

การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครอง

ว่าที่ร้อยตรี สิทธิพร สलगสิงห์

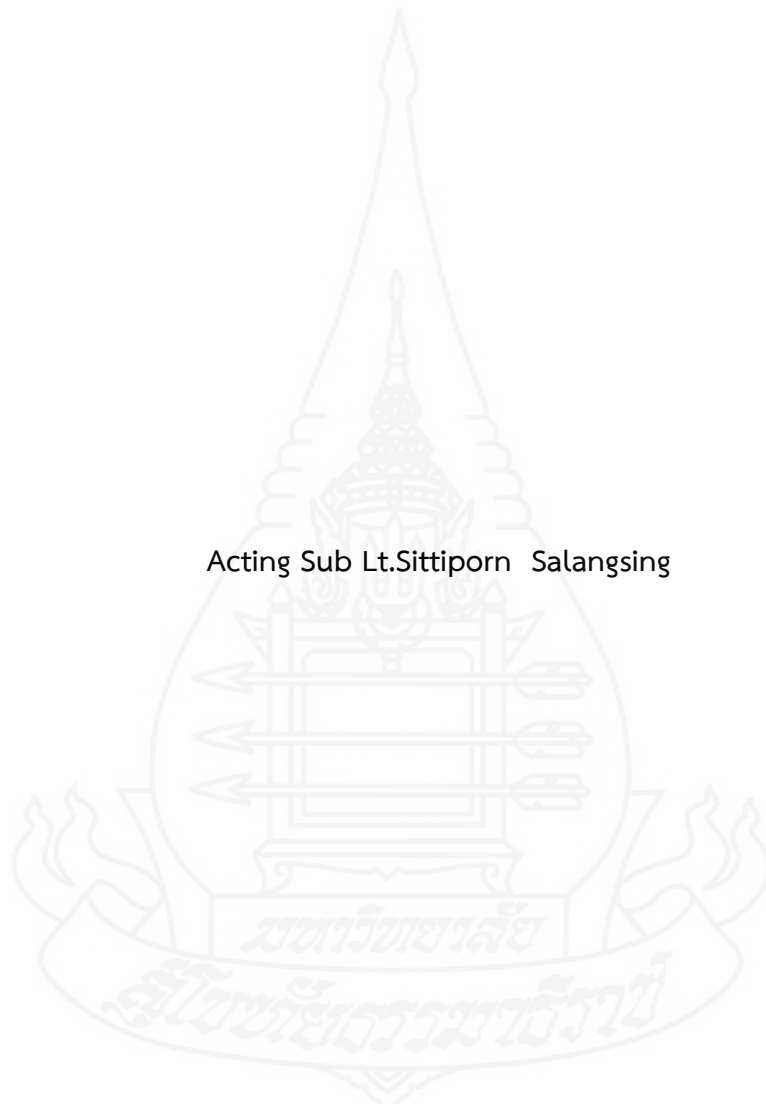


การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2562

Introduction of Public service Principles in Administrative Cases

Acting Sub Lt.Sittiporn Salangsing



An Independent study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirement for
the Degree of Master of Laws in Public Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2019

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ

ชื่อและนามสกุล

วิชาเอก

สาขาวิชา

อาจารย์ที่ปรึกษา

การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครอง

ว่าที่ร้อยตรี สิทธิพร สलगสิงห์

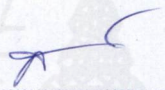
กฎหมายมหาชน


นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

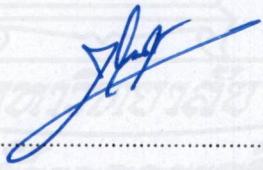
รองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 31 สิงหาคม 2563

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ


.....ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ)


.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ภาณินี กิจพ่อคำ)


.....
(รองศาสตราจารย์วรวุฒิ เทพทอง)
ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครอง

ผู้ศึกษา ว่าที่ร้อยตรี สิทธิพร สलगสิงห์ รหัสนักศึกษา 2614004493 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ สิริพันธ์ พลรบ ปีการศึกษา 2562

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) เพื่อศึกษาถึงความหมาย แนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ (2) เพื่อศึกษาถึงลักษณะและวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะรวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ (3) เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาในการนำหลักการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อมาใช้ในคดีปกครองได้อย่างถูกต้อง เหมาะสม (4) เพื่อเสนอแนะแนวทางในการนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครอง ได้อย่างเหมาะสม

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้จะเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ เป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร(document Research) ตำรา กฎหมาย บทความทางวิชาการ และศึกษาบทบัญญัติทางกฎหมายของทั้งในประเทศ และต่างประเทศ โดยจะมุ่งเน้นในส่วนของทฤษฎีต่างๆ รวมถึงการพิจารณาศึกษาคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง ทั้งของกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่า (1)ความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” มีที่มาจากแนวคิดทฤษฎีในทางปกครอง ซึ่งเป็นการให้ความหมายในลักษณะที่กว้าง เพื่อที่จะสามารถที่จะนำมาปรับใช้ในการตีความ ความหมายของบริการสาธารณะในลักษณะต่างๆเพื่อให้ครอบคลุมกับบริการสาธารณะที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต (2)การจัดทำบริการสาธารณะทั้งในประเทศไทยและประเทศฝรั่งเศสมีการจัดทำบริการสาธารณะที่คล้ายคลึงกัน คือ ให้ภาครัฐจัดทำเองหรือมอบหมายให้หน่วยงานอื่นของรัฐจัดทำ และการมอบให้เอกชนดำเนินการจัดทำ แต่การจัดทำก็จะวางอยู่บนหลักของการจัดทำบริการสาธารณะที่มีอยู่ 3 หลัก คือ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง (3)เมื่อพิจารณาถึงขอบเขตภารกิจในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้น หากเป็นหน่วยงานของรัฐจะไม่ค่อยมีปัญหาเท่าใดนัก เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดเอาไว้โดยชัดเจนอยู่แล้ว แต่หากปัญหาส่วนใหญ่มักจะเกิดขึ้นในกรณีมอบหมายให้เอกชนดำเนินการ โดยจะต้องพิจารณาถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบคู่สัญญา แล้วถึงจะพิจารณาว่าต้องมีความรับผิดชอบเช่นไร ปัญหาที่เกิดขึ้นเกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป หากเกิดจากปัญหาที่เป็นในรูปของสัญญาทางปกครองจึงจะสามารถที่จะนำหลักกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะมาใช้บังคับกับคู่สัญญาที่เป็นเอกชนนั้นได้ (4)หลักของการจัดทำบริการสาธารณะที่มีอยู่ 3 หลัก ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ซึ่งศาลปกครองของไทยได้นำมาใช้ในคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะอยู่หลายเรื่อง จึงเห็นว่าควรที่จะต้องนำหลักการดังกล่าวมาใช้เพื่อสร้างคุณภาพในการจัดทำบริการสาธารณะให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะ จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการนำมาศึกษาอย่างเป็นระบบเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีความถูกต้อง สมบูรณ์ ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้บริการแก่ประชาชนโดยส่วนรวม

คำสำคัญ บริการสาธารณะ, คดีปกครอง

Independent Study title: Introduction of Public service Principles in Administrative Cases

Author: Acting Sub Lt. Sittiporn Salangsing; **ID:** 2614004493; **Degree:** Master of Laws;

Independent Study advisor: Siripan Pholrob, Associate Professor; **Academic year:** 2019

Abstract

This independent study is aimed at (1) to study the meaning, concepts, theories and criteria for the provision of public services. Both of Thailand and abroad (2) to study the nature and methods of the preparation of public services including the relevant laws of Thailand and abroad (3) to analyze the problems in applying the principles of the preparation of public services to be used In administrative cases correctly and appropriately (4) to suggest guidance on the application of public service principles in administrative cases Appropriately.

In this research study, it will be a qualitative research. It is a documentary research study law textbooks, academic articles and study the legal provisions of both the country And abroad Which will focus on the various theories Including consideration and study of relevant court judgments Both of Thai law and foreign law.

The study found that (1) Meaning of the word "Public service" is derived from the concept of theories in the government. Which gives meaning in a broad way In order to be able to be adapted to interpret the meaning of public services in different ways to cover the public services that may occur in the future. (2) Establishing public services, both in Thailand and in France, are organized in a similar way, that is, the public sector can do it by itself or assign it to other government agencies to do so. And handing over to the private sector to prepare but the preparation is based on the principles of the organization of public services that exist in three principles: equality. Principle on continuity and the principle of improvement and change. (3) When considering the scope of the mission for the implementation of the public service. If it is a government agency, it will not have much of a problem. Because the law has clearly defined it but if the problem most often arises in the case of private assignment it must take into account the rights, duties and responsibilities of the parties. And to consider what liability must be the problem arising from the provision of public services? Which must be considered on a case by case basis if it is caused by a problem that is in the form of an administrative contract, it will be able to apply the principles of law relating to public services to that private contractor. (4) The three principles of the establishment of public services as mentioned above. The administrative court of Thailand has been used in many administrative cases which are administrative contracts for the preparation of public services. Therefore, it is of the view that the aforementioned principles should be applied to create quality in the provision of public services in accordance with the objectives of the provision of public services. It is therefore expedient to have a systematic study in order for the preparation of public services to be accurate and complete in the implementation of public services to serve the public as a whole.

Keywords : Public service, Administrative case

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระ (independent study) ฉบับนี้ สำเร็จลงได้ก็สืบเนื่องจาก รองศาสตราจารย์ สิริพันธ์ พลรบ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและเป็นประธานกรรมการในการสอบ ให้กำลังใจในการศึกษา ให้คำปรึกษา ให้แนวความคิด ชี้แนะแนวทาง แนะนำเพิ่มเติมสิ่งที่เป็ประโยชน์ในการศึกษา ให้ความรู้ในการทำวิจัย ระเบียบวิธีดำเนินการวิจัย และการเขียนโครงการวิจัย ซึ่งทำให้ผู้ศึกษามี ความรู้ความเข้าใจ จนกระทั่งทำรายงานการศึกษาค้นคว้าอิสระตามหลักวิชาการได้อย่างถูกต้อง ผู้ศึกษาสำนึก ในความกรุณา และขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงยิ่ง

ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ภาณินี กิจพ่อคำ และ อาจารย์ ดร.ศาสดา วิริยานุพงษ์ ที่ได้กรุณาให้ความรู้ ความคิดเห็น แนะนำเพิ่มเติมในส่วนที่ขาดตกบกพร่องของการศึกษาและที่ได้มาร่วมเป็น กรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระในครั้งนี้ด้วย

ผู้ทำการศึกษาหวังว่าการศึกษาค้นคว้าอิสระ (independent study) ฉบับนี้ จะเป็นประโยชน์และมี คุณค่าทางวิชาการอยู่บ้างอันจะขอมอบคุณงามความดีในครั้งนี้แต่ครู อาจารย์ และบิดา มารดา ที่ได้สั่ง สอนอบรมข้าพเจ้ามา หากมีความผิดพลาดประการใด ข้าพเจ้าขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สิทธิพร สलगสิงห์

สิงหาคม 2563



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา	3
3. สมมติฐานของการศึกษา	3
4. ระเบียบวิธีการวิจัย.....	4
5. ขอบเขตของการศึกษา.....	4
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
บทที่ 2 แนวความคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ	5
1. แนวความคิดพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะ.....	5
2. แนวความคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย	7
2.1 ความหมายและองค์ประกอบของบริการสาธารณะ.....	7
2.2 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ	9
3. แนวความคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส.....	10
3.1 ความหมายของบริการสาธารณะ.....	10
3.2 ประเภทของบริการสาธารณะ.....	12
3.3 หลักกฎหมายในการจัดทำบริการสาธารณะ.....	15
3.3.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาค	15
3.3.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง.....	16
3.3.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง.....	17
4. แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	18
4.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส	18
4.2 ทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ	18
4.3 ทฤษฎีอื่นๆ ที่ใช้ในสัญญาทางปกครอง	19
4.4 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายไทย	21
4.5 องค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง โดยบทบัญญัติของกฎหมาย	22
4.6 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ.....	24

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.6.1 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายประเทศเยอรมัน	24
4.6.2 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายประเทศฝรั่งเศส	26
4.6.3 อำนาจศาลปกครองเยอรมันในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	26
4.6.4 อำนาจศาลปกครองฝรั่งเศสในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง	27
บทที่ 3 การจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครอง	30
1. การจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทย	30
1.1 รัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ	30
1.1.1 การจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนกลาง	31
1.1.2 การจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนภูมิภาค.....	33
1.1.3 การจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนท้องถิ่น	35
1.2 รัฐวิสาหกิจเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ	43
1.3 องค์การมหาชนกับการจัดทำบริการสาธารณะ	47
1.4 บทบาทเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ	49
1.5 การมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยวิธีการสัมปทาน	56
2. การจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส	61
2.1 องค์การผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ	61
2.1.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ	62
2.1.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน	65
2.2 ขั้นตอนของการจัดทำบริการสาธารณะ.....	65
2.2.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ	66
2.2.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน	71
3. กรณีศึกษาที่เกี่ยวข้องกับหลักบริการสาธารณะ	75
3.1 กรณีศึกษาตามหลักว่าด้วยความเสมอภาคของบริการสาธารณะ	75
3.2 กรณีศึกษาตามหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ	76
3.3 กรณีศึกษาตามหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะ	77
บทที่ 4 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครองของไทย	79
1. ประเด็นขอบเขตภารกิจของหน่วยงานและคู่สัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะ	81
1.1 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยราชการส่วนกลาง.....	82
1.2 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยราชการส่วนภูมิภาค	82
1.3 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยราชการส่วนท้องถิ่น.....	84

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.4 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ	86
1.4.1 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐวิสาหกิจ	86
1.4.2 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์การมหาชน	87
1.5 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน	87
2. บทวิเคราะห์ปัญหาการนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครอง	89
2.1 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความเสมอภาค.....	89
2.1.1 การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความเสมอภาคตามกฎหมาย ฝรั่งเศส	89
2.1.2 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความเสมอภาค ตามกฎหมายไทย	91
2.2 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความต่อเนื่อง	94
2.2.1 การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความต่อเนื่องตามกฎหมาย ฝรั่งเศส	94
2.2.2 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความต่อเนื่อง ตามกฎหมายไทย	96
2.3 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลง	100
2.3.1 การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลง ตามกฎหมายฝรั่งเศส.....	100
2.3.2 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักการปรับปรุง และเปลี่ยนแปลงตามกฎหมายไทย	101
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	103
1. บทสรุป.....	103
2. ข้อเสนอแนะ.....	106
บรรณานุกรม	107
ประวัติผู้ศึกษา.....	110

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การจัดทำบริการสาธารณะนั้นได้มีการจัดทำมาแล้วในประเทศไทยเป็นเวลานานมาแล้วตั้งแต่เริ่มมีการอยู่รวมกันเป็นชุมชนตั้งแต่ขนาดเล็ก จนกระทั่งกลายมาเป็นชุมชนขนาดใหญ่ขึ้น การจัดทำบริการสาธารณะก็เริ่มที่จะมีความสำคัญมากขึ้นตามลำดับ และเริ่มมีความชัดเจนขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ที่ได้ปฏิรูประบบราชการใหม่โดยมีการจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นมา และมีหลายภาคส่วนได้รับมอบหมายให้ทำบริการสาธารณะ เช่น กระทรวงคมนาคม กระทรวงศึกษาธิการ กระทรวงสาธารณสุข กระทรวงกลาโหม เป็นต้น

การจัดทำบริการสาธารณะแต่เดิมแล้วโดยส่วนใหญ่จะจัดให้มีการจัดทำขึ้นโดยส่วนราชการผูกขาดในการจัดบริการสาธารณะไว้แต่ผู้เดียวไม่ว่าจะเป็นในส่วนราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น หรือในรูปแบบของรัฐวิสาหกิจที่รัฐเป็นผู้ควบคุมการดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะ ต่อมาในปัจจุบันระยะหลังเริ่มมีการให้เอกชนได้เข้ามามีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะแต่ก็จะอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐอย่างเข้มงวด

บริการสาธารณะ (service public) มีอยู่คู่สังคมมนุษย์มานานตั้งแต่มนุษย์เริ่มรวมตัวกันเป็นกลุ่มสังคม¹ ในการให้บริการสาธารณะนั้นเป็นเรื่องของการให้บริการต่อสังคมประชาชนส่วนมากหรือโดยส่วนรวมของสังคม จึงเป็นการดำเนินการที่จำเป็นจะต้องมีงบประมาณ ผู้ให้บริการ ผู้รับบริการ และทรัพยากรต่างๆ จำนวนมากเข้ามาเกี่ยวข้องในกับการจัดให้มีบริการสาธารณะในแต่ละสิ่งอย่างโดยไม่อาจที่จะหลีกเลี่ยงได้ หากไม่เช่นนั้นแล้วก็ไม่อาจที่เป็นบริการสาธารณะขึ้นมาได้ เพราะบริการสาธารณะนั้นเป็นความต้องการในประโยชน์อันเป็นสาธารณะของประชาชนโดยส่วนรวม การที่บริการนั้นๆจะเป็นบริการสาธารณะหรือไม่ก็จะต้องได้รับการพิสูจน์หรือเรียกร้องจากประชาชนโดยส่วนใหญ่ของสังคมว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งจำเป็นอันไม่อาจที่จะไม่มีได้ หากไม่มีการจัดทำบริการสาธารณะเช่นว่านั้นแล้วขึ้นมาให้บริการ การดำเนินชีวิตประจำวันของประชาชนโดยส่วนใหญ่ของสังคมก็จะเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก บริการสาธารณะจึงเป็นสิ่งที่ประชาชนต้องการเพื่อความอยู่ดีที่ผาสุกของประชาชน

บริการสาธารณะนั้นเป็นสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิตโดยประชาชนไม่สามารถที่จะทำการจัดสร้างหรือจัดทำขึ้นมาเองได้โดยง่าย เนื่องจากบริการสาธารณะนั้นเป็นสิ่งที่ต้องใช้งบประมาณจำนวนมาก ผู้ให้บริการที่ต้องมีความรู้ความเข้าใจในการกระทำอย่างลึกซึ้งเฉพาะด้าน จึงเป็นการยากที่ประชาชนจะสามารถดำเนินการเองได้โดยไม่ได้รับการช่วยเหลือจากรัฐหรือจัดทำเองของภาครัฐหรือหน่วยงานของรัฐอันเป็นองค์การขนาดใหญ่จึงจะสามารถที่จะทำให้ให้บริการนั้นสำเร็จบรรลุวัตถุประสงค์ได้ตามความต้องการอันเป็นส่วนรวมของประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมเพื่อที่จะได้ดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจัดให้มีขึ้นอย่างทั่วถึง เมื่อเป็นบริการที่ประชาชนโดยส่วนรวมหรือส่วนใหญ่ของประชาชนต้องการจึงมีความจำเป็นที่รัฐหรือผู้จัดให้มี

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 19.

บริการนั้นต้องดำเนินการจัดให้มีขึ้นอย่างทั่วถึง ครอบคลุมทุกพื้นที่ ทุกภูมิภาคของประเทศ ทันท่วงทีต่อความต้องการอันมีเป็นจำนวนมากของประชาชนในทุกพื้นที่ ทุกภูมิภาคของประเทศ

ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจะสามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้ถูกต้องตรงจุดหรือไม่นั้นการให้บริการสาธารณะนั้นจำเป็นต้องรับฟังผลของการจัดทำบริการสาธารณะนั้นอันเกิดขึ้นจากการให้บริการนั้นว่าตรงตามความต้องการของประชาชนผู้รับบริการหรือไม่เพราะความต้องการในบริการสาธารณะของประชาชนนั้นจะตั้งอยู่บนความเปลี่ยนแปลงของสภาพทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงในแต่ละยุคแต่ละสมัย ความต้องการในปัจจุบันนี้ที่เห็นว่ามีมีความจำเป็นและสำคัญเป็นอย่างมากอาจจะลดน้อยถอยลงหรือหมดความจำเป็นและความต้องการต่อบริการสาธารณะนั้นไปในอนาคตหรืออาจเปลี่ยนแปลงไปเป็นความต้องการอย่างอื่นซึ่งอาจคล้ายคลึงหรืออาจจะแตกต่างเป็นอย่างมากกับในปัจจุบันก็เป็นได้ รัฐหรือผู้จัดให้มีการจัดทำในบริการสาธารณะนั้นจึงจำเป็นต้องพัฒนาในการให้บริการให้ทันต่อความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอยู่อย่างสม่ำเสมอ

ดังนั้นแล้วจึงจะเห็นได้ว่าบริการสาธารณะนั้นจะเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอันมากในการดำรงชีวิตหรือใช้ชีวิตประจำวันของประชาชนที่แม้ในปัจจุบันจะมีความทันสมัยในด้านเทคโนโลยีและนวัตกรรมต่างพยายามที่จะพัฒนาขึ้นมาเพื่อที่จะให้การดำเนินชีวิตของประชาชนเป็นไปอย่างสะดวกสบาย และในปัจจุบันเทคโนโลยีนั้นมีความสำคัญกับชีวิตประจำวันของประชาชนเป็นอย่างมากมีส่วนเข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชนแทบในทุกกระบวนการก็ว่าได้ซึ่งอาจจะส่งผลให้มีการเกิดในความต้องการในบริการสาธารณะแนวใหม่ขึ้นมาเป็นไปได้ แต่บริการสาธารณะที่เป็นพื้นฐานนั้นก็ขาดความสำคัญลงไปจากความต้องการของประชาชนในปัจจุบันไม่ หากแต่จะเกิดความต้องการในบริการสาธารณะทางด้านที่เป็นเทคโนโลยีต่างๆเพิ่มขึ้นมาอีกอันเป็นหน้าที่ของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องที่จะต้องทำการศึกษาถึงความต้องการนั้นและความเป็นไปได้ในการจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องเช่นว่านั้นขึ้นมาเพื่อที่จะให้บริการต่อประชาชนโดยส่วนรวมของสังคมให้มีความถูกต้องตรงตามความต้องการของประชาชนที่ได้เกิดขึ้นมาใหม่นั้นเพื่อสนองตอบต่อความต้องการในบริการสาธารณะอันเปลี่ยนแปลงไปตามการพัฒนาของเทคโนโลยีใหม่ๆในปัจจุบันและอนาคตที่จะเกิดขึ้นต่อไป

การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างมากในการดำเนินชีวิตตามสภาพความเป็นอยู่ของสังคมในปัจจุบันและสังคมในอนาคตที่มีความแตกต่างกันระหว่างสังคมเมืองและสังคมชนบทในปัจจุบันเพื่อที่จะลดช่องว่างของความเหลื่อมล้ำในการดำรงชีวิตของประชาชนในสังคมนั้นๆ และเป็นหน้าที่ของรัฐอันเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบในความเป็นอยู่ของประชาชนในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนโดยส่วนรวมเพื่อให้ทุกคนสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย รวดเร็ว ทั่วถึง สม่าเสมอ อันจักเป็นการดำรงสังคมให้สามารถดำเนินต่อไปได้อย่างดีอันเป็นภารกิจอันสำคัญของรัฐ

จึงเป็นความจำเป็นที่ผู้ให้บริการสาธารณะหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจะต้องมีความเข้าใจในหลักของการจัดทำบริการสาธารณะอย่างถูกต้องเพื่อที่จะได้ดำเนินการในการให้บริการสาธารณะนั้นได้ถูกต้องตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่มีเหตุผลและวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริการสาธารณะนั้นขึ้นมาเพื่อที่จะให้บริการต่อประชาชนโดยส่วนรวมของสังคมหรือประโยชน์สาธารณะ ไม่เช่นนั้นแล้วบริการสาธารณะที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นมาเพื่อให้บริการต่อประชาชนก็ยากที่จะตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนหรือผู้ที่เข้ามาใช้บริการสาธารณะนั้นได้อย่างถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์ และจะส่งผลเสียหายต่อระบบการจัดทำบริการสาธารณะที่จะต้องใช้งบประมาณในการจัดทำอย่างมากแม้ได้ผลสำเร็จไม่ตรงหรือถูกต้องตามความมุ่งหมายของการก่อตั้งบริการสาธารณะนั้นขึ้นมา ทั้งยังเป็นการเสียโอกาสในการที่ได้นำงบประมาณ กำลังคน และทรัพยากรต่างที่ได้จัดทำลงไปในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นแทนที่จะได้นำไป

พัฒนาประเทศในด้านอื่นหรือบริการสาธารณะอื่นที่เป็นบริการที่ดีและมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากันในการให้บริการต่อประชาชน ความรู้ความเข้าใจในการจัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อผู้จัดทำบริการสาธารณะหรือผู้ที่เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น เพราะจะส่งผลไปถึงความสำเร็จในการให้บริการสาธารณะนั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การมีความรู้ความเข้าใจของผู้จัดทำหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นนับเป็นอีกหัวใจสำคัญในการรับประกันความสำเร็จได้เป็นอย่างดีในเบื้องต้นของการจัดทำบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะนั้นโดยลักษณะของบริการแล้วนั้นไม่ได้เกิดขึ้นจากความต้องการในลักษณะของประโยชน์ส่วนตนแต่อยู่บนความต้องการที่จะดำเนินการ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม สมควรเป็นอย่างยิ่งที่ได้มีการศึกษาถึงวิธีการที่เหมาะสมต่อการจัดทำบริการให้ได้มีการจัดทำบริการสาธารณะนี้ได้ถูกต้อง เหมาะสม และเป็นรูปธรรม เป็นการเฉพาะ เพราะบริการสาธารณะนั้นมีหลายรูปแบบและหลายประเภท ทั้งยังมีหลายหน่วยงานที่มาเกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้น อันเป็นการยากยิ่งหากไม่มีการศึกษาถึงการจัดทำบริการสาธารณะอย่างถ่องแท้แล้วจะเกิดความผิดพลาดในการจัดทำ ความผิดพลาดในการประสานงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหากจะต้องมีส่วนที่จะต้องมีการจัดทำบริการสาธารณะร่วมกันซึ่งผู้ที่จะได้รับความเสียหายหรือได้รับความไม่สะดวกสบายก็หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ผลแห่งการกระทำเช่นนั้นจะตกมอยู่กับประชาชนหรือผู้ที่เข้ามาใช้บริการสาธารณะนั้นนั่นเอง

ข้าพเจ้าจึงเล็งเห็นความสำคัญของบริการสาธารณะอันมีความสำคัญต่อการดำเนินชีวิตของประชาชน โดยส่วนรวม สมควรที่จะได้รับการศึกษาถึงหลักการที่สำคัญในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ ทฤษฎีต่างๆที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะและส่วนอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะนั้น เพื่อให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะในการตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมมีความเข้าใจอย่างแท้จริงกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อยังประโยชน์ให้แก่ประชาชนโดยส่วนรวมของประเทศชาติหรือสาธารณะประโยชน์อย่างแท้จริง

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาถึงความหมาย แนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ

2.2 เพื่อศึกษาถึงลักษณะและวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะรวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ

2.3 เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาในการนำหลักการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อมาใช้ในคดีปกครองได้อย่างถูกต้อง เหมาะสม

2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางในการนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครอง ได้อย่างเหมาะสม

3. สมมติฐานของการศึกษา

การศึกษาในเรื่องการนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น จะทำให้เกิดความเข้าใจในหลักของเรื่องอันว่าด้วยบริการสาธารณะเป็นอย่างดีว่า

เหมาะสมหรือสมควรเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีความเข้าใจในการนำปรับใช้กับคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครอง ในการการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจากการให้บริการสาธารณะได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม ที่จะเป็นการส่งเสริมให้มีการดำเนินการจัดให้มีการบริการสาธารณะได้รับการพัฒนาไปอย่างถูกต้อง ตอบสนองได้ตรงจุดกับความต้องการอันเป็นประโยชน์สาธารณะของประชาชนโดยส่วนรวมได้อย่างทั่วถึง และจะเป็นการพัฒนากฎหมายอันเกี่ยวกับบริการสาธารณะและคดีทางปกครองที่เป็นสัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศไทยในอนาคตได้เป็นอย่างดี

4. ระเบียบวิธีการวิจัย

ในการศึกษาค้นคว้าอิสระนี้จะเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ เป็นการศึกษาวิจัยจากเอกสาร (document research) ตำรากฎหมาย บทความทางวิชาการ และศึกษาบทบัญญัติทางกฎหมายของทั้งในประเทศ และต่างประเทศ โดยจะมุ่งเน้นในส่วนของทฤษฎีต่างๆ รวมถึงการพิจารณาศึกษาคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง ทั้งของกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

5. ขอบเขตของการศึกษา

เพื่อทำการศึกษถึงการนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองอันเกี่ยวกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของศาลปกครองของประเทศไทยเปรียบเทียบกับการนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองอันเกี่ยวกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศฝรั่งเศส เพื่อให้มีความรู้ความเข้าใจในเชิงลึก และสามารถนำหลักการในการดำเนินการดังกล่าวของประเทศฝรั่งเศสนำมาปรับใช้ได้อย่างถูกต้อง และเหมาะสมกับประเทศไทย

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 6.1 ทำให้ทราบถึงถึงความหมาย แนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ
- 6.2 ทำให้ทราบถึงลักษณะและวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะรวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ
- 6.3 สามารถวิเคราะห์ถึงแนวทางในการนำหลักการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อมาในคดีปกครองได้อย่างถูกต้อง เหมาะสม
- 6.4 สามารถเสนอแนะแนวทางในการนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครอง ได้อย่างเหมาะสม

บทที่ 2

แนวความคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

ก่อนที่จะกล่าวการจัดทำบริการสาธารณะต้องมาทำความเข้าใจเรื่องประโยชน์สาธารณะเสียก่อนเป็นเบื้องต้น เพราะประโยชน์สาธารณะนั้นเป็นจุดมุ่งหมายหรือจุดประสงค์หลักในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงจำเป็นที่เราจะต้องมีความเข้าใจในเรื่องประโยชน์สาธารณะเป็นเบื้องต้นจึงจะสามารถทำความเข้าใจในเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างถูกต้องเป็นลำดับถัดไป

1. แนวความคิดพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะ

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำอธิบายไว้ พอสรุปได้ดังนี้²

ในกฎหมายเอกชนนั้นถือว่า เอกชนนั้นเสมอภาคกันต่างเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยเอกชนต่างก็มุ่งหวังในประโยชน์ของตนเองเป็นหลัก การผูกพันสัมพันธ์ระหว่างกันจึงต้องอาศัยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายในการทำสัญญา หากไม่มีการปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติไม่ครบถ้วนตามที่ได้ตกลงกันเอาไว้ก็ต้องนำเรื่องดังกล่าวเสนอเป็นคดีต่อศาลเพื่อที่จะให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญานั้น

แต่ในกฎหมายมหาชน รัฐจะเป็นผู้มีหน้าที่ในการดูแลรักษาผลประโยชน์ของประชาชนส่วนมากในสังคมหากผลประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนคนใดไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของประชาชนส่วนมากที่เรียกว่าประโยชน์สาธารณะ จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะมาก่อนหรืออยู่เหนือผลประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน หากเอกชนคนใดไม่ยอมสละเสียซึ่งประโยชน์ส่วนตนก็จะต้องเป็นหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการบังคับเอกชนคนนั้นสละประโยชน์ส่วนตนเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือสาธารณะประโยชน์ของประชาชนได้

ดังนั้นแล้วประโยชน์สาธารณะจึงเป็นหัวใจหลักในการดำเนินการให้บริการสาธารณะของรัฐและเป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดให้มีขึ้นต่อประชาชนส่วนรวมในสังคม โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะที่เป็นผู้ดำเนินการของรัฐหรือแทนรัฐ จึงมีผลตามมามีอำนาจเหนือเอกชนเพื่อที่จะสามารถดำเนินการแทนรัฐในการผดุงประโยชน์สาธารณะแก่ประชาชนได้อย่างเรียบร้อยเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของสังคมโดยส่วนรวม

การใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ในประเทศฝรั่งเศสเรียกกิจกรรมของรัฐที่เป็นการใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชนเพื่อป้องกันการเกิดไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคมว่า police administrative ซึ่งศาสตราจารย์ฌ็อง ริเวโร ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้อธิบายไว้ พอสรุปได้ดังนี้³

1) แนวคิดของการใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

ในสังคมที่มีกฎระเบียบ การใช้สิทธิเสรีภาพโดยอิสระของปัจเจกชนจะต้องอยู่ภายในกรอบและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐที่รัฐกำหนดไว้ในกฎหมาย เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว องค์กรของรัฐฝ่าย

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538, หน้า 298-301

³ Jean Rivero et Jean Waline, *Droit administrative*, 16^e edition, Dalloz, 1996 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 24. 2559, หน้า 72.

บริหารจึงมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไปออกคำสั่งเป็นการเฉพาะรายและปฏิบัติการการใช้กำลังเพื่อบังคับให้มีการเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือคำสั่งที่ได้มีการออกไว้แล้ว เพื่อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพโดยอิสระของปัจเจกชนให้มีการเคารพและปฏิบัติตามกฎระเบียบและวินัยที่ทางรัฐได้กำหนดเอาไว้เพื่อให้มีการใช้ชีวิตของประชาชนอยู่รวมด้วยกันในสังคมอย่างสงบสุข

2) วัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้อำนาจของปัจเจกชน

วัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจของรัฐในการควบคุมการใช้อำนาจของเอกชน คือ การป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำที่จะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและการระงับการกระทำดังกล่าวเพื่อให้เกิดขึ้นซึ่งความสงบเรียบร้อย กิจกรรมดังกล่าวนี้จึงมีความแตกต่างจากกิจกรรมในการดำเนินการของรัฐอีกประเภทหนึ่ง ที่เป็นการจับกุมและดำเนินคดีอาญากับผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือคำสั่งขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า *police judiciaire*

การแยกกิจกรรมของรัฐทั้งสองประเภททำให้มีผลในทางปฏิบัติคือ การใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้อิทธิเสรีภาพของเอกชนเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารอันเป็นเรื่องของกฎหมายปกครองและข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ส่วนการจับกุมและดำเนินคดีอาญากับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย ดำเนินการสอบสวนผู้ต้องหา ทำสำนวนและสั่งฟ้อง อันเป็นเรื่องของกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีอาญานั้นจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

กิจกรรมทั้งสองของรัฐอาจใช้เจ้าหน้าที่ประเภทเดียวกันหรือบุคคลเดียวกันก็ได้เพียงแต่เป็นการปฏิบัติหน้าที่อยู่ในสถานะที่แตกต่างกันจึงทำให้เกิดผลที่ตามมาอย่างแตกต่างกันไปด้วย

3) มาตรการในการใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้อิทธิเสรีภาพของเอกชน

องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจได้รับมอบหมายให้ดูแลรับผิดชอบการรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตพื้นที่หนึ่งพื้นที่ใดโดยมีอำนาจหน้าที่และวิธีการในการดำเนินการเป็นการทั่วไป แต่ในบางครั้งก็มีกฎหมายพิเศษเฉพาะกำหนดวิธีการในการป้องกันเพื่อไม่ให้ไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยเรื่องหนึ่งเรื่องใดไว้เป็นพิเศษ

มาตรการในการใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้อิทธิเสรีภาพของเอกชนมีอยู่ 3 ประการ⁴

ก. การออกกฎหมายที่มีผลเป็นการใช้บังคับเป็นการทั่วไป องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งรับผิดชอบกิจการดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายที่จะมีผลบังคับใช้เป็นการอันทั่วไปโดยเพื่อจำกัดหรือควบคุมการใช้อิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและมีสภาพบังคับเป็นโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืน

ข. การออกคำสั่งที่มีผลบังคับใช้เฉพาะราย องค์กรเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินกิจการดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดในการออกคำสั่งอนุญาต คำสั่งห้ามไม่ให้เกิดการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด คำสั่งให้กระทำอย่างหนึ่งอย่างใด การออกคำสั่งเช่นว่านี้โดยปกติจะทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อาจทำด้วยวาจาหรือทำด้วยวิธีการอื่นก็ได้

ค. การใช้กำลังปฏิบัติการ ในกรณีจำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง องค์กรเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินกิจการดังกล่าว อาจต้องใช้กำลังทางด้านกายภาพได้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้เครื่องมือ อาวุธปืน การใช้กำลังของเจ้าหน้าที่ผลัดกันและหรือสลายฝูงชนนั้น หรือการบังคับทางปกครอง

⁴ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, คำอธิบายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 24. 2559, หน้า 74.

4) การจัดองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชน

กรณีต้องแยกแยะระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชนซึ่งมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์และคำสั่งเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย

องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐบางองค์กรอาจมีทั้งอำนาจในการออกกฎเกณฑ์และคำสั่งเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองและมีอำนาจในการบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ตำรวจด้วย แต่องค์กรเจ้าหน้าที่บางองค์กรอาจมีอำนาจในการออกกฎและคำสั่งเพียงอย่างเดียวโดยไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ตำรวจด้วย

2. แนวความคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย

การจัดทำบริการสาธารณะ (public service) เป็นภารกิจที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐสมัยใหม่ที่จะต้องจัดดำเนินการให้กับประชาชน โดยแบ่งภารกิจการจัดทำบริการสาธารณะออกเป็น 2 ประเภท คือ ภารกิจพื้นฐานและภารกิจลำดับรอง⁵

ภารกิจพื้นฐาน (primary function) เป็นภารกิจที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงภายในประเทศ โดยแบ่งเป็นความปลอดภัยใน 2 ลักษณะ คือ ความมั่นคงปลอดภัยภายในชุมชนและความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายอันมีแหล่งที่มาจากภายนอกชุมชน

ความมั่นคงปลอดภัยภายในชุมชน เป็นความมั่นคงปลอดภัยภายในจากการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมาย ทั้งที่เจตนาและไม่เจตนา โดยมีการจัดการรักษาความปลอดภัยภายในโดยการจัดให้มีเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบป้องกันหรือแก้ไขต่อการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมาย เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่ปกครอง เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของชุมชน สังคม เศรษฐกิจ และประเทศชาติ

ความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายอันมีแหล่งที่มาจากภายนอกชุมชนหรือภายนอกประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกรณีเจตนาให้เกิดเหตุขึ้นหรือไม่เจตนาก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังทางทหารหรือการกระทำโดยการโจมตีทางเศรษฐกิจ ป้องกันโดยการจัดทำสนธิสัญญา การเจรจาทางการทูต แม้กระทั่งการเจรจาทางการค้า เพื่อความสงบสุขของประชาชนทั้งประเทศ โดยเจ้าหน้าที่ด้านต่างๆที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการนั้น

ภารกิจลำดับรอง (secondary function) เป็นภารกิจลำดับรองลงมาจากภารกิจพื้นฐาน (primary function) เป็นในเรื่องความสุขของประชาชนทั้งด้านร่างกายและจิตใจ ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมสุขภาพ เช่น การจัดให้มีโรงพยาบาลหรือสถานที่บริการสาธารณะสุข การรักษาพยาบาล การศึกษา การประกอบอาชีพ ความเจริญทางด้านเศรษฐกิจ เป็นต้น ของประชาชนโดยการจัดให้มีขึ้นในทุกพื้นที่อย่างทั่วถึงประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ด้วยความสะดวก ในราคาที่ไม่แพง

2.1 ความหมายและองค์ประกอบของบริการสาธารณะ

การให้บริการสาธารณะนั้นโดยส่วนมากแล้วการจะจัดทำบริการสาธารณะนั้นมักจะกระทำกันในรูปแบบของสัญญา เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครองหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ สัญญาบริการสาธารณะนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครองนั่นเอง โดย

⁵ จันทจิรา เตียมมยุรา, วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ)ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529 , หน้า 5-6.

กฎหมายที่ได้กล่าวถึงบริการสาธารณะนั้น คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็น...สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ...”

2.1.1 ความหมายของบริการสาธารณะ

ศาสตราจารย์ ฌ็อง ริเวโร อธิบายว่า⁶ นอกจากการใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชนแล้ว องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารยังมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจกรรมที่เรียกว่า บริการสาธารณะ (service public) คือ การตอบสนองความต้องการของสังคมและเอกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมนั้น ในการที่จะได้รับบริการจากรัฐที่เอกชนไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการนั้นได้ ไม่ว่าจะเป็นการบริการสาธารณะในด้านให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่างๆ

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้อธิบายว่า⁷ ในประเทศไทยนั้นคำว่าบริการสาธารณะได้มีผู้พยายามอธิบายและให้ความหมายไว้หลายท่าน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาการให้เหตุผลและรูปแบบการให้เหตุผลความหมายของบริการสาธารณะแล้วพบว่า ความหมายและคำจำกัดความล้วนแล้วแต่ได้รับอิทธิพลจาก ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ที่ได้ให้ความหมายและเหตุผลของบริการสาธารณะไว้ในหนังสือ กฎหมายปกครอง ว่า⁸ บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม

2.1.2 องค์ประกอบของบริการสาธารณะ

จากความหมายของบริการสาธารณะที่ได้ให้ไว้ข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบของบริการสาธารณะออกมาได้ 2 ประการ คือ

1) บริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรือควบคุมของฝ่ายปกครอง โดยมีลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะอยู่ที่การเป็นบริการที่เป็นที่ต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมและอยู่ในอำนาจการควบคุมการจัดให้มีหรือการดำเนินงานโดยรัฐ แต่ปัจจุบันนี้รัฐได้กระจายการให้บริการสาธารณะจากรัฐเป็นผู้ดำเนินการออกมาให้รัฐวิสาหกิจหรือเอกชนดำเนินการมากขึ้น เนื่องด้วยต้องใช้งบประมาณจำนวนมาก เทคโนโลยีระดับสูง กำลังคนจำนวนมาก โดยจะอยู่ในมือของเอกชนและบางกิจการหากให้เอกชนดำเนินการจะสามารถพัฒนาได้เร็วกว่าอยู่ในมือของรัฐเนื่องมาจากจะมีการแข่งขันด้านต่างๆสูงจึงสามารถที่จะพัฒนาได้มากขึ้นในด้านต่างๆ โดยรัฐจะเข้าไปควบคุมเฉพาะด้านคุณภาพ อัตราค่าบริการ เพื่อให้ประชาชนโดยส่วนรวมเดือดร้อนน้อยที่สุดและประโยชน์มากที่สุดจากการใช้บริการสาธารณะนั้น

2) บริการสาธารณะนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ประชาชนโดยส่วนรวมนั้นย่อมต้องการดำเนินชีวิตโดยความสุขสบายและมีความปลอดภัยทั้งในด้านชีวิตและด้านทรัพย์สิน ดังนั้นแล้วบริการสาธารณะจึงจะต้องตอบสนองต่อหลักการข้างต้นของประชาชน เมื่อกิจการใดเป็นที่ต้องการของประชาชนตามหลักการทั้งสองข้างต้นรัฐก็ต้องเข้าไปดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม หากกิจการ

⁶ Jean Rivero et Jean Waline, *Droit administrative*, 16^e edition, Dalloz, 1996, p385. อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 24. 2559, หน้า 75.

⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 142.

⁸ ประยูร กาญจนกุล, *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*, สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 5. 2549, หน้า 108.

ใดไม่ได้ตอบสนองความต้องการของส่วนรวมรัฐก็จะไม่สามารถเข้าไปดำเนินการเพื่อประโยชน์ของบุคคลกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดไม่ได้เพราะรัฐจะต้องจัดให้มีบริการอย่างเป็นธรรม ทัวถึง ประชาชนเข้าถึงได้อย่างเท่าเทียมกัน

2.2 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญอยู่ 3 ประการ คือ⁹

2.2.1 บริการสาธารณะต้องดำเนินการให้เป็นไปอย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ

การบริการสาธารณะนั้นเป็นกิจการที่ประชาชนโดยส่วนรวมมีความจำเป็นต้องใช้บริการอยู่ตลอดเวลาอย่างต่อเนื่อง เพราะโดยปกติแล้วบริการสาธารณะที่รัฐให้บริการจะเป็นบริการขั้นพื้นฐานที่ประชาชนต้องการเป็นปกติอยู่แล้ว รัฐจึงมีหน้าที่ในการจัดให้มีบริการสาธารณะอยู่อย่างสม่ำเสมอตลอดเวลาไม่ว่าจะอยู่ในช่วงสถานการณ์ใดของสังคม ไม่ว่าฝ่ายใดจะขึ้นมาเป็นรัฐบาลบริหารประเทศก็จะต้องมีหน้าที่ในการจัดให้มีบริการอย่างต่อเนื่องจะให้บริการเป็นช่วงๆโดยไม่มี ความสม่ำเสมอไม่ได้

หลักในเรื่องการให้บริการสาธารณะนั้นต้องมีการให้บริการที่ต่อเนื่องสม่ำเสมอ นั้นไม่ได้ใช้แต่ในกรณีของรัฐเป็นผู้ให้บริการเท่านั้น แต่ยังต้องบังคับใช้ไปถึงบริการสาธารณะที่รัฐวิสาหกิจ เอกชน หรือตัวแทนของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการให้บริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นโดยผลแห่งกฎหมายหรือโดยสัมปทาน สัญญา หรือในกรณีอื่นๆที่ได้รับมอบหมายหน้าที่ให้เป็นผู้ให้บริการสาธารณะต่อประชาชน และหากผู้ให้บริการสาธารณะรายใดไม่ดำเนินการให้มีการบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอ ต่อเนื่อง เช่นว่านั้นแล้ว จะต้องได้รับบทลงโทษตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ถึงอย่างนั้นก็ไม่เชื่อว่าเมื่อมีการลงโทษแล้วก็หมดหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการตามหน้าที่เช่นว่านั้น หากแต่ฝ่ายปกครองหรือรัฐยังต้องเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการให้บริการที่หยุดชะงักไปนั้นสามารถที่จะกลับมาให้บริการได้ตามปกติเพราะเป็นบทและหน้าที่ของภาครัฐที่จะต้องจัดให้มีบริการสาธารณะต่อประชาชนโดยส่วนรวมอย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมออยู่นั่นเอง

2.2.2 บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นต้องให้เอกชนมีสิทธิได้รับประโยชน์โดยเท่าเทียมกัน

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 27 ได้วางหลักไว้ว่าบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน เมื่อบริการสาธารณะเป็นกิจการรัฐจัดทำให้มีขึ้นโดยอาศัยอำนาจที่กฎหมายระบุไว้ ดังนั้นแล้วรัฐจึงต้องดำเนินการจัดบริการสาธารณะให้ประชาชนทุกคนสามารถเข้าถึงบริการนั้นๆที่จัดให้มีขึ้นอย่างเท่าเทียมกันตามที่กฎหมายระบุไว้ โดยรัฐไม่สามารถที่เลือกปฏิบัติที่จะจัดบริการขึ้นมาเพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้

2.2.3 การจัดทำบริการสาธารณะนั้นจะต้องปรับให้เกิดขึ้นอย่างเหมาะสมกับความต้องการของประชาชนอยู่ตลอดเวลา

ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นความต้องการย่อมที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคมอยู่อย่างตลอดเวลา จึงเป็นหน้าที่ของรัฐในการที่จะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงการให้บริการนั้นให้ทันต่อความต้องการที่เปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ เพราะรัฐนั้นมีอำนาจฝ่ายเดียวของรัฐเหนือต่อผู้รับบริการนั้นที่จะสามารถเปลี่ยนแปลงบริการได้ตลอดเวลาโดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้รับบริการสาธารณะอยู่แล้วจากรัฐแต่อย่างใดอันเป็นอำนาจตามที่กฎหมายได้ให้ไว้เพื่อความสำเร็จผลของการให้บริการ โดยฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงความจำเป็นในการรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะอยู่อย่างเสมอ และจะต้องปรับปรุงให้เข้ากับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปแม้การเปลี่ยนแปลงนั้นจะไปกระทบต่อประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่งก็ตาม บุคคล

⁹ วันเพ็ญ สงเสริมทรัพย์, การจัดระบบองค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า 7-8.

นั่นก็จะอ้างประโยชน์ที่เคยได้รับการให้บริการสาธารณะนั้นมาขัดขวางการเปลี่ยนแปลงนั้นตามกฎหมายไม่ได้

3. แนวความคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส

3.1 ความหมายของบริการสาธารณะ

ความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” นั้นมีนักวิชาการหลายคนท่านที่ได้ให้ความหมายของบริการสาธารณะเอาไว้ เช่น

ศาสตราจารย์ Leon Duguit ให้ความหมายว่า “บริการสาธารณะเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐ”¹⁰ ถึงจะเป็นการให้ความหมายที่สั้นมากแต่ก็แสดงให้เห็นถึงการมีอยู่และความสำคัญของบริการสาธารณะนั้นว่าสำคัญถึงขนาดที่เป็นสิ่งหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐที่รัฐไม่อาจจะแยกออกไปเสียจากรัฐได้ ทำให้รัฐเล็งเห็นความสำคัญของบริการสาธารณะที่มีอยู่โดยเป็นบริการที่มีความสัมพันธ์กันระหว่างรัฐเป็นผู้ให้บริการและประชาชนเป็นผู้รับบริการโดยผ่านทางสิ่งที่เรียกว่าบริการสาธารณะ

นอกจากนั้นแล้วยังมีนักวิชาการอยู่อีกจำนวนมากที่พยายามให้คำจำกัดความของบริการสาธารณะเอาไว้ในลักษณะที่แตกต่างกันไปแต่หากพิจารณาถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแล้วสามารถให้ความหมายไว้ว่า บริการสาธารณะ คือ กิจกรรมหรือภารกิจของฝ่ายปกครองนั่นเอง¹¹

โดยปัจจุบันนี้ความหมายของคำว่า บริการสาธารณะ เริ่มมีความชัดเจนขึ้นเนื่องมีการวินิจฉัยไว้เป็นอันมาของศาลปกครองสูงสุด ทำให้เราสามารถพอที่จะเข้าใจได้ว่า บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ¹² จากการให้ความหมายอันนี้เองที่ทำให้เราสามารถแยกพิจารณาสิ่งที่เป็้องค์ประกอบของบริการสาธารณะ 2 ประการ คือ องค์ประกอบด้านโครงสร้างของบริการสาธารณะ และองค์ประกอบด้านวัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะ

3.1.1 องค์ประกอบด้านโครงสร้างของบริการสาธารณะ¹³

โดยปกติแล้วในประเทศฝรั่งเศสคำว่า บริการสาธารณะ หมายความว่า ความรวมถึง ฝ่ายปกครองทั้งในส่วนกลางและในส่วนท้องถิ่น รวมไปถึงองค์การมหาชน และวิสาหกิจชุมชนด้วย การให้ความหมายเช่นนี้นี้จึงยังไม่ถูกต้องมากนักเพราะบางครั้งวิสาหกิจชุมชนก็ไม่ได้ให้บริการสาธารณะเพียงแต่ก่อตั้งขึ้นมาเพื่อรวมกลุ่มกันประกอบอาชีพเพื่อหารายได้เท่านั้น และบางครั้งบริการสาธารณะก็ยังมีโอกาสที่จะสามารถให้เอกชนเข้ามาดำเนินการได้ ดังนั้นเราจึงต้องคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของภาครัฐและวัตถุประสงค์ของกิจกรรมนั้นเป็นสำคัญ โดยจะต้องมีการมีส่วนร่วมของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมของฝ่ายปกครอง เพราะรัฐอาจจะไม่ต้องเข้ามาดำเนินการจัดบริการสาธารณะนั่นเองก็ได้อาจมอบให้เอกชนเข้ามา

¹⁰ Leon Duguit, *Traite de droit constitutionnel (Tome 2)*, Paris, 1923, p.54 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 32.

¹¹ Guy braibant et Bernard STIRN, *Le droit administrative francais*, 4^e edition, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 1997 p.140 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560,, หน้า 32.

¹² นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 33.

¹³ Martine LOMBARD, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1999, p.256-259. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560. หน้า 33.

ดำเนินการแทนก็ได้แต่ฝ่ายปกครองจะมาเป็นผู้มีส่วนร่วมในลักษณะของการควบคุม กำกับดูแลไม่ใช่ผู้ดำเนินการเองโดยตรง เช่น การให้สัมปทาน (concession)

ศาลปกครองสูงสุดนั้นได้วินิจฉัยถึง ความเป็นบริการสาธารณะ ขององค์กรและองค์การต่างๆเอาไว้เป็นจำนวนมาก เช่น ศูนย์เทคนิคอุตสาหกรรม ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนที่ทำงานสาธารณะประโยชน์ แต่อยู่ภายใต้กำกับดูแลของรัฐมนตรีซึ่งมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการบริหาร เป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่งเพราะถือว่ามีความเชื่อมโยงกับฝ่ายปกครอง¹⁴ เช่นเดียวกับกับสมาคมวัฒนธรรม ที่ทำงานสาธารณะประโยชน์ จัดตั้งขึ้นโดยเทศบาล กรรมการบริหารมาจากสมาชิกสภาเทศบาลเป็นส่วนใหญ่และรายได้ก็มาจากเงินช่วยเหลือของเทศบาลก็ถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเช่นกัน¹⁵ แต่อย่างไรก็ตามองค์กรเอกชน (organization non gouvernementale หรือ ONG) ที่ทำงานเพื่อสังคมทั้งหลายเหล่านั้นไม่ถือว่าเป็นการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ แม้องค์กรเอกชนเหล่านั้นจะมีการดำเนินกิจกรรมเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะเช่นเดียวกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเช่นเดียวกันของฝ่ายปกครองก็ตาม เพราะองค์กรเอกชนไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาใดๆของฝ่ายปกครอง จึงทำให้ขาดคุณสมบัติด้านองค์ประกอบด้านโครงสร้างของการจัดทำบริการสาธารณะที่จำเป็นจะต้องมีความเชื่อมโยงกับฝ่ายปกครอง

กล่าวโดยสรุปสำหรับองค์ประกอบทางด้านโครงสร้างนั้น กิจกรรมหรือกิจกรรมอันจะถือว่าการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจะต้องเป็นกิจการที่ดำเนินการโดยฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานอื่นของฝ่ายปกครองโดยได้แก่บรรดานิติบุคคลในกฎหมายมหาชน คือ รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชน วิสาหกิจมหาชน หรืออาจเป็นทั้งกิจการที่ดำเนินการโดยเอกชนเอง แต่จะต้องเป็นกิจการที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำแทนและฝ่ายปกครองยังมีความสัมพันธ์กับกิจการนั้นอยู่ คือ ยังคงจำเป็นต้องเป็นผู้ควบคุมดูแลการดำเนินกิจกรรมของเอกชนเหล่านั้นให้อยู่ในสภาพไม่แตกต่างหรือเช่นเดียวกันกับที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำเอง

3.1.2 องค์ประกอบด้านวัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะ¹⁶

ถึงแม้ว่าจะจะเป็นกิจการที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำหรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำนั้นแล้วที่เข้าตามองค์ประกอบด้านโครงสร้างก็ตาม แต่ก็ยังไม่สามารถจัดได้ว่าเป็นการบริการสาธารณะอย่างแท้จริง เพราะยังจำเป็นต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และเนื้อหาของกิจการเช่นว่านั้นเสียก่อน ทั้งนี้เพราะการจัดทำหรือดำเนินการบริการสาธารณะนั้นเป็นกิจการที่ฝ่ายปกครองนั้นจัดทำขึ้นมาเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ดังนั้นกิจการที่ฝ่ายปกครองได้ทำขึ้นอาจจะไม่เป็นบริการสาธารณะหากไม่ได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น กิจการที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้นที่เกี่ยวข้องกับที่ดินของเอกชนมีวัตถุประสงค์ทางการเงิน เหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นบริการเพื่อสาธารณะ ขณะเดียวกันกิจการที่เอกชนจัดทำขึ้นอาจเป็นบริการสาธารณะได้หากจัดทำขึ้นมาเพื่อสาธารณะประโยชน์ จึงสามารถที่อาจจะกล่าวได้ว่า บริการสาธารณะเป็นกิจการหรือกิจกรรมที่มีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะของประชาชนโดยส่วนรวมเป็นหลัก

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วการที่จะเป็นบริการสาธารณะนั้นพอสรุปได้ว่า บริการเหล่านั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่

1) กิจกรรมอันจะถือได้ว่าเป็นการให้บริการสาธารณะนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกันกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน หมายถึง การที่นิติบุคคลนั้นจะต้องเป็นเป็นผู้ประกอบกิจกรรมอันจะเป็นการให้บริการ

¹⁴ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Narcy ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ.1963

¹⁵ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Ville de Melun et association Melun-culture-loisirs ลงวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ.1990

¹⁶ Martine LOMBARD, *Droit Administratif, Dalloz*, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (13), หน้า 34

สาธารณะนั้นด้วยตนเองและหมายความรวมถึงกรณีที่นิติบุคคลนั้นมอบกิจการของตนบางประเภทให้แก่เอกชน เป็นผู้ดำเนินกิจกรรมแทนด้วย

2) กิจกรรมดังกล่าวตามข้อ 1) จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน

3.2 ประเภทของบริการสาธารณะ

คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ความเห็นของนักกฎหมายมหาชน เป็นส่วนสำคัญในการทำให้ ทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะแพร่หลายแตกแขนงออกไป การแบ่งประเภทของบริการสาธารณะออกไปเป็น ประเภทต่างๆจึงเกิดจากคำวินิจฉัยของศาลและความเห็นของนักกฎหมายเหล่านั้น แต่เดิมบริการสาธารณะนั้น มีขึ้นมาเพื่อการรักษาความสงบและเรียบร้อยทั้งภายในและภายนอกประเทศเท่านั้น แต่เนื่องจากสภาพสังคมที่ เปลี่ยนแปลงพัฒนาไปตามยุคสมัยจึงก่อให้เกิดความต้องการต่างๆเพิ่มมากขึ้น ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจจะ ตอบสนองความต้องการได้ในบางกรณีจึงหาวิธีการต่างๆเพื่อที่จะตอบสนองต่อความต้องการนั้นไม่ว่าจะตั้ง องค์กรพิเศษมาให้บริการ หรือมอบกิจกรรมบางอย่างให้กับเอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทน เมื่อมีข้อขัดข้องหรือ ข้อพิพาทเกิดขึ้นศาลซึ่งมีหน้าที่ตัดสินคดีก็ได้สร้างหลักเกณฑ์ใหม่ๆขึ้นมา ในขณะเดียวกันในบางครั้งการจัดทำ บริการสาธารณะอันที่รัฐจัดทำแต่ละประเภทก็จะมีรูปแบบลักษณะแตกต่างกันออกไป ศาลที่มีหน้าที่ชี้ขาดข้อ พิพาทนั้นจึงได้มีการสร้างประเภท ของบริการสาธารณะนั้นขึ้นมาในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส

บริการสาธารณะสามารถแบ่งได้เป็นสองประเภท¹⁷ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง (service publics administratifs) และบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (service publics industriels et commerciaux)

3.2.1 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง (service publics administratifs)

เป็นกิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำขึ้นมาเพื่อ ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม เป็นกิจกรรมอันเกี่ยวข้องด้วยการดูแลรักษาความปลอดภัย รวมทั้งความสงบเรียบร้อยและความผาสุกของประชาชน

บริการสาธารณะทางปกครองส่วนใหญ่มักจะต้องเป็นกิจกรรมที่ภาครัฐจัดมิไว้ให้บริการแก่ ประชาชนโดยไม่ต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนและนอกจากได้กล่าวนี้แล้ว เนื่องจากเนื้อหาของให้บริการ สาธารณะทางปกครองนั้นจะเป็นเรื่องที่เป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยเฉพาะของฝ่ายปกครองเองอันที่ต้องอาศัย เทคนิคพิเศษในการจัดทำ รวมทั้ง อำนาจพิเศษ ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นด้วย ดังนั้น บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้ อันได้แก่กิจการอันที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยภายในและการปกป้องหรือป้องกันประเทศ และการเงิน การคลัง เป็นต้น

ตั้งแต่เดิมนั้นการจัดทำบริการสาธารณะทุกประเภทจะถูกจัดว่าเป็นการจัดทำบริการ สาธารณะทางปกครองแทบทั้งสิ้น แต่มาในปัจจุบันเมื่อกิจกรรมต่างๆเหล่านี้มีมากขึ้น มีรูปแบบและวิธีการ จัดทำที่แตกต่างกันออกไปจากแต่เดิมมากจึงก่อให้เกิดบริการประเภทใหม่ๆ ของบริการสาธารณะขึ้นมาอีก

3.2.2 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (service publics industriels et commerciaux)

¹⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 35.

บริการใดจะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นได้ก็ต่อเมื่อบริการสาธารณะต่างๆเหล่านั้นจะคล้ายคลึงหรือเหมือนกันกับวิสาหกิจเอกชนทั้งในด้านของวัตถุประสงค์ของบริการ แหล่งที่ได้มาของเงินทุน และวิธีในการปฏิบัติงาน หากบริการสาธารณะนั้นแตกต่างออกไปเสียจากวิสาหกิจเอกชนไม่ว่าจะในด้านใดหรือด้านหนึ่ง ให้ถือว่าบริการสาธารณะเหล่านั้นเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

เราจะเห็นว่าข้อแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นมีอยู่ 3 ประการด้วยกัน¹⁸ คือ

1) วัตถุประสงค์ของบริการ (*l'objet du service*)

(1) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง จะมีวัตถุประสงค์ของบริการ คือ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในประเทศแต่เพียงอย่างเดียว

(2) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม มีวัตถุประสงค์ของบริการทางด้านเศรษฐกิจเช่นเดียวกับเอกชน คือ เน้นทางด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับตั้งเช่นกิจการของเอกชน

2) รูปแบบของการดำเนินงาน (*les modalités de son organization et de son fonctionnement*)

(1) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง มีรูปแบบการดำเนินงานที่รัฐสร้างขึ้นมาเป็นแบบเดียวกัน มีระบบผู้บังคับบัญชาผู้ใต้บังคับบัญชาใช้กับผู้ปฏิบัติงานทุกคน

(2) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม มีรูปแบบการดำเนินงานที่สร้างขึ้นเองแตกต่างไปจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เช่น มีระบบกฎหมายที่ใช้กับบุคลากรของหน่วยงาน มีการกำหนดความสัมพันธ์ผู้เข้ามาใช้บริการกับผู้จัดทำหรือให้บริการ มีการแข่งขันกับเอกชนในกิจการเดียวกัน หรือมีวิธีการจัดผลประโยชน์ที่ได้จากการให้บริการ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงาน

3) แหล่งที่มาของเงินทุน (*l'origine de ses ressources*)

(1) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง นั้นจะมีที่มาของแหล่งเงินทุนจากภาครัฐ แต่เพียงอย่างเดียวซึ่งภาครัฐจะเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายรับผิดชอบในเงินทุนทั้งหมดที่ได้นำมาใช้จ่ายในการดำเนินงานจัดทำบริการสาธารณะนั้น

(2) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม แหล่งที่มาของรายได้ส่วนใหญ่จะมาจากค่าตอบแทนจากการให้บริการของผู้เข้ามาใช้บริการ (*usager*) หรือประชาชน

นอกจากลักษณะสำคัญทั้งสามประการนั้นที่เราใช้ในการแบ่งแยกประเภทบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองออกไปจาก บริการสาธารณะที่มีอันลักษณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมแล้ว นักวิชาการหลายท่านของฝรั่งเศสยังมองว่า ผู้ใช้บริการสาธารณะของทั้งสองประเภทนั้นยังมีสถานะที่จะแตกต่างกัน กล่าวคือ ผู้เข้ามาใช้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางด้านปกครองนั้นสถานะภาพจะถูกกำหนดโดยกฎข้อบังคับทั้งหมดซึ่งรวมถึงแต่การกำหนดองค์กร การจัดตั้งองค์กรและรูปแบบของการปฏิบัติงาน การใช้บริการสาธารณะประเภทนี้ความสัมพันธ์ของผู้เข้ามาใช้บริการกับผู้จัดทำหรือผู้ให้บริการจะมี

¹⁸ Jean de SOTO, *Droit administrative. Theorie Generale du service public*, Edition Montchrestien, Paris, 1981, p.37 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรรณานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิทยุชน, พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 37.

ลักษณะเป็นนิติกรรมที่จะมีเงื่อนไข (acte condition) ในขณะที่ความสัมพันธ์ของผู้จัดทำบริการสาธารณะหรือผู้ให้บริการและผู้เข้ามาใช้บริการของบริการสาธารณะที่มีลักษณะในทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม จะมีลักษณะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน

การแบ่งแยกประเภทบริการสาธารณะข้างต้นมีความสำคัญมากสำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศส เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจศาลที่จะต้องใช้อำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นนั้นด้วย โดยบริการสาธารณะทางปกครองจะตกอยู่ภายใต้ของกฎหมายมหาชน ในขณะที่บริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น ความสัมพันธ์ของผู้ให้บริการสาธารณะกับผู้เข้ามาใช้บริการ บุคลากรและคู่ค้าทางธุรกิจ (les fournisseurs) จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน

นอกเหนือจากบริการสาธารณะทางปกครอง กับบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์ กรรมตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดก็ยังได้สร้างประเภทของบริการสาธารณะขึ้นมาอีกหลายประเภทด้วยกันซึ่งแบ่งออกตาม **วัตถุประสงค์** ของการให้บริการสาธารณะดังกล่าวคือ

1) บริการสาธารณะทางสังคม (services publics sociaux)

กิจกรรมของภาครัฐที่สามารถจะจัดได้ว่าเป็นบริการสาธารณะทางด้านสังคมได้แก่กิจการทุกประเภทที่ได้จัดทำให้มีขึ้นเพื่อมีวัตถุประสงค์ในการให้ความช่วยเหลือทางด้านสังคม ซึ่งส่วนใหญ่บริการสาธารณะประเภทนี้นั้นจะเป็นบริการที่จัดทำกันจนกลายมาเป็นประเพณีนิยม (traditionnel) และจะพบว่าบริการสาธารณะประเภทนี้จะมีอยู่เป็นอันมากในองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น เรื่องโรงเรียน โรงอาหาร สถานเลี้ยงเด็กแรกเกิด สถานธนาบาล เป็นต้น

2) บริการสาธารณะทางสุขภาพ (services publics de sante)

เป็นกิจกรรมที่รัฐได้จัดทำขึ้นหรือให้มีขึ้นเพื่อเป็นการให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดูแลสุขภาพ การรณรงค์ให้มีการดูแลสุขภาพ ออกกำลังกาย หรือรณรงค์เพื่อเป็นการต่อต้านโรคร้ายบางประเภท รวมทั้งในการจัดตั้งองค์กรขึ้นมาหรือสถาบันพิเศษขึ้นมาเพื่อเป็นการรักษาผู้ป่วยจากโรคบางประเภท

3) บริการสาธารณะทางวัฒนธรรม (services publics culturels)

บริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรมนั้นอาจจะมีหลายลักษณะด้วยกันที่จะแตกต่างกันออกไป โดยอาจหมายรวมถึง โรงละคร ศูนย์ส่งเสริมเยาวชน พิพิธภัณฑ์ และสถานที่ที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ของประเทศในด้านต่างๆได้และนอกจากนี้แล้วบริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรมยังอาจเป็นบริการสาธารณะที่ภาครัฐอาจจะมอบหมายให้เอกชนส่วนอื่นเป็นผู้จัดทำและดำเนินการแทนก็ได้

4) บริการสาธารณะทางด้านกีฬา (services publics du sport)

การให้บริการสาธารณะทางด้านกีฬานั้นถือได้ว่าเป็นบริการสาธารณะทางปกครองอีกประเภทที่รัฐมีหน้าที่จะต้องจัดทำขึ้น และในระยะหลังมานี้มีการมอบให้แก่เอกชนในการเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการมากขึ้น การจัดตั้งสมาคมกีฬาและการจัดให้มีสถานที่สำหรับเล่นกีฬา รวมทั้งการฝึกฝนนักกีฬาของประเทศให้เป็นนักกีฬาในระดับชาติตามที่ได้กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ.1975 และได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ.1984 สภาพของให้บริการสาธารณะทางด้านกีฬานั้นที่เป็นบริการสาธารณะด้านทางปกครองจึงได้เปลี่ยนมาเป็นบริการสาธารณะอีกประเภทใหม่ที่สามารถที่จะให้เอกชนนั้นเข้ามามีส่วนร่วมมือกันกับภาครัฐในการดำเนินการจัดทำ¹⁹

¹⁹ Jean-Marie PONTIER, *Les services publics*, HACHETTE, Paris, 1996, p.7-8 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรรณานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 41.

การจัดประเภทของบริการสาธารณะทั้ง 4 ประเภทหลังนี้ แม้จะได้มีการแบ่งประเภทเอาไว้บ้างแล้ว แต่ในด้านทางการปฏิบัตินั้น ทั้งศาลปกครองสูงสุดเองและแวดวงของทางวิชาการ ต่างก็ได้ถือว่าบริการสาธารณะนั้นยังคงมีอยู่แต่เพียงสองประเภทเท่านั้น คือ บริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม โดยบริการสาธารณะทางปกครองนั้นส่วนใหญ่แล้วจะเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนจะเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ ส่วนทางด้านของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นมักจะมอบหมายให้องค์กรมหาชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ เนื่องจากเพราะว่ามีความเป็นอิสระมากกว่าสามารถดำเนินการในขั้นตอนต่างๆได้รวดเร็วกว่านิติบุคคลในกฎหมายมหาชนรูปแบบอื่นๆ

3.3 หลักกฎหมายในการจัดทำบริการสาธารณะ

กฎหมายของการให้บริการสาธารณะหรือหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของการจัดทำบริการสาธารณะได้จัดสร้างขึ้นมาเพื่อให้มีส่วนของความคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะเพื่อจะได้เป็นแนวทางในด้านการพิจารณาถึงสถานะภาพของการให้บริการสาธารณะนั้น กฎหมายของการจัดทำบริการสาธารณะหรือในหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นประกอบอยู่ด้วยหลัก 3 ประการ คือ หลักอันว่าด้วยความเสมอภาค (le principe d'égalité) หลักอันว่าด้วยความต่อเนื่อง (le principe de continuité) และหลักอันว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง (le principe d'adaptation)

3.3.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาค

หลักอันว่าด้วยความเสมอภาคเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญเป็นลำดับแรกในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะและการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน เพราะการจัดทำบริการสาธารณะนั้นรัฐไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนคนใดเป็นสำคัญแต่คำนึงถึงความเป็นประโยชน์สาธารณะของประชาชนทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อให้เป็นบริการสาธารณะนั้นประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิอันที่จะได้รับผลประโยชน์จากการใช้บริการจากการจัดทำบริการสาธารณะนั้นๆอย่างเสมอภาคกัน

หลักอันว่าด้วยความเสมอภาคของบริการสาธารณะนั้นเป็นหลักที่มาจากหลักความเสมอภาคตามกฎหมายที่ประกาศไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ.1789 เป็นหลักที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ทุกคนจะต้องเสมอภาคกันตามกฎหมายหมายถึงความเสมอภาคทางด้านสถานะภาพของผู้เข้ามาใช้บริการและความเสมอภาคระหว่างคู่สัญญา

หลักอันว่าด้วยความเสมอภาคของบริการสาธารณะนี้ ส่วนหนึ่งมาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสที่ได้มีการพยายามวางหลักเกณฑ์และสร้างทฤษฎีต่างๆขึ้นมาเพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานให้ถูกต้องตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง จนกระทั่งกลายมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และนอกจากนี้หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะยังมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสอีกด้วย

1) *แนวคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด* คำวินิจฉัยคดี Chomel เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ.1911 ถือเป็นแนวที่ศาลปกครองสูงสุดนั้นได้สร้างหลักของกฎหมายทั่วไปขึ้นมาเพื่อรองรับความเสมอภาคของผู้เข้ามาใช้บริการสาธารณะโดยได้วางหลักเอาไว้ว่า ผู้เข้ามาใช้บริการสาธารณะทุกคนนั้นที่เข้ามาใช้บริการสาธารณะที่จัดอยู่ประเภทเดียวกันย่อมที่จะอยู่ในสถานะอันเท่าเทียมกัน และต่อมาก็มีคำวินิจฉัยในคดี Societe des concerts du conservatoire เมื่อวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ.1951 ที่ได้กล่าวไว้ถึง หลักแห่งความ

เสมอภาคในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเอาไว้ว่า คนทุกคนซึ่งได้ใช้ซึ่งบริการสาธารณะชนิดเดียวกันจะต้องได้รับบริการอยู่ในภายใต้กฎเกณฑ์อันเดียวกัน²⁰

2) *แนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ* คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสไม่เคยสร้างหลักว่าด้วยความเสมอภาคในบริการสาธารณะไว้โดยตรง แต่ก็ได้สร้างหลักความเสมอภาคที่มีต่อกฎหมายเอาไว้ในคำวินิจฉัยที่ 81.130 เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ.1981 โดยกล่าวไว้ใจความตอนหนึ่งว่า หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อกฎหมายนั้นจะใช้บังคับกับในกรณีที่บุคคลต่างๆซึ่งอยู่ในสถานการณ์หรือเหตุเดียวกัน จะนำมาบังคับใช้กับบุคคลและสถานการณ์ที่แตกต่างกันนั้นไม่ได้ ซึ่งจากหลักการดังกล่าวที่ว่านี้ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีการนำไปใช้ประกอบในการตรวจร่างของกฎหมายหลายๆฉบับที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายอันเกี่ยวกับบริการสาธารณะในเวลาต่อมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน²¹

ความเสมอภาคที่ว่ามานี้มีอยู่หลายประเภท กล่าวโดยสรุปก็คือ นอกเสียจากความเสมอภาคที่จะได้รับประโยชน์จากการเข้าใช้บริการสาธารณะที่ต้องเท่าเทียมกันแล้วยังหมายถึงการที่จะต้องได้รับการให้บริการอย่างเท่าเทียมกันทั้งในทางด้านราคาของค่าบริการและการให้บริการ ความเสมอภาคที่จะเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐในการเรียกประกวดราคาหรือประมูล รวมถึงทั้งความเสมอภาคในการที่จะเข้าทำงานกับภาครัฐอย่างเท่าเทียมกันในเรื่องของการสอบแข่งขัน ภายใต้คุณสมบัติเดียวกันด้านความรู้ความสามารถพื้นฐาน

3.3.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนเสียหายได้ ดังนั้นต้องมีความต่อเนื่องตลอดเวลา เช่น การไฟฟ้าจะมีการนัดหยุดงานเพื่อ เรียกร้องเงินเดือน โดยไม่ยอมจ่ายไฟฟ้าให้แก่ท้องถิ่นย่อมทำไม่ได้ เพราะอาจทำให้เกิดความเสียหาย แก่ประชาชนในท้องถิ่นนั้น นอกจากนี้หลักว่าด้วยความต่อเนื่องยังมีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ เมื่อมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับมอบหมายจากฝ่าย ปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะ ไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ตามปกติ ฝ่ายปกครอง อาจเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้ เพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ฝ่ายปกครองก็จะเข้าดำเนินการเอง เพื่อให้เกิดความต่อเนื่อง หรือหากเป็นกรณีที่เอกชนต้องรับภาระมากขึ้น ฝ่ายปกครองก็อาจต้องเข้าไป ร่วมรับภาระกับเอกชน เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องด้วยเช่นเดียวกัน²²

ประเด็นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แม้ฝ่ายปกครองจะมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างแทน แต่ก็ยังต้องรับผิดชอบในความต่อเนื่องในกิจกรรมที่มอบให้เอกชนไปทำ โดยในการจัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครองนั้นเอกชนคู่สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ

1) ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของเอกชนคู่สัญญาแต่อย่างใด ซึ่งในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวมในอันจะได้รับจากการเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นสำคัญ

²⁰ Alain-Serge MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, Paris, 1991, p139-140 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิทยุชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2560, หน้า 44.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46

²² กรพจน์ อัศวินวิจิตร, บทความ "หลักนิติธรรมกับการบริการสาธารณะของรัฐ", *หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4* วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2559. หน้า 7

2) ในกรณีเกิดเหตุขัดขวางการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่มอบให้เอกชนไปทำนั้น ฝ่ายปกครองต้องเข้าไปดำเนินการแก้ไขโดยการเข้าไปดำเนินกิจกรรมนั้นแทนเอกชนหรือยึดคืนกิจกรรมนั้นกลับมาทำเสียเองเพื่อจะได้ให้เกิดความต่อเนื่องในการดำเนินการของการจัดทำบริการสาธารณะนั้น

3) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนั้นวางอยู่บนทฤษฎีที่ว่าด้วย เหตุที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ เมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้นแล้วมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะจากฝ่ายปกครองไม่สามารถดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะนั้นตามวัตถุประสงค์ของสัญญาได้อย่างปกติแล้ว ฝ่ายปกครองเองนั้นจะต้องเข้าไปมีส่วนในการรับภาระบางส่วนร่วมกันกับเอกชนคู่สัญญา ทั้งนี้เพื่อจะได้ไม่ต้องให้บริการสาธารณะนั้นจะต้องหยุดชะงักลงนั่นเอง ถึงแม้ว่าวิธีการดังกล่าวที่ว่าจะไม่อยู่ในเนื้อหาของสัญญาที่บริษัทได้ทำไว้กับภาครัฐก็ตาม

3.3.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องมีคุณสมบัติคือสามารถที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวเองได้ตลอดเวลาเพื่อที่จะให้เหมาะสมต่อช่วงเวลาและสถานการณ์ทางสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอยู่ตลอดเวลาเพื่อจะได้รักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง มีความหมายรวมถึงการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการที่เปลี่ยนแปลงไปอยู่เสมอ เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนี้มีลักษณะแตกต่างจากหลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไม่ได้เกิดขึ้นอย่างชัดเจนจากคำวินิจฉัยทางปกครอง แต่ได้มีการกล่าวถึงหรือให้ข้อคิดเห็นไว้ในคำวินิจฉัยของศาลปกครองว่า โดยสภาพของการจัดทำบริการสาธารณะต่างๆไปที่มีวัตถุประสงค์ในการสนองต่อความต้องการของประชาชน เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะนั้นก็น่าจะได้รับ การเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของประชาชนไปด้วย²³

ในส่วนของผู้เข้ามาใช้บริการสาธารณะนั้นศาลปกครองได้วางหลักเอาไว้ในคำวินิจฉัยในคดี Vincent เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ.1969 ไว้ว่า ผู้เข้าใช้บริการสาธารณะย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการบริการตามปกติของบริการสาธารณะนั้นตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ล่วงหน้า อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณา 2 ประการที่เกี่ยวกับหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะ ก็คือ

1) ผู้ใช้บริการสาธารณะทางปกครอง ผู้เข้าใช้บริการไม่มีสิทธิที่จะดำเนินการคัดค้านในเรื่องของการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะทางปกครองได้ อันเนื่องมาจากบริการสาธารณะทางปกครองนั้นโดยสภาพแล้วเป็นการดำเนินการตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่างๆกำหนดไว้ ผู้ใช้บริการสาธารณะทางปกครองจึงไม่มีสิทธิใดๆที่จะคัดค้านเพื่อดำรงรักษาสภาพของบริการสาธารณะนั้นเอาไว้ได้ อันหมายความว่า เป็นเจตจำนงของฝ่ายปกครองที่จะแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบริการสาธารณะทางปกครองนั้นได้โดยเพียงแต่ฝ่ายเดียว

2) ผู้ใช้บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ผู้เข้าใช้บริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเองก็ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์อันว่าด้วยการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงได้เช่นเดียวกัน ดังที่ศาลปกครองนั้นได้วินิจฉัยวางหลักการไว้ในคดี Chambre de commerce de la

²³ Gilles J.GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, L.G.D.J., Paris, 1994, p.49 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2560, หน้า 51.

Rochelle et autres ลงวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ.1977 อันเกี่ยวข้องกับ การคมนาคมทางอากาศไว้ว่า เนื่องมาจากได้เกิดปัญหาทางด้านเศรษฐกิจของประเทศ รวมทั้งการขาดแคลนซึ่งน้ำมัน สายการบิน Air Inter จึงสามารถที่จะงดบินได้ในบางเที่ยวบินที่มีผู้มาใช้บริการจำนวนน้อยนั้นได้

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดซึ่งกล่าวไปแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าผู้เข้าใช้บริการ สาธารณะทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวนี้ไม่สามารถที่จะคัดค้านหรือโต้แย้งใดๆในหลักอันว่าด้วยการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตามผู้เข้าใช้บริการก็จะมีสิทธิที่จะดำเนินการเรียกร้องให้บริการสาธารณะ นั้นดำเนินการไปอย่างเดิมตามปกติหลังที่จากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขแล้วได้²⁴

4. แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

4.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

ความเป็นมาของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” และคำว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” คำว่า “สัญญาทางปกครอง” นั้น เป็นคำมาแปลมาจากคำภาษาฝรั่งเศสที่ว่า “contrats administratifs” นอกจากนี้ ยังมีคำอีกคำหนึ่งที่ใกล้เคียงกัน คือคำว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” คำดังกล่าวนี้ มีความหมายอย่างเดียวกัน หรือแตกต่างกันอย่างไร²⁵ สมควรทำความเข้าใจร่วมกันเสียก่อนดังนี้ศาสตราจารย์เวอเดล แห่งมหาวิทยาลัย กรุงปารีส ได้อธิบายไว้ว่าในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนี้ นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมาย โดยทำ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว แล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง (Contrats de l'Administration) โดยฝ่ายปกครองอาจพิจารณาเลือกได้ว่า ตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมาย เอกชนอย่างเดียวกันกับเอกชนทำสัญญาระหว่างกัน หรือตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ คือ ระบบกฎหมายปกครอง

สัญญาประเภทแรกเรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน”(Contrats de droit privé de l' Administration) ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา²⁶

สัญญาประเภทที่สอง เรียกว่า “สัญญาทางปกครอง” (Contrats administratifs) ซึ่งจะต้องนำ ระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา กรณีจึงสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาประเภทหนึ่งของสัญญาของฝ่ายปกครอง

4.2 ทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย บริการสาธารณะเกิดขึ้นในประเทศไทยมาเป็นเวลานาน แล้ว แม้ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายไทยฉบับใด ให้คำนิยามบริการสาธารณะเอาไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ก็มีผู้ อธิบายความหมายไว้หลากหลาย แต่ที่อธิบายได้ชัดเจนที่สุด น่าจะได้แก่ความหมายของบริการสาธารณะ ที่

²⁴ PONTIER, *Les services publics*, HACHETTE, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (19), หน้า 52.

²⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์, *สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. 2543

²⁶ ณัฐชัย คงศรียาตรา, *ปัญหาการวินิจฉัยสัญญาภาครัฐของสำนักงานอัยการสูงสุดในสัญญาทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย. คณะนิติศาสตร์. 2545. หน้า 30

อธิบายไว้ในหนังสือกฎหมายปกครองว่า *บริการสาธารณะหมายถึงกิจการที่อยู่ในความอำนาจการ หรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน*²⁷ จากคำอธิบายข้างต้น เมื่อพิจารณาความหมายของบริการสาธารณะดังกล่าวแล้วสามารถแยกองค์ประกอบของบริการสาธารณะได้ ดังนี้

1) *บริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการ หรือความควบคุมของฝ่ายปกครอง* ซึ่งลักษณะที่สำคัญที่สุดก็คือ บริการสาธารณะต้องเป็นกิจการที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน แต่ในปัจจุบันรัฐสมัยใหม่มีการกิจการมากขึ้น กิจกรรมบางอย่างต้องใช้เงินลงทุนสูง ใช้เทคโนโลยีขั้นสูง รัฐไม่มีความพร้อมในการจัดทำ รัฐจึงมอบหมายให้บุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐ หรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ บทบาทของรัฐจะเปลี่ยนไปตามผู้ควบคุม

2) *บริการสาธารณะจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะประโยชน์* ในข้อนี้จะพิจารณาจากการดำรงชีวิตของประชาชน โดยความต้องการส่วนรวมของประชาชนจะแบ่งออกเป็นความต้องการที่จะมีชีวิตอยู่อย่างสุขสบาย และความต้องการที่จะอยู่อย่างปลอดภัย

ดังนั้น บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้น จึงต้องมีลักษณะที่สนองความต้องการของประชาชนทั้งสองประการข้างต้นและรัฐต้องจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประชาชนทุกคนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน รัฐจะจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมิได้

4.3 ทฤษฎีอื่น ๆ ที่ใช้ในสัญญาทางปกครอง

ทฤษฎีหรือหลักความได้สัดส่วน หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ศาลปกครองทั้งประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสได้พัฒนาขึ้น จนเป็นที่ยอมรับของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญหรือในอีกความหมายหนึ่งคือ หลักความได้สัดส่วนเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร การใช้หลักความได้สัดส่วนมีวัตถุประสงค์และระดับการใช้ 2 กรณีคือ

กรณีแรก การใช้หลักความได้สัดส่วนในการควบคุมกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่ค่าบังคับลำดับรองจากรัฐธรรมนูญ มิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อมุ่งคุ้มครองมิให้รัฐหรือฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพของประชาชนเกินความจำเป็นและสมควร ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติรองรับไว้ในมาตรา 6 และหลักความได้สัดส่วนในการควบคุมกฎหมายลำดับรองหรือ “กฎ” มิให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท หรือกฎหมายที่ค่าบังคับระดับพระราชบัญญัติ โดยจะป้องกันออก “กฎ” มิให้กำหนดข้อบังคับเกินความจำเป็นและนอกเหนือวัตถุประสงค์ของกฎหมายบท และมาตรการที่กำหนดใน “กฎ” จะต้องมิเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์กฎหมายแม่บทเท่านั้น

กรณีที่สอง การใช้หลักความได้สัดส่วนในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่สุจริตหรือไม่ โดยการใช้ดุลพินิจจะต้องกระทำด้วยความจำเป็นและสมควร ไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพประชาชนเกินสมควรและการใช้ดุลพินิจจะต้องเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจใช้ดุลพินิจ และมาตรการที่กำหนดของการใช้ดุลพินิจจะต้องเป็นไปด้วยเหมาะสม

4.3.1 หลักความได้สัดส่วนในการควบคุมกฎหมาย

กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักแห่งความได้สัดส่วนถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่จะมีได้บัญญัติกำหนดหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) ไว้

²⁷ ประยูร กาญจนดุล. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2538. หน้า 108

อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่องค์กรต่างๆของรัฐไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือ องค์กรตุลาการจะต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักการนี้ โดยจะกระทำการใดๆที่ขัดหรือแย้งต่อหลักการนี้ไม่ได้ หลักแห่งความได้สัดส่วนประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ คือ หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of suitability) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of necessity) และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of proportionality in the narrow sense) หลักความได้สัดส่วนในฐานะเป็นหลักกฎหมายในการควบคุมกฎหมายหรือกฎหมายให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ มีรายละเอียดดังนี้

1) *หลักแห่งความเหมาะสม* หลักแห่งความเหมาะสม หมายถึง มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม กล่าวคือ สามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะเกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ โดยรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้ก็เฉพาะเพียงเพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นไม่ให้การใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนคนหนึ่งกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ๆ หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนเท่านั้น

2) *หลักแห่งความจำเป็น* หลักแห่งความจำเป็น หมายถึง มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้

3) *หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ* หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าหลักแห่งความสมดุล หมายถึง มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือแก่สังคมโดยรวม เพราะแม้ว่ากฎหมายนั้นจะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตั้งไว้ก็ตาม แต่หากบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือต่อสังคมเป็นอย่างมากเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่ส่วนรวมที่พึงได้รับ ก็น่าจะเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าวขัดต่อหลักแห่งความสมดุล การที่จะพิจารณาว่ากฎหมายใดกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพเกินความจำเป็นสมควรหรือไม่

4.3.2 หลักความได้สัดส่วนในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

โดยพิจารณาว่า การกระทำทางปกครองนั้นต้องมีวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด จะต้องพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วน คำว่า วัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง หมายถึง ตัวข้อกำหนด ของการกระทำทางปกครองอันเป็นตัวข้อความที่บังคับให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่าง ละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง หรืออาจเป็นข้อกำหนดที่อนุญาตให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่างหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่างวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของการกระทำทางปกครองอันเป็นข้อกำหนดซึ่งกฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการทางปกครองนี้ ในบางกรณีกฎหมายก็กำหนดไว้โดยชัดเจนว่ามีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการเช่นไร แต่บางกรณีกฎหมายก็กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะเลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนดได้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นอำนาจที่ประกอบด้วยอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจผสมกันไป โดยบางกรณีกฎหมายบัญญัติว่าเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องออกคำสั่ง(ซึ่งเป็นอำนาจผูกพัน) แต่สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรออกคำสั่งอย่างไรในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ที่กฎหมายเปิดช่องให้เลือกออกได้ (ซึ่งเป็นอำนาจดุลพินิจ)

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า ปัญหาการพิเคราะห์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือเนื้อความของการกระทำทางปกครองนี้แตกต่างจากการพิเคราะห์คุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพราะปัญหาที่เกี่ยวกับการพิเคราะห์คุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เป็นกรณีที่กฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการทางปกครองกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของการกระทำทางปกครองไว้ด้วยถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัว (Indefinite concepts) ถ้อยคำเช่นว่านี้ได้แก่บรรดาถ้อยคำซึ่งกฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้และซึ่งวิญญูชน (Reasonable man) อาจเข้าใจความหมายกว้างแคบแตกต่างกันออกไปได้ เช่น การกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอาคารหรือโรงเรือนที่อยู่ในสภาพชำรุดทรุดโทรมน่ารังเกียจ ผลกระทบทางเภสัชกรรมที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน สิ่งพิมพ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อจิตใจของเยาวชน” เป็นต้น

การกระทำทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อองค์การฝ่ายปกครองพิจารณาเลือกกระทำการทางปกครองภายใต้ขอบเขตของ หลักแห่งความได้สัดส่วน อันมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลัก 3 ประการ คือ หลักแห่งความเหมาะสม หลักแห่งความจำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ

1) หลักแห่งความเหมาะสม

หลักแห่งความเหมาะสมนี้ บังคับให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใช้วิจารณญาณเลือกออกคำสั่งที่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจ สำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อยู่ในวิสัยจะทำให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจปรากฏขึ้นมาในโลกแห่งความเป็นจริงได้เลยย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม

2) หลักแห่งความจำเป็น

หลักแห่งความจำเป็นนี้มีความหมายว่า ในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ ประการซึ่งล้วนแล้วแต่สามารถดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ทั้งสิ้นนั้น ถ้าเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎร องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด และถ้าเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎร องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด

3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้เรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการทางปกครองมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ดังนั้น หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้จึงห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่า หากได้ลงมือปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะบังเกิดขึ้นกับราษฎร

4.4 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายไทย

การวิจัย ในเรื่องกฎหมายปกครองนั้น ผู้วิจัยคาดว่าการศึกษาเรื่องมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย การวินิจฉัยชี้ขาดการตีความในสัญญาทางปกครอง โดยมีมาตราที่สำคัญดังนี้

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวได้บัญญัตินิยามศัพท์คำว่า "สัญญาทางปกครอง" หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่ง

กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

- การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

- การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

การ

- คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากรศาลทรัพย์สิน

ทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น

แม้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 9(4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อันมีความหมายว่าข้อพิพาทหรือคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทุกประเภทจะฟ้องร้องต่อศาลปกครอง และไม่อาจฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมได้อีกเลยก็ตาม แต่บทบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดและวิธีดำเนินคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องดังกล่าวกลับมีปรากฏอยู่เพียงเล็กน้อยเท่านั้น

4.5 องค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง โดยบทบัญญัติของกฎหมาย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นไว้ ได้กำหนดนิยามของถ้อยคำต่าง ๆ ที่ใช้ในกฎหมายดังกล่าวโดยได้กำหนดนิยามศัพท์ของคำว่า สัญญาทางปกครอง ไว้ในมาตรา 3 ว่าสัญญาทางปกครอง หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยผลของบทบัญญัติดังกล่าว จึงสามารถอธิบายองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองได้

ว่า จะต้องประกอบด้วย องค์ประกอบด้านคู่สัญญาทั้งสององค์ประกอบทางด้านเนื้อหาของสัญญาองค์ประกอบด้านคู่สัญญา หมายความว่า คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างน้อย จะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐองค์ประกอบด้านเนื้อหาของสัญญา สัญญาดังกล่าวจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย

- 1) เป็นสัญญาสัมปทาน
- 2) เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
- 3) เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
- 4) เป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

องค์ประกอบทางด้านคู่สัญญาทั้งสองประการและองค์ประกอบทางด้านเนื้อหาของสัญญาทั้งสองประการ ซึ่งจะต้องมีข้อใดข้อหนึ่งประกอบกันทั้งสององค์ประกอบจึงจะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองนี้ แม้จะมีความชัดเจนในตัวแล้ว แต่ก็มีข้อพึงจะต้องอธิบายให้ความกระจ่างเพิ่มเติมอีกบางประการ ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบในเรื่องคู่สัญญา ที่กำหนดให้ต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองนั้นแม้จะมีคำนิยามศัพท์ของคำว่า หน่วยงานทางปกครอง ไว้อย่างชัดเจนในคำนิยามศัพท์คำแรกในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองแล้วก็ตาม แต่ก็อาจกล่าวได้อีกด้วยว่าที่จะทำให้เกิดกลายเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด (หรือทุก ๆ ฝ่าย) จะต้องเป็นส่วนราชการ (คือกระทรวง ทบวง กรม) หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค (จังหวัด) ราชการส่วนท้องถิ่น (องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาลองค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา) หรือรัฐวิสาหกิจที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นเฉพาะในรูปของพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา (ไม่รวมรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดและไม่รวมรัฐวิสาหกิจที่ไม่เป็นนิติบุคคล) หรือหน่วยงานอื่นของรัฐซึ่งก็จะต้องมีสถานะอย่างเดียวกันคือต้องมีกฎหมายจัดตั้งขึ้นและมีสถานะเป็นนิติบุคคล (เช่นธนาคารแห่งประเทศไทย) หรืออาจเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการทางปกครองจากรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองข้างต้นด้วยสำหรับองค์ประกอบในเรื่องคู่สัญญาอีกประการหนึ่งที่กำหนดไว้ว่าอาจจะเป็น “บุคคลที่ได้รับมอบหมายในการทำการแทนรัฐ” ก็ได้ นั้น เป็นการบัญญัติรองรับไว้สำหรับอนาคตในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองอาจมิได้เป็นผู้เข้าทำสัญญาเอง แต่อาจเชิญบุคคลอื่นให้เข้าทำสัญญาเพื่อปฏิบัติการกิจที่เป็นบริการสาธารณะในความรับผิดชอบของตนแทนโดยมิได้มีการมอบหมายอำนาจหน้าที่ให้กระทำการแทนไว้อย่างแจ่มชัด แต่การมอบหมายโดยปริยายหรือการเชิญบุคคลอื่น (ซึ่งมิใช่หน่วยงานทางปกครอง) ให้เข้าทำสัญญาทางปกครองแทนโดยเหตุผลความจำเป็นใดๆ ในทางการบริหารจัดการของรัฐหรือของหน่วยงานทางปกครองเองนั้น ก็ย่อมเพียงพอที่จะทำให้องค์ประกอบในด้านคู่สัญญาครบถ้วนกลายเป็นสัญญาทางปกครองขึ้นได้ หากบุคคลดังกล่าวอยู่ในลักษณะที่เข้าข่ายที่จะถือได้ว่าได้กระทำการแทนรัฐ²⁸

ในส่วนที่เกี่ยวกับ *องค์ประกอบทางด้านเนื้อหาของสัญญา* นั้น การเป็นสัญญาสัมปทานเป็นลักษณะประการหนึ่งที่จะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองได้ ความหมายของสัญญาสัมปทานก็คือสัญญาให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้หนึ่งผู้ใดเพียงผู้เดียวในการดำเนินการสำหรับองค์ประกอบในเรื่องการเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นย่อมปรากฏอยู่ในตัวว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะการจัดทำบริการสาธารณะเป็นอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบขององค์การฝ่ายปกครอง การที่องค์การฝ่ายปกครอง

28 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 67/2540 ในวารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ธันวาคม 2541 หน้า 97-138

มอบหมายให้บุคคลอื่นมาเป็นผู้รับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะย่อมเป็นความชอบธรรมที่จะให้ศาลปกครองเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาดังกล่าวโดยการกำหนดให้สัญญานี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เพื่อตรวจสอบดูแล้วเอาเอกชนคู่สัญญานั้นไต่ยึดถือและเคารพในหลักการพื้นฐานของบริการสาธารณะหรือไม่ แต่หลักเกณฑ์ในข้อนี้ก็ต้องมีความชัดเจนด้วยว่า ที่จะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะได้นั้นต้องปรากฏด้วยว่า หน้าที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวเป็นบริการสาธารณะหลักหรือเป็นบริการสาธารณะโดยตรง ไม่ใช่เพียงเป็นการช่วยให้บริการสาธารณะได้มีขึ้นโดยทางอ้อมเท่านั้นประเด็นเกี่ยวกับสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคนั้น โดยที่สาธารณชนเป็นผู้ได้รับผลและใช้ประโยชน์ร่วมกันจากสิ่งสาธารณูปโภค และโดยหลักย่อมถือเป็นหน้าที่ที่องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคสำหรับให้ประชาชนทั่วไปได้ใช้ประโยชน์ร่วมกัน ดังนั้น หากองค์กรฝ่ายปกครองมอบหมายหน้าที่ในการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคให้บุคคลอื่นดำเนินการความมั่นคง แข็งแรง ความปลอดภัย และความสมประโยชน์ที่จะได้รับจากสิ่งสาธารณูปโภคนั้น ๆ จึงเป็นสิ่งที่ต้องมีการตรวจสอบดูอย่างเคร่งครัด ดังนั้น สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงต้องตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง และถูกกำหนดให้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง สำหรับในเรื่องสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น การอนุญาตให้ขุดแร่ ให้ขุดปิโตรเลียม หรือให้สิทธิในการตัดไม้ ฯลฯ นั้น ภายใต้หลักการที่ว่าทรัพยากรธรรมชาติเป็นสมบัติของรัฐซึ่งหมายถึงเป็นของประชาชนทุกคน องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ในการป้องกันและดูแลรักษาไว้ให้เป็นสมบัติสืบเนื่องไปถึงรุ่นต่อไป ดังนั้น การที่องค์กรฝ่ายปกครองตกลงให้คู่สัญญาเอกชนรายใดรายหนึ่งมาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงทำให้สัญญานั้นเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง และจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองด้วย สัญญาทางปกครองจำนวนมากที่เกิดขึ้นในประเทศไทย มักมีลักษณะหลายอย่างประกอบกันอยู่ในสัญญาเดียว เช่น เป็นสัญญาสัมปทานที่ให้สิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อาทิ การให้สัมปทานป่าไม้ หรือสัมปทานขุดสำรวจแร่ เป็นต้น หรือเป็นสัญญาสัมปทานที่ให้สิทธิเด็ดขาดแก่เอกชนในการจัดทำหรือได้ให้บริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่เรียกว่า สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น การให้สัมปทานดำเนินการระบบขนส่งมวลชน การให้สัมปทานดำเนินการสื่อสารโทรคมนาคม ฯลฯ

ในประเทศไทยในระยะประมาณ 20 ปีมานี้ และมีปัญหาการตีความและการบังคับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมากที่สุดยิ่งไปกว่าสัญญาทางปกครองประเภทอื่น ๆ แม้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายจะได้ให้คำนิยามและกำหนดองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองไว้โดยชัดแจ้งและครอบคลุม ทั้งในส่วนที่เป็นองค์ประกอบทางด้านคู่สัญญาและองค์ประกอบทางด้านเนื้อหาของสัญญา แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็เปิดช่องให้สามารถตีความขยายความคำนิยามของสัญญาทางปกครองออกไปได้อีก และในระยะเวลากว่าสิบปีที่ผ่านมา ศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้อาศัยช่องทางดังกล่าวตีความขยายขอบเขตของสัญญาทางปกครองให้กว้างขวางออกไปจากเดิมอีกมากด้วย

4.6 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศต้นแบบที่มีการพัฒนาการทางกฎหมายอย่างสูงในระบบที่มีการแยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม และมีพัฒนาการสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นอย่างชัดเจน กับทั้งยังเป็นที่ยอมรับอย่างสูงในแวดวงกฎหมายมหาชน ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน

4.6.1 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายประเทศเยอรมัน

ได้กำหนดประเภทของสัญญาไว้ชัดเจนว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน ได้แก่

1) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ โดยทั่วไปได้แก่สัญญาระหว่างองค์กรทางปกครองด้วยกันเอง โดยนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาในทางปกครองประเภทนี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยการออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาแม่น้ำที่ไหลผ่านเขตแดนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสองหรือระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับรัฐเกี่ยวกับภาระหน้าที่ในการกำจัดขยะมูลฝอย เป็นต้น

2) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ โดยทั่วไปได้แก่สัญญาระหว่างองค์กรทางปกครองฝ่ายหนึ่งและเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งตัวอย่างของสัญญาทางปกครองประเภทนี้ เช่น สัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงสัญญากับเอกชนว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยังไม่เข้าดำเนินการใด ๆ กับอาคารของเอกชนที่ได้ก่อสร้างโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร หากเอกชนซึ่งเป็นเจ้าของอาคารดังกล่าวจะทำการรื้อถอนและแก้ไขเปลี่ยนแปลงแก้ไขอาคารนั้นให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลา 3 เดือน หรือสัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับข้าราชการในเรื่องเกี่ยวกับการชำระเงินที่องค์กรฝ่ายปกครองได้จ่ายไปเพื่อการศึกษาดูงานหรืออบรมกลับคืนในกรณีที่ข้าราชการออกจากตำแหน่งหน้าที่ที่กำหนดเวลาตามที่ได้ตกลงกันหรือกรณีของการผิดสัญญาชาติใช้ทุนลาศึกษาต่อต่างประเทศ เป็นต้น

3) สัญญาประนีประนอมยอมความ หรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง

ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่เยอรมัน 1976 มาตรา 55 สัญญาประนีประนอมยอมความ หรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองมีวัตถุประสงค์ที่จะแก้ปัญหาในความไม่แน่นอนหรือเพื่อหาข้อยุติในปัญหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายโดยอาศัยการตกลงประนีประนอมยอมความ หรือตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครองและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นมีความไม่แน่นอน

สัญญาประนีประนอมยอมความ หรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังนี้

ก. มีความไม่แน่นอนหรือยังหาข้อยุติไม่ได้ในเรื่องเกี่ยวกับพฤติการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายหรือประเด็นข้อกฎหมาย

