



ข้อควรพิจารณาบางประการเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

วีระพงษ์ บึงไกร¹

เครื่องมือของฝ่ายปกครองที่ใช้จัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลนั้นมีหลายประการ ซึ่งนอกเหนือจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการออกกฎ หรือคำสั่งทางปกครองแล้ว “การทำสัญญา” ก็เป็นเครื่องมืออีกประการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองอาจใช้ในการก่อนิติสัมพันธ์เพื่อบรรลุผลสำเร็จในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยฝ่ายปกครองจะนำ “การทำสัญญา” มาใช้เมื่อการจัดทำบริการสาธารณะเรื่องนั้นๆ ไม่เหมาะสมที่จะใช้วิธีการบังคับหรือไม่มีกฎหมายให้บังคับเอาฝ่ายเดียว²

¹ อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

- นิติศาสตรบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)
- นิติศาสตรมหาบัณฑิต (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย)
- เนติบัณฑิตไทย

² โกศล พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 4 ฉบับที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2547) : 21.

การแบ่งแยกสัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่งของฝ่าย ปกครอง

การทำสัญญาของฝ่ายปกครอง มีได้ 2 ลักษณะคือ “สัญญาทางแพ่ง” ตามหลักกฎหมายเอกชน และ “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายปกครอง ซึ่งการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ลักษณะดังกล่าวนี้เกิดจากแนวคิดที่ว่า โดยวัตถุประสงค์และเนื้อหาของสัญญาทางปกครองจะเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน และรัฐหรือฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาในฐานะของผู้ที่มีหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ของมหาชน ดังนั้น ความสัมพันธ์ของรัฐกับเอกชน จึงไม่อาจตั้งอยู่บนพื้นฐานความสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งถือหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ³

สำหรับการพิจารณาว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้น เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ในเบื้องต้นมีข้อพิจารณาดังนี้

ถ้ามีกฎหมายกำหนดให้สัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น เป็นสัญญาทางปกครองหรืออยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง สัญญานั้นย่อมเป็น “สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย” แม้ว่าโดยเนื้อหาของสัญญานั้น จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งก็ตาม⁴

หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ก็ต้องพิจารณาเนื้อหาของสัญญาว่าเป็นสัญญาทาง

ปกครองหรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน หากเนื้อหาสาระเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีนี้เรียกว่า “สัญญาทางปกครองโดยสภาพ”⁵ ซึ่งในทางทฤษฎี สัญญาทางปกครองโดยสภาพจะมีลักษณะดังนี้

(1) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็น “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน” หรือเป็น “เอกชนผู้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการแทนรัฐ”

(2) เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ หมายความว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง จะต้องมิวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะโดยตรงหรือมีวัตถุประสงค์สัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ เช่น

- สัญญาที่มอบหมายให้คู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ได้แก่ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะประเภทต่างๆ

- สัญญาจ้างบริษัทเอกชนเข้ามาดำเนินการขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งของการบริการสาธารณะ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ

- สัญญาจัดซื้อเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่จำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล

(3) เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก หมายถึง ข้อสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งอาจเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติของสิทธิและหน้าที่นั้นเองไม่อาจถูกกำหนดในสัญญาทางแพ่งได้ ซึ่งฝ่ายปกครองอาจกำหนดเอกสิทธิ์เอาไว้ในสัญญาใน 2 ลักษณะ คือ

³ บุนผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 21.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองต่อคู่สัญญาเอกชน และการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่อบุคคลภายนอก⁶ ตัวอย่างเช่น

- อำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญาได้ฝ่ายเดียวในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา

- อำนาจในการออกคำสั่งฝ่ายเดียวบังคับคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามบางอย่างเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองในระหว่างที่มีการปฏิบัติตามสัญญาได้ ทั้งนี้เพื่อประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ดังนั้น หากเอกชนคู่สัญญาไม่ลงมือปฏิบัติงาน ปฏิบัติงานล่าช้า ไม่ทันตามกำหนดหรือปฏิบัติงานบกพร่องหรือไม่เป็นไปตามสัญญา หรือโอนงานไปให้บุคคลที่สามดำเนินการแทนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการดังต่อไปนี้ได้แล้วแต่กรณี เช่น สั่งให้เอกชนคู่สัญญาชดเชยค่าสินไหมทดแทนและเบี้ยปรับ หรือฝ่ายปกครองเข้าทำเองหรือจัดหาบุคคลอื่นเข้ามาทำแทน เป็นต้น⁷

- เป็นเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผนหรือบทบัญญัติของกฎหมาย

- เป็นข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญา ทำให้เอกชนมีอำนาจเหนือบุคคลภายนอก

ซึ่งตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่วิวัฒนาการทางด้านแนวคิด และการปรับใช้แนวคิดในเรื่องสัญญาทาง

ปกครองมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน⁸ มีหลักว่า สัญญาใดจะจัดเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องเข้าหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร กล่าวคือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือเป็นเอกชนผู้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการแทนรัฐ ส่วนหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญานั้น จะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก อย่างหนึ่งอย่างใด⁹

สัญญาทางปกครองโดยสภาพตามหลักกฎหมายของไทย

โดยหลัก สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองต้องเข้าหลักเกณฑ์เรื่ององค์กรเสมอ กล่าวคือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งตามกฎหมายของไทย ได้แก่ “หน่วยงานทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542¹⁰ หรือเป็นเอกชนผู้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการแทนรัฐ ส่วนหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญาว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ และเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นพิเศษด้วยหรือไม่ นั่น แม้จะมีความพยายามนำหลักกฎหมาย

⁶ ปุบผา อัครพิมาน, “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” หน้า 4. จาก [HTTP://WWW. ADMINCOURT. GO.TH/00_WEB/09_ACADEMIC/DOCUMENT/03_TECHNICAL_PAPERS/TALSANYA.PDF](http://www.admincourt.go.th/00_WEB/09_ACADEMIC/DOCUMENT/03_TECHNICAL_PAPERS/TALSANYA.PDF) เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5 - 7.

⁸ โคชิน ฟลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” หน้า 24.

⁹ ปุบผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, หน้า 100.

¹⁰ หน่วยงานทางปกครอง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินการทางปกครอง

ของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการวางหลักกฎหมายของไทยในเรื่องนี้¹¹ แต่จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยที่ผ่านมา ก็ยังไม่อาจสรุปได้แน่ชัดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพว่า หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาเพียงประการเดียว เพียงพอที่จะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่¹² ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำวินิจฉัยต่อไปนี้ที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้น เป็นสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลทั้งในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญา และข้อสัญญาที่กำหนดให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นพิเศษ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544 วินิจฉัยว่า “ข้อกำหนดในสัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดี (บริษัท ก. จำกัด) กับผู้ถูกฟ้องคดี (มหาวิทยาลัยเชียงใหม่) เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ โดยที่ผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่เคยมีการระบุไว้ในสัญญาจ้าง โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน แม้กระทั่งเรื่องเวลาการทำงานและ

ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ประกอบกับลักษณะที่เป็นสัญญาสำเร็จรูปของสัญญาจ้างฉบับนี้ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาล คณะแพทยศาสตร์ของผู้ถูกฟ้องคดีนั้น ยังมีลักษณะพิเศษเพื่อให้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง นอกจากนี้สัญญาดังกล่าวยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาสำหรับราคางานก่อสร้างตามสัญญาจ้างนี้อีกด้วย จึงเป็นสัญญาทางปกครอง”

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า “สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวระหว่างสถาบันราชภัฏสวนดุสิต กับนาย ก. เป็นสัญญาที่จ้างและแต่งตั้งให้นาย ก. ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้าศูนย์การศึกษา นอกสถาบันราชภัฏสวนดุสิต ซึ่งเกี่ยวข้องกับภารกิจในการให้บริการทาง การศึกษาของสถาบันราชภัฏสวนดุสิต จึงเป็นกรณีที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ ประกอบกับในการจ่ายค่าจ้างส่วนราชการผู้ว่าจ้างจะต้องปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ พ.ศ.2526 โดยส่วนราชการ

¹¹ ดังจะเห็นได้จากการที่ รองศาสตราจารย์ ดร.โกศล พลกุล รองประธานศาลปกครองสูงสุด คนที่ 2 ได้เสนอเอกสารเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเพื่อวางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครอง ซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ในคราวประชุมครั้งที่ 6/2544 ก็ได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองตามแนวทางของ รองศาสตราจารย์ ดร.โกศล พลกุล ไว้ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามบัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น” (บันทึกถ้อยคำ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 223.)¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

¹² บุนนาค อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, หน้า 100.

ผู้ว่าจ้างไม่มีอิสระในการกำหนดค่าจ้างตัวเอง เช่นนายจ้างในภาคเอกชน ดังนั้น ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของส่วนราชการไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราว จึงเป็นสัญญาทางปกครอง”

แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีคำวินิจฉัยอีกหลายกรณีที่ศาลปกครองยกเหตุผลเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาเพียงประการเดียวในการวินิจฉัยว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยมีได้นำหลักเกณฑ์เรื่องข้อสัญญาที่กำหนดให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นพิเศษมาพิจารณาด้วย ดังนั้น ถ้าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะโดยตรงหรือมีวัตถุประสงค์สัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ หรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ก็เพียงพอแล้วต่อการวินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างเช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2547 วินิจฉัยว่า “สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวระหว่างกรมสรรพากร กับนาย ก. นั้น เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทข้าราชการเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย และความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราวเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญา ซึ่งความสัมพันธ์ทั้งสองลักษณะเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะกับหน่วยงานทางปกครองอันเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ดังนั้น การแต่งตั้งให้นาย ก. ปฏิบัติหน้าที่ลูกจ้างชั่วคราว จึงเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 234/2553 วินิจฉัยว่า “ผู้ฟ้องคดี (กรมส่งเสริมสหกรณ์) ทำ

สัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (สหกรณ์การเกษตรมหาชนอำเภอเจริญศิลป์ จำกัด) ในสัญญากู้ยืมเงินกองทุนพัฒนาสหกรณ์ เพื่อเป็นทุนให้สมาชิกกู้ยืมเงินใช้ในการประกอบอาชีพเพาะเห็ดแป้อ โดยการทำสัญญาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้กู้ยืมเงินเพื่อไปดำเนินการดังกล่าวอันมีลักษณะเป็นการมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะองค์กรเกษตรกรที่มีหน้าที่จัดหาเงินทุนเพื่อไปจัดทำกิจการทางการเกษตรอันมีลักษณะเพื่อจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ”

ข้อควรพิจารณาบางประการเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพดังที่กล่าวมา ผู้เขียนมีความเห็นว่า ลำพังหลักเกณฑ์เรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อการบริการสาธารณะโดยตรงหรือวัตถุประสงค์สัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ หรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้หลักเกณฑ์ของ “สัญญาทางปกครองโดยสภาพ” มีความชัดเจนแน่นอน จึงควรนำเรื่องข้อสัญญาที่กำหนดให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นพิเศษ มาพิจารณาประกอบกับเรื่องวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะด้วยเสมอ ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ “โดยตรง” หรือ “สัมพันธ์ใกล้ชิด” กับบริการสาธารณะนั้น มีขอบเขตแค่นี้ เพียงใด อย่างไรก็ตามใกล้เคียงแล้ว ซึ่งบางกรณีก็ยากแก่การวินิจฉัย ตัวอย่างเช่น คดีเรื่องสัญญาซื้อขายร่มชูชีพของกองทัพเรือ ในคดีเรื่องนี้มีปัญหาที่

ศาลปกครองกลางและศาลแพ่งมีความเห็นแตกต่างกัน โดยศาลแพ่งเห็นว่า สัญญาซื้อขายร่มบุคคลโดดพร้อมอุปกรณ์เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีโจทก์ (กองทัพเรือ) ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีหน้าที่ป้องกันราชอาณาจักร ซึ่งถือเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง โดยโจทก์จะต้องจัดให้มีอาวุธยุทโธปกรณ์และอุปกรณ์อื่นๆ ที่จำเป็นสำหรับภารกิจของโจทก์ สัญญาซื้อขายร่มบุคคลโดดพร้อมอุปกรณ์จึงเป็นการซื้อขายอุปกรณ์ทางทหารที่จำเป็นสำหรับการฝึกและการรบในการส่งกำลังทหารเข้าสู่พื้นที่การรบ อันเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล ในขณะที่ศาลปกครองกลางเห็นว่า แม้สัญญาซื้อขายดังกล่าวจะมีหน่วยงานทางปกครองเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อ แต่ร่มบุคคลโดดก็เป็นเพียงอุปกรณ์ส่วนหนึ่งในการให้บริการสาธารณะของโจทก์ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นเพียงสัญญาที่สนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางแพ่งเท่านั้น มิใช่สัญญาทางปกครอง ซึ่งในประเด็นเรื่องนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 18/2550 ทำนองเดียวกันกับความเห็นของศาลแพ่งว่า สัญญาซื้อขายร่มบุคคลโดดพร้อมอุปกรณ์เป็นสัญญาทางปกครองเพราะยุทโธปกรณ์ที่จำเป็นสำหรับการฝึกและการรบ จึงเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่จำเป็นในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล แต่อย่างไรก็ดี ทางฝ่ายวิชาการของศาลปกครองก็ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าวของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจ

หน้าที่ระหว่างศาล โดยเห็นว่า สัญญาซื้อขายร่มบุคคลโดดพร้อมอุปกรณ์ในคดีนี้ ไม่น่าจะถือเป็นเครื่องมือสำคัญถึงขนาดที่ว่าไม่มีแล้วจะทำให้การป้องกันประเทศตามภารกิจของกองทัพเรือไม่สามารถกระทำได้เลย ซึ่งการที่มีคำวินิจฉัยว่าสัญญาซื้อขายร่มบุคคลโดดเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะและเป็นสัญญาทางปกครอง ก็อาจมีผลทำให้สัญญาซื้อขายกระสุนปืน รองเท้าบูททหารหรือเครื่องมือหรือยุทโธปกรณ์ทางทหาร เป็นสัญญาทางปกครองไปทั้งหมด และทำให้เป็นการยากที่จะให้เหตุผลและอธิบายว่า ทำไมการจัดซื้อเครื่องมือที่ใช้ในกิจการต่างๆ ของพลเรือนที่มีความสำคัญไม่น้อยกว่ากระสุนปืนหรือยุทโธปกรณ์ดังกล่าว จึงไม่เป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ และไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งการตีความของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในลักษณะขยายความนี้ นอกจากจะทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขาดความชัดเจนและแน่นอนแล้ว ยังมีผลกระทบในแง่การบังคับใช้กฎหมายและการพิจารณาคดีของศาล ตลอดจนทำให้เกิดปัญหาแก่ผู้ฟ้องคดีในการแยกแยะว่าการซื้อขายสิ่งของประเภทใด เป็นหรือไม่เป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ เพราะแม้แต่ศาลเองยังวินิจฉัยไม่ตรงกัน รวมทั้งยังมีปัญหาตามมาอีกว่าควรฟ้องคดีที่ศาลใดและควรจะฟ้องคดีได้ภายในระยะเวลาเท่าใดด้วย¹³

นอกจากนี้ ในคดีซื้อขายเครื่องเล่นสนามพลาสติก ซึ่งศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งที่

¹³ จิตาภา มุสิกธนเสถียร และปัทมธนา วชิรมหารัตน์, “บทวิเคราะห์คดีและคำวินิจฉัยที่สำคัญ เรื่อง สัญญาซื้อขายร่มชูชีพของกองทัพเรือเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 7 ฉบับที่ 3 (กันยายน – ธันวาคม 2550) : 116 - 119.

88/2553 วินิจฉัยความตอนหนึ่งว่า “สัญญาซื้อขายเครื่องเล่นสนามพลาสติก แม้จะจัดทำขึ้นตามโครงการจัดซื้อของเด็กเล่นประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2550 ของศูนย์พัฒนาเด็กเล็กองค์การบริหารส่วนตำบลบ้านยาง เพื่อส่งเสริมพัฒนาการและคุณภาพของเด็กปฐมวัยในเขตตำบลบ้านยางก็ตาม แต่เครื่องเล่นดังกล่าวมิใช่ถาวรวัตถุหรืออุปกรณ์หลักที่ใช้สำหรับการให้บริการสนามเด็กเล่นดังเช่นสนามเด็กเล่นจึงเป็นเพียงเครื่องมือส่วนหนึ่งที่ใช้เพื่อบรรลुวัตถุประสงค์การดำเนินการให้บริการสาธารณะเท่านั้น...” หากพิจารณาเพียงเท่านี้ ผู้เขียนก็ยังคงใจอยุ่ว่าสนามเด็กเล่นที่ไม่มีเครื่องเล่นจะเรียกว่าสนามเด็กเล่นได้อย่างไร ลำพังสนามอันเป็นที่ดินว่างเปล่า คงไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องนี้ได้ แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้นำหลักเกณฑ์เรื่องข้อสัญญาที่กำหนดให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นพิเศษ มาพิจารณาประกอบด้วยเมื่อข้อกำหนดในสัญญาได้มีข้อความให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแต่อย่างใด สัญญาซื้อขายพิพาทนี้จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวทางการวินิจฉัยที่ถูกต้องสมควรแล้ว

สำหรับปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพเช่นตัวอย่างที่ยกมานี้ ถ้าหากนำหลักเกณฑ์เรื่อง “ข้อสัญญาที่กำหนดให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นพิเศษ” มาใช้ประกอบการพิจารณาด้วย ก็จะทำให้สัญญาทางปกครองโดยสภาพมีความชัดเจนยิ่งขึ้น อีกทั้งเป็นการใช้

กฎหมายถูกต้องตามนิติวิธีในกฎหมายมหาชน ด้วยเพราะไม่เป็นการแทรกแซง “หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา” จนเกินสมควร กล่าวคือ

โดยธรรมชาติของสัญญาทางปกครองนั้นไม่อาจอยู่ใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุผลและความจำเป็นของบริการสาธารณะและประโยชน์ส่วนรวม¹⁴ แต่ถึงกระนั้น เราก็ต้องยอมรับความจริงว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองย่อมมีสถานะเหนือกว่าเพราะมีอำนาจตามกฎหมายมหาชนหรือเอกสิทธิ์เป็นพิเศษในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวม¹⁵ ซึ่งเอกสิทธิ์เช่นนี้ คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่อาจสละได้ แม้ขณะทำสัญญา¹⁶ เนื่องจากจะมีผลกระทบต่อการรักษาประโยชน์สาธารณะได้ ด้วยเหตุนี้ แม้สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นจะมีได้กำหนดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้เป็นพิเศษในข้อสัญญา แต่ในบางกรณีเมื่อมีความจำเป็นสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็สามารถใช้เอกสิทธิ์ความเป็นรัฐได้ เช่น การบังคับให้เอกชนปฏิบัติการบางอย่างนอกเหนือจากที่กำหนดในสัญญา หรือการแก้ไขหรือบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น¹⁷

จากที่กล่าวมาจะเห็นว่า การไม่กำหนดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้เป็นพิเศษในข้อสัญญา แม้จะไม่มีผลกระทบต่ออำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในการบังคับตามสัญญา แต่ก็ทำให้หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ขาดความชัดเจนแน่นอน และอาจมี

¹⁴ โกศล พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” หน้า 64.

¹⁵ นันทวัฒน์ บรรณานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 374 – 379.

¹⁶ บุปผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, หน้า 125.

¹⁷ วิษณุ วารัญญ, “การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 4 ฉบับที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2547) : 89 – 92.

ปัญหาเกี่ยวกับการแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของฝ่ายเอกชนจนเกินสมควร ฉะนั้น ในทางปฏิบัติของการทำสัญญา จึงควรกำหนด เอกสิทธิ์นี้ไว้อย่างหนึ่งอย่างใดในข้อสัญญาเสียเลย ซึ่งนอกจากจะทำให้หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพมีความชัดเจนยิ่งขึ้นแล้ว ยังเป็นผลดีต่อเอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วย เพราะเขาจะได้ทราบตั้งแต่แรกว่าสัญญาที่จะเข้ามาผูกพันสัมพันธันั้น มีข้อกำหนดอย่างไร และในเบื้องต้นเขาอาจต้องเจอสภาพบังคับ อย่างเป็นบ้าง ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ล้วนมีผลต่อการตัดสินใจของเขาว่าจะเข้าทำสัญญาด้วยหรือไม่ หากฝ่ายเอกชนสมัครใจเข้าทำสัญญาโดย ยอมรับสถานะทางสัญญาที่ด้อยกว่า เช่นนี้ย่อม ไม่เป็นการแทรกแซงเสรีภาพของเขา แต่ถ้าเขา ไม่ทราบถึงสถานะทางสัญญาที่ด้อยกว่า ต่อมา คู่สัญญาฝ่ายปกครองนำอำนาจรัฐไปบังคับ เอกชนคู่สัญญาอย่างหนึ่งอย่างใด แม้จะเข้าไป เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ก็จะเป็นการแทรกแซง “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา”¹⁸ จนเกิน สมควรได้ ดังนั้น การนำ “ข้อสัญญาที่กำหนด ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นพิเศษ” มาระบุ ในสัญญา และนำมาใช้ในการวินิจฉัยว่าสัญญา ที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น เป็นสัญญาทางปกครอง หรือไม่ จึงเป็นการใช้กฎหมายมหาชนที่ถูกต้อง

ตามนิทวิธีของการสร้างดุลยภาพระหว่าง ประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งดุลยภาพนี้ยังเกิดขึ้นมากเท่าใด ความสำเร็จ ของกฎหมายมหาชน ก็จะมีมากขึ้นเท่านั้น¹⁹

บทสรุป

การไม่กำหนดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ไว้เป็นพิเศษในข้อสัญญา แม้จะไม่มีผลกระทบ ต่ออำนาจของฝ่ายปกครองในการบังคับตาม สัญญาเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ แต่ก็ ทำให้หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดย สภาพตามกฎหมายของไทย ขาดความชัดเจน แน่นนอน ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่าสัญญาที่ฝ่าย ปกครองทำขึ้น เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จึงควรนำหลักเกณฑ์เรื่อง “ข้อสัญญาที่กำหนดให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นพิเศษ” มาพิจารณาประกอบกับหลักเกณฑ์เรื่อง “วัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ” ด้วยเสมอ ซึ่งนอกจากจะทำให้หลักเกณฑ์ของ สัญญาทางปกครองโดยสภาพมีความชัดเจน แน่นนอนขึ้นแล้ว ยังเป็นการใช้กฎหมายมหาชน ที่ถูกต้องตามนิทวิธีของการสร้างดุลยภาพ ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพ ของปัจเจกชนอีกด้วย

¹⁸ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (FREEDOM OF CONTRACT) มีอยู่ 2 ความหมาย ความหมายแรกคือ เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา ส่วนความหมายที่สอง หมายถึงเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดแล้ว

สำหรับเสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญานั้น หมายถึง เสรีภาพในการเริ่มต้น ดำเนินต่อไป หรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิด สัญญา ซึ่งในความหมายนี้อาจพิจารณาได้ 2 ด้าน คือด้านกระทำ (POSITIVE SENSE) อันหมายถึง การเริ่มต้น ดำเนินต่อไปและการ ตกลงเข้าทำสัญญา และด้านไม่กระทำ (NEGATIVE SENSE) อันหมายถึง การไม่เข้าทำสัญญาหรือการระงับกระบวนการในการเจรจา ด้วยการถอนคำเสนอหรือการยกเลิกการเจรจาเป็นต้น

ส่วนเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วนั้น น่าจะหมายถึงเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐตาม ทฤษฎีปัจเจกชนนิยม ทั้งนี้อาจเป็นเพราะรัฐได้รับรองเสรีภาพที่ปัจเจกชนมีตั้งแต่ขั้นต้นก่อนเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้น เมื่อสัญญาเกิดขึ้น แล้ว รัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพ เปลี่ยนแปลงไปเป็นประการอื่นไม่ได้ (ศันนัทภรณ์ โสคติ พันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 254.)

¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิทวิธี (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 331.

