

บทที่ 2

ความหมาย ความเป็นมา แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับ การจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่น

สัมปทานรังนกอีแอ่น เป็นสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติรูปแบบหนึ่ง มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำก็เพื่อมิให้ทรัพยากรธรรมชาติ (รังนกอีแอ่น) ถูกนำไปใช้ประโยชน์โดยมิได้รับความคุ้มค่าและเพื่อนำเงินอากรรังนกอีแอ่น ซึ่งได้รับการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่น มาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะและพัฒนาความเจริญของราชการส่วนท้องถิ่นที่มีการจัดเก็บรังนกอีแอ่น

ในการศึกษาปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่น ตามพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 จำเป็นที่จะต้องทราบถึงความหมายของสัมปทานรังนกอีแอ่น ความเป็นมา ตลอดจนแนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่น เพื่อให้เข้าใจพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นได้ดียิ่งขึ้น

1. ความหมายของสัมปทานรังนกอีแอ่น

คำว่า “สัมปทาน” ไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่าเริ่มใช้มาตั้งแต่เมื่อใด สันนิษฐานเพียงว่า น่าจะเป็นคำค่อนข้างใหม่ที่เพิ่งเกิดขึ้นเมื่อประมาณไม่เกินร้อยปีมานี้เอง ซึ่งในสมัยโบราณจะยังไม่มีคำเรียกเฉพาะว่าสัมปทาน แต่จะเรียกแตกต่างกันไปตามการให้สัมปทานชนิดนั้น ๆ เช่น การจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นก็จะเรียกว่า “ทำอากรรังนก”¹ เหล่านี้เป็นต้น

¹อากร หมายถึง “ค่าธรรมเนียมที่รัฐบาลเรียกเก็บจากสิ่งที่เกิดจากธรรมชาติหรือสิ่งที่ทำขึ้นเพื่อการค้า”

1.1 ความหมายของสัมปทานรังนกอีแอ่น

ความหมายของคำว่า “สัมปทาน” มีผู้ให้ความหมายไว้ตามทัศนะดังนี้
 สัมปทาน (Concession) ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ ด้วยการลงทุนและเสี่ยงภัยของเอกชนเอง โดยเอกชนสามารถเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการกิจการที่ได้รับสัมปทานจากรัฐไป¹

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล ได้ให้ความหมายการจัดทำสัมปทาน-บริการสาธารณะไว้ว่า “สัมปทานบริการสาธารณะ คือ การที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใด ภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทน ด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น”²

รองศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้คำนิยามของสัมปทานไว้ว่า “สัมปทาน เป็นกระบวนการในการมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งได้ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยการลงทุนและด้วยความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง โดยฝ่ายปกครองมิได้จ่ายเงินค่าจ้างในการดำเนินงานให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ฝ่ายปกครองให้สิทธิแก่ผู้รับสัมปทานในการเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนในการใช้บริการจากประชาชนผู้ใช้บริการ เมื่อหมดสัญญาแล้วสิ่งก่อสร้างต่าง ๆ ที่ใช้กับกิจการที่ได้รับสัมปทานจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ”³

¹นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 69.

²ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 111.

³นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครองของไทย [ตอนที่ 6] [Online], available URL: http://www.pub-law.net/article/ac-thcon_06a.html: 2, 2554 (กันยายน, 14).

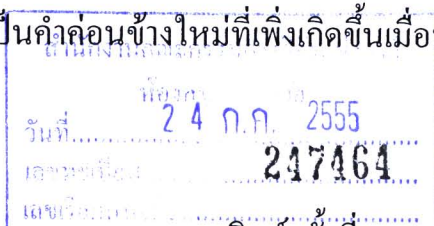


พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 ได้ให้ความหมายของ สัมปทานไว้ว่า “สัมปทาน” หมายถึง “การมอบให้ อนุญาตให้มีสิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียว ในกิจการบางอย่าง เช่น เหมืองแร่และป่าไม้”¹

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของ สัมปทานไว้ว่า “สัมปทาน” หมายถึง “การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนทำบริการสาธารณะ หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่รัฐ กำหนด เช่น สัมปทานการเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่าสัมปทาน”²

ในต่างประเทศคำว่า “สัมปทาน” หมายถึง “การให้สิทธิพิเศษที่เฉพาะเจาะจง โดยรัฐบาลหรือการที่รัฐบาลหรือองค์การสาธารณะของรัฐไม่ว่าจะเป็นส่วนกลางหรือ ส่วนท้องถิ่นให้เอกชนคนเดียวหรือหลายคนดำเนินการจัดทำสาธารณูปโภคหรือ การทำงานเกี่ยวกับที่ดินการอุตสาหกรรม การรถไฟ การชลประทาน เป็นต้น”³

นอกจากนี้ สัมปทาน ยังหมายถึง สิทธิที่รัฐบาลหรือบุคคลให้บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลเพื่อประกอบกิจการเฉพาะอย่างหรือเป็นตัวแทนขายผลิตภัณฑ์ในพื้นที่ใด พื้นที่หนึ่ง โดยคำนี้มาจากภาษาบาลีว่า สมฺปทาน (สํ-ปะ-ทา-นะ) แปลว่า การมอบให้ คนไทยก็นำมาใช้ หมายถึง การที่รัฐบาลมอบสิทธิให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะ หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาและเงื่อนไขตามที่ รัฐบาลกำหนด เช่น สัมปทานป่าไม้ สัมปทานการเดินรถประจำทาง สัมปทานรถไฟไฟฟ้า หรือสัมปทานทางด่วน เป็นต้น แต่ทั้งนี้ก็ไม่พบหลักฐานแน่ชัดว่าเริ่มใช้คำว่า “สัมปทาน” ตั้งแต่เมื่อใด สันนิษฐานเพียงว่า น่าจะเป็นคำค่อนข้างใหม่ที่เพิ่งเกิดขึ้นเมื่อประมาณ



¹พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แพร่พิทยาอินเตอร์เนชั่นแนล, 2522), หน้า 898.

²พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 [Online], available URL: <http://www.rirs3.roying.go.th/dictionary.asp>, 2554 (กรกฎาคม, 9).

³ศุภรดา อัมพรภักดี, ความหมายของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ [Online], available URL: <http://www.learners.in.th/blog/concession/387470>, 2554 (กรกฎาคม, 9).

ไม่เกินร้อยปีมานี้เอง ซึ่งในสมัยโบราณยังไม่มีคำเรียกเฉพาะว่า “สัมปทาน” แต่จะเรียกแตกต่างกันไปตามการให้สัมปทานในกิจการนั้น ๆ เช่น สัมปทานป่าไม้ ก็จะเรียกว่า “ให้เช่าทำป่าไม้” ส่วนการจัดทำสัมปทานรังนกก็แน่นอน ก็จะเรียกว่า “ทำอากรรังนก” เป็นต้น ปัจจุบันคำว่า “สัมปทาน” ถือเป็นคำกลางที่ใช้ได้กับกิจการหลายประเภท แต่ในบางกรณี ก็ยังถือว่าเป็นคำที่ไม่เป็นทางการ เช่น ในกฎหมายเกี่ยวกับเหมืองแร่จะไม่ใช้คำว่าสัมปทานแต่จะใช้คำเฉพาะ คือ ประทานบัตร ซึ่งหมายถึง หนังสือสำคัญที่รัฐออกให้เพื่อแสดงสิทธิการทำเหมืองแร่ภายในเขตที่กำหนด¹

จากคำนิยามดังกล่าวข้างต้น “สัมปทาน” จึงหมายถึง การที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ด้วยการลงทุนและความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง โดยที่ฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทน ด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชน ผู้ใช้ประโยชน์หรือได้รับผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 ได้ให้ความหมายของ “รังนก” ไว้ว่า “รังนกก็แน่นอน มีลักษณะคล้ายวุ้น รับประทานได้”²

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของ “รังนก” ไว้ว่า “รังของนกก็แน่นอนชนิดหนึ่ง เมื่อแช่น้ำแล้วมีลักษณะคล้ายวุ้น กินได้”³

พระราชบัญญัติอากรรังนกก็แน่นอน พ.ศ. 2540 มาตรา 5 บัญญัติว่า ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ “นกก็แน่นอน” หมายความว่า “นกก็แน่นอนชนิดที่ใช้กินรัง”

¹คลังปัญญาไทย, สัมปทาน [Online], available URL: <http://www.panyathai.or.th/wiki/index.php/%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%A1%E0%B8%9B%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%99>, 2554 (กรกฎาคม, 9).

²พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493, เรื่องเดิม, หน้า 765.

³พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 [Online], available URL: <http://www.rirs3.royin.go.th/new-search/word-33-search.asp>, 2554 (สิงหาคม, 5).

“รังนก” หมายความว่า “รังนกอีแอ่น” จากบทบัญญัติดังกล่าว “รังนก” จึงหมายถึง รังของนกอีแอ่นชนิดที่ใช้กินรัง

ดังนั้น “สัมปทานรังนกอีแอ่น” จึงหมายถึง การที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการเข้ามาจัดเก็บรังนกอีแอ่น (ชนิดกินรัง) ด้วยการลงทุนและความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง โดยที่ฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทน ด้วยการให้สิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยผู้รับสัมปทานต้องจ่ายเงินอากรรังนกอีแอ่นหรือภาษีให้แก่ฝ่ายปกครองตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดหรือข้อตกลงที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน

1.2 คู่สัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่น

สัมปทานรังนกอีแอ่นมีคู่สัญญาที่สำคัญสองฝ่าย คือ

1.2.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทรัพยากรธรรมชาติบางอย่าง รัฐจะหวงเหวนเป็นเจ้าของ และจะห้ามมิให้บุคคลขุดค้นหรือทำประโยชน์ในทรัพยากรดังกล่าว เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตจากรัฐ ทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้ เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ผู้ใดจะกระทำการใด ๆ ต่อทรัพยากรดังกล่าวหรือนำไปทำประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐไม่ได้ การจัดเก็บรังนกอีแอ่นก็เช่นเดียวกัน แม้กฎหมายจะได้บัญญัติไว้โดยตรงว่ารังนกอีแอ่นเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ แต่จากบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมาย เช่น ในมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดเก็บรังนกอีแอ่นที่มีอยู่ตามธรรมชาติ บนเกาะหรือในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยไม่ได้รับสัมปทานจากคณะกรรมการ” นอกจากนี้ ในวรรคสองของมาตราดังกล่าว กฎหมายบัญญัติว่า “การขอรับสัมปทานในแต่ละจังหวัด ให้ทำโดยประมูลเงินอากรตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่ผู้ว่าราชการจังหวัดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการกำหนด” จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า การจัดเก็บรังนกอีแอ่นที่มีอยู่ตามธรรมชาติบนเกาะหรือในที่ของสาธารณสมบัติของแผ่นดิน บุคคลใดจะเข้าจัดเก็บรังนกอีแอ่นในพื้นที่หรือสถานที่ดังกล่าวไม่ได้ เว้นแต่ จะได้รับสัมปทานจากคณะกรรมการ

การขอรับสัมปทานให้ทำโดยวิธีการประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่น ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ผู้ว่าราชการจังหวัด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บ-อากรรังนกอีแอ่นจังหวัดกำหนด ดังนั้น คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่น จึงเป็นตัวแทนของรัฐ ในการเข้ามากำกับดูแลการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นให้เป็นไป ตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามบทบัญญัติของกฎหมาย

1.2.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติบางประเภท ต้องใช้ทั้ง กำลังคน กำลังทรัพย์ รวมทั้งเทคโนโลยีระดับสูงมาดำเนินการจัดทำ ทำให้ในบางครั้ง รัฐไม่สามารถเข้ามาดำเนินการจัดทำสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ได้ด้วยตนเอง จึงเกิดการ “มอบ” สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ บางประเภทให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำ ซึ่งการจัดเก็บรังนกอีแอ่นก็เช่นเดียวกัน เนื่องจาก การจัดเก็บรังนกอีแอ่นต้องจัดทำโดยบุคคลผู้มีความรู้ความสามารถเฉพาะทาง ตลอดจนถึงต้องเป็นผู้มีความรู้ทางด้านการตลาดของรังนกอีแอ่นทั้งภายในประเทศและ ต่างประเทศเป็นอย่างดี ที่สำคัญการจัดเก็บรังนกอีแอ่นต้องมีความพร้อมทั้งตัวบุคลากร และเครื่องมือเครื่องมือ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่สามารถจัดเก็บรังนกอีแอ่นได้เอง จึงเปิดโอกาสให้เอกชนเข้าร่วมในการประมูลอากรรังนกอีแอ่น ผู้เสนอราคาสูงสุดเป็นผู้ได้รับสิทธิเข้าจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นในพื้นที่ดังกล่าว ภายใต้หลักเกณฑ์และวิธีการ ตามที่กฎหมายกำหนด โดยเอกชนผู้ได้รับสัมปทานต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐหรือ หน่วยงานของรัฐตามจำนวนและภายในระยะเวลาตามข้อตกลงในสัญญาสัมปทาน-รังนกอีแอ่น

เกี่ยวกับคุณสมบัติของเอกชนผู้เข้ารับสัมปทานรังนกอีแอ่น มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า “ผู้รับสัมปทานรังนกอีแอ่น จะต้อง มีสำนักงานใหญ่หรือตัวแทนประจำในจังหวัดที่บุคคลนั้นได้รับสัมปทาน” นอกจากนี้ คุณสมบัติของเอกชนผู้ร่วมประมูลอากรรังนกอีแอ่น อาจถูกกำหนดหรือ ถูกควบคุมตรวจสอบโดยประกาศคณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นหรือ ข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาสัมปทาน เช่น

1) ผู้มีสิทธิยื่นซองประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นจะต้องเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนที่จดทะเบียนในประเทศไทยและต้องไม่เคยเป็นผู้ทำงานในการประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นหรือเคยถูกเพิกถอนสัมปทานรังนกอีแอ่น ตามพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540

2) ผู้เสนอประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่น ต้องไม่เป็นผู้มีประโยชน์ร่วมกันกับผู้เสนอประมูลรายอื่นหรือไม่เป็นผู้กระทำการอันเป็นการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม ผู้เสนอราคาประมูลอากรรังนกอีแอ่นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการจัดเก็บรังนกอีแอ่นตามระเบียบกระทรวงการคลังและต้องไม่เป็นผู้ทำงานในการประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นภายในประเทศหรือต้องไม่เป็นผู้ถูกแจ้งเวียนชื่อผู้ทำงานของทางราชการหรือห้ามติดต่อหรือห้ามเข้าเสนอราคากับทางราชการ

3) ผู้เสนอราคาประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นจะต้องไม่เป็นผู้มีผลประโยชน์ร่วมกันกับผู้เสนอประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นรายอื่นและต้องไม่เป็นผู้มีผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้เสนอราคากับผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ ณ วันประกาศประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์หรือไม่เป็นบุคคลผู้กระทำการอันเป็นการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม ผู้เสนอราคาประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่น ต้องไม่เป็นผู้ได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกัน ซึ่งอาจปฏิเสธไม่ยอมขึ้นศาลไทย เว้นแต่ รัฐบาลของผู้ของประมูลเงินอากรได้มีคำสั่งให้สละสิทธิความคุ้มกัน เช่นว่านั้น

4) ผู้เสนอราคาประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นต้องผ่านการคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้นในการประมูลของคณะกรรมการดำเนินการประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นจังหวัด เหล่านี้เป็นต้น

1.3 รูปแบบของสัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่น

พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 มาตรา 14 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดเก็บรังนกที่มีอยู่ตามธรรมชาติบนเกาะหรือในที่ของสาธารณสมบัติขอแผ่นดิน โดยไม่ได้รับสัมปทานจากคณะกรรมการ” ในวรรคสองของมาตราดังกล่าวบัญญัติว่า

“ในการขอรับสัมปทานในแต่ละจังหวัดให้ทำโดยประมุขเงินอากรตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่ผู้ว่าราชการจังหวัดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการกำหนด”

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น การจัดเก็บรังนกอีแอ่นที่มีอยู่ตามธรรมชาติ บนเกาะหรือในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ในพื้นที่หรือบริเวณซึ่งอยู่ในขอบเขตการ- บังคับใช้ของพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 ผู้จัดเก็บจะต้องได้รับสัมปทาน จากคณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นเท่านั้น สำหรับการขอรับสัมปทาน ในแต่ละจังหวัด ให้ทำโดยวิธีการประมุขเงินอากรรังนกตามหลักเกณฑ์ วิธีการและ เงื่อนไข ตามที่ผู้ว่าราชการจังหวัดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บ- อากรรังนกอีแอ่นกำหนด

1.4 ขั้นตอนการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่น

สำหรับขั้นตอนการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นในประเทศไทย สามารถ แยกพิจารณาออกเป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

1.4.1 ในกรณีที่สัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่นมีจำนวนทุนทรัพย์หรือจำนวน ทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป เนื่องจาก การจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่น เป็น การร่วมลงทุนหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชน- เข้าร่วมงานหรือดำเนินในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เมื่อโครงการสัมปทานดังกล่าวมี วงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป การจัดทำสัมปทานดังกล่าว จึงต้อง ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน- หรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ และขั้นตอนของพระราชบัญญัตินี้ การดำเนิน โครงการดังกล่าวก็จะไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย

1.4.2 ในกรณีที่สัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่น มีจำนวนทุนทรัพย์หรือมีจำนวน ทรัพย์สินไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาท พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 บัญญัติให้ การจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่น ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่คณะกรรมการ พิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นแต่ละจังหวัดเป็นผู้กำหนด ทำให้ขั้นตอนต่าง ๆ เกี่ยวกับการ จัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นในแต่ละพื้นที่ มีความแตกต่างกันอยู่บ้าง จากการศึกษา

สามารถลำดับขั้นตอนของการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นในประเทศไทยไว้พอเป็นสังเขป ดังนี้

- 1) การประกาศเชิญชวน เมื่อสัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่นในแต่ละจังหวัดใกล้จะสิ้นสุดลง เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นในครั้งต่อไป คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นจังหวัดจะทำการประชุมและกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นในครั้งต่อไป เมื่อได้ข้อสรุป คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่น จะมีการประกาศเชิญชวนให้เอกชนผู้สนใจเข้าร่วมประมูลอากรรังนกอีแอ่น
- 2) บทบาทของคณะกรรมการ ก่อนจะมีการดำเนินการประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่น คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นจะประชุมหารือและแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่ในการจัดให้มีการประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่น ซึ่งคณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าว อาจมีชื่อเรียกต่างกัน เช่น คณะกรรมการรับและเปิดซองประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นหรือคณะกรรมการพิจารณาผลการประมูลเบื้องต้น เป็นต้น
- 3) การคัดเลือก เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาขึ้นซองประมูลตามวันและเวลาที่คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นจังหวัดได้กำหนดไว้ คณะกรรมการรับและเปิดซองประมูลที่ได้รับการแต่งตั้ง จะทำการตรวจหลักฐานและเปิดซองประมูลเมื่อทำการเปิดซองประมูล คณะกรรมการพิจารณาผลประมูลเบื้องต้นจะรับรองผลการประมูล โดยจะให้ผู้เสนอราคาสูงสุดเป็นผู้ชนะในการประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นในเบื้องต้น เมื่อได้ผู้ชนะการประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นในเบื้องต้น ลำดับต่อไป คณะกรรมการพิจารณาผลประมูลเบื้องต้น จะนำผลการประมูลเข้าสู่ที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นจังหวัด เพื่อแจ้งให้ที่ประชุมทราบและรับรองผลการประมูลต่อไป ภายหลังจากคณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นรับรองผลการประมูล ลำดับต่อไปจะเป็นขั้นตอนของการลงนามในสัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่น ซึ่งรูปแบบหรือเนื้อหาของสัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่นในละพื้นที่จะมีความแตกต่างกัน ตามที่คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นในแต่ละพื้นที่นั้น ๆ กำหนด ภายหลังจากมีการลงนามในสัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่น

ผู้ได้รับสัมปทานสามารถเข้าจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นในพื้นที่ที่ได้รับสัมปทานได้ ภายใต้หลักเกณฑ์และวิธีการตามบทบัญญัติของกฎหมาย ภายในระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่น

1.5 การสิ้นสุดของสัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่น

โดยปกติ การให้สัมปทานรังนกอีแอ่นมีผลผูกพันคู่สัญญาจนกว่าจะครบกำหนดอายุสัมปทาน อย่างไรก็ตาม หากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ-อากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 สัมปทานอาจสิ้นสุดลงได้ในกรณีต่อไปนี้

1.5.1 การเพิกถอนสัมปทาน เมื่อผู้รับสัมปทานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือมีเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัมปทานหรือที่ระบุไว้ในกฎหมาย อันเป็นเรื่องสำคัญ เช่น กรณีผู้รับสัมปทานฝ่าฝืนหรือการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 คือ ไม่ทำบัญชีแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับจำนวนรังนกที่เก็บได้หรือบริเวณที่เก็บรังนกและรายการอื่น ๆ เกี่ยวกับรังนกอีแอ่นยื่นต่อคณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่น ตามแบบ หลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นกำหนดหรือกรณีที่ผู้รับสัมปทานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 19 คือ ไม่สงวนและคุ้มครองนกอีแอ่น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ผู้ว่าราชการจังหวัดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นกำหนด ซึ่งมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 บัญญัติให้คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นเพิกถอนสัมปทานได้ เป็นต้น

1.5.2 สัญญาสัมปทานสิ้นสุดโดยคำพิพากษาศาลปกครอง นอกจากกรณีดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว สัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่นอาจสิ้นสุดลง หากศาลปกครองได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้สัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่นสิ้นสุดลง

1.5.3 การบอกเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือวิธีการที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจบอกเลิกสัญญาดังกล่าวได้ ซึ่งการบอกเลิกสัญญาสัมปทานดังกล่าว ย่อมส่งผลให้สัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่นสิ้นสุดลง ตัวอย่าง ข้อกำหนดที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่น เช่น

1) ถ้าผู้รับสัมปทานกระทำผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง ผู้ให้สัมปทานมีอำนาจบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อผู้ให้สัมปทานได้บอกเลิกสัญญาแล้ว คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นจังหวัด ทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้าไปเก็บรังนกอีแอ่นในสถานที่ที่ผู้รับสัมปทานได้รับอนุญาตให้เก็บรังนกอีแอ่นโดยวิธีประมูล ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้าผู้รับสัมปทานรายใหม่ประมูลให้เงินอากรรังนกอีแอ่นต่ำกว่าจำนวนที่ผู้รับสัมปทานได้ทำสัญญาไว้กับผู้ให้สัมปทาน ผู้รับสัมปทานยอมรับผิดชดใช้เงินอากรจำนวนที่ต่ำหรือขาดไปนั้นจนครบ พร้อมกับต้องชดใช้ค่าเสียหายตลอดจนค่าใช้จ่ายในการนี้อีกส่วนหนึ่งด้วย

2) ในระหว่างที่ยังไม่ครบกำหนดอายุสัญญา หากต่อมาภายหลัง ผู้ได้รับสัมปทานต้องคำพิพากษาถึงที่สุดของศาล ให้เป็นบุคคลล้มละลาย ผู้ให้สัมปทานมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันที คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นจังหวัด ทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้าไปเก็บรังนกอีแอ่น ในสถานที่ที่ผู้รับสัมปทานได้รับอนุญาตให้เก็บรังนกอีแอ่นโดยวิธีประมูล ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้าผู้รับสัมปทานรายใหม่ประมูลให้เงินต่ำกว่าจำนวนที่ผู้รับสัมปทานได้ทำสัญญาไว้กับผู้ให้สัมปทาน ผู้รับสัมปทานยอมรับผิดชดใช้เงินอากรรังนกอีแอ่นจำนวนที่ต่ำหรือขาดไปนั้นจนครบ พร้อมกับต้องชดใช้ค่าเสียหาย ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการนี้อีกส่วนหนึ่งด้วย เป็นต้น

สัญญาสัมปทานรังนกอีแอ่น รวมทั้งเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นในประเทศไทยในแต่ละพื้นที่ที่มีความแตกต่างกัน¹

2. ความเป็นมาของการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่น

ในประเทศไทย

ความเป็นมาของการจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นในประเทศไทย สามารถแบ่งได้เป็น 2 ช่วง คือ ความเป็นมาในช่วงก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองและความเป็นมาภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง

¹ดูเพิ่มเติมที่ภาคผนวก จ, หน้า 199.



