

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนในการตรวจสอบ การทุจริตของระบบการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ตราขึ้น โดยความมุ่งหมายเพื่อให้การปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุมีการใช้เงินงบประมาณ (Budget) เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ (Efficiency) มีความคุ้มค่าต่อภารกิจของรัฐ (Worthiness in State Function) และเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริต (Corruption) โดยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการด้านคุณค่า โปร่งใส มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และสามารถตรวจสอบได้ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ประกาศใช้บังคับโดยมีเหตุผลสำคัญอันได้แก่ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการวางแผนการดำเนินงานและมีการประเมินผลการปฏิบัติงานซึ่งจะทำให้การจัดซื้อจัดจ้างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล รวมทั้งเพื่อให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล โดยมีการส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งจะก่อให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ อันจะเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับสาธารณชนและก่อให้เกิดผลดีกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐให้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป¹

เหตุผลดังกล่าวมุ่งเน้นให้เกิดความโปร่งใส² (Transparency) ในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Government Procurement) โดยมุ่งหมายให้การจัดซื้อจัดจ้างมีประสิทธิภาพและ

¹ เหตุผลที่ปรากฏนี้เป็นส่วนหนึ่งของหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โปรดดู หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

² ในรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democratic State) การใช้อำนาจรัฐต้องคำนึงถึงหลักความโปร่งใส โดยรัฐจะเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อเท็จจริง เอกสาร หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจดำเนินนโยบายสาธารณะ การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ การแต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งต่าง ๆ รวมทั้งการใช้อำนาจของรัฐในการบริหารและปกครองประเทศ หรือการเข้าร่วมดำเนินงานกับทางราชการ เช่น พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 6 (4) กำหนดกรณีการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยรัฐต้องคำนึงถึงหลักการของความโปร่งใสในกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 6 การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต้องคำนึงถึงหลักการ ดังต่อไปนี้

(1) ประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการดำเนินกิจการและการใช้ทรัพยากรของรัฐ

ประสิทธิผล และเพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้เกิดขึ้นแก่ประชาชนโดยรวม พระราชบัญญัตินี้ จึงมีการสร้างกลไกในการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนเพื่อตรวจสอบการทุจริตของระบบ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

วิเคราะห์จากเหตุผลดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้มีแนวคิดและทฤษฎีสำคัญ ที่เกี่ยวข้องอันเป็นพื้นฐานสำคัญตามเหตุผลดังกล่าว คือ หลักธรรมาภิบาลและความโปร่งใส (Good Governance and Transparency) บริการสาธารณะ (Public Service) การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ (Control and Examination of the Exercise of State Power) ซึ่งจะได้พิจารณาดังต่อไปนี้

หลักธรรมาภิบาลและการสร้างความโปร่งใสในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

หลักธรรมาภิบาล (Good Governance) เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจากหลายประเทศว่าเป็นหลักปฏิบัติเพื่อนำไปสู่ความสำเร็จในการบริหารงานภาครัฐ ทำให้องค์กรภาครัฐได้รับความไว้วางใจโดยการยอมรับและนำมาซึ่งความร่วมมือจากประชาชน โดยคำว่า Good Governance ที่หมายถึง ธรรมาภิบาล³ นั้น มีการนำมาเผยแพร่ในเอกสารงานศึกษาของธนาคารโลก (World Bank) เมื่อ ค.ศ. 1989 และเมื่อประเทศไทยเกิดปัญหาทางเศรษฐกิจอันเป็นผลมาจากวิกฤตการณ์การเงินในเอเชีย พ.ศ. 2540⁴ โดยเฉพาะประเทศไทย ต้องดำเนินการรักษาเสถียรภาพทางการเงินของประเทศโดยการลดค่าเงินบาทลงอย่างมาก ซึ่งเกิดจากการตัดสินใจของรัฐบาลไทย เป็นผลให้ประเทศไทยมีภาระหนี้สาธารณะสูงขึ้น และเกิดปัญหาทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง จึงเป็นเหตุให้

๑๑๑

๑๑๑

(4) ความโปร่งใสในกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง

๑๑๑

๑๑๑

³ ธนาคารโลก (World Bank) หรือที่เรียกว่า ธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนา (International Bank for Reconstruction and Development: IBRD) ได้ให้ความหมายของธรรมาภิบาลว่า เป็นลักษณะและวิถีทางอันชอบธรรมในการใช้อำนาจทางการเมืองและการปกครองของรัฐเพื่อจัดการทรัพยากรทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศให้มีการพัฒนาอย่างมีประสิทธิภาพ โปรดดู Thomas G. Weiss. (2010). "Governance, good governance and global governance: Conceptual and actual challenges". *Third world quarterly*. 21 (5). pp. 795-796.

⁴ วิกฤตการณ์การเงินในเอเชีย พ.ศ. 2540 เป็นช่วงวิกฤตการณ์ทางการเงินซึ่งส่งผลกระทบต่อหลายประเทศในทวีปเอเชีย โดยเริ่มตั้งแต่เดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2540 ก่อให้เกิดความวิตกกังวลว่าจะเกิดผลกระทบเป็นวงกว้างและนำไปสู่การล่มสลายทางเศรษฐกิจทั่วโลกซึ่งเป็นผลกระทบเนื่องจากการปัญหาทางการเงินของหลายประเทศในทวีปเอเชีย โดยประเทศไทยมีการเรียกวิกฤตการณ์นี้ในประเทศว่า วิกฤตต้มยำกุ้ง (Tom Yum Kung Crisis)

ประเทศไทยต้องขอรับความช่วยเหลือทางการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) เพื่อนำมาฟื้นฟูเศรษฐกิจ ในการขอรับความช่วยเหลือทางการเงินดังกล่าวนี้มีเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่ง คือ รัฐบาลไทยในฐานะสมาชิกกองทุนการเงินระหว่างประเทศ⁵ ซึ่งได้ขอรับความช่วยเหลือทางการเงินจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของ IMF ดังที่ปรากฏอยู่ในหนังสือแสดงเจตจำนงของรัฐบาลแห่งประเทศไทย (Letter of Intent of the Government of Thailand) โดยรัฐบาลไทยต้องแก้ไขปัญหาค่าเงินบาทที่อ่อนค่าลงในสถาบันการเงินที่ทำให้ธนาคารแห่งประเทศไทยขาดมาตรฐานความเป็นสากลและตลาดการเงินไทยขาดความเชื่อถือ รวมทั้งการดำเนินงานภาครัฐต้องดำเนินการบริหารประเทศโดยมีความโปร่งใส กรณีนี้จึงเป็นเหตุให้มีการกล่าวถึงการบริหารและปกครองประเทศต้องยึดหลักธรรมาภิบาล ซึ่งเป็นแนวทางและหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

ประเทศไทยได้กำหนดมาตรการโดยมุ่งเน้นให้การบริหารราชการแผ่นดินต้องยึดหลักธรรมาภิบาลซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อันได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 (มาตรา 3/1 วรรคสาม⁷) พระราชกฤษฎีกาว่าด้วย

⁵ กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2487 จากการประชุม United Nations Monetary and Financial Conference มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ ณ กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. (Washington, D.C.) สหรัฐอเมริกา ซึ่งมีฐานะเป็นทบวงการชำนัญพิเศษของสหประชาชาติ โดย IMF มีบทบาทสำคัญในการสอดส่องดูแลเศรษฐกิจ ให้ความช่วยเหลือทางการเงิน และให้ความช่วยเหลือทางวิชาการแก่ประเทศสมาชิก เพื่อให้ระบบการเงินระหว่างประเทศมีเสถียรภาพ

⁶ ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นสมาชิกกับกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) เมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม พ.ศ. 2492 ซึ่งเป็นสมาชิกในลำดับที่ 44 โดยมีธนาคารแห่งประเทศไทย (ธปท.) เป็นตัวแทนของประเทศไทยในกองทุนการเงินระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 5 ตรี วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติให้อำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับกองทุนการเงินและธนาคารระหว่างประเทศ พ.ศ. 2492

มาตรา 5 ตรี ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจถือประโยชน์และรับภาระจากสมาชิกภาพแห่งกองทุนการเงินในนามของรัฐบาลในการดำเนินธุรกรรมทุกประการเกี่ยวกับบัญชีทั่วไปของกองทุนการเงิน รวมถึงการชำระเงินลงทุน ผลประโยชน์ ภาระค่าใช้จ่าย และผลกำไรหรือขาดทุนเนื่องจากการปฏิบัติในการนี้ทั้งสิ้นให้ตกเป็นของธนาคารแห่งประเทศไทย

๑๓๑

๑๓๑

⁷ มาตรา 3/1 การบริหารราชการตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐ ความมีประสิทธิภาพ ความคุ้มค่าในเชิงภารกิจแห่งรัฐ การลดขั้นตอนการปฏิบัติงาน การลดภารกิจและยุบเลิกหน่วยงานที่ไม่จำเป็น การกระจายภารกิจและทรัพยากรให้แก่ท้องถิ่น การกระจายอำนาจตัดสินใจ การอำนวยความสะดวก และการตอบสนองความต้องการของประชาชน ทั้งนี้ โดยมีผู้รับผิดชอบต่อผลของงาน

๑๓๑

๑๓๑

หลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 (มาตรา 8 (3)⁸) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 65 วรรคหนึ่ง⁹ ได้บัญญัติรับรองหลักธรรมาภิบาลไว้ อย่างชัดเจน ซึ่งเป็นแนวนโยบายแห่งรัฐ (State Policy) เพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้ สอดคล้องและบูรณาการกันเพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่เป้าหมายการพัฒนาประเทศ อย่างยั่งยืน (Sustainable National Development)

ปัญหาสำคัญของการจัดซื้อจัดจ้าง คือ การขาดความโปร่งใสในการบริหารงานภาครัฐ เช่น มีการปกปิดงบประมาณในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง โดยไม่เปิดเผย ไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการเอื้อและอำนวยการประโยชน์ให้แก่ ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง และไม่เปิดเผยข้อมูลที่ต้องเปิดเผยในการจัดซื้อจัดจ้าง นอกจากนี้ ยังมีปัญหาความขัดแย้งในเรื่องผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ในระดับต่าง ๆ รวมทั้งการทุจริต ประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่ การขาดความโปร่งใสในการบริหารงานภาครัฐดังกล่าวส่งผลกระทบต่อ การพัฒนาประเทศ ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องความเป็นธรรม ขาดความซื่อสัตย์สุจริต ทำให้ เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ส่งผลกระทบต่อความมีประสิทธิภาพและความมี ประสิทธิภาพของการบริหารงานแผ่นดิน (State Administration)

ในการปฏิบัติหน้าที่ของส่วนราชการ ต้องใช้วิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ให้คำนึงถึงความรับผิดชอบของผู้ปฏิบัติงาน การมีส่วนร่วมของประชาชน การเปิดเผยข้อมูล การติดตาม ตรวจสอบและประเมินผลการปฏิบัติงาน ทั้งนี้ ตามความเหมาะสมของแต่ละภารกิจ

๑๗๑

๑๗๑

⁸ มาตรา 8 ในการบริหารราชการเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน ส่วนราชการจะต้องดำเนินการโดยถือว่า ประชาชนเป็นศูนย์กลางที่จะได้รับการบริการจากรัฐ และจะต้องมีแนวทางการบริหารราชการดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดภารกิจของรัฐและส่วนราชการต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ตามมาตรา 7 และ สอดคล้องกับแนวนโยบายแห่งรัฐและนโยบายของคณะรัฐมนตรีที่แถลงต่อรัฐสภา

๑๗๑

๑๗๑

(3) ก่อนเริ่มดำเนินการ ส่วนราชการต้องจัดให้มีการศึกษาวิเคราะห์ผลดีและผลเสียให้ครบถ้วน ทุกด้าน กำหนดขั้นตอนการดำเนินการที่โปร่งใส มีกลไกตรวจสอบการดำเนินการในแต่ละขั้นตอน ในกรณีที่ ภารกิจใดจะมีผลกระทบต่อประชาชน ส่วนราชการต้องดำเนินการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนหรือชี้แจง ทำความเข้าใจเพื่อให้ประชาชนได้ตระหนักถึงประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับจากภารกิจนั้น

⁹ มาตรา 65 รัฐพึงจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาลเพื่อ ใช้ เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกันเพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่ เป้าหมายดังกล่าว

๑๗๑

๑๗๑

1. แนวคิดและทฤษฎีของหลักธรรมาภิบาลในการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

หลักธรรมาภิบาลเกิดขึ้นจากงานศึกษาค้นคว้าของธนาคารโลกในประเด็นเกี่ยวกับปัญหาการพัฒนาของกลุ่มประเทศในแอฟริกาใต้สะฮารา¹⁰ (Sub-Saharan Africa) เรื่อง Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth, A Long-Term Perspective Study¹¹ ซึ่งมีการจัดทำและเผยแพร่เมื่อ ค.ศ. 1989 โดยมีการกล่าวถึงความสำคัญของการมีหลักธรรมาภิบาลและนำไปใช้ในกระบวนการฟื้นฟูทางเศรษฐกิจ มุ่งเน้นให้รัฐใช้อำนาจปกครองโดยมีการบริหารและกำกับดูแลที่ดี เพื่อให้การใช้ทรัพยากรทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเป็นไปด้วยความชอบธรรม ซึ่งจะส่งผลต่อการพัฒนาเติบโตอย่างยั่งยืน ทั้งนี้ รัฐต้องดำเนินการบริหารและจัดการภาครัฐ โดยอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบของรัฐ ปฏิบัติตามบทบัญญัติกฎหมายที่มีหลักในการบริหารงานแผ่นดินซึ่งมีความโปร่งใสและเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร โดยเปิดโอกาสให้ภาคส่วนต่าง ๆ ของประเทศได้มีส่วนร่วมในการดำเนินการภาครัฐและพัฒนาประเทศ การศึกษาวิจัยของกองทุนการเงินระหว่างประเทศมีการวิเคราะห์ถึงการให้ประเทศต่าง ๆ ขอรับความช่วยเหลือทางการเงินเพื่อฟื้นฟูระบบเศรษฐกิจโดยมีหลักสำคัญประการหนึ่งที่รัฐซึ่งขอความช่วยเหลือทางการเงินสามารถนำไปเป็นแนวทางและปฏิบัติเพื่อให้เกิดผลสำเร็จในการฟื้นฟูประเทศ หลักการดังกล่าว คือ หลักธรรมาภิบาล โดยแนวความคิดเกี่ยวกับหลักธรรมาภิบาลนี้ได้รับการยอมรับและนำไปใช้เป็นข้อเสนอแนะขององค์การระหว่างประเทศที่สำคัญ เช่น คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก¹²

¹⁰ กลุ่มประเทศแอฟริกาใต้สะฮารา เป็นประเทศที่ตั้งอยู่ภูมิภาคที่มีพื้นที่อยู่ในทวีปแอฟริกาและอยู่ทางตอนใต้ทะเลทรายสะฮารา (Sahara) โดยมีประเทศในภูมิภาค 54 ประเทศ มีพื้นที่ประมาณ 16% ของพื้นดินโลก ซึ่งมีประชากรรวมกันประมาณ 574 ล้านคน โดยสภาพพื้นที่ส่วนใหญ่เป็นป่าทึบ เช่น บริเวณลุ่มแม่น้ำคองโก (Congo River) บางส่วนเป็นทะเลทราย เช่น ทะเลทรายคาลาฮารี (Kalahari Desert) บางส่วนเป็นกึ่งทะเลทราย และบางส่วนที่เป็นที่ราบสูง เช่น ที่ราบสูงสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย

¹¹ เอกสารนี้เป็นรายงานการศึกษาวิจัยของธนาคารโลกในประเด็นเกี่ยวกับกลุ่มประเทศในแอฟริกาใต้สะฮารา โดยศึกษาวิกฤตการณ์ที่เกี่ยวกับความล้มเหลวของการพัฒนาประเทศในกลุ่มประเทศนี้ เป็นการศึกษามุมมองในระยะยาว เพื่อให้เกิดการพัฒนาเติบโตอย่างยั่งยืน โปรดดู World Bank. (1989). *Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth, A Long-Term Perspective Study*. Washington D.C.: World Bank. 300 p.

¹² คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก เป็นหนึ่งในห้าคณะกรรมการส่วนภูมิภาคของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ ก่อตั้งขึ้นเมื่อ 28 มีนาคม พ.ศ. 2490 ณ นครเซี่ยงไฮ้ สาธารณรัฐประชาชนจีน โดยมีส่วนในการก่อตั้งธนาคารเพื่อการพัฒนาเอเชีย (Asian Development Bank: ADB) และถนนสายเอเชียหรือเครือข่ายทางหลวงแห่งเอเชีย (Asian Highway Network) ตลอดถึงคณะกรรมการพัฒนาแม่น้ำโขง (The Mekhong River Commission) มีภาระหน้าที่ คือ การให้ความช่วยเหลือด้านเศรษฐกิจหลังสงครามโลก

(Economic and Social Commission for Asia and the Pacific: ESCAP) สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ¹³ (United Nations Development Program: UNDP) และองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ¹⁴ (Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD) เป็นต้น¹⁵

แนวคิดของหลักธรรมาภิบาล (Concept of Good Governance) ได้รับการยอมรับและนำมาเป็นหลักปฏิบัติในการบริหารงานภาครัฐ¹⁶ เนื่องจากหลักการนี้ช่วยสร้างสรรค์และส่งเสริมให้องค์กรภาครัฐมีศักยภาพและประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้น เช่น เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและขยันหมั่นเพียร ไม่ละเลยหรือเพิกเฉยต่อภาระหน้าที่ทางราชการ ซึ่งจะก่อให้เกิดผลดีต่อการบริหารงานแผ่นดิน ทำให้เกิดการพัฒนาและงานภาครัฐสามารถดำเนินการให้บริการแก่ประชาชนได้มากขึ้นกว่าเดิม นอกจากนี้ ยังทำให้ประชาชนผู้มาใช้บริการภาครัฐเกิดความเชื่อถือและมีความเชื่อมั่นในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ซึ่งจะทำให้เกิดความร่วมมืออย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ องค์กรที่ดำเนินงานอย่างโปร่งใสและมีหลักธรรมาภิบาลเป็นแนวทางในการปฏิบัติย่อมได้รับความไว้วางใจจากประชาชน และมีผลไปถึงการยอมรับขององค์กรระหว่าง

ครั้งที่สอง และได้ขยายการดำเนินงานครอบคลุมไปยังประเทศในโอเชียเนีย (Oceania) ซึ่งอยู่ในหมู่เกาะต่าง ๆ ของมหาสมุทรแปซิฟิก

¹³ สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ เป็นองค์กรพหุภาคี มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ ณ กรุงนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา มีหน้าที่ช่วยเหลือด้านการพัฒนา และเป็นหน่วยงานสำคัญในการประสานงานความช่วยเหลือในด้านการพัฒนาของสหประชาชาติ และได้เริ่มขยายการดำเนินงานให้ความช่วยเหลือด้านวิชาการแก่ประเทศกำลังพัฒนาโดยดำเนินการตามหลักสากลและมีความเป็นกลางในทางการเมือง

¹⁴ องค์กรเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ เป็นองค์กรระหว่างประเทศของกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วที่ยอมรับระบอบประชาธิปไตยและเศรษฐกิจการค้าเสรีในการร่วมกันและพัฒนาเศรษฐกิจของภูมิภาคยุโรปและเศรษฐกิจโลก มีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ เพื่อร่วมมือในการฟื้นฟูภาวะเศรษฐกิจของประเทศต่าง ๆ ในยุโรปภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เพื่อให้กลับคืนและคงไว้ได้อย่างมั่นคงตามแนวทางเศรษฐกิจทุนนิยม

¹⁵ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (สำนักงาน ก.พ.ร.). (2552). *คู่มือการจัดระดับการกำกับดูแลองค์การภาครัฐตามหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance Rating)*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: บริษัท ฟรีเมียร์ โพร จำกัด. หน้า 3.

¹⁶ ตัวอย่างเช่น นายกรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 วางระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542 ข้อ 4.2 ซึ่งมีหลักสำคัญว่า ในการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดีควรจัดหรือส่งเสริมให้สังคมไทยอยู่บนพื้นฐานของหลักสำคัญ 6 ประการ คือ (1) หลักนิติธรรม (2) หลักคุณธรรม (3) หลักความโปร่งใส (4) หลักความมีส่วนร่วม (5) หลักความรับผิดชอบ และ (6) หลักความคุ้มค่า

ประเทศ ตลอดจนรัฐต่างประเทศ รัฐบาลที่ปกครองโดยยึดหลักธรรมาภิบาล มีความโปร่งใส และตรวจสอบได้ ย่อมสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะส่งผลอันดีต่อเสถียรภาพและความมั่นคงของรัฐบาล ทำให้ประเทศมีการพัฒนาและมีความความเจริญก้าวหน้า

ส่วนในแง่มุมมองทฤษฎีของหลักธรรมาภิบาลนั้น กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ได้ประกาศว่า หลักธรรมาภิบาล (Good Governance) เป็นหลักการที่ยึดมั่นต่อหลักนิติธรรม การปรับปรุงประสิทธิภาพและความรับผิดชอบของภาครัฐ และการแก้ปัญหาการทุจริตอันเป็นพื้นฐานสำคัญของขอบเขตภายในด้านเศรษฐกิจที่สามารถดำเนินการได้อย่างเหมาะสม นอกจากนี้ สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP) ยังได้วางพื้นฐานสำคัญของหลักธรรมาภิบาลซึ่งมีแปดประการ คือ การมีส่วนร่วมทางการเมือง หลักนิติธรรม ความโปร่งใส การสนองตอบ นันทามติ ความเป็นธรรมและความเท่าเทียม ประสิทธิภาพและประสิทธิผล ตลอดจนความรับผิดชอบ¹⁷ ทั้งนี้ หากพิจารณาแล้วจะพบว่า ทฤษฎีของหลักธรรมาภิบาล (Theory of Good Governance) จะเกี่ยวข้องกับหลักการสำคัญต่าง ๆ ดังนี้¹⁸

1) การมีส่วนร่วม (Participation) โดยการมีส่วนร่วมนั้นเป็นพื้นฐานสำคัญของทฤษฎีหลักธรรมาภิบาลอันจะนำมาซึ่งความเติบโตในทางการเมืองของสังคม ทั้งนี้ การมีส่วนร่วมนั้นควรเปิดให้มีส่วนร่วมของประชาชนทั้งทางตรงและทางอ้อมโดยผ่านทางผู้แทนของประชาชน การเปิดโอกาสให้มีส่วนร่วมนั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีหลักธรรมาภิบาล¹⁹ การมีส่วนร่วมอาจเป็นกรณีที่ประชาชนในประเทศทำการเลือกผู้นำทางการเมืองและนำไปสู่ผู้แทนที่เข้าเป็นฝ่ายบริหารประเทศ ทั้งนี้ การมีส่วนร่วมเป็นลักษณะสำคัญของหลักธรรมาภิบาลที่กำหนดให้ผู้บรรลุนิติภาวะต้องแสดงการตัดสินใจโดยตนเองหรือผ่านทางผู้แทนที่ตนได้เลือกเข้ามา²⁰

2) หลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของหลักธรรมาภิบาล โดยเป็นหลักที่ประกันต่อความเป็นธรรม ความถูกต้อง และความยุติธรรมของสังคม ตามทฤษฎีของหลักธรรมาภิบาลจะนำหลักนิติธรรมมาปรับใช้ในการกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิของประชาชนและทำให้ต้องปฏิบัติตามกฎหมายโดยไม่ก่อให้เกิดอคติ ซึ่งกรณีนี้จำเป็นต้องมีองค์กร

¹⁷ Woleola J. Ekundayo. (2017). “Good Governance Theory and the Quest for Good Governance in Nigeria”. *International Journal of Humanities and Social Science*. Vol. 7. No. 5. May. p. 155.

