

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

สัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ของประเทศเยอรมัน และของประเทศไทยต่างยอมรับว่า ต้องอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้นการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม จึงมีความสำคัญด้วยเหตุว่าทั้งสองศาลมีระบบการพิจารณาพิพากษาที่แตกต่างกัน

สำหรับประเทศไทยนอกจากความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ศาลปกครองยังได้กำหนดในที่ประชุมใหญ่ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพอีกสองลักษณะด้วยกัน คือ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางการปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งเป็นการกำหนดที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศส ทั้งฝรั่งเศสเองจะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองนอกจากจะกำหนดโดยกฎหมายแล้ว ยังพิจารณาได้จากหลักการพิจารณาดังนี้ คือ ลักษณะของคู่สัญญาและ ลักษณะของวัตถุประสงค์ของสัญญา หรือลักษณะของข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ ลักษณะของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นนิติบุคคลมหาชนเสมอ และต้องมีลักษณะของวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ หรือ ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่ง สำหรับสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันนั้น คือ สัญญา

ที่มีผลเป็นการก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายปกครอง ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง

เมื่อเปรียบเทียบสัญญาทางปกครองระหว่างประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และประเทศไทย จะเห็นว่าของประเทศฝรั่งเศส เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการวางหลักโดยคำพิพากษาของศาล ตั้งแต่สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง และเมื่อเป็นสัญญาทางปกครองแล้วผลของสัญญาจะเป็นอย่างไร ของประเทศเยอรมันเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายกำหนดทั้งระบบ ส่วนของประเทศไทยนั้นกฎหมายกำหนดแต่เพียงชื่อของสัญญาทางปกครอง นอกเหนือจากนั้นเป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดและวางหลักในเรื่องผลของสัญญาทางปกครองทั้งหมดต่อไป

ถึงแม้การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้นจะไม่มีเกณฑ์ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษเหมือนกับประเทศฝรั่งเศส แต่ตามมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ได้พิจารณาเนื้อหาของสัญญาว่าอยู่ในแดนของกฎหมายปกครองหรือไม่ เช่น เนื้อหาของสัญญาที่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายปกครอง ยกตัวอย่างเช่น การตกลงกันให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใด หรือการกำหนดสิทธิหน้าที่ในทางปกครองแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน อาจถือว่าเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษได้

จากการศึกษาพบว่า การจะกำหนดคำนิยามของข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐมีความหมายว่าอย่างไรนั้นเป็นการยากแต่จากการพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสแล้วอาจจะให้ลักษณะของข้อกำหนดดังกล่าวได้ว่า โดยปกติแล้วจะไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งหรืออาจจะเป็นข้อกำหนดที่หากมีการกำหนดเอาไว้ในสัญญาแล้วจะทำให้สัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองว่าจะใช้หรือไม่ใช้วิธีการในข้อกำหนดหรือใช้วิธีการโดยไม่มีเงื่อนไขล่วงหน้าให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญา ก่อน แต่ในทุกกรณีสำหรับสัญญาที่มอบให้แก่เอกชนเข้าไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมหรือเกี่ยวกับสาธารณูปโภค ถ้าหากเป็นกรณีที่มีการทำสัญญากับผู้ใช้บริการยอมเป็นสัญญาทางแพ่งเสมอแม้จะมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐก็ตาม

ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐมักจะกำหนดในสัญญาก่อสร้างหรือสัญญาทุน โดยเฉพาะกรณีที่เป็นสัญญาที่ราชการลาศึกษา ศาลปกครองพิจารณาผลสุดท้ายของสัญญาซึ่งพิจารณาว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ให้กลับมารับราชการอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ข้าราชการต้องจัดทำบริการสาธารณะอยู่นั่นเองเพียงแต่ลาศึกษาเท่านั้น สำหรับสัญญาก่อสร้างถาวรวัตถุของรัฐนั้นหากไม่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่ง

สาธารณูปโภคเช่น สัญญาก่อสร้างอาคารเก็บอาวรุปีน สัญญาก่อสร้างหอพักข้าราชการ ถ้ามีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแล้วสัญญาก่อสร้างดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครองแต่ในกรณีเดียวกันนี้ ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล ผู้ศึกษาเห็นว่ากรณีการวินิจฉัยถึงข้อกำหนดในสัญญาเพื่อแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งน่าจะเหมาะสมกับประเทศไทยมากกว่าเพราะเหตุว่า นักกฎหมายไทยคุ้นเคยกับข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งอยู่แล้วและไม่เป็นการยากที่จะเข้าใจในข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทำให้ง่ายต่อการใช้กฎหมายจากการศึกษายังพบอีกว่า เกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในการพิจารณาข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ศาลปกครองมักจะวินิจฉัยร่วมกับสัญญาทางปกครองประเภทอื่นทั้งตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือเกณฑ์คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ทั้งนี้ถ้าสัญญามีลักษณะตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น หรือเป็นสัญญาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงก็เป็นสัญญาทางปกครองแล้วไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐอีก

สำหรับสัญญาซื้อขายและสัญญาเช่า (ที่ราชพัสดุ) ศาลปกครองมองว่าไม่ใช่สัญญาทางปกครอง หากไม่มีข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เช่น สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจเพื่อใช้ในศูนย์หัวใจสิริกิติ์ ของมหาวิทยาลัยมหิดล สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมอุปกรณ์ สัญญาซื้อขายคินลูกรังของกรมชลประทานกับเอกชน สัญญาซื้อขายเครื่องเตาเผาขยะของเทศบาล ด้วยเหตุว่าสัญญาดังกล่าวเหล่านี้ ไม่ใช่สัญญาที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะโดยตรง เอกชนผู้ขายเป็นเพียงผู้จัดหาอุปกรณ์สำหรับจัดทำบริการสาธารณะให้กับฝ่ายปกครองเท่านั้น อันเป็นการเกี่ยวโยงกับบริการสาธารณะโดยทางอ้อม

อย่างไรก็ดี สำหรับสัญญาซื้อขายกระดาษ ดินสอ โตะ เก้าอี้ ตามปกติย่อมไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดเอกสิทธิ์ไว้ถ้าสัญญาสำเร็จรูปของฝ่ายปกครองกำหนดเอกสิทธิ์ไว้และฝ่ายปกครองนำไปใช้ในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ในทุกกรณี สัญญาซื้อหรือจัดหาทั้งหมดจะเป็นสัญญาทางปกครองทั้งๆที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรง หรือเป็นสาระสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ ด้วยเหตุนี้หากมีข้อกำหนดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ในสัญญาซื้อวัสดุอุปกรณ์โดยไม่จำเป็นแล้ว น่าจะถือว่าข้อกำหนดดังกล่าวไม่มีผลบังคับอันจะทำให้สัญญานั้นเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

ในกรณีสัญญาเช่าที่ราชพัสดุนั้น ผลของการศึกษาพบว่าสัญญาเช่าตามแบบที่กระทรวงการคลังกำหนดขึ้นเป็นเพียงกรณีสัญญาเช่าทั่วไป แต่การให้เช่าที่ราชพัสดุนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของข้อ 16 ตามกฎกระทรวงฉบับที่ 11 (พ.ศ.2519) ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ.2518 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดหาประโยชน์ในที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2527 ดังนั้นฝ่ายปกครองควรกำหนดเอกสิทธิ์ไว้ในสัญญาเช่าเหล่านี้ด้วย เพื่อจะทำให้อยู่ภายใต้การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ถ้าไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองแล้วอาจจะมีปัญหาว่าสัญญาที่มีข้อกำหนดดังเช่นที่กล่าวมาจะขัดต่อหลักเสรีภาพ และความเสมอภาคในการในการทำสัญญาตามกฎหมายแพ่งหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมายไทยยังมีเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ถ้าถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมย่อมไม่อาจนำมาใช้ได้เพราะไม่ใช่เรื่องการผูกนิติสัมพันธ์ในทางแพ่ง

กล่าวโดยสรุป สัญญาทางปกครองโดยสภาพเพราะเหตุที่สัญญานั้นมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองเลือกได้ว่าจะระบุข้อกำหนดเช่นนี้หรือไม่ ถ้าไม่ระบุก็เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ถ้าระบุก็เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเข้าทำสัญญาว่ามีความมุ่งหมายที่จะใช้เอกสิทธิ์เช่นนี้หรือไม่

ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาที่กล่าวมา ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีวิธีแก้ไขปัญหาเพื่อให้สามารถนำข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับบริการสาธารณะที่มีความไม่ชัดเจนสมควรที่จะกำหนดข้อกำหนดไว้ในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ทั้งนี้เพื่อประสานประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนให้สมดุลกัน ดังนี้

1. ในระยะเริ่มต้น กรณีที่สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีความเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะโดยทางอ้อม หรือมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการบริการสาธารณะแต่ไม่ถึงกับเป็นการบริการสาธารณะโดยตรง ฝ่ายปกครองเองควรกำหนดข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้ในสัญญาดังที่จะกล่าวต่อไปนี้ด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมนั่นเอง โดยสัญญาดังกล่าวได้แก่ “สัญญาจ้าง” ในกรณีที่ไม่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ หรือมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการอื่น ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาจ้างอาคารเก็บอาวุธ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการและที่พักอาศัยของตำรวจ ซึ่งเป็นเพียงสัญญาจ้าง

ทำของธรรมดา “สัญญาซื้อขาย” เครื่องมือที่มีความสำคัญหรือเป็นสาระสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาซื้อขายรถเก็บขยะของเทศบาล สัญญาซื้อขายเตาเผาขยะ สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมอุปกรณ์ สัญญาซื้อขายเครื่องตัดใบของกรมวิชาการเกษตร สัญญาซื้อขายดินลูกรังของกรมชลประทาน สัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้า สัญญาซื้อขายเหล่านี้เป็นเพียงสัญญาที่ให้เอกชนผู้ขายเป็นเพียงผู้จัดหาอุปกรณ์สำหรับการจัดทำบริการสาธารณะให้กับฝ่ายปกครอง เอกชนคู่สัญญาไม่ได้มาร่วมดำเนินการบริการสาธารณะแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ไม่รวมถึงสัญญาซื้อขายที่ห่างไกลจากการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาซื้อขายกระดาษ ดินสอ โต๊ะ เก้าอี้ เป็นต้น “สัญญาเช่าที่ราชพัสดุ” ของกระทรวงการคลัง เช่น สัญญาเช่าที่ราชพัสดุและสัญญาก่อสร้างอาคารยกกรรมสิทธิ์ให้กระทรวงการคลัง เป็นต้น เนื่องจากทรัพย์สินที่ให้เช่านั้นเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินที่ควรสงวนเอกสิทธิ์ไว้ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้เพื่อประโยชน์มหาชน เช่น การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมในพื้นที่ที่ราชพัสดุ แม้ฝ่ายปกครองจะใช้เอกสิทธิ์ที่ตนมีนอกเหนือสัญญาได้แต่ทางฝ่ายนักกฎหมายเอกชนไม่ยอมรับเพราะเป็นการลิดรอนสิทธิของเอกชนที่มีนอกเหนือสัญญา และประการต่อมาคือ ศาลปกครองเองควรวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาเหล่านี้ให้ชัดเจนและรัดกุมว่าถ้า มีข้อกำหนดไว้ในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ แล้วเป็นสัญญาทางปกครอง เพื่อความสะดวกของผู้ใช้กฎหมายนั่นเอง

2. ในระยะยาว เห็นควรให้นำแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสที่แก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น โดยการแก้ไขกฎหมายโดยระบุไว้อย่างชัดเจนว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่จัดทำขึ้นตามประมวลกฎหมายระเบียบว่าด้วยการพัสดุทั้งหมดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้นสำหรับประเทศไทยต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่จัดทำขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุหรือระเบียบอื่นใดของหน่วยงานทางปกครองว่าด้วยการพัสดุ ให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ด้วยเหตุว่า สัญญาที่จัดทำขึ้นตามระเบียบดังกล่าว มีระบบควบคุมอย่างเคร่งครัดในการคัดเลือกคู่สัญญา ตลอดจนการกำหนดข้อสัญญาที่มักจะกำหนดไว้เป็นสัญญาแบบหรือสัญญาสำเร็จรูป รวมทั้งถ้าเกิดข้อสงสัยในข้อกำหนดในสัญญาก็ต้องส่งให้สำนักงานอัยการตีความ หรือ ก่อนทำสัญญาก็ต้องให้อัยการเป็นผู้ตรวจร่างสัญญา ซึ่งทำให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพหรือมีส่วนร่วมในการกำหนดข้อสัญญาแต่อย่างใด