

## ปัญหาการพิจารณาสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>1</sup>

บันทึกานต์ จันทร์สงเคราะห์<sup>2</sup>

การพิจารณาคดีของประเทศไทยซึ่งเป็นระบบศาลคู่ อันประกอบไปด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ส่งผลให้จะต้องแบ่งประเภทคดีให้เป็นไปตามอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการบัญญัติอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม ไว้ในมาตรา 194 วรรคหนึ่ง และ ศาลปกครองไว้ในมาตรา 197 วรรคหนึ่ง การที่รัฐธรรมนูญมีการกำหนดเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีส่งผลให้การพิจารณาพิพากษาคดีแยกออกจากกันอย่างชัดเจน เนื่องจากลักษณะคดีมีความแตกต่างกัน สำหรับศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ปรากฏในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองนั้นมีทั้งที่เป็นไปโดยเกิดจากการกระทำทางปกครอง และกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง แต่ส่วนเกิดมาจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองแทบจะทั้งสิ้น

หน่วยงานทางปกครองมีภารกิจสำคัญคือดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนในประเทศ โดยลักษณะของการจัดทำบริการสาธารณะมีหลากหลายรูปแบบ แต่ลักษณะที่มีการทำอยู่เป็นประจำคือ การทำสัญญากับเอกชน โดยอาจปรากฏในรูปแบบของสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาทางปกครอง เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นการยุติข้อโต้แย้งจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น ซึ่งศาลปกครองจะพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 กำหนดว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” นอกจากนี้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีมติในการประชุมใหญ่ฯ ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้พิจารณาลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมว่า “สัญญาที่

---

<sup>1</sup>บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหาการพิจารณาสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร. กัลยา ตันศิริ และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์ประเสริฐ ตันศิริ และ รองศาสตราจารย์สุชนิ รัตนวราห

<sup>2</sup>นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง สาขาวิทยบริการเฉลิมพระเกียรติ จังหวัดอุทัยธานี

หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล” เป็นกรณีที่ศาลได้วางหลักลักษณะของสัญญาทางปกครองให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง

สำหรับสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ แม้จะมีการกำหนดลักษณะดังกล่าวว่าเป็นสัญญาทางปกครองก็ตามของสัญญาแต่ยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการตีความลักษณะของสัญญาว่าเข้าลักษณะของการเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งจะส่งผลต่อเขตอำนาจของศาลในการพิจารณา รวมไปถึงปัญหาเกี่ยวกับกรอบของการตีความว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ อันปรากฏจากการที่คู่กรณียื่นคำร้องให้มีการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ซึ่งอาจเกิดจากการแบ่งประเภทลักษณะของสัญญาที่ไม่มีการกำหนดความหมายแต่ละประเภทคดีไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน หรือเป็นการตีความลักษณะของสัญญาที่แตกต่างกันออกไป ทำให้ผู้ฟ้องคดีเกิดความสับสนที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองทั้งที่สัญญาดังกล่าวนั้นมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองแล้ว

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว จึงทำให้น้ำศึกษาถึงปัญหาการพิจารณาสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะได้ในหลายประการดังต่อไปนี้

ประเด็นปัญหาแรก คือ การกำหนดขอบเขตและความหมายของการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดขอบเขตความหมาย หรือความหมายของการจัดทำบริการสาธารณะไว้เป็นการเฉพาะ การที่จะพิจารณาการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องพิจารณาตามความหมายที่ทางกฎหมายมหาชนให้ความหมายใช้ที่สำคัญ ซึ่งพบว่าขอบเขตของการตีความการจัดทำบริการสาธารณะยังคงมีความแตกต่างกันพอสมควร

ประเด็นปัญหาต่อมา คือ การกำหนดขอบเขตและความหมายของสัญญาทางปกครอง กล่าวคือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีการบัญญัติความหมายในมาตรา 3 ซึ่งเป็นเพียงการกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครอง แต่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีมติในการประชุมใหญ่ฯ ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 อธิบายความเป็นสัญญาทางปกครองที่ศาลปกครองนำมาใช้พิจารณาคดีประเภทสัญญาทางปกครองซึ่ง อาจเป็นปัญหาในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองนั้นว่าหากเป็นสัญญาทางปกครองตามประเภทของสัญญาที่กำหนดไว้แล้วตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่จะต้องนำมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวมาพิจารณาประกอบด้วยเสมอไปหรือไม่ เพียงใด

ประเด็นปัญหาที่สาม คือ การตีความสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะของศาลปกครองและคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่มีความแตกต่างกัน อันส่งผลให้สัญญาที่มีประเภทหรือลักษณะเดียวกัน แต่อยู่คนละเขตอำนาจศาลซึ่งจะส่งผลให้การพิจารณาคดีแตกต่างกัน

ประเด็นปัญหาสุดท้าย คือ การตีความข้อสัญญาที่เป็นเอกสิทธิ์ กล่าวคือ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีมติในการประชุมใหญ่ฯ ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 มีการวางหลักการเป็นสัญญาทางปกครองไว้ว่า ถ้าสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ถือเป็นสัญญาทางปกครอง จะนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่

จากการศึกษาค้นคว้าปัญหาการพิจารณาสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ ผู้ศึกษาขอเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

#### 1. ปัญหาการกำหนดขอบเขตและความหมายของการจัดทำบริการสาธารณะ

กฎหมายปกครองของไทยไม่มีการให้ความหมายของการจัดทำบริการสาธารณะไว้เป็นการเฉพาะ โดยมีความหมายในเชิงวิชาการที่นำมาใช้ในการพิจารณาในการจัดทำบริการสาธารณะ คือ กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยประเทศฝรั่งเศสได้มีการให้ความหมายไว้อย่างชัดเจนมาจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ใช้ในการพิจารณาการจัดทำบริการสาธารณะ คือ บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ จึงควรมีการกำหนดความหมายอย่างกว้างไว้ในกฎหมายลำดับรองเพื่อให้มีความเข้าใจที่ตรงกันและมีความเป็นเอกภาพ

#### 2. ปัญหาการกำหนดขอบเขตและความหมายของสัญญาทางปกครอง

กฎหมายปกครองของไทยได้มีการให้ความหมายของสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมีมติในการประชุมใหญ่ฯ ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 อันไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมาย เป็นเพียงหลักที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเห็นควรแก้กฎหมายในมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จากของเดิม สัญญาทางปกครอง หมายรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

เห็นควรให้เพิ่มเติมเป็น สัญญาทางปกครอง หมายรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญา

สัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง และมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล หรือออกกฎหมายลำดับรองในการที่จะกำหนดลักษณะประเภทของสัญญาอย่างเช่นประเทศฝรั่งเศสที่มีการระบุว่า สัญญาพัสดุเป็นสัญญาทางปกครอง

### 3. ปัญหาการตีความสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ

การพิจารณาคดีของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีการเปลี่ยนแปลงการพิจารณาการเป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ บางกรณีจากเดิมถือเป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ต่อมาได้มีการพิจารณาว่าสัญญาในลักษณะดังกล่าวมิได้เป็นสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ แสดงให้เห็นว่ามีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ในการพิจารณา

จึงเห็นควรกำหนดประเภทหรือลักษณะของสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะไว้เป็นการเฉพาะ อย่างเช่นการกำหนดว่าสัญญาพัสดุ ถือเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ อาจจะถูกอยู่ในลักษณะของการออกเป็นกฎกระทรวงเพื่อความสะดวกในการแก้ไขข้อกำหนด เพราะในปัจจุบันการตีความสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะพิจารณาในหลายแง่มุม โดยหากมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนก็จะทำให้คู่สัญญาไม่เกิดความสับสนในการที่จะพิจารณาถึงลักษณะของสัญญาทางปกครอง

### 4. ปัญหาการตีความข้อสัญญาที่เป็นเอกลักษณ์

เนื่องจากการพิจารณาข้อสัญญาที่เป็นเอกลักษณ์ของรัฐ ที่ศาลพิจารณาว่าบางสัญญาที่อาจเข้าลักษณะของสัญญาทางปกครอง แต่ไม่ได้แสดงถึงข้อสัญญาที่เป็นเอกลักษณ์ ทำให้มีการตีความว่าสัญญาดังกล่าวไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เมื่อการที่ศาลให้ความสำคัญกับข้อสัญญาที่เป็นเอกลักษณ์จึงควรมีกำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน ของเดิมสัญญาทางปกครอง หมายรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

เห็นควรเพิ่มเติมเป็น สัญญาทางปกครอง หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐไว้เป็นการเฉพาะ

### เอกสารอ้างอิง

นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.

\_\_\_\_\_. สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ:

วิญญูชน, 2562.

สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง. คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. สำนักงานศาลปกครอง, 2551.