2.1 ความเป็นมาในช่วงก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง

ประวัติการจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นในประเทศไทย มีมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา โดยการจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นในสมัยนั้น มีนายอากรรังนกทำหน้าที่จัดเก็บ และนำผลประโยชน์จากการจัดเก็บส่งไปยังกรุงศรีอยุธยาในรูปแบบของส่วย การจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นในสมัยของสมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราช พระองค์ทรงมีพระบรมราชานุญาตให้กลุ่มพ่อค้าชาวจีนเป็นนายหน้าจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นในราชอาณาจักร ต่อมาในสมัยของพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้เกิดกบฏเจ้าอนุวงศ์เวียงจันทน์ รัฐบาลมีความจำเป็นต้องใช้เงินในราชการมากกว่าปกติ พระองค์จึงทรงโปรดเกล้าฯ ให้เพิ่มประเภทภาษีที่ทำการจัดเก็บออกเป็น 38 ประเภท การจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นจัดอยู่ในประเภทของภาษีที่ต้องห้ามหกอย่าง ในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ทรงมีหนังสือสารตราตั้ง แต่งตั้งข้าหลวงประจำจังหวัด ซึ่งมีนกอีแอ่นอาศัยทำรังอยู่ในเขตจังหวัดนั้น ๆ เป็นนายอากรรังนก ทำหน้าที่จัดเก็บและนำเงินอากรรังนกอีแอ่นส่งสู่ท้องพระคลังหลวง

อาจกล่าวได้ว่า การจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นในประเทศไทยในช่วงก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง การจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นในประเทศไทย จัดทำในรูปแบบของระบบราชการ โดยรัฐหรือบุคคลผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐเป็นผู้ควบคุมดูแล และจัดสรรผลประโยชน์จากการจัดเก็บแต่ฝ่ายเดียว ราชการส่วนท้องถิ่นซึ่งมีนกอีแอ่นอาศัยทำรังอยู่ในเขตราชการส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ ไม่สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการดูแลการจัดเก็บรังนกอีแอ่นและไม่ได้รับการจัดสรรเงินอากรรังนกอีแอ่นมาใช้ในการพัฒนา-ราชการส่วนท้องถิ่นของตน

2.2 ความเป็นมาภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง

ภายหลังมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 คณะราษฎรได้กลายมาเป็นชนชั้นปกครองใหม่ที่ควบคุมอำนาจทางการเมือง อำนาจทางการทหารและทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดของรัฐ ซึ่งคณะราษฎรได้นำทุนของรัฐไปสร้างรัฐวิสาหกิจและบริษัทกิจการขึ้นจำนวนหนึ่ง เช่น บริษัทข้าวไทย บริษัทไทยเดินเรือทะเล ธนาคารมณฑล เป็นต้น ซึ่งธุรกิจต่าง ๆ เหล่านี้ ก็ยังนำระบบราชการมาใช้ในการ

การดำเนินงาน กระทั่งสมัยจอมพล ป. พิบูลสงคราม ก็ได้มีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาเป็นจำนวนมากเพื่อจัดทำบริการสาธารณะแต่รัฐวิสาหกิจก็ถูกควบคุมโดยระบบราชการ ต่อมาเริ่มมีการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ก็อยู่ภายใต้การควบคุมอย่างเข้มงวดโดยระบบราชการอีกเช่นกัน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การบริการสาธารณะในประเทศไทยอยู่ภายใต้การผูกขาดโดยระบบราชการ¹

การจัดเก็บอากรรั้งนกก็แอ่นในประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ เมื่อได้มีการตราพระราชบัญญัติอากรรั้งนกก็แอ่น พ.ศ. 2482 ขึ้น ซึ่งนับเป็นกฎหมายฉบับแรกที่เปิดโอกาสให้บริษัทเอกชนมีสิทธิในการร่วมประมูลอากรรั้งนกก็แอ่น เพื่อเข้ารับสัมปทานรั้งนกก็แอ่นภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย ภายหลังพระราชบัญญัติอากรรั้งนกก็แอ่น พ.ศ. 2482 มีผลบังคับใช้ การจัดทำสัมปทานรั้งนกในประเทศไทยประสบปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายหลายประการ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการสมยอมในการเสนอราคาเงินอากรรั้งนกก็แอ่น ปัญหาเกี่ยวกับการจัดสรรเงินอากรรั้งนกก็แอ่นให้แก่ราชการส่วนท้องถิ่น ส่งผลให้ราชการส่วนท้องถิ่น ขาดรายได้จากการจัดทำสัมปทานรั้งนกก็แอ่นมาใช้ในการพัฒนาท้องถิ่น

เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ในปี พ.ศ. 2540 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอากรรั้งนกก็แอ่น พ.ศ. 2540 ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ราชการส่วนท้องถิ่นได้เข้ามามีส่วนดูแลและจัดการการเก็บรั้งนกก็แอ่นอันเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่ในท้องถิ่นของตนและให้เงินอากรรั้งนกก็แอ่นตกเป็นรายได้ของราชการส่วนท้องถิ่นที่มีนกก็แอ่นอาศัยทำรังและราชการส่วนท้องถิ่นอื่นในจังหวัดเดียวกัน รวมทั้งเพื่อปรับปรุงหลักเกณฑ์และวิธีการที่จะให้เอกชนดำเนินการจัดเก็บรั้งนกก็แอ่นให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น โดยให้มีคณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรั้งนกก็แอ่นทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลการจัดทำสัมปทานรั้งนกก็แอ่น และจัดสรรเงินอากรรั้งนกก็แอ่นให้แก่ราชการส่วนท้องถิ่น ตามอัตราส่วนหรือจำนวนตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ยังกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับ

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ, หน้า 139.

การจัดทำสัมปทานรังนกอีแอ่นและโทษของการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายไว้หลายประการ ซึ่งพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 มีผลบังคับใช้ กระทั่งปัจจุบัน

3. ทฤษฎีเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ

การศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ เป็นการวางพื้นฐานที่สำคัญ อันจะนำไปสู่ความเข้าใจเกี่ยวกับแนวคิดทฤษฎีการจัดทำสัมปทาน ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากการจัดทำสัมปทานเป็นการบริการสาธารณะรูปแบบหนึ่ง ที่รัฐหรือฝ่ายปกครองได้มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ เพื่อให้เกิดความเข้าใจทฤษฎีเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ จึงได้ศึกษาเป็นลำดับดังนี้

3.1 ความหมายของคำว่าบริการสาธารณะ

นักวิชาการทางกฎหมายหลายท่าน ได้ให้ความหมายคำว่า บริการสาธารณะไว้ตามทัศนะ ดังนี้

ท่านศาสตราจารย์จอห์น ดิวกิน (Leon Duguit) ได้ให้คำจำกัดความของ “บริการสาธารณะ” ไว้ว่า “บริการสาธารณะเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐ”¹ คำจำกัดความนี้ แม้จะเป็นคำจำกัดความที่สั้นแต่หากพิจารณาอย่างละเอียดลึกซึ้งแล้วจะพบว่าเป็นคำจำกัดความที่สะท้อนให้เห็นถึงความมีอยู่ของการบริการสาธารณะคู่กับรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนโดยผ่านทางบริการสาธารณะ

นอกจากความหมายดังกล่าวแล้ว หากพิจารณาโดยรวมถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแล้วจะพบว่า “บริการสาธารณะ” คือ “กิจกรรมหรือภารกิจของฝ่ายปกครองนั่นเอง”²

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 32.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

ท่านศาสตราจารย์ฌ็อง ริเวโร่ (Jean Rivero) ได้อธิบายไว้ว่า นอกจากกิจกรรมตำรวจทางปกครองแล้ว องค์การของรัฐฝ่ายบริหารยังมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจกรรมที่เรียกว่า บริการสาธารณะ (Service Public) คือ “การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคม ในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชนหรือรัฐวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะในด้านให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ”¹

กิจกรรมของรัฐประเภทนี้ จึงเป็นการที่รัฐจัดให้มี (โดยอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ) บริการต่าง ๆ ที่เป็นที่ต้องการของสังคมเอกชนไม่อยู่ในฐานะที่จะจัดทำได้เอง

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล ได้ให้ความหมายคำว่า บริการสาธารณะไว้ว่า “บริการสาธารณะ” หมายถึง “กิจการที่อยู่ในอำนาจการหรืออยู่ในการควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบความต้องการส่วนรวมของประชาชน”²

รองศาสตราจารย์ ดร. กิจบดี ก้องเบญจกุล ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่หลักตามบทบัญญัติของกฎหมายมหาชนไว้ว่า “การบริการสาธารณะ” หมายถึง “การดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้การอำนาจการหรือในการควบคุมของฝ่ายปกครองเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งกิจการเหล่านั้นโดยสภาพแล้ว ไม่อาจบรรลุผลสำเร็จตามเป้าหมายได้หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย”³

¹ชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), หน้า 22-23.

²ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 108.

³กิจบดี ก้องเบญจกุล, หลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), หน้า 74-75.

รองศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้อธิบายเกี่ยวกับแนวความคิด และหลักกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไว้ว่า บริการสาธารณะ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ¹

ประการแรก จะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งหมายถึง กรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเอง ได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการและยังหมายความรวมถึง กรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย

ประการที่สอง กิจกรรมดังกล่าวมาแล้วในประการแรก จะต้องเป็นกิจกรรม ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น “บริการสาธารณะ” จึงหมายถึง กิจกรรมที่รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐเข้ามาดำเนินการเองหรือมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วม ในการดำเนินการดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการก็เพื่อประโยชน์- สาธารณะและเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งกิจกรรมดังกล่าว ไม่สามารถ บรรลุตามวัตถุประสงค์ได้ หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย

3.2 ประเภทของบริการสาธารณะ

รองศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้คำอธิบายไว้ พอสรุปได้ว่า กฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้แบ่งการบริการสาธารณะออกเป็น สองประเภท คือ บริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรม- และพาณิชย์กรรม²

3.2.1 บริการสาธารณะทางปกครอง บริการสาธารณะประเภทนี้ ได้แก่ กิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อตอบสนอง ความต้องการของประชาชน กิจกรรมเหล่านี้ ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการรักษา-

¹นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ, หน้า 35.

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-36.

ความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชน บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองต้องอาศัยอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชนในการจัดทำ

บริการสาธารณะทางปกครองส่วนใหญ่ จะเป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำให้ประชาชน โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน เนื่องจาก กิจกรรมของบริการสาธารณะทางปกครอง เป็นเรื่องที่เป็นหน้าที่เฉพาะของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษในการจัดทำ รวมทั้งอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบบริการสาธารณะประเภทนี้ให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้ บริการสาธารณะทางปกครอง ได้แก่ กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบภายในประเทศ การป้องกันประเทศและการคลัง

3.2.2 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นบริการสาธารณะอีกประเภทหนึ่ง ที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการแต่มีลักษณะคล้ายกับการดำเนินการให้บริการของเอกชน ข้อแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น มีอยู่สามประการด้วยกัน กล่าวคือ¹

1) วัตถุประสงค์ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของประชาชนแต่เพียงอย่างเดียว ในขณะที่การบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น จะมีวัตถุประสงค์แห่งบริการทางด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน คือ เน้นทางด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการและมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน

2) วิธีปฏิบัติงาน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นมาเป็นแบบเดียวกัน มีระบบบังคับบัญชา ซึ่งใช้กับผู้ปฏิบัติงานทุกคน ในขณะที่บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม จะมีวิธีปฏิบัติงานที่สร้างขึ้นเอง แตกต่างไปจากการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการ

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 37-39.

3) แหล่งที่มาของเงินทุน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง มีแหล่งที่มาของเงินทุนจากรัฐแต่เพียงอย่างเดียว โดยรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบเงินทุนทั้งหมดที่นำมาใช้จ่ายในการดำเนินการ ในขณะที่การบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น แหล่งรายได้ส่วนใหญ่จะมาจากค่าตอบแทนที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ

นอกจากลักษณะสำคัญทั้งสามประการ นักทฤษฎีกฎหมายมหาชนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสหลายท่าน ยังมองอีกว่า สถานภาพของผู้ใช้บริการสาธารณะทั้งสองประเภทยังมีความแตกต่างกันอีกด้วย กล่าวคือ ผู้ใช้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองนั้น สถานภาพของผู้ใช้บริการจะถูกกำหนดโดยกฎข้อบังคับทั้งหมด ตั้งแต่การกำหนดองค์กร การจัดองค์กรและการปฏิบัติงาน การใช้บริการสาธารณะประเภทยังความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการ จะมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไข ในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการของบริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น จะมีลักษณะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน

3.3 หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ

ในทางทฤษฎีนั้น ไม่ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์พื้นฐาน สำหรับการจัดทำบริการสาธารณะทุกประเภท แต่อย่างไรก็ตาม มีหลักเกณฑ์บางประการที่จะพอถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานระหว่างบริการสาธารณะแต่ละประเภท แม้จะมีบางอย่างแตกต่างกัน แต่ก็ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานดังกล่าวนี้แทรกอยู่ภายใน หลักเกณฑ์พื้นฐานนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่ หลุยส์ โรลแลนด์ (Louis Rolland) แห่งสำนักความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ พัฒนามาจากลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะ 3 ประการ คือ บริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะจะต้องดำเนินกิจการหรือจัดทำโดยนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนและการบริการสาธารณะดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองและอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งในเวลา

ต่อมาในแวดวงนักกฎหมายมหาชนพากันเรียกหลักเกณฑ์นี้ว่า “กฎหมายของบริการ-
สาธารณะ” หรือ “กฎหมายของ Rolland”¹

ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าว เป็นหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้กับบริการสาธารณะ
ทุกประเภท บริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือที่จัดทำโดยผู้ใดย่อมต้องอยู่
ภายใต้หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความ
ต่อเนื่องและหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

3.3.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาค

หลักนี้เป็นหลักเกณฑ์สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ
เนื่องจาก การที่ฝ่ายปกครองเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองไม่มี
จุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ
แต่เป็นการจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน คือ ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิ
ได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน
ดังนั้น กิจกรรมใดที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะ จึงไม่มีลักษณะเป็น
บริการสาธารณะ

3.3.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน
หากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ
ย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้ การบริการสาธารณะจึงต้องมีความ-
ต่อเนื่องในการจัดทำ หลักการที่สำคัญของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ
คือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ
อย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงักจะต้องมี
การรับผิดชอบและในกรณีที่เกิดการหยุดชะงักขององค์กรปกครองท้องถิ่นหรือ
องค์กรมหาชนอิสระ องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็น
หลักประกันการต่อเนื่องของบริการสาธารณะ²

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 47-48.

ความต่อเนื่องดังกล่าวมานี้ ไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนตายตัวว่าจะต้องมีลักษณะอย่างไร สำหรับบริการสาธารณะบางประเภท ซึ่งจะต้องจัดทำอย่างถาวร เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ การรักษาพยาบาลหรือการควบคุมการคมนาคมทางอากาศ ความต่อเนื่อง จะหมายถึง การจัดทำบริการสาธารณะประเภทนั้น ๆ ตลอดเวลาวันละ 24 ชั่วโมง สัปดาห์ละ 7 วัน ในขณะที่บริการสาธารณะบางประเภท ซึ่งไม่จำเป็นต้องจัดทำอย่างถาวร แต่จะต้องจัดทำอย่างสม่ำเสมอก็อาจจัดทำโดยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขบางประการ เช่น พิพิภรณ์สามารถกำหนดเวลาเปิดให้บริการหรือกำหนดวันหยุดเองได้ การศึกษาสามารถกำหนดวันเวลาในการให้การศึกษา รวมทั้งการหยุดพักร้อนประจำปีได้อีกด้วย นอกจากนี้ ความต่อเนื่องยังขึ้นอยู่กับบุคคลสมัยและสภาพสังคมอีกด้วย ตัวอย่างเช่น การส่งจดหมายภายในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเมื่อต้นศตวรรษที่ผ่านมา ทำการส่งวันละสามครั้งและหนึ่งครั้งในวันอาทิตย์ แต่ในปัจจุบันการส่งจดหมายทำการส่งวันละหนึ่งครั้งและหยุดในวันอาทิตย์ เป็นต้น

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ มีข้อพิจารณานอกเหนือจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นอีก 2 ประเด็น ดังนี้

1) ประเด็นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แม้ฝ่ายปกครองจะมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างแทน ด้วยการจัดทำเป็นสัญญาทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน แต่ฝ่ายปกครองก็ยังต้องมีส่วนร่วมในเรื่องความต่อเนื่องของกิจกรรมที่มอบให้เอกชนไปจัดทำโดยเอกชนคู่สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ¹

(1) การเปลี่ยนแปลงสัญญาซึ่งให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขข้อสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบความต้องการของบริการสาธารณะ

(2) การลงโทษ ในกรณีที่เกิดความผิดร้ายแรงขัดขวางการดำเนินงานของบริการสาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบจะต้องแก้ไขด้วยการเข้าไปทำแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือยึดกลับมาทำเองเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

(3) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ กล่าวคือ เมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้นและมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ตามปกติ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าไปรับภาระบางส่วนร่วมกับเอกชนคู่สัญญา ทั้งนี้ เพื่อให้ไม่ให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลงนั่นเอง จะเห็นได้ว่า เงื่อนไขหรือวิธีการทั้ง 3 ประการ ดังกล่าวมานี้ มีความแตกต่างจากหลักการทำสัญญาทางกฎหมายเอกชนทั้งสิ้น ซึ่งเหตุที่แตกต่างกันเช่นนี้ ก็เนื่องมาจาก สภาพกิจการที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางปกครองนี้ เป็นกิจกรรมที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงต้องมีกฎเกณฑ์พิเศษเพื่อรักษาความเป็นประโยชน์สาธารณะเอาไว้

2) ประเด็นที่เกี่ยวกับการนัดหยุดงาน ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีผลใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ การหยุดงาน ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย ต่อมา เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1946 ข้อ 7 แห่ง อาร์มบทของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1946 บัญญัติว่า “สิทธิในการนัดหยุดงานมิได้ภายใต้กรอบของรัฐบัญญัติที่จะกำหนดกฎเกณฑ์เอาไว้”¹ เมื่อมีการใช้บังคับและมีการบัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญยอมรับสิทธิในการนัดหยุดงาน จึงก่อให้เกิดปัญหาทางรัฐธรรมนูญตามมาถึงหลักสองหลักที่รัฐธรรมนูญรับรอง แต่มีความขัดแย้งกัน คือ สิทธิในการนัดหยุดงานที่รัฐธรรมนูญรับรองกับหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะที่รัฐธรรมนูญก็รับรองเช่นกัน โดยหลักทั้งสองนี้ ในบางครั้งก็ขัดแย้งกัน เช่น การนัดหยุดงานอาจเป็นเหตุให้เกิดการขัดขวางการดำเนินงานตามปกติของการบริการสาธารณะที่ทำให้หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะถูกระงับได้ เป็นต้น เพื่อเป็นการประนีประนอมระหว่างสิทธิในการนัดหยุดงานกับหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ จึงเกิดมาตรการที่จะเข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าวขึ้นสองวิธีด้วยกัน คือ การให้บริการขั้นต่ำและการเข้าดำเนินการเอง

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.



(1) การให้บริการขั้นต่ำ ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองกำหนดมาตรการรองรับการนัดหยุดงานไว้ว่า ไม่ว่าจะนัดหยุดงานอย่างไรก็ตาม จะไม่สามารถหยุดงานทั้งหมดได้ อย่างน้อยจะต้องมีบริการดังกล่าวอยู่บ้างในบางส่วน ทั้งนี้เพื่อให้เป็นการสร้างความลำบากกับประชาชนผู้ให้บริการสาธารณะ การให้บริการขั้นต่ำนี้ นำไปใช้ในการบริการสาธารณะบางประเภท การการหยุดงานอย่างเด็ดขาดจะทำให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อส่วนรวม จึงต้องกำหนดไว้ว่าจะหยุดงานอย่างไรก็ได้แต่จะหยุดการดำเนินงานจัดทำบริการสาธารณะเหล่านี้อย่างเด็ดขาดทั้งหมดไม่ได้ เช่น การบริการสาธารณะเกี่ยวกับโรงพยาบาล ตำรวจ การยุติธรรม การคมนาคมทางอากาศ หรือวิทยุโทรทัศน์

(2) การดำเนินการเอง จะใช้เฉพาะในกรณีที่เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ โดยหัวหน้าหน่วยงานที่จัดทำบริการสาธารณะสามารถตัดสินใจใช้มาตรการพิเศษ โดยส่งคนเข้าไปทำแทน หากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเกินสิทธิในการนัดหยุดงาน

3.3.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดีนั้น จะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลา เพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้วย หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หมายความว่า การปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชน หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนี้ มีลักษณะแตกต่างจากหลักว่าด้วยความต่อเนื่องที่มีลักษณะเป็นกฎหมายของบริการสาธารณะ หรือหลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ไม่ได้ถูกกล่าวถึงอย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยทางปกครอง แต่เป็นการกล่าวพาดพิงหรือให้ข้อคิดเห็น ว่า โดยสภาพของการจัดทำบริการสาธารณะทั่วไปที่มีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการของประชาชน เมื่อเกิดเหตุการณ์

ที่ความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะนั้นก็น่าจะได้รับการเปลี่ยนแปลงตามความความต้องการของประชาชนไปด้วย¹

3.4 องค์กรผู้จัดทำบริการสาธารณะ

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส การบริการสาธารณะส่วนใหญ่ รัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำ โดยใช้องค์กรภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ แต่ต่อมารัฐก็ได้เพิ่มวิธีการจัดทำบริการสาธารณะขึ้น โดยจัดตั้งเป็นองค์กรของรัฐประเภทพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะประเภทและต่อมาเมื่อมีการกระจายอำนาจการปกครองไปสู่ท้องถิ่นเต็มรูปแบบ ในปี ค.ศ. 1982 จึงมีการมอบบริการสาธารณะหลาย ๆ ประเภทให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปจัดทำแทนรัฐ นอกจากนี้ ภายหลัง บริการสาธารณะมีประเภทมากขึ้น บางประเภทต้องใช้กำลังคน กำลังทรัพย์ รวมทั้งบริการสาธารณะซึ่งโดยสภาพแล้วฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำเองก็ได้ จึงเกิดการ “มอบ” บริการสาธารณะบางประเภทให้เอกชนไปดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองเข้าไปควบคุมดูแลการจัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนเพื่อให้การบริการสาธารณะที่เกิดขึ้นอยู่ในมาตรฐานเดียวกับการบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ

3.4.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ

บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจการจัดทำของรัฐ จะต้องเป็นบริการสาธารณะที่เมื่อพิจารณาจากสภาพของบริการสาธารณะนั้นแล้ว เป็นหน้าที่ของรัฐแต่เพียงผู้เดียว ที่จะเป็นผู้ดำเนินการจัดทำหรือเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและมีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของประชาชนทั่วประเทศอย่างทั่วถึง แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการกระจายอำนาจการปกครองไปสู่ท้องถิ่น ในปี ค.ศ. 1982 ก็ได้มีการมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท ให้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ ดังนั้น บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐจึงมีอยู่สองประเภท คือ² บริการสาธารณะระดับชาติและ บริการสาธารณะระดับท้องถิ่น

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 53-64.

1) บริการสาธารณะระดับชาติ ได้แก่ บริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเป็นผู้จัดทำ อันได้แก่ กิจกรรมที่เกี่ยวกับความมั่นคงและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม รวมทั้ง การพัฒนาสังคมและวัฒนธรรม บริการสาธารณะระดับชาติเป็นการบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำอย่างทั่วถึงตลอดทั้งประเทศ สามารถแบ่งได้เป็น 7 ประเภทด้วยกัน คือ บริการสาธารณะทางด้านยุติธรรม บริการสาธารณะด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของสังคม บริการสาธารณะทางการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ บริการสาธารณะทางการศึกษาของชาติ บริการสาธารณะทางด้านสังคม บริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรมและบริการสาธารณะทางการท่องเที่ยว

2) บริการสาธารณะระดับท้องถิ่น ได้แก่ บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ที่จะดำเนินการจัดทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การบริการสาธารณะที่ดำเนินการจัดทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น มีอยู่ด้วยกันสองประเภท คือ บริการสาธารณะระดับชาติ ซึ่งมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำกับบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่แท้ ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้ง 3 ระดับ อันได้แก่ บริการสาธารณะระดับเทศบาล บริการสาธารณะระดับจังหวัด และบริการสาธารณะระดับภาค โดยมีกฎหมายแบ่งแยกหน้าที่และประเภทของบริการสาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทจะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นหน้าที่แท้ ๆ ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ สามารถแบ่งได้เป็น 4 ประเภท¹ คือ บริการสาธารณะทางด้านสุขอนามัย การบริการสาธารณะทางด้านเศรษฐกิจ บริการสาธารณะทางด้านสังคมและการศึกษา บริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรม

3.4.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน

เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะมาตั้งแต่ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้ว โดยเข้ามามีส่วนในการขุดคลองและทางน้ำ ต่อมาก็เริ่มเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในด้านเกี่ยวกับการให้

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 65-68.

ความสว่างบนถนนหนทางและการขนส่ง ในปัจจุบัน การมีส่วนร่วมของเอกชนสามารถแบ่งได้ 2 กรณี คือ การมีส่วนร่วมทางอ้อมกับการมีส่วนร่วมทางตรง¹

1) การมีส่วนร่วมทางอ้อม ได้แก่ การเข้ามามีมือของเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐด้วยวิธีการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) การเลือกตั้ง ภายใต้การปกครองแบบกระจายอำนาจ ประชาชนผู้สนใจสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ด้วยการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งหากได้รับการเลือกตั้งเข้าไปแล้ว ก็จะไปเป็นผู้จัดให้มีและวางหลักเกณฑ์ในการบริหารการบริการสาธารณะต่อไป

(2) คณะที่ปรึกษา ในบางกรณีกฎหมายกำหนดให้ผู้รับผิดชอบหรือหัวหน้าฝ่ายปกครองในหน่วยงานต้องขอความเห็นจากหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ ก่อนที่จะตัดสินใจ การไม่ปฏิบัติตามจะถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกศาลปกครองเพิกถอนได้

(3) การร่วมให้ความเห็นฝ่ายปกครองอาจเชิญเอกชนมาปรึกษาหารือเพื่อขอความเห็นเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่องก่อนที่จะฝ่ายปกครองจะตัดสินใจดำเนินการได้

2) การมีส่วนร่วมทางตรง บริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐที่จะจัดทำ แต่ต่อมา เมื่อรัฐมีภาระมากขึ้น กิจการบางอย่าง รัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำเองเพราะเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐ กิจการบางอย่างต้องใช้เงินลงทุนมากต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญเป็นพิเศษ ซึ่งทำให้รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างดีและรวดเร็วทันความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะ จึงเกิดการมอบบริการสาธารณะให้เอกชน ซึ่งมีความสนใจและความพร้อมเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

¹ นันทวัฒน์ บรรณานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 68-69.

การมอบอำนาจ (Habilitation) ให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ หมายความว่า การที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน¹ ทั้งนี้เพราะโดยสภาพแล้ว เอกชนไม่ได้มีหน้าที่ที่จะจัดทำบริการสาธารณะ เพราะการจัดทำบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจและหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น เมื่อรัฐตัดสินใจอนุมัติหรืออนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนจึงสามารถเข้ามาดำเนินการได้ การมอบอำนาจโดยทั่วไปนั้น อาจทำได้โดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ที่กำหนดไว้ให้ฝ่ายปกครองสามารถ “อนุญาต” ให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะได้หรืออาจทำโดยนิติกรรมทางปกครองก็ได้ ซึ่งนิติกรรมทางปกครองที่ว่านี้ส่วนใหญ่แล้ว จะเป็นนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย ซึ่งก็คือ สัญญานั้นเอง

ในปัจจุบัน เอกชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะได้ ในกรณีดังต่อไปนี้²

(1) สัมปทาน (Concession) ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะด้วยการลงทุนและเสี่ยงภัยของเอกชนเองโดยเอกชนสามารถเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการกิจการที่ได้รับสัมปทานจากรัฐไป

(2) องค์กรวิชาชีพ ได้แก่ องค์กรเอกชนที่ทำหน้าที่รับผิดชอบในการควบคุมวินัยในการประกอบอาชีพด้วยมาตรการต่าง ๆ เช่น การวางกฎข้อบังคับทางวิชาชีพ การพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ การพิจารณาลงโทษเมื่อมีการกระทำผิดและเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ เป็นต้น

4. แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดทำสัมปทาน

โดยปกติการจัดทำบริการสาธารณะหรือการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ รัฐมักจะเป็นผู้จัดทำ แต่เนื่องจากกิจการบางอย่าง ต้องใช้ทั้งกำลังคนและกำลังทรัพย์และยังมีการนำเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาใช้ในการจัดทำมากยิ่งขึ้น รัฐหรือฝ่ายปกครอง

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 69.

² เรื่องเดียวกัน.

จึงมอบหมายให้เอกชนผู้มีความพร้อมกว่า เข้ามาจัดทำกิจการดังกล่าว ซึ่งการมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะหรือเข้ามาใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่ได้รับความนิยมและมีความสำคัญรูปแบบหนึ่ง ก็คือ “การให้สัมปทาน”

แนวความคิดเรื่องสัมปทานของประเทศไทย ในช่วงก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง กิจการบริการสาธารณะของไทยจัดทำโดยรัฐเป็นส่วนใหญ่ เนื่องจากถือว่าบริการสาธารณะเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดทำ อย่างไรก็ตาม ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้เริ่มมีการให้สัมปทานแก่เอกชนในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะบางอย่าง เช่น ทำไม้ ขุดคลอง ทำทาง เป็นต้น โดยในปี พ.ศ. 2429 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้พระราชทานสัมปทานให้บริษัทเดนมาร์กสร้างทางรถไฟสายกรุงเทพ-สมุทรปราการ จากนั้น ได้มีการให้สัมปทานขุดคลองแก่เอกชน อย่างไรก็ตาม การให้สัมปทานต่าง ๆ เหล่านี้ มิได้เรียกว่าเป็น “สัมปทาน” แต่จะเรียกว่า “การพระราชทานพระบรมราชานุญาต” ซึ่งมีลักษณะสำคัญ คือ ให้ผู้รับอนุญาตมีสิทธิแต่ผู้เดียวและต้องลงทุนในการดำเนินการด้วยตนเอง แต่มีสิทธิพิเศษในการจัดเก็บรายได้จากการบริการนั้น ๆ และผู้รับอนุญาตจะต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐเป็นการตอบแทนที่รัฐให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับอนุญาต ซึ่งเป็นลักษณะเดียวกับการให้สัมปทานในปัจจุบัน¹

4.1 ความหมายของสัมปทาน

“สัมปทาน” หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ในการเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

¹สุรพงศ์ กลั่นประชา, “สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 108-110.

ด้วยการลงทุนและด้วยความเสี่ยงของเอกชนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทน ด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์หรือได้รับผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

4.2 สถานะของสัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานมีสถานะ ดังนี้¹

4.2.1 สถานะของความเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน

สัญญาสัมปทาน มักเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน จึงเป็นสัญญาที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะในทางกฎหมายร่วมกันระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน โดยลักษณะของกฎหมายเอกชน คือ สัญญาจะกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่จะกระทำตอบแทนซึ่งกันและกันระหว่างคู่สัญญา ส่วนลักษณะของกฎหมายมหาชน คือ รัฐซึ่งเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ ผู้รับสัมปทานย่อมได้กรรมสิทธิ์เมื่อเข้าถือเอาตามสัญญาหรือในการจัดทำบริการสาธารณะ ผู้รับสัมปทาน ก็คือ เอกชนผู้ที่ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ โดยรัฐอาจใช้อำนาจตามกฎหมายต่อบุคคลผู้รับสัมปทาน แม้จะมีได้มีการกำหนดไว้ในสัญญาอันเป็นลักษณะของการใช้อำนาจในทางมหาชน เช่น การอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อตอบสนองความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

4.2.2 สถานะของความเป็นสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ

สัญญาสัมปทาน มีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ข้อความคิดโครงสร้าง ความหมายและรูปแบบของสัญญานั้น ยังปรากฏให้เห็นถึงความแตกต่างกัน เช่น สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) โดยเฉพาะแม่แบบของสัญญาทางปกครองในประเทศภาคพื้นยุโรป ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศสและ

¹ศุภรดา อัมพรภักดิ์, สถานะของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ [Online], available URL: <http://www.learners.in.th/blog/concession/427414,2554> (กรกฎาคม, 9).

สาธารณรัฐเยอรมัน มีข้อความคิดทฤษฎีและแนวทางปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ประเทศภาคพื้นยุโรปทั้งสองประเทศ ต่างก็มีหลักการประการสำคัญที่เหมือนกัน ประการหนึ่ง คือ การมีเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าของรัฐในการนำสัญญามาเป็นเครื่องมือในการทำข้อตกลงกับเอกชนซึ่งเป็นผู้สัญญาของรัฐ

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ต่างก็มีระเบียบวิธีปฏิบัติในการทำสัญญา และการปฏิบัติตามสัญญาของหน่วยงานของรัฐ รวมทั้งการที่ศาลได้วินิจฉัยว่าหลักการในหลายเรื่องเกี่ยวกับการเข้าทำสัญญาที่เกี่ยวข้องบริการสาธารณะ ตลอดจนการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายบางฉบับขึ้น เพื่อคุ้มครองเอกชนซึ่งเป็นผู้สัญญากับรัฐ โดยในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษนั้น จะต้องมีการระบุเป็นหลักเกณฑ์ไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำกับเอกชนผู้สัญญา มิฉะนั้น ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจเหนือเอกชนผู้สัญญาในการที่จะบังคับใช้หลักการเรื่องสัญญาทางปกครองได้

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น สัญญาสัมปทาน จึงมีลักษณะเป็น สัญญาทางปกครองอันเป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ซึ่งนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว มีลักษณะเป็นสัญญาเอกชนรวมอยู่ด้วย สัญญาสัมปทานจึงถือว่ามี 2 ส่วน กล่าวคือ ส่วนหนึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่รัฐใช้อำนาจ อีกส่วนหนึ่งเป็นสัญญาที่ตกลงกันระหว่างรัฐกับเอกชน

4.2.3 สถานะของความเป็นสัญญาระหว่างประเทศ สัญญาสัมปทานที่ผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ จะมีสถานะเป็นสัญญาระหว่างประเทศและตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะเกิดขึ้นต่อเมื่อ ผู้สัญญาฝ่ายรัฐกระทำการเกี่ยวกับสัญญา ที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การปฏิเสธต่อความยุติธรรม ซึ่งความรับผิดชอบเหล่านี้ ไม่ได้เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่เกิดจากการกระทำละเมิดของรัฐที่มีคนต่างชาติ



4.3 ขอบเขตและเนื้อหาของสัญญาสัมปทาน

โดยที่สัญญาสัมปทานมีลักษณะเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง จึงย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญา กล่าวคือ จะต้องเป็นสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายในการจัดทำสัญญาได้และจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ไม่เป็นการฝ่าฝืนวิสัยหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สัญญาสัมปทานมีพื้นฐานมาจากหลักกฎหมายมหาชนที่สร้างขึ้น เพื่อให้รัฐสามารถควบคุมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติและให้บริการสาธารณะได้ โดยในส่วนของบริการสาธารณะนั้น มาจากทฤษฎีการบริการสาธารณะที่มีแนวความคิดว่า จะต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับแก่กิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะ โดยถือว่า สัญญาใดมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงแล้ว สัญญานั้นก็เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ เช่น สัญญาสัมปทานการบริการสาธารณะ

สำหรับเนื้อหาของสัญญาสัมปทานนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์เป็นสัญญาทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้อนุญาตคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำรวจหรือเข้าใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะได้รับค่าภาคหลวงเป็นการตอบแทนจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐมอบอำนาจหน้าที่ ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไปดำเนินการบริการสาธารณะแทนรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกค่าบริการจากประชาชนผู้ได้ประโยชน์จากการใช้บริการสาธารณะนั้น ซึ่งในระหว่างระยะเวลาตามสัญญาสัมปทาน คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องเคารพสิทธิของเอกชนตามสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีสิทธิฟ้องร้องให้รัฐรับผิดชอบได้ นอกจากนั้น

หากสัญญาสัมปทานมีผลเป็นการละเมิดสิทธิของเอกชนที่ได้รับมาจากสัญญาสัมปทานแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น¹

4.4 ประเภทของสัญญาสัมปทาน

การจัดทำสัญญาสัมปทานแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ กล่าวคือ²

4.4.1 สัมปทานบริการสาธารณะ

สัมปทานประเภทนี้ เกิดขึ้นจากการที่รัฐมีหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะ แต่รัฐมอบหมายให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งแทนรัฐ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนทรัพย์และความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง ซึ่งส่วนใหญ่ มักเป็นกิจการสาธารณูปโภคและมักเป็นกิจการที่โดยส่วนใหญ่จะมีกฎหมายห้ามมิให้เอกชนจัดทำ ด้วยเหตุนี้ เมื่อเอกชนจัดทำ จึงต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐก่อน โดยรัฐจะมีอำนาจบางประการในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบเงื่อนไขและข้อกำหนดต่าง ๆ ในการอนุญาตหรือให้สัมปทาน เช่น จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายบริหารหรือรัฐมนตรีก่อน ดังนั้น รัฐจึงไม่ได้จ่ายค่าจ้างให้แก่เอกชนในสัญญาสัมปทาน แต่จะให้ผลประโยชน์แก่เอกชนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้บริการในกิจการนั้น ๆ สัมปทานบริการสาธารณะ จึงมีวัตถุประสงค์หลัก เพื่อสนองตอบต่อความต้องการส่วนรวมของประชาชนนั่นเอง

4.4.2 สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ทรัพยากรบางอย่าง รัฐจะหวงเหวนเป็นเจ้าของและจะห้ามมิให้บุคคลใดทำการขุดค้นหรือทำประโยชน์ในทรัพยากรดังกล่าว เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตจากรัฐ

¹ศุภรดา อัมพรภักดี, ขอบเขตและเนื้อหาของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ [Online], available URL: <http://www.learners.in.th/blog/concession/427421>, 2554 (กรกฎาคม, 9).

²ศุภรดา อัมพรภักดี, ประเภทของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ [Online], available URL: <http://www.learners.in.th/blog/concession/387470>, 2554 (กรกฎาคม, 9).

ทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้ ได้แก่ ป่าไม้ แร่และปิโตรเลียม ประเทศส่วนใหญ่ถือว่า ทรัพยากรแร่และปิโตรเลียม ในสภาพซึ่งฝังอยู่ในดินเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ผู้ใดกระทำการใด ๆ ต่อทรัพยากรดังกล่าวหรือนำไปทำประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตไม่ได้¹

อธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติได้รับการรับรองเป็นทางการจากสหประชาชาติ โดยมติสมัชชาใหญ่ที่ 1803 (XVII) เมื่อ ค.ศ. 1962 ในประเทศไทย ทรัพยากรธรรมชาติเป็นของรัฐ ผู้ใดจะกระทำการใด ๆ หรือนำทรัพยากรดังกล่าวไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐไม่ได้ หากกระทำจะมีความผิดทางอาญา เช่น พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 ไม่ได้มีบทบัญญัติระบุว่ารังนกอีแอ่น ซึ่งมีอยู่ตามธรรมชาติเป็นของรัฐ แต่สามารถตีความได้โดยปริยายจากบทบัญญัติต่าง ๆ ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งยืนยันว่า รังนกอีแอ่นที่มีอยู่ตามธรรมชาติเป็นของรัฐ เช่น บทบัญญัติที่ห้ามมิให้ผู้ใดเก็บรังนกอีแอ่นที่มีอยู่ตามธรรมชาติบนเกาะหรือในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยไม่ได้รับสัมปทานจากคณะกรรมการ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดเก็บรังนกที่มีอยู่ตามธรรมชาติ บนเกาะหรือในที่สาธารณสมบัติแผ่นดิน โดยไม่ได้รับสัมปทานจากคณะกรรมการ” หากผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินห้าแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับตามพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 มาตรา 28 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง มาตรา 17 หรือมาตรา 25 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินห้าแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ผู้ใดสำรวจแร่ในที่ใดไม่ว่าสถานที่ที่สำรวจนั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตบัตรสำรวจแร่ ซึ่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 25 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดสำรวจแร่ในที่ใด

¹ไชยวัฒน์ บุณนาค, “สัญญาะหว่างรัฐกับเอกชน: วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน,” วารสารสภาพนาความ 5, 24 (ตุลาคม-พฤศจิกายน 2539): 46-47.

ไม่ว่าที่ซึ่งสำรวจเร้นนั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่ จะได้รับอนุญาต-
สำรวจแร่ อนุญาตผูกขาดการสำรวจแร่หรืออนุญาตพิเศษ” หรือบทบัญญัติที่ห้าม
มิให้ผู้ใดทำเหมืองในที่ใด ๆ ไม่ว่าที่ที่ทำเหมืองนั้น จะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่
เว้นแต่ จะได้รับประทานบัตร ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 43 บัญญัติว่า
“ห้ามมิให้ผู้ใดทำเหมืองในที่ใดไม่ว่าที่ซึ่งทำเหมืองนั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่
เว้นแต่ จะได้รับประทานบัตรชั่วคราวหรือประทานบัตร” หรือบทบัญญัติที่ว่า สิทธิตาม
ประทานบัตรไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510
มาตรา 56 ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิตามประทานบัตรไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี”
กล่าวคือ เป็นหลักยืนยันว่า รัฐเป็นเจ้าของและเป็นผู้มีสิทธิขาดในการที่จะให้บุคคล
ทำประโยชน์ในทรัพยากรแร่ สำหรับทรัพยากรปิโตรเลียม พระราชบัญญัติปิโตรเลียม
พ.ศ. 2514 มาตรา 23 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “ปิโตรเลียมเป็นของรัฐ ผู้ใดสำรวจ
ปิโตรเลียมในที่ใดไม่ว่าที่นั้นเป็นของตนเองหรือของคนอื่น ต้องได้รับสัมปทานจากรัฐ”¹

สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัมปทานประเภทนี้
ไม่ได้มีบทบัญญัติที่จะให้ประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง แหล่งน้ำมันหรือเหมืองแร่มิใช่
เป็นทรัพย์สินที่ประชาชนจะใช้ร่วมกัน แต่เป็นทรัพยากรธรรมชาติที่รัฐทำหน้าที่เป็น
ผู้แทนของปวงชนในชาติที่มอบสิทธิให้แก่ผู้รับสัมปทานนำไปหาประโยชน์เป็นส่วนตัว
โดยให้ค่าตอบแทนแก่รัฐในรูปแบบของค่าภาคหลวง ภาษีและผลประโยชน์พิเศษ
อย่างอื่น ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเสรีภาพภายในกรอบของกฎหมายที่จะดำเนินกิจการภายใต้
สัมปทาน โดยมีต้องถูกผูกมัดในเรื่องการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากสาธารณชน อย่างเช่น
สัมปทานทางคว้น สัมปทานผลิตไฟฟ้าหรือบริการโทรศัพท์ อย่างไรก็ตาม กฎหมาย-
ปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ไม่ถือว่า สัมปทานน้ำมันหรือประทานบัตรเหมืองแร่
เป็นสัญญาทางปกครอง แต่ถือเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะตัวของมันเอง ใช้กฎหมาย-
ธรรมดาไม่ใช้กฎหมายปกครองบังคับ²

¹สุภาวดี จิตดีสุวรรณ, “สัญญาสัมปทาน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต,
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546), หน้า 320.

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 321.

สำหรับประเทศไทย สัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ถือเป็นสัญญาทางปกครองและจัดเป็นสัญญาสัมปทานชนิดหนึ่ง ดังระบุไว้ใน มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อมีปัญหาข้อพิพาทเกิดขึ้นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองเพื่อพิจารณาและวินิจฉัย¹

1) ความหมายของสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หมายถึง การที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ มอบหมายให้เอกชนเข้าใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติด้วยการลงทุน และด้วยความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง ภายใต้หลักเกณฑ์หรือวิธีการตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งเอกชนต้องให้ค่าตอบแทนแก่รัฐในรูปแบบของค่าภาคหลวงหรือภาษีหรือผลประโยชน์พิเศษอย่างอื่น โดยผู้รับสัมปทานมีสิทธิเสรีภาพภายในกรอบของกฎหมายที่จะดำเนินกิจการภายใต้สัมปทาน โดยไม่ต้องถูกผูกมัดในเรื่องการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากสาธารณชน

2) วัตถุประสงค์ของสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัมปทานประเภทนี้มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำก็เพื่อจะสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติไม่ให้ถูกทำลายไปโดยไม่ได้รับประโยชน์อย่างคุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน ดังเช่น สัมปทานบริการสาธารณะ

สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นสัญญาของทางราชการประเภทหนึ่ง แม้จะมีวัตถุประสงค์แตกต่างจากสัมปทานบริการสาธารณะ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าว ก็เป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ที่จะดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติของรัฐมิให้ถูกทำลายหรือนำไปใช้โดยไม่ได้รับประโยชน์อย่างคุ้มค่า

3) คู่สัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

(1) คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า ทรัพยากรธรรมชาติบางอย่าง รัฐจะหวงเหมาเป็นเจ้าของและจะห้ามมิให้บุคคลขุดค้นหรือทำประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าว เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตจากรัฐ ทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้

¹สุภาวดี จิตดีสุวรรณ, เรื่องเดียวกัน.

เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ผู้ใดจะกระทำการใด ๆ ต่อทรัพยากรดังกล่าวหรือนำไปทำประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐไม่ได้

(2) คู่สัญญาฝ่ายเอกชน การจัดทำสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติบางประเภท ต้องใช้ทั้งกำลังคน กำลังทรัพย์ รวมทั้งเทคโนโลยีระดับสูงมาดำเนินการจัดทำ ทำให้ในบางครั้ง รัฐไม่สามารถจัดทำสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติได้เอง จึงเกิดการ “มอบ” การจัดทำสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติบางประเภทให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำ โดยรัฐเข้าไปควบคุมดูแลการจัดทำสัมปทานนั้น เพื่อที่จะสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติไม่ให้ถูกทำลายไปโดยไม่ได้รับประโยชน์อย่างคุ้มค่า

4) รูปแบบของสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในการที่เอกชนหรือหน่วยงานทางปกครองแห่งใดแห่งหนึ่งจะเข้าไปใช้หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง จะต้องมีใบอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ดูแลทรัพยากรธรรมชาติเหล่านั้น

(1) ใบอนุญาต สำหรับใบอนุญาตที่ให้เอกชนหรือหน่วยงานทางปกครองเข้าไปใช้หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง อาจมีชื่อที่เรียกแตกต่างกัน ตามประเภทของทรัพยากรธรรมชาตินั้น ๆ เช่น การที่เอกชนจะจัดทำสัมปทานเหมืองแร่จะต้องมีคำขอและได้รับอนุญาตเป็นหนังสือ เช่น

ก. อาชญาบัตรสำรวจแร่ หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อสำรวจแร่ภายในท้องที่ซึ่งระบุในหนังสือสำคัญนั้น

ข. อาชญาบัตรผูกขาดสำรวจแร่ หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อผูกขาดสำรวจแร่ภายในเขตที่กำหนดในหนังสือสำคัญนั้น

ค. อาชญาบัตรพิเศษ หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อผูกขาดสำรวจแร่เป็นกรณีพิเศษภายในเขตที่กำหนดในหนังสือสำคัญนั้น

ง. ประทานบัตรชั่วคราว หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อทำเหมืองแร่ก่อนได้รับประทานบัตรภายในเขตที่กำหนดในหนังสือสำคัญนั้น

จ. ประทานบัตร หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อทำเหมืองแร่ภายในเขตที่กำหนดในหนังสือสำคัญนั้น

ใบอนุญาตใบนี้เรียกว่า “ประทานบัตร” มีลักษณะต่างจากใบอนุญาตธรรมดาทั่วไปตรงที่ใบอนุญาตธรรมดาส่งออกให้บุคคลใดแล้ว สามารถออกให้บุคคลอื่นได้อีก ในขณะที่ประทานบัตรเมื่อออกให้แก่เอกชนผู้หนึ่งผู้ใดไปใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งตามที่ระบุไว้ในประทานบัตรแล้ว ย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลผู้ถือประทานบัตรแต่เพียงผู้เดียว ที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่นั้น เมื่อออกประทานบัตรดังกล่าวให้แก่บุคคลใดแล้ว จะออกประทานบัตรดังกล่าว ให้บุคคลอื่นไปใช้หรือแสวงหาประโยชน์จากธรรมชาติในสถานที่เดียวกันอีกไม่ได้ ผู้ถือประทานบัตร เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เมื่อออกได้ใบเดียวจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ จึงต้องมีข้อตกลงระหว่างผู้ได้รับประทานบัตรที่จะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ให้ประทานบัตร ซึ่งค่าตอบแทนนี้อาจมีชื่อเรียกแตกต่างกัน เช่น ค่าภาคหลวง ค่าเปิดป่า เป็นต้น

ตัวประทานบัตร เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของผู้ออกประทานบัตร ตัวประทานบัตร จึงเป็นคำสั่งทางปกครองและอาจก่อให้เกิดข้อพิพาทในกรณีที่ประทานบัตรดังกล่าวออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ได้รับความเดือดร้อนจากการออกประทานบัตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนประทานบัตรดังกล่าวได้ การฟ้องร้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นผลผลิตอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครอง เป็นคดีปกครองที่มีมูลคดีเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครอง แต่ในส่วนที่เป็นสัญญา คือ ข้อตกลงระหว่างหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้ออกประทานบัตรกับผู้ถือประทานบัตร เมื่อผิดข้อตกลงไม่จ่ายค่าภาคหลวงหรือไม่จ่ายค่าตอบแทนให้ครบตามจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง

(2) สัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือการที่เจ้าหน้าที่ทางปกครองมอบหมายให้เอกชนเข้ามาใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติด้วยการลงทุนและเสี่ยงภัยของเอกชนเองในสถานที่และระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดหรือภายในระยะเวลาตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน โดยเอกชนผู้รับสัมปทาน

ต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หน่วยงานทางปกครองผู้ให้สัมปทาน ซึ่งค่าตอบแทนนี้อาจมีชื่อเรียกแตกต่างกัน เช่น เงินอากรรังนกอีแอ่น ตัวอย่าง สัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ สัมปทานป่าไม้ สัมปทานเหมืองแร่ สัมปทานรังนกอีแอ่น เป็นต้น

4.5 สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้สัมปทาน

ภายหลังให้สัมปทานแก่ผู้รับสัมปทานไปแล้ว ผู้ให้สัมปทานมีสิทธิและหน้าที่ 3 ประการ คือ¹

4.5.1 สิทธิในการกำกับดูแลและบังคับให้เป็นไปตามสัญญา การจัดทำบริการสาธารณะ แม้ว่าจะเป็นกรณีที่รัฐมอบให้เอกชนทำก็ตาม เอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักของการจัดทำบริการสาธารณะและหลักสำคัญประการหนึ่งของการบริการสาธารณะ คือ ความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะที่ทำโดยเอกชนคู่สัญญาให้เป็นไปอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น หากเอกชนคู่สัญญาไม่ลงมือปฏิบัติงานหรือปฏิบัติงานล่าช้าไม่ทันกำหนด ปฏิบัติงานบกพร่องหรือไม่เป็นไปตามสัญญาหรือโอนงานให้บุคคลภายนอกดำเนินการแทน โดยไม่ได้รับความยินยอมจากฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจในการสั่งให้มีการปรับหรือสั่งให้มีการชดเชยค่าเสียหายหรือจัดหาบุคคลอื่นเข้ามาดำเนินการแทนจนกระทั่งมีสิทธิในการเลิกสัญญา

4.5.2 สิทธิในการยกเลิกหรือแก้ไขข้อกำหนดแห่งสัญญาฝ่ายเดียวนั้น เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่สามารถยกเลิกหรือแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งจะพบได้แต่ในสัญญาทางปกครองเท่านั้น จึงมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาจะต้องอาศัยความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่หากเป็นสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครอง ย่อมมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า เนื้อหาของสัญญาทางปกครอง เป็นเรื่องของการบริการสาธารณะ อันจะต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้

¹ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 148-152.

สอดคล้องกับสาธารณประโยชน์อยู่เสมอ หลักกฎหมายปกครอง จึงได้ยอมรับอำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิใช่อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง แต่เป็นอำนาจที่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจในการยกเลิกแก้ไขฝ่ายเดียวได้ต่อเมื่อ มีมูลเหตุมาจากความจำเป็นในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับประโยชน์มหาชนเท่านั้นและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา จะต้องไม่เป็นการเกินขนาด ถ้าปรากฏว่า การแก้ไขและเปลี่ยนแปลงเป็นการเพิ่มภาระให้เอกชนคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องจ่ายค่าทดแทนหรือขยายเวลาในการดำเนินการให้เอกชนคู่สัญญา นอกจากนี้ การใช้อำนาจแก้ไขจะต้องเป็นการแก้ไขในเรื่องของการจัดทำบริการสาธารณะให้สนองประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น จะใช้อำนาจในการแก้ไขเรื่องผลประโยชน์ตอบแทนของคู่สัญญาไม่ได้

4.5.3 หน้าที่ที่จะให้ความช่วยเหลือเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนไปจัดทำนั้น ฝ่ายปกครองยังคงมีหน้าที่ในการควบคุมดูแล เพื่อให้การบริการสาธารณะเป็นไปด้วยความต่อเนื่อง สัญญาสัมปทานเกี่ยวกับการบริการสาธารณะที่ทำกันในประเทศไทย ก็มีการให้ความช่วยเหลือแก่เอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะ ดังจะเห็นได้จาก สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ที่กำหนดให้ผู้สัมปทานมีหน้าที่ที่จะต้องจัดหาที่ดินหรือพื้นที่แก่ผู้รับสัมปทาน ผู้ให้สัมปทานจะต้องจัดหาที่ดินให้ผู้รับสัมปทาน โดยที่ดินนั้นจะต้องปลอดจากการครอบครองและการผูกพันหรือสิทธิเรียกร้องอื่นใดที่บุคคลภายนอกอาจมีอยู่ ซึ่งอาจเป็นการขัดขวางหรือรบกวนการดำเนินกิจการบริการสาธารณะของผู้รับสัมปทานและผู้ให้สัมปทานจะต้องร่วมมือกับบุคคลผู้รับสัมปทานนำสิทธิในการครอบครองใช้ประโยชน์ไปจดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมาย โดยผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้รับภาระค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนแต่ผู้เดียวและถ้าผู้รับสัมปทานร้องขอต้องการที่ดินเพิ่มเติม ผู้ให้สัมปทานจะต้องดำเนินการให้ผู้รับสัมปทานมีและใช้สิทธิในการครอบครอง การเข้าออกและใช้ที่ดินสาธารณะเพื่อประโยชน์ของงาน นอกจากผู้ให้สัมปทานจะต้องส่งมอบพื้นที่ให้แก่ผู้รับสัมปทานแล้ว ผู้ให้สัมปทานหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องจัดการติดต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้จัดเตรียมสาธารณูปโภคภายในเวลาที่เหมาะสมและอุปกรณ์ติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับงานแก่ผู้รับสัมปทาน

พร้อมทั้งจะต้องจัดเตรียมหนังสืออนุญาต ใบอนุญาต ความยินยอม การให้อำนาจยกเว้น จากรัฐบาลที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินงานดำเนินไปได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้อง ประสานงานและใช้ความพยายามอย่างเต็มที่เพื่อสนับสนุนให้มีการประสานงานระหว่าง ผู้รับสัมปทานกับส่วนราชการหน่วยงานสาธารณูปโภค

4.6 สิทธิหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน

บุคคลผู้ได้รับสัมปทานไปมีสิทธิและหน้าที่ 3 ประการ¹ ดังนี้

4.6.1 หน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัมปทาน สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการบริการสาธารณะ ดังนั้น ในการปฏิบัติตามสัญญา นอกจากผู้รับสัมปทานจะต้องทำตามเงื่อนไขที่ตกลงกันไว้ใน สัมปทานแล้ว ผู้รับสัมปทานจะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำ บริการสาธารณะด้วย เช่น หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ หลักที่ต้องปรับปรุงบริการสาธารณะให้ตอบสนองความต้องการของประชาชนและ ทันสมัยอยู่เสมอ

4.6.2 หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาด้วยตนเอง เมื่อฝ่ายปกครองให้ผู้ใด ไปจัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครอง ผู้นั้นจะต้องเป็นผู้ซึ่งฝ่ายปกครองพิจารณา คัดเลือกแล้วว่า สามารถจัดบริการสาธารณะได้ ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ตามสัมปทาน ผู้รับสัมปทานจะต้องดำเนินการด้วยตนเองจะโอนให้ใครไม่ได้ เว้นแต่ จะได้รับความ- ยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง และสัมปทานระบบขนส่งทางรถไฟ เอกชนคู่สัญญามีสิทธิที่จะจ้างผู้รับเหมาช่วง เพื่อทำงานอื่นของโครงการ แต่เอกชนคู่สัญญา ยังคงต้องรับผิดชอบอย่างเต็มที่ใน การปฏิบัติงานนั้น ๆ

4.6.3 สิทธิของเอกชนคู่สัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะมี 2 ประการ กล่าวคือ

¹ ประยูร กาญจนกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 152-160.

(1) สิทธิอันเกี่ยวเนื่องกับการจัดทำบริการสาธารณะ การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจัดหาที่ดินหรือพื้นที่ให้เอกชนคู่สัญญาเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนคู่สัญญาไม่มีสิทธิในที่ดินนั้น แต่จะมีสิทธิครอบครองเข้าออกและใช้ที่ดินทางน้ำหรือถนนสาธารณะและการใช้ จะต้องใช้เพื่อประโยชน์ของการจัดทำบริการสาธารณะ ในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาต้องการพื้นที่เพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนคู่สัญญาจะไม่มีอำนาจในการเวนคืนที่ดิน แต่จะต้องให้เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้จัดการเวนคืน โดยเอกชนคู่สัญญาจะเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย เพียงแต่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องจ่ายเงินทดรองไปก่อนและนอกจากนี้ สิทธิของเอกชนคู่สัญญาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ สิทธิในการเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการ ซึ่งจะพบเห็นในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เพื่อที่จะใช้บังคับแก่ผู้ให้บริการจะทำให้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐก่อน ถ้าคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ให้ความเห็นชอบจะต้องแสดงเหตุผล มิฉะนั้นจะถือว่าให้ความเห็นชอบ แต่มีข้อน่าสังเกตว่า เอกชนคู่สัญญาไม่มีอำนาจในการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ให้บริการ

(2) สิทธิที่จะได้รับเงินทดแทนพิเศษจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ สัญญาบริการสาธารณะในประเทศไทยส่วนใหญ่ มีการกำหนดให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าทดแทนจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ในหลาย ๆ กรณี เช่น ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา ซึ่งเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของสัญญา ซึ่งเอกชนคู่สัญญาย่อมมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาและคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญา

4.7 การควบคุมสัมปทาน

เมื่อรัฐให้สัมปทานแก่เอกชนไปแล้ว เนื่องจากกิจการที่ให้สัมปทานไปนั้นเป็นบริการสาธารณะ รัฐจึงยังคงมีอำนาจควบคุมสัมปทานได้อย่างเต็มที่ ด้วยวิธีการต่าง ๆ รวม 3 วิธี คือ¹

¹ประยูร กาญจนกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 151-152.

4.7.1 การให้เจ้าพนักงานควบคุมตรวจตรากิจการที่ให้สัมปทานไป ซึ่งผู้รับสัมปทานจะต้องให้ความสะดวกและปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งสั่งโดยชอบด้วยกฎหมาย

4.7.2 การกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องเสนอรายงานผลการดำเนินงานกิจการที่ได้จัดทำไป ตามระยะเวลาที่กำหนด พร้อมทั้งแสดงงบดุลและงบกำไรขาดทุนเพื่อที่ฝ่ายปกครองจะได้ทราบถึงความเป็นไปของกิจการที่ให้สัมปทานไป

4.7.3 กำหนดวิธีการลงโทษต่าง ๆ ไว้ในสัมปทาน เพื่อใช้ในกรณีที่บุคคลผู้รับสัมปทานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเงื่อนไขในสัมปทาน ซึ่งวิธีการบังคับลงโทษจะได้แก่ การปรับหรือการเพิกถอนสัมปทาน

4.8 การสิ้นสุดของสัมปทาน

การให้สัมปทานมีผลผูกพันคู่สัญญาจนกว่าจะครบกำหนดระยะเวลาที่ให้สัมปทานไป โดยทั่วไปแล้ว การกำหนดระยะเวลาของการให้สัมปทานบริการสาธารณะจะกำหนดไว้ไม่เกิน 30 ปี ซึ่งเป็นอย่างเดียวกับอายุของการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ดังที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกเหนือจากการสิ้นสุดของสัมปทานเมื่อสิ้นสุดอายุสัมปทาน ดังกล่าวมาแล้ว สัมปทานอาจสิ้นสุดลงได้ในกรณีต่อไปนี้¹

4.8.1 เลิกสัมปทาน การเลิกสัมปทานมี 2 กรณี คือ การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐและการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

1) การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจใช้สิทธิในการเลิกสัญญา เมื่อปรากฏเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้ เช่น เอกชนคู่สัญญาจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ไม่ดำเนินการบริการสาธารณะตามสัญญาสัมปทาน เอกชนคู่สัญญาจงใจผิดสัญญาอย่างต่อเนื่องและเหตุที่ผิดสัญญาจะต้องร้ายแรงเกินสมควร เอกชนคู่สัญญาถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดในคดีล้มละลาย เอกชนคู่สัญญาจะจดทะเบียนเลิกบริษัทหรือเอกชนคู่สัญญาละเลยไม่ยอมชำระเงินที่จะต้องชำระตามสัญญา เป็นต้น

¹สุรพงศ์ กลั่นประชา, เรื่องเดิม, หน้า 161-164.

2) การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ เมื่อปรากฏเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้ เช่น เมื่อปรากฏว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดใด ๆ ของสัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ ซึ่งร้ายแรงถึงขนาดที่จะเป็นเหตุให้เลิกสัญญาได้ เมื่อมีเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้นแต่เป็นเหตุสุดวิสัยนั้น จะต้องร้ายแรงถึงขนาดที่จะเป็นเหตุให้เลิกสัญญาได้ เมื่อมีการเวนคืนหรือยึดเป็นของรัฐในบริเวณที่ใช้ในการจัดทำกิจการบริการสาธารณะ กรณีที่อัตราค่าบริการที่จะจัดเก็บจากประชาชนผู้ใช้บริการ ไม่มีผลบังคับใช้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐสิ้นสภาพหรือไม่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามข้อผูกพัน โดยไม่มีหน่วยงานใดเข้ามาแทนที่หรือกรณีที่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐยกเลิกสัมปทานหรือตั้งเงื่อนไขเปลี่ยนแปลงการอนุญาตหรือรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐบาลดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นเหตุให้ เอกชนคู่สัญญาเสื่อมสิทธิที่มีผลกระทบต่อการดำเนินงานของเอกชนคู่สัญญาอย่างมากจนไม่สามารถประกอบการทำงานได้ตามปกติ

4.8.2 การเลิกสัญญาโดยการตกลงของคู่สัญญา เกิดจากกรณีที่ในระหว่างอายุสัมปทาน ผู้รับสัมปทานต้องการเลิกสัญญาสัมปทานก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ให้สัมปทาน โดยมีหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายผู้รับสัมปทานจะต้องไม่ทำให้ประชาชนเดือดร้อนและจะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีผู้ควบคุมกระทรวงที่ให้สัมปทานนั้น

4.8.3 การเพิกถอนสัมปทาน เมื่อผู้รับสัมปทานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือมีเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัมปทานหรือที่ระบุไว้ในกฎหมาย อันเป็นเรื่องสำคัญ เช่น ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานด้วยตนเองหรือไม่จัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทานโดยสม่ำเสมอ เว้นแต่ การละเลยไม่จัดทำบริการสาธารณะเกิดจากเหตุสุดวิสัย

4.8.4 การถอนคืนสัมปทานเพื่อซื้อ การสิ้นสุดของสัมปทานบริการสาธารณะ โดยวิธีการถอนสัมปทานเพื่อซื้อ เกิดขึ้นเนื่องจากแม้ผู้รับสัมปทานไม่ได้ทำผิดข้อกำหนดแต่ประการใด แต่เป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วเห็นสมควรที่จะต้องเข้าทำการบริการสาธารณะนั้นเสียเอง ก็อาจถอนคืนสัมปทานด้วยการซื้อกิจการด้วยการแจ้งให้ผู้รับสัมปทานทราบล่วงหน้า ตามกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานหรือถ้าไม่ได้กำหนดเวลาไว้ ฝ่ายปกครองก็อาจกำหนดเวลาให้ตามสมควร

4.8.5 การยึดคืนสัมปทาน ได้แก่ กรณีที่รัฐบาลยึดคืนหรือเวนคืนระบบหรือพื้นที่สัมปทานภายใต้สัญญาสัมปทาน สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะย่อมเป็นอันสิ้นสุดลงแต่ผู้รับสัมปทานมีสิทธิได้รับชดเชยค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

4.9 ขั้นตอนในการจัดทำสัญญาสัมปทาน

เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับขั้นตอนการจัดทำสัญญาสัมปทานมากยิ่งขึ้น จึงได้แยกพิจารณาศึกษาออกเป็นลำดับดังนี้

4.9.1 ขั้นตอนในการจัดทำสัญญาสัมปทานของสาธารณรัฐฝรั่งเศส¹

ในระบบกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสหลักในเรื่องเสรีภาพของฝ่ายปกครองในการเลือกคู่สัญญาอาจจะแยกพิจารณาตามลักษณะของสัญญา คือ ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง การเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองถูกจำกัดด้วยกระบวนการทำสัญญาตามระบบกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ โดยกระบวนการทำสัญญาสัมปทานประเภทนี้อยู่ภายใต้กระบวนการประกวดราคา ดังนั้น เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญามีอยู่น้อย ขณะที่ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ จะถือหลักเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาของรัฐและถือเป็นหลัก เพราะคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของสัญญา ดังนั้น จึงให้เสรีภาพกับฝ่ายปกครองเพื่อเลือกคู่สัญญาที่ตนพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นผู้มีคุณสมบัติเหมาะสม

ปกติสัญญาที่ให้สัมปทานแก่เอกชนไปเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ มักจะเป็นโครงการใหญ่ ที่ต้องการลงทุนสูง กลุ่มทุนที่มีอยู่ก็มีอยู่จำกัด ดังนั้น การประกวดราคา ก็มักจะไม่มีประโยชน์ เพราะกลุ่มที่จะมีคุณสมบัติที่เข้ามาเสนอราคาย่อมจำกัดตามกลุ่มทุนที่มีอยู่ การต่อรองจึงมีประโยชน์มากกว่า ลักษณะการทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแตกต่างกันโดยเนื้อหา ราคาสูงหรือต่ำเป็นสิ่งสำคัญในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ขณะที่ราคา ไม่ใช่สาระสำคัญของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแต่วิธีการดำเนินการหรือการบริหารงานต่างหาก ที่มีส่วนสำคัญที่สุด

¹บุบผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง: แนวคิดหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 112-113.



เพราะเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชนและผู้ใช้สาธารณชน ดังนั้น คุณสมบัติของ
คู่สัญญาผู้จะเข้ามาดำเนินการจึงมีความสำคัญมาก ฝ่ายปกครองจึงสามารถใช้ดุลพินิจ
เลือกคู่สัญญาโดยเสรี

สำหรับขั้นตอน ในการก่อให้เกิดสัญญาสัมปทานในระบบกฎหมายของ
สาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น มีขั้นตอนดังนี้ คือ¹

1) การประกาศเชิญชวน ขั้นตอนแรกของการประกาศเชิญชวน คือ
ขั้นตอนการจัดทำบัญชีรายชื่อของบริษัทเอกชนที่มีสิทธิยื่นข้อเสนอ ซึ่งมีลักษณะเหมือน
การคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น โดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด ขั้นตอน
ที่สองหน่วยงานของรัฐจะเจรจากับผู้ผ่านการคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้น

2) บทบาทของคณะกรรมการพิจารณาการให้สัมปทาน เมื่อดำเนิน
การประกาศเชิญชวนแล้ว จะมีคณะกรรมการพิเศษเข้ามาศึกษาข้อเสนอดังกล่าว
เพื่อจัดลำดับข้อเสนอดังกล่าว ขั้นหนึ่งก่อน คณะกรรมการชุดนี้ในระดับชาติจะมีอยู่ตาม
กระทรวงต่าง ๆ โดยรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้ง ส่วนในระดับท้องถิ่น คณะกรรมการชุดนี้จะ
มาจากการแต่งตั้งโดยสภาท้องถิ่น โดยมีการลงคะแนนกันตามสัดส่วน คณะกรรมการ-
พิจารณาการให้สัมปทานจะเสนอความเห็นในเบื้องต้นโดยจัดลำดับข้อเสนอของ
ผู้เข้าแข่งขัน

3) การคัดเลือกในกรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เมื่อ
คณะกรรมการได้ให้ความเห็นในเบื้องต้นแล้ว ฝ่ายบริหารขององค์กรปกครอง-
ส่วนท้องถิ่น จะทำการคัดเลือกผู้เข้าแข่งขันรายที่เห็นสมควรได้รับสัมปทาน โดยนำไป
เสนอต่อสภาท้องถิ่นอนุมัติอีกครั้งหนึ่งและในกรณีที่การคัดเลือกของฝ่ายบริหารของ
องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต่างไปจากข้อเสนอของคณะกรรมการ ฝ่ายบริหารจะต้องมี
คำอธิบายชี้แจงเหตุผลว่า เพราะเหตุใดจึงไม่ดำเนินการตามความเห็นของคณะกรรมการ
ขั้นตอนการดำเนินการต่าง ๆ เหล่านี้ จะมีการควบคุม เพื่อไม่ให้ฝ่ายบริหารขององค์กร-
ปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีอำนาจในการคัดเลือกใช้อำนาจโดยอิสระเกินไปและ

¹ชาญชัย แสวงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำ-
บริการสาธารณะ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 65.

การคัดเลือกถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง ถ้ามีปัญหาอาจจะนำไปฟ้องศาลปกครองได้ด้วย

4) เนื้อหาของสัญญาสัมปทาน สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งประกอบไปด้วย หลักการพื้นฐานของบริการสาธารณะ คือ หลักความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะ หลักความเสมอภาคของผู้ใช้บริการ หลักความเป็นกลางของการบริการสาธารณะและหลักความยืดหยุ่นและปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับสถานการณ์

5) การควบคุมสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

(1) การควบคุมก่อนการทำสัญญา คือ การควบคุมภายในของฝ่ายปกครองในระดับราชการส่วนกลาง การควบคุมโดยคณะกรรมการพิเศษและการควบคุมโดยตุลาการผู้พิจารณาคำขอฉุกเฉินก่อนทำสัญญา

(2) การควบคุมภายหลังจากการทำสัญญา

ก. ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ทำสัญญาไปแล้ว ผู้ว่าราชการจังหวัดยังมีอำนาจที่จะยับยั้งการทำสัญญาได้ หากเห็นว่าสัญญาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข. การควบคุมโดยคณะผู้ตรวจการระหว่างกระทรวง ซึ่งมีหน้าที่สอบสวนและตรวจสอบการทำสัญญาและการดำเนินการตามสัญญาสัมปทาน ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรอิสระที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ตรวจสอบเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะแต่ไม่มีสถานะเป็นศาล

(3) การควบคุมโดยหน่วยราชการเอง เมื่อทำสัญญาแล้ว ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐยังคงมีหน้าที่ตรวจสอบว่าคู่สัญญาที่รับเอาภารกิจบริการสาธารณะไปดำเนินการ ไม่ว่าในรูปแบบของสัญญาหรือในรูปแบบของสัมปทานนั้นได้ดำเนินการถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่

(4) การควบคุมโดยศาล แยกได้เป็นสองกรณี กรณีแรก เป็นการควบคุมโดยศาลยุติธรรมในคดีอาญา ส่วนกรณีที่สอง เป็นการควบคุมโดยศาลปกครอง เป็นการฟ้องเรียกค่าเสียหาย โดยพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาทั้ง

สองฝ่าย เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความในสัญญาและ
ฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง นอกจากผู้รับสัมปทานแล้ว ผู้ให้บริการหรือ
บุคคลภายนอกก็สามารถฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้

(5) การควบคุมโดยรัฐสภา ในกรณีที่มีปัญหารุนแรงเกิดขึ้น
สภาผู้แทนราษฎรก็ดีหรือวุฒิสภาก็ดี อาจจะตั้งคณะกรรมการขึ้นมาทำการสอบสวน
ข้อเท็จจริงเพื่อนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาเปิดเผย

4.9.2 ขั้นตอนการจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ท่านอาจารย์ ดร. บวรวิทย์ เป็รื่องวงศ์ ได้อธิบายขั้นตอนการจัดทำ
สัญญาสัมปทานและการตรวจร่างสัญญาสัมปทานโดยสำนักงานอัยการสูงสุดไว้ดังนี้¹

สัญญาทางปกครองเป็นหัวใจสำคัญของการกระทำของฝ่ายปกครอง
การดำเนินการของรัฐเพื่อประโยชน์ของสาธารณะนั้น รัฐมีอำนาจหรือสิทธิที่เหนือกว่า
ปัจเจกบุคคล แต่การใช้อำนาจเช่นนี้ รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลและ
การปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของรัฐ โดยรัฐจะต้องเคารพและยึดถือหลักกฎหมาย-
ขั้นพื้นฐาน หลักความเสมอภาคและหลักการจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม

“สัญญาสัมปทาน” ถือว่า เป็นสัญญาทางปกครอง โดยที่ประชุมใหญ่
ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เคยมีมติให้กำหนดคำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
ไว้ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่ง
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น
ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือ
บุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะ
เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง
หรือบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วม
ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะ

¹บวรวิทย์ เป็รื่องวงศ์, อัยการกับการตรวจร่างสัญญา [Online], available URL:
http://law.east.spu.ac.th/law/admin/waaa_file/A36bavonvit.pdf, 2554 (กรกฎาคม, 9).

พิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง ซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐ มุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะดังกล่าวข้างต้น สัญญานั้น ย่อมถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง มิใช่สัญญาทางปกครองตามที่ได้กล่าวข้างต้น ปกติสัญญาสัมปทานนั้น “ไม่มีกฎหมายเฉพาะ” มากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการให้สัมปทานและในการทำสัญญาสัมปทาน ดังเช่น สัญญาพัสดุที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการได้มาซึ่งวัสดุกำหนดไว้อย่างชัดเจน ไว้ในระเบียบสำนักงานนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งโดยหลักการแล้ว การดำเนินการจัดทำสัญญาสัมปทานนั้น ต้องมีขั้นตอนและหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาสัมปทานด้วย

1) หลักเกณฑ์ทั่วไปในการทำสัญญาสัมปทาน การทำสัญญาสัมปทานของฝ่ายปกครอง ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ 3 ประการดังต่อไปนี้ คือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐอำนาจในการทำสัญญาและการเลือกคู่สัญญา ซึ่งแยกพิจารณาเป็นลำดับดังนี้

(1) คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สารสำคัญประการหนึ่งของสัญญาของทางราชการ คือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นรัฐและจะต้องมีสภาพเป็นนิติบุคคลด้วย ดังนั้น การเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้โดยผลของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็น “กฎหมายกลาง” เช่น พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 หรือ “กฎหมายเฉพาะ” ที่จัดตั้ง “หน่วยงานของรัฐ” ประเภทต่าง ๆ ขึ้นมาเป็นการเฉพาะ จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมา

(2) อำนาจในการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะเข้าทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนได้ จะต้องเป็นไปในกรอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของตน รวมทั้ง ผู้ที่ทำสัญญาจะต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของหน่วยงานนั้น อำนาจในการกระทำการต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐ ถูกกำหนดไว้โดย “กฎหมายทั่วไป” โดยหน่วยงานระดับกระทรวงหรือทบวง รวมทั้งหน่วยงานที่มีฐานะเทียบเท่า ได้แก่ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม-

พ.ศ. 2534 ส่วนราชการระดับกรมนั้น อำนาจหน้าที่ที่จะกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาการแบ่งส่วนราชการของแต่ละกรม ส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ก็มีการกำหนดถึงอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละลักษณะไม่ว่าลักษณะทั่วไป “เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด และองค์การบริหารส่วนตำบล” และลักษณะเฉพาะ “กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา” รัฐวิสาหกิจ ก็เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารของรัฐวิสาหกิจร่วมกับผู้บริหารสูงสุดของรัฐวิสาหกิจดังที่บัญญัติไว้ใน “กฎหมายเฉพาะ” ที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งขึ้นมา ส่วนหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ที่มีกฎหมายจัดตั้งเป็นพิเศษ ก็ต้องพิจารณาจากขอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานแต่ละแห่ง ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้มีอำนาจในการทำสัญญา ก็เช่นเดียวกันกับผู้มีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานของรัฐ กล่าวคือ จะต้องเป็นผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ นอกจากนี้ หากผู้มีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานของรัฐประสงค์จะมอบอำนาจในการทำสัญญาให้กับบุคคลอื่นก็จะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เป็นต้น ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนใดประสงค์จะทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทราบถึงวัตถุประสงค์ของหน่วยงานดังกล่าวว่า สามารถที่จะทำสัญญาประเภทดังกล่าวได้หรือไม่และผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการทำสัญญา

(3) การเลือกคู่สัญญา ข้อแตกต่างประการสำคัญของการทำสัญญาของทางราชการกับการทำสัญญาของเอกชน คือ การทำสัญญาของเอกชนนั้น คู่สัญญาสามารถเลือกคู่สัญญาของตนได้อย่างอิสระ ในขณะที่การทำสัญญาของทางราชการนั้น คู่สัญญาไม่อาจเลือกตัวผู้ที่จะมาเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้โดยอิสระ เนื่องจากกฎหมายต่าง ๆ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญลงมาถึงอนุบัญญัติ ต่างก็กำหนดถึงความเสมอภาคและการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติเอาไว้ในหลาย ๆ กรณีด้วยกัน ดังนั้น ในการเลือกตัวของผู้ที่จะเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จึงต้องปฏิบัติตามวิธีการที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยทั่วไปแล้ว จะต้องเป็นวิธีการที่โปร่งใส เป็นกลาง มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมและตอบสนองผลประโยชน์ของสาธารณะมากที่สุด การเลือกตัวของผู้ที่จะมาเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองนี้ มีบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน-

หรือดำเนินการในกิจการของรัฐและระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ทั้งนี้ จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เฉพาะในการทำสัญญาสัมปทาน คือ หลักเกณฑ์เฉพาะในการทำสัญญาสัมปทาน ถือว่า เป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายบ้านเมืองเกี่ยวกับการให้สัมปทานของเอกชนมีอยู่หลายฉบับ ทั้งที่บัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายและเป็นกฎ ระเบียบหรือมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งจะขอกล่าวถึงกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องโดยตรงเพียง 2 ฉบับเท่านั้น คือ

ก. ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515¹ เป็นกฎหมายกลางที่กำหนดถึงการผูกขาดกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคโดยรัฐและกำหนดถึงประเภทของกิจการที่เอกชนสามารถทำได้ หากรัฐอนุญาตหรือให้สัมปทาน กิจการเหล่านี้ ได้แก่ กิจการรถไฟ กิจการรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ รวมทั้ง กิจการอื่นอันอาจกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ได้มีพระราชกฤษฎีกาออกมากำหนด

ข. พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 การให้เอกชนเข้ามีส่วนร่วมในการดำเนินการของรัฐในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น การให้สัมปทานหรือการให้สิทธิแก่เอกชนบางประการ หรือการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปนั้น อยู่ในอำนาจพิจารณาของบุคคลคนเดียวหรือหน่วยงานเดียวเป็นส่วนใหญ่ โดยเรื่องที่สำคัญ มักจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี สอดรับกับประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 การดำเนินการในลักษณะดังกล่าว ทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ดังนั้น เพื่อให้มีแนวทางในการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทาน กฎหมายฉบับนี้จึงมีขึ้น เพื่อให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจและราชการส่วนท้องถิ่น ที่มอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ กระทำอย่างโปร่งใส มีการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าวได้ โดยกำหนดให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ ส่วนราชการท้องถิ่นจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการ

¹ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515.

ที่กฎหมายกำหนด โดยให้มีหน่วยงานกลางหรือหลายหน่วยงาน เช่น กระทรวงการคลัง สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานประมาณ ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายและด้านอื่นตามความจำเป็นและสมควร เข้ามาช่วยวิเคราะห์ และคัดเลือกเอกชน ซึ่งจะมาร่วมดำเนินโครงการอันเป็นกิจการของรัฐในทุกขั้นตอน แทนการพิจารณาของรัฐมนตรีหรือกระทรวงเจ้าสังกัดเพียงอย่างเดียว นอกจากนี้ อำนาจในการอนุมัติโครงการลงทุนขนาดใหญ่ ซึ่งมีวงเงินตั้งแต่ 1 พันล้านบาทขึ้นไป จะเป็นอำนาจของรัฐมนตรีเจ้าสังกัดหรือของกระทรวงเจ้าสังกัดแต่เพียงผู้เดียว การดำเนินการจะเป็นไปตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาอย่างชัดเจน เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสร้างความมั่นใจให้แก่เอกชนที่เข้าร่วมงาน เพื่อเป็นการควบคุมให้โครงการสำเร็จตามเป้าประสงค์และผลประโยชน์ต่อประเทศชาติ การดำเนินการตามโครงการดังกล่าว จะต้องถูกตรวจสอบและติดตามผลอย่างใกล้ชิด โดยคณะกรรมการอีกชุดหนึ่งที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น การให้สัมปทานในปัจจุบัน โดยเฉพาะในโครงการใหญ่ ๆ ทั้งหลาย จึงต้องเป็นไปตาม หลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้

2) การตรวจร่างสัญญาสัมปทานโดยสำนักงานอัยการสูงสุด เป็น หลักเกณฑ์สำคัญอีกประการหนึ่ง ของการทำสัญญาสัมปทาน คือ ร่างสัญญาสัมปทาน จะต้องได้รับการตรวจพิจารณาจากสำนักงานอัยการสูงสุดก่อนที่จะลงนาม นับตั้งแต่ พ.ศ. 2491 เป็นต้นมา กรมอัยการหรือสำนักงานอัยการสูงสุดได้รับมอบหมาย โดยมติคณะรัฐมนตรีให้ทำหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญา ต่อมาคณะรัฐมนตรีก็ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าวหลายครั้ง จนในที่สุดเมื่อวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2535 คณะรัฐมนตรีก็ได้มีมติเพื่อปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการส่งร่างสัญญาให้กรมอัยการหรือสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา ในปัจจุบัน หลักเกณฑ์ที่สำนักงานอัยการสูงสุดใช้ในการตรวจร่างสัญญา คือ หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 การตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการ-สูงสุดส่วนใหญ่จะเป็นการดำเนินการตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญา ถ้อยคำที่ใช้ในสัญญาและการพิจารณาข้อความต่าง ๆ เพื่อป้องกันมิให้ทางราชการเสียเปรียบ จึงขอกล่าวถึงกระบวนการตรวจร่างสัญญาโดยสังเขป ดังต่อไปนี้ กระบวนการตรวจร่างสัญญา

เป็นงานในหน้าที่ของกองที่ปรึกษาสำนักงานอัยการสูงสุด มีหน้าที่ต้องพิจารณาเงื่อนไขของกฎหมาย ความสมบูรณ์กฎหมาย ถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายให้รัดกุมและเหมาะสม ไม่ให้รัฐเสียเปรียบหรือเสียหาย การพิจารณาตรวจร่างสัญญามิให้ทางราชการเสียเปรียบที่สำคัญ เช่น

- (1) ชื่อสัญญา ฐานะทางกฎหมายถือว่าเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หากเป็นนิติบุคคลต้องพิจารณาหลักฐานว่าใครเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทน รวมทั้งวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น
- (2) วัตถุประสงค์ของสัญญา
- (3) ประเภทของนิติกรรม
- (4) หลักประกันของสัญญา
- (5) การจ่ายเงินล่วงหน้า (ถ้ามี) และหนังสือคำประกันการจ่ายเงินล่วงหน้าและอื่น ๆ

ในการที่ตรวจพบว่า ร่างสัญญาที่ส่งมาให้กองที่ปรึกษานักงานอัยการสูงสุดตรวจมีลักษณะทำให้ทางราชการเสียเปรียบ สำนักงานอัยการสูงสุดจะพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมความเสียเปรียบนั้น จะเห็นได้ว่า แนวทางปฏิบัติในการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด เป็นการดำเนินการโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการตรวจสัญญาให้ถูกต้องตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องถูกต้องตามมติคณะรัฐมนตรีระเบียบข้อบังคับและถูกต้องตามประเพณีการค้าระหว่างประเทศ ที่สำคัญก็คือ จะต้องตรวจสัญญาให้เป็นธรรมและให้เป็นระบบ

หลักการตรวจร่างสัญญา นอกเหนือ จากการตรวจรูปแบบของร่างสัญญาของทางราชการดังที่กล่าวไปแล้ว ในการตรวจเนื้อหาของร่างสัญญาของทางราชการ อัยการผู้ตรวจพิจารณาร่างสัญญาจะต้องยึดหลักการตรวจร่างสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ดังนี้คือ

ก. พิจารณาข้อความในร่างสัญญาโดยนำไปปรับบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สอดคล้องผูกพันระหว่างคู่สัญญาสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากข้อสัญญาส่วนใดขัดแย้งกับกฎหมาย อาจมีผลให้ข้อตกลงส่วนนั้นหรือสัญญาทั้งฉบับเป็นโมฆะหรือโมฆียะได้ ซึ่งก็ย่อมหมายถึงราชการจะได้รับความเสียหาย

ข. พิจารณามติคณะรัฐมนตรี ตลอดจน กฎและระเบียบของทางราชการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้น เพื่อตรวจสอบว่า ข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาสอดคล้องกับมติคณะรัฐมนตรี กฎและระเบียบดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะส่วนราชการรัฐวิสาหกิจเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้วย ย่อมผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามมติ กฎและระเบียบดังกล่าวอย่างเคร่งครัด

ค. พิจารณาความได้เปรียบและเสียเปรียบ โดยมุ่งรักษาประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญ ซึ่งมีได้หมายความว่า จะตรวจร่างสัญญาเพื่อให้ฝ่ายรัฐเอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ในการตรวจพิจารณา จะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมเป็นธรรมในเชิงธุรกิจระหว่างคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นไปได้ที่รัฐจะแสวงหาประโยชน์จากการทำสัญญานั้นให้ได้มากที่สุด

ง. ในกรณีที่มีข้อตกลงในสัญญาส่วนใดไม่ชัดเจนหรืออาจตีความในการเกิดผลเสียหายแก่รัฐ อัยการผู้ตรวจร่างสัญญาจะเชิญผู้แทนของหน่วยงานเจ้าของเรื่องมาชี้แจงข้อเท็จจริงและร่วมกันพิจารณาข้อตกลงดังกล่าวนั้น หากเห็นพ้องต้องกันว่าควรแก้ไข อัยการก็จะทำการแก้ไขร่างสัญญาส่วนนั้นและส่วนอื่น ๆ ที่สัมพันธ์กันให้เหมาะสม แต่หากผู้แทนหน่วยงานเจ้าของเรื่องมีความเห็นว่า ไม่ควรแก้ไข อัยการก็จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปแก้ไขในทางที่จะขัดกับความประสงค์ของหน่วยงานเจ้าของเรื่อง แต่จะเสนอความเห็นข้อสังเกตแก่หน่วยงานเพื่อเป็นข้อมูลดำเนินการต่อไป จะเห็นได้ว่าสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะทุกฉบับ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาการทางพิเศษแห่งประเทศไทยทำกับบริษัททางด่วน (ดอนเมือง-โทล์เวย์) สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร ระหว่างกรุงเทพมหานครกับบริษัทระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ สัญญาทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ที่รัฐทำกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน มักจะให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องจัดหาที่ดินสิทธิในเขตทางที่ต้องการสำหรับการก่อสร้างให้เสร็จภายในกำหนดและจะออกค่าใช้จ่ายทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อมที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคล หากได้รับผลกระทบจากการก่อสร้างตามสัญญานอกจากนี้ สัญญาสัมปทานแทบทุกฉบับ มักจะระบุถึงรายละเอียด มีวัตถุประสงค์

เพื่อความมั่นคงและปลอดภัยของประเทศ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องมีหนังสือค้ำประกัน จาธนาคารในการปฏิบัติตามสัญญาและมีหนังสือค้ำประกันผลงานด้วย ในการให้-สัมปทาน ในกรณีที่เป็นการก่อสร้าง มักจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้กำกับดูแล การก่อสร้าง ควบคุมวัสดุก่อสร้างและมักจะระบุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการคุ้มครอง ตลอดจนอายุสัมปทานเพื่อความมั่นใจในโครงการที่มีมูลค่ามาก

อย่างไรก็ตาม หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานเกิดขึ้น มักมีข้อตกลงให้มีการระงับข้อพิพาททั้งนอกศาลและในศาล กล่าวคือ ข้อพิพาทเกี่ยวกับ สัญญาสัมปทาน ก่อนมีการประกาศใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง-และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานขึ้น คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความประสงค์ที่จะใช้กระบวนการทางศาลเพื่อระงับข้อพิพาท อันเกิดขึ้นจากสัญญาสัมปทาน ก็จะต้องฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมที่มีอำนาจ ในการพิจารณาเช่นเดียวกับการฟ้องคดีสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน การพิจารณาคดี ก็มักจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท ทางศาลดังกล่าวแล้ว บางกรณีอาจจะมีการตกลงกันไว้ในสัญญาว่า หากมีข้อพิพาท เกิดขึ้น คู่สัญญาตกลงจะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาล ได้แก่ วิธีการ อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) มาใช้ในการระงับข้อพิพาท ก่อนที่จะมีการจัดตั้ง ศาลปกครองในประเทศไทย การร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ก็ยังเป็นอีก วิธีการหนึ่ง ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถร้องขอให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ พิจารณาแก้ไขปัญหาด่าง ๆ และระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาที่ตนได้ทำกับ ฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมได้ อย่างไรก็ตาม ภายหลังคณะรัฐมนตรี ได้มีมติอนุมัติ เมื่อวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2547 ว่า การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับ เอกชนให้เป็นไป ดังนี้

ก) ไม่ควรเขียนมัดให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการ เป็นผู้ชี้ขาด หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจ หลีกเลียงได้ ให้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป



ข) สัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ทำเป็นภาษาไทย
ส่วนสัญญาฉบับต่างประเทศควรใช้เพียงคำแปลของสัญญาเช่นนั้น

ค) ควรกำหนดให้ใช้ภาษาไทยในการตีความและบังคับตาม
สัญญา

5. แนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับ

สัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาประเภทหนึ่งของสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยสัญญาทางปกครองจะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง จะใช้ระบบกฎหมายปกครองบังคับกับสัญญา ส่วนสัญญาของฝ่ายปกครองจะอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ซึ่งจะใช้กฎหมายเอกชนกับสัญญา¹

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากิจกรรมและนิติกรรมใดของฝ่ายปกครองเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง ให้พิจารณาจากสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อการจัดองค์กรหรือการปฏิบัติงานของบริการสาธารณะ สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาอื่นใดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนและศาลก็ได้ใช้แนวความคิด เรื่องบริการสาธารณะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นเวลาพอสมควร

การมอบบริการสาธารณะให้แก่เอกชนไปจัดทำ จะต้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ โดยในตอนแรกนั้น จะต้องมีการมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นอำนาจที่มีลักษณะ “ผูกขาด” โดยฝ่ายปกครองไปยังเอกชนก่อนเอกชนจึงจะสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้

¹สุภาวณี จิตดีสุวรรณ, เรื่องเดิม, หน้า 360-361.

การมอบอำนาจ หมายถึง นิติกรรมทุก ๆ แบบ ซึ่งฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน ให้แก่เอกชนเป็นผู้จัดทำ ทั้งนี้เนื่องจาก อำนาจในการจัดตั้งหรือจัดให้มีบริการสาธารณะเป็นอำนาจและหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ดังนั้น เอกชนจึงไม่สามารถเข้ามาดำเนินการจัดทำได้หากฝ่ายปกครองไม่ได้มอบอำนาจและหน้าที่ในการจัดทำให้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการมอบอำนาจจะทำในรูปแบบของสัญญาและสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำระหว่างฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนจัดเป็นเรื่องของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญากับเอกชนเพื่อมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะบางประเภท เหตุผลที่ต้องมีการแยกสัญญาทางปกครองออกมาเป็นเรื่องพิเศษจากสัญญาปกติตามระบบกฎหมายแพ่งก็เพราะวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ มักจะมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวที่จะใช้เพื่อบรรลุถึงวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ลักษณะของสัญญาทางปกครอง และผลของสัญญาทางปกครอง จึงมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งของเอกชน

5.1 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้¹

5.1.1 สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย คือ เป็นสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยตรงหรือโดยกำหนดไว้ทางอ้อมว่าให้คดีที่เกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาการโยธา-สาธารณะ สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน เป็นต้น

¹สุภาวณี จิตต์สุวรรณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 361-362.

5.1.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพ สัญญาทางปกครองประเภทนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่เกิดขึ้นเมื่อมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลปกครองและศาลปกครองเห็นว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองอยู่ 2 ประการ คือ

1) สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเท่านั้นที่จะสามารถเป็นคู่สัญญาดังกล่าวได้ ซึ่งได้แก่ รัฐ องค์กรกระจายอำนาจทางพื้นที่และองค์กรกระจายอำนาจทางการบริหารหรือบรรดาศักดิ์การมหาชนทั้งหลายที่ฝ่ายปกครองจัดตั้งขึ้นมา เพื่อทำกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชน

2) สัญญาทางปกครองจะต้องมีเนื้อหาสาระของสัญญาที่มีลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้

(1) เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง

(2) เป็นสัญญาที่มีข้อความที่มีลักษณะพิเศษ ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน เช่น การให้สิทธิต่าง ๆ แก่ฝ่ายปกครองเหนือเอกชนที่เป็นคู่สัญญา ทั้งนี้เพราะฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งต้องมีการใช้อำนาจกฎหมายมหาชน เพื่อจัดทำบริการสาธารณะให้เกิดผลตรงตามวัตถุประสงค์ ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองทำสัญญาการคงอำนาจมหาชนดังกล่าวเอาไว้ ก็สามารถทำได้โดยการเขียนข้อสัญญาให้มีข้อความพิเศษที่รักษอำนาจพิเศษเอาไว้ ได้แก่ ข้อความที่ให้ฝ่ายปกครองดำเนินการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญาหรือสิทธิพิเศษในการแก้ไขปรับปรุงสัญญาฝ่ายเดียวได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

5.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง

การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง ก็เป็นเช่นเดียวกับการเกิดขึ้นของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน คือ ต้องมีการแสดงเจตนาที่ตรงกันของทั้งสองฝ่าย คือ ทั้งฝ่ายปกครองกับเอกชนที่จะให้เกิดสัญญา แต่การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองจะมีความยุ่งยากและมีความลำบากกว่าการเกิดขึ้นของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน

ที่คู่กรณีสามารถตกลงกันได้โดยอิสระ ในขณะที่ฝ่ายปกครองจะเข้าทำสัญญากับเอกชน จะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขต่าง ๆ เหล่านี้ด้วย คือ¹

5.1.1 ผู้มีอำนาจในการทำสัญญา ฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องอำนาจในการทำสัญญาหลายประการ เช่น ฝ่ายปกครองที่จะทำสัญญาได้จะต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ผู้ที่จะทำการแทนนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนในการทำสัญญาได้ จะต้องเป็นผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด แบบของสัญญาต้องเป็นไปตามกฎหมาย เช่น ต้องมีเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา เมื่อเกิดสัญญาแล้วก็ต้องมีหน่วยงานทางปกครองอื่นเข้ามาตรวจสอบและควบคุม ทั้งในด้านการเงินและการทำงาน

5.1.2 วิธีเลือกคู่สัญญา ฝ่ายปกครองไม่มีอิสระเช่นฝ่ายเอกชนที่จะเลือกทำสัญญากับผู้ใดผู้หนึ่งเป็นการเฉพาะได้ หลักเกณฑ์ในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องทำตามกฎหมาย ซึ่งจะกำหนดวิธีการที่เป็นกลางและให้ได้ประโยชน์แก่ส่วนรวมมากที่สุด ซึ่งส่วนใหญ่ ได้แก่ การประกวดราคา

นอกจากเงื่อนไขทั้งสองประการดังกล่าวมาแล้ว เมื่อฝ่ายเอกชนตกลงที่จะทำสัญญากับฝ่ายปกครอง ฝ่ายเอกชนจะต้องยอมรับถึงความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญาดังนี้ เนื่องจาก ในระบบสัญญาทางปกครองนั้นความไม่เท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายเอกชนกับฝ่ายปกครอง มีที่มาจากการที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการจัดให้บริการสาธารณะ จึงต้องมีอำนาจพิเศษบางประการที่เหนือกว่าเอกชน เพื่อที่จะได้สามารถจัดให้บริการสาธารณะให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองที่ว่ามี ได้แก่ การกำหนดข้อกำหนดต่าง ๆ ไว้ในสัญญาโดยไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะต้องต่อรอง เอกชนมีสิทธิอย่างเดียว ก็คือ ยอมรับหรือไม่ยอมรับที่จะเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ, หน้า 88-89.

5.3 หน้าที่ของเอกชนคู่สัญญา

เมื่อเอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองแล้ว เอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด โดยยึดหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ในระหว่างปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนคู่สัญญา หากเกิดเหตุการณ์ดังต่อไปนี้ขึ้น ก็จะต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้น ของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ คือ¹

5.3.1 เหตุสุดวิสัย ได้แก่ เหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าเกิดขึ้น โดยไม่ได้เกิดจากการกระทำของเอกชนคู่สัญญาและเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถป้องกันหรือขัดขวางได้ เหตุการณ์ดังกล่าว ทำให้เกิดผลตามมา คือ การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ไม่ได้อย่างสิ้นเชิง เหตุการณ์เช่นว่านี้ อาจได้แก่ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ เช่น น้ำท่วม แผ่นดินไหวหรืออาจเกิดจากฝีมือมนุษย์ เช่น สงคราม ไฟไหม้ ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวนี้ ระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส เรียกว่า เหตุสุดวิสัย เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้น จะมีผลทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่ถือว่าเป็นความผิดของฝ่ายใด

5.3.2 เหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา การกระทำต่าง ๆ ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เช่น การแก้ไขคำสั่ง การเปลี่ยนกฎระเบียบใหม่ เพื่อบังคับเอาแก่เอกชนคู่สัญญา ซึ่งการกระทำเหล่านี้ เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาและมีผลทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย โดยอาจมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญานั้น ยากขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น เมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น อันเนื่องมาจากการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองคู่สัญญา เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากฝ่ายปกครองคู่สัญญา

5.3.3 เหตุที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ ในการปฏิบัติตามสัญญา อาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความหมายเกิดขึ้น ซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 89-90.

นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ได้เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้นหรือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ ดังตัวอย่างเช่น การนำวัสดุบางประเภทเข้าประเทศหรือการลดค่าเงินหรือการขึ้นภาษี เป็นต้น

5.4 อำนาจหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญานั้นคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

5.4.1 การควบคุม ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการควบคุมการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาและให้เกิดผลดีต่อประโยชน์สาธารณะ

5.4.2 การแก้ไขข้อสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขกำหนดในสัญญา อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่ทำให้สถานะของฝ่ายปกครองอยู่เหนือเอกชน

แต่อย่างไรก็ตาม การแก้ไขข้อกำหนดของสัญญา จะต้องทำภายใต้เงื่อนไขสองประการ เช่น มีความจำเป็นในการปรับปรุงบริการสาธารณะ เพื่อให้สอดคล้องกับประโยชน์มหาชนและในการแก้ไขจะทำให้เฉพาะบางเรื่อง มีบางเรื่องที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถแก้ไขโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวได้ เช่น ระยะเวลาของสัญญาหรือค่าตอบแทนและนอกจากนี้ หากการแก้ไขสัญญาทำให้เกิดปัญหาทางการเงินแก่เอกชนคู่สัญญา ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบด้วยการจ่ายค่าตอบแทนความเสียหายให้¹

5.4 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง

นอกจากการสิ้นสุดลงของสัญญาตามปกติ อันได้แก่ เมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญา เมื่อคู่สัญญาพร้อมใจกันเลิกสัญญาหรือเมื่อสิ้นสุดผลไปตามข้อตกลงในสัญญาแล้ว ยังมีการสิ้นสุดของสัญญาที่เป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองอีกสองกรณี

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 90-91.

ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองจะใช้เลิกสัญญาฝ่ายเดียวทั้ง ๆ ที่ไม่ได้กำหนดสิทธิดังกล่าวไว้ในสัญญา เนื่องมาจาก คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาอย่างร้ายแรงหรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ทำผิดสัญญา แต่ฝ่ายปกครองใช้สิทธิเลิกสัญญาตามคำร้องของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง-ฝ่ายใด แต่เนื่องมาจาก มีเหตุการณ์บางประการ ซึ่งทำให้ไม่สามารถทำตามวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไปได้¹

ตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ได้สร้างหลักพิเศษ อันเกิดจากแนวความคิดที่จำเป็นต้องยอมรับความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์สาธารณะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ถึงว่าประโยชน์ดังกล่าว จะขัดกับความขัดแย้งแห่งสัญญา ทฤษฎีนี้เป็นหลักที่สร้างขึ้นโดยกฎหมายและไม่ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณี เมื่อเอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองแล้ว เอกชนมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด โดยยึดถือหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเป็นสำคัญ จุดเด่น ของผลแห่งสัญญาทางปกครอง คือ ไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใด ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างอยู่เหนือเอกชน โดยสภาพของกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะอำนาจแก้สัญญาฝ่ายเดียว ในขณะที่เดียวกัน ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่พิเศษที่เอกชนคู่สัญญาในกฎหมายแพ่งไม่มี เป็นการทดแทนเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยหลักฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญา สิทธิพิเศษนี้ อาจมาจากข้อสัญญาเองหรือมาจากหลักกฎหมายปกครองที่ใช้กับสัญญาทางปกครอง สิทธิพิเศษนี้ ปรากฏทั้งในการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีปกติและสภาพบังคับ กรณีเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติไม่ตรงตามสัญญา แต่ความเหนือกว่าของฝ่ายปกครองในสัญญามีข้อจำกัดที่เป็นเครื่องทดแทนสำคัญแก่เอกชน ก็คือ ในส่วนของค่าตอบแทนที่เอกชนจะได้รับจากฝ่ายปกครองนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะแก้ไขเองฝ่ายเดียวไม่ได้หรือบิดพลิ้วไม่จ่ายไม่ได้ เอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครองยังมีสิทธิที่เอกชนในสัญญาทางแพ่งไม่มี คือ ถ้าฝ่ายปกครองใช้อำนาจแก้ข้อสัญญาฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองต้องจ่ายค่าทดแทนให้อยู่ในสภาพที่พอเหมาะแก่ภาระที่เอกชนรับเพิ่มขึ้นประการหนึ่ง รวมตลอดจน ถ้าเอกชนปฏิบัติตามสัญญาไปแล้ว ปรากฏว่ามีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้นทำให้เอกชนทำ

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 91.

ตามสัญญาได้ยากและจะขาดทุนล้มละลาย ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทนช่วยเอกชน
 พันภาวะขาดทุนอันเกิดจากเหตุนี้ เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองและหน้าที่ของ
 คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องมีหน้าที่ต้องทำตามสัญญาทุกประการ

5.5 เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

หลักของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสจะให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง
 เพื่อประโยชน์สาธารณะดังนี้¹

5.5.1 เอกสิทธิ์ในกรณีที่มีการปฏิบัติตามสัญญาตามปกติ โดยปกติเอกชน
 คู่สัญญาต้องทำตามสัญญาทุกกรณี เว้นแต่ จะเกิดเหตุสุดวิสัยที่ทำให้การชำระหนี้ตาม
 สัญญาตกเป็นการพ้นวิสัย เหตุสุดวิสัย ได้แก่ เหตุการณ์ซึ่งไม่อาจจะคาดหมายล่วงหน้า
 เกิดขึ้นโดยไม่ได้เกิดจากการกระทำของเอกชนคู่สัญญาและเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถ
 ป้องกันหรือขัดขวางได้และเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดผลตามมา คือ การปฏิบัติตาม
 สัญญาเป็นไปไม่ได้อย่างสิ้นเชิง เหตุการณ์ที่ว่านี้ ได้แก่ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ
 เช่น น้ำท่วม แผ่นดินไหวหรืออาจเกิดจากฝีมือมนุษย์ เช่น สงคราม ไฟไหม้ กรณีเช่นนี้
 เมื่อไม่ใช้ความผิดของฝ่ายใดและจะทำตามสัญญาไม่ได้แล้วสัญญาก็ยกเลิกเองโดยผล
 แห่งกฎหมาย นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองมีสิทธิกำกับและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาอย่าง
 ใกล้ชิด

5.5.2 การใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขสัญญาทางปกครอง มีในกรณีดังนี้

- 1) หลักนี้ใช้กับสัญญาทางปกครองทุกประเภท แต่ที่พบบ่อยที่สุด คือ
 ในกรณีการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินและสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ
- 2) อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว จะต้องมิสาเหตุมาจากการปรับปรุง
 การบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมเท่านั้น
- 3) ข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว
 ต่อไป ก็คือ ฝ่ายปกครองจะลดจำนวนเงินค่าทดแทนที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาแล้ว
 ฝ่ายเดียวไม่ได้และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวนั้น จะต้องไม่เกินขนาด

¹สุภาวณี จิตดีสุวรรณ, เรื่องเดิม, หน้า 365-366.



ถ้าเกินขนาดเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เช่น ขอให้เอกชนชำระหนี้ใหม่ที่ไม่ได้กำหนดไว้ และไม่เกี่ยวข้องกับสัญญาเลยหรือขอให้เพิ่มของจากที่กำหนดไว้ในสัญญาถึงสามเท่าตัว ทั้งที่ไม่สามารถแสดงได้ว่ามีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเพิ่มขึ้นถึงขนาดนั้น เพราะฝ่ายปกครองกับเอกชนทำสัญญากันเพื่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญาบางอย่าง การเปลี่ยนแปลง- วัตถุประสงค์แห่งสัญญา จนทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาใหม่และการเปลี่ยนแปลงตาม อำนาจ อาจไม่เป็นธรรมสำหรับคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาโดยรู้ว่าตนมีข้อจำกัดทาง- เทคนิคหรือการเงิน

4) เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขสัญญาแล้ว ฝ่ายปกครองต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนเป็นการแลกเปลี่ยน

5.5.3 หลักเอกสิทธิในกรณีผิดสัญญามีดังนี้

1) ถ้าฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อน เช่น ไม่ชำระค่าตอบแทนให้แก่เอกชนตามที่กำหนดไว้ เอกชนยังคงต้องดำเนินการตามสัญญาต่อไป เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ แต่อาจขอให้ฝ่ายปกครองใช้ค่าเสียหายได้ แต่ถ้าร้ายแรงอาจร้องขอต่อศาลเพื่อเลิกสัญญาได้ แต่จะเลิกสัญญาเองไม่ได้

2) ถ้าเอกชนผิดสัญญาไม่ทำตามสัญญาหรือไม่ตรงตามข้อกำหนดในสัญญา ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ดังนี้

(1) นอกจากฝ่ายปกครองจะมีอำนาจในการเรียกค่าเสียหายหรือทำการตอบโต้ โดยไม่ยอมชำระหนี้ที่ตนจะต้องชำระตอบแทนให้แก่เอกชนแล้ว เพื่อให้การจัดทำการบริการสาธารณะดำเนินไปโดยต่อเนื่อง ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการบังคับให้เอกชนทำตามสัญญาได้เองโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลก่อนได้

(2) ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการบังคับการเพื่อแก้ไขความบกพร่องที่ปรากฏได้เอง อำนาจบังคับการนี้ ฝ่ายปกครองตัดสินใจได้เองโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล เมื่อได้เตือนให้เอกชนปฏิบัติตามสัญญาแล้ว แต่เอกชนยังไม่ทำตาม ฝ่ายปกครองอาจสั่งให้เอกชนชดใช้ค่าเสียหายและถ้าจำเป็น สามารถเข้าทำการแทน

¹สุภาวิณี จิตต์สุวรรณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 366-367.

เอกชนหรือให้บุคคลที่สามทำการแทนได้ โดยเอกชนผู้ผลิตสัญญาต้องจ่ายค่าใช้จ่ายให้และหากฝ่ายปกครองเห็นสมควรจะใช้สิทธิเลิกสัญญาได้

(3) ถ้าเอกชนถูกมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง ถ้าเห็นว่ามาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

5.6 การเลิกสัญญาทางปกครอง

5.6.1 การเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองคู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถึงแม้ว่าข้อสัญญาจะไม่ได้กำหนดไว้ มี 2 กรณี คือ¹

- 1) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ผลิตสัญญาอย่างร้ายแรง คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เอง
- 2) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้เป็นฝ่ายผลิตสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ การเลิกสัญญากรณีนี้ อาจทำเป็นคำสั่งเฉพาะเรื่องหรือกฎข้อบังคับได้ ดังนั้น หลักการใช้อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปราศจากความผิดนี้ จะต้องมิเกินกว่าเช่นเดียวกับการใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาและเมื่อเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องชดเชยค่าเสียหายเต็มจำนวน

5.6.2 การเลิกสัญญาโดยศาลปกครอง อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีต่อไปนี้

- 1) โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองผลิตสัญญาอย่างร้ายแรงหรือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขข้อสัญญาจนเกินขนาดหรือกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยขึ้น
- 2) โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในกรณีเลิกสัญญาสัมปทานซึ่งคู่สัญญาไม่มีสิทธิทำเอง
- 3) โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเมื่อมีเหตุที่ไม่คาดหมายได้กลายเป็นเหตุการณ์
- 4) ขอบเขตที่ศาลจะเข้าไปพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

¹สุภาวณี จิตดีสุวรรณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 367-368.

(1) ศาลปกครองที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีสัญญาทางปกครอง จะไม่มีอำนาจเลิกสัญญา แต่จะทำได้เพียงชี้ว่าสัญญานั้นไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายเท่านั้น เพราะเหตุว่า การยกเลิกการกระทำทางปกครองโดยหลัก ต้องเป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอน ซึ่งกรณีของสัญญานั้นก็ไม่สามารถยกเลิกได้ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีขอให้มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(2) การที่ศาลไม่ยกเลิก หมายถึง ไม่ยกเลิกตัวสัญญาโดยผลของกฎหมาย สามารถที่จะร้องขอศาลปกครองยกเลิกสัญญาได้ในสัญญาสามประเภท คือ สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาว่าด้วยการจัดหาพัสดุ สัญญาที่ให้มีการจัดทำสัมปทาน

หลักปฏิบัติที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลไม่สามารถที่จะไปยกเลิกตัวสัญญาได้ ทำได้แต่เพียงประกาศว่า สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ ในกรณีที่จะมีการประกาศว่าสัญญานั้นไม่สมบูรณ์นั้น มีสองกรณี คือ มีบุคคลมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลชี้ว่าสัญญานั้นไม่สมบูรณ์ กับกรณีที่พิพาทเกี่ยวกับสัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกประเด็นว่าสัญญาไม่สมบูรณ์ขึ้นมา คดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น โดยหลักสำคัญเป็นคดีที่ฟ้องขอให้ศาลปกครองรับผิดชอบในการทำสัญญา เหตุที่ศาลปกครองมองว่าเป็นคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการทำสัญญา เนื่องจากว่า มีกฎหมายหลายประการ ที่เกี่ยวกับการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญานั้น ซึ่งศาลไม่ประสงค์ที่จะไปก้าวล่วง สภาแห่งรัฐปฏิเสธที่จะไม่ยอมให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งร้องขอเพื่อให้มีการฟ้องเพื่อเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ให้ยกเลิกสัญญาและกรณีที่คำสั่งของฝ่ายปกครองที่ให้ยกเลิกสัญญาและกรณีที่คำสั่งของฝ่ายปกครองที่สั่งให้คู่สัญญานั้นดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เป็นไปตามสัญญา

5.7 รูปแบบสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

รูปแบบสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือในการมอบหมายอำนาจและหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่

ฝ่ายเอกชนนั้น มีอยู่ด้วยกันสองรูปแบบ ได้แก่ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการมอบให้จัดทำบริการสาธารณะ¹

5.7.1 สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง หมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับนิติบุคคล หรือบุคคลธรรมดาเพื่อตอบสนองความจำเป็นบางประการของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจเป็นการเฉพาะหน้าหรือมีความจำเป็นที่มีอยู่ตลอดช่วงระยะเวลาหนึ่ง

1) ประเภทของสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง มีอยู่ด้วยกัน 5 ประเภทใหญ่ ๆ คือ²

(1) สัญญาจัดซื้อพัสดุ เป็นสัญญาที่ใช้ในการปฏิบัติราชการทั่ว ๆ ไป เช่น สัญญาเพื่อการจัดหาอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ต่าง ๆ

(2) สัญญาว่าจ้างให้จัดทำบริการ ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครองว่าจ้างให้จัดทำบริการต่าง ๆ เช่น จัดรถรับส่งข้าราชการ จัดงานเลี้ยง จัดทำความสะอาด

(3) สัญญาอุตสาหกรรมหรือสัญญาว่าจ้างผลิตต้นแบบอุตสาหกรรม ได้แก่ สัญญาจ้างให้มีการจัดผลิตสิ่งของต่าง ๆ เพื่อเป็นต้นแบบทางอุตสาหกรรม เช่น จ้างบริษัทผลิตอาวุธ เครื่องบินต่าง ๆ

(4) สัญญาก่อสร้าง ได้แก่ สัญญาก่อสร้างอาคารสถานที่ สัญญาว่าจ้างให้บำรุงรักษาหรือปรับปรุงอาคารสถานที่

(5) สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา เป็นสัญญาที่ว่าจ้างให้ทำการศึกษาวิจัย รวมทั้งอาจเป็นการสำรวจ ศึกษาหรือวัดผลก็ได้

2) วิธีการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง มีสามวิธีด้วยกัน คือ

(1) การประกวดราคา ได้แก่ การเปิดโอกาสให้ผู้สนใจที่จะทำกิจกรรมกับฝ่ายปกครองได้มีโอกาสที่จะแข่งขันได้อย่างเสมอภาค

¹นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ, หน้า 91.

²ฟิลิป ทิวเกต เดอร์ โปยาว, “รายงานการบรรยายพิเศษ เรื่อง สัญญาทางปกครอง และสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง,” วารสารกฎหมายปกครอง 18 (เมษายน 2542): 5-8.

(2) การสอบราคา ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองประกาศเชิญชวนให้บุคคลที่สนใจจะทำกิจกรรมกับฝ่ายปกครองเสนอราคา จากนั้น ก็จะมีคณะกรรมการสอบราคา ทำหน้าที่ศึกษาข้อเสนอของผู้เสนอราคาเพื่อทำการคัดเลือกผู้สมควรจัดซื้อจัดจ้างต่อไป

(3) การตกลงราคา มีสองรูปแบบ คือ รูปแบบแรก ได้แก่ การตกลงราคาโดยมีการแข่งขัน เป็นรูปแบบที่มีผู้เข้ามาเจรจาหลายรายแต่จะไม่มีการโฆษณาเชิญชวนให้ทราบโดยทั่วไป ส่วนใหญ่วิธีนี้ใช้กับการว่าจ้างให้ทำวิจัย รูปแบบที่สอง ได้แก่ การตกลงราคาโดยไม่มีการแข่งขัน การตกลงราคาโดยไม่มีผู้แข่งขัน ได้แก่ กรณีที่เอกชนรายใดรายหนึ่งได้ลงทุนในกิจการนั้นแต่ผู้เดียวหรือเป็นกรณีที่มีการใช้วิธีสอบราคาหรือตกลงราคามาแล้วแต่ไม่ได้ผลและได้มีการยกเลิกไปแล้วหรือกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ฝ่ายปกครองสามารถใช้วิธีการตกลงราคาแบบไม่มีการแข่งขันได้

5.7.2 การมอบให้จัดทำบริการสาธารณะ หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองทำสัญญามอบให้คู่สัญญาที่อาจเป็นเอกชนหรือนิติบุคคลมหาชนอื่นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครองด้วยการลงทุนของกลุ่มสัญญา มีรูปแบบที่สำคัญ 4 รูปแบบ คือ¹

1) การมอบหมายให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ การที่หน่วยงานของรัฐมอบหมายให้เอกชนดำเนินการในสิ่งที่มีอยู่แล้ว โดยเอกชนเข้ามาบริหารทรัพย์สินโดยได้รับค่าตอบแทน การบำรุงรักษาซ่อมแซมใหญ่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ ผู้รับมอบหมายบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐมีหน้าที่ดูแลซ่อมแซมเพียงเล็กน้อยในเรื่องการเงินนั้น โดยผู้รับมอบหมายจะได้ค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ใช้บริการซึ่งค่าธรรมเนียมนี้ จะแบ่งเป็นสองส่วน ส่วนแรก จะเป็นของเอกชนผู้รับมอบหมาย อีกส่วนตกเป็นของหน่วยงานของรัฐเจ้าของทรัพย์สินหรือโครงการนั้น

2) การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริการกิจการบริการสาธารณะแทนรัฐ เป็นรูปแบบที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะโดยได้รับค่าตอบแทนที่กำหนดไว้ชัดเจนตายตัว การดูแลรักษาทรัพย์สินเป็นหน้าที่ของผู้รับมอบหมาย ในกรณี

¹เดอร์ โบยาว, เรื่องเดียวกัน, หน้า 28-31.

ที่มีการซ่อมแซมใหญ่รัฐจะรับภาระซ่อมแซม ในด้านการเงิน ผู้รับมอบหมายจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการแต่ละแห่งส่งเข้าหน่วยงานของรัฐทั้งหมด

3) การจ้างผู้บริหารแทน ผู้บริหารจัดการแทนจะได้รับค่าตอบแทนเหมือนจ่ายเหมือนลูกจ้างในฐานะผู้บริหารโครงการ ผู้รับมอบหมายจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการแต่ละแห่งส่งเข้าหน่วยงานของรัฐทั้งหมด

4) สัมปทาน ได้แก่ การที่ผู้รับสัมปทานได้รับมอบหมายจากรัฐให้เป็นผู้จัดให้มีบริการสาธารณะ ผู้รับสัมปทานจะต้องลงทุนเองต้องรับผิดชอบต่อความเสี่ยงเอง โดยผู้ได้รับสัมปทานมีรายได้จากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการ เมื่อหมดสัญญาแล้วสิ่งก่อสร้างต่าง ๆ จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ

6. การใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่

ท่านศาสตราจารย์ ดร. วารี นาสกุล ได้อธิบายลักษณะการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ไว้ว่า¹ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายถึง ผู้ซึ่งเข้าไปดำเนินการตามระเบียบที่รัฐวางไว้หรือเข้าไปดูแลดำเนินงานต่าง ๆ เป็นไปตามระเบียบ เจ้าหน้าที่ของรัฐเรียกชื่อต่าง ๆ กัน ถ้าเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งดูแลภารกิจของรัฐในทางปกครองส่วนใหญ่ ได้แก่ ข้าราชการและส่วนย่อย ได้แก่ ลูกจ้าง ข้าราชการมีหลายประเภท เช่น ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการตำรวจและข้าราชการตุลาการ ถ้าเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งดูแลภารกิจของท้องถิ่น ได้แก่ ข้าราชการและพนักงาน เช่น พนักงานเทศบาลเมืองหรือข้าราชการในกรุงเทพมหานคร เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน คือ จะทำการใด ๆ ได้ก็ต้องเมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้ กฎหมายให้อำนาจ ก็เพราะต้องจัดทำภารกิจเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐ นอกจากเป็นข้าราชการแล้วยังอาจเป็นเอกชนได้ ถ้าเอกชนนั้นเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะในนามของรัฐ เช่น เรื่องการสร้างทางโดยเอกชนแล้วให้เอกชนเก็บค่าผ่านทางได้ เอกชนก็เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเช่นกัน

¹วารี นาสกุล, หลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เดือน-ตุลา, 2551), หน้า 89-90.

เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ อาจดำเนินการผิดพลาดได้และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ใช้อำนาจนอกเหนือจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการดำเนินการของเจ้าหน้าที่นั้น ๆ ดังที่เรียกกันว่า เป็นการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อตรวจสอบ ควบคุมดูแล การดำเนินการเจ้าหน้าที่ของรัฐ ให้เป็นไปในทิศทางที่ถูกต้อง นับว่าเป็นมาตรการป้องกัน ในระบบบริหารเพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างการบริหารงานของรัฐกับสิทธิประโยชน์ของ ประชาชนและก่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่ประชาชนในการบริหารงาน การใช้มาตรการใน การควบคุมการบริหารงาน มีทั้งด้านการเมืองและทางด้านการปกครอง ในทางด้านการเมือง ได้แก่ การอภิปรายไม่ไว้วางใจ การตั้งกระทู้ ทางด้านการปกครอง ได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการสอบสวนทางวินัย เป็นต้น

อำนาจในการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องดำเนินไปในทางที่กฎหมายให้อำนาจไว้ การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาจแยกเป็นสองลักษณะ ได้แก่

6.1 อำนาจผูกพัน

อำนาจผูกพัน หมายความว่า เมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งว่าต้อง กระทำอย่างไร เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องกระทำการตามนั้น เช่น กฎหมายบัญญัติไว้ว่า เมื่อมีการขอก่อตั้งมูลนิธิโดยผู้ขอก่อตั้งมีเอกสารครบถ้วนและวัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อ กฎหมาย เจ้าหน้าที่ที่จะต้องอนุญาตให้ก่อตั้งได้

6.2 อำนาจใช้ดุลพินิจ

อำนาจใช้ดุลพินิจ หมายความว่า กฎหมายให้อำนาจไว้อย่างกว้าง ๆ ให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจว่าจะให้กระทำหรือไม่ให้กระทำการใดก็ได้ เช่น ในการขอตั้ง สถานบริการ ซึ่งผู้ขอต้องมีเอกสารครบถ้วนแต่อาจขอตั้งในสถานที่ไม่เหมาะสม เช่น ใกล้วัด ใกล้โรงเรียน เจ้าหน้าที่อาจใช้ดุลพินิจไม่ให้จัดตั้งก็ได้

เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้วินิจฉัยอย่างไรแล้ว ศาลไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบ ได้ เช่น อธิบดีสั่งลงโทษอาจารย์ท่านหนึ่งให้ออกจากราชการ อาจารย์ท่านนั้นจะไปฟ้องร้องต่อศาลว่าอธิการบดีทำละเมิดต่อตนไม่ได้

7. การควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ

การควบคุมการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือจะเรียกอีกนัยหนึ่งว่า “การควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน” อาจใช้มาตรการทางการเมือง ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นข้าราชการการเมืองเรียกร้องให้รัฐบาลมีความรับผิดชอบหรือแสดงความรับผิดชอบในกิจการที่กระทำไปในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งอาจใช้วิธีการได้หลายอย่าง อาทิ การเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจ การตั้งกระทู้การอภิปราย การถอดถอนหรืออาจใช้มาตรการทางกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน เช่น ‘ไล่ออกหรือให้ออก เป็นต้น’¹

การควบคุมการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็น การควบคุมทางการเมืองหรือทางปกครอง โดยส่วนรวมแล้ว อาจกระทำได้ 2 วิธี คือ²

7.1 การควบคุมโดยกฎหมาย

การควบคุมโดยกฎหมาย คือ รัฐจะตรากฎหมายขึ้นมาควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติถึงความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เป็นต้นว่า ความผิดฐานเรียกรับสินบนหรือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้บัญญัติว่า ผู้ถูกกล่าวหาจะให้การในชั้นสอบสวนหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้ถูกกล่าวหาไม่ให้การ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะบังคับให้ให้การไม่ได้หรือพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริต ซึ่งได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน พ.ศ. 2542 ให้อำนาจทางคณะกรรมการที่จะสอบสวนข้าราชการ ตลอดจนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ถูกกล่าวหาว่าประพฤติมิชอบ เป็นต้น

¹วารี นาสกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 91.

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 91-92.



7.2 การควบคุมโดยองค์กร

การควบคุมโดยองค์กรนี้ มีทั้งการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายบริหารและการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายบริหาร กล่าวคือ

7.2.1 การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายบริหาร เพื่อประโยชน์ที่จะช่วยให้การใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ แต่จะต้องอยู่ภายในกรอบที่กฎหมายวางไว้ จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติที่จะตรวจสอบแก้ไข เพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากที่สุดเท่าที่จะมากได้ เท่ากับว่า การควบคุมนั้นเป็นไปในรูปแบบของการป้องกันและแก้ไข การควบคุมในรูปแบบป้องกันก็คือ ก่อนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะสั่งการอย่างใดลงไป สมควรจะให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมวิเคราะห์ก่อน ซึ่งวิธีการนี้เรียกว่า “Public Hearing” เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องระมัดระวังการทำงานของตนให้ดี เช่น ถ้าจะสร้างรถไฟลอยฟ้าหรือรถไฟใต้ดิน เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้มีคำสั่งอย่างใดลงไป ถ้าประชาชนเห็นคำสั่งนั้นไม่ถูกต้อง ก็จำต้องหาองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดว่าคำสั่งนั้นถูกต้องหรือไม่ องค์กรนั้นอาจเป็นได้ทั้งองค์กรภายในฝ่ายบริหารหรือองค์กรภายนอก องค์กรภายในที่มีอำนาจชี้ขาด ได้แก่ การร้องเรียนไปยังผู้ออกคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่ง¹

อาจารย์ ทศนะ คล่องวิจักขณ์ ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับแนวคิดและกระบวนการในการจัดทำประชาพิจารณ์ไว้ดังนี้²

ประชาพิจารณ์ (Public Hearing) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้เพื่อชี้ให้เห็นความสำคัญของการมีระเบียบดังกล่าวว่า “เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการรับฟังการแสดงความคิดเห็นในปัญหาสำคัญของชาติที่มีข้อโต้แย้งหลายฝ่าย สำหรับเป็นแนวทางประกอบการตัดสินใจของรัฐในการดำเนินงานอันมีผลกระทบต่อประชาชน”

¹วารี นาสกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

²ทศนะ คล่องวิจักขณ์, ประชาพิจารณ์: แนวคิดและกระบวนการ [Online], available URL: http://www.cdn.learners.in.th/assets/media/files/000/231/719/original_publichearing.doc?1285432628, 2554 (กรกฎาคม, 9), หน้า 1-7.

Public Hearing เป็นคำศัพท์ที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการแปลคำศัพท์นี้ เป็นภาษาไทยที่แตกต่างกันอยู่ เช่น ได้สวนสาธารณะหรือประชาพิจารณ์

คำว่า “Hearing” นั้นโดยทั่วไปในทางกฎหมาย หมายถึง การนั่งพิจารณาคดี ซึ่งใช้ในกระบวนการพิจารณาของศาลหรือองค์กรในระดับที่คล้ายคลึงกัน

“Public Hearing” แต่เดิมหมายถึง การพิจารณาโดยเปิดเผยของศาล เพื่อให้สาธารณชนได้รับรู้ ต่อมาได้มีการนำคำนี้มาใช้กับการดำเนินงานของฝ่ายบริหาร โดยหมายถึง การนั่งพิจารณาพยานหลักฐาน โดยเปิดเผยและมีกระบวนการที่เคร่งครัดอย่างศาลเท่านั้น จากนั้น ก็ได้มีการนำคำศัพท์นี้ไปใช้กับกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วย

“Public Hearing” เป็นรูปแบบหนึ่งของกระบวนการที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นก่อนออกกฎ คำสั่งหรือการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในปัญหาสำคัญ ๆ ที่มีผลกระทบสิทธิของบุคคลต่าง ๆ ซึ่งเป็นกระบวนการที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา

“Public Inquiry” เป็นคำศัพท์ที่ใช้อยู่ในกฎหมายของอังกฤษ มีการแปลคำศัพท์นี้เป็นภาษาไทยที่แตกต่างกันอยู่ เช่น มีการแปลว่า “การได้สวนสาธารณะ” หรือ “การสอบสวนโดยเปิดเผย” และ “การรับฟังทางมหาชน”

“Public Inquiry” หมายถึง มาตรการทางปกครองที่เปิดโอกาสให้ผู้ที่จะถูกระทบหรือเสียหายในเรื่องนั้น ๆ ได้มีโอกาสแสดงความคิดเห็นหรือโต้แย้งคัดค้านก่อนที่ฝ่ายบริหารจะออกกฎหรือมีคำสั่งในเรื่องนั้น ๆ โดยให้องค์กรหรือบุคคลที่มีความเป็นอิสระเป็นผู้ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นนั้น

การได้สวนสาธารณะ (Public Hearing) ความหมายในทางวิชาการ เป็นมาตรการที่กำหนดให้มีขึ้นเพื่อควบคุมให้การปฏิบัติราชการของรัฐส่วนที่เรียกว่า การกระทำทางปกครอง ซึ่งกระทบถึงส่วนได้เสียอีกหลากหลายของผู้คนในสังคมให้เป็นไปโดยโปร่งใส เปิดรับข้อคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียโดยกว้างขวางเท่านั้น

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น “Public Hearing” เป็นรูปแบบหนึ่งของกระบวนการที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นก่อนออกกฎ คำสั่งหรือ

การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในปัญหาสำคัญ ๆ ที่มีผลกระทบสิทธิของบุคคลต่าง ๆ เพื่อควบคุมให้การปฏิบัติราชการของรัฐส่วนที่เรียกว่า การกระทำทางปกครองซึ่งกระทบถึงส่วนได้เสียประชาชนส่วนรวม ให้เป็นไปโดยโปร่งใส ซึ่งในประเทศไทยมีชื่อเรียกที่แตกต่างกัน เช่น การไต่สวนสาธารณะหรือประชาพิจารณ์

โดยหลักการของมาตรการไต่สวนสาธารณะ จะต้องมียุทธศาสตร์สำคัญสองส่วนประกอบด้วยกัน คือ องค์ประกอบภายนอก คือ จะต้องเกิดขึ้นก่อนการตัดสินใจของผู้มีอำนาจและข้อสรุปจากการไต่สวนมีฐานะเป็นเพียงข้อเสนอให้ผู้มีอำนาจวินิจฉัยเท่านั้น ส่วนองค์ประกอบภายในการรับฟังต้องมีลักษณะเป็นการไต่สวน คือ เป็นไปโดยเที่ยงตรงเปิดเผยและยุติธรรมและมีฐานะเป็น “สิทธิ” ของผู้เสียหายที่บังคับตามสิทธิได้โดยกระบวนการยุติธรรม

วัตถุประสงค์ของการจัดทำประชาพิจารณ์ ฌ็อง มาเตอร์ (Jean Mater) ได้กล่าวว่า ในการจัดกำหนดรายการจัดทำประชาพิจารณ์ของรัฐเพื่อให้บรรลุความสำเร็จนั้น อย่างน้อยจะต้องมีวัตถุประสงค์หนึ่งข้อหรือมากกว่าใน 10 ประการต่อไปนี้

1) เพื่อให้ง่ายต่อการบังคับใช้กฎหมาย (To Comply with the Law)
 2) เพื่อให้ได้ข้อมูลจากพลเมือง (To Obtain Information from or About Citizens) เจ้าหน้าที่ของรัฐนำประชาพิจารณ์มาใช้ก็เพื่อฟังความเห็นของพลเมืองในประเด็นเป้าหมาย ทางเลือกในนโยบายและการปฏิบัติ

3) เพื่อให้ข้อมูลต่อพลเมือง (To Give Information to Citizens)
 ในการจัดทำประชาพิจารณ์บางครั้ง มีเป้าหมายเพื่อแจ้งให้พลเมืองทราบถึงแผนงานและโครงการ

4) เพื่อปรับปรุงแผนงานและการตัดสินใจ (To Improve Public Decision or Programs) ในบางครั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องการที่จะปรับแผนหรือการตัดสินใจเชิงสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในแผนงานที่ยากและไม่เป็นที่น่าสนใจ กระบวนการจัดทำประชาพิจารณ์จึงถูกนำมาใช้

5) เพื่อเพิ่มความยอมรับต่อแผนงานและการตัดสินใจเชิงสาธารณะ (To Enhance Acceptance of Public Decisions on Programs)

6) เพื่อปรับเปลี่ยนรูปแบบการใช้อำนาจทางการเมืองและการจัดสรรทรัพยากร (To Alter Political Power Patterns and Resource Allocations) กรณีนี้ หมายถึง ในบางครั้ง การใช้ประชาธิปไตยก็เพื่อเป้าหมายในเชิงการเมือง (Political Process)

7) เพื่อตอบสนองภารกิจของพลเมือง (To Respond to Citizen Concerns)

8) เพื่อถ่วงเวลาหรือหลีกเลี่ยงการตัดสินใจในเชิงสาธารณะที่ยาก ๆ (To Delay or Avoid Difficult Public Decisions)

9) เพื่อเพิ่มความได้เปรียบในทางการเมือง (To Gain Political Advantage)

10) เพื่อค้นหาแนวทางความร่วมมือในการแก้ปัญหา (To Seek Collaborative Solutions to Problems)

เพื่อความสำเร็จในการจัดทำประชาพิจารณ์แต่ละครั้ง จะต้องได้รับการสนับสนุนจากกลุ่มคนเหล่านี้ คือ กลุ่มผู้มีอำนาจในการตัดสินใจ ซึ่งประกอบด้วย ทีมงานที่ปรึกษาผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน คณะกรรมการผู้ชำนาญการ ตลอดจนสาธารณชน และผู้นำในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งได้แก่ ผู้มีชื่อเสียงที่ปรากฏในภาพยนตร์และสถานีโทรทัศน์ เจ้าหน้าที่ที่ได้รับการเลือกตั้ง นักการศึกษา นักเขียนหรือผู้นำกลุ่มผลประโยชน์และจะต้องได้รับการสนับสนุนจากสื่อและแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ได้แก่ สุนทรพจน์ ศูนย์ให้บริการข่าว ผู้มีอำนาจที่เกี่ยวข้อง

ในการจัดทำประชาพิจารณ์แต่ละครั้งนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องบรรลุเป้าหมายสำคัญ ก็คือ การผลักดันให้เป็นไปตามความต้องการโดยเสียงสนับสนุนของคนส่วนใหญ่ของสังคม สิ่งที่ต้องจำเป็นอย่างยิ่งในการจัดทำประชาพิจารณ์ ก็คือ การแสวงหาลังของประชาชนส่วนใหญ่หรือทั้งหมดในสังคมและสิ่งที่ขาดเสียมิได้เพื่อเป้าหมายดังกล่าว ก็คือ ยุทธวิธี (Tactics) ซึ่งยุทธวิธีแต่ละอย่างในการจัดทำประชาพิจารณ์ ที่จะสะท้อนให้เห็นถึงพลังสนับสนุนหรือพลังเรียกร้องของประชาชนได้นั้น นับว่าเป็นหัวใจสำคัญในการปฏิบัติตามยุทธศาสตร์ของการจัดทำประชาพิจารณ์ เพื่อแปรยุทธศาสตร์สู่ภาคปฏิบัติและแปรไปสู่ความสัมฤทธิ์ผลในท้ายที่สุด แต่ยุทธวิธี

ที่จะกล่าวถึงในที่นี้ คือ ยุทธวิธีสำหรับการแสวงหาความเห็นพ้องต้องกันของสาธารณชน โดยเฉพาะหรือกล่าวอีกแง่หนึ่ง ก็คือ ประชาพิจารณ์มียุทธศาสตร์ที่สำคัญอย่างหนึ่ง คือ ความเห็นพ้องต้องกันในหมู่ประชาชน (The Public Consensus Strategy)

การจัดทำประชาพิจารณ์ เพื่อแสวงหาความเห็นพ้องต้องกันของประชาชนนั้น จะเป็นเครื่องยืนยันให้เห็นถึงเสียงสนับสนุนของภาคประชาชน (Popular Support) ที่มีผลหรือเป้าหมายบางอย่างได้ เช่น เสียงสนับสนุนของประชาชนในพื้นที่เลือกตั้งที่มีต่อนักการเมืองหรือเสียงสนับสนุนของประชาชนที่มีต่อนโยบายของรัฐ จากการประมวลยุทธวิธีสำหรับการแสวงหาความเห็นพ้องต้องกันของสาธารณชน ทำให้ทราบว่ายุทธวิธีดังกล่าว มุ่งเน้นไปในสิ่งดังต่อไปนี้¹ คือ การระดมเสียงสนับสนุน (Mobilizing Supporters) เพื่อจะเชื่อมประชาชนกับเป้าหมายอื่นที่จะช่วยเสริมความน่าเชื่อถือและการบรรลุผลสำเร็จของการทำประชาพิจารณ์ นั่นก็คือ การเชื่อมต่อกับสื่อมวลชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะสามารถเอื้ออำนวยความสะดวกในการจัดทำประชาพิจารณ์และความน่าสนใจของประชาชนคนอื่น ๆ การแสวงหาพันธมิตรและผู้ที่จะเห็นใจ (Enlisting Allies and Sympathizers) เพื่อแสวงหาแนวร่วมในสังคมหรือการเสริมสร้างความยอมรับในหมู่สื่อมวลชน (Developing Media Recognition) เพื่อแสวงหาความสนับสนุน การจัดการกับการจัดทำประชาพิจารณ์อย่างเป็นระบบ (Managing The Hearing) เพื่อก่อให้เกิดความสนับสนุนที่พร้อมเพรียงกัน

การจัดทำประชาพิจารณ์จะเกิดขึ้นตั้งแต่ก่อนจะมีการจัดทำประชาพิจารณ์ จนกระทั่งถึงการนำผลประชาพิจารณ์ไปเข้าสู่กระบวนการผลักดันสู่เป้าหมาย ซึ่งสามารถทำความเข้าใจเป็นลำดับได้ดังต่อไปนี้

1) ขั้นตอนการจัดเตรียมความพร้อมในส่วน of ประชาชน (Setting the Stage) ทั้งนี้เพราะว่า กระบวนการจัดทำประชาพิจารณ์ที่จะสำเร็จได้จะต้องเกี่ยวข้องกับ

¹Mater Jean, **Public Hearings Procedures and Strategies** (Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1984), pp. 105-109.

โดยตรงกับการกระตุ้นความสำนึกและความยอมรับในการจัดทำประชาพิจารณ์ในเรื่องใด ๆ

2) การสื่อสารทำความเข้าใจกับเจ้าหน้าที่รัฐหรือสื่อมวลชน

(Communicating with Public Officials and the Media) การเรียกเสียงสนับสนุนจากเจ้าหน้าที่ของรัฐและสื่อมวลชน เพื่อให้มีความสนใจเป็นพิเศษกับการจัดทำประชาพิจารณ์ในส่วนนี้ จะต้องเกี่ยวข้องกับวิธีการหลากหลายรูปแบบ ตัวอย่างเช่น การรณรงค์ การจัดสัมมนา การจัดสัมมนาเชิงปฏิบัติการหรือการจัดอภิปราย เป็นต้น

3) การแสวงหาผู้สนับสนุน (Finding Supporters) ในขั้นตอนนี้ อาจจะต้องอาศัยการทุ่มเทแรงกายของทีมผู้สนับสนุน ซึ่งกลุ่มคนเหล่านี้ จะต้องสะท้อนให้เห็นถึงแรงสนับสนุนที่ประชาชนมีต่อการจัดทำประชาพิจารณ์หรือเป้าหมายของการจัดทำประชาพิจารณ์ สะท้อนให้เห็นถึงผลประโยชน์ของประชาชนมากกว่าผลประโยชน์เฉพาะกลุ่มคนเท่านั้น ดังนั้น กลุ่มคนเหล่านี้ อาจจะได้แก่กลุ่มคนทำงานระดับปฏิบัติการ (Grass Root Group) พันธมิตร (Allies) เป็นต้น หรืออาจจะแสวงหาความสนับสนุนจากประชาชนที่มีบทบาทในสังคมเป็นการเฉพาะเป็นราย ๆ ไปก็ย่อมได้

4) มอบหมายให้มีผู้จัดการกำกับการจัดทำประชาพิจารณ์ในแต่ละสถานที่ (A Hearing Floor Manager) โดยผู้ที่ได้รับมอบหมายจะมีหน้าที่คอยจัดการให้การประชาพิจารณ์ดำเนินไปอย่างเป็นระบบและมีระเบียบ อาจจะต้องคอยอำนวยความสะดวกเมื่อประชาชนแสดงความคิดเห็นและคอยกำกับให้การแสดงความคิดเห็นดำเนินไปในทิศทางที่ชัดเจนมากที่สุด นอกจากนี้ ผู้จัดการประชาพิจารณ์ยังจะต้องร่วมในการวางแผนการจัดทำประชาพิจารณ์เพื่อให้การจัดทำประชาพิจารณ์ในครั้งถัดไปเป็นไปอย่างราบรื่นที่สุด

5) มีคณะกรรมการประชาพิจารณ์พิเศษ (Special Public Hearing-Committee) คอยให้ความสะดวกและช่วยเหลือผู้จัดการกำกับการประชาพิจารณ์ โดยที่คนกลุ่มนี้ จะมาจากผู้ให้การสนับสนุน ซึ่งควรจะเป็นอาสาสมัครและคอยช่วยเหลือในเรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ เช่น การเก็บรวบรวมรายชื่อเอกสาร การติดต่อกลุ่มคนที่เข้าร่วมทำประชาพิจารณ์ การแจกเอกสารชี้แจงให้แก่ประชาชนหรือผู้สนับสนุนหรือสิ่งอื่น ๆ ที่จะต้องมีในการทำประชาพิจารณ์

6) จัดประชุมผู้สนับสนุนและชี้แจงประเด็นในการประชาพิจารณ์ที่เข้าข่ายว่าเป็นการสนับสนุนการทำประชาพิจารณ์หรือเป้าหมายของการทำประชาพิจารณ์

7) ทีมงานประชาพิจารณ์ติดต่อผู้สนับสนุนหรือประชาชนให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ พร้อมกับย้ำถึงการแสดงความคิดเห็นที่จะมีขึ้นในการทำประชาพิจารณ์ขั้นตอนดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามทีละขั้นตอนตามนั้นเสมอไป เพราะอาจจะกระทำขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดก่อนหลังกันได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับสภาพความเป็นจริงและความสะดวกของการจัดทำประชาพิจารณ์ในแต่ละครั้งหรือในแต่ละสังคมไป ส่วนที่สำคัญอีกส่วนหนึ่งของการจัดทำประชาพิจารณ์ ก็คือ ขั้นตอนของการตัดสินใจ ซึ่งในขั้นตอนนี้ ผู้ที่ทำประชาพิจารณ์จะต้องเดินหน้าผลักดันให้ผลประชาพิจารณ์เป็นที่ยอมรับของกลุ่มผู้มีอำนาจตัดสินใจ ให้เป็นไปตามผลของประชาพิจารณ์หรืออาจจะถึงขั้นเป็นนักล็อบบีสต์ (Lobbyist)

การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในประเทศไทย ปัจจุบันระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548¹ เป็นบทบัญญัติหลักในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน²

วิธีการควบคุมการใช้อำนาจโดยองค์กรภายในองค์กรของฝ่ายบริหารนั้น มีอยู่สองวิธี คือ การร้องทุกข์และการอุทธรณ์³

1) การร้องทุกข์ เมื่อผู้ปกครองหรือผู้ที่มีอำนาจและหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินตามที่กฎหมายได้มอบหมายให้นั้น ใช้อำนาจและหน้าที่ในทางมิชอบ ทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนและความไม่เป็นธรรม ประชาชนอาจจะใช้วิธีการควบคุมการใช้อำนาจโดยวิธีการร้องทุกข์ การร้องทุกข์ เป็นกระบวนการ

¹ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548.

²ดูเพิ่มเติมที่ภาคผนวก ง, หน้า 185.

³กิจบติ ก้องเบญจภูษ, เรื่องเดิม, หน้า 104-107.

ทางกฎหมายมหาชนอย่างหนึ่งที่ใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐ วิธีการร้องทุกข์นี้ ทำได้โดยการร้องเรียนไปยังผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าหรือที่เรียกว่าเป็นผู้บังคับบัญชาในลำดับที่เหนือกว่าขึ้นไป ซึ่งจุดประสงค์ของการร้องทุกข์นั้น เพื่อให้มีการยกเลิกเพิกถอนหรือมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ออกไว้โดยไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบนั้น เช่น การขออนุญาตปลูกสร้างและต่อเติมบ้านกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่นั้นแล้วไม่ได้รับอนุญาต หากประชาชนผู้ที่เกิดกรณีพิพาทนั้น เห็นว่า การกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวใช้อำนาจและหน้าที่ที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม สามารถทำการร้องทุกข์ไปยังผู้บังคับบัญชาที่เหนือกว่าขึ้นไปได้ เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยและสั่งการเสียใหม่

2) การอุทธรณ์ สำหรับ “การอุทธรณ์” ในกรณีนี้ หมายถึง การอุทธรณ์คำสั่งและคำวินิจฉัยทางปกครอง การอุทธรณ์และการร้องทุกข์นั้นจะมีลักษณะใกล้เคียงกันมาก ผิดกันแต่ว่า การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยโดยทั่วไปนั้น จะมีระยะเวลาที่เกี่ยวข้องด้วย ตัวอย่างเช่น ประชาชนดำเนินการต่อเติมบ้านตามที่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เมื่อได้ทำการต่อเติมบ้านดังกล่าวแล้ว หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเห็นว่าการต่อเติมบ้านดังกล่าวนั้น ไม่ได้เป็นไปตามแบบที่ขออนุญาตไว้ เจ้าพนักงานอาจมีคำสั่งให้ประชาชนผู้ได้รับอนุญาตนั้นทำการรื้อถอนหรือให้ทำการแก้ไขตรงตามแบบได้ ซึ่งโดยปกติแล้ว เจ้าพนักงานของรัฐนั้นจะแจ้งกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการดังกล่าวไว้ ซึ่งหากประชาชนผู้ต่อเติมเห็นว่า การดำเนินการดังกล่าวของเจ้าพนักงานของรัฐไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบ ประชาชนสามารถดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานนั้นได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ อย่างไรก็ดี ในกรณีดังกล่าว ประชาชนผู้เกิดกรณีพิพาทนี้ อาจดำเนินการร้องทุกข์หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งตนเห็นว่าใช้อำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ตนได้

ทั้งวิธีการร้องทุกข์และวิธีการอุทธรณ์ ต่างเป็นวิธีการในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ด้วยองค์กรภายในของฝ่ายบริหารเอง กล่าวคือ การร้องทุกข์เป็นวิธีการให้ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเหนือกว่าทำการพิจารณาและทบทวนคำสั่งหรือ

คำวินิจฉัยทางการปกครองบริหารอีกชั้นหนึ่ง ส่วนการอุทธรณ์นั้น เป็นวิธีการในการขอให้มีการทบทวนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยทางการปกครองบริหารเช่นเดียวกัน แต่ต่างกันที่ว่า การอุทธรณ์นั้น จะต้องทำในระยะเวลาที่กฎหมายได้กำหนดหรือบัญญัติไว้เป็นสำคัญ¹

7.2.2 การควบคุมโดยองค์กรภายนอก องค์กรภายนอกที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีอยู่หลายองค์กรด้วยกัน ซึ่งองค์กรภายนอกที่สำคัญและรู้จักกันทั่วไป ได้แก่ ศาลยุติธรรมและศาลอื่น ๆ ที่ตั้งขึ้นมาตามกฎหมาย-รัฐธรรมนูญ การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เรียกว่า การกระทำทางปกครอง ถ้าประเทศใดไม่มีศาลปกครอง จะมีหน่วยงานพิเศษคอยตรวจสอบ เช่น ในประเทศสวีเดน จะมีหน่วยงานที่เรียกว่า “ออมบุดแมน” ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยว่า “ผู้ตรวจการแผ่นดิน” คอยตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ²

ศาลเป็นองค์กรภายนอกที่สำคัญมากที่สุด ซึ่งจะมาชี้ขาดบรรดาข้อพิพาทโต้แย้งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นอย่างชัดเจน สำหรับประเทศไทย จึงนับว่าเป็นสถาบันที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพที่ดีและที่สำคัญของประชาชน เป็นอำนาจหนึ่งในบรรดาอำนาจอธิปไตย ซึ่งศาลก็ต้องตัดสินใจตามตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ นอกจากนี้ยังมีองค์กรภายนอกอื่นอีกมาก ที่ควบคุมการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น ศาลปกครองหรือสำนักงานป้องกันและปราบปรามการประพฤติมิชอบในวงราชการ³

8. หลักนิติรัฐ

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยยึดหลัก “การปกครองโดยกฎหมาย” หรือที่เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” ซึ่งนักกฎหมายของไทยหลายท่าน ได้ให้ความหมาย “หลักนิติรัฐ” เอาไว้ตามทัศนะดังนี้

¹ กิจปติ ก้องเบญจกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 107.

² วาริ นาสกุล, เรื่องเดิม, หน้า 92.

³ เรื่องเดียวกัน.

รองศาสตราจารย์ ดร. กิจปติ ก้องเบญจกุล¹ ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับหลักนิติรัฐไว้ว่า “หลักนิติรัฐ” คือ การปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่นำมาใช้นั้นจะต้องมาจากประชาชน ไม่ใช่มาจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มคนใดกลุ่มคนหนึ่ง ซึ่งมีหลักการสำคัญ คือ รัฐและฝ่ายปกครองจะต้องใช้กฎหมายที่ประชาชนหรือตัวแทนของประชาชนบัญญัติเป็นหลักในการปกครอง การดำเนินการใด ๆ ก็ตามของรัฐและฝ่ายปกครอง จะต้องดำเนินไปตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้และต้องเป็นไปตามหลักแห่งความยุติธรรม รัฐและฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ที่สำคัญ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองดังกล่าวจะต้องสามารถตรวจสอบและควบคุมได้¹

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายไว้ว่า ตามแนวความคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยนั้น ถือว่า แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ต้องเคารพกฎหมายซึ่งมีอยู่ 2 ทฤษฎีหลัก ๆ คือ²

1) ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจของตนเองด้วยความสมัครใจ ซึ่ง เจียร์ริง (Jherring) และ เจลลีเนค (Jeelinek) นักปราชญ์ชาวเยอรมัน เป็นผู้เสนอทฤษฎีว่า รัฐ ไม่อาจถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายได้ เว้นแต่ รัฐจะสมัครใจผูกพันด้วยตนเองด้วยกฎหมายที่ตนสร้างขึ้นและกฎหมายหลักที่รัฐสร้างขึ้นมา ก็คือ รัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญจะกำหนดสถานะของอำนาจการเมืองในรัฐว่าอยู่ที่องค์กรใด ต้องใช้อย่างไร มีข้อจำกัดอย่างไร

2) ทฤษฎีนิติรัฐ (Legal State) ซึ่ง การ์เร่ เดอ มาลแบร์³ ได้นำเสนอแนวความคิดว่า รัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่

¹ กิจปติ ก้องเบญจกุล, เรื่องเดิม, หน้า 39.

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 48-54.

เอกชนไม่ต้องให้ความยินยอม กฎหมายมหาชนให้อำนาจแก่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเอง ก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ ผลที่ตามมา ก็คือ จะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็น การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร (กฎ คำสั่งทางปกครอง) ให้เป็นไปโดยชอบ ด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้คำอธิบาย แนวความคิดและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐไว้ พอสรุปได้ว่า รัฐเสรีประชาธิปไตย ยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่รัฐก็ต้องธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณี รัฐจำเป็นต้องบังคับ ให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นกระทำการบางอย่าง โดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่-ของรัฐ สามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่น ต่อราษฎรว่าองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎร ได้ก็ต่อเมื่อ มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งและเป็นการทั่วไปว่า ให้องค์กรของรัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขต อย่างไร¹

จากความหมายดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาจสรุปได้ว่า “หลักนิติรัฐ” มีสาระสำคัญ อยู่สามประการ คือ

ประการแรก บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐ-ฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น จะต้องมิใช่ความระบุนไว้ อย่างชัดเจนพอสมควรว่า ให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างใดและกฎหมาย

¹วิกิพีเดีย, สารานุกรมเสรี, นิติรัฐ [Online], available URL: <http://www.th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%99%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B8%B4%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%90,2554> (กันยายน, 13).



ดังกล่าว จะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

ประการที่สอง บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อเมื่อ มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องให้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

ประการที่สาม การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญก็ดี การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดีจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ดังนั้น “หลักนิติรัฐ” จึงหมายถึง การปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่นำมาใช้ในการปกครองนั้น จะต้องมาจากประชาชนไม่ใช่มาจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หลักนิติรัฐมีหลักการสำคัญ คือ รัฐและฝ่ายปกครองจะต้องใช้กฎหมายที่ประชาชนหรือตัวแทนของประชาชนบัญญัติเป็นหลักในการปกครอง การดำเนินการใด ๆ ก็ตามของรัฐและฝ่ายปกครอง จะต้องดำเนินไปตามกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องเป็นไปตามหลักแห่งความยุติธรรม รัฐและฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้และการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องสามารถตรวจสอบและควบคุมได้

9. หลักประโยชน์สาธารณะ

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำอธิบายเรื่องนี้ไว้ พอสรุปได้ดังนี้ ในกฎหมายเอกชน ถือว่าเอกชนต่างฝ่ายต่างมุ่งประสงค์ส่วนตัวของตน กฎหมายจึงต้องถือว่าเอกชนเสมอภาคและเท่าเทียมกันตามกฎหมาย นิติสัมพันธ์ที่จะเกิดขึ้นจึงต้องอาศัยความสมัครใจเข้าก่อนนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ดังนั้น สัญญาจึงเป็นที่มาของนิติสัมพันธ์

ส่วนใหญ่ในระหว่างเอกชนด้วยกัน นอกจากนี้ หากมีการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่หรือไม่ปฏิบัติตามที่ตกลงกันไว้ เอกชนไม่สามารถบังคับกันเองได้ แต่จะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลให้บังคับให้

แต่ในกฎหมายมหาชน มีการคิดค้นรัฐขึ้นมาเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนจำนวนมาก ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคมที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” จะต้องให้ประโยชน์สาธารณะมาก่อนหรืออยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชนไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็จะต้องให้รัฐโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะแทน โดยให้องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจหน้าที่บังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้

ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะหรือความต้องการของคนหมู่มากในสังคม จึงเป็นหัวใจของกิจการของรัฐและเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการทุกอย่างขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อมีหลักว่าด้วยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้แทนของรัฐต้องการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ต่างจากปัจเจกชนที่ทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ผลทางกฎหมายมหาชนที่ตามมาก็คือ รัฐ องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีฐานะเหนือกว่าเอกชน กิจการของรัฐซึ่งดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นแยกได้เป็นสองลักษณะ คือ การใช้อำนาจควบคุมโดยการออกกฎเกณฑ์หรือคำสั่งให้คนในสังคมปฏิบัติตาม เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองและการให้บริการสนองตอบความต้องการด้านต่าง ๆ ของคนในสังคม¹

นอกจากนี้ พจนานุกรมศัพท์กฎหมายมหาชน (ฝรั่งเศส-ฝรั่งเศส) ของ Philippe Foillard ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าประโยชน์สาธารณะไว้ว่า “ข้อพิพาทข้อแรกของกิจกรรมของฝ่ายปกครอง” โดยได้อธิบายไว้ว่า หน้าที่หลักของฝ่ายปกครอง คือ การจัดทำกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” มิใช่เพื่อประโยชน์

¹บรรศักดิ์ อุวรรณ โณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 298-301.

ของเอกชนรายหนึ่งรายใด กิจกรรมเหล่านี้เรียกว่า “บริการสาธารณะ” ประโยชน์-สาธารณะถือเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งของกฎหมายปกครองและเป็นสิ่งที่นำมาใช้ในการวางกรอบอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ กิจกรรมที่ได้ดำเนินการโดยเอกชนไม่สามารถจัดได้ว่าเป็น “บริการสาธารณะ” หากมิได้จัดทำขึ้นเพื่อสาธารณชนทั่วไป เช่น งานก่อสร้างต่าง ๆ ไม่จัดว่าเป็นงานโยธาสาธารณะหากมิได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์-สาธารณะ เมื่อกิจกรรมใดเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะก็จะอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ ที่เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง นั่นคือ อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ในการใช้นิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือบุคคลทั่วไป รวมทั้งอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวหรือการเวนคืน เป็นต้น¹

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น “ประโยชน์สาธารณะ” หรือ “ความต้องการของคนหมู่มากในสังคม” คือ หัวใจของกิจการของรัฐและเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการทุกอย่างขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น การดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐหรือฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, ความหมายของประโยชน์สาธารณะ [Online], available URL: [http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=461, 2554](http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=461,2554) (กรกฎาคม, 9).