

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับประชาชน นั้นนอกเหนือจากการใช้อำนาจเพียงฝ่ายเดียวเช่น การออกกฎ คำสั่ง คำอนุมัติ คำอนุญาต แล้ว เทคนิคในการดำเนินการอย่างหนึ่งที่ทางราชการใช้ในการสร้างความสัมพันธ์ในทางกฎหมายกับประชาชน หรือ กับหน่วยงานทางราชการด้วยกัน ได้แก่สัญญา เทคนิคดังกล่าวถูกนำมาใช้มากยิ่งขึ้น อันเป็นผลมาจากการปรับเปลี่ยนแนวคิดเกี่ยวกับการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมต่างๆ ในสังคม และเป็นผลมาจากข้อดีโดยสภาพของเทคนิคดังกล่าวที่คำนึงถึงความยินยอมพร้อมใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

ในต่างประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ซึ่งยอมรับในความเอกเทศของกฎหมายปกครอง และมุ่งประสงค์ที่จะพัฒนาหลักกฎหมายให้เป็นพิเศษจากหลักกฎหมายเอกชน เช่น ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมันนั้น ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นเป็นเอกเทศอย่างเป็นระบบ โดยเริ่มจากแนวคิดพื้นฐานที่ว่าในบรรดาสัญญาที่กระทำโดยฝ่ายปกครองนั้น บางกรณีอาจมีลักษณะปกติธรรมดาที่พบได้ทั่วไปในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน บางกรณีอาจมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากข้อสัญญาทางกฎหมายเอกชน ระบบกฎหมายปกครองของประเทศเหล่านี้จึงมีหลักเกณฑ์ที่ใช้จำแนกว่ากรณีใดเป็นสัญญาทางปกครองและกรณีใดไม่เป็นสัญญาทางปกครอง หากเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีหลักเกณฑ์พิเศษในการพิจารณาสัญญาเหล่านั้น¹

ในระบบกฎหมายไทยก่อนที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2541 มีผลบังคับใช้สัญญาทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน หรือ สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันต่างอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม กฎหมาย ฉบับนี้ กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองและกำหนดให้สัญญาทางปกครองเป็นประเภทหนึ่งของคดีปกครอง ซึ่งเท่ากับว่าในระบบกฎหมายไทยได้มีการจำแนกสัญญาออกเป็น 2 ระบบอย่างชัดเจน ได้แก่สัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง เมื่อเป็นเช่นนี้การจำแนกสัญญาทั้ง

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เข้มชัย ชุตินวงศ์, บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, กฤษณ์ วสินนท์ และ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง*. หน้า 1.

2 ประเภทดังกล่าวออกจากกันนับว่าเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งทั้งในแง่ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติจะก็นำมาใช้ในคดี

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่ใช้จำแนกสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าสัญญาทางปกครองหมายความว่าอย่างไร แต่บัญญัติว่า“สัญญาทางปกครองหมายความว่ารวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือ แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” การที่กฎหมายบัญญัติในลักษณะดังกล่าว เนื่องมาจากสัญญาทั้ง 4 ประเภท คือสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจน บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นการแสดงตัวอย่างให้เห็นว่าสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยได้แก่สัญญาประเภทใดบ้าง ส่วนสาเหตุที่กฎหมายไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าสัญญาทางปกครองหมายความว่าอย่างไรนั้นเนื่องจากเป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาขอบเขตของสัญญาทางปกครองต่อไปโดยไม่จำกัดอยู่เพียงสัญญา 4 ประเภท ตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติดังกล่าว

นับแต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีผลบังคับใช้คือวันที่ 10 ตุลาคม 2542 และพิจารณาจากคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการจนถึงปัจจุบันเห็นได้ว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับว่าสัญญาที่พิพาทเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ คดีขาดอายุความหรือไม่ (ในการฟ้องคดีซึ่งตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เดิมนั้นให้ยื่นฟ้องคดีภายใน 1 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี) ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่าคดีขาดอายุความจำนวนมาก คู่กรณีทั้งที่เป็นรัฐและเอกชนต่างพยายามยกข้อต่อสู้ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้ศาลปกครองใช้ดุลพินิจรับคดีไว้พิจารณาตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ศาลปกครองสูงสุดก็มีคำพิพากษา หรือ คำสั่งเป็นแนวทางเดียวกันว่าเรื่องดังกล่าวมิใช่เป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่จะอ้างข้อกฎหมายดังกล่าวได้ ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองที่สำคัญคือ

(1) เรื่องอายุความซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 51 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก้ไขโดยบัญญัติให้การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้ยื่นฟ้องภายใน 5 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่

วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี²

(2) เพิ่มเติมคำนิยามคำว่า“ประโยชน์แก่ส่วนรวม”ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยให้คำนิยามคำว่า ประโยชน์แก่ส่วนรวมหมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือ ประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม หรือ ประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น³

(3) ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักขยายขอบเขตความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 วันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 ได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่า⁴ “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามบัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรกคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สองสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือ แสวงประโยชน์จากธรรมชาติ หรือ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรงหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้นหากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้นสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

กล่าวได้ว่าในปัจจุบันสัญญาทางปกครองสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท ประเภทแรกได้แก่สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายคือสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วน

² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2551. แก้ไขโดย มาตรา 4. (2551, 27 กุมภาพันธ์). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 125, ตอนที่ 39 ก. หน้า 2.

³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551. เพิ่มเติมโดย มาตรา 3. (2551, 27 กุมภาพันธ์). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 125, ตอนที่ 39 ก. หน้า 2.

⁴ แหล่งเดิม.

ประเภทที่สอง ได้แก่สัญญาทางปกครองโดยสภาพซึ่งก็คือ สัญญาทางปกครองที่ได้รับการพัฒนาโดยศาลปกครอง ปัจจุบันนี้แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีส่วนพัฒนาความหมายของสัญญาทางปกครองแต่ละประเภทให้มีความชัดเจนขึ้น โดยเฉพาะในส่วนของสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายยังคงมีปัญหาอยู่บ้างกรณีที่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในเรื่องที่สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะทับซ้อนกับสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค แต่สำหรับในส่วนของสัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้นยังคงไม่มีความชัดเจน กล่าวคือ⁵ สัญญาทางปกครองโดยสภาพมีหลักเกณฑ์ที่วางไว้โดยมติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด 3 ประการ ประการแรกได้แก่ หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญาโดยต้องปรากฏว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานปกครองหรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ ประการที่สองได้แก่หลักเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ และประการที่สามได้แก่หลักเกณฑ์ที่พิจารณาจากข้อกำหนดในสัญญาโดยมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในส่วนของสัญญาทางปกครอง โดยสภาพนั้นแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไปในแนวทางที่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะอ้างเหตุผลทั้งในเรื่องการเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงร่วมกับเป็นข้อสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐโดยมิได้อธิบายความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจนเพียงแต่กล่าวถึงตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญาที่ศาลปกครองเห็นว่าแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในคำวินิจฉัยเท่านั้น ส่วนคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็มิได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจน นอกจากนั้นแม้ในข้อเท็จจริงของคดีศาลปกครองชั้นต้นจะกล่าวอ้างถึงตัวอย่างข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแต่ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการมิได้อ้างถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวแต่วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะเท่านั้นซึ่งทำให้เห็นได้ว่ายังขาดความชัดเจน

เห็นว่าหลังจากมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี

⁵ รัตติ สุนทรวรภาส. (2547). **ขอบเขตของสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542**. หน้า 4.

ปกครอง พ.ศ. 2542 จนถึงปัจจุบันเป็นเวลา 9 ปีแล้ว น่าจะได้มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองให้เป็นเอกเทศเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยการทำคำสั่งทางปกครองซึ่งได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้นจึงควรมีการศึกษาวิจัยถึงแนวทางที่ควรจะเป็นของหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพื่อนำไปใช้เป็นรากฐานในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองในสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย

1.2.2 เพื่อให้ทราบแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

1.3 ทัศนคติฐานของการศึกษา

ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองบังคับใช้โดยตรง มีแต่บทนิยามในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ให้หมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการหาความหมายของสัญญาทางปกครองเพื่อใช้เป็นแนวทางในบัญญัติกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทยในส่วนที่จะเชื่อมโยงมาเป็นแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ใช้การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยทำการค้นคว้ารวบรวมจากเอกสาร สิ่งพิมพ์ต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ประกอบด้วยบทความวารสาร งานวิจัย วิทยานิพนธ์ คำรากรกฎหมาย เอกสารประกอบการสัมมนา ประมวลกฎหมาย บทความทางวิชาการต่างๆ รวมทั้งข้อมูลที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ทำให้ทราบข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย
- 1.6.2 ทำให้ทราบแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย