

บทที่ 2

แนวความคิด ทฤษฎีและหลักการที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของ หน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง

ในบทนี้จะกล่าวถึงแนวความคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง ได้แก่ หลักความรับผิดชอบทางละเมิด ทฤษฎีบริการสาธารณะ แนวความคิดของสัญญาทางปกครอง และหลักการพิจารณาเขตอำนาจศาล ย่อมเป็นไปตามเนื้อหาของกรกระทำที่ถูกต้อง

2.1 หลักความผิดทางละเมิด

2.1.1 ลักษณะการกระทำที่ถือเป็นละเมิด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักทั่วไปของการกระทำที่ถือเป็น “ละเมิด” ซึ่งมีหลักเกณฑ์ 3 ประการ¹ คือ 1) กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ 2) กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย 3) บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย กรณีจึงเป็นปัญหาว่าการกระทำลักษณะใดเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำเช่นใดเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย และทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายซึ่งจะได้แยกอธิบาย ดังต่อไปนี้

1) การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การกระทำโดยจงใจ คือ การกระทำโดยรู้สำนึกถึงการกระทำของตนว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดก็ตาม อย่างไรก็ตาม การกระทำโดยจงใจมีความหมายกว้างกว่าการกระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา

¹ จาก คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดฯ (น. 1), โดย สักดิ์ สนองชาติ, 2544, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

มาตรา 59 วรรคสอง² เพราะการกระทำโดยเจตนา ผู้กระทำได้ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล แต่การกระทำโดยจงใจมิได้หมายถึงไปถึงกับว่าจะต้องเจาะจงให้เกิดผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่ง ขึ้นโดยเฉพาะดังเช่นการกระทำโดยเจตนาในทางอาญา³ เช่น นาย ก. รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างของ นาย ข. เนื่องจากเข้าใจว่านาย ก.เทศมนตรีซึ่งเป็นเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีคำสั่งให้รื้อถอน การกระทำของนาย ก. โดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนจึงเป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจ แต่ไม่เป็นความผิดฐานทำให้เสียหาย เนื่องจากนาย ก. ไม่มีเจตนาในการกระทำผิด ดังนั้นการกระทำโดยเจตนาจึงเป็นการกระทำโดยจงใจ แต่การกระทำโดยจงใจอาจไม่ใช่การกระทำโดยเจตนาเสมอไป

กระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่⁴

การกระทำการด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำโดยมิได้เจตนา แต่เป็นการกระทำซึ่งบุคคลพึงคาดหมายได้ว่าอาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นและหากใช้ความระมัดระวังแม้เพียงเล็กน้อยก็อาจป้องกันมิให้เกิดความเสียหายได้ แต่กลับมิได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นเลย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 10/2552)

วิสัย หมายถึง สภาพเกี่ยวกับตัวผู้กระทำ เช่น การเป็นเจ้าหน้าที่ชั้นผู้ใหญ่หรือชั้นผู้น้อย เป็นเจ้าหน้าที่ธรรมดา เป็นผู้ประกอบวิชาชีพหรือเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านใดด้านหนึ่งและหมายรวมถึงระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้นั้นด้วย เป็นต้น

พฤติการณ์ หมายถึง เหตุภายนอกหรือปัจจัยแวดล้อมตัวผู้กระทำ ซึ่งอาจมีผลต่อระดับความระมัดระวังและทำให้การใช้ความระมัดระวังของแต่ละบุคคลแตกต่างกันไป เช่น สภาพของสถานที่ทำงานของเจ้าหน้าที่ จำนวนของประชาชนที่เข้ามาติดต่อกับเจ้าหน้าที่ หรือสภาพของทางเดินรถขณะเกิดอุบัติเหตุ เป็นต้น

ในส่วนของสภาพเกี่ยวกับตัวผู้กระทำนั้น ต้องสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบโดยบุคคลที่สมมตินั้นต้องมีสภาพร่างกายดีอย่างเดียวกับผู้กระทำ แต่สภาพจิตใจดีในระดับทั่วไปของบุคคลในสภาพร่างกายอย่างเดียวกัน ทั้งบุคคลที่สมมติจะต้องสมมติว่าอยู่ในพฤติการณ์ภายนอก

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง กระทำโดยเจตนา ได้แก่การกระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น.

³ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ละเมิด (น. 15), โดย สุขุม สุภณิตย์, 2543, กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่.

เช่นเดียวกับผู้กระทำด้วย เมื่อเปรียบเทียบกัน ถ้าบุคคลที่สมมติขึ้นจะไม่กระทำโดยขาดความระมัดระวังเหมือนที่ผู้กระทำได้กระทำไปแล้ว ย่อมถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่ถ้าบุคคลที่สมมติจะกระทำเช่นเดียวกับที่ผู้กระทำได้กระทำไปแล้ว ย่อมถือไม่ได้ว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ

2) กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย

การกระทำโดยผิดกฎหมาย หมายความว่า การกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิ หรือทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ซึ่งการกระทำโดยผิดกฎหมายอาจเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นความผิด เช่น การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ หรือการกระทำความผิดต่อกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อื่น

นอกจากนี้แม้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดให้การกระทำละเมิดต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายก็ตาม แต่มาตรา 421 ได้บัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย” กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าการกระทำโดยผิดกฎหมายอันต้องเป็นการกระทำละเมิดนั้นให้หมายความรวมถึงการใช้สิทธิที่ผู้กระทำมีอยู่ตามกฎหมายทำให้บุคคลอื่นเสียหายด้วย ดังนั้นการกระทำโดยผิดกฎหมายอาจเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่เป็นการล่วงสิทธิหรือประทุษร้ายต่อสิทธิของบุคคลอื่นเช่น การใช้นามสกุลของบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิ หรือการทำให้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นเสียหายโดยประมาทเลินเล่อ เป็นต้น อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิตามมาตรา 421 จะต้องเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นฝ่ายเดียว คือ ต้องมีเจตนาที่จะกลั่นแกล้งบุคคลอื่นให้เสียหาย หรือเป็นการใช้สิทธิเกินส่วน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1581/2538 จำเลยที่ 1 สร้างหลุมฝังศพของสามีหรือสวช้อยู่ลงในที่ดินของตน เป็นเหตุให้โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินซึ่งอยู่ติดกันได้รับความเดือดร้อนเสียหายเกินกว่าที่ควรจะเป็นหรือคาดหมายได้ว่าจะเป็นไปตามปกติหรือเหตุอันควร การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นละเมิด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 70/2552 การขุดลอกขยายความกว้างของลำห้วยพร้อมทั้งก่อสร้างคันดินเป็นถนนเลียบริบตลอดแนวสองฝั่งนั้น เมื่อข้อเท็จจริงรับกันได้ว่าได้มีการรุกล้ำเข้ามาในที่ดินของผู้ฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (กรมชลประทาน) ไม่ได้ดำเนินการเวนคืนที่ดินของผู้ฟ้องคดีตามที่กฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ หรือได้มีการตกลงซื้อขายที่ดินของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวและไม่ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะขุดลอกเอาที่ดินของผู้ฟ้องคดีโดยวิธีอื่น ๆ ฉะนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีเข้าใช้ที่ดินของผู้ฟ้องคดี เพื่อดำเนินการขุดลอกขยายลำห้วยและก่อสร้างถนนเลียบริบลำห้วยรุกล้ำที่ดินของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการกระทำโดย

จงใจทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายแก่ทรัพย์สินอันเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3) บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย

ในการกระทำละเมิดถึงแม้จะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หากผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำไม่ได้รับความเสียหายย่อมไม่เป็นละเมิด สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นที่จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดนั้นมีลักษณะสำคัญดังนี้ เป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงและมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการกระทำละเมิด เป็นความเสียหายที่แน่นอน ไม่ว่าจะ เป็นความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่นซึ่งกฎหมายรับรองคุ้มครอง ซึ่งอาจเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน หรือเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วในเวลาปัจจุบัน หรือความเสียหายในอนาคตอันจะต้องเกิดขึ้นแน่นอน เป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 343/2549 ผู้ถูกฟ้องคดี (กรมทรัพยากรน้ำ) มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับการสำรวจ ออกแบบ ตรวจสอบ ประเมินการและอนุมัติโครงการก่อสร้างแหล่งน้ำการก่อสร้างฝายน้ำล้นคลองคูพม่าจึงเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี และเมื่อการก่อสร้างฝายน้ำล้นคลองคูพม่าเป็นเหตุให้ที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์อยู่ต่ำกว่าระดับน้ำเก็บกักน้ำของฝายน้ำล้นและระดับปากท่อระบายน้ำและต่ำกว่าระดับดินถมปรับแต่งด้านหน้าคันดินคูฝาย ทำให้ที่ดินถูกน้ำท่วมขังในเวลาต่อมา อันเป็นเหตุให้ต้นไม้ของผู้ฟ้องคดีที่ปลูกไว้นาน 4 ปี ต้องตาย ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ได้รับความเสียหายอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของผู้ถูกฟ้องคดี ฉะนั้นผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดนั้น กรณีที่จะถือว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายและมีการละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติอันเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 315/2552) สรุประดับของความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่นั้นไม่ได้ยุ่งที่แน่นอนตายตัว แต่ขึ้นลงตามภาวะวิสัยและพฤติการณ์ของผู้กระทำ โดยต้องเปรียบเทียบกับวิญญูชนที่อยู่ในภาวะวิสัย และพฤติการณ์เดียวกับผู้กระทำเป็นเกณฑ์⁵

⁵ จาก หลักกฎหมายจากบทความสันคดีปกครองที่น่าสนใจ (น. 140), โดย สำนักงานศาลปกครอง, 2551, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ก่อนการประกาศใช้กฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ความรับผิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิได้แตกต่างจากการกระทำของประชาชนทั่วไป โดยเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดในผลแห่งความเสียหายจากมูลละเมิดที่เกิดขึ้นเสมอ ไม่ว่าละเมิดนั้นจะเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หรือลักษณะของการกระทำละเมิดมีความร้ายแรงหรือไม่ และความรับผิดทั้งหลายทั้งปวงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวโดยสรุปก็คือ ในชั้นที่สุดเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัวในผลแห่งละเมิดทุกกรณี ถึงแม้ว่าในบางกรณีจะเป็นความผิดพลาดหรือความบกพร่องที่ตามปกติอาจเกิดขึ้นได้ในการปฏิบัติหน้าที่ หรือเป็นกรณีเกิดจากความไม่ตั้งใจ หรือความผิดพลาดเพียงเล็กน้อยจากการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น ทั้งการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้นก็ไม่ได้ทำในนามส่วนตัว แต่เป็นการกระทำแทนรัฐ กรณีจึงส่งผลให้เจ้าหน้าที่ไม่กล้าที่จะตัดสินใจ หรือใช้ดุลพินิจหรือดำเนินการกิจการต่าง ๆ เพราะกลัวที่จะต้องรับผิดอันเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และการบริหารงานของรัฐ

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดทางละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่เฉพาะเมื่อเจ้าหน้าที่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่แต่ละคน โดยไม่นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานทั้งของรัฐและเจ้าหน้าที่

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือฐานะใด

การพิจารณาว่าลูกจ้างคนใดเป็นเจ้าหน้าที่หรือไม่ต้องพิจารณาลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับลูกจ้างในสังกัด โดยหากลูกจ้างที่ได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานที่มีลักษณะเป็นงานประจำและต่อเนื่อง ลูกจ้างในลักษณะดังกล่าวจะมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ (ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 485/2553) แต่ลูกจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ว่าจ้างให้ปฏิบัติงานในลักษณะเป็นครั้งคราวเฉพาะงาน ไม่ว่าจะมิสัญญาจ้างหรือไม่ก็ตาม นิติสัมพันธ์ของลูกจ้างดังกล่าวกับหน่วยงานของรัฐย่อมเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา รวมทั้งความรับผิดทางละเมิดซึ่งต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 849/2552)

ผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น คือ ผู้ปฏิบัติงานที่ไม่มีฐานะเป็นข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้าง ซึ่งได้รับแต่งตั้งจากผู้มีอำนาจและมีกฎหมายรองรับ โดยอาจได้รับการแต่งตั้งในฐานะ

กรรมการ เช่น กรรมการคุ้มครองผู้บริโภค กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการในรัฐวิสาหกิจหรือ อาจได้รับการแต่งตั้งในฐานะอื่น เช่น ผู้เชี่ยวชาญ หรือที่ปรึกษาของส่วนราชการ เป็นต้น⁶

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 896/2542 เอกชนที่เป็นบุคคลหรือนิติบุคคล หรือองค์การบริหารส่วนตำบลที่ได้รับการว่าจ้างตามสัญญาจ้างทำของตามนัยมาตรา 428 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ดำเนินงานในหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใดแทนการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคตามนัยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 869/2552 เอกชนที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ได้รับการว่าจ้างตามสัญญาแต่งตั้งให้เป็นตัวแทนเก็บเงินค่าไฟฟ้าจากประชาชนแทนการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ไม่เป็นเจ้าหน้าที่ตามนัยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เนื่องจากเป็นเรื่องสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 428 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.1.2 การกระทำละเมิดในทางแพ่งและละเมิดในทางปกครอง

เดิมการกระทำละเมิดที่เกิดจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชน ก็ดี ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดในทางแพ่งทั้งสิ้น โดยอาศัยเกณฑ์ความผิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และคู่กรณีต้องนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นฟ้องต่อ “ศาลยุติธรรม” เท่านั้น ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งคู่กรณีต้องนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นฟ้องต่อ “ศาลปกครอง” ส่วนคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดในลักษณะอื่น คู่กรณีต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม

ด้วยเหตุนี้คดีพิพาทอันเนื่องจากการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาจเป็นไปได้ทั้งกรณีที่ต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งเรียกว่า “การกระทำละเมิดในทางปกครอง” หรือเป็นกรณีที่ต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม ซึ่งเรียกว่า “การกระทำละเมิดในทางแพ่ง” โดยมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างลักษณะการกระทำละเมิดในทางแพ่งและลักษณะการกระทำละเมิดในทางปกครอง ดังนี้

⁶ จาก แนวทางสำหรับวิทยาการความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (น. 42), โดย สำนักงานศาลปกครอง, 2547, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

2.1.2.1 ข้อพิจารณาการกระทำละเมิดในทางแพ่ง

ลักษณะการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดในทางแพ่ง ต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดของบุคคลระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน หรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนฝ่ายหนึ่งหรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง ซึ่งเป็นกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดมีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้เป็นการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีใช้การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ หรือที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิด โดยเหตุส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ผู้นั้นเอง หรือเป็นการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ แต่การกระทำในหน้าที่นั้น มิได้เกิดจากกรณีหนึ่งกรณีใด ดังต่อไปนี้การปฏิบัติหน้าที่มิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครอง อันได้แก่ การปฏิบัติหน้าที่โดยปกติทั่วไป มิได้เป็นการใช้อำนาจ หรือเป็นเรื่องการดำเนินการในทางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หรือเป็นเพียงการปฏิบัติราชการทางปกครองทางกายภาพ เพื่อให้กิจการของฝ่ายปกครองเกิดผลสำเร็จการปฏิบัติหน้าที่มิได้เกิดจากการออกกฎคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น การปฏิบัติหน้าที่มิได้เกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ หรือการปฏิบัติหน้าที่มิได้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ผลของการกระทำละเมิดเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น (รวมถึงหน่วยงานทางปกครอง)

กรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดและการกระทำละเมิดนั้นมิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือเป็นการกระทำละเมิดโดยเหตุส่วนตัว เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบเป็นการเฉพาะตัว⁷ หมายความว่า เจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิด ไม่ว่าจะกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือประมาทเลินเล่อธรรมดาก็ตาม ย่อมจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดนั้นเป็นการส่วนตัวโดยอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นกรณีเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดมีหลายคน เจ้าหน้าที่ทั้งหมดต้องรับผิดชอบอย่าง “ลูกหนี้ร่วม” ในผลแห่งละเมิด⁸ หมายความว่า เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบในความเสียหายเต็มจำนวนอย่างสิ้นเชิงโดยจะเลี่ยงความรับผิดชอบเฉพาะในส่วนของตนไม่ได้ เป็นต้น

⁷ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 6 ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้.

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 432 วรรคหนึ่ง ถ้าบุคคลหลายคนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น โดยร่วมกันทำละเมิด ท่านว่าบุคคลเหล่านั้นจะต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงกรณีที่ผู้ใดไม่สามารถสืบรู้ตัวได้แม้ว่าในจำพวกที่กระทำละเมิดร่วมกันนั้นคนไหนเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วย

กรณีที่เขาหน้าที่กระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกหรือต่อหน่วยงานของรัฐ แต่เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยปกติทั่วไป มิใช่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น พนักงานขับรถของส่วนราชการไปส่งหนังสือ แพทย์ พยาบาลผ่าตัดรักษาโรคให้คนไข้ เป็นต้น หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดนั้น โดยอยู่ภายใต้บังคับตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539⁹ เช่น ผู้เสียหายต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐ หรือการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ได้จะต้องเป็นกรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นต้น

เขตอำนาจศาลและอายุความการฟ้องคดีละเมิดในทางแพ่ง ผู้ได้รับความเสียหายจะต้องนำข้อพิพาทขึ้นฟ้องต่อศาลยุติธรรมภายในอายุความตามมาตรา 448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰ ซึ่งได้กำหนดอายุความสิทธิเรียกร้องอันเกิดแต่มูลละเมิดไว้ 2 กรณี คือ

กรณีแรก มีอายุความ 1 ปี นับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน

กรณีที่สอง อายุความ 10 ปี นับแต่วันทำละเมิด

วันทำละเมิดเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ได้กระทำหรือคว้นการกระทำอันเป็นมูลเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้น ส่วนผลของการกระทำละเมิดเกิดขึ้นเมื่อใดเป็นอีกเรื่องหนึ่ง วันที่ทำละเมิดกับวันที่ผลของการกระทำละเมิดเกิดขึ้นจึงต่างกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 6024/2550)

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2545 การขบถรถยนต์บรรทุกเก็บขนขยะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย เมื่อเกิดอุบัติเหตุทำให้เอกชนได้รับความเสียหาย หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบผู้เสียหายในผลแห่งการกระทำละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำ

⁹ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้

ถ้าการกระทำละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งมิได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใดให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง

มาตรา 10 วรรคหนึ่ง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหายที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัดหรือไม่ ถ้าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ให้นำบทบัญญัติมาตรา 8 มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้ามิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448 วรรคหนึ่ง สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด.

ไปในการปฏิบัติหน้าที่ แต่การขบถยนต์ดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่เป็นการกระทำทางกายภาพในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 577/2547 พนักงานขับรถของกรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม ได้ขบถยนต์ของกรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อมไปสำรวจต้นไม้ด้วยความประมาทเลินเล่อทำให้รถยนต์คันดังกล่าวชนกับรถยนต์ของนาย ก. เป็นเหตุให้นาย ก. ได้รับความเสียหาย เป็นกรณีการกระทำละเมิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไปของพนักงานขับรถ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 836/2557 นาย ป. เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีขบถยนต์กระบะขรยนต์ที่นาย ท. เป็นผู้ขับขี่ จนเป็นเหตุให้นาย ป. และนาย ท. ถึงแก่ความตายอันเป็นการกระทำในขณะปฏิบัติหน้าที่ แต่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ปกติของพนักงานขับรถ มิใช่การกระทำละเมิดในทางปกครอง

2.1.2.2 ข้อพิจารณาการกระทำละเมิดในทางปกครอง

ลักษณะการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดในทางปกครอง¹¹ ต้องเป็นข้อพิพาทจากการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเนื่องมาจากสาเหตุดังต่อไปนี้ การใช้อำนาจตามกฎหมาย การออกกฎ ออกคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น การละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ทั้งนี้โดยผลของการกระทำละเมิดดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น (รวมถึงหน่วยงานทางปกครอง)

การกระทำละเมิดในทางปกครอง จึงเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายขึ้น

การกระทำละเมิดในทางปกครอง ผู้ได้รับความเสียหายต้องนำข้อพิพาทยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง ภายในอายุความตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดให้การฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดมีระยะเวลาการฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี

สรุปคดีที่เกิดขึ้นทุกคดีจะได้รับการตรวจสอบจากศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายซึ่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด

¹¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีอำนาจสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ ... (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ...

ในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง จำเป็นต้องพิจารณาว่าคดีพิพาทดังกล่าว อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่เป็นหลัก เพราะหากไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เสียแล้วก็ต้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ทั้งนี้เพราะศาลยุติธรรมมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลอื่น (มาตรา 218 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550)

ลักษณะการกระทำละเมิด แบ่งออกได้ 2 ลักษณะ คือ การกระทำละเมิดเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ คือ การที่เจ้าหน้าที่กระทำความผิดในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทั่วไปในลักษณะที่เป็นการกระทำทางกายภาพหรือเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร กรณีละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการปฏิบัติหน้าที่ และผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ กรณีเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิด ไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบ¹²

การกระทำละเมิดที่มีสาเหตุจากการปฏิบัติหน้าที่ คือ การกระทำละเมิดที่มีสาเหตุมาจากเรื่องส่วนตัว ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด กรณีละเมิดที่มีสาเหตุจากการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเป็นการเฉพาะตัว และผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้¹³ และการฟ้องคดีผู้เสียหายจะต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม

การกระทำละเมิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองต้องเป็นการกระทำละเมิดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

¹² พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้

ถ้าการกระทำละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งมิได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง.

¹³ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 6 ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้.

หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กรณีเป็นการกระทำละเมิดที่มีสาเหตุจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือกรณีเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่แต่มีสาเหตุจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร การฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม

หลักการสำคัญในการตรวจคำฟ้องเพื่อมีคำสั่งรับหรือไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณานั้น ศาลปกครองชอบที่จะพิจารณาวินิจฉัยแต่เพียงว่า คดีพิพาทตามฟ้องเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ และการฟ้องคดีเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการฟ้องคดีตามที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดหรือไม่เท่านั้น ถ้าเห็นว่าคดีพิพาทตามฟ้องนั้นเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองและการฟ้องเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการฟ้องคดีตามที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดก็ชอบที่จะมีคำสั่งรับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดประเด็นพิพาทหรืออีกนัยหนึ่งประเด็นที่เป็นเนื้อหาแห่งคดีต่อไป แต่ถ้าเห็นว่าคดีพิพาทตามฟ้องนั้นเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือการฟ้องคดีไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการฟ้องคดีตามที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดก็ชอบที่จะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ในการดำเนินการตามขั้นตอนนี้ศาลปกครองหาอาจก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยประเด็นพิพาทหรืออีกนัยหนึ่งประเด็นที่เป็นเนื้อเรื่องแห่งคดีได้ไม่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 49/2551)

2.2 ทฤษฎีบริการสาธารณะ

2.2.1 วิวัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ

ทฤษฎีบริการสาธารณะ เป็นแนวคิดของระบบกฎหมายฝรั่งเศส เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลที่วางหลักทฤษฎีบริการสาธารณะไว้ บริการสาธารณะจึงเกิดขึ้น นับแต่มวลมนุษยชาติเริ่มรวมกลุ่มกันเป็นสังคมที่บริการสาธารณะในยุคนั้นเป็นเรื่องการให้ประชาชนมีที่ทำกิน โดยในประเทศฝรั่งเศสขุนนางเจ้าที่ดินให้ประชาชนใช้ที่ดินโดยเก็บค่าตอบแทน ซึ่งอาจเป็นแรงงาน

ภาษี หรือค่าเช่าโดยขุนนางจะผูกขาดสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ให้ผู้เช่าใช้ประโยชน์แต่ต้องจ่ายค่าตอบแทน¹⁴

จนถึงปี ค.ศ. 1789 เกิดการปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศสที่ล้มระบบกษัตริย์และให้พลเมืองปกครองแทนกษัตริย์ ก่อให้เกิดรัฐที่เป็นนิติบุคคลขึ้นและภารกิจที่รัฐต้องจัดทำในระยะแรกยังไม่มีชื่อเรียกที่แน่ชัด ต่อมากำว่าบริการสาธารณะ (Service Public) เริ่มปรากฏขึ้นหมายถึง กิจกรรมของฝ่ายปกครองทุกประเภทแต่ต่อมาจะหมายถึงเฉพาะกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือสิ่งที่รัฐจะทำให้แก่ประชาชนเป็นการตอบแทนการเสียภาษีของประชาชน¹⁵ โดยเมื่อมีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะหรือฝ่ายปกครอง คดีก็จะขึ้นสู่ศาลยุติธรรม แต่ฝ่ายปกครองโต้แย้งว่าไม่ใช่เรื่องทางศาล จะต้องเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัยชี้ขาดตนเอง

จนถึงในปี ค.ศ. 1799 นโปเลียน โบนาปาร์ต ได้จัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ขึ้น เพื่อร่างกฎหมายให้ประมุขฝ่ายบริหารและเป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาททางปกครอง คำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองจึงเป็นที่มาของหลักและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะทฤษฎีบริการสาธารณะ หากมีการโต้แย้งเขตอำนาจศาล ศาลคดีขัดกันก็จะวางหลักกฎหมายวินิจฉัยเรื่องนั้นคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันและศาลปกครอง ที่สร้างหลักกฎหมายปกครองและอำนาจศาลปกครองที่สำคัญ ได้แก่¹⁶ คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 ในคดี Blanco เป็นคำวินิจฉัยแรกที่เป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายปกครองและอำนาจของศาลปกครอง คดีนี้เป็นกรณีของเด็กหญิง Agnès Blanco ถูกรถบรรทุกโรงงานยาสูบชนบิดาของเด็กหญิงยื่นฟ้องผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นผู้แทนของรัฐต่อศาลยุติธรรมให้รับผิดชอบตามกฎหมายแพ่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดโต้แย้งอำนาจศาลยุติธรรม ศาลคดีขัดกันวางหลักกฎหมายที่เป็นต้นกำเนิดทฤษฎีบริการสาธารณะคือเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่ที่รัฐจัดทำแล้วหากมีข้อพิพาทต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชนจากการกระทำของบุคคลที่ทำงานในองค์กรที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่งในระบบกฎหมายเอกชนมาใช้ได้ เพราะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษและความจำเป็นที่ต้องประสานประโยชน์ของรัฐและเอกชน เรื่องดังกล่าวจึงเป็นอำนาจของ

¹⁴ From Droit des Service Publics (p. 16), by Alain-Serge Mescheriakoff, 1991 (October), PUF (อ้างถึงใน *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (น. 17), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2543, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา)

¹⁵ แหล่งเดิม.

¹⁶ *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (น. 20-21). เล่มเดิม.

ฝ่ายปกครองที่จะวินิจฉัยชี้ขาด และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน คดี Blanco ได้สร้างทฤษฎีบริการสาธารณะ โดยศาลคดีขัดกันสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่สำคัญหลักหนึ่ง คือ หากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจทางปกครอง ในการจัดทำบริการสาธารณะที่คู่กรณีมีฐานะไม่เท่าเทียมกันและเกี่ยวข้องกับมหาชนแล้วจะต้องใช้กระบวนการยุติธรรมทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชนที่มีนิติวิธีแยกออกมาจากระบบกฎหมายเอกชนเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีฝ่ายเอกชน

คำวินิจฉัยข้างต้น สร้างทฤษฎีบริการสาธารณะขึ้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและพัฒนาจนเป็นทฤษฎีที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายบริการสาธารณะ คือ Léon Duguit และสำนักความคิด Ecole de Bordeaux โดย Duguit เห็นว่าบริการสาธารณะเป็นเสมือนรากฐานของทฤษฎีว่าด้วยรัฐ เป็นการรับรองความมีอยู่ของรัฐเป็นระบบผลิตงานในรัฐ Duguit ให้ความเห็นว่าบริการสาธารณะ คือ ทุกกิจกรรมซึ่งหากดำเนินการให้เป็นผลสำเร็จต้องได้รับการจัดทำ หรือการควบคุมโดยฝ่ายปกครอง เพราะหากิจกรรมเหล่านี้เป็นสิ่งจำเป็นในการพัฒนาสังคม¹⁷

ปัจจุบันทฤษฎีบริการสาธารณะ¹⁸ ประกอบด้วยหลัก 3 ประการ ดังนี้ ประการที่ 1 หลักว่าด้วยความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งนี้เนื่องจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้นมิได้มีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของผู้ใดผู้หนึ่งโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน หลักนี้มีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ได้พยายามวางหลักเกณฑ์และสร้างทฤษฎีขึ้นมา เพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง จนกลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ประการที่ 2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง บริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะหยุดชะงัก ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตามประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่อง ในการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลปกครองต่างก็ให้ความสำคัญกับหลักที่ว่าด้วยความต่อเนื่อง จนกระทั่งในปัจจุบันหลักดังกล่าวได้กลายมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และประการที่ 3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง บริการสาธารณะนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็น

¹⁷ แหล่งเดิม.

¹⁸ จาก *บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส* (น. 25-27), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2541, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ในทางปกครอง รวมทั้งปรับปรุงให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชนด้วย

2.2.2 ความหมายเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ

คำว่า “บริการสาธารณะ” นั้น นันทวัฒน์ บรมานันท์¹⁹ ให้ความหมายไว้ว่า บริการสาธารณะ (Service Public) เป็นกิจกรรมซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการคือ เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ยังหมายรวมถึง กรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย ซึ่งกิจกรรมดังกล่าวนี้จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

บุบผา อัครพิมาน ให้ความหมายไว้ว่า บริการสาธารณะเป็นกิจการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐหรือองค์กรของรัฐเข้ามารับภาระในการเข้าดำเนินการหรือควบคุมดูแล²⁰

บริการสาธารณะ เป็นรูปแบบของการจัดให้มีหรือจัดบริการในเรื่องต่าง ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนพลเมือง ซึ่งสิ่งที่รัฐหรือฝ่ายปกครองจัดให้มีนั้น จะเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยตรง เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเช่นกัน แต่ฝ่ายปกครองจะจัดทำเองหรือมอบหมายให้เอกชนจัดทำแทนรัฐก็ได้ โดยการก่อนนิติสัมพันธ์กับผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐในรูปของสัญญาทางปกครอง

ประยูร กาญจนกุล ได้อธิบายว่า บริการสาธารณะ คือ กิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรือความควบคุมของฝ่ายปกครอง ที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน²¹

กล่าวโดยสรุปได้ว่า บริการสาธารณะนั้นเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐหรือองค์กรของรัฐมีหน้าที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน ทั้งนี้กิจกรรมของรัฐบางประเภทรัฐอาจมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนได้ การบริการสาธารณะจึงเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายมหาชนและเป็นกฎเกณฑ์ที่เข้ามากำกับฝ่ายปกครองให้ดำเนินการอยู่ภายในขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อให้การบริการสาธารณะดำเนินไปด้วยดี

¹⁹ จาก *สัญญาทางปกครอง* (น. 27-28), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁰ จาก *สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย* (น. 9), โดย บุบผา อัครพิมาน, 2545, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

²¹ จาก *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (น. 108), โดย ประยูร กาญจนกุล, 2535, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

2.2.3 ประเภทของการบริการสาธารณะ

ระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส แบ่งบริการสาธารณะเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้²²

1) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง โดยสภาพเป็นงานในหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต้องจัดทำตอบสนองความต้องการของประชาชน เป็นเรื่องรักษาความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชน ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจพิเศษในกฎหมายมหาชนในการจัดทำ จึงไม่อาจมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนดำเนินการแทนฝ่ายปกครองได้ เช่น การรักษาความมั่นคงการป้องกันประเทศ การยุติธรรมและการคลัง เป็นต้น

2) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม²³ เป็นบริการสาธารณะอีกประเภทหนึ่งที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการแต่มีลักษณะคล้ายกับการดำเนินการให้บริการของเอกชน ข้อแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น มีอยู่สามประการด้วยกัน ดังนี้

ประการแรก วัตถุประสงค์แห่งบริการ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์แห่งบริการเพื่อสนองความต้องการของประชาชนแต่เพียงอย่างเดียว ในขณะที่บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นมีวัตถุประสงค์แห่งบริการทางด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน คือ เน้นทางด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน

ประการที่สอง วิธีปฏิบัติงาน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นมาเป็นแบบเดียวกัน มีระบบบังคับบัญชาซึ่งใช้กับผู้ปฏิบัติงานทุกคน ในขณะที่บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีวิธีปฏิบัติงานที่สร้างขึ้นเองแตกต่างไปจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการ

ประการที่สาม แหล่งที่มาของเงินทุน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากรัฐแต่เพียงอย่างเดียวโดยรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบเงินทุนทั้งหมดที่นำมาใช้จ่ายในการดำเนินการ ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น แหล่งรายได้ส่วนใหญ่จะมาจากค่าตอบแทนที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ

²² หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น. 26). เล่มเดิม.

²³ จาก ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส, โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2533 (เมษายน), วารสารกฎหมายปกครอง, 9 (1), น. 205.

นอกจากบริการสาธารณะทางปกครอง และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมแล้ว คำวินิจฉัยของศาลปกครอง ยังได้สร้างประเภทของบริการสาธารณะอีกหลายประเภท ตามวัตถุประสงค์ของการบริการสาธารณะ กล่าวคือ²⁴ บริการสาธารณะทางสังคม ได้แก่ กิจกรรมทุกประเภทที่จัดขึ้นเพื่อให้ความช่วยเหลือทางสังคม เป็นบริการสาธารณะที่ทำงานเป็นประเพณีนิยมและจะพบในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น สถานชานนุบาล สถานเลี้ยงเด็กแรกเกิด บริการสาธารณะทางสุขภาพ ได้แก่ กิจกรรมที่รัฐจัดขึ้นเพื่อให้ข้อมูลเกี่ยวกับการดูแลสุขภาพ

โดยหลักแล้ว รัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ โดยมอบให้องค์กรภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ แต่เมื่อสังคมเจริญขึ้นรัฐมีภาระหน้าที่มากขึ้น จึงกระจายอำนาจไปสู่ท้องถิ่นแล้วมอบบริการสาธารณะหลายประเภทให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำทั้งหากบริการสาธารณะใดโดยสภาพรัฐไม่อาจทำเองได้ หรือรัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำเองก็มอบให้เอกชนดำเนินการแทนผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ จึงมีทั้งบริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ และบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน

2.3 แนวความคิดของสัญญาทางปกครอง

2.3.1 วิวัฒนาการของสัญญาทางปกครอง

ประเทศที่ศาลเป็นระบบศาลเดี่ยว จะไม่มีการแยกระบบกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน สัญญามีเพียงสัญญาทางแพ่ง ซึ่งเป็นสัญญาธรรมดาโดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่สัญญาฝ่ายใดเป็นรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่ เพราะไม่ว่ารัฐหรือเอกชนย่อมอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเดียวกัน ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็จะไม่เกิดขึ้น แต่ประเทศที่มีการแบ่งกฎหมาย เป็นกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน ก็จะแบ่งระบบสัญญาออกเป็นสัญญาทางแพ่ง กับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน

สัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชนอยู่บนพื้นฐานความเสมอภาคกันและสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชนที่ยอมรับความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา เพราะฝ่ายปกครองทำเพื่อประโยชน์สาธารณะและจัดทำบริการสาธารณะ จึงมีข้อกำหนดให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพื่อให้บริการสาธารณะนั้นบรรลุผล คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน

สัญญาทางแพ่ง ศาลที่มีเขตอำนาจ คือ ศาลยุติธรรม ภายใต้กระบวนการวิธีพิจารณาคดีแพ่ง แต่ถ้าเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลที่มีเขตอำนาจก็จะเป็นศาลปกครอง วิธีพิจารณาคดีก็อยู่ภายใต้

²⁴ หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น. 30-31). เล่มเดิม.

กระบวนการพิจารณาคดีปกครองโดยศาลปกครองจะใช้กระบวนการค้นหาความจริง โดยระบบได้ส่วนที่ศาลไม่ผูกพันกับพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอมาเพียงอย่างเดียว ศาลมีอำนาจค้นหาความจริง โดยการเรียกพยานหลักฐานต่าง ๆ มาสืบได้เอง²⁵

สัญญาทางปกครองจึงเป็นเครื่องมือสำคัญซึ่งฝ่ายปกครองทำขึ้น เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ (Service Public) อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง แนวความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองนั้นพัฒนาอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายมหาชน โดยมีแนวคิดหลักทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญคือ แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะซึ่งมีผลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายในสัญญาทางปกครองที่สำคัญอันได้แก่ทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ เป็นต้น

2.3.1.1 ความเป็นมาและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย
ประเทศไทยเป็นระบบศาลคู่ ที่มีศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง ถ้ามีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล ก็จะมีศาลคดีขัดกันชี้ขาด โดยมีวิวัฒนาการอย่างเป็นระบบ ที่ทั้งศาลปกครองและศาลคดีขัดกัน ได้สร้างทฤษฎีต่าง ๆ เพื่ออธิบายว่าคดีใดเป็นคดีปกครอง ซึ่งสัญญาทางปกครองมีพัฒนาการจากทฤษฎีบริการสาธารณะ ที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าว สัญญาของฝ่ายปกครองจึงแยกเป็นสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ภายใต้ระบบกฎหมายและเขตอำนาจศาลที่ต่างกัน โดยสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ก็จะอยู่ในอำนาจศาลปกครอง ซึ่งเป็นระบบศาลที่สร้างขึ้นคู่ขนาน และแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม

แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กิจกรรมของฝ่ายปกครอง นอกจากใช้วิธีการทางกฎหมายที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองยังใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ โดยสัญญาที่ฝ่ายปกครองเรียกว่าสัญญาของฝ่ายปกครอง²⁶ สัญญาของฝ่ายปกครองจึงแบ่งออกเป็นสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งสัญญาทั้งสองประเภทต่างเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองจะแตกต่างกันแต่ในเรื่องระบบกฎหมายที่ใช้บังคับ และเขตอำนาจศาลที่จะมีอำนาจเหนือคดีพิพาทอันเกิดจากสัญญาโดยเฉพาะสัญญาทางปกครอง หากมีข้อพิพาทจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

พัฒนาการของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 การปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส เปลี่ยนแปลงทั้งระบบการเมืองการปกครอง ระบบกฎหมายและระบบศาลต่อมาได้มีการออกกฎหมายในปี ค.ศ. 1790 ห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาการกระทำของ

²⁵ จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 208), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, 2546, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

²⁶ จาก สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น. 31), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2543, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ฝ่ายปกครอง และจัดตั้งสภาแห่งรัฐหรือองคมนตรี (Conseil d'Etat) ในปี ค.ศ. 1799 และปี ค.ศ. 1806 ก็จัดตั้งแผนกคดีปกครองขึ้นในองคมนตรี อันเป็นการเริ่มต้นระบบศาลปกครองอย่างเป็นทางการ และมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองที่เชื่อมโยงกับ ทฤษฎีบริการสาธารณะจึงเป็นหลักกฎหมายมหาชนที่ระบบศาลปกครองได้พัฒนาขึ้นภายใต้ พัฒนาการทางทฤษฎีสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ลักษณะ และผลของสัญญาดังกล่าวจึงแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งของเอกชน ศาลปกครองจะไม่ใช้ หลักกฎหมายแพ่งอันเป็นกฎหมายเอกชนมาบังคับ แต่จะสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นใช้กับ สัญญาประเภทนี้ หากวินิจฉัยได้ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ผลของกฎหมายที่สำคัญ ก็จะตามมา 2 ประการคือ ประการที่หนึ่ง คดีเกี่ยวกับสัญญาเหล่านี้จะอยู่ในอำนาจศาลปกครอง ประการที่สอง ศาลปกครองจะใช้หลักกฎหมายมหาชนซึ่งต่างกับกฎหมายแพ่งมาบังคับ

เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง มี 2 ประการคือ เกณฑ์ที่ว่าด้วย สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และเกณฑ์ที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

1) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย สัญญาประเภทนี้มักจะมีกฎหมาย กำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ในบางครั้งกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าให้ถือสัญญานั้น เป็นสัญญาทางปกครอง แต่บัญญัติโดยอ้อมว่าให้คดีเกี่ยวกับสัญญานั้นอยู่ในอำนาจศาลปกครอง กรณีเช่นนี้ต้องถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ตัวอย่างของสัญญา ประเภทนี้ได้แก่ สัญญาโยธาสาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองว่าจ้างให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างสาธารณ สมบัติของแผ่นดินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐให้เอกชน

2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ สัญญาทางปกครองบางประเภท กฎหมายจะมีได้ บัญญัติไว้ให้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่เมื่อศาลปกครองพิเคราะห์ถึงสภาพและเนื้อหาของ สัญญาแล้ว เห็นว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับประโยชน์สาธารณะ แนวบรรทัดฐาน คำพิพากษาสภาแห่งรัฐกรณีถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ประกอบด้วยเกณฑ์ทั้ง 2 ประการ ดังนี้ ประการแรก เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา คือ สัญญาทางปกครองจะต้องมีฝ่ายปกครอง เป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ และประการที่สอง เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา คือ จะต้องมียุทธศาสตร์ที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้ ต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการ ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีข้อกำหนดในสัญญาเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญา ทางแพ่งเพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก²⁷

²⁷ จาก สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส, โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2529 (เมษายน), *วารสารกฎหมาย ปกครอง*, 52(5), น. 77-79.

ดังนั้น การใช้กฎหมายมหาชนบังคับแก่สัญญาทางปกครองจะทำให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่ต่างจากสัญญาทางแพ่งโดยประการหลัก ๆ 2 ประการคือ²⁸

ประการแรก สัญญาทางแพ่งเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาสองฝ่ายที่เท่าเทียมกัน ในกฎหมาย ความเท่าเทียมกันนั้นจะปรากฏทั้งในตอนก่อให้เกิดสัญญา (มีการเจรจาต่อรองกัน) ตอนปฏิบัติตามสัญญา (คู่กรณีต้องชำระหนี้ต่างตอบแทนกันถ้าฝ่ายหนึ่งไม่ชำระอีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ของตนก็ได้) ตอนแก้สัญญา (คู่สัญญาต้องยินยอมทั้ง 2 ฝ่าย จึงจะเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้) และตอนเลิกสัญญา สัญญาทางปกครองนั้นคู่สัญญาไม่มีความเท่าเทียมกันเพราะฝ่ายปกครองทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะจึงย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือเอกชน หลักการนี้แสดงออกทั้งในเวลาก่อให้เกิดสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมักเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาตามลำพังแต่ฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาที่เป็นเอกชนไม่มีสิทธิต่อรองข้อสัญญา มีแต่เพียงสิทธิที่จะรับหรือไม่รับสัญญาที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเท่านั้น ในเวลาปฏิบัติตามสัญญาฝ่ายปกครองก็อาจเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถ้าเป็นไปได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ตอนเลิกสัญญาก็มีสัญญาทางปกครองไม่น้อยที่ให้สิทธิฝ่ายปกครองเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ

ประการที่สอง สัญญาทางแพ่งเป็นการแสดงเจตนาที่มีเสรีภาพกว้างขวางเสรีภาพในการเจรจาต่อรอง ในการเลือกคู่สัญญา ข้อกำหนดของสัญญา ตลอดจนรูปแบบต่าง ๆ จะมีข้อจำกัดก็เพียงเรื่องแบบ และวัตถุประสงค์ สัญญาทางปกครองนั้นระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ให้การยอมรับ “ความไม่เท่าเทียมกัน” ของคู่สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายเอกชน โดยมีเหตุผลที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะจึงย่อมตั้งอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนที่กระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของบุคคล²⁹ ดังนั้น ฝ่ายปกครองไม่มีเสรีภาพเต็มที่เหมือนเอกชนในการทำสัญญาการเลือกคู่สัญญาที่ต้องใช้วิธีการที่เป็นกลางและให้ผลประโยชน์แก่ประโยชน์สาธารณะให้มากที่สุด

ทั้ง 2 ประการนี้ เป็นคุณลักษณะที่มีเอกลักษณ์พิเศษของกฎหมายมหาชนที่มีที่มาจากประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้เอกสิทธิ์บางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีอยู่จะสูญเสียไม่ได้ถ้าฝ่ายปกครองสละ ศาลก็จะถือว่าการสละสิทธิ์นั้นไม่เป็นผล ถ้าเป็นสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นต้องนำคดีขึ้นศาลปกครอง³⁰

อย่างไรก็ตาม เพื่อแก้ปัญหาข้อยุ่งยากที่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ประเทศฝรั่งเศสได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายพัสดุลฉบับใหม่มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 7 มิถุนายน

²⁸ แหล่งเดิม.

²⁹ สัญญาทางปกครอง (น. 292). เล่มเดิม.

³⁰ แหล่งเดิม.

ค.ศ. 2001 กำหนดให้ทุกสัญญาที่สร้างขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งเป็นสัญญาทางปกครอง นับว่าเป็นความสะดวกในการแบ่งแยกระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครอง³¹

สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นไม่จำเป็นจะต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป สัญญาของฝ่ายปกครองหลายประเภทที่อยู่ในบังคับของกฎหมายแพ่งเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง สัญญาเหล่านั้นเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนและข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

ระบบสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่เกิดปัญหาขึ้นหลายประการต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ปัญหาที่เกิดขึ้นตั้งแต่การที่กฎหมายที่ทั้งหลายที่ได้นำมาใช้ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้อย่างชัดเจน เมื่อเปรียบเทียบกับการทำสัญญาของเอกชนที่จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายแพ่ง นอกจากนี้การทำสัญญาทางปกครองก่อให้เกิดความกังวลและสร้างปัญหาให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยเฉพาะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ค่อยจะได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควรไม่ว่าจะเป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นคู่สัญญาหรือจากศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครองที่ถูกมองว่ามีความโน้มเอียงไปในทางที่จะปกป้องผลประโยชน์ของรัฐมากกว่าคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน³²

สัญญาทางปกครอง เพราะในตอนต้นในการแสดงเจตนาทำสัญญาเกิดจากการแสดงเจตนารมณ์ร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแต่ต่อมาเมื่อมีเรื่องวิธีการจัดทำบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้องหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจพิเศษของตนแก้ไขสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวแล้วเจตนารมณ์ในการทำสัญญาของฝ่ายเอกชนก็จะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงถูกปรับเปลี่ยนไปโดยฝ่ายเอกชนไม่ได้มีเจตนารมณ์เช่นนั้น จึงกล่าวได้ว่าหากสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่เกิดจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญาแล้วเจตนารมณ์ในการปฏิบัติตามสัญญา ก็อาจมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาก็เป็นได้

2.3.1.2 ความเป็นมาและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับเรื่อง “สัญญาทางปกครอง” ของประเทศเยอรมันมีบัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 61 แห่งกฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976³³

³¹ จาก สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย, ใน *รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net*, โดย โภคิน พลกุล, 2547, กรุงเทพฯ: พี. เพรส.

³² สัญญาทางปกครอง (น. 301). เล่มเดิม.

³³ จาก *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 1), โดย มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

เมื่อประมาณหนึ่งร้อยปีที่ผ่านมา Otto Mayer บิดาแห่งกฎหมายปกครองเยอรมัน เป็นผู้วางแนวความคิดพื้นฐานในเรื่องคำสั่งทางปกครอง หลังจากนั้นหลักกฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองก็เป็นที่ยอมรับและพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่ชัดเจนอยู่ในระบบกฎหมายปกครอง แต่ในทางตรงกันข้าม สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นกลับไม่เป็นที่ยอมรับและถูกปฏิเสธมาเป็นเวลานาน³⁴

Loening และ Stengel ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสืออธิบายกฎหมายปกครองในปี ค.ศ. 1884³⁵ และปี ค.ศ. 1886³⁶ ว่า ในเรื่องรูปแบบการดำเนินการหรือการจัดการของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในรูปของคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถดำเนินการได้ในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง Laband ได้ให้เหตุผลในเรื่องนี้ไว้ด้วยว่ารัฐ (ฝ่ายปกครอง) สามารถทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนได้เนื่องจากรัฐ (ฝ่ายปกครอง) เป็นผู้ปกครอง รัฐจึงสามารถที่จะดำเนินการทางปกครองในรูปแบบใดทางกฎหมายก็ได้ที่รัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสมและมีประโยชน์³⁷

อย่างไรก็ตาม Otto Mayer ไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวข้างต้น โดยเห็นว่าสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนนั้น ไม่มีทางเกิดขึ้นได้ เนื่องจากสัญญาเป็นเรื่องของบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกันทางกฎหมาย แต่ตามกฎหมายมหาชนนั้น รัฐอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนเป็นผู้กำหนดหรือตรากฎหมายมหาชนนั่นเอง รัฐจึงไม่อาจจะมาทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้ ซึ่งแนวความคิดของ Otto Mayer ได้เป็นที่ยอมรับมาเป็นเวลานาน³⁸

แม้ว่าในทางวิชาการจะเป็นที่โต้เถียงกันก็ตาม ในทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองกลับมีการยอมรับในเรื่องสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเหตุผลของความจำเป็นต้องใช้รูปแบบของการกระทำทางปกครองในลักษณะนี้ สำหรับในทางปฏิบัติของศาลนั้นก็ได้มีการยอมรับเรื่องสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาของศาลปกครองในปี ค.ศ. 1966

³⁴ แหล่งเดิม.

³⁵ Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 119-121 (อ้างถึงใน *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 1), โดย มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

³⁶ Stengel, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S.182, 186, 187 (อ้างถึงใน *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 1), เล่มเดิม)

³⁷ Laband, AÖR 1887, S.159-162 (อ้างถึงใน *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 2), เล่มเดิม)

³⁸ Mayer, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, AÖR 1888, 3, 41-42 (อ้างถึงใน *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 2), เล่มเดิม)

ศาลปกครองได้แสดงความจำเป็นของการมีสัญญาทางปกครอง การตรวจสอบและการให้เหตุผลถึงสัญญาทางปกครอง

ในที่สุดสัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับอย่างชัดเจนและมีฐานะเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน เมื่อได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในปี ค.ศ. 1976 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้เคียงข้างกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง และในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตลอดจนเรื่องการบังคับตามสัญญาทางปกครองเอาไว้³⁹

สัญญาทางปกครองนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ซึ่งอาจให้ความหมายของสัญญาทางปกครองได้ดังนี้ “สัญญาทางปกครอง” ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน⁴⁰

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้วในกฎหมายดังกล่าวได้ใช้คำว่า “Öffentlich-rechtlichen Vertrag” ซึ่งแปลตรงตามถ้อยคำแล้วจะมีความว่า “สัญญาตามกฎหมายมหาชน” และในบทนิยามที่กำหนดถ้อยคำดังกล่าวก็ใช้คำว่า “นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน” ฉะนั้นหากตีความโดยยึดถือตามถ้อยคำดังกล่าวแล้ว สัญญาทางปกครองจะมีความหมายกว้างและครอบคลุมไปถึงสัญญาทุกประเภทที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน กล่าวคือ จะหมายรวมไปถึงสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐ หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศได้ด้วย ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เนื่องจากถ้าพิจารณาจากขอบเขตการใช้บังคับโดยทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในมาตรา 1(1) ซึ่งกล่าวถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ประกอบกับมาตรา 9 แห่งกฎหมายฉบับเดียวกัน ซึ่งกล่าวถึงความหมายของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่าคำว่า “สัญญาตามกฎหมายมหาชน (öffentlich-rechtlicher Vertrag)” นั้น มีเจตนารมณ์ให้หมายความถึงสัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตกลงทำสัญญาและภายในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น⁴¹

หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมันได้แยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกัน การที่

³⁹ หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 3). เล่มเดิม.

⁴⁰ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, §14 II, Rdnr.5, S.342 (อ้างถึงใน หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 4). เล่มเดิม)

⁴¹ หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 5). เล่มเดิม.

ฝ่ายปกครองใช้ “สัญญา” เป็นเครื่องมือของรัฐในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะให้บรรลุผลนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาแยกให้ออกว่า สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นกับเอกชนนั้น เป็นสัญญาในกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) หรือเป็นสัญญาในกฎหมายเอกชน (สัญญาทางแพ่ง) เพราะการใช้กฎหมายวิธีสบัญญัติและกฎหมายสารบัญญัติในการทำสัญญาจะมีความแตกต่างกัน

แม้ว่าเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในทางดำราของเยอรมันเองยังไม่เป็นที่ยุติก็ตาม แต่ความเห็นข้างมากเห็นว่าควรใช้เกณฑ์ “วัตถุประสงค์แห่งสัญญา” เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง การพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแท้ที่จริงแล้วก็คือการพิจารณา “เนื้อหา” นั่นเองว่า “เนื้อหา” ของวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับบทบัญญัติในทางกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพึงพิจารณาว่าเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในกฎหมายปกครองหรือไม่⁴²

รูปแบบของสัญญาทางปกครองในกรณีที่พิจารณาในแง่คู่สัญญา

1) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกัน เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน⁴³ ตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการบำรุงรักษาลำน้ำบริเวณรอยต่อของเขตองค์กรปกครองของตน หรือสัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับมลรัฐเกี่ยวกับการระงับหน้าที่ในการกำจัดขยะมูลฝอย เป็นต้น

2) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียม

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน เนื่องจากการตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (ฝ่ายปกครอง) อาจมีลักษณะเป็น “การขายอำนาจรัฐ” กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 จึงกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาไว้ในมาตรา 56 แห่งกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องมีลักษณะดังนี้⁴⁴

⁴² จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง* (น. 106), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ม.ป.ป., กรุงเทพฯ.

⁴³ แหล่งเดิม.

⁴⁴ *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 13). เล่มเดิม.

คือต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา ต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง ต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว และต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

จากการศึกษาเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันหมายถึง สัญญาที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายอันเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง สัญญาทางปกครองนั้นเป็นเครื่องมือของรัฐในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะให้บรรลุผล ในเรื่องของการใช้เกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้น ไม่สามารถใช้ “คู่สัญญา” เป็นเกณฑ์ได้ เนื่องจากองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐอาจทำสัญญาทางปกครองระหว่างกันได้ตามระบบกฎหมายของเยอรมัน ดังนั้น ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองจะใช้เกณฑ์ “วัตถุประสงค์สัญญา” เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง หรืออาจกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่า ใช้การพิจารณา “เนื้อหา” ของสัญญานั้นเอง สำหรับรูปแบบของสัญญานั้นหากใช้ฐานะของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่ง จะแบ่งออกได้เป็นสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันและสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

2.3.1.3 ความเป็นมาและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นแนวคิดที่ค่อนข้างใหม่เช่นเดียวกับแนวความคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองอื่น ๆ ในระยะแรกประเทศไทยยังไม่มีการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองเพื่อใช้บังคับกรณีทั่วไป ดังนั้นเมื่อฝ่ายปกครองมีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว การแก้ปัญหาในเรื่องสัญญาบางประเภทที่ควรอยู่ใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครองซึ่งมีนิติวิธีต่างไปจากหลักกฎหมายเอกชน ก็มักจะกระทำในรูปของข้อกำหนดในสัญญาหรือบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องออกมาแก้ไข

เกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองของประเทศไทยแบ่งได้เป็นสองกลุ่มตามประเภทของกิจการ คือ สัญญาทางปกครอง กับสัญญาทางธุรกิจ ดังนี้

1) สัญญาทางปกครอง เมื่อภาครัฐมีวัตถุประสงค์ในการทำกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ การที่เอกชนยินยอมเข้าทำสัญญาผูกพันยอมถือได้ว่าสัญญาที่เกิดขึ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการปกครอง และเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นด้วย เช่น สัญญาอนุญาตให้เอกชนเข้ามาก่อสร้างทางหลวง โดยให้อำนาจดำเนินการสร้างทางหลวงและเก็บค่าผ่านทาง โดยภาครัฐมีเอกสิทธิ์ (Privilege) เหนือเอกชน ซึ่งประกอบด้วยเอกสิทธิ์ในการทำสัญญา เอกสิทธิ์ในการปฏิบัติตามสัญญา และเอกสิทธิ์ในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา

2) สัญญาทางธุรกิจเป็นสัญญาที่ภาครัฐทำกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์ในทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ การเข้าไปเป็นคู่สัญญาของภาครัฐเป็นการเข้าไปในฐานะเอกชน มีฐานะเท่าเทียมกับเอกชน เป็นสัญญาเชิงธุรกิจเช่นเดียวกับสัญญาต่าง ๆ ที่เอกชนทำกับเอกชน ด้วยกันจึงอยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกัน โดยต่างฝ่ายต่างยอมรับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถอ้างเอกสิทธิ์ได้

2.3.2 ความหมายของสัญญาทางปกครอง

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีบทบัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้น⁴⁵ โดยศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง⁴⁶ ดังนั้นสัญญาทางปกครองจึงมีการบัญญัติเรื่องไว้ครั้งแรกในกฎหมายไทย คือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ซึ่งนิยามว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ซึ่งจากนิยามดังกล่าวนี้ได้มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า การที่กฎหมายมิได้บัญญัติความหมายหลักไว้ ก็เท่ากับว่ากฎหมายจะปล่อยให้เป็นเรื่องที่ศาลปกครองจะมาพิจารณาวินิจฉัยต่อไปว่า สัญญาทางปกครองในความหมายที่เป็นความหมายหลักคืออะไร สัญญาใดที่ศาลปกครองเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งความหมายที่เป็นความหมายหลักจริง ๆ คือ สัญญาที่ก่อตั้งเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครอง หรือสิทธิหน้าที่ในทางกฎหมายปกครอง⁴⁷

สัญญาทางปกครองที่ภาครัฐทำกับเอกชน มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการปกครองบ้านเมืองและเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยภาครัฐมีเอกสิทธิ์ (Privilege) เหนือเอกชน ซึ่งเอกสิทธิ์เหล่านี้ได้แก่ เอกสิทธิ์ในการทำสัญญา เอกสิทธิ์ในการปฏิบัติตามสัญญา และเอกสิทธิ์ในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา

สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้นเป็นสัญญาที่ภาครัฐทำกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์ในทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น ฝ่ายปกครองจัดซื้อโต๊ะ เก้าอี้ มาใช้ใน

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276.

⁴⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4).

⁴⁷ จาก สัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน: อำนาจศาลปกครองหรืออนุญาโตตุลาการกับปัญหาข้อขัดข้องในการปฏิบัติ (เอกสารการสัมมนาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน) (น. 22-23), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, 2542, กรุงเทพฯ: สำนักงานอนุญาโตตุลาการ เกรนโกรว.

สำนักงาน การเช่าอาคารสำนักงาน เป็นต้น การเข้าไปเป็นคู่สัญญาของภาครัฐเป็นการเข้าไปในฐานะเอกชนมีฐานะเท่าเทียมกับเอกชน เป็นสัญญาเชิงธุรกิจ เช่นเดียวกันกับสัญญาต่าง ๆ ที่เอกชนทำกับเอกชนด้วยกัน สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองจึงอยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกัน โดยต่างฝ่ายต่างยอมรับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถอ้างเอกสิทธิ์ได้

2.3.3 องค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง

ในประเทศไทยนั้น ศาลปกครองได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองไว้ดังนี้

1) เกณฑ์องค์กร ประการแรก กำหนดไว้ว่า คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นิยามไว้ว่า “หน่วยงานทางปกครอง หมายถึง กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” ประการที่สอง คู่สัญญาเป็นบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ ซึ่งบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ หมายถึง เอกชนผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยตรง (มีหนังสือชัดเจน) และเอกชนผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยปริยาย มักเกิดขึ้นในกรณีที่ได้รับสัมปทาน หรือกรณีที่รัฐวิสาหกิจที่มีไว้ตั้งโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำหรือดำเนินงานที่ตนได้รับมอบหมายจากรัฐ⁴⁸

2) เกณฑ์เนื้อหา กำหนดไว้ว่าสัญญาดังกล่าวต้องมีเนื้อหา ดังนี้ 1) เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ 2) เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก ซึ่งหมายถึง ข้อสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเสมอภาคและเสรีภาพ ในการทำสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติของสิทธิและหน้าที่นั้นเองไม่อาจถูกกำหนดในสัญญาทางแพ่งได้⁴⁹

⁴⁸ จาก สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 94) ฐ โดย บุษพา อัครพิมาน, 2545, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁴⁹ แหล่งเดิม.

3) เกณฑ์วัตถุประสงค์ สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น ต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา 3 ประการ ดังนี้ ประการแรก มีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะ ประการที่สองมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อตั้งสถาบันหรือองค์กรของรัฐ เป็นเรื่องของความร่วมมือระหว่างองค์กรของรัฐสององค์กรขึ้นไปมาทำสัญญาตกลงกันเพื่อจัดบริการสาธารณะร่วมกัน ประการที่สามมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการและบริหารการใช้อำนาจ ได้แก่ สัญญาเช่าแทรกแซงทางเศรษฐกิจที่รัฐทำกับนิติบุคคลมหาชนอื่น อาจเป็นสัญญาที่เข้ามาวางโครงการหรือมอบหมายภารกิจบางประการให้แก่นิติบุคคลมหาชนนั้น⁵⁰

2.3.4 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนของไทย ที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง อาจแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1) สัญญาสัมปทาน หมายถึงสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชน โดยฝ่ายปกครองยินยอมให้เอกชนมีสิทธิทำกิจการบางอย่างแต่ผู้เดียว อันได้แก่สัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัมปทานการติดตั้งและดำเนินการเกี่ยวกับโทรศัพท์ สัมปทานทางด่วน เป็นต้น และสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัมปทานป่าไม้ สัมปทานปิโตรเลียม เป็นต้น ซึ่งสัมปทานนั้นนับเป็นสัญญาที่มีหลักของสัญญาทางปกครองค่อนข้างชัดเจน การกำหนดอำนาจในการตรวจสอบกำกับดูแล การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา เป็นต้น

2) สัญญาที่ร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายหรือร่วมทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะหรือ จัดให้มีสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงของฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับ บริษัท ซีพี เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด เป็นต้น เป็นสัญญาที่เข้าหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครอง เพราะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

3) สัญญาว่าด้วยการพัสดุ นับเป็นสัญญาที่มีความสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเป็นอย่างยิ่ง อันได้แก่ สัญญาว่าด้วยการโยธาสาธารณะ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างทางหลวงแผ่นดินทางรถไฟ สัญญาจ้างวางท่อประปาทำทางระบายน้ำ เป็นต้น และสัญญาจัดหาพัสดุ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาจัดทำของ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่าหรือให้เช่า ซึ่งสัญญาเหล่านี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 สำหรับสัญญาจัดหาพัสดุนี้มิใช่จะเป็นสัญญาทางปกครองไปเสียทั้งหมดจะเป็นสัญญาทางปกครองเฉพาะแต่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงและ

⁵⁰ แหล่งเดิม.

รัฐเห็นว่ามีความจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมเป็นพิเศษเท่านั้น เช่น สัญญาจัดซื้ออาวุธยุทโธปกรณ์ในการป้องกันประเทศ สัญญาจัดซื้ออุปกรณ์ในการป้องกันการจลาจล สัญญาจัดซื้อระดับเพลิงเพื่อป้องกันอัคคีภัย เป็นต้น สัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาที่เข้าหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครอง เพราะมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาจ้างเอกชนเก็บขยะมูลฝอย เป็นต้น

4) สัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองบรรลุผลมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการกระทำเพื่อหน้าที่โดยตรงในทางปกครองของฝ่ายปกครองคู่สัญญานั้นให้บรรลุผล ได้แก่ สัญญามอบหมายให้เอกชนกระทำการกิจในทางปกครองแทนฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดระเบียบการจอดรถยนต์และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการจอดรถยนต์ริมถนน แต่ได้ทำสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทน ฯลฯ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาทในทางปกครอง เช่น สัญญาตามข้อตกลงระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืนทรัพย์สิน เป็นต้น

2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล

ประเทศที่เป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย โดยทั่วไปจะมีการใช้อำนาจของรัฐผ่านองค์กร 3 องค์กรที่สำคัญ คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยในการใช้อำนาจของรัฐผ่านองค์กรตุลาการนี้จะมีองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีที่เรียกว่า ศาล ในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างออกไปในการเลือกใช้ระบบศาลเดี่ยวหรือระบบศาลคู่ โดยความเหมาะสมของการเลือกใช้ระบบศาลประเภทใดนั้น จะขึ้นอยู่กับประวัติศาสตร์การพัฒนาระบบการยุติธรรมของแต่ละประเทศนั่นเอง

อำนาจตุลาการเป็นองค์ประกอบหนึ่งของอำนาจอธิปไตยที่รัฐใช้อำนาจดังกล่าวนี้ผ่านศาลหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ ที่เรียกชื่ออย่างอื่นให้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเรียกโดยทั่วไปว่า “คดี” ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครอง ทั้งนี้ศาลหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการในประเทศต่าง ๆ สามารถจัดแบ่งได้ 2 ระบบใหญ่ ๆ คือ⁵¹

⁵¹ จาก ท่านปรีดีกับศาลปกครอง, โดย โภคิน พลกุล, 2544 (พฤษภาคม-สิงหาคม), *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 2(1), น. 105.

1) ระบบศาลเดี่ยว คือ ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญาหรือคดีปกครอง โดยให้ผู้พิพากษาซึ่งมีคุณสมบัติและความรู้ทางกฎหมายเป็นการทั่วไป เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยคดีปกครอง ระบบนี้ใช้อยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา เป็นต้น

2) ระบบศาลคู่ คือ ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นหลักเท่านั้น ส่วนการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองซึ่งมีระบบศาลชั้นต้นและศาลสูงของตนเอง มีระบบผู้พิพากษาและองค์กรบริหารงานบุคคลเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม โดยผู้พิพากษาศาลปกครองจะมีคุณสมบัติเฉพาะและมีความเชี่ยวชาญทางกฎหมายปกครองเป็นพิเศษ ระบบนี้ใช้อยู่ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เช่น ฝรั่งเศส เบลเยียม อิตาลี เยอรมัน ออสเตรีย สวีเดน และฟินแลนด์ เป็นต้น

จากประเภทของระบบศาลหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการที่แบ่งเป็นระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่มีจุดเกาะเกี่ยวที่เป็นข้อพิจารณาว่าระบบศาลของประเทศนั้นมีรูปแบบใด ดังนี้

1) แนวคิดของระบบกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าเป็นระบบศาลเดี่ยวจะมีระบบกฎหมายรองรับในรูปแบบระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือแองโกล-แซกซอน โดยระบบนี้ไม่เน้นความแตกต่างระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน สำหรับระบบศาลคู่จะมีระบบกฎหมายรองรับในรูปแบบระบบกฎหมายประมวลกฎหมาย (Civil Law) หรือโรมัน ระบบนี้จะเน้นความแตกต่างระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน

2) จำนวนศาลที่เป็นอิสระ ถ้าเป็นระบบศาลเดี่ยวจะมีเพียงศาลเดี่ยวที่เป็นอิสระซึ่งปกติจะเป็นศาลยุติธรรมทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททุกประเภท โดยมีการจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษแต่จะมีศาลสูงสุดเพียงศาลเดี่ยว คือ ศาลฎีกาทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีฎีกาและคดีอุทธรณ์จากศาลชั้นต้น ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ สำหรับระบบศาลคู่จะมีศาลที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะมีความเป็นอิสระจากกันทั้งศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงสุดแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม เช่น ศาลปกครองสูงสุด หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น

ลักษณะของระบบศาลคู่

การจัดระเบียบของศาลหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการของประเทศที่ใช้รูปแบบระบบศาลคู่ จะมีลักษณะดังนี้⁵²

⁵² จาก ตอบ 20 คำถามเกี่ยวกับศาลปกครอง เรียนรู้เรื่องศาลปกครองอย่างคนธรรมดา (น. 15-16), โดย อิสสระ นิตินันท์ประภาส, 2540, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

1) ศาลแต่ละประเภท คือ ศาลยุติธรรมและศาลปกครองต่างประเทศประกอบด้วยศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงสุด

2) มีการแบ่งแยกอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครองอย่างเด็ดขาดโดยมีหลักการว่า การตัดสินคดีใดต้องนำหลักการของกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับ การตัดสินคดีนั้นเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นศาลที่มีความชำนาญทางกฎหมายเอกชน ส่วนการตัดสินคดีใดต้องนำหลักกฎหมายมหาชนมาบังคับใช้ การตัดสินคดีนั้นเป็นอำนาจของศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีความชำนาญพิเศษทางกฎหมายมหาชน

3) ศาลยุติธรรมและศาลปกครองต่างประเทศเป็นอิสระซึ่งกันและกัน กล่าวคือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมที่เป็นศาลชั้นต้น จะต้องอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมระดับอุทธรณ์และฎีกาต่อศาลยุติธรรมระดับสูงสุด เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นจะต้องอุทธรณ์ต่อศาลปกครองระดับอุทธรณ์ และฎีกาต่อศาลปกครองระดับสูงสุด ถ้าไม่มีระดับอุทธรณ์ก็ส่งตรงไปยังศาลปกครองระดับสูงสุด

4) มีการแบ่งแยกผู้พิพากษาศาลยุติธรรมและผู้พิพากษาศาลปกครองอย่างเด็ดขาดเนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน ทำให้มีการสร้างความชำนาญการเฉพาะด้านขึ้น

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ นั้น อาจจัดกลุ่มได้เป็น 3 กลุ่มใหญ่ ๆ ดังนี้⁵³

1) ประเทศที่จัดตั้งศาลปกครองเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม โดยศาลปกครองมีหน้าที่พิจารณาคดีปกครองเพียงอย่างเดียว แต่ไม่มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่รัฐบาล ได้แก่ เยอรมัน เป็นต้น

2) ประเทศที่จัดตั้งศาลปกครองเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม โดยมอบอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองแก่สถาบันซึ่งเรียกว่า “สภาแห่งรัฐ” หรือ “สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ” ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ 2 อย่าง คือเป็นที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลและทำหน้าที่เป็นศาลปกครองด้วย ได้แก่ ฝรั่งเศส เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ อิตาลี เป็นต้น

3) ประเทศที่จัดตั้งศาลปกครองเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม โดยศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ 3 อย่าง ให้คำปรึกษาแก่รัฐบาลเกี่ยวกับการร่างกฎหมาย ปัญหาข้อกฎหมายและทำหน้าที่เป็นศาลปกครองด้วย ได้แก่ สวีเดน และฟินแลนด์

⁵³ จาก ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (น. 17-18), โดย ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2540, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2.4.1 ความหมายของเขตอำนาจศาล

เขตอำนาจศาล (Jurisdiction) เป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยกฎหมายในทางบังคับของฝ่ายตุลาการในการรับฟังและพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท โดยมีข้อจำกัดเรื่องเขตแดน หรือพื้นที่ทางภูมิศาสตร์เป็นหลักในการแบ่งเขตอำนาจของแต่ละศาลกล่าวได้ว่า การแบ่งเขตอำนาจศาลมักจะเข้าใจว่าเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับเขตพื้นที่ภูมิศาสตร์เป็นหลัก ซึ่งศาลใดจะมีอำนาจในการใช้อำนาจเหนือคดีพิพาทนั้นได้ ต้องพิจารณาเรื่องเขตพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่กฎหมายจัดตั้งศาลนั้นได้กำหนดเขตพื้นที่ไว้แน่นอนว่ามีเขตอำนาจเหนือท้องที่ใดบ้าง หรือที่รู้จักกันในชื่อว่าเขตศาล (Territorial Jurisdiction)

ส่วนคำว่า “อำนาจศาล” มีความหมายที่มุ่งเน้นไปที่อำนาจหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีความสามารถในทางกฎหมายเหนือคดี หรือข้อพิพาท โดยอาศัยอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายจัดตั้งศาลนั้น ๆ บัญญัติให้ศาลนั้นมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีประเภทใดบ้างหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นอำนาจบังคับในทางศาลโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการที่ทำการรับฟังและพิจารณาตัดสินคดีพิพาท

สำหรับประเทศไทยการจัดตั้งศาลนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราเป็นพระราชบัญญัติโดยทั่วไปอำนาจพิจารณาชี้ขาดคดีในครั้งแรกจะอยู่ที่ศาลชั้นต้น แต่จะมีคดีบางประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษให้เป็นอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลใด

2.4.2 เขตอำนาจศาลปกครอง

คำว่า “อำนาจศาลปกครอง” นักวิชาการไทยทางด้านกฎหมายมหาชนได้ให้คำนิยามไว้พอสรุปได้ดังนี้

โกศล พลกุล ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “อำนาจศาลปกครอง” หมายถึง อำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาคดีปกครองประเภทต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด⁵⁴

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ให้คำอธิบายอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง พอสรุปได้ว่า⁵⁵ มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีที่ประชาชนและหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐพิพาทกันว่าการกระทำทางปกครอง คำสั่งทางปกครอง หรือนิติกรรมทางปกครอง เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

⁵⁴ จาก *สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง* (น. 7), โดย โกศล พลกุล, 2544, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

⁵⁵ จาก ศาลปกครอง กฎหมายปกครอง และตัวอย่างสัญญาทางด่วน, โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2537 (สิงหาคม), *วารสารกฎหมายปกครอง*, 3(13), น. 19-20.

สุรพล นิติไกรพจน์ อธิบายอำนาจของศาลปกครองว่า⁵⁶ ศาลปกครองมีอำนาจสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ หากไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในบางประเทศยังมีอำนาจบังคับให้รัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายด้วย

2.4.2.1 เขตอำนาจศาลปกครองไทย

ศาลปกครองจัดเป็นองค์กรทางตุลาการองค์กรหนึ่งเช่นเดียวกับศาลยุติธรรม แต่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง อันเป็นกระบวนการยุติธรรมอีกประเภทหนึ่งในระบบศาลคู่ซึ่งเดิมระบบศาลของประเทศไทยเป็นระบบศาลเดี่ยว ดังนั้นศาลยุติธรรมจึงเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทุกประเภทรวมทั้งคดีปกครอง ซึ่งในระยะแรกศาลยุติธรรมไม่ได้แยกประเภทคดีปกครองออกจากคดีแพ่ง และไม่ได้กำหนดความหมายของคดีปกครองไว้อย่างชัดเจน แต่ในปี 2532⁵⁷ ได้มีการจัดตั้งแผนกคดีปกครองในศาลยุติธรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองและมีระบบงานธุรการเพื่อรับผิดชอบคดีประเภทนี้ โดยเฉพาะอันจะทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองมากขึ้น ซึ่งจะส่งผลให้การพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเป็นไปโดยรอบคอบรวดเร็วและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 276 บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทหรือคดีปกครองเป็นศาลแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม

ศาลปกครองเป็นสถาบันหรือองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน จัดตั้งขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาทหรือโต้แย้งระหว่างประชาชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่โดยศาลปกครองจะมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ คือตรวจสอบการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าได้ดำเนินการไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชนพอเพียงหรือไม่ ถ้าการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ถูกต้องศาลปกครองก็จะวินิจฉัยให้ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำดังกล่าว

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังนี้

⁵⁶ จาก ทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจกับการห้ามศาลพิจารณาคดีที่ฝ่ายปกครองเป็นจำเลย, โดย สุรพล นิติไกรพจน์, 2537 (สิงหาคม), *วารสารกฎหมายปกครอง*, 3(13), น. 61-63.

⁵⁷ จาก สารจากประธานศาลปกครองสูงสุด, โดย อักษราท จุฬารัตน, 2544 (มกราคม), *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 1(1), น. 1.

1) พิจารณาจากคู่กรณี

ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการ ส่วนท้องถิ่นหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน อีกฝ่ายหนึ่ง

ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการ ส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็น ข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือ เนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

2) พิจารณาจากลักษณะของคดี

คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำ โดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือ มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือ สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) หรือที่เรียกว่า คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว⁵⁸

คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) หรือ ที่เรียกว่าคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือ คำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542)

⁵⁸ สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (น. 43). เล่มเดิม.

คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542)

คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542)

คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542)

ทั้งนี้ การพิจารณาว่าข้อพิพาทหรือคดีใดอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทั้งสองประกอบกันไป

สำหรับข้อยกเว้นที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง กำหนดไว้ว่า เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

1. การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร
2. การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการตุลาการ
3. คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น

กล่าวได้ว่าการฟ้องคดีปกครองของประเทศไทยนั้น โดยหลักต้องฟ้องต่อศาลปกครองที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งมาตรา 47 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นก่อน หากไม่พอใจคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น จึงจะมีสิทธิอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นต่อศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (4) ประกอบมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม คดีปกครองบางคดีสามารถยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรงโดยไม่ต้องผ่านศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งได้แก่

- 1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด (มาตรา 11(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542)

2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี (มาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542)

3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด (มาตรา 11(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542)

โดยทั่วไปศาลปกครองจะรับฟ้องเฉพาะคดีปกครองเท่านั้น ซึ่งลักษณะของคดีปกครองมีดังนี้⁵⁹

1) คดีที่มีข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2) ต้องมีคู่กรณีอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

3) คู่กรณีมีสถานะไม่เท่าเทียมกัน เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าฝ่ายเอกชน จึงต้องให้ศาลเป็นผู้มีหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงในคดีร่วมกับคู่กรณี เรียกวิธีพิจารณานี้ว่า ระบบไต่สวน ซึ่งระบบนี้จะมีที่มาจากการร้องเรียนการกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐและมีการสอบสวนเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น

4) เป็นคดีที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เกิดจากการใช้อำนาจของรัฐตามกฎหมาย หรือใช้โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน โดยให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำซึ่งเป็นระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ

สำหรับคดีปกครองในความหมายของประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองแล้ว สรุปได้ว่า คดีปกครองหมายถึง คดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนกรณีหนึ่งและข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเองอีกกรณีหนึ่ง โดยที่ข้อพิพาทเหล่านั้นเกิดจากการที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร หรือเป็นคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดทางปกครองหรืออันเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง คดีปกครองจะไม่เกี่ยวกับคดีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญา หรือพิพาทกับเอกชนด้วยปัญหากฎหมายในทางแพ่งเอกชนซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรม⁶⁰

⁵⁹ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง* (น. 1-3), โดย อำพน เจริญชีวินทร์, 2545, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

⁶⁰ *สารจากประธานศาลปกครองสูงสุด* (น. 2). เล่มเดิม.

2.4.2.2 เขตอำนาจศาลยุติธรรมไทย

ประวัติศาสตร์ของการจัดระบบศาลของประเทศไทย เริ่มมีการบันทึกไว้เป็นหลักฐาน และมีการตรากฎหมายไว้ชัดเจน ในสมัยสมเด็จพระเจ้าปราสาททอง (กรุงศรีอยุธยา) คือ กฎหมายพระธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ระบุอำนาจของศาลต่าง ๆ⁶¹ ต่อมาในสมัยของกรุงรัตนโกสินทร์ได้มีการจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นมาในปี 2434 เนื่องจากในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศไทยประสบวิกฤตการณ์ทางการศาลทั้งภายในและนอกประเทศในด้านต่างประเทศ ชาวต่างประเทศมีสิทธิสภาพนอกอาณาเขตไม่ต้องขึ้นศาลไทย ทำให้ไทยเสียเปรียบทางการศาล ด้านภายในประเทศเจ้านายและข้าราชการต้องการให้มีการเปลี่ยนแปลงการบริหารราชการแผ่นดิน โดยเฉพาะเกี่ยวกับความยุติธรรม พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงได้ปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลขึ้น โดยในปี ร.ศ. 110 (พ.ศ. 2434) รัฐบาลไทยได้ออกประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้น ประกาศลงวันที่ 25 มีนาคม ร.ศ. 110 ต่อจากนั้นได้มีการแก้ไขกฎหมายหลายฉบับ ก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันประกาศใช้ ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองได้โดยยึดหลักการที่ว่า องค์การตุลาการย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่มีศาลใดที่มีเขตอำนาจเรื่องนี้ย่อมอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ดังนั้นศาลยุติธรรม ก่อนที่จะมีศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่ง คดีอาญาและคดีปกครอง โดยการพิจารณาคดีปกครอง จะพิจารณาข้อพิพาทในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจ โดยเฉพาะ และกรณีที่ไม่มียกกฎหมายให้อำนาจเฉพาะที่จะตรวจสอบ จะอาศัยอำนาจตามหลักกฎหมายทั่วไปให้ศาลยุติธรรมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองได้

กล่าวได้ว่าก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 บังคับใช้การจัดระบบศาลยุติธรรมตั้งแต่ปี 2434 ใช้ระบบศาลเดี่ยวคือมีเพียงศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางตุลาการองค์กรเดียวทำหน้าที่พิจารณาคดีครอบคลุมคดีทุกประเภทรวมถึงคดีปกครอง เนื่องจากยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครอง แม้ว่าบัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2517 มาตรา 212 ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติไม่สามารถดำเนินการได้เพราะไม่มีกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองขึ้น โดยเฉพาะ ภายหลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 276 ประเทศไทยจึงมีระบบศาลเป็นระบบศาลคู่และมีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลยุติธรรมเสียใหม่ ให้สอดคล้องกันซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 โดยมีสาระสำคัญคือ

⁶¹ จาก ระบบชี้ขาดข้อขัดแย้งระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 11), โดย ธเนศ จัน โทน้อย, 2540, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ศาลยุติธรรมแยกออกจากกระทรวงยุติธรรม และมีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลและงบประมาณ เรียกว่า สำนักงานศาลยุติธรรม

อำนาจศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 271 บัญญัติไว้ว่า หมายความว่า เมื่อมีข้อพิพาทหรือคดีเกิดขึ้นและเป็นข้อพิพาทหรือคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลอื่น ประชาชนย่อมนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมได้ เพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักการที่ว่าบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครองและเยียวยา เมื่อถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ และศาลไม่สามารถปฏิเสธความยุติธรรมได้ เมื่อมีผู้ยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรม หากไม่อยู่ในอำนาจศาลอื่น ศาลยุติธรรมต้องรับไว้พิจารณา

นอกจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แล้ว ยังเป็นไปตามกฎหมายจัดตั้งศาลยุติธรรมคือ พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ที่บัญญัติอำนาจของศาลยุติธรรมว่า มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทหรือคดีทางแพ่งและทางอาญาและคดีเฉพาะตามที่กฎหมายอื่นบัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาคดีนั้น ๆ

ลักษณะของคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 271 ย่อมหมายความว่า คดีทั้งปวงที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือศาลทหารแล้ว ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้หมด ในปัจจุบันลักษณะคดีที่อยู่ในศาลยุติธรรม พอสรุปได้ดังนี้

- 1) คดีแพ่ง
- 2) คดีอาญา
- 3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลชั้นฎีกาพิเศษ อาทิเช่น คดีที่อยู่ในอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัว คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลแรงงาน คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลภาษีอากร คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลล้มละลาย
- 4) คดีทั้งปวงที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่รัฐธรรมนูญนี้ หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น เช่น ศาลปกครอง หรือศาลทหาร เป็นต้น