

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นงานวิจัยทางนิติศาสตร์ ที่ศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทตามสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ สัญญาจ้างพนักงานราชการและลูกจ้างของรัฐ เพราะมีปัญหาจากหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะนิยามของสัญญาทางปกครองเป็นนิยามเปิดที่เป็นหลักกว้าง ๆ ทั้งแม้ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้เพิ่มเติม แต่ก็ต้องใช้ทฤษฎีวิจัยวัตถุแห่งสัญญา ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกันไป ทำให้มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลที่อาจกระทบสิทธิของคู่สัญญา โดยเฉพาะฝ่ายเอกชน ที่อาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงต้องแสวงหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ควบคู่กับการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้ ภายใต้นิยามของสัญญาทางปกครองที่เป็นนิยามเปิดต่อไปได้

บัดนี้ จะต้องสรุปผลการศึกษา โดยสังเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ ที่เป็นข้อค้นพบเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ เพื่อใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยต่อไป ดังนี้

1. บทสรุป

1) จากการศึกษาค้นคว้า พบว่า ประเทศที่ศาลเป็นระบบศาลคู่ มีการแยกศาลปกครอง ออกจากระบบศาลยุติธรรม โดยแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง และแยกระบบกฎหมายออกเป็นระบบกฎหมายเอกชน ที่มีศาลยุติธรรมมีอำนาจเหนือคดีทั่วไป และระบบกฎหมายมหาชนที่มีศาลปกครอง เป็นองค์กรตุลาการทางปกครอง มีอำนาจเหนือคดีปกครองทุกประเภท รวมทั้งคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แต่ภายใต้ระบบศาลคู่ จะมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่ต้องใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้น วินิจฉัยแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งเพื่อแยกเขตอำนาจศาล ซึ่งหลายประเทศมีปัญหาเรื่องหลักที่จะใช้และการปรับใช้ทฤษฎี รวมทั้งประเทศไทยที่แยกระบบศาล และระบบกฎหมายไม่นานนัก พัฒนาการทางทฤษฎีและหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย จึงยังมีข้อจำกัดอยู่มาก

2) ระบบกฎหมายมหาชน กิจกรรมของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่สำคัญยิ่ง ก็คือ การจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งกิจกรรมของฝ่ายปกครองบางประเภทใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือ โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ที่ใช้เป็นเครื่องมือ ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล

สัญญาทางปกครอง มีที่มาจากประเทศที่เป็นระบบศาลคู่ ที่มีการแยกสัญญาของฝ่ายปกครอง ที่เป็นนิติสัมพันธ์ในระบบกฎหมายมหาชน ให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง โดยเฉพาะระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่สัญญาทางปกครองก่อตัวขึ้นจากทฤษฎีบริการสาธารณะ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐและศาลคดีขัดกันมายาวนาน ซึ่งสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ก็นำหลักกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้ในการจัดตั้งศาลปกครอง วิธีพิจารณาคดีปกครอง และแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เพื่อแยกเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทที่เกิดขึ้น

3) ในระบบกฎหมายไทย เมื่อแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง จะมีปัญหาเขตอำนาจศาลมาก เพราะแต่เดิมมีเพียงสัญญาทางแพ่ง แม้จะเป็นสัญญาของทางราชการ หรือนุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ก็ถือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ที่อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม เมื่อจัดตั้งศาลปกครองและแยกสัญญาทางปกครองแล้ว องค์การผู้บังคับใช้กฎหมาย จึงมีปัญหาการปรับใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชนมาก โดยเฉพาะเมื่อมีข้อพิพาทในคดีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง หรือผู้กระทำการแทนรัฐ มีปัญหาว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจศาลใด หรือเมื่อมีการโต้แย้งเขตอำนาจศาลก็ต้องวินิจฉัยสัญญา โดยนำทฤษฎีและกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้ จึงมีปัญหาการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ที่เป็นเรื่องเขตอำนาจศาลโดยตรงเสมอ

4) การปรับใช้หลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง มีปัญหาตั้งแต่นิยามของสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่หมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นนิยามเปิดที่เป็นหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ที่แม้ศาลปกครองสูงสุด จะแยกหลักเกณฑ์ทั้งด้านองค์กร และด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไว้ แต่ก็ยังเป็นกรอบที่จะใช้เป็นแนวทางการปรับใช้ทฤษฎี และหลักกฎหมายต่างประเทศเท่านั้น

ยิ่งกว่านั้น นิยามที่ให้หมายความรวมถึง หมายความว่า มีสัญญาทางปกครอง ตามที่กฎหมายกำหนด และสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วย ซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลปกครอง ที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาใดถือเป็นสัญญาทางปกครองด้วย แต่ก็ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ แม้มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 จะอธิบายวางหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์ รวมทั้งหลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล แต่ก็ยังมีปัญหาในการปรับใช้หลักเกณฑ์เหล่านี้ เพราะต้องปรับใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะของฝรั่งเศส ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงเป็นผลโดยตรงจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองนั่นเอง

5) จากการศึกษายังพบว่า เมื่อมีปัญหาการปรับใช้กฎหมายอย่างต่อเนื่อง ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง จึงเพิ่มนิยาม “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551 ที่หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการ หรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริม หรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวมหรือประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น เพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาง่ายขึ้น แต่ด้วยข้อจำกัดของหลักเกณฑ์ทั้งด้านองค์กร ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา การปรับใช้ทฤษฎีและกฎหมายต่างประเทศ จึงเป็นปัญหาสำคัญยิ่ง ทั้งเรื่องเขตอำนาจศาล กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะปรับใช้ในคดี

ดังนั้น ในระบบกฎหมายไทย จึงยังค้นหาหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครอง เพื่อปรับใช้แก่คดีที่จะต้องบังคับใช้กฎหมาย เพราะแต่ละปีหน่วยงานของรัฐทำสัญญากับเอกชน หรือกับหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ที่หากนับมูลค่าตามสัญญาจะเกี่ยวข้องกับงบประมาณแผ่นดินจำนวนมาก ทั้งมีคดีขึ้นสู่ศาลตลอดเวลา แม้จะบัญญัตินิยามเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองแล้ว แต่ก็ยังมีปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่จะใช้วินิจฉัยวัตถุประสงค์แห่งสัญญา และสัญญาทางปกครองโดยสภาพเช่นเดิม

6) จากการศึกษาทฤษฎีและหลักกฎหมายของฝรั่งเศส พบว่าสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส เป็นพัฒนาการของแนวคิดทฤษฎี และหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เชื่อมโยงกับบริการสาธารณะ รัฐจึงต้องมีอำนาจพิเศษ โดยข้อกำหนดพิเศษ ที่แสดงถึงเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะที่ใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ บรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ทั้งยังพบว่า หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ไม่ได้เกิดจากบทบัญญัติกฎหมาย แต่เกิดจากผลแห่งคำพิพากษาของศาลปกครอง และศาลคดีขัดกัน ที่พิจารณาข้อพิพาท จากการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง ที่ต้องใช้เวลากว่าสองร้อยปี สร้างหลักเกณฑ์จากทฤษฎีที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และหลักกฎหมายมหาชนเรื่องอื่น ๆ โดยพัฒนาไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง

7) ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมาย เมื่อศึกษาก็พบว่า

(1) การนำทฤษฎีและหลักกฎหมายฝรั่งเศส มาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย พบว่ามีปัญหามาก โดยเฉพาะองค์ความรู้ทางทฤษฎีของผู้บังคับใช้กฎหมาย ที่มีปัญหาเชื่อมโยงไปสู่หลักเกณฑ์ที่มีอยู่ โดยเฉพาะสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ที่จะต้องมีความใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ ทั้งสัญญาประเภทนี้มีเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่หลากหลาย แต่เมื่อใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเพียงทฤษฎีเดียว ก็อาจจะเกิดปัญหาการปรับทฤษฎีเข้ากับข้อเท็จจริง ที่อาจกระทบต่อสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้

(2) การวินิจฉัยสัญญาทางปกครองระยะแรก ส่วนใหญ่ใช้รูปแบบของสัญญาจากนิยามสัญญาทางปกครองที่เป็นนิยามเปิด ที่เป็นเพียงหลักเกณฑ์กว้าง ๆ โดยไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วย แม้ศาลปกครองสูงสุดจะวางหลักไว้โดยมติที่ประชุมใหญ่ แต่ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยสัญญาที่ยังไม่สมเหตุสมผล บางคดีใช้เหตุผลทางทฤษฎีกว้างจนขยายเขตอำนาจศาล ขณะที่บางคดีมีเหตุผลที่คับแคบไม่สมเหตุสมผล ไม่รับฟ้องไว้พิจารณาโดยหลักเกณฑ์ใดเพียงหลักเกณฑ์เดียว จึงเป็นรูปธรรมของปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นข้อหนึ่งเช่นกัน

(3) ปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับขอบเขตในการวินิจฉัยเนื้อหาของสัญญาในสัญญา ที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ พบว่า การไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอน ที่จะใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองเพื่อแยกเขตอำนาจศาล นับเป็นสาเหตุสำคัญที่ศาลปกครอง จะต้องเริ่มต้นจากหลักเกณฑ์ด้านองค์กรก่อน แล้วจึงใช้

หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ที่จะปรับใช้หลักกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในคดี แต่หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรหรือคู่สัญญา ก็เป็นหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ ก็ไม่มีหลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาต่อไปว่า ขอบเขตแค่ไหนเพียงใด จึงจะเป็นหน่วยงานทางปกครอง เพียงใดจึงจะเป็นไปในลักษณะที่เรียกว่าเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง ในระยะแรกหลายคดีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่า ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง จึงไม่สมเหตุสมผลในการใช้เหตุผลทางวิชาการ ในการวินิจฉัยสัญญาเพื่อแยกเขตอำนาจศาล เช่น กรรมการผู้จัดการใหญ่ บริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) ยื่นฟ้องศาลปกครองเพราะถูกเลิกจ้าง แต่ศาลปกครองไม่รับฟ้องเพราะเห็นว่าคู่สัญญาไม่ได้เป็นหน่วยงานทางปกครองแล้ว เพราะแปรรูปเป็นบริษัทมหาชนแล้ว จะเป็นหน่วยงานทางปกครองต้องใช้อำนาจทางปกครองจัดทำบริการสาธารณะ แต่สัญญาว่าจ้างผู้บริหารไม่ใช่เนื้อหาของบริการสาธารณะด้านการท่าอากาศยาน ซึ่งต่อมาคดีนี้ ได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เพราะสัญญาว่าจ้างผู้บริหารเป็นสัญญาที่ให้บุคคลเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

8) จากการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทในสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ สัญญาจ้างพนักงานราชการ และสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ ว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ นั้น สรุปผลการศึกษาเป็นประเด็นได้ ดังนี้

(1) ปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับการใช้นิยามเปิดของสัญญาทางปกครองที่ไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอน วินิจฉัยสัญญาเพื่อชี้ขาดเขตอำนาจศาล ทั้งนี้ สัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีความละเอียด ทั้งสัญญาทางปกครอง 4 ลักษณะตามนิยาม มีสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ทั้งอาจมีสัญญาลักษณะอื่นที่ศาลปกครองสูงสุด หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วินิจฉัยให้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่หลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยสัญญามีอยู่อย่างจำกัด ดังนั้น ปัญหาต่าง ๆ ที่มีผลโดยตรงมาจากหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ได้แก่

ก. ปัญหาการใช้หลักเกณฑ์ด้านองค์กรวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ข้อนี้เป็นปัญหาโดยตรงจากนิยามสัญญาทางปกครอง ปัญหาที่เกิดขึ้น ก็คือ การพิจารณาว่าคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ที่ว่าอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือ

บุคคลผู้ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐมีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ด้านองค์กรหรือคู่สัญญาจากถ้อยคำในกฎหมาย จะเห็นว่าผู้ที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองได้ กรณีแรก คือ หน่วยงานทางปกครองที่มีขอบเขตกว้าง ส่วนกรณีที่สอง ก็คือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ หลักเกณฑ์นี้ก็มีปัญหาในการใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองเช่นกัน ทั้งการใช้หลักเกณฑ์ด้านองค์กรเพียงหลักเกณฑ์เดียว ก็ไม่อาจวินิจฉัยสัญญาของฝ่ายปกครองได้ เพราะอาจเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองเท่านั้น

ข. ปัญหาเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา
 วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ข้อนี้นี้เป็นปัญหาจากนิยามของสัญญาทางปกครอง ที่เป็นนิยามเปิดและไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน แต่ก็พบว่าเนื้อหาของสัญญาทางปกครองมีลักษณะเป็นสัญญาประเภท ซึ่งหนึ่งในสี่ ก็คือ สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะที่เป็นประเด็นหลักของการวิจัย ทั้งเป็นสัญญาที่มีปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญามากที่สุด ไม่ว่าลักษณะอย่างไร จึงถือเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือต้องใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายใดบ้าง บทบัญญัติกฎหมายบัญญัติไว้ว่าอย่างไร ประเด็นเหล่านี้ไม่อยู่ในนิยาม ทั้งในอดีตก็ไม่เคยมีการอธิบายสัญญาประเภทนี้ จึงเป็นหน้าที่ขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายต้องวินิจฉัย ซึ่งมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเกิดขึ้นเสมอ

สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะมีเนื้อหากว้าง จะมีทั้งกิจการบริการสาธารณะโดยตรง และทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อเป็นเครื่องมือ หรือบุคลากรที่จัดทำบริการสาธารณะ ทั้งสัญญาจ้างลูกจ้างของหน่วยงานทางปกครอง สัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ แต่สัญญาที่มีปัญหาว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ ก็คือ สัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ ที่ยังมีความเห็นทางกฎหมายแย้งว่าสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ แม้ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่เป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน ข้อพิพาทจึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างในสัญญาจ้างแรงงาน จึงมีปัญหาวินิจฉัยที่มีข้อโต้แย้ง กับทั้งสัญญาที่เชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะ จะต้องดูวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วยว่าสัญญานั้นมีความใกล้ชิดกับบริการสาธารณะเพียงใด แต่ก็ไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอนที่จะวินิจฉัยว่าอย่างไร จึงจะถือว่าใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ

การวินิจฉัยสัญญาเพื่อแยกเขตอำนาจศาล บางคดีหากใช้หลักเกณฑ์ทั้งด้านองค์กร และด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาอาจไม่เพียงพอ จึงต้องพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วย ทั้งพิจารณาเนื้อหาสัญญาว่ามีข้อกำหนดพิเศษ ที่ให้เอกสิทธิฝ่ายปกครองมาก หรือมีข้อสัญญาที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาพเช่นกัน

(2) ปัญหาการใช้หลักเกณฑ์ ตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ข้อนี้เป็นปัญหาการปรับใช้คำอธิบายสัญญาทางปกครองของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งวางหลักทั้งด้านองค์กร ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา และหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ภายใต้นิยามในกฎหมาย ที่จะให้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง เพื่อพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อไปได้

ทั้งนี้ วัตถุประสงค์แห่งสัญญาของสัญญาทางปกครอง ที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ ต้องดูเนื้อหาสัญญาด้วยว่าเป็นสัญญา 4 ประเภทตามนิยามหรือไม่ หากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไม่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ว่านั้น ก็มีได้หมายความว่า สัญญานั้นจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เพราะศาลปกครองสูงสุดยังอธิบายต่อไปว่า หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะบรรลุผล ก็ย่อมถือเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ ตามที่นิยาม “หมายรวมความถึง” ได้เช่นกัน แต่เมื่อศึกษาคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ในคดีอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องเพื่อวิเคราะห์เหตุแห่งการไม่รับฟ้องแล้ว ก็พบว่ามีสาเหตุสำคัญมาจากการปรับใช้หลักที่ศาลปกครองสูงสุดอธิบาย โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 เพียงด้านเดียวมิติเดียว ไม่ได้ใช้หลักที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้อย่างถ่วงรอบด้าน นับเป็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญอีกข้อหนึ่ง ที่เกิดจากหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครองเพื่อแยกเขตอำนาจศาล

(3) ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์วินิจฉัยสัญญา ที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย เป็นประเด็นสำคัญที่ส่งผลโดยตรงต่อการปรับใช้

ทฤษฎีและหลักกฎหมาย ในการวินิจฉัยว่าสัญญาที่พิพาท เป็นหรือไม่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย หากใช้แต่เพียงหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เฉพาะเท่าที่มีอยู่ ย่อมไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในการแยกศาลปกครอง เป็นอีกระบบศาลหนึ่งออกจากระบบศาลยุติธรรม เป็นการวินิจฉัยสัญญาแล้วแยกเขตอำนาจศาล โดยไม่พิเคราะห์ว่าข้อพิพาทตามสัญญา โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ควรใช้กฎหมายเฉพาะหรือไม่ ย่อมไม่ตอบสนองต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่บัญญัติ นิยามเปิดเอาไว้เพื่อให้มีการพัฒนาหลักกฎหมายนี้ต่อไปได้ในอนาคต

(4) ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ ที่วัตถุแห่งสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ ที่เมื่อสำเร็จการศึกษาผู้รับทุนจะต้องรับราชการในหน่วยงานนั้น หรือส่วนราชการอื่นตาม ความประสงค์ของผู้ให้ทุน แต่การวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องเริ่มจากนิยามสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่า เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ หรือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการ สาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึง เอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะ บรรลุผล จึงต้องพิจารณาจากหลายหลักเกณฑ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์ด้านองค์กร

ปัญหาการปรับใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมายวินิจฉัยสัญญา ไม่ว่าจะหลักเกณฑ์ ด้านองค์กร และด้านเนื้อหาหรือวัตถุแห่งสัญญา ที่มีประเด็นเกี่ยวเนื่องอันเป็นมูลเหตุ แห่งการฟ้องคดี ซึ่งต้องวินิจฉัยไปในคราวเดียวกันด้วย หรือจะวินิจฉัยข้อพิพาทได้ จำต้องวินิจฉัยประเด็นที่เกี่ยวข้อง อันเป็นมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นเสียก่อน ซึ่งพบ บ่อยในสัญญาให้ทุนการศึกษาของราชการ ในกรณีผู้รับทุนไม่สำเร็จการศึกษาหรือ สำเร็จการศึกษากลับมารับราชการแต่ไม่ครบตามสัญญา ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นเคยไม่- รับฟ้องโดยวินิจฉัยว่าวัตถุแห่งคดีที่นำมาฟ้อง ไม่ใช่มูลเหตุโดยตรงจากวัตถุแห่งสัญญา ที่เป็นการให้ทุนการศึกษา ทั้งที่วัตถุแห่งคดีมีประเด็นโต้แย้งการใช้อำนาจทางปกครอง ตามมาตรา 9 (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา- คดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณีอยู่ด้วย ซึ่งโดยสภาพก็เป็นคดีปกครองอยู่แล้ว

สัญญาเกี่ยวกับทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ จึงมีปัญหาการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องระหว่างวัตถุประสงค์ที่เป็นหลักแห่งการฟ้องคดีกับวัตถุประสงค์สัญญา หากศาลปกครองชั้นต้นเข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมาย ย่อมวินิจฉัยได้ว่าข้อพิพาทนั้นควรได้รับการตรวจสอบโดยศาลปกครอง ดังนั้น ประเด็นนี้ จึงยังเป็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลประเด็นหนึ่ง

(5) ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างพนักงานราชการ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. 2547 แต่การวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างพนักงานราชการ เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือให้เอกชนจัดทำหรือเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับส่วนราชการ อันเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จึงต้องใช้หลักเกณฑ์ตั้งแต่คู่สัญญา ซึ่งข้อนี้ไม่ค่อยมีปัญหาเพราะผู้ว่าจ้างเป็นหน่วยงานทางปกครอง จึงต้องพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ ซึ่งสัญญาจ้างพนักงานราชการ เป็นการว่าจ้างบุคคลให้เข้าร่วมปฏิบัติงานกับส่วนราชการ ที่มีลักษณะให้บุคคลเข้าร่วมปฏิบัติงานของส่วนราชการตามกลุ่มงาน ภายใต้ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้สำเร็จลุล่วงเช่นกัน

ดังนั้น สัญญาจ้างพนักงานราชการ จึงเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลน้อยกว่าสัญญาของฝ่ายปกครองอื่น ๆ เพราะเป็นการจัดระเบียบการจ้างบุคลากรภาครัฐให้เข้าปฏิบัติราชการ จึงเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน หากมีปัญหาเขตอำนาจศาลก็ใช้หลักเกณฑ์ที่มีอยู่ วินิจฉัยได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

(6) ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ ซึ่งเป็นสัญญาที่รัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ให้เอกชนจัดทำหรือเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ ที่เป็นคดีที่มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลมากคดีหนึ่ง ดังนี้

ก. ปัญหาเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ในสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ กล่าวคือ สัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ไม่ว่าลูกจ้างประจำ หรือลูกจ้างชั่วคราว เป็นข้อตกลงให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการ ที่เป็นภารกิจของส่วนราชการในการจัดทำบริการสาธารณะ ถือเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ เมื่อมีข้อพิพาทจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ตามนัยคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่)

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สัญญานี้จะแตกต่างจากสัญญาจ้างแรงงานทั่วไป เพราะเป็นการให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการที่เป็นบริการสาธารณะ ทั้งการจ่ายค่าจ้างก็ต้องปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ พ.ศ. 2526 จึงไม่ใช่คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลแรงงาน แต่มีตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย เห็นว่าสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราว จะไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ เหมือนกับข้าราชการหรือลูกจ้างประจำ นิติสัมพันธ์จึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไป คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่ใช่สัญญาที่ให้ดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ ในความหมายของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงเห็นได้ว่าเป็นสัญญาที่มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลมาก ที่แม้ศาลปกครองสูงสุดจะวางหลักไว้แต่ประเด็นยังไม่ยุติ จึงต้องแสวงหามาตรการทางกฎหมายแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ข. ปัญหาประการต่อมา ก็คือ ข้อพิพาทตามสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ เป็นคดีที่หากอยู่ในเขตอำนาจศาลชำนาญพิเศษ ก็จะไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ว่า สัญญาจ้างแรงงาน ตามนัยมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่น่าจะครอบคลุมถึงลูกจ้างของส่วนราชการ เพราะเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาทางปกครอง มิใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน มิใช่คดีที่เป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คดีนี้ มีความเห็นแย้งว่า แม้จะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ถ้าคดีอยู่ในอำนาจศาลอื่น ก็จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เพราะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวข้องกับสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน หรือตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ที่อยู่ในอำนาจของศาลแรงงาน ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 8 (1) ย่อมไม่เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามข้อยกเว้น ดังนั้น การวางหลักในเรื่องนี้ของศาลปกครองสูงสุด เป็นข้อยุติในเชิงคดีเท่านั้น หากข้อยุติทางกฎหมายที่ยอมรับโดยเอกฉันท์ และปราศจากข้อโต้แย้งแต่อย่างใดไม่

ค. การวินิจฉัยว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจศาลใด จะต้องพิจารณาว่าคดีอยู่เขตอำนาจของศาลใดก่อน กล่าวคือ การพิจารณาว่า คดีอยู่ในอำนาจศาลใด จะต้องพิจารณาข้อยกเว้นตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เสียก่อนหรือไม่ คือเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลแรงงานตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 หรือไม่ เพราะแม้เป็นคดีปกครอง หากเข้าข้อยกเว้นก็จะไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ปัญหาในข้อนี้ จึงยังไม่ยุติทางกฎหมาย เพราะพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติอำนาจศาลปกครองไว้ในมาตรา 9 วรรคแรก (1) (2) (3) (4) และ (5) แต่บัญญัติข้อยกเว้นไว้ในวรรคสอง ซึ่งเมื่อกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายหากคดีเข้าข้อยกเว้น คดีก็จะไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ทั้งก่อนจัดตั้งศาลปกครองคดีพิพาทแรงงาน เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงาน ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ทั้งหากพิจารณาวัตถุแห่งสัญญา หากไม่ใช่เรื่องจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง ถ้าเข้าข้อยกเว้นก็ต้องบังคับตามข้อยกเว้น มิฉะนั้น ข้อยกเว้นก็ไม่มีสภาพบังคับเลย จึงต้องควักวัตถุแห่งสัญญาและวัตถุแห่งคดีที่นำมาฟ้องประกอบกันเสมอ

2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัย ที่พบว่า ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ที่เกิดขึ้นในสัญญาของฝ่ายปกครอง ที่เป็นสัญญาให้ทุนการศึกษาของหน่วยงานราชการ สัญญาจ้างพนักงานราชการ และสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ ที่มีทั้งสัญญาจ้างลูกจ้างประจำและสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราว ที่จะมีปัญหาว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ มีสาเหตุสำคัญมาจากการไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพียงพอที่จะใช้วินิจฉัยสัญญาได้ โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ทั้งในนิยามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ที่อธิบายวางหลัก

เรื่องสัญญาทางปกครองไว้ แต่ไม่มีหลักเกณฑ์อย่างอื่นที่ศาลปกครองจะนำไปปรับใช้ ไม่ว่าหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาหรือ หลักเกณฑ์ที่จะวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ กับทั้งการวินิจฉัยสัญญาโดยมิได้ คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่พบว่าสัญญาทางปกครองระบบกฎหมายไทยได้นำ ทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในระบบ กฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้ ซึ่งมีปัญหาการตีความที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของ กฎหมาย ที่แยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งอย่างมาก จึงเห็นว่าจะต้อง พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการวินิจฉัย สัญญาของฝ่ายปกครอง โดยนำหลักกฎหมายในนิยามมาปรับใช้ร่วมกับคำอธิบาย สัญญาทางปกครอง โดยสภาพ ที่ศาลปกครองสูงสุดอธิบายไว้ ดังนี้

1) แก้ไขเพิ่มเติมนิยามสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง- และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยนำคำอธิบายสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด 6/2544 มาบัญญัติไว้ด้วย โดยใช้ ข้อความต่อไปนี้แทน

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็น สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ โดยตรง สัญญาที่จัดให้มีสิ่ง- สาธารณูปโภค สัญญาที่ให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ทั้งนี้ ให้สัญญาที่ หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มี ข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะ บรรลุผล เป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ”

ทั้งนี้ เหตุผลที่เสนอให้แก้ไขนิยามสัญญาทางปกครองใหม่ ตามข้อความ ข้างต้นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า

(1) การเสนอแก้ไขนิยามสัญญาทางปกครองเช่นนี้ โดยเหตุผลทางกฎหมาย เมื่อกฎหมายบังคับใช้ไประยะหนึ่ง หากมีปัญหาทางกฎหมายในการบังคับใช้ก็จำเป็นที่ จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้น ให้สอดคล้องเหมาะสมกับความเปลี่ยนแปลงของ

สังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่นเดียวกับที่มีการเพิ่มเติมนิยาม “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” เพื่อใช้วินิจฉัยสัญญาของฝ่ายปกครอง ที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้บริการสาธารณะ โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551 แต่ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่จะใช้วินิจฉัยสัญญาได้ครบถ้วนทุกหลักเกณฑ์ จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมนิยามตามข้อความใหม่นี้

(2) เมื่อระบบกฎหมายไทย ยอมรับให้สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ดังนั้น หากแก้ไขเพิ่มเติมนิยามก็ควรนำหลักของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ไปบัญญัติรับรองเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้นิยามมีความชัดเจนขึ้น สามารถปรับใช้ได้โดยไม่มีปัญหาเกิดขึ้นอีก

(3) สำหรับนิยามเปิดที่ให้สัญญาทางปกครอง “หมายรวมถึงความรวมถึง” นั้น เห็นว่ายังคงให้นิยามเป็นนิยามเปิดที่ “หมายรวมถึงความรวมถึง” เช่นเดิมต่อไป เพื่อให้ศาลปกครองสามารถพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้ภายใต้นิยามเปิดต่อไปได้

(4) สัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคในนิยามเดิม ต่างก็เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ ทั้งสัญญาสัมปทาน มีทั้งสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัมปทานระบบขนส่งเดินรถ ระบบขนส่งมวลชน และสัญญาสัมปทานให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัมปทานป่าไม้ แร่ธาตุ หรือรังนกนางแอ่น ในนิยามจึงคงไว้เฉพาะสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นสัญญาเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นสัญญาสัมปทานอยู่แล้ว ก็นับว่าเพียงพอแล้ว

2) เมื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. แล้ว ก็ควรแก้ไขเขตอำนาจศาลปกครองในมาตรา 9 ด้วยในคราวเดียวกัน โดยแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่เป็นบทบัญญัติยกเว้นเขตอำนาจศาลปกครองเอาไว้ โดยใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาล-

ชำนาญพิเศษอื่น ยกเว้นคดีพิพาทตามสัญญาจ้างพนักงานราชการ และสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง ให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง”

สำหรับเหตุผลทางกฎหมาย ในการแก้ไขเพิ่มเติมเขตอำนาจศาลปกครอง ดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่า

(1) ศาลปกครองสูงสุด ได้พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ในสัญญาจ้างพนักงานราชการ และสัญญาจ้างลูกจ้างของรัฐ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง อันเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน มิใช่สัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้เป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชนแล้ว ดังนั้น จึงควรนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อมิให้มีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในอนาคต

(2) ทั้งนี้ หากคดีพิพาทตามสัญญาจ้างแรงงาน ที่อยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงาน ที่มีใช้คดีในลักษณะตามข้อความที่แก้ไขเพิ่มเติม ยังคงให้เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานซึ่งเป็นศาลชำนาญพิเศษ จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

3) การพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุด ผู้วิจัยเห็นว่าศาลปกครองสูงสุด ในฐานะองค์กรตุลาการทางปกครอง ซึ่งมีหน้าที่พัฒนาหลักกฎหมายปกครองโดยตรง ควรประมวลหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง จัดทำเป็น “ประมวลหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด” เพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์วินิจฉัยสัญญาทางปกครองเพื่อแยกเขตอำนาจศาล เมื่อรับหรือไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษา

ทั้งนี้ โดยนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่ได้พัฒนาระดับหนึ่งจากการปรับใช้ทฤษฎีและหลักกฎหมาย จากนิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จากคำอธิบายสัญญาทางปกครองของศาลปกครองสูงสุด โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ทั้งทฤษฎีบริการสาธารณะ และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส จนเกิดหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ ในระบบกฎหมายไทย ไม่ว่าจะหลักเกณฑ์ด้านองค์กร หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา รวมทั้งการวินิจฉัย

สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ซึ่งพัฒนามาจากคดีต่าง ๆ ในระดับหนึ่งแล้ว

การจัดทำ “ประมวลหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด” เป็นกระบวนการรวบรวมหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่นำมาปรับใช้ในคดีต่าง ๆ ของศาลปกครองสูงสุด รวมทั้งคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการจนถึงปัจจุบัน เป็นการพัฒนาหลักกฎหมายที่ไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมนิยาม โดยมีได้ละเลยเจตนารมณ์เดิม ที่ให้ศาลปกครองสามารถพัฒนาหลักกฎหมายได้ตามสภาวะการณ์ตามรูปคดี เจตนารมณ์ดังกล่าวยังคงดำเนินต่อไปได้ พร้อม ๆ กับการใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้พัฒนามาจนเป็นที่ยอมรับ โดยการรวบรวมอย่างเป็นระบบโดยศาลปกครองสูงสุดเอง

การเสนอแนวทางรวบรวมหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย โดยไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็เพราะว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนี้ ต้องดำเนินการโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ที่อาจไม่ใช่ผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ความเข้าใจในทฤษฎี และหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองอย่างแท้จริง ทั้งการแก้ไขกฎหมายอาจไม่ใช่แนวทางแก้ปัญหที่เกิดขึ้น เพราะเมื่อเกิดปัญหาทางกฎหมายในการวินิจฉัยเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ก็ได้มีการเพิ่มเติมนิยาม “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551 เพื่อใช้เป็นเครื่องมือที่เป็น “ตัวช่วย” ในการวินิจฉัยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับบริการสาธารณะ แต่ก็ไม่ได้เกิดประโยชน์มากนักหากผู้ใช้กฎหมายมิได้มีความรู้ความเข้าใจ และไม่เข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมาย

นอกจากนี้ การพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยจัดทำหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครองอย่างเป็นระบบ ในรูป “ประมวลหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด” สามารถทำได้ โดยไม่กระทบต่อการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังที่เคยทำมาแล้ว โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ได้เคยอธิบายสัญญาทางปกครองไว้ เพื่อให้ศาลปกครองใช้เป็นหลักเกณฑ์วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ควบคู่กับนิยามสัญญาทางปกครอง โดยที่ศาลปกครองสามารถพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อไปได้ ภายใต้นิยามเปิดของสัญญาทางปกครอง

4) การพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองควรจะได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้ต่อไป โดยเฉพาะการนำหลักกฎหมายบริการสาธารณะและหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งระบบกฎหมายไทยนำมาปรับใช้อย่างมาก แต่แม้ในปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดจะได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้ถึงระดับหนึ่งแล้ว แต่ก็ยังมีกฎหมายที่โดยสภาพแล้วเป็นกฎหมายมหาชน หรือ โดยสภาพแล้วข้อพิพาทเกิดจากการใช้อำนาจปกครอง ใช้อำนาจมหาชน ที่หากมีข้อพิพาทควรอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เช่นเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส คดีพิพาทที่โดยสภาพเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครอง แต่ในปัจจุบันอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม เนื่องจากคดีประเภทนี้ก่อนการจัดตั้งศาลปกครอง อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม หรือศาลชำนาญพิเศษในระบบศาลยุติธรรม ศาลปกครองควรจะได้พัฒนาหลักกฎหมายให้คดีพิพาทจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง และสัญญาพัสดุของหน่วยงานทางปกครอง ที่ใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 เป็นสัญญาทางปกครอง

สำหรับข้อเสนอให้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยการนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส ทั้งสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพมาปรับใช้ข้างต้น เพราะเห็นว่าเมื่อระบบกฎหมายไทยยังมีปัญหา ที่ยังไม่อาจแบ่งแยกสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองได้อย่างชัดเจน ส่งผลให้การนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษา จึงเป็นเรื่องไม่แน่นอน เนื่องจากทั้งนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ยังมีปัญหาเรื่องการแยกประเภทของคดี ที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง

จึงเห็นว่าควรให้สัญญาของรัฐ ที่จัดทำขึ้น โดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ทุกสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะช่วยลดปัญหาความสับสนในการนำคดีมาฟ้องศาล เนื่องจากก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล จะต้องแยกประเภทของสัญญาให้ได้เสียก่อนว่าเป็นสัญญาประเภทใด

แต่การพิจารณาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ ไม่ว่าจะหลักเกณฑ์ด้านองค์กรหรือคู่สัญญา แม้กระทั่งการพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาว่า เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ยังเป็น สิ่งที่ค่อนข้างยาก แต่การพิจารณาจากรูปแบบในการทำสัญญา ย่อมถือว่าเป็นเรื่องที่ยาก กว่าและชัดเจนกว่า ในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ตรงตามเขตอำนาจศาล

ส่วนเหตุผลอีกข้อหนึ่ง ที่ผู้วิจัยเสนอให้นำหลักกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้ โดยเฉพาะสัญญา โดยการกำหนดของกฎหมาย ก็คือ ให้สัญญาของรัฐที่จัดทำขึ้นภายใต้ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุดังด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 เป็นสัญญาทางปกครอง ก็เพราะว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ได้อยู่ในฐานะที่เท่า- เทียมกัน กับคู่สัญญาฝ่ายปกครองอย่างแท้จริง ซึ่งพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาที่มีการ กำหนดข้อสัญญา ที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองไว้สัญญาเสมอ นอกจากนี้ แม้ว่าจะระเบียบ ว่าด้วยการพัสดุจะเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครอง สามารถตกลงกับเอกชนเพื่อกำหนด รายละเอียดของสัญญา ให้แตกต่างไปจากแบบสัญญาท้ายระเบียบว่าด้วยการพัสดุฯ ได้ แต่ก็มีการควบคุมรูปแบบ และตรวจร่างสัญญาโดยสำนักงานอัยการสูงสุด คู่สัญญาจึง ไม่มีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างแท้จริง ในเมื่อสัญญาที่เกิดขึ้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ได้อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันอย่างแท้จริง เหมือนกับสัญญาทาง แพ่งทั่วไป

ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การกำหนดให้สัญญาที่สร้างขึ้น ภายใต้ระเบียบสำนักนาย- รัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ และระเบียบสำนัก นายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุดังด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 เป็นสัญญาทาง ปกครอง น่าจะเหมาะสมอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับระบบกฎหมาย ฝรั่งเศสในปัจจุบัน ที่มีการตราประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ และให้ข้อพิพาทอยู่ใน เขตอำนาจของศาลปกครอง