



การกำหนดประเภทสัญญาทางปกครอง: สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคาร

Administrative Contract Type Determination: Building Construction Contract

พรรณรัตน์ ดิษฐ์เจริญ¹

ภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ เลขที่ 50 ถนนงามวงศ์วาน
เขตจตุจักร กรุงเทพมหานคร 10900 E-mail: phannarat.d@ku.th

Phannarat Ditcharoen

Department of Law, Faculty of Social Science, Kasetsart University, 50 Ngamwongwan Rd,
Chatuchak, Bangkok, 10900, E-mail: phannarat.d@ku.th

ภาคภูมิ อารานวัฒน์²

ภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ เลขที่ 50 ถนนงามวงศ์วาน
เขตจตุจักร กรุงเทพมหานคร 10900 E-mail: pakpoom.ar@ku.th

Pakpoom Arpathanawat

Department of Law, Faculty of Social Science, Kasetsart University, 50 Ngamwongwan Rd,
Chatuchak, Bangkok, 10900, E-mail: pakpoom.ar@ku.th

Received: April 3, 2024; Revised: January 29, 2025; Accepted: January 30, 2025

บทคัดย่อ

ปัจจุบันยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดประเภทสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับสัญญาว่าจ้างก่อสร้าง ทำให้มีการเสนอข้อโต้แย้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลอยู่บ่อยครั้ง เนื่องจากปัญหาการตีความและการใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดประเภทสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่ง “สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคาร” ซึ่งมีแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลแตกต่างกันจำนวนมาก ดังนั้น ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเพิ่มนิยามคำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” ให้ชัดเจนและให้หมายความรวมถึงอาคารซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะอันเป็น

¹ อาจารย์ประจำภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ (Lecturer in the Department of Law, Faculty of Social Science, Kasetsart University).

² นิติศาสตรบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ (Bachelor of Laws, Department of Law, Faculty of Social Sciences, Kasetsart University).



ภารกิจหลักของหน่วยงานให้บรรลุผล หรือเป็นอาคารที่ประชาชนสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ได้โดยตรง เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสที่มีการกำหนดประเภทสัญญาเกี่ยวกับการว่าจ้างผู้รับเหมามาให้ก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้ประโยชน์สาธารณะ ว่าเป็น “สัญญาการโยธาสาธารณะ” และอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง เพื่อแก้ไขปัญหาการตีความและลดขั้นตอนการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างรวดเร็ว

คำสำคัญ: การกำหนดประเภทสัญญา สัญญาทางปกครอง สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคาร



Abstract

At present, there are no clear guidelines for defining the categories of administrative contracts for construction projects, which leads to frequent cases submitted to the Committee on Jurisdiction of Courts. This results in problems with interpreting and enforcing the law regarding the determination of contract types and the scope of contracts, especially “Building construction contract” which has many different guidelines defined by the Supreme Administrative Court and the Committee on Jurisdiction of Courts. Therefore, Section 3 of the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 should be amended by adding a clearly defining “public utilities” to include buildings as essential tools in carrying out public services, that is the main mission for agency achievement or is a building that citizens can directly use. Similarly, in France, a contract for hiring of a contractor to construct or maintain real estate for public use is classified as a “public works contract” and falls under the Administrative Court. Resolving interpretation issues and reducing the process of the decision on jurisdiction between courts allows the people to access the justice process quickly.

Keywords: Determining the Contract Type, Administrative Contract, Building Construction Contract



1. บทนำ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนนั้น มีปัจจัยสำคัญที่จะทำให้เกิดภารกิจต่าง ๆ ลุล่วงไปได้อยู่หลายประการ เช่น “ทรัพยากรบุคคล” ได้แก่ บุคลากร เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้ซึ่งกระทำการแทนรัฐ เป็นต้น และ “ทรัพยากรวัตถุ” ได้แก่ สิ่งก่อสร้าง อาคารสถานที่ ตลอดจนวัสดุอุปกรณ์ เครื่องมือเครื่องใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือสิ่งอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ โดยเฉพาะอาคารสถานที่ซึ่งเป็นปัจจัยที่ขาดไม่ได้ในการดำเนินการกิจของรัฐ ตัวอย่างเช่น อาคารเรียนที่ใช้ในการจัดการเรียนการสอนของโรงเรียน หรืออาคารหอพักผู้ป่วยของโรงพยาบาล หรือที่ทำการของหน่วยงานราชการต่าง ๆ อาทิ สถานีตำรวจ สำนักงานเขต ที่ว่าการอำเภอ หรือสำนักงานของหน่วยงานราชการ โดยการได้มาซึ่งอาคารหรือสถานที่เพื่อจัดทำบริการสาธารณะของรัฐเหล่านี้ จำเป็นต้องมีการจ้างเอกชนหรือหน่วยงานอื่น ๆ ในการก่อสร้างอาคาร และต้องมีการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง ซึ่งปัจจุบันเมื่อเกิดคดีพิพาทเกี่ยวกับ “สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคาร” มักมีประเด็นที่ต้องเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจำนวนมาก ว่าคดีเหล่านี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทใด ระหว่าง “สัญญาทางแพ่ง” กับ “สัญญาทางปกครอง” เนื่องจากมีผลต่ออำนาจการพิจารณาคดีของศาล ว่าคดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด นำไปสู่การทบทวนบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการให้คำนิยามคำว่าสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในมาตรา 3 การให้คำจำกัดความคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และการตีความประเภทสัญญาทางปกครองของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหา เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดประเภทของสัญญาว่าจ้างก่อสร้างว่าเป็นสัญญาประเภทใด และให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อลดระยะเวลาในการนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยไม่ต้องอาศัยการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

2. สัญญาทางปกครอง และเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครอง

การเข้าใจหลักการพิจารณาว่าสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง และมีเกณฑ์พิจารณาอย่างไร จะสามารถป้องกันความสับสนว่าคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ในอำนาจของศาลใด

ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการกำหนดประเภทสัญญาทางปกครอง ตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งประเทศไทยได้นำแนวคิดดังกล่าวมาใช้เนื่องจากกิจการของรัฐที่เปลี่ยนแปลงขยายตัวไปอย่างรวดเร็ว จนบางครั้งทำให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ไม่สามารถที่จะดำเนินการตอบสนองตามความต้องการของประชาชนได้อย่างเพียงพอ จึงจำเป็นต้องทำสัญญามอบหมายหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะบางส่วนให้แก่เอกชน โดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐก็ยังคงมีหน้าที่ในการกำกับดูแลคล้ายกับกิจการที่รัฐดูแลเอง เพื่อให้บริการสาธารณะนั้น มีการจัดทำต่อเนื่อง และสามารถปรับเปลี่ยนได้เพื่อประโยชน์ของรัฐและประชาชน³ ไม่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเฉพาะเจาะจง กล่าวคือเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ส่งผลให้สัญญามีลักษณะที่แตกต่างกับสัญญาแพ่งแบบทั่วไปธรรมดา⁴

ในประเทศฝรั่งเศสได้มีการกำหนดประเภทสัญญาที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครอง ได้แก่ สัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนว่าจ้างให้ผู้รับเหมาก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้ประโยชน์สาธารณะหรือเรียกว่า สัญญาการโยธาสาธารณะ (marchés des travaux publics) สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (contrats comportant occupation du domaine public) สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ (ventes d'immeubles de l'Etat) สัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐ และสัญญาที่เอกชนให้ความร่วมมือฝ่ายปกครองในการก่อสร้างสาธารณะสมบัติของแผ่นดินด้วยการให้เงินหรือวัสดุ (offre de concours)⁵

สำหรับประเทศไทยก่อนมีการกำหนดประเภทสัญญาเป็นสัญญาทางปกครองนั้น ก็มีการจัดทำสัญญาทางปกครองอยู่แล้ว เพียงแต่ไม่ได้เรียกว่าเป็น “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งในอดีตเราเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า “สัญญาของทางราชการ หรือสัญญาของรัฐ” โดยไม่มีความแตกต่างระหว่างสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน หรือสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า หรือสัญญาสัมปทาน ก็ได้รับการปฏิบัติเสมือนหนึ่งเป็นสัญญาภายใต้ประมวลแพ่งและพาณิชย์⁶ เช่นเดียวกัน

³ ฤทัย หงส์ศิริ, *ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2564), 55.

⁴ อริยพร โพธิ์ใส, “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง,” *จุลนิติ* 8, ฉ.1 (2554): 177.

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง* (รายงานการวิจัย) (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า และสำนักงานศาลปกครอง, 2548), 45.

⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), 42.



ภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งในมาตรา 3 ได้กำหนดคำนิยามว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ประกอบกับมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้... (4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง...” เป็นเหตุให้ต้องมีการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

2.1 เกณฑ์คู่สัญญา

เนื่องจากถ้อยคำในมาตรา 3 ข้างต้นใช้คำว่า “สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ” ฉะนั้น เอกชนกับเอกชนจะกระทำสัญญาทางปกครองไม่ได้ กล่าวคือ คู่สัญญาที่จะทำสัญญาทางปกครองได้นั้นต้องมีหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเสมอ โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐด้วยตนเองหรือเป็นเอกชนก็ได้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้ “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” ดังนั้น การพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองต้องพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญาว่าเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐหรือไม่ อาทิ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 406/2548 ที่วินิจฉัยว่า บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด มีฐานะเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครอง เมื่อบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด ทำสัญญาจ้างทำหุ้มส่วนจำกัด ข. ให้ก่อสร้างอาคารที่ทำการไปรษณีย์ แต่จ้างหุ้มส่วนจำกัด ข. ก่อสร้างล่าช้าจึงถูกปรับ ซึ่งจ้างหุ้มส่วนจำกัด ข. ผู้ฟ้องคดี เห็นว่ามีมติคณะรัฐมนตรีให้ส่วนราชการมีอำนาจยกเว้นค่าปรับได้ จึงขอให้บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด คืนค่าปรับ แต่บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด ไม่คืนให้ กรณีจึงเป็นคดีพิพาทระหว่างจ้างหุ้มส่วน ข. จำกัด กับบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการไปรษณีย์ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง⁷

⁷ ฤทัย หงส์สิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, 65.

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2550 ที่วินิจฉัยว่า บริษัท ไทยเดินเรือทะเล จำกัด จำกัด เลย์ที่ 1 เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด และเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีวัตถุประสงค์มุ่งแสวงหากำไรอันเป็นไปในเชิงธุรกิจ และการดำเนินกิจการของจำกัด เลย์ที่ 1 ก็ได้มีการใช้อำนาจรัฐหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง จำกัด เลย์ที่ 1 จึงมีใช้หน่วยงานทางปกครอง หรือหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ดังนั้น สัญญาที่จำกัด เลย์ที่ 1 จ้างโจทก์เป็นผู้บริหาร จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 685/2547 ที่วินิจฉัยว่าคดีพิพาทระหว่าง บริษัท ขนส่ง จำกัด กับบุคคลภายนอกหรือเอกชน เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานให้สิทธิในการเข้าพื้นที่ภายในสถานีขนส่งผู้โดยสาร เพื่อประกอบกิจการร้านค้า ร้านอาหาร และป้ายโฆษณา นั้น เป็นไปเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เข้าไปใช้บริการบริเวณสถานีขนส่งโดยสารของบริษัท และเป็นการดำเนินธุรกิจต่อเนื่องจากการประกอบกิจการขนส่งผู้โดยสารเยี่ยงผู้ประกอบการทั่วไป แม้บริษัทดังกล่าวเป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณฯ แต่ก็ยังเป็นเพียงรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินกิจการด้านธุรกิจขนส่งทั่วไป ไม่ได้เป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา จึงมีใช้หน่วยงานทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 30/2550 วินิจฉัยว่าธนาคารกรุงไทย จำกัด เป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2520 แต่ไม่ได้มีการตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาโดยเฉพาะ และได้เป็นหน่วยงานอื่นของรัฐที่กฎหมายรองรับให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินการปกครอง จึงมีใช้หน่วยงานทางปกครอง

นอกจากนี้กรณีที่คุณัดสัญญาเคยเป็นรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานทางปกครองมาก่อน และภายหลังได้แปลงสภาพเป็นบริษัทมหาชนจำกัด แต่ยังคงมีการดำเนินกิจการที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะและมีสิทธิตามกฎหมายมหาชน ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่ามิใช่สถานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง และสามารถทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ดังเช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 4/2549 กรณีผู้ฟ้องคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายจากบริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) ในการเลิกจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งขณะทำสัญญาพิพาท การท่าอากาศยานฯ เป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติการท่าอากาศยานแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 มีฐานะเป็นหน่วยงานปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 และต่อมากการท่าอากาศยานฯ ได้แปรสภาพจากรัฐวิสาหกิจเป็นนิติบุคคลประเภท



บริษัทมหาชนจำกัด แต่ยังคงมีวัตถุประสงค์ในการประกอบและส่งเสริมการทำอากาศยาน และยังดำเนินกิจการอื่นที่เกี่ยวข้องหรือต่อเนื่องกับการประกอบกิจการทำอากาศยานเช่นเดิม ทั้งยังมีสิทธิได้รับยกเว้น หรือสิทธิพิเศษหรือได้รับคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยทำอากาศยาน แห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่นๆ บริษัท ทำอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) จึงเป็นหน่วยงาน ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง มีฐานะเป็น หน่วยงานทางปกครอง เป็นเหตุให้สัญญาการจ้างงานดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาเป็น หน่วยงานทางปกครอง

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการพิจารณาคุณสมบัติคู่สัญญาประเภทหน่วยงานที่จะทำให้ สัญญาใดเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง จะต้องพิจารณาว่า “สัญญานั้นมีคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานรัฐ หรือหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดย พระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาโดยเฉพาะ หรือเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครอง”

2.2 เกณฑ์ประเภทสัญญา

จากคำนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ข้างต้น สามารถแบ่งประเภทสัญญา ทางปกครองได้ออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่

2.2.1 สัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทาน คือ สัญญาที่หน่วยงานของรัฐอนุญาตให้เอกชนลงทุนในกิจการ ด้านการบริการสาธารณะ หรือสาธารณูปโภคอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง โดยต้องรับความเสี่ยงภัยที่จะเกิดขึ้นเอง และให้เอกชนมีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการหรือ ค่าธรรมเนียมจากประชาชนที่มาใช้บริการเป็นค่าตอบแทนโดยตรง นอกจากนี้ บรรดาทรัพย์สิน ที่เอกชนผู้รับสัมปทานได้ลงทุนทำไว้ในช่วงดำเนินการจะตกเป็นของรัฐที่ได้ให้สัมปทาน เมื่อระยะเวลาของสัญญาสิ้นสุดลง เช่น สัญญาสัมปทานโครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงิน ระหว่าง การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) กับบริษัท ทางด่วนและรถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (มหาชน) หรือ บีอีเอ็ม โดยตกลงให้บีอีเอ็มดำเนินการจัดหาติดตั้งโครงการรถไฟฟ้าสาย สีน้ำเงินส่วนต่อขยายเพื่อเปิดให้บริการด้วยความรับผิดชอบและค่าใช้จ่ายของบีอีเอ็มทั้งสิ้น และบีอีเอ็มมีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้จัดสร้างหรือจัดหาตามสัญญาให้ตกเป็น กรรมสิทธิ์ของ รฟม. เมื่อครบกำหนดตามสัญญา นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเคย วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ประเภทสัญญาสัมปทาน ได้แก่ สัญญาเข้าร่วมงานและ ดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี

กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน)⁸ หรือสัญญาสัมปทานที่รัฐอนุญาตให้ เข้าร่วมการงานและร่วมลงทุนในกิจการโทรคมนาคมประเภทโทรศัพท์พื้นฐาน⁹ เป็นต้น

2.2.2 สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ คือ สัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อตอบสนองความต้องการของส่วนรวมหรือประชาชน เช่น สัญญาว่าจ้างจัดเก็บ ขน และกำจัดขยะมูลฝอย¹⁰ โดยมีเกณฑ์พิจารณาที่วัตถุแห่งสัญญาเป็นสำคัญ ว่าเป็นสัญญาที่เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ หากการดำเนินการตามสัญญาเป็นภารกิจที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครอง¹¹ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอุปกรณ์ เครื่องมือ หรือวัตถุแห่งสัญญาที่จะนำไปใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะก็ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครองสูงสุด เช่น สัญญาการรับทุนเพื่อศึกษาต่อทั้งในและต่างประเทศ และให้กลับมารับราชการในหน่วยงานของรัฐตามระยะเวลาที่กำหนด¹² สัญญาการเป็นนักศึกษาทันตแพทย์ที่กำหนดให้นักศึกษาที่เป็นคู่สัญญาต้องรับราชการหรือทำงานหลังจากสำเร็จการศึกษาตามที่คณะกรรมการพิจารณาจัดสรรทันตแพทย์กำหนด¹³ สัญญาว่าจ้างเอกชนของกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา ในการรับเหมาจัดงานกิจกรรมประเพณีบุญบั้งไฟ¹⁴ หรือสัญญาเช่ารถกวาดตูดฝุ่นพร้อมพนักงานขับรถ ระหว่างกรุงเทพมหานคร (จำเลย) และเอกชน (โจทก์) ซึ่งมีเงื่อนไขว่าโจทก์ผู้ให้เช่าต้องส่งมอบรถให้แก่จำเลยผู้เช่า โดยโจทก์ต้องจัดให้มีพนักงานขับรถทำหน้าที่ขับรถและมีผู้ควบคุมงานทำหน้าที่คุมงานการนำรถไปใช้ทำความสะอาดถนน ตรอก ซอย จึงเป็นสัญญาที่จำเลยตกลงให้โจทก์เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ¹⁵ ต่างจากสัญญาให้กู้ยืมเพื่อการศึกษาระหว่างกองทุนเงินให้กู้ยืมเพื่อการศึกษาที่ให้ผู้กู้ยืมเงินไปเพื่อการศึกษาและให้ชำระเงินคืนเมื่อสำเร็จการศึกษาแล้วเท่านั้น ซึ่งไม่มีเงื่อนไขให้ผู้กู้ต้องเข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นเพียงเป็นสัญญาทางแพ่งทั่วไป มิใช่สัญญาทางปกครอง¹⁶

⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547.

⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 169/2551.

¹⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 848/2548.

¹¹ สำนักงานพัฒนาระบบงานคดีปกครอง, คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักงานพัฒนาระบบงานคดีปกครอง, 2551), 31-32.

¹² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2546, 147/2547, 218/2548, 217/2549 และ 236/2549.

¹³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 477/2546.

¹⁴ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 95/2563.

¹⁵ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 92/2556.

¹⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 78/2556.



2.2.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคนั้น เป็นสัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนรัฐในการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น สัญญาว่าจ้างเอกชนวางท่อประปา หรือก่อสร้างถนน

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายคำว่า “สาธารณูปโภค” ว่าหมายถึง “บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์” และคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 673/2545 ก็ให้ความหมายว่า “สิ่งสาธารณูปโภค หมายถึง บริการสาธารณะที่เป็นประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง และการโทรศัพท์”

จากการให้ความหมายของคำว่า “สาธารณูปโภค” หรือ “สิ่งสาธารณูปโภค” ข้างต้น เห็นได้ว่าการจะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาประเภทจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่ต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต หรือเป็นเครื่องมือที่จำเป็นสำหรับหน่วยงานทางปกครองเพื่อใช้ในการให้บริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่หรือไม่ ถ้าเป็นก็จะถือว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจระหว่างศาล ที่วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ประเภทสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ได้แก่ สัญญาก่อสร้างอาคารโรงพยาบาลของรัฐ¹⁷ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ของมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์กับเอกชนผู้รับจ้าง¹⁸ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอเนกประสงค์ของเทศบาล¹⁹ สัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปา²⁰ สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงผิวจราจร ก่อสร้างคันหินวางทางเท้า วางท่อระบายน้ำพร้อมบ่อพักและขยายสะพานข้ามคลอง²¹ หรือสัญญาซื้อขายที่ดินเพื่อขยายเขตคลอง²²

¹⁷ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545.

¹⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545.

¹⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 54/2547.

²⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2545 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 356/2546

และ 402/2546.

²¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, 42.

²² คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 13/2549.

2.2.4 สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ คือ สัญญาที่รัฐซึ่งเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของส่วนรวม มอบอำนาจให้เอกชนแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือสามารถนำทรัพยากรสินของรัฐบาลหรือสาธารณสมบัติของแผ่นดินไปใช้ประโยชน์ โดยมีข้อตกลงว่าเอกชนจะให้ค่าตอบแทนหรือส่วนแบ่งรายได้ให้แก่รัฐ เช่น การอนุญาตให้สำรวจและผลิตปิโตรเลียม²³ การออกอาชญาบัตรและประทานบัตรให้สำรวจและทำเหมืองแร่²⁴ ซึ่งสัญญาเหล่านี้ มักพบแนวคำวินิจฉัยของศาลวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันว่าเป็นสัญญาสัมปทาน²⁵ เนื่องจากการเป็นการขอผูกขาดเพื่อทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยได้รับอนุญาตจากรัฐ²⁶ ตัวอย่างเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2550 กรณีพิพาทระหว่าง เอกชน (ผู้ฟ้องคดี) กับคณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่น จังหวัดชุมพร (ผู้ถูกฟ้องคดี) เป็นสัญญาสัมปทานที่อนุญาตให้เอกชนเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะแตกต่างจากสัญญาสัมปทานเพื่อจัดทำบริการสาธารณะที่กล่าวไปแล้วตอนต้น ตรงที่สัญญาสัมปทานเป็นการผูกขาดการให้บริการสาธารณะเพื่อแลกกับการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากประชาชนผู้ใช้บริการ ขณะที่สัญญาเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นสัญญาที่รัฐมอบสิทธิให้แก่ผู้รับสัมปทานในการนำทรัพยากรธรรมชาติไปหาประโยชน์ส่วนตัวโดยให้ค่าตอบแทนแก่รัฐในรูปของค่าภาคหลวง ภาษี หรือผลประโยชน์พิเศษอย่างอื่น สัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน²⁷ การตกลงยินยอมให้ประกอบการขุดลูกรังในที่ดินของรัฐ โดยชำระค่าตอบแทนกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด²⁸

3. สัญญาทางปกครอง ตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุด

นอกจากการกำหนดคำนิยามของสัญญาทางปกครองตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ปัจจุบันประเทศไทย ได้มีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 ที่กำหนดคำอธิบายเกี่ยวกับสัญญา

²³ ตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514.

²⁴ ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560.

²⁵ สัมปทาน หมายถึง การขอผูกขาดแต่ผู้เดียวต่อทางราชการเพื่อทำกิจการบางอย่าง เช่น การทำสัมปทานป่าไม้ การทำสัมปทานเหมืองแร่.

²⁶ สำนักงานพัฒนาระบบงานคดีปกครอง, คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, 31.

²⁷ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 130/2548 และที่ 143/2548.

²⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 848/2548.



ทางปกครองเพิ่มเติมจากคำนิยามในมาตรา 3 ดังกล่าว โดยกำหนดความหมายของ คำว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า “สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล” ซึ่งสามารถแบ่งการพิจารณาได้ ดังนี้

3.1 เกณฑ์ว่าด้วยเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

การจะถือว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองนั้นต้องพิจารณาว่าเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล โดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ใช้เกณฑ์ดังกล่าวในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง ตัวอย่างเช่น

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 90/2556 สัญญาจ้างบริการระบบเกมสลาที่มีข้อกำหนดในสัญญาให้ฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาได้ด้วยเหตุเพียงว่ารัฐบาลมีนโยบายล้มเลิกโครงการ จึงเป็นสัญญาที่มีข้อสัญญาให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองอย่างมาก และไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2555 สัญญาซื้อขายประตูตรวจค้นโลหะพร้อมติดตั้งระบบและอบรมบุคลากรให้พร้อมใช้งาน เป็นเครื่องมือสำคัญในการใช้จัดทำบริการสาธารณะ โดยข้อสัญญาดังกล่าวได้ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองในการกำหนดให้เอกชนที่เป็นคู่สัญญาต้องใช้เรือไทยในการขนส่งสิ่งของหรือเครื่องตรวจโลหะตามสัญญา โดยหากการขนส่งของดังกล่าวไม่ใช่เรือไทย จะต้องนำหลักฐานการชำระค่าธรรมเนียมพิเศษเนื่องจากการไม่บรรทุกของโดยเรือไทยจึงจะมีสิทธิได้รับเงินค่าสินค้า สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

3.2 เกณฑ์ว่าด้วยบริการสาธารณะ

นอกจากการพิจารณาในเรื่องของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ยังสามารถพิจารณาในเนื้อหาของสัญญาว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะหรือไม่ ดังเช่น การที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล อาทิ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการของหน่วยงานทางปกครองต่าง ๆ

การบริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน²⁹ กล่าวคือ กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะโดยฝ่ายปกครองมีอำนาจในการควบคุมดูแล ทั้งนี้ บริการสาธารณะแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ (1) บริการสาธารณะทางปกครอง คือ ภารกิจของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนเกี่ยวกับการดูแลความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชน (2) บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คือ บริการสาธารณะที่เน้นทางด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการและมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน เช่น การจัดโครงการวิสาหกิจชุมชน และ (3) บริการสาธารณะทางสังคมและวัฒนธรรม หรือบริการสาธารณะที่เป็นการให้บริการทางสังคมและวัฒนธรรมที่ต้องการความอิสระคล่องตัวในการทำงานโดยไม่มุ่งเน้นการแสวงหากำไร เช่น การแสดงนาฏศิลป์ การจัดตั้งพิพิธภัณฑ์การกีฬา และการศึกษาวิจัย เป็นเหตุให้สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะประเภทต่าง ๆ เหล่านี้กลายเป็นสัญญาทางปกครองตามมติที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครอง เช่นเดียวกับคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายวัสดุที่ใช้หรือจำเป็นต่อการบริการสาธารณะที่มีแนวคำวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาซื้อขายวัสดุก่อสร้างจากโจทก์เพื่อนำไปใช้ในการก่อสร้างอาคารศูนย์พัฒนาเด็กเล็ก อันเป็นการดำเนินการกิจการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ของจำเลย³⁰ หรือสัญญาซื้อขายแผนปัจจุบันเพื่อใช้เป็นเวชภัณฑ์ในโรงพยาบาล เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นเครื่องมือที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ³¹ นอกจากนี้ยังรวมถึงสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองต้องดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล เช่น สัญญาซื้อขายสินค้าวัสดุก่อสร้างที่ประเภทหิน หวาย ท่อประปาใช้ในกิจการประปา³²

อย่างไรก็ดี การกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครองตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดข้างต้นมีความคล้ายคลึงกับการให้ความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางมหาชน (Coffentlich-rechtlicher Vertrag) ตามรัฐธรรมนูญคดีด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของประเทศเยอรมัน ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 54³³

²⁹ ประยูร กาญจนดุล, *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), 112.

³⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 59/2556.

³¹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 74/2556.

³² คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 106/2556.

³³ Administrative Procedures Act (VwVfG) § 54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags

“Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlichrechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.”



ความว่า “นิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิก ได้โดยสัญญา ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในทางปกครองขึ้น” แสดงให้เห็นว่า การทำสัญญาทางปกครองเป็นการทำสัญญาในแดนของกฎหมายมหาชน และมีลักษณะของการใช้อำนาจเหนือ เช่นเดียวกับการทำคำสั่งทางปกครองประกอบด้วย³⁴

4. ปัญหาการกำหนดประเภทสัญญาทางปกครอง: สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคาร

จากการศึกษาคำนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการ วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พบว่าการพิจารณากำหนดว่าสัญญาประเภทใดจะเป็น สัญญาทางปกครองหรือไม่ หากเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสังหาริมทรัพย์ หรือมี จุดเกาะเกี่ยวร่วมกันในเรื่องของสาธารณประโยชน์ หรือประโยชน์ต่อส่วนรวม อาทิ สัญญา เกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะอันเป็นภารกิจหลักของรัฐหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง มักไม่มี ปัญหาเกี่ยวกับการตีความ

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าสัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารประเภทใดจะเป็นสัญญาทาง ปกครองหรือไม่ พบว่าปัจจุบันศาลปกครองและศาลยุติธรรมยังมีความเห็นไม่สอดคล้อง กันเกี่ยวกับแนวทางการกำหนดประเภทสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับสัญญาว่าจ้างก่อสร้าง อาคารจำนวนมาก ทั้งที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาแล้วกว่า 25 ปี ปรากฏตามสถิติของคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลที่มีแนวโน้มเพิ่มขึ้น ประกอบกับปัจจุบันระหว่างปี พ.ศ. 2560 - 2567 แนวทาง การตีความประเภทของสัญญาว่าจ้างอาคารของศาลปกครอง และคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจ หน้าที่ศาล มักอาศัยการตีความจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญามากกว่าการอาศัยถ้อยคำตาม ตัวบทหรือตามลายลักษณ์อักษร ดังนี้

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” สืบค้นเมื่อ 2 กันยายน 2567, <http://www.lawwebservice.com/lawsearch/AcharnVorachet07.pdf>.

4.1 แนวทางการตีความว่าวัตถุแห่งสัญญาเป็นสังหาริมทรัพย์

การตีความเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างยุคแรกนั้น ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาก่อสร้างอาคารมักเป็นสังหาริมทรัพย์ทั้งสิ้น โดยพิจารณาตัวอาคารว่า วัตถุแห่งสัญญาหรืออาคารที่ก่อสร้างนั้นเป็นสิ่งที่ประโยชน์แก่ประชาชน หรือเป็นเครื่องมือสำคัญต่อประชาชนในการดำเนินชีวิตหรือไม่ จึงจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาจัดให้มีสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ การพิจารณาเบื้องต้นอาจพิจารณาความหมายของสังหาริมทรัพย์ตามคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 673/2545 ที่ได้ให้ความหมายว่า “สังหาริมทรัพย์ หมายถึง บริการสาธารณะที่เป็นประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง การโทรศัพท์” สอดคล้องกับความเห็นของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ที่กล่าวว่า “สังหาริมทรัพย์” นั้น น่าจะหมายความว่าอย่างเดียวกับ “อสังหาริมทรัพย์ที่ใช้ประโยชน์เพื่อสาธารณะ” (travaux publics) ในกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งศาลปกครองได้มีแนวคำวินิจฉัยพอสรุปได้ว่า “สังหาริมทรัพย์” แบ่งได้เป็น สอง ประเภทใหญ่ ๆ คือ (1) ทรัพย์สินโดยเฉพาะอย่างยิ่งถาวรวัตถุ ซึ่งจัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สะพานคนข้าม ถนน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ท่าเทียบเรือสาธารณะ ที่พักผู้โดยสารรถประจำทาง เป็นต้น และ (2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาค้ำไฟฟ้าและสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงพยาบาล โรงกำจัดขยะ และสถานดับเพลิง³⁵

แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาจัดให้มีสังหาริมทรัพย์ ทั้งสองประเภท ได้แก่

4.1.1 สัญญาก่อสร้างสังหาริมทรัพย์ที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ได้โดยตรง

แนวคำวินิจฉัยนี้จะถือว่าสัญญาก่อสร้างใดที่มีวัตถุแห่งสัญญาเป็นการก่อสร้างสังหาริมทรัพย์ซึ่งประชาชนสามารถใช้ประโยชน์ได้โดยตรง จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาก่อสร้างถนน³⁶ สัญญาก่อสร้างสะพาน³⁷ สัญญาก่อสร้างวางท่อประปา³⁸ สัญญา

³⁵ ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2567), 187-188.

³⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 52/2549.

³⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 62/2548.

³⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2545 และมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยแนวทางเดียวกัน ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 356/2546, 402/2546.



ก่อสร้างที่พักรถโดยสารประจำทาง ตัวอย่างเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 18/2545 สัญญา ก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ของมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์เป็นการจ้าง ก่อสร้างถาวรวัตถุอันเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะ ด้านการศึกษาบรรลุผลจึงเป็นสิ่งที่สาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถใช้ได้โดยตรง ดังนั้น จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

4.1.2 สัญญาก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคที่หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อ ประโยชน์แก่ประชาชน

นอกจากนี้ศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำวินิจฉัยที่ดีความคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ว่าแม้เป็นสัญญาก่อสร้างที่ประชาชนไม่ได้สามารถใช้ประโยชน์ได้โดยตรง แต่สัญญานั้นเป็น ก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นเครื่องมือของหน่วยงานทางปกครองในการจัดทำ บริการสาธารณะแก่ประชาชน เช่น สัญญาก่อสร้างอาคารเรียน สัญญาก่อสร้างเขื่อน สัญญา ก่อสร้างสถานีดับเพลิง สัญญาก่อสร้างสำนักงานเขต ก็ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองด้วย หรือสัญญาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดหา จัดซื้อหรือจัดจ้าง สิ่งของหรือถาวรวัตถุที่โดยตัว ของมันเองอาจไม่ใช่สิ่งสาธารณูปโภค หากแต่เป็นองค์ประกอบที่จำเป็นในการดำเนินกิจการ สาธารณูปโภคหรือเป็นการดำเนินการเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล³⁹

ตัวอย่างเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 535/2550 สัญญาก่อสร้างอาคารเรียนรวม ของมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลรัตนโกสินทร์กับเอกชนผู้รับจ้าง (ผู้ฟ้อง) ที่วินิจฉัยว่า “...เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และอาคารเรียน ที่ว่าจ้างให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างเป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้ในการดำเนินกิจการทางปกครองหรือ จัดทำบริการสาธารณะด้านการศึกษาตามอำนาจหน้าที่ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภค”

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2548 สัญญาก่อสร้างอาคารที่ทำการสถานี ตำรวจดับเพลิง และอาคารที่พักอาศัยของเจ้าหน้าที่ตำรวจประจำสถานีตำรวจดับเพลิงนั้น เป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นบริการของรัฐ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

³⁹ สุพล นิธิไกรพนธ์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), 32.

