



ข้อสังเกตต่อความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการที่เอกชนผลิตน้ำประปาขายให้แก่ การประปาส่วนภูมิภาค (เรื่องเสร็จที่ 235/2566)

ปฐมน แปนเหลื่อ *

โดยที่พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่จัดตั้งการประปาส่วนภูมิภาคให้ดำเนินการเกี่ยวกับกิจการประปาโดยตรงเพื่อให้บริการสาธารณูปโภคแก่ประชาชนในพื้นที่รับผิดชอบ ขณะที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 เป็นกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณสุขชน กำหนดให้กิจการประปาเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค การประกอบกิจการประปาจึงต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และแม้ว่าประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวจะกำหนดข้อยกเว้นที่ว่า กรณีมีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกิจการประปาแล้ว การประกอบกิจการให้ดำเนินการเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกิจการนั้น อันหมายถึง การประกอบกิจการประปาของการประปาส่วนภูมิภาคไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ส่งผลกระทบต่อการดำเนินการของการประปาส่วนภูมิภาค กรณีที่การประปาส่วนภูมิภาคไม่ได้ผลิตน้ำประปาเองแต่รับซื้อจากเอกชนที่ผลิตน้ำประปาขาย ทำให้มีปัญหการใช้และการตีความประกาศของคณะปฏิวัติข้างต้นว่า เป็นกรณีที่ต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีหรือไม่ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเห็นว่า กรณีนี้เอกชนที่ผลิตน้ำประปามาขายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคจะต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี แต่การประปาส่วนภูมิภาคไม่เห็นพ้องด้วยกับความเห็นดังกล่าว จึงขอหารือประเด็นนี้ไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งนำมาสู่ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 235/2566 ที่เห็นพ้องตามความเห็นของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนได้จัดทำข้อสังเกตต่อความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว โดยแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ดังนี้ ส่วนที่ 1 สรุปสาระสำคัญของความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้น ส่วนที่ 2 อธิบายหลักการเกี่ยวกับเครื่องมือทางกฎหมายของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ และส่วนสุดท้ายนำเสนอข้อสังเกตต่อความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาต่อไป

* เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ส่วนที่ 1 สารสำคัญของความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา¹

การประปาส่วนภูมิภาค หรือ กปภ. ได้มีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาขอหาหรือว่า เอกชนที่ผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่ กปภ. ตามสัญญาซื้อขายน้ำประปาจะต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับ สัมปทานจากรัฐมนตรีตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 หรือไม่ เนื่องจากกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (โดยกรมทรัพยากรน้ำ) เห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นการดำเนินการตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 และประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง หลักเกณฑ์การดำเนินการ เกี่ยวกับสัมปทานประกอบกิจการประปาเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน พ.ศ. 2554 นอกจากนี้ ยังมีข้อเท็จจริงที่ศาลแขวงภูเก็ตในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 166/2564 และคดีหมายเลขแดงที่ อ. 167/2564 ได้มีคำพิพากษาในแนวทางเดียวกันกับความเห็นของกรมทรัพยากรน้ำว่า กรณีที่เอกชนจำหน่ายน้ำประปา ให้แก่ กปภ. เพื่อจ่ายต่อไปยังพื้นที่ต่าง ๆ เป็นการประกอบกิจการประปาอันเป็นกิจการสาธารณูปโภค เมื่อดำเนินการโดยไม่ได้รับอนุญาตตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 จึงมีความผิดฐานประกอบกิจการ ค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค (การประปา) โดยไม่ได้รับอนุญาตตามข้อ 3 ข้อ 4 และข้อ 16 แห่งประกาศ ของคณะปฏิวัติดังกล่าว

อย่างไรก็ดี การประปาส่วนภูมิภาคไม่เห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมข้างต้นด้วยเหตุผล 4 ประการ ดังนี้

1) กปภ. ซื้อน้ำประปาจากเอกชนในฐานะที่เป็นพัสดุ โดยวิธีการจัดซื้อตามพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 น้ำประปาดังกล่าวจึงเป็นกรรมสิทธิ์ของ กปภ. ตามที่ตกลงกันในสัญญา กปภ. มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการจำหน่ายน้ำประปาและมีดุลพินิจในการนำ น้ำประปาที่ซื้อจากเอกชนไปจำหน่ายให้แก่ประชาชน บริษัทเอกชนไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ กับผู้ใช้น้ำและไม่มีสิทธิ ให้บริการจำหน่ายน้ำประปาแก่ประชาชน รวมถึงไม่มีสิทธิได้รับชำระค่าบริการและค่าน้ำประปาจากประชาชน โดยตรง สัญญาซื้อขายน้ำประปาจึงไม่เป็นการให้สิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายแก่บริษัทเอกชนเพื่อให้จำหน่าย น้ำประปาแก่ประชาชนแทน กปภ. และไม่มี การนำทรัพย์สินของ กปภ. ไปจัดหาประโยชน์

