

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ภายหลังที่ประเทศไทยได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นแยกออกจากศาลยุติธรรม เช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในเบื้องต้นจะพิจารณาได้อย่างไรว่าสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีอยู่อย่างหลากหลาย แล้วสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้บัญญัติว่าบัญญัติให้สัญญาทางปกครองเป็นเพียงสัญญาประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครองเท่านั้น นอกจากนั้นมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังบัญญัติแต่เพียงว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ” จะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ใช้คำว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ” ซึ่งสามารถเข้าใจได้ว่านอกจากสัญญาทางปกครองที่กำหนดไว้ในสี่ประเภทดังกล่าวแล้ว ก็ยังมีสัญญาทางปกครองอยู่อีกประเภทหนึ่ง หรือที่เรียกกัน ในทางวิชาการว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ อันเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลปกครองหรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ค้นหาหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครองโดยสภาพดังกล่าว แต่ขณะเดียวกันทั้งศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ไม่อาจใช้อำนาจจนเกินเลยอันจะทำให้ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เป็นผู้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาเสียเองได้

ศาลปกครองสูงสุดจึงมีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 ซึ่งได้เพิ่มหลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งนอกจากหลักเกณฑ์ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อีกสองหลักเกณฑ์ คือ หลักเกณฑ์แรกเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

หลักเกณฑ์ที่สองเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ส่งผลให้เกิดปัญหาไม่ว่าจะเป็นทางวิชาการ หรือการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้ในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะหลักเกณฑ์สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ อันเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครอง โดยสภาพที่นำแนวคิดมาจากความหมายของสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส (โกกิน พลกุล, ออนไลน์, 2546) แม้แต่ในประเทศฝรั่งเศสเองคำว่า สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษดังกล่าวก็มีลักษณะที่ไม่ชัดเจนนัก ซึ่งปรากฏว่า นักวิชาการให้ความหมายไว้ถึงสามอย่างด้วยกัน อย่างแรกเป็นข้อสัญญาที่โดยปกติจะไม่พบใน สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน อย่างที่สองเป็นข้อกำหนดที่ให้สิทธิหรือหน้าที่แก่คู่สัญญาซึ่งโดยปกติเป็นสิทธิและหน้าที่ที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างที่สามเป็นข้อกำหนดที่มาจากวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ (จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์ และวรรณรัตน์ ภาศิริรัตน์, 2549, หน้า 5)

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองได้นำหลักเกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐนั้นมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในหลายคดี ซึ่งมีนักวิชาการบางคนเห็นว่า การนำหลักเกณฑ์มาใช้ในการพิจารณาน่าจะได้รับการทบทวนว่าเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด เนื่องจากสัญญาส่วนใหญ่ที่รัฐทำกับเอกชนย่อมมีข้อความที่ให้ประโยชน์หรือเอกสิทธิ์แก่ภาครัฐไม่ว่าทางใดก็ตาม ปัญหาอีกคือ การได้เอกสิทธิ์ในระดับไหนจึงจะถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนหรือไม่ชัดเจนในการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยมากขึ้นไปอีกหรือไม่ (วรรณรัตน์ ภาศิริรัตน์, 2550, หน้า 168) ดังจะเห็นได้จากในช่วงแรกที่ศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างถาวรวัตถุของฝ่ายปกครอง แม้จะวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเหมือนกันแต่ก็ให้เหตุผลต่างกันโดยศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เป็นสำคัญ แต่ในขณะที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้ขยายความหมายของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคออกไปอีกโดยอธิบายว่า ถาวรวัตถุดังกล่าวเป็นองค์ประกอบหรือเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะสัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545)

อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดยังได้พัฒนาหลักเกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหมายถึงระบบการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองด้วย เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 355/2550 วินิจฉัยว่าประกาศสอบราคาเพื่อหาผู้รับจ้างด้วยวิธียื่นซองเสนอ

ราคา หากรายใดเสนอราคาเหมาะสมในราคาที่ต่ำสุด จะเป็นผู้ชนะการประกวดราคา และมีสิทธิเข้าทำสัญญา ประกาศสอบราคาดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญ ให้ผู้มีอาชีพรับจ้างเข้าทำคำเสนอ และการยื่นใบเสนอคือการทำคำเสนอ เมื่อต่อมาหน่วยงานของรัฐอนุมัติรับราคา และผู้ทำคำเสนอได้รับหนังสือแจ้งมาทำสัญญาแล้ว จึงถือว่าหน่วยงานของรัฐได้เลือกผู้ทำคำเสนอนั้นเป็นผู้ชนะการประกวดราคาและได้สนองรับคำเสนอ ดังนั้น เมื่อคำสนองตรงกับคำเสนอจึงเกิดสัญญาประเภทหนึ่ง เรียกว่า “สัญญาสอบราคา” โดยคู่สัญญามีความผูกพันกันในฐานะที่จะเข้าทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือกันอีกชั้นหนึ่ง และโดยที่สัญญาสอบราคานี้มีคู่สัญญาเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขข้อสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว อันเป็นข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาทางแพ่ง จึงแสดงถึงลักษณะพิเศษในการใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินการทางปกครอง เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาสอบราคาจึงเป็นสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 660/2548 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน) นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังวินิจฉัยว่าการเข้าเสนอราคาจัดทำหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้าง ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันซอง ก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งขึ้น ซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันซอง” ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง จึงเป็นสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 659/2551)

ฉะนั้น ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ศาลปกครองสูงสุดของไทยได้ให้ความหมายของหลักเกณฑ์สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐว่ามีอยู่อย่างไร เพราะแม้ในช่วงแรกคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะยังไม่ยอมรับมากนัก แต่อย่างไรก็ตามในคำวินิจฉัยต่อๆ มา ก็เริ่มนำเอาหลักเกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวมาพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งบ้างแล้ว (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 9/2550) และปัญหาประการต่อมาก็คือ สัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้นจะต้องมีลักษณะอย่างไร กล่าวคือ สัญญาของทางราชการที่เป็นสัญญาทางปกครอง จะต้องมีทั้งวัตถุประสงค์เพื่อเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง และมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหรือไม่ หรือมีลักษณะใดลักษณะหนึ่งก็เป็นการเพียงพอแล้ว ปัญหาสำคัญประการต่อมาก็คือ แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองยังไม่แน่ชัดว่าสัญญาซื้อขายพัสดุและสัญญาเช่าจะเป็นสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ ซึ่งตามกฎหมายเยอรมันนั้นไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาซื้อตู้ปราคจากเชื้อของกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 112/2544) โดยเห็นว่ากรณี

ดังกล่าวฝ่ายปกครองยอมเข้าผูกพันตนด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง เป็นที่น่าคิดว่าหากสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแล้วศาลปกครองสูงสุดจะยอมรับว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

ด้วยเหตุผลดังกล่าว การศึกษาวิจัยเรื่องสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน เพื่อหาหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน จึงมีความจำเป็นและสำคัญยิ่ง

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความเป็นมาและความสำคัญของสัญญาทางปกครอง
2. เพื่อศึกษาแนวความคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการของสัญญาทางปกครอง
3. เพื่อศึกษากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพ และข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน
4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาของสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนว่ามีอยู่อย่างไร ถ้ามีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาทางปกครองทั้งหมดหรือไม่
5. เพื่อเสนอแนะบทสรุปและแนวทางในการแก้ไข ปรับปรุงสัญญาทางปกครองให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

สมมติฐานของการศึกษา

ในบรรดาสัญญาของทางราชการที่ทำขึ้นนั้นหากสัญญาใด มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเป็นสัญญาทางปกครองทั้งสิ้น โดยไม่มองว่าจะมีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะหรือไม่ เพราะกิจการของฝ่ายปกครองโดยมากแล้วก็ทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชนหรือเพื่อสนับสนุนการดำเนินกิจการทางปกครองนั้นอันเป็นการยกเว้นหลักเสรีภาพและหลักความเสมอภาคในการทำสัญญาซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของสัญญาตามกฎหมายเอกชน ประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองก็ยังไม่แน่ชัดว่าสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะที่ไม่ชัดเจนหรือเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะโดยทางอ้อม เป็นต้นว่า สัญญาก่อสร้างอาคารวัดของรัฐบาลที่ไม่ใช่สัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือสัญญาซื้อขายอุปกรณ์ในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาทางปกครองได้หรือไม่

หากสัญญานั้นมีข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ดังนั้นในระยะเริ่มต้นจึงให้ฝ่ายปกครองเองกำหนดข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้ในสัญญาดังกล่าวข้างต้น และในระยะยาวเสนอแนะให้แก้ไขมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) เป็นว่าสัญญาที่ทำขึ้นตามระเบียบพัสดุให้ขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองทั้งสิ้น

ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาว่าสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยศึกษาจากสัญญาต่างๆ ที่ทางราชการไทยเป็นคู่สัญญา และพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของไทยที่เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมทุน กฎหมายเกี่ยวกับการให้สัมปทานต่างๆ เป็นต้น อีกทั้ง ศึกษาหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาว่าสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ในกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสอาทิเช่นประมวลกฎหมายว่าด้วยพัสดุ ประเทศเยอรมนีเช่นกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

วิธีดำเนินการศึกษา

การดำเนินการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (documentary research) โดยค้นคว้าจากเอกสารที่ใช้ภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลต่างๆ อันเกี่ยวข้องกับข้อกำหนดพิเศษในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ตลอดจนตำรากฎหมาย ด้บบทกฎหมาย บทความทางวิชาการ ในสาขานิติศาสตร์และสาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง ค้นคว้าในห้องสมุดของทางมหาวิทยาลัยและสถาบันอื่นๆ รวมทั้งข้อมูลที่ได้จากการค้นคว้าทางอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ ที่ปรากฏอยู่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพื่อนำมาวิเคราะห์และแก้ไขปัญหาทางกฎหมายต่อไป

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาของสัญญาทางปกครอง
2. ทำให้ทราบแนวคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการของสัญญาทางปกครอง
3. ทำให้ทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทยและของต่างประเทศ และข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน

4. ทำให้ได้มาซึ่งผลการวิเคราะห์ปัญหาของสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนว่ามีอยู่อย่างไร ถ้ามีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาทางปกครองทั้งหมดหรือไม่
5. ทำให้ได้มาซึ่งบทสรุปและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขสัญญาทางปกครองของประเทศไทย