

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สัญญาในระบบกฎหมายไทย แต่เดิมจะมีเพียงสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติเอกเทศสัญญาไว้ 22 ลักษณะ รวมทั้งสัญญาจ้างแรงงาน ที่เป็นทั้งสัญญาที่ก่อนนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างในภาคเอกชน และสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐกับเอกชน ก็เป็นสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชนทั้งสิ้น

ทั้งนี้ หากมีข้อพิพาทเกิดจากสัญญาต่าง ๆ ศาลที่มีเขตอำนาจ ก็คือ ศาลยุติธรรม แม้ต่อมาจะมีการจัดตั้งศาลแรงงานเป็นศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน หรือข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง¹ แต่ศาลแรงงานก็ยังเป็นศาลในระบบศาลยุติธรรม ที่มีอำนาจเหนือคดีพิพาทในสัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐ ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐด้วย เพราะนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐกับเอกชน ยังคงอยู่ภายใต้หลักกฎหมายสัญญาที่เป็นสัญญาจ้างแรงงาน ข้อพิพาทจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลแรงงาน ในระบบศาลยุติธรรมทั้งสิ้น

ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติให้มีศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ทั้งประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบกฎหมายไทย ส่งผลให้ศาลไทยเป็นระบบศาลคู่ ได้แก่ ศาลยุติธรรม มีเขตอำนาจในคดีทั่วไปในระบบกฎหมายเอกชน โดยมีศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า-

¹พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522, มาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1).

ระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย ศาลเยาวชนและครอบครัว เป็นศาลชำนาญพิเศษอยู่ในระบบศาลยุติธรรม กับศาลปกครองที่มีเขตอำนาจในคดีปกครอง ที่รวมทั้งคดีพิพาทจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน และแม้ต่อมาจะประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 แต่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ก็ยังคงบัญญัติรับรองเขตอำนาจศาลปกครองไว้เช่นเดิม

เมื่อจัดตั้งศาลปกครอง ก็มีผลให้แยกศาลเป็นระบบศาลยุติธรรม กับระบบศาลปกครองเป็นระบบศาลคู่ ที่มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเกิดขึ้น โดยเฉพาะคดีพิพาทจากสัญญาของฝ่ายปกครอง ว่าเป็นคดีพิพาทจากสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเฉพาะข้อพิพาทจากสัญญาจ้างบุคลากรของทางราชการ หรือสัญญาเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ จะมีปัญหาการใช้หลักเกณฑ์วินิจฉัยสัญญาว่า เป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือไม่

เมื่อปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ก็ต้องใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายวินิจฉัยชี้ขาด แต่เนื่องจากสัญญาทางปกครอง เป็นเรื่องใหม่ในระบบกฎหมายไทยที่การจะชี้ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะมีหลักเกณฑ์จากนิยามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เป็นนิยามเปิดที่มีหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ และด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ที่จะใช้เป็นแนวการปรับใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะ และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ที่ระบบกฎหมายไทยนำมาปรับใช้วินิจฉัยสัญญา การวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จึงมีปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมากกว่า หน่วยงานทางปกครองและบริการสาธารณะมีขอบเขตเพียงใด ทำให้มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง

²พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

“มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.”

แม้ต่อมาศาลปกครองสูงสุด ได้อธิบายสัญญาทางปกครอง โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 วันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 ทั้งหลักเกณฑ์ด้านองค์กร หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งต้องปรับใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงเป็นผลโดยตรงจากหลักเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่นอย่างมาก โดยเฉพาะนิยามเปิด “หมายรวมถึง” ที่กฎหมายมีเจตนารมณ์จะให้สัญญาอื่น ๆ เป็นสัญญาทางปกครองได้อีก คือสัญญาทางปกครองโดยสภาพ จึงยังมีปัญหาการตีความว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่อยู่เสมอ ซึ่งแต่ละปีหน่วยงานของรัฐทำสัญญากับเอกชน หรือกับหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ในกิจกรรมที่หลากหลาย หากนับมูลค่าตามสัญญาจะเกี่ยวข้องกับเงินงบประมาณแผ่นดินจำนวนมาก จึงยังมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลอยู่ตลอดเวลา แม้ต่อมาศาลปกครองได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้ไประดับหนึ่ง แต่ก็อาจยังมีปัญหาข้อขัดข้องในการตีความสัญญาได้ โดยเฉพาะรัฐวิสาหกิจที่แปรรูปตามกฎหมายเอกชน ก็จะมีปัญหาเกิดขึ้นอีกว่านิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น เป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนหรือไม่

ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ที่เกิดจากการปรับใช้หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองอย่างต่อเนื่องนี้ ต่อมา ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551 เพิ่มเติมนิยาม “ประโยชน์แก่ส่วนรวม”³ เพื่อให้มีหลักเกณฑ์วินิจฉัยเนื้อหาของสัญญามากขึ้น แต่ภายใต้ข้อจำกัด

³พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551

มาตรา 3 ให้เพิ่มนิยามคำว่า “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” ต่อจากบทนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

“ประโยชน์แก่ส่วนรวม” หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะหรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะ หรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการ หรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริม หรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม หรือประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น”.

ทั้งหลักเกณฑ์ด้านองค์กรหรือรูปแบบสัญญา และหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา รวมทั้งหลักเกณฑ์วินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่ทุกหลักเกณฑ์จะต้องปรับใช้ทฤษฎี และหลักกฎหมายต่างประเทศ การวินิจฉัยเพื่อแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง จึงยังคงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญยิ่ง ทั้งเรื่องศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดี เรื่องกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะปรับใช้ในคดี

ปัญหาข้างต้นเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลโดยตรง ที่หากใช้หลักเกณฑ์ไม่ว่าด้านรูปแบบหรือองค์กร และหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ที่จะต้องปรับใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมายต่างประเทศ หากไม่ได้ปรับใช้ทฤษฎีให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็ยิ่งกระทบต่อคู่กรณีในคดีโดยตรง ทั้งต่อการบังคับใช้กฎหมายทั้งระบบ จึงต้องแสวงหามาตรการทางกฎหมายแก้ปัญหาดังกล่าว ทั้งนี้ สภาพปัญหาที่นำมาสู่การศึกษาวิจัยในครั้งนี้ มีดังนี้

1) ปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ที่จะต้องใช้นิยามเปิดที่มีความยืดหยุ่น เสมือนหนึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ใด ๆ เลย กล่าวคือ

(1) หลักเกณฑ์ด้านองค์กรหรือคู่สัญญา เป็นหลักเกณฑ์ด้านรูปแบบที่สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือผู้ที่กระทำการแทนรัฐ ซึ่งมีปัญหาว่ามีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด แต่แม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง หรือผู้ที่กระทำการแทนรัฐแล้ว ก็ไม่ใช่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์อื่น ๆ ด้วย

(2) หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นการพิจารณาสัญญาทางปกครอง โดยการกำหนดของกฎหมาย กล่าวคือ วัตถุประสงค์แห่งสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือไม่ ซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่มีปัญหาในการวินิจฉัยมาก ก็คือสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ที่ศาลต้องดูว่าเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะเพียงใด ซึ่งต้องปรับใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศสโดยหลักเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่น เสมือนหนึ่งไม่มีความแน่นอนและมีขอบเขตกว้างมาก จึงมีปัญหากับเขตอำนาจศาลเกิดขึ้นเสมอ

(3) เมื่อพิจารณานิยามสัญญาทางปกครอง ถ้อยคำในนิยามที่ว่า “หมายรวมถึง” ย่อมแสดงความหมายอยู่ในตัวว่า นอกจากสัญญาที่กำหนดแล้วยังมีสัญญา

อื่น ๆ เป็น “สัญญาทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ด้วย ซึ่งสัญญาที่ว่านั้นก็คือ “สัญญาทางปกครองโดยสภาพ” แต่เมื่อย้อนกลับดูถ้อยคำในบทนิยาม ก็ไม่พบว่ามีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยสภาพเอาไว้แต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงต้องปรับใช้หลักเกณฑ์จากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 4/2544 ซึ่งหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้วินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ต้องพิจารณาถ้อยคำในตอนท้ายที่ว่า “. . . หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล. . .” ซึ่งเนื้อความที่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครองว่าจ้างบุคคล ให้เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง กรณีหนึ่ง หรือสัญญานั้นมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป อีกกรณีหนึ่ง แต่ก็ยังเป็นหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ที่มีได้กำหนดว่าอย่างไร หรือกรณีเช่นใด จึงถือว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะให้เข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง อีกทั้งหากสัญญามีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ก็ไม่พบรายละเอียดอื่นใด ที่จะเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่จะวินิจฉัยว่ากรณีเช่นใด ที่จะถึงขนาดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ จึงยังไม่แน่นอนและชัดเจนเพียงพอ ที่จะไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเกิดขึ้นอีก แม้เพิ่มนิยาม “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551 เพื่อประโยชน์ในการตีความสัญญาทางปกครองแล้ว ก็หาทำให้ปัญหาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ หดสิ้นไปแต่อย่างใดไม่ แม้เจตนารมณ์ของนิยามสัญญาทางปกครองที่เป็นนิยามเปิด หรือการอธิบายสัญญาทางปกครองโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ก็เพื่อให้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้ต่อไปได้ในอนาคต แต่เมื่อมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ก็มีปัญหาว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใด

วินิจฉัยสัญญา ยิ่งเมื่อต้องดูแลเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ก็ต้องใช้หลักกฎหมายฝรั่งเศส และทฤษฎีบริการสาธารณะ ที่ต้องพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญา แต่ก็ยังมีปัญหาเชื่อมโยงกับ บริการสาธารณะ เพราะแม้เชื่อมโยงกับบริการสาธารณะ ก็ไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทาง ปกครองเสมอไป แต่จะเป็นสัญญาทางปกครอง ก็ต่อเมื่อมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิด กับบริการสาธารณะ แม้ไม่มีข้อกำหนดพิเศษในสัญญาก็ตาม⁴ ก็ยังพบว่า มีปัญหาทาง กฎหมายว่า ความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะนั้น มีขอบเขตเพียงใด

นอกจากนี้ ข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ที่จะเป็สัญญาทาง ปกครองโดยสภาพ ก็ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเช่นกัน ทั้งหากให้ศาลปกครองสูงสุด พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยใช้ระยะเวลาเช่นเดียวกับระบบ กฎหมายฝรั่งเศส ก็ไม่สอดคล้องกับสภาวะการณ์ปัจจุบัน ที่รัฐหรือฝ่ายปกครองมอบ ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้เอกชน โดยใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือ ก่อนนิติสัมพันธ์มากขึ้น ข้อพิพาทจากสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะก็มากตาม ไปด้วย จึงควรมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอน เพื่อใช้วินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา ของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

2) ปัญหาต่อมา ก็คือ สัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ สัญญาจ้าง พนักงานราชการ และสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ ไม่ว่าจะลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราว เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะเมื่อต้องวินิจฉัยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นสัญญา ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการ สาธารณะ และนิติสัมพันธ์เกิดขึ้นตามกฎหมายใด กรณีเหล่านี้แยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) สัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ จะต้องดูวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่า เป็นสัญญาที่ให้เข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ โดยดูว่าข้อสัญญา ให้ผู้รับทุนรับราชการเป็นเงื่อนไขสำคัญหรือไม่ แม้ว่าชดใช้เงินแทนการรับราชการได้ แต่เงื่อนไข คือ ต้องการให้ทำงานใช้ทุนเป็นสำคัญแล้ว ก็ถือว่าเป็นสัญญาที่ให้เข้าร่วม ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ก็เป็นสัญญาทางปกครอง แต่ปัญหาทางกฎหมาย ก็คือ หากไม่ถือเอาการรับราชการในหน่วยงานที่ให้ทุนการศึกษาหรือหน่วยราชการ-

⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546), หน้า 328.

อื่นเป็นเงื่อนไขสำคัญแล้วจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ทั้งหากสัญญามีข้อกำหนดพิเศษให้ออกสิทธิ์ แก่หน่วยงานที่ให้ทุนการศึกษามาก และไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไปแล้ว ไม่ว่าจะวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ ก็ต้องถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ แต่ปัญหาทางกฎหมาย ก็คือ ข้อกำหนดพิเศษลักษณะอย่างไรบ้างและเพียงใด จึงจะถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

(2) สัญญาจ้างพนักงานราชการ เป็นสัญญาที่ต้องวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ที่เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งพนักงานราชการ หมายถึงบุคคลซึ่งได้รับการจ้างตามสัญญาจ้าง โดยได้รับค่าตอบแทนจากงบประมาณของส่วนราชการ เพื่อเป็นพนักงานของรัฐปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. 2547⁵ โดยมีได้บรรจุแต่งตั้งเข้ารับราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ดังนั้น การจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ก็ต้องดูวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่า มีความเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะเพียงใด ทั้งความเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายใด ซึ่งเมื่อมีปัญหาว่าไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและชัดเจน ก็จะต้องปรับใช้ทฤษฎีกฎหมายของฝรั่งเศส ก็ยังมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลจากความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ และองค์ความรู้ทางทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศ

(3) สัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ โดยเฉพาะลูกจ้างชั่วคราว เป็นสัญญาที่มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลมาก เพราะนอกจากไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ในการวินิจฉัยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ต้องใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะแล้ว ยังมีปัญหาว่าสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของรัฐ เป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน หรือเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ซึ่งแต่เดิมเป็นข้อพิพาทแรงงาน ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 อยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงาน ทั้งก่อนจัดตั้งศาลปกครองมีการจัดตั้งแผนกคดีปกครองในศาลแพ่ง แต่คดีเหล่านี้ก็ยังคงอยู่ในอำนาจศาลแรงงาน มิได้โอนมาอยู่ในเขตอำนาจศาลแพ่งแต่อย่างใด

แต่เมื่อจัดตั้งศาลปกครอง กฎหมายบัญญัติให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อยู่ในอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติ-

⁵ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547), หน้า 250.

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่กลับบัญญัติข้อยกเว้นไว้ในวรรคสอง (3)⁶ ที่หากคดีอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานซึ่งเป็นศาลชำนาญพิเศษ ก็จะไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง จึงต้องพิจารณาว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลแรงงาน ที่ยกเว้นอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ ก็ต้องดูนิติสัมพันธ์ตามสัญญาด้วย แต่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) ว่าสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่น่าจะครอบคลุมถึงข้อตกลงจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ เพราะนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างกับลูกจ้างในสัญญาเป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง จึงมิใช่ข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน ดังนั้น ข้อพิพาทตามสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ จึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง⁷

3) ปัญหาข้อกฎหมายสืบเนื่องจากประเด็นก่อน ก็คือ แม้ว่าศาลปกครองสูงสุดจะวางหลักไว้ แต่ก็มีปัญหาว่าจะวินิจฉัยเขตอำนาจศาลปกครองก่อน หรือข้อยกเว้นตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) ก่อน ซึ่งมีความเห็นว่า⁸ จะต้องวินิจฉัยว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจศาลชำนาญพิเศษหรือไม่ก่อน มิใช่วินิจฉัยว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามพระราช-

⁶พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 9 วรรคสอง

“เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1)

(2)

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลายหรือศาลชำนาญพิเศษอื่น”

⁷คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่).

⁸ความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อย (นายอัครวิทย์ สุมาวงศ์ รองประธานศาลปกครองสูงสุด) ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่).

บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) หรือไม่ก่อน เพราะแม้เป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แต่หากอยู่ในเขตอำนาจศาลชำนาญพิเศษ ก็ย่อมไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ตามข้อยกเว้นมาตรา 9 วรรคสอง (3) ทั้งแม้สัญญาระหว่างส่วนราชการกับผู้ฟ้องคดี เป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากข้อพิพาทตามสัญญาอยู่ในอำนาจศาลแรงงานแล้ว คดีนั้นก็ย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง นับเป็นปัญหาทางกฎหมายที่จะมีผลต่อเขตอำนาจศาลโดยตรง

4) ปัญหาการตั้งรูปคดีมีผลต่อประเภทคดี กล่าวคือ หากตั้งรูปคดีว่าคำสั่งให้ออกจากราชการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากตั้งรูปคดีว่าเป็นการเลิกจ้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น จึงต้องมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนที่จะกำหนดประเภทคดี มิใช่ปล่อยให้ขึ้นอยู่กับ การตั้งรูปคดีของผู้ฟ้องคดี เพราะกระทบต่ออายุความฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภทได้

สภาพปัญหาทางกฎหมายทั้งหมด มาจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ยืดหยุ่นอย่างมากภายใต้นิยามเปิด ที่จะใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล จึงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง จึงต้องศึกษาแสวงหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่แน่นอนเพื่อใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ในคดีพิพาทจากสัญญาของฝ่ายปกครองต่อไป

2. วัตถุประสงค์ในการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาทฤษฎีกฎหมาย ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ทั้งทฤษฎีบริการสาธารณะ สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและในระบบกฎหมายไทย

2.2 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่ใช้วินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายไทย

2.3 เพื่อศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทตามสัญญาทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ สัญญาจ้างพนักงานราชการ และสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ

2.4 เพื่อวิเคราะห์หาหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ สัญญาจ้างพนักงานราชการ และสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ

3. สมมติฐานในการศึกษา

การจัดตั้งศาลปกครอง มีผลให้แยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง โดยอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง แต่เมื่อมีปัญหาเขตอำนาจศาล กลับไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง มีเพียงนิยามที่บัญญัติไว้ซึ่งเป็นนิยามเปิด และคำอธิบายสัญญาทางปกครอง โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่เป็นหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ในการปรับใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยมีได้กำหนดขอบเขตและลักษณะของสัญญา หรือการปรับใช้ทฤษฎีอย่างชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลจากข้อพิพาทดังกล่าว

จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองที่แน่นอน เพื่อใช้วินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ มิให้ปัญหาเกิดขึ้นอีก เพื่อพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทย โดยสามารถพัฒนาหลักกฎหมายภายใต้นิยามเปิดได้เช่นเดิม

4. วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ทั้งเอกสารชั้นปฐมภูมิ (Primary Document) เช่น กฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และเอกสารชั้นทุติยภูมิ (Secondary Document) ทั้งตำรา คำอธิบายกฎหมาย รายงานวิจัย รายงานการสัมมนา วิทยานิพนธ์ คำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และสรรพเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาวิเคราะห์โดยใช้ทฤษฎีกฎหมายหลักกฎหมายต่างประเทศ และหลักกฎหมายปกครองไทย แล้วสรุปผลการศึกษาว่า สัญญาใดควรเป็นสัญญา ที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แล้วเสนอแนะเป็นแนวทางพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทยต่อไป

5. ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้ ศึกษาตั้งแต่ทฤษฎีบริการสาธารณะ หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และในระบบกฎหมายไทย ทฤษฎีที่ใช้แบ่งแยกเขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และในระบบกฎหมายไทย ทั้งศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทจากสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ สัญญาจ้างพนักงานราชการ และสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ จากคำสั่งและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพื่อวิเคราะห์หาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอน เพื่อใช้วินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลต่อไป

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ทำให้ทราบถึงทฤษฎีกฎหมาย ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ทั้งทฤษฎีบริการสาธารณะ และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และในระบบกฎหมายไทย

6.2 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่ใช้วินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และในระบบกฎหมายไทย

6.3 ทำให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทตามสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ สัญญาจ้างพนักงานราชการ และลูกจ้างของรัฐ

6.4 สามารถวิเคราะห์หาหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ในการวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ สัญญาจ้างพนักงานราชการ และสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