

เขตอำนาจศาลปกครอง : ศึกษาสัณณาทางปกครองเฉพาะกรณีสัณณาทารพัสดุ

อาภาพงค์ กฤตเวทิน¹

1. บทนำ

เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 เกิดศาลปกครองขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย อันเป็นผลพวงจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังกล่าว กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจ พิจารณาคดีในหลายประการ แต่ในการนำเสนอในคราวนี้ก็นำอำนาจศาลปกครอง ตามมาตรา 9 (4) ที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาในคดี เกี่ยวกับข้อพิพาท “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญต่อการบริหารราชการ แผ่นดินของหน่วยงานทางราชการหรือหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ที่มีหน้าที่และมี ภารกิจบริการสาธารณะให้กับหน่วยงานองค์กรและประชาชนในประเทศและบุคคลอื่น ที่เข้ามาทำนิติสัมพันธ์ในรูปของ “สัญญาทางปกครอง” กับภาครัฐ

ณ เวลานั้น สำหรับประเทศไทย แม้จะมีศาลปกครองมาถึง 9 ปีแล้วในเรื่อง สัญญาทางปกครองนี้ก็ยังเป็นเรื่องใหม่ และหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญา ทางปกครองยังมีความหมายไม่ชัดเจนนัก ยิ่งไปกว่านั้นสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับ ข้อพิพาททางสัญญาการพัสดุด้วยแล้วยังคลุมเครือและไม่ชัดเจนเข้าไปอีก แต่การ บริหารราชการแผ่นดินหน่วยงานทางปกครองและหน่วยงานของรัฐมีความจำเป็น ต้องบริหารจัดการจัดซื้อ จัดจ้าง จัดหาวัสดุ ครุภัณฑ์ ที่ดิน หรือสิ่งก่อสร้าง โดยใช้เงิน งบประมาณแผ่นดินดำเนินการ หรืออาจใช้เงินนอกงบประมาณหรือเงินกู้ทั้งภายใน และต่างประเทศดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อจัดได้นำพัสดุ ครุภัณฑ์ ดังกล่าวมาใช้ ในราชการ เพื่อเป็นสาธารณูปโภค เพื่อจัดบริการให้กับประชาชน ตลอดจนได้ใช้สอย ตามที่ทางการได้จัดบริการให้ การจัดหาเพื่อได้มาซึ่งพัสดุที่ประกอบไปด้วยพัสดุ ครุภัณฑ์ ที่ดินและสิ่งก่อสร้างนั้นทางราชการมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วย

¹ คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชธานี จ.อุบลราชธานี

- นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
- นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

การพัสดุ พ.ศ. 2535 (ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2545) และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548 ได้กำหนดวิธีการจัดซื้อ จัดจ้าง เป็นขั้นตอนชัดเจน เพื่อให้สะดวกในการดำเนินการให้เป็นไปอย่างถูกต้อง โปร่งใสเป็นธรรม และให้ผู้สนใจเข้าประมูลหรือลื้อราคาอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม และตรวจสอบได้อันจะนำไปสู่แนวทางให้เกิดประโยชน์สูงสุดตลอดจนจะได้ซึ่งพัสดุครุภัณฑ์ที่มีคุณภาพดีในราคาถูก และเป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตามแม้หน่วยงานของรัฐได้พยายามยึดถือและปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวแล้ว ก็ยังพบว่ามีกรณีร้องเรียนเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง และการดำเนินการเข้าทำสัญญาว่าด้วยการพัสดุว่าเป็นไปไม่ชอบด้วยระเบียบขั้นตอนหรือลื้อไปไม่ทางไม่ชอบด้วยระเบียบหรือกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามระเบียบสำนักงานนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุและระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นอกจากนี้ยังร้องเรียนว่ามีพฤติกรรมไม่สุจริตมีการฉ้อในการเข้าประมูล หรือการเข้าลื้อราคา มีการดำเนินการล่าช้าเกิดเป็นข้อพิพาทระหว่างผู้เข้าลื้อราคาหรือผู้แข่งขันกับเจ้าหน้าที่พัสดุของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งแต่เดิมก่อนที่จะมีศาลปกครองข้อพิพาทเหล่านี้ต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรมให้พิจารณาพิพากษามาโดยตลอดหรือบางกรณีก็นำเสนอให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเหล่านั้น แต่ปัจจุบันนี้ประเทศไทยได้มีศาลปกครองเกิดขึ้นแล้วและเป็นศาลที่คู่ขนานไปกับศาลยุติธรรมที่มีมาแต่ดั้งเดิม ดังนั้น ณ เวลานี้ประเทศไทยได้ชื่อว่าเป็นประเทศที่มี “ระบบศาลคู่” ในแต่ละปีมีปรากฏการณ์ที่ทำให้เห็นว่าหน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนหรือกับหน่วยงานของรัฐด้วยกันเป็นจำนวนมากตั้งแต่การจัดซื้อ จัดจ้าง ในวงเงินจำนวนเล็กน้อย จนถึงโครงการจัดซื้อ จัดจ้างที่ใช้เงินจำนวนมาก และเป็นโครงการใหญ่ ๆ เช่น สัญญาจัดซื้อวัสดุ ครุภัณฑ์ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารถนนหรือสิ่งปลูกสร้างอื่น ๆ

หรือทำสัญญาสัมปทานซึ่งแต่ละปีจะเป็นเงินจำนวนมหาศาล หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาเหล่านี้แล้ว จะดำเนินการต่อไปอย่างไรว่าข้อพิพาทใดจะต้องขึ้นสู่ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

2. แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ

2.1.1 ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) และเป็นประเทศที่มีระบบศาลคู่ เช่น ฝรั่งเศส และเยอรมัน ประเทศเหล่านี้ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นเป็นเอกเทศอย่างเป็นระบบ โดยเริ่มจากแนวคิดที่ว่า “ในบรรดาสัญญาที่กระทำโดยฝ่ายปกครองนั้น บางทีอาจมีลักษณะปกติธรรมดาที่พบได้โดยทั่วไป ในความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนด้วยกัน บางกรณีอาจมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาทางกฎหมายเอกชน ระบบกฎหมายปกครองของประเทศเหล่านี้จึงมีหลักเกณฑ์ที่จำแนกว่ากรณีใดเป็นสัญญาทางปกครองและกรณีใดที่ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง หากเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีหลักเกณฑ์พิเศษในการพิจารณาสัญญาเหล่านั้น

2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

เป็นผลมาจากคดี Blanco ค.ศ. 1873 ได้วางหลักกฎหมายใหม่ โดยนำเอาทฤษฎีบริการสาธารณะมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากิจกรรมใดของฝ่ายปกครองที่จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ทฤษฎีการบริการสาธารณะจึงเป็นหัวใจของระบบกฎหมายปกครอง และการพิจารณาถึงอำนาจของศาลปกครองนับแต่นั้นมา และจากแนวคำวินิจฉัยนี้เองจึงมีการแบ่งแยกสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ถ้าเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อการจัดระเบียบองค์กร

² กองทุนเพื่อการวิจัยและให้คำปรึกษา สำนักงานศาลปกครอง บทสรุปสำหรับผู้บริหาร “เรื่องคดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ บริษัท แอล. ที. เพรส จำกัด, 2547), หน้า 2.

หรือเพื่อการดำเนินการของบริการสาธารณะแล้ว ถือเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในอำนาจศาลปกครอง แต่ถ้าเป็นสัญญาอื่นที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ ถือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรือเป็นสัญญาทางแพ่ง ดังนั้นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำ จึงแยกออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ สัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่ง

เมื่อนำหลักทฤษฎีการบริการสาธารณะ มาเป็นหลักพิจารณาในเรื่องสัญญาของรัฐที่ทำกับหน่วยงานในภาครัฐด้วยกันหรือกับภาคเอกชน ดังนั้นรัฐก็ต้องเข้าดำเนินการ ควบคุมและดูแลให้การดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาเป็นไปด้วยความเรียบร้อยภายใต้หลักการ “การบริการสาธารณะ” ซึ่ง ได้แก่

- (1) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ
- (2) หลักว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงปรับปรุงให้ทันสมัยอยู่เสมอ
- (3) หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการ
- (4) หลักว่าด้วยความเป็นกลางในการบริการสาธารณะ

2.1.3 แนวความคิดทางกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของเยอรมัน

ประเทศเยอรมันได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 ฉบับลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 และนอกจากนี้ประเทศเยอรมันยังให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย

อย่างไรก็ตามในประเทศเยอรมันได้มีผู้ให้ความเห็นว่าสัญญาทางปกครอง ไม่อาจเกิดขึ้นได้จริงและไม่เป็นที่ยอมรับเมื่อร้อยปีก่อน เพราะมีความเชื่อกันอยู่ว่าการทำสัญญา คู่สัญญาจะต้องมีสถานะเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะ³ Otto Mayer บิดาแห่งนักกฎหมายปกครองของเยอรมันมีแนวความคิดดังกล่าว แต่ก็เพราะเหตุที่ว่าสัญญาทางปกครอง เป็นเรื่องของกฎหมายมหาชนและรัฐมีสถานะ (Status) เหนือกว่าเอกชน เมื่อเข้าทำสัญญากันแล้ว ไม่อาจจะถือว่าคู่สัญญาดังกล่าวจะเท่าเทียมกันได้ แนวคิดของ Otto Mayer ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลานาน จนกระทั่ง ในปี ค.ศ. 1931 Jellinek ได้ให้ความเห็นในหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครองในปี ค.ศ. 1931 ว่าสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นได้ ความเท่าเทียมจากการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญานั้นเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะพิจารณาจากหลักกฎหมายปกครองหรือหลักฐานกฎหมายแพ่ง ต่อจากนั้นนับแต่ปี ค.ศ. 1945 เป็นต้นมา ตำราและหนังสือที่เกี่ยวกับคำอธิบายกฎหมายปกครองในประเทศเยอรมันเกือบทั้งหมดได้ให้ความเห็นเป็นเสียงเดียวกันว่า มีความเป็นไปได้ของสัญญาทางปกครองและเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครองออกมาพร้อมกัน 3 เล่ม ที่กล่าวถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ค.ศ. 1958

2.1.4 ความหมายของสัญญาทางปกครอง (1) ในประเทศฝรั่งเศส⁴

เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเป็นระบบกฎหมายที่มาจากแนวบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลเป็นสำคัญ และระบบกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสก็จึงมีที่มาจากแนวบรรทัดฐาน

³ มานิตย์ วงศ์เสรี, “หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน,” (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง., 2545), หน้า 2.

⁴ สำนักงานศาลปกครอง, “รายงานการศึกษารวบรวม เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ,” (กรุงเทพมหานคร : 2552) วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ (1 ตุลาคม 2552), หน้า 285.

ของศาลและองค์การวินิจฉัยคดีปกครอง ความหมายของสัญญาทางปกครองไม่ได้มีคำนิยามบัญญัติไว้เป็นตัวบทกฎหมาย แต่กฎหมายจะกำหนดไว้ให้สัญญาของฝ่ายปกครองบางอย่างอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เช่น สัญญาทางโยธาสาธารณะ สัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เป็นต้น หรืออาจกำหนดให้สัญญานั้น ๆ มีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาจัดซื้อ จัดจ้าง เป็นต้น สัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาที่ถือกันว่าเป็นสัญญาทางปกครอง โดยการกำหนดของกฎหมายเป็นสัญญาทางปกครอง โดยความมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยสัญญาเหล่านี้อาจมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือไม่ก็ไม่เป็นประเด็นที่ศาลจะพิจารณาวินิจฉัยแต่อย่างใด ส่วนสัญญาอื่น ๆ ของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่จำเป็นต้องอาศัยการวิเคราะห์จากแนวคำวินิจฉัยของศาลเป็นบรรทัดฐานต่อไป

โดยหลักการแล้ว การที่สัญญาใด จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น ต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน แต่ก็ยังมีข้อสังเกตว่า ศาลว่าด้วยคดีขัดกันได้เคยมีแนวคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยว่าสัญญาที่กระหว่างเอกชนก็อาจมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้

ในคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 8 กรกฎาคม 1963 คดีบริษัทเปย์โรต์ ศาลขัดกันได้วางหลักไว้ว่าการสร้างทางหลวงมีลักษณะเป็นงานโยธาสาธารณะ และเป็นภารกิจของหน่วยงานของรัฐโดยสภาพ ซึ่งตามจารีตประเพณีแล้วการดำเนินการดังกล่าวหน่วยงานของรัฐจะเป็นผู้จัดทำเองหรือดำเนินการเอง ดังนั้นสัญญาที่ผู้รับสัมปทานทำกับเอกชนเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างทางด่วนโดยผู้รับสัมปทานทำสัญญาในนามหรือประโยชน์ของรัฐสัญญานั้นก็มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดีนี้เป็นการวางหลักที่กลับหลักการเดิมที่รับรองมาโดยตลอดว่า

คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองต้องอย่างน้อย ฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ดีแนวคำวินิจฉัยนี้ถูกนำมาปรับใช้อย่างจำกัด กล่าวคือ เฉพาะแต่กรณีของสัญญาช่วงที่วัตถุประสงค์เพื่อก่อสร้างทางด่วนเท่านั้น หากเป็นการกระทำประการอื่นที่ไม่ใช่เป็นการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะสัญญาที่ทำกับบุคคลตามกฎหมายเอกชนไม่ว่าจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

ตัวอย่าง

แนวคำวินิจฉัยของศาลที่วางหลักเกี่ยวกับเกณฑ์ทางเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง เช่น

(1) คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (ศาลปกครองของฝรั่งเศส) ลงวันที่ 4 มีนาคม 1910 คดีเตรอง (Therond) ได้วางหลักไว้ว่า “สัญญาที่มีวัตถุประสงค์มุ่งให้มีการจัดทำบริการสาธารณะมีลักษณะเป็นคู่สัญญาทางปกครอง” ในคดีนี้เกิดขึ้นระหว่างคูร์ณีย์ คือ เมืองมงเปอเลียร์ ได้ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีทำหน้าที่ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน คือ การรักษาสุขภาพอนามัย และความปลอดภัยของประชาชน อันเป็นวัตถุประสงค์เพื่อการบริหารสาธารณะ ดังนั้นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่ดำเนินการหรือการดำเนินการที่บกพร่องของการบริการสาธารณะดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เว้นแต่จะมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลไว้เป็นอย่างอื่น

(2) คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 1903 คดีเตร็เอร์ (Ténier) ได้วางหลักไว้ว่า “ให้ข้อพิพาทอันเกิดจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชน (หน่วยงานของรัฐ) อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ไม่ว่านิติบุคคลมหาชนนั้นจะเป็นรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น คดีนี้มีสาเหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดจากการที่สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดได้มีมติจ่ายเงินอุดหนุนแก่การล่าและทำลายสัตว์ที่เป็นอันตราย และได้อนุมัติเงินเพื่อใช้จ่ายดังกล่าวไว้ในงบประมาณ ปี ค.ศ. 1900

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 286 - 288.

ซึ่งนายแตร์เอร์ เป็นผู้อยู่ในเงื่อนไขที่มีสิทธิจะเรียกร้องเงินช่วยเหลือดังกล่าวจากจังหวัดได้ ดังนั้นการที่ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิเสธการจ่ายเงินอุดหนุนให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นข้อพิพาทที่สภาแห่งรัฐมีอำนาจจะรับไว้พิจารณาได้ในคดีนี้ ตุลาการผู้แถลงคดีได้จัดระบบและอธิบายเหตุผลเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนโดยกล่าวว่า หลักในเรื่องนี้คือ “ทุกสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการจัดองค์กรและการดำเนินการบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณะระดับรัฐ (ระดับประเทศ) หรือระดับท้องถิ่น เป็นการดำเนินการในทางปกครอง (Operation Administrative) ซึ่งโดยสภาพเป็นเรื่องอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง การกระทำทุกอย่างไม่ว่าจะเกิดขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันเอง (หน่วยงานของรัฐด้วยกัน) หรือระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับภาคเอกชน ซึ่งเป็นบุคคลที่สามและมีเนื้อหาเกี่ยวกับการดำเนินการบริหารสาธารณะ การงดเว้นดำเนินการบริการสาธารณะหรือการดำเนินการบริการสาธารณะที่บกพร่อง ล้วนอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง”

(3) คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 เมษายน 1956 คดีนายและนางแบร์แตง (Epoux Bertin) วางหลักไว้ว่า “สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อมอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง” กรณีคดีนี้เกิดขึ้น ซึ่งมีมูลเหตุที่ได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีแล้ว เห็นว่าเป็นข้อพิพาทเกิดจากสัญญาที่ทำด้วยวาจาซึ่งคู่สามีภรรยาแบร์แตง ซึ่งมีหน้าที่ตามสัญญาในการจัดหาอาหารมาเลี้ยงดูผู้พลีชีพชาวโซเวียตในศูนย์ผู้พลีชีพก่อนที่จะถูกลังกลับประเทศ สัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อมอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง (Execution meme du service public) โดยมีหน้าที่ตามสัญญาในการดูแลผู้พลีชีพชาวต่างชาติที่อยู่ในอาณาจักรของประเทศฝรั่งเศส ผู้พลีชีพชาวต่างชาติที่อยู่ในอาณาจักรของประเทศฝรั่งเศสระหว่างรอลังกลับประเทศ สภาแห่งรัฐ ได้ให้ความเห็นว่า ลำพังเพียงวัตถุประสงค์ของสัญญา เพียงเงื่อนไขเดียว

ก็เพียงพอแล้วที่ศาลจะวินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

(4) คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 1912 คดีบริษัท เดย์ การ์นิต โปรฟิรอยดส์ เดล์ วิลจลล์ สภาแห่งรัฐได้วางหลักว่า “สัญญาที่คู่สัญญาอยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับคู่สัญญาในทางแพ่ง ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญานั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง” สภาแห่งรัฐได้พิจารณาเห็นว่าสัญญาระหว่างเมืองลิลและบริษัทไม่ได้มีวัตถุประสงค์จ้างให้บริษัทก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ แต่มีวัตถุประสงค์เพียงประการเดียว เพื่อให้บริษัทส่งมอบพัสดุภัณฑ์ (อัฐิทางเท้า) ภายใต้กฎเกณฑ์และเงื่อนไขเหมือนกรณีของสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน คำฟ้องดังกล่าวจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะได้รับไว้พิจารณาได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีนี้สภาแห่งรัฐวางแนวว่า “สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพียงประการเดียวเพื่อบริการจัดส่งอัฐิทางเท้า โดยคู่สัญญาอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และเงื่อนไขเดียวกับคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งทั่วไป สัญญาดังกล่าวไม่ใช่สัญญาทางปกครอง”

ดังนั้น หากฝ่ายปกครอง หรือหน่วยงานของรัฐต้องการจะได้รับเอกสิทธิ์เรื่องเขตอำนาจศาล ก็จะต้องมีการกำหนดข้อสัญญา ที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป อย่างไรก็ตาม คำว่าสัญญาที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษมีลักษณะที่ไม่ชัดเจนนัก นักวิชาการบางท่านเห็นว่า หมายถึงข้อสัญญาที่โดยปกติจะไม่พบในสัญญาระหว่างเอกชนหรือบางท่านก็เห็นว่าเป็นข้อกำหนดที่ให้สิทธิหน้าที่แก่คู่สัญญา ซึ่งโดยปกติเป็นสิทธิและหน้าที่ที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบางท่านเห็นว่าเป็นข้อกำหนดที่มาจากวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

ในปัจจุบัน เงื่อนไข 2 ประการที่ศาลปกครองวางหลักไว้ คือ สัญญาทางปกครองต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ หรือมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากในทางแพ่ง

(2) ในประเทศเยอรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาขององค์กรตุลาการแล้วพบว่า การกระทำของฝ่ายปกครองต้องผูกพันอยู่กับกฎหมาย หรือต้องมีกฎหมายรับรองหรือให้อำนาจไว้ คือต้องนึกถึงทฤษฎีที่เรียกว่า “ความมาก่อนของกฎหมาย” ฝ่ายปกครองต้องปรับใช้กฎหมาย ห้ามหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยเด็ดขาด จะทำอะไรต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ หากกฎหมายลำดับรองขัดหรือแย้งกับกฎหมายพื้นฐานของประเทศ (กฎหมายรัฐธรรมนูญ) ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาด

ส่วนในเรื่องของสัญญาทางปกครองนั้น เยอรมันได้บัญญัติความหมายไว้ในมาตรา 54 ของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ดังที่กล่าวมาแล้ว ซึ่งสามารถให้คำจำกัดความของสัญญาทางปกครองว่า “สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลต่อการก่อเปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน”

ก. คำพิพากษาเกี่ยวกับการกระทำในทางกายภาพ

การกระทำทางกายภาพเป็นการกระทำในทางแสดงข้อเท็จจริง ไม่ใช่เป็นเรื่องที่มุ่งต่อผลในทางตัวบทกฎหมาย ดังนั้นการที่จะมาแยกแยะว่าการกระทำทางกายภาพใดเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชนกรณีใดเป็นการกระทำในขอบเขตของกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นข้อยุ่งยากอยู่ ณ ปัจจุบันนี้ แม้จะมีทฤษฎีต่าง ๆ ที่นักวิชาการพยายามจะพัฒนาทางวิชาการขึ้น ก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาการแบ่งแยกหรือแยกแยะกฎหมายมหาชนออกกฎหมายเอกชนในกรณีของการกระทำทางกายภาพได้

ข. คำพิพากษาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างสาธารณะ

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการกระทำให้ความต้องการของราษฎรในทางสังคมและวัฒนธรรมบรรลุผล หน่วยงาน

ทางปกครองจะต้องดำเนินการจัดสร้างตลอดจนบำรุงรักษาสสิ่งปลูกสร้างสาธารณะที่เป็น โรงละคร บ้านพักคนชรา สนามเด็กเล่น โรงพยาบาล สนามบิน โรงไฟฟ้า ฯลฯ ตามความเห็นของฝ่ายข้างมาก ในทางตำราหรือทางวิชาการในการดำเนินการภารกิจทางปกครองให้บรรลุผลนั้น ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพในการเลือกจะให้หน่วยงานใดเป็นผู้ดำเนินการและทำในรูปแบบใด และในการดำเนินการนั้นจะทำสัญญาเพื่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในรูปแบบใด

ในทางวิชาการมีการยกตัวอย่างการดำเนินการจัดทำภารกิจในการส่งเสริมสนับสนุนความเป็นอยู่ของราษฎรให้ดีขึ้นว่า เช่น ในเรื่องการจัดการเรื่องน้ำเพื่อการบริโภค อาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการด้วยตนเองโดยตรง หรืออาจจะตั้งในรูปบริษัท (โดยให้หน่วยงานรัฐควบคุม) ดำเนินการแทนหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ ได้ หากการดำเนินการได้กระทำในรูปแบบของบริษัท สัญญาหรือนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชน (ราษฎร) กับบริษัทที่ฝ่ายปกครองได้ตั้งขึ้น ย่อมเป็นนิติบุคคลในทางแพ่งเท่านั้นแต่ถ้าหากการดำเนินการนั้นฝ่ายปกครองดำเนินการเอง สัญญาหรือนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับภาคเอกชน (ราษฎร) อาจเป็นสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน หรือกฎหมายแพ่งก็ได้

(3) ในประเทศไทย

แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทยนั้น มีจุดก่อกำเนิดในรัชสมัย พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) ซึ่งยุคนั้นทรงแยกสัญญาบบลิก (Public Contract) ออกจากสัญญาไพรเวท (Private Contract) โดยพระราชบัญญัติสำหรับผู้รักษาเมือง ซึ่งจะทำสัญญากับชาวต่างประเทศ พ.ศ. 2417 โดยทรงกำหนดว่าสัญญาไพรเวทเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อขายสิ่งของต่าง ๆ จ้างคน ข้างมา เช่าที่ เช่าเรือ เช่าตึก เช่าโรง เช่าแพที่มีเจ้าของ ซึ่งมีลักษณะเป็นธุรกรรมระหว่างทางเอกชนกับเอกชน ส่วนสัญญาบบลิกหรือกฎหมายถือว่า เป็นสัญญาแผ่นดิน

เป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้รักษาเมืองกับชาวต่างชาติ ในกิจการที่เกี่ยวกับการค้าไม้ การขุดแร่ คำข่าวสาร ดินกรร่อนทอง ขุดคลอง ทำทาง ค้าปลา ผูกภาษีอากร ทำสวนไร่นาที่ไม่มีเจ้าของอื่น ซึ่งเป็นของแผ่นดิน ซึ่งสัญญาเหล่านี้จะทำโดยผู้รักษาเมือง ก็ต่อเมื่อได้รับพระบรมราชานุญาตแล้วเท่านั้น ซึ่งเปรียบเทียบแล้ว ก็มีลักษณะคล้ายสัญญาทางปกครองในระบบศาลคุณันเอง

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยเรามีแนวความคิดเรื่องสัญญาในทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนก็ใช้เป็นหลักในการทำสัญญาทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นสัญญาของหน่วยงานราชการหรือเอกชน จนกระทั่งเรามีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้กรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีประเภทหนึ่งที่อยู่ใต้อำนาจศาลปกครอง นอกจากนั้นในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังกล่าว กำหนดแต่เพียงว่า “สัญญาทางปกครองหมายความว่าความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และลักษณะที่เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” เท่านั้น

ความหมายของ “สัมปทาน” หมายถึง การอนุญาตให้มีสิทธิที่จะทำได้แต่เพียงผู้เดียว ในกิจการบางอย่าง เช่น เหมืองแร่และป่าไม้ (ตามพจนานุกรมฯ พ.ศ. 2525) และในพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยฯ พ.ศ. 2543 ได้ให้ความหมายของคำว่าสัมปทานว่า หมายถึง การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนด เช่น สัมปทานการเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่าสัมปทาน แต่ต่อมาเมื่อมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ

พ.ศ. 2542 ได้มีคำว่าสัญญาสัมปทาน (ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง) โดยมีความหมายว่า ได้แก่ สัญญาที่รัฐอนุญาตหรือสัญญาให้เอกชนจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ เช่น การทำไม้หรือการทำเหมืองแร่

ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 ดังกล่าว ยังให้คำจำกัดความของประโยชน์แก่ส่วนรวมที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองว่า “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” หมายความว่าประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อันใดที่เกิดจากการดำเนินการหรือกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม หรือประชาชนส่วนรวมจะได้ประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น

ข้อพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่ง

สัญญาทางปกครองจริง ๆ แล้วมีอยู่ 2 ลักษณะ คือ

(1) สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

(2) สัญญาทางปกครองที่ไม่มีกฎหมายใดกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครองแต่เกิดจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐได้วางไว้

⁶หลักเกณฑ์การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ มีอยู่ 2 หลักเกณฑ์ ดังนี้ (ในฝรั่งเศส)

1. เกณฑ์เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีการจัดบริการสาธารณะหรือมอบให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดดำเนินการบริการสาธารณะ ตัวอย่าง เช่น การมีบริการสาธารณะซึ่งปกติจะดำเนินการโดยรัฐ แต่ได้มอบหมายให้เอกชน

⁶ สำนักงานศาลปกครอง, “ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส” บรรยายพิเศษ โดย M.Philippe Mrtin แปลโดย ประสาท พงษ์สุวรรณ และบุญอนันต์ วรรณพาณิชย์ ในวารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับที่ 3 (กันยายน – ธันวาคม 2544) หน้า 134.

รายหนึ่งรายใดไปดำเนินการ เช่น การจัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าในประเทศไทยที่เห็นชัดเจน เช่น กรณีที่ทางกรมที่ดินได้มอบให้ช่างรังวัดเอกชนทำหน้าที่รังวัดสอยเขตที่ดินแทน หรือการที่กรมการขนส่งทางบกมอบให้เอกชนเป็นผู้ตรวจสภาพรถยนต์ในการฝึจะนำไปต่อทะเบียนประจำปีแทน เป็นต้น

2. เกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งกรณีนี้มักจะไม่มีปรากฏว่าพบเห็นโดยทั่วไปในหลักกฎหมายเอกชน เกณฑ์ข้อนี้โดยมีหลักพิจารณาว่าฝ่ายปกครองมีหน้าที่ให้บริการสาธารณะ ดังนั้นจะทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจปรับข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว คือ มีสถานะเหนือคู่กรณีอีกฝ่ายที่เป็นคู่สัญญากัน ซึ่งจะส่งผลให้ฝ่ายปกครองสามารถปรับแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียว เช่น ในประเทศฝรั่งเศส มีคดีให้นำไฟฟ้ามาใช้แทนแก๊ส ในคอมมูนแห่งหนึ่ง อาจขอให้บริษัทที่รับหน้าที่จัดให้มีไฟให้ใช้ไฟฟ้าแทนแก๊ส จึงขอเปลี่ยนแปลงสัญญา หรือมีอำนาจสั่งให้อีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญา

สัญญาทางแพ่ง มีความหมาย หมายถึง นิติกรรมสองฝ่าย หรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอ สอนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่มีมุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์ ซึ่งการเข้าทำสัญญานี้ผู้เข้าทำสัญญาหรือคู่กรณีต้องมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา และเมื่อเข้าทำสัญญาแล้วจะไม่ถูกแทรกแซง มีความเสมอภาคของคู่สัญญาแล้วจะไม่ถูกแทรกแซง มีความเสมอภาคของคู่สัญญา ซึ่งจะเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ กฎหมายเอกชนที่พบเห็นกันทั่วไปนั่นเอง

การพัสดุ หมายความว่า การจัดทำเอง การซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและการควบคุมงาน การแลกเปลี่ยน การเช่า การควบคุม

การจำหน่ายและการดำเนินการอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2545) และตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548 ดังนั้นสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างก็เป็นการที่จะต้องพิจารณาว่าสัญญานั้นกระทำไปเพื่อจัดให้มีการบริการสาธารณะหรือเป็นการก่อสร้างโยธาสาธารณะหรือไม่ก็เป็นประเด็นที่สำคัญ

ดังนั้นสัญญาทางปกครอง กรณีสัญญาการพัสดุ ก็คือสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542

3. แนวทางการพิจารณาคดีของศาล

3.1 ตัวอย่างสัญญาทางการพัสดุที่ ศาลมีคำวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งหรือไม่

คำพิพากษาของศาลปกครองในต่างประเทศ

คำพิพากษาของศาลปกครองของฝรั่งเศส

3.1.1 คดีพิพาทเกี่ยวกับนักล่างูพิษ โดยตุลาการผู้แถลงคดีได้ให้ความเห็นในคำแถลงการณ์ว่า หากเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ในกรณีที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา

3.1.2 คดีเกี่ยวกับการจับสุนัขจรจัดและเก็บซากสัตว์ เป็นสัญญาที่ให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงทางด้านสาธารณสุขและความปลอดภัย ต้องด้วยลักษณะสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

3.1.3 7คดีเกี่ยวกับสหภาพผู้จัดซื้อได้ทำข้อตกลง ลงวันที่ 11 ธันวาคม 1995 กับหน่วยงานของรัฐ

⁷ ยงยุทธ อนุภูธ “คำพิพากษาคณะต่างประเทศ (คำพิพากษาฝรั่งเศส) ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ” ใน วารสารวิชาการ ศาลปกครอง ปีที่ 5 ฉบับที่ 1 (มกราคม - เมษายน) 2548 หน้า 125.

(กระทรวงกลาโหม) สำหรับการจัดหายานพาหนะ ต่อมา มีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับการจ่ายเงินตามข้อตกลงดังกล่าว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมจึงมีหนังสือแจ้งหนี้ไปยังสหภาพเพื่อขอให้จ่ายเงินคืนให้แก่กระทรวงกลาโหม สหภาพจึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นกรุงปารีส เพื่อขอให้เพิกถอนหนังสือดังกล่าว

ศาลปกครองชั้นต้นกรุงปารีส มีคำสั่งไม่รับคำฟ้อง เพราะเห็นว่าคดีนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ กรุงปารีส ศาลอุทธรณ์ เห็นว่า ข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง จึงพิพากษายืน

ผู้ฟ้องคดียื่นฎีกาต่อสภาแห่งรัฐ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส) เห็นว่าคดีนี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาลงวันที่ 11 ธันวาคม 1995 นั้นทำขึ้นเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีจัดหายานพาหนะเท่านั้น แม้สัญญาดังกล่าวจะทำให้ขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชนทั้งสองฝ่ายไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนอกจากนี้สัญญาดังกล่าวไม่ได้มีข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐและมีได้มุ่งประสงค์ให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะทางป้องกันประเทศแต่อย่างใด จึงพิพากษายืน

หมายเหตุ

คดีพิพาทในเรื่องนี้เป็นกรณีพิพาทตามสัญญาจัดหาพัสดุตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งแต่เดิมศาลจะต้องพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ โดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 11 ธันวาคม 2001 ว่าด้วยมาตรการเร่งด่วน ในการปฏิรูปทางเศรษฐกิจและการคลัง โดยในมาตรา 2 ของรัฐบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่า

“สัญญาที่ทำขึ้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ได้มีการฟ้องต่อศาลยุติธรรมก่อนวันที่รัฐบัญญัตินี้ใช้บังคับ”

3.1.4 คดีพิพาทระหว่างองค์กรร่วมสำหรับการประกันสุขภาพกับบริษัท เอ็กซอนที่ถูกปฏิเสธในการเข้าประกวดราคาเพื่อจัดหาวัสดุด้านคอมพิวเตอร์ และจัดตั้งระบบบัตรประกันคุณภาพอิเล็กทรอนิกส์อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ข้อเท็จจริง

ในปี 1997 องค์กรวิชาชีพในการประกันสุขภาพ (GIE) ได้เปิดให้มีการประกวดราคาสำหรับการจัดหาวัสดุและอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ เพื่อให้สำหรับการอ่านและปรับปรุงระบบบัตรประกันสุขภาพ บริษัท Sotrame ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากบริษัทหลายบริษัท ถูกคณะกรรมการประกวดราคาปฏิเสธเข้าเสนอราคา ด้วยเหตุผลที่ว่า บริษัทรายหนึ่งในจำนวนบริษัทที่มอบอำนาจให้บริษัท Sotrame ดำเนินการเข้าประกวดราคาไม่ได้เสนอเอกสารเกี่ยวกับภาษีอากรและการประกันสังคม บริษัท Sotrame จึงฟ้ององค์กร GIE ต่อศาลพาณิชย์ (Tribunal de Commerce) เพื่อให้สั่งองค์กร GIE รับผิดชอบค่าใช้จ่าย 15.6 ล้านฟรังก์ (ก่อนหักภาษี) หรือประมาณ 2.3 ล้านยูโร แต่ศาลพาณิชย์ได้พิจารณาและมีคำสั่งว่า คดีนี้ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม คดีจึงมาสู่ศาลปกครองชั้นต้นเมืองนองส์ (Nantes) ซึ่งก็เห็นว่าคดีไม่อยู่ในเขตอำนาจของตน เช่นเดียวกัน คดีจึงได้เสนอให้ศาลชี้ขาดเขตอำนาจระหว่างศาล (Tribunal des conflits) พิจารณาวินิจฉัย ศาลชี้ขาดอำนาจระหว่างศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า องค์กรที่จัดตั้งขึ้นใหม่ (GIE- Vitale) มีลักษณะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนคำสั่งที่เป็นที่มาของคดีพิพาทระหว่างองค์กรดังกล่าวกับบริษัท Sotrame นั้น มีขึ้นในกรอบของงานที่องค์กรดังกล่าวปฏิบัติในนามและเพื่อกิจการขององค์กรต่าง ๆ ที่ร่วมกับจัดตั้งเป็นองค์กรประกันสุขภาพ (GIE) ขึ้นมา อันเป็นกิจการบริการสาธารณะทางปกครอง (Service public administratif) ในการจัดให้มีระบบปฏิบัติการทางอิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวกับข้อมูลในการประกันสุขภาพ โดยองค์กรที่จัดตั้งขึ้นได้รับสิทธิแต่ผู้เดียวในการดำเนินงานดังกล่าว คดีพิพาทอันเกิดจาก

คำสั่งในเรื่องนี้อยู่ ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวแล้วศาลชี้ขาดเขตอำนาจระหว่างศาล จึงได้วินิจฉัยว่า

(1) ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีพิพาทระหว่างกลุ่มวิสาหกิจเอกชน ซึ่งมีบริษัท Sotrame เป็นผู้ได้รับมอบอำนาจกับองค์กรประกันสุขภาพ GIE SESAM – Vitale

(2) ให้เพิกถอนคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นเมืองนองส์ (ที่มีคำสั่งว่าไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง) และให้ศาลปกครองชั้นต้นเมืองนองส์รับคดีนี้ไว้พิจารณาต่อไป

3.2 สำหรับประเทศไทยมีกรณีตัวอย่างคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองดังต่อไปนี้

3.2.1 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2545 ระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด วรนิทัศน์ ก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดีกับการประปาส่วนภูมิภาค ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาจ้างเหมาให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการปรับปรุงประปา โดยวางท่อประปาเพิ่มเปลี่ยนมาตรวัดน้ำ เมื่อทำเสร็จตามสัญญาแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายค่าจ้างไม่ครบตามสัญญาและมีการรับมอบงานแล้ว

ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาว่า ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีพิพาทกันด้วยสัญญาว่าจ้างก่อสร้างวางท่อประปา เป็นคำพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดี ใช้จ่ายเงินซึ่งเป็นคดีมีทุนทรัพย์ จึงต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลในอัตราร้อยละสองจุดห้าของทุนทรัพย์ แต่ไม่เก็บสองแสนบาท ผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามศาลจึงสั่งไม่รับคำร้อง ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น และแจ้งว่า ขณะที่ผู้ฟ้องคดีได้รับการแจ้งคำสั่ง

ให้ชำระค่าธรรมเนียมนั้น ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถหาเงินมาชำระเป็นค่าธรรมเนียมได้ ผู้ฟ้องคดีหาเงินมาชำระค่าธรรมเนียมศาลได้เพียงพอแล้ว จึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดรับคำฟ้องพิจารณาด้วย

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์เห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาว่าจ้างให้ผู้ฟ้องคดีวางท่อประปาเปลี่ยนมาตรวัดน้ำ และประสานมาตรวัดน้ำให้กับราษฎร ผู้ใช้น้ำของหน่วยบริการ อันเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะในความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 คดีศาลปกครองสูงสุดสั่งให้ผู้ฟ้องคดีสามารถฟ้องเป็นคดีใหม่ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับหรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามนัยมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังกล่าวจึงพิพากษายืนไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี

หมายเหตุ ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า สัญญาการว่าจ้างวางท่อประปาเปลี่ยนมาตรวัดน้ำและประสานมาตรวัดน้ำให้กับราษฎร ผู้ใช้น้ำเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงอยู่ในความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 แม้คดีนี้จะมีได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ก็ตาม

3.2.2 คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 27/2551 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2551

เป็นกรณีสัญญาซื้อครุภัณฑ์เครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำคัญ จำเป็นต่อการนำไปใช้ในการจัดการเรียนการสอน การศึกษาค้นคว้าหาข้อมูลของนักเรียนอันเป็นภารกิจเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะด้านการศึกษา เป็นสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

3.2.3 คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 28/2551 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2551

⁸ จิตาภา มุสิกธนเสฏฐ์ “คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่สี่ ฉบับที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2552), 2552 หน้า 150 – 151.

จำเลย (การเคหะแห่งชาติ) เป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ทั้งในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองและในลักษณะของการดำเนินการในเชิงธุรกิจที่เป็นทางแพ่ง แม้สัญญาเช่าห้องพักจะมีจำเลยเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง แต่สัญญาดังกล่าวก็ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง หากแต่เป็นการพิพาททางแพ่ง จึงอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม

3.2.4 คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ของศาลที่ 4/2551 วันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2551

การจ้างให้เอกชนตกแต่งภายในและติดตั้งระบบอำนวยความสะดวกล้วนสำนักงานภายในอาคารของศูนย์ส่งเสริมผู้มีความสามารถพิเศษแห่งชาติ สำนักงานบริหาร และพัฒนาองค์ความรู้ (องค์การมหาชน) ถือเป็นการจัดให้มีเครื่องมือในการจัดทําบริการสาธารณะ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

3.2.5 คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 11/2551 วันที่ 3 เมษายน 2551

สัญญาซื้อขายเครื่องผลิตปุ๋ยหมักและก๊าซชีวภาพ และเครื่องเย็บกระสอบอุตสาหกรรมพร้อมฝึกอบรมแก่กลุ่มเกษตรกร เพื่อส่งเสริมกลุ่มเกษตรกร และกิจการสหกรณ์ถือเป็นภารกิจอย่างหนึ่งขององค์การบริหารส่วนตำบลในการจัดทําบริการสาธารณะให้บรรลุผล สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

3.2.6 คำวินิจฉัยชี้ขาดหน้าที่ระหว่างศาลที่ 12/221 วันที่ 3 เมษายน 2551

แม้บริษัทท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) ได้แปรสภาพจากรัฐวิสาหกิจไปเป็นบริษัท จำกัด (มหาชน) แต่ก็ยังมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทําบริการสาธารณะเช่นเดิม เมื่อได้ทำสัญญาจ้างให้โจทก์จัดให้มีพนักงานอำนวยความสะดวก ให้บริการข้อมูลข่าวสารแก่ผู้โดยสารและผู้ใช้บริการ ให้บริการ ณ ท่าอากาศยาน เมื่อเกิด

ข้อพิพาทซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองจึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองจึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

4. สรุป

เขตอำนาจศาลปกครองในเรื่องการพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในเรื่องสัญญาการพัสดุนั้น ยังเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย แม้จะมีความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 ก็ตามก็ยังไม่ครอบคลุมถึงสัญญาทางปกครองทั้งหมด ในแนวทฤษฎีกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส จะยึดหลักว่าสัญญานั้นเป็นการดำเนินการจัดทําบริการสาธารณะหรือไม่ ถ้าใช่สัญญานั้นก็เป็นสัญญาทางปกครอง และนอกจากนั้นต้องยึดเอาคำพิพากษาของศาลด้วยว่าศาลพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองกรณีจัดหาพัสดุในเรื่องจัดทําบริการสาธารณะนั้นต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.1 สัญญาที่มอบให้คู่สัญญาจัดทําบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาจ้างเอกชน ให้จับสุนัขที่ไม่มีเจ้าของ เพื่อรักษาสุนัขของประชาชน สัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การจําการบริการสาธารณะบรรลุผล หรือสัญญาจัดหาอาหารให้ผู้พลพชาวรัสเซีย

4.2 สัญญาอื่น ๆ ที่ฝ่ายปกครองใช้เพื่อให้บริการจัดทําบริการสาธารณะบรรลุผล เช่น สัญญากับเจ้าของที่ดินในการให้รัฐเข้าไปปลูกป่าในที่ดินเอกชน (CE 20 เมษายน 1956 คดี Cts Grimouard)

4.3 สัญญาเพื่อการจัดระบบการจําการบริการสาธารณะเป็นกรณีสัญญาระหว่างบุคคลที่ต่างก็มีหน้าที่ในการจัดทําบริการสาธารณะ (ระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน) เช่น สัญญาระหว่างรัฐกับจังหวัด สัญญาระหว่างการไฟฟ้า (EDF) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจกับบริษัท Rhone (บริษัทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น) เกี่ยวกับการผลิตไฟฟ้า

นอกจากนี้ยังมีหลักเกณฑ์อีกข้อหนึ่ง คือ ในการให้เอกชนเข้าร่วมเป็นการจัดทำบริการสาธารณะนั้น การดำเนินการของเอกชนเป็นการทำในนามและเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐนั้น

อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายปกครองของไทย ให้คำนิยามไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ดังนั้นสัญญาจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2545) หรือระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548 ก็จะเป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จำกัดอยู่เฉพาะที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสาธารณูปโภคเท่านั้น

จากการศึกษาดังกล่าวอาจสรุปได้ว่าในการพิจารณาว่าสัญญาในการจัดซื้อ จัดจ้างใด (สัญญาทาง

การพัสดุ) จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นกับหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครองโดยสภาพของประเทศฝรั่งเศส และความหลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสนั้น สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะนั้น จะต้องถึงขนาดที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หากนำหลักการนี้มาปรับใช้กับระบบกฎหมายปกครองของไทย ต้องเน้นถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องเป็นการจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคที่จะเข้าอยู่ในหลักเกณฑ์เป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 นั้น วัตถุประสงค์หลักของสัญญาเป็นการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคโดยตรงเป็นสำคัญ และขณะเดียวกันเนื่องจากการพัฒนาในการจัดทำบริการสาธารณะและจัดให้มีสาธารณูปโภคให้แก่ประชาชน เป็นไปตามความเจริญก้าวหน้าของบ้านเมืองแนวคำพิพากษาของศาลไม่ว่าศาลปกครองหรือคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ก็เป็นส่วนหนึ่งที่สามารถยึดเป็นบรรทัดฐานในเรื่องนี้ได้เช่นกัน