ข. ความไม่แน่นอนหรือข้อยุติดังกล่าวไม่สามารถจัดไปได้หรือจะจัดไปได้ก็ต้องเสียเวลาหรือเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก

ค. คู่กรณีทั้งสองฝ่าย คือ องค์กรฝ่ายปกครองและเอกชนสามารถตกลงประนีประนอมยอมความหรือระงับข้อพิพาททางปกครองนั้น

ตัวอย่างของสัญญาประนีประนอมยอมความหรือระงับข้อพิพาท เช่น สัญญาประนีประนอมในค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการเวนคืน

ง. สัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง

ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่เยอรมัน 1976 มาตรา 56 สัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง ตามมาตรา 56 ได้แก่ สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งได้แก่ องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเอกชนมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การชำระหนี้ต่างตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น จะต้องมิลักษณะดังต่อไปนี้

ก) สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่แน่นอนตามที่ตกลงกำหนดกันไว้ในสัญญา

ข) เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือบรรลุลวัตถุประสงค์ของกิจการทางปกครอง
 ค) จะต้องมีความถูกต้องเหมาะสม และ
 ง) เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนตามสัญญา
 สำหรับเหตุผลที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้คือ เพื่อป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่าย
 เอกชนได้ทรัพย์สินหรือสิทธิประโยชน์ของรัฐไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในขณะเดียวกันก็เพื่อคุ้มครอง
 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิให้ถูกเอาเปรียบหรือถูกเรียกร้องให้กระทำการชำระหนี้ตอบแทนในสิ่งที่มิได้ผูกพันตาม
 กฎหมาย ตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างนาย ก เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีข้อตกลงว่านาย ก ตกลงจ่ายเงินจำนวน
 1,000,000 บาท ให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการตอบแทนการดำเนินการก่อสร้างสถานที่จอดรถแทนนาย ก ซึ่ง
 มีหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารในการขออนุญาตก่อสร้างอาคารห้างสรรพสินค้าสัญญาดังกล่าว
 เป็นสัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองตามนัยมาตรา 56

4.6.2 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส

มีแนวคิดในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนี้ การวินิจฉัยว่าสัญญาใด
 เป็นสัญญาทางปกครองมีเกณฑ์ 2 ประการ คือ

1) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

เกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาประเภทนี้ มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน ว่าสัญญาใดเป็น
 สัญญาทางปกครอง ในบางกรณีแม้กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่
 แต่กำหนดไว้โดยอ้อมว่าให้คดีเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ขึ้นสู่ศาลปกครองผลทางกฎหมายก็จะเหมือนกัน คือ
 ต้องถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายตัวอย่างเช่น สัญญาการโยธาสาธารณะ
 สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐให้เอกชน สัญญาให้เช่าหรือให้ใช้ประโยชน์ ในที่สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน
 สัญญาที่เอกชนให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการก่อสร้างสาธารณะสมบัติของแผ่นดินด้วยการให้เงินหรือ
 วัสดุ

2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

เกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองประเภทนี้ต่างกันตรงที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้
 แต่ศาลปกครองได้พิจารณาถึงสภาพและเนื้อหาของสัญญาแล้ว เห็นว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับ
 ประโยชน์สาธารณะ จึงถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เกณฑ์ที่บรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาที่ปรึกษา
 แห่งรัฐถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพประกอบด้วยเกณฑ์ 2 ประการครบถ้วน ดังนี้

ก) เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา คือสัญญาทางปกครองต้องมีฝ่ายปกครองหรือถือว่าเป็น
 ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ และ

ข) เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา คือ นอกจากจะมีคู่สัญญาเป็นฝ่ายปกครอง
 แล้ว เนื้อหาของสัญญาต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้ คือ ต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ของการ
 ดำเนินการบริการสาธารณะหรือข้อกำหนดในสัญญาเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิ
 พิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก

4.6.3 อำนาจศาลปกครองเยอรมันในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ศาลปกครองเยอรมันไม่ใช่แต่เพียงเป็นศาลในระบบ ศาลคู่ เมื่อพิจารณาจากการที่เป็นศาล
 เอกเทศแยกออกมาต่างหากจากระบบศาลยุติธรรมเท่านั้น หากแต่ยังเป็นศาลที่อยู่ใน ระบบหลายศาล อันมี
 ประเทศเยอรมันเป็นต้นแบบที่สำคัญอีกด้วย เพราะนอกจากจะมีศาลรัฐธรรมนูญอันมีฐานะเป็นศาลสูงสุด
 เหนือระบบศาลอื่น ๆ แล้ว เยอรมันยังมีระบบศาลที่เป็นอิสระ เป็นเอกเทศแยกออกจากกันรวมถึง 5 ระบบ
 ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลสังคม และศาลภาษี ขอบเขตหน้าที่ของศาลปกครอง

เยอรมัน ตลอดทั้งหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองเยอรมันซึ่งกำเนิดขึ้นภายหลังและมีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ไว้มากกว่ากรณีของประเทศฝรั่งเศส และมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นกว่าและมีความจำเป็นต้องให้ศาลกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นเองน้อยกว่ากรณีของฝรั่งเศส

ความชัดเจนเกี่ยวกับระบบสัญญาทางปกครองเยอรมันเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1976 เมื่อมีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ขึ้นใช้บังคับจนถึงปัจจุบันโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึง มาตรา 60 ซึ่งเรียกว่าสัญญาทางปกครองว่า สัญญาทางมหาชนได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ดังนี้

นิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้โดยสัญญา (สัญญามหาชน) ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเข้าทำสัญญามหาชนแทนการออกคำสั่งทางปกครองได้ โดยปกติแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในทางปกครองขึ้น

การบัญญัติรับรองเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 นั้น ส่งผลให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในแดนของกฎหมายมหาชนและอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองเยอรมันด้วย

นอกจากความแตกต่างที่ระบบสัญญาทางปกครองเยอรมันมีบทบัญญัติของกฎหมายในรูปของรัฐบัญญัติวางหลักเกณฑ์ที่สำคัญไว้หลายประการ ซึ่งต่างจากสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งล้วนแล้วแต่อาศัยแนวทางการตีความและคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเป็นหลักแล้วความแตกต่างของอำนาจศาลปกครองเหนือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็คือ ศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นศาลที่มีอำนาจเต็มเหนือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ ศาลอาจพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมาย พร้อม ๆ กับการวินิจฉัยกำหนดค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญาทางปกครองได้ด้วย ในขณะที่ศาลปกครองเยอรมัน ศาลปกครองมีอำนาจเพียงเฉพาะการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเท่านั้น หากมีกรณีที่จะต้องวินิจฉัยกำหนดเรื่องค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญาทางปกครองด้วยแล้ว อำนาจวินิจฉัยเรื่องค่าเสียหาย ก็จะเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม

4.6.4 อำนาจศาลปกครองฝรั่งเศสในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสหรือที่แปลตรงตามความหมายของถ้อยคำว่าเป็นสภาแห่งรัฐ (Concil State หรือ Conseil d'Etat ในภาษาฝรั่งเศส) เป็นองค์กรที่เกิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 โดยในสมัยปฏิวัติได้มีรัฐบัญญัติลงวันที่ 16-24 สิงหาคม 1790 กำหนดห้ามมิให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาขัดขวางการปฏิบัติการของฝ่ายปกครองไม่ว่าในรูปแบบใด และไม่อาจจะเรียกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมาชี้แจงต่อหน้าศาลในเรื่องที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติไปตามหน้าที่ มิฉะนั้นจะถือว่าการกระทำของฝ่ายตุลาการเป็นความผิด

ผลการบัญญัติห้ามฝ่ายตุลาการมาตัดสินคดีที่เกี่ยวกับฝ่ายปกครองดังกล่าวทำให้เมื่อเกิดคดีข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเจ้าหน้าที่ทางปกครอง หรือกับหน่วยงานของรัฐขึ้น ก็จะไม่มีการชี้ขาดตัดสินคดีให้ทำให้ฝ่ายปกครองเองต้องเป็นผู้วินิจฉัยเรื่องร้องเรียน หรือคดีพิพาทดังกล่าวด้วยตนเอง จึงทำให้มองได้ว่าการวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวไม่มีหลักประกันสิทธิที่ดีพอสำหรับประชาชน ดังนั้น ในปี 1799 เพื่อเป็นการแยกองค์การตัดสินออกจากองค์กรฝ่ายปกครองปกติ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับลงวันที่ 13 ธันวาคม 1799 จึงกำหนดให้มีสภาแห่งรัฐ ขึ้นทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองแทนที่จะให้อำนาจนี้ขึ้นอยู่กับผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองเช่นที่เคยเป็นมาหลังจากการปฏิวัติใหญ่ ในปี 1872 โดย

การรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 รัฐสภาฝรั่งเศสจึงได้ตัดสินใจให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจหน้าที่เต็ม อย่างเป็นทางการ โดยกำหนดให้คำวินิจฉัยชี้ขาดของสภาแห่งรัฐมีผลบังคับได้โดยตัวเอง ศาลปกครองฝรั่งเศสจึง มีสถานภาพความเป็นศาลอย่างสมบูรณ์นับแต่นั้นมา

ในแง่ของอำนาจศาลปกครองฝรั่งเศสเหนือคดีต่าง ๆ นั้น โดยที่ศาลปกครองฝรั่งเศสกำเนิด มาจากหลักการห้ามศาลยุติธรรมตัดสินคดีที่มาจากกรกระทำของฝ่ายปกครองและมีการจัดตั้งองค์กรในฝ่าย ปกครองขึ้นมาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีเอง จนกระทั่งมีความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องจนกลายเป็น “องค์กรตุลา การ” ในท้ายที่สุด ดังนั้น จึงไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อพิพาทที่จะอยู่ในอำนาจศาล หลักกฎหมาย ที่จะต้องนำมาใช้หรือสิทธิและหน้าที่ที่ตลอดจนหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับวิธีพิจารณาขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรใน ลักษณะที่เป็นบทกฎหมายทั่วไปที่รวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ แต่อย่างไร หากศาลปกครองเองจะเป็นผู้ประกาศ หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้โดยอาศัยเหตุผลของเรื่องและเหตุผลธรรมชาติ (Nature of things) หรือเหตุผลของ การปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองซึ่งจะปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยของศาลในแต่ละคดี หรือมิฉะนั้น ก็จะมาจากการ ตรากฎหมายเฉพาะเรื่อง เฉพาะกรณีของฝ่ายนิติบัญญัติที่ในระยะหลัง ๆ มักจะรวบรวมหลักกฎหมายและ เหตุผลที่มาจากคำพิพากษาของศาลมาจัดเป็นหมวดหมู่เฉพาะในเรื่องนั้น ๆ ขึ้นเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่อง เท่านั้น

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากรณีศาลปกครองฝรั่งเศส เขตอำนาจศาลปกครองฝรั่งเศสเหนือ คดีต่างๆ มีอยู่อย่างกว้างขวาง ขึ้นอยู่กับการตีความที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีต่าง ๆ ของศาลปกครองเอง ทั้ง ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อพิพาทที่มาจากกรกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง และทั้งการกระทำในรูปนิติกรรมสองฝ่าย ที่เรียกว่าสัญญาทางปกครอง โดยมีได้มีหลักเกณฑ์ที่มีบทกฎหมายกำหนดหรือวางหลักสำคัญในเรื่องดังกล่าวไว้ ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่อย่างไร

โดยที่ศาลปกครองฝรั่งเศสมีกำเนิดและวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานมากกว่าสองศตวรรษ และมีคำพิพากษาที่กว้างขวางครอบคลุมเกือบทุกเรื่อง ทุกประเภทที่เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือเป็น คดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการกรจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น การสกัดเอาหลักกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองมาใช้เพื่อเรียบเรียงขึ้นเป็นระบบระเบียบที่สมบูรณ์ จึงสามารถกระทำได้ใน ปัจจุบัน แม้ว่าในระยะแรก ๆ ของการเริ่มต้นระบบศาลปกครองฝรั่งเศสจะยังคงมีปัญหาการไม่มีหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับก็ตาม

ในส่วนของเยอรมัน เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายกำหนดทั้งระบบ โดยคำนึงถึงหลัก เสรีภาพในการทำสัญญาต้องอยู่ในขอบเขตของหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำสัญญาทางปกครองได้ตราบเท่าที่สัญญาดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น สัญญาทางปกครองที่ได้กระทำไปไม่ว่าในแง่ของลักษณะรูปแบบ หรือเนื้อหาของสัญญาซึ่งเป็นการ ขัดต่อกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมาย รัฐธรรมนูญรัฐบัญญัติ กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับก็ดี จึงไม่อาจกระทำได้ เจ้าหน้าที่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 57/2547) ของรัฐยังต้องคำนึงถึงหลักทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำทาง ปกครองด้วย เช่น หลักความสมเหตุสมผล หลักความเท่าเทียมกัน และหลักห้ามการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ เป็นต้น

ส่วนของไทยนั้น กฎหมายกำหนดแต่เพียงชื่อสัญญาทางปกครองทุกประเภทเท่านั้นเอง นอกเหนือ จากนั้นเป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะกำหนดและวางหลักในเรื่องผลของสัญญาทางปกครอง ทั้งหมดและจากการศึกษาพบว่า มีแนวโน้มที่ศาลปกครองไทยจะนำหลักไม่ว่าจะเป็นในทางทฤษฎีเรื่องเนื้อหาของ สัญญา ด้านประเภทของคู่สัญญา หรือแม้กระทั่งการให้ศาลปกครองตีความเพื่อเป็นการวางหลักที่จะ นำมาใช้เป็นแนวทางในการตีความของคดีต่อๆมาในภายหลัง เช่นเดียวกับกฎหมายปกครองของประเทศ

ฝรั่งเศส และอาจเป็นเพราะเหตุที่นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่ของประเทศจบการศึกษามาจากประเทศ
ฝรั่งเศสมากกว่าประเทศเยอรมันก็เป็นได้



บทที่ 3

การจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครอง

1. การจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทย

ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้นระบบราชการไทยเป็นผู้ควบคุมอำนาจต่างๆในสังคม รวมทั้งการจัดทำบริการสาธารณะด้วย ต่อมาเมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 คณะราษฎรก็ได้เข้ามาเป็นชนชั้นปกครองที่ควบคุมอำนาจต่าง ๆ นั้นแทน คณะราษฎรได้นำเงินของรัฐไปสร้างรัฐวิสาหกิจ และบริษัท กิจรัฐวิสาหกิจ ขึ้นมาจำนวนหนึ่งโดยรัฐเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากเพื่อทำหน้าที่บริหารบริษัทที่ราชการเหล่านั้น²⁹

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐได้ตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาจำนวนมากเพื่อแก้ปัญหาของประเทศ เช่น เพื่อการฟื้นฟูประเทศ เพื่อสร้างสาธารณูปโภค เพื่อผลิตสินค้าที่ขาดแคลน และสินค้าที่ต้องจัดซื้อจากต่างประเทศ และในเวลาต่อมาก็ได้จัดตั้งองค์กรของรัฐขึ้นมาอีกประเภทหนึ่งที่ไม่ใช่เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจขึ้นมาเพื่อดำเนินกิจกรรมบางอย่างรวมทั้งการจัดทำบริการสาธารณะด้วย และเมื่อมีพระราชบัญญัติองค์กรมหาชน พ.ศ.2542 ก็เกิดองค์กรของรัฐอีกประเภทหนึ่งซึ่งสามารถจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทได้ด้วย จึงก่อให้เกิดองค์กรต่างๆมากมายขึ้นมาเพื่อมาจัดทำบริการสาธารณะของประเทศไทยในปัจจุบัน

1.1 รัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ

ก่อนที่กฎหมายว่าด้วยองค์กรมหาชนจะใช้บังคับในปี พ.ศ.2542 บริการสาธารณะในประเทศไทยได้จัดทำโดยส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานภาครัฐที่ไม่ได้เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ซึ่งถือว่าเป็นราชการเองเป็นผู้ดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะ

ก่อนอื่นต้องมีความเข้าใจในคำว่าส่วนราชการเสียก่อน ส่วนราชการ นั้นหมายความถึง หน่วยงานของรัฐที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีระบบการทำงานที่เป็นแบบแผน มีการจัดลำดับชั้นการบังคับบัญชากันตามความชำนาญเพื่อความเหมาะสม มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ปฏิบัติงานอย่างแจ่มชัด มีระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติงานโดยมีวินัยควบคุมความประพฤติของราชการ เป็นต้น สำหรับภารกิจหลักที่ถือว่าเป็นหน้าที่ของส่วนราชการที่จะต้องดำเนินการนั้น ได้แก่ บริการสาธารณะซึ่งจะต้องเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนด³⁰

²⁹ สังคีต พิริยะรังสรรค์, *ทุนนิยมขุนนางไทย (พ.ศ. 2475-2503)*, กรุงเทพฯ : สร้างสรรค์. 2526, หน้า 48-49

³⁰ วันเพ็ญ ส่งเสริมทรัพย์, *การจัดระบบองค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย*, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า 34

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยระบบราชการนั้น เป็นบริการสาธารณะที่รัฐหรือฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำเองโดยใช้องค์กรหรือหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้จัดทำและเป็นผู้รับผิดชอบในด้านงบประมาณในการจัดทำ

ประเทศไทยมีการแบ่งการจัดทำบริการสาธารณะในระบบราชการออกเป็น 3 ประเภท คือ

1.1.1 การจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนกลาง

องค์กรที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในส่วนกลางจะได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการที่เรียกชื่อเป็นอย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม

การจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนราชการในส่วนกลาง ซึ่งบริการสาธารณะที่ได้จัดทำโดยส่วนราชการในส่วนกลางส่วนใหญ่จะเป็นภารกิจอันที่มีความสำคัญและส่งผลกระทบต่อภารกิจของรัฐซึ่งจะเกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทั้งประเทศ เช่น ในการรักษาความสงบและเรียบร้อยภายในประเทศ การปกป้องป้องกันประเทศ การให้บริการสาธารณะสุข การป้องกันบรรเทาสาธารณภัย เป็นต้น

การบริหารราชการส่วนกลาง ใช้หลักการรวมอำนาจ โดยให้อำนาจการบังคับบัญชาและการวินิจฉัยสั่งการสูงสุดอยู่ในส่วนกลางและเป็นศูนย์กลางการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐ แบ่งส่วนราชการออกเป็น (1) สำนักนายกรัฐมนตรี (2) กระทรวง หรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง (3) ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง (4) กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งสังกัดหรือไม่ สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง สำนักนายกรัฐมนตรี ส่วนราชการดังกล่าวนี้มีฐานะเป็นนิติบุคคล

การให้บริการสาธารณะโดยราชการส่วนกลางนั้นได้มีกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ ยกตัวอย่างเช่นตาม พระราชบัญญัติ ปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545

หมวด 8 กระทรวงคมนาคม

มาตรา 20 กระทรวงคมนาคม มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการขนส่ง ธุรกิจการขนส่ง การวางแผนจราจร และการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการคมนาคม และราชการอื่นตามที่มีกฎหมาย กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงคมนาคมหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงคมนาคม

มาตรา 21 กระทรวงคมนาคม มีส่วนราชการ ดังต่อไปนี้

- (1) สำนักงานรัฐมนตรี
- (2) สำนักงานปลัดกระทรวง
- (3) กรมเจ้าท่า
- (4) กรมการขนส่งทางบก
- (5) กรมท่าอากาศยาน
- (6) กรมทางหลวง
- (7) กรมทางหลวงชนบท

(8) สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร

การให้บริการสาธารณะโดยราชการส่วนกลาง ขอยกตัวอย่างกรณีกรมทางหลวงที่ได้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะตามที่กฎหมายได้กำหนดบทบาท หน้าที่ ความรับผิดชอบให้ไว้อย่างชัดเจน ในการดำเนินการดำเนินการภารกิจเกี่ยวกับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านทางหลวง การก่อสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงให้มีโครงข่ายทางหลวงที่สมบูรณ์ครอบคลุมทั่วทั้งประเทศ และเชื่อมโยงกับประเทศเพื่อนบ้านเพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวก รวดเร็ว และปลอดภัยในการเดินทาง ตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ดังต่อไปนี้ คือ

กฎกระทรวง แบ่งส่วนราชการกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2558

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 ฉ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2543 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมออกกฎกระทรวงไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ให้ยกเลิกกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2552

ข้อ 2 ให้กรมทางหลวง มีภารกิจเกี่ยวกับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านทางหลวง การก่อสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงให้มีโครงข่ายทางหลวงที่สมบูรณ์ครอบคลุมทั่วทั้งประเทศ และเชื่อมโยงกับประเทศเพื่อนบ้านเพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวก รวดเร็ว และปลอดภัยในการเดินทาง โดยให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยทางหลวงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

(2) วิจัยและพัฒนางานก่อสร้าง บำรุงและบำรุงรักษาทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน

(3) ร่วมมือและประสานงานด้านงานทางกับองค์กรและหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศ และต่างประเทศ

(4) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกรมหรือตามที่รัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

ข้อ 12 แขวงทางหลวง มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) วางแผนเกี่ยวกับงานบำรุงรักษาทางหลวง งานอำนวยความสะดวกทางหลวง และงานก่อสร้างโครงการขนาดเล็ก

(2) สำรวจ ตรวจสอบและจัดทำแผนและข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งวัสดุงานทางและ สภาพสายทางเบื้องต้น

(3) ดำเนินการเกี่ยวกับงานบำรุงรักษาทางหลวง งานอำนวยความสะดวกทางหลวง และงานก่อสร้างโครงการขนาดเล็ก

(4) บำรุงรักษาเพื่อป้องกันเสีย ปรับแต่ง ซ่อมเบาเครื่องจักร ยานพาหนะ เครื่องมือ เครื่องใช้สำหรับงานก่อสร้างและงานบำรุงรักษาทางหลวงที่อยู่ในความรับผิดชอบ

(5) ดำเนินการเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชนในพื้นที่ที่มีโครงการก่อสร้าง บุณณะ และบำรุงรักษาทางหลวง

(6) ตรวจตรา ดูแล และบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยทางหลวงตามที่ได้รับมอบหมาย

(7) ดำเนินการเกี่ยวกับการอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยทางหลวงตามที่ได้รับมอบหมาย

(8) ดำเนินการเกี่ยวกับด่านชั่งน้ำหนักยานพาหนะเคลื่อนที่

(9) สนับสนุนและปฏิบัติงานร่วมกับจังหวัดและหน่วยงานอื่น

(10) ปฏิบัติงานร่วมกับหรือสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องหรือที่ได้รับ มอบหมาย

การจัดทำบริการสาธารณะของราชการส่วนกลางโดยเฉพาะกรมทางหลวงที่ยกมาเป็นตัวอย่างในการศึกษานับว่าเป็นการจัดทำบริการที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อประชาชนโดยส่วนรวม อันมีความจำเป็นในการใช้ถนนหนทางในการสัญจรไปมาหาสู่กันได้อย่างสะดวกสบาย การจัดทำบริการสาธารณะจึงนับว่ามีความสำคัญเป็นอย่างมากไม่ว่าจะเป็นกระทรวง ทบวง หรือ กรม ไตก็เป็นกรให้บริการสาธารณะในแบบภาพกว้างแบบทั่วถึงทั้งประเทศและเป็นประโยชน์สาธารณะที่เป็นที่ต้องการของประชาชน โดยส่วนรวม

1.1.2 การจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนภูมิภาค

องค์การที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของในส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัด อำเภอ กิ่ง อำเภอ ตำบล และหมู่บ้าน

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนภูมิภาคนั้น ได้แก่ บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของส่วนกลางที่ได้จัดแบ่งออกไปจัดทำบริการสาธารณะในเขตการปกครองต่างๆของประเทศ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในส่วนภูมิภาค โดยมีเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางสังกัดกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ออกไปประจำตามเขตการปกครองนั้น ส่วนในเรื่องงบประมาณ ค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะของในส่วนภูมิภาคนั้นก็จะต้องใช้งบประมาณจากกระทรวง ทบวง กรมต่างๆที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น

การบริหารราชการส่วนภูมิภาค ใช้หลักการแบ่งอำนาจ โดยราชการส่วนกลางเป็นเจ้าของอำนาจ แล้วแบ่งอำนาจการบังคับบัญชาและการวินิจฉัยสั่งการให้แก่ภูมิภาคนำไปปฏิบัติให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน และการปฏิบัติของภูมิภาคนั้นจะต้องให้เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมและขนบธรรมเนียมประเพณีของแต่ละพื้นที่ ทั้งนี้จะต้องไม่ขัดต่อนโยบายของส่วนกลางหรือของคณะรัฐมนตรีหรือตัวบทกฎหมายของประเทศ การบริหารราชการส่วนภูมิภาค มี 2 ระดับ คือ จังหวัด และอำเภอ

1) ความสำคัญของการบริหารราชการในส่วนภูมิภาค

(1) เพื่อที่จะให้เกิดประสิทธิภาพต่อการปกครอง โดยประเทศอันมีลักษณะที่เป็นรัฐเดี่ยวนั้น การปกครองในส่วนกลางจะเป็นศูนย์รวมของการจัดในการปกครองของรัฐทั้งหมด ซึ่งในการจัดระบบการปกครองโดยวิธีในการแบ่งการดำเนินงานออกเป็นระดับหรือเป็นขั้นตอนต่างๆ ก็เพื่อที่จะให้สามารถที่จะ

จัดการการปกครองได้แบบทั่วถึงและให้มีประสิทธิภาพ ในประเทศที่มีนโยบายในการปกครองแบบการรวมอำนาจในทางด้านการเมืองก็จะใช้ระบบของการแบ่งอำนาจที่เป็นวิธีการหรือเป็นเครื่องมือในทางบริหาร

(2) เพื่อให้ทำหน้าที่เป็นผู้ที่สืบทอดนโยบายของรัฐบาลนำไปสู่ภูมิภาคโดยตรง ซึ่งวิธีในการแบ่งอำนาจนั้นจะเป็นการขยายการงานของรัฐบาล หรือในการแบ่งหน่วยงานของรัฐบาลออกไปให้ในระดับต่างๆ มีผลที่จะทำให้นโยบายของรัฐบาลนั้นได้ถูกนำไปสู่การปฏิบัติด้วยตัวแทนของรัฐบาลเองโดยตรง

(3) เพื่อที่จะแสดงฐานะเป็นตัวแทนของอำนาจรัฐส่วนกลาง ที่เป็นผู้ที่จะปฏิบัติหน้าที่ในระดับภูมิภาคนั้นต้องมาจากการทำการอนุมัติ แต่งตั้ง ยินยอม หรือตัดสินใจต่างๆจากส่วนกลางเองเป็นสิ่งสำคัญ

การบริหารราชการในส่วนภูมิภาคจึงจะเป็นกลไกในทางการเมืองในการที่จะเปลี่ยนนโยบายของรัฐไปสู่การปฏิบัติเพื่อให้ประสบผลสำเร็จ เป็นกลไกในการบริหารราชการดำเนินการจัดบริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพ ประสิทธิผลและสร้างความพอใจให้เกิดขึ้นแก่ประชาชน

2) ลักษณะสำคัญในการบริหารราชการของส่วนภูมิภาค

การบริหารราชการในส่วนภูมิภาค เป็นกลไกในทางการเมืองและกลไกในทางการบริหาร ซึ่งจะมีลักษณะและหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) เป็นการแบ่งอำนาจในการปกครองของส่วนกลาง ซึ่งจะมีผู้ที่เป็นตัวแทนจากการบริหารราชการของส่วนกลางไปประจำการอยู่ในส่วนภูมิภาค ไม่ใช่การกระจายในเรื่องอำนาจการปกครอง

(2) เจ้าหน้าที่ในส่วนภูมิภาคนั้นยังอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาจากส่วนกลาง โดยเฉพาะในเรื่องการบริหารงานด้านบุคคล ปัจจุบันมิได้มีการมอบหมายอำนาจในการตัดสินใจของเรื่องนี้มากขึ้น

(3) ราชการในส่วนภูมิภาคจะได้รับมอบอำนาจในการทำการวินิจฉัยในการสั่งการเฉพาะเพียงบางเรื่องในบางประการเท่านั้น การบริหารราชการในส่วนกลางจะมีอำนาจที่สามารถเปลี่ยนแปลงและแก้ไขคำวินิจฉัยสั่งการของส่วนภูมิภาคได้ ดังนั้นผู้ที่มีอำนาจในการสั่งการขั้นสุดท้ายก็ยังคงเป็นราชการในส่วนกลางอยู่นั่นเอง

อย่างไรก็ตามปัจจุบันนี้ การบริหารราชการในส่วนภูมิภาคนั้นได้รับการมอบหมายอำนาจในการตัดสินใจ จากการบริหารราชการของส่วนกลางในด้านของการบริหารองค์การ การบริหารงานด้านบุคคลและ ในการบริหารองค์การ ทำให้สามารถตัดสินใจได้ด้วยควมรวดเร็วและตอบสนองต่อการแก้ไขในปัญหาต่างๆและความต้องการของประชาชนได้มากขึ้นกว่าในอดีต

3) การจัดระเบียบของการบริหารราชการในส่วนภูมิภาค

การบริหารราชการในส่วนภูมิภาคนั้นประกอบไปด้วย จังหวัดและอำเภอ

(1) จังหวัด จังหวัดนั้นเกิดจากการรวมท้องที่ในหลาย ๆ อำเภอและได้ตั้งขึ้นเป็นจังหวัด มีสถานะเป็นนิติบุคคลโดยการจัดตั้ง ยุบ และเปลี่ยนแปลงเขตของจังหวัด ต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ (ตามมาตรา 52) ในปัจจุบันนี้มีจังหวัดอยู่ทั้งสิ้นจำนวน 77 จังหวัด ไม่นับรวมกรุงเทพมหานครที่มีสถานะที่เป็นการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น

ก. อำนาจและหน้าที่ของจังหวัด

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พุทธศักราช 2550 มาตรา 52/1 ได้ บัญญัติกำหนดอำนาจและหน้าที่ของจังหวัด ไว้ดังต่อไปนี้

(ก) นำเอาภารกิจของรัฐและนโยบายรัฐบาลนำไปปฏิบัติให้เกิดผลสัมฤทธิ์

(ข) ทำการดูแลให้มีการปฏิบัติและบังคับบัญชาการปฏิบัติงานให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อก่อให้เกิดความสงบ ความเรียบร้อยและความเป็นธรรมในสังคม

(ค) จัดทำให้มีการคุ้มครอง ป้องกัน ส่งเสริม และช่วยเหลือต่อประชาชนและต่อชุมชนที่ด้อยโอกาสเพื่อที่จะให้ได้รับความเป็นธรรมทั้งในด้านเศรษฐกิจและด้านสังคมในการดำรงชีพได้อย่างพอเพียง

(ง) จัดให้มีการบริการของภาครัฐเพื่อที่จะให้ประชาชนนั้นสามารถเข้าถึงได้ด้วยความสะดวก รวดเร็ว และอย่างมีคุณภาพ

(จ) จัดให้มีการส่งเสริม อดหนุน และสนับสนุนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อที่จะให้สามารถดำเนินการได้ตามอำนาจและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และให้มีขีดความสามารถพร้อมที่จะดำเนินการตามภารกิจที่ได้มอบหมายและถ่ายโอนอำนาจหน้าที่จากกระทรวง ทบวง กรม

(ฉ) ปฏิบัติหน้าที่อย่างอื่นตามที่คณะรัฐมนตรี กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นๆของภาครัฐได้มอบหมายมา หรือที่มีกฎหมายได้กำหนดให้ปฏิบัติ

(2) *อำเภอ* พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินพุทธศักราช 2534 ตามมาตรา 61 ได้บัญญัติให้มีหน่วยราชการในการบริหารรองจากจังหวัดให้ใช้ชื่อเรียกว่าอำเภอ การจัดตั้ง ยุบ และเปลี่ยนแปลงของอำเภอ ต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

ก. ให้มีอำนาจและหน้าที่เช่นกันเดียวกับอำนาจและหน้าที่ของจังหวัดตามนัยมาตรา 52/1

ข. จัดให้มีการส่งเสริม สนับสนุน และจัดให้มีการให้บริการร่วมกันของหน่วยงานภาครัฐในลักษณะของศูนย์บริการร่วม

ค. ดำเนินการประสานงานกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้ความร่วมมือกับชุมชนในการดำเนินการให้มีแผนชุมชน เพื่อให้รองรับการสนับสนุนในเรื่องงบประมาณจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จังหวัด และกระทรวง ทบวง กรม

ง. จัดให้มีการไกล่เกลี่ยหรือจัดให้มีการประนอมประนอมข้อพิพาทเพื่อให้เกิดความสงบและเรียบร้อยขึ้นในสังคม

ในอดีตนั้นยังไม่มี การแบ่งเขตการปกครองออกเป็นกิ่งอำเภอกรณีเขตของอำเภอ กว้างขวางแต่จำนวนของประชาชนยังมีไม่มากพอที่จะจัดตั้งเป็นอำเภอ ตามมาตรา 64 ของพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 จะมีการแบ่งพื้นที่เพื่อตั้งเป็นกิ่งอำเภอ การบริหารราชการของกิ่งอำเภอนั้น นอกจากจะมีนายอำเภอท้องที่ที่เป็นผู้บังคับบัญชาอยู่แล้ว จะมีให้ปลัดอำเภอผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอนั้น รับผิดชอบในการปฏิบัติงานบริหารราชการที่มีหน้าที่รองจากนายอำเภอ และปฏิบัติราชการแทนนายอำเภอ ในกรณีที่นายอำเภอนั้นไม่ได้มาอยู่ที่กิ่งอำเภอ โดยปลัดอำเภอผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ เป็นข้าราชการในสังกัดของกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย แต่ด้วยในปี 2550 ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาตั้งอำเภอพุทธศักราช 2550 ยกฐานะของกิ่งอำเภอขึ้นเป็นอำเภอทั้งหมดตามที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 46 ก หน้า 14 ในปัจจุบันประเทศไทยจึงไม่ได้มีเขตการปกครองในรูปของระดับกิ่งอำเภอ

1.1.3 การจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนท้องถิ่น

องค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะในส่วนท้องถิ่นนั้นสามารถที่จะแบ่งออกตามหลักของการกระจายอำนาจทางการปกครอง (Decentralization) คือ การจัดระเบียบการปกครองซึ่งรัฐหรือส่วนกลางมอบ

อำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณสุขบางอย่าง ซึ่งเดิมราชการบริหารส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินงานอยู่ในท้องถิ่นให้ท้องถิ่นรับไปดำเนินการด้วยงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่น โดยราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่กำกับดูแลเท่านั้น ไม่ได้เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการ ซึ่งสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยนั้น เป็นที่ทราบและเข้าใจเป็นอย่างดีว่าสามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป อันประกอบด้วย องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) และ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ คือ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

1) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีการจัดตั้งขึ้น โดยมีลักษณะหรือองค์ประกอบที่มีความคล้ายคลึงกันทั่วประเทศ แต่ทั้งนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปอาจจะมีหลายประเภทก็ได้ เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปของประเทศไทยจะมีอยู่ด้วยกัน 3 ประเภท ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล (นคร/เมือง/ตำบล) และองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งในแต่ละประเภทจะมีการกำหนดลักษณะหรือองค์ประกอบให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งประเทศ คือ จะมีกฎหมายกำหนดวิธีการในการจัดตั้ง รูปแบบการบริหารจัดการ อำนาจหน้าที่ วิธีการในการจัดทำบริการสาธารณสุข การบริหารงานบุคคล การคลังและงบประมาณเป็นแบบแผนเดียวกันทั่วประเทศ

2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีลักษณะหรือองค์ประกอบบางประการแตกต่างไปจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วไป ความแตกต่างนี้สืบเนื่องมาจากลักษณะเฉพาะของท้องถิ่นนั้น ๆ เอง เช่น เป็นท้องถิ่นที่มีความเจริญทางเศรษฐกิจมาก เป็นท้องถิ่นที่มีประชากรอาศัยอยู่อย่างหนาแน่น หรือเป็นท้องถิ่นที่เป็นสถานที่ท่องเที่ยวที่มีชื่อเสียงมีนักท่องเที่ยวจำนวนมาก เป็นต้น โดยลักษณะเฉพาะของท้องถิ่นนั้นทำให้การใช้รูปแบบการบริหารจัดการแบบองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วไปไม่เหมาะสม ไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงต้องมีการคิดค้นหารูปแบบการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษขึ้นเพื่อตอบสนองต่อความต้องการดังกล่าว

บริการสาธารณสุขที่จัดทำโดยส่วนท้องถิ่นนั้น ได้แก่ บริการสาธารณสุขบางประเภทที่รัฐเป็นผู้มอบหมายให้ส่วนท้องถิ่นจัดทำบริการสาธารณสุขเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในเขตท้องถิ่นนั้น เช่น การดูแลรักษาความสะอาดของท้องถิ่น การจัดให้มีน้ำประปาหรือสถานที่พักผ่อนหย่อนใจ เป็นต้น สำหรับในด้านผู้ดำเนินการจัดทำนั้นก็ได้แก่ เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการ ใช้งบประมาณและทรัพย์สินบางส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นในการจัดทำบริการสาธารณสุขที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำนั้น มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการได้อย่างอิสระ โดยส่วนกลางเพียงเข้าไปควบคุมดูแลเท่านั้น ส่วนอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณสุขนั้นโดยทั่วไปแล้วจะถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภท และในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542

โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณสุขโดยการให้อำนาจตามกฎหมายขอยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

1) พระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528

หมวด 5 อำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร

มาตรา 89 ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอื่น ให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการ ในเขตกรุงเทพมหานครในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทั้งนี้ตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร และ ตามกฎหมายอื่นที่กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร

(2) การทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด

(3) การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย

(4) การรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง

(5) การผังเมือง

(6) การจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ

(7) การวิศวกรรมจราจร

(8) การขนส่ง

(9) การจัดให้มีและควบคุมตลาด ท่าเทียบเรือ ท่าข้ามและที่จอดรถ

(10) การดูแลรักษาที่สาธารณะ

(11) การควบคุมอาคาร

(12) การปรับปรุงแหล่งชุมชนแออัดและการจัดการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย

(13) การจัดให้มีและบำรุงรักษาสถานที่พักผ่อนหย่อนใจ

(14) การพัฒนาและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม

(14 ทวิ) บำรุงรักษาศิลปะ จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของ

ท้องถิ่น

(15) การสาธารณสุขปศุสัตว์

(16) การสาธารณสุข การอนามัยครอบครัว และการรักษาพยาบาล

(17) การจัดให้มีและควบคุมสุสานและฌาปนสถาน

(18) การควบคุมการเลี้ยงสัตว์

(19) การจัดให้มีและควบคุมการฆ่าสัตว์

(20) การควบคุมความปลอดภัย ความเป็นระเบียบเรียบร้อยและการอนามัยในโรง

มหรสพ และสาธารณสถานอื่น ๆ

(21) การจัดการศึกษา

(22) การสาธารณสุขการ

(23) การสังคมสงเคราะห์

(24) การส่งเสริมการกีฬา

(24) การส่งเสริมการประกอบอาชีพ

(26) การพาณิชย์ของกรุงเทพมหานคร

(27) หน้าที่อื่น ๆ ตามที่กฎหมายระบุให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ว่าราชการจังหวัด

นายอำเภอ เทศบาลนคร หรือตามที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย มอบหมาย หรือที่กฎหมายระบุเป็นหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร

บรรดาอำนาจหน้าที่ใดซึ่งเป็นของราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนภูมิภาคจะมอบให้กรุงเทพมหานครปฏิบัติก็ได้ โดยให้ทำเป็นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ข้อบังคับ หรือประกาศ แล้วแต่กรณี ในกรณีที่ทำเป็นข้อบังคับหรือประกาศต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

มาตรา 90 ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 89 ให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ปลัดกรุงเทพมหานคร รองปลัดกรุงเทพมหานคร หัวหน้าส่วนราชการที่เป็นสำนักหรือเทียบเท่าสำนัก ผู้อำนวยการเขต ผู้ช่วยผู้อำนวยการเขต และข้าราชการกรุงเทพมหานคร ที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครแต่งตั้ง เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่สำหรับปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว และให้มีฐานะเป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ตามความหมายของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งมีอำนาจเข้าไปในอาคารหรือบริเวณที่ตั้งอาคารที่มีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบัญญัติดังกล่าว ในเวลาระหว่างพระอาทิตย์ขึ้นถึง พระอาทิตย์ตก หรือในเวลาทำการของสถานที่นั้น และเพื่อการนี้ให้มีอำนาจสอบถามข้อเท็จจริงหรือสั่งให้ แสดงเอกสารหรือหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้องจากบุคคลที่อยู่หรือทำงานในสถานที่นั้น และให้มีอำนาจยึดหรืออายัดเอกสาร หลักฐาน ยานพาหนะ หรือสิ่งใด ๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด รวมทั้งให้มีอำนาจจับกุมผู้กระทำความผิดได้ด้วย

ในกรณีที่มีการจับกุมผู้กระทำความผิดตามวรรคสอง ถ้าผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ปลัด กรุงเทพมหานคร ผู้อำนวยการสำนักหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น ซึ่งมีฐานะเป็นสำนัก ผู้อำนวยการเขต แล้วแต่กรณี เห็นว่าผู้ต้องหาไม่ควรได้รับโทษจำคุกให้มีอำนาจเปรียบเทียบกำหนดค่าปรับได้ เมื่อผู้ต้องหาชำระค่าปรับตามจำนวนที่พนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวกำหนดภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีการเปรียบเทียบ ให้ถือว่าคดีเลิกกัน

ถ้าผู้ต้องหาไม่ยอมตามที่ปรับ หรือเมื่อยอมแล้วไม่ชำระค่าปรับภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ข้าราชการกรุงเทพมหานครที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครแต่งตั้งมีอำนาจในการสอบสวนและมีฐานะเป็น พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เงินค่าปรับตามมาตรา นี้ให้เป็นรายได้ของกรุงเทพมหานคร

มาตรา 91 ในการปฏิบัติหน้าที่ ให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครรองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เลขาธิการผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ผู้ช่วยเลขาธิการผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เลขาธิการประสานสภากรุงเทพมหานคร เลขาธิการรองประสานสภากรุงเทพมหานคร ประธานที่ปรึกษา ที่ปรึกษา และข้าราชการกรุงเทพมหานคร เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 92 กรุงเทพมหานครอาจให้บริการแก่เอกชน ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นโดยเรียกค่าบริการได้ โดยตราเป็นข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร

มาตรา 93 กรุงเทพมหานครอาจดำเนินกิจการนอกเขตกรุงเทพมหานครได้ เมื่อ

- (1) การนั้นจำเป็นต้องกระทำและเป็นการที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่ดำเนินการตามอำนาจ หน้าที่ที่อยู่ในเขตกรุงเทพมหานครหรือเป็นประโยชน์แก่ประชาชนในกรุงเทพมหานคร และ
- (2) ได้รับความเห็นชอบจากสภากรุงเทพมหานคร และ
- (3) ได้รับความยินยอมจากผู้ว่าราชการจังหวัด ราชการส่วนท้องถิ่นหรือส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี

มาตรา 94 กรุงเทพมหานครอาจทำกิจการร่วมกับบุคคลอื่นโดยก่อตั้งบริษัทหรือถือหุ้นในบริษัทได้ เมื่อ

(1) บริษัทนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะกิจการเป็นสาธารณูปโภค แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนถึง กิจการที่กรุงเทพมหานครได้กระทำอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และ

(2) กรุงเทพมหานครต้องถือหุ้นเป็นมูลค่าเกินร้อยละห้าสิบของทุนที่บริษัทนั้นจดทะเบียนไว้ ในกรณีที่กรุงเทพมหานคร ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นถือหุ้นอยู่ใน บริษัทเดียวกัน ให้นับหุ้นที่ถือกันรวมกัน และ

(3) สภากรุงเทพมหานครมีมติให้ความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภากรุงเทพมหานครทั้งหมด และ

(4) ได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

การเปลี่ยนแปลงจำนวนหุ้นที่กรุงเทพมหานครถืออยู่ต้องได้รับอนุมัติจากสภากรุงเทพมหานคร

มาตรา 95 ถ้ากิจการใดอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครกรุงเทพมหานครอาจ ดำเนินการนั้นร่วมกับส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นอื่นได้โดยจัดตั้งเป็น องค์การเรียกว่า สหการ มีฐานะเป็นนิติบุคคล และมีคณะกรรมการบริหารประกอบด้วยผู้แทนของกรุงเทพมหานคร ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจและราชการส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี

การจัดตั้งสหการจะกระทำได้โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ในพระราชกฤษฎีกานั้นให้กำหนดชื่ออำนาจหน้าที่ และวิธีดำเนินงาน เมื่อจะยุบเลิกสหการให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา และให้ระบุวิธีจัดการทรัพย์สินไว้ด้วย

มาตรา 96 ในกรณีจำเป็น กรุงเทพมหานครอาจมอบให้เอกชนกระทำการ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครและเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบริการ หรือค่าตอบแทนที่เกี่ยวข้องแทนกรุงเทพมหานครได้ แต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภากรุงเทพมหานคร และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเสียก่อน

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้กระทำการตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามระเบียบ กรุงเทพมหานคร ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากสภากรุงเทพมหานคร และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

สิทธิในการกระทำการตามวรรคหนึ่ง เป็นสิทธิเฉพาะตัวจะโอนไปมิได้

2) พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542

หมวด 2 การกำหนดอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบการบริการสาธารณะ

มาตรา 16 ให้เทศบาล เมืองพัทยา และองค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจและหน้าที่ในการ จัดระบบการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเองดังนี้

- (1) การจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่นของตนเอง
- (2) การจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ
- (3) การจัดให้มีและควบคุมตลาด ท่าเทียบเรือ ท่าข้าม และที่จอดรถ
- (4) การสาธารณูปโภคและการก่อสร้างอื่นๆ
- (5) การสาธารณูปการ
- (6) การส่งเสริม การฝึก และประกอบอาชีพ
- (7) การพาณิชย์ และการส่งเสริมการลงทุน
- (8) การส่งเสริมการท่องเที่ยว

- (9) การจัดการศึกษา
- (10) การสังคมสงเคราะห์ และการพัฒนาคุณภาพชีวิตเด็ก สตรี คนชรา และผู้ด้อยโอกาส
- (11) การบำรุงรักษาศิลปะ จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น
- (12) การปรับปรุงแหล่งชุมชนแออัดและการจัดการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย
- (13) การจัดให้มีและบำรุงรักษาสถานที่พักผ่อนหย่อนใจ
- (14) การส่งเสริมกีฬา
- (15) การส่งเสริมประชาธิปไตย ความเสมอภาค และสิทธิเสรีภาพของประชาชน
- (16) ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของราษฎรในการพัฒนาท้องถิ่น
- (17) การรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง
- (18) การกำจัดมูลฝอย สิ่งปฏิกูล และน้ำเสีย
- (19) การสาธารณสุข การอนามัยครอบครัว และการรักษาพยาบาล
- (20) การจัดให้มีและควบคุมสุสานและฌาปนสถาน
- (21) การควบคุมการเลี้ยงสัตว์
- (22) การจัดให้มีและควบคุมการฆ่าสัตว์
- (23) การรักษาความปลอดภัย ความเป็นระเบียบเรียบร้อย และการอนามัย โรงมหรสพ และ สาธารณสถานอื่นๆ
- (24) การจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากป่าไม้ ที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
- (25) การผังเมือง
- (26) การขนส่งและการวิศวกรรมจราจร
- (27) การดูแลรักษาที่สาธารณะ
- (28) การควบคุมอาคาร
- (29) การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย
- (30) การรักษาความสงบเรียบร้อย การส่งเสริมและสนับสนุนการป้องกันและรักษาความปลอดภัย ในชีวิตและทรัพย์สิน
- (31) กิจการอื่นใดที่เป็นผลประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
- มาตรา 17 ภายใต้บังคับมาตรา 16 ให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจและหน้าที่ในการ จัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเอง ดังนี้
- (1) การจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่นของตนเอง และประสานการจัดทำแผนพัฒนาจังหวัดตามระเบียบ ที่คณะรัฐมนตรีกำหนด
- (2) การสนับสนุนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นในการพัฒนาท้องถิ่น
- (3) การประสานและให้ความร่วมมือในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น
- (4) การแบ่งสรรเงินซึ่งตามกฎหมายจะต้องแบ่งให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น
- (5) การคุ้มครอง ดูแล และบำรุงรักษาป่าไม้ ที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

- (6) การจัดการศึกษา
- (7) การส่งเสริมประชาธิปไตย ความเสมอภาค และสิทธิเสรีภาพของประชาชน
- (8) การส่งเสริมการมีส่วนร่วมของราษฎรในการพัฒนาท้องถิ่น
- (9) การส่งเสริมการพัฒนาเทคโนโลยีที่เหมาะสม
- (10) การจัดตั้งและดูแลระบบบำบัดน้ำเสียรวม
- (11) การกำจัดมูลฝอยและสิ่งปฏิกูลรวม
- (12) การจัดการสิ่งแวดล้อมและมลพิษต่างๆ
- (13) การจัดการและดูแลสถานีขนส่งทั้งทางบกและทางน้ำ
- (14) การส่งเสริมการท่องเที่ยว
- (15) การพาณิชย์ การส่งเสริมการลงทุน และการทำกิจการไม่ว่าจะดำเนินการเองหรือร่วมกับบุคคลอื่นหรือจากสหการ
- ท้องถิ่นอื่น
- (16) การสร้างและบำรุงรักษาทางบกและทางน้ำที่เชื่อมต่อระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น
- โรคติดต่อ
- (17) การจัดตั้งและดูแลตลาดกลาง
- (18) การส่งเสริมการกีฬา จารีตประเพณี และวัฒนธรรมอันดีงามของท้องถิ่น
- (19) การจัดให้มีโรงพยาบาลจังหวัด การรักษาพยาบาล การป้องกันและควบคุมโรคติดต่อ
- (20) การจัดให้มีพิพิธภัณฑ์และหอจดหมายเหตุ
- (21) การขนส่งมวลชนและการวิศวกรรมจราจร
- (22) การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย
- (23) การจัดให้มีระบบรักษาความสงบเรียบร้อยในจังหวัด
- (24) จัดทำกิจการใดอันเป็นอำนาจและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่อยู่ในเขต และ กิจการนั้นเป็นการสมควรให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นร่วมกันดำเนินการหรือให้องค์การบริหารส่วนจังหวัด จัดทำ ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
- พัฒนาท้องถิ่น
- (25) สนับสนุนหรือช่วยเหลือส่วนราชการ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นในการปกครองส่วน ท้องถิ่นอื่น
- ผู้ด้อยโอกาส
- (26) การให้บริการแก่เอกชน ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือองค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่นอื่น
- (27) การสังคมสงเคราะห์ และการพัฒนาคุณภาพชีวิตเด็ก สตรี คนชรา และผู้ด้อยโอกาส
- (28) จัดทำกิจการอื่นใดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจ และหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด
- (29) กิจการอื่นใดที่เป็นผลประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
- มาตรา 18 ให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเองตามมาตรา 16 และมาตรา 17

มาตรา 19 ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษไม่เต็มพื้นที่จังหวัด มีอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเองตามมาตรา 16

ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษเต็มพื้นที่จังหวัด มีอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเองตามมาตรา 16 และมาตรา 17

มาตรา 20 ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะอย่างเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันให้คณะกรรมการมีอำนาจกำหนดว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจและหน้าที่รับผิดชอบในส่วนใด

มาตรา 21 บรรดาอำนาจและหน้าที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายรัฐอาจมอบอำนาจ และหน้าที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการแทนได้

ในการดำเนินงานตามอำนาจและหน้าที่ที่ระบุไว้ในมาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 และมาตรา 19 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจร่วมมือกันดำเนินการหรืออาจร้องขอให้รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น แล้วแต่กรณี ดำเนินการแทนได้

มาตรา 22 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจมอบให้เอกชนดำเนินการตามอำนาจและหน้าที่แทนได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

โดยในปัจจุบันนั้นการจัดทำบริการสาธารณะในระดับท้องถิ่นได้มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อท้องถิ่นเพราะเนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นหน่วยงานของรัฐที่อยู่ใกล้ชิดชุมชนมากที่สุด จึงเป็นหน่วยงานที่มีความรู้ความเข้าใจในความต้องการอันเป็นสาธารณะประโยชน์ในระดับท้องถิ่นของตนเองเป็นอย่างดีเนื่องจากผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะได้รับเลือกมาจากตัวแทนที่อยู่ในชุมชนนั้น จึงเข้าใจเป็นอย่างดีว่าชุมชนของตนเองนั้นขาดตกบกพร่องในบริการสาธารณะในด้านใดจึงสามารถที่จะเสนอโครงการต่างๆขึ้นมาเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของชุมชนได้อย่างตรงจุดที่สุดพร้อมทั้งเมื่อเป็นบุคคลที่อยู่ในชุมชนนั้นเองประชาชนก็จะสามารถสื่อสารมายังผู้บริหารหรือตัวแทนของชุมชนที่ตนเองได้เลือกเข้าไปบริหารราชการในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นว่าตนเองหรือชุมชนยังขาดบริการสาธารณะในด้านใด

พร้อมทั้งในปัจจุบันทางภาครัฐได้มีนโยบายที่จะมีการกระจายอำนาจต่างๆออกมาให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะมากขึ้นไม่ว่าในด้านของงบประมาณและบุคลากรจนสามารถที่จะดำเนินการจัดทำโครงการที่มีขนาดใหญ่ได้เองเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของชุมชนหรือท้องถิ่นของตนเองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นกว่าในอดีตเป็นอันมาก จึงนับได้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นองค์กรที่มีส่วนสำคัญมากในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วในสภาวะที่เทคโนโลยีเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินชีวิตประจำวันของประชาชนในปัจจุบันเป็นอย่างมาก องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดชุมชนหรือท้องถิ่นที่สุดจึงสามารถที่จะเข้าในสภาพปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นและสามารถตอบสนองต่อความต้องการนั้นๆของประชาชนได้อย่างรวดเร็ว

ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของราชการทั้งในราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่นนั้นมักจะไม่ค่อยมีปัญหาในทางการปฏิบัติเพราะได้มีกฎหมายในการกำหนดขอบเขต อำนาจ หน้าที่ ในการปฏิบัติงานของแต่ละส่วนงานดังที่ได้ยกเป็นตัวอย่างมาในข้างต้นไว้อย่างชัดเจน

อยู่แล้ว จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ประจำของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการตามหน้าที่ของแต่ละคนที่ได้รับมอบหมายในงานส่วนของตนเองอย่างชัดเจนจึงไม่ส่งผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ

1.2 รัฐวิสาหกิจเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ

ก่อนอื่นเราสมควรที่จะต้องทราบความหมายของรัฐวิสาหกิจเสียก่อนตั้งแต่ต้นว่ามีความหมายว่าอย่างไร ความหมายของรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยที่ได้ใช้อ้างอิงกันอันได้ปรากฏอยู่ในกฎหมาย สามารถแยกพิจารณาได้สองกรณี คือ ความหมายของรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ.2502 และความหมายของรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายอื่น

1.2.1 ความหมายของรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ.2502

โดยการให้ความหมายตามพระราชบัญญัตินี้ได้ถูกนำไปถูกอ้างถึงเป็นอันมากในการกล่าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกันกับรัฐวิสาหกิจและการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ โดยมาตรา 4 บัญญัติว่า

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

- (ก) องค์กรของรัฐบาลหรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ
- (ข) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
- (ค) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ก) และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
- (ง) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ค) และ/หรือ (ก) และ/หรือ(ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
- (จ) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ง) และ/หรือ (ก) และ/หรือ(ข) และ/หรือ (ค) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

พระราชบัญญัติฉบับนี้นั้นได้ให้ความหมายไว้โดยเน้นถึงการลงทุนในส่วนของทางราชการหรือองค์กรของรัฐบาลภายในกิจการนั้น หากมีทุนรวมอยู่ด้วยในกิจการนั้นเกินกว่าร้อยละ50 กิจการอันนั้นก็จะมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ

1.2.2 ความหมายของรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายอื่น

มีกฎหมายอื่นอีกสามฉบับที่ได้ให้ความหมายของรัฐวิสาหกิจเอาไว้ ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

1.องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาลหรือกิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น และหมายความรวมถึง หน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ แต่ไม่รวมถึง องค์กรหรือกิจการที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อสงเคราะห์หรือส่งเสริมการใดๆที่มีใช้ธุรกิจ

2.บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือทบวงการเมืองที่มีฐานะเทียบเท่า และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม 1. มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ หรือ

3. บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือทบวงการเมือง
ที่มีฐานะเทียบเท่า และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม 1.และหรือ 2. มีทุนรวมอยู่ด้วยถึงสองในสาม

(2) พระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ.2521 มาตรา 4 วรรค 6
บัญญัติว่า

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

1. องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาลหรือกิจการ
ของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น และหมายความรวมถึง หน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ

2. บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่
เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง หรือกรม และหรือรัฐวิสาหกิจตาม 1. มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ หรือ

3. บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่
เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง หรือกรม และหรือรัฐวิสาหกิจตาม 1. และ/หรือ 2. มีทุนรวมอยู่
ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

(3) พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ.2543 มาตรา 6 บัญญัติว่า

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

1. องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาลหรือกิจการ
ของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น และหมายความรวมถึง หน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ

2. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือทบวงการเมืองที่มี
ฐานะเทียบเท่า หรือรัฐวิสาหกิจตาม 1. มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

คำนิยามในกฎหมายทั้งสี่ฉบับข้างต้นได้ใช้วิธีจำแนกรายการและองค์กรที่ได้ถูกจำแนก
เอาไว้คล้ายกันมาก จะมีความหมายกว้างหรือแคบต่างกันก็แต่เพียงให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายใน
แต่ละฉบับเท่านั้น อย่างไรก็ตามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ที่ได้ใช้กันอยู่อย่างกว้างขวางและแพร่หลายใน
ปัจจุบันก็คือ คำนิยามที่ได้ปรากฏอยู่ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ ซึ่งจะมีความเกี่ยวข้องกับการ
ประกอบกิจการของรัฐวิสาหกิจอยู่มากที่สุดและมีความสำคัญที่สุดสำหรับกระทรวงการคลังอันเป็นหน่วยงานที่
ทำหน้าที่ดูแลและตรวจสอบรัฐวิสาหกิจทั้งระบบ

อย่างที่ทราบกันดีว่าการจัดทำบริการสาธารณะภายใต้ระบบราชการมีข้อจำกัดหลาย
ประการ เช่น ระเบียบแบบแผนของทางราชการ ที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความยืดหยุ่นความคล่องตัวและก่อให้เกิด
ความล่าช้าในการที่จะปฏิบัติงาน ดังนั้นหากจะนำเอาส่วนราชการไปจัดทำบริการสาธารณะในบางประเภทที่
อาจจะต้องที่จะมีการแข่งขันกันกับภาคเอกชนอาจจะก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมและไม่ก่อให้เกิดผลดีนัก ด้วย
เหตุดังกล่าวจึงได้มีการสร้างองค์กรขึ้นมาใหม่เพื่อดำเนินการในลักษณะที่มีความยืดหยุ่นผ่อนคลายจากระบบ
ระเบียบแบบแผนของทางราชการจากกฎเกณฑ์ต่างๆ ของทางส่วนราชการที่เรียกว่า “รัฐวิสาหกิจ”

รัฐวิสาหกิจ (public enterprise) มีลักษณะเฉพาะของตนเองดังนี้ คือ³¹

ก. มีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากภาครัฐและส่วนราชการที่มีมาอยู่แต่เดิม มีความอิสระทั้งในด้านการเงิน ด้านการบริหารงาน และด้านการบริหารบุคลากร

ข. มีหน้าที่ความรับผิดชอบการดำเนินภารกิจในทางด้านอุตสาหกรรมและด้านการค้า อันเป็นภารกิจสมัยใหม่ที่รัฐมักถูกเรียกร้องให้ต้องเข้าไปรับผิดชอบดำเนินการตามความเปลี่ยนแปลงและพัฒนาของอุตสาหกรรมและการค้าที่เติบโตเป็นไปอย่างรวดเร็วในสภาพสังคมสมัยใหม่

ค. เนื่องจากบริการดังกล่าวเป็นภารกิจที่มีค่าตอบแทนในการดำเนินการให้บริการและผู้รับประโยชน์จะเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์ยิ่งไปกว่าบุคคลอื่นๆ จากการดำเนินการของรัฐ ดังนั้นผู้ได้รับประโยชน์จึงต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐตามสัดส่วนที่ตนได้รับประโยชน์เพื่อไม่ให้ประชาชนผู้ที่ต้องเสียภาษีไม่ต้องมารับผิดชอบในกิจการที่ตนเองอาจไม่ได้รับประโยชน์ใดเลยจากการให้บริการนั้น องค์กรผู้ดำเนินการเหล่านี้จึงต้องดำเนินการในเชิงพาณิชย์ โดยเรียกค่าบริการจากการขายสินค้าหรือบริการของตนเองโดยไม่จำเป็นต้องพึ่งเงินจากรัฐ

ง. รัฐวิสาหกิจจะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบควบคุมจากรัฐ เนื่องมาจากการก่อตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมานั้นก็ต้องใช้เงินภาษีของประชาชนในการก่อตั้ง ดังนั้นแล้วจึงจะต้องมีการตรวจสอบควบคุมในการดำเนินกิจการของรัฐวิสาหกิจเพื่อไม่ให้เกิดการรั่วไหลและการใช้เงินที่ผิดวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งขึ้นมา

1.2.3 เหตุผลในการตั้งรัฐวิสาหกิจ

เหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจมีหลายเหตุผลแตกต่างกันออกไป มีทั้งเหตุผลทางเศรษฐกิจ การคลัง ความมั่นคง ในบางกรณีก็อาจเป็นเรื่องของทางสังคมและวัฒนธรรม โดยบางรัฐวิสาหกิจก็อาจมีเหตุผลใดเหตุผลหนึ่งหรืออาจหลายเหตุผลรวมกันในการก่อตั้งก็ได้ เหตุผลในการมีรัฐวิสาหกิจสามารถแยกเป็น 2 กรณี คือ เหตุผลทั่วไปและเหตุผลเฉพาะสำหรับประเทศไทย

1) เหตุผลทั่วไป เหตุผลที่พบในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในหลายประเทศรวมเหตุผลในการตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยด้วย จะมีอยู่ด้วยกัน 4 ประการ คือ

ก. เพื่อหารายได้ ในบางกรณีนั้นรัฐมีความจำเป็นจะต้องดำเนินการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเพื่อดำเนินกิจการเพื่อหารายได้ให้กับรัฐในกิจการที่มีรายได้สูงอันจะเป็นการมีรายได้เข้ารัฐอย่างมากมายเพื่อที่จะได้มีเงินในการบริหารประเทศในด้านอื่นๆ ได้อย่างราบรื่นแทนที่จะรอให้เอกชนดำเนินการแล้วเก็บภาษีจากเอกชนอาจจะไม่เพียงพอ รัฐอาจจะต้องผูกขาดกับกิจการนั้นก็ได้เพื่อป้องกันไม่ให้เอกชนมาดำเนินการแข่งขันกับรัฐในการหารายได้ เพื่อที่รัฐจะได้กำหนดราคาตอบแทนตัวเอง รัฐวิสาหกิจที่รัฐดำเนินการในลักษณะนี้อยู่ เช่น การผลิตสุรา บุหรี่ สลากกินแบ่งรัฐบาล และไฟ เป็นต้น

ส่วนบางกิจการที่รัฐอาจเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีการผูกขาดก็มีการเปิดโอกาสให้เอกชนมาดำเนินการเช่นเดียวกับรัฐได้ก็มีเพื่อเหตุผลอาจจะที่ต้องการให้กิจการนั้นมีการแข่งขันเพื่อที่จะได้เป็นโอกาสในการพัฒนากิจการในลักษณะนั้นให้ได้อย่างรวดเร็วขึ้นเมื่อมีการแข่งขันรัฐก็จะเปิดโอกาสให้เอกชนมา

31 ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์, องค์การมหาชน, กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2542, หน้า 99-100

ดำเนินกิจการในลักษณะเช่นเดียวกันกับรัฐได้ เช่น การจัดตั้งการกีฬาแห่งประเทศไทยขึ้นมาเพื่อให้รัฐเองสามารถหารายได้จากการกีฬาต่างๆ

ข. *เพื่อความมั่นคงของประเทศ* กิจการในบางประเภทนั้นอาจจะมีผลสำคัญส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศหากปล่อยให้เอกชนมาดำเนินกิจการเช่นกิจการที่เป็นบริการขั้นพื้นฐาน ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ หากปล่อยให้เอกชนเข้ามาดำเนินกิจการอาจจะมีผลร่วมกันดำเนินกิจการในลักษณะผูกขาดกิจการที่เกี่ยวข้องกับภารกิจพื้นฐานนั้นอันจะส่งผลให้มีการกำหนดราคาเองที่จะส่งผลกระทบต่อประชาชนผู้จำเป็นต้องใช้บริการเหล่านั้นซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสร้างความเดือดร้อนต่อประชาชนได้ หรือบางกรณีก็อาจจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ เช่น หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ในช่วงปี 2481 ถึง พ.ศ.2487 ได้มีนโยบายหลักว่า “วัตถุหรือผลิตภัณฑ์สิ่งใด หากไม่รีบตั้งองค์กรจัดการจัดทำขึ้นมาแล้วจะเกิดความขาดแคลน ก็จัดตั้งองค์การผลิตวัตถุนั้นขึ้นมาก่อน” และเพื่อก่อให้เกิดความแน่นอน รัฐบาลจะเข้ามาประกอบกิจการในการผลิตที่มีความจำเป็นต่อชาติในช่วงยามสงครามทุกชนิด³² เช่น องค์กรแบตเตอรี่ องค์กรการแก้ว องค์กรการพอกหนัง องค์กรการเชื้อเพลิง ซึ่งถือเป็นปัจจัยที่จำเป็นของกองทัพในการทำสงคราม

ค. *เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท* การจัดทำบริการสาธารณะนั้นถือเป็นภารกิจสำคัญที่รัฐจะต้องดำเนินการจัดให้มีขึ้นเพื่อให้บริการต่อความต้องการของประชาชนในประเทศของตน แต่เดิมรัฐก็มีหน้าที่เพียงจัดบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะที่เป็นภารกิจขั้นพื้นฐานเพื่อบริการต่อประชาชนเท่านั้น อันได้แก่การรักษาความมั่นคงของประเทศ การดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประเทศ รวมไปถึงการจัดระบบระบบรับข้อพิพาทต่างๆ ต่อมาเมื่อสภาพของสังคมได้พัฒนาขึ้นความต้องการของประชาชนก็เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคมมีความต้องการในลักษณะต่างๆเพิ่มมากขึ้นจึงเป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดบริการสาธารณะนั้นเพื่อประชาชนของตน เช่น จัดให้มีระบบการศึกษา การสาธารณสุข และสวัสดิการสังคมต่างๆ

ง. *เพื่อจัดทำสาธารณูปโภค* กิจการสาธารณูปโภคเป็นปัจจัยในขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนจะต้องได้รับการบริการจากรัฐ ด้วยฐานะทางเศรษฐกิจของประชาชนในแต่ละส่วนภูมิภาคของประเทศนั้นมีความแตกต่างกันการจะจัดบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคแบบบริการในเชิงพาณิชย์ก็จะเป็นการไม่ส่งผลให้ประชาชนทุกคนเข้าถึงบริการได้โดยเท่าเทียมกันประชาชนบางส่วนอาจไม่ได้รับโอกาสในการใช้บริการนั้น ประกอบกับเงินทุนที่จะต้องมาลงทุนในกิจการนั้นเป็นจำนวนมากจึงต้องคำนึงถึงจุดคุ้มทุนของภาคเอกชน จึงทำให้ขาดความน่าสนใจในการมาลงทุนของภาคเอกชน ดังนั้นเพื่อให้ประชาชนทุกคนมีโอกาสเข้าถึงบริการอย่างเท่าเทียมกันจึงเป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดให้มีการดำเนินการในกิจการเช่นว่านี้ในลักษณะที่ประชาชนสามารถรับได้ในเรื่องของค่าบริการ เช่น การจัดตั้งการรถไฟแห่งประเทศไทย เพื่อให้ประชาชนของประเทศสามารถเดินทางติดต่อกันในประเทศได้อย่างสะดวกในพื้นที่ต่างๆของประเทศ การ

³² จันจิรา เตียมมยุธา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529, หน้า 53 - 54

จัดตั้งกรมไปรษณีย์โทรเลขเพื่อให้การติดต่อสื่อสารกันของประชาชนในประเทศเป็นไปด้วยความสะดวกและรวดเร็ว

1.3 องค์การมหาชนกับการจัดทำบริการสาธารณะ

หน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจนั้นมีข้อแตกต่างกันหลายประการ เช่น ระบบการบริหารงาน รูปแบบ ความสัมพันธ์กับรัฐ ความแตกต่างทั้งหลายจึงทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบของหน่วยงานในแต่ละหน่วยงานอันจะส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะของในบางหน่วยงานเป็นไปไม่ได้โดยไม่ได้เท่าที่ควร ดังนั้นจึงมีแนวความคิดที่จะให้มีกฎหมายกลางออกมารองรับหน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการและไม่ใช่อุตสาหกรรม โดยกำหนดขอบเขต อำนาจหน้าที่ ระบบการบริหารงานและความสัมพันธ์กับรัฐไว้ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้นในปี พ.ศ.2542 จึงได้มีการตรากฎหมายชื่อ “พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542” ขึ้น เพื่อกำหนดสถานะทางกฎหมายที่เกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจเอาไว้

1.3.1 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542³³

หลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542 ฉบับนี้คือเพื่อใช้ในการแก้ปัญหา ในการดำเนินงานตามโครงการพัฒนาในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นกิจการที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะหรือไม่เกี่ยวข้อง ของรัฐหรือการดำเนินงานตามแผนงานต่างๆหรือแม้กระทั่งที่เกี่ยวข้องด้วยนโยบายเพื่อจัดทำบริการสาธารณะด้านใดด้านหนึ่งเป็นการโดยเฉพาะที่ในการดำเนินการนั้นมักจะมีปัญหาความสลับซับซ้อนของขั้นตอน ความขัดแย้งในการดำเนินการทั้งภายในหน่วยงานเองหรือนอกหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกัน การซับซ้อนของความรับผิดชอบในดำเนินกิจการนั้นๆในระหว่างส่วนราชการที่ดำเนินงานด้วยตนเอง ซึ่งปัญหาเหล่านี้ล้วนแล้วจะก่อให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินกิจการและความไม่ยืดหยุ่นในส่วนกฎระเบียบของราชการที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น เพื่อเป็นการลดปัญหาดังที่ได้กล่าวมาแล้วและเพื่อเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาระบบการบริหารราชการแนวใหม่สำหรับภารกิจของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะในบางกรณีนั้นให้มีความคล่องตัวและมีการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรและบุคลากรในหน่วยงานที่ดำเนินการให้เกิดประสิทธิภาพ และประสิทธิผลสูงสุดในการดำเนินการในแต่ละภารกิจ ตลอดจนเพื่อบูรณาการให้ผู้เกี่ยวข้องทั้งหมดที่มีส่วน

³³ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่การดำเนินงานตามโครงการพัฒนาในด้านต่างๆ ของรัฐหรือการดำเนินงานตามแผนงานหรือนโยบายเพื่อจัดทำบริการสาธารณะด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะมักจะมีปัญหาความสลับซับซ้อน ความขัดแย้งในการดำเนินการ การซับซ้อนของความรับผิดชอบในระหว่างส่วนราชการ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ ก่อให้เกิดความล่าช้าและความไม่ยืดหยุ่นของกฎระเบียบราชการ ดังนั้น เพื่อลดปัญหาดังกล่าวและเพื่อเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาระบบการบริหารแนวใหม่สำหรับภารกิจของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะในบางกรณีให้มีความคล่องตัวและมีการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรและบุคลากรให้เกิดประสิทธิภาพ และประสิทธิผลสูงสุด ตลอดจนเพื่อบูรณาการให้ผู้เกี่ยวข้องทั้งหมดเข้าร่วมกันทำงานอย่างมีเอกภาพและประสานงานกันเพื่อความรวดเร็วในการดำเนินงาน ซึ่งต้องอาศัยความเร่งด่วน จึงสมควรมีกฎหมายให้ฝ่ายบริหารสามารถตั้งหน่วยงานบริหารเป็นองค์การมหาชนที่แตกต่างไปจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจได้ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

เกี่ยวข้องเข้ารวมกันทำงานอย่างมีเอกภาพและประสานงานกันเพื่อความรวดเร็วในการดำเนินงาน ซึ่งต้องอาศัยความเร่งด่วน จึงสมควรที่จะต้องมีกฎหมายที่จะสามารถทำให้ฝ่ายบริหารสามารถที่จะตั้งหน่วยงานบริหารโดยตั้งเป็นองค์การมหาชนที่แตกต่างไปจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจขึ้นได้

เป็นส่วนของหลักการและเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติในส่วนท้ายของพระราชบัญญัติที่ได้ให้เหตุผลในการตราไว้อย่างครอบคลุมพร้อมด้วยเป็นการตราโดยเปิดโอกาสให้ยึดหยุ่นกับฝ่ายบริหารที่จะสามารถแก้ปัญหาต่างๆที่จะสามารถเกิดขึ้นใหม่ได้ในอนาคตที่ไม่สามารถที่จะคาดการณ์ไว้ล่วงหน้าได้ นับเป็นกฎหมายที่มีความพร้อมให้กับฝ่ายบริหารในการเผชิญเหตุการณ์ต่างได้เป็นอย่างดีหากมีความจำเป็นเฉพาะกิจด้านใดก็สามารถที่จะตั้งหน่วยงานที่จะมาจัดการเฉพาะด้านนั้นๆได้อย่างทันที่

1.3.2 ความหมายขององค์การมหาชน

ในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542 แม้จะไม่ได้ให้ความหมายที่ชัดเจนขององค์การมหาชนเอาไว้ก็ตาม แต่เมื่อได้พิจารณาจากเหตุผลในการที่ได้ประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่า องค์การมหาชนนั้นได้แก่องค์กรที่ฝ่ายบริหารได้ทำการจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการดำเนินงานตามโครงการพัฒนางานด้านต่างๆ ของรัฐหรือการดำเนินงานตามแผนงานหรือนโยบายเพื่อจัดทำบริการสาธารณะด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะ โดยมีลักษณะเด่น คือ องค์การมหาชนนั้นจะไม่ใช่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและมีความคล่องตัวในการดำเนินงาน

1.3.3 ประเภทของบริการสาธารณะที่องค์การมหาชนสามารถจัดทำได้

บริการสาธารณะที่จะอยู่ในอำนาจการจัดทำขององค์การมหาชนนั้น จะต้องเป็นการให้บริการสาธารณะที่มีลักษณะที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 5 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 คือ จะต้องเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังต่อไปนี้ คือ

- ก. การรับรองมาตรฐานและประเมินคุณภาพการศึกษา
- ข. การศึกษาอบรมและพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- ค. การทำนุบำรุงศิลปะและวัฒนธรรม
- ง. การพัฒนาและส่งเสริมการกีฬา
- จ. การส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการวิจัยถ่ายทอดและพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี
- ฉ. การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ
- ช. การบริการทางการแพทย์และบริการสาธารณสุข
- ซ. การส่งเสริมสงเคราะห์
- ฌ. การอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน
- ฎ. การดำเนินการอันเป็นสาธารณะประโยชน์อื่น

นอกจากนี้ กฎหมายมาตราดังกล่าวยังได้กำหนดไว้ในวรรคท้ายด้วยว่า กิจการที่จะจัดตั้งเป็นองค์การมหาชนนั้นจะต้องไม่เป็นกิจการอันมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรเป็นหลัก ซึ่งการกำหนดในเรื่อง

ความแตกต่างของวัตถุประสงค์นี้ แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างองค์การมหาชนซึ่งได้มีวัตถุประสงค์เพื่อ
บริการสาธารณะกับรัฐวิสาหกิจซึ่งได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร

1.3.4 การจัดตั้งองค์การมหาชน

พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542 เป็นกฎหมายกลางที่กำหนดเงื่อนไข
หลักเกณฑ์ และวิธีการในการจัดตั้งและการดำเนินงานขององค์การมหาชนเอาไว้ โดย มาตรา 5 วรรคแรกของ
กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้รัฐบาลเป็นผู้ริเริ่มในการตั้งองค์การมหาชนโดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา
“เมื่อรัฐบาลมีแผนงานหรือนโยบายด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ และมีความ
เหมาะสมที่จะจัดตั้งหน่วยงานบริหารขึ้นใหม่แตกต่างไปจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจโดยมีมุ่งหมายให้มี
การใช้ประโยชน์ทรัพยากรและบุคลากรให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด จะจัดตั้งเป็นองค์การมหาชนโดยตราเป็น
พระราชกฤษฎีกาตามพระราชบัญญัตินี้ก็ได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น อาจแยกองค์ประกอบการพิจารณาในการจัดตั้งองค์การ
มหาชนนั้นได้ 3 ประการ³⁴ คือ

(1) เมื่อรัฐบาลมีแผนงานหรือนโยบายด้านหนึ่งด้านใดโดยเฉพาะเพื่อจัดทำบริการ
สาธารณะ ซึ่งอาจเป็นแผนงานหรือนโยบายเฉพาะกิจก็ได้

(2) แผนงานการจัดทำบริการสาธารณะนั้น มีความเหมาะสมที่จะจัดตั้งหน่วยงานบริหาร
ขึ้นใหม่ที่แตกต่างไปจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ ซึ่งจะต้องพิจารณาประเภทของบริการสาธารณะตรา
มาตรา 5 วรรคสอง และปัญหาความซ้ำซ้อนหรือขัดแย้งในการดำเนินกิจการกับหน่วยงานอื่นตามมาตรา 8 และ
มาตรา 9 ประกอบด้วย

(3) การจัดตั้งหน่วยงานบริหารขึ้นใหม่นั้นมีความมุ่งหมายให้มีการใช้ประโยชน์ทรัพยากร
และบุคคลให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

1.4 บทบาทเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

รัฐวิสาหกิจของประเทศไทยมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจภายหลังการเปลี่ยนแปลงการ
ปกครองในปี พ.ศ.2475 เป็นกลไกในการสนับสนุนนโยบายทางการเมือง นโยบายชาตินิยม ธุรกิจอุตสาหกรรม
และการพัฒนาอาชีพของสังคมไทยในสมัยนั้น แต่ต่อมารัฐวิสาหกิจก็เริ่มที่จะถดถอยลงมาในการมีบทบาทสำคัญ
เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองจากรับบาลของ จอมพล ป.พิบูลสงคราม มาเป็นรัฐบาลของ จอมพลสฤษดิ์
ธนะรัชต์ ทำให้รัฐวิสาหกิจในขณะนั้นประสบปัญหาหลายแห่งทางการเงิน อันเนื่องมาจากสถานะทาง
การเงินของประเทศไม่ค่อยจะสู้ดีนัก จึงทำให้รัฐบาลต้องขอรับความช่วยเหลือทางการเงินจากธนาคารโลก

เมื่อรัฐบาลได้มีการกู้เงินจากธนาคารโลก ธนาคารโลกจึงได้มีโอกาสส่งตัวแทนของธนาคารโลกมา
เพื่อศึกษาวิเคราะห์สถานะทางเศรษฐกิจของประเทศไทยในขณะนั้นได้ผลว่า มีกิจการที่รัฐเข้าไปมีส่วนร่วมใน
การประกอบกิจการในฐานะผู้ถือหุ้นได้มีเพิ่มขึ้นจำนวนมากและกิจการเหล่านั้นส่วนใหญ่แล้วจะมีหน้าที่ในการ

³⁴ ชาญชัย แสวงศักดิ์, องค์การมหาชน, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ (31), หน้า 211

ทำภารกิจจัดให้มีบริการสาธารณะซึ่งมีผลประกอบการขาดทุน จึงส่งผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของรัฐบาล ดังนั้น รัฐจึงควรพิจารณาว่ากิจการประเภทใดที่สมควรที่จะมีการดำเนินการแข่งขันกับเอกชนได้ที่เป็นกิจการที่สำคัญ กิจการใดควรที่จะขายให้เอกชนไปเป็นผู้ดำเนินการ และกิจการใดควรที่จะเลิกล้มในการให้บริการ เพราะได้ผลไม่คุ้มค่า³⁵

1.4.1 รูปแบบในการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในรัฐวิสาหกิจ

จากการศึกษาการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในรัฐวิสาหกิจ ได้มีการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในรัฐวิสาหกิจที่จัดทำบริการสาธารณะ รวม 9 วิธีการด้วยกัน คือ

1) การทำสัญญาจ้างให้เอกชนบริหารงาน (Contracting-Out)

โดยปกติการให้บริการของรัฐนั้นจะให้บริการผ่านส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ แต่เมื่อมีแนวคิดเรื่องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจขึ้น จึงเกิดแนวทางที่รัฐทำสัญญาให้เอกชนมาเป็นผู้บริหารงานแทน โดยรัฐเป็นผู้กำหนดระยะเวลาในการดำเนินงานนั้นและจ่ายค่าตอบแทนให้เอกชนแบบจ่ายค่าจ้างตามผลงานหรือแบบเหมาจ่าย แต่รัฐยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินและมีอำนาจในการกำหนดนโยบายด้านการบริหารงานและเป็นผู้รับภาระด้านการลงทุน

การจ้างให้เอกชนมาดำเนินการบริหารงานแทนรัฐ ถ้าจะให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมก็ควรดำเนินการโดยเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาแข่งขันกันเพื่อที่จะประมูลได้งานชิ้นนั้นไปดำเนินการ ผู้ใดเสนอราคาที่ต่ำสุดก็จะได้รับเลือก แต่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนดเอาไว้

การดำเนินการทำสัญญาจ้างกับเอกชนให้บริหารงาน อาจแบ่งออกได้ 2 วิธีการ คือ

(1) การทำสัญญาจ้างเอกชนให้บริหารงานเฉพาะ (Contract-Out) เป็นการทำสัญญาจ้างให้เอกชนดำเนินการบริหารงานเฉพาะด้าน โดยจะใช้ในกรณีที่งานนั้นไม่มีความลับซับซ้อนและเป็นงานในบางส่วนบริการของงานหลัก เช่น การจ้างเอกชนซ่อมและบำรุงรักษาลิฟต์เป็นรายปี จ้างเอกชนทำความสะอาดสำนักงาน จ้างเหมาที่ปรึกษาในการฝึกอบรมพนักงาน เป็นต้น

(2) การทำสัญญาจ้างเอกชนให้บริหารงานในกิจการใดกิจการหนึ่ง (Management Contract) เป็นกรณีที่ทำสัญญาจ้างเอกชนที่มีทักษะและความรู้ความสามารถในด้านธุรกิจนั้นๆมาเป็นผู้บริหารงาน โดยรัฐวิสาหกิจจะเป็นผู้มีหน้าที่ควบคุมดูแลการบริหารงานและรับความเสี่ยงในการดำเนินการนั้น และรับผิดชอบเงินทุนในการดำเนินการนั้นรวมถึงทั้งหนี้สินของรัฐวิสาหกิจ โดยกระบวนการคัดเลือกเอกชนเป็นไปตามระเบียบการจัดซื้อจัดจ้างของแต่ละรัฐวิสาหกิจ เป็นการสร้างประสิทธิภาพในการทำงาน ช่วยลดค่าใช้จ่ายในด้านต่างๆของลูกจ้างประจำ ลดการขยายตัวของราชการและการเพิ่มของจำนวนพนักงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงที่มีความต้องการในการใช้บริการเป็นจำนวนมาก รัฐวิสาหกิจอาจจ้างเอกชนมาดำเนินงานแทนที่จะจ้างพนักงานเพิ่ม ทั้งยังเป็นการกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันในการให้บริการกันของเอกชนและรัฐวิสาหกิจ ทำให้แต่ละส่วนจะต้องดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด

³⁵ พิพัฒน์ ไทอารี, *หลักการแปรรูปรัฐวิสาหกิจกับรัฐวิสาหกิจไทย*, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531, หน้า 183-187

2) การทำสัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินการ

การให้เอกชนเข้าทรัพย์สินของรัฐ เช่น โรงงาน สำนักงานหรือกิจการ เป็นอีกรูปแบบของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ โดยให้เข้าทรัพย์สินที่รัฐไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้เต็มที่ หรือถูกปล่อยให้ว่าง การทำสัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินการนั้นจะสามารถทำให้รัฐวิสาหกิจลดทรัพยากรที่จะต้องใช้ในการจัดการกับทรัพย์สินนั้น และยังมีรายได้จากการให้เช่าอีก

สัญญาเช่าส่วนใหญ่จะมีระยะเวลาโดยประมาณ 15 – 20 ปี เอกชนจะเป็นผู้เช่าดำเนินการในโครงการของรัฐและจ่ายเงินต่อรัฐตามที่ทำสัญญาระหว่างกัน โดยรัฐจะเป็นผู้กำหนดอัตราค่าบริการ ค่าค่าประกันการลงทุนและการกำหนดโทษ ส่วนเอกชนจะมีหน้าที่เปิดดำเนินงาน การลงทุน รายได้และกำไรจึงขึ้นอยู่กับประสิทธิภาพของการบริหารงานของเอกชน

วิธีแบบ Turn-Key เป็นการเช่ารูปแบบหนึ่ง เป็นกรณีให้เอกชนดำเนินกิจการแทนรัฐ เป็นการช่วยลดภาระทางการเงินของรัฐในการพัฒนาและบริหารกิจการที่เกี่ยวข้องโดยรัฐจะให้เอกชนจัดการทรัพย์สินชิ้นหนึ่ง เมื่อเอกชนได้ดำเนินการจนเกิดรายได้เป็นระยะเวลาหนึ่ง รัฐในฐานะเจ้าของทรัพย์สินคือที่ดิน จะได้เงินตอบแทนจากการนั้น เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่ตกลงกันได้ ทรัพย์สินนั้นก็กลับคืนมาเป็นของรัฐในสภาพที่พัฒนาแล้ว โดยเอกชนก็จะได้รับรายได้จากการดำเนินกิจการในช่วงที่บริหารงานและดำเนินงานนั้นเป็นการชดเชยค่าใช้จ่ายในการพัฒนาและก่อสร้างรวมทั้งการจัดการ³⁶

การให้เช่าทรัพย์สินอาจไม่ได้รับความสนใจจากภาคเอกชนมากนัก เว้นแต่เป็นกิจการที่รัฐมีการผูกขาด เพราะการเช่านั้นไม่ได้ก่อให้เกิดความรู้สึกในการเป็นเจ้าของกิจการทำให้ภาคเอกชนไม่นำเงินลงทุนของตนมาลงทุนเพิ่มเติมเพื่อปรับปรุงกิจการในระยะยาว

3) การให้สัมปทานแก่เอกชน (Concession or Franchising)

เป็นกรณีที่รัฐให้สิทธิเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบในการลงทุน การจัดการ และการปฏิบัติงานในทรัพย์สินที่รัฐให้สัมปทาน โดยผู้ประกอบการจะมีเอกสิทธิ์ในการผลิตสินค้าหรือบริการแทนรัฐและนำเสนอขายแก่ผู้บริโภค โดยผู้บริโภคต้องจ่ายค่าบริการตามที่กำหนดหรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการผลิตสินค้าหรือบริการให้แก่รัฐโดยตรง และเมื่อครบอายุสัมปทานแล้ว เอกชนต้องโอนทรัพย์สินนั้นเป็นของรัฐโดยทันที แต่จะยังคงได้รับสิทธิในการบริหารโครงการนั้นต่อไปตามกำหนดระยะเวลาสัญญา

การให้สัมปทานจะมีการกำหนดคุณภาพการให้บริการไว้ซึ่งหากคุณภาพบริการนั้นได้ไม่ดีตามที่ได้ตกลงกำหนดกันเอาไว้ รัฐมีสิทธิยกเลิกสัญญาได้ ถ้าผู้ประกอบการมีประสิทธิภาพและมีกำไรจากการขายสินค้าหรือให้บริการก็ต้องแบ่งส่วนของกำไรนั้นต่อรัฐ แต่หากค่าใช้จ่ายสูงกว่ามูลค่าสิทธิหรือขาดทุนผู้ประกอบการก็ต้องรับภาระขาดทุนนั้นเสียเอง

4) การเสนอขายหุ้นให้กับสาธารณะชนหรือให้กับเอกชน (Public Offering of Shares or Private Sale of Shares)

³⁶ ไกรยุทธ ธีรตยาคินันท์, การให้เอกชนดำเนินกิจกรรมแทนรัฐ, รวมบทความเศรษฐศาสตร์ภาครัฐ, คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533, หน้า 168

เป็นกรณีที่รัฐยังมีความสนใจที่จะดำเนินกิจการนั้นอยู่ แต่ต้องการให้สาธารณชนหรือเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการเป็นเจ้าของกิจการนั้นเป็นบางส่วน หรือเกือบทั้งหมด เพื่อระดมเงินทุนเข้ามาในกิจการขนาดใหญ่ กระจายความเสี่ยงไปยังผู้ลงทุน โดยการเสนอขายหุ้นอาจกระทำได้ 2 วิธี คือ

(1) *เสนอขายให้กับสาธารณชน* เป็นกรณีที่รัฐจะขายหุ้นส่วนใหญ่หรือทั้งหมดที่รัฐถืออยู่ให้กับประชาชนทั่วไป ซึ่งจะทำให้รัฐวิสาหกิจมีแนวโน้มที่จะเป็นบริษัทมหาชน (public limited company) มีการบริหารงานร่วมกันของรัฐกับเอกชน ถือเป็นก้าวแรกของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจแบบเต็มที่ จุดเริ่มต้นของการเสนอขายหุ้นให้กับสาธารณชนคือ การทำหนังสือชี้ชวน (prospectus) โดยมีธนาคารเพื่อการลงทุนเป็นที่ปรึกษาและประกันการรับซื้อหุ้นที่เหลือ การเสนอขายหุ้นและดำเนินการขายหุ้นนี้สามารถดำเนินการได้ทั้งตลาดภายในประเทศและตลาดต่างประเทศ

(2) *เสนอขายแก่เอกชน* ในกรณีนี้รัฐจะเสนอขายหุ้นบางส่วนหรือทั้งหมดที่รัฐถืออยู่ให้กับผู้ซื้อเพียงคนเดียวหรือกลุ่มคนซึ่งได้มีการกำหนดตัวบุคคลไว้แล้ว เช่น บริษัทหรือสถาบันการลงทุน วิธีการนี้เหมาะสำหรับรัฐวิสาหกิจที่มีประสิทธิภาพในการดำเนินการที่ถือว่าต่ำหรือรัฐวิสาหกิจที่ต้องการเจ้าของที่มีความสามารถ มีประสบการณ์สูงในรัฐวิสาหกิจนั้น มีฐานะทางการเงินที่มั่นคง นอกจากนี้ ยังเหมาะกับรัฐวิสาหกิจที่ยังขาดการพัฒนาและขาดเทคนิคในการดึงดูดใจของนักลงทุน

5) การร่วมทุนกับภาคเอกชน (Joint-Venture)

การร่วมลงทุนกับภาคเอกชนเป็นกรณีที่รัฐเข้าดำเนินการโดยการร่วมทุนกับเอกชนตามสัดส่วน เพื่อเป็นการผสมผสานกันของทั้งสองส่วนในด้านความเชี่ยวชาญและเงินในการลงทุน อาจเป็นการตั้งหน่วยงานขึ้นมาใหม่โดยรัฐและเอกชนหรือเป็นกรณีที่รัฐวิสาหกิจมีการจัดตั้งกิจการใหม่ในเครือข่ายโดยมีภาคเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในการถือหุ้น โดยรัฐยังคงเป็นผู้ถือหุ้นในสัดส่วนที่มากกว่าหรือน้อยกว่าก็ได้แล้วแต่ความเหมาะสมของกาปฏิบัติของกิจการที่ร่วมทุนกันนั้น โดยส่วนใหญ่จะเปิดโอกาสให้เอกชนเป็นผู้รับผิดชอบเพื่อให้มีโอกาสนำเทคนิคและระบบของการบริหารสมัยใหม่เข้ามาใช้ในการดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพ

โดยวิธีการนี้นั้นนิยมใช้ในกรณีที่รัฐวิสาหกิจนั้นมีปัญหาทางการเงิน ต้องการเงินในการเพิ่มทุนในกิจการ เพื่อเพิ่มศักยภาพหรือฐานะของรัฐวิสาหกิจ โดยอาจร่วมลงทุนกันกับบริษัทของต่างประเทศเพื่อประโยชน์ในด้านการบริหารและประสบการณ์ใหม่ๆในด้านต่างๆ นอกนั้นแล้วการแปรรูปวิธีนี้ อาจเนื่องจากรัฐวิสาหกิจต้องการจะรักษาความเป็นระบบของทางราชการเอาไว้ แต่เพื่อความเข้มแข็งของรัฐวิสาหกิจจึงต้องการการร่วมทุนกับเอกชน

โดยการร่วมลงทุนกับเอกชนจะมีทั้งวิธีที่รัฐวิสาหกิจร่วมลงทุนกับภาคเอกชนโดยจัดตั้งบริษัทขึ้นมาดำเนินการบางกิจการของรัฐที่เคยทำอยู่และให้เอกชนเป็นผู้บริหารงานในกิจการนั้น เช่น องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพร่วมลงทุนร้อยละ 20 กับเอกชนเพื่อเดินรถปรับอากาศขนาดเล็ก หรือวิธีการที่รัฐนำทรัพย์สินของตนเองไปร่วมลงทุนกับภาคเอกชนในกิจการที่เอกชนดำเนินการอยู่ก็ได้ โดยวิธีการนี้การถือหุ้นของภาครัฐจะไม่เกินร้อยละ 49 ซึ่งจะทำให้ไม่มีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ เพื่อให้สามารถดำเนินการกระบวนกรต่างๆ ได้อย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ ซึ่งบางครั้งอาจเป็นกิจการที่ไม่เกี่ยวข้องกับกิจการเดิมของรัฐวิสาหกิจก็

ได้ แต่เป็นกิจการที่รัฐให้ความสนใจเพื่อการเรียนรู้วิธีการใหม่ในการดำเนินการหรือเพื่อโอกาสทางธุรกิจที่กำลังเจริญเติบโตก็ได้

6) การให้เอกชนลงทุนดำเนินการแต่รัฐรับซื้อผลผลิต (Build-Own-Operate : BOO)

เป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนร่วมประมูลแข่งขันกันเองเพื่อดำเนินกิจการของรัฐวิสาหกิจ โดยรัฐจะเป็นผู้สนับสนุนให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการลงทุนในกิจการที่รัฐไม่ดำเนินการเองเพื่อลดภาระในการลงทุนของรัฐ และเมื่อเอกชนดำเนินการเสร็จแล้วรัฐจะเป็นผู้ดำเนินการซื้อผลผลิตจากภาคเอกชนนั้น เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย หรือ กฟผ. ให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างโรงไฟฟ้าในรูปแบบของ Independent Power Producer (IPP) แล้วขายไฟฟ้าที่ผลิตได้ให้การไฟฟ้าต่อไป

7) การจัดองค์การใหม่โดยการแบ่งรัฐวิสาหกิจออกเป็นส่วนๆ (Reorganization in to component parts or fragmentation)

เป็นการดำเนินการจัดองค์การใหม่ของรัฐวิสาหกิจให้เป็นหน่วยต่างๆหลายหน่วย แล้วจัดในรูปแบบของบริษัทแม่ (Holding Company) และบริษัทลูก (Subsidiary Company) โดยบริษัทแม่ถือหุ้นในบริษัทลูกทุกบริษัท และให้เอกชนเข้ามาถือหุ้นบริษัทลูกต่างๆที่เห็นว่าน่าจะมีโอกาสทางธุรกิจ

กรณีนี้เป็นวิธีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจแบบค่อยเป็นค่อยไปเพราะหากมีการประกาศขายพร้อมกันในทุกบริษัทลูกอาจจะไม่ได้รับความสนใจจากภาคเอกชนหรือนักลงทุน การแยกขายทีละบริษัทจะเป็นวิธีการที่ดีที่สุดเพื่อส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันของบริษัทที่ยังไม่ได้ขายกับบริษัทที่ขายไปแล้ว บางครั้งรัฐอาจขายบางบริษัทลูกและยังคงบริษัทลูกอื่นๆไว้เป็นของรัฐวิสาหกิจเพื่อป้องกันการผูกขาดของภาคเอกชน

8) การขายทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจและการยุบเลิกกิจการ (Sale of State Owned Enterprises Assets/Liquidation)

การดำเนินการวิธีนี้นั้นเป็นการแปรรูปรัฐวิสาหกิจไปสู่ภาคเอกชนอย่างสมบูรณ์ เป็นการขายทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจมากกว่าขายหุ้น โดยรัฐจะไม่อาจดำเนินกิจกรรมใดๆได้ในทรัพย์สินที่ขายไปนั้นอีก อาจทำได้ทั้งการแยกขายหรือขายทั้งหมดโดยวิธีการเปิดให้ประมูลหรือการขายทอดตลาดแล้วแต่กรณี ซึ่งการจะเลือกใช้วิธีใดนั้นจะตัดสินใจหลังจากที่มีการเจรจาต่อรองกับลูกค้าที่ได้กำหนดตัวล่วงหน้าไว้แล้ว

การขายทรัพย์สินหรือขายกิจการมักเป็นที่สนใจและได้รับการตอบสนองด้วยดีจากผู้ลงทุน ทางด้านรัฐก็จะได้เงินจากการขายในระยะเวลาอันสั้น อย่างไรก็ตามการแปรรูปรัฐวิสาหกิจด้วยวิธีการดังกล่าวนี้นั้นเอกชนที่จะซื้อต้องมีทุนเป็นจำนวนมาก ตลาดทุนจึงต้องเป็นตลาดขนาดใหญ่พอที่จะรองรับการขายกิจการได้ และเป็นกิจการที่สามารถที่จะสร้างรายได้อีกในอนาคตเพราะราคาที่เอกชนเต็มใจที่จะจ่ายนั้นจะต้องสะท้อนให้เห็นถึงรายได้ที่จะเกิดจากการดำเนินกิจการนั้นในอนาคตที่ผู้ซื้อคาดว่าเขาสามารถทำได้ ซึ่งเชื่อกันว่าจะต้องสูงกว่ารายได้อันเกิดจากการดำเนินกิจการโดยภาครัฐ³⁷

อย่างไรก็ตาม ถ้าต้องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเพียงบางส่วน รัฐจะขายทรัพย์สินส่วนอื่น ยกเว้นทรัพย์สินหลัก เป็นการลดขนาดของรัฐวิสาหกิจลง แต่ถ้าหากกิจการนั้นรัฐเห็นว่าหมดความจำเป็นใน

³⁷ จิรพันธ์ สังข์แก้ว, รายงานวิจัยเรื่องรูปแบบของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ, คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530, หน้า 23-24

การดำเนินการและเอกชนสามารถดำเนินการได้ดีกว่า รัฐก็อาจยุบเลิกกิจการนั้นโดยมีมติคณะรัฐมนตรีให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจซึ่งจะจำหน่ายโอนกิจการได้หลังจากที่ได้ชำระบัญชีเพื่อให้เอกชนมาซื้อกิจการนั้นแล้วจึงดำเนินการยุบเลิกรัฐวิสาหกิจ

9) การผ่อนคลายระเบียบเพื่อเพิ่มการแข่งขัน (Deregulation)

ในกรณีกิจการใดรัฐเข้าควบคุมในเรื่องต่างๆ เช่น จำนวนผู้ประกอบการ ราคาที่เรียกเก็บจากผู้บริโภค อัตราค่าไร ทิศทางของกิจการ กิจการนั้นอาจดำเนินการอย่างขาดประสิทธิภาพ ผู้บริโภคอาจได้รับบริการที่ด้อยคุณภาพ ทำให้เกิดการชะงักการผูกขาดโดยเอกชนผู้ผลิตและในบางครั้งรัฐอาจจะเป็นผู้ผลิตที่ผูกขาดในกิจการบางอย่างเสียเอง เหล่านี้ล้วนเป็นการสร้างอุปสรรคต่อการแข่งขันเสรีและเป็นผลเสียแก่ผู้บริโภค ควรผ่อนคลายกฎระเบียบบางอย่างเพื่อให้เกิดการแข่งขันกันได้ในด้านปริมาณและคุณภาพ

1.4.2 ประเภทของสัญญาทางปกครองที่ศาลไทยยกขึ้นวินิจฉัยแล้ว

1) การตีความด้วยองค์ประกอบอันเกี่ยวข้องกับคู่สัญญา³⁸

โดยสัญญานั้นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายรัฐซึ่งอาจจะเป็นองค์กรหรือบุคคลที่กระทำการแทนองค์กร รัฐอาจทำสัญญาได้ทั้งสองลักษณะ เป็นสัญญาทางปกครองก็ได้หรือเป็นสัญญาทางแพ่งก็ได้ ขึ้นอยู่กับความต้องการของรัฐ เช่น

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 12/2545 กระทรวงกลาโหมขับไล่ผู้บุกรุกที่ดินเพื่อจัดสร้างโรงเรียนเตรียมทหารโดยการตั้งกรรมการเพื่อเจรจาให้ค่าชดเชยแก่ผู้บุกรุก จะเห็นว่าเป็นการเข้าทำสัญญาโดยไม่ได้ใช้อำนาจรัฐ แต่เจรจาดังเช่นเอกชนตกลงกันเพื่อให้เขาชดเชยออกไปโดยจ่ายเงินค่าชดเชย สัญญานี้ไม่ใช่สัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่ง เพราะรัฐมาเจรจาดังเช่นเอกชนโดยหาได้ใช้อำนาจเหนือไม่

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 22-23/2547 สัญญาซื้อที่ดินตามพระราชกฤษฎีกาเวนคืนเพื่อนำมาใช้ทำถนนหรือใช้ในกิจการอื่นของรัฐ แม้จะเป็นสัญญาซื้อขายแต่ต้องดำเนินการกระบวนกรทางปกครองมาก่อน มีคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นแล้วแจ้งให้ผู้ถูกเวนคืนทราบเพื่อเข้าทำสัญญาแม้ไม่พอใจราคาก็ต้องทำสัญญาซื้อขายเพียงแต่สงวนสิทธิในการอุทธรณ์ค่าทดแทนเอาไว้จะเห็นว่ารัฐใช้อำนาจเหนือกำหนดราคาข้างเดียว ไม่มีการเจรจาก็สามารถออก พระราชบัญญัติเวนคืนเอาที่ดินได้ แม้เป็นซื้อสัญญาซื้อขายแต่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะรัฐใช้อำนาจเหนือ

2) การตีความด้วยองค์ประกอบอันเกี่ยวข้องกับลักษณะของสัญญา

ดังตามที่ตัวบทให้ตัวอย่างว่าเป็น สัญญาสัมปทาน สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ก. สัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามาดำเนินการกิจการของรัฐ โดยเก็บผลประโยชน์และจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ มีองค์ประกอบ 2 ส่วน

ก) รัฐออกใบอนุญาตให้เอกชนดำเนินการ(license)

ข) โดยมีข้อตกลงต่างตอบแทนกัน ตัวอย่าง เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.349/2549 การให้สัมปทานแก่เอกชนใช้คลื่นความถี่สื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งบริการสาธารณะเป็นหน้าที่ของรัฐได้อนุญาตให้เอกชนผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนและแบกรับความเสี่ยงเองในการดำเนินการและเก็บค่าใช้บริการจากประชาชนผู้ใช้

³⁸ จิรนิติ หะวานนท์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง(ภาคทั่วไป), สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. 2559, หน้า 113

ประโยชน์นั่นเอง หากไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาสัมปทานรัฐต้องเป็นผู้ดำเนินการแทนประชาชนให้ผู้รับสัมปทานรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น

ข. *สัญญาที่ให้จัดบริการสาธารณะ* จากถ้อยคำแสดงว่าให้เอกชนไปทำบริการสาธารณะ เช่น ให้เก็บขยะ สัญญาที่รัฐให้เอกชนตั้งที่ทำการไปรษณีย์

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 60/2547 สัญญาจ้างเอกชนมาวางระบบสื่อสารผ่าน internet และสอนคอมพิวเตอร์ในสถาบันการศึกษาของรัฐเป็นสัญญาให้เอกชนทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2552 สัญญาจ้าง จนท.ต้อนรับประจำสำนักงานเขตเพื่ออำนวยความสะดวกในการให้บริการ มีลักษณะเป็นสัญญาที่มอบให้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

3) *สัญญาอื่นที่ทำให้บริการสาธารณะบรรลุผล*

โดยมีองค์ประกอบว่าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะต้องเป็นสาระสำคัญของบริการสาธารณะ เช่น สัญญาก่อสร้างอาคารโรงพยาบาล อาคารโรงพยาบาล เป็นสาระสำคัญที่ทำให้บริการสาธารณะสุขของรัฐบาลบรรลุผล เพราะฉะนั้นสัญญาก่อสร้างโรงพยาบาลจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2550 รมบุคคลแบบสายดิ่งพร้อมร่วมช่วย และอุปกรณ์ เป็นยุทธโศปกรณ์ที่จำเป็นสำหรับการฝึกและการรบจึงจำเป็นต้องการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล สัญญาซื้อขายร่วมๆ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

4) *สัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครอง*

แม้สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่ควรที่จะเป็นไปในทิศทางเดียวกับสัญญาหลักเพราะอาจเกิดคำวินิจฉัยที่ขัดกันได้ง่าย คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล จึงชี้ขาดให้ไปศาลปกครอง เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างถนนเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาอุปกรณ์คือสัญญาประกันการก่อสร้างโดยธนาคารเข้ามาเป็นประกันว่าจะต้องก่อสร้างให้เสร็จแม้สัญญาประกันเป็นสัญญาทางแพ่งแต่ต้องไปศาลปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 28/2546 สัญญาให้ทุนการศึกษาจะต้องกลับมาทำงานใช้ทุนเป็นสัญญาทางปกครองคือสัญญาหลัก ฉะนั้นสัญญาที่ประกันผู้รับทุนว่าจะต้องกลับมาทำงาน...ปี เป็นสัญญาอุปกรณ์ก็ต้องเป็นสัญญาทางแพ่งแต่อยู่ในอำนาจศาลปกครองด้วย

5) *สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ*

ผู้สามารถกระทำได้คือรัฐซึ่งเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของส่วนรวม การที่จะมอบให้เอกชนให้แสวงหาประโยชน์ได้โดยเอกชนให้ค่าตอบแทนแก่รัฐเป็นสัญญาทางปกครอง

1.4.3 *สัญญาที่เห็นว่ายังไม่มีความชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่³⁹*

การพิจารณาว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้นยังไม่ตกผลึกดีนักเพราะอันเนื่องมาจากกฎหมายปกครองยังเป็นกฎหมายที่ใหม่อยู่สำหรับประเทศไทยจึงยังต้องมีการพัฒนากันไปอีกมากและพิจารณาเป็นรายกรณีไปส่วนสัญญาใดที่ชัดเจนแล้วว่าเป็นสัญญาทางปกครองก็จะมีกรวางเป็นหลักไว้เพื่อใช้ในการวินิจฉัยกับสัญญาทางที่จะทำขึ้นในภายหลัง หากเป็นสัญญาที่ยังไม่เคยมีมาก่อนก็เป็นหน้าที่ของ

³⁹ จินนิตี หะวานนท์, รวมคำบรรยาย(ภาคหนึ่ง), คำบรรยาย วิชา กฎหมายปกครอง, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, การบรรยายครั้งที่ 5-6 วันที่ 29 มิถุนายน 2561

1.ศาลปกครองและ 2.คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่จะชี้ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เช่น

แต่เดิมเป็นการไม่ชัดเจนว่าสัญญาก่อสร้างอาคาร เช่น โรงพยาบาลสร้างตึกผู้ป่วย ผู้รับเหมาไม่ได้เข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะเพียงแต่รับเหมาก่อสร้างอาคารเท่านั้น จึงเป็นปัญหาว่าสัญญาก่อสร้างอาคารเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ คณะกรรมการฯชี้ขาดว่าสัญญาพวกนี้ถือเป็นการเข้าทำสัญญาจะต้องมีการประมูลเป็นไปตามระเบียบพัสดุทั้งนั้น คณะกรรมการจึงสร้างสัญญาขึ้นมาอีกประเภทหนึ่งเรียกว่า *สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล* อันที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง คือ โรงพยาบาลจะรักษาพยาบาลได้ต้องมีตัวอาคาร สัญญารับเหมาก่อสร้างอาคารจึงกลายเป็นสัญญาทางปกครองขึ้นมาอีกประเภทหนึ่ง (คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 10/2545)

แต่กรณี เช่น องค์การคลังสินค้ารับซื้อน้ำมันสำปะหลังเส้นมาจากราษฎรตามโครงการพยุงราคา สัญญาระหว่างองค์การคลังสินค้ากับชาวไร่มันสำปะหลังเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ยังไม่ชัดเจนและเป็นปัญหาอยู่มาก ซึ่งต่างกับกรณีที่องค์การคลังสินค้าขายมันสำปะหลังเส้นต่อให้กับบุคคลภายนอกที่มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้วว่าเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งเท่านั้น ดังเช่นกรณีนี้ผู้ทำการศึกษาเห็นว่ากรณีคล้ายคลึงกับการที่ราษฎรขายข้าวให้กับรัฐบาลโดยขายกับโรงสีในพื้นที่ตามโครงการประกันราคาข้าวของรัฐบาล ด้วยเหตุที่ว่าเป็นการขายภายใต้โครงการประกันราคาข้าวของรัฐ แล้วโรงสีในพื้นที่ถือเป็นตัวแทนของรัฐในการรับซื้อข้าวจากราษฎรหรือไม่จึงต้องรอมีการวินิจฉัยของศาลและคณะกรรมการฯ ต่อไปในอนาคต

ส่วนกรณีที่หน่วยงานของรัฐเช่าอาคารของเอกชนเพื่อตั้งที่ทำงานเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ยังไม่มีคำวินิจฉัยเช่นเดียวกันจึงต้องพิจารณาตามองค์ประกอบเป็นรายกรณีไป เช่น รัฐบังคับเอกชนให้ยอมให้รัฐเช่าอาคารได้หรือไม่อันเป็นการใช้อำนาจเหนือคู่สัญญา

1.5 การมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยวิธีการสัมปทาน

สัมปทานบริการสาธารณะเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองของประเทศไทยนำมาใช้มากที่สุดในการมอบหมายให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยการลงทุนและความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายค่าตอบแทนให้กับผู้รับสัมปทาน แต่ให้สิทธิในการเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนในการใช้บริการจากประชาชนผู้ใช้บริการ

1.5.1 แนวความคิดเรื่องสัมปทาน

ในสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองการให้บริการสาธารณะเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดทำ แต่ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเริ่มมีการให้สัมปทานแก่เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง เช่น ทำไม้ ขุดคลอง ทำถนน เป็นต้น ในปี พ.ศ.2429 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ให้สัมปทานแก่บริษัทเดนมาร์กสร้างทางรถไฟสายกรุงเทพฯ-สมุทรปราการ จากนั้นก็ให้สัมปทานในการขุดคลองเช่นกัน แต่เหล่านี้ไม่ได้เรียกว่า “สัมปทาน” ใช้เรียกว่า “การพระราชทานพระบรมราชานุญาต” ให้สิทธิเอกชนในการดำเนินการแต่ผู้เดียวโดยเอกชนลงทุนเอง มีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการ และจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐอันเป็นลักษณะของสัมปทานในปัจจุบัน⁴⁰

⁴⁰ สุรพงศ์ กลั่นประชา, “สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย”, วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2539, หน้า 108-110

ในอดีตไม่ได้มีกฎหมายในการควบคุมการให้สัมปทานมีเพียง พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471 เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ให้ความหมายของกิจการค้าขายที่เป็นสาธารณูปโภคไว้ ได้กำหนดไว้ว่า บุคคลใดๆจะประกอบกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนได้ต่อเมื่อได้รับพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานแล้ว และในการพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานนั้น รัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนลงไว้ด้วยก็ได้ ถ้ามีการประกอบกิจการโดยไม่ได้รับพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานจะมีความผิดและต้องระวางโทษปรับ นอกจากนี้ กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดกิจการที่ต้องขออนุญาตด้วย ได้แก่ กิจการประกันภัย ธนคารอสมสิน เครดิตฟองซิเอร์ หรือกิจการอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน กิจการเหล่านี้ต้องปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะการนั้น หากยังไม่มีกฎหมายเฉพาะก็ห้ามประกอบกิจการเหล่านั้น เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาล และในการอนุญาตรัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่จำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนไว้ด้วยก็ได้⁴¹

ต่อมาในปี พ.ศ.2473 ได้มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการมอบให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอีกหนึ่งฉบับ คือ พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473 แต่เดิมราษฎรจะสร้างทางหลวงและทางราษฎรจะต้องปฏิบัติตามมาตรา 146 แห่งพระราชบัญญัติจัดวางทางรถไฟและทางหลวง พ.ศ.2464 แต่เมื่อพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473 บังคับใช้แล้วก็มีบทบัญญัติที่กำหนดให้เอกชนสร้างและบำรุงทางหลวงในราชอาณาจักร เว้นแต่อาศัยอำนาจสัมปทานที่ได้รับจากรัฐบาล กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้รัฐบาลสามารถเพิกถอนสัมปทานก่อนสิ้นอายุได้หากผู้รับสัมปทานล้มละลายหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนด และให้อำนาจรัฐบาลสามารถเข้าครอบครองถนนก่อนสิ้นสุดสัมปทานได้หากข้อความในสัมปทานให้อำนาจไว้แต่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้รับสัมปทานนั้นด้วย

ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ.2475 การให้สัมปทานยังปฏิบัติตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471 ต่อไป แต่ก็ได้มีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ.2482 ออกมาควบคุมการให้สัมปทานแก่เอกชนโดยตรง ได้เปลี่ยนแปลงหลักการของการขอสัมปทาน คือ ผู้ใดจะขอสัมปทานในการทำการชลประทานส่วนการค้า ให้ยื่นต่อกระทรวงเกษตรราธิการ ไม่ต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตตั้งเช่นก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดสิทธิพิเศษของผู้รับสัมปทาน คือ จะให้สิทธิในการเรียกค่าตอบแทนจากผู้ที่ได้รับน้ำจากการชลประทานที่ผู้รับสัมปทานได้ทำขึ้นแต่ไม่ให้สิทธิเรียกเก็บจากผู้รับน้ำตามธรรมดาเพียงพอต่อการใช้มาก่อนมีเอกสิทธินั้น และต้องยอมให้เจ้าพนักงานเข้าตรวจตรวจงานที่ทำอยู่อันเป็นการแสดงให้เห็นสิทธิของผู้ให้สัมปทานในการควบคุมกิจการการดำเนินการกิจการบริการสาธารณะที่รัฐบาลมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ⁴²

41 เรื่องเดียวกัน, หน้า 112-113

42 เรื่องเดียวกัน, หน้า 114-115

ในปี พ.ศ.2515 ได้มีการออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471 ประกาศคณะปฏิวัติได้กำหนดกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค⁴³ ที่อยู่ในความควบคุมและต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรีผู้เกี่ยวข้องก่อนถึงจะดำเนินการได้ มีหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายเดิมแต่เพิ่มประเภทกิจการบางประเภท และประกาศคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวยังคงบังคับใช้อยู่ถึงปัจจุบัน

1.5.2 ลักษณะสำคัญของสัมปทานบริการสาธารณะ

สัมปทานบริการสาธารณะประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 4 ประการด้วยกัน⁴⁴ คือ

1) สัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองตกลงอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยทุนของเอกชนเอง ภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองกำหนดให้ปฏิบัติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

2) ทรัพย์สินที่ผู้รับสัมปทานนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะถือว่าเป็นทรัพย์สินของเอกชน จึงไม่ได้รับความคุ้มครองพิเศษตามกฎหมายเหมือนกับทรัพย์สินของรัฐที่อนุญาตให้ผู้รับสัมปทานใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ

3) ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมกิจการที่ให้สัมปทานแก่เอกชนไปจัดทำเนื่องจากกิจการดังกล่าวยังเป็นบริการสาธารณะที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

4) บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนไปทำนั้น จะต้องไม่เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงและปลอดภัยของประเทศ โดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจอันเป็นสาธารณูปโภค เช่น การประปา การไฟฟ้า การโทรศัพท์ การไปรษณีย์ เป็นต้น

1.5.3 สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้สัมปทาน

สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้สัมปทานมี 3 ประการ⁴⁵ คือ

(1) สิทธิในการกำกับดูแลและบังคับบัญชาให้เป็นไปตามสัญญา การจัดทำบริการสาธารณะแม้จะเป็นกรณีที่รัฐมอบให้เอกชนจัดการแต่เอกชนนั้นก็ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของการจัดทำบริการสาธารณะ และหลักความต่อเนื่องอันเป็นหลักการสำคัญของบริการสาธารณะ อันเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องมีการกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของคู่สัญญาให้เป็นไปอย่างต่อเนื่อง หากเอกชนคู่สัญญาไม่ดำเนินการหรือดำเนินการล่าช้าไม่เป็นไปตามกำหนดเวลาของการปฏิบัติงาน หรือปฏิบัติงานบกพร่องไม่เป็นไปตามสัญญา ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ตรวจสอบดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา หากเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถดำเนินการได้ ฝ่ายปกครองต้องปรับหรือให้ชดใช้ค่าเสียหายหรือดำเนินการหาบุคคลอื่นมาดำเนินการแทนหรือกระทั่งมีสิทธิในการเลิกสัญญาก็ได้

⁴³ ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ และบรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชนที่จะได้ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกาต่อไป

⁴⁴ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 5. 2549, หน้า 149-150

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 148-152

(2) สิทธิในการยกเลิกหรือแก้ไขข้อกำหนดแห่งสัญญาฝ่ายเดียว เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่สามารถแก้ไข ยกเลิกข้อกำหนดของสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียวอันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของคู่สัญญา เนื่องมาจากการบริการสาธารณะนั้นจะต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมอยู่เสมอ หลักกฎหมายปกครองจึงยอมรับอำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง แต่ไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนั้นต้องเป็นไปเพื่อให้สอดคล้องกับประโยชน์มหาชนเท่านั้น และถ้าปรากฏว่าการเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นการเพิ่มภาระให้กับเอกชนคู่สัญญาต้องรับผิดชอบเพิ่มเติมจากเดิมฝ่ายปกครองก็ต้องจ่ายค่าทดแทนเพิ่มเติมหรือขยายเวลาในการดำเนินการนั้นให้กับเอกชนเพิ่มเติมอีกด้วย การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดเงื่อนไขใดๆนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น จะแก้ไขเพื่อประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญานั้นไม่ได้

(3) หน้าที่ที่จะให้ความช่วยเหลือเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ การจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำนั้น ฝ่ายปกครองยังมีหน้าที่ต้องควบคุมดูแลเพื่อให้บริการสาธารณะนั้นเป็นไปอย่างต่อเนื่อง สัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้นรัฐก็มีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเอกชนผู้เข้าไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะดังจะเห็นได้จากการให้สัมปทานบริการสาธารณะที่กำหนดให้ผู้ให้สัมปทานมีหน้าที่ต้องจัดหาที่ดินหรือพื้นที่ให้กับผู้รับสัมปทาน โดยปลอดจากการครอบครองและภาระผูกพันหรือสิทธิเรียกร้องอื่นใดจากบุคคลภายนอก และให้ความร่วมมือในการนำสิทธิในการครอบครองไปจดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมาย หรือแม้กระทั่งหากเอกชนผู้รับสัมปทานต้องการที่ดินเพิ่มเติมอันเนื่องมาจากความต้องการที่เพิ่มขึ้นของส่วนรวมรัฐผู้ให้สัมปทานก็มีหน้าที่ในการจัดหาที่ดินเพิ่มเติมให้ด้วยตามความต้องการนั้น นอกจากการส่งมอบพื้นที่นั้นแล้วรัฐจะต้องมีหน้าที่ติดต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้จัดเตรียมสาธารณูปโภคภายในเวลาอันเหมาะสมรวมทั้งอุปกรณ์ติดต่อสื่อสารส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับสัมปทาน ทั้งจะต้องจัดเตรียมหนังสืออนุญาต ใบอนุญาต โดยรัฐจะต้องประสานงานสนับสนุนอย่างเต็มที่ระหว่างผู้รับสัมปทานกับส่วนราชการหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนั้นด้วย

1.5.4 สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน

สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน มี 3 ประการ⁴⁶ คือ

(1) หน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัมปทาน สัญญาที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการสาธารณะ ในการปฏิบัติตามสัญญานอกจากที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ตกลงกันไว้แล้ว ผู้รับสัมปทานยังต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะด้วย เช่น หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ของบริการสาธารณะด้วย

(2) หน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาด้วยตนเอง เมื่อฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนผู้ใดดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว ผู้นั้นเป็นผู้ที่ฝ่ายปกครองได้เลือกแล้วว่าสามารถดำเนินการตามสัญญาได้ เอกชนผู้นั้นจะต้องมีหน้าที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นด้วยตนเองจะมอบให้เอกชนรายอื่นเป็นผู้ดำเนินการแทนไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่บางกรณี เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวงและ

⁴⁶ เรืองเดียวกัน, หน้า 152-160

สัมปทานระบบขนส่งทางรถไฟเอกชนคู่สัญญา มีสิทธิที่จะจ้างผู้รับเหมาช่วงเพื่อทำงานอื่นของโครงการได้ แต่ เอกชนคู่สัญญาคู่สัญญายังต้องรับผิดชอบอย่างเต็มที่ในการปฏิบัติงานนั้น

(3) สิทธิของเอกชนคู่สัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะ มี 2 ประการ

ก. สิทธิอันเกี่ยวเนื่องกับการจัดทำบริการสาธารณะ การจัดทำบริการสาธารณะโดย เอกชนคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาฝ่ายรัฐดำเนินการจัดหาที่ดินหรือพื้นที่ให้คู่สัญญา ฝ่ายเอกชนจะไม่มีกรรมสิทธิ์ใน ที่ดินนั้น แต่จะมีสิทธิในการเข้าครอบครอง เข้าออกและใช้ประโยชน์ที่ดิน ทางน้ำ หรือถนนสาธารณะ และสิทธิ ในการจัดเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการโดยได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่มีข้อสังเกตว่า เอกชนคู่สัญญาจะไม่มีอำนาจในการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ใช้บริการ

ข. สิทธิที่จะได้รับเงินทดแทนพิเศษจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ สัญญาบริการสาธารณะใน ประเทศไทยกำหนดให้เอกชนคู่สัญญา มีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนจากฝ่ายรัฐได้หลายกรณี เช่น กรณีความเสียหายเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของ สัญญา หรือกรณีที่ฝ่ายรัฐมีการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดและเงื่อนไขฝ่ายเดียวแล้วส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ต้องรับภาระมากขึ้นกว่าเดิมก็สามารถเรียกค่าทดแทนได้เช่นกัน

1.5.5 การควบคุมสัมปทาน

เมื่อรัฐให้สัมปทานแก่เอกชนไปแล้ว เนื่องจากเป็นสัมปทานบริการสาธารณะ รัฐจึงยังคง ต้องมีหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบได้อย่างเต็มที่ด้วยวิธีการต่างๆ 3 วิธี⁴⁷ คือ

ก. การให้เจ้าพนักงานเข้าควบคุมตรวจตรากิจการที่ได้รับสัมปทานไป ซึ่งผู้รับสัมปทาน จะต้องให้ความสะดวกและปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งสั่งโดยชอบด้วยกฎหมาย

ข. กำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องเสนอรายงานผลการดำเนินงานของกิจการที่ได้จัดทำตาม ระยะเวลาที่กำหนด พร้อมทั้งแสดงบัญชีและงบกำไรขาดทุนเพื่อที่ฝ่ายปกครองจะได้ทราบถึงความเป็นไปของ กิจการที่ได้ให้สัมปทานไป

ค. กำหนดวิธีการบังคับลงโทษต่างๆ ไว้ในสัมปทาน เพื่อใช้บังคับในกรณีผู้รับสัมปทานฝ่า ฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในสัมปทาน เช่น การปรับหรือเพิกถอนสัมปทาน

1.5.6 การสิ้นสุดของสัมปทาน

การให้สัมปทานมีผลผูกพันคู่สัญญาจนกว่าจะครบกำหนดระยะเวลาที่ให้สัมปทาน ซึ่ง โดยทั่วไปแล้วกำหนดเวลาการให้สัมปทานบริการสาธารณะจะกำหนดไว้ไม่เกิน 30 ปี นอกจากการสิ้นสุด สัมปทานตามกำหนดระยะเวลาที่กล่าวมาแล้วสัมปทานยังสิ้นสุดได้ในกรณีดังต่อไปนี้⁴⁸

1) การเลิกสัมปทาน มี 2 กรณี

ก. การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจใช้สิทธิในการเลิกสัญญาเมื่อ ปรากฏเหตุ เช่น เอกชนคู่สัญญาไม่ดำเนินการบริการสาธารณะตามสัญญา เอกชนคู่สัญญาจงใจผิดสัญญา

⁴⁷ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ (44), หน้า 151-152

⁴⁸ สุรพงษ์ กลิ่นประชา, “สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย”, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ (40), หน้า 161-164

เอกชนคู่สัญญาล้มละลาย เอกชนคู่สัญญาจดทะเบียนเลิกบริษัท หรือเอกชนคู่สัญญาละเลยไม่ยอมชำระเงินที่จะต้องชำระตามสัญญา เป็นต้น

ข. การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เอกชนคู่สัญญาอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เมื่อปรากฏเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้ เช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดใดของสัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะซึ่งร้ายแรงถึงขนาดที่จะเป็นเหตุเลิกสัญญาได้ เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยร้ายแรงถึงขนาดที่จะสมควรยกเลิกสัญญาได้ เมื่อมีการยึดคืนหรือเวนคืนที่บริเวณที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ หน่วยงานของรัฐบาลดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เป็นเหตุให้เอกชนคู่สัญญาเสื่อมสิทธิที่มีผลกระทบต่อการทำงานเป็นอย่างมากจนไม่สามารถประกอบการทำงานได้ตามปกติ เป็นต้น

2) *การเลิกสัญญาโดยการตกลงกันของคู่สัญญา* เกิดจากกรณีที่ระหว่างอายุสัมปทาน ผู้รับสัมปทานต้องการเลิกสัญญาสัมปทานก็ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ให้สัมปทาน โดยฝ่ายผู้รับสัมปทานจะต้องไม่ทำให้ประชาชนเดือดร้อน และต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีผู้ควบคุมกระทรวงที่ให้สัมปทานนั้น

3) *การเพิกถอนสัมปทาน* เมื่อผู้รับสัมปทานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนด หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัมปทาน หรือที่ระบุไว้ในกฎหมายอันเป็นเรื่องสำคัญ เช่น ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานด้วยตัวเอง หรือไม่จัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทานอย่างสม่ำเสมอ เว้นแต่การละเลยนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย

4) *การถอนคืนสัมปทานเพื่อซื้อ* การถอนคืนสัมปทานเพื่อซื้อไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้รับสัมปทานแต่ประการใด เพียงแต่ฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าต้องเข้าทำบริการสาธารณะนั้นเสียเอง ก็อาจถอนคืนสัมปทานด้วยการซื้อกิจการด้วยการแจ้งให้ผู้รับสัมปทานทราบล่วงหน้าตามกำหนดเวลาในสัญญาสัมปทาน หรือถ้าไม่ได้กำหนดเวลาเอาไว้ฝ่ายปกครองก็จะกำหนดเวลาให้ตามสมควร

5) *การยึดคืนสัมปทาน* ได้แก่ กรณีที่รัฐบาลยึดคืนหรือเวนคืนระบบหรือพื้นที่สัมปทานภายใต้สัญญาสัมปทาน สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะย่อมเป็นอันสิ้นสุดลงแต่ผู้รับสัมปทานมีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

2 การจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส

2.1 องค์กรผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ

แต่เดิมบริการสาธารณะนั้นรัฐจะเป็นผู้ดำเนินการจัดทำเอง ต่อมาก็ได้จัดตั้งองค์กรของรัฐแบบพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะบางอย่าง และเมื่อมีกฎหมายเรื่องการกระจายอำนาจรัฐส่วนกลางก็ได้กระจายอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะออกมาให้กับส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการเอง ต่อมาในระยะหลังความต้องการในบริการสาธารณะได้มีมากขึ้น บริการสาธารณะบางประเภทต้องใช้กำลังคนงบประมาณ และเทคโนโลยีจำนวนมาก จึงมีการมอบบริการสาธารณะบางอย่างให้กับเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ ทำแทนรัฐโดยรัฐจะเปลี่ยนตัวเองมาเป็นผู้ควบคุมในการดำเนินการแทนเพื่อให้บริการสาธารณะนั้นมีคุณภาพ เช่นเดียวกับกรณีที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการจัดทำเอง

2.1.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐต้องเป็นบริการสาธารณะที่เมื่อพิจารณาจากสภาพของบริการแล้ว เป็นหน้าที่ของรัฐแต่เพียงผู้เดียวที่จะต้องจัดทำ เป็นสิ่งที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตประจำวันของประชาชนที่จะต้องมีการจัดทำบริการสาธารณะให้อย่างทั่วถึง บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐมีอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท คือ บริการสาธารณะระดับชาติและบริการสาธารณะระดับท้องถิ่น

1) *บริการสาธารณะระดับชาติ (les services publics nationaux)* ได้แก่ บริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเป็นผู้จัดทำอันได้แก่กิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคงและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม รวมทั้งการพัฒนาสังคมและวัฒนธรรม บริการสาธารณะระดับชาติที่รัฐต้องเป็นผู้ดำเนินการจัดทำอย่างทั่วถึงเองนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 7 ประเภท⁴⁹ คือ

(1) *บริการสาธารณะทางด้านยุติธรรม (le service public de la justice)* กระบวนการยุติธรรมของฝรั่งเศสเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง ที่มีลักษณะแตกต่างไปจากกระบวนการยุติธรรมของหลายประเทศ ระบบศาลของประเทศฝรั่งเศสเป็นระบบศาลคู่ ประกอบด้วยระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครอง โดยจะมีโครงสร้างของระบบศาลดังต่อไปนี้⁵⁰

- ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ต่างประกอบด้วย ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงสุด

- มีการแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครองอย่างชัดเจน เด็ดขาดว่าคดีประเภทใด จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด

- ศาลยุติธรรมและศาลปกครองต่างเป็นอิสระซึ่งกันและกัน

- มีการแบ่งแยกผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมและศาลปกครองออกจากกันอย่างเด็ดขาด

(2) *บริการสาธารณะทางการรักษาความปลอดภัยของสังคม (le service public de la securite)* เป็นการจัดทำบริการสาธารณะทางการรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยของสังคม อันเป็นหน้าที่ที่สำคัญของรัฐ ประกอบด้วยสาระสำคัญ 4 ประการ คือ⁵¹

- การดำเนินการเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงของสังคม

- การรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน

- การรักษาความสะอาดในชุมชนด้วยการกำจัดขยะมูลฝอย ดูแลความสะอาดถนนหนทางและการรักษาสิ่งแวดล้อม

- การรักษาความสงบในที่สาธารณะ

การรักษาความปลอดภัยของสังคมเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคมภายในประเทศที่จะต้องจัดทำทั้งในด้านการป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบและตลอดจนหน้าที่ในการปราบปรามหากเกิดเหตุอันก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นนั้นด้วย

(3) *บริการสาธารณะด้านการรักษาความมั่นคงและความปลอดภัยของประเทศ (le service public de la defense)* การรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศเป็นภารกิจที่สำคัญของรัฐที่

⁴⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2560, หน้า 54

⁵⁰ อิศสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, *เรียนรู้เรื่องศาลปกครองอย่างคนธรรมดา*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2540, หน้า 15-16.

⁵¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *ระบบการพิจารณาคดีความผิดทางอาญาของนักการเมืองระดับสูงในประเทศฝรั่งเศส*, รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล, กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2540, หน้า 105-133

จะต้องเป็นผู้จัดทำ เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการดำเนินการ นอกจากนี้อาวุธยุทธภัณฑ์ต่างๆ มีความร้ายแรงและมีราคาสูงขึ้นจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่รัฐจำเป็นต้องจ่ายเงินจำนวนมากเพื่อจัดหาอาวุธยุทธภัณฑ์ต่างๆมาไว้ในกรอบครอบงำ ทั้งยังต้องค้นหาวิธีการป้องกันภัยรุกรานจากผู้อื่นอีกด้วย

ในประเทศประชาธิปไตยแบบฝรั่งเศสนั้นถือหลักที่สำคัญคือ อำนาจพลเรือนเป็นอำนาจสูงสุดที่ต้องอยู่เหนืออำนาจทางทหาร ดังนั้น องค์การผู้มีอำนาจจัดทำบริการสาธารณะทางด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศจึงประกอบด้วยสององค์กร คือ พลเรือน อันได้แก่ อำนาจทางรัฐสภา ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รวมทั้งรัฐมนตรีอื่น และทหาร อันได้แก่ ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้รับผิดชอบด้านยุทธโธปกรณ์ เป็นต้น

(4) *บริการสาธารณะทางด้านการศึกษาของชาติ (le service public de l'éducation nationale)* ในสมัยโบราณการเรียนการสอนจะมีแต่ในวัด ต่อมาภายหลังการปฏิวัติครั้งใหญ่ การศึกษาจึงกลายเป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน จึงได้มีกฎหมายหลายฉบับเกี่ยวกับการศึกษาขึ้นทั้งการศึกษาในขั้นต้นและการศึกษาภาคบังคับ

ต่อมาอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1948 ได้บัญญัติว่า “รัฐยอมให้หลักประกันแก่การที่เด็กและผู้ใหญ่จะสามารถได้รับการศึกษาอบรม การฝึกอาชีพและวัฒนธรรม การจัดให้มีการศึกษาเป็นสาธารณะโดยไม่คิดค่าเล่าเรียนและเป็นการศึกษาทางโลก เป็นหน้าที่ของรัฐในทุกระดับการศึกษา”⁵² การศึกษาจึงกลายเป็นบริการสาธารณะระดับชาติตั้งแต่นั้นมา

(5) *บริการสาธารณะทางด้านสังคม (les services publics sociaux)* การให้ความช่วยเหลือประชาชนทางด้านสังคมนั้นมีมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว ก่อนการปฏิวัติครั้งใหญ่วัดจะเป็นผู้ทำหน้าที่ให้การช่วยเหลือทางสังคมแก่คนยากคนจน คนด้อยโอกาส รวมทั้งการจัดการศึกษาดังที่กล่าวแล้วนั้น ต่อมาภายหลังการปฏิวัติครั้งใหญ่ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1791 ได้บัญญัติถึงการจัดตั้งสถาบันขึ้นมาเพื่อให้ความช่วยเหลือสาธารณะ (secours public) ด้วยการเลี้ยงเด็กที่ถูกทอดทิ้ง คนพิการ คนจน เป็นต้น บริการทางสังคมจึงเริ่มมาเป็นบริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐในการเป็นผู้จัดทำ

(6) *บริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรม (les services publics culturels)* ในสมัยโบราณราชวงศ์มีความพึงพอใจที่จะห้อมล้อมด้วยบุคคลผู้ที่มีคุณสมบัติพิเศษ โดยเฉพาะทางด้านศิลปะและวรรณกรรม หลังการปฏิวัติครั้งใหญ่ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1795 ก็ได้บัญญัติถึงการจัดตั้งสถาบันขึ้นมาทำหน้าที่ค้นคว้าและบำรุงรักษาศิลปกรรมและวิทยาศาสตร์ จากนั้นก็ได้มีการจัดตั้งสถาบันต่างๆขึ้นมาอีกเป็นอันมาก เพื่อให้ความรู้ส่งเสริมและสนับสนุนผู้ที่มีความรู้ความสามารถทางด้านต่างๆ⁵³ อันอยู่ในการดูแลของรัฐ

(7) *บริการสาธารณะทางด้านการท่องเที่ยว (les services publics de tourisme)* เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีแหล่งท่องเที่ยวมากมาย สามารถที่จะสร้างรายได้ให้กับประเทศเป็น

⁵² Jean-Marie PONTIER, *Les services publics*, HACHETTE, Paris, 1996, p.122 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรรณานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 62

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 64

จำนวนมาก รัฐจึงให้ความสำคัญเป็นอันมากในเรื่องเกี่ยวกับการท่องเที่ยว โดยกฎหมายลงวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ.1992 เป็นกฎหมายพิเศษที่เกี่ยวกับการท่องเที่ยวได้กำหนดบทบาทของรัฐที่มีต่อการท่องเที่ยว สร้างสรรค์สิ่งต่างอันจะเป็นการอำนวยความสะดวกให้กับนักท่องเที่ยวและสถานที่ท่องเที่ยว ให้มีนักท่องเที่ยวมากขึ้น การจัดทำบริการสาธารณะด้านการท่องเที่ยวจึงเป็นนโยบายระดับชาติ (politique nationale) ที่มีหน่วยงานระดับกระทรวงเป็นผู้รับผิดชอบ⁵⁴

2) บริการสาธารณะระดับท้องถิ่น (les services publics locaux)

มาตรา 72 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันและที่แก้ไขเพิ่มเติมได้บัญญัติให้ท้องถิ่นมีอิสระในการบริหารงานของตนเองตามที่กฎหมายกำหนด ในระยะที่ผ่านมา มีกฎหมายกำหนดให้ท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจของตนเองอันเกี่ยวข้องกับท้องถิ่นโดยตรง ซึ่งเป็นหน้าที่โดยแท้ของท้องถิ่นในการให้บริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นในระดับจังหวัด ระดับภูมิภาคและระดับเทศบาล โดยบริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่โดยแท้จริงของท้องถิ่นสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท คือ

(1) บริการสาธารณะทางด้านสุขอนามัย (hygiene) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นระดับภาค ระดับจังหวัด และในเทศบาลที่มีขนาดใหญ่ มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านสุขอนามัยให้กับประชาชนในพื้นที่รับผิดชอบของตนเอง เนื่องจากเป็นหน้าที่ของตนเองโดยแท้ในการดูแลประชาชนของตน และจะต้องทำภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดที่เป็นบริการทางด้านสุขอนามัย ไม่ว่าจะเป็น บริการสาธารณะเกี่ยวกับสุสานและพิพิธ การจัดให้มีน้ำสะอาดเพื่อใช้ในท้องถิ่น หรือการนำน้ำที่ใช้แล้วมาบริหารจัดการให้สามารถนำกลับมาใช้อุปโภคบริโภคใหม่ได้ การเก็บขยะมูลฝอยของเหลือใช้ให้กับชุมชนของตนเอง เป็นต้น

(2) บริการสาธารณะเกี่ยวกับเศรษฐกิจ⁵⁵ (economice) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่รับผิดชอบให้มีบริการทางด้านเศรษฐกิจในระดับท้องถิ่นของตนเพื่อบริการประชาชน เช่น การจัดการตลาดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น การจัดการขนส่งในเขตท้องถิ่นของตนให้ประชาชนสามารถเดินทางในท้องถิ่นหรือไปสู่เขตชุมชนอื่นได้อย่างสะดวก แม้กระทั่งการผลิตกระแสไฟฟ้า แต่เดิมก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐสามารถมอบให้เอกชน ท้องถิ่นหรือตัวแทนรัฐสามารถจะดำเนินการผลิตกระแสไฟฟ้าเพื่อจำหน่ายได้ ต่อมาเมื่อมีรัฐบัญญัติลงวันที่ 8 เมษายน ค.ศ.1946 กำหนดให้รัฐเป็นผู้ผูกขาดกิจการด้านการผลิตไฟฟ้าแต่ก็มีข้อยกเว้นในท้องถิ่นที่มีการผลิตอยู่เดิมก็สามารถที่จะดำเนินการต่อไปได้โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐอย่างเคร่งครัด

(3) บริการสาธารณะทางด้านสังคมและการศึกษา (social et educative) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นระดับจังหวัดเป็นผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะด้านสังคม ไม่ว่าจะเป็นการจัดสวัสดิการเกี่ยวกับเด็กหรือคนพิการ ผู้ยากไร้ คนปัญญาอ่อน ตลอดจนจัดให้มีการศึกษา ตามกฎหมาย

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 64

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 66

กระจายอำนาจในปี ค.ศ.1982 ที่กำหนดให้การจัดทำบริการสาธารณะด้านการศึกษาให้เป็นหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(4) *บริการสาธารณะด้านวัฒนธรรม (la culture)* บริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถมีส่วนร่วมเข้ามาช่วยในการจัดทำ เช่น พิพิธภัณฑสถาน หอจดหมายเหตุ การรักษาโบราณสถาน เพราะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นและมาที่มาจากวัฒนธรรมของท้องถิ่นนั้นเองรัฐจึงต้องการให้ท้องถิ่นเข้ามามีส่วนในการร่วมให้บริการสาธารณะในลักษณะดังกล่าวด้วย

นอกจากที่ได้กล่าวมาแล้วยังมีบริการสาธารณะอื่นๆอีกมากที่เป็นลักษณะเฉพาะของแต่ละท้องถิ่นที่สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการสาธารณะได้

2.1.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน

เอกชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการสาธารณะมาตั้งแต่สมัยการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้ว เช่น การขุดคลอง การทำถนน โดยสามารถจำแนกการเข้ามามีส่วนร่วมได้ 2 ลักษณะ ดังนี้

1) การเข้ามามีส่วนร่วมโดยทางอ้อม

เป็นการเข้าร่วมในลักษณะที่เอกชนไม่ได้มาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นเองแต่เพียงเข้ามามีส่วนร่วมในลักษณะของการร่วมวางแผนงานออกความคิดเห็น โดยฝ่ายปกครองเชิญมาร่วมในการออกความคิดเห็นในการที่จะจัดทำบริการสาธารณะนั้นๆในรูปของที่ปรึกษา หรือกระทั่งการขออาสาเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารโดยการรับสมัครเลือกตั้งเป็นตัวแทนของประชาชนเอง เมื่อได้รับเลือกก็สามารถที่จะเข้าร่วมในการบริหารงานในการจัดทำบริการสาธารณะของท้องถิ่นนั้นๆได้

2) การเข้ามามีส่วนร่วมทางตรง

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าเมื่อบริการสาธารณะนั้นอยู่ในมือของรัฐที่จะต้องเป็นผู้จัดทำ แต่เมื่อรัฐมีภาระมากขึ้นรวมทั้งข้อจำกัดในด้านต่างๆ เช่น แรงงาน เงินทุน เทคโนโลยี ก็จำเป็นที่จะต้องให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะร่วมกับรัฐหรือ ดำเนินการในลักษณะแทนรัฐแต่อยู่ภายใต้การดูแลของรัฐ ตามที่กฎหมายจะสามารถเปิดทางให้ทำได้โดยอาจมีการแบ่งในเรื่องของรายได้จากการดำเนินกิจกรรมนั้น กรณีที่สามารถมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจะอยู่ในลักษณะของ สัมปทาน หรือกระทั่งในรูปแบบขององค์กรวิชาชีพต่างๆเพื่อการดูแลบุคคลในอาชีพนั้นๆ เป็นต้น

2.2 ขั้นตอนของการจัดทำบริการสาธารณะ

จากการศึกษาของบริการสาธารณะที่ผ่านมาจะทำให้ทราบว่าบริการสาธารณะนั้นมืออยู่หลายประเภท และการศึกษาต่อไปจะทำให้เห็นถึงภาพของบริการสาธารณะที่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ

ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งและยุบเลิก ขั้นตอนในการจัดทำ รวมทั้งรูปแบบในการดำเนินการ เนื่องจากมีความสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ เพราะการจัดทำนั้นหมายถึงการที่ฝ่ายการเมืองและฝ่ายปกครองจะต้องรับภาระเพิ่มขึ้น ในขณะที่การยุบเลิกหากเกิดผลกระทบต่อประชาชนก็อาจจะส่งผลกระทบต่อไปยังฝ่ายการเมือง ส่วนวิธีการในการดำเนินการบริการสาธารณะนั้นเป็นปัญหาทางด้านเทคนิคที่ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกวิธีการที่เหมาะสมที่จะส่งผลดีต่อประชาชนผู้ใช้บริการให้มากที่สุด และรูปแบบในการดำเนินการที่ดีก็จะส่งให้บริการสาธารณะสามารถดำเนินการได้อย่างถูกต้อง รวดเร็ว

2.2.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐทั้งบริการสาธารณะระดับชาติและบริการสาธารณะระดับท้องถิ่น มีขั้นตอนในการดำเนินการจัดทำ ดังต่อไปนี้

1) *การจัดตั้งและการยุบเลิก* ในทางปฏิบัตินั้น บริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศสมักจะไม่ค่อยถูกยุบเลิก บริการสาธารณะอาจเกิดขึ้นได้ด้วยมูลเหตุสองประการคือ มูลเหตุทางด้านสังคมและมูลเหตุทางด้านการเมือง

บ่อยครั้งที่บริการสาธารณะถูกจัดตั้งขึ้นมาเนื่องจากความต้องการของสังคมซึ่งจะเปลี่ยนแปลงตามกาลเวลาและสภาพของสังคม รวมทั้งความต้องการของสังคมจะเพิ่มขึ้นเรื่อยๆตลอดเวลาดังนั้นแล้วการจัดตั้งบริการสาธารณะจึงเป็นไปตามความต้องการของสังคมเป็นประการแรก ส่วนประการต่อมาคือมูลเหตุทางด้านการเมือง การจัดตั้งหรือยุบเลิกบริการสาธารณะจะมีส่วนสัมพันธ์กับนโยบายทางการเมืองเป็นส่วนใหญ่ เช่น การเพิ่มสวัสดิการสังคมประเภทต่างๆ

(1) *อำนาจในการจัดตั้งและยุบเลิก* เนื่องจากรัฐเป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม ทั้งด้านความปลอดภัยและความสะดวกสบายด้วยการจัดทำบริการสาธารณะ โดยทั่วไปแล้ว รัฐ จึงเป็นผู้เดียวที่ผูกขาดอำนาจในการ จัดตั้งและยุบเลิกบริการสาธารณะ รัฐสามารถที่จะจัดตั้งบริการสาธารณะได้ 2 รูปแบบ คือ การจัดตั้งโดยชัดเจนและการจัดตั้งโดยปริยาย

- *การจัดตั้งโดยชัดเจน* การจัดตั้งบริการสาธารณะประเภทนี้ไม่ค่อยจะมีปัญหาเท่าใด เพราะรัฐจะออกกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi) หรือรัฐกฤษฎีกา (decret) เพื่อจัดตั้งบริการสาธารณะขึ้นมาสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะจัดทำบริการสาธารณะก็สามารถทำได้โดยมติของสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่นเดียวกับองค์กรมหาชนที่สามารถจัดตั้งบริการสาธารณะได้โดยมติของคณะกรรมการบริหารของตน⁵⁶

- *การจัดตั้งโดยปริยาย* อาจเกิดกรณีการจัดตั้งบริการสาธารณะโดยปริยายขึ้นได้หากตุลาการศาลปกครองวินิจฉัยแล้วเห็นว่ากิจกรรมนั้นเป็นบริการสาธารณะ แม้ว่าฝ่ายปกครองไม่ได้ตั้งใจที่จะทำให้กิจกรรมดังกล่าวเป็นบริการสาธารณะก็ตาม กิจกรรมบางประเภทที่ฝ่ายปกครองไม่ได้มีส่วนร่วมในการ

⁵⁶ Alain-Serge MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, Paris, 1991, p.99 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 74

จัดทำ แต่โดยสภาพของกิจกรรมดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากิจกรรมนั้นเป็นบริการสาธารณะ กิจกรรมของเอกชนที่กลายมาเป็นบริการสาธารณะนี้เรียกว่า **กิจกรรมเสมือนบริการสาธารณะ** โดยกิจกรรมเสมือนบริการสาธารณะนี้จะกลายเป็นบริการสาธารณะก็ต่อเมื่อการอนุญาตให้เข้าใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นส่วนหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น⁵⁷

แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีเสมือนบริการสาธารณะดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับและไม่มี การนำมาใช้และไม่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะในความหมายที่เข้าใจกัน⁵⁸ ทั้งนี้เนื่องจากหลักสำคัญของบริการ สาธารณะจะต้องมีรัฐเป็นผู้จัดทำหรือเป็นผู้มอบให้เอกชนไปจัดทำ

(2) *ผู้ใช้อำนาจในการจัดตั้งและยุบเลิก* ก่อนปี ค.ศ.1958 บริการสาธารณะจะจัดตั้งขึ้น ได้โดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi) ซึ่งต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภา หรือในอีกกรณีหนึ่งที่บริการ สาธารณะอาจเกิดขึ้นจากการมีกฎหมายอนุญาตให้หน่วยงานของฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการจัดทำ⁵⁹

แต่เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1958 ใช้บังคับ ได้มีการเพิ่มอำนาจให้กับฝ่ายบริหาร ในด้านการจัดตั้งและยุบเลิกบริการสาธารณะโดยปริยาย ในรัฐธรรมนูญมาตรา 34 ได้กำหนดอำนาจของ รัฐสภาในการออกกฎหมายแต่ละประเภทเอาไว้ อำนาจของรัฐสภาในการจัดตั้งบริการสาธารณะประเภทต่างๆ โดยการออกรัฐบัญญัติจึงปรากฏอยู่เฉพาะในมาตรา 34 เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามได้มีการเพิ่มอำนาจให้กับฝ่าย บริหารตามรัฐธรรมนูญมาตรา 37 ที่บัญญัติให้ เรื่องอื่นๆที่ไม่อยู่ในขอบเขตการออกรัฐบัญญัติให้ถือว่าอยู่ใน อำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร จากกรณีดังกล่าวทำให้ฝ่ายบริหารสามารถที่จะจัดทำบริการ สาธารณะได้หากเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือในการออกเป็นกฎหมายตามมาตรา 34

ในส่วนอำนาจการยุบเลิกบริการสาธารณะนั้น ไม่เหมือนกับในส่วนของการจัดตั้ง เพราะการจัดตั้งบริการสาธารณะอาจทำโดยรัฐสภาหรือรัฐบาลก็ได้ ในขณะที่อำนาจในการยุบเลิกบริการ สาธารณะนั้นค่อนข้างตายตัว กล่าวคือ หากบริการสาธารณะได้รับการจัดตั้งโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ การ ยุบเลิกก็ต้องตราเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ เช่นเดียวกับบริการสาธารณะที่จัดตั้งโดยกฎหมายของฝ่าย บริหารตามมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญจะยุบเลิกได้ก็โดยฝ่ายบริหารเป็นผู้ยุบเลิก

2) *วิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะ* นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสได้ให้ความหมายของคำว่า วิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะ ไว้ว่า ได้แก่การดำเนินกิจกรรมของบริการสาธารณะหรือการบริหารงาน

⁵⁷ Joel CARBAJO, *Droit des services publics*, 3^e edition, Mementos Dalloz Paris, 1997, p.18 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 75

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54

⁵⁹ Gilles J.GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, L.G.D.J., Paris, 1994, p.53 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 76

ของบริการสาธารณะ แต่ในบางครั้งคำว่า การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะยังมีความหมายรวมถึงการจัดองค์กรและการบริหารงานภายในองค์กรอีกด้วย⁶⁰

วิธีในการจัดทำบริการสาธารณะสามารถแบ่งได้ 2 ลักษณะ ดังนี้

(1) *บริการสาธารณะทางปกครอง* การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะทางปกครองในปัจจุบันสามารถทำได้ทั้งโดยรัฐและเอกชน

ก. *บริการสาธารณะทางปกครองที่จัดทำโดยภาครัฐ* โดยปกติแล้วการจำทำบริการสาธารณะทางปกครองนั้นจะจัดทำได้โดยรัฐ โดยมีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะและจะมีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดำเนินการในการจัดทำเองโดยตรง ซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายมหาชน มีองค์กรที่รับผิดชอบในการจัดทำโดยได้กำหนดไว้แล้วโดยตรงตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวกับสถานะภาพของเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁶¹

ข. *บริการสาธารณะทางปกครองที่จัดทำโดยเอกชน* ปัจจุบันมีการมอบอำนาจหน้าที่ให้ภาคเอกชนสามารถจัดทำบริการสาธารณะทางปกครองได้เป็นบางประเภท เช่น สถานพยาบาลเอกชน บริการสาธารณะเกี่ยวกับองค์กรวิชาชีพ (orders professionnels) บริการสาธารณะด้านการกีฬา บริการเหล่านี้จะมีบางส่วนของบริการสาธารณะที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายมหาชนเพราะมีการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง โดยมีเครื่องมือพิเศษในการจัดทำบริการสาธารณะได้แก่ คำสั่งฝ่ายเดียว (actes unilatéraux) โดยคำสั่งของเอกชนที่จะมีผลเป็นนิติกรรมทางปกครองอันจะอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองได้จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขครบถ้วน 3 ประการ ดังนี้⁶²

(ก) เอกชนผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นต้องจัดทำกิจกรรมดังกล่าวให้เป็นการบริการสาธารณะ

(ข) เอกชนผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องมีอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง

(ค) อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองดังกล่าวนั้นจะต้องใช้เพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้น

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7

⁶¹ รัฐบัญญัติลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ.1983 สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐส่วนกลางและรัฐบัญญัติลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ.1984 สำหรับเจ้าหน้าที่ส่วนท้องถิ่น (les agents des collectivités territoriales)

⁶² PONTIER, , *Les services publics*, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (52), หน้า 79

(2) บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นสามารถดำเนินการได้ทั้งโดยภาครัฐและโดยภาคเอกชน อันมีเครื่องมือในการดำเนินการได้แก่

ก. คำสั่งฝ่ายเดียว (*actes unilateraux*) คำสั่งฝ่ายเดียวของผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมส่วนใหญ่จะเป็นนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง แต่คำสั่งดังกล่าวอาจเป็นนิติกรรมทางปกครองก็ได้ หากมีขึ้นเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์อันมีลักษณะเป็นการจัดโครงสร้างของบริการสาธารณะที่จัดทำ ดังศาลคดีขัดกันได้วินิจฉัย เช่น คดี *Compagnie Air France C/Epoux Barbier* เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ.1981 ว่า ข้อบังคับของคณะกรรมการบริหาร บริษัท Air France ที่กำหนดให้แอร์โฮสเตสซึ่งทำการสมรสต้องพ้นจากหน้าที่เป็นข้อกำหนดที่ถือเป็นองค์ประกอบของการจัดโครงสร้างของการบริการสาธารณะที่จัดทำ จึงทำให้ระเบียบดังกล่าวนี้เป็นนิติกรรมทางปกครอง อันจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจศาลปกครองที่จะสามารถวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบนั้น⁶³ ส่วนคำสั่งอื่นที่ไม่มีสภาพเป็นการวางระเบียบกฎหมาย เช่น คำสั่งที่มีผลเฉพาะตัว หรือคำสั่งทั่วไป จะตกอยู่ในภายใต้อำนาจของศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้น

ข. สัญญา สัญญาซึ่งจัดทำขึ้นโดยองค์กรผู้มีหน้าที่บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมส่วนใหญ่แล้วจะเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะสัญญาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้จัดทำบริการสาธารณะกับผู้ใช้บริการสาธารณะ

ข้อยกเว้น ที่ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองมีได้ 3 กรณี คือ

- (ก) กรณีบริการสาธารณะดำเนินการโดยนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน
- (ข) กรณีที่มีการทำสัญญากับบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้ใช้บริการสาธารณะ เช่น ทำสัญญาซื้อพัสดุ (*fournisseurs*)
- (ค) กรณีผู้จัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมทำสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะโดยมีข้อความในสัญญาที่ให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (*clause exorbitante*)⁶⁴

ค. บุคลากร บุคลากรที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมอยู่ภายใต้หลักของกฎหมายเอกชน เว้นเพียงแต่ในบางตำแหน่งที่อยู่ภายใต้หลักของกฎหมายมหาชน เช่น ข้าราชการที่ถูกส่งไปกำกับดูแลหรือเป็นผู้บริหารในกิจการที่เป็นบริการสาธารณะนั้น หรือตำแหน่งผู้ตรวจบัญชีในกิจการอันเป็นบริการสาธารณะนั้น⁶⁵

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 80

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 81

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 81

3) รูปแบบในการดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะ การจัดทำบริการสาธารณะเอง นั้นเป็นไปเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยรวมจึงจำเป็นต้องดำเนินการให้เป็นไปอย่าง ถูกต้อง เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ เพื่อให้เกิดผลดีต่อประชาชนโดยรวมผู้ให้บริการสาธารณะนั้น โดย สามารถเลือกรูปแบบในการดำเนินการได้ 2 รูปแบบ คือ การจัดทำโดยองค์กรของรัฐ และการจัดทำโดย องค์กรมหาชน

(1) *การจัดทำโดยองค์กรของรัฐ* การจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบขององค์กรของ รัฐเป็นการที่หน่วยงานของรัฐนั้นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นเองโดยตรงซึ่งงบประมาณ กำลังคนและทุน ทรัพย์ของตนเองในการจัดทำองค์กรของรัฐไม่ได้มีสถานะเป็นนิติบุคคล รัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เท่านั้นที่สามารถตั้งหน่วยงานประเภทนี้ขึ้นมาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้ องค์กรของรัฐประกอบด้วย ลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ ดังนี้⁶⁶

(ก) บุคลากรขององค์กรของรัฐได้รับการคัดเลือกจากหน่วยงานที่จัดทำบริการ สาธารณะ ซึ่งบุคลากรดังกล่าวได้แก่ ข้าราชการ หรือ อาจเป็นเจ้าของพื้นที่ หรือ ลูกจ้างของรัฐก็ได้

(ข) ทรัพย์สินที่นำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเป็นทรัพย์สินขององค์กร ของรัฐนั้นๆ ซึ่งอาจเป็นที่ดินของรัฐ หรือที่ดินของเอกชนก็ได้

(ค) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ มาจากงบประมาณของ องค์กรของภาครัฐผู้ทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั้น

(2) *การจัดทำโดยองค์กรมหาชน* องค์กรมหาชนได้แก่ นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ประเภทหนึ่งซึ่งทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ⁶⁷

องค์กรมหาชนมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ คือ

(ก) เป็นนิติบุคคล ซึ่งทำให้องค์กรมหาชนสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเอง มี บุคลากรและทรัพย์สินของตนเอง มีระเบียบวิธีงบประมาณของตนเอง

(ข) การมีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ทำให้องค์กรมหาชนสามารถวาง กฎเกณฑ์ทั่วไปเพื่อใช้บังคับกับบุคคลและผู้ให้บริการสาธารณะของตนเองได้ทั้งยังมีอำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่าย ปกครอง ในการเวนคืนทรัพย์สินเพื่อนำมาใช้ในกิจการขององค์กรได้

(ค) องค์กรมหาชนเป็นองค์กรที่ตั้งเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ในการให้บริการแก่ประชาชนโดยรวมรวมในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ

⁶⁶ GUGLIELMI, , *Introduction au droit des services publiques*, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (59), หน้า 81

⁶⁷ Jean RIVERO, *Droit Administratif*. Dalloz, Paris, 1985, p.496 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560, หน้า 83

2.2.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน

การมอบให้เอกชนดำเนินการให้บริการสาธารณะบางประเภทนั้น บริการสาธารณะนั้นจะต้องไม่เป็นกิจการอันเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ หรือไม่เกี่ยวข้องด้วยการบริหารประเทศอันจักต้องเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองเท่านั้น

การมอบให้เอกชนดำเนินการให้บริการสาธารณะนั้นจะต้องผ่านขั้นตอนต่างๆ โดยต้องมีการมอบอำนาจ (habilitation) ในการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นอำนาจที่มีลักษณะผูกขาด จากฝ่ายปกครองไปยังฝ่ายเอกชนเสียก่อน ฝ่ายเอกชนจึงจะสามารถดำเนินการจัดทำหรือให้บริการสาธารณะนั้นได้

การมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครองมีอยู่สองรูปแบบคือ การมอบฝ่ายเดียว (habiliter) และดามอบโดยสัญญา (le contrat)

การมอบบริการสาธารณะฝ่ายเดียวให้บุคคลภายนอกเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีอยู่หลายรูปแบบ อาจเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายมอบให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท เช่น การจัดตั้งองค์การวิชาชีพโดยเอกชนเพื่อใช้อำนาจรัฐในการควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพ หรือที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจให้สมาคมหรือสหพันธ์กีฬาเป็นผู้รับผิดชอบในการควบคุมดูแลและวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกีฬาแต่ละประเภท เป็นต้น การมอบบริการสาธารณะฝ่ายเดียวให้บุคคลภายนอกไปทำนั้น อาจเกิดจากการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (acte administrattif unilateral) การทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวอาจทำได้ใน 2 กรณี คือ

กรณีแรก เป็นกรณีที่บุคคลภายนอกร้องขอต่อฝ่ายปกครองเพื่อขอให้มอบบริการสาธารณะนั้นนั้นให้ตนเองเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ กรณีดังนี้ฝ่ายปกครองจะต้องอนุญาตก่อนเอกชนจึงจะมีอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นได้ เช่น การขออนุญาตเข้าทำประโยชน์ในที่ดินอันเป็นของรัฐ

กรณีที่สอง เป็นการมอบโดยเจตนาของฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้บุคคลภายนอกเข้าไปดูแลจัดการบริการสาธารณะโดยเอกชนไม่ต้องสมัครใจก็ได้ ซึ่งมักจะเกิดขึ้นในสภาวะหรือสถานะการณ์ที่บ้านเมืองไม่ปกติ เกิดความไม่สงบฝ่ายปกครองอาจใช้อำนาจพิเศษของตนเองยึดกิจการบางอย่างมาดำเนินการจัดทำเสียเอง

ในเรื่องการมอบอำนาจให้เอกชนมาจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบของ สัญญา เป็นเรื่องที่ทำกันอยู่มากในปัจจุบันจึงจะขอกล่าวถึงสัญญาทางปกครองที่เป็นข้อตกลงระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน และรูปแบบของสัญญาทางปกครองที่รัฐจะมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ

1) สัญญาทางปกครอง⁶⁸ เป็นสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองนั้นตกลงทำสัญญากันกับเอกชนเพื่อจะมอบให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะบางประเภท

(1) หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง

⁶⁸ ราชละเอียดใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 5, 2529, หน้า 73 - 120 . และ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. 2546

ก) สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย (*contrats administratifs par determination de la loi*) คือ เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งแล้วว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยตรง หรือกำหนดไว้โดยทางอ้อมเอาไว้ว่าให้เกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองในการวินิจฉัย

ข) สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ (*contrats administratifs par nature*) เป็นสัญญาที่โดยกฎหมายนั้นไม่ได้กำหนดไว้ว่าได้เป็นสัญญาทางปกครองแต่ก็เกิดขึ้นเมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองแล้วศาลปกครองท่านเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองได้มีหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาดังนี้

(ก) สัญญานั้นมีคู่สัญญาเป็นอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นฝ่ายปกครอง

(ข) สัญญานั้นต้องมีเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญานั้นมีลักษณะหนึ่งลักษณะใด

ต่อไปนี้

- เป็นสัญญาอันมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้มอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้านการขนส่งมวลชนประเภทต่างๆ

- เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (*les clauses exorbitantes du droit public*) เพราะฝ่ายปกครองต้องมีการใช้อำนาจมหาชนในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญให้เป็นที่ไปตามวัตถุประสงค์ที่ได้ตกลงทำสัญญากันไว้เพื่อไม่ให้เกิดข้อผิดพลาดจากการให้บริการสาธารณะนั้น ได้แก่ ข้อความที่ได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองสามารถเลิกในสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องมีเหตุผิดสัญญา หรือให้สิทธิพิเศษในการดำเนินการแก้ไขปรับปรุงสัญญานั้นได้ฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์แห่งสาธารณะ

(2) การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง (*formation des contrats administratifs*)

การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองก็มีลักษณะคล้ายเช่นเดียวกับการเกิดสัญญาทางเอกชน ต้องมีการแสดงเจตนาที่ตรงกันทั้งสองฝ่าย คือ ฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนที่ต้องการจะให้เกิดสัญญา แต่การเกิดสัญญาทางปกครองนั้นจะมีความยุ่งยากกว่าการเกิดสัญญาทางเอกชนที่คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันได้โดยอิสระ ในขณะที่การที่ฝ่ายปกครองจะเข้าทำสัญญากับฝ่ายเอกชนจะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขเหล่านี้ด้วย

(ก) ผู้มีอำนาจในการทำสัญญา ฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดในการทำสัญญาทางปกครองหลายประการ เช่น ฝ่ายปกครองที่จะทำสัญญาต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ผู้ทำการแทนนิติบุคคลในการทำสัญญาจะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจในการทำสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด แบบของสัญญานั้นจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ต้องมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา เมื่อเกิดสัญญาแล้วต้องมีฝ่ายปกครองอื่นเข้ามาตรวจสอบควบคุมในด้านต่างๆด้วยเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญา

(ข) *วิธีเลือกคู่สัญญา* ฝ่ายปกครองไม่ได้มีอิสระที่จะเลือกบุคคลใดมาเป็นคู่สัญญาก็ได้อย่างกฎหมายเอกชน หลักเกณฑ์ในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องทำตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้โดยจะกำหนดวิธีการที่เป็นกลางเอาไว้และให้ได้ประโยชน์แก่ส่วนรวมมากที่สุดโดยส่วนใหญ่ก็จะได้แก่การประกวดราคา (adjudication publique)

(3) *การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง* นอกเหนือจากการสิ้นสุดสัญญาตามปกติแล้ว เช่น เมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว เมื่อคู่สัญญาพร้อมใจกันเลิกสัญญา หรือเมื่อสิ้นผลหรือบรรลุผลไปตามข้อตกลงในสัญญานั้นแล้ว ยังมีการสิ้นสุดสัญญาที่เป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองอีก 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองจะใช้สิทธิฝ่ายเดียวทั้งที่ฝ่ายเอกชนไม่ได้กระทำผิดสัญญาแต่ฝ่ายปกครองใช้สิทธิเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ กรณีที่สอง เป็นกรณีศาลปกครองเป็นผู้สั่งให้เลิกสัญญาตามคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเนื่องจากมีเหตุการณ์บางประการซึ่งทำให้ไม่สามารถทำตามวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นต่อไปได้

2) *รูปแบบของสัญญาทางปกครอง* รูปแบบของสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองนั้นใช้เป็นเครื่องมือในการมอบอำนาจและหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นให้ฝ่ายเอกชนมีอยู่ด้วยกัน 2 รูปแบบ คือ สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (marches publics) และการมอบให้จัดทำบริการสาธารณะ (gestion delegue des services publics)⁶⁹

(1) *สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (marches publics)* หมายถึง สัญญาที่ได้จัดทำกันขึ้นระหว่างรัฐกับนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาเพื่อที่จะตอบสนองความจำเป็นบางประการของฝ่ายปกครองซึ่งอาจจะเป็นการเฉพาะหน้าหรือมีความจำเป็นที่มีอยู่โดยตลอดช่วงระยะเวลาหนึ่ง เช่น สัญญาจัดซื้อพัสดุ สัญญาว่าจ้างให้จัดทำบริการ สัญญาอุตสาหกรรมหรือสัญญาว่าจ้างผลิตต้นแบบอุตสาหกรรม สัญญาก่อสร้าง สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา เป็นต้น โดยวิธีการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ก็สามารถทำได้ทั้ง การประกวดราคา การสอบราคา หรือการตกลงราคาก็ได้ ตามแต่หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

(2) *การมอบให้จัดทำบริการสาธารณะ (gestion delegue des services publics)* เป็นการที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนหรือนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครองด้วยทุนของคู่สัญญา

ก. *รูปแบบต่างๆของการมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ (différents mode de gestion deleguee)* มีรูปแบบที่สำคัญอยู่ 4 รูปแบบด้วยกัน คือ⁷⁰

(ก) *การมอบหมายให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ (affermage)* เป็นการที่หน่วยงานของรัฐมอบหมายงานที่รัฐบริหารจัดการอยู่แล้วให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนโดยได้รับค่าตอบแทน การบำรุงรักษาใหญ่เป็นหน้าที่ของรัฐ ผู้เข้ามาดูแลมีหน้าที่รับผิดชอบเพียงแต่เรื่องซ่อมแซม

⁶⁹ GUGLIELMI, , *Introduction au droit des services publiques*, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (59), หน้า 91

⁷⁰ Philippe TURGUET de BEAUREGARD, รายงานการบรรยายพิเศษเรื่องสัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 18 เมษายน 2542 ตอน 1, หน้า 5-8 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2560, หน้า 93

เล็กน้อยเท่านั้น การเก็บค่าบริการจากการให้บริการในรูปแบบของค่าธรรมเนียมจะถูกแบ่งออกเป็นสองส่วน โดยเป็นของเอกชนผู้เข้ามาดูแลดำเนินการและส่วนของรัฐในฐานะเจ้าของทรัพย์สินหรือเจ้าของโครงการนั้น

(ข) การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะแทนรับ (*regie interessee*) เป็นการมอบหมายให้กับเอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะโดยได้รับค่าตอบแทนแบบที่ได้กำหนดไว้โดยชัดเจนตายตัว การดูแลทรัพย์สินเป็นหน้าที่ของเอกชนผู้ได้รับมอบหมาย ในกรณีมีการซ่อมแซมใหญ่รัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องด้านการเงิน ผู้ได้รับมอบหมายจะเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการแต่จะส่งเข้าหน่วยงานของรัฐทั้งหมดไม่มีการแบ่งออกเป็นส่วน

(ค) การจ้างผู้บริหารงานแทน (*gerance*) มีรูปแบบคล้ายกันกับ การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะแทนรัฐ (*regie interessee*) แต่ผู้บริหารจัดการจะได้รับค่าจ้างแบบเหมาจ่ายเสมือนลูกจ้างในฐานะผู้บริหารโครงการ ผู้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นและจะส่งเข้าหน่วยงานของรัฐทั้งหมด

(ง) สัมปทาน (*concession*) เป็นการที่ผู้รับสัมปทานได้รับมอบหมายจากรัฐให้เป็นผู้จัดให้มีบริการสาธารณะ โดยผู้รับสัมปทานจะต้องลงทุนเอง ต้องรับในความเสี่ยงภัยเองถ้าหากมีเกิดขึ้นมา ผู้รับสัมปทานมีรายได้จากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้น เมื่อหมดสัญญาสัมปทานแล้วสิ่งก่อสร้างต่างๆก็จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐทั้งหมด

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจะสิ้นสุดลงในกรณีที่ขึ้นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือสิ้นสุดลงเป็นกรณีพิเศษหากเกิดเหตุการณ์ต่างๆ เช่น เหตุสุดวิสัยหรือเกิดกรณีฝ่ายผู้ให้สัมปทานเป็นผู้ขอเลิกสัญญาเนื่องจากปรากฏว่าผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้ดังที่ได้รับมอบหมายมาได้ต่อไปอีก

ข. หลักเกณฑ์ทั่วไปของการมอบบริการสาธารณะให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง มี 3 ประการ คือ⁷¹

(ก) ต้องเป็นบริการสาธารณะที่รัฐสามารถมอบหมายให้ผู้อื่นจัดทำแทนได้ (*existence d'un service public deleguable*) โดยจะต้องไม่เป็นบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องด้วยความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของรัฐ การยุติธรรม การป้องกันประเทศและการศึกษา ซึ่งถือเป็นบริการสาธารณะขั้นพื้นฐานที่รับจะต้องเป็นผู้ดำเนินการจัดทำเอง บริการที่สามารถมอบให้ผู้อื่นทำแทนได้จะเป็นบริการที่เกี่ยวข้องด้วยเศรษฐกิจและกิจการสาธารณูปโภค เช่น ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ การคมนาคม การไปรษณีย์ เป็นต้น

(ข) ต้องมีความผูกพันในรูปของสัญญา (*existence d'un lien contractual*) โดยการมอบหมายให้ผู้อื่นดำเนินการแทนรัฐนั้น จะต้องทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอันเป็นสัญญาทางปกครองมีการกำหนดเอกสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษของรัฐที่สามารถใช้อำนาจเหนือคู่สัญญาได้ตามรูปแบบของสัญญาทางปกครอง

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 95

(ค) สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่รับมอบหมายให้เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ (*droit et contraintes du delegataires*) ได้แก่ สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้บริการจากผู้ใช้บริการได้โดยตรงและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติตามสัญญาจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญาที่ได้ตกลงกันเอาไว้ ในเรื่องหน้าที่ได้แก่การจะต้องรายงานการดำเนินการให้กับหน่วยงานของรัฐให้ทราบ รายงานสถานะและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะให้ผู้ให้บริการทราบ รวมทั้งจะต้องได้รับความเสียหายในกรณีหากดำเนินการอื่นเป็นบริการสาธารณะนั้นแล้วขาดทุนจากการดำเนินการด้วย

ค. ข้อแตกต่างระหว่างการมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ (*delegation de service public*) กับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (*marches publics*)

(ก) คู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในการดำเนินการให้บริการสาธารณะ

(ข) ระยะเวลาตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างค่อนข้างจำกัดในเรื่องระยะเวลาที่สั้นกว่าการการมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ

(ค) การจัดซื้อจัดจ้างเป็นการใช้งบประมาณของรัฐซึ่งแตกต่างจากการมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็นการลงทุนในกิจการโดยตรงโดยเอกชน

3.กรณีศึกษาที่เกี่ยวข้องกับหลักบริการสาธารณะ

3.1 กรณีศึกษาตามหลักว่าด้วยความเสมอภาคของบริการสาธารณะ

กรณีในคดีปกครองที่ตัวแทนผู้พิการได้ยื่นฟ้องกรุงเทพมหานครและบริษัทระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ (จำกัดมหาชน) ต่อศาลปกครอง เพื่อเรียกร้องให้มีการก่อสร้างลิฟต์และสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ สำหรับผู้พิการหรือผู้ใช้รถเข็นวีลแชร์ ให้เป็นไปตามกฎหมายและมาตรฐานสากล เพื่อให้ผู้พิการสามารถใช้บริการรถไฟฟ้าได้เสมอภาคเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป ได้มีการออกออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ.2534 กำหนดลักษณะอาคาร สถานที่ ยานพาหนะ หรือบริการสาธารณะอื่นที่ต้องมีอุปกรณ์ที่อำนวยความสะดวกโดยตรงแก่คนพิการ และระเบียบคณะกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ ว่าด้วยมาตรฐานอุปกรณ์หรือสิ่งอำนวยความสะดวกโดยตรงแก่คนพิการ พ.ศ.2544 ทำให้มีความชัดเจนในรายละเอียดเกี่ยวกับสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าว แต่ กทม.ก็ยังมีได้มีการดำเนินการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนด ย่อมเป็นหน้าที่ของ กทม.ที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ประกอบกับ กทม.ไม่ได้แสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งถึงข้อจำกัด ปัญหาอุปสรรคที่ทำให้ไม่สามารถจัดให้มีลิฟต์หรือสิ่งอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้พิการได้ แต่ปรากฏตามคำชี้แจงของ กทม.ต่อศาลปกครองกลางว่า การดำเนินการดังกล่าวอยู่ในวิสัยที่จะทำได้ การที่ กทม.ไม่ดำเนินการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกในการใช้บริการรถไฟฟ้าแก่ผู้พิการ คงมีเพียงการก่อสร้างลิฟต์ใน 5 สถานีหลักจาก 23 สถานีเท่านั้น จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้า

เกินสมควรจึงพิพากษาให้ กทม. จัดทำลิฟต์พร้อมสิ่งอำนวยความสะดวกอื่นๆ สำหรับผู้พิการตามที่กฎหมายกำหนด ทั้ง 23 สถานี ให้เสร็จสิ้นภายใน 1 ปี และให้บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ให้ความร่วมมือสนับสนุนกรุงเทพมหานครในการจัดให้มีอุปกรณ์อำนวยความสะดวกดังกล่าว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.650/2557)

3.2 กรณีศึกษาตามหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

กรณีการระงับคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะตามหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องของศาลปกครองสูงสุดของไทยกรณีสัญญาพิพาทเป็นสัญญาทางปกครองต้องบังคับตามหลักกฎหมายปกครอง ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างลงวันที่ 16 สิงหาคม 2550 รับจ้างผู้ถูกฟ้องคดี (เทศบาลตำบลศาลายา) ปรับปรุงเกาะกลางถนนศาลายา - นครชัยศรี เริ่มทำงานวันที่ 17 สิงหาคม 2550 แล้วเสร็จในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2551 ระยะเวลาทำงาน 180 วัน รวมค่าจ้างทั้งสิ้น 940,000 บาท ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการแล้วเสร็จและส่งมอบงานงวดสุดท้ายเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2551 แต่ภายหลังคณะกรรมการตรวจการจ้างได้ตรวจรับงานและได้หักเงินค่าปรับงานล่าช้าจาก ผู้ฟ้องคดี 118 วัน เป็นเงินจำนวน 277,300 บาท ต่อมา ในคราวประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ได้มีมติเห็นชอบในการพิจารณาช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพงานก่อสร้าง และผู้ประกอบการอาชีพอื่น โดยมีสาระสำคัญเรื่องการขยายระยะเวลาและการคืนเงินค่าปรับแก่ผู้รับจ้าง ตามข้อ 2.1 กำหนดว่า สัญญาที่ลงนามก่อนวันที่ 1 ตุลาคม 2550 ซึ่งยังมีผลผูกพันและยังไม่ส่งมอบงาน งวดสุดท้าย หรือส่งมอบงานงวดสุดท้ายแล้ว เมื่อผู้รับจ้างขอให้หน่วยงานขยายระยะเวลาได้เท่ากับ สัญญาเดิม แต่ไม่เกิน 180 วัน ข้อ 2.6 กำหนดว่า หากขยายระยะเวลาออกไปตาม ข้อ 2.1 ผู้รับจ้าง ไม่ถูกปรับ ก็ให้งดลดค่าปรับ หรือคืนค่าปรับตามความเป็นจริง แล้วแต่กรณี

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทหนึ่ง ที่มีอิสระตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นตามมาตรา 281 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติ เทศบาล พ.ศ. 2496 และมาตรา 4 (3) มาตรา 70 (2) แห่งพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ก็ตาม แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องด้วยหาใช่เป็นอิสระ จนคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารหรือหน่วยงานในระบบราชการส่วนกลางและ ส่วนภูมิภาคไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ถูกฟ้องคดีให้เป็นไป โดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 282 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อีกทั้งตามนัยมาตรา 50 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2469 บัญญัติว่า การปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาลต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนโดยใช้วิธีการ บริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี และให้คำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำแผนพัฒนา เทศบาล การจัดทำงบประมาณ การจัดซื้อจัดจ้าง การตรวจสอบ การประเมินผลการปฏิบัติงาน และการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับว่าด้วยการนั้น และหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 และเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม 2551 ซึ่งเห็นชอบในมาตรการช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพ งานก่อสร้างและผู้ประกอบการอาชีพอื่นซึ่งเป็น

คู่สัญญากับทางราชการที่ได้รับผลกระทบจากวิกฤตราคาน้ำมัน เหล็กและวัสดุก่อสร้างที่สูงขึ้นอันเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง ในอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อกระทรวงมหาดไทยผู้มีอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมการปกครอง ส่วนท้องถิ่น ตามนัยมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ลงวันที่ 25 กรกฎาคม 2551 แจ้งเวียนในท้องที่การปกครองส่วนท้องถิ่นยึดถือ ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องมีหน้าที่นำมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมาปฏิบัติด้วย มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงมีผลผูกพันผู้ถูกฟ้องคดี มาตรการช่วยเหลือคู่สัญญากับทางราชการตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นหลักคุณลักษณะทางการเงินในสัญญาทางปกครองซึ่งในสัญญาทางแพ่งไม่นำมาใช้ในการช่วยเหลือคู่สัญญากับ ทางราชการที่ประสบภาวะวิกฤตราคาน้ำมัน เหล็กและวัสดุก่อสร้างที่สูงขึ้น อันเป็นเหตุที่ในขณะ ทำสัญญาต่อกัน ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นและเป็นเหตุไม่ปกติที่เมื่อเกิดขึ้นแล้วก่อความเสียหาย อย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา ถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดทุนเกินขนาดและ นานเกินกว่าบุคคลธรรมดาจะคาดหมายได้ โดยวิธีการขยายระยะเวลาสัญญาหรือลด ลด หรือคืนค่าปรับฐานผิดสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้วแต่กรณี เพื่อให้คุณภาพทางการเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมาและสามารถดำเนินการตามสัญญาอันเป็นบริการสาธารณะได้ต่อไปตามหลักกฎหมายปกครอง ว่าด้วยบริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่อง ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจยกประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ซึ่งไม่อาจนำมาใช้บังคับกับกรณีนี้ได้ขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธไม่ให้ความช่วยเหลือผู้ฟ้องคดี ซึ่งอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ได้รับความช่วยเหลือตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้ ที่ศาลปกครองชั้นต้น พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินค่าปรับ จำนวน 277,300 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันถัดจากวันฟ้องเป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จให้ผู้ฟ้องคดี จึงชอบแล้ว ตามหลักกฎหมายปกครองว่าด้วยความต่อเนื่อง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.465/2556)

3.3 กรณีศึกษาตามหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะ

กรณีคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) โดยผู้อำนวยการสำนักการจราจรและขนส่ง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีได้ทดลองโครงการ การใช้เครื่องแสดงหมายเลขรถประจำทางล่วงหน้า โดยติดตั้งกล้องจับภาพผ่านจอภาพที่ติดตั้งไว้บริเวณรถประจำทาง มีวัตถุประสงค์เพื่อประชาชนผู้โดยสารประจำทางทราบล่วงหน้าว่าจะมีรถโดยสารสายใดจะมาถึงและประชาชนทราบข้อมูลข่าวสารและสาระบันเทิงผ่านจอภาพดังกล่าวโครงการดังกล่าวผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมดตลอดอายุสัญญา และเมื่อสิ้นสุดสัญญาผู้ฟ้องคดีจะมอบทรัพย์สินทั้งหมดให้กรุงเทพมหานคร ทั้งนี้ ให้ทดลองติดตั้ง 3 จุดเพื่อประเมินผลเป็นระยะเวลา 3 เดือน แต่ปรากฏว่าโครงการดังกล่าวไม่มีการอนุมัติและทำสัญญาแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือโต้แย้งและอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวโดยเห็นว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ริเริ่ม คิดค้นและลงทุนแต่ผู้เดียว ผู้โดยสารประจำทางรวมทั้งผู้สัญจรไปมาและกรุงเทพมหานครได้รับผลประโยชน์ดังกล่าวโดยไม่ต้องลงทุนและเป็นประโยชน์ต่อประชาชน โครงการดังกล่าวได้รับอนุมัติจากรองผู้ว่ากรุงเทพมหานคร และโครงการป้ายรถเมล์อัจฉริยะเป็นโครงการที่ลอกเลียนแบบและซ้ำซ้อนกับโครงการของผู้ฟ้องคดี แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหนังสือยืนยันให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอน

โครงการดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งยกเลิกโครงการดังกล่าว

มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดว่าโครงการใช้เครื่องหมายแสดงหมายเลขรถประจำทางล่วงหน้า โดยใช้กล้องจับภาพผ่านจอที่ติดตั้งไว้ที่บริเวณใกล้ป้ายหยุดรถประจำทางของผู้ฟ้องคดีมีเพียง 3 จุด และสามารถแจ้งการมาถึงของรถโดยสารประจำทางได้ในช่วงระยะทางใกล้ๆเท่านั้น จึงเป็นการบริการประชาชนในเขตกรุงเทพมหานครเพียง 3 จุด ไม่ตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมได้ ต่อมา ปี พ.ศ. 2548 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้กำหนดนโยบายและดำเนินโครงการป้ายรถเมล์อัจฉริยะมีเป้าหมายในการติดตั้งจำนวน 200 จุด บริเวณป้ายหยุดรถโดยสารประจำทางและขยายจุดติดตั้งให้ทั่วถึงทุกจุดในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานคร เพื่อให้ข้อมูลเกี่ยวกับรถโดยสารประจำทางที่จะมาถึง จำนวนสายที่ผ่าน ข้อมูลเกี่ยวกับเส้นทาง รวมทั้งจะมีสัญญาณเสียงสำหรับคนพิการด้วย จึงถือได้ว่าโครงการป้ายรถเมล์อัจฉริยะได้มีการปรับปรุงการบริการและเป็นบริการสาธารณะที่ตอบสนองความต้องการของประชาชน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งยกเลิกการดำเนินโครงการใช้เครื่องหมายแสดงเลขรถประจำทางล่วงหน้าของผู้ฟ้องคดี ถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 49 (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ พิกษายกฟ้อง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.253/2553)



บทที่ 4

วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครองของไทย

แนวความคิดในการจัดตั้งศาลปกครองเกิดขึ้นในประเทศไทยมาเป็นเวลานานและเป็นรูปร่างรูปธรรมในปี พ.ศ.2542 เมื่อรัฐสภาได้จัดทำกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาทางปกครองขึ้น การเกิดขึ้นของศาลปกครองในปี พ.ศ.2542 มีที่มาจากผลของการมีรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2540 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติไว้ในหมวด 8 ส่วนที่ 4 มาตรา 276 ถึงมาตรา 280 บัญญัติถึงเรื่องเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง และนอกจากนี้ เพื่อเป็นการที่จะให้เกิดศาลปกครองได้โดยเร็วรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในบทเฉพาะกาล มาตรา 334 (3) ว่า ให้ดำเนินจัดตั้งศาลปกครองให้แล้วเสร็จภายในสองปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐสภาจึงได้ดำเนินการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาทางปกครองขึ้นและประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ.2542 โดยกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ในวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2542

การตรากฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ปรากฏเหตุผลในการตรากฎหมายดังกล่าวท้ายพระราชบัญญัติ คือ โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นเพื่อให้มีอำนาจพิจารณาคดีทางกฎหมายปกครองระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเกี่ยวกับการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งตามอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง การกระทำละเมิดในทางปกครอง หรือการทำสัญญาทางปกครองอันเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชนและโดยที่ระบบการพิจารณาและพิพากษาคดีจำเป็นต้องมีกระบวนการเป็นพิเศษต่างหากจากคดีทั่วไป เพราะผลแห่งคำพิพากษาอาจกระทบถึงการบริหารราชการแผ่นดิน หรือต้องจ่ายเงินภาษีอากรของส่วนรวมเป็นค่าชดเชยหรือค่าเสียหายแก่เอกชน ในขณะที่เอกชนจะอยู่ในฐานะเสียเปรียบที่ไม่อาจทราบข้อมูลจากหน่วยงานของรัฐได้ ในการพิจารณาจึงจำเป็นต้องใช้ระบบไต่สวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและต้องมีตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเป็นการเฉพาะเรื่องซึ่งสามารถตรวจสอบได้จากฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และประชาชนทั่วไปซึ่งจะถูกกระทบในทางใดทางหนึ่งจากคำพิพากษาของศาลปกครอง รวมทั้งต้องมีหน่วยงานธุรการของศาลปกครองที่เป็นอิสระ ฉะนั้น เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงได้ตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้นมา

อำนาจและหน้าที่ของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ครอบคลุมถึงการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองอันเกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ และยังรวมถึงการที่รัฐนั้นได้มอบให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยผ่านทางสัญญาทางปกครองด้วย

ได้มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่อธิบายหลักบริการสาธารณะ⁷² ที่เกี่ยวข้องประกอบของหลักบริการสาธารณะ การใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ และในการบอกเลิก

⁷² นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560. หน้า 268

สัญญาทางปกครอง เพื่อเป็นองค์ประกอบในการศึกษาเพื่อทำความเข้าใจและมีส่วนในการศึกษาถึงหลักพื้นฐานของบริการสาธารณะ จึงขอยกมาอธิบายเพื่อประกอบการศึกษาในการเข้าในองค์ประกอบพื้นฐานของบริการสาธารณะอันได้แก่ (1) หลักความเสมอภาค (2) หลักความต่อเนื่อง และ (3) หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ดังต่อไปนี้

1) องค์ประกอบของหลักบริการสาธารณะ

ฝ่ายปกครองมีอำนาจมหาชนเหนือกว่าเอกชนเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐบรรลุผลอย่างมีประสิทธิภาพ และเมื่อสัญญาทางปกครองถูกจัดว่าเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจึงอยู่ภายใต้หลักการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ (1) หลักว่าอันด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ (2) หลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และ (3) หลักอันว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้การจัดทำบริการสาธารณะมีความเหมาะสมกับเหตุการณ์และสอดคล้องต่อความต้องการของประชาชนโดยรวม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.676/2554)

2) การใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ

(1) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

ด้วยหลักบริการสาธารณะทั้งสามประการ การปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง เพื่อให้การบริการสาธารณะที่จัดทำบรรลุผล คู่สัญญาด้านฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น อำนาจในการควบคุมดูแลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการแก้ไขข้อกำหนดของสัญญาฝ่ายเดียวได้ และอำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยเอกชนผู้เข้ามาทำสัญญากับฝ่ายปกครองนั้นมีหน้าที่ต้องปฏิบัติและทำตามสัญญาทางปกครอง โดยจะต้องยอมรับอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์พิเศษดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.676/2554 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.314/2554)

(2) การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง

การปฏิบัติตามเนื้อหาในสัญญาทางปกครองนั้น จะให้ความสำคัญกับการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อที่จะตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมเป็นหลัก และการคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวมในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้นจะอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเสมอ แต่อย่างไรก็ตาม หากการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองด้วยเหตุผลดังกล่าวไปก่อให้เกิดความเสียหายในด้านใดแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาทางฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพื่อชดเชยเยียวยาความเสียหายนั้นที่เกิดขึ้นได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.676/2554)

3) การบอกเลิกสัญญาทางปกครอง

การบอกเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยทำให้การบริการสาธารณะที่จัดทำอยู่ต้องหยุดชะงักไม่บรรลุตามวัตถุประสงค์ ไม่อาจกระทำได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.676/2554)

สำหรับการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญานั้น เป็นอำนาจสืบเนื่องจากหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ ซึ่งหมายถึงบริการสาธารณะที่ได้ดำเนินการจัดทำขึ้นสามารถปรับเปลี่ยนได้ตามความต้องการของประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ โดยหลักการนี้ถือเป็นหลักของกฎหมายปกครองทั่วไปอันเกี่ยวกับจัดทำบริการสาธารณะ และเพื่อให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว สำหรับการบอกเลิกในสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาทางฝ่ายปกครองนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาในอีกฝ่ายหนึ่ง ที่จะสามารถบอก

เลิกสัญญาอันได้ฝ่ายเดียว เนื่องมาจากฝ่ายปกครองนั้นมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้ออกมาดี เพื่อตอบสนองต่อความต้องการที่มีอยู่ของประชาชนส่วนรวมเป็นหลัก และเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนหรือประโยชน์ของส่วนรวมในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้นจะอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเสมอ อย่างไรก็ตามก็คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่อาจใช้เอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องทำไปเพื่อประโยชน์ของสาธารณะหรือด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม ดังนั้น หากในการบอกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นไปก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่สัญญาฝ่ายของเอกชน คู่สัญญาทางฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองนั้นชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.314/2554 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552)

อย่างไรก็ดีโดยการพิจารณาเบื้องต้นตามที่ได้กล่าวมาแล้วก็จะต้องพิจารณาโดยวางอยู่บนหลักพื้นฐานของบริการสาธารณะที่เป็นหัวใจสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะทั้ง 3 หลัก คือ (1) หลักความเสมอภาค (2) หลักความต่อเนื่อง และ (3) หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง โดยเคร่งครัด

1. ประเด็นขอบเขตภารกิจของหน่วยงานและคู่สัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะ

เนื่องจากบทนิยามของบริการสาธารณะนั้นไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ แต่ก็ได้อธิบายไว้ในหลักการและทางแนวความคิด ว่าเมื่อมีกรณีที่มีการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแล้วได้เกิดปัญหาพิพาทขึ้นจะต้องมีการนำมาวิเคราะห์กันว่าเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ และหากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแล้วจะเป็นข้อพิพาทในรูปแบบใดเพื่อที่จะได้กำหนดในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ ความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนในการเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น

ภารกิจของรัฐกับการบริการสาธารณะโดยส่วนใหญ่รัฐจะเป็นผู้มีหน้าที่จัดทำภารกิจโดยใช้องค์การภายในฝ่ายปกครองในการดำเนินการจัดทำภารกิจในการบริการสาธารณะให้กับประชาชน แต่ต่อมาสภาพสังคมและเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป ภารกิจของรัฐในการบริการสาธารณะของรัฐมีมากขึ้น บางภารกิจต้องใช้กำลังคน ทรัพยากรและเทคโนโลยีระดับสูง และโดยสภาพการจัดทำภารกิจของรัฐในการบริการสาธารณะบางประเภทไม่เป็นที่รัฐต้องจัดทำเองก็ได้ รัฐสามารถมอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำภารกิจของรัฐในการบริการสาธารณะแทนรัฐได้ โดยรัฐเข้าไปควบคุมดูแลการดำเนินงานของเอกชน ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าการดำเนินการจัดทำภารกิจของรัฐการบริการสาธารณะ มี 2 รูปแบบหลัก คือ การดำเนินการโดยรัฐกับการดำเนินการโดยเอกชน

การดำเนินการจัดทำภารกิจของรัฐในรูปแบบราชการ เป็นการจัดทำที่ฝ่ายปกครองเป็นจัดทำเองโดยใช้องค์การหรือหน่วยงานของภาครัฐและเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐให้เป็นผู้ดำเนินการ ในการบริการสาธารณะดังกล่าวจำเป็นต้องใช้อำนาจบังคับบัญชาฝ่ายเดียวต่อประชาชนเพื่อให้ภารกิจของรัฐบรรลุผล ดังนั้นในการดำเนินงานจึงต้องมีระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติงาน มีการจกลำดับชั้นการบังคับบัญชากันตามความเหมาะสม โดยมีวินัยควบคุมความประพฤติเจ้าหน้าที่ของรัฐ สำหรับประเทศไทยนั้นเป็นการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของในด้านของหน่วยงานของภาครัฐนั้นจะมีข้อกำหนดไว้โดยบทบัญญัติของข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภารกิจอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้นๆไว้เรียบร้อยแล้ว ได้มีการกำหนดภารกิจของรัฐในการบริการสาธารณะนั้นแบ่งออกเป็น 4 ประเภทดังนี้ คือ การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะราชการส่วนกลาง การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะราชการส่วนภูมิภาค การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะราชการส่วนท้องถิ่น และการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหน่วยงานของรัฐอื่น เช่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน

1.1 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยราชการส่วนกลาง

การจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนราชการในส่วนกลาง ซึ่งบริการสาธารณะที่ได้จัดทำโดยส่วนราชการในส่วนกลางส่วนใหญ่จะเป็นภารกิจอื่นที่มีความสำคัญและส่งผลต่อการดำรงอยู่ของรัฐซึ่งจะเกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทั้งประเทศ เช่น ในการรักษาความสงบและเรียบร้อยภายในประเทศ การปกป้องป้องกันประเทศ การให้บริการสาธารณะสุข การป้องกันบรรเทาสาธารณภัย เป็นต้น

การบริหารราชการส่วนกลาง ใช้หลักการรวมอำนาจ โดยให้อำนาจการบังคับบัญชาและการวินิจฉัยสั่งการสูงสุดอยู่ในส่วนกลางและเป็นศูนย์กลางการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐ แบ่งส่วนราชการออกเป็น (1) สำนักนายกรัฐมนตรี (2) กระทรวง หรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง (3) ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง (4) กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งสังกัดหรือไม่ สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง สำนักนายกรัฐมนตรี ส่วนราชการดังกล่าวนี้มีฐานะเป็นนิติบุคคล

การให้บริการสาธารณะโดยราชการส่วนกลางนั้นได้มีกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ ยกตัวอย่างเช่นตาม พระราชบัญญัติ ปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 หมวด 8 กระทรวงคมนาคม

การให้บริการสาธารณะโดยราชการส่วนกลาง ตามที่ได้ยกตัวอย่างกรณีกรมทางหลวงที่ได้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะตามที่กฎหมายได้กำหนดบทบาท หน้าที่ ความรับผิดชอบให้ไว้อย่างชัดเจนในการดำเนินการดำเนินภารกิจเกี่ยวกับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านทางหลวง การก่อสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงให้มีโครงข่ายทางหลวงที่สมบูรณ์ครอบคลุมทั่วทั้งประเทศ และเชื่อมโยงกับประเทศเพื่อนบ้านเพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวก รวดเร็ว และปลอดภัยในการเดินทาง ตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ คือ กฎกระทรวง แบ่งส่วนราชการกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2558 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 ฉ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2543 ตามความละเอียดที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3

1.2 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยราชการส่วนภูมิภาค

การจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนราชการในส่วนภูมิภาค ซึ่งการบริการสาธารณะที่ได้จัดทำโดยราชการในส่วนภูมิภาค อันได้แก่ การจัดทำบริการสาธารณะที่ได้อยู่ในอำนาจของส่วนกลางที่ได้แบ่งออกไปให้กับเขตการปกครองต่างๆ ของประเทศเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในส่วนภูมิภาค โดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนกลางไปประจำการตามเขตการปกครองนั้นอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของส่วนกลาง

การบริหารราชการส่วนภูมิภาค ใช้หลักการแบ่งอำนาจ โดยราชการส่วนกลางเป็นเจ้าของอำนาจแล้วแบ่งอำนาจการบังคับบัญชาและการวินิจฉัยสั่งการให้แก่ภูมิภาคนำไปปฏิบัติให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน และการปฏิบัติของภูมิภาคนั้นจะต้องให้เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมและขนบธรรมเนียมประเพณีของแต่ละพื้นที่ ทั้งนี้จะต้องไม่ขัดต่อนโยบายของส่วนกลางหรือของคณะรัฐมนตรี หรือตัวบทกฎหมายของประเทศ การบริหารราชการส่วนภูมิภาค มี 2 ระดับ คือ จังหวัด และอำเภอ

1.2.1 ความสำคัญของการบริหารราชการในส่วนภูมิภาค

1) เพื่อที่จะให้เกิดประสิทธิภาพต่อการปกครอง โดยประเทศอันมีลักษณะที่เป็นรัฐเดี่ยว นั้น การปกครองในส่วนกลางจะเป็นศูนย์กลางของการจัดในการปกครองของรัฐทั้งหมด ซึ่งในการจัดระบบการปกครองโดยวิธีในการแบ่งการดำเนินงานออกเป็นระดับหรือเป็นขั้นตอนต่างๆ ก็เพื่อที่จะให้สามารถที่จะจัดการการปกครองได้แบบทั่วถึงและให้มีประสิทธิภาพ ในประเทศที่มีนโยบายในการปกครองแบบการรวมอำนาจในทางด้านการเมืองก็จะใช้ระบบของการแบ่งอำนาจที่เป็นวิธีการหรือเป็นเครื่องมือในทางบริหาร

2) เพื่อให้ทำหน้าที่เป็นผู้ที่สืบทอดนโยบายของรัฐบาลนำไปสู่ภูมิภาคโดยตรง ซึ่งวิธีในการแบ่งอำนาจนั้นจะเป็นการขยายการงานของรัฐบาล หรือในการแบ่งหน่วยงานของรัฐบาลออกไปให้ในระดับต่างๆ มีผลที่จะทำให้นโยบายของรัฐบาลนั้นได้ถูกนำไปสู่การปฏิบัติด้วยตัวแทนของรัฐบาลเองโดยตรง

3) เพื่อที่จะแสดงฐานะเป็นตัวแทนของอำนาจรัฐส่วนกลาง ที่เป็นผู้ที่จะปฏิบัติหน้าที่ในระดับภูมิภาคนั้นต้องมาจากการทำการอนุมัติ แต่งตั้ง ยินยอม หรือตัดสินใจต่างๆจากส่วนกลางเองเป็นสำคัญ

การบริหารราชการในส่วนภูมิภาคจึงจะเป็นกลไกในทางการเมืองในการที่จะแปลงนโยบายของรัฐไปสู่การปฏิบัติเพื่อให้ประสบผลสำเร็จ เป็นกลไกในการบริหารราชการดำเนินการจัดบริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพ ประสิทธิภาพและสร้างความพอใจให้เกิดขึ้นแก่ประชาชน

1.2.2 ลักษณะสำคัญในการบริหารราชการของส่วนภูมิภาค

การบริหารราชการในส่วนภูมิภาค เป็นกลไกในทางการเมืองและกลไกในทางการบริหาร ซึ่งจะมีลักษณะและหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

1) เป็นการแบ่งอำนาจในการปกครองของส่วนกลาง ซึ่งจะมีผู้ที่เป็นตัวแทนจากการบริหารราชการของส่วนกลางไปประจำการอยู่ในส่วนภูมิภาค ไม่ใช่การกระจายในเรื่องอำนาจการปกครอง

2) เจ้าหน้าที่ในส่วนภูมิภาคนั้นยังอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาจากส่วนกลาง โดยเฉพาะในเรื่องการบริหารงานด้านบุคคล ปัจจุบันมิได้มีการมอบหมายอำนาจในการตัดสินใจของเรื่องนั้นมากขึ้น

3) ราชการในส่วนภูมิภาคจะได้รับมอบอำนาจในการทำการวินิจฉัยในการสั่งการเฉพาะเพียงบางเรื่องในบางประการเท่านั้น การบริหารราชการในส่วนกลางจะมีอำนาจที่สามารถเปลี่ยนแปลงและแก้ไขคำวินิจฉัยสั่งการของส่วนภูมิภาคได้ ดังนั้นผู้ที่มีอำนาจในการสั่งการขั้นสุดท้ายก็ยังคงเป็นราชการในส่วนกลางอยู่นั่นเอง

อย่างไรก็ตามปัจจุบันนี้ การบริหารราชการในส่วนภูมิภาคนั้นได้รับการมอบหมายอำนาจในการตัดสินใจ จากการบริหารราชการของส่วนกลางในด้านของการบริหารองค์การ การบริหารงานด้านบุคคล และในการบริหารองค์การ ทำให้สามารถตัดสินใจได้ด้วยความเร็วและตอบสนองต่อการแก้ไขในปัญหาต่างๆและความต้องการของประชาชนได้มากขึ้นกว่าในอดีต

1.2.3 การจัดระเบียบของการบริหารราชการในส่วนภูมิภาค

การบริหารราชการในส่วนภูมิภาคนั้นประกอบไปด้วย จังหวัดและอำเภอ

1) จังหวัด จังหวัดนั้นเกิดจากการรวมท้องที่ในหลาย ๆ อำเภอและได้ตั้งขึ้นเป็นจังหวัดมีสถานะเป็นนิติบุคคลโดยการจัดตั้ง ยุบ และเปลี่ยนแปลงเขตของจังหวัด ต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ (ตามมาตรา 52) ในปัจจุบันนี้มีจังหวัดอยู่ทั้งสิ้นจำนวน 77 จังหวัด ไม่นับรวมกรุงเทพมหานครที่มีสถานะที่เป็นการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น

2) *อำเภอ* พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินพุทธศักราช 2534 ตามมาตรา 61 ได้บัญญัติให้มีหน่วยราชการในการบริหารรองจากจังหวัดให้ใช้ชื่อเรียกว่าอำเภอ การจัดตั้ง ยุบ และเปลี่ยนเขตของอำเภอ ต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

ในอดีตนั้นยังไม่มี การแบ่งเขตการปกครองออกเป็นกิ่งอำเภอกรณีเขตของอำเภอ กว้างขวางแต่จำนวนของประชาชนยังมีไม่มากพอที่จะจัดตั้งเป็นอำเภอ ตามมาตรา 64 ของพระราชบัญญัติ ลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 จะมีการแบ่งพื้นที่เพื่อตั้งเป็นกิ่งอำเภอ การบริหารราชการของ กิ่งอำเภอนั้น นอกจากจะมีนายอำเภอท้องที่ที่เป็นผู้บังคับบัญชาอยู่แล้ว จะมีให้ปลัดอำเภอผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็น หัวหน้าประจำกิ่งอำเภอนั้น รับผิดชอบในการปฏิบัติงานบริหารราชการที่มีหน้าที่รองจากนายอำเภอ และ ปฏิบัติราชการแทนนายอำเภอ ในกรณีที่นายอำเภอนั้นไม่ได้มาอยู่ที่กิ่งอำเภอ โดยปลัดอำเภอผู้ปฏิบัติหน้าที่ เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ เป็นข้าราชการในสังกัดของกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย แต่ด้วยในปี 2550 ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาตั้งอำเภอพุทธศักราช 2550 ยกฐานะของกิ่งอำเภอขึ้นเป็นอำเภอทั้งหมด ตามที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 46 ก หน้า 14 ในปัจจุบันประเทศไทยจึงไม่ได้มีเขต การปกครองในรูปของระดับกิ่งอำเภอ ตามความละเอียดที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3

1.3 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยราชการส่วนท้องถิ่น

องค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะในส่วนท้องถิ่นนั้นสามารถที่จะแบ่งออกตามหลักของการกระจาย อำนาจทางการเมืองการปกครอง (Decentralization) คือ การจัดระเบียบการปกครองซึ่งรัฐหรือส่วนกลางมอบอำนาจ หน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง ซึ่งเดิมราชการบริหารส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินงานอยู่ในท้องถิ่นให้ ท้องถิ่นรับไปดำเนินการด้วยงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่น โดยราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่กำกับ ดูแลเท่านั้น ไม่ได้เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการ ซึ่งสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยนั้น เป็นที่ ทราบและเข้าใจเป็นอย่างดีว่าสามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รูปแบบทั่วไป อันประกอบด้วย องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) และ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ คือ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

(1) *องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป* องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีการจัดตั้งขึ้น โดยมีลักษณะหรือองค์ประกอบที่มีความคล้ายคลึงกันทั่วประเทศ แต่ทั้งนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปอาจจะมีความหลากหลายประเภทก็ได้ เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รูปแบบทั่วไปของประเทศไทยจะมีอยู่ด้วยกัน 3 ประเภท ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล (นคร/ เมือง/ตำบล) และองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งในแต่ละประเภทจะมีการกำหนดลักษณะหรือองค์ประกอบให้ เป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งประเทศ คือ จะมีกฎหมายกำหนดวิธีการในการจัดตั้ง รูปแบบการบริหารจัดการ อำนาจหน้าที่ วิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะ การบริหารงานบุคคล การคลังและงบประมาณเป็นแบบ แผนเดียวกันทั่วประเทศ

(2) *องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ* องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีลักษณะหรือองค์ประกอบบางประการแตกต่างไปจากองค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่นทั่ว ๆ ไป ความแตกต่างนี้สืบเนื่องมาจากลักษณะเฉพาะของท้องถิ่นนั้น ๆ เอง เช่น เป็นท้องถิ่นที่มี ความเจริญทางเศรษฐกิจมาก เป็นท้องถิ่นที่มีประชากรอาศัยอยู่อย่างหนาแน่น หรือเป็นท้องถิ่นที่เป็นสถานที่ ท่องเที่ยวที่มีชื่อเสียงมีนักท่องเที่ยวจำนวนมาก เป็นต้น โดยลักษณะเฉพาะของท้องถิ่นนั้นทำให้การใช้รูปแบบ การบริหารจัดการแบบองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วไปไม่เหมาะสม ไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการ

ของประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงต้องมีการคิดค้นหารูปแบบการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษขึ้นเพื่อตอบสนองต่อความต้องการดังกล่าว

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนท้องถิ่นนั้น ได้แก่ บริการสาธารณะบางประเภทที่รัฐเป็นผู้มอบหมายให้ส่วนท้องถิ่นจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในเขตท้องถิ่นนั้น เช่น การดูแลรักษาความสะอาดของท้องถิ่น การจัดให้มีน้ำประปาหรือสถานที่พักผ่อนหย่อนใจ เป็นต้น สำหรับในด้านผู้ดำเนินการจัดทำนั้นก็ได้แก่ เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการ ใช้งบประมาณและทรัพย์สินบางส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำนั้น มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการได้อย่างอิสระ โดยส่วนกลางเพียงเข้าไปควบคุมดูแลเท่านั้น ส่วนอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นโดยทั่วไปแล้วจะถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภท และในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ได้มีการกำหนดอำนาจและหน้าที่ในการจัดบริการสาธารณะให้องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนตำบล และกรุงเทพมหานคร มีอำนาจและหน้าที่ในการจัดบริการสาธารณะให้เป็นไปตามที่ได้รับมอบหมาย และกำหนดให้รัฐบาลเป็นผู้จัดสรรเงินอุดหนุนและเงินจากการจัดสรรภาษีและอากร เพื่อให้การดำเนินการด้านบริการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ⁷³ โดยภารกิจที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับการถ่ายโอนจากรัฐแบ่งออกได้เป็น 4 ด้านหลัก คือ ด้านการจัดบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐาน เช่น การสร้างถนน ทางระบายน้ำ ไฟฟ้าสาธารณะ และการบริหารจัดการแหล่งน้ำเพื่อการเกษตร ด้านการส่งเสริมคุณภาพชีวิต เช่น การบริการศูนย์พัฒนาเด็กเล็ก การบริการสาธารณะสุขมูลฐาน การจัดการศึกษาท้องถิ่น และการบริการสถานที่พักผ่อนหย่อนใจในท้องถิ่น ด้านการจัดระเบียบชุมชน สังคม และรักษาความสงบ เช่น การป้องกันอุบัติเหตุทางถนน การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย และการจัดบริการท้องถิ่นสาธารณะในท้องถิ่น และด้านสุดท้ายคือ ด้านการลงทุน ทรัพยากร สิ่งแวดล้อม และศิลปวัฒนธรรม เช่น การส่งเสริมการท่องเที่ยวและอาชีพ การพัฒนาป่าชุมชน และการส่งเสริมศาสนา ศิลปะ วัฒนธรรม และจารีตประเพณีท้องถิ่น⁷⁴ เป็นต้น

โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยการให้อำนาจอำนาจตามกฎหมายที่ยกตัวอย่าง เช่น พระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 หมวด 5 อำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร และ พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 หมวด 2 การกำหนดอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบการบริการสาธารณะ ตามความละเอียดที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3

โดยในปัจจุบันนั้นการจัดทำบริการสาธารณะในระดับท้องถิ่นได้มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อท้องถิ่นเพราะเนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นหน่วยงานของรัฐที่อยู่ใกล้ชิดชุมชนมากที่สุดจึงเป็นหน่วยงานที่มีความรู้ความเข้าใจในความต้องการอันเป็นสาธารณะประโยชน์ในระดับท้องถิ่นของตนเองเป็นอย่างดีเนื่องจากผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะได้รับเลือกมาจากตัวแทนที่อยู่ในชุมชนนั้นจึงเข้าใจเป็นอย่างดีว่าชุมชนของตนเองนั้นขาดตกบกพร่องในบริการสาธารณะในด้านใดจึงสามารถที่จะเสนอ

⁷³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542. กรุงเทพฯ: สำนักงานกฤษฎีกา. 2542. หน้า 5-9.

⁷⁴ กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น กระทรวงมหาดไทย. สรุปสาระสำคัญของมาตรฐานการบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น. 2550. หน้า 1-68

โครงการต่างๆขึ้นมาเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของชุมชนได้อย่างตรงจุดที่สุดพร้อมทั้งเมื่อเป็นบุคคลที่อยู่ในชุมชนนั้นเองประชาชนก็จะสามารถสื่อสารไปยังผู้บริหารหรือตัวแทนของชุมชนที่ตนเองได้เลือกเข้าไปบริหารราชการในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นว่าตนเองหรือชุมชนยังขาดบริการสาธารณะในด้านใด

พร้อมทั้งในปัจจุบันทางภาครัฐได้มีนโยบายที่จะมีการกระจายอำนาจต่างๆออกมาให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะมากขึ้นไม่ว่าในด้านของงบประมาณและบุคคลากรจนสามารถที่จะดำเนินการจัดทำโครงการที่มีขนาดใหญ่ได้เองเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของชุมชนหรือท้องถิ่นของตนเองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นกว่าในอดีตเป็นอันมาก จึงนับได้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นองค์กรที่มีส่วนสำคัญมากในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วในสภาวะที่เทคโนโลยีเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินชีวิตประจำวันของประชาชนในปัจจุบันเป็นอย่างมาก องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดชุมชนหรือท้องถิ่นที่สุดจึงสามารถที่จะเข้าในสภาพปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นและสามารถตอบสนองความต้องการนั้นๆของประชาชนได้อย่างรวดเร็ว

ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของราชการทั้งในราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่นนั้นมักจะไม่ค่อยมีปัญหาในทางการปฏิบัติเพราะได้มีกฎหมายในการกำหนดขอบเขตอำนาจ หน้าที่ ในการปฏิบัติงานของแต่ละส่วนงานดังที่ได้ยกเป็นตัวอย่างเป็นข้างต้นไว้อย่างชัดเจนอยู่แล้ว จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ประจำของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการตามหน้าที่ของแต่ละคนที่ได้รับมอบหมายในงานส่วนของตนเองอย่างชัดเจนจึงไม่ส่งผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ

1.4 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ

ในบางครั้งการให้บริการสาธารณะโดยรัฐนั้นอาจจะต้องมีขั้นตอนเยอะแยะมากมายจึงก่อให้เกิดความล่าช้าและความไม่คล่องตัว รวมทั้งปัจจุบันมีบริการสาธารณะเกิดขึ้นมาอีกมากมายรัฐซึ่งแต่เดิมนั้นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแต่เพียงผู้เดียวไม่ว่าจะดำเนินการให้บริการได้ทันต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมที่มีอยู่อย่างมากมาย จึงมีบริการสาธารณะบางประเภทที่จะสามารถจัดตั้งหน่วยงานอื่นของรัฐขึ้นมารับผิดชอบดูแลเพื่อความเป็นเอกภาพในการให้บริการ และในเรื่องความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่จะสามารถที่จะดำเนินการในการให้บริการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้น จึงจัดตั้งหน่วยงานของรัฐขึ้นมาเพื่อเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในด้านนั้นๆเป็นการเฉพาะเท่าที่กฎหมายจะเปิดช่องทางให้สามารถทำได้โดยได้มอบหมายให้หน่วยงานอื่นของรัฐเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทน คือ รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชน

1.4.1 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐวิสาหกิจ

ภารกิจของรัฐในการดำเนินการในการบริการสาธารณะโดยรัฐในรูปแบบรัฐวิสาหกิจ นั้นเป็นภารกิจในทางด้านพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ซึ่งรัฐจำเป็นต้องเข้ามารับผิดชอบต่อในการดำเนินการเพื่อรองรับความเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วในด้านของการผลิตในทางด้านพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม และการขยายตัวของระบบเศรษฐกิจภายหลังจากที่มีการการปฏิวัติอุตสาหกรรม ซึ่งภารกิจทั้งหลายเหล่านี้ อันได้แก่ การดำเนินการจัดหาแหล่งวัตถุดิบและแหล่งพลังงานที่จะเพียงพอในทางด้านพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม รวมไปถึงในการจัดระบบของสาธารณูปโภคและสาธารณูปการเพื่อที่จะรองรับการขยายตัวของด้านพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม โดยที่สภาพของการดำเนินการในกิจการดังกล่าวนี้มีลักษณะของการตกลงกันด้วยความสมัครใจที่จะมีการเข้าซื้อขายหรือในการรับบริการที่ทางภาครัฐจัดทำขึ้นในลักษณะที่คล้ายคลึงหรือเป็นแบบเดียวกันกับที่เอกชนนั้นได้ปฏิบัติต่อกันในทางด้านพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ซึ่งแตกต่างไปจากการ

จัดทำบริการสาธารณะของส่วนราชการที่เป็นผู้รับผิดชอบโดยรัฐจะใช้อำนาจในการบังคับฝ่ายเดียวต่อเอกชน ดังนั้น รัฐจึงได้จัดระบบองค์การภาครัฐขึ้นอีกรูปแบบหนึ่งคือ “รัฐวิสาหกิจ” (Public Enterprise) เพื่อที่จะรับผิดชอบต่อในการดำเนินการจัดทำภารกิจของรัฐอันเกี่ยวกับบริการสาธารณะในทางด้านพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมเหล่านี้เป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากส่วนราชการที่มีอยู่คงเดิม โดยรัฐวิสาหกิจจะมีการบริหารงานที่เป็นอิสระ มีการดำเนินงานที่มีความยืดหยุ่น และมีความคล่องตัวในการทำการตัดสินใจในเชิงพาณิชย์ภายในกำกับตรวจสอบการปฏิบัติงานจากองค์การของภาครัฐ ด้วยเหตุนี้การบริการสาธารณะที่ได้จัดทำในรูปแบบของรัฐวิสาหกิจจึงจะต้องสามารถดำรงอยู่ได้ด้วยจากเก็บค่าตอบแทนจากการทำการขายสินค้าหรือขายซึ่งบริการนั้น

1.4.2 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์การมหาชน

องค์การมหาชนได้จัดตั้งขึ้นเพื่อปฏิบัติภารกิจเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยเฉพาะพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

ภารกิจของภาครัฐกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐในรูปแบบองค์การมหาชน นั้นเป็นภารกิจในทางด้านการศึกษา การอบรม การวิจัยและการค้นคว้าในทางวิชาการระดับสูง การเผยแพร่หรือส่งเสริมศิลปะและวัฒนธรรมเฉพาะด้าน การดำเนินภารกิจที่มีเทคนิควิธีการเฉพาะ ที่เป็นภารกิจในการให้บริการเฉพาะด้านที่มีความต้องการความคล่องตัวในด้านการดำเนินงานสูง ความเป็นอิสระในการตัดสินใจได้อย่างรวดเร็วตามความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลันทันด่วน และเป็นภารกิจอันต้องการความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลในเรื่องของการดำเนินงานสูง แตกต่างไปจากงานของราชการโดยทั่วไป และโดยที่บริการสาธารณะดังกล่าวนี้ไม่ได้มีลักษณะเป็นกิจการทางด้านในทางพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม เช่นเดียวกันกับการจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐวิสาหกิจได้ดำเนินการอยู่ ดังนั้น รัฐจึงได้มีการจัดระบบองค์การของรัฐขึ้นมาใหม่ที่ไม่ได้เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ ที่ใช้ชื่อเรียกว่า “องค์การมหาชน” (Public Organization) เพื่อทำหน้าที่ดำเนินภารกิจที่ได้มีการพัฒนาขึ้นมาใหม่ในสังคม ให้มีความคล่องตัวในการดำเนินการ โดยมีสายของการการบังคับบัญชาที่สั้นและมีองค์การในการบริหารที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จในการทำการตัดสินใจเรื่องต่างๆ ด้วยตนเองและได้อย่างรวดเร็วทันท่วงที อย่างไรก็ตามการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์การมหาชนยังต้องมีการถูกตรวจสอบในด้านผลสำเร็จของภารกิจในการที่รัฐนั้นได้มอบหมายไว้อยู่เสมอ

1.5 การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน

ภารกิจของรัฐกับการบริการสาธารณะโดยเอกชน นั้นถือว่าเป็นข้อยกเว้นหลักการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะต้องใช้เงินลงทุนสูง รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะสนองความต้องการของประชาชนได้ทุกอย่างหรืออย่างทั่วถึง เมื่อเอกชนมีความสามารถจัดทำ รัฐก็สามารถมอบหมายให้เอกชนนำไปจัดทำได้โดยอยู่ภายใต้กำกับกำดูแลของรัฐ การบริการสาธารณะที่รัฐสามารถมอบหมายให้เอกชนดำเนินการนั้นจะต้องเป็นภารกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ ไม่เกี่ยวข้องกับภารกิจหน้าที่หลักของรัฐ

วิธีการมอบหมายให้เอกชนดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น สามารถที่จะทำได้ 2 วิธีการด้วยกันคือ การให้แบบผูกขาดและการให้แบบสัมปทาน ดังนี้

1.5.1 การให้แบบผูกขาด

การให้แบบผูกขาดนั้นอันได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองได้ให้สิทธิพิเศษแก่ภาคเอกชนที่จะมารดดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างในอย่างใดโดยแต่เพียงผู้เดียวในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยมีข้อตกลง

สัญญาว่าเอกชนนั้นจะต้องจ่ายเงินตอบแทนค่าสิทธิจำนวนหนึ่งเพื่อให้แก่ภาครัฐ เป็นการตอบแทนในสิทธิที่ได้รับแบบผูกขาด ผลกำไรอันได้จากดำเนินกิจการนั้นก็จะเป็นของผู้รับแบบผูกขาด

1.5.2 การให้แบบสัมปทาน

การให้แบบสัมปทานนั้นเป็นวิธีดำเนินการที่ฝ่ายปกครองได้มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้มีสิทธิดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยการทุนและด้วยความเสี่ยงภัยของเอกชนนั่นเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้ทำการจ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับแบบสัมปทาน แต่ให้ในผลประโยชน์แก่ผู้รับแบบสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการที่ให้สิทธิที่จะทำการเรียกเก็บค่าใช้บริการหรือค่าตอบแทนเอาจากประชาชนผู้ที่ได้ใช้ประโยชน์ในการดำเนินกิจการนั้น

1) ข้อแตกต่างของการให้แบบผูกขาดกับการให้แบบสัมปทาน

วิธีการในการมอบหมายให้เอกชนนั้นดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในการให้แบบผูกขาดและการให้แบบสัมปทานจะมีข้อแตกต่างกันดังต่อไปนี้

ก. การให้แบบผูกขาดนั้นเป็นการให้สิทธิแก่ผู้รับแบบผูกขาดที่จะดำเนินการจัดทำแต่เพียงผู้เดียว ส่วนในการให้แบบสัมปทานบริการสาธารณะนั้นไม่จำเป็นว่าจะต้องให้สิทธินั้นแก่ผู้รับแบบสัมปทานได้แต่ผู้เดียว อาจจะมีการให้สัมปทานอีกแก่บุคคลหลายคนโดยพร้อมกันด้วยก็ได้

ข. การให้แบบผูกขาดนั้น ผู้ที่ได้รับผูกขาดจะต้องจ่ายเงินค่าสิทธิเป็นเงินจำนวนหนึ่งให้แก่ภาครัฐเป็นการตอบแทนในสิทธิที่ได้รับแบบผูกขาด แต่ผู้ให้รับแบบสัมปทานนั้นไม่ต้องจ่ายเงินค่าสิทธิเพื่อเป็นการตอบแทนให้แก่ภาครัฐ ทั้งนี้เพราะว่าบริการสาธารณะที่ให้แบบสัมปทานนั้นเป็นกิจการที่มีความจำเป็นแก่ประชาชน เช่น กิจการด้านสาธารณสุข เป็นต้น ไม่ได้เป็นกิจการที่ได้จัดทำเพื่อเป็นการหารายได้ให้แก่ภาครัฐเหมือนดังกิจการที่ให้แบบผูกขาด ด้วยเหตุนี้เองในบางกรณี รัฐจึงอาจที่จะให้เงินในการอุดหนุนหรือเงินกู้ เพื่อที่จะให้เอกชนผู้รับสัมปทานไปดำเนินการจัดทำแทน โดยภาครัฐไม่ต้องไปลงทุนดำเนินการจัดทำเอง

ตามกรณีที่ได้กล่าวมาไว้แล้วในข้างต้นนั้น ทั้งราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น หรือกรณีเป็นหน่วยงานของรัฐอื่นๆ นั้นมักจะไม่ค่อยจะได้เป็นปัญหาในทางปฏิบัติแต่ประการใด อันเนื่องมาจากได้มีกฎหมายกำหนดบทบาทหน้าที่ความรับผิดชอบเอาไว้แล้วอย่างชัดเจน แต่กรณีที่จะเกิดปัญหาให้ต้องได้มีการตีความทางกฎหมายมักจะมีปัญหาในกรณีที่รัฐได้มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ อันได้แก่ประเด็นปัญหาทางด้านความหมายของสัญญาทางปกครอง ตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542

มาตรา 3 บัญญัติไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่าสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

แต่อย่างไรก็ดีการให้ความหมายตามมาตรา 3 ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 นั้นเป็นเพียงแต่การตีความหมายไว้ในเพียงเบื้องต้นแต่เพียงเท่านั้น ในส่วนของการมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะต้องนำมาวิเคราะห์เป็นรายกรณีไปเพราะข้อเท็จจริงในแต่ละคดีนั้นอาจจะแตกต่างกันในด้านรายละเอียดในการให้บริการ ซึ่งกรณีพิพาทนั้นอาจจะเป็นส่วนที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายในส่วนที่รัฐได้มอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะแทนรัฐหรืออาจจะเป็นบริการอื่นอันเป็นกิจการตามปกติของเอกชนนั่นเองที่ได้ให้บริการเป็นปกติอยู่ก็แต่อาจจะอยู่

นอกเหนือจากขอบเขตของกฎหมายที่รัฐได้มอบให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นก็อาจจะเป็นไปได้ ดังนี้แล้วในกรณีเกิดข้อพิพาทขึ้นในการจัดทำบริการของตัวแทนของรัฐที่เป็นเอกชนจึงจะต้องมีการตีความวิเคราะห์เป็นรายกรณีไปเพื่อที่จะได้นำกฎหมายที่ถูกต้องมาดำเนินการจัดการกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นจากการให้บริการของในส่วนตัวเอกชนที่เป็นคู่สัญญาหรือตัวแทนของรัฐ

2. บทวิเคราะห์ปัญหาการนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ในคดีปกครอง

ไม่ว่ากฎหมายบริการสาธารณะของประเทศไทย หรือ กฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะของประเทศฝรั่งเศส ต่างให้ความสำคัญไปในทางลักษณะเดียวกันกับการให้ความสำคัญต่อหลักพื้นฐานของการให้บริการสาธารณะ อันเป็นพื้นฐานของที่สำคัญอันจะส่งผลให้การให้บริการสาธารณะนั้นบรรลุผลตามที่ได้มีการจัดตั้งบริการสาธารณะนั้นขึ้นมา โดยหลักพื้นฐานสำคัญสามประการอันได้แก่ (1) หลักอันว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ (2) หลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และ (3) หลักอันว่าด้วยการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงให้การบริการสาธารณะเหมาะสมกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและสอดคล้องต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม จึงขอกล่าวถึงการระงับคดีปกครองตามหลักพื้นฐานที่สำคัญของการให้บริการสาธารณะ ดังต่อไปนี้

2.1 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความเสมอภาค

2.1.1 การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความเสมอภาคตามกฎหมายฝรั่งเศส

หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ส่วนหนึ่งนั้นแล้วมาจากแนวในคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ได้วางหลักเกณฑ์และพยายามสร้างทฤษฎีขึ้นมาให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กระทั่งกลายมาเป็นหลักของกฎหมายทั่วไป และนอกจากนี้ หลักอันว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะยังมีแนวทางในการระงับคดีปกครองมาจากแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ซึ่งได้เกิดขึ้นในภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองอีกด้วย

1) *แนวคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด คำวินิจฉัยในคดี Chomel* เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ.1911 นั้นถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ศาลปกครองสูงสุดได้สร้างเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อขึ้นมารองรับความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะโดยวางหลักไว้ว่า ผู้ที่ใช้บริการสาธารณะนั้นทุกคนที่เข้าใช้บริการสาธารณะประเภทเดียวกันนั้นย่อมจะต้องอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน และเวลาต่อมาก็ได้มีคำวินิจฉัยในคดี *Societe des concerts du conservatoire* เมื่อวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1951 อันได้กล่าวถึงเรื่อง หลักแห่งความเสมอภาคในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เอาไว้โดยว่า คนทุกคนซึ่งเข้าใช้บริการสาธารณะเดียวกันนั้นจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์อันเดียวกัน⁷⁵

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคที่มีต่อหลักของการบริการสาธารณะนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ คำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับในส่วนของผู้ใช้บริการสาธารณะและคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าทำงานในหน่วยงานของภาครัฐ

(1) *ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกับในส่วนของผู้ที่เข้าใช้บริการ* โดยหลักแล้วการเข้ามาใช้ใช้บริการสาธารณะของแต่ละประเภทนั้นจะมีหลักเกณฑ์ที่ไม่เหมือนกัน แต่จะขัดกับหลักอันว่าด้วยความเสมอ

⁷⁵ Alain-Serge MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, Paris, 1991, p.16 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ : วิทยุชน. พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560. หน้า 44

ภาคไม่ได้ หลักของความเสมอภาคที่ได้มีต่อบริการสาธารณะนำมาใช้โดยตรงกับผู้ใช้ในบริการสาธารณะหลายกรณี เช่น

- ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้เข้ามาใช้บริการ (les usagers) ศาลปกครองสูงสุดนั้นได้นำหลักว่าด้วยความเสมอภาคนำมาใช้กับการเรียกเก็บค่าบริการโดยผู้ให้บริการสาธารณะนั้นไม่สามารถที่จะเลือกปฏิบัติต่อผู้เข้ามาใช้บริการด้วยการเก็บค่าบริการที่แตกต่างกันไม่ได้ ในคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดในคดี Denoyez เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1974 และคำวินิจฉัยในคดี Commune de Romainville เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1987 แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยเอาไว้ในเวลาต่อมาในคดี Commune de Gennevilliers เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1997 ไว้ว่า โรงเรียนสอนดนตรีของเทศบาลอาจกำหนดอัตราของค่าเล่าเรียนที่แตกต่างกันนั้นได้โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของรายได้ของผู้เข้ามาใช้บริการ

- ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพของผู้เข้ามาใช้บริการ ผู้เข้ามาใช้บริการสาธารณะทางปกครองจะต้องอยู่ในใต้กฎและระเบียบที่ได้กำหนดขึ้นของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะทำให้ในบางกรณีนั้นผู้เข้ามาใช้บริการจะถูกทำการสั่งหรือถูกบังคับโดยฝ่ายเดียวอันทำให้เกิดความไม่เสมอภาคได้ แต่อย่างไรก็ตามศาลปกครองสูงสุดก็ได้ทำการวินิจฉัยไว้ในคดี Chaveneau เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1949 ไว้ว่า ผู้เข้ามาใช้บริการสามารถที่จะทำการร้องขอให้ศาลปกครองทำการเพิกถอนในคำสั่งดังกล่าวที่ว่านั้นได้ หากจะทำให้ผู้เข้ามาใช้บริการสาธารณะนั้นเกิดความเสียหายขึ้น⁷⁶

ในส่วนผู้เข้ามาใช้บริการสาธารณะที่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นจะต้องอยู่ในฐานะคู่สัญญาอีกฝ่ายตามกฎหมายของเอกชน ซึ่งมีข้อที่สามารถยกเว้นบางกรณีที่ผู้เข้ามาใช้บริการนั้นจะต้องยอมรับได้หากจะมีการขึ้นราคาของค่าบริการสาธารณะนั้น อันเป็นการตัดสินใจโดยฝ่ายเดียวของผู้ที่ให้บริการที่จะมีผลกระทบต่อผู้เข้ามาใช้บริการโดยตรง⁷⁷

(2) การเข้าทำงานภายในหน่วยงานของภาครัฐ หลักการอันว่าด้วยความเสมอภาคในการที่จะเข้าทำงานภายในหน่วยงานของภาครัฐมีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี Barel กับพวก เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1954 ไว้ว่า ทุกคนมีความเสมอภาคกันในการที่จะเข้าทำงานกับหน่วยงานของทางภาครัฐ การเลือกปฏิบัติโดยไม่รับเข้าทำงานไม่ว่าด้วยเหตุผลอันอื่นใดนอกเสียจากเหตุผลเดียวที่เกี่ยวข้องกับความรู้และความสามารถอันเป็นคุณสมบัติเฉพาะส่วนบุคคลของผู้ทำการสมัครเข้าทำงานจะทำได้ หลักการดังกล่าวนี้มีผลให้บุคคลทุกคนนั้นมีความเสมอภาคกันในการที่จะเข้าทำงานในหน่วยงานของทางภาครัฐส่วนความแตกต่างด้านศาสนา แนวความคิดทางด้านการเมืองเรื่องเพศจะต้องไม่เป็นเหตุให้รัฐอ้างเป็นเหตุให้ไม่รับเข้าทำงานได้ คงจะมีเพียงเรื่องความรู้ความสามารถของบุคคลเท่านั้นที่รัฐกำหนดให้เป็นเงื่อนไขในการจะรับเข้าทำงานหรือไม่รับเข้าทำงานกับหน่วยงานของทางภาครัฐได้⁷⁸

2) แนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสไม่เคยสร้างหลักด้วยความเสมอภาคที่มีต่อการเข้าใช้บริการสาธารณะนั้นไว้โดยตรง แต่ก็ได้สร้างหลักความเสมอภาคที่มีผลต่อกฎหมายไว้ในคำวินิจฉัยที่ 81.130 เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1981 โดยกล่าวไว้ในความตอนหนึ่งนั้นว่า หลักอันว่าด้วยความเสมอภาคที่มีผลต่อกฎหมายนั้นจะได้ใช้ในกรณีมีบุคคลต่างๆหลายคนซึ่งอยู่ในสถานการณ์อันเดียวกัน จะนำมาใช้กับบุคคลและสถานการณ์ที่ที่แตกต่างจากกันไม่ได้ ซึ่งจากหลักการดังกล่าวนี้

⁷⁶ Gilles J. GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, L.G.D.J., Paris, 1994 p.21 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. กรุงเทพฯ : วิทยุชน. พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560. หน้า 45

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45-46

เองที่ตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นได้นำไปใช้ในการทำการตรวจร่างของกฎหมายหลายฉบับที่จะเกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะอื่น ๆ ในเวลาต่อเนื่องมาจนกระทั่งจวบจนถึงปัจจุบัน⁷⁹

2.1.2 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความเสมอภาคตามกฎหมาย

ไทย⁸⁰

หลักว่าด้วยความเสมอภาคถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะ ที่เป็นมนุษย์โดยมีต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่นๆ อาทิ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น และขณะเดียวกันก็ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคนี้เป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจโดยการใช้อำนาจของรัฐแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง รัฐต้องสามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดรัฐจึงกระทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็น การให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้นโดยเฉพาะ หากการให้เหตุผลไม่อาจรับฟังได้แสดงว่าการใช้อำนาจของรัฐนั้นเป็นไปตามอำเภอใจ ดังนั้นหลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของประชาชน และสามารถนำมาตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่าย นิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการได้ แนวคิดทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในปัจจุบันนั้นได้รับการรับรองอย่าง ชัดแจ้งโดยถือว่าบุคคลนั้นย่อมมีความเสมอภาคที่จะมีการได้รับการรับรองนั้นและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Fairness) ซึ่งหมายถึง “หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” (Equality before the law) ที่เป็นการยอมรับในสิทธิเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่มีติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจที่จะพรากไปได้ จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักนั้นตามทฤษฎีของกฎหมายธรรมชาติ (Natural law)

หากเราจะมองในอีกแง่มุมหนึ่งก็คือสิทธิที่มีของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากภาครัฐอย่างเท่าเทียมกัน มีการบัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้งไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐ ตามหลักรัฐธรรมนูญนี้หลักองค์กรต่างๆ ของรัฐซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครองด้วย ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ตี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ตี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพเนื่อง จากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอกันทุกผู้ทุกคน แต่หากเสรีภาพสามารถใช้ได้เพียงบุคคลบางคนเท่านั้นในขณะที่คนบางกลุ่มบางคน เข้าถึงไม่ได้ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่ามีเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิด ขึ้นได้จริง ดังนั้นหลักความเสมอภาคได้กฎหมายนั้นจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่ได้เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ โดยเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ทั้งนี้การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระ สำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะ ของเรื่องนั้นๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้

หลักความเสมอภาคเมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายสามารถแยกประเภทของหลักความเสมอภาคได้เป็น 2 ประเภทดังต่อไปนี้

⁷⁹ MESCHERIAKOFF, , *Droit des services publics*, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (75), หน้า 46

⁸⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (72), หน้า 282

1) หลักความเสมอภาคทั่วไป

หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นเป็นสิทธิในชั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่อาจจะกล่าวอ้างกับการกระทำใดๆของรัฐได้ หากเรื่องนั้นมิได้มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หากเรื่องใดมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้วก็ให้พิจารณาไปตาม หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ

2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องคือ หลักความเสมอภาคที่ใช้เฉพาะภายในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับชายและหญิง เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะ เรื่องนั้น ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้กับทุกเรื่องโดยไม่จำกัดขอบ เขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งและบุคคลทุกคนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดโดยใช้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่ม บุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น โดยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อน หลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดได้รับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำเป็นต้องนำ มาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก

นอกจากนี้แล้วหลักความเสมอภาคยังสามารถที่จะแบ่งได้ตามประเภทของการบังคับใช้กฎหมายได้ดังนี้

1) หลักความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย

กฎหมายในที่นี้หมายถึง รัฐธรรมนูญ กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และกฎหมายของฝ่ายบริหารด้วย ฝ่ายปกครองจักต้องเคารพต่อหลักความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย นิติกรรมใด ๆ ของฝ่ายปกครองหากได้ออกมาโดยไม่เคารพต่อหลักการดังกล่าว อาจจะถูกฟ้องเพื่อเพิกถอนเพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

2) หลักความเสมอภาคของบุคคลในการทำงานในหน่วยงานของรัฐ

หลักความเสมอภาคของบุคคลในด้านเกี่ยวกับการทำงานในหน่วยงานของรัฐ ไม่ได้มีการรับรองเอาไว้โดยตรง แต่ต้องถือว่าเป็นอีกหลักหนึ่งของหลักความเสมอภาค

ในคดีปกครองกรณีการที่ผู้ถูกฟ้องคดีนั้นจะใช้อำนาจดุลพินิจตามมาตรา 33 (11) และ (12) ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาประกอบในการวินิจฉัยว่า ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อที่จะบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งพนักงานอัยการผู้ช่วยรายใดมีร่างกายหรือสภาพจิตใจไม่เหมาะสมที่จะให้เป็นผู้เป็นข้าราชการอัยการนั้นจะต้องมีเหตุที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังด้วยว่า ผู้ที่สมัครสอบคัดเลือกรายนั้นมีร่างกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมนั้นเป็นอย่างไรที่จะทำให้ไม่สามารถทำการปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการนั้นได้ เมื่อข้อเท็จจริงและหนังสือของผู้ที่รับรองด้านสุขภาพและความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่มีถึงคณะอนุกรรมการพิจารณาเรื่องคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อที่จะบรรจุเป็นข้าราชการในตำแหน่งพนักงานอัยการผู้ช่วย พ.ศ. 2544 ฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีนั้นแม้จะมีร่างกายที่พิการ แต่ในความพิการดังกล่าวนั้นไม่ถึงขนาดที่จะทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจที่จะช่วยเหลือตัวเองได้หรือไม่อาจที่จะปฏิบัติงานโดยปกติได้ด้วยงานที่ผู้ฟ้องคดีได้เคยทำในขณะที่ทำงานเป็นทนายความมาแล้วนั้น มีลักษณะคล้ายกันกับงานของข้าราชการอัยการ จึงน่าจะเชื่อได้ว่าแม้ว่าสภาพทางร่างกายของผู้ฟ้องคดีนั้นจะพิการ แต่ในความแตกต่างดังกล่าวนั้นไม่ถึงขั้นที่จะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติงานในหน้าที่ในลักษณะงานของพนักงานอัยการ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีนั้นมีมติไม่ยอมรับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยไม่ได้พิจารณาถึงความเรื่องสามารถที่แท้จริงในด้านการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลอันหนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้

ฟ้องคดีมีร่างกายพิการดังกล่าวนั้นจะทำให้ไม่สามารถที่จะปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร
มติของผู้ฟ้องคดีที่ไม่ยอมรับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสมัครสอบคัดเลือกเพื่อจะบรรจุเป็นข้าราชการอัยการใน
ตำแหน่งพนักงานอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตรา 33
(11) ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
ต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.
142/2547)

3) หลักความเสมอภาคของบุคคลในการที่จะได้รับบริการสาธารณะ

หลักความเสมอภาคขยายขอบเขตมาสู่การเข้าใช้บริการในบริการสาธารณะของ
ประชาชน ด้วย โดยหลักความเสมอภาคนี้ บังคับให้ฝ่ายปกครองว่าจะต้องมีการให้บริการกับบุคคลที่มี
สาระสำคัญอย่างเดียวกันในลักษณะอย่างเดียวกันภายใต้ กฎเกณฑ์เดียวกันเท่านั้น แต่หลักนี้ไม่ได้ห้ามที่
ฝ่ายปกครองจะมีการให้บริการต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระ สำคัญในลักษณะที่แตกต่าง

ดังเช่นกรณีในคดีปกครองที่ตัวแทนผู้พิการได้ยื่นฟ้องกรุงเทพมหานครและบริษัทระบบ
ขนส่งมวลชนกรุงเทพ (จำกัดมหาชน) ต่อศาลปกครอง เพื่อที่จะเรียกร้องให้มีการทำลิฟต์และสิ่งอำนวยความสะดวก
สะดวกต่างๆ สำหรับผู้พิการหรือผู้ที่ใช้รถเข็นวีลแชร์ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดและตามมาตรฐานสากล
เพื่อให้ผู้พิการสามารถที่จะใช้บริการรถไฟฟ้าได้เสมอภาคเช่นเดียวกันกับบุคคลโดยทั่วไป ซึ่งในการสร้าง
ระบบรถไฟฟ้า BTS นั้น ได้เริ่มดำเนินการมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2535 ในลักษณะที่เป็นสัญญาสัมปทาน ซึ่งใน
ขณะนั้นมีพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ. 2534 ใช้บังคับแล้ว แต่กฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้
กำหนดรายละเอียดของอาคาร สถานที่หรือยานพาหนะที่ต้องดำเนินการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้
พิการ จึงยังมิได้มีการดำเนินการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าว ในเวลาต่อมาได้มีการออกกฎกระทรวง
ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2542) ซึ่งได้ออกตามความในพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ.2534 กำหนด
ลักษณะอาคาร สถานที่ ยานพาหนะ หรือบริการสาธารณะอื่นใดที่จะต้องมียุทธภัณฑ์ที่อำนวยความสะดวก
โดยตรงแก่คนที่พิการ และตามระเบียบคณะกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ อันว่าด้วยมาตรฐานอุปกรณ์
หรือสิ่งอำนวยความสะดวกโดยตรงแก่คนพิการ พ.ศ.2544 ทำให้มีความชัดเจนในเรื่องรายละเอียดที่เกี่ยวกับ
สิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าว แต่ กทม.ก็ยังมีได้มีการดำเนินการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกตามที่
กฎหมายดังกล่าวกำหนด ตัวแทนผู้พิการในนามของคณะกรรมการอิสระเพื่อความเสมอภาคได้เคยมีหนังสือ
เรียกร้องและได้มีการหารือกันกับ กทม. หลายครั้ง เพื่อให้มีการดำเนินการสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกเพื่อ
ประโยชน์แก่ผู้พิการและผู้สูงอายุ รวมทั้งเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลดังเช่นอารยประเทศ แต่ก็ยังไม่
บรรลุผล สุดท้ายจึงนำเรื่องมาฟ้องร้องต่อศาลปกครอง คดีนี้นั้นแม้จะพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีตามความใน
มาตรา 49 ของ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่จะต้องมีการยื่นฟ้องใน 90 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึง
เหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับตั้งแต่วันที่พ้นกำหนด 90 วัน นับตั้งแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีนั้นได้มีหนังสือร้องขอต่อ
หน่วยงานทางปกครองหรือต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้มีการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับ
หนังสือชี้แจงจากหน่วยงานหรือได้รับหนังสือชี้แจงแต่เห็นว่าเป็นคำชี้แจงที่ไม่มีเหตุผล แต่เนื่องจากในการ
พิจารณาคดีนี้จะเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมคือคนพิการและผู้สูงอายุโดยทั่วไป ศาลปกครองจึงได้รับคำฟ้องไว้
พิจารณาได้แม้ว่าจะพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว (ตามมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติเดียวกัน)

ในส่วนเนื้อหาของคดีศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยไว้ว่า โดยที่มาตรา 55 ของ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งได้ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น กำหนดว่า “บุคคลซึ่งพิการหรือ
ทุพพลภาพมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ” แม้ว่าการทำ
สัญญาก่อสร้างระบบรถไฟฟ้าดังกล่าวจะได้เกิดขึ้นมาก่อนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและสวัสดิการ

สังคมจะได้ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2542) โดยออกตามความของพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ.2534 และระเบียบคณะกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ ว่าด้วยมาตรฐานอุปกรณ์หรือสิ่งอำนวยความสะดวกโดยตรงแก่คนพิการ ที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ แก่ผู้พิการ แต่เมื่อออกกฎกระทรวงและระเบียบดังกล่าวได้ออกมาให้มีผลบังคับใช้แล้ว ย่อมจะเป็นหน้าที่ของ กทม.ที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ประกอบกับ กทม.ก็ไม่ได้แสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งถึงข้อจำกัด ปัญหาและอุปสรรคที่ทำให้ไม่สามารถที่จะจัดให้มีลิฟต์หรือสิ่งอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้พิการได้ แต่ได้ปรากฏตามคำชี้แจงของ กทม.ต่อศาลปกครองกลางว่า การดำเนินการดังกล่าวนี้ขึ้นอยู่กับวิสัยที่สามารถจะทำได้ และเมื่อได้นับระยะเวลาตั้งแต่กฎกระทรวงและระเบียบดังกล่าวนี้ใช้บังคับจนกระทั่งถึงวันที่มีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองกลาง เป็นเวลากว่าหกปีแล้ว การที่ กทม.ไม่ดำเนินการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกในการใช้บริการรถไฟฟ้าแก่ผู้พิการ คงมีเพียงแต่การก่อสร้างลิฟต์ใน 5 สถานีหลักจากทั้งหมด 23 สถานี จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรจึงพิพากษาให้ กทม.จัดทำลิฟต์พร้อมกับสิ่งอำนวยความสะดวกอื่นๆ สำหรับผู้พิการตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งหมด 23 สถานีนั้น ให้เสร็จสิ้นภายในกำหนด 1 ปี และให้บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ให้ความร่วมมือในการสนับสนุนกรุงเทพมหานครในการจัดให้มีอุปกรณ์อำนวยความสะดวกดังกล่าว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.650/2557)

จากการศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาทั้งตามกฎหมายปกครองอันเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะตามหลักว่าด้วยความเสมอภาคของประเทศไทยและของประเทศฝรั่งเศสจะทำให้เราเห็นว่าแม้ว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจหรือสิทธิพิเศษในการตัดสินใจดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแต่ก็ไม่ใช่ว่าจะใช้อำนาจดังกล่าวโดยไม่คำนึงถึงหลักอันว่าด้วยความเสมอภาคอันเป็นสาระสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงถึงความเสมอภาคเป็นสำคัญด้วยโดยจะอ้างเอกสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษของการเป็นฝ่ายปกครองโดยไม่คำนึงถึงความหลักความเสมอภาคในการจัดทำบริการสาธารณะหาได้ไม่

หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อการจัดทำบริการสาธารณะดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นมีความสัมพันธ์กันกับกิจการที่เป็นกิจกรรมการให้บริการสาธารณะ ทั้งนี้เนื่องมาจากให้บริการสาธารณะนั้นไม่ได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่เป็นการดำเนินการจัดทำขึ้นเพื่อความเป็นประโยชน์สุขของส่วนรวมดังนั้นบุคคลทุกคนย่อมจะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้จัดขึ้นนั้นอย่างเท่าเทียมกัน

2.2 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความต่อเนื่อง

2.2.1 การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความต่อเนื่องตามกฎหมายฝรั่งเศส

ความต่อเนื่องนั้นเป็นหัวใจสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะและจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองต่างก็ให้ความสำคัญกับหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะจนกระทั่งหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนั้นได้กลายมาเป็นหลักขั้นพื้นฐานของการให้บริการสาธารณะนั้นมีคุณค่ามากจนเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป”

หลักของความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะนั้นได้รับการยอมรับโดยตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นได้มีการยืนยันถึงหลักดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยในคดี Continuite du service public de la radio-television เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 ไว้ว่า หลักความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะนั้นมีลักษณะเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญ หลักสำคัญของหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะ คือ บุคคลผู้อื่นมีหน้าที่ในการจัดจัดทำบริการสาธารณะนั้นต้องจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมออย่างต่อเนื่องตลอดเวลา ถ้าเกิดการหยุดชะงักลงจะต้องมีการรับผิดชอบ

และในกรณีที่มีการหยุดชะงักเกิดขึ้นในการบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์การมหาชน องค์กรที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการจัดทำแทนที่องค์กรต่าง ๆ นั้นเพื่อให้บริการสาธารณะสามารถดำเนินการได้อย่างต่อเนื่อง⁸¹

ในส่วนเกี่ยวกับการบริหารประเทศ โดยศาลปกครองสูงสุดนั้นได้วางหลักว่าอันด้วยความต่อเนื่องของการบริหารราชการของแผ่นดินโดยคณะรัฐมนตรีไว้ในคำวินิจฉัยในคดี Syndicat regional des quotidiens D'Algerie เมื่อวันที่ 4 เมษายน ค.ศ.1952 ไว้ว่า ในรัฐบาลรักษาการนั้นไม่สามารถที่จะกระทำการใดๆ ที่มีผลผูกพันที่เป็นเรื่องสำคัญในระดับประเทศได้ คงมีหน้าที่ดำเนินการประจำวันเพื่อรักษาไว้ซึ่งความต่อเนื่องในการให้บริการบริการสาธารณะไว้เท่านั้น⁸²

หลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะนั้นเป็นส่วนหนึ่งในทฤษฎีที่ว่าด้วยเหตุที่ไม่สามารถจะมีการคาดหมายไว้ล่วงหน้าได้ (theorie de l'imprevison) คือ เมื่อเหตุบางอย่างได้เกิดขึ้นแล้วมีผลให้คู่สัญญาทางฝ่ายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะจากฝ่ายปกครองไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้อีกตามปกติ นั้น ฝ่ายปกครองจำเป็นจะต้องมีหน้าที่เข้าไปมีส่วนในการรับภาระบางส่วนร่วมกับเอกชนที่เป็นคู่สัญญา เพื่อไม่ให้เกิดการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจะต้องมีการหยุดชะงักลงไปในตัวเอง ทฤษฎีที่ว่าด้วยเหตุที่ไม่สามารถจะคาดหมายได้ล่วงหน้า นั้น มาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี Compagnie generale d'eclairage de Bordeaux เมื่อวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ.1916 โดยคดีดังกล่าวนี้ บริษัทได้ขอให้ศาลมีคำสั่งให้บริษัทนั้นสามารถที่จะขึ้นราคาในการขายก๊าซรวมทั้งได้ขอเงินค่าทดแทนจำนวนหนึ่งเป็นค่าทดแทนเนื่องจากถ่านหินมีมูลค่าสูงขึ้นถึงสามเท่าที่มีผลจากสงคราม ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเหตุการณ์ แล้วได้มีความเห็นว่า สมควรที่จะหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อจะได้แก้ไขปัญหาที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะโดยการที่ให้รัฐนั้นเข้าไปช่วยเหลือทุกวิธีที่สามารถจะให้บริษัทนั้นดำเนินการต่อไปได้ แม้ว่าวิธีการดำเนินการดังกล่าวที่ว่านั้นจะไม่มีอยู่ในสัญญาของบริษัทที่ได้ทำขึ้นไว้กับภาครัฐด้วยก็ตาม

จะเห็นว่าเงื่อนไขและวิธีการดังกล่าวนี้มีความแตกต่างจากหลักของการทำสัญญาในด้านกฎหมายเอกชนอย่างมาก ซึ่งสาเหตุที่มีแตกต่างกันมากเช่นนี้นั้นก็สืบเนื่องจากสภาพของกิจการที่ได้เกิดขึ้นตามสัญญาในทางปกครองนั้นเป็นกิจการที่ได้เกิดขึ้นมาเพื่อการสาธารณะประโยชน์ จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์พิเศษเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของสาธารณะ

ประเด็นเกี่ยวข้องกับการนัดหยุดงาน ซึ่งสิทธิของการนัดหยุดงานนั้นถือเป็นสิทธิที่มีคุณค่าเนื่องจากการกำหนดเรื่องการนัดหยุดงานไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลักการอันว่าด้วยความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะและสิทธิของการนัดหยุดงานนั้น เป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกันจึงต้องอยู่ในสถานะในทางด้านกฎหมายที่มีความเท่าเทียมกัน แต่โดยทางปฏิบัติแล้วนั้นฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ไม่ได้ตรากฎหมายนั้นมาเพื่อกำหนดหลักหรือกฎเกณฑ์ในเรื่องการนัดหยุดการทำงานดังที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 7 ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1946 นั้น คงจะมีแต่ก็เพียงกฎหมายพิเศษในบางฉบับเท่านั้นที่ได้ห้ามเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองในบางประเภทนัดหยุดงาน เช่น ตำรวจ ทหาร ผู้พิพากษา หรือเจ้าหน้าที่อื่นที่จำเป็นในการให้บริการสาธารณะ เรื่องของการนัดหยุดงาน หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการ (fonction publique) ที่ได้ห้ามข้าราชการที่ได้ลาออกจากงานแล้วหยุดงานก่อนที่จะมีการได้รับการอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาของตนให้ลาออกจากงานได้

⁸¹ GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (76), หน้า 47

⁸² Jean-Marie PONTIER, *Les services publics*, HACHETTE, Paris, 1996, p.7-8 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 5. 2560. หน้า 47

ทั้งนี้ก็เพื่อให้โอกาสผู้บังคับบัญชาในการได้สรรหาบุคคลอื่นมาทำงานแทนที่บุคคลดังกล่าวเพื่อให้การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นเป็นไปด้วยความต่อเนื่อง หรือในกฎหมายพิเศษบางฉบับที่ให้มีดำเนินการนัดหยุดงานกันได้ แต่ก็จะต้องมีการจัดทำบริการสาธารณะในขั้นต่ำเอาไว้ เช่น สถานีโทรทัศน์ที่ดำเนินการโดยฝ่ายปกครอง เป็นต้น

เพื่อเป็นการหาจุดที่พอดีและเหมาะสมระหว่างสิทธิของการนัดหยุดงานนั้นกับหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องในการดำเนินการให้บริการสาธารณะ จึงได้มีวิธีการในการเข้ามาแก้ไขซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว 2 วิธี ก็คือ วิธีการให้บริการขั้นต่ำ (le service minimum) และวิธีการเข้าดำเนินการเอง (la requisition)

(1) *วิธีการให้บริการขั้นต่ำ* ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองกำหนดมาตรการรองรับการนัดหยุดงาน ไม่ว่าจะมีการนัดหยุดงานอย่างไรก็ตามจะต้องไม่มีการหยุดงานทั้งหมดโดยอย่างน้อยจะต้องมีการให้บริการในบริการดังกล่าวในส่วนที่สำคัญที่สามารถทำให้สามารถดำเนินการบริการสาธารณะไปต่อได้อย่างต่อเนื่อง การให้บริการขั้นต่ำนี้จะนำไปใช้กับบริการสาธารณะที่หากหยุดงานทั้งหมดแล้วจะส่งผลเสียหายต่อการบริการสาธารณะของประชาชนจึงไม่สามารถที่จะหยุดงานทั้งหมดไม่ได้อย่างเด็ดขาด เช่น บริการสาธารณะเกี่ยวกับโรงพยาบาล ตำรวจ การยุติธรรม การคมนาคมทางบกและทางอากาศ หรือวิทยุโทรทัศน์ เป็นต้น การให้บริการในขั้นต่ำดังที่กล่าวมานี้ได้มีการรองรับโดยคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดในคดี Syndicat national des fonctionnaires du groupement des controles radioelectriques นอกจากนี้แล้วยังได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายบางฉบับที่เกี่ยวข้อง

นอกจากที่ได้กล่าวมานี้แล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยังได้ให้ความเห็นที่เกี่ยวข้องกันอีกไว้ในคำวินิจฉัยในคดี Lierte de communication เมื่อวันที่ 18 กันยายน ค.ศ.1986 ไว้ว่า การสั่งการให้เจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจัดทำบริการในขั้นต่ำ หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ให้ทำเป็นคำสั่งทางปกครอง (acte administratif) ทั้งนี้ก็เพื่อให้ศาลปกครองสามารถดำเนินการในการตรวจสอบได้ การสั่งการของเจ้าพนักงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้มีดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในแบบขั้นต่ำนี้อาจทำเป็นคำสั่งหรือหนังสือเวียนโดยหัวหน้าหน่วยงานนั้นๆได้⁸³

(2) *การเข้าดำเนินการเอง* จะใช้เป็นการเฉพาะเกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น ในกรณีดังกล่าวนี้หัวหน้าของหน่วยงานที่จัดทำบริการสาธารณะนั้นสามารถตัดสินใจในการใช้มาตรการพิเศษ โดยส่งคนเข้าไปทำงานแทนได้หากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเกินเลยสิทธิของการหยุดงานตามกฎหมายในการนัดหยุดงาน ตามที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี Isnardon เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1961 และในคดี le Moulit เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 1962⁸⁴

2.2.2 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักความต่อเนื่องตามกฎหมายไทย⁸⁵

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องเป็นหลักการที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในการจัดทำบริการสาธารณะจึงต้องจัดให้มีความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะนั้น แต่ไม่ใช่ว่าจะต้องจัดทำอย่างต่อเนื่องตลอด 24 ชั่วโมง เพียงแต่เป็นการต่อเนื่องตามปกติของกิจการเช่นนั้นแล้วก็ถือว่าได้ปฏิบัติหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องแล้ว เช่น ธนาคารเปิดให้บริการในเวลา 08.30 น. ถึงเวลาปิดทำการ 15.30 น.และหยุดทุกเสาร์ อาทิตย์และวันหยุดอื่นๆ เว้นแต่บริการบางประเภท เช่น การไฟฟ้า การประปา เป็นต้น ที่ต้องมีการจัดทำ

⁸³ GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (76), หน้า 50

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50

⁸⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (72), หน้า 358

บริการสาธารณสุขตลอด 24 ชั่วโมง นอกจากนี้แล้วหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องนั้นยังมีผลกระทบต่อ “สัญญาทางปกครอง” กล่าวคือ หากมีเหตุหรือสถานการณ์บางอย่างเกิดขึ้นแล้วส่งผลต่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณสุขนั้น ไม่อาจที่จะสามารถจัดบริการสาธารณสุขเพื่อให้บริการต่อประชาชนโดยส่วนรวมตามหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณสุขแล้ว ฝ่ายปกครองที่มอบหมายให้เอกชนนั้นดำเนินการจัดทำบริการสาธารณสุขนั้น อาจเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเงื่อนไขในสัญญาบางประการหรือยกเลิกทั้งฉบับเลยก็ได้ หากการกระทำเช่นนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยฝ่ายปกครองนั้นเองก็จะเข้าไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณสุขนั้นเอง เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการให้บริการต่อประชาชน หรือหากเป็นกรณีที่ผู้จัดทำบริการสาธารณสุขฝ่ายเอกชนต้องรับภาระมากขึ้นจากการจัดทำบริการสาธารณสุขนั้นต่อไป ฝ่ายปกครองก็อาจต้องเข้าไปร่วมรับภาระกับเอกชน เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องด้วยเช่นเดียวกัน

กรณีการระงับคดีปกครองตามหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องของศาลปกครองสูงสุดของไทย กรณีสัญญาพิพาทเป็นสัญญาทางปกครองต้องบังคับตามหลักกฎหมายปกครอง ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างลงวันที่ 16 สิงหาคม 2550 รับจ้างผู้ถูกฟ้องคดี (เทศบาลตำบลศาลายา) ปรับปรุงเกาะกลางถนนศาลายา - นครชัยศรี เริ่มทำงานวันที่ 17 สิงหาคม 2550 แล้วเสร็จในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2551 ระยะเวลาทำงาน 180 วัน รวมค่าจ้างทั้งสิ้น 940,000 บาท ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการแล้วเสร็จและส่งมอบงานงวดสุดท้ายเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2551 แต่ภายหลังคณะกรรมการตรวจการจ้างได้ตรวจรับงานและได้หักเงินค่าปรับงานล่าช้าจาก ผู้ฟ้องคดี 118 วัน เป็นเงินจำนวน 277,300 บาท ต่อมา ในคราวประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ได้มีมติเห็นชอบในการพิจารณาช่วยเหลือผู้ประกอบการก่อสร้าง และผู้ประกอบการอาชีพอื่น โดยมีสาระสำคัญเรื่องการขยายระยะเวลาและการคืนเงินค่าปรับแก่ผู้รับจ้าง ตามข้อ 2.1 กำหนดว่า สัญญาที่ลงนามก่อนวันที่ 1 ตุลาคม 2550 ซึ่งยังมีผลผูกพันและยังไม่ส่งมอบงาน งวดสุดท้าย หรือส่งมอบงานงวดสุดท้ายแล้ว เมื่อผู้รับจ้างขอให้หน่วยงานขยายระยะเวลาได้เท่ากับ สัญญาเดิม แต่ไม่เกิน 180 วัน ข้อ 2.6 กำหนดว่า หากขยายระยะเวลาออกไปตาม ข้อ 2.1 ผู้รับจ้าง ไม่ถูกปรับ ก็ให้คงลดค่าปรับ หรือคืนค่าปรับตามความเป็นจริง แล้วแต่กรณี ต่อมา กระทรวงมหาดไทย ได้มีหนังสือลงวันที่ 25 กรกฎาคม 2551 ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทราบและปฏิบัติตามมติ คณะรัฐมนตรีดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือลงวันที่ 1 สิงหาคม 2551 และหนังสือลงวันที่ 15 กันยายน 2551 ถึงผู้ถูกฟ้องคดี เพื่อขอขยายระยะเวลาและขอคืนเงินค่าปรับตามมติคณะรัฐมนตรี ดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหนังสือลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2552 แจ้งผู้ฟ้องคดีว่าไม่อาจ ดำเนินการตามที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอได้ เนื่องจากสัญญาดังกล่าวได้มีการส่งมอบงานเสร็จสิ้นแล้วก่อนการ ขยายระยะเวลาส่งมอบงานเพื่อขอเงินค่าปรับคืน การปฏิเสธไม่ขยายระยะเวลาและคืนเงินค่าปรับ ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนี้ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงิน ค่าปรับเป็นเงินจำนวน 277,300 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับถัดจากวันฟ้อง เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายเป็นเงินจำนวน 350,000 บาท เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่สามารถนำเงินดังกล่าวไปทำธุรกิจ จึงขาดรายได้ทางธุรกิจ และไม่สามารถ นำเงินดังกล่าวไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้สถาบันการเงิน จึงถูกสถาบันการเงินระงับสินเชื่อ และเสียประวัติ ทางการเงินกับสถาบันการเงิน

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทหนึ่ง ที่มีอิสระตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นตามมาตรา 281 ของ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติ เทศบาล พ.ศ. 2496 และมาตรา 4 (3) มาตรา 70 (2) ของพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ก็ตาม แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องด้วยหาใช่เป็นอิสระ จนกระทั่งคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารหรือหน่วยงานในระบบราชการของส่วนกลางและของส่วนภูมิภาคไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ที่ถูกฟ้องคดีให้เป็นไป โดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 282 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อีกทั้งตามนัยมาตรา 50 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติว่า การปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาลต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนโดยใช้วิธีการ บริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี และให้คำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำแผนพัฒนา เทศบาล การจัดทำงบประมาณ การจัดซื้อจัดจ้าง การตรวจสอบ การประเมินผลการปฏิบัติงาน และการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับว่าด้วยการนั้น และหลักเกณฑ์และวิธีการที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 และเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม 2551 ซึ่งเห็นชอบในมาตรการช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพ ทำงานก่อสร้างและผู้ประกอบการอาชีพอย่างอื่นซึ่งเป็นผู้สัญญาจ้างกับทางราชการที่ได้รับผลกระทบจากวิกฤตของราคาน้ำมัน เหล็กและวัสดุที่ใช้ในการก่อสร้างที่สูงขึ้นอันเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง ในอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อกระทรวงมหาดไทยผู้มีอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมการปกครองในส่วนท้องถิ่น ตามนัยมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ลงวันที่ 25 กรกฎาคม 2551 แจ้างเวียนในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ยึดถือและปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่นำมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวนี้มาปฏิบัติด้วย มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงมีผลผูกพันผู้ถูกฟ้องคดี

เมื่อข้อเท็จจริงคดีนี้ปรากฏว่า สัญญาพิพาท มีการลงนามกันในวันที่ 16 สิงหาคม 2550 กำหนดทำงานแล้วเสร็จในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2551 จึงเป็นสัญญาที่ลงนามกันก่อนวันที่ 1 ตุลาคม 2550 และใน วันที่ 1 ตุลาคม 2550 ก็ยังคงมี นิติสัมพันธ์ต่อกันอยู่ เมื่อครบกำหนดเวลาตามสัญญาแล้วผู้ฟ้องคดีก็ยังทำงานไม่แล้วเสร็จ แต่ผู้ถูกฟ้องคดี ก็หาได้ใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาแต่อย่างใดไม่คงยังปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีทำงานจนแล้วเสร็จและได้ส่งมอบงาน ให้กับผู้ถูกฟ้องคดีในวันที่ 20 มิถุนายน 2551 อันเป็นการส่งมอบงานงวดสุดท้ายภายหลังจากวันที่ 1 ตุลาคม 2550 ซึ่งล่วงเลยกำหนดเวลาแล้วเสร็จตามสัญญาเป็นเวลาถึง 118 วัน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้ หักค่าปรับไว้เป็นเงิน 277,300 บาท สัญญาพิพาทจึงได้เข้าเงื่อนไขที่ได้รับความช่วยเหลือตามมติ คณะรัฐมนตรีดังกล่าว โดยที่ผู้ฟ้องคดีได้มีการยื่นคำขอรับความช่วยเหลือเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 2551 อันอยู่ภายใน กำหนดเวลา 60 วัน นับตั้งแต่วันที่ 17 มิถุนายน 2551 ซึ่งคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบในมาตรการช่วยเหลือดังกล่าวเป็นครั้งแรก ผู้ฟ้องคดีจึงปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่กำหนดไว้ โดยถูกต้องและครบถ้วนแล้ว จึงย่อมได้รับความช่วยเหลือโดยต้องขยายระยะเวลาในสัญญา ให้เป็นเวลา 180 วัน อันมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ต้องเสียเงินค่าปรับที่ทำงานล่วงเลยกำหนดเวลาแล้วเสร็จ ตามสัญญาแต่อย่างใด ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องคืนเงินค่าปรับจำนวน 277,300 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ตามนัยมาตรา 224 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นับแต่วันฟ้องเป็นต้นไป จนกว่าจะชำระเสร็จให้แก่ผู้ฟ้องคดี ที่ผู้ถูกฟ้องคดี

อ้างว่าสัญญาพิพาทเป็นสัญญาจ้างทำของที่ค้ำประกันถึง ความสำเร็จของงานเมื่อผู้รับจ้างทำงานแล้วเสร็จและส่งมอบให้ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างได้จ่ายสินจ้างให้แล้ว สัญญาย่อมระงับไป ตามนัยมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนความรับผิดชอบ ในความชำรุดบกพร่องของงานตามสัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติภายหลังอายุสัญญา สิ้นสุดลงแล้วแต่ไม่ใช่หลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่จะขยายเวลาสัญญาหรือต่ออายุสัญญาได้ นั้น เห็นว่า เมื่อสัญญาที่พิพาทกันเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งนิติสัมพันธ์ต้องบังคับกันตามหลักของกฎหมายปกครอง โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดกับหลักของกฎหมายปกครอง และมาตรการช่วยเหลือคู่สัญญากับทางราชการตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นหลักคุณลักษณะทางการเงินในสัญญาทางปกครองซึ่งในสัญญาทางแพ่งไม่นำมาใช้ในการช่วยเหลือคู่สัญญากับ ทางราชการที่ประสบภาวะวิกฤตราคาน้ำมัน เหล็กและวัสดุในการใช้ก่อสร้างที่สูงขึ้น อันเป็นเหตุที่ในขณะ ทำสัญญาต่อกันไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นและเป็นเหตุไม่ปกติที่เมื่อเกิดขึ้นแล้วก่อความเสียหาย อย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา ถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดทุนเกินขนาดและ นานเกินกว่าบุคคลธรรมดาจะคาดหมายได้ โดยวิธีการขยายระยะเวลาสัญญาหรือลด ลด หรือ คืบหน้าปรับฐานผิดสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้วแต่กรณี เพื่อให้คู่สัญญาทางการเงินที่เอกชนเสียไป กลับคืนมาและสามารถดำเนินการตามสัญญา อันเป็นบริการสาธารณะได้ต่อไปตามหลักกฎหมายปกครอง ว่าด้วยบริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่อง ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจยกประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ซึ่งไม่อาจนำมาใช้บังคับกับกรณีนี้ได้ขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธไม่ให้ความช่วยเหลือผู้ฟ้องคดี ซึ่งอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ได้รับความช่วยเหลือตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้ ที่ศาลปกครองชั้นต้น พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินค่าปรับ จำนวน 277,300 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันถัดจากวันฟ้องเป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จให้ผู้ฟ้องคดี จึงชอบแล้ว ตามหลักกฎหมายปกครองที่ว่าด้วยความต่อเนื่อง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 465/2556) ตามหลักกฎหมายอันว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องเป็นหลักการที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในการจัดทำบริการสาธารณะจึงต้องจัดให้มีความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะนั้น แต่ไม่ใช่ว่าจะต้องจัดทำอย่างต่อเนื่องตลอด 24 ชั่วโมง เพียงแต่จัดให้มีความต่อเนื่องตามปกติของกิจการเช่นว่านั้นแล้วก็ได้ปฏิบัติตามหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นแล้ว นอกจากนี้แล้วหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องนั้นยังมีผลกระทบต่อ “สัญญาทางปกครอง” กล่าวคือ หากมีเหตุหรือสถานการณ์บางอย่างเกิดขึ้นแล้วส่งผลกระทบต่อ การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นไม่อาจที่จะสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้ตามหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะแล้ว ฝ่ายปกครองก็สามารถที่จะกำหนดมาตรการต่างๆออกมาเพื่อที่จะให้การจัดทำบริการสาธารณะนั้นสามารถที่จัดทำได้อย่างต่อเนื่อง จากการศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาดังที่ได้กล่าวมานั้นแล้วทำให้เราเห็นว่าทั้งศาลปกครองของไทยและศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสต่างก็ได้ให้ความสำคัญต่อหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเป็นอย่างมากโดยได้กำหนดวิธีการต่างๆออกมาหากกฎหมายหรือมาตรการนั้นสามารถที่จะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะดำเนินการต่อไปได้อย่างต่อเนื่องเพื่อให้เป็นไปตามหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสาธารณะประโยชน์

2.3 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลง

2.3.1 การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงตามกฎหมายฝรั่งเศส

หลักการอันว่าด้วยการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงนี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากหลักอันว่าด้วยความต่อเนื่องและหลักอันว่าด้วยความเสมอภาคที่จะมีลักษณะที่เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักอันว่าด้วยการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงไม่ได้เกิดขึ้นอย่างชัดเจนจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง แต่ก็ได้มีการกล่าวถึงและให้ข้อความคิดเห็นไว้อยู่ในคำวินิจฉัยของศาลปกครองไว้ว่า โดยสภาพของการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะต่างๆไปนั้นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อในการตอบสนองต่อความต้องการที่มีอยู่ของประชาชนโดยส่วนรวม เมื่อเกิดสถานะของเหตุการณ์ที่ทำให้ความต้องการที่มีอยู่ของประชาชนนั้นต้องเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม การจัดทำบริการสาธารณะนั้นก็จำเป็นต้องได้รับการเปลี่ยนแปลงไปตามความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปของประชาชนด้วย⁸⁶

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดในคดี *Compagnie nouvelle de gaz de Deville-Les-Rouen* เมื่อวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1902 อันเกี่ยวข้องกับเรื่องของการนำระบบไฟฟ้าที่ให้แสงสว่างอยู่บนถนน โดยนำมาใช้ทดแทนการที่จะจุดตะเกียงให้แสงสว่างจากก๊าซ จึงถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยแรกของศาลปกครองที่วางหลักอันว่าด้วยการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะในกรณีที่มีเหตุการณ์หรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยศาลปกครองสูงสุดนั้นได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในการที่จะสามารถดำเนินการแก้ไขปรับปรุงกฎเกณฑ์และเงื่อนไขในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ทำไว้ได้เพื่อให้การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะดำเนินการต่อไปอย่างได้ผลที่ดีที่สุด หลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในอีกหนึ่งกรณีด้วย โดยศาลปกครองสูงสุดนั้นได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Jaffray* เมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1960 ไว้ว่า เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองเองไม่สามารถดำเนินการฟ้องร้องขอให้ฝ่ายปกครองสั่งให้ตนเองนั้นคงอยู่ในหน้าที่ตำแหน่งเดิมนั้นได้

ในส่วนของผู้ที่เข้ามาใช้บริการสาธารณะ ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วางหลักเกณฑ์ไว้อยู่ในคำวินิจฉัยในคดี *Vincent* เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1969 ไว้ว่า ผู้ที่เข้ามาใช้บริการสาธารณะนั้นมีสิทธิที่จะต้องได้รับบริการสาธารณะตามปกติของการจัดทำให้บริการสาธารณะนั้นตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่วางเอาไว้ล่วงหน้าแล้ว แต่อย่างไรก็ดี มีข้อที่ต้องพิจารณาอยู่ 2 ประการอันเกี่ยวกับหลักอันว่าด้วยการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงของการให้บริการสาธารณะ ได้แก่

(1) ผู้เข้ามาใช้บริการสาธารณะทางปกครอง ผู้ที่เข้ามาใช้บริการสาธารณะทางปกครองที่โดยหลักแล้วรัฐจะเป็นผู้ให้บริการเองนั้นไม่มีสิทธิที่ทำการคัดค้านการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงการจัดทำบริการสาธารณะในทางปกครองได้ สืบเนื่องมาจากการจัดทำและให้บริการบริการสาธารณะในทางปกครองนั้นโดยสภาพแล้วนั้นจะเป็นการดำเนินการภายใต้กฎหมายที่ได้มีการกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจน ประเด็นดังกล่าวนี้ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Vannier* ลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1961 และคดี *Jeissou et Sem. Du Pont Saint-Nazaire Saint Brevin* ลงวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 1985 ไว้ว่า ผู้ที่เข้ามาใช้บริการสาธารณะในทางปกครองนั้นไม่มีสิทธิที่จะคัดค้านการเปลี่ยนสภาพของการให้บริการสาธารณะนั้นเอาไว้ได้ ซึ่งก็มีความหมายว่า เป็นความต้องการของฝ่ายปกครองที่จักต้องดำเนินการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ปรับปรุงหรือยุบเลิกในบริการสาธารณะทางปกครองได้โดยแต่เพียงแต่ฝ่ายเดียวตามที่กฎหมายกำหนด

⁸⁶ GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (76), หน้า 51

(2) ผู้ที่เข้ามาใช้บริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ผู้ที่เข้ามาใช้บริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เองนั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์อันว่าด้วยการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงเช่นเดียวกันด้วยดังที่ศาลปกครองสูงสุดนั้นได้วินิจฉัยไว้ในคดี Chambre de commerce de la Rochelle et autres ลงวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1977 อันเกี่ยวกับการคมนาคมทางอากาศไว้ว่า เนื่องจากประเทศได้เกิดภาวะของปัญหาทางด้านเศรษฐกิจรวมทั้งการขาดแคลนซึ่งน้ำมัน สายการบิน Air Inter จึงสามารถที่จะงดทำการบินในบางเที่ยวบินที่มีผู้ใช้บริการน้อยได้

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าโดยหลักแล้วผู้ใช้บริการสาธารณะทั้งสองประเภทดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถที่จะทำการคัดค้านหรือดำเนินการโต้แย้งหลักการอันว่าด้วยการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เข้ามาใช้บริการสาธารณะประเภทนี้มีสิทธิที่จะดำเนินการเรียกร้องให้ผู้ให้บริการบริการสาธารณะประเภทนี้นั้นดำเนินไปได้อย่างเป็นปกติตามเดิมภายหลังที่จากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้⁸⁷

2.3.2 วิเคราะห์การนำหลักบริการสาธารณะมาใช้ตามหลักการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงตามกฎหมายไทย

การยกเลิกบริการสาธารณะที่ไม่ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมเพื่อดำเนินบริการสาธารณะที่ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนมากกว่า เป็นไปตามหลักบริการสาธารณะที่จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับสภาพการณ์และความจำเป็นอยู่เสมอ

โดยที่บริการสาธารณะจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับสภาพการณ์และความจำเป็นอยู่เสมอ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม ดังนั้น การที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครมีคำสั่งยกเลิกการดำเนินโครงการใช้เครื่องหมายแสดงเลขรถประจำทางล่วงหน้าของเอกชนรายหนึ่งที่ไม่ต้องสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมของกรุงเทพมหานคร เพื่อดำเนินการป้ายรถเมล์อัจฉริยะของเอกชนอีกรายหนึ่งเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนมากกว่า และได้เปิดโอกาสให้เข้าร่วมแข่งขันในการประกวดราคาตามโครงการป้ายรถเมล์อัจฉริยะเป็นการทั่วไปตามระเบียบของทางราชการอันเป็นการกระทำที่ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีแล้ว จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อเท็จจริง ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) โดยผู้อำนวยการสำนักงานการจราจรและขนส่ง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีได้ทดลองโครงการ การใช้เครื่องหมายเลขรถประจำทางล่วงหน้า โดยติดตั้งกล้องจับภาพผ่านจอภาพที่ติดตั้งไว้บริเวณรถประจำทาง มีวัตถุประสงค์เพื่อประชาชนผู้โดยสารประจำทางทราบล่วงหน้าว่า จะมีรถโดยสารสายใดจะมาถึงและประชาชนทราบข้อมูลข่าวสารและสารบบเส้นทางผ่านจอภาพดังกล่าวโครงการดังกล่าวผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมดตลอดอายุสัญญา และเมื่อสิ้นสุดสัญญาผู้ฟ้องคดีจะมอบทรัพย์สินทั้งหมดให้กรุงเทพมหานคร ทั้งนี้ ให้ทดลองติดตั้ง 3 จุดเพื่อประเมินผลเป็นระยะเวลา 3 เดือน แต่ปรากฏว่าโครงการดังกล่าวไม่มีการอนุมัติและทำสัญญาแต่อย่างใด ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งยกเลิกโครงการดังกล่าว โดยอ้างว่ากรุงเทพมหานครได้ดำเนินการโครงการป้ายรถเมล์อัจฉริยะโดยให้สิทธิเอกชนติดตั้งดูแลรักษา และจัดหาผลประโยชน์และจุดติดตั้งของผู้ฟ้องคดีอยู่ในพื้นที่ของโครงการป้ายรถเมล์อัจฉริยะ จึงให้ผู้ฟ้องคดียุติการโฆษณาและการชำระค่าเช่าทั้ง 3 จุดรวมทั้งให้รื้อถอนอุปกรณ์เครื่องดังกล่าว และปรับปรุงทางให้เรียบร้อยภายใน 30 วัน ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือโต้แย้งและอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวโดยเห็นว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ริเริ่ม คิดค้นและลงทุนแต่ผู้เดียว ผู้โดยสารประจำทางรวมทั้งผู้สัญจรไปมาและกรุงเทพมหานครได้รับผลประโยชน์ดังกล่าวโดยไม่ต้องลงทุนและเป็นประโยชน์ต่อ

⁸⁷ PONTIER, *Les services publics*, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (82), หน้า 52

ประชาชน โครงการดังกล่าวได้รับอนุมัติจากรองผู้ว่ากรุงเทพมหานคร และโครงการป้ายรถเมล์อัจฉริยะเป็นโครงการที่ลอกเลียนแบบและซ้ำซ้อนกับโครงการของผู้ฟ้องคดี แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหนังสือยืนยันให้ผู้ฟ้องคดี รื้อถอนโครงการดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งยกเลิกโครงการดังกล่าว

คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด โดยที่มาตรา 49 (2) ประกอบมาตรา 89 วรรคหนึ่ง (7) และ (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจหน้าที่ในการสั่ง อนุญาต อนุมัติในการดำเนินการเกี่ยวกับการวิศวกรรมจราจรและการขนส่ง เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า โครงการใช้เครื่องหมายแสดงหมายเลขรถประจำทางล่วงหน้าโดยใช้กล้องจับภาพผ่านจอที่ติดตั้งไว้ที่บริเวณใกล้ป้ายหยุดรถประจำทางของผู้ฟ้องคดีมีเพียง 3 จุด และสามารถแจ้งการมาถึงของรถโดยสารประจำทางได้ในช่วงระยะทางใกล้ๆเท่านั้น จึงเป็นการบริการประชาชนในเขตกรุงเทพมหานครเพียง 3 จุด ไม่ตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมได้ ต่อมา ปี พ.ศ. 2548 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้กำหนดนโยบายและดำเนินโครงการป้ายรถเมล์อัจฉริยะมีเป้าหมายในการติดตั้งจำนวน 200 จุด บริเวณป้ายหยุดรถโดยสารประจำทางและขยายจุดติดตั้งให้ทั่วถึงทุกจุดในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานคร เพื่อให้ข้อมูลเกี่ยวกับรถโดยสารประจำทางที่จะมาถึง จำนวนสายที่ผ่าน ข้อมูลเกี่ยวกับเส้นทาง รวมทั้งจะมีสัญญาณเสียงสำหรับคนพิการด้วย จึงถือได้ว่าโครงการป้ายรถเมล์อัจฉริยะได้มีการปรับปรุงการบริการและเป็นบริการสาธารณะที่ตอบสนองความต้องการของประชาชน เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดำเนินการโดยจัดให้มีการประกวดราคาเป็นการทั่วไป และผู้ฟ้องคดีทราบถึงการประกาศประกวดราคาโครงการป้ายรถเมล์อัจฉริยะโดยการให้สิทธิเอกชนติดตั้งบำรุงรักษา และจัดหาผลประโยชน์เป็นการทั่วไป แต่ผู้ฟ้องคดีไม่สมัครใจเข้าร่วมแข่งขันในการประกวดราคาเป็นการทั่วไปดังกล่าว ถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมแข่งขันในการประกวดราคาอันเป็นการทั่วไป และเป็นการกระทำที่ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีในฐานะเอกชนซึ่งมีข้อผูกพันกับกรุงเทพมหานคร เพราะผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กระทำการอย่างเปิดเผยตามวิธีการของระเบียบบริหารราชการ และเป็น การกระทำที่เป็นธรรมกว่าการให้สิทธิแก่เอกชนรายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะราย โดยไม่ผ่านการประกวดราคาเป็นการทั่วไป ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีอำนาจจะยกเลิกการดำเนินโครงการใช้เครื่องหมายแสดงหมายเลขรถประจำทางล่วงหน้าของผู้ฟ้องคดีได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งยกเลิกการดำเนินโครงการใช้เครื่องหมายแสดงเลขรถประจำทางล่วงหน้าของผู้ฟ้องคดี ถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 49 (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ พิกษายกฟ้อง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.253/2553)⁸⁸

จากศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นว่าทั้งกฎหมายบริการสาธารณะของประเทศไทย และกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะของประเทศฝรั่งเศสล้วนให้ความสำคัญกับการเปลี่ยนแปลงไปของความต้องการในบริการสาธารณะของประชาชนโดยส่วนรวมเป็นสำคัญ โดยสามารถยกเลิกบริการสาธารณะที่ไม่เป็นที่ต้องการแล้วของประชาชนโดยส่วนรวมเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นสิ่งที่ประชาชนต้องการในสภาพการณ์ปัจจุบันเป็นสำคัญเพื่อให้บริการสาธารณะนั้นตรงกับความต้องการของประชาชนในขณะนั้น ตามหลักอันว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงในการให้บริการสาธารณะที่เหมาะสมกับภาวะเหตุการณ์ที่สอดคล้องต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม

⁸⁸ สำนักงานศาลปกครอง, แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่มที่ 3 (พ.ศ.2553-2554), กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2555, หน้า 910-912.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาถึงกฎหมายอันว่าด้วย “บริการสาธารณะ” นั้น การให้บริการสาธารณะนับเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นในอันดับแรกๆที่ฝ่ายปกครองหรือรัฐบาลจะให้ความสำคัญในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่ตรงตามความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมให้มากที่สุดเพื่อให้ประชาชนได้รับการบริการสาธารณะที่ดี สามารถใช้บริการสาธารณะนั้นร่วมกันอย่างไม่มีการแบ่งแยกชนชั้น ศาสนา หรือด้วยประการอื่น และเป็นบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองหรือผู้ที่มีหน้าที่ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจัดให้มีอย่างต่อเนื่อง สม่าเสมอ ไม่ว่าจะเกิดเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นตามสภาพการณ์ของบ้านเมือง แต่บริการสาธารณะนั้นเองก็ยังคงต้องมีอยู่เพื่อตอบสนองในความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ประชาชนใช้ร่วมกัน อันจักไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนขึ้นมาหากการให้บริการนั้นไม่มีความต่อเนื่อง จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองหรือผู้ที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั้นเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน และให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงไปของสภาพสังคมในปัจจุบันหากบริการสาธารณะใดไม่เป็นที่ต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมแล้วก็สมควรที่จะต้องมีการยุบเลิกไปเสีย โดยผู้ที่บอกได้ว่าบริการสาธารณะใดไม่มีความจำเป็นแล้วในสภาวะปัจจุบันก็คือประชาชนนั่นเอง หากดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะต่อไปแล้วขาดซึ่งความต้องการของประชาชนก็จะเป็นเพียงการกระทำที่ไม่มีความจำเป็นทำให้สูญเสียเงินทุน แรงงาน และโอกาสในการพัฒนาบริการสาธารณะในด้านอื่นๆไปอย่างน่าเสียดาย

โดยในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้ว่าจะต้องเกิดปัญหาเกิดขึ้นได้จากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้น แต่โดยส่วนใหญ่แล้วการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐหรือโดยหน่วยงานทางภาครัฐนั้นมักจะไม่ค่อยเกิดปัญหามากนักในทางปฏิบัติสืบเนื่องมาจากการจัดทำบริการสาธารณะของทางภาครัฐนั้นจะวางอยู่บนพื้นฐานของความต้องการของประชาชนอย่างแท้จริงโดยเจ้าหน้าที่ที่เป็นตัวแทนของรัฐในการปฏิบัติงานนั้นจะไม่มีส่วนได้ส่วนเสียจากการให้บริการแต่อย่างใดเป็นพื้นฐานของทุกหน่วยงานที่จะต้องดำเนินการในเรื่องของการจัดการกับผลประโยชน์ที่ขัดแย้งจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย กฎระเบียบ ต่างๆ ได้กำหนดสิทธิ หน้าที่ที่จะต้องดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นไว้ด้วยแล้วอย่างชัดเจนก่อนที่จะได้มีการจัดตั้งหรือจัดทำบริการสาธารณะใดนั้นขึ้นมาเพื่อให้บริการแก่ประชาชนโดยส่วนรวมของประเทศอยู่แล้ว อันเป็นหน้าที่ที่ต้องมีการจัดทำกฎหมาย กฎระเบียบ ต่างๆของส่วนราชการเป็นหน้าที่ประจำอยู่แล้ว แต่ในกรณีที่มีมักจะพบการเกิดปัญหาในการให้บริการนั้นจะเป็นการดำเนินการแทนรัฐของเอกชนในรูปแบบต่างๆ เพราะเอกชนโดยพื้นฐานแล้วก็จะต้องการผลประโยชน์จากการให้บริการเป็นเบื้องต้นอยู่แล้วแม้พื้นฐานของบริการสาธารณะนั้นจะวางอยู่บนความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมโดยไม่ได้หวังในสิ่งที่เป็นในส่วนของรายได้ในลักษณะกำไรจากการดำเนินการเป็นสิ่งตอบแทน แต่เมื่อบริการสาธารณะนั้นเข้าไปอยู่ภายใต้การดำเนินงานของเอกชนเองแล้วก็ไม่สามารถที่จะขจัดในเรื่องของความต้องการในลักษณะที่เป็นกำไรจากการปฏิบัติงานนั้นเป็นสิ่งตอบแทนเพื่อที่จะตอบสนองต่อความต้องการของเอกชนเป็นการส่วนตัวของเอกชนเอง จึงมักจะทำให้เกิดปัญหาที่เป็นคดีทางปกครองตามมาอย่างไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้

อย่างไรก็ดีปัญหาที่เกิดจากการดำเนินการของเอกชนนั้นจะต้องมีการตีความเป็นรายการณินไปว่าปัญหานั้นที่ได้เกิดขึ้นเป็นกรณีที่ได้เกิดจากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นคดีทางปกครองหรือไม่ เพราะเอกชนที่ได้รับมอบให้ดำเนินการบริการสาธารณะนั้นมักที่จะไม่ได้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเฉพาะแต่เพียงอย่างเดียวจึงต้องมีการตีความเป็นรายการณินหากเป็นกรณีที่ปัญหานั้นไม่ได้เกิดขึ้นจากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะก็จะต้องเป็นการดำเนินการในลักษณะที่เป็นคดีความของเอกชนโดยทั่วไป หากพิจารณาหรือมีการตีความแล้วว่าเป็นการเกิดขึ้นโดยตรงจากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะถึงจะต้องนำมาสู่กระบวนการในการดำเนินคดีในทางปกครอง

จากที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้าถึงรายละเอียดของลักษณะในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจะมีบริการสาธารณะอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท คือ

1. *บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง* โดยสภาพแล้วเป็นบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองต้องจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้เองไม่อาจที่จะมอบให้เอกชนหรือบุคคลอื่นใดมาดำเนินการแทนฝ่ายปกครองได้ เพราะบริการสาธารณะประเภทนี้จะเป็นการที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง การป้องกันประเทศ การพัฒนาในด้านต่างๆอันเกี่ยวกับความมั่นคงเป็นปึกแผ่นของประเทศชาติ การให้บริการสาธารณะประเภทนี้จึงเป็นการผูกขาดอยู่กับฝ่ายปกครองโดยผู้ใช้บริการสาธารณะไม่สามารถที่จะโต้แย้งในความสมบูรณ์ของบริการสาธารณะได้โดยง่าย จึงเห็นสมควรที่จะกำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการที่ประชาชนจะสามารถโต้แย้งการให้บริการสาธารณะประเภทนี้ไว้อย่างชัดเจนเพราะฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการจึงเป็นการยากที่ประชาชนจะตรวจสอบว่าการให้บริการสาธารณะนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์พื้นฐานของการให้บริการสาธารณะหรือไม่เพราะหลักเกณฑ์พื้นฐานในการให้บริการสาธารณะนั้นเป็นสิ่งที่กำหนดว่าฝ่ายปกครองได้ให้บริการสาธารณะได้อย่างครบถ้วน ถูกต้อง ตรงตามความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมหรือไม่แม้เป็นอำนาจของรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียวที่สามารถจะดำเนินการแต่ก็ต้องมีวิธีการที่เหมาะสมให้ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นสามารถตรวจสอบได้

2. *บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม* บริการสาธารณะประเภทนี้จะมีลักษณะคล้ายคลึงกับการดำเนินธุรกิจของเอกชนมากกว่าบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง โดยการดำเนินการบริการสาธารณะประเภทนี้โดยวิธีปฏิบัติแล้วจะเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการสาธารณะอันมีลักษณะคล้ายคลึงกับการค้าขายโดยทั่วไปที่จะต้องมีส่วนตอบแทนในการรับบริการสาธารณะนั้น จึงมักจะเกิดกรณีปัญหาในการดำเนินการได้เป็นอย่างมาก ดังนั้นแล้วหากเกิดปัญหาจากการให้บริการสาธารณะหรือคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะเกิดขึ้นจากการให้บริการสาธารณะ ควรที่จะมีวิธีการที่จะสามารถดำเนินการกับคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นเป็นในแบบของบริการในเชิงพาณิชย์กรรม อีกทั้งยังเป็นบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองสามารถจะทำการมอบให้เอกชนไปดำเนินการแทนตนเองได้ เนื่องจากจะไม่ว่าด้วยการลดภาระทางด้าน เงินทุน ด้านบุคลากร หรือด้านเทคโนโลยีในการดำเนินกิจกรรมนั้นจึงเป็นบริการสาธารณะประเภทที่อาจเกิดเป็นคดีปกครองได้สูงมากกว่าบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินบริการสาธารณะหรือการดำเนินคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะอันเกิดจากการดำเนินบริการสาธารณะนั้นก็จะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานสำคัญอันเป็นหลักทั่วไปของบริการสาธารณะนั้นในการจัดทำบริการการสาธารณะทุกประเภท รวมตลอดถึงหากเกิดปัญหาหรือคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะเกิดขึ้นก็ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานของบริการสาธารณะเป็นสำคัญในการดำเนินการต่อการกระทำใดๆที่จะมีต่อบริการการสาธารณะนั้น ซึ่งจากการศึกษาถึงหลักพื้นฐานในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นเห็นว่ามีควมจำเป็น

อย่างมากในการกำหนดว่าการกระทำหรือการจัดทำบริการสาธารณสุขนั้นได้เกิดปัญหาหรือคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณสุขขึ้นแล้วหรือไม่ โดยหลักเกณฑ์พื้นฐานที่ต้องคำนึงถึงของการจัดทำบริการสาธารณสุขอันได้แก่

1. *หลักว่าด้วยความเสมอภาค* อันเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานเบื้องต้นในการจัดทำบริการสาธารณสุข เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณสุขนั้นไม่ได้มุ่งหวังที่จะตอบสนองต่อความต้องการของผู้ใดผู้หนึ่งเป็นการ โดยเฉพาะแต่เป็นการดำเนินกิจกรรมที่กระทำเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมเป็นสำคัญ โดยผู้ที่เข้ามาใช้บริการสาธารณสุขนั้นไม่ว่าจะเป็นประเภทบริการสาธารณสุขทางปกครองหรือบริการสาธารณสุขทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ก็ต้องคำนึงถึงหลักการนี้เป็นหลักการแรกคือ ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดหากเข้ามาใช้บริการสาธารณสุขประเภทหรือกิจกรรมเดียวกันจะต้องได้รับความเท่าเทียมกันในการได้รับบริการสาธารณสุขนั้นเป็นหลักเบื้องต้นเพื่อพิจารณาว่าได้มีปัญหาหรือคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณสุขเกิดขึ้นหรือยังและหากได้มีปัญหาจากการรับบริการสาธารณสุขหรือคดีปกครองเกิดขึ้นแล้วก็ต้องนำหลักว่าด้วยความเสมอภาคเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาแก้ปัญหาคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณสุขนั้นเป็นประการสำคัญประการแรก

2. *หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง* อาจกล่าวได้ว่าหลักว่าด้วยความต่อเนื่องนั้นเป็นหัวใจสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณสุขก็ว่าได้เพราะหากการจัดทำบริการสาธารณสุขใดไม่มีความต่อเนื่องแล้วก็จะทำให้ประชาชนโดยส่วนรวมที่เป็นผู้ใช้บริการสาธารณสุขนั้นได้รับความเดือดร้อนขึ้นมาอย่างแน่แท้เพราะหลักความต่อเนื่องเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะเป็นการรับประกันความต่อเนื่องเป็นมาตรฐานของการให้บริการสาธารณสุขหากการให้บริการสาธารณสุขขาดไปเสียซึ่งความต่อเนื่องก็ไม่อาจตอบสนองต่อความต้องการในการใช้บริการสาธารณสุขของประชาชนได้อย่างแน่นอน และหากเกิดปัญหาจากการให้บริการสาธารณสุขหรือคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณสุขเกิดขึ้นก็ต้องนำหลักว่าด้วยความต่อเนื่องเข้ามาร่วมในการพิจารณาว่าบริการสาธารณสุขนั้นได้เกิดคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณสุขขึ้นแล้วและได้มีการดำเนินการแก้ไขปัญหาหรือคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณสุขนั้นตามหลักการของความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณสุขแล้วหรือไม่

3. *หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง* หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณสุขนั้นเป็นหลักพื้นฐานอีกอย่างที่มีความสำคัญเนื่องจากความต้องการของประชาชนในแต่ละยุคแต่ละสมัยนั้นอาจจะไม่ตรงกันเสมอเนื่องจากการเปลี่ยนไปของสภาพสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และที่สำคัญคือการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี ซึ่งในปัจจุบันเทคโนโลยีมีส่วนเข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้การให้บริการสาธารณสุขจึงต้องมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอเพื่อให้ทันต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และปัจจุบันก็เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญในการพิจารณาว่าบริการสาธารณสุขนั้นยังมีความจำเป็นต่อประชาชนโดยส่วนรวมต่อไปหรือไม่เพราะหากเกิดปัญหาคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณสุขเกิดขึ้นหลักว่าด้วยการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณสุขนี้จะมีผลสำคัญเป็นอันมากในการจะช่วยให้เห็นว่าบริการนั้นได้รับการดำเนินการกับคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณสุขนั้นให้ตรงกับความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมอันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญในการจัดทำกรให้บริการสาธารณสุขนั้นต่อไปเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมเพื่อประโยชน์สาธารณะ

2. ข้อเสนอแนะ

1. ความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” มีที่มาจากแนวคิดทฤษฎีในทางปกครอง หากจะพิจารณาถึงขอบเขตภารกิจของผู้ที่มีหน้าที่ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้น หากเป็นหน่วยงานของรัฐจะไม่ค่อยมีปัญหาเท่าใดนัก เนื่องจากมีกฎหมายในการกำหนดขอบเขตเอาไว้โดยชัดเจนอยู่แล้ว แต่หากปัญหาส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นในกรณีที่ได้มอบหมายให้เอกชนเข้ามาดำเนินการ ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่สัญญา แล้วถึงจะต้องมีการนำมาพิจารณาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นว่าจะต้องมีความรับผิดชอบอะไร ปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะตามความหมายของสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปหากพิจารณาแล้วว่าเกิดจากปัญหาที่เป็นในรูปของสัญญาทางปกครองจึงจะสามารถที่จะนำหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับบริการสาธารณะมาใช้บังคับกับคู่สัญญาที่เป็นเอกชนนั้นได้

2. หลักที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีอยู่ด้วยกัน 3 หลัก คือ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ซึ่งศาลปกครองของประเทศไทยได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้ในคดีปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะอยู่หลายเรื่อง ผู้ศึกษาเห็นว่าควรที่จะต้องนำหลักการดังกล่าวมาใช้เพื่อสร้างคุณภาพในการจัดทำบริการสาธารณะให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะ จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการนำมาศึกษาอย่างเป็นระบบเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีความถูกต้อง สมบูรณ์ ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้บริการแก่ประชาชนโดยส่วนรวม

อนึ่ง นอกจากที่ได้ทำการศึกษาไว้แล้วนั้นผู้ศึกษาเห็นว่ากรดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองและบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่มีการให้บริการที่แตกต่างกันควรที่จะได้รับการจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นหรือที่เป็นคดีทางปกครองขึ้นจากการดำเนินการให้บริการที่ต่างกันนั้นควรที่จะได้รับการดำเนินการขจัดปัญหาที่ได้เกิดขึ้นแล้วนั้นอย่างแตกต่างจากกัน โดยอาจที่จะสามารถนำการระงับข้อพิพาททางเลือกในลักษณะต่างๆมาใช้ได้ แต่อย่างไรก็ดีก็จะต้องได้มีการศึกษาค้นคว้าในเชิงลึกต่อไปอีกในอนาคต



บรรณานุกรม

- กรพจน์ อัครวินวิจิตร. (2559). *หลักนิติธรรมกับการบริการสาธารณะของรัฐ*. หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อ
ประชาชนปีไทย รุ่นที่ 4 วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ.
- กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น. (2550). *กระทรวงมหาดไทย, สรุปสาระสำคัญมาตรฐานการบริการสาธารณะ
ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ; กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น
- ไกรยุทธ อธิธาอินทร์. (2553). *การใช้เอกชนดำเนินกิจการแทนรัฐ*. รวมบทความทางเศรษฐศาสตร์ภาครัฐ
คณะเศรษฐศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. (2529). *วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ)ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และ
เชิงวิเคราะห์ข้อความคิด*. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
ปทุมธานี.
- จิรนิติ หะวานนท์. (2559). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง(ภาคทั่วไป)*, กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษา
แห่งเนติบัณฑิตยสภา
- _____. (2561). *รวมคำบรรยาย(ภาคหนึ่ง) คำบรรยาย วิชา กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ : สำนักอบรม
ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- จิรรัตน์ สังข์แก้ว. (2530). *รายงานวิจัยเรื่องรูปแบบของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ*. คณะพาณิชยศาสตร์และการ
บัญชี. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2559) *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน
- _____. (2543). *สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ*. กรุงเทพฯ:
นิติธรรม
- _____. (2542). *องค์การมหาชน*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม
- ณัฐชัย คงศรียาตรา. (2545). *ปัญหาการวินิจฉัยสัญญาภาครัฐของสำนักงานอัยการสูงสุดในสัญญาทาง
ปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง. กรุงเทพฯ.

- ณัฐวุฒิ จันทร์ศรีบุตร. (2556). *ปัญหาทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ศึกษาเฉพาะกรณีกีฬาฟุตบอลอาชีพ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. กรุงเทพฯ.
- ณัดกิจ นิวาทวงษ์. (2558). *ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยศรีปทุม. กรุงเทพฯ
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2540). *ระบบการพิจารณาคดีความผิดทางอาญาของนักการเมืองระดับสูงในประเทศฝรั่งเศส*. รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ประยูร กาญจนดุล. กรุงเทพฯ : นิติธรรม
- _____. (2560). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- นवलนภา อภิบาลศรี. (2556). *ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยศรีปทุม. กรุงเทพฯ.
- บุญเกียรติ สถาพรวัฒนกิจ. (2555). *การอนุญาโตตุลาการแบบกลุ่ม*. วารสารดุลพาท. สำนักงานศาลยุติธรรม
- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม
- ประยูร กาญจนดุล. (2549). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
- พิพัฒน์ ไทยอารี. (2531). *หลักการแปรรูปรัฐวิสาหกิจกับรัฐวิสาหกิจไทย*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- พรชัย ต่านวิวัฒน์. (2550). *กฎหมายการค้าและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน
- มนตรี ศิลป์มหาบัณฑิต. (2550). *การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ย*. สำนักงานศาลยุติธรรม
- วันเพ็ญ ส่งเสริมทรัพย์. (2539). *การจัดระบบองค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปทุมธานี.

สังคีต พิริยะรังสรรค์. (2526). *ทูนนิยมขุนนางไทย (พ.ศ.2475-2503)*. กรุงเทพฯ : สร้างสรรค์

สุรพงศ์ กลั่นประชา. (2539). *สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์

มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปทุมธานี.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2542). *พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่*

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542, กรุงเทพฯ: สำนักงานกฤษฎีกา

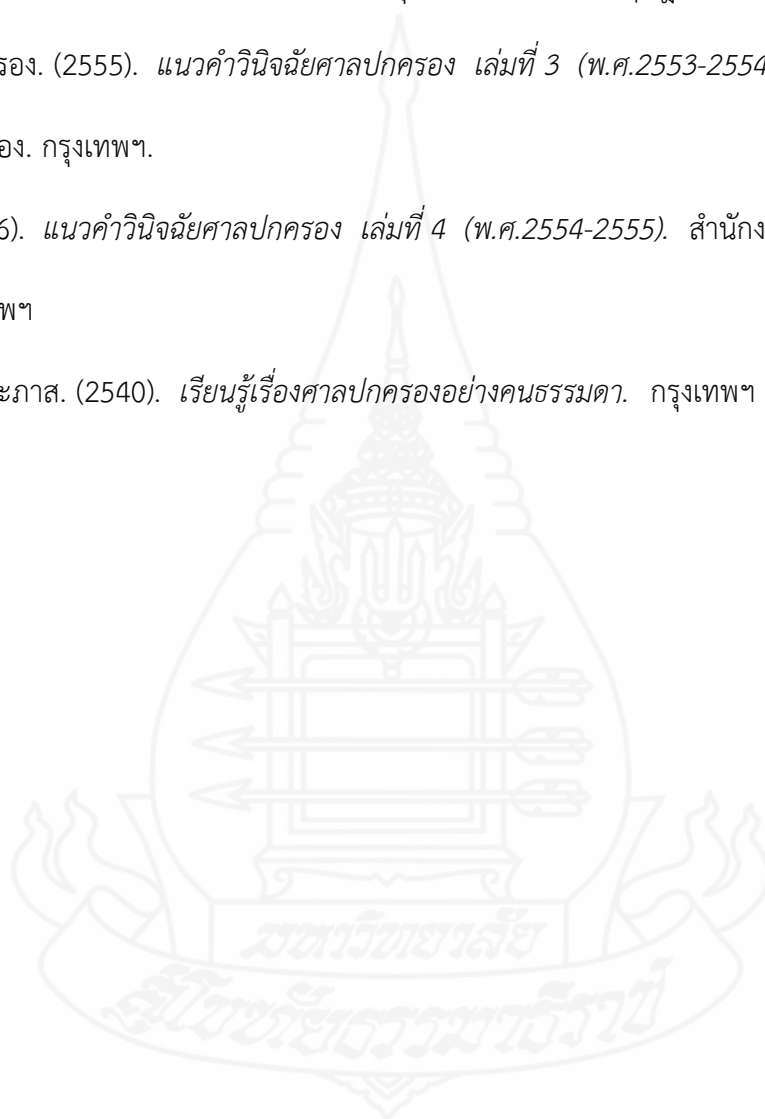
สำนักงานศาลปกครอง. (2555). *แนวคำวินิจฉัยศาลปกครอง เล่มที่ 3 (พ.ศ.2553-2554)*. สำนักงานศาล

ปกครอง. กรุงเทพฯ.

_____. (2556). *แนวคำวินิจฉัยศาลปกครอง เล่มที่ 4 (พ.ศ.2554-2555)*. สำนักงานศาลปกครอง.

กรุงเทพฯ

อิสระ นิติทัศน์ประภาส. (2540). *เรียนรู้เรื่องศาลปกครองอย่างคนธรรมดา*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	สิทธิพร สलगสิงห์
วัน เดือน ปีเกิด	21 เมษายน 2528
สถานที่เกิด	อำเภอคำชะอี จังหวัดมุกดาหาร
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิตมหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2554 บริหารธุรกิจบัณฑิต วิชาเอกการตลาด มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีการศึกษา 2557 ประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความ รุ่นที่ 40
สถานที่ทำงาน	ที่ทำการไปรษณีย์มหาชนะชัย จังหวัดยโสธร
ตำแหน่ง	พนักงานไปรษณีย์ ระดับ 5

