

วารสาร กฎหมายปกครอง

ADMINISTRATIVE LAW JOURNAL



**นิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง :
วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน (ตอนจบ)**
ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี

**มาตรการทางปกครองในการกำกับดูแล Digital Platform :
ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป**
กรณ์ อรรถเนติศาสตร์

**เหลือหลัง แลหน้า ๒ ทศวรรษ "วินัยทางการคลัง" ในประเทศไทย :
พัฒนาการทางความคิดจาก "วินัยทางงบประมาณและการคลัง"
สู่ "วินัยการเงินการคลังของรัฐ" (ตอนที่ ๑)**
อานันท์ กระบวนศรี

ข้อพิจารณาการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
สัทธิพล ภูมิรินทร์

**หมายเหตุท้ายความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ)
และหมายเหตุท้ายความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการ
ทางปกครองที่น่าสนใจ**
เรื่องเสร็จที่ ๑๖๒๕/๒๕๖๔ และเรื่องเสร็จที่ ๑๓๒๓/๒๕๖๔

ความรู้กฎหมายปลายนิ้ว
E-book เรื่อง บรรทัดฐานการปฏิบัติราชการทางปกครองที่ดี
(ฉบับการ์ตูน)

Administrative Law Journal

Office of the Council of State

February 2022

*Better Regulation
for Better Life*

www.krisdika.go.th

บทบรรณาธิการ

วารสารกฎหมายปกครอง ฉบับ Digital Edition ได้ทำหน้าที่เผยแพร่บทความทางวิชาการของผู้ทรงคุณวุฒิและผู้ปฏิบัติงานด้านกฎหมายเพื่อพัฒนาองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายมหาชนและเป็นแหล่งข้อมูลในการศึกษาค้นคว้าใช้อ้างอิงทางด้านการปกครองมาครบหนึ่งปีแล้ว และฉบับล่าสุดแห่งปี พ.ศ. ๒๕๖๕ นี้ได้นำเสนอบทความเรื่อง **นิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง : วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน** โดย ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี ต่อจากบทความตอนที่แล้วซึ่งได้กล่าวถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน และได้นำเสนอเนื้อหาบางส่วนของนิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยไปแล้ว สำหรับบทความในตอนที่ ๒ ซึ่งเป็นตอนจบนี้จะได้นำเสนอถึงนิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยโดยการนำกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองตามขั้นตอนต่าง ๆ ตั้งแต่การตกลงเข้าทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา ตลอดจนการบอกเลิกหรือการสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองซึ่งจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและยังได้วิเคราะห์ว่าจะนำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาปรับใช้กับเรื่องสัญญาทางปกครองในส่วนใดได้บ้าง นอกจากนี้ ยังชี้ให้เห็นว่าการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองนั้นยังสามารถนำทฤษฎีนิติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้ด้วย รวมทั้งได้นำเสนอการใช้ระบบวิธี (Dialectical Method) โดยเป็นการเสนอความเห็นที่ขัดแย้งกับความเห็นที่มีอยู่เดิมแล้วโต้แย้งจนได้คำตอบเพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการจัดทำบริการสาธารณะและสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

สำหรับบทความเรื่อง **มาตรการทางปกครองในการกำกับดูแล Digital Platform : ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป** โดย นายกรณ์ อรรถเนติศาสตร์ ได้นำเสนอถึงนิติสัมพันธ์ทาง online กรณีธุรกรรมข้ามพรมแดนซึ่งยากที่บุคคลทั่วไปจะใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายในกรณีมีข้อขัดแย้งได้ การกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการ Digital Platform เป็นผู้ประสานข้อเรียกร้อง ตรวจสอบและบังคับให้นิติสัมพันธ์บนแพลตฟอร์มสอดคล้องกับกฎหมายโดยใช้มาตรการบังคับทางปกครองบังคับผู้ให้บริการ Digital Platform เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว จึงเป็นความท้าทายต่อกฎหมายปัจจุบันว่าสามารถรองรับการกระทำเหล่านี้ได้หรือไม่ บทความนี้มุ่งไปที่สาระสำคัญและพัฒนาการล่าสุดของการใช้มาตรการทางปกครองในการเข้ามาดูแลธุรกิจการให้บริการ Digital Platform ผ่านการศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปเนื่องจากสหภาพยุโรปให้ความสำคัญกับการนำเทคโนโลยีดิจิทัลมาผลักดันให้เกิดตลาดรวมดิจิทัลสหภาพยุโรป โดยไม่เพียงวิเคราะห์ข้อเด่นกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ใช้มาตรการกำกับดูแล

ภายหลังจากที่เหตุการณ์ได้เกิดขึ้นแล้ว (ex poste regulation) แต่ยังคงแสดงให้เห็นถึงข้อด้อยในกฎหมายของสหภาพยุโรปอีกด้วย

และบทความเรื่อง **เหลียวหลัง แลหน้า ๒ ทศวรรษ “วินัยทางการคลัง”**

ในประเทศไทย : พัฒนาการทางความคิดจาก “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” สู่ “วินัยการเงินการคลังของรัฐ” (ตอนที่ ๑) โดยนายอานันท์ กระบวนศรี ที่นำเสนอพัฒนาการแนวความคิดหลักกฎหมายวินัยทางการคลังในระบบกฎหมายไทยซึ่งมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง ตลอดจนเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมรัฐให้ปฏิบัติภารกิจจัดสรรทรัพยากรสาธารณะอย่างเป็นธรรมและยั่งยืน ลด “ประชานิยม” ที่ให้ประโยชน์เพียงในระยะสั้น แต่สร้างความเสียหายทางการคลังในระยะยาว โดยพิจารณาพัฒนาการในช่วงระยะเวลาประมาณ ๒๐ ปี นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ในปัจจุบัน และเปรียบเทียบกับแนวความคิดหลักกฎหมายวินัยทางการคลังที่ปรากฏในต่างประเทศ ทั้งนี้ ผู้เขียนแบ่งเนื้อหาบทความทั้งหมดออกเป็น ๒ ตอน โดยตอนที่ ๑ ที่เผยแพร่ ณ ที่นี้จะเป็นการอธิบายพัฒนาการของ “วินัยทางการคลัง” ในช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ส่วนตอนที่ ๒ จะเป็นการอธิบาย “วินัยทางการคลัง” ในปัจจุบัน

นอกจากนี้ ยังได้นำเสนอบทความเรื่อง **ข้อพิจารณาการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น** โดยนายสักรพล ภูมิรินทร์ ซึ่งได้นำเสนอให้เห็นถึงวิวัฒนาการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยที่ได้มีการบัญญัติไว้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๑ เป็นครั้งแรกโดยได้อธิบายถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และลักษณะของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งปัจจุบันมีปัญหาในการกำกับดูแลขององค์กรผู้กำกับดูแลในส่วนที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ และในด้านขององค์กรปกครองท้องถิ่นเองก็ยังขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการกระจายอำนาจ รวมทั้งมีข้อเสนอแนะและแนวทางการแก้ไขปัญหาในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้อย่างน่าสนใจ

ในส่วนของหมายเหตุท้ายความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่น่าสนใจในเรื่องเสร็จที่ ๑๓๒๓/๒๕๖๔ ได้วิเคราะห์ถึงการใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ กรณีคณะกรรมการการตรวจเงินแผ่นดินที่ได้วินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ และการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับตามคำสั่งดังกล่าว โดยมีข้อเปรียบเทียบกับประเด็นที่ใกล้เคียงกันและมักเกิดความเข้าใจผิดคือ โทษปรับทางปกครอง ตลอดจนการค้นหามติของกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวด้วยว่าจะนำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลมได้หรือไม่ เพียงใด นับว่าความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฉบับนี้ได้วางแนวทางที่สำคัญในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีข้อพิจารณาที่แตกต่างไปจากกรณีของหน่วยงานทางปกครองอื่น ๆ ทั่วไป สำหรับหมายเหตุท้ายความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ ๑๖๒๕/๒๕๖๔ เป็นกรณีปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งคณะกรรมการ

ป.ป.ช. ได้มีมติชี้มูลความผิดทางอาญาและความผิดทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ โดยพนักงานอัยการได้ยื่นฟ้องเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเป็นคดีอาญาต่อศาลและมีคำขอท้ายคำฟ้องให้ศาลสั่งให้จำเลยทั้งหมดร่วมกันคืนเงินโดยความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้ปรับเปลี่ยนวิธีการและแนวทางการให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นทั้งในส่วนของการให้ความเห็นและการให้เหตุผล ได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ผลผูกพันของมติและสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการป.ป.ช. และการดำเนินคดีอาญาต่อการพิจารณาของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดและการเสนอความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าว รวมทั้งอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ซึ่งกระทำละเมิดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วย

ท้ายนี้ กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณ ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี และผู้เขียนบทความทุกท่านที่ได้กรุณานำบทความที่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองมาลงในวารสารกฎหมายปกครองฉบับนี้ และที่ขาดไม่ได้คือขอบพระคุณทุกท่านที่ได้ให้ความสนใจ ติดตาม และให้กำลังใจมาโดยตลอด

สารบัญ

> บทความทางวิชาการ

นิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง : วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน (ตอนที่ ๒ (จบ))	๑
มาตรการทางปกครองในการกำกับดูแล DIGITAL PLATFORM ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป	๖๙
เหลี่ยมหลัง แลหน้า ๒ ทศวรรษ “วินัยทางการคลัง” ในประเทศไทย : พัฒนาการทางความคิดจาก “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” สู่ “วินัยการเงินการคลังของรัฐ” (ตอนที่ ๑)	๑๐๖
ข้อพิจารณาการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	๑๘๗

> หมายเหตุท้ายความเห็นทางกฎหมาย

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา พร้อมหมายเหตุท้ายความเห็น (เรื่องเสร็จที่ ๑๖๒๕/๒๕๖๔)	๒๓๘
ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พร้อมหมายเหตุท้ายความเห็น (เรื่องเสร็จที่ ๑๓๒๓/๒๕๖๔)	๒๕๐

> ความรู้กฎหมายปลายนิ้ว

บรรทัดฐานการปฏิบัติราชการทางปกครองที่ดี (ฉบับการ์ตูน)	๒๗๓
---	-----

นิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง :
วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน
(ตอนที่ ๒ (จบ))*

ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี**

(ต่อจากตอนที่แล้ว)

บทความในส่วนที่ ๑ ได้นำเสนอถึง “นิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน” และเนื้อหาบางส่วนของ “นิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย” ไปแล้ว สำหรับบทความในส่วนที่ ๒ ซึ่งจะนำเสนอต่อไปนี้จะกล่าวถึง “นิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย” ในส่วนที่เหลือต่อไป โดยจะกล่าวถึงการนำพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง ดังนี้

สำหรับสาระสำคัญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองจะได้มีการอธิบายในเรื่องการเกิดขึ้นของสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการสิ้นสุดสัญญา ตามลำดับ ดังต่อไปนี้

(๑) การเกิดขึ้นของสัญญา

(๑.๑) หลักกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ : “ประสิทธิภาพ โปร่งใสและตรวจสอบได้” ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

เมื่อกระบวนการเข้าทำสัญญาทางปกครองมิได้ริเริ่มได้เองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตาม “หลักความมีอิสระในทางแพ่ง (Privatautonomie)” แล้ว อีกทั้งคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองก็มิได้มีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาได้อย่างอิสระ เนื่องจากต้องอยู่ภายใต้ “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ประกอบกับวัตถุประสงค์ของการได้มาซึ่งคู่สัญญาของหน่วยงาน

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นิติศาสตรบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), ปริญญาโททางกฎหมายเปรียบเทียบ (Magister iuris comparativi), Doktor des Rechts (เกียร์ตินิยมต์), มหาวิทยาลัยบอนน์ (Bonn) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, ประกาศนียบัตรการศึกษาวิจัยกฎหมายมหาชน, Research Institute for Public Administration, German University of Administrative Sciences Speyer, ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

ทางปกครองก็จะเป็นไปเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดบรรลุวัตถุประสงค์อย่างมี “ประสิทธิภาพ” ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาจึงต้องการผ่านกระบวนการพิจารณาทางปกครองของหน่วยงานทางปกครอง เพื่อกลั่นกรองคัดเลือกคู่สัญญาที่เหมาะสม ซึ่งจะได้ตั้งแต่การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามมาตรา ๖๔^๑ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ นอกจากนี้ ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของหน่วยงานทางปกครองนั้น หน่วยงานทางปกครองยังจะต้องอยู่บนหลักการ “โปร่งใสและตรวจสอบได้” ทำให้การดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาจะต้องเปิดโอกาสให้เอกชนเข้าร่วมกระบวนการอย่างเท่าเทียมกัน ไม่กีดกันหรือเลือกปฏิบัติกับเอกชนรายใดรายหนึ่งอย่างเฉพาะเจาะจง เว้นแต่จะมีเหตุผลอันสมควร ดังตัวอย่างกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ปรากฏในมาตรา ๕๕^๒ ประกอบกับมาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งแสดงให้เห็นถึง

^๑ มาตรา ๖๔ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับมาตรา ๕๑ และมาตรา ๕๒ ผู้ที่จะเข้ายื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ อย่างน้อยต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(๑) มีความสามารถตามกฎหมาย

(๒) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย

(๓) ไม่อยู่ระหว่างเลิกกิจการ

(๔) ไม่เป็นบุคคลซึ่งอยู่ระหว่างถูกระงับการยื่นข้อเสนอหรือทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ

ตามมาตรา ๑๐๖ วรรคสาม

(๕) ไม่เป็นบุคคลซึ่งถูกแจ้งเวียนชื่อให้เป็นผู้ทำงานของหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๐๙

(๖) คุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนด

ในราชกิจจานุเบกษา

ให้หน่วยงานของรัฐกำหนดเป็นเงื่อนไขในประกาศและเอกสารเชิญชวนว่าผู้ที่จะเข้ายื่นข้อเสนอต้องแสดงหลักฐานถึงขีดความสามารถและความพร้อมที่ตนมีอยู่ในวันยื่นเสนอด้วย”

^๒ มาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า

“การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุดังกล่าวทำได้โดยวิธี ดังต่อไปนี้

(๑) วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการทั่วไปที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดให้เข้ายื่นข้อเสนอ

(๒) วิธีคัดเลือก ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนเฉพาะผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสามรายให้เข้ายื่นข้อเสนอ เว้นแต่ในงานนั้น มีผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามที่กำหนดน้อยกว่าสามราย

(๓) วิธีเฉพาะเจาะจง ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดรายใดรายหนึ่งให้เข้ายื่นข้อเสนอ หรือให้เข้ามาเจรจาต่อรองราคารวมทั้งการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับผู้ประกอบการโดยตรงในวงเงินเล็กน้อยตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๙๖ วรรคสอง”

การให้ความสำคัญกับวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการทั่วไป ที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดให้เข้ายื่นข้อเสนอ ซึ่งเป็นไปตาม**หลักความเสมอภาค** และสำหรับกรณีที่มีความจำเป็นที่ไม่อาจจะดำเนินการดังกล่าวได้ หน่วยงานทางปกครองต้องแสดงให้เห็นถึง เหตุผลความจำเป็นตามที่กฎหมายกำหนด เช่น มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องใช้พัสดุนั้น จึงไม่อาจจะประกาศ เชิญชวนเป็นการทั่วไปได้ ตามมาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง (๑) (ค)^๓ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ลักษณะเฉพาะของการเข้าทำสัญญากับหน่วยงานทางปกครอง เพื่อเป็นหลักประกันที่จะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ได้ อย่างมีประสิทธิภาพ คือ การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการ**วางหลักประกันการเสนอราคา**เพื่อประกัน ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีที่ผู้ยื่นข้อเสนอ ผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตาม กระบวนการซื้อหรือจ้าง หรือการจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างตามข้อ ๑๖๖ วรรคหนึ่ง^๔ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และในการคัดเลือกคู่สัญญานั้นกฎหมายกำหนดรายละเอียดการพิจารณาเอาไว้อย่างเป็นระบบ เช่น การกำหนดให้เจ้าหน้าที่พิจารณาราคาต่ำสุดของผู้ที่เสนอราคาในกรณีวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ตามข้อ ๓๘ วรรคหนึ่ง^๕ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และในการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเอกชนนั้น แม้หน่วยงานทางปกครองจะดำเนินการ โดยอาศัยสัญญาก็ตาม แต่เพื่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะ และเป็นการอธิบายถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาได้ อย่างชัดเจน กฎหมายจึงกำหนดให้**หน่วยงานทางปกครองจะต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ**ที่มีลักษณะเฉพาะ คือ มีการกำหนด**แบบของสัญญา**เอาไว้เป็นการเฉพาะตามมาตรา ๙๓ วรรคหนึ่ง^๖ แห่งพระราชบัญญัติ

^๓ มาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง (๑) (ค) แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ให้หน่วยงานของรัฐเลือกใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปก่อน เว้นแต่ (๑) กรณีดังต่อไปนี้ ให้ใช้วิธีคัดเลือก (ค) มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องใช้พัสดุนั้นอันเนื่องมา จากเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ ซึ่งหากใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปจะทำให้ไม่ทันต่อความต้องการใช้พัสดุ”

^๔ ข้อ ๑๖๖ วรรคหนึ่ง ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและ การบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดว่า “เพื่อประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีที่ผู้ยื่นข้อเสนอ ผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการซื้อหรือจ้าง หรือการจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง ให้หน่วยงานของรัฐกำหนดหลักประกันการเสนอราคา สำหรับการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีประกวดราคา อิเล็กทรอนิกส์ งานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง ด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ที่มีวงเงินซื้อหรือจ้าง หรือวงเงินงบประมาณค่าก่อสร้าง เกินกว่า ๕,๐๐๐,๐๐๐ บาท ดังนี้ ...”

^๕ ข้อ ๓๘ วรรคหนึ่ง ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พักฐุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดว่า “เมื่อสิ้นสุดการเสนอราคาตามข้อ ๓๗ แล้ว หากปรากฏว่ามีผู้เสนอราคา ต่ำสุดเท่ากันหลายราย ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาราคาต่ำสุดของผู้ที่เสนอราคาเข้าสู่ระบบตลาดอิเล็กทรอนิกส์ ในลำดับแรกเป็นผู้ชนะการเสนอราคาในครั้งนั้น”

^๖ มาตรา ๙๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดโดยความเห็นชอบ ของสำนักงานอัยการสูงสุด ทั้งนี้ แบบสัญญานั้นให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย”

การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยกำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมมาตรฐานของสัญญาตามมาตรา ๙๓ วรรคสอง^๗ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และการที่หน่วยงานทางปกครองไม่ทำสัญญาตามแบบที่กำหนด อาจก่อให้เกิดผลความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหรือความเป็นโมฆะของสัญญาได้ตามมาตรา ๙๓ วรรคห้า^๘ และวรรคหก^๙ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ขึ้นอยู่กับว่าข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นเป็นข้อบกพร่องในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงหรือไม่ สำหรับการจัดทำเนื้อหาของสัญญานั้น แม้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ จะมีได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเอาไว้ก็ตาม แต่เมื่อวัตถุประสงค์ของการดำเนินการตามสัญญาทางปกครองเป็นไปเพื่อให้ภารกิจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว และหน่วยงานทางปกครองยังจะต้องดำเนินการภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย ทำให้การกำหนดเนื้อหาของสัญญาจะต้องได้สัดส่วนกับการบรรลุวัตถุประสงค์ของภารกิจตามกฎหมาย เช่น การกำหนดเนื้อหาของสัญญาเกี่ยวกับการจ่ายเงินค่าพัสดุล่วงหน้าตามข้อ ๘๘^{๑๐} ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง

^๗ มาตรา ๙๓ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “การทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาตามวรรคหนึ่ง โดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบก็ให้กระทำได้ เว้นแต่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน”

^๘ มาตรา ๙๓ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งหรือไม่ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนตามวรรคสองหรือวรรคสาม หรือตามมาตรา ๙๗ วรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี ให้หน่วยงานของรัฐส่งสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้วหรือเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว **ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์**”

^๙ มาตรา ๙๓ วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่ง หน่วยงานของรัฐไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือคู่สัญญาไม่ตกลงหรือยินยอมให้แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หากข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรง **ตามมาตรา ๑๐๔ ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ**”

^{๑๐} ข้อ ๘๘ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดว่า

และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่เป็นไปเพื่อมิให้เกิดความเสี่ยงจากการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ชำระหนี้ในส่วนของตน หรือการกำหนดค่าปรับในสัญญาเพื่อบังคับให้เอกชนดำเนินการตามสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพตามข้อ ๑๖๒^{๑๑} ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร

“การจ่ายเงินค่าพัสดุล่วงหน้าให้แก่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาจะกระทำมิได้ เว้นแต่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่ามีความจำเป็นจะต้องจ่าย และมีการกำหนดเงื่อนไขไว้ก่อนการทำสัญญาหรือข้อตกลง ให้กระทำเฉพาะกรณีและตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(๑) การซื้อหรือการจ้างจากหน่วยงานของรัฐ จ่ายได้ไม่เกินร้อยละห้าสิบของราคาซื้อหรือราคาจ้าง

(๒) การซื้อพัสดุจากสถาบันของรัฐในต่างประเทศ หรือจากหน่วยงานอื่นในต่างประเทศ ซึ่งต้องดำเนินการผ่านองค์การระหว่างประเทศ หรือการซื้อเครื่องมือวิทยาศาสตร์ หรือพัสดุอื่นที่ผู้รักษากรุณตามระเบียบประกาศกำหนด ซึ่งจำเป็นต้องซื้อจากผู้ผลิตหรือผู้แทนจำหน่ายโดยตรงในต่างประเทศ ให้จ่ายได้ตามที่ตกลงกับสถาบันของรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ หรือตามเงื่อนไขที่ผู้ขายกำหนด แล้วแต่กรณี

(๓) การบอกรับวารสารหรือการส่งจองหนังสือ หรือการจัดซื้อฐานข้อมูลสำเร็จรูปที่มีลักษณะจะต้องบอกรับเป็นสมาชิกก่อน และมีกำหนดการออกเป็นวารสารดังเช่นวารสาร หรือการบอกรับเป็นสมาชิกเพื่อการใช้ประโยชน์เรียกค้นหาข้อมูลข่าวสารจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ โดยอาศัยระบบเครือข่ายสารสนเทศให้จ่ายได้เท่าที่จ่ายจริง

(๔) การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป วิธีคัดเลือก และวิธีเฉพาะเจาะจง นอกจากกรณีตามมาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง (๒) (ข) ให้จ่ายได้ไม่เกินร้อยละสิบห้าของราคาซื้อหรือราคาจ้าง แต่ทั้งนี้ จะต้องกำหนดอัตราค่าพัสดุที่จะจ่ายล่วงหน้าไว้เป็นเงื่อนไขในประกาศและเอกสารเชิญชวนหรือหนังสือเชิญชวน แล้วแต่กรณี ด้วย”

^{๑๑} ข้อ ๑๖๒ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดว่า

“การทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือ นอกจากการจ้างที่ปรึกษาให้กำหนดค่าปรับเป็นรายวันในอัตราตายตัวระหว่างร้อยละ ๐.๐๑ - ๐.๒๐ ของราคาพัสดุที่ยังไม่ได้รับมอบ เว้นแต่การจ้างซึ่งต้องการผลสำเร็จของงานทั้งหมดพร้อมกัน ให้กำหนดค่าปรับเป็นรายวันเป็นจำนวนเงินตายตัวในอัตราร้อยละ ๐.๐๑ - ๐.๑๐ ของราคางานจ้างนั้น แต่จะต้องไม่ต่ำกว่าวันละ ๑๐๐ บาท สำหรับงานก่อสร้างสาธารณูปโภคที่มีผลกระทบต่อการจราจร ให้กำหนดค่าปรับเป็นรายวันในอัตราร้อยละ ๐.๒๕ ของราคางานจ้างนั้น แต่อาจจะกำหนดขั้นสูงสุดของการปรับก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด

ในการทำสัญญาจ้างที่ปรึกษา หากหน่วยงานของรัฐเห็นว่า ถ้าไม่กำหนดค่าปรับไว้ในสัญญา จะเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ ให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดทำสัญญากำหนดค่าปรับไว้ในสัญญาเป็นรายวันในอัตราหรือจำนวนเงินตายตัวในอัตราร้อยละ ๐.๐๑ - ๐.๑๐ ของราคางานจ้างนั้น

การกำหนดค่าปรับตามวรรคหนึ่งและวรรคสองในอัตราหรือเป็นจำนวนเงินเท่าใด ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐ คำนึงถึงราคา กำหนดระยะเวลาของการทำงาน และลักษณะของพัสดุซึ่งอาจมีผลกระทบต่อการที่คู่สัญญาของหน่วยงานของรัฐจะหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือกระทบต่อการจราจร หรือความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ แล้วแต่กรณี

พศ. ๒๕๖๐ เป็นต้น ดังนั้น เนื้อหาของสัญญาจะต้องพิจารณาตามเอกเทศสัญญาที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ก่อน ได้แก่ สัญญาซื้อหรือจ้าง สัญญาเช่า สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาจ้างที่ปรึกษา และสัญญาจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง กรณีจะสะท้อนให้เห็นถึงเนื้อหาของสัญญาที่ต้องสร้าง “ความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพในการดำเนินการกิจการในรูปแบบสัญญากับหลักความชอบด้วยกฎหมาย” แต่สำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น การดำเนินการของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการแสดงเจตนาที่จะเข้าร่วมทำสัญญากับหน่วยงานทางปกครองก็ยังคงตั้งอยู่บน “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Vertragsfreiheit)” ดังนั้น เอกชนจึงมีอิสระในการเลือกที่จะเข้าร่วมกระบวนการทำสัญญากับหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ก็ได้ หากเอกชนเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาแล้ว และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าวแล้ว เสรีภาพของเอกชนในการดำเนินการจะถูกจำกัดลงภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น เอกชนไม่อาจที่จะปฏิเสธไม่เสนอหลักประกันการเสนอราคาได้ เป็นต้น

(๑.๒) การนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของหน่วยงานทางปกครองที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ครอบคลุมเอกเทศสัญญาที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่กรณี ได้แก่ สัญญาซื้อหรือจ้าง^{๑๒} สัญญาเช่า^{๑๓} สัญญาแลกเปลี่ยน^{๑๔} สัญญาจ้างที่ปรึกษา^{๑๕} และ

ในกรณีการจัดหาสิ่งของที่ประกอบกันเป็นชุด ถ้าขาดส่วนประกอบส่วนหนึ่งส่วนใดไปแล้ว จะไม่สามารถใช้การได้โดยสมบูรณ์ แม้คู่สัญญาจะส่งมอบสิ่งของภายในกำหนดตามสัญญา แต่ยังคงขาดส่วนประกอบบางส่วน ต่อมาได้ส่งมอบส่วนประกอบที่ยังขาดนั้นเกินกำหนดสัญญา ให้ถือว่าไม่ได้ส่งมอบสิ่งของนั้นเลย ให้ปรับเต็มราคาของทั้งชุด

ในกรณีที่การจัดหาสิ่งของคิดราคารวมทั้งค่าติดตั้งหรือทดลองด้วย ถ้าติดตั้งหรือทดลองเกินกว่ากำหนดตามสัญญาเป็นจำนวนวันเท่าใด ให้ปรับเป็นรายวันในอัตราที่กำหนดของราคาทั้งหมด

ทั้งนี้ ให้กำหนดเรื่องค่าปรับไว้ในเอกสารเชิญชวนให้ชัดเจนด้วย”

^{๑๒} มาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้ “การจัดซื้อจัดจ้าง” หมายความว่า การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” ซึ่งมีการกำหนดรายละเอียดในเรื่องการซื้อหรือจ้างไว้ในข้อ ๑๗ ถึง ข้อ ๙๑ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

^{๑๓} ข้อ ๙๒ ถึง ข้อ ๙๕ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

^{๑๔} ข้อ ๙๖ ถึง ข้อ ๑๐๐ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

^{๑๕} ข้อ ๑๐๑ ถึง ข้อ ๑๓๐ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

สัญญาจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง^{๑๖} และเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้ว จะพบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวตั้งอยู่บนหลักการสำคัญที่ว่า การดำเนินการตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองที่อาศัยการดำเนินการในรูปแบบของสัญญานั้น หน่วยงานทางปกครองไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญา แต่หน่วยงานทางปกครองจะต้องดำเนินการภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับ “ประสิทธิภาพ โปร่งใสและตรวจสอบได้” อันสะท้อนให้เห็นถึง “ลักษณะเฉพาะของสัญญาของฝ่ายปกครอง” ที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น บทบัญญัติทั้งหลายของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ จึงถือเป็นบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะเฉพาะของการดำเนินการในรูปแบบสัญญาของหน่วยงานทางปกครอง และเนื่องจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองนั้นมักจะถูกเชื่อมโยงเข้ากับถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจง เช่น ประโยชน์สาธารณะหรือบริการสาธารณะ ที่ผู้ใช้กฎหมายมักจะนำมาใช้ในการอธิบายเกี่ยวกับเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งลำพังการอ้างถึงการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือการบริการสาธารณะต้องต่อเนื่องแต่เพียงอย่างเดียว เพื่อให้เอกสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษแก่หน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการใด ๆ ที่ไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนย่อมเป็นการใช้และตีความกฎหมายที่ให้ผลร้ายแก่บุคคลโดยไม่มีกฎหมายรองรับ ย่อมไม่อาจจะกระทำได้ ประกอบกับเมื่อพิจารณา “การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือการบริการสาธารณะผ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” แล้ว กรณีจึงจะต้องพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีความชัดเจนเพียงพอในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือการบริการสาธารณะก่อน และในการนำหลักกฎหมายที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองยังจะก่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครอง และเมื่อพิจารณาประเด็นการเข้าทำสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะแล้ว สามารถสรุปประเด็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่จะสามารถนำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองได้ ดังนี้

(๑.๒.๑) การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญา ต้องเป็นไปเพื่อให้ภารกิจของหน่วยงานทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ และในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาค

การกำหนดคุณสมบัติที่เหมาะสมของคู่สัญญาทางปกครอง ที่จะทำให้ภารกิจตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ได้ และการกำหนดคุณสมบัติใดที่จะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม อันขัดต่อหลักความเสมอภาคแล้วนั้น หน่วยงานทางปกครองจะต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลอันสมควร

(๑.๒.๒) การคัดเลือกคู่สัญญาต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคเป็นสำคัญ

การเปิดโอกาสให้เอกชนเข้าแข่งขันอย่างเสมอภาคกัน ย่อมทำให้หน่วยงานทางปกครองสามารถที่จะคัดเลือกคู่สัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เว้นแต่กรณีที่

^{๑๖} ข้อ ๑๓๓ ถึง ข้อ ๑๖๐ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

ความจำเป็นที่จะต้องคัดเลือกคู่สัญญาเป็นอย่างอื่น เช่น ความเร่งด่วนของภารกิจ กรณีจึงยอมที่จะนำเหตุที่หน่วยงานทางปกครองไม่จำเป็นต้องประกาศเชิญชวนเป็นการทั่วไปตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐^{๑๗} มาใช้ประกอบการพิจารณาได้

(๑.๒.๓) การกำหนด “หลักประกันการเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา” ในสัญญาทางปกครองย่อมสามารถทำได้ แต่จะต้องไม่เป็นภาระแก่คู่สัญญาเอกชนจนเกินสมควร

สัญญาทางปกครองบางประเภทที่ แม้ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ก็ตาม แต่ในการคัดเลือกคู่สัญญาของหน่วยงานทางปกครอง นั้น เพื่อเป็นหลักประกันว่ากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาทางปกครองจะไม่สะดุดหรือเสียไปจนกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือการบริการสาธารณะแล้ว การกำหนดบังคับให้คู่สัญญาต้องวางหลักประกันเพื่อเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาย่อมสามารถทำได้ แต่การกำหนดจำนวนหลักประกันจะต้องไม่เกินสมควรจนไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่หน่วยงานทางปกครองจะต้องไปริเริ่มกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่

(๑.๒.๔) การทำสัญญาสมควรต้องทำเป็นหนังสือ เพื่อความชัดเจนแน่นอนที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

สำหรับแบบของสัญญาทางปกครองที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ นั้น แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดให้สัญญาทางปกครองดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือก็ตาม แต่ด้วยหลักกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำทางปกครองจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถถือปฏิบัติต่อสิทธิหน้าที่ของตนเองตามสัญญาได้อย่างถูกต้อง ประกอบกับข้อพิจารณาเรื่องแบบของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่หากไม่มีกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาเอาไว้ เอกชนย่อมสามารถทำความเข้าใจตนเองโดยไม่ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือก็ย่อมได้ อันมีที่มาจาก “หลักความมีอิสระในทางแพ่ง (Privatautonomie)” ซึ่งเป็นเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลเอกชนนั้น จึงไม่อาจนำมาใช้พิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีได้มีเสรีภาพในการทำสัญญาได้ หากแต่ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย ดังนั้น เมื่อการกระทำของหน่วยงานทางปกครองแม้จะอยู่ในรูปแบบสัญญาก็จะต้องมีความชัดเจนแน่นอนที่จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าใจถึงสิทธิหน้าที่ของตนตามสัญญาได้ ประกอบกับการดำเนินการของหน่วยงานทางปกครองที่ต้องยึดโยงอยู่กับกฎหมายแล้ว กรณีจึงทำให้มีความถูกต้องชอบธรรมที่จะนำหลักกฎหมายว่าด้วยแบบของสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาใช้อุดช่องว่างของสัญญาทางปกครอง โดยนำมาใช้เฉพาะหลักการที่ว่าสัญญาทางปกครองจะต้องทำเป็นหนังสือ สำหรับเรื่องการควบคุมสัญญาโดยองค์กรอัยการสูงสุดนั้น เนื่องจากหลักการดังกล่าวเป็นการควบคุมสัญญาภายใต้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

^{๑๗} ตัวอย่างเช่น การจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา ๕๖ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

พ.ศ. ๒๕๖๐ เท่านั้น กรณีจึงไม่อาจจะนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้

(๑.๒.๕) ผลของการไม่ทำตามแบบของสัญญา

เนื่องจากสัญญาทางปกครองถือเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง ดังนั้น ข้อบกพร่องของการกระทำทางปกครองที่มีได้กระทบในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของการกระทำทางปกครองนั้น ย่อมไม่ทำให้การกระทำนั้นเสียไป ซึ่งหลักการดังกล่าวก็ได้มีการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา ๙๓ วรรคห้า^{๑๘} และวรรคหก^{๑๙} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งสามารถนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครอง ทำให้การที่ไม่ทำสัญญาทางปกครองเป็นหนังสืออาจจะก่อให้เกิดผลความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหรือความเป็นโมฆะของสัญญาได้ ขึ้นอยู่กับว่าข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นเป็นข้อบกพร่องที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาหรือไม่ สำหรับสาระสำคัญของสัญญา (essentialia negotii) นั้น ขึ้นอยู่กับลักษณะสาระสำคัญของหน้าที่ปรากฏในเอกเทศสัญญานั้น ๆ เช่น สัญญาซื้อขาย จะต้องประกอบไปด้วยผู้ซื้อ ผู้ขาย ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการซื้อขาย และราคาซื้อขาย เป็นต้น

(๑.๒.๖) หลักการกำหนดเนื้อหาของสัญญา เพื่อสร้าง “ความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพในการดำเนินการในรูปแบบสัญญากับหลักความชอบด้วยกฎหมาย”

สำหรับเนื้อหาของสัญญาทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองจะจัดทำขึ้นนั้น เมื่อหน่วยงานทางปกครองจะต้องทำตามแบบของสัญญาแล้ว กรณีทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจจะเจรจาต่อรองเนื้อหาของสัญญาตาม “หลักความมีอิสระในทางแพ่ง (Privatautonomie)” ได้อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาไว้มากนัก จึงพอจะสรุปหลักการกำหนดเนื้อหาของสัญญาทางปกครองได้ว่า **หนึ่ง** เนื้อหาของสัญญาต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การปฏิบัติตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์อย่างมีประสิทธิภาพ และ **สอง** หน่วยงานทางปกครองจะต้องดำเนินการภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ทำให้การกำหนดเนื้อหาของสัญญาจะต้องได้สัดส่วนกับการบรรลุวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติตามกฎหมาย กล่าวคือ การกำหนดเนื้อหาของสัญญาจะต้องทำให้ภารกิจของสัญญาทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ได้ โดยกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาเท่าที่จำเป็น และโดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องชำระให้แก่หน่วยงานทางปกครองจะต้องได้สัดส่วนกับหนี้ต่างตอบแทนที่เอกชนจะได้รับจากหน่วยงานทางปกครอง โดยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาหรือหนี้ตามสัญญานั้น จะต้องไม่เป็นการเอาเปรียบเอาเปรียบเอกชนจนเกินสมควร ซึ่งข้อความคิดดังกล่าวนี้มีลักษณะเดียวกันกับข้อความคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อันเป็นหลักกฎหมายแพ่งที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป สำหรับเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาต้องพิจารณารายละเอียดตามเอกเทศสัญญาที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้แก่ สัญญาซื้อหรือจ้าง สัญญาเช่า สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาจ้าง

^{๑๘} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๘, หน้า ๔

^{๑๙} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๘๘, หน้า ๕๙ และ หน้า ๖๐

ที่ปรึกษา และสัญญาจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างเสียก่อน สำหรับรายละเอียดอื่น ๆ หากไม่มีกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองกำหนดไว้แล้ว จึงจะสามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้อุดช่องว่างประกอบกรจัดทำเนื้อหาสาระของสัญญาได้

(๑.๒.๗) กระบวนการขั้นตอนการอุทธรณ์โต้แย้งการคัดเลือกคู่สัญญา ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ไม่อาจจะนำมา ใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้

เนื่องจากกระบวนการดังกล่าวเป็นขั้นตอนเฉพาะที่กำหนดขึ้นมาใช้ กับสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ประกอบกับกระบวนการอุทธรณ์เป็นขั้นตอนทบทวนภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งขึ้นอยู่กับการจัดองค์กร ของฝ่ายปกครองนั้น ๆ เป็นสำคัญ สำหรับกรณีการโต้แย้งการคัดเลือกคู่สัญญานั้น ในระบบกฎหมายปกครองไทยกำหนดให้เป็นคำสั่งทางปกครอง^{๒๐} แล้ว อันเป็นการแยกระหว่างขั้นตอน การคัดเลือกคู่สัญญากับการจัดทำสัญญาทางปกครองออกจากกัน

(๒) การปฏิบัติตามสัญญา

(๒.๑) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาตามพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ : “การลดความเสี่ยงจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาด้วยระบบคณะกรรมการตรวจรับงาน การวางหลักประกันสัญญา และการกำหนดค่าปรับ ตามสัญญา”

ในระบบสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ต้องการสร้างระบบป้องกันการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชน ด้วยคณะกรรมการตรวจรับพัสดุตามมาตรา ๑๐๐ วรรคหนึ่ง^{๒๑} แห่งพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ หรือผู้ควบคุมงานก่อสร้างตามมาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง^{๒๒} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยมี รายละเอียดในการตรวจรับพัสดุตามลักษณะเฉพาะของสัญญาต่าง ๆ ดังนี้ คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ ในงานซื้อหรืองานจ้างตามข้อ ๑๗๕ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและ การบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ คณะกรรมการตรวจรับพัสดุในงานจ้างก่อสร้างตามข้อ ๑๗๖

^{๒๐} ผู้เขียนจะได้อธิบายรายละเอียดของเรื่องนี้ในหัวข้อการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองต่อไป

^{๒๑} มาตรา ๑๐๐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “ในการดำเนินการตามสัญญาหรือข้อตกลง ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการ ตรวจรับพัสดุเพื่อรับผิดชอบการบริหารสัญญาหรือข้อตกลงและการตรวจรับพัสดุ”

^{๒๒} มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “งานจ้างก่อสร้างที่มีขั้นตอนการดำเนินการเป็นระยะ ๆ อันจำเป็นต้องมีการควบคุมงาน อย่างใกล้ชิด หรือมีเงื่อนไขการจ่ายเงินเป็นงวดตามความก้าวหน้าของงาน ให้มีผู้ควบคุมงานซึ่งแต่งตั้งโดยผู้มีอำนาจ เพื่อรับผิดชอบในการควบคุมงานก่อสร้างนั้น”

ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ผู้ควบคุมงานก่อสร้างตามข้อ ๑๓๗ และข้อ ๑๓๘ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ คณะกรรมการตรวจรับพัสดุในงานจ้างที่ปรึกษาตามข้อ ๑๓๙ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และคณะกรรมการตรวจรับพัสดุในงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างตามข้อ ๑๔๐ ของระเบียบ กระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ สำหรับการตรวจรับพัสดุ ถือเป็นกระบวนการตรวจสอบการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งจะทำให้คู่สัญญา ฝ่ายหน่วยงานทางปกครองทราบถึงข้อบกพร่องของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้อย่างละเอียด และสามารถจำกัดขอบเขตความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นกับการปฏิบัติตามภารกิจตามกฎหมาย ของหน่วยงานทางปกครองได้ รวมถึงการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องวางหลักประกันสัญญา เพื่อใช้เป็นหลักประกันการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาตามข้อ ๑๖๗ ถึง ๑๗๑ ของระเบียบ กระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ นอกเหนือจาก การควบคุมป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว หน่วยงานทางปกครองยังมี เครื่องมือเกี่ยวกับการกำหนด “ค่าปรับ” เพื่อบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยึดถือการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้วจะต้องรับภาระเกี่ยวกับค่าปรับตามสัญญา ตามข้อ ๑๖๒^{๒๓} ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยหน่วยงานทางปกครองยังกำหนดค่าปรับอื่นใดที่หน่วยงานทางปกครองเห็นว่า หากไม่กำหนดค่าปรับไว้จะส่งผลเสียหายต่อหน่วยงานทางปกครองได้ตามข้อ ๑๖๓^{๒๔} ของระเบียบ กระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยที่หน่วยงาน ทางปกครองก็มีได้มีเสรีภาพในการกำหนดค่าปรับได้ แต่มีหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายว่า กรณีที่ปรากฏว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญาปรากฏเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐ เหตุสุดวิสัย เหตุเกิดจากเหตุการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย หรือเหตุอื่น ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงให้หน่วยงานทางปกครองใช้ดุลพินิจในการงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลงได้ตามมาตรา ๑๐๒^{๒๕} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง

^{๒๓} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๑๑, หน้า ๕

^{๒๔} ข้อ ๑๖๓ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่ามีความจำเป็นจะต้องกำหนดค่าปรับ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในข้อ ๑๖๒ เนื่องจากถ้าไม่กำหนดค่าปรับไว้ในสัญญาจะเกิดความเสียหายแก่ หน่วยงานของรัฐ เช่น งานที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศ หรืองานที่อยู่ระหว่างการรับประกันความชำรุด บกพร่องจากการซื้อขายคอมพิวเตอร์ ให้พิจารณากำหนดอัตราค่าปรับในกรณีดังกล่าว โดยคำนึงถึง ความสำคัญ และลักษณะของงานที่จะกำหนด และความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่หน่วยงานของรัฐเป็นสำคัญ”

^{๒๕} มาตรา ๑๐๒ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “การงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลง ให้อยู่ใน ดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณาได้ตามจำนวนวันที่มีเหตุเกิดขึ้นจริง เฉพาะในกรณี ดังต่อไปนี้

และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการกำหนดค่าปรับในข้อ ๑๘๑ ถึงข้อ ๑๘๓ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้าง ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง เว้นแต่คู่สัญญาจะได้นิยมนยอมเสียค่าปรับให้แก่หน่วยงานของรัฐ โดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้นตามข้อ ๑๘๓^{๒๖} ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ สำหรับกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของเอกชนให้ต้องปฏิบัติ นอกเหนือไปจากการวางหลักประกันสัญญาแล้ว กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะใช้สิทธิของดหรือลดค่าปรับ หรือขอขยายระยะเวลาตามสัญญา กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องแจ้งเหตุดังกล่าว ให้หน่วยงานของรัฐทราบภายใน ๑๕ วัน นับถัดจากวันที่เหตุนั้นได้สิ้นสุดลง หรือตามที่กำหนด ในกฎกระทรวง หากมิได้แจ้งภายในเวลาที่กำหนด คู่สัญญาจะยกมากล่าวอ้างเพื่อขอลดหรือลดค่าปรับ หรือขอขยายเวลาในภายหลังมิได้ เว้นแต่กรณีเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งมีหลักฐานชัดเจน หรือหน่วยงานของรัฐทราบดีอยู่แล้วตั้งแต่ต้นตามข้อ ๑๘๒^{๒๗} ของระเบียบ กระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ สำหรับการปฏิบัติการชำระหนี้ต่างตอบแทนอื่น ๆ นั้น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

(๑) เหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐ

(๒) เหตุสุดวิสัย

(๓) เหตุเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

(๔) เหตุอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

หลักเกณฑ์และวิธีการของดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลง ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด”

^{๒๖} ข้อ ๑๘๓ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดว่า “นอกจากการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงตามมาตรา ๑๐๓ หากปรากฏว่า คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงได้ และจะต้องมีการปรับตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้น หากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้าง ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง เว้นแต่คู่สัญญาจะได้นิยมนยอมเสียค่าปรับให้แก่หน่วยงานของรัฐ โดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐพิจารณาผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาได้เท่าที่จำเป็น”

^{๒๗} ข้อ ๑๘๒ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดว่า “การงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลงตามมาตรา ๑๐๒ ในกรณีที่มีเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือเหตุสุดวิสัย หรือเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายหรือเหตุอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ทำให้คู่สัญญาไม่สามารถส่งมอบสิ่งของหรืองานตามเงื่อนไขและกำหนดเวลาแห่งสัญญาได้ ให้หน่วยงานของรัฐระบุไว้ในสัญญาหรือข้อตกลงกำหนดให้คู่สัญญาต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้หน่วยงานของรัฐทราบภายใน ๑๕ วัน นับถัดจากวันที่เหตุนั้นได้สิ้นสุดลง หรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวง หากมิได้แจ้งภายในเวลาที่กำหนด คู่สัญญาจะยกมากล่าวอ้างเพื่อขอลดหรือลดค่าปรับ หรือขอขยายเวลาในภายหลังมิได้ เว้นแต่กรณีเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐซึ่งมีหลักฐานชัดเจน หรือหน่วยงานของรัฐทราบดีอยู่แล้วตั้งแต่ต้น”

พ.ศ. ๒๕๖๐ ก็มิได้มีการบัญญัติในรายละเอียดไว้ กรณีจึงจะต้องพิจารณาถึงการนำระบบกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายในรายละเอียดต่อไป

(๒.๒) การนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครอง

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวประสงค์ที่จะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอันเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาผ่านกลไก “การป้องกันการฝ่าฝืนสัญญา” อันเป็นลักษณะเฉพาะของการปฏิบัติราชการทางปกครองในรูปแบบสัญญาของหน่วยงานทางปกครอง ดังนี้

(๒.๒.๑) การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาอย่างใกล้ชิด

ในการปฏิบัติการชำระหนี้จากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น เพื่อให้เกิดการตรวจสอบการชำระหนี้ของเอกชนโดยละเอียด หน่วยงานทางปกครองจะรับชำระหนี้ได้ก็ต่อเมื่อมีการตรวจสอบโดย “คณะกรรมการตรวจรับการชำระหนี้หรือคณะกรรมการตรวจรับพัสดุ” ก่อน ซึ่งจะทำให้หน่วยงานทางปกครองสามารถดำเนินการเกี่ยวกับกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระหนี้บกพร่องได้ก่อนที่ความบกพร่องนั้นจะส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการตรวจสอบการชำระหนี้แต่ละประเภทนั้นก็ขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของเอกสารสัญญานั้น ๆ รวมถึงลักษณะความซับซ้อนของหนี้ที่อาจจะต้องมีการแบ่งการตรวจสอบนี้ออกเป็นระยะ ๆ ก็ได้ และในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองปฏิเสธการรับชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมหมายถึงการเกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับคู่สัญญาเอกชนแล้ว ซึ่งย่อมก่อให้เกิดสิทธิที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลให้มีการตรวจสอบการที่หน่วยงานทางปกครองปฏิเสธการชำระหนี้ได้ รวมถึงการฟ้องร้องให้หน่วยงานทางปกครองรับชำระหนี้หรือเรียกค่าเสียหายจากการปฏิเสธการรับชำระหนี้ นั้นก็ย่อมกระทำได้

(๒.๒.๒) การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนวาง “หลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา”

เพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หน่วยงานทางปกครองสามารถให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนวางหลักประกันการปฏิบัติการชำระหนี้ไว้ล่วงหน้าได้ โดยในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองเห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้อง หน่วยงานทางปกครองย่อมหักความเสียหายหรือค่าปรับที่กำหนดไว้จากหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ดังนั้น การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนวางหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาเอาไว้ล่วงหน้า ก่อนที่จะมีการชำระหนี้ย่อมเป็นมาตรการที่จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติการชำระหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนตามสัญญาได้

(๒.๒.๓) การกำหนด “ค่าปรับ” อันเป็นค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติ

ตามสัญญา

การกำหนดค่าปรับในสัญญาย่อมทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องระมัดระวังในการปฏิบัติการชำระหนี้ให้ถูกต้อง เพื่อป้องกันมิให้ต้องรับความเสี่ยงเกี่ยวกับค่าปรับและค่าเสียหายอื่น ๆ อีกทั้งค่าปรับยังสามารถใช้เป็นเกณฑ์การพิจารณาว่าหน่วยงานทางปกครองควรจะให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการตามสัญญาต่อไปหรือไม่ ในกรณีที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้บกพร่องซ้ำ ๆ หลายครั้ง ดังนั้น การกำหนดเพดานจำนวนค่าปรับไว้ให้สอดคล้องกับการยกเลิกสัญญาจึงสามารถป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระหนี้บกพร่องขยายออกไปจนไปกระทบต่อประโยชน์สาธารณะได้

(๒.๒.๔) การปฏิบัติการชำระหนี้ทั่วไปคล้อยคลึงกับการปฏิบัติ

การชำระหนี้ในสัญญาระหว่างเอกชน

เมื่อพิจารณาจากกลไกต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่ทำให้หน่วยงานทางปกครองสามารถควบคุมตรวจสอบหรือบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญา เพื่อให้การกิจหรือหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันเป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาของฝ่ายปกครองที่มุ่งหมายจะปฏิบัติราชการทางปกครองในรูปแบบของสัญญาแล้ว ดังนั้น ในกรณีของสัญญาทางปกครองที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ย่อมสามารถนำกลไกตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐเหล่านี้มาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้

(๓) การบอกเลิกสัญญา

(๓.๑) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ : การบอกเลิกสัญญาถือเป็นมาตรการสุดท้ายที่หน่วยงานทางปกครองพึงระมัดระวังในการนำมาใช้

การบอกเลิกสัญญาจะทำให้ข้อผูกพันตามสัญญาสิ้นสุดลง และเมื่อสัญญาลิ้นสุดลง ย่อมส่งผลกระทบต่อภารกิจและหน้าที่ตามกฎหมายที่หน่วยงานทางปกครองจะใช้สัญญาในการดำเนินกิจการให้บรรลุวัตถุประสงค์ ทำให้การบอกเลิกสัญญาไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองด้วย ดังนั้น การบอกเลิกสัญญาจึงถือเป็น “มาตรการสุดท้าย” ของหน่วยงานทางปกครองที่จะนำไปใช้ในทางสัญญา อีกทั้งเมื่อมาตรการทางสัญญาต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เป็นไปเพื่อทำให้ภารกิจและหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองนั้น ๆ บรรลุวัตถุประสงค์อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว การบอกเลิกสัญญาก็ย่อมต้องอยู่ภายใต้ข้อความคิดเดียวกันด้วย ดังนั้น กรณีที่เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างคู่สัญญาขึ้น หน่วยงานทางปกครองจึงจำเป็นที่จะต้องดำเนินการใช้มาตรการทางสัญญาที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ตามภารกิจของกฎหมายจากน้อยไปหามาก เช่น การเตือนให้ชำระหนี้ การปรับ

ซึ่งในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในสัญญาของหน่วยงานทางปกครองผ่าน “การแก้ไขสัญญา” และ “การบอกเลิกสัญญา” สำหรับการแก้ไขสัญญานั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๙๗^{๒๘} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และข้อ ๑๖๕^{๒๙} ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ จะพบว่า แม้บทบัญญัติมาตรา ๙๗ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติ

^{๒๘} มาตรา ๙๗ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า

“สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณานุมัติให้แก้ไขได้

(๑) เป็นการแก้ไขตามมาตรา ๙๓ วรรคห้า

(๒) ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง หากการแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์

(๓) เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ

(๔) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีการแก้ไขสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียประโยชน์หรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

การแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาส่งมอบหรือระยะเวลาในการทำงาน ให้ตกลงพร้อมกันไป

ในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อเพิ่มวงเงิน เมื่อรวมวงเงินตามสัญญาหรือข้อตกลงเดิมและวงเงินที่เพิ่มขึ้นใหม่แล้ว หากวงเงินรวมดังกล่าวมีผลทำให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างเปลี่ยนแปลงไป จะต้องดำเนินการให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างตามวงเงินรวมดังกล่าวเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงด้วย

ในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อลดวงเงิน ให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างตามวงเงินเดิมเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง”

^{๒๙} ข้อ ๑๖๕ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดว่า

“การแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงตามมาตรา ๙๗ ต้องอยู่ภายในขอบข่ายแห่งวัตถุประสงค์เดิมของสัญญาหรือข้อตกลงนั้น โดยหน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาเปรียบเทียบคุณภาพของพัสดุ หรือรายละเอียดของงาน รวมทั้งราคาของพัสดุหรืองานตามสัญญาหรือข้อตกลงกับพัสดุที่จะทำการแก้ไขนั้น ก่อนแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงด้วย

ในกรณีที่เป็นการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่าง จะต้องได้รับการรับรองจากวิศวกร สถาปนิกและวิศวกรผู้ชำนาญการ หรือผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรับผิดชอบหรือสามารถรับรอง คุณลักษณะเฉพาะ แบบและรายการของงานก่อสร้าง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่างนั้นแล้วแต่กรณี ด้วย

เมื่อผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้าง แล้วแต่กรณี ได้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงแล้ว ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ลงนามในสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้แก้ไขนั้น”

การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ จะบัญญัติเป็นหลักการเอาไว้ว่า “สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขไม่ได้” ก็ตาม ซึ่งหลักการดังกล่าวถือเป็นหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสองฝ่ายหรือสัญญาโดยทั่วไปว่า คู่สัญญาพึงยึดถือสัญญาหรือข้อตกลงที่ให้ไว้แก่กันเป็นสำคัญ แต่ในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่ทำสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม และการกำหนดให้คู่สัญญายึดถือตามข้อตกลงเดิมเอาไว้ย่อมทำให้คู่สัญญาไม่อาจจะปฏิบัติตามการชำระหนี้แห่งตนได้ หรือแม้แต่จะสามารถชำระหนี้แห่งตนได้ก็เป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ^{๓๐} กรณีเช่นนี้นั้นย่อมนำไปสู่ “การแก้ไขสัญญา” ได้ และหากว่าการแก้ไขสัญญาไม่อาจจะทำให้คู่สัญญาอยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ให้แก่กันได้ อย่างสมเหตุสมผลแล้ว กรณีจึงจะนำไปสู่การพิจารณาบอกเลิกสัญญาต่อไป และการที่สัญญาของหน่วยงานทางปกครองเป็นไปเพื่อการทำให้ภารกิจและหน้าที่ตามกฎหมายบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว “การแก้ไขสัญญาจึงต้องถูกนำมาพิจารณาก่อนการบอกเลิกสัญญาเสมอ” อันเป็นข้อความคิดหรือหลักกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญของมาตรา ๙๗ วรรคหนึ่ง (๒) และ (๓) แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่บัญญัติว่า การแก้ไขสัญญาจะกระทำได้ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงและหากการแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่ง “ความจำเป็นในการแก้ไขสัญญา” จึงหมายถึง คู่สัญญาพึงยึดถือสัญญาหรือข้อตกลงที่ให้ไว้แก่กันเป็นสำคัญ แต่ในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่ทำสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม และการกำหนดให้คู่สัญญายึดถือตามข้อตกลงเดิมเอาไว้ย่อมทำให้คู่สัญญาไม่อาจจะปฏิบัติตามการชำระหนี้แห่งตนได้ หรือแม้แต่จะสามารถชำระหนี้แห่งตนได้ก็เป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ และการทำให้สัญญามีผลต่อเนื่องอันทำให้หน่วยงานทางปกครองยังสามารถบรรลุหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดย่อมถือว่า “การแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์” ดังนั้น การแก้ไขสัญญาที่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์จึงมิได้หมายความว่า การแก้ไขนั้นทำให้หน่วยงานของรัฐต้องชำระเงินตามสัญญาเพิ่มมากขึ้น หรือต้องมีการขยายระยะเวลาตามสัญญาจนทำให้หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองไม่อาจจะปรับคู่สัญญาของตนได้แต่อย่างใด กรณีการแก้ไขสัญญาดังกล่าวย่อมสามารถกระทำได้ หากมีเหตุอันจำเป็นและทำให้การดำเนินการตามสัญญาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยมาตรา ๙๗ วรรคสอง และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ประกอบกับข้อ ๑๖๕ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ก็ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ กระบวนการขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการแก้ไขสัญญาดังกล่าวเอาไว้ด้วยแล้ว ดังนั้น สาระสำคัญของการพิจารณาว่า “การแก้ไขสัญญานั้นจะเป็น

^{๓๐} โปรดดู หัวข้อการแก้ไขสัญญาตามมาตรา ๖๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG))

เพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ” จะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักกับ “การบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด” นั้นเอง ดังนั้น โดยหลักการแล้ว กรณีที่คู่สัญญาที่มีข้อพิพาทว่าสัญญานั้นจะแก้ไขได้มากน้อยเพียงใด หากคู่สัญญาไม่อาจจะตกลงกันได้แล้ว กรณีจึงย่อมต้องถือว่ากรณีมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาแล้ว ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาว่าเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะต้องมีการแก้ไขสัญญา เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองสามารถอาศัยสัญญาในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ศาลย่อมสามารถพิพากษาให้มีการแก้ไขสัญญาให้เป็นไปตามมาตรา ๙๗ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ประกอบกับข้อ ๑๖๕ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้ เพราะหากไม่มีการเปิดโอกาสให้มีการฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้มีการแก้ไขสัญญาได้แล้ว การปฏิเสธที่จะแก้ไขสัญญาของคู่สัญญาที่คงความได้เปรียบจากการเปลี่ยนแปลงไปของความสัมพันธ์ทางสัญญาย่อมขัดต่อวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา ๑๐๓^{๓๑} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

^{๓๑} มาตรา ๑๐๓ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีเหตุบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงต่อไปนี้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงกับคู่สัญญา

(๑) เหตุตามที่กฎหมายกำหนด

(๒) เหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่สามารถส่งมอบงานหรือทำงานให้แล้วเสร็จได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด

(๓) เหตุอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือในสัญญาหรือข้อตกลง

(๔) เหตุอื่นตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

การตกลงกับคู่สัญญาที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาได้เฉพาะในกรณีที่เป็นประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐโดยตรงหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของหน่วยงานของรัฐในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้เป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง หรือการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงนั้นเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้เรียกค่าปรับ แล้วแต่กรณี หากคู่สัญญาเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย คู่สัญญาจะยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้พิจารณาชดเชยค่าเสียหายก็ได้ ในกรณีนี้ หน่วยงานของรัฐต้องออกใบรับคำขอไว้เป็นหลักฐานและพิจารณาคำขอนั้นโดยไม่ชักช้า เมื่อหน่วยงานของรัฐมีหนังสือแจ้งผลการพิจารณาเป็นเช่นใดแล้ว หากคู่สัญญายังไม่พอใจในผลการพิจารณา ก็ให้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้ชดเชยค่าเสียหายตามสัญญาต่อไป ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ วิธีการ และระยะเวลาในการพิจารณาคำขอของหน่วยงานของรัฐ ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดซึ่งอย่างน้อย

ภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และข้อ ๑๘๓^{๓๒} ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ จะพบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญา ซึ่งหน่วยงานทางปกครองสามารถดำเนินการแสดงเจตนาในการบอกเลิกสัญญาได้ อันเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือทำสัญญาหรือข้อตกลงเลิกสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ย่อมได้ตามมาตรา ๑๐๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ อันเป็นการแสดงเจตนาสองฝ่ายที่จะเลิกสัญญากัน ดังนั้น การเลิกสัญญาตามมาตรา ๑๐๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ หน่วยงานทางปกครองจึงสามารถแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือทำคำเสนอเพื่อขอเลิกสัญญาต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ย่อมได้ และสำหรับเหตุที่จะใช้พิจารณาว่าหน่วยงานทางปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าการบอกเลิกสัญญาก็คือ **“การบอกเลิกสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่”** ซึ่งก็สามารถพิจารณาได้จากการชั่งน้ำหนักกับ **“การบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด”** ดังเช่นกรณีตามมาตรา ๑๐๓ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่หากข้อเท็จจริงปรากฏถึงเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่สามารถส่งมอบงานหรือทำงานให้แล้วเสร็จได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งมีผลกระทบต่อการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองต้องดำเนินการแล้ว ย่อมต้องถือว่ากรณีส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหน่วยงานทางปกครองย่อมบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งรวมถึงกรณีที่แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถปฏิบัติตามภาระหนี้แห่งตนได้ต่อไปแล้วก็ตาม แต่หากปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงได้ และจะต้องมีการปรับตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้น **หากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้าง** ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงนั้น ซึ่งหน่วยงานทางปกครองมีดุลพินิจในการจะบอกเลิกสัญญาหรือไม่ก็ได้ แต่กรณีที่หน่วยงานทางปกครองใช้ดุลพินิจจะไม่เลิกสัญญาจะต้องปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้ยินยอมเสียค่าปรับให้แก่หน่วยงานของรัฐ โดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐพิจารณาผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาได้เท่าที่จำเป็นตามข้อ ๑๘๓ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่ง **“หลักเกณฑ์ที่หน่วยงานทางปกครองจะต้องนำพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจว่าจะบอกเลิกสัญญาหรือจะดำเนินการตามสัญญาโดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระค่าปรับที่เกินวงเงินร้อยละสิบต่อไปหรือไม่นั้น”** ก็ต้องพิจารณาได้จากการชั่งน้ำหนักกับ **“การบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด”** เช่นเดียวกัน รวมถึงกรณีที่หน่วยงานทางปกครองจะใช้ดุลพินิจทำคำเสนอแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อขอยกเลิกสัญญาตามมาตรา ๑๐๓ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ

ต้องกำหนดให้หน่วยงานของรัฐแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อพิจารณาค่าเสียหายและการกำหนดวงเงินค่าเสียหายที่ต้องรายงานต่อกระทรวงการคลังเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ”

^{๓๒} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๒๖, หน้า ๑๒

การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้หน่วยงานทางปกครองใช้ดุลพินิจพิจารณาได้เฉพาะในกรณีที่เป็นประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐโดยตรงหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของหน่วยงานของรัฐในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้น ซึ่งก็จะต้องพิจารณาประกอบกับการบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดด้วย และเมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดขอบเขตและขั้นตอนทางกฎหมายเอาไว้ให้เฉพาะแต่หน่วยงานทางปกครองที่จะต้องถือปฏิบัติเท่านั้น กรณีย่อมมีประเด็นปัญหาว่า “คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่” ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การเข้าทำสัญญาของเอกชนนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็เข้าทำสัญญาภายใต้ “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Vertragsfreiheit)” อันเป็น “หลักความมีอิสระในทางแพ่ง (Privatautonomie)” ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพของบุคคลเอกชน และเมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้กำหนดถึงข้อจำกัดของการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าว กรณีย่อมต้องถือว่า “คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ตามหลักความมีอิสระในทางแพ่ง (Privatautonomie)”

สำหรับการฟ้องคดีโต้แย้งเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญานั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การบอกเลิกสัญญาคือการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่แสดงออกมาไม่ต้องการผูกพันตามสิทธิหน้าที่ของสัญญาแล้ว ซึ่งจะแตกต่างไปจากการทำข้อตกลงเลิกสัญญา ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องตรงกันของคู่สัญญาสองฝ่าย ดังนั้น เมื่อการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ดังนั้น การแสดงเจตนาดังกล่าวจึงมีผลในทางกฎหมายทันทีที่การบอกเลิกสัญญาไปถึงผู้รับเจตนา^{๓๓} และเมื่อสัญญาของหน่วยงานทางปกครองจะต้องทำเป็นหนังสือแล้ว การบอกเลิกสัญญาจึงต้องทำเป็นหนังสือเช่นเดียวกัน เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงออกให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตนภายใต้สัญญาแล้ว นอกจากนี้ เมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการแสดงเจตนาและผลของการแสดงเจตนา กรณีจึงสามารถนำหลักกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนาและผลของการแสดงเจตนาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างในสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้ และเมื่อการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญามีผลในทางกฎหมายแล้ว ย่อมเป็นการปลดภาระหน้าที่ของคู่สัญญาในทันทีซึ่งโดยทั่วไปแล้ว เมื่อมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาที่ไม่ต้องการจะผูกพันตามสัญญาแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลได้เพียงการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเลิกสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น อันเป็นการเคารพต่อ “หลักความมีอิสระในทางแพ่ง (Privatautonomie)” อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวไม่อาจจะนำมาใช้บังคับกับหน่วยงานทางปกครองได้ เนื่องจากหน่วยงานทางปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเห็นว่า

^{๓๓} ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ผู้ใช้กฎหมายสามารถนำ “หลักกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนา” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในสัญญาทางปกครองด้วยได้

หน่วยงานทางปกครองเลิกสัญญาไม่ชอบและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับในกรณีนั้นเปิดช่องให้สามารถฟ้องบังคับให้หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้แล้ว กรณีเช่นนี้คู่สัญญาเอกชนย่อมสามารถฟ้องร้องต่อศาลขอให้หน่วยงานทางปกครองดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้

(๓.๒) การนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง

ในการนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง มีข้อความคิดในทางนิติวิธีอยู่ว่า การบอกเลิกสัญญาจะทำให้การปฏิบัติภารกิจตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดสะดุดหยุดลงไปพร้อมกับการเลิกสัญญา ดังนั้น การเลิกสัญญาจะต้องเป็น **มาตรการสุดท้าย** ที่หน่วยงานทางปกครองจะนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทตามสัญญา สำหรับกรณีที่เกิดเหตุอันเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติภารกิจนั้นตามสัญญาแล้ว ในเบื้องต้นคู่สัญญาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการปรับแก้ข้อผูกพันตามสัญญากันเสียก่อน อันเป็นการเคารพต่อหลักการสำคัญที่ว่าด้วย “สัญญาต้องเป็นสัญญา” โดยการแก้ไขสัญญาต้องอยู่ภายในขอบข่ายแห่งวัตถุประสงค์เดิมของสัญญาหรือข้อตกลงนั้น ต่อเมื่ออุปสรรคในการปฏิบัติภารกิจนั้นตามสัญญาไม่อาจจะแก้ไขได้หรือแม้จะแก้ไขได้ ก็เป็นการไม่สมเหตุสมผลในทางสัญญาอีกต่อไป การเลิกสัญญาจึงจะถือเป็นมาตรการที่เหมาะสมในการระงับข้อพิพาทตามสัญญาต่อไป ซึ่งข้อความคิดดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองได้

(๓.๒.๑) การแก้ไขสัญญาก่อนการบอกเลิกสัญญา

แม้การแก้ไขสัญญาควรจะต้องถูกนำมาใช้พิจารณาก่อนการเลิกสัญญาก็ตาม แต่การแก้ไขสัญญาก็มิใช่เงื่อนไขที่คู่สัญญาจะต้องดำเนินการก่อนการบอกเลิกสัญญา เพียงแต่การแก้ไขสัญญาเป็นทางเลือกที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการดำเนินการแก้ไขสัญญา รวมถึงการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยว่าการแก้ไขสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น หรือไม่ แต่การที่คู่สัญญาจะบอกเลิกสัญญาก่อนที่จะมีการแก้ไขสัญญานั้น กรณีจะต้องตรวจสอบว่าคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญามีเหตุผลหนักแน่นเพียงพอที่จะเลิกสัญญาหรือไม่ ซึ่งหากอุปสรรคในการปฏิบัติภารกิจนั้นตามสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นเป็นอุปสรรคที่อาจจะแก้ไขได้ กรณีจะทำให้การเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นการเลิกสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยสัญญาทางปกครองที่ไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นสัญญาที่ยึดโยงกับการทำให้ภารกิจของหน่วยงานทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินการกิจตามกฎหมายเป็นไปอย่างต่อเนื่อง การแก้ไขสัญญาก่อนที่จะเลิกสัญญาย่อมเป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานทางปกครองในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดได้มากกว่าการบอกเลิกสัญญา

(๓.๒.๒) การแก้ไขสัญญาจะจำเป็นต้องเป็นไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด

หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการพิจารณา “ความจำเป็นในการแก้ไขสัญญา” คือ จะต้องพิจารณาอุปสรรคในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้ได้ความว่าความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่ทำสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม และการกำหนดให้คู่สัญญายึดถือตามข้อตกลงเดิมเอาไว้ย่อมทำให้คู่สัญญาไม่อาจจะปฏิบัติการชำระหนี้แห่งตนได้ หรือแม้แต่จะสามารถชำระหนี้แห่งตนได้ก็เป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ โดยจะต้องพิจารณาให้ได้ว่า “การแก้ไขสัญญานั้นจะเป็นเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ” และจะต้องพิจารณาซึ่งหน้ากับ “การบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด” สำหรับกระบวนการขั้นตอนการแก้ไขสัญญาทางปกครองนั้นสามารถนำขั้นตอนตามมาตรา ๙๗ วรรคสอง และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ประกอบกับข้อ ๑๖๕ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาใช้ประกอบการพิจารณาได้ เช่น กรณีที่เป็นการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่างจะต้องได้รับการรับรองจากวิศวกร สถาปนิกและวิศวกรผู้ชำนาญการ หรือผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรับผิดชอบ หรือสามารถรับรองคุณลักษณะเฉพาะ แบบและรายการของงานก่อสร้าง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่างนั้น แล้วแต่กรณี ด้วยเป็นต้น ดังนั้น ไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใด^{๓๔} จะฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลพิพากษาให้มีการแก้ไขสัญญา ศาลจะต้องพิจารณาให้ได้ว่าความจำเป็นและการแก้ไขสัญญานั้นมีความจำเป็นและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะตามที่กล่าวมาข้างต้นหรือไม่ อันเป็นข้อความคิดตามมาตรา ๑๐๓ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

(๓.๒.๓) การเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองต้องคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่การเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงอยู่ภายใต้ “หลักความมีอิสระในทางแพ่ง (Privatautonomie)”

เมื่อการเลิกสัญญาทางปกครองส่งผลเป็นการปลดปล่อยภาระหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว การบอกเลิกสัญญาจึงย่อมกระทบต่อการปฏิบัติการกิจของหน่วยงานทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ การเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงาน

^{๓๔} การแก้ไขสัญญาที่จำกัดไว้แต่เพียงให้คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองแก้ไขสัญญาได้แต่ฝ่ายเดียวนั้น ก็ยังไม่อาจจะอธิบายได้ว่าการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวจะทำให้เกิดประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะได้หรือไม่ เพราะในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองละเลยไม่ยอมแก้ไขสัญญา โดยไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเรียกร้องให้มีการแก้ไขสัญญา ก็อาจทำให้เกิดอุปสรรคต่อการบริการสาธารณะได้เช่นกัน ดังนั้น การเปิดโอกาสให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้สิทธิเรียกร้องขอให้มีการแก้ไขสัญญา โดยให้ศาลเป็นองค์กรชี้ขาดเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา ย่อมเป็นผลดีต่อการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ทางปกครองต้องคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครอง ในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดด้วย ดังนั้น การเลิกสัญญาจะต้องเป็นกรณีที่น่าจะปรากฏว่าการยึดถือข้อผูกพันตามสัญญาต่อไปนี้อาจจะทำให้การปฏิบัติภารกิจตามที่กฎหมายกำหนดนั้นบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ หรือแม้จะสามารถบรรลุผลได้ แต่ก็ก่อให้เกิดผลเสียอย่างรุนแรงประการอื่นได้ เช่น การปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา อาจก่อให้เกิดการละเมิดทบับัญญัติแห่งกฎหมายอื่น หรือมีโทษทางอาญาได้ เป็นต้น อันเป็นหลักกฎหมายตามมาตรา ๑๐๓ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่สามารถนำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองได้ สำหรับการบอกเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเอาไว้ บุคคลเอกชนย่อมมีเสรีภาพที่จะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ โดยเป็นสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับสัญญา ที่บุคคลเอกชนจะเข้าทำสัญญาหรือจะเลิกสัญญาได้ การกำหนดห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาจึงไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร และการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญอีกด้วย ประกอบกับ **กลไกทางกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ** เพื่อมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจจะเลิกสัญญาได้โดยง่าย ซึ่งได้แก่ **หลักประกันสัญญา ค่าปรับ หรือค่าเสียหายอื่น ๆ** เช่น ความเสียหายอันเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองต้องไปดำเนินการหาคู่สัญญาใหม่ รวมถึงมาตรการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจประกาศกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดังกล่าวเป็นบุคคลที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะเข้าทำสัญญากับหน่วยงานทางปกครองอื่นได้อีกต่อไปในอนาคต ผู้เขียนจึงเห็นว่า การใช้กลไกทางกฎหมายและมาตรการดังกล่าวเป็นสิ่งพอสมควรแก่เหตุในการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเอกชนในสัญญาทางปกครองแล้ว ประกอบกับ **ลักษณะสำคัญของการเลิกสัญญา** ที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาอย่างชัดเจนที่จะไม่ปฏิบัติตามภาระหนี้ของตนต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอีกต่อไปแล้ว การห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญา ย่อมส่งผลกระทบต่อการดำเนินการกิจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองด้วยเช่นกัน เนื่องจากการที่ยังคงให้หน่วยงานทางปกครองต้องผูกพันตามสัญญาเดิมที่อาจเลิกกันได้แล้ว แต่ไม่มีการปฏิบัติตามภาระหนี้ตามสัญญาอีกต่อไป รวมทั้งหน่วยงานทางปกครองเองก็ไม่ว่าจะจัดหาคู่สัญญาใหม่ได้ เพราะหน่วยงานทางปกครองยังคงต้องอยู่ภายใต้ข้อผูกพันของสัญญาเดิม ดังนั้น การให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเลิกสัญญาได้และคู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถเร่งรัดหาคู่สัญญารายใหม่ได้แล้ว การปฏิบัติตามภาระหนี้ตามสัญญาซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักในการจัดทำสัญญาทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองก็จะสามารถตอบสนองต่อการดำเนินการกิจและหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองได้และยังจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะอีกด้วย

๑.๒.๒ การนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง

เมื่อไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องสัญญาที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองได้แล้ว กรณีจึงต้องนำกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองทั่วไปมาใช้พิจารณา ซึ่งในระบบกฎหมายไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

และแม้ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ จะกำหนดบทนิยามคำว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” และ “การพิจารณาทางปกครอง” ตามมาตรา ๕^{๓๕} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ให้มีความหมายจำกัดอยู่ที่เรื่อง “การจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง” ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาข้อความคิดในทางนิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว จะพบว่า ในระบบกฎหมายเยอรมันได้มีการนำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG)) มาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้ โดยการนำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG)) ในส่วนที่บัญญัติเกี่ยวกับการจัดให้มีคำสั่งทางปกครองมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้ด้วย ผู้เขียนเห็นว่า **ข้อความคิดในทางนิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันดังกล่าวสามารถนำมาใช้กับการอุดช่องของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยได้เช่นกัน** โดยมีข้อพิจารณาที่ต้องคำนึงถึงสองประการ คือ

หนึ่ง คำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครองต่างก็มีลักษณะเป็นการพิจารณาทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองด้วยกันทั้งสองการกระทำ เพียงแต่คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของหน่วยงานทางปกครอง ในขณะที่สัญญาทางปกครองเป็นการกระทำสองฝ่ายที่จะต้องได้รับการสนองตอบจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

สอง บทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเพื่อนำไปใช้กับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้นที่จะสามารถนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้ นอกจากนี้ การนำบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้ก็ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติเรื่องวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องของสัญญาทางปกครองไว้แล้วเป็นการเฉพาะ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยได้แก่ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ นั่นเอง

(๑) การแบ่งแยกระหว่างขั้นตอนการกระทำ “ก่อน” ทำสัญญากับขั้นตอนการจัดทำสัญญา

(๑.๑) การคัดเลือกคู่สัญญาเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมาย

^{๓๕} มาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

“วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้

“การพิจารณาทางปกครอง” หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง”

เมื่อมาตรา ๕^{๓๖} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ในส่วนที่บัญญัติบทนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” และ กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒^{๓๗} (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ อันเป็นกรณีที่อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดความเป็นคำสั่งทางปกครองให้กับกระบวนการ “ก่อน” ทำสัญญา ได้แก่ การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาข้อเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน และการให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา อันเป็นกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของหน่วยงานทางปกครอง “ก่อน” ที่จะเข้าทำสัญญา แต่สำหรับคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองนำมาใช้เพื่อควบคุมคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งได้แก่ คำสั่งให้ผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ทำงาน นั้น ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างหากจากกระบวนการจัดทำสัญญา ดังนั้น ในระบบกฎหมายไทยจึงมีความชัดเจนว่ากฎหมายประสงค์ที่จะให้แยกคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับการคัดเลือกคู่สัญญา ออกจากกระบวนการใช้สิทธิทางสัญญาภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาไปแล้ว อันมีลักษณะเป็นไปตาม “ทฤษฎีสองขั้นตอน (Die Zwei-Stufen Theorie)” ที่ปรากฏในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ซึ่งนำมาใช้แยกกระบวนการก่อนทำสัญญาให้เป็นคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น จะมีการนำทฤษฎีดังกล่าวไปใช้อย่างจำกัด กล่าวคือ “ทฤษฎีสองขั้นตอน (Die Zwei-Stufen Theorie)” จะนำมาใช้เฉพาะกรณีของสัญญาที่มีขั้นตอนแบ่งแยกการใช้อำนาจอย่างชัดเจนเท่านั้น เช่น คำสั่งอนุมัติที่หน่วยงานทางปกครองให้เงินช่วยเหลือแก่บริษัทเอกชน ซึ่งบริษัทเอกชนจะต้องไปดำเนินการทำสัญญาเงินกู้กับธนาคารอีกต่อหนึ่ง แต่ในระบบกฎหมายไทย เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความชัดเจนดังที่ กล่าวมาแล้วข้างต้น

^{๓๖} มาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้ “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(๑) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(๒) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง”

^{๓๗} กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนดว่า

“ให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

๑. การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(๒) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(๓) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาข้อเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

(๔) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

๒. การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา”

กระบวนการ “ก่อน” ทำสัญญาจึงถือเป็นการพิจารณาทางปกครองเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง ซึ่งสามารถนำหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้ได้

(๑.๒) ปัญหาในทางนิติวิธีเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของ “ประกาศ ประกวดราคา” และ “สัญญาหลักประกันซอง”

สำหรับหลักกฎหมายเกี่ยวกับ “ประกาศประกวดราคา” และ “สัญญาหลักประกันซอง” นั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเป็นหลักการไว้ว่า “ประกาศประกวดราคานอกจากจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปแล้ว ยังมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างงานที่ประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างตามแบบสัญญาที่กำหนด อีกทั้งยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีกำหนดอีกด้วย เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ยื่นซองเอกสารประกวดราคาโดยจัดทำหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับแก้ไข) และวางหลักประกันซองต่อผู้ฟ้องคดีแล้ว จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้ฟ้องคดีและก่อให้เกิดสัญญาขึ้น ตามนัยมาตรา ๓๖๑ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจ้างปรับปรุงท่อจ่ายน้ำ ท่อบริการและงานที่เกี่ยวข้อง ด้านลดน้ำสูญเสียพื้นที่สำนักงานประปาสาขาตากสิน ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กับผู้ฟ้องคดีมุ่งจะกระทำขึ้นในภายหลัง สัญญาที่เกิดขึ้นก่อนนี้มีลักษณะเป็นสัญญาเบื้องต้นที่เรียกว่า สัญญาหลักประกันซอง”^{๓๘} นั้น จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดลักษณะทางกฎหมายให้กับ “ประกาศประกวดราคา” ถึงสามลักษณะด้วยกัน คือ หนึ่ง เป็นการกระทำฝ่ายเดียวคือเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป สอง เป็นคำเชื้อเชิญให้คู่สัญญาทำคำเสนอ หรือ ที่เรียกในภาษาละตินว่า invitation ad offerendum ซึ่งคำเชื้อเชิญให้คู่สัญญาทำคำเสนอนั้น มีลักษณะเป็นการแสดงออกทางข้อเท็จจริงของบุคคลที่ไม่ประสงค์จะให้มิผลผูกพันทางกฎหมาย มิใช่คำเสนอที่จะมีผลผูกพันทางกฎหมายได้ และ สาม มีลักษณะเป็นคำเสนอ ซึ่งถือเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลที่มุ่งหมายจะก่อให้เกิดผลผูกพันทางนิติสัมพันธ์ขึ้น ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ผู้เขียนเห็นว่า ในทางนิติวิธีแล้ว “ประกาศประกวดราคา” ไม่อาจจะมีลักษณะทางกฎหมายที่ขัดแย้งกันถึงสามลักษณะได้ กล่าวคือ การเป็น “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ถือเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ซึ่งแยกต่างหากจากกระบวนการจัดทำสัญญา ที่เป็นการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของบุคคลสองฝ่าย และในกระบวนการจัดทำสัญญานั้น “คำเชื้อเชิญ” หรือที่เรียกว่า invitation ad offerendum นั้น ไม่อาจจะเกิดขึ้นพร้อมกับการทำคำเสนอที่มีผลผูกพันทางกฎหมายได้ ประกอบกับ “หลักประกันซองหรือหลักประกันการเข้าเสนอราคา” นั้น เป็นกระบวนการส่วนหนึ่งของการคัดเลือกคู่สัญญา โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างที่ใช้บังคับแก่กรณีนั้น บัญญัติกำหนดเป็นหน้าที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องดำเนินการ ดังนั้น เมื่อในระบบกฎหมายแบ่งแยกกระบวนการ “ก่อน” สัญญา ออกเป็นการกระทำฝ่ายเดียวแล้ว การรับหลักประกันซองและข้อพิพาทที่ตามมาจึงสมควรถือว่าเป็น “คำสั่งทางปกครอง” เช่นเดียวกัน ดังที่ศาลปกครองสูงสุดเคยมี

^{๓๘} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๙๘/๒๕๕๘

คำวินิจฉัยเอาไว้ว่า “หนังสือที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ให้ยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดี เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่มีอำนาจที่จะยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดี ตามข้อ ๑๒.๓ ของเอกสารประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างถนนและสะพาน ซึ่งกำหนดว่า ผู้เสนอราคาซึ่งได้ยื่นเอกสารประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ต่อกรมฯ แล้วจะถอนตัวออกจากการประกวดราคาฯ มิได้ และเมื่อได้รับการคัดเลือกให้เข้าเสนอราคาแล้ว ต้องเข้าร่วมเสนอราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ มิฉะนั้น กรมฯ จะริบหลักประกันของทันที และอาจพิจารณาเรียกร้องให้ชดใช้ความเสียหายอื่น (ถ้ามี) รวมทั้งอาจพิจารณาให้เป็นผู้ที่ทำงานได้ หากมีพฤติกรรมเป็นการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้แย้งว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำฟ้องนี้เข้าลักษณะเป็นคดีปกครอง ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มิใช่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิหน้าที่กันระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ตามสัญญา”^{๓๙}

(๒) หลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่สามารถนำมาใช้กับนิติกรรมสองฝ่าย (สัญญา) ได้

เกณฑ์ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติใดของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่จะสามารถนำมาใช้กับสัญญาได้จะต้องเป็นบทบัญญัติที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองเอาไว้ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ จะต้องเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเหมาะแก่การนำมาปรับใช้กับสัญญาได้ด้วย ซึ่งจะต้องทำการตีความบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ว่าบทบัญญัตินั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะสามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาได้หรือไม่ หรือเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงและมีวัตถุประสงค์เพื่อให้นำไปใช้เฉพาะกับคำสั่งทางปกครองเท่านั้น โดยมีรายละเอียดในการพิจารณาดังนี้

- **บทนิยาม** ตามมาตรา ๑ ถึง มาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ไม่มีบทบัญญัติใดที่จะสามารถนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้

- **หมวด ๑ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**ตามมาตรา ๗ ถึง มาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้

- **หมวด ๒ คำสั่งทางปกครอง**ตามมาตรา ๑๒ ถึง มาตรา ๖๓/๒๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

^{๓๙} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๓๗/๒๕๕๐

ส่วนที่ ๑ เจ้าหน้าที่ ตามมาตรา ๑๒ ถึง มาตรา ๒๐ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับ “**หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่**” ในการพิจารณาทางปกครอง และเมื่อดุลพินิจในการตัดสินใจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นการเข้าทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา หรือการยกเลิกสัญญาถือเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาทางปกครองแล้ว ดังนั้น การนำบทบัญญัติว่าด้วยเรื่อง “**หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่**” มาพิจารณาอุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองจึงย่อมสามารถกระทำได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากข้อคำนึงถึงเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องของ “**คุณสมบัติและการคัดเลือกคู่สัญญา**” นั้น ได้มีพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะด้วยแล้ว ดังนั้น จึงต้องนำหลักเกณฑ์เรื่องคุณสมบัติและการคัดเลือกคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะมาใช้ก่อน

ส่วนที่ ๒ คู่กรณี มาตรา ๒๑ ถึง มาตรา ๒๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ สำหรับคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับบทบัญญัติเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครองข้างต้น ที่สามารถนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้ โดยต้องคำนึงถึงบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ในส่วนที่บัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องของ “**คุณสมบัติและการคัดเลือกคู่สัญญา**” ด้วย

ส่วนที่ ๓ การพิจารณา มาตรา ๒๖ ถึง มาตรา ๓๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ สำหรับหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับบทบัญญัติเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครองข้างต้น ที่สามารถนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้ โดยต้องคำนึงถึงบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ในส่วนที่บัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องของ “**คุณสมบัติและการคัดเลือกคู่สัญญา**” ด้วยเช่นเดียวกัน

ส่วนที่ ๔ รูปแบบและผลของคำสั่งทางปกครอง มาตรา ๓๔ ถึง มาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับการกระทำฝ่ายเดียว ได้แก่ การจัดให้มีคำสั่งทางปกครองเป็นการเฉพาะ กรณีจึงไม่มีบทบัญญัติใดในส่วนที่ ๔ นี้ที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้

ส่วนที่ ๕ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง มาตรา ๔๔ ถึง มาตรา ๔๘ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับการกระทำฝ่ายเดียว ได้แก่ การจัดให้มีคำสั่งทางปกครองเป็นการเฉพาะ กรณีจึงไม่มีบทบัญญัติใดในส่วนที่ ๕ นี้ที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้

ส่วนที่ ๖ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง มาตรา ๔๙ ถึง มาตรา ๕๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับการกระทำฝ่ายเดียว ได้แก่ การจัดให้มีคำสั่งทางปกครองเป็นการเฉพาะ กรณีจึงไม่มีบทบัญญัติใดในส่วนที่ ๖ นี้ที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้

ส่วนที่ ๗ การขอให้พิจารณาใหม่ มาตรา ๕๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับการกระทำฝ่ายเดียว ได้แก่ การจัดให้มีคำสั่งทางปกครองเป็นการเฉพาะ กรณีจึงไม่มีบทบัญญัติใดในส่วนที่ ๗ นี้ที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้

ส่วนที่ ๘ การบังคับทางปกครอง มาตรา ๖๓/๑ ถึง มาตรา ๖๓/๒๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับการกระทำฝ่ายเดียว ได้แก่ การจัดให้มีคำสั่งทางปกครองเป็นการเฉพาะ กรณีจึงไม่มีบทบัญญัติใดในส่วนที่ ๘ นี้ที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้

หมวด ๓ ระยะเวลาและอายุความ มาตรา ๖๔ ถึง มาตรา ๖๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลา ได้แก่ การนับระยะเวลา (มาตรา ๖๔) การขยายระยะเวลา (มาตรา ๖๕) และการขอขยายระยะเวลา กรณีมีพฤติการณ์ที่จำเป็น (มาตรา ๖๖) ย่อมสมารถที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้ เช่น กรณีที่การชำระหนี้จะครบกำหนดในวันหยุดราชการ ให้ถือว่าระยะเวลานั้นสิ้นสุดในวันทำงานที่ถัดจากวันหยุดนั้น เว้นแต่สัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ตามมาตรา ๖๔ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ สำหรับมาตรา ๖๗ นั้น เป็นบทบัญญัติที่ใช้เฉพาะเจาะจงกับคำสั่งทางปกครอง กรณีจึงไม่อาจจะนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้ ทั้งนี้ อายุความการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๕๑ เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การนับระยะเวลาหรืออายุความการฟ้องคดีที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงจะต้องนับระยะเวลาหรืออายุความการฟ้องคดีตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

หมวด ๔ การแจ้ง มาตรา ๖๘ ถึง มาตรา ๗๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ สำหรับเรื่องการแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้น สามารถนำมาใช้อุดช่องว่างในเรื่องการแจ้งระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ เช่น การสันนิษฐานว่ากรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองได้แจ้งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยวิธีส่งทางไปรษณีย์ตอบรับให้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับแจ้งเมื่อครบกำหนดเจ็ดวันนับแต่วันส่งสำหรับกรณีภายในประเทศ หรือเมื่อครบกำหนดสิบห้าวันนับแต่วันส่งสำหรับกรณีส่งไปยังต่างประเทศ เว้นแต่จะมีการพิสูจน์ได้ว่าไม่มีการได้รับหรือได้รับก่อนหรือหลังจากวันนั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา ๗๑^{๔๐} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นต้น นอกจากนี้ เมื่อได้พิจารณาลักษณะทางกฎหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลและมีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่

^{๔๐} มาตรา ๗๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า “การแจ้งโดยวิธีส่งทางไปรษณีย์ตอบรับให้ถือว่าได้รับแจ้งเมื่อครบกำหนดเจ็ดวันนับแต่วันส่งสำหรับกรณีภายในประเทศ หรือเมื่อครบกำหนดสิบห้าวันนับแต่วันส่งสำหรับกรณีส่งไปยังต่างประเทศ เว้นแต่จะมีการพิสูจน์ได้ว่าไม่มีการได้รับหรือได้รับก่อนหรือหลังจากวันนั้น”

ขณะที่ผู้ขึ้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป อันเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกันกับเรื่อง “การแสดงเจตนา” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนแล้ว กรณีจึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การที่หน่วยงานทางปกครองมีหนังสือแจ้งเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครองนั้น จะสามารถนำเรื่องการแจ้งคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือเรื่องความมีผลของการแสดงเจตนาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในประเด็นดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า แม้มาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง^{๔๑} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะได้บัญญัติเรื่องความมีผลของการแสดงเจตนาหรือวิธีการแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าไว้ก็ตาม แต่เมื่อมาตรา ๖๙ วรรคสอง^{๔๒} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้บัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับเรื่องการแจ้งเป็นหนังสือไว้แล้วเป็นการเฉพาะ กรณีจึงต้องนำมาตรา ๖๙ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการแจ้งเป็นหนังสือในระบบกฎหมายปกครองเอาไว้เป็นการเฉพาะมาใช้กับกรณีที่หน่วยงานทางปกครองมีหนังสือแจ้งเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครอง เนื่องจากในกรณีนี้ต้องถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงกว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หมวด ๕ คณะกรรมการที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาทางปกครอง มาตรา ๗๕ ถึงมาตรา ๘๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ สำหรับการดำเนินการปฏิบัติราชการทางปกครองในรูปแบบสัญญานั้น อาจจะผ่านกระบวนการพิจารณาทางปกครองในรูปแบบคณะกรรมการของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เช่น คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ ดังนั้น โดยหลักการแล้ว บทบัญญัติในส่วนนี้ย่อมสามารถนำมาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้ เว้นแต่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ จะมีระบบการพิจารณาทางปกครองในรูปแบบคณะกรรมการเป็นอย่างอื่น

๑.๒.๓ การอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้

เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเอาไว้โดยเฉพาะ กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยพิจารณาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติ

^{๔๑} มาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามิผลนับแต่เวลาที่มีการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา แต่ถ้าได้บอกถือนไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาขึ้น ก่อนหรือพร้อมกันกับที่มีการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาขึ้นตกเป็นอันไร้ผล”

^{๔๒} มาตรา ๖๙ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า “การแจ้งเป็นหนังสือให้ส่งหนังสือแจ้งต่อผู้ขึ้น หรือถ้าได้ส่งไปยังภูมิลำเนาของผู้ขึ้นก็ให้ถือว่าได้รับแจ้งตั้งแต่วันที่ไปถึง”

การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ตามลำดับ ตามที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น หลังจากนั้น ในลำดับถัดไป จึงเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้สำหรับการพิจารณาการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองนั้น มีข้อพิจารณา ดังนี้

(๑) หลักการสำคัญที่ต้องคำนึงถึงเสมอในการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองก็คือ การที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองไม่มีเสรีภาพในการดำเนินการ แต่ต้องดำเนินการภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น หากมิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดกำหนดห้ามไว้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีเสรีภาพในการดำเนินการเสมอ ดังนั้น การนำพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองจึงผูกพันการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง อันส่งผลให้การนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองจึงต้องคำนึงถึงลักษณะพิเศษของการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองก่อนเสมอ แต่สำหรับการดำเนินการของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น สามารถนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ได้ ไม่แตกต่างจากคู่สัญญาเอกชนทั่วไป เว้นแต่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเอง บัญญัติห้ามเอาไว้เป็นการเฉพาะ

(๒) กระบวนการ “ก่อน” ทำสัญญา ไม่อาจจะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายได้ เนื่องจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในระบบกฎหมายไทยนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้บัญญัติให้เป็น “คำสั่งทางปกครอง โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ดังนั้น กรณีจึงไม่อาจจะนำบทบัญญัติใดของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนการแสดงเจตนาเพื่อเข้าทำสัญญามาใช้ในกรณีนี้ได้

(๓) การปฏิบัติราชการหรือการชำระหนี้บกพร่อง สามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองได้ เนื่องจากไม่มีความแตกต่างในหลักการระหว่างสัญญาของหน่วยงานทางปกครองกับสัญญาของเอกชน ซึ่งต่างก็เป็นหนี้ต่างตอบแทนที่จะต้องมีการชำระหนี้ให้แก่กัน โดยต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายเฉพาะ เช่น คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ การกำหนดค่าปรับ หรือการริบหลักประกันสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ อันเป็นกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาไว้แล้ว

(๔) การแก้ไขสัญญาและการบอกเลิกสัญญา ในการแก้ไขสัญญาและการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองนั้น คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองจะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ส่วนในการนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างในเรื่องการแก้ไขและการบอกเลิกสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองก็ต้องคำนึงถึงลักษณะ

พิเศษของการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองก่อน แต่สำหรับการดำเนินการของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น สามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ได้โดยไม่ได้มีลักษณะแตกต่างไปจากกรณีของคู่สัญญาเอกชนทั่วไป เว้นแต่จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติห้ามไว้เป็นการเฉพาะ

๑.๒.๔ การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในสัญญาทางปกครอง : เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

ตามที่ได้อธิบายหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยอาศัย “หลักกฎหมายทั่วไป” ในหัวข้อ “ความสำคัญและข้อความคิดพื้นฐานในทางนิติวิธีของการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองว่าด้วยสัญญาทางปกครอง” ไปแล้วว่า การที่จะนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายได้นั้น จะต้องปรากฏว่าไม่อาจจะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นใดมาใช้ได้ และด้วยเหตุที่ “หลักกฎหมายทั่วไป” ไม่มีองค์ประกอบทางกฎหมายที่ชัดเจน การที่จะนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง จึงต้องมีการอธิบายรายละเอียดให้ชัดเจน โดยมีให้ชัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร สำหรับในระบบกฎหมายไทยนั้น ต้องยอมรับว่าระบบกฎหมายปกครองของไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ระบบกฎหมายเยอรมัน และระบบกฎหมายฝรั่งเศส เป็นอันมาก สำหรับข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลจากระบบสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับการศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายต่างประเทศย่อมมีประโยชน์ต่อพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของไทยได้ แต่ในการนำหลักกฎหมายปกครองต่างประเทศมาปรับใช้ในระบบกฎหมายปกครองไทยก็ต้องคำนึงถึงบริบทในทางวัฒนธรรมและสังคมของประเทศไทยด้วยเช่นกัน

(๑) สถานะของหลักกฎหมายเปรียบเทียบในทางนิติวิธี

ข้อความคิดในทางนิติวิธีที่เป็นพื้นฐานของการศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ คือ ในระบบกฎหมายปกครองนั้น ต้องพึงระลึกเสมอว่า กฎหมายปกครองเป็นสาขาของกฎหมายที่แสดงถึงเอกลักษณ์หรือลักษณะเฉพาะตัวของชนชาติในประเทศหรือในรัฐนั้น ๆ (Administrative law is commonly said to belong to those fields of law, “in which the national character of a people or State is most pronounced”)^{๔๓} เช่น รัฐธรรมนูญสมัยใหม่ของทุก ๆ ประเทศมักจะมีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่อง “สิทธิเสรีภาพ” และอาจจะใช้ถ้อยคำของตัวบทกฎหมายในลักษณะเดียวกัน แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่า “สิทธิเสรีภาพ” ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน (Grundgesetz หรือ The Basic Law) จะสามารถนำมาใช้ตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่าด้วยสิทธิเสรีภาพในประเทศไทยได้ ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Menschenwürde)” ในระบบกฎหมายเยอรมัน ที่ผ่านกระบวนการทางสังคมโดยมีพัฒนาการ

^{๔๓} Karl-Peter Sommermann, Objectives and Methods of a Transnational Science of Administrative Law, in : H.-J. Blanke/P. Cruz Villalón/T. Klein/J. Ziller (ed.), Common European Legal Thinking. Essays in Honour of Albrecht Weber, Heidelberg/New York/Dordrecht /London : Springer, 2016, S. 543-561.

ทางข้อความคิดมาจากการล่มสลายของระบบนิติรัฐภายใต้ระบอบการปกครองของนาซี ซึ่งย่อมจะมีความแตกต่างไปจากความเข้าใจของผู้คนและสังคมในระบบกฎหมายไทย กรณีจึงทำให้มีนักวิชาการบางส่วนไม่เห็นด้วยกับการนำหลักกฎหมายมหาชนเปรียบเทียบมาใช้ โดย **Hans Nawiasky**^{๔๔} ได้อธิบายไว้ว่าการนำข้อสรุปจากหลักกฎหมายของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันมาใช้ในประเทศของตนเองนั้น ไม่อาจจะกระทำได้ เว้นแต่จะปรากฏว่าในระบบกฎหมายของประเทศตนนั้นได้แสดงออกให้เห็นอย่างชัดเจนถึง “ความเชื่อมโยงกันโดยตรงในทางข้อความคิด (unmittelbarer geistiger Zusammenhang; direct intellectual connection)” ที่จะทำให้สามารถนำหลักกฎหมายของประเทศนั้น ๆ มาใช้ในประเทศของตนเองได้^{๔๕} ในขณะที่ **Erich Kaufmann** และ **Heinrich Triepel** เห็นว่า กรณีมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญในฐานะตัวอย่างการใช้และตีความกฎหมาย และโดยที่ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญตามระบอบประชาธิปไตยของเยอรมันได้พังทลายไปหมดสิ้นแล้ว ดังนั้น จึงไม่ใช่สิ่งที่ผิดที่จะพิจารณาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของเยอรมันให้มีความเชื่อมโยงกับระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ (สหรัฐอเมริกา และ สวิตเซอร์แลนด์)^{๔๖} อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การใช้และตีความกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองนั้น อาจจะใช้ประโยชน์จากการศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายของต่างประเทศได้ แต่จะต้องใช้การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบในลักษณะ “เครื่องมือที่นำมาใช้ประกอบหรือช่วยเหลือในการใช้และตีความกฎหมาย (Interpretationshilfe)” มากกว่าจะนำมาใช้เป็น “วิธีการหรือเครื่องมือหลัก” ในทางนิติวิธี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการนำหลักกฎหมายเปรียบเทียบมาใช้ในระบบกฎหมายมหาชนหรือระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทยนั้น จะต้องผ่านกระบวนการคิดวิเคราะห์ในหลายๆ ด้านประกอบกัน ลำพังพัฒนาการ

^{๔๔} **Hans Nawiasky**, VVDStRL 3 (1927), 25–43 (26). Konsequent dann S. 27: „Aus diesem Grunde glaube ich jenen höchst interessanten, ja verführerischen Versuchen nicht folgen zu dürfen, die aus der schweizerischen oder nordamerikanischen Rechtspraxis in bezug auf den verfassungsmäßigen Gleichheitssatz Konsequenzen für unser Recht gezogen haben “ (Hervorhebungen bei Nawiasky).

^{๔๕} er halte es für unzulässig, zwischenstaatlich getrennten Rechtsordnungen Schlüsse zu ziehen, sofern nicht ausnahmsweise ein unmittelbarer geistiger Zusammenhang im Sinne einer Übernahme nachweisbar sei. อ้างใน Axel Tschentscher, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JZ 17/2007, Seite 807-816.

^{๔๖} **Erich Kaufmann**, VVDStRL 3 (1927), 2–24 (5) : „Für eine Erörterung seines [des Gleichheitssatzes] Sinnes ist daher die rechtsvergleichende Methode nicht nur nicht abzuweisen, sondern sogar geboten.“ Ebd., Schlußwort, S. 60–62 (61): „Namentlich die Judikatur des Supreme Court bietet für das, was ich meine, interessante Beispiele.“ **Heinrich Triepel**, VVDStRL 3 (1927), 50–53 (50): „Diese Zusammenhänge laufen um die ganze zivilisierte Welt. Und gerade weil sich der neue deutsche Bau auf den demokratischen Untergrund stellt, ist es kein Mißgriff, wenn man die neue deutsche Rechtsordnung in Beziehung setzt zu dem Rechtssystem der Vereinigten Staaten oder der Schweiz,“

ทางด้านความคิดเกี่ยวกับ “The Rule of Law” ในระบบกฎหมายอังกฤษ “Der Rechtsstaat” ในระบบกฎหมายเยอรมัน หรือ “L’État de droit” ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อันเป็นรากฐานหรือที่มาของการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ก็ยังมีความแตกต่างกันในรายละเอียดเป็นอย่างมาก นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากตำรา^{๔๗} เกี่ยวกับการนำกฎหมายเปรียบเทียบมาใช้ประโยชน์ในทางนิติวิธีแล้ว จะพบถึงความยากลำบากที่จะได้มาซึ่งผลลัพธ์จากการค้นคว้าที่จะสามารถนำมาใช้ประโยชน์เป็นข้ออ้างในทางนิติวิธีที่ชัดเจนได้ สำหรับการนำกฎหมายเปรียบเทียบมาใช้เป็น “เครื่องมือประกอบหรือช่วยเหลือในการใช้และการตีความกฎหมายในทางนิติวิธี (Interpretationshilfe)” มีข้อคำนึงถึง^{๔๘} ดังนี้

(๑.๑) กฎหมายเปรียบเทียบมิใช่เรื่องการรายงานข้อมูลทางกฎหมายของแต่ละประเทศ (Rechtsvergleichung ≠ Länderbericht) หากแต่เป็นเรื่องการศึกษาค้นคว้าถึงวิธีการจัดการข้อพิพาทในสังคม

กระบวนการทางกฎหมายเปรียบเทียบมิใช่การจัดทำรายงานข้อมูลทางกฎหมายของประเทศที่ทำการศึกษา หากแต่กระบวนการทางกฎหมายเปรียบเทียบ คือ “การศึกษาค้นคว้าเพื่อให้ทราบถึงตัวอย่างการใช้กฎหมายของต่างประเทศเพื่อนำมาใช้ป้องกันและหาทางออกให้กับข้อพิพาทในสังคมของประเทศตนเอง (Erforschung von Modellen für die Verhinderung und Lösung sozialer Konflikte)”

(๑.๒) การศึกษาค้นคว้ากฎหมายเปรียบเทียบเพื่อให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ (Funktionalität; functionality) ของหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้จัดการข้อพิพาท

ในการศึกษาลักษณะกฎหมายของต่างประเทศหรือกฎหมายเปรียบเทียบต้องเป็นการศึกษาค้นคว้าเพื่อให้ได้มาซึ่งวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายที่ถูกใช้ในบริบทของประเทศนั้น ๆ ในการจัดการข้อพิพาทที่เป็นประเด็นปัญหาในการศึกษา ดังนั้น ประการสำคัญในการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบจึงอยู่ที่การกำหนดขอบเขตของปัญหาทางกฎหมาย (Definition des Sachproblems) ที่จะทำการศึกษา ส่วนผลหรือคำตอบของการแก้ไขปัญหานั้นที่ปรากฏในระบบกฎหมายนั้น ๆ มิใช่สาระสำคัญ เช่น การนำผลการวินิจฉัยเกี่ยวกับการติดตั้งกล้องวงจรปิดในที่สาธารณะระหว่างระบบกฎหมายเยอรมันกับระบบกฎหมายอังกฤษย่อมไม่อาจจะนำมาศึกษาเปรียบเทียบกันได้ หากนำเฉพาะผลลัพธ์ที่ปรากฏในระบบกฎหมายมาใช้ กรณีที่ศาลเยอรมันอธิบายถึงการลิดรอนสิทธิเสรีภาพ

^{๔๗} Die Trägheit der systematischen Vergleichung zeigt sich deutlich an den umständlichen Arbeitsschritten, die aus dieser Richtung der Methodenlehre vorgeschlagen werden, etwa bei Peter De Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, London 1995, S. 232 ff., in Anlehnung an die insoweit ebenfalls wenig ergiebigen Schilderungen bei Harold C. Gutteridge, *Comparative Law*, 2. Aufl., 1949, Nachdruck Glashütten 1971, S. 72 ff. („The Process of Comparison“).

^{๔๘} Konrad Zweigert und Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung : Auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Auflage, 1996.

อันเป็นการสอดแนมประชาชนจากการติดตั้งกล้องวงจรปิดในที่สาธารณะ ในขณะที่ศาลประเทศอังกฤษยินยอมให้มีการติดตั้งกล้องวงจรปิดในที่สาธารณะที่เสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรมได้ เป็นต้น การศึกษาค้นคว้ากฎหมายเปรียบเทียบจึงต้องเป็นการศึกษาค้นคว้าให้ทราบถึงวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในกฎหมายในประเทศนั้น ๆ เป็นสำคัญ มิใช่การศึกษาค้นคว้าเพื่อทราบถึงผลลัพธ์หรือคำตอบของการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

(๑.๓) ข้อมูลในการศึกษาค้นคว้ากฎหมายเปรียบเทียบ

ข้อมูลที่ใช้ในการศึกษาค้นคว้ากฎหมายของต่างประเทศมีลักษณะทำนองเดียวกับการศึกษาค้นคว้าข้อมูลในทางนิติวิธี ซึ่งได้แก่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร คำพิพากษาของศาล หรือเอกสารทางวิชาการต่าง ๆ เช่น ตำราหรือคำอธิบายกฎหมาย ซึ่งในแต่ละระบบกฎหมายย่อมมีความแตกต่างกัน เช่น ระบบกฎหมายที่อาศัยคำพิพากษาของศาลเป็นการสร้างหลักกฎหมาย ก็จะต้องศึกษาค้นคว้าคำพิพากษาของศาลเป็นสำคัญเพื่อให้ทราบได้ถึงพัฒนาการของหลักกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ และสิ่งที่ไม่อาจจะละเลยในการศึกษาค้นคว้ากฎหมายเปรียบเทียบก็คือ แม้จะทราบถึงวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขประเด็นปัญหาทางกฎหมายในเรื่องนั้นได้แล้วก็ตาม แต่การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบยังจะต้องคำนึงถึง “การนำหลักกฎหมายในการแก้ไขประเด็นปัญหาทางกฎหมายมาใช้ในทางปฏิบัติ (die Rechtswirklichkeit)” ด้วย เช่น แม้จะปรากฏหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองในระบบกฎหมายเยอรมันว่า หากจะมีการยุบพรรคการเมืองได้ก็ต้องเป็นพรรคการเมืองที่แสดงออกถึงการเป็นปฏิปักษ์ต่อระบบเสรีนิยมประชาธิปไตย แต่ในทางปฏิบัติแล้วการยุบพรรคการเมืองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเกิดขึ้นน้อยมาก เป็นต้น

(๑.๔) การศึกษาค้นคว้าถึงลักษณะความแตกต่างในระบบกฎหมายต่างประเทศ (Herausarbeiten von Unterschieden)

ในการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบจะต้องมิใช่การศึกษาค้นหาถ้อยคำทางกฎหมาย หากแต่เป็นการศึกษาค้นคว้าถึงลักษณะความแตกต่างของกระบวนการคิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งวัตถุประสงค์ที่ระบบกฎหมายแต่ละประเทศสร้างกระบวนการจัดการข้อพิพาททางสังคมในเรื่องนั้น ๆ ขึ้นมา Axel Tschentscher^{๔๙} ได้เสนอแนวทางที่น่าสนใจในทางนิติวิธีของกฎหมายเปรียบเทียบไว้ว่าในการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพยายามหา “นิยามของกฎหมายที่เป็นกลาง” เหมือนกันในทุกๆ ระบบกฎหมาย สิ่งที่เป็นสาระสำคัญของการศึกษาค้นคว้า คือ การตั้งคำถามกับระบบกฎหมายที่กำลังศึกษาค้นคว้า เพื่อให้ได้ข้อสรุปในทางระบบกฎหมาย อันมีลักษณะของการคิดแบบ “ระบบวิภาษวิธี (Dialektische Methode; Dialectical Method)” คือ วิเคราะห์ความรู้โดยการเสนอความเห็น (Thesis) ขัดแย้งกับความเห็นที่มีอยู่เดิม (Antithesis) แล้วไล่เลียงจนได้คำตอบ (Synthesis) โดยการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบยังจะต้องพิจารณาจากหลากหลายสาขาความรู้หรือสหวิทยาการ (Interdisziplinarität; Interdisciplinarity) ประกอบด้วย ไม่ว่าจะเป็นประวัติศาสตร์กฎหมาย สังคมวิทยา

^{๔๙} Axel Tschentscher, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JZ 17/2007, S. 807 - 816.

กฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในประเทศนั้น รวมถึงจารีตประเพณีตลอดจนธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมายหรือของสังคมในประเทศนั้น ๆ ด้วย

โดยสรุป เมื่อการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบกับเพียง “เครื่องมือประกอบหรือช่วยเหลือในการใช้และการตีความกฎหมายในทางนิติวิธี (Interpretationshilfe)” แล้ว กรณีการนำหลักกฎหมายเปรียบเทียบกับมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง จึงต้องคำนึงถึงลำดับชั้นในทางนิติวิธีประกอบด้วย เช่น หลักกฎหมายเปรียบเทียบกับไม่อาจจะนำมาหักล้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ ในที่นี้ ผู้เขียนจะได้ศึกษาวิเคราะห์แนวความคิดเกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการนำหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวมาใช้ในสัญญาทางปกครองของไทย

(๒) ข้อพิจารณาในทางนิติวิธีเกี่ยวกับเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

เมื่อระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยไม่ได้บัญญัติหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองไว้ อันแสดงให้เห็นถึงช่องว่างของกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ศาลปกครองสามารถใช้และตีความกฎหมายเพื่อพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง และด้วยเหตุที่กฎหมายปกครองของไทยได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายต่างประเทศเป็นอย่างมาก กรณีจึงเป็นที่มาของการสร้างหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองโดยการนำหลักกฎหมายของต่างประเทศมาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การนำหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ได้แก่ หลักกฎหมายว่าด้วยเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง โดยในส่วนี้ ผู้เขียนจะได้นำเสนอนิติวิธีเกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายปกครองของต่างประเทศว่าด้วยเรื่องการเลิกสัญญาทางปกครองมาใช้ในสัญญาทางปกครองของไทย โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

(๒.๑) การกำหนดประเด็นในทางกฎหมายเพื่อศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

เมื่อพิจารณาในระบบกฎหมายไทยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะต้องนำมาพิจารณาเพื่อใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ บัญญัติ เกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา ๑๐๓^{๕๐} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และ ข้อ ๑๘๙^{๕๑} ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้วจะพบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญา ซึ่งหน่วยงานทางปกครองสามารถดำเนินการแสดงเจตนาในการบอกเลิกสัญญาได้ อันเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือทำสัญญา

^{๕๐} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๓๑, หน้า ๑๗

^{๕๑} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๒๖, หน้า ๑๒

หรือข้อตกลงเลิกสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ย่อมได้ตามมาตรา ๑๐๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ อันเป็นการแสดงเจตนาสองฝ่ายที่จะเลิกสัญญากัน ดังนั้น การเลิกสัญญาตามมาตรา ๑๐๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ หน่วยงานทางปกครองจึงสามารถแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือทำคำเสนอเพื่อขอเลิกสัญญาต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ย่อมได้ และสำหรับเหตุที่จะใช้พิจารณาว่าหน่วยงานทางปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาให้ได้ความว่า **“การบอกเลิกสัญญานั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่”** ซึ่งก็สามารถพิจารณาได้จากการชั่งน้ำหนักระหว่าง **“การเลือกที่จะบอกเลิกสัญญา”** กับ **“การบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด”** ดังเช่นกรณีตามมาตรา ๑๐๓ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่หากข้อเท็จจริงปรากฏถึงเหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขาย งานหรือทำงานให้แล้วเสร็จได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งมีผลกระทบต่อการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองต้องดำเนินการแล้ว ย่อมต้องถือว่ากรณีส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหน่วยงานทางปกครองย่อมบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งรวมถึงกรณีที่แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถปฏิบัติตามการชำระหนี้แห่งตนได้ต่อไปแล้วก็ตาม แต่หากปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงได้ และจะต้องมีการปรับตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้น หากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้าง ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงนั้น ซึ่งหน่วยงานทางปกครองมีดุลพินิจในการจะบอกเลิกสัญญาหรือไม่ก็ได้ แต่กรณีที่หน่วยงานทางปกครองใช้ดุลพินิจจะไม่เลิกสัญญาก็จะต้องปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ยินยอมเสียค่าปรับให้แก่หน่วยงานของรัฐโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น หัวหน้าหน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาได้เท่าที่จำเป็นตามข้อ ๑๘๓ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่ง **“หลักเกณฑ์ที่หน่วยงานทางปกครองจะต้องนำพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจว่าจะบอกเลิกสัญญาหรือจะดำเนินการตามสัญญาโดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระค่าปรับที่เกินวงเงินร้อยละสิบต่อไป หรือไม่นั้น”** ก็ต้องพิจารณาได้จากการชั่งน้ำหนักระหว่าง **“การเลือกที่จะบอกเลิกสัญญา”** กับ **“การบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด”** เช่นเดียวกัน และเมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดขอบเขตและขั้นตอนทางกฎหมายเอาไว้ให้เฉพาะแต่หน่วยงานทางปกครองที่จะต้องถือปฏิบัติเท่านั้น กรณีย่อมมีประเด็นปัญหาว่า **“คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่ และภายใต้เงื่อนไขทางกฎหมายใด”**

เมื่อข้อความคิดที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย แสดงให้เห็นถึงอำนาจในการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองพิจารณาแล้วปรากฏว่า การให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผูกพันตามสัญญาต่อไป คงไม่อาจจะทำให้หน่วยงานทางปกครองสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดได้ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนด **“หลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาทางปกครอง”** กรณีจึงสมควรศึกษาระบบกฎหมายของต่างประเทศโดยนำมาพิจารณาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับ **“หลักกฎหมาย**

เกี่ยวกับสัญญาของหน่วยงานทางปกครองของไทย” เพื่อพัฒนาและสร้างเป็นหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะสามารถนำไปใช้ในระบบสัญญาทางปกครองของไทยต่อไป

(๒.๒) ข้อพิจารณาตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

(๒.๒.๑) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครอง

ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยกำหนดแนวทางของการเลิกสัญญาทางปกครองไว้ว่า “การเลิกสัญญาทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลิกสัญญาทางปกครองได้แต่ฝ่ายเดียว เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ^{๕๒} โดยศาลปกครองฝรั่งเศสกำหนดแนวทางการตีความ “ประโยชน์สาธารณะ” เอาไว้อย่างกว้าง เช่น การที่หน่วยงานทางปกครองไม่ประสงค์จะดำเนินการตามโครงการให้แล้วเสร็จตามที่กำหนดไว้แต่แรกเริ่ม ก็ถือว่าเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้วย^{๕๓} หรือการที่หน่วยงานทางปกครองเห็นถึงทางเลือกอื่นที่มีความเหมาะสมกว่า^{๕๔} เช่นนี้ก็ถือเป็นประโยชน์สาธารณะแล้ว เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของหน่วยงานทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหากหน่วยงานทางปกครองเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียว อันส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองต้องชดเชยค่าเสียหาย รวมทั้งค่าขาดกำไรเต็มจำนวนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน^{๕๕} การที่ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสวางกลไกการชดเชยความเสียหายอย่างเต็มจำนวนดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสพยายามสร้างกลไกกำกับมิให้หน่วยงานทางปกครองยกเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียวได้ง่ายจนเกินไป เพราะการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวย่อมนำมาซึ่งการชดเชยค่าเสียหายจำนวนมาก ดังนั้น ด้วย “กลไกการชดเชยค่าเสียหายและค่าขาดกำไรเต็มจำนวน” นี้เอง ทำให้ในทางปฏิบัติหน่วยงานทางปกครองจะบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวน้อยมาก^{๕๖} รวมถึงการพยายามสร้างข้อจำกัดขึ้นในสัญญาบางประเภท ได้แก่ สัญญาสัมปทาน ที่มีให้หน่วยงานทางปกครองเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว หากไม่ระบุเป็นลายลักษณ์อักษรเอาไว้ในสัญญา^{๕๗} สำหรับสัญญาทางปกครองในระบบจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศสยึดหลักว่า หน่วยงานทางปกครองไม่สามารถที่จะนำเรื่องของ “ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง” มาใช้กล่าวอ้างว่าเป็น “ประโยชน์สาธารณะ” เพื่อใช้อ้างในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หากแต่จะต้องพิจารณาในเรื่องรายละเอียดความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการ

^{๕๒} C.E. 2.2.1987, Société TV6 et autres, AJDA 1987, p. 314.

^{๕๓} C.E. 8.12.1978, Bergerioux, Rec. 500.

^{๕๔} C.E. 23.5.2011, EPAD, rec. No 328525.

^{๕๕} C.E. 2.5.1958, Distillerie de Magnac-Laval, AJDA 1958, p. 282.

^{๕๖} N. Dourlens / R. de Moustier, Les clauses de résiliation dans les contrats publics, Contrats et Marchés publics (Février) 2014, p. 49 (50).

^{๕๗} C.E. avis, 9.4.2005, rec. No 371234.

จัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นต่างหาก^{๕๘} ซึ่งนับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๑๔ เป็นต้นมา ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้อนุมัติการให้เป็นไปตามข้อบังคับของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง โดยได้กำหนดเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง^{๕๙} ที่หน่วยงานทางปกครองสามารถนำมาใช้เป็นเหตุประกอบการใช้ดุลพินิจในการบอกเลิกสัญญาได้ รวมถึงสัญญาร่วมทุนและสัญญาสัมปทานที่หากมีการบอกเลิกสัญญาหรือมีเหตุทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับค่าชดเชย “เงินลงทุน” จากหน่วยงานทางปกครอง^{๖๐} แม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญาร่วมทุนและกฎหมายว่าด้วยสัญญาสัมปทานจะไม่ครอบคลุมถึงสัญญาจัดซื้อจัดจ้างทุกประเภทก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวที่ต้องการสร้าง “ระบบการรับประกันเงินลงทุนจำนวนมาก” ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องนำมาใช้ลงทุนในสัญญาทั้งสองประเภทแล้ว ประกอบกับสัญญาทั้งสองประเภทมีระยะเวลาของการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาเป็นระยะเวลานาน ดังนั้น การกำหนดหรือการสร้างหลักการเรื่อง “ระบบการรับประกันเงินลงทุนจ้างเหมา” จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญาสามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้อย่างราบรื่นตลอดระยะเวลาของสัญญาอีกด้วย นอกจากนี้ แม้หลักกฎหมายดังกล่าวจะจำกัดแต่เพียงสัญญาร่วมทุนและสัญญาสัมปทานก็ตาม แต่หากสัญญาทางปกครองในระบบจัดซื้อจัดจ้างที่ปรากฏลักษณะของสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องลงทุนไปก่อนจำนวนมาก ก็อาจนำข้อความดังกล่าวมาปรับใช้ได้เช่นกัน

สำหรับสิทธิในการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น โดยหลักการแล้ว แม้คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองจะปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาของตนเองบกพร่องก็ตาม ก็ไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถยกเหตุของการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาขึ้นมาบอกเลิกสัญญาได้ เนื่องจากในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้สร้างข้อจำกัดดังกล่าวขึ้นโดยอธิบายว่า การจำกัดขอบเขตของการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นไปเพื่อ “ความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ”^{๖๑} โดยในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาบกพร่อง และต้องการเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาล เพื่อขอให้ศาลกำหนดให้มีการเลิกสัญญาได้ แต่ในขณะที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ยังคงต้องปฏิบัติการชำระหนี้ของตนตามสัญญาต่อไป^{๖๒} และด้วยสถานการณ์ทางกฎหมายที่จำกัดสิทธิในการเลิกสัญญาของคู่สัญญา

^{๕๘} R. Noguellou, Les nouvelles Directives et l'exécution des contrats, AJDA 2014, p. 853 (857).

^{๕๙} Art. 49, Art 58, Art. 65 Ordonnance n° 2015-899 สำหรับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง และ Art. 43, Art 49, Art. 55 Ordonnance n° 2016-65 สำหรับสัญญาสัมปทาน

^{๖๐} Art. 89 Ordonnance n° 2015-899 สำหรับสัญญาร่วมทุน และ Art. 56 Ordonnance n° 2016-65 สำหรับสัญญาสัมปทาน

^{๖๑} C.E. 27.3.1957, Carsalade, Rec.216; Charles-Édouard Bucher, L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif., 2011, p. 240.

^{๖๒} C.E. 7.1.1976, Ville d'Amiens, Rec. 11.

ฝ่ายเอกชนไว้ ทำให้ปัจจุบันนี้ เกิดการถกเถียงกันในแวดวงวิชาการฝรั่งเศส^{๖๓} ถึงการเปิดโอกาสให้ คู่สัญญาเอกชนเลิกสัญญาได้ หากคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองกระทำผิดสัญญา ซึ่งสภาแห่งรัฐหรือ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (Conseil d'État) ได้พยายามสร้างความสมดุลระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายขึ้น โดยปรากฏหลักกฎหมายที่สำคัญจากคำวินิจฉัยสองคำวินิจฉัย ดังนี้

- เงื่อนไขในการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ในสัญญาทางปกครอง (Conditions de résiliation du contrat administratif) : คำวินิจฉัยลงวันที่ ๘ ตุลาคม ปี ค.ศ. ๒๐๑๔ เลขที่ ๓๗๐๖๔๔^{๖๔}

คดีนี้ สภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (Conseil d'État) วินิจฉัยในสาระสำคัญว่า “คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่มีนิติสัมพันธ์ทางสัญญากับหน่วยงานทางปกครอง มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา เว้นแต่จะเกิดเหตุสุดวิสัยอันมิใช่ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใด แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจจะอ้างเหตุว่าคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือปฏิบัติตามสัญญาล่าช้า มาใช้ในการยุติการปฏิบัติราชการหรือบอกเลิกสัญญาได้ แต่ในสัญญาที่มีได้มีเนื้อหาแห่งสัญญาในการจัดให้มีการบริการสาธารณะแล้ว คู่สัญญาย่อมมีอิสระที่จะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถบอกเลิกสัญญาได้ หากคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองกระทำผิดสัญญา แต่การใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจจะกระทำได้ หากไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองโต้แย้งหรือระงับการบอกเลิกสัญญา โดยอาศัยเหตุผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะนั้น ก่อน ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองอ้างถึงประโยชน์สาธารณะแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป และหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้างต้นแล้ว ย่อมถือว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาและอาจนำไปสู่การเลิกสัญญาได้ สำหรับการโต้แย้งการระงับการบอกเลิกสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถฟ้องต่อศาลเพื่อให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการระงับการบอกเลิกสัญญาได้”^{๖๕}

^{๖๓} N. Dourlens / R. de Moustier , Les clauses de résiliation dans les contrats publics, Contrats et Marchés publics (Février) 2014 , p. 49 (50); Nigri-Éric and .Baptiste, « La résiliation d'un contrat administratif à l'initiative du cocontractant privé de l'Administration à l'épreuve du droit public des contrats, Contrats et Marchés publics, p. 16, 2014.

^{๖๔} Conseil d'Etat, 8 octobre 2014, n° 370644

^{๖๕} “ Le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat. Il est toutefois loisible aux parties de prévoir, dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public, les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles. Cependant, dans ce cas, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne

กล่าวโดยสรุป กรณีที่สัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถบอกเลิกสัญญาได้แล้ว การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะบอกเลิกสัญญาได้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขสำคัญสองประการ ได้แก่ **หนึ่ง** ข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาได้ไม้อาจจะกำหนดไว้ในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาโดยดำเนินการให้ **“การบริการสาธารณะโดยตรง”** และ **สอง** คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองสามารถระงับการบอกเลิกสัญญานั้นได้ โดยการโต้แย้งว่าการเลิกสัญญากระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหน่วยงานทางปกครองจะต้องกล่าวอ้างถึง **“ความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะ”** และหากหน่วยงานทางปกครองอ้างเหตุดังกล่าว และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่พอใจการใช้ดุลพินิจของฝ่ายหน่วยงานทางปกครองแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็สามารถฟ้องร้องต่อศาลเพื่อโต้แย้งการระงับการบอกเลิกสัญญาได้

- การเลิกสัญญาโดยปริยาย (Résiliation tacite) : คำวินิจฉัย

ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ปี ค.ศ. ๒๐๒๐ เลขที่ ๔๒๗๖๑๖^{๖๖}

“โดยหลักการทั่วไปแล้ว ในการบอกเลิกสัญญานั้น หน่วยงานทางปกครองจะต้องบอกเลิกสัญญาเป็นหนังสือหรือเป็นลายลักษณ์อักษร แต่แม้จะไม่ปรากฏว่าหน่วยงานทางปกครองได้บอกเลิกสัญญาเป็นหนังสือหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม กรณีให้ถือว่าสัญญานั้นได้ถูกบอกเลิก เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า กรณีปรากฏพฤติกรรมของหน่วยงานทางปกครองที่แสดงออกให้เห็นอย่างชัดเจนถึงการยุติความสัมพันธ์ตามสัญญา ... ซึ่งกรณีจะถือได้ว่าการบอกเลิกสัญญาโดยปริยายเมื่อได้พิจารณารายละเอียดข้อเท็จจริงแห่งคดีแล้ว หากปรากฏว่าหน่วยงานทางปกครองได้ดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามภารกิจของตนด้วยวิธีการอย่างอื่นในเรื่องนั้น ๆ ไปแล้ว หรือหากพิจารณาในแง่ระยะเวลาที่หน่วยงานทางปกครองได้ให้คู่สัญญาระงับการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา หรือกรณีที่หน่วยงานทางปกครองได้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งให้มีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม้อาจจะปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปได้หรือปรากฏอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญา”^{๖๗}

publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public. Lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat. Un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs. Il est toutefois loisible au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat.” (Conseil d'Etat, 8 octobre 2014, n° 370644)

^{๖๖} Conseil d'État, 11 décembre 2020, Société Copra Méditerranée, n° 427616.

^{๖๗} “ En dehors du cas où elle est prononcée par le juge, la résiliation d'un contrat administratif résulte, en principe, d'une décision expresse de la personne publique cocontractante. Cependant, en l'absence de décision formelle de résiliation du contrat prise par la personne publique cocontractante, un contrat doit être regardé comme tacitement résilié lorsque, par son comportement, la personne publique doit être regardée comme ayant mis fin, de façon non équivoque, aux relations contractuelles ..., l'existence d'une résiliation tacite du contrat au vu de

กล่าวโดยสรุป กรณีจะถือว่าหน่วยงานทางปกครองได้บอกเลิกสัญญาโดยปริยาย เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วปรากฏว่า **หนึ่ง** หน่วยงานทางปกครองได้ดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามภารกิจของตนด้วยวิธีการอย่างอื่นในเรื่องนั้น ๆ ไปแล้ว **สอง** หน่วยงานทางปกครองได้ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาไปแล้ว โดยให้พิจารณาระยะเวลาการระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาในแต่ละกรณี **สาม** หน่วยงานทางปกครองได้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจนมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจจะปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปได้หรือปรากฏเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา

เมื่อสรุปจนได้ข้อยุติแล้วว่า หน่วยงานทางปกครองบอกเลิกสัญญาโดยปริยายแล้ว กรณีก็จะก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยว่า หน่วยงานทางปกครองเลิกสัญญาโดยปริยายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังสามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปได้^{๖๘} หรือยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อขอหน่วยงานทางปกครองชดเชยค่าเสียหายและค่าขาดกำไรจากการบอกเลิกสัญญาของหน่วยงานทางปกครอง^{๖๙}

(๒.๒.๒) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครอง

ในระบบกฎหมายเยอรมัน

การเลิกสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน
แยกพิจารณาได้เป็นสองกรณี ดังนี้

l'ensemble des circonstances de l'espèce, en particulier des démarches engagées par la personne publique pour satisfaire les besoins concernés par d'autres moyens, de la période durant laquelle la personne publique a cessé d'exécuter le contrat, compte tenu de sa durée et de son terme, ou encore de l'adoption d'une décision de la personne publique qui a pour effet de rendre impossible la poursuite de l'exécution du contrat ou de faire obstacle à l'exécution, par le cocontractant, de ses obligations contractuelles.” (Conseil d’État, 11 décembre 2020)

^{๖๘} Dans un tel cas, le cocontractant peut, en vertu de la jurisprudence dite Béziers II, contester la validité de la résiliation du contrat litigieux aux fins de reprise des relations contractuelles, et ce dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il a été informé de la mesure de résiliation (CE 21 mars 2011 Commune de Béziers, req. n° 304806 : Rec. Lebon).

^{๖๙} Afin d'équilibrer le pouvoir exorbitant de droit commun dont dispose l'administration, le cocontractant peut également solliciter l'indemnisation de son préjudice du fait de la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général. Il est cependant de jurisprudence constante que le manque à gagner ne peut être indemnisé que lorsqu'il revêt un caractère certain en ce qu'il porte sur un minimum garanti. (Voir par exemple CE 10 octobre 2018 Docteur J. Franc req. n° 410501 : Rec. Lebon)

หนึ่ง การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา ๖๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG))^{๗๐} ซึ่งเป็นการเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ สิทธิการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า การบอกเลิกสัญญานั้น เป็นไปเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบอกเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย และเมื่อผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะเป็น “ถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง (Der unbestimmte Rechtsbegriff)” แล้ว และผลของการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวมีผลกระทบต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างรุนแรงแล้ว การตีความและให้ความหมายเกี่ยวกับผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะ จึงต้องใช้และตีความอย่างเคร่งครัด โดยจะต้องพิจารณาให้ได้ความถึงขนาดที่ว่า ผลเสียหายที่เกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะจะต้องมีความร้ายแรงในลักษณะที่ส่งผลให้เห็นได้ว่า หน่วยงานทางปกครองต้องเผชิญกับผลที่คล้ายกับการ “ถูกบีบรัดคอ (erdrosselnde Wirkung)” กล่าวคือ หน่วยงานทางปกครองจะต้องอยู่ในภาวะการณ์หรือสถานการณ์ที่ไม่มีทางเลือกอื่นใดอีกแล้ว นอกจากการเลิกสัญญา จึงจะป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ และในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองได้แสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวแล้ว แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่เห็นด้วย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ โดยจะเป็นการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยว่าการใช้สิทธิของหน่วยงานทางปกครองในการเลิกสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการฟ้องคดีประเภทที่ขอให้ศาลปกครองมีคำบังคับพิสูจน์ถึงสิทธิของคู่กรณี (Feststellungsklage) แต่ในกรณีที่ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเรียกร้องขอให้คืนทรัพย์สินใด ๆ ก็ตาม อันเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองบอกเลิกสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องฟ้องขอให้ศาลปกครองออกคำบังคับให้หน่วยงานทางปกครองดำเนินการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นคำฟ้องประเภทขอให้กระทำการ (Leistungsklage) และ

สอง การเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีปกติทั่วไป ซึ่งได้แก่ การเลิกสัญญาอันเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำผิดสัญญา คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ โดยนำหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่ง (Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)) ว่าด้วยการเลิกสัญญามาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองผ่านมาตรา ๖๒ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG))^{๗๑} ซึ่งไม่ได้มีลักษณะความแตกต่างไปจากการเลิกสัญญาของคู่สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งแต่อย่างใด

(๒.๓) ระบบวิภาษวิธี (Dialektische Methode; Dialectical Method) : “การสร้างความสัมพันธ์ระหว่างการจัดทำบริการสาธารณะและสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน”

^{๗๐} โปรดดู หัวข้อ มาตรา ๖๐ (การแก้ไขและยกเลิกสัญญาในกรณีพิเศษ; Anpassung und Kündigung in besonderen Fällen)

^{๗๑} โปรดดู หัวข้อ หลักกฎหมายแพ่งที่สามารถนำมาใช้กับคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ (Die Übertragbarkeit zivilrechtlicher Wertungen auf das Vertragsrecht der Verwaltung)

เมื่อพิจารณาข้อความคิดที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทยข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายของฝรั่งเศส เยอรมัน และไทยทั้งสามประเทศต่างมุ่งประสงค์ที่จะให้หน่วยงานทางปกครองอาศัยสัญญาในการดำเนินการกิจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างมีประสิทธิภาพ โดยในระบบสัญญาทางปกครองไทยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกสัญญาที่ชัดเจนเอาไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้มีการสร้างหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวเอาไว้เป็นหลักการสำคัญ คือ การให้เอกสิทธิ์แก่หน่วยงานทางปกครองในการบอกเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียว แม้กระทั่งหากคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองกระทำผิดสัญญาก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจยกเหตุดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อเลิกสัญญาได้ โดยหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนประสงค์ที่จะเลิกสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลเท่านั้น เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะแตกต่างไปจากระบบกฎหมายเยอรมัน ที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ตามมาตรา ๖๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG)) หากแต่การบอกเลิกสัญญานั้นจะต้องเป็นการเลิกสัญญาที่จะเกิดขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างก็ยังคงไว้ซึ่งสิทธิในการบอกเลิกสัญญา หากปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญา อันเป็นการนำหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่ง (Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)) ว่าด้วยเรื่องเลิกสัญญามาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองผ่านมาตรา ๖๒ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG)) และเมื่อระบบกฎหมายของฝรั่งเศสและเยอรมันทั้งสองประเทศมีความแตกต่างกัน ในส่วนที่เกี่ยวกับการให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการบอกเลิกสัญญา ดังนั้น ในการนำความรู้จากหลักกฎหมายปกครองของต่างประเทศมาใช้พิจารณาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย ผู้เขียนจึงขอเสนอการวิเคราะห์ในเชิงระบบวิภาษวิธี (Dialektische Methode; Dialectical Method) เพื่อพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองให้อยู่ในกรอบของ “การสร้างสมดุลระหว่างการจัดทำบริการสาธารณะและสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน” โดยการเสนอความเห็น (Thesis) ความเห็นที่ขัดแย้งกับความเห็นที่มีอยู่เดิม (Antithesis) แล้วไล่เลียงจนได้คำตอบ (Synthesis) ซึ่งในกรณีนี้ ประเด็นในทางกฎหมายที่จะวิเคราะห์ คือ การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเลิกสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขทางกฎหมายเช่นใด ดังนี้

ความเห็น (Thesis) : การให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาได้ จะกระทบต่อการให้บริการสาธารณะ

ความเห็นที่ขัดแย้งกับความเห็นที่มีอยู่เดิม (Antithesis) : การให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาได้ ไม่กระทบต่อการให้บริการสาธารณะ

การไล่เลียงเพื่อหาคำตอบ (Synthesis) : สำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น หากพิจารณาเฉพาะหลักการทั่วไปที่อธิบายว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจจะบอกเลิกสัญญาได้ และแม้จะปรากฏเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองผิดสัญญาก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ไม่อาจยก

เหตุดังกล่าวขึ้นเพื่อบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งการพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าวถูกสร้างขึ้นมาเพื่อป้องกันมิให้การจัดทำบริการสาธารณะหยุดชะงัก และส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งอาจจะทำให้เข้าใจได้ว่าระบบสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมุ่งที่จะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่คุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และอาจจะทำให้เข้าใจไปได้ว่า ระบบสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสต้องการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระหนี้ตามสัญญา โดยที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองไม่จำเป็นต้องใส่ใจกับการชำระหนี้ของตนก็ย่อมได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงในรายละเอียดของหลักกฎหมายดังกล่าวแล้วจะพบว่า ระบบกฎหมายฝรั่งเศสพยายามที่จะสร้างกลไกทางกฎหมายที่เป็นการสร้างความสมดุลให้เกิดขึ้นระหว่างการจัดทำบริการสาธารณะและสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ได้แก่

- หลักกฎหมายว่าด้วยเหตุสุดวิสัยหรือเหตุอันเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่อาจจะชำระหนี้ตามสัญญาได้อย่างแน่นอน ซึ่งจะทำให้สัญญาเลิกกันโดยทันที (la résiliation de plein droit)^{๗๒} โดยจะปรากฏได้ ๒ กรณี ได้แก่ หนึ่ง เหตุสุดวิสัย (la force majeure) เป็นเหตุที่เกิดขึ้นโดยผิดปกติและไม่สามารถคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา (Imprévisibles) เป็นเหตุที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใด (Extérieurs aux parties) และเป็นเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่อาจป้องกันขัดขวางได้ (Insurmontable) ซึ่งส่งผลให้คู่สัญญาไม่อาจจะปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาของตนได้ และ สอง การสิ้นสภาพบุคคลของคู่สัญญา (la disparition du titulaire du marché) เช่น เสียชีวิต ล้มละลาย หรือตกเป็นบุคคลซึ่งไม่อาจจะทำนิติกรรมได้ เป็นต้น

- สัญญาที่ไม่ใช่การบริการสาธารณะโดยตรง (l'exécution même du service public) ย่อมสามารถกำหนดเงื่อนไขในการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ (Conseil d'Etat, 8 octobre 2014, n° 370644) เมื่อเนื้อหาของสัญญามีใช่ “การจัดบริการสาธารณะโดยตรง” แล้ว การเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาได้ย่อมไม่มีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะโดยตรง โดยในกรณีนี้ถือเป็นการสร้างสมดุลให้เกิดขึ้นระหว่างการจัดทำบริการสาธารณะและสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

- การเลิกสัญญาโดยปริยาย (Résiliation tacite) ซึ่งเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองได้แสดงออกให้เห็นอย่างชัดเจนว่าไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญากันอีกต่อไป (Conseil d'Etat, 11 décembre 2020, Société Copra Méditerranée, n° 427616.) โดยในกรณีนี้ ข้อเท็จจริงจะต้องปรากฏพฤติกรรมของหน่วยงานทางปกครองที่แสดงออกว่าไม่ประสงค์ที่จะต้องการให้มีการปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญากันอีกต่อไป อันเป็นการปลดเปลื้องภาระผูกพันตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ที่ไม่จำต้องผูกพันตามสัญญาที่แม้กระทั่งหน่วยงานทางปกครองเองยังไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาต่อไป

- การสร้างหลักประกันทางการเงินผ่านกลไกการชดเชยค่าเสียหาย หรือช่วยเหลือในทางการเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน (L'indemnisation des cocontractants)

^{๗๒} Bureau Aide et conseil aux EPLE Académie d'Aix-Marseille, La résiliation d'un contrat, Janvier 2016, p. 36.

ให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาให้บรรลุผล ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น หากปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนประสบอุปสรรคในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งมิใช่อุปสรรคที่เกิดขึ้นมาจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะชดเชยหรือให้การช่วยเหลือทางการเงินแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ว่าจะเป็นค่าเสียหาย ค่าการงานที่เพิ่มขึ้น ค่าขาดกำไร^{๗๓} รวมถึงเงินลงทุน^{๗๔} ของคู่สัญญาทางปกครองเพื่อให้การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาสามารถดำเนินการต่อไปได้ ด้วยการสร้างหลักประกันทางการเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้บรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งจะทำให้หน่วยงานทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดผ่านสัญญาทางปกครองได้ อันเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม ดังนั้น กรณีจึงต้องถือว่าหน่วยงานทางปกครองจะต้องชดเชยความเสียหายที่เพิ่มมากขึ้น แม้กระทั่งความเสียหายเกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเองก็ตาม หรือเกิดจากเหตุสุดวิสัย หน่วยงานทางปกครองยังต้องชดเชยค่าการงานที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทำลงไปแล้ว^{๗๕} ซึ่งกลไกหลักประกันทางการเงินในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนี้จะส่งเสริมให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาได้ รวมถึงการส่งเสริมคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในด้านอื่น ๆ ที่มีใช้ตัวเงิน เพื่อป้องกันความเสี่ยงของหน่วยงานทางปกครองในการรับภาระที่จะต้องชดเชยทางการเงินในภายหลัง ซึ่งจะส่งผลทำให้ภาระที่หน่วยงานทางปกครองจะต้องชดเชยทางการเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นกลไกที่จะป้องกันมิให้หน่วยงานทางปกครองใช้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งก็ปรากฏผลในทางปฏิบัติว่า ด้วยกลไกดังกล่าวนี้เองทำให้คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองใช้เอกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวน้อยมาก^{๗๖}

เมื่อพิจารณารายละเอียดของหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นได้ว่า เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวมีเนื้อหามุ่งจะคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองให้บรรลุผล และปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองจะให้การช่วยเหลือแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในหลาย ๆ กรณี เพื่อเป็นหลักประกันให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาให้บรรลุผล

^{๗๓} “ S’agissant de la résiliation contractuelle, lorsque celle-ci intervient en dehors de toute faute de sa part, le cocontractant de l’Administration a droit, sauf stipulation contraire, à la réparation intégrale du préjudice qu’il subit, ce qui comprend non seulement la perte subie mais aussi le gain manqué. ” (CE, 31 juillet 2009, n° 316534, "Sté Jonathan Loisirs".)

^{๗๔} CE, 20 mars 1957, "Sté des établissements thermaux d'Ussat-les-Bains", Rec., p. 182.; CE, 7 décembre 2012, Commune de Castres, n° 351752.

^{๗๕} Ce n’est que si le contrat est résilié à ses torts ou parce qu’il n’est plus dans la possibilité de l’exécuter (faillite, force majeure, etc.) qu’il n’aura droit qu’au remboursement des prestations réalisées. (CE, 23 avril 2001, n°186424, "SARL Beteru".)

^{๗๖} N. Dourlens / R. de Moustier, Les clauses de résiliation dans les contrats publics, Contrats et Marchés publics (Février) 2014 , p. 49 (50).

นั่นเอง เว้นแต่จะเป็นกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาไม่อาจจะบรรลุผลได้อย่างแน่นอน หรือปรากฏพฤติกรรมการของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองที่ไม่ประสงค์จะดำเนินการตามสัญญาอีกต่อไป ย่อมส่งผลเป็นการปลดเปลื้องภาระของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากหน้าที่ตามสัญญาได้

สำหรับการเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ระบบกฎหมายเยอรมันได้สร้างระบบการเลิกสัญญาขึ้นมาสองประเภทด้วยกัน กล่าวคือ หนึ่ง การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ประโยชน์สาธารณะตามมาตรา ๖๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG)) และ สอง การเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อันเป็นการนำหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่ง (Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)) ว่าด้วยเรื่องเลิกสัญญามาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองผ่านมาตรา ๖๒ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG)) สำหรับการชดเชยค่าเสียหายในทั้งสองกรณีข้างต้น กฎหมายบัญญัติให้สามารถนำการชดเชยค่าเสียหาย และการกลับคืนสู่สถานะเดิมอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญาผ่านการนำประมวลกฎหมายแพ่ง (Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)) ว่าด้วยเรื่องเลิกสัญญามาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๖๒ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG)) กรณีจึงจะต้องมีการตั้งคำถามเพื่อหาคำตอบว่า การเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาได้ จะทำให้กระทบต่อการบริการสาธารณะหรือไม่ เมื่อพิจารณากลไกการปกป้องประโยชน์สาธารณะโดยการเลิกสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา ๖๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG)) กำหนดให้เป็นดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองที่จะวินิจฉัยถึงเหตุในการบอกเลิกสัญญาเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานปกครองในการเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียว ซึ่งการเลิกสัญญาเช่นว่านี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่จำเป็นต้องทำผิดสัญญาแต่อย่างใด กรณีจึงเป็นการสร้างกลไกในการควบคุมผลของการปฏิบัติตามสัญญาให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ อีกทั้ง เมื่อระบบกฎหมายเยอรมันให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยปรากฏข้อความคิดที่ว่าบุคคลเอกชนย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพ ตราบเท่าที่ไม่มิบบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และแม้การเข้าทำสัญญากับหน่วยงานทางปกครองก็มิได้หมายความว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสละสิทธิเสรีภาพของตนไปแต่อย่างใด ดังนั้น การเข้าทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา รวมถึงการเลิกสัญญาของบุคคลเอกชนจึงยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลักความมีอิสระในทางแพ่ง (Privatautonomie)” ซึ่งมีที่มาจาก “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา Vertragsfreiheit)” อีกทั้งกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้แสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาแล้ว ประกอบด้วยผลทางกฎหมายของการบอกเลิกสัญญาที่มีผลทันทีเมื่อไปถึง ย่อมหมายความว่าเมื่อเจตนาการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไปถึงหน่วยงานทางปกครองแล้ว ย่อมทำให้หน่วยงานทางปกครองทราบถึงความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาอีกต่อไป ดังนั้น หน่วยงานทางปกครองในฐานะผู้พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ จึงจะต้องหาหนทางอื่นในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ เช่น การหาคู่สัญญาใหม่

หรือดำเนินการเอง และเรียกค่าเสียหายจากคู่สัญญาเดิมเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดกับประโยชน์สาธารณะได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาหลักทางกฎหมายของการบอกเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่า หน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในสัญญาทางปกครองเป็นของหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา ๖๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVG)) ซึ่งหากหน่วยงานทางปกครองเห็นถึงอุปสรรคในการปฏิบัติตามสัญญาที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะแล้ว หน่วยงานทางปกครองจึงย่อมที่จะบอกเลิกสัญญาได้ตามบทบัญญัติดังกล่าวอยู่แล้ว อีกทั้ง บุคคลเอกชนมิได้มีการหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติ ดังนั้น การบอกเลิกสัญญาของบุคคลเอกชน จึงมิได้เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะแต่อย่างใด เป็นแต่เพียงการใช้สิทธิเสรีภาพตามปกติทั่วไป ซึ่งหากการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวส่งผลเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะแล้ว บุคคลเอกชนก็จะต้องชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการใช้สิทธิเสรีภาพนั้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระบบกฎหมายฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองเป็นผู้คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยให้เป็นอำนาจแต่ฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองในการบอกเลิกสัญญา หากปรากฏว่า การปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ได้กำหนดหลักกฎหมายให้หน่วยงานทางปกครองสร้างหลักประกันให้คู่สัญญาเอกชนสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาให้บรรลุผลได้ อันเป็นกลไกทางกฎหมายของระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่จะนำไปสู่หลักกฎหมาย ที่มีให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาได้เอง แต่ต้องฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อขอเลิกสัญญา ซึ่งจะแตกต่างจากระบบกฎหมายเยอรมัน ที่เห็นว่า การปฏิบัติราชการนี้ตามสัญญาเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องชำระหนี้ของตน มิได้แตกต่างไปจากการชำระหนี้ในสัญญาโดยทั่วไปแต่อย่างใด ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในระบบสัญญาทางปกครองของเยอรมันจึงสามารถใช้สิทธิเสรีภาพในการบอกเลิกสัญญาได้ แต่อาจจะต้องรับความเสี่ยงที่จะต้องชดเชยความเสียหาย หากปรากฏว่าการบอกเลิกสัญญานั้นได้สร้างความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ

สำหรับในระบบกฎหมายไทยนั้น เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายที่ปรากฏ ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติการปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนที่ว่าด้วยสัญญาเอาไว้ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้ว จะปรากฏ **“วิธีการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ”** ที่กฎหมายบัญญัติไว้ในระบบสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่ต้องการสร้างกลไกระบบป้องกันการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ด้วย**คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ**ตามมาตรา ๑๐๐ วรรคหนึ่ง^{๗๗} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ หรือผู้ควบคุมงานก่อสร้าง

^{๗๗} มาตรา ๑๐๐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “ในการดำเนินการตามสัญญาหรือข้อตกลง ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจรับพัสดุเพื่อรับผิดชอบการบริหารสัญญาหรือข้อตกลงและการตรวจรับพัสดุ”

ตามมาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง^{๗๘} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยมีรายละเอียดในการตรวจรับพัสดุตามลักษณะเฉพาะของสัญญาต่าง ๆ ดังนี้ คณะกรรมการตรวจรับพัสดุในงานซื้อหรืองานจ้างตามข้อ ๑๗๕ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ คณะกรรมการตรวจรับพัสดุในงานจ้างก่อสร้างตามข้อ ๑๗๖ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ผู้ควบคุมงานก่อสร้างตามข้อ ๑๗๗ และ ข้อ ๑๗๘ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ คณะกรรมการตรวจรับพัสดุในงานจ้างที่ปรึกษาตามข้อ ๑๗๙ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และคณะกรรมการตรวจรับพัสดุในงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างตามข้อ ๑๘๐ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ สำหรับการตรวจรับพัสดุถือเป็นกระบวนการตรวจสอบการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองทราบถึงข้อบกพร่องของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้อย่างละเอียด และสามารถจำกัดขอบเขตความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นกับการปฏิบัติตามภารกิจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองได้ รวมถึงการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องวาง**หลักประกันสัญญา**เพื่อใช้เป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาตามข้อ ๑๖๗ ถึง ข้อ ๑๗๑ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ นอกเหนือจากการควบคุมป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว หน่วยงานทางปกครองยังมีเครื่องมือเกี่ยวกับการกำหนด “ค่าปรับ” เพื่อบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยึดถือการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ต้องรับภาระเกี่ยวกับค่าปรับตามสัญญาตามข้อ ๑๖๒^{๗๙} ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยหน่วยงานทางปกครองยังกำหนดค่าปรับอื่นใดที่หน่วยงานทางปกครองเห็นว่าหากไม่กำหนดค่าปรับไว้จะส่งผลเสียหายต่อหน่วยงานทางปกครองได้ตามข้อ ๑๖๓^{๘๐} ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยที่หน่วยงานทางปกครองก็มีได้มีเสรีภาพในการกำหนดค่าปรับได้ แต่มีหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายว่า กรณีที่ปรากฏว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญาปรากฏเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐ เหตุสุดวิสัย เหตุเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย หรือเหตุอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงให้หน่วยงานทางปกครองใช้ดุลพินิจในการงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยาย

^{๗๘} มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “งานจ้างก่อสร้างที่มีขั้นตอนการดำเนินการเป็นระยะ ๆ อันจำเป็นต้องมีการควบคุมงานอย่างใกล้ชิด หรือมีเงื่อนไขการจ่ายเงินเป็นงวดตามความก้าวหน้าของงาน ให้มีผู้ควบคุมงานซึ่งแต่งตั้งโดยผู้มีอำนาจเพื่อรับผิดชอบในการควบคุมงานก่อสร้างนั้น”

^{๗๙} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๑๑, หน้า ๕

^{๘๐} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๒๔, หน้า ๑๑

เวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลงได้ตามมาตรา ๑๐๒^{๔๑} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการกำหนดค่าปรับในข้อ ๑๘๑ ถึง ข้อ ๑๘๓ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้าง ให้หน่วยงานของรัฐ พิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ยินยอมเสียค่าปรับให้แก่หน่วยงานของรัฐ โดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้นตามข้อ ๑๘๓^{๔๒} ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ สำหรับกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของเอกชนให้ต้องปฏิบัติ นอกเหนือไปจากการวางหลักประกันสัญญาแล้ว กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะใช้สิทธิของลดหรือลดค่าปรับ หรือขอขยายระยะเวลาตามสัญญา กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องแจ้งเหตุดังกล่าว ให้หน่วยงานของรัฐทราบภายใน ๑๕ วัน นับถัดจากวันที่เหตุนั้นได้สิ้นสุดลง หรือตามที่กำหนด ในกฎกระทรวง หากมิได้แจ้งภายในเวลาที่กำหนด คู่สัญญาจะยกมากล่าวอ้างเพื่อขอลดหรือลดค่าปรับ หรือขอขยายเวลาในภายหลังมิได้ เว้นแต่กรณีเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งมีหลักฐานชัดเจน หรือหน่วยงานของรัฐทราบดีอยู่แล้วตั้งแต่ต้นตามข้อ ๑๘๒^{๔๓} ของระเบียบ กระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ อันเป็นกลไก ทางกฎหมายของระบบกฎหมายไทยที่ต้องการ “บังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา” เพื่อลดความเสี่ยงจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาด้วยระบบคณะกรรมการตรวจรับงาน การวางหลักประกันสัญญา และการกำหนดค่าปรับตามสัญญา

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับ เรื่องการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา ๑๐๓^{๔๔} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และข้อ ๑๘๓^{๔๕} ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ จะพบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญา ซึ่งหน่วยงานทางปกครองสามารถ ดำเนินการแสดงเจตนาในการบอกเลิกสัญญาได้ อันเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือทำสัญญาหรือข้อตกลงเลิกสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ย่อมได้ ซึ่งหน่วยงานทางปกครอง จะต้องคำนึงถึงว่า “การบอกเลิกสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่” ซึ่งก็สามารถพิจารณาได้จาก การชั่งน้ำหนักระหว่าง “การบอกเลิกสัญญา” กับ “การบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครอง ในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด” ดังเช่น กรณีตามมาตรา ๑๐๓ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่หากข้อเท็จจริงปรากฏ ถึงเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขาย งานหรือทำงานให้แล้วเสร็จได้ภายใน ระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งมีผลกระทบต่อ การดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงาน

^{๔๑} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๒๕, หน้า ๑๑

^{๔๒} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๒๖, หน้า ๑๒

^{๔๓} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๒๗, หน้า ๑๒

^{๔๔} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๓๑, หน้า ๑๗

^{๔๕} โปรดดู เชิงอรรถที่ ๒๖, หน้า ๑๒

ทางปกครองต้องดำเนินการแล้ว ย่อมต้องถือว่ากรณีส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหน่วยงานทางปกครองย่อมบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งรวมถึงกรณีที่แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถปฏิบัติตามการชำระหนี้แห่งตนได้ต่อไปแล้วก็ตาม แต่หากปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงได้ และจะต้องมีการปรับตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้น หากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้าง ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงนั้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระบบกฎหมายฝรั่งเศส เยอรมัน และไทย แล้ว จะเห็นว่า ระบบกฎหมายทั้งสามประเทศกำหนดให้ “หน่วยงานทางปกครองเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ” ซึ่งก็เป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองที่กำหนดให้องค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้แทนของราษฎรเป็นผู้บัญญัติขึ้น เพียงแต่ระบบกฎหมายของทั้งสามประเทศมี “วิธีการที่แตกต่างกันในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ” โดยหลักการทั่วไป ระบบกฎหมายทั้งสามประเทศต่างก็กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองมีอำนาจในการบอกเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียว เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะได้ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนของทั้งสามประเทศมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ ระบบกฎหมายฝรั่งเศส สร้าง “หลักประกันทางการเงิน” ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ จึงไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาได้เอง แต่ต้องร้องขอต่อศาล โดยยังปรากฏว่า ระบบกฎหมายฝรั่งเศสผ่อนคลายเป็นพิเศษในเรื่องภาระหน้าที่ที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนลงมา หากปรากฏเหตุสุดวิสัยอันไม่อาจโทษคู่สัญญาฝ่ายใดได้ หรือการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองที่ไม่ใช่ “การจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง” สามารถกำหนดเงื่อนไขให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาได้ หรือ เป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองแสดงเจตนาหรือมีพฤติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงออกอย่างชัดเจนว่าไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาอีกต่อไปก็ต้องถือว่าหน่วยงานทางปกครองบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยปริยาย ในขณะที่ระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ถือว่า “การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเป็นภาระหน้าที่ที่ตามสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาจะต้องรับความเสี่ยงจากการผิดสัญญา เช่นเดียวกับการชำระหนี้ตามสัญญาโดยทั่วไป” อีกทั้งบุคคลเอกชนที่เข้าทำสัญญากับรัฐก็มีได้หมายความว่าบุคคลเอกชนผู้นั้นสละสิทธิเสรีภาพของตน ดังนั้น หากกฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว บุคคลเอกชนย่อมสามารถบอกเลิกสัญญาได้ โดยต้องรับความเสี่ยงในการชดเชยค่าเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่สำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น หลักกฎหมายที่ได้จากการพิจารณากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนที่ว่าด้วยสัญญาแล้ว จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายไทยมีมาตรการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาผ่านกลไกระบบคณะกรรมการตรวจรับงาน การวางหลักประกันสัญญา และการกำหนดค่าปรับตามสัญญา เพื่อลดความเสี่ยงจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันสะท้อนให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองที่ต้องการส่งเสริมคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการปฏิบัติตามสัญญาให้บรรลุผล โดยหน่วยงานทางปกครองจะเป็นผู้ตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งจะทำให้หน่วยงานทางปกครองทราบถึงปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามสัญญาได้อย่างใกล้ชิด ดังนั้น หากปรากฏ

อุปสรรคใด ๆ ในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะแล้ว หน่วยงานทางปกครองต้องบอกเลิกสัญญานั้นเอง และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระในทางสัญญาอันเกิดจากกลไกทางกฎหมายของระบบคณะกรรมการตรวจรับงาน การวางหลักประกันสัญญา และการกำหนดค่าปรับตามสัญญามากอยู่แล้ว ประกอบกับการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมทำให้คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองทราบแล้วว่า การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเพื่อให้ภารกิจทางกฎหมายไม่อาจจะบรรลุวัตถุประสงค์ อย่างแน่นอนและอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะแล้ว หน่วยงานทางปกครองจะต้องเร่งใช้ดุลพินิจเพื่อป้องกันและขจัดความเสียหาย เช่นว่านั้นโดยมิชักช้า ดังนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบหลักกฎหมายของระบบกฎหมายทั้งสามประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า การจะกำหนดหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองว่าด้วยการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว อันเป็นหลักกฎหมายที่ห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาทางปกครอง จึงมิใช่กลไกทางกฎหมายที่จะทำให้การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองบรรลุผลได้ ทั้งยังเป็นภาระแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเกินสมควรอีกด้วย สำหรับการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของไทยเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในระบบกฎหมายไทยต้องรับภาระในทางกฎหมายเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามสัญญาเพียงพอมอยู่แล้ว การสร้างหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองไทยจึงสมควรเป็นการสร้างหลักกฎหมายที่เป็นการพัฒนาความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างหน่วยงานทางปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้มากยิ่งขึ้นจะถูกต้องและเหมาะสมกว่า ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากกว่าการกำกับควบคุมอย่างเคร่งครัด เช่น การกำหนดหลักประกันทางการเงินเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถร้องขอเงินค่าตอบแทนตามสัญญาเพิ่มขึ้นได้ หากเป็นไปได้เพื่อให้การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้นบรรลุวัตถุประสงค์ หรือในกรณีที่จะมีการเลิกสัญญาระหว่างกันแล้ว หากคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองได้รับประโยชน์จากค่าการงานที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ลงมือปฏิบัติการชำระหนี้ไปบางส่วนแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็สมควรได้รับเงินชดเชยและค่าขาดกำไรในส่วนนั้นด้วย หรือการกำหนดทัศนคติต่อการชดเชยค่าเสียหาย ค่าขาดกำไร หรือเงินชดเชยการลงทุนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาโดยหน่วยงานทางปกครอง เป็นต้น

๒. ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและข้อพิจารณาในทางนิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง

เมื่อทราบถึงแนวทางในทางนิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองที่จะต้องคำนึงถึงเพื่อนำมาใช้ในการพัฒนาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายสำหรับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยแล้ว ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดประกอบข้อสังเกตในทางนิติวิธีเพื่อให้ผู้อ่านสามารถเข้าใจในข้อความคิดเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองได้ดียิ่งขึ้น

๒.๑ ตัวอย่างการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : การเกิดขึ้นของสัญญา

๒.๑.๑ ตัวอย่างการแบ่งแยกการกระทำฝ่ายเดียวออกจากสัญญา : คำสั่งทางปกครอง “ก่อน” ทำสัญญา

(๑) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๑๔๕/๒๕๕๘

คดีนี้ผู้ฟ้องคดี (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก.) อ้างว่า สัญญาจ้างตามฟ้องเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการจ้างทำของตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๘๗ และปรากฏข้อความในสัญญาหรือแบบนิติกรรมว่า เป็นการจ้างงานซ่อมแซมแพตั้งเครื่องสูบน้ำ แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบล ท.) ให้ผู้ฟ้องคดี (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก.) สร้างแพขึ้นใหม่ไม่ใช่ซ่อมแซม ดังนั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่า การทำสัญญาจ้างตามฟ้องเป็นการทำไปเพราะแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๖ สัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นโมฆะ ผู้ฟ้องคดีจึงขอเลิกสัญญาจ้างตามฟ้อง อันมีผลให้คู่กรณีกลับสู่สถานะเดิม ข้อเสนอแนะที่อ้างว่า สัญญาจ้างซ่อมแซมแพตามฟ้องเป็นโมฆะ เพราะเป็นสัญญาที่สำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรมก็คือตามแบบแนบท้ายสัญญาจ้างระบุว่าต้องใช้เหล็กขนาด ๔ นิ้ว x ๘ นิ้ว x ๓/๑๖ นิ้ว จำนวน ๒๑ แผ่น มาทำการซ่อมแซมแพเก่าที่ชำรุดให้ใช้งานได้ ผู้ฟ้องคดีจะนำแพเก่าไปซ่อมที่โรงงาน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ยินยอม อ้างว่าต้องสร้างตัวแพขึ้นใหม่ ขอให้ศาลปกครองสูงสุดตรวจรูปแบบท้ายสัญญาจ้างเลขที่ ๒/๒๕๕๔ สามารถพิสูจน์ได้ว่าเหล็กแผ่น จำนวน ๒๑ แผ่น ไม่สามารถสร้างแพตามแบบในรูปได้ เพราะจำนวนเหล็กไม่พอที่จะสร้างใหม่ ทำได้ก็เฉพาะนำมาเชื่อมต่อปะผุเท่านั้นเอง ตัวแพตั้งเครื่องสูบน้ำตามฟ้องต้องใช้เหล็ก จำนวน ๓๒ แผ่น ตามใบประมาณการเมื่อวันที่ ๒๑ มีนาคม ๒๕๕๔ ของผู้ถูกฟ้องคดี การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะบังคับให้ผู้ฟ้องคดีสร้างตัวแพขึ้นมาใหม่จึงเป็นการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญ สัญญาจ้างดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ

ผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบล ท.) ตอบสู้ว่า ในประเด็นที่ผู้ฟ้องคดี (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก.) อ้างว่า สำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่าผู้ฟ้องคดีรู้ตั้งแต่แรกในเอกสารสอบราคาแล้ว จึงได้เสนอตัวเข้าเสนอราคาแข่งขัน และผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้พิจารณาคัดเลือกไว้ให้เป็นคู่สัญญาจ้าง แล้วผู้ฟ้องคดีจะมาอ้างว่าสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมหาได้ไม่ เพราะผู้ฟ้องคดีรู้ตั้งแต่แรกแล้วว่าสัญญาจ้างให้ซ่อมแซมแพตั้งเครื่องสูบน้ำ สถานีสูบน้ำบ้านท่าไทรและบ้านท่าค้อ ตัวทุนนั้นมีสภาพผุและเป็นสนิม เนื่องจากผ่านการใช้งานมาหลายปี ในส่วนตัวโครงหลังคานั้นไม่ต้องเปลี่ยนใหม่ เพราะยังใช้งานได้อยู่ รูปแบบรายการซึ่งแนบท้ายสัญญาจ้าง ผู้ฟ้องคดีก็ได้รับทราบและเซ็นชื่อรับรองความถูกต้องในเอกสารทุกแผ่น ซึ่งตามรูปแบบรายการในตอนสอบราคาจ้างเป็นแบบ SD - ๐๓/๔๑ ผู้ฟ้องคดีก็ได้เซ็นชื่อรับเอกสารรูปแบบรายการดังกล่าวที่แนบมาด้วย ส่วนเอกสารรูปแบบรายการ EPP ๑๙๔ ตามเอกสารแนบท้ายคำฟ้องเป็นเอกสารแนบท้ายสัญญาฉบับใหม่ หลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดี

ได้มีการบอกเลิกสัญญาจ้างไปแล้ว ที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า ต้องใช้เหล็ก ขนาด ๔ นิ้ว x ๘ นิ้ว x ๓/๑๖ นิ้ว จำนวน ๒๑ แผ่น มาทำการซ่อมแซมแพเก่าที่ใช้ชำรุดให้ใช้งานได้นั้น ไม่เป็นความจริงแต่อย่างใด

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในประเด็นสำคัญผิดในสาระสำคัญว่า สัญญาที่ผู้ฟ้องคดี (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก.) ทำกับผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบล ท.) เกิดจากการสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือไม่ และผู้ฟ้องคดีสามารถอ้างความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญในขณะทำสัญญาเพื่อให้สัญญาดตกเป็นโมฆะได้หรือไม่ เห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศสอบราคา ลงวันที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๔๙ เพื่อหาผู้รับจ้างซ่อมแซมแพตั้งเครื่องสูบน้ำ ซึ่งเป็นครุภัณฑ์ชำรุดที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับโอนมาจากกรมชลประทาน โดยกำหนดให้ใช้แบบของกรมพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน เลขที่ SD - ๐๓/๔๑ ซึ่งตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดี ข้อ ๔.๔ ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่า ก่อนการยื่นซองสอบราคา ผู้เสนอราคาควรตรวจสอบร่างสัญญา แบบรูปและรายละเอียด ฯลฯ ให้ถี่ถ้วนและเข้าใจเอกสารสอบราคาทั้งหมดเสียก่อนที่จะตกลงยื่นซองสอบราคา ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้ยื่นซองสอบราคาในลักษณะราคารวมจำนวน ๔๒๐,๐๐๐ บาท พร้อมทั้งเสนอรายการขนาดและปริมาณของเหล็กแต่ละชนิดไว้โดยละเอียด เช่น เหล็กแผ่น เหล็กฉาก เหล็กแบน และเหล็กราง โดยที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ไปฟังคำชี้แจงจากผู้ถูกฟ้องคดีในวันที่ ๕ เมษายน ๒๕๔๙ รวมทั้งผู้ฟ้องคดีไม่ได้ไปตรวจสอบสถานที่ที่ต้องทำงานตามสัญญาจ้าง ต้องถือว่าผู้ฟ้องคดีได้เข้าใจเงื่อนไขตามประกาศสอบราคาระนั้น และเอกสารสอบราคาจ้างเลขที่ ๒/๒๕๔๙ ลงวันที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๔๙ ดีแล้ว เพราะตามแบบรูปรายการที่ผู้ถูกฟ้องคดีประกาศสอบราคาระนั้น เป็นการสร้างแพขึ้นมาใหม่ตามแบบ SD - ๐๓/๔๑ การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ไปดูสถานที่ก่อสร้างและไม่ไปฟังการชี้แจงของผู้ถูกฟ้องคดี แต่ได้ยื่นซองเสนอราคา จนได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีเข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีด้วยความสมัครใจมิได้เกิดจากการสำคัญผิด และเมื่อปรากฏว่าแบบรูปรายการที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดในการประกาศสอบราคาเป็นแบบรูปรายการที่สร้างขึ้นมาใหม่ มิใช่เป็นการซ่อมแซม แม้ผู้ฟ้องคดีจะเข้าใจว่างานที่ผู้ฟ้องคดีเข้าทำสัญญาเป็นงานซ่อมแซมตามชื่อของประกาศ แต่ความเข้าใจของผู้ฟ้องคดีเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ฟ้องคดีที่ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของประกาศประกวดราคา อีกทั้งเมื่อเข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีแล้ว ผู้ฟ้องคดีไม่ได้แจ้งผู้ถูกฟ้องคดีว่าไม่สามารถทำงานได้ เนื่องจากแบบรูปรายการที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดมีข้อบกพร่องไม่สามารถทำงานได้ อันเป็นความผิดหรือความบกพร่องของฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งสัญญาจ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดสิ้นสุดในวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๔๙ แต่ผู้ฟ้องคดีแจ้งเหตุดังกล่าวให้ผู้ถูกฟ้องคดีทราบเมื่อวันที่ ๒๕ สิงหาคม ๒๕๔๙ ซึ่งเกินกว่าระยะเวลา ๑๕ วันนับแต่วันที่เหตุอันสิ้นสุด แสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้ใส่ใจในงานที่ตนเองเป็นผู้ชนะการสอบราคา จึงทำให้ไม่ทราบถึงความบกพร่องของแบบรูปรายการจนกระทั่งสิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ ตามข้อกำหนดของสัญญา ข้อ ๒๐ วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ในกรณีมีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุใด ๆ อันเนื่องมาจากความผิดหรือความบกพร่องของฝ่ายผู้ว่าจ้างหรือพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่ผู้รับจ้างไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ทำให้ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จตามเงื่อนไขและกำหนดเวลาแห่งสัญญานี้ได้ ผู้รับจ้างจะต้องแจ้งเหตุหรือพฤติการณ์

ดังกล่าวพร้อมหลักฐานเป็นหนังสือให้ผู้ว่าจ้างทราบ เพื่อขอขยายเวลาการทำงานออกไปภายใน ๑๕ วัน นับถัดจากวันที่เหตุอันล้นสุดลง วรรคสอง กำหนดว่า ถ้าผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามความในวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าผู้รับจ้างได้ละสิทธิเรียกร้องในการที่จะขยายเวลาการทำงานออกไปโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น เว้นแต่กรณีเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง ซึ่งมีหลักฐานชัดเจน หรือผู้ว่าจ้างทราบดีอยู่แล้วตั้งแต่ต้น จากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจอ้างการเข้าทำสัญญาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญมาเป็นเหตุให้สัญญาเลขที่ ๒/๒๕๔๙ ลงวันที่ ๒๖ พฤษภาคม ๒๕๔๙ เป็นโมฆะได้ สัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย และผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดของสัญญา ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยต้องทำงานให้ถูกต้องตามสัญญาและแบบรูปรายการทำสัญญา

(๒) ความเห็นในทางนิติวิธี

ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองของไทยได้แยกการคัดเลือกคู่สัญญา หรือ “กระบวนการก่อนทำสัญญา” ให้เป็นการกระทำฝ่ายเดียวหรือคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น เมื่อมีการโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการก่อนทำสัญญาหรือการคัดเลือกคู่สัญญา กรณีจึงย่อมเป็นการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการแบ่งแยกกระบวนการก่อนทำสัญญาให้เป็นคำสั่งทางปกครองโดยผลของกฎหมายตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยว่า **กระบวนการก่อนสัญญาเป็นคำสั่งทางปกครอง** เช่น คำสั่งให้เป็นผู้ไม่ผ่านการประเมินเอกสารด้านคุณสมบัติของกิจการร่วมค้า (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๔๑/๒๕๖๓) คำสั่งอนุมัติยกเลิกการว่าจ้างบริการทางเทคนิค สนับสนุนการสร้างเรือตรวจการณ์ใกล้ฝั่ง โดยวิธีพิเศษ นั้น คำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นการสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอ กรณีจึงถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๕๙๑/๒๕๕๗) คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่สั่งรับคำเสนอซื้อไม้และวัสดุเก่าที่ได้จากการรื้อถอนบ้านพักข้าราชการ จำนวน ๑๖ หลัง ตามประกาศสถาบันราชภัฏนครราชสีมา เลขที่ ๑๓๓/๒๕๔๗ เรื่อง การประมูลราคาขายทอดตลาดไม้และวัสดุเก่าต่างๆ ที่ได้จากการรื้อถอนบ้านพักข้าราชการของนาย ส. ถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๒๖/๒๕๕๖) หรือคำสั่งไม่รับใบเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีในการสอบราคาซื้อครุภัณฑ์ยานพาหนะและขนส่งเพื่อซื้อรถบรรทุก (ดีเซล) ซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดสมควรเป็นผู้ชนะการสอบราคาซื้อรถบรรทุก คำสั่งไม่รับใบเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๕๕๐/๒๕๕๔) ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีที่มีการโต้แย้งกระบวนการขั้นตอนก่อนทำสัญญา จึงไม่เหตุที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับเรื่อง “การแสดงเจตนาของคู่สัญญา” แต่ประการใด อีกทั้งการใช้กฎหมายในลักษณะที่ตีความกระบวนการก่อนทำสัญญาให้เป็นได้ทั้งการกระทำฝ่ายเดียวหรือคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็น

การกระทำที่มุ่งให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายแต่ฝ่ายเดียว ซึ่งจะแตกต่างไปจากการแสดงเจตนาที่เป็นการกระทำที่มุ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายด้วยความตกลงกันของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จึงมีความแตกต่างกันและไม่อาจจะเกิดขึ้นพร้อม ๆ กันได้ ทำให้การพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนก่อนทำสัญญาเป็นการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งกรณีของข้อเท็จจริงในคดีตัวอย่างข้างต้นที่ผู้เขียนนำมาเสนอนั้น “เมื่อผู้ฟ้องคดีอ้างว่าได้สำคัญผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับงานที่จะรับจ้าง โดยเข้าใจผิดว่างานดังกล่าวเป็นเพียงการซ่อมแซมแพตั้งเครื่องสูบน้ำ มิใช่การสร้างแพขึ้นมาใหม่ สามารถพิสูจน์ได้ว่าเหล็กแผ่น จำนวน ๒๑ แผ่นไม่สามารถสร้างแพตามแบบในรูปได้ เพราะจำนวนเหล็กไม่พอที่จะสร้างใหม่ ทำได้ก็เฉพาะนำมาเชื่อมต่อปะผุเท่านั้นเอง ตัวแพตั้งเครื่องสูบน้ำตามฟ้องต้องใช้เหล็ก จำนวน ๓๒ แผ่นตามใบประมาณการเมื่อวันที่ ๒๑ มีนาคม ๒๕๔๙ ของผู้ถูกฟ้องคดี การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะบังคับให้ผู้ฟ้องคดีสร้างตัวแพขึ้นมาใหม่จึงเป็นการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญสัญญาจ้างดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ” นั้น จึงต้องถือว่า ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่ากระบวนการขั้นตอนก่อนทำสัญญาหรือคำสั่งที่ไปกำหนดให้สร้างแพขึ้นมาใหม่ แทนที่จะซ่อมแซมแพนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น คดีนี้ เมื่อพิจารณาในทางนิติวิธีแล้ว จึงเป็นเรื่องของข้อพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนก่อนการทำสัญญา ซึ่งไม่ปรากฏข้อพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแต่ประการใด กรณีจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยอาศัยหลักกฎหมายแพ่งว่าด้วยการสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๕๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด

๒.๑.๒ ตัวอย่างรูปแบบของสัญญา

(๑) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๖๒ /๒๕๔๖ (ประชุมใหญ่)

ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่พิเคราะห์แล้วเห็นว่า โดยที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีฐานะเป็นกรมตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ และมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง กฎหมายว่าด้วยเงินตรา กฎหมายว่าด้วยที่ราชพัสดุ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง อันเป็นอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ ซึ่งอาคารสถานที่สำหรับการให้บริการสาธารณะดังกล่าวเป็นถาวรวัตถุอันเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะนั้นให้บรรลุผล เมื่อสัญญาจ้างเหมาปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาธารักษ์ จังหวัดเชียงใหม่ ระหว่างผู้ฟ้องคดี กับผู้ถูกฟ้องคดี มีวัตถุประสงค์สัญญา คือ การรับจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารของรัฐ จึงถือได้ว่าสัญญาจ้างเหมาปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาธารักษ์ จังหวัดเชียงใหม่ เป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนข้อตกลงที่ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีได้ตกลงด้วยวาจาเกี่ยวกับการทำงานเพิ่มเติมจากสัญญาทางปกครองดังกล่าวข้างต้น มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งมาตรา ๕๘๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดให้สัญญาดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด แม้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ จะกำหนดให้หน่วยงานของทางราชการต้องดำเนินการทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือ

ก็ตาม แต่ระเบียบดังกล่าวก็เป็นเพียงระเบียบภายในของทางราชการ ดังนั้น ข้อตกลงเกี่ยวกับการทำงานเพิ่มเติมด้วยวาจาดังกล่าว จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือและถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครองนั้นด้วย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๑๓๒/๒๕๕๙

มาตรา ๕๘๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น ข้อเท็จจริงในคดีนี้รับฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (เทศบาลตำบล ก.) ได้แสดงเจตนาว่าจ้างผู้ฟ้องคดี (นาย ย.) ด้วยวาจาและผู้ฟ้องคดีได้เข้าดำเนินการตกแต่งและปรับปรุงภูมิทัศน์บริเวณขอบถนนในเขตพื้นที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ปรับปรุงภูมิทัศน์สวนหย่อมบริเวณป้ายหน้าสำนักงาน และตกแต่งภูมิทัศน์ด้วยไม้กระถางในกิจกรรมการจัดงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑^{๘๖} กรณีจึงเข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามมาตรา ๕๘๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ฟ้องคดีแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันเกิดสัญญาผูกพันทั้งสองฝ่ายแล้ว ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๘๗ มิได้บัญญัติให้สัญญาจ้างทำของต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ว่าจ้างผู้ฟ้องคดีด้วยวาจาให้ดำเนินการตกแต่งภูมิทัศน์บริเวณขอบถนนในเขตพื้นที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ปรับปรุงภูมิทัศน์สวนหย่อมบริเวณป้ายหน้าสำนักงานและตกแต่งภูมิทัศน์ด้วยไม้กระถางในกิจกรรมการจัดงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ฟ้องคดีได้เข้าดำเนินการแล้ว จึงเกิดนิติสัมพันธ์เป็นสัญญาผูกพันกันขึ้น

(๒) ความเห็นในทางนิติวิธี

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๖๒ /๒๕๕๖ (ประชุมใหญ่) และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๑๓๒/๒๕๕๙ วินิจฉัยโดยอาศัยหลักกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับสัญญาจ้างทำของตามมาตรา ๕๘๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มีได้มีการกำหนดให้การทำสัญญาจ้างทำของต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ผู้เขียนเห็นว่า ในทางนิติวิธีนั้น มีข้อพิจารณาว่า “สัญญาจ้างทำของตามมาตรา ๕๘๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

^{๘๖} ปัจจุบันคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ ๖๖/๒๕๖๔ ว่า เอกชนยื่นฟ้องมหาวิทยาลัย ศ. ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเกี่ยวกับ “สัญญาจ้างปรับปรุงภูมิทัศน์และประตูทางเข้ามหาวิทยาลัย” ว่า แม้สัญญาดังกล่าวจะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเพียงการว่าจ้างเพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีสถานที่ที่เหมาะสมต่อการปฏิบัติงานและการให้บริการด้านการศึกษาตามอำนาจหน้าที่เท่านั้น จึงไม่มีลักษณะเป็นการว่าจ้างให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะและไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่จะถือเป็นสัญญาทางปกครอง จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

และพาณิชย์” อันเป็นสัญญาระหว่างบุคคลเอกชน ซึ่งตั้งอยู่บนหลักการสำคัญที่ว่าด้วยเรื่องของ “เสรีภาพในการทำสัญญา (Vertragsfreiheit)” ซึ่งหากกฎหมายมิได้บัญญัติบังคับให้คู่สัญญาเอกชน ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือแล้ว บุคคลเอกชนย่อมมีเสรีภาพที่จะตกลงกันในรูปแบบใดก็ได้ ซึ่ง “หลักกฎหมายว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญา (Vertragsfreiheit)” ไม่อาจจะนำมาใช้กับการทำสัญญาทางปกครองได้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองนั้นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งในสัญญาทางปกครองจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง ที่มีได้ดำเนินการโดยอาศัยเสรีภาพในการทำสัญญาแต่อย่างใด หากแต่หน่วยงานทางปกครองดำเนินการโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองของไทยจึงจะต้องพิจารณาคำนี้ถึงกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐเป็นเบื้องต้นก่อน เมื่อกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนดให้การจัดทำสัญญาหลักต้องทำเป็นหนังสือแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาจึงต้องทำเป็นหนังสือด้วยเช่นเดียวกัน

๒.๒ ตัวอย่างการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : การรับสภาพความรับผิดชอบ

๒.๒.๑ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ

(๑) การนำหลักกฎหมายเรื่องการรับสภาพความรับผิดชอบตามมาตรา ๑๙๓/๒๘ และมาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้กับสัญญาทางปกครองโดยตรง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๒๗๑/๒๕๕๙

ผู้ฟ้องคดี (มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลพระนคร) ฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (นาง ก.) ได้ทำสัญญารับทุนการศึกษาภายในประเทศ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่สามารถศึกษาให้สำเร็จตามระยะเวลาที่กำหนด ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ต่อศาลปกครองกลาง เมื่อวันที่ ๒๕ กันยายน ๒๕๕๑ ระหว่างพิจารณาคดีในชั้นศาลปกครองกลาง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ทำหนังสือลงวันที่ ๑๐ กันยายน ๒๕๕๒ รับสภาพความรับผิดชอบ โดยมีสาระสำคัญว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะชดใช้เงินงวดแรกในวันที่ ๑๐ มกราคม ๒๕๕๓ เป็นเงินต้นจำนวน ๒๐,๐๐๐ บาท พร้อมดอกเบี้ยจำนวน ๔๒,๙๐๔.๑๑ บาท รวมทั้งสิ้นจำนวน ๖๒,๙๐๔.๑๑ บาท ภายหลังจากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะผ่อนชำระเป็นงวด ๆ ภายในวันที่ ๑๐ ของทุกเดือน จนกว่าจะชำระหนี้เสร็จสิ้น แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาดังกล่าว หลังจากนั้น ศาลปกครองกลางได้มีคำพิพากษาเป็นคดีหมายเลขแดงที่ ๑๒๓๘/๒๕๕๓ ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เป็นฝ่ายผิดสัญญา และพิพากษาให้ชำระเงินจำนวน ๑๖๓,๗๗๐.๔๙ บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ ๑๕ ต่อปี ของต้นเงินจำนวน ๑๕๐,๐๐๐ บาท ให้แก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ อุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เป็นผู้ผิดสัญญา แต่การที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องต่อศาลในวันที่ ๒๕ กันยายน ๒๕๕๑ เป็นการยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนด ๕ ปี

ตามมาตรา ๕๑^{๘๗} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๕๑ พิกษายกฟ้อง หลังจากนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีนี้ เพื่อเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ รับผิดชอบตามหนังสือรับสภาพหนี้ ลงวันที่ ๑๐ กันยายน ๒๕๕๒ เห็นว่า เดิมผู้ฟ้องคดีได้ฟ้อง ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองต่อศาลปกครองกลางว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ผิดสัญญาับทุนการศึกษา โดยมี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ เป็นผู้ค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา จึงขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองรับผิดชอบตามสัญญาดังกล่าว ซึ่งเมื่อศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาให้ยกฟ้องแล้ว ประเด็นที่ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ผิดสัญญาับทุนการศึกษา หรือไม่ และผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองต้องรับผิดชอบตามสัญญา หรือไม่ นั้น จึงต้องถือว่าถึงที่สุด การฟ้องร้องในประเด็นนี้ใหม่ จึงต้องห้ามมิให้คู่กรณีเดียวกัน ฟ้องกันอีก ตามข้อ ๘๗ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วย วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้มีหนังสือ ลงวันที่ ๑๐ กันยายน ๒๕๕๒ รับสภาพความรับผิดชอบ กรณีจึงเป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจาก การที่ลูกหนี้รับสภาพความรับผิดชอบโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ ตามมาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องคดีใหม่โดยอาศัยเหตุตามหนังสือรับสภาพ ความรับผิดชอบดังกล่าว จึงไม่มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เป็นฝ่ายผิดสัญญา พิพาท หรือไม่อีก คงมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยเพียงว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะต้องรับผิดชอบตามหนังสือลงวันที่ ๑๐ กันยายน ๒๕๕๒ หรือไม่ เพียงใด ดังนั้น คำฟ้องในคดีนี้จึงมิใช่การฟ้องในประเด็นที่ได้วินิจฉัย โดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันในคดีที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีถึงที่สุดแล้ว ตามข้อ ๘๗ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ กรณีจึงถือไม่ได้ว่า เป็นฟ้องซ้ำ อย่างไรก็ตาม เดิมผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองกลางเมื่อวันที่ ๒๕ กันยายน ๒๕๕๑ ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า เป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนด ๕ ปี นับแต่วันที่ รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ส่วนการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำหนังสือรับสภาพหนี้เมื่อวันที่ ๑๐ กันยายน ๒๕๕๒ เป็นการทำหนังสือรับสภาพหนี้ภายหลังที่พ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว กรณีจึงเป็นการรับสภาพความรับผิดชอบโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ ซึ่งตามมาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้รับสภาพ ความรับผิดชอบโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือและเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องซึ่งขาดอายุความ นั้น มีกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่ได้รับความรับผิดชอบ ดังนั้น กรณีนี้หากผู้ฟ้องคดี จะฟ้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ รับผิดชอบตามหนังสือรับสภาพความรับผิดชอบดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจะต้อง นำคดีมาฟ้องต่อศาลภายในสองปีนับแต่วันที่ ๑๐ มกราคม ๒๕๕๓ ซึ่งเป็นวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑

^{๘๗} มาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๕๑ บัญญัติว่า “การฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี และการฟ้องคดีตาม มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) ให้ยื่นฟ้องภายในห้าปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี”

ไม่ชำระเงินงวดแรกตามหนังสือรับสภาพความรับผิดชอบ การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องคดีนี้เมื่อวันที่ ๗ มกราคม ๒๕๕๘ จึงเป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาแห่งการฟ้องคดีแล้ว ศาลปกครองจึงไม่อาจรับคดีนี้ไว้พิจารณาพิพากษาได้ ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาให้จำหน่วยคดีออกจากสารบบความ และคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดแก่ผู้ฟ้องคดี นั้น ชอบแล้ว

(๒) การนำหลักกฎหมายเรื่องการรับสภาพความรับผิดชอบตามมาตรา ๑๙๓/๒๘ และ มาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้กับสัญญาทางปกครองในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๘๑/๒๕๕๐

ผู้ฟ้องคดี (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) ฟ้องว่า ขณะผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (นาย ส.) รับราชการสังกัดของผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้รับคัดเลือกให้รับทุนจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เพื่อศึกษาชั้นปริญญาเอกที่ต่างประเทศ โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ทำสัญญาลาศึกษาและสัญญาการรับทุนของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเพื่อไปศึกษาวิชา ณ ต่างประเทศ กับผู้ฟ้องคดี และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (นาย พ.) ได้ทำสัญญาค้ำประกันให้ไว้แก่ผู้ฟ้องคดี ต่อมา ในวันที่ ๑๔ มีนาคม ๒๕๔๐ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ลาออกจากราชการ โดยยังรับราชการชดใช้ไม่ครบกำหนดเวลาตามสัญญา จึงตกเป็นผู้ผิดสัญญาลาศึกษาและสัญญาการรับทุน ต้องรับผิดชอบใช้เงินทุน เงินเดือนพร้อมเบี้ยปรับตามสัญญาเมื่อหักกับระยะเวลาที่รับราชการไปแล้วให้แก่ผู้ฟ้องคดี และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ในฐานะผู้ค้ำประกันต้องร่วมกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ รับผิดชอบใช้เงินจำนวนดังกล่าวด้วย แต่เมื่อผู้ฟ้องคดีมิได้ใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองร่วมกันหรือแทนกันชำระหนี้โดยการฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองร่วมกันหรือแทนกันชำระหนี้ดังกล่าวภายในวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๔๕ สิทธิของผู้ฟ้องคดีที่จะเรียกร้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองร่วมกันหรือแทนกันชำระหนี้ดังกล่าวจึงขาดอายุความ อย่างไรก็ตาม มาตรา ๑๙๓/๒๘ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า การชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องซึ่งขาดอายุความแล้วนั้นไม่ว่ามากน้อยเพียงใดจะเรียกคืนไม่ได้ แม้ว่าผู้ชำระหนี้จะไม่ว่าสิทธิเรียกร้องขาดอายุความแล้วก็ตาม และ วรรคสอง บัญญัติว่า บทบัญญัติในวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับแก่การที่ลูกหนี้รับสภาพความรับผิดชอบโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือโดยการให้ประกันด้วย แต่จะอ้างความข้อนี้ขึ้นเป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันเดิมไม่ได้ นอกจากนั้น มาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังได้บัญญัติไว้ด้วยว่า ภายใต้บังคับมาตรา ๑๙๓/๒๗ สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้รับสภาพความรับผิดชอบโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือโดยการให้ประกันตามมาตรา ๑๙๓/๒๘ วรรคสอง ให้มีกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่ได้รับการสภาพความรับผิดชอบหรือให้ประกัน บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวสามารถนำมาใช้บังคับกับสิทธิเรียกร้องตามสัญญาทางปกครองได้เพียงเท่าที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังนั้น แม้สิทธิเรียกร้องตามสัญญาทางปกครองจะขาดอายุความแล้ว แต่ถ้าลูกหนี้รับสภาพความรับผิดชอบโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือโดยการให้ประกัน ลูกหนี้ก็ไม่อาจถอนเสียได้ แม้ว่าลูกหนี้จะไม่ว่าสิทธิเรียกร้องขาดอายุความแล้วก็ตาม

แต่จะอ้างความข้อนี้ขึ้นเป็นโทษแก่ผู้ค้าประกันเดิมไม่ได้ แต่สิทธิเรียกร้องตามสัญญาทางปกครองที่เกิดจากการที่ลูกหนี้รับสภาพความรับผิดโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือโดยการให้ประกันนั้น ควรมีกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับความรับผิดหรือให้ประกัน ไม่ใช่สองปี นับแต่วันที่ได้รับความรับผิดหรือให้ประกัน มิฉะนั้น จะขัดกับบทบัญญัติมาตรา ๕๑^{๔๔} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(๓) การนำหลักกฎหมายเรื่องการรับสภาพความรับผิดตามมาตรา ๑๙๓/๒๘ และ มาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้กับสัญญาทางปกครอง ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๐๒/๒๕๔๙ (ที่ประชุมใหญ่)

เดิมผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (นาย ส.) รับราชการในตำแหน่งเภสัชกร ๖ สังกัดสำนักงานสาธารณสุขจังหวัดสกลนคร เมื่อวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๔๒ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ทำสัญญาให้ไว้ต่อผู้ฟ้องคดี (สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข) โดยมีสาระสำคัญว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้รับอนุญาตให้ลาศึกษาเพิ่มเติม และเมื่อสำเร็จการศึกษาหรือพักหรือยุติ การศึกษาแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะต้องกลับมาปฏิบัติราชการเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าระยะเวลา ที่ใช้ในการศึกษา หากผิดสัญญาหรือไม่กลับมาปฏิบัติราชการไม่ว่าด้วยเหตุใด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะต้องชดใช้เงินเดือนที่ทางราชการจ่ายให้ในระหว่างลาศึกษาพร้อมเบี้ยปรับอีกหนึ่งเท่าของ จำนวนเงินที่จะต้องชดใช้คืน โดยจะต้องชำระให้ครบถ้วนภายใน ๓๐ วัน นับแต่ได้รับแจ้งจำนวนนี้ หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวจะต้องชำระดอกเบี้ยผิมนัดในอัตราร้อยละสิบห้าต่อปีจนกว่าจะชำระ เสร็จสิ้น โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (นาง ป.) ซึ่งเป็นมารดาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เป็นผู้ค้าประกันยอมรับผิด อย่างลูกหนี้ร่วม เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่สามารถสำเร็จการศึกษาภายในระยะเวลาที่กำหนด จึงได้ ยุติการศึกษาและขอกลับเข้าปฏิบัติราชการ และต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ขอลาออกจากราชการ ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดสกลนครได้มีคำสั่งจังหวัดสกลนคร ที่ ๒๓๘๙/๒๕๔๔ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๔๔ อนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ลาออกจากราชการโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๔ เป็นผลให้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ผิดสัญญาลาศึกษาอันเนื่องมาจากลาออกจากราชการก่อนปฏิบัติราชการชดใช้ทุน ครบถ้วน ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือลงวันที่ ๓ มกราคม ๒๕๔๖ แจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองชำระ

^{๔๔} บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับใช้ในขณะนั้น คือมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งบัญญัติว่า “การฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่ มีเหตุแห่งการฟ้องคดี”

แต่ต่อมา ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๕๑ ขยายระยะเวลาจากหนึ่งปีเป็นห้าปี ดังนี้ “การฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี และการฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) ให้ยื่นฟ้องภายในห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี”

เงินเดือนคืนพร้อมเบี้ยปรับภายใน ๓๐ วัน นับแต่ได้รับหนังสือ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้รับหนังสือดังกล่าวโดยชอบเมื่อวันที่ ๑๐ มกราคม ๒๕๔๖ แต่มิได้ชำระภายในเวลาที่กำหนด แต่ต่อมาภายหลัง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้มีหนังสือลงวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๔๖ ขออนุญาตชำระหนี้ให้ผู้ฟ้องคดีเป็นรายเดือนเดือนละ ๒,๐๐๐ บาท พร้อมกับส่งเงินชำระงวดแรกเป็นเงิน ๒,๐๐๐ บาท ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้ออกใบเสร็จรับเงินฉบับลงวันที่ ๒๖ พฤษภาคม ๒๕๔๖ จำนวนเงิน ๒,๐๐๐ บาท ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ แล้ว และเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมิได้ชำระเงินให้เสร็จสิ้นภายในเวลาที่กำหนด ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเมื่อวันที่ ๓๐ พฤษภาคม ๒๕๔๖

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้มีหนังสือลงวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๔๖ ถึงผู้ฟ้องคดียอมรับผิดในหนี้โดยขออนุญาตชำระคืนเดือนละ ๒,๐๐๐ บาท พร้อมทั้งได้ส่งเงินชำระให้แก่ผู้ฟ้องคดีบางส่วนแล้วนั้น จะถือว่าเป็นการรับสภาพความรับผิดโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา ๑๙๓/๒๘ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ และสามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับกับคดีปกครองได้หรือไม่ หากนำมาใช้บังคับกับคดีปกครองได้ ระยะเวลาการฟ้องคดีซึ่งต้องเริ่มนับแต่วันที่ได้รับสภาพความรับผิดจะมีกำหนด ๑ ปี ตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒^{๔๙} หรือจะมีกำหนด ๒ ปี ตามมาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่พิเคราะห์แล้วเห็นว่า ก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะมีหนังสือลงวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๔๖ ขออนุญาตชำระหนี้ตามสัญญาลาศึกษาต่อ นั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวได้พ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีไปแล้ว ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีหนังสือลงวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๔๖ ถึงผู้ฟ้องคดีขออนุญาตชำระหนี้ อันเนื่องมาจากการผิดสัญญาดังกล่าว จึงเป็นการรับสภาพความรับผิดโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา ๑๙๓/๒๘ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ จึงสามารถนำบทบัญญัติมาตรา ๑๙๓/๒๘ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับคดีปกครองได้ โดยสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้ฟ้องคดีรับสภาพความรับผิดดังกล่าวให้มีกำหนดระยะเวลา ๑ ปี นับแต่วันที่รับสภาพ

^{๔๙} บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับใช้ในขณะนั้น คือ มาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งบัญญัติว่า “การฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี”

ต่อมา มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๕๑ ขยายระยะเวลาจากหนึ่งปีเป็นห้าปี ดังนี้ “การฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี และการฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) ให้ยื่นฟ้องภายในห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี”

ความรับผิด ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีหนังสือลงวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๔๖ ถึงผู้ฟ้องคดี ยอมรับผิดในหนี้อันเนื่องมาจากการผิดสัญญาการศึกษาต่อ โดยขอผ่อนชำระคืนเป็นรายเดือน ๆ ละ ๒,๐๐๐ บาท ถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้รับสภาพความรับผิดโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือแล้วตั้งแต่วันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๔๖ การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลเมื่อวันที่ ๓๐ พฤษภาคม ๒๕๔๖ จึงเป็นการฟ้องคดีภายในระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

๒.๒.๒ ความเห็นในทางนิติวิธี

ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อได้พิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดกรณีดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายเรื่องการรับสภาพความรับผิดตามมาตรา ๑๙๓/๒๘ และ มาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง โดยใช้นิติวิธีที่แตกต่างกันถึงสามลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ นำบทบัญญัติมาตรา ๑๙๓/๒๘ และมาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในฐานะ (๑) นำมาใช้โดยตรง (๒) นำมาใช้ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และ (๓) นำมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า แนวทางในทางนิติวิธีที่ถูกต้อง คือ การอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา ๑๙๓/๒๘ และ มาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในกรณีนี้ คือ การอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยอาศัยบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie; analogy) ซึ่งจะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรของกฎหมายปกครองใดที่จะสามารถนำมาใช้บังคับแก่กรณีได้แล้ว อีกทั้งการนำมาใช้ก็จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองเป็นสำคัญด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเมื่อได้พิจารณาหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องการรับสภาพความรับผิดตามมาตรา ๑๙๓/๒๘ และมาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ในมูลหนี้ที่พ้นระยะเวลาการฟ้องคดีไปแล้ว ซึ่งลักษณะข้อพิพาทของคดีเช่นนี้ก็อาจจะปรากฏในสัญญาทางปกครองได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น กรณีจึงสามารถนำมาตรา ๑๙๓/๒๘ และมาตรา ๑๙๓/๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองได้ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie; analogy)

๒.๓ ตัวอย่างการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยอาศัยกฎหมายเปรียบเทียบ : การสิ้นสุดสัญญา

๒.๓.๑ เอกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

(๑) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๑๔/๒๕๕๔

สัญญาจ้างชุดเจาะบ่อน้ำบาดาลและติดตั้งเครื่องสูบน้ำซัมเมอร์ซีบีแอล บริเวณที่สาธารณะริมถนนสายเจริญ-โคกขาม หมู่ที่ ๔ ตามสัญญาจ้าง เลขที่ ๑/๒๕๔๙ ลงวันที่ ๓ ตุลาคม ๒๕๔๘ ระหว่างผู้ฟ้องคดี (ห้างหุ้นส่วนจำกัด บ.) กับ ผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบล ค.) มีคู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีเป็นราชการส่วนท้องถิ่น จึงเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ให้ผู้ฟ้องคดีทำการชุดเจาะบ่อน้ำบาดาลและติดตั้งเครื่องสูบน้ำซัมเมอร์ซีบีแอล อันเป็นทรัพย์สินที่ผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะหน่วยงานทางปกครองใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนได้ใช้ในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต สัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น อำนาจในการควบคุมดูแลหรือบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการแก้ไขข้อกำหนดของสัญญาได้ฝ่ายเดียว และอำนาจในการเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว เป็นต้น โดยเอกชนผู้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและต้องยอมรับอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ดังกล่าวของฝ่ายปกครอง สำหรับการบอกเลิกสัญญาทางปกครองนั้น แม้คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ก็เนื่องมาจากฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเป็นหลัก และการคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวมในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจะอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเสมอ แต่หากการบอกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ เพราะฉะนั้น การบอกเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยทำให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักไม่บรรลุวัตถุประสงค์จึงไม่อาจกระทำการได้นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาทางปกครองอาจสิ้นสุดลงได้ด้วยเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งใน ๒ ประการ คือ ประการแรก สัญญาทางปกครองสิ้นสุดลงตามปกติ เมื่อคู่สัญญาบรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญา และประการที่สอง สัญญาทางปกครองสิ้นสุดลงด้วยการเลิกสัญญา ซึ่งการเลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ใน ๔ กรณี ดังนี้ (๑) การเลิกสัญญาโดยความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (๒) การเลิกสัญญาเมื่อสัญญาเลิกกันโดยปริยาย เช่น มีเหตุสุดวิสัยทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาหมดไป (๓) การเลิกสัญญาเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เลิกสัญญา และ (๔) การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ดังนั้น การเลิกสัญญาทางปกครองจึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา ๓๘๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษ

ลูกหนี้ได้ชำระ เจ้าหนี้จะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ คดีนี้เมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับจ้างผู้ถูกฟ้องคดีขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลและติดตั้งเครื่องสูบน้ำซัมเมอร์ซีบีล ตามสัญญาจ้าง เลขที่ ๑/๒๕๔๙ ลงวันที่ ๓ ตุลาคม ๒๕๔๘ ซึ่งเมื่อผู้ฟ้องคดีได้ลงมือขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลลึกลงไปใต้ดินประมาณ ๕๐๐ เมตร ปรากฏว่ามีชั้นให้น้ำจืดและมีปริมาณน้ำเพียงพอ จึงแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทราบและพิจารณา โดยผู้ถูกฟ้องคดีตกลงรับชั้นน้ำจืดที่ชั้นความลึกระหว่าง ๔๕๐ เมตร ถึง ๔๕๖ เมตร กรณีจึงเห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้เริ่มทำงานขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลที่รับจ้างตามสัญญาจนถึงความลึกมีชั้นให้น้ำจืดและมีปริมาณน้ำเพียงพอ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ตกลงรับกรณีดังกล่าวแล้ว แต่เมื่อผู้ฟ้องคดีได้เสนอขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขรูปบ่อเพื่อลงท่อกรูบต่อผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีไม่ยินยอมโดยเห็นว่าไม่เป็นไปตามสัญญา ข้อ ๑ และ ข้อ ๒ ของสัญญา จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามข้อสัญญาต่อไป เมื่อปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีมีหนังสือ ลงวันที่ ๑๘ พฤศจิกายน ๒๕๔๘ แจ้งผู้ถูกฟ้องคดีว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งจากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจังหวัดสมุทรสาคร ให้ทำการย้ายเครื่องขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลออกจากพื้นที่โดยด่วน เนื่องจากไม่ได้ทำการยื่นขออนุญาตขุดเจาะจากกรมทรัพยากรน้ำบาดาล เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. ๒๕๒๐ และเมื่อผู้ฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งผู้ถูกฟ้องคดีเพิ่มเติมว่า ผู้ฟ้องคดีจะดำเนินการขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลก็ต่อเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีได้ขออนุญาตเจาะน้ำบาดาลอย่างถูกต้องจากกรมทรัพยากรน้ำบาดาล รวมทั้งขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีขยายระยะเวลาอย่างน้อย ๔๕ วัน นับตั้งแต่ได้รับหนังสืออนุญาตจากกรมทรัพยากรน้ำบาดาล เพราะจะต้องทำการขุดเจาะใหม่ในรูเดิม โดยขอลดขนาดความหนาของท่อกรูบ และขอเปลี่ยนแปลงรูปแบบบ่อให้เป็นไปตามที่มีหนังสือรับรองความถูกต้องจากกรมทรัพยากรน้ำบาดาล แต่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือยืนยันให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือ ลงวันที่ ๒๖ ธันวาคม ๒๕๔๘ แจ้งบอกเลิกสัญญา โดยอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถแสดงใบอนุญาตให้ขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลตามสัญญาจ้าง และให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าแรงงานและค่าดำเนินการต่างๆ เป็นเงิน ๕๔๗,๐๐๐ บาท รวมทั้งคืนหนังสือค้ำประกันธนาคารสิทธิไทย จำกัด (มหาชน) สาขาท่าพระ เลขที่ ๔๘-๔๒-๐๐๖๖-๑ ลงวันที่ ๒๙ กันยายน ๒๕๔๘ เป็นจำนวนเงิน ๑๐๔,๒๓๕ บาท ให้แก่ผู้ฟ้องคดีภายในกำหนด ๕ วัน นับตั้งแต่วันที่ได้รับหนังสือ กรณีเห็นได้ว่า เมื่อสัญญาจ้างขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลที่พิพาทมิได้มีข้อกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญา และการบอกเลิกสัญญาของฝ่ายผู้รับจ้างไม่อาจอ้างบทบัญญัติมาตรา ๓๘๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ เนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ดังนั้น การกล่าวอ้างเหตุที่จะไม่ดำเนินการขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลตามสัญญาจ้างต่อไป เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถแสดงใบอนุญาตให้ขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลตามสัญญาจ้าง โดยถือเป็นสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้น จึงไม่ชอบด้วยข้อกำหนดในสัญญาและหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เมื่อผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการเกี่ยวกับการขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลมานาน ย่อมมีความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลตามพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. ๒๕๒๐ เป็นอย่างดี หากจะกล่าวอ้างเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดียังไม่ได้รับใบอนุญาตให้ขุดเจาะบ่อน้ำบาดาล

ดังกล่าว เพื่อไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญา ย่อมที่จะต้องกล่าวอ้างเสียตั้งแต่ก่อนเข้าทำสัญญาหรือปฏิเสธที่จะเข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีเสียตั้งแต่ต้น การกล่าวอ้างว่าสัญญาที่พิพาทเป็นโมฆะเนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายดังกล่าว ก็ไม่อาจกล่าวอ้างได้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่สามารถแก้ไขให้ถูกต้องโดยการยื่นขอรับใบอนุญาตจากผู้มีอำนาจได้ กรณีจึงไม่อาจถือเป็นเหตุที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาและบอกเลิกสัญญาของผู้ฟ้องคดีได้ ส่วนกรณีที่กล่าวอ้างว่าผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งว่าหากดำเนินการชดเชยบาดตามสัญญาต่อไปจะถูกดำเนินคดีอาญา นั้นเป็นการกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดีที่ไม่มีพยานหลักฐานยืนยัน เพราะการกระทำตามสัญญาที่พิพาทของผู้ฟ้องคดี เป็นการดำเนินการตามสัญญาที่รับจ้างจากผู้ถูกฟ้องคดี มิใช่เป็นการกระทำของผู้ฟ้องคดีโดยตรง ซึ่งสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ในทางคดีของผู้ฟ้องคดีได้ อีกทั้งยังปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ดำเนินการขอใบอนุญาตให้ขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะบอกเลิกสัญญาดังกล่าว และได้รับใบอนุญาตโดยชอบด้วยกฎหมายในเวลาต่อมา การที่ผู้ถูกฟ้องคดีฟ้องแย้งเรียกค่าเสียหายจากผู้ฟ้องคดีไม่อาจถือได้ว่าเป็นการบอกเลิกสัญญา เพราะการบอกเลิกสัญญาต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งต่อคู่สัญญาโดยตรง การฟ้องแย้งดังกล่าวจึงเป็นการใช้สิทธิทางศาลในการโต้แย้งคู่สัญญา เมื่อผู้ฟ้องคดีบอกเลิกสัญญาดังกล่าวแก่ผู้ถูกฟ้องคดีโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมายและข้อกำหนดในสัญญา ข้อกล่าวอ้างต่าง ๆ ไม่อาจกล่าวอ้างเพื่อเป็นเหตุบอกเลิกสัญญา เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ให้ความยินยอมในการเลิกสัญญา หรือไม่มีเหตุสุดวิสัยที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญา หรือมีกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญา หรือศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เลิกสัญญา อันจะมีผลทำให้สัญญาเลิกกัน ผู้ฟ้องคดีจึงต้องปฏิบัติและรับผิดชอบตามสัญญาจ้างต่อไป

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๗๐๒/๒๕๕๙

ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยวางหลักกฎหมายเรื่องการเลิกสัญญาทางปกครองไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๗๐๒/๒๕๕๙ ทำนองเดียวกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๑๔/๒๕๕๔ ว่า การเลิกสัญญาทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ ๔ กรณี ดังนี้ (๑) การเลิกสัญญาโดยความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (๒) การเลิกสัญญาเมื่อสัญญาเลิกกันโดยปริยาย เช่น มีเหตุสุดวิสัยทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาหมดไป (๓) การเลิกสัญญาเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เลิกสัญญา และ (๔) การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

(๒) ความเห็นในทางนิติวิธี

ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ผู้เขียนเห็นว่าด้วยเหตุที่กฎหมายปกครองของไทยได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายต่างประเทศเป็นอย่างมาก กรณีจึงเป็นที่มาของการสร้างหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองโดยการนำหลักกฎหมายของต่างประเทศมาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การนำหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ได้แก่ หลักกฎหมายว่าด้วยเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง

ด้วยวิธีการดังกล่าว จะต้องคำนึงถึงเรื่องของนิติวิธีเกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายปกครองของต่างประเทศในเรื่องการเลิกสัญญาทางปกครองมาใช้ในระบบสัญญาทางปกครองของไทยด้วย

เมื่อได้พิจารณาเปรียบเทียบระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เยอรมัน และไทย^{๙๐} แล้ว จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายปกครองทั้งสามประเทศกำหนดหลักการทำนองเดียวกันให้ “หน่วยงานทางปกครองเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ” ซึ่งก็เป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองที่กำหนดให้องค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้แทนของราษฎรเป็นผู้บัญญัติขึ้น เพียงแต่ระบบกฎหมายของทั้งสามประเทศมี “วิธีการที่แตกต่างกันในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ” โดยหลักการทั่วไป ระบบกฎหมายทั้งสามประเทศต่างก็กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองมีอำนาจในการบอกเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียวเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะได้ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนของทั้งสามประเทศมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ ระบบกฎหมายฝรั่งเศส สร้าง “หลักประกันทางการเงิน” ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ จึงไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาได้เอง แต่ต้องร้องขอต่อศาล โดยยังปรากฏว่าระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้ผ่อนคลายเป็นพิเศษภายใต้การตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนลงมา หากปรากฏเหตุสุดวิสัยอันไม่อาจโทษคู่สัญญาฝ่ายใดได้ หรือการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองที่ไม่ใช่ “การจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง” สามารถกำหนดเงื่อนไขให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาได้ หรือเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองแสดงเจตนาหรือมีพฤติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงออกให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาอีกต่อไป ก็ต้องถือว่าหน่วยงานทางปกครองบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยปริยาย ในขณะที่ระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ถือว่า “การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครองเป็นภาระหน้าที่ตามสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาจะต้องรับความเสี่ยงจากการผิดสัญญา เช่นเดียวกับการชำระหนี้ตามสัญญาโดยทั่วไป” อีกทั้งบุคคลเอกชนที่เข้าทำสัญญากับรัฐก็มีได้หมายความว่าบุคคลเอกชนผู้นั้นได้สละสิทธิหรือเสรีภาพของตน ดังนั้น หากกฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมสามารถบอกเลิกสัญญาได้ เพียงแต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรับความเสี่ยงในการชดเชยค่าเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น แต่สำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น หลักกฎหมายที่ได้จากการพิจารณากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนที่ว่าด้วยสัญญาแล้ว จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายไทยมีมาตรการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาผ่านกลไกระบบคณะกรรมการตรวจรับงาน การวางหลักประกันสัญญา และการกำหนดค่าปรับตามสัญญา เพื่อลดความเสี่ยงจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งความเข้มงวดของการกำกับดูแลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาผ่านระบบคณะกรรมการหลายขั้นตอน การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องวางหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเป็นภาระทางการเงิน

^{๙๐} โปรดดู หัวข้อ ข้อพิจารณาในทางนิติวิธีเกี่ยวกับเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว, หน้า ๓๕ ถึงหน้า ๕๑

ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับความเสี่ยงเองก่อน รวมถึงการที่กฎหมายบัญญัติให้หน่วยงานทางปกครอง กำหนดค่าปรับไว้ในสัญญาฝ่ายเดียวนั้น มิใช่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาตามปกติทั่วไป ที่คู่สัญญา จะต้องยอมรับเอาความเสี่ยงของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งพอประมาณ แต่การที่สัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชนเป็นสัญญาที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ระบบกฎหมายไทยจึงได้กำหนดกลไกของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเอาไว้อย่างเข้มงวด และ ด้วยลักษณะของกลไกทางกฎหมายดังกล่าวนี้เองทำให้หน่วยงานทางปกครองจะต้องเป็นผู้ตรวจสอบ และควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาอย่างใกล้ชิด และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็จะต้องระมัดระวัง ในการปฏิบัติตามสัญญาเป็นอย่างมาก ดังนั้น หากปรากฏอุปสรรคใด ๆ ในการปฏิบัติการชำระหนี้ ตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะแล้ว หน่วยงานทางปกครองต้องดำเนินการ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั้น และหากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาไม่อาจจะทำให้หน่วยงาน ทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ตามขอบอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดแล้ว หน่วยงานทางปกครอง จะต้องดำเนินการบอกเลิกสัญญานั้นเอง และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระในทางสัญญา อันเกิดจากกลไกทางกฎหมายของระบบคณะกรรมการตรวจรับงาน การวางหลักประกันสัญญา และการกำหนดค่าปรับตามสัญญามากอยู่แล้ว ประกอบกับการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนย่อมทำให้คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองทราบแล้วว่า การปฏิบัติการชำระหนี้ตาม สัญญาทางปกครองเพื่อให้ภารกิจทางกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองนั้นไม่อาจจะบรรลุวัตถุประสงค์ ได้อย่างแน่นอน และอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะแล้ว หน่วยงานทางปกครอง จะต้องเร่งใช้ดุลพินิจเพื่อป้องกันและขจัดความเสียหายเช่นนั้นโดยมิชักช้า ดังนั้น เมื่อพิจารณา เปรียบเทียบหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมาย ทั้งสามประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า การจะกำหนดหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองว่าด้วยการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว อันเป็น **“หลักกฎหมายที่ห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาทางปกครอง”** จึงมิใช่กลไกทางกฎหมาย ที่จะทำให้การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองบรรลุผลได้ ทั้งยังเป็นการสร้างภาระแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เกินสมควรอีกด้วย สำหรับการพัฒนหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของไทยเกี่ยวกับการ เลิกสัญญาทางปกครองนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในระบบกฎหมายไทยต้องรับภาระ ในทางกฎหมายเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามสัญญามากเพียงพออยู่แล้ว การสร้างหลักกฎหมาย ว่าด้วยสัญญาทางปกครองของไทยจึงสมควรเป็นการสร้างหลักกฎหมายที่เป็นการพัฒนา ความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างหน่วยงานทางปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้มากยิ่งขึ้น จะเป็นการถูกต้อง และเหมาะสมกว่า ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน มากกว่าการกำกับควบคุมอย่างเคร่งครัด เช่น การกำหนดหลักประกันทางการเงินเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน สามารถร้องขอของบประมาณตามสัญญาเพิ่มขึ้นได้ หากเป็นไปได้เพื่อให้การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา บรรลุวัตถุประสงค์ หรือในกรณีที่จะมีการเลิกสัญญาระหว่างกันแล้ว หากคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครอง ได้รับประโยชน์จากค่าการงานที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ลงมือปฏิบัติการชำระหนี้ไปบางส่วนแล้วนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนพึงได้รับเงินชดเชยและค่าขาดกำไรในส่วนนั้นด้วย หรือการกำหนดทัศนคติ ต่อการชดเชยค่าเสียหาย ค่าขาดกำไร หรือเงินชดเชยการลงทุนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับ ความเสียหายจากการปฏิบัติตามสัญญาหรือการบอกเลิกสัญญาโดยหน่วยงานทางปกครอง เป็นต้น

๓. บทสรุป

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนหวังว่าบทความนี้น่าจะมีมุมมองและแง่คิดทางกฎหมายที่มีประโยชน์ในการพัฒนาและสร้างหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่ถูกต้องและสอดคล้องกับบริบทในสังคมและระบบกฎหมายไทย และในการนำเสนอความคิดเห็นในบทความนี้นั้น ผู้เขียนไม่ได้มุ่งหมายหรือต้องการผูกขาดความถูกต้องในการใช้และตีความกฎหมาย และมีได้เจตนาที่จะโต้แย้งหักล้างความคิดเห็นในทางกฎหมายของศาลปกครองสูงสุดหรือนักกฎหมายผู้ใดผู้หนึ่งเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด หากแต่ผู้เขียนต้องการนำเสนอวิธีคิด วิธีวิเคราะห์กฎหมายและการให้เหตุผลในทางกฎหมายอย่างเป็นระบบโดยการนำเสนอ “กระบวนการในทางนิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง” เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนหวังว่าน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาและพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของไทยต่อไปในอนาคต และในท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอนำข้อความบางส่วนในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษของนิติวิธีในการใช้และการตีความกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้อธิบายไว้ในคำพิพากษาดอนหนึ่งว่า

“การตีความกฎหมายมีลักษณะของวิธีการคิดที่ไม่ใช่เป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้ใช้กฎหมายได้วิเคราะห์บทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างละเอียดรอบคอบโดยไร้ซึ่งข้อบกพร่อง และได้คำตอบที่ถูกต้องที่สุด หรือได้คำตอบที่ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายทั้งหลายไม่ว่าจะโต้แย้งได้ หากแต่การตีความกฎหมายมีลักษณะของวิธีการคิดที่เป็นการแสดงให้เห็นถึงการให้เหตุผลและการโต้แย้งเหตุผล โดยในท้ายที่สุดจะได้มีการนำเสนอเหตุผลที่ดีกว่า ดังนั้น การตีความกฎหมายจึงมีลักษณะเป็นการดำเนินกระบวนการทำงานทางวิชาการ ในลักษณะที่ผู้ใช้กฎหมายจะต้องยินยอมที่จะให้มีการตั้งคำถามกับความเห็นในการตีความกฎหมายของตนด้วยเหตุผลอื่นที่ดีกว่า และเมื่อผู้ใช้กฎหมายเห็นคล้อยตามเหตุผลอื่นที่ดีกว่านั้น ผู้ใช้กฎหมายก็พร้อมที่จะยอมรับและเปลี่ยนแปลงความเห็นของตนเองได้ในท้ายที่สุด (“Die Auslegung [...] hat den Charakter eines Diskurses, in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit nicht absolut richtige, unter Fachkundigen nicht bezweifelbare Aussagen dargeboten werden, sondern Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegengestellt werden und schließlich die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen. In dieser wissenschaftlichen Arbeitsweise ist es angelegt, daß der Autor bereit ist, seine Auffassungen auch im Bereich des mit guten Gründen Vertretbaren in Frage zu stellen und seine Rechtsansicht gegebenenfalls zu ändern.”)^{๙๑}

^{๙๑} คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันหมายเลข 2 BvR 413/88 ลงวันที่ ๕ เมษายน ปี ค.ศ. ๑๙๙๐, BVerfG 2 BvR 413/88 v. 5.4.1990, Abs. 27 = BVerfGE 80, 30, 39 f.

มาตรการทางปกครองในการกำกับดูแล Digital Platform ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป*

กรณ์ อรรถเนติศาสตร์**

๑. บทนำ

คำกล่าวที่ว่า Information is the New Oil/the New Gold เพื่อเปรียบเทียบว่าข้อมูลข่าวสารในความครอบครองของผู้ประกอบกิจการมีคุณค่าประดุจดังแหล่งน้ำมันหรือเหมืองทองคำสมัยใหม่นั้น มิได้เกินเลยไปนัก เนื่องจากปัจจุบันข้อมูลข่าวสารกลายเป็นปัจจัยพื้นฐานหลักในการผลักดันเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy) ทำนองเดียวกันกับน้ำมันดิบหรือทองคำในอดีต ที่ถือเป็นทรัพยากรที่มีค่าเป็นปัจจัยหลักในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของโลกตลอดมา ดังจะเห็นได้จากบริษัทยักษ์ใหญ่และร่ำรวยระดับต้น ๆ ของโลกในระยะหลัง คือ กลุ่ม GAFAs (ประกอบด้วยบริษัท Tech Company เช่น Google, Apple, Facebook, Amazon ฯลฯ) ล้วนแต่เป็นผู้ประกอบธุรกิจการให้บริการ Digital Platform กล่าวคือ บริการตัวกลางในการจับคู่ผู้ใช้บริการแพลตฟอร์มในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารหรือเนื้อหาสาระประเภทต่าง ๆ ระหว่างกันผ่านระบบอินเทอร์เน็ตแทบทั้งสิ้น^๑ ไม่ว่าจะเป็น (๑) การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารหรือเนื้อหาสาระที่เผยแพร่อยู่บนเว็บไซต์ของโลกออนไลน์ ที่เรียกว่า general search engine (อาทิ บริการของ Google Baidu หรือ Bing) หรือ specialized search engines ที่มีการกรองผลการค้นหาอัตโนมัติ เช่น บริการของ Google News หรือการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารหรือเนื้อหาสาระทั่วไปที่เผยแพร่บน platform นั้น ๆ เอง เช่น video platforms (อาทิ YouTube หรือ Dailymotion) (๒) การเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลหรือเนื้อหาสาระเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวประการอื่น คือ social networks อาทิ Instagram Facebook หรือ LinkedIn (๓) การเข้าถึงตัวสินค้าและหรือบริการที่เสนอขายหรือให้บริการที่โดยหลักเป็นผู้ประกอบธุรกิจ คือ online

* บทความฉบับนี้เป็นความเห็นทางวิชาการส่วนตัวของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กองกฎหมายเทคโนโลยีและการคมนาคม ปฏิบัติงานสถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชนอีกหน้าที่หนึ่ง, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (ดุษฎีนิพนธ์ทางกฎหมายปกครอง), น.ม. (กฎหมายอาญา) ป. บัณฑิต (กฎหมายมหาชน) และ น.บ. ธรรมศาสตร์, นบท., LL.M. (Information Law) (High Merit, Thesis accepted with High Distinction) King's College London (ทุนรัฐบาล ก.พ.)

^๑ Damien Geradin, Katsifis, Dimitrios, “Strengthening Effective Antitrust Enforcement in Digital Platform Markets” (October 18, 2021) 2, <https://ssrn.com/abstract=3945004> > accessed 25th January 2022.

market place อาทิ Shopee, Lazada, Amazon, eBay, Alibaba หรือที่โดยหลักไม่ใช่ผู้ประกอบการ คือ sharing economy platform อาทิ บริการของ Airbnb Uber และ BlaBlaCar (๔) การเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการจัดหางาน คือ Task Platform อาทิ TaskRabbit หรือ Upwork และ (๕) การเข้าถึงข้อมูลทางการเงินหรือแหล่งทุน เช่น Crowdfunding Sites อาทิ Kickstarter หรือ Gofundme หรือข้อมูลในระบบการชำระเงิน อาทิ Paypal Mastercard หรือ Bitcoin เป็นต้น^๒

อย่างไรก็ดี เนื่องจากพบว่ามีธุรกรรมจำนวนมากเกิดขึ้นบน Digital Platform จนเกือบจะเรียกได้ว่าเป็นช่องทางหลัก และตัว Digital Platform เองก็พัฒนารูปแบบการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างแตกต่างหลากหลาย และอาจอยู่ในรูปแบบของธุรกรรมข้ามพรมแดน เป็นการยากที่บุคคลผู้ใช้บริการทั่วไปจะใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายสำหรับนิติสัมพันธ์บนโลกออนไลน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ในทางกลับกันอาจเป็นการสะดวกและรวดเร็วยิ่งกว่าที่จะกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการ Digital Platform นั้นเองในฐานะตัวกลางซึ่งมีอำนาจจัดการในทางเทคโนโลยี เป็นผู้คอยประสานข้อเรียกร้อง ตรวจสอบและบังคับการให้นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นบนแพลตฟอร์มเป็นไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องเท่าที่จะสามารถทำได้ตั้งแต่ในขั้นต้น โดยใช้มาตรการทางปกครองบังคับการให้ผู้ให้บริการ Digital Platform ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง อีกทั้งพบว่ามีผู้ประกอบการบางรายประกอบธุรกิจในฐานะสื่อกลางที่ผูกขาดอำนาจเหนือตลาดอย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน จนเสี่ยงที่จะก่อพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่เอาเปรียบ กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการให้บริการอย่างไม่เป็นธรรม กระหนาบต่อสิทธิส่วนบุคคล สิทธิของผู้บริโภค หรือแม้แต่สิทธิของพนักงาน ซึ่งเป็นผู้ประกอบการบนแพลตฟอร์ม ซึ่งมีอำนาจต่อช่องทางเศรษฐกิจที่น้อยกว่า ทั้งหมดนี้ถือเป็นข้อท้าทายต่อความเพียงพอของมาตรการกำกับดูแลกิจกรรมตามกฎหมายกลางฉบับต่าง ๆ ที่มีอยู่ในระบบกฎหมาย^๓ ว่าสมควรที่จะมีการตรากฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการทางปกครองเพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจให้บริการ Digital Platform เพิ่มเติมเป็นการเฉพาะหรือไม่ อย่างไร

บทความฉบับนี้จะได้ศึกษาถึงความเป็นมา สาระสำคัญ และพัฒนาการล่าสุดของการใช้มาตรการทางปกครอง (Administrative Measure) ของรัฐในการเข้ามากำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการ Digital Platform ซึ่งเป็นหนึ่งในรูปแบบของ

^๒ Alain Strowel and Wouter Vergote, “Digital Platforms: To Regulate or Not to Regulate? Message to Regulators Fix the Economics First, Then Focus on the Right Regulation” https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/20167/uclouvain_et_universit_saint_louis_14044.pdf accessed 7th February 2022.

^๓ OECD, “Ex ante regulation in digital markets – Background Note” 2 December 2021 [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2021\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2021)15/en/pdf) accessed 7th February 2021; Commission Communication, “Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe” COM (2016) 288.; Commission Communication, “A European Agenda for the Collaborative Economy” 2 June 2016. COM (2016) 356.

การแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐ ตามหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ (Public Economic Law)^๔ โดยได้ศึกษาระบบกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งปัจจุบันอยู่ในช่วงของการพัฒนาหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแล Digital Platform ในรูปแบบของกฎหมายเฉพาะเพิ่มเติมจากกระบวนการกำกับดูแลในลักษณะเดียวกันกับการให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั่ว ๆ ไป ตามกฎหมายกลางว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce Law) ประกอบกับกฎหมายกลางสาขาอื่น ๆ ในระบบกฎหมาย

๒. ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการแทรกแซงและกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

นิตินโยบายอันเป็นสากลของรัฐสมัยใหม่ภายใต้อิทธิพลของข้อความคิดเกี่ยวกับการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (laissez-faire, laissez-passer) ระหว่างนักคิดคนสำคัญจากลัทธิประโยชน์นิยม (Unitarianism) เช่น Jeremy Bentham John Stuart Mill กับลัทธิสวัสดิการ (Welfarism) เช่น Arthur C. Pigou และ John Maynard Keynes ประกอบกันนั้น^๕ ให้ความสำคัญกับสิทธิในทรัพย์สิน ตลอดจนเสรีภาพในการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพเป็นพื้นฐาน ว่ารัฐจะต้องไม่ใช้อำนาจแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นเบื้องต้น เนื่องจากเหตุผลสำคัญหลายประการ ประกอบด้วย (๑) การรับรองสิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยระบบกฎหมายจะเป็นสิ่งจูงใจในการทำงาน (incentive) ของเอกชนทำให้บุคคลมีความมั่นใจว่าจะได้รับผลประโยชน์จากความพยายามของตน รัฐจึงพึงปล่อยให้บุคคลแสดงศักยภาพหรือผลิตสินค้าและบริการอย่างใด ๆ ตามปรารถนา เพื่อสนับสนุนให้เกิดการผลิตคิดค้นนวัตกรรม มีการนำเสนอสินค้าและบริการออกมาเข้าสู่ตลาด และมอบให้ตลาดนั่นเองเป็นสถานที่สำหรับคัดกรองว่า สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบกิจการรายใดที่จะเป็นที่ยอมรับและได้รับความนิยม บุคคลคนนั้นก็จะได้ประโยชน์ที่ตอบแทนสูงสุด (๒) กิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้นโดยหลักแล้วมักจะต้องมีการลงทุนในปัจจัยการผลิต ซึ่งประกอบไปด้วย แรงงาน ทรัพยากรธรรมชาติ และทุนที่ค่อนข้างสูงเพื่อแลกกับประโยชน์ตอบแทนทางเศรษฐกิจที่คุ้มค่าในภายหลังและมีปัจจัยความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจต่าง ๆ ที่ต้องคำนึงถึง ประกอบด้วย จึงต้องการความเชี่ยวชาญและความสนใจเป็นส่วนตัว โดยสาระของการประกอบกิจการโดยทั่วไปแล้วเอกชนจึงสามารถทำได้ดีกว่ารัฐบาล ซึ่งมีบุคลากรภาครัฐปฏิบัติหน้าที่ประจำทรัพยากรของรัฐ และทุนเป็นงบประมาณจากรายได้แผ่นดิน ขาดแรงจูงใจในการพัฒนาสินค้าและบริการโดยใช้ทรัพยากรทุนที่จำกัดให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด (๓) เป็นการเปิดโอกาสในการพัฒนาศักยภาพของเอกชนให้สามารถแบ่งเบาภาระกิจของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะบางประการได้ในอนาคต (๔) การใช้อำนาจแทรกแซงของรัฐโดยไม่จำกัดจะเป็นการเพิ่มอำนาจของรัฐรุกล้ำเข้า

^๔ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน* (สำนักพิมพ์นิติธรรม ๒๕๓๘) ๕๓

^๕ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง*, (พิมพ์ครั้งที่ ๖ , สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๕๑) ๘๘-๑๔๑.

ไปในแดนเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ในเชิงเศรษฐกิจระหว่างเอกชนด้วยกันโดยไม่จำเป็นจนท้ายที่สุดเอกชนจะขาดซึ่งแรงจูงใจในการพัฒนาศักยภาพในการผลิตและให้บริการโดยใช้ปัจจัยการผลิตของตนเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของตนเอง แล้วหันไปพึ่งพาสินค้าและบริการจากภาครัฐแต่อย่างเดียว

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเกิดข้อบกพร่อง สภาพที่การแข่งขันอย่างเสรีในตลาดไม่มีอยู่จริง เป็นเหตุให้เกิดสภาวะการประกอบกิจการโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมาย การผูกขาดทางการค้า สินค้าหรือบริการที่ผลิตออกมาไม่มีคุณภาพหรือมีราคาสูงจนกระทบต่อประโยชน์ของผู้บริโภค รัฐอาจใช้เครื่องมือในทางกฎหมายมหาชนเข้าแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะในรูปแบบที่แตกต่างกันไป เช่น การตรากฎหมายหวงห้ามการประกอบกิจการบางประเภทอย่างเด็ดขาด การจัดตั้งองค์กรของรัฐในรูปของรัฐวิสาหกิจเข้าไปเป็นผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคหรือสาธารณูปการเสียเองเพื่อผูกขาดหรือแข่งขันกับเอกชน การวางแผนเศรษฐกิจและให้การสนับสนุนการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชนที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนด^๖ ตลอดจนการกำกับดูแลของรัฐ (Government Regulation) คือ การใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐในการควบคุมพฤติกรรมและการตัดสินใจของผู้ประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Government Control) ในมิติด้านต่าง ๆ เช่น กำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการการเข้าและออกจากตลาด (Restriction of Entry-Exit Regulation) การออกระเบียบเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์และเงื่อนไขบางประการในการประกอบกิจการ เช่น ในเรื่องเกี่ยวกับ ราคา ปริมาณการผลิต คุณภาพของสินค้าและบริการ^๗ โดยการกำกับดูแลนี้มักจะดำเนินการโดยมอบให้ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแล (Regulatory Agency; Regulator) ทำหน้าที่ในการใช้มาตรการทางปกครอง (Administrative Measure) เพื่อกำกับดูแลในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การออกกฎเพื่อกำหนดแบบแผนหรือกฎเกณฑ์ในการประกอบกิจการในรายละเอียดหรือในเชิงเทคนิคเพิ่มเติมจากที่กฎหมายบัญญัติ การออกคำสั่งทางปกครองเพื่อก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิในการประกอบกิจการ การพิจารณาเรื่องร้องเรียนเพื่อกำหนดคำสั่งให้มีการเยียวยาความเสียหาย กำหนดโทษปรับทางปกครองเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดในการประกอบกิจการ ตลอดจนการใช้ปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การใช้มาตรการบังคับทางปกครองเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง การแจ้งข่าวสาร การให้คำแนะนำหรือคำปรึกษา ทั้งนี้ เพื่อให้การประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจประเภทที่ถูกกำกับดูแลนั้น ๆ ดำเนินไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติจำกัดสิทธิในการประกอบกิจการไว้

^๖ สุภาวณีย์ อมรจิตรสุวรรณ, *หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ*, (พิมพ์ครั้งที่ ๒, สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๖๓) ๑๖

^๗ ภูรี สิริสุนทร, *เศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการกำกับดูแลและการแข่งขัน*, (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๔) ๓-๘.

มาตรการกำกับดูแลของรัฐ ในทางตำราสามารถแบ่งโดยรูปแบบของการกำกับดูแลกิจกรรมออกเป็นสองรูปแบบ ได้แก่^๔

(๑) การกำกับดูแลแบบบังคับก่อน หรือมาตรการกำกับดูแลล่วงหน้า (ex-ante regulation) ซึ่งจะมีการตั้งกฎเกณฑ์และข้อจำกัด (specific rules and restrictions) ให้บุคคลที่ประสงค์จะประกอบกิจกรรมที่ถูกกำกับดูแลจะต้องปฏิบัติตามอย่างหนึ่งอย่างใดเสียก่อนเริ่มดำเนินกิจกรรมที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะกำกับดูแล มิเช่นนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบจากการฝ่าฝืนไม่ดำเนินการดังกล่าวเป็นการเฉพาะ ในทางเศรษฐศาสตร์จึงถือเป็นหนึ่งในการกำหนดเงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาด ผ่านระบบการอนุญาต ระบบการขึ้นทะเบียน และระบบการแจ้งก่อนดำเนินการ เป็นต้น ex-ante regulation มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการดำเนินการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อตลาดหรือต่อสังคมโดยรวมเอาไว้ก่อนเป็นการล่วงหน้าและเพื่อให้ฝ่ายปกครองผู้กำกับดูแลได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการประกอบกิจการไว้เพื่อตรวจสอบต่อไป สามารถอธิบายเชิงยกตัวอย่างรูปแบบของมาตรการกำกับดูแลได้ ดังต่อไปนี้

(๑.๑) ระบบการอนุญาต (authorization system) เป็นวิธีการที่รัฐยอมให้บุคคลดำเนินการในเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐก่อน โดยองค์กรฝ่ายปกครองผู้กำกับดูแลจะมีคำสั่งออกใบอนุญาต (license; permit) หรือคำสั่งออกเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่นทำนองเดียวกัน เช่น ใบประกอบวิชาชีพ สัมปทานบัตร หรือหนังสือรับรองให้แก่ผู้ได้รับใบอนุญาต ระบบอนุญาตเป็นมาตรการกำกับดูแลการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในรูปแบบ ex-ante regulation ที่เข้มข้นที่สุด เนื่องจากมีลักษณะของการสั่งการเพื่อให้ความยินยอมให้ดำเนินกิจกรรมที่อาจมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ มีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจกรรมที่ค่อนข้างเข้มข้น เช่น คุณสมบัติเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญหรือสถานะทางการเงินที่มั่นคง ซึ่งหากไม่มีการอนุญาตดังกล่าวการดำเนินกิจกรรมนั้นจะถือว่าเป็นการผิดกฎหมาย และกฎหมายอาจกำหนดให้ผู้อนุญาตมีอำนาจผูกพัน (mandatory power) ในการที่จะต้องอนุญาตหากผู้ขออนุญาตสามารถแสดงข้อเท็จจริงถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หรือกำหนดให้มีอำนาจดุลพินิจ (discretion power) ที่จะพิจารณาความเหมาะสมของการที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาต หรือกำหนดกระบวนการเพิ่มเติม เช่น การประเมินผลกระทบเสียก่อนก็ได้ ดังนั้น ผู้ที่ประสงค์จะประกอบกิจกรรมที่ถูกกำกับดูแลจะต้อง

^๔ สรุปความจาก Robert Baldwin et al, *Understanding Regulation_ Theory Strategy and Practice*. 2nd edition, (Oxford: Oxford University Press, 2012); สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส (ส่วนที่ ๑)” (๒๕๓๗), ๓ วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; ธรรมนิตย์ สุมนต์กุล, *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ: ทฤษฎี “กฎ” ในทางเศรษฐศาสตร์* (สำนักพิมพ์วิญญูชน , ๒๕๖๐); คณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย, *รายงานการศึกษา เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศ*, (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๕๖๐); และภูมินทร์ บุตรอินทร์, *ความรู้เบื้องต้นกฎหมายกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม*, (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๒).

ทอดระยะเวลาในการประกอบกิจกรรมเพื่อให้ผู้มีอำนาจอนุญาตใช้ระยะเวลาพิจารณาอนุญาตตามกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้เสียก่อน โดยจะสามารถประกอบกิจกรรมได้ก็ต่อเมื่อได้รับการอนุญาตจากผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตแล้วเสียก่อนเท่านั้น มิเช่นนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบในทางรูปแบบสำหรับการฝ่าฝืนดำเนินการโดยไม่ได้รับอนุญาต แม้ว่าในทางปฏิบัติผู้ฝ่าฝืนประกอบกิจการไปก่อนได้รับคำสั่งอนุญาตจะยังมิได้กระทำความผิดประการใดในทางเนื้อหาเกี่ยวกับข้อปฏิบัติในการประกอบกิจการแต่ประการใดก็ตาม

(๑.๒) ระบบการขึ้นทะเบียน (registration system) ในทางตำรากล่าวกันว่าเป็น “ระบบอนุญาตแบบลดรูป” (simplified authorization) เนื่องจากมีลักษณะของการกำหนดเงื่อนไขที่จะต้องได้รับคำสั่งเพื่อยินยอมให้ประกอบกิจกรรมก่อนเช่นเดียวกัน แต่เป็นคำสั่งของนายทะเบียนที่อนุมัติให้ผู้ขอจดทะเบียนขอจดทะเบียนของทางราชการเมื่อต้องการเริ่มต้นดำเนินกิจกรรมบางประเภท โดยกฎหมายมักจะกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตลอดจนขั้นตอนการพิจารณาของนายทะเบียนผู้มีอำนาจรับขึ้นทะเบียนที่เรียบง่ายและกระชับกว่าระบบอนุญาต ทำให้ในทางปฏิบัติ การเริ่มต้นประกอบกิจการตามคำขอนั้นเป็นไปโดยสะดวกรวดเร็วกว่า การขึ้นทะเบียนนั้นมีประโยชน์ในส่วนของการทำงานที่องค์กรผู้กำกับดูแลมักจะมีรายได้จากค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนและได้รับข้อมูลพื้นฐานทั้งเอกสารเกี่ยวกับตัวผู้ประกอบการและลักษณะของการประกอบกิจการ ประกอบการยื่นขอขึ้นทะเบียนที่จะจัดเก็บไว้ในระบบทะเบียนอย่างเป็นระบบ ซึ่งผู้มีอำนาจกำกับดูแลหรือผู้มีส่วนได้เสียสามารถเข้าตรวจสอบข้อมูลเพื่อปฏิบัติการหรือใช้สิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายได้โดยง่าย

(๑.๓) ระบบการแจ้งก่อนดำเนินการ (notification system) เป็นมาตรการกำกับดูแลที่ใช้ในกรณีที่เป็นการประกอบประเภทที่มีได้เป็นการต้องห้ามหรือขัดต่อกฎหมายโดยตรง แต่อาจมีความเป็นไปได้ว่ากิจกรรมนั้นอาจมีผลกระทบต่อสาธารณะอยู่บ้าง แต่อยู่ในระดับที่ไม่มากถึงขนาดจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตหรือระบบการขึ้นทะเบียน ภายใต้ระบบนี้โดยหลักแล้วองค์กรผู้รับแจ้งมีหน้าที่เพียงยืนยันความถูกต้องครบถ้วนของรายการเกี่ยวกับข้อมูลหรือเอกสารเกี่ยวกับตัวผู้ประกอบการและลักษณะของการประกอบกิจการ ที่ผู้ยื่นคำขอแจ้งได้ยื่นตามที่กฎหมายกำหนดโดยการมีคำสั่งออกใบรับแจ้งให้ไว้เป็นหลักฐานและเป็นการรวบรวมข้อมูลผู้ประกอบการ เพื่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมในภายหลังเท่านั้น

ex-ante regulation มีข้อดีของระบบตรงที่องค์กรฝ่ายปกครองผู้กำกับดูแลสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายในตัดผู้ประสงค์ที่จะเข้าสู่ตลาดซึ่งมีคุณสมบัติหรือมีพฤติกรรมไม่เหมาะสมอย่างแน่แท้ได้ตั้งแต่ขั้นต้น ตลอดจนมีข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับการประกอบกิจการในเชิงคาดการณ์ล่วงหน้าเพื่อใช้ประกอบในการกำกับดูแลพฤติกรรมประกอบกิจการมิให้เกิดการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ได้อย่างใกล้ชิด สามารถป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในฝั่งของผู้ประกอบการเองก็也将มีความเชื่อมั่นในระดับหนึ่งเนื่องจากได้ทราบถึงกฎเกณฑ์ในการประกอบกิจการเป็นการล่วงหน้าผ่านเงื่อนไขของการได้รับอนุญาต ฯลฯ

ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามก็ดี ระบบดังกล่าวก็มาพร้อมกับข้อเสียที่ผู้กำกับดูแลจะต้องทำงานอย่างเข้มข้นเพื่อติดตามพฤติกรรมประกอบการประกอบธุรกิจตามที่ได้เก็บรวบรวมข้อมูลเอาไว้ และสร้างต้นทุนทางเศรษฐกิจของภาครัฐที่จะต้องจัดให้มีระบบติดตามตรวจสอบที่เข้มข้น ในส่วนของผู้ประกอบการก็จะประสบกับเงื่อนไขอันเป็นต้นทุนในการเข้าสู่ตลาดตั้งแต่ขั้นต้นก่อนได้เริ่มกิจการ และอาจเป็นการตัดสิทธิผู้ประกอบการรายเล็กมิให้เข้าสู่ตลาดได้ ทั้งที่ ex-ante regulation เป็นเพียงเงื่อนไขที่กำหนดห้ามเข้าสู่ตลาดในเชิงรูปแบบเอาไว้ก่อน โดยยังมีได้ปรากฏพฤติกรรมของการประกอบกิจการจริง จึงมีความจำเป็นจะต้องพิจารณากฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้ยืดหยุ่น โดยเลือกกำกับเฉพาะกรณีเท่าที่จำเป็นเพราะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะค่อนข้างสูง (asymmetric regulation) เพื่อให้ผู้ประกอบการรายเล็กยังคงสามารถเข้าสู่ตลาดได้

(๒) การกำกับดูแลแบบบังคับหลัง หรือมาตรการกำกับดูแลภายหลังจากที่เหตุการณ์ได้เกิดขึ้นแล้ว (ex-poste regulation) โดยกฎหมายจะมีได้มีข้อเรียกร้องการกระทำใด ๆ เป็นการล่วงหน้าก่อนการดำเนินกิจกรรมที่ถูกกำกับ แต่จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์เป็นข้อปฏิบัติที่ผู้ประสงค์จะดำเนินกิจกรรมจะต้องปฏิบัติตามไปพร้อม ๆ กันกับการดำเนินกิจกรรมที่ถูกกำกับนั้น ๆ (prescription) แล้วจึงใช้กระบวนการเยียวยาแก้ไขหรือลงโทษหากเกิดการละเมิดขึ้นแล้ว ผ่านกระบวนการร้องเรียน (complaint) ไปยังองค์กรผู้กำกับดูแลตามกฎหมาย หรือการฟ้องร้องดำเนินคดี แล้วแต่กรณี ex-poste regulation มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขในเชิงเนื้อหาของพฤติกรรมในการประกอบกิจการ เยียวยาให้ผู้ได้รับความเสียหายจากการประกอบกิจการที่ไม่พึงประสงค์ขัดต่อกฎเกณฑ์ ตลอดจนลงโทษผู้ประกอบการที่กระทำความผิดนั้นเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนั้นซ้ำอีก

ex-poste regulation มีข้อดีของระบบตรงที่มุ่งพิเคราะห์ในเชิงเนื้อหาว่าผู้ประกอบการมีการกระทำหรือพฤติกรรมในการประกอบกิจการที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายอย่างแท้จริงหรือไม่ เมื่อมุ่งเน้นตรวจสอบพฤติกรรมที่เกิดขึ้นจริง ถือได้ว่าสร้างภาระในการติดตามตรวจสอบที่เข้มข้นน้อย และก่อต้นทุนทางเศรษฐกิจในการสร้างระบบติดตามกำกับน้อยกว่าเป็นการกำกับดูแลที่มีความเสมอภาคและที่สำคัญคือมิได้เป็นการกำหนดเงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาดเอาไว้เป็นการล่วงหน้าจึงกระทบต่อต้นทุนและความสนใจลงทุนของผู้ประกอบการในการเข้าสู่ตลาดที่เกิดขึ้นใหม่หรือตลาดที่กำลังเติบโตน้อยกว่า อย่างไรก็ตามก็ดี ex-poste regulation เองก็มีข้อเสียตรงที่ ไม่มีการคัดกรองผู้มีสิทธิเข้าสู่ตลาดในเบื้องต้น จะเริ่มต้นเข้าสู่กระบวนการใช้อำนาจก็ต่อเมื่อปรากฏการกระทำที่เป็นอันตรายและมีผลกระทบในตลาดแล้ว จึงมีน้ำหนักมุ่งเน้นไปที่การเยียวยาผลกระทบมากกว่าการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายตั้งแต่ต้น องค์กรผู้กำกับดูแลมีโอกาสดำเนินการที่สำคัญเกี่ยวกับการประกอบกิจการค่อนข้างยากเนื่องจากเป็นข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของผู้ประกอบการฝ่ายเดียวตลอดมานับตั้งแต่เข้าสู่ตลาด อีกทั้งหากเป็นกำกับดูแลด้วยหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นแบบ one size fit all ก็อาจขาดความเหมาะสมในการกำกับดูแลผู้ประกอบการบางประเภทที่มีลักษณะเฉพาะได้

อนึ่ง การกำกับดูแลทั้งสองรูปแบบเป็นแต่เพียงการแยกให้เห็นในเชิงเปรียบเทียบเป็นเบื้องต้นถึงขั้นตอนในการกำกับดูแลก่อนเริ่มดำเนินการและเมื่อเริ่มดำเนินการแล้ว แต่ไม่ได้หมายความว่า การกำกับดูแลทั้งสองรูปแบบจำเป็นต้องแยกจากกัน อย่างเด็ดขาดสำหรับการประกอบกิจการประเภทใดประเภทหนึ่ง เพราะทั้งสองรูปแบบนั้นต่างมีข้อดีและข้อเสียที่แตกต่างกัน การเลือกรูปแบบการกำกับดูแลที่เหมาะสมจึงเป็นไปตามนโยบายของรัฐในการกำหนดรูปแบบการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ โดยอาจเลือกใช้รูปแบบใดรูปแบบหนึ่งหรือปรับใช้ทั้งสองรูปแบบในกิจการประเภทที่ประสงค์จะกำกับดูแลตามความเหมาะสมก็ได้

๓. การกำกับดูแล Digital Platform ตามกฎหมายของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปนั้นให้ความสำคัญกับการใช้เทคโนโลยีดิจิทัลมาเป็นตัวจักรสำคัญ เพื่อผลักดันความสำเร็จของตลาดร่วมสหภาพยุโรป (EU Single Market) มาอย่างต่อเนื่อง จุดเริ่มต้นทางนโยบายในภาพรวมนั้นได้เริ่มเกิดขึ้นในคราวประชุม Lisbon Summit เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๐ ที่ได้มีการเสนอแผนการยุโรปอิเล็กทรอนิกส์ (e-Europe) ต่อด้วยแผนปฏิบัติการยุโรปอิเล็กทรอนิกส์ (e-Europe Action Plan 2002) และวาระด้านดิจิทัลสำหรับยุโรป (Digital Agenda for Europe 2010-2020) ตามลำดับ เป้าประสงค์หลักของสหภาพยุโรปคือการผลักดันให้เกิดตลาดร่วมดิจิทัลสหภาพยุโรป (EU Digital Single Market) ที่รวมวิสาหกิจด้านดิจิทัลในประเทศสมาชิกต่าง ๆ เข้าไว้ในตลาดเดียวกันเพื่อให้มีศักยภาพในการแข่งขันทัดเทียมกับตลาดของประเทศคู่แข่งที่มีขนาดใหญ่ เช่น สหรัฐอเมริกา หรือ จีน^๙ ทั้งนี้ ภายใต้ EU Digital Single Market นั้น ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าและบริการผ่านช่องทางดิจิทัลภายใต้กฎเกณฑ์ กติกา และมาตรฐานที่สอดคล้องกันจากทุกประเทศสมาชิก จึงเป็นการใช้คุณลักษณะสำคัญของเทคโนโลยีดิจิทัลซึ่งไม่มีพรมแดนให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่การส่งเสริมตลาดการค้าภายในสหภาพยุโรป ให้สินค้า บริการ และเงินทุนสามารถเคลื่อนย้ายได้อย่างเสรี ปราศจากข้อจำกัดทางภูมิศาสตร์อย่างแท้จริง และเพื่อบรรลุผลสำเร็จตามเป้าหมายดังกล่าว จะต้องมีการสร้างความเชื่อมั่นในความมั่นคงแน่นอนแห่งสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย และความปลอดภัยของข้อมูลแก่ผู้บริโภค เพื่อให้เกิดความนิยมในการใช้สินค้าและบริการทางดิจิทัลเท่าเทียมหรือทดแทนช่องทางปกติ ในบริบทของกฎหมาย สหภาพยุโรปจึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องสำหรับการกำกับดูแลกิจกรรมทั้งระบบให้เอื้อต่อเป้าหมายดังกล่าวอย่างสอดคล้องกันทั่วทั้งภูมิภาค ทั้งในด้านโครงสร้างพื้นฐานด้านดิจิทัลและการบริหารจัดการคลื่นความถี่ คือ กฎหมายกลางว่าด้วยการโทรคมนาคม (Telecommunication Law) และในด้านเนื้อหาของการประกอบธุรกิจในโลกดิจิทัล คือ กฎหมายกลางว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic

^๙ 'European Commission, "Press Release - Digital "To-Do" List: New Digital Priorities for 2013-2014". (Europa.eu, 2012) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1389_en.htm> accessed 28 December 2021.

Commerce Law) กฎหมายกลางว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Law) กฎหมายกลางว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Data Protection Law) กฎหมายกลางว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Law) และกฎหมายกลางว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (Competition Law) อยู่เสมอ^{๑๐}

ระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปแต่เดิมนั้นไม่มีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อกำกับดูแลธุรกิจการให้บริการ Digital Platform อย่างครอบคลุมทุกมิติแต่จะใช้มาตรการกำกับดูแลตามกฎหมายกลางฉบับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับลักษณะเนื้อหาของการให้บริการของตัว Platform เป็นรายกรณีไป เนื่องจากเห็นว่าแท้จริงแล้วตัว Digital Platform เองก็เป็น Digital Service หรือ Information Society Services รูปแบบหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการให้บริการด้านดิจิทัลประเภทสื่อกลางหรือช่องทางของสาธารณะชนในการเข้าถึงข้อมูล อันอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายกลางว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และกฎหมายกลางฉบับอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นรายกรณีอยู่แล้ว^{๑๑} อย่างไรก็ตาม เนื่องจากลักษณะเฉพาะของ Digital Platform ที่มีพลวัตจนเกิดการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างแตกต่างหลากหลายรูปแบบในปัจจุบัน ทั้งในส่วนที่ประกอบธุรกิจในลักษณะของช่องทางหรือตัวกลาง (Online Intermediary Service) ระหว่างคู่สัญญาสองฝ่าย เช่น ผู้ขายหรือผู้ให้บริการกับผู้บริโภคในการเข้าทำสัญญาแบบดั้งเดิม (Passive Platform) การเข้าเป็นคู่สัญญาสองฝ่ายกับผู้บริโภคโดยตรง โดยมีผู้ให้บริการทางดิจิทัลรายย่อย ๆ เป็นคู่สัญญาช่วงกับตนในการให้บริการทางเนื้อหาแก่ผู้บริโภคอีกทอดหนึ่ง เช่น Netflix หรือการเข้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่สามระหว่างผู้บริโภคและผู้ให้บริการ (Active Platform) ที่โดยมากดำเนินการโดยได้รับค่าตอบแทนและกำหนดกติกาว่าการทำธุรกรรมจะต้องกระทำผ่านทาง Platform เท่านั้น เช่น Airbnb eBay หรือถึงขนาดมีการกำหนดราคา กติกา และมีสินค้าหรือบริการเสนอต่อผู้บริโภคในส่วนของตัวเองด้วย เช่น Amazon)^{๑๒} ก่อให้เกิดปัญหาความไม่เพียงพอของมาตรการกำกับดูแล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความสัมพันธ์ระหว่าง Digital Platform กับ Business User หรือผู้ใช้งานซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจบน Platform ซึ่งมีใช้ผู้บริโภคโดยแท้ที่ยังไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายกลางว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค และประสิทธิภาพในการบังคับการตามกฎหมายในกรณีที่เกิดเนื้อหาสาระซึ่งแสดงบนแพลตฟอร์มโดยมีขอบด้วยกฎหมายประการต่าง ๆ

^{๑๐} T. Rodriguez de las Heras Ballell, “The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU”. (2017) 3 The Italian Law Journal, 141.

^{๑๑} C. Busch et al. “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?” (2016) 5 Journal of European Consumer and Market Law 3, 4–5; O. Lobel. “The Law of the Platform” (2016) 101 Minnesota Law Review. 87, 142–50.

^{๑๒} Commission Communication, “Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe” COM (2016) 288.; Commission Communication. “A European Agenda for the Collaborative Economy” 2 June 2016. COM (2016) 356.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา^{๑๓} ขณะเดียวกัน ผู้ให้บริการ Digital Platform บางรายมีอำนาจเหนือตลาดอย่างเบ็ดเสร็จยากที่จะปล่อยให้กลไกตลาดทำหน้าที่คัดกรองพฤติกรรมในการประกอบธุรกิจที่ดีของผู้ประกอบกิจการได้ตามปกติ เป็นเหตุให้ปัจจุบันสหภาพยุโรปเริ่มมีการพัฒนากฎหมายเฉพาะสำหรับการกำกับดูแล Digital Platform ทั้งในส่วนที่ประกาศใช้และมีผลเป็นกฎหมายแล้ว เช่น P2B Regulation Crowdfunding for Business Regulation และร่างกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่ยังอยู่ในระหว่างพิจารณาขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ที่เรียกชื่อโดยย่อรวมกันว่า Digital Service Act Packages^{๑๔} ดังจะได้กล่าวรายละเอียดในส่วนนี้

๓.๑ มาตรการกำกับดูแล Digital Platform ตามกฎหมายกลางสาขาต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปในปัจจุบัน^{๑๕}

(๑) กฎหมายกลางว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ แนวข้อบังคับของประชาคมยุโรป เลขที่ ๓๑/๒๐๐๐ (Directive 2000/31/EC)^{๑๖} ว่าด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของบริการสังคมสารสนเทศทางด้านการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในตลาดร่วมยุโรป (เรียกโดยย่อว่า e-Commerce Directive)^{๑๗} เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยการลดมาตรการซึ่งเป็นอุปสรรคภายใต้ตลาดร่วมสหภาพยุโรป และเพิ่มความเชื่อมั่นของผู้ใช้บริการในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะต้องมีการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อลดอุปสรรคในการให้บริการผ่านระบบออนไลน์ระหว่างประเทศสมาชิก และส่งเสริมความมั่นคงแน่นอนของสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายในการทำธุรกรรมระหว่างกันผ่านระบบออนไลน์ดังกล่าว e-Commerce Directive จึงได้กำหนดพันธกรณีแก่รัฐสมาชิกที่จะต้อง

^{๑๓} Marusic, Branka, “Derogating Regulatory and Enforcement Powers in Copyright Protection in the Digital Market: A Trojan Horse for the EU?” (2017) Faculty of Law, Stockholm University Research Paper No. 51 <https://ssrn.com/abstract=3092193> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3092193> accessed 30 December 2021.

^{๑๔} European Commission, “Shaping Europe’s digital future: Policy The Digital Services Act Package” <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package> accessed 30 December 2021; Finck, Michèle, “Digital Co-Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy (2018). European Law Review.

^{๑๕} Andrej Savin, “Regulating Internet Platforms in the EU - The Emergence of the ‘Level Playing Field’” (2018). Computer Law and Security Review.

^{๑๖} Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)

^{๑๗} European Commission, “Shaping Europe’s digital future: Policy Trust Services and Electronic identification”. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/trust-services-and-eidentification> accessed 30 December 2021.

ไม่กำหนดมาตรการตามกฎหมายภายในซึ่งจะเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิเรียกร้องตามสัญญา หรือปฏิเสธหรือทำให้ด้อยค่าลงซึ่งสถานะทางกฎหมายของสัญญาดังกล่าว เพราะเหตุที่ว่าได้จัดทำขึ้นโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น e-Commerce Directive แม้ว่าจะใช้บังคับมากกว่า ๒๐ ปีแล้ว แต่ยังสามารถปรับใช้ได้กับ Digital Platform อันเป็นกิจกรรมที่ถูกกำกับดูแลได้ ในความหมายอย่างกว้าง ในฐานะบริการสังคมสารสนเทศ (Information Society Services) หมายความว่า บริการต่าง ๆ ตามความหมายที่กำหนดใน Article 1 Para 1 (B) ของ Directive (EU) 2015/1535 กล่าวคือ เป็นบริการที่โดยปกติเป็นการดำเนินการให้โดยมีค่าตอบแทนต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามคำขอของผู้ขอรับบริการดังกล่าวนั้น โดยผู้ให้บริการ (service provider) หมายความว่า บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งให้บริการสังคมสารสนเทศ

e-Commerce Directive เป็นกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงแนวคิดในการวางระบบการกำกับดูแล Digital Platform แบบ ex-poste regulation เป็นพื้นฐานดังจะเห็นได้จากการที่ กำหนดพันธกรณีแก่ประเทศสมาชิกที่จะต้องทำให้แน่ใจว่าการจัดตั้งและดำเนินกิจกรรมในฐานะ information society service provider จะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของระบบอนุญาตก่อนดำเนินการ หรือเงื่อนไขอื่นอันมีผลทำนองเดียวกัน^{๑๘} ประกอบกับโดยแท้จริงแล้วมีสาระสำคัญเป็นกฎหมายส่งเสริมการประกอบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ จึงมิได้กำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องจัดตั้งองค์กรของรัฐเป็นการเฉพาะขึ้นมาทำหน้าที่กำกับดูแลกิจกรรม โดย e-Commerce Directive จะวางระบบการกำกับดูแลแบบ ex-poste regulation ในลักษณะของการกระจายอำนาจทางเนื้อหาของกิจกรรมต่อองค์กรผู้มีความอำนาจ (competent authorities) ตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ ตามแต่ลักษณะทางเนื้อหาของบริการที่เกี่ยวข้องจริง เช่น หาก digital platform มีกิจกรรมการเก็บข้อมูลส่วนบุคคล เช่น Social Media ก็ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายกลางว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล หรือถ้ามีการขายสินค้าหรือให้บริการแก่ผู้บริโภคโดยตรงด้วย เช่น Amazon หรือ Netflix ก็อาจจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายกลางว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค หรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และอยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแลขององค์กรผู้กำกับดูแลตามกฎหมายกลางแต่ละเรื่อง (ถ้าหากมี) หรืออาจถูกฟ้องร้องเพื่อบังคับการโดยผู้เสียหายต่อศาลโดยตรงตามขอบเขตเนื้อหาของกิจกรรมที่ดำเนินการด้วยตนเอง มิใช่ในฐานะตัวกลางได้

e-Commerce Directive ได้วางพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกทำให้มั่นใจว่า ผู้ใช้บริการและ competent authorities จะได้ทราบข้อมูลเกี่ยวกับตัว information society service provider อย่างถูกต้องครบถ้วน ชัดเจน และเข้าใจง่าย เช่น ชื่อ ภูมิลำเนา ที่อยู่ e-mail

^{๑๘} Section 1: Establishment and information requirements Article 4 Principle excluding prior authorization

ข้อมูลเกี่ยวกับการจดทะเบียนกิจการ (เช่น จดทะเบียนในรูปบริษัท)^{๑๙} ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสะดวกต่อการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายหรือการกำกับดูแลตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งไม่ได้ตัดอำนาจศาลหรือองค์กรทางปกครองอื่นของประเทศสมาชิกในการสั่งให้ป้องกัน หรือยุติการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายเพิ่มเติมอีกด้วย

ทั้งนี้ e-Commerce Directive ยังได้กำหนดเป็นหลักการทั่วไปเอาไว้ ใน Article 15 No general obligation to monitor ว่าประเทศสมาชิกจะต้องไม่กำหนดหน้าที่เป็นการทั่วไปให้ information society service provider จะต้องตรวจสอบเนื้อหาสาระของข้อมูลที่ตนเก็บรวบรวม หรือมีหน้าที่เชิงรุกในการตรวจสอบการกระทำผิดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบริการของตน เช่น มีข้อความหมิ่นประมาทผู้อื่น เป็นสินค้าที่ผิดลิขสิทธิ์ ละเมิดเครื่องหมายการค้า หรือผู้เสนอขายสินค้าหรือบริการบนแพลตฟอร์มของตนส่งสินค้าด้วยคุณภาพไปยังผู้บริโภคหากสาระของการให้บริการนั้นมีลักษณะตามที่กำหนดตาม Article 12-14 แล้ว ได้แก่ (๑) เป็นเพียงสื่อเชื่อมต่อข้อมูลการสื่อสาร ตาม Article 13 (Mere Conduit) กล่าวคือ มิได้เป็นผู้เริ่มต้นทำธุรกรรม มิได้เป็นผู้เลือกผู้รับธุรกรรม และไม่อาจเลือกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระของธุรกรรมได้ (๒) เป็นเพียงสื่อกลางการคัดลอกข้อมูลชั่วคราว (Caching) ในรูปแบบอัตโนมัติ โดยมีได้มีการแก้ไขข้อมูล ได้ดำเนินการตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลและทำให้ข้อมูลทันสมัยที่ได้รับการยอมรับรวมถึงมาตรฐานต่าง ๆ ทางเทคโนโลยี และ (๓) เป็นเพียงสื่อกลางในการจัดเก็บข้อมูล (Hosting) ตามคำขอ โดยมีได้มีความรับรู้อย่างแท้จริงซึ่งการกระทำหรือข้อมูลอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายที่อาจมีข้อโต้แย้งหรือก่อให้เกิดความเสียหาย ทั้งหากได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาโดยนำออกหรือห้ามการเข้าถึงในทันทีเมื่อได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว ก็จะไม่ต้องมีความรับผิดชอบในส่วนเนื้อหาของเนื้อหากิจกรรมที่ตนเป็นเพียงสื่อกลางอย่างแต่ในทางกลับกัน หากต่อมาตัว information society service provider นั้นได้รับรู้รับทราบข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยุติของการกระทำผิดกฎหมายนั้นแล้ว ยังคงเพิกเฉยไม่ดำเนินการแก้ไขเยียวยาประการใด ก็อาจมีความรับผิดชอบร่วมกับตัวผู้กระทำความผิดต่อไปในอนาคตได้^{๒๐}

(๒) กฎหมายกลางว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ประกอบด้วย

(๒.๑) แนวข้อบังคับว่าด้วยลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้อง (เรียกรวมกันโดยย่อว่า Copyright Directives) ได้แก่ แนวข้อบังคับของประชาคมยุโรป เลขที่ ๒๙/๒๐๐๑ (Directive 2001/29/EC)^{๒๑} ว่าด้วยการประสานกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ

^{๑๙} e-Commerce Directive Article 4, 6

^{๒๐} (E-Commerce Directive Article 15 No general obligation to monitor; EU Commission Recommendation on measures to effectively tackle illegal content online (adopted on 1st March 2018))

^{๒๑} Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

ลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้องในสังคมสารสนเทศ มีวัตถุประสงค์ในการประสานกฎเกณฑ์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายในระดับภูมิภาคเอื้อให้มีการเพิ่มการลงทุนในงานสร้างสรรค์ นวัตกรรม โครงสร้างพื้นฐานทางเทคโนโลยี การสื่อสารในระบบออนไลน์ เพิ่มการเจริญเติบโตและขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาด Directive 2001/29/EC ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยแนวข้อบังคับของสหภาพยุโรป เลขที่ ๗๙๐/๒๐๑๙ (Directive (EU) 2019/790)^{๒๒} ว่าด้วยลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้องในตลาดรวมดิจิทัล สหภาพยุโรป ตราขึ้นเมื่อวันที่ ๑๗ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๙ มีผลใช้บังคับกับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ตั้งแต่วันที่ ๗ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๒๑ เป็นต้นมา เพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ในบริบทของการเผยแพร่งานออนไลน์เพิ่มเติม โดยกำหนดบทนิยามเกี่ยวกับ Digital Platform ที่จะถูกกำกับดูแลที่สอดคล้องกับ e-Commerce Directive สำหรับกรณีบริการสื่อสารสนเทศ (information society service) หมายความว่า บริการตามที่กำหนดใน Article 1 Para 1 (B) ของ Directive (EU) 2015/1535 กล่าวคือ เป็นบริการที่โดยปกติเป็นการดำเนินการให้โดยมีค่าตอบแทนต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ตามคำขอของผู้ขอรับบริการดังกล่าว นั้น และผู้ให้บริการสื่อสารสนเทศออนไลน์ (online content-sharing service provider) หมายความว่า ผู้ให้บริการสื่อสารสนเทศ (provider of an information society service) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักในการเก็บรักษาและเปิดให้มีการเข้าถึงจากสาธารณะซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือสาระเนื้อหาต่าง ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองเป็นจำนวนมากที่ได้ถูกนำเข้าสู่ระบบโดยผู้ใช้งาน และซึ่งดำเนินการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร^{๒๓}

แต่ทั้งนี้ กิจกรรมที่ถูกกำกับดูแลไม่รวมถึง online encyclopedias ที่ไม่แสวงหากำไร คลังสื่อเรียนรู้หรือสื่อวิทยาศาสตร์ออนไลน์ที่ไม่แสวงหากำไร (not-for-profit educational and scientific repositories) ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์เพื่อแบ่งปันซอฟต์แวร์โอเพนซอร์ซ (open source software-developing and-sharing platforms) ผู้ให้บริการช่องทางสื่อสารโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (providers of electronic communications services) ตามที่ได้นิยามไว้ใน Directive (EU) 2018/1972 online marketplaces ผู้ให้บริการคลาวระหว่างผู้ใช้งานซึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ (business-to-business cloud service) และผู้ให้บริการระบบคลาวซึ่งผู้ใช้งานสามารถนำเข้าสู่ระบบซึ่งงานเพื่อการใช้งานของตนเอง (cloud services that allow users to upload content for their own use) ซึ่งสอดคล้องกับหลักการทั่วไปตาม e-Commerce Directive ที่ผู้ให้บริการสื่อสารสนเทศจะต้องเข้ามารับผิดชอบเมื่อเกิดการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาก็ต่อเมื่อลักษณะของการให้บริการมิใช่เป็น

^{๒๒} Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

^{๒๓} Directive (EU) 2019/790 Article 2 Definitions

ตัวกลางอย่างแท้จริง แต่เข้ามามีส่วนในการเป็นผู้จำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ไปยังผู้บริโภคด้วยตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นไปเพื่อการแสวงหากำไร

(๒.๒) แนวข้อบังคับว่าด้วยเครื่องหมายการค้า (เรียกโดยย่อว่า Trademark Directive) คือ แนวข้อบังคับของสหภาพยุโรป เลขที่ ๒๔๓๖/๒๐๑๕ (Directive (EU) 2015/2436)^{๒๔} ว่าด้วยการประสานกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสมาชิก มีวัตถุประสงค์เพื่อลดความแตกต่างของหลักเกณฑ์ตามกฎหมายอันเป็นอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายสินค้าและบริการโดยเสรี โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกมีมาตรการรองรับต่อทุกเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าหรือบริการซึ่งได้จดทะเบียนหรือที่ใช้บังคับได้ในประเทศต่าง ๆ หรือในระดับสากล และให้สิทธิผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จะห้ามมิให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายจนอาจก่อให้เกิดความสับสนต่อบุคคลทั่วไป

(๒.๓) แนวข้อบังคับว่าด้วยซอฟต์แวร์ (เรียกโดยย่อว่า Software Directive) คือ แนวข้อบังคับของประชาคมยุโรป เลขที่ ๒๔/๒๐๐๙ (Directive 2009/24/EC)^{๒๕} ว่าด้วยการคุ้มครองทางกฎหมายต่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ มีวัตถุประสงค์ที่จะให้การคุ้มครองการแสดงออกซึ่งรูปแบบของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งเป็นการเฉพาะ (*sui generis right*) เพื่อแก้ไขปัญหาข้อถกเถียงว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นโดยทั่วไปแล้วสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือกฎหมายสิทธิบัตรหรือไม่

(๒.๔) แนวข้อบังคับว่าด้วยฐานข้อมูล (เรียกโดยย่อว่า Database Directive) คือ แนวข้อบังคับของประชาคมยุโรป เลขที่ ๙/๑๙๙๖ (Directive 96/9/EC)^{๒๖} ว่าด้วยการคุ้มครองทางกฎหมายต่อฐานข้อมูล มีวัตถุประสงค์ที่จะให้การคุ้มครองต่อกรรมวิธีในการเก็บรวบรวม คัดเลือก และจัดหมวดหมู่จากเนื้อหาของงาน หรือข้อมูลแต่ละชิ้นอย่างเป็นระบบระเบียบ และสามารถเข้าถึงได้ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นในฐานะทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาข้อถกเถียงว่าตัวฐานข้อมูลนั้นโดยทั่วไปแล้วสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนของกรรมวิธีต่อการลอกเลียนหรือทำซ้ำซึ่งกรรมวิธีดังกล่าว แยกต่างหากจากตัวของงานแต่ละชิ้นในฐานข้อมูลซึ่งอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์อยู่แล้วหรือไม่

กล่าวในภาพรวม ระบบกฎหมายกลางว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญากำหนดมาตรการกำกับดูแล Digital Platform แบบ ex-poste regulation โดยกระบวนการบังคับการ

^{๒๔} Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trademarks

^{๒๕} Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs.

^{๒๖} Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.

ตามสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามระบวนการยุติธรรมตามปกติ ต่อตัวผู้ให้บริการ Digital Platform ที่มีลักษณะในทางเนื้อหาในการให้บริการที่ละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ๆ เช่น ผู้ให้บริการ App Store สำหรับแอปพลิเคชันที่ตนได้พัฒนาและจำหน่ายด้วยตนเองซึ่งอาจจะละเมิดสิทธิตาม Software Directive ของผู้พัฒนารายอื่นที่ตนได้กระทำการลอกเลียนการแสดงออกซึ่งรูปแบบการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ ซึ่งผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาย่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลทั้งคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายและคดีอาญาหากมีการกำหนดให้เป็นความผิดอาญาไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ กฎหมายของสหภาพยุโรปไม่มีข้อบทที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองขึ้นกำกับดูแลกิจกรรม เนื่องจากระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาโดยทั่วไปนั้นเงื่อนไขในการเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีทั้งกรณีการได้รับสิทธิโดยการแสดงออกต่อสาธารณะซึ่งงานในทางความเป็นจริง เช่น ลิขสิทธิ์ หรือจะต้องมีการจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทเสียก่อน เช่น สิทธิบัตรหรือเครื่องหมายการค้า แต่การใช้สิทธิกรณีเกิดเหตุละเมิดทรัพย์สินทางปัญญานั้นผู้ทรงสิทธิย่อมจะต้องดำเนินการตามช่องทางกระบวนการยุติธรรมทางปกติ กล่าวคือ ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับการตามสิทธิด้วยตนเอง ซึ่งจะต้องพิจารณาจากลักษณะเนื้อหาสาระของการให้บริการของ Digital Platform นั้น ๆ เป็นรายกรณีไปว่ามีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องรับผิดชอบ เช่น เป็นผู้จำหน่าย ทำซ้ำหรือดัดแปลงงานเพื่อจำหน่ายเองด้วยหรือไม่ หรือกรณีเป็นสื่อกลางได้มีส่วนรับรู้รับทราบกับการกระทำอันเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาแล้วยังคงปล่อยปละละเลยให้มีการละเมิดสิทธิดังกล่าวอยู่ต่อไปหรือไม่ ดังนั้น องค์กรของรัฐที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับประเด็นกฎหมายด้านทรัพย์สินทางปัญญาก็เป็นแต่เพียงฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่รับจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจะเข้ามาเกี่ยวข้องเฉพาะในประเด็นที่ผู้ให้บริการ Digital Platform จะขอจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาของตน หรือในประเด็นที่จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าผู้ที่แจ้งข้อร้องเรียนไปยังผู้ให้บริการ Digital Platform ว่าตนถูกละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาและขอให้ผู้ให้บริการดำเนินการแก้ไขเยียวยาตาม e-Commerce Directive นั้นเป็นผู้ทรงสิทธิจริงหรือไม่เท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจทางปกครองในการกำกับดูแลการให้บริการของ Digital Platform ให้ประกอบธุรกิจโดยสอดคล้องกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา จึงอาจถือได้ว่าเป็นหนึ่งในข้ออ่อนของสภาพบังคับของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบนโลกออนไลน์อยู่

(๓) กฎหมายกลางว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล คือ กฎระเบียบของสหภาพยุโรป เลขที่ ๖๗๙/๒๐๑๖ (Regulation (EU) 2016/679)^{๒๗} ว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลธรรมดาเกี่ยวกับการประมวลผลซึ่งข้อมูลส่วนบุคคล และว่าด้วยการเคลื่อนย้ายโดยเสรีซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าว (เรียกโดยย่อว่า General Data

^{๒๗} Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons regarding the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

Protection Regulation หรือ GDPR) เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นมาใช้บังคับแทนกฎหมายฉบับเดิม คือ แนวข้อบังคับของประชาคมยุโรป เลขที่ ๔๖/๙๕ (Directive 95/46/EC)^{๒๘} โดย GDPR เป็นกฎหมายกลางที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรการในการกำกับดูแลกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Processing of Personal Data Activity)^{๒๙} กำหนดตัวผู้ทรงสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล (Data Subject) สาระแห่งสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลประการต่าง ๆ (Data Subject's Rights) ผู้มีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ประกอบด้วยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (Data Controller) และผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Data Processor) รวมทั้งกำหนดให้มีองค์กรคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Data Protection Authority: DPA) เพื่อใช้อำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล (Right to the Protection of Personal Data) ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของประชาชนในสหภาพยุโรป หากสาระของการให้บริการ Digital Platform มีการดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Processing of Personal Data Activity) แล้ว ผู้ให้บริการ Digital Platform ที่มีลักษณะของบริการในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลอยู่ในข่ายต้องถูกกำกับดูแลในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

GDPR กำหนดรูปแบบการกำกับดูแลแบบ ex-poste regulation สำหรับ Digital Platform ที่มีลักษณะในทางเนื้อหาการให้บริการที่มีกิจกรรมเกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล เช่น Social Media ต่าง ๆ ให้ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่ GDPR กำหนด ในฐานะ Controller หรือ Processor ว่าจะต้องปฏิบัติตามหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (General Data Protection Principles) ประกอบด้วย (๑) หลักความชอบด้วยกฎหมาย ความเป็นธรรม และความโปร่งใสตรวจสอบได้ของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Lawfulness, Fairness and Transparency of Processing Principles)^{๓๐} (๒) หลักขอบเขต

^{๒๘} Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals about the processing of personal data and on the free movement of such data

^{๒๙} ข้อมูลส่วนบุคคล (personal data) หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลธรรมดาที่ถูกระบุหรืออาจถูกระบุตัวตนได้

การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (processing) หมายความว่า การดำเนินการกับข้อมูลส่วนบุคคลหรือชุดของข้อมูลส่วนบุคคล ไม่ว่าจะด้วยวิธีการอัตโนมัติหรือไม่ก็ตาม เช่น การเก็บรวบรวม การบันทึก การจัดระบบ การวางแผนโครงสร้าง การเก็บรักษา การปรับใช้ หรือการแปรสภาพ การค้นคืน การสืบค้นข้อมูลเพิ่มเติม การใช้ประโยชน์ การเปิดเผยโดยการส่งต่อ เผยแพร่ หรือวิธีอื่นใดอันทำให้เข้าถึงได้ การจัดเรียงหรือรวมเข้าด้วยกัน การจำกัดการเข้าถึง การลบหรือทำลาย

^{๓๐} GDPR Article 5 Para 1 (a)

แห่งวัตถุประสงค์ (Principle of Purpose Limitation)^{๓๑} หรือหลักวัตถุประสงค์ของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (๓) หลักการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ (Data Minimization Principle)^{๓๒} (๔) หลักความถูกต้องของข้อมูลส่วนบุคคล (Data Accuracy Principle)^{๓๓} (๕) หลักการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลอย่างจำกัด (Storage Limitation Principle)^{๓๔} (๖) หลักความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคล (Data Security Principle)^{๓๕} (๗) หลักความรับผิดชอบของผู้ดำเนินกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Accountability Principle)^{๓๖} และต้องดำเนินกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยเคารพต่อสาระแห่งสิทธิของผู้ทรงสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล (Data Subject's Rights) ได้แก่ (๑) สิทธิในการได้รับแจ้งสาระสำคัญของกิจกรรมเมื่อมีการเก็บรวบรวมข้อมูล (Right to Be Informed)^{๓๗}(๒) สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลและทำสำเนา (Right of Access)^{๓๘} (๓) สิทธิในการแก้ไขข้อมูลให้ถูกต้องครบถ้วนและเป็นปัจจุบัน (Right to Rectification)^{๓๙} (๔) สิทธิในการลบข้อมูลหรือถูกลืมเลือนจากโลกออนไลน์ (Right to Erasure/ Right to Be Forgotten)^{๔๐}(๕) สิทธิในการระงับใช้ข้อมูล (Right to restriction)^{๔๑} (๖) สิทธิในการคัดค้านกิจกรรม (Right to Object)^{๔๒} และ (๗) สิทธิในการถ่ายโอนข้อมูลระหว่างผู้ให้บริการ (Right to Data Portability)^{๔๓}

GDPR กำหนดพันธกรณีแก่รัฐสมาชิกไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องดำเนินการจัดให้มีองค์กรของรัฐซึ่งเป็นอิสระ(independent public authority) มากกว่าหนึ่งองค์กร ทำหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติการตาม GDPR เรียกว่า supervisory authority^{๔๔} โดยอำนาจหน้าที่ขององค์กรคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมีอยู่ในประการหลัก ๆ คือ การเป็นองค์กรที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Rule Making Power) การเป็นองค์กรส่งเสริมและให้คำปรึกษา (Advisory Power) เพื่อสนับสนุนให้มีการปฏิบัติโดยถูกต้องตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ดังกล่าว และการเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบสภาพปัญหา (Investigative Power)

^{๓๑} GDPR Article 5 Para 1 (b)

^{๓๒} GDPR Article 5 Para 1 (c)

^{๓๓} GDPR Article 5 Para 1 (d)

^{๓๔} GDPR Article 5 Para 1 (e)

^{๓๕} GDPR Article 5 Para 1 (f)

^{๓๖} GDPR Article 5 Para 2

^{๓๗} GDPR Article 13-14

^{๓๘} GDPR Article 15

^{๓๙} GDPR Article 16

^{๔๐} GDPR Article 17

^{๔๑} GDPR Article 18

^{๔๒} GDPR Article 21

^{๔๓} GDPR Article 20

^{๔๔} GDPR Article 51

ตลอดจนวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท (Adjudicative Power) เกี่ยวด้วยการละเมิดกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ที่สามารถบังคับใช้มาตรการทางปกครองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายร้องเรียนของผู้ทรงสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ตักเตือน ลงโทษตำหนิต่อสาธารณะ ออกคำสั่งให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำตามที่ผู้ทรงสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอ กำหนดค่าปรับบังคับการ กำหนดโทษปรับทางปกครองกรณีสูงสุดไม่เกิน ๒๐ ล้านยูโร หรือไม่เกินร้อยละ ๔ ของรายได้รวมประจำปีทั่วโลก แล้วแต่ว่าจำนวนใดสูงกว่า เมื่อปรากฏว่ามีการละเมิดต่อสิทธิหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล^{๔๕} แล้วแต่กรณี ตัวอย่างองค์กรคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เช่น Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) ของประเทศฝรั่งเศส และ Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz (ULD) ของประเทศเยอรมัน

(๔) กฎหมายกลางว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค ประกอบด้วย

(๔.๑) แนวข้อบังคับของสหภาพยุโรป เลขที่ ๘๓/๒๐๑๑ (Directive 2011/83/EU)^{๔๖} ว่าด้วยสิทธิของผู้บริโภค (เรียกโดยย่อว่า Consumer Rights Directive) มีวัตถุประสงค์ในการประสานกฎเกณฑ์ทางกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสมาชิกให้มีความสอดคล้องกัน กำกับดูแลสาระของข้อสัญญาระหว่างผู้บริโภค (Consumer) กับผู้ประกอบการธุรกิจ (Trader) เช่น ข้อมูลที่ผู้บริโภคจะต้องได้รับก่อนที่จะตกลงซื้อสินค้าและบริการ สิทธิในการยกเลิกสินค้าและบริการภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยใช้บังคับกับสัญญาทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นการระหว่างคู่สัญญาที่อยู่เฉพาะหน้า หรืออยู่ห่างโดยระยะทาง และไม่ว่าจะได้กระทำโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือไม่ เว้นแต่สัญญาประเภทที่มีการกำกับดูแลตามกฎหมายเป็นการเฉพาะอยู่แล้ว เช่น สัญญาเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะ การให้บริการทางด้านสุขภาพ การให้บริการทางการเงิน อสังหาริมทรัพย์ และอาหาร Directive 2011/83/EU ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อเพิ่มสภาพบังคับให้สอดคล้องกับบริบททางดิจิทัลตามแนวข้อบังคับของสหภาพยุโรป เลขที่ ๒๐๖๑/๒๐๑๙ (Directive (EU) 2019/2161)^{๔๗} มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๗ มกราคม ค.ศ. ๒๐๒๐ เป็นต้นมา

^{๔๕} Paul Lambert, *Data Protection, Privacy Regulators and Supervisory Authorities*. (Haywards Heath: Bloomsbury Professional 2020) 17; European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Data Protection in the European Union: The Role of National Data Protection Authorities* (Vienna: FRA, 2010) 20-27; GDPR Article 58, 77, 83

^{๔๖} Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577 /EEC and Directive 97 /7 /EC of the European Parliament and of the Council.

^{๔๗} Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC,

(๔.๒) แนวข้อบังคับของสหภาพยุโรป เลขที่ ๗๗๐/๒๐๑๙ (Directive (EU) 2019/770)^{๔๘} ว่าด้วยสัญญาเสนอให้บริการดิจิทัลคอนเทนต์และบริการดิจิทัล (เรียกโดยย่อว่า Digital Content and Digital Service Contracts Directive) มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประเทศสมาชิกยกระดับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้าน Digital Content และ Digital Service (Digital Content and Services Trader) กับผู้บริโภค (Consumer) โดยกำหนดสาระของสัญญา กระบวนการแก้ไขเยียวยาเมื่อไม่มีการให้บริการตามสัญญา และการบังคับใช้สิทธิเรียกร้องตามสัญญาให้มีความสอดคล้องกัน

(๔.๓) แนวข้อบังคับของสหภาพยุโรป เลขที่ ๗๗๑/๒๐๑๙ (Directive (EU) 2019/771)^{๔๙} ว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้า (เรียกโดยย่อว่า Sale of Goods Contracts Directive) ตราขึ้นเมื่อวันที่ ๒๐ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๙ มีผลเป็นการแก้ไขกฎหมายฉบับหลักที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้ว คือ Regulation (EU) 2017/2394^{๕๐} และ Directive 2009/22/EC^{๕๑} ตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม ค.ศ. ๒๐๒๒ Directive (EU) 2019/771 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประเทศสมาชิกยกระดับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับสัญญาซื้อขาย (sales contract) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจขายสินค้ากับผู้บริโภคที่ได้กระทำผ่านเทคโนโลยีดิจิทัล โดยกำหนดสาระของสัญญา กระบวนการแก้ไขเยียวยาเมื่อไม่มีการจัดส่งสินค้าตามสัญญา และการบังคับใช้สิทธิเรียกร้องตามสัญญาให้มีความสอดคล้องกัน

(๔.๔) กฎระเบียบของสหภาพยุโรป เลขที่ ๑๑๒๘/๒๐๑๗ (Regulation (EU) 2017 /1128)^{๕๒} ว่าด้วยบริการดิจิทัลคอนเทนต์ข้ามพรมแดนภายใต้ตลาดร่วมสหภาพยุโรป (เรียกโดยย่อว่า Portability Digital Content Regulation)

and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernization of Union consumer protection rules

^{๔๘} Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services.

^{๔๙} Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC

^{๕๐} Regulation (EU) 2017/2394 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws and repealing Regulation (EC) No 2006/2004

^{๕๑} Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests

^{๕๒} Regulation (EU) 2017 /1128 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on cross-border portability of online content services in the internal market.

มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการดิจิทัลให้บริการ Digital Content ในการเปิดช่องทางการเข้าใช้บริการของผู้บริโภคจากประเทศสมาชิกอื่น ๆ แม้ว่าคุณภาพของการให้บริการจะลดระดับจากที่ให้บริการในประเทศต้นทางของผู้บริโภคตามขอบเขตของข้อสัญญาก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้บริโภคยังคงสามารถเข้าถึงบริการ Digital Content ต่าง ๆ เช่น เพลง วิดีโอ หรือเกมส์ ที่ตนได้ซื้อบริการในประเทศของตน ระหว่างที่ผู้บริโภคที่ซื้อบริการนั้นมีถิ่นที่อยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปอื่นเป็นการชั่วคราว

(๔.๕) กฎระเบียบของสหภาพยุโรป เลขที่ ๓๐๒/๒๐๑๘ (Regulation (EU) 2018/302)^{๕๓} ว่าด้วยมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติของผู้ประกอบการดิจิทัลต่อผู้บริโภคโดยเหตุเรื่องสัญชาติ ถิ่นที่อยู่หรือที่จัดตั้งองค์กร ภายในตลาดร่วมสหภาพยุโรป (เรียกโดยย่อว่า Ban on Geo-Blocking Regulation) มีวัตถุประสงค์ในการห้ามการเลือกปฏิบัติของผู้ประกอบการดิจิทัลออนไลน์ต่อตัวผู้บริโภคสัญชาติสหภาพยุโรป ด้วยเหตุผลด้านความแตกต่างของประเทศซึ่งเป็นถิ่นที่อยู่ โดยจะต้องไม่มีการห้ามการเข้าถึงเว็บไซต์ หรือดำเนินการย้ายไปยัง Domain name อื่น (re-direction) ที่มีใช้ domain name ตามที่ผู้บริโภคประสงค์จะเข้าถึง อย่างไรก็ตาม Regulation (EU) 2018/302 ไม่ใช้บังคับกับการให้บริการประเภทดิจิทัลคอนเทนต์

(๔.๖) กฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทแก่ผู้บริโภคทางออนไลน์ ได้แก่ กฎระเบียบของสหภาพยุโรป เลขที่ ๕๒๔/๒๐๑๓ (Regulation (EU) No 524/2013)^{๕๔} ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทสำหรับผู้บริโภคทางออนไลน์ (เรียกโดยย่อว่า Consumer ODR Regulation) มีวัตถุประสงค์เพื่อผลักดันให้เกิดกระบวนการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้ประกอบการขายสินค้าหรือให้บริการออนไลน์ (Online Traders of Sales and Services) ซึ่งจัดตั้งขึ้นในสหภาพยุโรป กับ ผู้บริโภคที่มีถิ่นที่อยู่ในสหภาพยุโรป โดยช่องทางออนไลน์ โดยมีการจัดตั้ง Digital Platform กลางสำหรับการระงับข้อพิพาทเรียกว่า Online Dispute Resolution (ODR) มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับแบบคำร้องเรียนโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ รูปแบบของการแจ้งต่าง ๆ ระหว่างคู่พิพาท และกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก หรือ Alternation Dispute Resolution (ADR) ไว้ตามแนวนโยบายของ

^{๕๓} Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC.

^{๕๔} Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR).

สหภาพยุโรป ฉบับที่ ๑๑/๒๐๑๓ (Directive 2013/11/EU)^{๕๕} ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทสำหรับผู้บริโภคทางออนไลน์ (เรียกโดยย่อว่า Consumer ADR Directive) ภายใต้กฎหมายทั้งสองฉบับ คำร้องเรียนของผู้บริโภคจะถูกส่งผ่านระบบไปยังผู้กร้องเรียน กำหนดระยะเวลาสำหรับดำเนินการต่าง ๆ บริการล่ามหรือการแปลภาษาเพื่อการอำนวยความสะดวก กระบวนการพิจารณาข้อพิพาททางเลือก การบันทึกข้อมูล หรือพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ได้นำเสนอเข้าสู่กระบวนการพิจารณาจะดำเนินการผ่านระบบ ODR Platform ทั้งหมด อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะริเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก คู่กรณีจะต้องตกลงที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก และตัวองค์กรผู้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเสียก่อน ทั้งนี้ ภายใต้ Regulation (EU) No 524/2013 Online Trader และตัว Market Place หรือ Digital Platform จะต้องแสดง electronic link เพื่อเข้าสู่ ODR Platform เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับรู้รับทราบช่องทางการระงับข้อพิพาทออนไลน์ด้วย

กล่าวในภาพรวม กฎหมายกลางว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภควางมาตรการกำกับดูแล แบบ ex-poste regulation สำหรับ Digital Platform ที่มีลักษณะเป็นผู้ประกอบธุรกิจ (Trader) ที่มีการเสนอขายสินค้าหรือให้บริการตามสัญญาต่อผู้บริโภค โดยตรงโดยกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการต้องดำเนินการตามกฎหมายต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ **Consumer Rights Directive** กำหนดหน้าที่ให้ต้องเคารพต้องสิทธิทั่วไปของผู้บริโภค เช่น สิทธิในการได้รับแจ้งข้อมูลที่ครบถ้วนสำหรับการซื้อสินค้าหรือบริการ สิทธิในการยกเลิกสัญญาซื้อสินค้าหรือบริการโดยคู่สัญญาที่อยู่ห่างไกลระยะทาง สิทธิในการได้รับแจ้งกำหนดระยะเวลาในการจัดส่งสินค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งกำหนดระยะเวลาช้าที่สุดที่สินค้าสมควรไปถึง การจัดให้มีสายด่วนผู้บริโภคซึ่งไม่คิดค่าบริการเกินกว่าอัตราค่าบริการโทรศัพท์ปกติ การคิดค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมมากกว่าปกติจะต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากผู้บริโภค (มิใช่การตั้งค่าให้ผู้บริโภคเลือก option ที่มีค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมไว้เป็นเบื้องต้น) และสิทธิในการได้รับยกเว้นค่าบริการสำหรับวิธีการจ่ายเงินบางประเภท เช่น ยกเว้นค่าธรรมเนียมเครดิตการ์ด **Digital Content and Digital Service Contracts Directive** กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการ digital content หรือ digital service ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจในการให้บริการต่อผู้บริโภคโดยตรงว่าจะต้องให้บริการต่อผู้บริโภคโดยไม่ชักช้า นับตั้งแต่ได้บรรลุข้อตกลงตามสัญญาให้บริการ เว้นแต่ว่าข้อสัญญาได้ตกลงเกี่ยวกับระยะเวลาเริ่มต้นให้บริการไว้เป็นประการอื่น ทั้งนี้ จะมีหน้าที่ต้องให้บริการนับตั้งแต่ digital content หรือ digital service นั้นสามารถเข้าถึงได้โดยผู้บริโภคแล้วไม่ว่าโดยทางกายภาพหรือสิ่งอำนวยความสะดวกเสมือนจริง (virtual facility) ตามที่ผู้บริโภคประสงค์ จะต้องกำหนดข้อสัญญาการให้บริการตามแบบที่สอดคล้องกัน (conformity) กล่าวคือ ประกอบด้วยคำอธิบายปริมาณและคุณภาพ กระบวนการทำงาน ความเข้ากันได้ของระบบ ครบถ้วนถูกต้องตรงตาม

^{๕๕} Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR).

ข้อเรียกร้องและความประสงค์ของผู้บริโภคและซึ่งผู้ให้บริการได้สนองจนเกิดสัญญา ข้อสัญญาจะต้องกำหนดให้ต้องจัดให้มีอุปกรณ์เสริม คู่มือการใช้งานและเปิดใช้ระบบ บริการลูกค้าสัมพันธ์ และต้องเคารพในสิทธิของผู้บริโภคในการยกเลิกสัญญา เป็นต้น

Sale of Goods Contracts Directive กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการ Digital Platform ซึ่งเป็นผู้ประกอบการในการขายสินค้าต่อผู้บริโภคโดยตรง จะต้องกำหนดข้อสัญญาซื้อขายตามแบบที่สอดคล้องกัน (conformity) กล่าวคือ ประกอบด้วยคำอธิบาย ประเภท ปริมาณ คุณภาพ กระบวนการทำงาน ความเข้ากันได้ของระบบ และคุณสมบัติอื่นตามที่ต้องมีในสัญญาซื้อขาย ครบถ้วนถูกต้องตรงตามข้อเรียกร้องและความประสงค์ของผู้บริโภคและซึ่งผู้ขายได้สนองจนเกิดสัญญา ข้อสัญญาจะต้องกำหนดให้ต้องจัดให้มีอุปกรณ์เสริม คู่มือการใช้งานและเปิดใช้ตามที่กำหนดในสัญญา เป็นต้น การเปลี่ยนและการซ่อมจะต้องไม่คิดค่าธรรมเนียม ภายใต้ระยะเวลาตามสมควรนับแต่วันที่ได้รับความแจ้งจากผู้บริโภคถึงความบกพร่องของสินค้า ทั้งไม่ก่อให้เกิดความไม่สะดวกต่อผู้บริโภคอย่างมีนัยสำคัญ การลดราคาสินค้าจะต้องมีความได้สัดส่วนระหว่างมูลค่าสินค้าที่ผู้บริโภคเคยรับซื้อไปกับสินค้าที่ยังอยู่ในสภาพสมบูรณ์ ต้องเคารพในสิทธิของผู้บริโภคในการยกเลิกสัญญา เป็นต้น **Portability Digital Content Regulation** กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการ digital content ซึ่งเป็นผู้ประกอบการในการให้บริการต่อผู้บริโภคโดยตรง จะต้องเปิดช่องทางการเข้าใช้บริการของผู้บริโภคจากประเทศสมาชิกอื่น ๆ ที่ผู้บริโภคได้ไปผ่านกีดกันเป็นการชั่วคราวแม้ว่าคุณภาพของการให้บริการจะลดระดับจากที่ให้บริการในประเทศอันเป็นถิ่นที่อยู่ถาวรของผู้บริโภคตามขอบเขตของข้อสัญญาก็ตาม และ **Ban on Geo-Blocking Regulation** กำหนดหน้าที่ห้ามเลือกปฏิบัติต่อตัวผู้บริโภคสัญชาติสหภาพยุโรป ด้วยเหตุผลความแตกต่างของประเทศซึ่งเป็นถิ่นที่อยู่ โดยจะต้องไม่มีการห้ามการเข้าถึงเว็บไซต์ หรือดำเนินการย้ายไปยัง Domain name อื่น (re-direction) ที่มีชื่อ domain name ตามที่ผู้บริโภคประสงค์จะเข้าถึง

กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคของสหภาพยุโรปทุกฉบับข้างต้นมีข้อบทที่ตรงกันเกี่ยวกับสภาพบังคับ (Enforcement) ที่กำหนดพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกจะต้องทำให้แน่ใจว่าได้กำหนดสภาพบังคับของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในแต่ละมิติอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพตามที่กฎหมายแต่ละฉบับกำหนด ซึ่งหนึ่งในมาตรการที่ควบคู่ไปกับการกำหนดให้ต้องมีกระบวนการบังคับการตามสิทธิของผู้บริโภคในทางศาล คือจะต้องมีช่องทางตามกฎหมายที่เปิดให้ผู้บริโภคสามารถยื่นข้อร้องเรียนต่อองค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจบังคับการตามกฎหมาย (competent administrative bodies) เพื่อทำให้แน่ใจว่าข้อเรียกร้องตามกฎหมายของสหภาพยุโรปสามารถบังคับใช้ได้ตามระบบกฎหมายภายในประเทศอย่างแท้จริง ตัวอย่างองค์กรที่มีอำนาจบังคับการตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศเยอรมัน คือ Federal Cartel Office (BKartA) มีอำนาจหน้าที่ในเชิงกำกับดูแล รวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติกรรมประกอบการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการ รับข้อร้องเรียนจากผู้บริโภค มีอำนาจออกคำสั่งให้หยุดการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคฉบับต่าง ๆ ดำเนินการ

สอบสวนความผิดเกี่ยวกับการการละเมิดกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และลงโทษปรับทางปกครอง
ขั้นสูงไม่เกินร้อยละ ๑๐ ของรายรับต่อปีของผู้ประกอบกิจการ^{๕๖}

(๕) กฎหมายกลางว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า คือ กฎระเบียบของ
ประชาคมยุโรป เลขที่ ๑/๒๐๐๓ (Council Regulation (EC) No 1/2003)^{๕๗} ว่าด้วยการ
บังคับใช้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ด้านการแข่งขันทางการค้า (เรียกโดยย่อว่า Regulation on
Competition Rules) มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดมาตรการเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรี
และป้องกันการผูกขาดทางการค้าโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (dominant
position) และกำหนดสภาพบังคับที่มีประสิทธิภาพต่อการกระทำการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ว่าด้วย
การแข่งขันทางการค้าโดยวางมาตรการกำกับดูแล แบบ ex-poste regulation สำหรับ Digital
Platform ที่มีลักษณะในทางเนื้อหาเป็นผู้ประกอบธุรกิจ (Trader) ที่มีอำนาจเหนือตลาด
(dominant position) ที่จะต้องไม่กระทำการอันมีลักษณะอาจก่อให้เกิดผลเป็นการผูกขาด
โดย Regulation on Competition Rules Recital (3) ถึง (7) ได้เน้นย้ำความสำคัญของ
การกำหนดอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าตามกฎหมาย
ภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในลักษณะควบคู่กันระหว่างอำนาจของศาลและองค์กร
ซึ่งมีอำนาจบังคับการตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า (Competition Authority) ดังนั้น
การประกอบธุรกิจของผู้ให้บริการ Digital Platform ซึ่งโดยปกติก็ถือว่าต้องด้วยนิยามของ
ผู้ประกอบการ ด้วยในตัวเองอยู่แล้ว หากการดำเนินกิจการมีลักษณะผูกขาดจนต้องด้วยหลักเกณฑ์
ว่าด้วยผู้มีอำนาจเหนือตลาด ก็อาจมีประเด็นการกระทำผิดต่อกฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขัน
ทางการค้าซึ่งอยู่ในอำนาจกำกับดูแลของ Competition Authority ได้ ตัวอย่างองค์กรที่มีอำนาจ
บังคับการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศเยอรมัน คือ Federal Cartel Office
(BKartA) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเชิงกำกับดูแลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคควบคู่กันไปและใช้
มาตรการทางกฎหมายตามกฎหมายร่วมกัน คือ German Act against Unfair Competition
(UWG) และ German Act against Restraints of Competition (GWB) เนื่องจากนโยบาย
ของประเทศเยอรมันมองว่าประเด็นเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้า
เป็นประเด็นที่สัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดเพราะผลประโยชน์สุดท้ายในการป้องกันการผูกขาดก็คือ
คุณภาพและความเป็นธรรมในการได้รับสินค้าหรือบริการซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานผู้บริโภคใน
ระยะยาวนั่นเอง โดยสรุปแล้ว Federal Cartel Office (BKartA) มีอำนาจหน้าที่ในการรวบรวม
ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติในการประกอบธุรกิจ การปฏิบัติตามกฎหมาย ศึกษาวิเคราะห์
สภาพของตลาดตามปกติ สอบสวนพฤติกรรมต้องสงสัยของผู้ประกอบธุรกิจและมีคำสั่งให้บรรเทา

^{๕๖} Act against Restraints of Competition (GWB) Sec 32, 81

^{๕๗} Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation
of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

หรือแก้ไขสภาพปัญหา มีอำนาจออกคำสั่งให้หยุดการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมาย และลงโทษปรับทางปกครองชั้นสูงไม่เกินร้อยละ ๑๐ ของรายรับต่อปีของผู้ประกอบกิจการ

๓.๒ พัฒนาการของระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปเพื่อกำหนดมาตรการกำกับดูแล Digital Platform ตามกฎหมายเฉพาะ

โดยที่มาตรการตามที่กำหนดในกฎหมายกลางสาขาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแล Digital Platform ยังมีประสิทธิภาพไม่เพียงพอต่อการกำกับดูแลในบางมิติสัมพันธ์ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการ Platform กับผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจ (ไม่ใช่ผู้บริโภค) จนเกิดข้อปฏิบัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมระหว่างกัน อาทิ การจัดเรียงลำดับผลการค้นหาซึ่งมีผลต่อความสำเร็จในการประกอบธุรกิจของผู้ให้บริการอย่างไม่เป็นธรรมและไม่อาจอธิบายเหตุผลได้ การขาดสภาพบังคับทางปกครองในประเด็นการละเมิดกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบน Digital Platform การเพิกเฉยไม่ดำเนินการตรวจสอบถึงการกระทำ หรือเนื้อหาสาระอันละเมิดต่อกฎหมายฉบับต่าง ๆ บน Platform^{๕๘} การขาดสภาพบังคับต่อผู้ให้บริการที่อยู่นอกดินแดนสหภาพยุโรป หรือการวางมาตรการกำกับดูแลแบบ ex-poste regulation ไม่เหมาะสมต่อสภาพกิจการบางประเภทที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สหภาพยุโรปจึงได้มีการพัฒนากฎหมายเฉพาะเพื่อกำกับดูแล Digital Platform ให้เกิดความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น ดังต่อไปนี้

(๑) การตรากฎระเบียบของสหภาพยุโรป เลขที่ ๒๐๑๙/๑๑๕๐ (Regulation (EU) 2019/1150) ว่าด้วยการสนับสนุนให้เกิดความเป็นธรรมและความโปร่งใสแก่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ใช้งานแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นสื่อกลางในการประกอบธุรกิจออนไลน์^{๕๙} (เรียกโดยย่อว่า EU Regulation on Platform-to-Business Relations หรือ P2B Regulation) มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๒๐ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๒๐ เป็นกฎหมายเฉพาะฉบับแรกของสหภาพยุโรปที่ใช้ในการกำกับดูแล Digital Platform เฉพาะประเภทบริการที่เป็นสื่อกลางในการประกอบธุรกิจระหว่างผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจ กับผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค กล่าวคือ เป็นผู้ให้บริการ Online Intermediation Services หรือ Online Search Engine อันเป็นสื่อกลางในการเข้าทำธุรกรรมระหว่างผู้ใช้งานแพลตฟอร์มหรือเว็บไซต์ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ (Business User สำหรับกรณี Online Intermediation Services หรือ Corporate Website User สำหรับกรณี Online Search Engine ตามลำดับ) และผู้บริโภค P2B Regulation มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม

^{๕๘} Miriam Buiten, “Combating disinformation and ensuring diversity on online platforms: Goals and limits of EU platform” (2022) <https://ssrn.com/abstract=4009079> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4009079> accessed 7th February 2022.

^{๕๙} Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services

ความโปร่งใส ลดและระงับข้อพิพาทโต้แย้งในความสัมพันธ์ระหว่าง Digital Platform กับ Business User/Corporate Website User โดยการกำกับดูแลสาระข้อกำหนดและเงื่อนไข ในสัญญา แนวทางการเรียงลำดับผลการค้นหา (Search Ranking) ข้อผ่อนปรนสำหรับการปฏิบัติ ที่แตกต่าง การเข้าถึงข้อมูล กระบวนการร้องเรียน และกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือการระงับ ข้อพิพาทประการอื่น ทั้งนี้ เนื่องจากในสภาพปัจจุบัน Digital Platform ทั้ง Online Intermediation Services และ Online Search Engine ถือเป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับการ ลงทุนและการประกอบธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญ^{๖๐}

กฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นไปที่การกำกับดูแล Digital Platform ที่มี ลักษณะสำคัญของบริการ คือ ในเชิงรูปแบบเป็นการให้บริการในฐานะสื่อตัวกลางแก่ทั้งผู้ใช้งาน แพลตฟอร์มหรือเว็บไซต์ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจ และผู้บริโภคในขณะเดียวกัน และในเชิงเนื้อหา ของการให้บริการ คือ กลไกของบริการจะต้องสามารถแสดงผลการสืบค้นข้อมูลเกี่ยวกับตัว Business User (ในบริบทของ Online Intermediation Services) หรือ Corporate Website User (ในบริบทของ Online Search Engine) แก่ผู้บริโภคที่เข้ามาใช้บริการสืบค้น ดังนั้น หาก ลักษณะของ Digital Platform ประเภทใดที่เป็นสื่อกลางเพื่อให้เกิดการทำธุรกรรมระหว่าง ผู้ประกอบธุรกิจ (Business to Business Contract) โดยไม่มี Consumer เข้ามาเกี่ยวข้อง ในการใช้บริการ หรือกรณีมีการใช้บริการของ Consumer แต่ผลการสืบค้นจะไม่ปรากฏตัว Business User ตัวจริงเพื่อเข้ามาตกลงทำธุรกรรมกับผู้บริโภคในขั้นตอนสุดท้าย โดยผู้บริโภคต้อง ทำธุรกรรมเพื่อรับบริการจาก Platform โดยตรง เช่น Netflix จึงไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้ บังคับของ P2B Regulation เป็นเบื้องต้น

ดังนั้น Digital Platform ที่ ต้องด้วยลักษณะของ Online Intermediation Services หรือ Online Search Engine จะมีกลไกการให้บริการที่สามารถ สืบค้นโดยผู้บริโภคแล้วปรากฏตัว Business User หรือ Corporate Website User อาทิ บริการ Online Market Place เช่น eBay หรือ Amazon บริการ App Stores เช่น Google Play Apple App Store หรือ Microsoft Store บริการ Search Engine เช่น Google Bing หรือ แม้แต่ Social Media ที่ถูกใช้เพื่อการประกอบธุรกิจ เช่น Facebook หรือ Instagram (เฉพาะ สำหรับในส่วนข้อร้องเรียนของ Business User ต่อ ผู้ให้บริการ Digital Platform) ในการนี้ การบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติย่อมจะต้องอาศัยการตีความเป็นกรณี ๆ ไปว่าผู้ร้องเรียน มีฐานะเป็น Business User หรือ Corporate Website User หรือไม่ หรือเป็นเพียงผู้ค้าสมัครเล่น โดยมีแนวทางการพิจารณาจากคำว่า ผู้ประกอบธุรกิจ (Trader) ตามกฎหมายกลางว่าด้วยการ

^{๖๐} P2B Regulation Recital 1-2.

คุ้มครองผู้บริโภคว่าเป็นการดำเนินงานทางการค้าปกติจากความถี่และความต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจหรือไม่^{๖๑}

P2B Regulation Article 1 Para 3 กำหนดข้อยกเว้นไม่ใช้บังคับกับ Digital Platform ในกิจการเฉพาะเรื่อง ได้แก่ การให้บริการชำระเงินออนไลน์ (Online Payment Service) เครื่องมือการตลาดออนไลน์ (online advertising tools, online advertising exchanges) ซึ่งไม่ได้เสนอให้บริการโดยมีวัตถุประสงค์ให้เกิดการตกลงทำธุรกรรมโดยตรงและไม่ได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายในเชิงสัญญากับผู้บริโภคเข้ามาเกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ขอบเขตในเชิงดินแดนของ P2B Regulation Article 1 Para 2 กำหนดให้ใช้บังคับกับ Digital Platform ที่ได้ให้บริการแก่ Business User หรือ Corporate Website User ที่ก่อตั้งหรืออยู่อาศัยในสหภาพยุโรป เพื่อเสนอสินค้าหรือบริการต่อผู้บริโภคซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในสหภาพยุโรป โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้ให้บริการ Online Intermediation Services และ Online Search Engines นั้นจะได้จัดตั้งหรือมีถิ่นที่อยู่ในสหภาพยุโรปหรือไม่ อย่างไรก็ดี ในกรณีที่มืองค์ประกอบในทางระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องเพิ่มเติม กล่าวคือ Business User หรือ Corporate Website User ก็ได้เป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศสหภาพยุโรป หรือไม่ได้เป็นบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในสหภาพยุโรปด้วยแล้ว จะสามารถใช้บังคับ P2B Regulation ได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (CJEU) ตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล คือ Regulation (EU) No 1215/2012 Article 17 Para 1 (c) และ Regulation (EC) No 593/2008 Article 6 (1)^{๖๒} กล่าวโดยสรุป คือ หากเป็นกรณีที่เมื่อพิจารณานิติสัมพันธ์ตามสัญญาที่จะเกิดขึ้นในท้ายที่สุดระหว่าง Business User หรือ Corporate Website User กับผู้บริโภคแล้วมีข้อพิพาทตามสัญญาเกิดขึ้นผู้บริโภคสามารถฟ้องร้อง Business User หรือ Corporate Website User ต่อศาลภายในประเทศของผู้บริโภคได้ หรือในการวินิจฉัยคดีศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในของประเทศของผู้บริโภคได้เพราะถือว่า Business User หรือ Corporate Website User มีเจตนาที่จะประกอบธุรกิจภายในประเทศของ Consumer โดยตรง (Direct Activity) เช่น กรณี Corporate Website User เป็นบริษัทที่จัดตั้งในอีกประเทศหนึ่งแต่มี เว็บไซต์ ที่ใช้ domain name ในประเทศของผู้บริโภคโดยเฉพาะ หรือเว็บไซต์ ดังกล่าวระบุชัดเจนว่าให้บริการในประเทศของผู้บริโภคหรือ Corporate Website User มีการจ่ายค่าโฆษณาให้กับผู้ให้บริการ Online Search Engines โดยเน้นผลการค้นหาไปยังผู้ค้นหาจากประเทศของ Consumer หรือ Corporate Website User จัดเตรียมตัวเลือกเกี่ยวกับภาษาและค่าเงินสำหรับผู้บริโภค จากประเทศนั้น ๆ โดยตรง^{๖๓} แล้ว ก็จะสามารถปรับใช้ P2B

^{๖๑} CJEU, Case C 105/17, Komisia za zashtita na potrebitelite v Kamenova, , para 2, 37–40 and 45.

^{๖๒} P2B Regulation Recital 9

^{๖๓} CJEU, Joined Cases C-585/08, Pammer v. Reederei Karl Schl ü ter GmbH & KG 6 and C-144/09, Hotel Alpenhof GesmbH v. Oliver Heller, Para 81, 83, 93.

Regulation ในความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้ให้บริการ Online Search Engines กับ Corporate Website User ได้เช่นเดียวกัน

P2B Regulation กำหนดรูปแบบการกำกับกิจกรรมของผู้ให้บริการ Digital Platform ในแบบ ex-poste regulation ที่กำหนดสาระสำคัญของหน้าที่แก่ผู้ให้บริการ Online Intermediation Services กับ Online Search Engine ต่อผู้ให้บริการ (ในที่นี้หมายถึง Business User หรือ Corporate Website User แล้วแต่กรณี) โดยสรุป คือ (๑) กำหนดข้อกำหนดและเงื่อนไขการใช้บริการ (Terms และ Conditions) ด้วยภาษาที่ชัดเจนและเข้าใจง่าย และสามารถเข้าถึงได้โดยไม่ซับซ้อนตลอดทุกกระบวนการตามสัญญาฯ ระหว่างกัน รวมตลอดไปจนถึงกระบวนการก่อนเข้าทำสัญญาด้วย (๒) ต้องมีการให้เหตุผลประกอบการตัดสินใจไม่อนุญาต ยกเลิกหรือกำหนดข้อจำกัดเอาไว้ มีการให้ข้อมูลเกี่ยวกับช่องทางในการให้บริการหรือกิจการ ในเครือข่ายของผู้ให้บริการซึ่งผู้ให้บริการสามารถเสนอขายสินค้าหรือให้บริการได้อย่างครบถ้วน (๓) มีการให้ข้อมูลในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นเจ้าของและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ที่จะต้องมีของผู้ให้บริการ (๔) เมื่อมีการเปลี่ยนแปลง Terms และ Conditions จะต้องมีการแจ้งล่วงหน้าต่อผู้ให้บริการเป็นเวลาไม่น้อยกว่า ๑๕ วันก่อนเริ่มดำเนินการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้ ผู้ให้บริการได้มีโอกาสในการเปลี่ยนแปลงหรือปรับเปลี่ยนเทคนิคหรือวิธีการประกอบธุรกิจให้ สอดคล้องกัน ทั้งต้องให้สิทธิผู้ให้บริการในการยกเลิกสัญญาก่อนครบระยะเวลาตามที่กำหนด ในการแจ้งเปลี่ยนแปลง ทั้งนี้ Terms และ Conditions ที่ขัดหรือแย้งกับข้อกำหนดในส่วนนี้ให้ ถือเป็นโมฆะและใช้บังคับไม่ได้ (๕) จะต้องทำให้มั่นใจว่าผลการแสดงตัวตนของผู้ใช้งานซึ่งเสนอ ขายสินค้าหรือให้บริการผ่าน Online Intermediation Services นั้นสามารถเห็นได้อย่างชัดเจน (๖) เมื่อมีการตัดสินใจเปลี่ยนลักษณะการให้บริการในทางจำกัดหรือห้ามการเสนอซึ่งประเภทของ สินค้าหรือบริการที่ผู้ให้บริการนั้นมีสิทธิเสนออยู่เดิม จะต้องมีการแจ้งการเปลี่ยนแปลงลักษณะ การให้บริการพร้อมเหตุผลตามสมควรเป็นการล่วงหน้า และหากเป็นการระงับการเสนอ ซึ่งประเภทของสินค้าหรือบริการทั้งหมดกำหนด ระยะเวลาในการแจ้งการเปลี่ยนแปลงล่วงหน้าให้ ขยายเป็นไม่น้อยกว่า ๓๐ วัน ทั้งนี้ ต้องให้โอกาสผู้ให้บริการดังกล่าวได้มีสิทธิเสนอข้อเท็จจริง เพื่อคัดค้านการตัดสินใจผ่านระบบการร้องเรียนที่ผู้ให้บริการจัดให้มีขึ้นก่อนกระบวนการตาม ที่ตัดสินใจนั้นมีผลด้วย (๗) จะต้องไม่แก้ไขข้อสัญญาให้มีผลย้อนหลัง เว้นแต่จะเป็นไป เพื่อประโยชน์ของผู้ให้บริการ เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนแห่งสิทธิหน้าที่ตามสัญญา สุจริต และ เป็นธรรม และจะต้องทำให้แน่ใจว่าผู้ให้บริการสามารถยกเลิกสัญญาผ่านระบบได้ (๘) มีคำอธิบาย ใน Terms และ Conditions ถึงการจัดการเกี่ยวกับข้อมูลต่าง ๆ ที่ผู้ให้บริการได้ให้ไว้หลังจาก ที่สัญญาสิ้นสุด พร้อมทั้งข้ออธิบายต่าง ๆ เกี่ยวกับการจัดการข้อมูลส่วนบุคคล (๙) ข้อจำกัดสิทธิ ในการเสนอสินค้าหรือบริการในประเภทเดียวกันโดยวิธีการอื่นนอกจากบนระบบของผู้ให้บริการ นั้นจะต้องมีการให้เหตุผลเอาไว้ใน Terms และ Conditions และจัดวางให้อยู่ในจุดที่สังเกตเห็น ได้ง่ายต่อสาธารณชน ทั้งนี้ เหตุผลดังกล่าวจะต้องประกอบไปด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจ การพาณิชย์ และกฎหมายที่ใช้พิจารณากำหนดข้อจำกัดนั้น (๑๐) ต้องจัดให้มีระบบการรับเรื่อง

ร้องเรียนภายใน (Internal complaint-handling system) ที่เข้าถึงได้ง่ายและไม่เสียค่าใช้จ่ายแก่ผู้ใช้งานและจะต้องระบุวิธีรับข้อพิพาททางเลือกไม่น้อยกว่าสองวิธีการที่ตนประสงค์จะดำเนินการร่วมกันกับผู้ใช้งานหากไม่อาจบรรลุผลการรับข้อพิพาทในระบบการรับเรื่องร้องเรียนภายในเพื่อเป็นทางเลือกแก่ผู้ใช้บริการนอกจากการดำเนินคดีต่อศาล

หน้าที่ที่สำคัญเด่นชัดอีกประการหนึ่งตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดคือหน้าที่เกี่ยวกับการจัดลำดับผลการค้นหา ซึ่ง Online Intermediation Services มีหน้าที่ต้องจัดลำดับผลการค้นหาโดยสอดคล้องกับปัจจัยที่กำหนดใน Terms และ Conditions อย่างมีเหตุผล สำหรับ online search engines มีหน้าที่ต้องจัดลำดับตามความสำคัญของปัจจัยพร้อมแสดงคำอธิบายความสำคัญของปัจจัยในการสืบค้นอย่างเปิดเผยและเข้าใจง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นปัจจัยการค้นหาที่สอดคล้องกับการจ่ายค่าตอบแทนในการใช้บริการ

อย่างไรก็ตาม แม้ P2B Regulation จะถือว่ามีความก้าวหน้าในส่วนของการพัฒนาการด้านกฎหมายดิจิทัลที่แยกส่วนออกมาจากกฎหมายทั่วไปต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากบริบทของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค หรือบริบทด้านสัญญา (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของ Online Search Engine กับ Corporate Website User ที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์เชิงสัญญาต่อกันเลย) แต่ก็ยังมีข้อสังเกตในทางวิชาการเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการบังคับใช้กระบวนการกำกับดูแลตามกฎหมาย เนื่องจากสาระของ P2B Regulation นั้นมิได้กำหนดสภาพบังคับในทางกฎหมายปกครองแก่องค์กรฝ่ายปกครองผู้ทำหน้าที่กำกับดูแลเอาไว้ในตัว Regulation เอง ซึ่งแตกต่างเป็นอย่างมากกับอำนาจทางปกครองขององค์กรกำกับดูแลกิจกรรมตามกฎหมายทั่วไปฉบับต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกรณีของกฎหมายฉบับหลัง ๆ เช่น GDPR โดยในส่วนของอำนาจทางปกครองในการทำหน้าที่กำกับดูแลขององค์กรของรัฐนั้น แม้ Article 15 ของ P2B Regulation จะกำหนดว่าประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีสภาพบังคับตามกฎหมายที่เพียงพอมีประสิทธิภาพ และได้สัดส่วนกับพฤติกรรมการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และสามารถป้องปรามการกระทำการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายต่อไปได้ แต่เนื่องจากตาม Recital 46 ของ P2B Regulation นั้นได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าประเทศสมาชิกไม่จำเป็นต้องจัดตั้งองค์กรของรัฐเพื่อบังคับการตามกฎหมาย (national enforcement bodies) ขึ้นมาใหม่และไม่ผูกพันให้ต้องจัดให้มีสภาพบังคับในทางปกครอง (ex officio enforcement) รวมถึงโทษปรับทางปกครอง แต่สามารถมอบหมายให้องค์กรต่าง ๆ ที่มีอยู่แล้วและองค์กรศาลทำหน้าที่บังคับการตามกฎหมายได้ มาตรการทางปกครองตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศตามกฎหมายเพื่ออนุวัติการจึงอาจแตกต่างกันไปบ้าง เช่น ประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ Ministry of Digital Economy สามารถออกมาตรการทางปกครองในการแจ้งเตือนและมีคำสั่งให้หยุดการกระทำที่ขัดต่อข้อบทของ P2B Regulation และมีอำนาจสั่งลงโทษปรับทางปกครองเมื่อฝ่าฝืนคำสั่งไม่เกิน ๑๕,๐๐๐ ยูโร ขณะที่ประเทศสเปนกำหนดอัตราโทษปรับทางปกครองที่ Ministry of Economic Affairs and Digital Transformation (MAETD) มีอำนาจสั่งปรับทางปกครองขึ้นสูงอยู่ระหว่าง

๓๐,๐๐๐ ยูโร ถึง ๑๕๐,๐๐๐ ยูโร แล้วแต่กรณี^{๖๔} ทั้งนี้ P2B Regulation ยังได้กำหนดให้ EU Commission สนับสนุนให้เกิดการรวบรวมแนวปฏิบัติที่ดี (Best Practice) เมื่อได้รับเรื่องร้องเรียนเพื่อความสะดวกคล่องกันในการปฏิบัติหน้าที่ โดยกำหนดให้องค์กรของรัฐจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและการรับเรื่องร้องเรียนด้วย

(๒) การตรากฎระเบียบของสหภาพยุโรป เลขที่ ๑๕๐๓/๒๐๒๐ (Regulation (EU) 2020/1503)^{๖๕} ว่าด้วยผู้ให้บริการคราวด์ฟินดิงสำหรับผู้ประกอบธุรกิจ ในสหภาพยุโรป (เรียกโดยย่อว่า Crowdfunding for Business Regulation) มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๒๐ เป็นต้นมา โดยใช้บังคับประกอบกับแนวข้อบังคับของสหภาพยุโรป เลขที่ 1504/2020 (Directive (EU) 2020/1504)^{๖๖} ซึ่งเป็นแนวข้อบังคับในส่วนที่เกี่ยวข้องธุรกิจการเงิน Regulation (EU) 2020/1503 มีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดข้อเรียกร้องตามกฎหมายที่สอดคล้องกันเป็นหนึ่งเดียวสำหรับ crowdfunding service ที่ให้บริการในสหภาพยุโรป เฉพาะกรณีที่ project owner เป็นผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องข้อเรียกร้องทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองความสามารถในการเข้าถึงตลาดของ project owner และปกป้องตัว investor ในขณะเดียวกัน

เนื่องจาก Crowdfunding for Business Regulation มีสาระเป็นการให้บริการทางการเงิน ที่โดยปกติจะต้องมีความเข้มงวดในการกำกับดูแลเพื่อไม่ให้กระทบต่อสิทธิของผู้ลงทุน กระบวนการกำกับดูแล crowdfunding service จึงกำหนดไว้ในรูปแบบ ex-ante regulation ผ่านระบบอนุญาต (authorization system) โดย crowdfunding service providers ที่มีลักษณะของการให้บริการอยู่ในขอบเขตของกฎหมายฉบับนี้จะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรผู้กำกับดูแลที่แต่ละประเทศสมาชิกกำหนด (national authority) ประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ คำขอต้องมีรายละเอียดต่าง ๆ เช่น ประเภทของ crowdfunding service กลุ่มเป้าหมายของกิจการ กระบวนการบริหารจัดการภายใน ระบบในการควบคุมความมั่นคงปลอดภัยของการประมวลผลข้อมูล ความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจ มาตรการป้องกันความเสี่ยงทางการเงินที่ได้จัดเตรียมไว้ แผนธุรกิจ โดยเมื่อได้รับอนุญาตแล้ว จะได้รับการจดทะเบียนเป็นผู้ประกอบกิจการ crowdfunding service provider ของ European Securities and Markets Authority

^{๖๔} Act Amending Act 34/2002, of 11 July, on information society services and electronic commerce ("LSSI")

^{๖๕} Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council of 7 October 2020 on European crowdfunding service providers for business and amending Regulation (EU) 2017/1129 and Directive (EU) 2019/1937

^{๖๖} Directive (EU) 2020/1504 of the European Parliament and of the Council of 7 October 2020 amending Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments

หน้าที่ตามกฎหมายของ crowdfunding service provider นั้น ถูกกำหนดไว้ตามกฎหมายหลายประการ เช่น จะต้องมีเงินทุนเป็นของตนเองไม่น้อยกว่า ๒๕,๐๐๐ ยูโร เพื่อเป็นหลักประกันทางการเงินและบริหารจัดการความเสี่ยง จะต้องมีการป้องกันการ ความไม่โปร่งใส โดยไม่ระดมทุนผ่าน crowdfunding platform ของตัวเอง และจะต้องไม่รับ ให้บริการแก่ project owner ที่มีลักษณะใกล้ชิดกับกิจการของตน ได้แก่ มีหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่า ร้อยละ ๒๐ เป็นผู้จัดการหรือลูกจ้าง หรือความสัมพันธ์ใกล้ชิดอื่นทำนองเดียวกัน มีหน้าที่จัดให้มี Bulletin Board เพื่อเป็นตลาดซื้อขายหน่วยลงทุนเปลี่ยนมือได้ระหว่างลูกค้า จัดให้มีมาตรการ ต่าง ๆ เพื่อป้องกันความเสียหายต่อผู้ลงทุน เช่น ทำให้มั่นใจว่าได้เปิดเผยข้อมูลทั้งหมดเพื่อ ประกอบการตัดสินใจลงทุนอย่างถูกต้องครบถ้วนและกำหนดปัจจัยในการเลือกค้นหา project อย่างเป็นธรรม ชัดเจน และไม่ทำให้สับสนหลงผิด ทั้งต้องจัดให้มีบริการ asset safekeeping services และหรือ payment services และทำธุรกรรมในส่วนของการเงินผ่านธนาคารหรือ สถาบันทางการเงินที่เชื่อถือได้

เมื่อมีการกระทำที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายองค์กรผู้มีความอำนาจกำกับดูแล (competent authorities) ที่ประเทศสมาชิกมีพันธกรณีจะต้องจัดตั้งขึ้นตาม Article 29 มีอำนาจรับเรื่องร้องเรียนตาม Article 38 และมีอำนาจใช้มาตรการทางปกครองต่าง ๆ เช่น การสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐาน สั่งการให้ปฏิบัติตามกฎหมาย สั่งห้ามมิให้เสนอบริการชั่วคราวเป็นเวลาไม่เกิน ๑๐ วันติดต่อกัน หรือสั่งห้ามการเสนอบริการ เพื่อให้มีการปฏิบัติตาม กฎหมาย เมื่อมีเหตุผลอันสมควรเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว มีอำนาจกำหนดโทษ ทางปกครอง หรือมาตรการทางปกครองอื่นที่มีประสิทธิภาพ พอสมควรแก่เหตุ และสามารถ ป้องปรามการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย อาทิ การดำเนินต่อสาธารณะ สั่งห้ามประกอบ กิจการเป็นการถาวรในรายชื่อของผู้ประกอบกิจการ ซึ่งจะมีผลไปสู่ทุกประเทศสมาชิกในสหภาพ ยุโรป กำหนดโทษปรับทางปกครองไม่น้อยกว่า ๕ แสนยูโร ไปจนถึงไม่เกินร้อยละ ๕ ของรายได้ รวมประจำปีทั่วโลก ทั้งนี้ ตามที่ระบุใน Article 30 ประกอบ Article 39

(๓) การร่างกฎระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการให้บริการ ดิจิทัลในตลาดร่วมสหภาพยุโรป (Proposal for a Regulation on a Single Market for Digital Services เรียกโดยย่อว่า Digital Service Act)^{๖๗} ซึ่งเป็นร่างกฎหมายที่มี

^{๖๗} Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-european-parliament-and-council-single-market-digital-services-digital> accessed 12 January 2021; Christoph Busch and Vanessa Mak, “Putting the Digital Services Act into Context: Bridging the Gap between EU Consumer Law and Platform Regulation” (2021) 10 Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)

วัตถุประสงค์^{๖๘}ในการประสานกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเฉพาะสำหรับตัวบริการสื่อกลางทางดิจิทัล (intermediary services ต่าง ๆ เช่น online marketplaces, social networks, content-sharing platforms, app stores ตลอดจน online travel and accommodation platforms) ภายในตลาดร่วมสหภาพยุโรปให้มีรูปแบบเดียวกัน โดยกำหนดโครงสร้างทางกฎหมายเกี่ยวกับเงื่อนไขที่จะได้รับการยกเว้นความรับผิดของ intermediary service ให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น กำหนดหน้าที่ในการสอบทานการประกอบธุรกิจ (due diligence) ของตนเองแก่ intermediary service provider ให้สอดคล้องกับประเภทของ intermediary service ตามแต่ละประเภทซึ่งมีลักษณะเฉพาะและกำหนดสภาพบังคับในการปฏิบัติตามกฎหมายให้เข้มข้นมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความปลอดภัย สามารถคาดหมายและเชื่อถือได้ของสถานะแวดล้อมในโลกออนไลน์ (online environment) ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองจะสามารถได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายได้อย่างแท้จริง

สำหรับขอบเขตการใช้บังคับ Digital Service Act นั้นจะใช้บังคับกับ intermediary services ที่เสนอให้บริการต่อผู้ให้บริการ (recipient of the service) ที่จัดตั้งหรืออยู่อาศัยในสหภาพยุโรป ไม่ว่าตัว intermediary services provider นั้นจะได้จัดตั้งในสหภาพยุโรปหรือไม่ก็ตาม กระบวนการกำกับดูแลกิจกรรม ของ Digital Platform ที่เป็น intermediary services provider นั้นจะเป็นแบบ ex-poste regulation โดยกำหนดหน้าที่ปฏิบัติการตามกฎหมายแก่ provider โดยสรุป ดังต่อไปนี้

ร่างกฎหมายฉบับนี้กำหนดหน้าที่ทั่วไปร่วมกันของ intermediary services provider คือ จะต้อง (๑) จัดให้มีศูนย์บริการร่วมที่สามารถติดต่อ ณ จุดเดียว (establishment of single point of contact (SPoC)) (๒) จัดตั้งตัวแทนเพื่อการบังคับการตามกฎหมายในสหภาพยุโรป (establishment of legal representative within EU for providers which are not established in the EU) (๓) จะต้องบังคับใช้ Terms และ Conditions อย่างจริงจังสม่ำเสมอ เท่าเทียม และพอสมควรแก่เหตุ (๔) จัดทำรายงานผลการเข้าแก้ไขสภาพปัญหาที่ชัดเจน ง่ายต่อความเข้าใจ และครอบคลุม อย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง มีการกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมของ online platform ในการจัดทำรายงานการแจ้งข้อร้องเรียนและผลการดำเนินการ (notice and action mechanisms) ต่อเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จัดทำคำอธิบายเกี่ยวกับการตัดสินใจลบหรือระงับการเข้าถึงซึ่งสาระหรือข้อมูลบางประเภท (Article 15 (2)) ทั้งนี้ หน้าที่เพิ่มเติมของ online platform (แต่มีข้อยกเว้นหน้าที่ให้แก่ provider ที่เป็นธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม) รวมถึงการที่ต้องกระทำการ ดังนี้ (๑) จัดให้มีช่องทางการเข้าถึงระบบการร้องเรียนภายในที่มีประสิทธิภาพและไม่มีค่าใช้จ่าย (effective, free internal complaint-handling system) เพื่อให้มีการสั่งห้ามบัญชีผู้เข้าใช้ หรือนำออก หรือทำให้ไม่สามารถใช้งานได้ซึ่งเนื้อหาที่ถูกร้องเรียน (๒) จัดให้มีข้อเสนอเรื่องกระบวนการยุติธรรมทางเลือกเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่าง

^{๖๘} Digital Service Act Proposed Article 1

Platforms กับ Users (๓) การใช้ระบบ trusted flagger system ในการติดตามคำร้องเพื่อให้มั่นใจว่าการแจ้งข้อร้องเรียนการกระทำความผิดจะได้รับการดำเนินการโดยไม่ชักช้า ในกรณีที่ได้ดำเนินการแจ้งเตือนไปยังผู้กระทำความผิดแล้วจะต้องบังคับการเพื่อให้ยุติซึ่งการกระทำดังกล่าวภายในระยะเวลาอันสมควร (๔) มีมาตรการต่อต้านผู้ใช้บริการที่ใช้เนื้อหาที่ผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งเป็นประจำและสม่ำเสมอ รวมถึงผู้แจ้งการกระทำความผิดหรือข้อร้องเรียนแล้วไม่ปรากฏข้อเท็จจริงตามที่แจ้งอย่างแน่แท้เป็นประจำและสม่ำเสมอ (๕) ดำเนินการแจ้งกรณีพบพฤติกรรมต้องสงสัยว่ามีการกระทำความผิดอาญาต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง สำหรับผู้ใช้บริการที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจ (๖) ทำให้แน่ใจว่าผู้ใช้บริการที่เป็นผู้ประกอบการนั้นได้รับแจ้งข้อมูลครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด (๗) จัดให้มีการรายงานความโปร่งใส รวมไปถึงความโปร่งใสในการโฆษณาออนไลน์ โดยให้ข้อมูลเกี่ยวกับการใช้สื่อโฆษณาออนไลน์ ตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้ดำเนินการให้ และเหตุใดผู้ใช้บริการถึงสามารถมองเห็นโฆษณาดังกล่าว ซึ่งรวมถึงวิธีการ profiling

ยิ่งกว่านั้น ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังได้มีการกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมสำหรับ Very Large Online Platform ที่มีผู้ใช้บริการในสหภาพยุโรปมากกว่า ๔๕ ล้านคน ดังต่อไปนี้ คือ (๑) จัดให้มีการวิเคราะห์ปัจจัยความเสี่ยงเสียหายอย่างมีนัยสำคัญจากระบบประกอบด้วย ข้อมูลการกระทำความผิดอาญาบน Platform เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเยาวชน hate speech การขายหรือให้บริการที่ต้องห้ามตามกฎหมาย รวมถึงสินค้าละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ผลกระทบในทางลบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลและครอบครัว เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิเด็ก และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ ความเสียหายต่อประโยชน์ด้านสาธารณสุข กลุ่มน้อย หรือความมั่นคงปลอดภัยของสาธารณะ เป็นต้น ทั้งนี้ ในการวิเคราะห์ผลกระทบดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงปัจจัยเรื่องเทคโนโลยี เช่น ความสามารถในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระบนระบบ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับ algorithm systems, targeting of adverts, การใช้ fake accounts-bots และระบบก่อกวนอัตโนมัติต่าง ๆ (๒) บังคับใช้มาตรการบรรเทาความเสี่ยงเสียหายที่สมเหตุสมผล พอสมควรแก่เหตุ และมีประสิทธิภาพ ซึ่งมาตรการดังกล่าวจะต้องได้รับการตรวจสอบจากผู้ตรวจสอบอิสระ ตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงมาตรฐานทางวิชาชีพต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง (๓) รายงานผลการการวิเคราะห์ปัจจัยความเสี่ยงเสียหายอย่างมีนัยสำคัญจากระบบ ทุก ๆ ๖ เดือน และการบังคับใช้มาตรการบรรเทาความเสี่ยงเสียหาย (๔) มีคำอธิบายถึงปัจจัยที่ใช้ในการกำหนดกระบวนการทำงานของระบบ และเงื่อนไขที่ผู้ใช้บริการสามารถปรับแต่งปัจจัยตามความประสงค์ได้ และ (๕) จัดให้มีเจ้าหน้าที่ซึ่งมีประสบการณ์หรือคุณสมบัติที่เหมาะสมเป็นผู้รับผิดชอบการปฏิบัติตามกฎหมาย

ร่างกฎหมายฉบับนี้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะต้องจัดให้มีองค์กรกำกับดูแลที่เป็นอิสระ (national independent supervisory authority) ซึ่งทำหน้าที่เป็น Digital Services Coordinator (DSC) เพื่อกำกับดูแลร่วมกันด้วย มีอำนาจกำหนดกฎเกณฑ์ ให้ข้อเสนอแนะ และในกรณีที่มีการกระทำอันฝ่าฝืนหรือไม่เป็นไปตามกฎหมาย มีอำนาจรับข้อร้องเรียน รวบรวมพยานหลักฐาน การสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำ

ความผิด กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เช่น สั่งให้ระงับการให้บริการออนไลน์ ปิดกั้นการเข้าถึง platform ปิด domain name หรือ IP address เป็นตัวกลางในการทำความตกลงยุติข้อพิพาท (make commitments binding) ระหว่างคู่กรณี ส่วนอำนาจในเชิงลงโทษนั้นเป็นของ European Commission ตามที่ได้รับรายงานจาก national independent supervisory authority ในการออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองในอัตราขั้นสูงไม่เกินกว่าร้อยละ ๖ ของรายได้รวมประจำปีทั่วโลก หรือคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองรายวันสำหรับกรณีของ Very Large Online Platform ไม่เกินร้อยละ ๕ ของรายได้รวมประจำวัน^{๖๙} เป็นต้น

(๔) การยกร่างกฎระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยสภาพที่แข่งขันได้อย่างเป็นธรรมในตลาดร่วมสหภาพยุโรปด้านดิจิทัล^{๗๐} (Proposal for a Regulation on contestable and fair markets in the digital sector เรียกโดยย่อว่า Digital Markets Act) มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อให้แน่ใจว่าตลาดร่วมสหภาพยุโรปในส่วนที่เกี่ยวกับการเสนอและสินค้าหรือบริการผ่านช่องทางบริการสังคมสารสนเทศรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งมีผู้ให้บริการทางดิจิทัลขนาดใหญ่ หรือที่เรียกว่าเป็น gatekeeper อยู่ในตลาดด้วยนั้น ยังจะคงมีความสามารถในการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นมาตรการเสริมในบริบททางดิจิทัลของกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากมาตรการบังคับตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ายังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะแก้ไขปัญหาการผูกขาดในตลาด Digital Market ซึ่งมีพลวัตเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ และไม่เพียงพอที่จะจัดการกับผู้เล่นที่มีขนาดใหญ่ในตลาด^{๗๑} ทั้งนี้ โดยมุ่งประสงค์จะใช้กำกับดูแลกิจกรรมในความสัมพันธ์บน

^{๖๙} Digital Service Act Proposed Article 41 - 55

^{๗๐} Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets> accessed 12 January 2022; Natalia Moreno Bellosio, “The Proposal for a Digital Markets Act (DMA): A Summary” (2022). <https://ssrn.com/abstract=3999966> accessed 12 February 2022; Pinar Akman, “Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act” (2021) European Law Review.

^{๗๑} Heike Schweitzer, “The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal” (2021) 3 <https://ssrn.com/abstract=3837341> accessed 2 January 2022; Geradin Damien and Dimitrios Katsifis, “Strengthening Effective Antitrust Enforcement in Digital Platform Markets (2021) <https://ssrn.com/abstract=3945004> accessed 2 January 2022

แพลตฟอร์มดิจิทัลหลัก (core platform service)^{๗๒} ที่ผู้ให้บริการที่เป็นประตูข้อมูลข่าวสาร (gatekeeper)^{๗๓} (ผู้ให้บริการที่ครอบงำประกอบต่อไปนี้ (๑) มีอิทธิพลสำคัญในตลาดร่วมสหภาพยุโรป (๒) ให้บริการ core platform services ที่ถือเป็นประตู (gateway) สำคัญสำหรับผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจ (business users) ที่จะเข้าถึงผู้ให้บริการที่ไม่ใช่ผู้ประกอบธุรกิจ (end users) และ (๓) มีสถานะที่แข็งแกร่งไม่ว่าในปัจจุบันหรือเป็นที่เห็นได้ในระยะเวลาอันใกล้) เสนอให้บริการต่อ business user คือผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจโดยเสนอสินค้าหรือบริการบนแพลตฟอร์ม ที่จัดตั้งในสหภาพยุโรป และ end user คือผู้ให้บริการที่ไม่ใช่ผู้ประกอบธุรกิจ ที่จัดตั้งหรืออยู่อาศัยในสหภาพยุโรป โดยไม่จำกัดว่า gatekeeper นั้น ๆ จะได้จัดตั้งหรืออยู่อาศัยในสหภาพยุโรปหรือไม่

ร่างกฎหมาย Digital Markets Act กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขององค์กรกำกับดูแลเพื่อระบุว่าเป็น Gatekeeper หรือไม่ (เป็นแต่เพียงเกณฑ์สันนิษฐานซึ่งตัวผู้ให้บริการสามารถโต้แย้งและนำสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงอื่นเพื่อหักล้างได้) ประกอบด้วย (๑) การพิจารณาขนาดของกิจการ กรณี core platform services provider มีรายได้ประจำปีไม่ต่ำกว่า ๘ พันล้านยูโรต่อปี ในสามปีหลังสุด หรือมีดัชนีมูลค่าเฉลี่ยในตลาดไม่ต่ำกว่า ๘ พันล้านยูโร และในส่วนของบริการได้ให้บริการในฐานะ core platform services provider ในอย่างน้อยสามประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป และ (๒) การพิจารณาความสำคัญของการประกอบกิจการ โดยมีสมาชิกประเภท end user ที่ยังใช้งานอยู่ไม่ต่ำกว่า ๔๕ ล้านคน ต่อเดือน และมีสมาชิกประเภท business User ที่ยังใช้งานอยู่ไม่ต่ำกว่า ๑๐,๐๐๐ ราย ในสามปีหลังสุด^{๗๔}

กระบวนการกำกับดูแลหน้าที่ตามร่างกฎหมาย Digital Markets Act ไม่ได้ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับทุกผู้ให้บริการ Digital Platform ที่ต้องตามหลักเกณฑ์อย่างเคร่งครัดตายตัวเนื่องจากกรณีที่ผู้ให้บริการรายใดที่พิจารณาแล้วเห็นว่าลักษณะกิจการของตนเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเบื้องต้นก็จริง แต่มีเหตุผลอื่นหรือบางประการในการโต้แย้งก็มีหน้าที่แจ้งให้ European Commission รับทราบข้อโต้แย้ง โดยให้ข้อมูลประกอบเพื่อพิจารณาและมีคำวินิจฉัยยืนยันการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์อีกครั้งได้ แต่มีเช่นนั้นก็ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด ทั้งนี้ European Commission ซึ่งมีอำนาจหน้าที่กำกับดูแล สามารถใช้อำนาจประกอบกับ Article 22 ของ EU Merger Regulation กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็น gatekeeper และ core platform service ตลอดจนหน้าที่ของ provider ดังกล่าว

^{๗๒} ตาม Digital Markets Act Proposed Article 2 หมายความว่า บริการประเภท online intermediation services, online search engines, online social networking services, video-sharing platform services, number-independent interpersonal communication services, operating systems, web browsers, virtual assistants, connected TVs, cloud computing services, online advertising services

^{๗๓} P Digital Markets Act Proposed Article 2, 3 (1)

^{๗๔} Digital Markets Act Proposed Article 3 (2)

เพิ่มเติมได้ตามความเหมาะสม จึงถือได้ว่าเป็นการกำกับดูแลในลักษณะ ex-poste regulation แบบหนึ่ง

ร่างกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ gatekeeper มีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติหลายประการภายใน ๔ เดือน นับแต่ได้รับการกำหนดโดย European Commission ให้มีสถานะเป็น gatekeeper เช่น (๑) ไม่ใช่ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการใน core platform services ของตนร่วมกับข้อมูลที่ได้จากแหล่งอื่น รวมถึงบริการจากแหล่งอื่นที่ตนเองให้บริการอยู่เองด้วย (๒) ไม่จำกัดสิทธิ business users ในการทำสัญญากับ end users นอกกรอบ eco-systems ของ core platform services ที่ตนให้บริการเท่านั้น (๓) ไม่เรียกร้องให้ business users ต้องใช้เสนอ หรือให้บริการภายใต้ระบบการยืนยันตัวตนของผู้ใช้บริการระบบ บริการชำระเงิน หรือบริการอื่น เพื่อประโยชน์ให้เกิดสถานะผูกขาดให้ต้องให้บริการภายใต้ platform ของตนเท่านั้น (๔) ต้องเปิดโอกาสให้มีการใช้ third-party software หรือ application stores ที่เข้ากันได้กับระบบของ core platform services เพื่ออำนวยความสะดวกให้ผู้ใช้บริการเลือกใช้ร่วมกันได้ (๕) ต้องไม่มีข้อกำหนดจำกัดสิทธิผู้บริการที่เป็นผู้ประกอบการในการใช้สิทธิตามกฎหมายต่อองค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ (๖) ต้องแสดงให้เห็นด้วยความโปร่งใสเมื่อจัดให้มีการโฆษณา (๗) เปิดให้มีการเลิกติดตาม (unsubscribe) ข่าวสาร และสามารถถอนการติดตั้ง (uninstall) แอปพลิเคชันได้ (๘) เสนอลำดับผลการสืบค้น หรือ ranking services โดยไม่เลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อสินค้าหรือบริการของตนเอง และ (๙) ต้องเปิดช่องทางการเชื่อมต่อข้อมูลจาก core platform services ให้ business users สามารถใช้ร่วมกับคู่สัญญาฝ่ายที่สามได้ ทั้งนี้ จะต้องจัดทำรายงานการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ ดังกล่าวภายใน ๖ เดือนด้วย^{๗๕}

สำหรับสภาพบังคับสำหรับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ร่างกฎหมาย Digital Markets Act กำหนดในลักษณะเดียวกับอำนาจของ European Commission ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและการตอบโต้การทุ่มตลาด โดยกำหนดให้ European Commission มีอำนาจหน้าที่ประกาศกำหนดตัว Digital Platform ที่มีสถานะเป็น gatekeeper แก้ไขเปลี่ยนแปลงการกำหนดดังกล่าว ในการสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด เรียกให้ผู้ให้บริการ หรือองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องจัดส่งข้อมูลเพื่อประกอบการพิจารณา กำหนดมาตรการชั่วคราวระหว่างการสอบสวนข้อเท็จจริง และมีคำวินิจฉัยภายใน ๑๒ เดือน นับแต่เริ่มกระบวนการพิจารณาข้อร้องเรียน โดยออกคำสั่งให้ปฏิบัติตามกฎหมายหรือให้เยียวยาความเสียหาย ออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองต่อผู้จงใจฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งระหว่างร้อยละ ๔ ถึงร้อยละ ๒๐ ของรายได้รวมประจำปีทั่วโลก หรือโทษปรับรายวันจากรายได้รวมไม่เกินร้อยละ ๕ ต่อวัน^{๗๖} ทั้งมีอำนาจกำหนดมาตรการเยียวยา

^{๗๕} Digital Markets Act Proposed Article 5-6

^{๗๖} Digital Markets Act Proposed Article 14-27

ความเสียหายในเชิงโครงสร้างของตลาด (structural remedies) เช่น สั่งให้แบ่งซอย (break-up) การประกอบธุรกิจของ gate keeper ออกเป็นส่วน ๆ เป็นต้น

๔. บทสรุป

เมื่อได้ศึกษาพัฒนาการเกี่ยวกับมาตรการทางปกครองในการกำกับดูแล Digital Platform ของสหภาพยุโรปแล้วสามารถกล่าวโดยทั่วไปว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปเลือกใช้กระบวนการกำกับดูแล Digital Platform ในรูปแบบ ex-poste regulation เป็นเบื้องต้น ด้วยเหตุที่ ex-poste regulation มีลักษณะของการผ่อนคลายนโยบายของการกำกับดูแลโดยรัฐ (Deregulation) ซึ่งมีข้อเด่นในการช่วยส่งเสริมการแข่งขันในตลาดจากการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบกิจการแต่น้อย ลดต้นทุนในการประกอบธุรกิจในส่วนของการปฏิบัติตามกฎหมาย ส่งเสริมการแข่งขันในตลาด กระตุ้นให้ผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดย่อมหรือผู้ประกอบการรายใหม่ตัดสินใจลงทุนเพื่อเข้าสู่ตลาดสามารถต่อสู้กับผู้ประกอบการขนาดใหญ่ได้อย่างทัดเทียมมากยิ่งขึ้น สอดคล้องกับนโยบายของประเทศในสหภาพยุโรปในการส่งเสริมการเปิดเสรีทางการค้าผ่านระบบอินเทอร์เน็ต เว้นแต่กิจกรรมประเภทที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงค่อนข้างสูง เช่น กรณีของการกำกับดูแล Crowdfunding Platform ที่ระบบกฎหมายจะเลือกใช้การกำกับดูแลแบบ ex-ante regulation อย่างไรก็ดี การกำกับดูแลแบบ ex-poste regulation ก็มีข้อดีข้อเด่นแต่ยังมีจุดด้อยตรงที่ไม่มีการกำหนดมาตรการในเชิงป้องกันเพื่อให้องค์กรผู้กำกับดูแลได้มีข้อมูลของตัวผู้ประกอบการและรายละเอียดของการประกอบกิจการ เพื่อจะได้มีโอกาสคัดกรองผู้ประกอบการที่ไม่พึงประสงค์ออกจากระบบได้ตั้งแต่ก่อนที่จะเริ่มดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ แล้วก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นจริง ในทางวิชาการจึงยังมีข้อเรียกร้องอยู่เนื่อง ๆ ให้ระบบกฎหมายของสหภาพยุโรบนำระบบการกำกับดูแลแบบ ex-ante regulation มาปรับใช้ให้มากยิ่งขึ้นเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพตามความเหมาะสม

การตรากฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อกำกับดูแล Digital Platform ผ่านมาตรการทางปกครองที่เข้มข้นขึ้นเพิ่มเติม ปรากฏผลดีเป็นการเพิ่มมิติและประสิทธิภาพในการกำกับดูแลจากที่มีอยู่ตามกฎหมายกลางฉบับต่าง ๆ โดยสามารถกำหนดข้อปฏิบัติในการประกอบกิจการให้มีลักษณะชัดเจนตรงกับลักษณะของการประกอบธุรกิจให้บริการ Digital Platform เป็นการเฉพาะช่วยให้ผู้ประกอบการให้บริการ Digital Platform สามารถวางแผนและประเมินต้นทุนการดำเนินการตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง สามารถเพิ่มมาตรการกำกับดูแลเพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการ Platform ซึ่งเป็นผู้ประกอบการมิใช่ผู้บริโภคซึ่งยังถือเป็นช่องโหว่ของระบบกฎหมายและเพิ่มสภาพบังคับในทางปกครองที่ยังขาดอยู่ในมิติของกฎหมายกลางบางฉบับ เช่น กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาลดจนสภาพบังคับต่อเนื้อหาสาระที่เป็นการกระทำความผิดกฎหมายประการอื่นที่ปรากฏอยู่บนตัวแพลตฟอร์ม เพื่อกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการ Digital Platform จะต้องบังคับการในทางปฏิบัติเพื่อเยียวยาให้เป็นไปตามสิทธิของผู้เสียหายที่ร้องเรียนการกระทำผิดกฎหมายบน Platform นั้น ๆ ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรฝ่ายปกครองผู้กำกับ

ดูแลต่อตัว Digital Platform อีกชั้นหนึ่ง อันถือเป็นการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพในทางข้อเท็จจริง
บนโลกดิจิทัลลดภาระของผู้ทรงสิทธิที่จะต้องใช้สิทธิเรียกร้องในทางศาลเสมอไป

เหลียวหลัง แลหน้า ๒ ทศวรรษ “วินัยทางการคลัง” ในประเทศไทย : พัฒนาการทางความคิด
จาก “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” สู่ “วินัยการเงินการคลังของรัฐ”
(ตอนที่ ๑)*

อานันท์ กระบวนศรี**

ในการจัดสรรทรัพยากรสาธารณะของรัฐ ถึงแม้ว่ารัฐที่ปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยซึ่งผลิตภัณฑ์ประชาชาติควรจะเป็นไปตามความพอใจของผู้บริโภคและอำนาจในการตัดสินใจควรกระจายไปสู่รากหญ้ามากกว่ากำหนดมาจากส่วนกลาง โดยปล่อยให้มือที่มองไม่เห็น (invisible hand) ทำหน้าที่เป็นพลังในตลาดก็ตาม ภาคนโยบายหรือภาครัฐก็ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปแทรกแซงระบบตลาด เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการบิดเบือนกลไกตลาดหรือตลาดไม่สามารถดำเนินการแข่งขันกันได้อย่างเสรี จึงจำเป็นต้องมีมาตรการสาธารณะในการแก้ไขและชดเชยเพื่อให้ตลาดสามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น รัฐจึงมีภารกิจในการแทรกแซงเศรษฐกิจผ่านทางมาตรการทางภาษีหรือการใช้จ่ายของรัฐบาล โดยมีเป้าหมายเพื่อให้เกิดการกระจายทรัพยากรอย่างเป็นธรรม เกิดเสถียรภาพในทางเศรษฐกิจและส่งเสริมการเจริญเติบโตในทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม บทบาทของภาครัฐที่เพิ่มมากขึ้นในเวลาต่อมาถูกตั้งคำถามถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลของการเข้ามาแทรกแซงทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้เครื่องมือทางการคลังต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นรายจ่ายสาธารณะ รายได้สาธารณะ หรือการก่อหนี้สาธารณะ ในลักษณะที่เป็นการมุ่งแสวงหาประโยชน์ในทางการเมืองในระยะสั้นมากกว่าความมั่นคงทางการคลังในระยะยาวเพื่อผลประโยชน์ในทางการเมือง หรือที่ถูกเรียกกันเป็นการทั่วไปว่านโยบาย “ประชานิยม” เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว นักกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งนักกฎหมายการคลังและนักเศรษฐศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักเศรษฐศาสตร์การคลัง จึงมีความพยายามที่จะหา “เครื่องมือ” บางอย่างมาใช้ในการควบคุมการปฏิบัติการกิจของรัฐในทางการคลัง และได้เสนอให้รัฐต้องรักษา

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

ผู้เขียนแบ่งบทความนี้ออกเป็น ๒ ตอน โดยตอนที่ ๑ จะเป็นการอธิบายพัฒนาการของ “วินัยทางการคลัง” ในช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ และตอนที่ ๒ จะเป็นการอธิบาย “วินัยทางการคลัง” ในปัจจุบัน

เหตุผลสำคัญในการเขียนบทความนี้ คือ ผู้เขียนเห็นว่า นับแต่วันที่ ๒๑ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งเป็นวันที่ได้มีการประกาศใช้ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง

“วินัยทางการคลัง”^๑ เพื่อรักษาเสถียรภาพและความมั่นคงทางการคลังและเพื่อความเป็นธรรมในการจัดสรรทรัพยากรสาธารณะ ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

พ.ศ. ๒๕๔๔ ในราชกิจจานุเบกษา “วินัยทางการคลัง” ได้ปรากฏขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมในระบบกฎหมายไทย ในชื่อของ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” และได้ถูกเรียกในชื่ออื่น ๆ อีกหลายชื่อในเวลาต่อมา จนกระทั่งในปัจจุบันที่ถูกเรียกในชื่อ “วินัยการเงินการคลังของรัฐ” สะท้อนให้เห็นว่าตลอดระยะเวลากว่า ๒๐ ปี ข้อความคิดเรื่อง “วินัยทางการคลัง” ได้ถูกพัฒนา ปฏิรูป แก้ไข เปลี่ยนแปลง อยู่ตลอดเวลา ปัจจุบัน (มกราคม พ.ศ. ๒๕๖๕) มีแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครองสูงสุด ที่น่าสนใจซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการนำ “วินัยทางการคลัง” มาปรับใช้ในทางปฏิบัติ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นโอกาสอันดีที่จะได้ทำการศึกษาทบทวนกฎหมายดังกล่าวเพื่อวิเคราะห์ถึงที่มาและสภาพปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในอดีต เพื่อทำความเข้าใจเหตุผลในการดำรงอยู่และสภาพปัญหาต่าง ๆ ของกฎหมายในปัจจุบัน รวมถึงเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนาหลักกฎหมาย “วินัยทางการคลัง” ของประเทศไทยในอนาคต

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความตั้งใจที่จะศึกษาและพัฒนาองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายการคลัง ให้มีความเจริญงอกงามเหมือนอย่างในอารยประเทศ เนื่องด้วยผู้เขียนมีความเห็นว่าในปัจจุบันในทัศนะของนักกฎหมายไทย กฎหมายการคลังยังคงเป็นเรื่องที่ห่างไกลจากพรมแดนขององค์ความรู้กฎหมายมหาชน เมื่อเทียบกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองที่ดูเหมือนจะมีพัฒนาการ เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว นับแต่มีการปฏิรูปกฎหมายมหาชนในช่วงทศวรรษที่ ๙๐ ส่วนหนึ่งเนื่องมาจากการเกิดขึ้นและการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตุลาการในทางมหาชน ไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง ในขณะที่องค์ความรู้ของกฎหมายการคลังในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติถูกจำกัดวงอยู่ในหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการคลังของประเทศเป็นส่วนใหญ่ และมักจะถูกมองว่าเป็นเรื่องในทางเศรษฐศาสตร์และรัฐศาสตร์ ไม่มีนัยในทางนิติศาสตร์เทียบเท่ากับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง ในบทความนี้ผู้เขียนต้องการที่จะแสดงให้เห็นว่ากฎหมายการคลังมีความสำคัญและมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองอย่างแยกขาดจากกันไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบัน ได้มีแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองสูงสุดในคดี “วินัยทางการคลัง” และ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” พอสมควร ทำให้องค์ความรู้ในเรื่องของกฎหมายการคลังมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นในทางปฏิบัติ จึงเป็นช่วงเวลาที่เหมาะสมที่จะทำการศึกษาทบทวนหลักกฎหมายดังกล่าว เพื่อความเจริญงอกงามในทางวิชาการของกฎหมายมหาชนไทยยิ่ง ๆ ขึ้นไป

** น.บ., น.ม. (กฎหมายมหาชน), มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Diplôme Supérieur de l'Université (Droit administrative), Université de Paris 2 Panthéon – Assas, Master 2 Droit public (Droit public des affaires), Université Paris – Saclay, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๑ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

^๑ หรือชื่อเรียกอื่น ๆ เช่น กรอบวินัยทางการคลัง วินัยทางการคลัง หรือคำอื่น ๆ แล้วแต่กฎหมาย ตำรา ความเห็นของนักวิชาการ หรือการจำกัดความของหน่วยงานของรัฐ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน มาตรา ๖๒ บัญญัติว่า “รัฐต้องรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัด...” มาตรา ๖๒ วรรคสอง บัญญัติว่า “กฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับ...” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา ๖๒ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐต้องรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัดเพื่อให้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคงอย่างยั่งยืนตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ และจัดระบบภาษีให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม” มาตรา ๖๒ วรรคสอง บัญญัติว่า “กฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการทางการเงินการคลังและงบประมาณของรัฐ การกำหนดวินัยทางการเงินการคลังด้านรายได้ และรายจ่ายทั้งเงินงบประมาณและเงินนอกงบประมาณ การบริหารทรัพย์สินของรัฐ และเงินคงคลัง และการบริหารหนี้สาธารณะ” อย่างไรก็ตาม “วินัยทางการเงินการคลัง” ไม่ได้ถูกบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว แต่ปรากฏในบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๓๓๓ ซึ่งบัญญัติว่า “นอกจากที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน อย่างน้อยต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้ (๑) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน อันได้แก่ การวางนโยบาย การให้คำปรึกษาและคำแนะนำ การเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง การกำหนดโทษปรับทางปกครอง การพิจารณาวินิจฉัยความผิดทางวินัยและงบประมาณและการคลังในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุด และการพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน...” เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับได้มีการกล่าวถึงวินัยทางการเงินการคลังโดยมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน คำถามที่ตามมาคือ “วินัยการเงินการคลังของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีความหมายอย่างไร มีความหมายอย่างเดียวกันกับ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” ตามที่กำหนดไว้

พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๖๗ วรรคสาม บัญญัติว่า “ให้มีกฎหมายการเงินการคลังของรัฐเพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลัง...” คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๕๔ และออกประกาศคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เรื่อง การแบ่งส่วนราชการและอำนาจหน้าที่ภายในของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๕ ข้อ ๔ กำหนดว่า “ให้แบ่งส่วนราชการภายในสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ดังนี้... (๓) สำนักวินัยทางการเงินและการคลัง...” ประธานศาลปกครองสูงสุดออกประกาศประธานศาลปกครองสูงสุด เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีวินัยทางการเงินการคลังและการงบประมาณในศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๑๕ ตุลาคม ๒๕๕๘ ถึงแม้ว่าจะมีการใช้ชื่อเรียกต่างกัน แต่เนื้อหาสาระสำคัญไม่ได้มีความแตกต่างกันแต่ประการใด ในบทความนี้โดยหลักแล้วผู้เขียนขอใช้คำว่า “วินัยทางการเงินการคลัง” ในฐานะเป็นกรอบทั่วไปที่รัฐต้องเคารพและปฏิบัติตาม และขอใช้คำว่า “วินัยทางการเงินการคลังและงบประมาณ” (ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกรอบวินัยทางการเงินการคลัง) ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการคลัง เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าเป็นคำที่สะท้อนลักษณะของคดีดังกล่าวและเป็นไปตามลำดับของเรื่องได้มากที่สุด แต่ในบางกรณีอาจใช้คำว่า “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” เมื่อมีการเปรียบเทียบถึงระบบกฎหมายการคลังของประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการกล่าวถึงศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง (La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF)) แต่ขอให้ผู้อ่านเข้าใจว่า “วินัยทางการเงินการคลังและงบประมาณ” และ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” เป็นเรื่องเดียวกัน ไม่ได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญแต่อย่างใด

ในรัฐธรรมนูญในอดีตหรือไม่ มีความหมายอย่างเดียวกันกับ “วินัยทางการคลัง” ของสหภาพยุโรป (La discipline budgétaire) ตามสนธิสัญญามาสทริชต์ (Le Traité de Maastricht) หรือมีความหมายอย่างเดียวกันกับชื่อของศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศส (La Cour de discipline budgétaire et financière) และประเทศยุโรปประเทศอื่น ๆ ที่ใช้ระบบการควบคุมตรวจสอบทางการคลังในลักษณะเดียวกันหรือไม่ และมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างไรกับทฤษฎีการเงิน (La théorie quantitative de la monnaie)

๑. การปฏิรูประบบกฎหมายการคลังตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ : การเกิดขึ้นของ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” ในระบบกฎหมายไทย

ในการปฏิรูปกฎหมายมหาชนของประเทศไทยในช่วงทศวรรษที่ ๙๐ ระบบกฎหมายการคลังมีการเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างมาก ผลผลิตของการปฏิรูปดังกล่าวปรากฏออกมาเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการจ่ายเงินของหน่วยงานของรัฐ โดยการสนับสนุนของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน และได้มีการกล่าวถึง “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” เป็นครั้งแรก ในบทเฉพาะกาลมาตรา ๓๓๓ โดยกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในฐานะเป็นองค์กรสูงสุดที่ทำหน้าที่ชี้ขาดลงโทษทางปกครองแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามวินัยทางการคลังตามกฎหมายเกณฑ์ที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกำหนด

๑.๑ ที่มาของการปฏิรูประบบกฎหมายการคลัง

สาเหตุสำคัญที่ทำให้ต้องมีการปฏิรูประบบกฎหมายการคลัง คือ ในอดีตสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินไม่ได้มีหลักประกันความเป็นอิสระในฐานะที่เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเหมือนอย่างในปัจจุบัน สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจึงไม่สามารถทำงานได้อย่างอิสระและมีประสิทธิภาพ ความรับผิดชอบในการดำเนินการตรวจเงินแผ่นดินตกไปอยู่ที่บุคคลคนเดียวได้แก่ผู้อำนวยการสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน องค์กรตรวจสอบทางการคลังของประเทศไทยในช่วงเวลาดังกล่าวจึงเป็นหน่วยงานที่ไม่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางเนื่องจากเป็นหน่วยงานที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาโดยตรงของนายกรัฐมนตรี การตรวจสอบการจ่ายเงินแผ่นดินมีโอกาที่จะถูกแทรกแซงโดยฝ่ายบริหารอันขัดต่อมาตรฐานสากลของการตรวจเงินแผ่นดิน อาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายการคลังไทยในช่วงเวลาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการ “ใช้เองตรวจเอง”^๒ นอกจากนี้ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินยังไม่มีอำนาจที่จะลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ละเมิดกฎหมายหรือระเบียบทางการคลัง หากสำนักงานตรวจพบข้อบกพร่องใด ๆ ก็มีเพียงอำนาจ

^๒ อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, วินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย (โครงการวิจัยทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๔๖) ๒๗ - ๒๘.

ตามพระราชบัญญัติการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๒๒ ดังต่อไปนี้เท่านั้น (๑) รายงานให้หน่วยรับตรวจทราบ เพื่อกำหนดโทษทางวินัยข้าราชการหรือความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็น การควบคุมตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครอง (Le contrôle interne) (๒) รายงานให้หน่วยรับตรวจทราบเพื่อดำเนินการร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนในกรณีที่ตรวจพบว่ามี การกระทำที่ผิดกฎหมายอาญา ซึ่งในทางปฏิบัติ เมื่อเป็นการควบคุมตรวจสอบภายใน ฝ่ายปกครอง ด้วยวัฒนธรรมของระบบราชการไทยที่มีลักษณะการทำงานแบบพึ่งพาอาศัยกัน ภายในองค์กร มีการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ด้วยกันเองแบบถ้อยทีถ้อยอาศัย เหมือนอย่างญาติพี่น้อง ผู้บังคับบัญชาจึงมีแนวโน้มที่จะให้ความคุ้มครองผู้ใต้บังคับบัญชามากกว่า การลงโทษ บางครั้งเมื่อตรวจพบปัญหา ผู้บังคับบัญชากลับปฏิเสธที่จะรายงานข้อกล่าวหา ต่อพนักงานสอบสวน เพราะเกรงกลัวว่าอาจจะต้องรับผิดชอบเองในข้อหาปล่อยปละละเลย ไม่ควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้ใต้บังคับบัญชา^๓

๑.๑.๑ รูปแบบทั่วไปขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว บรรดาสถาบันการควบคุมตรวจสอบ การการคลังระดับสูงของประเทศไทย ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครอง (Le contrôle externe et audit des Finances Publiques) จะต้องมีความเข้มแข็งมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องมีความอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อที่จะสามารถกำหนดบทลงโทษ แก่เจ้าหน้าที่ที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายการคลังได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในประเทศสมาชิก ขององค์การสถาบันการตรวจสอบสูงสุดระหว่างประเทศ (International Supreme Audit Institutions (INTOSAI)) จำนวน ๑๙๔ ประเทศ รูปแบบการควบคุมตรวจสอบภายนอก ฝ่ายปกครองโดยองค์กรที่มีความอิสระอาจจำแนกออกได้เป็น ๔ รูปแบบ ได้แก่ (๑) รูปแบบบุคคล คนเดียว (Westminster System) ซึ่งมีที่มาจากประเทศอังกฤษและถูกนำไปใช้ในกลุ่มประเทศ ในเครือจักรภพแห่งประชาชาติ (Commonwealth of Nations) (๒) รูปแบบองค์กรตุลาการ (Napoleonic System) ซึ่งมีที่มาจากประเทศฝรั่งเศสและถูกนำไปใช้ในประเทศอื่น ๆ ในทวีป ยุโรป รวมถึงประเทศในแถบแอฟริกาที่ใช้ภาษาฝรั่งเศส (๓) รูปแบบคณะกรรมการ (Board System) ซึ่งมักใช้ในประเทศในทวีปเอเชีย และ (๔) รูปแบบผสม (Hybrid System) ซึ่งมักจะอยู่ในทวีปยุโรปและทวีปแอฟริกา^๔ เนื่องด้วยประวัติศาสตร์กฎหมายไทยที่ได้รับอิทธิพลจากทั้งระบบ กฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) และระบบกฎหมายภาคพื้นทวีป (Civil law) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และพระราชบัญญัติประกอบ

^๓ จารุวรรณ เมณฑกา, “ความเป็นไปได้ในการจัดตั้งศาลวินัยทางบัญชีงบประมาณ การเงิน และการคลังของประเทศไทย The Possibility of the establishment of Court for Accounting, Budgeting and Finance in Thailand” (๒๕๕๖) ๓ วารสารสถาบันพระปกเกล้า ๒๒, ๑๙ – ๓๒.

^๔ ภัทรวรินทร์ บุญชู, “การปฏิรูปองค์กรพิจณาวิวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณ และการคลังของประเทศไทย,” รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ นิติพัฒน์ – ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑, (มกราคม ๒๕๕๙), น. ๓๘.

รัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ องค์การตรวจเงินแผ่นดินของไทยจึงมีลักษณะผสมในรูปแบบ (Hybrid System) กล่าวคือ มีทั้งบุคคลเดียว (ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน) องค์การตุลาการ (ศาลปกครอง) และคณะกรรมการ (คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง)

อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว ประเทศไทยมีความพยายามที่จะนำแนวคิดของระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ใช้ระบบการควบคุมตรวจสอบทางการเงินการคลังโดยองค์การตุลาการมาปรับใช้ในระบบกฎหมายของประเทศไทย ในช่วงปฏิรูปการเมืองการปกครองในทศวรรษที่ ๙๐ นักกฎหมายมหาชนไทยได้เสนอแนวคิดที่จะปฏิรูประบบตุลาการให้มีความเข้มแข็งมากขึ้นเพื่อควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ จึงเกิดแนวคิดในการจัดตั้งองค์กรศาลในทางมหาชนที่แตกต่างจากระบบตุลาการแบบเก่า กล่าวคือ มีการเสนอให้มีศาลปกครองเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครอง เสนอให้มีศาลบัญชีเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบรายจ่ายของฝ่ายบริหาร และเสนอให้มีศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยมีอำนาจลงโทษทางปกครองแก่เจ้าหน้าที่ที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางการเงินการคลังที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม ด้วยองค์ความรู้และทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด ประเทศไทยจึงยังไม่ได้มีการก่อตั้งศาลบัญชีและศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง ในเวลานั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ กำหนดให้มีศาลปกครองเพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น เมื่อเทียบกับระบบศาลทางการเงินการคลังในประเทศฝรั่งเศส ในส่วนของภารกิจของศาลบัญชีและศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง จึงเป็นคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่มีบทบาทสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวในฐานะองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยการสนับสนุนของคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังที่มาจากการแต่งตั้งของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน^๕ คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง มีหน้าที่ในการสรุปข้อเท็จจริง พิจารณาปรับใช้ข้อกฎหมาย และกำหนดโทษทางปกครองในเบื้องต้นก่อนที่จะเสนอให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทำหน้าที่ในการออกคำสั่งวินิจฉัยต่อไปตามนัยของมาตรา ๓๓๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ต่อมาได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ เพื่อกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในคดีวินัยทางการเงินการคลังและงบประมาณในรายละเอียดตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

^๕ อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๒*, น. ๓๐.

๑.๑.๒ ศาลทางการคลังของประเทศฝรั่งเศส : ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง (La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF))

หลักการพื้นฐานทางการเมืองการคลังมหาชนของประเทศฝรั่งเศสปรากฏในมาตรา ๑๕ ของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC)) ซึ่งบัญญัติว่า “สังคมย่อมมีสิทธิเรียกให้หน่วยงานสาธารณะทุกหน่วยงานรายงานการปฏิบัติการในส่วนที่ตนรับผิดชอบอยู่นั้นได้”^๖ หลักการนี้นอกจากจะเห็นได้ชัดว่ามีคุณค่าทางรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีความสำคัญทั้งในทางทฤษฎีและในเชิงสัญลักษณ์เป็นอย่างมาก ดังปรากฏจากคำจารึกบนรูปปั้นในอาคารที่ทำการของศาลบัญชี มาตรานี้เป็นหลักการพื้นฐานของการควบคุมทางการเมืองการคลังสาธารณะทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมด้านตุลาการ (ศาลบัญชี ศาลบัญชีภาค และศาลวินัยงบประมาณและการคลัง) การจัดทำบัญชีของฝ่ายปกครอง หรือแม้แต่การควบคุมทางการเมืองผ่านทางรัฐบัญญัติปิดงบประมาณ (La loi de règlement)^๗



ภาพคำจารึกบนรูปปั้นในอาคารที่ทำการของศาลบัญชีประเทศฝรั่งเศส^๘

^๖ สำนวนแปลของธำปณันท์ นิพิฏฐกุล จากความในภาษาฝรั่งเศส La société a droit de demander compte à tout agent public de son administration, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๕ สิงหาคม ๒๕๖๕, <https://www.thaivolunteer.org/คำประกาศว่าด้วยสิทธิ>

^๗ Franck Waserman, *Finances publiques*, (Documentation française, 9e éd., 2018), p. 63.

^๘ เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาองค์กรตุลาการทางการเมืองการคลังในประเทศฝรั่งเศส (Les juridictions financières en France) ของศาสตราจารย์อแลง ปารียงต์ (Prof. Alain RARIENTE) สถาบันเล-อง ดูกิตต์ (Institut Léon Duit) มหาวิทยาลัยบอร์โดซ์ ๔ (Université Bordeaux-IV)

ในส่วนของการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ประเทศฝรั่งเศส มีระบบการควบคุมตรวจสอบวินัยทางการคลังโดยองค์กรศาลซึ่งแบ่งออกเป็น ๓ ศาล ได้แก่ ศาลบัญชี (La Cour des comptes) ศาลบัญชีภาค (Les chambres régionales des comptes) และศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง (La Cour de discipline budgétaire et financière)^๙ ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังมีลักษณะเป็นศาลทางการคลังเช่นเดียวกับศาลบัญชี แต่ก็มีสถานะเป็นศาลปกครองด้วย เนื่องจากการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังต้องอุทธรณ์ต่อสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'État)^{๑๐} ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ตระหนักว่า สิ่งที่จะเป็นหลักประกันถึงความมั่นคงและการดำรงไว้ซึ่งความมุ่งหมายในการปฏิบัติหน้าที่ ตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของรัฐตลอดจนการบริหารจัดการสินทรัพย์ต่าง ๆ ของแผ่นดินได้อย่างเป็นอิสระและเป็นกลางอย่างแท้จริง ปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายการเมืองหรือฝ่ายบริหาร ก็คือสถานะของการเป็นองค์กรตุลาการ ความอิสระนี้คือการ “ไม่อาจถูกโยกย้ายได้” (L'immovibilité des juges) ของผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการโดยฝ่ายบริหาร^{๑๑}

เพื่อทำความเข้าใจขอบเขตอำนาจของศาลบัญชีและศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศส จะต้องทำความเข้าใจตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้มีอำนาจสั่งจ่าย (L'ordonnateur) และเจ้าพนักงานบัญชี (Le comptable) ในระบบกฎหมายการคลังฝรั่งเศสจะมีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างผู้มีอำนาจสั่งจ่ายและเจ้าพนักงานบัญชี เรียกว่า “หลักการแบ่งแยกระหว่างผู้มีอำนาจสั่งจ่ายและเจ้าพนักงานบัญชี (La séparation des ordonnateurs et des comptables)” เป็นหลักการทั่วไปที่ใช้กับทุก ๆ การบริหารรัฐกิจของประเทศฝรั่งเศส เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจและควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินระหว่างกัน^{๑๒} ผู้มีอำนาจสั่งจ่ายจะไม่มีอำนาจในการ (จับต้อง) ใช้จ่ายเงินเฉพาะแต่เจ้าพนักงานบัญชีเท่านั้นที่สามารถจัดการเงินของหน่วยงานได้ภายใต้คำสั่งเรียกเก็บเงินและคำสั่งจ่ายเงินของผู้มีอำนาจสั่งจ่าย^{๑๓} กล่าวคือ เป็นการแยกอำนาจระหว่างคนมีอำนาจหน้าที่

^๙ Vincent Dussart, “สถานะและบทบาทหน้าที่ของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางการคลังในฝรั่งเศส (La place et le rôle des juridictions financières),” การบรรยายทางวิชาการ เรื่อง La place et le rôle des juridictions financières, ๖ ตุลาคม ๒๕๕๘, ถอดความและเรียบเรียงโดยนางสาวนรรณพร สัตยารักษ์ พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๑ (มกราคม - มีนาคม) ๒๕๖๐, น. ๑.

^{๑๐} โกลกังวล บุญปลูก, “ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศส,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ ๑๕ ฉบับที่ ๓ (กรกฎาคม - กันยายน) พ.ศ. ๒๕๕๘, น. ๑.

^{๑๑} อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, วินัยทางงบประมาณและการคลัง, (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอต่อสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, ๒๕๕๙), น. ๙๖.

^{๑๒} Frank Mordacq, *Les finances publiques*, (Presses Universitaires de France / Humensis, 5^e éd., 2018), p. 58 - 59.

^{๑๓} Franck Waserman, *supra* note 7, p. 51.

ในการพิจารณาอนุมัติใช้จ่ายเงินและคนที่ถือเงินในความเป็นจริงออกจากกัน^{๑๔} ผู้มีอำนาจสั่งจ่ายเป็นผู้ที่มีอำนาจในการก่อหนี้ผูกพันและสั่งให้จ่ายเงินชำระหนี้มักจะอยู่ในตำแหน่งระดับสูงในแต่ละกระทรวง เช่น รัฐมนตรีหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย โดยมีเจ้าพนักงานบัญชีทำหน้าที่จ่ายเงินตามคำสั่งของผู้มีอำนาจสั่งจ่าย เจ้าพนักงานบัญชีไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของผู้มีอำนาจสั่งจ่าย แต่จะอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาตรวจสอบโดยสำนักการบัญชีสาธารณะ (La direction de la Comptabilité publique) ของแต่ละกระทรวง เพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบคำสั่งจ่ายเงินของผู้มีอำนาจสั่งจ่ายว่าถูกต้องตามกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องหรือไม่ ก่อนปฏิบัติการจ่ายเงินชำระหนี้^{๑๕}

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับวันที่ ๔ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๕๘ มาตรา ๔๗ กำหนดให้ศาลบัญชีมีหน้าที่สนับสนุนการทำงานของรัฐสภาและรัฐบาลในการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน ศาลบัญชีที่ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. ๑๘๐๗ มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของบัญชีที่จัดทำโดยเจ้าพนักงานบัญชีตามมาตรา ๔๗ - ๒ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๙๕๘ และมาตรา ๕๘ - ๕ ของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๒๐๐๑ - ๖๙๒ ลงวันที่ ๑ สิงหาคม ๒๐๐๑ ว่าด้วยกฎหมายการคลัง (La loi organique n° 2001 - 692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances - LOLF) ในขณะที่ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังที่ถูกตั้งขึ้นในปี ค.ศ. ๑๙๔๘ มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบและลงโทษผู้มีอำนาจสั่งจ่ายที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายการคลังตามรัฐบัญญัติหมายเลข ๔๘ - ๑๔๘๔ ลงวันที่ ๒๕ กันยายน ค.ศ. ๑๙๔๘ (La loi n°48-1484 du 25 septembre 1948 tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat et de diverses collectivités et portant création d'une Cour de discipline budgétaire et financière)^{๑๖} อาจกล่าวได้ว่า ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังเกิดขึ้นมาเพื่อเติมเต็มการปฏิบัติหน้าที่ของศาลบัญชี โดยเน้นไปที่การลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐ^{๑๗} กล่าวคือ โดยหลักแล้วศาลบัญชีมีเพียงอำนาจในการตรวจสอบความถูกต้องเหมาะสมของ “บัญชี” ที่จัดทำโดยเจ้าพนักงานบัญชีเท่านั้น ในกรณีที่ปรากฏความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานบัญชี ก็จะมีการดำเนินการทางวินัยหรือทางอาญาเพื่อให้มีการดำเนินการลงโทษต่อไป ศาลบัญชีไม่สามารถควบคุมตรวจสอบ “พฤติกรรม” ของผู้มีอำนาจสั่งจ่ายได้ถึงแม้ว่าในความเป็นจริงจะเป็นผู้ที่มีบทบาทและความรับผิดชอบทางการคลังมากกว่าเจ้าพนักงานบัญชี นอกจากนี้ การควบคุมตรวจสอบโดยศาลบัญชีอย่างหนักก็ทำได้แต่เพียงการเรียกเงินคืนจากเจ้าพนักงานบัญชีเท่านั้น ไม่ได้มีบทลงโทษในลักษณะที่เป็นการป้องปรามไม่ให้ผู้ที่มีหน้าที่ทางการคลัง

^{๑๔} อาจกล่าวเปรียบเทียบให้เข้าใจโดยง่ายได้ว่า “คนถือเงินไม่มีอำนาจ คนมีอำนาจไม่ได้ถือเงิน”

^{๑๕} เอื้ออารีย์ อังจะนิล, *หลักกฎหมายการคลัง*, (วิญญูชน, ๒๕๕๘), น. ๒๓๙.

^{๑๖} Michel Lascombe et Xavier Vandendriessche, *Les finances publiques*, (Daloz, 9^e éd., 2017), pp. 36 - 37.

^{๑๗} Stéphanie Damarey, *Droit public financier*, (Daloz, 2^e éd., 2021), pp. 375 - 376.

เกิดความระมัดระวังไม่กล้าที่จะกระทำความผิด ระบบการควบคุมตรวจสอบทางการคลังโดยศาลบัญชีเพียงอย่างเดียวจึงไม่สามารถทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบทางการคลังได้อย่างมีประสิทธิภาพ นักกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศสจึงเสนอให้มีการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรศาลที่มีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดทางวินัยทางการคลังและงบประมาณเป็นการเฉพาะ มีอำนาจพิพากษาการกระทำที่ละเมิดรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการบริหารรายรับและรายจ่ายหรือทรัพย์สินของสาธารณะ เนื่องจากองค์กรศาลเป็นองค์กรที่มีความอิสระและเป็นกลางปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายการเมืองหรือฝ่ายบริหาร “ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง” (La Cour de discipline budgétaire et financière) ของประเทศฝรั่งเศสจึงถือกำเนิดขึ้นในปี ค.ศ. ๑๙๔๘ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออุดช่องว่างที่มีอยู่ในระบบการคลังและงบประมาณของประเทศฝรั่งเศส เพื่อควบคุมตรวจสอบผู้มีอำนาจสั่งจ่ายและผู้ได้บังคับบัญชาโดยตรงของผู้มีอำนาจสั่งจ่าย ปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังได้ถูกบัญญัติไว้ในบรรพ ๓ ของประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลัง (Le Code des Juridictions Financières) ตามรัฐธรรมนูญเลขที่ ๙๕ - ๘๕๑ ลงวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๕ อย่างไรก็ตาม ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังไม่มีอำนาจเหนือรัฐมนตรีและผู้บริหารท้องถิ่น และเมื่อพิจารณาจากสถิติคดีและแนวคำพิพากษาของศาล จะเห็นได้ว่ามีคดีขึ้นสู่ศาลน้อยมาก และศาลมักจะพิพากษาลงโทษปรับเป็นเงินจำนวนไม่มาก^{๑๘}

ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีการคลัง เช่น การดำเนินการผูกพันรายจ่ายโดยไม่เคารพกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการผูกพันรายจ่ายตามประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลัง มาตรา L. 313 - 1 (โดยเฉพาะเรื่องของการจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะ) การปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบเพื่อประโยชน์อันเป็นตัวเงินหรือประโยชน์ใด ๆ อันทำให้เกิดความเสียหายแก่การคลังสาธารณะตามมาตรา L. 313 - 6 เป็นต้น^{๑๙} ผู้มีสิทธิฟ้องคดี คือ บุคคลตามมาตรา L. 314 - 1 ได้แก่ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบด้านการคลังและการงบประมาณ รัฐมนตรีที่มีความผิดเกิดขึ้นในหน่วยงานสังกัดของตน ศาลบัญชีและอัยการประจำศาลบัญชีหรือศาลบัญชีภาค และเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาให้หน่วยงานชดเชยค่าเสียหายหรือค่าปรับใด ๆ ตามมาตรา L. 313 - 12 ทั้งนี้ ในการพิจารณาคดีวินัยทางการคลังและงบประมาณมีลักษณะเทียบได้กับการกล่าวหาและการลงโทษทางอาญา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องได้รับความคุ้มครองตามสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับเดียวกับการพิจารณาคดีอาญา เช่น การพิจารณาโดยเปิดเผย เป็นต้น^{๒๐} ในการพิพากษาคดี ศาลจะลงโทษปรับตามความร้ายแรงของความผิด อัตราการปรับสูงสุดคือปรับเป็นจำนวนสองเท่าของรายได้สุทธิประจำปีของผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตาม

^{๑๘} Franck Waseran, *supra* note 7, p. 130.

^{๑๙} Vincent Dussart, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ ๙, น. ๑๘.

^{๒๐} เฟิงอ้าง, น. ๒๒.

การลงโทษวินัยทางการคลังและงบประมาณไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินคดีอาญา และการดำเนินการทางวินัย หากศาลพิพากษาลงโทษจะต้องตีพิมพ์เผยแพร่คำพิพากษาทั้งหมด หรือบางส่วนลงในรัฐกิจจานุเบกษา โดยคู่กรณีสามารถโต้แย้งคำพิพากษาของศาลได้ ๒ กรณี คือ การยื่นฎีกาต่อสภาแห่งรัฐและการยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่^{๒๑} ตัวอย่างคดี เช่น คำพิพากษา Marchal ลงวันที่ ๑๔ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๗๓ ผู้อำนวยการสำนักงานเจ้าท่า ประจำเมือง Strasbourg แก้ไขแบบการก่อสร้างโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมาย กำหนดทำให้งบประมาณก่อสร้างสูงเกินกว่าที่ได้รับอนุมัติ ศาลพิพากษาลงโทษปรับเป็นเงิน จำนวน ๑๐,๐๐๐ ฟรังก์^{๒๒} หรือในคำพิพากษา Établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (Ehpad) Saint-Luc de Castelnau - Montratier et Sainte - Marie de Montcuq ลงวันที่ ๑๐ มกราคม ค.ศ. ๒๐๒๒ ผู้อำนวยการบ้านพักคนชราของรัฐ ถูกศาลพิพากษาลงโทษปรับเป็นเงิน ๑,๐๐๐ ยูโร จากการร่างและส่งงบประมาณของหน่วยงาน ไปยังหน่วยงานกำกับดูแลล่าช้า จากการละเว้นการส่งจ่ายเงินทางสังคมที่ต้องจ่าย และสำหรับการ จัดการในด้านทรัพยากรบุคคลที่ล้มเหลวและละเลยกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง ภาครัฐ^{๒๓} เป็นต้น

๑.๒ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

นับตั้งแต่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่มีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรที่มีบทบาทในการควบคุม ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ถูกยกระดับขึ้นเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ (Les autorités administratives indépendantes (AAI)) องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยงานอิสระ ที่ปฏิบัติหน้าที่ในทางบริหารและสามารถใช้อำนาจในนามของรัฐได้โดยตรง ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ อำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลแต่ประการใด^{๒๔} คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นหนึ่งในองค์กรที่ได้รับความไว้วางใจให้ใช้อำนาจดังกล่าวในการตรวจสอบทางการคลัง โดยหลักแล้วอำนาจหน้าที่ขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินตามกฎหมายสามารถจำแนกออกได้เป็น ๒ ลักษณะ ได้แก่ ๑) อำนาจหน้าที่ในการตรวจเงินแผ่นดิน และ ๒) อำนาจหน้าที่ในการลงโทษ วินัยทางการคลังและงบประมาณ

๑.๒.๑ อำนาจหน้าที่ในการตรวจเงินแผ่นดิน

อำนาจหน้าที่ในการตรวจเงินแผ่นดินเป็นอำนาจหน้าที่ดั้งเดิม ของสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินในอดีตซึ่งมีหน้าที่ทั่วไปในการตรวจสอบความถูกต้องทางบัญชี

^{๒๑} เฟิงอ้วง, น. ๒๑.

^{๒๒} เฟิงอ้วง, น. ๑๙.

^{๒๓} CDBF, 10 janvier 2022, Établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) Saint-Luc de Castelnau-Montratier et Sainte-Marie de Montcuq.

^{๒๔} Conseil d'Etat, "Rapport Public 2001 Jurisprudence et avis de 2000 : Les autorités administratives indépendantes," (Conseil d'Etat, 2001), p. 257.

ของการจ่ายเงินแผ่นดิน ให้คำปรึกษา แนะนำ เสนอแนะ และรายงานผลการตรวจสอบ การใช้จ่ายเงินแผ่นดิน^{๒๕} ซึ่งอาจเรียกโดยรวมได้ว่า “อำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็น” หลักการพื้นฐานที่สำคัญในส่วนของ การตรวจเงินแผ่นดิน คือ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ไม่มีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามความเห็นของตน องค์การตรวจเงินแผ่นดินสามารถควบคุมตรวจสอบโดยใช้กรอบวินัยทางการคลังได้ทั้งกรอบในทางเศรษฐศาสตร์และกรอบในทางกฎหมายได้อย่างอิสระ ตัวอย่างเช่น ถึงแม้ว่าหน่วยรับตรวจจะได้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและเบิกจ่ายเงินงบประมาณได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างแล้ว สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินก็อาจจะเสนอแนะวิธีการอื่น ๆ ที่อาจทำให้หน่วยรับตรวจสามารถใช้จ่ายเงินได้อย่างคุ้มค่ามากขึ้นในการจัดซื้อจัดจ้างคราวถัดไป ซึ่งไม่มีผลผูกพันบังคับให้หน่วยรับตรวจต้องปฏิบัติตาม เป็นต้น ในกรณีที่ตรวจพบว่าการจ่ายเงินอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมาย องค์การตรวจเงินแผ่นดินก็ทำได้แต่เพียงรายงานความเห็นไปยังหน่วยรับตรวจเท่านั้น ส่วนการจะมีคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนหรือคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายในความผิดฐานละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่หรือไม่ นั้น เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาของหน่วยรับตรวจนั้นหรือองค์การตรวจสอบอื่น ๆ ภายนอก เช่น พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ในกรณีที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเห็นว่าอาจมีการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา เป็นต้น บทบาทดังกล่าวอาจเปรียบเทียบกับอำนาจหน้าที่ของศาลบัญชีในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั่นเอง เพียงแต่ศาลบัญชีของประเทศฝรั่งเศสมีในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการมีอำนาจในตนเองที่จะพิจารณาพิพากษาเรียกให้เจ้าพนักงานบัญชีคืนเงินที่สูญหายไปจากบัญชีของหน่วยรับตรวจ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓๙ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการทั่วไปของคณะกรรมการ และให้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) รับผิดชอบงานธุรการของคณะกรรมการ

(๒) ตรวจสอบการเงินแผ่นดิน ดังต่อไปนี้

(ก) ตรวจสอบการรับจ่าย การเก็บรักษา และการใช้จ่ายเงิน

และทรัพย์สินอื่นของหน่วยรับตรวจ หรือที่อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยรับตรวจ และแสดงความคิดเห็นว่าเป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และมติคณะรัฐมนตรีหรือไม่ และอาจตรวจสอบการใช้จ่ายเงิน การใช้จ่ายทรัพย์สินอื่นหรือการจัดซื้อจัดจ้างตามแผนงาน งาน หรือโครงการของหน่วยรับตรวจ และแสดงความคิดเห็นว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์ เป็นไปโดยประหยัด ได้ผลตามเป้าหมายและมีผลคุ้มค่าหรือไม่

^{๒๕} สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, “รายงานผลการปฏิบัติงาน,” สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๓ มกราคม ๒๕๖๕, <http://www.oag.go.th/th/report/audit>.

ในกรณีหน่วยรับตรวจเป็นหน่วยรับตรวจตามมาตรา ๔ (๔) หรือ (๕) ให้แสดงความเห็นตามมาตรฐานการสอบบัญชีที่รับรองทั่วไปด้วย

(ข) ตรวจสอบบัญชีและรายงานการรับจ่ายเงินประจำปีงบประมาณ และงบแสดงฐานะการเงินแผ่นดินประจำปีงบประมาณ และแสดงความเห็นว่าเป็นไปตามกฎหมายและตามความเป็นจริงหรือไม่

(ค) ตรวจสอบบัญชีทุนสำรองเงินตราประจำปี และแสดงความเห็นว่าเป็นไปตามกฎหมายและตามความเป็นจริงหรือไม่

(ง) ศึกษาและเสนอความเห็นเกี่ยวกับแผนงาน งาน โครงการที่จะมีผลกระทบต่อการจัดทำงบประมาณ

(จ) ตรวจสอบเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากร ค่าธรรมเนียม และรายได้อื่นของหน่วยรับตรวจ และแสดงความเห็นว่าเป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรีหรือไม่ ในกรณีนี้ให้มีอำนาจตรวจสอบการประเมินภาษีอากร การจัดเก็บ ค่าธรรมเนียม และรายได้อื่นที่หน่วยรับตรวจจัดเก็บด้วย และหน่วยรับตรวจต้องเปิดเผยข้อมูลที่ได้อาจจากผู้เสียภาษีอากร ผู้ชำระค่าธรรมเนียมหรือเงินอื่นใด ให้แก่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตามที่ร้องขอด้วย และให้ถือว่าการให้ข้อมูลดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย”

มาตรา ๔๘ บัญญัติว่า “ให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินทำรายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา

รายงานผลการปฏิบัติงานจะต้องรายงานผลการปฏิบัติงานที่สำคัญในทุกด้าน เว้นแต่ในเรื่องหรือข้อที่ตรวจพบนั้น ผู้ว่าการโดยการปรึกษากับคณะกรรมการเห็นว่าควรแก่การรักษาไว้เป็นความลับหรือมีกฎหมายห้ามมิให้เปิดเผย

รายงานดังกล่าวเมื่อผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้เผยแพร่ต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและต่อสาธารณชนได้”

ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา ๓๙ (๒) ในการตรวจสอบการเงินแผ่นดิน การรับจ่าย การเก็บรักษา และการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินอื่นของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ และแสดงความเห็นว่าเป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และมติคณะรัฐมนตรีหรือไม่ และอาจตรวจสอบการใช้จ่ายเงิน การใช้จ่ายทรัพย์สินอื่น หรือการจัดซื้อจัดจ้างตามแผนงาน งานหรือโครงการของหน่วยรับตรวจ และแสดงความเห็นว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์ เป็นไปโดยประหยัด ได้ผลตามเป้าหมายและมีผลคุ้มค่าหรือไม่ และเสนอรายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี เพื่อพิจารณา การปฏิบัติหน้าที่ที่ตรวจเงินแผ่นดินขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินภายใต้กรอบในทางเศรษฐศาสตร์ ทำให้รัฐสภา สื่อมวลชน และประชาชนสามารถเข้าถึงรายงานการใช้จ่ายงบประมาณของรัฐบาล หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ว่าใช้จ่ายเงินอย่างคุ้มค่าหรือไม่ อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งรายงานผล

การปฏิบัติงานประจำปีของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินที่เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา ๓๙ (๓) ประกอบมาตรา ๔๘ รัฐสภาสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลผ่านการพิจารณาอนุมัติงบประมาณในปีถัดไป หรือการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลในการบริหารราชการแผ่นดิน ตัวอย่างของการทำหน้าที่ให้คำปรึกษา ได้แก่ การตรวจสอบโครงการรับจำนำข้าวเปลือกที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินได้ตรวจสอบการดำเนินโครงการดังกล่าว โดยวิเคราะห์จากผลการตรวจสอบโครงการรับจำนำข้าวเปลือกปีการผลิต ๒๕๕๘/๕๙ และ ๒๕๕๙/๕๐ และโครงการประกันรายได้เกษตรกรปีการผลิต ๒๕๕๒/๕๓ และ ๒๕๕๓/๕๔ รวมถึงข้อเสนอและความเห็นของสถาบันต่าง ๆ โดยมีความเห็นว่าการดำเนินโครงการรับจำนำข้าวเปลือกของรัฐบาลตั้งแต่ปีการผลิต ๒๕๕๔/๒๕๕๕ เป็นต้นมา มีความเสี่ยง ความไม่โปร่งใส และน่าเชื่อว่าการทุจริตสูง และยังมีผลการดำเนินงานขาดทุนจำนวนหลายแสนล้านบาท ทำให้เกิดความเสียหายต่องบประมาณแผ่นดิน และมีความเสี่ยงต่อระบบการคลังของประเทศ และเสนอแนะให้รัฐบาลพิจารณาทบทวน ยุติโครงการดังกล่าว โดยรัฐบาลควรให้ความสำคัญกับการบูรณาการแก้ไขปัญหาการผลิตข้าวอย่างเป็นระบบครบวงจร ยกกระดับมาตรฐานคุณภาพการผลิตข้าวไทยให้เป็นสินค้าที่มีคุณภาพสูง^{๒๖} ซึ่งเป็นการใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบการดำเนินโครงการของรัฐบาล และแสดงความคิดเห็นว่าการดำเนินโครงการดังกล่าวเป็นไปตามวัตถุประสงค์ เป็นไปโดยประหยัด ได้ผลตามเป้าหมายและมีผลคุ้มค่าหรือไม่ ในรูปแบบของรายงานที่นำเสนอต่อรัฐบาล รัฐสภา และประชาชน เพื่อใช้ประกอบการพิจารณา ตรวจสอบ และตัดสินใจมอบหมายความไว้วางใจให้แก่รัฐบาลต่อไป ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบในทางการเมือง

ส่วนการให้ความเห็นขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินภายใต้กรอบในทางกฎหมาย หากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตรวจพบว่า การใช้จ่ายเงินของหน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีข้อบกพร่องเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติ คณะรัฐมนตรี คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะพิจารณาและมีมติแจ้งให้ชี้แจง แก้ไข หรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนที่กำหนด ตามมาตรา ๔๔

มาตรา ๔๔ บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาผลการตรวจสอบแล้วปรากฏว่ามีข้อบกพร่องเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรี ให้คณะกรรมการมีหนังสือแจ้งให้หน่วยรับตรวจชี้แจงหรือแก้ไขข้อบกพร่อง หรือปฏิบัติให้ถูกต้อง หรือให้ดำเนินการตามกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนที่ราชการหรือหน่วยรับตรวจกำหนดไว้แก่เจ้าหน้าที่หน่วยรับตรวจซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามควรแก่กรณี และให้หน่วยรับตรวจแจ้งผลการดำเนินการให้คณะกรรมการทราบภายในหกสิบวัน เว้นแต่คณะกรรมการจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

^{๒๖} หนังสือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ด่วนที่สุดที่ ตผ ๐๐๑๒/๐๒๘๐ เรื่อง การตรวจสอบโครงการรับจำนำข้าวเปลือกของรัฐบาล ลงวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๕๗

ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าข้อบกพร่องเกิดขึ้นเนื่องจากกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรีไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบัน หรือไม่อาจปฏิบัติได้ หรือหากปฏิบัติแล้วจะเสียประโยชน์ต่อราชการ ให้คณะกรรมการแจ้งต่อผู้มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น ๆ เพื่อพิจารณาดำเนินการปรับปรุงแก้ไขต่อไป

ถ้าผู้รับตรวจไม่ดำเนินการตามวรรคหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้คณะกรรมการแจ้งต่อกระทรวงเจ้าสังกัด หรือผู้ควบคุมกำกับหรือรับผิดชอบของหน่วยรับตรวจ ดำเนินการตามกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนที่ราชการหรือหน่วยรับตรวจกำหนดแก่ผู้รับตรวจ และเจ้าหน้าที่หน่วยรับตรวจผู้รับผิดชอบตามควรแก่กรณี

ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งหรือไม่อาจดำเนินการตามมาตรานี้ได้ ให้คณะกรรมการรายงานต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี”

หากตรวจสอบพบว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐมีพฤติกรรมที่มีชอบไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรี ก็จะนำไปสู่การลงโทษทางวินัย การดำเนินคดีอาญา การกำหนดโทษวินัยทางการคลังและงบประมาณ หรือการเรียกร้องให้รับผิดชอบในทางแพ่งตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป โดยให้นำสำนวนการสอบสวนของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณา ตามมาตรา ๔๖

มาตรา ๔๖ บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาผลการตรวจสอบแล้วปรากฏว่ามีพฤติการณ์น่าเชื่อว่าเป็นการทุจริตหรือมีการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เงินหรือทรัพย์สินของราชการ ให้คณะกรรมการแจ้งต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดี และให้คณะกรรมการแจ้งผลการตรวจสอบดังกล่าวให้ผู้รับตรวจ หรือกระทรวงเจ้าสังกัด หรือผู้บังคับบัญชา หรือผู้ควบคุมกำกับ หรือรับผิดชอบของหน่วยรับตรวจ แล้วแต่กรณี ดำเนินการตามกฎหมายหรือตามระเบียบแบบแผนที่ราชการหรือที่หน่วยรับตรวจกำหนดไว้แก่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบด้วย

การดำเนินคดีตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนนำรายงานการตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมาใช้เป็นหลักในการสอบสวนด้วย

เมื่อพนักงานสอบสวน ผู้รับตรวจ กระทรวงเจ้าสังกัด ผู้บังคับบัญชา หรือผู้ควบคุมกำกับหรือรับผิดชอบของหน่วยรับตรวจตามวรรคหนึ่ง ดำเนินการไปประการใดแล้วให้แจ้งให้คณะกรรมการทราบภายในทุกเก้าสิบวัน

ในกรณีที่พนักงานสอบสวน ผู้รับตรวจ กระทรวงเจ้าสังกัด ผู้บังคับบัญชา หรือผู้ควบคุมกำกับหรือรับผิดชอบของหน่วยรับตรวจไม่ดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ภายในระยะเวลาอันสมควร ให้คณะกรรมการรายงานต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี”

ตัวอย่างการปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ได้แก่ การตรวจสอบการจ่ายเงินอุดหนุนสมาคมฟุตบอลจังหวัดชุมพร ที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตรวจสอบพบว่าองค์การบริหารส่วนจังหวัดชุมพร (อบจ. ชุมพร) จ่ายเงิน

อุดหนุนจำนวน ๒,๐๐๐,๐๐๐ บาท ให้แก่สมาคมจังหวัดชุมพร ตามโครงการส่งเสริมกีฬาฟุตบอล อาชีพจังหวัดชุมพรโดยไม่มีอำนาจ เนื่องจากสมาคมฟุตบอลจังหวัดชุมพรเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือเป็นภาคเอกชนที่ไม่เข้าข่ายเป็นองค์กรการกุศล องค์กรภาคประชาชน หรือองค์กรที่จัดตั้งตามกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่กฎหมาย และหนังสือสั่งการกำหนดให้จ่ายเงินอุดหนุนได้ ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของ อบจ. ชุมพร การเบิกจ่ายเงินอุดหนุนดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติ กำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ และหนังสือกระทรวงมหาดไทย ด่วนมาก ที่ มท. ๐๘๐๘.๒/ว ๗๔ ลงวันที่ ๘ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๓ เรื่อง การตั้งงบประมาณรายจ่ายและการใช้จ่ายงบประมาณหมวดเงินอุดหนุน ประกอบหนังสือมหาดไทย ที่ มท. ๐๘๐๘.๒/ว ๒๖๔๗ ลงวันที่ ๑๕ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๕๕ เรื่อง การเบิกจ่ายเงินงบประมาณ หมวดเงินอุดหนุนเพื่อสนับสนุนการกีฬา นอกจากนี้ การจ่ายเงินอุดหนุน ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องเป็นการอุดหนุนให้โครงการบริการ สาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น แต่การจ่ายเงินอุดหนุนให้สมาคมฟุตบอล จังหวัดชุมพรมีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนา กีฬาฟุตบอลระดับอาชีพ โดยนำเงินอุดหนุนใช้จ่าย เป็นเงินเดือนและค่าเบี้ยเลี้ยงนักกีฬา โค้ช และเจ้าหน้าที่ รวมทั้งค่าปรับปรุงที่พักนักกีฬา ไม่ใช่การบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์โดยรวมของประชาชนในท้องถิ่นแต่อย่างใด คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงมีมติให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินแจ้งให้ อบจ. ชุมพร ดำเนินการเรียกเงินคืนและหาผู้รับผิดชอบทางละเมิดชดเชยความเสียหายให้แก่ทางราชการ พร้อมทั้งให้แจ้งไปยังปลัดกระทรวงมหาดไทย และคณะกรรมการติดตามและตรวจสอบการใช้จ่าย งบประมาณภาครัฐเพื่อดำเนินการต่อไป^{๒๗}

ถึงแม้ว่าอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นขององค์กรตรวจเงิน แผ่นดินจะสามารถควบคุมตรวจสอบได้อย่างกว้างขวางภายใต้กรอบทางเศรษฐศาสตร์และกรอบ ในทางกฎหมาย และสามารถตรวจสอบได้ทั้งความคุ้มค่าและความชอบด้วยกฎหมายของโครงการ ตามนโยบายต่าง ๆ ของรัฐบาลและการบริหารราชการแผ่นดินของหน่วยงานทางปกครอง แต่อำนาจหน้าที่ดังกล่าว ไม่ได้มีผลบังคับผูกพันตามกฎหมายให้หน่วยงานที่ถูกตรวจสอบ ต้องปฏิบัติตาม เนื่องจากมีสถานะเป็นเพียง “ความเห็น” ขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินเท่านั้น จะถือเป็นที่ยุติว่าการกระทำที่ถูกตรวจสอบคุ้มค่าหรือไม่ หรือชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ไม่ได้ ความเห็นขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินไม่มีสภาพบังคับได้ในตัวเอง ความเห็นดังกล่าวจะมีผล ในทางกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อมีการนำมาใช้ประกอบการพิจารณาตัดสินใจในทางกฎหมายโดยองค์กร ที่มีอำนาจหน้าที่ตัดสินใจในทางกฎหมายต่อไป ดังนั้น หน่วยงานที่ถูกตรวจสอบจะมีคำสั่งลงโทษ

^{๒๗} สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, “สดง. เร่งดำเนินการเรียกเงินคืน ๒ ล้านบาทจาก อบจ.ชุมพร กรณีจ่ายเงินอุดหนุนให้สมาคมฟุตบอลจังหวัดชุมพร ส่งผลให้ราชการเสียหาย,” (ข่าวประชาสัมพันธ์, ๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๘)

เจ้าหน้าที่ในสังกัดตามความเห็นขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินโดยไม่ทำการตรวจสอบข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายไม่ได้ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในคดีฟ้องขอเพิกถอนมติคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน รายงานผลการตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน และหนังสือแจ้งมติของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๑/๒๕๔๕ ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่เป็นเพียงอำนาจหน้าที่ทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วแจ้งผลการตรวจสอบให้หน่วยงานผู้รับการตรวจสอบทราบ เพื่อดำเนินการตามกฎหมาย และระเบียบแบบแผนต่อไปเท่านั้น มิได้มีผลบังคับเด็ดขาดให้ผู้รับการตรวจสอบต้องปฏิบัติตามผลการตรวจสอบที่ได้รับแจ้งจากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินหรือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน แต่อย่างใด การจะดำเนินการตามมติของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินหรือไม่เป็นเรื่องที่หน่วยงานที่รับการตรวจสอบจะต้องพิจารณาอีกชั้นหนึ่ง กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่ามติของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและรายงานผลการตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน และหนังสือแจ้งมติของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง ผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครองจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

๑.๒.๒ อำนาจหน้าที่ในการลงโทษวินัยทางการคลังและงบประมาณ

เช่นเดียวกับปัญหาในอดีตของระบบกฎหมายการคลังในประเทศฝรั่งเศสที่ศาลบัญชี (La Cour des comptes) มีอำนาจหน้าที่แค่เพียงตรวจสอบการจ่ายเงินแผ่นดินและรายงานการตรวจสอบเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการลงโทษผู้มีอำนาจสั่งจ่ายที่มีพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายการคลัง องค์กรตรวจเงินแผ่นดินไทยในอดีตมีเพียงอำนาจหน้าที่ในการตรวจเงินแผ่นดินเท่านั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่เกิดความเกรงกลัวที่จะถูกลงโทษเป็นการส่วนตัวในกรณีที่มีพฤติกรรมฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายทางการคลัง ส่วนรายงานที่ส่งต่อให้หน่วยรับตรวจเพื่อพิจารณาลงโทษเจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานนั้น ถึงแม้ว่าการควบคุมตรวจสอบภายใน (Le contrôle interne) ไม่ว่าจะเป็นนอกคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนหรือคำสั่งเรียกให้รับผิดชอบละเมิดของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ จะมีประสิทธิภาพในแง่ของความรวดเร็วและความรู้ความเข้าใจสถานการณ์อย่างใกล้ชิด แต่ก็มีปัญหาเนื่องจากการให้อำนาจดุลพินิจที่มากเกินไปแก่หน่วยรับตรวจว่าจะทำการตรวจสอบหรือไม่^{๒๘} ซึ่งมีความเป็นไปได้ที่หน่วยรับตรวจ

^{๒๘} Raymond Muzellec et Mathieu Conan, *Finances publiques*, (Daloz, 16e éd., 2013), p. 324.

จะไม่ดำเนินการสอบสวนเพื่อช่วยเหลือบุคคลภายในองค์กร รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ จึงได้รับเอาอิทธิพลทางความคิดเรื่องการจัดตั้งศาลวินัยทางงบประมาณ และการคลัง (La Cour de discipline budgétaire et financière) มาอุดช่องว่างดังกล่าว^{๒๙} ถึงแม้จะมีความพยายามในการจัดตั้งศาลทางการคลังเพื่อเป็นองค์กรที่มีความอิสระและเป็นกลาง ปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายการเมืองหรือฝ่ายบริหาร แต่เนื่องจากในเวลาดังกล่าว ประเทศไทย ยังไม่มีความพร้อมที่จะจัดตั้งศาลทางการคลัง จึงกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ที่มีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่รับผิดชอบหน้าที่พิจารณาและออกคำสั่งลงโทษทางปกครองแก่เจ้าหน้าที่ที่ไม่เคารพต่อวินัยทางงบประมาณและการคลังตามที่ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกำหนด โดยมีคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาเบื้องต้น บทลงโทษของการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกรอบ วินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นโทษปรับในทางปกครอง^{๓๐}

ศ.ดร. อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป ให้คำจำกัดความว่า “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” หมายถึง “กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และมาตรการทางกฎหมายอื่น ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อห้ามหรือข้อปฏิบัติที่กำหนดขึ้นเพื่อให้การบริหารจัดการเกี่ยวกับการเงิน การคลังของรัฐและองค์กรของรัฐเป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และจะต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลตามวัตถุประสงค์ของการรับจ่ายเงินแผ่นดิน”^{๓๑ ๓๒} วินัยทางการคลังในความหมายนี้จึงเป็นมาตรการที่กำหนด “เพิ่มเติม” นอกเหนือจากการลงโทษทางวินัยปกติแก่เจ้าหน้าที่ เนื่องจากการลงโทษทางวินัยส่วนใหญ่ผู้บังคับบัญชามักจะปกป้องลูกน้องตนเอง หรือเพื่อปกป้องชื่อเสียงของหน่วยงาน ในส่วนของการลงโทษทางแพ่ง ในความเป็นจริงแล้ว แทบจะเป็นไปไม่ได้ที่ผู้กระทำความผิดจะสามารถหาทรัพย์สินมาชดเชยความเสียหายที่ตนได้ก่อให้เกิดแก่รัฐได้เพียงพอ และโทษทางอาญาก็เป็นการลงโทษที่ตัวบุคคลเท่านั้น แต่ความเสียหายที่รัฐได้รับก็ไม่ได้รับการเยียวยา อีกทั้งกระบวนการพิจารณาคดีอาญาจะต้องหาพยานหลักฐาน มาแสดงให้เห็นว่าจำเลยมีความผิดจริงโดยปราศจากข้อสงสัย ซึ่งเป็นการยากที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดในทางอาญา ทำให้เกิดการละเมิดกฎหมายเกณฑ์ทางการคลังและงบประมาณ อยู่เป็นประจำ^{๓๓}

^{๒๙} สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, “รู้จักวินัยทางงบประมาณและการคลัง,” สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๖๕, <http://dfmo.oag.go.th/dis-to-know>.

^{๓๐} วิรัตน์ สุนทรวิภาต, “วินัยทางงบประมาณและการคลังตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๐), น. ๒๒.

^{๓๑} อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๑*, น. ๙๙.

^{๓๒} เน้นข้อความโดยผู้เขียน

^{๓๓} วิรัตน์ สุนทรวิภาต, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๐*, น. ๒๓.

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๕ บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวางแผน การตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง การให้คำปรึกษาและคำแนะนำ การเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดโทษปรับทางปกครอง การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุด การพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และการดำเนินการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้...”

มาตรา ๑๙ บัญญัติว่า “เพื่อให้ระบบการควบคุมการตรวจสอบการเงินแผ่นดินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีวินัย ให้มีคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังคณะหนึ่ง ซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งขึ้นตามมาตรา ๒๐ มีอำนาจหน้าที่พิจารณาและกำหนดโทษปรับทางปกครองเบื้องต้นแก่เจ้าหน้าที่หรือพนักงานของหน่วยรับตรวจที่ฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐที่คณะกรรมการกำหนด มาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐตามวรรคหนึ่ง อย่างน้อยต้องมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(๑) ข้อกำหนดใดที่การฝ่าฝืนจะมีโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลังต้องระบุไว้โดยชัดแจ้ง

(๒) เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเงินตำแหน่งใดหรือเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงในเรื่องใด ๆ ที่จะต้องเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบทางวินัยทางงบประมาณและการคลังเมื่อมีการฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าว จะต้องระบุไว้โดยชัดแจ้ง

(๓) อัตราโทษปรับทางปกครอง

ในการกำหนดโทษปรับทางปกครองเบื้องต้นนั้น ให้คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังคำนึงถึงระดับความรับผิดชอบของตำแหน่งของผู้กระทำความผิดวินัย ความสำคัญของมาตรการควบคุมการเงินของรัฐที่มีการละเมิด ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับราชการเจตนาของผู้กระทำความผิดวินัยและหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขอื่นที่คณะกรรมการกำหนด”

มาตรา ๒๐ บัญญัติว่า “คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังประกอบด้วย กรรมการตรวจเงินแผ่นดินคนหนึ่งซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งให้เป็นประธานกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง และกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังผู้ทรงคุณวุฒิอีกไม่น้อยกว่าสี่คน แต่ไม่เกินเจ็ดคนซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งจากผู้ที่มีความเชี่ยวชาญด้านบัญชี ด้านการตรวจสอบภายใน ด้านการเงินการคลัง ด้านนิติศาสตร์หรือด้านการบริหาร...”

เห็นได้ว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้มีคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีวินัยทางการคลังและงบประมาณและกำหนดโทษปรับทางปกครองเบื้องต้นตามมาตรา ๑๙ เพื่อให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางการคลัง

และงบประมาณในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุดต่อไปตามมาตรา ๑๕ (๕)^{๓๔} คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล^{๓๕} ที่ตกอยู่ภายใต้หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๕ ซึ่งบัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้... “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า (๑) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อการสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ...” ผู้ถูกวินิจฉัยลงโทษมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน^{๓๖}

ภายหลังจากประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ประกาศใช้ระเบียบ ๒ ฉบับ ได้แก่ ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติ และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินอาศัยอำนาจตามมาตรา ๕ มาตรา ๑๕ (๑๔) และมาตรา ๑๙ ออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ กำหนดฐานความผิดทางการคลังและงบประมาณ และโทษปรับทางปกครอง โดยวางหลักการพิจารณาความผิดวินัยทางการคลังและงบประมาณ ในข้อ ๕ กำหนดว่า “เจ้าหน้าที่ผู้ใดจงใจฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐตามที่กำหนดในหมวด ๒ นี้ ถือว่ากระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ต้องรับโทษปรับทางปกครองตามระเบียบนี้” ทั้งนี้ ความผิดวินัยทางการคลังและงบประมาณตามระเบียบนี้ ประกอบด้วยความผิด ๗ ส่วน ได้แก่ (๑) ความผิดเกี่ยวกับการรับเงิน การเก็บรักษาเงิน และการนำส่งเงิน ตามระเบียบฯ ข้อ ๑๙ ถึงข้อ ๒๓ เช่น เจ้าหน้าที่องค์การบริหารส่วนตำบลรับเงินแล้วมิได้บันทึกบัญชี ไม่นำเงินส่งหรือฝากธนาคารและจ่ายเงินโดยไม่มีหลักฐานการจ่ายเงิน^{๓๗} (๒) ความผิดเกี่ยวกับการเบิกเงิน และการจ่ายเงิน ตามระเบียบฯ ข้อ ๒๔ ถึงข้อ ๒๗ เช่น การเบิก

^{๓๔} จารุวรรณ เมณฑกา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๓*, น. ๒๒ - ๒๔.

^{๓๕} วิษณุ วรัญญู, *องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (INDEPENDENT ADMINISTRATIVE BODY)*, (รายงานวิจัย เพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปการเมืองไทย เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คปป.), ๒๕๓๘), น. ๑๓ และ น. ๔๗.

^{๓๖} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟง. ๒/๒๕๖๔ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คง. ๑/๒๕๖๐

^{๓๗} คำวินิจฉัยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ วค ๙/๒๕๔๗

จ่ายเงินค่าจ้างแรงงานแก่ลูกจ้างชั่วคราวรายวันเป็นเท็จ^{๓๘} (๓) ความผิดเกี่ยวกับการบริหารงบประมาณและการก่อหนี้ผูกพัน ตามระเบียบฯ ข้อ ๒๘ ถึงข้อ ๓๐ เช่น ผู้บริหารเทศบาลเบิกจ่ายเงินโดยไม่มีงบประมาณกำหนดไว้และคณะกรรมการตรวจการจ้างตรวจรับงานโดยไม่เป็นไปตามสัญญา^{๓๙} (๔) ความผิดเกี่ยวกับการจัดเก็บรายได้ ตามระเบียบ ข้อ ๓๑ ถึงข้อ ๓๔ เช่น การจัดเก็บรายได้ของสำนักงานที่ดินไม่ถูกต้องตามระเบียบของทางราชการ^{๔๐} (๕) ความผิดเกี่ยวกับเงินยืม ตามระเบียบฯ ข้อ ๓๕ ถึงข้อ ๓๖ เช่น การไม่เร่งรัดติดตามทวงคืนเงินยืมขององค์การบริหารส่วนตำบล^{๔๑} (๖) ความผิดเกี่ยวกับการพัสดุ ตามระเบียบฯ ข้อ ๓๗ ถึงข้อ ๔๙ เช่น การสมยอมในการจัดซื้อเก้าอี้พลาสติกแบบมีพนักพิงของสำนักงานเขต^{๔๒} และ (๗) ความผิดอื่น ๆ ตามระเบียบฯ ข้อ ๕๐ ถึงข้อ ๕๒ หมายถึง ความผิดการคลังและงบประมาณลักษณะอื่น ๆ ที่ไม่เข้าลักษณะ ๖ ประการที่กล่าวมาข้างต้น เช่น นายกเทศมนตรีใช้ดุลยพินิจสั่งการแตกต่างจากคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาและใช้อำนาจบริหารกระทำการในฐานะหัวหน้าหน่วยงานในการลงมาเจรจาต่อรองราคาด้วยตนเอง โดยอาศัยข้ออ้างเรื่องระยะเวลาของหนังสือรับรองการจดทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทมาเป็นสาระสำคัญและตัดสิทธิผู้เสนอราคาต่ำสุดทั้งที่เรื่องดังกล่าวไม่ใช่เรื่องที่มีสาระสำคัญและมีผลกระทบต่องานและคุณภาพของงานโดยตรงแต่ประการใด^{๔๓} หากมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าว คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจที่จะกำหนดโทษปรับทางปกครองตามข้อ ๙ ซึ่งมีอัตราโทษปรับทางปกครอง ๔ ชั้น ดังต่อไปนี้ (๑) โทษชั้นที่ ๑ โทษปรับไม่เกินเงินเดือน ๑ เดือน (๒) โทษชั้นที่ ๒ โทษปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ ๒ เดือน ถึง ๔ เดือน (๓) โทษชั้นที่ ๓ โทษปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ ๕ เดือน ถึง ๘ เดือน และ (๔) โทษชั้นที่ ๔ โทษปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ ๙ เดือน ถึง ๑๒ เดือน ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ผู้ใดต้องรับโทษปรับทางปกครองในชั้นใด ให้ปรับเป็นเงินเท่ากับเงินเดือนที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดจะพึงได้รับในเวลาที่กระทำความผิดเป็นจำนวนเดือนตามที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกำหนดตามระเบียบข้อ ๑๐ เช่น ในขณะที่ นาย ก. กระทำความผิด นาย ก. มีเงินเดือน ๑๐,๐๐๐ บาท คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินวินิจฉัยลงโทษ นาย ก. เป็นโทษชั้นที่ ๒ ปรับเท่ากับเงินเดือน ๔ เดือน ย่อมเท่ากับ ๔๐,๐๐๐ บาท โดยคณะกรรมการมีดุลพินิจที่จะกำหนดให้ชำระค่าปรับเป็นระยะเวลากี่เดือนและเดือนละจำนวนเท่าใด หรือเรียกให้ชำระเงินอย่างไรตามข้อ ๑๐ วรรคสอง เช่น กำหนดให้นาย ก. จ่ายเป็นรายเดือน เดือนละ ๑๐,๐๐๐ บาท เป็นเวลา ๔ เดือน ก็ได้ โดยหน่วยงานต้นสังกัดมีหน้าที่ดำเนินการหักเงินเดือนให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตามระเบียบข้อ ๑๐ วรรคสาม ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ผู้ใดกระทำความผิดวินัย

^{๓๘} คำวินิจฉัยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ วค ๒/๒๕๕๖

^{๓๙} คำวินิจฉัยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ วค ๓/๒๕๕๗

^{๔๐} คำวินิจฉัยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ วค ๘/๒๕๕๖

^{๔๑} คำวินิจฉัยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ วค ๑/๒๕๕๘

^{๔๒} คำวินิจฉัยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ วค ๔/๒๕๕๘

^{๔๓} คำวินิจฉัยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ วค ๑/๒๕๕๗

ทางการคลังและงบประมาณตามระเบียบนี้ และเป็นความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย แม้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะได้รับโทษตามกฎหมายอื่นแล้ว ก็ยังคงต้องรับโทษในการกระทำนั้นตามระเบียบนี้ด้วย ตามระเบียบข้อ ๘ อย่างไรก็ตาม ถ้ามิได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ กับผู้กระทำความผิดภายในกำหนดระยะเวลา ๕ ปี นับแต่วันกระทำความผิด คดีเป็นอันขาดอายุความตามระเบียบข้อ ๑๘ ในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้น คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินอาศัยอำนาจตามมาตรา ๕ มาตรา ๑๕ และมาตรา ๒๐ วรรคสาม ออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ กำหนดกระบวนการพิจารณาคดีวินัยทางการคลังและงบประมาณ แบ่งเป็นลำดับขั้นการพิจารณาเป็น ๕ ขั้นตอน ได้แก่ (๑) ขั้นสั่งรับพิจารณา (๒) ขั้นสอบสวนข้อเท็จจริง (๓) ขั้นคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง (๔) ขั้นวินิจฉัยชี้ขาด และ (๕) ขั้นบังคับตามคำวินิจฉัย^{๔๔}

ทั้งนี้ มีข้อพิจารณาว่าวินัยทางการคลังและงบประมาณตามที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกำหนดในระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ ไม่ใช่กฎเกณฑ์ใหม่ที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เป็นการรวบรวมกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในทางการคลังที่เคยมีอยู่แล้วในอดีต แต่ไม่มีสภาพบังคับในความเป็นจริงเนื่องจากไม่มีบทลงโทษทางกฎหมาย มาจัดระเบียบเป็นหมวดหมู่ต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความชัดเจนเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ส่วนที่ ๑ ความผิดเกี่ยวกับการรับเงิน การเก็บรักษาเงิน และการนำส่งเงิน ข้อ ๑๙ ถึงข้อ ๒๓ ก็เป็นเพียงการรับรองหลักลักษณะทั่วไปของรายได้ (L'universalité budgétaire) ซึ่งเป็นหลักทั่วไปทางงบประมาณ (Les principes budgétaires) ที่เคยปรากฏอยู่แล้วในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. ๒๔๙๑ และมาตรา ๒๔ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๐๒ หรือในส่วนที่ ๒ ความผิดเกี่ยวกับการเบิกเงินและการจ่ายเงิน ข้อ ๒๔ ถึง ข้อ ๒๗ ก็เป็นเรื่องที่เคยปรากฏอยู่แล้วในระเบียบการเบิกจ่ายเงินจากคลัง การเก็บรักษาเงินและการนำเงินส่งคลัง พ.ศ. ๒๕๕๑ เป็นต้น

ในส่วนของการควบคุมตรวจสอบการใช้ อำนาจลงโทษทางปกครองของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ตามหลักนิติรัฐ องค์การของรัฐฝ่ายปกครองที่ใช้ อำนาจตามกฎหมายจะต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Le principe de légalité) โดยมีศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์หลักประกันดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ และมาตรา ๗๒

^{๔๔} สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, “ขั้นตอนกระบวนการพิจารณา,” สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๖๕, <http://dfmo.oag.go.th/pronouncement>.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...”

มาตรา ๑๐ บัญญัติว่า “ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เว้นแต่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด”

มาตรา ๑๑ บัญญัติว่า “ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

(๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(๒) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออก โดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(๓) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

(๔) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น”

มาตรา ๗๒ บัญญัติว่า “ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (๑) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑)...”

เมื่อคำสั่งลงโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง และในช่วงเวลาไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้นำคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินไปยังศาลปกครองสูงสุด การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษทางวินัยงบประมาณและการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นซึ่งเป็นศาลปกครองที่มีเขตอำนาจทั่วไป ตามมาตรา ๙ มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ ประกอบมาตรา ๗๒ ทั้งนี้ ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว มีคำสั่งลงโทษวินัยทางงบประมาณ

และการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจำนวน ๒๔ คดี^{๔๕} (นับแต่วันที่ ๒๑ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งเป็นวันที่ประกาศใช้ระเบียบดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา ถึงวันที่ ๒๔ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งเป็นวันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐) อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเป็นช่วงระยะเวลาเริ่มต้นของ “วินัยทางการคลัง” ในประเทศไทย ถึงแม้ว่าผู้ถูกสั่งลงโทษทางปกครองโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ก็ยังไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองชั้นต้นในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินแต่อย่างใด

๑.๓ ปัญหาของวินัยทางงบประมาณและการคลังตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

เนื่องจากแนวความคิดเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นเรื่องที่เพิ่งนำมาปรับใช้ในประเทศไทยในเวลานั้น จึงเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่จะมีข้อบกพร่องและมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องและแนวทางปฏิบัติขององค์กรผู้ใช้อำนาจ ดังปรากฏจากตัวอย่างที่จะกล่าวต่อไปนี้

๑.๓.๑ อำนาจในการออกกฎวินัยทางงบประมาณและการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน : ข้อพิจารณาตามหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย

เมื่อกฎหมายการคลังเป็นหนึ่งในสาขาของกฎหมายมหาชน การใช้อำนาจตามกฎหมายการคลังย่อมต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชนด้วยเช่นกัน ซึ่งหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่จะพิจารณาในส่วนนี้ ได้แก่ หลักนิติรัฐ และหลักประชาธิปไตย

(๑) ข้อพิจารณาตามหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ (L'État de droit) เรียกร้องไม่ให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐองค์กรหนึ่งองค์กรใดมีอำนาจมากเกินไป จึงมีความจำเป็นต้องมีการถ่วงดุลตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างองค์กร (Check and Balance) โดย John lock ได้เรียกหลักการดังกล่าวว่า “หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers)” ในหนังสือศาสตรนิพนธ์สองบรรพว่าด้วยการปกครอง (Two Treatises of Government, 1690) หรือที่ Montesquieu ได้อธิบายหลักการแบ่งแยกอำนาจ (La séparation des pouvoirs) ขยายเพิ่มเติมว่าอำนาจที่จะถูกแบ่งนั้นอาจแบ่งได้เป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ในหนังสือเจตจำนงของกฎหมาย (De l'esprit des lois, 1748)^{๔๖} หลักการดังกล่าวถูกรับรองไว้ในข้อ ๑๖ ของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ ๒๖ สิงหาคม ค.ศ. ๑๗๘๙ (La Déclaration des

^{๔๕} สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, “ย่อคำวินิจฉัยชี้ขาด,” สืบค้นเมื่อวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕, dfmo.oag.go.th/class1.

ในปี พ.ศ. ๒๕๔๖ (๓ คดี), พ.ศ. ๒๕๔๗ (๙ คดี), พ.ศ. ๒๕๔๘ (๗ คดี), พ.ศ. ๒๕๔๙ (๕ คดี)

^{๔๖} Didier Truchet, *Droit public*, (Presses Universitaires de France / Humensis, 4e éd., 2018), p. 4.

droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789) ซึ่งบัญญัติว่า “สังคมใดมิได้มีหลักประกันแห่งสิทธิทั้งปวงและมีได้มีการแบ่งแยกอำนาจโดยชัดเจน สังคมนั้นย่อมปราศจากรัฐธรรมนูญ”^{๔๗} หลักการดังกล่าวถูกนำมาใช้กับกฎหมายการคลังซึ่งเป็นหนึ่งในกฎหมายมหาชนด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจทางการคลังระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร^{๔๘} ซึ่งปรากฏในมาตรา ๓๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับวันที่ ๔ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๕๘ ที่กำหนดให้อำนาจในการจัดเก็บภาษีเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ^{๔๙} หลักการแบ่งแยกอำนาจทางการคลังได้ถูกรับรองโดยศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ ๒๐๑๑ - ๑๙๒ QPC ลงวันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๑๑ ว่าการใช้อำนาจรัฐในทางการคลังจะต้องเคารพต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ^{๕๐} หรือหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างผู้มีอำนาจสั่งจ่ายและเจ้าพนักงานบัญชีตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ก็ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดียวกัน

จากเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบวินัยทางงบประมาณและการคลังก็ต้องเคารพต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ที่มีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์วินัยทางงบประมาณและการคลัง กล่าวคือ ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ และเป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาลงโทษทางปกครองในฐานะองค์กรสูงสุดภายหลังจากพิจารณาสำนวนคดีวินัยทางงบประมาณและการคลังของคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังตามนัยของมาตรา ๓๓๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ประกอบมาตรา ๑๕ ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒^{๕๑} ถึงแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้มีการทำงานร่วมกันระหว่างคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีฐานะเป็นองค์กรสูงสุดจึงไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามความเห็นของคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณ

^{๔๗} สำนวนแปลของรฐาปนนท์ นิพิฏฐกุล จากความในภาษาฝรั่งเศส Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution., สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๕ สิงหาคม ๒๕๖๕, <https://www.thaivolunteer.org/> คำประกาศว่าด้วยสิทธิ

^{๔๘} Aurélien Baudu, *Droit des finances publiques*, (Dalloz, 2e éd., 2018), p. 240.

^{๔๙} Article 34 prévoit que « la loi fixe les règles concernant : ... -l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie ... ».

^{๕๐} Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011.

^{๕๑} ภัทรวรินทร์ บุญชู., *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๔*, น. ๓๓.

และการคลังในทางปฏิบัติ คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังจึงไม่มีอำนาจในการพิจารณาลงโทษพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างแท้จริง^{๕๒} การมีและการใช้อำนาจดังกล่าวของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว จึงได้กำหนดให้คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง (ในชื่อของคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลัง) เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาและวินิจฉัยลงโทษทางปกครองด้วยตนเอง ไม่ต้องนำเสนอเสนอต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อพิจารณาออกคำสั่งลงโทษทางวินัยทางการเงินการคลังเหมือนอย่างในอดีต เพื่อมิให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจมากเกินไปอันขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐตามนัยแห่งมาตรา ๒๕๓ ของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม เมื่อร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน เรื่องเสร็จ ๘๒๘/๒๕๕๐ ของคณะกรรมการกฤษฎีกา (เสนอโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน) ยังไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมาย อำนาจในการออกกฎเกณฑ์วินัยทางงบประมาณและการคลังและอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดตามกฎหมายเกณฑ์ดังกล่าวจึงยังคงเป็นของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จนกระทั่งมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ และพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๑ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงไม่มีอำนาจในการออกกฎวินัยทางงบประมาณและการคลังอีกต่อไป ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในบทที่ ๒ และบทที่ ๓

(๒) ข้อพิจารณาตามหลักประชาธิปไตย

เมื่อพิจารณาจากธรรมชาติของวินัยทางงบประมาณและการคลัง จะเห็นได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดให้บุคคล (ในกรณีนี้ ได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับเงินแผ่นดิน) ต้องกระทำตาม หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามจะได้รับโทษทางกฎหมาย ดังนั้น โดยหลักแล้วการออกกฎหมายใด ๆ ที่มีลักษณะดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้อำนาจในระดับนิติบัญญัติ เนื่องจากการออกกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิของประชาชนซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาในฐานะผู้แทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย หลักการดังกล่าวปรากฏในข้อ ๕ ของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ ๒๖ สิงหาคม ค.ศ. ๑๗๘๙ (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789) ที่บัญญัติว่า “กฎหมายมีสิทธิจะห้ามได้ก็แต่การกระทำซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายเสียหายแก่สังคม สิ่งใดที่กฎหมายไม่ได้ห้ามไว้ไม่อาจที่จะถูกจำกัดได้ และจะบังคับให้บุคคลใดกระทำในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไม่ได้”^{๕๓}

^{๕๒} Anunya Yossundara, “Le contrôle des finances publiques,” (Thèse, Université Paris I, 2013), p. 162.

^{๕๓} L'article 5 de la Déclaration de 1789 « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. ».

เป็นการรับรองว่าการใด ๆ ที่รัฐจะกระทำอันมีลักษณะเป็นการจำกัดหรือกระทบต่อสิทธิของประชาชน การนั้นจะต้องได้รับการยอมรับบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (La loi) ซึ่งผ่านความยินยอมของรัฐสภาในฐานะผู้แทนของประชาชน เมื่อกฎเกณฑ์วินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นกฎเกณฑ์ที่กระทบต่อสิทธิของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับเงินแผ่นดิน โดยหลักแล้วจะต้องผ่านความยินยอมของรัฐสภา เมื่อกฎเกณฑ์ดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ไม่ใช่ผู้แทนของประชาชน กฎเกณฑ์นั้นจึงไม่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

ภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ อันมีผลเป็นการยกเลิกบทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ ปัญหาดังกล่าวก็ได้รับการแก้ไข ปัจจุบันกฎเกณฑ์ที่ใช้เป็นฐานในการลงโทษทางปกครองในคดีวินัยทางงบประมาณและการคลังได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๑ หมวดที่ ๓ วินัยการเงินการคลัง มาตรา ๓๑ ถึงมาตรา ๖๗ และมีการกำหนดโทษทางปกครองเอาไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๙๘ ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในบทที่ ๓

๑.๓.๒ การบังคับใช้วินัยทางงบประมาณและการคลังแก่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ ข้อ ๕ กำหนดว่า “เจ้าหน้าที่ผู้ใดจงใจฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐตามที่กำหนดในหมวด ๒ นี้ ถือว่ากระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ต้องรับโทษปรับทางปกครองตามระเบียบนี้” และ ข้อ ๓ กำหนดว่า “ในระเบียบนี้... “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่นของหน่วยรับตรวจ แต่ไม่รวมถึงข้าราชการการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการการเมือง...” และเมื่อพิจารณาฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังที่ปรากฏทั้ง ๗ ส่วน ในหมวดที่ ๒ ความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ตามระเบียบนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าฐานความผิดส่วนใหญ่จะเป็นฐานความผิดสำหรับเจ้าหน้าที่ในระดับปฏิบัติการที่มีความเกี่ยวข้องกับเงินแผ่นดิน เช่น การรับเงิน การเก็บรักษาเงิน การนำส่งเงิน การเบิกจ่ายเงิน หรือการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เป็นต้น มีเพียงแค่ความผิดในส่วนที่ ๕ ความผิดเกี่ยวกับเงินยืมที่ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ในระดับผู้บังคับบัญชา^{๕๔} อาจกล่าวได้ว่าวินัยทางงบประมาณและการคลังตามระเบียบนี้เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ที่มีความเกี่ยวข้องทางการคลังในฐานะผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นสำคัญ ในส่วนของผู้สั่งจ่ายที่มีสถานะเป็นผู้บังคับบัญชา

^{๕๔} อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๑*, น. ๑๓๕.

ซึ่งมักจะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ระบบกฎหมายไทยเห็นว่าเป็นเรื่องของความรับผิดชอบในการเมืองตามระบอบประชาธิปไตย

ระบบดังกล่าวทำให้ผู้บังคับบัญชาที่มีสถานะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เช่น รัฐมนตรี หลุดพ้นไปจากความผิดทางวินัยทางงบประมาณและการคลังไปตั้งแต่แรกตามบทนิยามในข้อที่ ๓ ทั้ง ๆ ที่เป็นบุคคลที่มีบทบาทอย่างแท้จริง เช่น มีอำนาจในการสั่งให้จ่ายหรือไม่จ่ายเงินแผ่นดิน และยังเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการทำงานของเจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชา พฤติกรรมใด ๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายวินัยทางงบประมาณและการคลังของเจ้าหน้าที่ อาจเกิดจากความละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างเพียงพอ ทำให้รัฐได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว ในทางปฏิบัติ คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังมักจะตรวจพบว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมีสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการกระทำหรือการละเลยไม่กระทำการควบคุมตรวจสอบของผู้บังคับบัญชา^{๕๕} ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่รับเงินไม่ทำการบันทึกรายรับของหน่วยงานหรือบันทึกรายรับน้อยกว่าความเป็นจริง หรือไม่ทำการเตรียมรายงานหรือบันทึกรายรับ รายจ่าย ประจำวัน ผู้บังคับบัญชาย่อมมีหน้าที่ที่จะตรวจสอบในทางบัญชี รายการรับจ่ายของหน่วยงานที่ไม่ถูกต้องส่วนหนึ่งจึงอาจเกิดขึ้นจากการละเลยการปฏิบัติหน้าที่ควบคุมตรวจสอบทางการเงินของผู้บังคับบัญชาที่จะต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องเพื่อรักษาวินัยทางการเงินของหน่วยงาน^{๕๖} ต่างจากศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศสที่มุ่งเน้นไปที่ผู้มีอำนาจสั่งจ่ายในฐานะผู้บังคับบัญชา ไม่ได้มุ่งเน้นไปที่พฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับผู้ใต้บังคับบัญชาแต่อย่างใด^{๕๗}

สาเหตุที่ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ ข้อ ๓ ปฏิเสธไม่ลงโทษข้าราชการทางการเมืองเนื่องจากเห็นว่าเป็นเรื่องที่ต้องรับผิดชอบในการเมืองตามระบอบประชาธิปไตยอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม ในการดำรงตำแหน่งดังกล่าว อาจจะมี “การกระทำ” ในฐานะที่เป็น “การกระทำทางปกครอง” ที่ไม่ได้รับความคุ้มกันจากอำนาจตุลาการเหมือนอย่าง “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งเป็นความรับผิดชอบในการเมือง ดังนั้น การพิจารณาขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายโดยพิจารณาแต่เพียง “เกณฑ์องค์กร” (Le critère organique) โดยไม่คำนึงถึง “เกณฑ์เนื้อหา” (Le critère matériel) จึงเป็นการพิจารณาที่ไม่ครอบคลุม และนำไปสู่ปัญหาความไม่ยุติธรรมและความไม่เท่าเทียมในการบังคับใช้กฎหมาย เช่น กรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองซึ่งมีหน้าที่หรือมีส่วนร่วมในการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวกับการสั่งจ่ายเงินหรือทรัพย์สินของหน่วยรับตรวจ มีอำนาจก่อนนี้ผูกพันหรืออนุมัติสั่งซื้อสั่งจ้างได้ หรือกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

^{๕๕} เฟิงอ้วง, น. ๑๓๖.

^{๕๖} เฟิงอ้วง

^{๕๗} เฟิงอ้วง

ไม่มีอำนาจดังกล่าว แต่ในทางข้อเท็จจริงสามารถพิสูจน์ได้ว่าเข้าไปมีส่วนร่วมในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการสั่งจ่ายเงินหรือทรัพย์สินของหน่วยรับตรวจ เช่น กระทำการแทรกแซง ใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งหรือความเป็นผู้บังคับบัญชาสั่งการ หรือผลักดันให้มีการสั่งซื้อ สั่งจ้าง หรืออยู่เบื้องหลังการทุจริตการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุภาครัฐ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม หรือเป็นผู้ที่ออกคำสั่งซึ่งมีสถานะเป็นการกระทำทางปกครองโดยตรง^{๕๘} จึงก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำและไม่เป็นธรรมในการดำเนินคดีหรือการลงโทษปรับทางปกครองแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นตัวการร่วมกันหรือบุคคลที่มีพฤติการณ์แห่งการกระทำที่เกี่ยวข้องกันหรือเป็นผู้มีส่วนร่วมกระทำความผิดในฐานความผิดเดียวกัน^{๕๙} อนึ่ง การที่กฎหมายกำหนดยกเว้นให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไม่ต้องรับผิดชอบวินัยทางงบประมาณและการคลังด้วยการอธิบายว่าข้าราชการทางการเมืองจะต้องได้รับผิดทางอาญาอยู่แล้วตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ ในฐานะข้าราชการระดับสูง นั้น เป็นการอธิบายที่ไม่สมเหตุผลเนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับผู้ได้บังคับบัญชาเองก็อาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาเช่นเดียวกัน แต่ก็ยังคงต้องรับผิดชอบวินัยทางงบประมาณและการคลังอีกด้วย ตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ ข้อ ๘ ซึ่งกำหนดว่า “เจ้าหน้าที่ผู้ใดกระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังตามระเบียบนี้ และเป็นความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย แม้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะได้รับโทษตามกฎหมายอื่นแล้ว ก็ยังคงต้องรับโทษในการกระทำนั้นตามระเบียบนี้ด้วย”

เมื่อกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับวินัยทางงบประมาณและการคลังอาจนำมาใช้บังคับได้เฉพาะกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับผู้ได้บังคับบัญชาเป็นสำคัญ ผู้บังคับบัญชาโดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีตำแหน่งในทางการเมือง แม้จะเป็นนักการเมือง “ประชานิยม” ที่สร้างความเสียหายทางการคลังแก่ประเทศ ก็ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมใด ๆ ภายใต้กรอบวินัยทางงบประมาณและการคลังที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ต่อมา ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวของ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” จึงต้องการสร้างกรอบ “วินัยทางการคลัง” ที่มีความเข้มแข็งมากขึ้น ที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกันและปราบปรามนโยบายหรือโครงการ “ประชานิยม” ที่อาจสร้างหรือสร้างความเสียหายทางการคลังให้แก่ประเทศ แนวคิดดังกล่าวจะไปปรากฏอยู่ในมาตรา ๑๖๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้มี “กฎหมายการเงินการคลังของรัฐ” เพื่อกำหนดกรอบ “วินัยการเงินการคลัง” ของประเทศ ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

^{๕๘} เอกสิทธิ์ พิกแพ, “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับความผิดวินัยทางงบประมาณ และการคลังตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒, ” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๐, น. ๖๗ - ๖๘.

^{๕๙} เฟิงอ้าง, น. ๗๐.

๑.๔ สถานะทางกฎหมายและสภาพบังคับของวินัยทางการคลังตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ : วินัยทางงบประมาณและการคลัง (La discipline budgétaire et financière)

ในยุคแรกของการปฏิรูประบบกฎหมายการคลังตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เมื่อมีการกล่าวถึง “วินัยทางการคลัง” จึงมีความหมายเฉพาะถึงแต่ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” (La discipline budgétaire et financière) ซึ่งเป็นกรอบในทางกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา ๓๓๓ อันเป็นกรอบวินัยทางการคลังที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศส (La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF)) ที่มุ่งเน้นไปที่การควบคุมตรวจสอบ “พฤติกรรม” ของ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ไม่ใช่วินัยทางการคลัง (La discipline budgétaire) ในความหมายของสนธิสัญญามาสทริชต์ (Le Traité de Maastricht) หรือวินัยทางการคลัง (Fiscal discipline) ในความหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือธนาคารโลก (World Bank) ซึ่งเป็นกรอบในทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งมุ่งเน้นไปที่การควบคุมตรวจสอบ “การบริหารราชการ” ของ “รัฐสมาชิก” อันเป็นเป้าหมายทางการคลังร่วมกันของกลุ่มประเทศสมาชิกเพื่อรักษาเสถียรภาพและความยั่งยืนทางการคลัง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ไม่ได้มีการกล่าวถึง “วินัยทางการคลัง” ในความหมายทางเศรษฐศาสตร์แต่ประการใด จะมีก็แต่เพียงบทบัญญัติในหมวดที่ ๕ แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ มาตรา ๘๗ ที่บัญญัติว่า “รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ค้ำครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาด ตัดตอน ทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค” ซึ่งเป็นเพียงการรับรองแนวความคิดทางเศรษฐกิจการเมืองแบบเสรีนิยมเท่านั้น

วินัยทางการคลังตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงเป็นกรอบวินัยทางการคลังที่มีสถานะเป็น “กฎ” ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ออกโดยอาศัยฐานอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยมีการกำหนดฐานความผิดตามกฎหมายและบทกำหนดโทษทางกฎหมายไว้ในระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับเงินแผ่นดินมี “พฤติกรรม” ที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎดังกล่าว คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจที่จะออกคำสั่งลงโทษทางปกครองเป็นค่าปรับทางปกครองจำนวนเท่ากับเงินเดือนของเจ้าหน้าที่ในขณะที่กระทำความผิดเป็นจำนวนรวมไม่เกิน ๑๒ เดือน ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำความผิด คำสั่งดังกล่าวมีสถานะ

เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งตกอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองชั้นต้น ตามมาตรา ๙ (๑) มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ และมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๒. การปฏิรูประบบกฎหมายการคลังตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ : การยกระดับ “วินัยทางการคลัง” ไว้ในกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ

การปฏิรูประบบกฎหมายมหาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ แก้ไขปัญหาในเรื่องการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหาร หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเกิดขึ้นขององค์กระอิสรระตามรัฐธรรมนูญ ทำให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างอิสระปราศจากการแทรกแซงของรัฐบาล อย่างไรก็ตาม บทบาทของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินภายใต้กรอบความคิดว่าด้วย “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” โดยหลักแล้ว ก็มีผลเป็นเพียงการบังคับใช้กฎหมายกับเจ้าหน้าที่ในระดับผู้ใต้บังคับบัญชา ไม่ได้ก่อให้เกิดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในทางโครงสร้างอย่างมีนัยสำคัญแต่ประการใด ปัญหาดังกล่าวนำไปสู่แนวคิดในการปฏิรูประบบกฎหมายการคลังอีกครั้งในการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

๒.๑ ที่มาของการปฏิรูประบบกฎหมายการคลัง

ก่อนที่ ประเทศไทยจะมีการยกระดับรับรองกฎหมายการคลัง ไว้ในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หมวด ๘ “การเงิน การคลัง และงบประมาณ” ตั้งแต่มาตรา ๑๖๖ ถึงมาตรา ๑๗๐ ซึ่งเป็นหมวดที่ว่าด้วยการคลังแยกไว้ต่างหากเป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ ประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการคลังมาก่อนแล้ว เพียงแต่ส่วนมาก มักจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกันแค่ภายในในรัฐสภา สำนักงบประมาณ หรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกันงบประมาณ อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายการคลังยังไม่ใช่นโยบายที่เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลาย ระบบกฎหมายการคลังของประเทศไทยโดยหลักแล้วได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากหลักการพื้นฐานทางงบประมาณของกลุ่มประเทศยุโรป (Les principes budgétaires de l'Etat) ด้วยรูปแบบการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบตัวแทนในระบบรัฐสภา (Le régime parlementaire) ประเทศไทยนำเอาหลักการพื้นฐานทางการคลังของประเทศในกลุ่มภาคพื้นยุโรปโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันมาปรับใช้ เช่น หลักงบประมาณรายรับต้องมีลักษณะทั่วไป (Le principe d'universalité) หลักหนึ่งปีงบประมาณ (Le principe d'annualité) หลักงบประมาณรายจ่ายต้องมีลักษณะเฉพาะ (Le principe de spécialité) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของประเทศฝรั่งเศสและประเทศ

เยอรมัน^{๖๐} หลักการดังกล่าวปรากฏในรัฐธรรมนูญและกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. ๒๔๙๑ และพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๐๒ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยมีรูปแบบการปกครองแบบรัฐเดี่ยว ระบบกฎหมายการคลังจึงมีความคล้ายคลึงกับประเทศฝรั่งเศสมากกว่าประเทศเยอรมันซึ่งให้ความสำคัญกับการกระจายทรัพยากรไปยังมลรัฐต่าง ๆ และหลักประกันความเป็นอิสระทางการคลังท้องถิ่น ในขณะที่ระบบกฎหมายการคลังของไทยให้ความสำคัญกับรัฐบาลส่วนกลางซึ่งสอดคล้องกับเจตจำนงของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ ๕ ของประเทศฝรั่งเศส (รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับวันที่ ๔ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๕๘) ที่ยังคงมีลักษณะเป็นการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลาง^{๖๑} ความแตกต่างประการสำคัญ คือ ประเทศไทยยังไม่รับรองหลักความเป็นเอกภาพของงบประมาณ (Le principe d'unité) ที่เรียกร้องให้เอกสารงบประมาณแสดงให้เห็นถึงประมาณการรายรับและรายจ่ายเพื่อให้รัฐสภาพิจารณานุมัติพร้อมกันไปคราวเดียวเหมือนอย่างเช่นประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน^{๖๒} ตามหลักการพื้นฐานในทางประชาธิปไตยที่เรียกร้องให้การจัดเก็บรายได้และการจัดสรรรายจ่ายของรัฐต้องได้รับความยินยอมจากตัวแทนของประชาชน^{๖๓} การยกระดับรับรองหลักการพื้นฐานทางการเมืองเอาไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญในหมวดที่ ๘ ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงบทบาทและความสำคัญของกฎหมายการคลังที่มีเพิ่มมากขึ้นในประเทศไทยได้เป็นอย่างดี

ความเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญทางการเมืองการคลังมิได้ปรากฏอยู่แต่ในเฉพาะหมวดที่ ๘ แต่ปรากฏในหมวดที่ ๕ แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ ๗ แนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา ๘๔ ที่บัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้ (๑) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรม โดยอาศัยกลไกตลาด และสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบาทสำคัญที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค (๒) สนับสนุนให้มีการใช้หลักคุณธรรม จริยธรรม และหลักธรรมาภิบาล ควบคู่กับการประกอบกิจการ (๓) ควบคุมให้มีการรักษาวินัยการเงินการคลังเพื่อสนับสนุนเสถียรภาพและความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ...” เป็นการกล่าวถึงวินัยทางการเงินการคลัง

^{๖๐} Hugues Rabault, “Droit public financier allemand. Un aperçu comparatiste,” (Revue Française de Finances Publiques n° 155 - Septembre 2021 Souveraineté de l'État et financiarisation du droit), p. 197.

^{๖๑} Ibid, p. 184.

^{๖๒} Jean-Luc Albert, *Finances publiques*, (Daloz, 11e éd., 2019), p. 234.

^{๖๓} Matthieu Houser, *Les finances publiques aux concours*, (Document français, édition 2016), p. 8.

ในความหมายที่กำหนดให้ “รัฐ” ต้องเคารพและปฏิบัติตามเป็นครั้งแรกในประเทศไทย แตกต่างจากวินัยทางการคลังที่ปรากฏในมาตรา ๒๕๓ ที่บัญญัติว่า “คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน มีอำนาจหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน ให้คำปรึกษา แนะนำ และเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน และมีอำนาจแต่งตั้ง **คณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลัง** เป็นอิสระเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยการดำเนินการที่เกี่ยวกับวินัยทางการเงิน การคลัง และการงบประมาณ และให้คดีที่พิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลังในเรื่องดังกล่าวเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง” ที่เป็นกรอบในทางกฎหมายที่กำหนดให้ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ต้องปฏิบัติตามอันมีสาระสำคัญอย่างเดียวกับ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” ที่เคยปรากฏในมาตรา ๓๓๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ การปฏิรูปดังกล่าวนำมาสู่ประเด็นคำถามที่ตามมาว่า เหตุใดจึงต้องมีการกำหนดให้ “รัฐ” ต้องรักษาวินัยทางการคลัง วินัยทางการคลังตามมาตรา ๘๔ (๓) มีความหมายอย่างไร มีสถานะและสภาพบังคับในทางกฎหมายหรือไม่ อย่างไร

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มีเจตนารมณ์ที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การสร้างรัฐบาลที่เข้มแข็งเพื่อแก้ไขปัญหาความไม่มีเสถียรภาพของรัฐบาลในอดีต อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวถูกวิจารณ์ว่าเป็นระบบกฎหมายที่เอื้ออำนวยต่อการเข้าสู่และขยายอำนาจของนักการเมือง “ประชานิยม” ภายหลังการรัฐประหารในปี พ.ศ. ๒๕๔๙ ได้มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปราม “ระบอบทักษิณ” ให้หมดไปจากสังคมไทย ผลผลิตของการปฏิรูปดังกล่าวปรากฏเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ของประเทศไทย ผู้กำหนดกรอบรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเห็นว่า ระบบการตรวจสอบการจ่ายเงินแผ่นดินและกรอบวินัยทางงบประมาณและการคลังที่ออกแบบมาในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนไม่สามารถนำมาใช้แก้ไขปัญหาทางการคลังได้อย่างอิสระและมีประสิทธิภาพ จึงต้องมีการกำหนดบทบัญญัติหมวดการเงิน การคลัง และงบประมาณขึ้นมาเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ เพื่อไม่ให้รัฐบาลใช้จ่ายเงินอย่างไม่วินัย^{๖๔}

ศ.พิสิฐ ลี้อาธรรม อธิบายว่า เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาจากการดำเนินนโยบายประชานิยมที่นำไปสู่วิกฤติทางการคลังอย่างที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วในต่างประเทศหลายประเทศ จึงได้มีการเสนอให้มีการบัญญัติเรื่องการรักษาวินัยทางการคลังไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐^{๖๕} รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก

^{๖๔} สมคิด เลิศไพฑูรย์, “ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐,” (วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ ๕, ฉบับที่ ๓ (กันยายน - ธันวาคม ๒๕๕๐), สถาบันพระปกเกล้า), น. ๑๘.

^{๖๕} ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายเกี่ยวกับวินัยการเงินการคลังของรัฐ : วิธีการงบประมาณ และการตรวจเงินแผ่นดิน, (วิญญูชน, ๒๕๖๒), น. ๔๘.

ที่วางหลักให้รัฐต้องรักษาวินัยทางการคลัง ดังปรากฏในหมวดที่ ๕ “แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ” และยังได้กำหนดหมวดใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการคลังไว้เป็นพิเศษ ได้แก่ หมวด ๘ “การเงิน การคลัง และงบประมาณ” นอกจากนี้ ในหมวดที่ ๘ ยังมีการกำหนดให้มีกฎหมายการเงินการคลังของรัฐ เพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลัง ตามมาตรา ๑๖๗ วรรคสาม ซึ่งรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่จะให้กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายกลางที่ไปกำหนดรายละเอียดของวินัยทางการคลังที่รัฐต้องเคารพและปฏิบัติตาม

“วินัยการเงินการคลัง” ในหมวดที่ ๕ และหมวดที่ ๘ ของรัฐธรรมนูญ จึงเป็นวินัยทางการคลังที่ถูกสถาปนาขึ้นใหม่เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่เรื่องเดียวกับ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” ตามนัยของบทเฉพาะกาล มาตรา ๓๓๓ ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ “วินัยการเงินการคลัง” ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้มุ่งเน้นไปที่การควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งนโยบายของรัฐบาล ที่มีลักษณะเป็นนโยบายประชานิยมที่อาจนำมาซึ่งความเสียหายทางการคลังของประเทศ ในขณะที่ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” เป็นกลไกที่สามารถบังคับใช้ได้กับเพียงแค่เจ้าหน้าที่ในระดับ ปฏิบัติการเท่านั้น ไม่สามารถควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ในระดับนโยบายได้ เนื่องจากไม่ตกอยู่ ภายใต้กฎหมายดังกล่าวในฐานะที่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ในหมวดที่ ๘ ไม่ใช่บทบัญญัติ ที่ถูกกำหนดขึ้นมาใหม่ แต่เป็นบทบัญญัติที่เคยปรากฏอยู่แล้วในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ หมวด ๘ ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงเป็นเพียงการนำเอาบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคลัง มาจัดระเบียบรวบรวมให้อยู่ในหมวดเดียวกันแยกไว้ต่างหากเป็นการเฉพาะ จากเดิมที่เคยปรากฏ อย่างกระจัดกระจายตามหมวดต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหมวดที่ว่าด้วยรัฐสภา ในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีการพิจารณาอนุมัติงบประมาณ ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ หมวด ๘ การเงิน การคลัง งบประมาณ มาตรา ๑๖๖ ที่รับรองหลักความยินยอมในการจ่ายเงินงบประมาณโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Le principe du consentement) อันเป็นหลักการพื้นฐานที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากบัญญัติว่าด้วย สิทธิพื้นฐานของพลเมือง (Bill of Right)^{๖๖} และหลักหนึ่งปีงบประมาณที่กำหนดให้ประมาณการ รายจ่ายสามารถใช้ได้แค่เพียง ๑ ปี (Le principe d’annualité)^{๖๗} หรือมาตรา ๑๖๙ ที่วางหลัก ในเรื่องการเงินแผ่นดินที่กำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐสภาในการควบคุมการใช้จ่ายของรัฐ เคยปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ หมวด ๖ รัฐสภา ส่วนที่ ๕ บทที่ใช้แก่สภาทั้งสอง มาตรา ๑๗๙ และมาตรา ๑๘๑ ตามลำดับ เป็นต้น บทบัญญัติใหม่ที่เกิดขึ้น ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับนี้และเป็นบทบัญญัติที่สำคัญ ได้แก่ มาตรา ๑๖๗ วรรคสาม ที่กำหนดให้มีกฎหมายกลางกำหนดรายละเอียดของวินัยทางการคลัง และมาตรา ๑๗๐

^{๖๖} Stéphanie Damarey, *Finances publiques*, (Gualino Éditeur, 2e éd., 2008), p. 285.

^{๖๗} Franck Waseran, *supra* note 7., p. 26.

ที่เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เงินนอกงบประมาณ (Les dépenses hors budget) ซึ่งจะถูกนำมาใช้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีที่ ๓๔/๒๕๕๗ อันเป็นคดีที่มีความสำคัญกับระบบกฎหมายการคลังไทยเป็นอย่างมาก

ในส่วนของ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” ในความหมายตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญฉบับก่อนซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการคลังนั้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับรองไว้ในมาตรา ๒๕๓ ในนามของ “วินัยทางการเงินและการคลัง” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้กำหนดหมวดใหม่ขึ้นมา ได้แก่ หมวด ๑๑ องค์การตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งแบ่งออกเป็น ๒ ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ ๑ องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ และส่วนที่ ๒ องค์การอื่นตามรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงได้รับการรับรองอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรในฐานะองค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กำหนดไว้แต่เพียงว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ให้กระทำโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่เป็นอิสระและเป็นกลาง (มาตรา ๓๑๒) แต่ไม่ได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรว่าเป็นองค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญแต่ประการใด) และได้มีการแก้ไขปัญหาเรื่องความชอบธรรมตามหลักการแบ่งแยกอำนาจตามที่เคยกล่าวไว้แล้วข้างต้น โดยมาตรา ๒๕๓ บัญญัติว่ารับรองให้คณะกรรมการ **วินัยทางการเงินและการคลัง** มีความเป็นอิสระ ทำหน้าที่วินิจฉัยการดำเนินการที่เกี่ยวกับวินัยทางการเงิน การคลัง และการงบประมาณ และให้คดีที่พิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลังในเรื่องดังกล่าวเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง โดยไม่จำเป็นต้องนำเสนอให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินวินิจฉัยเหมือนอย่างในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนในฐานะองค์กรสูงสุด

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้จะได้มีการกล่าวถึง “การเงิน” เอาไว้เคียงคู่กับคำว่า “การคลัง” ไม่ว่าจะเป็น “การเงิน การคลัง และงบประมาณ” “วินัยการเงินการคลัง” หรือ “วินัยทางการเงินและการคลัง” แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าไม่มีความเกี่ยวข้องประการใดกับทฤษฎีการเงิน (La théorie quantitative de la monnaie) ซึ่งเป็นเรื่องของการควบคุมปริมาณเงินที่ประเทศมีอยู่ในระบบซึ่งจะส่งผลกระทบต่อภาคการผลิต ทฤษฎีการเงินอธิบายว่ารัฐบาลสามารถใช้ปริมาณเงินดังกล่าวเป็นเครื่องมือในทางเศรษฐกิจในการแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจของประเทศได้ โดยไม่จำเป็นต้องพึ่งพาเครื่องมืออื่น ๆ เช่น เครื่องมือทางการคลัง แต่อย่างใด^{๖๘} “วินัย” ที่หมวดที่ ๕ และหมวดที่ ๘ ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐต้องปฏิบัติตามจึงเป็นเรื่องในทาง “การคลัง” เท่านั้น

^{๖๘} Ministère de l'Économie et des Finances, “Grands noms et courants de l'économie : Milton Friedman,” available from : <https://www.economie.gouv.fr/facileco/milton-friedman>.

ส่วนเรื่อง “การเงิน” เป็นปัญหาที่อยู่ในความรับผิดชอบของธนาคารแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พุทธศักราช ๒๔๘๕

๒.๒ กรอบวินัยทางการเงินการคลังตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๕๐ : วินัยการเงินการคลังและวินัยทางการเงินและการคลัง

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้มีการบัญญัติถึง “วินัยการเงินการคลัง” ในหมวดที่ ๕ ส่วนที่ ๗ แนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ และในหมวดที่ ๘ การเงิน การคลัง และงบประมาณ และ “วินัยทางการเงินและการคลัง” ในหมวดที่ ๑๑ ส่วนที่ ๑ องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ จึงจำเป็นต้องศึกษาและพิจารณาว่ามีความเกี่ยวข้องถึงกันหรือไม่ อย่างไร และมีความสัมพันธ์อย่างไรกับ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

๒.๒.๑ วินัยการเงินการคลัง

เมื่อคำว่า “วินัยการเงินการคลัง” ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ไม่ได้มีการให้คำนิยามความหมายอย่างชัดเจน การทำความเข้าใจวินัยทางการเงินการคลังดังกล่าว จึงต้องทำการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักการพื้นฐานทางการเงินการคลังที่เป็นหลักสากลซึ่งใช้บังคับในต่างประเทศ เพื่อทำความเข้าใจบทกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับในประเทศไทย

(๑) วินัยทางการเงินการคลัง (อังกฤษ : Fiscal Discipline ; ฝรั่งเศส :

La discipline budgétaire)

ในการศึกษาวินัยทางการเงินการคลังในกฎหมายต่างประเทศ จำเป็นต้องเริ่มจากการศึกษาเหตุผลความเป็นมาของเรื่องเสียก่อน หลังจากนั้นจะทำการศึกษากฎหมายบ้านเมืองในต่างประเทศที่ใช้บังคับในปัจจุบัน รวมถึงการนำหลักการดังกล่าวมาใช้บังคับในทางปฏิบัติ

๑) ที่มาของวินัยทางการเงินการคลัง

เมื่อเปรียบเทียบกับพัฒนาการทางความคิดว่าด้วยการคลัง (หรือการคลังสาธารณะ) (อังกฤษ : Public finance ; ฝรั่งเศส : Finances Publiques) แล้ว กรอบวินัยทางการเงินการคลัง (อังกฤษ : Fiscal Discipline ; ฝรั่งเศส : La discipline budgétaire) เป็นคำที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่นานและมีความหมายที่คลุมเครือ มีการใช้ในบริบทและความหมายที่แตกต่างกันทำให้ยากที่จะให้คำนิยามความหมายที่แท้จริง รวมถึงการค้นหาคำนิยามและสภาพบังคับในทางกฎหมาย ในอดีต กรอบวินัยทางการเงินการคลังถูกนำมาใช้เฉพาะแต่ความหมายในทางเศรษฐศาสตร์ในฐานะที่เป็นกรอบที่รัฐพึงปฏิบัติเพื่อรักษาสมดุลทางการเงินการคลังที่ดี ตัวอย่างเช่น Richard A. Musgrave และ Peggy Boswell Musgrave ที่อธิบายกรอบวินัยทางการเงินการคลังในแง่ของสิ่งที่รัฐควรทำ ในทัศนะดังกล่าวรัฐควรรวบรวมรายได้ให้เพียงพอสำหรับค่าใช้จ่าย ไม่ควรมียืมเงินเป็นค่าใช้จ่ายเพราะจะสร้างภาระเพิ่มเติมให้กับผู้เสียภาษี

ในอนาคต^{๖๙} ต่อมาวินัยทางการคลังถูกอธิบายในฐานะที่เป็นกรอบในทางกฎหมายมากขึ้นเรื่อย ๆ เช่น John Mikesell อธิบายว่ากรอบวินัยทางการคลังทำหน้าที่ในการจำกัดการใช้จ่ายสาธารณะ และตรวจสอบให้แน่ใจว่ามีการใช้งบประมาณที่ตราไว้และการรายงานทางการเงินนั้นอย่างถูกต้อง และรักษาไว้ซึ่งความถูกต้องตามกฎหมายของการใช้จ่ายของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นการควบคุม ตรวจสอบในทางกฎหมาย^{๗๐} John Mikesell เห็นว่าการควบคุมตรวจสอบส่วนใหญ่แล้ว จะเป็นเรื่องของ การควบคุมตรวจสอบการจ่ายเงินว่าเป็นไปตามเจตนารมณ์ตามที่กฎหมายกำหนด หรือไม่ นอกจากนี้ John Mikesell ยังได้กล่าวถึงวินัยทางการคลังในเชิงเศรษฐศาสตร์ เช่น การพิจารณาว่าการจัดสรรเงินงบประมาณเป็นไปตามความต้องการสาธารณะหรือไม่ การใช้จ่ายเงินแผ่นดินเป็นไปตามความต้องการของหน่วยงานของรัฐหรือไม่ การมีวินัยทางการคลัง ที่ดีย่อมมีประโยชน์กว่าการแก้ไขปัญหาในภายหลัง^{๗๑} ในทัศนะของ Yilin Hou วินัยทางการคลัง คือ ความสามารถของรัฐบาลในการบริหารทางการคลังในปัจจุบันและเสถียรภาพทางการคลัง ในระยะยาว โดยจำเป็นต้องมีการวางแผนการใช้จ่ายงบประมาณในระยะยาวและจะต้องมีกลไกอื่น ๆ ในการรักษาเสถียรภาพและความยั่งยืนทางการคลัง เช่น การประมาณการรายรับและรายจ่าย การประเมินผลกระทบทางการคลังของนโยบายหรือการดำเนินโครงการต่าง ๆ ของรัฐบาล หรือการบริหารหนี้สาธารณะ เป็นต้น^{๗๒} จะเห็นได้ว่า “วินัยทางการคลัง” (La discipline budgétaire) เป็นประเด็นปัญหาทางการคลังที่ว่าด้วยความสามารถในการจัดการงบประมาณที่ดี (Fiscal discipline) ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางการเงินการคลัง (Fiscal Responsibility Law: FRL)^{๗๓} เป็นคำถามที่ถามว่าอะไรคือตัวบ่งชี้ที่ดีที่สุดของการจัดการ ทางการคลังสาธารณะที่ดี งบประมาณส่วนใดที่ควรถูกควบคุมภายใต้กฎ และงบประมาณส่วนใด ที่ควรได้รับอนุญาตให้มีการดำเนินการได้อย่างอิสระ^{๗๔} วินัยทางการคลังจึงเป็นกรอบ

^{๖๙} Richard A. Musgrave and Peggy Boswell Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, (Limited Signed Edition McGraw Hill Higher Education, 5^e éd., 1989), p. 101.

^{๗๐} John Mikesell, *Fiscal Administration : Analysis and applications for the public sector*, (Cengage Learning, 10^e éd., 2017), p. 66.

^{๗๑} *Ibid.*

^{๗๒} Yilin Hou, “Fiscal Discipline as a Capacity Measure of Financial Management by Sub national Governments,” (L’Administration publique Face aux défis de l’Inégalité et de l’Exclusion Miami (Etats-Unis), 14 - 18 Septembre 2003, Association internationale des écoles et instituts d’administration), p. 4.

^{๗๓} ภัทรวรินทร์ บุญชู, “ปัญหาการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐ ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา, ๒๕๕๐, น. ๘๐ - ๘๑).

^{๗๔} Amélie Barbier-Gauchard, “La discipline budgétaire dans la zone euro : enjeux et perspectives,” (Bulletin de l’observatoire des politiques économiques théoriques

ในเศรษฐศาสตร์การเมืองและยังสามารถได้รับอิทธิพลจากนโยบายทางการเมืองของพรรคการเมืองหรือรัฐบาล^{๗๕} เช่น ในกรณีที่รัฐบาลต้องการกระตุ้นเศรษฐกิจผ่านการลงทุนในเชิงโครงสร้าง เพดานหนี้สาธารณะอาจถูกกำหนดไว้สูงกว่าช่วงเวลาปกติ เป็นต้น

๒) สถานะทางกฎหมายของวินัยทางการคลัง

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกรอบวินัยทางการคลัง สภาพบังคับของวินัยทางการคลังจะเป็นอย่างไรนั้น ขึ้นอยู่กับสถานะในทางกฎหมายของวินัยทางการคลัง

๒.๑) วินัยทางการคลังที่มีสถานะทางกฎหมายในระดับ

รัฐธรรมนูญ

ในประเทศฝรั่งเศส ได้มีการรับรองหลักการพื้นฐานทางการคลังไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่รับรองหลักการดังกล่าวว่ามีคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญ และยังรวมถึงหลักการพื้นฐานอื่น ๆ ที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับแม้จะไม่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า “กลุ่มกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ในระดับรัฐธรรมนูญ (Le bloc de constitutionnalité)” ดังนั้น ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนไม่เคารพต่อหลักกฎหมายการคลังที่ประเทศฝรั่งเศสรับรองไว้ในระดับรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะทำการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งรวมไปถึงร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยงบประมาณ ทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีการตีความและยืนยันค่าทางกฎหมายของหลักกฎหมายการคลังต่าง ๆ ตั้งแต่มีการบังคับใช้รัฐกำหนดว่าด้วยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยรัฐบัญญัติงบประมาณ ค.ศ. ๑๙๕๙ (L’ordonnance n° 59 - 2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances) มาจนถึงปัจจุบันที่มีการใช้รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยรัฐบัญญัติงบประมาณ ค.ศ. ๒๐๐๑ (La loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1er août 2001) ยกตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๗๙ - ๑๑๐ ลงวันที่ ๒๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๗๙ (La décision n° 79-110 DC du 24 décembre 1979) ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติงบประมาณประจำปีงบประมาณ ค.ศ. ๑๙๘๐ ได้ยืนยันว่า การรักษาดุลทางเศรษฐกิจและการคลัง (L’équilibre économique et financier) เป็นหลักที่มีคุณค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกระบวนการอนุมัติงบประมาณของรัฐสภาไว้ในคำวินิจฉัยที่ ๙๒ - ๓๐๙ ลงวันที่ ๙ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๙๒ (La décision n° 92-309 DC du 9 juin 1992) ว่าการพิจารณา

et appliquées de l’université de Strasbourg, Bureau d’économie théorique et appliquée (BETA), n° 39 Hiver 2018), p. 9.

^{๗๕} Yuliya Kasperskaya et Ramon Xifré, “Fiscal discipline and budgetary analytical capacity : The case of the euro area,” 1 July 2020, available from : <https://voxeu.org/article/fiscal-discipline-and-budgetary-analytical-capacity-euro-area>.

ส่วนที่สองของร่างรัฐบัญญัติงบประมาณประจำปีที่ว่าด้วยรายจ่ายของรัฐจะทำได้ก็ต่อเมื่อต้องมีการพิจารณาและอนุมัติบทบัญญัติต่าง ๆ ในส่วนที่หนึ่งที่ว่าด้วยรายรับของรัฐเสียก่อน เพราะการพิจารณาตุลของงบประมาณจะอยู่ในส่วนที่หนึ่ง การที่สภาผู้แทนราษฎรยังพิจารณาส่วนที่หนึ่งไม่แล้วเสร็จและยังไม่มีมติส่วนที่หนึ่งแต่ข้ามไปพิจารณาในส่วนที่สอง จึงขัดกับมาตรา ๑ มาตรา ๒ และมาตรา ๔๐ ของรัฐกำหนดว่าด้วยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยรัฐบัญญัติงบประมาณ ค.ศ. ๑๙๕๙ และขัดกับที่บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการให้พิจารณาส่วนว่าด้วยรายรับก่อนที่จะพิจารณารายจ่ายเพื่อพิจารณาตุลของงบประมาณซึ่งเป็นเรื่องที่สำคัญที่จะกระทบต่อการรักษาตุลทางเศรษฐกิจและการคลัง ทั้งนี้ ในการวินิจฉัยว่าหลักกฎหมายทางการคลังมีค่าบังคับระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายและพึงระวังที่จะต้องยึดโยงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ นอกจากหลักการรักษาตุลทางเศรษฐกิจและการคลังแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้ยืนยันค่าบังคับของ **หลักความสุจริตทางงบประมาณหรือหลักความถูกต้องตรงไปตรงมาของงบประมาณ (Le principe de sincérité du budget)** ว่ามีค่าบังคับเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญในหลายคำวินิจฉัยด้วยกัน เช่น คำวินิจฉัยที่ ๙๔ - ๓๕๑ ลงวันที่ ๒๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๙๔ และคำวินิจฉัยที่ ๒๐๐๑ - ๔๕๖ ลงวันที่ ๒๗ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๑ เป็นต้น ก่อนที่จะมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส^{๗๖}

หลักความสุจริตทางงบประมาณเรียกร้องให้งบประมาณของรัฐและบัญชีภาครัฐจะต้องแสดงข้อมูลรายรับและรายจ่ายของรัฐที่ถูกต้องและเป็นจริง ทั้งนี้ หลักดังกล่าวนอกจากจะมีผลต่อบัญชีภาครัฐที่ต้องแสดงข้อมูลที่ถูกต้องและสุจริตแสดงให้เห็นถึงผลการดำเนินงานทรัพย์สินและสถานะทางการเงินของหน่วยงานภาครัฐอย่างตรงไปตรงมาแล้ว หลักดังกล่าวยังมีผลให้ร่างรัฐบัญญัติงบประมาณที่เสนอต่อรัฐสภาพิจารณาและอนุมัติจะต้องไม่มีการนำเสนอข้อมูลที่ผิดพลาดอย่างชัดเจน (Une erreur manifeste) ซึ่งจะส่งผลต่อการตัดสินใจในการอนุมัติงบประมาณของรัฐสภา ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูประบบงบประมาณ หลักตุลภาพทางเศรษฐกิจและการคลังและหลักความสุจริตทางงบประมาณก็ได้ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยรัฐบัญญัติงบประมาณปี ค.ศ. ๒๐๐๑ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ด้วยแต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักการเหล่านี้จะมีบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังคงมีบทบาทสำคัญในการตีความตัวบทกฎหมายและค่าบังคับทางกฎหมายของหลักกฎหมายทางการคลังต่าง ๆ ในปัจจุบัน^{๗๗}

^{๗๖} สุปรียา แก้วละเอียต, *กฎหมายงบประมาณของต่างประเทศ : ข้อคิดและประสบการณ์ของประเทศสหรัฐและประเทศฝรั่งเศส*, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๐), น. ๑๔๕ - ๑๔๗.

^{๗๗} เฟิงอ้าง.

๒.๒) วินัยทางการคลังที่มีสถานะทางกฎหมายในระดับ

กฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจากจะมีสถานะในทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว กรอบวินัยทางการคลังยังมีสถานะในทางกฎหมายเป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเช่นเดียวกัน ในสหภาพยุโรปมีการตราสนธิสัญญามาสทริชต์ (Le traité de Maastricht) ลงนามเมื่อวันที่ ๗ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๙๒ ที่เมืองมาสทริชต์ (Maastricht) ประเทศเนเธอร์แลนด์ อันมีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายระหว่างรัฐสมาชิกหลายประการ หนึ่งในกรณียุทธศาสตร์สำคัญคือการสร้างกรอบวินัยทางการคลังเพื่อใช้บังคับร่วมกันระหว่างรัฐสมาชิก ข้อ 104 C 1. ของสนธิสัญญานี้ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกหลีกเลี่ยงการขาดดุลงบประมาณในจำนวนที่สูงเกินไป (Déficits excessifs) และได้มีการออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการขาดดุลงบประมาณ (รายรับสาธารณะมากกว่ารายจ่ายสาธารณะ) ที่สูงเกินไป (Protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs) เพื่ออธิบายขยายความว่าการขาดดุลงบประมาณในจำนวนที่สูงเกินไปนั้นมีลักษณะอย่างไร ซึ่งในข้อที่ 1 ของข้อกำหนดดังกล่าวได้กำหนดว่าการขาดดุลงบประมาณในจำนวนที่สูงเกินไปตามข้อ 104 C 1. ของสนธิสัญญามาสทริชต์ หมายถึง งบประมาณจะต้องไม่ขาดดุลเกินกว่าร้อยละ ๓ ของ ผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (Gross domestic product (GDP)) และหนี้สาธารณะจะต้องไม่เกินกว่าร้อยละ ๖๐ ของ GDP^{๗๘} อย่างไรก็ตาม กรอบวินัยดังกล่าวมีความไม่ชัดเจนและไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ ใน ค.ศ. ๑๙๙๗ จึงได้มีการออกความตกลงว่าด้วยความยั่งยืนและการเติบโตทางเศรษฐกิจ (Le Pacte de stabilité et de croissance (PSC)) ในสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม (Le Traité d'Amsterdam) ณ เมืองอัมสเตอร์ดัม (Amsterdam) ประเทศเนเธอร์แลนด์ ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. ๑๙๙๗ กำหนดรายละเอียดและข้อยกเว้นต่าง ๆ ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เช่น กำหนดให้มีกรณีพิเศษที่อาจยอมรับให้มีการขาดดุลงบประมาณเกินกว่าร้อยละ ๓ ของ GDP โดย คณะกรรมาธิการยุโรป (La Commission européenne) จะต้องส่งคำเตือนไปยังรัฐสมาชิกก่อน และรายงานไปยังสภากิจการทางเศรษฐกิจและการคลัง (Le Conseil pour les affaires économiques et financières) เพื่อส่งคำแนะนำไปยังรัฐสมาชิกที่มีการขาดดุลงบประมาณที่สูงเกินไป

^{๗๘} Traité sur l'union européenne

Article 104 C 1. Les États membres évitent les déficits publics excessifs.

PROTOCOLE sur la procédure concernant les déficits excessifs

Article 1 Les valeurs de référence visées à l'article 104 C paragraphe 2 du traité sont les suivantes: - 3 % pour le rapport entre le déficit public prévu ou effectif et le produit intérieur brut aux prix du marché; - 60 % pour le rapport entre la dette publique et le produit intérieur brut aux prix du marché.

หากไม่สามารถดำเนินการแก้ไขได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดก็อาจจะถูกปรับเป็นจำนวนเงินตั้งแต่ร้อยละ ๐.๒ ถึงร้อยละ ๐.๕ ของ GDP^{๗๙}

อย่างไรก็ตาม หลายประเทศภาคีสมาชิกก็ยังไม่สามารถปฏิบัติตามกรอบวินัยทางการคลังได้ เช่น ประเทศเยอรมันถูกเตือน ในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ หรือประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. ๒๐๐๓^{๘๐} ภายหลังจากวิกฤติเศรษฐกิจในปี ค.ศ. ๒๐๑๑ ก็ได้มีการปฏิรูปอีกครั้ง มีการออก “กฎทองทางงบประมาณ (Le « Règle d'or » budgétaire)” ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยความมั่นคง การทำงานร่วมกัน และธรรมาภิบาล (Le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG)) ซึ่งได้รับการรับรองเมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๒ ณ เมืองบรัสเซลส์ (Bruxelles) ประเทศเบลเยียม และลงนามเมื่อวันที่ ๒ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๒ โดยประมุขแห่งรัฐและรัฐบาล โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๓ ประเทศฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันสนธิสัญญาดังกล่าวผ่านการตรารัฐบัญญัติที่ ๒๐๑๒ - ๑๑๗๑ ลงวันที่ ๒๒ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๒ (La loi n° 2012 - 1171 du 22 octobre 2012 autorisant la ratification du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire) วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานี้ปรากฏในข้อ ๑ ของสนธิสัญญา บัญญัติว่า “ตามสนธิสัญญานี้ รัฐภาคีตกลงในฐานะประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปที่จะเสริมสร้างเสาหลักทางเศรษฐกิจของสหภาพเศรษฐกิจและการเงิน โดยการประกาศใช้ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมวินัยทางการคลังผ่านข้อตกลงทางการคลัง เพื่อเสริมสร้างการประสานนโยบายทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ และเพื่อปรับปรุงธรรมาภิบาลของเขตยูโร และเพื่อสนับสนุนการบรรลุวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรปในการพัฒนาอย่างยั่งยืน การจ้างงาน ความสามารถในการแข่งขัน และความสามัคคีทางสังคม”^{๘๑} อาจกล่าวได้ว่าสนธิสัญญานี้เป็นกฎหมายแม่บทที่มีเป้าหมายหลักในการนำประเทศสมาชิกไปสู่การมีวินัยทางการคลังที่ดี ทั้งนี้ กฎทองทางงบประมาณ (Le « Règle d'or » budgétaire) ปรากฏในข้อ ๓ ของ TSCG

^{๗๙} Marion Gaillard, *L'Union européenne. Institutions et politiques*, (Documentation française, 2018), p. 194 - 198.

^{๘๐} สำนักนโยบายการคลัง สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, “รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การศึกษา วินัยทางการคลังของประเทศไทย (อดีตสู่ปัจจุบัน) และแนวทางในการเสริมสร้างวินัยทางการคลังตามหลักสากล,” (กันยายน ๒๕๕๑), น. ๓๐ (บทที่ ๓ - ๒).

^{๘๑} Par le présent traité, les parties contractantes conviennent, en tant qu'États membres de l'Union européenne, de renforcer le pilier économique de l'Union économique et monétaire en adoptant un ensemble de règles destinées à favoriser la discipline budgétaire au moyen d'un pacte budgétaire, à renforcer la coordination de leurs politiques économiques et à améliorer la gouvernance de la zone euro, en soutenant ainsi la réalisation des objectifs de l'Union européenne en matière de croissance durable, d'emploi, de compétitivité et de cohésion sociale.

โดยหลักแล้วเป็นกรอบวินัยทางการคลังที่กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามเพื่อเสถียรภาพทางการคลัง เช่น ข้อ 3.1 a) กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องรักษาระดับงบประมาณให้อยู่ในงบประมาณสมดุล (รายรับเท่ากับรายจ่าย) หรืองบประมาณเกินดุล (รายรับมากกว่ารายจ่าย) อย่างไรก็ตามเมื่อสาระสำคัญของสนธิสัญญาฉบับนี้เป็นเรื่องในทางเศรษฐกิจ กฎหมายจึงไม่ได้มีความเคร่งครัดมากนัก ตัวอย่างเช่นที่ปรากฏใน ข้อ 3.1 b) และข้อ 3.1 d) กล่าวคือ ข้อ 3.1 b) ได้กำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติมว่าในกรณีที่มียอดขาดดุลในเชิงโครงสร้าง (Un déficit structurel)^{๘๒} ไม่เกินร้อยละ ๐.๕ ของ GDP แต่เป็นไปตามเป้าหมายทางการคลังระยะปานกลางของแต่ละประเทศ (L'objectif à moyen terme spécifique à chaque pays) ตามที่สนธิสัญญากำหนดก็ให้ถือว่างบประมาณสมดุลหรือเกินดุลตามข้อ a) โดยมีเงื่อนไขว่ารัฐสมาชิกจะต้องทำให้งบประมาณสมดุลหรือเกินดุลอย่างรวดเร็วเพื่อให้บรรลุเป้าหมายทางการคลังระยะปานกลางและจะต้องเสนอแผนการดำเนินงานให้แก่คณะกรรมการยุโรป (La Commission européenne) โดยคำนึงถึงความเสี่ยงที่จะส่งผลกระทบต่อความยั่งยืนทางการเงินในแต่ละประเทศ (des risques qui pèsent sur la soutenabilité des finances publiques de chaque pays) และ ข้อ 3.1 d) ได้กำหนดว่า ในกรณีที่หนี้สาธารณะต่ำกว่าร้อยละ ๖๐ ของ GDP และมีความเสี่ยงด้านความยั่งยืนทางการเงินในระยะยาวในระดับต่ำ กรอบในการขาดดุลงบประมาณในเชิงโครงสร้างอาจขยายไปได้จากร้อยละ ๐.๕ ตามข้อ 3.1 b) เป็นขาดดุลงบประมาณในเชิงโครงสร้างไม่เกินร้อยละ ๑ ต่อ GDP เป็นต้น

ในทางปฏิบัติ เนื่องจากกรอบวินัยทางการคลังในลักษณะดังกล่าวเป็นเรื่องในทางเศรษฐศาสตร์ ย่อมเปลี่ยนแปลงได้ตามสภาพของเรื่องในแต่ละยุคสมัย ในกรณีที่มีสถานการณ์พิเศษเกิดขึ้น ทำให้กรอบวินัยทางการคลังมีความไม่สอดคล้องกับความจำเป็นในการดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงในปัจจุบัน กรอบวินัยทางการคลังย่อมถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ให้มีความเหมาะสม ตัวอย่างเช่น เมื่อเกิดวิกฤติทางเศรษฐกิจจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโควิด ๑๙ ความตกลงฉบับนี้จึงถูกระงับการใช้งานชั่วคราวตั้งแต่วันที่ ๑ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๒๐ เพื่อให้ประเทศสมาชิกมีความผ่อนคลายมาตรการการใช้จ่ายงบประมาณเพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤติสุขภาพของแต่ละประเทศ^{๘๓}

^{๘๒} หมายถึง การขาดดุลงบประมาณโดยพิจารณาจากประมาณรายรับและประมาณการรายจ่ายโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบของ “สถานการณ์” ทางเศรษฐกิจที่มีผลต่อสถานการณ์ทางการคลัง เช่น วิกฤติโควิด ๑๙ แต่จะคำนึงถึงแนวโน้มระยะยาวเท่านั้น (เชิงโครงสร้าง) เช่น การชราภาพ การเกษียณอายุราชการ เป็นต้น.

^{๘๓} Vie-publique, “Qu'est-ce que le Pacte de stabilité et de croissance (PSC) ? », (Vie-publique, 31 mars 2021),” available from : <https://www.vie-publique.fr/fiches/21801-quest-ce-que-le-pacte-de-stabilite-et-de-croissance-psc>.

ในกรณีที่รัฐสมาชิกฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสภาพบังคับของสนธิสัญญาย่อมเป็นเรื่องของความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ไม่ใช่กรณีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่อยู่ภายใต้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแต่ประการใด แต่เป็นเรื่องที่คณะกรรมการการยุโรป (La Commission européenne) จะต้องเสนอรายงานไปยังสภาทางการเงินยุโรป (Le Conseil européen des finances Ministres (Le Conseil Ecofin)) หรือนำเรื่องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (La Cour de justice de l'Union européenne) แล้วแต่กรณี แต่จะไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิกแต่ประการใด^{๘๔} อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสอาจพิจารณาได้ว่าร่างรัฐบัญญัติงบประมาณประจำปีที่ขาดดุลงบประมาณตามข้อ 3.1 a) ของ TSCG ขัดต่อหลักการรักษาดุลทางเศรษฐกิจและการคลัง (L'équilibre économique et financier) ที่ถูกรับรองไว้ในกลุ่มกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ในระดับรัฐธรรมนูญ (Le bloc de constitutionnalité) ตามนัยของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ๗๙ - ๑๑๐ ลงวันที่ ๒๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๗๙ ที่ได้กล่าวมาข้างต้น

(๒) วินัยการเงินการคลังตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช ๒๕๕๐

๑) สถานะทางกฎหมายของวินัยการเงินการคลัง

หมวดที่ ๕ แผนนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ ๗ แผนนโยบายด้านเศรษฐกิจ มาตรา ๘๔ บัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแผนนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้... (๓) ควบคุมให้มีการรักษาวินัยการเงินการคลังเพื่อสนับสนุนเสถียรภาพและความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ...” หมวดที่ ๘ การเงิน การคลัง และงบประมาณ มาตรา ๑๖๗ วรรคสาม บัญญัติว่า “ให้มีกฎหมายการเงินการคลังของรัฐเพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลัง ซึ่งรวมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวางแผนการเงินระยะปานกลาง การจัดการรายได้ การกำหนดแนวทางในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การบริหารการเงินและทรัพย์สิน การบัญชี กองทุนสาธารณะ การก่อหนี้หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินหรือภาระทางการเงินของรัฐ หลักเกณฑ์การกำหนดวงเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น และการอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะต้องใช้เป็นกรอบในการจัดการรายได้ กำกับการใช้จ่ายเงินตามหลักการรักษาเสถียรภาพ พัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน และความเป็นธรรมในสังคม” อาจกล่าวได้ว่า มาตรา ๑๖๗ วรรคสาม เป็นมาตราที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการคลังที่มีบทบาทสำคัญมากที่สุดในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้มีการอธิบายรายละเอียดถึงลักษณะของกฎหมายการเงินการคลังของรัฐที่จะต้องตราขึ้นบังคับใช้ในภายหลัง และเนื้อความดังกล่าว

Maxime Biosse Duplan, “Coronavirus : la Commission suspend les règles budgétaires de l'UE,” (Euronews, 20 mars 2020), available from : <https://fr.euronews.com/2020/03/20/coronavirus-la-commission-suspend-les-regles-budgetaires-de-l-ue>.

^{๘๔} Raymond Muzellec et Mathieu Conan, *supra* note 28, pp. 53 - 54.

จะถูกศาลรัฐธรรมนูญนำมาใช้ในการตีความหาความหมายของวินัยทางการคลังเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายในคำพิพากษาที่ ๓ - ๔/๒๕๕๗ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

ถึงแม้ว่าร่างกฎหมายดังกล่าวจะไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา แต่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของร่างกฎหมายนี้ กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลัง พ.ศ. ... ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ ๒๙๒/๒๕๕๗ แล้ว จะเห็นได้ว่า “วินัยการเงินการคลัง” ตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง วินัยทางการคลังที่เป็นกรอบในทางเศรษฐศาสตร์ เป็นกรอบวินัยทางการคลังที่กำหนดให้รัฐต้องเคารพและปฏิบัติตามเพื่อความมีเสถียรภาพทางการเงินการคลัง และเมื่อโดยเนื้อหาของเรื่องเป็นกฎเกณฑ์ในทางเศรษฐศาสตร์ หากรัฐสภาหรือรัฐบาลฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม ก็เป็นเพียงความรับผิดชอบในทางการเมือง ไม่ใช่ความรับผิดชอบที่อาจนำมาฟ้องร้องขอให้ศาลพิพากษาลงโทษหรือพิพากษาบังคับการให้เป็นไปตามกรอบวินัยการเงินการคลังแต่ประการใด ตัวอย่างเช่น การควบคุมตรวจสอบโครงการตามนโยบายของรัฐบาล ว่ามีลักษณะที่เป็นนโยบาย “ประชานิยม” ที่อาจนำมาซึ่งความเสียหายทางการเงินการคลังของประเทศในระยะยาวหรือไม่

ร่างมาตรา ๙ บัญญัติว่า

“การดำเนินกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการตามนโยบายของรัฐบาลที่ก่อให้เกิดภาระทางการเงินในอนาคตหรือผูกพันการตั้งงบประมาณรายจ่ายมากกว่าหนึ่งปีงบประมาณ ให้หน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการจัดทำแผนการบริหารจัดการกิจกรรม มาตรการหรือโครงการ และประมาณการรายจ่าย พร้อมแหล่งเงินที่ใช้ตลอดระยะเวลาดำเนินการต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาอนุมัติ

ในการพิจารณาอนุมัติกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการตามวรรคหนึ่ง ให้คณะรัฐมนตรีคำนึงถึงความจำเป็นเร่งด่วน ประโยชน์ที่ได้รับ และภาระทางการเงินการคลังที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย”

ร่างมาตรา ๑๐ บัญญัติว่า

“ในการมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจดำเนินกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการตามนโยบายของรัฐบาลเป็นพิเศษนอกเหนือจากภารกิจตามปกติของหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจนั้น รัฐต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงภาระทางการเงินการคลังที่อาจเกิดขึ้นทั้งในปัจจุบันและในอนาคต ผลกระทบต่อการดำเนินของหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจนั้น และแนวทางการบริหารจัดการภาระทางการเงินการคลังและผลกระทบจากการดำเนินการดังกล่าว

ให้หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายตามวรรคหนึ่ง จัดทำบัญชีสำหรับการดำเนินกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการที่ได้รับมอบหมายเป็นพิเศษแตกต่างหากจากบัญชีการดำเนินงานทั่วไป พร้อมทั้งเสนอรายงานผลการดำเนินการตามที่ได้รับมอบหมายและผลสัมฤทธิ์ต่อรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรี และเปิดเผย

ให้สาธารณชนทราบ ทั้งนี้ ในกรณีที่การดำเนินการดังกล่าวก่อให้เกิดภาระทางการเงินแก่หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายให้รัฐตั้งงบประมาณรายจ่ายให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจนั้นตามภาระทางการเงินที่เกิดขึ้น”

จะเห็นได้ว่าร่างมาตรา ๙ และมาตรา ๑๐ โดยแท้จริงแล้ว เป็นการกำหนดให้รัฐต้องทำการศึกษาและดำเนินการทางการเงินอย่างรอบคอบ เพื่อป้องกันมิให้เกิดภาระทางการเงินที่อาจเกิดขึ้นในระยะยาว และจะต้องรายงานผลการดำเนินการต่าง ๆ ต่อสาธารณะ ซึ่งเป็นเพียงการบังคับการในทาง “รูปแบบ” ให้รัฐต้องปฏิบัติตาม แต่หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม จะไม่มีบทลงโทษใด ๆ ในทางกฎหมาย เป็นความรับผิดชอบในทางการเมืองตามระบอบเสรีประชาธิปไตย ในความหมายดังกล่าวตรงกับคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร. จรัส สุวรรณมาลา ที่ให้คำนิยามว่า “วินัยทางการเงินการคลัง” หมายถึง สภาวะการมีดุลยภาพระหว่างรายได้และรายจ่าย โดยการควบคุมดูแลให้รายจ่ายสาธารณะ และภาระผูกพันทางการเงินของรัฐบาล ทั้งในปัจจุบันและในอนาคตอยู่ในระดับที่สมดุล หรือไม่เกินขีดความสามารถในการจัดหารายได้ของรัฐบาล หรือเท่ากับขีดความสามารถในการรับภาระภาษี และค่าบริหารของประชาชนพลเมืองในช่วงเวลานั้น ๆ^{๘๕} ^{๘๖} และคำอธิบายของปัทมา เอียวริศวิทย์สกุล ที่ให้คำนิยามว่า “กรอบวินัยทางการเงินการคลัง (Fiscal Discipline)” หมายถึง ระเบียบแบบแผนที่ใช้กำกับการจัดการการเงิน การคลัง และงบประมาณแผ่นดินของประเทศ ทั้งในเรื่องการใช้จ่ายของภาครัฐ การจัดสรรและใช้จ่ายงบประมาณอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ การหารายได้ที่เพียงพอกับรายจ่าย การรักษาเงินคงคลังให้อยู่ในระดับที่เหมาะสม และการบริหารหนี้สาธารณะให้อยู่ในระดับที่สามารถใช้คืนได้ และไม่เป็นภาระต่องบประมาณในอนาคต^{๘๗} ^{๘๘} “วินัยการเงินการคลัง” ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงมีความหมายอย่างเดียวกันกับ “วินัยทางการเงินการคลัง” (อังกฤษ : Fiscal Discipline ; ฝรั่งเศส : La discipline budgétaire) ซึ่งไม่ใช่วินัยทางการเงินการคลังในความหมายอย่างเดียวกับ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” (La discipline budgétaire et financière) ที่เป็นแนวคิดในการควบคุมตรวจสอบพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐทางการเงินการคลังโดยศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศส (La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF)) กรอบวินัยทางการเงินการคลังของไทยตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายวินัยทางการเงินการคลังได้กำหนดกรอบกว้าง ๆ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น ๒ ลักษณะ ได้แก่ (๑) กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปแบบ ขั้นตอน หรือแนวทางปฏิบัติในการสร้างความโปร่งใส

^{๘๕} จรัส สุวรรณมาลา, ระบบงบประมาณและการจัดการแบบมุ่งผลสำเร็จในภาครัฐ: ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองยุคใหม่, (กรุงเทพมหานคร : ธนธการพิมพ์, ๒๕๔๖), น. ๓๐.

^{๘๖} เน้นข้อความโดยผู้เขียน

^{๘๗} ปัทมา เอียวริศวิทย์สกุล, “การดำเนินนโยบายเศรษฐกิจมหภาคภายใต้บริบทกฎหมายการเงินการคลังใหม่ : กรณีศึกษาช่วงวัฏจักรเศรษฐกิจขาลงและภาวะวิกฤตเศรษฐกิจของไทย,” (วิทยาลัยยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, ๒๕๕๒), น. ๖๘.

^{๘๘} เน้นข้อความโดยผู้เขียน

และความรับผิดชอบทางการคลัง (๒) กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นตัวชี้วัดที่เป็นตัวเลข (Numerical Indicators) ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางการคลัง (Fiscal Responsibility Laws) ซึ่งจัดทำขึ้นโดยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund (IMF)) ในปี ค.ศ. ๒๐๐๗^{๘๙} โดยมีเจตนารมณ์เพื่อที่จะให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวมีสถานะเป็นกรอบวินัยทางการคลังที่ดีที่รัฐพึงปฏิบัติ (BEST Practice)^{๙๐} เห็นได้ว่ากรอบวินัยทางการคลังตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากข้อความคิดว่าด้วย Fiscal Rule หรือ Fiscal Discipline ไม่ว่าจะมาจากข้อเสนอแนะขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD))^{๙๑} หรือ Fiscal Responsibility Law ของ IMF^{๙๒} หรือกรอบความยั่งยืนทางการคลัง (Fiscal Sustainability Framework) และวินัยทางการคลัง (La discipline budgétaire) ในความหมายของสนธิสัญญามาสทริชต์ (Le Traité de Maastricht) ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นกรอบในทางเศรษฐศาสตร์ที่โดยหลักแล้วมีสภาพบังคับในทางกฎหมาย

๒) ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลัง พ.ศ. ... ที่ผ่าน การพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ ๒๙๒/๒๕๕๗

ถึงแม้ว่าร่างกฎหมายฉบับนี้จะไม่ผ่านการพิจารณาอนุมัติของรัฐบาล การศึกษาร่างกฎหมายดังกล่าวก็ช่วยให้เข้าใจความหมายของวินัยทางการคลังที่ปรากฏในหมวด ๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่จะให้มีกฎหมายการเงินการคลังเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับวินัยทางการคลัง^{๙๓} หลักการที่สำคัญของร่างพระราชบัญญัตินี้ คือ เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวางแผนการเงินระยะปานกลาง การจัดการรายได้ การกำหนดแนวทางในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การบริหารการเงินและทรัพย์สิน การบัญชี กองทุนสาธารณะ การก่อหนี้ หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินหรือภาระทางการเงินของรัฐ หลักเกณฑ์การกำหนดวงเงินสำรองจ่ายฉุกเฉิน

^{๘๙} สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย เรื่อง การศึกษาวินัยทางการคลังของประเทศไทย (อดีตสู่ปัจจุบัน) และแนวทางในการเสริมสร้างวินัยทางการคลังตามหลักสากล,” น. ๑๖ - ๑๘ (บทที่ ๒ - ๑๒ ถึง บทที่ ๒ - ๑๔).

^{๙๐} ภัทรวรินทร์ บุญชู, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๗๓, น. ๖๐.

^{๙๑} Teresa Ter-Minassian, “Fiscal Rules for Subnational Governments : Can They Promote Fiscal Discipline?”, (OECD Journal on Budgeting, vol. 6, n° 3, OECD), p. 2.

^{๙๒} สุปรียา แก้วละเอียด, “มาตรการทางโทษทางปกครองกรณีกระทำความผิดวินัยการเงินการคลัง,” ใน ผลึกความคิด ชีวิตเอกบุญ หนังสือในโอกาสอายุครบ ๖๐ ปี ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, ๒๕๖๓, น. ๕๕๕.

^{๙๓} สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ... เรื่องเสร็จที่ ๒๙๒/๒๕๕๗, น. ๓.

หรือจำเป็นและการอื่นที่เกี่ยวข้อง ตามเจตนารมณ์ของมาตรา ๑๖๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๕๐^{๙๔}

ร่างกฎหมายฉบับนี้ได้วางหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ เป็นกรอบวินัยทางการคลังเพื่อควบคุมตรวจสอบรายรับและรายจ่ายสาธารณะ ตัวอย่างของกรอบวินัยทางการคลังที่สำคัญ ได้แก่

(๑) การพัฒนารอบความยั่งยืนทางการคลัง

ก่อนที่จะมีการตราร่างกฎหมายฉบับนี้ กระทรวงการคลังโดยสำนักงานเศรษฐกิจการคลังได้จัดทำกรอบความยั่งยืนด้านการคลัง (Fiscal Sustainability Framework) ซึ่งเป็นกรอบที่ใช้ในการพิจารณาประมาณการรายได้รายจ่าย ดุลการคลัง และหนี้สาธารณะ ในระยะปานกลาง ๕ ปี ของรัฐบาล เพื่อใช้เป็นแนวทางในการบริหารจัดการทางด้านการคลัง และนำมาพิจารณาร่วมกับแผนและมาตรการดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาล ในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๔ ตัวชี้วัดและเป้าหมายของกรอบความยั่งยืนด้านการคลังได้ถูกกำหนดขึ้นเป็นครั้งแรกในการประชุมคณะรัฐมนตรีสัญจรที่จังหวัดเชียงใหม่ ตัวชี้วัดที่ ๑ กำหนดให้ยอดหนี้สาธารณะคงค้างต่อ GDP ไม่เกินร้อยละ ๖๕ ตัวชี้วัดที่ ๒ กำหนดให้ภาระหนี้ต้องบประมาณไม่เกินร้อยละ ๑๖ และตัวชี้วัดที่ ๓ กำหนดให้งบประมาณสามารถสมดุลได้ในปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๒ ต่อมา ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกรอบความยั่งยืนทางการคลังให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจอีกหลายครั้ง เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในปี พ.ศ. ๒๕๔๕ กระทรวงการคลังเข้ารับภาระความเสียหายของกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน (FIDF) และได้มีการปรับปรุงเป้าหมายของกรอบความยั่งยืนด้านการคลังให้มีความเคร่งครัดมากขึ้น ตัวชี้วัดที่ ๑ กำหนดให้ยอดหนี้สาธารณะคงค้างต่อ GDP ไม่เกินร้อยละ ๖๐ ตัวชี้วัดที่ ๒ กำหนดให้ภาระหนี้ต้องบประมาณไม่เกินร้อยละ ๑๖ และตัวชี้วัดที่ ๓ กำหนดให้งบประมาณสามารถสมดุลได้ในปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๒^{๙๕} เห็นได้ชัดเจนว่ากรอบความยั่งยืนทางการคลังนี้ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากกรอบวินัยทางการคลัง (La discipline budgetaire) ตามสนธิสัญญามาสทริชท์ (Maastricht) ของสหภาพยุโรป แต่เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้เข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าวหรือสนธิสัญญาอื่น ๆ ที่ได้กำหนดกรอบวินัยทางการคลังเอาไว้เช่นเดียวกับประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป^{๙๖} ประเทศไทยจึงไม่ได้มีกฎหมายในระดับ

^{๙๔} เฟื่องอ้าง, น. ๑.

^{๙๕} สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, “การพัฒนารอบความยั่งยืนทางการคลัง,” สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๐ มกราคม ๒๕๖๕, <https://www.fpo.go.th/main/News/Special-report/761.aspx>.

^{๙๖} ตัวอย่างในประเทศฝรั่งเศสที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการทำประชามติในกรณีที่มีการสร้างพันธกรณีในทางระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งกรอบวินัยทางการคลัง (La discipline budgetaire) ตามสนธิสัญญามาสทริชท์ (Maastricht) ได้มีผลกระทบทางเศรษฐกิจของประเทศฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก จึงต้องทำการประชามติเพื่อความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยทางตรง โดยประชาชนส่วนใหญ่ได้ลงมติเห็นชอบด้วยกับสนธิสัญญาฉบับนี้ในวันที่ ๒๐ กันยายน ค.ศ. ๑๙๙๒

พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นมาเพื่ออนุวัติการตามพันธกรณีดังกล่าว ประเทศไทยจึงมีเพียงกรอบความยั่งยืนด้านการคลังของกระทรวงการคลังซึ่งมีสถานะเป็นเพียงแค่ “ระเบียบภายในของฝ่ายบริหาร” เท่านั้น เป็นการใช้อำนาจทั่วไปของรัฐบาลในฐานะองค์กรฝ่ายบริหาร ไม่มีฐานในทางกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติมารองรับแต่อย่างใด ซึ่งระเบียบดังกล่าวสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามดุลพินิจของฝ่ายบริหาร จึงไม่มีสภาพบังคับกับรัฐบาลได้อย่างแท้จริง

มีข้อสังเกตว่า กรอบวินัยทางการคลังในความหมายตามสนธิสัญญามาสทริชท์ (Maastricht) ของสหภาพยุโรป มีความหมายอย่างกว้าง เป็นกฎเกณฑ์ในทางเศรษฐศาสตร์ที่กำหนดให้รัฐต้องปฏิบัติตามเพื่อควมมีเสถียรภาพทางการคลังและการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน ในแง่นี้ กรอบความยั่งยืนด้านการคลัง (Fiscal Sustainability Framework) ที่มีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของกรอบวินัยทางการคลัง (La discipline budgétaire) เมื่อประเทศไทยมีกรอบความยั่งยืนด้านการคลังมาตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๔ จึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยมีกรอบวินัยทางการคลังในความหมายของสหภาพยุโรปมาตั้งแต่ก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เพียงแต่ในช่วงเวลาดังกล่าว ระบบกฎหมายไทยยังไม่เรียกกฎเกณฑ์ทางการคลังที่เป็นกรอบหรือดัชนีชี้วัดในเชิงปริมาณที่กำหนดเป็นตัวเลข (Numerical Indicators) ว่า “วินัยทางการคลัง” แต่เรียกว่า “กรอบความยั่งยืนทางการคลัง” ดังนั้น ในช่วงเวลาดังกล่าว หากมีการกล่าวถึง “วินัยทางการคลัง” ก็มักจะสื่อไปในความหมายของ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” (La discipline budgétaire et financière) ที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ตามนัยของมาตรา ๓๓๓ ในบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เท่านั้น

ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลัง พ.ศ. ... จึงมีบทบาทสำคัญในการสร้างความชอบธรรมในทางกฎหมายและในทางประชาธิปไตยของกรอบความยั่งยืนทางการคลัง อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นดัชนีชี้วัดทางตัวเลขเอาไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น ร่างมาตรา ๒๘ และร่างมาตรา ๒๙ ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อหนี้และการบริหารหนี้สาธารณะ

ร่างมาตรา ๒๘ กำหนดว่า “การก่อหนี้หรือการบริหารหนี้ของหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมายและความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของประเทศ และหน่วยงานของรัฐ โดยต้องกระทำด้วยความรอบคอบ ตลอดจนคำนึงถึงความสามารถในการชำระหนี้ การกระจายภาระการชำระหนี้ เสถียรภาพและความยั่งยืนทางการเงินการคลัง และความน่าเชื่อถือของหน่วยงานผู้กู้และประเทศ”

ร่างมาตรา ๒๙ กำหนดว่า “ให้รัฐมนตรีโดยได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีประกาศกำหนดสัดส่วนหนี้สาธารณะต่อผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ เพื่อให้เป็นกรอบในการบริหารหนี้สาธารณะ

ในกรณีที่หนี้สาธารณะมีสัดส่วนเกินกว่าที่ประกาศกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้รัฐมนตรีรายงานเหตุผล วิธีการ และระยะเวลาในการทำให้สัดส่วนดังกล่าวอยู่ภายในสัดส่วนที่กำหนดต่อคณะรัฐมนตรี และเปิดเผยให้สาธารณชนทราบ

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงสัดส่วนหนี้สาธารณะต่อผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้โดยได้รับอนุมัติจากคณะมนตรี”

ตามร่างมาตรา ๒๘ และมาตรา ๒๙ ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีในการกำหนดกรอบความยั่งยืนทางการคลังดังกล่าว เมื่อมีฐานอำนาจทางกฎหมายการเงินการคลัง กรอบวินัยทางการคลังดังกล่าวจึงมีความชอบธรรมในทางกฎหมายและในทางประชาธิปไตยมากขึ้น ทั้งนี้ การที่ร่างกฎหมายไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในเชิงปริมาณเป็นตัวเลขน้อยชัดเจนในกฎหมายเนื่องจากกรอบวินัยดังกล่าวเป็นเรื่องในทางเศรษฐกิจซึ่งมีความผันแปรเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา หากกำหนดกรอบวินัยดังกล่าวเอาไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติจะทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ ทำให้รัฐบาลประสบปัญหาในการปฏิบัติตาม หากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป การจะแก้ไขกรอบวินัยดังกล่าวให้สอดคล้องกับความจำเป็นในเวลานั้นย่อมไม่อาจทำได้ อย่างทันท่วงที เนื่องจากต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาซึ่งจะต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาเป็นอย่างมาก ร่างกฎหมายดังกล่าวจึงกำหนดให้เป็นความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อการเมืองตามหลักประชาธิปไตย หากมีการก่อหนี้หรือบริหารหนี้สาธารณะอย่างไม่มีประสิทธิภาพทำให้ต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกรอบวินัยทางการคลังบ่อย ๆ ก็เป็นความรับผิดชอบทางการเมืองของรัฐบาลที่จะถูกวิพากษ์วิจารณ์และการส่งผลเสียทางการเมืองในการเลือกตั้งครั้งถัดไป

(๒) การรายงานข้อมูลทางการคลังต่อสาธารณะ

ถึงแม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้รัฐบาลต้องแสดงนโยบายทางการเมืองต่อรัฐสภาก่อนเข้ารับตำแหน่งทางการเมือง ในทางปฏิบัติรัฐบาลได้แถลงเฉพาะนโยบาย ยุทธศาสตร์ แผนงาน และโครงการต่าง ๆ ที่ฝ่ายบริหารจะดำเนินการตามนโยบายที่ได้หาเสียงไว้กับประชาชน โดยไม่ได้ระบุแหล่งที่มาของรายได้ที่รัฐบาลใช้และความเสี่ยงหรือภาระทางการเงินที่อาจเกิดขึ้นจากนโยบายของรัฐบาลและการดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาล ทำให้รัฐสภารับรู้และรับทราบทิศทางการบริหารประเทศตามนโยบายของรัฐบาลในภาพรวมเท่านั้น แต่ไม่สามารถควบคุมและตรวจสอบนโยบายของรัฐบาลได้อย่างแท้จริง

ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงเรียกร้องให้มีการวิเคราะห์ภาระทางการคลังและผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและสังคม ในกรณีที่มีการนำนโยบายประชานิยมมาใช้ในการบริหารกิจการของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดปริมาณและการระบุแหล่งที่มาของเงินสำหรับการดำเนินการ โครงการต่าง ๆ ซึ่งจะช่วยให้เห็นการเมืองที่อยู่เบื้องหลัง

นโยบายประชานิยมต้องรับผิดชอบทางการเมืองมากขึ้นด้วยการแสดงข้อมูลนโยบายประชานิยมต่อรัฐสภาและสาธารณชนเพื่อเป็นพื้นฐานในการตัดสินใจในนโยบายสาธารณะของประเทศ

ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลัง พ.ศ. ... มาตรา ๑๐

กำหนดว่า “ในการมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจดำเนินกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการตามนโยบายของรัฐบาลเป็นพิเศษนอกเหนือจากภารกิจตามปกติของหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจนั้น รัฐต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงภาระทางการเงินที่อาจเกิดขึ้นทั้งในปัจจุบันและในอนาคต ผลกระทบต่อการดำเนินของหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจนั้น และแนวทางการบริหารจัดการภาระทางการเงินและผลกระทบจากการดำเนินการดังกล่าว

ให้หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายตามวรรคหนึ่ง จัดทำบัญชีสำหรับการดำเนินกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการที่ได้รับมอบหมายเป็นพิเศษแยกต่างหากจากบัญชีการดำเนินงานทั่วไป พร้อมทั้งเสนอรายงานผลการดำเนินการตามที่ได้รับมอบหมายและผลสัมฤทธิ์ต่อรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรี และเปิดเผยให้สาธารณชนทราบ ทั้งนี้ ในกรณีที่การดำเนินการดังกล่าวก่อให้เกิดภาระทางการเงินแก่หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายให้รัฐตั้งงบประมาณรายจ่ายให้แก่หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจนั้นตามภาระทางการเงินที่เกิดขึ้น”

โดยปกติแล้วรัฐบาลจะครองเสียงข้างมากในรัฐสภา ทำให้โอกาสในการลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลโดยอาศัยข้อมูลทางการเงินดังกล่าวเป็นไปได้ยาก อย่างไรก็ตาม การเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวผ่านการทำหน้าที่ตรวจสอบทางการเมืองของรัฐสภา อาจกล่าวได้ว่าการจัดทำรายงานเป็นหัวใจของกรอบวินัยทางการเงินการคลัง เพื่อให้ประชาชนสามารถรับรู้ข้อมูลทางการเงินการคลังของการดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาลว่าเป็นไปตามนโยบายที่หาเสียงไว้กับประชาชนหรือไม่ มีภาระค่าใช้จ่าย ความเสี่ยง ความเป็นไปได้ ความคุ้มค่า หรือไม่ เพียงใด เพื่อให้รัฐสภา องค์กรตรวจสอบ สื่อมวลชน และประชาชนสามารถใช้ข้อมูลนี้ในการตัดสินใจ ทบทวนกฎหมายและกำกับดูแลการบริหารราชการอย่างมีประสิทธิภาพ รัฐบาลมีหน้าที่ให้ข้อมูลทางการเงินการคลังต่อสาธารณะโดยละเอียดโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลเกี่ยวกับประเภท ปริมาณ และค่าใช้จ่ายในการดำเนินนโยบายสาธารณะ ในกรณีที่การดำเนินการตามนโยบายดังกล่าวมีค่าใช้จ่ายมากกว่ารายได้โดยประมาณ จะต้องมีการเสนอเพื่อหาแหล่งเงินทุนเพิ่มเติมที่เพียงพอ หากจำเป็นต้องก่อหนี้สาธารณะ รัฐบาลต้องระบุเหตุผล ความจำเป็น และวิธีการจัดการกับหนี้สาธารณะที่จะเกิดขึ้น เป็นต้น^{๙๗}

^{๙๗} จรัส สุวรรณมาลา, ประชาธิปไตยทางการเงินการคลังไทย (Thailand's Fiscal Democracy), (คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๓), น. ๑๔๖ - ๑๕๑.

(๓) การจัดทำแผนการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณ

หน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานมีความจำเป็นที่จะต้องมีการบริหารงานอย่างอิสระเพื่อประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะ ในกรณีดังกล่าว หน่วยงานของรัฐนั้นอาจมีอำนาจตามกฎหมายเฉพาะของตนเองทำให้ไม่ต้องนำเงินรายได้เข้าส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดินตามพระราชบัญญัติเงินคงคลังและพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ เช่น มหาวิทยาลัยที่มีรายได้เป็นของตนเองจากการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการศึกษาของนักศึกษา เป็นต้น เนื่องจากการเสนอขออนุมัติงบประมาณมีความซับซ้อน ซึ่งอาจนำไปสู่ความไม่ยืดหยุ่นในการบริหารงานของภาครัฐ ส่งผลให้การบริหารงานขาดความเป็นอิสระ ทั้งนี้ การนำเงินรายได้ดังกล่าวของตนเองมาใช้โดยไม่ผ่านกระบวนการงบประมาณปกติเรียกว่า “การจ่ายเงินนอกงบประมาณ (Les dépenses hors budget)” ซึ่งจะแตกต่างจาก “การจ่ายเงินในงบประมาณ (Les dépenses fiscales)” ในระบบปกติที่โดยหลักแล้วงบประมาณรายจ่ายดังกล่าวจะมีที่มาโดยตรงจากเงินภาษีของประชาชนตามหลักรายได้ต้องมัลักษณะเป็นการทั่วไป (L'universalité budgétaire) อย่างไรก็ตาม ฝ่ายบริหารควรจัดทำแผนการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณเช่นเดียวกับการใช้จ่ายเงินในระบบงบประมาณปกติ ข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับเงินนอกงบประมาณจากหน่วยงานต่าง ๆ ควรจะนำมารวมกันเป็นเอกสารฉบับเดียว จำเป็นต้องระบุว่าประมาณการรายได้ต่าง ๆ มาจากแหล่งใด และจะต้องอธิบายให้ได้ว่าจะนำเงินดังกล่าวได้ใช้จ่ายอย่างไร และเพียงใด โดยแผนการใช้จ่ายดังกล่าวควรรวมอยู่ในร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีเพื่อให้รัฐสภาสามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับกองทุนนอกงบประมาณ ถึงแม้ว่ารัฐสภาจะไม่มีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติเงินนอกงบประมาณดังกล่าว แต่การที่รัฐสภาได้รับรู้รับทราบข้อมูลดังกล่าว ย่อมทำให้รัฐสภาสามารถพิจารณาอนุมัติเงินในงบประมาณของหน่วยงานเดียวกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตัวอย่างเช่น หากรัฐสภาพิจารณาแล้วเห็นว่าหน่วยงานใดมีรายได้เป็นของตนเองเพียงพอแล้ว ก็อาจจะพิจารณาปรับลดงบประมาณของหน่วยงานนั้นเพื่อความประหยัด และควบคุมไม่ให้หน่วยงานของรัฐมีรายการใช้จ่ายเงินที่ซ้ำซ้อน ไม่คุ้มค่าหรือไม่มีความจำเป็น เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หน่วยงานของรัฐที่มีรายได้เป็นของตนเองมักจะส่งข้อมูลดังกล่าวเข้ามาที่ส่วนกลาง ทำให้ข้อมูลเกี่ยวกับเงินนอกงบประมาณของหน่วยงานดังกล่าวไม่ปรากฏในฐานข้อมูลของสำนักงบประมาณ ทำให้คณะรัฐมนตรีไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวเพื่อใช้เป็นฐานในการพิจารณาเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีต่อรัฐสภา ยิ่งไปกว่านั้น เพื่อดำเนินการตามนโยบายที่รัฐบาลได้หาเสียงไว้กับประชาชน คณะรัฐมนตรีเองก็มักจะใช้อำนาจตามกฎหมายเฉพาะสั่งการไปยังหน่วยงานต่าง ๆ ที่มีรายได้เป็นของตนเองตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรเพื่อดำเนินการตามโครงการต่าง ๆ ตามนโยบายของรัฐบาล เพื่อที่จะได้ไม่ต้องขออนุญาตรัฐสภาในการจ่ายเงินแผ่นดินตามระบบงบประมาณรายจ่ายประจำปีตามปกติ ซึ่งในทางทฤษฎีเรียกการกระทำในลักษณะดังกล่าวว่า “นโยบายกึ่งการคลัง” (Quasi Fiscal Activity) (มาตรการกึ่ง

การคลัง หรือ กิจกรรมกึ่งการคลัง) หมายถึง การดำเนินกิจกรรมหรือนโยบายรัฐบาลผ่านหน่วยงานอื่นที่ไม่ใช่รัฐบาล เช่น ธนาคารกลาง สถาบันการเงินเฉพาะกิจ และรัฐวิสาหกิจ โดยรัฐบาลสามารถเข้าไปแทรกแซงกระบวนการตัดสินใจในหน่วยงานนั้นได้เพื่อดำเนินนโยบายตามที่รัฐบาลต้องการ และไม่ต้องเสนองบประมาณผ่านรัฐสภา ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบเป็นภาระของรัฐในอนาคตได้ หากการดำเนินการตามนโยบายดังกล่าวมีความเสียหายเกิดขึ้น^{๔๘} ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงพยายามที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยกำหนดกรอบวินัยทางการคลังไว้ในร่างมาตรา ๙ ซึ่งกำหนดว่า “การดำเนินกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการตามนโยบายของรัฐบาลที่ก่อให้เกิดภาระทางการคลังในอนาคตหรือผูกพันการตั้งงบประมาณรายจ่ายมากกว่าหนึ่งปีงบประมาณ ให้หน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการจัดทำแผนการบริหารจัดการกิจกรรม มาตรการหรือโครงการ และประมาณการรายจ่าย พร้อมแหล่งเงินที่ใช้ตลอดระยะเวลาดำเนินการต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติ

ในการพิจารณาอนุมัติกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการตามวรรคหนึ่ง ให้คณะรัฐมนตรีคำนึงถึงความจำเป็นเร่งด่วน ประโยชน์ที่ได้รับ และภาระทางการคลังที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย”

ร่างมาตรา ๙ ได้กำหนดให้หน่วยงานที่รับผิดชอบในการดำเนินกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการตามนโยบายของรัฐบาลที่ก่อให้เกิดภาระทางการคลังในอนาคตหรือผูกพันการตั้งงบประมาณรายจ่ายมากกว่าหนึ่งปีงบประมาณ ไม่ว่าจะเป็นการใช้จ่ายผ่านทางการเงินในงบประมาณหรือเงินนอกงบประมาณ จัดทำแผนการบริหารจัดการกิจกรรม มาตรการหรือโครงการ และประมาณการรายจ่าย พร้อมแหล่งเงินที่ใช้ตลอดระยะเวลาดำเนินการต่อคณะรัฐมนตรี เป็นการกำหนดให้รัฐบาลที่ต้องการนำเงินนอกงบประมาณไปใช้จ่ายในโครงการประชานิยมใด ๆ จะต้องมีการวางแผนในการดำเนินกิจกรรม และแผนการใช้จ่ายเงินเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและมีความมีประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบ

คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการตามนโยบายของรัฐบาลของส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบ และจะต้องนำข้อมูลดังกล่าวเสนอต่อรัฐสภาในการขอตั้งงบประมาณรายจ่ายประจำปี ดังปรากฏในร่างมาตรา ๒๗ ซึ่งบัญญัติว่า “การยื่นคำขอตั้งงบประมาณรายจ่ายเพื่อดำเนินกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการตามนโยบายของรัฐบาลตามมาตรา ๙ ให้ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินการดังกล่าว ส่งเอกสารแสดงความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีที่อนุมัติให้ดำเนินการไปพร้อมกับเอกสารคำขอตั้งงบประมาณด้วย” ทำให้รัฐสภาในฐานะผู้แทน

^{๔๘} บุณทรีก์ โฆษิตานุกุท, “กิจกรรมกึ่งการคลังและผลกระทบที่มีต่อสถานะทางการคลัง,” น. ๒. และโปรดดู กฤษฏา อุทยานิน, “นโยบายกึ่งการคลังกับบทบาทสถาบันการเงินเฉพาะกิจ (SFIs),” เอกสารประกอบการนำเสนอ

ของประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวและอาจนำไปใช้ในการควบคุมตรวจสอบรัฐบาลในทางการเมือง

การจัดทำแผนการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณ ก่อนเริ่มปีงบประมาณ ทำให้รัฐสภาเข้าถึงข้อมูลที่สำคัญเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณ ทำให้รัฐสภาสามารถควบคุมตรวจสอบได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากรัฐสภาเห็นว่ากิจกรรมใด ๆ ฝายบริหารสามารถใช้จ่ายผ่านทางเงินนอกงบประมาณได้แล้ว หรืออาจเห็นว่าเป็นการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณในการดำเนินโครงการประชานิยมที่ไม่ยั่งยืน รัฐสภาอาจพิจารณาปรับลดงบประมาณรายจ่ายประจำปี (ซึ่งเป็นเงินในงบประมาณ) ในกิจกรรมดังกล่าวเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาความซ้ำซ้อน และเพื่อความรัดกุมในการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน มิใช่เสนอข้อมูลดังกล่าวแต่เพียงเฉพาะภายหลังสิ้นปีงบประมาณซึ่งเป็นเพียงการ “แจ้งให้ทราบ” ถึงรายการและจำนวนเงินที่ถูกนำไปใช้จ่ายแล้ว เหมือนอย่างในปัจจุบัน ทั้งนี้ การเสนอข้อมูลดังกล่าวในการพิจารณาอนุมัติร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณทำให้รัฐสภาเห็นแผนการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณที่ “คาดว่า” รัฐบาลจะนำมาใช้จ่ายในอนาคตต่างจากที่เคยกำหนดให้นำเสนอข้อมูลดังกล่าวเมื่อสิ้นสุดปีงบประมาณที่ทำให้รัฐสภาเห็นแต่เพียงการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต อาจกล่าวได้ว่า การที่รัฐสภาสามารถมองเห็นการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณในอดีตและแผนการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณที่คาดว่ารัฐบาลจะนำมาใช้จ่ายในอนาคต ทำให้รัฐสภาสามารถควบคุมตรวจสอบเงินนอกงบประมาณได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้เกิดความยับยั้งชั่งใจของฝ่ายบริหารที่ต้องการใช้เงินนอกงบประมาณในการดำเนินโครงการประชานิยม เนื่องจากรัฐสภาอาจเห็นได้ว่ามีความไม่จำเป็นหรือไม่คุ้มค่า และใช้อำนาจในการพิจารณาปรับลดเงินในงบประมาณของรัฐบาลได้

(๔) การบัญชีภาครัฐ การรายงาน และการตรวจสอบ

ร่างกฎหมายฉบับนี้กำหนดขอบเขต เนื้อหา และรายละเอียดของการจัดการงบประมาณและรายงานการบัญชีการเงินจะต้องมี และกำหนดให้ส่งเอกสารเหล่านี้พร้อมกับรายงานการตรวจสอบประจำปีของหน่วยงานตรวจสอบภายนอก ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือเอกชน ภายในระยะเวลาที่กำหนดก่อนสิ้นปีงบประมาณ เช่น แผนทางการคลัง ระยะกลาง วัตถุประสงค์ของนโยบายการคลัง กรอบนโยบายการคลังที่แสดงถึงประมาณการรายได้ รายจ่าย ยอดดุลงบประมาณ และหนี้สาธารณะเป็นเวลาอย่างน้อยสองปีหลังจากปีบัญชีถัดไป และจะต้องมีการเปรียบเทียบข้อมูลที่แท้จริงเกี่ยวกับรายได้และรายจ่าย และการจัดประเภทและการชี้แจงสมมติฐานทางเศรษฐกิจและความเสี่ยงด้านงบประมาณเป็นต้น ความพร้อมใช้งานของข้อมูลงบประมาณสาธารณะควรถูกกำหนดให้เป็นภาระผูกพันทางกฎหมายในการเปิดเผยข้อมูลภาษีและงบประมาณ และมีกำหนดเวลาในการจัดทำรายงานพิเศษตามกฎหมาย เช่นเดียวกับการจัดทำรายงานงบประมาณประจำปีร่างมาตรา ๔๕ กำหนดว่า “ให้กระทรวงการคลังกำหนดมาตรฐานการบัญชีภาครัฐและนโยบายการบัญชีภาครัฐ

ให้ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐที่มีใช้รัฐวิสาหกิจ จัดทำบัญชีและรายงานการเงินตามมาตรฐานการบัญชีภาครัฐและนโยบายการบัญชีภาครัฐ ตามวรรคหนึ่ง เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น

ในกรณีหน่วยงานของรัฐที่เป็นรัฐวิสาหกิจ ให้จัดทำ บัญชีและรายงานการเงินตามมาตรฐานการบัญชีที่รับรองทั่วไป”

ร่างมาตรา ๔๖ กำหนดว่า “ให้กระทรวงการคลัง จัดทำบัญชีการเงินแผ่นดินเพื่อบันทึกรายการเกี่ยวกับรายได้ รายจ่าย การก่อหนี้ผูกพัน การกู้ยืม การบริหารการเงินและทรัพย์สิน และการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการเงินแผ่นดินตามมาตรฐานการบัญชี ภาครัฐ”

ร่างมาตรา ๔๗ กำหนดว่า “ภายในเก้าสิบวันนับแต่วัน ล้มปั้งประมาณ ให้รัฐมนตรีเสนอรายงานการรับจ่ายเงินงบประมาณประจำปีงบประมาณที่สิ้นสุดนั้น ต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อรัฐสภาภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันล้มปั้งประมาณ”

ร่างมาตรา ๕๑ กำหนดว่า “ให้กระทรวงการคลัง จัดทำรายงานความเสี่ยงทางการคลังประจำปีซึ่งอย่างน้อยต้องแสดงผลการประเมินความเสี่ยง จากผลกระทบของเศรษฐกิจมหภาค ระบบการเงิน นโยบายของรัฐบาล และผลการดำเนินงาน ของหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ และองค์กรปกครอง

เมื่อกระทรวงการคลังได้จัดทำรายงานความเสี่ยง ทางการคลังประจำปีแล้ว ให้นำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบภายในเก้าสิบวันนับแต่วัน ล้มปั้งประมาณเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาในการกำหนดวงเงินงบประมาณสำหรับ ปีงบประมาณถัดไป”

โดยหลักแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นอำนาจหน้าที่ ของกระทรวงการคลังในการรับผิดชอบในการรักษาวินัยทางการคลังในส่วนนี้ กระทรวงการคลัง จะต้องคำนึงถึงภาระและความเสี่ยงทางการคลังเสมอเพื่อป้องกันความผิดพลาดและเพิ่ม ประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน^{๙๙}

๒.๒.๒ วินัยทางการเงินและการคลัง

ถึงแม้จะมีการใช้ชื่อ “วินัยทางการเงินและการคลัง” ในมาตรา ๒๕๓ แต่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของเรื่องแล้วจะพบว่าเป็นเรื่องเดียวกันกับ “วินัยทางงบประมาณ และการคลัง” ตามบทเฉพาะกาล มาตรา ๓๓๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๔๐ ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการวินัย ทางการเงินและการคลังที่เป็นอิสระเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยการดำเนินการที่เกี่ยวกับวินัย ทางงบประมาณและการคลัง โดยคดีที่พิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยลงโทษทางปกครอง ของคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลังเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

^{๙๙} สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๙๓, น. ๔.

ระบบการควบคุมตรวจสอบทางวินัยทางงบประมาณและการคลังตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีสาระสำคัญอย่างเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ความแตกต่างที่สำคัญคือรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๕๓ ได้ยกระดับสถานะของคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังให้มีความอิสระจากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน กล่าวคือ เป็นองค์กรสูงสุดที่ทำหน้าที่ชี้ขาดคดีวินัยทางงบประมาณและการคลัง ต่างจากในอดีตซึ่งมีอำนาจเพียงเสนอความเห็นเบื้องต้นเพื่อส่งต่อให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินพิจารณาอีกที เป็นการแก้ไขปัญหาเรื่องการแบ่งแยกอำนาจที่ทำให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีทั้งอำนาจในการออกกฎและอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยลงโทษการกระทำความผิดตามกฎหมายที่ตนเองออกตามที่เคยได้กล่าวมาแล้วข้างต้น หลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ได้มีการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน เรื่องเสร็จที่ ๘๒๘/๒๕๕๐ ของคณะกรรมการกฤษฎีกา (เสนอโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน) เพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขอำนาจของคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด อย่างไรก็ตาม เมื่อร่างกฎหมายดังกล่าวยังไม่ผ่านการพิจารณาอนุมัติโดยรัฐสภา ทำให้ในช่วงเวลาดังกล่าว ยังคงเป็นอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจในการพิจารณาและกำหนดโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลังเหมือนอย่างในอดีต^{๑๐๐} ระบบกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวกับวินัยทางงบประมาณและการคลังตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงยังไม่มีเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

ถึงแม้ว่าเวลาจะผ่านไปกว่า ๑๕ ปีนับแต่มีการประกาศใช้ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลังและวิธีพิจารณาคดีวินัยทางงบประมาณและการคลังในปี พ.ศ. ๒๕๔๔ และมีคำสั่งลงโทษวินัยทางงบประมาณและการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจำนวน ๙๕ คดี^{๑๐๑} (นับแต่วันที่ ๒๑ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งเป็นวันที่ประกาศใช้ระเบียบดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา ถึงวันที่ ๖ เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นวันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐) ยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีวินัยทางงบประมาณและการคลังที่ศาลได้วินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีแต่อย่างใด มีเพียงคดีที่ศาลมีคำสั่งไม่รับฟ้องโดยอาศัยหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเพียงหนึ่งคดี กล่าวคือ ระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครอง เนื่องจากเป็นการยื่นฟ้องเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา ๔๙ แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คง. ๑/๒๕๕๙ ซึ่งไม่ได้มีการหยิบยก

^{๑๐๐} ภัทรวรินทร์ บุญชู, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๗๓*, น. ๑๙๐.

^{๑๐๑} สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔๕*.

ในปี พ.ศ. ๒๕๔๖ (๓ คดี), พ.ศ. ๒๕๔๗ (๙ คดี), พ.ศ. ๒๕๔๘ (๗ คดี), พ.ศ. ๒๕๔๙ (๕ คดี), พ.ศ. ๒๕๕๓ (๑ คดี), พ.ศ. ๒๕๕๔ (๓ คดี), พ.ศ. ๒๕๕๕ (๕ คดี), พ.ศ. ๒๕๕๖ (๑๑ คดี), พ.ศ. ๒๕๕๗ (๑๘ คดี), พ.ศ. ๒๕๕๘ (๔ คดี), พ.ศ. ๒๕๕๙ (๒๐ คดี), พ.ศ. ๒๕๖๐ ก่อนที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (๙ คดี)

กฎหมายเกี่ยวกับวินัยทางงบประมาณและการคลังขึ้นมาพิจารณาแต่ประการใด อย่างไรก็ตามก็มีคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นหลายคดีที่ได้มีการพิจารณาวินิจฉัยว่าคำสั่งลงโทษวินัยทางงบประมาณและการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ๒๖๐๘/๒๕๕๙ คำพิพากษาศาลปกครองนครศรีธรรมราช คดีหมายเลขแดงที่ ง.๑/๒๕๖๐ และคดีหมายเลขแดงที่ ๑๐๐/๒๕๖๐ และคำพิพากษาศาลปกครองพิษณุโลก คดีหมายเลขแดงที่ ๒๗๑/๒๕๕๘ และคดีหมายเลขแดงที่ ๑๙๓ - ๓/๒๕๕๙ เป็นต้น

ตัวอย่างคำพิพากษาที่น่าสนใจ ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองนครศรีธรรมราช คดีหมายเลขแดงที่ ๑๐๐/๒๕๖๐ ศาลปกครองพิจารณาว่า เมื่อครั้งผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต มีนโยบายจัดให้มีการเดินรถยนต์โดยสารประจำทางปรับอากาศ เพื่อเป็นการช่วยเหลือประชาชนให้ได้มีเส้นทางการคมนาคมที่ประหยัดเพิ่มขึ้น องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตจึงได้ทำสัญญาเช่ารถยนต์โดยสารปรับอากาศจากบริษัทธนบุรีประกอบรถยนต์ จำกัด และทำสัญญาจ้างบริษัท ภูเก็ตเดินรถ จำกัด ดำเนินการประกอบกิจการขนส่งและซ่อมแซมบำรุงรักษารถยนต์โดยสาร ซึ่งในการดำเนินโครงการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้บริการรับส่งผู้โดยสารโดยมีการเรียกเก็บเงินจากประชาชนผู้รับบริการ จึงต้องมีการศึกษาและวิเคราะห์โครงการอย่างละเอียดและจะต้องนำร่างสัญญาส่งไปให้สำนักงานอัยการจังหวัดตรวจสอบความถูกต้องเสียก่อน แต่องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตไม่ได้จัดให้มีการศึกษาและวิเคราะห์โครงการและได้ขอคืน ร่างสัญญาโดยมิได้รอผลการพิจารณาของสำนักงานอัยการจังหวัดภูเก็ต มีผลทำให้สัญญาจ้างผู้บริหารและซ่อมแซมบำรุงรักษารถยนต์ที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ลงนามในสัญญามีความบกพร่องเนื่องจากมิได้มีข้อกำหนดให้มีการนำรถยนต์โดยสารคันอื่นมาวิ่งทดแทนรถยนต์โดยสารคันที่เครื่องยนต์ขัดข้องและไม่สามารถออกวิ่งได้ ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการจงใจไม่ปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการให้เอกชนกระทำกิจการขององค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๕๔๑ ข้อ ๕ และข้อ ๑๔ ซึ่งมีลักษณะเข้าข่ายเป็นการที่ผู้บังคับบัญชาทำการบริหารการเงินและการคลังด้วยความเสี่ยงต่อความเสียหายหรือเสียประโยชน์ที่พึงคาดหมายได้ โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร อันอาจเกิดความเสียหายแก่รัฐได้ตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ ข้อ ๕๒ การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินผู้ถูกฟ้องคดี มีคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดทางวินัยทางงบประมาณและการคลัง ที่ วค ๑/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕ กำหนดโทษปรับทางปกครองเท่ากับเงินเดือน ๙ เดือน จึงเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับเงินเดือนขณะกระทำผิดเดือนละ ๓๐,๘๐๐ บาท ผู้ฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องชำระค่าปรับทางปกครองจำนวน ๒๗๗,๒๐๐ บาท ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าในสัญญาจ้างผู้บริหารฯ จะไม่ได้กำหนดให้มีการนำรถยนต์โดยสารคันอื่นมาวิ่งทดแทนรถยนต์โดยสารคันที่เครื่องยนต์ขัดข้องและไม่สามารถออกวิ่งได้ แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่ารถยนต์โดยสารบางคันเครื่องยนต์ขัดข้องและไม่สามารถออกวิ่งได้ จำนวนรอบการเดินรถ

ในแต่ละวันก็จะลดลงไม่ครบจำนวน ๓๖ รอบ ตามสัญญา ผู้รับจ้างจึงได้นำรถยนต์โดยสารคันอื่นมาวิ่งทดแทนรถยนต์โดยสารคันที่เครื่องยนต์ขัดข้องเพื่อให้ครบจำนวน ๓๖ รอบ ตามสัญญาการที่ผู้ฟ้องคดีอนุมัติเบิกจ่ายค่าจ้างผู้บริหารฯ เต็มจำนวนไม่ได้ทำให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตมีค่าใช้จ่ายสูงกว่าที่สัญญากำหนดไว้ ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการปรับแผนการบริหารจัดการเดินรถให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของสัญญาและผู้ว่าจ้างที่มีความประสงค์จะให้การบริการเดินรถโดยสารประจำทางมีความต่อเนื่องอันเป็นหลักการที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลสำเร็จ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีจึงถือไม่ได้ว่าเป็นการปฏิบัติไม่ถูกต้องตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการรับเงิน การเบิกจ่ายเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงิน และการตรวจเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๑ ข้อ ๕๙ ข้อ ๖๑ และข้อ ๖๒ อันเป็นเหตุให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตได้รับความเสียหายแต่อย่างใด จึงไม่เข้าองค์ประกอบที่จะถือได้ว่าเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่เบิกเงินหรือจ่ายเงิน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหรือระเบียบที่ใช้บังคับกับหน่วยรับตรวจโดยมิชอบ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่รัฐตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ ข้อ ๒๔ และข้อ ๒๗ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ที่ วค ๑/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าปรับทางปกครองเท่ากับเงินเดือน ๙ เดือน และเมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับเงินเดือนขณะกระทำผิดเดือนละ ๓๐,๘๐๐ บาท ผู้ฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องชำระค่าปรับทางปกครองอีกจำนวน ๒๗๗,๒๐๐ บาท ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจึงมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีเฉพาะในส่วนที่ให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าปรับทางปกครองเกินกว่าจำนวน ๒๗๗,๒๐๐ บาท โดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ที่มีคำสั่งดังกล่าว

คดีนี้เป็นตัวอย่างที่ทำให้เห็นว่าคำสั่งลงโทษวินัยทางงบประมาณและการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง และคดีวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นคดีปกครองประเภทหนึ่ง ดังนั้น ในการพิจารณาว่าคำสั่งของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองสามารถนำหลักกฎหมายปกครองทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ ในคดีดังกล่าวได้แก่ หลักความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ (Le principe de continuité du service public) ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักในการจัดทำบริการสาธารณะโดยฝ่ายปกครอง (Les principes du service public) ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าแม้ผู้ฟ้องคดีจะไม่ได้ปฏิบัติตามหลักกฎหมายการคลังในเรื่องของการเบิกจ่ายเงิน แต่ก็เป็นการกระทำที่กระทำไปเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะมีความต่อเนื่อง การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีจึงถือไม่ได้ว่าเป็นการ “จงใจ” ปฏิบัติไม่ถูกต้องตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการรับเงิน การเบิกจ่ายเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงิน

และการตรวจเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๑ ข้อ ๕๙ ข้อ ๖๑ และข้อ ๖๒ อันเป็นเหตุให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตได้รับความเสียหายแต่อย่างใด คำสั่งลงโทษวินัยทางงบประมาณและการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในส่วนนี้จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๒.๓ กรอบวินัยทางการคลังในความหมายของศาลรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้จะมีการรับรองวินัยทางการคลัง (La discipline budgétaire) ไว้ในหมวดที่ ๕ แผนนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ และหมวดที่ ๘ การเงิน การคลัง และงบประมาณ ในฐานะเป็นกรอบวินัยที่รัฐต้องเคารพและปฏิบัติตามเพื่อรักษาเสถียรภาพทางการคลัง และการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศอย่างยั่งยืน การรักษาวินัยทางการคลังของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญก็ยังไม่ได้ถูกตั้งคำถามหรือถูกตรวจสอบอย่างเป็นทางการมากนัก เนื่องจากโดยหลักแล้วการควบคุมตรวจสอบในทางการเมือง ฝ่ายบริหารมักจะสามารถเอาชนะพรรคฝ่ายค้านด้วยเสียงข้างมากที่ตนมีอยู่ในสภา จนกระทั่งในปี พ.ศ. ๒๕๕๗ ได้มีการเสนอคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ รัฐบาลขณะนั้นถูกกล่าวหาว่าได้มีการเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่รัฐสภาซึ่งไม่เป็นไปตามกรอบวินัยทางการคลังที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้คำนิยามของวินัยทางการคลังเพื่อใช้เป็นหนึ่งเหตุผลในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายดังกล่าวในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๓ - ๔/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๑๒ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๗ เรื่อง ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๔ วรรคหนึ่ง (๑)^{๑๐๒} ว่าร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่^{๑๐๓} (หรือที่เรียกกันเป็นการทั่วไปว่า “คดีรถไฟความเร็วสูง”) อาจกล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้เป็นการรับรองการดำรงอยู่ของ “วินัยทางการคลัง” อย่างเป็นทางการในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม เพื่อทำความเข้าใจแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องการวินัยทางการคลัง ก่อนที่จะกล่าวถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

^{๑๐๒} มาตรา ๑๕๔ บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา ๑๕๐ หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา ๑๕๑ ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง (๑) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า...”

^{๑๐๓} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๑ ตอนที่ ๕๓ ก ลงวันที่ ๑๖ กรกฎาคม ๒๕๕๗ น. ๑ - ๔๕.

ที่ ๓ - ๔/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๑๒ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๗ ครอบพิจารณาคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๕๖/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๐ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๕๕ ก่อน ซึ่งเป็นคดีที่มีการฟ้องโต้แย้งนโยบาย จำนำข้าวของรัฐบาล

๒.๓.๑ คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕๖/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๐ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๕๕ (คดีจำนำข้าว)

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่ามีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ เพื่อขอให้ใช้อำนาจตามกฎหมายยับยั้งหรือยุติโครงการรับจำนำข้าว ของรัฐบาลอันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๘๔ (๑) เนื่องจากเห็นว่าการกระทำของรัฐบาล ในโครงการดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๘๔ (๑)

มาตรา ๘๔ (๑) ของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการ ตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้ (๑) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรม โดยอาศัยกลไกตลาด และสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้น การตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็น ทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค...”

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วมีคำสั่งที่ ๕๖/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๐ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๕๕ เรื่อง รองศาสตราจารย์ ดร. อติศร์ อิศรางกูร ณ อยุธยา กับคณะ ขอให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ เพื่อใช้อำนาจตามกฎหมายยับยั้ง หรือยุติโครงการ รับจำนำข้าวของรัฐบาลอันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๘๔ (๑) ว่า “พิจารณาแล้วเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจรับคำร้องใดไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ ต้องมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ แต่กรณีตามคำร้องนี้ เป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญยับยั้งหรือยุติโครงการรับจำนำข้าวของรัฐบาล ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจ ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะรับไว้พิจารณาวินิจฉัย ประกอบกับผู้ร้องยังมีใช่เป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิด สิทธิหรือเสรีภาพอันสืบเนื่องมาจากบัญญัติแห่งกฎหมาย และมีใช่เป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ ประกอบ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. ๒๕๕๐ ข้อ ๒๑ อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย”

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยใน ๒ ประเด็นได้แก่ (๑) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยได้หรือไม่ และ (๒) ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิ ฟ้องคดีหรือไม่ ในประเด็นแรกที่ศาลพิจารณาถึงเขตอำนาจศาล ในคดีนี้ศาลไม่ได้วินิจฉัยไว้ อย่างชัดเจนว่า “วัตถุแห่งคดี” กล่าวคือ “โครงการรับจำนำข้าวของรัฐบาล” เป็น “การกระทำ ทางรัฐบาล” (อังกฤษ : Act of State ; ฝรั่งเศส : Act de gouvernement) ซึ่งเป็นการกระทำ

ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองเพื่อรักษาไว้ซึ่งการดำรงอยู่ของรัฐและการวางแผนนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยทั่วไปแล้วจะไม่ส่งผลกระทบต่อเอกชนโดยตรง เอกชนจึงไม่อาจฟ้องร้องขอให้ศาลตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้^{๑๐๔} แต่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาในคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า “โครงการรับจำนำข้าวของรัฐบาล” เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ได้พิจารณาว่าโครงการดังกล่าวเป็นการผูกขาดตัดตอน ทำลายระบบการค้าของไทย และส่งผลกระทบต่อระบบการผลิตข้าวที่บิดเบือนกลไกการตลาด อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อแนวโน้มนโยบายด้านเศรษฐกิจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๘๔ (๑) หรือไม่

๒.๓.๒ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓ - ๔/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๑๒ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๗ (คดีรถไฟความเร็วสูง)

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ (เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการคลัง)^{๑๐๕} ปรากฏว่าได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... เพื่อกู้เงินจำนวนสองล้านล้านบาทเพื่อนำมาใช้ในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมของประเทศและให้อำนาจแก่กระทรวงการคลังในการใช้จ่ายเงินดังกล่าว ทั้งนี้ เป็นไปตามนโยบายของพรรคการเมืองหนึ่งที่ได้หาเสียงไว้กับประชาชนก่อนเลือกตั้งว่าจะดำเนินการสร้างรถไฟความเร็วสูงซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของโครงการ “สร้างอนาคตประเทศไทย ๒๐๒๐” ร่างพระราชบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์ในการกู้ยืมเงินเพื่อให้รัฐบาลนำไปใช้จ่ายในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งเพื่อรองรับการขยายตัวของเมืองและการเพิ่มขึ้นของประชากรที่รวดเร็ว และรองรับการขยายตัวด้านเศรษฐกิจ การค้า และการลงทุนทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ โดยมุ่งเน้นการกู้เงินในประเทศเป็นหลัก^{๑๐๖} อย่างไรก็ตาม สมาชิกวุฒิสภาจำนวน ๖๖ คน และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน ๑๔๖ คน ได้เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญผ่านประธานรัฐสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรตามลำดับ เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ขัดต่อกรอบวินัยทางการเงินการคลังที่รับรองไว้ในหมวด ๘ การเงิน การคลัง และงบประมาณ

^{๑๐๔} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (อ่านกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๖๔), น. ๔๐๕ - ๔๐๖.

^{๑๐๕} ในประเด็นอื่น ๆ เช่น การเสียบบัตรแทนกันในการลงคะแนนเสียงของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ไม่ได้มีเกี่ยวข้องกับ “เนื้อหา” ของร่างพระราชบัญญัติที่เป็นประเด็นหลักของคดี และไม่เกี่ยวข้องกับวินัยทางการเงินการคลังแต่อย่างใด

^{๑๐๖} สำนักเลขาธิการวุฒิสภา, เอกสารประกอบการพิจารณาเบื้องต้น ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) สำหรับสมาชิกวุฒิสภาได้ใช้ในการติดตามผลการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการของสภาผู้แทนราษฎร, น. ๑๑.

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งรับคดีนี้ไว้พิจารณาเนื่องจากเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ ซึ่งเป็นอำนาจทั่วไปของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมาย ก่อนการใช้บังคับ (Le contrôle de constitutionnalité a priori) ในคดีนี้ มีประเด็น ตามกฎหมายการคลังที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณา ๒ ประเด็น ได้แก่

(๑) ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ขัดต่อมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ หรือไม่

มาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การจ่ายเงินแผ่นดิน จะกระทำได้นั้นเฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ หรือกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง เว้นแต่ ในกรณีจำเป็นเร่งด่วน รัฐบาลจะจ่ายไปก่อนก็ได้ แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีเช่นว่านี้ต้องตั้งงบประมาณรายจ่ายเพื่อชดใช้เงินคงคลัง ในพระราชบัญญัติโอนเงินงบประมาณรายจ่าย พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม หรือพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณถัดไป ทั้งนี้ ให้กำหนดแหล่งที่มา ของรายได้เพื่อชดใช้รายจ่ายที่ได้ใช้เงินคงคลังจ่ายไปก่อนแล้วด้วย”

ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ...

ร่างมาตรา ๕ บัญญัติว่า “ให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติ คณะรัฐมนตรี มีอำนาจกู้เงินบาทหรือเงินตราต่างประเทศในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อนำไปใช้จ่ายในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ ทั้งนี้ ตามยุทธศาสตร์และแผนงาน และภายในวงเงินที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้”

ร่างมาตรา ๖ บัญญัติว่า “เงินที่ได้จากการกู้ตามมาตรา ๕ให้นำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง”

ร่างมาตรา ๑๔ บัญญัติว่า “ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ จัดทำรายละเอียดการดำเนินโครงการที่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์และแผนงานท้ายพระราชบัญญัตินี้ เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติการดำเนินโครงการและการจัดสรรเงินกู้เพื่อการดำเนินโครงการ ตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายที่จำเป็นต้องดำเนินการก่อนเริ่มโครงการให้ครบถ้วนด้วย

ก่อนที่จะมีการเสนอคณะรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่ง ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการโดยความเห็นชอบของกระทรวงเจ้าสังกัด เสนอโครงการ ต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานงบประมาณ และกระทรวงการคลัง เพื่อพิจารณากลับกรองและเสนอความเห็นประกอบการพิจารณา

ของคณะรัฐมนตรี เกี่ยวกับความพร้อมของโครงการกรอบวงเงินดำเนินการ และแผนการดำเนินงาน”

ร่างมาตรา ๑๕ บัญญัติว่า “เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติให้มีการดำเนินโครงการและจัดสรรเงินกู้เพื่อการดำเนินโครงการแล้ว ให้บริหารจัดการโครงการและจัดสรรเงินกู้ตามวงเงินที่อนุมัติต่อไป ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ที่คณะรัฐมนตรีกำหนด”

เมื่อพิจารณาจากร่างกฎหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายให้อำนาจแก่รัฐบาล ๒ ประการ ได้แก่ (๑) อำนาจในการกู้ยืมเงิน และ (๒) อำนาจในการใช้จ่ายเงินที่ได้มาจากการกู้ยืมเงินตาม (๑) อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการก่อหนี้สาธารณะเอาไว้แต่ประการใด การตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายบริหารในการก่อหนี้สาธารณะจึงไม่ใช่ประเด็นที่ต้องพิจารณาในคดีนี้ ดังนั้น กรณีตามปัญหาจึงอยู่ในส่วนของรายจ่ายสาธารณะหรือการจ่ายเงินแผ่นดินที่รัฐธรรมนูญมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง ซึ่งกำหนดให้การจ่ายเงินแผ่นดินจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับหนึ่งฉบับใดในสื่อบัญชีที่รัฐธรรมนูญกำหนด ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ หรือกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง ในประเด็นปัญหาดังกล่าว บทบัญญัติที่เป็นวัตถุแห่งคดีจึงอยู่ในร่างมาตรา ๖ ที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถนำเงินที่ได้จากการกู้ไปใช้จ่ายได้ตามวัตถุประสงค์ในการกู้ โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง ทำให้ถูกวิจารณ์ว่ารัฐบาลสามารถใช้เงินดังกล่าวได้อย่างอิสระโดยไม่ต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาขัดต่อกรอบวินัยทางการคลังตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง อย่างไรก็ตาม รัฐบาลอ้างว่าการจ่ายเงินตามกฎหมายเฉพาะไม่ถือว่าเป็น “การจ่ายเงินแผ่นดิน” ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง เนื่องจากเงินที่ได้มาจากการกู้โดยปกติแล้วจะไม่ต้องนำส่งคลังตามระบบงบประมาณปกติ การจ่ายเงินดังกล่าวจึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง อีกทั้งร่างกฎหมายในลักษณะดังกล่าวไม่ได้ถูกตราขึ้นเป็นครั้งแรกแต่ได้มีการตรากฎหมายและบังคับใช้มาแล้วในระหว่างใช้บังคับรัฐธรรมนูญนี้ กล่าวคือ มีการตราพระราชบัญญัติเงินตามวัตถุประสงค์เฉพาะเรื่องหลายฉบับควบคู่กันไปกับพระราชบัญญัติรายจ่ายประจำปี เช่น การตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. ๒๕๕๒ (ไทยเข้มแข็ง)^{๑๐๗} ซึ่งได้มีโครงการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานเช่นเดียวกัน เช่น โครงการถนนไร้ฝุ่น เป็นต้น ในกฎหมายฉบับนี้ก็ยังมีบทบัญญัติในลักษณะทำนองเดียวกันที่ให้อำนาจฝ่ายบริหาร

^{๑๐๗} ดูประกอบ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การใช้จ่ายเงินตามแผนปฏิบัติการไทยเข้มแข็ง ๒๕๕๕ เรื่องเสร็จที่ ๘๘๘/๒๕๕๒ กรณีพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. ๒๕๕๒

ในการนำเงินที่ได้มาจากการกู้ไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายโดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภาในระบบงบประมาณรายจ่ายประจำปีตามปกติ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่าถึงแม้ว่าการกำหนดให้รัฐบาลสามารถนำเงินที่ได้จากการกู้ยืมเงินไปใช้จ่ายได้ตามวัตถุประสงค์ของโครงการดังกล่าวซึ่งจะทำให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้จ่ายเงินที่ได้มาจากการกู้ยืมเงินได้อย่างคล่องตัวเกิดประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดิน แต่การตีความว่าจำนวนเงินดังกล่าวไม่ใช่เงินแผ่นดิน ย่อมทำให้รัฐบาลสามารถใช้จ่ายเงินได้โดยไม่ผ่านกระบวนการควบคุมตรวจสอบของรัฐสภา อาจเป็นการใช้จ่ายเงินที่ขัดต่อหลักความโปร่งใส อันเป็นกรอบวินัยทางการคลังที่สำคัญในการควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของฝ่ายบริหารเพื่อป้องกันมิให้เกิดการใช้จ่ายเงินไปในทางที่เสียหาย สุ่มเสี่ยงต่อการทุจริต หรือสร้างภาระทางการคลังที่ผูกพันประเทศในระยะยาว อาจเกิดความไม่มีเสถียรภาพทางการคลังและระบบเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้น เงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... จึงเป็นเงินแผ่นดินตามความหมายของรัฐธรรมนูญ ซึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เมื่อร่างมาตรา ๖ ของพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้เงินที่ได้จากการกู้สามารถนำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ หรือกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง จึงเป็นการจ่ายเงินแผ่นดินโดยมิได้ผ่านกฎหมายสี่ฉบับที่รัฐธรรมนูญกำหนด และไม่ใช่กรณีจำเป็นเร่งด่วนตามมาตรา ๑๖๙ วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีมติเป็นเอกฉันท์ว่าร่างมาตรา ๖ ขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง^{๑๐๘} ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... จึงตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญมีผลให้ร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๔ วรรคสาม^{๑๐๙}

เห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญตีความรัฐธรรมนูญโดยใช้หลักความยินยอมในการจ่ายเงินแผ่นดิน (Le principe du consentement) ในการพิจารณาคดีกล่าวคือ การจ่ายเงินแผ่นดินที่โดยหลักแล้วมีที่มาจากเงินภาษีของประชาชนจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาในฐานะผู้แทนของประชาชน ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC)) ข้อ ๑๔ บัญญัติว่า “พลเมืองมีสิทธิที่จะตรวจสอบโดยตนเองหรือโดยผ่านทางผู้แทนในเรื่อง (ต่าง ๆ) ที่ว่า มีความจำเป็นเพียงใดในการเข้ารับภาระค่าใช้จ่ายสาธารณะในเรื่องที่ว่า จะยอมรับภาระค่าใช้จ่ายสาธารณะ

^{๑๐๘} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๑ ตอนที่ ๕๓ ก ลงวันที่ ๑๖ กรกฎาคม ๒๕๕๗, น. ๓๘ - ๔๒.

^{๑๐๙} เพิ่งอ้าง, น. ๔๔ - ๔๕.

หรือไม่ก็ได้โดยเสรี (และ) ในเรื่องที่ว่า จะตรวจสอบการใช้จ่ายสาธารณะ ตลอดจนความมากน้อยของค่าใช้จ่ายรายการของค่าใช้จ่าย การเรียกคืนและระยะเวลาในการใช้จ่าย (ก็สามารถจะกระทำได้)”^{๑๑๐} บทบัญญัติดังกล่าวเป็นพื้นฐานสำคัญของหลักประชาธิปไตยทางการคลัง การควบคุมตรวจสอบผ่านทางผู้แทนราษฎรนี้ไม่ใช่เป็นการมอบอำนาจให้ไปสังเกตการณ์ในสภา แต่ผู้แทนจะต้องใช้อำนาจนั้นในการควบคุมตรวจสอบด้วย และไม่เฉพาะแต่เพียงการควบคุมตรวจสอบรายรับสาธารณะ แต่รวมไปถึงรายจ่ายสาธารณะด้วย บทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนผ่านมุมมองในทางประวัติศาสตร์สถาบันทางการเมืองการคลังที่ยืนยันอำนาจในการควบคุมรายจ่ายสาธารณะอันมีที่มาจากหลักความยินยอมในการจัดเก็บภาษี (Le consentement à l'impôt)^{๑๑๑}.

เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... แล้ว จะเห็นได้ว่าร่างมาตรา ๖ กำหนดให้ “เงินที่ได้จากการกู้ตามมาตรา ๕ ให้นำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้โดยไม่ต้องนำส่งคลัง...” ถ้อยคำที่ว่า “ใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้” มีความหมายว่าผู้กู้เงินจะนำเงินไปใช้จ่ายอย่างไรก็ได้ ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ของโครงการโดยไม่ผ่านการควบคุมตรวจสอบจากรัฐสภาหรือองค์กรควบคุมตรวจสอบอื่น ๆ แต่อย่างใด กระทรวงคมนาคมเจ้าของโครงการมีหน้าที่เพียงแค่ต้องขอคำปรึกษาต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานงบประมาณ และกระทรวงการคลัง เพื่อพิจารณากลับกรองและเสนอความเห็นประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี เกี่ยวกับความพร้อมของโครงการกรอบวงเงินดำเนินการ และแผนการดำเนินงาน ตามร่างมาตรา ๑๔ เท่านั้น ซึ่งองค์กรต่าง ๆ ล้วนแล้วตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล

การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง เป็นการใช้อำนาจอย่างจำกัด (Le contrôle restreint) เนื่องจากเห็นได้ชัดว่าเป็นกรณีที่มี “ความผิดพลาดอย่างประจักษ์ชัด” (Une erreur manifeste d'appréciation) กล่าวคือรัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการจ่ายเงินแผ่นดินจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายหนึ่งกฎหมายใดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง แต่รัฐบาลฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกรอบวินัยทางการคลังดังกล่าว การควบคุมตรวจสอบตามมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง จึงเป็นเพียงการควบคุมตรวจสอบว่ารัฐบาลหรือรัฐสภาได้ปฏิบัติตาม “รูปแบบ” ขั้นตอนหรือแนวทางที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เข้าไปพิจารณาตรวจสอบว่าร่างกฎหมายของกระทรวงคมนาคมมี “เนื้อหา” ที่ขัดต่อวินัยทางการคลังที่เป็นกรอบในทางเศรษฐศาสตร์ที่มุ่งหมายให้ประเทศมีเสถียรภาพทางการคลังและมีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนแต่ประการใด กรณีนี้อาจเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสในคำวินิจฉัย

^{๑๑๐} สำนวนแปลของรูปานันท์ นิพิฏฐกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔๗

^{๑๑๑} Hugues Rabault, *La Constitution financière de la France : Sources fondamentales du droit des finances publiques*, (L'Harmattan, 2020), p. 29.

ที่ ๙๒ - ๓๐๙ ลงวันที่ ๙ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๙๒ ที่พิพากษาว่ารัฐสภาไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่มาตรา ๑ มาตรา ๒ และมาตรา ๔๐ ของรัฐกำหนดว่าด้วยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยรัฐบัญญัติงบประมาณ ค.ศ. ๑๙๕๙ กำหนดในการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี เนื่องจากได้พิจารณาในส่วนของรายจ่ายสาธารณะก่อนที่จะพิจารณาในส่วนของรายรับสาธารณะแล้วเสร็จ

มีข้อสังเกตว่าก่อนที่จะมีคำพิพากษาในคดีนี้ ประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายในลักษณะทำนองเดียวกับร่างมาตรา ๖ เป็นจำนวนมาก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่น ความอิสระ ในการบริหารจัดการเงินของหน่วยงานต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐวิสาหกิจหรือองค์การมหาชนที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล รายได้ต่าง ๆ ขององค์กรเหล่านี้จึงไม่ต้องนำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดินแต่สามารถนำไปใช้จ่ายได้ตามวัตถุประสงค์ขององค์กรต่าง ๆ ซึ่งเงินดังกล่าวเรียกว่า “เงินนอกงบประมาณ” (Les dépenses hors budget) ที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของรัฐสภาซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในประเด็นปัญหาตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๗๐ วรรคสอง

การกำหนดให้เงินนอกงบประมาณที่ไม่ต้องนำส่งคลัง โดยเฉพาะเงินกู้ซึ่งเป็นการก่อหนี้สาธารณะต้องปฏิบัติตามมาตรา ๑๖๙ เพื่อให้รัฐสภามีโอกาสควบคุมตรวจสอบความจำเป็น ความคุ้มค่า และความเหมาะสม ของการจ่ายเงินดังกล่าว มีเหตุผลสำคัญที่สนับสนุน คือ ถึงแม้ว่าเงินดังกล่าวจะไม่ได้มาจากภาษีของประชาชนซึ่งจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนของประชาชน (Le consentement à l'impôt) โดยตรง แต่เมื่อเงินกู้ไม่ใช่ “รายได้” ที่แท้จริงของรัฐ กล่าวคือเป็นเพียง “รายรับ” สาธารณะที่จะต้องคืนแก่ผู้ให้กู้ภายในเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา และเงินที่รัฐจะนำไปคืนแก่เจ้าหนี้ทั้งเงินต้นและดอกเบี้ยนั้นก็เป็นเงินรายได้ของรัฐที่เก็บมาจากภาษีของประชาชน ดังนั้น การนำเงินที่ได้จากการกู้ยืมดังกล่าวมาใช้ ก็ควรที่จะต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภาในฐานะผู้แทนของประชาชนเพื่อควบคุมตรวจสอบให้การใช้จ่ายเงินดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน อย่างไรก็ตาม การที่ศาลรัฐธรรมนูญพิพากษาว่าการจ่ายเงินแผ่นดินตามมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง นั้น รวมถึงเงินนอกงบประมาณที่ไม่ต้องนำส่งคลังเป็นรายได้ของแผ่นดินในระบบงบประมาณปกติด้วย เช่น เงินกู้ ก็มีข้อวิจารณ์เช่นกันว่ามีความย้อนแย้งกันเองกับบทบัญญัติในมาตรา ๑๗๐ ที่กำหนดในเรื่องของเงินนอกงบประมาณไว้เป็นการเฉพาะ หากการใช้จ่ายของหน่วยงานต่าง ๆ ที่ได้รับตามกฎหมายเฉพาะต้องปฏิบัติตามมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง ตามนัยของคำพิพากษาในคดีนี้ ย่อมส่งผลให้เงินนอกงบประมาณมีสถานะไม่แตกต่างไปจากเงินในงบประมาณแต่ประการใด การตีความมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๑๗๐ ให้สอดคล้องกันอาจจะต้องตีความว่าการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณตามมาตรา ๑๗๐ เป็นข้อยกเว้นของมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่งที่ไม่ต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภา แต่ก็ยังคงต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายการเงินการคลังกำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะตามมาตรา ๑๗๐ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๑๖๗ วรรคสาม เพื่อความรอบคอบ รัดกุม และรักษาวินัยทางการคลัง

(๒) ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ขัดต่อมาตรา ๑๗๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ หรือไม่

มาตรา ๑๗๐ บัญญัติว่า “เงินรายได้ของหน่วยงานของรัฐใด ที่ไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน ให้หน่วยงานของรัฐนั้นทำรายงานการรับและการใช้จ่ายเงิน ดังกล่าว เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเมื่อสิ้นปีงบประมาณทุกปี และให้คณะรัฐมนตรีทำรายงานเสนอ ต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาต่อไป

การใช้จ่ายเงินรายได้ตามวรรคหนึ่งต้องอยู่ภายใต้กรอบวินัย การเงินการคลังตามหมวดนี้ด้วย”

จากประเด็นในมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่ามาตรา ๖ ของร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนา โครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... นั้น กำหนดไว้แต่เพียงให้รัฐบาล สามารถนำเงินกู้ซึ่งมีสถานะเป็นเงินนอกงบประมาณตามมาตรา ๑๗๐ ของรัฐธรรมนูญ ไปใช้จ่าย ได้ตามวัตถุประสงค์ สมาชิกรัฐสภาจำนวนหนึ่งเห็นว่ามาตรการต่าง ๆ ที่ร่างกฎหมายนี้กำหนด ไม่มีความรอบคอบรัดกุม ไม่มีการศึกษาอย่างเพียงพอ งบประมาณที่จะต้องใช้จ่ายครั้งนี้เป็นเงิน จำนวนมหาศาล โครงการของรัฐบาลอาจจะประสบกับปัญหาขาดทุน ทำให้เกิดความเสียหาย หรือความเสียหายทางการเงินในระยะยาว อันขัดต่อกรอบวินัยทางการเงินการคลัง ร่างกฎหมายดังกล่าว จึงขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๑๗๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน จึงนำคดีมาฟ้อง ต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้ว่ามาตรา ๑๗๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญจะกำหนด ให้การจ่ายเงินดังกล่าวจะต้องเคารพต่อกรอบวินัยทางการเงินการคลังตามที่กำหนดไว้ในหมวดที่ ๘ การเงิน การคลัง และงบประมาณ แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติต่าง ๆ แล้วจะเห็นว่า ไม่ได้มีการ ให้คำนิยามความหมายของคำว่า “กรอบวินัยการเงินการคลังตามหมวดนี้” เอาไว้แต่อย่างใด นอกจากนี้ ในช่วงเวลาดังกล่าว กฎหมายวินัยการเงินการคลังซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๖๗ วรรคสาม กำหนดให้มีการตราขึ้นเพื่อใช้เป็นกฎหมายกลาง ก็ยังไม่ถูกนำมาใช้บังคับเป็นกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องหาความหมายของวินัยทางการเงินการคลังผ่านการศึกษากฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการไต่สวนความเห็นของพยานหลายปาก ภายหลังจากรับฟังพยานหลักฐาน ทั้งหมดแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความ “กรอบวินัยการเงินการคลัง” ตามหมวด ๘ การเงิน การคลัง และงบประมาณ หมายถึง “หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวางแผนการเงิน การจัดการรายได้ การกำหนดแนวทางในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การบริหารการเงินและทรัพย์สิน การก่อหนี้ การกำหนดแนวทางในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การบริหารการเงิน และทรัพย์สิน การก่อหนี้ ภาระทางการเงินของรัฐ และการอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งจะต้องใช้เป็นกรอบ ในการจัดการรายได้ กำกับกับการใช้จ่ายเงินตามหลักการรักษาเสถียรภาพ การพัฒนาเศรษฐกิจ

อย่างยั่งยืน และความเป็นธรรมในสังคม”^{๑๑๒} และใช้หลักการดังกล่าวเป็น “มาตร” ในการวินิจฉัย ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “...ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจ กระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ...ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจำนวนมากถึงสองล้านล้านบาท แต่ไม่มีความชัดเจน ในรายละเอียดของแผนงานหรือโครงการที่จะใช้จ่ายเงินอันเกี่ยวกับการวางแผนการเงิน การจัดหา รายได้เพื่อชดใช้หนี้ หรือการบริหารจัดการกำกับกับการใช้จ่ายเงิน อีกทั้งเป็นการสร้างภาระผูกพัน ทางการเงินแก่ประเทศเป็นจำนวนมหาศาล และเป็นระยะเวลายาวนาน โดยไม่มีหลักประกัน ความเสี่ยงภัยทางการเงินการคลังและระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างเพียงพอ การใช้จ่าย เงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ จึงมิได้ดำเนินการตามกรอบวินัยการเงินการคลังตามรัฐธรรมนูญ หมวด ๘ ว่าด้วยการเงิน การคลัง และงบประมาณ... ร่างพระราชบัญญัตินี้จึงขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๐ วรรคสอง” นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้วินิจฉัยถึงหลักการ รักษาเสถียรภาพหรือกรอบความยั่งยืนทางการเงินการคลังซึ่งเป็นกรอบวินัยทางการเงินการคลังที่มีสถานะ เป็นกรอบในทางเศรษฐกิจ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “...สำหรับคำชี้แจงของผู้แทน คณะรัฐมนตรี และผู้อำนวยการสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ อยู่ในกรอบวินัยทางการเงินการคลัง เนื่องจากประการที่หนึ่ง จำนวนเงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ ไม่เกินจำนวนเงินขึ้นสูงหรือเพดานของหนี้สาธารณะที่กำหนดสัดส่วนหนี้สาธารณะไม่เกิน ร้อยละ ๖๐ ของ GDP และประการที่สอง ภาระหนี้ที่เกิดจากร่างพระราชบัญญัตินี้ ในการชำระคืน เงินต้นและดอกเบี้ยอยู่ในระดับต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้ คือ ต่ำกว่าร้อยละ ๑๕ ของงบประมาณ รายจ่ายประจำปี ไม่ตรงกับคำชี้แจงของพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งชี้แจงว่ากรอบวินัยการเงินการคลัง ตามรัฐธรรมนูญ หมวด ๘ มีความหมายอย่างกว้าง ไม่ได้มีความหมายเฉพาะเรื่องเพดานหนี้ สาธารณะหรือภาระหนี้ดังกล่าวเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการรักษาวินัยทางการเงินการคลังในด้านอื่น ๆ ด้วย เช่น กระบวนการใช้จ่ายเงินที่มีการบริหารจัดการที่ดีตามหลักธรรมาภิบาล มีขั้นตอนในการ อนุมัติการเบิกจ่ายและการกำกับติดตามที่น่าเชื่อถือและรัดกุมรอบคอบ เป็นต้น ข้ออ้างดังกล่าว จึงไม่สอดคล้องกับความหมายของกรอบวินัยการเงินการคลังตามนัยของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๖๗ วรรคสาม เมื่อการใช้จ่ายเงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ไม่ได้ดำเนินการ ตามกรอบวินัยการเงินการคลังตามรัฐธรรมนูญ หมวด ๘ ร่างพระราชบัญญัตินี้จึงขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๐ วรรคสอง...”^{๑๑๓} ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลัง กู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... จึงตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๐

^{๑๑๒} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๑ ตอนที่ ๕๓ ก ลงวันที่ ๑๖ กรกฎาคม ๒๕๕๗, น. ๔๓.

^{๑๑๓} เพ็งอ้าง, น. ๔๔.

วรรคสอง ซึ่งข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญมีผลให้ร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นอันตกไป ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๔ วรรคสาม^{๑๑๔}

ถึงแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้ให้คำนิยามความหมายของวินัยทางการคลังตามมาตรา ๑๗๐ วรรคสอง แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้นำถ้อยคำในมาตรา ๑๖๗ วรรคสาม ที่กำหนดให้มีกฎหมายวินัยการเงินการคลังเป็นกฎหมายกลางทางการคลังของประเทศไทยมาใช้ในการให้คำนิยามแทบจะทั้งหมด^{๑๑๕} ดังนั้น คำนิยามความหมายของวินัยทางการคลังตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นใหม่ แต่ประการใด อย่างไรก็ดี สาระสำคัญของคำวินิจฉัยที่ ๓ - ๔/๒๕๕๗ คือการที่ศาลรัฐธรรมนูญรับรองว่ากรอบวินัยทางการคลังมีสถานะเป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบในทางกฎหมายการคลังได้โดยตรง เนื่องจากก่อนหน้าที่จะมีคำวินิจฉัยดังกล่าว บทบัญญัติต่าง ๆ ในหมวดที่ ๘ การเงิน การคลัง และงบประมาณก็ล้วนแล้วแต่เป็นเพียงการรับรองหลักการพื้นฐานซึ่งไม่มีความชัดเจนแน่นอนว่าจะสามารถนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาใช้บังคับในทางกฎหมายได้หรือไม่ อย่างไร

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีตามมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นมาตรา ๑๗๐ วรรคสอง เป็นการใช้อำนาจทั่วไปในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Le contrôle normal) เนื่องจากไม่ใช่กรณีที่เห็นได้ชัดว่าเป็นกรณีที่ “ความผิดพลาดอย่างประจักษ์ชัด” (Une erreur manifeste d'appréciation) แต่เป็นกรณีที่ต้องตีความความหมายของวินัยทางการคลังและนำความหมายดังกล่าวมาพิจารณาปรับใช้ว่าร่างกฎหมายในคดีนี้ขัดต่อวินัยทางการคลังตามความหมายที่ศาลตีความหรือไม่ อย่างไร ศาลจะต้องใช้อำนาจในการปรับบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเข้ากับข้อเท็จจริง (La qualification des faits) เป็นการ

^{๑๑๔} เพิ่งอ้าง, น. ๔๔ - ๔๕.

^{๑๑๕} ศาลรัฐธรรมนูญให้คำนิยามว่า “กรอบวินัยการเงินการคลังตามหมวด ๘ จึงหมายถึงความถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวางแผนการเงิน การจัดหารายได้ การกำหนดแนวทางในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การบริหารการเงินและทรัพย์สิน การก่อหนี้ การกำหนดแนวทางในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การบริหารการเงินและทรัพย์สิน การก่อหนี้ ภาระทางการเงินของรัฐ และการอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งจะต้องใช้เป็นกรอบในการจัดหารายได้ กำกับกับการใช้จ่ายเงินตามหลักการรักษาสถียรภาพ การพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน และความเป็นธรรมในสังคม”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๖๗ วรรคสาม บัญญัติว่า “ให้มีกฎหมายการเงินการคลังของรัฐเพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลัง ซึ่งรวมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวางแผนการเงินระยะปานกลาง การจัดหารายได้ การกำหนดแนวทางในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การบริหารการเงินและทรัพย์สิน การบัญชี กองทุนสาธารณะ การก่อหนี้หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินหรือภาระทางการเงินของรัฐ หลักเกณฑ์การกำหนดวงเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น และการอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะต้องใช้เป็นกรอบในการจัดหารายได้ กำกับกับการใช้จ่ายเงินตามหลักการรักษาสถียรภาพ พัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน และความเป็นธรรมในสังคม”

พิจารณาในทาง “เนื้อหา” ของคดีว่าร่างกฎหมายมีความสมเหตุสมผลเพียงพอหรือไม่ อย่างไร ซึ่งต่างจากกรณีตามมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นการพิจารณาว่ารัฐบาลได้ดำเนินการตาม “รูปแบบ” ขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่^{๑๑๖} กรณีนี้อาจเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสในคำวินิจฉัยที่ ๗๙ - ๑๑๐ ลงวันที่ ๒๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๗๙ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติงบประมาณประจำปีงบประมาณ ค.ศ. ๑๙๘๐ ซึ่งมีการตีความความหมายของ “การรักษาดุลทางเศรษฐกิจและการคลัง” (L'équilibre économique et financier) เป็นการยืนยันว่าเป็นหลักการที่มีสถานะเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ และเมื่อร่างรัฐบัญญัติงบประมาณประจำปีงบประมาณ ค.ศ. ๑๙๘๐ ไม่เคารพต่อหลักการดังกล่าว ร่างกฎหมายนี้จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ^{๑๑๗}

หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว หน่วยงานของรัฐที่มีเงินนอกงบประมาณเป็นของตนเองก็ได้มีความพยายามในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายของตนเองเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ภายหลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้มีการตราพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๑ ซึ่งได้มีการให้คำนิยามของเงินนอกงบประมาณเอาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา ๔ และได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดการเงินนอกงบประมาณในหมวด ๓ วินัยการเงินการคลัง ส่วนที่ ๕ เงินนอกงบประมาณและทุนหมุนเวียน มาตรา ๖๑

มาตรา ๔ บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้... “เงินนอกงบประมาณ” หมายความว่า บรรดาเงินทั้งปวงที่หน่วยงานของรัฐจัดเก็บ หรือได้รับไว้ เป็นกรณีพิเศษตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือจากนิติกรรมหรือนิติเหตุ หรือกรณีอื่นใดที่ต้องนำส่งคลัง แต่มีกฎหมายอนุญาตให้สามารถเก็บไว้ใช้จ่ายได้โดยไม่ต้องนำส่งคลัง”

มาตรา ๖๑ บัญญัติว่า “เงินนอกงบประมาณให้มีหน้าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ หรือการดำเนินงานตามวัตถุประสงค์ของการมีเงินนอกงบประมาณนั้น ทั้งนี้ ให้นำความในมาตรา ๓๗ วรรคสอง มาใช้บังคับกับการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณด้วยโดยอนุโลม

เงินนอกงบประมาณของหน่วยงานของรัฐ ให้นำมาฝากไว้ที่กระทรวงการคลัง เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือได้ทำความตกลงกับกระทรวงการคลังเป็นอย่างอื่น

เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เงินนอกงบประมาณนั้นเมื่อได้ใช้จ่ายในการปฏิบัติหน้าที่หรือการดำเนินงานตามวัตถุประสงค์จนบรรลุ

^{๑๑๖} อย่างไรก็ดีตาม อาจพิจารณาได้เช่นกันว่าในประเด็นตามมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง เป็นการใช้อำนาจทั่วไปในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Le contrôle normal) เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความความหมายของ “เงินแผ่นดิน” ก่อนที่จะวินิจฉัยว่าไม่มีการปฏิบัติตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนด

^{๑๑๗} Décision n° 79-110 DC du 24 décembre 1979.

วัตถุประสงค์แห่งการนั้นแล้วมีเงินคงเหลือให้นำส่งคลังโดยมิชักช้า ทั้งนี้ การนำเงินส่งคลังให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี”

ส่วนที่ ๒ รายจ่าย (การจ่ายเงินในงบประมาณ)^{๑๑๘} มาตรา ๓๗ บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐจะก่อหนี้ผูกพันหรือจ่ายเงินได้ก็แต่โดยอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย

การก่อหนี้ผูกพันและการใช้จ่ายเงินของหน่วยงานของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่หรือการดำเนินงานต้องเป็นไปอย่างโปร่งใส คุ่มค่าและประหยัด โดยพิจารณาเป้าหมาย ประโยชน์ที่ได้รับ ผลสัมฤทธิ์ และประสิทธิภาพของหน่วยงานของรัฐ และต้องเป็นไปตามรายการและวงเงินงบประมาณรายจ่ายของหน่วยงานของรัฐนั้นด้วย”

ปัจจุบัน การจ่ายเงินนอกงบประมาณไม่จำเป็นต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาตามนัยของมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ประกอบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓ - ๔/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๑๒ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๗ เนื่องจากมาตรา ๑๔๐ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดเพิ่มเติมให้กฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐเป็นหนึ่งในกฎหมายที่ให้อำนาจในการจ่ายเงินแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา ๑๔๐ บัญญัติว่า “การจ่ายเงินแผ่นดิน จะกระทำได้เฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือกฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง หรือกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ เว้นแต่ในกรณีจำเป็นรีบด่วนจะจ่ายไปก่อนก็ได้ แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีเช่นว่านี้ ต้องตั้งงบประมาณรายจ่ายชุดใช้ในพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายหรือพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม หรือพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณถัดไป”

ดังนั้น หน่วยงานของรัฐที่มีเงินนอกงบประมาณที่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๑ กำหนด ย่อมเป็นการจ่ายเงินแผ่นดินโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๑๔๐ ของรัฐธรรมนูญ

๒.๓.๓ ผลกระทบที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ

คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้เป็นคดีแรกที่มีการนำข้อความคิดในเรื่องของ “วินัยทางการเงินการคลัง” มาเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาคดี ดังนั้น คำพิพากษาดังกล่าวจึงมีผลกระทบต่อระบบกฎหมายมหาชนไทยเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการคลัง กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ

^{๑๑๘} วงเล็บโดยผู้เขียน

(๑) กรอบวินัยทางการคลังได้รับการรับรองให้มีสถานะเป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและมีสภาพบังคับในทางกฎหมายผ่านการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญและกฎหมายการคลังที่บังคับใช้เวลานั้น ไม่ได้ให้คำนิยามของ “วินัยทางการคลัง” เอาไว้อย่างชัดเจน ประกอบกับในเวลานั้นยังไม่มี การตรากฎหมายการเงินการคลังตามมาตรา ๑๖๗ วรรคสามของรัฐธรรมนูญ จึงทำให้เกิดคำถาม ว่าบทบัญญัติในหมวด ๘ การเงิน การคลัง และงบประมาณ สามารถนำมาใช้ได้โดยตรงหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติมาตรา ๑๗๐ วรรคสอง ที่บัญญัติให้การจ่ายเงินนอกงบประมาณ ต้องปฏิบัติตามวินัยทางการคลังที่กำหนดเอาไว้ในหมวดที่ ๘ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะ เป็นนามธรรมสูงมาก จะต้องรอให้มีการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อกำหนด รายละเอียดอย่างเป็นรูปธรรมก่อนหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากหลักการในปฏิญญาสากลว่าด้วยการตรวจ เงินแผ่นดิน (La Déclaration de Lima 1997) ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบทางการเงินการคลังซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกของสถาบันตรวจเงินแผ่นดิน ระหว่างประเทศ (L'Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques) ที่ได้มีการวางหลักทั่วไปว่าด้วยการตรวจสอบทางการเงินการคลัง (Le contrôle des finances publiques) ในข้อ ๕ และ ข้อ ๑๘^{๑๑๙}

^{๑๑๙} La Déclaration de Lima 1997

II. Indépendance

Section 5. Indépendance des Institutions supérieures de contrôle des finances publiques

1) Les Institutions supérieures de contrôle des finances publiques ne peuvent accomplir leurs tâches de manière objective et efficace que si elles sont indépendantes du service contrôlé et si elles sont soustraites aux influence extérieures.

2) Bien que les institutions de l'Etat ne peuvent être absolument indépendantes de celui-ci puisqu'elles en font partie, les Institutions supérieures de contrôle des finances publiques doivent pouvoir jouir de l'indépendance fonctionnelle et organisationnelle nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches.

3) L'établissement des Institutions supérieures de contrôle des finances publiques et le niveau d'indépendance qui leur est nécessaire doivent être précisés dans la Constitution ; les modalités peuvent être détaillées dans les textes de loi. En particulier, un tribunal suprême doit assurer une protection juridique contre toute entrave à l'indépendance et au pouvoir de contrôle des Institutions supérieures de contrôle des finances publiques.

ข้อ ๕ ความเป็นอิสระของสถาบันตรวจเงินแผ่นดิน กำหนดว่า

“๑) สถาบันตรวจเงินแผ่นดินจะสามารถปฏิบัติงานตามหน้าที่ได้อย่างเที่ยงตรงมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อเป็นอิสระจากหน่วยรับตรวจและได้รับความคุ้มครองให้ปลอดภัยจากอิทธิพลภายนอก

๒) ถึงแม้ว่าจะไม่มีสถาบันใด ๆ ของรัฐที่เป็นอิสระอย่างสมบูรณ์เพราะถึงอย่างไรก็ยังเป็นส่วนหนึ่งของรัฐอยู่ แต่กระนั้นสถาบันตรวจเงินแผ่นดินจะต้องมีความเป็นอิสระในระดับที่สูงพอทั้งในด้านหน้าที่และรูปองค์การที่จะทำให้สามารถปฏิบัติภารกิจในหน้าที่ของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

๓) การจัดให้มีสถาบันตรวจเงินแผ่นดินและระดับความเป็นอิสระที่สถาบันตรวจเงินแผ่นดินจำเป็นต้องมี ควรเป็นข้อกำหนดอย่างหนึ่งในรัฐธรรมนูญ ส่วนรายละเอียดอาจกำหนดไว้ในกฎหมาย สถาบันตรวจเงินแผ่นดินจะต้องได้รับการปกป้องทางกฎหมายจากศาลสูงอย่างเพียงพอเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการก้าวล่วงความเป็นอิสระและอำนาจการตรวจสอบของสถาบันตรวจเงินแผ่นดิน”^{๑๒๐}

VII. Compétences de contrôle des Institutions supérieures de contrôle des finances publiques

Section 18. Source constitutionnelle des compétences de contrôle ; contrôle de la gestion des finances publiques

1) Les compétences de contrôle des Institutions supérieures de contrôle des finances publiques doivent être inscrites dans la Constitution, au moins dans leurs lignes fondamentales ; les modalités peuvent être détaillées dans les textes de loi.

2) La formulation concrète des compétences de contrôle des Institutions supérieures de contrôle des finances publiques sera fonction des conditions et nécessités de chaque pays.

3) Toutes les opérations liées aux finances publiques doivent être soumis au contrôle des Institutions supérieures de contrôle des finances publiques, qu'elles figurent d'une manière ou d'une autre dans le budget général de l'Etat ou qu'elles n'y figurent pas. Les éléments de la gestion financière qui n'apparaissent pas au budget de l'Etat ne sont pas pour autant soustraits au contrôle de l'Institution supérieure de contrôle des finances publiques.

4) Les Institutions supérieures de contrôle des finances publiques doivent profiter des contrôles qu'elles effectuent pour encourager une classification clairement définie des éléments du budget et des systèmes comptables aussi simples et claires que possible.

^{๑๒๐} สำนวนแปลของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

ข้อ ๑๘ พื้นฐานของอำนาจการตรวจสอบกำหนด
โดยรัฐธรรมนูญ : การตรวจสอบการบริหารการเงินของรัฐ กำหนดว่า

“๑) พื้นฐานอำนาจการตรวจสอบของสถาบันตรวจเงินแผ่นดินควรกำหนดอยู่ในรัฐธรรมนูญ ส่วนรายละเอียดอาจกำหนดอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

๒) การระบุขอบเขตและเงื่อนไขที่แน่ชัดของอำนาจการตรวจสอบของสถาบันตรวจเงินแผ่นดิน ควรขึ้นอยู่กับสถานะและความต้องการของแต่ละประเทศ

๓) การบริหารการเงินของประเทศไม่ว่าจะแสดงในรูปงบประมาณหรือในลักษณะใด ต้องได้รับการตรวจสอบจากสถาบันตรวจเงินแผ่นดินทั้งสิ้น รวมถึงส่วนใดส่วนหนึ่งของระบบการบริหารการเงิน แม้จะจัดให้แยกออกจากงบประมาณของประเทศ ก็จะต้องได้รับการตรวจสอบโดยสถาบันตรวจเงินแผ่นดินด้วยเช่นกัน

๔) โดยอาศัยวิธีการของการตรวจสอบ สถาบันตรวจเงินแผ่นดินจะต้องใช้ความพยายามผลักดันให้มีระบบการจำแนกประเภทของงบประมาณอย่างชัดเจน เพื่ออำนวยความสะดวกให้ระบบบัญชีที่ง่ายและถูกต้องเท่าที่เป็นได้”^{๑๒๑}

จะเห็นได้ว่าองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบทางการเงินคลัง ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบองค์กรกลุ่ม องค์กรเดี่ยว หรือองค์กรศาลขึ้นอยู่กับโครงสร้างของกฎหมายมหาชนและบริบทของกฎหมายในแต่ละประเทศ จะต้องเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระและอำนาจในการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจะต้องถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรืออย่างน้อยในแนวทางปฏิบัติพื้นฐาน ส่วนในรายละเอียดของการใช้อำนาจดังกล่าวอาจกำหนดเพิ่มเติมได้ในกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ เพื่อให้การตรวจสอบทางการเงินคลังเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ถึงแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ (Les textes de loi) ก็ไม่เป็นการจำกัดอำนาจขององค์กรตรวจสอบทางการเงินคลังที่ได้มีการรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เจตนารมณ์ของการกำหนดให้มีการตรากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติก็เป็นเพียงการให้อำนาจแก่รัฐสภาในการกำหนดรายละเอียดตามความเหมาะสมของแต่ละประเทศเท่านั้น ดังนั้น การใช้อำนาจจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรงของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นการใช้อำนาจที่มีความสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานทางการเงินคลังตามที่ได้กล่าวมา มิฉะนั้นแล้ว หากจำเป็นต้องรอให้รัฐสภาผ่านกฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดแล้วถึงจะบังคับใช้กับรัฐสภาในการตรากฎหมายที่ให้อำนาจในการจ่ายเงินแผ่นดิน การใช้อำนาจในการยินยอมให้ฝ่ายบริหารใช้จ่ายเงินของรัฐสภาจะไม่อาจถูกตรวจสอบได้ในที่สุดหากรัฐสภาเองไม่พร้อมที่จะตรากฎหมายวินัยทางการเงินคลังมาใช้ในการจำกัดอำนาจของตนเอง วินัยทางการเงินคลังที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ย่อมไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ในความเป็นจริง

^{๑๒๑} สำนักนแปลของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

คำถามประการต่อมา คือ กฎหมายที่ศาลจะใช้เป็นฐานในการควบคุมตรวจสอบทางการเมืองจะต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่อยู่ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือหมายรวมถึงหลักการพื้นฐานอื่น ๆ ที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีความสำคัญเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร

ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส กฎเกณฑ์ที่ศาลใช้เป็นฐานในการควบคุมตรวจสอบ (Les normes de référence) กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่มีสถานะเป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีนั้น เรียกว่า “กลุ่มกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ในระดับรัฐธรรมนูญ (Le bloc de constitutionnalité)” เนื่องจากในกลุ่มกฎหมายนี้เองก็มีธรรมชาติของเรื่องที่หลากหลายแตกต่างกันไป (ในบางกรณีมีลำดับศักดิ์สูงต่ำที่แตกต่างกันภายในกลุ่ม) กลุ่มกฎหมายนี้มีองค์ประกอบที่หลากหลายไม่เฉพาะแต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับวันที่ ๔ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๕๘ แต่ยังรวมถึงคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ ๒๖ สิงหาคม ค.ศ. ๑๗๘๙ (La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789) อาร์มบพทของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๙๔๖ (Le Préambule de la Constitution de 1946) ซึ่งได้รับการยอมรับในฐานะของ “หลักการเฉพาะอันจำเป็นอย่างยิ่งในยุคสมัยของเรา” (Les principes particulièrement nécessaires à notre temps) กฎบัตรสิ่งแวดล้อม ค.ศ. ๒๐๐๔ (La Charte de l’environnement de 2004) และหลักการพื้นฐานที่รับรองโดยกฎหมายของสาธารณรัฐ (Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (Les PFRLR))^{๑๒๒} นอกจากนี้ ยังรวมถึงหลักการทางการเมืองที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญที่ ๒๐๐๑ - ๖๙๒ ลงวันที่ ๑ สิงหาคม ค.ศ. ๒๐๐๑ ว่าด้วยกฎหมายการคลัง (La loi organique no 2001 - 692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances - LOLF) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญรับรองว่าเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น หลักความถูกต้องตรงไปตรงมาของงบประมาณ (Le principe de sincérité budgétaire) ที่ศาลวางหลักว่ารัฐบัญญัติงบประมาณจะต้องแสดงให้เห็นทั้งแหล่งที่มาของรายได้และภาระทางการเมืองของรัฐอย่างตรงไปตรงมา (Les lois de finances présentent de façon sincère l’ensemble des ressources et des charges de l’État) ซึ่งความตรงไปตรงมานี้ อาจพิจารณาได้จากข้อมูลที่มีอยู่และการคาดการณ์ที่อาจเกิดขึ้นจากข้อมูลดังกล่าวอย่างสมเหตุสมผล (compte tenu des informations disponibles et des prévisions qui peuvent raisonnablement en découler)^{๑๒๓} ในประเด็นปัญหานี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

^{๑๒๒} Céline Wiener et André Legrand, *Droit public : Droit constitutionnel et administratif, Finances publiques, Institutions européennes*, (Documentation française, 2017), p. 54.

^{๑๒๓} Frank Mordacq, *supra* note 12, p. 56.

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๗ ซึ่งบัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” แล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้มีการเปิดช่องให้มีการตีความรัฐธรรมนูญในกรณีที่ไม่อาจนำบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามรัฐธรรมนูญมาบังคับใช้ในกรณีหนึ่งกรณีใด ทั้งนี้ จะต้องนำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้หมดสิ้นทั้งโดยตรงและโดยเทียบเคียงแล้ว จึงจะสามารถนำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยใช้บังคับ^{๑๒๔} บทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงการผ่อนคลายความเข้มงวดในการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ ปัจจุบันหลักกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรจึงอาจถูกนำไปในฐานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกัน จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญของประเทศไทย (Le bloc de constitutionnalité) มีองค์ประกอบหลายอย่าง ไม่เพียงแต่ตัวบทรัฐธรรมนูญเท่านั้นแต่ยังรวมถึงประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือวินัยทางการเมืองในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่ถูกรับรองโดยศาลรัฐธรรมนูญว่ามีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกรอบที่รัฐสภาและรัฐบาลจะต้องเคารพและปฏิบัติตาม

การตีความของศาลรัฐธรรมนูญในคดีที่ ๓ - ๔/๒๕๕๗ ในวันที่ ๑๒ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๗ โดยนำบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติและหลักการพื้นฐานต่าง ๆ ที่อยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมายมาใช้ในการหาความหมายของ “กรอบวินัยทางการเมือง” ตามมาตรา ๑๗๐ วรรคสองของรัฐธรรมนูญนั้น^{๑๒๕} ทำให้วินัยทางการเมืองมีความหมายที่ชัดเจนขึ้นและเป็นการยืนยันว่าหลักการดังกล่าวสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายที่อยู่ในระหว่างพิจารณาของรัฐสภาได้ “วินัยทางการเมือง” จึงได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการว่าเป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญทั้งในส่วนที่เป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

^{๑๒๔} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” เอกสารนำเสนอในงานรำลึก ๑๐๐ ปี ชาตกาลศาสตราจารย์จิติ ตังศรีทิพย์, ๒๕๕๑, น. ๓๑.

^{๑๒๕} ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “แม้ในขณะนี้ยังมิได้มีการตรากฎหมาย การเงินการคลังของรัฐดังกล่าวเพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลังขึ้นใช้บังคับ แต่ในปัจจุบัน ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๐๒ พระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. ๒๕๕๑ และ พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. ๒๕๔๘ ที่ใช้บังคับอยู่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการจัดทำงบประมาณ การใช้จ่ายและการควบคุมงบประมาณ และการบริหารหนี้สาธารณะ ซึ่งครอบคลุมเรื่องการใช้จ่าย เงินงบประมาณแผ่นดิน ด้วยเหตุนี้กรอบวินัยการเงินการคลังตามหมวด ๘ จึงหมายความว่าถึงหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับการวางแผนการเงิน การจัดทำรายได้ การกำหนดแนวทางในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การบริหารการเงินและทรัพย์สิน การก่อหนี้ ภาระทางการเงินของรัฐ และการอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งจะต้อง ใช้เป็นกรอบในการจัดทำรายได้ กำกับกับการใช้จ่ายเงินตามหลักการรักษาสถียรภาพ การพัฒนาทางเศรษฐกิจ อย่างยั่งยืน และความเป็นธรรมในสังคม”

และในส่วนที่ไม่ได้ปรากฏชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรแต่เป็นหลักการพื้นฐานทางการคลังที่อยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมาย

(๒) ศาลรัฐธรรมนูญได้ขยายอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายลงไปถึงความได้สัดส่วน (Le contrôle de proportionnalité) ของกฎหมายทางการคลัง

จากเดิมที่องค์กรศาลไม่เข้าไปควบคุมนโยบายของรัฐบาลที่มีสถานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (อังกฤษ : Act of State ; ฝรั่งเศส : Act de gouvernement) ดังปรากฏจากแนวคำวินิจฉัยของคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕๖/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๐ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๕๕ (คดีจำนำข้าว) เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลไม่ใช่วัตถุแห่งคดีที่องค์กรตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบ แต่เป็นความรับผิดชอบในทางการเมืองในเวลาต่อมาศาลได้เข้ามาควบคุมตรวจสอบนโยบายของรัฐบาลมากขึ้นผ่านการดำเนินโครงการต่าง ๆ ของรัฐบาลตามที่ได้หาเสียงไว้กับประชาชน หากการกระทำใด ๆ เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายทางการเมืองมีสถานะในทางกฎหมายที่อาจเป็นวัตถุแห่งคดีที่อยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการ กล่าวคือ มีสถานะเป็นการใช้อำนาจนิตินบัญญัติ กฎหมายดังกล่าวอาจถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Le contrôle de constitutionnalité des lois) โดยศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓ - ๔/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๑๒ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๗ ศาลไม่ได้จำกัดอำนาจของตนเองแต่เพียงการควบคุมอย่างจำกัด (Le contrôle restreint) ตามประเด็นปัญหาในรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ในทางรูปแบบหรือขั้นตอนปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามในการจ่ายเงินแผ่นดินเท่านั้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจลงลึกไปถึงขนาดการควบคุมตรวจสอบความได้สัดส่วนของร่างกฎหมาย (Le contrôle de proportionnalité) เนื่องจากศาลเข้าไปพิจารณาว่าร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ไม่มีมาตรการในการควบคุมตรวจสอบเพื่อป้องกันความเสี่ยงหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในทางการคลังหรือในทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างเพียงพอ เห็นได้ว่าศาลได้ทำการชั่งน้ำหนักแล้วเห็นว่าประโยชน์ที่ประเทศชาติจะได้รับจากกฎหมายฉบับนี้ไม่คุ้มค่างบเงินจำนวนมหาศาลที่รัฐจะต้องสูญเสียไปจากการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ นอกจากนี้ การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวยังเป็นการควบคุมก่อน (Le contrôle a priori) กล่าวคือ ยังไม่ได้มีการจ่ายเงินแผ่นดินและยังไม่ได้มีความเสียหายแต่ประการใด แต่เป็นกรณีที่ศาลคาดการณ์ว่าหากยอมให้มีการจ่ายเงิสดังกล่าว อาจนำมาซึ่งความเสียหายอย่างร้ายแรงและไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ต่างจากองค์กรควบคุมตรวจสอบทางการคลังทั่ว ๆ ไปของประเทศสมาชิกของสถาบันตรวจสอบเงินแผ่นดินระหว่างประเทศ ที่มักจะเป็นการใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบหลังจากการจ่ายเงินแผ่นดิน (Le contrôle a posteriori) การใช้อำนาจดังกล่าวมีลักษณะเป็นการควบคุมอย่างปกติ

(Le contrôle normal) ที่สะท้อนให้เห็นถึงทิศทางของศาลรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐสมากขึ้นเรื่อย ๆ

เมื่อพิจารณาจากที่มาในทางประวัติศาสตร์จะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบการกระทำในทางนิติบัญญัติมีที่มาจากความพยายามในการพิทักษ์สิทธิมนุษยชน (Les droits de l'homme) ที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Les droits fondamentaux) อันเป็นคุณค่าสูงสุดของสังคมที่จะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Le constitutionnalisme) ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้ขยายอำนาจไปควบคุมตรวจสอบในเรื่องอื่น ๆ ที่ไม่ใช่เรื่องสิทธิมนุษยชนโดยตรง เช่น หลักการพื้นฐานทางการคลัง ผ่านการตีความบทบัญญัติในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC)) ข้อ ๑๔ ที่บัญญัติว่า “พลเมืองมีสิทธิที่จะตรวจสอบโดยตนเองหรือโดยผ่านทางผู้แทนในเรื่อง (ต่าง ๆ) ที่ว่า มีความจำเป็นเพียงใดในการเข้ารับภาระค่าใช้จ่ายสาธารณะในเรื่องที่ว่า จะยอมรับภาระค่าใช้จ่ายสาธารณะหรือไม่ก็ได้โดยเสรี (และ) ในเรื่องที่ว่า จะตรวจสอบการใช้จ่ายสาธารณะตลอดจนความมากน้อยของค่าใช้จ่ายรายการของค่าใช้จ่าย การเรียกคืนและระยะเวลาในการใช้จ่าย (ก็สามารถจะกระทำได้)” และข้อ ๑๕ ที่บัญญัติว่า “สังคมย่อมมีสิทธิเรียกให้หน่วยงานสาธารณะทุกหน่วยงานรายงานการปฏิบัติภารกิจในส่วนที่ตนรับผิดชอบอยู่นั้นได้” ทำให้เกิดหลักการพื้นฐานทางการคลังที่ศาลรัฐธรรมนูญรับรองว่ามีคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้รับรองหลักการรักษาดุลทางเศรษฐกิจและการคลัง (L'équilibre économique et financier) (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๗๙ - ๑๑๐ ลงวันที่ ๒๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๗๙) หรือหลักความสุจริตทางงบประมาณหรือหลักความถูกต้องตรงไปตรงมาของงบประมาณ (Le principe de sincérité du budget) (คำวินิจฉัยที่ ๙๔ - ๓๕๑ ลงวันที่ ๒๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๙๔ และคำวินิจฉัยที่ ๒๐๐๑ - ๔๕๖ ลงวันที่ ๒๗ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๑) ว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เป็นต้น และเมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ศาลใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วจะเห็นว่าในอดีตนั้นศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจะพิพากษาเพิกถอนกฎหมายในกรณีที่มี “ความผิดพลาดอย่างประจักษ์ชัด” (Une erreur manifeste d'appréciation) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอย่างจำกัด (Le contrôle restreint) ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจเข้ามาควบคุมตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติมากขึ้น จากเดิมที่ใช้อำนาจอย่างจำกัด ได้กลายมาเป็นการใช้อำนาจทั่วไป (Le contrôle normal) เริ่มมีการใช้คำว่า “ไม่ได้สัดส่วน” (disproportionnalité) หรือ “มากเกินไป” (excessives) หรือ “เห็นได้ชัดว่าไม่สมควร” (manifestement inappropriées)^{๑๒๖} ทั้งนี้

^{๑๒๖} Décision n° 96 - 377 DC du 16 juill. 1996; Décision n° 99 - 424 DC du 29 déc. 1999, cons. 4 ; Décision n° 2000 - 441 DC du 28 déc. 2000, cons. 2 et 3. in Ferdinand Mélin-Soucramanien et Pierre Pactet, *Droit constitutionnel*, (SIREY, 40e éd., 2021), p. 575.

ศาลรัฐธรรมนูญก็พยายามใช้อำนาจในการตีความกฎหมายให้อยู่ในขอบเขตของการควบคุมตรวจสอบ “ความสมเหตุสมผล” (adéquation) ซึ่งยังคงอยู่ในกรอบของการควบคุมตรวจสอบความได้สัดส่วน (Le contrôle de proportionnalité) เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงไม่ให้ใช้อำนาจมากเกินไปจนกลายเป็นการควบคุมตรวจสอบ “ความเหมาะสม” (Le contrôle d'opportunité)^{๑๒๗} ซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับกันในทางกฎหมาย เนื่องจากถูกมองว่าเป็นการใช้อำนาจตุลาการเข้าไปแทรกแซงการทำงานของฝ่ายการเมืองหรือที่เรียกว่าการปกครองโดยตุลาการ (Le gouvernement des juges)^{๑๒๘} การขยายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญผ่านการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ควรอยู่สมควรว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและเป็นการใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเสียเอง อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ทศวรรษที่ ๖๐ เป็นต้นมา ศาลได้ใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบมากขึ้นเรื่อย ๆ จนยากที่จะแยกพรมแดนระหว่างการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมออกจากกัน^{๑๒๙}

ผลของคำวินิจฉัยในคดี ๓ - ๔/๒๕๕๗ ทำให้รัฐบาลที่ต้องการดำเนินโครงการทางเศรษฐกิจตามนโยบายที่ได้หาเสียงไว้กับประชาชนจะต้องคำนึงถึงความเสี่ยงหรือภาระทางการคลังที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต จึงมีข้อสังเกตว่าหากผู้ฟ้องคดีจำนำข้าวใน คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕๖/๒๕๕๕ ฟ้องคดีตามหมวดที่ ๕ แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ มาตรา ๘๔ (๓) และหมวดที่ ๘ การเงิน การคลัง และงบประมาณ ที่บัญญัติถึงวินัยทางการคลังแทนมาตรา ๘๔ (๑) ที่บัญญัติถึงหน้าที่ของรัฐในการสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด และสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน และฟ้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีให้อำนาจฝ่ายบริหารจ่ายเงินสำหรับโครงการดังกล่าวเนื่องจากขัดต่อวินัยทางการคลัง ศาลจะเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยหรือไม่อย่างไร นอกจากนี้ วินัยทางการคลังอาจถูกตั้งคำถามได้ว่า ภายหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ และพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๑ แล้ว ก็ได้มีการดำเนินโครงการทางเศรษฐกิจหลายโครงการที่ถูกวิจารณ์ว่าเป็นนโยบาย “ประชานิยม” หลายโครงการ เช่น โครงการคนละครึ่ง การพยุงราคาน้ำมัน หรือการจ่ายเงินอุดหนุนผ่านบัตรสวัสดิการแห่งรัฐที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็น “บัตรแจกเงิน”^{๑๓๐} เป็นต้น แต่เหตุใดจึงไม่มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญเหมือนอย่างในอดีต ดังนั้น จึงอาจตั้งคำถามได้ว่า

^{๑๒๗} Ferdinand Mélin-Soucramanien et Pierre Pactet, *Droit constitutionnel*, (SIREY, 40e éd., 2021), p. 575.

^{๑๒๘} Céline Wiener et André Legrand, *supra* note 122, p. 21.

^{๑๒๙} Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Droit administratif*, (LGDJ Précis Domat, Droit Public, 2018), p. 675.

^{๑๓๐} ประชาชาติธุรกิจ, ๑๐ ธันวาคม ๒๕๖๓, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๔ มกราคม ๒๕๖๕, <https://www.prachachat.net/politics/news-570011>.

ข้อความคิดในเรื่องของ “วินัยทางการคลัง” มีความชอบธรรม (La légitimité) ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ใช้เป็นกรอบในการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อให้เกิดเสถียรภาพทางการคลัง และการพัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน หรือเป็นเพียงเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบการกระทำในทางรัฐบาล

เห็นได้ว่าคดีดังกล่าวมีความสำคัญเป็นอย่างมาก การยอมให้องค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาทในการวินิจฉัยว่าโครงการของรัฐบาลขัดต่อกรอบวินัยทางการคลังหรือไม่ผ่านการใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (วินัยทางการคลังซึ่งมีคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญ) ของกฎหมาย (กฎหมายที่ใช้เป็นฐานในการดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาล) นั้น เสี่ยงต่อการใช้อำนาจไปในทางที่มีชอบของผู้พิพากษาในการเข้ามาแทรกแซงการตัดสินใจทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตยในนามของการรักษาวินัยทางการคลังหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญอาจนำ “กรอบวินัยทางการคลัง” มาใช้เป็นฐานในการวินิจฉัยว่านโยบายทางการเมืองที่พิพาทนั้นมี “ความคุ้มค่า” หรือไม่ มี “ความเหมาะสม” เพียงใด ประโยชน์ที่ประเทศชาติและประชาชนจะได้รับจากร่างกฎหมายนั้น “สมดุล” กับมาตรการในการควบคุมตรวจสอบที่กำหนดไว้ในร่างกฎหมายอย่าง “เพียงพอ” หรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้เป็นเรื่องในทางเศรษฐศาสตร์การเมืองโดยแท้ ไม่อาจคาดการณ์อนาคตล่วงหน้าได้อย่างชัดเจนแน่นอน การใช้อำนาจควบคุม “ก่อน” การใช้จ่ายเงินของรัฐบาล (ความเสียหายยังไม่เกิดขึ้น) สุดท้ายแล้วก็อาจจะพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้อำนาจที่หลุดพ้นไปจากกรอบเรื่อง “ความได้สัดส่วน” (Le contrôle de proportionnalité) กลายเป็นเรื่องของการควบคุม “ความเหมาะสม” (Le contrôle d'opportunité) ของร่างกฎหมาย ซึ่งอาจจะขัดต่อหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชน

๒.๔ สถานะทางกฎหมายและสภาพบังคับของวินัยทางการคลังตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ : วินัยทางการคลัง (La discipline budgétaire) และวินัยทางงบประมาณและการคลัง (La discipline budgétaire et financière)

เนื่องจากเนื้อหาของเรื่อง (Nature of things) ระหว่าง “วินัยทางการคลัง (La discipline budgétaire)” และ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง (La discipline budgétaire et financière)” มีความแตกต่างกัน ในการพิจารณาสถานะและสภาพบังคับทางกฎหมายจึงต้องพิจารณาแยกจากกันเป็นแต่ละกรณี

๒.๔.๑ วินัยทางการคลัง (La discipline budgétaire)

รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการรับรองวินัยทางการคลัง (La discipline budgétaire) ในชื่อ “วินัยการเงินการคลัง” ซึ่งเป็นกรอบในทางเศรษฐศาสตร์ตามความหมายของสนธิสัญญา มาสทริชต์ (Le Traité de Maastricht) ในหมวด ๕ แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ ๗ แนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ มาตรา ๘๔ (๓) และหมวด ๘ การเงิน การคลัง และงบประมาณ และมาตรา ๑๖๗ วรรคสาม กรอบวินัยทางการคลังมีสถานะเป็นกรอบวินัยที่รัฐพึงปฏิบัติเพื่อรักษาวินัยทางการคลังที่ดีของประเทศ

เช่น กรอบความยั่งยืนทางการคลัง (Fiscal Sustainability Framework) ที่กำหนดโดยสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง^{๑๓๑} หรืออยู่ในรูปของแนวทางการปฏิบัติของรัฐบาล^{๑๓๒} ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นตัวชี้วัดและเป้าหมายที่เป็นตัวเลขที่ชัดเจน (Numerical Indicators) ที่ไม่ได้มีสภาพบังคับในทางกฎหมายอย่างแท้จริง เป็นต้น การที่รัฐฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกรอบวินัยดังกล่าวย่อมเป็นความรับผิดชอบในทางการเมืองตามหลักทั่วไปในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยหลักแล้วกรอบวินัยทางการคลังเป็นกรอบที่อาศัยกฎเกณฑ์ในทางเศรษฐศาสตร์การเมืองเป็นมาตรการสำคัญในการควบคุมตรวจสอบทางการคลัง เช่น สัดส่วนหนี้สาธารณะคงค้างต่อ GDP ไม่เกินร้อยละ ๖๐ สัดส่วนภาระต้องงบประมาณไม่เกินร้อยละ ๑๕ หรือสัดส่วนรายจ่ายลงทุนต้องงบประมาณไม่ต่ำกว่าร้อยละ ๒๕ เป็นต้น เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินนโยบายการคลังที่สอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและการคลังของประเทศ^{๑๓๓} และเนื่องจากเนื้อหาของเรื่องเป็นเรื่องในทางเศรษฐศาสตร์การเมือง กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงมีสภาพบังคับที่ไม่เคร่งครัดมากนัก กล่าวคือ ฝ่ายบริหารสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ตามความเหมาะสมขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในช่วงเวลานั้น

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓ - ๔/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๑๒ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๗ ว่าวินัยทางการคลังในความหมายดังกล่าวมีความหมายอย่างกว้างและมีสภาพบังคับในทางกฎหมายในฐานะที่เป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ในกรณีดังกล่าวเมื่อวัตถุประสงค์เป็นร่างกฎหมายของรัฐสภา จึงอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะควบคุมตรวจสอบว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งกับวินัยทางการคลังตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น วินัยทางการคลัง (La discipline budgétaire) ในประเทศไทยจึงมีสถานะเป็นกรอบในทางกฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม การใช้อำนาจนิติบัญญัติที่ไม่เคารพต่อกรอบวินัยทางการคลัง อาจถูกศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนการกระทำดังกล่าวตามหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Le contrôle de constitutionnalité des lois)^{๑๓๔}

^{๑๓๑} สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย*, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๐), น. ๑๖๙ และ น. ๑๗๒.

^{๑๓๒} สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๘๙*, น. ๑.

^{๑๓๓} สุปรียา แก้วละเอียด, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๓๑*, น. ๑๗๒.

^{๑๓๔} ต่อมา เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ และพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๑ วินัยทางการคลังย่อมถูกรับรองไว้ในกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติด้วยเช่นกัน การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายดังกล่าวย่อมถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Le contrôle de légalité des actes administratifs) ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทถัดไป.

๒.๔.๒ วินัยทางงบประมาณและการคลัง (La discipline budgétaire et financière)

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงรับรองแนวความคิดเรื่องการลงโทษทางปกครองในคดีวินัยทางงบประมาณและการคลัง (La discipline budgétaire et financière) ตามบทเฉพาะกาล มาตรา ๓๓๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ดังปรากฏในบทบัญญัติในมาตรา ๒๕๓ ในชื่อ “วินัยทางการเงินและการคลัง” โดยหลักแล้วไม่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายใด ๆ ให้ต่างไปจากระบบกฎหมายเดิมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ถึงแม้ว่าจะมีความพยายามยกระดับคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง ให้มีความเป็นอิสระจากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อแก้ไขปัญหาที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีทั้งอำนาจในการออกกฎและอำนาจในการวินิจฉัยลงโทษตามกฎหมายที่ตนเองกำหนด อันอาจจะขัดหรือแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่เมื่อร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงยังคงมีอำนาจในส่วนของการลงโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลังเหมือนอย่างในอดีต

ข้อพิจารณาการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น*

สักรพล ภูมิรินทร์**

๑. บทนำ

การปกครองส่วนท้องถิ่นที่ปรากฏในรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นสิ่งที่ประชาชนนั้นได้สัมผัสมาโดยตลอดเนื่องจากมีความใกล้ชิดกับประชาชนมากกว่า รูปแบบอื่น การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเริ่มบัญญัติในครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๑ ในส่วนนโยบายของรัฐว่า รัฐพึงส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นและสนับสนุนให้ท้องถิ่นสามารถดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ได้เป็นผลดี^๑ และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ ได้บัญญัติไว้เป็นหมวดว่าด้วยการปกครองท้องถิ่น กล่าวถึงการจัดระเบียบการปกครองส่วนท้องถิ่น การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและหัวหน้าฝ่ายบริหารท้องถิ่นหรือคณะผู้บริหารท้องถิ่น^๒ ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ ยังได้บัญญัติไว้แนวมวดยุทธศาสตร์ว่า รัฐพึงส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นให้มีสิทธิปกครองตนเองได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ^๓ โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ นั้น ยังคงบัญญัติในทำนองเดียวกันจนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔

ในช่วงของการปฏิรูปการเมืองภายหลังเหตุการณ์พฤษภาคม ปี ๒๕๓๕ และต่อมาได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับภาคประชาชนที่มีส่วนร่วมทางการเมืองมากที่สุด ได้ปรากฏหลักการสำคัญประการหนึ่งในรัฐธรรมนูญที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในการบริหารราชการแผ่นดิน คือ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายสาธารณสุข กองกฎหมายสวัสดิการสังคม (กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕), นบ. (เกียรตินิยม), นบท., ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน, นม. (กฎหมายมหาชน)

^๑ มาตรา ๗๐ รัฐพึงส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น และสนับสนุนให้ท้องถิ่นสามารถดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ได้เป็นผลดี

^๒ หมวด ๙ การปกครองท้องถิ่น

^๓ มาตรา ๖๓ รัฐพึงส่งเสริมประชาชนให้เข้าใจและเลื่อมใสศรัทธาในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข รวมตลอดทั้งการปกครองส่วนท้องถิ่น

รัฐพึงส่งเสริมท้องถิ่นให้มีสิทธิปกครองตนเองได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในการบริหารงานตามหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น และได้ดำเนินการต่าง ๆ เพื่อเตรียมพร้อมรองรับการกระจายอำนาจดังกล่าวให้กับท้องถิ่น หลักการนี้ได้รับการรับรองสืบต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการบัญญัติรับรองหลักการปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในรัฐธรรมนูญและมีการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการกระจายอำนาจและการปกครองส่วนท้องถิ่นมาตั้งแต่ปี ๒๕๔๐ ก็ตาม แต่ยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เนื่องจากองค์กรที่กำกับดูแลอาจยังคุ้นชินอยู่กับการบังคับบัญชาซึ่งมีข้อความคิดเห็นพื้นฐานทางในทางกฎหมายที่แตกต่างไปจากการกำกับดูแล เห็นได้จากประเด็นปัญหาที่หารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและการนำคดีไปสู่ศาลปกครองในหลายกรณี ประกอบกับมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่ยังไม่ได้ปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจ แนวทางการแก้ไขปัญหการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงไม่เพียงแต่จะต้องพิจารณาจากกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายเกี่ยวกับการกระจายอำนาจเท่านั้น แต่ยังจะต้องพิจารณาถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งระบบ โดยอาจจะต้องแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกันเพื่อให้การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจอย่างแท้จริง

ในส่วนของบทความฉบับนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในภาพรวม ส่วนเรื่องอื่น ๆ จะได้อธิบายหรือวิเคราะห์ในแต่ละเรื่องในโอกาสต่อไป

๒. หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

องค์กรฝ่ายปกครองหรือรัฐบาลนั้นเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจบริหารแทนประชาชนตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเพื่อทำหน้าที่ในการบริหารกิจการบ้านเมืองใน ๓ ประการ คือ ๑) เป็นผู้ใช้กฎหมายหรือบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ๒) เป็นผู้กำหนดนโยบายในการปกครองประเทศ และ ๓) เป็นผู้ดำเนินการหรือปฏิบัติตามนโยบายที่ได้กำหนดไว้ องค์กรฝ่ายปกครองหรือรัฐบาลอาจทำหน้าที่ ทั้งในด้านการเมืองและการปกครองประเทศก็ได้^๔

^๔ วิษณุ วรรณ และคณะ, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, ตำราตามโครงการพัฒนาตำราประวัติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๕๕๑, น. ๗๙ - ๘๙.

หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะต้องพิจารณาถึงหลักการที่สำคัญในการบริหารราชการแผ่นดินที่ส่งผลต่อการจัดระเบียบการบริหารราชการที่สำคัญอันมีอยู่ด้วยกันสองหลัก คือ หลักการปกครองแบบรวมอำนาจและหลักการปกครองแบบกระจายอำนาจซึ่งจะเป็นพื้นฐานความเข้าใจเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนี้

๒.๑ หลักการบริหารราชการแผ่นดิน

บนพื้นฐานความแตกต่างในด้านประวัติศาสตร์ สังคม วัฒนธรรม แต่ละรัฐจึงมีหลักที่ใช้ในการจัดระเบียบองค์กรฝ่ายปกครองที่แตกต่างกันออกไปเพื่อให้เหมาะสมกับรัฐนั้น ๆ แต่โดยทั่วไปแล้วหลักการจัดระเบียบองค์กรฝ่ายปกครองมีรูปแบบที่เป็นหลักในการจัดระเบียบการบริหารอยู่ ๒ หลักด้วยกัน คือ หลักการปกครองแบบรวมอำนาจ (centralization) และหลักการปกครองแบบกระจายอำนาจ (decentralization)^๕ ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

(๑) หลักการปกครองแบบรวมอำนาจ (centralization)

หลักการปกครองแบบรวมอำนาจอำนาจในการตัดสินใจจะอยู่ที่ส่วนกลางทั้งสิ้นไม่มีการมอบอำนาจตัดสินใจโดยอิสระในบางระดับหรือบางเรื่องให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในพื้นที่เลย แม้ว่าอาจจะมีการมอบหมายงานให้กับท้องถิ่นดำเนินการได้แต่รัฐจะเป็นผู้ควบคุมใกล้ชิด การตัดสินใจต่าง ๆ จะกระทำโดยผู้บังคับบัญชา ผู้อื่นเป็นแต่เพียงผู้ใต้บังคับบัญชาเพื่อปฏิบัติงานตามคำสั่งนั้น ๆ ไม่มีอำนาจตัดสินใจใด ๆ ในปัจจุบันนี้หลักการปกครองแบบนี้ไม่อาจเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ เพราะส่วนกลางย่อมไม่สามารถตัดสินใจได้ทุกเรื่องและในทุกระดับของประเทศได้ การรวมศูนย์อำนาจการปกครองจึงจำกัดเฉพาะเรื่องที่มีความสำคัญต่อประเทศในระดับสูงเท่านั้น

หลักการปกครองแบบรวมอำนาจนี้ยังมีหลักการย่อยอีกประการหนึ่งที่มีขึ้นเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักการปกครองแบบรวมอำนาจ คือ หลักการแบ่งอำนาจ (deconcentration) เป็นการที่ส่วนกลางมอบอำนาจการตัดสินใจในบางเรื่องให้แก่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ส่งออกไปประจำพื้นที่ แต่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าวยังคงปฏิบัติงานภายใต้นโยบายและการบังคับบัญชาของส่วนกลางซึ่งไม่ทำให้เอกภาพของรัฐเสียไป

(๒) หลักการปกครองแบบกระจายอำนาจ (decentralization)

เป็นการที่รัฐมอบอำนาจในการปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นนอกจากองค์กรของส่วนกลางเพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางประการ โดยมีความอิสระในการดำเนินการที่ไม่อยู่ใต้บังคับบัญชาของส่วนกลางเพียงแต่อยู่ในการกำกับดูแลเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งรัฐมอบอำนาจหน้าที่บางอย่างในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางเคยเป็นผู้ดำเนินการอยู่ในท้องถิ่นให้กับท้องถิ่นหรือองค์กรอันมิได้เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรในราชการบริหารส่วนกลางไปดำเนินการด้วยงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่น

^๕ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๒๖, (กรุงเทพ : วิญญูชน, ๒๕๖๐), น. ๑๒๔ - ๑๒๗.

หรือขององค์กรนั่นเอง โดยราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่กำกับดูแลเท่านั้น ซึ่งมีรูปแบบของการกระจายอำนาจใน ๒ ลักษณะ ดังนี้^๖

๑) การกระจายอำนาจปกครองทางเขตแดนหรือพื้นที่

การกระจายอำนาจปกครองทางเขตแดน หรือการกระจายอำนาจตามพื้นที่ คือ การที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำ ทั้งนี้ การจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายจะถูกจำกัดขอบเขตโดยพื้นที่หรืออาณาเขตขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น การจัดระเบียบบริหารราชการลักษณะนี้ เรียกว่า “การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น”

๒) การกระจายอำนาจทางบริการหรือกิจการ

รูปแบบการกระจายอำนาจลักษณะนี้เป็นการกระจายอำนาจที่เกิดขึ้นเนื่องจากรัฐสมัยใหม่มีกิจกรรมที่จะต้องดำเนินการเพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นกิจกรรมในทางเศรษฐกิจ สังคม กีฬา วัฒนธรรม ฯลฯ จึงมีแนวคิดในการกระจายอำนาจให้องค์กรอื่นเป็นผู้จัดทำกิจการดังกล่าวแทนโดยให้ผู้รับผิดชอบกิจกรรมนั้น ๆ เป็นนิติบุคคลแยกต่างหาก ออกจากรัฐ มีทรัพย์สินเป็นของตนเอง มีผู้บริหารและการบริหารงานบุคคลของตนเอง ซึ่งจะมีที่มาอย่างไรมันย่อมขึ้นอยู่กับคุณลักษณะขององค์กรนั้น โดยข้อแตกต่างประการสำคัญของการกระจายอำนาจตามกิจการกับตามพื้นที่ คือ การไม่ถือเอาอาณาเขตเป็นหลักสำคัญในการใช้อำนาจเหมือนกับการกระจายอำนาจให้แก่ส่วนท้องถิ่น ซึ่งองค์กรเหล่านี้อาจจัดทำกิจการได้ทั่วทั้งประเทศ หรือทำเฉพาะเขตใดเขตหนึ่งก็ได้ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การกระจายอำนาจตามกิจการที่อยู่ในรูปขององค์การของรัฐบาล รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชน เป็นต้น

๒.๒ หลักการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรที่สำคัญของหลักการกระจายอำนาจทางพื้นที่ที่มุ่งหวังให้ท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในการดำเนินการเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนในพื้นที่ ดังนั้น การเป็นองค์ส่วนท้องถิ่นจึงมีข้อพิจารณาหลายประการด้วยกัน โดยมีข้อพิจารณาทั้งจากความหมายของการปกครองท้องถิ่น องค์ประกอบของการเป็นท้องถิ่น เพื่อเป็นพื้นฐานในการพิจารณาเกี่ยวกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่อไป

๒.๒.๑ ความหมายขององค์กรปกครองท้องถิ่น

การพิจารณาความหมายของคำว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น คำอธิบายทางตำราเริ่มจากการให้ความหมายของคำว่า “การปกครองส่วนท้องถิ่น” โดยมีหลากหลายแตกต่างกันไปแต่สามารถสรุปรวมความได้ว่า “การปกครองส่วนท้องถิ่น” คือ การที่รัฐบาลในส่วนกลางกระจายอำนาจทางปกครองไปให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้ประชาชนในท้องถิ่นมีอำนาจในการปกครองตนเองและรับผิดชอบในการบริหารงานท้องถิ่น ภายใต้หลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ในท้องถิ่น ความหมายของ “องค์กรปกครอง

^๖ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพ : วิญญูชน, ๒๕๕๒), น. ๗๓ – ๗๕.

ส่วนท้องถิ่น” จึงหมายถึงองค์กรที่เกิดขึ้นเพื่อทำหน้าที่ของการปกครองท้องถิ่นนั่นเอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวจะมีสถานะเป็นนิติบุคคล มีเขตพื้นที่รับผิดชอบที่ชัดเจน มีองค์กรเจ้าหน้าที่เป็นของตนเอง มีอำนาจหน้าที่ของตนในกิจการท้องถิ่น และมีงบประมาณเป็นของตนเอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ได้อยู่ภายใต้ “การบังคับบัญชา” จากรัฐส่วนกลาง แต่อยู่ภายใต้ “การกำกับดูแล” ของรัฐบาลในส่วนกลางเพื่อให้การบริหารงานท้องถิ่นเป็นไป โดยถูกต้องตามกฎหมาย^๗

๒.๒.๒ องค์ประกอบของการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

องค์กรปกครองท้องถิ่นเกิดขึ้นบนพื้นฐานทฤษฎีการกระจายอำนาจและอุดมการณ์ประชาธิปไตยซึ่งมุ่งเปิดโอกาสและสนับสนุนให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมืองและกิจกรรมการปกครองตนเองในระดับหนึ่ง ซึ่งจะเห็นได้จากลักษณะสำคัญของการปกครองท้องถิ่นที่เน้นการมีอำนาจอิสระในการปกครองตนเอง มีการเลือกตั้ง มีองค์กรหรือสถาบันที่จำเป็นในการปกครองตนเองและที่สำคัญ คือ ประชาชนในท้องถิ่นจะมีส่วนร่วมในการปกครองตนเองอย่างกว้างขวาง ด้วยเหตุนี้ องค์ประกอบของการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงต้องมีองค์ประกอบสำคัญ ๕ ประการได้แก่^๘

๑. มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

ความสำคัญของความเป็นนิติบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือเป็นเรื่องสำคัญสำหรับการกระจายอำนาจและจัดสรรอำนาจ เพราะความเป็นนิติบุคคลจะทำให้สิทธิหน้าที่ของกลุ่มบุคคลหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแตกต่างจากสิทธิและหน้าที่ของบุคคลแต่ละคนที่มาารวมกัน หรือกล่าวได้ว่าความเป็นนิติบุคคลทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นบุคคลอีกคนหนึ่งที่ยกออกจากกลุ่มบุคคลที่เป็นสมาชิกของท้องถิ่นนั้น ส่งผลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิและหน้าที่เป็นของตนเอง สามารถตัดสินใจและกระทำการใด ๆ ได้ตามดุลพินิจของท้องถิ่นเอง โดยราชการบริหารส่วนกลางจะไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงดุลพินิจดังกล่าว ยกเว้นเพียงแต่การควบคุมให้การกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น^๙

^๗ โกวิท พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย หลักการและมิติใหม่ในอนาคต, พิมพ์ครั้งที่ ๙, (กรุงเทพ : วิทยุชน, ๒๕๕๙), น.๒๖ -๒๘.

^๘ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, ๒๕๔๗), น. ๒๔ – ๔๓.

^๙ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ รายงานผลการศึกษาความก้าวหน้าของการกระจายอำนาจในประเทศไทยและข้อเสนอ, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๒), น. ๕๗.

๒. มีพื้นที่รับผิดชอบที่ชัดเจน

เมื่อราชการส่วนกลางกระจายอำนาจทางปกครองมาให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว ก็จำเป็นต้องมีพื้นที่ในการใช้อำนาจที่ได้รับมาจากส่วนกลางด้วย และเนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์การในระบบกระจายอำนาจตาม “พื้นที่” โดยส่วนกลางแบ่งพื้นที่การปกครองของรัฐออกเป็นส่วน ๆ ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในพื้นที่นั้น ๆ

๓. มีองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่น

การกำหนดให้ฝ่ายสภาท้องถิ่นและฝ่ายบริหารท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชนนั้น เป็นเรื่องของการประกันความเป็นอิสระขององค์กรของท้องถิ่น กล่าวคือ ถ้าองค์กรของท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งของประชาชนก็มีหน้าที่ทำงานให้กับประชาชน หากมาจากส่วนกลางก็มีหน้าที่ทำงานให้กับส่วนกลาง ดังนั้น การเลือกตั้งจึงเป็นสิ่งที่ช่วยเกื้อหนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระจากส่วนกลาง

๔. มีอำนาจหน้าที่เป็นของตนเอง

การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีอำนาจหน้าที่เป็นของตนเองแยกต่างหากจากรัฐก็เพื่อให้มีความเป็นอิสระในการดำเนินการ มิฉะนั้นก็ต้องรอคำสั่งจากส่วนกลาง นอกจากนี้ ในการบริหารงานตามอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่นก็จะต้องมีความเป็นอิสระด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ตัวแทนของประชาชนในท้องถิ่นสามารถตัดสินใจตามเจตนารมณ์ของท้องถิ่นได้

๕. มีระบบการคลังและทรัพย์สินเป็นของตนเอง

ความเป็นนิติบุคคลมหาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในมิติด้านการคลัง^{๑๐} เห็นได้จากการที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการบริหารจัดการเก็บภาษีและรายได้อื่น ๆ ได้ตามหลักเกณฑ์ที่เหมาะสม ดังนั้น แม้ว่ารายได้จำนวนหนึ่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะได้รับจากส่วนกลางในรูปแบบของเงินอุดหนุน แต่เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจในการบริหารการคลังของตนเอง จึงเท่ากับว่า การมีอำนาจบริหารจัดการการคลังของตนเองได้นั้นก่อให้เกิดความเป็นอิสระในระดับหนึ่ง เพื่อให้การใช้จ่ายเพื่อประโยชน์สาธารณะสอดคล้องกับความต้องการของแต่ละท้องถิ่นอย่างแท้จริง^{๑๑}

^{๑๐} คำอธิบายทางตำราในหลายเล่มใช้คำต่างกัน บางเล่มใช้คำว่า “งบประมาณ” บางเล่มใช้คำว่า “การคลัง” ซึ่งโดยรวมแล้วผู้เขียนเห็นว่า คือ การมี “เงิน” เป็นของตัวเองเพื่อใช้ในการบริหารงานตามหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง

^{๑๑} ผู้สนใจโปรดดู กฎฎีกา ทองเพ็ชร, **ความเป็นอิสระทางการเงินการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย** ใน อาริยาบุชา ๘๐ ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีชา สุวรรณทัต, (โรงพิมพ์ธรรมศาสตร์ มีนาคม ๑๕๖๑), น. ๓๕๓ – ๓๕๓.

๓. หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การจัดรูปแบบขององค์กรหรือหน่วยงานของรัฐสัมพันธ์กับการใช้อำนาจในการควบคุมดูแล โดยองค์กรในรูปแบบรวมอำนาจจะเป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชา ส่วนองค์กรในรูปแบบกระจายอำนาจจะเป็นการใช้อำนาจกำกับดูแล องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจการควบคุมเป็นไปตามหลักการกำกับดูแล การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีหลักการที่แตกต่างไปจากการบังคับบัญชา ดังนี้

๓.๑ ลักษณะของการกำกับดูแล

การกำกับดูแลเป็นการควบคุมการกระทำทางปกครองที่ให้ผู้กำกับดูแลมีอำนาจเพียงควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของของการกระทำทางปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงการใช้ดุลพินิจของท้องถิ่นได้ ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน ๒ วิธี ได้แก่^{๑๒}

๓.๑.๑ การกำกับดูแลก่อนการกระทำทางปกครองมีผลใช้บังคับ

ได้แก่ การให้ความเห็นชอบของส่วนกลางหรือภูมิภาค เป็นกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง การดำเนินการในเรื่องนั้นยังไม่มีผลใช้บังคับทันทีที่ตราใบที่ผู้กำกับดูแลยังไม่ให้ความเห็นชอบในเรื่องดังกล่าว การให้ความเห็นชอบถือได้ว่าเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเชิงป้องกันไม่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการไปในทางที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งหากผู้กำกับดูแลเห็นว่าการกระทำหรือการดำเนินการที่ฝ่าฝืนกฎหมาย การดำเนินการนั้นขัดกับผลประโยชน์ของท้องถิ่น ผู้กำกับดูแลก็มีอำนาจที่จะไม่ให้ความเห็นชอบได้

๓.๑.๒ การกำกับดูแลหลังการกระทำทางปกครองมีผลใช้บังคับ

ได้แก่ การสั่งเพิกถอนหรือสั่งระงับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง กล่าวคือ เป็นกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ดำเนินการไปแล้ว ต่อมาผู้กำกับดูแลพบว่าการดำเนินการนั้นไม่ถูกต้องไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องสั่งให้การกระทำสิ้นผลไป และการกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายก็อาจสั่งระงับการดำเนินการนั้น

๓.๒ ความแตกต่างของการบังคับบัญชากับการกำกับดูแล

การบังคับบัญชากับการกำกับดูแลมีความแตกต่างกัน ดังนี้^{๑๓}

^{๑๒} สมคิด เลิศไพฑูรย์, “เราควรยกเลิกระบบกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยได้หรือยัง” ใน ผลึกความคิด ชีวิตเอกบุณย หนังสือในโอกาสอายุครบ ๖๐ ปี ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุณย วงศ์สวัสดิ์กุล, (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๓), น. ๓๗๘ - ๓๘๐.

^{๑๓} อัครพร จารุจินดา, กฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๒๕ ตอน ๑ , สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๕๕๕, น. ๓ -๒๖.

๓.๒.๑ ความหมายของอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแล

(๑) อำนาจบังคับบัญชา (*pouvoir hiérarchique*)

หมายถึง อำนาจที่หัวหน้าหน่วยงานใช้ในการปกครองผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติตามสิ่งที่ตนตัดสินใจหรือกำหนดนโยบาย เช่น การที่ปลัดกระทรวงใช้อำนาจบังคับบัญชาเพื่อสั่งการให้เจ้าหน้าที่ทั้งหลายในกระทรวง อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใด ๆ ก็ได้ ตามที่เห็นเหมาะสมและสามารถแก้ไข ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ แต่การใช้อำนาจบังคับบัญชาต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายด้วย

(๒) อำนาจกำกับดูแล (*pouvoir de tutelle*)

หมายถึง อำนาจในการดำเนินการเพื่อให้องค์กรปฏิบัติอยู่ในกรอบของกฎหมาย ซึ่งมีใช่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาแต่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรควบคุมกำกับและองค์กรภายใต้การควบคุมกำกับ โดยจะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด

๓.๒.๑ ข้อแตกต่างของอำนาจบังคับบัญชากับอำนาจกำกับดูแล

อำนาจทั้งสองประการนี้มีข้อแตกต่างกันในสาระสำคัญอยู่ ๒ ประการ คือ^{๑๔}

ประการแรก อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นอำนาจทั่วไปที่เกิดขึ้นจากการจัดระเบียบภายในหน่วยงาน ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ไว้โดยเฉพาะ แต่อำนาจของผู้กำกับดูแลที่จะควบคุมการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนนั้นเป็นอำนาจที่ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ไว้โดยเฉพาะและผู้กำกับดูแลจะใช้อำนาจควบคุมเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้ไว้ไม่ได้ ดังภาษิตกฎหมายฝรั่งเศสที่ว่า “ไม่มีการกำกับดูแลโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ และไม่มีการกำกับดูแลเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้” (*pas de tutelle sans texte ; ni au-delà des textes*)

ประการที่สอง ผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมตรวจสอบการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ทั้งในแง่ของความชอบด้วยกฎหมาย (*Legalité*) และในแง่ของความเหมาะสม (*Opportunité*) ส่วนผู้กำกับดูแลจะมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนได้เฉพาะในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จะก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมของการกระทำไม่ได้ มิฉะนั้นจะเป็นการทำลายความเป็นอิสระ (*autonomie*) ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือขององค์กรมหาชน ซึ่งเป็นหลักการและเหตุผลสำคัญของการกระจายอำนาจ (*Decentralization*)

^{๑๔} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง*, (กรุงเทพ : วิญญูชน, ๒๕๔๔), น. ๓๙ - ๔๐.

ในการกำกับดูแลนั้นองค์กรกำกับดูแลไม่มีอำนาจสั่งการให้องค์กรภายใต้การกำกับต้องปฏิบัติตามที่ตนเห็นสมควร องค์กรกำกับดูแลจึงมีหน้าที่เพียงแต่ควบคุมให้องค์กรนั้นปฏิบัติโดยถูกต้องตามกรอบอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ องค์กรที่กำกับดูแลจึงไม่มีอำนาจลงโทษทางวินัยแบบการบังคับบัญชาคงมีแต่เพียงอำนาจถอดถอนจากตำแหน่ง การกำกับดูแลขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าจะให้มีขอบเขตเพียงใด ซึ่งอาจเป็นการให้ความเห็นชอบบางเรื่องที่เป็นเรื่องสำคัญ การให้ชี้แจง การระงับหรือเพิกถอนการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายหรือนโยบายแห่งชาติ^{๑๕}

๓.๓ ความสำคัญของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การกำกับดูแลมีความสำคัญกับการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนี้^{๑๖}

๓.๓.๑ สอดคล้องกับหลักการกระจายอำนาจ

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระจายอำนาจทางพื้นที่ โดยกำหนดให้เป็นนิติบุคคล มีหน้าที่และอำนาจ งบประมาณ และการบริหารงานบุคคลของตนเอง ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาจากส่วนกลาง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายต้องอาศัยเพียงกฎหมายกำหนดเท่านั้น การกำกับดูแลจึงสอดคล้องกับหลักการกระจายอำนาจ

๓.๓.๒ สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะและหลักการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การจัดทำบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น รัฐส่วนกลางไม่อาจเข้ามาควบคุมความชอบด้วยความเหมาะสมได้คงควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีอิสระในการตัดสินใจ การกำกับดูแลจึงสอดคล้องกับหลักการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

๓.๔ วิธีการในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

วิธีการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแยกได้เป็น ๒ วิธีดังนี้^{๑๗}

๓.๔.๑ การกำกับดูแลโดยตรง

การกำกับดูแลโดยตรง แบ่งออกเป็นสองวิธีการ คือ การกำกับดูแลเหนือองค์กรและตัวบุคคล และการกำกับดูแลการกระทำ ดังนี้

(๑) การกำกับดูแลเหนือตัวองค์กรและตัวบุคคล

^{๑๕} สมคิด เลิศไพฑูรย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๘*, น. ๖๑.

^{๑๖} มาโนช นามเดช, *การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น : ชุดวิจัยการสังเคราะห์ข้อเสนอการกระจายอำนาจและการปกครองท้องถิ่นเพื่อการปฏิรูปประเทศไทย*, (กรุงเทพ : สำนักวิจัยและพัฒนาสถาบันพระปกเกล้า, ๒๕๕๙), น. ๒๒ - ๓๑.

^{๑๗} สันติชัย สุขราชกูร์, “ปัญหาทางกฎหมายในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น”, (วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), ๒๕๕๖, น. ๒๖ - ๓๕.

การกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลหรือองค์กรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นการกำกับดูแลที่มุ่งจะแก้ไขความขัดแย้งระหว่างสภาท้องถิ่นกับคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น รวมถึงการตรวจสอบคุณสมบัติและความประพฤติของตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(๒) การกำกับดูแลเหนือการกระทำ

การกำกับดูแลการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะต้องพิจารณาในสองเรื่องด้วยกัน ได้แก่ การกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและมาตรการในการกำกับดูแลเหนือการกระทำ ดังนี้

(๒.๑) การกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

อาจจำแนกออกเป็น ๔ ประเภทได้แก่

(๑) การวางกฎข้อบังคับ เป็นกรณีที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับบุคคลอื่นทั่วไปภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรืออนุญาตให้กระทำใดเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลอื่น เช่น การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นต่าง ๆ

(๒) การออกคำสั่ง เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในอันที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรืออนุญาตให้กระทำได้และเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเช่นเดียวกับการวางกฎข้อบังคับ เช่น การออกคำสั่งอนุมัติอนุญาต การออกคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ

(๓) การทำสัญญา เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาร่วมกันระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับบุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน หรืออาจเป็นบุคคลธรรมดาก็ได้ เช่น การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง การทำสัญญาจ้างบุคลากร โดยสัญญาที่ทำอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองสัญญาทางแพ่งก็ได้ แล้วแต่กรณี

(๔) การปฏิบัติการ เป็นการใช้กำลังทางกายภาพตามกฎหมายเพื่อดำเนินการหรือบังคับการให้เป็นไปตาม กฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เช่น การเข้ารื้อถอนอาคาร การเก็บขยะมูลฝอย การจัดการสิ่งสาธารณูปโภค

(๒.๒) มาตรการในการกำกับดูแลเหนือการกระทำ

อาจจำแนกได้หลายรูปแบบ ได้แก่

(๑) การชี้แจง การตักเตือน การสอบสวน หรือการสั่งให้ชี้แจง แสดงความคิดเห็น เป็นกรณีที่องค์กรผู้กำกับดูแลสามารถชี้แจงแนะนำหรือตักเตือนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายกฎระเบียบข้อบังคับของทางราชการ

(๒) การให้ความเห็นชอบและการอนุญาตหรืออนุมัติ เป็นมาตรการในการกำกับดูแลโดยมีลักษณะที่เรียกว่าเงื่อนไขที่ทำให้นิติกรรมของท้องถิ่น

มีผลหรือไม่มีผลใช้บังคับ กล่าวคือ การทำนิติกรรมบางอย่างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะต้องได้รับอนุมัติอนุญาตหรือได้รับความเห็นชอบจากองค์กรกำกับดูแลเสียก่อน นิติกรรมดังกล่าวหรือการดำเนินการดังกล่าวจึงจะมีผลใช้บังคับได้ เช่นการออกระเบียบ หรือข้อบัญญัติท้องถิ่น โดยความเห็นชอบของกระทรวงมหาดไทยซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแล

(๓) การสั่งเพิกถอนหรือระงับยับยั้งและการสั่งยกเลิก เป็นกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการหรือกระทำการออกไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรผู้กำกับดูแลสามารถถอดถอนการกระทำหรือนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนั้นได้ และในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนองค์กรผู้กำกับดูแลอาจจะใช้อำนาจระงับยับยั้งการดำเนินการ ในเรื่องนั้นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ก่อนก็ได้ หรืออาจจะสั่งยกเลิกเสียก็ได้ ทั้งนี้ การสั่งเพิกถอนหรือระงับยับยั้งก็ดีหรือการยกเลิกก็ดีเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายอันมีลักษณะ เป็นคำสั่งทางปกครองประการหนึ่งซึ่งอาจถูกโต้แย้งต่อศาลปกครองเพื่อตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายได้

(๔) การดำเนินการแทน ในกรณีที่องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น ไม่อาจดำเนินการตามหน้าที่ และอำนาจได้ โดยองค์กรผู้กำกับดูแลได้เตือน ให้ดำเนินการแล้วแต่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นก็ยังคงเพิกเฉย องค์กรผู้กำกับดูแลมีอำนาจ ที่จะเข้าไปดำเนินการเรื่องแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นได้

๓.๔.๒ การกำกับดูแลโดยอ้อม

การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยอ้อม มีวิธีการดังนี้

๑) การใช้เงินอุดหนุน เป็นกรณีที่ราชการบริหารส่วนกลางจัดสรร เงินอุดหนุนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละปี ซึ่งแยกเป็นสองกรณี คือ การให้เงิน อุดหนุนทั่วไปกับการให้เงินอุดหนุนเฉพาะกิจ เงินอุดหนุนทั่วไปนั้นเมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้รับไปแล้วจะนำไปใช้ด้านใดก็ได้โดยไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของราชการบริหารส่วนกลาง ส่วนเงินอุดหนุนเฉพาะกิจนั้นจะเป็นเงินอุดหนุนที่ระบุกิจการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะ นำไปใช้ได้ เงินอุดหนุนประเภทนี้จะถูกควบคุมอย่างใกล้ชิดจากราชการบริหารส่วนกลางตาม ระเบียบที่รัฐบาลกำหนด

๒) การใช้สัญญามาตรฐาน คือ สัญญาที่บุคคลหรือนิติบุคคล ทางกฎหมายมหาชนหรือทางกฎหมายแพ่งบุคคลหนึ่งกระทำขึ้น โดยแบบของสัญญานั้นถูกกำหนด โดยบุคคลที่สาม การที่แบบของสัญญาที่ถูกกำหนดโดยบุคคลที่สาม จึงเท่ากับว่าคนที่ทำสัญญานั้น ถูกจำกัดและริเริ่มการสร้างสรรค์ในการกำหนดรายละเอียดทางสัญญานั้นเอง การใช้สัญญา มาตรฐานเป็นมาตรฐานในการกำกับดูแลทางอ้อมนั้นมีการใช้อย่างแพร่หลายในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับการกระจายอำนาจ ตัวอย่างเช่น การจัดทำสัญญาต่างๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาด้านพัสดุและสัญญาทางปกครองอื่นรวมถึงสัญญาทางแพ่งที่องค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นไปดำเนินการก็จะต้องทำตามแบบที่กำหนดไว้ในระเบียบหรือกฎเกณฑ์ ที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดหรือด้วยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด

๔. ปัญหาและข้อพิจารณาการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องเป็นไปตามหลักการกำกับดูแลโดยองค์กรผู้กำกับดูแลจะกำกับดูแลได้เฉพาะแต่ความชอบด้วยกฎหมายจะควบคุมความเหมาะสมในการตัดสินใจไม่ได้และการกำกับดูแลจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น เมื่อพิจารณาจากปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้เขียนเห็นว่ามีปัญหาและข้อพิจารณา ดังต่อไปนี้

๔.๑ การกำกับดูแลตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้มีเนื้อหาที่เปลี่ยนแปลงไปจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพอสมควร ซึ่งสรุปความเปลี่ยนแปลงได้ดังนี้^{๑๘}

(๑) ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องความเป็นอิสระแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้อย่างชัดเจนเหมือนกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ โดยบัญญัติเพียงว่า ให้มีการการจัดการปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นตามวิธีการและรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น

(๒) การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นว่าจะต้องทำเท่าที่จำเป็นและมีหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่ชัดเจนสอดคล้องและเหมาะสมกับรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่กฎหมายบัญญัติเหมือนกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อน คงกำหนดไว้แต่เพียงว่ากฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารราชการท้องถิ่นนั้นต้องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการบริหารและกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งต้องทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม

(๓) การสนับสนุนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหลักในการจัดทำบริการสาธารณะและมีส่วนร่วมในการตัดสินใจแก้ปัญหาในพื้นที่ โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมได้รับการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีความเข้มแข็งในการบริหารงานได้อิสระและตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น

^{๑๘} ชาญชัย แสงศักดิ์, “การนำเรื่องการปกครองส่วนท้องถิ่นมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” ใน รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส ๖๐ ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์, โรงพิมพ์เดือนตุลา, กรกฎาคม ๒๕๖๒, น. ๔๕๒ - ๔๕๙.

ได้อย่างมีประสิทธิภาพ หลักการนี้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

(๔) โครงสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

หลักการโดยส่วนใหญ่ยังคงให้สมาชิกสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง แต่สำหรับผู้บริหารท้องถิ่นนั้นให้มาจากการเลือกตั้งหรือมาจากความเห็นชอบของสภาท้องถิ่นหรือในกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษจะให้มีมาโดยวิธีการอื่นก็ได้ แต่ต้องคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนด้วย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

(๕) อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ขยายการจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรมสาธารณะ เพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นเพิ่มเติมขึ้นมา โดยเพิ่มคำว่าจัดทำบริการสาธารณะ และยังได้แก้ไขข้อห้ามเรื่องการห้ามแข่งขันกับเอกชน เพื่อเป็นข้อยกเว้นให้กับรัฐและท้องถิ่นในการบริหารจัดการสาธารณะ โดยไม่ต้องถูกข้อจำกัดจากการตีความทางกฎหมายที่เกิดปัญหาในอดีต

(๖) รายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมโดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐต้องดำเนินการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้ของตนเองโดยจัดระบบภาษีหรือการจัดสรรภาษีที่เหมาะสมรวมทั้งส่งเสริมและพัฒนารายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้สามารถดำเนินการตามที่กำหนดไว้ดังกล่าวอย่างเพียงพอ ในระหว่างที่ยังไม่อาจดำเนินการได้นั้นให้รัฐจัดสรรงบประมาณเพื่อสนับสนุนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปพลางก่อน

(๗) การบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

บัญญัติแต่เพียงว่าการบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งต้องใช้ระบบคุณธรรมและต้องคำนึงถึงความเหมาะสมและความจำเป็นของแต่ละท้องถิ่นและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบการจัดให้มีมาตรฐานที่สอดคล้องกันเพื่อให้สามารถพัฒนาร่วมกัน แลกเปลี่ยนบุคลากรระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกันได้

(๘) การมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองส่วนท้องถิ่น

บัญญัติไว้แต่เพียงว่าในการดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สภาท้องถิ่น และผู้บริหารท้องถิ่นเปิดเผยข้อมูลและรายงานผลการดำเนินงาน ให้ประชาชนทราบ รวมตลอดถึงมีกลไกให้ประชาชนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมด้วย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ และให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิเข้าชื่อกันเพื่อเสนอข้อบัญญัติหรือเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นได้ตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติ

ผู้เขียนเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ในเรื่องการปกครองท้องถิ่นบัญญัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้แต่เพียงว่าต้องทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อความคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น

หรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวมไม่ได้บัญญัติเรื่องการกำกับดูแลไว้โดยละเอียดเหมือนกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ทำให้เสมือนหนึ่งว่าการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเท่าที่ควร อาจทำให้เกิดการตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่ไม่ส่งเสริมต่อหลักการกำกับดูแลอันเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของการปกครองตนเองตามหลักการปกครองส่วนท้องถิ่น แม้ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะไม่ได้ส่งผลต่อการดำรงอยู่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ตาม เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสถานะและการดำรงอยู่ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่การบัญญัติเรื่องเกี่ยวกับการปกครองท้องถิ่นไว้รัฐธรรมนูญอย่างเด่นชัด จะเป็นหลักประกันว่าการปกครองส่วนท้องถิ่นจะได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นองค์กรที่มีความสำคัญต่อหลักการปกครองท้องถิ่นจะได้รับหลักประกันในระดับรัฐธรรมนูญ จึงควรที่จะแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนนี้เพิ่มเติมและให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อเป็นหลักประกันว่าการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะได้รับการรับรองและคุ้มครองอย่างเหมาะสม

๔.๒ ปัญหาการกำกับดูแลการบริหารงานตามอำนาจหน้าที่และภารกิจ

การกำกับดูแลการบริหารงานตามอำนาจหน้าที่และภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นปัญหาที่กระทบต่อความอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นอย่างมาก เนื่องจากการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจ เป็นการมอบภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ ของรัฐให้กับท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการ รัฐจะเป็นเพียงผู้กำกับดูแลให้ท้องถิ่นปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น หากกรณีใดที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจองค์กรผู้กำกับดูแลไว้โดยเฉพาะแล้ว องค์กรผู้กำกับดูแลก็จะไม่อาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของท้องถิ่นได้เลย และในขณะเดียวกันหากมีกฎหมายให้อำนาจไว้ก็ตาม องค์กรผู้กำกับดูแลก็จะกระทำเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ไม่ได้ เพราะมิฉะนั้นจะเป็นการทำลายหลักความเป็นอิสระของท้องถิ่นลงอย่างสิ้นเชิง ประเด็นปัญหาดังกล่าวมีอยู่หลายกรณีด้วยกัน ดังนี้

๔.๒.๑ การไม่มีกฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการ

กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนับได้ว่าเป็นกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อย่างไรก็ตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากกฎหมายของประเทศอื่นตรงที่มีการบัญญัติหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้อย่างชัดเจนตายตัวโดยไม่เปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดำเนิน การจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับท้องถิ่นของตนเองเพิ่มเติมได้ ทั้งที่บริการสาธารณะท้องถิ่นมีการเปลี่ยนแปลงไป

ตามยุคสมัย^{๑๙} ผู้เขียนเห็นว่าการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีหน้าที่และอำนาจในเรื่องใด จะต้องพิจารณากฎหมายกำหนดที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการจากสองลักษณะด้วยกัน คือ

(๑) กฎหมายที่จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น และ

(๒) กฎหมายเฉพาะที่กำหนดหน้าที่และอำนาจในเรื่องนั้น ๆ ไว้

ผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาทั้งทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ

ในลักษณะที่เรียกว่าทวิลักษณะ กล่าวคือ กรณีแรก เป็นกรณีที่กฎหมายที่จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นไม่ได้กำหนดหน้าที่และอำนาจไว้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีหน้าที่และอำนาจในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ และอีกกรณีหนึ่ง คือ การที่กฎหมายถ้าตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ ได้กำหนดไว้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่จะยังคงมีอำนาจหน้าที่ ในเรื่องดังกล่าวอยู่อีกหรือไม่ การตีความในลักษณะนี้จึงมีอยู่ทั้งสองแบบ คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีหน้าที่และอำนาจในเรื่องดังกล่าว กับ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงมีหน้าที่และอำนาจในเรื่องดังกล่าวที่จะต้องดำเนินการ ตัวอย่างเช่น

(๑) อำนาจในการจัดตั้งโรงพยาบาล

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า^{๒๐} การดำเนินการใด ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องเป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและตามที่มีกฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เมื่อพิจารณากฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายอื่นแล้วปรากฏว่า กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้กำหนดอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับการจัดตั้งโรงพยาบาลหรือสถานพยาบาลอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งปัจจุบันได้มีกฎกระทรวง ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๕๔๐ กำหนดให้กิจการในการจัดตั้งและการบำรุงสถานพยาบาลเป็นกิจการที่ราชการส่วนท้องถิ่นอื่นสมควรให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดร่วมดำเนินการหรือให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดทำ เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการจัดให้มีหรือจัดตั้งโรงพยาบาลหรือศูนย์บริการสาธารณสุข การจัดให้ได้มาซึ่งสถานที่และอาคารของโรงพยาบาลย่อมกระทำได้ โดยในการจัดจ้างบุคคลอื่นมาบริหารจัดการหรือดำเนินการกิจการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องกระทำนั้นอาจแยกได้เป็นสองลักษณะ กล่าวคือ ถ้ากิจการนั้นเป็นภารกิจที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำต้องกระทำเพื่ออำนวยความสะดวกหรือเพื่อให้การปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่สามารถดำเนินการไปได้โดยสะดวกหรือเป็นระเบียบเรียบร้อย แต่ในกรณีที่กิจการใดเป็นกิจการ

^{๑๙} สมคิด เลิศไพฑูรย์, **หน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามระบบกฎหมายไทย**, รายงานฉบับสมบูรณ์ เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พฤศจิกายน ๒๕๖๔, น. ๑๒๒-๑๒๓.

^{๒๐} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การจัดตั้งโรงพยาบาลหรือศูนย์บริการสาธารณสุขขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (เรื่องเสร็จที่ ๕๕/๒๕๕๖)

อันเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการบริการประชาชน ย่อมเป็นภาระหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะต้องดำเนินการนั้นเองตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การจะมอบหมายให้เอกชนหรือบุคคลอื่นเป็นผู้ดำเนินการนั้นแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้

นอกจากนั้น กฎหมายจัดตั้งองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ ยังได้บัญญัติไว้ในกรณี ที่หน้าที่ใดเป็นหน้าที่ที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดพึงจัดทำ แต่องค์การบริหารส่วนจังหวัดไม่จัดทำ รัฐมนตรีจะสั่งให้ราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนภูมิภาคจัดทำได้ก็แต่เฉพาะเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้ให้ความคุ้มครองแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการที่จะปฏิบัติการกิจตามอำนาจหน้าที่ของตนด้วยตนเองไว้อย่างเข้มงวด ทั้งนี้ ตามหลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘๑ ที่รัฐจะต้องให้ความเป็นอิสระแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชน ในท้องถิ่นและส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานหลักในการจัดทำบริการ สาธารณะ และมาตรา ๒๘๓ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ที่บัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปในการดูแลและจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชน ในท้องถิ่น และมีความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายการบริหาร การจัดการบริการสาธารณะ การบริหารงานบุคคล การเงิน และการคลัง และมีอำนาจหน้าที่ของตนเองโดยเฉพาะ การที่องค์การ บริหารส่วนจังหวัดทำสัญญามอบหมายการบริหารจัดการโรงพยาบาลให้แก่เอกชน โดยเอกชน เป็นผู้บริหารในการบริหารโรงพยาบาลและรับผิดชอบในการให้การรักษาพยาบาลแก่ประชาชน จัดหาแพทย์ พยาบาล และบุคลากรที่เกี่ยวข้องอื่นมาดำเนินการ การดำเนินการดังกล่าวย่อมมีผล เป็นการมอบหมายการปฏิบัติหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดให้เอกชนเป็นผู้รับผิดชอบ โดยมีใช้เป็นการมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ การดำเนินการของโรงพยาบาลจึงเป็นไป ตามเงื่อนไขของสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างองค์การบริหารส่วนจังหวัดกับบริษัทที่เข้ามาเป็นคู่สัญญานอกจากนั้นการที่เอกชนเข้ามาบริหารกิจการย่อมมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร การดำเนินการเช่นนั้นจึงยากที่จะอยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายนิติบัญญัติตามระบบ ของการปกครองท้องถิ่นที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงไม่อาจกระทำได้เพราะเป็นการนอกเหนือจาก ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้

(๒) อำนาจในการดูแลที่สาธารณะ

ศาลปกครองวินิจฉัยว่า^{๒๑} มาตรา ๑๒๒ แห่งพระราชบัญญัติลักษณะการปกครองท้องที่พระพุทธศักราช ๒๔๕๗ ประกอบมาตรา ๖๒ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ และข้อ ๕ (๒) ของกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๔ กำหนดให้อำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาและดำเนินการคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกันเป็นอำนาจหน้าที่ของนายอำเภอท้องที่ ส่วนผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นองค์การบริหารส่วนตำบลจะเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินภายใต้บังคับของกฎหมาย มาตรา ๖๘ (๘) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ เมื่อปรากฏว่ากฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกันเป็นของนายอำเภอท้องที่ แม้ต่อมาจะมีมาตรา ๑๖ (๒๗) แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลที่สาธารณะด้วยก็ตาม แต่องค์การบริหารส่วนตำบลผู้ฟ้องคดีจะมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลที่สาธารณะได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่า คณะกรรมการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้จัดทำแผนกระจายอำนาจและดำเนินการถ่ายโอนภารกิจ ตลอดจนกำหนดขอบเขตการรับผิดชอบในการให้บริการสาธารณะของรัฐแก่องค์การบริหารส่วนตำบลตามมาตรา ๑๒ (๑) ประกอบกับมาตรา ๓๐ (๑) (ก) และ (๒) แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายฯ และการถ่ายโอนภารกิจตามที่กฎหมายกำหนดได้เสร็จสิ้นแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงยังไม่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการดูแลที่พิพาท

(๓) อำนาจหน้าที่ในการลงทุนจัดตั้งและบริหารจัดการสถาน

บริการก๊าซธรรมชาติ

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า^{๒๒} การดำเนินการใดๆ ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดจะต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องบัญญัติไว้ แม้มาตรา ๕๐ แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ จะได้บัญญัติให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดสามารถดำเนินกิจการเกี่ยวกับการพาณิชย์ได้ แต่การดำเนินกิจการนั้นต้องเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดตามที่กฎหมายกำหนดด้วย เมื่อปรากฏว่าในพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ในการลงทุนจัดตั้งและบริหารจัดการสถานบริการก๊าซธรรมชาติ

^{๒๑} คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ๑๙๕๓/๒๕๔๕

^{๒๒} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่อง อำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด ในการลงทุนจัดตั้งและบริหารจัดการสถานบริการก๊าซธรรมชาติ (NGV) (เรื่องเสร็จที่ ๗๔/๒๕๕๓)

ทั้งไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำสาธารณูปโภคได้ดังเช่นกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น องค์กรการบริหารส่วนจังหวัดจึงไม่สามารถลงทุนจัดตั้งและบริหารจัดการสถานบริการก๊าซธรรมชาติได้

เมื่อพิจารณาแนวการวินิจฉัยและการตีความขององค์กรที่เกี่ยวข้องทั้งคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือศาลปกครองเห็นได้ว่า เป็นไปในลักษณะที่จะต้องมีการตีความกฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน้าที่แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกฎหมายเฉพาะที่กำหนดอำนาจให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเรื่องนั้น ๆ หากว่าไม่มีกฎหมายใด ๆ ให้อำนาจไว้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ไม่สามารถดำเนินการได้

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นที่ว่า หากทั้งกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายเฉพาะกำหนดเรื่องเดียวกันไว้ จะตีความอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างไร จะตัดทอนหรือเสริมอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่ ในประเด็นนี้มีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งได้ตีความเรื่องนี้ไว้อย่างสนใจเรื่องหนึ่งเป็นเรื่องการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดในเขตเทศบาล สรุปได้ว่า^{๒๓} การจัดการปัญหาสุนัขจรจัดที่อาศัยอยู่ในที่หรือทางสาธารณะนั้น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖ มาตรา ๕๐ (๓) (๔) และ (๕) กำหนดให้เทศบาลตำบลมีหน้าที่และอำนาจในการป้องกันและระงับโรคติดต่อรักษาความสะอาดของถนนหรือทางเดินและที่สาธารณะ และมาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐ แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๓๕ กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อบัญญัติเพื่อกำหนดเขตควบคุมการเลี้ยงหรือปล่อยสัตว์ ในกรณีที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นพบสัตว์ในที่หรือทางสาธารณะโดยไม่ปรากฏเจ้าของให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจกักสัตว์ดังกล่าวได้ ปรากฏว่าเทศบาลตำบลเขาน้อยได้ออกเทศบัญญัติ เรื่องการควบคุมการเลี้ยงหรือปล่อยสุนัข พ.ศ. ๒๕๖๑ เพื่อใช้บังคับแล้ว เทศบาลตำบลเขาน้อยจึงมีหน้าที่และอำนาจในการดำเนินการกับสุนัขจรจัดในที่หรือสร้างสาธารณะได้ แต่การที่เทศบาลตำบลเขาน้อยมีหน้าที่และอำนาจดังกล่าวไม่ได้เป็นการตัดหน้าที่หรืออำนาจของหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีกฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่หรืออำนาจในการดำเนินการกับสุนัขจรจัดเหล่านั้นได้ ในกรณีที่ปัญหานี้ พระราชบัญญัติโรคพิษสุนัขบ้า พ.ศ. ๒๕๓๕ กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานท้องถิ่นซึ่งพบสุนัขในที่สาธารณะมีอำนาจจับสุนัขที่ไม่มีเครื่องหมายประจำตัวสัตว์ควบคุมเพื่อกักขังและดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดและทำลายสุนัขที่มีอาการของโรคพิษสุนัขบ้า ปัจจุบันได้มีประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติโรคพิษสุนัขบ้า พ.ศ. ๒๕๓๕ ปี ๒๕๖๑ กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งในหน่วยงานของกรมปศุสัตว์เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ประกอบกับกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมปศุสัตว์กำหนดให้สำนักงาน

^{๒๓} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่อง หน้าที่และอำนาจในการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดของกรมปศุสัตว์และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กรณีเทศบาลตำบลเขาน้อย (เรื่องเสร็จที่ ๔๒๑/๒๕๖๒)

ปศุสัตว์จังหวัดมีหน้าที่และอำนาจดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยโรคพิษสุนัขบ้า ดังนั้นทั้งสำนักงานปศุสัตว์ประจวบคีรีขันธ์และเทศบาลตำบลเขาน้อยจึงมีหน้าที่และอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวในการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดที่อาศัยอยู่ในที่หรือทางสาธารณะได้ สำหรับการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดในที่ดินของเอกชนนั้นพระราชบัญญัติโรคพิษสุนัขบ้า กำหนดให้สัตวแพทย์มีอำนาจเข้าไปในบ้านโรงเรียนหรือสถานที่อันเป็นที่ดินของเอกชนเพื่อดำเนินการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดกับสุนัขจรจัดได้เพื่อป้องกันมิให้มีการแพร่ระบาดของโรคพิษสุนัขบ้า หรือได้รับแจ้งหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าสุนัขนั้นมีอาการของโรคพิษสุนัขบ้า และในพระราชบัญญัติโรคพิษสุนัขบ้า ยังกำหนดนิยามคำว่าสัตวแพทย์หมายความว่า สัตวแพทย์ของกรมปศุสัตว์หรือราชการส่วนท้องถิ่น ดังนั้น สัตวแพทย์ของกรมปศุสัตว์และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างก็มีหน้าที่และอำนาจในการดำเนินการตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นมีบุคลากรในตำแหน่งสัตวแพทย์ก็สามารถเข้าไปดำเนินการกับสุนัขจรจัดในที่ดินของเอกชนได้เอง แต่ข้อเท็จจริงเรื่องนี้ปรากฏว่าเทศบาลตำบลเขาน้อยไม่มีบุคลากรในตำแหน่งสัตวแพทย์จึงไม่มีอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าว การเข้าไปในที่ดินของเอกชนเพื่อจัดการปัญหาสุนัขจึงเป็นภาระของสัตวแพทย์ของกรมปศุสัตว์ที่จะต้องดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตนต่อไป เมื่อเทศบาลตำบลเขาน้อยแจ้งไปยังสำนักงานปศุสัตว์จังหวัดประจวบคีรีขันธ์เพื่อขอให้จัดส่งสัตวแพทย์ได้ร่วมกับเทศบาลเขาน้อยเพื่อเข้าไปจัดการปัญหาที่สุนัขจรจัดเอกชน จึงเป็นหน้าที่โดยตรงของสำนักงานปศุสัตว์จังหวัดที่จะต้องร่วมมือกับเทศบาลตำบลเขาน้อยเพื่อแก้ปัญหาสุนัขจรจัดให้ลุล่วงไปโดยเร็ว

ผู้เขียนเห็นว่าหน้าที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจในเรื่องเดียวกันนี้อาจเกิดภาวะประหลาดใน ๒ ลักษณะ กล่าวคือ การแย่งงานกันทำ และ การแย่งกันไม่ทำงานหรือเกี่ยงกัน การตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องนี้เห็นได้ว่าเป็นการตีความในลักษณะที่ให้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและอำนาจของหน่วยงานตามกฎหมายเฉพาะมีส่วนเสริมซึ่งกันและกันเพื่อให้การดำเนินการตามกฎหมายบรรลุผลอันจะส่งผลดีต่อประชาชนในท้องถิ่นนั้นไม่เกิดช่องว่างให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิเสธการทำตามหน้าที่และอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด

๔.๒.๒ การใช้อำนาจขององค์กรผู้กำกับดูแลเป็นไปตามที่กฎหมาย

กำหนดหรือไม่

การใช้อำนาจของผู้กำกับดูแลนั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องใช้อำนาจให้เป็นตามที่กฎหมายกำหนด แต่อาจมีบางกรณีที่ผู้กำกับดูแลดำเนินการไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจจะเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือกระทำเกินอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ มีตัวอย่างที่น่าสนใจ ดังนี้

(๑) การสั่งให้ผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่ง

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า^{๒๔} เมื่อผู้บริหารท้องถิ่นและรองผู้บริหารท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือนายอำเภอ แล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงไม่อาจสั่งให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งได้อีก หรือแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนอีกได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจกำกับดูแลตามกฎหมายจึงสามารถสั่งสอบสวนข้อเท็จจริงหรือสั่งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือพนักงานส่วนท้องถิ่น แล้วแต่กรณี ชี้แจงแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ ซึ่งผลการสอบสวนอาจนำไปสู่การดำเนินคดีในทางอาญาหรือทางแพ่งต่อไป^{๒๕}

(๒) การไม่อนุมัติเบิกค่าใช้จ่ายในการเดินทาง

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า คำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดฯ ที่อนุญาตให้นายกเทศมนตรีฯ ไปต่างประเทศ แต่ไม่อนุมัติให้เบิกค่าใช้จ่ายในการเดินทางจากงบประมาณของเทศบาลเป็นการใช้อำนาจตามระเบียบสองฉบับควบคู่กัน โดยเป็นการอนุญาตให้ผู้บริหารท้องถิ่นลาไปต่างประเทศตามข้อ ๑๔ แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการลาของผู้บริหารท้องถิ่น ผู้ช่วยผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่นฯ และเป็นการไม่อนุมัติให้ผู้บริหารท้องถิ่นเดินทางไปราชการตามข้อ ๗ แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๒๖ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยระเบียบฯ (ฉบับที่ ๖) พ.ศ. ๒๕๔๘ ซึ่งการมีคำสั่งดังกล่าวถือเป็นกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดฯ ได้ใช้อำนาจดุลพินิจตามที่กำหนดไว้ในระเบียบทั้งสองฉบับแล้ว^{๒๖}

^{๒๔} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องการสั่งให้ผู้บริหารท้องถิ่นและรองผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่ง (เรื่องเสร็จที่ ๑๑๙-๑๒๐/๑๕๕๒)

^{๒๕} ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิรับสมัครเลือกตั้งเป็นสมาชิกและผู้บริหารท้องถิ่นให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกหรือผู้บริหารท้องถิ่น รวมทั้ง แก้ไขเพิ่มเติมการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น การพ้นจากตำแหน่งของผู้บริหารท้องถิ่นและตำแหน่งอื่นรวมทั้งการกระทำอันต้องห้ามของผู้บริหารท้องถิ่น ตลอดจนอำนาจหน้าที่ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และการกำกับดูแล องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น บทกฎหมายในกรณีนี้จึงเปลี่ยนแปลงไป โดยกำหนดให้ผู้กำกับดูแลสามารถสั่งให้ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งได้ ไม่ว่าผู้นั้นจะได้พ้นจากตำแหน่งไปก่อนแล้วหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่ เพราะเหตุตายหรือพ้นจากตำแหน่งไปเกินสองปี และให้มีผลตั้งแต่วันที่ผู้กำกับดูแลมีคำสั่ง ทำให้สามารถสั่งให้ผู้ที่พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นไปแล้วพ้นจากตำแหน่งได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ายังมีข้อน่าพิจารณา คือ การมีผลของคำสั่งกฎหมายกำหนดว่าให้มีผลตั้งแต่วันที่ผู้กำกับดูแลมีคำสั่ง แต่อาจมีบางกรณีที่บุคคลผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งไปแล้ว ผู้กำกับดูแลกลับออกคำสั่งให้มีผลย้อนหลังไปในวันที่ผู้นั้นดำรงตำแหน่งวันสุดท้าย หรือในกรณีที่ผู้กำกับดูแลมีคำสั่ง

การใช้อำนาจของผู้กำกับดูแลไม่ว่าจะเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือผู้ว่าราชการจังหวัด จะใช้ได้มากน้อยแค่ไหนเพียงไรขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายให้อำนาจในเรื่องนั้นไว้หรือไม่ เพราะถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งแล้วย่อมไม่มีอำนาจในการกำกับดูแลในเรื่องนั้น แต่ถ้ามีกฎหมายให้อำนาจไว้ก็สามารถใช้ดุลพินิจในการใช้อำนาจกำกับดูแลนั้นได้

๔.๓ ปัญหาการกำกับดูแลการบริหารด้านการเงินและงบประมาณ

ปัญหาของการกำกับดูแลด้านการเงินและงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนับเป็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง เนื่องจากความเป็นอิสระในการดำเนินการของท้องถิ่นจะเกิดขึ้นได้ส่วนสำคัญจะต้องมาจากการที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการบริหารจัดการเก็บภาษีและรายได้อื่น ๆ ตามหลักเกณฑ์ที่เหมาะสม เมื่อท้องถิ่นมีอำนาจในการบริหารจัดการการเงินการคลังและงบประมาณของตนเองแล้ว จึงเท่ากับว่าอำนาจในการบริหารจัดการในส่วนนี้ก่อให้เกิดความเป็นอิสระแก่ท้องถิ่นที่จะนำมาจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ ตามอำนาจหน้าที่และภารกิจของตนให้บรรลุผล

ประเด็นปัญหาที่มีการหารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือมีการฟ้องคดีไปยังศาลปกครองในด้านการเงิน การคลัง การงบประมาณของท้องถิ่นนั้น อาจจัดกลุ่มได้ดังนี้

๔.๓.๑ องค์กรผู้กำกับดูแลกระทำเกินขอบเขตของกฎหมายจัดตั้ง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำหนดไว้ในด้านการเงินและงบประมาณ

(๑) การจัดเก็บภาษีบำรุงท้องที่

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า^{๒๗} ในขณะที่มีการตราพระราชบัญญัติภาษีบำรุงท้องที่ฯ การจัดเก็บภาษีบำรุงท้องที่ได้แบ่งออกตามเขต คือ (๑) พื้นที่ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและ (๒) พื้นที่นอกเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติภาษีบำรุงท้องที่ฯ จึงบัญญัติผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งเจ้าพนักงานประเมิน และเจ้าพนักงานสำรวจไว้ให้สอดคล้องกัน ต่อมาเมื่อการปกครองท้องถิ่นมีการพัฒนามากขึ้น จนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีเขตพื้นที่ครอบคลุมทั่วทั้งประเทศ จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

แต่ยังไม่แจ้งคำสั่งให้เจ้าตัวทราบ ซึ่งคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งนี้เป็นคำสั่งทางปกครองจะมีผลผู้รับคำสั่งได้รับแจ้งโดยชอบตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ จึงเกิดปัญหาในกรณีนี้ว่าคำสั่งจะมีผลทางกฎหมายเมื่อใด เช่นนี้ คำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งดังกล่าวจะมีปัญหาว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในประเด็นนี้คงต้องรอคำวินิจฉัยจากองค์กรที่เกี่ยวข้อง เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา หรือศาลปกครองเพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อไป

^{๒๖} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การใช้อำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัด ในการพิจารณาอนุมัติให้ผู้บริหารท้องถิ่นเดินทางไปราชการต่างประเทศ (เรื่องเสร็จที่ ๓๖/๒๕๕๔)

^{๒๗} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การจัดเก็บภาษีบำรุงท้องที่ขององค์กรบริหารส่วนตำบล (เรื่องเสร็จที่ ๓๐๖/๒๕๕๖)

ให้สอดคล้องกับการพัฒนาดังกล่าว รวมไปถึงการแก้ไขมาตรา ๗๔ แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบล และองค์การบริหารส่วนตำบลฯ โดยบัญญัติให้ภาษีบำรุงท้องที่ที่มีการจัดเก็บในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลใดให้เป็นรายได้ขององค์การบริหารส่วนตำบลนั้น และในการจัดเก็บ ให้นายกองค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจและหน้าที่เช่นเดียวกับนายกเทศมนตรีตามกฎหมายว่าด้วยภาษีบำรุงท้องที่ ดังนั้น บรรดาอำนาจหน้าที่ของนายอำเภอเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีบำรุงท้องที่ในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยภาษีบำรุงท้องที่จึงไม่มีพื้นที่ที่จะใช้ได้ อีก การแต่งตั้งเจ้าพนักงานประเมินและเจ้าพนักงานสำรวจตามข้อหาหรือจึงเป็นอำนาจของนายกองค์การบริหารส่วนตำบล อนึ่ง แม้ความในมาตรา ๗๔ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลฯ จะไม่นำมาใช้บังคับในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น แต่บทบัญญัติในมาตรา ๗๔ วรรคสอง ตอนต้น เป็นหลักการที่มีความชัดเจนในตัวเองแล้ว จึงไม่อาจแปลความในมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติภาษีบำรุงท้องที่ฯ ไปในทางที่ทำให้บทบัญญัติข้างต้นไม่มีผลบังคับโดยสิ้นเชิงได้

มาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติภาษีบำรุงท้องที่ฯ กำหนดให้ส่วนลดในการจัดเก็บภาษีบำรุงท้องที่ที่เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งข้อ ๓ แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ ๒ (พ.ศ. ๒๕๑๖)ฯ กำหนดให้มีการกั้นเงินภาษีบำรุงท้องที่ที่เก็บได้ไว้เป็นการตอบแทนแก่เจ้าพนักงานสำรวจซึ่งเป็นกำนันหรือผู้ใหญ่บ้าน ดังนั้น เมื่อนายกองค์การบริหารส่วนตำบลแต่งตั้งบุคคลอื่นซึ่งมิใช่กำนันหรือผู้ใหญ่บ้านเป็นเจ้าพนักงานประเมินและเจ้าพนักงานสำรวจ องค์การบริหารส่วนตำบลจึงไม่ต้องส่งเงินส่วนลดให้กำนันหรือผู้ใหญ่บ้านตามข้อ ๓ แห่งกฎกระทรวงดังกล่าว

ค่าใช้จ่ายในการจัดเก็บภาษีบำรุงท้องที่ตามมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติภาษีบำรุงท้องที่ฯ กำหนดเพื่อใช้สำหรับกรณีที่หน่วยงานที่จะเป็นเจ้าของรายได้จากภาษีบำรุงท้องที่ที่ไม่สามารถดำเนินการจัดเก็บได้ด้วยตนเอง กฎหมายจึงกำหนดให้อำเภอหรือหน่วยงานอื่นที่ดำเนินการจัดเก็บภาษีบำรุงท้องที่แทนองค์การบริหารส่วนตำบลสามารถหักค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการนั้นได้ ดังนั้น เมื่อปัจจุบันองค์การบริหารส่วนตำบลสามารถจัดเก็บภาษีบำรุงท้องที่ได้อีก ย่อมไม่ต้องจ่ายค่าใช้จ่ายตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงและระเบียบดังกล่าว

(๒) การกู้เงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า^{๒๘} การดำเนินการใด ๆ ขององค์การบริหารส่วนตำบลย่อมต้องเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลฯ แม้มาตรา ๘๓ แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลฯ จะบัญญัติให้องค์การบริหารส่วนตำบลอาจกู้เงินได้ก็ตาม แต่การกู้เงินขององค์การบริหาร

^{๒๘} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ภาระหนี้เงินกู้ของเทศบาลตำบลน้ำก่ำ (องค์การบริหารส่วนตำบลน้ำก่ำ) (เรื่องเสร็จที่ ๑/๒๕๕๕)

ส่วนตำบลนั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ จะต้องได้รับอนุญาตจากสภาองค์การบริหารส่วนตำบล และเป็นไปตามระเบียบของกระทรวงมหาดไทย เงื่อนไขดังกล่าวจึงเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน ซึ่งหากไม่มีการดำเนินการตามเงื่อนไขดังกล่าวอย่างครบถ้วนแล้วย่อมไม่สามารถใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวนั้นได้ ดังนั้น トラบใดที่ยังไม่มีการออกระเบียบกระทรวงมหาดไทยเพื่อกำหนดเรื่องการกู้เงินขององค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนตำบลไม่อาจกู้เงินได้

เมื่อองค์การบริหารส่วนตำบลน้ำก่ำไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกู้เงินได้ การกระทำของนายกองค์การบริหารส่วนตำบลน้ำก่ำในการทำสัญญากู้เงินจึงเป็นการกระทำเกินอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคลและไม่ผูกพันนิติบุคคลตามมาตรา ๗๗ และมาตรา ๘๒๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญากู้เงินดังกล่าวจึงไม่ผูกพันองค์การบริหารส่วนตำบลน้ำก่ำ แต่มีผลผูกพันเฉพาะตัวบุคคลซึ่งทำการแทนและผู้ค้ำประกันสัญญากู้เงินดังกล่าวเป็นการส่วนตัว นอกจากนี้ การที่นายกองค์การบริหารส่วนตำบลน้ำก่ำได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับธนาคารซึ่งมีผลเป็นการยอมรับหนี้ตามสัญญากู้เงินนั้น สัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวไม่ผูกพันองค์การบริหารส่วนตำบลน้ำก่ำ เนื่องจากการทำสัญญายอมรับหนี้ของบุคคลอื่นมาเป็นหนี้ขององค์การบริหารส่วนตำบล จึงมีผลอย่างเดียวกับการกู้เงินขึ้นใหม่นั้นเอง การดำเนินการในขณะที่ยังไม่มีระเบียบของกระทรวงมหาดไทยจึงยังไม่อาจกระทำได้

การที่สัญญากู้ยืมเงินกับธนาคารกรุงไทยในชั้นต้นและการทำสัญญาประนีประนอมยอมความในชั้นศาลไม่มีผลผูกพันองค์การบริหารส่วนตำบลน้ำก่ำแล้ว เมื่อมีการโอนงบประมาณ ทรัพย์สิน สิทธิ สิทธิเรียกร้อง หนี้ พนักงานส่วนตำบล และลูกจ้างขององค์การบริหารส่วนตำบลน้ำก่ำมาเป็นของเทศบาลตำบลน้ำก่ำตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลฯ หนี้ตามสัญญากู้เงินและสัญญาประนีประนอมยอมความจึงไม่ถูกโอนไปเป็นของเทศบาลตำบลน้ำก่ำ เทศบาลตำบลน้ำก่ำจึงไม่อาจตราเทศบัญญัติงบประมาณเพื่อชดใช้หนี้ตามสัญญาดังกล่าวได้

๔.๓.๒ กรณีไม่มีกฎหมายที่กำหนดให้องค์กรผู้กำกับดูแลอนุญาตให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจ่ายเงิน

(๑) การจ่ายเงินให้กับสมาคม

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า^{๒๙} เทศบาลจะมีรายจ่ายใดได้บ้างนั้น มาตรา ๖๗ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖ ได้กำหนดไว้แล้ว โดยเปิดช่องให้เทศบาลอาจมีรายจ่ายอื่นใดตามข้อผูกพันหรือตามที่มีกฎหมายหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้ได้ ดังนั้น ในกรณีที่กระทรวงมหาดไทยเห็นว่าเทศบาลสมควรมีรายจ่ายอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับกิจการของเทศบาล และไม่ได้รวมอยู่ใน (๑) ถึง (๘) ของมาตรา ๖๗ แห่ง

^{๒๙} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การตั้งงบประมาณรายจ่ายของเทศบาลเพื่อเป็นเงินค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย (เรื่องเสร็จที่ ๔๕๘/๒๕๕๓)

พระราชบัญญัติเทศบาลฯ และมีใช้รายจ่ายอื่นใดตามข้อผูกพัน กระทรวงมหาดไทยก็อาจออกระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดให้เทศบาลมีรายจ่ายนั้นได้ สำหรับระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการรับเงิน การเบิกจ่ายเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงิน และการตรวจเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๗ ที่กระทรวงมหาดไทยอ้างถึงนั้น ปรากฏว่าเป็นระเบียบที่ออกตามพระราชบัญญัติเทศบาลฯ มาตรา ๖๙ ซึ่งเป็นเรื่องการให้อำนาจออกระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการคลัง และมาตรา ๗๗ ซึ่งเป็นเรื่องของอำนาจของรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงหรือระเบียบข้อบังคับ ดังนั้น ระเบียบนี้จึงไม่ใช่ระเบียบที่ให้อำนาจเทศบาลในการจ่ายรายจ่ายอื่นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๖๗ (๙) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ นอกจากนั้น หากประสงค์ให้ระเบียบนี้ออกตามความในมาตรา ๖๗ (๙) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ แต่การที่ข้อ ๖๗ ของระเบียบกำหนดให้ “องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะจ่ายเงินหรือก่อนนี้ผูกพันได้แต่เฉพาะที่กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือหนังสือสั่งการที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้” นั้น ถือเป็นการออกระเบียบขยายอำนาจและขอบเขตของมาตรา ๖๗ (๙) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ เพราะเป็นการกำหนดให้มีการจ่ายรายจ่ายใด ๆ ก็ได้ตามที่กระทรวงมหาดไทยจะสั่งการ ระเบียบลักษณะดังกล่าวจึงเป็นระเบียบที่ออกเกินอำนาจตามที่มาตรา ๖๗ (๙) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ให้อำนาจไว้ ทั้งนี้ โดยยังไม่ต้องพิจารณาว่าหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท ๐๓๑๓.๔/ว ๓๘๘๙ ลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน ๒๕๓๘ เรื่อง ชักซ้อมความเข้าใจหนังสือสั่งการ การตราเทศบัญญัติ และข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายที่กระทรวงมหาดไทยเข้าใจว่าเป็นหนังสือสั่งการนั้น จะเป็นหนังสือสั่งการตามความมุ่งหมายของกระทรวงมหาดไทย หรือเป็นเพียงหนังสือที่ชักซ้อมความเข้าใจของกระทรวงมหาดไทยเท่านั้น ดังนั้นในปัจจุบันยังไม่มีระเบียบที่ออกตามมาตรา ๖๗ (๙) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๕๔๖ อนุญาตให้เทศบาลจ่ายเงินค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทยได้แต่อย่างใด หากกระทรวงมหาดไทยประสงค์จะให้เทศบาลมีรายจ่ายในเรื่องนี้ได้ ก็สมควรอาศัยอำนาจตามมาตรา ๖๗ (๙) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ออกระเบียบกระทรวงมหาดไทยกำหนดเพิ่มเติมขึ้น แต่ทั้งนี้ต้องระมัดระวังมิให้เป็นการเกินอำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้

(๒) การจ่ายเงินรางวัลประจำปี (โบนัส)

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า^{๓๐} ในปัจจุบันไม่มีกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในส่วนของประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษ (เงินรางวัลประจำปี) เอาไว้ ดังนั้น คณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น และคณะกรรมการอื่น ๆ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ จะอาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจ่ายเงินรางวัลประจำปีได้หรือไม่

^{๓๐} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษ (เรื่องเสร็จที่ ๑๖๕/๒๕๕๖)

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรที่มีกฎหมายจัดตั้ง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทกำหนดรายได้และรายจ่ายไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้และรายจ่ายภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะกำหนดให้มีรายจ่ายนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดมิได้ แต่ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวก็ให้อำนาจอกระทรวงมหาดไทยในการออกระเบียบเพื่อเพิ่มประเภทรายจ่ายขึ้นได้ เป็นรายกรณีหากเห็นเป็นรายจ่ายที่สมควร และเมื่อมีการกำหนดแล้วผู้มีอำนาจจึงจะไปดำเนินการจ่ายหรือกำหนดหลักเกณฑ์การจ่ายได้ สำหรับอำนาจของคณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น และคณะกรรมการอื่น ๆ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นฯ เป็นเพียงอำนาจหน้าที่ในการกำหนดอัตราและวิธีการจ่ายเงินเดือน และประโยชน์ตอบแทนอื่นให้แก่พนักงานส่วนท้องถิ่นเท่านั้น มิใช่อำนาจในการสร้างประเภทรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เพิ่มขึ้นแต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้เงินประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษ (เงินรางวัลประจำปี) เป็นรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงไม่อาจจ่ายเงินเพื่อการดังกล่าวได้ แต่หากกระทรวงมหาดไทยเห็นสมควรให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจ่ายเงินรางวัลประจำปีได้ กระทรวงมหาดไทยต้องออกระเบียบเพื่อกำหนดให้เงินรางวัลประจำปีเป็นรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยในการออกระเบียบดังกล่าวกระทรวงมหาดไทยสามารถกำหนดเงื่อนไขไว้ได้ตามที่เห็นสมควร หรือจะให้มิผลใช้บังคับย้อนหลังหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับความจำเป็นซึ่งกระทรวงมหาดไทยต้องเป็นผู้พิจารณา และเมื่อออกระเบียบดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น และคณะกรรมการอื่น ๆ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นฯ จึงจะเป็นผู้กำหนดวิธีการจ่ายเงินดังกล่าว

(๓) การให้ทุนการศึกษา

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า^{๓๑} การที่ข้อ ๔ แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๑ กำหนดให้ปลัดกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามระเบียบนี้ และมีอำนาจยกเว้นการปฏิบัติการตามระเบียบ นั้น มิได้เป็นการกำหนดให้อำนาจออกระเบียบหรือข้อบังคับเพื่อเพิ่มประเภทรายจ่ายอื่นนอกเหนือจากรายจ่ายที่ระบุไว้ในมาตรา ๘๕ แห่งพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการและองค์การบริหาร

^{๓๑} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การตั้งงบประมาณเพื่อเป็นทุนการศึกษาให้แก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (เรื่องเสร็จที่ ๑๔๐๑/๒๕๕๖) อนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) มีข้อสังเกตว่า เมื่อกระทรวงมหาดไทยออกระเบียบในเรื่องใดแล้ว กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นมักจะออกหนังสือชักชวนความเข้าใจหรือชักชวนวิธีการ อันมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากที่ปรากฏในระเบียบที่กระทรวงมหาดไทยออกเสมอ กระทรวงมหาดไทยสมควรตรวจสอบหรือพิจารณาให้รอบคอบว่า กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นมีอำนาจในการออกหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเพิ่มเติมได้หรือไม่เพียงใด

ส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ มาตรา ๖๗ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๕๓๖ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๐๕ และมาตรา ๗๔ แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๕๔๐ สำหรับประกาศคณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น เรื่อง กำหนดมาตรฐานกลางการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น ลงวันที่ ๒๕ มิถุนายน ๒๕๔๔ เป็นเรื่องอำนาจการกำหนดมาตรฐานกลางและแนวทางในการกำหนดโครงสร้างอัตราเงินเดือนและประโยชน์ตอบแทนอื่นให้มีสัดส่วนที่เหมาะสมแก่รายได้และการพัฒนาท้องถิ่นตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยประกาศดังกล่าวมิได้มีข้อความใดให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยในการออกระเบียบในเรื่องดังกล่าวได้เลย ดังนั้น กระทรวงมหาดไทยจึงไม่สามารถอาศัยอำนาจตามข้อ ๔ แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ ประกอบกับประกาศคณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นฯ กำหนดหลักเกณฑ์การตั้งงบประมาณเพื่อให้ทุนการศึกษาแก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้

การที่ขอหาหรือว่ากระทรวงมหาดไทยสามารถอาศัยอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำหนดให้กระทรวงมหาดไทยมีอำนาจในการออกระเบียบเกี่ยวกับการคลังและงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดหลักเกณฑ์การจ่ายเงินในลักษณะการให้ทุนการศึกษาแก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้หรือไม่ นั้น เข้าใจว่ากระทรวงมหาดไทยมุ่งหมายถึงมาตรา ๘๘ แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลฯ มาตรา ๖๙ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ และมาตรา ๗๖ แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยออกระเบียบว่าด้วยการคลัง และการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมิใช่เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยในการสร้างประเภทรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพิ่มเติมแต่อย่างใด ดังนั้น จึงไม่สามารถอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การจ่ายเงินในลักษณะการให้ทุนการศึกษาแก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้

เมื่อพิจารณาจากประเด็นปัญหาที่ได้มีการหารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว จะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่ไม่มีการหารือมายังให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจ่ายหรือกู้เงินที่จะนำมาเป็นรายจ่ายหรือรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และนับได้ว่าปัญหาด้านการเงิน การคลัง และงบประมาณของท้องถิ่น เป็นปัญหาที่สำคัญมากเพราะเกี่ยวข้องกับการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วประเทศที่จะต้องใช้จ่ายเงิน แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้จึงมีลักษณะเน้นว่า กรณีการจ่ายเงินหรือการกู้เงินของท้องถิ่นนั้นแม้ว่ากฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเปิดช่องให้มีการกำหนดประเภทของรายได้หรือรายจ่ายได้ก็ตาม แต่ก็จะต้องอยู่ในกรอบของการกำกับดูแลโดยระเบียบกระทรวงมหาดไทยอันถือเป็นฐานทางกฎหมายให้องค์กรผู้กำกับดูแลมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการเบิกจ่าย การเก็บรักษาเงิน ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่เป็นประจำ คือ ไม่มีระเบียบกระทรวงมหาดไทยกำหนดในเรื่องดังกล่าวไว้ การกำกับดูแลใน

ด้านการเงิน การคลัง และงบประมาณของท้องถิ่น มักกระทำในรูปของหนังสือสั่งการ หนังสือเวียน ของกระทรวงมหาดไทยเท่านั้น ซึ่งหนังสือดังกล่าวไม่มีสถานะใด ๆ ในทางกฎหมายที่จะถือเป็น กฎหมายได้ คงเป็นเพียงแนวทางในฝ่ายบริหารเท่านั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้เน้นย้ำ ในการวินิจฉัยข้อหาหรืออยู่เสมอกว่า การกำกับดูแลด้านการเงินของท้องถิ่นจะต้องกระทำ โดยกฎหมายเท่านั้น

อีกกรณีหนึ่ง คือ การที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้จัดสรร รายได้ให้กับท้องถิ่น เช่น กรณีการจัดเก็บภาษีบำรุงท้องที่ เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายและมีการจัดตั้ง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นครบทุกพื้นที่แล้ว การดำเนินการด้านการจัดเก็บภาษีดังกล่าวย่อมเป็น อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ องค์กรผู้กำกับดูแลจึงไม่อาจใช้หนังสือสั่งการ หรือหนังสือเวียน สั่งการให้ท้องถิ่นดำเนินการได้อีก นอกจากนี้ยังเป็นหน้าที่ขององค์กรผู้กำกับ ดูแลที่จะต้องไปปรับปรุงแก้ไขกฎหมายต่าง ๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนให้สอดคล้องกับ กฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ที่ปรับปรุงแก้ไขเพื่อรองรับการกระจายอำนาจให้กับท้องถิ่น

๔.๔ ปัญหาการกำกับดูแลด้านการบริหารงานบุคคล

การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีความอิสระในการปกครองและบังคับบัญชา พนักงานและลูกจ้างของท้องถิ่น นอกจากนี้ ท้องถิ่นย่อมมีอำนาจในการกำหนดตำแหน่งเพิ่มเติม ถ้ามีความจำเป็น ในการบังคับบัญชาพนักงานท้องถิ่นนั้น ผู้บริหารท้องถิ่นย่อมมีอำนาจในการ ให้คุณให้โทษพนักงานดังกล่าวด้วย ในส่วนโครงสร้างภายในของท้องถิ่นนั้น ท้องถิ่นย่อมมีอำนาจ ปรับให้มีความสอดคล้องกับภารกิจที่จะต้องรับผิดชอบได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ท้องถิ่นมีบุคลากร ที่มีคุณภาพและประสงค์ที่จะทำงานเพื่อท้องถิ่นอย่างแท้จริง ระบบการบริหารงานบุคคล ของท้องถิ่นต้องมีการจัดสวัสดิการให้แก่พนักงานท้องถิ่นและต้องไม่ด้อยไปกว่าพนักงานของรัฐ การแทรกแซงการบริหารงานบุคคลของท้องถิ่นโดยรัฐย่อมเป็นการต้องห้ามเพราะจะทำให้ท้องถิ่น ขาดเอกภาพ ด้วยเหตุนี้การกำกับดูแลด้านการบริหารงานบุคคลของท้องถิ่นจึงมีความสำคัญ ต่อความเป็นอิสระและการบริหารงานของท้องถิ่นอย่างมาก ประเด็นปัญหาที่น่าสนใจเกี่ยวกับการ กำกับดูแลด้านบริหารงานบุคคล มีดังนี้

๔.๔.๑ การใช้อำนาจขององค์กรผู้กำกับดูแลในการบริหารงานบุคคล ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การใช้อำนาจขององค์กรผู้กำกับดูแลในการบริหารงานบุคคล ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ต้องไปตามกรอบที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หากใช้อำนาจเกินกว่าที่ กฎหมายกำหนดย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น

กรณี การพ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า เจตนารมณ์ของมาตรา ๑๑ (๕) แห่งพระราชบัญญัติองค์การ บริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๕๔๐ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๖ เริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๕ พฤศจิกายน ๒๕๔๖ กำหนดให้สมาชิกภาพ ของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดสิ้นสุดลงทันทีนับแต่วันที่มิเหตุเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในระหว่างที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดดำรงตำแหน่งอยู่มีเหตุดังกล่าวก่อเกิดขึ้น แม้ว่าต่อมาสมาชิกผู้นั้นจะพ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดไปด้วยเหตุใดก็ตาม ต้องถือว่าผู้นั้นสิ้นสุดสมาชิกภาพนับแต่วันที่มีเหตุดังกล่าวก่อ หากมีข้อสงสัยว่าผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด ผู้ว่าราชการจังหวัดก็ยังคงมีอำนาจที่จะดำเนินการสอบสวนและวินิจฉัย เพื่อให้ได้ความจริงว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียจริงหรือไม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีผู้ใดร้องเรียนไว้แล้วหรือไม่ และผู้นั้นจะยังคงดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะนั้นหรือพ้นจากตำแหน่งไปก่อนที่จะมีการสอบสวนก็ตาม หากพบว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ต้องถือว่าผู้นั้นสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด โดยผลของกฎหมายนับแต่วันที่มีเหตุเป็นผู้มีส่วนได้เสีย และคำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สุด^{๓๒}

๔.๔.๒ การใช้อำนาจขององค์กรผู้กำกับดูแลความมีส่วนได้เสีย ในกิจการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดเรื่องการมีส่วนได้เสียไว้เป็นเหตุที่ทำให้ผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่นก็ต่อสมาชิกผู้บริหารท้องถิ่นก็ต้องพ้นจากตำแหน่งการใช้อำนาจของผู้กำกับดูแลนั้นจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ โดยผู้กำกับดูแลและจะออกคำสั่งหรือมีคำสั่งให้ผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นซึ่งมีส่วนได้เสียตามที่กฎหมายจัดตั้งท้องถิ่นกำหนดไว้พ้นจากตำแหน่ง การใช้อำนาจขององค์กรกำกับดูแลในกรณีนี้จึงจะต้องเป็นไปโดยรอบคอบครบถ้วนตามข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดและใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีเรื่องที่เป็นประเด็นปัญหาหลายกรณีด้วยกันว่าอย่างไรใดเป็นการมีส่วนได้เสียในกิจการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตัวอย่างเช่น

(๑) การมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก่อนรับตำแหน่ง

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า^{๓๓} การที่มาตรา ๑๘ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ กำหนดมิให้สมาชิกสภาเทศบาลมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล ก็เพื่อป้องกันมิให้ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลใช้ตำแหน่งหน้าที่เพื่อที่จะเข้าไปมีประโยชน์ได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการของเทศบาลที่ตนเป็นสมาชิก ดังนั้น ปัญหาเบื้องต้นของข้อหาเรื่องนี้จึงต้องพิจารณาว่าในวันที่ ๕ ตุลาคม ๒๕๔๕ ที่นาย ค. ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตำบลหนองกี่ นาย ค. ยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาและมีสิทธิได้รับค่าจ้างตามสัญญาที่ได้ทำไว้ก่อนได้รับเลือกตั้งหรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในวันที่ ๕ ตุลาคม

^{๓๒} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดปราจีนบุรี - คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) - เรื่องเสร็จที่ ๒๓๘/๒๕๔๘

^{๓๓} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาลตำบลหนองกี่ อำเภอหนองกี่ จังหวัดบุรีรัมย์ (เรื่องเสร็จที่ ๗๘/๒๕๔๗)

๒๕๔๕ นั้น นาย ค. ยังเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. อยู่ โดยปรากฏหลักฐานเบื้องต้นว่า มีการแจ้งขอจดทะเบียนลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. เมื่อวันที่ ๘ ตุลาคม ๒๕๔๕ แม้ต่อมาภายหลังจะได้ขอแก้ไขเพิ่มเติมให้การลาออกมีผลตั้งแต่วันที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๔๕ อันเป็นวันก่อนวันเลือกตั้งก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่า นาย ค. ยังได้กระทำการในฐานะหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าว โดยเป็นผู้ลงนามในหนังสือส่งมอบงานก่อสร้างถนนให้แก่เทศบาลตำบลหนองกี่เมื่อวันที่ ๗ ตุลาคม ๒๕๔๕ ดังนั้น ในวันที่ ๕ ตุลาคม ๒๕๔๕ นาย ค. จึงยังคงเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. ด้วยเหตุผลดังกล่าว เมื่อนาย ค. ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตำบลหนองกี่ตั้งแต่วันที่ ๕ ตุลาคม ๒๕๔๕ และยังคงเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. ซึ่งเป็นคู่สัญญากับเทศบาลตำบลหนองกี่ในสัญญาก่อสร้างถนน คสล. แม้ว่าจะได้จดทะเบียนลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. เมื่อวันที่ ๘ ตุลาคม ๒๕๔๕ กรณีจึงถือได้ว่านาย ค. สมาชิกสภาเทศบาลตำบลหนองกี่ เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่ทำกับเทศบาลตาม มาตรา ๑๘ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ซึ่งมีผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลตำบลหนองกี่สิ้นสุดลงตามมาตรา ๑๙ (๖) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ แล้ว

(๒) การอนุมัติจ้างบุตรของตนเป็นบุคลากรขององค์กรปกครอง

ส่วนท้องถิ่น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยไว้ว่า^{๓๔} การที่บิดาซึ่งดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนตำบลได้อนุมัติให้จ้างบุตรชายของตนเองซึ่งมีภูมิลำเนาและอยู่อาศัยในบ้านหลังเดียวกันปฏิบัติหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยขององค์การบริหารส่วนตำบลจากเงินงบประมาณแผ่นดิน ซึ่งเมื่อบุตรชายของนายกองค์การบริหารส่วนตำบลได้รับค่าจ้างไป ย่อมจะนำเงินส่วนหนึ่งไปจุนเจือหรืออุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดตามนัยมาตรา ๑๕๖๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงถือได้ว่าการอนุมัติให้จ้างบุตรชายของตนเองเป็นเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย แม้กระบวนการจัดจ้างจะเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่กรณีเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตนมากกว่าประโยชน์สาธารณะ นายกองค์การบริหารส่วนตำบลจึงถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนตำบลเป็นคู่สัญญา อันเป็นข้อห้ามตามมาตรา ๖๔/๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม นายอำเภอย่อมมีอำนาจที่จะสอบสวนและวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนตำบลได้ตามมาตรา ๖๔ วรรคหนึ่ง (๕) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้น คำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนตำบล จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่มีเหตุผลและชอบด้วยกฎหมาย

^{๓๔} คดีหมายเลขแดง ที่ อ. ๓๔๙/๒๕๖๒

(๓) การเป็นคู่สัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัย^{๓๕} พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ มาตรา ๖๔/๒ วรรคหนึ่ง (๓) มีเจตนารมณ์ให้นายกอบต. ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เทียบธรรม และเป็นกลาง เพื่อมิให้เกิดกรณีผลประโยชน์ทับซ้อนระหว่างประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ของอบต. กฎหมายจึงห้ามมิให้กระทำการใด ๆ ในขณะที่ดำรงตำแหน่งในลักษณะมีส่วนได้เสียทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งกรณีจะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์นั้น จะต้องเป็นกรณีที่บุคคลผู้นั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยสั่งการหรือกำกับดูแลกิจการอันเป็นผลประโยชน์ส่วนรวมดังกล่าวอยู่ด้วยการพิจารณาว่าจะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือไม่จึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ว่ามีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใดที่แสดงให้เห็นได้ว่า บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งนั้นได้ใช้อำนาจในฐานะที่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวสร้างประโยชน์ให้แก่ตนโดยการเบียดเบียนหรือฉ้อฉลประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์สาธารณะที่ตนมีหน้าที่ต้องดูแลรักษา

เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า เดิมผู้ฟ้องคดีเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งเป็นผู้แทนนิติบุคคล ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ถอนตัวออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการและมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหุ้นส่วนและหุ้นส่วนผู้จัดการ จากนั้นก็ได้รับเลือกเป็นนายกองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งในขณะดำรงตำแหน่งก็ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าได้กระทำการใดที่จะทำให้ตนได้ประโยชน์จากการที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดนี้เข้าทำสัญญากับทางองค์การบริหารส่วนตำบลแม้ว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดจะต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องภายหลังส่งมอบงานที่เกิดขึ้นภายในหนึ่งหรือสองปีก็ตาม ก็เป็นการกำหนดหน้าที่ของห้างหุ้นส่วนจำกัดตามสัญญาที่ต้องรับผิดชอบกับทางองค์การบริหารส่วนตำบลและแม้ช่วงระยะเวลาของการรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องจะอยู่ในช่วงที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนตำบลก็ตาม ก็มิได้มีผลให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนตำบลทำกับห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวและกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดว่าหากนายกองค์การบริหารส่วนตำบลใดดำรงตำแหน่งในผู้บริหารธุรกิจภาคเอกชนด้วยแล้ว ให้ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อมกับอบต. นั้น กฎหมายกำหนดเพียงว่าต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่ธุรกิจภาคเอกชนนั้นเป็นคู่สัญญากับอบต. เท่านั้น ดังนั้น คำสั่งปลดผู้ฟ้องคดีออกจากรายการนายกองค์การบริหารส่วนตำบลจึงไม่ขัดด้วยกฎหมาย

(๔) สมาชิกสภาท้องถิ่นเข้าทำสัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า^{๓๖} การเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางตรงหรือทางอ้อมนั้นมิได้หมายความว่าถึงการที่ตนเองได้ประโยชน์เท่านั้น แต่หมายความว่ารวมถึง

^{๓๕} คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๕๑๖/๒๕๖๒

^{๓๖} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลตำบล ห้างฉัตร (เรื่องเสร็จที่ ๒๐/๒๕๔๔)

ประโยชน์ที่คนอื่นได้รับอันเนื่องจากการกระทำของตนตามหน้าที่ที่ตนมีอยู่ด้วย การที่นาย จ. เป็นตัวแทนของบุคคลอื่นเพื่อยื่นของสอברהค่าต่อเทศบาลและทำหน้าที่เจรจาตกลงกับเทศบาลด้วย จึงมีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อการตามมาตรา ๘๐๗ ถึงมาตรา ๘๑๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในฐานะที่เป็นตัวแทนและมีหน้าที่ดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้นาย จ. มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาล นอกจากนี้นาย จ. ซึ่งมีฐานะสมาชิกสภาเทศบาลซึ่งมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของท้องถิ่น เมื่อนาย จ. ได้กระทำการเข้าเป็นตัวแทนของห้างฯ เพื่อยื่นของสอברהค่ากับเทศบาลในโครงการของเทศบาลเอง สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นย่อมมีประโยชน์ที่ขัดกันอยู่ทั้งประโยชน์ของเทศบาลและประโยชน์ของห้างฯ และเมื่อมีการกระทำที่เป็นการต้องห้ามตามมาตรา ๑๘ ทวิ แล้ว ความเป็นสมาชิกภาพย่อมสิ้นสุดลง และหากมีกรณีสงสัย ต้องดำเนินการตามมาตรา ๑๙ วรรคสองฯ ต่อไป

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในการวินิจฉัยความเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางตรงหรือทางอ้อมนั้น จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีแต่ละกรณีไป เนื่องจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของแต่ละกรณีนั้นมีความต่างกันออกไป การวินิจฉัยเรื่องความมีส่วนได้เสียจึงยึดโยงกับข้อเท็จจริงในกรณีนั้น ๆ เป็นสำคัญ นอกเหนือไปจากหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือการขัดกันแห่งหน้าที่

๔.๔.๓ การใช้อำนาจขององค์กรผู้กำกับดูแลเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(๑) การพ้นจากตำแหน่งของผู้บริหารท้องถิ่น

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า^{๓๗} เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ว่าราชการจังหวัดพิษณุโลกได้ดำเนินการตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดประกอบกับคำสั่งของศาลปกครองพิษณุโลกโดยออกคำสั่งให้นาง ป. พ้นจากตำแหน่งนายกเทศมนตรีนครพิษณุโลกเนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมในสัญญาที่กระทำกับเทศบาลนครพิษณุโลกตามมาตรา ๔๘ ปญจทศ (๔) และ (๕) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖ ตั้งแต่วันที่ ๒๖ มกราคม ๒๕๕๕ และคดีถึงที่สุดแล้ว และคณะกรรมการการเลือกตั้งก็ได้ถือเอาวันที่ผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งให้นาง ป. พ้นจากตำแหน่งเป็นข้อเท็จจริงประกอบการวินิจฉัยสั่งการให้ถอนชื่อนาง ป. ออกจากการเป็นผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง จึงถือได้ว่าการพ้นจากตำแหน่งของนาง ป. มีผลตามวันดังกล่าวเป็นที่สุดและไม่มีทางเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้น กรณีจึงไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาอีกว่า นาง ป. พ้นจากตำแหน่งนายกเทศมนตรีนครพิษณุโลกเมื่อใด

การกำกับดูแลการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นการกำกับดูแลตั้งแต่การเข้าสู่ตำแหน่งไปจนถึงการพ้นจากตำแหน่ง ปัญหาที่เกิดขึ้นโดยส่วนมากเป็นปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายในบางเรื่องเขียนเปิดไว้ให้องค์กร

^{๓๗} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพ้นจากตำแหน่งนายกเทศมนตรี และการนับเวลาการเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖ (เรื่องเสร็จที่ ๙๔๓/๒๕๕๕)

ผู้กำกับดูแลใช้ดุลพินิจได้กว้าง เช่น เรื่อง การมีส่วนได้เสียอันเป็นเหตุให้พ้นจากตำแหน่ง หรือ ปัญหาที่เกิดจากการใช้อำนาจของผู้กำกับดูแลที่ปราศจากฐานทางกฎหมายรองรับ จากลักษณะของประเด็นปัญหาที่หารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้นจะเห็นได้ว่าเกิดปัญหาขึ้นในสองมิติ กล่าวคือ (๑) มิติในด้านการดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเองที่เกิดปัญหาว่ามีกฎหมายให้อำนาจให้การดำเนินการตามภารกิจของการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่ ความไม่ชัดเจนนี้อาจเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอง หรือจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระจายอำนาจและกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ทำให้บางกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการไปโดยปราศจากกฎหมายรองรับ ส่วนในอีกมิติหนึ่งคือ (๒) มิติในด้านขององค์กรผู้กำกับดูแล ที่จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่ากรณีใดบ้างที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการดำเนินการหรือการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ ไม่ว่าจะเป็นการกำกับเหนือการกระทำหรือเหนือตัวบุคคล แนววินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงเป็นการวินิจฉัยตามหลักการของกฎหมายว่า กรณีไม่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการได้นั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็จะไม่มีอำนาจในดำเนินการใด ๆ รวมไปถึงการมอบหมายให้เอกชนหรือบุคคลอื่นดำเนินการแทนด้วย ส่วนผู้กำกับดูแลนั้นหากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้แล้ว ก็จะกำกับดูแลการดำเนินการของท้องถิ่นไม่ได้ แต่หากกรณีมีกฎหมายกำหนดให้องค์กรผู้กำกับดูแลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแล้ว องค์กรผู้กำกับดูแลก็จะควบคุมตรวจสอบการกระทำของท้องถิ่นให้เกินไปกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้เช่นกัน สำหรับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองนั้น หากพิจารณาโดยทั่วไปอาจเห็นว่าวินิจฉัยไม่เหมือนกัน แต่การพิจารณาเพียงเช่นนั้นคงไม่ได้เพราะข้อเท็จจริงแต่ละคดีจะมีความแตกต่างกันไป จึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นสำคัญด้วย

๕. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลตามที่ยกตัวอย่างมานี้แสดงให้เห็นถึงปัญหาในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขององค์กรผู้กำกับดูแลที่ยังคงประสบปัญหาอยู่บ่อยครั้งโดยปัญหาที่มักเกิดขึ้นเป็นประจำจะมีในสองด้านด้วยกัน คือ ด้านการกำกับดูแลขององค์กรผู้กำกับดูแลที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะในการเข้าไปกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของภารกิจ การเงินและงบประมาณ รวมทั้งการบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งองค์กรผู้กำกับดูแลมักจะใช้เพียงหนังสือเวียนหรือหนังสือสั่งการในแต่ละกรณีในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งไม่เป็นไปตามหลักการในการกำกับดูแลที่ผู้เขียนได้กล่าวมาในตอนต้น ซึ่งการกำกับดูแลที่เป็นไปตามหลักการจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจในแต่ละเรื่องเอาไว้เสียก่อน เมื่อเกิดปัญหาขัดข้องหรือเกิดความไม่ชัดเจน องค์กรผู้กำกับดูแลก็จะหารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งลักษณะของประเด็นปัญหา

เหล่านี้ก็จะพิจารณาบนพื้นฐานของหลักการกำกับดูแลที่ต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายทั้งสิ้น อีกด้านหนึ่งคือ ด้านองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอง ที่ยังขาดความเข้าใจเกี่ยวกับการกระจายอำนาจและหลักการกำกับดูแล ในหลายกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเองก็ประสบปัญหาในการปฏิบัติตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำหนดอำนาจหน้าที่และภารกิจของตนว่าจะมีขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการอย่างไร รวมถึงปัญหาการดำเนินการตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระจายอำนาจให้กับท้องถิ่น จากที่ได้พิจารณาประเด็นปัญหาของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้เขียนจึงมีบทสรุปและข้อเสนอแนะ ดังนี้

๕.๑ บทสรุป

การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในปัจจุบันนั้น อาจกล่าวได้ว่า องค์กรผู้กำกับดูแลยังประสบปัญหาในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจและหลักการกำกับดูแล ที่แม้ว่าจะมีการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมาแล้วเป็นเวลาหลายปีก็ตาม ซึ่งสามารถสรุปประเด็นปัญหาของการกำกับดูแลออกเป็น ๓ ส่วนด้วยกัน คือ

(๑) กรอบแนวความคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแล

เนื่องจากการกำกับดูแลมีสาระสำคัญที่แตกต่างไปจากการควบคุมแบบบังคับบัญชาอย่างเห็นได้ชัด ทั้งในแง่ที่มาของฐานอำนาจในการกำกับดูแลที่เกิดจากการต้องมีกฎหมายกำหนดให้องค์กรผู้กำกับดูแลมีอำนาจที่จะกำกับดูแลได้ อันสอดคล้องกับรูปแบบของหลักการกระจายอำนาจทั้งในทางพื้นที่และทางกิจการ โดยจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดแจ้ง หากกรณีใดไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้แล้ว องค์กรผู้กำกับดูแลก็จะไม่สามารถใช้อำนาจก้าวล่วงไปกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้เลย

นอกจากนี้ กรอบแนวความคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลนั้นจะต้องเป็นการกำกับดูแลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกระทำการต่าง ๆ ตามหลักการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายเท่านั้น องค์กรผู้กำกับดูแลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมในการตัดสินใจต่าง ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพราะจะกลายเป็นการควบคุมแบบบังคับบัญชา ที่สำคัญจะเป็นการขัดต่อหลักการกำกับดูแลและทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขาดความเป็นอิสระในการตัดสินใจดำเนินการต่าง ๆ อันเป็นพื้นฐานของหลักการกระจายอำนาจและเป็นวัตถุประสงค์ในการให้การปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเข้มแข็ง

(๒) ความจำเป็นในการยังคงไว้ซึ่งการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน คือ องค์กรผู้กำกับดูแลซึ่งไม่ใช่องค์กรตุลาการนั้น สามารถกำกับดูแลได้ทั้งก่อนและหลังมีการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงมีแนวคิดที่จะปรับระบบการกำกับดูแลในปัจจุบันไปสู่ระบบการควบคุมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยผู้กำกับดูแลและองค์กรตุลาการ คือ ศาลปกครอง มาเป็นการกำกับดูแลหลังการกระทำ โดยมอบอำนาจให้ศาลปกครองเป็นผู้ควบคุม

ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้กำกับดูแลทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ ยังคงมีอำนาจกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ เพียงแต่เปลี่ยนเป็นการกำกับดูแลภายหลังมีการกระทำทางปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้วให้นำไปสู่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง^{๓๘} ผู้เขียนเห็นว่า การปรับระบบการกำกับดูแลดังกล่าวเป็นเรื่องที่เหมาะสมกับข้อความคิดว่าด้วยการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและจะมีการวางแนวทางวินิจฉัยอย่างชัดเจนเป็นแนวปฏิบัติราชการได้ แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อต้องพิจารณาว่า การนำคดีไปสู่ศาลปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมากนั้น อาจทำให้เกิดปัญหาคดีล้นศาลปกครองและการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลปกครองใช้ระยะเวลานาน กว่าคำวินิจฉัยของศาลปกครองจะออกมาอาจไม่ทันต่อสถานการณ์ที่ทางบริหารที่เปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว หากมีการปรับระบบการกำกับดูแลให้เป็นเช่นนี้ การวางระบบการพิจารณาคดีของศาลปกครองจะต้องมีการปรับให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

(๓) กฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแล

สืบเนื่องจากการให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ให้เป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการปกครองท้องถิ่นนั้น เกิดขึ้นภายหลังจากการมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ถ้านับต่อเนื่องถึงปัจจุบันยังคงมีระยะเวลาไม่นาน บทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎหมายที่เกี่ยวกับการกระจายอำนาจ และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ก่อนการกระจายอำนาจยังไม่มีมีการปรับปรุงแก้ไข จึงทำให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ยังคงอยู่บนพื้นฐานของการควบคุมและบังคับบัญชา ส่งผลให้การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกิดความล้าสมัยและเกิดปัญหาดังที่ปรากฏอยู่บ่อยครั้ง

๕.๒ ข้อเสนอแนะ

ข้อความคิดเกี่ยวกับการกระจายอำนาจ การเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และประเด็นปัญหาต่าง ๆ ในการกำกับดูแลท้องถิ่นยังคงมีปัญหายู่เสมอ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหากับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกเป็นสองด้านด้วยกัน คือ ด้านการมีส่วนร่วมของประชาชนหรือด้านการเมืองและด้านกฎหมาย ดังนี้

(๑) ด้านการมีส่วนร่วมของประชาชนหรือด้านการเมือง

ต้องยอมรับว่าการกระจายอำนาจให้กับท้องถิ่นเพื่อให้เกิดการปกครองท้องถิ่นตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นได้เกิดขึ้นมาระยะหนึ่งแล้ว แต่ประชาชนในท้องถิ่นยังขาดความตระหนักถึงความสำคัญของการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หลายคนหรือหลายพื้นที่ยังขาดการมีส่วนร่วมในการคิดและตัดสินใจที่จะกำหนด

^{๓๘} สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๓, น. ๓๗๐ - ๓๘๕.

เจตจำนงของตนในท้องถิ่นนั้น ๆ อาจยังมีความคุ้นชินกับการได้รับการคุ้มครองดูแลหรือการควบคุมจากรัฐที่เปลี่ยนสภาพกลายเป็นผู้บริหารท้องถิ่น ประกอบกับการขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่นทำให้ประชาชนในหลายพื้นที่ยังมีความคุ้นชินกับระบบแบบเดิมที่ราชการส่วนกลางมีบทบาทในการใช้อำนาจที่กระหนาบสิทธิของตน นอกจากนี้ ผู้บริหารท้องถิ่นที่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชนในพื้นที่ของตนเองก็อาจจะยังไม่เข้าใจถึงความสำคัญ อำนาจหน้าที่ และภารกิจของการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างแท้จริง จึงทำให้ขาดความตระหนักในการสำนึกถึงพื้นที่และขาดความใส่ใจต่อเจตจำนงของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ ด้วยเหตุนี้จึงเป็นหน้าที่ไม่เพียงแต่เฉพาะองค์กรผู้กำกับดูแลเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ ด้วย ที่จะเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจและตระหนักในความสำคัญของหลักการกระจายอำนาจและหลักการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อเป็นฐานให้ประชาชนในพื้นที่มีส่วนร่วมในการกำหนดเจตจำนงของตนเองตามหลักการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้อย่างแท้จริง

(๒) ด้านกฎหมาย

ปัจจุบันกฎหมายที่สำคัญสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและการกระจายอำนาจ มีสองส่วนด้วยกัน คือ กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายและพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจหน้าที่ในการจัดระบบการบริการสาธารณะและการจัดสรรสัดส่วนภาษีและอากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และให้มีคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของหน่วยราชการที่เกี่ยวข้อง ผู้แทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและผู้ทรงคุณวุฒิ มีจำนวนฝ่ายละเท่ากันเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว กฎหมายฉบับนี้เป็นแนวทางในการกระจายอำนาจให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม การกระจายอำนาจตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ไม่ใช่เป็นการกระจายอำนาจตามกฎหมายต่าง ๆ โดยอัตโนมัติ แต่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกันกับกฎหมายกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจฉบับนี้ เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินการตามภารกิจที่ได้รับ เนื่องจากสถานะทางกฎหมายของพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นเพียงการกำหนดแผนเท่านั้น แม้ว่าพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ จะได้กำหนดเรื่องการกระจายอำนาจไว้แต่ก็มิได้มีผลเป็นการลบล้างอำนาจหน้าที่เดิมหรือเพิ่มอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด แม้ว่ามาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฯ จะได้บัญญัติให้บรรดากฎหมาย กฎ และข้อบังคับใด ๆ ในส่วนที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้

แทนก็ตาม แต่บทบัญญัติมาตรานี้ก็มีความหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับบรรดาบทบัญญัติกฎหมายในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับได้เลยเท่านั้น^{๓๙}

นอกจากนี้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ยังคงมิได้มีการปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับการกระจายอำนาจ ทำให้การใช้อำนาจกำกับดูแลยังเกิดความลักลั่นอยู่มาก ทำให้การกำกับดูแลขององค์กรที่มีหน้าที่กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผิดเพี้ยนไป ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขปัญหการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกิดขึ้นในขณะนี้จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายต่าง ๆ เริ่มตั้งแต่กฎหมายกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจ กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ซึ่งที่ผ่านมาได้มีการเสนอร่างกฎหมายต่อคณะรัฐมนตรีและผ่านการตรวจพิจารณาจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว เพียงแต่ยังไม่ได้มีการตราขึ้นเป็นกฎหมายด้วยเหตุผลหลายปัจจัย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าร่างกฎหมายดังกล่าวไม่เพียงแต่แก้ปัญหาเกี่ยวกับการกระจายอำนาจเท่านั้น ยังสามารถแก้ปัญหการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้อีกด้วย ซึ่งร่างกฎหมายดังกล่าวประกอบด้วย

๑. ร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น^{๔๐}

เป็นร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการยกฐานะสำนักงานคณะกรรมการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นหน่วยงานระดับกรมในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี (รวม ๓ ฉบับ) ตามที่ประธานคณะกรรมการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสนอ และการจัดทำและปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (รวม ๔ ฉบับ) ตามที่กระทรวงมหาดไทยเสนอและส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณาและส่งให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาดำเนินการต่อไปโดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(๑.๑.) ร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

มีสาระสำคัญเป็นแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕ ดังต่อไปนี้

^{๓๙} ธนาวัฒน์ สังข์ทอง, ปัญหาการใช้บังคับพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒, รวมบทความวิชาการ การปรับปรุงกฎหมายกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, เสนอต่อ สำนักงานคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี, กันยายน, ๒๕๔๖, น. ๗๒

^{๔๐} ร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (เรื่องเสร็จที่ ๔๖๖- ๔๘๐/๒๕๕๓)

(๑) จัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี (เพิ่มเติมมาตรา ๗ (๓/๑))

(๒) จัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการส่วนท้องถิ่น ในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี (เพิ่มเติมมาตรา ๗ (๓/๒))

(๑.๒) ร่างพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และร่างประมวลกฎหมายองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

มีสาระสำคัญเป็นการให้ใช้ประมวลกฎหมายท้องถิ่น เนื่องจากกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการจัดตั้ง อำนาจหน้าที่ และรายได้ขององค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล และองค์การบริหารส่วนจังหวัด มีจำนวนหลายฉบับและกระจัดกระจายกันอยู่ อันทำให้เกิดความสับสนในการใช้บังคับกฎหมาย และโดยที่มาตรา ๓๐๓ (๕) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติให้มีการดำเนินการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎหมายรายได้ท้องถิ่น กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎหมายเกี่ยวกับข้าราชการส่วนท้องถิ่น และกฎหมายอื่นตามหมวด ๑๔ การปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยจะจัดทำเป็นประมวลกฎหมายท้องถิ่นก็ได้ จึงเห็นสมควรรวบรวมกฎหมายดังกล่าวจัดทำเป็นประมวลกฎหมายองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อประโยชน์ในการอ้างอิงและใช้กฎหมายที่จะรวมอยู่ในฉบับเดียวกัน พร้อมกันได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวให้เหมาะสมกับสภาพปัจจุบัน

(๑.๓) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.

ปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล โดยการโยกย้าย การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และการแต่งตั้งและการให้ข้าราชการและลูกจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งต้องเป็นไปตามความเหมาะสมและความจำเป็นของแต่ละท้องถิ่น โดยการบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีมาตรฐานสอดคล้องกัน และอาจได้รับการพัฒนาร่วมกันหรือสับเปลี่ยนบุคลากรระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกันได้ รวมทั้ง ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการข้าราชการส่วนท้องถิ่นก่อน นอกจากนั้น ได้กำหนดให้มีองค์กรพิทักษ์ระบบคุณธรรมของข้าราชการส่วนท้องถิ่นเพื่อสร้างระบบคุณธรรมจริยธรรมในการบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบกับพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ใช้บังคับใช้มาระยะหนึ่งแล้วสมควรที่จะได้มีการปรับปรุงให้เหมาะสมกับการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นในปัจจุบัน และสอดคล้องกับหลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๒. ร่างพระราชบัญญัติกำหนดกรอบและเป้าหมายการจัดทำบริการสาธารณะและการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.^{๔๑}

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาแล้ว เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงกลไกและขั้นตอนการกระจายหน้าที่และอำนาจตามร่างพระราชบัญญัติ กระจายหน้าที่และอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ที่สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงาน ก.ก.ด.) เสนอ เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ รวมทั้งสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และสามารถปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุวัตถุประสงค์ของการกระจายหน้าที่และอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างแท้จริง โดยได้ปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติ ที่สำนักปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีเสนอ เป็น “ร่างพระราชบัญญัติกำหนดกรอบและเป้าหมายการจัดทำบริการสาธารณะและการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.” โดยมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและหน่วยงานของรัฐ การจัดให้มีกลไกในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับความพร้อมและความสามารถขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบหรือแต่ละแห่ง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนในท้องถิ่น และเพื่อลดปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นจากกลไกการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

สาระสำคัญของร่างกฎหมายฉบับนี้ คือ กำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดกรอบและเป้าหมายการจัดทำบริการสาธารณะ และการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดแนวทางใหม่ในการกระจายอำนาจของส่วนราชการให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยให้มีกฎหมายกำหนดให้การดูแล และการจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรมสาธารณะใดที่สมควรให้เป็นหน้าที่และอำนาจโดยเฉพาะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ หรือให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานหลักในการดำเนินการ เพื่อให้การกระจายอำนาจเกิดผลอย่างจริงจัง และเป็นขั้นตอนตามความพร้อม ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบและแต่ละแห่ง ซึ่งมีขีดความสามารถและความจำเป็นแตกต่างกัน สมควรปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสียใหม่ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว

^{๔๑} ร่างพระราชบัญญัติกำหนดกรอบและเป้าหมายการจัดทำบริการสาธารณะและการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ ๑๐๖๔/๒๕๖๔)

๓. กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. ๒๕๖๒ ดังนี้

๑. พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๖๒^{๔๒}
๒. พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ ๑๔) พ.ศ. ๒๕๖๒^{๔๓}
๓. พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ ๗) พ.ศ. ๒๕๖๒^{๔๔}
๔. พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร (ฉบับที่ ๖) พ.ศ. ๒๕๖๒^{๔๕}
๕. พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒^{๔๖}

การแก้ไขกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าว มีสาระสำคัญเป็นแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น และจำนวนสมาชิกสภาท้องถิ่นให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น รวมทั้งแก้ไขเพิ่มเติมการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น การพ้นจากตำแหน่งของผู้บริหารท้องถิ่นและบุคคลที่ดำรงตำแหน่งรองผู้บริหารท้องถิ่น ที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่นซึ่งทำหน้าที่ช่วยเหลือในการบริหารราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่น กระทำอันเป็นการต้องห้ามของผู้บริหารท้องถิ่นและบุคคลที่ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ตลอดจนอำนาจหน้าที่ของเทศบาลและการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้ได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น และผู้ทำหน้าที่ช่วยเหลือในการบริหารราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เหมาะสมแก่การปฏิบัติหน้าที่ มีความซื่อสัตย์สุจริต สามารถปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมเป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล และมีประสิทธิภาพ

การแก้ไขกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวนี้ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น แก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการกำกับดูแลกรณีให้ผู้บริหารท้องถิ่นและการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นเท่านั้น ยังไม่ได้มีการแก้ไขในเรื่องการกำกับดูแลในเรื่องอื่น เช่น ลักษณะและวิธีการในการกำกับดูแล

^{๔๒} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๖/ตอนที่ ๕๐ ก/หน้า ๑๓๐/๑๖ เมษายน ๒๕๖๒

^{๔๓} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๖/ตอนที่ ๕๐ ก/หน้า ๑๖๔/๑๖ เมษายน ๒๕๖๒

^{๔๔} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๖/ตอนที่ ๕๐ ก/หน้า ๑๕๑/๑๖ เมษายน ๒๕๖๒

^{๔๕} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๖/ตอนที่ ๕๐ ก/หน้า ๑๔๒/๑๖ เมษายน ๒๕๖๒

^{๔๖} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๖/ตอนที่ ๕๐ ก/หน้า ๑๒๐/๑๖ เมษายน ๒๕๖๒

ผู้เขียนเห็นว่า ควรต้องตัดสินใจเชิงนโยบายให้ชัดว่าจะให้น้ำหนักกับการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมากน้อยเพียงใด และควรนำร่างกฎหมายเกี่ยวกับการกระจายอำนาจและกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมาทบทวนใหม่ในทุกประเด็นไปในคราวเดียวกันไม่ใช่แต่เพียงการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นรายครั้ง โดยต้องนำประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากทางปฏิบัติรวมถึงแนวการวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครองมาเป็นข้อพิจารณาหลักในการแก้ไขเพิ่มเติมด้วย ซึ่งการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวนี้ไม่เพียงแต่จะเป็นการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกิดขึ้นอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น แต่ยังสามารแก้ไขปัญหาด่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่นได้อย่างเป็นระบบและยั่งยืน และจะเป็นรากฐานที่สำคัญให้การปกครองท้องถิ่นของประเทศไทยต่อไป

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา พร้อมหมายเหตุท้ายความเห็น

เรื่องเสร็จที่ ๑๖๒๕/๒๕๖๔

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การดำเนินการความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ กรณีคณะกรรมการ
ป.ป.ช. มีมติชี้มูลความผิดทางอาญาและทางวินัย และอยู่ระหว่าง
การดำเนินการส่วนแบ่งในคดีอาญา

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากร
ทางการศึกษา (สำนักงานคณะกรรมการ สกสค.) ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ ศธ ๕๒๐๕.๑/๙๗๐๘
ลงวันที่ ๒๐ ตุลาคม ๒๕๖๔ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ ดังนี้

๑. เมื่อวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๕๙ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติมอบหมาย
คณะไต่สวนเบื้องต้นกรณีมีการกล่าวหา นาย ก. ประธานกรรมการบริหารกองทุนเงินสนับสนุนพิเศษ
และส่งเสริมความมั่นคงตามโครงการสวัสดิการการเงินกู้ ช.พ.ค. กับพวกรวม ๑๗ คน ว่ากระทำความผิด
ฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ กรณีทุจริตเงินกองทุนสนับสนุน
พิเศษและส่งเสริมความมั่นคงตามโครงการสวัสดิการการเงินกู้ ช.พ.ค. ซึ่งได้ร่วมลงทุนในโครงการพลังงาน
ไฟฟ้าชุมชนของ บริษัท ห. จำกัด เมื่อปี ๒๕๕๗ จำนวน ๘๐๐ ล้านบาท โดยมีนาย ก. ในฐานะ
ประธานกรรมการบริหารกองทุนฯ เป็นผู้ถูกกล่าวหาที่ ๑ นาย ส. เลขาธิการคณะกรรมการ สกสค.
ในขณะนั้น ในฐานะรองประธานกรรมการ เป็นผู้ถูกกล่าวหาที่ ๒ และผู้ถูกกล่าวหาอีก ๑๔ คน
และบริษัทฯ โดยนาย ธ. ในฐานะนิติบุคคล เป็นผู้ถูกกล่าวหาที่ ๑๗ ซึ่งพฤติการณ์ในการกระทำ
ความผิด เมื่อวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๕๗ คณะกรรมการบริหารกองทุนฯ มีมติอนุมัตินำเงินกองทุนฯ
ร่วมลงทุนโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานชุมชนกับบริษัทฯ วงเงิน ๘๐๐ ล้านบาท โดยแบ่งจ่ายเงินเป็น
๓ งวด งวดที่ ๑ จำนวน ๔๐๐ ล้านบาท งวดที่ ๒ จำนวน ๒๐๐ ล้านบาท และงวดที่ ๓ จำนวน ๒๐๐
ล้านบาท และกำหนดให้บริษัทฯ ต้องจ่ายเงินตอบแทนในอัตราร้อยละ ๕ ตามจำนวนเงินลงทุน
ตามสัญญาร่วมทุน โดยในการร่วมลงทุนนี้เป็นกรณีที่กองทุนฯ เข้าซื้อหุ้นของบริษัทฯ จำนวน
๓๒,๐๐๐,๐๐๐ หุ้น หุ้นละ ๒๕ บาท ซึ่งสูงกว่ามูลค่าหุ้นที่ตราไว้ในราคาหุ้นละ ๑๐ บาท โดยไม่ได้วิเคราะห์
ถึงความเสี่ยงในการลงทุน และต่อมา วันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘ บริษัทฯ มีหนังสือขอรับเงินร่วมลงทุน
งวดที่ ๒ และงวดที่ ๓ ในคราวเดียว จำนวน ๔๐๐ ล้านบาท โดยตกลงจ่ายค่าตอบแทนให้กับกองทุนฯ
เพิ่มอีกจำนวน ๕๐ ล้านบาท และเมื่อวันที่ ๑๘ มีนาคม ๒๕๕๘ คณะกรรมการดังกล่าวมีมติอนุมัติ
การขอรับเงินงวดที่ ๒ และงวดที่ ๓ ของบริษัทฯ และมีการถอนเงินจากบัญชีกองทุนฯ โอนเข้าบัญชี
บริษัทฯ ตั้งแต่วันที่ ๑๗ มีนาคม ๒๕๕๘ จึงเป็นการกระทำความผิดด้วยกฎหมายและมีพฤติการณ์
เป็นที่น่าสงสัยว่าเหตุใดจึงเร่งรีบการจ่ายเงินงวดที่ ๒ และงวดที่ ๓ และในกรณีที่บริษัทฯ ทำสัญญา
ซื้อขายไฟฟ้ากับการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคในปริมาณ ๓ เมกะวัตต์ แต่บริษัทฯ ไม่สามารถขายไฟฟ้า
ได้ภายใน ๑๒ เดือน นับแต่วันเริ่มต้นซื้อขายไฟฟ้า จนกระทั่งวันที่ ๘ มิถุนายน ๒๕๕๘ การไฟฟ้า
ส่วนภูมิภาคได้แจ้งสิ้นสุดสัญญาซื้อขายไฟฟ้าของบริษัทฯ

ส่งพร้อมหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๑๑/๑๒๑ ลงวันที่ ๒๑ ธันวาคม ๒๕๖๔ ซึ่งสำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกา มีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

เมื่อวันที่ ๒๙ ธันวาคม ๒๕๖๓ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติว่า การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาที่ ๑ ถึง ๑๒ และผู้ถูกกล่าวหาที่ ๑๔ ถึง ๑๖ มีความผิดทางอาญาตามมาตรา ๔ มาตรา ๘ และมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๐๒ ประกอบกับมาตรา ๘๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา ๑๒๓/๑ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๔ ประกอบกับมาตรา ๑๙๒ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ และมาตรา ๘๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมีมูลความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรง ฐานทุจริตต่อหน้าที่และฐานปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ มติ หรือนโยบายของคณะกรรมการ อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. อย่างร้ายแรง ตามข้อ ๖ และข้อ ๙ แห่งระเบียบสำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ว่าด้วยวินัยและการดำเนินการทางวินัย พ.ศ. ๒๕๕๒ สำหรับผู้ถูกกล่าวหาที่ ๑๓ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิดดังกล่าวข้างต้นและเพิ่มความผิดทางอาญาอีกหนึ่งฐาน คือ มาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐฯ และเป็นการกระทำหลายกรรมหลายวาระตามมาตรา ๙๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยสำนักงาน ป.ป.ช. (ประธานกรรมการ ป.ป.ช.) ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ ปช ๐๐๒๐/๐๖๖๒ ลงวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔ นำส่งรายงาน ส่วนงานการไต่สวน เอกสารหลักฐานและคำวินิจฉัยมายังเลขาธิการคณะกรรมการ สกสค. ในฐานะผู้บังคับบัญชา เพื่อพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหาที่ ๑ ถึง ๑๖ ในฐานความผิดดังกล่าวตามมาตรา ๙๑ (๒) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ ทั้งนี้ มาตรา ๙๘ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวบัญญัติว่า เมื่อได้รับส่วนงานการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามมาตรา ๙๑ แล้วให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนพิจารณาโทษผู้ถูกกล่าวหาภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง และส่งสำเนาคำสั่งลงโทษดังกล่าวให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบ นอกจากนี้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ส่งรายงานส่วนงานการไต่สวน เอกสารหลักฐาน สำเนาอิเล็กทรอนิกส์ และคำวินิจฉัยดังกล่าวไปยังอัยการสูงสุด เพื่อดำเนินคดีอาญาในศาลซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

๒. เมื่อวันที่ ๒๙ กันยายน ๒๕๖๔ อัยการสูงสุด โดยพนักงานอัยการ สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีปราบปรามการทุจริต ๒ ได้เป็นโจทก์ ยื่นฟ้องบุคคลทั้ง ๑๖ คน และบริษัทฯ เป็นจำเลยในคดีอาญาต่อศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบกลาง คดีหมายเลขดำที่ อท ๑๔๔/๒๕๖๔ โดยคำขอท้ายคำฟ้องคดีอาญาดังกล่าว พนักงานอัยการได้ขอศาลได้สั่งให้จำเลยทั้ง ๑๗ ราย ร่วมกันคืนเงินจำนวน ๘๐๐ ล้านบาท ให้แก่สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ผู้เสียหายด้วย โดยปัจจุบันอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล

๓. ในส่วนของความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เนื่องจากพระราชกฤษฎีกากำหนดหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ พ.ศ. ๒๕๔๐ กำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ได้มีคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ที่ ๑๗๙/๒๕๖๔ ลงวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๖๔ แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดเพื่อทำหน้าที่สอบข้อเท็จจริงและพิจารณาเสนอความเห็นเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดและจำนวนค่าสินไหมทดแทน โดยกำหนดให้คณะกรรมการดังกล่าวดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน ๖๐ วัน ทั้งนี้ อยู่ในระหว่างการดำเนินการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด

สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. จึงขอหารือปัญหาข้อกฎหมายในประเด็นดังต่อไปนี้
ประเด็นที่หนึ่ง มติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ชี้มูลผู้ถูกกล่าวหาที่ ๑ ถึง ๑๖
ทั้งความผิดทางอาญาและทางวินัย มีผลผูกพันต่อการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง
ความรับผิดทางละเมิดหรือไม่

ประเด็นที่สอง การที่พนักงานอัยการได้เป็นโจทก์ยื่นฟ้องเจ้าหน้าที่ทั้ง ๑๖ คน
และบริษัท ห. จำกัด เป็นจำเลย ในคดีอาญา โดยคำขอท้ายคำฟ้องคดีอาญาดังกล่าวได้ขอให้จำเลย
ทั้ง ๑๗ ราย ร่วมกันคืนเงินจำนวน ๘๐๐ ล้านบาท ให้แก่สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ผู้เสียหาย
การดำเนินคดีอาญาและคำขอท้ายคำฟ้องคดีอาญาดังกล่าวจะมีผลผูกพันต่อการพิจารณา
ของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดหรือไม่

ประเด็นที่สาม ในการดำเนินการกรณีนี้ สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. จะต้อง
ดำเนินการเฉพาะในส่วนคำขอท้ายคำฟ้องคดีอาญาที่ให้ร่วมกันคืนเงิน จำนวน ๘๐๐ ล้านบาท
หรือสามารถดำเนินการตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ไปพร้อมกัน

ประเด็นที่สี่ ในการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่
ในกรณีนี้ จะถือว่าสำนักงานคณะกรรมการ สกสค. รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะต้องใช้
คำสั่งใหม่ทดแทนตั้งแต่เมื่อใด และจะครบอายุความเมื่อใด

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหารือของสำนักงาน
คณะกรรมการ สกสค. โดยมีผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลาง) ผู้แทนกระทรวงศึกษาธิการ
(สำนักงานคณะกรรมการ สกสค.) ผู้แทนสำนักงาน ป.ป.ช. และผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด
เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว มีความเห็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง มติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ชี้มูลผู้ถูกกล่าวหาที่ ๑ ถึง ๑๖
ทั้งความผิดทางอาญาและทางวินัย มีผลผูกพันต่อการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิด
ทางละเมิดหรือไม่ เห็นว่า การดำเนินการของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามพระราชบัญญัติประกอบ
รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อหารือนี้
เป็นการได้ส่วนและวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำ
ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือความผิด
ที่เกี่ยวข้องกัน หรือไม่ โดยถ้ามีมูลความผิดทางอาญา คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะต้องส่งให้อัยการสูงสุด
เพื่อให้อัยการสูงสุดยื่นฟ้องคดีต่อไป และถ้ามีมูลความผิดทางวินัย คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะต้องส่งให้
ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนเพื่อให้ดำเนินการทางวินัยต่อไป ทั้งนี้ ตามมาตรา ๙๑^๑

^๑มาตรา ๙๑ เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ส่วนแล้วมีมติวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำ
ความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่
ในการยุติธรรม หรือความผิดที่เกี่ยวข้องกัน ให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) ถ้ามีมูลความผิดทางอาญา ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ส่งรายงาน ส่วนงานการได้ส่วน
เอกสารหลักฐาน สำเนาอิเล็กทรอนิกส์ และคำวินิจฉัยไปยังอัยการสูงสุดภายในสามสิบวัน เพื่อให้อัยการสูงสุด
ยื่นฟ้องคดีต่อไป

(๒) ถ้ามีมูลความผิดทางวินัย ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ส่งรายงาน ส่วนงานการได้ส่วน เอกสาร
หลักฐาน และคำวินิจฉัยไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนภายในสามสิบวันเพื่อให้ดำเนินการ
ทางวินัยต่อไป

ประกอบกับมาตรา ๑๙๒^๒ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยการดำเนินการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มิได้ใช้บังคับแก่การสอบสวนเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในส่วนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงไม่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ นอกจากนั้นในการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหา มาตรา ๙๘ วรรคหนึ่ง^๓ กำหนดให้ถือว่าส่วนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นส่วนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกกล่าวหา^๔ แล้วแต่กรณี และในการพิจารณาความผิดทางอาญา มาตรา ๒๒^๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริต

มาตรา ๑๙๒ ในการดำเนินการตรวจรับคำกล่าวหา แสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐาน ไต่สวนและมีความเห็นหรือวินิจฉัย และการดำเนินการให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินเพราะร่ำรวยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ บรรดาที่ดำเนินการไปโดยชอบอยู่แล้วตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ให้เป็นอันใช้ได้ และให้ดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยถือว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม รวมทั้งบรรดาระเบียบ ข้อกำหนด ข้อบังคับ ประกาศ และคำสั่งที่ออกตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม หรือมติของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติที่เกี่ยวข้องที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ยังมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป ทั้งนี้ เว้นแต่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจะมีมติให้ดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จตามมาตรา ๙๘ เว้นแต่ระยะเวลาดังกล่าวได้ล่วงพ้นไปแล้วหรือเหลือน้อยกว่าที่กำหนดไว้ ให้นับระยะเวลาเริ่มต้นใหม่ตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ

เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีในกรณีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้มีมติให้ยื่นคำร้อง คำฟ้องต่อศาล หรือมอบอำนาจให้พนักงานไต่สวนหรือแต่งตั้งทนายความให้ฟ้องคดีแทน หรืออยู่ระหว่างการดำเนินการส่งเรื่องให้อัยการสูงสุด ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ไว้แล้วในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ให้เป็นอันใช้ได้และให้ดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาและพิพากษาของศาลสำหรับคดีที่ยื่นฟ้องหรือยื่นคำร้องต่อศาลไว้แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ให้ถือว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ยังมีผลใช้บังคับอยู่จนกว่าคดีจะถึงที่สุด

มาตรา ๙๘ เมื่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาได้รับส่วนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามมาตรา ๙๑ แล้ว ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นพิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก โดยในการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหา ให้ถือว่าส่วนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นส่วนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกกล่าวหา^๖ แล้วแต่กรณี

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๒๒ ในคดีที่อัยการสูงสุด พนักงานอัยการ ประธานกรรมการ ป.ป.ช. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นโจทก์ ให้ศาลนำรายงานและส่วนการสอบสวนหรือส่วนการไต่สวนข้อเท็จจริงของโจทก์มาเป็นหลักในการแสวงหาความจริง และอาจสืบพยานเพิ่มเติมเพื่อหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานได้ตามที่เห็นสมควร

๕

และประพฤติมิชอบ พ.ศ. ๒๕๕๙ กำหนดว่า ในคดีที่ย่อยการสูงสุด พนักงานอัยการ ประธานกรรมการ ป.ป.ช. หรือ คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นโจทก์ ให้ศาลนำรายงานและสำนวนการสอบสวนหรือสำนวน การไต่สวนข้อเท็จจริงของโจทก์ มาเป็นหลักในการแสวงหาความจริง และอาจสืบพยานเพิ่มเติม เพื่อหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานได้ตามที่เห็นสมควร อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏว่าพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๑ มีบทบัญญัติให้ สำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีผลผูกพันให้ผู้บังคับบัญชาไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการ สอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะมีมติชี้มูลว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ทั้ง ๑๖ รายดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดทางอาญาและทางวินัยก็ตาม มติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ดังกล่าวย่อมไม่มีผลผูกพันผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบทางละเมิด และการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด ซึ่งเป็นไปเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงมาปรับกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ อันจะทำให้ทราบได้ว่าการละเมิดเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ และเจ้าหน้าที่แต่ละคนมีส่วนของความรับผิดชอบทางละเมิดเป็นจำนวนเท่าใดตามความมุ่งประสงค์ ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิด ทางละเมิดย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาเสนอความเห็นเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดชอบทางละเมิด และจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่เจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องชดเชย รวมทั้งพิจารณาว่าการกระทำละเมิด ของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่หรือมิใช่การกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้ เทียบเคียงความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องเสร็จที่ ๔๒๖/๒๕๔๖^๕ เรื่องเสร็จที่ ๓๒๕/๒๕๕๓^๖ และเรื่องเสร็จที่ ๕๒๕/๒๕๖๓^๗

ประเด็นที่สอง การที่พนักงานอัยการได้เป็นโจทก์ยื่นฟ้องเจ้าหน้าที่ทั้ง ๑๖ คน และบริษัท ห. จำกัด เป็นจำเลย ในคดีอาญา โดยคำขอท้ายคำฟ้องคดีอาญาดังกล่าวได้ขอให้จำเลย ทั้ง ๑๗ ราย ร่วมกันคืนเงินจำนวน ๘๐๐ ล้านบาท ให้แก่สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ผู้เสียหาย การดำเนินคดีอาญาและคำขอท้ายคำฟ้องคดีอาญาดังกล่าวจะมีผลผูกพันต่อการพิจารณา ของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดหรือไม่ เห็นว่า โดยที่การดำเนินการในทางอาญา และการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นมาตรการทางกฎหมาย ที่มีเจตนารมณ์แตกต่างกัน และหากต่อมา หน่วยงานของรัฐมีการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดเชย ค่าสินไหมทดแทน และเจ้าหน้าที่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งเรียกให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนจะได้ยื่นฟ้อง

^๕บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ กรณีการจัดหาเรือชุดหัวส่วน ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๙๐๕/๔๕๔ ลงวันที่ ๑๓ มิถุนายน ๒๕๔๖ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^๖บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบทางละเมิด กรณีคณะกรรมการ ป.ป.ช. วินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดแล้วไม่ปรากฏมูลความผิด ส่งพร้อมหนังสือ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๙๐๕/๔๘๖ ลงวันที่ ๓ มิถุนายน ๒๕๕๓ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^๗บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การดำเนินการของสำนักงานปลัดกระทรวง การพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ กรณีกระทรวงการคลังมีความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่แตกต่างจากหน่วยงาน และคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลความผิดทางวินัยและทางอาญาเจ้าหน้าที่ ซึ่งกระทรวงการคลังไม่มีความเห็นให้รับผิดชอบทางละเมิด ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๑๑/๖๗ ลงวันที่ ๒๗ เมษายน ๒๕๖๓ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

ขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองได้ คำพิพากษาในคดีอาญาและคำพิพากษาในคดีปกครองย่อมที่จะแตกต่างกันได้ขึ้นอยู่กับการศึกษาพิจารณาพิพากษาของแต่ละศาลที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงรับฟังพยานหลักฐาน และมีคำพิพากษาไปตามกระบวนการพิจารณาของคดีนั้น ทั้งนี้ ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสรีที่ ๒๖๐/๒๕๕๔^{๘๕} เว้นแต่เป็นการดำเนินการคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาซึ่งกระทำได้ตามมาตรา ๔๔/๑^{๘๖} แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ๒๔) พ.ศ. ๒๕๔๘ ในกรณีเช่นนี้ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีอาญาย่อมผูกพันการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง ทั้งนี้ ตามมาตรา ๔๖^{๘๗} แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงต้องถือว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีอาญาดังกล่าวย่อมผูกพันการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดด้วย ดังนั้น ถ้าฟังแต่การดำเนินการคดีอาญาและคำขอท้าทายคำฟ้องคดีอาญาดังกล่าวตามข้อหาหรือยังไม่ถึงขั้นมีผลผูกพันโดยตรงต่อการดำเนินการของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดแต่อย่างใด

อนึ่ง หากศาลในคดีอาญาได้มีคำพิพากษาใดที่มีผลโดยตรงต่อการวินิจฉัยการกระทำอันเป็นความรับผิดชอบทางอาญาและความรับผิดชอบทางละเมิด ก่อนที่จะมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามข้อหาข้อนี้ กรณีจึงมีความจำเป็นที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดของสำนักงานคณะกรรมการ สกสค. และคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดต้องนำเรื่องดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาด้วย เพื่อมิให้การวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งและการเสนอความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อควาวินิจฉัยของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ แต่ในกรณีศาล

^{๘๕}บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การใช้มาตรการบังคับทางปกครองควบคุมไปกับการดำเนินการคดีอาญากับผู้ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งผู้อำนวยการทางหลวงตามพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. ๒๕๓๕ ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๔๐๕/๔๒ ลงวันที่ ๒๑ เมษายน ๒๕๕๔ ถึงกรมทางหลวงชนบท

^{๘๖}มาตรา ๔๔/๑ ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกายชื่อเสียง หรือได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของจำเลย ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้

การยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่ง ผู้เสียหายต้องยื่นคำร้องก่อนเริ่มสืบพยาน ในกรณีที่มิมีการสืบพยานให้ยื่นคำร้องก่อนศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดี และให้ถือว่าคำร้องดังกล่าวเป็นคำฟ้องตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและผู้เสียหายอยู่ในฐานะโจทก์ในคดีส่วนแพ่งนั้น ทั้งนี้ คำร้องดังกล่าวต้องแสดงรายละเอียดตามสมควรเกี่ยวกับความเสียหายและจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่เรียกร้อง หากศาลเห็นว่าคำร้องนั้นยังขาดสาระสำคัญบางเรื่อง ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ร้องแก้ไขคำร้องให้ชัดเจนก็ได้

คำร้องตามวรรคหนึ่งจะมีคำขอประการอื่นที่มีใช้คำขอบังคับให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของจำเลยในคดีอาญามีได้ และต้องไม่ขัดหรือแย้งกับคำฟ้องในคดีอาญาที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ และในกรณีที่พนักงานอัยการได้ดำเนินการตามความในมาตรา ๔๓ แล้ว ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่งเพื่อเรียกทรัพย์สินหรือราคาทรัพย์สินอีกไม่ได้

^{๘๗}มาตรา ๔๖ ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่ง ศาลจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา

ในคดีอาญายังไม่มีคำพิพากษา คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดก็ชอบที่จะสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดไปได้โดยไม่ถูกผูกพันโดยการดำเนินคดีของพนักงานอัยการแต่อย่างใด