2) กปภ. จะตรวจสอบควบคุมการผลิตน้ำประปาตั้งแต่ขั้นตอนกระบวนการก่อสร้าง คุณภาพน้ำดิบ และคุณภาพน้ำประปาตลอดระยะเวลาของการปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายน้ำประปา หากบริษัทเอกชนไม่สามารถผลิตน้ำประปาให้ได้ปริมาณหรือมีคุณภาพตามมาตรฐานที่กำหนด กปภ. สามารถเข้าแทรกแซงการผลิตเพื่อนำน้ำประปาไปจำหน่ายให้แก่ประชาชนตามอำนาจหน้าที่ของ กปภ. การผลิตน้ำประปาของบริษัทเอกชนเพื่อขายให้แก่ กปภ. จึงมิใช่กิจการอันอาจกระทบต่อความปลอดภัย หรือผาสุกแห่งสาธารณชนตามความหมายของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

¹ สรุปและเรียบเรียงจาก บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 235/2566 เรื่อง การขอสัมปทาน ของเอกชนที่ผลิตน้ำประปาขายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาค, กุมภาพันธ์ 2566

3) สัญญาซื้อขายน้ำประปาและการผลิตน้ำประปาของบริษัทเอกชนเพื่อขายให้แก่ กปภ. มีลักษณะและจุดมุ่งหมายที่แตกต่างจากข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 703/2540 และเรื่องเสรีที่ 438/2540 เนื่องจากการผลิตน้ำประปาของเอกชนถือเป็นส่วนหนึ่งในกิจการประปาของ กปภ. ซึ่งจัดซื้อน้ำประปาจากเอกชนเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ของ กปภ. ตามพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 อันเป็นกฎหมายเฉพาะ บริษัทเอกชนเป็นเพียงผู้สนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะของ กปภ. ไม่ใช่ผู้ประกอบการประปา และ กปภ. ไม่ใช่ผู้รับบริการตามประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง หลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับสัมปทานประกอบกิจการประปาเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน พ.ศ. 2554 บริษัทเอกชนที่ผลิตน้ำประปาขายให้ กปภ. จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีตามข้อ 3 (5) ข้อ 4 และข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58²

4) การพิจารณาให้สัมปทานของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ใช้หลักเกณฑ์และมาตรฐานแตกต่างกับ กปภ. ทำให้บริษัทเอกชนมีภาระเพิ่มขึ้น ทั้งที่การตรวจสอบของ กปภ. มีมาตรฐานเพียงพอที่จะเป็นหลักประกันว่า น้ำประปาที่ผลิตโดยเอกชนมีคุณภาพและปลอดภัยสำหรับการอุปโภคบริโภคแล้ว จึงเป็นการดำเนินการที่มีความซ้ำซ้อนและสร้างความสับสนแก่ผู้ประกอบการเอกชน โดยเฉพาะกรณีที่บริษัทเอกชนเข้าทำสัญญาและมีความพร้อมในการผลิตน้ำประปาแล้ว แต่ยังไม่ได้รับสัมปทานเนื่องจากกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมใช้ระยะเวลาพิจารณานาน หรือไม่ได้รับสัมปทานเนื่องจากไม่ผ่านมาตรฐาน ส่งผลให้บริษัทเอกชนไม่สามารถขายน้ำประปาให้แก่ กปภ. ได้

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) ได้ให้ความเห็นตามข้อหารือของการประปาส่วนภูมิภาคสรุปได้ ดังนี้

1) ตามข้อ 7 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีอำนาจพิจารณาอนุญาตหรือให้สัมปทานการประกอบกิจการประปา โดยจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนก็ได้ ซึ่งกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้ออกประกาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับ

² ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

ข้อ 3 กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

ฯลฯ

(5) การประปา

ฯลฯ

ข้อ 4 ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี

ข้อ 6 ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกิจการตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 หรือข้อ 5 การประกอบกิจการดังกล่าว ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกิจการนั้น

สัมปทานประกอบกิจการประปาเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน พ.ศ. 2554 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยกำหนดให้ “การประกอบกิจการประปา” หมายถึง การประกอบกิจการเกี่ยวกับการจัดหา น้ำดิบ การผลิต การจัดส่ง และการจัดจำหน่ายน้ำประปา โดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลไปยังผู้รับบริการ โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น และ “ผู้รับบริการ” หมายความว่า บุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคลที่ได้รับบริการจากผู้รับสัมปทาน ดังนั้น การประกอบกิจการประปา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดหา ผลิต จัดส่ง หรือจัดจำหน่ายน้ำประปาไปยังผู้รับบริการ จึงต้องดำเนินการตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 และประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง หลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับสัมปทานประกอบกิจการประปาเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน พ.ศ. 2554

2) เรื่องเสร็จที่ 703/2540 คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นไว้สรุปได้ว่า การผลิตน้ำของเอกชนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งน้ำสะอาดที่มีคุณภาพเทียบเท่า น้ำประปาสำหรับใช้ในการบริโภคใช้สอยของประชาชน โดยจัดส่งเข้าสู่ระบบการจำหน่ายของ กปภ. เพื่อจำหน่ายให้แก่ประชาชน แม้ว่าเอกชนจะมีได้เป็นผู้จำหน่ายให้แก่ประชาชนโดยตรง แต่เมื่อวัตถุประสงค์ในการผลิตน้ำประปาเป็นการผลิตเพื่อให้ประชาชนได้อุปโภคบริโภค มิใช่เพื่อการอื่น จึงอยู่ในความหมายของคำว่า “การประปา” และจัดเป็นกิจการประปาตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ดังนั้น การผลิตน้ำประปาของเอกชนไม่ว่าจะเป็นกรณี กปภ. ร่วมลงทุนกับเอกชนหรือไม่ ก็อยู่ในข่ายต้องขอสัมปทานประกอบกิจการประปากรณีตามเรื่องเสร็จที่ 703/2540 จึงมีข้อเท็จจริงลักษณะเดียวกันกับข้อหาหรือกรณีนี้

3) เมื่อกรณีตามข้อหาหรือนี้เป็นการผลิตน้ำประปาของเอกชนเพื่อจำหน่ายให้แก่ กปภ. โดยมีวัตถุประสงค์ในการอุปโภคบริโภคของประชาชน และมีค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น จึงอยู่ในความหมายของคำว่า “การประปา” ซึ่งเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามข้อ 3 (5) ที่ต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีตามข้อ 4 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 และต้องดำเนินการตามประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง หลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับสัมปทานประกอบกิจการประปาเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน พ.ศ. 2554 เพื่อให้รัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รับผิดชอบสามารถควบคุมการประกอบกิจการอันมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน

4) เมื่อการผลิตน้ำประปาในกรณีนี้ไม่ใช่การดำเนินการของการประปาส่วนภูมิภาคเองตามพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 จึงไม่เข้าข่ายยกเว้นตามข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ที่จะไม่ต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีในการประกอบกิจการประปา

จากความเห็นข้างต้น คณะกรรมการกฤษฎีกามีมุมมองว่า การผลิตน้ำประปาของเอกชนเพื่อจำหน่ายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาค อยู่ในความหมายของคำว่า “การประปา” ซึ่งเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคที่ต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และเมื่อการประปาส่วนภูมิภาคไม่ได้เป็นผู้ผลิตน้ำประปาเอง จึงไม่เข้าข่ายยกเว้นที่จะ

ไม่ต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีในการประกอบกิจการตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ซึ่งผู้เขียนมีข้อสังเกตต่อกรณีดังกล่าว ดังจะได้อธิบายในส่วนที่ 3 อย่างไรก็ตามสมควรทำความเข้าใจหลักการเกี่ยวกับเครื่องมือทางกฎหมายของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ ในส่วนที่ 2 ก่อน

ส่วนที่ 2 หลักการเกี่ยวกับเครื่องมือทางกฎหมายของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่รัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำเพื่อสนองความต้องการของประชาชน ส่วนรวม กิจกรรมใดจะเป็นบริการสาธารณะได้จะต้องเป็นกิจกรรมที่ดำเนินการโดยฝ่ายปกครองไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ³ ในส่วนนี้จะทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ ประเภทของเครื่องมือทางกฎหมายของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ และลักษณะของการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย

1. หลักสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ⁴ ดังนี้

1.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาค เป็นไปตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน...” เมื่อบริการสาธารณะเป็นกิจการที่รัฐจัดทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจทางกฎหมาย ประชาชนจึงต้องมีสิทธิและโอกาสได้รับประโยชน์หรือเข้าสู่บริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน ทั้งความเสมอภาคด้านสถานภาพของผู้ใช้บริการ โดยผู้ใช้บริการสาธารณะประเภทเดียวกันย่อมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน และความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะที่จะต้องมีการเรียกประกวดราคาหรือประมูลเพื่อให้บุคคลทั่วไปมีโอกาสเข้าแข่งขันกับผู้อื่นเพื่อเป็นคู่สัญญากับรัฐ

1.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง เป็นผลโดยตรงจากหลักที่ว่า การบริการสาธารณะซึ่งเป็นกิจกรรมที่มีความจำเป็นแก่การดำรงชีวิตของประชาชนต้องมีความต่อเนื่อง รัฐจึงมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะให้ดำเนินไปอย่างปกติ โดยสม่ำเสมอ และต่อเนื่องตลอดเวลา กรณีฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างแทน หากเกิดเหตุร้ายแรงที่ขัดขวางการดำเนินงานของบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้รับผิดชอบมีหน้าที่จะต้องเข้าไปดำเนินกิจการแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือนำกลับมาทำเองเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ รวมถึงหากเกิดเหตุที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ ฝ่ายปกครองต้องรับภาระบางส่วนร่วมกับเอกชนคู่สัญญาเพื่อไม่ให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลง

³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 5 : 2560, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 32-34.

⁴ เฟื่องอ้วน, หน้า 43-48 และหน้า 143-144.

1.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง บริการสาธารณะต้องเหมาะสมกับความต้องการของประชาชนเพื่อให้ทันกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะแต่ฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลใด บุคคลจะอ้างสิทธิประโยชน์ที่เคยได้รับจากบริการสาธารณะมาขัดขวางการเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะโดยกฎหมายไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงความจำเป็นในการรักษาประโยชน์สาธารณะอยู่เสมอ

2. ประเภทของเครื่องมือทางกฎหมายของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง มีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง ซึ่งสามารถจำแนกประเภทของเครื่องมือทางกฎหมายได้ ดังนี้

2.1 กฎ เป็นการกระทำทางกฎหมายซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นนามธรรม มุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป⁵

2.2 คำสั่งทางปกครอง เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะตัวบุคคลโดยเฉพาะเรื่อง เช่น คำสั่งห้าม คำสั่งให้ทำ การอนุมัติ การอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น⁶ โดยเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ⁷

2.3 สัญญาของฝ่ายปกครอง สัญญาที่มีรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่นเป็นคู่สัญญา อาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และสัญญาทางแพ่งที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม⁸ โดยในประเทศไทย ฝ่ายปกครองจะทำสัญญาที่สำคัญ 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบที่ 1 สัญญาพัสดุ ในลักษณะของการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งมีหลักการเหมือนกับสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างโดยทั่วไป คือ เป็นสัญญาที่เกิดจากการเข้าทำนิติสัมพันธ์ด้วยความสมัครใจ

⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, หน้า 102.

⁶ อ่างแล้ว เจริญธรรม, หน้า 101.

⁷ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาของทางราชการ : กฎหมายเปรียบเทียบ, 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 104 และหน้า 106.



ของคู่สัญญาสองฝ่าย⁹ สัญญาพัสดุดังกล่าวอาจอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติข้างต้นอาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าเป็นไปตามนิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่

รูปแบบที่ 2 สัญญาสัมปทานตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่รัฐให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ โดยรัฐเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขและระยะเวลา ส่วนเอกชนรับความเสี่ยงและค่าตอบแทนจากสัมปทานนั้น¹⁰ เอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องลงทุนและลงแรงเอง ต้องรับความเสี่ยงภัยจากการขาดทุนเอง¹¹ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองยังมีความสัมพันธ์กับบริการสาธารณะนั้นอยู่ในฐานะผู้กำกับดูแล (ไม่ใช่ผู้ดำเนินการจัดทำ)¹² มีอำนาจควบคุมอย่างเต็มที่ และสามารถกำหนดเงื่อนไขการเพิกถอนสัมปทานหรือข้อกำหนดอย่างอื่น เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะได้ ผู้รับสัมปทานมีรายได้จากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ¹³ ทั้งนี้ บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนรับสัมปทานไปจัดทำจะต้องไม่เป็นการเกี่ยวกับความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การกิจลำดับต้นของรัฐไม่จะเป็นการรักษาความมั่นคงของประเทศ (กลาโหม) การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ (มหาดไทย) การพิจารณาพิพากษาคดี (กระบวนการยุติธรรม) และการเจริญสัมพันธ์ไมตรีระหว่างประเทศ (การทูต) ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ

การที่รัฐมีอำนาจควบคุมการกำหนดหรือปรับอัตราค่าบริการเป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะโดยเฉพาะ เนื่องจากการเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการย่อมมีผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวม ดังนั้น โดยปกติแล้วรัฐจะกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับสัมปทานเรียกค่าบริการหรือค่าธรรมเนียมได้ไม่เกินกว่าอัตราที่กำหนดไว้ และจะปรับอัตราค่าบริการดังกล่าวได้เมื่อได้รับอนุญาต¹⁴

⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 : 2554, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 111.

¹⁰ เฟิงอ้วง, หน้า 136 และหน้า 145.

¹¹ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8, หน้า 106.

¹² อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, หน้า 33.

¹³ เฟิงอ้วง, หน้า 93.

¹⁴ ขาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, 2543, กรุงเทพฯ : นิติธรรม, หน้า 92.

3. ลักษณะของการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย

เมื่อได้ศึกษาหลักการและเครื่องมือทางกฎหมายของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะมาแล้ว สมควรศึกษาลักษณะของการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย โดยการจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายไทยแบ่งเป็น 2 ลักษณะ¹⁵ ได้แก่

1. การจัดทำบริการสาธารณะโดยมีกฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรหนึ่งองค์กรใดโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 เป็นต้น

2. การจัดทำบริการสาธารณะโดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครอง ผู้ประสงค์จะดำเนินการต้องยื่นขอสัมปทานจากรัฐ หากฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในกิจการนั้นเห็นชอบจะเข้าทำสัญญาในรูปแบบสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งกรณีนี้มีประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 กำหนดให้การดำเนินการบริการสาธารณะ โดยการให้สัมปทานหรือการอนุญาต ซึ่งทั้งสองรูปแบบนี้มีลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือ หากไม่มีการผูกขาด กิจการจะอยู่ในรูปการอนุญาต ผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้มีสิทธิขออนุญาตได้ เช่น การประกันภัย การธนาคาร เป็นต้น แต่หากการดำเนินการกิจการมีลักษณะในเชิงผูกขาดหรือเป็นกิจการสาธารณูปโภค กิจการจะอยู่ในรูปของสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น การรถไฟ การประปา การไฟฟ้า เป็นต้น ซึ่งกิจการสาธารณูปโภคนั้นเป็นปัจจัยขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนควรได้รับบริการจากรัฐ และเนื่องจากประชาชนในสังคมมีฐานะทางเศรษฐกิจต่างกัน หากรัฐจัดทำสาธารณูปโภคโดยคิดค่าบริการตามหลักของการจัดการเชิงธุรกิจอาจทำให้ประชาชนบางส่วนไม่มีโอกาสใช้บริการกิจการสาธารณูปโภคเหล่านั้น ประกอบกับเอกชนอาจมีปัญหาด้านต้นทุนในการดำเนินงาน จุดคุ้มทุน และผลตอบแทน เช่นเดียวกันกับกิจการสาธารณูปโภคการจะทำให้ไม่มีเอกชนสนใจเข้าดำเนินการ ดังนั้น เพื่อให้ประชาชนทุกคนมีโอกาสเท่าเทียมกันในการใช้บริการ รัฐจึงต้องเข้าดำเนินการเอง และคิดอัตราค่าบริการในระดับที่ประชาชนทั่วไปรับได้¹⁶ โดยพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้นิยามคำว่า “สาธารณูปโภค” ไว้ว่า “งานอันเกี่ยวกับการประปา การไฟฟ้า การสื่อสาร การโทรคมนาคม การระบายน้ำ การขนส่งทางท่อ ทางน้ำ ทางบก ทางอากาศ หรือทางราง หรือการอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งดำเนินการในระดับพื้นดิน ได้พื้นดิน หรือเหนือพื้นดิน”

จะเห็นได้ว่า การจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเป็นไปด้วยความเสมอภาค มีความต่อเนื่อง และมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันสมัยอยู่เสมอ ซึ่งในประเทศไทยการจัดทำบริการสาธารณะ อาจใช้เครื่องมือในการจัดทำในรูปแบบสัญญาทั้งในรูปแบบของสัญญาพัสดุและสัญญาสัมปทาน โดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครองหรือโดยมีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ หลักการต่าง ๆ ข้างต้นนี้จึงนำมาสู่ข้อสังเกตต่อความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 235/2566 ดังจะได้กล่าวถึงในส่วนที่ 3

¹⁵ เฟื่องอ้าง, หน้า 80.

¹⁶ อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 3, หน้า 151.

ส่วนที่ 3 ข้อสังเกตต่อความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา

ตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นต่อกรณีบริษัทเอกชนผลิตน้ำประปาขายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาค ในเรื่องเสร็จที่ 235/2566 ผู้เขียนมีข้อสังเกตต่อกรณีดังกล่าวใน 3 ประเด็น ได้แก่ ประเด็นนิติสัมพันธ์ของบริษัทเอกชน ประเด็นการตีความบทบัญญัติของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 และประเด็นความปลอดภัยสาธารณะกับความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ

1. ประเด็นนิติสัมพันธ์ของบริษัทเอกชน

จากข้อเท็จจริงตามข้อหาหรือและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาแสดงให้เห็นถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทเอกชนผู้ขายน้ำประปากับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องใน 3 ภาคส่วน ได้แก่ การประปาส่วนภูมิภาค กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และประชาชนผู้ใช้น้ำประปา ดังนี้

1.1 นิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทเอกชนกับการประปาส่วนภูมิภาค

ตามเหตุผลของการประปาส่วนภูมิภาคในข้อ 1) ที่ว่า “กปภ. ชื้อน้ำประปาจากเอกชนในฐานะที่เป็นพัสดุ ด้วยวิธีการจัดซื้อตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560” จะเห็นได้ว่า การขายน้ำประปาของบริษัทเอกชนให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคในกรณีนี้เกิดนิติสัมพันธ์ที่เป็นนิติกรรมสองฝ่ายเพียงครั้งเดียวเท่านั้นในรูปแบบสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ กล่าวคือ เป็นการจัดซื้อจัดจ้างระหว่างบริษัทเอกชนที่เป็นผู้ขายน้ำประปากับการประปาส่วนภูมิภาคที่เป็นนิติบุคคลมหาชนในฐานะรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522¹⁷ และใช้อำนาจตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน จัดซื้อน้ำประปาในรูปของพัสดุนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการเพื่อจำหน่ายน้ำประปาในเขตท้องที่ซึ่งอยู่นอกเขตที่การประปานครหลวงมีอำนาจดำเนินการ

1.2 นิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทเอกชนกับกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

เมื่อพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) ในข้อ 3 ที่มีต่อกรณีตามข้อหาหรือนี้นว่า “ต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีตามข้อ 4 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 และต้องดำเนินการตามประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง หลักเกณฑ์

¹⁷ พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522

มาตรา 5 ให้จัดตั้งการประปาขึ้นเรียกว่า “การประปาส่วนภูมิภาค” เรียกโดยย่อว่า “กปภ.” และให้เป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์ในการประกอบและส่งเสริมธุรกิจการประปาโดยการสำรวจ จัดหาแหล่งน้ำดิบ และจัดให้ได้มาซึ่งน้ำดิบ เพื่อใช้ในการผลิต จัดส่ง และจำหน่ายน้ำประปา รวมทั้งการดำเนินธุรกิจอื่นที่เกี่ยวกับหรือต่อเนื่องกับธุรกิจการประปา เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่การให้บริการสาธารณะปโภค โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐ และสุขภาพอนามัยของประชาชนเป็นสำคัญ

มาตรา 8 ให้ กปภ. มีอำนาจดำเนินการเพื่อจำหน่ายน้ำประปาในเขตท้องที่ซึ่งอยู่นอกเขตที่การประปานครหลวงมีอำนาจดำเนินการ แต่ กปภ. อาจดำเนินการจำหน่ายน้ำประปาในเขตที่การประปานครหลวงมีอำนาจดำเนินการได้เมื่อได้รับความเห็นชอบจากการประปานครหลวงแล้ว

การดำเนินการเกี่ยวกับสัมปทานประกอบกิจการประปาเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน พ.ศ. 2554” และคำอธิบายของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนที่ 2 หัวข้อที่ 3 ที่อธิบายความแตกต่างของการให้สัมปทานกับการอนุญาตไว้ว่า “หากมีลักษณะในเชิงผูกขาดหรือเป็นกิจการสาธารณูปโภค จะอยู่ในรูปของสัมปทาน เช่น การรถไฟ การประปา การไฟฟ้า เป็นต้น” ประกอบกันแล้ว จะเห็นได้ว่า การตอบข้อหารือในประเด็นดังกล่าวอาจสร้างความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนได้ เนื่องจากสัมปทาน จะต้องอยู่ในรูปของสัญญาอันเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ส่วนการอนุญาตเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวประเภท คำสั่งทางปกครอง ประกอบกับเมื่อพิจารณาเนื้อหาของประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง หลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับสัมปทานประกอบกิจการประปาเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน พ.ศ. 2554 ในส่วนที่เรียกว่าการขอสัมปทานนั้น มีลักษณะเป็นการยื่นเอกสารหลักฐาน ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาอนุญาต ตลอดจนนิยามคำว่า “สัมปทาน” ในประกาศฉบับนี้ยังหมายถึง “การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนประกอบกิจการประปาภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนดตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 โดยทำเป็นหนังสือ”¹⁸ อีกด้วย จึงเห็นว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทเอกชนกับกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในกรณีนี้มีลักษณะ เป็นการอนุญาตไม่ใช่การทำสัญญาสัมปทาน อย่างไรก็ตาม กรณีจะอยู่ในบังคับของประกาศกระทรวง ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฉบับนี้ก็ต้องพิจารณากฎหมายที่ให้อำนาจของประกาศฉบับดังกล่าวก่อน ซึ่งก็คือ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 โดยผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในประเด็นข้อสังเกตที่ 2 ต่อไป

1.3 นิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทเอกชนกับประชาชนผู้ใช้น้ำประปา

ตามเหตุผลของการประปาส่วนภูมิภาคในข้อ 1) ที่ว่า “บริษัทเอกชนไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ กับผู้ใช้น้ำ ไม่มีสิทธิให้บริการจำหน่ายน้ำประปาแก่ประชาชนและไม่มีสิทธิได้รับค่าบริการ และค่าน้ำประปาจากประชาชนโดยตรง” แสดงให้เห็นว่า บริษัทเอกชนไม่มีนิติสัมพันธ์ใดกับประชาชน ผู้ใช้น้ำประปา การดำเนินการของบริษัทเอกชนที่ขายน้ำประปาให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคจึงไม่ครอบคลุมประกอบของการจัดทำบริการสาธารณะ และเป็นการยืนยันว่าการขายน้ำประปาดังกล่าวเป็นเพียงสัญญาของฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เท่านั้น นอกจากนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมเรื่องการเป็น “ผู้รับบริการ” ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) อ้างถึงในความเห็นข้อ 1) โดยเห็นว่า การเป็น “ผู้รับบริการ” ตามประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง หลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับสัมปทานประกอบกิจการประปาเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน พ.ศ. 2554 ควรจะหมายถึง ผู้รับบริการสาธารณะ อันได้แก่ ประชาชนผู้ที่จะได้ใช้น้ำประปาเท่านั้น ไม่ควรหมายความว่า การประปาส่วนภูมิภาคซึ่งเป็นผู้จัดซื้อน้ำประปาเพื่อนำไปจัดทำบริการสาธารณะเสียเอง และเมื่อการประปาส่วนภูมิภาคไม่ใช่ผู้รับบริการ การที่บริษัทเอกชนขายน้ำประปา

¹⁸ ข้อ 4 ของประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง หลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับสัมปทานประกอบกิจการประปาเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน พ.ศ. 2554

ให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคก็ไม่อยู่ภายใต้นิยาม “การประกอบกิจการประปา” ตามประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฉบับเดียวกันนี้ด้วย

2. ประเด็นการตีความบทบัญญัติของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

ผู้เขียนมีข้อสังเกตต่อการตีความบทบัญญัติของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ของคณะกรรมการกฤษฎีกา 3 ประการ ดังนี้

2.1 การตีความข้อยกเว้นตามข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

แม้การจัดเรียงบทบัญญัติในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 จะดูเหมือนว่า บทบัญญัติข้อ 6 เป็นข้อยกเว้นของบทบัญญัติในข้อ 4 ตามเจตนารมณ์ของประกาศของคณะปฏิวัตินี้ดังกล่าว ที่ต้องการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ซึ่งเป็นเรื่องดีที่รัฐเล็งเห็นถึงความสำคัญของการประปาอันเป็นสาธารณูปโภคพื้นฐานที่จำเป็นต่อประชาชน และเห็นว่ารัฐควรจัดทำกิจการนี้เองเป็นหลัก จึงเป็นที่มาของการจัดตั้งการประปาส่วนภูมิภาคที่มีภารกิจจัดทำบริการสาธารณะด้านการประปาโดยตรง สอดคล้องกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 252/2525 ที่ว่า “การที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่จัดตั้งและให้อำนาจรัฐวิสาหกิจเกี่ยวกับการไฟฟ้าหรือการประปาได้บัญญัติไว้เป็นมาตราหนึ่ง โดยเฉพาะทุกฉบับว่า การผลิต การจัดให้ได้มา การจัดส่ง และการจำหน่ายไฟฟ้าหรือน้ำประปา เป็นกิจการสาธารณูปโภค และให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยกรนั้น ก็เพื่อป้องกันเอกชนมิให้จัดทำกรไฟฟ้าและการประปาแข่งหรือซ้อนในเขตของรัฐวิสาหกิจที่ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายให้กระทำอยู่แล้ว มิได้มุ่งหมายที่จะนำประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 มาใช้บังคับแก่รัฐวิสาหกิจที่ประกอบกิจการไฟฟ้าหรือประปาที่มีกฎหมายจัดตั้งและให้อำนาจไว้โดยตรงอยู่แล้ว”

นอกจากนี้ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) ในข้อ 4) ที่ว่า “เมื่อการผลิตน้ำประปาในกรณีนี้ไม่ใช่การดำเนินการของ กปภ. เองตามพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 จึงไม่เข้าข้อยกเว้นตามข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ที่ไม่ต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีในการประกอบกิจการ” นั้น เนื่องจากกระบวนการผลิตน้ำเพื่อให้เป็นน้ำประปาไม่อาจนับว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะได้ แต่เป็นเพียงขั้นตอนหรือองค์ประกอบหนึ่งของการจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น การจัดทำบริการสาธารณะในกรณีนี้ คือ การประกอบกิจการประปา อันเป็นการดำเนินการโดยการประปาส่วนภูมิภาคเอง ซึ่งจัดซื้อน้ำประปาโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 บริการสาธารณะที่เรียกว่ากิจการประปานี้จึงอยู่ภายใต้การดำเนินการของการประปาส่วนภูมิภาคและเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกรนั้น และเข้าข้อยกเว้นตามข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 จึงไม่ต้องขออนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรีผู้มีอำนาจเพื่อดำเนินการอีก

2.2 การตีความกิจการประปาตามข้อ 3 (5) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) ข้อ 3) ที่ว่า “กรณีตามข้อหารือนี้ เป็นการผลิตน้ำประปาของเอกชนเพื่อจำหน่ายให้แก่ กบป. โดยมีวัตถุประสงค์ในการอุปโภคบริโภค ของประชาชน และมีค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น จึงอยู่ในความหมายของคำว่า “การประปา” ซึ่งเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ตามข้อ 3 (5)” และสรุปความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 703/2540 ข้อ 2) ที่ว่า “แม้ว่าเอกชนจะไม่ได้เป็นผู้จำหน่ายให้แก่ประชาชนโดยตรงก็ตาม แต่เมื่อวัตถุประสงค์ในการผลิตน้ำนั้นเป็นการผลิตเพื่อให้ประชาชนได้อุปโภคบริโภค มิใช่เพื่อการอื่น จึงอยู่ในความหมายของคำว่า การประปา” นั้น แท้จริงแล้ว กรณีตามข้อหารือนี้ไม่อยู่ในความหมายของคำว่า การประปา กล่าวคือ มิใช่กิจการประปาอันเป็นกิจการสาธารณูปโภค การดำเนินการของบริษัทเอกชน ดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ด้วยเหตุผล ดังนี้

1) บริษัทเอกชนไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ กับประชาชนผู้ใช้น้ำประปา ข้อเท็จจริงกรณีนี้ จึงขาดองค์ประกอบในการจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นสาธารณูปโภคอย่างชัดเจน การให้เหตุผลว่า การขายน้ำประปาเพื่อให้ประชาชนได้อุปโภคบริโภค อาจเป็นการตีความที่ไกลเกินกว่าข้อเท็จจริง เพราะแท้จริงแล้ว การประปาส่วนภูมิภาคเป็นผู้ควบคุมและดำเนินการอื่นทั้งหมด จึงมีอำนาจตัดสินใจว่าจะปล่อยน้ำประปาที่ซื้อมาหรือเก็บน้ำประปานั้นไว้ใช้เมื่อไร อย่างไร ประชาชนผู้ใช้น้ำประปาจากการประปา ส่วนภูมิภาคไม่อาจทราบได้เลยว่าน้ำที่ตนใช้อุปโภคบริโภคนั้นมาจากการผลิตของบริษัทใด ทราบเพียงว่า ตนใช้น้ำประปาจากบริการสาธารณะของการประปาส่วนภูมิภาคพื้นที่ใดเท่านั้น

2) บริษัทเอกชนผู้ขายน้ำประปาไม่มีอำนาจใช้โครงข่ายกิจการประปาที่จะปล่อยน้ำ ให้แก่ประชาชนได้ การประปาส่วนภูมิภาคแต่เพียงผู้เดียวมีอำนาจดำเนินการดังกล่าวในพื้นที่รับผิดชอบ บริษัทเอกชนเป็นเพียงผู้ผลิตน้ำประปาขาย และไม่ใช่คู่แข่งหรือทำกิจการประปาซ้อนกับการประปา ส่วนภูมิภาค แต่เป็นเพียงผู้สนับสนุนให้การจัดทำบริการสาธารณะของการประปาส่วนภูมิภาคที่มีวัตถุประสงค์ ในการดำเนินกิจการประปาให้สำเร็จลุล่วง

2.3 การให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) เรื่องเสร็จที่ 863/2562

เมื่อพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 863/2562 ที่สรุปได้ว่า “การดำเนินการกิจการประปาภายในเขตนิคมอุตสาหกรรมเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติขึ้น เป็นพิเศษ เมื่อนิคมอุตสาหกรรมตามข้อหารือดำเนินการโดยบริษัท A จึงเป็นหน้าที่ของบริษัท A ที่จะจัดให้มี ระบบสาธารณูปโภค ภายใต้การกำกับดูแลของการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย การที่บริษัท A ว่าจ้างบริษัท B ให้ผลิตและส่งจ่ายน้ำประปาให้แก่นิคมอุตสาหกรรม จึงเป็นกรณีที่อยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ การดำเนินการของบริษัท A ตามที่พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 กำหนด ดังนั้น การผลิตและส่งจ่ายน้ำประปาของบริษัท B เป็นการดำเนินการตามกฎหมายเฉพาะที่กำหนด การดำเนินการเกี่ยวกับกิจการประปาไว้แล้วตามข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 บริษัท B จึงไม่ต้องขอรับสัมปทานกิจการประปาภายใต้กฎหมายดังกล่าว” แล้ว หากนำความเห็นเรื่องเสร็จที่ 235/2566

มาเทียบเคียงกับกรณีตามข้อหาข้อนี้ จะเห็นได้ว่า แม้แต่การประกอบกิจการประปาของเอกชนภายใต้ นิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยยังสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ดังนั้น ลำพังการซื้อน้ำประปาจากเอกชนอันเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบกิจการประปา ของการประปาส่วนภูมิภาคซึ่งมีหน้าที่โดยตรงในการประกอบและส่งเสริมธุรกิจการประปา จึงยังสมควร ต้องเป็นไปตามข้อยกเว้นตามข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 เช่นกัน

3. ประเด็นความปลอดภัยสาธารณะกับความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ

การควบคุมความปลอดภัยสาธารณะเป็นเรื่องสำคัญเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน อย่างไรก็ดี เมื่อการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องทันต่อความต้องการของประชาชนจึงควรชั่งน้ำหนัก ระหว่างการควบคุมความปลอดภัยสาธารณะกับความต่อเนื่องและความคล่องตัวของการจัดทำ บริการสาธารณะด้วย เมื่อพิจารณาความทันสมัยของกฎหมายควบคุมความปลอดภัยสาธารณะแล้ว จะเห็นได้ว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 เป็นตัวอย่างของกฎหมายที่อาจล้าสมัยแล้ว ทั้งนี้ รูปแบบการควบคุม ความปลอดภัยสาธารณะสามารถทำได้โดยรัฐวิสาหกิจเอง ซึ่งรัฐวิสาหกิจสามารถลดขั้นตอนความยุ่งยาก ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะได้ อันสอดคล้องกับพระราชบัญญัติ หลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ที่มีเจตนารมณ์ ที่จะไม่ใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย เมื่อพิจารณากรณีตามข้อหาข้อนี้ ลำพังการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ที่กำหนดคุณภาพมาตรฐานของน้ำประปาควรเป็นสิ่งที่เพียงพอแล้ว ไม่สมควรสร้างภาระและขั้นตอน การดำเนินการที่ซ้ำซ้อนแก่เอกชนมากเกินไปทั้งในส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย ถึงแม้ว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 จะมีขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบกิจการค้าขายอันเป็น สาธารณูปโภคเนื่องจากเป็นกิจการที่กระทบต่อความปลอดภัยและความผาสุกของประชาชนก็ตาม แต่การประปาส่วนภูมิภาคก็มีอำนาจหน้าที่โดยตรงตามกฎหมายในการประกอบและส่งเสริมธุรกิจการประปา เอกชนที่ต้องการผลิตน้ำประปาขายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคไม่สมควรต้องดำเนินการซ้ำซ้อน ทั้งการทำสัญญากับการประปาส่วนภูมิภาคควบคู่ไปกับการขออนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นคนละหน่วยงานกัน หากรัฐเห็นว่า การดำเนินการดังกล่าว ของเอกชนสมควรต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐด้วยก็ควรเป็นอำนาจของการประปาส่วนภูมิภาค ในการอนุญาตและทำสัญญาซื้อขายน้ำประปาจากเอกชนทั้งหมดเพียงหน่วยงานเดียว

บทสรุป

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เห็นว่า กรณีเอกชนที่ผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่ การประปาส่วนภูมิภาคตามสัญญาซื้อขายน้ำประปาเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคซึ่งจะต้องได้รับ อนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 นั้น มาจากการตีความว่า กรณีตามข้อหาข้อนี้เป็นกิจการประปาที่เป็นการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณีนี้ไม่ใช่ การประกอบกิจการประปาอันเป็นสาธารณูปโภค แต่เป็นเพียงการจัดซื้อพัสดุที่เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอน

การประกอบกิจการประปาเท่านั้น นอกจากนี้ ผลในทางปฏิบัติจากการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาความซ้ำซ้อนและยุ่งยากที่บริษัทเอกชนผู้ขายน้ำประปาจะต้องเผชิญ ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการเข้าทำสัญญาและสร้างขั้นตอนอันเป็นภาระแก่ฝ่ายเอกชน ซึ่งแม้ว่า กิจการประปาจะเป็นกิจการสาธารณูปโภคที่จำเป็นและสำคัญต่อประชาชนก็ตาม แต่การบริหารจัดการของรัฐ ก็ควรส่งเสริมให้กิจการนี้เป็นไปด้วยความต่อเนื่องและคล่องตัวตามหลักการจัดทำบริการสาธารณะเช่นกัน

คำสำคัญ : บริการสาธารณะ, สาธารณูปโภค, ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58, การประปา, เอกชน ขายนํ้าประปา, การประปาส่วนภูมิภาค