¹⁸ Ibid. pp. 155-156.

¹⁹ Daniel Kaufmann, Aart Kraay, and Massimo Mastruzzi. 2006. *Governance Matters. World Bank Policy Research Working Paper*. Washington, D.C.: World Bank. p. 296.

²⁰ Robert I. Rotberg. 2004. “Strengthening Governance: Ranking countries would help”. *Washington Quarterly*. 28 (1). pp. 71-75.

ตุลาการที่เป็นอิสระและมีความเป็นกลาง โดยไม่ใช่อำนาจไปในทางทุจริต²¹ หลักนิติธรรมยังเป็นหลักที่ยืนยันว่าการปกครองนั้นเป็นการปกครองโดยกฎหมายไม่ใช่ปกครองโดยบุคคล ดังนั้นการตรากฎหมายที่ดีจึงควรมีหลักความเป็นธรรม ความเป็นกลาง และเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคล โดยต้องเน้นความเป็นธรรมและความเป็นกลางในการใช้บังคับกฎหมายและต้องเคารพต่อสิทธิของบุคคลด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักนิติธรรมเป็นหลักที่จะสร้างความเชื่อมั่นและความไว้วางใจแก่ประชาชนว่าจะได้รับการปกครองโดยสังคมที่อยู่ภายใต้การยึดถือกฎหมายเป็นหลัก โดยการยึดหลักนิติธรรมถือเป็นการเน้นย้ำการปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งการใช้บังคับกฎหมายจะต้องมีความเป็นกลางและความโปร่งใส

3) ความโปร่งใส (Transparency) เป็นพื้นฐานสำคัญอีกประการหนึ่งของทฤษฎีหลักธรรมาภิบาล ซึ่งเป็นการมุ่งเน้นว่ากระบวนการในการพิจารณาวินิจฉัยโดยการดำเนินกระบวนการดังกล่าวต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎและข้อบังคับต่าง ๆ โดยกระบวนการเช่นนี้ต้องมีการเผยแพร่ข้อมูลที่เพียงพอในลักษณะและการสื่อสารที่สามารถทำให้เกิดความเข้าใจได้ง่ายและให้ข้อมูลดังกล่าวไปยังบุคคลที่ได้รับผลกระทบและผู้ที่จะต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ หลักความโปร่งใสจะเป็นการแสดงถึงกระบวนการที่เป็นการเปิดเผยและให้ข้อมูลโดยเจ้าหน้าที่ ขั้นตอนและข้อมูลขององค์กรได้กำหนดขึ้นเพื่อให้บุคคลที่ได้รับผลกระทบเข้าถึงได้โดยง่ายและสามารถได้รับข้อมูลที่เพียงพอที่จะเข้าใจและตรวจสอบได้ และเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ นโยบายของรัฐจะต้องมีการเปิดเผยและเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน และรัฐควรจัดให้มีการดำเนินการดังกล่าวเพื่อให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่นในเจตจำนงของรัฐ ในทางข้อเท็จจริงนั้นกระบวนการในการพิจารณาวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่และการกระทำของรัฐต้องเปิดเผยและสามารถตรวจสอบได้โดยองค์กรอื่น ๆ ของรัฐและรวมถึงองค์กรพัฒนาเอกชนหรือที่เรียกว่า องค์กรนอกภาครัฐ²² (NGO)²³

²¹ Joel E. Oestreich, 2004. "The Human Rights Responsibilities of the World Bank: A Business Paradigm". *Global Social Policy*. 4 (1). pp. 55-59.

²² องค์กรพัฒนาเอกชน หรือองค์กรนอกภาครัฐ (Non Governmental Organisation: NGO) เป็นองค์กรที่ไม่แสวงผลกำไร ดำเนินงานอยู่นอกโครงสร้างสถาบันทางการเมือง ซึ่งอาจเรียกกันโดยทั่วไปว่ากลุ่มองค์กรด้านสังคม วัฒนธรรม กฎหมาย และสิ่งแวดล้อม เป็นองค์กรที่ไม่ได้มีเป้าหมายหลักทางการค้า แต่ดำเนินการเพื่ออุดมการณ์ ในการปกป้องประชาชนไม่ให้ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการต่าง ๆ องค์กรนอกภาครัฐมักจะได้รับเงินสนับสนุนส่วนหนึ่งจากภาคเอกชน และบางกรณีอาจได้รับเงินสนับสนุนจากภาครัฐ

²³ Matt Andrews, 2008. "The Good Governance Agenda: Beyond Indicators without Theory". *Oxford Development Studies*. 36 (4). pp. 379-384.

4) การสนองตอบ (Responsiveness) เป็นการสนองตอบความต้องการที่องค์กรต่าง ๆ ต้องดำเนินการ โดยให้บริการแก่ประชาชนในสังคมในระยะเวลาอันเหมาะสม การสนองตอบเป็นหลักสำคัญของทฤษฎีหลักธรรมาภิบาลโดยการกำหนดแนวทางในการดำเนินการดังกล่าวให้สอดคล้องกับความสามารถและมีหลักการยึดหยุ่นโดยอำนวยความสะดวกให้แก่บริบทแห่งสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลง โดยอาจพิจารณาได้จากประชาสังคมที่ยึดถือประโยชน์ส่วนรวมและมีเจตจำนงที่คำนึงถึงการดำเนินการเพื่อสังคม²⁴ ทั้งนี้ ตามความเป็นจริงแล้ว ความเปลี่ยนแปลงของสังคมเป็นสิ่งที่ต้องเกิดขึ้น ดังนั้น การดำเนินการตามหลักธรรมาภิบาลจึงต้องตอบสนองแก่ความต้องการเพื่อให้เป็นไปตามพลวัตแห่งสังคมที่เกิดขึ้น การบริการภาครัฐอย่างเต็มความสามารถและมีความยึดหยุ่น จึงถือเป็นการตอบสนองรับต่อความเปลี่ยนแปลงทางสังคมที่เกิดขึ้น²⁵ และการดำเนินการดังกล่าวถือเป็นเกณฑ์สำคัญของทฤษฎีหลักธรรมาภิบาล

5) การประชุมร่วมกันโดยฉันทามติ (Broad Consensus)

ในสังคมส่วนรวมอาจมีความเห็นที่แตกต่างกัน และมีการดำเนินการอันหลากหลาย เนื่องจากมีกลุ่มบุคคลต่าง ๆ อยู่ร่วมกันในสังคม การปฏิบัติตามหลักธรรมาภิบาลจะต้องดำเนินการโดยผ่านฉันทามติ การประสานประโยชน์ระหว่างกันเพื่อความปรองดองและสามารถดำเนินการต่าง ๆ ได้บรรลุผล นอกจากนี้ การดำเนินการด้านสังคมเศรษฐกิจและการเมืองจำต้องมีเจตจำนงร่วมกันในสังคม อย่างไรก็ตาม หลักของฉันทามติจะบรรลุผลสำเร็จลงได้นั้นต้องอาศัยองค์ความรู้ที่ดำเนินการสอดคล้องและเป็นไปตามแนวทางประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม และสังคมวิทยาในแต่ละสังคมด้วย ดังนั้น ทฤษฎีหลักธรรมาภิบาลจึงควรต้องมีการประชุมร่วมกันเพื่อค้นหาฉันทามติหรือดำเนินการลดข้อขัดแย้งของกลุ่มคนต่าง ๆ ในสังคม เพื่อให้บรรลุข้อตกลงร่วมกันที่จะสร้างความพอใจโดยประสานประโยชน์และความเห็นอันหลากหลายของกลุ่มคนต่าง ๆ โดยพิจารณาจากความเป็นไปได้ นโยบาย และวิธีดำเนินการต่าง ๆ²⁶

6) ความเป็นธรรมและความเท่าเทียม (Equity and Inclusiveness) ถือเป็นหลักสำคัญของทฤษฎีธรรมาภิบาล เป็นหลักที่ให้ประกันต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล สิทธิความ

²⁴ Rachel M. Gisselquist. 2012. *Good governance as a concept, and why this matters for development policy*. Helsinki: United Nations University, the World Institute for Development Economic Research (UNU-WIDER). pp. 21-22.

²⁵ Ved P. Nanda. 2006. "The "Good Governance" Concept Revisited". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. Vol. 603. January 1. pp. 270-272.

²⁶ Graham Harrison. 2005. "The World Bank, Governance and Theories of Political Action in Africa". *British Journal of Politics and International Relations*. May 1. pp. 243-245.

เท่าเทียม และเสรีภาพ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนในสังคม นอกจากนี้ ยังเป็นหลักสำคัญที่เน้นความเป็นอยู่ที่ดีของบุคคลในสังคมซึ่งโดยทั่วไปแล้วบุคคลแต่ละคนจะได้รับรู้โดยผ่านความคิดว่าบุคคลทุกคนถือเป็นส่วนหนึ่งของสังคมและมีส่วนร่วมกันในสังคม ความเป็นธรรมและความเท่าเทียมนี้จะทำให้กลุ่มต่าง ๆ ได้รับความคุ้มครองไม่ถูกกดขี่ข่มเหง และยังสร้างโอกาสในความเป็นอยู่ที่ดีของบุคคล ดังนั้น จึงควรกำหนดหรือทำให้บุคคลต่าง ๆ ได้รับความมั่นใจว่าประชาชนทุกคนจะได้รับความเป็นอยู่ที่ดีโดยได้รับความเป็นธรรมและมีสิทธิเท่าเทียมกัน²⁷

7) ประสิทธิภาพและประสิทธิผล (Efficiency and Effectiveness) ประสิทธิภาพและประสิทธิผลเกิดจากกระบวนการในการทำสิ่งที่ถูกต้อง²⁸ ดังนั้น หลักที่นำมาปรับใช้กับกรณีของหลักธรรมาภิบาลย่อมหมายถึงการที่รัฐบาลทำในสิ่งที่ถูกต้องตามสังคม โดยใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ซึ่งวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีนั้นต้องปฏิบัติตามแผนดำเนินการที่มีความจำเป็นของสังคม โดยจัดสรรการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ให้เกิดประโยชน์สูงสุด ทั้งนี้ ประสิทธิภาพเป็นพื้นฐานประการหนึ่งของทฤษฎีธรรมาภิบาลที่ครอบคลุมการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ในสังคมและปกป้องสภาพการณ์ของสิ่งแวดล้อม ความมีประสิทธิภาพจะเน้นย้ำให้รัฐต้องใช้ทรัพยากรทางธรรมชาติของสังคมโดยให้บรรลุผลเป็นอย่างดี²⁹

8) ความรับผิดชอบ (Accountability) เป็นรากฐานสำคัญของทฤษฎีหลักธรรมาภิบาลเป็นการยอมรับว่าผู้กระทำการทั้งหลาย โดยเฉพาะผู้ที่ใช้อำนาจรัฐ ผู้ดำเนินการด้านธุรกิจ ตัวแทนอาสาสมัคร พลเรือนสังคม และบุคคลใดก็ตามจะต้องกระทำการโดยมีความรับผิดชอบต่อสังคม³⁰ ความรับผิดชอบจะเป็นเกณฑ์ให้นักการเมืองและข้าราชการต่าง ๆ จะต้องแสดงความรับผิดชอบต่อสังคมในการกระทำโดยใช้อำนาจ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะมาจากการเลือกตั้งหรือได้รับการแต่งตั้งก็ตาม จะต้องแสดงความรับผิดชอบต่อการกระทำทางการเมืองและรับผิดชอบต่อการใช้อำนาจหน้าที่ของตน รวมทั้งรับผิดชอบต่อองค์กรที่มอบหมายอำนาจให้แก่ตนด้วย หากทำให้เกิด

²⁷ Merilee S. Grindle. 2004. "Good Enough Governance: Poverty Reduction and Reform in Developing Countries". *Governance, an International Journal of Policy, Administration and Institutions*. Vol. 17. Issue 4. August 25. pp. 530-535.

²⁸ Gerald A. Cole and Phil Kelly. (2011). *Management: Theory and Practice*. 7th edition. Singapore: Cengage Learning EMEA. pp. 414-417.

²⁹ Martin Doombos. 2001. "Good Governance, the rise and decline of a policy metaphor?" *Journal of Development Studies*. 37 (6). pp. 99-103.

³⁰ Bo Rothstein and Jan Teorell. 2008. "What is Quality of Government? A Theory of Impartial Political Institutions". *Governance, an International Journal of Policy, Administration and Institutions*. Vol. 21. Issue 2. April. pp. 177-179.

ความเสียหายต่อองค์กร จึงอาจกล่าวได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจหน้าที่ของตนจะต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำของตนและต่อองค์กรที่ได้มอบหมายอำนาจให้แก่ตน ความรับผิดชอบยังมีผลให้การใช้ทรัพยากรและทรัพย์สินของรัฐเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งกฎหมาย ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และข้อกำหนดต่าง ๆ ที่วางไว้³¹ ความรับผิดชอบยังมีผลทำให้นักการเมืองจะต้องใช้ความสามารถและความตั้งใจที่จะดำเนินนโยบายทางการเมืองให้สอดคล้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศอีกด้วย

2. ความหมายและความสำคัญของหลักธรรมาภิบาลในการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

หลักธรรมาภิบาล เป็นหลักการที่ใช้ในการปกครอง บริหาร จัดการ และควบคุมดูแลกิจการต่าง ๆ ให้เป็นไปตามครรลองธรรม นอกจากนี้ ยังหมายความรวมถึงการบริหารจัดการที่ดี ซึ่งภาครัฐและภาคเอกชนสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางปฏิบัติได้³² อย่างไรก็ตาม ธรรมที่ใช้ในการบริหารงานตามหลักธรรมาภิบาลนี้ จะมีความหมายและขอบเขตที่กว้างกว่าหลักธรรมในทางศาสนา กล่าวคือ นอกจากจะมีความหมายถึงหลักธรรมทางศาสนาแล้ว ยังรวมความไปถึงหลักศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม มโนธรรม ตลอดจนความถูกต้องชอบธรรมทั้งปวงซึ่งวิญญูชน³³ (Person of Ordinary Prudence) พึงยึดถือและประพฤติปฏิบัติ โดยไม่ยอมให้มีการแทรกแซง

³¹ Merilee S. Grindle. 2004. "Good Enough Governance: Poverty Reduction and Reform in Developing Countries". *Governance, an International Journal of Policy, Administration and Institutions*. pp. 542-545.

³² CIPFA and IFAC. (2014). "International framework: good governance in the public sector". *Research paper for accounting & finance*. Document developed jointly by the Chartered Institute of Public Finance and Accountancy (CIPFA) and the International Federation of Accountants (IFAC). July. pp. 16-18.

³³ วิญญูชน (Person of Ordinary Prudence or Reasonable Man) หมายถึง บุคคลซึ่งรัฐศรัทธาชอบตามปรกติ ซึ่งคำนี้ปรากฏในบทบัญญัติกฎหมาย เช่น มาตรา 323 วรรคสอง มาตรา 473 (1) หรือมาตรา 553 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 323 ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้ส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ท่านว่าบุคคลผู้ชำระหนี้จะต้องส่งมอบทรัพย์สินตามสภาพที่เป็นอยู่ในเวลาที่ส่งมอบ

ลูกหนี้จำต้องรักษาทรัพย์สินไว้ด้วยความระมัดระวังเช่นอย่างวิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง จนกว่าจะได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้น

มาตรา 473 ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้นหากได้ใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน

๑๗๑

๑๗๑

มาตรา 553 ผู้เช่าจำต้องสงวนทรัพย์สินที่เช่านั้นเสมือนกับที่วิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง และต้องบำรุงรักษาทั้งทำการซ่อมแซมเล็กน้อยด้วย

หรือครอบงำจากอำนาจที่ไม่ชอบใจ ๆ มาเป็นเหตุให้ต้องทะเลาะหรือเพิกเฉยต่อการปฏิบัติตามหลักธรรมาภิบาล

วิกฤตการณ์การเงินในเอเชีย (Asian Financial Crisis) พ.ศ. 2540 ส่งผลให้เกิดปัญหาทางเศรษฐกิจแก่ประเทศไทย และมีผลกระทบต่อสังคมไทย โดยมีสาเหตุสำคัญอันเกิดจากการบริหาร การปกครอง และการดำเนินนโยบายของรัฐบาล³⁴ นอกจากนี้ ยังปรากฏว่าองค์กรทั้งภาครัฐและภาคเอกชนต่างมีความบกพร่องและขาดการบริหารจัดการที่ดีและมีประสิทธิภาพ รวมทั้งมีการทุจริตและประพฤติมิชอบ ขาดคุณธรรม และจริยธรรม ประกอบกับสภาพการณ์ด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมมีพลวัตและเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว แต่โครงสร้างและการบริหารจัดการภาครัฐยังขาดความยืดหยุ่นและไร้ประสิทธิภาพ ข้าราชการยังคงยึดมั่นกับทัศนคติในการทำงานแบบเดิม โดยมีแนวคิดทางค่านิยมที่ถือว่าข้าราชการเป็นผู้ปกครองและมีฐานะเป็นนายของประชาชน ซึ่งการใช้บริการภาครัฐ (Government Service) จะต้องดำเนินการยื่นคำขอและยื่นเอกสารต่าง ๆ และต้องได้รับการพิจารณาอนุญาตจากข้าราชการ การดำเนินการภาครัฐไม่ถือว่าเป็นการบริการประชาชน ไม่มีแนวคิดสร้างสรรค์และระบบวิธีการดำเนินงานให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสังคมยุคใหม่ จึงเป็นผลให้เกิดปัญหาทั้งในระดับ โครงสร้าง นโยบาย และการปฏิบัติ ซึ่งมีปัญหาสำคัญที่สรุปได้ ดังนี้³⁵

1) เกิดปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบ³⁶ (Corruption and Wrongful Conduct) ในภาครัฐเพิ่มมากขึ้น ส่งผลให้รัฐเกิดความเสียหายด้านงบประมาณแผ่นดิน การปฏิบัติราชการ

³⁴ การตัดสินใจที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การประกาศลอยตัวค่าเงินบาทของรัฐบาลโดยมีผลเอกขวลิต ขง ใจยุทธ ดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี (25 พฤศจิกายน 2539 ถึง 8 พฤศจิกายน 2540) อันเนื่องมาจากปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เช่น การขาดดุลบัญชีเดินสะพัดสะสมหนี้สาธารณะที่เพิ่มขึ้น ทุจริตอสังหาริมทรัพย์มีหนี้เสียเพิ่มมากขึ้น การขาดประสิทธิภาพในการดำเนินงานของสถาบันการเงิน และการโจมตีค่าเงินบาท

³⁵ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (สำนักงาน ก.พ.ร.). (2552). **คู่มือการจัดระดับการกำกับดูแลองค์การภาครัฐตามหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance Rating)**. หน้า 4.

³⁶ หลังจากที่ประเทศไทยจะประกาศลอยตัวค่าเงินบาท เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 2540 แล้ว ต่อมาในวันที่ 11 ตุลาคม 2540 จึงได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยมาตรา 297 วรรคหนึ่ง กำหนดให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ประกอบด้วยประธานกรรมการคนหนึ่งและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีกแปดคน

มาตรา 297 คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติประกอบด้วยประธานกรรมการคนหนึ่งและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีกแปดคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา

และการบริการสาธารณะ ทำให้ภาครัฐต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อใช้ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของเจ้าหน้าที่

2) ภาครัฐขาดหลักเกณฑ์และกลไกในการบริหารจัดการบ้านเมืองที่ดีและมีประสิทธิภาพ ขาดการพัฒนาและปรับปรุงการปฏิบัติราชการให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงทางด้านการเมือง (Political) เศรษฐกิจ (Economic) และสังคม (Social) ภายนอก

3) บุคลากรภาครัฐขาดความรู้ ความเชี่ยวชาญ และความชำนาญในการปฏิบัติหน้าที่ และมีค่านิยม (Values) ที่ถือตนว่าเป็นผู้ปกครอง³⁷ จึงไม่เน้นการให้บริการแก่ประชาชน นอกจากนี้บุคลากรภาครัฐยังไม่สามารถปรับตัวให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของแนวคิดในระบบราชการสมัยใหม่ จึงทำให้การดำเนินงานในภาพรวมยังไร้ประสิทธิภาพ และส่งผลให้การบริหารงานแผ่นดินไม่อาจบรรลุผลสำเร็จได้

4) กระบวนการในการตัดสินใจและการบริหารจัดการของภาครัฐยังมีลักษณะที่ขาดความโปร่งใส และไม่มีหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ประชาชนผู้ใช้บริการ ทำให้การบริหารจัดการโดยภาพรวมไม่อาจตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนได้ และการดำเนินการภาครัฐยังไม่อาจจัดสรรการใช้ทรัพยากร³⁸ (Resource Allocation) ของรัฐให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการให้บริการแก่ประชาชน นอกจากนี้ ยังขาดระบบที่มีประสิทธิภาพในการจัดการกับปัญหาด้านการดำเนินการที่ผิดจรรยาบรรณและการทุจริตและประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่³⁹

³⁷ การถือตนของข้าราชการว่าเป็นผู้ปกครองเป็นผลมาจากระบบราชการในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) ที่ถือว่าข้าราชการถือเป็นผู้แทนและกระทำการในนามของพระมหากษัตริย์

³⁸ การจัดสรรการใช้ทรัพยากรในภาครัฐ เป็นการจัดมอบหรือจัดแบ่งทรัพยากรให้กับหน่วยงานต่าง ๆ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ได้ใช้ทรัพยากรอย่างเหมาะสม เพื่อปฏิบัติราชการให้เป็นไปตามเป้าหมายและนโยบายแห่งรัฐ ทั้งนี้ การจัดสรรทรัพยากรมีความสำคัญต่อระบบการบริหารงานคุณภาพ เนื่องจากทรัพยากรถือเป็นต้นทุนการผลิตและการบริการ และการใช้ทรัพยากรที่เหมาะสมและถูกต้องถือเป็นจุดเริ่มต้นของคุณภาพ

³⁹ ความหมายของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นไปตามค่านิยมตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2550 และ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2554)

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นซึ่งมีตำแหน่ง หรือเงินเดือนประจำ พนักงานหรือบุคคลผู้ปฏิบัติงานในรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ ผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่นซึ่งมิใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะปกครองท้องที่ และให้หมายความรวมถึงกรรมการ อนุกรรมการ ลูกจ้างของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐ และบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางการปกครองของรัฐ

5) ขาดการเผยแพร่ความรู้และสร้างความเข้าใจให้แก่ประชาชน รวมทั้งยังไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการบริหารราชการให้แก่ประชาชน ตลอดจนเจ้าหน้าที่ของรัฐยังขาดการฝึกอบรมในด้านระเบียบและระบบการปฏิบัติราชการ ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถดำเนินการตัดสินใจเพื่อแก้ไขปัญหาและตรวจสอบผลการปฏิบัติงานของภาครัฐได้

ในช่วงศตวรรษที่ 21 สังคมโลกได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้ภาครัฐต้องดำเนินการปรับเปลี่ยนบทบาทและหน้าที่ของตนเพื่อให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ทั้งนี้ นโยบายรัฐในยุคนี้ได้เพิ่มการดำเนินการภายใต้ระบบคิดในเรื่องการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (Participatory Democracy) ซึ่งสอดคล้องกับระบบทุนนิยมแบบเสรี (Liberal Capitalism) ยุคใหม่ซึ่งประกอบด้วยการส่งเสริมและพัฒนาระบบความรู้และความมั่นคงทางเศรษฐกิจ รัฐบาลดำเนินการปกครองโดยมีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี มีการเปิดเสรีโดยใช้ระบบกลไกตลาดในการดำเนินการทางเศรษฐกิจ รวมทั้งมีการเพิ่มบทบาทและส่งเสริมให้เครือข่ายขององค์กรประชาสังคมสามารถเข้ามามีบทบาทในการกำหนดนโยบายสาธารณะ และมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาของสังคมการเมือง⁴⁰

ในด้านความหมายของหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) นั้น ธนาคารโลก (World Bank) ได้มีการศึกษาในประเด็นข้อบกพร่องในการบริหารกิจการบ้านเมืองของรัฐต่าง ๆ โดยได้ให้ความหมายเกี่ยวกับหลักธรรมาภิบาลว่าเป็นการดำเนินกระบวนการนโยบายสาธารณะ (Public Policy) โดยมีการจัดทำบริการสาธารณะ⁴¹ (Public Service) อย่างเปิดเผย มีกระบวนการอันโปร่งใส มีระบบการบริหารงานภาครัฐ (Bureaucracy) ที่มีสำนักแห่งอาชีพ โดยมีรัฐบาลที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารซึ่งมีความรับผิดชอบ (Accountability) อันเกี่ยวกับนโยบายและการกระทำของเจ้าหน้าที่ โดยมีประชาสังคม (Civil Society) ที่เข้มแข็งและเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกิจกรรมสาธารณะ ซึ่งจะต้องยึดมั่นและความเคารพต่อการปกครองโดยหลักนิติธรรม (Rule of Law)⁴² ในขณะที่สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ หรือ UNDP (United Nations

ในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐ

ฯลฯ

ฯลฯ

⁴⁰ ทศพร ศิริสัมพันธ์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการบริหารราชการแนวใหม่*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. หน้า 11.

⁴¹ บริการสาธารณะ เป็นกิจการที่อยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครอง (Administration) จัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชน เพื่อให้ประชาชนได้ใช้ประโยชน์ร่วมกัน โปรดดู ประยูร กาญจนกุล. (2538). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 108.

⁴² ทศพร ศิริสัมพันธ์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40. หน้า 13.

Development Programme) ซึ่งเป็นองค์กรอยู่ในสังกัดขององค์การสหประชาชาติ⁴³ (United Nations) ได้ให้ความหมายในกรณีเกี่ยวกับลัทธิชาตินิยมว่าเป็นการดำเนินการในการจัดสรร แบ่งปัน และจัดการทรัพยากรต่าง ๆ เพื่อสนองต่อความต้องการของส่วนรวมได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ โดยภาครัฐควรจัดให้มีการบริหารและปกครองที่ดีและเป็นระบบ มีกระบวนการที่ยึดหลักความยุติธรรม (Equity) เคารพต่อหลักนิติธรรม มีความโปร่งใสและรับผิดชอบต่อการกระทำของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ และเปิดโอกาสให้สังคมส่วนรวมมีส่วนร่วมในกระบวนการของรัฐ

รัฐบาลไทยมีความตระหนักถึงความสำคัญของลัทธิชาตินิยม เนื่องจากประเทศต้องประสบปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจใน พ.ศ. 2540 โดยภาครัฐมีความเห็นว่าหากนำลัทธิชาตินิยมไปปรับใช้กับการดำเนินงานด้านการบริหารและปกครองประเทศแล้วย่อมทำให้ประเทศไทยได้รับการยอมรับในการดำเนินงานระหว่างประเทศ⁴⁴ และอาจทำให้ประเทศพัฒนาไปในทางที่ดีขึ้นก่อนให้เกิดความเจริญในด้านสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง

ในด้านความสำคัญของลัทธิชาตินิยม นั้น แนวคิดเกี่ยวกับลัทธิชาตินิยมได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่สนับสนุนสังคมประชาธิปไตย (Social Democracy) โดยในประเทศ

⁴³ สหประชาชาติ (United Nations: UN) หรือที่เรียกว่า องค์การสหประชาชาติ เป็นองค์การระหว่างประเทศ (Intergovernmental Organization) ที่มีความมุ่งหมายด้านความร่วมมือระหว่างประเทศ พัฒนาด้านเศรษฐกิจ สังคมของประชากรโลก ชำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ส่งเสริมกระบวนการทางสังคม ด้านสิทธิมนุษยชน ดำเนินการและอำนวยความสะดวกด้านความยุติธรรมและกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งส่งเสริมความสัมพันธ์ของรัฐต่าง ๆ ในระหว่างประเทศ โดยสหประชาชาติก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม พ.ศ. 2488 มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในแมนฮัตตัน (Manhattan) กรุงนิวยอร์ก (New York) สหรัฐอเมริกา (United States of America) โดยมีสมาชิกทั้งหมด 193 ประเทศ ซึ่งมีองค์กรหลักที่สำคัญ คือ สมัชชาใหญ่ คณะมนตรีความมั่นคง คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม สำนักเลขาธิการ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ยังมีองค์กรอื่น ๆ อีก เช่น องค์การอนามัยโลก (World Health Organization: WHO) ยูเนสโก (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization: UNESCO) และยูนิเซฟ (United Nations Children's Fund: UNICEF)

⁴⁴ นอกจากนี้ องค์กรระหว่างประเทศยังมีส่วนสำคัญในการผลักดันให้ประเทศไทยดำเนินการภาครัฐโดยยึดลัทธิชาตินิยม โดยเฉพาะธนาคารโลกที่มีแนวคิดให้รัฐต่าง ๆ ดำเนินการภายใต้ลัทธิชาตินิยม โดยได้เข้าช่วยเหลือประเทศไทยในช่วงวิกฤติเศรษฐกิจเกี่ยวกับการดำเนินการด้านลัทธิชาตินิยม การปรับปรุงหลักเกณฑ์ให้ความช่วยเหลือทางการเกษตร และแก้ไขกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องให้ทันสมัยยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ยังมีกองทุนการเงินระหว่างประเทศ ซึ่งเข้าช่วยเหลือด้านการปรับโครงสร้างของสถาบันการเงิน และการปฏิรูปด้านการบริหารราชการแผ่นดิน

ไทยได้ดำเนินการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁴⁵ ซึ่งมีการกำหนดบทบัญญัติต่าง ๆ ที่มีความสัมพันธ์กับหลักธรรมาภิบาล โดยหากมีการนำแนวคิดตามหลักธรรมาภิบาลให้ปรากฏเป็นรูปธรรมและนำไปสู่การปฏิบัติได้อย่างแท้จริง ย่อมจะทำให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจทางการเมืองและการปกครอง สามารถตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องได้ ซึ่งจะส่งผลให้การบริหารงานแผ่นดินของรัฐมีการตอบสนองตามความต้องการของประชาชนอย่างแท้จริง โดยดำเนินการไปด้วยความเป็นธรรม เป็นที่ยอมรับของภาคประชาชนและองค์กรระหว่างประเทศ และยังสามารถแก้ไขและลดปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่ได้อีกประการหนึ่ง⁴⁶

3. หลักกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องกับหลักธรรมาภิบาลและหลักความโปร่งใสในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

บทบาทและหน้าที่ของรัฐตามแนวคิดของการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตย คือ การทำหน้าที่ในการบริหารและปกครองประเทศให้ระบบสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และการปกครองได้รับการพัฒนา เจริญก้าวหน้า และเติบโตอย่างสมดุล โดยดำเนินการให้เกิดความสุขแก่ประชาชนส่วนรวม (the Public) และสร้างความมั่นคง (Security) ให้แก่ประเทศ ทั้งนี้ รัฐบาลจะต้องดำเนินการบริหารและจัดบริการสาธารณะที่จำเป็นให้แก่ประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ โดยดำเนินการต่าง ๆ ดังนี้⁴⁷

1) มีการวางแผนงานและกำหนดทิศทาง รวมทั้งนโยบายในการพัฒนาประเทศไปสู่อนาคตโดยมุ่งหมายให้เศรษฐกิจและสังคมโดยรวมสามารถพัฒนาไปในหนทางที่ถูกต้อง เหมาะสม และดีที่สุดในที่สุด⁴⁸ สร้างสรรค์การปฏิบัติงานภาครัฐ (Creative Ability in Governmental Function) ให้เกิดความเจริญก้าวหน้าและมีความทัดเทียมกับอารยประเทศภายใต้กระแสการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ปรากฏในคำปรารภว่าซึ่งอยู่ในตอนต้นของรัฐธรรมนูญว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญโดยมีสาระสำคัญเป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพิ่มขึ้น ตลอดทั้งปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้ โดยได้คำนึงถึงความคิดเห็นของประชาชนเป็นสำคัญ

⁴⁶ สถาบันพระปกเกล้า. (2548). *โครงการขยายผลเพื่อนำตัวชี้วัดการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีระดับองค์กรไปสู่การปฏิบัติ*. รายงานการวิจัย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. หน้า 2-2.

⁴⁷ ชงชัย ตันติวงษ์. (2539). *การบริหารของรัฐในยุคโลกาภิวัตน์*. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักนายกรัฐมนตรี. หน้า 7-8.

⁴⁸ สำหรับประเทศไทย การดำเนินการด้านการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมจะวางหลักการสำคัญไว้ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม (National Economic and Social Development Plan) โดยแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560-2564) ได้จัดทำขึ้น โดยได้น้อมนำหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียงมาเป็น

2) บริหารงานแผ่นดินโดยปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลง กล่าวคือ มีการจัดระบบและวิธีการบริหารงานเพื่อให้ทุกหน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น รวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจและสังคม โดยการชี้นำแนวทางและวางกรอบการดำเนินงานที่มีความชัดเจน มีความยืดหยุ่นและเหมาะสม เพื่ออำนวยความสะดวกให้ภาคเอกชน (Private Sector) สามารถประกอบกิจกรรมได้อย่างราบรื่นและเป็นไปตามเป้าหมายและนโยบายของรัฐที่วางไว้

3) จัดระบบการอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ในสิ่งที่จำเป็น⁴⁹ โดยให้มีความพร้อมสำหรับประชาชนที่จะเข้าใช้บริการ และสามารถรองรับความต้องการของประชาชนได้ทุกระดับชั้นอย่างมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน (Equality and Inclusiveness)

การดำเนินการดังกล่าวให้บรรลุผลต้องอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือ ซึ่งกฎหมายนั้นต้องมีมาตรการ (Sanction) ในการดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามนโยบายแห่งรัฐและเจตจำนงร่วมกันของประชาชน ซึ่งจะต้องมีการรับรองและคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และมีการประกันการทำงานของรัฐเพื่อให้ประชาชนเกิดความมั่นใจและเคารพต่อกฎหมาย หลักธรรมาภิบาลเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งที่ควรกำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย

ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้บังคับและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่าง ๆ เพื่อก่อให้เกิดความโปร่งใส มีความเท่าเทียมกัน และป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่ ซึ่งนับตั้งแต่ประเทศไทยประสบปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจใน พ.ศ. 2540 รัฐบาลได้พยายามเสริมสร้างให้มีหลักธรรมาภิบาลในการบริหารจัดการภาครัฐโดยการบัญญัติไว้ในกฎหมาย

ปรัชญานำทางในการพัฒนาประเทศเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องจากแผนพัฒนาเศรษฐกิจฯ ฉบับที่ 9 ถึง ฉบับที่ 11 เพื่อเสริมสร้างภูมิคุ้มกันและช่วยให้สังคมไทยสามารถยืนหยัดอยู่ได้อย่างมั่นคง เกิดภูมิคุ้มกัน และมีการบริหารจัดการความเสี่ยงอย่างเหมาะสม โดยให้มีส่วนร่วมของภาคีในการพัฒนาทุกภาคส่วนทั้งในระดับกลุ่มอาชีพ ระดับภาค และระดับประเทศในทุกขั้นตอนอย่างกว้างขวางและต่อเนื่อง เพื่อร่วมกันกำหนดวิสัยทัศน์และทิศทางการพัฒนาประเทศ รวมทั้งร่วมจัดทำรายละเอียดยุทธศาสตร์ของแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เพื่อมุ่งสู่ความมั่นคง มั่งคั่ง และยั่งยืน

⁴⁹ การจัดบริการสิ่งที่จำเป็น คือ การจัดบริการพื้นฐานสำคัญที่รัฐพึงต้องจัดให้แก่ประชาชนเพื่อการดำรงชีพ ซึ่งได้แก่ จัดให้มีงานทำ บริการส่งเสริมอาชีพ บริการด้านการศึกษาและความรู้ จัดการด้านสาธารณสุข โภคและสาธารณสุขการ จัดสวัสดิการแก่ประชาชน และการรักษาพยาบาล

ฉบับต่าง ๆ อย่างต่อเนื่อง รวมทั้งมีการกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ซึ่งมีการดำเนินการที่สำคัญ ดังนี้⁵⁰

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁵¹ ได้กำหนดวางรากฐานของหลักธรรมาภิบาล ซึ่งมีหลักการที่สำคัญ ได้แก่ การสร้างความโปร่งใสในการบริหารประเทศ (Transparency of National Administration) การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ (Inspection of the Exercise of State Power) การมีส่วนร่วม (Participation) ของทุกภาคส่วนทั้งระดับชาติท้องถิ่น ชุมชน และในทุกระดับตั้งแต่ร่วมรับรู้ไปจนถึงร่วมดำเนินการและร่วมรับผลที่เกิดขึ้น

2) แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2540-2544) และแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2545-2549)⁵² ได้วางหลักสำคัญว่า การบริหารจัดการประเทศต้องเสริมสร้างหลักธรรมาภิบาลให้เข้มแข็ง เพื่อให้เกิดระบบการบริหารและจัดการ (Administration and Management) ที่ดีซึ่งจะไปตามหลักธรรมาภิบาลอันเป็นยุทธศาสตร์สำคัญ (Important Strategy) ที่จะป้องกันและแก้ไขปัญหาที่สะสมจนถึงขั้นวิกฤติทั้งในภาคเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง นอกจากนี้ รัฐบาลจะต้องส่งเสริมค่านิยม และวิถีปฏิบัติที่ซื่อสัตย์ มีความรับผิดชอบ ถูกต้อง เป็นธรรม โปร่งใส และตรวจสอบได้ โดยเฉพาะการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดอันเป็นองค์ประกอบของหลักธรรมาภิบาลดังกล่าว ซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องสร้างให้เกิดขึ้นทั้งในวงการภาครัฐและภาคเอกชนอันเป็นเงื่อนไขสำคัญของการขจัดและป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบ ในการนี้ จะต้องมีการเปรียบเทียบที่เป็นกติกากำหนดบังคับไว้ และต้องปลูกฝังลงไปในระบบการสร้างคนรุ่นใหม่ตั้งแต่เยาว์วัย

3) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2542 และมีผลใช้บังคับ

⁵⁰ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (สำนักงาน ก.พ.ร.). (2552). *คู่มือการจัดระดับการกำกับดูแลองค์การภาครัฐตามหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance Rating)*. กรุงเทพฯ: สำนักงาน ก.พ.ร. หน้า 4-5.

⁵¹ ทั้งนี้ ประเทศไทยได้ดำเนินการต่อเนื่องหลักการดังกล่าวไปยังรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกสองฉบับ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนี้

⁵² นอกจากแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติทั้งสองฉบับนี้แล้ว รัฐบาลยังได้กำหนดเกี่ยวกับหลักธรรมาภิบาลอย่างต่อเนื่องมายังแผนพัฒนาเศรษฐกิจฯ อีกสามฉบับ คือ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2550-2554) แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2555-2559) และแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560-2564)

(Application) ตั้งแต่วันที่ 11 สิงหาคม 2542 เป็นต้นไป ซึ่งเป็นไปตามข้อ 2⁵³ โดยข้อ 4.2⁵⁴ กำหนดการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดีควรจัดหรือส่งเสริมให้สังคมไทยอยู่บนพื้นฐานของหลักสำคัญอย่างน้อย 6 ประการ คือ หลักนิติธรรม หลักคุณธรรม หลักความโปร่งใส หลักความมีส่วนร่วม หลักความรับผิดชอบ และหลักความคุ้มค่า

4) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยมาตรา 3/1 วรรคหนึ่ง⁵⁵ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5)

⁵³ ข้อ 2 ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

⁵⁴ ข้อ 4.2 ในการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดีควรจัดหรือส่งเสริมให้สังคมไทยอยู่บนพื้นฐานของหลักสำคัญอย่างน้อย 6 ประการ ดังนี้

(1) หลักนิติธรรม ได้แก่ การตรากฎหมาย กฎ ข้อบังคับต่าง ๆ ให้ทันสมัยและเป็นธรรม เป็นที่ยอมรับของสังคม และสังคมยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับเหล่านั้น โดยถือว่าเป็นการปกครองภายใต้กฎหมาย มิใช่ตามอำเภอใจหรืออำนาจของตัวบุคคล

(2) หลักคุณธรรม ได้แก่ การยึดมั่นในความถูกต้องดีงาม โดยบรรจงให้เจ้าหน้าที่ของรัฐยึดถือหลักนี้ในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นตัวอย่างแก่สังคมและส่งเสริมสนับสนุนให้ประชาชนพัฒนาตนเองไปพร้อมกัน เพื่อให้คนไทยมีความซื่อสัตย์ จริใจ ขยัน อดทน มีระเบียบวินัย ประกอบอาชีพสุจริตจนเป็นนิสัยประจำชาติ

(3) หลักความโปร่งใส ได้แก่ การสร้างความไว้วางใจซึ่งกันและกันของคนในชาติ โดยปรับปรุงกลไกการทำงานขององค์กรทุกวงการให้มีความโปร่งใส มีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์อย่างตรงไปตรงมา ด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย ประชาชนเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้สะดวก และมีกระบวนการให้ประชาชนตรวจสอบความถูกต้องชัดเจนได้

(4) หลักความมีส่วนร่วม ได้แก่ การเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมรับรู้ และเสนอความเห็นในการตัดสินใจปัญหาสำคัญของประเทศ ไม่ว่าจะด้วยการแจ้งความเห็น การไต่สวนสาธารณะ การประชาพิจารณ์ การแสดงประชามติ หรือการอื่น ๆ

(5) หลักความรับผิดชอบ ได้แก่ การตระหนักในสิทธิหน้าที่ความสำนึกในความรับผิดชอบต่อสังคม การใส่ใจปัญหาสาธารณะของบ้านเมืองและกระตือรือร้นในการแก้ปัญหา ตลอดจนการเคารพในความคิดเห็นที่แตกต่างและความกล้าที่จะยอมรับผลจากการกระทำของตน

(6) หลักความคุ้มค่า ได้แก่ การบริหารจัดการและใช้ทรัพยากรที่มีจำกัดเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ส่วนรวม โดยบรรจงให้คนไทยมีความประหยัดใช้ของอย่างคุ้มค่า สร้างสรรค์สินค้าและบริการที่มีคุณภาพสามารถแข่งขันได้ในเวทีโลก และรักษาพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติให้สมบูรณ์ยั่งยืน