ประเด็นที่สาม ในการดำเนินการกรณีนี้ สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. จะต้องดำเนินการเฉพาะในส่วนคำขอท้ายคำฟ้องคดีอาญาที่ให้ร่วมกันคืนเงิน จำนวน ๘๐๐ ล้านบาท หรือสามารถดำเนินการตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๔ ไปพร้อมกัน เห็นว่า โดยที่การดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ มาตรา ๑๒^{๑๑} แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทน อันเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ต่อหน่วยงานของรัฐ สำหรับการดำเนินการส่วนแบ่งในคดีอาญาเป็นกรณีที่ผู้เสียหายยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทน อันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของจำเลย การยื่นคำร้องดังกล่าว แม้ว่าจะเป็นมูลกรณีเดียวกัน หน่วยงานของรัฐก็มีหน้าที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ต่อไป ทั้งนี้ ตามนัยความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องเสร็จที่ ๗๓๘/๒๕๕๓^{๑๒} ประกอบกับการดำเนินคดีอาญาเป็นการดำเนินการเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และเมื่อโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำความผิด การลงโทษในคดีอาญาจึงต้องกระทำโดยมีพยานหลักฐานอันประจักษ์แจ้ง หากมีความสงสัยตามสมควรว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดหรือไม่ จึงให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้ผู้ถูกกล่าวหา แต่การรับฟังพยานหลักฐานในคดีแพ่ง ไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนโดยปราศจากข้อสงสัยดังเช่นคดีอาญา นอกจากนี้ องค์ประกอบของความผิดทางละเมิดอาจมีความแตกต่างจากความผิดทางอาญา โดยการกระทำความผิดทางละเมิดมีทั้งกรณีที่เป็นกรกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำอันก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดในบางกรณี แม้ว่าจะไม่ต้องรับผิดทางอาญา แต่ก็อาจมีการให้รับผิดทางละเมิดได้ เมื่อข้อเท็จจริงตามข้อหาหรือนี้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลความผิดทางอาญาที่เป็นการกระทำโดยเจตนา ความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากผู้กระทำผิดหลายคน จึงอาจมีเจ้าหน้าที่อื่นที่กระทำโดยประมาทเลินเล่อและก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น กรณีจึงต้องมีการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงในส่วนนี้

ดังนั้น แม้ว่าในคดีอาญา พนักงานอัยการได้มีคำขอท้ายคำฟ้องคดีอาญาให้จำเลยทั้ง ๑๗ ราย อันได้แก่ เจ้าหน้าที่ทั้ง ๑๖ ราย และบริษัท ห. จำกัด ร่วมกันคืนเงินจำนวน ๘๐๐ ล้านบาท โดยพนักงานอัยการไม่อาจเรียกดอกเบี้ยอันเกิดจากการผิดนัดไม่ชำระหนี้ได้ สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ก็ต้องดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ทั้ง ๑๖ ราย และเจ้าหน้าที่อื่น

^{๑๑}มาตรา ๑๒ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา ๘ หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำความผิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๐ ประกอบกับมาตรา ๘ ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด

^{๑๒}บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ กรณีการเรียกให้ผู้กระทำความผิดชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐระหว่างการดำเนินการส่วนแบ่งในคดีอาญา ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๔๓๓/๔๗ ลงวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๕๗ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

ที่กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง รวมทั้งพิจารณาเรียกดอกเบี้ยอันเกิดจากการผิดนัดไม่ชำระหนี้ ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ต่อไป

ประเด็นที่สี่ ในการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในกรณีนี้จะถือว่าสำนักงานคณะกรรมการ สกสค. รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนตั้งแต่เมื่อใด และจะครบอายุความเมื่อใด เห็นว่า การเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อหน่วยงานของรัฐ ต้องกระทำภายในกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดตามมาตรา ๑๐^{๓๓} วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ เว้นแต่กรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิด แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าต้องรับผิด ให้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้นมีกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่ทั้งนี้ในทุกกรณีต้องไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่ละเมิดตามมาตรา ๔๔๘^{๓๔} วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการนับอายุความสองปีตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ต้องถือเอาวันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นวันเริ่มนับอายุความ โดยการรู้นั้นอาจรู้ได้ในสองกรณี คือ (๑) รู้ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ หรือ (๒) รู้จากรายงานผลการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดโดยคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ทั้งนี้ ตามความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องเสร็จที่ ๒๕๙/๒๕๕๓^{๓๕} โดยถือตามกรณีที่รู้ก่อนเป็นหลักในการเริ่มนับอายุความ กรณีตามข้อหาข้อนี้ ประธานกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีหนังสือสำนักงาน ป.ป.ช. สืบค้นที่ ปช ๐๐๒๐/๐๖๖๒ ลงวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔ แจ้งมติชี้มูลว่า เจ้าหน้าที่ทั้ง ๑๖ ราย กระทำความผิดทางวินัยและความผิดทางอาญา จึงต้องถือว่าหัวหน้าหน่วยงานนั้นได้รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐเห็นนั้นได้รับแจ้ง

^{๓๓}มาตรา ๑๐ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัดหรือไม่ ถ้าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๘ มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้ามิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ทั้งสองประการตามวรรคหนึ่ง ให้มีกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน และกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิด แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าต้องรับผิด ให้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้นมีกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

^{๓๔}มาตรา ๔๔๘ สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่ละเมิด

แต่ถ้าเรียกร้องค่าเสียหายในมูลอันเป็นความผิดมิใช่โทษตามกฎหมายลักษณะอาญา และมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าวมานั้นไซ้ ท่านให้เอาอายุความที่ยาวกว่านั้นมาบังคับ

^{๓๕}บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (กรณีศาลฎีกาพิพากษาให้ธนาคารแห่งประเทศไทยชำระค่าเสียหายตามสัญญาจ้างแรงงาน) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๕/๓๗๐ ลงวันที่ ๒๙ เมษายน ๒๕๕๓ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

มติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ชี้มูลความผิดทางอาญา ทั้งนี้ ตามความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องเสร็จที่ ๔๒๖/๒๕๔๖^{๑๖} เว้นแต่จะมีข้อเท็จจริงอื่นซึ่งแสดงว่าหัวหน้าหน่วยงาน ได้รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดก่อนหน้านั้นแล้ว ในส่วนของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิด ซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่ได้ชี้มูลความผิดทางอาญา ก็ต้องถือเอาวันที่เลขาธิการคณะกรรมการ สกสค. รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นวันเริ่มนับอายุความ

นอกจากนี้ โดยที่ความรับผิดทางละเมิดสำหรับเจ้าหน้าที่บางรายเป็นคดีแพ่ง เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา กรณีจึงต้องพิจารณาอายุความตามมาตรา ๔๔๘ วรรคสอง^{๑๗} แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “แต่ถ้าเรียกค่าเสียหายในมูลอันเป็นความผิดมิใช่ ตามกฎหมายลักษณะอาญาและมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าวมานั้นไซ้ ่ ท่านให้เอาอายุความที่ยาวกว่านั้นมาบังคับ” ประกอบด้วย โดยเมื่อในกรณีนี้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ชี้มูลความผิดและมีการฟ้องคดีให้ผู้กระทำต้องรับผิดในหลายฐานความผิด ทั้งตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๐๒ และพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งมีอายุความแตกต่างกัน การพิจารณาอายุความในการเรียกให้เจ้าหน้าที่แต่ละรายจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ทั้งนี้ ตามความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องเสร็จที่ ๑๔๖๗/๒๕๖๔^{๑๘} เช่น หากศาลในคดีอาญาเห็นว่าเจ้าหน้าที่รายใดกระทำความผิดทางอาญาที่ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา ๑๕๓^{๑๙} แห่งประมวลกฎหมายอาญา) อายุความในการเรียกให้เจ้าหน้าที่รายนั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทน คือ สิบห้าปี เป็นต้น ทั้งนี้ ตามมาตรา ๙๕^{๒๐} (๒) แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่หากศาลในคดีอาญา

^{๑๖}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๕, ข้างต้น

^{๑๗}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๔, ข้างต้น

^{๑๘}บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางละเมิดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและข้าราชการในสังกัดสำนักงาน คณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานและสำนักงานประมาณ ในกรณีทุจริตในการก่อสร้างสนามกีฬาพร้อมอุปกรณ์ (สนามฟุตบอล) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สับ ค่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๑๑/๑๑๐ ลงวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน ๒๕๖๔ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^{๑๙}มาตรา ๑๕๗ ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิด ความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปี ถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

^{๒๐}มาตรา ๙๕ ในคดีอาญา ถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลภายในกำหนด ดังต่อไปนี้ นับแต่วันกระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ

(๑) ยี่สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกยี่สิบปี

(๒) สิบห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่ถึงยี่สิบปี

(๓) สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งปีถึงเจ็ดปี

(๔) ห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งเดือนถึงหนึ่งปี

(๕) หนึ่งปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนลงมา หรือต้องระวางโทษอย่างอื่น

ถ้าได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลแล้ว ผู้กระทำความผิดหลบหนีหรือวิกลจริต และศาลสั่งงดการพิจารณาไต่สวนเกินกำหนดดังกล่าวแล้วนับแต่วันที่หลบหนีหรือวันที่ศาลสั่งงดการพิจารณา ก็ให้ถือว่าเป็นอันขาดอายุความเช่นเดียวกัน

พิจารณาแล้วเห็นว่า เจ้าหน้าที่รายใดไม่ได้กระทำความผิดทางอาญา แต่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเป็นการกระทำละเมิด อายุความในการเรียกให้เจ้าหน้าที่รายนั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายนั้นที่กำหนดความรับผิดทางละเมิดบัญญัติไว้โดยไม่อาจนำอายุความในการฟ้องคดีอาญามาพิจารณาได้ อย่างไรก็ตาม แม้เป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา หากศาลในคดีอาญายกฟ้องคดีอาญาทั้งหมด การดำเนินคดีแพ่งก็ต้องกลับมาใช้อายุความตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดความเสียหายที่ศาลอาจพิพากษายกฟ้องคดีอาญาได้ สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. จึงควรถือเอาอายุความตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง^{๒๑} แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ เป็นหลักในการดำเนินคดี

อนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) มีข้อสังเกตว่า กรณีข้อหาหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ซึ่งถือว่าเป็นหน่วยงานของรัฐประเภทองค์การมหาชนที่จัดตั้งตามกฎหมายเฉพาะ มีสาเหตุสำคัญประการหนึ่ง คือ สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ได้มีการจัดตั้งกองทุนเป็นการภายในขึ้น ทั้ง ๆ ที่มิได้มีการบัญญัติเรื่องนี้ไว้ในกฎหมายแต่ประการใด โดยสำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ได้มีการนำเงินกองทุนไปใช้จ่ายสำหรับการดำเนินงานที่ไม่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานตามมาตรา ๖๗^{๒๒} แห่งพระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๖ รวมทั้งขาดการควบคุมกำกับดูแลโดยคณะกรรมการบริหารหรือคณะกรรมการที่มีหน้าที่และอำนาจกำกับดูแลหน่วยงานของรัฐนั้นหรือผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเพื่อให้การต่าง ๆ เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการบริหารงานของสำนักงาน สกสค. ทั้งนี้ ตามมาตรา ๖๒^{๒๓} ประกอบกับ

^{๒๑}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๓, ข้างต้น

^{๒๒}มาตรา ๖๗ ให้มีสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา มีฐานะเป็นนิติบุคคล ในกำกับของกระทรวงศึกษาธิการ มีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) รับผิดชอบเกี่ยวกับการดำเนินงานของคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา

(๒) ประสานและดำเนินการเกี่ยวกับกิจการอื่นที่คณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษามอบหมาย

(๓) จัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับการดำเนินงานเสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา

นอกจากอำนาจและหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง ให้สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษามีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ภายในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ รวมทั้งให้มีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) ถือกรรมสิทธิ์ หรือมีสิทธิครอบครองในทรัพย์สินหรือดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน ตลอดจนรับทรัพย์สินที่มีผู้อุทิศให้

(๒) ทำนิติกรรมสัญญาหรือข้อตกลงใด ๆ

(๓) เข้าร่วมลงทุนกับนิติบุคคลอื่น ในกิจการที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการบริหารงานสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา

(๔) กู้ยืมเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ในการบริหารงานสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา

(๕) สนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง

^{๒๓}มาตรา ๖๒ ให้มีคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา ทำหน้าที่บริหารงานสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา โดยมีวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้

(มีต่อหน้าถัดไป)

๑๑

มาตรา ๖๗^{๒๔} แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น จึงเห็นสมควรเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติไม่ให้หน่วยงานตั้งกองทุนภายในที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีให้อำนาจไว้ รวมทั้งมีมติให้การบริหารจัดการกองทุนที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายและระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีต้องดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งกองทุนนั้น รวมทั้งต้องมีหลักเกณฑ์การควบคุมหรือกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพเพื่อมิให้เกิดการทุจริตเบียดบังในการใช้จ่ายเงิน จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐเช่นนี้ขึ้นอีก

นางษ์สวาท

(นางพงษ์สวาท ภายอรุณสุทธิ)

รองเลขาธิการ รักษาการแทน

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ธันวาคม ๒๕๖๔

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๒๓)

(๑) ส่งเสริมสวัสดิการ สวัสดิภาพ สิทธิประโยชน์เกื้อกูลอื่น และความมั่นคงของผู้ประกอบวิชาชีพทางการศึกษาและผู้ปฏิบัติงานด้านการศึกษา

(๒) ส่งเสริมความสามัคคีและผดุงเกียรติของผู้ประกอบวิชาชีพทางการศึกษาและผู้ปฏิบัติงานด้านการศึกษา

(๓) ส่งเสริมและสนับสนุนการจัดการศึกษาของกระทรวงในเรื่องสื่อการเรียนการสอน วัสดุอุปกรณ์การศึกษาและเรื่องอื่นที่เกี่ยวกับการจัดการศึกษา

(๔) ส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการพัฒนา การดำเนินงานด้านสวัสดิการ สวัสดิภาพ และผดุงเกียรติของผู้ประกอบวิชาชีพทางการศึกษา

^{๒๔}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒๒, ข้างต้น

หมายเหตุท้ายความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องเสรีจที่ ๑๖๒๕/๒๕๖๔*

นภันท์ จันทราชโลธร**

๑. เกริ่นนำ

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องนี้ มีที่มาจาก การที่สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา (สำนักงานคณะกรรมการ สกสค.) ประสบปัญหาในการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่ กรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติชี้มูลความผิดทางอาญาและความผิดทางวินัย แก่เจ้าหน้าที่ โดยพนักงานอัยการได้ยื่นฟ้องเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเป็นคดีอาญาต่อศาลและมีคำขอท้าย คำฟ้องให้ศาลสั่งให้จำเลยทั้งหมดร่วมกันคืนเงินให้แก่สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ในฐานะผู้เสียหาย สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. จึงได้ขอหารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา รวม ๔ ประเด็น

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องนี้ มิได้เป็นเพียง การให้ความเห็นตามแนวความเห็นเดิมเท่านั้น หากแต่ได้มีการพัฒนาและปรับเปลี่ยนวิธีการ และแนวการให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นในหลายประเด็นทั้งในส่วนของการเห็นและการให้เหตุผล ได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ผลผูกพันของมติ และสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และการดำเนินคดีอาญาต่อการพิจารณา ของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดและการเสนอความเห็น ของคณะกรรมการดังกล่าว รวมทั้งอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ซึ่งกระทำละเมิด ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

๒. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ)

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องเสรีจที่ ๑๖๒๕/๒๕๖๔ มีประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

๒.๑ การดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ กรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติชี้มูลความผิดทางอาญาและทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ และพนักงานอัยการได้มีคำขอ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายวิเคราะห์และคดีปกครอง กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ท้ายคำฟ้องในคดีอาญาในมูลกรณีเดียวกันให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นจำเลยร่วมกันคืนเงินให้หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย

ประเด็นปัญหาทำนองเดียวกันนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เคยมีความเห็นกรณีการดำเนินการของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒^๑ ในเรื่องเสร็จที่ ๔๒๖/๒๕๔๖^๒ โดยพิจารณาจากความมุ่งหมายของการดำเนินการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวและการกำหนดความสัมพันธ์ของการดำเนินการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวต่อการดำเนินการตามกฎหมายอื่น สรุปความได้ว่า การพิจารณาสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นการสอบข้อเท็จจริงเพื่อชี้มูลความผิดทางวินัยให้ผู้บังคับบัญชาพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหา และเพื่อชี้มูลความผิดทางอาญาให้อัยการสูงสุดดำเนินการฟ้องคดีอาญาต่อศาล โดยในส่วนของความผิดทางวินัย มาตรา ๙๒ กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาพิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยให้ถือว่ารายงาน เอกสารและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัย โดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอีก และในส่วนของความผิดทางอาญา มาตรา ๙๗ กำหนดให้อัยการสูงสุดพิจารณาสั่งฟ้องคดีโดยให้ถือว่ารายงาน เอกสาร และความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อย่างไรก็ตามก็ดี พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมิได้มุ่งหมายสอบสวนเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในรายงานการสอบสวนจึงไม่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ดังนั้น เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงมาปรับกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ อันจะทำให้ทราบได้ว่าการทำละเมิดเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ และเจ้าหน้าที่แต่ละคนมีส่วนของความรับผิดทางละเมิดเป็นจำนวนเท่าใดตามความมุ่งประสงค์ของพระราชบัญญัติดังกล่าว กรณีจึงต้องมีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดตามข้อ ๘ แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ยังได้มีความเห็นในแนวทางเดียวกันในเรื่องเสร็จที่ ๗๓๘/๒๕๕๗^๓ กรณีการเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด

^๑ ปัจจุบันพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑

^๒ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ กรณีการจัดหาเรือชุดหัวสว่าน ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๙๐๕/๔๕๔ ลงวันที่ ๑๓ มิถุนายน ๒๕๔๖ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^๓ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ กรณีการเรียกให้ผู้กระทำละเมิดชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐระหว่างการดำเนินการ

คดีใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐระหว่างการดำเนินการส่วนแบ่งในคดีอาญา โดยพิจารณาจากความมุ่งหมายของการดำเนินการตามกฎหมายทั้งสองฉบับที่มีความแตกต่างกัน สรุปความได้ว่า การใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐในการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่คดีใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ต่อหน่วยงานของรัฐ เป็นการดำเนินการตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ และข้อ ๑๘ วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ส่วนการที่ผู้เสียหายยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการกระทำ ความผิดของจำเลย เป็นการดำเนินการส่วนแบ่งในคดีอาญาตามมาตรา ๔๔/๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การดำเนินการทั้งสองเรื่องจึงเป็นคนละมาตรการทางกฎหมาย ดังนั้น แม้ว่าจะมีการยื่นคำร้องส่วนแบ่งในคดีอาญาในมูลกรณีเดียวกันกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ หน่วยงานของรัฐก็มีหน้าที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ต่อไป

การให้ความเห็นในเรื่องเสร็จที่ ๑๖๒๕/๒๕๖๔ นี้ นอกจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นต่อยอดจากแนวความเห็นเดิมในเรื่องเสร็จที่ ๔๒๖/๒๕๔๖^๔ และเรื่องเสร็จที่ ๓๓๘/๒๕๕๓^๕ โดยพิจารณาจากความมุ่งหมายของการดำเนินการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวและการกำหนดความสัมพันธ์ของการดำเนินการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวต่อการดำเนินการตามกฎหมายอื่นแล้ว ยังได้พัฒนาการให้เหตุผลในเรื่องนี้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยเพิ่มการพิจารณาลักษณะของการดำเนินการตามกฎหมายทั้งสองฉบับที่มีความแตกต่างกัน การกำหนดผลผูกพันต่อการดำเนินการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวต่อการดำเนินการตามกฎหมายอื่น ตลอดจนการพิจารณาองค์ประกอบของการกระทำละเมิดและการกระทำ ความผิดทางอาญาที่มีความแตกต่างกันด้วย สรุปความได้ว่า เมื่อการดำเนินการของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในเรื่องนี้เป็น การไต่สวนและวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิด

ส่วนแบ่งในคดีอาญา ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๔๑๓/๔๗ ลงวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๕๗ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

อนึ่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ ตามข้อหาหรือมีบทบัญญัติในเรื่องนี้ทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ในเรื่องเสร็จที่ ๔๒๖/๒๕๔๖

^๔ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒, ข้างต้น

^๕ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓, ข้างต้น

ต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือความผิดที่เกี่ยวข้องกัน หรือไม่ ซึ่งมาตรา ๙๑ ประกอบกับ มาตรา ๑๙๒ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว กำหนดว่า ถ้ามีมูลความผิดทางอาญา คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะต้องส่งเรื่องให้อัยการสูงสุดเพื่อให้อัยการสูงสุดยื่นฟ้องคดีต่อไป และถ้ามีมูลความผิดทางวินัย คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะต้องส่งเรื่องให้ผู้บังคับบัญชา หรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนเพื่อดำเนินการทางวินัยต่อไป แต่พระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญนี้ไม่มีบทบัญญัติให้มติและสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีผลผูกพันหัวหน้าหน่วยงานของรัฐโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิด ทางละเมิด นอกจากนี้ การดำเนินคดีอาญาเป็นการดำเนินการเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และเมื่อโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำผิด การลงโทษ ในคดีอาญาจึงต้องกระทำโดยมีพยานหลักฐานอันประจักษ์แจ้ง หากมีความสงสัยตามสมควรว่า ผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดหรือไม่ จึงให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้ผู้ถูกกล่าวหา แต่การรับฟัง พยานหลักฐานในคดีแพ่ง ไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานที่ชัดแจ้งโดยปราศจากข้อสงสัยดังเช่น คดีอาญา อีกทั้งองค์ประกอบของความผิดทางละเมิดอาจมีความแตกต่างจากความผิดทางอาญา โดยการกระทำความผิดทางละเมิดมีทั้งกรณีที่เป็นกรกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำอันก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดในบางกรณี แม้ว่าจะไม่ต้องรับผิดทางอาญา แต่ก็อาจมีการให้รับผิดทางละเมิดได้ เช่น การกระทำโดยประมาทที่กฎหมายมิได้กำหนดโทษ ทางอาญาสำหรับความผิดที่กระทำโดยประมาทไว้ เมื่อข้อเท็จจริงตามข้อหาเรื่องนี้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลเฉพาะความผิดทางอาญาที่เป็นการกระทำโดยเจตนา แต่ความเสียหายนี้ อาจมีเจ้าหน้าที่อื่นซึ่งกระทำโดยประมาทเลินเล่อและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ประกอบกับ ในคดีอาญา พนักงานอัยการมีคำขอให้จำเลยทั้งหมดร่วมกันคืนเงินให้แก่สำนักงานคณะกรรมการ สกสค. กรณีจึงไม่อาจเรียกดอกเบี้ยอันเกิดจากการผิดนัดไม่ชำระหนี้ได้ ดังนั้น สำนักงาน คณะกรรมการ สกสค. ก็ต้องดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ต่อเจ้าหน้าที่ ผู้เกี่ยวข้องทั้งในส่วนของผู้ที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติชี้มูล และเจ้าหน้าที่อื่น ตามที่กำหนด ในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ซึ่งรวมถึงการแต่งตั้งคณะกรรมการ สอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดต่อไป

๒.๒ ผลผูกพันของมติชี้มูลความผิดทางอาญาและทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ต่อการพิจารณาของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด และการเสนอความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด

ประเด็นปัญหาทำนองเดียวกันนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เคยมีความเห็นกรณีการดำเนินการของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ในเรื่องเสร็จที่ ๔๒๖/๒๕๔๖^๖ ด้วยเหตุผลเช่นเดียวกับที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ ๒.๑ สรุปความได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบ

^๖ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒, ข้างต้น

รัฐธรรมนูญดังกล่าวมิได้มุ่งหมายสอบสวนเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในรายงานการสอบสวนจึงไม่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ มติชี้มูลความผิดทางอาญาและทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงไม่มีผลผูกพันการพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบทางละเมิด และต่อมา คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ก็ได้มีความเห็นยืนยันตามแนวความเห็นดังกล่าวในเรื่องเสรีที่ ๓๒๕/๒๕๕๓^๗

นอกจากนี้ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับผลผูกพันของมติชี้มูลความผิดทางอาญาและทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ท. ตามพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๑^๘ ต่อการพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดขององค์กรที่มีหน้าที่อำนาจพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นในเรื่องเสรีที่ ๕๒๕/๒๕๖๓^๙ ในแนวทางเดียวกับความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องเสรีที่ ๔๒๖/๒๕๕๖^{๑๐} และเรื่องเสรีที่ ๓๒๕/๒๕๕๓^{๑๑} ข้างต้น โดยพิจารณาจากความมุ่งหมายของการดำเนินการตามกฎหมายแต่ละฉบับที่มีความแตกต่างกัน และการกำหนดความสัมพันธ์ของพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อการดำเนินการตามกฎหมายอื่นเช่นกัน กล่าวคือ การพิจารณาไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ท. เป็นการสอบข้อเท็จจริงเพื่อชี้มูลความผิดทางวินัยให้ผู้บังคับบัญชาพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหา และเพื่อชี้มูลความผิดทางอาญาให้พนักงานอัยการดำเนินคดีแก่ผู้ถูกกล่าวหา โดยในส่วนของความผิดทางวินัย มาตรา ๔๐ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาพิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ท. ได้มีมติ โดยให้ถือว่ารายงาน เอกสาร และความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ท. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัย โดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอีก และในส่วนของความผิดทางอาญา มาตรา ๔๕ กำหนดให้พนักงานอัยการดำเนินคดีต่อไป โดยให้ถือว่าการดำเนินการและสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ท. เป็นการสอบสวนและสำนวนการสอบสวนของพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมาย

^๗ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบทางละเมิด กรณีคณะกรรมการ ป.ป.ช. วินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดแล้วไม่ปรากฏมูลความผิด ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๙๐๕/๔๘๖ ลงวันที่ ๓ มิถุนายน ๒๕๕๓ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^๘ พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๒ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๒

^๙ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การดำเนินการของสำนักงานปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ กรณีกระทรวงการคลังมีความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่แตกต่างจากหน่วยงาน และคณะกรรมการ ป.ป.ท. มีมติชี้มูลความผิดทางวินัยและทางอาญา เจ้าหน้าที่ซึ่งกระทรวงการคลังไม่มีความเห็นให้รับผิดชอบทางละเมิด ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๑๑/๖๗ ลงวันที่ ๒๗ เมษายน ๒๕๖๓ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^{๑๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒, ข้างต้น

^{๑๑} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓, ข้างต้น

วิธีพิจารณาความอาญา แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติห้ามติของคณะกรรมการ ป.ป.ท. มีผลต่อการสอบสวนเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ถูกกล่าวหา ด้วยเหตุนี้ มติชี้มูลความผิดทางวินัยและทางอาญาของคณะกรรมการ ป.ป.ท. จึงไม่มีผลผูกพันการพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดขององค์กรที่มีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

การพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องเสร็จ ๑๖๒๕/๒๕๖๔ นี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นในแนวทางเดียวกับเรื่องเสร็จที่ ๔๒๖/๒๕๔๖^{๑๒} เรื่องเสร็จที่ ๓๒๕/๒๕๕๓^{๑๓} และเรื่องเสร็จที่ ๕๒๕/๒๕๖๓^{๑๔} กล่าวคือ **มติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ดังกล่าว ไม่มีผลผูกพันผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด และการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด** ด้วยการให้เหตุผลที่มีความชัดเจนยิ่งขึ้นดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้อ ๒.๑

๒.๓ ผลผูกพันของการดำเนินคดีอาญาและคำขอท้ายคำฟ้องคดีอาญาต่อการพิจารณาของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด และการเสนอความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด

การให้ความเห็นในประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นที่พัฒนาต่อยอดจากความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสร็จที่ ๒๖๐/๒๕๕๔^{๑๕} ที่เห็นว่า โดยหลักแล้วผลของคดีปกครองและคดีอาญาจะเป็นอย่างไร ย่อมขึ้นอยู่กับ การพิจารณาพิพากษาคดีของแต่ละศาลที่จะพิจารณาข้อเท็จจริง รับฟังพยานหลักฐาน และมีคำพิพากษาไปตามกระบวนการวิธีพิจารณาของคดีนั้น โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องเสร็จที่ ๑๖๒๕/๒๕๖๔ ได้พิจารณาถึงความมุ่งหมายและลักษณะของการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่มีความแตกต่างกัน สรุปความได้ว่า โดยที่การดำเนินการในทางอาญาและการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีเจตนารมณ์แตกต่างกัน และหากต่อมาหน่วยงานของรัฐมีการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และเจ้าหน้าที่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะได้ยื่นฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครอง คำพิพากษาในคดีอาญาและคำพิพากษาในคดีปกครอง ย่อมที่จะแตกต่างกันได้ขึ้นอยู่กับการพิจารณาพิพากษาของแต่ละศาลที่จะพิจารณาข้อเท็จจริง

^{๑๒} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒, ข้างต้น

^{๑๓} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๗, ข้างต้น

^{๑๔} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๙, ข้างต้น

^{๑๕} บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ควบคู่ไปกับการดำเนินคดีอาญากับผู้ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งผู้อำนวยการทางหลวงตามพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. ๒๕๓๕ ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๙๐๕/๙๒ ลงวันที่ ๒๑ เมษายน ๒๕๕๔ ถึงกรมทางหลวงชนบท

รับฟังพยานหลักฐาน และมีคำพิพากษาไปตามกระบวนการวิธีพิจารณาของคดีนั้น เว้นแต่เป็นการดำเนินคดีแพ่งเกี่ยวกับคดีอาญาตามมาตรา ๔๔/๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ๒๔) พ.ศ. ๒๕๔๘ ที่ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่ง ศาลจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญาตามมาตรา ๔๖ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น ถ้าฟังแต่การดำเนินคดีอาญาและคำขอท้ายคำฟ้องคดีอาญาดังกล่าว จึงยังไม่มีผลผูกพันโดยตรงต่อการดำเนินการของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบละเมิดและการเสนอความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าว

นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นเพิ่มเติมว่า หากศาลในคดีอาญาได้มีคำพิพากษาใดที่มีผลโดยตรงต่อการวินิจฉัยการกระทำอันเป็นความรับผิดชอบอาญาและความรับผิดชอบละเมิด ก่อนที่จะมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ กรณีจึงมีความจำเป็นที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบละเมิดและคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดต้องนำคำพิพากษาในส่วนดังกล่าวมาประกอบการพิจารณา เพื่อมิให้การวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้ง และการเสนอความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อคำพิพากษาของศาลในคดีอาญา แต่ในกรณีที่ศาลในคดีอาญายังไม่มีคำพิพากษา คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดก็ชอบที่จะสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดไปได้โดยไม่ถูกผูกพัน โดยการดำเนินคดีของพนักงานอัยการ

๒.๔ อายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ประเด็นปัญหาทำนองเดียวกันนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นอันเป็นการวางหลักไว้ในหลายกรณี เช่น เรื่องเสร็จที่ ๒๕๙/๒๕๕๓^{๑๖} สรุปความว่า หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดภายในอายุความสองปีนับแต่วันที่อยู่ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ เว้นแต่กรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิดชอบ แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าต้องรับผิดชอบสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้นก็มีกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่ทั้งนี้ต้องกระทำภายในอายุความสิบปีนับแต่วันทำละเมิดตามมาตรา ๔๔๘ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในฐานะกฎหมายทั่วไปในเรื่องละเมิดด้วย เว้นแต่เป็นกรณีที่อายุความสะดุดหยุดลงตามมาตรา ๑๙๓/๑๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม หากสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนี้มีมูลอันเป็นความผิด

^{๑๖} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ (กรณีศาลฎีกาพิพากษาให้ธนาคารแห่งประเทศไทยชำระค่าเสียหายตามสัญญาจ้างแรงงาน) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๕/๓๗๐ ลงวันที่ ๒๙ เมษายน ๒๕๕๓ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

ที่มีโทษทางอาญา และมีกำหนดอายุความทางอาญายาว สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนของหน่วยงานของรัฐย่อมเป็นไปตามอายุความทางอาญาที่ยาวกว่า ทั้งนี้ ตามมาตรา ๔๔๘ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำหรับประเด็นปัญหาว่า เมื่อมีการนำอายุความทางอาญาที่ยาวกว่ามาใช้บังคับตามมาตรา ๔๔๘ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะต้องนำมาใช้ขยายทั้งในส่วนของอายุความสั้น (สองปีนับแต่รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือหนึ่งปีนับแต่หน่วยงานได้รับแจ้งความเห็นจากกระทรวงการคลัง) ตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ และอายุความยาว (สิบปีนับแต่วันทำละเมิด) ตามมาตรา ๔๔๘ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยหรือไม่นั้น แต่เดิม ในบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ยังไม่การระบุความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นนี้อย่างชัดเจนนัก ต่อมาปรากฏการพิจารณาประเด็นปัญหานี้ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) หลายกรณี เช่น การพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องเสร็จที่ ๑๖๑๙/๒๕๖๓^{๑๗} ที่ประชุมมีความเห็นในทำนองว่า อายุความทางอาญาที่ยาวกว่านำมาขยายอายุความยาวเท่านั้น แต่มิได้ขยายอายุความสั้น ซึ่งเป็นอายุความพิเศษตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ด้วย^{๑๘} อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องเสร็จที่ ๑๖๒๕/๒๕๖๔ นี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นที่แตกต่างออกไป โดยเห็นว่าการนำอายุความทางอาญาที่ยาวกว่ามาใช้บังคับตามมาตรา ๔๔๘ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะต้องนำมาใช้บังคับแทนทั้งในส่วนอายุความสั้นและอายุความยาว อันเป็นการให้ความเห็นที่เทียบเคียงได้กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๐๐/๒๕๓๕ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๕๖/๒๕๓๖ ต่อมา คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องเสร็จที่ ๓๓/๒๕๖๕^{๑๙} ก็ได้มีความเห็นยืนยันตามแนวทางนี้ โดยมีการระบุไว้ในความเห็นอย่างชัดเจนว่า “ในการนำกำหนดอายุความที่ยาวกว่ามาบังคับใช้แทนที่อายุความละเมิดตามมาตรา ๔๔๘ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ

^{๑๗}บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทุจริตยกยอกเงิน ชำระดอกเบี้ยของเงินที่ยักยอก กรณีเจ้าหน้าที่ได้นำเงินที่ยักยอกมาคืนแก่ทางราชการครบถ้วนแล้ว และเป็นจำนวนที่ไม่ต้องส่งให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๙๑๑/๒๕๕ ลงวันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๖๓ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^{๑๘}ในการพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องนี้ ที่ประชุมได้มีความเห็นเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าให้นำอายุความทางอาญาที่ยาวกว่ามาใช้บังคับเฉพาะอายุความยาว แต่ฝ่ายที่สองเห็นว่าให้นำมาใช้แทนทั้งอายุความยาวและอายุความสั้น (โปรดดูรายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่อง ขอรื้อการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ครั้งที่ ๒ (๒/๒๕๖๔) ๑๔/๒๕๖๓ วันอังคารที่ ๑ ธันวาคม ๒๕๖๓ ประกอบกับบันทึกข้อความ ลงวันที่ ๓ ธันวาคม ๒๕๖๓ และเอกสารที่เกี่ยวข้อง)

^{๑๙} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องต่อเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิด ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๑๑/๒ ลงวันที่ ๑๐ มกราคม ๒๕๖๕ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

พาณิชย์นั้น จะต้องนำอายุความอาญาที่ยาวกว่ามาใช้แทนที่ทั้งในส่วนอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ และอายุความยาวในการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดตามมาตรา ๔๔๘ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย”

นอกจากนี้ โดยที่ข้อเท็จจริงตามเรื่องเสร็จที่ ๑๖๒๕/๒๕๖๔ นี้ เป็นการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่หลายรายซึ่งมีทั้งกรณีที่เจ้าหน้าที่ซึ่งถูกฟ้องในคดีอาญาและเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ถูกฟ้องในคดีอาญา คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) จึงได้มีความเห็นโดยแบ่งการพิจารณาเจ้าหน้าที่ออกเป็นสองกลุ่ม เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับเจ้าหน้าที่แต่ละราย ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง เจ้าหน้าที่ซึ่งกระทำละเมิดแต่ไม่ได้ถูกฟ้องในคดีอาญาในมูลกรณีเดียวกัน อายุความในการเรียกให้เจ้าหน้าที่รายนั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมเป็นไปตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ประกอบกับมาตรา ๔๔๘ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่อาจนำอายุความทางอาญาที่ยาวกว่ามาใช้บังคับ

กลุ่มที่สอง เจ้าหน้าที่ซึ่งกระทำละเมิดที่ถูกฟ้องในคดีอาญาในมูลกรณีเดียวกัน หากอายุความในคดีอาญายาวกว่า อายุความในการเรียกให้เจ้าหน้าที่รายนั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต้องนำอายุความทางอาญาที่ยาวกว่ามาใช้บังคับ ทั้งนี้ ตามมาตรา ๔๔๘ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม หากศาลในคดีอาญาพิจารณาแล้วเห็นว่าเจ้าหน้าที่รายนั้นไม่ได้กระทำความผิดทางอาญา อายุความในการเรียกให้เจ้าหน้าที่รายนั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็ย่อมเป็นไปตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ประกอบกับมาตรา ๔๔๘ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่อาจนำอายุความทางอาญาที่ยาวกว่ามาใช้บังคับ

อนึ่ง โดยที่การนำอายุความอาญาที่ยาวกว่ามาใช้บังคับแทนมีความสัมพันธ์กับการพิจารณาวินิจฉัยของศาลในคดีอาญา คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) จึงได้มีความเห็นอันเป็นข้อควรระวังสำหรับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องด้วย กล่าวคือ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐจากความเสี่ยงที่ศาลอาจพิพากษายกฟ้องคดีอาญาสำนักงานคณะกรรมการ สกสค. ควรถือเอาอายุความตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ และมาตรา ๔๔๘ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นหลักในการดำเนินการ ซึ่งต่อมา คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ก็ได้มีการย้ำความเห็นตามแนวทางนี้ในเรื่องเสร็จที่ ๓๓/๒๕๖๕^{๒๐}

๒.๕ การเริ่มนับอายุความสั้นตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ

^{๒๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๙, ข้างต้น

สำหรับการเริ่มนับอายุความสันตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่^{๒๑} นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็น อันเป็นการวางหลักในแนวทางเดียวกันมาโดยตลอดว่า^{๒๒} ต้องถือเอาวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นผู้แทนนิติบุคคลรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นวันเริ่ม นับอายุความ โดยความรู้ที่นั้นอาจรู้ได้ในสองกรณี คือ (๑) รู้ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ หรือ (๒) รู้จากรายงานผลการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดโดยคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด แต่หากความรับผิดทางละเมิดและความผิดทางอาญามีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกัน คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) มีความเห็นในเรื่องเสรีที่ ๔๒๖/๒๕๔๖^{๒๓} สรุปความได้ว่า การกระทำใดความผิดทางอาญาและความรับผิดทางละเมิดมีความสัมพันธ์กัน เช่น ความผิดทางอาญาตามมาตรา ๑๕๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นการกระทำที่ต้องมีเจตนากระทำ โดยผิดกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ การกระทำนั้นย่อมมีความสัมพันธ์ เกี่ยวเนื่องกับความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จนถึงขนาดที่ เป็นการกระทำละเมิดได้ด้วย กรณีจึงถือได้ว่าเกิดการละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ และถือได้ว่า หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน นับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐได้รับแจ้งมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ชี้มูลความผิดทางอาญา โดยอายุความสองปีในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่จึงเริ่มนับตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้ง มติดังกล่าว^{๒๔} และต่อมา คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ก็ได้มีความเห็นทำนองเดียวกัน ในเรื่องเสรีที่ ๕๒๕/๒๕๖๓^{๒๕} กรณีการนับอายุความในการเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในการกระทำที่คณะกรรมการ ป.ป.ท. มีมติชี้มูลว่าเจ้าหน้าที่ในสังกัดหน่วยงานของรัฐได้กระทำ ความผิดทางอาญาตามมาตรา ๑๕๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๑} ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในประเด็นนี้ อาทิ บันทึกสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่กรณีการจัดหาเรือชุดหัวส่วน ส่งพร้อม หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๙๐๕/๔๕๔ ลงวันที่ ๑๓ มิถุนายน ๒๕๔๖ ถึงสำนัก เลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสรีที่ ๔๒๖/๒๕๔๖) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความรับผิด ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ กรณีเทศบาลเมืองสุราษฎร์ธานีจัดซื้อที่ดินเพื่อใช้เป็นสถานที่กำจัดขยะ ส่งพร้อม หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๕/๔๗๒ ลงวันที่ ๑๐ มิถุนายน ๒๕๔๗ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสรีที่ ๓๕๓-๓๕๔/๒๕๔๗) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (กรณีศาลฎีกาพิพากษา ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยชำระค่าเสียหายตามสัญญาจ้างแรงงาน) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๕/๓๗๐ ลงวันที่ ๒๙ เมษายน ๒๕๕๓ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสรีที่ ๒๕๙/๒๕๕๓)

^{๒๒} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒, ข้างต้น

^{๒๓} การรู้ในกรณีนี้เป็นการรู้ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ

^{๒๔} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๙, ข้างต้น

การให้ความเห็นในเรื่องนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) มิได้เปลี่ยนแนวความเห็นเดิม หากแต่ได้พัฒนาวิธีการให้ความเห็นในเรื่องนี้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยมีการแบ่งการพิจารณาเจ้าหน้าที่ออกเป็นสองกลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง เจ้าหน้าที่ซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่ได้มีมติชี้มูลความผิดทางอาญา ต้องถือเอาวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยการรู้นั้นอาจรู้ได้ในสองกรณี คือ (๑) รู้ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ หรือ (๒) รู้จากรายงานผลการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดโดยคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด โดยถือตามกรณีที่อยู่ก่อนเป็นหลักในการเริ่มนับอายุความ

กลุ่มที่สอง เจ้าหน้าที่ซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลความผิดทางอาญา ต้องถือว่าหัวหน้าหน่วยงานนั้นได้รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐแห่งนั้นได้รับแจ้งมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ชี้มูลความผิดทางอาญา นอกจากนี้ โดยที่การรู้ของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐอาจมีการรู้ในทางอื่นก่อนที่จะได้รับแจ้งมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) จึงมีความเห็นเพิ่มเติมให้ชัดเจนว่า หากปรากฏข้อเท็จจริงอื่นที่แสดงว่าหัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก่อนหน้านั้นแล้ว การรู้จากข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวย่อมเป็นวันเริ่มนับอายุความ

๓. ส่งท้าย

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ ๑๖๒๕/๒๕๖๔ ได้สร้างความชัดเจนในการปฏิบัติราชการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในหลายประเด็น เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องจะได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งในส่วนของการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ และอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ยังได้เน้นย้ำให้ระมัดระวังเกี่ยวกับอายุความในการเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เพื่อมิให้เกิดข้อบกพร่องในการปฏิบัติราชการด้วย กล่าวคือ แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา ๔๔๘ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดว่า “แต่ถ้าเรียกร้องค่าเสียหายในมูลอันเป็นความผิดมิโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา และมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าวมานั้นไซ้ ท่านให้เอาอายุความที่ยาวกว่านั้นมาบังคับ” แต่เมื่อการนำอายุความอาญาที่ยาวกว่ามาใช้บังคับแทนมีความสัมพันธ์กับการพิจารณาพิพากษาของศาลในคดีอาญา หน่วยงานของรัฐควรถือเอาอายุความตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ และมาตรา ๔๔๘ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นหลักในการดำเนินการ เพื่อมิให้เกิดความเสี่ยงที่ศาลอาจพิพากษายกฟ้องคดีอาญาจนเป็นเหตุให้ไม่อาจเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนภายในอายุความได้

อนึ่ง สำหรับกรณีที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการจัดตั้ง การบริหารจัดการ และการควบคุมและกำกับดูแลกองทุน โดยมีการเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติไม่ให้หน่วยงานตั้งกองทุนภายในที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีให้อำนาจไว้ รวมทั้งมีมติให้การบริหารจัดการกองทุนที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายและระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีต้องดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานของรัฐตามกฎหมาย และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งกองทุนนั้น รวมทั้งต้องมีหลักเกณฑ์การควบคุมหรือกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพ เพื่อมิให้เกิดการทุจริตเบียดบังในการใช้จ่ายเงิน จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐเช่นเดียวกับกรณีตามข้อหาเรื่องนี้อีก คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๑๑ มกราคม ๒๕๖๕ เห็นชอบให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติตามข้อสังเกตดังกล่าวแล้ว^{๒๕}

^{๒๕} หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร ๐๕๐๓/ว ๒๕ ลงวันที่ ๑๓ มกราคม ๒๕๖๕ เรื่อง การจัดตั้งกองทุนภายใน การบริหารจัดการกองทุน และการควบคุมกำกับดูแลกองทุน

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พร้อมหมายเหตุท้ายความเห็น

เรื่องเสร็จที่ ๑๓๒๓/๒๕๖๔

บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
เรื่อง การใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิด
วินัยทางงบประมาณและการคลังที่ไม่ชำระค่าปรับทางปกครอง
ตามมติคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินได้มีหนังสือ ที่ ตผ ๐๐๑๔/๒๓๓๑ ลงวันที่ ๕ สิงหาคม ๒๕๖๔ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ขอรื้อปัญหาเกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังที่ไม่ชำระค่าปรับทางปกครองตามมติคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน สรุปข้อเท็จจริงได้ ดังนี้

เดิมการวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยการพิจารณาวินิจฉัยและสั่งลงโทษทางปกครองจะต้องดำเนินการตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม กล่าวคือ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินโดยผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้เสนอเรื่องต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินให้ลงโทษทางปกครองแก่ผู้รับตรวจ ในกรณีที่ตรวจสอบพบข้อบกพร่องเนื่องจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยรับตรวจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรี หรือแบบแผนการปฏิบัติราชการ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะวินิจฉัยความผิดและกำหนดโทษปรับเป็นค่าปรับทางปกครอง โดยหักจากเงินเดือนหรือหักเท่ากับจำนวนเงินที่พึงได้รับในเวลาที่กระทำความผิด หากไม่มีการชำระเงินค่าปรับให้ถูกต้องครบถ้วน สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจะมีหนังสือเตือนให้ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองชำระภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวันทำการ ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือนคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินอาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับตามคำวินิจฉัย โดยให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้น และขายทอดตลาด เพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน โดยนำความในมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ มีผลใช้บังคับ โดยมาตรา ๑๑๔ บัญญัติให้ถือว่าการดำเนินการใดตามหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน หรือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งได้ดำเนินการก่อนวันที่ ๒๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๑ อันเป็นวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ มีผลใช้บังคับ ถือเป็นการดำเนินการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ

ส่งพร้อมหนังสือ ที่ นร ๐๙๑๑/๑๐๓ ลงวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๖๔ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

๒

พ.ศ. ๒๕๖๒ โดยกำหนดให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้แจ้งคำวินิจฉัยให้ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองทราบและให้ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองชำระเงินค่าปรับต่อสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตามคำวินิจฉัย กรณีไม่มีการชำระเงินค่าปรับครบถ้วนตามเวลาที่กำหนด ให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีหนังสือเตือนให้ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองชำระเงินค่าปรับภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวันทำการ หากไม่ปฏิบัติตามคำเตือน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินอาจให้น่ากฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

โดยที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการวางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน กำกับการตรวจเงินแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบายและหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินและตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ โดยรับผิดชอบต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งต้องรับฟังคำแนะนำ ข้อเสนอแนะ หรือข้อท้วงติงของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินด้วย ทำให้การปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินในบางกรณีมีความแตกต่างจากองค์กรอื่น

เพื่อให้การใช้อำนาจการบังคับทางปกครองของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจึงขอหารือถึงแนวทางในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามหมวด ๒/๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ในกรณีดังต่อไปนี้

๑. ปัจจุบันมีกรณีที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้วินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังและกำหนดโทษปรับทางปกครอง แต่มีผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองไม่ชำระค่าปรับทางปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนดอยู่หลายราย ซึ่งตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ ข้อ ๔๙ กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินนำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้ ดังนั้น หากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะมอบอำนาจให้กับผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินในการพิจารณาใช้มาตรการบังคับทางปกครองจะเป็นการขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ หรือกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้องหรือไม่ และจะส่งผลให้กระบวนการบังคับทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

๒. กรณีคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีมติให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินดำเนินการบังคับทางปกครองกับผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครอง สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินในฐานะเป็นหน่วยธุรการของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จะสามารถดำเนินการยื่นคำขอฝ่ายเดียวแทนคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งเป็นคณะกรรมการตามกฎหมายเพื่อให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับทางปกครองแทนได้หรือไม่ อย่างไร และหากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินสามารถดำเนินการแทนได้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินสามารถมอบอำนาจเป็นการทั่วไปให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินดำเนินการดังกล่าวได้หรือไม่ อย่างไร

๓. กรณีผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองไม่ชำระค่าปรับทางปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนดนั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินโดยผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินได้มีหนังสือเตือนให้ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองชำระค่าปรับทางปกครองแล้วหลายรายตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ จะเป็นการขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ หรือกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้องหรือไม่ และจะส่งผลให้กระบวนการบังคับทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างไร และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินสามารถมอบอำนาจให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินออกหนังสือเตือนแทนได้หรือไม่ อย่างไร

๔. กรณีที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ออกคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ที่ วค. ๑๓/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๕๗ ให้นางสาว บ. ชำระค่าปรับทางปกครองจำนวนทั้งสิ้น ๑๐๒,๐๐๐ บาท แต่นางสาว บ. ได้ยื่นหนังสือขอผ่อนผันการชำระค่าปรับทางปกครองตามหนังสือขอผ่อนผันเงินค่าปรับทางปกครอง ลงวันที่ ๒๔ ธันวาคม ๒๕๕๘ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินพิจารณาแล้วมีมติให้นางสาว บ. ผ่อนชำระตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาการขอเปลี่ยนแปลงหรือผ่อนผันการชำระค่าปรับทางปกครองตามคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน โดยให้นางสาว บ. ผ่อนชำระค่าปรับทางปกครองเป็นรายเดือน จำนวน ๕๑ งวด งวดละ ๒,๐๐๐ บาท ภายในวันที่ ๕ ของทุกเดือน และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินแจ้งให้นางสาว บ. ดำเนินการชำระค่าปรับทางปกครองให้เป็นไปตามมติดังกล่าว นางสาว บ. ได้มีการชำระค่าปรับบ้างเป็นครั้งคราว ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจึงส่งหนังสือเตือนให้ชำระเงินอีก แต่นางสาว บ. เพิกเฉยไม่ชำระตามระยะเวลาที่กำหนด คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงมีมติให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับนางสาว บ. โดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินค่าปรับทางปกครองให้ครบถ้วน สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจะถือว่าวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๕๗ เป็นวันเริ่มต้นนับระยะเวลาการบังคับทางปกครองได้หรือไม่ อย่างไร

๕. กรณีที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้มีมติให้ดำเนินการบังคับทางปกครองโดยการยึด อายัดทรัพย์สินของผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครอง จำนวน ๒๗ ราย เกินกว่า ๑ ปี นับแต่วันที่กฎกระทรวงกำหนดเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครองและการแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๖๒ ใช้บังคับ และเป็นกรณีที่ไม่เคยมีการยึด อายัดทรัพย์สินมาก่อน แต่ปัจจุบันอยู่ระหว่างดำเนินการสืบทรัพย์นั้น สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินสามารถดำเนินการยึด อายัดทรัพย์สินต่อไปได้หรือไม่ จะเป็นการขัดต่อข้อ ๖ ของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวหรือไม่

๖. การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีคำวินิจฉัยชี้ขาดลงโทษผู้ทำผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังและมีมติให้ดำเนินการบังคับทางปกครองโดยการยึด อายัดขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครอง จำนวน ๒๗ ราย ก่อนที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ จะประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่ด้วยสภาพการบริหารงานภายในองค์กรภายใต้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ ที่แตกต่างจากหน่วยงานอื่น ประกอบกับกฎหมาย ระเบียบ หรือกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับการบังคับทางปกครองยังไม่ชัดเจนเพียงพอ และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินยังไม่มีบุคลากรที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ไม่มีคู่มือหรือแนวปฏิบัติที่ดีในการบังคับทางปกครอง ทั้งอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องดำเนินการยึด อายัดทรัพย์สินของผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครอง จำนวน ๒๗ ราย

๔

ให้แล้วเสร็จภายในปี พ.ศ. ๒๕๖๕ ถึงปี พ.ศ. ๒๕๖๗ ซึ่งหากไม่ดำเนินการอาจเกิดความเสียหายแก่ราชการได้ ในการนี้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีมติเห็นชอบให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินใช้สิทธิทางศาลอีกทางหนึ่งด้วยแล้ว จึงขอหารือว่า หากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจะดำเนินการโดยใช้สิทธิทางศาลกับผู้ถูกลงโทษทางปกครองข้างต้นแทนการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ และกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้องแล้วจะสามารถดำเนินการได้หรือไม่ และขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือไม่

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้พิจารณาข้อหารือของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน โดยมีผู้แทนสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นผู้ชี้แจงรายละเอียดข้อเท็จจริงแล้วปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ปัจจุบันมีกรณีที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดทางวินัยทางงบประมาณและการคลังสั่งลงโทษปรับทางปกครอง ในระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๕๕ ถึง พ.ศ. ๒๕๖๐ รวม ๒๗ ราย โดยในจำนวนดังกล่าวคณะกรรมการฯ ได้มีมติในระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๕๖ ถึง พ.ศ. ๒๕๖๑ ให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง จำนวน ๒๔ ราย และในปี พ.ศ. ๒๕๖๒ จำนวน ๓ ราย ในการนี้ มี ๓ รายที่กำหนดเวลาการบังคับตามคำวินิจฉัยดังกล่าวจะสิ้นสุดลงในปี พ.ศ. ๒๕๖๕ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีมติให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองในกรณีข้างต้น สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินยังมิได้ดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ถูกลงโทษ โดยอยู่ในระหว่างดำเนินการสืบหาทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าว นอกจากนี้ ในกรณีการวินิจฉัยชี้ขาดความผิดทางวินัยทางงบประมาณและการคลังรายนางสาว บ. ซึ่งพ้นสถานะเจ้าหน้าที่แล้วนั้น มิได้มีการแจ้งสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลปกครองไว้ในคำวินิจฉัยฯ และนางสาว บ. มิได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งนั้น

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้พิจารณาข้อหารือของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ประกอบกับข้อเท็จจริงเพิ่มเติมดังกล่าวแล้ว เห็นว่า มีประเด็นที่ต้องพิจารณา ๔ ประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง กรณีปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ได้แก่ การมอบอำนาจให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินพิจารณาใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังได้หรือไม่ การมีมติให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินดำเนินการบังคับทางปกครองกับผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครอง สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจะสามารถยื่นคำขอฝ่ายเดียวแทนคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับทางปกครองแทนได้หรือไม่ และในกรณีที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินโดยผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินได้มีหนังสือเตือนให้ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองชำระค่าปรับทางปกครองตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินสามารถมอบอำนาจให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินออกหนังสือเตือนแทนได้หรือไม่ นั้น คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่า มีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยเบื้องต้นเสียก่อนว่าจะนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับแก่กรณีที่หารือนี้โดยตรงได้หรือไม่

๕

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๔ (๒)^๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ประกอบกับ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ หมวด ๑๒ องค์การอิสระ ส่วนที่ ๕ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน แล้ว เห็นว่า เมื่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์การอิสระ ตามรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินใช้อำนาจตามมาตรา ๒๔๐ (๕)^๒ ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ สั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดกฎหมาย ว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ อันเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ จึงไม่อาจนำ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการ ใช้อำนาจสั่งลงโทษทางปกครองในกรณีที่ทำหรือได้โดยตรง

อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๔๐ วรรคสอง บัญญัติให้การสั่งลงโทษทางปกครองดังกล่าวเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้อาศัยอำนาจในมาตรา ๕^๓ มาตรา ๑๕ (๑๔)^๔

“มาตรา ๕ พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่

(๑) รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี

(๒) องค์การที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ

ฯลฯ

ฯลฯ

“มาตรา ๒๔๐ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(๑) วางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน

(๒) กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน

(๓) กำกับการตรวจเงินแผ่นดินให้เป็นไปตาม (๑) และ (๒) และกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ

(๔) ให้คำปรึกษา แนะนำ หรือเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดินให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วย วินัยการเงินการคลังของรัฐ รวมทั้งการให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐในการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน

(๕) สั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย การตรวจเงินแผ่นดิน

ผู้ถูกสั่งลงโทษตาม (๕) อาจอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง ในการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดต้องคำนึงถึงนโยบายการตรวจเงินแผ่นดินและหลักเกณฑ์ มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินตาม (๑) และ (๒) ประกอบด้วย

“มาตรา ๕ ให้ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินรักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญนี้ และให้มีอำนาจออกประกาศหรือระเบียบโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

ประกาศและระเบียบตามวรรคหนึ่งที่มีผลเป็นการทั่วไป เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา แล้วให้ใช้บังคับได้

“มาตรา ๑๕ ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวางนโยบาย การตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่องวินัย ทางงบประมาณและการคลัง การให้คำปรึกษาและคำแนะนำ การเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับ การตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดโทษปรับทางปกครอง การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุด การพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และการดำเนินการอื่น ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ในเรื่องดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๑๔) ออกระเบียบ ข้อบังคับ และประกาศตามอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน

ซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

และมาตรา ๑๙^๕ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒ ออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๕๔ โดยข้อ ๑๑^๖ ของระเบียบดังกล่าว กำหนดให้นำมาตรา ๕๗^๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับโดยอนุโลม ประกอบกับมาตรา ๑๑๓^๘ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ ได้บัญญัติรองรับบรรดาระเบียบข้อบังคับ ประกาศ มติและคำสั่งของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ออกตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ ใช้บังคับ ให้มีผลใช้บังคับต่อไปเสมือนระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ มติและคำสั่งของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ที่ออกตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑

มาตรา ๑๙ เพื่อให้ระบบการควบคุมการตรวจสอบการเงินแผ่นดินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และมีวินัย ให้มีคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังคณะหนึ่ง ซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งขึ้นตามมาตรา ๒๐ มีอำนาจหน้าที่พิจารณาและกำหนดโทษปรับทางปกครองเบื้องต้นแก่เจ้าหน้าที่หรือพนักงานของหน่วยรับตรวจที่ฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐที่คณะกรรมการกำหนด

มาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐตามวรรคหนึ่ง อย่างน้อยต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(๑) ข้อกำหนดใดที่การฝ่าฝืนจะมีโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลังต้องระบุไว้โดยชัดแจ้ง

(๒) เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเงินตำแหน่งใดหรือเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงในเรื่องใด ๆ ที่จะต้องเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบวินัยทางงบประมาณและการคลังเมื่อมีการฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าวจะต้องระบุไว้โดยชัดแจ้ง

(๓) อัตราโทษปรับทางปกครอง

ในการกำหนดโทษปรับทางปกครองเบื้องต้นนั้น ให้คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังคำนึงถึงระดับความรับผิดชอบของตำแหน่งของผู้กระทำผิดวินัย ความสำคัญของมาตรการควบคุมการเงินของรัฐที่มีการละเมิด ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับราชการ เจตนของผู้กระทำผิดวินัย และหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขอื่นที่คณะกรรมการกำหนด

ข้อ ๑๑ กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับโทษปรับทางปกครองพ้นจากสถานะเจ้าหน้าที่ อันไม่อาจดำเนินการตามข้อ ๑๐ ได้ ให้คณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินค่าปรับ และให้นำความในมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๕๗ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้ใดชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระ โดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่มีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้น และขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน

วิธีการยึด การอายัดและการขายทอดตลาดทรัพย์สินให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม ส่วนผู้มีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดหรือขายทอดตลาดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๑๑๓ บรรดาระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ มติและคำสั่งของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน หรือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ที่ออกตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ให้มีผลใช้บังคับต่อไปเสมือนระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ มติและคำสั่งของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน หรือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ที่ออกตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

และมาตรา ๑๑๔^{๔๔} แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้บัญญัติรองรับบรรดาการดำเนินการใด ๆ ตามหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินหรือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งดำเนินการก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ ใช้บังคับ ให้ถือว่าการนั้นเป็นการดำเนินการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ ส่วนการดำเนินการต่อไปให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑

เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๕ วรรคสอง^{๔๕} มาตรา ๒๗^{๔๖} และมาตรา ๓๒ (๔)^{๔๗} ได้บัญญัติให้อำนาจแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่จะออกระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ หรือคำสั่งที่เกี่ยวกับการกำกับการตรวจเงินแผ่นดิน รวมทั้งการอื่นใดอันจำเป็นต่อการดำเนินงานของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินหรือสำนักงาน

“มาตรา ๑๑๔ บรรดาการดำเนินการใด ๆ ตามหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน หรือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งดำเนินการก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ถ้าการนั้นอยู่ในหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน หรือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ให้ถือว่าการนั้นเป็นการดำเนินการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ส่วนการดำเนินการต่อไปให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

“มาตรา ๕ วรรคสอง วรรคสาม วรรคสี่

ในกรณีที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้กำหนดให้คณะกรรมการหรือผู้การมีอำนาจกำหนดหรือมีคำสั่งเรื่องใด ถ้ามีได้กำหนดวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ ให้คณะกรรมการหรือผู้การกำหนดโดยทำเป็นระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่ง แล้วแต่กรณี และถ้าระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้นใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไป ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและให้ดำเนินการประกาศตามวรรคหนึ่งด้วย ทั้งนี้ ถ้าระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งได้มีการกำหนดขั้นตอนการดำเนินงานไว้ คณะกรรมการหรือผู้การต้องกำหนดระยะเวลาการดำเนินงานในแต่ละขั้นตอนให้ชัดเจนด้วย

“มาตรา ๒๗ ให้คณะกรรมการมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

- (๑) วางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน
- (๒) กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน
- (๓) กำกับการตรวจเงินแผ่นดินให้เป็นไปตาม (๑) และ (๒) และตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ

(๔) ให้คำปรึกษา แนะนำ หรือเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดินให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ รวมทั้งการให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐในการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน

(๕) ส่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำความผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ

(๖) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายอื่น ในการกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานตาม (๒) ให้คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นของหน่วยรับตรวจและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย

“มาตรา ๓๒ นอกจากหน้าที่และอำนาจตามมาตรา ๒๗ ให้คณะกรรมการมีอำนาจออกระเบียบ ประกาศ หรือข้อบังคับในเรื่องดังต่อไปนี้

“วรรคสาม วรรคสี่

(๔) การอื่นใดอันจำเป็นต่อการดำเนินงานของผู้การหรือสำนักงาน หรือการทำให้บุคคลดังกล่าวทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ

“วรรคสาม วรรคสี่

การตรวจเงินแผ่นดินได้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงได้ออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ โดยให้ยกเลิกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ และข้อ ๔๙^{๑๓} วรรคหนึ่ง ของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ บัญญัติว่า “การลงโทษปรับทางปกครองให้สำนักงานแจ้งคำวินิจฉัยให้ผู้ถูกลงโทษทราบและให้ผู้ถูกลงโทษชำระเงินค่าปรับต่อสำนักงานตามคำวินิจฉัย” และวรรคสอง บัญญัติว่า “กรณีถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระเงินค่าปรับโดยถูกต้องครบถ้วน ให้สำนักงานมีหนังสือเตือนให้ผู้ถูกลงโทษชำระเงินค่าปรับภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวันทำการ ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน คณะกรรมการอาจให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม” ประกอบกับเมื่อข้อเท็จจริงจากคำชี้แจงของผู้แทนสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินได้ความว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินอาศัยอำนาจตามข้อ ๔๙ วรรคสอง ดังกล่าว มีมติให้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินย่อมมีอำนาจกระทำได้ กรณีจึงต้องนำพระราชบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับแก่การบังคับตามคำสั่งให้ชำระค่าปรับทางปกครองโดยอนุโลม ซึ่งหมายความว่าให้นำมาใช้บังคับเท่าที่กระทำได้โดยไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ ระเบียบ และมติที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว

ดังนั้น เมื่อระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจดำเนินการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินดำเนินการบังคับทางปกครองกับผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครอง ซึ่งหมายความว่ารวมถึงการให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินยื่นคำขอฝ่ายเดียวแทนคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับทางปกครองแทน และให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินโดยผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมีหนังสือเตือนให้ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองชำระค่าปรับทางปกครอง กรณีจึงต้องบังคับตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินดังกล่าว โดยต้องนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับในกรณีที่ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินฯ นั้นไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ ก่อนการใช้บังคับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ ในกรณีมีคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินค่าปรับ และหากไม่ชำระให้ถูกต้องครบถ้วน ต้องดำเนินการ

^{๑๓}ข้อ ๔๙ การลงโทษปรับทางปกครอง ให้สำนักงานแจ้งคำวินิจฉัยให้ผู้ถูกลงโทษทราบและให้ผู้ถูกลงโทษชำระเงินค่าปรับต่อสำนักงานตามคำวินิจฉัย

กรณีถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระเงินค่าปรับโดยถูกต้องครบถ้วน ให้สำนักงานมีหนังสือเตือนให้ผู้ถูกลงโทษชำระเงินค่าปรับภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวันทำการ ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน คณะกรรมการอาจให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามวรรคสองให้ใช้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของโทษทางปกครอง โดยให้กระทบกระเทือนผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองน้อยที่สุด

เงินค่าปรับทางปกครองให้สำนักงานนำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน แล้วรายงานให้คณะกรรมการทราบทุกครั้ง

บังคับทางปกครองตามมาตรา ๕๗^{๙๔} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ จนกว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ มีผลใช้บังคับ เมื่อพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับและได้ยกเลิกมาตรา ๕๗ ดังกล่าวแล้ว กรณีก็ต้องปฏิบัติตามมาตรา ๖๓/๗^{๙๕} แห่งพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม^{๙๖} ส่วนกรณีที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ หลังจากวันที่ ๑๒ เมษายน ๒๕๖๒ อันเป็นวันที่ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ มีผลใช้บังคับ การจะนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับแก่การยึด หรืออายัดทรัพย์สินของผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองโดยอนุโลม ต้องเป็นไปตามมติของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งอาจมีมติเฉพาะเรื่องหรือมีมติเป็นการทั่วไปก็ได้

ประเด็นที่สอง กรณีคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ที่ วค. ๑๓/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๕๗ สั่งให้นางสาว บ. ชำระค่าปรับทางปกครอง และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินพิจารณาแล้วมีมติให้นางสาว บ. ผ่อนชำระค่าปรับ ต่อมานางสาว บ. เพิกเฉยไม่ชำระตามระยะเวลาที่กำหนด คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงมีมติให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับนางสาว บ. โดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินค่าปรับทางปกครองให้ครบถ้วน สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจะถือเอาวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๕๗ ที่ได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง เป็นวันเริ่มต้นนับระยะเวลาการบังคับทางปกครองได้หรือไม่ นั้น เห็นว่า มาตรา ๖๓/๘วรรคหนึ่ง^{๙๗} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้บัญญัติให้การยึดหรืออายัดทรัพย์สินจะต้องกระทำภายในสิบปีนับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุด เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง สั่งลงโทษปรับทางปกครอง ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๕๗ โดยคำวินิจฉัยฯ

^{๙๔}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๗, ข้างต้น

^{๙๕}มาตรา ๖๓/๗ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีหนังสือเตือนให้ผู้ชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ชำระและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้

ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามวรรคหนึ่ง ให้แต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับทางปกครองเพื่อดำเนินการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินต่อไป

เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และการแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับทางปกครองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

^{๙๖}มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่บทบัญญัติมาตรา ๖๓/๑๕ มาตรา ๖๓/๑๖ มาตรา ๖๓/๑๗ มาตรา ๖๓/๑๘ และมาตรา ๖๓/๑๙ ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

^{๙๗}มาตรา ๖๓/๘ หน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งให้ชำระเงินต้องดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินภายในสิบปีนับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุด

คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุดกรณีดังต่อไปนี้

(๑) ไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายในระยะเวลาอุทธรณ์

(๒) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยยกอุทธรณ์ และไม่มีการฟ้องคดีต่อศาลภายในระยะเวลาการฟ้องคดี

(๓) ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษายกฟ้อง หรือเพิกถอนคำสั่งบางส่วน และคดีถึงที่สุดแล้ว

ฯลฯ

ฯลฯ

๑๐

ที่แจ้งไปยังนางสาว บ. มิได้ระบุว่ากรณีมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งตามมาตรา ๑๐๓^{๑๘} แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ จึงเป็นกรณีที่คำสั่งที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้มิได้ระบุวิธีการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องไว้ในคำสั่ง และไม่ปรากฏว่าได้มีการแจ้งข้อความที่ต้องระบุให้ผู้รับคำสั่งทราบในภายหลัง ระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องจึงขยายเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่รับคำสั่ง ทั้งนี้ ตามมาตรา ๕๐^{๑๙} วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ประกอบกับกรณีนี้ไม่ปรากฏว่าผู้รับคำสั่งได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว คำสั่งลงโทษปรับทางปกครองจึงเป็นที่สุดในวันที่พ้นกำหนดระยะเวลาหนึ่งปีสำหรับยื่นคำฟ้อง ดังนั้น ระยะเวลาสิบปีในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินย่อมเริ่มนับแต่วันพ้นกำหนดระยะเวลาหนึ่งปีสำหรับยื่นคำฟ้องดังกล่าว ไม่ใช่วันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๕๗ อันเป็นวันออกคำสั่งให้ชำระค่าปรับทางปกครอง ทั้งนี้ ตามมาตรา ๖๓/๘ วรรคสอง (๒)^{๒๐} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

ประเด็นที่สาม กรณีที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีมติให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการยึด อายัดทรัพย์สินของผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครอง แต่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินยังมิได้ดำเนินการยึด อายัดทรัพย์สินตามมติดังกล่าว และมตินั้นได้ออกมาเกินหนึ่งปี นับแต่วันที่กฎกระทรวงกำหนดเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครองและการแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๖๒ ใช้บังคับแล้ว หากสำนักงานฯ จะดำเนินการยึด อายัดทรัพย์สินนั้นในขณะนี้ จะขัดกับข้อ ๖ ของกฎกระทรวงดังกล่าว หรือไม่ เห็นว่า เมื่อได้ให้ความเห็นไว้ในประเด็นที่หนึ่งแล้วว่าการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้น จะต้องไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ ระเบียบ และมติของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว ในกรณีนี้ ปรากฏตามรายงานการประชุมคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่เกี่ยวข้อง^{๒๑} ว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้มีมติออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และมีมติให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ดำเนินการบังคับทางปกครอง จึงเห็นได้ว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเป็นเจ้าพนักงานบังคับทางปกครองแล้ว จึงไม่ต้องนำกฎกระทรวงที่ออกตามความในวรรคสามของมาตรา ๖๓/๗^{๒๒} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งกำหนดเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครองและการแต่งตั้ง

^{๑๘}มาตรา ๑๐๓ ผู้ถูกสั่งลงโทษทางปกครองอาจอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง

^{๑๙}มาตรา ๕๐ คำสั่งใดที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ ให้ผู้ออกคำสั่งระบุวิธีการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วย

ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่ตามวรรคสองและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องมีกำหนดน้อยกว่าหนึ่งปีให้ขยายเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่รับคำสั่ง

ในกรณีที่ปรากฏต่อผู้ออกคำสั่งใดในภายหลังว่า ตนมิได้ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้นั้นดำเนินการแจ้งข้อความซึ่งพึงระบุตามวรรคหนึ่งให้ผู้รับคำสั่งทราบโดยไม่ชักช้า ในกรณีนี้ให้ระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเริ่มนับใหม่ นับแต่วันที่ผู้รับคำสั่งได้รับแจ้งข้อความดังกล่าว

^{๒๐}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๗, ข้างต้น

^{๒๑}รายงานการประชุมครั้งที่ ๖/๒๕๕๙ วันที่ ๒๕ มกราคม ๒๕๕๙ ครั้งที่ ๔๐/๒๕๕๙ วันที่ ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๕๙ ครั้งที่ ๑๐/๒๕๖๐ วันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐ ครั้งที่ ๒๑/๒๕๖๐ วันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๖๐ ครั้งที่ ๕๒/๒๕๖๑ วันที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๖๑ ครั้งที่ ๖๕/๒๕๖๑ วันที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ และครั้งที่ ๓๔/๒๕๖๒ วันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๖๒

^{๒๒}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๕, ข้างต้น

เจ้าพนักงานบังคับทางปกครองมาใช้บังคับอีก กรณีจึงมีความจำเป็นต้องดำเนินการตามข้อ ๖.^{๒๓} ของกฎกระทรวงดังกล่าวไม่

ประเด็นที่สี่ การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีมติให้ดำเนินการบังคับทางปกครอง โดยการยึดอายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองแล้ว หากต่อมาสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจะดำเนินการโดยใช้สิทธิทางศาลกับผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครอง แทนการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้องแล้ว จะสามารถดำเนินการได้หรือไม่ เห็นว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๖๓/๖.^{๒๔} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ บัญญัติให้การบังคับทางปกครองมิให้ใช้บังคับกับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินหรือให้กระทำหรือละเว้นกระทำในกรณีที่หน่วยงานของรัฐได้ฟ้องคดีต่อศาลและศาลได้มีคำพิพากษาให้ชำระเงินหรือให้กระทำหรือละเว้นกระทำแล้ว และเมื่อศาลได้รับฟ้องคดีตามวรรคหนึ่งไว้แล้ว ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน และการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ เว้นแต่จะได้มีการถอนฟ้องหรือศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีจากสารบบความเพราะเหตุอื่น จึงเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มิได้มีบทบัญญัติที่ห้ามหน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองแล้วฟ้องคดีต่อศาลเพื่อมีคำพิพากษาบังคับให้ชำระเงินตามคำสั่งนั้นอีก ดังนั้น แม้ว่าคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะมีมติให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้น และขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน โดยนำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลมแล้วก็ตาม สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินก็ยังคงดำเนินการใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับให้ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองชำระเงินค่าปรับทางปกครองได้ แต่เมื่อศาลรับคำฟ้องแล้วจะดำเนินการบังคับทางปกครองต่อไปไม่ได้จนกว่าจะได้มีการถอนฟ้องหรือศาลจะมีคำสั่งจำหน่ายคดี

อนึ่ง คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า การดำเนินคดีในศาลจะต้องมีการหาข้อเท็จจริงหรือการสืบพยานเพิ่มเติม และยังอาจอุทธรณ์ต่อไปได้ ซึ่งใช้เวลานานกว่าคดีจะถึงที่สุด ดังนั้น เมื่อมีมติให้ชำระค่าปรับทางปกครองของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินถึงที่สุดแล้ว หากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจะขอให้กรมบังคับคดีดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามมติดังกล่าวก็ย่อม

^{๒๓}ข้อ ๖ บรรดาคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยวิธีการยึดหรืออายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ที่ได้บังคับของคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกโดยชอบตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๙ (พ.ศ. ๒๕๔๒) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ก่อนวันที่กฎกระทรวงนี้ใช้บังคับ ให้ถือว่าเป็นคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายกระทรวงนี้ และให้ดำเนินการยึดหรืออายัดหรือขายทอดตลาดทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ในคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครองต่อไปได้ แต่ต้องไม่เกินหนึ่งปีนับแต่วันที่กฎกระทรวงนี้ใช้บังคับ

^{๒๔}มาตรา ๖๓/๖ บทบัญญัติในหมวดนี้มีมิให้ใช้บังคับกับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินหรือให้กระทำหรือละเว้นกระทำในกรณีที่หน่วยงานของรัฐได้ฟ้องคดีต่อศาลและศาลได้มีคำพิพากษาให้ชำระเงินหรือให้กระทำหรือละเว้นกระทำแล้ว

เมื่อศาลได้รับฟ้องคดีตามวรรคหนึ่งไว้แล้ว ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการตามส่วนที่ ๒ การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน และส่วนที่ ๓ การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ เว้นแต่จะได้มีการถอนฟ้อง หรือศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีจากสารบบความเพราะเหตุอื่น ทั้งนี้ ไม่กระทบต่อการดำเนินการตามมาตรการบังคับทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการไปก่อนที่ศาลได้รับฟ้องคดี และให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการตามมาตรการบังคับทางปกครองในส่วนนั้นต่อไปจนแล้วเสร็จ

๑๒

กระทำได้นั้นตามมาตรา ๖๓/๑๕^{๒๕} ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดหน่วยงานของรัฐที่สามารถขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๖๓ ข้อ ๒ (๑) เว้นแต่มีคำสั่งถึงที่สุดแล้วเป็นเวลาเกินหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ใช้บังคับ (๒๘ พฤษภาคม ๒๕๖๒) ก็ต้องดำเนินการตามมาตรา ๖^{๒๖} แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว หรือหากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินประสงค์จะให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินดำเนินการบังคับทางปกครองดังกล่าวได้เอง ก็ชอบที่จะกำหนดระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินการดังกล่าว โดยไม่ต้องอนุโลมกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับ ดังเช่นที่ส่วนราชการบางแห่ง เช่น กรมสรรพากร และกรมศุลกากร เคยมีระเบียบดังกล่าวที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินโดยมีต้องฟ้องคดีหรือขอให้กรมบังคับคดีดำเนินการแทน



(นายปรณ นิลประพันธ์)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ตุลาคม ๒๕๖๔

^{๒๕}มาตรา ๖๓/๑๕ ในกรณีที่มีการบังคับให้ชำระเงินและคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุดท้าย หากหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งให้ชำระเงินประสงค์ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีในสังกัดกรมบังคับคดีดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ให้อำนาจฝ่ายเดียวต่อศาลภายในสิบปีนับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุดท้าย เพื่อให้ศาลออกหมายบังคับคดีเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น โดยระบุจำนวนเงินที่ผู้อยู่ในบังคับของมาตรการบังคับทางปกครองยังมิได้ชำระตามคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ ไม่ว่าหน่วยงานของรัฐยังมิได้บังคับทางปกครองหรือได้ดำเนินการบังคับทางปกครองแล้ว แต่ยังไม่ได้รับชำระเงินหรือได้รับชำระเงินไม่ครบถ้วน

เมื่อหน่วยงานของรัฐยื่นคำขอตามวรรคหนึ่ง ถ้าศาลเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุดท้าย ให้ศาลออกหมายบังคับคดีตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีและแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบเพื่อดำเนินการต่อไป โดยให้ถือว่าหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งให้ชำระเงินเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา และให้ถือว่าผู้อยู่ในบังคับของมาตรการบังคับทางปกครองเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา

เมื่อศาลออกหมายบังคับคดีแล้ว ให้หน่วยงานของรัฐติดต่อกับบังคับคดี พร้อมทั้งมีหนังสือแจ้งให้ผู้อยู่ในบังคับของมาตรการบังคับทางปกครองทราบว่าศาลได้ตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อดำเนินการบังคับคดีแล้ว

เพื่อประโยชน์ในการบังคับคดีตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าศาลจังหวัด ศาลแพ่ง ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลแพ่งธนบุรี หรือศาลแพ่งอื่นในกรุงเทพมหานคร แล้วแต่กรณี ที่ผู้อยู่ในบังคับของมาตรการบังคับทางปกครองมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือที่ทรัพย์สินที่ถูกบังคับทางปกครองนั้นตั้งอยู่ในเขตศาลมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด หรือทำคำสั่งในเรื่องใด ๆ อันเกี่ยวกับการบังคับคดี และเป็นศาลที่มีอำนาจในการบังคับคดี

กรณีคำขอซึ่งอาจยื่นต่อศาลได้มากกว่าหนึ่งศาล ไม่ว่าจะเป็นเพราะภูมิลำเนาของผู้อยู่ในบังคับของมาตรการบังคับทางปกครองก็ดี เพราะที่ตั้งของทรัพย์สินที่ถูกบังคับทางปกครองก็ดี หรือเพราะมีผู้อยู่ในบังคับของมาตรการบังคับทางปกครองหลายคนในมูลหนี้ที่เกี่ยวข้องกันก็ดี จะยื่นคำขอต่อศาลใดศาลหนึ่งเช่นว่านั้นก็

หน่วยงานของรัฐตามมาตรา นี้ หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และหน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

^{๒๖}มาตรา ๖ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินใดเป็นที่สุดท้ายเป็นเวลาเกินหนึ่งปีในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้หน่วยงานของรัฐออกคำสั่งนั้นดำเนินการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติต่อไป โดยจะดำเนินการตามมาตรา ๖๓/๑๕ ได้ต่อเมื่อเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินซึ่งมีลักษณะตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

หมายเหตุท้ายความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ ๑๓๒๓/๒๕๖๔*

กฤตติกา ยวนะเต็มย์**

ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในเรื่องเสร็จที่ ๑๓๒๓/๒๕๖๔ นี้ เป็นการตอบข้อหารือเกี่ยวกับปัญหาในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาบังคับใช้กับการดำเนินการบังคับตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ส่งลงโทษปรับทางปกครองแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ ในความเห็นเรื่องนี้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ยืนยันถึงลักษณะเฉพาะของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการส่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำความผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ อันเป็นกรณีที่อยู่นอกขอบเขตการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏว่าคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ออกระเบียบกำหนดให้นำมาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่การบังคับตามมติของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ส่งลงโทษปรับทางปกครองแล้ว คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงได้วางกรอบแนวทางในการดำเนินการดังกล่าว

คำถามเบื้องต้นที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ที่ศึกษาความเห็นในเรื่องนี้คงจะไม่พ้นประเด็นเกี่ยวกับสถานะในทางกฎหมายของการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีคำวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ และลงโทษปรับทางปกครองแก่ผู้กระทำความผิด มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจในทางปกครองหรือไม่ คำถามต่อมาที่อาจเกิดขึ้น คือ อะไรคือโทษปรับทางปกครอง และการลงโทษปรับทางปกครองเป็นการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ กรณีที่ผู้ถูกลงโทษไม่ชำระค่าปรับทางปกครอง จะนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้ได้หรือไม่ และคำถามที่เป็นประเด็นปัญหาที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินขอหารือมาในเรื่องนี้ว่า หากองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญออกหลักเกณฑ์ให้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาบังคับใช้โดยอนุโลม จะมีขอบเขตในการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอย่างไร การศึกษาวิเคราะห์หลักเกณฑ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง กองกฎหมายปกครอง

และกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในหัวข้อต่อไปนี้จะป็นแนวทางสำหรับการตอบคำถามข้างต้น

๑. คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดการกระทำผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ

เพื่อที่จะตอบปัญหาว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในทางปกครองหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงสถานะ อำนาจหน้าที่ และบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์กรเสียก่อน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีสถานะเป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจในการกำหนดนโยบายและวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำกับตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินและวินิจฉัยความผิดที่เกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวด ๑๒ ส่วนที่ ๕ (มาตรา ๒๓๘ ถึงมาตรา ๒๔๕) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับที่มา อำนาจหน้าที่ และความเป็นอิสระในการดำเนินงานไว้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในรูปแบบปัจจุบันนั้น ถือกำเนิดขึ้นครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่จะจัดตั้งกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรพิเศษที่เป็นอิสระควบคู่ไปกับกลไกที่มีอยู่เดิมซึ่งกระทำโดยองค์กรที่อยู่ภายใต้ฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เพื่อให้ระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐมีความเป็นกลางและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น^{๒๖} ทั้งนี้ การจัดตั้งองค์กรตรวจสอบในกรณีการใช้จ่ายเงินภาครัฐนั้นได้นำแนวคิดมาจากศาลบัญชี (Cour des comptes) และศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง (Cour de discipline budgétaire et financière) ของประเทศฝรั่งเศส^{๒๗} แต่ได้มีการดัดแปลงรูปแบบขององค์กร กล่าวคือ มิได้มีสถานะเป็นองค์กรตุลาการ หากแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นองค์กรของรัฐที่มีสถานะพิเศษในรูปแบบองค์กรกำกับดูแลที่เป็นอิสระ (Independent Regulatory Agency) ซึ่งมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด

เมื่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรที่มีสถานะพิเศษซึ่งมิใช่องค์กรฝ่ายตุลาการหรือองค์กรฝ่ายบริหาร จึงเกิดคำถามขึ้นว่า การใช้อำนาจในการวินิจฉัยและชี้ขาดความผิดวินัยการเงินการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินตามมาตรา ๒๔๐ (๕)^{๒๘} นั้น

^{๒๖} สำหรับผู้ที่สนใจศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับความเป็นมาขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ สามารถสืบค้นได้จาก นพดล เสงเจริญ, “องค์กรอิสระ : ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบบราชการ” ในเว็บไซต์ <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=895> เผยแพร่เมื่อวันที่ ๒ เมษายน ๒๕๔๙, สืบค้นเมื่อ ๒๔ มกราคม ๒๕๖๕

^{๒๗} สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, “แนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการวินัยและการคลัง” : โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง วินัยทางงบประมาณและการคลัง ในเว็บไซต์ <http://dfmo.oag.go.th/paper/26-conceptual> สืบค้นเมื่อ ๒๔ มกราคม ๒๕๖๕

^{๒๘} มาตรา ๒๔๐ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(๑) วางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน

(๒) กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน

มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งอาจถูกโต้แย้งได้ต่อศาลปกครอง หรือเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยแท้ซึ่งการโต้แย้งการใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ในประเด็นนี้ หากศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของต่างประเทศ จะพบว่าองค์กรกำกับดูแลที่เป็นอิสระซึ่งโดยมากอยู่ในรูปแบบของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท นั้น มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองในเรื่องที่กฎหมายจัดตั้งได้กำหนดให้อำนาจไว้ การโต้แย้งการใช้อำนาจดังกล่าวจึงต้องนำขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรตุลาการทางปกครอง ในทำนองเดียวกัน การโต้แย้งคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งมีลักษณะเป็นการพิจารณาลงโทษแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ ก็จะต้องนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ซึ่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๔๐ วรรคสาม ได้กำหนดรองรับการโต้แย้งคำสั่งลงโทษในกรณีการกระทำผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐไว้ว่า ผู้ถูกสั่งลงโทษอาจอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ โดยในการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดกรณีดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงนโยบายการตรวจเงินแผ่นดินและหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินประกอบด้วย อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าหลักเกณฑ์นี้ไม่นำมาใช้บังคับกับกรณีขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญองค์กรอื่น ซึ่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๙๗^{๒๙} วรรคสาม กำหนดเป็นหลักการทั่วไปไว้ว่า อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ๆ

(๓) กำกับการตรวจเงินแผ่นดินให้เป็นไปตาม (๑) และ (๒) และกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ

(๔) ให้คำปรึกษา แนะนำ หรือเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดินให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ รวมทั้งการให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐในการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน

(๕) สั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินผู้ถูกสั่งลงโทษตาม (๕) อาจอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งในการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดต้องคำนึงถึงนโยบายการตรวจเงินแผ่นดินและหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินตาม (๑) และ (๒) ประกอบด้วย

^{๒๙} มาตรา ๑๙๗ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ๆ

การจัดตั้ง วิธีพิจารณาคดี และการดำเนินงานของศาลปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

๒. ลักษณะและสถานะทางกฎหมายของโทษปรับทางปกครอง

โทษทางปกครองสามารถอธิบายสั้น ๆ ได้ว่า เป็นกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่บังคับการตามกฎหมายนั้นสั่งลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายได้เองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล ทั้งนี้ โดยส่วนมากเราจะพบโทษทางปกครองที่อยู่ในรูปแบบของโทษปรับ ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกำกับ ตรวจสอบการดำเนินกิจกรรมของเอกชน เช่น พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ เป็นต้น

โทษปรับทางปกครองนั้นมีรูปแบบที่ไม่แตกต่างจากโทษปรับทางอาญา กล่าวคือ เป็นการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายด้วยการบังคับให้ผู้นั้นชำระเงิน แต่ความแตกต่างระหว่างโทษดังกล่าวสามารถพิจารณาได้จากวัตถุประสงค์ของการลงโทษนั่นเอง ในกรณีนี้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาว่า บทลงโทษในกฎหมายซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่จะต้องบังคับใช้นั้นมีลักษณะเป็นโทษทางปกครองหรือโทษอาญา ในเรื่องเสร็จที่ ๕๑/๒๕๔๘^{๓๐} ความว่า “โทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์เป็นการกำหนดมาตรการบังคับทางกฎหมายให้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้มาตรการทางกฎหมายเหล่านั้นบรรลุผล อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สมดังเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” ซึ่งแตกต่างจากวัตถุประสงค์ของโทษทางอาญา ที่มุ่งจะลงโทษบุคคลแก่ผู้กระทำความผิดที่เจตนาฝ่าฝืนกฎหมาย เพื่อให้ผู้รับโทษนั้นได้สำนึกและปรับปรุงตัว รวมทั้งเพื่อป้องปรามบุคคลอื่นในสังคมมิให้กระทำการเยี่ยงอย่าง^{๓๑} ทั้งนี้ ในกฎหมายฉบับหนึ่งจึงอาจกำหนดให้การกระทำอย่างหนึ่งมีทั้งโทษทางอาญาและโทษทางปกครองได้ ในเรื่องนี้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้วินิจฉัยปัญหาในกรณีที่คณะกรรมการบริหารกองทุนอ้อยและน้ำตาลทรายสั่งการให้โรงงานชำระเบี้ยปรับแก่กองทุนฯ ว่า การสั่งให้ชำระเบี้ยปรับดังกล่าวมิใช่การกำหนดค่าปรับในทางอาญาหากแต่เป็นโทษปรับในทางปกครอง และยังได้วางหลักเกณฑ์เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับสถานะของโทษปรับทางปกครองไว้ด้วยว่า โทษปรับทางปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่ถูกลงโทษปรับ จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๕^{๓๒} แห่งพระราชบัญญัติ

^{๓๐} บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ปัญหาข้อกฎหมายตามร่างระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ว่าด้วยเบี้ยปรับสำหรับโรงงานน้ำตาลทรายที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประกาศ ระเบียบ หรือพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. ๒๕๒๗ พ.ศ.

^{๓๑} ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษอาญาได้ที่ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑, ๒๕๔๒.

^{๓๒} มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เมื่อผู้ถูกลงโทษไม่ชำระค่าปรับ ก็ต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งให้ชำระค่าปรับซึ่งเป็นการกำหนดให้ชำระเงินต่อไป หากกฎหมายที่ให้อำนาจปรับทางปกครองนั้นไม่ได้กำหนดเรื่องการบังคับทางปกครองไว้โดยเฉพาะ ก็จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

นอกจากนี้ **โทษปรับทางปกครองไม่ใช่มาตรการบังคับทางปกครอง** เนื่องจากมิใช่เป็นการใช้มาตรการบังคับของเจ้าหน้าที่ภายหลังจากมีการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น ในประเด็นนี้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ ๖๙๔/๒๕๕๑^{๓๓} ว่า การกำหนดโทษปรับรายวันในกรณีผู้ได้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในหนังสืออนุญาตตามร่างระเบียบกรมป่าไม้^{๓๔} ไม่ใช่การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง แต่มีลักษณะเป็นโทษปรับทางปกครอง ทั้งนี้ ในปัจจุบันมีมาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบใกล้เคียงกับโทษปรับทางปกครอง เรียกว่า “ค่าปรับบังคับการ” ซึ่งมาตรา ๖๓/๒๐^{๓๕} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า “**ค่าปรับบังคับการ**” หมายความว่า ค่าปรับที่เจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ชำระเป็นรายวันไปจนกว่าจะยุติการฝ่าฝืนคำสั่งหรือได้มีการปฏิบัติตามคำสั่งแล้ว ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการบังคับให้ชำระเงินจึงเป็นเกณฑ์สำคัญของการแบ่งแยกระหว่างโทษปรับทางปกครองกับมาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองกรณีค่าปรับบังคับการ โดยสรุปแล้ว **โทษปรับทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษแก่ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งโดยกฎหมายนั้นได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจปรับผู้ที่ฝ่าฝืนนั้น** ซึ่งการลงโทษปรับดังกล่าว

ฯลฯ

ฯลฯ

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(๑) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(๒) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๓๓} บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การกำหนดมาตรการบังคับทางปกครอง กรณีร่างระเบียบกรมป่าไม้ ว่าด้วยการอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ

^{๓๔} มาตรา ๖๓/๒๐ ในส่วนนี้

“ค่าปรับบังคับการ” หมายความว่า ค่าปรับที่เจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ชำระเป็นรายวันไปจนกว่าจะยุติการฝ่าฝืนคำสั่งหรือได้มีการปฏิบัติตามคำสั่งแล้ว ไม่ว่าจะเป็นค่าปรับที่กำหนดโดยพระราชบัญญัตินี้หรือโดยกฎหมายอื่น

มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง หากผู้ถูกลงโทษไม่ชำระค่าปรับ จะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองต่อไป ในขณะที่**ค่าปรับบังคับการ**มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครอง หากแต่เพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำที่ได้ออกไปแล้ว

๓. อำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการวินิจฉัยลงโทษทางวินัยการเงินการคลัง และการบังคับตามคำวินิจฉัย

หากพิจารณาตาม**เกณฑ์เนื้อหา** การลงโทษปรับทางปกครองแก่ผู้กระทำความผิดวินัยการเงินการคลังโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินถือเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่ถูกลงโทษปรับ จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว ย่อมนำไปสู่การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง แต่เมื่อพิจารณาตาม**เกณฑ์องค์กร**แล้ว คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ดังนั้น คำวินิจฉัยลงโทษปรับทางปกครองแก่ผู้กระทำความผิดวินัยการเงินการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงมิใช่คำสั่งทางปกครองในความหมายของบทนิยามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ในเรื่องเสรีที่ ๑๓๒๓/๒๕๖๔ นี้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการปกครองได้ยกประเด็นขึ้นวินิจฉัยเป็นส่วนแรก โดยคณะกรรมการฯ ให้ความเห็นว่า “ตามบทบัญญัติมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง (๒)^{๓๔} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวด ๑๒ องค์กรอิสระ ส่วนที่ ๕ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและใช้อำนาจตามมาตรา ๒๔๐ (๕) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำความผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ อันเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ จึงไม่อาจนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการใช้อำนาจสั่งลงโทษทางปกครองในกรณีที่ทำหรือได้โดยตรง”

เมื่อปรากฏว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๔๐ วรรคสอง บัญญัติให้การสั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำความผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน การบังคับตามคำสั่งลงโทษทางปกครองของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ

^{๓๔} มาตรา ๔ พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่

(๑) รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี

(๒) องค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ

ฯลฯ

ฯลฯ

ที่ตราขึ้นเพื่อการนั้นกำหนด อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาที่นำมาสู่การวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องนี้ มาจากกรณีที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ ได้บัญญัติให้อำนาจแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการออกระเบียบประกาศ ข้อบังคับ อันจำเป็นต่อการดำเนินงานของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินหรือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินได้ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยการพิจารณาความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งข้อ ๔๙^{๓๖} วรรคสองแห่งระเบียบดังกล่าวกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจพิจารณามีมติให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่การบังคับตามคำวินิจฉัยความผิดวินัยทางการเงินการคลังได้

ดังนั้น โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายและระเบียบดังกล่าวจึงสามารถนำมาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้กับการบังคับตามคำวินิจฉัยลงโทษปรับทางปกครองของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งเป็นองค์กระโษีระตามรัฐธรรมนูญ และอยู่นอกขอบเขตการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้ อย่างไรก็ตาม การนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับในกรณีนี้ไม่อาจนำมาใช้ได้เป็นการทั่วไป หากแต่จะบังคับใช้ได้เฉพาะกรณีที่ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองไม่ชำระเงินค่าปรับตามหลักเกณฑ์ที่ระเบียบฯ กำหนด และในกรณีนั้นคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้มีมติให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายเท่านั้น

๔. การนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มา “อนุโลม” ใช้กับการบังคับตามคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

แม้ว่าประเด็นปัญหาเรื่องการใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังจะเพิ่งปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกจากข้อหาหรือของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินในเรื่องเสร็จนี้ก็ตาม แต่หลักเกณฑ์เรื่องการนำกฎหมายว่าด้วย

^{๓๖} ข้อ ๔๙ การลงโทษปรับทางปกครอง ให้สำนักงานแจ้งคำวินิจฉัยให้ผู้ถูกลงโทษทราบ และให้ผู้ถูกลงโทษชำระเงินค่าปรับต่อสำนักงานตามคำวินิจฉัย

กรณีถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระเงินค่าปรับโดยถูกต้องครบถ้วน ให้สำนักงานมีหนังสือเตือนให้ผู้ถูกลงโทษชำระเงินค่าปรับภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวันทำการ ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน คณะกรรมการอาจให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามวรรคสองให้ใช้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของโทษทางปกครอง โดยให้กระทบกระเทือนผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองน้อยที่สุด

เงินค่าปรับทางปกครองให้สำนักงานนำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน แล้วรายงานให้คณะกรรมการทราบทุกครั้ง

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่การบังคับตามคำวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้น ได้ถูกบัญญัติขึ้นตั้งแต่ในช่วงเวลาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ให้อำนาจคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งกำหนดวิธีการบังคับตามคำสั่งลงโทษทางปกครองไว้ว่า เมื่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินวินิจฉัยความผิดและกำหนดโทษปรับทางปกครองแล้ว ให้ดำเนินการบังคับตามคำวินิจฉัยโดยวิธีหักเงินจากเงินเดือนของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดจนครบจำนวนตามที่คณะกรรมการมีคำวินิจฉัย หากเจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับโทษปรับทางปกครองนั้นพ้นจากสถานะเจ้าหน้าที่ อันทำให้ไม่อาจดำเนินการหักเงินจากเงินเดือนได้ ให้คณะกรรมการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินค่าปรับ และให้นำความในมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับโดยอนุโลม อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติยังไม่มีกรณีที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครอง ภายหลังจากที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้มีมติให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองแต่อย่างใด

สำหรับประเด็นปัญหาที่เป็นหัวใจของข้อหารือเรื่องนี้ คือ กรณีที่กฎหมายฉบับหนึ่งบัญญัติให้นำกฎหมายอีกฉบับหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม จะมีขอบเขตในการใช้บังคับอย่างไร ในประเด็นดังกล่าว มีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๔๑๓/๒๕๒๓^{๓๗} และเรื่องเสร็จที่ ๒๗๑/๒๕๔๕ (ประชุมใหญ่)^{๓๘} วางหลักเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานไว้ว่า การกำหนดให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมาใช้บังคับโดยอนุโลม มีความหมายว่า ต้องนำบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมาใช้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายนี้ โดยจะต้องพิจารณาถึงสภาพของการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้อยู่ในบังคับของกฎหมายฉบับดังกล่าวด้วย และหากเป็นกรณีที่บัญญัติให้นำบทกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษของกฎหมายหนึ่งมาใช้บังคับแก่การกระทำในอีกกฎหมายหนึ่ง ก็จะต้องนำมาใช้ด้วยความระมัดระวังและต้องตีความการนำมาใช้โดยเคร่งครัด

สำหรับกรณีเรื่องเสร็จที่ ๑๓๒๓/๒๕๖๔ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ตีความบทบัญญัติในข้อ ๔๙ แห่งระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ ที่กำหนดให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้แก่การบังคับตามคำสั่งให้ชำระค่าปรับทางปกครองโดยอนุโลมไว้ว่า “การนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับแก่การบังคับ

^{๓๗} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การตีความหมายมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติรธน พ.ศ. ๒๕๒๒

^{๓๘} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความรับผิดทางอาญาของผู้ฝ่าฝืนคำสั่งอายัดทรัพย์สินของธนาคารแห่งประเทศไทย

ตามคำสั่งให้ชำระค่าปรับทางปกครองโดยอนุโลม หมายความว่าให้นำมาใช้บังคับเท่าที่กระทำได้โดยไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ ระเบียบ และมติที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยจะต้องนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับในกรณีที่ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินฯ นั้นไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ” กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หากมีกรณีที่ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการบังคับตามคำวินิจฉัยไว้แล้ว ก็ให้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นั้นให้พิจารณานำมาใช้เฉพาะในส่วนที่ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินฯ ไม่ได้กำหนดวิธีดำเนินการไว้นั้นเอง เช่น ในกรณีที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีมติตามข้อ ๔๙ วรรคสอง ให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยกำหนดให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ดำเนินการบังคับทางปกครองแล้ว ก็ไม่ต้องนำกฎกระทรวงที่ออกตามความในวรรคสามของมาตรา ๖๓/๗^{๓๙} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เกี่ยวกับการกำหนดเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครองและแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับทางปกครองมาใช้บังคับอีก หรือในกรณีที่ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินฯ กำหนดให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีหนังสือเตือนให้ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองชำระค่าปรับทางปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนด ก็ให้บังคับใช้ระเบียบดังกล่าวโดยไม่ต้องนำบทบัญญัติมาตรา ๖๓/๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับการเตือนให้ชำระเงินตามคำสั่งทางปกครองก่อนที่เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับอีก เป็นต้น นอกจากนี้ ในการนำมาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลมจะต้องเคารพหลักเกณฑ์ ตามข้อ ๔๙ วรรคสาม ที่กำหนดให้นำมาใช้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของโทษทางปกครอง โดยให้กระทบกระเทือนผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองน้อยที่สุดด้วย

^{๓๙} มาตรา ๖๓/๗ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้

ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามวรรคหนึ่ง ให้แต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับทางปกครองเพื่อดำเนินการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินต่อไป

เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และการแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับทางปกครองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

๕. บทสรุป

แม้ว่าในการเห็นเรื่องนี้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะได้ออมรับว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจออกระเบียบว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ กำหนดให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่การบังคับตามคำวินิจฉัยลงโทษปรับทางปกครองกรณีมีการกระทำความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ และวางกรอบแนวทางในการดำเนินการดังกล่าวก็ตาม แต่คณะกรรมการฯ ยังคงยืนยันถึงลักษณะเฉพาะและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดรับรองไว้ในฐานะที่เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ อันเป็นกรณีที่อยู่นอกขอบเขตการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ดังจะเห็นได้จากการที่คณะกรรมการฯ ได้ให้ข้อสังเกตไว้ในตอนท้ายของการเห็นฯ ว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินชอบที่จะกำหนดระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินการบังคับทางปกครองได้เอง โดยไม่ต้องอนุโลมกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับ โดยอาจกำหนดให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ถูกลงโทษทางปกครองที่ไม่ชำระค่าปรับโดยถูกต้องครบถ้วนได้ ซึ่งคณะกรรมการฯ ได้ยกกรณีตัวอย่างของกรมสรรพากรและกรมศุลกากรที่เคยออกระเบียบโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยวิธีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ที่ไม่ชำระเงินตามคำสั่งทางปกครองได้ โดยไม่ต้องขอให้กรมบังคับคดีดำเนินการบังคับทางปกครองแทน

อนึ่ง ผู้ที่ศึกษาความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสร็จนี้พึงต้องคำนึงว่า การใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นมิได้เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในทุกกรณี หากแต่ยังมีกรณีที่องค์กรอิสระหรือหน่วยงานธุรการขององค์กรอิสระใช้อำนาจตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นซึ่งให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองได้ เช่น กรณีที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินใช้อำนาจพิจารณาลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ กำหนดให้นำกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับโดยอนุโลม หรือกรณีที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินใช้อำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ กรณีดังกล่าวย่อมนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับได้โดยตรง โดยในการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินอาจแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับทางปกครองเพื่อใช้มาตรการบังคับทางปกครองสำหรับบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน หรือจะขอให้เจ้าพนักงาน

บังคับคดีดำเนินการบังคับทางปกครองแทนโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๖๓/๑๕ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ได้^{๔๐}

^{๔๐} ปัจจุบันกฎกระทรวงกำหนดหน่วยงานของรัฐที่สามารถขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๖๓ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดให้หน่วยงานธุรการขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐที่สามารถขอให้กรมบังคับคดีดำเนินการบังคับทางปกครองแทนได้ ตามมาตรา ๖๓/๑๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒

ความรู้กฎหมายปลายนิ้ว

คอลัมน์ “ความรู้กฎหมายปลายนิ้ว” มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ link ข้อมูลกฎหมายที่น่าสนใจและเข้าถึงได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ไม่ว่าจะเป็นบทความทางวิชาการ รายงาน การศึกษาวิจัย ข่าวสารกฎหมาย หรือเอกสารอื่น ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้า ในด้านกฎหมายมหาชน

⇒ <https://anyflip.com/gipy/vxik>

“บรรทัดฐานการปฏิบัติราชการทางปกครองที่ดี (ฉบับการ์ตูน)”

หนังสือบรรทัดฐานการปฏิบัติราชการทางปกครองที่ดี (ฉบับการ์ตูน) โดย สำนักงานศาลปกครอง เผยแพร่ในเว็บไซต์สำนักงานศาลปกครอง ในปี พ.ศ. ๒๕๖๔ [หน้าหลัก > ประชาสัมพันธ์ > เอกสารประชาสัมพันธ์]

ในหนังสือดังกล่าว เป็นการนำการ์ตูนสั้นที่จัดทำขึ้นจากคำพิพากษาของ ศาลปกครองที่ได้อำนวยความสะดวกยุทธธรรมทางปกครองและได้วางแนวคำวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐาน ในการปฏิบัติราชการที่ดีให้แก่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อเสริมสร้าง ธรรมาภิบาลให้แก่สังคมซึ่งได้เคยเผยแพร่ผ่านทางสื่อออนไลน์ของสำนักงานศาลปกครองแล้ว มารวบรวมเป็นหนังสือ เพื่อให้สะดวกต่อการอ่านและการศึกษาค้นคว้า ในรูปแบบของการ์ตูน ประกอบคำบรรยายเนื้อหาสั้น ๆ แต่เข้าใจง่าย เพื่อสร้างความเข้าใจที่จะเป็นประโยชน์เกี่ยวกับ กฎหมายปกครองและคดีปกครองให้แก่หน่วยงานทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ และผู้สนใจทั่วไป

สำนักงานศาลปกครอง เห็นว่า การเสริมสร้างองค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมาย ปกครองและคดีปกครองให้แก่ประชาชนเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง เพื่อให้ประชาชนได้นำ ความรู้ดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของตนเองที่พึงมีตามกฎหมาย ได้อย่างถูกต้อง จึงได้จัดทำสื่อประชาสัมพันธ์ในรูปแบบหนังสือให้ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับ ศาลปกครองและคดีปกครองขึ้น โดยมีการจัดพิมพ์เป็น “หนังสือบรรทัดฐานการปฏิบัติราชการ ทางปกครองที่ดี (ฉบับการ์ตูน)”



เจ้าของ	สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
ที่ปรึกษา	นายปรกรณ์ นิลประพันธ์
บรรณาธิการ	นายสุชัย งามจิตต์เอื้อ นางสุริศา ไชว์พันธุ์
กองบรรณาธิการ	นายศุภวัฒน์ สิงห์สุขวงษ์ นางพัชฌา จิตรมหีมา นางวิชชุดา อุ่นจิตติกุล นายปรีดิเทพ บุณนาค นายณภนันทน์ จันทราชโลธร นายสถาพร ปัญญาดี นางสาวคณินิจ แซ่เฮง นางสาวกฤตติกา ยุวนะเตมีย์ นายภาณุรุจ สุวรรณรัตน์ นางสาวภัทรานิษฐ์ มณีพันธุ์
ผู้จัดการ	นายศุภวัฒน์ สิงห์สุขวงษ์
เหรียญก	นางสาวศรีประภา ป้อมน้อย