

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทตามสัญญา ให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ และสัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐ

การศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้น ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีที่เป็นข้อพิพาทจากสัญญาของฝ่ายปกครองว่า เป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งสัญญาที่มีปัญหาข้อพิพาทที่มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลมาก ก็คือ สัญญาให้ทุนการศึกษาข้าราชการ หรือพนักงานในหน่วยงานราชการ สัญญาจ้างพนักงานราชการ และสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ ซึ่งสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งสามประเภทนี้ มีปัญหาทางกฎหมายที่จะต้องวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ที่อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม และหรือเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ที่อยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงาน แล้วแต่กรณี

ประเด็นข้างต้น ก็คือ ประเด็นที่จะชี้ให้เห็นว่า เมื่อใดที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองแล้ว ก็จะเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการทางปกครอง ที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งต้องปรับใช้หลักเกณฑ์ทั้งทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา และหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์สัญญา ซึ่งในระยะแรกเมื่อมีคดีพิพาทจากสัญญาของฝ่ายปกครอง ก็มีปัญหาข้อขัดข้องในการวินิจฉัยสัญญาอยู่เสมอ โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้วินิจฉัยสัญญาว่า มีขอบเขตเพียงใด ดังนั้น ขอบเขต นิยามความหมาย จึงต้องปรับใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมายของต่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายฝรั่งเศส ทั้งทฤษฎีบริการสาธารณะ ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือทฤษฎีอื่น ๆ ที่เมื่อมีคดีพิพาทก็อาจมีปัญหาการปรับใช้ทฤษฎี โดยเฉพาะหากสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ปัญหาการปรับใช้ทฤษฎี เพื่อให้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายวินิจฉัยสัญญา จึงมีปัญหาข้อกฎหมายขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุด หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมาก ทั้งนี้ แม้ศาลปกครองสูงสุดจะได้วางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่

6/2544 ได้วางหลักเกณฑ์การวินิจฉัยวัตถุแห่งสัญญา และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ แต่บรรดาหลักเกณฑ์เท่าที่มีอยู่ บางครั้งไม่สามารถนำไปปรับใช้แก้คดีได้ จึงนับว่า ข้อพิพาทจากสัญญาในลักษณะต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้ มีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลอยู่เสมอ ทั้งหลักกฎหมายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่ได้นำมาปรับใช้ยังจะต้องอาศัยพัฒนาการ และการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้จากแต่ ละคดีที่นำขึ้นสู่ศาลปกครองต่อไป จึงควรที่จะต้องศึกษาวิเคราะห์แสวงหามาตรการ หรือหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่จะใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองต่อไป

ในบทนี้ จึงทำการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย ในการวินิจฉัยตีความสัญญาทางปกครองในประเด็นปัญหาต่าง ๆ ดังนี้

1. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับนิยาม “สัญญาทางปกครอง” ที่เป็นนิยามเปิด

ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ยืดหยุ่นอย่างมากที่ศาลสามารถปรับใช้ได้อย่างกว้างขวาง

สัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่ง ที่มีความละเอียดลึกซึ้ง มีทั้งสัญญาทางปกครอง 4 ลักษณะตามที่นิยามกำหนดไว้ และมีทั้งสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ และอาจมีสัญญาในลักษณะอื่น ๆ ที่ศาลปกครองสูงสุด หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วินิจฉัยให้เป็นสัญญาทางปกครอง และเมื่อใดที่ สัญญานั้นถูกวินิจฉัยชี้ขาดให้เป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ก็จะอยู่ในเขตอำนาจศาล ปกครอง แต่ปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญในการวินิจฉัยชี้ขาด หรือตีความสัญญาก็คือ นิยามสัญญาทางปกครองที่บัญญัติไว้ เป็นนิยามเปิดที่มีความยืดหยุ่นอย่างมาก เสมือน- หนึ่งมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้ตายตัว จึงมีปัญหาการปรับใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ จาก นิยามภายใต้เจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งปัญหาต่าง ๆ ได้แก่

1.1 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ซึ่งเป็น หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง

หลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาของฝ่ายปกครองว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทาง ปกครองหรือไม่ หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา เป็นหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ เป็นหลักเกณฑ์แรกที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ที่ให้ “สัญญาทางปกครอง” หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

จากนิยามในกฎหมายที่ยกมากล่าวไว้ทั้งหมด ก็เพื่อต้องการจะวิเคราะห์ให้เห็นว่า นิยามสัญญาทางปกครอง ในส่วนของหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญานี้ มีคำนิยามเพียงสั้น ๆ ว่า “สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ. . .” เท่านั้น โดยมีได้มีการกำหนดขอบเขตอธิบายหลักเกณฑ์ในรายละเอียด แม้ต่อมามติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 จะได้อธิบายนิยามสัญญาทางปกครองเพิ่มเติม แต่ก็มิได้แยกหลักเกณฑ์ว่าแค่ไหนเพียงใด จึงจะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ โดยเฉพาะคำว่าหน่วยงานทางปกครอง แม้จะมีบทนิยามโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ว่า หน่วยงานทางปกครอง “หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึง หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” แต่ก็เป็นนิยามที่มีเฉพาะรูปแบบหรือลักษณะขององค์กรหรือคู่สัญญาเท่านั้น เพราะนิยามมิได้มีความละเอียดเพียงพอ ที่จะทำให้นำไปใช้โดยไม่มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้น โดยเฉพาะนิยามในตอนท้ายที่บัญญัติว่า “. . . และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” ที่ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนว่าลักษณะอย่างไรบ้าง ที่จะถือว่าเป็นการมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หรือคำว่าหน่วยงานอื่นของรัฐมีขอบเขตเพียงใด บริษัทมหาชน จำกัด ที่แปรรูปมาจากรัฐวิสาหกิจ เป็นหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจกรรมทางปกครองหรือไม่ การจะอธิบายว่าเป็นหรือไม่เป็นหน่วยงานทางปกครองนั้น จะมีหลักเกณฑ์อะไรบ้างที่ใช้ในการวินิจฉัย

ดังนั้น เมื่อหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เป็นหลักเกณฑ์เปิด การนำหลักเกณฑ์เหล่านี้ไปปรับใช้ย่อมมีปัญหาเกิดขึ้น เป็นปัญหาโดยตรงจากนิยามที่บทบัญญัติกฎหมายใช้คำว่า สัญญาทางปกครอง “หมายรวมถึง” ซึ่งเป็นนิยามเปิด คำว่า หมายรวมถึง เมื่อพิเคราะห์อย่างละเอียดถี่ถ้วนแล้ว ก็จะต้องเข้าใจได้ว่ามีสัญญาทางปกครอง ตามแบบที่กฎหมายกำหนดอยู่แล้วโดยตรง และยังมีสัญญาที่กฎหมายมิได้กำหนดเป็นสัญญาทางปกครองได้ด้วย คือสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งสัญญาที่มีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครองโดยตรง ก็จะไม่มีปัญหาข้อขัดข้องในการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เมื่อพิจารณาสัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดไว้ 4 ลักษณะแล้ว ก็จะวินิจฉัยได้ทันทีว่า สัญญาที่พิพาทนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แต่จากนิยามสัญญาทางปกครอง พบว่า ยังมีสัญญาทางปกครองอีกประเภทหนึ่ง ที่อยู่ในขอบเขตของคำว่า “หมายรวมถึง” ซึ่งแปลความได้ว่า ยังมีสัญญาในลักษณะอื่น ๆ อีกที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ เพราะเมื่อถ้อยคำในบทบัญญัติกฎหมายให้หมายรวมถึง เป็นคำนิยามเปิดไว้ ก็ย่อมต้องมีหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่ามีสัญญาประเภทใด ลักษณะใดอีกที่เป็นสัญญาทางปกครองด้วย เป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายว่า แล้วจะใช้หลักเกณฑ์ใดวินิจฉัยสัญญาทางปกครองประเภทนี้ ซึ่งก็คือสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ประเด็นที่เป็นผลสืบเนื่องจากปัญหาทางกฎหมายข้างต้น ก็คือ องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะศาลปกครองชั้นต้น ที่จะต้องวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เพื่อชี้ขาดว่าข้อพิพาทจากสัญญานั้น อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งมีข้อจำกัดในการนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาปรับใช้อย่างยิ่ง กล่าวคือ

1) นิยามของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นนิยามเปิด ที่มีขอบเขตแห่งนิยามกว้าง จึงต้องค้นหาหลักเกณฑ์ที่มีอยู่จากนิยามที่บัญญัติไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาด้วยบทกฎหมายข้างต้นแล้ว ก็พบว่า มีหลักเกณฑ์ตามนิยามที่แยกออกมาได้ อย่างน้อยสองหลักคือ หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบที่ใช้หลักเกณฑ์ว่า คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาที่จะต้องคู่วัตถุ

แห่งสัญญา หรือคู่มือหาของสัญญาที่มีอยู่ 4 ประเภท คือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ นอกจากนี้ สัญญาสัมปทาน ยังแยกออกเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัมปทานรถไฟฟ้า และสัญญาสัมปทานให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัมปทานรังนกนางแอ่น ทั้งสัญญาบางประเภทมีลักษณะเป็นทั้งสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และสัญญาสัมปทานจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคด้วย ความซับซ้อนเช่นนี้ จึงต้องใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายแยกประเภทสัญญา เมื่อแยกหลักเกณฑ์จากนิยามของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว พบว่า มีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญา เป็นปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลหลายคดี โดยเฉพาะเมื่อวิเคราะห์ในรายละเอียด พบว่า เริ่มตั้งแต่ประเด็นเรื่องคู่สัญญาจากหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ก็อาจนำไปสู่ปัญหาในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองได้ ทั้งนี้ คู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครอง ก็จะต้องศึกษาต่อไปว่าหน่วยงานทางปกครอง มีบทบัญญัติกฎหมายนิยามไว้หรือไม่ และมีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด หรือผู้กระทำการแทนรัฐ ลักษณะเช่นใดเพียงใด ที่มีลักษณะเป็นผู้กระทำการแทนรัฐ จึงนับว่าเป็นปัญหาทางกฎหมาย ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองทั้งสิ้น และหากองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายวินิจฉัยว่าสัญญาใด เป็นหรือไม่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยใช้หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรเพียงหลักเกณฑ์เดียว ก็อาจจะวินิจฉัยสัญญานั้น โดยคลาดเคลื่อนต่อหลักทฤษฎีได้เช่นกัน ซึ่งหากย้อนไปดูพัฒนาการทางทฤษฎี ของระบบสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส แต่เดิมสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมด อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน เว้นแต่สัญญาบางประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ให้อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง จนปี ค.ศ. 1873 ศาลคดีซัคกันวินิจฉัยคดี Blanco ว่า ต้องใช้แนวคิดเรื่องบริการสาธารณะ เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่า กิจกรรมใดของฝ่ายปกครอง อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง คดี Blanco ได้แยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยวางหลักว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดองค์กร หรือการปฏิบัติงานของบริการสาธารณะ จะเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งศาลใช้แนวคิดเรื่องบริการสาธารณะ เป็นเกณฑ์พิจารณา

สัญญาานานพอสมควร ต่อมา ศาลพบว่า แม้นาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบริการสาธารณะมาใช้ แต่ก็ยังมีจุดบกพร่องอยู่ คือ บริการสาธารณะบางประเภทมิใช่สัญญาทางปกครอง แต่สัญญาบางประเภทเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งที่มีได้สัมพันธ์กับบริการสาธารณะแต่อย่างใด ทั้งบางกรณีกฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง หรือกำหนดว่าให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

โดยหลักแล้วกฎหมายปกครองฝรั่งเศส มีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง และศาลคดีซัดกันเป็นหลัก แต่กฎหมายบางฉบับกำหนดให้สัญญาที่ทำขึ้นตามกฎหมายนั้น ๆ เป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ทั้งกฎหมายอาจจะระบุไว้โดยทางอ้อมว่า หากมีข้อพิพาทเกิดจากสัญญานั้น ๆ ก็ให้ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมมีอำนาจเหนือคดี สัญญาที่ให้ศาลปกครองมีอำนาจอาจเป็นสัญญาทางปกครอง หรืออาจเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง แต่กฎหมายให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเป็นพิเศษ ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดประเภทของสัญญาหรือศาลที่มีอำนาจไว้ในกฎหมาย จะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาใด อยู่ในเขตอำนาจของศาลใด

ดังนั้น การที่ศาลจะวินิจฉัยว่าสัญญาเป็นสัญญาประเภทใด ก็ต่อเมื่อกฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหลักเกณฑ์พิจารณาอยู่หลายหลักเกณฑ์ เช่น หลักเกณฑ์ในเชิงองค์กร หลักเกณฑ์นี้อาศัยคู่สัญญาที่อย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ อีกหลักเกณฑ์หนึ่ง ก็คือ หลักเกณฑ์ในแง่เนื้อหาที่พิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่จัดให้มีบริการสาธารณะ หรือมีส่วนร่วมจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาทางปกครองต้องมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ โดยตรง ส่วนสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะแต่ไม่ใช่ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงโดยสภาพแล้วย่อมไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ถ้าไม่มีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่ตั้งว่าเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ พัฒนาการทางทฤษฎีในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนี้ ระบบกฎหมายไทยนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยสัญญาอย่างมาก โดยเฉพาะการปรับใช้หลายหลักเกณฑ์ประกอบกัน ที่ศาลจะพิจารณาว่าสัญญาใดควรอยู่ในบังคับของกฎหมายมหาชน

เมื่อศึกษาทฤษฎีของกฎหมายฝรั่งเศส พบว่า ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองจะมีบทบาทสำคัญยิ่งที่จะวินิจฉัยว่า คดีพิพาทนั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งศาลจะปรับใช้หลายหลักเกณฑ์ประกอบกัน แล้ววินิจฉัยว่าสัญญาใดควรเป็นสัญญาทางปกครอง หรือโดยสภาพแล้วสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ที่จะบังคับตามหลักกฎหมายมหาชนโดยศาลปกครองจะทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทนั้น

2) ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาว่าคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ที่ว่าอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลผู้ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐนั้น มีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ด้านองค์กรหรือคู่สัญญา จากนิยามสัญญาทางปกครอง ที่ว่าสัญญาทางปกครองหมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ เมื่อพิจารณาถ้อยคำในกฎหมายแล้ว จะเห็นว่าผู้ที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองได้ แบ่งออกได้เป็นสองกรณี คือ

กรณีแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งนิยามในมาตรา 3 บัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมาย ให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

จากนิยามดังกล่าว เมื่อพิจารณาแล้วพบว่ากฎหมายบัญญัตินิยามไว้กว้างมาก จึงต้องพิจารณาต่อไปว่าหน่วยงานทางปกครอง แยกออกเป็นประเภทต่าง ๆ ได้ถึง 6 ประเภท คือ

(ก) ราชการบริหารส่วนกลาง ซึ่งได้แก่ กระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ หรือส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรม เช่น สำนักงานนิติวิทยาศาสตร์ หรือมหาวิทยาลัยของรัฐ

(ข) ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัด อำเภอ

(ค) ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ในปัจจุบัน ได้แก่ เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

(ง) รัฐวิสาหกิจ ที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชน สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐวิสาหกิจ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนกับเอกชน จึงไม่เข้าลักษณะของสัญญาทางปกครอง เว้นแต่จะทำสัญญาโดยกระทำการแทนรัฐ

(จ) หน่วยงานอื่นของรัฐ เช่น องค์การมหาชนที่ตั้งขึ้นตามพระราชกฤษฎีกา ตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 รวมทั้งองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน ฯลฯ

(ฉ) หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

สำหรับในระบบกฎหมายฝรั่งเศส พัฒนาการของหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรนั้น สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองได้ อย่างน้อยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เมื่อคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนแล้ว จึงไปพิจารณาหลักเกณฑ์เรื่องเนื้อหาสาระของสัญญา สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน จึงไม่มีทางที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ แม้สัญญาจะมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาที่ทำระหว่างบริษัทผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางคว่นกับผู้รับเหมาเอกชน ซึ่งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยไว้คดี Societe' de l' Autoroute Esterel-Cote d' Azur ในปี ค.ศ. 1961 ว่า เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่ก็มีข้อยกเว้น ประมาณ ค.ศ. 1960 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ และศาลคดีขัดกันเริ่มยอมรับข้อยกเว้น โดยสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชน อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อีกทฤษฎีหนึ่ง ที่เป็นข้อยกเว้นที่ให้สัญญา ระหว่างเอกชนกับเอกชนเป็นสัญญาทางปกครองได้ คือ ทฤษฎีผู้แทนหรือตัวแทนของฝ่ายปกครอง โดยศาลจะดูความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิด ระหว่างเอกชนที่เป็นตัวแทนกับฝ่ายปกครองที่เป็นตัวการ ถ้าหากการทำสัญญาของเอกชนนั้นอยู่ในฐานะผู้แทนหรือตัวแทนของฝ่ายปกครองแล้ว สัญญาดังกล่าวอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ แม้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นเอกชน ตามคำพิพากษาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1975 ที่ศาลดูความสัมพันธ์ระหว่างกรมทางหลวงแผ่นดิน กับบริษัทที่รัฐถือหุ้น

เกินกึ่งหนึ่งและผู้รับเหมาช่วง สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ หากใช้หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญา สัญญาทางปกครองคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง ต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน แต่เอกชนก็อาจทำสัญญาทางปกครองได้ หากเอกชนอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง ทำเพื่อประโยชน์นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน หรือเข้าทำสัญญาในฐานะตัวแทนหรือผู้แทนของฝ่ายปกครอง หรือกฎหมายอาจกำหนดให้สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนเป็นสัญญาทางปกครองได้

จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองฝรั่งเศส ได้ปรับใช้ทฤษฎีและหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ไปถึงเอกชน ที่เข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน หรือเอกชน เข้าทำสัญญาในฐานะตัวแทน หรือผู้แทนของฝ่ายปกครอง ก็เป็นสัญญาทางปกครองได้ เพราะเงื่อนไขที่ว่าเป็นผู้กระทำการแทนรัฐ แต่หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ตามกฎหมายไทย ที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ที่นิยามของหน่วยงานทางปกครอง จะหมายความตั้งแต่กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึง หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งโดยเจตนารมณ์ของกฎหมาย หากเทียบเคียงกับแนวทางที่ศาลปกครองฝรั่งเศสปรับใช้ทฤษฎี ก็จะต้องหมายความรวมถึง เอกชนที่เข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน และเอกชนที่เข้าทำสัญญาในฐานะตัวแทน หรือผู้แทนของฝ่ายปกครองด้วย เพราะเป็นผู้กระทำการแทนรัฐ

แต่หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรนี้ ในระยะแรก เป็นเหตุแห่งปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้น เช่น กรณีรัฐวิสาหกิจยังจะต้องแยกว่าไม่รวมถึง รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชน เช่น ตั้งขึ้นตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หน่วยงานที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชน แม้จะเป็นรัฐวิสาหกิจก็ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ ตามกฎหมายมหาชน นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจึงเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนเท่านั้น มิใช่นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ดังนั้น เมื่อใช้หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญาวิญฉัย ก็ไม่เข้าหลักเกณฑ์จึงมิใช่สัญญาทางปกครอง ศาลที่รับคำฟ้องก็วินิจฉัยว่าไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ซึ่งเคยมีกรณีรัฐวิสาหกิจแปรรูปไปเป็นบริษัทมหาชนจำกัด ตามพระราช-

บัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2542 ที่จะเป็นหน่วยงานทางปกครองเมื่อใช้อำนาจทางปกครองจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น การพิจารณาจากองค์กรที่มาเป็นคู่สัญญา โดยมีได้เห็นว่าเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วย ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ก็จะมีปัญหาเกิดขึ้นอีก เพราะบริษัทมหาชนจำกัด จัดตั้งหรือแปรรูปไปเป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน เมื่อจัดตั้งขึ้นหรือแปรรูปไปเป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายเอกชน นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นย่อมเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน ศาลจึงวินิจฉัยว่าไม่ใช่หน่วยงานทางปกครอง เพราะไม่เข้าหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร เมื่อไปยื่นฟ้องต่อศาลแพ่ง ศาลแพ่งก็วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะแม้หน่วยงานของรัฐแปรรูปไปเป็นบริษัทมหาชนตามกฎหมายเอกชนแล้ว แต่วัตถุประสงค์แห่งสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ลักษณะหนึ่งลักษณะใดใน 4 ลักษณะตามนิยาม ย่อมเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

ปัญหาตามข้อนี้ มีคดีพิพาทเรื่องหนึ่งแม้จะผ่านมาหลายปีแต่ยังนำมาเป็นกรณีศึกษาได้ กล่าวคือ ปัญหาการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยใช้หลักเกณฑ์ด้านองค์กรหรือคู่สัญญา โดยเฉพาะหน่วยงานทางปกครอง ที่มีความหมายรวมครอบคลุมไปถึงผู้ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง ในการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐด้วย แต่เมื่อข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลก็พบว่าศาลวินิจฉัยไปไม่ถึง ศาลพิเคราะห์เฉพาะองค์กรคู่สัญญา เช่น คดีหมายเลขดำที่ 529/2546 ที่ศาลปกครองกลางไม่รับฟ้องพลอากาศเอก เทิดศักดิ์ ทัศนะรักษ์ ยื่นฟ้องบริษัท ทำอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) ที่แปรรูปมาจากการทำอากาศยานแห่งประเทศไทย รัฐวิสาหกิจสังกัดกระทรวงคมนาคม

ศาลปกครองกลางเห็นว่า รัฐวิสาหกิจแปรสภาพเป็นบริษัทมหาชนตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2542 แล้ว เมื่อแปรรูปเป็นบริษัทมหาชนจึงไม่มีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อแปรรูปแล้วจะเป็นหน่วยงานทางปกครองได้ ก็เฉพาะกรณีที่เป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจกรรมทางปกครอง เฉพาะเมื่อได้กระทำการ โดยใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจกรรมทางปกครองที่ได้รับมอบหมายเท่านั้น ซึ่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ทำอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2545 ประกอบกับวัตถุประสงค์ของผู้ถูกฟ้องคดี ที่ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต่อกรมพัฒนา-

ธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด ถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้รับมอบหมาย ให้ประกอบกิจการเกี่ยวกับการทำอากาศยาน รวมทั้งการดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือต่อเนื่องกับการประกอบกิจการทำอากาศยาน ซึ่งถือได้ว่าเป็นกิจการทางปกครอง ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการที่เป็นการดำเนินการทำอากาศยาน หรือที่เกี่ยวข้องกับกิจการทำอากาศยาน โดยเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับหน่วยงาน หรือบุคคลใด จึงจะถือได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการในฐานะหน่วยงานทางปกครอง

แต่กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาจ้างบุคคลมาเป็นผู้บริหาร ไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดี ดำเนินกิจการทำอากาศยาน หรือเกี่ยวเนื่องกับกิจการทำอากาศยาน ซึ่งเป็นกิจการทางปกครองโดยตรง ไม่อาจถือได้ว่าได้กระทำการในฐานะหน่วยงานทางปกครอง จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ทั้งที่การว่าจ้างผู้บริหารเป็นการว่าจ้างเข้ามาเพื่อบริหารกิจการของการทำอากาศยาน โดยตรง เพราะกิจการของการทำอากาศยานจะประสบความสำเร็จหรือไม่อยู่ที่ผู้บริหารทั้งสิ้น ซึ่งกิจการทำอากาศยานก็คือบริการสาธารณะที่รัฐมอบให้บริษัททำอากาศยานดำเนินการแทนรัฐ ซึ่งบริการสาธารณะประเภทนี้จะต้องใช้อำนาจทางปกครองในการบริหารกิจการทำอากาศยานไทย

อย่างไรก็ตาม คดีนี้ต่อมาได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 4/2549 วินิจฉัยชี้ขาดให้คดีพิพาทอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง โดยเหตุผลจากหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ทั้งยังพบว่า มีข้อสัญญาที่กำหนดเอกลักษณ์บางอย่างในข้อสัญญา แก่บริษัท ทำอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) ผู้ว่าจ้าง ซึ่งไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วย

ตัวอย่างข้างต้น ก็คือ รูปธรรมของปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นที่ศาลปกครองกลางไม่รับฟ้อง ซึ่งให้เห็นว่าปัญหามาจากหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ที่มีขอบเขตกว้าง ก็มีปัญหาในการวินิจฉัยสัญญาที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่รับฟ้อง ทั้งที่คดีอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ปัญหาจึงเกิดขึ้นตั้งแต่หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ที่การวินิจฉัยสัญญาโดยใช้หลักเกณฑ์ด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ก็ต้องวินิจฉัยครอบคลุมไปถึงเนื้อหาของสัญญานั้นด้วยว่า ขอบเขตแคไหนเพียงใด จึงจะถือได้ว่าเป็นการกระทำการแทนหน่วยงานทางปกครอง

ข้อพิจารณาเรื่องหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ที่ต้องอาศัยคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ประการต่อมา ก็คือ จากนิยามที่ว่าอย่างน้อยต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงาน

ทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการวินิจฉัยสัญญา โดยใช้คู่สัญญาอาจเกิดขึ้นได้อีก ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่เข้าทำสัญญากันต่างเป็นหน่วยงานทางปกครอง โดยหลักสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครอง ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไปเช่นกัน ต้องพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ต้องเป็นไปเพื่อการดำเนินบริการสาธารณะ ถ้าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไม่ใช่การดำเนินบริการสาธารณะ ก็ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง จะต้องไปดูว่ามีข้อสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไปหรือไม่ ถ้าข้อสัญญามีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ก็จะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

กรณีที่สอง ก็คือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ เป็นเงื่อนไขอีกประเด็นหนึ่งที่ต้องพิจารณา กล่าวคือ สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น ถ้าหากสัญญาใดมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ สัญญาดังกล่าวอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งมีทั้งการได้รับมอบหมายจากรัฐ ให้ดำเนินการทำสัญญาแทนรัฐในเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยตรง และการได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยปริยาย อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ป็นรัฐวิสาหกิจที่ไม่ได้จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือรัฐวิสาหกิจที่แปรรูปเป็นบริษัทมหาชนแล้ว ได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำหรือดำเนินงานจัดทำบริการสาธารณะ ที่หน่วยงานนั้นได้รับมอบหมายจากรัฐ เช่น การว่าจ้างผู้บริหารตามนัยคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 4/2549 ที่มี

การวางหลักกฎหมายว่า การว่าจ้างผู้บริหาร มีลักษณะเป็นการว่าจ้างให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมบริหาร อันเป็นการเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะในกิจการนั้นแทนรัฐด้วย ดังนั้น การใช้หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ต้องปรับใช้ในมิติที่กว้าง จะต้องวินิจฉัยไปถึงขนาดว่าแม้หน่วยงานนั้นไม่ใช่หน่วยงานทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหรือตามพระราชกฤษฎีกา หรือแม้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหรือตามพระราชกฤษฎีกา แต่ได้แปรรูปเป็นบริษัทมหาชนตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2542 เมื่อไปทำสัญญาใดนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน เพราะหน่วยงานนั้นเป็นบริษัทมหาชนไปแล้ว ไม่ใช่หน่วยงานทางปกครองอีกต่อไปแต่เพียงเงื่อนไขเดียวไม่ได้ จะเป็นนิติการตีความกฎหมายที่คับแคบ เพราะแม้เป็นบริษัทมหาชนตามกฎหมายเอกชน แต่โดยเนื้อหาของงานในหน่วยงานนั้น

ยังเป็นหน่วยงานที่จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ บริษัทมหาชนนั้นก็ยังมีการใช้อำนาจทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ ต้องถือว่ายังคงเป็นหน่วยงานของรัฐ ยังมี การใช้อำนาจมหาชน ที่ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ทำบริการสาธารณะ

อย่างไรก็ตาม ในบริบทที่กลับกัน การพิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้าน องค์กรหรือคู่สัญญาวินิจฉัยว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งต้องพิจารณาว่ามีทั้ง คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง หรืออีกกรณีหนึ่งคือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็น บุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ก็มีใช้ว่าสัญญาที่คู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือผู้กระทำการแทนรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจที่แปรรูป เป็นบริษัทมหาชน ได้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจมหาชน จัดทำบริการสาธารณะแทน รัฐแล้วจะเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะข้อเท็จจริงในบางคดี แม้เข้าหลักเกณฑ์ทางด้าน องค์กรหรือคู่สัญญา และเนื้อหาสัญญาที่เป็นบริการสาธารณะ แต่สัญญาที่ทำขึ้นนั้นอาจ เป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาว่าจ้างทำความสะอาดลานบินซึ่ง เป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ไม่ได้ใช้อำนาจมหาชน และไม่มีข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างแต่อย่างใด สัญญานั้นก็จะเป็น สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งหากมีข้อพิพาทก็อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

การใช้หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา จึงมีปัญหาอยู่มากใน ระยะแรก และแม้ในปัจจุบันศาลปกครองจะได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทาง ปกครองระดับหนึ่งแล้ว ก็มีใช้ว่าจะไม่มีปัญหาเสียเลยทีเดียวเพราะต้องใช้ทั้งหลักเกณฑ์ ทางด้านวัตถุแห่งสัญญาหรือเนื้อหาสัญญา ทั้งอาจเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพที่ มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 วางหลักไว้ด้วย การวินิจฉัย สัญญา โดยใช้หลายหลักเกณฑ์ประกอบกัน ก็น่าจะยังคงมีปัญหาทางกฎหมายอยู่ต่อไป แม้ว่าจะไม่มากเหมือนกับเมื่อศาลปกครองเปิดทำการใหม่ ๆ ก็ตาม

ปัญหาทางกฎหมายที่จะเป็นปฏิกิริยาวิวัฒนาการต่อไป ก็คือ ถึงเวลาแล้ว หรือยังที่จะนำหลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง ที่พัฒนามาระดับหนึ่งแล้ว มาประมวล เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการตีความสัญญาทางปกครอง มิให้ข้อพิพาทที่เกิดจาก นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ในระบบกฎหมาย มหาชน ที่ตุลาการมีความเชี่ยวชาญในปรัชญาของกฎหมายมหาชนอย่างลึกซึ้ง ทั้งมีวิธี พิจารณาคดีในระบบไต่สวน มีนิติวิธีในกฎหมายมหาชนมาปรับใช้แก้คดี แต่ต้องถูก

วินิจฉัยชี้ขาดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมในระบบกฎหมายเอกชน ที่มีวิธีพิจารณา
คดีในระบบกล่าวหา ซึ่งจะกระทบต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมอย่างรุนแรงยิ่ง

1.2 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาวินิจฉัย สัญญาทางปกครอง

ปัญหาทางกฎหมายในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง อีกกรณีหนึ่ง ก็คือ
ปัญหาเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา วินิจฉัยสัญญาทาง
ปกครอง ก็เป็นปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัตินิยามสัญญาทางปกครอง ที่เป็น
นิยามเปิดที่มีความยืดหยุ่นอย่างมาก ซึ่งนอกจากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร
แล้ว ยังต้องพิจารณาเนื้อหาของสัญญาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ
จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่นิยามบัญญัติว่า “. . .และ
มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่ง-
สาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ที่เนื้อหาสัญญามีความ
ละเอียด มีขอบเขตในสัญญาแต่ละประเภทกว้างขวางมาก

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของสัญญาจากนิยามว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทาง-
ปกครองได้ จะต้องมียุทธลักษณะเป็นสัญญา 4 ประเภท ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้
จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จาก
ทรัพยากรธรรมชาติ โดยสัญญาสัมปทาน จะมีทั้งสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะและ
สัญญาสัมปทานให้ใช้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งในที่นี้จะไม่กล่าวใน
รายละเอียด จะวิเคราะห์เฉพาะสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นประเด็นหลัก
ของศึกษาวิจัยนี้เท่านั้น

จากนิยามดังกล่าว เมื่อย้อนไปดูกฎหมายฝรั่งเศส พบว่า ในปัจจุบันกฎหมาย
ฝรั่งเศส ไม่มีกฎหมายนิยามสัญญาทางปกครองไว้ มีเพียงบัญญัติว่าสัญญาใดเป็นสัญญา
ทางปกครอง หรือให้ข้อพิพาทตามสัญญาประเภทใด อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง
ก็จะต้องถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ซึ่งสัญญาทางปกครอง
ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่สำคัญ ๆ ได้แก่ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญา
งานโยธาสาธารณะ สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ หรือรับจ้างทำอุปกรณ์บางอย่าง เช่น
การซื้อเวชภัณฑ์ทางทหาร สัญญา रखคนสาธารณะ ที่เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองตกลงให้
เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ รับขนผู้โดยสารแทนหน่วยงานทางปกครอง

สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาพัสดุเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายพัสดุ และสัญญาที่ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการสาธารณะโดยตรง ซึ่งมีทั้งสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการดำเนินการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง และสัญญาที่ทำกับผู้ให้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เป็นสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน

แต่เมื่อย้อนมาดูกฎหมายไทย การพิจารณาหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง ก็ต้องพิจารณาจากนิยามในกฎหมาย ที่ในกรณีสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ มีปัญหาทางกฎหมายที่ใช้วินิจฉัยเนื้อหา ของสัญญาประเภทนี้มากที่สุดว่า ลักษณะอย่างไร จึงจะเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ จะต้องใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายใดบ้าง บทบัญญัติกฎหมายบัญญัติไว้ว่าอย่างไร ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดรายละเอียดไว้ ทั้งในอดีตก็ไม่เคยมีการอธิบายสัญญาประเภทนี้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครอง ที่จะวินิจฉัยสัญญาตามหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ ซึ่งก็เป็นปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลเกิดขึ้นเสมอ

ทั้งนี้ เพราะเนื้อหาของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ มีขอบเขตกว้าง ทั้งกรณีที่ให้เอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาให้เอกชนกำจัดขยะ หรือสัญญา “ที่ถือเป็น” สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาก่อสร้างหรือซ่อมแซมอาคาร โรงพยาบาล ที่ประชาชนเข้าพักรักษาในโรงพยาบาล รับบริการทางสาธารณสุขจากโรงพยาบาลของรัฐนั้นได้โดยตรง โดยสภาพแล้วตัวอาคารโรงพยาบาลไม่ใช่สิ่งที่เรียกว่าบริการสาธารณะ แต่การจัดทำบริการสาธารณะด้านสาธารณสุขจะต้องมีอาคารผู้ป่วย ที่จะเป็นเครื่องมือสำคัญที่ทำให้บริการสาธารณะบรรลุผล จึงให้สัญญาก่อสร้างอาคาร โรงพยาบาล เป็นสัญญาที่ถือเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ ที่มีข้อสัญญาว่าเมื่อจบการศึกษาจะต้องมาใช้ทุนในหน่วยงานนั้น ก็ถือเป็นการเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ การวินิจฉัยเช่นนี้ก็ต้องเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ จึงมีปัญหาในการตีความสัญญา มาก จนมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเกิดขึ้นเสมอ

ขอบเขตของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงมีเนื้อหากว้างมาก คือ ทั้งกิจการที่เป็นบริการสาธารณะโดยตรง ทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อเป็นเครื่องมือ หรือ

บุคลากรในการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาประเภทหลังจึงครอบคลุมสัญญาของฝ่ายปกครอง ตั้งแต่สัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐ สัญญาว่าจ้างก่อสร้างหรือให้ซ่อมแซมหน่วยงานทางปกครอง สัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ ซึ่งเป็นสัญญาที่ถือเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ โดยเฉพาะสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะกับรัฐ เมื่อมีข้อพิพาทก็จะเป็นสัญญาหนึ่งที่มีปัญหาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

สัญญาของฝ่ายปกครองที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จะหมายความรวมถึงแต่สัญญาว่าจ้างบุคลากรของรัฐ ไม่ว่าจะลูกจ้าง พนักงานราชการ ที่หน่วยงานทางปกครองจ้างให้เข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมของรัฐหรือฝ่ายปกครอง ที่เป็นบริการสาธารณะนั้นจะต้องวินิจฉัยไปถึงขนาดว่า การเข้าร่วมในกิจกรรมสาธารณะของรัฐ เป็นการเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ เช่น ในการจัดทำบริการสาธารณะทางด้านการศึกษาของรัฐ การว่าจ้างครูเป็นผู้สอน ถือว่าเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะที่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะครูมีหน้าที่โดยตรงในการสอน ซึ่งเป็นกิจกรรมอันสำคัญของการจัดการศึกษา แต่ในโรงเรียนเดียวกันมีการว่าจ้างนักการภารโรง หรือพนักงานรักษาความสะอาด สัญญาว่าจ้างดังกล่าวไม่ใช่สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะเพราะงานด้านการรักษาความสะอาด ไม่ใช่งานโดยตรงในบริการสาธารณะด้านการศึกษา

หรืออีกกรณีหนึ่ง สัญญาว่าจ้างแม่ครัวปรุงอาหารในโรงเรียนสังกัดเทศบาล ซึ่งมีหน้าที่ในการจัดการศึกษาอันเป็นบริการสาธารณะรูปแบบหนึ่งของเทศบาล ที่เป็นหน่วยงานทางปกครอง ถ้าเป็นสัญญาว่าจ้างแม่บ้านประกอบอาหารในโรงเรียนอนุบาลซึ่งต้องเลี้ยงอาหารนักเรียนอนุบาลด้วย ก็เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ แต่ในทางกลับกัน หากเป็นสัญญาว่าจ้างแม่บ้านประกอบอาหารในร้านสหกรณ์โรงเรียนมัธยม ที่โรงเรียนไม่มีหน้าที่โดยตรงในการเลี้ยงอาหารกลางวันแก่นักเรียน ก็เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ที่หากมีข้อพิพาทก็อยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงาน ซึ่งเป็นศาลชำนาญพิเศษในระบบศาลยุติธรรม

เนื้อหาของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะจึงมีขอบเขตกว้าง โดยเฉพาะความเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะ โดยเฉพาะสัญญาจ้างบุคลากร หรือลูกจ้างของรัฐยังมีความเห็นทางกฎหมายแย้งว่าสัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐ แม้ฝ่ายหนึ่งจะเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน เป็นเพียง

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างในสัญญาจ้างแรงงาน มิใช่สัญญาให้จัดทำหรือเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ แต่ที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยให้ถือเป็นสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ เป็นสัญญาทางปกครอง นับเป็นปัญหาทางกฎหมายในการปรับใช้หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญา ที่มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล อันเนื่องมาจากหลักเกณฑ์ที่จะใช้ตีความสัญญานั้นเอง

นอกจากนี้ สัญญาที่เชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะ อาจไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ จะต้องเป็นสัญญาที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ การใช้หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาเพื่อชี้ขาดอำนาจศาล ต้องควัดดูแห่งสัญญาว่ามีความใกล้ชิดกับบริการสาธารณะเพียงใด แต่ก็ไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอน ที่จะวินิจฉัยว่ากรณีอย่างไรบ้าง จึงจะถือว่ามี ความใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ ซึ่งมีทั้งสัญญาว่าจ้างบุคคล สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารสำหรับใช้จัดทำบริการสาธารณะ โดยตรงดังกล่าวแล้ว

อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยวัตถุประสงค์แห่งสัญญามีความใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ บางคดีใช้ทั้งหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร และหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาอาจไม่เพียงพอ จะต้องใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เช่น พิจารณาเนื้อหาสัญญาว่ามีข้อกำหนดพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์ฝ่ายปกครองมาก หรือมีข้อสัญญาที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544 สัญญาลาศึกษาต่อต่างประเทศ ที่ผู้ฟ้องคดีทำไว้กับผู้ถูกฟ้องคดี วัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้ผู้ฟ้องคดี ต้องกลับมารับราชการตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา และข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เช่น ผู้ฟ้องคดีถูกจำกัดสิทธิไม่ว่าลาออกจากราชการ โอนสังกัด หรือบอกเลิกสัญญาไม่อาจกระทำได้ แต่ให้สิทธิและอำนาจเด็ดขาดแก่ผู้ถูกฟ้องคดี บอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หรือเรียกตัวผู้ฟ้องคดีกลับก่อนครบกำหนดไม่ว่ากรณีใด ๆ ได้ หากสัญญามีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไปเช่นนี้ ก็จะเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครองเช่นกัน

จึงเห็นได้ว่า สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ ที่เป็นสัญญาจ้างผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดที่แปรรูปมาจากรัฐวิสาหกิจ สัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ สัญญาจ้างพนักงานราชการ ซึ่งต้องพิจารณาว่านิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น เป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน หรือตามกฎหมายมหาชน รวมทั้งสัญญาที่หน่วยงานราชการให้ทุนการศึกษา โดยมีข้อสัญญาว่าเมื่อจบการศึกษา จะต้องกลับมาใช้ทุนการศึกษาในหน่วยงานราชการ

ที่ถือเป็นการเข้าร่วมจัดทำสาธารณะ นับว่ามีปัญหาเขตอำนาจศาลมาก ซึ่งพบว่า บางคดี ศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้อง เช่น สัญญาระหว่าง พลอากาศเอก เทิดศักดิ์ สัจจะรักษ์ ยื่นฟ้องบริษัท ทำอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) เพราะเหตุถูกเลิกจ้าง โดยเหตุผลว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ใช่หน่วยงานทางปกครองที่วิเคราะห์ไว้ในชั้นต้นแล้ว

1.3 ปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง

ในอดีตหน่วยงานทางปกครอง มีการทำสัญญาต่าง ๆ มานานแล้ว แต่ทุกสัญญาจะเป็นสัญญาทางแพ่งทั้งสิ้น เพราะไม่ได้แยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เมื่อมีข้อพิพาทจากสัญญา ก็จะใช้กฎหมายลักษณะสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับ ศาลที่มีอำนาจเหนือคดีพิพาทก็จะเป็นศาลยุติธรรม แต่เมื่อแยกสัญญาของฝ่ายปกครอง ออกเป็นสัญญาทางปกครอง แยกต่างหากจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง อันเป็นผลมาจากการจัดตั้งศาลปกครอง ในระยะแรก จึงมีปัญหาข้อขัดข้องในการวินิจฉัยสัญญาอย่างมาก กล่าวคือ ปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง จะมีเพียงนิยามของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้กว้าง ๆ ที่ยืดหยุ่นอย่างมาก มีเพียงหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือรูปแบบที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง จะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือผู้กระทำการแทนรัฐ กับหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่า มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ดังนั้น นอกจากหลักเกณฑ์จากนิยามแล้ว ก็ไม่มีการวางกรอบการนำทฤษฎีหรือหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะหลักกฎหมายฝรั่งเศส ที่ประเทศไทยนำมาใช้มาปรับใช้เลย ทั้งไม่มีคำอธิบายอื่นใด หรือกฎหมายฉบับอื่น ที่จะเทียบเคียงว่าสัญญาทางปกครองนั้น หมายถึง สัญญาประเภทใดบ้าง มีองค์ประกอบอย่างไรบ้าง มีขอบเขตเพียงใด มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาครอบคลุมเพียงใด ลักษณะสัญญาประเภทใดบ้างที่เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งรวมถึงสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วย

โดยนัยดังกล่าว เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์อื่นใดนอกจากนิยามที่บัญญัติไว้ ซึ่งเป็นนิยามเปิดที่มีความยืดหยุ่นอย่างมาก เสมือนหนึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ใด ๆ เลย ดังนั้น สัญญา



ของฝ่ายปกครองใดมีลักษณะอย่างไร ที่จะป็นสัญญาทางปกครอง จะเป็นคุณพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองด้วย ที่ศาลพิเคราะห์แล้วให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง โดยใช้หลักกฎหมายมหาชนซึ่งแยกออกต่างหากจะระบบศาลยุติธรรม หมายความว่า สัญญานั้นต้องมีลักษณะพิเศษ ที่ไม่ควรอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ที่มีวิธีพิจารณาความ และมีนิติวิธีแตกต่างจากระบบกฎหมายมหาชน

แต่ปัญหาทางกฎหมายประการสำคัญ ก็คือ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะใช้วินิจฉัยว่าสัญญาทางปกครอง ที่จะต้องค้นหาหลักกฎหมาย นอกเหนือจากหลักเกณฑ์ในบทนิยาม ที่มีอยู่เพียงคำว่า “หมายความรวมถึง” ซึ่งภายหลังเปิดทำการศาลปกครอง ในปี พ.ศ. 2544 ศาลปกครองสูงสุดจึงได้อธิบายสัญญาทางปกครอง ที่บัญญัติไว้ในบทนิยามในมาตรา 3 ข้างต้น โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 วันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 ว่า

“สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินการทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ มุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัคร บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค มิได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 นี้ ศาลปกครองสูงสุดอธิบายสัญญาทางปกครอง ให้ศาลปกครองใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยเป็นหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ภายใต้กรอบที่นิยามในกฎหมายวางไว้เท่านั้น เพื่อให้ศาลปกครองวางหลักเกณฑ์ และพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ต่อไปได้ภายใต้นิยามเปิด เช่นเดียวกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ที่ในอดีตไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้พัฒนามาจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และศาลคดีซัดกัน โดยเฉพาะคดีแรก คือ คดี Blonco ที่มีการวางทฤษฎีบริการสาธารณะ และได้พัฒนาหลักกฎหมายโดยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด และศาลคดีซัดกัน จนกลายเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ

ดังนั้น โดยเจตนารมณ์ของการบัญญัตินิยามเปิดในกฎหมาย ก็เพื่อที่จะให้มีการพัฒนาหลักกฎหมายในลักษณะเดียวกัน ศาลปกครองสูงสุดจึงวางหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยอธิบายขอบเขตของสัญญาทางปกครอง เพื่อวินิจฉัยว่าสัญญาที่พิพาทเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยหลักเกณฑ์ที่สามารถแยกออกมาได้ จากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ที่ 6/2544 ที่อธิบายนิยามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แยกเป็นข้อ ๆ ดังนี้

1) หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ศาลปกครองสูงสุดวางหลักเกณฑ์จากนิยามของสัญญาทางปกครอง ว่าหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรนั้น จะต้องพิจารณาคู่สัญญาว่าเป็นตามข้อหนึ่งข้อใดต่อไปนี้หรือไม่ กล่าวคือ

(ก) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ “หน่วยงานทางปกครอง” ก็ต้องเป็นไปตามนิยามของหน่วยทางปกครอง ตามนิยามในมาตรา 3 เช่นกัน ซึ่งบัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึง หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง หรือ

(ข) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น ถ้าหากสัญญาใดมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ สัญญาดังกล่าวก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน

2) หลักเกณฑ์ทางด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ศาลปกครองสูงสุดอธิบายสัญญาทางปกครอง เป็นหลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วย โดยคำอธิบายสัญญาทางปกครองใน

มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ที่ 6/2544 ซึ่งใช้คำว่า สัญญามีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะบรรลุผล

วัตถุประสงค์ของสัญญาที่ศาลปกครองสูงสุดอธิบายไว้ นอกจากจะพิจารณาคู่สัญญาแล้วต้องดูเนื้อหาสัญญาด้วยว่าเป็นสัญญา 4 ประเภทนี้หรือไม่ กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือไม่ หากวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่มีลักษณะเป็นสัญญา 4 ประเภทที่ว่ามี ก็มิได้หมายความว่า สัญญานั้นจะมีใช้สัญญาทางปกครอง เพราะจะต้องดูว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือไม่ จึงเห็นได้ว่าแม้มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 จะอธิบายหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองให้มีความชัดเจนขึ้น ให้ศาลปกครองปรับใช้วินิจฉัยสัญญาได้ แต่ก็ยังมีข้อจำกัดอยู่เช่นเดิม เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดอธิบายไว้ ก็ยังเป็นเพียงหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ที่จะต้องนำไปปรับใช้กับทฤษฎีและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศด้วย จึงยังมีข้อจำกัดในการนำไปปรับใช้เช่นเดิม

ดังนั้น เมื่อศาลปกครองได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง รวมทั้งได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้จนนิ่งระดับหนึ่งแล้ว ก็ควรที่จะมาถึงจุดวิเคราะห์ร่วมกันว่าศาลปกครองสูงสุด ควรที่จะสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองอย่างเป็นระบบ โดยจัดทำหลักเกณฑ์ขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว หรือยัง ด้วยการนำหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุด ได้พัฒนาและวางหลักกฎหมายไว้ รวมทั้งคำอธิบายสัญญาทางปกครอง โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 รวมทั้งประมวลเอาหลักกฎหมายต่างประเทศ ที่นำมาปรับใช้ในศาลไทยมาวางหลัก และอธิบายนิยาม โดยกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เพื่อให้มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยที่ศาลปกครองสามารถพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองภายใต้ นิยามเปิดต่อไปได้

2. ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544

ศาลปกครองสูงสุด อธิบายหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครอง โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ที่ 6/2544 ทั้งสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เพื่อขยายนิยามของสัญญาทางปกครองให้มีความชัดเจนขึ้น แต่หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ ยังมีข้อจำกัดอยู่มาก เนื่องจากทั้งนิยามก็เป็นนิยามเปิด และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ก็วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ ที่มีความยืดหยุ่นมาก เสมือนหนึ่งไม่ได้วางหลักเกณฑ์ใด ๆ ไว้ เพื่อให้ศาลปกครองใช้ดุลพินิจว่า สัญญาใดควรแยกออกจากสัญญาทางแพ่งให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่การวางหลักเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่นอย่างมากเช่นนี้ ก็จะเกิดปัญหาการปรับใช้หลักกฎหมายอย่างมาก โดยเฉพาะการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งปัญหาต่าง ๆ ได้แก่

2.1 ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองประการหนึ่ง ก็คือ หลักเกณฑ์ที่จะใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่เป็นผลมาจากนิยามของสัญญาทางปกครอง ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กฎหมายใช้คำว่า สัญญาทางปกครอง “หมายรวมถึง” ซึ่งนอกจากหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ และหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ที่บทนิยามกำหนดสัญญาทางปกครองไว้ 4 ประเภทแล้ว เจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัตินิยามเปิดให้ “หมายรวมถึง” ย่อมแสดงความหมายอยู่ในตัวว่า ยังมีสัญญาอื่น ๆ นอกจากที่กำหนดเป็นสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งก็คือ สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

เพราะศาลปกครองสูงสุดอธิบายต่อไปว่า หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะบรรลุผล

รวมทั้งการอธิบายว่าสัญญาของฝ่ายปกครองเรื่องใด ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญา ด้วยใจสมัคร ภายใต้นิติสัมพันธ์ที่มีความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา สัญญานั้นก็จะ เป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

จะเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดอธิบายสัญญาทางปกครองไว้ ทั้งหลักเกณฑ์ ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ และหลักเกณฑ์ทางด้าน วัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาเอาไว้ ซึ่งเป็นการวางหลักเกณฑ์ที่มีความ ยืดหยุ่นมาก เสมือนหนึ่งว่ามีได้วางหลักเกณฑ์ที่ตายตัวเอาไว้ เพราะนอกจากวัตถุประสงค์ แห่งสัญญา 4 ลักษณะตามนิยามแล้ว ศาลปกครองสูงสุดยังวางหลักเกณฑ์ของสัญญา ทางปกครองโดยสภาพ ที่เป็นผลมาจากนิยามเปิด “หมายความรวมถึง” กล่าวคือ สัญญา ทางปกครองโดยสภาพ ได้แก่ สัญญาที่ข้อสัญญามีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครอง หรือผู้กระทำการแทนรัฐ ทำสัญญาให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วม ดำเนินการบริการสาธารณะกับรัฐ โดยตรง หรือสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ไม่พบในสัญญา ทางแพ่งทั่วไป ย่อมเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าควร เป็นสัญญาทางปกครอง เพื่อให้มาอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ที่จะใช้หลักกฎหมาย มหาชน โดยวิธีพิจารณาคดีในระบบไต่สวน และนิติวิธีในกฎหมายมหาชนบังคับกับแก้คดี

หลักที่ใช้พิจารณาว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง รวมทั้งสัญญาทาง ปกครองโดยสภาพ ที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ จึงได้แก่

- 1) สัญญาที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นสัญญาสัมปทาน หรือ
- 2) สัญญาที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ
- 3) สัญญาที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือ
- 4) สัญญาที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากร ธรรมชาติ หรือ
- 5) เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการ บริการสาธารณะโดยตรง หรือ
- 6) เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะบรรลุผล

กรณีหลักเกณฑ์ที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง ในข้อ 5) และข้อ 6) ข้างต้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุด วางหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพเอาไว้ด้วย กล่าวคือ แม้ว่าพิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรแล้ว พิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา ที่พิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว สัญญานั้นยังอาจเป็นสัญญาทางปกครองตามที่นิยาม “หมายรวมถึง” ได้ ถ้า “เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล”

ในขณะที่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาทางปกครองมิได้มีนิยามอธิบายไว้ แต่จะมีสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย คือ กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ส่วนสัญญาที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ จะเป็นหน้าที่ของศาลปกครอง ที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีเช่นนี้ จะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่ศาลจะมีบทบาทอย่างมากที่จะกำหนดว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อสัญญาดังกล่าวเป็นนิติกรรมในทางบริหารจัดการแบบมหาชน โดยอาจมีเนื้อหาสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษที่เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนทั่วไป หรือเป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ได้วางหลักไว้ในคดี Vosges ว่าสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ซึ่งอาจเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษมีอยู่มากมาย จนทุกสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครอง ที่ข้อสัญญามีลักษณะพิเศษที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะของบริการสาธารณะที่การทำสัญญามุ่งตอบสนอง โดยจำนวนข้อสัญญาในสัญญาแต่ละฉบับ จะมีมากน้อยเท่าใด มิใช่สาระสำคัญ เพราะแม้มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเพียงข้อเดียว ก็ย่อมเป็นการเพียงพอที่จะทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลให้คำนิยามข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนว่า เป็นสัญญาที่ให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญามีลักษณะพิเศษ ที่ปกติจะไม่ตกลงกันภายใต้กฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ ตามคำพิพากษาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐคดี Stien ค.ศ. 1950 แต่ก็เป็นการจำกัดความของบางสัญญาเท่านั้น เพราะยังมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษอย่างอื่นอีกที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐ มีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชน ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษนี้ อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของเอกชนจะทำได้ เช่น ยอมให้คู่สัญญาที่ดำเนินกิจการละครสัตว์และมหรสพของเทศบาล ได้รับการยกเว้นภาษี ตามคำวินิจฉัยศาลคดีซัคกัน ในคดี Consorts Cazautes ค.ศ. 1962

ส่วนข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษ ประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกัน อาจกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุม หรืออาจจะกำหนดถึงขนาดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญา ฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลยก็ได้ เช่น สัญญาให้ดำเนินกิจการสนามกีฬาสำหรับแข่งขันหรือฝึกซ้อมจักรยาน ที่ข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชน ควบคุมผลการบริหารทางการเงินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ ตามคำพิพากษาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ในคดี Societe' du Velodrome du Pare des Princes ค.ศ. 1965 แต่บางคดีศาลวินิจฉัยให้เป็นสัญญาทางปกครอง ก็ต่อเมื่อบันทึกต่อท้ายสัญญามีเงื่อนไข หรือข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ตามคำพิพากษาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐคดี Commune de Borce ค.ศ. 1981 หรือข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษอาจตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อกฎหมายว่าด้วยสัญญา หรือขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนบางหลัก แต่ยังคงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ที่จะวินิจฉัยว่าข้อสัญญาตลอดจนสัญญานั้นเป็นโมฆะหรือไม่ ตามคำพิพากษาศาลปกครองในคดี Blanchard et Monbrum ค.ศ. 1984

ส่วนสัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินการ หรือจัดการบริการสาธารณะโดยตรง สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ได้วินิจฉัยวางหลักไว้ ในคดี Epoux Bertin และคดี Societe des Transports Gondarnd ค.ศ. 1956 ที่เห็นข้อแตกต่างของสัญญาที่ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง ที่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยวัตถุแห่งสัญญา กับสัญญาที่ทำเพื่อสนองตอบต่อบริการสาธารณะ เช่น สัญญาขนส่ง ที่จะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไปเท่านั้น กล่าวคือ สัญญาว่าจ้างบุคคลเข้าร่วมโดยตรงในการดำเนินการบริการสาธารณะ เช่น สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาลหรือสัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุแห่งสัญญา แม้สัญญานี้จะไม่มีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษก็ตาม แต่สัญญาว่าจ้าง

เจ้าหน้าที่ตามความจำเป็นของบริการสาธารณะ จะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่มักไม่พบในสัญญาทางแพ่งเท่านั้น แต่ศาสตราจารย์ชาปุตส์ได้เสนอความเห็นที่ควรถือว่าสัญญาจ้างบุคลากร ที่ให้เข้าปฏิบัติงานในบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองทั้งหมด เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุแห่งสัญญา โดยไม่ต้องแยกแยะหน้าที่ของบุคลากรที่ว่าจ้างดังกล่าวแล้วข้างต้น

ต่อมา ศาลจึงขยายหลักรวมทั้งสัญญาจ้างบุคคล มาดำเนินบริการสาธารณะ โดยคู่ความเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะ เช่น คดี Affortit et Vingtain ค.ศ. 1954 สัญญาจ้างบุคคลมาจัดทำบริการสาธารณะทางปกครอง เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุแห่งสัญญา คำวินิจฉัยลงวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1959 คดี Lauthier พนักงานรักษาความปลอดภัยการเคหะเป็นผู้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะ โดยตรง แต่คำวินิจฉัยศาลคดีขัดกันลงวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1980 คดี Rosa Merino วินิจฉัยว่าพนักงานทำความสะอาด มิใช่การร่วมจัดทำบริการสาธารณะ ส่วนคำวินิจฉัยลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987 คดี Mme Selbonne พนักงานทำอาหารในโรงอาหาร โรงเรียนอนุบาล มีส่วนร่วมโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ เว้นแต่โรงอาหารมหาวิทยาลัย ตามคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1982 คดี Robert D. หรือทำงานโรงพยาบาล ตามคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 1991 คดี Celli

เมื่อย้อนมาดูในระบบกฎหมายไทย หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้น่าจะใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองได้ดีที่สุดหลักเกณฑ์หนึ่ง เพราะเป็นหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ครอบคลุม มีความยืดหยุ่น ปรับใช้ได้ทั้งหลักเกณฑ์ทางด้านองค์การที่คู่สัญญาทั้งยังมีหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครองโดยสภาพอีกด้วย แต่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ยืดหยุ่นอย่างมากนี้ก็กลับมีปัญหา เพราะเมื่อหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอน ในบางคดีศาลปกครองชั้นต้น จึงปรับใช้หลักเกณฑ์ที่มีอยู่เฉพาะตามตัวอักษร มิได้ตีความไปถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะไม่ต้องคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัตินิยามเปิดไว้ และไม่น่าจะต้องด้วยเจตนารมณ์ของศาลปกครองสูงสุด ที่ให้ศาลปกครองพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้ได้อย่างกว้างขวาง ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ยืดหยุ่น เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจภายใต้หลักกฎหมาย วินิจฉัยว่าสัญญาใดควรเป็นสัญญาทางปกครอง ที่จะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ได้มากกว่าการบังคับตามหลักกฎหมายแพ่งธรรมดา

ทั้งนี้ หากศาลใช้หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งเพียงหลักเกณฑ์เดียว หรือพิจารณาเฉพาะหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร กับหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา แล้ววินิจฉัยว่าไม่ใช่สัญญาทางปกครองเพื่อชี้ขาดเขตอำนาจศาล ก็ย่อมไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่ศาลปกครองสูงสุดอธิบายวางหลักเกณฑ์ไว้ ปัญหาการปรับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่เช่นนี้ จึงยังเป็นอุปสรรคในการพัฒนาหลักกฎหมาย เรื่องสัญญาทางปกครองของไทย ที่สำคัญยิ่งประการหนึ่ง ที่จะต้องแสวงหามาตรการทางกฎหมายมาแก้ปัญหาดังกล่าวต่อไป เพื่อมิให้สัญญาที่โดยสภาพแล้ว ควรจะได้พิจารณาพิพากษาโดยศาลปกครอง โดยใช้หลักกฎหมายมหาชน แต่ต้องถูกส่งไปวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล แล้วถูกวินิจฉัยให้เป็นสัญญาทางแพ่ง อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

2.2 ปัญหาการปรับใช้หลักกฎหมายฝรั่งเศสที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้

การปรับใช้หลักเกณฑ์วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้โดยนำหลักกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้ ทั้งกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายและทฤษฎีเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสมิได้มีการวางหลักกฎหมายเรื่องเหล่านี้ไว้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เป็นพัฒนาการที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat) และศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflicts) ได้พัฒนาภายใต้ทฤษฎีต่าง ๆ โดยอาศัยระยะเวลาที่รวดเร็วกว่าร้อยปี กลายเป็นหลักกฎหมายนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในภายหลัง

หลักกฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่กฎหมายไทยนำมาปรับใช้อย่างมากนั้น พบว่า ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาทางปกครองที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ไม่ใช่สัญญาที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าสัญญาที่สร้างขึ้นตามกฎหมายนั้น ๆ เป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าให้เสนอข้อพิพาทต่อศาลปกครอง คดีจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่สัญญาทางปกครองโดยสภาพ เป็นสัญญาที่มีวิวัฒนาการมาจากแนวคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat) พิจารณาถึงสภาพและเนื้อหาของสาระของสัญญาเป็นหลัก หากสัญญานั้นเกี่ยวพันโดยตรงกับประโยชน์สาธารณะ ก็จะถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

โดยเฉพาะเมื่อศึกษาวิวัฒนาการของสัญญาทางปกครอง จากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat) พบว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ต้องมีฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ และเนื้อหาของสัญญาต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็น

การดำเนินบริการสาธารณะ หรือข้อกำหนดในสัญญาเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก เพราะแต่เดิมหลักเกณฑ์ด้านองค์การที่คู่สัญญาที่อย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เป็นสาระสำคัญมากที่จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญาก่อน จึงจะพิจารณาหลักเกณฑ์เรื่องเนื้อหาของสาระของสัญญา ในระยะแรกสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน จึงไม่มีทางที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ แม้จะเกี่ยวข้องโดยตรงกับบริการสาธารณะโดยตรงก็ตาม แต่ประมาณปี ค.ศ. 1960 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ และศาลคดีขัดกัน ก็เริ่มยอมรับข้อยกเว้นโดยสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชน อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้ารัฐมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

นอกจากนี้ ยังมีทฤษฎีที่เป็นข้อยกเว้น ที่จะทำให้สัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนเป็นสัญญาทางปกครองได้ ก็คือทฤษฎีผู้แทนหรือตัวแทนของฝ่ายปกครอง ศาลจะดูความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิด ระหว่างเอกชนที่เป็นตัวแทนกับฝ่ายปกครองที่เป็นตัวการ ถ้าหากการทำสัญญาของเอกชน อยู่ในฐานะผู้แทนหรือตัวแทนของฝ่ายปกครอง อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ แม้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นเอกชน ซึ่งคำพิพากษาที่วางทฤษฎีเรื่องผู้แทนหรือตัวแทนของฝ่ายปกครองนี้ คือ คำพิพากษาศาลที่ปรึกษาแห่งรัฐลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1975 ศาลดูความสัมพันธ์ระหว่างกรมทางหลวงแผ่นดินกับบริษัทที่รัฐถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง และผู้รับเหมาช่วง ศาลถือว่าบริษัทแรกเป็นตัวแทนกรมทางหลวงแผ่นดิน ทำสัญญากับผู้รับเหมาช่วง ตามสัญญาที่กรมทางหลวงแผ่นดินกำหนด และควบคุมงาน โดยวิศวกรกรมทางหลวงแผ่นดิน เงินช่วยเหลือกรมทางหลวงแผ่นดินก็จ่ายผู้รับเหมา งานเสร็จต้องส่งมอบงานให้บริษัทแรก แล้วกรมทางหลวงแผ่นดินเข้ารับช่วงสิทธิจากบริษัทแรก สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

จะเห็นได้ว่า พัฒนาการของสัญญาทางปกครองโดยสภาพในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ได้พัฒนามาจากคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ และศาลคดีขัดกัน ซึ่งศาลจะดูไปถึงเจตนารมณ์ว่าโดยเนื้อหาของสัญญานั้น เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ที่ไม่ควรบังคับโดยหลักกฎหมายแพ่งหรือไม่ แต่จากการศึกษาคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยชี้ขาดสั่งคำร้อง พบว่า หลายคดีที่ศาลปกครองชั้นต้น ไม่รับคำฟ้อง โดยเหตุผลที่ปรับใช้มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ที่ 6/2544 เพียงด้านเดียวมิติเดียว ทั้ง ๆ ที่ศาลปกครองสูงสุด ได้นำหลักกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้และวางหลักไว้ แต่เมื่อศาล-

ปกครองชั้นต้นนำมาปรับใช้ ก็พิจารณาจากหลักเกณฑ์จากนิยาม และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 โดยมีได้พิเคราะห์ว่า สัญญานั้นแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป ที่ควรแยกออกจากสัญญาทางแพ่งหรือไม่ อย่างไร

การมิได้ใช้หลักที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ อย่างถ้อยถวนรอบคอบ ทำให้คดีต้องล่าช้ากว่าที่ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำสั่งร้อง คดีต้องล่าช้าที่อาจกระทบต่อความยุติธรรมต่อคู่สัญญาได้ หรือกรณีที่ศาลในระบบหนึ่งรับคำฟ้อง เพราะวินิจฉัยว่าเป็นหรือไม่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่มีการโต้แย้งเขตอำนาจศาล กว่าที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล จะวินิจฉัยชี้ขาดก็ต้องใช้ระยะเวลา ทำให้คดีต้องล่าช้า อาจกระทบต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของคู่สัญญา หรืออาจจะกระทบต่ออายุความฟ้องคดีได้เช่นกัน

ทั้งนี้ หากวิเคราะห์คำอธิบายสัญญาทางปกครอง มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ข้างต้น พบว่า เป็นการอธิบายลักษณะของสัญญาทางปกครองในนิยามของกฎหมายให้ชัดเจนขึ้น โดยได้อธิบายลักษณะที่เรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วย ซึ่งพิจารณาจากข้อสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาว่าแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหรือไม่ คำว่าเอกสิทธิ์ของรัฐอาจปรากฏในลักษณะที่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว หรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิแก้ไขสัญญา หรือสั่งให้ทำงานตามสัญญาเพิ่มใด ๆ ได้ ซึ่งสัญญาที่มีข้อสัญญาเช่นนี้ จะไม่ยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เพราะคู่สัญญาเข้ามาทำสัญญากันในสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน จึงนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ไม่ได้ จึงต้อง “หมายรวมถึง” สัญญาทางปกครองด้วย โดยหากเนื้อหาในสัญญาของฝ่ายปกครองมีข้อสัญญาเช่นว่านี้ แม้จะไม่มีลักษณะเป็นสัญญา 4 ประเภทตามที่บัญญัติไว้ในนิยาม ก็ต้องถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เพราะมีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า ศาลปกครองสูงสุด วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครองอย่างกว้าง เป็นไปตามเจตนารมณ์ของนิยาม ที่มีลักษณะเป็นนิยามเปิดที่เสมือนหนึ่งไม่ได้วางหลักเกณฑ์ใด ๆ ไว้เลย แต่ให้ศาลปกครองพิจารณาว่าสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเช่นใดบ้าง ที่ควรแยกออกจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป ให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แม้สัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ๆ จะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน

ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือไม่มีลักษณะเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญา 4 ประเภทในนิยาม แต่หากสัญญาของฝ่ายปกครองใด มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การดำเนินบริการสาธารณะบรรลุผลแล้ว ก็ถือเป็นสัญญาทางปกครองได้ เป็นการยอมรับให้สัญญาของฝ่ายปกครองลักษณะอื่น ๆ เป็นสัญญาทางปกครองได้ด้วย

กรณีดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดเคยวางหลักไว้ในสัญญาที่บริษัทเอกชนทำกับมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เพื่อก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลคณะแพทยศาสตร์ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้ว่าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง 4 ประเภทตามนิยาม แต่ข้อกำหนดของสัญญาที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวเลิกสัญญาได้ แม้ผู้รับจ้างคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือมีข้อกำหนดให้สั่งให้ทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้โดยไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน ล้วนเป็นข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ดังนั้น แม้สัญญานี้จะไม่ใช่สัญญา 4 ประเภทตามที่บัญญัติไว้ในนิยาม ก็ถือเป็นสัญญาทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม การที่ศาลปกครองสูงสุด วางหลักเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยสภาพเอาไว้อย่างเปิดกว้างเช่นเดียวกับนิยามเช่นนี้ โดยเจตนารมณ์แล้วก็เพื่อให้ศาลปกครอง สามารถปรับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายได้อย่างกว้างขวาง เสมือนหนึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว นอกจากหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ และหลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ซึ่งเป็นเรื่องเนื้อหาแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วย ซึ่งเป็นเรื่อง การมอบหมายบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำ หรือพบข้อสัญญากำหนดให้เอกสิทธิ์คู่สัญญาแก่ฝ่ายปกครองมาก แต่การวางหลักไว้อย่างกว้าง ๆ เช่นนี้ ก็จะเป็นปัญหาทางกฎหมาย ที่ศาลปกครองนำไปปรับใช้เช่นกัน

กล่าวคือ ในเมื่อสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องใหม่ ในระบบกฎหมายไทย ที่ได้นำหลักกฎหมายและทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส และทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้ แต่ตุลาการศาลปกครองผู้วินิจฉัยข้อพิพาทในสัญญาว่า เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ มีข้อจำกัดเรื่องการปรับใช้ทฤษฎี เพราะองค์ความรู้เรื่องสัญญาทาง

ปกครองในระบบกฎหมายไทย ยังพัฒนาไปได้ไม่มากนัก จึงปรับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ และปรับใช้หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ ในกรอบที่คับแคบในระยะแรก ๆ จึงวินิจฉัยไม่รับฟ้องคดีโดยหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งแต่เพียงหลักเกณฑ์เดียว โดยที่ตีความหลักเกณฑ์นั้น ๆ ตามตัวอักษร โดยมีได้พิเคราะห์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าสัญญาอัน ควรแยกออกจากระบบสัญญาทางแพ่งหรือไม่

แต่แม้ในปัจจุบัน ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง จนถึงระดับหนึ่งแล้ว แต่ก็มิเชื่อว่า จะไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกิดขึ้นอีก โดยเฉพาะการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ดังนั้น เมื่อระบบสัญญาทางปกครองไทยได้พัฒนามาระดับหนึ่ง ทั้งจากคำสั่งหรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด หรือมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด หลักเกณฑ์จากคำอธิบายหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะหลักกฎหมายฝรั่งเศส ควรจะได้ประมวลหรือรวบรวมจัดทำเป็นหลักเกณฑ์ โดยผ่านที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ดังเช่นที่ศาลปกครองสูงสุด เคยวางหลักเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 โดยที่ยังคงนิยามไว้ให้เป็นนิยามเปิด เพื่อให้สามารถพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง ภายใต้นิยามต่อไปได้ด้วย

ทั้งนี้ หากบังคับใช้กฎหมายไประยะหนึ่ง แล้วมีปัญหาในการใช้กฎหมาย จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ให้สอดคล้องเหมาะสมกับสังคมที่เปลี่ยนไป (Social Change is Law Change) จึงต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยแก้ไขนิยาม นำหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 มาบัญญัติไว้ด้วย โดยยังคงนิยามเปิด “หมายควมรวมถึง” เพื่อให้ศาลปกครองสามารถพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ยึดหยุ่นต่อไปได้

เพราะเมื่อศึกษาถึงระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่ระบบกฎหมายไทยนำมาปรับใช้พบว่า ศาลปกครองฝรั่งเศสจะไม่ใช้หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งเพียงหลักเกณฑ์เดียว เพราะสัญญาทางปกครองแม้มีพื้นฐานจากทฤษฎีว่าด้วยสัญญา เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง แต่เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นเครื่องมือในกิจกรรมของฝ่ายปกครอง จึงต้องใช้หลายหลักเกณฑ์ควบคู่กันไป โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่จะอยู่ที่ดุลพินิจของศาลปกครองว่าสัญญาใด ควรแยกออกจาก

ระบบสัญญาทางแพ่ง แต่โดยที่สัญญาทางปกครองของไทย แม้มีการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง หรือสัญญาของทางราชการมานาน แต่ก็อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่างจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่แยกออกจากระบบกฎหมายเอกชน มาเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนมานาน สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนส่วนใหญ่ จึงเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน

ในขณะที่สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย แยกออกจากสัญญาทางแพ่ง เมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เท่านั้น เมื่อต้องปรับใช้ทฤษฎีทางกฎหมาย ภายใต้หลักกฎหมายที่มีอยู่เพื่อแยกเขตอำนาจศาล จึงยังมีข้อจำกัดอยู่มาก การใช้นิยามเปิดในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับคำอธิบายสัญญาทางปกครอง โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 จึงอาจจะไม่เพียงพอที่ศาลปกครอง จะปรับใช้ทฤษฎีกฎหมายโดยไม่ผิดพลาดคลาดเคลื่อน

ดังนั้น การสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ทั้งจากกฎหมายที่มีอยู่และแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ที่ได้วางหลักและพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ระดับหนึ่งแล้ว มาเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร จึงนับว่ามีความจำเป็นอยู่มาก และแม้ว่าจะมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่มาจากการรวบรวมหลักกฎหมายที่พัฒนาไว้แล้ว ศาลปกครองก็ยังคงพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้ต่อไปได้ภายใต้ นิยามเปิด และหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ ก็สามารถกระทำไปพร้อม ๆ กัน อันเป็นการบูรณาการหลักกฎหมายพร้อม ๆ กันไปได้

3. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์วินิจฉัย

สัญญาที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ปัญหาในข้อนี้ เป็นประเด็นสำคัญอีกเรื่องหนึ่ง ที่จะส่งผลโดยตรงต่อการปรับใช้ทฤษฎี หลักกฎหมายในการวินิจฉัยว่าสัญญาที่พิพาท เป็นหรือไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องโดยตรงมาจากปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่จะใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะหลักเกณฑ์จากนิยามและที่มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ที่มีความยืดหยุ่นอย่างมาก ทำให้ศาลปกครอง

ปรับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่โดยมิได้ใช้หลักที่ยึดหยุ่นนั้น ค้นหาทฤษฎีและหลักกฎหมายของฝรั่งเศส มาปรับใช้เทียบเคียงในการวินิจฉัยเนื้อหาของสัญญาที่พิพาท ซึ่งเป็นการละเลยต่อการค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย

โดยเฉพาะองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะศาลปกครองหรือองค์กรอื่นที่จะต้องวินิจฉัยสัญญาที่พิพาทว่า เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งนอกจากจะใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ในนิยาม ไม่ว่าจะหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา และหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา รวมทั้งมิติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ซึ่งวางหลักไว้อย่างยืดหยุ่นมาก เพื่อให้ศาลปกครองหรือองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย ได้ปรับใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมาย ทั้งหลักกฎหมายไทยและหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะหลักกฎหมายฝรั่งเศสได้อย่างกว้างขวาง แม้กระทั่งหลักเกณฑ์เรื่องคู่สัญญา ที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้พัฒนาไปถึงขั้นที่ว่าแม้เป็นสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าหากเอกชนได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครอง ภายใต้ทฤษฎีเรื่องผู้แทนหรือตัวแทนของฝ่ายปกครอง

ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ ศาลในระบบกฎหมายไทยย่อมนำมาปรับใช้ได้ เพราะว่าหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสนี้ ระบบกฎหมายไทยได้นำมาปรับใช้อย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะในคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุด หลายคดีพบว่าตุลาการผู้แถลงคดีได้นำเสนอหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ให้ศาลปกครองสูงสุดนำไปปรับใช้วินิจฉัยชี้ขาดคดี ซึ่งจะมีผลเป็นการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยตรง เช่น คำแถลงการณ์ในคดีหมายเลขคำที่ อ. 133/2547 ของนายบุญอนันต์ วรรณพานิชย์ ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองกลาง (ปัจจุบันเป็นรองอธิบดีศาลปกครองเชียงใหม่) ทำหน้าที่ตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุด ที่นำหลักเรื่องทรัพย์สินของแผ่นดินในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้ หรือคำแถลงการณ์ในคดีคำร้องที่ 47/2544 ของตุลาการผู้แถลงคดีคนเดียวกัน ที่นำหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ รวมทั้งทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้ ฯลฯ เป็นกรณีที่มีการปรับใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้ ซึ่งจะนำไปสู่การวางหลักกฎหมาย เรื่องสัญญาทางปกครองในศาลปกครองสูงสุดทั้งสิ้น



กรณีที่ยกมากล่าวไว้ในบทวิเคราะห์นี้ ก็เพื่อที่จะให้เห็นว่าโดยเจตนารมณ์ของกฎหมาย ภายใต้บริบทของนิยามในกฎหมาย และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 มีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลปกครอง สามารถปรับใช้หลักเกณฑ์ที่ยืดหยุ่นอย่างมากนี้ ปรับใช้หลักกฎหมายต่างประเทศในคดีได้ เพื่อที่จะแยกข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ควรจะเป็นสัญญาทางปกครอง ให้เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วย แต่หากศาลปกครองปรับใช้แต่เพียงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเฉพาะที่มีอยู่ ย่อมไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีการแยกระบบศาลปกครองเป็นอีกระบบศาลหนึ่ง ต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม และแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่มีผลให้มีการแยกสัญญาทางปกครอง ออกจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป ก็เพื่อที่จะให้สัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครอง ที่จะได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยองค์กรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมายปกครองโดยตรง โดยระบบศาลปกครองที่มีวิธีพิจารณาคดีในระบบไต่สวน ที่ต่างจากระบบวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบศาลยุติธรรม

โดยเหตุนี้ จึงเป็นเหตุหนึ่งที่มีการบัญญัตินิยาม ของสัญญาทางปกครองให้เป็นนิยามเปิด โดยมีเจตนารมณ์ที่จะให้มีการวินิจฉัยให้สัญญาของฝ่ายปกครอง ที่มีวัตถุประสงค์สัญญา หรือข้อกำหนดพิเศษ หรือแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป ได้รับการตรวจสอบและวินิจฉัยข้อพิพาท โดยระบบศาลที่มีหลักกฎหมายเฉพาะเช่นศาลปกครอง อันจะเป็นการวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย และพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อไปได้ในอนาคต เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง เพื่อชี้ขาดเขตอำนาจศาลที่ใช้เฉพาะหลักเกณฑ์เท่าที่มีอยู่ โดยมีได้ค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย มาปรับใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง กรณีนี้ ก็คือ ผลสืบเนื่องมาจากเรื่องนิยามเปิดของสัญญาทางปกครอง ที่เมื่อพิจารณาด้อยค่าจากนิยามในกฎหมายแล้ว คำว่า “หมายรวมความรวมถึง” นั้น นอกจากการพิจารณาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กล่าวถึงแล้ว เรื่องการค้นหาหลักเกณฑ์จากนิยาม ทั้งหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ที่ใช้หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญาและหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา หรือวัตถุประสงค์สัญญาในสัญญา 4 ประเภทดังกล่าวข้างต้นแล้ว มีประเด็น

ทางกฎหมายต่อไปว่า นอกจากสัญญาทางปกครองที่กล่าวถึงนี้ ที่นิยามในกฎหมายมุ่งที่จะให้หมายควมรวมถึงแล้ว ยังมีสัญญาในลักษณะอื่น ๆ หรือสัญญาอื่นใดอีกหรือไม่ ที่กฎหมายมีเจตนาจะให้หมายควมรวมถึงเป็นสัญญาทางปกครองด้วย

จึงต้องย้อนไปพิจารณาในบริบทที่ว่า ถ้อยคำของบทนิยามที่ว่า “หมายควมรวมถึง” เป็นถ้อยคำที่แสดงควมหมายอยู่ในตัวว่า นอกจากสัญญาต่าง ๆ ที่กฎหมายระบุไว้แล้ว ย่อมมีสัญญาอื่นที่มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครองอยู่ด้วย ประเด็นทางกฎหมายจึงมีต่อมาว่า แล้วสัญญาที่มีสภาพหรือมีลักษณะอย่างไรละ จึงจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองด้วย ประเด็นนี้จะเป็นปัญหาสำคัญที่ผู้ใช้กฎหมาย จะต้องวินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งต้องค้นหาเจตนารมณ์ว่าเหตุใด จึงมีการบัญญัตินิยามของสัญญาทางปกครอง เป็นนิยามเปิดที่ให้หมายควมรวมถึงสัญญาในลักษณะอื่น ๆ ที่ไม่ได้บัญญัติไว้ แต่มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจน

การค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็ต้องศึกษาไปถึงทฤษฎี โดยเฉพาะทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส ที่ระบบกฎหมายไทยนำมาปรับใช้ ก็พบว่า ระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มีระบบศาลปกครอง มีการแยกสัญญาทางปกครองอยู่ในระบบกฎหมายมหาชน ออกจากระบบสัญญาทางแพ่งทั่วไปในระบบกฎหมายเอกชน โดยมีการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจเหนือคดีอย่างเป็นระบบ ก็เป็นไปภายใต้เจตนารมณ์ ที่ต้องการให้การกระทำของฝ่ายปกครอง ที่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ควรมีกระบวนการทางกฎหมายโดยเฉพาะ โดยผู้เชี่ยวชาญในระบบกฎหมายปกครองเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ภายใต้ระบบกฎหมายและนิติวิธีเฉพาะ ระบบสัญญาทางปกครองไทยก็เช่นเดียวกัน โดยเจตนารมณ์ของกฎหมาย ต้องการแยกสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์ หากมีข้อพิพาทก็จะได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดในระบบกฎหมายเฉพาะ ภายใต้นิติวิธีเฉพาะเช่นเดียวกัน

โดยนัยดังกล่าว มีประเด็นคดีที่นำมาวิเคราะห์ เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าสอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐาน ที่นำมาวิเคราะห์อย่างยิ่ง เป็นประเด็นจากคำแถลงการณ์คดีคำร้องที่ 40/2544 ศาลปกครองสูงสุด ที่นายบุญอนันต์ วรรณพานิชย์ ตุลาการศาลปกครองกลาง ทำหน้าที่ตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุด ในคดีหมายเลขคำที่ 735/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 144/2544 คดีอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้อุทธรณ์ คำแถลงการณ์ได้เสนอแนวคิดพื้นฐานไว้อย่างที่น่ารับฟังยิ่ง ดังนี้

1) การที่กฎหมายกำหนดถ้อยคำ “หมายความร่วมมือ” ย่อมมีเจตนารมณ์ที่ซ่อนอยู่ในตัวกฎหมายว่า กฎหมายประสงค์ที่จะให้มีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ต่อไปในอนาคต โดยเมื่อกำหนดให้เป็นข้อพิพาทอย่างหนึ่งที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองแล้ว แนวทางในการพัฒนาดังกล่าว เป็นเรื่องของศาลปกครองที่จะวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ด้วยการมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีต่าง ๆ ที่เข้ามาสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

2) การที่กฎหมายกำหนดแต่เพียงว่า “หมายความร่วมมือ” นั้น ในด้านของหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองจะนำมาใช้ในการพิจารณา จึงต้องถือว่ามีความยืดหยุ่นอย่างมาก เพราะเท่ากับว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ไว้เลย ดังนั้น โดยหลักจึงเป็นดุลพินิจของศาลปกครอง ที่จะชี้ว่าสัญญาใดเป็นหรือไม่เป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ ซึ่งในการที่ศาลปกครองจะวินิจฉัยว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ นอกจากศาลปกครองจะพิจารณาโดยใช้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และหลักเกณฑ์ตามนิยามของสัญญาทางปกครองที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งคำอธิบายสัญญาทางปกครองโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ทั้งหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา รวมทั้งหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยสภาพแล้ว

ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีอยู่ ศาลปกครองต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า กรอบในการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ นั้น น่าจะเริ่มต้นจากการพิจารณาว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่มีสภาพอย่างไร จึงสมควรที่จะอยู่ในการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง นั่นคือ กรอบที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ ที่ให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นอีกระบบหนึ่ง ต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม ดังนั้น การพิจารณาขอบเขตของหลักกฎหมายในเรื่องนี้ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเริ่มต้นด้วยการย้อนไปวิเคราะห์ถึงเหตุผลของการให้มีสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาเฉพาะอีกระบบสัญญาหนึ่งต่างหากจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป

หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การทำความเข้าใจว่า เพราะเหตุใดจึงต้องมีสัญญาทางปกครอง ซึ่งโดยเหตุผลทางกฎหมายที่ได้ศึกษาวิเคราะห์มาทั้งหมด ก็พบว่า เหตุผลในการมีสัญญาทางปกครอง เนื่องมาจากการมีศาลปกครองเป็นศาลอีกระบบหนึ่ง และการยอมรับหลักกฎหมายเฉพาะ ที่นำมาใช้บังคับกับเรื่องสัญญาทางปกครอง กล่าวคือถ้ามี

ศาลเพียงระบบเดิมนั้น ย่อมเห็นได้ว่า ไม่มีความจำเป็นต้องแยกพิจารณาว่าสัญญาใด เป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาใดเป็นสัญญาทั่วไป เพราะไม่ว่าจะเป็นสัญญาใน ลักษณะใด เมื่อมีคดีพิพาทเกิดขึ้นก็ต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรมเช่นเดิม หรือหากไม่มีการ ยอมรับว่ามีหลักกฎหมายเฉพาะ ที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองแล้ว ก็ไม่มี ความจำเป็นต้องแยกให้มีสัญญาทางปกครอง ต่างหากจากสัญญาทั่วไปแต่อย่างใด เช่นกัน เพราะในที่สุดหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาในลักษณะต่าง ๆ ก็จะเป็น หลักกฎหมายอย่างเดียวกัน โดยนัยดังกล่าว จึงทำให้เข้าใจได้ว่าสิ่งที่จะวินิจฉัยให้เป็น สัญญาทางปกครอง ย่อมได้แก่สัญญาซึ่งสมควรให้ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเป็นผู้พิจารณา ตัดสินข้อพิพาท และเป็นสัญญาซึ่งสมควรนำหลักกฎหมายปกครอง มาปรับใช้ในการ ให้ข้อยุติกับเรื่องที่พิพาทนั้น

บริบทข้างต้นนี้ ก็คือ การค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริง ของการแยกระบบ สัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง โดยประสงค์ที่จะให้เป็นระบบสัญญาที่จะ ใช้กับอีกระบบกฎหมายหนึ่ง ที่ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญในหลักกฎหมายปกครองที่จะ นำมาใช้ในระบบนี้ กับทั้งต้องการชี้ให้เห็นว่าการแยกระบบศาล แยกระบบกฎหมาย แยกสัญญาและเขตอำนาจศาล ที่จะมีอำนาจเหนือข้อพิพาทของแต่ละสัญญา ในการใช้ กฎหมายของศาลปกครอง ที่ต้องค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่จะวินิจฉัยให้ข้อ พิพาทจากสัญญาของฝ่ายปกครอง สัญญาใดเป็นสัญญาที่ต้องใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ บังคับ ก็ให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ที่หากมีข้อพิพาทก็จะอยู่ในเขตอำนาจของ ศาลปกครอง

แต่ข้อจำกัดในการวินิจฉัยสัญญาว่า เป็นสัญญาทางปกครองไม่ ก็คือศาล- ปกครองกลับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเท่าที่มีอยู่ หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งเพียง หลักเกณฑ์เดียว หรือแม้แต่ใช้หลายหลักเกณฑ์ประกอบกันแล้ว แต่ละเลยมิได้ใช้ เจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย มาปรับใช้กฎหมายบังคับแก่คดี ซึ่งหากใช้เจตนารมณ์ ที่แท้จริงของกฎหมายในขณะที่ปรับใช้กฎหมายแล้ว ข้อพิพาทตามสัญญาบางประเภท จะถูกปรับให้เข้ากับหลักกฎหมาย ที่สามารถนำหลักกฎหมายเฉพาะ ไปใช้กับข้อพิพาท นั้นตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้

ปัญหาการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริง ของกฎหมาย เป็นเรื่องการละเลยที่จะค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย มาใช้ใน

การตีความสัญญาทางปกครอง กล่าวโดยสรุป ก็คือ การวินิจฉัยสัญญาเพื่อชี้ขาดว่าคดีควรอยู่ในศาลใด โดยใช้หลักเกณฑ์ที่มีอยู่ โดยไม่พิเคราะห์ว่าข้อพิพาทตามสัญญานั้น โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายปกครองแล้ว ควรใช้กฎหมายเฉพาะหรือไม่ ย่อมไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่เปิดให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง เพื่อวินิจฉัยและวางหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยอาศัยนิยามเปิดในกฎหมาย ดังนั้น การวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อวินิจฉัยสัญญาทางปกครองอย่างเป็นระบบ จึงนับว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่ง ในสถานการณ์ที่รัฐหรือองค์กรฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานทางปกครอง มอบหมายบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำมากขึ้น ซึ่งเครื่องมือสำคัญที่รัฐใช้ในการมอบบริการสาธารณะ ก็คือสัญญาทางปกครอง ซึ่งในปัจจุบันมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลมากที่สุดคดีหนึ่ง

4. ปัญหาการปรับใช้หลักกฎหมายฝรั่งเศสตีความสัญญาเพื่อให้เป็นไป

ตามเจตนารมณ์ของการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบกฎหมายไทย ได้มีการนำหลักกฎหมายและรูปแบบศาลปกครองฝรั่งเศสมาปรับใช้อย่างมาก โดยเฉพาะหลักกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล รวมทั้งหลักกฎหมายปกครอง หลักกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะ รวมทั้งหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ ก็เพราะว่าศาลปกครองฝรั่งเศสมีพัฒนาการมายาวนาน นับตั้งแต่การปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ที่มีการออกกฎหมายลงวันที่ 16-24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 ห้ามมิให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่อยู่ในอำนาจตุลาการ พิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครอง และนำไปสู่การจัดตั้งสภาแห่งรัฐหรือกงเซย์ เดต้าท์ (Conseil d' Etat) ในปี ค.ศ. 1799

ต่อมาในปี ค.ศ. 1806 ก็ตั้งแผนกคดีปกครองขึ้นในกงเซย์ เดต้าท์ เพื่อแยกฝ่ายปกครองที่ตัดสินข้อพิพาททางปกครอง ออกจากฝ่ายปกครองโดยตรง จนได้พัฒนาจนเป็นระบบศาลคู่ที่มีศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง โดยมีวิวัฒนาการอย่างเป็นระบบ ที่ทั้งศาลปกครองและศาลคดีขัดกัน ได้สร้างทฤษฎีเพื่ออธิบายว่าคดีใด เป็นคดีปกครองที่จะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง และได้พัฒนาหลักกฎหมาย และระบบศาลปกครองมาเป็นเวลากว่าร้อยปี กลายเป็นแบบอย่างที่หลายประเทศนำไปเป็นแบบ รวมทั้งระบบ

กฎหมายปกครองไทย ได้นำหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมาใช้ ตั้งแต่ก่อนการจัดตั้งศาลปกครอง และเมื่อได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบกฎหมายไทยแล้ว ระบบศาลปกครองไทยก็นำรูปแบบ และหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมาใช้อย่างมาก ซึ่งทฤษฎีกฎหมายและหลักกฎหมายฝรั่งเศส ที่ระบบกฎหมายไทยนำมาปรับใช้มากที่สุดเรื่องหนึ่ง ก็คือทฤษฎีและหลักกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะ และหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองได้ใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการให้บริการสาธารณะมาก ซึ่งมีทั้งสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เช่นเดียวกับสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน และสัญญาทางปกครองภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง สัญญาทั้งสองประเภทต่างเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง จะแตกต่างกันในเรื่องระบบกฎหมายที่ใช้บังคับ และเขตอำนาจศาลที่จะมีอำนาจเหนือคดีพิพาทอันเกิดจากสัญญา กล่าวคือ สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง ที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ ที่เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา จะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ ซึ่งศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณา คือ ศาลปกครอง ในขณะที่สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองอีกประเภทหนึ่ง แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา จะต้องนำระบบกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับ เพราะคู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนมีสถานะเท่าเทียมกัน ศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี ก็คือ ศาลยุติธรรม

บริบทที่วิเคราะห์ถึงระบบสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ก็เพื่อที่จะชี้แจงไปถึงการนำหลักกฎหมาย ว่าด้วยสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส และทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ มาปรับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท ที่เกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบศาลไทย เพราะในเมื่อระบบศาลปกครองไทย ได้นำหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมาปรับใช้ในการจัดตั้งศาลปกครองไทย ตั้งแต่รูปแบบ โครงสร้าง เขตอำนาจศาล รวมทั้งหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมาใช้ เพื่อวางหลักและพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทยในระยะแรกแล้ว ก็ควรที่นำหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมาใช้ โดยเฉพาะการปรับใช้ทฤษฎีของศาลปกครอง ที่จะต้องวินิจฉัยสัญญาที่พิพาท โดยใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร และหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา รวมทั้งหลักเกณฑ์ตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ที่หากศาลปกครองยึดถือแต่เพียงหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย

เฉพาะเท่าที่มีอยู่ ย่อมไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย เจตนารมณ์ที่มีการแยกระบบศาลปกครอง เป็นอีกระบบศาลหนึ่งออกจากระบบศาลยุติธรรม

โดยเฉพาะเจตนารมณ์ของ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่จัดตั้งศาลปกครองในระบบกฎหมายมหาชน และแยกสัญญาทางปกครอง ออกต่างหากจากระบบสัญญาทางแพ่ง ก็เพื่อที่จะให้สัญญาทางปกครอง ได้รับการวินิจฉัยชี้ขาด โดยผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมายปกครองโดยตรง ภายใต้วิธีพิจารณาคดีในระบบได้ส่วน ที่ต่างจากระบบวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบศาลยุติธรรม ซึ่งการวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง จึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย นอกเหนือไปจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ด้วยว่า สัญญาในลักษณะเช่นใดบ้าง ที่ไม่ควรใช้หลักกฎหมายเอกชนบังคับ ก็ให้เป็นสัญญาทางปกครอง เพื่อใช้หลักกฎหมายมหาชนบังคับ

โดยเหตุนี้ จึงเป็นเหตุหนึ่งที่มีการบัญญัตินิยามของสัญญาทางปกครอง ให้เป็นนิยามเปิด โดยมีเจตนารมณ์ที่จะให้มีการวินิจฉัยให้สัญญาของฝ่ายปกครอง ที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือข้อกำหนดพิเศษ หรือแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป ไม่ยึดถือหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา ได้รับความตรวจสอบและวินิจฉัยข้อพิพาท โดยระบบศาลที่มีหลักกฎหมายเฉพาะคือศาลปกครอง อันจะเป็นการวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย และพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อไปได้ในอนาคต เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย มิใช่การวินิจฉัยสัญญาโดยใช้นิยามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ประกอบกับมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 โดยหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรและเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาเพียงอย่างเดียว

ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง เพื่อชี้ขาดเขตอำนาจศาลที่ใช้เฉพาะหลักเกณฑ์เท่าที่มีอยู่ โดยละเอียดที่จะค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย มาปรับใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง กรณีนี้ก็คือผลสืบเนื่องมาจากเรื่องนิยามเปิดของสัญญาทางปกครอง ที่เมื่อพิจารณาถ้อยคำจากนิยามในกฎหมายแล้ว คำว่า “หมายความร่วมมือถึง” นั้น นอกจากการพิจารณาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กล่าวถึงแล้ว เรื่องการค้นหาหลักเกณฑ์จากนิยาม ทั้งหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ที่ใช้หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญาและหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาในสัญญา 4 ประเภทดังกล่าวข้างต้นแล้ว มีประเด็นทางกฎหมายต่อไปว่า นอกจากสัญญาทางปกครองที่กล่าวถึงนี้ ที่นิยามใน

กฎหมายมุ่งที่จะให้หมายความรวมถึงแล้ว ยังมีสัญญาในลักษณะอื่น ๆ หรือสัญญาอื่นใดอีกหรือไม่ ที่กฎหมายมีเจตนาจะให้หมายความรวมถึง เป็นสัญญาทางปกครองด้วย

ในกรณีนี้ จึงต้องย้อนกลับไปพิจารณาในบริบทที่ว่า ถ้อยคำของบทนิยามที่ว่า “หมายความรวมถึง” เป็นถ้อยคำที่แสดงความหมายอยู่ในตัวว่า นอกจากสัญญาต่าง ๆ ที่กฎหมายระบุไว้แล้ว ย่อมมีสัญญาอื่นที่มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครองอยู่ด้วย ประเด็นทางกฎหมายจึงมีต่อมาว่า แล้วสัญญาที่มีสภาพหรือมีลักษณะอย่างไร จึงจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองด้วย ประเด็นนี้จะเป็นปัญหาสำคัญที่ผู้ใช้กฎหมาย ที่จะต้องวินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งต้องค้นหาเจตนารมณ์ว่าเหตุใด จึงมีการบัญญัตินิยามของสัญญาทางปกครอง เป็นนิยามเปิดที่ให้หมายความรวมถึง สัญญาในลักษณะอื่น ๆ ที่ไม่ได้บัญญัติไว้ แต่มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจน

การค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็ต้องศึกษาไปถึงทฤษฎี โดยเฉพาะทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส ที่ระบบกฎหมายไทยนำมาปรับใช้ ก็พบว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มีระบบศาลปกครอง โดยแยกระบบกฎหมายมหาชน เป็นระบบกฎหมายต่างหากจากระบบกฎหมายเอกชน ทั้งมีการแยกสัญญาทางปกครองอยู่ในระบบกฎหมายมหาชน ออกจากระบบสัญญาทางแพ่งทั่วไปในระบบกฎหมายเอกชน โดยมีการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล ที่มีอำนาจเหนือคดีอย่างเป็นระบบ ก็เป็นไปภายใต้เจตนารมณ์ที่ต้องการให้การกระทำของฝ่ายปกครอง ที่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ก็ควรมีกระบวนการทางกฎหมายโดยเฉพาะ โดยผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในระบบกฎหมายปกครองเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ภายใต้ระบบกฎหมายและนิติวิธีเฉพาะ ระบบสัญญาทางปกครองไทยก็เช่นเดียวกัน โดยเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย ต้องการแยกสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์ หากมีข้อพิพาท ก็จะได้รับ การวินิจฉัยชี้ขาดในระบบกฎหมายเฉพาะ ภายใต้นิติวิธีเฉพาะเช่นเดียวกัน

จากประเด็นข้างต้น มีประเด็นคดีที่นำมาพิจารณาเรื่องหนึ่ง เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า สอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐานที่นำมาวิเคราะห์อย่างยิ่ง เป็นประเด็นจากคำแถลงการณ์คดีคำร้องที่ 40/2544 ศาลปกครองสูงสุด โดยตุลาการศาลปกครองกลาง นายบุญอนันต์ วรรณพาณิชย์ ทำหน้าที่ตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุด ในคดีหมายเลขคำที่ 735/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 144/2544 คดีอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้อุทธรณ์ คำแถลงการณ์ได้เสนอแนวคิดพื้นฐานไว้ค่อนข้างน่ารับฟังยิ่ง ดังนี้

1) การที่กฎหมายกำหนดด้วยคำ “หมายความร่วมมือ” ย่อมมีเจตนารมณ์ที่ซ่อนอยู่ในตัวกฎหมายว่า กฎหมายประสงค์ที่จะให้มีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ต่อไปในอนาคต โดยเมื่อกำหนดให้เป็นข้อพิพาทอย่างหนึ่ง ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองแล้ว แนวทางในการพัฒนาดังกล่าว จึงเป็นเรื่องของศาลปกครอง ที่จะวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ด้วยการมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีต่าง ๆ ที่เข้ามาสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

2) การที่กฎหมายกำหนดแต่เพียงว่า “หมายความร่วมมือ” นั้น ในด้านของหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองจะนำมาใช้ในการพิจารณา จึงต้องถือว่ามีความยืดหยุ่นอย่างมาก เพราะเท่ากับว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ไว้เลย ดังนั้น โดยหลักจึงเป็นดุลพินิจของศาลปกครอง ที่จะชี้ว่าสัญญาใดเป็นหรือไม่เป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ ซึ่งในการที่ศาลปกครองจะวินิจฉัยว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ นอกจากศาลปกครองจะพิจารณาโดยใช้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และหลักเกณฑ์ตามนิยามของสัญญาทางปกครองที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งคำอธิบายสัญญาทางปกครองโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ทั้งหลักเกณฑ์ด้านองค์กร หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา รวมทั้งหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยสภาพแล้ว

การพิจารณาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีอยู่ ศาลปกครองจะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า กรอบในการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ นั้น น่าจะเริ่มต้นจากการพิจารณาว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่มีสภาพอย่างไร จึงสมควรที่จะอยู่ในการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง นั่นคือ กรอบที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ ที่ให้มีการจัดตั้งศาลปกครอง ขึ้นเป็นอีกระบบหนึ่งต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม ดังนั้น การพิจารณาขอบเขตของหลักกฎหมายในเรื่องนี้ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเริ่มต้น ด้วยการย้อนไปวิเคราะห์ถึงเหตุผลของการให้มีสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาเฉพาะอีกระบบสัญญาหนึ่งต่างหากจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป

หรืออีกนัยหนึ่ง ก็คือ การทำความเข้าใจว่า เพราะเหตุใดจึงต้องมีสัญญาทางปกครองนั่นเอง ซึ่งโดยเหตุผลทางกฎหมายที่ได้ศึกษาวิเคราะห์มาทั้งหมด ก็พบว่า เหตุผลในการมีสัญญาทางปกครอง เนื่องมาจากการมีศาลปกครอง เป็นศาลอีกระบบหนึ่ง และการยอมรับหลักกฎหมายเฉพาะ ที่นำมาใช้บังคับกับเรื่องสัญญาทางปกครอง

กล่าวคือ ถ้ามีศาลเพียงระบบเดียวนั้น ย่อมเห็นได้ว่า ไม่มีความจำเป็นต้องแยกพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาใดเป็นสัญญาทั่วไป เพราะไม่ว่าจะเป็นสัญญาในลักษณะใด เมื่อมีคดีพิพาทเกิดขึ้นก็ต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรมเช่นเดิม หรือหากไม่มีการยอมรับว่ามีหลักกฎหมายเฉพาะ ที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นต้องแยกให้มีสัญญาทางปกครอง ต่างหากจากสัญญาทั่วไปแต่อย่างใด เช่นกัน เพราะในที่สุดหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาในลักษณะต่าง ๆ ก็จะเป็นหลักกฎหมายอย่างเดียวกัน โดยนัยดังกล่าว จึงทำให้เข้าใจได้ว่าสิ่งที่จะวินิจฉัยให้เป็นสัญญาทางปกครอง ย่อมได้แก่ สัญญาซึ่งสมควรให้ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ เป็นผู้พิจารณาตัดสินข้อพิพาท และเป็นสัญญาซึ่งสมควรนำหลักกฎหมายปกครอง มาปรับใช้ในการให้ข้อยุติกับเรื่องที่พิพาทนั้น

บริบทที่วิเคราะห์นี้ เป็นเรื่องการใช้กฎหมายตามเจตนารมณ์ ของการแยกระบบศาลปกครองเป็นอีกระบบหนึ่ง ต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม ด้วยความประสงค์ที่จะให้เป็นระบบที่จะใช้กับอีกระบบกฎหมายหนึ่ง ที่ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญในหลักกฎหมายปกครอง กับทั้งต้องการชี้ให้เห็นว่า การแยกระบบศาลที่มีผลให้แยกระบบกฎหมายแยกระบบสัญญาและเขตอำนาจศาล ที่จะมีอำนาจเหนือข้อพิพาทของแต่ละสัญญา ในการใช้กฎหมายขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย และหรือตีความสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะศาลปกครองที่จะต้องค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่จะวินิจฉัยให้ข้อพิพาทจากสัญญาของฝ่ายปกครอง สัญญาใดเป็นสัญญาที่ต้องใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ เป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

แต่ข้อจำกัดในการวินิจฉัยข้อสัญญาว่า เป็นสัญญาทางปกครองไม่ ก็คือ ศาลปกครองกลับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเท่าที่มีอยู่ หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งเพียงหลักเกณฑ์เดียว หรือแม้แต่ใช้หลายหลักเกณฑ์ประกอบกัน แล้ววินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นหรือไม่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยละเลยมิได้ค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย มาปรับใช้กฎหมายบังคับแก่คดี ซึ่งหากสามารถค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย ในขณะที่ปรับใช้กฎหมายแล้ว ข้อพิพาทตามสัญญาบางประเภท จะถูกปรับให้เข้ากับหลักกฎหมาย ที่สามารถนำหลักกฎหมายเฉพาะ ไปใช้กับข้อพิพาทนั้นตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ นั่นคือ องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายละเลยการนำเจตนารมณ์ของการบัญญัตินิยาม สัญญาทางปกครองเป็นนิยามเปิด และไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนมา

ปรับใช้ เพื่อพัฒนาหลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง สร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายวินิจฉัยสัญญาทางปกครองอย่างเป็นระบบ

ปัญหาการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เป็นเรื่องการละเลยที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย มาใช้ในการตีความสัญญาทางปกครอง กล่าวสรุปอย่างง่าย ก็คือ การวินิจฉัยสัญญา เพื่อชี้ขาดว่าคดีควรอยู่ในศาลใด โดยใช้หลักเกณฑ์ที่มีอยู่ โดยไม่พิจารณาว่าข้อพิพาทตามสัญญาตามเจตนารมณ์ของกฎหมายปกครองแล้ว ควรใช้กฎหมายเฉพาะหรือไม่ ซึ่งไม่ตอบสนองต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่จะให้มีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยอาศัยนิยามเปิดที่กฎหมายมีเจตนารมณ์ ให้พัฒนาหลักกฎหมายนี้ต่อไปได้ในอนาคต ก็เป็นปัญหาสำคัญที่จะต้องหามาตรการทางกฎหมาย มาปรับใช้กับเรื่องนี้ต่อไปด้วยเรื่องหนึ่ง

5. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในคดีพิพาท

เกี่ยวกับสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ

สัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ ที่ให้ทุนการศึกษามูลากรของรัฐ ไปศึกษาต่อ โดยมีเงื่อนไขการทำงานชดใช้ทุนในหน่วยงานนั้น หรือหน่วยงานราชการอื่นตามระยะเวลาที่กำหนด เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองสัญญาหนึ่ง ที่มีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลมากในระยะแรก เพราะมีปัญหาว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ ซึ่งปัญหาต่าง ๆ จะประมวลวิเคราะห์ได้ ดังนี้

5.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ด้านองค์การวินิจฉัยคู่สัญญา

สัญญาประเภทนี้ เป็นลักษณะหนึ่งของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงต้องใช้หลักเกณฑ์ที่มีอยู่มาใช้วินิจฉัยสัญญา ว่าสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการใดหน่วยราชการหนึ่ง ที่ให้บุคคลไปศึกษาต่อโดยทุนของหน่วยงาน เป็นการส่งคนไปศึกษาต่อเพื่อให้กลับมาร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับหน่วยงานนั้นหรือไม่ หากการให้ทุนการศึกษาที่ถือเอาสาระสำคัญของ การกลับมาใช้ทุน โดยเข้ามาร่วมเป็นพนักงาน หรือลูกจ้าง หรือกลับมารับราชการใช้ทุน ก็คือ การเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับหน่วยงานที่ให้ทุน ถือเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

แต่ว่าในทางปฏิบัติ การวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาที่ให้บริการสาธารณะ จะมีปัญหาในการตีความอย่างมาก เพราะคำว่า บริการสาธารณะ มีทั้งสัญญาว่าจ้าง บุคคลเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะ สัญญามอบบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำ สัญญาก่อสร้างอาคารสถานที่ ซึ่งสถานที่นั้นเป็นเครื่องมืออันจำเป็น ในการจัดทำ บริการสาธารณะ เช่น สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารโรงพยาบาล อาคารผู้ป่วยในที่ผู้ป่วย จะเข้ามาใช้บริการทางสาธารณสุข แพทย์รักษาในโรงพยาบาลโดยตรง หรือสัญญา ก่อสร้างอาคารเรียน ที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะด้านการศึกษา ที่นักเรียนจะต้องนั่งเรียนในอาคารดังกล่าว อาคารหรือวัดตุดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมืออัน สำคัญ และจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาว่าจ้างก่อสร้างจึงเป็นสัญญาที่ให้ จัดทำบริการสาธารณะ เพราะมีความเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะอย่างใกล้ชิด หรือ สัญญาในลักษณะอื่น ๆ อีกหลายลักษณะ ไม่ว่าสัญญาว่าจ้างผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ ที่แม้ รัฐวิสาหกิจนั้นจะแปรรูปเป็นบริษัทมหาชนแล้วก็ตาม หรือสัญญาให้ทุนการศึกษาของ หน่วยงานราชการ ที่เป็นการส่งไปเรียนแล้วกลับมาต้องทำงานชดใช้ทุน ในหน่วยงาน นั้นตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา

ปัญหาสำคัญ ที่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ ก็คือ ขอบเขตนิยามของสัญญาทางปกครอง ที่จะพิจารณาคั้งแต่คู่สัญญาซึ่งพิจารณาจาก องค์กรคู่สัญญา ว่าเป็นหน่วยงานนั้นเป็นหน่วยงานทางปกครอง ที่มีหน้าที่จัดทำบริการ สาธารณะหรือไม่ ซึ่งหากเป็นหน่วยงานราชการ โดยตรง หรือเป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น ตามพระราชกฤษฎีกา ที่โดยสภาพจะเป็นหน่วยงานทางปกครองโดยตรง แต่กรณีที่จะมี ปัญหา ก็คือ หน่วยงานที่แปรรูปเป็นบริษัทมหาชนแล้ว หรือหน่วยงานองค์กรวิชาชีพ เช่น สภานายความ สภาการบัญชี หรือกรณีที่เป็นหน่วยงาน ที่ได้รับมอบหมายให้ จัดทำบริการสาธารณะ เช่น สถานตรวจสภาพรถยนต์เอกชน ซึ่งได้รับมอบอำนาจให้ ออกใบตรวจสภาพรถยนต์จากกรมการขนส่งทางบก เพื่อนำมาประกอบการเสียภาษี รถยนต์ประจำปี กรณีเหล่านี้หากใช้หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ก็จะไม่ใช่หน่วยงานทาง ปกครองโดยตรง เพราะไม่ใช่กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดย พระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ แต่จะอยู่ในนิยาม ตอนท้ายของ “หน่วยงานทางปกครอง” ที่ว่า “. . . และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่

ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” ซึ่งการตีความว่าองค์กรใดอยู่ในนัยของนิยามนี้ ก็นับว่ามีขอบเขตกว้างขวางอยู่มากเช่นกัน

ดังนั้น การใช้หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร วินิจฉัยว่าสัญญาที่ให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ ที่เมื่อผู้รับทุนสำเร็จการศึกษาแล้วต้องกลับมาร่วมจัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ ก็ต้องวินิจฉัยว่าองค์กรหรือคู่สัญญาที่ให้ทุนการศึกษานั้น เป็นหน่วยงานทางปกครองโดยตรง หรือเป็นหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจกรรมทางปกครอง เช่น เคยมีปัญหาพิพาทจากสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เพราะหน่วยงานนั้นเป็นบริษัทมหาชนจำกัด หรือเป็นองค์การมหาชนซึ่งเป็นหน่วยงานรูปแบบใหม่ของรัฐ ซึ่งหากหน่วยงานนั้นมีลักษณะเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองในด้านต่าง ๆ ที่มีความเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะอย่างใกล้ชิด เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ด้านองค์กรคู่สัญญาแล้ว ก็เข้าหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์ด้านองค์กร ก็จะไปพิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญาต่อไปได้

สำหรับหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ที่จะเป็นหน่วยงานทางปกครอง เมื่อพิจารณาจากนิยามสัญญาทางปกครอง ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แยกพิจารณาได้ ดังนี้

1) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณาจากนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว “หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” จากนิยามจึงแยกหน่วยงานทางปกครองออกได้ ดังนี้

ประเภทแรก ราชการบริหารส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานเรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม ซึ่งราชการบริหารส่วนกลางเหล่านี้ กฎหมายกำหนดให้มีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน

ประเภทที่สอง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัดและอำเภอ โดยจังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล

ประเภทที่สาม ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ได้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายต่าง ๆ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

ประเภทที่สี่ รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกา รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชกำหนด เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค การเคหะแห่งชาติ ส่วนรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชกฤษฎีกา ได้แก่ องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ องค์การตลาด องค์การสวนสัตว์ แต่ไม่รวมถึง รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยกฎหมายเอกชน เช่น บริษัทวิทยุการบิน จำกัด บริษัท ไม้อัดไทย จำกัด และไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยมติคณะรัฐมนตรี ดังนั้น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนนี้ จึงไม่มีลักษณะเป็นหน่วยงานทางปกครอง ดังนั้น การใช้หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง สัญญาดังกล่าวจึงไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ เว้นแต่ หน่วยงานที่เป็นรัฐวิสาหกิจนั้นได้ทำสัญญาโดยกระทำการแทนรัฐ และมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่ง 4 ลักษณะตามนิยามของสัญญาทางปกครอง

ประเภทที่ห้า เป็นหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ องค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชกฤษฎีกา ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และยังรวมถึงองค์กรอิสระ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้แก่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดิน องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ คณะกรรมการโทรคมนาคมแห่งชาติ และยังหมายความรวมถึง หน่วยงานที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเป็นหน่วยงานตุลาการของศาล เช่น สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง เป็นต้น

ประเภทที่หก หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หน่วยงานในลักษณะนี้น่า จะไม่ใช่มีลักษณะเป็น หน่วยงานของรัฐ แต่เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นในระบบราชการ หรืออาจเป็นหน่วยงานที่ ตั้งขึ้นนอกระบบราชการ แต่การดำเนินงานของหน่วยงาน ต้องใช้อำนาจทางปกครอง เช่น องค์กรวิชาชีพต่าง ๆ สภานายความ สภากาชาด สภาวิชาชีพ สภาวิศวกร แพทยสภา ซึ่งโดยหลักแล้วองค์กรวิชาชีพเหล่านี้ มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ไม่ว่าอำนาจในการออกระเบียบ กำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพอิสระ รวมทั้ง อำนาจในการออกใบอนุญาต และเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งการใช้อำนาจในลักษณะ ดังกล่าวนี้ เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง นิติกรรมหรือคำสั่งที่ออกมา จึงอาจถูกฟ้อง ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้ เช่นเดียวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทาง ปกครองฝ่ายเดียว ที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครอง

ดังนั้น โดยหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ที่ว่าสัญญาทาง ปกครอง อย่างน้อยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำ การแทนรัฐ ในแง่ของคู่สัญญาของสัญญาทางปกครอง จึงต้องพิจารณากันอย่างละเอียด แต่แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง หรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครอง ด้วยกัน ก็ไม่ใช่ว่าจะจะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป เพราะจะต้องดูวัตถุประสงค์ของ สัญญาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วย ที่จะต้องเป็นไปเพื่อการดำเนินบริการสาธารณะ ถ้าไม่มี วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการดังกล่าว ก็ต้องปรากฏว่า มีข้อสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษต่างจาก สัญญาทางแพ่ง จึงจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองทำ สัญญากับเอกชน การพิจารณาคูณสมบัติของหน่วยงานทางปกครอง ในการเข้าเป็นคู่ - สัญญา จะวางอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมาย เรื่องอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทาง ปกครองนั้น รวมทั้งอำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญา และวัตถุประสงค์ของ สัญญาที่ทำขึ้นนั้น จะต้องอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองนั้นด้วย การ- พิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ในหลักเกณฑ์แรก คือ หลักเกณฑ์ทางด้าน องค์กรหรือคู่สัญญา จึงมีรายละเอียดปลีกย่อยที่ต้องพิจารณาอีกมาก

2) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ เงื่อนไขข้อนี้ ก็คือ การพิจารณาว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น นอกจากจะ มีองค์ประกอบด้านคู่สัญญา ที่ต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทาง

ปกครองแล้ว หากสัญญาใดมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง เป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ สัญญาดังกล่าวก็อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน โดยบุคคลที่กระทำการแทนรัฐนี้ อาจพิจารณาเป็น 2 กรณี

กรณีที่หนึ่ง การได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยตรง เช่น มีหนังสือเป็นลายลักษณ์อักษร แจ้งว่าได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการแทนรัฐ

กรณีที่สอง การได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยปริยาย อาจเป็นกรณีรัฐวิสาหกิจที่มีได้จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา ทำสัญญากับเอกชนให้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำ หรือดำเนินงานที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ

จะเห็นได้ว่า การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง เพียงแค่หลักเกณฑ์แรกจากนิยาม คือ หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ก็มีความละเอียด และมีขอบเขตกว้างมาก ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครอง ที่จะวินิจฉัยตีความสัญญาว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งจะอยู่ที่ตุลาการศาลปกครองจะใช้ดุลพินิจว่าสัญญาใดบ้างที่มีลักษณะพิเศษ ที่ต้องบังคับตามกฎหมายพิเศษ ซึ่งก็คือกฎหมายปกครอง เพราะโดยนิยามที่ “หมายรวมถึง” ศาลปกครองจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่บัญญัติไว้เช่นนี้เสมอว่า กฎหมายเปิดให้ศาลปกครองใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง ที่จะพิจารณาว่าสัญญาที่พิพาทโดยสภาพแล้ว ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง เพราะไม่ยึดถือตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือคู่สัญญาไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาหรือไม่

การพิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา จึงเป็นเรื่องที่ศาลปกครองจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ดังกล่าว ยิ่งกว่าการตีความสัญญาตามตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่เพียงประการเดียว เพราะจะต้องเริ่มต้นด้วยการตั้งคำถาม เพื่อที่จะแสวงหาคำตอบว่า เหตุใดกฎหมายจึงต้องแยกสัญญาทางปกครอง ออกจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป เหตุใดจึงไม่ยอมให้สัญญาบางประเภทอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ที่มีการบังคับตามหลักกฎหมายเอกชน นั่นคือ จะต้องค้นหาว่าสัญญาประเภทดังกล่าว นั้น เป็นสัญญาที่วัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ หรือเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนหรือไม่ ซึ่งโดยเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายปกครอง ในระบบกฎหมายมหาชนนั้น การทำสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือผู้ได้รับมอบอำนาจให้กระทำการแทนรัฐ มิได้ทำเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือประโยชน์ของหน่วยงานทางปกครองนั้น ๆ เอง

แต่การทำสัญญาทางปกครอง เป็นการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม จึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งหลักการอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายปกรองนั้น การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เมื่อสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย จึงต้องถูกควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้หลักกฎหมายปกรอง โดยหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการทางปกครอง ซึ่งโดยมิติเช่นว่านี้เองที่ศาลปกครองจะต้องค้นหาว่า โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายสัญญาดังกล่าว ควรเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เพื่อที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้

ปัญหาทางกฎหมายที่จะวินิจฉัยว่า สัญญาที่ให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ ซึ่งโดยหลักแล้วสัญญาที่หน่วยงานราชการให้ทุนการศึกษานั้น จะต้องให้ความสำคัญกับหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรเป็นพิเศษ เพราะสัญญาประเภทนี้โดยสภาพแล้ว การที่หน่วยงานราชการให้ทุนการศึกษาแก่บุคคลใด ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าวัตถุประสงค์ของการให้ทุนการศึกษา ก็เพื่อที่จะให้ผู้นั้นกลับมาร่วมกันทำงานใช้ทุนในหน่วยงานนั้น ซึ่งก็เป็นการให้บุคคลเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น สัญญาที่ให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ จึงควรวางหลักกฎหมายให้ชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะไม่ค่อยปรากฏว่าหน่วยงานราชการใดจะให้ทุนการศึกษาแบบให้เปล่า โดยไม่ต้องทำงานชดใช้ทุนแต่อย่างใด

5.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์สัญญาวินิจฉัยสัญญา

การวินิจฉัยว่า สัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ด้วยการ ใช้หลักเกณฑ์จากนิยามของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจากหลักเกณฑ์แรก คือ พิจารณาจากองค์กรคู่สัญญาแล้ว ยังต้องพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาว่าสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ หรือวัตถุประสงค์สัญญาเพื่อการใด เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์สัญญา 4 ลักษณะตามนิยามในมาตรา 3 หรือไม่ กล่าวคือ สัญญานั้นวัตถุประสงค์สัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ หรือเป็นสัญญาทางปกครองโดย

สภาพที่เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะบรรลุผลหรือไม่

การวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ที่ใช้หลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ก็คือการพิจารณาว่าหน่วยงานราชการที่ให้ทุนการศึกษา มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ และบริการสาธารณะของหน่วยงานนั้นมีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด รวมทั้งการพิจารณาเจตนาของสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการนั้นว่า การให้ทุนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์โดยตรง ที่จะให้บุคคลไปศึกษาต่อแล้ว กลับมาร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับหน่วยงานนั้นหรือไม่ การพิจารณาจากหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้ทุนการศึกษา จึงมีความละเอียดอ่อนเสียยิ่งกว่าการมอบหมายบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำโดยตรง หรือโดยรูปแบบอื่น ซึ่งหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่จะต้องพิจารณา ก็ต้องพิจารณาจากนิยามในมาตรา 3 และคำอธิบายสัญญาทางปกครอง โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ที่ศาลปกครองสูงสุดอธิบายนิยามของสัญญาทางปกครอง โดยเทียบเคียงทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ และหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสด้วย

โดยเฉพาะคำว่า บริการสาธารณะ ที่ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล อธิบายไว้ว่า หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนาจการ หรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของประชาชน หากในเบื้องต้นกิจการของหน่วยงานที่ให้ทุนการศึกษา มีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ และกิจการนั้นอยู่ในความอำนาจการ หรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองแล้ว ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าแล้วสัญญาที่ให้ทุนการศึกษานั้น เป็นไปเพื่อให้บุคคลผู้รับทุนการศึกษา กลับมาร่วมทำงานในหน่วยงานนั้นเพื่อชดใช้ทุน อันเป็นการเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกับหน่วยงานนั้นหรือไม่

ซึ่งหากศึกษาสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานทางปกครองแล้ว แทบจะไม่พบว่ามีสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานทางปกครองแก่เอกชนรายใด จะเป็นการให้เปล่าโดยไม่ต้องเข้ามาทำงานเพื่อชดใช้ทุน แต่พบว่าข้อ

สัญญาที่เป็นสาระสำคัญภายหลังจบการศึกษา ก็คือ การกลับมาชดใช้ทุนในหน่วยงานราชการนั้น หรือหน่วยงานอื่นตามความยินยอมของหน่วยงานที่ให้ทุนการศึกษา จึงมีข้อสัญญากำหนดให้เอกสิทธิ์ของหน่วยงานเจ้าของทุนว่า สามารถเรียกผู้รับทุนกลับก่อนกำหนด กำหนดเบี้ยปรับ จัดหาผู้ค้ำประกันหรือมีข้อสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป แม้จะมีบางสัญญายินยอมให้ชดใช้เงินแทนการทำงานในหน่วยงานชดใช้ทุนได้ แต่โดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาทุนการศึกษา ย่อมต้องการให้ผู้รับทุนกลับมาชดใช้ทุนด้วยการทำงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานกับหน่วยงานนั้นทั้งสิ้น

ดังนั้น สัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเมื่อบุคคลผู้รับทุนการศึกษาสำเร็จการศึกษาแล้ว กลับมารับราชการหรือทำงานในหน่วยงานนั้น ตามระยะเวลาที่กำหนด ถือว่าเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับหน่วยงานนั้นโดยตรง จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ที่หากมีข้อพิพาทจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ซึ่งในบริบทที่วิเคราะห์การใช้หลักเกณฑ์ทางด้านองค์การหรือคู่สัญญาในชั้นต้น และหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาในข้อนี้แล้ว จึงกล่าวได้ว่าสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานทางปกครอง จึงมีลักษณะเป็นทั้งสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย เพราะมีลักษณะที่เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ และโดยข้อสัญญาแล้วอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วย

5.3 ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

สัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานทางปกครองที่มีปัญหาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ นอกจากจะใช้หลักเกณฑ์ตามนิยามในสองประเด็นแรก ซึ่งในระยะแรก มีปัญหาทางกฎหมายในเรื่องหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่ใช้อธิบายขอบเขตหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ยังต้องพิจารณาเงื่อนไขตามหลักกฎหมายที่จะพิจารณาว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือไม่ ซึ่งจะต้องใช้หลักเกณฑ์จากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ก็คือ สัญญาที่เชื่อมโยงกับบริการสาธารณะอย่างใกล้ชิด หรือมีข้อกำหนดในสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานทางปกครอง ที่ให้เอกสิทธิ์แก่หน่วยงานที่ให้ทุนคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะยกเลิกสัญญา เรียกผู้รับทุนกลับก่อนกำหนดโดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้าโดย

ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับทุนการศึกษา หรือกำหนดเบี้ยปรับไว้พร้อมทั้งมีผู้ค้ำประกันไว้สูงกว่าสัญญาทางแพ่งทั่วไป หรือสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานั้น โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า ย่อมเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ทั้งโดยเจตนารมณ์แล้วสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานทางปกครองที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ ที่เมื่อจบการศึกษาจะมาทำงานในหน่วยงานของรัฐที่ให้ทุนการศึกษา เพื่อเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาเช่นนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัย สัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรแล้ว กรณีสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการนี้ ไม่น่าจะมีข้อยุ่งยาก เพราะคู่สัญญาในสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ ฝ่ายหนึ่งย่อมเป็นหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง แต่หลักเกณฑ์ที่จะเป็นปัญหาในการวินิจฉัยข้อสัญญา ก็คือ หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือหลักเกณฑ์ที่จะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ จากเงื่อนไขที่มาจากข้อกำหนดพิเศษในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมาก และไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป แต่หลักเกณฑ์ในกรณีหลังก็ไม่น่าจะมีปัญหามากนัก ก็คงจะมีเพียงแต่หลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่จะต้องวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ โดยการชดใช้ทุนหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาข้อสัญญา หรือเงื่อนไขในการชดใช้ทุนการศึกษาด้วย

สัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการนี้ จากการศึกษาพบว่าศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ว่า สัญญาให้ทุนที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนหรือข้าราชการ โดยมีข้อกำหนดว่าเมื่อผู้รับทุนสำเร็จการศึกษา หรือครบกำหนดเวลาตามสัญญาแล้ว ผู้รับทุนจะกลับมารับราชการ หรือกลับมาปฏิบัติงานในหน่วยงานของผู้ให้ทุนการศึกษา หรือในกระทรวง ทบวง กรมอื่นตามที่ทางราชการเห็นสมควร เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือการให้ผู้รับทุนกลับมารับราชการ หรือปฏิบัติงานอันเป็นบริการสาธารณะของรัฐเนื่องจากภารกิจหลักของหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ คือ การจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น สัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ จึงเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542



สำหรับคดีพิพาทที่มีปัญหาขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเอาไว้ มีเหตุผลที่น่าศึกษาอย่างยิ่ง ก็คือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 147/2547 โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ได้รับราชการในสังกัดสำนักงานจัดรูปที่ดินเพื่อพัฒนาเมืองและโครงการเมืองใหม่ กรมโยธาธิการและผังเมือง กระทรวงมหาดไทย ได้สมัครรับทุนเพื่อศึกษาปริญญาโท ณ ประเทศฝรั่งเศส ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในใบสมัครรับทุน ต่อมา กองการต่างประเทศ สำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย อนุมัติผู้ฟ้องคดีได้รับทุนดังกล่าวจากรัฐบาลฝรั่งเศส จึงทำสัญญาของข้าราชการไปศึกษาหรือฝึกอบรม ณ ต่างประเทศ ไม่ลงวันที่ เดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2542 กับกรมโยธาธิการและผังเมือง ผู้ถูกฟ้องคดี แต่เมื่อเข้าศึกษาหลักสูตรที่กำหนดในทุน หรือหลักสูตรปริญญาโท ปรากฏว่าสถานศึกษาหรือหน่วยงานที่ให้ทุน มิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อกำหนดในการประกาศรับทุน โดยเมื่อสำเร็จการศึกษา สถาบันหรือหน่วยงานที่ให้ทุน มิได้ให้วุฒิบัตรปริญญาโท แต่ให้ประกาศนียบัตร ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการให้ทุน เมื่อสำเร็จการศึกษาผู้ฟ้องคดีได้กลับเข้ารับราชการ ในวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งตามสัญญา กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีต้องชดใช้ทุน เป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ไปศึกษาอบรม แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเหตุการณ์ความผิดพลาดเกี่ยวกับทุนการศึกษา ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย เนื่องจากไม่เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ฟ้องคดี และไม่ตรงกับหลักสูตรที่สถานเอกอัครราชทูตฝรั่งเศส ให้ไว้กับกรมโยธาธิการและผังเมือง อันส่งผลต่อความก้าวหน้าของผู้ฟ้องคดี ทั้งในระหว่างลาศึกษาผู้ฟ้องคดีก็มิได้รับสิทธิในการพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือน อันสืบเนื่องมาจากการเดินทางไปศึกษาต่อต่างประเทศ

ศาลปกครองสูงสุด พิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาของข้าราชการไปศึกษาหรือฝึกอบรม ณ ต่างประเทศ ไม่ลงวันที่ เดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2542 ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดผู้ถูกฟ้องคดี ทำสัญญาขอลาศึกษาต่อ โดยตกลงว่าเมื่อครบกำหนดระยะเวลาศึกษาจะกลับมารับราชการในหน่วยงานของผู้ถูกฟ้องคดี หรือในกระทรวง ทบวงกรมอื่น ตามที่ทางราชการเห็นสมควร วัตถุประสงค์แห่งสัญญาในคดีนี้ คือ ให้ผู้ฟ้องคดีกลับมารับราชการตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา อันเป็นบริการสาธารณะของรัฐ แม้ในสัญญามีข้อตกลงว่า หากผิดสัญญา หรือไม่สามารถกลับมาปฏิบัติราชการได้ จะต้องชดใช้เงิน หรือหากกลับมาแล้วปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ไม่ครบตามกำหนด จะต้องชดใช้เงิน โดยลดลงตามส่วน

แต่สัญญานี้มีวัตถุประสงค์หลัก คือ ให้ผู้ฟ้องคดีกลับมารับราชการในหน่วยงานของผู้ถูกฟ้องคดี หรือในกระทรวง ทบวง กรมอื่น ตามที่ทางราชการเห็นสมควร ไม่ใช่ให้ชำระเงิน ดังนั้น วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจึงเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คดีข้างต้น ศาลปกครองสูงสุดวางหลักกฎหมาย เป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ กรณีสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการไว้ว่า หากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้ทุนการศึกษา ให้ผู้รับทุนการศึกษากลับมาปฏิบัติราชการในหน่วยงานที่ให้ทุนการศึกษา แม้ว่าจะใช้เงินแทนได้ก็ตาม แต่วัตถุประสงค์หลักเป็นการให้ผู้ฟ้องคดีกลับมารับราชการในหน่วยงานนั้น ไม่ใช่ให้ชำระเงิน ย่อมเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ นอกจากนี้สัญญาให้ทุนการศึกษา มักจะมีข้อกำหนดพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่หน่วยงานของรัฐเป็นอย่างมาก ที่มักจะไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง ซึ่งศาลปกครองก็ได้วางหลักไว้ว่า สัญญาให้ทุนการศึกษาที่หน่วยงานทางปกครองทำกับเอกชนหรือข้าราชการ โดยมีข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงลักษณะพิเศษ ที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป เป็นลักษณะสำคัญของสัญญาทางปกครอง ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักข้อนี้ไว้ ในคำอธิบายสัญญาทางปกครอง โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 แล้ว

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุด ได้วางหลักไว้ว่าสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการนั้น มีข้อสัญญาที่เป็นข้อกำหนดที่แสดงถึงลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ข้อกำหนดที่มีลักษณะเช่นนี้ได้แก่ ข้อกำหนดที่ผู้รับทุนถูกจำกัดสิทธิของตนเอง ไม่ว่าจะกรณีลาออกจากราชการหรือโอนสังกัด หรือการบอกเลิกสัญญานั้นไม่อาจจะกระทำได้ทั้งสิ้น หรือข้อกำหนดที่ให้สิทธิหน่วยงานของรัฐผู้ให้ทุน สามารถบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หรือข้อกำหนดที่ให้หน่วยงานของรัฐผู้ให้ทุน สามารถเรียกตัวผู้รับทุนกลับเข้ารับราชการ หรือเข้าปฏิบัติราชการ ก่อนครบกำหนดตามสัญญาไม่ว่ากรณีใด ๆ ได้

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า สัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง ให้ทุนการศึกษาแก่ข้าราชการหรือเอกชน โดยมีข้อกำหนดว่าผู้รับทุนต้องกลับมาปฏิบัติราชการชดใช้ทุน

เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และหากสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการนั้น มีข้อกำหนดที่มีลักษณะ พิเศษ อันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมาก ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบใน สัญญาทางแพ่งทั่วไปแล้ว สัญญาให้ทุนการศึกษานั้น ก็ยังมีลักษณะเป็นสัญญาทาง ปกครองโดยสภาพด้วย

5.4 ปัญหาการวินิจฉัยวัตถุแห่งคดีที่เกี่ยวข้องกับวัตถุแห่งสัญญาของศาล ปกครองชั้นต้น

การวินิจฉัยว่า สัญญาใดเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็น สัญญาทางปกครองหรือไม่ จะมีปัญหาทางกฎหมายอีกกรณีหนึ่ง ก็คือ ปัญหาการปรับ ใช้ทฤษฎีและหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญา โดยเฉพาะทฤษฎีบริการสาธารณะและ หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ทั้งหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือ วัตถุแห่งสัญญา แต่มีประเด็นที่เกี่ยวข้องอันเป็นมูลเหตุแห่งการฟ้องคดี ที่ต้องวินิจฉัย ไปในคราวเดียวกันด้วย หรือการจะวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทได้ จำต้องวินิจฉัยประเด็น ที่เกี่ยวข้องอันเป็นมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นเสียก่อน ซึ่งจะพบได้บ่อยในสัญญาให้ ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ ในกรณีที่ผู้รับทุนไม่สำเร็จการศึกษา หรือสำเร็จ การศึกษากลับมารับราชการตามสัญญาแล้ว แต่รับราชการไม่ครบระยะเวลาตามสัญญา ด้วยเหตุหนึ่งเหตุใด เช่น ถูกออกจากราชการก่อนครบระยะเวลา ซึ่งต้องถูกเรียกให้ ชดใช้เงินลดลงตามส่วน เฉพาะในส่วนที่ยังขาดจากระยะเวลาชดใช้ทุน

กรณีนี้เมื่อมีคดีสู่ศาลปกครองชั้นต้น ก็จะมีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการ วินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องเสมอ เช่น ศาลปกครองชั้นต้นไม่รับฟ้อง เพราะมูลเหตุแห่ง การฟ้องคดีหรือวัตถุแห่งคดี ไม่ได้เกิดจากวัตถุแห่งสัญญาโดยตรง ศาลปกครองชั้นต้น เคยมีคำสั่งไม่รับฟ้อง โดยวินิจฉัยว่าวัตถุแห่งคดีที่นำมาฟ้อง ไม่ใช่มูลเหตุโดยตรงจาก วัตถุแห่งสัญญาที่เป็นการให้ทุนการศึกษา เพื่อการกลับมารับราชการในหน่วยงานที่ให้ ทุนการศึกษา ทั้ง ๆ ที่คดีมีข้อพิพาทจะต้องวินิจฉัยเรื่องสัญญาทางปกครอง ซึ่งหากศาล ปกครองชั้นต้น คำวินิจฉัยถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่จะวินิจฉัยว่าคดีในลักษณะอย่างนี้ โดยเจตนารมณ์ของกฎหมาย มุ่งหมายที่จะให้ได้รับการวินิจฉัยโดยศาลปกครอง ที่มี ความเชี่ยวชาญในกฎหมายปกครองโดยตรง ทั้งวัตถุแห่งคดีบางคดีที่มีประเด็นโต้แย้ง การใช้อำนาจทางปกครองอยู่ด้วย ย่อมเป็นคดีปกครองที่มีลักษณะตามมาตรา 9 (1) หรือ

(2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี ย่อมเป็นคดีปกครอง โดยมีพิกัดข้อพิพาทตามสัญญาอยู่แล้ว ทั้งศาลจำต้องวินิจฉัยประเด็นพิพาทนี้ไปพร้อม ๆ กับประเด็นพิพาทตามสัญญาของฝ่ายปกครอง เช่น ผู้รับทุนถูกสั่งให้กลับมารับราชการก่อนครบตามสัญญา ผู้รับทุนถูกสั่งให้พ้นจากเป็นผู้รับทุนและถูกเรียกเงินคืน ย่อมเป็นประเด็นที่ต้องตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น คดีที่ย่อมอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาหรือสั่งตามรูปความในทุกประเด็นพิพาทได้ ศาลปกครองชั้นต้นเคยมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีลักษณะนี้ แต่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วินิจฉัยชี้ขาดให้คดีอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ซึ่งหากศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยวัตถุแห่งคดี โดยปรับใช้ทฤษฎีตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย แล้วก็ต้องวินิจฉัยให้คดีอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เพราะต้องวินิจฉัยข้อพิพาทตามสัญญาพร้อม ๆ ไปกับการโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ประเด็นนี้จึงเป็นอีกประเด็นหนึ่ง ที่มีปัญหาเกี่ยวเนื่องจากการปรับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย วินิจฉัยประเด็นที่เป็นวัตถุแห่งสัญญา ซึ่งจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายในเรื่องนี้ด้วยเช่นกัน

กรณีดังกล่าว มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น ที่มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล คดีนี้ สำนักงานคณะกรรมการการอาชีวศึกษา ผู้ฟ้องคดี ยื่นฟ้องนายชาญวิทย์ พรหมสุรินทร์ ที่ 1 นายโกวิท พรหมสุรินทร์ ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดีต่อศาลปกครองพิษณุโลก ว่าเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน พ.ศ. 2540 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ข้าราชการครู ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีไปศึกษาต่อระดับปริญญาโท ที่มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้ค้ำประกัน โดยเมื่อสำเร็จการศึกษาต้องปฏิบัติราชการ ไม่น้อยกว่าสองเท่าของเวลาที่ไปศึกษา ถ้าผิดสัญญาต้องชดใช้คืนเงินเดือน เงินเพิ่มที่ได้รับระหว่างลา โดยลดลงตามส่วนเวลาที่กลับเข้าปฏิบัติราชการ ทั้งต้องจ่ายเบี้ยปรับอีกสองเท่าของเงินที่ต้องชดใช้คืนภายในสามสิบวันนับจากได้รับแจ้ง หากไม่ชำระหรือชำระไม่ครบต้องชำระดอกเบี้ยในอัตราร้อยละสิบห้าต่อปี นับถัดจากวันครบกำหนดจนชำระครบถ้วนเมื่อสำเร็จการศึกษา

ผู้ฟ้องคดีแต่งตั้งให้เข้ารับราชการสังกัดเดิม ตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2545 แต่กระทำผิดวินัยร้ายแรงถูกไล่ออกจากราชการ ตั้งแต่วันที่ 10 มิถุนายน 2545 ก่อนครบกำหนดเวลา ไม่น้อยกว่าสองเท่าของระยะเวลาที่ลาศึกษาต่อ เป็นการผิดสัญญาลาศึกษา-

ต่อ จึงต้องขอใช้เงินเดือนที่ได้รับระหว่างลาศึกษาต่อ พร้อมเบี้ยปรับอีกจำนวนสองเท่า รวมเป็นเงิน 1,199,581.3 บาท ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะผู้ค้ำประกันต้องขอใช้เงินด้วย ทั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องขอใช้เงินเดือนหลังเข้ารับราชการ ช่วงขาดราชการและหลังจาก ออกจากราชการ คืบให้แก่ผู้ฟ้องคดีอีก 52,678.10 บาท รวมเป็น 1,252,259.63 บาท ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือทวงถามแต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพิกเฉย จึงฟ้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ร่วมกันหรือแทนกันขอใช้เงิน 1,325,814.86 บาท โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 รับผิดชอบไม่เกิน 1,271,556.42 บาท ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชำระดอกเบี้ยร้อยละสิบห้าต่อปีของ 1,199,581.53 บาท และร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีของ 52,678.10 บาท ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ชำระดอกเบี้ยร้อยละ สิบห้าต่อปีของ 1,199,581.53 บาท นับแต่วันถัดจากวันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จ

ศาลปกครองพิษณุโลก เห็นว่า ผู้ฟ้องคดียื่นคำฟ้อง 2 ข้อหา ข้อหาที่หนึ่งฟ้อง ว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองผิดสัญญาอนุญาตให้ข้าราชการ ไปศึกษาต่อ และสัญญาค้ำประกัน ข้อหาที่สองฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้รับเงินเดือน โดยไม่มีสิทธิตั้งแต่วันที่ 10 มิถุนายน 2545 จนถึงเดือนพฤศจิกายน 2545 เนื่องจากขาดราชการและถูกไล่ออก คดีมีปัญหาว่า ข้อหาที่สองอยู่ในอำนาจศาลปกครองหรือไม่ ศาลปกครองพิษณุโลกเห็นว่า หลังจากผู้- ถูกฟ้องคดีที่ 1 กลับเข้ารับราชการจนออกจากราชการตั้งแต่วันที่ 10 มิถุนายน 2545 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงต้องขอใช้เงินเดือนที่ได้รับไปโดยไม่มีสิทธิตั้งแต่วันที่ 10 มิถุนายน 2545 ถึงเดือนพฤศจิกายน 2545 เป็นการจ่ายให้เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กลับเข้ารับราชการ มิใช่จ่ายระหว่างลาไปศึกษาต่อ จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นลามิควรได้ ตามมาตรา 406 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ศาลจังหวัดแพร่เห็นว่า คดีมิใช่เป็นความรับผิดชอบระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูก- ฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่การ วินิจฉัยว่าต้องคืนเงินให้ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ จำต้องพิจารณาและวินิจฉัยในประเด็นว่า คำสั่ง ของผู้ฟ้องคดีที่ลงโทษผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกจากราชการเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ คดีจึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เห็นว่าคดีนี้ผู้ฟ้องคดี เป็นหน่วยงานทางปกครอง ฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ขณะเกิดเหตุเป็นข้าราชการในสังกัด

ผู้ฟ้องคดีและเป็นคู่สัญญากับผู้ฟ้องคดี ในสัญญาอนุญาตให้ข้าราชการไปศึกษาต่อและ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ผู้ค้าประกัน เนื่องจากรับราชการไม่ครบกำหนดตามสัญญา กับฟ้อง เรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชดใช้เงินเดือนหลังกลับเข้ารับราชการ ในช่วงที่ขาดราชการและ หลังจากที่ถูกไล่ออกจากราชการคืนให้แก่ผู้ฟ้องคดี ศาลที่ส่งความเห็น และศาลที่รับ ความเห็นมีความเห็นสอดคล้องกันในข้อหาแรกว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ ข้าราชการศึกษาต่อ เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อยู่ในอำนาจพิจารณา พิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้น ต้องวินิจฉัยเฉพาะข้อหาที่ผู้ฟ้องคดีขอให้บังคับผู้ถูก ฟ้องคดีที่ 1 ส่งคืนเงินเดือนที่รับ ไปโดยไม่มีสิทธิว่าคดีอยู่ในอำนาจของศาลใด ซึ่งผู้ฟ้อง คดีกล่าวอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 รับเงินเดือนโดยไม่มีสิทธิ เนื่องจากหลังเข้ารับราชการ แล้ว ผู้ฟ้องคดีจ่ายเงินเดือนให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตลอดมาจนถึงเดือนพฤศจิกายน 2545 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถูกออกจากราชการ ตั้งแต่วันที่ 10 มิถุนายน 2545 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงต้องชดใช้เงินเดือนที่ได้รับ ไปโดยไม่มีสิทธิ และหลังจากที่ถูกไล่ออกจากราชการคืน

ดังนั้น เหตุแห่งการฟ้องคดี จึงสืบเนื่องมาจากผู้ฟ้องคดีออกคำสั่งไล่ออกผู้ถูกฟ้อง คดีที่ 1 ออกจากราชการ ซึ่งการวินิจฉัยว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องคืนเงินหรือไม่ ศาลจำต้อง พิจารณาคำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่ลงโทษผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกจากราชการ เป็นคำสั่งทาง ปกครองที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลตาม มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงเป็นคดีพิพาทอัน สืบเนื่องมาจากคำสั่งทางปกครองของผู้ฟ้องคดี ทั้งเป็นคดีพิพาทที่มีมูลความแห่งคดี เกี่ยวเนื่องกับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ลาศึกษาต่อ ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูก ฟ้องคดีทั้งสองในข้อหาแรก ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา ของศาลปกครอง คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ทั้งนี้ โดยนัย คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 43/2548

จะเห็นได้ว่า การวินิจฉัยสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ ยังมี ปัญหาเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์วินิจฉัยข้อพิพาท โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวเนื่องระหว่าง วัตถุประสงค์ ที่เป็นหลักแห่งการฟ้องคดีกับวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ที่หากศาลปกครองชั้นต้น คำวินิจฉัยถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ก็ย่อมวินิจฉัยได้ว่าข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าว เป็นข้อพิพาทที่ควรจะต้องได้รับการตรวจสอบ โดยศาลปกครอง ดังนั้น ประเด็นนี้จึงยัง

เป็นปัญหาสำคัญ เกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลประเด็นหนึ่ง โดยเฉพาะเมื่อ ย้อนไปวิเคราะห์เทียบเคียงกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาทางปกครองในระบบ กฎหมายฝรั่งเศส เกิดจากการวางหลักของศาลปกครอง ที่เห็นว่าสภาพและเนื้อหาของ สัญญาเกี่ยวข้องโดยตรงกับบริการสาธารณะ ถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ คำว่าโดยสภาพนั้น ก็คือ เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาที่มีความมุ่งหมายแล้ว ย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่าสัญญา ทางปกครองโดยสภาพ จะต้องมิลักษณะ 2 ประการ คือ คู่สัญญาจะต้องมีฝ่ายปกครอง เป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ และวัตถุประสงค์ของสัญญาจะต้องมิลักษณะเป็น การให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเนื้อหาหรือข้อกำหนดของสัญญา แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษ ที่ให้ เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมาก และไม่ค้ำยพบในสัญญาทางแพ่ง เช่น กำหนดให้ฝ่าย ปกครองมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา หรือเลิกสัญญาได้โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ต้องให้ความยินยอม เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองบรรลุผล

ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ถึง ตัวสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ พบว่า โดยสภาพแล้วสัญญาให้ทุนการศึกษา หน่วยงานทางปกครองให้ทุนการศึกษานุเคราะห์ หรือบุคคลภายนอก ก็เพื่อที่จะให้ผู้รับทุนไปศึกษาต่อ แล้วกลับมาทำงานร่วมจัดทำ บริการสาธารณะกับหน่วยงานที่ให้ทุน หรือหน่วยงานราชการอื่น เป็นวัตถุประสงค์ หลักที่มีความเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวก็จะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ เพราะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้บุคคลที่สำเร็จการศึกษา เข้ามาร่วม ดำเนินกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะกับหน่วยงานราชการนั้น

ทั้งนี้ หากพิจารณาในบริบทของทฤษฎีสัญญา ไม่ว่าจะป็นสัญญาในระบบใด ในเบื้องต้นจะต้องยอมรับหลักการพื้นฐานของสัญญา คือ การแสดงเจตนาที่ตรงกัน ระหว่างคู่สัญญา การยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of Will) และยอมรับ นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเสียก่อน หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาจะอาศัย ความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางนี้ ว่าอยู่บนพื้นฐานของ เจตนาของบุคคล การเกิดสัญญาได้จึงต้องมีเจตนาตรงกัน แต่สัญญาให้ทุนการศึกษา ของหน่วยงานราชการ จะพบว่าหน่วยงานเจ้าของทุนการศึกษา จะเป็นผู้กำหนดเงื่อนไข

การรับทุน ไม่ว่าจะการกลับมาทำงานใช้ทุนตามระยะเวลา การกำหนดเบี้ยปรับ หรือการชดใช้เงินคืนในกรณีไม่สามารถทำงานชดใช้ทุนได้ หรือทำงานชดใช้ทุนไม่ครบตามสัญญา การกำหนดให้สามารถเรียกผู้รับทุนกลับก่อนกำหนดได้ การยกเลิกสัญญาก่อนกำหนดได้ฝ่ายเดียวแล้ว ก็แสดงว่าสัญญานี้ไม่บังคับตามทฤษฎีว่าด้วยสัญญาในระบบกฎหมายแพ่ง สัญญาดังกล่าวโดยสภาพจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะในสัญญาทางปกครองข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา ไม่ใช่ข้อตกลงที่เกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกัน เพราะสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐ อาจเป็นสัญญาที่เกิดจากการตกลงฝ่ายเดียว บนพื้นฐานความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาในระบบกฎหมายแพ่ง จึงไม่อาจนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองในกฎหมายมหาชน

ดังนั้น โดยสภาพปัญหาทางกฎหมาย ที่มาจากหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ แม้จะมีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 อธิบายหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา และหลักเกณฑ์ที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพแล้ว แต่ในทางปฏิบัติก็ยังมีปัญหาการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ที่เป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะอยู่เสมอ บางคดีมีการโต้แย้งเขตอำนาจศาล ที่โครงสร้างของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล หากจะต้องลงมติชี้ขาดคดีก็จะถูกชี้ขาดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล จึงไม่อาจใช้เป็นบรรทัดฐานในคดีหลังได้ เพราะเป็นการชี้ขาดคดีต่อคดี (Case by Case)

การมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เพียงนิยามของสัญญาทางปกครอง และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ที่เป็นหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ที่มีความยืดหยุ่นอย่างมากจึงไม่เพียงพอ ดังนั้น จึงควรจัดทำประมวลหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยรวบรวมหลักกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนามาระดับหนึ่งแล้ว รวมทั้งการวางหลักเกณฑ์การนำทฤษฎี และหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายฝรั่งเศสมาใช้ ก็น่าจะเป็นแนวทางแก้ปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ทางกฎหมายได้ดีวิธีหนึ่ง ทั้งนี้ ศาลปกครองยังสามารถพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครอง ภายใต้นิยามเปิดและมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ต่อไปได้เหมือนเดิม

6. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล

ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างพนักงานราชการ

สัญญาจ้างพนักงานราชการ หรืออีกนัยหนึ่ง ก็คือ ข้าราชการพันธุ์ใหม่ ที่เกิดจากการปรับปรุงกระบวนการจ้างงานในภาครัฐ ในส่วนของลูกจ้างของส่วนราชการให้มีความหลากหลาย เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการใช้กำลังคนภาครัฐ และเพื่อให้การปฏิบัติราชการมีความคล่องตัว เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยสอดคล้องตามแนวทางการบริหารจัดการภาครัฐแนวใหม่ คณะรัฐมนตรีจึงเห็นสมควรให้มีการจ้างพนักงานราชการมาปฏิบัติงานในส่วนราชการ คณะรัฐมนตรีจึงอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จึงตราระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. 2547 เพื่อใช้สำหรับเป็นหลักเกณฑ์บังคับกับการจ้างพนักงานราชการ ให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการต่าง ๆ

ทั้งนี้ พนักงานราชการจะมีทั้งพนักงานราชการทั่วไป ซึ่งเป็นพนักงานราชการซึ่งปฏิบัติงานในลักษณะเป็นงานประจำทั่วไป ของส่วนราชการในงานบริการ งานเทคนิค งานบริหารทั่วไป งานวิชาชีพเฉพาะ หรืองานเชี่ยวชาญเฉพาะ และพนักงานราชการพิเศษ ซึ่งเป็นพนักงานราชการ ซึ่งปฏิบัติงานในลักษณะที่ต้องใช้ความรู้หรือความเชี่ยวชาญสูงมากเป็นพิเศษ เพื่อปฏิบัติงานในเรื่องที่มีความสำคัญ และจำเป็นเฉพาะเรื่องของส่วนราชการ โดยพนักงานราชการจะได้รับสิทธิประโยชน์ และมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม อย่างไรก็ตาม การจะวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างพนักงานราชการ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องใด ก็จะต้องใช้หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย ก็จะมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นได้เช่นกัน ดังนี้

6.1 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์จากนิยามของสัญญาทางปกครอง

สัญญาจ้างพนักงาน เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่ส่วนราชการทำสัญญาว่าจ้างบุคคลให้เข้าจัดทำ หรือเข้าร่วมปฏิบัติงานในหน่วยราชการ เพื่อจัดทำบริการสาธารณะให้สำเร็จลุล่วง แต่เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็มีปัญหาว่า เป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง ที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งต้องใช้หลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญา ทั้งหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรจากคู่สัญญา และหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา รวมทั้งการพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นว่า เป็นนิติสัมพันธ์ตาม

กฎหมายใด ซึ่งการวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างพนักงานราชการ เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือให้เอกชนจัดทำหรือเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับส่วนราชการ อันเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จึงต้องใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ประกอบกัน ดังนี้

6.1.1 การใช้หลักเกณฑ์ทางค่านองค์กรวินิจฉัยสัญญาจ้างพนักงานราชการ

พนักงานราชการ หมายถึง บุคคลซึ่งได้รับการจ้างตามสัญญาจ้าง โดยได้รับค่าตอบแทนจากงบประมาณของส่วนราชการ เพื่อเป็นพนักงานของรัฐในการปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. 2547 โดยมีได้บรรจุแต่งตั้งเข้ารับราชการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 สัญญาจ้างพนักงานราชการจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จึงต้องคว้าวัดดูแห่งสัญญาว่า มีความเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะเพียงใด รวมทั้งพิจารณาว่าเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้าง ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. 2547 ที่ให้อำนาจว่าจ้างพนักงานราชการ เข้ามาปฏิบัติราชการในงานเฉพาะตำแหน่ง ที่จะถือเป็นการให้บุคคลเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ กับหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ ซึ่งเมื่อมีปัญหาว่าเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายใด ก็ต้องปรับใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องวินิจฉัย รวมทั้งอาจต้องปรับใช้ทฤษฎีกฎหมายของฝรั่งเศส

ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นอกจากเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายแล้ว ก็อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ กล่าวคือ โดยสภาพวัดดูแห่งสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง อาจเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย หรือตามคำพิพากษาของศาลก็ได้ สัญญาทางปกครองประเภทนี้ เช่น สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง หรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และสัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินการ หรือจัดการบริการสาธารณะ โดยตรง ซึ่งสภาแห่งรัฐวินิจฉัยคดี Epoux Bertin และคดี Societe des Transports Gondard ค.ศ. 1956 ซึ่งเห็นข้อแตกต่างของสัญญาที่ดำเนินบริการสาธารณะ โดยตรง ที่เป็นสัญญาทางปกครองโดย “วัดดูแห่งสัญญา” กับสัญญาที่ทำเพื่อสนองตอบต่อบริการสาธารณะ ซึ่งมีทั้งสัญญาให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาว่าจ้างบุคลากรเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ กับหน่วยงานทางปกครอง

ดังนั้น หากนำบริบทดังกล่าวมาเทียบเคียง กับสัญญาจ้างพนักงานราชการ ที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการว่าจ้างบุคคล เข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งถือเป็นหน่วยงานทางปกครอง ก็ต้องถือว่าสัญญาจ้างพนักงานราชการ เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง ในขณะเดียวกัน หากพิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ประการแรก ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ซึ่งตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ สัญญาจ้างพนักงานราชการย่อมมีองค์ประกอบข้อนี้ เป็นองค์ประกอบแรกเช่นกัน เพราะพนักงานราชการได้รับการว่าจ้างตามสัญญา ได้รับค่าตอบแทนจากงบประมาณของส่วนราชการ เพื่อเป็นพนักงานของรัฐ ในการปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการตามวัตถุประสงค์การจ้างนั้น หรือเข้าร่วมดำเนินกิจกรรมที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะกับหน่วยงานผู้ว่าจ้าง คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง จึงได้แก่ ส่วนราชการผู้ว่าจ้างนั่นเอง หลักเกณฑ์ในข้อนี้จึงไม่ค่อยมีปัญหาในการวินิจฉัยว่า ผู้ว่าจ้างเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่

แต่แม้ว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ ก็ไม่ได้หมายความว่า จะต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ อาจเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองก็ได้ หากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไม่เป็นไปตามนิยามของสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ด้วย ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาว่าจ้างบุคคลเข้าร่วมโดยตรง เพื่อการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เป็นสัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีส่วนร่วมในบริการสาธารณะ โดยตรง เช่น สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาลหรือสัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา เป็นสัญญาทางปกครอง โดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญา แม้ว่าสัญญาเช่นนี้ จะไม่มีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษก็ตาม ดังนั้น หากพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรแล้ว สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เช่นเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่สัญญาเช่นนี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เพราะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินบริการสาธารณะ กับนิติบุคคลมหาชนโดยตรง

6.1.2 การใช้หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาวินิจฉัยสัญญาจ้างพนักงานราชการ

หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา ที่จะใช้เป็นหลักเกณฑ์วินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ก็คือการพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ซึ่งนิยามสัญญาทางปกครอง ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้วัตถุประสงค์แห่งสัญญา 4 ลักษณะ กล่าวคือ จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ จะต้องมีลักษณะเป็นสัญญาเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ดังนั้น สัญญาจ้างพนักงานราชการ ที่เป็นการว่าจ้างบุคคลให้เข้าร่วมปฏิบัติงานกับส่วนราชการนั้น จึงต้องปรับเข้ากับวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นการว่าจ้างบุคคลเข้ามาปฏิบัติงานของส่วนราชการเพื่อร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับส่วนราชการผู้ว่าจ้าง อันเป็นหน้าที่หลักของส่วนราชการนั้นให้สำเร็จลุล่วง สัญญาจ้างพนักงานราชการ จึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะว่าจ้างให้บุคคลเข้าร่วมปฏิบัติงานของส่วนราชการตามกลุ่มงาน ภายใต้ภารกิจที่จัดทำบริการสาธารณะให้สำเร็จลุล่วงดังกล่าวไว้เช่นนี้เช่นกัน ดังนั้น หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว สัญญาจ้างพนักงานราชการ จึงเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน

สำหรับหลักกฎหมายฝรั่งเศส ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญา สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วางหลักไว้ว่าต้องมีลักษณะใดลักษณะหนึ่งคือ สัญญามีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ดำเนินบริการสาธารณะจึงนำกฎหมายมหาชนบังคับ สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ วัตถุประสงค์แห่งสัญญาต้องเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวางหลักไว้ในคดี Bertin หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มีการรวมผู้ลี้ภัยเข้าศูนย์ส่งกลับ ผู้อำนวยการทหารผ่านศึกว่าจ้างด้วยวาจาให้ครอบครัว Bertin ทำอาหารเลี้ยงชาวโซเวียตที่รอส่งกลับ ค่าจ้างวันละ 30 ฟรังก์ต่อคนต่อวัน ต่อมา ผู้อำนวยการศูนย์ขอเพิ่มอาหาร โดยจะจ่ายเพิ่ม 7.5 ฟรังก์ต่อคนต่อวัน แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทหารผ่านศึก ปฏิเสธจ่ายค่าอาหารที่เพิ่มขึ้น ผู้รับจ้างฟ้องเรียกค่าอาหารที่เพิ่มขึ้นนั้น

รัฐมนตรีต่อสู้ว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ เพราะเป็นสัญญาทางแพ่ง สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเห็นว่า สัญญามีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ให้เลี้ยงคนต่างชาติที่อยู่ในฝรั่งเศสเพื่อส่งกลับ เป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ให้เอกชนทำแทน จึงต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ต่อมา สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ได้ขยายหลักนี้ไปถึงสัญญาจ้างบุคคลเพื่อช่วยดำเนินการสาธารณะ โดยตรง ในคดี *Affortit et Vingtain* ค.ศ. 1954 สัญญาจ้างบุคลากรขององค์กร จัดทำบริการสาธารณะทางปกครอง เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญา แม้ไม่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ต่อมา คำวินิจฉัยลงวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1959 คดี *Lauthier* พนักงานรักษาความปลอดภัยที่พักอาศัยของการเคหะ เป็นผู้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะ โดยตรง คำวินิจฉัยลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987 คดี *Mme Selbonne* พนักงานทำอาหารในโรงอาหาร โรงเรียนอนุบาล มีส่วนร่วมโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ เว้นแต่โรงอาหารมหาวิทยาลัย เพราะไม่มีหน้าที่โดยตรงต้องเลี้ยงอาหารนักศึกษาเหมือนกับนักเรียนอนุบาล ทั้งนี้ จากหลักกฎหมายฝรั่งเศสที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง สัญญาว่าจ้างบุคคลให้เข้ามาร่วมทำงานกับหน่วยงานทางปกครอง จะเป็นสัญญาทางปกครอง

ทั้งนี้ หากใช้หลักเกณฑ์ของศาลปกครองสูงสุด โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 วินิจฉัยสัญญาจ้างพนักงานราชการว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะบรรลุผล

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ ก็จะเห็นว่า สัญญาจ้างพนักงานราชการ ไม่ว่าจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา แม้กระทั่งหลักเกณฑ์ที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาพแล้ว ย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะ

- 1) สัญญาจ้างพนักงานราชการ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนราชการ ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง
- 2) สัญญาจ้างพนักงานราชการ เป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เพราะเป็นสัญญาที่ส่วนราชการผู้ว่าจ้าง ว่าจ้างบุคคลให้เข้าร่วมเป็นพนักงานของรัฐ ในการปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการ ซึ่งภารกิจของส่วนราชการผู้ว่าจ้าง ซึ่งก็คือ การจัดทำบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ ตอบสนองความต้องการของประชาชน
- 3) สัญญาจ้างพนักงานราชการ เป็นสัญญาที่ส่วนราชการตกลงให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะบรรลุผล ทั้งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. 2547 ข้อ 30 ให้อำนาจส่วนราชการ บอกเลิกสัญญาจ้างกับพนักงานราชการ ก่อนครบกำหนดตามสัญญาได้ โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า ทั้งไม่เป็นเหตุที่พนักงานราชการเรียกร้องค่าตอบแทนการเลิกจ้างได้ เว้นแต่ส่วนราชการจะกำหนดให้กรณีใดได้รับค่าตอบแทนการออกจากงาน โดยไม่มีความผิดไว้ ย่อมเป็นกรณีที่ระเบียบฯ กำหนดให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมาก และจะไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป สัญญาจ้างพนักงานราชการ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ ตามหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 อีกด้วย

6.2 ปัญหาเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาตามสัญญาจ้างพนักงานราชการ

พนักงานราชการ หมายถึง บุคคลซึ่งได้รับการจ้างตามสัญญาจ้าง โดยได้รับค่าตอบแทนจากงบประมาณของส่วนราชการ เพื่อเป็นพนักงานของรัฐปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างส่วนราชการผู้ว่าจ้างกับพนักงานราชการ จึงเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. 2547 ที่กำหนดตำแหน่ง

ตามกลุ่มงาน คุณสมบัติ ค่าตอบแทน และสิทธิประโยชน์ การประเมินผลการปฏิบัติงาน วินัยและการรักษาวินัย

ทั้งนี้ พนักงานราชการต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของส่วนราชการเช่นเดียวกับข้าราชการ ส่วนราชการผู้ว่าจ้างไม่มีสิทธิกำหนดค่าจ้างได้เอง เหมือนกับนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานในภาคเอกชน แต่การกำหนดและการจ่ายค่าจ้างพนักงานราชการจะต้องเป็นไปตามระเบียบ ทั้งให้เอกสิทธิ์ส่วนราชการ มีสิทธิเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดจ้างได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า ทั้งไม่เป็นเหตุที่พนักงานราชการจะเรียกร้องค่าตอบแทนจากการเลิกสัญญาได้

ดังนั้น นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาจ้างพนักงานราชการ ที่เป็นการว่าจ้างให้บุคคลเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะ กับหน่วยงานราชการผู้ว่าจ้าง จึงเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามกฎหมายมหาชน มิใช่นิติสัมพันธ์ที่เกิดจากสัญญาจ้างแรงงานในระบบกฎหมายเอกชน สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาจ้าง เป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามกฎหมายมหาชน หากมีข้อพิพาทเกิดจากสัญญา จึงเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

6.3 ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาเนื้อหาสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานจัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาจ้างพนักงานราชการ หน่วยงานราชการจะทำสัญญาว่าจ้างบุคคลมาเป็นพนักงานราชการ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. 2547 ที่ส่วนราชการว่าจ้างบุคคลให้ดำเนินงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานจัดทำบริการสาธารณะ นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจึงเกิดขึ้นตามกฎหมายมหาชน มิใช่ทำสัญญาจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นภารกิจของส่วนราชการ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ที่ต้องบังคับตามกฎหมายมหาชน หากมีข้อพิพาทย่อมเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จึงกล่าวได้ว่า สัญญาจ้างพนักงานราชการ เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล น้อยกว่าสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทอื่น ๆ เพราะ

โดยสภาพแล้วสัญญาจ้างพนักงานราชการ เป็นสัญญาที่นิติสัมพันธ์เกิดขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. 2547 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 11 (8) ซึ่งเป็นการจัดระเบียบการจ้างบุคลากรภาครัฐ เพื่อเข้าปฏิบัติงานในส่วนราชการ จึงเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน โดยสภาพ ดังนั้น หากมีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลแล้ว ก็จะต้องใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ข้างต้นในการวินิจฉัยสัญญา ซึ่งได้วิเคราะห์ให้เห็นไว้แล้วข้างต้น

อย่างไรก็ตาม สัญญาจ้างพนักงานราชการ ที่มีปัญหาข้อพิพาทในระยะแรก ก็มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเช่นกัน โดยเฉพาะสัญญาเช่นนี้ ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ทำสัญญาว่าจ้างบุคคลให้เข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะนี้ ก่อนการจัดตั้งศาลปกครอง คดีพิพาทตามสัญญาจ้างแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง ก็เป็นข้อพิพาทตามสัญญาจ้างแรงงาน หรือข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่อยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงาน ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 แต่เมื่อจัดตั้งศาลปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคแรก (4) บัญญัติให้คดีพิพาทจากสัญญาทางปกครอง อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ซึ่งสัญญาจ้างพนักงานราชการก็มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง แต่สัญญาจ้างเช่นนี้ก่อนการจัดตั้งศาลปกครอง จะเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงาน ซึ่งเป็นศาลชำนาญพิเศษในระบบศาลยุติธรรม ซึ่งจะไปฟ้องกับช้อยกเว้นเขตอำนาจศาลปกครอง ในมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ให้คดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลชำนาญพิเศษ ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ปัญหาทางกฎหมายจึงเกิดขึ้น กล่าวคือ มีประเด็นทางกฎหมายว่าระหว่างหลัก ซึ่งก็คือ เขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคแรก (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กับช้อยกเว้นในวรรคสอง (3) มาตราเดียวกัน จะพิจารณาจากหลักหรือช้อยกเว้นก่อน ซึ่งคดีพิพาทจากสัญญาจ้างเช่นนี้ ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดจะวางหลักกฎหมายเอาไว้แล้ว จึงมีปัญหาทางกฎหมายน้อยลง แต่เมื่อได้พัฒนาหลักกฎหมายมาระดับหนึ่งแล้ว ก็ควรที่จะจัดทำหลักเกณฑ์ทาง

กฎหมาย เพื่อให้เป็นเครื่องมือวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง เพื่อมิให้มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นอีก เช่นเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่มีการนำหลักกฎหมายที่พัฒนามาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด มาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยที่ศาลปกครอง ยังสามารถพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จากนิยามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายต่อไปได้เช่นเดิม

7. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล

ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ



สัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ เป็นสัญญาที่รัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนจัดทำ หรือเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะเป็นอีกคดีที่มีปัญหาเขตอำนาจศาลมาก โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ที่จะใช้วินิจฉัยว่าสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐนั้น นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน อันเป็นกฎหมายเอกชน หากมีข้อพิพาทเกิดจากสัญญา ก็จะเป็นข้อพิพาทแรงงาน ที่อยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานในระบบศาลยุติธรรม ตามบทบัญญัติมาตรา 8 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 หรือเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาทางปกครอง อันเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน ที่หากมีข้อพิพาทคดีก็จะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง แต่การจะวินิจฉัยว่าข้อพิพาทตามสัญญาเป็นสัญญาประเภทใด นับว่าเป็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลมาก แม้ว่าข้อพิพาทในลักษณะนี้ ศาลปกครองสูงสุดจะวินิจฉัยวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายไว้หลายคดี แต่ก็ยังมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเกิดขึ้นอยู่เสมอ เนื่องจากประเด็นปัญหาที่มีการวางหลักเกณฑ์ไว้ยังไม่ยุติ ยังมีข้อโต้แย้งจากตุลาการเสียงข้างน้อย จึงต้องศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายในประเด็นนี้อย่างละเอียด ดังนี้

7.1 ปัญหาเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ

แต่เดิมก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างไม่ว่าสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองหรือสัญญาจ้างทั่วไป เป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน หากมีข้อพิพาทก็จะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ต่อมา เมื่อจัดตั้งศาลแรงงานคดีพิพาทเช่นนี้อยู่ในเขตอำนาจศาล

แรงงาน แต่ก็ยังเป็นศาลชำนาญพิเศษในระบบศาลยุติธรรม แม้ก่อนการจัดตั้งศาลปกครองไม่นาน ได้จัดตั้งแผนกคดีปกครองในศาลแพ่ง โดยมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง แต่คดีพิพาทแรงงานอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครอง ก็ยังคงอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงาน มิได้โอนมาอยู่ในเขตอำนาจศาลแพ่งแผนกคดีปกครองแต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติเขตอำนาจศาลปกครองไว้ รวมทั้งคดีพิพาทจากสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) คดีที่เป็นคดีปกครอง รวมทั้งคดีพิพาทจากสัญญาทางปกครอง จึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตั้งแต่นั้น ในระยะแรกจึงมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลมาก โดยเฉพาะคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในสัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐ หรือสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐมาก ประเด็นสำคัญ ที่เป็นปัญหาทางกฎหมาย ก็คือ สัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ เป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน หรือตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาล โดยเฉพาะ

ยิ่งกว่านั้น บทบัญญัติมาตรา 9 วรรคสอง (3) บัญญัติข้อยกเว้นเอาไว้ด้วยว่า หากคดีอยู่ในเขตอำนาจศาลชำนาญพิเศษ คดีนั้นก็จะไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ก็ยังมีประเด็นทางกฎหมายว่า สัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐนี้ จะเข้าข้อยกเว้นซึ่งไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองด้วยหรือไม่ เรื่องนี้ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ว่า หน่วยงานทางปกครองทำสัญญาจ้างบุคลากรเข้ามาทำงาน ศาลปกครองสูงสุดวางหลักในเรื่องนี้ไว้ว่า สัญญาจ้างบุคลากรเข้าร่วมปฏิบัติงาน ถือเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ข้อตกลงการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ไม่ว่าจะลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราว เป็นข้อตกลงให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการ ที่เป็นภารกิจของส่วนราชการนั้น ๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะ ถือเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงาน หรือให้เข้าร่วมเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ จึงเป็นเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อมีข้อพิพาทขึ้นจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ตามนัยคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่)

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราว ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้าศูนย์ การศึกษานอกสถาบัน สถาบันราชภัฏสวนดุสิต ศูนย์จังหวัดตรัง ได้ถูกผู้ฟ้องคดีออก

คำสั่งให้ออกจากงาน โดยอ้างเหตุผลว่าผู้ฟ้องคดีขัดคำสั่ง หรือหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งสั่งในหน้าที่โดยชอบ และละทิ้งงานเป็นเวลาเกินกว่าสิบห้าวัน โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นการออกคำสั่งที่ไม่ชอบ ไม่ยอมรับรู้ และปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ จึงเป็นกรณีที่รัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นกรกระทำละเมิด จึงฟ้องศาลปกครองขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งที่ให้ออกจากงาน และจ่ายเงินเดือนที่ค้างชำระจนกว่าผู้ฟ้องคดีจะมีอายุครบ 60 ปี

ศาลปกครองสงขลา เห็นว่า เมื่ออธิการบดีสถาบันราชภัฏสวนคูสิต ผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี อยู่ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน และมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีเนื่องมาจากผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน จึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงาน ตามมาตรา 8 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 คดีจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่ง โดยเห็นว่า ศาลปกครองชั้นต้นอ้างกฎหมายผิดพลาด ทั้งผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 รับเงินเดือนจากงบประมาณแผ่นดิน มูลคดีจึงเป็นการปฏิบัติราชการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) และเป็นข้อพิพาทที่ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับตาม มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้โดยตรง

ศาลปกครองสูงสุดโดยมติที่ประชุมใหญ่ 545/2546 เห็นว่า สัญญานี้แตกต่างจากสัญญาจ้างลูกจ้าง ที่เป็นสัญญาจ้างแรงงานทั่วไป เพราะนอกจากให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการซึ่งเป็นบริการสาธารณะแล้ว การจ่ายค่าจ้างส่วนราชการต้องปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ พ.ศ. 2526 ไม่มีอิสระในการกำหนดเอง เช่นนายจ้างกับลูกจ้างในภาคเอกชน คดีนี้จึงไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลแรงงาน ตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง-

ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองสูงสุด จึงกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

อย่างไรก็ตาม คดีนี้มีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับอำนาจศาล องค์คณะพิจารณามี นายหัสวุฒิ วิฑิตวิริยกุล ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยในองค์คณะที่พิจารณา และนายอัศววิทย์ สุมาวงศ์ ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย ในที่ประชุมใหญ่ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เห็นว่าผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราว ไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติรับรองไว้โดยตรง เหมือนกับข้าราชการหรือลูกจ้างประจำ นิติสัมพันธ์จึงต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราวของสถาบันราชภัฏ ส่วนราชการที่จัดทำบริการสาธารณะให้บริการทางการศึกษา แม้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่เป็นหัวหน้าศูนย์การศึกษานอกสถาบัน เป็นภารกิจให้บริการทางการศึกษา แต่ก็ยังเป็นเพียงงานเสริมไม่ได้เข้าไปจัดบริการสาธารณะนั้นทั้งหมด ทั้งต้องปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้าง สัญญาว่าจ้างผู้ฟ้องคดีจึงไม่เป็นสัญญาที่ให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ ในความหมายของสัญญาทางปกครองและส่วนราชการนายจ้างไม่ได้มีเอกสิทธิ์เหนือลูกจ้าง ทั้งการที่ลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ ก็ไม่ได้เกิดจากเอกสิทธิ์ของนายจ้าง แต่เพราะกฎหมายทั้งสองฉบับกำหนดไว้ และการออกคำสั่งให้ออกจากงาน เป็นการใช้สิทธิตามบทบัญญัติมาตรา 583 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามสัญญาจ้างแรงงาน ไม่ได้ใช้เอกสิทธิ์ตามสัญญาทางปกครอง

กับทั้งในขณะที่ยังไม่มีศาลปกครอง คดีพิพาทระหว่างลูกจ้างชั่วคราวกับส่วนราชการนายจ้างที่ให้ลูกจ้างออกจากงาน เป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยเรื่องแรงงาน ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลแรงงาน มิได้อยู่ในอำนาจของศาลแพ่งที่มีอำนาจพิพากษาคดีปกครอง เป็นเพราะข้อพิพาทมีลักษณะเนื้อหาของคดี เป็นเรื่องข้อพิพาททางแรงงานมากกว่า และศาลแรงงานเป็นศาลที่มีความชำนาญในการพิจารณาคดีในลักษณะข้างต้น ดังนั้น แม้เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น จึงไม่มีเหตุผลที่จะให้ศาลปกครอง มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีประเภทดังกล่าวอีก ทั้งนี้ โดยปรากฏเจตนารมณ์ให้เห็นได้ด้วยมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติยกเว้นไว้มิให้คดีที่อยู่ในอำนาจศาลแรงงานอยู่ในอำนาจศาลปกครอง

จะเห็นว่า สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ มีปัญหาทางกฎหมายที่ยังไม่ยุติ นอกจากความเห็นแย้งเรื่องนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญา ว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ยังมีประเด็นข้อยกเว้น ตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประเด็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญา ที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ว่า สัญญาจ้างไม่ว่า ลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราวเข้าร่วมปฏิบัติงาน ถือเป็นสัญญาที่ให้เอกชนดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาทางปกครองนั้น

ประเด็นนี้ ด้วยความเคารพอย่างสูง ต่อคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) ผู้วิจัยยังไม่เห็นด้วยกับการวางหลักในเรื่องนี้ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะจะเป็นหลักเกณฑ์ให้ศาลปกครองชั้นต้น ถือเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวว่าเป็นสัญญาทางปกครองทั้งหมด ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของรัฐ มีทั้งเป็นสัญญาที่ให้เอกชนดำเนินงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาทางปกครอง และมีทั้งสัญญาที่ไม่เป็นสัญญาที่ให้เอกชนดำเนินงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ และไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะจะต้องยึดโยงไปหาวัตถุแห่งสัญญาที่มีความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับบริการสาธารณะด้วย ซึ่งจะต้องใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะด้วย

โดยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ไม่ใช่สัญญาที่ให้เอกชนดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ ที่เป็นสัญญาทางปกครอง ไปเสียทั้งหมด จะต้องแยกวัตถุแห่งสัญญาว่าเป็นการจ้างลูกจ้างให้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ โดยตรง หรือจ้างในตำแหน่งสำคัญหรือไม่ หากไม่ใช่จ้างเพื่อเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นตำแหน่งสำคัญแล้วไม่น่าจะเป็นสัญญาทางปกครอง เว้นแต่จะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่วินิจฉัยจากข้อกำหนดพิเศษในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง โดยที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป

หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการนั้น โดยเนื้อหา งานที่จ้างซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญา ถือเป็นเนื้อหาสำคัญที่จะทำให้บริการสาธารณะนั้น บรรลุผลหรือไม่ ถ้าวัตถุแห่งสัญญาจ้างนั้นเป็นการจ้างเพื่อเข้ามาทำงาน ที่เป็นเนื้อหาสำคัญของบริการสาธารณะนั้นก็ควรถือเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะลูกจ้างได้ร่วมปฏิบัติงานในการดำเนินบริการสาธารณะนั้นให้บรรลุผลโดยตรง มีความใกล้ชิด

อย่างยิ่งกับบริการสาธารณะที่เป็นมูลเหตุแห่งสัญญาจ้าง เช่น โรงเรียนในสังกัดเทศบาล เป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ด้านการจัดการศึกษาเพื่อบริการในเขตเทศบาล ได้ทำสัญญาว่าจ้างครูสอนคอมพิวเตอร์ เป็นครุอัตราจ้างรายปี ถือเป็นสัญญาที่ให้เอกชนดำเนินงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ ที่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะการสอนวิชาคอมพิวเตอร์ ถือเป็นการเข้าร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะ ในด้านการจัดการศึกษาของเทศบาลโดยตรง

หรืออีกกรณีหนึ่ง โรงเรียนอนุบาลในสังกัดเทศบาล ทำสัญญาว่าจ้างลูกจ้างชั่วคราว เป็นพนักงานประกอบอาหารเลี้ยงนักเรียนอนุบาล การพิจารณาว่าเป็นสัญญาที่ให้เอกชนดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ต้องดูเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่า โรงเรียนอนุบาล โดยปกติแล้ว ต้องประกอบอาหารเลี้ยงนักเรียนอนุบาลวันละสามมื้อ แม้ไม่ใช่ครูผู้สอนแต่เป็นพนักงานประกอบอาหาร ก็ต้องถือว่าได้รับมอบหมายให้ประกอบอาหารเลี้ยงนักเรียน ซึ่งถือเป็นกิจกรรมอันสำคัญของโรงเรียนอนุบาล สัญญาจ้างพนักงานประกอบอาหารของโรงเรียนอนุบาล สังกัดเทศบาล จึงเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ จึงถือเป็นสัญญาทางปกครอง

แต่สัญญาจ้างเดียวกัน ถ้าเป็นการว่าจ้างแม่ครัวหรือพนักงานประกอบอาหารในร้านอาหาร ที่เป็นร้านสหกรณ์โรงเรียนมัธยมศึกษาในสังกัดเทศบาล ไม่ใช่กิจกรรมหลักในการจัดทำบริการสาธารณะ ด้านการจัดการศึกษาในระดับมัธยมศึกษา แต่เป็นกิจการอื่นที่เสริมนอกหลักสูตรหลัก สัญญานั้นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาก็ไม่ใช่การเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการศึกษา ไม่มีความใกล้ชิดกับบริการสาธารณะด้านการศึกษาของโรงเรียน สัญญาจ้างพนักงานประกอบอาหาร ร้านสหกรณ์โรงเรียนมัธยมศึกษาของเทศบาล จึงไม่ใช่สัญญาที่ให้เอกชนดำเนินงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เว้นแต่จะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่ในสัญญามีข้อกำหนดที่เป็นเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อันเป็นข้อสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป สัญญานั้นก็เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพได้

กรณีดังกล่าว หากเทียบเคียงกับกฎหมายฝรั่งเศส การวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง สภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐได้วางหลักไว้ว่าต้องมีลักษณะใดลักษณะหนึ่ง คือ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ดำเนินบริการสาธารณะ จึงนำกฎหมายมหาชน

บังคับ ไม่ใช่กฎหมายเอกชนที่มุ่งประโยชน์ส่วนตนมาใช้ แต่ว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ วัตถุประสงค์แห่งสัญญาต้องเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หลักที่ว่าสัญญาทางปกครอง ต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวางหลักไว้ในคดี Bertin ที่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มีการรวมผู้ลี้ภัยเข้าศูนย์ส่งกลับ ผู้อำนวยการทหารผ่านศึกว่าจ้างด้วยวาจาให้ครอบครัว Bertin ทำอาหารเลี้ยงชาวไซเวียตที่รอส่งกลับ ค่าจ้างวันละ 30 ฟรังก์ต่อคนต่อวัน ต่อมา ผู้อำนวยการศูนย์ขอเพิ่มอาหาร โดยจ่ายเพิ่ม 7.5 ฟรังก์ต่อคนต่อวันแต่เมื่อต้องชำระค่าจ้าง รัฐมนตรีปฏิเสธจ่ายค่าอาหารที่เพิ่มขึ้น ครอบครัว Bertin จึงฟ้องเรียกค่าอาหารที่เพิ่มขึ้น รัฐมนตรีต่อสู้ว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ แต่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเห็นว่า สัญญาให้เลี้ยงคนต่างชาติเพื่อส่งกลับ ที่รัฐให้เอกชนทำแทนเพราะการเลี้ยงอาหารผู้ลี้ภัยในศูนย์ส่งกลับ เป็นหน้าที่ของศูนย์ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่ศูนย์ได้ว่าจ้างเอกชนทำอาหารเลี้ยงแทน สัญญาดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

นอกจากนี้ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐที่ทำหน้าที่ศาลปกครอง ได้ขยายหลักนี้ถึงสัญญาจ้างบุคคลมาดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ในคดี Affortit et Vingtain ค.ศ. 1954 สัญญาจ้างบุคคลขององค์กรจัดทำบริการสาธารณะทางปกครอง เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญา คำวินิจฉัยลงวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1959 คดี Lauthier พนักงานรักษาความปลอดภัยการเคหะ เป็นผู้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงแต่คำวินิจฉัยศาลคดีขัดกันวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1980 คดี Rosa Merino วินิจฉัยว่าพนักงานทำความสะอาด มิใช่การร่วมจัดทำบริการสาธารณะ คำวินิจฉัยลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987 คดี Mme Selbonne พนักงานทำอาหารในโรงอาหารโรงเรียนอนุบาล มีส่วนร่วมโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ เว้นแต่โรงอาหารมหาวิทยาลัยตามคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1982

จะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ศาลมีบทบาทสำคัญมากในการวางหลักว่าสัญญาใดควรอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง นั่นคือศาลพิเคราะห์ทั้งวัตถุประสงค์แห่งสัญญา และรูปแบบของสัญญา รวมทั้งโดยเจตนาารมณ์ของการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งแล้ว ศาลปกครองจะชี้ขาดว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง แต่พัฒนาการของการวางหลักกฎหมายเรื่องนี้ในระบบกฎหมายไทย แม้ศาลปกครอง

สูงสุดจะวางหลักกฎหมายเรื่องนี้ไว้ โดยอธิบายนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นว่าเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน จึงต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับ หากมีข้อพิพาทจึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง แต่ก็ยังมีความเห็นแย้งทั้งของตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะพิจารณา และตุลาการเสียงข้างน้อยในที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แย้งว่าแต่เดิมคดีนี้อยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงาน จึงต้องบังคับตามข้อยกเว้น ในมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่หากคดีอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานหรือศาลชำนาญพิเศษแล้ว ก็จะยกเว้นให้คดีนั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง สัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ จึงเป็นสัญญาหนึ่งที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยสัญญา เพื่อชี้ขาดเขตอำนาจศาลมากคดีหนึ่ง แม้ศาลปกครองสูงสุดจะวางหลักกฎหมายเรื่องนี้ไว้ แต่ก็ยังไม่ยุติ จึงต้องแสวงหามาตรการทางกฎหมายแก้ไขปัญหาดังกล่าว

7.2 ข้อพิพาทตามสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐเป็นคดีที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) หรือไม่

ปัญหาทางกฎหมายประการต่อมา ก็คือ ข้อพิพาทตามสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ เป็นคดีตามบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคสอง (3) ที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือไม่ ข้อนี้ศาลปกครองสูงสุดวางหลักว่า สัญญาจ้างแรงงานตามนัยบทบัญญัติมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่น่าจะครอบคลุมถึงลูกจ้างของส่วนราชการ เพราะสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ จะต้องปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ พ.ศ. 2526 ส่วนราชการไม่สามารถกำหนดค่าจ้างได้โดยอิสระเหมือนกับลูกจ้างภาคเอกชน เพราะสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ เป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาทางปกครอง มิใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน มิใช่คดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงาน ตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

คดีนี้ มีความเห็นของตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะพิจารณาพิพากษานายหัสวุฒิ วิจิตวิริยกุล มีความเห็นแย้งว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราว นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา มิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เหมือนกับข้าราชการหรือลูกจ้าง

ประจำที่เป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนฯ หรือระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยลูกจ้างประจำของส่วนราชการ พ.ศ. 2537 นิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างจึงเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ ลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ มิได้จัดทำบริการสาธารณะทั้งหมด จึงมิใช่สัญญาที่ให้ลูกจ้างเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ ที่เป็นสัญญาทางปกครอง และแม้จะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ถ้าคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจศาลอื่น ก็จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองอยู่ดี

ยิ่งเมื่อพิจารณาเขตอำนาจของศาลแรงงาน ตามมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 แล้ว ก็จะเห็นได้ว่า คดีพิพาทแรงงาน ระหว่างลูกจ้างชั่วคราวกับส่วนราชการผู้เป็นนายจ้าง อยู่ในอำนาจของศาลแรงงานที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งได้ และเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง (3) ยิ่งทำให้เห็นได้ชัดเจนมากขึ้นว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องแรงงาน จะไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษา จึงเห็นได้ว่าคดีนี้อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงาน มิได้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองแต่อย่างใดทั้งสิ้น ซึ่งเป็นความเห็นแย้งนี้ เป็นความเห็นทางกฎหมายที่มีน้ำหนัก และมีความสมเหตุสมผลควรค่าแก่การรับฟังมิใช่น้อย

ต่อมา เรื่องนี้เข้าสู่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด โดยตุลาการเสียงข้างน้อย นายอัครวิทย์ สุมาวงศ์ มีความเห็นแย้งว่าแม้สัญญาจ้างระหว่างสถาบันราชภัฏสวนดุสิตกับผู้ฟ้องคดี เป็นสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ก็ตาม แต่หากคดีพิพาทตามสัญญาจ้างดังกล่าว เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลแรงงานแล้ว คดีพิพาทนั้นก็ย่อมไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เพราะเป็นกรณีที่มาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติยกเว้นไว้ แม้ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ ทั้งการจ่ายจ้างต้องเป็นไปตามตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ พ.ศ. 2526 แต่นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับสถาบันราชภัฏสวนดุสิต เป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาจ้างแรงงาน จึงเป็นคดี

พิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงาน ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 8 (1) เมื่อคดีนี้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงานแล้ว ก็ย่อมไม่เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองแต่อย่างใด

กรณีนี้ แม้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จะวางหลักกฎหมายเรื่องนี้ไว้ว่า ข้อพิพาทแรงงานตามมาตรา 8 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่ครอบคลุมถึงสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของรัฐ จึงไม่เข้าข้อยกเว้น แต่ตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะ และตุลาการเสียงข้างน้อยในที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด เห็นว่าแม้เป็นสัญญาทางปกครองแต่หากคดีอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานแล้ว ย่อมเข้าข้อยกเว้น ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง แต่การวางหลักกฎหมายในเรื่องนี้ของศาลปกครองสูงสุด เป็นข้อยุติในเชิงคดีเท่านั้น หาใช่ข้อยุติทางกฎหมายที่ยอมรับ โดยเอกฉันท์โดยปราศจากข้อโต้แย้งแต่อย่างใดไม่

ประเด็นข้อกฎหมายจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) ผู้วิจัยเห็นว่า มีประเด็นทางกฎหมาย ที่จะต้องวิเคราะห์ต่อมาอีกสองประเด็น ดังนี้

1) การที่ผู้ถูกฟ้องคดีให้ผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ ออกจากงาน เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ ประเด็นนี้ เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งให้นิยามสัญญาทางปกครองไว้ สัญญาทางปกครองประกอบด้วยหลักเกณฑ์สองประการ คือ หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ที่สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญา อย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และหลักเกณฑ์ประการที่สอง คือ หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา กล่าวคือ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง และอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ต้องเป็นกรณีที่รัฐเข้าทำสัญญาเพื่อการบริหารสาธารณะหรือเพื่อดำเนินภารกิจของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์มหาชนเป็นสำคัญ

สำหรับคดีนี้ เหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดี มีคำสั่งจ้างผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราว เป็นหัวหน้าศูนย์การศึกษานอกสถาบันฯ ศูนย์ตรัง ซึ่งต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน ที่ศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการศาล-

ปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย มีความเห็นว่าเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี เป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาจ้างแรงงาน จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ ตามสัญญาจ้างแรงงาน หรือตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ตามมาตรา 8 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย จึงมีความเห็นว่าสัญญาว่าจ้างที่ผู้ฟ้องคดีทำกับสถาบันราชภัฏสวนดุสิต จึงไม่ใช่สัญญาที่ให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะที่เป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด

แต่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างมากในที่ประชุมใหญ่ มีความเห็นและเป็นการวางหลักกฎหมายเรื่องนี้ว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ ที่ได้รับแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่ง ที่เกี่ยวข้องกับบริการทางการศึกษาของสถาบันการศึกษาของรัฐ ถือว่าสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวลักษณะนี้ เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาทางปกครอง จึงมิใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน ตามนัยมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 แต่อย่างใด

2) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการให้ลูกจ้างของส่วนราชการออกจากงาน เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลแรงงาน ตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ ข้อนี้จะต้องพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในลักษณะต่าง ๆ ตามที่ศาลปกครองได้เคยวางแนววินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานว่า กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง ที่เป็นรัฐวิสาหกิจ หรือเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้น และผู้ฟ้องคดีเป็นหรือเคยเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจในหน่วยงานของผู้ถูกฟ้องคดี หากมีกรณีโต้แย้งเนื่องจากผู้ฟ้องคดีถูกผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งลงโทษทางวินัย เช่น ถูกสั่งลดขั้นเงินเดือน ถูกตัดหรือหักเงินเดือน ถูกปลดออกจากงาน ถูกให้ออกจากงาน หรือถูกไล่ออกจากงาน ถือเป็นคดีพิพาทจาก

การออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้คดีดังกล่าวจะเป็นคดีปกครอง แต่เนื่องจากนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี อยู่ในฐานะนายจ้างกับลูกจ้าง จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงาน ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 คดีจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

สำหรับกรณีพิพาทเกี่ยวกับการให้ผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการออกจากงาน ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) นี้ ทั้งศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย มีความเห็นว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน หรือข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง อันเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงาน ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 จึงไม่เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างมาก กลับมีความเห็นตรงกันข้าม โดยวางหลักว่าสัญญาจ้างแรงงานตามนัยมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่น่าจะครอบคลุมถึงข้อตกลงการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ซึ่งมีลักษณะการจ้างที่แตกต่างไปจากการจ้างลูกจ้างทั่วไปตามสัญญาจ้างแรงงาน ทั้งนี้ เนื่องจากข้อตกลงการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราว จะมีลักษณะเป็นข้อตกลงเพื่อให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการ อันเป็นภารกิจของส่วนราชการ ในการจัดทำบริการสาธารณะ อีกทั้งการจ่ายค่าจ้างลูกจ้าง ส่วนราชการผู้ว่าจ้างจะต้องปฏิบัติตามระเบียบการทรวงการคลังว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างลูกจ้าง พ.ศ. 2526 ส่วนราชการผู้ว่าจ้างไม่มีอิสระในการกำหนดค่าจ้างได้เองเหมือนกับนายจ้างภาคเอกชน

ทั้งข้อตกลงตามสัญญา มีลักษณะเป็นสัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง นิติสัมพันธ์ ระหว่างส่วนราชการผู้ว่าจ้างกับลูกจ้างส่วนราชการ เป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญา ทางปกครอง ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาทางปกครอง จึงมิใช่ข้อ พิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการ ให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นลูกจ้างของส่วนราชการออกจากงาน จึงมิใช่คดีที่อยู่ในอำนาจของ ศาลแรงงาน ตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ดังนั้น ปัญหาทางกฎหมายว่าข้อพิพาทตามสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราว ของรัฐ เป็นข้อพิพาทตามสัญญาจ้างแรงงาน อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของ ศาลแรงงาน เป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงยังเป็น ปัญหาที่ยังไม่ยุติ แม้ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ แต่ก็ยังมีความเห็นแย้งที่มีผู้เห็นด้วย กับความเห็นนี้ไม่น้อย ศาลปกครองจึงต้องพัฒนาหลักกฎหมายนี้ เพื่อเป็นบรรทัดฐาน ในการวินิจฉัยข้อพิพาทตามสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการต่อไป

7.3 ปัญหาในการตีความว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจศาลใด จะต้องพิจารณาว่าคดีอยู่ ในเขตอำนาจศาลปกครองก่อน หรือพิจารณาเขตอำนาจศาลชำนาญพิเศษก่อน

ประเด็นเกี่ยวเนื่อง จากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) มีปัญหาทางกฎหมายซึ่งยังไม่ยุติ คือ นอกจากความเห็นแย้งขององค์คณะ นายหัสวุฒิ วิฑิตวิริยกุล และความเห็นแย้งของนายอัครวิทย์ สุมาวงศ์ ตุลาการเสียงข้างน้อยในที่ ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุด มีความเห็นแย้งว่า แม้สัญญาจ้างระหว่าง สถาบันราชภัฏกับผู้ฟ้องคดีเป็นสัญญาทางปกครอง ที่ปกติอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่หากอยู่ในอำนาจศาลแรงงานแล้ว คดีนั้นก็ย่อมไม่อยู่ใน อำนาจของศาลปกครอง เพราะเป็นกรณีที่มาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติยกเว้นไว้โดยเฉพาะ

ความเห็นแย้งข้อนี้ เป็นประเด็นสำคัญที่มีการนำไปขยายต่อในวงวิชาการ ด้านนิติศาสตร์ ทั้งบทความวิชาการ และการศึกษาชั้นสูงทางนิติศาสตร์ ที่มีผู้เห็นด้วย

กับความเห็นนี้ไม่น้อย ยิ่งทำให้เห็นปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาจ้าง ลูกจ้างชั่วคราวของรัฐว่า เป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือเป็นสัญญาทางปกครอง โดยมีประเด็นทางกฎหมายใหม่ด้วย กล่าวคือ การจะพิจารณาว่า คดีอยู่ในอำนาจของศาลใด จะต้องพิจารณาว่าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่เสียก่อน คือ พิจารณาคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลแรงงาน ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 หรือไม่ เพราะแม้จะเป็นคดีปกครอง หากเข้าข้อยกเว้น คดีก็จะไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง คือ ต้องพิจารณาข้อยกเว้นก่อน หากเข้าข้อยกเว้น คดีก็จะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งยังไม่ยุติว่า ระหว่างหลักกับข้อยกเว้น ศาลปกครองจะยกเรื่องใดขึ้นพิจารณาก่อน แต่ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) ศาลไม่ได้พิจารณาข้อยกเว้นแต่อย่างใด

ประเด็นจากการวางหลักสัญญาทางปกครองกรณีนี้ จึงเป็นปัญหาใหม่ที่ยังไม่ยุติ ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคแรก (1) (2) (3) (4) และ (5) แต่บัญญัติข้อยกเว้นไว้ในมาตรา 9 วรรคสอง เมื่อกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายแสดงว่าหากคดีเข้าข้อยกเว้น ก็จะไม่ให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ทั้งก่อนจัดตั้งศาลปกครองคดีพิพาทแรงงาน จะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างอันอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงาน ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ทั้งก่อนจัดตั้งศาลปกครองคดีที่มีลักษณะเป็นคดีปกครอง จะอยู่ในเขตอำนาจศาลแพ่งแผนกคดีปกครอง แต่คดีเช่นนี้อยู่ในอำนาจของศาลแรงงานมาตั้งแต่ต้น เมื่อจัดตั้งศาลปกครองจึงไม่สมเหตุสมผลเลยที่จะตีความให้คดีอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ทั้งหากพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หากไม่ใช่เรื่องจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง ถ้าเข้าข้อยกเว้นก็ต้องบังคับตามข้อยกเว้น คือ จะไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง มิฉะนั้น ข้อยกเว้นก็ไม่มีสภาพบังคับ แต่ต้องควักตุ้มนัดแห่งสัญญาและวัตถุประสงค์แห่งคดีที่นำมาฟ้องประกอบด้วยเสมอ จึงต้องแสวงหามาตรการทางกฎหมายสำหรับเรื่องนี้ด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้ นอกจากการวางหลักของศาลปกครองสูงสุดแล้ว ยังมีแนวการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เป็นคดีพิพาทตาม

สัญญาจ้างลูกจ้างในองค์การมหาชน ที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะที่
ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 โดยคดีพิพาทตามสัญญาจ้าง
ลูกจ้างขององค์การมหาชนขึ้นสู่ศาลแรงงาน แต่จำเลยโต้แย้งเขตอำนาจศาล ซึ่งศาล-
ปกครองเห็นว่าเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด-
อำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ชี้ขาดว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

คดีดังกล่าว นางกาญจนา ศิลป์ ยืนฟ้องสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และ-
เทคโนโลยีแห่งชาติ ต่อศาลแรงงานกลางว่า จำเลยจ้าง โจทก์เป็นลูกจ้าง โจทก์มีตำแหน่ง
เป็นเจ้าหน้าที่วิเทศสัมพันธ์อาวุโส ต่อมา ถูกสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์ฯ เลิกจ้างโดย
ไม่มีความผิด ไม่บอกกล่าวล่วงหน้า จึงฟ้องจำเลยให้จ่ายสินจ้างพร้อมค่าชดเชย จำเลย
ต่อสู้ว่าจำเลยเป็นองค์การมหาชน นิติสัมพันธ์ระหว่าง โจทก์กับจำเลยมิใช่สัญญาจ้าง
แรงงาน คดีไม่อยู่ในอำนาจศาลแรงงานกลาง แต่ศาลแรงงานกลางเห็นว่า เป็นคดีพิพาท
เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน อยู่ในอำนาจศาลแรงงานกลาง โดยศาล
ปกครองกลางเห็นว่า จำเลยเป็นหน่วยงานทางปกครอง ที่ทำสัญญาจ้างเจ้าหน้าที่ของรัฐ
เข้าดำเนินงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานจัดทำบริการสาธารณะ กับหน่วยงานทางปกครอง
ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน จึงเป็นคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

คดีนี้ มีผู้โต้แย้งว่าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราช-
บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ว่าหากคดีอยู่ในเขต
อำนาจศาลชำนาญพิเศษ ก็จะไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง คดีนี้จึงอยู่ในเขตอำนาจของ
ศาลแรงงาน แต่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ชี้ขาดให้คดีอยู่ใน
เขตอำนาจของศาลปกครอง (คำวินิจฉัยฯ ที่ 36/2548) จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่มีการ
วิพากษ์วิจารณ์ ในวงวิชาการนิติศาสตร์มากคดีหนึ่ง ทั้งศาลแรงงานและศาลปกครอง
ต่างเห็นว่าคดีนี้อยู่ในเขตอำนาจของตน ข้อพิพาทตามสัญญาจ้างลูกจ้างขององค์การ-
มหาชน จึงมีการโต้แย้งเขตอำนาจศาล ต้องวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลอย่างต่อเนื่อง
นับเป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยตรง

กล่าวคือ หากใช้หลักเกณฑ์จากบริการสาธารณะแล้ว สัญญาที่มีความ
เชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะ จะวินิจฉัยให้เป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป
ย่อมไม่ได้ เพราะสัญญาที่มีความเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะ ไม่ใช่สัญญาทาง-
ปกครองเสมอไป แต่สัญญาของฝ่ายปกครองสัญญาใดสัญญาหนึ่ง จะเป็นสัญญาทาง

ปกครองได้ จะต้องมีเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ จึงต้องพิจารณาว่าเชื่อมโยงอย่างไร จึงถือว่าใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ ซึ่งต้องพิจารณาเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เพื่อให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดของคู่สัญญา กับบริการสาธารณะ ทั้งจะต้องพิจารณาความมีอยู่ของบริการสาธารณะก่อน แล้วจึงพิจารณาสาระของสัญญาที่มอบให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งอาจเป็นการกำหนดวิธีจัดทำบริการสาธารณะหรือการมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยต้องพิจารณาสภาพของบริการสาธารณะนั้นว่า เป็นสัญญาที่มอบให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่

หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ หรือหน่วยงานราชการว่ามีลักษณะเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ ที่เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่หลักเกณฑ์ทางด้านรูปแบบ และหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาต่างไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอน ที่แม้โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัตินิยามสัญญาทางปกครองไว้เป็นนิยามเปิด ก็เพื่อให้ศาลปกครองได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้ต่อไปได้ในอนาคต แต่ด้วยข้อจำกัดเรื่องความใหม่ของระบบกฎหมาย และองค์ความรู้ในการปรับใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมาย และองค์ความรู้ทางทฤษฎีที่ตุลาการมีอยู่อย่างจำกัด จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่เกิดปัญหาในการวินิจฉัยสัญญาของฝ่ายปกครองอยู่อย่างต่อเนื่อง หากไม่แสวงหามาตรการทางกฎหมาย เพื่อใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองแล้ว การพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ก็ไม่อาจดำเนินไปได้ภายใต้ นิยามเปิดดังกล่าว

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ ประการสำคัญอีกเรื่องหนึ่ง ก็คือปัญหาการตั้งรูปคดี ที่จะมียผลโดยตรงต่อประเภทคดีปกครอง ในกรณีที่มีการให้ลูกจ้างของส่วนราชการออกจากงาน ให้ออกหรือเลิกจ้าง หากตั้งรูปคดีว่าคำสั่งให้ออกจากราชการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากตั้งรูปคดีว่าเป็นการเลิกจ้าง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น จึงต้องมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน มิใช่ปล่อยให้ขึ้นอยู่กับที่ตั้งรูปคดีของผู้ฟ้องคดี เพราะจะมีผลต่ออายุความฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภทได้

กล่าวโดยสรุป การศึกษาวิจัยเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทตามสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ สัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ และสัญญาจ้างพนักงานราชการ ก็คือ การศึกษาเพื่อที่จะแสวงหาคำตอบว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองนั่นเอง แต่การจะค้นหาคำตอบในเรื่องดังกล่าวได้ ก็ต้องศึกษาทฤษฎีและหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอย่างถี่ถ้วนรอบด้าน ทั้งทฤษฎีบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่ระบบกฎหมายไทยนำมาปรับใช้มาก รวมทั้งหลักเกณฑ์การแบ่งแยกเขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส จากนั้น จึงมาศึกษาเรื่องต่าง ๆ ที่กล่าวมาในระบบกฎหมายไทย ซึ่งพบว่าหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย มีปัญหาทางกฎหมายอยู่มาก โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง จากขอบเขตของวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ในสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ที่องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย มีองค์ความรู้ทางทฤษฎีบริการสาธารณะ และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอย่างจำกัดมาก จึงเกิดปัญหาการปรับใช้ทฤษฎี ในการตีความเนื้อหาของสัญญาอยู่เสมอ

ดังนั้น จึงควรจัดทำหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เพื่อใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ที่รวบรวมทุกหลักเกณฑ์ที่จะครอบคลุมให้มากที่สุด ทั้งอาจกำหนดให้ชัดเจนลงไปให้สัญญาที่สร้างขึ้นตามกฎหมายใดบ้าง เป็นสัญญาที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะรวบรวมหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นระบบ โดยมีที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งหากดำเนินการเช่นนี้ได้ ก็ถือเป็นการพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทย ที่ไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ประมวลเอาหลักกฎหมายที่พัฒนามาได้ในระดับหนึ่ง มาตรวจชำระเป็นหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง พร้อม ๆ กับการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้ ภายใต้นิยามของสัญญาทางปกครอง ที่เป็นนิยามเปิดต่อไปได้ สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย