

## บทที่ 2

### ทฤษฎีบริการสาธารณะ หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และทฤษฎีที่ใช้แบ่งแยกเขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

การศึกษาวิจัยทางนิติศาสตร์ เป็นการวิจัยเอกสารเป็นหลัก ในบทนี้จึงต้องศึกษาทฤษฎี และหลักกฎหมายต่างประเทศ ที่เกี่ยวกับเรื่องที่ศึกษาวิจัย เพื่อนำไปวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย หาข้อสรุปเป็นผลการศึกษา ดังนี้

#### 1. ทฤษฎีบริการสาธารณะ

ทฤษฎีบริการสาธารณะ เป็นแนวคิดของระบบกฎหมายฝรั่งเศส เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาล ที่วางหลักทฤษฎีบริการสาธารณะไว้ ทั้งจากความเห็นของนักกฎหมายมหาชน การศึกษาทฤษฎีบริการสาธารณะจะศึกษาในประเด็นสำคัญ ๆ ต่อไปนี้

##### 1.1 วิวัฒนาการทางทฤษฎีของบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะเกิดขึ้น นับตั้งแต่มวลมนุษยชาติเริ่มรวมกลุ่มกันเป็นสังคม ที่บริการสาธารณะในยุค นั้น เป็นเรื่องการให้ประชาชนมีที่ทำกิน โดยในฝรั่งเศสขุนนางเจ้าที่ดินให้ประชาชนใช้ที่ดิน โดยเก็บค่าตอบแทน ซึ่งอาจเป็นแรงงาน ภาษี หรือค่าเช่า โดยขุนนางจะผูกขาดสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ให้ผู้เช่าใช้ประโยชน์ แต่ต้องจ่ายค่าตอบแทน ทั้งขุนนางต้องบำรุงรักษาให้อยู่ในสภาพดี ที่ผู้เช่าทุกคนสามารถใช้ประโยชน์ได้ นอกจากนี้ผู้อยู่อาศัยในเขตอำนาจของขุนนาง จะได้รับการดูแลคุ้มครองจากขุนนางอีกด้วย<sup>1</sup>

ต่อมา ในศตวรรษที่ 11 ชุมชนปกครองกันเอง รวมตัวเป็นเมืองเป็นเทศบาล เพื่อต่อต้านอำนาจของขุนนาง และจัดทำบริการสาธารณะที่ใช้ร่วมกัน เช่น กำแพง ถนน

---

<sup>1</sup>Alain-Serge Mescheriakoff, "Droit des Service Publics," PUF (October 1991): 16, อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2543), หน้า 17.



ตลาด ร่วมมือกันทำกิจการต่าง ๆ เพื่อให้ชุมชนอยู่ดีกินดี มีโรงฆ่าสัตว์ สถานพยาบาล โรคเรื้อน มีการเกณฑ์แรงงานซ่อมถนน สะพาน จนปี ค.ศ. 1464 พระเจ้าหลุยส์ที่ 11 ก็สร้างระบบไปรษณีย์ โดยสร้างถนนและมีรถม้า เพื่อนำสารจากพระองค์ไปที่ต่าง ๆ ในราชอาณาจักร และปลายศตวรรษที่ 15 ก็มีตำรวจดูแลความสงบเรียบร้อย ทั้งมีกิจการ อีกหลายอย่าง ที่กษัตริย์หรือเจ้าครองนคร จัดให้มีขึ้นเพื่อปกป้องดูแลประชาชน<sup>2</sup>

จนถึงปี ค.ศ. 1789 มีการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสล้มระบบกษัตริย์ พลเมือง ปกครองแทนกษัตริย์ เกิดรัฐที่เป็นนิติบุคคลขึ้นและกิจการที่รัฐต้องจัดทำ ในระยะแรก ยังไม่มีชื่อเรียกแน่ชัด ต่อมา คำว่าบริการสาธารณะ (Service Public) เริ่มปรากฏขึ้น โดย ในระยะแรก หมายถึง กิจกรรมของฝ่ายปกครองทุกประเภท แต่ต่อมา จะหมายถึง เฉพาะกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประ โยชน์สาธารณะ หรือสิ่งที่รัฐจะทำให้แก่ประชาชน เป็นการตอบแทนการเสียภาษีของประชาชน<sup>3</sup> โดยเมื่อมีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับบริการ สาธารณะหรือฝ่ายปกครอง คดีก็จะขึ้นสู่ศาลยุติธรรม แต่ฝ่ายปกครองโต้แย้งว่าไม่ใช่ เรื่องทางศาล จะต้องเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัยชี้ขาดกันเอง

ทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ มีวิวัฒนาการมาจากคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำ หน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองของฝรั่งเศส สร้างทฤษฎีขึ้นจากการวินิจฉัยคดีปกครอง เกี่ยวกับบริการสาธารณะ โดยหลังปฏิวัติในปี ค.ศ. 1789 ได้มีรัฐบัญญัติลงวันที่ 16-24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 มาตรา 13 บัญญัติว่า “หน้าที่ทางศาลยุติธรรมนั้น แยกต่างและแยก จากหน้าที่ในทางปกครองเสมอ ผู้พิพากษาไม่อาจจะก่อให้เกิดความยุ่งยาก ไม่ว่าด้วย วิธีการใด ๆ แก่การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทั้งไม่อาจเรียกเจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครองให้มาปรากฏตัวต่อศาล เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้น”<sup>4</sup> ต่อมา มี รัฐกฤษฎีกา ค.ศ. 1794 ออกมายืนยัน และรัฐบาลขณะนั้นออกประกาศให้รัฐมนตรีเป็น ผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางปกครองได้เป็นการทั่วไป

<sup>2</sup>Alain-Serge Mescheriakoff, ibid, p. 17, อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

<sup>3</sup>เรื่องเดียวกัน.

<sup>4</sup>โกลิน พลกุล, ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครองในฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 99.

สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ
ห้องสมุดงานวิจัย
วันที่..... 20๖5
เลขทะเบียน..... 246196
เลขเรียกหนังสือ.....

จนถึงปี ค.ศ. 1799 นโปเลียน โบนาปาร์ต ได้จัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ขึ้น เพื่อร่างกฎหมายให้ประมุขฝ่ายบริหาร กับเป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบหมาย ให้เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาททางปกครอง คำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครอง จึงเป็นที่มาของหลักและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะทฤษฎีบริการสาธารณะ หากมีการโต้แย้งอำนาจศาล ศาลคดีขัดกันก็จะวางหลักกฎหมายวินิจฉัยเรื่องนั้น คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันและศาลปกครอง ที่สร้างหลักกฎหมายปกครองและอำนาจศาลปกครองที่สำคัญ ได้แก่<sup>5</sup>

1. คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflicts) ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 คดี Blanco เป็นคำวินิจฉัยแรกที่เป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายปกครองและอำนาจของศาลปกครอง คดีนี้เด็กหญิง Agnes Blanco ถูกรถบรรทุกโรงงานยาสูบชนบิดาของเด็กขึ้นฟ้องผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งเป็นผู้แทนของรัฐต่อศาลยุติธรรมให้รับผิดชอบตามกฎหมายแพ่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดโต้แย้งอำนาจศาลยุติธรรม

ศาลคดีขัดกันวางหลักกฎหมาย ที่เป็นต้นกำเนิดทฤษฎีบริการสาธารณะ คือ เรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่ที่รัฐจัดทำแล้ว หากมีข้อพิพาทต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน จากการกระทำของบุคคลที่ทำงานในองค์กร ที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่งในระบบกฎหมายเอกชนมาใช้ได้ เพราะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษ และความจำเป็นที่ต้องประสานประโยชน์ของรัฐและเอกชน เรื่องดังกล่าวจึงเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะวินิจฉัยชี้ขาด และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน

คดี Blanco ได้สร้างทฤษฎีบริการสาธารณะ โดยศาลคดีขัดกันสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่สำคัญหลักหนึ่ง คือ หากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจทางปกครอง ในการจัดทำบริการสาธารณะ ที่คู่กรณีมีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน และเกี่ยวข้องกับมหาชนแล้ว จะต้องใช้กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ในระบบกฎหมายมหาชน ที่มีนิติวิธีแยกออกมาจากระบบกฎหมายเอกชน เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีฝ่ายเอกชน

---

<sup>5</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2543), หน้า 20-21.

2. คดี Terrier คำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ทำหน้าที่ศาลปกครอง มีคำวินิจฉัยลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1903 เรื่องมติของสภาจังหวัดที่ให้รางวัลแก่นักล่างูพิษ นาย Terrier นักล่างูพิษซึ่งกำจัดงูพิษมาขอรับรางวัล แต่ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิเสธ อ้างว่างบประมาณที่ตั้งไว้หมด นาย Terrier จึงร้องขอต่อศาลปกครองให้วินิจฉัยให้จังหวัด ต้องรับผิดชอบละเมิดสัญญาที่ทำไว้กับนักล่างูพิษ

ศาลปกครองได้พัฒนาหลักกฎหมายสำคัญ สนับสนุนหลักที่ศาลคดีขัดกันสร้างขึ้นในคดี Blanco โดยพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน เห็นว่าการจัดองค์กรและการจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะระดับรัฐหรือท้องถิ่น จะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองและคดีระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนกับบุคคลอื่น หรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนด้วยกัน จากการจัดทำบริการสาธารณะอยู่ในอำนาจศาลปกครอง คำพิพากษาคดีนี้สนับสนุนหลักกฎหมายคดีแรกว่า หากเป็นการจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับมหาชนแล้ว ข้อพิพาทต้องได้รับวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้นิติวิธีในกฎหมายมหาชน

3. คดี Therond คำวินิจฉัยลงวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 1910 เกี่ยวกับสุนัขจรจัดว่าเมือง Montpellier ทำสัญญากับนาย Therond ทำกรงขังสุนัขจรจัดและกำจัดซากสัตว์ ต่อมา นาย Therond เลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหาย ศาลปกครองวางหลักว่าการมอบให้เอกชนจัดทำภารกิจบางอย่างแทนรัฐ เป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาทางปกครอง เมื่อมีข้อพิพาทต้องถือว่าเกิดจากการดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง จึงต้องวินิจฉัยชี้ขาดโดยศาลปกครอง คำพิพากษานี้รับรองว่ารัฐมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐได้

คำวินิจฉัยข้างต้น สร้างทฤษฎีบริการสาธารณะขึ้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ทั้งคำวินิจฉัยคดีต่อ ๆ มาได้พัฒนาจนเป็นทฤษฎีที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้มีความสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายบริการสาธารณะ คือ Leon Duguit และสำนักความคิด Ecole de Bordeaux โดย Duguit เห็นว่าบริการสาธารณะ เป็นเสมือนรากฐานของทฤษฎีว่าด้วยรัฐ เป็นการรับรองความมีอยู่ของรัฐ เป็นระบบผลิตงานในรัฐ Duguit ให้ความเห็นว่าบริการสาธารณะว่า คือ ทุกกิจกรรมซึ่งหากดำเนินการให้เป็นผลสำเร็จ ต้องได้รับการจัดทำ หรือการควบคุมโดยฝ่ายปกครอง เพราะว่ากิจกรรมเหล่านี้เป็นสิ่งที่จำเป็นในการพัฒนาสังคม<sup>6</sup>

<sup>6</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

สำนัก Ecole de Bordeaux จะมีนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงอยู่หลายคน ทั้ง Jeze, Rolland, Bonnard, de Laubadere ซึ่งต่างเป็นลูกศิษย์ Duguit และภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 Rolland ได้สร้างหลักเกณฑ์สำคัญแสดงถึงเงื่อนไขสำคัญ 3 ประการของบริการสาธารณะ กล่าวคือ

1) บริการสาธารณะ เป็นงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครองระดับสูง เป็นผู้วางกฎเกณฑ์และควบคุมการดำเนินการ กับฝ่ายปกครองระดับปฏิบัติงาน เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะตามที่ฝ่ายปกครองระดับสูงวางไว้

2) บริการสาธารณะ จะต้องตอบสนองต่อความต้องการของสังคม

3) บริการสาธารณะ ต้องเป็นส่วนเสริมข้อบกพร่อง หรือความไม่เพียงพอของเอกชน

เงื่อนไขทั้งสามประการของสำนัก Ecole de Bordeaux ได้เป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะในปัจจุบัน

## 1.2 ความหมายของบริการสาธารณะ

แนวคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflicts) และสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ในฐานะศาลปกครอง ที่วางหลักกฎหมายและวิวัฒนาการทางทฤษฎีของบริการสาธารณะ เมื่อพิเคราะห์แล้วเห็นว่าบริการสาธารณะ ได้แก่ กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดทำ และเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ประเด็นต่อมา ก็คือ บริการสาธารณะจะครอบคลุมถึงกิจกรรมใดบ้าง ซึ่งต้องพิจารณาถึงกิจกรรมของฝ่ายปกครองซึ่งแยกเป็น 2 ประเภท คือ กิจกรรมตำรวจทางปกครอง และบริการสาธารณะ

### 1.2.1 กิจกรรมตำรวจทางปกครอง

หลักปรัชญาในกฎหมายมหาชน จะต่างกับกฎหมายเอกชนที่ถือว่าต่างฝ่ายต่างมุ่งประโยชน์ส่วนตน นิติสัมพันธ์ในกฎหมายเอกชน จึงต้องอาศัยความสมัครใจ โดยใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ ก่อนนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน หากมีข้อโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ หรือไม่ปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้ จะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลบังคับให้<sup>7</sup> แต่ในกฎหมายมหาชน รัฐทำหน้าที่ดูแลประโยชน์ส่วนรวม ที่ต้องอยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัว

<sup>7</sup>บรรศักดิ์ อูวรรณ โฉม, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: บี.เจ.เพลท. โปรเซสเซอร์, 2538), หน้า 298.

ของปัจเจกชน ถ้าปัจเจกชนไม่ยินยอม องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ สามารถใช้อำนาจบังคับเพื่อประโยชน์สาธารณะได้<sup>8</sup> ประโยชน์สาธารณะ จึงเป็นหลักการสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงต้องมีฐานะเหนือกว่าเอกชน

หากจะเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะแล้ว กิจกรรมตำรวจทางปกครอง เป็นเรื่องของการใช้อำนาจในการออกกฎ ออกคำสั่ง การอนุญาต จะเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของบ้านเมือง และการใช้อำนาจควบคุมเสรีภาพของปัจเจกชน เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม เช่น การออกกฎหมายห้ามให้อาหารสุนัขจรจัด เพื่อมิให้มีการแพร่ระบาดของโรค ศาสตราจารย์ Jeans Verero ได้อธิบายกิจกรรมตำรวจทางปกครองว่าในสังคมที่มีระเบียบ การใช้สิทธิเสรีภาพโดยอิสระ ต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย และเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่รัฐได้กำหนดไว้ในกฎหมาย<sup>9</sup> และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร จึงมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไป หรือออกคำสั่งเป็นการเฉพาะราย และปฏิบัติการทางกายภาพ เพื่อบังคับการให้ เป็นไปตามกฎเกณฑ์ หรือคำสั่งที่ได้ออกไว้ ตำรวจทางปกครอง จึงเป็นการใช้อำนาจควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชน เพื่อมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม

กิจกรรมตำรวจทางปกครอง จึงมีความแตกต่างจากตำรวจทางคดีที่เป็นกิจกรรมของรัฐในการปราบปราม หรือการดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย หรือคำสั่งเจ้าหน้าที่ของรัฐ กิจกรรมตำรวจทางคดีอยู่ในองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ขณะที่ตำรวจทางปกครอง เป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ก็จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้รับมอบหมายให้ดูแลและรับผิดชอบในการรักษาความสงบเรียบร้อย ในเขตพื้นที่ใดเขตพื้นที่หนึ่ง โดยมีอำนาจหน้าที่และมาตรการในการดำเนินการเป็นการทั่วไป ถือว่าเป็นกิจกรรมตำรวจทางปกครองทั่วไป แต่หากในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดมาตรการ ในการป้องกันมิให้มีความไม่สงบเรียบร้อยในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้เป็นพิเศษ เช่น การควบคุมการก่อสร้างอาคาร การดูแลและรักษาสภาพแวดล้อม การควบคุมคนเข้าเมือง และการทำงานของคนต่างด้าว กิจกรรมเหล่านี้จะถือว่าเป็นตำรวจทางปกครองเฉพาะ

<sup>8</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 60.

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

สำหรับมาตรการในการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองทั่วไป มีอยู่ 3 ประการ คือ

1) การออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรับผิดชอบกิจกรรมตำรวจทางปกครอง มีอำนาจออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เพื่อจำกัดหรือควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชน ให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย และมีสภาพบังคับเป็นโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืน

2) การออกคำสั่งที่มีผลใช้บังคับเฉพาะราย องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจตามกฎหมายที่จะออกคำสั่งอนุญาต คำสั่งห้ามมิให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น ห้ามมิให้มีการประชุมหรือชุมนุม ที่อาจนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมือง หรือคำสั่งให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น สั่งให้การชุมนุมสลายตัว หากเห็นว่าการชุมนุมน่าจะก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคม การออกคำสั่งเช่นนี้ โดยปกติต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อาจทำด้วยวาจาหรือโดยวิธีการอื่นก็ได้

3) การใช้กำลังปฏิบัติการ กรณีจำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งรับผิดชอบกิจกรรมตำรวจทางปกครอง อาจใช้อำนาจใช้กำลังปฏิบัติการได้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อาวุธปืน การใช้กำลังเจ้าหน้าที่ผลักดัน หรือสลายฝูงชน หรือการบังคับทางปกครอง

#### 1.2.2 กิจกรรมของฝ่ายปกครองที่เป็นบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะ มีลักษณะแตกต่างจากตำรวจทางปกครอง คือ ตำรวจทางปกครอง จะเป็นกิจกรรมที่ทางตำรวจใช้อำนาจฝ่ายเดียว ในการควบคุมรักษาความสงบเรียบร้อย แต่บริการสาธารณะเป็นการให้บริการแก่ประชาชน คือ การดำเนินการเพื่อสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งรัฐอาจจัดทำบริการสาธารณะ โดยหน่วยงานทางปกครอง จะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั่นเอง หรืออาจจะมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทน

บริการสาธารณะ เป็นรูปแบบของการจัดให้มีหรือจัดบริการในเรื่องต่าง ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนพลเมือง ซึ่งสิ่งที่รัฐหรือฝ่ายปกครองจัดให้มันนั้น จะเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยตรง เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเช่นกัน แต่ฝ่ายปกครองจะจัดทำเองหรือมอบหมายให้เอกชนจัดทำแทนรัฐก็ได้ โดยการก่อนนิติสัมพันธ์กับผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐในรูปของสัญญาทางปกครอง

เมื่อทราบถึงกิจกรรมหรืองานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองแล้ว ที่มีทั้งกิจกรรม ตำรวจทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง กับบริการสาธารณะ ที่เป็นการจัดให้มีจัดทำสิ่งต่าง ๆ ตอบสนองความต้องการของประชาชนแล้ว ก็ต้องทำความเข้าใจความหมายของบริการสาธารณะด้วย

นักกฎหมายมหาชน อธิบายไว้ตามที่มาและมุมมองที่แตกต่างกันไป ดังนี้<sup>10</sup>

Jean de Soto กล่าวว่า คำนิยามของบริการสาธารณะแยกออกเป็น 2 ลักษณะ โดยพิจารณาจากลักษณะทางด้านการเมือง กับลักษณะทางด้านกฎหมาย กล่าวคือ

1) ลักษณะทางด้านการเมือง ได้แก่ สิ่งที่รัฐจะต้องจัดทำเพื่อสนองความต้องการของคนในชาติ ไม่ว่าจะเป็นความต้องการขั้นพื้นฐาน เช่น ความปลอดภัย จนกระทั่งถึงความต้องการทางด้านเศรษฐกิจ โดยรัฐอาจทำเอง หรือให้คนอื่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำก็ได้

2) ลักษณะทางด้านกฎหมาย จะประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ

(1) เกิดขึ้นจากผู้ปกครองประเทศ หรือจากแนวทางที่ผู้ปกครองประเทศวางไว้

(2) มีความต้องการจากประชาชน เพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวม

(3) เกิดความไม่เพียงพอ หรือไม่สามารถจัดทำได้โดยเอกชน

Leon Duguit กล่าวว่า บริการสาธารณะ หมายถึง กิจการทุกประเภทที่ถูกควบคุมจัดการโดยฝ่ายปกครอง เพื่อให้บรรลุผลสำเร็จ ทั้งนี้ เพราะกิจการเหล่านี้โดยสภาพแล้วไม่อาจสำเร็จได้ หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจบังคับทางปกครอง

Rene Chapus กล่าวว่า กิจกรรมใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการ หรือดูแลกิจกรรมนั้นเพื่อสาธารณะประโยชน์

Geston Jeze กล่าวว่า การพิจารณาว่ากิจกรรมใดจะเป็นบริการสาธารณะ ก็ให้ดูที่จุดมุ่งหมายของการก่อตั้งองค์กรหรือกิจกรรมนั้น

เมื่อพิจารณาจากคำจำกัดความ ที่นักกฎหมายมหาชนหลายท่านได้อธิบายไว้ สามารถสรุปได้ว่า บริการสาธารณะนั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ

<sup>10</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำอธิบายการบรรยายวิชากฎหมายเกี่ยวกับการบริการสาธารณะหลัก (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 3.

1) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะ ต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชนที่เป็นผู้จัดทำ ไม่ว่าจะเป็นรัฐ องค์กรปกครองท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจ และยังรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภท ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนด้วย

2) ต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

จากการศึกษาพบว่า บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับสังคมมนุษย์มานานแล้ว นับตั้งแต่มนุษย์เริ่มรวมกลุ่มกันเป็นสังคม จนกระทั่งวิวัฒนาการมาเป็นรัฐสมัยใหม่ ทั้งบริการสาธารณะมีวิวัฒนาการมานาน โดยเฉพาะหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ถือว่าทฤษฎีบริการสาธารณะ และเป็นที่มาของสัญญาทางปกครอง อันเป็นนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน ที่ต้องใช้ระบบกฎหมายมหาชน และอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

## 2. หลักกฎหมายบริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

หลักกฎหมายบริการสาธารณะ ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ก่อตัวขึ้นมา จากพัฒนาการทางทฤษฎีที่มาจากกรวางหลักกฎหมาย โดยคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflicts) และคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ซึ่งทำหน้าที่ศาลปกครอง และความเห็นของนักกฎหมายมหาชน ที่แต่เดิมนั้นฝ่ายปกครองจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน การรักษาความสงบเรียบร้อย และได้พัฒนาต่อมาอีกหลายประเภท โดยบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำ จะมีลักษณะแตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ ซึ่งเมื่อมีข้อพิพาทศาลที่มีหน้าที่ชี้ขาด จึงได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ขึ้นมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งโดยหลักทฤษฎีแล้วระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส จะแบ่งบริการสาธารณะออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง กับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม<sup>11</sup> ตามลักษณะนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น และการใช้อำนาจและเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

<sup>11</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 26.