⁵⁵ มาตรา 3/1 การบริหารราชการตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐ ความมีประสิทธิภาพ ความคุ้มค่าในเชิงภารกิจแห่งรัฐ การลดขั้นตอนการปฏิบัติงาน การลดภารกิจและยุบเลิกหน่วยงานที่ไม่จำเป็น การกระจายภารกิจและทรัพยากรให้แก่ท้องถิ่น การกระจายอำนาจตัดสินใจ การอำนวยความสะดวก และการตอบสนองความต้องการของประชาชน ทั้งนี้ โดยมีผู้รับผิดชอบต่อผลของงาน

พ.ศ. 2545 ได้วางหลักว่า การบริหารราชการต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนเกิดผลสัมฤทธิ์ ต่อภารกิจของรัฐ โดยมีประสิทธิภาพ มีความคุ้มค่าเชิงภารกิจแห่งรัฐ ลดขั้นตอนการปฏิบัติงาน ลด ภารกิจและยุบเลิกหน่วยงานที่ไม่จำเป็น กระจายภารกิจและทรัพยากรให้แก่ท้องถิ่น กระจายอำนาจ การตัดสินใจ การอำนวยความสะดวก และการสนองตอบความต้องการของประชาชน โดยมีผู้รับผิดชอบ ต่อผลของงาน

5) พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา (Government Gazette) เมื่อวันที่ 9 ตุลาคม 2546⁵⁶ และมีผลใช้ บังคับเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2546 ซึ่งเป็นไปตามนัยมาตรา 2⁵⁷ โดยกำหนดเป้าหมายของการบริหาร กิจการบ้านเมืองที่ดีไว้ในมาตรา 6⁵⁸ คือ เกิดประโยชน์สุขของประชาชน เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจ ของรัฐ มีประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าในเชิงภารกิจของรัฐ ไม่มีขั้นตอนการปฏิบัติงานเกิน ความจำเป็น มีการปรับปรุงภารกิจของส่วนราชการให้ทันต่อเหตุการณ์ ประชาชนได้รับการอำนวยความสะดวกและได้รับการตอบสนองความต้องการ และมีการประเมินผลการปฏิบัติราชการอย่าง สม่าเสมอ

นอกจากบทบัญญัติกฎหมายและแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมดังกล่าวแล้ว ยังมี การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักธรรมาภิบาลไว้ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและ การบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งหากพิจารณาตามทฤษฎีของหลักธรรมาภิบาล (Theory of Good Governance) ที่ได้กล่าวมาแล้วจะพบว่ามิตบทบัญญัติต่าง ๆ ที่สำคัญ ดังนี้

๑๓๑

๑๓๑

⁵⁶ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ประกาศในราชกิจ จานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 100 ก ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2546

⁵⁷ มาตรา 2 พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

⁵⁸ มาตรา 6 การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ได้แก่ การบริหารราชการเพื่อบรรลุเป้าหมาย ดังต่อไปนี้

- (1) เกิดประโยชน์สุขของประชาชน
- (2) เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจภาครัฐ
- (3) มีประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าในเชิงภารกิจของรัฐ
- (4) ไม่มีขั้นตอนการปฏิบัติงานเกินความจำเป็น
- (5) มีการปรับปรุงภารกิจของส่วนราชการให้ทันต่อสถานการณ์
- (6) ประชาชนได้รับการอำนวยความสะดวกและได้รับการตอบสนองความต้องการ
- (7) มีการประเมินผลต่อการปฏิบัติราชการอย่างสม่ำเสมอ

1) การมีส่วนร่วม พระราชบัญญัตินี้มีการกำหนดไว้บทบัญญัติของหมวด 2 การมีส่วนร่วมของภาคประชาชนและผู้ประกอบการในการป้องกันการทุจริต ซึ่งมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

(1.1) การกำหนดให้หน่วยงานของรัฐจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการสังเกตการณ์ (Observation) ขึ้นตอนหนึ่งขึ้นตอนใดของการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ (มาตรา 16⁵⁹)

(1.2) นอกจากการกำหนดให้มีการจัดทำข้อตกลงคุณธรรม (Integrity Pact) ตามโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐแล้ว คณะกรรมการ ค.ป.ท. อาจกำหนดวิธีการ โดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่ออำนวยความสะดวกให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐได้ (มาตรา 17⁶⁰)

(1.3) การให้มีผู้สังเกตการณ์ (Observer) ในการจัดซื้อจัดจ้างตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดของพัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างและร่างเอกสารเชิญชวนจนถึงขั้นตอนสิ้นสุดโครงการ แล้วให้รายงานความเห็นพร้อมข้อเสนอแนะต่อคณะกรรมการ ค.ป.ท. ทราบด้วย (มาตรา 18⁶¹)

⁵⁹ มาตรา 16 เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ให้หน่วยงานของรัฐจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการสังเกตการณ์ขึ้นตอนหนึ่งขึ้นตอนใดของการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐตามที่กำหนดไว้ในหมวดนี้

⁶⁰ มาตรา 17 ในการดำเนินการตามมาตรา 16 คณะกรรมการ ค.ป.ท. อาจกำหนดให้มีการจัดทำข้อตกลงคุณธรรมตามโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตามมาตรา 18 ก็ได้ ทั้งนี้ การจัดซื้อจัดจ้างที่ต้องจัดทำข้อตกลงคุณธรรมดังกล่าวให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการ ค.ป.ท. ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา โดยอย่างน้อยให้คำนึงถึงวงเงินของการจัดซื้อจัดจ้าง มาตรการป้องกันการทุจริต การจัดซื้อจัดจ้างที่มีความเสี่ยงต่อการทุจริต และความคล่องตัวในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐเพื่อประกอบการพิจารณาด้วย

คณะกรรมการ ค.ป.ท. อาจกำหนดวิธีการนอกเหนือจากวรรคหนึ่งเพื่ออำนวยความสะดวกให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐก็ได้ ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการ ค.ป.ท. ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

⁶¹ มาตรา 18 ข้อตกลงคุณธรรมตามโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ให้จัดทำเป็นข้อตกลงร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการและผู้ประกอบการที่จะเข้ายื่นข้อเสนอ โดยฝ่ายหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการและฝ่ายผู้ประกอบการที่จะเข้ายื่นข้อเสนอดังกล่าวจะต้องตกลงกันว่าจะไม่กระทำการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง และให้มีผู้สังเกตการณ์ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ ที่จำเป็นต่อโครงการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ๆ เข้าร่วมสังเกตการณ์ในการจัดซื้อจัดจ้างตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดของพัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างและร่างเอกสารเชิญชวนจนถึงขั้นตอนสิ้นสุดโครงการ โดยผู้สังเกตการณ์ต้องมีความเป็นกลางและไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในโครงการการจัดซื้อจัดจ้างนั้น แล้วให้รายงานความเห็นพร้อมข้อเสนอแนะต่อคณะกรรมการ ค.ป.ท. ทราบด้วย

2) หลักนิติธรรม ในพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้มีคณะกรรมการนโยบายซึ่งมีอำนาจหน้าที่ (Power and Duty) เสนอแนะแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (มาตรา 24 (2)⁶²)

3) ความโปร่งใส โดยพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้การจัดการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องสอดคล้องกับหลักการ โปร่งใส โดยการการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย (มาตรา 8 (2)⁶³)

4) การตอบสนอง ซึ่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วอาจแก้ไขได้หากเป็นการตอบสนองเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 97 (3)⁶⁴ และยังกำหนดให้การตกลงกับคู่สัญญาที่จะบอกเลิกสัญญาหรือ

แนวทางและวิธีการในการดำเนินงาน โครงการ แบบของข้อตกลงคุณธรรม การคัดเลือกผู้สังเกตการณ์ และการจัดทำรายงานตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการ ค.ป.ท. ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

⁶² มาตรา 24 ให้คณะกรรมการนโยบายมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) เสนอแนะนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต่อคณะรัฐมนตรี

(2) เสนอแนะแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

๑๓๑

๑๓๑

⁶³ มาตรา 8 การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการ ดังต่อไปนี้

(1) คุ้มค่า โดยพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างต้องมีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของหน่วยงานของรัฐ มีราคาที่เหมาะสม และมีแผนการบริหารพัสดุที่เหมาะสมและชัดเจน

(2) โปร่งใส โดยการการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายโดยเท่าเทียมกัน มีระยะเวลาที่เหมาะสมและเพียงพอต่อการยื่นข้อเสนอ มีหลักฐานการดำเนินงานชัดเจน และมีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในทุกขั้นตอน

๑๓๑

๑๓๑

⁶⁴ มาตรา 97 สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขได้

(1) เป็นการแก้ไขตามมาตรา 93 วรรคห้า

(2) ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง หากการแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียหาย

(3) เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ

๑๓๑

๑๓๑

ข้อตกลงนั้น ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาได้หากเป็นการตอบสนองเพื่อประโยชน์สาธารณะ (มาตรา 103 วรรคสอง⁶⁵)

5) การดำเนินการร่วมกันโดยฉันทามติ พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้มีการจัดทำข้อตกลงคุณธรรมตามโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ให้จัดทำเป็นข้อตกลงร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการและผู้ประกอบการที่จะเข้ายื่นข้อเสนอ โดยทั้งสองฝ่ายทำความตกลงกันว่าจะไม่กระทำการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง (มาตรา 18) ส่วนการดำเนินงานของหน่วยราชการนั้น กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ร่วมกันจัดทำโครงสร้างกรมบัญชีกลาง (Comptroller General's Department) กรอบอัตรากำลังข้าราชการและพนักงานราชการ และกำหนดงบประมาณ รวมทั้งการดำเนินการอื่นใดอันจำเป็น เพื่อรองรับการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของกรมบัญชีกลาง (มาตรา 132⁶⁶)

6) ความเป็นธรรมและความเท่าเทียม ทั้งนี้ พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องสอดคล้องกับหลักการเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม (Fair Competition) และมีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายโดยเท่าเทียมกัน (มาตรา 8 (2))

7) ประสิทธิภาพและประสิทธิผล ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้การปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุโดยใช้เงินงบประมาณ (Budget) เป็นไปอย่างมี

⁶⁵ มาตรา 103 ในกรณีที่มีเหตุบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงต่อไปนี้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงกับคู่สัญญา

(1) เหตุตามที่กฎหมายกำหนด

๑๗๑

๑๗๑

การตกลงกับคู่สัญญาที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาได้เฉพาะในกรณีที่ เป็นประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐโดยตรงหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของหน่วยงานของรัฐในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป

๑๗๑

๑๗๑

⁶⁶ มาตรา 132 ให้กระทรวงการคลัง กรมบัญชีกลาง สำนักงาน ก.พ.ร. สำนักงาน ก.พ. สำนักงานงบประมาณ และหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องร่วมกันจัดทำโครงสร้างกรมบัญชีกลาง กรอบอัตรากำลังข้าราชการและพนักงานราชการ และกำหนดงบประมาณ รวมทั้งการดำเนินการอื่นใดอันจำเป็น เพื่อรองรับการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของกรมบัญชีกลางตามพระราชบัญญัตินี้ ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

ประสิทธิภาพ (มาตรา 6 วรรคหนึ่ง⁶⁷) บัญญัติให้มีคณะกรรมการนโยบายซึ่งมีอำนาจหน้าที่เสนอแนะแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต่อคณะรัฐมนตรี (มาตรา 24 (2)) กำหนดให้กรมบัญชีกลางจัดทำรายงานเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการพร้อมข้อเสนอแนะเพื่อพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐเสนอคณะกรรมการนโยบาย (มาตรา 48 วรรคหนึ่ง⁶⁸) บัญญัติให้พิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ (มาตรา 106 วรรคหนึ่ง⁶⁹) กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกระเบียบกำหนดการประเมินผลการปฏิบัติงานอื่นนอกเหนือจากความสามารถในการปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาก็ได้ เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น (มาตรา 108⁷⁰) ส่วนเกณฑ์เรื่องประสิทธิผลนั้นมีบัญญัติไว้ร่วมกับหลักในเรื่องประสิทธิภาพโดยกำหนดให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุนั้น หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล (มาตรา 8 (3)⁷¹)

⁶⁷ มาตรา 6 เพื่อให้การปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุโดยใช้เงินงบประมาณเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เกิดความคุ้มค่าต่อภารกิจของรัฐ และป้องกันปัญหาการทุจริต ให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ และกฎกระทรวง ระเบียบ และประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้

๑๗๑

๑๗๑

⁶⁸ มาตรา 48 ให้กรมบัญชีกลางมีหน้าที่รวบรวม วิเคราะห์ และประเมินผลการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้ และจัดทำรายงานเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการพร้อมข้อเสนอแนะเพื่อพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐเสนอคณะกรรมการนโยบายอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

๑๗๑

๑๗๑

⁶⁹ มาตรา 106 เพื่อประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐ ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ให้หน่วยงานของรัฐประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการที่เข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐ

๑๗๑

๑๗๑

⁷⁰ มาตรา 108 ในกรณีที่เห็นสมควร รัฐมนตรีอาจออกระเบียบกำหนดการประเมินผลการปฏิบัติงานอื่นนอกเหนือจากความสามารถในการปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาก็ได้ เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และให้นำบทบัญญัติมาตรา 106 วรรคสามและวรรคสี่ มาใช้บังคับกับการประเมินผลการปฏิบัติงานอื่นโดยอนุโลม

⁷¹ มาตรา 8 การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการ ดังต่อไปนี้

(1) คุ้มค่า โดยพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างต้องมีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของหน่วยงานของรัฐ มีราคาที่เหมาะสม และมีแผนการบริหารพัสดุที่เหมาะสมและชัดเจน

8) ความรับผิดชอบ โดยพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุแต่ละครั้ง ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งผู้รับผิดชอบการจัดซื้อจัดจ้างนั้น (มาตรา 61 วรรคหนึ่ง⁷²) บัญญัติให้ การดำเนินงานจ้างที่ปรึกษาแต่ละครั้ง ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินงานจ้างที่ปรึกษา เพื่อรับผิดชอบในการดำเนินงานจ้างที่ปรึกษานั้น (มาตรา 74 วรรคหนึ่ง⁷³) กำหนดให้การดำเนินงาน จ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างแต่ละครั้ง ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินงานจ้าง ออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง เพื่อรับผิดชอบในการดำเนินงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงาน ก่อสร้างนั้น (มาตรา 89 วรรคหนึ่ง⁷⁴) บัญญัติให้การดำเนินการตามสัญญาหรือข้อตกลง ให้ผู้มี อำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจรับพัสดุเพื่อรับผิดชอบการบริหารสัญญาหรือข้อตกลงและ การตรวจรับพัสดุ (มาตรา 100 วรรคหนึ่ง⁷⁵) และกำหนดให้มีผู้ควบคุมงานซึ่งแต่งตั้งโดยผู้มีอำนาจ เพื่อรับผิดชอบในการควบคุมงานก่อสร้างนั้น (มาตรา 101 วรรคหนึ่ง⁷⁶)

๑๗๑

๑๗๑

(3) มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยต้องมีการวางแผนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ล่วงหน้าเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีกำหนดเวลาที่เหมาะสมโดยมี การประเมินและเปิดเผยผลสัมฤทธิ์ของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

๑๗๑

๑๗๑

⁷² มาตรา 61 ในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุแต่ละครั้ง ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งผู้รับผิดชอบการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ซึ่งจะกระทำ โดยคณะกรรมการการจัดซื้อจัดจ้างหรือเจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่งก็ได้

๑๗๑

๑๗๑

⁷³ มาตรา 74 ในการดำเนินงานจ้างที่ปรึกษาแต่ละครั้ง ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินงานจ้างที่ปรึกษา เพื่อรับผิดชอบในการดำเนินงานจ้างที่ปรึกษานั้น

๑๗๑

๑๗๑

⁷⁴ มาตรา 89 ในการดำเนินงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างแต่ละครั้ง ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการ ดำเนินงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง เพื่อรับผิดชอบในการดำเนินงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงาน ก่อสร้างนั้น

๑๗๑

๑๗๑

⁷⁵ มาตรา 100 ในการดำเนินการตามสัญญาหรือข้อตกลง ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจรับพัสดุ เพื่อรับผิดชอบการบริหารสัญญาหรือข้อตกลงและการตรวจรับพัสดุ

๑๗๑

๑๗๑

⁷⁶ มาตรา 101 งานจ้างก่อสร้างที่มีขั้นตอนการดำเนินการเป็นระยะ ๆ อันจำเป็นต้องมีการควบคุมงานอย่างใกล้ชิด หรือมีเงื่อนไขการจ่ายเงินเป็นงวดตามความก้าวหน้าของงาน ให้มีผู้ควบคุมงานซึ่งแต่งตั้งโดยผู้มีอำนาจเพื่อ รับผิดชอบในการควบคุมงานก่อสร้างนั้น

๑๗๑

๑๗๑

นอกจากหลักธรรมาภิบาลซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการนำมาเป็นหลักเกณฑ์ของ บทบัญญัติในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แล้ว ยังมีหลัก สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ บริการสาธารณะ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการดำเนินกิจกรรมที่ หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ เพื่อตอบสนองต่อความ ต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม

บริการสาธารณะหลักพื้นฐานของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

บริการสาธารณะ (Service Public) เป็นแนวคิดตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (Droit Administratif Français) โดยคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) และศาลคดีขัดกัน⁷⁷ (Tribunal des Conflits) ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วินิจฉัยวางแนวคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ซึ่งถือว่า บริการสาธารณะเป็นการดำเนินกิจกรรมสาธารณะ (Activité Publique) อันมีความแตกต่างไปจาก กิจกรรมของเอกชนหรือปัจเจกชนทั่วไป (Activité des Particuliers) โดยกิจกรรมสาธารณะนั้นเป็น การจัดการด้านวิสาหกิจทั้งหลายเพื่อตอบสนองต่อความต้องการที่เป็นประโยชน์ส่วนรวม (Intérêt Général) ในด้านความคิดตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนี้ บริการสาธารณะถือเป็นแนวทางที่ กำหนดกรอบในการดำเนินการตามกฎหมายปกครอง และเป็นหลักการที่ให้แนวทางแก่ตุลาการ ศาลปกครอง (Juge Administratif) ที่จะวินิจฉัยในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ศาลปกครองจะวินิจฉัยในคดีพิพาทว่าการแก้ไขปัญหานั้นหลายของฝ่ายปกครองนั้นมีความ เหมาะสมตามหลักกฎหมายปกครองโดยสามารถอธิบายถึงความจำเป็นในการใช้อำนาจของ ฝ่ายปกครองโดยตอบสนองต่อบริการสาธารณะได้เหมาะสมหรือไม่⁷⁸

⁷⁷ ศาลในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นระบบศาลคู่ (Dualisme Juridictionnel) ซึ่งประกอบด้วยศาลสองระบบ (Deux Juridictions) คือ (1) ระบบศาลปกครอง (Ordre Administrative) มีสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) เป็นศาลสูงสุด และ (2) ระบบศาลยุติธรรม (Ordre Judiciaire) มีศาลฎีกา (Cour de Cassation) เป็นศาลสูงสุด ระบบศาลคู่ใน สาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่ากฎหมายปกครอง (Droit Administratif) เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของศาลปกครอง (Juridictions Administratives) ส่วนกฎหมายแพ่ง (Droit Privé) เป็นเขตอำนาจของศาลยุติธรรม (Juridictions Judiciaires) ปัญหาของระบบศาลคู่ คือ คดีพิพาทที่เกิดขึ้นจะใช้กฎหมายใดบังคับเพื่อระงับข้อพิพาท ระหว่าง กฎหมายปกครองกับกฎหมายแพ่ง และอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม เพื่อแก้ไขปัญหานี้ จึงได้มีการจัดตั้งศาลคดีขัดกันขึ้น โดยให้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดในปัญหาดังกล่าว การจัดตั้ง ศาลคดีขัดกันถือเป็นการประกันดุลยภาพระหว่างเขตอำนาจของศาลทั้งสองระบบนี้ โปรดดู Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien. 2000. *Droit administratif*. 7^e édition. Paris: Armand Colin. pp. 598-599.

⁷⁸ Jean Rivero et Jean Waline. 2000. *Droit administratif*. 18^e édition. Paris: Dalloz. p. 29.

บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ (Intérêt Public) เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของภาคมหาชน ซึ่งเป็นบุคคล โดยส่วนรวม เช่น การดำเนินการเพื่อจัดทำสาธารณูปโภค⁷⁹ (Utilité Publique) สาธารณูปการ⁸⁰ (Assistance Publique) และการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อสนองตอบต่อความต้องการของมหาชน⁸¹ ทั้งนี้ บริการสาธารณะเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งซึ่งเป็นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจมหาชน (Pouvoir Public) ในการดำเนินภารกิจหลักของรัฐเพื่อสร้างประโยชน์ให้แก่ประชาชนซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง (les Administrés) ในลักษณะที่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม เช่น การใช้อำนาจมหาชนดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ดังนั้น กิจกรรมและการดำเนินการบางประการของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง (Administration) จึงมีความจำเป็นที่ต้องอาศัยอำนาจที่เหนือกว่าประชาชนโดยอาจบังคับให้ประชาชนบางส่วนดำเนินการในบางกรณีเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยส่วนรวม ซึ่งเป็นประชาชนโดยส่วนใหญ่ เช่น การเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนเพื่อนำมาทำกิจกรรมอันเป็นประโยชน์ในด้านการสาธารณูปโภคหรือสาธารณูปการ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองดังกล่าวนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ⁸² (Intérêt Public) ของประชาชนส่วนใหญ่ ซึ่งเป็นไปตามหลักบริการสาธารณะในเรื่องการใช้อำนาจทางมหาชนของรัฐ

การดำเนินงานของฝ่ายปกครองที่เป็นกิจการในด้านบริการสาธารณะนั้น เป็นกิจการของฝ่ายปกครองที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเป็นกิจการในลักษณะหนึ่งซึ่งรัฐมีหน้าที่

⁷⁹ สาธารณูปโภค หมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์

⁸⁰ สาธารณูปการ หมายถึง กิจการเกี่ยวกับการสงเคราะห์บุคคลที่ไม่สามารถช่วยตัวเองได้ เช่น คนชรา คนพิการ เด็กกำพร้า รวมถึงการก่อสร้างและบูรณปฏิสังขรณ์ทางศาสนา ซึ่งถือเป็นตัวอย่างของงานด้านสาธารณูปการ ทั้งนี้ โปรดดู ความหมายของคำว่า สาธารณูปโภค และ สาธารณูปการ จาก ราชบัณฑิตยสถาน. 2556. **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554**. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน. หน้า 1214.

⁸¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 304.

⁸² สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 37 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรม ภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของ ตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความเสียหายจากการเวนคืน โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ผลกระทบต่อผู้ถูกเวนคืน รวมทั้งประโยชน์ที่ผู้ถูกเวนคืนอาจได้รับจากการเวนคืนนั้น

ต้องจัดทำขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม หากมีกรณีที่ประชาชนเกิดความไม่พอใจอันเนื่องมาจากรัฐไม่สามารถตอบสนองความต้องการทางสังคมได้ การสร้างบริการสาธารณะขึ้นมานั้น อย่างน้อยย่อมถือเป็นการรับรอง (Assurance) ของรัฐซึ่งมีนัยอันสำคัญว่า รัฐจักดำเนินการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งจะสอดคล้องกับกิจการของฝ่ายปกครองอันจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจทางมหาชนเพื่อกำหนดการดำเนินการด้านบริการสาธารณะนั้น⁸³ อย่างไรก็ตาม กิจการใดจะถือเป็นบริการสาธารณะนั้น อาจพิจารณาได้จากลักษณะของกิจการนั้น โดยกิจการเช่นว่านั้นต้องมีการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ และสามารถตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมได้ ซึ่งหากกิจการใดต้องหยุดดำเนินการลงแล้วจะทำให้เกิดความวุ่นวาย เดือดร้อน และเกิดความไม่สงบสุขขึ้นในสังคม กิจการนั้นย่อมถือเป็นการบริการสาธารณะ ทั้งนี้ หากปรากฏว่า กิจการใดเป็นกิจการบริการสาธารณะแล้ว รัฐก็ต้องเข้าดำเนินการเองหรือเข้าแทรกแซงหรือเข้าร่วมดำเนินการในกิจการนั้น เช่น ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสช่วงเดือนตุลาคม ค.ศ. 1910 มีเหตุการณ์ในการนัดหยุดงานของพนักงานรถไฟในประเทศ แม้จะมีการหยุดการขนส่งและการโดยสารรถไฟเพียงบางส่วนและมีระยะเวลาอันไม่นานก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวทำให้ความต้องการในด้านการขนส่งและการเดินทางติดต่อกันของประชาชนไม่ได้รับการตอบสนอง (Le Responsable) โดยต้องหยุดชะงักลง (Interruption) กรณีเช่นนี้ย่อมส่งผลให้เกิดความวุ่นวายและความเดือดร้อนขึ้นแก่ผู้ใช้บริการขนส่งและโดยสารทางรถไฟ ดังนั้น การรถไฟจึงเป็นบริการสาธารณะ⁸⁴

กิจการใดจะเป็นบริการสาธารณะจึงต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ ดังนี้⁸⁵

- 1) กิจการนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม
- 2) หากกิจการนั้นหยุดดำเนินการลงจะส่งผลให้เกิดความวุ่นวาย เดือดร้อน และเกิดความไม่สงบสุขขึ้นในสังคม

เมื่อกิจการใดเป็นบริการสาธารณะแล้ว ผลในทางกฎหมายมหาชน (Droit Public) คือ กฎหมายควรกำหนดให้รัฐมีอำนาจเข้าดำเนินการ หรือเข้าแทรกแซง หรือเข้าร่วมดำเนินการในกิจการนั้น เพราะบริการสาธารณะที่มีข้อบกพร่องหรือต้องหยุดชะงักการดำเนินการย่อมมีผลกระทบต่อประชาชนโดยส่วนรวม

⁸³ Jean Rivero et Jean Waline. 2000. *Droit administratif*. n.p. p. 441.

⁸⁴ Léon Duguit. 1928. *Traité de droit constitutionnel, Tome 2*. 3^e édition. Paris: E. de Boccard. p. 57.

⁸⁵ พัชฌา จิตรมหีมา. (2553). “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”. *วารสารกฎหมายปกครอง*. เล่ม 27. ตอน 3. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 5.

1. พัฒนาการของแนวคิดอันเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

แนวคิดในเรื่องบริการสาธารณะนั้นมาจากพัฒนาการด้านสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง ซึ่งเป็นแนวคิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ทั้งนี้ ในช่วงก่อน ค.ศ.1789 ซึ่งเป็นระยะเวลาก่อนที่จะมีการปฏิวัติฝรั่งเศส⁸⁶ (Révolution Française) นั้น ประเทศฝรั่งเศสยังไม่ได้ปกครองในระบอบสาธารณรัฐ (République) แต่มีระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Monarchie Absolue) โดยในยุคนี้ กษัตริย์เป็นผู้ปกครองและมีสิทธิเด็ดขาดในการบริหารประเทศ ในระบอบการปกครองของฝรั่งเศสนี้ กษัตริย์ถือพระองค์เป็นกฎหมาย กล่าวคือ ที่มาของกฎหมายทั้งปวงอยู่ที่กษัตริย์ ซึ่งบรรดาคำสั่งหรือความต้องการทั้งหลายของกษัตริย์ล้วนแต่มีผลบังคับต่อราษฎรในฐานะเป็นกฎหมาย ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นี้ กษัตริย์ทรงเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารและปกครองประเทศ ซึ่งเป็นไปตามพระราชอัชฌาศัย โดยมีอำนาจอธิปไตย⁸⁷ (Souveraineté) อันเป็นอำนาจสูงสุดและเด็ดขาด ทั้งในทางนิติบัญญัติ (Pouvoir Législatif) บริหาร (Pouvoir Administratif) และตุลาการ (Pouvoir Judiciaire) มีหลักที่ยึดถือว่ากษัตริย์ไม่อาจทำผิดได้ โดยบุคคลใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องกษัตริย์มิได้ จึงอาจกล่าวได้ว่ากษัตริย์อยู่เหนือความรับผิดชอบทั้งปวง กรณีนี้จึงเป็นผลทำให้การบริหารราชการแผ่นดินมีลักษณะที่กษัตริย์ทรงมีพระบรมราชโองการให้ขุนนางข้าราชการบริหาร บาทหลวง และราษฎรปฏิบัติตามพระราชประสงค์มากกว่าที่จะมีลักษณะเป็นรัฐที่ให้บริการแก่ประชาชน ทั้งนี้ ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นี้ ผู้แทนส่วนพระองค์หรือข้าราชการก็ถือว่าไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งความรับผิดชอบต่อราษฎรเช่นเดียวกัน แต่ยังคงอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของกษัตริย์⁸⁸

หลังการปฏิวัติฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1789 มีการเปลี่ยนแปลงเป็นระบอบสาธารณรัฐและเกิดแนวคิดใหม่ทางการเมืองและการปกครอง มีผลทำให้อำนาจหน้าที่ทางการปกครองเปลี่ยนมา

⁸⁶ การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 นับเป็นเหตุการณ์แห่งการปฏิวัติที่สำคัญประการหนึ่งของโลก ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ในฝรั่งเศส เป็นการโค่นล้มระบอบแบบดั้งเดิม (Ancien Régime) จากระบอบการปกครองสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยเปลี่ยนแปลงมาเป็นระบอบสาธารณรัฐ โปรดดู François Furet. (1988).

La Révolution de Turgot à Jules Ferry 1770-1880. Rennes: Hachette. pp. 21-22.

⁸⁷ อำนาจอธิปไตย หมายถึง อำนาจสูงสุดเหนือประชาชนในรัฐ ซึ่งไม่อาจถูกจำกัดหรือยับยั้งโดยกฎหมายใด อำนาจอธิปไตยถือเป็นอำนาจเหนือพลเมืองของรัฐ เป็นอำนาจเด็ดขาด และเป็นนิรันดร์ ข้อความคิดนี้เป็นแนวคิดของฌอง โบแดง (Jean Bodin ค.ศ. 1530-1596) มีผลต่อการอธิบายความชอบธรรมและการดำรงอำนาจผู้ปกครองซึ่งเป็นกษัตริย์ โดยมีอำนาจบริบูรณ์ เป็นนิรันดร์ หากจำเป็นต้องพึ่งพาอาศัยอำนาจอื่นใด ซึ่งอำนาจอธิปไตยไม่อาจถูกยับยั้งหรือถูกจำกัดโดยกฎหมายใด (*legibus soluta*) โปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์. 2552. *นิติปรัชญา*. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 168-172.

⁸⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2531). *ทฤษฎีกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 59-61.

เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารซึ่งอยู่ภายใต้ระบบรัฐสภา ทำให้การใช้อำนาจดังกล่าวต้องกระทำภายใต้กฎหมาย (Loi) ที่ตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจรัฐสภา ซึ่งการนิติบัญญัติจะมีความเกี่ยวข้องกับการบริหารประเทศ โดยการบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารจะต้องมีวัตถุประสงค์และคำนึงถึงประโยชน์ของพลเมือง (Citoyen) แห่งสาธารณรัฐเป็นหลัก โดยมีหลักการแยกอำนาจบริหารออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ ส่งผลให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสยอมรับในเรื่องหลักความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจทางปกครองไปก่อให้เกิดความเสียหายต่อพลเมือง

การปกครองในระบอบสาธารณรัฐฝรั่งเศสในช่วงศตวรรษที่ 19 นักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสมีแนวคิดว่ากฎหมายปกครองได้รับการบัญญัติขึ้นบนพื้นฐานของหลักที่ว่าด้วยอำนาจมหาชน (Pouvoir Public) ซึ่งก่อให้เกิดแนวคิดในทางกฎหมายว่า รัฐเท่านั้นที่เป็นผู้กำหนดและใช้บังคับกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐทั้งหมดไม่จำเป็นต้องดำเนินการโดยใช้อำนาจมหาชนเสมอไป กรณีดังกล่าวจึงก่อให้เกิดแนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจมหาชนและการจัดการด้านกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐ โดยมีการกำหนดขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายปกครอง (Champ d'Application du Droit Administratif) ซึ่งถือเป็นเกณฑ์สำคัญในการแบ่งแยกอำนาจระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรม ทั้งนี้ กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับอำนาจทางปกครองนั้น จะเป็นกิจกรรมทั้งหลายซึ่งดำเนินการโดยองค์กรของรัฐ (Organe d'État) และบางกรณีอาจเป็นการใช้อำนาจโดยฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งถือเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว⁸⁹ (Actes Administratifs Unilatéraux) โดยนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้อยู่ใต้ปกครอง (Consentement des Administrés) โดยเหตุที่ว่า คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความผูกพันโดยเป็นการกระทำในลักษณะที่เกิดขึ้นเพียงฝ่ายเดียว (Unilatéral) ทั้งนี้ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้น อาจเกิดขึ้นโดยนิติบุคคลทางมหาชน (Personne Publique⁹⁰) หรืออาจเกิดขึ้นจากบุคคลที่เป็นฝ่ายเอกชน (Personne Privée)

⁸⁹ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เป็นนิติกรรม (Acte Juridique) ที่ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดหน้าที่ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้ฝ่ายเดียว โดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม เพราะในทางกฎหมายมหาชนนั้น ฝ่ายปกครองมีฐานะเหนือกว่าฝ่ายผู้อยู่ใต้ปกครอง เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ลักษณะนี้มีความแตกต่างไปจากนิติกรรมฝ่ายเดียวตามกฎหมายแพ่ง (Droit Privé) ที่ตามกฎหมายถือว่าเอกชนทั้งสองฝ่ายต่างอยู่ในฐานะอันเท่าเทียมกัน ดังนั้น หากปรากฏว่า เอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ยินยอมแล้ว เอกชนอีกฝ่ายหนึ่งย่อมไม่อาจกำหนดหน้าที่ให้แก่ฝ่ายที่ไม่ยินยอมได้ โปรดดู ชาญชัย แสงศักดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 278.

⁹⁰ คำว่า Personne Publique ในกรณีนี้จะเรียกว่า นิติบุคคลทางมหาชน แต่อันที่จริงแล้ว คำว่า Personne Publique เป็นศัพท์ทางกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งหมายถึง สถาบันทางมหาชนที่มีลักษณะเป็นบุคคลทางกฎหมาย (Institution

ซึ่งมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเป็นการบริการสาธารณะทางปกครอง (Service Public Administratif) รวมทั้งการบริการสาธารณะในลักษณะอุตสาหกรรมและการพาณิชย์ (Service Public à Caractère Industriel et Commercial) ก็ได้ นอกจากนี้ ตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวยังเป็นการกระทำซึ่งอาจโต้แย้งทางกฎหมายได้ โดยการนำไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองซึ่งกล่าวหาว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำเกินกว่าอำนาจ (Recours pour Excès de Pouvoir)⁹¹

การใช้อำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้น เป็นอำนาจทางมหาชนซึ่งถือเป็นการแสดงออกถึงเจตจำนงแห่งการบังคับ ทั้งนี้ รัฐหรือตัวแทนของรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ปกครอง โดยเอกชนหรือปัจเจกชนทั่วไปนั้น ไม่อาจดำเนินการใดในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจเช่นนี้ได้ และเพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้อำนาจมหาชนนี้ จึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายปกครอง ในขณะเดียวกัน ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจทางปกครองนี้จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจของการวินิจฉัยและชี้ขาดตัดสินคดีโดยศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม การดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองนั้นไม่ได้หมายความว่า หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอยู่ในฐานะเป็นฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจในการบังคับที่อยู่เหนือผู้อยู่ใต้ปกครองเสมอไป บางกรณี ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการในลักษณะที่คล้ายคลึงกับการดำเนินการของฝ่ายเอกชนก็ได้ เช่น การที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเข้าทำสัญญาทางแพ่งกับเอกชน⁹² ในกรณีเช่นนี้ การกระทำของฝ่ายปกครองก็ย่อมมีลักษณะไม่แตกต่างไปจาก

publique qui a la personnalité juridique.) ความหมายของคำดังกล่าวนี้ ดูได้จาก Pierre Lerat. (2007). *Vocabulaire du juriste débutant : décrypter le langage juridique*. Paris: Ellipses. p. 185.

⁹¹ Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien. (2000). *Droit administratif*. 7^e édition, Paris: Armand Colin. p. 414.

⁹² ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่า สัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมดมิได้เป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป เพราะเหตุว่ามีสัญญาของฝ่ายปกครองบางสัญญาที่เป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งเรียกว่า สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง (Contrat Privé de l'Administration) เช่น เขตปกครองเทศบาล (Commune) ซึ่งเป็นการปกครองท้องถิ่นในสาธารณรัฐฝรั่งเศสประสงค์จะนำที่พักอาศัย (Logements) ซึ่งตนเป็นเจ้าของออกให้ประชาชนเช่า ในกรณีนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ทำสัญญาในลักษณะแบบใด เขตปกครองเทศบาลอาจจึงเลือกทำสัญญาเช่าในทางแพ่ง (Contrat de Bail Privé) สัญญาที่ทำขึ้นนี้ถือว่าอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม (Tribunaux Judiciaires) โปรตดู พัทธมา จิตรมหีมา. (2553). “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”. *วารสารกฎหมายปกครอง*. หน้า 13-14.

การกระทำของเอกชน⁹³ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องปฏิบัติกับเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกันโดยลดการใช้เอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษซึ่งเป็นอำนาจมหาชนออกไป แล้วกระทำการภายใต้หลักกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ การดำเนินการของฝ่ายปกครองในลักษณะนี้ถือเป็นกิจกรรมแห่งการจัดการและกิจกรรมดังกล่าวนี้ย่อมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายเอกชน ซึ่งข้อพิพาท (Litige) ที่เกิดขึ้นอันมีผลมาจากการดำเนินการในกรณีนี้ต้องอยู่ภายใต้ขอบอำนาจของศาลยุติธรรม

กิจกรรมแห่งอำนาจมหาชนและกิจกรรมแห่งการจัดการด้านบริการสาธารณะนี้เป็นแนวความคิดพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายปกครองซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปของนักกฎหมายปกครอง ในยุคของรัฐสมัยใหม่นั้น อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะมุ่งเน้นไปทางด้านการเมืองและการปกครองเป็นสำคัญ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อย (Ordre Public) ทั้งภายในและภายนอกประเทศ การบริหารงานแผ่นดิน การจัดสวัสดิการแห่งรัฐ การชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีการจัดเก็บภาษีอากร ฯลฯ ซึ่งกิจการเหล่านี้ล้วนแต่เป็นการดำเนินการโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของภาครัฐ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นเรื่องเฉพาะของอำนาจมหาชน

ข้อความคิดในเรื่องบริการสาธารณะ (Notion de Service Public) เป็นแนวคิดสำคัญของกฎหมายปกครอง⁹⁴ ซึ่งรัฐหรือองค์กรปกครองท้องถิ่นต่าง ๆ ล้วนมีโอกาสที่จะจัดทำบริการสาธารณะ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่ไม่ต้องดำเนินการดังกล่าว เช่น การจัดทำบริการสาธารณะระหว่างประเทศนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ถือเป็นความผูกพันต่อองค์กรปกครองท้องถิ่น⁹⁵ ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่มีความเห็นว่า การใช้อำนาจทางปกครองนั้น จำต้องมีหลักการและทฤษฎีเฉพาะทางกฎหมายปกครอง เพื่อนำมาใช้บังคับกับกิจกรรมของฝ่ายปกครอง และบริการสาธารณะถือเป็นความจำเป็นที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน และเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลสำเร็จและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นต้องอาศัยทฤษฎีทางกฎหมายปกครองมาปรับใช้บังคับ โดยมีแนวคิดที่จะให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการตรวจสอบทางตุลาการ ซึ่งจะก่อให้เกิดผลที่ถูกต้องและเหมาะสมกว่าการให้ศาลยุติธรรม

⁹³ ชรินทร์ สันประเสริฐ. 2530. “หลักการและแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศส”. *วารสารนิติศาสตร์ศรีปทุม*, 2 (มกราคม-มิถุนายน). หน้า 106-108.

⁹⁴ Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit. (2015). *Droit administratif*. 10^e édition, Issy-les-Moulineaux: Lextenso édition. p. 222.

⁹⁵ คำวินิจฉัยคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หมายเลข 86-207 ลงวันที่ 25 และ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1986 คดี Loi d'habilitation en matière économique et sociale (CC, n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, Loi d'habilitation en matière économique et sociale, *GDCC*, p. 653.)

ดำเนินการวินิจฉัยในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ ทั้งนี้ นักกฎหมายปกครองต่างมีความเห็นตรงกันว่า บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมของฝ่ายปกครอง ซึ่งมุ่งดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการ โดยส่วนรวมของประชาชน เช่น การป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การจัดดำเนินการด้านการศึกษา การส่งเสริมศิลปะและวัฒนธรรม การสงเคราะห์คนพิการ คนชรา และเด็ก การคมนาคม การขนส่ง การรักษาพยาบาล การประปา การไฟฟ้า ฯลฯ ซึ่งบริการสาธารณะในลักษณะเช่นนี้ โดยส่วนใหญ่แล้วจะจัดทำและดำเนินการโดยนิติบุคคลทางมหาชนต่าง ๆ หลักสำคัญของบริการสาธารณะ คือ ความต้องการของประชาชนที่จะต้องได้รับการตอบสนองและก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม ดังนั้น หากฝ่ายปกครองพบว่าความต้องการของประชาชนในเรื่องใดไม่ได้รับการตอบสนอง หรือไม่อาจได้รับการตอบสนองอย่างเพียงพอแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ในอันที่จะจัดทำกิจกรรมเรื่องนั้นในรูปแบบของบริการสาธารณะที่เหมาะสม เพื่อตอบสนองให้แก่ประชาชนโดยส่วนรวม และหากกิจกรรมนั้นมีเอกชนเป็นผู้ดำเนินการอยู่แล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าแทรกแซงหรือเข้าร่วมดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามหลักสำคัญของบริการสาธารณะ โดยไม่ปล่อยให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวเพียงลำพัง⁹⁶ ในช่วงแห่งศตวรรษที่ 19 นักกฎหมายฝรั่งเศสได้มีการยกแนวคำวินิจฉัยคดีของศาลคดีซัดกัน ในคดี Blanco⁹⁷ เป็นข้อสนับสนุนทางความคิดที่ว่า หลักบริการสาธารณะเป็นพื้นฐานสำคัญของระบบกฎหมายปกครอง และถือเป็นที่มาแห่งการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง ซึ่งประเด็นข้อพิพาทในคดี Blanco เป็นกรณีเกี่ยวกับเด็กคนหนึ่งเดินทางสาธารณะที่อยู่ด้านหน้าคลังสินค้ายาสูบแห่งเมือง Bordeaux แต่ถูกรถเข็น (Wagon) ซึ่งลูกจ้างของรัฐ (Employés de l'État) เข็นออกจากอาคารมาชนเด็ก เป็นเหตุให้เด็กได้รับบาดเจ็บถึงขนาดต้องถูกตัดแขนและขา โดยคดีนี้ ศาลคดีซัดกันได้วินิจฉัยวางหลักกฎหมายว่า ความผิดของลูกจ้างของรัฐที่ดำเนินการด้านบริการสาธารณะต่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหายนั้น ไม่อาจที่จะนำหลักกฎหมายที่กำหนดไว้ใน

⁹⁶ อิศระ นิตินันท์ประกาศ. (2529). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: กิ่งจันทร์การพิมพ์. หน้า 35.