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 25/2548 สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารที่ทำการสื่อสารโทรคมนาคม บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) กับเอกชน เป็นสัญญาที่มีหน่วยงานซึ่งได้มอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครองเป็นคู่สัญญา และมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาก่อสร้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545 สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตระหว่างกรุงเทพมหานครกับเอกชนผู้รับจ้าง เพื่อใช้อาคารตามสัญญาจ้างเป็นสถานที่สำหรับปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ด้านต่าง ๆ ของสำนักงานเขตเพื่อบริการประชาชน ซึ่งเป็นการบริการสาธารณะตามมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 อาคารดังกล่าวจึงเป็นถาวรวัตถุซึ่งเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการบริการสาธารณะอันเป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ได้ประโยชน์โดยตรง จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

4.2 แนวทางการตีความว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ

ปัจจุบันการตีความขอบเขตของสัญญาทางปกครองในส่วนของสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของหน่วยงานทางปกครองได้มีการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาว่าเป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาว่าหากสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารนั้นเป็นการก่อสร้างอาคารที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะก็จะถือเป็น “สัญญาทางปกครอง” แต่หากเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ได้ประโยชน์ได้โดยตรง จะไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง แต่เป็นเพียงสัญญาทางแพ่งเท่านั้น ตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่พักผู้โดยสาร ทำอากาศยานอุต๊ะเกาะพร้อมสิ่งอำนวยความสะดวกของกองทัพเรือ มีวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติตามภารกิจซึ่งเป็นบริการสาธารณะของรัฐให้บรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครอง⁴⁰

4.2.1 แนวคำวินิจฉัยสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ

จากการศึกษารวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะว่าเป็นสัญญาทางปกครองนั้น พบว่ามีคำสั่งศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

⁴⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 3/2558.



คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 975/2565 สัญญาจ้างก่อสร้างห้องน้ำในมหาวิทยาลัยราชภัฏเป็นห้องน้ำที่อยู่ในสำนักศิลปะและวัฒนธรรม ซึ่งใช้เป็นอาคารจัดการเรียนการสอนแสดงนิทรรศการ จัดการประชุม และยังเป็นห้องทำงานของบุคลากรในมหาวิทยาลัยฯ ห้องน้ำดังกล่าวจึงถือเป็นอุปกรณ์หรือเครื่องมือเครื่องใช้เพื่ออำนวยความสะดวกในการจัดทำบริการสาธารณะของมหาวิทยาลัยฯ โดยตรง อันเป็นลักษณะอย่างหนึ่งของสัญญาทางปกครองตามมติที่ประชุมใหญ่ฯ (ครั้งที่ 6/2547 วันที่ 9 มิถุนายน 2547) ซึ่งได้ให้ความหมายสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมไว้ว่า รวมถึงสัญญาเพื่อจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง⁴¹

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 56/2548 สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารฝึกอบรมและหอพักพร้อมครุภัณฑ์ ศูนย์ส่งเสริมและผลิตพันธุ์พืชสวนยะลา ระหว่างกรมส่งเสริมการเกษตรกับเอกชนผู้รับจ้าง เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/2545 สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจังหวัดสตูล เนื่องจากอาคารตามสัญญาจ้างเป็นถาวรวัตถุที่เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการบริการสาธารณะ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 15/2550 เมื่อสัญญาจ้างก่อสร้างมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติการด้านพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน ซึ่งเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารอนุรักษ์พลังงานตัวอย่างจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะด้านการพัฒนาและส่งเสริมพลังงานของเจ้าหน้าที่ให้บรรลุผล สัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 31/2548 สัญญาที่มหาวิทยาลัยมหิดลว่าจ้างให้เอกชนก่อสร้างอาคารนักศึกษาแพทย์ ถือเป็นกิจการที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการจัดการศึกษา เพื่อดำเนินการให้การบริการสาธารณะบรรลุผล จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง⁴²

⁴¹ นายปกครอง, “สัญญาจ้างปรับปรุงห้องน้ำมหาวิทยาลัยราชภัฏเป็นสัญญาประเภทใด?” สืบค้นเมื่อ 14 กันยายน 2567, <https://www.thansettakij.com/columnist/Ejemplos/560639>.

⁴² เรื่องเดียวกัน, 33.

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 48/2547 สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอำนวยการและอาคารฝึกอบรบศูนย์การศึกษานอกโรงเรียนจังหวัดนครราชสีมา มีลักษณะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2547 กรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอำนวยการและอาคารฝึกงานของศูนย์การศึกษานอกโรงเรียน ระหว่างกรมการศึกษานอกโรงเรียน ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองกับเอกชนผู้รับจ้าง ซึ่งมีผลวินิจฉัยว่า “กรมการศึกษานอกโรงเรียนมีเจตนาเพื่อให้อาคารตามสัญญาจ้างสำหรับเป็นสถานศึกษาภาครัฐสำหรับประชาชนทั่วไป อันเป็นสถานที่ให้บริการสาธารณะ สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานทางปกครองที่มอบหมายให้เอกชนเข้าก่อสร้าง จึงเป็นสัญญาทางปกครอง”

อย่างไรก็ดี ท้ายคำวินิจฉัยฉบับนี้ได้มีการกล่าวถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค้าประกัน อันเป็นสัญญาอุปกรณ์ ว่าโดยปกติแล้วสัญญาประเภทนี้ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่หากสัญญาหลักเป็นสัญญาทางปกครองและมีประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัยก่อนว่าคู่สัญญาในสัญญาหลักปฏิบัติผิดสัญญาหรือไม่ หากทำผิดสัญญา จึงพิจารณาหน้าที่ของผู้ค้าประกัน เช่นนี้ข้อพิพาทตามสัญญาค้าประกันก็จะเป็น “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาปกครอง” ด้วย

การพิจารณาของศาลปกครอง ก็จะมีผลทำให้สัญญาอุปกรณ์นั้นอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองเช่นเดียวกัน (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 48/2565)

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลางระหว่างบริษัทเอกชนกับมหาวิทยาลัยของรัฐ อาคารมหาวิทยาลัยของรัฐเป็น “ถาวรวัตถุ” และเป็น “เครื่องมือสำคัญ” ในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผลกับเป็นถาวรวัตถุที่ประชาชนจะเข้าไปใช้สอยประโยชน์ได้โดยตรง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีว่าจ้างผู้ฟ้องคดีถือได้ว่าเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สำหรับการกำหนดคำนิยามหรือขอบเขตของคำว่า “เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็น” นั้น ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด ได้เคยให้อธิบายว่า “...ในคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางระยะแรกมีการพูดถึงคำนิยามของสิ่งสาธารณูปโภคว่า สิ่งสาธารณูปโภคต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือ *public work* ถ้าอยู่ระหว่างทำงานเรียกว่า งานโยธาสาธารณะ (*travaux public*) ซึ่งก็เป็นงานที่ทำลงบนอสังหาริมทรัพย์ เช่น การสร้างถนนลงบนที่ดิน สร้างสะพานลอยลงบนที่ดิน เมื่อทำเสร็จแล้ว