## 2.1 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ไม่ว่าจะบริการสาธารณะประเภทใดหรือจัดทำโดยผู้ใด องค์กรใด ไม่ว่าจะรัฐหรือฝ่ายปกครองจัดทำบริการสาธารณะเอง หรือมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเดียวกัน แม้ในทฤษฎีไม่ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์ร่วม สำหรับจัดทำบริการสาธารณะทุกประเภท แต่มีหลักเกณฑ์ร่วมกันของบริการสาธารณะแต่ละประเภท ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่พัฒนามาจากลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะของ Louis Rolland แห่ง Ecole de Bordeaux ซึ่งต่อมานักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส เรียกว่า กฎหมายของบริการสาธารณะ ซึ่งได้แก่<sup>12</sup>

### 2.1.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาค

หลักว่าด้วยความเสมอภาค เป็นหลักเกณฑ์แรกของการจัดทำบริการสาธารณะ เพราะรัฐมิได้จัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่ทำเพื่อประโยชน์ทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจะไม่ให้บริการสาธารณะ หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะ มีที่มาจากหลักความเสมอภาคกันในสิทธิ ที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 มาตรา 1 ที่ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้ก็แต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน

นอกจากนี้ แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ในคดี Chomel ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1911 ได้วางหลักกฎหมายเพื่อรองรับความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ โดยวางหลักไว้ว่าผู้ใช้บริการสาธารณะทุกคน ใช้บริการสาธารณะประเภทเดียวกัน ย่อมอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน ทั้งนี้ ศาลปกครองได้วางหลักความเสมอภาคเกี่ยวกับบริการสาธารณะไว้ ทั้งในส่วนผู้ใช้บริการสาธารณะ ผู้จัดทำบริการสาธารณะ และการเข้าไปทำงานในหน่วยงานสาธารณะที่จัดทำบริการสาธารณะ ที่จะต้องมีความเสมอภาคภายใต้กฎระเบียบเดียวกันด้วย

### 2.1.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

หลักนี้ถูกกล่าวถึงครั้งแรก ในคำวินิจฉัยของศาลปกครอง คดี Winhell ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1909 หลักนี้ได้รับการยอมรับจากศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัย

<sup>12</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

ลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 ว่า ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ มีลักษณะเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญ ผู้นำที่จัดทำบริการสาธารณะ ต้องจัดทำอย่างต่อเนื่องตลอดเวลา หากเกิดการหยุดชะงักจะต้องมีผู้รับผิดชอบ กรณีเกิดการหยุดชะงักขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรมหาชนอิสระ องค์กรที่กำกับดูแลต้องเข้าดำเนินการแทน เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ที่จะตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน ทั้งนี้ แม้รัฐมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทน แต่รัฐยังต้องรับผิดชอบในความต่อเนื่องของกิจกรรมนั้น ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ

- (1) การเปลี่ยนแปลงสัญญา ซึ่งให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขข้อสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว เพื่อสนองตอบความต้องการของบริการสาธารณะ
- (2) การลงโทษในกรณีที่เกิดความผิดร้ายแรง ที่ขัดขวางการดำเนินงานของบริการสาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองรับผิดชอบ จะต้องแก้ไขด้วยการเข้าไปทำแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือยึดกลับมาทำเองเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ
- (3) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ เมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างที่เอกชนไม่อาจดำเนินการต่อไปได้ ฝ่ายปกครองต้องเข้าไปปรับภาวะเพื่อไม่ให้หยุดชะงักลง

### 2.1.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดี ต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา เพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ และความจำเป็นในทางการปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการ ของความต้องการของประชาชนด้วย แต่ผู้ใช้บริการสาธารณะไม่มีสิทธิคัดค้าน การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะทางปกครอง เพราะโดยสภาพแล้วเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ ตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่ผู้ใช้บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ก็อยู่ภายใต้หลักนี้

## 2.2 ประเภทของบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ทฤษฎีบริการสาธารณะ ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส แบ่งบริการสาธารณะออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้<sup>13</sup>

<sup>13</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

### 2.2.1 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

ได้แก่ กิจกรรมที่โดยสภาพเป็นงานในหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต้องจัดทำตอบสนองความต้องการของประชาชน เป็นเรื่องรักษาความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชน ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจพิเศษในกฎหมายมหาชนในการจัดทำ ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจมอบให้อีกใครอื่น หรือเอกชนดำเนินการแทนฝ่ายปกครองได้ เช่น การรักษาความมั่นคง การป้องกันประเทศ การยุติธรรม และการคลัง เป็นต้น

### 2.2.2 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

คำพิพากษาศาลคดีขัดกัน ได้สร้างประเภทบริการสาธารณะขึ้นใหม่ในคำวินิจฉัยเรื่อง Bac d' Eloka ลงวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1921 ที่ประเทศ Ivory Coast อาณานิคมฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองจัดให้มีเรือขนส่ง เรือ Bac d' Eloka จมลง เกิดความเสียหายแก่รถยนต์บริษัทเอกชน จึงยื่นฟ้องฝ่ายปกครองต่อศาลยุติธรรม ฝ่ายปกครองโต้แย้งเขตอำนาจศาล ศาลคดีขัดกันชี้ว่าการที่ฝ่ายปกครองบริการเรือข้ามฟากโดยเก็บค่าตอบแทน เป็นการบริการขนส่งเหมือนเอกชน จึงอยู่ในบังคับกฎหมายเอกชน และอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม คำพิพากษานี้เป็นต้นกำเนิดของบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ที่รัฐจัดทำแต่มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับเอกชน

ต่อมา ศาลปกครองได้วางหลักในคำวินิจฉัยลงวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ. 1931 เรื่องผู้ใช้บริการว่า กิจกรรมที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่จัดทำโดยนิติบุคคลมหาชน อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน แต่สัญญาระหว่างผู้ใช้บริการกับผู้ใช้บริการอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน ศาลปกครองยังได้วางหลักในคดี Union Syndicale des Industries Aeronautiques ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1956 ว่าบริการสาธารณะที่จะเป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมได้ ต้องคล้ายกับวิสาหกิจของเอกชน ทั้งด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการ แหล่งที่มาของเงินทุนและวิธีปฏิบัติงาน หากแตกต่างไปจากวิสาหกิจเอกชนแม้เพียงด้านเดียว จะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

ทั้งนี้ นอกจากบริการสาธารณะทางปกครอง และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมแล้ว คำวินิจฉัยของศาลปกครอง ยังได้สร้างประเภทของบริการสาธารณะอีกหลายประเภท ตามวัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะ กล่าวคือ<sup>14</sup>

<sup>14</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-31.



1) บริการสาธารณะทางสังคม ได้แก่ กิจกรรมทุกประเภทที่จัดขึ้น เพื่อให้ความช่วยเหลือทางสังคม เป็นบริการสาธารณะที่ทำกันจนเป็นประเพณีนิยม และจะพบในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น สถานชนานูบาล สถานเลี้ยงเด็กแรกเกิด

2) บริการสาธารณะทางสุขภาพ ได้แก่ กิจกรรมที่รัฐจัดขึ้นเพื่อให้ ข้อมูลเกี่ยวกับการดูแลสุขภาพ บริการสาธารณะทางสุขภาพ ถูกกล่าวถึงเป็นครั้งแรกใน คำวินิจฉัยของศาลปกครองลงวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 1935 ในคดี Deme Philipponneau ว่า การตั้งสถาบันพิเศษขึ้นมาดูแลคนป่วยบางประเภท เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ ประเภทหนึ่ง ต่อมา ศาลคดีซัดกัน ได้มีคำวินิจฉัยในคดี Eugene Marquis ในปี ค.ศ. 1961 ว่าศูนย์รณรงค์ต่อต้าน โรคมะเร็ง ถือว่าเป็นองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะ

3) บริการสาธารณะทางวัฒนธรรม บริการสาธารณะประเภทนี้ มีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองคดี Astruc et Societe du Theatre des Champs-Elysees c/Ville de Paris ลงวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1916 โดยนาย Astruc และบริษัท Theatre des Champs-Elysees ได้ร้องขอต่อศาลปกครองให้พิจารณาสั่งการให้เมือง Paris ปฏิบัติตาม คำสัญญา ที่จะให้สัมปทานเช่าสถานที่เพื่อก่อสร้าง โรงละคร ศาลปกครองพิจารณาแล้ว เห็นว่าคดีดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เนื่องจากโรงละครไม่ได้สร้างขึ้น โดยมี วัตถุประสงค์เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ

แต่ 7 ปีต่อมา ศาลปกครองก็ได้วินิจฉัยในคดี Sieur Gheusy ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1923 ว่าสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างรัฐ กับ โรงละครอุปรากรในคดีนี้เป็น สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ ศาลเห็นว่าไม่ได้เป็นสัญญาธรรมดา เพราะรัฐต้องให้ สัมปทานที่ดินแก่เอกชน โดยไม่คิดค่าตอบแทน พร้อมให้เงินอุดหนุนรายปีด้วย เอกชน ก็มีข้อผูกมัด เช่น โปรแกรมการแสดง ราคาเข้าชม การกำกับดูแลโดยรัฐ การเพิกถอน การอนุญาต ศาลปกครองเห็นว่ากิจกรรมนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะทาง ด้านศิลปวัฒนธรรม คดีนี้ศาลยอมรับการมีบริการสาธารณะด้านศิลปวัฒนธรรมแล้ว

### 2.3 องค์กรผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ

โดยหลักแล้ว รัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ โดยมอบให้องค์กรภายในฝ่าย ปกครองเป็นผู้จัดทำ แต่เมื่อสังคมเจริญขึ้นรัฐมีภาระหน้าที่มากขึ้น จึงกระจายอำนาจ ไปสู่ท้องถิ่น แล้วมอบบริการสาธารณะหลายประเภทให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จัดทำ ทั้งหากบริการสาธารณะใดโดยสภาพรัฐไม่อาจทำเองได้ หรือรัฐไม่จำเป็นต้อง

จัดทำเอง ก็มอบให้เอกชนดำเนินการแทน ผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ จึงมีทั้ง บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน

### 2.3.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ

บริการสาธารณะประเภทนี้ โดยสภาพแล้วรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้ทำ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม ความมั่นคงของชาติ หรือบริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น สุสาน ซึ่งรัฐผูกขาดอำนาจที่จะจัดตั้งยุบเลิก อาจจัดตั้งโดยตรากฎหมายหรือสัญญา หรือจัดตั้งโดยปริยาย ส่วนวิธีการจัดทำจะมีทั้ง บริการสาธารณะทางปกครองที่ทำโดยรัฐ และอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในกฎหมายมหาชน แต่อาจจัดทำโดยเอกชนได้ เช่น การจัดการศึกษา การสาธารณสุข บางส่วนจะอยู่ภายใต้ หลักกฎหมายมหาชน บริการสาธารณะทางปกครองที่จัดทำโดยเอกชน ต้องมีเครื่องมือ พิเศษในการจัดทำ คือคำสั่งฝ่ายเดียวขององค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะทางปกครอง ที่เป็นเอกชน จะมีผลเป็นนิติกรรมทางปกครอง ที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง

บริการสาธารณะทางปกครองที่เป็นเอกชนนั้น ผู้จัดทำตั้งใจจะให้ เป็น บริการสาธารณะ โดยมีอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง ที่ใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ<sup>15</sup> ส่วนบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ทำได้ทั้งรัฐและเอกชนโดยใช้ คำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวหรือสัญญา และบุคลากรเป็นเครื่องมือ ทั้งรัฐเลือกทำได้โดย องค์กรของรัฐ และองค์กรมหาชนอิสระ จัดทำโดยองค์กรของรัฐทั่วไป ทั้งส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เป็นอิสระ มีลักษณะเฉพาะมีความ คล่องตัวและความอิสระในการบริหาร เช่น ระบบขนส่งมวลชนขนาดใหญ่ เป็นต้น

### 2.3.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน

ในกรณีที่รัฐเห็นว่า รัฐไม่จำเป็นต้องดำเนินการบริการสาธารณะเอง ก็มอบหมายให้เอกชนทำแทนได้ ซึ่งมีทั้งการเข้าร่วมทุน ให้สัมปทาน หรือผ่านองค์กร วิชาชีพ การมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปจัดทำ จะต้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ ที่ ต้องมีการมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นอำนาจที่มีลักษณะผูกขาด

---

<sup>15</sup>Jean-Marie Pontier, "Les Services Publics," HACHETTE (January 1996): 52-53, อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการ สาธารณะ, หน้า 76.

โดยฝ่ายปกครองไปยังเอกชนเสียก่อน เอกชนจึงสามารถเข้าจัดทำบริการสาธารณะได้ ไม่ว่าจะเป็นการมอบอำนาจทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ซึ่งส่วนใหญ่การมอบอำนาจจะทำในรูปของสัญญาทางปกครอง เนื่องจากวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ มักมีเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง แต่เพียงฝ่ายเดียวอยู่ด้วย ที่จะใช้เพื่อบรรลุถึงวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น การใช้สัญญาทางปกครอง เป็นเครื่องมือมอบอำนาจจัดทำบริการสาธารณะให้ทำแทนรัฐนั้น จะมีผลต่อลักษณะของสัญญาทางปกครอง และผลของสัญญาทางปกครอง ที่มีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งทั่วไปในระบบกฎหมายเอกชน

#### 2.4 เครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการจัดทำหรือกำกับดูแล โดยมีเครื่องมือที่สำคัญอยู่ 4 ประการ ได้แก่<sup>16</sup>

##### 2.4.1 มาตรการทางกฎหมาย

มาตรการทางกฎหมาย ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่เป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครอง ที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ของเอกชน มีทั้งมีผลเป็นการทั่วไปและเฉพาะบุคคล ซึ่งมาตรการทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะจะมีอยู่ 3 ประเภท ได้แก่

- 1) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป ได้แก่ การวางกฎเกณฑ์ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ที่มีผลต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไป จะมีสภาพเป็นกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายบริหาร ที่ผู้มีอำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร จะต้องให้ความเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐหลักหนึ่ง
- 2) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล จะมีผลเฉพาะตัวบุคคล หรือเฉพาะเรื่องเฉพาะราย เช่น คำสั่งห้าม คำสั่งให้ทำ การอนุมัติ การอนุญาต เพิกถอนใบอนุญาต นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ผู้จัดทำต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด จะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

---

<sup>16</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 95.

3) สัญญาทางปกครอง เครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง นอกจากนิตินิยมทางปกครอง ที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้สัญญาทางปกครอง เป็นเครื่องมือก่อนนิติสัมพันธ์ในการจัดทำบริการสาธารณะได้ โดยอาจมอบบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม แต่ก็มีบางกรณีที่สัญญาทางปกครองสามารถนำมาใช้กับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองได้

#### 2.4.2 บุคลากรของรัฐ

บุคลากรทุกประเภทที่ทำงานให้ฝ่ายปกครอง จะเครื่องมือสำคัญที่เป็นกลไกในการจัดทำบริการสาธารณะ ให้สำเร็จลุล่วงตามเจตนารมณ์ ซึ่งมีทั้งข้าราชการ พนักงานราชการ รวมทั้งลูกจ้าง ที่ทำงานเพื่อจัดทำบริการสาธารณะของบุคลากรของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาคในการเข้าทำงานฝ่ายปกครอง ทั้งคุณสมบัติ ระบบการสอบคัดเลือก การบรรจุ การเลื่อนตำแหน่ง โทษทางวินัย และเงื่อนไขอื่น ๆ

#### 2.4.3 ทรัพย์สิน

การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ บ่อยครั้งที่ฝ่ายปกครองมีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งทรัพย์สิน ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ การได้มาซึ่งทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง อาจได้มาซึ่งทรัพย์สินตามกฎหมายแพ่ง ไม่ว่าจะทำสัญญาซื้อทำสัญญาเช่า หรือมาจากการรับบริจาค และอาจได้มาโดยวิธีพิเศษที่กฎหมายให้อำนาจ เช่น การออกกฎหมายเวนคืน หรือการยึดทรัพย์สินของเอกชน ที่ต้องอยู่ในสถานการณ์พิเศษ เช่น ในภาวะสงครามรัฐยึดกิจการเกี่ยวกับยุทธปัจจัยมาเป็นของรัฐ<sup>17</sup>

#### 2.4.4 อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง

อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง เป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีอยู่เหนือเอกชน เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การยึดทรัพย์สิน การครอบครองทรัพย์สินเอกชนชั่วคราว หรือใช้เอกสิทธิ์เหนือทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง เช่น ไม่สามารถทำการยึดทรัพย์สินของฝ่ายปกครองได้<sup>18</sup>

<sup>17</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 100.

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 119.

### 3. ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

#### 3.1 แนวคิดและหลักเกณฑ์การแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

ระบบสัญญาในปัจจุบัน จะแบ่งเป็นสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน ที่อยู่บนพื้นฐานความเสมอภาคกัน และสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชนที่ ยอมรับความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา เพราะฝ่ายปกครองทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ จึงมีข้อกำหนดให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพื่อให้บริการ สาธารณะนั้นบรรลุผล คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน

นอกจากนี้ สัญญาจะมีความหมายในทางกฎหมาย ก็ต่อเมื่อระบบกฎหมาย ระบบใดระบบหนึ่ง ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา และนิติสัมพันธ์ที่ เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเสียก่อนจึงจะพิจารณาสัญญา โดยประเทศที่แยกระบบกฎหมาย เอกชนและกฎหมายมหาชน สัญญาในระบบกฎหมายเอกชน กฎเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับ เป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายเอกชน ส่วนสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนจะบังคับ ตามกฎหมายมหาชน แต่กฎหมายเอกชนพัฒนามายาวนานกว่ากฎหมายมหาชน จึงต้อง นำกฎเกณฑ์ในระบบกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางแพ่ง มาบังคับแก่สัญญาในระบบ กฎหมายมหาชนที่เป็นสัญญาทางปกครองด้วย เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักการพื้นฐานในทาง กฎหมายมหาชน ส่วนประเทศที่ไม่ได้แยกระบบกฎหมาย ก็จะไม่มีการแบ่งแยก สัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง สัญญาของฝ่ายปกครองก็ถือเป็นสัญญา ธรรมดาในระบบสัญญาทางแพ่ง ทั้งไม่มีการแยกระบบศาลให้ต้องมีปัญหาในการ วินิจฉัยตีความสัญญาให้เกิดปัญหาข้อยุ่งยาก เหมือนกับประเทศที่เป็นระบบศาลคู่

#### 3.2 ความสำคัญในการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

ประเทศที่ศาลเป็นระบบศาลเดี่ยว จะไม่มีการแยกระบบกฎหมายมหาชน ออกจากกฎหมายเอกชน สัญญาก็มีเพียงสัญญาทางแพ่ง สัญญาที่เกิดขึ้นย่อมเป็นสัญญา ธรรมดา โดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่สัญญาฝ่ายใดเป็นรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐที่ใช้อำนาจ ทางปกครองหรือไม่ เพราะไม่ว่ารัฐหรือเอกชนย่อมอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเดียวกัน กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ จะใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐ กับเอกชน หรือสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน เป็นระบบกฎหมายเดียวกัน ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก็จะไม่เกิดขึ้น แต่ประเทศที่มีการ

แบ่งแยกกฎหมาย ออกเป็นกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน ก็จะแบ่งระบบสัญญา ออกเป็นสัญญาทางแพ่ง กับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน

การแยกสัญญาทั้งสองระบบออกจากกัน นับว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่ง ทั้งในแง่เขตอำนาจศาล ทั้งกฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะนำมาปรับแก้คดี โดยสัญญาทางแพ่งศาลที่มีเขตอำนาจ คือ ศาลยุติธรรม ภายใต้กระบวนการวิธีพิจารณา คดีแพ่ง แต่ถ้าเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลที่มีเขตอำนาจก็จะเป็นศาลปกครอง กฎหมาย ที่นำมาปรับใช้แก้คดี ก็จะได้แก่ กฎหมายปกครอง ที่ยึดหลักประ โยชน์สาธารณะและ เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง วิธีพิจารณาคดี ก็อยู่ภายใต้กระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยศาลปกครองจะใช้กระบวนการค้นหาความจริง โดยระบบไต่สวน ที่ศาลไม่ผูกพัน กับพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอมาเพียงอย่างเดียว ศาลมีอำนาจค้นหาความจริง โดยการ เรียกพยานหลักฐานต่าง ๆ มาสืบได้เองด้วย<sup>19</sup>

### 3.3 ข้อพิจารณาทางทฤษฎี ในการแยกสัญญาทางปกครองจากสัญญาทางแพ่ง

การแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง จะใช้ทั้งหลักเกณฑ์ด้าน คู่สัญญาซึ่งเป็นรูปแบบ และหลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซึ่งเป็นเนื้อหา หลักเกณฑ์ ด้านคู่สัญญานั้น สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่าย หนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือผู้ที่กระทำการแทนรัฐ ส่วนหลักเกณฑ์ด้าน วัตถุประสงค์แห่งสัญญา ไม่ต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาเป็นใคร เป็นรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง หรือไม่ แต่ดูวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเชื่อมโยงกับกฎหมายปกครอง หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ ทางปกครอง หรือเป็นกรณีกฎหมายกำหนดให้เนื้อหาของสัญญา ลักษณะใดลักษณะ หนึ่งให้ถือเป็นเรื่องสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง

ระบบกฎหมายหลายประเทศ จะไม่ใช่หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งเพียง หลักเกณฑ์เดียว เช่น กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดว่าสัญญาทางปกครอง อย่างน้อยคู่สัญญา ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และต้องมีเนื้อหาของสัญญาในการบริการ สาธารณะ กรณีสัญญาไม่ปรากฏชัดเจนว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญานั้นยัง เป็นสัญญาทางปกครองได้ หากปรากฏว่าในสัญญาดังกล่าวมีข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏใน

<sup>19</sup>วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทาง ปกครอง (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546), หน้า 208.

สัญญาทางแพ่ง และข้อเป็นสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองอย่างมาก หมายความว่า เนื้อหาของสัญญาเช่นนี้ จะไม่ปรากฏในข้อสัญญาทางแพ่ง สัญญาที่มีเนื้อหาแห่งสัญญา เช่นนี้ ย่อมเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

#### 4. สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นระบบศาลคู่ ที่มีพัฒนาการมายาวนานนับตั้งแต่การปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ที่มีการออกกฎหมายลงวันที่ 16-24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 ห้ามมิให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่อยู่ในอำนาจตุลาการ พิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครอง และนำไปสู่การจัดตั้งสภาแห่งรัฐหรือกงเซย์ เดต้าท์ (Conseil d'Etat) ขึ้นในปี ค.ศ. 1799 ต่อมาในปี ค.ศ. 1806 ก็ตั้งแผนกคดีปกครองขึ้นในกงเซย์ เดต้าท์ เพื่อแยกฝ่ายปกครองที่ตัดสินข้อพิพาททางปกครอง ออกจากผู้ทำหน้าที่ทางปกครองโดยตรง<sup>20</sup>

ต่อมา ได้พัฒนาจนเป็นระบบศาลคู่ ที่มีศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง ถ้ามีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล ก็จะมีศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ซึ่งขาด โดยมีวิวัฒนาการอย่างเป็นระบบ ที่ทั้งศาลปกครองและศาลคดีขัดกัน ได้สร้างทฤษฎีต่าง ๆ เพื่ออธิบายว่า คดีใดเป็นคดีปกครอง ทฤษฎีสมัยแรก ๆ ที่มีอิทธิพลต่อศาล ก็คือ ทฤษฎีการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจ และการกระทำที่เป็นการบริหารจัดการ ทฤษฎีนี้ทำให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจพิจารณาเฉพาะคดีที่เป็นการกระทำเฉพาะการใช้อำนาจ ข้อพิพาทจากสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน ที่เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองแต่มีลักษณะเป็นการบริหารจัดการ จึงไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เว้นแต่สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เช่น สัญญาก่อสร้างและบำรุงรักษาอาคารและถาวรวัตถุของรัฐ ส่วนสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดจึงต้องอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองก็รับคดีประเภทนี้ไว้พิจารณา ทำให้เกิดปัญหาคือ ต้องสร้างทฤษฎีใหม่ คือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน และทฤษฎีบริการสาธารณะขึ้นในระบบกฎหมายปกครอง เพื่อแยกว่าคดีใดเป็นคดีปกครองอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง คดีใดเป็นคดีแพ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ซึ่งสัญญาทางปกครองมีพัฒนาการจาก

<sup>20</sup> โภคิน พลกุล, เรื่องเดิม, หน้า 13.

ทฤษฎีบริการสาธารณะ ที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าว สัญญาของฝ่ายปกครอง จึงแยกเป็นสัญญาทางปกครอง กับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ภายใต้ระบบกฎหมายและเขตอำนาจศาลที่ต่างกัน โดยสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ก็จะอยู่ในอำนาจศาลปกครอง ซึ่งเป็นระบบศาลที่สร้างขึ้นคู่ขนาน และแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม

#### 4.1 แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง และเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กิจกรรมของฝ่ายปกครอง นอกจากใช้วิธีการทางกฎหมาย ที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองยังใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ โดยสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำ เรียกว่า สัญญาของฝ่ายปกครอง อาจเป็นสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน เช่นเดียวกับสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน หรือฝ่ายปกครองทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษคือระบบกฎหมายปกครอง<sup>21</sup> สัญญาของฝ่ายปกครอง จึงแบ่งออกเป็นสัญญาทางปกครอง กับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งสัญญาทั้งสองประเภท ต่างเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง จะแตกต่างกันแต่ในเรื่องระบบกฎหมายที่ใช้บังคับ และเขตอำนาจศาลที่จะมีอำนาจเหนือคดีพิพาทอันเกิดจากสัญญา โดยเฉพาะสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาตามกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายมหาชน หากมีข้อพิพาทจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

##### 4.1.1 ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส

1) สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่ง ที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ ที่เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา จะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ ซึ่งศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณา คือ ศาลปกครอง

2) สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองอีกประเภทหนึ่ง แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา จะต้องนำระบบกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับ โดยถือว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนมีสถานะเท่าเทียมกัน ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเดียวกับกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี คือ ศาลยุติธรรม

<sup>21</sup>ชาญชัย แสงวงศ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543), หน้า 31.

การแยกระบบกฎหมายและระบบศาล ที่จะใช้บังคับกับสัญญาของฝ่ายปกครองข้างต้น จะมาจากเหตุผลสองประการ คือ<sup>22</sup>

1) เนื่องจากเหตุผลในเชิงประวัติศาสตร์ ที่ต้องการลดบทบาทศาลยุติธรรมลงในคดีปกครองของฝรั่งเศส ที่มีแนวคิดตั้งแต่ในอดีตว่า ศาลยุติธรรมควรมีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา ส่วนคดีปกครองควรให้สภาที่ปรึกษาของกษัตริย์เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย ต่อมา มีการปฏิวัติล้มล้างระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ในปี ค.ศ. 1789 จึงนำหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเอร์ (Montesquieu) มาตีความอย่างเคร่งครัด โดยการตรากฎหมายห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาคดี ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถูกฟ้อง และให้เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองเป็นผู้พิจารณาคำร้องทุกข์ของราษฎร เกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครอง

ต่อมาในปี ค.ศ. 1799 ก็มีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) มีหน้าที่ร่างกฎหมายและเป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหาร สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐจึงมีอำนาจพิจารณาคำร้องทุกข์ของราษฎร เกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย โดยในระยะแรกจะเสนอคำวินิจฉัย ต่อหัวหน้าฝ่ายบริหาร ให้เป็นผู้พิจารณาเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติฝ่ายบริหารจะวินิจฉัยตามคำแนะนำเสมอ ภายหลังจึงมีการยอมรับให้มีอำนาจที่จะวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้เอง และพัฒนามาเป็นศาลปกครองสูงสุดในปัจจุบัน

2) เนื้อหาของสัญญา หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาของสัญญาทางปกครอง มีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ และการดำเนินบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง จึงไม่อาจถือความเท่าเทียมกันของกลุ่มสัญญา และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญา และหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาในระบบกฎหมายเอกชนมาใช้ได้ เพราะว่าสัญญาทางปกครอง มุ่งคุ้มครองและรักษาประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ทั้งนี้ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง จะมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและหลักทฤษฎี ที่ใช้ในการแบ่งแยกสัญญาเพื่อแยกสัญญาทั้งสองประเภทออกจากกัน จึงต้องศึกษาหลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วย

<sup>22</sup>ชาญชัย แสวงศักดิ์, “ระบบศาลปกครองของฝรั่งเศส,” ใน ศาลปกครอง, บรรณาธิการ โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540), หน้า 99.

#### 4.1.2 หลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส

การแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งสองประเภท จะมีความสำคัญในทางปฏิบัติมาก เนื่องจากสัญญาที่นิติบุคคลมหาชน ทั้งรัฐ องค์กรปกครองท้องถิ่น และองค์การมหาชนทำกับเอกชน หรือทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันแบ่งออกเป็นสองประเภท คือ สัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยสัญญาประเภทแรก จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ที่ใช้ระบบกฎหมายปกครองบังคับกับสัญญาดังกล่าว ส่วนสัญญาประเภทที่สองนั้น จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ซึ่งจะใช้ระบบกฎหมายเอกชนบังคับกับสัญญานั้น

แต่เดิมในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่าอาจแบ่งแยกนิติกรรมของฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจบังคับบัญชา กับนิติกรรมที่ฝ่ายปกครองบริหารกิจการอย่างเอกชน โดยถือว่าสัญญาทั้งหมดที่ทำโดยฝ่ายปกครอง หรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเป็นนิติกรรมประเภทหลัง ในสมัยนั้นสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมด อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน เว้นแต่สัญญาบางประเภทที่มีกฎหมายกำหนดไว้ โดยเฉพาะ ให้อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง จนปี ค.ศ. 1873 ศาลคดีขัดกันวินิจฉัยคดี Blanco โดยใช้แนวคิดเรื่องบริการสาธารณะเป็นเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาว่ากิจกรรมใดของฝ่ายปกครอง อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

คำวินิจฉัยคดี Blanco ได้แยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยถือหลักว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น เพื่อการจัดองค์กรหรือการปฏิบัติงานของบริการสาธารณะ จะเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองตามกฎหมายเอกชน<sup>23</sup> ซึ่งศาลใช้แนวคิดเรื่องบริการสาธารณะ เป็นเกณฑ์พิจารณาสัญญามานานพอสมควร ต่อมา ศาลพบว่า แม้นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบริการสาธารณะมาใช้ แต่ก็ยังมีจุดอ่อนอยู่ จึงพยายามหาหลักเกณฑ์อื่นในการแบ่งแยกสัญญา แต่มิได้หมายความว่า

<sup>23</sup>ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541), หน้า 45-46.



แก้ไขปัญหาการแบ่งแยกสัญญาได้ จุดบกพร่อง คือ บริการสาธารณะบางประเภทมิใช่ สัญญาทางปกครอง แต่สัญญาบางประเภทเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งที่มีได้สัมพันธ์กับ บริการสาธารณะแต่อย่างใด ทั้งบางกรณีกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง หรือกำหนดว่าสัญญานั้นให้อยู่ในเขตอำนาจของ ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

1) กรณีกำหนดประเภทสัญญา หรือศาลที่มีอำนาจไว้ในกฎหมาย โดยหลักแล้วกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส มีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง และศาลคดีขัดกันเป็นหลัก แต่กฎหมายบางฉบับกำหนดว่า สัญญาที่ทำขึ้นตามกฎหมาย นั้น ๆ เป็นสัญญาทางปกครอง หรือกำหนดว่าเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองและ นอกจากกำหนดไว้ในตัวบทกฎหมายแล้ว กฎหมายยังระบุไว้โดยทางอ้อมว่าหากมีข้อ พิพาทเกิดจากสัญญานั้น ๆ ก็ให้ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม มีอำนาจในการพิจารณาคดี สัญญาที่ให้ศาลปกครองมีอำนาจ อาจเป็นสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด โดยตรง หรืออาจเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง แต่กฎหมายให้อยู่ในอำนาจของ ศาลปกครองเป็นพิเศษก็ได้<sup>24</sup>

เมื่อแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง ศาลคดี ขัดกันก็วางหลักว่า กฎหมายและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารเท่านั้น ที่กำหนดสภาพของ สัญญาได้ เช่น รัฐกำหนดลงวันที่ 21 สิงหาคม ค.ศ. 1967 เกี่ยวกับการประกันสังคม กำหนดบุคลากรของกองทุนแห่งชาติซึ่งเป็นวิสาหกิจมหาชนว่ามีทั้งข้าราชการ เจ้าหน้าที่ ในระบบกฎหมายมหาชน หรือเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายเอกชน ที่ฝ่ายบริหารออกรัฐ กฤษฎีกากำหนดประเภทของบุคลากร ที่อยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนได้<sup>25</sup> ทั้งยังมีสัญญาที่ กำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ได้แก่<sup>26</sup> สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ สัญญา ที่เอกชนช่วยเหลือฝ่ายปกครอง ในการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ด้วยการให้-

<sup>24</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 331.

<sup>25</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำ บริการสาธารณะ, หน้า 45.

<sup>26</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 52 ตอนที่ 5 (เมษายน 2529): 78.

เงินหรือวัสดุ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐถือว่าเกี่ยวพัน โดยตรง กับสัญญางานโยธาสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง รวมทั้งสัญญาให้เข้าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาของรัฐ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่กำหนดในประมวลกฎหมายการพัสดุ สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะไม่ดี ส่วนสัญญาที่กำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เช่น สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะดี เป็นต้น

2) กรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดประเภทของสัญญาหรือศาลที่มีอำนาจไว้ในกฎหมาย จะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาใด อยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ดังนั้น การที่ศาลจะวินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใด ก็ต่อเมื่อกฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่หลายหลักเกณฑ์ เช่น<sup>27</sup>

(1) หลักเกณฑ์ในเชิงองค์กร หลักเกณฑ์นี้อาศัยคู่สัญญาที่อย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ

(2) หลักเกณฑ์ในแง่เนื้อหา ที่พิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่จัดให้มีบริการสาธารณะ หรือเพื่อมีส่วนร่วมจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาทางปกครอง จะต้องมิวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการบริการสาธารณะโดยตรง ส่วนสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ แต่ไม่ใช่ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง โดยสภาพแล้วย่อมไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ถ้าไม่มีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก

ข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐอย่างมาก ซึ่งจะไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไปนี้เอง เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่ใช้วินิจฉัย ประเภทของสัญญาที่พิพาท ซึ่งถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

#### 4.2 แนวคิดทางทฤษฎีของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส มีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและศาลคดีซัดกัน ต่างก็มีส่วนสร้างหลักสัญญาทางปกครอง โดยในคดี Blanco ของศาลคดีซัดกันเมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 ถือเป็นคำพิพากษาที่

<sup>27</sup> รัชนิกุล ปันเจียง, “ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 10.

วางหลักเกณฑ์กำหนดอำนาจศาลปกครอง ที่เชื่อมโยงทฤษฎีบริการสาธารณะ เป็นการแยกสัญญาของฝ่ายปกครอง ที่ทำขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาทางปกครอง ให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง และสัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ จะเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง จะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

สัญญาทางปกครองยุคแรก ๆ ของฝรั่งเศส จึงได้แก่ สัญญาโยธาสาธารณะ ต่อมาศาลปกครองวินิจฉัยรวมถึง สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ โดยคดี Terrier ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1903 และคดี Therond ลงวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 1910<sup>28</sup> ซึ่งเป็นการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ให้ครอบคลุมถึงสัญญาสัมปทานที่ให้ออกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐด้วย นอกจากนี้ นักวิชาการกฎหมายมหาชนยุคแรก ๆ ก็มีส่วนทำให้เกิดทฤษฎีสัญญาทางปกครองด้วย ในศตวรรษที่ 19 โดย Gaston Jeze เห็นว่า สัญญาทางปกครองกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ต่างอยู่บนพื้นฐานของการเคารพและปฏิบัติตามข้อสัญญา แต่สัญญาทางปกครองจะต้องยอมรับข้อผูกพันที่ว่าจะไม่ขัดขวางการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งให้ความสะดวกในการจัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง

นอกจากนี้ สัญญาทางปกครองโดยทั่วไป จะมีได้มีกฎหมายกำหนดรูปแบบไว้ แต่จะมีองค์ประกอบพิเศษ เช่น เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง และความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา เพราะในการจัดทำบริการสาธารณะฝ่ายปกครอง ต้องมีเอกสิทธิ์หรืออำนาจเหนือฝ่ายเอกชน เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะได้ เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนี้แก้ไขข้อสัญญาได้ โดยไม่ต้องรับความยินยอมจากคู่สัญญา จนบางครั้งก็เกิดปัญหา ตั้งแต่กฎเกณฑ์ที่ใช้ทำสัญญาทางปกครอง ที่ไม่ได้มีกฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร ไม่ว่าจะจากฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือศาลปกครองวินิจฉัยข้อพิพาทในสัญญาปกป้องผลประโยชน์ของรัฐ มากกว่าคุ้มครองประโยชน์เอกชน

#### 4.3 พัฒนาการของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 ที่มีการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ที่มีการเปลี่ยนแปลงทั้งระบบการเมืองการปกครอง ระบบกฎหมายและระบบศาล ที่ต่อมา มีการออกกฎหมาย

<sup>28</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 298.

ในปี ค.ศ. 1790 ห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครอง และจัดตั้งสภาแห่งรัฐหรือกงเซย์ เดต้าท์ (Conseil d'Etat) ในปี ค.ศ. 1799 และปี ค.ศ. 1806 ก็จัดตั้งแผนกคดีปกครองขึ้นในกงเซย์ เดต้าท์ อันเป็นการเริ่มต้นระบบศาลปกครองอย่างเป็นระบบ และมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองที่เชื่อมโยงกับทฤษฎีบริการสาธารณะ จึงเป็นหลักกฎหมายมหาชนที่ระบบศาลปกครองได้พัฒนาขึ้นภายใต้พัฒนาการทางทฤษฎีสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส จึงแบ่งสัญญาทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท<sup>29</sup> คือ สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ขณะที่บางกรณีกฎหมายกำหนดไว้โดยอ้อม ให้คดีเกี่ยวกับสัญญาที่กำหนด อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เช่น สัญญาว่าจ้างเอกชนก่อสร้างหรือบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ของรัฐ สัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐ

สัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอีกประเภทหนึ่ง ได้แก่ สัญญาทางปกครองโดยสภาพ เกิดจากการวางหลักของศาลปกครอง ที่เห็นว่าสภาพและเนื้อหาของสัญญาเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ ถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ คำว่า โดยสภาพนั้น ก็คือ เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญา ที่มีความมุ่งหมายแล้วย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสมีคำวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ จะต้องมีลักษณะ 2 ประการ คือ

- 1) คู่สัญญาจะต้องมีฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ
- 2) วัตถุประสงค์ของสัญญา จะต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เป็นการให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง หรือ

(2) การที่เนื้อหาหรือข้อกำหนดของสัญญา แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมาก และไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เช่น กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา หรือเลิกสัญญาได้โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ต้องให้ความยินยอม เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองบรรลุผล

---

<sup>29</sup> โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net)** (กรุงเทพฯ: พี. เพรส, 2547), หน้า 103.

อย่างไรก็ตาม เพื่อแก้ปัญหาข้อยุ่งยากที่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ประเทศฝรั่งเศสได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับใหม่ มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 2001 กำหนดให้ทุกสัญญาที่สร้างขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่ง เป็นสัญญาทางปกครอง นับว่าเป็นความสะดวกในการแบ่งแยกระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครอง<sup>30</sup>

#### 4.4 สัญญาทางปกครองในบริบทของทฤษฎีว่าด้วยสัญญา

หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา ไม่ว่าจะเป็นสัญญาในระบบใด ในเบื้องต้นจะต้องยอมรับหลักการพื้นฐานของสัญญา คือ การแสดงเจตนาที่ตรงกันระหว่างคู่สัญญา การยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of Will) และยอมรับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเสียก่อน จึงเกิดข้อตกลงที่เรียกว่า สัญญาขึ้น ดังที่กล่าวไว้แล้วในขั้นต้น

ดังนั้น เมื่อนำหลักต่าง ๆ มาศึกษานิติสัมพันธ์ในสัญญาทางปกครองโดยเทียบเคียงกับทฤษฎีว่าด้วยสัญญา ในระบบกฎหมายเอกชนแล้ว สัญญาเกิดจากข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญาสองฝ่าย คือ ต่างฝ่ายต่างกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน เนื่องจากหลักเจตนาเป็นพื้นฐานก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยคู่สัญญา ซึ่งตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of Will) จะมีสองทฤษฎี คือ ทฤษฎีเจตนา (Will Theory) ถือเอาเจตนาภายใน กล่าวคือ การก่อให้เกิดและผลของสัญญาขึ้นอยู่กับเจตนาที่แท้จริงภายใน มิใช่เจตนาที่แสดงออกภายนอกเท่านั้น ทฤษฎีนี้ยอมรับการแสดงเจตนา ในกรณีไม่สามารถพิสูจน์ถึงเจตนาที่แท้จริงได้และทฤษฎีการแสดงเจตนา (Declaration of Theory) ถือเอาเจตนาที่แสดงออกภายนอก โดยสัญญาถูกพิสูจน์ว่าเป็นข้อเท็จจริงที่รู้หรือเห็นได้เฉพาะที่แสดงออกมาเท่านั้น<sup>31</sup>

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Principle of Autonomy of Will) อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางนี้ว่า อยู่บนพื้นฐานของเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ การที่จะกล่าวว่ามีเจตนา มีความศักดิ์สิทธิ์ ไม่ได้หมายความว่า เจตนาที่มีความเป็นอิสระที่ก่อให้เกิดสิทธิและ

<sup>30</sup> โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 104.

<sup>31</sup> อรรนุช อาษาทองสุข, “การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 5.

หน้าที่ต่าง ๆ ตามที่เจตนาต้องการเท่านั้น แต่ให้ความสำคัญแก่เจตนา ถึงขนาดกล่าวได้ว่าที่ไหนไม่มีเจตนาที่นั่นก็ไม่มีสิทธิ์ด้วย<sup>32</sup>

ดังนั้น การเกิดสัญญาได้จึงต้องมีเจตนาตรงกัน แต่เจตนาตรงกันได้ก็ต้องมีการต่อรอง (Bargain) ซึ่งต้องมีอำนาจในการเข้าร่วมกำหนดเงื่อนไข หรือข้อความแห่งสัญญา โดยปราศจากการแทรกแซงและครอบงำของอำนาจรัฐ ทั้งข้อตกลงนั้นมีความมั่นคงแน่นอน และองค์ประกอบอีกข้อหนึ่ง ก็คือ เสรีภาพในการตกลงใจร่วมผูกพันตามสัญญา โดยผู้ตกลงใจมิได้ถูกบังคับให้ตกลงใจ และผู้ตกลงใจต้องเข้าใจข้อความอันต้องแท้แล้วจึงตกลงใจเข้าทำสัญญา บุคคลจึงมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองตามที่ตนต้องการ เจตนาจะเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญา เป็นตัวกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญาที่แท้จริง และเป็นตัวกำหนดกฎเกณฑ์ที่ให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญา ตลอดจนการตีความสัญญาด้วย

แนวคิดดังกล่าว นำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา กล่าวคือ ให้คู่สัญญามีอำนาจเต็มที่ในการทำสัญญา รัฐจะไม่ตรากฎหมายไปบังคับการทำสัญญาของเอกชน โดยปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่สัญญาของตนตามลำพัง กฎหมายจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับกรณีที่เห็นสมควรเป็นพิเศษเท่านั้น หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา จึงหมายความว่า เจตนาของเอกชนมีค่าเหนือกว่าสังคมหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การแสดงเจตนาของเอกชนเป็นตัวก่อให้เกิดหนี้ขึ้น หนี้มิได้เกิดจากอำนาจภายนอกอื่นใดซึ่งเป็นอำนาจทางสังคม<sup>33</sup>

หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา เป็นเครื่องมือในการทำสัญญาที่มีผลบังคับในระหว่างคู่สัญญา โดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเอง เพราะกฎหมายที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอ และไม่เหมาะสมที่จะปรับกับปัญหาหลายกรณีที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ทั้งควรจะต้องปล่อยให้เอกชนมีความคิดริเริ่ม ในการกำหนดและบังคับตามสิทธิของเขา หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา เป็นทฤษฎีที่พบอยู่ในระบบประมวล-

<sup>32</sup>คาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 10.

<sup>33</sup>สุธาบดี สัตตบุศย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปรียบเทียบ 1 (กรุงเทพฯ: บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 1.

กฎหมาย มากกว่าระบบกฎหมายจารีตประเพณี เพราะระบบประมวลกฎหมายยอมรับ ทฤษฎีเรื่องความยินยอมในสัญญา ดังจะเห็นได้จากสุภาษิตกฎหมายบทหนึ่งที่ว่า “สัญญาที่สร้างขึ้น โดยสมบูรณ์ย่อมมีผลบังคับ” หรือ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (PACTA SUN SERVENDA) ความคิดเห็นนี้ตรงกับหลักที่ว่า “สัญญาที่จะก่อให้เกิดหนี้ทาง กฎหมายได้ ต้องมาจากความยินยอมของคู่กรณี และกฎหมายก็มีหน้าที่ในอันที่จะบังคับ ให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี” ซึ่งกล่าวโดยสรุป ก็คือ หลักข้างต้นมีหลักเกณฑ์ว่า “บุคคลต้องมีอิสระในการทำสัญญาตามที่เขาต้องการ โดยปราศจากการแทรกแซง”<sup>34</sup>

หลักในทฤษฎีว่าด้วยสัญญาอีกหลักหนึ่ง ก็คือ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract) เป็นหลักกฎหมายซึ่งให้ความอิสระแก่บุคคลในการ ที่จะทำสัญญาตามที่เขาต้องการ แสดงให้เห็นเสรีภาพของบุคคล ที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิ ของเขาที่เขาต้องการ และเป็นหลักที่ให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญา ที่จะกำหนด ชนิด แบบและเนื้อหาของกิจการ ที่รัฐเข้าไปแทรกแซงน้อยที่สุด หลักเสรีภาพในการทำ สัญญานี้ เป็นหลักที่อธิบายแก่นแท้ที่เกิดจากสัญญา จะเป็นหน้าที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญา เพราะคู่สัญญามีเสรีภาพอิสระที่จะตกลงทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามี การเอารัดเอาเปรียบเกินไป หรือหน้าที่ตนรับภาระไว้นั้น มีมากกว่าหน้าที่อีกฝ่ายหนึ่งต้อง ตอบแทนจนไม่เป็นธรรมแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับตกลงก่อให้เกิดหนี้ นั้น โดยไม่ตกลงทำ สัญญาด้วย ดังนั้น เมื่อใดที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญา ก็ต้องถือเท่ากับว่าคู่สัญญาเห็นว่าหนี้ นั้นยุติธรรมแล้ว และหลังจากที่เกิดสัญญาขึ้นลูกหนี้จะมาอ้างในภายหลังว่า ตนไม่ได้ รับความยุติธรรมไม่ได้ เพราะในขณะที่ทำสัญญาไม่มีใครมาบังคับ

เมื่อนำทฤษฎีว่าด้วยสัญญา มาอธิบายสัญญาทางปกครอง พบว่าแม้แนวคิด ทั่วไปของสัญญาจะมีความคล้ายคลึงกัน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาทาง ปกครอง แต่ผลผูกพันของสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน และสัญญาในระบบ กฎหมายเอกชน มีข้อแตกต่างกันบางประการ กล่าวคือ สัญญาทางปกครองจะอยู่ภายใต้ ระบบกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นระบบพิเศษที่มีลักษณะสำคัญ คือ เกิดความไม่เสมอภาค ในระหว่างคู่สัญญา ซึ่งมีปัญหาในการอธิบายตามทฤษฎีว่าด้วยสัญญา กล่าวคือ ในทาง

<sup>34</sup>ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์- มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 81.

ทฤษฎีนั้น สัญญา หมายถึง บรรดาข้อตกลงที่มีขึ้นระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายขึ้นไป โดยเมื่อคู่สัญญาได้ทำข้อตกลงกันแล้ว ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในระหว่างคู่สัญญา ข้อตกลงนั้นจะเกิดจากเจตนารมณ์ระหว่างคู่สัญญา โดยยินยอมที่จะใช้เงื่อนไขต่าง ๆ ตามสัญญาร่วมกัน แต่ในสัญญาทางปกครองข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา อาจไม่ใช่ข้อตกลงที่เกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกัน เพราะสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐ อาจเป็นสัญญาที่เกิดจากการตกลงฝ่ายเดียว บนพื้นฐานความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาก็ได้ ดังนั้น หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาในระบบกฎหมายแพ่ง จึงไม่นำมาใช้กับสัญญาทางปกครองในกฎหมายมหาชน

นอกจากนี้ อาจกล่าวได้ว่า สภาพบังคับของสัญญาเกิดจากการแสดงเจตนา ร่วมกันของคู่สัญญา เพราะหากคู่สัญญามีได้แสดงความประสงค์ใด ๆ ในสัญญาแล้ว สัญญาที่จะขาดสภาพบังคับ หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา จึงเป็นเรื่องสำคัญมาก เพราะคู่สัญญาเข้าทำสัญญาผูกพัน เพราะความมีอิสระในตัวเอง มีความประสงค์จะผูกพันกัน ข้อผูกพันเกิดขึ้นในสถานะที่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา แต่ในระบบกฎหมายปกครองที่จะต้องบังคับสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนนั้น เป็นกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของภาครัฐ ที่มีวัตถุประสงค์แตกต่างจากกฎหมายเอกชน

ดังนั้น สภาพบังคับต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายปกครอง จึงแตกต่างจากสภาพบังคับที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเอกชน เพราะในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น นอกเหนือจากฝ่ายปกครองจะต้องแสดงเจตนารมณ์ของตนอย่างชัดเจน ในการทำสัญญาแล้ว เจตนารมณ์นั้นจะต้องสะท้อนและเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ อีกด้วย สภาพบังคับของสัญญาทางปกครอง จึงต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแตกต่างจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ที่สภาพบังคับของสัญญาจะต้องเป็นไปตามความประสงค์ของคู่สัญญา

ทั้งนี้ หากพิจารณาถึงทฤษฎีว่าด้วยสัญญาแล้ว พบว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนได้ ก็ด้วยเหตุผลสองประการ คือ

- 1) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และ
- 2) ประการที่สอง ระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาเป็นระบบกฎหมาย

มหาชน

กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ การไม่นำหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญา มาใช้ในการทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และการที่คดีข้อพิพาททั้งหลายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะต้องตกอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ดังนั้น สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น จึงไม่จำเป็นจะต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป สัญญาของฝ่ายปกครองหลายประเภท ที่อยู่ในบังคับของกฎหมายแพ่ง เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง สัญญาเหล่านั้นเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง ที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน และข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาสัญญาทางปกครอง จากทฤษฎีว่าด้วยสัญญาแล้ว ก็พบว่าระบบสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่เกิดปัญหาขึ้นหลายประการต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ปัญหาที่เกิดขึ้นตั้งแต่การที่กฎหมายทั้งหลาย ที่ได้นำมาใช้ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น จะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้อย่างชัดเจน เมื่อเปรียบเทียบกับการทำสัญญาของเอกชน ที่จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายแพ่ง นอกจากนี้การทำสัญญาทางปกครอง ก่อให้เกิดความกังวล และสร้างปัญหาให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยเฉพาะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ค่อยจะได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาหรือจากศาลปกครอง ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ที่เกิดข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครอง ที่ถูกมองว่ามีความโน้มเอียงไปในทางที่จะปกป้องผลประโยชน์ของรัฐมากกว่าคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน<sup>35</sup>

เมื่อนำทฤษฎีว่าด้วยสัญญา มาวิเคราะห์สัญญาทางปกครองแล้ว ก็มีคำถามเกิดขึ้นอย่างมากมายว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาจริง ๆ หรือไม่ หรือเป็นเพียงการที่ฝ่ายปกครองใช้กระบวนการในการทำสัญญา เข้ามาบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามความประสงค์ของฝ่ายปกครอง เพราะว่าในทางปฏิบัติแล้วไม่ว่าสัญญาจะมีข้อกำหนดไว้อย่างไรก็ตาม แต่ฝ่ายปกครองก็สามารถใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวได้ ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดี่ยวนี้นหากพิจารณาคดี ๆ แล้ว จะมีลักษณะเหมือนกับนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ฝ่ายปกครองใช้ในการปฏิบัติงาน หรือดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง

<sup>35</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 301.

นอกจากนี้ การแสดงเจตนารมณ์ในการทำสัญญา ก็เป็นปัญหาอีกประการหนึ่งของสัญญาทางปกครอง เพราะในตอนต้นในการแสดงเจตนาทำสัญญา ตามทฤษฎีว่าด้วยสัญญาแล้ว สัญญาจะต้องเกิดจากการแสดงเจตนารมณ์ร่วมกัน ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่ต่อมาเมื่อมีเรื่องวิธีการจัดทำบริการสาธารณะ หรือประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจพิเศษของตน แก้ไขสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวแล้ว เจตนารมณ์ในการทำสัญญาของฝ่ายเอกชน ก็จะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงถูกปรับเปลี่ยนไป โดยฝ่ายเอกชนไม่ได้มีเจตนารมณ์เช่นนั้น จึงกล่าวได้ว่า หากสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่เกิดจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญาแล้ว เจตนารมณ์ในการปฏิบัติตามสัญญา ก็อาจมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาก็เป็นได้

#### 4.5 สัญญาในกิจกรรมของฝ่ายปกครอง

โดยทั่วไปแล้ว สัญญาจะเป็นเครื่องมือในการก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่ฝ่ายปกครองก็ใช้สัญญามากำหนดความสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองด้วยกัน ซึ่งการนำระบบสัญญาในกฎหมายเอกชน มาใช้ในการทำกิจกรรมของฝ่ายปกครอง อาจทำให้ความหมายเดิมของสัญญาเปลี่ยนไป กล่าวคือ นอกเหนือจากการใช้สัญญาในรูปแบบเดียวกับของเอกชนเพื่อทำความตกลงกับเอกชนแล้ว ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจรัฐอยู่ในตัว ยังอาจใช้นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว มาเป็นส่วนเสริมของสัญญาเพื่อช่วยในการกำหนดกรอบ หรือแนวทางในการปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนอีกด้วย

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนี้เอง ที่ทำให้สัญญาในความหมายเดิมต้องเปลี่ยนไป ดังที่ได้วิเคราะห์เปรียบเทียบไว้เรื่องสัญญาทางปกครอง ในทฤษฎีว่าด้วยสัญญาข้างต้นแล้วว่า ระบบสัญญาทางปกครอง จะนำเอาทฤษฎีว่าด้วยสัญญามาอธิบายไม่ได้ เพราะการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองกำหนดข้อสัญญา รวมทั้งนำหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา และหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญามาใช้ไม่ได้ในทุกกรณี ดังนั้น ความหมายของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน จึงเปลี่ยนไปจากความหมายที่อธิบายโดยทฤษฎีว่าด้วยสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน

นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงสัญญาในกิจกรรมของฝ่ายปกครองแล้ว ก็พบว่าฝ่ายปกครองนำสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน มาใช้เป็นเครื่องมือในหลายรูปแบบทั้งนโยบายทางการปกครอง ที่มีการทำข้อตกลงซึ่งลงนามผูกพันระหว่างคู่สัญญา เป็นการใช้อำนาจเป็นเครื่องมือกำหนดความสัมพันธ์กัน หรือการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ



แผนพัฒนาเศรษฐกิจ สัญญากำหนดแผนงาน การจัดการปกครองส่วนท้องถิ่น สัญญา  
จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาให้สัมปทาน หรือแม้กระทั่งนิติกรรมฝ่ายเดียว ที่เป็นการ  
ออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียว อันมีลักษณะเป็นกิจกรรมตำรวจทางปกครอง

ทั้งนี้ ในการใช้สัญญาทางปกครอง เป็นเครื่องมือในการดำเนินกิจกรรมของ  
รัฐนั้น ถือได้ว่าสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบของสัญญาที่แน่นอน จะขึ้นอยู่กับ  
กับประโยชน์สาธารณะในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น แบบของสัญญาทางปกครองจึงมีทั้งสัญญา  
ที่กำหนดกฎเกณฑ์ทั่ว ๆ ไปที่เป็นสัญญากรอบ แบบของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อ  
ตอบสนองความต้องการจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชน หรือสัญญาดำเนินบริการ  
สาธารณะ หรือสัญญามอบบริการสาธารณะให้จัดทำ หรือแบบของสัญญากำหนดปัจจัย  
เช่น สัญญาจัดหาบริการ สัญญาว่าจ้างพนักงาน หรือแบบของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา  
เพื่อการตอบสนองความต้องการของคู่สัญญา แบบของสัญญาทางปกครอง จึงกำหนด  
ตามวัตถุประสงค์ของสัญญาที่สร้างขึ้น ว่าฝ่ายปกครองจะใช้สัญญานั้น ๆ เป็นเครื่องมือใน  
กิจกรรมของฝ่ายปกครองเพื่อการใด

#### 4.6 หลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

หลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น  
ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญอย่างมาก เพราะการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง  
หรือไม่นั้น จะมีผลทางกฎหมายที่สำคัญตามมาสองประการ กล่าวคือ ถ้าหากว่าสัญญา  
ใดเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะอยู่ในเขตอำนาจ  
ของศาลปกครอง ประการหนึ่ง และหลักกฎหมายที่ศาลจะนำมาปรับใช้แก่คดี จะเป็น  
หลักกฎหมายมหาชน ซึ่งมีระบบกฎหมายที่มีปรัชญาแตกต่างไปจากกฎหมายแพ่งอีก  
ประการหนึ่ง<sup>36</sup> ดังนั้น การที่ศาลวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง จึงต้องมี  
หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เพราะหากวินิจฉัยไม่เป็นไปตามเนื้อหาสัญญาแล้ว คดีอาจต้อง  
อยู่ในเขตอำนาจของอีกศาลหนึ่ง ในอีกระบบกฎหมายหนึ่ง ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์  
ที่แท้จริงของคู่สัญญา หรือไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ใช้บังคับสัญญานั้น

<sup>36</sup>สถาบันพระปกเกล้า และสำนักงานศาลปกครอง, รายงานการศึกษาวิจัยฉบับ  
สมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ: ม.ป.ท., 2547),  
หน้า 44.

การวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ในปัจจุบันมีหลักเกณฑ์พิจารณาสองประการหลัก คือ สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะเหตุที่กฎหมายกำหนด หรือสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และสัญญาที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ<sup>37</sup>

#### 4.6.1 สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะกฎหมายกำหนดไว้

หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองประเภทนี้ จะง่ายต่อการเข้าใจ เพราะถ้ามีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ก็ต้องถือตามนั้น บางครั้งกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าให้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่จะกำหนดโดยทางอ้อมให้คดีพิพาทที่เกิดจากสัญญานั้น จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งมีผลในทางกฎหมายเหมือนกัน คือ ต้องถือว่าต่างเป็นสัญญาทางปกครอง โดยการกำหนดของกฎหมาย<sup>38</sup>

สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส โดยการกำหนดของกฎหมาย จึงได้แก่<sup>39</sup>

1) สัญญาของรัฐ (Emprunts Publics de l'Etat) ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1790 และ 26 กันยายน ค.ศ. 1793

2) สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (Marches de Travaux Publics) ตามรัฐบัญญัติ Pluviose an VIII

3) สัญญาให้เข้าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (Contrats Comportant Occupation du Domaine Public) ตามรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1938 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยที่ดินของรัฐ มาตรา 84

4) สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Marches Publics) ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (Code de Marches Publics)

ในขณะเดียวกัน สัญญาบางประเภทที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ได้แก่

<sup>37</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” หน้า 73.

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 78.

<sup>39</sup> บุปผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศส และของไทย (กรุงเทพฯ: ม.ป.ท., 2545), หน้า 23-24.

1) สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงอาหารของราชการทหาร กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1905 และ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1930

2) สัญญาเข้ารับการรักษายาบาลของคนไข้ในฐานะดี กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1851 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายสาธารณสุข มาตรา L 680 ในขณะที่สัญญาการเข้ารับการรักษายาบาลของคนไข้ฐานะไม่ดี อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายสาธารณสุข มาตราเดียวกัน

ในปัจจุบันกฎหมายฝรั่งเศส ไม่มีกฎหมายนิยามสัญญาทางปกครองไว้ มีเพียงบัญญัติว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือให้ข้อพิพาทตามสัญญาประเภทใดอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ก็ต้องถือว่าสัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

#### 4.6.2 สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ จะไม่ใช่สัญญาที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่า สัญญาที่สร้างขึ้นตามกฎหมายนั้น ๆ เป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาที่กฎหมายบัญญัติว่า ให้เสนอข้อพิพาทต่อศาลปกครอง คดีจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนด แต่เป็นสัญญาที่มีวิวัฒนาการมาจากแนวคำพิพากษาของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ที่พิจารณาถึงสภาพและเนื้อหาสาระของสัญญาเป็นหลัก หากสัญญานั้นเกี่ยวพันโดยตรงกับประโยชน์สาธารณะ จึงถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ทั้งนี้ หากศึกษาวิวัฒนาการในคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์สองประการ คือ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา ที่จะต้องพิจารณาว่าสัญญาทางปกครอง จะต้องมีส่วนปกครองเป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา คือ เนื้อหาของสัญญาต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ หรือข้อกำหนดในสัญญาเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก<sup>40</sup>

<sup>40</sup>บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” หน้า 79.

#### 4.6.3 หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญาของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

การพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญานั้น สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองได้ อย่างน้อยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เมื่อพิจารณา คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนแล้ว จึงพิจารณาหลักเกณฑ์ เรื่องเนื้อหาสาระของสัญญา สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน จึงไม่มีทางที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ แม้ว่าสัญญาจะมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะโดยตรง<sup>41</sup> เช่น สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบริษัทผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางด่วน กับผู้รับเหมาเอกชน ซึ่งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ วินิจฉัยไว้คดี Societe' de l' Autoroute Esterel-Cote d' Azur ในปี ค.ศ. 1961 ว่าเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่ก็มีข้อยกเว้น คือ ประมาณ ค.ศ. 1960 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและศาลคดีขัดกัน ก็เริ่มยอมรับข้อยกเว้น โดยสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชน อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน คดีแรก คือ คำพิพากษาของศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1963 ข้อเท็จจริงมีว่า รัฐบาลผู้ตัดสินวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1955 กำหนดว่าการสร้างและหาประโยชน์จากทางหลวงประเภทซูเปอร์ไฮเวย์ นอกจากรัฐจะทำเองแล้ว รัฐยังอาจให้สัมปทานแก่องค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล หรือสภาหอการค้า หรือบริษัทที่รัฐมีหุ้นฝ่ายข้างมากอยู่ได้

ดังนั้น การสร้างทางหลวงซูเปอร์ไฮเวย์ทางตอนใต้ของฝรั่งเศส รัฐจึงตั้งบริษัทขึ้น โดยรัฐถือหุ้นใหญ่ เพื่อรับสัมปทานสร้างและหาประโยชน์จากงานดังกล่าว ตามสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับบริษัท ลงวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 1957 เมื่อได้รับสัมปทานแล้ว บริษัทสร้างทางก็มาว่าจ้างบริษัทผู้รับเหมาช่วงหลายบริษัท ให้สร้างทางเป็นช่วง ๆ ในบรรดาสัญญาผู้รับเหมาช่วงทั้งหลาย เกิดปัญหาขึ้นกับผู้รับเหมาช่วงรายหนึ่งซึ่งล้มละลาย เพราะการถอนตัวของผู้รับเหมาช่วงร่วม บริษัทผู้รับเหมาช่วงร่วมจึงได้ยื่นฟ้องบริษัทผู้รับสัมปทานเรียกค่าเสียหาย อ้างว่าฝ่ายหลังใช้กลยุทธ์ให้ผู้รับเหมาช่วงร่วมกับตนอีกรายหนึ่งถอนตัว โดยยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมเมืองพัว แต่เมื่อคดีมาถึงศาลอุทธรณ์เมืองตุลุส ศาลเห็นว่าคดีดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เพราะเป็นสัญญาทางปกครอง จึงส่งเรื่องให้ศาลคดีขัดกันวินิจฉัยเขตอำนาจศาล

<sup>41</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

ศาลคดีขัดกันตัดสินว่า โดยหลักการสร้างทางหลวงของรัฐ เป็นงาน โยธาสาธารณณะที่โดยสภาพเป็นหน้าที่ของรัฐ และรัฐได้ดำเนินการมาตั้งแต่เดิมเป็นหลัก แต่ในกรณียกเว้นอาจให้เอกชนเข้าดำเนินการแทนตาม รัฐบัญญัติลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1955 ในกรณีหลังนี้ต้องถือว่าบริษัทเอกชนที่รัฐมีหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง ซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานนั้น ทำเพื่อประโยชน์โดยตรงของรัฐ ดังนั้น สัญญารับเหมาช่วงดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นสัญญาการโยธาสาธารณณะ เป็นสัญญาทางปกครองที่ต้องขึ้นศาลปกครอง<sup>42</sup>

อย่างไรก็ดี อีกทฤษฎีหนึ่งที่เป็นข้อยกเว้น ในการที่จะทำให้สัญญา ระหว่างเอกชนกับเอกชนเป็นสัญญาทางปกครองได้ คือ ทฤษฎีผู้แทนหรือตัวแทนของ ฝ่ายปกครอง โดยศาลจะดูความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิด ระหว่างเอกชนที่เป็นตัวแทนกับ ฝ่ายปกครองที่เป็นตัวการ ถ้าหากการทำสัญญาของเอกชนนั้น อยู่ในฐานะผู้แทนหรือ ตัวแทนของฝ่ายปกครองแล้ว สัญญาดังกล่าวอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ แม้คู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นเอกชน ซึ่งคำพิพากษาที่วางทฤษฎีเรื่องผู้แทน หรือตัวแทนของฝ่าย ปกครองนี้ คือ คำพิพากษาศาที่ปรึกษาแห่งรัฐลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1975 คดีนี้ ศาลดูความสัมพันธ์ระหว่างกรมทางหลวงแผ่นดิน กับบริษัทที่รัฐถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งและ ผู้รับเหมาช่วง สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐถือว่าบริษัทแรก เป็นตัวแทนกรมทางหลวงแผ่นดิน ทำสัญญากับผู้รับเหมาช่วง ตามสัญญาที่กรมทางหลวงแผ่นดินกำหนด และควบคุมงาน โดยวิศวกรกรมทางหลวงแผ่นดิน เงินช่วยเหลือกรมทางหลวงแผ่นดินก็จ่ายผู้รับเหมา งานเสร็จก็ต้องส่งมอบงานให้บริษัทแรก แล้วกรมทางหลวงแผ่นดินเข้ารับช่วงสิทธิจาก บริษัทแรก สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>43</sup>

นอกจากนี้ ยังมีอีกข้อยกเว้นหนึ่ง กล่าวคือ สัญญาที่เอกชนทำระหว่าง กันอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าหากมีกฎหมายกำหนดเรื่องนั้นไว้โดยเฉพาะ<sup>44</sup> ซึ่ง มาตรา L84 ประมวลกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินของรัฐ กำหนดให้สัญญาเข้าครอบครอง สาธารณสมบัติของแผ่นดิน อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง มิได้ แยกว่าฝ่ายปกครองทำกับเอกชน หรือผู้รับสัมปทานทำสัญญากับเอกชน สัญญาที่เข้า

<sup>42</sup>บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.

<sup>43</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

<sup>44</sup>บุปผา อัครพิมาน, เรื่องเดิม, หน้า 31.

ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ที่ผู้รับสัมปทานทำกับบริษัทเอกชนบุคคลที่สาม จึงถือเป็นสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง<sup>45</sup> ดังนั้น การพิจารณาว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ หากใช้หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญา ที่สัญญาทางปกครองมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง ต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน แต่เอกชน อาจทำสัญญาทางปกครองได้ หากเอกชนอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งทำเพื่อประโยชน์นิติบุคคล ในกฎหมายมหาชน หรือเข้าทำสัญญาในฐานะตัวแทน หรือผู้แทนของฝ่ายปกครองหรือ กฎหมายอาจกำหนดให้สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน เป็นสัญญาทาง ปกครองได้ ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ซาปุส (Chapus) แห่งมหาวิทยาลัยปารีส ได้อธิบายเกณฑ์ ในการพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญาไว้ด้วย ดังนี้<sup>46</sup>

1) สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน กรณี- นี้มีคดีหนึ่งที่ศาลคดีขัดกัน ได้ตัดสินไว้เมื่อ ค.ศ. 1983 ในคดี Union des Assurance de Pares ว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็น สัญญาทางปกครอง ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลคดีขัดกันข้างต้น เท่ากับเป็นการวาง หลักว่าสัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน ให้สันนิษฐาน ไว้ก่อนว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากการดำเนินกิจการของนิติบุคคลมหาชนนั้น โดยปกติแล้วย่อมใช้วิธีการในการจัดการทางมหาชน

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ใช่ว่าจะใช้ได้ทุกกรณี บางกรณียัง ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นด้วย เพราะจะไม่ใช้บังคับในกรณีที่เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว สัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่าง คู่สัญญาเท่านั้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนที่สุดในทางปฏิบัติ ก็คือ สัญญาที่องค์กร ปกครองท้องถิ่น ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่ง ทำกับการไฟฟ้าแห่งประเทศไทย- ฝรั่งเศส ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชน ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน

<sup>45</sup>นครินทร์ ปกรณ์วิชชา, “หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง วิเคราะห์จากแนวคำพิพากษา คำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2549), หน้า 22.

<sup>46</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-24.

อีกประเภทหนึ่ง เพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญาฝ่ายหลัง จะเห็นได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายแรกมีฐานะเพียงผู้ใช้บริการรายหนึ่ง ไม่ต่างจากสัญญาที่รัฐวิสาหกิจนั้น ทำกับผู้ใช้บริการเอกชนทั่วไป สัญญาดังกล่าวจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

2) สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน การพิจารณาตามข้อนี้ หลักเกณฑ์เบื้องต้นมีอยู่ว่าสัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ได้ ซึ่งต่างจากหลักเกณฑ์ในกรณีแรก และการที่จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับวิธีการในการทำสัญญา เนื่องจากวิธีการในการทำสัญญานั้น จะไม่แตกต่างกันระหว่างวิธีการทำสัญญาของฝ่ายปกครองกับวิธีการของวิสาหกิจเอกชนใหญ่ ๆ เช่น สัญญาที่ทำกันโดยวิธีการประกวดราคา อาจจะเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่งก็ได้ ในขณะที่สัญญาที่ทำกันด้วยวาจา ก็อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้เช่นกัน ทั้งนี้ ตามคำวินิจฉัยของศาลคดีซัคกัน ในคดี Epoux Bertin ค.ศ. 1959 นอกจากนี้ การที่สัญญาตามกฎหมายเอกชนใด จะต้องได้รับอนุมัติจากเจ้าหน้าที่หรือองค์กรฝ่ายปกครอง ก็หาได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะของสัญญานั้น ให้เป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด

หลักเกณฑ์ประการต่อมา สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับบุคคลเอกชน เป็นสัญญาทางปกครองได้ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่น ๆ ประกอบด้วย กล่าวคือ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อสัญญาดังกล่าวเป็นนิติกรรมในทางบริหารจัดการแบบมหาชน โดยอาจมีเนื้อหาสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษ ที่เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนทั่วไป หรือเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือระบบของสัญญานั้น กล่าวคือ<sup>47</sup>

(1) สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยคดี Vosges ว่า สัญญาทางปกครอง ได้แก่สัญญาที่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ซึ่งมีข้อสังเกตดังนี้

ก. สัญญาที่อาจเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษมีอยู่มากมาย จนกล่าวได้ว่า ทุกสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะของ

<sup>47</sup> นกรินทร์ ปกรณ์วิชชา, เรื่องเดียวกัน, หน้า 25-27.

บริการสาธารณะที่การทำสัญญามุ่งตอบสนอง ยกเว้นสัญญาระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะ ที่มีลักษณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม กับผู้ใช้บริการที่วัตถุประสงค์สัญญา เพื่อให้ผู้รับบริการได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะ ซึ่งวัตถุประสงค์สัญญานี้เอง ทำให้สัญญานี้เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แม้มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม

ข. จำนวนข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน ในสัญญาแต่ละฉบับจะมีมากน้อยเท่าใด มิใช่สาระสำคัญ เพราะแม้มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเพียงข้อเดียว ก็ย่อมเป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

ค. คำวินิจฉัยของศาลให้คำนิยาม “ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน” ว่าเป็นสัญญาที่ให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญามีลักษณะพิเศษ ที่ปกติจะไม่ตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ปรึกษาแห่งรัฐคดี Stien ค.ศ. 1950 ที่ศาสตราจารย์ชาปุตต์ตั้งข้อสังเกตว่าเป็นคำจำกัดความของบางสัญญาเท่านั้น เพราะยังมีข้อสัญญาที่ถือว่ามีลักษณะพิเศษอย่างอื่นอีก ที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐ มีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชน

ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษนี้ อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของเอกชนจะทำได้ เช่น ยอมให้คู่สัญญาที่ดำเนินกิจการละครสัตว์และมหรสพของเทศบาลได้รับยกเว้นภาษี ตามคำวินิจฉัยศาลคดีขัดกัน ในคดี Consorts Cazautes ค.ศ. 1962 หรือข้อสัญญาที่กำหนดให้เทศบาล ต้องกำหนดภาษีท้องถิ่นทางตรงขึ้นใหม่ในกรณีจำเป็น เพื่อนำภาษีชำระหนี้เงินกู้รายปี หรือข้อสัญญาที่มีผลต่อบุคคลภายนอก เช่น ข้อสัญญาที่ให้อำนาจคู่สัญญา ในอันที่จะลงโทษทางวินัยแก่นักเรียนของโรงเรียนการเกษตร ที่คู่สัญญานั้นได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลและรับผิดชอบ

ส่วนข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษ ประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกัน ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชน กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งเป็นข้อสัญญาที่พบในทางปฏิบัติมากกว่าข้อสัญญาประเภทแรก จะเป็นการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุม หรืออาจจะกำหนดถึงขนาดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลยก็ได้ เช่น

ก) อาจเป็นการควบคุมโดยทั่วไป หรือเป็นการควบคุมโดยเฉพาะเจาะจง เช่น สัญญาให้ดำเนินกิจการของสนามกีฬา สำหรับแข่งขันหรือฝึกซ้อม

จักรยาน ซึ่งมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชน ควบคุมผลการบริหารทางการเงินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ ตามคำพิพากษาศาษาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ในคดี Societe' du Velodrome du Pare des Princes ค.ศ. 1965

ข) อาจกำหนดหน้าที่โดยเฉพาะบางประการ ให้แก่คู่สัญญาเอกชน เช่น ต้องขออนุญาตก่อนดำเนินการบางอย่าง หรือต้องระงับการดำเนินกิจการบางอย่าง ทั้งยังมีข้อกำหนดในลักษณะอื่น ๆ เช่น ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องถือปฏิบัติตามสัญญาอย่างไร หรือให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชน มีสิทธิเลิกสัญญาได้ไม่ว่ามีเงื่อนไขการบอกเลิกสัญญาว่า ต้องบอกกล่าวให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบล่วงหน้าก่อน หรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าทดแทนด้วยหรือไม่ก็ตาม

ง. บางสัญญาอ้างอิงถึงบันทึกต่อท้ายสัญญา ซึ่งจะมีการระบุถึงเงื่อนไขเรื่องอื่น ๆ ที่มีได้ระบุไว้ในสัญญา ที่ต้องพิจารณาว่าโดยตัวของมันเอง มิใช่เป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ จะมีผลทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ ซึ่งศาลยังวินิจฉัยแตกต่างกันอยู่ โดยคำพิพากษาศาษาที่ปรึกษาแห่งรัฐคดี Roudier de la Brille ค.ศ. 1968 และคดี Societe Atliers de Nettoyage de Fontainebleau ค.ศ. 1972 วินิจฉัยว่าข้อสัญญาเช่นว่านี้ มีผลให้เป็นสัญญาทางปกครองเสมอ ถึงแม้บันทึกต่อท้ายสัญญาที่โยงไปถึงนั้นจะไม่มีเงื่อนไข หรือข้อกำหนดใดที่มีลักษณะพิเศษเลยก็ตาม

แต่ในบางคดีศาลวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาเช่นว่านั้น มีผลให้เป็นสัญญาทางปกครอง ก็ต่อเมื่อบันทึกต่อท้ายสัญญามีเงื่อนไข หรือข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ตามคำพิพากษาศาษาที่ปรึกษาแห่งรัฐคดี Bureau de l' Edition Musicomecanique ค.ศ. 1938 และคดี Commune de Borce ค.ศ. 1981 ที่ศาสตราจารย์ชาปส์ เห็นว่าคำพิพากษาในคดี Commune de Borce ปี ค.ศ. 1981 นอกจากใหม่กว่าแล้ว ยังให้คำตอบในแนวทางที่สองไว้อย่างชัดเจนอีกด้วย จึงควรถือแนวคำพิพากษาคดีหลังสุด จนกว่าศาลจะเปลี่ยนแนวการวินิจฉัยเป็นอย่างอื่น

จ. ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษอาจจะตกเป็น โฆษะ เพราะขัดต่อกฎหมายว่าด้วยสัญญา หรือขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนบางหลักก็ได้ แต่ยังคงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอยู่นั่นเอง จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะวินิจฉัยว่าข้อสัญญานั้น ตลอดจนสัญญานั้นเองเป็น โฆษะหรือไม่ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองแวร์ซายในคดี Blanchard et Monbrum ค.ศ. 1984

(2) สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง อาจเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย หรือตามคำพิพากษาของศาลก็ได้ สัญญาทางปกครองประเภทนี้ แยกได้เป็น 3 ประเภทย่อย ดังนี้

ก. สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง หรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ สัญญานี้มิได้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย เพราะคำว่าสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย จะต้องหมายถึงสัญญาซึ่งโดยลักษณะแล้ว เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพียงเพราะกฎหมายให้ถือเป็นสัญญาทางปกครอง สำหรับสัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้างนี้ ถึงแม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองอยู่แล้ว เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น เนื่องจากการทำงานก่อสร้าง หรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์ มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการในการบริหารจัดการแบบมหาชนโดยแท้ เพราะว่าเป็นการทำงานดังกล่าวนี้ ทางราชการมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนที่เกี่ยวข้องหลายประการ สัญญาประเภทนี้แบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

ก) กลุ่มแรก สัญญาที่นิติบุคคลมหาชน ว่าจ้างผู้รับเหมาทำการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิด ที่มีไว้เพื่อสาธารณะประโยชน์โดยฝ่ายปกครองให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน และสัญญาที่นิติบุคคลมหาชนได้มอบให้ผู้รับเหมา ทำการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ แล้วยังมอบให้บริหารหรือดำเนินกิจการของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างขึ้นนั้นด้วย โดยผู้รับเหมาจะได้รับค่าตอบแทนจากนิติบุคคลมหาชนผู้ว่าจ้างนั้น

ข) กลุ่มที่สอง สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่เอกชน ก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ และให้ผู้รับสัมปทานเก็บค่าธรรมเนียมเป็นค่าตอบแทน และสัญญาที่เอกชนซึ่งได้รับประโยชน์จากการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์ ยอมมอบเงิน วัสดุ หรือที่ดินเพื่อก่อสร้างให้แก่นิติบุคคลมหาชน โดยมีเงื่อนไขว่านิติบุคคลมหาชนต้องก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์นั้น

ข. สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาประเภทนี้แม้กฎหมายกำหนด ให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ก็ไม่ใช่สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย เพราะการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น จะมีลักษณะเป็นการบริหารจัดการแบบมหาชน



ค. สัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินการ หรือจัดการบริการสาธารณะ โดยตรง สภาแห่งรัฐวินิจฉัยคดี Epoux Bertin และคดี Societe des Transports Gondarnd ค.ศ. 1956 ซึ่งเห็นข้อแตกต่างของสัญญาที่ดำเนินบริการสาธารณะ โดยตรง ที่เป็นสัญญาทางปกครองโดย “วัตถุแห่งสัญญา” กับสัญญาที่ทำเพื่อสนองตอบต่อบริการสาธารณะ เช่น สัญญาขนส่ง ที่จะ เป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญา ที่ทำขึ้นภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนเท่านั้น สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง มีอยู่ 3 ประเภท ดังนี้

ก) สัญญาให้สัมปทานดำเนินบริการสาธารณะ ที่วัตถุแห่งสัญญาให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน อาจจะมีลักษณะทางปกครอง หรือทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม นิติบุคคลมหาชนเท่านั้นที่ทำสัญญาประเภทนี้ และมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งสัญญาเช่นว่านี้ได้ เช่น คดี Therond ค.ศ. 1910 สัญญาระหว่างเมือง Montpellier กับนาย Therond เมือง Montpellier มอบให้คู่สัญญาดำเนินบริการสาธารณะด้านสาธารณสุขและความปลอดภัย โดยกำจัดสุนัขจรจัดและเก็บซากสัตว์ กับคดี Epoux Bertin ที่เป็นสัญญาที่ทำกันด้วยวาจา โดยทางราชการมอบให้สามีภริยาครอบครัว Bertin จัดอาหารเลี้ยงผู้อพยพชาวไซเวียระหว่างรอส่งกลับซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินบริการสาธารณะ ในการส่งกลับผู้อพยพซึ่งเป็นคนต่างด้าว

ข) สัญญาว่าจ้างบุคคลเข้าร่วมโดยตรงในการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เป็นสัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีส่วนร่วมในบริการสาธารณะ โดยตรง เช่น สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาลหรือสัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุแห่งสัญญา แม้ว่าสัญญาเช่นว่านี้จะไม่มีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ถ้าในสัญญากำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ปลีกย่อย เช่น ต้องทำความสะอาดอาคาร เจ้าหน้าที่เหล่านี้ได้รับการว่าจ้างตามความจำเป็นของบริการสาธารณะนั้น จะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ที่มักไม่พบในสัญญาทางแพ่งเท่านั้น แต่ศาสตราจารย์ซาปูลส์ เสนอความเห็น ว่า ควรถือว่าสัญญาจ้างบุคลากร ที่ให้เข้าปฏิบัติงานในบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองทั้งหมด เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุแห่งสัญญา โดยไม่ต้องแยกแยะหน้าที่ของบุคลากรที่ว่าจ้างดังกล่าวแล้วข้างต้น

ค) สัญญาที่หน่วยงานบริการสาธารณะทางปกครอง ทำไว้กับผู้ให้บริการ เป็นวิธีการอย่างหนึ่งของการดำเนินบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ตามเกณฑ์การพิจารณาที่ศาลกำหนดขึ้นในคำวินิจฉัยในคดี Epoux Bertin ในปี ค.ศ. 1956 สัญญาประเภทนี้ เช่น สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลดังกล่าว ซึ่งเป็นการดำเนินบริการสาธารณะ ที่มีลักษณะทางปกครองทางด้านการปลูกป่า โดยที่มีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ให้บริการ ตามคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐคดี Consorts Girmouard ค.ศ. 1956

(3) สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีข้อกำหนดหรือต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์พิเศษที่กฎหมายกำหนด อันถือว่ามีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายเอกชน เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเห็นว่า กฎหมายกำหนดให้ใช้สัญญานั้น บังคับตามกฎหมายพิเศษที่ไม่ค่อยพบกัน โดยทั่วไป

3) สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชน หากพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญา จะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะหรือไม่ หรือมีข้อสัญญามีลักษณะพิเศษ หรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ เช่น สัญญาระหว่างผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางด่วนกับผู้รับเหมาเอกชน สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยคดีหนึ่ง ในปี ค.ศ. 1961 ว่าเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน และศาลคดีขัดกันวินิจฉัยไว้ในแนวทางเดียวกัน<sup>48</sup>

ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นว่าสัญญาระหว่างเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชน ที่มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะ อาจเป็นสัญญาทางปกครอง ถ้าสัญญานั้นทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน ซึ่งต้องทำความเข้าใจกรณีเหล่านี้ด้วย คือ

(1) ข้อความที่ว่าเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน มีความหมายเฉพาะ หมายถึง กรณีที่องค์กรตามกฎหมายเอกชน ทำสัญญาโดยไม่ได้รับมอบอำนาจจากนิติบุคคลมหาชน แต่ดูเหมือนหนึ่งว่า นิติบุคคลมหาชนอยู่หลังฉาก แต่ถ้าปรากฏว่าองค์กรตามกฎหมายเอกชนทำสัญญาไปเองโดยอิสระ สัญญานั้นก็ย่อมมิใช่เป็นการทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน ก็ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

<sup>48</sup>นครินทร์ ปกรณวัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 32-34.

(2) ถึงแม้ข้อยกเว้นนี้ ศาลวางหลักไว้ในปี ค.ศ. 1963 เป็นสัญญา ระหว่างบริษัทผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางด่วน กับบริษัทผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชนเพื่อ สร้างทางด่วน ต่อมา ศาลใช้ข้อยกเว้นนี้กับกรณีบริษัทพัฒนาที่ดิน กับผู้รับเหมาก่อสร้าง เอกชน ตามคำพิพากษาศาษาที่ปรึกษาแห่งรัฐในปี ค.ศ. 1975 และใช้กับสัญญาระหว่าง สถาบันเครดิตฟองซิเอร์แห่งฝรั่งเศส กับเจ้าของทรัพย์สินที่อยู่ต่างประเทศ เพื่อบุคคล เหล่านี้จะไปอยู่ที่ประเทศฝรั่งเศสได้ ตามนัยคำพิพากษาคดีหนึ่ง ของสภาที่ปรึกษาแห่ง รัฐในคดี Dame Culard ในปี ค.ศ. 1976

(3) กรณีที่ถือว่าองค์กรตามกฎหมายเอกชน ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ ของนิติบุคคลมหาชน ที่อาจเป็นสัญญาทางปกครอง เสมือนหนึ่งนิติบุคคลมหาชนเป็น คู่สัญญา จะต้องพิจารณาข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมาก หรือพบข้อความที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ทั้งต้องพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วย

#### 4.6.4 หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

การวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ต้องดูหลักเกณฑ์ด้าน เนื้อหาสัญญาด้วย ตามที่สภาแห่งรัฐวางหลักไว้ต้องมีลักษณะใดลักษณะหนึ่ง คือ

1) สัญญามีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ดำเนินบริการสาธารณะ จึงนำกฎหมาย มหาชนบังคับ ไม่ใช่กฎหมายเอกชนที่มุ่งประโยชน์ส่วนตัวมาใช้<sup>49</sup> แต่ว่าสัญญาที่ฝ่าย ปกครองทำกับเอกชน จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ วัตถุประสงค์แห่งสัญญาต้องเป็นการดำเนิน บริการสาธารณะโดยตรง ขณะที่สัญญาที่ไม่ใช่บริการสาธารณะโดยตรง หากไม่มีข้อ สัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมาก จะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง<sup>50</sup>

หลักที่ว่าสัญญาทางปกครอง ต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนิน บริการสาธารณะโดยตรง สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวางหลักไว้ในคดี Bertin<sup>51</sup> หลังสงคราม โลกครั้งที่ 2 มีการรวมผู้ลี้ภัยเข้าศูนย์ส่งกลับ ผู้อำนวยการทหารผ่านศึกว่าจ้างด้วยวาจา ให้ครอบครัว Bertin ทำอาหารเลี้ยงชาวโซเวียตที่รอส่งกลับ ค่าจ้างวันละ 30 ฟรังก์ต่อ คนต่อวัน ต่อมา ผู้อำนวยการศูนย์ขอเพิ่มอาหาร โดยจ่ายเพิ่ม 7.5 ฟรังก์ต่อคนต่อวัน

<sup>49</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” หน้า 83.

<sup>50</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

<sup>51</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส, 20 เมษายน ค.ศ. 1944.

แต่รัฐมนตรีปฏิเสธจ่ายค่าอาหารที่เพิ่มขึ้น ผู้รับจ้างฟ้องเรียกค่าอาหารที่เพิ่มขึ้น รัฐมนตรีต่อสู้ว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ แต่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเห็นว่า สัญญาให้เลี้ยงคนต่างชาติเพื่อส่งกลับ ที่รัฐให้เอกชนทำแทน เป็นสัญญาทางปกครอง

ทั้งนี้ ศาลขยายหลักนี้ถึงสัญญาจ้างบุคคล มาดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง ในคดี *Affortit et Vingtain* ค.ศ. 1954 สัญญาจ้างบุคคลขององค์กรจัดทำบริการสาธารณะทางปกครอง เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุแห่งสัญญา แม้ไม่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ คำวินิจฉัยลงวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1959 คดี *Lauthier* พนักงานรักษาความปลอดภัยการเคหะ เป็นผู้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง<sup>52</sup> แต่คำวินิจฉัยศาลคดีขัดกันวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1980 คดี *Rosa Merino* วินิจฉัยว่าพนักงานทำความสะอาด มิใช่การร่วมจัดทำบริการสาธารณะ ส่วนคำวินิจฉัยลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987 คดี *Mme Selbonne* พนักงานทำอาหารในโรงอาหารโรงเรียนอนุบาล มีส่วนร่วมโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ เว้นแต่โรงอาหารมหาวิทยาลัย ตามคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1982 คดี *Robert D.* หรือทำงานโรงพยาบาลตามคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 1991 คดี *Celli*<sup>53</sup>

2) สัญญานั้นมีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก ถ้าฝ่ายปกครองไม่ต้องการสละสิทธิพิเศษ เขียนสัญญารักษาเอกสิทธิ์ต้องใช้กฎหมายปกครองบังคับ แต่ถ้าสัญญาไม่ได้รับรองเอกสิทธิ์ฝ่ายปกครอง ทั้งวัตถุแห่งสัญญาไม่ได้จัดทำบริการสาธารณะโดยตรง จะต้องถือว่าฝ่ายปกครองและเอกชนยอมรับกฎหมายแพ่งบังคับ<sup>54</sup> ส่วนข้อสัญญาลักษณะพิเศษที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่ง ศาลให้คำนิยามไว้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญา ที่ปกติไม่ตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่ง<sup>55</sup> ที่ศาสตราจารย์ซาปูลส์เห็นว่าเป็นเพียงคำจำกัดความของสัญญาประเภทหนึ่งเท่านั้น เพราะยังมีสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่อยู่ในวิสัยที่เอกชนจะทำได้

<sup>52</sup> นครินทร์ ปกรณ์วิชชา, เรื่องเดิม, หน้า 36

<sup>53</sup> นันทกุล พันธุ์คำ, “การแปลตำรากฎหมาย เรื่อง สัญญาของฝ่ายปกครอง (สารนิพนธ์อักษรศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 13.

<sup>54</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” หน้า 87.

<sup>55</sup> บุษพา อัครพิมาน, เรื่องเดิม, หน้า 38.

#### 4.7 สัญญาทางปกครองประเภทต่าง ๆ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

นักวิชาการไทยบางท่าน<sup>56</sup> แบ่งสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ออกเป็นสัญญาพัสดุ กับสัญญามอบหมายบริการสาธารณะให้จัดทำ ขณะที่นักวิชาการอีกท่านหนึ่ง อธิบายว่าสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่สำคัญ ๆ ได้แก่<sup>57</sup>

1) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบภารกิจทางปกครอง ด้านการจัดสร้างสาธารณูปโภค หรือการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน โดยให้เอกชนผู้รับสัมปทานต้องลงทุนเองแล้วเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการ

2) สัญญางานโยธาสาธารณะ เป็นสัญญาที่ให้เอกชนก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างที่ใช้ในกิจการสาธารณะ เช่น ก่อสร้างถนน ท่อระบายน้ำ โดยเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนตามสัญญา จากหน่วยงานทางปกครองที่เป็นคู่สัญญาโดยตรง

3) สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์หรือรับจ้างทำอุปกรณ์บางอย่าง เช่น การซื้อเวชภัณฑ์ทางการแพทย์

4) สัญญารับขนสาธารณะ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองตกลงให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะรับขนผู้โดยสาร หรือขนส่งสินค้าแทนหน่วยงานทางปกครอง

นอกจากนี้ ยังมีสัญญาลักษณะอื่นที่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาคุ้มภัยทางมหาชน สัญญาจ้างทำวิจัย<sup>58</sup> ทั้งนี้ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศสที่สำคัญ ๆ มีดังนี้

##### 4.7.1 สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ

สัญญาประเภทนี้โดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากการก่อสร้างหรือการบำรุงอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นสาธารณประโยชน์ นิติบุคคลมหาชนย่อมมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน ทั้งนี้ แยกออกได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้<sup>59</sup>

กลุ่มแรก สัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาเอกชน ก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์

<sup>56</sup>วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดิม, หน้า 211-212.

<sup>57</sup>นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 421.

<sup>58</sup>บุบผา อัครพิมาน, เรื่องเดิม, หน้า 24.

<sup>59</sup>ชาญชัย แสวงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, หน้า 40-41.

เป็นสัญญาว่าจ้างผู้รับเหมาเอกชน ก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ และดำเนินกิจการนั้นด้วย โดยนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนให้

กลุ่มที่สอง สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ ให้เอกชนก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์ โดยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการใช้บริการและสัญญาที่เอกชนมอบที่ดินให้รัฐ โดยได้ค่าตอบแทนจากการก่อสร้าง ที่รัฐต้องใช้ที่ดินนั้นก่อสร้างสิ่งสาธารณประโยชน์ ก็ย่อมถือเป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน

#### 4.7.2 สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญาประเภทนี้ กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่า แม้ไม่มีกฎหมายกำหนด สัญญาต้องเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดิน มีลักษณะเป็นการบริหารแบบเอกชน ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ คือ สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟ เพื่อการจัดตั้งและดำเนินกิจการร้านอาหาร สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของชายหาด เพื่อดำเนินกิจการที่เกี่ยวข้องกับการเล่นน้ำทะเล เป็นต้น

#### 4.7.3 สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาพัสดุเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย<sup>60</sup> ที่มีกฎหมายทั้งของฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารเกี่ยวข้องจำนวนมาก จึงรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายพัสดุ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1945 และแก้ไขในปี ค.ศ. 2001 สัญญาพัสดุปัจจุบันจึงอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายพัสดุ ที่เป็นกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ มาตรา 1 ประมวลกฎหมายพัสดุ กำหนดหลักเกณฑ์ว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใด เป็นสัญญาพัสดุว่า “สัญญาพัสดุ ได้แก่ สัญญาระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือเอกชน กับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ตามมาตรา 2 ประมวลกฎหมายพัสดุ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครอง ที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุ และการจัดให้มีบริการ”<sup>61</sup> ซึ่งยังแยกเป็นสัญญาย่อยได้ ดังนี้

1) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง ได้แก่ สัญญาก่อสร้างถนน สัญญาขุดคลอง สัญญาก่อสร้างสะพาน สัญญาสร้างทางระบายน้ำ สัญญาก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

<sup>60</sup>รัชนีกุล ปิ่นเจียง, เรื่องเดิม, หน้า 19.

<sup>61</sup>นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 423.

2) สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุ ได้แก่ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เพื่อการส่งน้ำ ส่งก๊าซ หรือส่งกระแสไฟฟ้า สัญญาซื้อขายเครื่องพิมพ์ดีด สัญญาจัดพิมพ์หนังสือ สัญญาซื้อหาอาหาร ถ่านหิน น้ำมัน รถยนต์ เครื่องมือเครื่องใช้ต่าง ๆ เป็นต้น

3) สัญญาจัดให้มีบริการ ได้แก่ สัญญาที่เกี่ยวกับการขนส่ง สัญญาจ้างผู้บริการรับส่งนักเรียน สัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่ได้ทำขึ้นเพื่อให้มีการจัดเก็บขยะหรือของเสียต่าง ๆ สัญญาที่เกี่ยวกับการบำรุงรักษา เป็นต้น

#### 4.7.4 สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการสาธารณะโดยตรง

1) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นการมอบหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะ ทั้งหมดหรือบางส่วนให้เอกชนคู่สัญญา เดิมนิติบุคคลมหาชนเท่านั้น มีอำนาจ อาจเป็นบริการสาธารณะทางปกครอง หรือบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรมก็ได้ เช่น นาย Therond กับเมือง Montpellier ทำสัญญาจับสุนัขจรจัด และเก็บซากสัตว์ ในปี ค.ศ. 1910 หรือสามีภริยา Bertin ตกลงกันด้วยวาจาเลี้ยงผู้อพยพรอส่งกลับชาวไซเวียตในปี ค.ศ. 1956 ที่ได้ศึกษาในรายละเอียดมาแล้วข้างต้น

2) สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมโดยตรง ในการดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญา แม้จะไม่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม เช่น สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาลของรัฐ

3) สัญญาที่ทำกับผู้ให้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เป็นสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ฝ่ายปกครองยังดำเนินการบริการสาธารณะแต่เอกชนทำให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองทำเสร็จสิ้น เช่น สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของเอกชน เจ้าของที่ดินเป็นผู้ให้บริการ โดยรัฐจ่ายค่าตอบแทน

## 5. พัฒนาการทางทฤษฎีของเขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

### 5.1 ความหมายของคำว่า “เขตอำนาจทางศาล”

เขตอำนาจทางศาล (Jurisdiction) เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสที่เป็นระบบศาลคู่ เขตอำนาจศาลเป็นอำนาจตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทในคดีใดคดีหนึ่งของศาลใดศาลหนึ่ง ภายใต้กฎหมายที่ให้อำนาจ ในประเทศที่ศาลปกครองเป็นกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Administrative Justice) อันเป็นกระบวนการยุติธรรมอีก-

ประเภทหนึ่งในระบบศาลคู่ (Duality of Jurisdiction) ซึ่งหากมีปัญหากเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเกิดขึ้น จะได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดโดยองค์กรที่มีอำนาจ ไม่ว่าจะศาลคดีซัดกันหรือศาลระงับความขัดแย้ง หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

“เขตอำนาจศาล” หรือ “เขตอำนาจทางศาล” (Jurisdiction) ถูกใช้ปะปนกับคำว่า “ทางศาล” (Jurisdictionnel) ที่หมายถึง อำนาจตัดสินชี้ขาดกับคำว่า “ทางศาลยุติธรรม” หรือ Judiciaire อยู่เสมอ ในประเทศที่มีได้มีการแยกระบบศาล ซึ่งการอธิบายความหมายของเขตอำนาจศาล ต้องอธิบายทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Power) ที่มองเตสกีเอร์ (Montesquieu) อธิบายว่าแต่ละรัฐมีอำนาจ 3 ชนิด คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจปฏิบัติการของสิ่งที่ขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน และอำนาจปฏิบัติการของสิ่งที่ขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง อำนาจแรก ฝ่ายปกครองใช้บัญญัติกฎหมายสำหรับระยะหนึ่งหรือตลอดไป อำนาจที่สอง ใช้เพื่อทำสัญญาสงบศึกหรือทำสงครามส่งหรือรับคณะทูต ป้องกันการรุกรานหรืออำนาจในการปฏิบัติการของรัฐ อำนาจที่สาม ใช้ลงโทษผู้กระทำผิด หรือตัดสินข้อพิพาทระหว่างเอกชนหรืออำนาจในการตัดสินคดี<sup>62</sup>

เมื่อมีการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1789 ฝ่ายปฏิวัตินำเอาหลักการแบ่งแยกอำนาจ มาใช้กับหลักการแบ่งแยกเจ้าหน้าที่ทางปกครองและศาลยุติธรรม โดยการกระทำของฝ่ายปกครอง จะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นอำนาจตุลาการและมีลักษณะเป็น “เขตอำนาจทางศาล” (Jurisdiction) ที่ไม่อยู่ในการควบคุมของ “เขตอำนาจทางศาล” (Jurisdiction) อื่นใดอีก การควบคุมฝ่ายปกครองที่มีอยู่ในเวลานั้น จะเป็นลักษณะของการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหาร<sup>63</sup>

ต่อมา ได้มีการตรารัฐธรรมนูญตั้งแต่วันที่ 16-24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 ห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาคดีของฝ่ายปกครอง และมีการตั้งสภาแห่งรัฐ หรือกงเซย์ เดต้าท์ (Conseil d'Etat) ในปี ค.ศ. 1799 และจัดตั้งแผนกคดีปกครองขึ้นในกงเซย์ เดต้าท์ อันเป็นการแบ่งแยกระบบศาล ที่มีอำนาจพิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครองออกจากระบบศาลยุติธรรมอย่างชัดเจน และมีพัฒนาการมาอย่างเป็นระบบจนถึงปัจจุบัน

<sup>62</sup> โภคิน พลกุล, ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า 11.

<sup>63</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

## 5.2 วิวัฒนาการของการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล

เมื่อมีการปฏิวัติในฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 ความเข้าใจที่มีต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกิเออร์ ฝ่ายปฏิวัติเข้าใจว่าอำนาจปฏิบัติการ ของสิ่งที่ขึ้นกับกฎหมาย แห่งซึ่งเรียกว่า Pouvoir Judiciare หรือ Judicial Power คือ อำนาจตุลาการ ต้องแยกจาก อำนาจนิติบัญญัติ หรือ Legislative Power และอำนาจบริหาร หรือ Executive Power โดยเป็นอำนาจที่ใช้ลงโทษผู้กระทำผิด หรือใช้ตัดสินข้อพิพาทระหว่างเอกชนเท่านั้น จึงมีการออกกฎหมายฉบับลงวันที่ 16-24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 ห้ามศาลยุติธรรมพิจารณา การกระทำของฝ่ายปกครองเพราะเป็นอำนาจบริหาร ส่งผลให้ฝรั่งเศสเป็นระบบศาลคู่

ต่อมา มีการตั้งสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ขึ้นในปี ค.ศ.1799 เพื่อเป็นสภา ที่ปรึกษาของพระเจ้าแผ่นดิน โปเลียนที่ 1 โดยในปี ค.ศ. 1806 ได้จัดตั้งแผนกคดีปกครองใน กองเซย์ เดต้าท์ เป็นการแยกฝ่ายปกครองที่ตัดสินข้อพิพาททางปกครอง ออกจากฝ่าย ปกครองที่ทำหน้าที่ปกครอง แต่กองเซย์ เดต้าท์ ไม่ได้ตัดสินข้อพิพาทเอง ต้องเสนอไป ยังประชุมแห่งรัฐ ซึ่งเรียกว่า ลา จูติส เรอเตอู (La Justice Retenue) จึงถือว่าถึงที่สุด<sup>64</sup>

ในปี ค.ศ. 1872 ได้ตั้งศาลระงับความขัดแย้ง (Tribunal des Conflits) เพื่อชี้- ว่าคดีจะฟ้องศาลใด โดยปี ค.ศ. 1872 กองเซย์ เดต้าท์ ตัดสินข้อพิพาททางปกครอง โดย ไม่ต้องเสนอไปยังประชุมแห่งรัฐอีก แต่เอกชนต้องเสนอเรื่องไปยังรัฐมนตรีก่อน หากไม่พอใจคำวินิจฉัยจึงอุทธรณ์ต่อไปยังกองเซย์ เดต้าท์ เรียกว่ามีนีสตรี่ ซูซ (Minister Juge) คือรัฐมนตรีทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาชั้นต้น กองเซย์ เดต้าท์จะทำหน้าที่เป็นองค์กร ในชั้นอุทธรณ์ จนในปี ค.ศ. 1889 มีคำพิพากษาของกองเซย์ เดต้าท์ ยกเลิกมีนีส ตรี่ ซูซ เอกชนจึงเสนอข้อพิพาททางปกครองให้กองเซย์ เดต้าท์วินิจฉัยได้โดยตรง<sup>65</sup>

## 5.3 หลักเกณฑ์การพิจารณาการกระทำเกี่ยวกับเขตอำนาจทางศาล

ศาสตราจารย์ Leon Duguit นักกฎหมายมหาชนผู้มีชื่อเสียงของฝรั่งเศส อธิบายว่า ลักษณะที่เป็น Juridictionnel นั้น จะต้องมียุติการประกอบ 3 ประการ คือ<sup>66</sup>

<sup>64</sup> โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

<sup>65</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>66</sup> โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 117-118.

- 1) มีปัญหากฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่มหาชน
- 2) มีการพิจารณาและให้ทางออกสำหรับปัญหากฎหมายนั้น
- 3) มีคำตัดสินซึ่งเป็นผลพวงมาจากทางออกสำหรับปัญหากฎหมายดังกล่าว

Duguit ขยายความต่อไปว่า การกระทำที่มีลักษณะเป็น Juridictionnel จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีปัญหากฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่ และเจ้าหน้าที่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อแก้ปัญหาภาษานั้น แต่ก็มีข้อสังเกตว่าปัญหานั้นอาจไม่ใช่ปัญหาภาษากฎหมาย กล่าวคือ<sup>67</sup>

- 1) มีข้อโต้แย้งว่าในทางอาญาเจ้าหน้าที่ มักได้รับการเสนอปัญหาข้อเท็จจริงไม่ใช่ปัญหาภาษากฎหมาย Duguit เห็นว่า ข้อโต้แย้งไม่ถูกต้อง เพราะจะวินิจฉัยข้อกฎหมายได้ ผู้พิพากษาต้องฟังข้อเท็จจริงก่อน นั่นคือจะบอกว่าอะไรคือกฎหมายได้ ต้องบอกก่อนว่าอะไรคือข้อเท็จจริง ผู้พิพากษาจึงมีหน้าที่กล่าวถึงกฎหมาย (Dire le Droit) คำว่า Dire le Droit หมายถึง ผู้พิพากษาไม่มีหน้าที่สร้างกฎหมาย แต่ต้องนำกฎหมายมาปรับใช้ ทั้งผู้พิพากษาต้องกล่าวถึงข้อเท็จจริง (Dire le Fait) เพื่อหาทางออกให้แก้ปัญหาภาษากฎหมายนั้น การแยกข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมาย เช่น จำเลยฆ่าผู้อื่น โดยเจตนาหรือไม่ ข้อกฎหมาย คือ จำเลยผิดฐานฆ่าผู้อื่นหรือไม่ ข้อเท็จจริง คือ มีผู้อื่นตายหรือไม่ ศาลดูข้อเท็จจริงก่อนว่ามีการตายเกิดขึ้นตามฟ้องหรือไม่ จึงดูว่าจำเลยมีความผิดตามฟ้องจริงหรือไม่

- 2) มีผู้โต้แย้งอีกว่าบ่อยครั้งที่เจ้าหน้าที่มหาชน ได้รับการเสนอปัญหาทางกฎหมาย และให้ทางออกสำหรับปัญหานั้น แต่การกระทำนี้ก็ไม่เป็น Juridictionnel เช่น การที่รัฐมนตรีต้องการแต่งตั้งข้าราชการ จะพิจารณาว่าข้าราชการผู้นั้นมีคุณสมบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ นี่คือนิติปัญหาภาษากฎหมาย ถ้าเห็นว่าผู้นั้นมีคุณสมบัติครบถ้วนก็แต่งตั้ง แต่การกระทำของรัฐมนตรีไม่ใช่ Juridictionnel เป็นการกระทำทางปกครองธรรมดา ทั้งรัฐมนตรีไม่ได้เข้ามาเพื่อบอกว่าอะไรคือกฎหมาย (Dire le Droit)

- 3) คำตัดสินต้องมีลักษณะที่เป็นคำบังคับ เมื่อถึงที่สุดแล้วต้องสันนิษฐานว่าถูกต้อง จะนำเรื่องเดิมมาฟ้องซ้ำไม่ได้ และต้องมีการบังคับตามคำตัดสินนั้น แต่ก็ต้องดูอีกว่าคำตัดสินมีลักษณะเป็น Subjective หรือ Objective กล่าวคือ ในคดีแพ่งซึ่งเป็นเรื่องสิทธิตามกฎหมายเอกชน (Subjective Law) การห้ามฟ้องซ้ำห้ามเฉพาะคู่ความในคดีถึง

---

<sup>67</sup> โภคิน พลกุล, ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า 15.

ที่สุด แต่ถ้าคำตัดสินมีลักษณะเป็น Objective เช่น เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเรื่องหนึ่ง ที่บังคับทั่วไป ด้วยเหตุผลว่าขัดต่อกฎหมายย่อมมีผลต่อทุกคน บุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่ความ จะมาฟ้องศาล ขอให้เพิกถอนคำสั่งนั้นของฝ่ายปกครองอีกไม่ได้ เนื่องจากคำพิพากษา ให้เพิกถอนในคดีแรก มีผลต่อทุกคนอยู่แล้วเพราะเป็นเรื่องของ Objective Law

Duguit ซึ่งให้เห็นว่า ศาลฝรั่งเศสที่แยกเป็นสองเขตอำนาจ ศาลปกครองกับ ศาลยุติธรรม ศาลปกครองถือเป็นเจ้าหน้าที่ทางปกครอง คำวินิจฉัยของศาลปกครอง เป็น Juridictionnel เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม แต่ไม่เป็น Judiciaire เพราะเป็นเจ้าหน้าที่ ทางปกครอง และไม่เป็น Administratif หรือการกระทำทางปกครอง เพราะคำวินิจฉัยมี องค์ประกอบของการเป็น Juridictionnel อย่างครบถ้วน

#### 5.4 ขอบเขตของคดีปกครองที่ใช้แบ่งแยกเขตอำนาจทางศาล

ศาสตราจารย์ Charles Debbasch ให้คำจำกัดความคดีปกครองว่า จะรวมถึง กฎเกณฑ์ทั้งหลายที่ใช้แก้ปัญหาในลักษณะทางศาล ในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกิจกรรม ทางปกครอง<sup>68</sup> เหตุผลของการมีคดีปกครอง คือ การให้ข้อพิพาทที่เป็นปัญหากฎหมายมี ทางออก โดยผู้ที่มีความสามารถเฉพาะด้าน โดยเฉพาะข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครอง กับเอกชน ที่ไม่อยู่ภายใต้ความเสมอภาคทางกฎหมาย คดีปกครองจึงเป็นมาตรการที่ สำคัญในการถ่วงดุล หรือคานความไม่เท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน

ศาสตราจารย์ J. M. Auby และ R. Drago กล่าวว่า คดีปกครองในความหมาย อย่างกว้าง หมายถึง ข้อพิพาทที่เกิดจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองสาธารณะ ตลอดจน กระบวนการเพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาท แต่ความหมายนี้ก็ไม่ได้รับการยอมรับ เพราะคำว่า คดีปกครองไม่รวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อเท็จจริงธรรมดา ที่ไม่ได้ขึ้นสู่การวินิจฉัยของ ผู้พิพากษา กล่าวอีกนัยหนึ่ง วิธีแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ที่ไม่ได้ขึ้นไปสู่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท จะไม่รวมอยู่ในคดีปกครอง<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Charles Debbasch, *Contentieux Administrative*, 2d ed. (Paris: n.p., 1978), p. 1., อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, *ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครองใน ฝรั่งเศส*, หน้า 17.

<sup>69</sup> J. M. Auby et R. Drago, *Traite' de Contentieux Administrative*, 2<sup>e</sup> ed (Paris: n.p., 1975), pp. 9-10, อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 17.

เหตุผลแห่งการจำกัดความหมายของคดีปกครอง เพราะไม่ต้องการให้คดีปกครองมีความหมายจนไม่มีขอบเขต และเป็นลักษณะของกฎหมายฝรั่งเศส โดยเฉพาะคือ ต้องการให้ความสำคัญแก่วิธีการทางศาล (Juridictionnel) ในการแก้ปัญหาข้อพิพาททางปกครองมากกว่าวิธีการอื่นในระบบกฎหมายอื่น คดีปกครองมีความหมายอย่างกว้างและรวมถึงวิธีการแก้ปัญหาข้อพิพาท ในลักษณะการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองด้วย Auby และ Drago จึงกล่าวต่อไปว่า คดีปกครอง จึงหมายถึง กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งปวง ที่กำหนดถึงการแก้ปัญหาด้วยวิธีการทางศาลในข้อพิพาททางปกครอง<sup>70</sup>

#### 5.4.1 ขอบข่ายของคดีปกครอง

เหตุผลของการให้มีคดีปกครอง ก็คือ เพื่อต้องการให้มีการแก้ปัญหาให้กับข้อพิพาท โดยเฉพาะข้อโต้แย้งเกี่ยวกับปัญหากฎหมาย ได้มีการหาทางออกโดยกฎหมาย โดยผู้พิพากษาที่มีความสามารถและเป็นกลาง แต่คดีปกครองมีลักษณะเฉพาะที่เป็นข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ไม่ว่าฝ่ายปกครองจะเป็นคู่ความโดยตรงหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับการทำกิจกรรมทางปกครอง กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ที่อาจก่อให้เกิดข้อพิพาทขึ้นได้ ต้องไม่อยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคทางกฎหมาย เพราะฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ที่พิเศษเหนือกว่าเอกชน ในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ คือ มีอำนาจกระทำฝ่ายเดียว เช่น ในการออกคำสั่งหรือในการบังคับการต่าง ๆ อันเป็นการทำให้เอกชน ต้องอยู่ในสภาพที่ด้อยกว่าฝ่ายปกครอง

การมีคดีปกครอง ก็เพื่อเป็นมาตรการสำคัญในการคานอำนาจของฝ่ายปกครอง ผู้พิพากษาจะควบคุมฝ่ายปกครอง ให้เคารพกฎเกณฑ์ที่กำหนดถึงอำนาจของตนที่ให้เอกสิทธิ์ที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ ได้ใช้ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด และเอกชนสามารถขอให้ผู้พิพากษาควบคุมกิจกรรมทางปกครอง ที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ที่ได้รับจากกิจกรรมทางปกครอง คดีปกครองจึงเป็นการคุ้มครองเอกชนจากฝ่ายปกครอง ดังที่ศาสตราจารย์ Jeze กล่าวว่า คดีปกครองในรัฐสมัยปัจจุบัน คือ การร้องเรียนในลักษณะทางศาล (Les Recours Juridictionnels) ทั้งปวง ที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองปัจเจกชน จากการใช้อำนาจเกินขอบเขตของฝ่ายปกครอง<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Auby et Drago., *ibid*, p. 10.

<sup>71</sup> *Ibid*, p. 15.

#### 5.4.2 เรื่องที่ไม่ถือว่าเป็นคดีปกครอง

ศาสตราจารย์ Auby และ Drago ยังได้แบ่งเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบข่ายของคดีปกครองไว้ 2 ประเภท ดังนี้<sup>72</sup>

##### 1) กระบวนการแก้ปัญหาข้อพิพาททางปกครองที่ไม่เกี่ยวกับทางศาล

(1) การประนีประนอม (La Conciliation) เป็นวิธีการแก้ปัญหาโดยมีผู้ไกล่เกลี่ย คู่กรณีมีอิสระที่จะรับหรือไม่รับ ข้อเสนอแก้ปัญหาของผู้ไกล่เกลี่ยก็ได้ การประนีประนอมจะพบในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้าง

##### (2) การร้องเรียนไปยังเจ้าหน้าที่รับเรื่องราวร้องทุกข์ (Mediateur)

เป็นแนวคิดออมบุดแมน (Ombudsman) ของกลุ่มสแกนดิเนเวีย และ Parliamentary Commissioner หรือเจ้าหน้าที่รับเรื่องราวร้องทุกข์ของฝ่ายนิติบัญญัติของอังกฤษ แต่ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี โดยร้องทุกข์ไปที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา และเป็นดุลพินิจของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา จะส่งเรื่องไปที่เมดิอาเตอร์หรือไม่ และการยื่นเรื่องร้องทุกข์ไปยังเมดิอาเตอร์ไม่ทำให้อายุความฟ้องคดีปกครองสะดุดหยุดลง

##### (3) การประนีประนอมยอมความ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

มาตรา 2044 ให้ความหมายว่าหมายถึง “ข้อตกลงที่คู่สัญญาตกลงระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้น โดยวิธียอมผ่อนผันให้แก่กัน” เป็นสัญญาทางแพ่งที่นำมาใช้ทางปกครองด้วย แต่ไม่ทำให้เป็นสัญญาทางปกครอง จึงอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม แต่การกระทำทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาประนีประนอมได้ เช่น มติสภาเทศบาลที่ให้เทศบาลทำสัญญาประนีประนอม มตินี้เป็นการกระทำทางปกครอง

(4) วิธีการอนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีการที่คู่กรณีที่พิพาทต้องการระงับข้อพิพาทนั้น โดยมอบให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด และยอมรับในคำชี้ขาดดังกล่าวอย่างจริงจัง เมื่อฝ่ายปกครองใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ ก็ไม่ใช่การใช้สิทธิทางศาล จึงไม่เป็นคดีปกครอง แต่อาจมีคดีที่สืบเนื่องจากการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจมีคดีปกครองหรือไม่ก็ได้ แล้วแต่ลักษณะของรูปเรื่องนั้น ๆ

<sup>72</sup> โภคิน พลกุล, ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า 20-21.

(5) การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง จะเกิดขึ้นเมื่อมีการคัดค้านการกระทำทางปกครอง อาจร้องเรียนไปยังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ผู้มีคำสั่งนั้นเองหรือผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่ง หรือผู้ที่มีอำนาจกำกับดูแลผู้ออกคำสั่งหรือผู้กระทำนั้น ดำเนินการได้ ไม่ว่าจะมิกฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ก็ตาม จึงไม่มีรูปแบบ สามารถร้องเรียนด้วยวาจาได้ ไม่มีอายุความ หรือเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ร้องเรียน

2) ข้อพิพาทที่ไม่ถือว่าไม่อยู่ในขอบข่ายของคดีปกครอง

(1) ข้อพิพาททางปกครองที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลฝรั่งเศส เงื่อนไขที่ศาลฝรั่งเศสมีอำนาจในคดีพิพาทได้ คือ ข้อพิพาทจะต้องเกิดจากกิจกรรมทางปกครองของฝรั่งเศส ดังนั้น ถ้ากิจกรรมทางปกครองไม่เป็นของฝรั่งเศส ย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลฝรั่งเศส ไม่ว่าจะศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ตาม

(2) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำในทางนิติบัญญัติ เป็นการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง และไม่ใช่อำนาจทางศาล เป็นวิธีการตรากฎหมาย เป็นกระทำในทางนิติบัญญัติ เกิดจากองค์กฤษฎีกาหรือรัฐสภา เช่น พระราชบัญญัติที่ออกโดยอัยการอำนาจนิติบัญญัติ ไม่ใช่กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

(3) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางสภา การกระทำทางสภาไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล ซึ่งในปัจจุบันยังคงถือตามแนวนี้คือ การกระทำทางสภาไม่ว่าทางกฎหมายหรือปฏิบัติการ มีความสัมพันธ์จากการควบคุมทางศาลเช่นเดียวกับการกระทำของรัฐบาล อันเป็นข้อยกเว้นหลักที่ว่า การกระทำในทางกฎหมาย จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมทางศาล กองเซย์ เคด้าท์ จึงไม่มีอำนาจเพิกถอนการกระทำทางสภา

(4) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล การกระทำที่อยู่ไม่อยู่ในการควบคุมทางศาล คือ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา หรือระหว่างรัฐบาลกับอำนาจต่างประเทศ ซึ่งเป็นปัญหาใหญ่ที่ยุ่งยากที่สุดอันหนึ่งในคดีปกครองฝรั่งเศส การกระทำดังกล่าว เรียกว่า การกระทำของรัฐบาล

(5) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำของศาลยุติธรรม มีหลักการจำกัดอำนาจของผู้พิพากษาศาลปกครองด้วยหลักความเป็นอิสระ และเขตอำนาจศาลยุติธรรมอาจถูกกระทบกระเทือน หากให้ผู้พิพากษาศาลปกครอง เข้าไปควบคุมการกระทำที่อยู่ในกรอบการดำเนินงานของศาลยุติธรรมได้ ศาลปกครองจึงปฏิเสธที่จะก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินงาน ของบริการสาธารณะทางการศาลยุติธรรม

### 5.4.3 ลักษณะทั่วไปของวิธีพิจารณาคดีปกครอง

วิธีพิจารณาคดีปกครอง สร้างขึ้นโดยผู้พิพากษาศาลปกครอง เพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับประโยชน์เอกชน ซึ่งจำแนกได้ ดังนี้<sup>73</sup>

- 1) เป็นวิธีพิจารณาแบบไต่สวน ศาลจะมีบทบาทในกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะการแสวงหาพยานหลักฐาน ที่อยู่ในความครอบครองของฝ่ายปกครอง
- 2) เป็นวิธีพิจารณาแบบกึ่งลับ ก่อนมีการกระทำทางปกครองจะไม่เปิดเผยแก่สาธารณะ แต่จะเปิดเผยก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการบังคับทั่วไป ซึ่งวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ได้รับอิทธิพลดังกล่าว เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ
- 3) เป็นวิธีพิจารณาแบบลายลักษณ์อักษร คดีปกครองซึ่งเป็นคดีที่มีฝ่ายปกครองเข้ามาเกี่ยวข้อง ผู้พิพากษาจะพิจารณาสิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก
- 4) เป็นวิธีพิจารณาที่เสียค่าใช้จ่ายน้อย เพราะมีหลายกรณีไม่จำเป็นต้องมีทนายความ โดยเหตุผลที่ต้องการให้บุคคลสามารถเข้าถึงศาลได้โดยง่าย
- 5) เป็นวิธีพิจารณาที่ได้รับอิทธิพล จากการเข้ามาเกี่ยวข้องของฝ่ายปกครอง เพราะมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชน เนื่องจากมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะ

## 6. ทฤษฎีและหลักกฎหมายที่ใช้แบ่งแยก

### เขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส



ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นระบบศาลคู่ แต่การแบ่งแยกเขตอำนาจศาลต้องอาศัยทฤษฎี และหลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้ จนสร้างหลักกฎหมายอย่างเป็นระบบ หลักเกณฑ์ที่ใช้แยกเขตอำนาจศาล มีที่มาจากหลักการแบ่งแยกหน้าที่ทางปกครองและทางศาลยุติธรรม ตามกฎหมายลงวันที่ 16-24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 มาตรา 13 ที่ว่าหน้าที่ทางศาลยุติธรรมแยกจากหน้าที่ในทางปกครอง ผู้พิพากษาไม่อาจก่อให้เกิดความยุ่งยากแก่การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทั้งไม่อาจเรียกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมาให้ปรากฏตัวต่อศาล เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้น<sup>74</sup>

<sup>73</sup> โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 45-46.

<sup>74</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 99.

## 6.1 การแบ่งแยกเขตอำนาจศาลตามลักษณะของกฎหมายที่ใช้บังคับแก้คดี

ในช่วงแรก ๆ ของศตวรรษที่ 19 หลักการแบ่งแยกหน้าที่ทางปกครองและศาลยุติธรรม ตามกฎหมายปี ค.ศ. 1790 มีอิทธิพลมาก ถือหลักว่าถ้าเป็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนก็ขึ้นศาลยุติธรรม ถ้าเป็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน ก็เป็นเรื่องของฝ่ายปกครอง ทั้งมีการคัดค้านการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล ที่กองเซย์ เดตาท์ในสมัยฟื้นฟูระบบกษัตริย์ (ค.ศ. 1814-1848) เกือบถูกยุบเลิก ศาลยุติธรรมมีบทบาทมากขึ้นเพราะนักทฤษฎียุคนั้นต่อต้านกองเซย์ เดตาท์ เพราะขาดความเป็นอิสระจน Proudhon กล่าวว่าเขตอำนาจศาลปกครองเป็นเขตอำนาจเฉพาะ ต้องจำกัดอำนาจให้มากที่สุด นักทฤษฎีอื่น ๆ ทั้ง Cormenin และ Macarel แม้เห็นด้วยกับกองเซย์ เดตาท์ ก็ยังวิจารณ์ว่าเรื่องบางประเภทควรอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เช่น เรื่องกรรมสิทธิ์ เรื่องสภาพบุคคล

แต่ Carando อธิบายความแตกต่างระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายปกครอง โดยแยกกฎหมายปกครองออกจากกฎหมายทั่วไป (Droit Common) ที่ศาลยุติธรรมไม่มีสิทธิที่จะพิจารณาถึงความเหมาะสม หรือดีความการกระทำทางปกครอง ฝ่ายปกครองก็ไม่มีสิทธิในเรื่องกรรมสิทธิ์และสภาพบุคคล ทำให้เห็นว่านักคิดยุคนั้นเริ่มยอมรับถึงการแบ่งแยกคดีปกครองออกจากคดีทั่วไป<sup>75</sup>

## 6.2 การแบ่งแยกเขตอำนาจศาลโดยทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของอำนาจมหาชน และการกระทำในลักษณะบริหารกิจการ

ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของอำนาจมหาชน (Actes de Puissance Publicue) และการกระทำในลักษณะบริหารกิจการ (Actes de Gestion) ที่ใช้แบ่งแยกเขตอำนาจศาล ปรากฏขึ้นช่วงกลางของศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีนี้ปรากฏขึ้นหลังผ่านช่วงแห่งวิวัฒนาการของแนวความคิดในครั้งแรกของศตวรรษ Deguit กล่าวว่า ลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน จะแสดงถึงความต้องการทางกฎหมายของหน้าที่แห่งการสั่งบังคับ<sup>76</sup> กิจกรรมของฝ่ายปกครองแยกได้เป็นการใช้อำนาจมหาชนและการบริหารกิจการ ศาลปกครองมีอำนาจเฉพาะการกระทำของอำนาจมหาชนเท่านั้น

<sup>75</sup> โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 99.

<sup>76</sup> G. Peiser, *Contentieux Administratif*, 3<sup>e</sup> ed (Paris: Mementos Dalloz, 1979), p. 36, อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 100.

Laferriere นักกฎหมายมหาชนอีกคนหนึ่ง อธิบายถึงการกระทำในลักษณะบริหารกิจการว่า เป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไป ในฐานะผู้บริหารบริการสาธารณะ มิใช่ในฐานะผู้ใช้อำนาจอธิปไตย การเลือกวิธีดำเนินการของฝ่ายปกครองมีลักษณะไม่ต่างจากเอกชน โดยหลักกฎหมายเอกชน ส่วนการกระทำในลักษณะสั่งบังคับฝ่ายปกครองจะทำในฐานะผู้ใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายบริหาร<sup>77</sup> การมองว่าเขตอำนาจศาลปกครอง เกี่ยวข้องเฉพาะการกระทำที่ใช้อำนาจมหาชนเท่านั้น ทำให้ศาลปกครองมีอำนาจจำกัดมาก เพราะจริง ๆ แล้วฝ่ายปกครองได้ดำเนินการต่าง ๆ ในลักษณะบริหารกิจการไม่น้อย จึงเกิดทฤษฎี “รัฐลูกหนี้” (L' Etat Debiteur) ขึ้นมา เพื่อขยายเขตอำนาจศาลปกครอง ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นโดยอาศัยการตีความกฎหมายในยุคปฏิวัติ โดยกฎหมายลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1793 ห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางการเงินของรัฐ<sup>78</sup> คือการใดที่รัฐเป็นลูกหนี้ ก็ย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่รัฐจะไม่หมายความรวมถึงองค์กรปกครองท้องถิ่น

### 6.3 การแบ่งแยกเขตอำนาจศาลโดยใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะ

ทฤษฎีบริการสาธารณะ มีวิวัฒนาการมาจากคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ซึ่งเป็นองค์กรณีวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลของฝรั่งเศส และพนักงานคดีปกครองในศาลปกครอง ที่ให้ความเห็นทางคดีที่ร่วมกันสร้างหลักเกณฑ์ ให้เหตุผลอธิบายขยายความ และสร้างทฤษฎีขึ้นมา จากการวินิจฉัยคดีปกครองที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ

ภายหลังการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1789 ได้มีรัฐบัญญัติลงวันที่ 16-24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 ห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาคดีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถูกฟ้อง เนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ ต่อมา มีรัฐกฤษฎีกา ค.ศ. 1794 ออกมายืนยันข้อห้ามนี้ ทั้งรัฐบาลขณะนั้นออกประกาศให้รัฐมนตรี มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางปกครองได้เป็นการทั่วไป<sup>79</sup>

<sup>77</sup> โภคิน พลกุล, ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า 100.

<sup>78</sup> Andre De Laubadere, *Traite de Droit Administratif Tome 2*, 6<sup>e</sup> ed (Paris: L.G.D.J., 1980), p. 421, อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 100.

<sup>79</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 20.

จนถึงปี ค.ศ. 1799 นโปเลียน โบนาปาร์ต ได้จัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐหรือ กองเซย์ เดต้าท์ (Conseil d'Etat) ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่สองประการ คือ ร่างกฎหมาย ให้กับประมุขฝ่ายบริหาร กับเป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหาร ในฐานะที่เป็นที่ปรึกษาฝ่ายบริหาร ทำให้กองเซย์ เดต้าท์ได้รับมอบหมายให้พิจารณาข้อพิพาททางปกครอง คำวินิจฉัยของกองเซย์ เดต้าท์ในฐานะศาลปกครอง จึงเป็นที่มาที่สำคัญของหลัก และทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในประเทศฝรั่งเศส

โดยเฉพาะทฤษฎีบริการสาธารณะ มีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflicts) ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 คดี Blanco เป็นคำวินิจฉัยแรกที่วางหลักกฎหมายปกครองและอำนาจศาลปกครอง ศาลคดีขัดกันวางหลักกฎหมายที่สำคัญ ที่เป็นต้นกำเนิดทฤษฎีบริการสาธารณะ คือ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ ที่รัฐจัดทำแล้ว หากมีข้อพิพาทอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน ทั้งหากเกิดความเสียหายต่อเอกชน จากการกระทำของบุคคลที่ทำงาน ในองค์กรที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่ง ในระบบกฎหมายเอกชนมาใช้ได้ จึงเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะวินิจฉัยชี้ขาด และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน<sup>80</sup>

นับตั้งแต่คดี Blanco สร้างทฤษฎีบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 ทฤษฎีเก้าทั้งทฤษฎี ว่าด้วยการกระทำของอำนาจมหาชน และการกระทำในลักษณะบริหารกิจการและ ทฤษฎีรัฐลูกหนี้ จะไม่นำมาแบ่งแยกเขตอำนาจศาล แต่จะใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะ โดยแยกความแตกต่างของกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะ กับกิจกรรมที่ไม่เป็นบริการ สาธารณะของฝ่ายปกครอง โดยการกระทำใดเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ การกระทำนั้นก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

อย่างไรก็ตาม ก็มีปัญหาทางกฎหมายอีกว่าบริการสาธารณะคืออะไรหรือ กิจกรรมใดของฝ่ายปกครอง จะถือว่าเป็นบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่วินิจฉัยไม่ถนัดนัก ซึ่งหากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลสามารถแยกได้ ดังนี้<sup>81</sup>

<sup>80</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

<sup>81</sup> โภคิน พลกุล, ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า 101.

### 6.3.1 บริการสาธารณะในกิจกรรมของฝ่ายปกครอง

การกระทำของฝ่ายปกครอง หรือกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองกระทำนั้น ไม่ได้เป็นบริการสาธารณะเสมอไป บางคนให้เหตุผลว่าบริการสาธารณะ คือ กิจกรรมร่วมอันสืบเนื่องมาจากการใช้อำนาจมหาชน ดังนั้น เอกชนจึงไม่อาจจัดทำได้ ซึ่งก็ไม่ใช่สอดคล้องกับความเป็นจริง โดยเฉพาะบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมและการค้า บางคนก็มองว่าบริการสาธารณะ ต้องเกี่ยวข้องกับกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ที่ดำเนินไปภายใต้รูปแบบ ที่มีลักษณะนอกเหนือไปจากกฎหมายทั่วไปเท่านั้น ซึ่งก็ไม่ใช่จริงอีก เพราะคดี Blanco ที่เป็นจุดเริ่มต้นของทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะยอมรับว่าในการบริหารบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองอาจจะใช้วิธีการตามกฎหมายเอกชนได้ ในที่สุดศาลปกครองได้ยอมรับความหมายของบริการสาธารณะ โดยดูที่จุดมุ่งหมาย คือ การใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ ก็ต่อเมื่อนั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อสาธารณะประโยชน์

### 6.3.2 บริการสาธารณะในกิจกรรมของเอกชน

กิจกรรมของเอกชนบางประเภทก็อาจเป็นบริการสาธารณะได้ แต่กรณีนี้เป็นกรณีพิเศษ เช่น ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชน จัดทำกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะ ทั้งนี้ อาจเกิดจากการที่กฎหมายบัญญัติ หรือเป็นเรื่องของสัญญาสัมปทาน บริการสาธารณะก็ได้ นอกจากนี้กิจกรรมบางอย่างที่เอกชนจัดทำ อันมิใช่เป็นการได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองมาแต่ต้น อาจเป็นบริการสาธารณะได้ถ้าเป็นการทำกิจกรรมแบบสาธารณสมบัติของแผ่นดิน โดยการได้รับอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินดังกล่าว ซึ่งการที่ศาลจะยอมรับว่ากิจกรรมใดของเอกชน เป็นบริการสาธารณะหรือไม่ ศาลจะพิจารณาถึงจุดมุ่งหมายของกิจกรรมนั้นก่อนว่า เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ โดยศาลจะดูเป็นเรื่อง ๆ ไป และยังพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ อีก เช่น กรณีกฎหมายกำหนดให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ กฎหมายให้เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน หรือเป็นการทำให้เอกชนมีหน้าที่พิเศษ นอกเหนือไปจากหน้าที่ตามปกติของคู่สัญญา ตามกฎหมายเอกชนหรือไม่

Remieu สรุปไว้ในคำวินิจฉัยของเซย์ เดคาท์ ในคดี Terrier วันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1903 ว่า ทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการออกระเบียบ และการดำเนินงานของบริการสาธารณะทั้งหลาย ไม่ว่าจะ เป็นบริการสาธารณะแท้ ๆ ที่กระทรวงหรือกรมจัดทำบริการสาธารณะทั่วไป หรือบริการสาธารณะท้องถิ่นที่เทศบาลจัดทำ เป็นการ

ดำเนินงานในทางปกครอง อยู่ภายใต้อำนาจศาลปกครองทั้งสิ้น การกระทำระหว่างฝ่ายปกครองกับบุคคลภายนอกหรือฝ่ายปกครองด้วยกัน ไม่ว่าจะการดำเนินการหรือการไม่ดำเนินการ หรือการดำเนินการไม่ดีเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ย่อมอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีบริการสาธารณะก็ยังมีปัญหาในการตีความ เพื่อการปรับใช้กับข้อเท็จจริงอยู่มากเช่นกัน

#### 6.4 ปัญหาการนำทฤษฎีบริการสาธารณะมาปรับใช้

ทฤษฎีบริการสาธารณะ ได้มีพัฒนาการมาจากแนวคำวินิจฉัยศาลคดีขัดกัน และถูกพัฒนาต่อมาโดยคำพิพากษาศาลปกครอง และศาลคดีขัดกัน แต่โดยที่ทฤษฎีบริการสาธารณะ มีขอบเขตกว้าง มีความเชื่อมโยงกับกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชนด้วย โดยเฉพาะกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ที่ใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือ มีปัญหาการปรับใช้ทฤษฎีอย่างมากว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะ ได้แก่

##### 6.4.1 ข้อจำกัดด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ตีความคำว่าบริการสาธารณะ

คำว่า บริการสาธารณะ จะตีความในลักษณะองค์กร คือ คุกองค์กรที่จัดทำ หรือลักษณะเนื้อหา คือ คุกองกิจกรรมที่ได้จัดทำ โดยยุคแรก ๆ ความหมายทั้งสองไปด้วยกัน เพราะกิจกรรมบริการสาธารณะจะทำโดยองค์กรของรัฐ แต่ระยะหลังเอกชนได้รับมอบหมายให้ทำบริการสาธารณะได้ ทำให้เกิดความยากลำบากในอธิบายความหมายให้ชัดเจน นอกจากนี้ เมื่อใช้หลักว่า บริการสาธารณะ ต้องมีจุดมุ่งหมายเพื่อสาธารณประโยชน์ จึงเกิดปัญหาตามมาว่า ขนาดไหนจึงจัดว่าเป็นสาธารณประโยชน์ พอที่จะถือว่ากิจกรรมอันใดอันหนึ่งเป็นบริการสาธารณะ<sup>82</sup>

##### 6.4.2 ข้อจำกัดเรื่องความหมายของบริการสาธารณะที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายปกครอง

บริการสาธารณะ เป็นกิจการที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครอง เป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน แต่มีปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ที่จะวินิจฉัยว่ากิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะหรือไม่ ปัญหาหนึ่งมาจากการนำกฎหมายมาปรับใช้กับบริการสาธารณะนั้น ๆ กล่าวคือ

<sup>82</sup> โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

1) การบังคับใช้กฎหมายเอกชนในบริการสาธารณะ กรณีนี้เป็นเรื่องความแตกต่างระหว่างการบริหารแบบมหาชนกับการบริหารแบบเอกชน ถ้านำกฎหมายเอกชนมาใช้ก็จะเป็นเรื่องของข้อยกเว้น เพราะส่วนใหญ่กฎหมายมหาชนมาใช้ ต่อมาบริการสาธารณะบางประเภท ที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมและการค้า ใช้บังคับตามกฎหมายเอกชนเป็นหลัก เพราะบริการสาธารณะดังกล่าว ควรใช้หลักกฎหมายเอกชนเป็นสำคัญ เพื่อให้เกิดความคล่องตัว ซึ่งศาลปกครองได้ยอมรับถึงบริการสาธารณะทางสังคมและวิชาชีพด้วย

2) การบังคับใช้กฎหมายมหาชนนอกเหนือจากบริการสาธารณะ กรณีนี้เป็นเรื่องที่รัฐมอบเอกสิทธิ์บางประการ ของอำนาจมหาชนให้แก่เอกชน โดยเอกชนนั้นมีข้อจำกัดจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง หรืออาจมอบเอกสิทธิ์ให้เอกชนทั้ง ๆ ที่เอกชนที่ได้เอกสิทธิ์ไม่ได้จัดทำบริการสาธารณะก็ได้ เช่น ฝ่ายปกครองและเอกชนร่วมทุนกันจัดทำกิจการทางอุตสาหกรรมและการค้า ภายใต้การควบคุมของฝ่ายปกครอง กิจการนี้โดยส่วนใหญ่จะใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับ

### 6.5 ข้อจำกัดในการนำแต่ละหลักเกณฑ์มาปรับใช้แบ่งแยกเขตอำนาจศาล

การแบ่งแยกเขตอำนาจศาล พบว่าจะมีปัญหาเรื่องการนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาปรับใช้ เพราะไม่มีหลักเกณฑ์ใดนำมาปรับใช้ได้อย่างสมบูรณ์ ไม่ว่าจะกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีหรือทฤษฎีต่าง ๆ เพราะแต่ละหลักเกณฑ์มีข้อบกพร่องทั้งสิ้น กล่าวคือ

#### 6.5.1 ความไม่สมบูรณ์ของหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่ง<sup>83</sup>

1) ทฤษฎีบริการสาธารณะ ที่เสนอโดยสำนักบริการสาธารณะเพื่อฟู่มากในปลายของศตวรรษที่ 19 หลังคดี Blanco และตอนต้นศตวรรษที่ 20 และค่อย ๆ เสื่อมถอยลง เนื่องจากระบบเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ มาสู่ลักษณะที่รัฐเข้ามาแทรกแซงทางเศรษฐกิจ ในระบบเสรีนิยมบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำ จะมีเพียงป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อย การศาล และทะเบียนราษฎร แม้มีบริการสาธารณะในทางเทคนิคและเศรษฐกิจ ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 แต่จัดตั้งโดยกฎหมายมหาชนเพื่อให้บริหารในลักษณะผูกขาด และใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดิน บริการสาธารณะจึงอยู่แยกออกจากหากจากสถาบันเอกชน แต่ก็เกิดปรากฏการณ์ของการขยายตัว และลักษณะ

<sup>83</sup> โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 103.

ใหม่ของการบริการสาธารณะ ที่มีวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ และการเข้าร่วมของเอกชนในการดำเนินงานเพื่อสาธารณประโยชน์ จะมีการใช้กฎหมายเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ ที่มีวัตถุประสงค์ในทางเศรษฐกิจ ได้แก่ บริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและการค้า ขณะที่การเข้ามาของเอกชน เช่น การรับสัมปทานบริการสาธารณะมาจัดทำ หรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับการดูแลรักษาในทางวิชาชีพ เช่น แพทยสภา และที่ไม่เป็นบริการสาธารณะแท้ ๆ แต่ทำเพื่อสาธารณประโยชน์ เช่น การทำเหมืองแร่ เป็นต้น จริงอยู่แม้ก่อนจะเกิดทฤษฎีบริการสาธารณะ การดำเนินการของฝ่ายปกครอง อาจใช้กฎหมายเอกชนในบางกรณี แต่ก็เป็นที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกใช้วิธีการนั้นและมีข้อจำกัด เมื่อเกิดทฤษฎีบริการสาธารณะ หากกิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะแล้ว ต้องอยู่ในบังคับกฎหมายปกครอง จะใช้กฎหมายเอกชนไม่ได้ แต่ไม่อาจถือเป็นหลักเกณฑ์ที่สมบูรณ์ ในการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลได้อีกต่อไปในปัจจุบัน เนื่องจากการแทรกเข้ามามีบทบาทอย่างมาก ของกฎหมายเอกชนดังกล่าว

นอกจากนี้ ข้อจำกัดของทฤษฎีบริการสาธารณะ ยังมีสาเหตุมาจากความหมายของบริการสาธารณะว่า จะอธิบายในลักษณะใดใช้หลักเกณฑ์ใด ถ้ามองในแง่องค์กร ในปัจจุบันก็ไม่ใช่เฉพาะฝ่ายปกครองที่เป็นผู้จัดทำ เอกชนก็เข้ามามีส่วนร่วมจัดทำบริการสาธารณะไม่น้อย ครั้นมองในหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาว่า กิจกรรมใดมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ ย่อมเป็นบริการสาธารณะ ก็เป็นปัญหาอีกว่าคำว่าสาธารณประโยชน์มีระดับที่แตกต่างออกไปได้ แต่แม้ทฤษฎีบริการสาธารณะจะไม่ใช้หลักเกณฑ์ที่สมบูรณ์ ในการใช้แบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม แต่ก็ยังเป็นเงื่อนไขที่สำคัญและจำเป็นอยู่เช่นเดิม

2) การบริหารแบบมหาชน จากเหตุผลที่ว่าทฤษฎีบริการสาธารณะไม่สมบูรณ์ นักทฤษฎีบางส่วนจึงพยายามหาหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีใหม่ โดยกลับไปหาแนวคิดว่าด้วยอำนาจมหาชน แต่วิเคราะห์และอธิบายใหม่แตกต่างไปจากเดิม กล่าวคืออำนาจมหาชนในความหมายเดิมนั้น หมายถึง อำนาจสั่งบังคับ แต่คำอธิบายใหม่หมายถึง การกระทำที่ดำเนินไปภายใต้เงื่อนไขที่นอกเหนือไปจากกฎหมายทั่วไป หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า การบริหารแบบมหาชน และการบริหารแบบเอกชน การอธิบายแบบนี้สามารถอธิบายถึงสัญญาตามกฎหมายเอกชนทำว่า เป็นการบริหารแบบเอกชน

กล่าวโดยสรุป ความหมายของบริการสาธารณะ โดยมองจากองค์กรที่จัดทำว่าต้องเป็นฝ่ายปกครอง ถูกละทิ้งและมองในแง่เนื้อหาที่ไม่สมบูรณ์ จึงอธิบายใหม่ด้วยการบริหาร เพราะบริการสาธารณะทำโดยฝ่ายปกครองหรือเอกชนก็ได้ เพียงแต่ว่าบริการสาธารณะประเภทใด ใช้กฎหมายใดเป็นกฎหมายหลัก เขตอำนาจศาลปกครองและศาลยุติธรรม ก็จะขึ้นอยู่กับว่าจะเป็นการบริหารแบบไหนเป็นสำคัญ

#### 6.5.2 การใช้หลักเกณฑ์หลายอย่างประกอบกัน<sup>84</sup>

เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์ใดใช้ได้สมบูรณ์ ศาลจึงใช้หลักเกณฑ์หลายอย่าง บางครั้งใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะ บางครั้งใช้ทฤษฎีอำนาจมหาชน บางครั้งใช้กฎหมายที่ใช้บังคับ นักทฤษฎีจึงไม่ใช้ทฤษฎีใดเพียงทฤษฎีเดียวอีกต่อไป กล่าวคือ ถ้าเป็นการกระทำที่เป็นคำสั่งบังคับเป็นการกระทำฝ่ายเดียว เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่ใช้เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน จึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เว้นแต่เป็นการกระทำของกระบวนการยุติธรรม หรือกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งการกระทำมุ่งถึงความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน แต่องค์กรเอกชนอาจมีการกระทำที่มีลักษณะการกระทำในทางปกครองได้ ถ้าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ และใช้เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน ถ้าเป็นการกระทำโดยสัญญาต้องดูว่าเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่ง

#### 6.6 การนำหลักเกณฑ์พื้นฐานมาปรับใช้แบ่งแยกเขตอำนาจศาล

ปัญหาเรื่องการใช้หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล ที่มีปัญหาการปรับใช้ทฤษฎีต่าง ๆ มาก เพราะแต่ละทฤษฎีต่างมีข้อจำกัด จึงได้ปรับใช้หลักเกณฑ์พื้นฐานต่าง ๆ ที่มีอยู่ในแต่ละทฤษฎี มาปรับใช้แก่คดีแต่ละคดี ดังนี้

##### 6.6.1 คดีที่ไม่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ<sup>85</sup>

1) คดีเกี่ยวกับกิจกรรมแบบเอกชนระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยหลัก หากไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะ คดีจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม แต่คดีอาจอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง หากกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ หรือแนวคำพิพากษาของศาลวางหลักไว้ เช่น การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเอกชนผู้รับเหมาในงานโยธาสาธารณะ หรือสัญญาสัมปทานสิ่งก่อสร้างสาธารณะ

<sup>84</sup> โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 106-107.

<sup>85</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 109.

2) คดีเกี่ยวกับกิจกรรมแบบเอกชน ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม แต่อ้างอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง หากความรับผิดชอบของเอกชนเกิดจากความเสียหายต่อสิ่งก่อสร้างสาธารณะ หรือสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

3) คดีเกี่ยวกับกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่บริการสาธารณะ อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม เป็นกิจกรรมที่ขาดวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะประโยชน์โดยสิ้นเชิง

#### 6.6.2 คดีเกี่ยวกับบริการสาธารณะที่บริหารแบบมหาชน<sup>86</sup>

1) บริการสาธารณะบริหารแบบมหาชน จัดทำโดยฝ่ายปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1) คดีเกี่ยวกับการกระทำทางกฎหมาย เพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่อยู่นอกเหนือกฎหมายทั่วไป จึงอยู่ในอำนาจศาลปกครอง หากเป็นสัญญาต้องเป็นสัญญาทางปกครองก็อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(2) คดีเกี่ยวกับสถานการณ์ที่ถือเสมือนมีสัญญา เช่น ลากมิควรรได้ในกรณีสัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นไม่ถูกต้อง หรือสัญญาสัมปทานที่ไม่ถูกต้อง

(3) คดีเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องและหนี้สินของฝ่ายปกครอง คดีเช่นนี้จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หากสิทธิเรียกร้องหรือหนี้สินนั้น สืบเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง

(4) คดีเกี่ยวกับการจัดทำงานโยธาสาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับ การวางผังหรือการพัฒนาทรัพย์สินสาธารณะ จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

(5) คดีชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการจัดทำบริการสาธารณะที่บริหารแบบมหาชน อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(6) คดีเกี่ยวกับการจัดระเบียบบริการสาธารณะ ได้แก่

ก. คดีเกี่ยวกับบุคลากร ส่วนใหญ่อยู่ได้บังคับกฎหมายมหาชน โดยอาจแยกได้ 2 ประเภท คือ บุคลากรที่มีสถานภาพตามกฎหมาย เช่น ข้าราชการและบุคลากรที่มีสถานภาพตามสัญญา แต่เป็นสัญญาทางปกครอง อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน แต่หากในสัญญามีข้อความใดที่โยงใยกับกฎหมายเอกชน หรือเจ้าหน้าที่ที่มีสถานภาพตามสัญญาแบบเอกชน เช่น ลูกจ้างรายวัน ศาลยุติธรรมจะมีอำนาจในคดีนี้

<sup>86</sup> โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 111.

ข. คดีเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินและทรัพย์สินที่พลเมืองใช้ร่วมกัน หรือใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ และส่วนประกอบส่วนควบของสาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วย

2) บริการสาธารณะบริหารแบบมหาชน จัดทำโดยฝ่ายปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม

(1) คดีเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น คดีเกี่ยวกับนิติกรรมที่กระทำเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ ที่ฝ่ายปกครองทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน จะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม สัญญาของฝ่ายปกครองบางอย่างกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ทั้งยังมีคดีเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องและหนี้ของฝ่ายปกครอง ศาลยุติธรรมมีอำนาจหากสิทธิเรียกร้องและหนี้ อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน รวมทั้งคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อเอกชน ที่เกิดขึ้นเนื่องจากความผิดส่วนตัวอันแยกออกจากงานในหน้าที่ได้

(2) คดีเกี่ยวกับการจัดระเบียบบริการสาธารณะ เฉพาะคดีเกี่ยวกับบุคลากร ศาลยุติธรรมจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษา เฉพาะบุคลากรของฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน หรือลูกจ้างเอกชนของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามสัญญาจ้าง-แรงงาน หากเป็นสัญญาทางปกครองก็จะอยู่ในอำนาจศาลปกครอง โดยลูกจ้างของฝ่ายปกครองนั้น ศาลจะคว่าลูกจ้างได้เข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่

3) บริการสาธารณะบริหารแบบมหาชนดำเนินการ โดยเอกชน บางครั้งเอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ ที่ส่วนใหญ่เป็นบริการสาธารณะแบบเอกชน แต่ก็มีกรณีที่เอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่บริหารแบบมหาชน เช่น บริการสาธารณะทางวิชาชีพหรือทางเศรษฐกิจ ที่รัฐควบคุมหรือกิจการโรงพยาบาล

(1) คดีเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ โดยหลักจะอยู่ในอำนาจศาลปกครอง ถ้าเป็นการกระทำฝ่ายเดียว แต่ถ้าเป็นสัญญาจะอยู่ในอำนาจศาลปกครอง เมื่อเป็นสัญญาที่เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ทำไปเพื่อประโยชน์หรือทำในนามขององค์กรฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ ความเสียหายที่เอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะบริหารแบบมหาชน ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นในขณะจัดทำ ก็อยู่ในอำนาจศาลปกครอง แต่หากมิได้ทำเพื่อประโยชน์ หรือในนามขององค์กรฝ่ายปกครอง แม้เกี่ยวข้องกับจัดทำบริการสาธารณะ ก็จะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม

(2) คดีเกี่ยวกับการจัดระเบียบของบริการสาธารณะ จะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม เพราะเป็นเรื่องของการจัดองค์กรเอกชน ไม่ใช่การจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องอาศัยอำนาจมหาชน แต่ถ้าเกี่ยวกับการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำกับดูแลองค์กรเอกชนในเรื่องนั้นแล้ว ก็จะเป็นอำนาจของศาลปกครอง

#### 6.6.3 คดีเกี่ยวกับบริการสาธารณะที่บริหารแบบเอกชน

บริการสาธารณะที่บริหารแบบเอกชน หมายถึง บริการสาธารณะที่โดยหลักแล้วอยู่ภายใต้ระบอบกฎหมายเอกชน อันทำให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี แต่ปัญหาก็คือว่า จะทราบได้อย่างไรว่า ในกรณีใดที่บริการสาธารณะอย่างหนึ่งมีการบริหารแบบเอกชน ซึ่งพิจารณาได้ ดังนี้<sup>87</sup>

##### 1) คดีเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า

(1) คดีเกี่ยวกับผู้ใช้บริการ เป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน จึงอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม แม้กรณีความสัมพันธ์เกิดจากสัญญาทางปกครอง ก็ยังอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม แต่หากมีประเด็นเกี่ยวกับการตีความการกระทำทางปกครองที่กำหนดค่าบริการ ศาลยุติธรรมต้องส่งประเด็นเช่นนี้ให้ศาลปกครองวินิจฉัย

(2) คดีเกี่ยวกับผู้ที่ต้องการจะใช้บริการ เมื่อบุคคลใดร้องขอที่จะใช้บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า คดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับหลักการและรูปแบบในการใช้บริการดังกล่าว อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม โดยมีข้อยกเว้นให้คดีอยู่ในอำนาจศาลปกครอง ในกรณีที่คำร้องขอของผู้ที่ต้องการใช้บริการได้รับการปฏิเสธ ทั้ง ๆ ที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมาย หรือสัญญาสัมปทานกำหนดแล้ว

(3) คดีเกี่ยวกับบุคคลภายนอก หมายถึง บุคคลที่ไม่ใช่ผู้ใช้บริการ และไม่ใช่ว่าเจ้าหน้าที่ขององค์กรจัดทำบริการสาธารณะ ทางอุตสาหกรรมและการค้า คดีเกี่ยวกับบุคคลดังกล่าว อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม

(4) คดีเกี่ยวกับการกระทำในทางกฎหมายมหาชน ที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า อาจเป็นการกระทำในรูปของสัญญาหรือการกระทำฝ่ายเดียวก็ได้ แต่ต้องเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดระเบียบหรือการควบคุมบริการสาธารณะดังกล่าว

<sup>87</sup> โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

2) คดีเกี่ยวกับการจัดระเบียบบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า ถ้าบริการสาธารณะจัดการแบบเอกชน เช่น ในรูปสัมปทานย่อมอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม จะมีข้อยกเว้นก็เป็นกรณีเฉพาะจริง ๆ เพราะบุคลากรและทรัพย์สินของเอกชนย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน แม้เป็นการเข้าจัดทำบริการสาธารณะ แต่ศาลปกครองจะมีอำนาจ ถ้าเอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะได้รับอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินของแผ่นดิน

ในคดีเกี่ยวกับบุคลากร ถ้าเอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแล้ว บุคลากรก็เป็นลูกจ้างของเอกชนตามกฎหมายแรงงาน ยกเว้นผู้บริหารสูงสุดอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง แต่ถ้าผู้บริหารสูงสุดสัญญาอนุญาตให้กฎหมายเอกชนบังคับ ก็อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม แม้เข้าทำงานตามกฎหมายมหาชน ก็ต้องบังคับตามที่สัญญากำหนด แต่อำนาจศาลยุติธรรมในคดีบุคลากร ของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า จะอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม คือ ศาลแรงงานเสมอไปหรือไม่ ศาลวางหลักว่าถ้าบริการสาธารณะที่ทำโดยรัฐ จังหวัด คอมมูน ศาลแรงงานจะไม่มีอำนาจ เพราะองค์การเหล่านี้ไม่อาจเป็นพ่อก้าวได้ ส่วนองค์การปกครองอิสระทางด้านการค้าและอุตสาหกรรมแล้ว ศาลแรงงานก็มีอำนาจเช่นเดียวกับกรณีที่เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

3) บริการสาธารณะทางสังคม เป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชนที่อยู่ในฐานะที่เสียเปรียบต่อความเสี่ยงต่าง ๆ อันเป็นผลมาจากสภาพทางสังคมของเขา<sup>88</sup> จะอยู่ในเขตอำนาจศาลใด ศาลปกครองเห็นว่าการพาเด็กทัศนศึกษาโดยฝ่ายปกครอง เป็นบริการสาธารณะทางปกครอง ศาลยุติธรรมเห็นว่าไม่ใช่บริการสาธารณะ ศาลระงับความขัดแย้งได้ชี้ขาดว่า การพาเด็กทัศนศึกษาโดยฝ่ายปกครอง เป็นบริการสาธารณะทางสังคม แต่ไม่ได้มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากเอกชน จึงอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม

ขณะที่บริการสาธารณะทางสังคม ที่เป็นการสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน กองเซย์ เดคาท์ ชี้ขาดให้เป็นอำนาจศาลยุติธรรม แม้ได้ใช้เอกสิทธิ์ตามกฎหมายมหาชน ทั้งคดีระหว่างองค์กรจัดทำบริการสาธารณะกับบุคคลภายนอก ก็ยังอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ศาลปกครองจะเข้ามามีอำนาจ ก็เฉพาะเรื่องเกี่ยวกับคำสั่งหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อวางกฎระเบียบหรือควบคุมบริการสาธารณะ

<sup>88</sup> Andre de Laubadere, *Traite' de Droit Administratif Tome I*, 6<sup>e</sup> ed. (Paris: L.G.D.J., 1973), p. 633, อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 131.

## 7. องค์กรชี้ขาดเขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

องค์กรชี้ขาดเขตอำนาจศาลแต่ละประเทศ มีรูปแบบและหลักเกณฑ์ที่แตกต่าง กันไป ตามพัฒนาการทางทฤษฎีและวิวัฒนาการ จนเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้อย่างเป็นระบบ โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นระบบศาล ที่มีอำนาจหน้าที่ รูปแบบ และวิธีการ ดังนี้

### 7.1 ศาลระงับความขัดแย้งหรือศาลคดีขัดกัน

ก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ความขัดแย้งระหว่างศาลปาลेमองต์ กับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะชี้ขาดโดยกษัตริย์ผ่านทางสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ เรียกว่า ลา ซุสตีส เรอเตอนู (La Justice Retenue) อำนาจกษัตริย์บังคับให้ศาลยุติธรรม ส่งคดีให้ ฝ่ายปกครองพิจารณาได้แต่หลังปฏิวัติฝ่ายบริหารจะเป็นผู้ชี้ขาดเขตอำนาจศาล โดยการ ควบคุมของอำนาจนิติบัญญัติ ตามกฎหมายฉบับลงวันที่ 7 และ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1790 ต่อมา รัฐบาลประกาศใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความขัดแย้งเรื่องเขตอำนาจศาล ลงวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 1828 จนถึงสมัยสาธารณรัฐที่สอง (ค.ศ. 1848-1851) คณะกรรมการร่าง- รัฐธรรมนูญ เสนอให้มีศาลที่สมาชิกมาจากกงเซย์ เดต้าท์ และศาลฎีกาฝ่ายละเท่ากัน จนประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับกงเซย์ เดต้าท์ ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1849 ให้ศาลระงับความขัดแย้ง มีสมาชิกจากกงเซย์ เดต้าท์ 4 คน ศาลฎีกา 4 คน ส่วนวิธีพิจารณาจะมีกฤษฎีกา ลงวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 1849 และรัฐบัญญัติลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1850 เมื่อระบบสาธารณรัฐสิ้นสุดลง ประมุขของรัฐชี้ขาดเขตอำนาจ- ศาล โดยแผนกคดีปกครองและที่ประชุมใหญ่กงเซย์ เดต้าท์ พิจารณาเบื้องต้นและ ร่างคำวินิจฉัยชี้ขาดให้ประมุขลงนาม จนถึงปี ค.ศ. 1872 ได้ตรารัฐบัญญัติลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 เกี่ยวกับการจัดระเบียบของกงเซย์ เดต้าท์ ให้มีศาลระงับความ ขัดแย้ง (Le Tribunal des Conflits) โดยปรับปรุงแก้ไขจากของเดิม และประกาศใช้โดย ให้รัฐบัญญัติลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1850 และกฤษฎีกาลงวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 1849 เกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาลระงับความขัดแย้ง ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ยังมีผล บังคับใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน<sup>89</sup>

<sup>89</sup>Charles, op. cit., p. 125, อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมาย มหาชน 2: คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า 176-177.

## 7.2 อำนาจหน้าที่ของศาลระดับความขัดแย้ง

ศาลระดับความขัดแย้ง มีอำนาจชี้ขาดอำนาจศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง ในเขตอำนาจของแต่ละศาล ทั้งห้ามศาลปกครองพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 ที่ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ร้องไปยังศาลระดับความขัดแย้งว่า คดีที่อยู่ในศาลปกครอง ไม่ใช่คดีปกครอง แต่เป็นการกระทำของรัฐบาล ต่อมา รัฐบัญญัติลงวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1932 ขยายอำนาจศาลระดับความขัดแย้ง ให้พิจารณาเนื้อหาความขัดแย้งที่ทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ต่างมีคำพิพากษาถึงที่สุดในเรื่องเดียวกันแต่พิพากษาต่างกัน ชี้ขาดให้บังคับตามคำพิพากษาของศาลใด คำวินิจฉัยของศาลระดับความขัดแย้ง มีอิทธิพลต่อกฎหมายที่จะบังคับใช้ คือ การวินิจฉัยว่าศาลใดมีอำนาจ หมายถึง การนำเอาหลักกฎหมายมหาชน หรือกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับแก่คดี ทั้งมีอิทธิพลในการวางหลักเกณฑ์กำหนดเขตอำนาจศาล และความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจศาลกับเนื้อหาของเรื่อง ทั้งของศาลปกครองและศาลยุติธรรม เช่น การพยายามให้ความหมายของคำว่า บริการสาธารณะ เพื่อกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองและศาลยุติธรรม<sup>90</sup>

## 7.3 การชี้ขาดเขตอำนาจศาลในกรณีศาลยุติธรรมอ้างว่าตนมีอำนาจพิพากษา แต่ฝ่ายปกครองเห็นว่าไม่มีอำนาจ

กรณีนี้เรียกว่า กองฟลี โปซีตีฟ (Conflict Positif) ศาลยุติธรรมอ้างว่า มีอำนาจในคดีใดคดีหนึ่ง แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นว่า ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจ ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเสนอเรื่องไปยังศาลระดับความขัดแย้ง เพื่อวินิจฉัยว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจหรือไม่ กระบวนการทั้งหมดศาลปกครองยังไม่เข้ามาเกี่ยวข้อง เป็นเรื่องระหว่างศาลยุติธรรมกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไม่ใช่ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง

สำหรับกระบวนการพิจารณา เมื่อมีการฟ้องคดีไปยังศาลยุติธรรม และยังไม่มีการคำพิพากษาถึงที่สุด ฝ่ายปกครองยกเรื่องกองฟลี โปซีตีฟขึ้นได้ ทั้งในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะยกปัญหากองฟลี โปซีตีฟได้ คือ ผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งจะรับผิดชอบเฉพาะคดีที่เกิดขึ้นในเขตของตนเท่านั้น

<sup>90</sup> โภคิน พลกุล, ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า 181-182.



#### 7.4 การชี้ขาดเขตอำนาจศาลในกรณีทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ต่างปฏิเสธว่าตนไม่มีอำนาจพิจารณา

กรณีนี้เรียกว่า กองฟลี เนกาตีฟ (Conflict Negatef) เป็นกรณีทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ต่างปฏิเสธว่าไม่มีอำนาจในคดีนั้น ซึ่งมีเงื่อนไขอยู่ 3 ประการคือ

- 1) มีการฟ้องคดีเดียวกันไปยังศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองต่างปฏิเสธไม่รับฟ้อง อ้างว่าไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา
- 2) ต้องเป็นเรื่องที่ศาลใดศาลหนึ่ง คือ ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมปฏิเสธว่าตนไม่มีอำนาจพิจารณาโดยผิดพลาด กล่าวคือ ต้องศาลใดศาลหนึ่งมีอำนาจ กองฟลี-เนกาตีฟ เกิดขึ้นไม่ได้เลย ถ้าทั้งสองศาลไม่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้น เช่น การกระทำของรัฐบาล หรือคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น นอกจากศาลปกครองและศาลยุติธรรม
- 3) การที่ทั้งสองศาลต่างปฏิเสธต้องเป็นคดีเดียวกัน คู่ความรายเดียวกันและประเด็นที่เสนอต่อศาลทั้งสองเหมือนกัน ศาลระงับความขัดแย้งอาจวินิจฉัยว่า คำสั่งของศาลนั้นไม่ชอบ แล้วส่งกลับไปให้ศาลนั้นพิจารณาหรือยกคำร้อง เพราะไม่เข้าเงื่อนไขหรือวินิจฉัยว่าไม่มีประเด็นต้องวินิจฉัย เพราะมีศาลหนึ่งรับคดีหรือตกลงกันได้

#### 7.5 ความขัดแย้งของคำพิพากษา

ระบบศาลคู่ ศาลปกครองและศาลยุติธรรม ต่างก็เป็นอิสระและมีเขตอำนาจแตกต่างกัน ปัญหาคำพิพากษาของศาลทั้งสองที่พิจารณาคดีเดียวกัน แต่ตัดสินไปคนละทางจึงอาจเกิดขึ้นได้ ศาลระงับความขัดแย้งจึงมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด กรณีคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลยุติธรรม ขัดแย้งกันทั้งในแง่รูปแบบและเนื้อหา

- 1) ในแง่รูปแบบ คำร้องกรณีนี้ยื่นได้โดยคู่ความที่เกี่ยวข้องภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่คำพิพากษาของศาลที่พิจารณาพิพากษาที่หลังได้ถึงที่สุด
- 2) ในแง่เนื้อหา จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้
  - (1) ต้องมีคำพิพากษาของทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรมแล้ว
  - (2) คำพิพากษาของทั้งสองศาลนั้นถึงที่สุด
  - (3) คำพิพากษาของทั้งสองศาลตัดสินเรื่องเดียวกัน คือ ในข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ทางกฎหมายอย่างเดียวกัน มุ่งเยียวยาความเสียหายอย่างเดียวกัน
  - (4) คำพิพากษาของทั้งสองศาล จะต้องตัดสินไปในเนื้อหาของเรื่อง ไม่ใช่ปัญหาเรื่องเขตอำนาจ

(5) คำพิพากษาของทั้งสองศาลต้องขัดแย้งกัน ไม่ว่าจะขัดกันในเรื่องข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือกฎหมายที่จะใช้บังคับก็ตาม

(6) ความขัดแย้งของคำพิพากษาทั้งสอง ต้องนำมาซึ่งการปฏิเสธไม่ให้ความยุติธรรม กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีความเสียหายเกิดขึ้น โดยปรับเป็นความผิดของกลุ่มความฝ่ายที่ถูกฟ้องในคดีได้

เมื่อศาลระดับความขัดแย้งได้รับคำร้อง ในเรื่องคำพิพากษาของศาลปกครอง และศาลยุติธรรม ศาลระดับความขัดแย้งจะพิจารณาว่า เรื่องดังกล่าวเข้าหลักเกณฑ์ที่ว่า มาหรือไม่ ถ้าถูกต้องก็จะตัดสินต่อไป ซึ่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่า จะต้องตัดสินชี้ขาด ให้เสร็จสิ้นไปภายในเวลาเท่าใด หากเห็นว่าศาลใดศาลหนึ่งไม่ถูกต้อง ศาลระดับความขัดแย้งจะวินิจฉัยว่าคำพิพากษาของศาลนั้น ไม่มีผล