⁹⁷ คำวินิจฉัยศาลคดีซัดกัน ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 คดี Blanco (TC, 8 février 1873, Blanco) ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่ศาลคดีซัดกันได้วางหลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐต่อเหตุผลในเรื่องความเสียหายที่เกิดจากบริการสาธารณะ (Responsabilité de l'État à Raison des Dommages Causés par des Services Publics) และวินิจฉัยให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในการพิจารณาความรับผิดชอบดังกล่าว (Compétence de la Juridiction Administrative pour en Connaître) โดยศาลคดีซัดกันวินิจฉัยให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งมีผลให้การพิจารณาข้อพิพาทในคดีปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสจะวินิจฉัยในเรื่องบริการสาธารณะ โดยพิจารณาว่าฝ่ายปกครองได้จัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ และหากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากบริการสาธารณะแล้ว ฝ่ายปกครองได้ทำการเยียวยาให้แก่ผู้ที่ได้รับการเสียหายแล้วหรือไม่

ประมวลกฎหมายแพ่ง (Code Civil) อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน มาใช้บังคับและตัดสินเพื่อระงับข้อพิพาทได้ ทั้งนี้ หากมีความเสียหายจากการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะแล้ว รัฐอาจมีหน้าที่ต้องเยียวยาต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น โดยถือเป็นอำนาจของศาลปกครองที่จะวินิจฉัยในคดีพิพาทนี้⁹⁸

หลังจากคดี Blanco เป็นต้นมา บริการสาธารณะก็ได้รับการยึดถือและดำเนินการโดยถือเป็นอำนาจหน้าที่สำคัญของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น อันเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ข้อพิพาทดังกล่าวจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลปกครอง

2. ลักษณะสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะนั้น ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบใดก็ตาม จะต้องอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น โดยฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้ในลักษณะ ดังนี้

1) ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะโดยตนเอง⁹⁹ ซึ่งฝ่ายปกครองจะมีหน้าที่ดำเนินการโดยตรง (Direct) โดยอาศัยการสั่งการตามอำนาจหน้าที่ทางกฎหมาย เพื่อให้เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั้นดำเนินการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ (Compétence) โดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนของกฎหมาย

2) ฝ่ายปกครองมอบหมายให้ผู้อื่นจัดทำแทน ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยทางอ้อม (Indirect) โดยฝ่ายปกครองอาจมอบหมายให้เอกชนดำเนินการ แต่ฝ่ายปกครองต้องควบคุมดูแลให้เป็นไปตามหลักการจัดทำบริการสาธารณะ และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะ

⁹⁸ คำวินิจฉัยศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 คดี Blanco (TC, 8 février 1873, Blanco, n° 00012, *Publié au Recueil Lebon.*)

⁹⁹ โดยทั่วไปแล้ว การจัดทำบริการสาธารณะนั้น จะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการด้วยตนเอง เช่น การรักษาความสงบภายในและภายนอกประเทศ การขนส่งมวลชนขนาดใหญ่ การดำเนินการด้านการศึกษา ฯลฯ เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินการดังกล่าว แต่อาจมีกิจการบางอย่างที่ฝ่ายปกครองอาจมอบหมายให้เอกชนรับไปจัดทำบริการสาธารณะได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองขาดเครื่องมือหรือขาดบุคลากรในการดำเนินการในเรื่องนั้น กรณีนี้ กฎหมายยังคำนึงถึงหลักการสำคัญของบริการสาธารณะ จึงกำหนดให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ควบคุมดูแลมิให้เกิดข้อบกพร่องในการจัดทำบริการสาธารณะ และให้ไม่เกิดการกระทำอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า กิจการที่เป็นบริการสาธารณะนั้นจะต้องอยู่ในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง หรืออยู่ในการควบคุมดูแลของฝ่ายปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง โปรดดู ก้อง ศิวะเกื้อ. (2537). *ปัญหาการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ศึกษาเฉพาะกรณีผลของการใช้ทรัพย์ไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ของการเวนคืน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 28-29.

รวมทั้งปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายด้วย โดยฝ่ายปกครองจะอยู่ในฐานะเป็นผู้ควบคุมดูแลทางปกครอง (Tutelle Administrative)

ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น บริการสาธารณะแบ่งได้เป็นสองลักษณะที่สำคัญ ดังนี้¹⁰⁰

- 1) การบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง (Service Public Administratif) และ
- 2) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (Service Public Industriel et Commercial)

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เป็นกิจการที่โดยสภาพแล้วเป็นงานที่อยู่ในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำและดำเนินการ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองเป็นบริการสาธารณะที่ล้วนแต่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายมหาชน (Règles du Droit Public) โดยทั่วไปแล้ว บริการสาธารณะต่าง ๆ จะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เว้นแต่จะมีลักษณะที่เป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม¹⁰¹

กิจการเหล่านี้ โดยส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการรักษาความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชน การจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายในการดำเนินการและจัดทำ โดยต้องอยู่ในกรอบของหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ทั้งนี้ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำให้ประชาชน โดยประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะในลักษณะนี้ไม่ต้องเสียค่าตอบแทน เนื่องจากกิจกรรมของบริการสาธารณะทางปกครองถือเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการ โดยทั่วไปแล้ว ฝ่ายปกครองไม่สามารถมอบอำนาจในการจัดทำบริการในลักษณะนี้ให้องค์กรอื่นหรือมอบหมายให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้ ทั้งนี้ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ได้แก่ กิจการที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การบริหารการเงินและการคลังสาธารณะ การสงเคราะห์และช่วยเหลือบุคคล เดิมการจัดทำบริการสาธารณะในฝรั่งเศสนั้น บริการสาธารณะทุกลักษณะจะถือว่าเป็นบริการสาธารณะทางปกครองทั้งสิ้น เนื่องจากการบริการสาธารณะในช่วงนั้นไม่มีความสลับซับซ้อนเท่าไรนัก แต่เมื่อการพัฒนาประเทศต้องอาศัยกิจกรรมที่มีความก้าวหน้าและมีกิจกรรมต่าง ๆ เพิ่มมากยิ่งขึ้น จึงก่อให้เกิดรูปแบบและวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีความหลากหลายและแตกต่างกันออกไป โดยเกิดบริการสาธารณะในรูปแบบใหม่ ๆ ขึ้น ซึ่งทำให้บริการสาธารณะที่เกิดขึ้นใหม่นั้นมีลักษณะต่างไปจากบริการ

¹⁰⁰ Pierre Serrand. (2015). *Droit administratif, Tome I, Les actions administratives*. Paris: Presses universitaires de France. p. 54.

¹⁰¹ Ibid. p. 259.

สาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง นักกฎหมายฝรั่งเศสเรียกบริการสาธารณะในรูปแบบใหม่นี้ว่า บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นบริการสาธารณะที่พัฒนาขึ้นมาโดยมีแนวคิดอันตรงกันข้ามกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง โดยแนวคิดนี้มาจากคำวินิจฉัยศาลคดีซัคกัน¹⁰² ซึ่งวินิจฉัยโดยยอมรับในการมีอยู่ของบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม โดยชี้ขาดให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมในการพิจารณาและตัดสินคดีพิพาทที่เกิดจากบริการสาธารณะในลักษณะนี้¹⁰³ คำพิพากษาของศาลคดีซัคกันนี้ ถือเป็นต้นกำเนิดในการจัดแบ่งการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมออกจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง¹⁰⁴

ต่อมาคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ¹⁰⁵ ได้วินิจฉัยว่า บริการสาธารณะใดจะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมได้นั้น ต้องมีลักษณะคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชน

¹⁰² แนวคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนี้เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยศาลคดีซัคกัน ลงวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1921 คดี Société commerciale de l'Ouest africain (TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, *Rec.*, p. 91.)

¹⁰³ ทั้งนี้ คำวินิจฉัยศาลคดีซัคกัน ลงวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1921 วินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงปรากฏว่า Ivory Coast (Ivory Coast ภาษาฝรั่งเศส คือ Côte-d'Ivoire) ซึ่งเป็นอาณานิคมโพ้นทะเลของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ฝ่ายปกครองของ Ivory Coast ได้จัดบริการเรือขนส่งบรรทุกสิ่งของและคนโดยสาร แต่ปรากฏว่าเรือลำหนึ่งซึ่งชื่อว่า Bac d'Eloka ประสบเหตุและจมลง ทำให้รถยนต์ของบริษัทยกเอกชนรายหนึ่งได้รับความเสียหาย บริษัทดังกล่าวจึงยื่นฟ้องฝ่ายปกครองของ Ivory Coast ต่อศาลยุติธรรม แต่ฝ่ายปกครองดังกล่าวได้แย้งว่าบริการเรือขนส่งนี้เป็นบริการสาธารณะ จึงต้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง จึงมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลคดีซัคกัน โดยศาลคดีซัคกันได้วินิจฉัยว่า การที่ฝ่ายปกครองจัดให้มีบริการเรือขนส่งโดยเก็บค่าตอบแทนนั้น ถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะเช่นเดียวกับการบริการของเอกชนทั่วไป กรณีจึงต้องอยู่ภายใต้อำนาจกฎหมายแพ่งและอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาข้อพิพาทในคดีนี้

¹⁰⁴ ก่อนคำพิพากษาของศาลคดีซัคกันนี้ มีความเห็นของพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน (Léon Blum) ประกอบคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1911 คดี Commune de Mesle-sur-Sarthe (CE, 3 février 1911, Commune de Mesle-sur-Sarthe, *Rec.*, p. 136.) ซึ่งเป็นเพียงความเห็นที่ให้แนวคิดเกี่ยวกับลักษณะบริการสาธารณะของรัฐ โดยให้ความเห็นว่า มีการดำเนินการของรัฐในลักษณะที่เป็นกิจกรรมที่มีลักษณะทางการค้า และเมื่อมีผลตอบแทนจากการรับบริการดังกล่าว จึงไม่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะอันเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ กรณีนี้ควรนำกฎหมายแพ่งมาปรับใช้

¹⁰⁵ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1956 คดี Union syndicale des industries aéronautique (CE, Ass., 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, *Rec.*, p. 434.)

ทั้งในด้านวัตถุประสงค์ของบริการ (Objet du Service) แหล่งที่มาของเงินทุน (Origine des Ressources) และวิธีการปฏิบัติงาน (Modalités de Fonctionnement)

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นบริการสาธารณะอีกลักษณะหนึ่งซึ่งฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการ แต่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการดำเนินการในการให้บริการของเอกชน ข้อแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น มีสามกรณี ดังนี้¹⁰⁶

1) วัตถุประสงค์ (Objet) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์ของบริการเพื่อสนองความต้องการของประชาชนแต่เพียงอย่างเดียว แต่บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นมีวัตถุประสงค์ของบริการในด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน กล่าวคือ มุ่งเน้นด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการ มีค่าตอบแทนและมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน

2) เงินทุน (Ressources) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางการปกครองจะมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากรัฐบาลแต่เพียงอย่างเดียวโดยรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบเงินทุนทั้งหมดที่นำมาใช้จ่ายในการดำเนินการ ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นแหล่งรายได้ส่วนใหญ่จะมาจากค่าตอบแทนที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ

3) วิธีการปฏิบัติงาน (Méthode de Fonctionnement) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นมาเป็นรูปแบบเดียวกัน มีระบบสายบังคับบัญชาซึ่งใช้อำนาจบังคับบัญชากับผู้ปฏิบัติงานทุกคน แต่บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีวิธีปฏิบัติงานที่สร้างและพัฒนาขึ้นแตกต่างไปจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและความคล่องตัวในการดำเนินกิจการ

นอกจากลักษณะสำคัญทั้งสามประการที่ใช้เป็นตัวแบ่งประเภทของบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมแล้ว นักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสหลายคนยังมีความเห็นว่า สถานภาพของผู้ใช้บริการสาธารณะทั้งสองลักษณะนี้ยังคงมีความแตกต่างกันอีก กล่าวคือ ผู้ใช้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองนั้น สถานภาพของผู้ใช้บริการจะถูกกำหนดโดยกฎและข้อบังคับทั้งหลาย ตั้งแต่การกำหนดองค์กร การจัดองค์กรและการปฏิบัติงาน การใช้บริการสาธารณะประเภทนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการจะมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไข (Acte Condition) ในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีลักษณะเป็นสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่ง

¹⁰⁶ Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit. supra note 100. pp. 260-261.

3. บริการสาธารณะหลักพื้นฐานของการใช้อำนาจรัฐในการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

บริการสาธารณะเป็นการดำเนินการที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบ ไม่ว่าจะฝ่ายปกครองนั้นจะเป็นผู้ดำเนินการเองหรือให้บุคคลหรือองค์กรอื่นดำเนินการแทน และบริการสาธารณะนั้น ไม่ว่าจะอยู่ในลักษณะใดหรือจัดทำโดยหน่วยงานใด ต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานของบริการสาธารณะ (Principes Fondamentaux du Service Public) สามประการ ดังนี้¹⁰⁷

1) ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (Continuité du Service Public) โดยเหตุที่บริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นต่อประชาชนโดยส่วนรวม ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนเสียหายได้ ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เป็นกรณีที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและมีความต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงักลง จะต้องมีการรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น¹⁰⁸ หากเกิดการหยุดชะงักในบริการสาธารณะขององค์กรปกครองท้องถิ่น (Collectivités Territoriales) หรือองค์การมหาชนอิสระ (Établissements Publics) องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อให้เกิดหลักประกันความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ¹⁰⁹ อย่างไรก็ตาม หากเป็นบริการสาธารณะที่ต้องจัดทำอย่างมั่นคงและถาวร เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ การบริการรักษาพยาบาล การควบคุมการคมนาคมทางอากาศ ฯลฯ ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเหล่านี้จะหมายถึง การจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวตลอดทั้งวัน โดยวันละ 24 ชั่วโมง และดำเนินการสัปดาห์ละ 7 วัน กล่าวคือ ไม่มีวันหยุดในการให้บริการสาธารณะในกรณีดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ยังมีบริการสาธารณะบางกรณีที่ไม่จำเป็นต้องจัดทำอย่างมั่นคงและถาวรในลักษณะเช่นนี้ แต่จะต้องจัดทำอย่างสม่ำเสมอ จึงจะถือได้ว่ามีความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

¹⁰⁷ Jean Rivero et Jean Waline. 2000. *Droit administratif*. n.p. pp. 447-450.

¹⁰⁸ ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนั้น เดิมเป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นจากหลักที่ว่าด้วยความต่อเนื่องของรัฐ (Principe de la Continuité de l'État) โดยสภาแห่งรัฐได้พิจารณาคดี Winkell ซึ่งวินิจฉัยว่า ความต่อเนื่องเป็นสิ่งสำคัญของบริการสาธารณะ (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1909 คดี Winkell (CE, 7 août 1909, Winkell, *Rec.*, p. 826.))

¹⁰⁹ Gilles J. Guglielmi. (1994). *Introduction au droit des services publics*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. p. 47.

เช่น การจัดบริการสถานศึกษา พิพิธภัณฑสถาน บริการรับส่งพัสดุและไปรษณีย์¹¹⁰ บริการสาธารณะเหล่านี้สามารถกำหนดเวลาปิดและเวลาเปิดทำการได้ รวมถึงกำหนดวันหยุดให้บริการได้

หลักกว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีข้อพิจารณาออกเหนือจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นอีกสองประการ ดังนี้

บริการสาธารณะจึงต้องคำนึงถึงความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การสร้างถนน ทางด่วน รถไฟฟ้า หรือจัดทำสาธารณูปโภค ทั้งนี้ ในกรณีของการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุนั้น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 8 (3) บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการต่อเนื่องและมีการกำหนดเวลาที่เหมาะสม โดยมีการประเมินและเปิดเผยผลสัมฤทธิ์ของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

2) ความเป็นไปได้ที่จะเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมระบบบริการ (Possibilité de Modifier le Régime du Service) บริการสาธารณะที่จะให้ผลสัมฤทธิ์ เกิดผลดี และเป็นประโยชน์อย่างแท้จริงแก่ประชาชนจะต้องสามารถปรับเปลี่ยน เปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขเพิ่มเติมได้ตลอดเวลา ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์และความจำเป็น ในทางการปกครองที่ฝ่ายปกครองจะสามารถดำเนินการรักษาประโยชน์สาธารณะและปรับปรุงให้เข้ากับความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมได้ ความเป็นไปได้ที่จะเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมระบบบริการ หมายความว่า หากเป็นไปได้แล้ว ฝ่ายปกครองควรปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันสมัยและเหมาะสมต่อความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะ เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำนั้นมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนและเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม

ความเป็นไปได้ที่จะเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมระบบบริการนั้น มีลักษณะแตกต่างไปจากความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เพราะความต่อเนื่องของบริการสาธารณะกำหนดขึ้นเพื่อให้บริการสาธารณะหยุดชะงักลงซึ่งจะส่งผลกระทบต่อส่วนรวมและก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชน ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะจึงเป็นหลักเกณฑ์ที่บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการ แต่ความเป็นไปได้ที่จะเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมระบบบริการนั้นเป็นการพัฒนาปรับปรุงเพื่อให้บริการสาธารณะมีความทันสมัยและเหมาะสมยิ่งขึ้น ความเป็นไปได้ที่จะเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมระบบบริการจึงเป็นหลักเกณฑ์ในการแนะนำให้ฝ่ายปกครองพิจารณาเพื่อดำเนินการ การจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ นั้น ย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน เมื่อ

¹¹⁰ ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเคยกำหนดให้มีการส่งไปรษณียภัณฑ์วันละสามครั้ง หากเป็นวันอาทิตย์จะให้บริการเพียงหนึ่งครั้ง ต่อมาก็เปลี่ยนแปลงไปโดยกำหนดให้มีการส่งไปรษณียภัณฑ์เพียงวันละหนึ่งครั้ง และหยุดให้บริการในวันอาทิตย์ โปรดดู Jean-Marie Pontier, 1996. *Les services publics*. Paris: Hachette. p. 76.

ความต้องการของประชาชนมีความเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะก็ควรที่จะปรับเปลี่ยนไปตามความต้องการของประชาชนด้วย¹¹¹ และเนื่องจากประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา บริการสาธารณะนั้นจึงต้องพัฒนาปรับเปลี่ยนให้เป็นที่ไปตามความต้องการของประชาชนตามกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไปด้วยเช่นกัน¹¹² เช่น สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยให้นำระบบไฟฟ้ามาใช้ในการส่องสว่างบนถนนแทนการใช้ตะเกียงที่จุดไฟจากก๊าซ เพราะในเวลานั้นมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงในการใช้ไฟฟ้าส่องสว่างกันเป็นส่วนใหญ่แล้ว¹¹³

หากพิจารณาพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แล้วจะพบว่า หลักการเกี่ยวกับความเป็นไปได้ที่จะเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมระบบบริการนั้นได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 24 (2) โดยกำหนดให้คณะกรรมการนโยบายมีอำนาจหน้าที่เสนอแนะแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยมาตรา 48 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้กรมบัญชีกลางจัดทำข้อเสนอแนะเพื่อพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐเสนอคณะกรรมการนโยบายอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง และมาตรา 108 ยังกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีดุลพินิจที่ออกระเบียบกำหนดการประเมินผลการปฏิบัติงานอื่นนอกเหนือจากความสามารถในการปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาก็ได้ เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

3) ความเสมอภาคต่อทุกคนที่จะใช้บริการ (*Égalité de Tous devant le Service*) ความเสมอภาค หรือบางคนเรียกว่า ความเท่าเทียม นั้น เป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใด โดยการใช้อำนาจอันนั้น รัฐต้องอธิบายได้ว่าเหตุใดรัฐจึงกระทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นกระทำการโดยให้ประโยชน์แก่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดโดยเฉพาะ หากการให้เหตุผลนั้นไม่อาจรับฟังได้ ย่อมแสดงว่าการใช้อำนาจของรัฐนั้นเป็นที่ไปตามอำเภอใจ คำประกาศแห่งสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26*

¹¹¹ Gilles J. Guglielmi, 1994. *Introduction au droit des services publics*. n.p., p. 49.

¹¹² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1948 คดี *Société du journal, « L'Aurore »* (CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal, « L'Aurore »*, *Rec.*, p. 289.)

¹¹³ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1902 คดี *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-Lès-Rouen* (CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-Lès-Rouen, Rec.*, p. 5.)

août 1789) บัญญัติรับรองความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมไว้ในข้อ 1 (Article Premier¹¹⁴) โดยบัญญัติว่า มนุษย์มีกำเนิดและคงไว้ซึ่งเสรีภาพ รวมทั้งความเท่าเทียมกันในสิทธิต่าง ๆ ความแตกต่างทางสังคมจะกำหนดให้มีขึ้นได้แต่เพียงในกรณีอันเป็นประโยชน์ร่วมกันเท่านั้น ข้อ 6 (Article 6¹¹⁵) กำหนดว่า กฎหมายเป็นการแสดงเจตจำนงร่วมกัน พลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติโดยตนเอง หรือโดยผ่านผู้แทนของตนในการตรากฎหมายนั้น โดยกฎหมาย เช่นว่านี้ต้องมีลักษณะเหมือนกันสำหรับทุกคนในการคุ้มครองและการลงโทษ พลเมืองทุกคนมีความเท่าเทียมกันในสายตาของตนซึ่งเป็นการยอมรับความเท่าเทียมกันอันมีต่อบรรดาศักดิ์ศรี สถานะ และการทำหน้าที่สาธารณะตามความสามารถของตน โดยปราศจากความแตกต่างในเรื่อง ความแตกต่างของชาติตระกูลและชาติกำเนิดของตน และข้อ 13 (Article 13¹¹⁶) บัญญัติว่า สำหรับการรักษาไว้ซึ่งผลบังคับในทางสาธารณะและสำหรับรายจ่ายของการบริหารปกครอง การจัดเก็บภาษีในส่วนรวมเป็นความจำเป็น โดยจะต้องมีแบ่งการกระจายอย่างเท่าเทียมกันในระหว่างพลเมืองทุกคน ตามเหตุผลแห่งความสามารถของพลเมือง

นอกจากนี้ ยังมีการบัญญัติรับรองในเรื่องความเสมอภาคไว้ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 (Constitution Française du 4 octobre 1958) เช่น มาตรา 1 (Article Premier¹¹⁷) ซึ่งบัญญัติว่า ฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐอันแบ่งแยกไม่ได้ เป็นสาธารณรัฐของประชาชน เป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตย และเป็นสาธารณรัฐของสังคม สาธารณรัฐรับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชนทุกคน โดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อทุกนิกาย องค์กรของสาธารณรัฐถือการกระจายอำนาจ หรือมาตรา 2 (Article 2¹¹⁸)

¹¹⁴ Article Premier. – Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

¹¹⁵ Article 6. – La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

¹¹⁶ Article 13. – Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable ; elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.

¹¹⁷ Article Premier. – La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.

¹¹⁸ Article 2. – La langue de la République est le français.

ซึ่งในประเด็นเกี่ยวกับความเสมอภาคนั้น ได้วางหลักสำคัญเกี่ยวกับคติของสาธารณรัฐฝรั่งเศสว่า คติของสาธารณรัฐ คือ “เสรีภาพ (Liberté) ความเสมอภาค (Égalité) ภราดรภาพ (Fraternité)”

ความเสมอภาคต่อทุกคนที่จะใช้บริการนั้น เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการ สาธารณะและฝ่ายปกครองต้องตระหนักถึงหลักเกณฑ์นี้โดยเปิดโอกาสให้ประชาชนทุกคนมีความ เสมอภาคที่จะใช้บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้น เนื่องจากการที่ฝ่ายปกครองเข้ามาจัดทำบริการ สาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมิได้มีความมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของ ผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่จัดทำขึ้นโดยคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนทุกคน กล่าวคือ ประชาชน ทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากการบริการสาธารณะอย่างเสมอภาค ดังนั้น หากมีการดำเนินการใดที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดโดยเฉพาะ กรณีนี้ ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นบริการสาธารณะ สภาแห่งรัฐ ได้วินิจฉัยว่า ผู้ใช้บริการสาธารณะทุกคน ซึ่งมีการใช้บริการสาธารณะในลักษณะเดียวกัน ย่อมอยู่ในฐานะที่มีความเท่าเทียมกัน¹¹⁹ ต่อมา สภาแห่งรัฐ ได้วินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะว่า ทุกคนที่ใช้บริการสาธารณะเดียวกันจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกัน¹²⁰

ความเสมอภาคต่อทุกคนที่จะใช้บริการนี้จะรวมถึงราคาค่าบริการที่รัฐจัดเก็บแก่ ผู้ใช้บริการซึ่งจะต้องมีความเท่าเทียมกันด้วย นอกจากความเสมอภาคต่อทุกคนที่จะใช้บริการ สาธารณะแล้ว ความเสมอภาคยังเป็นหลักพื้นฐาน (Principes Fondamentaux) ที่ฝ่ายปกครองต้อง ดำเนินการโดยเปิดโอกาสให้ประชาชนทุกคนได้มีความเสมอภาคเท่าเทียมกันในด้านต่าง ๆ เช่น การเปิดโอกาสให้เข้าสอบแข่งขันคัดเลือกเพื่อรับการบรรจุแต่งตั้งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือกรณี ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐนั้น ฝ่ายปกครองต้องให้โอกาสแก่บุคคลทั่วไป ที่จะเข้าแข่งขันเพื่อการรับเลือกให้เป็นคู่สัญญาของรัฐตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความ เสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 8 (2) โดยกำหนดให้การจัดซื้อจัดจ้างและ

L’emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge.

L’hymne national est *La Marseillaise*.

La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité ».

¹¹⁹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1911 คดี Chomel (CE, 29 novembre 1911, Chomel, *Rec.*, p. 1265.)

¹²⁰ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1951 คดี Société des concerts du conservatoire (CE, 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, *Rec.*, p. 151.)

การบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายโดยเท่าเทียมกัน

การจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐนั้น ต้องมีการใช้อำนาจรัฐ (Exercise of State Power) ในการดำเนินกิจกรรมดังกล่าวเพื่อตอบสนองความต้องการแก่ประชาชนโดยส่วนรวม เพื่อให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม จึงจำเป็นต้องมีกลไกในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

แต่เดิมการใช้อำนาจของฝ่ายผู้ปกครองบ้านเมืองถือเป็นผู้ปกครองซึ่งนิติฐานะอันสูงกว่าประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง โดยผู้ปกครองจะดำเนินการใช้อำนาจปกครองอย่างไรก็ได้ นอกจากนี้ยังไม่มีกระบวนการในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ปกครอง¹²¹ ต่อมาจึงเกิดรัฐสมัยใหม่¹²² (État Moderne) ขึ้น ซึ่งมีแนวคิดในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยมีพัฒนาการในแบ่งแยกการใช้อำนาจทางบริหารและอำนาจทางปกครองออกจากกัน โดยการใช้ อำนาจทางบริหารของฝ่ายบริหารถือเป็นอำนาจทางการเมือง (Pouvoir Politique) และการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถือเป็นอำนาจทางปกครอง (Pouvoir Administratif) อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจทั้งทางการเมืองและการปกครองย่อมถือเป็นการใช้อำนาจรัฐ (Exercice du Pouvoir de l'État) ซึ่งหากมีการใช้อำนาจรัฐไปในทางที่มิชอบ บิดเบือน ซ่อนเร้น หรือเพื่อ

¹²¹ ภิรัชญา วัฒนรุ่ง. (2543). *ปรัชญาและพัฒนาการกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 218-221.

¹²² ในศตวรรษที่ 18 เกิดแนวคิดในการปกครองบ้านเมืองโดยเห็นว่าควรแยกผู้ปกครอง (Gouverneur) ออกจากรัฐ (État) และให้มีรัฐเป็นบุคคลสมมติที่ใช้อำนาจในการปกครองและบริหารประเทศ ซึ่งถือเป็นรัฐสมัยใหม่ และในราวศตวรรษที่ 20 มีแนวคิดเกี่ยวกับรัฐสมัยใหม่ว่าเป็นรัฐที่มีพื้นฐานสำคัญและดำรงฐานะอยู่ได้โดยอาศัยรายได้จากภาษีมหาชน โดยได้รับการยอมรับจากสังคมการเมืองต่าง ๆ มีประชากร และมีดินแดนอันแน่นอน รวมทั้งมีอำนาจในการปกครองประเทศ โดยเป็นรัฐที่มีรูปแบบของการจัดองค์กรทางสังคมซึ่งดำเนินการโดยยึดหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Légitimité) ให้การคุ้มครองความปลอดภัยต่อประชาชน ซึ่งจะอำนวยความสะดวก (Justice) และทรงไว้ซึ่งอำนาจทางทหาร (Force Militaire) โปรดดู Jean-Philippe Genêt. (1997). "La genèse de l'État moderne (Les enjeux d'un programme de recherche)". *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*. Vol. 118. Juin. Genèse de l'État moderne. pp. 3-4.

แสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น¹²³ การกระทำดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายและมีผลกระทบต่อประเทศและประชาชน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีกลไกในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

องค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคือ ฝ่ายปกครอง (Administration) ซึ่งเป็นระบบการควบคุมภายใน และศาลปกครอง (Tribunaux Administratifs) ซึ่งเป็นระบบการควบคุมภายนอก แต่การควบคุมและตรวจสอบใช้อำนาจทางการเมืองต่อการกระทำของฝ่ายบริหารนั้นจะอาศัยกลไกของการปกครองในระบบรัฐสภา (Régime Parlementaire) ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อาจดำเนินการดังกล่าวได้โดยวิธีการตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในเรื่องใดเกี่ยวกับงานในหน้าที่ (มาตรา 150¹²⁴) หรือการเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็น

¹²³ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น นั้นเป็นความหมายของคำว่า โดยทุจริต (Dishonestly) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (1) และยังเป็นองค์ประกอบความรับผิดทางอาญาของฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาด้วย เช่น มาตรา 126 มาตรา 147 หรือมาตรา 151 เป็นต้น มาตรา 1 ในประมวลกฎหมายนี้

(1) “โดยทุจริต” หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น

๑๗๑

๑๗๑

มาตรา 126 ผู้ใดได้รับมอบหมายจากรัฐบาลให้กระทำการกิจการของรัฐกับรัฐบาลต่างประเทศ ถ้าและโดยทุจริตไม่ปฏิบัติตามที่ได้รับมอบหมายต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี

มาตรา 147 ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน มีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการหรือรักษาทรัพย์สินใดเบียดบังทรัพย์สินนั้นเป็นของตน หรือเป็นของผู้อื่น โดยทุจริต หรือโดยทุจริตยอมให้ผู้อื่นเอาทรัพย์สินนั้นเสีย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

มาตรา 151 ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน มีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการหรือรักษาทรัพย์สินใด ๆ ใช้อำนาจในตำแหน่งโดยทุจริต อันเป็นการเสียหายแก่รัฐ เทศบาล สุขาภิบาลหรือเจ้าของทรัพย์สินนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

¹²⁴ มาตรา 150 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในเรื่องใดเกี่ยวกับงานในหน้าที่ โดยจะถามเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ ตามข้อบังคับการประชุมแห่งสภานั้น ๆ ซึ่งอย่างน้อยต้องกำหนดให้มีการตั้งกระทู้ถามด้วยวาจาโดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้าไว้ด้วย

รัฐมนตรีย่อมมีสิทธิที่จะไม่ตอบกระทู้เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเรื่องนั้นยังไม่ควรเปิดเผย เพราะเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน

รายบุคคลหรือทั้งคณะ (มาตรา 151¹²⁵) ทั้งนี้ การกระทำของฝ่ายบริหารเป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (Théorie des Actes de Gouvernement) ซึ่งการกระทำของรัฐบาล (Actes de Gouvernement) เป็นกิจกรรมที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติในฐานะของรัฐบาล ซึ่งได้แก่ กิจกรรมอันสำคัญเกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลที่จัดทำขึ้นเพื่อความปลอดภัย ความมั่นคงแห่งรัฐ การดำรงอยู่ และความก้าวหน้าพัฒนาของประเทศ เช่น การวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ การติดต่อดำเนินงานระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาเพื่อการบริหารงานแผ่นดิน ทั้งนี้ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วางหลักคำวินิจฉัยโดยปฏิเสธการตรวจสอบการกระทำที่มีลักษณะเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติในฐานะของรัฐบาล หรือที่เรียกว่า การกระทำของรัฐบาลมาตั้งแต่ ค.ศ. 1822¹²⁶ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการกระทำที่มีการใช้อำนาจทางปกครองย่อมต้องถือเป็นการกระทำทางปกครอง (Acte Administratif) ซึ่งมีกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวโดยศาลปกครอง

การใช้อำนาจรัฐไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจทางบริหารหรืออำนาจทางปกครองย่อมถือว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ (Compétence de l'État) ซึ่งจะต้องมีนิติวิธี (Méthode

¹²⁵ มาตรา 151 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ

เมื่อได้มีการเสนอญัตติตามวรรคหนึ่งแล้ว จะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรมิได้ เว้นแต่จะมีการถอนญัตติหรือการลงมตินั้นไม่ได้คะแนนเสียงตามวรรคสี่

เมื่อการอภิปรายทั่วไปสิ้นสุดลง โดยมิใช่ด้วยมติให้ผ่านระเบียบวาระเปิดอภิปรายนั้นไป ให้สภาผู้แทนราษฎรลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจ การลงมติในกรณีเช่นว่านี้มีให้กระทำในวันเดียวกับวันที่การอภิปรายสิ้นสุดลง

มติไม่ไว้วางใจต้องมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร

รัฐมนตรีคนใดพ้นจากตำแหน่งเดิมแต่ยังคงเป็นรัฐมนตรีในตำแหน่งอื่นภายหลังจากวันที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อตามวรรคหนึ่ง หรือพ้นจากตำแหน่งเดิมไม่เกินเก้าสิบวันก่อนวันที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อตามวรรคหนึ่ง แต่ยังคงเป็นรัฐมนตรีในตำแหน่งอื่น ให้รัฐมนตรีคนนั้นยังคงต้องถูกอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจต่อไป

¹²⁶ เช่น คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1822 คดี Lafitte (CE, 1^{er} mai 1822, Lafitte, *Rec.*, p. 202.) คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1867 คดี duc d'Aumale (CE, 9 mai 1867, duc d'Aumale, *Rec.*, p. 472.) คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 1987 คดี Consorts Yener, (CE, Sect. 29 avril 1987, Consorts Yener, *Rec.*, p. 151.) หรือคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) ลงวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1999 คดี Mme Ba (CE, Ass., 9 avril 1999, Mme Ba, *Rec.*, p. 124.)

Juridique) ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว ทั้งนี้ การใช้อำนาจรัฐในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐนั้น มีประเด็นสำคัญซึ่งจะพิจารณาถึงแนวคิดและหลักทางทฤษฎีในการควบคุมและตรวจสอบ องค์กรควบคุมและตรวจสอบ และการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยคณะกรรมการตามกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

1. แนวคิดและหลักทางทฤษฎีสำคัญที่ใช้ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการดังกล่าวต้องมีอำนาจหน้าที่และใช้อำนาจในการดำเนินการดังกล่าวเพื่อให้บรรลุผล อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของรัฐที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการพัสดุนั้น หากเจ้าหน้าที่กระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมส่งผลให้เกิดความเสียหายและอาจกระทบต่อทางราชการและประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน จึงจำเป็นต้องมีการวางหลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐเพื่อให้เกิดความคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและเป็นการป้องกันการมิให้มีการฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย แนวคิดและหลักทางทฤษฎีสำคัญที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุนั้น ได้แก่ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Contrôle de Constitutionnalité) นั้นวางหลักให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาควรได้รับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยกฎหมายนั้นต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้การประกันและรับรองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน¹²⁷

รัฐธรรมนูญบัญญัติและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Droits et Libertés Fondamentaux) สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีนิยมประชาธิปไตยทุกรัฐบัญญัติให้การรับรอง ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ซึ่งมีบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 25 ถึง มาตรา 49 โดยมีบทบัญญัติรับรองเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ได้แก่ การมีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน (มาตรา 27) สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย (มาตรา 28) เสรีภาพ

¹²⁷ หลักการนี้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

ในการถือศาสนา (มาตรา 31) สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว (มาตรา 32) เสรีภาพในเคหสถาน (มาตรา 33) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น (มาตรา 34) เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกัน (มาตรา 36) สิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก (มาตรา 37) เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ (มาตรา 38) เสรีภาพในการประกอบอาชีพ (มาตรา 40) เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม (มาตรา 42) เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ (มาตรา 44) เสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง (มาตรา 45) สิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐ (มาตรา 47)

ตามแนวคิดของกฎหมายฝรั่งเศสแต่เดิมนั้น การตรากฎหมาย ถือเป็น การแสดงเจตจำนงทั่วไป (Expression de la Volonté Générale) แนวคิดนี้ เป็นข้อความคิดในยุคเดิม ปรากฏอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 (Constitution Française de 1789) และปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญไทยก่อน พ.ศ. 2489

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 บัญญัติรับรองการมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) เพื่อตรวจสอบและควบคุมกฎหมายมิให้มีความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 62¹²⁸ วางหลักว่า บทบัญญัติใดที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่อาจประกาศใช้ได้ และไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นที่สุด

ส่วนในประเทศไทย มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489¹²⁹ เป็นจุดกำเนิดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลฎีกา

¹²⁸ มาตรา 62 บทบัญญัติใดที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่อาจประกาศใช้ได้ และไม่อาจมีผลใช้บังคับได้

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นที่สุด มีผลผูกพันอำนาจสาธารณะและทุกองค์กรฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ

(Article 62 –Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d’aucun recours. Elles s’imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.)

¹²⁹ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า เมื่อสงครามโลกได้ยุติลง ต่อมารัฐบาลใหม่ได้มีประกาศใช้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำของบุคคลที่เข้าร่วมกับฝ่ายญี่ปุ่นโดยประกาศสงครามกับอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้ ถือเป็นอาชญากรรมสงคราม และมีความผิดทางอาญา ศาลฎีกาวินิจฉัยในคดีนี้ให้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เฉพาะบทบัญญัติที่กำหนดให้ลงโทษก่อนวันที่ประกาศใช้กฎหมายนี้เป็นการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง ซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นโมฆะ ไม่มีผลใช้บังคับ

ได้อาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Principle of Separation of Powers) ซึ่งวินิจฉัยว่า ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายต่อพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ได้ โดยให้เหตุผล ดังนี้

1) ศาลเป็นผู้ใช้บังคับกฎหมาย ศาลจึงมีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่าง ๆ การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจตุลาการ

2) ในระบบรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งแยกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยกำหนดให้มีการควบคุมและถ่วงดุลอำนาจในแต่ละอำนาจ ซึ่งให้แต่ละอำนาจสามารถหยุดยั้งอำนาจอื่นได้ และควบคุมซึ่งกันและกัน เพื่อที่จะให้มีความสมดุลในอำนาจทั้งสามอำนาจนี้ ถือเป็นหลักประกันทางรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐสภาตรากฎหมายขึ้นมาโดยขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด

3) เป็นความจำเป็นที่จะต้องมืองค์กรผู้มีอำนาจที่จะชี้ขาดในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากไม่มีองค์กรเช่นว่านี้ ความสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีความหมายใด กฎหมายอาจถูกตราขึ้น โดยรัฐสภา และหากให้รัฐสภาเป็นฝ่ายควบคุมความชอบด้วยกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมเป็นการอันไม่เหมาะสม เพราะรัฐสภาเป็นผู้ตรากฎหมายนั้น และหากจะให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายตามรัฐธรรมนูญก็ได้ เพราะฝ่ายบริหารเป็นเพียงผู้บังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย หากได้มีอำนาจในการตีความหรือชี้ขาดความชอบด้วยกฎหมายไม่ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมที่จะวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากศาลไม่อาจปฏิเสธการตัดสินคดีได้ เมื่อมีผู้ฟ้องคดีต่อศาล

เมื่อศาลฎีกาซึ่งเป็นองค์กรศาลยุติธรรมใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ซึ่งกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาแล้วขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นโมฆะ ไม่มีผลใช้บังคับ กรณีนี้เป็นคำวินิจฉัยที่ขัดต่อแนวคิดและทฤษฎีที่ว่ากฎหมายซึ่งผ่านการพิจารณาจากผู้แทนของประชาชน ถือเป็น การแสดงเจตจำนงทั่วไป การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมในลักษณะของคดีนี้มีผลกระทบต่ออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงได้กำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Constitutional Tribunal) ซึ่งเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489¹³⁰ โดยกำหนดถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ให้ศาล

¹³⁰ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*. พิมพ์ครั้งที่ 3 (แก้ไขและเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 2.

รอกการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราว แล้วให้รายงานความเห็นเช่นนั้นตามทางการไปยัง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย (มาตรา 88¹³¹)

ในทางทฤษฎีนั้น มีการแบ่งการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญออกเป็นสองลักษณะใหญ่ คือ

1) การควบคุมก่อน (contrôle a priori) หรือที่เรียกว่า การควบคุมในเชิงการป้องกัน (Contrôle Préventif)

2) การควบคุมหลัง (contrôle a posteriori)

การควบคุมก่อน (a priori control) เป็นการควบคุมก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับ จึงเป็นการควบคุมในเชิงป้องกัน (Preventive Control) คือ ก่อนที่กฎหมายนั้นจะมีผลใช้บังคับ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ การควบคุมในลักษณะนี้ปรากฏใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คือ การควบคุมร่างพระราชบัญญัติ โดยสมาชิกวุฒิสภา และนายกรัฐมนตรี (มาตรา 148 (1) และ (2)¹³²) และการควบคุมร่างข้อบังคับ การประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา แล้วแต่กรณี ให้ความเห็นชอบแล้ว (มาตรา 149¹³³)

¹³¹ มาตรา 88 ในการที่ศาลจะใช้บทกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติ มาตรา 87 ก็ให้ศาลรอกการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราว แล้วให้รายงานความเห็นเช่นนั้นตามทางการไปยัง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้ว ให้แจ้งให้ศาลทราบ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาดและให้ศาลปฏิบัติตามนั้น

¹³² มาตรา 148 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติใดขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรง ลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 81

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อย กว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็นต่อ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับ ความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือ ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

๑๗๑

๑๗๑

¹³³ มาตรา 149 ให้นำความในมาตรา 148 มาใช้บังคับแก่ร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับ การประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภาที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา แล้วแต่กรณี ให้ ความเห็นชอบแล้ว ก่อนนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วยโดยอนุโลม

ส่วนการควบคุมหลัง (a posteriori control) เป็นการควบคุมภายหลังที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับแล้ว ซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คือ การควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะบังคับแก้คดีโดยศาล หรือโดยคู่ความ (มาตรา 212 วรรคหนึ่ง¹³⁴) การควบคุมโดยบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ (มาตรา 213¹³⁵) และการควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน (มาตรา 231 (1)¹³⁶)

นอกจากนี้ ยังมีการควบคุมแบบบังคับ (Contrôle Obligatoire) ซึ่งเป็นการควบคุมที่กฎหมายบังคับไว้ให้ต้องมีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งการควบคุมแบบบังคับ (Obligatory Control) นี้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นการควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (มาตรา 132¹³⁷)

¹³⁴ มาตรา 212 ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก้คดี ถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

๑๓๑

๑๓๑

¹³⁵ มาตรา 213 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

¹³⁶ มาตรา 231 ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามิกรณี ดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

๑๓๑

๑๓๑

¹³⁷ มาตรา 132 ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ นอกจากที่บัญญัติไว้ดังต่อไปนี้ให้กระทำเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ

(1) การเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้เสนอต่อรัฐสภา และให้รัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายในเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวัน โดยการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สาม ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของรัฐสภา ถ้าที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบตามร่างที่เสนอตามมาตรา 131

(2) ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ให้รัฐสภาส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ไปยังศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระ

ส่วนกรณีของการควบคุมการกระทำทางปกครอง (Control of Administrative Act) หรือการควบคุมคำสั่งทางปกครองนั้น ในทางทฤษฎีอาจแบ่งออกเป็นสองกรณี ดังนี้

1) การควบคุมภายใน¹³⁸ (Internal Control) เป็นการควบคุมและตรวจสอบที่ดำเนินการโดยฝ่ายปกครองด้วยกันเอง¹³⁹ การควบคุมในกรณีนี้เป็นการควบคุมโดยวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองในลักษณะกิ่งข้อพิพาท กล่าวคือ ยังคงเป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองและสายงานบังคับบัญชาที่เหนือกว่า (Hiérarchique) เช่น การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (มาตรา 44 วรรคหนึ่ง¹⁴⁰) หรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ (มาตรา 49 วรรคหนึ่ง¹⁴¹)

ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ความเห็น ในกรณีที่ศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง ไม่มีข้อทักท้วงภายในสิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างดังกล่าว ให้รัฐสภาดำเนินการต่อไป

(3) ในกรณีที่ศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ ให้เสนอความเห็นไปยังรัฐสภา และให้รัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ในกรณีนี้ ให้รัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อเสนอของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระตามที่เห็นสมควรได้ และเมื่อดำเนินการเสร็จแล้ว ให้รัฐสภาดำเนินการต่อไป

¹³⁸ การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง (Activités de l'Administration) นั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้การดำเนินการกิจของฝ่ายปกครองบรรลุผลตามความมุ่งหมายดังกล่าว จึงต้องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจมหาชนได้ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจมหาชนนั้น อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งการควบคุมภายในนี้ เป็นลักษณะการควบคุมการกระทำทางปกครอง (Acte Administratif) โดยฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ในการใช้อำนาจควบคุมดังกล่าวนี้ไม่มีองค์กรภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง

¹³⁹ อมร จันทรสมนุญต์. (2544). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 93-95.