เกิดเป็นผลงานแล้ว ตัวสะพานลอย ตัวถนน ตัวโรงพยาบาล ตัวอาคารพิพิธภัณฑสถาน เรียกว่า public work คำว่า สิ่งสาธารณูปโภค ต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ โดยอสังหาริมทรัพย์ได้ก็ตามแต่ที่ในตัวเองเป็นบริการสาธารณะ เช่น ถนน สะพานข้ามแม่น้ำ ก็เป็นสิ่งสาธารณูปโภคแน่ ๆ แต่ว่าอสังหาริมทรัพย์บางประเภทในตัวเองไม่ใช่บริการสาธารณะ แต่เป็นเครื่องมือสำคัญที่หน่วยงานทางปกครองจำเป็นต้องใช้ในการให้บริการสาธารณะ เช่น อาคารเรียน อาคารโรงพยาบาลก็เป็นสิ่งสาธารณูปโภค เราใช้นิยามแบบนี้...”⁴³

4.2.2 แนวคำวินิจฉัยสัญญาก่อสร้างอาคารที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ

สำหรับแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างอาคารที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะจึงมีใช้สัญญาทางปกครอง พบว่ามีตัวอย่างคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 5/2566 สัญญาก่อสร้างอาคารพักอาศัยของกรมทางหลวงที่ 1 แขวงทางหลวงพังงา กับเอกชน โดยวินิจฉัยส่วนหนึ่งว่า เมื่อพิจารณาลักษณะของสัญญาพิพาทเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยเท่านั้น สัญญาดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และมีใช้สัญญาที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมอบให้ผู้ฟ้องคดีเข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะกับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง อันจะถือว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ตามนัยบทนิยาม “สัญญาทางปกครอง”

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 79/2565 สัญญาก่อสร้างแพลตฟอร์มของราชการส่วนภูมิภาคจังหวัดนครปฐม กับผู้ฟ้องคดีเป็นเพียงการที่ผู้ถูกฟ้องคดีว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารแพลตฟอร์มเพื่อใช้เป็นที่อาศัยเท่านั้น ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากธรรมชาติ และมีใช้สัญญาที่ผู้ถูกฟ้องคดีมอบให้ผู้ฟ้องคดีเข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะกับผู้ถูกฟ้องคดี อันจะถือว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ตามนัยบทนิยาม “สัญญาทางปกครอง”

⁴³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ปัญหาวินิจฉัยกรณีปกครอง (ภาคกฎหมายวิธีสบัญญัติ) และปัญหากฎหมายปกครองสารบัญญัติ (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., ม.ป.ป.), 12, อ้างถึงใน เยี่ยม อรุณทัยวิวัฒน์, “การระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ.” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2562), 182-183.

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 53/2564 สัญญาก่อสร้างอาคารชุดพักอาศัยของข้าราชการศาลยุติธรรมเป็นเพียงสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารชุดพักอาศัยข้าราชการศาลยุติธรรม เพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยของข้าราชการศาลยุติธรรมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เท่านั้น มิได้ใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่อย่างใด สัญญาดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ทั้งมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้บริการสาธารณะ หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ตามบทนิยามสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 30/2564 สัญญาตกลงว่าจ้างเอกชนให้ก่อสร้างอาคารบ้านพักพนักงานของบริษัท วิทย์การบินแห่งประเทศไทย โดยเอกชนผู้รับจ้างก่อสร้างฟ้องเรียกร้องให้ชำระค่างานที่ทำไปแล้ว และชำระค่าเสียหายอื่น ๆ เมื่อพิจารณาเนื้อหาของสัญญาจ้างก่อสร้างบ้านพักพนักงานมีสาระสำคัญเพียงผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้ว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารบ้านพักพนักงานเพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยของพนักงานบริษัทของผู้ถูกฟ้องคดี มิใช่การให้บริการควบคุมการจราจรทางอากาศ การให้บริการสื่อสารการบิน หรือการให้บริการเครื่องช่วยการเดินอากาศ ที่เป็นการดำเนินกิจการทางปกครองอันจะถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีกระทำการในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครอง การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญานี้ จึงไม่ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 11/2562 คดีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นเอกชนฟ้องสำนักงานตำรวจแห่งชาติกับพวกรณินิธิสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารที่พักอาศัยแม่สำนักงานตำรวจแห่งชาติมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญาพิพาทเป็นสัญญาจ้างให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารเพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยให้กับเจ้าหน้าที่ในกองร้อยปราบจลาจลหญิง อันมิได้เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 52/2560 คดีที่เอกชนฟ้องกองบัญชาการกองทัพอากาศกับพวกลให้ชำระค่าจ้างและค่าสินไหมทดแทนกรณีผิดสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารพักอาศัยนายทหารสัญญาบัตร ตามโครงการก่อสร้างบ้านพักข้าราชการ กองบัญชาการกองทัพอากาศไทย วินิจฉัยว่า แม้กองบัญชาการกองทัพอากาศมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญาพิพาทเป็นสัญญาว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารพักอาศัยนายทหารสัญญาบัตร เพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยของข้าราชการ อันมิได้เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือเพื่อเป็น



เครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง⁴⁴

นอกจากนี้ ยังมีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาว่าจ้างปรับปรุงอาคาร ซึ่งมีแนวคำวินิจฉัยในลักษณะเช่นเดียวกันว่า กรณีตัวอาคารที่ก่อสร้างนั้นเป็นอาคารที่ประชาชนสามารถใช้ประโยชน์ได้โดยตรง หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาตามสัญญาปรับปรุงนั้นเป็นเครื่องมือสำคัญหรือจำเป็นของหน่วยงานทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะของตน สัญญาว่าจ้างปรับปรุงอาคารหรือเครื่องมือสำคัญหรือจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว จะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาว่าจ้างปรับปรุงอาคารโรงพยาบาลของรัฐ⁴⁵ สัญญาว่าจ้างปรับปรุงผิวจราจร⁴⁶ สัญญาว่าจ้างปรับปรุงท่อระบายน้ำในหมู่บ้าน⁴⁷

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในปัจจุบันการพิจารณาวินิจฉัยว่าสัญญาก่อสร้างอาคารประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ยังมีความสับสนอยู่มาก จึงทำให้มีคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลขึ้นสู่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจำนวนมาก

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาข้างต้นพบว่า ปัญหาการตีความประเภทสัญญาก่อสร้างอาคารว่าเป็นสัญญาประเภทใด เป็นสาเหตุสำคัญในการพิจารณารับคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างของศาลปกครอง ศาลยุติธรรม หรือแม้แต่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากสาเหตุ ดังต่อไปนี้

5.1.1 การกำหนดคำนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองที่ไม่ครอบคลุมถึงการก่อสร้างอาคาร เป็นเหตุให้เกิดความเคลือบคลุมในการตีความว่ากรณีมีข้อพิพาทเกี่ยวกับ “สัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร” นั้นเป็นสัญญาประเภทใด ระหว่างสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง

5.1.2 แนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดหรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ใช้อำนาจในการตีความคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ให้หมายความรวมถึงสัญญาก่อสร้างอาคารที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสิ่งสาธารณูปโภค หรือวัตถุประสงค์ของสัญญา

⁴⁴ สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล, “ย่อคำวินิจฉัยที่ 52/2560,” สืบค้นเมื่อ 2 มกราคม 2566, <https://oscj.coj.go.th>.

⁴⁵ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545.

⁴⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 13/2549.

⁴⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 51/2548.

เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ โดยอาศัยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ที่ 6/2544 และ 6/2547 ซึ่งมีได้มีสถานะเป็นกฎหมาย จึงไม่ผูกพันองค์กรอื่น ทั้งเป็นการตีความ ขยายอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลเกินกว่ากรอบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งขัดต่อหลักการใช้อำนาจตามหลักนิติรัฐ หรือการให้อำนาจตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร

5.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวทางกฎหมาย ดังนี้

5.2.1 การเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับคำนิยาม ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเพิ่มคำนิยามคำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค หมายถึง การบริการสาธารณะที่จัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต และหมายความรวมถึงอาคารและสิ่งก่อสร้างซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะอันเป็นภารกิจหลักของหน่วยงานให้บรรลุผล หรือเป็นอาคารหรือสิ่งก่อสร้างที่ประชาชนสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ได้โดยตรง” เพื่อให้ครอบคลุมและเป็นการแก้ไขปัญหาการตีความกรณีมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างอาคารที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคภายใต้คำนิยามดังกล่าวว่าเป็น “สัญญาทางปกครอง” และอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 (4) แห่งประมวลแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดประเภทของสัญญาว่าจ้างก่อสร้างว่าเป็นสัญญาประเภทใด และให้เป็นไปตามกฎหมาย อันทำให้คู่กรณีสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ถูกต้องตามอำนาจการพิจารณาของศาล และสามารถลดขั้นตอนและระยะเวลาการพิจารณาวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้อีกด้วย

5.2.2 เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดประเภทสัญญาทางปกครองอื่น ๆ นอกจากสัญญาก่อสร้างอาคารให้มีความครอบคลุม อาจมีการขยายคำนิยามเกี่ยวกับสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และมีลักษณะแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐว่าเป็นสัญญาทางปกครอง โดยอาจมีการศึกษาเพิ่มเติมการกำหนดนิยามคำว่าสัญญาทางปกครองให้หมายความรวมถึงสัญญาที่เกิดขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐรวมอยู่ด้วย



ด้วยเหตุนี้ หากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามดังกล่าว ก็จะทำให้เกิดความชัดเจนของ บทบัญญัติ ตามนิติวิธีของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นระบบกฎหมายของไทย ทั้งยังสามารถลดความสับสนของผู้ฟ้องคดี ในกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคาร ว่าจะต้องฟ้องคดีต่อศาลใด และทำให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการมีความมั่นใจในการพิจารณา สังคดีเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาล ว่าคดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลตนที่จะรับคดีไว้ พิจารณาได้หรือไม่ อันเป็นการลดระยะเวลาและขั้นตอนของการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาล และทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมหรือได้รับความเป็นธรรม ได้อย่างรวดเร็วมากยิ่งขึ้น⁴⁸

⁴⁸ ได้รับทุนสนับสนุนการเขียนเอกสารทางวิชาการบุคลากรสายวิชาการ จากภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์.

References

- Administrative Case System Development Office. *Dispute Cases Regarding Administrative Contracts*. Bangkok: Administrative Case System Development Office, 2008. [In Thai]
- Ariyaporn Photisai. "Dispute Case Regarding Administrative Contract." *Chulniti* 8, no.1 (2011): 177-185. [In Thai]
- Bowornsak Uwanno et al. *Final Research Report: Administrative Cases Concerning Administrative Contracts*. Bangkok: King Prajadhipok's Institute and Office of the Administrative Courts, 2005. [In Thai]
- Chanchai Sawaengsak. *Explanation of the Law Establishing the Administrative Court and the Procedure for Adjudicating Ordinary Cases*. 7th ed. Bangkok: Winyuchon, 2024. [In Thai]
- Konrad Adenauer Stiftung. "Administrative Procedures Act (VwVfG)." Accessed September 14, 2024. <https://www.kas.de/en/web/rspno/single-title/-/content/administrative-procedure-act-vwvfg>.
- Manit Jumpa. *Explanation of Administrative Law Regarding Administrative Acts and Control of Administrative Acts, Volume 1*. Bangkok: Chulalongkorn University Press, 2006. [In Thai]
- Marie Grace Seif. "Administrative Contracts." Accessed September 2, 2024. <https://www.tamimi.com/law-update-articles/the-administrative-contract/>.
- Naipokkrong. "What Type of Contract is the Contract to Renovate the Bathrooms at Rajabhat University?" Accessed September 14, 2024. <https://www.thansettakij.com/columnist/Ejemplos/560639>. [In Thai]
- Nantawat Boramanand. *Administrative Contract*. 5th ed. Bangkok: Winyuchon, 2013. [In Thai]
- Office of the Administrative. "Collection of Reasons and Background for each Section of the Draft Bill Establishing the Administrative Court and Administrative Court Procedure." Senate Extraordinary Committee Meeting Report, Volume 4, Bangkok, March 2005. [In Thai]
- Office of the Secretariat of Committee on Jurisdiction of Courts. "Summary of Decision No. 52/2017." Accessed January 2, 2023. <https://oscj.coj.go.th>. [In Thai]



- Office of the Secretariat of Committee on Jurisdiction of Courts. “Summary of the Deciding the Authority and Duties between the Courts in Contract Disputes (2001 - present).” Accessed January 2, 2023. <https://oscj.coj.go.th>. [In Thai]
- Prayoon Kanchanadul. *Lecture on Administrative Law*. Bangkok: Chulalongkorn University Press, 1990. [In Thai]
- Ruethai Hongsiri. *Administrative Court and Litigation in the Administrative Court*. 11th ed. Bangkok: Legal Training Center of the Thai Bar Association, 2021. [In Thai]
- Suraphon Nitikraipot. *Administrative Contract*. Bangkok: Thammasat University, 2012. [In Thai]
- Worachet Phakeerut. “Basic Thoughts on Administrative Contracts in the German Legal System.” Accessed September 2, 2024. <http://www.lawwebsevice.com/lawsearch/AcharnVorachet07.pdf>. [In Thai]
- Yeam Arunotivat. “Alternative Dispute Settlement in Administrative Contract through Arbitration.” PhD diss., Faculty of Law National Institute of Development Administration, 2019. [In Thai]