

บทความวิชาการ

หลักการของสัญญาทางปกครองกับการวินิจฉัยที่ไม่ตรงกัน :
ผลต่อความเสมอภาคของการนำคดีขึ้นสู่ศาล

Principles of Administrative Contract and Split Ruling : Effect on
Equality in Bringing Case to Court

มาฤทธิ กาญจนารักษ์¹

Marit Kanchanarak²

เลขที่ 21 หมู่ที่ 6 ตำบลรัชฎา อำเภอเมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต 83000

21 Village No. 6, Ratsada Subdistrict, Muang District,

Phuket Province, 83000.

*Corresponding author E-mail: marit.k@pkru.ac.th

วันที่รับบทความ : 9 กันยายน 2563 วันที่แก้ไขบทความ : 28 มกราคม 2564

วันที่ตอบรับ : 21 ธันวาคม 2564 วันที่เผยแพร่ : 30 ธันวาคม 2564

¹ นายมาฤทธิ กาญจนารักษ์ ประธานสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต

² Mr.Marit Kanchanarak Head of Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Phuket Rajabhat University.

บทคัดย่อ

บทความวิชาการฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงหลักการอันเป็นรูปธรรมที่สามารถกำหนดขึ้นเป็นเงื่อนไขในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองแยกออกจากสัญญาในทางแพ่งให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันของผู้ใช้กฎหมายปกครอง

เมื่อทำการศึกษาจึงพบว่า สัญญาทางปกครอง (Administrative Contract) เป็นหนึ่งในการกระทำทางปกครอง (Administration Act) เช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองอื่น ๆ โดยหลักการแล้วควรให้ศาลปกครองเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยไม่ควรยึดติดกับการเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยตรงจนเกินไป ทำให้หลักการของการกระทำทางปกครองไปตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลยุติธรรม และเจตนากรณีที่แท้จริงของการแยกคดีปกครองออกจากคดีแพ่งแล้ว ความเสมอภาคในการนำคดีขึ้นสู่ศาล เพื่อตรวจสอบการกระทำทางปกครองในรูปแบบของสัญญาที่ยังคงเกิดขึ้นไม่ได้ในหลักการกฎหมายปกครองของไทย

ผู้ศึกษาเห็นว่า ผู้ใช้กฎหมายไม่ควรยึดติดกับนิยามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ควรพิจารณาควบคู่ไปกับนิยามตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดและไม่ควรนำเอาคุณลักษณะของทรัพย์สิน หรือประเภทของทรัพย์สิน หรือหน้าที่ของคู่สัญญา มาเป็นเงื่อนไขของการวินิจฉัย จึงอาจทำให้การกระทำทางปกครองบางประการต้องตกไปอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลยุติธรรม ซึ่งจะขัดต่อหลักการและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งศาลปกครองตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

คำสำคัญ: สัญญาทางปกครอง, ความเสมอภาค, การนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง

Abstract

This academic article aims to study the concrete principles determined as a condition for separating an administrative contract from a civil contract to ensure the same direction of an administrative law user.

According to the study, it was found that administrative contract was one of the administrative actions like other administrative actions. In principle, the Administrative Court should be responsible for verifying the legitimacy pursuant to the Constitution without excessively adhering to concession contract, public service contract or provision of public utilities or exploitation of natural resources. This causes the principle of administrative action fall under the examination of the Court of Justice and the true intention of separating administrative case from civil cases. The equality in bringing case to court to examine administrative acts in the form of contract still fails to occur in Thai administrative law principles.

The author suggests that law users should not adhere to the definition of an administrative contract under Section 3, Administrative Court Establishment and Procedure Act, B.E. 2542 (1999) but also consider the definition provided by the Supreme Administrative Court general meeting. The qualities or types of property or duty of the contract parties should not be considered as a condition of ruling which cause certain administrative acts fall under the examination of the Court of Justice which contrary to the principles and objectives of the establishment of the Administrative Court as provided in the Constitution.

Keywords: Administrative Contract, Equality, Bringing Case to Administrative Court

ความนำ

กฎหมายปกครองถือว่าเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครอง ซึ่งการใช้อำนาจต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองดำเนินการนั้นจะเรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” และโดยที่การกระทำของฝ่ายปกครองต้องสนองต่อประโยชน์สาธารณะ ที่เป็นประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ ดังนั้นผลผลิตจากการกระทำของฝ่ายปกครองย่อมจะต้องถูกควบคุม และตรวจสอบ เพราะอันเนื่องมาจากทุกอย่างเป็นต้นทุนในการสร้างผลผลิตจากการกระทำทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นเงินเดือนของบรรดาเจ้าหน้าที่รัฐหรือแม้แต่ต้นทุนแห่งวัสดุอุปกรณ์ในการสนับสนุนในการจัดทำผลผลิตของนิติกรรมทางปกครองล้วนแต่เป็นงบประมาณที่มาจากภาษีของประชาชน ที่ได้ชื่อว่าเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดภายในรัฐ ที่เรียกว่าอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ในทุกกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่นำออกไปสู่ภายนอก ที่เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” หรือ “การกระทำทางปกครอง” ต้องชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นแล้วการสร้างกลไกและกระบวนการที่เป็นรูปธรรมนั้นย่อมเป็นการแสดงให้เห็นและปรากฏชัดว่าการกระทำในฝ่ายปกครองทุกการกระทำ ต้องอยู่บนหลักของความชอบด้วยกฎหมาย และต้องถูกตรวจสอบจากองค์กรเดียวกันเพื่อให้เกิดความเสมอภาคต่อการบังคับใช้กฎหมาย เมื่อมีการโต้แย้ง หรือร้องขอให้มีการตรวจสอบ

การกระทำทางปกครอง ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความหมายของการกระทำทางปกครอง เอาไว้ว่า คือ ผลิตผลของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองแต่หลักการดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นอยู่บ้างเหมือนกัน³

³ ขาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557). 2

ความหมายของการกระทำทางปกครอง สามารถอธิบายได้ว่า การกระทำทางปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง ที่นอกเหนือจากการกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางบริหารทางนโยบายหรือทางการเมือง และการกระทำในกิจการของกระบวนการตุลาการ การกระทำทางปกครองที่ผู้เขียนกล่าวถึงเพื่อทำความเข้าใจให้ได้เห็นภาพและเข้าใจถึง “การกระทำทางปกครอง” เพราะโดยหลักการแล้ว เมื่อมีการแยกกฎหมายออกเป็นประเภท และแยกองค์กรศาลในการทำหน้าที่ตรวจสอบอย่างชัดเจนแล้ว การกระทำทางปกครองโดยกลไกของกฎหมายต้องถูกตรวจสอบโดยกระบวนการทางปกครองและองค์กรตุลาการในทางปกครอง คือ ศาลปกครองเท่านั้นตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติไว้ตามมาตรา 197 แต่มีหลายกรณีที่มีการวินิจฉัยหรือการกำหนดโดยกฎหมาย ให้การกระทำทางปกครอง ตกไปอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการอื่นที่มีใช้ตุลาการทางปกครอง ถ้าเป็นการกำหนดโดยกฎหมายก็พอจะรับได้ถือว่าเป็นการปิดปากโดยกฎหมาย เช่น การให้คำสั่งทางปกครองที่เป็นการดำเนินการทางวินัยทหารไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง ทั้งที่ในความเป็นจริงคำสั่งดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองของกฎหมายอื่น ๆ⁴ แต่ถ้าการกระทำใดที่เกิดจากการวินิจฉัยของผู้ที่มีอำนาจ ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ อาจก่อให้เกิดความเห็นต่างและอาจนำมาซึ่งความไม่เห็นด้วยกับแนวทางการวินิจฉัยของผู้มีอำนาจได้ เช่น การวินิจฉัยในประเด็นของสัญญาทางปกครองกับสัญญาในทางแพ่ง เพราะถ้าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาในทางปกครองการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและสิทธิต่าง ๆ ก็จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่ถ้าสัญญาที่ทำขึ้นจากฝ่ายปกครองแต่กลับถูกวินิจฉัยให้เป็นสัญญาทางแพ่ง การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและสิทธิต่าง ๆ ก็จะอยู่ภายใต้ศาลยุติธรรม ซึ่งถ้ามองในมุมว่าศาลใดทำหน้าที่ในการพิจารณา ก็จะใช้หลักการของความยุติธรรมเดียวกันก็ไม่มีปัญหา แต่ถ้ามองในมุมของความเสมอภาค

⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 9 วรรคสอง

ของการบังคับใช้กฎหมายอาจจะไม่สามารถตอบได้ว่าเสมอภาคกัน ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้เป็นเหตุผลหลักที่ประเทศอังกฤษยังคงไว้ซึ่งระบบศาลเดี่ยวมาจนทุกวันนี้

ผู้เขียนมีความเห็นว่าสัญญาทางปกครองไทยเป็นเรื่องใหม่ที่มีพัฒนาการในระบบกฎหมายมหาชนของประเทศไทยไม่นานนัก หากมีข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครอง กฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษา แต่นิยามของสัญญาทางปกครองเป็นนิยามเปิดไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนในการตีความ แม้ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายและอธิบายสัญญาทางปกครองไว้ แต่ก็ยังมีปัญหาในการตีความสัญญาทางปกครองอย่างต่อเนื่อง จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย กำหนดประเภทลักษณะ และขอบเขตของสัญญาให้แน่นอน ทั้งนิยามที่ชัดเจนในการตีความสัญญาทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง

หากการกระทำใดเป็นการกระทำทางปกครองก็ให้อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดถึงความชอบด้วยกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ สำหรับการกระทำทางปกครอง หมายถึง ผลผลิตที่เป็นการกระทำทางปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายและจะถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง และเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับคู่กรณีอีกฝ่าย (ผู้อยู่ใต้ฝ่ายการปกครอง) พบว่า มี 3 รูปแบบ

1. รูปแบบที่เป็นการกระทำฝ่ายเดียว คือ กฎ และคำสั่งทางปกครอง สำหรับกฎหมาย ตามความหมายโดยทั่วไป หมายถึง คำบังคับ หรือข้อกำหนดหรือข้อบัญญัติที่บังคับให้ต้องมีการปฏิบัติตาม⁵ ส่วนตามความหมายของกฎหมายปกครอง หมายความว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือ

⁵ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542

บุคคลใดเป็นการเฉพาะ⁶ กฎเป็นผลผลิตหนึ่งจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ในรูปแบบของการกระทำฝ่ายเดียว แต่เป็นผลที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ไปยังอีกฝ่ายแม้จะไม่ยินยอมก็ตาม ลักษณะของกฎจะออกมาเพื่อให้เกิดผลบังคับเป็นการทั่วไป คำว่า “ทั่วไป” ตามบทนิยามนี้ หมายถึง บุคคล สถานที่ และเวลา เช่น กฎที่เป็นข้อบัญญัติที่ออกมาบังคับเป็นข้อห้ามเป็นการทั่วไป เกี่ยวกับห้ามสูบบุหรี่บนรถโดยสารสาธารณะ ดังนั้น การห้ามดังกล่าวย่อมเป็นการทั่วไปในบุคคล คือ ห้ามทุกคน ทั่วไปเกี่ยวกับเวลา คือ จะมีบทบัญญัติห้ามทุกเวลา และทั่วไปเกี่ยวกับสถานที่ ไม่ว่ารถสาธารณะจะอยู่ที่ไหนก็ห้ามการสูบบุหรี่บนรถคันนั้น ซึ่งการห้ามในลักษณะเช่นนี้ถือว่าเป็นการทั่วไป ทั้งในแง่ของบุคคล เวลา และสถานที่ และสำหรับคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้ความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งรับ หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ”⁷ จากความหมายของกฎหมายจะเห็นได้ว่าการกระทำทางปกครองที่เรียกว่า คำสั่งทางปกครอง สามารถจำแนกองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการ

- 1) เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่
- 2) เป็นการใช้อำนาจรัฐ
- 3) เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย
- 4) เกิดผลเฉพาะกรณี
- 5) มีผลภายนอกโดยตรง

⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 5

⁷ เรื่องเดียวกัน

2. รูปแบบการกระทำอื่น การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองในรูปแบบ “การกระทำอื่น” จะเป็นรูปแบบที่เป็นอย่างอื่นไปจากคำสั่ง หรือกฎ ที่กล่าวมาแล้ว อาจจะออกมาในรูปแบบของการปฏิบัติการในทางปกครอง หรือที่เป็นการดำเนินการ หรือที่เรียกว่านิติกรรมทางปกครองในทางกายภาพ การกระทำทางปกครองในรูปแบบนี้ เป็นรูปแบบที่เป็นการกระทำในลักษณะของการปฏิบัติการที่เป็นการลงมือกระทำ และเมื่อมีการแสดงเจตนาออกไปแล้วจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ซึ่งผลดังกล่าวจะเป็นผล ที่มาจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ได้ ซึ่งการปฏิบัติการในทางปกครองจะต้องมีอีก ฝ่ายหนึ่งเข้ามารองรับเสมอ ดังนั้น การปฏิบัติการในทางปกครองนี้สามารถเกิดขึ้นได้ ก็ต้องมีอีกฝ่ายเข้ามารองรับการเกิดขึ้นของการปฏิบัติการในทางปกครองเช่นกัน โดยลักษณะของการกระทำทางปกครองทางกายภาพนี้ เป็นลักษณะที่อาจจะไม่ได้ใช้อำนาจ ทางกฎหมายโดยตรงแต่จะมีการใช้อำนาจทางกฎหมายมาก่อน แล้วในขั้นตอนการปฏิบัติการ ทางปกครองเป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง คือ อำนาจที่เหนือกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายซึ่งเป็น อำนาจรัฐในฐานะฝ่ายปกครองที่มีอยู่ เช่น การตัดถนนเพื่อทำเป็นทาง สาธารณะให้ผู้คนทั่วไปได้ใช้สัญจรไปมา โดยที่การตัดถนนนั้นจะต้องผ่านที่ของ ชาวบ้านบางราย การตัดถนนดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองในลักษณะของ การปฏิบัติการ หรือที่เรียกว่าการกระทำทางกายภาพ การกำหนดจุดสร้างสะพานลอย ซึ่ง การกำหนดนั้นอาจจะมีผลกระทบต่อเอกชนที่มีบ้านเรือนในบริเวณดังกล่าว หรือการใช้ กำลังเข้ารื้อถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือเช่นในกรณีของใช้แก๊ส น้ำตาฉีดเข้าไปยังกลุ่มผู้ชุมนุมเพื่อสลายการชุมนุม คำสั่งให้สลายการชุมนุมเป็น คำสั่งทางปกครองเมื่อผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ย่อมมีอำนาจ ปฏิบัติการสลายการชุมนุม เป็นต้น

3. รูปแบบที่เป็นการกระทำหลายฝ่าย ลักษณะของการกระทำทางปกครอง หลายฝ่ายเป็นการกระทำทางปกครองที่ต้องอาศัยอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วย จึงจะสมบูรณ์แบบของการกระทำทางปกครองลักษณะนี้ ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายจะมีสถานะ เป็นเอกชนหรือรัฐด้วยกันเองก็ได้ ลักษณะของการกระทำทางปกครองลักษณะนี้จะปรากฏ

ในรูปแบบของสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งความหมายของสัญญาทางปกครองนี้ โดยที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองสัญญาทางปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายว่า หมายความว่า หมายความว่า ความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ⁸ เมื่อพิจารณาจากความหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าในบทบัญญัติของกฎหมายใช้คำว่า หมายความว่า รวมถึง ซึ่งเป็นการบัญญัติที่แตกต่างจากบทบัญญัติของคำอื่น ๆ ดังนั้นการที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้เป็นการแสดงให้เห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองนั้นมีได้มีแค่ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เท่านั้น ซึ่งศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าลักษณะของสัญญาที่เกิดขึ้นดังกล่าวนี้เข้าคุณลักษณะของสัญญาทางปกครองหรือไม่ ดังนั้น สัญญาทางปกครองจึงมี 2 รูปแบบ คือ รูปแบบที่เป็นสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กับรูปแบบที่เป็นสัญญาทางปกครองตามข้อเท็จจริง และไม่ว่าสัญญาทางปกครองที่กล่าวถึงนี้จะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม สำคัญของการตกเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีหลักเกณฑ์สำคัญ 3 หลักเกณฑ์ด้วยกัน คือ

3.1 คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง จากบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้ความหมายไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ... จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้สัญญาทางปกครองนั้นจะต้องเกิดขึ้นภายใต้คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐในฐานะฝ่ายปกครอง ซึ่งการมอบหมายนี้อาจจะเป็นการมอบหมายโดยตำแหน่งหรืออาจจะมีการมอบหมายเป็นการเฉพาะคราวหนึ่ง

⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 5

คราใดก็ได้สำหรับหน่วยงานทางปกครองนั้น ได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่น ที่มีฐานะเป็นกรม

3.2 เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ในการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นได้ภายใต้วัตถุประสงค์เดียวคือประโยชน์สาธารณะ โดยพิจารณาจากการนำเอาวัตถุประสงค์หนึ่งในสัญญามาพิจารณาว่านำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยไม่พิจารณาถึงลักษณะ ชนิด ประเภทของวัตถุประสงค์ดังกล่าว ฉะนั้นลักษณะของสัญญาทางปกครอง⁹ ต้องเป็นสัญญาเพื่อจัดทำประโยชน์สาธารณะ ซึ่งประโยชน์สาธารณะอาจมีมาในรูปแบบหนึ่งรูปแบบใด ดังต่อไปนี้

3.2.1 ลักษณะที่เป็นสัญญาสัมปทาน ซึ่งลักษณะของสัญญาสัมปทานจะแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ คือ

1) สัมปทานที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะร่วมกับฝ่ายปกครอง หรือให้เอกชนดำเนินการไปฝ่ายเดียว สัมปทานลักษณะนี้จะเป็นการเป็นการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเองโดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ผลประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานจะได้รับเป็นการตอบแทนด้วยการที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือ ค่าตอบแทนจากผู้บริโภคในกิจการนั้น¹⁰ สัมปทานประเภทนี้เป็นสัญญาในลักษณะของบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการจัดทำให้ประชาชน แต่ฝ่ายปกครองไม่ประสงค์ลงทุนจึงให้เอกชนเข้าลงทุนและดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง สำหรับเอกชนที่เข้ามาดำเนินการจะได้ค่าบริการจากประชาชนที่มาใช้บริการนั้นเป็น

⁹ เรื่องเดียวกัน

¹⁰ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, *หลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติราชการที่ดีในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง*, (นนทบุรี: บริษัท สหมิตรพรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด, 2554), 2.

ค่าตอบแทน แต่ในการจัดเก็บค่าบริการนั้นฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดและควบคุมราคาให้บริการ จะไม่ให้ผู้รับสัมปทานเป็นผู้กำหนดเองมีเช่นนั้นอาจเก็บค่าบริการในราคาที่สูงจนเกินไป เช่น ขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร (ขสมก.) มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะในการจัดรถวิ่งในเส้นทางต่าง ๆ ในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล แต่ ขสมก. ให้รถเมล์เอกชนเข้ามารับสัมปทานวิ่งรับส่งผู้โดยสารในเส้นทางบางเส้นทางในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล หรือกรณีหน่วยงานทางปกครองให้บริษัทเอกชนมาจัดเก็บขยะในพื้นที่ของหน่วยงานทางปกครอง และเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนที่อยู่ในเขตพื้นที่ดังกล่าว โดยฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดควบคุมราคาในการจัดเก็บค่าบริการ เป็นต้น

2) สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติซึ่งถือว่าเป็นสัญญาสัมปทานที่ให้ออกขออนุญาตเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์ในธรรมชาติ ที่รัฐเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติและส่วนใหญ่จะห้ามมิให้ผู้ใดเข้าไปดำเนินการหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทรัพยากรดังกล่าว¹¹ กรณีสัมปทานลักษณะที่สองเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองอนุญาตให้ออกขออนุญาตเข้าดำเนินการในการแสวงหาประโยชน์จากธรรมชาติ โดยที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องจ่ายค่ารับสัมปทานเป็นค่าตอบแทนให้แก่ฝ่ายปกครอง ในอัตราที่กำหนดไว้ เช่น การแสวงหาประโยชน์ในลักษณะเหมืองแร่ ป่าไม้ หรือจัดเก็บรังนกอีแร่น สัมปทานประเภทนี้หากมีการอนุญาตให้ออกขออนุญาตเป็นรายรายได้เป็นผู้รับสัมปทานแล้ว ฝ่ายปกครองจะนำไปให้ผู้รับสัมปทานรายอื่นอีกไม่ได้ หมายถึง การให้สัมปทานในลักษณะซ้ำซ้อนไม่ได้ การอนุญาตให้มีสิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียวในกิจการสัมปทานดังกล่าวนั้น

3.2.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ลักษณะของสัญญาทางปกครองในลักษณะที่สอง คือ ลักษณะของสัญญาที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ บริการสาธารณะ หมายถึง กิจการอันจำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อประชาชนเป็นส่วนรวมที่รัฐ

¹¹ เรื่องเดียวกัน, 4.

หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำขึ้นเพื่อบริการแก่ประชาชน เช่น กิจกรรมสาธารณูปโภค กิจกรรมขนส่งคนโดยสาร ลักษณะของสัญญาที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะจะเป็นสัญญาในลักษณะเพื่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ หรือเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นในขั้นพื้นฐานของคนส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะเป็นประปา ไฟฟ้า การสื่อสาร ฯลฯ ซึ่งนอกจากงานที่เป็นบริการสาธารณะโดยตรงที่ถือว่าเป็นลักษณะของสัญญาในลักษณะของจัดทำบริการสาธารณะแล้ว ยังรวมถึงเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะโดยมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล การว่าจ้างก่อสร้างดังกล่าวก็ถือว่าเป็นลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะที่เป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน เช่น การสร้างตึกอาคารสำหรับประชาชนใช้ร่วมกัน หรือใช้ในกิจการของรัฐ เป็นต้น

3.2.3 จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ลักษณะสัญญาทางปกครองลักษณะที่สาม คือ สัญญาทางปกครองที่มีลักษณะให้คู่สัญญาเข้ามาจัดทำหรือจัดหาให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดยปกติเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดหาสิ่งสาธารณูปโภคสำหรับให้กับประชาชน ฝ่ายปกครองไม่อาจลงทุนทั้งการสร้างสิ่งปลูกสร้าง จ้างเจ้าหน้าที่ รวมถึงการบริหารจัดการต่าง ๆ จึงได้ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการในกิจการของการจัดหาสิ่งสาธารณูปโภคให้กับประชาชน เช่น ด้านการคมนาคม ด้านการสิ่งอุปโภคบริโภค ด้านการสื่อสาร เป็นต้น โดยให้เอกชนที่เข้ามาจัดทำเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการ ในราคาที่ฝ่ายปกครองควบคุม

3.2.4 ลักษณะเป็นสัญญาแสวงหาประโยชน์จากธรรมชาติ ลักษณะของสัญญาทางปกครองอีกลักษณะหนึ่งคือจะเกิดขึ้นในรูปแบบของการให้เอกชนเข้ามาจัดหาประโยชน์ในแหล่งธรรมชาติที่เป็นของรัฐ และรัฐจะเก็บค่ารับสัมปทานการเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์จากธรรมชาตินั้นจากเอกชนที่ได้รับสัมปทาน ที่เรียกกันต่าง ๆ เช่น ค่าภาคหลวง ค่าประทานบัตร ค่าเปิดป่าต่าง ๆ ล้วนแล้วเป็นค่าที่ต้องจ่ายให้ฝ่ายปกครองในการที่ตนเข้ามารับและแสวงหาผลประโยชน์จากแหล่งธรรมชาติ ซึ่งผู้รับ

สัมปทานก็ต้องรับการเสี่ยงภัยในการแสวงผลประโยชน์เอง อาจจะได้มากน้อยหรือไม่ได้ก็ต้องเป็นไปตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

คำว่าประโยชน์สาธารณะถ้าจะแปลความหมายสั้น ๆ ก็คือ กิจกรรมหรือภารกิจของฝ่ายปกครอง¹² เมื่อพิจารณาจากความหมายดังกล่าว ประกอบกับคำสั่งศาลปกครองจากหลาย ๆ คำสั่ง แล้วจะพบได้ว่า ประโยชน์สาธารณะจะเป็นกิจกรรมหรือภารกิจของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น แต่มิได้หมายความว่า ทุกภารกิจหรือทุกกิจกรรมที่ทำขึ้นจากฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะทั้งหมด เพราะมีบางประการที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นแต่มิใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่เป็นประโยชน์ของฝ่ายปกครองเอง หรืออาจจะมองในมุมของการเป็นประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อม ถ้าเป็นประโยชน์โดยตรงต่อสาธารณะจึงถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้าเป็นประโยชน์โดยอ้อมยังไม่ถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ เช่น สัญญาซื้อขายนาฬิกาปรับเวลาระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับบริษัทเอกชน โดยที่มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเอานาฬิกามาใช้ในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองไม่ถือว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพราะเป็นการนำมาใช้ในกิจการหรือหน่วยงานทางปกครองเอง แม้จะใช้เพื่อควบคุมการทำงานในหน้าที่การงานของฝ่ายปกครองเองก็ตาม¹³ ซึ่งอาจจะมองในมุมของประโยชน์โดยอ้อมตามที่ผู้เขียนกล่าวมา จึงไม่ถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ เพราะฉะนั้น ในความเห็นของผู้เขียนในประเด็นของประโยชน์สาธารณะนั้นจะหมายถึง กิจกรรมหรือภารกิจของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ของประโยชน์ส่วนรวมโดยตรง

3.3 ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือกว่า คำว่าเอกสิทธิ์เหนือกว่า หรืออาจเรียกว่าอำนาจฝ่ายปกครองที่เหนือกว่าเอกชน ซึ่งเป็นอำนาจพิเศษที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายให้เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครอง เพื่อใช้ในการดำเนินกิจการของฝ่ายปกครอง

¹² นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), 3.

¹³ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 11/2547 <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/464311> (สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2562).

ในการดำเนินการในกิจกรรมจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งลักษณะเช่นนี้จะเป็นลักษณะเฉพาะที่ไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ที่มีได้ทำขึ้นบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกัน เช่น การบังคับในสัญญาให้มีการค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา หรือการบังคับให้มีการทำสัญญาตามรูปแบบที่กำหนดไว้ จะเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาไม่ได้ หรือการกำหนดค่าปรับต่าง ๆ นี้ล้วนเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองทั้งสิ้นที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรับสภาพทำขึ้นภายใต้ความไม่เท่าเทียมกัน

เมื่อพิจารณาจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายกระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครองคือการบริการสาธารณะบรรลุผลที่จะถือว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองนอกจากจะมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองแล้ว มติที่ประชุมใหญ่ได้วางแนวทางในการวินิจฉัยไว้ว่า เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองคือ การบริการสาธารณะบรรลุผล¹⁴

¹⁴ Resolutions of the Supreme Administrative Court's Meeting No. 6/2001.

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชน ถ้าเกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขของความไม่เท่าเทียมอันมีลักษณะพิเศษคือรัฐจะมีเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่า ย่อมถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ครั้นพิจารณาจากสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชนแล้วจะเห็นว่าสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชนจะเกิดขึ้นภายใต้ความไม่เสมอภาคแทบทั้งสิ้น เช่น สัญญาการซื้อขายไม้หมอนทำทางรถไฟ ระหว่างการรถไฟแห่งประเทศไทยกับเอกชน เหตุของการจัดซื้อไม้หมอนเพื่อนำมาใช้ในการซ่อมทางรถไฟเนื่องจากถูกน้ำท่วม ซึ่งการรถไฟมิได้เสนอเอกสารสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่เข้าทำสัญญาซื้อไม้หมอนจากเอกชนได้อย่างในฐานะที่เสมอภาคกันแต่อย่างใด เพราะอย่างน้อยผู้ขายจะต้องมีการเข้าสู่กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อประกวดราคา เมื่อได้รายใดก็ต้องทำสัญญาและจัดหาบุคคลมาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว ซึ่งเป็นกระบวนการและขั้นตอนที่มิได้เกิดขึ้นภายใต้ความเสมอภาคแต่อย่างใด ซึ่งถือว่าเป็นคุณลักษณะที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองของฝ่ายปกครองบรรลุผล ในวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะจึงถือว่าสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นภายใต้เอกสิทธิ์ของรัฐที่เป็นผู้กำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เพียงฝ่ายเดียว แม้เอกชนมิได้ตกลงด้วยแต่เอกชนก็ต้องปฏิบัติตามเพราะรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่า อันเป็นสาระสำคัญของสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นภายใต้หลักการของกฎหมายมหาชน ที่รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชน จึงเห็นว่าสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ ก็ควรจัดเป็นสัญญาทางปกครองด้วยเช่นกันในบางกรณี ที่เข้าเงื่อนไขของลักษณะของสัญญาทางปกครอง

การวินิจฉัยที่ไม่ตรงกันส่งผลต่อความเสมอภาคของการนำคดีขึ้นสู่ศาล

โดยที่สัญญาทางปกครองถือว่าเป็นนิติกรรมหนึ่งจากหลายนิติกรรมที่เป็นกรกระทำทางปกครอง ดังนั้น โดยหลักความชอบของรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 197 แล้วควรจะต้องตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบในหลักความชอบด้วยกฎหมายตามกลไกของกฎหมายปกครองที่มีการกำหนดให้มีการแยกประเภทของคดีที่เป็นคดีปกครองออกจากคดีของศาลยุติธรรมเพราะฉะนั้นสาระสำคัญที่จะบ่งบอกว่า สัญญาใดที่ควรให้

ศาลปกครองเป็นผู้ตรวจสอบในเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย คือ การวินิจฉัยถึงการเป็นสัญญาทางปกครอง ที่ผ่านมาหลายสัญญาที่มีการวินิจฉัยไม่ตรงกัน ทำให้การกระทำทางปกครองบางการกระทำต้องตกไปอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลยุติธรรม ซึ่งมองว่าอาจจะผิดต่อหลักการของกฎหมายปกครอง กล่าวคือ

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2558 การรถไฟซื้อไม้หมอนรองรางรถไฟจากเอกชนเพื่อใช้ซ่อมแซมทางรถไฟที่ถูกล้ำท่วม ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่งเพราะผู้ขายไม่ได้มาซ่อมด้วยจึงไม่อาจถือว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

ในกรณีความเห็นของผู้เขียนด้วยความเคารพผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2558 การรถไฟซื้อไม้หมอนรองรางรถไฟจากเอกชนเพื่อใช้ซ่อมแซมทางรถไฟที่ถูกล้ำท่วม ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ เพราะภารกิจหลักของฝ่ายปกครอง คือ การจัดทำบริการสาธารณะเพราะฉะนั้น การจะถือว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ จะเป็นประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อมหรือแม้แต่เป็นเครื่องมือสนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะก็ควรให้ถือว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเช่นกัน

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 122/2557 สัญญาที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติซื้อรถจักรยานยนต์นำขบวนบุคคลสำคัญถือเป็นสัญญาทางแพ่ง มิใช่สัญญาทางปกครอง เพราะรถจักรยานยนต์นำขบวนถือเป็นรถจักรยานยนต์ทั่วไป มิใช่อุปกรณ์เฉพาะ

ในกรณีความเห็นของผู้เขียนเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 122/2557 ซึ่งประเด็นเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาว่าเป็นสัญญาทางแพ่งก็ให้อยู่ในเขตอำนาจการวินิจฉัยคดีของศาลยุติธรรม

แต่สัญญาที่กระทรวงสาธารณสุขซื้อรถพยาบาลกู้ชีพถือเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะรถพยาบาลกู้ชีพไม่ใช่รถธรรมดาทั่วไปแต่มีอุปกรณ์เฉพาะมากมายในการช่วยชีวิตผู้ป่วย

ในทรรศนะความเห็นของผู้เขียนเห็นด้วยกับสัญญาที่กระทรวงสาธารณสุขซื้อรถพยาบาลกู้ชีพ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะเพราะรถพยาบาลกู้ชีพเป็นรถฉุกเฉินที่ใช้ในกิจการของโรงพยาบาลเพื่อทำการรักษาเบื้องต้นและรับ-ส่ง ผู้ป่วยมาโรงพยาบาลได้ทันทั่วทั้ง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 95/2558, 96/2558, 80/2558, 33/2558 การที่หน่วยงานทำสัญญาซื้อสังหาริมทรัพย์ แม้สังหาริมทรัพย์จะมีวัตถุประสงค์ใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่ง

ในทรรศนะของผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่หน่วยงานทำสัญญาซื้อสังหาริมทรัพย์ การวินิจฉัยว่าสัญญาใดควรเป็นสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องไม่ยึดติดกับลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามบทบัญญัติในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และไม่ควรรนำเอาคุณลักษณะของทรัพย์ หรือประเภทของทรัพย์ หรือหน้าที่ของคู่สัญญา มาเป็นเงื่อนไขของการวินิจฉัย เพราะสัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ เพราะภารกิจหลักของฝ่ายปกครอง คือ การจัดทำบริการสาธารณะ การจะถือว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น จะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ จะเป็นประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อมหรือ แม้แต่เป็นเครื่องมือสนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะก็ควรให้ถือว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเช่นกัน มิเช่นนั้นอาจทำให้การกระทำทางปกครองบางประการต้องตกไปอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลยุติธรรมซึ่งจะขัดต่อหลักการและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งศาลปกครองตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ข้อสังเกตบางประการของผู้เขียนสำหรับสัญญาทางปกครองกับแนวทางการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลหรือศาลปกครอง จากที่ผ่านมาตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองจนมาถึงปี พ.ศ. 2557 แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลหรือของศาลปกครอง ได้มีการวินิจฉัยถึงสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชน โดยคณะกรรมการวินิจฉัย

ชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลหรือศาลปกครอง มักพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญา หากสัญญาดังกล่าวนั้นเป็นการสนับสนุน หรือเป็นเครื่องมือ หรืออำนวยความสะดวกให้กับหน่วยงานทางปกครอง ในการจัดทำบริการสาธารณะ ก็จะวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองและให้อำนาจการตรวจสอบตกไปอยู่ภายใต้ศาลปกครองทั้งสิ้น โดยที่นำเอาสาระสำคัญของวัตถุประสงค์ของสัญญา ฐานะของคู่สัญญา และความมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญา มาเป็นหลักเพื่อวินิจฉัย ดังนี้

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 27/2551 สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์เครื่องคอมพิวเตอร์ระหว่างสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติกับเอกชน สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำนโยบายการประถมศึกษา ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2523 อันเป็นการกิจเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ การที่สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ซื้อครุภัณฑ์เครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมติดตั้ง ย่อมแสดงให้เห็นว่าเพื่อนำไปใช้ ในการจัดการเรียนการสอน ซึ่งเป็นภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2555 โจทก์เป็นกรมสังกัดกระทรวงการคลัง มีภารกิจและอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการผลิตเหรียญกษาปณ์และจัดสร้างเครื่องราชอิสริยยศ เครื่องราชอิสริยาภรณ์ สัญญาซื้อประตูตรวจค้นโลหะพร้อมติดตั้งระบบ มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดซื้อเครื่องมือสำคัญที่โจทก์ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ให้บรรลุผล ทั้งสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่โจทก์ซึ่งไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ได้แก่ ข้อ 4 ที่กำหนดให้จำเลยต้องใช้เรือไทยในการขนส่งสิ่งของหรือเครื่องตรวจโลหะตามสัญญา ซึ่งหากจำเลยขนส่งสิ่งของโดยไม่ใช้เรือไทย จำเลยจะต้องนำหลักฐานการชำระค่าธรรมเนียมพิเศษเนื่องจากการไม่บรรทุกของโดยเรือไทย จึงจะมีสิทธิได้รับเงินค่าสิ่งของจากโจทก์ สัญญาพิพาทจึงมิได้ทำขึ้นโดยมุ่งผูกพันด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกันเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งอีกด้วย สัญญาพิพาทคดีนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2547 ประชุมใหญ่สัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์การประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์เพื่อติดตั้งในโรงพยาบาลของรัฐ เป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เนื่องจากเครื่องคอมพิวเตอร์ที่จะต้องส่งมอบตามสัญญามีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะใช้ในการเชื่อมโยงและรับส่งข้อมูลของประชาชนที่ มาใช้บริการสาธารณสุขด้านการแพทย์ให้สะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ วัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังกล่าวจึงเป็นการซื้อเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณสุขด้านการแพทย์ให้บรรลุผล และเป็นประโยชน์โดยตรงต่อประชาชนที่มาใช้บริการ การฟ้องขอคืนค่าปรับและขอให้ชำระค่าเสียหายจากการไม่คืนค่าปรับตามสัญญาข้างต้น จึงเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

การศึกษาในครั้งนี้นับว่า แต่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2557 เป็นต้นมาแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลหรือศาลปกครองเปลี่ยนไป โดยผู้เขียนศึกษาคำวินิจฉัยต่าง ๆ ที่กล่าวมานั้นแล้ว เห็นได้จากแนวการวินิจฉัยในประเด็นของสัญญาทางปกครองที่ไม่ตรงกันจึงทำให้การตรวจสอบการกระทำทางปกครองบางกรณีต้องตกไปอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลยุติธรรมเมื่อสัญญาทางปกครองเป็นต้นเหตุแห่งการวินิจฉัยและเป็นที่มาของการนำไปสู่ให้การกระทำทางปกครองตกไปอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลยุติธรรมจึงจำเป็นต้องศึกษาหลักการ หรือเจตนารมณ์ที่แท้จริงของสัญญาทางปกครองเพื่อให้การวินิจฉัยไปในทิศทางเดียวกันจะต้องยึดหลักความเสมอภาคด้วย คือ การที่ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกันในกรณีที่เหมาะสม

บทส่งท้าย

บทสรุปที่ได้จากการศึกษาประเด็นของการจะวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น ควรให้การกระทำทางปกครองทุกการกระทำให้อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง และเพื่อให้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายปกครองภายใต้หลักความเสมอภาคเดียวกัน โดยที่ศาลปกครองถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อให้เข้ามาตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยเฉพาะประเด็นของการเป็นสัญญาทางปกครองที่อาจมีการวินิจฉัยที่ไม่ตรงกัน และให้การกระทำทางปกครองดังกล่าวต้องตกไปอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลยุติธรรมด้วยข้อเท็จจริง

เพราะฉะนั้นแล้ว การจะวินิจฉัยว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง มิได้มีเฉพาะแต่ตามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด เพราะโดยเหตุที่กฎหมายเลือกใช้คำว่า “หมายรวมความถึง” ดังนั้น สัญญาทางปกครองจึงมีสัญญาลักษณะอื่น ๆ อีกที่นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่การที่จะวินิจฉัยให้สัญญาอื่นใดเป็นสัญญาทางปกครองที่นอกเหนือจากมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้นจะต้องยึดหลัก 3 ประการ ดังนี้ คือ

1) เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เพราะสัญญาทางปกครองถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งจึงจำเป็นต้องมาจากฝ่ายปกครองเสมอ

2) มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ เพราะภารกิจหลักของฝ่ายปกครอง คือ การจัดทำบริการสาธารณะเพราะฉะนั้น การจะถือว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ จะเป็นประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อมหรือแม้แต่เป็นเครื่องมือสนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะก็ควรให้ถือว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเช่นกัน

3) มีลักษณะที่ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือกว่า ลักษณะพิเศษที่มีเฉพาะในฝ่ายปกครองคือความมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่กรณี เพื่อให้การจัดทำตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองสำเร็จได้ทันทั่วทั้งที่ โดยปราศจากการยินยอมของอีกฝ่าย

ผู้เขียนขอเสนอแนะไว้ ดังต่อไปนี้

การวินิจฉัยว่าสัญญาใดควรเป็นสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องไม่ยึดติดกับลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามบทบัญญัติในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และไม่ควรรนำเอาคุณลักษณะของทรัพย์ หรือประเภทของทรัพย์ หรือหน้าที่ของคู่สัญญา มาเป็นเงื่อนไขของการวินิจฉัย เพราะมีเช่นนั้น อาจทำให้การกระทำทางปกครองบางประการต้องตกไปอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลยุติธรรมซึ่งจะขัดต่อหลักการและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งศาลปกครองตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1. ศาลปกครองสูงสุดควรจัดทำหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองทั้งหลักเกณฑ์ด้านองค์กร หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์สัญญา รวมทั้งหลักเกณฑ์ที่จะวินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยสภาพที่ครอบคลุมเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง แต่การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองนั้นควรวินิจฉัยภายใต้หลักการ 3 ประการดังกล่าวข้างต้น

2. แนวความคิดดังกล่าวนี้จะต้องผลักดันให้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมโดยศาลปกครองสูงสุดและแวดวงวิชาการสาขากฎหมายมหาชน โดยที่การพัฒนาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นนี้มีได้ละเอียดเจตนารมณ์เดิมที่ให้ศาลปกครองพัฒนาหลักกฎหมายได้ ตามสภาวะการณ์ตามรูปคดี หลักการดังกล่าวยังดำเนินต่อไปได้พร้อม ๆ กับการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่พัฒนามาจนยุติแล้ว

3. ผลการศึกษาที่เป็นบทสรุปทั้งหมดควรนำไปสู่แนวทางการจัดทำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองสูงสุดควรรับหน้าที่จัดทำหลักกฎหมายดังกล่าว โดยความเห็นชอบมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีบทบัญญัติครอบคลุม ระบบสัญญาทางปกครองทั้งระบบ

เอกสารอ้างอิง

ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง แก้ไขเพิ่มเติม. พิมพ์ครั้งที่ 21, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 9
วรรคสอง

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 5

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 5

สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาล
ปกครองสูงสุดเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติราชการที่ดีในการดำเนินการเกี่ยวกับ
สัญญาทางปกครอง. นนทบุรี : บริษัท สหมิตรพรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด,
2554.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 11/2547 <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/464311> (สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2562).

Resolutions of the Supreme Administrative Court's Meeting No. 6/2001.

References

Chanchai Sawangsak. Explanation of Administrative Laws. 21st Edition, Bangkok: Winyuchon, 2014.

Administrative Court Establishment and Procedure Act, B.E. 2542 (1999),
Section 9, Paragraph 2

The Royal Institute's Dictionary, B.E. 2542 (1999)

Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996), Section 5

Administrative Court Establishment and Procedure Act, B.E. 2542 (1999),
Section 5

Office of Research and Academics, Office of Administrative Court. Legal
Principles from Ruling of Supreme Administrative Court to Support
Good Performance in Administrative Contract. Nonthaburi : Sahamitr
Printing & Publishing Company Limited, 2011.

Nantawat Bormanant. Administrative Law. 3rd Edition, Bangkok: Winyuchon,
2014.

Judgment on Jurisdiction of Court No. 11/2547 [http://dl.parliament.go.th
/handle/lirt/464311](http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/464311) (Retrieved on 20 November 2019).

Resolutions of the Supreme Administrative Court's Meeting No. 6/2001.

