

บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙
กับการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาร่วมงานตามพระราชบัญญัติว่าด้วย
การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕

กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ ทก
๐๒๑๑/๕๑๑๕ ลงวันที่ ๒๙ สิงหาคม ๒๕๕๐ ขอรื้อปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธี
ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ สรุปข้อเท็จจริงได้ดังนี้

(๑) บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (บมจ. ทีโอที) ซึ่งในขณะที่มีสถานะเป็น
องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ได้ทำสัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่
(Cellular Mobile Telephone) (สัญญาอนุญาตฯ) กับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด
(บริษัท AIS) (ปัจจุบันคือบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) (บมจ. AIS))
เมื่อวันที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๓๓ เพื่ออนุญาตให้บริษัท AIS ดำเนินกิจการให้บริการ
โทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ NMT ๙๐๐ ระบบ GSM ทั่วประเทศ มีกำหนดเวลา ๒๐ ปี นับแต่วันที่
๑ ตุลาคม ๒๕๓๓ ถึงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๓ โดยต่อมาได้มีการทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญา
อนุญาตดังกล่าว รวม ๗ ครั้ง โดยการทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ครั้งที่ ๒ ถึงครั้งที่ ๗
ได้ดำเนินการภายหลังการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ
ในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจึงได้หารือสำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกาตามที่ บมจ. ทีโอที เสนอ ในประเด็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาตาม
ข้อตกลงดังกล่าวข้างต้นของ ทศท. เป็นการดำเนินการที่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้
เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ หากการดำเนินการดังกล่าวไม่ถูกต้อง บมจ. ทีโอที จะต้องดำเนินการ
อย่างไรกับการดำเนินการตามที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาไปแล้ว และในระหว่างการดำเนินการ
เพื่อให้ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

(๒) คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหารือของกระทรวง
เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารดังกล่าวแล้ว ได้มีความเห็นปรากฏตามบันทึกสำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ
ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีสัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระหว่าง
บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) กับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน)) (เรื่อง
เสร็จที่ ๒๙๑/๒๕๕๐) สรุปความได้ว่า เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัติว่าด้วย
การให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แล้ว กฎหมายไม่ประสงค์ให้การอนุญาตหรือการให้สัมปทานหรือให้
สิทธิแก่เอกชนและการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือ
หน่วยงานเดียว ดังนั้น แม้ว่าเป็นการดำเนินโครงการที่อยู่ในขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล
หากจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการดำเนินการโครงการหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา

หน่วยงานเจ้าของโครงการก็ต้องเสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ พิจารณาหากคณะกรรมการดังกล่าวเห็นชอบด้วย ก็ต้องรายงานต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด ตามมาตรา ๒๓ (๒) และหากเป็นเรื่องที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการหรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐหรือเป็นกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการ รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดก็ชอบที่จะเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป และเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจึงจะลงนามแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ของ ทศท. ในครั้งที่ ๒ ถึงครั้งที่ ๖ ได้เสนอต่อคณะกรรมการ ทศท. และในครั้งที่ ๗ ได้เสนอต่อคณะกรรมการ บมจ. ทศท คอร์ปอเรชั่น พิจารณา เมื่อได้รับการอนุมัติเห็นชอบจากคณะกรรมการดังกล่าวแล้ว จึงได้ลงนามในข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ โดยมีได้เสนอเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาต่อคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ พิจารณา และมีได้เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาเห็นชอบในกรณีที่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของโครงการ จึงถือว่าการทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ในกรณีดังกล่าวข้างต้น มิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ดำเนินการไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เนื่องจากมิได้เสนอเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมให้คณะกรรมการประสานงาน พิจารณา และเสนอให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ โดย ทศท. เป็นคู่สัญญา จึงกระทำไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอันเป็นนิติกรรมทางปกครอง สามารถแยกออกจากข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ที่ทำขึ้นได้ และข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ที่ทำขึ้นนั้นยังคงมีผลอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลาหรือเหตุอื่น หากคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายได้พิจารณาถึงเหตุแห่งการเพิกถอน ผลกระทบ และความเหมาะสม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและประโยชน์สาธารณะแล้วว่า การดำเนินการที่ไม่ถูกต้องนั้นมีความเสียหายอันสมควรจะต้องเพิกถอนข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ที่ทำขึ้น คณะรัฐมนตรีก็ชอบที่จะเพิกถอนข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วมีเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ และเพื่อความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะ คณะรัฐมนตรีก็อาจใช้ดุลพินิจพิจารณาให้ ความเห็นชอบให้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ดังกล่าวได้ตามความเหมาะสม โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการประสานงานเป็นผู้ดำเนินการเสนอข้อเท็จจริง เหตุผล และความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

(๓) โดยที่คณะกรรมการประสานงานกรณีสัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ฯ อยู่ระหว่างสรุปข้อเท็จจริง เหตุผล และความเป็นมาเพื่อนำเสนอประกอบการ

พิจารณาของคณะรัฐมนตรี และมีข้อขัดข้องในการดำเนินการ จึงขอให้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนี้

๑. กระบวนการดำเนินการเพื่อนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาใช้ดุลยพินิจตลอดจน การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีพิจารณาอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๔๙ ที่ต้องดำเนินการภายใน ๙๐ วัน หรือไม่ และกำหนดเวลา ๙๐ วันเริ่มนับตั้งแต่เมื่อใด

๒. หากกระบวนการดำเนินการอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๔๙ ที่ต้องดำเนินการภายใน ๙๐ วัน และมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินการได้ทันภายในกำหนด ผลจะเป็นอย่างไร และจะขอขยายระยะเวลาออกไปได้หรือไม่ โดยวิธีใด

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวโดยมีผู้แทนบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ชี้แจงรายละเอียดข้อเท็จจริงแล้ว มีความเห็นในแต่ละประเด็นดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เห็นว่า มาตรา ๓^๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนดให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ โดยมาตรา ๕^๒ กำหนดว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” หมายถึง การเตรียมการและการดำเนินการ ของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และ “คำสั่งทางปกครอง” หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของ

^๑ มาตรา ๓ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

^๒ มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

“วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(๑) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลใน อันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็น การถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(๒) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ฯลฯ

ฯลฯ

สิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ กรณีจึงมีปัญหาคือต้องพิจารณาว่า การเสนอเรื่องของคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระหว่างบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) และ บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) รวมทั้งการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้เป็น “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” อันจะต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือไม่

ปัญหานี้ เห็นว่า การเสนอเรื่องของคณะกรรมการประสานงานและการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีในกรณีดังกล่าวเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ที่ได้กระทำขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ โดยคณะรัฐมนตรีอาจมีมติให้บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการเจรจาทกลงกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อยกเลิกข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ หรือมีมติเห็นชอบให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ เพื่อเยียวยาข้อบกพร่องของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา การดำเนินการดังกล่าวเป็นเพียงการกำกับดูแลและติดตามผลการปฏิบัติตามสัญญาความร่วมมือของคู่สัญญา อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริหารสัญญา มิใช่การเตรียมการและการดำเนินการเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง กรณีจึงมิใช่ “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” ตามนัยมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และไม่อยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๔๙^๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ประเด็นที่สอง เห็นว่า เมื่อได้วินิจฉัยในประเด็นที่หนึ่งแล้วว่า การเสนอเรื่องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา ตลอดจนการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีเพื่อให้มีการยกเลิกข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ หรือให้ความเห็นชอบให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา ๔๙ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ข้อหาหรือในประเด็นนี้จึงไม่จำต้องวินิจฉัย

(คุณพรทิพย์ จาละ)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๓ มาตรา ๔๙ เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา ๕๑ มาตรา ๕๒ และมาตรา ๕๓ ไม่ว่าจะพ้นขั้นตอนการกำหนดให้อุทธรณ์หรือไม่โต้แย้งตามกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นมาแล้วหรือไม่

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่ได้รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่คำสั่งทางปกครองจะได้ทำขึ้นเพราะการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือการข่มขู่หรือการชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
พฤศจิกายน ๒๕๕๐