกับมติ ครม. เรื่องร่างสัญญา. วารสารอัยการ (มิถุนายน 2532): 87-103
- อ้างอิงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2545.
- โครงการโฮปเวลล์. ค้นวันที่ 22 ตุลาคม 2558 จาก [guru.sanook.com/7134/](http://guru.sanook.com/7134/)
- จรัญ ภัคดีธนากุล. การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในอังกฤษ. ดุลพาห. 37, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2533): 96-121.
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.

- จิรนิติ หะวานนท์. กฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ กับระบบประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส. **ตุลพาท**. 44 (มกราคม-มีนาคม 2540): 88-93.
- จีต เศรษฐบุตร์. **หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2550.
- จุลสิงห์ วสันตสิงห์. **สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ: ศึกษาเฉพาะกรณี สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ**. กรุงเทพฯ: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2538.
- เจตน์ สถาวรศีลพร. การเยียวยาความเสียหายโดยศาลปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำ ละเมิด หรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิด จากการกระทำทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส. ใน **เอกสารประกอบการสัมมนา ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ครั้งที่ 1/2551 เรื่อง การคำนวณค่าเสียหายหรือค่า ทดแทนในคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3)**. กรุงเทพมหานคร, 2551.
- ฉันทิกา กุลธำรงค์. **ความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย ฝรั่งเศสกับกฎหมายไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2551.
- ชวลิต เสวตสุด. **สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากรณีระบบ กฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย**. วิทยานิพนธ์ ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- ชัยยุทธนา วงศ์วานิช. **การกำหนดสถานะทางกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ**. กรุงเทพฯ: สำนัก งานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2553.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์. **นิติกรรมทางปกครองในกฎหมายอังกฤษ**. กรุงเทพฯ: สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา, 2529.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความ รับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **สาระน่ารู้เกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2542.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **องค์การมหาชนและหน่วยงานรูปแบบพิเศษ: หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ราชการ และรัฐวิสาหกิจ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549.
- ชูชาติ สว่างสาลี. **ฝ่าปรากการเหล็กกฎหมายสัมปทาน ฉบับปรับปรุงใหม่ พ.ร.บ.ร่วมทุนปี 2535: หนามยอกอกเมกะโปรเจกต์**. กรุงเทพฯ: ยู ซาเลนจ์ คอมมิวนิเคชั่น, 2550.

- โชคชัย รัตติจินากร. ปัญหาและอุปสรรคการมีส่วนร่วมของเอกชนต่อกิจการของรัฐ: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ. กิจการของรัฐ พ.ศ. 2535. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2541.
- ไชยวัฒน์ บุณนาค. สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน: วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน. ใน **ครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงศักดิ์**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.
- ไชยวัฒน์ บุณนาค. สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน: Which Way to Go?. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 35, 2 (มิถุนายน 2549): 255-290.
- ไชยวัฒน์ บุณนาค และเยาวรัตน์ กุหลาบเพชรทอง. สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน. **บทบัณฑิตย**. 42, 6 (มิถุนายน 2533): 57-70.
- ณรงค์เดช สรุโฆสิต. การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2553.
- ธงทอง จันทรางศุ. พระมหากษัตริย์ในรัฐธรรมนูญ. **วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย**. 1, 3 (มกราคม-มิถุนายน 2546): 11-32.
- ชนกฤต วรณัชชากุล. พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556: กลไกสำคัญในการปฏิรูปการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน และปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย. รายงานการศึกษาส่วนบุคคล สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ, 2556.
- ธนิต ประภาตนันท์. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานประกอบกิจการไฟฟ้ากับการพัฒนาส่งเสริมบทบาทภาคเอกชน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541.
- ธีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์. ทฤษฎีบริการสาธารณะ. กฎหมายปกครองฝรั่งเศส: ข้อความคิด แนวทางการใช้ และระบบกฎหมาย. ค้นวันที่ 3 เมษายน 2558 จาก <http://thaiaixois.online>
- นฤมล ชณะรัตน์. ปัญหาการจัดทำคำพิพากษาและการกำหนดค่าบังคับในคดีปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. การปกครองส่วนท้องถิ่น. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2552.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2550.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะ. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2554.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. รวมกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติ. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2553.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. สัญญาทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2554.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนกิจการของรัฐ. ค้นวันที่ 22 ตุลาคม 2558 จาก <http://www.innnews.co.th/shownews/show?newscode=450269>

- นันทวัฒน์ บรมานันท์. **หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. **หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.
- บริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน)**. ค้นวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2559 จาก <http://mcoth-listedcompany.com>
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ระบบควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลในประเทศอังกฤษ. **วารสารกฎหมาย**. 14, 2 (มกราคม 2536) อ้างถึงใน **ชวลิต เศวตสุด. สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ เปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส. **วารสารกฎหมายปกครอง**. 5 (2529): 73-120.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. **รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง**. รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2545.
- บุญส่ง ศิริพันธ์โนน. **สิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขสัญญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.
- บุบผา อัครพิมาน. คำวินิจฉัยและข้อสังเกตในคดีเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส. ใน **รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2548.
- บุบผา อัครพิมาน. ผลของสัญญาทางปกครองระบบกฎหมายฝรั่งเศส. ใน **บทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ เอกสารประกอบสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 เรื่องสัญญาทางปกครองและพัสดุ**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547. หน้า 1-36.
- บุบผา อัครพิมาน. **สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545.
- บุบผา อัครพิมาน. **หลักกฎหมายทั่วไป**. **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. 5, 1 (มกราคม-เมษายน 2548): 1-26.
- ปรเมศวร์ สังข์เอี่ยม. **ปัญหาการควบคุมการเข้าแข่งขันการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542.
- ประยูร กาญจนดุล. **คำบรรยายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ และสุรีย์ เผ่าสุขถาวร. **ขอบเขตใหม่ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์**. **วารสารกฎหมายปกครอง**. 15, 1 (เมษายน 2539): 73-94.

- ปารวี พิสิฐเสนากุล. **เงื่อนไขการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง.** ค้นวันที่ 3 พฤษภาคม 2559 จาก <http://www.slideshare.net/valrom/ss-29425522>
- ไพฑูริย์ เอกจริยกร. **เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- พรชัย รัชมีแพทย์. **การปกครองตนเองของนครหลวงกรุงเทพฯ: ศึกษากรณีนิติสัมพันธ์กับองค์การปกครองส่วนกลาง.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. **ราชกิจจานุเบกษา.** 113, 60 ก (14 พฤศจิกายน 2539).
- พัชมา จิตรมณีมา. **ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.** **วารสารกฎหมายปกครอง.** 27, 3 (กันยายน 2553): 3-72.
- พิชญ กลั่นอนุรักษ์. **ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองประเทศไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- พูนศักดิ์ ไวสำรวจ. **ความรับผิดของฝ่ายปกครองในฝรั่งเศส.** **วารสารกฎหมายปกครอง.** 6, 3 (ธันวาคม 2530): 588-607.
- เพ็ญศรี เพ็ญสาตแสง. **อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง: ศึกษากรณีองค์การเทศบาล.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.
- ภูริชญา วัฒนรุ่ง. **การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2553. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).
- โกคิน พลกุล. **สัญญาทางปกครองกฎหมายไทย. ใน เอกสารประกอบการสัมมนาเชิงปฏิบัติการ เรื่อง สัญญาทางปกครอง: การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2546. หน้า 1-56.
- มีชัย ฤชุพันธ์. **การร่างกฎหมายประเทศไทย.** **วารสารกฎหมายปกครอง.** 15 (เมษายน 2539): 38-62.
- ยงยุทธ อนุกุล. **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.
- ยงยุทธ อนุกุล. **หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาลต่างประเทศ. ใน เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 เรื่องสัญญาทางปกครองและพัสดุ.** วันที่ 16-18 กรกฎาคม 2547.
- ยุทธนา ทิณรัตน์. **ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาสัญญาทางปกครอง.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- รณเมล์ “สาย 8” ในตำนาน **ดังไกล สื่อนอกชี้ต้องปรับพฤติกรรมคนขับ.** ค้นวันที่ 9 กันยายน 2559 จาก <http://news.sanook.com/1911402>

- รังสิกร อุปพงศ์. ทฤษฎีการบริการสาธารณะประเทศฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์. 18, 3 (กันยายน 2531): 38-57.
- ราชกิจจานุเบกษา 70, 14 (17 กุมภาพันธ์ 2496) อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. รวมกฎหมาย  
เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.
- ราชกิจจานุเบกษา 2496/14/268 (17 กุมภาพันธ์ 2496) อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. รวม  
กฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.
- ราชกิจจานุเบกษา 117, 10 ก (20 กุมภาพันธ์ 2543) อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. รวม  
กฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.
- รุ่งธรรม พุ่มเหล็ก. ความรับผิดชอบแห่งของฝ่ายปกครองในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2542.
- ฤทัย หงส์สิริ. การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่  
สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะประเทศไทย. วารสารกฎหมายปกครอง. 18, 1  
(เมษายน 2542): 55-75.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ: ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมาย เยอรมัน  
ฝรั่งเศส และอังกฤษ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมาย  
ปกครองและการกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. นิติรัฐ: หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย. กรุงเทพฯ:  
นิติธรรม, 2540.
- วัลัยกร รัตนกุล. การกำกับดูแลเหนือการกระทำของกรุงเทพมหานครมหานครโดยรัฐ.  
วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.
- วิรัตน์ จันทรพรกิจ. อำนาจหน้าที่ของนายอำเภอการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น:  
ศึกษาเฉพาะกรณีองค์การบริหารส่วนตำบล. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545.
- วิษณุ วัลัญญ. การปฏิบัติการตามสัญญาทางปกครอง. วารสารวิชาการศาลปกครอง. 4, 1  
(มกราคม-เมษายน 2547): 89-111.
- เวเนเซีย, ฌ็อง-โกลด์. การพัฒนาเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในกรณีที่ไม่มีความผิด.  
วารสารวิชาการศาลปกครอง. 3, 1 (มกราคม-เมษายน 2546): 24-32.
- สถาบันพระปกเกล้า. รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.  
รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2545.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. รายงานการวิจัยเรื่อง คดีปกครอง  
เกี่ยวกับพัสดุและสัญญากับทางราชการ. รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานศาล  
ปกครอง, 2545.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. กฎหมายการปกครองท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราช  
กิจจานุเบกษา, 2547.

- สมคิด เลิศไพฑูรย์. การกำกับดูแลทางปกครอง. ใน **รวมบทความกฎหมายการปกครองท้องถิ่น** กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2539. หน้า 200-208.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. การควบคุมกำกับเหนือองค์การปกครองท้องถิ่นประเทศไทย. **วารสารกฎหมายปกครอง**. 10, 1 (เมษายน 2533): 30-47.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. ข้อความคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลทางปกครอง. ใน **รวมบทความกฎหมายการปกครองท้องถิ่น**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2539. หน้า 182-199.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. หลักความเสมอภาค. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 30, 2 (มิถุนายน 2543): 160-183.
- สมชาย อัจจงศักดิ์. **การควบคุมกำกับดูแลองค์การมหาชนอิสระ: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2534.
- สมยศ เชื้อไทย. การกระทำทางปกครอง. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 17, 3 (กันยายน 2530): 49-71.
- สรীরัตน์ หมวดเมือง. **คดีปกครองเกี่ยวกับการละเลยหรือล่าช้าการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- สละ มูลสาร. **ปัญหาการใช้บังคับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523: ศึกษาเฉพาะกรณี การกำหนดตำแหน่งการบังคับบัญชา และการรักษาการตำแหน่ง**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534.
- สำนักกฎหมาย, กองบรรณาธิการ. **กฎหมาย กสทช. ฉบับใหม่กับการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อประโยชน์สาธารณะ**. **จตุรนิติ**. 8, 2 (มีนาคม-เมษายน 2554): 1-36.
- สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ. **โครงการสัญญาให้สิทธิใช้ประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมย่านพหลโยธิน**. ค้นวันที่ 15 สิงหาคม 2559 จาก <http://www.ppp.sepo.go.th/project/view/16>
- สำนักงานพัฒนาระบบงานคดีปกครอง. **คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2551.
- สำนักงานพัฒนาระบบงานคดีปกครอง. **สิทธิเรียกร้องของหน่วยงานทางปกครอง กรณีเอกชนผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติตามสัญญา: ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ศาลยุติธรรม และคำวินิจฉัยตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2550.
- สำนักงานเลขาธิการรัฐมนตรี. หนังสือ ด่วนที่สุด ที่ นร 0503/ว(ล)11744. 29 สิงหาคม 2548. **เรื่อง ขอให้กระทรวงคมนาคมพิจารณาเสนอความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556** อ้างถึงใน อารยา กิตติเวช. **สัญญาสัมปทาน: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539

- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักงบประมาณของรัฐสภา. **การวิเคราะห์ร่วมทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน (Public Private Partnership: PPP).** กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ม.ป.ป.
- สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ. **สรุปหลักกฎหมายปกครองเรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2548.
- สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ. **หลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติราชการที่ดีในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2554.
- สิน สุนพงษ์ศรี. **การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง: ศึกษากรณีโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2550.
- สิริพร มณีภักดิ์. **การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นประเทศไทย: ศึกษาจากปัญหาที่เกิดขึ้นกรณีเทศบาลและกรุงเทพมหานคร.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.
- สิริราไพ พวงเสรี. **การกำกับดูแลเงินอุดหนุนขององค์การปกครองท้องถิ่นประเทศไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539.
- สุกัญญา นาชัยเวียง. **การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ. วารสารกฎหมายปกครอง.** 18, 1 (เมษายน 2542): 76-90.
- สุทธิมาตร จันท์แดง. **พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553. จุลินิติ.** 8, 2 (มีนาคม-เมษายน 2554): 103-124.
- สุรพงศ์ กลั่นประชา. **สัญญาเกี่ยวกับบริการสาธารณะระบบกฎหมายไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- สุรพล นิตไกรพจน์. **การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายการจัดตั้งองค์กรภาคมหาชน: ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีใช้ ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ.** รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2541.
- สุรพล นิตไกรพจน์. **ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 19, 4 (ธันวาคม 2532): 79-92.
- สุรพล นิตไกรพจน์. **ความเป็นไปได้และแนวทางการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรมหาชน.** กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, 2543.
- สุรพล นิตไกรพจน์. **ปัญหาทางกฎหมายการแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 29, 2 (มิถุนายน 2542): 166-203.
- สุรพล นิตไกรพจน์. **วิกฤตการณ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับรัฐวิสาหกิจไทย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 19, 1 (มีนาคม 2532): 81-110.
- สุรพล นิตไกรพจน์. **สัญญาทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

- สุรพล นิติไกรพจน์. หลักเกณฑ์การจำแนกวิสาหกิจมหาชน ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 18, 3 (กันยายน 2531): 72-91.
- สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่องหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2545.
- องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ. หมวดหมู่การแสดงความเห็น ร้องเรียนเอกชนร่วมบริการ. ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2559 จาก <http://www.bmta.co.th/?q=th/content/>
- อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ. กลไกในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในประเทศที่มีศาลปกครอง. **ตุลพาห.** 41, 1 (มกราคม-มีนาคม 2540): 25-48.
- อัมพร วิจิตรภักดิ์ และวิรัช ธเนศวร. ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สถานสงเคราะห์หญิง, 2519 อ้างถึงใน โชคชัย รัตกจินากร. ปัญหาและอุปสรรคในการมีส่วนร่วมของเอกชนต่อกิจการของรัฐ: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2541.
- อารยา กิตติเวช. สัญญาสัมปทาน: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศึกษาศาสตร์บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- เอกวิทย์ มณีธร. ระบบราชการ รัฐวิสาหกิจและองค์กรมหาชนของไทย. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอ็ม.ที.เพรส, 2551.
- Allen, Graham. *The Private Finance Initiative (PFI)*. N.p.: n.p., n.d. อ้างถึงใน กุลศักดิ์ ช่วยชู. การนำมาตรการทางกฎหมายมารองรับการจัดทำบริการสาธารณะระบบ PPP. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- BEAUREGARD, P. TURGUET de. การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและการควบคุมสัญญาจัดซื้อ จัดจ้างและสัมปทานบริการสาธารณะ การบรรยายพิเศษ ซึ่งจัดขึ้นโดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ร่วมกับสถานเอกอัครราชทูตฝรั่งเศสประจำประเทศไทย วันที่ 11-12 ธันวาคม 2541 ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **วารสารกฎหมายปกครอง.** 18, 1 (เมษายน 2542): 22-54.
- Cane, Peter. *An Introduction Administrative Law*. 2<sup>nd</sup> ed. London: Clarendo, 1992 อ้างถึงใน ขวลิต เศวตสุด. สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- Carroll, Alex. *Constitutional and Administrative, Financial Times Revised Edition*. London: Pitman, 1998 อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของอังกฤษ. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2529.
- COSSALTER, Patrice. *Le nouveau Code des marches publics*. Editions de. Paris: la Lettre du Cadre Territorial, 2001 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. สัญญาทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.

- DUGUIT, Léon. “*Traité de droit constitutionnel*” Tome II. deuxième edition. Paris: n.p., 1923 อ้างถึงใน รังสิกร อุปพงษ์. ทฤษฎีการบริการสาธารณะประเทศฝรั่งเศส. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. 18, 3 (กันยายน 2531): 38-57.
- GILLI et divers, J. P. *La continuité des services publics*. Paris: n.p., 1973 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์. *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547.
- Goodhart, W. H. Corporations. *Halsbury’s Laws of England*. 9 (1974): 716-721 อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. *นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของอังกฤษ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2529.
- GUGLIELMI, Gilles J. *Introduction au droit des services publics*. Paris : L.G.D.J., 1994 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- Guibal, Michel. *Code de marchés publics*. Paris: Publication du Moniteur, 1992 อ้างถึงใน ประเมศวร์ สังข์เอี่ยม. *ปัญหาการควบคุมการแข่งขันการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542.
- JEZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: n.p., n.d. อ้างถึงใน รังสิกร อุปพงษ์. ทฤษฎีการบริการสาธารณะประเทศฝรั่งเศส. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. 18, 3 (กันยายน 2531): 38-57.
- LAUBADERE, André de; MODERNE, François and DELVOLLE, Pierre. *Traité des contrats administratifs Tome 1*. 2 Editions. Paris: L.G.D.J., 1983 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. *สัญญาทางปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- MAETIN, M. Phillipe. คดีฟ้องขอให้ยกเลิกนิติกรรมทางปกครองและคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. ใน *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2: กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2543. หน้า 1-15.
- Merna, Tony. Oriel Group Practice. In *Concession Contract*. N.p.: n.p., n.d. อ้างถึงใน อารยา กิตติเวช. *สัญญาสัมปทาน: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539.
- MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*. Paris: PUF, 1991 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.

- Mission d'appui a la réalisation des contrats de partenariat. **The Mission d'Appui aux PPP (MAPPP)**. Retrieved January 1, 2005 from <http://www.ppp.bercy.gouv.fr> อ้างถึงใน กุลศักดิ์ ช่วยชู. **การนำมาตรการทางกฎหมายมารองรับการจัดทำบริการสาธารณะระบบ PPP**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- Office of Government Commerce. **New Model Terms and Conditions of Contract: General Goods and Service**. Retrieved March 31, 2005 from [http://www.ogc.gov.uk/sdtkdev/new\\_content/decisionmap/tcintro.html](http://www.ogc.gov.uk/sdtkdev/new_content/decisionmap/tcintro.html) อ้างถึงใน ชาวลิต เสวตสุด. **สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- Partnerships UK. **HM Treasury Uidance Prepared by Partnership UK: A Guidance Note for Public Sector Bodies forming Joint Venture Companies with The Private Sector**. N.p.: n.p., 2001 อ้างถึงใน กุลศักดิ์ ช่วยชู. **การนำมาตรการทางกฎหมายมารองรับการจัดทำบริการสาธารณะระบบ PPP**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- PONTIER, Jean-Marie. **Les services publics**. Paris: HACHETTE, 1996 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. **มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะ**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- Richer, L. **La notion de tutelle sur les personnes en droit administrative**. RDP (1979): 971 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์. **กฎหมายการปกครองท้องถิ่น**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547.
- Salmon, John. **Jurisprudence**. 7<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 1924 อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. **วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.
- Treasury, HM. **Value for Miney Assessment Guidance**. London: n.p., 2006 อ้างถึงใน กุลศักดิ์ ช่วยชู. **การนำมาตรการทางกฎหมายมารองรับการจัดทำบริการสาธารณะระบบ PPP**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- Turpin, Colin C. **International Encyclopedia of Comparative Law**, Vol. VII. Leiden, Netherlands: Martinus Nijhoff, 1982 อ้างถึงใน บุญส่ง ศิริพันธ์โนน. **สิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขสัญญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นายเกริกเกียรติ ทิพย์ชัย

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต  
มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี  
ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2555

ประสบการณ์ทำงาน

ประธานชมรมดนตรีสากล  
มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี พ.ศ. 2552-2554

ประธานคายนักกฎหมายวิไลไทย วิถีธรรม ครั้งที่ 2  
ประจำปี พ.ศ. 2557  
คณะนิติศาสตร์  
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (NIDA)