¹⁴⁰ มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

๑๓๑

๑๓๑

¹⁴¹ มาตรา 49 เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 51 มาตรา 52 และมาตรา 53 ไม่ว่าจะพ้นขั้นตอนการกำหนดให้อุทธรณ์หรือให้ได้แย้งตามกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นมาแล้วหรือไม่

๑๓๑

๑๓๑

2) การควบคุมภายนอก (External Control) เป็นการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายนอก ซึ่งอาจเป็นองค์กรตุลาการ คือ ศาลปกครอง (Administrative Courts) หรืออาจเป็นองค์กรพิเศษอื่น เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsmen) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (State Audit Commission)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principle of Legality of Administrative Act) เป็นหลักสำคัญที่ใช้ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยหากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายย่อมเป็นการรับรองและคุ้มครองปัจเจกชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครองซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ หากฝ่ายปกครองไม่มีความผูกพันกับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ได้มีการกำหนดเอาไว้ล่วงหน้าย่อมนำมาซึ่งความเสียหายต่อประชาชนได้ ถ้ามีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น กฎหมายจึงเป็นทั้งเครื่องมือ (Instrument) และข้อจำกัด (Limitation) แห่งอำนาจของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ในลักษณะของกฎหมายที่ถือว่าเป็นเครื่องมือ นั้น กฎหมายจะกำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ โดยฝ่ายปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจจึงจะดำเนินการที่กระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลได้ ส่วนในฐานะที่เป็นข้อจำกัดนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดที่นอกเหนือไปจากการที่กฎหมายกำหนดไว้ได้

สาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมาย คือ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสองประการ¹⁴² คือ

1) มีกฎหมายให้อำนาจกระทำการได้ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้ และจะสันนิษฐานว่ากฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนี้หาได้ไม่ และ

2) ฝ่ายปกครองจักต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ฝ่ายปกครอง (Administration) ซึ่งหมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐ และหน่วยงานของรัฐ มีอำนาจทางปกครอง โดยมีอำนาจที่จะบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ ซึ่งไม่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจองค์กรตุลาการสั่งการบังคับให้ อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจที่อยู่เหนือประชาชน หากไม่มีหลักควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองก็อาจกระทำการใดได้ตามอำเภอใจ (Arbitraire) สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองอาจถูก

¹⁴² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (Fundamental principles of administrative law)*. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 14.

ทำลายลงโดยฝ่ายปกครองได้ ตรายใดที่ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจเหนือประชาชน จึงจำเป็นอย่างยิ่ง ที่จะต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอยู่เสมอ

2. องค์การตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ในกรณีการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 6 วางหลัก ในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุโดยใช้เงินงบประมาณต้องเป็นไปอย่าง มีประสิทธิภาพ เกิดความคุ้มค่าต่อภารกิจของรัฐ และป้องกันปัญหาการทุจริต โดยกำหนดให้ หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ และประกาศ ที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนี้ เพื่อให้มีมาตรการทางอาญาในการบังคับ ให้ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายลำดับรองที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ จึงมี การกำหนดบทบัญญัติในหมวด 15 บทกำหนดโทษ โดยระวางโทษทางอาญาแก่ผู้เป็นเจ้าหน้าที่หรือ เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ ปฏิบัติหรือ ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุโดย ทุจริต (มาตรา 120¹⁴³) และยังกำหนดโทษสำหรับผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการวินิจฉัย หรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ (มาตรา 121¹⁴⁴) ไว้ด้วย

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะพบว่ามืองค์กร

¹⁴³ มาตรา 120 ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่หรือเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือ การบริหารพัสดุ ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดเป็นผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ผู้นั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนด ไว้สำหรับความผิดตามวรรคหนึ่ง

¹⁴⁴ มาตรา 121 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการวินิจฉัยตามมาตรา 31 หรือคำสั่งของคณะกรรมการ พิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา 45 และคณะกรรมการวินิจฉัยหรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ แล้วแต่กรณี พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ผู้นั้นมีความผิดฐานขัดคำสั่ง เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาให้ดำเนินคดีแก่ผู้นั้นต่อไป

ตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในกรณีการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ดังนี้

1) ศาลยุติธรรม (Courts of Justice) ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่มีการกระทำอันฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติในมาตรา 120 และมาตรา 121 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และยังมีอำนาจพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งในกรณีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เพื่อให้มีการชดเชยค่าเสียหายทดแทนแก่ผู้ได้รับความเสียหาย เนื่องจากศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 194¹⁴⁵)

2) ศาลปกครอง (Administrative Courts) เป็นศาลที่ใช้กฎหมายปกครองมาปรับแก้คดีซึ่งสามารถรักษาผลประโยชน์ของรัฐ และอำนวยความสะดวกในกรณีพิพาทระหว่างเจ้าหน้าที่และประชาชนในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางปกครองได้เป็นอย่างดี โดยศาลปกครองยังมีส่วนช่วยในการพัฒนากฎหมายปกครองโดยการสร้างหลักกฎหมายปกครองขึ้นมาเมื่อมีคดีมาสู่ศาล¹⁴⁶ ทั้งนี้ การใช้อำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐของเจ้าหน้าที่ในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบโดยศาลปกครอง ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 197¹⁴⁷

3) ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) เป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญ

¹⁴⁵ มาตรา 194 ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น

การจัดตั้ง วิธีพิจารณาคดี และการดำเนินงานของศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

¹⁴⁶ วิษณุ วัลญญู, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์. (2551). *ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 244.

¹⁴⁷ มาตรา 197 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ๆ

การจัดตั้ง วิธีพิจารณาคดี และการดำเนินงานของศาลปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ประการหนึ่ง อันเป็นอำนาจหน้าที่สำคัญ ได้แก่ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งกระบวนการควบคุมกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับ และการควบคุมภายหลังจากที่กฎหมาย ประกาศใช้บังคับแล้ว¹⁴⁸ ในประเด็นที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราช บัญญัตินี้มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

4) องค์กรอิสระ (Independent Organisations) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่มีบทบาทเกี่ยวข้องกับการควบคุมและตรวจสอบกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างและ การบริหารพัสดุ มีองค์กรที่สำคัญ ดังนี้

(1) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsmen) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่สำคัญ ได้แก่ การ เสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการปรับปรุงกฎหมาย เสนอแนะต่อหน่วยงาน ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ขจัดหรือระงับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรม เสนอต่อคณะรัฐมนตรี ให้ทราบถึงการที่หน่วยงานของรัฐยังมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนตามหน้าที่ของรัฐ (มาตรา 230¹⁴⁹) และเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ

¹⁴⁸ บุญชู พรานนคร. (2549). *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีเงื่อนไขการดำเนินกระบวนการพิจารณา และการดำเนินกระบวนการพิจารณา ก่อนการทำคำวินิจฉัย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 49-52.

¹⁴⁹ มาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) เสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ หรือคำสั่ง หรือขั้นตอนการปฏิบัติงานใด ๆ บรรดาที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมแก่ ประชาชน หรือเป็นการแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็นหรือเกินสมควรแก่เหตุ

(2) แสวงหาข้อเท็จจริงเมื่อเห็นว่ามิผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ขจัดหรือระงับความเดือดร้อนหรือความ ไม่เป็นธรรมนั้น

(3) เสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้ทราบถึงการที่หน่วยงานของรัฐยังมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนตาม หมวด 5 หน้าที่ของรัฐ

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่ดำเนินการตามข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินตาม (1) หรือ (2) โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งให้คณะรัฐมนตรีทราบเพื่อพิจารณาสั่งการตามที่ เห็นสมควรต่อไป

ในการดำเนินการตาม (1) หรือ (2) หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน ให้ผู้ตรวจการ แผ่นดินส่งเรื่องให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดำเนินการต่อไป

เสนอต่อศาลปกครองเพื่อพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ (มาตรา 231¹⁵⁰)

(2) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (National Counter Corruption Commission) มีอำนาจหน้าที่สำคัญ ได้แก่ ใ้ส่วนและมีความเห็นกรณีมีการกล่าวหาว่าผู้ใดทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ใ้ส่วนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ กำหนดใ้เจ้าหน้าที่ของรัฐยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สิน และมีอำนาจหน้าที่อื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย (มาตรา 234¹⁵¹)

¹⁵⁰ มาตรา 231 ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามิกรณี ดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ใ้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และใ้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ใ้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง และใ้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

¹⁵¹ มาตรา 234 คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจดังต่อไปนี้

(1) ใ้ส่วนและมีความเห็นกรณีมีการกล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ หรือผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง เพื่อดำเนินการต่อไปตามรัฐธรรมนูญหรือตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

(2) ใ้ส่วนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม เพื่อดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

(3) กำหนดใ้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และเจ้าหน้าที่ของรัฐยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินของตน คู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ รวมทั้งตรวจสอบและเปิดเผยผลการตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สินของบุคคลดังกล่าว ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

(4) หน้าที่และอำนาจอื่นที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

5) องค์การอัยการ (Public Prosecutors) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้กำหนดให้เป็นองค์กรอิสระในหมวด 12 แต่กำหนดไว้ในหมวด 13 ซึ่งกำหนดให้มีหน้าที่และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย (มาตรา 248¹⁵²) ทั้งนี้ องค์การอัยการจะมีพนักงานอัยการซึ่งถือเป็นทนายแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยมีอิสระในการพิจารณาและตั้งคดีโดยยื่นฟ้องคดีต่อองค์กรตุลาการ และมีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ รวมทั้งการดำเนินคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

3. การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยคณะกรรมการตามกฎหมาย การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง วางหลักว่า การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด (Maximum Benefit) แก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการสี่ประการ ดังต่อไปนี้

- (1) หลักความคุ้มค่า
- (2) หลักความโปร่งใส
- (3) หลักความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล
- (4) หลักการตรวจสอบได้

¹⁵² มาตรา 248 องค์การอัยการมีหน้าที่และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาตั้งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เที่ยงธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง และไม่ให้อี้อาณาเป็นคำสั่งทางปกครอง

การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่นขององค์การอัยการให้มีความเป็นอิสระ โดยให้มีระบบเงินเดือนและค่าตอบแทนเป็นการเฉพาะตามความเหมาะสมและการบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับพนักงานอัยการต้องดำเนินการโดยคณะกรรมการอัยการ ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วยประธานกรรมการ ซึ่งต้องไม่เป็นพนักงานอัยการ และผู้ทรงคุณวุฒิบรรดาศักดิ์ที่ได้รับเลือกจากพนักงานอัยการ ผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีบุคคลซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นพนักงานอัยการมาก่อนสองคน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

กฎหมายตามวรรคสาม ต้องมีมาตรการป้องกันมิให้พนักงานอัยการกระทำการหรือดำรงตำแหน่งใดอันอาจมีผลให้การตั้งคดีหรือการปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นไปตามวรรคสอง หรืออาจทำให้มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวต้องกำหนดให้ชัดเจนและใช้เป็นการทั่วไป โดยจะมอบอำนาจให้มีการพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปมิได้

มาตรา 8 วรรคท้าย บัญญัติว่า ให้ใช้หลักการตามวรรคหนึ่งเป็นแนวทางในการปฏิบัติ ตามอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการนโยบาย คณะกรรมการวินิจฉัย คณะกรรมการราคากลาง คณะกรรมการ ค.ป.ท. และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนด การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในรูปแบบ คณะกรรมการ โดยกำหนดให้มีคณะกรรมการต่าง ๆ รวมห้าคณะ ดังนี้

- (1) คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ
- (2) คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ
- (3) คณะกรรมการราคากลางและการขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ
- (4) คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต
- (5) คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน

ทั้งนี้ มาตรา 4¹⁵³ มีการบัญญัติคํานิยามเกี่ยวกับคณะกรรมการทั้งห้าคณะนี้ ซึ่งมีผลให้เรียก คณะกรรมการทั้งห้าคณะนี้โดยย่อว่า คณะกรรมการนโยบาย คณะกรรมการวินิจฉัย คณะกรรมการ ราคากลาง คณะกรรมการ ค.ป.ท. และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์

คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พระราชบัญญัตินี้ บัญญัติเกี่ยวกับคณะกรรมการนี้ไว้ในหมวด 3 คณะกรรมการ ส่วนที่ 1 โดยมาตรา 20 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้มีคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ และมาตรา 24 วรรคหนึ่ง กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) เสนอแนะนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต่อคณะรัฐมนตรี
- (2) เสนอแนะแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและ การบริหารพัสดุภาครัฐต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

¹⁵³ มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๗๑

๑๗๑

“คณะกรรมการนโยบาย” หมายความว่า คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ภาครัฐ

“คณะกรรมการวินิจฉัย” หมายความว่า คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พักฐุภาครัฐ

“คณะกรรมการราคากลาง” หมายความว่า คณะกรรมการราคากลางและขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ

“คณะกรรมการ ค.ป.ท.” หมายความว่า คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต

“คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์” หมายความว่า คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน

๑๗๑

๑๗๑

(3) กำกับดูแลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของหน่วยงานของรัฐให้เป็นไปตามแนวทางของพระราชบัญญัตินี้

(4) วินิจฉัยความเป็นโมฆะของสัญญาหรือข้อตกลงตามมาตรา 104¹⁵⁴ รวมทั้งตีความและวินิจฉัยปัญหาข้อหาหรือเกี่ยวกับประกาศที่คณะกรรมการนโยบายออกตามความในพระราชบัญญัตินี้

(5) กำหนดมาตรฐานการปฏิบัติงานและจรรยาบรรณของเจ้าหน้าที่

(6) กำหนดแนวทาง วิธีปฏิบัติ แบบหรือตัวอย่าง เกี่ยวกับการปฏิบัติตามระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้

(7) จัดทำรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้เสนอคณะรัฐมนตรีอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

(8) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ หรือตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ซึ่งมีการบัญญัติคณะกรรมการนี้ไว้ในหมวด 3 คณะกรรมการ ส่วนที่ 2 ทั้งนี้ มาตรา 27 วรรคหนึ่ง กำหนดให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ และมาตรา 29 วรรคหนึ่ง กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) เสนอแนะแนวทางการปรับปรุงแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุดต่อคณะกรรมการนโยบาย

(2) ให้คำปรึกษาแนะนำแก่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

(3) ตีความและวินิจฉัยปัญหาข้อหาหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง หรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้

¹⁵⁴ มาตรา 104 ในกรณีที่สัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเกิดจากกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ ในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือผิดพลาดไม่ร้ายแรง หากทำให้สัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นโมฆะไม่

ให้คณะกรรมการนโยบายมีอำนาจประกาศในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางกำหนดกรณีตัวอย่างที่ถือว่าเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรง หรือที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดไม่ร้ายแรงตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่มิมีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่ง ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการนโยบายเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด

(4) ยกเว้นหรือผ่อนผันการไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงหรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้

(5) เสนอความเห็นต่อปลัดกระทรวงการคลังในการพิจารณาสั่งให้ผู้นับข้อเสนอหรือคู่สัญญาเป็นผู้ทำงาน และการเพิกถอนรายชื่อผู้ทำงาน รวมทั้งเสนอความเห็นต่อปลัดกระทรวงการคลังและรัฐมนตรีในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งลงโทษให้เป็นผู้ทำงาน

(6) จัดทำรายงานเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ เสนอคณะกรรมการนโยบายอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

(7) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้หรือตามที่คณะกรรมการนโยบายรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

คณะกรรมการราคากลางและขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ มีการบัญญัติไว้ในหมวด 3 คณะกรรมการ ส่วนที่ 3 โดยมาตรา 32 วรรคหนึ่ง กำหนดให้มีคณะกรรมการราคากลางและขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ และมาตรา 34 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) ออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดราคากลาง

(2) กำกับดูแลการกำหนดราคากลางให้เป็นไปตามแนวทางของพระราชบัญญัตินี้

(3) ให้คำปรึกษาแนะนำแก่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดราคากลาง

(4) ศึกษาและวินิจฉัยปัญหาข้อหาหรือเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดราคากลาง

(5) ยกเว้นหรือผ่อนผันกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามรายละเอียดของหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดราคากลางตาม (1)

(6) พิจารณาข้อร้องเรียนกรณีเห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดราคากลาง

(7) ออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการที่มีสิทธิเป็นผู้ยื่นข้อเสนอดต่อหน่วยงานของรัฐ

(8) จัดทำรายงานเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการกำหนดราคากลางของหน่วยงานของรัฐ และการขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการที่มีสิทธิเป็นผู้ยื่นข้อเสนอดต่อหน่วยงานของรัฐ เสนอคณะกรรมการนโยบายอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

(9) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้หรือตามที่คณะกรรมการนโยบายรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดไว้ใน หมวด 3 คณะกรรมการ ส่วนที่ 4 โดยมาตรา 37 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้มีคณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต และมาตรา 39 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้คณะกรรมการนี้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) กำหนดแนวทางและวิธีการในการดำเนินงาน โครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

(2) กำหนดแบบของข้อตกลงคุณธรรมและแบบรายงานของผู้สังเกตการณ์

(3) คัดเลือกโครงการการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อเข้าร่วม โครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

(4) คัดเลือกผู้สังเกตการณ์เพื่อเข้าร่วม โครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

(5) ให้ความและวินิจฉัยปัญหาข้อหาหรือเกี่ยวกับแนวทางและวิธีการในการดำเนินงาน โครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตาม (1)

(6) ยกเว้นหรือผ่อนผันกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามรายละเอียดของแนวทางและวิธีการในการดำเนินงาน โครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตาม (1)

(7) พิจารณาข้อร้องเรียนกรณีเห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางและวิธีการในการดำเนินงาน โครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตาม (1)

(8) จัดทำรายงานผลการประเมิน โครงการการจัดซื้อจัดจ้างที่เข้าร่วมโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเสนอคณะกรรมการนโยบายอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

(9) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน ซึ่งมีการกำหนดไว้ใน หมวด 3 คณะกรรมการ ส่วนที่ 5 โดยมาตรา 41 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้มีคณะกรรมการราคากลางและขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ และมาตรา 43 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้มีความอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ตามมาตรา 119¹⁵⁵

¹⁵⁵ มาตรา 119 เมื่อได้รับรายงานจากหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 118 ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับรายงานดังกล่าว หากเรื่องใดไม่อาจพิจารณาได้ทันในกำหนดนั้น ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ขยายระยะเวลาออกไปได้ไม่เกินสองครั้ง ครั้งละไม่เกินสิบห้าวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว และแจ้งให้ผู้อุทธรณ์และผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ

(2) พิจารณาข้อร้องเรียนกรณี que เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง หรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้

(3) จัดทำรายงานเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนเสนอคณะกรรมการนโยบายอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

(4) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้หรือตามที่คณะกรรมการนโยบายรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

การจัดหาพัสดุ (Materials) ของส่วนราชการ โดยการจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement) เป็นการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุ โดยอาจเป็นการซื้อ จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่น และเมื่อได้มาซึ่งพัสดุแล้ว เจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการบริหารพัสดุ (Supply Management) ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับการเก็บ การบันทึก การเบิกจ่าย การยืม การตรวจสอบ การบำรุงรักษา และการจำหน่ายพัสดุ โดยการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุนั้นจะเกี่ยวข้องกับเงินงบประมาณ ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐกระทำการทุจริตยอมก่อให้เกิดปัญหากระทบต่อเงินงบประมาณ มีผลกระทบต่อส่วนราชการ ก่อให้เกิดปัญหาการบริหารงานแผ่นดิน ปัญหาทางเศรษฐกิจ และมีผลกระทบต่อส่วนรวม การแก้ไขปัญหาดังกล่าวต้องอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (Counter Corruption) ดังกล่าว ซึ่งจะ ได้ศึกษากรณีการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และกระบวนการตรวจสอบการทุจริตตามกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารงานพัสดุภาครัฐในบทต่อไป

ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังขึ้นและมีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่หรือเริ่มจากขั้นตอนใดตามที่เห็นสมควร ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังไม่ขึ้นหรือไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้แจ้งหน่วยงานของรัฐเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไป

การวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด

ในกรณีที่พ้นกำหนดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ยังพิจารณาไม่แล้วเสร็จ ให้ยุติเรื่อง และให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์แจ้งผู้อุทธรณ์และผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ พร้อมกับแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไป

ผู้อุทธรณ์ผู้ใดไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ หรือการยุติเรื่องตามวรรคสี่ และเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว