

รวมบทความ ทางวิชาการ

(เอกสารอิเล็กทรอนิกส์)



เล่ม ๑ : สัญญาทางปกครอง

รวมเล่มเผยแพร่ มกราคม ๒๕๖๖

-  บทความทางวิชาการ
-  การบรรยายทางวิชาการ
-  บทวิเคราะห์คดีและ
คำวินิจฉัยที่สำคัญ

จัดทำโดย

สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

คำนำ

สำนักงานศาลปกครอง โดยสำนักวิจัยและวิชาการ มีภารกิจด้านการเผยแพร่เอกสารวิชาการที่เป็นข้อมูลองค์ความรู้ทางวิชาการกฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง รวมทั้งงานศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศในรูปแบบของบทความทางวิชาการ คำแปลการบรรยายทางวิชาการต่างประเทศ บทวิเคราะห์คดีและคำวินิจฉัยที่สำคัญ และข้อมูลวิชาการอื่น ๆ เพื่อสนับสนุนข้อมูลความรู้ทางวิชาการแก่ตุลาการศาลปกครอง พนักงานคดีปกครอง รวมทั้งหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และบุคคลภายนอกที่สนใจ

ในการนี้ สำนักงานศาลปกครองตระหนักถึงความสำคัญของการรวบรวมบทความทางวิชาการ คำแปลการบรรยายทางวิชาการต่างประเทศ บทวิเคราะห์คดีและคำวินิจฉัยที่สำคัญ และข้อมูลวิชาการอื่น ๆ ซึ่งเห็นว่ามีค่าสำคัญ น่าสนใจ และมีเนื้อหาที่จะเป็นองค์ความรู้และเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง นำมาจัดทำรวมเล่มในรูปแบบ PDF เพื่อเผยแพร่แก่ผู้สนใจ โดยจะดำเนินการเผยแพร่ทุก ๒ เดือน สลับกันระหว่างรวมเล่มบทความทางวิชาการ กับรวมเล่มข่าวคำพิพากษาและกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้ ในปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๖๖ (ตุลาคม ๒๕๖๕ ถึงกันยายน ๒๕๖๖) จะจัดทำรวมเล่มบทความทางวิชาการ จำนวน ๓ เล่ม

ด้วยเหตุที่ปัจจุบันประเด็นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่อยู่ในความสนใจ และมีความสำคัญต่อการวางหลักกฎหมายปกครองและการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทสัญญาทางปกครอง สำนักงานศาลปกครองจึงได้คัดเลือกบทความทางวิชาการ คำแปลการบรรยายทางวิชาการต่างประเทศ บทวิเคราะห์คดีและคำวินิจฉัยที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่น่าสนใจมารวบรวมและจัดทำเป็นเอกสารวิชาการรวมบทความทางวิชาการ (เอกสารอิเล็กทรอนิกส์) เล่ม ๑ : สัญญาทางปกครอง ฉบับนี้ โดยลำดับเรื่องเรียงตามเนื้อหาที่เป็นหลักกฎหมายสารบัญญัติและวิธีพิจารณาความปกครอง ช่วงระยะเวลาการเผยแพร่จากอดีตจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้สนใจในการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิง

สำนักงานศาลปกครองหวังเป็นอย่างยิ่งว่า เอกสารวิชาการรวมบทความทางวิชาการ (เอกสารอิเล็กทรอนิกส์) เล่ม ๑ : สัญญาทางปกครอง นี้ จะเป็นองค์ความรู้เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าของผู้สนใจต่อไป



(นางสมฤดี จัญญศิริ)

เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง

มกราคม ๒๕๖๖

๑. บทความทางวิชาการ

- ๑.๑ ข้อพิจารณาบางประการสำหรับการให้ลักษณะ “สัญญาทางปกครอง”
แก่สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส
โดย เจตน์ สถาวรศีลพร ๒
- ๑.๒ การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง : สัญญาทางปกครอง
โดย ลัคนาวดี สายมิตร ๙
- ๑.๓ แนวการพิจารณาของศาลเกี่ยวกับสัญญาที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ
จากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง
โดย สุริย์ เผ่าสุขถาวร ๑๗
- ๑.๔ ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง
และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐
โดย ขนิษฐา เต็มตฤณนา ๓๗
- ๑.๕ ศาลปกครองฝรั่งเศสกับการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากกระบวนการ
จัดซื้อจัดจ้าง
โดย ขนิษฐา เต็มตฤณนา ๕๑
- ๑.๖ ปัญหาทางกฎหมายของการห้ามมิให้ฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครอง
เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไปแล้ว
ตามมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง
และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐
โดย นพรัตน์ อุดมโชคมงคล ๖๘
- ๑.๗ การควบคุมตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครอง :
ศึกษาเปรียบเทียบสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย
โดย อธิวัฒน์ พรทวีทรัพย์ ๘๖
- ๑.๘ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาการรับทุนรัฐบาล
โดย นิติกร ชัยวิเศษ ๙๕

๒. การบรรยายทางวิชาการ

- ๒.๑ วิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในฝรั่งเศส
โดย Stéphane MOUTON
ถอดความและเรียบเรียงโดย อภิญา แก้วกำเนิด ๑๒๖
- ๒.๒ ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนด
ในสัญญาทางแพ่ง
โดย Stéphane MOUTON
ถอดความและเรียบเรียงโดย อภิญา แก้วกำเนิด และชนิษฐา เต็มตฤณนา ๑๕๐
- ๒.๓ หลักกฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วยการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ
โดย Pierre ESPLUGAS-LABATUT
ถอดความและเรียบเรียงโดย อภิญา แก้วกำเนิด ๑๖๓
- ๒.๔ การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในฝรั่งเศส
โดย Hélène Hoepffner
ถอดความและเรียบเรียงโดย นวพรพร สัตยารักษ์ ๑๗๘

๓. บทวิเคราะห์คดีและคำวินิจฉัยที่สำคัญ

- ๓.๑ วัตถุประสงค์ในการฟ้องคดี สิทธิในการฟ้องคดี และขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการ
ก่อนฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ
(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๖/๒๕๖๓)
โดย วิชชา เนตรหัสณัยน์ ๑๙๗

๑. บทความทางวิชาการ

ข้อพิจารณาบางประการสำหรับการให้ลักษณะ “สัญญาทางปกครอง”

แก่สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส*

เจตน์ สถาวรศิลป์**

ก. ความนำ : ฝ่ายปกครองกับเครื่องมือในการดำเนินการบริการสาธารณะ

หน้าที่หลักของฝ่ายปกครองนั้น พึงได้แก่ การบริการสาธารณะ โดยการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าว ฝ่ายปกครองอาจจะอาศัยนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (L'acte administratif unilatéral) อันได้แก่ กฎหรือคำสั่ง หรืออาศัยสัญญา (Les contrats) เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ๆ ได้ กล่าวโดยเฉพาะกรณีของ “สัญญา” นั้น ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการบริการสาธารณะด้วยอาศัย “สัญญาตามกฎหมายเอกชน” (Les contrats identiques à ceux des particuliers) กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองจัดการบริการสาธารณะโดยการบริหารจัดการแบบเอกชน (la gestion privée des services publics) เช่น สัญญาซื้อขาย – ซื้อที่ดินโดยการเจรจา หรือขายผลผลิตอันได้มาแต่ที่ดินของรัฐที่มีใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาเช่า – เช่าสถานที่เพื่อเป็นที่ทำการของหน่วยงานทางปกครอง สัญญาจ้างแรงงาน – การจ้างบุคลากรของรัฐบางประเภทที่มีสถานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายแรงงาน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การอาศัยวิธีการเช่นเอกชนดังกล่าวนี้ มักจะพบในการดำเนินการบริการสาธารณะประเภท “บริการทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม” (Les services industriels et commerciaux) เป็นส่วนใหญ่ นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการบริการสาธารณะ โดยการบริหารจัดการแบบพิเศษที่มีการใช้อำนาจมหาชนเข้ามาเกี่ยวข้องไม่มากนัก (La gestion publique des services publics) ด้วยอาศัยเครื่องมือที่เรียกว่า “สัญญาทางปกครอง” (Les contrats administratifs)

จากข้างต้น ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไปก็คือ “สัญญาทางปกครอง” คือ อะไร

ข. คุณลักษณะของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง คือ สัญญาของฝ่ายปกครอง (les contrats de l'Administration) ชนิดหนึ่ง นอกเหนือไปจาก “สัญญาตามกฎหมายเอกชน” โดยสัญญาทั้งสองชนิดนี้มีความแตกต่างกันอย่างสำคัญอยู่ประการหนึ่งในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจศาลสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทอันเกี่ยวข้องกับสัญญาทั้งสองชนิดดังกล่าว กล่าวคือ คดีพิพาทอันเกี่ยวข้องกับ “สัญญาตามกฎหมายเอกชน” ของฝ่ายปกครองนั้น จะตกอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม (Les ordres judiciaires) ด้วยถือเป็น “คดีแพ่ง” (Le contentieux judiciaire) ในขณะที่คดีพิพาทเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเป็นสำคัญ ด้วยถือเป็น “คดีปกครอง” (Le contentieux administratif)

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนมกราคม ๒๕๕๑

** น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), D.E.A. Droit public fondamental, Doctorat en Droit (mention très honorable) (Université des Sciences sociales – Toulouse I), พนักงานคดีปกครอง ๖๖ ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองระหว่างประเทศ สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ (และปฏิบัติหน้าที่ที่สำนักประธานศาลปกครองสูงสุดอีกหน้าที่หนึ่ง) สำนักงานศาลปกครอง

การกำหนดจำแนกชนิดของสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวข้างต้นนั้น สามารถกระทำได้ โดยอาศัยเหตุปัจจัย ๒ ประการ ดังนี้

๑) บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Une qualification est déterminée par la loi) โดยจะบัญญัติในกฎหมายระบุให้ชัดพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ชนิดหรือประเภทนั้น ๆ ตกอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด กล่าวคือ

๑.๑) กรณีสัญญาของฝ่ายปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เช่น บรรดาสัญญาเช่าของบรรดาหน่วยงานทางปกครองเกี่ยวกับทรัพย์สินและที่ดินในเขตชนบท (Les baux ruraux des collectivités publiques) ตามมาตรา ๘๖๑ แห่งประมวลกฎหมายชนบท (art. 861 du code rural)^๑ บรรดาสัญญาเกี่ยวกับเสบียงอาหารของกองทัพ (Les contrats conclus par le service des ordinaires des corps de troupe) ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๒๒ เมษายน ค.ศ. ๑๙๐๕ (décret du 22 avril 1905) สัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างการไปรษณีย์หรือองค์การโทรศัพท์กับผู้ให้บริการ ผู้จัดหาวัสดุอุปกรณ์ และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง (Les contrats conclus entre La Poste ou France Télécom et leurs usagers, leurs fournisseurs et les tiers) ตามมาตรา ๒๕ แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๐ (art. 25 de la loi du 2 juillet 1990) เป็นต้น ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็น “สัญญาของฝ่ายปกครองชนิดสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่กฎหมายกำหนด” หรือ

๑.๒) กรณีสัญญาของฝ่ายปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เช่น บรรดาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างเกี่ยวกับการโยธาสาธารณะ และสัญญาขายอาคารของรัฐ (Les marchés de travaux publics et les ventes d'immeubles de l'Etat) ตามมาตรา ๔ แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒๘ เดือนที่สาม ปีที่แปด (ตามปฏิทินสาธารณรัฐ) (art. 4 de la loi du 28 pluviôse^๒ an VIII) บรรดาสัญญาเกี่ยวกับการใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (Les contrats comportant occupation du domaine public)^๓ ตามรัฐกำหนด ลงวันที่ ๑๗ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๓๘ (décret-loi du 17 juin 1938) เป็นต้น ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็น “สัญญาของฝ่ายปกครองชนิดสัญญาทางปกครองตามกฎหมายกำหนด”

อนึ่ง ขอให้พึงสังเกตว่า การกำหนดชนิดของสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ การกำหนดชนิดนั้น อาจจะไม่สอดคล้องกับลักษณะที่แท้จริงของสัญญานั้น ๆ ก็เป็นไปได้

๒) แนวคำพิพากษา (Le critère relève d'un édifice jurisprudentiel complexe) การให้ลักษณะสัญญาทางปกครองโดยกำหนดตามแนวคำพิพากษานั้น ถือเป็นแนวทางที่สำคัญที่สุดสำหรับการกำหนดความเป็น “สัญญาทางปกครอง” ในสัญญาหนึ่ง ๆ ของฝ่ายปกครอง ด้วยเป็นการกำหนดที่พิจารณาจากลักษณะที่แท้จริงของสัญญานั้น ๆ เป็นสำคัญ

^๑ Code rural เป็นประมวลกฎหมายเกี่ยวกับบรรดาทรัพย์สินและที่ดินที่ตั้งอยู่ในเขตชนบท ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกสิกรรมเสียเป็นส่วนใหญ่

^๒ เดือนตามปฏิทินสาธารณรัฐ (CALENDRIER REPUBLICAIN) ได้แก่ Vendémiaire, Frimaire, Pluviôse, Germinal, Prairial, Thermidor, Brumaire, Nivôse, Ventôse, Floréal, Messidor, Fructidor โดยปฏิทินสาธารณรัฐเริ่มใช้เมื่อวันที่ ๒๒ กันยายน ค.ศ. ๑๗๙๒ (samedi 22 septembre 1792) โดยนับเป็น primidi 1 Vendémiaire an I

^๓ เช่น คดี Sieur Jacques X c. Société Vert Marine SAS (TC, 12 décembre 2005, Rec.)

คุณลักษณะประการแรกของความเป็น “สัญญาทางปกครอง” พิจารณาในแง่ขององค์การคู่สัญญา (Une consideration organique) โดยอย่างน้อยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็น **นิติบุคคลมหาชน** (Une personne publique) **และ**คุณลักษณะประการต่อมาพึงได้แก่ การที่สัญญานั้นจะต้องถูกจัดทำขึ้นมาเพื่อการบริหารจัดการภารกิจเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน (Une gestion publique) ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาจากภารกิจ และจากวัตถุประสงค์ที่สัญญามุ่งก่อให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรม (L’objet du contrat) อันได้แก่ **การดำเนินการบริการสาธารณะชนิดใดชนิดหนึ่ง** (L’organisation ou l’exécution d’un service public) **หรือ**พิจารณาจากระบบกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาพึงต้องเคารพ (Le régime auquel les cocontractants sont soumis) ไม่ว่าจะเป็นการโดยใจสมัครของคู่สัญญา อันได้แก่ **การมีอยู่ของเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างนอกเหนือไปจากกำหนดของกฎหมายเอกชน** (Existence dans le contrat de clauses réputées exorbitantes du droit commun)^{๕ ๕ทวี} **หรือไม่ว่าจะเป็นการ**

๕ ๑ นี้ แม้ว่าโดยปกติธรรมดาแล้ว คุณลักษณะประการหนึ่งของสัญญาทางปกครอง คือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นนิติบุคคลมหาชน แต่ศาลปกครองก็ได้วางข้อยกเว้นให้สัญญาบางประเภทที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเอกชนมีความเป็น “สัญญาทางปกครอง” ได้ กล่าวคือ กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชน แต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าจัดทำสัญญาโดยอาศัยการมอบอำนาจจากนิติบุคคลมหาชน ตามมาตรา ๑๙๙๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (L’un des contractants agit en vertu d’un mandat d’une personne publique établi en application de l’article 1998 du code civil) เช่น คดี *Ministre de la production industrielle c. Société des ateliers de construction Schwartz-Haumont* (CE, 24 février 1954, *AJDA* 1954.189.) และคดี *Leduc* (CE, 2 juin 1961, *Rec.* 366.) เป็นต้น หรือกรณีสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในงานโยธาสาธารณะเกี่ยวกับทางหลวงชนบทหรือทางหลวงแผ่นดิน (Un marché de travaux publics se rapportant à la voirie routière ou autoroutière nationale) เช่น คดี *Société Entreprise Peyrot c. Société de l’autoroute Estérel-Côte d’Azur* (TC, 8 juillet 1963, *Rec.* 787.) คดี *Société d’économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines c. Société anonyme Tunnex* (TC, 12 novembre 1984, *Rec.* 666.) เป็นต้น หรือกรณีที่แม้คู่สัญญาสองฝ่ายจะเป็นเอกชน แต่กลับปรากฏข้อเท็จจริงว่านิติบุคคลมหาชนต่างหากที่เป็นผู้ปฏิบัติการตามสัญญาที่ได้ถูกทำขึ้นนั้น เช่น คดี *Commune d’Agde* (TC, 7 juillet 1975, *Rec.* 797.) คดี *Centre d’action pharmaceutique et autre c. Union des pharmaciens de la région parisienne* (TC, 10 janvier 1983, *Rec.* 535.) คดี *Dame Culard* (CE, 26 juin 1974, *Rec.* 320.) เป็นต้น

๕ ๒ ยกตัวอย่างเช่น คดี *Société coopérative agricole « La Prospérité fermière »* (CE, 10 mai 1963, *Rec.* 289.) ซึ่งเป็นกรณีสัญญาที่รัฐทำกับบริษัทคู่สัญญาเพื่อให้คู่สัญญารับเก็บรักษาเนยในช่วงสงครามระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๕๔-๑๙๕๕ โดยในสัญญามีการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่แตกต่างนอกเหนือไปจากกำหนดของกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ที่ว่าด้วยการควบคุมปริมาณและกระบวนการรับเข้าเก็บและนำออกจากที่เก็บ ตามข้อ ๑๒ และ ๑๔ ของสัญญา และที่ว่าการให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดให้นาเนยที่เก็บรักษาทั้งหมดหรือบางส่วนของปริมาณที่เก็บรักษาไว้ออกสู่ตลาดได้ ตามข้อ ๑๖ ของสัญญา หรือคดี *Société du vélodrome du Parc des Princes* (CE, 26 février 1965, *Rec.* 133.) หรือคดี *Société nouvelle d’exploitation des plages, piscines et patinoires* (TC, 20 avril 1959, *Rec.* 866.) เป็นต้น

๕ ๓ แนวคิดที่ว่าด้วยเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างนอกเหนือไปจากกำหนดของกฎหมายเอกชน (La notion de clause exorbitante) ได้จำแนกเงื่อนไขหรือข้อกำหนดดังกล่าวออกเป็น ๒ ลักษณะ กล่าวคือ ๑) เงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่แตกต่างนอกเหนือไปจากกำหนดของกฎหมายเอกชนอันเนื่องมาจากเป็นเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่ไม่อาจพบได้ในการก่อสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเอง (Les clauses exorbitantes en tant que clauses exclues dans les relations privées) และ ๒) เงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่แตกต่างนอกเหนือไปจากกำหนดของกฎหมายเอกชนอันเนื่องมาจากเป็นเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่ปราศจากความเสมอภาค (Les clauses exorbitantes en tant que clauses inégalitaires)

โดยการที่กฎหมายในลำดับรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง (การแสดงความเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติ) ได้บัญญัติกำหนดให้ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์พิเศษเฉพาะ (La volonté du législateur qui soumet les rapports des parties à des règles particulières)^๖

อนึ่ง ข้อเขียนนี้จะไม่พิจารณาลงไปในรายละเอียดของคุณลักษณะประการที่สองของ ความเป็นสัญญาทางปกครอง ที่ว่าด้วยการพิจารณาจากระบบกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาพึงต้องเคารพ (Le régime auquel les cocontractants sont soumis) ไม่ว่าจะเป็นโดยเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งได้แก่ การมีอยู่ของเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างนอกเหนือไปจากกำหนดของกฎหมายเอกชน หรือไม่ว่าจะเป็นโดยการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้แสดงเจตนากำหนดในบทบัญญัติกฎหมายในลำดับ รัฐบัญญัติ ให้ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์พิเศษเฉพาะ โดยในการนี้จะมุ่งพิจารณาในรายละเอียด ไปที่เงื่อนไขอันมีที่มาจากภารกิจ และจากวัตถุประสงค์ที่สัญญามุ่งก่อให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรม อันได้แก่ การดำเนินบริการสาธารณะชนิดใดชนิดหนึ่งเป็นสำคัญ ด้วยว่าการพิจารณาของศาลปกครองฝรั่งเศส ถึงคุณลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครอง ในส่วนของคุณลักษณะประการที่สองนั้น ศาลจะพิจารณาถึงความมีอยู่ หรืออย่างน้อยก็ต้องมีความเกี่ยวเนื่องโดยตรงของการบริการสาธารณะเป็นเบื้องต้น^๗ และหาก ไม่ปรากฏถึงกรณีดังกล่าว ศาลจึงจะไปพิจารณาถึงความมีอยู่ของเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในสัญญาที่ แตกต่างนอกเหนือไปจากกำหนดของกฎหมายเอกชนในที่สุด

อย่างไรก็ตาม ขอให้พึงสังเกตต่อไปว่า บรรดาสัญญาที่ได้ถูกทำขึ้นระหว่างหน่วยงาน ทางปกครอง ผู้จัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมหรือผู้รับมอบอำนาจกับบรรดา ผู้ใช้บริการสาธารณะนั้น ไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ แม้ว่าสัญญานั้นจะปรากฏมีเงื่อนไขหรือ ข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างนอกเหนือไปจากกำหนดของกฎหมายเอกชน (คดี Dame Bertrand c. commune de Miquelon – TC, 17 décembre 1962, Rec. 831, concl. Chardeau.)

จากข้างต้น จึงกล่าวได้ว่าการกำหนดได้ว่าสัญญาชนิดใดจะตกอยู่ในอำนาจพิจารณา พิพากษาของศาลได้นั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางคดีโดยแท้

ค. ประเภทของสัญญาทางปกครองที่พิจารณาจากภารกิจและ/หรือจากวัตถุประสงค์ที่สัญญามุ่งก่อให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรม : การดำเนินบริการสาธารณะชนิดใดชนิดหนึ่ง

๑) บรรดาสัญญาที่มอบหมายให้คู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะ (Les contrats confiant au cocontractant l'exécution d'un service public) ได้แก่ สัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชน เข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เช่น คดี Bertin (CE, 20 avril 1956, Rec. 167.) ที่ฝ่ายปกครองทำสัญญาดำเนินการมอบหมายให้คู่สัญญามีภรรยา Bertin ดำเนินการจัดหาอาหารเลี้ยงดูผู้อพยพชาวไซเวียตที่พักอยู่ใน ศูนย์ส่งกลับภูมิลำเนา เพื่อบริการส่งกลับยังรัสเซีย ในราคารวม ๓๐ ฟรังก์ต่อคนและต่อมื้อ การดำเนินการจัดหาอาหารเพื่อการนี้เป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงเกี่ยวกับการรอส่งผู้อพยพชาวต่างชาติ กลับภูมิลำเนาในระหว่างที่พำนักอยู่ในดินแดนของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งสถานการณ์เช่นนี้ก็เป็นเพียงพอแล้ว

^๖ ตัวอย่างเช่น คดี Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant (CE, 19 janvier 1973, Rec. 48.) เป็นต้น

^๗ คดี Époux Bertin (CE, 20 avril 1956, Rec. 167.)

ที่จะแสดงให้เห็นว่าสัญญาดังว่านี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือคดี *Commune d'Aix-en-Provence* (CE, 6 avril 2007, *Rec.*) เป็นต้น

๒) *บรรดาสัญญาที่ก่อรูปแบบวิธีการในการดำเนินการบริการสาธารณะ* (Les contrats constituant une modalité d'exécution du service public) ได้แก่ กรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาที่จัดทำขึ้นนั้น เป็นการก่อให้เกิดรูปแบบวิธีการในการดำเนินการบริการสาธารณะ เช่น คดี *Ministre de l'économie et des finances c. Union meunière de la Gironde* (CE, 14 novembre 1958, *Rec.* 555.) กรณีฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหน้าที่ปันส่วนแบ่งสาส์แก่บรรดาผู้ทำขนมปัง ยินยอมให้องค์กรเอกชนรายหนึ่งเข้ามาจัดการดังกล่าว โดยการจัดการดังกล่าวนี้ ถือเป็นการก่อรูปแบบวิธีการในการดำเนินการบริการสาธารณะเกี่ยวกับการเสิร์ฟอาหารให้เกิดเป็นจริงขึ้นมาได้ การตกลงกันดังกล่าวข้างต้นนั้น จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือคดี *Décatoire* (CE, 29 mai 1925, *Rec.* 534.) กรณีสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนผู้จัดหาธัญพืชและแบ่ง โดยรัฐเข้าดำเนินการแทนเอกชนในการจัดหาธัญพืชและแบ่งให้แก่ประชาชนและกองทัพ ซึ่งโดยวัตถุประสงค์ของสัญญานี้มีลักษณะเป็นการก่อรูปแบบวิธีการในการดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญานี้จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

๓) *บรรดาสัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะทางปกครอง* (Les contrats auxquels la personne publique fait participer le cocontractant à l'exécution d'un service public administratif) ได้แก่ สัญญาจ้างบุคคลเข้าปฏิบัติหน้าที่โดยตรงในการให้บริการสาธารณะ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการจ้างถาวรหรือชั่วคราวก็ตาม เช่น คดี *Dame veuve Mazerand c. commune de Jonquières* (TC, 25 novembre 1963, *Rec.* 792.) วางหลักว่า การรับเลี้ยงเด็กโดยเทศบาลเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะของประชากรในท้องถิ่น การรับเลี้ยงเด็กจึงถือเป็นบริการสาธารณะชนิดหนึ่งของเทศบาล และบุคคลผู้ทำงานเลี้ยงเด็กในสถานรับเลี้ยงเด็กของเทศบาลถือเป็นผู้มีส่วนร่วมโดยตรงในการดำเนินการบริการสาธารณะนี้ หรือคดี *Berche* (CE, 13 juillet 1962, *Rec.* 918.) กรณีโรงพยาบาลของรัฐจ้างเภสัชกรเข้าร่วมวิเคราะห์การใช้จ่ายของคนไข้คราวนั้น ๆ เป็นต้น

ง. รูปแบบของสัญญาทางปกครอง

๑) *สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง* (Les marchés publics) คือ บรรดาสัญญาที่ได้ถูกกระทำภายใต้เงื่อนไขของประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ระหว่างนิติบุคคลมหาชนหรือเอกชน กับบรรดาหน่วยงานทางปกครอง เพื่อตอบสนองความต้องการของหน่วยงานทางปกครองเหล่านั้น ในเรื่องของการก่อสร้าง อสังหาริมทรัพย์ การจัดหาพัสดุ หรือการบริการ โดยนัยสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง จึงหมายถึงสัญญาที่คู่สัญญาของฝ่ายปกครองมีหน้าที่จัดหาหรือจัดทำสิ่งที่ตกลงกันไว้ให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยจะได้รับค่าจ้างจากฝ่ายปกครองเป็นค่าตอบแทนในที่สุด ทั้งนี้ อาจแบ่งออกได้เป็นสัญญาต่าง ๆ ดังนี้

๑.๑) สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค (Les marchés de travaux publics) เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองจ้างให้เอกชนเข้าก่อสร้างหรือบำรุงรักษาอาคารหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นที่ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ สัญญารูปแบบนี้ถูกกำหนดโดยกฎหมายให้เป็นสัญญาทางปกครอง

๑.๒) สัญญาจัดหาพัสดุ (Les marchés de fournitures) เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดซื้อบรรดาสงหาริมทรัพย์ต่าง ๆ

๑.๓) สัญญาจัดให้มีบริการ (Les marchés de services) เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองจ้างเอกชนให้จัดให้มีบริการสาธารณะชนิดใดชนิดหนึ่ง

๒) สัญญามอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ (Les conventions de délégation de service public) คือ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ โดยมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำและต้องรับผิดชอบกับทั้งต้องเสี่ยงภัยในการดำเนินการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนด ในการนี้ เอกชนผู้ดำเนินการจะได้รับค่าตอบแทนจากการเก็บค่าธรรมเนียมการใช้บริการโดยตรงจากผู้ใช้บริการ ซึ่งสัญญารูปแบบนี้พึงจำแนกออกได้ดังนี้

๒.๑) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ (La concession de service public) เป็นสัญญาซึ่งฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะ โดยเอกชนเป็นผู้ลงทุนในกิจการนั้นเอง และต้องรับผิดชอบต่อความเสี่ยงภัยที่จะเกิดขึ้น สำหรับกรณีนี้ เอกชนผู้ดำเนินการจะได้รับค่าตอบแทนจากเงินค่าธรรมเนียมที่เก็บโดยตรงจากผู้ใช้บริการ นอกจากนี้ บรรดาทรัพย์สินที่เอกชนผู้รับสัมปทานได้ลงทุนทำไว้จะตกเป็นของผู้ให้สัมปทาน (รัฐ) เมื่อระยะเวลาสัมปทานสิ้นสุดลง

๒.๒) สัญญาให้ดำเนินการบริการสาธารณะ (L'affermage) เป็นสัญญาซึ่งฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะ โดยเอกชนไม่จำเป็นต้องรับภาระในการลงทุนก่อสร้าง อสังหาริมทรัพย์ใด ๆ ในการนี้ รัฐจะเป็นผู้รับภาระเองหรือรัฐอาจส่งมอบทรัพย์สินที่มีอยู่แล้วให้เอกชนไปบริหารจัดการ โดยเอกชนจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้รัฐเป็นเงินเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยน อย่างไรก็ตาม เอกชนจะได้สิทธิในการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการตลอดระยะเวลาแห่งสัญญา

จ. ความสรุป

การพิจารณาว่าสัญญาหนึ่งสัญญาใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นกับเอกชนนั้น ว่ามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สำคัญในการพิจารณาจะมุ่งไปที่การตรวจสอบว่าภารกิจและ/หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ถูกจัดทำขึ้นมานั้น เกี่ยวข้องกับการดำเนินการบริการสาธารณะหรือไม่ เป็นสำคัญ และเป็นเบื้องต้น – ทั้งนี้ ภายหลังจากที่ได้พิจารณาในแง่ของแล้วว่าคุณสัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นฝ่ายปกครอง – โดยพิจารณาว่า ๑) ฝ่ายปกครองนั้นมีหน้าที่ดำเนินการบริการสาธารณะอันเกี่ยวกับสัญญานั้นหรือไม่ ๒) หน้าที่ที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้แก่เอกชนนั้น เป็นหน้าที่อันเกี่ยวแก่บริการสาธารณะนั้นหรือไม่ ซึ่งการมอบหมายนั้น อาจปรากฏในรูปของการให้เอกชนคู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือการให้เอกชนคู่สัญญาเข้าดำเนินการที่เป็นการก่อรูปแบบวิธีการเพื่อให้บริการสาธารณะนั้นเป็นจริงขึ้นมาในที่สุด หรือการให้เอกชนคู่สัญญาเข้ามามีส่วนร่วมอย่างถาวรหรือชั่วคราวก็ตามในการดำเนินการบริการสาธารณะ ซึ่งในที่สุดหากไม่ปรากฏถึงความสัมพันธ์อันใดกับ (การดำเนิน) บริการสาธารณะแล้วไซ้ จึงค่อยมาพิจารณาถึงความมีอยู่ของเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างนอกเหนือไปจากกำหนดของกฎหมายเอกชนเป็นลำดับสุดท้าย

บรรณานุกรม

ANDRÉ DE LAUBADÈRE, DELVOLVÉ Pierre et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, Tome premier, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983.

ANDRÉ DE LAUBADÈRE, VÉNÉZIA Jean-Claude et GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, Tome 1 Droit administratif général : Organisation et action de l'administration ; La juridiction administrative, 15e éd., Paris, L.G.D.J, 1999.

CHAPUS René, Droit administratif général, Tome 1, 14e éd., Domat droit public, Paris, Montchrestien, 2000.

DUPUIS GEORGES, GUÉDON Marie-José et CHRÉTIEN Patrice, Droit administratif, 9e éd., Collection U, Paris, Armand Colin, 2004.

HAURIOU Maurice, Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits (réimpression de l'édition de 1929), Tome 3, Paris, ÉDITIONS LA MÉMOIRE DU DROIT, 2000.

HAURIOU Maurice, Précis de droit administratif et de droit public (édition revue et mise à jour par André Hauriou) (réédition présentée par Pierre Delvolvé et Franck Moderne), 12e éd., La Bibliothèque Dalloz, Paris, Dalloz, 2002.

LEBRETON Jean-Pierre (réunis et commentés par), Le contrat administratif, Documents d'études : droit administratif, N° 2.11, Paris, La documentation Française, 1993.

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P. et GENEVOIS B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13e éd., Paris, DALLOZ, 2001.

RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, 4e éd., Manuel, Paris, L.G.D.J, 2004.

RIVÉRO Jean et WALINE Jean, Droit administratif, 20e éd., Précis, Paris, DALLOZ, 2004.

<http://www.legifrance.gouv.fr>

การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง : สัญญาทางปกครอง*

ลัคนาวดี สายมิตร**

บทนำ

การทำ “สัญญาทางปกครอง” แม้จะเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาเสนอสนองที่ต้องตรงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเช่นเดียวกับในสัญญาทางแพ่ง แต่สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หลักเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ หลักกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง จึงมีความแตกต่างกับหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางแพ่ง ซึ่งข้อแตกต่างประการสำคัญ คือ คู่สัญญาฝ่ายปกครองมี “เอกสิทธิ์” เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหลายประการ เช่น อำนาจแก้ไขข้อกำหนดแห่งสัญญาฝ่ายเดียว อำนาจในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจเหนือของฝ่ายปกครองในเรื่องใด ๆ ก็ตาม ย่อมมิใช่การใช้อำนาจอย่างไร้ขอบเขต การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองก็ย่อมต้องมีขอบเขตเช่นเดียวกัน การทำความเข้าใจเกี่ยวกับการใช้เอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครองนี้ ในเบื้องต้นจึงต้องทราบที่มา ความหมาย และวัตถุประสงค์ของการให้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ตลอดจนลักษณะการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง เพื่อนำไปสู่ความเข้าใจในเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองต่อไป

ที่มาและความหมายของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

หลักกฎหมายมหาชน เรื่อง “เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง” มีที่มาจากแนวคิดในกฎหมายมหาชนที่ให้ “รัฐ” เป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนจำนวนมาก ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคมหรือประโยชน์สาธารณะ กรณีเช่นนี้จะต้องยึดถือประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน หากปัจเจกชนไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตนเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว รัฐโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องเป็นผู้รักษาประโยชน์สาธารณะแทนคนหมู่มากในสังคม โดยการให้อำนาจแก่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ผลทางกฎหมายมหาชนที่ตามมา คือ รัฐ องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีฐานะเหนือกว่าเอกชน โดยฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในบางเรื่อง จึงเป็นที่มาของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง

คำว่า “สิทธิ” มักจะใช้กล่าวถึงความชอบธรรมที่เอกชนใช้ยันกับเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน หรือใช้ยันกับองค์กรของรัฐที่เหนือกว่า ส่วนคำว่า “อำนาจ” นั้น โดยมากมักจะใช้กับผู้ที่มีสถานะ หรือหน้าที่สูงกว่าเอาไปยันกับผู้ที่มีสถานะต่ำกว่า ดังนั้น ในทางกฎหมายปกครอง จึงสรุปได้ว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหมายถึง “อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองตามกฎหมายที่จะกระทำต่อบุคคลผู้อยู่ใต้ปกครองในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่า เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะ”^๑

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนกันยายน ๒๕๕๘

** น.บ. (มธ.), น.บ.ท., น.ม. (สาขากฎหมายธุรกิจ) (มธ.), พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๒ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

^๑ ไพฑูริย์ เอกจริยกร. “เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๖), หน้า ๑๙.

วัตถุประสงค์ของการให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ เนื่องจากสภาพแห่งกิจการที่ฝ่ายปกครองจะต้องจัดทำนั้นมีความแตกต่างจากกิจการที่เอกชนจัดทำอยู่มาก โดยฝ่ายปกครองต้องจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งถือได้ว่าเป็นกิจการในการรักษาประโยชน์สาธารณะโดยตรง มิใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวเหมือนกับกิจการของเอกชนที่อาจดำเนินการอย่างใดก็ได้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองในการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีอุปสรรคใด ๆ มาขัดขวาง ซึ่งอาจสรุปถึงวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้เอกสิทธิ์ได้ ดังนี้^๒

- เพื่อให้สามารถดำเนินการบริการสาธารณะได้อย่างต่อเนื่องและบรรลุวัตถุประสงค์
- เพื่อความรวดเร็วในการบริการสาธารณะให้ทันต่อเหตุการณ์ ทำให้สามารถป้องกันและแก้ไขปัญหาได้อย่างทันทั่วถึง และเพื่อความเหมาะสมกับสภาพสังคมในขณะนั้น เนื่องจากปัจจุบันเกิดการเปลี่ยนแปลงทางด้านเศรษฐกิจและสังคมอย่างรวดเร็ว จึงจำเป็นต้องควบคุมหรือส่งเสริมกิจกรรมต่าง ๆ ของประชาชนให้มีประสิทธิภาพ เพื่อประโยชน์แก่สังคมส่วนรวม
- เพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินการบริการสาธารณะ ในบางกรณีจึงต้องให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออกคำสั่งและบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้น หรือให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสม โดยมีได้วางหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดตายตัวในการปฏิบัติหน้าที่ เพราะหากให้อำนาจในการออกคำสั่งและบังคับการจนเกินไปอาจถูกต้องด้าน ซึ่งจะส่งผลให้การดำเนินการบริการสาธารณะไม่บรรลุผล
- เพื่อความมั่นคงและปลอดภัยของสังคม เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน มิให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย

การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

ภารกิจที่สำคัญของฝ่ายปกครองมีอยู่สองประเภท ได้แก่ ตำรวจทางปกครอง (police administrative) และบริการสาธารณะ (service public) โดยวิธีการดำเนินการของตำรวจทางปกครองจะมีความแตกต่างจากวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือ ตำรวจทางปกครองเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครอง “บังคับ” หรือ “กำหนด” ให้ปัจเจกชนต้องปฏิบัติตาม เช่น การอนุญาต การอนุมัติ การไม่อนุมัติ เป็นต้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น ในขณะที่บริการสาธารณะเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครอง “จัดหา” หรือ “จัดให้มี” บริการต่าง ๆ เพื่อสนองตอบความต้องการด้านต่าง ๆ ของประชาชนในสังคม เช่น การจัดให้มีถนนหนทาง การรักษาความสะอาดของบ้านเมือง เป็นต้น ในการดำเนินการทั้งสองประเภทนี้ฝ่ายปกครองมีความจำเป็นที่จะต้องใช้เครื่องมือทางกฎหมายเพื่อให้การดำเนินกิจกรรมของตนลุล่วงไปได้ด้วยดีและการแสดงออกของเอกสิทธิ์ฝ่ายปกครองอาจแสดงออกในรูปแบบของการควบคุมที่เรียกว่า ตำรวจทางปกครองหรือในรูปแบบของการบริการสาธารณะ สำหรับวิธีการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองสามารถเลือกวิธีการต่าง ๆ ตามความจำเป็น โดยอาจปรากฏออกมาในรูปแบบของ “การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง” ซึ่งก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของเอกชน อันเป็นการแสดงเจตนาที่เป็นการกอนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย หรือก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ เช่น การออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่งต่าง ๆ เป็นต้น หรืออาจใช้เอกสิทธิ์ในรูปของ “สัญญาทางปกครอง”

^๒ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง, (๒๕๔๘), หน้า ๓-๔.

ซึ่งมีเอกชนเข้ามาแสดงเจตนาร่วมด้วย ซึ่งเป็นการแสดงเจตนา ๒ ฝ่าย หรือหลายฝ่าย หรืออาจปรากฏในรูปของ “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง” ก็ได้ แต่กรณีการใช้สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้น เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองยอมลดตัวเองเป็นเอกชนคนหนึ่ง ในกรณีนี้ เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไม่มีอยู่เลย เพราะต้องใช้กฎหมายแพ่งบังคับกับสัญญาและอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

หากพิจารณากฎหมายไทยแล้วจะเห็นว่า กฎหมายส่วนใหญ่จะมีลักษณะเป็นการให้อำนาจพิเศษแก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้อำนาจในการดำเนินการต่าง ๆ โดยอาจแบ่งการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองตามกฎหมายไทย ได้เป็น ๔ ประการ ดังนี้^๓

๑) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่ง ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออกคำสั่ง บังคับให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำการหรือห้ามมิให้กระทำการบางอย่าง โดยคำสั่งดังกล่าวเป็นการกำหนดหน้าที่ให้บุคคลปฏิบัติโดยที่ผู้รับคำสั่งไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม และเมื่อแจ้งคำสั่งต่อบุคคลนั้นแล้วจะมีผลใช้บังคับต่อบุคคลนั้นทันทีจนกว่าคำสั่งจะถูกเพิกถอนหรือสิ้นผลบังคับโดยประการอื่น หากบุคคลนั้นเห็นว่าคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายก็มีสิทธิอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งนั้นได้ แต่การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่เป็นเหตุให้เพิกถอนคำสั่งนั้น

๒) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่ง เมื่อฝ่ายปกครองมีคำสั่งให้บุคคลใดกระทำการหรือห้ามมิให้กระทำการใด ๆ คำสั่งนั้นจะมีผลบังคับทันที โดยที่ผู้รับคำสั่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามโดยไม่มีเหตุอันสมควร ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งได้เอง โดยไม่ต้องยื่นคำขอต่อศาลให้มีคำสั่งบังคับให้บุคคลดังกล่าวกระทำการหรือห้ามมิให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคารให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นจัดการรื้อถอนอาคารได้เอง และเรียกค่าใช้จ่ายในการดำเนินการจากเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารโดยไม่ต้องขอคำสั่งศาล เป็นต้น

๓) สถานะพิเศษของทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะจะได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมายยิ่งกว่าทรัพย์สินของเอกชน กล่าวคือ ผู้ใดจะยึดทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไม่ได้ นอกจากนี้ การครอบครองปรปักษ์เพื่อเอากรรมสิทธิ์หรือการยกเอาอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับรัฐในเรื่องทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินก็ไม่สามารถกระทำได้ และทรัพย์สินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นจะโอนแก่กันมิได้ เว้นแต่จะออกกฎหมายโอนโดยเฉพาะ (มาตรา ๑๓๐๕ ๑๓๐๖ และมาตรา ๑๓๐๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์)

๔) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการทำสัญญา ฝ่ายปกครองมีอำนาจหรือความสามารถในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาทางปกครองที่ทำกับเอกชนได้ฝ่ายเดียวโดยเอกชนที่เป็นคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องยินยอม และแม้คู่สัญญาจะไม่เคยประพฤติดิสัญญาก็ตาม

เอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครอง

การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์น้อยกว่าวิธีการออกคำสั่ง หรือการใช้มาตรการบังคับทางปกครองซึ่งเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียว เนื่องจากการทำสัญญาทางปกครองมีการแสดงเจตนาของปัจเจกชนร่วมด้วย จึงมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย อย่างไรก็ตาม การทำสัญญาทางปกครองมีลักษณะ

^๓ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒, หน้า ๓๖-๔๑.

เป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล ภายใต้หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ หลักความเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะให้ทันตามความต้องการของมหาชนอยู่เสมอ และหลักความเสมอภาค ในการได้รับบริการสาธารณะ จึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองมีอำนาจพิเศษเหนือกว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยอาจพบเห็นการใช้เอกสิทธิ์ที่ปรากฏในสัญญาและที่ไม่ปรากฏในสัญญา ซึ่งเอกสิทธิ์ที่สำคัญของรัฐหรือฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง ได้แก่ อำนาจในการควบคุมดูแลการปฏิบัติตามสัญญา อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา อำนาจแก้ไขข้อกำหนดแห่งสัญญาฝ่ายเดียว ตลอดจนอำนาจ ในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยเอกสิทธิ์ดังกล่าวอาจแบ่งเป็น ๓ ลักษณะ ได้แก่

๑. เอกสิทธิ์ตามกฎหมาย เป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. ๒๔๘๔ (มาตรา ๖๘ ทวิ)^๔ พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. ๒๕๑๐ (มาตรา ๙ ตริ)^๕ เป็นต้น เป็นกรณีกฎหมายให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายรัฐแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทานได้ หรือให้สิทธิในการสั่งหยุดกิจการที่ได้รับสัมปทานชั่วคราว จะเห็นว่าเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายซึ่งมีผลบังคับต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยที่รัฐไม่ต้องเจรจาต่อรองกับเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิดังกล่าว และเป็นสิทธิที่ฝ่ายปกครองมีอยู่เพียงฝ่ายเดียว โดยทั่วไปจะมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการใช้เอกสิทธิ์ตามกฎหมายไว้ด้วย โดยการใช้เอกสิทธิ์ต้องมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือเพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ

๒. เอกสิทธิ์ตามข้อสัญญา รูปแบบของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปมักจะมิใช่ข้อกำหนด ในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิก สัญญาได้ฝ่ายเดียว เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงเกิดขึ้นโดยตรงโดยผลของสัญญา หากในสัญญาดังกล่าว ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้เอกสิทธิ์ไว้ ฝ่ายปกครองก็ต้องใช้อำนาจเอกสิทธิ์เฉพาะในกรณีที่มีเหตุจำเป็น เพื่อประโยชน์สาธารณะ

^๔ พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. ๒๔๘๔

มาตรา ๖๘ ทวิ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ใดในเขตสัมปทานเพื่อประโยชน์ในการสร้าง เชื้อนชลประทานหรือเขื่อนพลังน้ำ หรือเพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุล ของสภาพแวดล้อมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการ ดังต่อไปนี้

(๑) ให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานทับพื้นที่ดังกล่าวสิ้นสุดลงทั้งแปลง

(๒) ให้ผู้รับสัมปทานหยุดการทำกิจการที่ได้รับการสัมปทานเป็นการชั่วคราวในพื้นที่ดังกล่าว ตามระยะเวลาที่เห็นสมควร

(๓) ตัดเขตพื้นที่ดังกล่าวออกจากพื้นที่ในสัมปทาน

การสั่งการของรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่ง ให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ยื่นคำสั่ง

^๕ พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. ๒๕๑๐

มาตรา ๙ ตริ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือ ประทานบัตรใดเพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ ให้รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจเรียกอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรนั้นมาแก้ไข เปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรได้

ในกรณีที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตร ตามวรรคหนึ่ง ผู้ถืออาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ มิได้

๓. การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีไม่ได้มีข้อกำหนดหรือข้อสัญญากำหนดไว้ เป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่มีข้อความใด ๆ ในสัญญาที่ระบุให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ใด ๆ แต่การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐยังคงมีอยู่ในความเป็นจริง เพื่อให้ผลของสัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่งนั้นแตกต่างกัน เนื่องจากมีหลักการภายใต้การทำสัญญาที่แตกต่างกัน จึงจำเป็นต้องใช้ หลักกฎหมายทั่วไปเข้ามาช่วยให้เอกสิทธิ์ดังกล่าวเกิดขึ้นจริง แม้จะไม่มีข้อสัญญาหรือข้อกำหนดระบุไว้ก็ตาม^๖

อย่างไรก็ตาม อำนาจในการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองนั้น มิได้มีอยู่อย่างไร้ขอบเขต จะเห็นว่ากรณีที่มิกฎหมายบัญญัติให้เอกสิทธิ์ฝ่ายปกครองไว้โดยตรง กฎหมาย ก็จะมีบทบัญญัติหลักเกณฑ์ในการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ด้วย กล่าวคือ การใช้อำนาจต้องมีขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น เอกสิทธิ์จึงมิใช่อำนาจที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีอำนาจเหนือเอกชนตลอดเวลา หรือเป็นไปตามอำเภอใจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐแต่อย่างใด

ขอบเขตการใช้เอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครอง

การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา การเลิกสัญญา หรือการเข้าไปควบคุมเอกชน ในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้มีอำนาจใช้เอกสิทธิ์ได้ตลอดเวลาและได้ทุกกรณี แต่มีขอบเขตการใช้เอกสิทธิ์อยู่เช่นกัน อาจกล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ในสัญญาทางปกครอง ดังนี้

๑) เหตุแห่งความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ การใช้เอกสิทธิ์ต้องมีมูลเหตุ มาจากความจำเป็นเพื่อบริการสาธารณะ เพื่อให้สามารถดำเนินงานบริการสาธารณะไปได้อย่างต่อเนื่อง และมีประสิทธิภาพ เช่น กิจกรรมบริการสาธารณะมีเหตุจำเป็นอันอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญา โดยอาจมีเหตุปัจจัยภายนอกที่ไม่อาจคาดการณ์ได้ หากจะให้เอกชนดำเนินกิจการต่อไปอาจจะประสบปัญหา การหยุดชะงักและส่งผลกระทบต่อส่วนรวม และในปัจจุบันระบบเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไป อย่างรวดเร็ว ส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชน จึงจำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยนการบริการสาธารณะ ให้ทันสมัยและเหมาะสมกับสภาพของสังคมในขณะนั้น หรือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการ โดยไม่มีประสิทธิภาพ คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็สามารถใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้

กรณีการใช้เอกสิทธิ์ตามกฎหมายเฉพาะ กฎหมายส่วนใหญ่จะบัญญัติจำกัดขอบเขต การใช้เอกสิทธิ์ไว้ว่า ต้องมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือ เพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และฝ่ายรัฐจะใช้เอกสิทธิ์ได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุฉุกเฉินเท่านั้น ส่วนการใช้เอกสิทธิ์ ในสัญญาทางปกครองนั้น หากในสัญญาไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ การใช้เอกสิทธิ์จะต้องเป็นการใช้เฉพาะในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยต้องไม่ทำให้ ราชการเสียหาย เช่น สัญญาที่จัดทำขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยหลักแล้ว ห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เว้นแต่ในระหว่างสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐเกิดความจำเป็น ต้องแก้ไข การแก้ไขมีหลักเกณฑ์ที่ไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์

^๖ อภิชาติ แจ้งยุบล. “เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง”, (นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๕๐) หน้า ๘๕.

แก่ทางราชการ”^๗ อย่างไรก็ตาม คำว่า “จำเป็น” ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ นั้น มิได้ตีความเคร่งครัดเช่นเดียวกับความจำเป็นตามกฎหมาย ซึ่งจะต้องเป็นเฉพาะกรณีที่เกิดเหตุการณ์ร้ายแรง หรือกรณีฉุกเฉินเท่านั้น แต่เป็นความจำเป็นในการแก้ไขในระดับของเนื้อหาการจ้าง ซึ่งสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ส่วนใหญ่จะมีการแก้ไขเนื้อหาอยู่เป็นประจำ เพื่อให้เป็นไปตามสภาพแวดล้อมและความเป็นจริงของเรื่อง ในขณะนั้น เช่น การปรับเปลี่ยนแก้ไขให้เป็นไปตามสภาพพื้นที่การก่อสร้าง หรือแก้ไขเพราะเหตุปัจจัยต่าง ๆ เกี่ยวกับวัสดุ อุปกรณ์ ที่จะนำมาใช้ในสัญญาจ้าง เป็นต้น

การพิจารณาเหตุแห่งความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยไม่มีการวางหลักเกณฑ์ ขอบเขต และเงื่อนไขไว้อย่างแน่ชัด ดังนั้น การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นเรื่องจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเรื่องใดไม่ถึงขนาดที่ฝ่ายปกครองต้องใช้ เอกสิทธิ์เข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญา อันจะส่งผลกระทบต่อเอกชนคู่สัญญาโดยไม่เป็นธรรม ย่อมเป็นเรื่องสำคัญที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาและใช้เอกสิทธิ์บนพื้นฐานของการใช้ดุลพินิจโดยชอบ และใช้เอกสิทธิ์ที่ตนมีอยู่อย่างเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย

๒) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาจะต้องไม่เกินขนาด หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาเป็นการเพิ่มภาระให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องจ่ายค่าทดแทน หรือขยายระยะเวลาในการดำเนินการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย แม้ว่าไม่มีกฎหมายฉบับใดบัญญัติเกี่ยวกับ ขอบเขตการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาต้องคำนึง “หลักความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) หรือที่เรียกว่า “หลักความสมควรแก่เหตุ” ซึ่งเป็นหลักทั่วไปที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะกับสภาพข้อเท็จจริง และห้ามมิให้ ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระที่เกินควรให้แก่ประชาชน ดังนั้น การแก้ไขสัญญา ให้ผิดไปจากข้อกำหนดเดิมมากเกินความจำเป็น หรือเกินขนาดของสัญญาเดิม หรือมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของบริการสาธารณะ การใช้เอกสิทธิ์ในลักษณะเช่นนี้จึงเป็นการใช้เอกสิทธิ์ที่เกินขนาดและขัดกับ หลักกฎหมายทั่วไป

๓) การใช้สิทธิโดยสุจริต ซึ่ง “หลักสุจริต” ปรากฏอยู่ในมาตรา ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์^๘ โดยจะเห็นว่ามีให้นำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาทางแพ่งอยู่เสมอ ส่วนสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาตามระบบกฎหมายมหาชนมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยคู่สัญญา

^๗ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕

ข้อ ๑๓๖ สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้ว จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้น จะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ ให้อยู่ใน อำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงินจะต้องปฏิบัติตาม กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้ หรือเงินช่วยเหลือ แล้วแต่กรณีด้วย

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่ง หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาส่งมอบของหรือระยะเวลาในการทำงาน ให้ตกลงพร้อมกันไป

สำหรับการจัดหาที่เกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่าง จะต้องได้รับการรับรอง จากวิศวกร สถาปนิก และวิศวกรผู้ชำนาญการ หรือผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรับผิดชอบหรือสามารถรับรองคุณลักษณะเฉพาะ แบบและรายงานของงานก่อสร้าง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่างนั้น แล้วแต่กรณีด้วย

^๘ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๕ ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต

ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือกว่า การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถบอกเลิกได้ฝ่ายเดียวนั้น ก็สามารถนำหลักสุจริตมาใช้ได้เช่นกัน ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยว่าสามารถนำมาตรา ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้กับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ในสัญญาทางปกครอง หากการใช้สิทธิหรือชำระหนี้โดยไม่สุจริต กฎหมายย่อมไม่ให้ความคุ้มครอง และการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของตนให้แก่ผู้เสียหาย ดังนั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้เอกสิทธิ์ที่ตนมีอยู่โดยสุจริตด้วย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗๓๓/๒๕๕๔)^๙

การใช้เอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครอง จะต้องเป็นการใช้สิทธิโดยชอบ และต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ โดยต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญานั้น เพราะถ้าคงไว้จะทำให้เสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ และการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน ซึ่งเป็นคู่สัญญาตามความเหมาะสมและเป็นธรรมด้วย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๑๔/๒๕๕๔)^{๑๐}

^๙ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗๓๓/๒๕๕๔ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า การบอกเลิกสัญญาเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตอันชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังนี้

การที่องค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ถูกฟ้องคดี) มิได้ดำเนินการให้มีการสำรวจสภาพดินและทดสอบกำลังรับน้ำหนักบรรทุกของดินบริเวณที่จะก่อสร้างว่าเหมาะสมที่จะใช้ฐานรากของสะพานเป็นแบบตอกเสาเข็มหรือแบบฐานแผ่ แต่ได้กำหนดไว้ในประกาศสอบราคาจ้างและในสัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างฐานรากเป็นแบบตอกเสาเข็ม จึงมิได้วางอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลทางวิศวกรรมที่ถูกต้องและรอบด้านมาตั้งแต่ต้น ดังนั้น เมื่อเอกชนผู้รับจ้าง (ผู้ฟ้องคดี) ได้ทดสอบชั้นดินด้วยวิธีทดสอบที่ได้รับการยอมรับในทางวิศวกรรม และสำนักงานโยธาธิการจังหวัดได้เข้าตรวจสอบสถานที่และสรุปผลการทดสอบสอดคล้องกันว่า ฐานรากที่สมควรใช้ คือ ฐานรากแบบแผ่ กรณีจึงย่อมมีเหตุอันควรสงสัยในความเหมาะสมของแบบฐานรากการก่อสร้าง ซึ่งวิญญูชน เช่น ผู้ถูกฟ้องคดี ชอบที่จะมอบหมายให้ผู้ควบคุมงานคณะกรรมการตรวจการจ้างบริษัทที่ปรึกษา หรือผู้เชี่ยวชาญอื่นใดที่ตนเชื่อถือและไว้วางใจ ตรวจสอบถึงความเหมาะสมของแบบฐานรากที่จะพึงใช้กับสะพานที่วางก่อสร้างให้แน่ใจก่อนที่จะดำเนินการใด ๆ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ดำเนินการทดสอบกำลังรับน้ำหนักบรรทุกของดินให้แน่ใจตามที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอ แต่ได้บายเบี่ยงไม่อนุมัติให้แก่เปลี่ยนแปลงแบบฐานรากตามคำขอของผู้ฟ้องคดี และไม่ดำเนินการตรวจสอบสถานที่ก่อสร้างก่อนดำเนินการสอบราคาจ้าง ว่าเหมาะสมที่จะใช้ฐานรากแบบใด แต่ได้กำหนดไว้ในประกาศสอบราคาจ้างว่าให้ก่อสร้างเป็นแบบตอกเสาเข็ม ประกอบกับได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจ้างตามข้อ ๕๗ ของสัญญาจ้างโดยอ้างเหตุว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าทำงานที่จ้างให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา และจ้างผู้รับเหมารายใหม่ ย่อมถือได้แล้วว่าเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีโดยไม่สุจริตตามนัยมาตรา ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น กรณีจึงเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริตให้แก่ผู้ฟ้องคดี

^{๑๐} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๑๔/๒๕๕๔ แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว เนื่องจากฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเป็นหลักและการคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจะอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเสมอ แต่หากการบอกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาดังกล่าวก็มีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

สรุป

การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว การบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว หรือการใช้อำนาจอื่นใดอันมีลักษณะเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่ว่าจะมาจากข้อกฎหมายหรือข้อสัญญาก็ตาม หลักการที่อยู่เบื้องหลังในเรื่องนี้ คือ หลักการบริการสาธารณะ เนื่องมาจากฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเป็นหลัก ซึ่งในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจะอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเสมอ อย่างไรก็ตาม การใช้เอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครองจะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นและไม่เกินขนาด รวมทั้งมีความสุจริตในการดำเนินการด้วย และหากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือบอกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน ซึ่งเป็นคู่สัญญาตามความเหมาะสมและเป็นธรรม

**แนวการพิจารณาของศาลเกี่ยวกับสัญญาที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ
จากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง***

สุริย์ เผ่าสุขถาวร**

มาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยบทินามมิได้กำหนดความหมายลักษณะสัญญาทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้กล่าวถึงบางลักษณะของสัญญาทางปกครอง คือ ๑. สัญญาสัมปทาน ๒. สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ๓. สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ๔. สัญญาที่ให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และต่อมาที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีมติครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ เมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๔ เห็นชอบให้กำหนดคำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

มติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายถึงลักษณะสำคัญของสัญญาทางปกครองไว้ว่า สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ซึ่งนอกจากมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ตามนิยามในมาตรา ๓ แล้ว สัญญาทางปกครองยังมีลักษณะ ดังนี้ คือ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง หรือสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนกุมภาพันธ์ ๒๕๖๓

** จัดทำโดย นางสาวสุริย์ เผ่าสุขถาวร พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ

ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาจำนวนหนึ่งโดยใช้เกณฑ์การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองดังกล่าวข้างต้นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาพิพาทเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่อย่างไรก็ตาม เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๑ นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนท่านหนึ่งได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า “แม้ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ จะไม่ได้กำหนดเรื่องข้อสัญญาที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่ง (Clause exorbitante) และเป็นข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์อย่างมาก แต่ศาลปกครองสูงสุดก็นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งแนวทางการวินิจฉัยโดยนำหลัก “Clause exorbitante” มาใช้นี้จะได้รับการทบทวนว่าเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด เนื่องจากสัญญาส่วนใหญ่ที่รัฐทำกับเอกชนนั้น ย่อมมีข้อความที่ให้ประโยชน์หรือเอกสิทธิ์แก่ภาครัฐไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง ปัญหาก็คือ การได้เอกสิทธิ์ในระดับไหนถึงจะถือว่าทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง เกณฑ์ดังกล่าวนี้จะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนหรือไม่ชัดเจนในการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยมากขึ้นไปอีกหรือไม่”^๑ จากข้อสังเกตของนักวิชาการกฎหมายมหาชนดังกล่าวนี้ กรณีจึงเป็นเรื่องน่าสนใจที่จะศึกษาในรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง และศึกษาว่านับแต่วันวันที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดได้มีมติดังกล่าวข้างต้น ศาลปกครองสูงสุดได้นำเกณฑ์เรื่องข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐมาใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองในกรณีใดบ้าง และการวินิจฉัยดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่แน่นอนหรือไม่ชัดเจนในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งตามที่มีการตั้งข้อสังเกตไว้หรือไม่

อย่างไรก็ตาม การศึกษาในหัวข้อดังกล่าวจะสมบูรณ์ยิ่งขึ้น หากได้มีการศึกษาเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะในเรื่องสัญญาที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งของประเทศฝรั่งเศสก่อน เนื่องจากสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยที่แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการในเรื่องดังกล่าวเป็นอย่างดี ดังนั้น ในเบื้องต้นจะศึกษาความหมายของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส (หัวข้อที่ ๑) จากนั้นจะศึกษาความหมายและแนวคำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเกี่ยวกับสัญญาที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง (หัวข้อที่ ๒) และในส่วนสุดท้ายจะศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดไทยเกี่ยวกับสัญญาที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง (หัวข้อที่ ๓)

๑. ความหมายของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

รัฐมีภาระหน้าที่ประการสำคัญ คือ การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะและเพื่อให้การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะบรรลุตามวัตถุประสงค์ รัฐจึงต้องมีเครื่องมือที่สำคัญ คือ อำนาจมหาชน (Puissance publique) เพื่อบรรลุความมุ่งหมายในการจัดการบริการสาธารณะดังกล่าว รัฐมีมาตรการในการดำเนินการอยู่สองมาตรการ คือ ๑. ทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ๒. การเจรจากับอีกฝ่ายหนึ่งในรูปของสัญญาทางปกครอง

^๑ รศ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน วิชา น. ๕๖๕ การกระทำทางปกครองและความรับผิดชอบฝ่ายปกครอง ภาคการศึกษาที่ ๒ ปีการศึกษา ๒๕๕๑ เรื่อง แนวคิดและหลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครอง, หน้า ๑๖.

จากหลักการที่ว่ารัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชน รัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาผลประโยชน์ของประชาชนเพื่อให้ได้รับบริการสาธารณะที่ดี ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ต้องปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความเป็นจริง ซึ่งรัฐจะดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวได้ รัฐจึงต้องทำสัญญาประเภทหนึ่งที่เรียกว่า สัญญาทางปกครอง ซึ่งมีเนื้อหาแตกต่างจากที่กำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่ง เพราะในสัญญาทางแพ่งนั้นเมื่อมีการลงนามและสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว จะมีลักษณะตายตัวเปลี่ยนแปลงได้ยาก ในขณะที่สัญญาทางปกครองนั้นจะมีลักษณะปรับเปลี่ยนหรือปรับตัวให้เข้ากับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงได้เสมอ

ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” อาจพิจารณาได้จากการวิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งในบางเรื่องกฎหมายจะระบุว่าสัญญาประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง แต่โดยส่วนใหญ่แล้วสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่งจะเกิดจากผลของคำวินิจฉัยของศาลไม่ว่าจะเป็นคำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลหรือศาลปกครอง

คำนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งเป็นคำนิยามที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปหมายถึง สัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ หน่วยงานทางปกครองกับนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาอีกฝ่ายหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะและหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง (Clause exorbitante du droit commun) ซึ่งจะเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองมีองค์ประกอบ ดังนี้

๑. สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสองฝ่ายฝ่ายหนึ่ง คือ หน่วยงานทางปกครอง กับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเอกชน

๒. สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องของการดำเนินการบริการสาธารณะ หรือมีเนื้อความของสัญญาซึ่งมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง (Clause exorbitante du droit commun)

ศาลใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครอง โดยใช้เกณฑ์ว่าต้องเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีศาลก็พิจารณาโดยใช้เกณฑ์ว่าสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง (Clause exorbitante du droit commun) หรือไม่

ช่วงก่อนปี ค.ศ. ๑๙๕๖ ศาลปกครองและศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วางหลักว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น นอกจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองแล้ว สัญญาดังกล่าวจะต้องเข้าเงื่อนไขทั้ง ๒ ประการ คือ เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะและมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาในทางแพ่ง

ช่วงตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๕๖ แนวคำพิพากษาของศาลได้วางแนวไว้ว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นไม่จำเป็นต้องเข้าเงื่อนไขทั้ง ๒ ประการ เช่น คดี Époux Bertin ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองไว้ว่า สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองนั้นต้องเข้าเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่ง คือ มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง ก็ถือว่าสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง^๒ ข้อความคิดเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นข้อความคิดที่มีการศึกษาและเข้าใจ

^๒ CE, 20 avril 1956, Époux Bertin, Rec. p. 167

อย่างแพร่หลาย แต่ข้อความคิดเรื่องข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งซึ่งเป็นเนื้อหาหลักของบทความนี้เป็นเรื่องที่มีการศึกษาไม่มากนัก ในหัวข้อต่อไปจึงเน้นศึกษาถึงเนื้อหาของข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง

๒. ความหมายของข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งของฝรั่งเศส

ลักษณะของข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากข้อสัญญาในสัญญาทางแพ่ง ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองได้มีการอ้างอิงครั้งแรกในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดี *Société des granits porphyroïdes des Vosges*^๓ โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาจัดซื้อหินของเมืองลิล (Lille) เพื่อใช้ปูพื้นถนนเป็นสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาประการเดียว คือ พัสตที่ต้องมีการจัดหาหรือส่งมอบตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของสัญญาที่ทำกันระหว่างเอกชน ซึ่งตุลาการผู้แถลงคดี Léon Blum ได้กล่าวไว้ว่า แม้ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองได้กระทำการไปเพื่อประโยชน์ของการบริการสาธารณะอาจก่อนิติสัมพันธ์ในเงื่อนไขอย่างเดียวกับเอกชนคนหนึ่งและอยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันภายในเขตอำนาจศาลอย่างเดียวกัน แม้ในคำพิพากษานี้ ศาลปกครองสูงสุดจะไม่ได้ใช้ถ้อยคำ “ลักษณะของข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง” คำพิพากษานี้ใช้ถ้อยคำว่า สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาพิเศษไปจากสัญญาในทางแพ่งก็เป็นสัญญาทางปกครอง

ในคดี Stein ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจำนองเงินกู้เพื่อก่อสร้างโรงงานผลิตไม้อัด ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายข้อกำหนดพิเศษจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งไว้ว่า เป็นข้อกำหนดที่มีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิและหน้าที่แตกต่างไปจากสภาพปกติที่คู่กรณีสามารถตกลงกันได้อย่างอิสระภายในขอบเขตของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์^๔

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านก็โต้แย้งว่า คำจำกัดความของข้อกำหนดในสัญญาพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งที่อ้างไว้ในคำพิพากษาคดี Stein ค่อนข้างแคบเพราะมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจำนวนมากในสัญญาทางปกครองเป็นข้อกำหนดที่มีการกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งเช่นเดียวกัน

ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้ใช้ข้อความ “ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป” ในคำพิพากษาปี ค.ศ. ๑๙๗๓ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าการไฟฟ้าของประเทศฝรั่งเศสได้ทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้ากับบริษัทแห่งหนึ่ง ซึ่งการไฟฟ้าทำสัญญาตามที่กำหนดไว้ในรัฐกฤษฎีกา ปี ค.ศ. ๑๙๕๕ ที่กำหนดให้การไฟฟ้าซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตที่ไม่ได้รับผลกระทบจากการแปรรูป ซึ่งบริษัท A ก็อยู่ในเกณฑ์ดังกล่าว แต่การไฟฟ้าเสนอเงื่อนไขอื่นที่ให้ประโยชน์น้อยกว่าที่กำหนดไว้ในรัฐกฤษฎีกา ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าสัญญาที่การไฟฟ้าทำขึ้นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑ ของรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๒๐ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๕๕ เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป (ลักษณะบังคับ

^๓ CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*.

^๔ รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยสถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง

^๕ CE, 31 octobre 1950, คดี Stein, *Rec.* p. 505 และ CE, 15 février 1935, *Société française de constructions mécanique*, *Rec.* p. 201

ที่การไฟฟ้าเป็นผู้ซื้อและรัฐมนตรีด้านพลังงานไฟฟ้ามีอำนาจวินิจฉัยในกรณีที่มีปัญหาระหว่างการไฟฟ้ากับบริษัทผู้ขายไฟฟ้า)^๖

ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ให้คำจำกัดความของข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งไว้ว่า คือ ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาซึ่งโดยปกติแล้วไม่ใช่ความสัมพันธ์ของคู่กรณีอื่นเกิดจากการตกลงกันตามกฎหมายเอกชน^๗ เช่นเดียวกัน ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้นิยามข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งว่าเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่โดยปกติไม่ค่อยมีการกำหนดในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน^๘

นอกจากนี้ อาจารย์ Chapus อธิบายไว้ว่า ข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งมี ๒ ประเภท คือ ๑. ข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่พบในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน และ ๒. ข้อกำหนดในสัญญาที่มีความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา^๙

ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำวินิจฉัยว่าสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาให้เทศบาลซึ่งเป็นผู้ค้าประกันเงินกู้เรียกเก็บภาษีเพิ่มเพื่อชดใช้หนี้ตามสัญญาได้ ถ้าผู้กู้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ไม่เป็นข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง^{๑๐} ซึ่งคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Versailles เห็นว่าข้อกำหนดของสัญญาในคดีนี้เป็นข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษแตกต่างไปจากสัญญาในทางแพ่ง

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาก็เคยพิพากษาไว้ว่าสัญญากู้เงินระหว่างเมือง Roubaix และบริษัทประกันภัยที่มีข้อกำหนดในสัญญาเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้นไม่เป็นข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากสัญญาในทางแพ่ง ในขณะที่ศาลอุทธรณ์เห็นว่าข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษเพราะเอกชนไม่อาจกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวได้ ศาลฎีกาให้เหตุผลที่ไม่ถือว่าเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากสัญญาทางแพ่งเพราะข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวไม่มีอิทธิพลต่อความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาและไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง^{๑๑}

ในการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ศาลยุติธรรมหรือศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลนั้น ศาลต่าง ๆ ดังกล่าวอาจต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งและอาจเป็นไปได้ที่แต่ละศาลจะตีความข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจาก ข้อสัญญาในทางแพ่งแตกต่างกัน เช่น ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้รัฐเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าข้อกำหนดของสัญญาที่ให้นิติบุคคลมหาชนสามารถยกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องมีการเตือนก่อน ถ้าคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาไม่ถือเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง^{๑๒} แต่แนวคำพิพากษาของ

^๖ CE, 19 janvier 1973, La Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, *Rec.* p. 48

^๗ TC, 19 juin 1952, Soc. Des combustibles, *Rec.* p. 628

^๘ TC, 14 novembre 1960, Sté coop agr de stockage de la région d'Ablis, *Rec.* p. 867

^๙ René Chapus, *Droit administratif général* Tome I, p. 522

^{๑๐} CE, 6 décembre 1989, Caisse fédérale du crédit mutual d'Ile-de France C/ Commune de Torcy, *Rec.* p. 520

^{๑๑} CASS, 18 février 1992, Cie la Mandiale C/ Ville de Roubaix, JCP 1992, TV. p. 126

^{๑๒} CASS, 1re Civ, 24 mars 1987, Bull n° 110

ศาลปกครองสูงสุดและศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลส่วนใหญ่ต่างก็วินิจฉัยว่าข้อกำหนดในสัญญาที่ให้ผู้รับสามารถเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถือเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง^{๑๓}

คู่กรณีมีสิทธิที่จะเลือกที่จะทำสัญญาที่มีข้อสัญญาพิเศษที่แตกต่างจากที่กำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งหรือไม่ก็ได้^{๑๔} แต่ในกรณีของสัญญาที่ต้องใช้เกณฑ์อย่างอื่นนอกจากลักษณะพิเศษของสัญญาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแล้ว การกำหนดว่าสัญญาใดสัญญานึ่งจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งจะต้องเป็นไปตามเกณฑ์เหล่านั้นโดยมิได้ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา

สัญญาที่มีข้อสัญญาลักษณะพิเศษที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งเพียงข้อเดียวก็ถือว่าสัญญาทั้งฉบับเป็นสัญญาทางปกครอง แม้ว่าข้อกำหนดอื่นในสัญญาจะไม่มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากที่พบในสัญญาทางแพ่งก็ตาม^{๑๕} เว้นแต่สัญญาที่ทำกันระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (Services publics industriels et commerciaux) กับผู้ใช้บริการของตน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่ออนุญาตให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น แม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม^{๑๖} สัญญาดังกล่าวก็ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่ในบางกรณีที่มีในสัญญาไม่มีข้อกำหนดใดซึ่งมีลักษณะพิเศษอย่างเด่นชัด แต่มีข้อสัญญาหลายข้อที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษซึ่งอาจทำให้สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้

ในคดีที่หน่วยจัดซื้อกลางของรัฐซึ่งมีฐานะเป็นองค์การมหาชนด้านอุตสาหกรรมและการพาณิชย์ได้ทำสัญญาแทนหน่วยงานของรัฐกับบริษัทเอกชนแห่งหนึ่งเพื่อซื้อขายคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีประเด็นข้อพิพาทว่าสัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีข้อสัญญาและเงื่อนไขที่กำหนดตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายการพัสดุ ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่าสัญญาที่มีข้อสัญญาและเงื่อนไขส่วนใหญ่เป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายพัสดุอย่างเดียว ไม่อาจถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองได้ แต่จะต้องพิจารณาเงื่อนไขอื่นประกอบด้วย เช่น สัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะหรือสัญญาพิพาทมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง เมื่อสัญญาพิพาทมีข้อกำหนดท้ายสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายกระทำความผิดสัญญา ถือว่าข้อกำหนดดังกล่าวเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่ง^{๑๗}

ในปี ค.ศ. ๒๐๑๔ คดี “บริษัท AXA France IARD” ศาลวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยในคดี ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า เทศบาลทำสัญญาให้สมาคมกีฬาเรือพายเช่าอาคารสถานที่ของเทศบาลเป็นที่ตั้งดำเนินกิจกรรมของสมาคมเป็นระยะเวลาเช่ายาวถึง ๗๙ ปี ด้วยระยะเวลาเช่าที่เป็นสัญญาลักษณะเพียง ๑ ยูโร ตลอดระยะเวลาการเช่า ต่อมาเกิดไฟไหม้อาคารที่เช่าเสียหายทั้งหลัง บริษัทประกันวินาศภัยของเทศบาลได้จ่ายเงินชดเชยความเสียหายให้แก่เทศบาล และบริษัทประกันวินาศภัยจะรับโอนสิทธิในการไต่เบี่ยเพื่อเรียกร้องค่าทดแทนจากบริษัทประกันวินาศภัยของสมาคมเรือพาย คดีมีการโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาล

^{๑๓} CE, 26 février 1965, Soc. du Vélodrome du Parc des Princes หรือ TC, 17 novembre 1975, Leclert, p. 800

^{๑๔} TC, 5 juillet 1999, Cne Sauve c/ sté gestener, AJDA 1994, p. 554 et p. 559

^{๑๕} CE, 20 avril 1959, Sté nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires, p. 866

^{๑๖} CE, 13 Octobre 1961, Etablissement Campanon-Rey

^{๑๗} TC 5 juillet 1999, Union des groupements d'Achats Publics – UGAP, n° 286

ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า แม้ว่ากิจกรรมฝึกหัดกีฬาเรือพายเป็นกิจกรรมที่มีความสำคัญเป็นพิเศษของเทศบาล อีกทั้งตามสัญญายังกำหนดให้เทศบาลให้การสนับสนุนและความช่วยเหลืออย่างเต็มที่แก่สมาคมก็ตาม เมื่อปรากฏว่าเทศบาลไม่มีสิทธิอำนาจเหนือการดำเนินการของสมาคม จึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าการดำเนินกิจการของสมาคมเป็นการดำเนินกิจกรรมอันเป็นภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ นอกจากนี้สัญญาเช่าอาคารที่พิพาทไม่ได้มีข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญาในการบังคับการตามสัญญาอันมีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษยิ่งกว่าสัญญาทางแพ่ง อันทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง^{๑๘} ซึ่งนักวิชาการมหาวิทยาลัยของฝรั่งเศสเห็นว่า คดีนี้ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วางหลักอย่างชัดเจนว่าข้อกำหนดในสัญญาที่จะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งต้องเป็นข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงประโยชน์สาธารณะ ซึ่งสัญญานั้นย่อมเกี่ยวข้องกับระบบเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครอง^{๑๙}

๒.๑ ข้อกำหนดของสัญญาซึ่งศาลวินิจฉัยว่ามีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง

ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีแนวคำวินิจฉัยว่าข้อกำหนดในสัญญาดังต่อไปนี้เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้หน่วยงานทางปกครองมีอำนาจควบคุมพนักงานของคู่สัญญา^{๒๐}

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้หน่วยงานทางปกครองควบคุมการกำหนดราคาของคู่สัญญา^{๒๑}

ข้อกำหนดในสัญญาที่กำหนดให้ต้องเคารพหลักเกณฑ์การบริการสาธารณะ^{๒๒}

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินการกิจการของสนามกีฬาสำหรับการแข่งขันหรือฝึกซ้อมจักรยาน ซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมการบริหารทางด้านการเงิน^{๒๓}

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินการกัฏตาคารแห่งหนึ่ง ซึ่งมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมในเรื่องของบุคลากรที่จ้างและอัตราค่าบริการที่เรียกเก็บ^{๒๔}

ข้อกำหนดในสัญญาที่มีข้อสัญญากำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจที่จะแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามสัญญาซื้อขายสัญญาไฟฟ้าก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล^{๒๕}

^{๑๘} TC 13 October 2014, n° C 3963, La société Axa France IARD โดยอภิญญา แก้วกำหนดวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๔ (ตุลาคม – ธันวาคม) ๒๕๖๐, หน้า ๒๑๑ – ๒๑๘.

^{๑๙} ถอดคำบรรยาย เรื่อง ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาทั่วไป โดย ขนิษฐา เต็มตฤชณา, ระบบ Intranet สำนักวิจัยและวิชาการ

^{๒๐} CE, 20 avril 1959, Sté nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires, *Rec.* p. 866

^{๒๑} CASS, 1 civ, 18 november 1992, Cne de Pantin: Jnris-Data n° 1992-002511, *Bull.civ.* I, n° 286

^{๒๒} CE, 18 janvier 1924, Ville de Paris, *Rec.* p. 58

^{๒๓} CE, 16 janvier 1967 Société du vélodrome du Parc des princes, *เพ็งอ้าง*

^{๒๔} TC, 7 juillet 1980 คดี Société d'exploitation touristique Haute-Maurienne, *RDP.* 1981, p. 474

^{๒๕} CE, 19 janvier 1973, Sté d'exploitation de la rivière du Sant, *Rec.* p. 48

ข้อกำหนดในสัญญาที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งไม่อาจถูกกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งได้^{๒๖}

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เคาพหลักเกณฑ์การดำเนินบริการสาธารณะ^{๒๗}

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์ฝ่ายปกครองที่จะสั่งระงับการปฏิบัติตามสัญญา^{๒๘}

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว^{๒๙}

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้ฝ่ายปกครองเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว แม้คู่สัญญาจะมีได้ปฏิบัติผิดสัญญา^{๓๐} ข้อกำหนดดังกล่าวถือว่าเป็นข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งก็ต่อเมื่อการดำเนินการดังกล่าวเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เทศบาลซึ่งเป็นคู่สัญญามีสิทธิใช้โรงละครในบางเวลา และบางโอกาสและมีอำนาจควบคุมราคาบัตรเข้าชมและคุณภาพของการแสดง^{๓๑}

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญามีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว^{๓๒}

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้หน่วยงานทางปกครองมีอำนาจดำเนินการแก้ไขข้อพิพาท^{๓๓}

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้หน่วยงานทางปกครองมีอำนาจในการควบคุมจัดการ ดูแลการดำเนินการของคู่สัญญา หรือกำหนดให้คู่สัญญาต้องดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อประโยชน์สาธารณะ^{๓๔}

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้หน่วยงานทางปกครองมีสิทธิที่จะให้บุคคลที่เกี่ยวข้องออกจากงาน^{๓๕}

ข้อกำหนดในสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาที่เช่าห้องประชุมที่มีไว้เพื่อจัดการแสดงต้องจัดการแสดงที่เป็นศิลปะชั้นสูงและอยู่ในศีลธรรมอันดี นอกจากนี้ ยังได้รับการยกเว้นภาษีการแสดงผลและมีเงื่อนไขให้หน่วยงานทางปกครองสามารถใช้ห้องประชุมได้ในบางโอกาส^{๓๖}

^{๒๖} TC, 19 février 1988, SARL Pore Gestion, *Rec.* p. 77

^{๒๗} TC, 28 mai 1962, Sté immobilière et thermal pour le développement des stations françaises, *Rec.* p. 818

^{๒๘} CE, 8 janvier 1965, Da Fonseca, *Rec.* p. 7

^{๒๙} CAA Paris 24 octobre 1995, Cne Samoreau ; *Juris-Data* n° 1995-023590 ; *CJEG* 1997, p. 26

^{๓๐} TC, 5 juillet 1999, Union des groupements d'achats publics c/ Sté SNC Activ CSA, *AJDA* 1999, p. 554

^{๓๑} CASS 5 janvier, Gagneux, *Bull.* n° 3, p. 2

^{๓๒} Cour d'appel de Paris 24 octobre 1995, *CJEG* 1996 p. 26

^{๓๓} CE, 16 avril 1969, SNCF, *Rec.* 194

^{๓๔} TC, 22 juin 1998, Agent judiciaire du Trésor c/ Miglierina, *Dr. adm* n° 335

^{๓๕} TC, 20 avril 1959, Société nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires, *Rec.* 866

^{๓๖} TC, 2 juillet 1984, Cazauets c/ Ville de Limoges, *Rec.* p. 823

ข้อกำหนดในสัญญาที่อ้างอิงถึงเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างท่าเรือแห่งเมือง Bordeaux ซึ่งเป็นองค์การมหาชนกับบริษัทเอกชนเพื่อก่อสร้างสมอเรือเป็นสัญญาทางปกครอง^{๓๗}

๒.๒ ข้อกำหนดของสัญญาที่ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในสัญญาทางแพ่ง

ศาลปกครองและศาลชั้นขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีแนวคำวินิจฉัยว่า ข้อกำหนดในสัญญาดังต่อไปนี้เป็นข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง ดังนี้

ข้อกำหนดในสัญญาเช่าร้านอาหารของเทศบาลที่กำหนดให้คู่สัญญาต้องให้บริการในราคาพิเศษแก่กลุ่มบุคคลบางกลุ่มของเทศบาล

ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้บริษัทคู่สัญญาต้องส่งสินค้าที่ผลิตในท้องถิ่นไปยังต่างประเทศ และให้มีการสร้างงาน

ข้อกำหนดในสัญญาค้ำประกันการยืมเงินโดยเทศบาล

ข้อกำหนดในสัญญาขนส่งผู้ป่วย

ข้อกำหนดในสัญญาจ้างช่างประปา

ข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐที่ไม่ใช่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน

นอกจากนี้ ศาลชั้นขาดอำนาจระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยว่า สัญญาที่สภาทั่วไปของจังหวัด ให้บริษัทเอกชนรายหนึ่งเช่าที่ดินเพื่อการค้าและอุตสาหกรรมซึ่งที่ดินดังกล่าวไม่ได้เป็นที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินของจังหวัด แม้จะมีข้อกำหนดในสัญญาว่าบริษัทต้องส่งออกสินค้าของท้องถิ่นและต้องจ้างแรงงานเพิ่มอีกสิบกว่าตำแหน่ง แต่สัญญาดังกล่าวไม่ได้เป็นสัญญาที่ให้บริษัทดำเนินการบริการสาธารณะและไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่ง จึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม^{๓๘}

จากแนวคำพิพากษาศาลปกครอง ศาลชั้นขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล อาจสรุปได้ว่า ข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง^{๓๙} คือ

๑. ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง ทำให้ฝ่ายปกครองมีสถานะเหนือคู่สัญญา เช่น กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญาได้ฝ่ายเดียว

๒. ข้อกำหนดในสัญญาที่อ้างอิงไปถึงสัญญาแบบ (Contrat-type) หรือเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง (Cahier des charges) หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

๓. ข้อกำหนดในสัญญาที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก

๔. ข้อกำหนดในสัญญาที่ต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชน

๕. ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชน

^{๓๗} CE, 13 janvier, 1984, Le société DUBI GEON-NORMANDIE, n° 34670

^{๓๘} TC, 11 mai 1992, le conseil du département de la Réunion, n° 02696

^{๓๙} ประสาท พงษ์สุวรรณ เอกสาร เรื่อง การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, หน้า ๗. สำนักงาน

๖. ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า จากคำพิพากษาของศาลแสดงให้เห็นว่าสัญญาของฝ่ายปกครองที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ หรือมีข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษจากสัญญาทางแพ่ง แต่คำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษแตกต่างไปจากในสัญญาทางแพ่งก็ไม่ได้มีลักษณะที่แน่นอนตายตัว นักวิชาการบางท่านเห็นว่า เป็นข้อกำหนดในสัญญาที่ให้สิทธิหน้าที่แก่คู่สัญญา ซึ่งโดยปกติเป็นสิทธิและหน้าที่ที่จะไม่พบในกฎหมายแพ่ง และบางท่านก็เห็นว่า เป็นข้อกำหนดในสัญญาที่มาจากวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

๓. ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของไทย

ในการวินิจฉัยว่าสัญญาที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาโดยใช้เกณฑ์เรื่องสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

๓.๑ ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง มีดังนี้

ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยโดยอ้างอิงข้อกำหนดในสัญญาซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจนว่า สัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ย่อมรวมถึงสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครองที่เหนือกว่าเอกชนด้วย เช่น สัญญาทุน ดังต่อไปนี้

สัญญาที่ผู้ฟ้องคดีทำกับสำนักงานปลัดสาธารณสุข (ผู้ถูกฟ้องคดี) ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้กำหนดข้อกำหนดในสัญญาโดยที่ผู้ฟ้องคดีมิได้มีส่วนร่วมในการกำหนดด้วยนั้น สัญญาศึกษาหรือฝึกอบรมภายในประเทศโดยได้รับเงินเดือนเต็มระหว่างลาศึกษา จึงเป็นสัญญาทางปกครอง^{๔๐}

สัญญาศึกษาหลักสูตรการบินในโรงเรียนการบินทหารอากาศ ซึ่งกองทัพอากาศได้ส่งผู้ฟ้องคดี (ซึ่งฟ้องว่ากองทัพอากาศคำนวณเงินค่าปรับตามสัญญาดังกล่าวไม่ถูกต้อง) ไปเข้ารับการฝึกศึกษา โดยผู้ฟ้องคดีผูกพันตนว่าจะต้องรับราชการชดใช้ทุนเป็นเวลา ๘ ปี นับแต่วันที่บรรจุเป็นนักบิน ซึ่งเป็นสัญญาที่กำหนดให้มีขึ้นตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการศึกษาในต่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๒๗ และข้อบังคับฯ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๔ โดยทำสัญญาตามแบบแนบท้ายข้อบังคับและวางหลักทรัพย์ค้ำประกัน ข้อบังคับดังกล่าวจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสำหรับผู้ที่จะทางราชการส่งไปศึกษา ซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือ ผู้ฟ้องคดีต้องกลับมารับราชการในกระทรวงกลาโหมตามระยะเวลาที่กำหนด และข้อกำหนดดังกล่าวผู้ฟ้องคดีจะถูกจำกัดสิทธิของตนกรณีลาออก หรือโอนสังกัดหรือบอกเลิกสัญญา แต่ในขณะเดียวกัน หน่วยงานทางปกครองที่เป็นคู่สัญญามีสิทธิและอำนาจเด็ดขาดในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หรือเรียกตัวผู้ฟ้องคดีกลับจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่ากรณีใด ๆ หรือกรณีผู้ฟ้องคดีประพฤติผิดสัญญาต้องชดใช้เงินให้แก่กระทรวงกลาโหมโดยยินยอมให้ทางราชการเรียกตัวกลับหรือปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการได้ ดังนั้น

^{๔๐} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๔๔/๒๕๔๖

เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาและข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง^{๔๑}

สัญญาระหว่างผู้สมัครเข้าเป็นนักเรียนครูฝึกหัดทหารบกกับกองทัพบก ซึ่งมีข้อกำหนดว่าเมื่อผู้เข้าศึกษาสำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรของโรงเรียนดุริยางค์ทหารบก หรือเมื่อทางราชการมีความจำเป็นต้องให้ออกมารับราชการ แม้ยังไม่สำเร็จการศึกษาตามหลักสูตร ผู้เข้าศึกษาจะต้องเข้ารับราชการในตำแหน่งหน้าที่ตามที่ทางราชการกำหนดเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสองเท่าของเวลาที่ผู้เข้าศึกษาได้รับการศึกษาอยู่ที่โรงเรียนดุริยางค์ทหารบกนั้น เป็นการสั่งให้ผู้เข้าศึกษาจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ^{๔๒}

ทั้ง ๓ คดีดังกล่าวข้างต้น ศาลปกครองสูงสุดได้อ้างเกณฑ์เรื่องเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครองในการกำหนดข้อสัญญาโดยผู้ฟ้องคดีมิได้มีส่วนร่วมในการกำหนด ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งในการวินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาลาไปศึกษาหรือฝึกอบรม ณ ต่างประเทศ ระหว่างสถาบันราชภัฏกับข้าราชการผู้ลาศึกษา มีวัตถุประสงค์ให้ผู้ลาศึกษากลับมารับราชการในสถาบันราชภัฏภายหลังจากสำเร็จการศึกษาแล้ว จึงมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการตามหน้าที่ของรัฐในการจัดการศึกษาแก่ประชาชนทั่วไป อันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง นอกจากนั้น ในข้อสัญญายังให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาสามารถใช้ดุลพินิจในการระงับการให้ทุนหรือเงินเดือนหรือเงินเพิ่มอื่นใด รวมทั้งการเรียกตัวผู้ลาศึกษาให้กลับประเทศได้ ตลอดจนให้ส่วนราชการหักหนี้ที่ผู้ลาศึกษาจะต้องชำระตามสัญญาจากเงินบำเหน็จบำนาญและหรือเงินอื่นใดที่ผู้ลาศึกษาได้รับจากทางราชการ อันเป็นข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์พิเศษของรัฐที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง^{๔๓} คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้อ้างถึงอำนาจที่เหนือกว่าของหน่วยงานทางปกครองของคู่สัญญาในการกำหนดข้อสัญญา และได้ใช้ถ้อยคำที่ระบุอย่างชัดเจนว่าข้อกำหนดในสัญญาทุนการศึกษาหรือฝึกอบรม ณ ต่างประเทศ ดังกล่าวเป็นข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์พิเศษของรัฐที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ในขณะที่เดียวกัน ศาลปกครองสูงสุดก็ยังได้อ้างเกณฑ์เรื่องบริการสาธารณะในการวินิจฉัยว่าสัญญาทุนดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาลาศึกษาต่อระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขกับข้าราชการในสังกัดที่ขอลาศึกษาต่อมีวัตถุประสงค์ให้ข้าราชการที่ลาไปศึกษากลับมาปฏิบัติหน้าที่ราชการตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา อันเป็นการบริการสาธารณะของรัฐและมีข้อกำหนดในสัญญาที่จำกัดสิทธิของข้าราชการผู้ลาศึกษาไม่ว่าจะเป็นกรณีการลาออกจากราชการ การโอนสังกัดหรือการบอกเลิกสัญญา โดยสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขมีสิทธิและอำนาจเด็ดขาดฝ่ายเดียวที่จะบอกเลิกสัญญาหรือเรียกตัวผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการหรือกรณีผู้ฟ้องคดีผิดสัญญาต้องชดใช้เงินให้แก่ทางราชการ ซึ่งแสดงถึงลักษณะพิเศษของสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง^{๔๔} คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้อ้างเกณฑ์เรื่องสัญญาทุนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะของรัฐและข้อกำหนดในสัญญาที่หน่วยงาน

^{๔๑} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๒๗/๒๕๔๔

^{๔๒} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๔๕/๒๕๔๔ ที่ ๕๔๑/๒๕๔๔

^{๔๓} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๕/๒๕๔๖, ที่ ๖๓๖/๒๕๔๖, ที่ ๗/๒๕๔๗ และ ๖๔๗/๒๕๔๗

^{๔๔} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๗๘/๒๕๔๗

ทางปกครอง คู่สัญญามีสิทธิและอำนาจเด็ดขาดฝ่ายเดียวที่จะยกเลิกสัญญาและข้อกำหนดในสัญญาที่จำกัดสิทธิของข้าราชการผู้ลาศึกษา

สัญญาให้สิทธิเอกชนใช้พื้นที่ลานจอดรถยนต์ (พื้นที่มูลนิธิสวนสมเด็จพระนางเจ้าสิริกิติ์ฯ) เพื่อจัดทำเป็นศูนย์อาหารและร้านค้า รวมทั้งบริหารจัดการเป็นพื้นที่จอดรถยนต์ ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับ กรุงเทพมหานคร (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔) โดยผู้อำนวยการตลาดนัดกรุงเทพมหานคร (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) ทำการแทนผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓) เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ประกอบกับสัญญาข้างต้นมีข้อกำหนดในสัญญาว่า กรณีที่ทางราชการมีความจำเป็นต้องใช้สถานที่ที่ได้รับอนุญาตตามสัญญานี้เพื่อประโยชน์ของทางราชการไม่ว่ากรณีใด ๆ และผู้อนุญาตหรือผู้แทนได้แจ้งเป็นหนังสือให้ผู้รับอนุญาตทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า ๓๐ วัน ผู้รับอนุญาตตกลงให้สัญญานี้เป็นอันเลิกกันและผู้รับอนุญาตจะไม่เรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากผู้อนุญาต อันเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะ บรรลุผล สัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง^{๔๕} คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้อ้างข้อความตามมติครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ ลงวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๔ ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาว่า สัญญาดังกล่าวซึ่งมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เป็นสัญญาทางปกครอง

การที่องค์การบริหารส่วนตำบลเกาะหวดได้มีประกาศประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Auction) เมื่อวันที่ ๑ มิถุนายน ๒๕๔๙ เพื่อก่อสร้างประปาหมู่บ้าน จำนวน ๑ แห่ง โดยประกาศดังกล่าวกำหนดให้ผู้เสนอราคาต้องวางหลักประกันของพร้อมกับการยื่นประมูล และหากผู้เสนอราคาซึ่งองค์การบริหารส่วนตำบลเกาะหวดได้คัดเลือกแล้วไม่ไปทำสัญญาภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง องค์การบริหารส่วนตำบลเกาะหวดจะริบหลักประกันของหรือเรียกร้องจากผู้ออกหนังสือค้ำประกันของทันที เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ยินยอมผูกพันตนตามประกาศขององค์การบริหารส่วนตำบลเกาะหวดด้วยการเข้าเสนอราคาและยื่นหลักประกันของต่อองค์การบริหารส่วนตำบลเกาะหวด จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอขององค์การบริหารส่วนตำบลเกาะหวด และก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันของ” โดยที่สัญญาหลักประกันของมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายองค์การบริหารส่วนตำบลเกาะหวดมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครอง อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคซึ่งเป็นความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาหลักประกันของดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ^{๔๖}

การที่กองทัพเรือโดยกรมช่างโยธาทหารเรือมีประกาศกรมช่างโยธาทหารเรือ เรื่อง ประกวตราค่าจ้างก่อสร้างอาคาร กองบริการ กรมพลธิการทหารเรือ ในพื้นที่กรมสารวัตรทหารเรือ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ลงวันที่ ๑๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๐ ซึ่งมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้ประกอบกิจการรับเหมาก่อสร้างทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างก่อสร้างตามแบบสัญญาที่กำหนด และเป็นคำเสนอให้

^{๔๕} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๗๑๓/๒๕๖๐

^{๔๖} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๘๒๘/๒๕๕๕

ผู้ที่เข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดโดยกรมช่างโยธาทหารเรือกำหนด เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ยื่นเอกสารประกวดราคา โดยจัดทำหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และวางหลักประกันซองเป็นหนังสือค้ำประกันของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ต่อผู้ฟ้องคดีแล้ว จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของกองทัพเรือโดยกรมช่างโยธาทหารเรือ และก่อให้เกิดสัญญาขึ้น ตามนัยมาตรา ๓๖๑ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็น สัญญาประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร กองบริการ กรมพลธิการทหารเรือ ในพื้นที่ กรมสารวัตรทหารเรือ ที่กองทัพเรือกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มุ่งจะกระทำขึ้นในภายหลัง สัญญาที่เกิดขึ้นก่อนนี้มีลักษณะเป็นสัญญาเบื้องต้นที่เรียกว่า สัญญาหลักประกันซอง โดยมีกองทัพเรือโดยกรมช่างโยธาทหารเรือ เป็นคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะเป็นสัญญาที่กองทัพเรือใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการกำหนด ข้อสัญญาตามประกาศประกวดราคาและเอกสารประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แต่เพียง ฝ่ายเดียว อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง นอกจากนั้น สัญญาดังกล่าวยังมีวัตถุประสงค์ในการจ้างก่อสร้างอาคารดำเนินการของผู้ฟ้องคดีเพื่อเป็นเครื่องมือในการ ดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล อันมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาหลักประกันซอง ดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ^{๔๗}

ทั้ง ๒ คดีดังกล่าวข้างต้น ศาลปกครองสูงสุดอ้างถึงอำนาจที่เหนือกว่าของคู่สัญญา ที่เป็นหน่วยงานทางปกครองในการเลือกคู่สัญญาควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญา ได้ฝ่ายเดียวและอ้างเกณฑ์เรื่องสัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคในการวินิจฉัยว่าสัญญา หลักประกันซองดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาจ้างจัดทำห้องปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์ และภาษาอังกฤษ และ สัญญาจ้างจัดทำคาร์กัทท์ประกอบห้องพร้อมส่วนควบ ระหว่างสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน กับเอกชนผู้รับจ้าง เพื่อใช้สำหรับจัดกระบวนการเรียนรู้ การถ่ายทอดความรู้ การฝึกอบรม ฯลฯ อันเป็นการส่งเสริมการศึกษาขั้นพื้นฐานในสถานศึกษาที่อยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษา ขั้นพื้นฐานผู้ว่าจ้างนั้น ห้องปฏิบัติการดังกล่าวเป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่ง เพื่อให้การจัดการศึกษา ซึ่งถือว่าเป็นบริการสาธารณะของรัฐบรรลุผล ประกอบกับสัญญาข้างต้นมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป เช่น กรรมการ ตรวจสอบการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษาที่ผู้ว่าจ้างแต่งตั้งมีอำนาจที่จะสั่งให้แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือตัดทอนซึ่งงานตามสัญญาได้ หากผู้รับจ้างขัดขืนไม่ปฏิบัติตามอาจถูกสั่งให้หยุดกิจการนั้นชั่วคราว โดยความล่าช้า ในกรณีดังกล่าวผู้รับจ้างไม่อาจถือเป็นเหตุขอขยายวันทำการออกไปได้ นอกจากนั้น ผู้ว่าจ้าง ยังมีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้น ๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา มีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อกำหนด ต่าง ๆ ในเอกสารสัญญาโดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ และหากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้างที่จะ นำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้น ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคารวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่ ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้างหรือราคาตายตัว ตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ดังนั้น

^{๔๗} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๗๙/๒๕๕๖

สัญญาดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นสัญญาทางปกครอง^{๔๘} ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาทางปกครอง ด้วยเหตุ ๒ ประการ คือ สัญญาจัดทำห้องปฏิบัติการวิทยาศาสตร์เป็นเครื่องมือสำคัญเพื่อให้การจัดการศึกษา ซึ่งถือว่าเป็นบริการสาธารณะบรรลุผลและมีข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินกิจการสถานีวิจัยกระจายเสียงระหว่างสำนักงานตำรวจแห่งชาติกับเอกชน มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนภารกิจความรับผิดชอบด้านการสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน รวมทั้งเพื่อความบันเทิงแก่ประชาชน ประกอบกับสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เช่น ให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติจัดช่วงเวลาออกอากาศให้ผู้ร่วมดำเนินการตามแนวทางของคณะกรรมการกำหนดนโยบายและควบคุมการบริหารสถานีวิจัยกระจายเสียงของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือสำนักงานตำรวจแห่งชาติมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อยคำหรือข้อความโฆษณาได้ตามที่เห็นสมควร หรือให้สิทธิสำนักงานตำรวจแห่งชาติหรือตัวแทนทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ตัดทอนซึ่งข้อความ บทวิทยุ เทปบันทึกเสียง หรือสิ่งอื่นใดที่จะใช้ออกอากาศที่ขัดต่อระเบียบ รวมถึงสำนักงานตำรวจแห่งชาติมีสิทธิระงับการจัดรายการได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวหรือแจ้งให้เอกชนผู้รับจ้างทราบ และผู้รับจ้างไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ ทั้งสิ้น จึงเป็นสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินกิจการสถานีวิจัยระหว่างสำนักงานตำรวจแห่งชาติกับเอกชน อันมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง^{๔๙} คดีนี้ศาลปกครองวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาทางปกครองโดยอ้างข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครองคู่สัญญา และอ้างลักษณะของสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินบริการสาธารณะ

สัญญาซึ่งจังหวัดปราจีนบุรีจ้างเอกชนขุดสระน้ำตามโครงการส่งเสริมการใช้น้ำ เพื่อเศรษฐกิจพอเพียง แม้จะเป็นการจ้างขุดสระน้ำเพื่อประโยชน์ในการช่วยเหลือประชาชนซึ่งเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินอันเป็นที่ตั้งของสระน้ำให้สามารถทำการเกษตรแบบผสมผสานเพื่อสร้างผลผลิตให้เพียงพอสำหรับบริโภคในครัวเรือนโดยไม่ได้ใช้ประโยชน์เพื่อส่วนรวมหรือสำหรับประโยชน์โดยทั่วไป แต่วัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างดังกล่าวต้องการให้สระน้ำก่อให้เกิดผลผลิตและรายได้ อันทำให้ประชาชนมีความเป็นอยู่พอเพียง เป็นการยกมาตรฐานการดำรงชีพของประชาชน อีกทั้งสัญญาดังกล่าวไม่ได้ระบุโดยเฉพาะเจาะจงว่าผู้มีสิทธิในที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของสระน้ำเป็นบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หากแต่เป็นการบริการให้แก่ประชาชนจำนวนหนึ่งที่เข้าหลักเกณฑ์ตามที่ระบุไว้ในโครงการ โดยมีแนวทางให้มีการจัดเก็บรายได้ส่วนหนึ่งของผู้มีสิทธิในที่ดิน ซึ่งเป็นที่ตั้งของสระน้ำส่งคืนให้แก่กลุ่มเพื่อนำไปขยายผลการขุดสระน้ำให้แก่สมาชิกอื่น การขุดสระน้ำดังกล่าวจึงเป็นการใช้เพื่อจุดมุ่งหมายในการสาธารณูปโภคของประชาชน ถือเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นอกจากนี้ การที่สัญญาจ้างดังกล่าวมีบันทึกเพิ่มเติมเงื่อนไขสัญญาจ้างระบุว่าเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ และมีข้อกำหนดว่าผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะส่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้น ๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา รวมทั้งผู้ว่าจ้างมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบ

^{๔๘} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๘๕๓/๒๕๔๗

^{๔๙} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๓๒/๒๕๕๑

และข้อกำหนดต่าง ๆ ในเอกสารสัญญาได้ โดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ ข้อกำหนดดังกล่าวจึงเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ อันทำให้สัญญาจ้างพิพาทเป็นสัญญาทางปกครองด้วย^{๕๐}

สัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กเลียบลอง ระหว่างองค์การบริหารส่วนตำบลผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้าง เป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และมีข้อตกลงในสัญญาที่ให้ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองมีสิทธิพิเศษเหนือผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเอกชนคู่สัญญา เช่น ให้มีสิทธิสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้ในเอกสารสัญญา หากเป็นงานที่อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาจากข้อตกลงดังกล่าว เมื่อปรากฏว่าดินข้างถนนด้านเลียบลองทรุดตัวและเลื่อนไหลลงคลองทำให้ไม่สามารถก่อสร้างถนนตามสัญญาได้ ประธานกรรมการบริหารขององค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งเป็นผู้แทนตามกฎหมายขององค์การบริหารส่วนตำบลตามนัยมาตรา ๖๐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติสภาพาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ จึงมีอำนาจสั่งให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างเชื่อมกันดินพัง โดยถือว่าเป็นงานพิเศษซึ่งอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาได้ เนื่องจากการก่อสร้างเพื่อให้สามารถดำเนินการก่อสร้างถนนตามข้อตกลงในสัญญาต่อไปได้ และถือว่าการสร้างเชื่อมดังกล่าวเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งของสัญญา แม้ว่าจะเป็นการตกลงด้วยวาจาก็ตาม^{๕๑}

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างเอกชนขุดสระน้ำตามโครงการใช้น้ำเพื่อเศรษฐกิจพอเพียง และสัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครองและข้อกำหนดในสัญญาแสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครอง

เทศบาลนครราชสีมาจัดให้มีการสอบราคาจ้างก่อสร้างถนน คสล. พร้อมวางระบายน้ำ แต่เอกชนผู้เสนอราคาซึ่งชนะการสอบราคาไม่เข้าทำสัญญาจ้างกับเทศบาลฯ ตามที่กำหนดไว้ในเอกสารสอบราคาจ้างแนบท้ายประกาศสอบราคาฯ เป็นเหตุให้เทศบาลฯ ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้เสนอราคาดังกล่าวนั้น เนื่องจากประกาศสอบราคาจ้างเป็นการเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ และโดยที่เอกสารสอบราคาแนบท้ายประกาศสอบราคาในกรณีนี้ได้กำหนดให้ผู้เสนอราคาต้องยื่นเสนอราคาโดยใช้แบบใบเสนอราคาตามที่ทางเทศบาลฯ จัดให้ไว้เท่านั้น โดยในใบเสนอราคาดังกล่าวมีข้อความระบุว่าผู้เสนอราคายอมรับว่าเทศบาลฯ ไม่มีความผูกพันที่จะรับคำเสนอของผู้เสนอราคาหรือใบเสนอราคาใด ๆ รวมทั้งไม่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายใด ๆ อันอาจเกิดขึ้นในการที่ผู้เสนอราคาได้เข้าเสนอราคา ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าผู้เสนอราคาได้เสนอราคาตามใบเสนอราคาดังกล่าว จึงเป็นการทำคำเสนอต่อเทศบาลฯ โดยเทศบาลฯ อยู่ในฐานะที่เหนือกว่าผู้เสนอราคา และการที่เทศบาลฯ ได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้เสนอราคาซึ่งชนะการสอบราคาไปทำสัญญาจ้างภายในเวลาที่กำหนดไว้ในเอกสารสอบราคานั้น เป็นคำสนองอันก่อให้เกิดสัญญาอย่างหนึ่งซึ่งไม่ใช่สัญญาจ้างก่อสร้างถนนตามประกาศสอบราคา โดยถือได้ว่าสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง อันได้แก่ การบริการสาธารณะบรรลุผล จึงเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีข้างต้นจึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ^{๕๒}

^{๕๐} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๙๙/๒๕๔๙

^{๕๑} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๖/๒๕๔๗

^{๕๒} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๖๐/๒๕๔๘

กรมชลประทาน (ผู้ฟ้องคดี) ประกาศสอบราคาจ้างเหมาซ่อมแซมฝาย โดยเปิดโอกาสให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างที่มีคุณสมบัติครบถ้วนเข้าแข่งขันราคาด้วยวิธีการยื่นซองเสนอราคา หากผู้เสนอราคารายใดเสนอราคาที่เหมาะสมแก่การว่าจ้างในราคาต่ำสุด ผู้เสนอราคารายนั้นจะเป็นผู้ชนะการสอบราคา และมีสิทธิเข้าทำสัญญาจ้างเหมาซ่อมแซมฝายกับผู้ฟ้องคดีนั้น ประกาศสอบราคาดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างทำคำเสนอต่อผู้ฟ้องคดี เมื่อต่อมาเอกชนผู้เสนอราคา (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ยื่นใบเสนอราคาต่อผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดี และการที่ผู้ฟ้องคดีได้พิจารณาอนุมัติรับราคาจากผู้ถูกฟ้องคดีเสนอและมีหนังสือแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีมาทำสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้รับหนังสือแจ้งดังกล่าวแล้วนั้น ถือว่าผู้ฟ้องคดีได้เลือกให้ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการสอบราคา และได้สนองรับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดีแล้ว ดังนั้น เมื่อคำสนองของผู้ฟ้องคดีตรงกับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดี จึงทำให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า “สัญญาสอบราคา” โดยคู่สัญญาตามสัญญาสอบราคามีความผูกพันกันในฐานะที่จะเข้าทำสัญญาจ้างเป็นหนังสืออีกชั้นหนึ่ง และเมื่อสัญญาสอบราคาดังกล่าวมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง อีกทั้งผู้ฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว อันเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง สัญญาสอบราคาพิพาทจึงแสดงถึงลักษณะพิเศษในการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง^{๕๓}

ข้อสัญญาที่ให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) มีสิทธิยกเลิกข้อตกลงการบริหารจัดการท่าเทียบเรือตามะลั้งชั่วคราวเมื่อใดก็ได้ โดยผู้ฟ้องคดีจะฟ้องเรียกค่าเสียหายไม่ได้แต่อย่างใดก็ตาม แม้หน่วยงานทางปกครองจะมีเอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ประพฤติดิตสัญญา แต่การใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวไม่อาจกระทำได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพ สนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม^{๕๔}

สัญญาจ้างก่อสร้างโครงการของเทศบาลเป็นสัญญาทางปกครองที่เทศบาลซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว เทศบาลจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาจ้างด้วยเหตุไม่มีงบประมาณเพียงพอที่จะดำเนินการก่อสร้างได้^{๕๕}

สัญญาฝากเก็บ แปรสภาพ และจัดจำหน่ายข้าว เป็นขั้นตอนหนึ่งของมาตรการรับจำนำข้าวเปลือกจากเกษตรกรของรัฐบาลตามโครงการรับจำนำข้าวเปลือกนาปรัง ปี ๒๕๕๕ อันเป็นโครงการที่ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการนโยบายข้าว (กนช.) เพื่อช่วยเหลือเกษตรกรหรือสถาบันเกษตรกรที่ปลูกข้าวซึ่งไม่มียุ้งฉางเป็นของตนเองให้มีสถานที่เก็บข้าวเปลือกและแปรสภาพข้าวเปลือกเป็นข้าวสาร โดยออกไปประหวนสินค้าให้แก่เกษตรกรหรือสถาบันเกษตรกรเพื่อนำไปจำหน่ายไว้กับธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์ สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ซึ่งเป็นเอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะรับจำนำข้าวเปลือกจากเกษตรกรและสถาบันเกษตรกรตามอำนาจหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี และสัญญานี้ยังมีข้อกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ก่อนครบกำหนดระยะเวลา

^{๕๓} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๕๕/๒๕๕๐

^{๕๔} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๙๒/๒๕๕๒

^{๕๕} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗๐๗-๗๐๘/๒๕๕๔

ตามสัญญาโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายใด ๆ จากผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ ซึ่งก็มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่มีเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง^{๕๖}

สัญญามีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษซึ่งให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมหรือเลิกสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว ประกอบกับมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การดำเนินการทางปกครองบรรลุผล และยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้เป็นสัญญาทางปกครอง^{๕๗}

สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลของคณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เมื่อข้อกำหนดในสัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก ข้อกำหนดบางข้อของสัญญา เช่น ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ โดยที่ผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ แม้ไม่เคยมีการระบุไว้ในสัญญาจ้างโดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน แม้กระทั่งเรื่องเวลาการทำงานและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ประกอบกับลักษณะที่เป็นสัญญาสำเร็จรูปของสัญญาฉบับนี้ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลฯ นั้นยังมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่อาจพบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง นอกจากนี้ สัญญานี้ยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาสำหรับราคางานก่อสร้างตามสัญญาจ้างนี้อีกด้วย สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง^{๕๘}

สัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุติดตามตัวส่งข้อมูลข่าวสารระบบ Digital Display และ Alphanumeric Paging ระหว่าง บริษัทแพ็คลิงค์ (ประเทศไทย) จำกัด กับ การสื่อสารแห่งประเทศไทย เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หลักเกี่ยวกับการบริการสาธารณะแก่ประชาชนทั่วไปในการดำเนินการให้บริการวิทยุติดตามตัวส่งข้อมูลข่าวสาร และมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะทั้งข้อกำหนดในสัญญาแสดงถึงลักษณะพิเศษซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐที่ไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง^{๕๙}

คดีก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาล เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างฝ่ายปกครองอย่างมาก ประกอบกับมีข้อตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง^{๖๐}

สัญญาซื้อขายตู้ปราคจากเชื้อลามิโนโพลร์ฯ ระหว่าง บริษัทเอกชน ผู้ฟ้องคดี กับ กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ ผู้ถูกฟ้องคดี แม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญานี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล

^{๕๖} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ที่ ๖๑๑/๒๕๔๙, ที่ ๕๙๕/๒๕๕๐, ที่ ๗๑๔/๒๕๕๐, ที่ ๗๕๐/๒๕๕๐, และที่ ๓๖๑/๒๕๕๑

^{๕๗} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๓๙/๒๕๔๗

^{๕๘} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๐๔/๒๕๔๔

^{๕๙} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๗๒/๒๕๔๖

^{๖๐} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๐๔/๒๕๔๔

ซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง^{๖๑}

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังได้มีคำวินิจฉัยอ้างถึงหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองคู่สัญญาไว้ว่า “เมื่อคู่สัญญาทั้ง ๒ ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน การเข้าทำสัญญารับจ้างเหมาตามสัญญาพิพาทในคดีนี้เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ มิได้มีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของผู้ใดผู้หนึ่งโดยเฉพาะ แต่เพื่อประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกันและการบอกเลิกสัญญาเป็นหลักเฉพาะของสัญญาทางปกครอง โดยคู่สัญญาอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียว อันเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองซึ่งมีเหนือเอกชนเพื่อใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยฝ่ายเอกชนไม่สามารถบอกเลิกสัญญาได้เอง”^{๖๒}

๓.๒ ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าไม่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่ง

สัญญารับทุนการศึกษาหลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตสาขาการจัดการและการประเมินโครงการ ประจำปี ๒๕๔๔ ตามโครงการเพิ่มประสิทธิภาพการบริหารจัดการกองทุนหมู่บ้านและชุมชนเมือง แม้จะมีมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้ฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญาดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และสัญญาดังกล่าวไม่มีข้อผูกมัดว่าเมื่อศึกษาจบแล้วผู้รับทุนจะต้องเข้ารับราชการหรือทำงานชดใช้ชุมชน ผู้สำเร็จการศึกษาสามารถทำงานกับเอกชนหรือประกอบอาชีพส่วนตัวได้ วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจึงเป็นการช่วยเหลือผู้รับทุนเท่านั้น หน่วยงานทางปกครองมิได้ใช้เอกสิทธิ์ใดเหนือคู่สัญญา สัญญาดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครอง^{๖๓}

สัญญากู้ยืมเงินกองทุนเงินให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นเรื่องที่รัฐมีนโยบายทางด้านการศึกษาเพื่อให้ผู้ขาดแคลนทุนทรัพย์มีโอกาสได้รับการศึกษาอย่างทัดเทียมกันกับผู้มีฐานะดี จึงจัดตั้งกองทุนดังกล่าวขึ้นเพื่อให้ผู้ขาดแคลนทุนทรัพย์กู้ยืมและเมื่อสำเร็จการศึกษาแล้วผู้กู้ยืมมีหน้าที่ชดใช้เงินกู้ยืมคืนให้กับกองทุนพร้อมดอกเบี้ยตามที่กำหนด สัญญากู้ยืมเงินระหว่าง ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงเป็นสัญญาทางแพ่งมิใช่สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นสัญญาที่ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ^{๖๔}

สัญญาซื้อขายลำไยอบแห้งปีการผลิต ๒๕๔๖ ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับองค์การคลังสินค้า และระหว่างผู้ฟ้องคดีกับองค์การตลาดเพื่อการเกษตร แม้สัญญาดังกล่าวจะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญานี้มิได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มี

^{๖๑} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๒/๒๕๔๔

^{๖๒} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๐๓/๒๕๖๐

^{๖๓} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๔๕/๒๕๔๗, ที่ ๕๕๕/๒๕๔๗, ที่ ๖๙๘/๒๕๔๗, ที่ ๗๑๔/๒๕๔๗, และที่ ๗๔๖/๒๕๔๗

^{๖๔} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๙๐/๒๕๕๐

สิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหรือให้ผู้ฟ้องคดีเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองอันเป็นบริการสาธารณะบรรลุผล แต่เป็นสัญญาที่ได้ทำขึ้นเป็นพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาที่มุ่งผูกนิติสัมพันธ์ด้วยใจสมัคร จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง^{๖๕}

สัญญาเช่าล๊อค (ห้อง) หรือแท่นเพื่อขายสินค้าระหว่างผู้ฟ้องคดีกับเทศบาลตำบลกลางผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ แม้มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่ไม่ใช่สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคโดยตรง แต่เป็นการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ มีการเรียกเก็บค่าเช่าจากผู้ประกอบการในลักษณะเอกชนต่อเอกชนและไม่มีการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือคู่สัญญา สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง^{๖๖}

สัญญาก่อสร้างพัฒนาระบบแปลงเกษตรกรรมระดับไร่นา ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคสำหรับประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน และมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เช่น ข้อกำหนดที่ให้อำนาจผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ ข้อกำหนดที่ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว ประกอบกับเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อสร้างพัฒนาระบบแปลงเกษตรกรรมที่มีลักษณะพิเศษเพื่อให้การดำเนินการทางปกครองบรรลุผล ซึ่งเป็นลักษณะที่ไม่พบในสัญญาแพ่งทั่วไป^{๖๗}

สัญญาอุทิศที่ดินให้แก่เทศบาลตำบลชุมแพ ผู้ถูกฟ้องคดี เพื่อสร้างตลาดสด แม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญานี้ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคโดยตรง หากแต่เป็นการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยมีการเรียกเก็บค่าเช่าจากผู้ประกอบการในลักษณะเอกชนต่อเอกชน และไม่ได้มีการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเหนือคู่สัญญา สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง^{๖๘}

สัญญาเช่าที่ดินบริเวณย่านพหลโยธิน (ริมถนนกำแพงเพชร ๒) ที่ผู้ฟ้องคดีทำกับการรถไฟแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เพื่อปลูกสร้างอาคารและจัดหาประโยชน์ แม้สัญญาเช่าดังกล่าวจะมีหน่วยงานทางปกครองเป็นคู่สัญญา แต่สัญญาดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ได้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญาเช่าที่ดินดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครอง^{๖๙}

การศึกษาคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดไทยสะท้อนให้เห็นว่า ศาลอ้างเกณฑ์ในเรื่องของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งในการพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองอย่างค่อนข้างเคร่งครัด โดยส่วนใหญ่ศาลจะอ้างถึงข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์

^{๖๕} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๕๓/๒๕๕๘

^{๖๖} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๑๗/๒๕๕๘

^{๖๗} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๓๙/๒๕๕๗

^{๖๘} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๙/๒๕๕๗

^{๖๙} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๕/๒๕๕๗

ของรัฐ เช่น เอกสิทธิ์ในการคัดเลือกคู่สัญญา การมีอำนาจแก้ไขหรือการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว การควบคุมดูแล การดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา นอกจากนี้ ในบางคดีศาลปกครองสูงสุดก็ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าคู่สัญญาอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียว อันเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองซึ่งมีเหนือเอกชนเพื่อใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกับคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสในคดีบริษัท AXA France IARD ที่วางแนวไว้ว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งต้องเป็นข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงประโยชน์สาธารณะ

ดังนั้น การที่ศาลปกครองใช้เกณฑ์เรื่องข้อกำหนดของสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองมีสิทธิเหนือเอกชนมาพิจารณากำหนดว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองไม่ได้เป็นการขยายเขตอำนาจของศาลปกครอง เพียงแต่ศาลปรับใช้และพัฒนาลักษณะของสัญญาทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการให้มีการพัฒนาลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาลปกครองกฎหมายจึงไม่ได้ระบุความหมายของสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ใช้คำว่า “ให้หมายความรวมถึง...”^{๗๐} ดังนั้น จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดอาจกล่าวได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากการที่กฎหมายกำหนด เพียงแต่เป็นการพัฒนาเกณฑ์การพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเท่านั้น

^{๗๐} การพิจารณาของคณะกรรมการการของวุฒิสภา ครั้งที่ ๒ วันพุธที่ ๑๗ มีนาคม ๒๕๔๒ และครั้งที่ ๑๖ วันพุธที่ ๑๙ พฤษภาคม ๒๕๔๒

**ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง
และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐***

ชนิษฐา เต็มตฤชญา**

บทนำ

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐนั้นมีความสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน ในขณะที่การบริหารพัสดุของรัฐก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน ด้วยเหตุที่การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐนั้นสัมพันธ์กับเงินงบประมาณของรัฐที่ต้องใช้จ่าย การกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อจัดระเบียบให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการอย่างถูกต้องจึงเป็นสิ่งจำเป็น อีกทั้งยังเป็นกรอบของกฎหมายที่กำหนดแนวปฏิบัติให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ปฏิบัติงานด้านพัสดุและเพื่อสร้างความเข้าใจให้กับเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุด้วย จึงเป็นที่มาของการมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ และที่แก้ไขเพิ่มเติม^๑ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๙ ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการจัดหาพัสดุด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Market : e-market) และด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Bidding : e-bidding) ลงวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘ นอกจากนี้ ยังมีบรรดาระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ ข้อบัญญัติ และข้อกำหนดใด ๆ ที่เกี่ยวกับการพัสดุ การจัดซื้อจัดจ้าง หรือการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐทุกแห่งที่อยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้

อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยความประสงค์ของรัฐบาลที่ต้องการแก้ปัญหาการทุจริตการจัดซื้อจัดจ้าง อันเกิดจากการมีระเบียบที่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ใช้ปฏิบัติหลากหลาย และปัญหาอื่น ๆ ที่เกิดขึ้น เช่น การพิจารณาตีความวินิจฉัยปัญหาการปฏิบัติตามระเบียบและการอนุมัติยกเว้นผ่อนผันการไม่ปฏิบัติตามระเบียบก็เป็นอำนาจของผู้ออกระเบียบ ทำให้ไม่มีมาตรฐานกลาง การไม่มีระบบการรวมศูนย์ข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนทำให้ยากแก่การตรวจสอบ และการไม่มีมาตรการที่เข้มงวดเด็ดขาดในการลงโทษผู้กระทำความผิด รัฐบาลจึงถือเป็นวาระเร่งด่วนให้มีกฎหมายกลางเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้ทุกหน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติเป็นแนวทางเดียวกัน และเพื่อให้เป็นไปตามแนวนโยบายการส่งเสริมการบริหารราชการแผ่นดินที่มีธรรมาภิบาลและการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในภาครัฐตามที่ได้แถลงต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๕๗^๒

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนเมษายน ๒๕๖๐ และเผยแพร่ในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๑ (มกราคม-มีนาคม) ๒๕๖๐

** น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.ม. (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), ปริญญาโทสาขากฎหมายปกครอง (Master 2 Recherche Droit administratif) มหาวิทยาลัยลิล ๒ (Lille 2), พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

^๑ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๘, (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๓๙, (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๑, (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๔๒ และ (ฉบับที่ ๖) พ.ศ. ๒๕๔๕

^๒ กลุ่มงานระเบียบว่าด้วยการพัสดุ สำนักมาตรฐานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง, “คำชี้แจงความจำเป็นในการตรากฎหมาย” ในเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ซึ่งเสนอโดยคณะรัฐมนตรีเพื่อบรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๔๐/๒๕๕๙ วันพฤหัสบดีที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๕๙

กระทรวงการคลัง โดยกรมบัญชีกลางในฐานะหน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบจึงได้ดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. โดยรวบรวมบรรดากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุมารวมถึงการบริหารพัสดุของรัฐให้อยู่ในกฎหมายฉบับเดียว โดยยกระดับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุที่ใช้อยู่ในปัจจุบันขึ้นเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และได้เสนอร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ต่อคณะรัฐมนตรี โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัตินี้ตั้งแต่วันที่ ๑๔ มิถุนายน ๒๕๕๙ จากนั้นได้เสนอร่างพระราชบัญญัติฯ ต่อประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๕๙ เพื่อให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา ๑๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ ซึ่งในคราวประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๘๐/๒๕๕๙ วันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๕๙ ที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้พิจารณาเห็นชอบร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้ประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ และเมื่อวันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐ ได้มีการประกาศใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขการใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป^๓

อนึ่ง ปรากฏการณ์การพิจารณาการร่างและบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุไม่ได้เกิดขึ้นที่ประเทศไทยประเทศเดียว ประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปก็ได้มีการปรับปรุงแก้ไขและยกเลิกกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุมานับหลายต่อหลายครั้ง โดยล่าสุดได้มีการยกเลิกประมวลกฎหมายการพัสดุ และประกาศใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐซึ่งมีจำนวนหลายฉบับเมื่อปีที่แล้ว ประเทศฝรั่งเศสในฐานะรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปนั้นได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของสหภาพยุโรปที่บังคับให้รัฐสมาชิกกำหนดองค์การซื้อที่กำหนดของสหภาพยุโรปมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ จึงเป็นที่มาให้ประเทศฝรั่งเศสต้องปฏิรูประบบกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเพื่อให้เป็นไปตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรป ลงวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๔ จำนวนสามฉบับ ได้แก่ ข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยการจัดทำสัญญาสัมปทาน ข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของนิติบุคคลที่ประกอบกิจการโครงข่ายสาธารณูปโภคจำพวกน้ำ พลังงาน การคมนาคมขนส่ง และการให้บริการไปรษณีย์ โดยได้มีการยกเลิกประมวลกฎหมายการพัสดุ ค.ศ. ๒๐๐๖ และประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับการพัสดุนับหลายฉบับที่มีผลบังคับนับตั้งแต่วันที่ ๑ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๖ เป็นต้นไป

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศฝรั่งเศสแล้ว ในเบื้องต้นเห็นได้ว่า มีการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน ซึ่งแม้จะมีที่มาที่ไปเหมือนและต่างกันบ้าง โดยกฎหมายเกี่ยวกับการพัสดุของประเทศฝรั่งเศสแก้ไขเปลี่ยนแปลงด้วยเหตุผลของสภาพบังคับของกฎหมายสหภาพยุโรปเป็นหลัก ในขณะที่กฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของไทยไม่ได้มีเหตุผลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ทั้งหลายทั้งปวงกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐของทั้งสองประเทศได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมกฎหมายที่บังคับใช้หลายฉบับเข้าเป็นกฎหมายฉบับเดียวเพื่อใช้เป็นกรอบการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของหน่วยงานภาครัฐให้เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้งานได้ง่าย ทันสมัย ลดการใช้กระดาษโดยใช้ระบบข้อมูลสารสนเทศแทน และมีขั้นตอน

^๓ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๔ ตอนที่ ๒๔ ก ลงวันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐ หน้า ๑๓

การจัดซื้อจัดจ้างที่โปร่งใส ตรวจสอบได้ เพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เหนือกันเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของไทยจึงมีข้อพิจารณาบางประการที่สามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐของประเทศฝรั่งเศสได้ อันเป็นที่มาของการจัดทำบทความนี้

ในบทความนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงสาระสำคัญของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ของไทย (๑) ตามด้วยประสบการณ์การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศฝรั่งเศส (๒) จากนั้นจะนำเสนอข้อพิจารณาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยจะยกเฉพาะประเด็นสำคัญ ๆ ขึ้นมาพิจารณา (๓)

๑. สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

๑.๑ วัตถุประสงค์

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีกฎหมายฉบับเดียวที่กำหนดเกณฑ์มาตรฐานกลางสำหรับหน่วยงานของรัฐทุกแห่งในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุให้เป็นแบบเดียวกัน โดยมุ่งหวังให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเป็นไปอย่างคุ้มค่าและคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญ ให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างด้วยความโปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม โดยเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนมากที่สุด และส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นไปตามหลักธรรมาภิบาลและป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบในการดำเนินการ และจัดระเบียบให้การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นระบบมากขึ้น เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับสาธารณชนและให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป

๑.๒ สาระสำคัญ

(๑) ขอบเขตการบังคับใช้ พระราชบัญญัตินี้ขยายความจากเดิมที่ใช้เฉพาะกับ “ส่วนราชการ” เป็นให้รวมถึง ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ตามคำนิยามว่า “หน่วยงานของรัฐ” ในมาตรา ๔

(๒) การมีส่วนร่วมของภาคประชาชนและผู้ประกอบการในการป้องกันการทุจริต ซึ่งเป็นเรื่องที่กำหนดเข้ามาใหม่ โดยกำหนดให้หน่วยงานของรัฐสามารถจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการสังเกตการณ์ในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งของการจัดซื้อจัดจ้าง หรือคณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต (คณะกรรมการ ค.ป.ท.) อาจกำหนดให้มีการจัดทำข้อตกลงคุณธรรมตามโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐก็ได้ (มาตรา ๑๖ ถึง มาตรา ๑๙)

(๓) คณะกรรมการ พระราชบัญญัตินี้เพิ่มจำนวนคณะกรรมการกลางในขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างเป็น ๕ คณะ ในหมวด ๓ ซึ่งจากเดิมมีเพียงคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพ.) เพียงชุดเดียว คณะกรรมการ ๕ คณะนี้มีองค์ประกอบของคณะกรรมการซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐจากส่วนกลาง ได้แก่ คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ (คณะกรรมการนโยบาย) คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ (คณะกรรมการวินิจฉัย) คณะกรรมการกลาง

และขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน (คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์) โดยคณะกรรมการทั้ง ๕ คณะ เป็นคณะกรรมการจากส่วนกลางเพื่อทำหน้าที่เสนอแนะนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต่อคณะรัฐมนตรี ติความและวินิจฉัยปัญหาข้อหาหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ และกฎหมายลำดับรองกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดราคากลาง กำหนดแนวทางและวิธีการในการดำเนินโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และพิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์

(๔) องค์การสนับสนุนการดำเนินการ พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้ผู้ประกอบการไปขึ้นทะเบียนรวมศูนย์ที่ “กรมบัญชีกลาง” ซึ่งเดิมแต่ละหน่วยงานจะขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการของตนเอง แต่ตามกฎหมายใหม่มีกรมบัญชีกลางเป็นผู้ทำหน้าที่ดูแลและพัฒนาระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ จัดทำฐานข้อมูลราคาอ้างอิงของพัสดุ ประเมินผลการปฏิบัติงานของหน่วยงานของรัฐ รวมทั้งจัดฝึกอบรมเพื่อส่งเสริมและพัฒนาเจ้าหน้าที่ให้มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ (มาตรา ๔๖ ถึง มาตรา ๕๐)

(๕) วิธีการจัดซื้อจัดจ้าง มาตรา ๕๕ ในหมวด ๖ กำหนดเหลือเพียง ๓ วิธี คือ ประกาศเชิญชวนทั่วไป วิธีการคัดเลือก และวิธีเฉพาะเจาะจง จากเดิมซึ่งกำหนดไว้ ๕ วิธีตามข้อ ๑๘ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ คือ วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา วิธีพิเศษ และวิธีกรณีพิเศษ

การจ้างที่ปรึกษาในหมวด ๗ สามารถทำได้ ๓ วิธี ตามที่กำหนดในมาตรา ๕๕ ซึ่งถือว่าเพิ่มจากเดิมที่ทำได้เพียง ๒ วิธี คือ วิธีตกลงและวิธีคัดเลือก (ข้อ ๗๗ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ)

ส่วนการจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างในหมวด ๘ ทำได้ ๔ วิธี คือ วิธีตามมาตรา ๕๕ ซึ่งมี ๓ วิธี โดยมีวิธีประกวดแบบเพิ่มเข้ามา ซึ่งเป็นวิธีที่แตกต่างจากเดิม คือ วิธีตกลง วิธีคัดเลือก วิธีคัดเลือกแบบจำกัดข้อกำหนด และวิธีพิเศษ (ข้อ ๘๕ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ)

(๖) การทำสัญญา พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐฯ มาตรา ๙๓ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ซึ่งมีขั้นตอนการประกาศแบบสัญญาในราชกิจจานุเบกษาเพิ่มขึ้นมา ในขณะที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๑๓๒ บัญญัติให้ใช้สัญญาตามตัวอย่างที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด ซึ่งเป็นร่างสัญญาที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้ตรวจพิจารณาแล้ว

(๗) การประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการ ในหมวด ๑๑ เป็นการกำหนดเพิ่มเข้ามาจากเดิมที่ไม่มีบัญญัติไว้ โดยหน่วยงานของรัฐจะพิจารณาจากความสามารถของผู้ประกอบการในการปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาเป็นสำคัญ ซึ่งผลการประเมินดังกล่าวจะเป็นส่วนหนึ่งของเกณฑ์การพิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอขอเสนอกับหน่วยงานของรัฐด้วย

(๘) วิธีการอุทธรณ์ มาตรา ๑๑๔ ของหมวด ๑๔ กำหนดความชัดเจนของการอุทธรณ์ โดยให้ “ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐ” มีสิทธิอุทธรณ์ได้ หากเห็นว่าหน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ เป็นเหตุให้ตนไม่ได้รับการคัดเลือกเป็นคู่สัญญา กับหน่วยงานของรัฐ

นอกจากนี้ กฎหมายกำหนดให้ต้องยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐนั้นภายในเจ็ดวันทำการนับแต่วันประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง และให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในเจ็ดวันทำการนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ซึ่งหากเห็นด้วยกับอุทธรณ์ก็ให้ดำเนินการตามความเห็นนั้นภายในกำหนดเวลาดังกล่าว แต่หากไม่เห็นด้วยไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้รายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายในสามวันทำการนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว

(๙) ขั้นตอนการพิจารณาอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ มาตรา ๑๑๙ ของหมวด ๑๔ กำหนดรายละเอียดไว้ว่า เมื่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้รับรายงานจากหน่วยงานของรัฐแล้ว ให้พิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับรายงานดังกล่าว หากไม่อาจพิจารณาได้ทันกำหนด ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ขยายระยะเวลาออกไปได้ไม่เกินสองครั้ง ครั้งละไม่เกินสิบห้าวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว

กรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังขึ้นและมีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างใหม่หรือเริ่มจากขั้นตอนใดตามที่เห็นสมควร แต่หากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังไม่ขึ้นหรือไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้คณะกรรมการแจ้งหน่วยงานของรัฐเพื่อดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างต่อไป

หากผู้อุทธรณ์ไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ และเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว

(๑๐) บทกำหนดโทษ เดิมระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๑๐ มีเพียง “โทษทางวินัย” ในขณะที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ หมวด ๑๕ กำหนด “โทษทางอาญา” สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้เพิ่มเข้ามา โดยเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุโดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุโดยทุจริตจะต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าวต้องรับโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ ยังกำหนดโทษสำหรับผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการวินิจฉัยหรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ เพื่อบังคับผู้ที่เกี่ยวข้องให้ความร่วมมือในการส่งเอกสารหรือหลักฐานประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยหรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ โดยกำหนดให้มีความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐฯ เห็นว่าเป็นกฎหมายที่กำหนดกรอบการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานภาครัฐอย่างเป็นระบบ มีบทบัญญัติที่น่าสนใจและเป็นเรื่องใหม่ คือ การกำหนดให้มีมาตรการชะลอการลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาอุทธรณ์และไม่มีผู้ใดอุทธรณ์ตามมาตรา ๑๑๗ หรือจนกว่าจะได้รับแจ้งจากคณะกรรมการ

พิจารณาอุทธรณ์ให้ทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ตามมาตรา ๑๑๙ (มาตรา ๖๖ วรรคสอง) ถือเป็นมาตรการหนึ่งที่จะช่วยป้องกันมิให้มีการเร่งรัดลงนามในสัญญาอันเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน เนื่องจากผู้เสียหายซึ่งไม่ได้รับการคัดเลือกให้ชนะการประกวดราคาได้อุทธรณ์ตามขั้นตอนของกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันหน่วยงานก็ไปเร่งรัดให้มีการทำสัญญาเกิดขึ้น ทำให้ผู้เสียหายที่ประสงค์เป็นคู่สัญญากับรัฐฟ้องเรียกค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐได้เพียงอย่างเดียว ซึ่งวิธีนี้อาจมิใช่การเยียวยาความเสียหายที่แท้จริงให้กับผู้เสียหายจากการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมิใช่ความต้องการที่แท้จริงของคู่กรณี มาตรการดังกล่าวยังตรงกับบทกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาเฉพาะสำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุและสัญญาทางปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศส อันเป็นบทบัญญัติที่บรรจุอยู่ในประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครองฝรั่งเศส ซึ่งจะได้กล่าวอีกครั้งในข้อพิจารณาบางประการของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

อย่างไรก็ดี ดร. ประสาท พงษ์สุวรรณ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ศ. ดร. สุรพล นิธิไกรพนธ์ และวิทยากรท่านอื่น ๆ ได้ให้ข้อสังเกตต่อร่างพระราชบัญญัติในขณะนั้นและเสนอมุมมองทางวิชาการไว้ในงานเสวนาวิชาการที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อาทิ การกำหนดโครงสร้างที่ใหญ่โดยรวมศูนย์อำนาจไว้ที่กระทรวงการคลังเพียงแห่งเดียวในรูปแบบของคณะกรรมการ ๕ ชุด แล้วกำหนดให้ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรอิสระ มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานธุรการศาล และองค์กรอื่น ๆ ที่ได้มีการกระจายอำนาจตามรัฐธรรมนูญต้องกลับเข้ามาอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้และภายใต้คณะกรรมการดังกล่าว ซึ่งอาจขัดกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรเหล่านั้นตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง นอกจากนี้ การบัญญัติห้ามอุทธรณ์การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างและการบัญญัติจำกัดสิทธิของผู้ไม่พอใจผลการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้ฟ้องเรียกค่าเสียหายได้เพียงอย่างเดียวอาจเป็นการขัดต่อหลักนิติรัฐตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป^๔

๒. ประสพการณ์การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศฝรั่งเศส

๒.๑ ที่มาและเหตุผลของการมีกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่ใช้บังคับอยู่ปัจจุบัน

วันที่ ๑ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๖ ที่ผ่านมาเป็นวันที่ประเทศฝรั่งเศสได้มีการบังคับใช้กฎหมายจำนวนหลายฉบับที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งถือเป็นก้าวหนึ่งของการปฏิรูปหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศฝรั่งเศส การปฏิรูปในครั้งนี้มาจากหลายสาเหตุต่างกัน

^๔ สรุปการเสวนาวิชาการ เรื่อง “พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ กับผลกระทบต่อหน่วยงานภาครัฐ” จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อวันพฤหัสบดีที่ ๑๕ กันยายน ๒๕๕๙ ณ ห้องจัด เศรษฐบุต (LT 1) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ กรุงเทพมหานคร

(สืบค้นจาก www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1473963905 และ www.thamcot.com/content/557255 เมื่อวันที่ ๒๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐)

^๕ Direction des affaires juridiques, lettre d'actualité juridique des ministères économique et financiers, n°207, 7 avril 2016, p. 1. (สืบค้นจาก https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/publications/lettre-daj/2016/lettre207/PDF/lettreglobale.pdf เมื่อวันที่ ๒๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐) และ Conseil d'état, “Guide des outils d'action économique”, fichier 12 (Marchés publics) et fichier 13 (Contrats de concession) (สืบค้นจาก <https://www.conseil-etat.fr/content/download/47312/413125/version/7/file/F12%20liens.pdf> และ <https://www.conseil-etat.fr/content/download/47313/413128/version/7/file/F13%20liens.pdf> เมื่อวันที่ ๒๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐)

สาเหตุหลักประการหนึ่งนั้นมาจากอิทธิพลของสหภาพยุโรปที่บังคับให้รัฐสมาชิก จำต้องอนุมัติการซื้อกำหนดของสหภาพยุโรปมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน เมื่อสหภาพยุโรปประกาศใช้ ข้อกำหนดของสหภาพยุโรป จำนวน ๓ ฉบับ ในปี ค.ศ. ๒๐๑๔ ได้แก่ ข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยการจัดทำ สัญญาสัมปทาน^๖ ลงวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๔ ข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยการดำเนินการ จัดซื้อจัดจ้างพัสดุ^๗ ลงวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๔ (และให้ยกเลิกข้อกำหนดสหภาพยุโรป เลขที่ ๑๘ ปี ค.ศ. ๒๐๐๔ ด้วย) และข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของนิติบุคคล ที่ประกอบกิจการโครงข่ายจำพวกน้ำ พลังงาน การคมนาคมขนส่ง และการให้บริการขนส่งไปรษณีย์^๘ ลงวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๔ (และให้ยกเลิกข้อกำหนดสหภาพยุโรป เลขที่ ๑๗ ปี ค.ศ. ๒๐๐๔ ด้วย) ประเทศฝรั่งเศสในฐานะรัฐสมาชิกจำต้องมีกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับข้อกำหนดดังกล่าว จึงมี การปรับปรุงแก้ไขโครงสร้างและเนื้อหาของกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐอย่างมีนัยสำคัญ โดยยกเลิกประมวลกฎหมายพัสดุที่ประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๖ และประกาศใช้กฎหมายจำนวนหลายฉบับ มารองรับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

สาเหตุอีกประการหนึ่งของการปฏิรูปกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐครั้งนี้มาจาก ความประสงค์ของรัฐบาลที่จะใช้โอกาสนี้เพื่อรวบรวมกฎเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่อยู่กระจัดกระจาย ในกฎหมายหลายฉบับ^๙ มารวมเป็นกฎหมายฉบับเดียวซึ่งจะทำให้กฎเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ของประเทศมีความเชื่อมโยงกัน ทันสมัย และใช้อย่างยิ่งขึ้น^{๑๐}

นอกจากที่กล่าวมาแล้ว การปฏิรูปกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศฝรั่งเศส ให้ทันสมัยและง่ายแก่การใช้งานนั้นยังจำเป็นไปเพื่อต้องการแก้ปัญหาเศรษฐกิจของประเทศที่ซบเซา ขาดการลงทุน จากภายนอก และทำให้จำนวนคนว่างงานในประเทศมีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อรายได้ ประชากรและรายได้ของรัฐจากภาษีของประชาชนอันจะมีผลต่อเนื่องที่ก่อให้เกิดปัญหาสังคมภายในประเทศได้

^๖ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

^๗ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

^๘ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE

^๙ กฎหมายเหล่านั้น ได้แก่ ประมวลกฎหมายพัสดุ รัฐกำหนดเลขที่ ๒๐๐๔-๕๕๙ ลงวันที่ ๑๗ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๔ ว่าด้วยสัญญาร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat) รัฐกำหนดเลขที่ ๒๐๐๕-๖๔๙ ลงวันที่ ๖ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๕ ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ของนิติบุคคลบางประเภทที่ไม่อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายพัสดุ (Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics) และบรรดารัฐกฤษฎีกาต่าง ๆ ที่ออกเพื่อบังคับตามรัฐกำหนดทั้งสองฉบับข้างต้น ซึ่งปัจจุบันได้ถูกยกเลิกแล้ว โดยผลของมาตรา ๑๐๒ แห่งรัฐกำหนดเลขที่ ๒๐๑๕-๘๘๙ ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ – หมายเหตุจากผู้เขียน

^{๑๐} Direction des affaires juridiques, lettre d'actualité juridique des ministères économique et financiers, n°173, 9 octobre 2014, p. 1. (สืบค้นจาก www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/publications/lettre-daj/2014/lettre173/PDF/lettreglobale.pdf เมื่อวันที่ ๒๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐)

นอกจากนี้ ปัญหาสิ่งแวดล้อมก็เป็นเหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่เป็นแรงผลักดันให้รัฐบาลฝรั่งเศสตัดสินใจปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศ

นับแต่ปี ค.ศ. ๒๐๑๔ ที่มีการประกาศใช้ข้อกำหนดของสหภาพยุโรปเป็นต้นมา ประเทศฝรั่งเศสได้เริ่มเตรียมการอนวัติการกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศสตั้งแต่การเจรจาในชั้นการพิจารณาของรัฐบาลยุโรปเพื่อยกร่างข้อกำหนดของสหภาพยุโรป จนถึงการเตรียมยกร่างกฎหมายภายในตามกฎหมายระดับสหภาพยุโรปที่ถือเป็นต้นแบบของเครื่องมือในการจัดทำสัญญาภาครัฐที่สมบูรณ์แบบ^{๑๑} โดยได้ยกเลิกประมวลกฎหมายพัสดุ ค.ศ. ๒๐๐๖ แล้วให้บังคับใช้รัฐกำหนดและรัฐกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ การจัดทำสัญญาร่วมทุน และสัญญาสัมปทานนับตั้งแต่วันที่ ๑ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๖ และปัจจุบัน รัฐบาลฝรั่งเศสอยู่ระหว่างการจัดทำประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Code de la commande publique) ให้เป็นรูปธรรม และคาดว่าจะมีประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นการเฉพาะให้สำเร็จในอีก ๒ ปีข้างหน้า (ค.ศ. ๒๐๑๘)^{๑๒}

๒.๒ กฎเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐฉบับใหม่นั้นมีแนวทางหลัก คือ การผสมผสานแนวความคิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐระดับประเทศและระดับสหภาพยุโรป การหาจุดร่วมของหลักการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐแล้วนำมารวมให้เป็นหนึ่งเดียว การปรับปรุงกรอบทางกฎหมายของการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน เพื่อนำไปสู่จุดมุ่งหมายในการจัดทำประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Code de la commande publique) ซึ่งในระยะสั้นมีกฎหมายใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุก่อนหน้า และกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานอีกกลุ่มหนึ่ง ดังนี้

(๑) กฎหมายที่ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ได้แก่ รัฐกำหนดเลขที่ ๒๐๑๕-๘๙๙ ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ^{๑๓} รัฐกฤษฎีกา เลขที่ ๒๐๑๖-๓๖๐ ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ว่าด้วยเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ^{๑๔} และรัฐกฤษฎีกาเลขที่ ๒๐๑๖-๓๖๑ ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ว่าด้วยการจัดซื้ออุปกรณ์ทางทหารและความมั่นคง^{๑๕}

^{๑๑} รัฐมนตรีว่าการเศรษฐกิจและการคลังในขณะนั้น (นาย Pierre MOSCOVICI) ได้กล่าวไว้ในบทบรรณาธิการของเอกสารเผยแพร่ของสำนักกิจการกฎหมาย (Direction des affaires juridiques) ว่า “นับแต่ต้นเข้ารับตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการเศรษฐกิจและการคลัง (Ministre de l'économie et des finances) ก็ได้ดูแลให้มีการปฏิรูปกฎหมายภายในตามแบบอย่างกฎหมายสหภาพยุโรปที่ประเทศสมาชิกได้ร่วมยกร่างด้วยกันมา และก็ตั้งใจว่าข้อกำหนดของสหภาพยุโรปดังกล่าวจะเป็นกฎหมายระดับสหภาพยุโรปที่ใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำสัญญาภาครัฐที่มีประสิทธิภาพไม่เฉพาะเป็นเครื่องมือในการปกป้องให้การใช้เงินของแผ่นดินเป็นไปอย่างคุ้มค่าเพียงเท่านั้น แต่ยังเป็นการส่งเสริมให้เป็นเครื่องมือที่ดีที่สุดสำหรับยุทธศาสตร์ของประเทศด้านเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม” - หมายเหตุจากผู้เขียน (Direction des affaires juridiques, lettre d'actualité juridique des ministères économique et financiers, n°162, 20 mars 2014, p. 1.

(สืบค้นจาก www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/publications/lettre-daj/2014/lettre162/Editorial.html เมื่อวันที่ ๒๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐)

^{๑๒} Direction des affaires juridiques, lettre d'actualité juridique des ministères économique et financiers, n°207, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๕.

^{๑๓} Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

^{๑๔} Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

^{๑๕} Décret n°2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité

(๒) กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน ได้แก่ รัฐกำหนดเลขที่ ๒๐๑๖-๖๕ ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ว่าด้วยสัญญาสัมปทาน^{๑๖} และรัฐกฤษฎีกาเลขที่ ๒๐๑๖-๘๖ ลงวันที่ ๑ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๖ ว่าด้วยสัญญาสัมปทาน^{๑๗}

๒.๓ สารสำคัญของกฎหมาย

มีข้อพึงสังเกตว่า หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐจากการปฏิรูปกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างใหม่นี้เริ่มใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ ๑ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๖ และเป็นหลักการที่ถูกลำไ้ไปเป็นเนื้อหาสาระในการจัดทำเป็นประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่จะมีขึ้นในอนาคตเช่นกัน โดยอาจแบ่งได้เป็นหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างเดิมที่ยังใช้อยู่กับหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมหรือเพิ่มเข้ามาใหม่^{๑๘} พอสรุปได้ดังนี้

(๑) หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างเดิมที่ยังใช้อยู่ เช่น

- วิธีการจัดซื้อจัดจ้างเฉพาะสำหรับองค์หรือนิติบุคคลที่ประกอบกิจการโครงข่ายสาธารณูปโภค เช่น การตกลงราคาร่วมกับการจัดประกวดราคา (La procédure négociée avec mise en concurrence préalable)

- การผ่อนผันกฎเกณฑ์บางประการให้กับหน่วยงานที่เคยอยู่ภายใต้บังคับรัฐกำหนดเลขที่ ๒๐๐๕-๖๔๙ ลงวันที่ ๖ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๕ ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของนิติบุคคลบางประเภทที่ไม่อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายพัสดุ (ซึ่งปัจจุบันกฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกแล้ว) เช่น รูปแบบการเผยแพร่ประกาศเชิญชวน การจ้างจัดทำสิ่งสาธารณูปโภค (Marchés publics de maîtrise d'œuvre) เป็นต้น

(๒) หลักเกณฑ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมหรือเพิ่มเข้ามาใหม่ เช่น

- พิจารณาหลักการของกฎหมาย รัฐกำหนดเลขที่ ๒๐๐๕-๖๔๙ และรัฐกฤษฎีกาเลขที่ ๒๐๑๖-๓๖๐ ยอมรับเอาสัญญาร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (Partenariat public-privé (PPP)) รวมเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ โดยกำหนดเป็นบทบัญญัติในภาคเฉพาะสำหรับการจัดทำสัญญาร่วมทุนซึ่งภายหลังการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยความโปร่งใส การป้องกันและปราบปรามการทุจริต และการปรับการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐให้ทันสมัย^{๑๙} ก่อนที่จะเข้าทำสัญญาร่วมทุน หน่วยงานจะต้องประเมินราคาและเปรียบเทียบวิธีการสร้างงาน พร้อมมีรายงานงบประมาณที่เพียงพอมาประกอบด้วย^{๒๐}

ผลที่ได้จากการปฏิรูปกฎหมายนี้คือ เป็นกฎหมายที่สนองตอบการลงทุนภาครัฐเพื่อให้รัฐมีเครื่องมือที่ถูกต้องและปลอดภัยในฐานะที่รัฐเป็นผู้ลงทุนในโครงการต่าง ๆ ของรัฐทุกโครงการ เครื่องมือนั้นคือ สัญญาร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนนั่นเอง

^{๑๖} Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

^{๑๗} Décret n°2016-86 du 1 février 2016 relatif aux contrats de concession

^{๑๘} สืบค้นจาก www.economie.gouv.fr/daj/textes-regissant-commande-publique และ www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/marches-publics/presentation-nouv-textes-marches-publics-daj-avr2016.pdf เมื่อวันที่ ๒๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐

^{๑๙} Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

^{๒๐} ก่อนหน้านั้นประเทศฝรั่งเศสบังคับใช้กฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน และกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน แยกต่างหากจากกัน - หมายเหตุจากผู้เขียน

- การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุสำหรับการดำเนินกิจการบางประเภทมีขั้นตอนที่ลดน้อยลง เช่น การจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานที่ให้บริการทางสังคมและบริการเฉพาะด้านอื่น ๆ หรือการให้บริการทางกฎหมาย (หมายความว่าความในศาล แก่ต่างในกระบวนการพิจารณาภายในฝ่ายปกครอง หรือสถาบันระหว่างประเทศ หรือในกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นที่มีใช้การระงับข้อพิพาทโดยศาล) เป็นต้น
- การปรับเงื่อนไขการสมัครเข้าประกวดราคาให้ง่ายขึ้น เช่น การลดเงื่อนไขทางการเงินให้ผู้สมัคร การใช้ระบบฐานข้อมูลทำให้ผู้สมัครแจ้งข้อมูลครั้งเดียวก็เพียงพอ การกำหนดเอกสารเฉพาะสำหรับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุในระดับสหภาพยุโรป เป็นต้น
- การใช้ระบบฐานข้อมูลสารสนเทศเข้ามาแทนที่ใช้เอกสารทั้งระบบ และบังคับให้หน่วยจัดซื้อมีหน้าที่ต้องรับการสมัครในรูปแบบของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์เพื่อลดการใช้เอกสารซึ่งจะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๘ เป็นต้นไป และด้วยระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นี้ผู้สมัครไม่จำเป็นต้องยื่นเอกสารรับรองคุณสมบัติของตนอีกต่อไปแล้ว เนื่องจากหน่วยงานผู้จัดซื้อสามารถค้นจากระบบข้อมูลสารสนเทศได้โดยตรง
- กำหนดให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีเครื่องมือในการจัดซื้อจัดจ้างตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรปที่ใช้ได้ง่ายกับบริษัทขนาดกลางและขนาดเล็ก ทำให้บริษัทเหล่านี้สามารถเข้าทำการจัดซื้อจัดจ้างกับรัฐได้หลายวิธี และรัฐหรือหน่วยงานของรัฐก็ได้ประโยชน์จากสัญญาที่ตรงกับความต้องการและความจำเป็นของรัฐมากที่สุด ตัวอย่างเช่น การมีสัญญารูปแบบใหม่ที่เรียกว่า “Allotissement” สำหรับการซื้อสินค้าหรือบริการจากเอกชนหลายรายพร้อมกันเป็นชุด และหน่วยจัดซื้อมีหน้าที่ต้องระบุหรือแจ้งเหตุที่ตนไม่เลือกใช้วิธีการนี้ด้วย (มาตรา ๓๒ แห่งรัฐกำหนดฯ และมาตรา ๑๒ ของรัฐกฤษฎีกาฯ)
- กำหนดกรอบการทำสัญญาร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน โดยมีมูลค่าขั้นต่ำของสัญญาแตกต่างกันตามวัตถุประสงค์ของสัญญา เช่น ๒ ล้านยูโร (ยังไม่รวมภาษี) สำหรับการจ้างสร้างตึก หรือ ๕ ล้านยูโร (ยังไม่รวมภาษี) สำหรับการสร้างสิ่งสาธารณูปโภค นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดยกเลิกเกณฑ์ความเร่งด่วนและความซับซ้อนของงาน หรือกำหนดให้รัฐสามารถเข้าร่วมทุนในบริษัทที่เข้ามาเสนอราคาได้ เป็นต้น
- เพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีความสมบูรณ์แบบที่สุด กฎหมายกำหนดลดระยะเวลาการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง รวมทั้งเปิดโอกาสให้มีการใช้วิธีการตกลงราคา (La procédure négociée) และการสอบราคา (Le dialogue compétitif) ได้มากขึ้น
- เพื่อสนองตอบนโยบายความรับผิดชอบของรัฐต่อเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม กฎหมายกำหนดให้เพิ่มการจัดซื้อจัดจ้างกับบริษัทที่จ้างลูกจ้างทุพพลภาพทางกาย การกำหนดเงื่อนไขการปฏิบัติตามสัญญาและเกณฑ์การคัดเลือกผู้เสนอราคาที่สนับสนุนกิจกรรมทางสังคมและคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม การลงโทษผู้ประกอบการที่มีประวัติไม่ดี เช่น การห้ามเข้าทำสัญญา การต่อต้านการเสนอราคาที่ต่ำผิดปกติ
- ในขั้นตอนการคัดเลือกผู้สมัคร มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายกำหนดห้ามมิให้บุคคลบางประเภทเข้าทำสัญญากับรัฐ โดยกำหนดไว้ ๒ ระดับ คือ กลุ่มบุคคลต้องห้ามทำสัญญากับรัฐ ได้แก่ ผู้ต้องโทษอาญา ผู้กระทำความผิดกฎหมายแรงงาน และผู้ที่ไม่แจ้งรายได้เพื่อเสียภาษี อีกกลุ่มเป็นบุคคลที่อาจจะต้องห้ามทำสัญญากับรัฐ ได้แก่ ผู้สมัครที่มีผลประโยชน์ทับซ้อน และผู้ประกอบการซึ่งเคยถูกลงโทษให้ยกเลิกสัญญามาก่อน เป็นต้น (มาตรา ๕๑ ของรัฐกฤษฎีกาฯ) ในการนี้ หากผู้สมัครเพียงแค่

ยื่นใบสมัคร การระบุแจ้งว่าตนไม่อยู่ในข่ายของบุคคลข้างต้นก็เป็นที่ยกเว้นแล้ว แต่หากผู้สมัครได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา ผู้สมัครต้องมีเอกสารเพื่อยืนยันว่าตนมิได้เป็นบุคคลที่อยู่ในข่ายบุคคลต้องห้าม นั้น ๆ

- กำหนดให้หน่วยจัดซื้อจัดจ้างต้องแจ้งผู้สมัครที่ไม่ได้รับการคัดเลือกในการจัดซื้อจัดจ้างที่มีมูลค่าตั้งแต่ ๒๕,๐๐๐ ยูโร ขึ้นไป เพื่อการจัดซื้อจัดจ้างที่โปร่งใส

- กำหนดให้มูลค่าการจัดซื้อจัดจ้างตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรปสัมพันธ์กับวิธีการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ตัวอย่างเช่น การจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานทางปกครองที่มีมูลค่าเท่ากับหรือสูงกว่า ๑๓๕,๐๐๐ ยูโร จำต้องใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างตามรูปแบบที่กำหนด (Procédures formalisées) กล่าวคือ หน่วยงานจะต้องเผยแพร่ประกาศเชิญชวน และจัดให้มีการแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรม ซึ่งหากมูลค่าพัสดุดำกว่าราคาข้างต้น หน่วยงานสามารถเลือกใช้วิธีจัดซื้อจัดจ้างตามรูปแบบที่เหมาะสม (Procédure adaptée) ได้ (มาตรา ๔๒ แห่งรัฐกำหนดฯ)

ทั้งนี้ วิธีการจัดซื้อจัดจ้างมีได้หลายวิธี ดังนี้

๑) วิธีจัดซื้อจัดจ้างตามรูปแบบที่กำหนด (Procédures formalisées) ได้แก่

- การประกาศเชิญชวน (L'appel d'offre) โดยหน่วยจัดซื้อเป็นผู้เลือกข้อเสนอที่ราคาดีที่สุด โดยไม่จำเป็นต้องตกลงราคา

- การประกวดราคาร่วมกับการตกลงราคา (La procédure concurrentielle avec négociation) โดยหน่วยจัดซื้อเป็นผู้เจรจาเงื่อนไขการจัดซื้อจัดจ้างกับผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายราย

- การตกลงราคาร่วมกับการจัดประกวดราคา (La procédure négociée avec mise en concurrence préalable) โดยหน่วยจัดซื้อซึ่งดำเนินการกิจการสาธารณูปโภคเป็นผู้เจรจาเงื่อนไขการจัดซื้อจัดจ้างกับผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายราย

- การสอบราคา (Le dialogue compétitif) โดยหน่วยจัดซื้อเป็นผู้สอบถามผู้สมัครที่ได้รับอนุมัติแล้วให้เข้ามาประกวดราคา

๒) วิธีจัดซื้อจัดจ้างตามรูปแบบที่เหมาะสม (Procédure adaptée)

๓) วิธีตกลงราคา (โดยไม่ต้องประกาศเผยแพร่และไม่ต้องจัดให้มีการแข่งขันราคากัน) (Marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables) โดยหน่วยจัดซื้อสามารถกระทำได้หากเข้าเงื่อนไขดังนี้ คือ เป็นกรณีเร่งด่วน หรือไม่ประสบความสำเร็จในการใช้วิธีตามรูปแบบที่กำหนดหรือวิธีตามรูปแบบที่เหมาะสม หรือจำเป็นต้องจัดหาพัสดุจากผู้ประกอบการรายเดียวเท่านั้น หรือราคาพัสดุมูลค่าต่ำกว่า ๒๕,๐๐๐ ยูโร

จากหลักการและเนื้อหาของกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐพบว่า ประเทศฝรั่งเศสจัดหมวดหมู่ของเนื้อหา โดยแบ่งเป็นประเภทของสัญญาเพื่อบังคับใช้กับหน่วยงานทางปกครอง รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะในลักษณะของกิจการโครงข่ายสาธารณูปโภค กล่าวคือ แบ่งเป็นภาคที่ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุทั่วไป กับภาคที่ว่าด้วยการจัดทำสัญญาร่วมทุน และมีการกำหนดวิธีการจัดซื้อจัดจ้างไว้หลายวิธีเพื่อให้เหมาะสมกับการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงาน

นอกจากนี้ เนื้อหาสาระของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เป็นการกำหนดในลักษณะของกฎหมายสารบัญญัติ ไม่มีการบัญญัติถึงเนื้อหาวิธีบัญญัติเป็นการเฉพาะ ยกเว้นการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นที่ไม่ใช่การระงับข้อพิพาทโดยศาล ซึ่งกฎหมายเปิดโอกาสให้ระงับข้อพิพาท

จากการปฏิบัติตามสัญญาได้ด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยผู้กระทำการไกล่เกลี่ยอาจเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ใช้กับบริษัท (Médiateur des entreprises) หรือคณะกรรมการพิเศษสำหรับระดับข้อพิพาทประเภทนี้ (Comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics) ที่เป็นเช่นนี้เข้าใจว่าประเทศฝรั่งเศสเลือกที่จะใช้ระบบการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างโดยการฟ้องคดีต่อศาล และในการบังคับหรือปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาสามารถเลือกที่จะใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท^{๒๑} หรือฟ้องคดีต่อศาลได้ ซึ่งในบริบทของข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้นศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย

๓. ข้อพิจารณาบางประการของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

จากการศึกษาภาพรวมของเนื้อหาในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ เห็นว่า มีบางประเด็นที่อาจไม่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ และหลักการกระจายอำนาจที่อาจก่อให้เกิดข้อขัดข้องในการใช้บังคับพระราชบัญญัติฉบับนี้ในทางปฏิบัติได้ กล่าวคือ

๓.๑ การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้มีลักษณะของการรวมศูนย์อำนาจที่บังคับใช้กฎหมายฉบับนี้กับหน่วยงานของรัฐซึ่งหมายความว่าความรวมถึง ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ ซึ่งเดิมสามารถออกกฎระเบียบใช้บังคับตัวเอง จึงมีความเป็นไปได้ที่องค์กรเหล่านั้นจะถูกแทรกแซงการทำงานหรือการบริหารงาน และการบริหารงบประมาณขององค์กรได้ ซึ่งที่ผ่านมารัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ รวมถึงร่างรัฐธรรมนูญที่อยู่ระหว่างการพิจารณาในปัจจุบันต่างก็ได้รับรองความเป็นอิสระขององค์กรเหล่านี้ไว้

นอกจากนี้ มีข้อควรคำนึงว่าหน่วยงานบางประเภท เช่น รัฐวิสาหกิจมีลักษณะการซื้อและขายสินค้าที่แตกต่างจากการซื้อขายแบบปกติ เช่น การซื้อขายกระแสไฟฟ้า จึงเป็นการยากที่กฎเกณฑ์เดียวกันจะสามารถใช้ได้กับทุกหน่วยงานเนื่องจากลักษณะและวัตถุประสงค์การดำเนินกิจการของแต่ละหน่วยงานนั้นมีความแตกต่างกัน และแม้จะกำหนดเป็นข้อยกเว้นเพื่อความยืดหยุ่นและคล่องตัวของหน่วยงานบางประเภทตามมาตรา ๖ ให้สามารถออกระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุขึ้นใช้เองทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม หน่วยงานเหล่านี้ก็ยังต้องขอความเห็นชอบในการดำเนินการจากคณะกรรมการนโยบายและต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก่อนกรณีจึงก่อให้เกิดข้อกังวลว่าการที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวจะยิ่งทำให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเกิดการติดขัดและล่าช้าหรือไม่ และการกำหนดเช่นนี้จะมีลักษณะขัดกับหลักการกระจายอำนาจหรือไม่

มีข้อสังเกตว่า กฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศฝรั่งเศสที่เพิ่งใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๖ บัญญัติในลักษณะรวมศูนย์เช่นกัน แต่เป็นการรวมประเภทของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไว้ในรัฐกำหนดเลขที่ ๒๐๑๕-๘๘๙ และรัฐกฤษฎีกาเลขที่ ๒๐๑๖-๓๖๐ ยกเว้นสัญญาสัมปทานซึ่งอยู่ในกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง โดยกำหนดวิธีการจัดซื้อจัดจ้างไว้ค่อนข้างละเอียดตามมูลค่าและประเภทของสัญญา มิได้รวมทั้งหมดดังเช่นกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างฉบับใหม่แล้วแยกเฉพาะการจ้างที่ปรึกษากับ

^{๒๑} ประมวลกฎหมายพัสดุ ค.ศ. ๒๐๐๖ กำหนดให้มีวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ อีกวิธีหนึ่ง จึงน่าศึกษาว่าเหตุใดในกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในปี ค.ศ. ๒๐๑๖ จึงไม่ได้กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้เหมือนเช่นเคย - หมายเหตุจากผู้เขียน

การจ้างออกแบบออกมา ดังนี้ มาตรา ๔ แห่งรัฐกำหนดเลขที่ ๒๐๑๕-๘๙๙ บัญญัติให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ หมายความว่า สัญญาก่อสร้าง ซ่อมแซมวัสดุอุปกรณ์ และการให้บริการ (Marché des travaux, des fournitures et des services) “สัญญากำหนดกรอบการสั่งซื้อคร่าว ๆ ไว้ล่วงหน้า” (Accords-cadres) ซึ่งจะกำหนด ราคาและจำนวนสินค้าไว้ รวมทั้งกรอบระยะเวลาการซื้อขายด้วย สัญญาอีกประเภท คือ สัญญาร่วมทุน ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา ๖๗

๓.๒ การรวมอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทหรือวินิจฉัยเรื่องต่าง ๆ ไว้ที่คณะกรรมการ ที่ตั้งขึ้นโดยมีองค์ประกอบของคณะกรรมการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐจากส่วนกลางเพียงชุดเดียวแต่รับผิดชอบ ข้อพิพาททั้งหมดทั่วราชอาณาจักร อาจก่อให้เกิดความล่าช้าและติดขัดในการดำเนินการ และจะก่อให้เกิด “คอขวด”^{๒๒} ในการพิจารณา ซึ่งจะกลายเป็นว่าก่อให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาวินิจฉัยเนื่องจาก ข้อพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุมีเป็นจำนวนมาก ดังที่ ศ. ดร. สุรพล นิติไกรพจน์ ได้เคยกล่าวไว้ในการเสวนา วิชาการเมื่อเดือนกันยายน ๒๕๕๙

ในเรื่องนี้เมื่อเทียบกับกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศฝรั่งเศส ปรากฏว่า กฎหมายไม่ได้กล่าวถึงการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างไว้ ทั้งนี้ เนื่องจาก ประเทศฝรั่งเศสมีระบบการระงับข้อพิพาทสำหรับขั้นตอนดังกล่าวโดยศาลปกครอง ซึ่งเป็นขั้นตอนของการจัดซื้อจัดจ้างก่อนที่จะลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ประเทศฝรั่งเศสได้พัฒนาวิธีการระงับข้อพิพาท ในเรื่องดังกล่าวไว้โดยกำหนดเป็นวิธีพิจารณาเฉพาะสำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ และการทำสัญญาทางปกครองบรรจุอยู่ในบรรพ ๕ ของประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสจะดำเนินกระบวนการพิจารณาสำหรับคดีพิพาทประเภทนี้โดยเร่งด่วน โดยผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็น ผู้เสียหายจากการที่หน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้าง (การเผยแพร่ประกาศเชิญชวน และการจัดให้มีการแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรม) สามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาได้ก่อนที่จะมี การลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองจะมีกรอบระยะเวลาการพิจารณาข้อพิพาท ค่อนข้างจำกัด กล่าวคือ ศาลปกครองชั้นต้นจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน ๒๐ วันนับแต่วันที่รับคำฟ้อง และคู่กรณีสามารถฎีกาคำสั่ง (Ordonnance) ของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น นอกจากนี้ ยังมีปัญหาน่าสนใจ กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้ การฟ้องคดีต่อศาลปกครองมีผลเป็นการระงับการลงนามในสัญญา โดยกฎหมายกำหนดห้ามการลงนาม ในสัญญาไว้ ต้องรอจนกว่าหน่วยงานจะได้รับแจ้งคำสั่งของศาล ซึ่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและ การบริหารพัสดุของไทยก็บัญญัติในทำนองเดียวกัน หากมีโอกาสผู้เขียนจะได้นำเสนอรายละเอียดเกี่ยวกับ เรื่องนี้ในโอกาสต่อไป

๓.๓ การบัญญัติจำกัดสิทธิของประชาชนในการอุทธรณ์และเรียกร้องค่าเสียหายกรณีที่ หน่วยงานของรัฐประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง และการบัญญัติให้ผู้ไม่พอใจผลการพิจารณาอุทธรณ์ของ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้โดยมิได้บัญญัติให้ชัดเจนถึงสิทธิในการฟ้อง ขอให้ศาลตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการตัดสินใจคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคา จึงมีกรณีที่น่าพิจารณาว่ากฎหมายฉบับนี้อาจขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในการฟ้องขอให้ ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองตามหลักนิติรัฐ อันเป็นหลักการพื้นฐาน ของรัฐธรรมนูญ สำหรับในกรณีหลังนั้น อาจก่อให้เกิดความเคลือบแคลงใจว่าหากกฎหมายไม่ประสงค์

^{๒๒} อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๔

จะตัดสิทธิหรือรอนสิทธิดังกล่าวของประชาชน การเขียนรับรองสิทธิข้างต้นไว้ให้ชัดเจนเสียตั้งแต่ต้น น่าจะเป็นการดีกว่าการไม่เขียนแล้วปล่อยให้มีการตีความบทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมายในภายหลังหรือไม่

๓.๔ การกำหนดโทษทางอาญากับเจ้าหน้าที่พัสดุเป็นการเฉพาะอาจเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเกิดความเกรงกลัวจนไม่กล้าตัดสินใจดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง หรืออาจก่อให้เกิดผลกระทบทางลบต่อผู้ที่เกี่ยวข้องจนไม่มีผู้ประสงค์จะเข้ามาในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง อันเป็นเหตุให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเกิดความล่าช้า เนื่องจากผู้ที่เกี่ยวข้องต่างระมัดระวัง หรือไม่กล้าตัดสินใจ ซึ่งจะเป็นอุปสรรคต่อการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศได้ นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่น่าคิดว่า การกำหนดโทษดังกล่าว อาจเป็นการกำหนดโทษที่ซ้ำซ้อนกับโทษตามมาตรา ๑๕๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือไม่

สรุป

กฎหมายนั้นเป็นเครื่องมือของรัฐในการดำเนินนโยบาย และกำหนดกฎเกณฑ์และระเบียบของสังคม กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐก็เป็นเครื่องมือของรัฐในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่หากพบว่ามีข้อบกพร่องก็ย่อมต้องแก้ไขปรับปรุง สำหรับพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นสำคัญ และมุ่งให้เกิดความโปร่งใสและดำเนินการตามหลักธรรมาภิบาลซึ่งเป็นการดี แต่จะดียิ่งขึ้นอีก หากได้มีการบัญญัติเนื้อหาให้รัดกุม ไม่คลุมเครือ จนอาจต้องมีการตีความกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองในอนาคต

ศาลปกครองฝรั่งเศสกับการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง *

ชนิษฐา เต็มตฤณนา **

บทที่ ๑ บทนำ

ในการดำเนินกิจการของรัฐ หรือการจัดให้มีบริการสาธารณะตามภารกิจของรัฐนั้น ตามปกติจะใช้วิธีการจัดทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (สัญญาพัสดุ และสัญญาทางปกครองประเภทอื่น) เพื่อดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งสัญญาดังกล่าวจะมีขั้นตอนและเงื่อนไขการดำเนินการที่แตกต่างจากการจัดทำสัญญาของภาคเอกชน เนื่องจากโดยสภาพของการดำเนินกิจการบริการสาธารณะที่ต้องใช้กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่นำไปสู่การทำสัญญาทางปกครองนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเงินงบประมาณของแผ่นดิน เพราะฉะนั้น หากปรากฏว่ามีกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเกิดขึ้น และเป็นกรณีที่มีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต หากสามารถดำเนินการแก้ไขข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นได้โดยเร็วก็จะทำให้ความเสียหายทางเศรษฐกิจของประเทศลดลง

ในเรื่องนี้ประเทศฝรั่งเศสได้เล็งเห็นปัญหาดังกล่าว กอปรกับการต้องปฏิบัติตามกฎหมายในระดับสหภาพยุโรปในฐานะที่ตนเป็นรัฐสมาชิก ประเทศฝรั่งเศสจึงได้มีการปฏิรูประบบวิธีพิจารณาคดีโดยเร่งด่วนในศาลปกครอง (รวมถึงในศาลยุติธรรมด้วย) ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการกำหนดให้มีวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาแบบฉุกเฉิน วิธีพิจารณาคดีฉุกเฉินเพื่อคุ้มครองเสรีภาพ และการมีวิธีการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่มีลักษณะเป็นวิธีพิจารณาโดยเร่งด่วนเป็นกรณีพิเศษ วิธีพิจารณาคดีดังกล่าวเป็นนวัตกรรมทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติฝรั่งเศสและเป็นกรณีนำศึกษาเพื่อทำความเข้าใจระบบการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (สัญญาพัสดุ และสัญญาทางปกครองประเภทอื่น) ของประเทศฝรั่งเศสที่มีการปรับเปลี่ยน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบาทของศาลปกครองฝรั่งเศสในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นจากระบบการพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ทันกับสภาพของเรื่องที่ต้องการความเร่งด่วน และหากเป็นไปได้ อาจเป็นแนวทางในการพิจารณาปรับปรุงระบบวิธีการระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย ซึ่งจากข้อมูลที่ได้ศึกษาจะขอเสนออำนาจในการพิจารณามีคำสั่งของตุลาการศาลปกครอง ตลอดจนข้อจำกัดในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนมิถุนายน ๒๕๖๑ และเผยแพร่ในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๑๙ ฉบับที่ ๔ (ตุลาคม-ธันวาคม) ๒๕๖๒

** น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.ม. (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), ปริญญาโทสาขากฎหมายปกครอง (Master 2 Recherche Droit administratif) มหาวิทยาลัยลิลล์ ๒ (Université de Lille 2) ประเทศฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

บทที่ ๒ บทบาทของศาลปกครองฝรั่งเศสในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง

ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นศาลที่มีบทบาทในการพิจารณาคดีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาพัสดุและสัญญาทางปกครองในฐานะศาลที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเรื่องต่าง ๆ ที่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายจากฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐพร้อม ๆ ไปด้วยการตรวจสอบการบริหารหรือการดำเนินงานกิจการขององค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ตั้งอยู่ในระบบปฏิบัติราชการที่ดี ซึ่งการพิจารณาคดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้น จำต้องพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างแยกออกจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาหรือบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาซึ่งเป็นกรณีที่มีสัญญาทางปกครองแล้ว

อาจพิจารณาได้ว่า คดีพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (เพื่อจัดทำสัญญาพัสดุและสัญญาทางปกครอง) นั้น อาจแบ่งได้เป็น ๓ ช่วง ดังนี้ ช่วงแรก เป็นคดีพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างหรือจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนที่จะมีการทำสัญญาหรือนำไปสู่การทำสัญญาทางปกครอง หรืออาจเรียกได้ว่าเป็น “ข้อพิพาทในขั้นการก่อให้เกิดสัญญา” ช่วงที่สอง เป็นคดีพิพาทที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือ “ข้อพิพาทในขั้นการบังคับการตามสัญญา” และช่วงที่สาม เป็นคดีพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นการสิ้นสุดของสัญญา

นอกจากกระบวนการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาพัสดุและสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสจะมีศาลปกครองเป็นผู้มีบทบาทในการระงับข้อพิพาทเป็นหลักแล้ว^๑ ยังมีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นที่ไม่ใช่การระงับข้อพิพาทโดยศาล^๒ ซึ่งกฎหมายเปิดโอกาสให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้^๓ โดยผู้กระทำการไกล่เกลี่ยอาจเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ใช้กับบริษัท (Médiateur des entreprises^๔) หรือคณะกรรมการพิเศษสำหรับระงับข้อพิพาทประเภทนี้

^๑ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, “หลักกฎหมายสำคัญในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาและการพัสดุ”, เอกสารประกอบการบรรยายในโครงการฝึกอบรมบุคลากรศาลปกครองชั้นต้นผู้เข้ารับตำแหน่งใหม่ รุ่นที่ ๑๐ ระหว่างวันที่ ๑๖ มกราคม-พฤษภาคม ๒๕๖๐ ณ ห้องสัมมนา ๑-๒ ชั้น ๔ อาคารศาลปกครอง, หน้า ๑.

^๒ เรื่องเดียวกัน

^๓ ขนิษฐา เตมิตถุณา, “การกำหนดวิธีพิจารณาความพิเศษสำหรับคดีบางประเภทที่ต้องการความเร่งด่วน (ประเทศฝรั่งเศส)” ในเอกสารประกอบการสัมมนาอิตีและรองอิตีศาลปกครองชั้นต้น ประจำปี ๒๕๕๙ หัวข้อการสัมมนา เรื่อง “ผลกระทบจากร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านการลงประชามติต่อการพิจารณาความปกครองและการปรับปรุงกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องเพื่อรองรับ” ระหว่างวันที่ ๑๖-๑๘ กันยายน ๒๕๕๙ ณ โรงแรมแมริออท รีสอร์ท แอนด์ สปา เมืองพัทยา จังหวัดชลบุรี

^๔ ขนิษฐา เตมิตถุณา, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๑ (มกราคม-มีนาคม) ๒๕๖๐, หน้า ๑๒๑.

^๕ มาตรา ๑๔๒ ของรัฐกฤษฎีกา เลขที่ ๒๐๑๖-๓๖๐ ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ ในหมวดของการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐอย่าง “ฉันมิตร” (Règlement amiable des différends)

^๖ บทบาทของ “ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ใช้กับบริษัท” (Médiateur des entreprises) เป็นไปตามบทบัญญัติวรรคสามของมาตรา ๑๔๒ ของรัฐกฤษฎีกา เลขที่ ๒๐๑๖-๓๖๐ ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยจะทำหน้าที่เป็นบุคคลที่สามที่เข้ามาช่วยเหลือคู่กรณีตามสัญญาเพื่อหาทางออกร่วมกันที่ทั้งสองฝ่ายยอมรับ โดยผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการตัดสินหรือวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น - หมายเหตุจากผู้เขียน

(Comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics^{๗)} สำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาร่วมทุน หรือ Marché de partenariat กฎหมายกำหนดให้สามารถระงับข้อพิพาทได้ด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitrage) ตามที่กำหนดในบรรพ ๔ ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องใช้กฎหมายภายใน (กฎหมายสารบัญญัติ) ของประเทศฝรั่งเศสเป็นกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาท และการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐมนตรีผู้มีอำนาจในการอนุญาต (Ministre compétent) และรัฐมนตรีกระทรวงเศรษฐกิจ (Ministre chargé de l'économie) โดยออกเป็นกฎหมายระดับรัฐกฤษฎีกา^๘

^๗ บทบาทของ “คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ” (Comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics) เป็นไปตามบทบัญญัติวรรคสองของมาตรา ๑๔๒ ของรัฐกฤษฎีกาข้างต้น ซึ่งคณะกรรมการระงับข้อพิพาทจะเป็นผู้ทำหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย เพื่อหาทางออกที่เป็นธรรมและฉันมิตรให้กับคู่กรณี โดยรูปแบบการเสนอข้อพิพาท องค์ประกอบของคณะกรรมการ และโครงสร้างและรูปแบบของวิธีการระงับข้อพิพาทจะเป็นไปตามกฎหมายระดับรัฐกฤษฎีกา – หมายเหตุจากผู้เขียน

^๘ มาตรา ๙๐ ในหมวดบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการปฏิบัติตามสัญญาร่วมทุนของรัฐกำหนดเลขที่ ๒๐๑๕-๘๘๙ ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ

^๙ เนื่องจากขณะเขียนบทความนี้ ประเทศฝรั่งเศสยังไม่ได้ประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Code de la commande publique) ผู้เขียนจึงขอลำเอียงถึงประมวลกฎหมายฉบับใหม่โดยสังเขป ดังนี้

๑. ประเทศฝรั่งเศสประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในปลายปี ค.ศ. ๒๐๑๘ โดยเนื้อหาในประมวลกฎหมายฉบับใหม่เป็นไปตามรัฐกำหนด เลขที่ ๒๐๑๘-๑๐๗๔ ลงวันที่ ๒๖ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๑๘ ว่าด้วยเนื้อหาในภาคกฎหมายลำดับรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และรัฐกฤษฎีกา เลขที่ ๒๐๑๘-๑๐๗๕ ลงวันที่ ๓ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๘ ว่าด้วยเนื้อหาในภาคกฎหมายลำดับรองของประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

๒. ประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ค.ศ. ๒๐๑๘ ฉบับใหม่นี้ ได้มีการจัดหมวดหมู่สัญญาหลัก ๆ ออกเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Contrats de la commande publique) กับสัญญาสัมปทาน (Contrats de concession) โดยสัญญาพัสดุ (Marchés publics) และสัญญาร่วมทุน (Marchés de partenariat) ได้ถูกนำมารวมไว้ด้วยกันเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ทั้งนี้ ในส่วนของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นที่ไม่ใช่การระงับข้อพิพาทโดยศาล หรืออาจเรียกว่า “วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก” (Règlement alternatif des différends) มีส่วนที่แตกต่างไปจากเดิม ดังนี้

๒.๑ วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกสำหรับสัญญาพัสดุ ประมวลกฎหมายฉบับปัจจุบันเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีทางเลือกที่จะระงับข้อพิพาทได้หลายวิธีซึ่งมากกว่าแต่ก่อน ได้แก่ การมีคนกลางเข้ามาหาทางออกให้กับข้อพิพาทโดยการ Conciliation หรือการ Médiation ซึ่งเรียกว่า “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” นอกจากนี้ คู่กรณียังสามารถเลือกที่จะประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีด้วยตนเอง (Recours à une transaction) หรือเลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ (Recours à l'arbitrage) ก็ย่อมได้ ทั้งนี้ ภายใต้ข้อจำกัดของบทบัญญัติมาตรา L. 2197-1 ถึงมาตรา L. 2197-7 สำหรับการระงับข้อพิพาททางเลือกกรณีสัญญาสัมปทานก็เช่นกัน คู่กรณีสามารถเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทได้หลายวิธีไม่ต่างจากกรณีสัญญาพัสดุ (มาตรา L. 3137-1 ถึงมาตรา L. 3137-5) สิ่งที่ต่าง คือ กรณีการระงับข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยหลักกฎหมายห้ามมิให้ผู้ให้สัมปทานที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทาน กรณีที่สามารถทำได้จะต้องเป็นกรณีที่มิใช่กฎหมายลำดับรัฐธรรมนูญอนุญาตให้ทำได้เท่านั้น (มาตรา L. 3137-4) กรณีผู้ให้สัมปทานเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนสามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในบรรพ ๔ ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส (มาตรา L. 3137-5)

(มีต่อหน้าถัดไป)

ในส่วนของการระงับข้อพิพาทในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ประเทศฝรั่งเศสได้มีการปฏิรูประบบวิธีพิจารณาคดีขึ้นในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ โดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๓๐ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๐ ซึ่งได้สร้างความก้าวหน้าให้กับกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในระบบนิติรัฐฝรั่งเศสให้มีตุลาการศาลปกครองที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีที่มีความเร่งด่วน และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ด้วยอิทธิพลของกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับให้รัฐสมาชิกต้องมีกฎหมายภายในเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐที่มีความโปร่งใส และให้ผู้สมัครเข้าแข่งขันเพื่อจัดทำสัญญากับรัฐมีความเท่าเทียมกัน และมีวิธีพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐที่มีความเร่งด่วนเป็นการเฉพาะ ประเทศฝรั่งเศสจึงมีแนวคิดที่จะเลือกให้มี “วิธีพิจารณาคดีแบบเร่งรัดเป็นกรณีพิเศษ” (Procédure d’urgence spéciale^{๑๐}) สำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในศาลปกครอง กล่าวคือ การพิจารณาคดีที่ใช้รูปแบบการพิจารณามีคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ซึ่งเป็นเรื่องเร่งด่วนที่ตุลาการคนเดียว (juge des référés) สามารถกระทำได้ โดยศาลหรือตุลาการคนเดียวมีอำนาจพิจารณาในเนื้อหาแห่งคดี (Juge du fond^{๑๑}) ในลักษณะ “คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม” (Recours de plein contentieux) ในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาทางปกครอง (Référé précontractuel) รวมถึงเมื่อมีการลงนามในสัญญาพิพาทกันไปแล้ว (Référé contractuel) อย่างไรก็ตาม อำนาจในการสั่งคดีของตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศสซึ่งเป็นตุลาการคนเดียวทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทลักษณะดังกล่าว แม้จะมีได้หลายลักษณะ แต่เมื่อพิจารณาแล้วบทบาทหน้าที่ของตุลาการคนเดียวก็มีจำกัดอยู่หลายกรณี

๒.๑ อำนาจในการพิจารณามีคำสั่งของตุลาการศาลปกครอง

๒.๑.๑ ตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาคำฟ้องหรือคำร้อง

วิธีพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนี้ นำรูปแบบของการพิจารณาวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษามาใช้ กล่าวคือ การที่กฎหมายกำหนดให้ตุลาการคนเดียว

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๙)

๒.๒ วิธีการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาร่วมทุน ประมวลฉบับปัจจุบันยังคงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการได้ โดยยังคงหลักการเดียวกับประมวลกฎหมายฉบับก่อน คือ ให้สามารถกระทำได้ภายใต้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส และเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีเดียวที่กฎหมายกำหนดให้ใช้กับข้อพิพาทตามสัญญาร่วมทุน

^{๑๐} สำหรับถ้อยคำที่นักวิชาการฝรั่งเศสใช้เพื่อบินามลักษณะพิเศษและเฉพาะของวิธีพิจารณาคดีโดยเร่งรัดประเภทนี้ ต่างเลือกใช้ถ้อยคำที่หลากหลาย แต่โดยรวมแล้วก็ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็น “วิธีพิจารณาคดีเฉพาะสำหรับคดีบางประเภทที่ต้องการความเร่งด่วน” ตัวอย่างเช่น Prof. CHAPUS จัดให้เป็นวิธีพิจารณาคดีเฉพาะหรือพิเศษซึ่งอยู่ในกลุ่มวิธีพิจารณาคดีเร่งด่วนเป็นการเฉพาะ (Procédures d’urgence spécifiques) โดยอธิบายว่าเป็น “วิธีพิจารณาที่ไม่ธรรมดาหรือที่พิเศษยิ่งนัก” (Procédures anormales ou procédures des plus spécialisées) หรือ Prof. BERGEAL ใช้ถ้อยคำว่าเป็น “วิธีพิจารณาเฉพาะที่ไม่เหมือนใคร” (Procédure originale) หรือ Prof. TERNEYRE กล่าวว่า เป็น “การฟ้องคดีปกครองประเภทที่สาม” (Recours contentieux du troisième type) เลยก็น่าได้ – หมายเหตุจากผู้เขียน

BERGEAL (Catherine) et LENICA (Frédéric) (Sous la dir. De BRACONNIER), Le contentieux des marchés publics, Paris : Imprimerie nationale, 2004, p. 75. ; CHAPUS (René), Droit du contentieux administratif, 13ème édition, Paris : Montchrestien, 2008, p. 1479. ; TERNEYRE (Ph.), “L’émergence d’un recours contentieux du troisième type”, ALD, 1992, p. 82.

^{๑๑} BERGEAL (Catherine), Le contentieux des marchés publics, p. 95-96.

(Juge unique) ซึ่งเป็นตุลาการผู้มีอายุงานและความเชี่ยวชาญ^{๑๒} เป็นตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาคำฟ้องหรือคำร้อง ดังนี้

- (๑) อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือตุลาการที่ได้รับมอบหมาย
- (๒) อธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์หรือตุลาการที่ได้รับมอบหมาย
- (๓) ประธานแผนกคดีปกครองในสภาแห่งรัฐหรือตุลาการที่ได้รับมอบหมาย

อย่างไรก็ดี กฎหมายกำหนดระดับและคุณสมบัติของตุลาการคนเดียวผู้มีอำนาจพิจารณาคำฟ้องหรือคำร้องไว้ กล่าวคือ ตุลาการที่ได้รับมอบหมายในศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ จะต้องมียุทธการปฏิบัติราชการอย่างน้อย ๒ ปี และต้องมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่า Premier conseiller สำหรับตุลาการที่ได้รับมอบหมายในสภาแห่งรัฐจะต้องมีตำแหน่ง Conseiller d'Etat

๒.๑.๒ อำนาจของตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาคำฟ้องหรือคำร้อง (Pouvoir du juge)

โดยหลักแล้ววิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเป็นระบบกฎหมายวิธีพิจารณาที่เปิดโอกาสให้มีคำร้องเพื่อขอให้ศาลปกครองโดยตุลาการคนเดียวมีคำสั่งกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยที่ศาลมิได้พิจารณาในเนื้อหาของคดี แต่วิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนี้มีลักษณะเฉพาะและโดดเด่นตรงที่เป็นวิธีพิจารณาคดีที่ศาลโดยตุลาการคนเดียว (juge des référés) มีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือพิจารณาพิพากษาให้คดีเสร็จสิ้นไป เห็นได้ว่าศาลหรือตุลาการคนเดียวในคดีประเภทนี้มีอำนาจค่อนข้างมากหรืออาจกล่าวได้ว่า “มากกว่าอำนาจของศาลที่พิจารณาเนื้อหาแห่งคดี” เสียด้วยซ้ำ^{๑๓}

ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณามีคำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาท “ก่อนมีการลงนามในสัญญา” (Référé précontractuel) หลายลักษณะแตกต่างกันตามประเภทของผู้ถูกฟ้องคดี โดยแบ่งได้ ๒ กรณี ดังนี้

(๑) กรณีผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง (Pouvoirs adjudicateurs) ตามมาตรา L. 551-1 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนกรายุติธรรมทางปกครอง ซึ่งได้แก่รัฐส่วนกลาง องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น องค์การมหาชน (ทั้งส่วนกลางและในระดับท้องถิ่น) ซึ่งมีได้ประกอบกิจการค้าและอุตสาหกรรม

ศาลปกครองมีอำนาจสั่งตามมาตรา L. 551-2 ดังนี้

- สั่งให้หน่วยงานปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมาย
- สั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งให้จัดทำสัญญา
- สั่งเพิกถอนคำสั่งให้จัดทำสัญญา
- สั่งให้ยกเลิกข้อสัญญาบางข้อ หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ตามสัญญา

ที่จะบรรจุลงในสัญญาและที่เป็นการขัดต่อกฎเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้าง

(๒) กรณีผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานตามวรรคหนึ่งของมาตรา L. 551-1 ซึ่งเป็นผู้ประกอบการโครงข่ายประเภทกิจการนำ พลังงาน ขนส่ง และการโทรคมนาคม เป็นต้น หรือรัฐวิสาหกิจ (Entités adjudicatrices)

^{๑๒} มาตรา L. 511-2 ประกอบกับวรรคหนึ่งของมาตรา L. 551-1 และวรรคหนึ่งของมาตรา L. 551-5 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนกรายุติธรรมทางปกครอง สำหรับการระงับข้อพิพาทก่อนลงนามในสัญญา (Référé précontractuel) และมาตรา L. 511-2 ประกอบกับมาตรา L. 551-13 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนกรายุติธรรมทางปกครอง สำหรับการระงับข้อพิพาทเมื่อมีการลงนามในสัญญา (Référé contractuel)

^{๑๓} BERGEAL (Catherine), Le contentieux des marchés publics, p. 95-96.

ศาลปกครองมีอำนาจสั่งตามมาตรา L. 551-6 ดังนี้

- สั่งให้หน่วยงาน/รัฐวิสาหกิจปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในกำหนดระยะเวลา

- สั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งให้จัดทำสัญญา/คำสั่งให้ตั้งบริษัทร่วมทุน

- สั่งปรับหน่วยงาน ตลอดช่วงระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ปฏิบัติตามคำสั่งศาลไปจนกว่าจะสิ้นสุดกำหนดระยะเวลาดังกล่าว (เรียกว่า “ปรับชั่วคราว”)

- สั่งปรับหน่วยงาน หากพ้นกำหนดระยะเวลาที่ศาลกำหนดแล้ว หน่วยงานยังไม่ดำเนินการแก้ไข (มาตรา L. 551-6 วรรคสาม)

ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาท “หลังมีการลงนามทำสัญญา” (Référé contractuel) (มาตรา L. 551-17 ถึงมาตรา L. 551-20) หลายลักษณะ ดังนี้

- สั่งระงับการปฏิบัติตามสัญญาไว้เป็นการชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาของศาล

- สั่งให้สัญญาเป็นโมฆะ

- สั่งเพิกถอนสัญญา

- สั่งลงโทษโดยการสั่งให้เลิกสัญญา หรือลดทอนระยะเวลาของสัญญาให้สั้นลง หรือสั่งปรับหน่วยงาน

๒.๒ ข้อจำกัดในกระบวนการวิธีพิจารณาคดี

๒.๒.๑ ผู้มีสิทธิยื่นคำฟ้องหรือคำร้องให้ศาลปกครองพิจารณา

ผู้มีสิทธิฟ้องคดีในคดีประเภทนี้ไม่ใช่บุคคลทุกคนที่จะเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามความหมายของผู้ฟ้องคดีในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น องค์การวิชาชีพสถาปนิกจึงไม่ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดี หากมิใช่ผู้ที่อาจได้เข้าทำสัญญากับรัฐ และการเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่ จะต้องพิจารณาที่ความเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากการที่หน่วยงานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้าง^{๑๔} โดยหลักแล้ว บุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำฟ้องหรือคำร้องขอให้ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีก่อนลงนามในสัญญา (Référé précontractuel) และหลังจากลงนามในสัญญา (Référé contractuel) จะเป็นบุคคลคนเดียวกัน ยกเว้นกรณีมีการยื่นฟ้องหลังจากมีการลงนามในสัญญาแล้ว กฎหมายได้กำหนดข้อจำกัดไว้สำหรับบุคคลบางประเภทที่ไม่มีสิทธิยื่นคำฟ้องในกรณีดังต่อไปนี้

- หากบุคคลนั้นได้เคยยื่นคำฟ้องเกี่ยวกับ Référé précontractuel ต่อศาล และหน่วยงานได้ระงับการลงนามในสัญญาและดำเนินการตามคำสั่งศาลอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว บุคคลนั้นไม่อาจยื่นคำฟ้องเกี่ยวกับ Référé contractuel ต่อศาลภายหลังการลงนามทำสัญญาของหน่วยงานได้^{๑๕} หรือ

- ในกรณีสัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับต้องประกาศเผยแพร่ ซึ่งก่อนการลงนามในสัญญา หน่วยงานได้ดำเนินการประกาศคำสั่งคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคาและให้เวลาการคัดค้านคำสั่งดังกล่าวเป็นเวลา ๑๑ วันนับแต่ได้มีการประกาศแล้ว หรือกรณีสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับต้องประกาศ

^{๑๔} มาตรา L. 551-10 และวรรคหนึ่งของมาตรา L. 551-14 ประกอบกับมาตรา R. 551-3 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

^{๑๕} มาตรา L. 551-14 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

เผยแพร่แต่ไม่บังคับให้ต้องแจ้งคำสั่งให้แก่ผู้ไม่ได้รับการคัดเลือก ซึ่งก่อนการลงนามในสัญญา หน่วยงานได้ดำเนินการประกาศคำสั่งคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคาและให้เวลาการคัดค้านคำสั่งดังกล่าวเป็นเวลา ๑๑ วันนับแต่ได้มีการประกาศแล้ว^{๑๖} หรือ

- ในกรณี “สัญญากำหนดกรอบการสั่งซื้อ” (Accord cadre) หรือการจัดซื้อจัดจ้างประเภท système d’acquisition dynamique หากหน่วยงานได้ดำเนินการส่งคำสั่งคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคาให้แก่ผู้มีสิทธิเข้าประกวดราคาและให้เวลาการคัดค้านคำสั่งดังกล่าวเป็นเวลา ๑๖ วันนับแต่วันที่ส่งจนถึงวันที่ได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ระยะเวลาดังกล่าวให้ลดลงเหลือ ๑๑ วัน หากได้มีการส่งคำสั่งคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์^{๑๗}

ดังนั้น บุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำฟ้องหรือคำร้องขอให้ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีก่อนลงนามในสัญญา (Référé précontractuel) และหลังจากลงนามในสัญญา (Référé contractuel) แล้ว ได้แก่

(๑) *เอกชน* ผู้อาจได้เข้าทำสัญญากับรัฐ หรืออาจได้รับเลือกให้เข้าเป็นผู้ให้บริการสาธารณะ หรืออาจได้รับเลือกให้เข้าร่วมทุนกับรัฐ

ตัวอย่าง กรณีที่ศาลปกครองฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า เอกชนเป็นผู้มีสิทธิฟ้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง^{๑๘} ได้แก่

- ผู้ซึ่งเคยเป็นอดีตคู่สัญญากับหน่วยงานและอยู่ระหว่างการต่อสัญญา
- ผู้สมัครที่อยู่ในฐานะได้เปรียบในการประกวดราคา ซึ่งได้รับผลกระทบจากการที่หน่วยงานฝ่าฝืนไม่เผยแพร่ประกาศประกวดราคาและไม่จัดให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม ทำให้ตนไม่ได้เข้าทำสัญญา

- ผู้สมัครซึ่งไม่ได้รับการคัดเลือกให้ชนะการประกวดราคา ไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดของการประกวดราคา (ขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติทางเทคนิค หรือขั้นตอนการเสนอราคา) เป็นต้น

ในกรณีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ศาลจำต้องเรียกให้บุคคลที่จะเข้าทำสัญญาพิพาทกับรัฐเข้ามาในคดีด้วย มิฉะนั้นแล้วผู้ที่จะเป็นคู่สัญญากับรัฐสามารถที่จะร้องสอดเข้ามาในคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งของศาลปกครองที่สั่งให้มีการระงับการเข้าทำสัญญาได้ ดังตัวอย่างที่ศาลปกครองฝรั่งเศสพิพากษาไว้ในคดี “กลุ่มเทศบาลเพื่อการบริหารจัดการน้ำดื่มในเขตเมือง Saint-Martin-en-Ré”^{๑๙}

^{๑๖} มาตรา L. 511-15 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

^{๑๗} มาตรา L. 551-15 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

^{๑๘} BERGEAL (Catherine), Le contentieux des marchés publics, p. 89.

^{๑๙} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๑๕ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๑ เลขที่ ๒๒๘๘๕๖ (คดี “กลุ่มเทศบาลเพื่อการบริหารจัดการน้ำดื่มในเขตเมือง Saint-Martin-en-Ré” (ผู้ถูกฟ้องคดี) เป็นผู้ฎีกา) (CE, 15 juin 2001, Syndicat intercommunal d’adduction d’eau potable de Saint-Martin-en-Ré, n° 228856)

สำหรับการประเด็นการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี แม้ผู้ฟ้องคดีจะมีสิทธิในการเสนอคำฟ้องต่อศาลปกครอง แต่การพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เดือดร้อนเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากการที่หน่วยงานผู้จัดซื้อไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบในการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยเมื่อพิจารณาคำฟ้อง ดังตัวอย่างคดี SMIRGEOMES^{๒๐} ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดหาผู้รับจ้างจัดการขยะในศูนย์แยกทิ้งขยะของเมือง “Sarthe” ระหว่างบริษัท Passenaud Recyclage (ผู้ฟ้องคดี) กับ “กลุ่มเทศบาลเพื่อการบริหารจัดการขยะของเมือง Sarthe หรือในชื่อย่อว่า SMIRGEOMES” (ผู้ถูกฟ้องคดี)

จากข้อเท็จจริงในคดี ผู้ฟ้องคดีได้เข้าเสนอราคาในกระบวนการคัดเลือกผู้รับจ้างจัดการขยะในศูนย์แยกทิ้งขยะของผู้ถูกฟ้องคดีเมื่อเดือนมกราคม ค.ศ. ๒๐๐๗ ซึ่งบริษัทที่ชนะการประกวดราคาจะมีหน้าที่ขนถ่ายขยะ แยกแยะขยะ นำโลหะขยะมาเพิ่มมูลค่า และกำจัดขยะในศูนย์แยกทิ้งขยะข้างต้น แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา จึงมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองน็องท์ (Nantes) เพื่อขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกผู้รับจ้างจัดการขยะในศูนย์แยกทิ้งขยะของผู้ถูกฟ้องคดี โดยเป็นการฟ้องก่อนที่หน่วยงานผู้ถูกฟ้องคดีและบริษัทที่ชนะการประกวดราคาจะลงนามทำสัญญา ต่อมา ศาลปกครองชั้นต้นได้พิจารณาและมีคำพิพากษา ลงวันที่ ๒๔ เมษายน ค.ศ. ๒๐๐๗ ให้เพิกถอนกระบวนการประกวดราคา ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองน็องท์ จึงฎีกาโต้แย้งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด เมื่อวันที่ ๙ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๐๗ โดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองน็องท์ ขณะเดียวกัน ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฎีกาต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อแย้งฎีกาของผู้ถูกฟ้องคดี โดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองน็องท์ที่ยกคำขอของตนที่ขอให้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีแจ้งเหตุผลแห่งการไม่เลือกบริษัทตนเข้าทำสัญญา

คดีนี้สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำพิพากษาไว้อย่างน่าสนใจ ดังนี้

จากข้ออ้างในคำฟ้อง ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าประกาศประกวดราคาเป็นประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นประกาศที่กำหนดให้บริษัทที่สมัครเข้าแข่งขันต้องแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับเครื่องมือเครื่องใช้และเทคนิคการทำงานที่บริษัทมีและใช้ในการรับจ้างขนขยะอยู่แล้ว ณ วันที่สมัครเข้าแข่งขัน ประกาศดังกล่าวจึงเป็นประกาศที่กำหนดคุณสมบัติผู้เข้าประกวดราคาอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติให้บริษัทใดบริษัทหนึ่งได้เปรียบอีกบริษัทหนึ่งซึ่งไม่ถูกต้องตามกฎหมายและไม่เหมาะสมเป็นเหตุให้กระบวนการคัดเลือกผู้รับจ้างจัดการขยะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

^{๒๐} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๓ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๐๘ เลขที่ ๓๐๕๔๒๐ (คดี “กลุ่มเทศบาลเพื่อการบริหารจัดการขยะในเขตเมือง Sarthe” ซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดีและผู้ฎีกา) (CE, 3 oct 2008, SMIRGEOMES, n° 305420)

(รายละเอียดโปรดดู ขนิษฐา เตมิตถุณา, “การฟ้องขอให้เพิกถอนกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”, ในหลักกฎหมายมหาชน ประจำเดือนพฤษภาคม ๒๕๖๑, ลำดับที่ ๕, หน้า ๑๐, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๐ พฤษภาคม ๒๕๖๑, จาก <http://intranet2.admincourt.go.th/02-office/office44/Law/2561/1-04-61.pdf>)

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดี ประกอบกับพฤติการณ์ที่ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการตามขั้นตอนการประกวดราคาของหน่วยงานผู้ถูกฟ้องคดีแล้ว เห็นว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ผ่านขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติทางเทคนิคและได้ยื่นเสนอราคาตามขั้นตอน ในประกาศประกวดราคาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา จึงไม่อาจถือได้ว่าประกาศเชิญชวนให้มาประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ กับผู้เข้าแข่งขันรายอื่นที่จะเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา และทำให้ผู้ฟ้องคดี เป็นผู้เสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากประกาศเชิญชวนให้มาประกวดราคาตามผู้ฟ้องคดี กล่าวอ้างเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการประกวดราคาดังกล่าว ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีจึงฟังไม่ขึ้น

นอกจากคดี SMIRGEOMES ยังมีตัวอย่างข้อวินิจฉัยของศาลปกครอง ฝรั่งเศสที่พิจารณาว่าบริษัทเอกชน (ผู้ฟ้องคดี) มิใช่ผู้เดือดร้อนเสียหายจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ที่พิพาท เช่น

- ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการประกวดราคาและเป็นผู้เสนอราคาตรง “สเปก” ตามความต้องการของหน่วยงาน จึงไม่ใช่ผู้เสียหายจากขั้นตอนก่อนเลือกผู้เสนอราคาซึ่งมีการปฏิบัติ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- ผู้ฟ้องคดีซึ่งชนะการประกวดราคาจากการที่หน่วยงานกำหนด หลักเกณฑ์ที่ฝ่าฝืนหลักการจัดให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม แต่มาฟ้องขอให้เพิกถอนการประกวดราคา

(๒) *ผู้ว่าราชการจังหวัด* ในฐานะผู้กำกับหน่วยงานระดับท้องถิ่น ในกรณีหน่วยงาน ระดับท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๑๙๙๓ อย่างไรก็ดี ผู้ว่าราชการจังหวัดไม่ค่อยใช้วิธีนี้มากนัก แต่มักเลือกใช้ช่องทางการนำข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ทางปกครองที่ได้มีการลงนามกันไปแล้วเสนอต่อศาลปกครองเพื่อพิจารณาตามอำนาจทั่วไปของตน (Pouvoir général de déférer)^{๒๑}

(๓) *รัฐมนตรี* ในฐานะผู้มีอำนาจกำกับดูแลหน่วยงานในกรณีที่ราชการส่วนกลาง เป็นผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง โดยได้รับคำขอจากคณะกรรมการในระดับสหภาพยุโรปเมื่อมีพฤติการณ์ ที่ขัดแย้งว่ามีการฝ่าฝืนไม่ทำการเผยแพร่ประกาศประกวดราคาและจัดให้มีการแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรม ในระดับสหภาพยุโรป หรือละเมิดความตกลงของสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีการใช้ช่องทางนี้เช่นกัน เนื่องจากคณะกรรมการระดับสหภาพยุโรปประสงค์ที่จะใช้วิธีการฟ้องคดีทั่วไปฐานละเมิดไม่ปฏิบัติ ตามมาตรา ๑๖๙ แห่งสนธิสัญญากรุงโรมเสียมากกว่า^{๒๒}

๒.๒.๒ เหตุแห่งคำฟ้องหรือคำร้อง

กรณีที่จะเป็นเหตุฟ้องขอให้เพิกถอนกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างได้นั้น มีสองกรณี เท่านั้น คือ จะต้องเป็นกรณี (๑) หน่วยงานทางปกครองฝ่าฝืนไม่ทำการประกาศเผยแพร่การประกวดราคา ไม่ว่าจะเป็นกรณีหน่วยงานให้ข้อมูลในประกาศประกวดราคาไม่เพียงพอ หรือจะเป็นกรณีการให้ข้อมูล แต่ไม่ชัดเจน หรือ (๒) หน่วยงานทางปกครองไม่จัดให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมในกระบวนการ จัดซื้อจัดจ้าง หรือในการคัดเลือกเอกชนให้เข้าเป็นผู้ให้บริการสาธารณะ หรือในการคัดเลือกเอกชน ให้เข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นร่วมในบริษัทร่วมทุน

^{๒๑} BERGEAL (Catherine), Le contentieux des marchés publics, p. 90.

^{๒๒} เรื่องเดียวกัน

๒.๒.๓ ระยะเวลาการยื่นคำฟ้องหรือคำร้องและระยะเวลาการพิจารณา

ผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคำฟ้องขอให้พิจารณาข้อพิพาทจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างได้จนกว่าจะมีการลงนามในสัญญา^{๒๓} (Référé précontractuel) แต่หากมีการลงนามในสัญญาแล้ว ผู้เสียหายต้องยื่นคำฟ้องขอให้พิจารณาข้อพิพาทจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเกี่ยวกับ Référé contractuel แทน แต่อย่างช้าต้องไม่เกิน ๓๑ วันนับแต่มีการประกาศผู้ชนะการประกวดราคา ในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรปตามที่คณะกรรมการการยุโรปกำหนด หากไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนการประกาศในราชกิจจานุเบกษาดังกล่าว ระยะเวลาการยื่นคำขอจะขยายออกไปจนกว่าจะพ้นกำหนด ๖ เดือนนับแต่วันถัดจากวันที่ได้มีการทำสัญญา^{๒๔}

เมื่อศาลรับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้ว กรณี Référé précontractuel ศาลจะต้องพิจารณาและมีคำสั่งภายใน ๒๐ วันนับแต่วันที่รับคำฟ้องหรือคำร้อง ซึ่งภายในกรอบระยะเวลา ๒๐ วันข้างต้น ศาลจะพิจารณามีคำสั่งเกี่ยวกับ Référé précontractuel ได้ก็ต่อเมื่อพ้นกำหนด ๑๖ วันนับจากวันที่หน่วยงานส่งคำสั่งแจ้งผลการประกวดราคาไปยังเอกชนผู้ไม่ได้รับการคัดเลือก หรือเมื่อพ้นกำหนด ๑๑ วันนับแต่วันที่มีการแจ้งประกาศผลการคัดเลือกโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ให้กับเอกชนผู้ซึ่งได้ยื่นเสนอราคา^{๒๕}

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติก็มีการวินิจฉัยล่วงหน้ากำหนดระยะเวลาดังกล่าว แต่การที่ศาลมีคำวินิจฉัยเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วก็ได้เป็นเหตุให้ศาลต้องจำหน่ายคดี^{๒๖} อีกทั้งเมื่อพิจารณามาตรา ๖-๑ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแล้ว การมีคำพิพากษาเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังต้นมิได้มีผลทำให้คำพิพากษาไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่อาจก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการพิพากษาที่พ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวตามกฎหมาย^{๒๗}

สำหรับกรณี Référé contractuel ศาลจะต้องพิจารณาและมีคำสั่งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ศาลประทับรับฟ้อง^{๒๘}

๒.๒.๔ กระบวนพิจารณาที่ลัดระยะเวลาหรือขั้นตอนบางขั้นตอนลง^{๒๙}

ขั้นตอนการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนี้ก็มี ความผสมผสานกับหลักการพิจารณาคดีทั่วไป เช่น ศาลมีอำนาจในการสั่งให้สอบพยานผู้เชี่ยวชาญ ศาลมีอำนาจสั่งยกคำฟ้องเนื่องจากคำฟ้องไม่มีมูลให้รับฟังได้โดยศาลไม่จำเป็นต้องกำหนดให้มีวันนั่งพิจารณาคดี

^{๒๓} วรรคสามของมาตรา L. 551-1 และวรรคสองของมาตรา L. 551-5 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

^{๒๔} วรรคหนึ่งของมาตรา L. 551-13 ประกอบกับมาตรา R. 551-7 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

^{๒๕} มาตรา L. 551-11 ประกอบกับมาตรา R. 551-5 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

^{๒๖} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๓ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๙๕ (คดีเขตชุมชนองซี) (CE, sect., 3 nov 1995, District de l'agglomération nancéienne, p. 391.)

^{๒๗} BERGEAL (Catherine), Le contentieux des marchés publics, p. 93.

^{๒๘} มาตรา L. 551-13 ประกอบกับมาตรา R. 551-9 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

^{๒๙} มาตรา L. 551-12 ประกอบกับมาตรา R. 551-4 และมาตรา R. 522-8 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

หรือแจ้งให้คู่กรณีทำความเห็น หรือหากศาลเห็นควรยกข้ออ้างเกี่ยวกับปัญหาเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบ^{๓๐}

แต่กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทในกรณีนี้ก็ยังมีลักษณะพิเศษ โดยศาลมีอำนาจลดระยะเวลาการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือลดขั้นตอนบางขั้นตอนได้ เช่น

- ศาลอาจไม่แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทำคำคัดค้านคำให้การ
- ศาลมีอำนาจกำหนดให้หน่วยงานทำคำให้การภายในสามวัน หรือ
- หากศาลเห็นสมควร ศาล (หรือตุลาการคนเดียวผู้มีอำนาจพิจารณา)

มีอำนาจส่งสำนวนคดีให้องค์คณะพิจารณา แต่กรณีเช่นนี้ก็เกิดขึ้นได้น้อยมาก

ด้วยเหตุนี้ ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L. 551-12 ได้กำหนดในกรณีที่ศาลเห็นว่าหน่วยงานไม่ปฏิบัติตามกรอบของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง และศาลเห็นสมควรมีคำสั่งหรือคำพิพากษาตามมาตรา L. 551-2 และมาตรา L. 551-6 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน ศาลมีอำนาจสั่งให้คู่กรณีทำคำชี้แจงยื่นต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด หรือจะกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีที่คู่กรณีสามารถยื่นคำชี้แจงต่อศาลในวันดังกล่าว แล้วแต่กรณี โดยทำเป็นคำสั่งแจ้งให้คู่กรณีทราบ ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาลที่จะกำหนด “ระยะเวลาอันสมควร” เพื่อให้คู่กรณีทำคำชี้แจง หรือเพื่อให้มาชี้แจงหรือมีคำชี้แจงในวันนั่งพิจารณาคดี

ตัวอย่างของคำสั่งหรือคำพิพากษามาตรา L. 551-2 และมาตรา L. 551-6 ได้แก่ การสั่งให้หน่วยงานดำเนินการให้ถูกต้องตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด การกำหนดให้หน่วยงานระงับการบังคับตามคำสั่งให้เข้าทำสัญญา การสั่งให้เพิกถอนคำสั่งให้เข้าทำสัญญา การสั่งให้หน่วยงานที่ปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องชำระค่าปรับไปจนกว่าจะได้ดำเนินการให้ถูกต้อง เป็นต้น

ในกรณีนี้ ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครองกำหนดให้นำกระบวนการวิธีพิจารณาคำขอวิธีการชั่วคราวกรณีฉุกเฉินในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง การกำหนดวันนั่งพิจารณาคดี และการยื่นเอกสารเพิ่มเติมตามบทบัญญัติมาตรา R. 522-8 มาใช้โดยอนุโลม ดังนี้ กรณีที่ศาลกำหนดวันนั่งพิจารณา ให้ถือวันนั่งพิจารณาเป็นวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง แต่หากศาลเห็นควรขยายวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงออกไป ให้ศาลมีคำสั่งแจ้งให้คู่กรณีทราบ (ไม่ว่าจะโดยวิธีใด) ซึ่งหากคู่กรณียื่นเอกสารเพิ่มเติมต่อศาล (ภายหลังวันนั่งพิจารณาและก่อนวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง) คู่กรณีฝ่ายที่ยื่นเอกสารเพิ่มเติมจะต้องส่งเอกสารให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย และให้ศาลไต่สวนข้อเท็จจริงในวันนั่งพิจารณาที่ศาลได้กำหนดขึ้นใหม่อีกครั้ง

๒.๒.๕ การคัดค้านคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้บัญญัติถึงรูปแบบการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐไว้ในมาตราต่าง ๆ ได้แก่ มาตรา L. 551-3^{๓๑}

^{๓๐} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๒ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๙๖ (คดีบริษัทไฟฟ้า Noël Béranger) (CE, sect., 2 oct 1996, Entreprise générale d'électricité Noël Béranger, p. 379. ; D., 1997 ; somm., p. 297. ; obs. Ph. Terneyre, AJDA, 1997 ; p. 469. note. J. Carton)

^{๓๑} Article L. 551-3 du Code de justice administrative

Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

และมาตรา L. 551-8^{๓๒} สำหรับการพิจารณา Référé précontractuel และมาตรา L. 551-23^{๓๓} สำหรับการพิจารณา Référé contractuel โดยบทบัญญัติทั้งสามมาตรากำหนดให้ศาลปกครองชั้นต้นใช้รูปแบบการพิจารณาและวินิจฉัยในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ ใช้รูปแบบของการพิจารณามีคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาท และศาลหรือตุลาการมีอำนาจพิจารณาเนื้อหาแห่งคดี

บทบัญญัติทั้งสามมาตราข้างต้นใช้ถ้อยคำว่า “statue en premier et dernier ressort en la forme des référés” ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบพิเศษใช้เฉพาะกับวิธีพิจารณาคดีบางประเภท ดังเช่นการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งนอกจากกฎหมายกำหนดให้ใช้รูปแบบการพิจารณาวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาท ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาแบบเร่งด่วนและศาลมีอำนาจในการพิจารณาเนื้อหาแห่งคดีแล้ว (en la forme des référés)^{๓๔} กฎหมายยังกำหนดให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณามีคำสั่งวินิจฉัยในฐานะ “ศาลชั้นแรกและชั้นที่สุด” (en premier et dernier ressort) สำหรับคำวินิจฉัย Référé précontractuel ตามมาตรา L. 551-3 และมาตรา L. 551-8 และคำวินิจฉัย Référé contractuel ตามมาตรา L. 551-23 ซึ่งอธิบายได้ว่า “คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นมีผลเป็นที่สุดในปัญหาข้อเท็จจริง ผู้ไม่พอใจผลแห่งคำวินิจฉัยไม่สามารถอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงต่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ได้ แต่ไม่ตัดสิทธิของคู่กรณีในการฎีกาปัญหาข้อกฎหมายต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด”^{๓๕}

ดังนั้น ผู้ไม่พอใจผลของคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นสามารถคัดค้านคำสั่ง Référé précontractuel^{๓๖} ของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา L. 551-2 และมาตรา L. 551-6 และคำสั่ง Référé contractuel^{๓๗} ของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา L. 551-17 ถึงมาตรา L. 551-20 ได้

^{๓๒} Article L. 551-8 du Code de justice administrative

Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

^{๓๓} Article L. 551-23 du Code de justice administrative

Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

^{๓๔} คำว่า “en la forme des référés” หรือในบางครั้งใช้คำว่า “comme en matière de référé” เป็นคำที่มีความหมายเดียวกัน ซึ่งหมายถึง การใช้รูปแบบกระบวนการพิจารณาวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาทกับคดีพิพาทที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นรูปแบบที่ฝ่ายนิติบัญญัติฝรั่งเศสคิดค้นออกแบบมาเพื่อใช้ในศาลปกครองและศาลยุติธรรม โดยกรณีหลังมีการกำหนดไว้ในมาตรา ๔๙๒-๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งตัวบทได้อธิบายไว้ชัดเจนกว่าที่บัญญัติในประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง กล่าวคือ การพิจารณาในรูปแบบนี้ ศาลมีอำนาจพิจารณาเนื้อหาแห่งคดีได้ และมีคำวินิจฉัยในรูปแบบของคำสั่ง (Ordonnance) โดยที่คำสั่งของศาลนั้นมีผลบังคับเป็นการชั่วคราว เว้นแต่ศาลจะกำหนดเป็นอย่างอื่น – หมายเหตุจากผู้เขียน

(มาตรา ๔๙๒-๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ; คำแนะนำหนังสือ FOULON (Marcel) et STRICKLER (Yves), Les référés en la forme, 1^{ère} éd., (Paris : Dalloz, 2013), สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๑ กันยายน ๒๕๖๑, จาก <https://www.editions-dalloz.fr/les-referes-en-la-forme.html>)

^{๓๕} CHABANOL (Daniel), La pratique du contentieux administratif, 7^{ème} édition, Paris : LITEC, 2007, p. 179. ; CHAPUS (René), Droit du contentieux administratif, p. 1484-1485.

^{๓๖} มาตรา L. 551-3 และมาตรา L. 551-8 ประกอบกับมาตรา R. 551-6 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

^{๓๗} มาตรา L. 551-23 ประกอบกับมาตรา R. 551-10 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

โดยผู้ยื่นต้องยื่นฎีกาต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดภายในกำหนด ๑๕ วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง ซึ่งจะต้องนำรูปแบบการฎีกาคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษามาใช้บังคับ กล่าวคือ หากศาลปกครองสูงสุดเรียกให้ส่งคำแถลงเพิ่มเติม ผู้ฎีกาจำต้องนำส่งคำแถลงให้กับศาลปกครองสูงสุดภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ฎีกา มิฉะนั้น จะถือว่าผู้ฎีกาแสดงเจตนาถอนฎีกา^{๓๘}

สำหรับอำนาจของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาฎีกาคำสั่งหรือคำพิพากษาในคดีประเภทนี้ไม่ได้แตกต่างไปจากอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยฎีกาโดยทั่วไป โดยสภาแห่งรัฐจะตรวจสอบการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริง (qualification juridique) ของศาลปกครองชั้นต้นว่ามีการตีความข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีผิดไป (dénaturation des faits) หรือไม่ นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐจะพิจารณาตรวจสอบรูปแบบกระบวนการพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้นว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การปฏิบัติตามหลักการนั่งพิจารณาคดีโดยเปิดเผย แต่ในส่วนของการให้เหตุผลในคำวินิจฉัยนั้น สภาแห่งรัฐจะตรวจสอบค่อนข้างยืดหยุ่น เนื่องจากโดยสภาพของข้อพิพาทจำเป็นต้องพิจารณาคดีโดยเร่งด่วน

อนึ่ง การคัดค้านมาตรการใด ๆ ที่ศาลสั่งเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่ง Référé précontractuel ของศาลปกครองชั้นต้น ให้ฎีกาต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด พร้อมกับการฎีกาคำสั่ง Référé précontractuel ของศาลปกครองชั้นต้น

สำหรับคำสั่งปรับหน่วยงานตามมาตรา L. 551-6 วรรคสาม คู่กรณีฝ่ายที่ถูกปรับสามารถอุทธรณ์คำสั่งต่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ได้

มีข้อสังเกตว่า ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครองไม่ได้กำหนดระยะเวลาการพิจารณาคดีในชั้นการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดไว้ ซึ่งแรก ๆ ศาลปกครองสูงสุดอาจใช้ระยะเวลาการพิจารณาวินิจฉัยที่ค่อนข้างจะห่างไกลจากแนวคิดให้มีวิธีพิจารณาคดีโดยเร่งด่วน แต่ในช่วงหลังได้เปลี่ยนแปลงไป โดยศาลปกครองสูงสุดจะใช้เวลาในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐประมาณหกเดือน และอาจจะเร็วกว่านั้นหากเป็นคดีที่ต้องการความเร่งด่วนมาก^{๓๙}

๒.๓ ข้อพิจารณาอื่น ๆ

กรณีการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายก่อนมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองนั้น มีข้อสังเกตว่าเดิมกฎหมายระดับรัฐกฤษฎีกาจำนวน ๒ ฉบับ ได้แก่ รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๗ กันยายน ค.ศ. ๑๙๙๒ และลงวันที่ ๒๙ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๙๗ ได้กำหนดกระบวนการให้ผู้ฟ้องคดีต้องอุทธรณ์ต่อหน่วยงานผู้จัดซื้อจัดจ้างที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างเสียก่อนจะมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งข้อบังคับนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นกระบวนการที่ทำให้หน่วยงานนั้นยิ่งเร่งรัดดำเนินการทำสัญญาให้เร็วขึ้น ต่อมา รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๒๒ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๐๐ ออกตามความในรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๓๐ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๐ จึงมีการยกเลิกกระบวนการนี้นับแต่วันที่ ๑ มกราคม ค.ศ. ๒๐๐๑ เป็นต้นไป โดยคู่กรณีสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองตามเงื่อนไขการฟ้องคดี

^{๓๘} BERGEAL (Catherine), Le contentieux des marchés publics, p. 94.

^{๓๙} เรื่องเดียวกัน

ต่อศาลปกครองเดิม^{๔๐} ในส่วนนี้ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงขั้นตอนหรือกระบวนการพิจารณาคดีที่สำคัญ นอกไปจากการเพิ่มอำนาจการพิจารณาสั่งคดีให้กับศาลหรือตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณา^{๔๑}

นอกจากนี้ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๓๐ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๐ ยังให้อำนาจแก่ศาลปกครองชั้นต้นที่รับคำฟ้องสั่งให้หน่วยงานเลื่อนการลงนามในสัญญาออกไปไม่เกิน ๒๐ วัน ซึ่งเป็นกำหนดระยะเวลาการพิจารณาคดีประเภทนี้ ในกรณีที่หน่วยงานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลและดำเนินการลงนามทำสัญญาทางปกครอง การลงนามนั้นจะถือเสมือนว่าไม่มีอยู่เลย^{๔๒}

บทที่ ๓ บทสรุป

จากการศึกษาบทบาทของศาลปกครองฝรั่งเศสในการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐซึ่งเป็นขั้นตอนที่จะนำไปสู่การทำสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสพบว่า ประเทศฝรั่งเศสได้ปฏิรูประบบวิธีพิจารณาคดีปกครองให้มีความรวดเร็วขึ้น และได้นำ “วิธีพิจารณาคดีแบบเร่งด่วนที่ใช้เฉพาะกับคดีพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ” มาบรรจุอยู่ในหมวดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาทในประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ซึ่งวิธีพิจารณาคดีดังกล่าวได้มีมาก่อนการปฏิรูประบบกฎหมายในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ โดยมีข้อพิจารณาว่า เหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกที่จะกำหนดวิธีพิจารณาคดีดังกล่าวไว้ในหมวดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาทนั้น ทำให้เข้าใจถึงความต้องการใช้รูปแบบการพิจารณาวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาทกับคดีพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อให้ศาลปกครองมีรูปแบบการพิจารณาคดีที่เหมาะสมกับลักษณะของคดีพิพาทที่ต้องการความเร่งด่วน ทั้งนี้ เนื่องจากรูปแบบการพิจารณาวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาทของศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นกระบวนการพิจารณาที่รวดเร็ว กระทำโดยตุลาการคนเดียวที่มีความรู้ความสามารถ ซึ่งกฎหมายกำหนดคุณสมบัติไว้ระดับหนึ่ง และในการพิจารณาคดี ศาลหรือตุลาการคนเดียวผู้ทำหน้าที่เป็นองค์คณะมีอำนาจพิจารณาในเนื้อหาของคดีได้ ซึ่งทำให้คดีที่ต้องการความเร่งด่วนได้ข้อยุติโดยรวดเร็ว

สำหรับประเทศไทย ซึ่งได้รับอิทธิพลของกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองจากประเทศฝรั่งเศส และศาลปกครองไทยซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีพิพาทที่เกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ได้มีความพยายามที่จะแก้ไขปรับปรุงวิธีพิจารณาคดีให้สอดคล้องกับนโยบายการปฏิรูปประเทศด้านกระบวนการยุติธรรม^{๔๓} ตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

^{๔๐} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๙๑.

^{๔๑} LLORENS (François), “Le référé précontractuel entre continuité et changement”, dans WACHSMANN (Patrick) (Sous la dir.), Le nouveau juge administratif des référés : Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000, PU Strasbourg, 2002, p. 44.

^{๔๒} RICHER (Laurent), Droit des contrats administratifs, 6^e édition, Paris : LGDJ, 2008, p. 175.

^{๔๓} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

มาตรา ๒๕๘ ง. (๑) “ให้มีการกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมที่ชัดเจน เพื่อให้ประชาชนได้รับความยุติธรรมโดยไม่ล่าช้า และมีกลไกช่วยเหลือประชาชนผู้ขาดแคลนทุนทรัพย์ให้เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ รวมตลอดทั้งการสร้างกลไกเพื่อให้มีการบังคับการตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดเพื่อลดความเหลื่อมล้ำและความไม่เป็นธรรมในสังคม”

มาตรา ๒๕๘ ง. (๓) “เสริมสร้างและพัฒนาวัฒนธรรมองค์กรขององค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมให้มุ่งอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนโดยสะดวกและรวดเร็ว”

โดยได้มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ต่อสมานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อปรับปรุงขั้นตอนการพิจารณาคดีปกครองให้มีความรวดเร็วขึ้น^{๔๔} ซึ่งปัจจุบัน ร่างพระราชบัญญัตินี้ได้ผ่านความเห็นชอบจากสมานิติบัญญัติแห่งชาติ^{๔๕} และประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วเมื่อวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๑๐) พ.ศ. ๒๕๖๑^{๔๖} ทั้งนี้ พระราชบัญญัตินี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบางมาตราเพื่อปรับปรุงกระบวนการพิจารณาคดีบางขั้นตอนให้รวดเร็วขึ้น โดยมีเนื้อหาของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง^{๔๗} ดังนี้

^{๔๔} ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ที่เสนอสมานิติบัญญัติแห่งชาติ พิจารณาเมื่อวันที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๖๑

^{๔๕} ในคราวประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๕๗/๒๕๖๑ วันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๖๑

^{๔๖} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๕ ตอนที่ ๙๗ ก ลงวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ หน้า ๖.

^{๔๗} เนื่องจากในชั้นแรกขณะเขียนบทบัญญัตินี้ ยังไม่มีการประกาศใช้ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๗) พ.ศ. ๒๕๖๒ (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๖ ตอนที่ ๑๕ ก ลงวันที่ ๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๒ หน้า ๑๐.)

ผู้เขียนจึงขอเพิ่มเติมเนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขั้นตอนและรายละเอียดของกระบวนการพิจารณาคดีโดยเร่งด่วนตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ เพื่อให้บทความนี้มีเนื้อหาที่เป็นปัจจุบัน ดังนี้

๑. ข้อ ๑๑๐/๑ ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ซึ่งเพิ่มเติมโดยข้อ ๕ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๗) พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้ศาลแจ้งให้คู่กรณีทราบเกี่ยวกับการไม่จัดให้มีการนั่งพิจารณาคดีและส่งสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวน โดยระเบียบวิธีพิจารณาคดีไม่ได้ตัดสิทธิการรับฟังคำแถลงของคู่กรณีเสียทันที แต่กำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิยื่นคำแถลงเป็นหนังสือต่อองค์คณะภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง และหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประสงค์จะขอให้มีการนั่งพิจารณาคดี ก็สามารถทำได้โดยยื่นคำขอภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งเช่นกัน กรณีหลังนี้ ศาลจะจัดให้มีการนั่งพิจารณาคดีต่อไป

สำหรับคดีที่องค์คณะไม่จัดให้มีการนั่งพิจารณาคดี ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ กำหนดให้ตุลาการผู้แถลงคดีมาชี้แจงด้วยวาจาประกอบคำแถลงการณ์เป็นหนังสือ หรือมาแถลงการณ์ด้วยวาจาในการประชุมปรึกษาเพื่อพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีนั้น

๒. ข้อ ๔๙/๒ ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ซึ่งเพิ่มเติมโดยข้อ ๔ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๗) พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้กำหนดเงื่อนไขและขั้นตอนเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีโดยเร่งด่วนให้ “ตุลาการเจ้าของสำนวนเสนอองค์คณะโดยด่วนเพื่อหาหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้น เพื่อให้ อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นพิจารณา มีคำสั่งโดยไม่ชักช้าให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเร่งด่วน” หากตุลาการเจ้าของสำนวนเห็นว่าเป็นกรณีที่เข้าเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

๒.๑ เป็นคำฟ้องที่สมบูรณ์ครบถ้วน ภายใต้บังคับข้อ ๖๑

๒.๒ เป็นเรื่องที่ศาลจำต้องพิจารณาโดยเร่งด่วน เพราะมีกฎหมายกำหนดเวลาในการพิพากษาพิพากษาไว้เป็นการเฉพาะหรือเพราะเหตุอื่นใด

๒.๓ หากจะดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นการแสวงหาข้อเท็จจริง การสรุปสำนวน และการนั่งพิจารณาคดีและการพิพากษาคดีตามขั้นตอนปกติ อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้ฟ้องคดีที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง หรืออาจเป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ

(มีต่อหน้าถัดไป)

๑. การกำหนดหลักเกณฑ์การไม่จัดให้มีการนั่งพิจารณาคดีในศาลปกครองสูงสุดสำหรับคดีที่มีการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น หากองค์คณะพิจารณาพิพากษาในศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงหรือมีข้อกฎหมายที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน หรือเห็นว่าการไม่จัดให้มีการนั่งพิจารณาคดีจะไม่ทำให้เสียความยุติธรรม (มาตรา ๒๑ เพิ่มความในมาตรา ๕๙/๑)

๒. การกำหนดวิธีพิจารณาคดีแบบเร่งด่วนในส่วนของการส่งสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าก่อนวันนั่งพิจารณาคดี โดยให้ “กระทำได้ในระยะเวลาอันสมควร” แต่ “ไม่ถึงเจ็ดวันก็ได้” ภายใต้เงื่อนไขว่า จะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีหรือโดยลักษณะแห่งคดีมีความจำเป็นที่ศาลจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีเป็นการเร่งด่วน หรือเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม (มาตรา ๒๐ เพิ่มความในวรรคสามของมาตรา ๕๙)

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเร่งด่วนแล้ว เห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับคดีพิพาททุกประเภท รวมถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วย ซึ่งปัจจุบันเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว แนวโน้มการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลปกครองไทย น่าจะเป็นไปด้วยความรวดเร็วยิ่งขึ้นและทำให้คดีเสร็จได้โดยเร็วกว่าในอดีต อย่างไรก็ตาม คงต้องรอผลการใช้บังคับกฎหมายไประยะหนึ่งว่ากระบวนการพิจารณาที่ปรับปรุงใหม่จะตอบโจทย์ความจำเป็นต้องพิจารณาคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนี้ให้เสร็จโดยรวดเร็วหรือไม่ หากไม่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลง

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๔๗)

ในการนี้ ข้อ ๔๙/๒ ได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาในกรณีที่อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเร่งด่วน ดังนี้

(๑) ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนใช้อำนาจตามมาตรา ๖๑ หรือตามส่วนที่ ๑ หรือส่วนที่ ๒ ของหมวด ๒ โดยแจ้งให้คู่กรณีและผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายทราบ เพื่อทำการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยการไต่สวน หรือโดยวิธีการอื่นใดให้เสร็จสิ้นในวันเดียวหรือต่อเนื่องกันไป (วรรคสองของข้อ ๔๙/๒)

(๒) ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนแจ้งให้ตุลาการผู้แถลงคดีทราบเพื่อเข้าร่วมในการไต่สวน หรือแสวงหาข้อเท็จจริงโดยวิธีอื่นใด (วรรคสองของข้อ ๔๙/๒)

(๓) ให้ถือว่าวันที่เสร็จสิ้นการแสวงหาข้อเท็จจริงตามวรรคสองข้อ ๔๙/๒ เป็นวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงตามข้อ ๖๒ โดยไม่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบตามข้อ ๖๒ วรรคสองอีก (วรรคสองของข้อ ๔๙/๒)

(๔) คู่กรณีทุกฝ่ายซึ่งได้รับทราบหรือถือว่าได้รับทราบคำสั่งศาลตามวรรคสองให้มาศาล แล้วไม่มาในวันไต่สวน ให้ถือว่ารับทราบกระบวนการพิจารณาที่ศาลได้ดำเนินไปในครั้งนั้น และรับทราบกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก หรือกำหนดนัดอื่นที่ศาลแจ้งคู่กรณีที่มาศาลในขณะที่ทำการไต่สวน (วรรคสามของข้อ ๔๙/๒)

(๕) ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนจัดทำบันทึกที่ตุลาการเจ้าของสำนวนตามข้อ ๖๐ และเสนอบันทึกดังกล่าว พร้อมสำนวนคดีให้องค์คณะเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า (วรรคสี่ของข้อ ๔๙/๒)

(๖) ให้ตุลาการผู้แถลงคดีจัดทำบันทึกคำแถลงการณ์ด้วยวาจาตามข้อ ๖๓ ให้เสร็จสิ้นก่อนวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก (วรรคสี่ของข้อ ๔๙/๒)

(๗) ให้องค์คณะกำหนดวันใดวันหนึ่งเป็นวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก ทั้งนี้ ต้องไม่เกินเจ็ดวันหลังจากวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงตามวรรคสองของข้อ ๔๙/๒ และให้แจ้งกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกพร้อมสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าเป็นเวลาตามที่เห็นสมควร (วรรคห้าของข้อ ๔๙/๒)

(๘) ในวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก เมื่อเสร็จสิ้นการแถลงการณ์ด้วยวาจาของตุลาการผู้แถลงคดีแล้ว ให้ตุลาการหัวหน้าคณะนัดประชุมปรึกษาเพื่อพิพากษาหรือมีคำสั่งในวันเดียวกันนั้นหรือวันอื่นตามที่เห็นสมควร (วรรคหกของข้อ ๔๙/๒)

ในแง่ของระยะเวลาการพิจารณาคดี ก็อาจต้องพิจารณาทบทวนว่า จำเป็นต้องปรับปรุงกระบวนการวิธีพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นการเฉพาะหรือไม่ หากเห็นว่าจำเป็นเนื่องจากลักษณะของคดีพิพาทดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสัญญาภาครัฐซึ่งเป็นเรื่องของประโยชน์สาธารณะและงบประมาณแผ่นดินที่อาจกระทบต่อเศรษฐกิจในภาพรวมของประเทศ และต้องพิจารณาพิพากษาให้เสร็จโดยรวดเร็ว ก็จำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่ากระบวนการวิธีพิจารณาคดีรูปแบบใดจะเหมาะสมกับการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในศาลปกครองไทยมากที่สุด ซึ่งกรณีนี้จำเป็นต้องศึกษาความเป็นไปได้และพิจารณาในรายละเอียดกันต่อไป

ปัญหาทางกฎหมายของการห้ามมิให้ฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครอง
เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไปแล้วตามมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า
แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ *

นพรัตน์ อุดมโชคมงคล **

บทนำ : สภาพปัญหา

การฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ถือเป็นภารกิจของศาลปกครองในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ต้องมาเป็นลำดับแรก (primary legal protection) ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลปกครองสามารถที่จะวินิจฉัยสั่งการให้มีการฟื้นฟูสภาพทางกฎหมายที่ไม่ชอบอันเกิดจากการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้กลับมาชอบด้วยกฎหมาย โดยการที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนหรือทำลายผลทางกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีนั้นได้ ซึ่งในเรื่องของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐนั้น จะต้องเปิดโอกาสให้มีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐสองลำดับชั้นด้วยกัน คือ **หนึ่ง** การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ และ **สอง** การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง การควบคุมตรวจสอบทั้งสองขั้นตอนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ซึ่งการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวอาจจะทำให้มีการเพิกถอนผลการพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญา หรืออาจจะเป็นการกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐนั้นต้องไปดำเนินการตามขั้นตอนและกระบวนการต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้นเสียใหม่ได้ แต่การฟ้องเรียกให้หน่วยงานทางปกครองชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำทางปกครองนั้น เป็นกรณีที่ศาลปกครองไม่อาจจะเยียวยาความเสียหายที่เป็นผลต่อเนื่องมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นแล้ว ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่แม้จะมีการเพิกถอนการกระทำทางปกครองนั้น ก็อาจจะทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นมานั้นหายไปไม่ได้ (irreversible damage) ซึ่งหมายความว่า ศาลปกครองมีหน้าที่ในลำดับแรกในการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายโดยการเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเสียก่อน ดังนั้น การฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำทางปกครองจึงถือเป็นภารกิจของศาลปกครองในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ต้องมาเป็นลำดับแรก ต่อเมื่อปรากฏว่า แม้ศาลปกครองจะเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปแล้วก็ตาม แต่ก็ยังปรากฏความเสียหายที่ไม่อาจจะเยียวยาได้ด้วยการเพิกถอนการกระทำทางปกครอง ศาลปกครองจึงมีภารกิจในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยการมีคำพิพากษาให้หน่วยงาน

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนกันยายน ๒๕๖๔

** น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, DEA en Histoire de la Science Juridique Européenne, Université Robert Schumann (Strasbourg III) ประเทศฝรั่งเศส, Master II in Organizzazione e Funzionamento della Pubblica Amministrazione, Università degli Studi “La Sapienza” ประเทศอิตาลี, Dottorato di Ricerca in diritto pubblico, Università degli Studi “Tor Vergata” ประเทศอิตาลี พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง (คำสำคัญ : วิธีพิจารณา/ อิตาลี/ สัญญาทางปกครอง/ จัดซื้อจัดจ้าง/ บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญา)

ทางปกครองชดใช้ค่าเสียหายให้กับเอกชน อันเป็นภารกิจในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลำดับรอง (secondary legal protection)

อนึ่ง ในการจัดลำดับความสำคัญของการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ต้องมาก่อนการฟ้องให้ชดใช้ค่าเสียหายทางละเมิดนั้น ศาลปกครองสูงสุดเคยได้มีคำวินิจฉัย^๑ ที่ให้ความสำคัญกับการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งก่อน ถึงขนาดที่ว่าหากบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองไม่อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นเสียก่อน ย่อมทำให้ไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้มีการชำระค่าเสียหาย กล่าวคือ เมื่อบุคคลดังกล่าวมิได้โต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายก่อน ซึ่งทำให้ไม่มีสิทธิฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำทางปกครองไปด้วยแล้ว ย่อมหมายความว่าบุคคลดังกล่าวยอมรับผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว นั้นย่อมหมายความว่าผลทางกฎหมายใด ๆ ของคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดได้ อันแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมาย และการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณาความในมาตรา ๑๑๙^๒ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่บัญญัติว่า “ผู้อุทธรณ์ผู้ใดไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ

^๑ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๘๘/๒๕๖๐

“เมื่อผู้ฟ้องคดีมิได้ยื่นอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ ก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดียังมีได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และการที่ศาลจะพิจารณาว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่กระทำความผิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง และผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่จะต้องร่วมกันหรือแทนกันชำระค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ เพียงใด ศาลจำต้องพิจารณาก่อนว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ ที่เพิกถอนหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่าตามพระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. ๒๕๓๕ รายผู้ฟ้องคดี ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เมื่อผู้ฟ้องคดียังไม่ได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ ตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนด ศาลจึงไม่อาจพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวได้ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจนำคำสั่งดังกล่าวมาฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองได้”

^๒ มาตรา ๑๑๙ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

เมื่อได้รับรายงานจากหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๑๘ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับรายงานดังกล่าว หากเรื่องใดไม่อาจพิจารณาได้ทันในกำหนดนั้น ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ขยายระยะเวลาออกไปได้ไม่เกินสองครั้ง ครั้งละไม่เกินสิบห้าวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว และแจ้งให้ผู้อุทธรณ์และผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ

ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังขึ้นและมีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่ หรือเริ่มจากขั้นตอนใดตามที่เห็นสมควร ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังไม่ขึ้นหรือไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้แจ้งหน่วยงานของรัฐเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไป

การวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด

ในกรณีที่พ้นกำหนดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ยังพิจารณาไม่แล้วเสร็จ ให้ยุติเรื่อง และให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์แจ้งผู้อุทธรณ์และผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ พร้อมกับแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไป

ผู้อุทธรณ์ผู้ใดไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ หรือการยุติเรื่องตามวรรคสี่ และเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหาย ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว

พิจารณาอุทธรณ์ หรือการยุติเรื่องตามวรรคสี่ และเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดเชยค่าเสียหายได้ แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว” แล้ว จะเห็นได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้ความสำคัญกับความมั่นคงแห่งนิติฐานะไว้เป็นอย่างมาก โดยได้ให้น้ำหนักความมั่นคงแห่งนิติฐานะไว้มากกว่าความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ การที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการทำสัญญาไปแล้ว การฟ้องคดีให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งมีผลทำให้ต้องมีการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างใหม่ ย่อมไม่อาจทำได้ หากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่เพียง “เยียวยา” ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น กรณีจึงมีประเด็นที่จะต้องศึกษาว่าการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติเช่นนั้น กระทบต่อหลักการสำคัญทางกฎหมายประการใดบ้าง และกรณีจะมีการใช้และการตีความในลักษณะใดบ้างที่จะสามารถนำมาใช้แก้ปัญหาดังกล่าวได้

๑. แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของไทย : การใช้และการตีความมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ อย่างเคร่งครัด

๑.๑ ผู้มีสิทธิฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐ

เมื่อพิจารณาความในมาตรา ๑๑๔^๓ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่บัญญัติว่า “ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐมีสิทธิอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ” จะเห็นได้ว่า กฎหมายจำกัดผู้มีสิทธิอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเอาไว้ กรณีจึงมีปัญหาคือจะต้องตีความว่า ในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลจะจำกัดผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามบทบัญญัติดังกล่าวด้วยหรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองแล้วพบว่า ศาลปกครองตีความผู้มีสิทธิฟ้องคดีเอาไว้กว้างกว่ามาตรา ๑๑๔ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยศาลปกครองได้วินิจฉัยเป็นหลักการเอาไว้ว่า หากผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีที่จะขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ อยู่แล้ว แต่การที่ศาลไม่อาจจะเพิกถอนการกระทำทางปกครองให้ได้ตามมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้นั้น ก็ไม่ได้ทำให้ความเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีของผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดตามไปแต่อย่างใด บทบัญญัติดังกล่าวเป็นแต่เพียงบัญญัติว่า ผู้อุทธรณ์ซึ่งหมายถึงผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐแล้วไม่ได้รับการประกาศผลเป็นผู้ชนะหรือไม่ได้รับคัดเลือกเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐไม่พอใจคำวินิจฉัยอุทธรณ์หรือการยุติเรื่องอุทธรณ์ มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐได้ แต่การฟ้องดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว

^๓ มาตรา ๑๑๔ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐมีสิทธิอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ในกรณีที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ เป็นเหตุให้ตนไม่ได้รับการประกาศผลเป็นผู้ชนะหรือไม่ได้รับการคัดเลือกเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

เท่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวหาได้มีผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้เดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของหน่วยงานของรัฐที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นสิทธิที่มีอยู่แต่เดิมให้เหลือเพียงสิทธิฟ้องเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายได้แต่เพียงอย่างเดียวไม่^๔

๑.๒ เมื่อได้มีการทำสัญญาไปแล้ว กรณีจึงไม่ใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดี

กรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า หากหน่วยงานทางปกครองได้ดำเนินการทำสัญญาไปแล้ว หากศาลปกครองกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการกระทำตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ก็ไม่มีผลใด ๆ ต่อการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ศาลจึงไม่อาจมีค่าบังคับให้ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีได้

๔ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๖๑/๒๕๖๒

“เห็นได้ว่า แม้ผู้ฟ้องคดีจะมีได้เข้าสู่กระบวนการยื่นข้อเสนอและเสนอราคาทางระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ตามประกาศประกวดราคาซื้อครุภัณฑ์ทั้งสี่ฉบับก็ตาม แต่การที่ผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งว่าร่างข้อกำหนดและประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีลักษณะเป็นการกีดกันมิให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสเข้ายื่นข้อเสนอและร่วมเสนอราคา ขอให้มีการแก้ไขแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ปฏิเสธที่จะแก้ไข กรณีจึงถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้นี้เนื่องจากประกาศประกวดราคาดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ แล้วโดยหาจำต้องเข้ายื่นข้อเสนอในการประกวดราคาแล้วถูกปฏิเสธจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เสียก่อนไม่ ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และประกาศประกวดราคาที่เป็นที่พิพาททั้งสี่ฉบับดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป ซึ่งผู้ฟ้องคดีไม่จำต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองแต่อย่างใด อีกทั้งคำขอท้ายคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีก็เป็นคำขอให้ศาลบังคับให้ได้ตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แม้ไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ตั้งแต่เมื่อใด แต่ต้องไม่ก่อนวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๑ ซึ่งเป็นวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีหนังสือแจ้งตอบข้อวิจารณ์ให้ผู้ฟ้องคดีทราบ และได้แนบคำคัดค้านมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นเมื่อวันที่ ๙ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ จึงเป็นการฟ้องคดีภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้เหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา ๔๙ แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ส่วนประเด็นที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า คำขอให้เพิกถอนประกาศประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ทั้งสี่ฉบับ เป็นคำขอให้ศาลไม่อาจบังคับให้ได้ตามมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ นั้น เห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นแต่เพียงบัญญัติว่า ผู้ยุทธวิธีซึ่งหมายถึงผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐแล้วไม่ได้รับการประกาศผลเป็นผู้ชนะหรือไม่ได้รับคัดเลือกเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ ไม่พอใจคำวินิจฉัยยุทธวิธีหรือการยุติเรื่องยุทธวิธี มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐได้ แต่การฟ้องดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้วเท่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวหาได้มีผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้เดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของหน่วยงานของรัฐที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นสิทธิที่มีอยู่แต่เดิมให้เหลือเพียงสิทธิฟ้องเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายได้แต่เพียงอย่างเดียวไม่”

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๔/๒๕๖๓

“บทบัญญัติดังกล่าวเป็นแต่เพียงบัญญัติว่า ผู้ยุทธวิธีซึ่งหมายถึงผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐแล้วไม่ได้รับการประกาศผลเป็นผู้ชนะหรือไม่ได้รับคัดเลือกเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ ไม่พอใจคำวินิจฉัยยุทธวิธีหรือการยุติเรื่องยุทธวิธี มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐได้ แต่การฟ้องดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้วเท่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวหาได้มีผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้เดือดร้อนเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของหน่วยงานของรัฐที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีสิทธิฟ้องเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายได้แต่อย่างใดไม่”

ตามมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ อันเป็นการตีความอย่างเคร่งครัดว่า กรณีที่มีการทำสัญญาไปแล้ว มีผลทำให้ศาลปกครองไม่อาจกำหนดค่าบังคับมากไปกว่าที่มาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติได้^๕ อีกทั้งในบางกรณีศาลยังนำหลักกฎหมายที่ว่าด้วยหากมิใช่คู่สัญญาย่อมไม่อาจฟ้องเพิกถอนสัญญาได้^๖ โดยศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายขอบเขตการใช้และการตีความมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ก็ต้องมี

^๕ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๑/๒๕๖๓

“เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏตั้งแต่ในขณะยื่นฟ้องคดีว่า องค์การบริหารส่วนจังหวัดลำพูนได้ดำเนินการทำสัญญากับที่ปรึกษาแล้วตามสัญญาเลขที่ ๒๐/๒๕๖๒ เมื่อวันที่ ๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๒ ฉะนั้น การจะยอมรับให้สามารถฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ได้ ย่อมไม่สอดคล้องกับบทกฎหมายดังที่พิเคราะห์มาข้างต้น เพราะถึงแม้หากศาลจะพิจารณาพิพากษาว่ามีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม การกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการกระทำดังกล่าว ย่อมไม่อาจให้มีผลใด ๆ กระทบกระเทือนต่อสัญญาที่มีการลงนามไปแล้ว การที่ศาลจะกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการกระทำตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ในกรณีข้อเท็จจริงเช่นนี้จึงไม่มีผลใด ๆ ต่อการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายตามฟ้องได้ อันทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อยู่ในสถานะเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายนั้นต้องมีค่าบังคับตามมาตรา ๗๒ ที่จะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้น ค่าฟ้องของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นค่าฟ้องที่ศาลไม่อาจจะรับไว้พิจารณาได้”

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๗/๒๕๖๓

“ผู้ฟ้องคดีได้เข้าร่วมเสนอราคาแล้วแต่ไม่ได้รับคัดเลือก จึงใช้สิทธิอุทธรณ์และได้รับแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์แล้ว ประกอบกับผู้ถูกฟ้องคดีได้ลงนามในสัญญาจ้างกับบริษัท สยามทีซี เทคโนโลยี จำกัด ให้เป็นผู้ก่อสร้างงานตามประกาศประกวดราคาแล้ว กรณีจึงต้องเป็นไปตามมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กล่าวคือ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักจะสามารถกระทำได้ครบเท่าที่ ยังไม่มีการลงนามในสัญญาเท่านั้น กฎหมายไม่ประสงค์ให้มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา เมื่อคดีนี้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างครั้งนี้ได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว และผู้ฟ้องคดีมิได้มีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนด การจะยอมรับให้สามารถฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ จึงไม่สอดคล้องกับบทกฎหมายดังที่พิเคราะห์มาข้างต้น ดังนั้น เมื่อการกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการกระทำดังกล่าว ย่อมไม่อาจให้มีผลต่อสัญญาที่มีการลงนามไปแล้ว การที่ศาลกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการกระทำตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงไม่มีผลใด ๆ ต่อการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ศาลจึงไม่อาจมีค่าบังคับให้ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีได้ตามมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒”

^๖ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๑/๒๕๖๓

“ผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อศาลปกครองต้องเป็นบุคคลที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งกระทำได้แต่เพียงคู่สัญญาเท่านั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีมิใช่คู่สัญญาตามสัญญาจ้างผู้เชี่ยวชาญรายบุคคลหรือจ้างบริษัทที่ปรึกษา สัญญาเลขที่ ๒๐/๒๕๖๒ ลงวันที่ ๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๒ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องขอให้ศาลมีค่าบังคับยกเลิกสัญญาจ้างดังกล่าว ทั้งนี้ ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒”

ขอบเขตที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเฉพาะด้วย ซึ่งในกรณีของกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐมีขอบเขตข้อจำกัดว่า การพิจารณาข้อโต้แย้งคัดค้านเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย จะต้องไม่ให้มีผลกระทบไปถึงสัญญาที่ได้มีการลงนามกันไปแล้ว หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ การควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย สามารถกระทำได้ตราบเท่าที่ยังไม่มีการลงนามสัญญา เว้นแต่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีลักษณะเป็นเหตุที่จะทำให้มีผลถึงขนาดกระทบต่อความเป็นโมฆะ หรือความไม่มีผลบังคับของสัญญา เช่น เป็นกรณีที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีวัตถุประสงค์เป็นอันต้องห้ามตามกฎหมาย เป็นต้น^๗

๒. หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสว่าด้วยการใช้สิทธิเพิกถอนสัญญาทางปกครองของบุคคลภายนอกที่มีใช้คู่สัญญา : การยอมรับให้บุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญามีสิทธิฟ้องเพิกถอนสัญญา

ในปี ค.ศ. ๒๐๐๗ สภาแห่งรัฐได้กลับแนวคำวินิจฉัยของตนเองโดยสิ้นเชิงในคดี Arrêt Tropic^๘ (CE Ass. 16 Juillet 2007, Société Tropic Travaux) ในคดีดังกล่าว ศาลได้ให้สิทธิแก่ “บุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญา” ฟ้องร้องสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยตรงและสามารถขอให้ศาลเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือมีคำสั่งให้หน่วยงานทางปกครองกระทำการใด ๆ ก็ได้ หากผู้ฟ้องคดีเป็น “คู่แข่งชั้นที่ได้รับผลร้าย” (Concurrent évincé) จากการเข้าทำสัญญานั้น ซึ่งหมายถึงรวมถึงคู่แข่งที่ “อาจสนใจ” และ มีคุณสมบัติที่น่าจะเป็นผู้ประกวดราคาแข่งขัน^๙ และบุคคลที่สามมีสิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวฯ เพื่อให้มีการระงับการดำเนินการตามสัญญาไว้ก่อนได้ด้วย

^๗ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๒๓/๒๕๖๓

“ในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น ย่อมมีหลักการว่า เมื่อข้อพิพาทใดเป็นข้อพิพาทที่พระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ ข้อพิพาทเดียวกันนั้นก็ย่อมต้องให้มีการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการสามารถทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ การดำเนินการใด ๆ ในกระบวนการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคลจึงเป็นการกระทำที่อาจนำมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีได้ และความในมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ นั้น จึงไม่ใช่หลักที่จะนำมาใช้เพื่ออ้างเป็นเหตุไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาตามที่ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัย เพราะบทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพียงเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐดำเนินการไปได้อย่างรวดเร็วและต่อเนื่องตามแผนงานโครงการและงบประมาณเท่านั้น หากได้มีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแต่อย่างใดไม่ เพียงแต่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ก็ต้องมีขอบเขตที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเฉพาะด้วย ซึ่งในกรณีของกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมีขอบเขตข้อจำกัดว่า การพิจารณาข้อโต้แย้งคัดค้านเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายจะต้องไม่ให้มีผลกระทบไปถึงสัญญาที่ได้มีการลงนามกันไปแล้ว หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ การควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายสามารถกระทำได้ตราบเท่าที่ยังไม่มีการลงนามสัญญา เว้นแต่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีลักษณะเป็นเหตุที่จะทำให้มีผลถึงขนาดกระทบต่อความเป็นโมฆะหรือความไม่มีผลบังคับของสัญญา เช่น เป็นกรณีที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีวัตถุประสงค์เป็นอันต้องห้ามตามกฎหมาย เป็นต้น”

^๘ CE, Ass. 16 Juillet 2007 Société Tropic Travaux, n° 291545

^๙ CE, 16 novembre 2009 « Ministre de l'immigration » วางแนวไว้ว่า คู่แข่งขันที่ได้รับผลร้ายอาจหมายถึงคู่แข่งที่ “อาจสนใจ” และ มีคุณสมบัติที่น่าจะเป็นผู้ประกวดราคาแข่งขัน

สภาแห่งรัฐยอมรับว่าคดีประเภทนี้เป็นการฟ้องร้องในคดีที่ศาลมีเขตอำนาจเต็มในการพิจารณา (Recours de pleine juridiction)^{๑๐} เช่น ศาลมีอำนาจสั่งห้ามการดำเนินการ เป็นต้น และเท่ากับว่าสภาแห่งรัฐได้ยอมรับว่าปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งหมดเป็นผลมาจากการที่สภาแห่งรัฐแบ่งแยกประเภทคดีปกครองไว้ผิดพลาดมากกว่า ๑๐๐ ปี เพราะได้สงวนคดีที่ศาลมีเขตอำนาจเต็มในการพิจารณาไว้ให้แก่คู่สัญญาเท่านั้น อันเป็นการลิดรอนสิทธิบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญาและทำให้บุคคลเหล่านั้นตกอยู่ในภาวะไม่อาจขอความเป็นธรรมเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนของตนเองได้

ความเป็นมาของคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ชี้ให้เห็นว่า ในระยะแรกสภาแห่งรัฐได้แบ่งแยกคดีปกครองและกำหนดอำนาจศาลปกครองฝรั่งเศสในแต่ละประเภทคดีเอาไว้ผิดพลาดและได้นำเหตุผลเรื่อง “หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ” และ “หลักความมั่นคงของนิติฐานะทางสัญญา”^{๑๑} (และเรื่องรอง ๆ ลงไปอย่างหลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวของคู่สัญญาหรือ Relativité des contrats (Privity of Contract)) มาเป็นเหตุผลสนับสนุนเพื่อยืนยันความถูกต้องในการแบ่งแยกคดี

แต่แนวคิดดังกล่าวไม่ทำให้การบริหารงานยุติธรรมเป็นไปได้ด้วยดีเพราะกลับไปทำลาย “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Principe de légalité) อันเป็นหลักที่สำคัญของนิติรัฐจนเกินสมควร อีกทั้งการให้บุคคลที่สามฟ้องร้องขอเพิกถอนสัญญาทางปกครองโดยตรงเสียแต่ต้น “ภายในคดีเดียว” กลับเป็นผลดีต่อ “ความมั่นคงของนิติฐานะทางสัญญาของคู่สัญญา” มากกว่าการให้ฟ้องการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาเสียอีก (Acte détachable) เพราะอย่างหลังจะทำให้นิติสถานะทางสัญญาล้วนเป็นเวลานานจนกว่าคดี ๒-๓ คดีจะสิ้นสุด

^{๑๐} การฟ้องร้องในคดีที่ศาลมีเขตอำนาจเต็มในการพิจารณา (Recours de pleine juridiction) สภาแห่งรัฐได้วางหลักว่าคดีประเภทนี้เป็นการฟ้องร้องระหว่างคู่สัญญาทางปกครอง และตุลาการในคดีมีอำนาจออกคำสั่งได้ในทุกรูปแบบ (เพิกถอน เปลี่ยนแปลงแก้ไข และให้ถือคำพิพากษาแทนนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองหรือให้ชดเชยค่าเสียหายหรือปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง)

สภาแห่งรัฐได้สร้างหลักดังกล่าวโดยการตีความรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ ๗-๑๑ ตุลาคม ๑๙๕๐ ที่ให้อำนาจแก่กษัตริย์ในฐานะประมุขของฝ่ายปกครองในการสั่งเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองได้และต่อมาก็ได้มีการยอมรับจากฝ่ายนิติบัญญัติ โดยรัฐธรรมนูญด้วยการจัดระเบียบสภาแห่งรัฐ (Loi Dufaure du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat) ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๘๗๒ ที่บัญญัติว่า « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives » แปลว่า “สภาแห่งรัฐมีอำนาจพิจารณาอย่างอิสระในคดีปกครองและคดีที่ขอให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองทั้งหลาย” การแบ่งแยกคดีดังกล่าวเป็นเรื่องในยุคแรก ๆ แต่ในยุคต่อมา นักวิชาการมักจะแบ่งแยกคดีเพื่อประโยชน์ในการศึกษาได้ถึง ๔ ประเภท คือ การฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครอง, คดีฟ้องร้องที่ศาลมีอำนาจทำคำสั่งได้ทุกชนิดอย่างเต็มรูปแบบ การร้องขอให้ศาลปกครองตีความ และคดีที่ศาลใช้อำนาจเชิงปราบปราม โปรดดู Jean Rivero et Jean Waline, Droit administratif, Dalloz, 18 éd., 2000, pp. 206-207 (“ตำรา “กฎหมายปกครอง” เขียนโดย Jean Rivero และ Jean Waline, สำนักพิมพ์ Dalloz, พิมพ์ครั้งที่ ๑๘, ค.ศ. ๒๐๐๐, หน้า ๒๐๖-๒๐๗)”

^{๑๑} LENICA F. et BOUCHER J., Chronique générale de jurisprudence administrative française : Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence « Never say never », AJDA, 3 septembre 2007 : «... la décision renouvelé entre les exigences inhérentes au principe de légalité, celle de la continuité du service public, et celles de la sécurité des cocontractants »

ส่วน “หลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวของคู่สัญญา” (Relativité des contrats) นั้น เป็นแนวคิดทางกฎหมายแพ่งที่นำมาปรับใช้ไม่ได้ติดกับสัญญาทางปกครอง เพราะสัญญาทางปกครอง ต้องวางอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายมหาชนเช่นกัน ความเสมอภาคในการเข้าสู่กระบวนการเป็น คู่สัญญากับรัฐ (Principe d'égalité d'accès à la commande publique)^{๑๒} และประโยชน์สาธารณะอื่น การจะคุ้มครองแต่เฉพาะคู่สัญญาโดยไม่คุ้มครอง “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” ย่อมเป็นไปได้^{๑๓}

บ่อเกิดของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมาจากคำพิพากษาของศาลเป็นส่วนใหญ่ ตัวบทกฎหมาย แม้จะบัญญัติตามมาก็มักจะรับรองหรือขยายความแนวคำพิพากษาของศาล แต่แนวคำพิพากษาของศาล เฉพาะบางเรื่องเท่านั้นที่เป็นการประกาศความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไป (Principes généraux du droit)

การที่สภาแห่งรัฐเคยวางหลักกว่าบุคคลที่สามไม่อาจฟ้องร้องสัญญาทางปกครองได้โดยตรงนั้น **ไม่ใช่**หลักกฎหมายทั่วไป และต่อมาการที่สภาแห่งรัฐได้กลับแนวคำพิพากษาของตนอันเป็นการยืนยัน อำนาจตุลาการที่สอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจที่ว่า การพิจารณาอรรถคดีทั้งปวง เป็นอำนาจขององค์กรตุลาการ อำนาจอื่นใดจะจำกัดอำนาจนี้ของตุลาการมิได้ ตุลาการในฐานะองค์กร อธิปไตยขององค์กรหนึ่งย่อมสามารถตีความอำนาจของตนเองให้ครอบคลุมตามที่จำเป็นเพื่อให้ตนเอง สามารถทำให้อรรถคดีในสังคมยุติลงได้

การนำข้อพิพาทมาฟ้องคดีว่าสัญญาชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สมควรมีการดำเนินการ ตามสัญญาหรือไม่ ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลพิจารณา “การกระทำ” ว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในเชิงภาวะวิสัย (Objective) เพื่อรักษาไว้ซึ่งระบบกฎหมาย (Law หรือ Droit) หรือนิติรัฐ^{๑๔} ซึ่งในคดีประเภทนี้ ศาลปกครองจะไม่พิจารณาเฉพาะเรื่องการรักษาสิทธิเชิงทรัพย์สิน (Rights หรือ Droits) ของผู้ฟ้องคดี แต่เพียงอย่างเดียว แต่ต้องพิจารณากฎหมายและประโยชน์สาธารณะต่าง ๆ ด้วย จึงต่างกับคดีฟ้องร้อง เพื่อเรียกค่าเสียหาย (Responsabilité administrative) **คดีสองประเภทนี้จึงไม่ใช่เรื่องเดียวกัน ไม่อาจ ทดแทนกันและกันได้**

เมื่อมีข้อพิพาทว่ามีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นหรือไม่และผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนจริง ๆ ย่อมถือว่าข้อพิพาทที่ศาลใดศาลหนึ่งต้องพิจารณาว่าควรจะให้การกระทำดังกล่าว ยุติลงหรือไม่ การจะยอมรับว่าการกระทำดังกล่าวจะต้องคงอยู่เสมอ ศาลไม่มีอำนาจวินิจฉัย ซึ่งจะทำให้ ประชาชนต้องไปฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจากรัฐนั้นเป็นเรื่องที่น่ากังขา^{๑๕}

^{๑๒} LENICA F. et BOUCHER J., Chronique générale de jurisprudence administrative française : Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence « Never say naver », AJDA, 3 septembre 2007, p. 1578.

^{๑๓} Braconnier S., Contentieux des contrats publics : Les recours ouverts aux tiers, AJDA, 2011, p. 314.

^{๑๔} ในตำรากฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะเรียกกันว่า “Recours objectif” โปรดดู DE LAUBADERE A., VENEZIA J.-C., GAUDEMET Y., Traité de droit administratif, L.G.D.J., Paris, 15 ed., p. 503. และ Rivero J. et Waline J., Droit administratif, Dalloz, 18 éd., 2000, p. 234.

^{๑๕} กล่าวคือ หากมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะต้องรักษานิติรัฐไว้โดยต้องทำให้การกระทำนั้น ยุติลง ทั้งนี้ เว้นแต่มีเหตุผลความจำเป็นอันอื่นอันเป็นประโยชน์สาธารณะที่สำคัญมากกว่า ไม่ใช่จะต้องให้ผู้ฟ้องคดีงาน ได้รับผลร้ายจากความคงอยู่ของการกระทำนั้นเสมอ แล้วได้รับสิทธิเพียงการขอรับค่าเสียหายเป็นตัวเงิน (Responsabilité administrative) ซึ่งเป็นคนละเรื่องกัน

ตราบไต่ที่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังคงอยู่และสิทธิตามกฎหมายของบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญายังถูกลิดรอน และตราบไต่ที่ศาลยังไม่มีโอกาสเข้าไปพิจารณาว่าการกระทำนั้น ๆ ควรจะดำรงอยู่ได้ตามกฎหมายหรือไม่ ก็จะต้องถือว่าอรรถคดีหรือข้อพิพาทในสังคมยังคงอยู่

๓. หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและอิตาลีว่าด้วยการแก้ไขปัญหาการฟ้องเพิกถอนกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและความมั่นคงแห่งนิติฐานะ^{๑๖}

๓.๑ วิธีพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (ก่อนมีการลงนามในสัญญา)

๓.๑.๑ ประเทศฝรั่งเศส

ข้อพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะและโครงสร้างพื้นฐานของประเทศซึ่งต้องใช้เงินจำนวนมากในการลงทุนและเกี่ยวข้องกับงบประมาณของแผ่นดินจึงต้องพิจารณาโดยเร่งด่วน เนื่องจากเป็นขั้นตอนที่นำไปสู่การทำสัญญาทางปกครอง หากแก้ไขไม่ทันการณ์ก็จะเกิดความเสียหายมาก นอกจากนี้ ภายใต้แรงกดดันจากสหภาพยุโรปที่ต้องการให้รัฐสมาชิกมีระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐและมีวิธีพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาภาครัฐที่เป็นเอกภาพ โดยการออกข้อกำหนดของสหภาพยุโรปในเรื่องดังกล่าวซึ่งข้อกำหนดมีผลบังคับกับรัฐสมาชิกต้องอนุวัติการกฎหมายภายใน ต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติฝรั่งเศสจึงได้อนุวัติการข้อกำหนดของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐและการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐเป็นกฎหมายภายใน โดยบรรจุเนื้อหาเกี่ยวกับขั้นตอนและกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในประมวลกฎหมายการพัสดุ และเนื้อหาในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครองฝรั่งเศสจึงกำหนดให้ศาลปกครองมีวิธีพิจารณาแบบเร่งรัดเป็นกรณีพิเศษ (Procédure d'urgence spéciale) สำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในหมวดที่ ๖ เรื่องที่ ๕ ว่าด้วยวิธีพิจารณาสำหรับข้อพิพาทบางประเภทของบรรพ ๕ (วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา) หัวข้อ “คำสั่งวิธีพิจารณาที่เกิดขึ้นในกระบวนการเข้าทำสัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ” (Référé en matière de passation de contrats et marchés) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลมีอำนาจในการกำหนดมาตรการแก้ไข หรือระงับหรือลงโทษการกระทำของหน่วยงานทางปกครองที่ไม่เคารพหรือฝ่าฝืนข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัตินั้นมีผลกระทบต่อการเข้าทำสัญญา ข้อปฏิบัติดังกล่าว ได้แก่ การประกาศเผยแพร่การประกวดราคา และการจัดให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม สำหรับ “คำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการเข้าทำสัญญาทางปกครอง และสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ” อาจแยกพิจารณาได้เป็น ๒ กรณี คือ คำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทก่อนมีการลงนามในสัญญา (Référé précontractuel) และคำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทหลังมีการลงนามในสัญญา (Référé contractuel) โดยใช้เกณฑ์การลงนามในสัญญาเป็นเส้นแบ่งกล่าวคือ หากข้อพิพาทเกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐและหน่วยงานยังมิได้ดำเนินการลงนามในสัญญา ผู้เสียหายสามารถขอให้ศาลพิจารณาเพื่อมีคำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทก่อนมีการลงนามในสัญญา

^{๑๖} เรียบเรียงจากเอกสารประกอบการสัมมนาอธิบดีและรองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๙ ระหว่างวันที่ ๑๖-๑๘ กันยายน ๒๕๕๙ ณ แมริอท รีซอร์ท แอนด์ สเปา เมืองพัทยา จังหวัดชลบุรี

แต่หากมีการลงนามหรือทำสัญญากันไปแล้ว จะต้องเป็นการขอให้ศาลพิจารณาและมีคำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทหลังมีการลงนามในสัญญา

๓.๑.๒ วิธีพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (ก่อนมีการลงนามในสัญญา) ของประเทศอิตาลี

ประเทศอิตาลีมีวิธีพิจารณาคดีเฉพาะ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Decreto legislativo, 02/07/2010 n. 104) หมวดว่าด้วยกระบวนการพิจารณาภายในระยะเวลาอันสั้น (il rito abbreviato) มาตรา ๑๓๙ วรรคสอง บัญญัติว่า ระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐให้ลดลงกึ่งหนึ่งจากระยะเวลาในการพิจารณาคดีตามปกติ เช่น ในการยื่นฟ้องคดีโดยปกติ ผู้ฟ้องคดีต้องยื่นฟ้องคดีภายใน ๖๐ วันนับแต่วันที่ทราบเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่หากเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ผู้ฟ้องคดีต้องยื่นฟ้องภายใน ๓๐ วันนับแต่วันที่ทราบเหตุแห่งการฟ้องคดี รวมถึงระยะเวลาในการยื่นคำคู่ความ ศาลจะกำหนดระยะเวลาให้คู่กรณียื่นคำคู่ความโดยเร็ว (กว่าคดีปกติ) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้การเร่งรัดกระบวนการคดีไปสร้างความเสียหายแก่หลักประกันสิทธิในการโต้แย้งคดีของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือหลักการฟังความทุกฝ่าย กฎหมายจึงกำหนดข้อยกเว้นมิให้ใช้บังคับบทบัญญัติหลักเกณฑ์การลดระยะเวลาพิจารณาคดีกับระยะเวลาบางประเภท เช่น ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของคู่กรณีในการแจ้งคำฟ้องหลัก คำฟ้องเพิ่มเติม คำร้องของผู้มีส่วนได้เสีย ระยะเวลาที่กฎหมายบัญญัติให้สิทธิคู่กรณีในการยื่นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวของศาลปกครองขึ้นต้นต่อสภาแห่งรัฐ เป็นต้น

๓.๒ ระยะเวลาการพิจารณาคำขอ

๓.๒.๑ ประเทศฝรั่งเศส

(๑) คำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทก่อนมีการลงนามในสัญญา (Référé précontractuel) ของฝรั่งเศส

ระยะเวลาการยื่นคำขอ : จนกว่าจะมีการลงนามในสัญญา (มาตรา L. 551-1 วรรคสาม และมาตรา L. 551-5 วรรคสอง)

ระยะเวลาการดำเนินการ : ศาลจะต้องพิจารณาและมีคำสั่งภายใน ๖๐ วันนับแต่วันที่รับคำขอ

อย่างไรก็ดี ภายในกรอบระยะเวลา ๓๐ วัน ศาลจะพิจารณามีคำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทก่อนมีการลงนามในสัญญาได้ก็ต่อเมื่อพ้นกำหนด ๑๖ วันนับจากวันที่หน่วยงานส่งคำสั่งแจ้งผลการประกวดราคาไปยังเอกชนผู้ไม่ได้รับการคัดเลือก หรือเมื่อพ้นกำหนด ๑๑ วันนับแต่วันที่มีการแจ้งประกาศผลการคัดเลือกโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ให้กับเอกชนผู้ซึ่งได้ยื่นเสนอราคา (มาตรา L. 551-11 ประกอบกับมาตรา R. 551-5)

(๒) คำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทหลังมีการลงนามในสัญญา (Référé contractuel)

ระยะเวลาการยื่นคำขอ : หลังจากมีการลงนามในสัญญา แต่อย่างช้า ต้องไม่เกิน ๓๐ วันนับแต่มีการประกาศผู้ชนะการประกวดราคาในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป ตามที่คณะกรรมการยุโรปกำหนด หากไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าว ระยะเวลาการยื่นคำขอจะขยายออกไปจนกว่าจะพ้นกำหนด ๖ เดือนนับแต่วันถัดจากวันที่ได้มีการทำสัญญา (มาตรา L. 551-13 วรรคหนึ่ง ประกอบกับ มาตรา R. 551-7)

ระยะเวลาการดำเนินการ : ศาลจะต้องพิจารณาและมีคำสั่งภายใน หนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้รับคำขอ (มาตรา L. 551-13 ประกอบกับมาตรา R. 551-9)

๓.๒.๒ ระยะเวลาการยื่นคำขอและระยะเวลาการดำเนินการของประเทศอิตาลี

ระยะเวลาการยื่นคำขอ : ผู้ฟ้องคดียื่นคำขอมาพร้อมคำฟ้องหรือเป็นคำร้อง แยกต่างหากเมื่อใดก็ได้ก่อนศาลพิพากษาคดี

ระยะเวลาการดำเนินการ : ไม่มีกฎหมายกำหนดกรอบระยะเวลาตายตัวไว้ แต่บัญญัติในลักษณะทั่วไปให้ศาลพิจารณามีคำสั่งโดยเร็ว

อย่างไรก็ตาม ตามนัยมาตรา ๑๒๐ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง คำขอให้ศาลกำหนดมาตรการชั่วคราวในคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างมีอิทธิพลต่อความรวดเร็ว ในการพิจารณาคดีของศาลในแง่ที่ว่า การยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการชั่วคราวเป็นการเร่งรัดให้ศาล ต้องดำเนินการพิจารณาตัดสินคดีหลักโดยเร็วที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมีการปฏิบัติตามหลักการฟังความ ทุกฝ่ายโดยครบถ้วน และศาลพิจารณาโดยภาพรวมแล้วเห็นว่าคดีอาจมีมูลตามฟ้อง (il fumus boni iuris) และการให้การกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีมีผลบังคับอาจก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง และยาก แก่การเยียวยาแก้ไข (il periculum in mora) ศาลจะกำหนดวันนั่งพิจารณาโดยเร็ว ทั้งนี้ โดยหลัก ศาลจะกำหนดวันนั่งพิจารณาเมื่อพ้นระยะเวลา ๓๐ วัน นับจากวันที่ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว

๓.๓ ผลของการยื่นคำขอ

๓.๓.๑ ผลของการยื่นคำขอของประเทศฝรั่งเศส

(๑) คำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทก่อนมีการลงนามในสัญญา (Référé précontractuel)

- หน่วยงานทางปกครองไม่อาจดำเนินการลงนามในสัญญาได้ นับแต่ มีการยื่นคำขอต่อศาลปกครอง กระทั่งหน่วยงานได้รับแจ้งคำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทก่อนมีการลงนาม ในสัญญาของศาล (มาตรา R. 551-4 และมาตรา R. 551-9)

- ผู้ยื่นคำขอมิหน้าที่ต้องแจ้งให้หน่วยงานทางปกครองได้ทราบถึงการยื่น คำขอของตนต่อศาลในรูปแบบเดียวกันและในเวลาเดียวกันด้วย (มาตรา R. 551-1 และมาตรา R. 551-2)

(๒) คำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทหลังมีการลงนามในสัญญา (Référé contractuel)

- ไม่มี (เนื่องจากเป็นกรณีที่มีการลงนามในสัญญาแล้ว)

๓.๓.๒ ผลของการยื่นคำขอของประเทศอิตาลี

โดยนัยมาตรา ๑๑ วรรคสี่ D.gs. 163/2006 คู่กรณียังไม่อาจทำสัญญาได้ก่อนสามสิบห้าวันนับจากวันที่ได้มีการแจ้งผลการคัดเลือกคู่สัญญาอันเป็นที่สุดแล้ว (aggregazione definitiva) ทั้งนี้ กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่อาจได้รับผลกระทบและเพื่อหลีกเลี่ยงผลอันเกิดจากอุปสรรคในการยื่นฟ้องคดีหากมีการทำสัญญากันแล้ว และในกรณีที่มีการยื่นฟ้องโต้แย้งคำสั่งอันเป็นที่สุดในการคัดเลือกคู่สัญญาที่นำไปสู่การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้มีผลเป็นการระงับการทำสัญญาเป็นการชั่วคราวไปจนกว่าศาลจะพิจารณาพิพากษาคดี

๓.๔ อำนาจในการออกคำสั่งของผู้มีอำนาจพิจารณา

๓.๔.๑ อำนาจในการออกคำสั่งของผู้มีอำนาจพิจารณาของประเทศฝรั่งเศส

(๑) ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาทก่อนมีการลงนามในสัญญา หลายลักษณะแตกต่างกันตามประเภทของผู้ถูกฟ้องคดี โดยแบ่งได้ ๒ กรณีดังนี้

หนึ่ง กรณีผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง (Pouvoirs adjudicateurs) ตามมาตรา L. 551-1 ของประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ซึ่งได้แก่ รัฐส่วนกลาง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชน (ทั้งส่วนกลางและในระดับท้องถิ่น) ซึ่งมีได้ประกอบกิจการค้าและอุตสาหกรรม ศาลปกครองมีอำนาจสั่งตามมาตรา L. 551-2 ดังนี้

- สั่งให้หน่วยงานปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมาย
- สั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งให้จัดทำสัญญา
- สั่งเพิกถอนคำสั่งให้จัดทำสัญญา
- สั่งให้ยกเลิกข้อสัญญาบางข้อหรือข้อกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ตามสัญญา

ที่จะบรรจุลงในสัญญาและที่เป็นการขัดต่อกฎเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้าง

สอง กรณีผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานตามวรรคหนึ่งของมาตรา L. 551-1 ซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการโครงข่ายประเภทกิจการน้ำ พลังงาน ขนส่ง และการโทรคมนาคม เป็นต้น หรือรัฐวิสาหกิจ ศาลปกครองมีอำนาจสั่งตามมาตรา L. 551-6 ดังนี้

- สั่งให้หน่วยงาน/รัฐวิสาหกิจ ปฏิบัติตามกฎหมายภายในกำหนดระยะเวลา

- สั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งให้จัดทำสัญญา/คำสั่งให้ตั้งบริษัทร่วมทุน

- สั่งปรับหน่วยงาน ตลอดช่วงระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ปฏิบัติตามคำสั่งศาลไปจนกว่าจะสิ้นสุดกำหนดระยะเวลาดังกล่าว

- สั่งปรับหน่วยงาน หากพ้นกำหนดระยะเวลาที่ศาลกำหนดแล้ว หน่วยงานยังไม่ดำเนินการแก้ไข (มาตรา L. 551-6 วรรคสาม)

(๒) ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งวิธีพิจารณาข้อพิพาท หลังมีการลงนามในสัญญา (มาตรา L. 551-17 ถึงมาตรา L. 551-20) หลายลักษณะ ดังนี้

- สั่งระงับการปฏิบัติตามสัญญาไว้เป็นการชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาของศาล

- สั่งให้สัญญาเป็นโมฆะ
- สั่งเพิกถอนสัญญา
- สั่งลงโทษ โดยการสั่งให้เลิกสัญญา หรือลดทอนระยะเวลาของสัญญา

ให้สั้นลง หรือสั่งปรับหน่วยงาน

๓.๔.๒ อำนาจในการออกคำสั่งของผู้มีอำนาจพิจารณาของประเทศอิตาลี

- สั่งไม่รับคำขอ
- สั่งยกคำขอ
- สั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี
- สั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวตามที่ศาลเห็นสมควร
- สั่งให้วางเงินหรือให้มีการค้ำประกันเพื่อเป็นการประกันความเสียหาย

เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายของทั้งสองประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลี จะเห็นได้ว่า ทั้งสองประเทศได้ให้ความสำคัญกับหลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ โดยจะนำวิธีการเร่งรัดการพิจารณามาใช้ การกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการพิจารณาของศาลย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ต้องการความรวดเร็ว ทั้งยังไม่เป็นการละทิ้งหลักความชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย

๔. บทสรุป

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นแก่นสาระสำคัญอย่างหนึ่งของ “หลักนิติรัฐ” เมื่อพิจารณาจากการใช้สิทธิโต้แย้งตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ในเบื้องต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต้องการที่จะเร่งรัดกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว โดยกำหนดให้มีกลไกคัดกรองทั้งเรื่องของผู้ที่จะมีสิทธิอุทธรณ์ (มาตรา ๑๑๔) และเรื่องที่จะสามารถอุทธรณ์ได้ (มาตรา ๑๑๕) นอกจากนี้ เมื่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยเป็นเช่นใดแล้ว ผู้ที่ได้รับความเสียหายจะสามารถฟ้องได้ก็เฉพาะแต่การเรียกร้องให้หน่วยงานทางปกครองชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น ซึ่งทำให้ดูเหมือนว่า “เพื่อความรวดเร็วจึงจำเป็นต้องสละหลักการเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งเป็นแก่นสาระสำคัญอย่างหนึ่งของหลักนิติรัฐทิ้งไป” อย่างไรก็ตาม โดยที่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและการทำลายผลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการกระทำทางปกครองเป็นแก่นสาระสำคัญประการหนึ่งของ “หลักนิติรัฐ” ดังนั้น หากการใช้และการตีความเรื่องกลไกการใช้สิทธิโต้แย้งที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยให้ศาลปกครองมีภารกิจเพียงเรื่องของการกำหนดค่าเสียหายได้เท่านั้น จะทำให้กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐไม่มีประสิทธิภาพ และไม่ได้ทำให้กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมีประสิทธิภาพมากขึ้น นอกจากนี้ การที่กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนดให้

คณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารเป็นองค์กรเดียวที่ผูกขาดการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐย่อมเป็นการขัดต่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการอย่างเห็นได้ชัด ดังนั้น การใช้และการตีความเรื่องกลไกการใช้สิทธิโต้แย้งที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ จึงต้องตีความกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐในลักษณะเป็นการเปิดโอกาสให้มีการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลปกครองสามารถเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในลำดับแรกก่อน (primary legal protection) ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลปกครองสามารถฟื้นฟูสภาพทางกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐที่ไม่ชอบให้กลับกลายมาชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา และหากปรากฏว่า แม้ศาลปกครองจะเพิกถอนกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปแล้ว แต่ยังปรากฏความเสียหายที่ไม่อาจจะเยียวยาได้ด้วยการเพิกถอนกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็จะต้องมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษากำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือหน่วยงานของรัฐนั้นชดเชยค่าเสียหายให้กับเอกชนได้ด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีต้องตีความบทบัญญัติมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ อย่างเคร่งครัดว่า หากผู้อุทธรณ์ไม่พอใจผลพิจารณาอุทธรณ์ และประสงค์ที่จะฟ้องคดีเรียกให้หน่วยงานทางปกครองชดเชยค่าเสียหายแล้ว ผู้อุทธรณ์ก็ยังคงมีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ภายหลังจากที่ได้มีการวินิจฉัยอุทธรณ์แล้วหรือในกรณีที่พ้นกำหนดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์แล้ว คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ยังพิจารณาไม่แล้วเสร็จ หากเป็นกรณีที่ผู้อุทธรณ์เห็นว่า คณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์วินิจฉัยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้อุทธรณ์ก็สามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ได้ ดังนั้น ความเป็นที่สุดของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ตามที่ปรากฏในมาตรา ๑๑๙ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ จึงเป็นที่สุดเฉพาะในฝ่ายบริหารเท่านั้น มิได้หมายความว่าไม่อาจจะฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลปกครองได้ และสำหรับกรณีที่กล่าวมาข้างต้นในส่วนของผู้ที่ไม่สามารถจะอุทธรณ์ได้ เนื่องจากอาจจะเป็นกรณีฟ้องเพิกถอนประกาศคุณสมบัติ หรืออุทธรณ์การยื่นข้อเสนอ หรือในเรื่องนั้น ๆ ไม่อาจจะอุทธรณ์ได้ เป็นต้น เช่นนี้ก็สามารถฟ้องต่อศาลปกครองได้ โดยไม่จำต้องอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ก่อน แต่ทั้งนี้ การใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองดังกล่าวก็จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ด้วย

๕. ข้อเสนอแนะ

๕.๑ มาตรการชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษา ในฐานะเครื่องมือคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในกรณีเร่งด่วน

เมื่อได้พิจารณาหลักการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐแล้ว จะพบกลไกการใช้สิทธิโต้แย้งกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหลายประเภท แต่กลไกที่เป็นแก่นหรือสาระสำคัญของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ก็คือ การห้ามมิให้มีการจัดทำสัญญาในระหว่างที่ยังมีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง

ดังที่ปรากฏตามมาตรา ๖๖ วรรคสอง^{๑๗} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ เนื่องจากเมื่อมีการจัดทำสัญญากันไปแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญานั้น ๆ และเนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมีความสำคัญกับระบบการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐจึงต้องการความรวดเร็วในการดำเนินการ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ศาลปกครองสามารถที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลและควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเร่งด่วนของคดีพิพาทนั้น เมื่อได้พิจารณาหลักของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลแล้ว หน้าที่ที่เป็นแก่นหรือสาระสำคัญของศาล คือ การพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งในระบบของศาลปกครองไทยมีด้วยกันอยู่สองชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด ซึ่งหากผลของคำพิพากษาชี้ขาดตัดสินของศาลอาจจะไม่ตอบสนองต่อความเร่งด่วนของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ดังนั้น เครื่องมือที่ศาลปกครองสามารถจะนำมาใช้เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในกรณีความเร่งด่วนของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐก็คือ “มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี”

๕.๒ มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา และการจัดทำคำพิพากษาของศาลปกครอง

เมื่อพิจารณาการนำกลไกเรื่องมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีความเร่งด่วนของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐแล้ว อาจแยกรายละเอียดในเรื่องนี้ออกได้เป็นสองส่วน คือ (๑) เรื่องมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา และ (๒) เรื่องการจัดทำคำพิพากษาของศาลปกครอง

(๑) มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา

มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษาจะถูกนำมาใช้เพื่อห้ามมิให้มีการทำสัญญาในกระบวนการขึ้นมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษานี้ หน่วยงานของรัฐยังไม่สามารถทำสัญญาได้ หากศาลยังไม่มีคำสั่งให้ดำเนินการจัดทำสัญญาตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๖๖ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้ว สามารถแยกได้เป็น ๒ กรณี ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง : กรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีคำสั่งให้ไปดำเนินการกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างใหม่

ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐไปดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่ ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างสามารถยื่นคำฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ต่อศาลปกครองได้ แต่การยื่นคำฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ต่อศาลปกครองในกรณีนี้ไม่มีผลชะลอคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ในทันที ซึ่งหมายความว่า หน่วยงานของรัฐยังไม่อาจที่จะทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในระหว่างที่ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลได้ อย่างไรก็ตาม โดยที่ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกตามกระบวนการ

^{๑๗} มาตรา ๖๖ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

“การลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะกระทำได้ต่อเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาอุทธรณ์และไม่มีผู้ใดอุทธรณ์ตามมาตรา ๑๑๗ หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์ เมื่อหน่วยงานของรัฐได้รับแจ้งจากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้ทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ เว้นแต่การจัดซื้อจัดจ้างที่มีความจำเป็นเร่งด่วนตามมาตรา ๕๖ (๑) (ค) หรือการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจง หรือการจัดซื้อจัดจ้างที่มีวงเงินเล็กน้อยตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา ๙๖ วรรคสอง”

จัดซื้อจัดจ้างสามารถมีคำขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ กรณีที่ศาลเห็นว่าคำสั่งของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์น่าจะชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้ยกคำร้องขอ กำหนดมาตรการชั่วคราวของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างต่อไป และให้ศาลมีคำพิพากษา เกี่ยวกับเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างโดยเร็ว ซึ่งระยะเวลาดำเนินการ ดังกล่าวของศาลนั้น ศาลสมควรใช้ระยะเวลาเช่นเดียวกับระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ของคณะกรรมการ พิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา ๑๑๙ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กล่าวคือ ภายในกำหนดระยะเวลา ๖๐ วัน หากศาลยังไม่มีความเห็นหรือคำพิพากษาเป็นเช่นใด ก็จะต้องให้มีการดำเนินการจัดทำสัญญาต่อไปได้ และในทางกลับกัน หากศาลเห็นว่าคำสั่งของคณะกรรมการพิจารณา อุทธรณ์น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเพื่อให้มีการ ดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ และให้ศาลมีคำพิพากษาเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างโดยเร็ว ซึ่งทั้งสองกรณี หากมีการทำสัญญาไปแล้วด้วยคำสั่งศาลหรือด้วยการที่ศาล พิจารณาคดีไม่ทันต่อความเร่งด่วนของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ก็ให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีได้แต่เฉพาะ เรื่องการขอให้ศาลใช้คำสั่งเพิกถอนการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

กรณีที่สอง : กรณีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการ จัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้

ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนิน กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ ผู้ที่ไม่ได้รับการคัดเลือกตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างสามารถยื่นคำฟ้อง ได้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ต่อศาลปกครองได้ แต่การยื่นคำฟ้องโต้แย้งต่อศาล ดังกล่าวไม่มีผลเป็นการชะลอการทำสัญญาในทันที ซึ่งหมายความว่า หน่วยงานของรัฐสามารถทำสัญญาได้ ในระหว่างพิจารณาพิพากษาคดีของศาล โดยผู้ที่ไม่ได้รับการคัดเลือกตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างสามารถมีคำขอ ต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งห้ามทำสัญญาเอาไว้ก่อนได้ ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองจะต้องกำหนดแนวทาง ที่ชัดเจนในเรื่องระยะเวลาว่า ระยะเวลาอันเท่าใดในระหว่างการยื่นคำฟ้องและคำขอ กำหนดมาตรการ ชั่วคราวก่อนการพิพากษา รวมถึงระหว่างการพิจารณาคำขอ กำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ที่ห้ามหน่วยงานของรัฐทำสัญญา ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐเร่งรัดทำสัญญาในช่วงเวลานี้ ให้ถือว่าการทำสัญญานั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทันที โดยให้ถือว่าเป็นการไม่เปิดโอกาสให้ผู้ที่ไม่ได้รับการคัดเลือกได้ใช้สิทธิทางศาล อย่างเพียงพอ เป็นการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ในส่วนที่ เป็นสาระสำคัญและเป็นความผิดพลาดอย่างร้ายแรงและส่งผลให้สัญญาที่เร่งรัดทำขึ้นมานั้นตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา ๑๐๔ วรรคหนึ่ง^{๑๘} แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

^{๑๘} มาตรา ๑๐๔ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

“ในกรณีที่สัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเกิดจากกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญ หรือผิดพลาดไม่ร้ายแรง หากทำให้สัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นโมฆะไม่

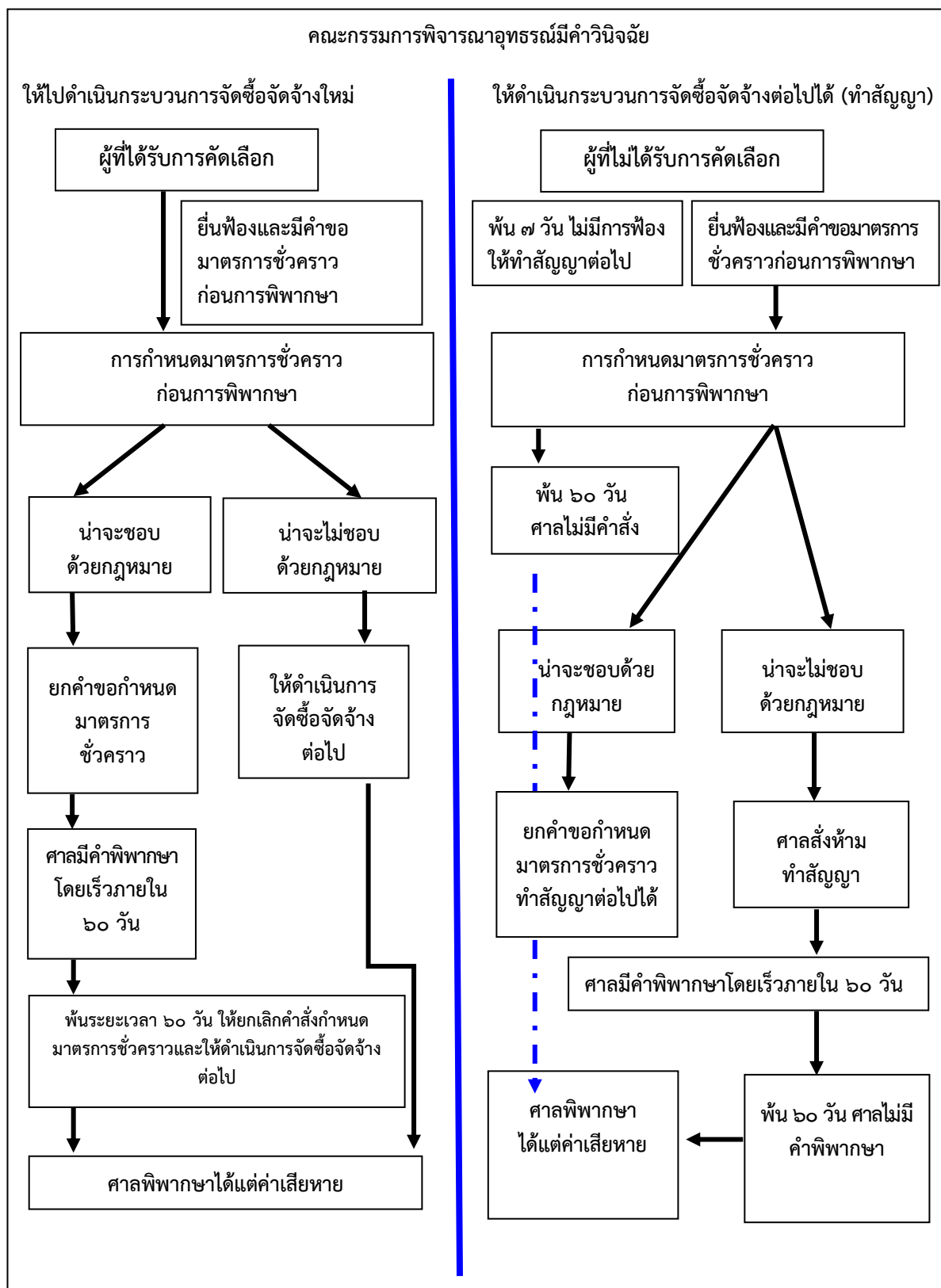
ให้คณะกรรมการนโยบายมีอำนาจประกาศในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง กำหนดกรณีตัวอย่างที่ถือว่าเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรง หรือที่ไม่เป็นสาระสำคัญ หรือเป็นกรณีผิดพลาดไม่ร้ายแรงตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่ง ให้คู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการนโยบายเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด”

เนื่องจากการที่ไม่ได้มีการเปิดโอกาสให้ผู้ที่ไม่ได้รับการคัดเลือกได้ใช้สิทธิทางศาลโต้แย้งการกระทำตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งระยะเวลาห้ามทำสัญญา ศาลปกครองสามารถนำหลักการเกี่ยวกับการกำหนดระยะเวลายื่นอุทธรณ์และระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์มาใช้ประกอบการพิจารณา กล่าวคือนำบทบัญญัติมาตรา ๑๑๗ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่กำหนดระยะเวลาไว้ ๗ วันในการยื่นอุทธรณ์ ดังนั้น หากไม่มีการยื่นฟ้องและมีคำขอกำหนดมาตรการชั่วคราวภายใน ๗ วัน นับแต่วันที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีคำวินิจฉัย ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ ต่อเมื่อมีการยื่นคำฟ้องและมีคำขอมาตรการชั่วคราวภายใน ๗ วันแล้ว ให้ระยะเวลาที่ศาลจะต้องพิจารณาอีก ๖๐ วัน ซึ่งเทียบเคียงมาจากระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา ๑๑๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งในระหว่างนี้ หน่วยงานของรัฐห้ามทำสัญญาเช่นกัน หากหน่วยงานของรัฐเร่งรัดทำสัญญาในช่วงเวลาดังกล่าว ให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้การทำสัญญานั้นตกเป็นโมฆะทุกกรณี เนื่องจากไม่ได้เปิดโอกาสให้ผู้ที่ไม่ได้รับการคัดเลือกสามารถใช้สิทธิฟ้องโต้แย้งก่อน โดยในกรณีที่หากยังไม่มีการทำสัญญา ให้ศาลพิจารณาว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์น่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในกรณีที่ศาลเห็นว่า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์น่าจะชอบด้วยกฎหมาย ให้ยกคำร้องขอกำหนดมาตรการชั่วคราวของผู้ฟ้องคดี และให้มีคำพิพากษายกฟ้องโดยเร็ว แต่ในกรณีที่ศาลเห็นว่า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้มีคำสั่งห้ามทำสัญญา และพิจารณาพิพากษาคดีโดยเร็วต่อไป ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวก็สมควรใช้ระยะเวลาเช่นเดียวกับระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา ๑๑๙ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กล่าวคือ ภายใน ๖๐ วัน หากศาลยังไม่มีความพิพากษาเป็นเช่นใด จะต้องให้มีการดำเนินการทำสัญญาต่อไปได้ ซึ่งไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใด หากมีการทำสัญญาไปแล้วด้วยคำสั่งศาลหรือด้วยการที่ศาลพิพากษาคดีไม่ทันต่อความเร่งด่วนของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ก็ให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีได้แต่เฉพาะเรื่องการชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

(๒) การจัดทำคำพิพากษาของศาลปกครอง

เนื่องจากการจัดทำคำพิพากษาโดยทั่วไปต้องใช้ระยะเวลาพอสมควรเพื่อให้ศาลสามารถวินิจฉัยได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม ซึ่งจะทำให้ขัดแย้งกับความเร่งด่วนของการจัดซื้อจัดจ้าง ทั้งนี้ เพื่อให้ในทางหนึ่งศาลยังมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอยู่ แต่ในอีกด้านหนึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงความเร่งด่วนของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างด้วย ดังนั้น ในกรณีที่ศาลเห็นว่า กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ดำเนินการไปแล้วไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงสมควรที่จะต้องดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างใหม่ หรือในกรณีที่ผู้ได้รับการคัดเลือกฟ้องคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ที่ให้ไปดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างใหม่นั้น ทั้งสองกรณีดังกล่าวจะกระทบต่อการทำสัญญา ดังนั้น จึงควรกำหนดระยะเวลาเร่งรัดให้ศาลพิจารณาโดยเร็ว ซึ่งเมื่อพิจารณากรอบระยะเวลาการอุทธรณ์ และการพิจารณาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้ว จึงเห็นสมควรที่จะนำระยะเวลาดังกล่าวมาปรับใช้ ซึ่งปรากฏรายละเอียดตามตาราง ดังนี้



**การควบคุมตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครอง :
ศึกษาเปรียบเทียบสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย ***

ธีรต์มภ์ พรทวีทรัพย์**

บทนำ

การมีระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่มีประสิทธิภาพจะทำให้หน่วยงานทางปกครองสามารถจัดหาสินค้าหรือบริการที่คุ้มค่ามากที่สุด อันนำไปสู่การ จัดทำบริการสาธารณะที่ดี หลักการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐอยู่ภายใต้หลักการต่าง ๆ เช่น หลักการเข้าแข่งขันของภาคเอกชนอย่างเท่าเทียมกัน หลักความโปร่งใสของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เมื่อการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐถือเป็นหนึ่งในการใช้อำนาจทางปกครองที่จำเป็นจะต้องมีการถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยมิชอบและสร้างผลเสียต่อประโยชน์สาธารณะหรือประชาชน ดังนั้น ระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายหรือกฎเพื่อกำหนดขั้นตอน วิธีการ รวมถึงการควบคุมตรวจสอบการดำเนินการจัดหาสินค้าหรือบริการของภาครัฐตั้งแต่เริ่มจนจบกระบวนการ

แม้ว่าประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาจะมีระบบการปกครอง รวมถึงระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่หากพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ หรือกฎหมายการแข่งขันในการทำสัญญาสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๙๘๔ (Competition in Contracting Act of 1984 - CICA) แล้วจะพบว่า กฎหมายเหล่านี้มีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ การทำให้ระบบการจัดซื้อจัดจ้างมีประสิทธิภาพ เอกชนทุกภาคส่วนมีโอกาสเข้ามาเป็นคู่สัญญากับภาครัฐได้อย่างเท่าเทียมกัน และสามารถตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้ การศึกษาประวัติศาสตร์และพัฒนาการของกฎหมายต่างประเทศเป็นสิ่งจำเป็นหากประสงค์จะเข้าใจระบบกฎหมายของประเทศนั้น ๆ อย่างแท้จริง เนื่องจากในแต่ละประเทศมีระบบกฎหมายที่เป็นเอกลักษณ์แตกต่างกันไป สหรัฐอเมริกามีระบอบการปกครองในแบบสหพันธรัฐ (Federal Republic) ที่แต่ละมลรัฐมีหน้าที่ปกครองดูแลและรับผิดชอบประชาชนหรือทรัพย์สินในอาณาเขตของตน แต่ในกรณีที่สหรัฐอเมริกามีภารกิจที่สำคัญระดับประเทศ เช่น ความมั่นคง ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ระบบเศรษฐกิจ สหรัฐอเมริกามีรัฐบาลกลางคอยทำหน้าที่ในการดูแลรับผิดชอบเรื่องดังกล่าว^๑ ปัจจุบันการที่ภาครัฐจะสามารถบรรลุภารกิจต่าง ๆ ตามที่ได้ยกตัวอย่างไว้ข้างต้นนั้น บางกรณีจะต้องอาศัยทรัพยากรจากภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมด้วย ระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐจึงมีส่วนสำคัญที่จะทำให้ภาครัฐดำเนินการดังกล่าวได้อย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ แม้ว่ามลรัฐแต่ละมลรัฐของสหรัฐอเมริกา

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนมีนาคม ๒๕๖๕

** น.บ. (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) (เกียรตินิยมอันดับสอง), LL.M. (George Washington University), พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๓ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

^๑ ปณิธิร์ ปทุมวัฒน์. “The world supremacy leader : กว่าจะได้เป็นประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกา”, *จุลนิติ*, ๕, ๒ (๒๕๕๑) : ๑๘๕-๑๘๘, <http://web.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/win2.pdf> (สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๐ มกราคม ๒๕๖๕).

จะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับระบบการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการเฉพาะก็ตาม แต่รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาเองก็มีความจำเป็นที่จะต้องสรรหาสินค้าหรือบริการเช่นเดียวกัน ดังนั้น การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาจึงมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ซึ่งหนึ่งในกฎหมายที่สำคัญได้แก่ กฎหมายการแข่งขันในการทำสัญญาสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๙๘๔ โดยมีองค์กรที่เกี่ยวข้องชื่อว่า สำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาล (Government Accountability Office - GAO) เข้ามาดูแลการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา และเป็นช่องทางของประชาชนในการร้องเรียนให้องค์กรฝ่ายปกครองเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการดังกล่าว

ปัจจุบันช่องทางการควบคุมตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของสหรัฐอเมริกาสามารถแบ่งเป็น ๒ ลักษณะ ได้แก่ การยื่นคำร้องโต้แย้งไปยังสำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาล และการนำคดีมาฟ้องต่อศาล อย่างไรก็ตาม บทความชิ้นนี้จะได้นำเสนอภาพรวมของการควบคุมตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย ตลอดจนเปรียบเทียบประเด็นสำคัญต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

๑. ภาพรวมของกลไกการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย

๑.๑ ภาพรวมของกลไกการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกา

เมื่อมีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา ลักษณะ ๓๑ แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (United States Code - U.S.C) มาตรา ๓๕๕๓ (a)^๒ กำหนดให้ผู้สอบบัญชี (The Comptroller General) เป็นผู้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อพิพาทดังกล่าว ประกอบกับกฎหมายงบประมาณและการบัญชี ค.ศ. ๑๙๒๑ (The Budget and Accounting Act of 1921) กำหนดให้สำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาลมีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา^๓ ดังนั้น ในกรณีที่บุคคลใดประสงค์จะเข้าร่วมหรือได้เข้าร่วมกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาแล้วเห็นว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลนั้นมีสิทธิยื่นคำร้องต่อสำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาลเพื่อให้ผู้สอบบัญชีเป็นผู้พิจารณาตรวจสอบได้

๑.๒ ภาพรวมของกลไกการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครองของประเทศไทย

ในส่วนการควบคุมตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยฝ่ายปกครองของประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้กำหนดขั้นตอนและวิธีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ รวมถึงจัดตั้งคณะกรรมการที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการดังกล่าวที่มีชื่อว่า

^๒ 31 U.S.C § 3553 (a) - Review of protests; effect on contracts pending decision

“(a) Under procedures prescribed under section 3555 of this title, the Comptroller General shall decide a protest submitted to the Comptroller General by an interested party.”

^๓ U.S. Government Accountability Office, “Our Authority”, About, <https://www.gao.gov/about> (สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๐ มกราคม ๒๕๖๕).

คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง^๔ แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น เพื่อทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ข้อร้องเรียนตามที่กฎหมายกำหนด

๒. ผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิยื่นคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมาย

๒.๑ ผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิยื่นคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

ลักษณะ ๓๑ แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา มาตรา ๓๕๕๑(๒)^๕ กำหนดนิยามของบุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาไว้ว่า บุคคลนั้นต้องเป็นผู้อาจเข้าร่วมหรือเข้าร่วมการแข่งขันประกวดราคาที่จะได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจหากเป็นหรือไม่เป็นผู้ชนะการประกวดราคา ซึ่งจากบทนิยามดังกล่าวไม่ได้บังคับว่าผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้มีสิทธิยื่นจะต้องเป็นผู้ที่ชนะการประกวดราคาเท่านั้นจึงมีสิทธิยื่นคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการดังกล่าว ดังตัวอย่างที่ปรากฏในการโต้แย้งของบริษัท Dyneteria ที่โต้แย้งว่า การที่กองทัพอากาศประกาศให้บริษัทที่ยื่นเสนอราคารายอื่นเป็นผู้ชนะการคัดเลือกเพื่อเข้าทำสัญญาบริการอาหารที่ฐานทัพอากาศโลว์รี (Lowry Air Force Base) เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่า บริษัท Dyneteria เป็นผู้เข้าร่วมการประกวดราคาที่เสนอราคาต่ำเป็นอันดับ ๕ แต่ผู้สอบบัญชีซึ่งมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวเห็นว่าบริษัท Dyneteria มีสิทธิยื่นคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายในกรณีพิพาทนี้^๖ นอกจากนี้ นักวิชาการด้านกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเคยแสดงความเห็นไว้ว่า การเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิยื่นคำร้องโต้แย้งเพื่อขอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น อาจจะไม่ใช่ผู้ที่ได้เข้าร่วมการประกวดราคาเพียงแต่กรณีเดียว หากผู้ใดสามารถแสดงให้เห็นว่าตนอาจได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจ ในกรณีที่ได้เข้าเป็นหรือไม่ได้เข้าเป็นคู่สัญญากับภาครัฐ^๗ ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายการแข่งขันในการทำสัญญาสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๙๘๔ ให้คำนิยามของความเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิยื่นคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาในความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายต่อสำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาลเพื่อให้ผู้สอบบัญชีวินิจฉัยนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้เข้าร่วมการประกวดราคา และไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่เสนอราคาต่ำเป็นอันดับติดกับผู้ได้รับคัดเลือกเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ อย่างไรก็ตาม หากผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้ที่เสนอราคาต่ำเป็นอันดับที่แตกต่างจากผู้ได้รับการคัดเลือก เช่น ผู้ยื่นคำร้องได้อันดับที่ ๒๐ นั้น อาจจะไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียตามนิยามของกฎหมายการแข่งขันในการทำสัญญาสหรัฐอเมริกาก็เป็นได้

^๔ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐, มาตรา ๔๓, ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฎหมาย เล่มที่ ๑๓๔ ตอนที่ ๒๔ ก (๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐): ๒๗.

^๕ 31 U.S.C. 3551 - Definitions

“(2) The term “interested party”, with respect to a contract or a solicitation or other request for offers described in paragraph (1), means an actual or prospective bidder or offeror whose direct economic interest would be affected by the award of the contract or by failure to award the contract.”

^๖ Decisions of the Comptroller General of the United States, B-178701, <https://www.gao.gov/assets/b-178701-091994.pdf> (สืบค้นเมื่อวันที่ ๗ มีนาคม ๒๕๖๕).

^๗ Joshua I. Schwartz, *Cases and Materials for A Survey of Government Procurement Law*, Fall 2018 (เอกสารประกอบการบรรยายวิชา Government Contracts Law ณ George Washington University ปีการศึกษา ๒๕๖๑).

แต่หากผู้ยื่นสามารถพิสูจน์ได้ว่า ตนได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการที่ไม่ได้เข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา เช่นนี้ก็อาจตกอยู่ภายใต้นิยามของการเป็นผู้มีส่วนได้เสียของกฎหมายฉบับนี้ได้เช่นกัน

๒.๒ ผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิยื่นคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของประเทศไทย

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยนั้น มาตรา ๑๑๔^๔ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐมีสิทธิอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ...” ซึ่งหากตีความตามตัวอักษรของมาตรานี้จะเห็นได้ว่า ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยนั้น จะต้องมีการยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐก่อนเป็นอันดับแรก นอกจากนี้ หนังสือของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน ที่ กค (กอร) ๐๔๐๕.๕/ว ๓๗๔ เรื่อง ชักซ้อมความเข้าใจเกี่ยวกับการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ลงวันที่ ๖ สิงหาคม ๒๕๖๒ ให้ความเห็นว่า “ตามมาตรา ๑๑๔ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติให้ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐเท่านั้นเป็นผู้มีสิทธิอุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๑๗ และต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา ๑๑๘ และมาตรา ๑๑๙ ตามลำดับ...” จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนเห็นว่า ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ตามความในมาตรา ๑๑๔ แห่งพระราชบัญญัตินี้จะต้องเป็นผู้ยื่นข้อเสนอราคาหรือเป็นผู้เข้าร่วมการประกวดราคาที่เราเริ่มโดยหน่วยงานของรัฐก่อนแล้วเท่านั้น

ดังนั้น เมื่อศึกษาเปรียบเทียบระหว่างการเป็นผู้มีสิทธิอุทธรณ์ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของสหรัฐอเมริกาและประเทศไทยแล้ว จะพบว่า กฎหมายการแข่งขันในการทำสัญญาสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๙๘๔ รวมถึงการวินิจฉัยของสำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาลโดยผู้สอบบัญชีนั้น กำหนดให้การเป็นผู้มีสิทธิอุทธรณ์ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีความหมายกว้างกว่าการเป็นผู้มีสิทธิอุทธรณ์ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยตามมาตรา ๑๑๔ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ประกอบกับความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น ซึ่งความแตกต่างในประเด็นนี้อาจส่งผลต่อสิทธิของประชาชนที่จะร้องเรียนในองค์กรฝ่ายปกครองเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐก็เป็นได้

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ข้อ ๒๒๐ วรรคหนึ่ง ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดว่า “ผู้ใดเห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามให้ไปเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ภาครัฐมีสิทธิร้องเรียนไปยังหน่วยงานของรัฐนั้นหรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ แล้วแต่กรณีก็ได้...” ซึ่งเมื่อพิจารณาตามถ้อยคำในข้อดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า ผู้มีสิทธิร้องเรียนในกรณีที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ภาครัฐนั้นเป็นบุคคลใดก็ได้ โดยมีได้จำกัดอยู่เพียงว่าต้องเป็นผู้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างกับ

^๔ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐, มาตรา ๑๑๔, ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ ๑๓๔ ตอนที่ ๒๔ ก (๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐) : ๔๗.

หน่วยงานของรัฐ หรือต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐนั้น ๆ^๙ จึงอาจกล่าวได้ว่า ระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยให้สิทธิแก่ประชาชนในการยื่นคำขอให้องค์กรฝ่ายปกครองเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายไม่น้อยไปกว่าระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของสหรัฐอเมริกา

๓. มาตรการชะลอการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

๓.๑ มาตรการชะลอการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของสหรัฐอเมริกา

ในกรณีที่ผู้มีส่วนได้เสียได้ยื่นคำร้องโต้แย้งไปยังสำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาลแล้ว กฎหมายการแข่งขันในการทำสัญญาสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๙๘๔ ได้กำหนดมาตรการชะลอการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น ๒ กรณี ได้แก่ ๑) เมื่อหน่วยงานของรัฐที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างยังไม่ได้แจ้งผลว่าผู้ยื่นเสนอราคา รายใดเป็นผู้ชนะการคัดเลือกเพื่อเข้าเป็นคู่สัญญา กฎหมายฉบับนี้จะกำหนดให้หน่วยงานของรัฐนั้นต้องชะลอการพิจารณา^{๑๐} อย่างไรก็ตาม หน่วยงานของรัฐดังกล่าวอาจดำเนินการพิจารณาต่อไปหากเห็นว่าการชะลอการพิจารณาจะส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อภาครัฐ^{๑๑} และ ๒) เมื่อหน่วยงานของรัฐที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างได้แจ้งผลว่าผู้ยื่นเสนอราคา รายใดเป็นผู้ชนะการคัดเลือกเพื่อเข้าเป็นคู่สัญญา กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐนั้นต้องชะลอการดำเนินการในขั้นต่อไป โดยที่กรณีดังกล่าวนี้ก็มีข้อยกเว้นที่คล้ายคลึงกับกรณีที่ ๑ เช่นเดียวกัน^{๑๒} จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันในการทำสัญญาสหรัฐอเมริกาคำหนดชะลอการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยอัตโนมัติ กล่าวคือ เมื่อมีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาแล้ว การจัดซื้อจัดจ้างจะต้องถูกระงับเป็นการชั่วคราวโดยอัตโนมัติ เว้นแต่มีเหตุจำเป็น ซึ่งมาตรการนี้รู้จักกันในนามชื่อของ “CICA stays”^{๑๓}

๓.๒ มาตรการชะลอการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย

มาตรา ๔๓ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “...ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนได้ เว้นแต่จะได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแล้ว” หากพิจารณามาตรานี้เพียงอย่างเดียวอาจพิจารณาได้ว่าการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการชะลอการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเมื่อมีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากพิจารณามาตรา ๖๖ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่บัญญัติว่า “การลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะกระทำต่อเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ และไม่มีผู้ใดอุทธรณ์ตามมาตรา ๑๑๗ หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์ เมื่อหน่วยงานของรัฐได้รับแจ้งจากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้ทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ เว้นแต่การจัดซื้อจัดจ้างที่มีความจำเป็นเร่งด่วน

^๙ โปรตุเกส สุรศักดิ์ บุญญานุกลกิจ (๒๕๖๔). การควบคุมตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนการทำสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ : รายงานฉบับสมบูรณ์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. คณะนิติศาสตร์, ๓๕.

^{๑๐} 31 U.S.C 3553(c)(1)

^{๑๑} 31 U.S.C 3553(c)(2)

^{๑๒} 31 U.S.C 3553(d)

^{๑๓} Kate M. Manuel and Moshe Schwartz, GAO Bid Protests : An Overview of Time Frames and Procedures (2016) Congressional Research Service 11-13, <https://sgp.fas.org/crs/misc/R40228.pdf> (สืบค้นเมื่อวันที่ ๗ มีนาคม ๒๕๖๕).

ตามมาตรา ๕๖ (๑) (ค) หรือการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจง หรือการจัดซื้อจัดจ้างที่มีวงเงินเล็กน้อย ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา ๙๖ วรรคสอง” จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ก็มีการกำหนดมาตรการชะลอการดำเนินการกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง โดยให้อำนาจคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนในการใช้ดุลพินิจสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างก็ได้ แต่หากเป็นกรณีที่มีการลงนามในสัญญาไปแล้ว กฎหมายฉบับนี้กำหนดห้ามหน่วยงานของรัฐดำเนินการใด ๆ หากยังอยู่ในระยะเวลาที่มาตรา ๖๖ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนด^{๑๔}

มีข้อสังเกตว่า มาตรา ๔๓ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวบัญญัติไว้ค่อนข้างชัดเจนว่า เมื่อหน่วยงานของรัฐที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับผู้ได้รับการคัดเลือกไปแล้ว คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนไม่มีอำนาจสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนได้ ซึ่งแตกต่างจากมาตรการชะลอการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของสหรัฐอเมริกาที่แม้ว่าจะมีการลงนามในสัญญาไปแล้วก็ตาม หน่วยงานของรัฐจะต้องระงับการปฏิบัติการตามสัญญาไว้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของสำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาลโดยผู้สอบบัญชี และหากหน่วยงานของรัฐประสงค์จะดำเนินการตามสัญญาต่อไปโดยไม่ต้องระงับการปฏิบัติตามสัญญานั้น หน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ให้เห็นถึงความสำคัญของการที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างต่อเนื่อง ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า มาตรการชะลอการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของสหรัฐอเมริกาที่เป็นลักษณะการสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างโดยอัตโนมัติน่าจะเป็นวิธีการที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของประชาชนมากกว่า เนื่องจากภาครัฐจะต้องมีหน้าที่พิสูจน์ถึงเหตุผล และความจำเป็นที่จะไม่ชะลอการจัดซื้อจัดจ้างในระหว่างที่มีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการดังกล่าว

๔. ผลของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

๔.๑ ผลของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของสหรัฐอเมริกา

กฎหมายการแข่งขันในการทำสัญญาสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๙๘๔ กำหนดให้สำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาลโดยผู้สอบบัญชีเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกา และมีอำนาจออกคำแนะนำต่าง ๆ ไปยังหน่วยงานของรัฐที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีที่วินิจฉัยแล้วเห็นว่าหน่วยงานนั้นไม่ดำเนินการตามที่กฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ เช่น ให้หยุดการดำเนินการใด ๆ ภายใต้เงื่อนไขในสัญญา ให้จัดทำสัญญาใหม่โดยทันที ให้ยกเลิกการประกาศเชิญชวนให้เข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้าง หรือให้ยกเลิกสัญญา เป็นต้น^{๑๕}

^{๑๔} โปรตุเกส สุรศักดิ์ บุญญานุกลกิจ (๒๕๖๔). การควบคุมตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนการทำสัญญา ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ : รายงานฉบับสมบูรณ์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. คณะนิติศาสตร์, ๓๘.

^{๑๕} 31 U.S.C 3554 - Decisions on protests

“(b)

(1) With respect to a solicitation for a contract, or a proposed award or the award of a contract, protested under this subchapter, the Comptroller General may determine whether the solicitation, proposed award, or award complies with statute and regulation. If the Comptroller General determines that the solicitation, proposed award, or award does not comply with a statute or regulation, the Comptroller General shall recommend that the Federal agency – (มีต่อหน้าถัดไป)

นอกจากนี้ หากพิจารณาคำวินิจฉัยของสำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาลโดยผู้สอบบัญชีในกรณีการยื่นโต้แย้งของบริษัท Dyneteria ซึ่งให้ความเห็นว่า เมื่อสำนักงานบริหารธุรกิจขนาดเล็ก (Small Business Administration - SBA) มีอำนาจออกใบรับรองความสามารถ (Certificate of Competency - COC) แล้ว^{๑๖} กรณีจึงส่งผลทำให้ผู้สอบบัญชีไม่อาจใช้อำนาจดุลพินิจของสำนักงานบริหารธุรกิจขนาดเล็ก ดังนี้ จะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจของผู้สอบบัญชีจะให้ความสำคัญกับพยานหลักฐานที่เป็นเอกสารเป็นหลัก และไม่เข้าไปก้าวก้าวการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหากเป็นกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้

๔.๒ ผลของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย

ในกรณีของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนซึ่งมีหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนตามที่มาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดไว้นั้น จะพบว่า มาตรา ๑๑๙ วรรคสอง^{๑๗} แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังขึ้นและมีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่หรือเริ่มจากขั้นตอนใดตามที่เห็นสมควร ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังไม่ขึ้นหรือไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้แจ้งหน่วยงานของรัฐเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไป” นั้น

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๑๕)

- (A) refrain from exercising any of its options under the contract ;
- (B) recompute the contract immediately ;
- (C) cancel the solicitation issued pursuant to the public-private competition conducted under Office of Management and Budget Circular A-76 or any successor circular ;
- (D) issue a new solicitation ;
- (E) terminate the contract ;
- (F) award a contract consistent with the requirements of such statute and regulation ;
- (G) implement any combination of recommendations under clauses (A), (B), (C), (D), (E), and (F) ; or

(H) implement such other recommendations as the Comptroller General determines to be necessary in order to promote compliance with procurement statutes and regulations.”

^{๑๖} 15 U.S.C 637 - Additional powers

“(b) Procurement and property disposal powers; determination of small-business concerns

It shall also be the duty of the Administration and it is empowered, whenever it determines such action is necessary -

(7)

(A) To certify to Government procurement officers, and officers engaged in the sale and disposal of Federal property, with respect to all elements of responsibility, including, but not limited to, capability, competency, capacity, credit, integrity, perseverance, and tenacity, of any small business concern or group of such concerns to receive and perform a specific Government contract...”

^{๑๗} พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐, มาตรา ๖๖, ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ ๑๓๔ ตอนที่ ๒๔ ก (๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐) : ๔๘.

ย่อมส่งผลให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจดุลพินิจสั่งให้หน่วยงานของรัฐที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ตามความเหมาะสม ซึ่งเป็นอำนาจในลักษณะเชิงสั่งการที่มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ

เมื่อเปรียบเทียบกับอำนาจของผู้สอบบัญชีที่กฎหมายการแข่งขันในการทำสัญญาสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๙๘๔ ที่กำหนดให้มีอำนาจเพียงแต่การส่งคำแนะนำให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการต่าง ๆ แต่มาตรา ๑๑๙ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กลับให้อำนาจคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนในเชิงสั่งการให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตาม อนึ่ง แม้มาตราดังกล่าวจะไม่ได้กำหนดตัวอย่างของการสั่งการของหน่วยงานของรัฐว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร เนื่องจากมาตราดังกล่าวกำหนดเพียงแค่ “ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่ หรือเริ่มจากขั้นตอนใดตามที่เห็นสมควร” อย่างไรก็ตาม อำนาจในการออกคำแนะนำของผู้สอบบัญชีของสหรัฐอเมริกาในทางปฏิบัตินั้นมีลักษณะคล้ายคลึงอำนาจเชิงสั่งการที่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ต้องปฏิบัติตาม^{๑๘} ดังนั้น ถึงแม้ว่ารูปแบบการใช้ถ้อยคำในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและของประเทศไทย จะมีความแตกต่างกันก็ตาม แต่อำนาจออกคำแนะนำของผู้สอบบัญชีสหรัฐอเมริกาก็มีลักษณะคล้ายคลึงกับ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มีอำนาจเชิงสั่งการให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามคำแนะนำ

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า รูปแบบในการทำคำวินิจฉัยของสำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาลโดยผู้สอบบัญชี และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนที่พิจารณาการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการจัดซื้อจัดจ้างมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ คำวินิจฉัยของผู้สอบบัญชีจะมีองค์ประกอบคล้ายกับคำพิพากษาของศาล เช่น มีการบรรยายประเด็นข้อพิพาท ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เหตุผลในการโต้แย้งของคู่กรณี และคำวินิจฉัยของผู้มีอำนาจ แต่ในส่วนของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนมีองค์ประกอบที่คล้ายคลึงกับคำสั่งทางปกครอง เช่น การอธิบายข้อเท็จจริงแบบย่อ การกำหนดประเด็นข้อพิพาทและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าว

บทสรุป

แม้ว่าสหรัฐอเมริกาและประเทศไทยจะมีระบบการปกครอง ระบบกฎหมาย และระบบศาลที่แตกต่างกัน แต่หากพิจารณาเรื่องการควบคุมตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครองของทั้งสองประเทศแล้วจะเห็นได้ว่า หน้าที่ อำนาจ รวมถึงวิธีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของสำนักงานความรับผิดชอบของรัฐบาลและคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนมีความคล้ายคลึงกันบางประการ เช่น อำนาจในการสั่งการให้หน่วยงานของรัฐใด ๆ แก้ไขความชอบด้วยกฎหมายของการจัดซื้อจัดจ้าง อำนาจในการกำหนดมาตรการชะลอการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งแม้ว่ากฎหมายการแข่งขันในการทำสัญญาสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๙๘๔ จะกำหนดตัวอย่างคำแนะนำต่าง ๆ ที่ผู้สอบบัญชีจะสามารถกระทำได้ และพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ของประเทศไทยไม่ได้กำหนดรูปแบบวิธีการออกคำสั่งให้กับคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนเพื่อแก้ไขความชอบด้วยกฎหมาย แต่คณะกรรมการนี้ก็มีอำนาจดุลพินิจที่จะเลือกใช้วิธีการใด ๆ ก็ได้ตามความเหมาะสม โดยอาจกำหนดวิธีการที่คล้ายกับกฎหมายการแข่งขันในการทำสัญญาสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๙๘๔ ก็เป็นไปได้

^{๑๘} Joshua I. Schwartz, เชิงอรรถที่ ๗.

อย่างไรก็ตาม องค์กรฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของทั้งสองประเทศก็มีความแตกต่างกันในบางประเด็น เช่น ความเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะมีสิทธิโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่าสหรัฐอเมริกามีการกำหนดนิยามความเป็นผู้เสียหายที่กว้างกว่าผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้มีสิทธิอุทธรณ์ต่อกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทย มาตรการชะลอการจัดซื้อจัดจ้างที่กฎหมายของสหรัฐอเมริกากำหนดให้มีขึ้นโดยอัตโนมัติเมื่อมีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง รูปแบบในการจัดทำคำวินิจฉัย ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้อาจเกิดจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายในแต่ละประเทศที่อาจมีเหตุผลแตกต่างกันในแต่ละประเด็น อันอาจส่งผลต่อการพิจารณาพิพากษาขององค์กรฝ่ายตุลาการ อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า คำวินิจฉัยขององค์กรฝ่ายปกครองทั้งสองนี้ไม่มีผลผูกพันการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล โดยเฉพาะคำวินิจฉัยของผู้สอบบัญชี กล่าวคือ หากคู่กรณีฝ่ายใดไม่พอใจในคำวินิจฉัย คู่กรณีฝ่ายนั้นก็ยังมีสิทธินำข้อพิพาทยื่นต่อศาลให้พิจารณาอีกขั้นตอนหนึ่งได้ แต่การวินิจฉัยของสำนักงานนี้อาจนำไปเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีของศาลได้เช่นกัน ซึ่งประเด็นเรื่องการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการเป็นประเด็นที่น่าสนใจและน่าศึกษาเปรียบเทียบต่อไป

คำสำคัญ : การพัสดุ, การจัดซื้อจัดจ้าง, ผู้มีสิทธิฟ้องคดี, การอุทธรณ์, การร้องเรียน, การตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง, มาตรการชะลอการจัดซื้อจัดจ้าง

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาการรับทุนรัฐบาล*

นิติกร ชัยวิเศษ**

บทนำ

ในปัจจุบันส่วนราชการต่าง ๆ ได้มีการปรับเปลี่ยนวิธีการสรรหาบุคคลเข้ารับราชการอย่างหลากหลาย ซึ่งการสรรหาบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถที่เป็นที่นิยมวิธีหนึ่ง คือ การสรรหาโดยใช้ทุนรัฐบาลเป็นแรงจูงใจ โดยวิธีการนี้ ส่วนราชการจะประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อรับทุนรัฐบาลเพื่อให้ผู้ที่สอบคัดเลือกได้นั้นทำสัญญารับการศึกษาศึกษาต่อในต่างประเทศตามสาขาวิชาที่ส่วนราชการต้องการ เมื่อผู้รับทุนสำเร็จการศึกษาแล้วก็ต้องกลับมาปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการตามที่ได้สัญญาไว้ แต่ถ้าหากผู้รับทุนไม่ปฏิบัติงานหรือปฏิบัติงานไม่ครบระยะเวลาตามที่สัญญา ผู้รับทุนก็ต้องชำระเงินทุนการศึกษาที่ได้รับไปคืน พร้อมทั้งชำระเบี้ยปรับอีกจำนวนหนึ่งคืนให้แก่ส่วนราชการผู้ให้ทุน

กระบวนการขั้นตอนข้างต้นอาจดูเหมือนเรียบง่าย แต่ก็มีปัญหาทางกฎหมายแฝงอยู่มากมาย ตั้งแต่ในขั้นการประกาศรับสมัครสอบ การประกาศผลการสอบคัดเลือก การปฏิบัติตามสัญญาและการบังคับตามสัญญา ซึ่งในบทความนี้จะได้ศึกษาและวิเคราะห์สัญญาการรับทุนรัฐบาล (ก.พ.) ที่สำนักงาน ก.พ. เป็นผู้ให้ เนื่องจากสำนักงาน ก.พ. เป็นหน่วยงานกลางที่บริหารจัดการเกี่ยวกับสัญญาการรับทุนรัฐบาลมายาวนานและมีอำนาจตามมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง (๘) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่จะกำหนดนโยบายเกี่ยวกับทุนรัฐบาล

๑. ปัญหาการใช้สัญญาการรับทุนรัฐบาลเป็นเครื่องมือในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง

ในเบื้องต้นมีประเด็นพิจารณาว่า ส่วนราชการสามารถใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการสรรหาบุคคลเข้ารับราชการได้หรือไม่ อย่างไร โดยหากพิจารณาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ในมาตรา ๘ และมาตรา ๑๓ ที่กล่าวถึงอำนาจของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) และอำนาจของสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (สำนักงาน ก.พ.) จะเห็นได้ว่ามีมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง (๘) และ (๙) ที่ให้อำนาจ ก.พ. ในการออกระเบียบเกี่ยวกับทุนเล่าเรียนหลวงและทุนของรัฐบาล รวมถึงจัดสรรผู้รับทุนเข้ารับราชการในส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ และยังมีอำนาจออกข้อบังคับเกี่ยวกับการจัดการศึกษา ควบคุมดูแล และช่วยเหลือนักเรียนทุนของรัฐบาล ส่วนในมาตรา ๑๓ วรรคสอง (๙) และ (๑๐) ได้ให้อำนาจสำนักงาน ก.พ. ในการดำเนินการตามระเบียบ ข้อบังคับที่ ก.พ. กำหนด ซึ่ง ก.พ. ก็ได้ออกระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยทุนของรัฐบาล พ.ศ. ๒๕๕๑ ระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยทุนเล่าเรียนหลวง พ.ศ. ๒๕๕๑ และข้อบังคับ ก.พ. ว่าด้วยการจัดการศึกษา การควบคุมดูแล และการให้ความช่วยเหลือบุคลากรภาครัฐ และนักเรียนที่อยู่ในความดูแลของ ก.พ. ในต่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับที่กล่าวมา ไม่มีส่วนใดที่ระบุอย่างชัดแจ้งเลยว่า การให้ทุนรัฐบาลเพื่อสรรหาบุคคลเข้ารับราชการให้กระทำโดยใช้สัญญา แต่ในทางปฏิบัติการให้ทุนรัฐบาลได้กระทำในรูปแบบของสัญญาระหว่างสำนักงาน ก.พ.

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนพฤศจิกายน ๒๕๖๕

** เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๒ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

กับผู้รับทุนโดยตลอดมา โดยเนื้อหาของสัญญาามีใจความสำคัญว่า เมื่อผู้รับทุนสำเร็จการศึกษาแล้วจะต้องเข้าปฏิบัติงานในหน่วยงานที่ ก.พ. กำหนดไม่น้อยกว่าสองเท่าของระยะเวลาที่รับทุนไปศึกษา หากไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็จะต้องชดใช้เงินทุนที่ได้รับไปพร้อมเบี้ยปรับอีกสองเท่า นอกจากนี้ ในระหว่างการรับทุน สัญญายังกำหนดด้วยว่าระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งของ ก.พ. ทั้งที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันและที่จะมีขึ้นในอนาคตเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย^๑

ในทางทฤษฎีกฎหมายปกครองได้มีการถกเถียงกันอยู่บ้างว่า ฝ่ายปกครองจะใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการดำเนินกิจการทางปกครองโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดแจ้งได้หรือไม่ เนื่องจากในรัฐสมัยใหม่ที่ยึดถือการปกครองแบบนิติรัฐ ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องผูกพันต่อกฎหมายและจะทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายได้กำหนดรูปแบบ (วิธีการ) และเนื้อหาในการดำเนินกิจการทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ ไว้ว่าอย่างไร^๒ โดยนักกฎหมายบางท่านในอดีตเช่น Otto Mayer บิดาแห่งกฎหมายปกครองเยอรมันสมัยใหม่ เห็นว่า รัฐไม่อาจทำสัญญากับเอกชนในระบบกฎหมายมหาชนได้เลย เนื่องจากการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรย่อมเป็นการกระทำที่มีที่มาจากอำนาจฝ่ายเดียวขององค์กรนั้น ๆ อยู่แล้ว มิได้เกิดจากความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกันระหว่างรัฐกับเอกชน^๓ อย่างไรก็ตาม ในรัฐสมัยใหม่ที่เอกชนมีสถานะเป็นประธานแห่งสิทธิ มิใช่เพียงผู้อยู่ใต้การปกครองอีกต่อไป ทำให้ในปัจจุบันรัฐต้องปรับตัวจากการที่เป็นผู้สั่งการฝ่ายเดียวมาเป็นการขอความร่วมมือหรือความยินยอมพร้อมใจจากเอกชน (Kooperationsprinzip) ผ่านการทำสัญญาแทนการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับกับเอกชน ดังนั้น การที่ฝ่ายปกครองทำสัญญากับเอกชนในแดนของกฎหมายมหาชนจึงเป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับนับถือเป็นปกติแล้วในปัจจุบัน^๔ สำหรับเงื่อนไขการทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายกำหนดรูปแบบการกระทำทางปกครองไว้โดยเฉพาะ หรือมีข้อกำหนดห้ามทำสัญญาหรือการทำสัญญาจะขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นหรือไม่^๕ ซึ่งกรณีของสัญญาการรับทุนรัฐบาลนั้น ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายห้ามโดยชัดแจ้งหรือเป็นกรณีขัดต่อวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ การที่ส่วนราชการทำสัญญาให้ทุนกับบุคคลทั่วไปที่เป็นเอกชนจึงเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้

^๑ โปรดดู แบบสัญญารับทุน ก.พ. สืบค้นจาก <https://www.ocsc.go.th/education/download> เมื่อวันที่ ๓๐ พฤษภาคม ๒๕๖๕.

^๒ ปารวี พิสิฐเสนากุล, หลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓), น. ๒๔.

^๓ เพิ่งอ้าง, น. ๓๓ ; Mayer, Otto, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, Archiv des öffentlichen Rechts Vol. 3, 1888, S. 42.

^๔ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, (München : C.H. Beck, 2017), S. 692 – 693 ; หลักการในเรื่องนี้ได้พัฒนามาเป็นหลักความมีอิสระในการเลือกรูปแบบการกระทำของฝ่ายปกครอง (Die Lehre von der Wahlfreiheit der Verwaltung) ที่อธิบายว่าฝ่ายปกครองมีอิสระในการเลือกรูปแบบองค์กรหรือรูปแบบการกระทำเพื่อปฏิบัติการทางปกครองได้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายห้ามโดยชัดแจ้ง Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, (Berlin : De Gruyter, 2010), § 3, Rn. 35.

^๕ ปารวี พิสิฐเสนากุล, หลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓), น. ๒๕ ; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, ๒๕๕๔), น. ๓๐๖ – ๓๐๗.

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับมีความไม่ชัดเจนว่าการให้ทุนจะต้องกระทำโดยวิธีใด และการให้ทุนด้วยการใช้สัญญาผูกมัดก่อให้เกิดข้อสังเกต ดังนี้

๑.๑ ปัญหาเกี่ยวกับการประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกผู้รับทุน

ในขั้นการสรรหาผู้รับทุนรัฐบาล ที่จะต้องมีการประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกเสียก่อน ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าประกาศรับสมัครสอบนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป^๖ ที่ส่งผลให้ผู้เห็นว่าเป็นตนเองได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากประกาศรับสมัครดังกล่าวสามารถฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศรับสมัครสอบนั้นได้ เช่น ผู้ฟ้องคดีถูกตัดสิทธิตามประกาศรับสมัครสอบเพราะขาดคุณสมบัติตามที่ประกาศกำหนดไว้ก็สามารถฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศรับสมัครสอบในส่วนที่เกี่ยวข้องกับตนเองได้

นอกจากประกาศรับสมัครสอบจะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปแล้ว การประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนก็จัดเป็นคำสั่งทางปกครอง^๗ ที่เป็นการให้ประโยชน์ต่อผู้ที่ได้รับการประกาศรายชื่อนี้ว่าเป็นผู้มีสิทธิได้รับทุน และเป็นคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระแก่ผู้ที่ไม่ผ่านการคัดเลือก หรือที่เรียกว่าคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง (Verwaltungsakt mit Drittwirkung oder Verwaltungsakt mit Doppelwirkung)^๘ และแม้จะมีคำสั่งทางปกครองที่ประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนอันเป็นผลผลิตของกระบวนการสอบคัดเลือกผู้รับทุนแล้ว ก็ยังต้องมีการจัดทำสัญญาการรับทุนรัฐบาลที่มีเนื้อหาผูกมัดให้ผู้รับทุนกลับมาปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการอีกด้วย การจัดทำสัญญาการรับทุนรัฐบาลจึงมีลักษณะเป็นนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาที่ซ้อนทับอยู่กับนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองที่เป็นผลมาจากการประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุน ซึ่งก็มีประเด็นปัญหาว่า สัญญาการรับทุนรัฐบาลกับประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนมีความสัมพันธ์กันอย่างไร และหากการประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะมีผลกระทบต่อสัญญาการรับทุนรัฐบาลหรือไม่ ประเด็นปัญหานี้จะได้วิเคราะห์ในส่วนต่อไป

การที่ศาลปกครองเห็นว่า ประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกผู้รับทุนรัฐบาลมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาว่า ในกรณีที่มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับประกาศรับสมัครสอบ และในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครอง กระบวนการสอบก็ได้ดำเนินไปจนได้ผู้ที่มีความเหมาะสมที่จะได้รับทุนรัฐบาลและผู้นั้นก็ได้เดินทางไปศึกษาต่อ ณ ต่างประเทศแล้ว แต่ต่อมาภายหลังศาลปกครอง

^๖ โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๖๔ - ๗๙/๒๕๕๑ ; โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คป. ๑๒๗/๒๕๕๘ ; โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๗๙/๒๕๕๐ ; อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อโต้แย้งอยู่ว่าบรรดาประกาศรับสมัครสอบลักษณะนี้ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง โปรดดู บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ ๑๕๖๙/๒๕๖๐ ; รายงานสรุปผลการสัมมนาเพื่อพัฒนาองค์ความรู้และรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ ๑ วันที่ ๒๗ มิถุนายน ๒๕๖๒ กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, น. ๕. สืบค้นจาก <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outsite16/file/27Jun62-4.pdf> เมื่อวันที่ ๖ ตุลาคม ๒๕๖๕.

^๗ ข้อ ๒ ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๕๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนดให้การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษาเป็นคำสั่งทางปกครอง

^๘ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), S 9, Rn. 50 ; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, ๒๕๕๔), น. ๑๔๑ ; ผู้ที่สนใจค้นคว้าเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางสามารถค้นคว้าต่อได้จาก นิติกร ชัยวิเศษ, คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางในระบบกฎหมายไทย, เอกสารเผยแพร่ภายใน สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๖๓.

จะมีคำพิพากษาว่าประกาศรับสมัครสอบไม่ชอบด้วยกฎหมายและให้เพิกถอนประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกผู้รับทุนรัฐบาลนั้นได้หรือไม่ และผลของคำพิพากษานี้จะมีผลอย่างไรต่อการประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนและสัญญาการรับทุนรัฐบาล

การทำความเข้าใจเรื่องนี้จะต้องเข้าใจเกี่ยวกับการมีผลของคำสั่งทางปกครองเสียก่อน ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนดว่า คำสั่งทางปกครองให้ผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น และโดยที่ประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกผู้รับทุนก็เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่มีผลเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่ง^๙ กล่าวคือ ใช้เฉพาะสำหรับการสมัครสอบคัดเลือกผู้รับทุนในครั้งนั้น ๆ เท่านั้น ดังนั้น เมื่อกระบวนการสอบคัดเลือกตามที่ได้ประกาศรับสมัครสอบไว้เสร็จสิ้นลง ประกาศรับสมัครสอบย่อมสิ้นผลลงไปโดยอัตโนมัติ เพราะได้ดำเนินการจนบรรลุวัตถุประสงค์ของประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกผู้รับทุนรัฐบาลแล้ว^{๑๐} เมื่อประกาศรับสมัครสอบอันเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปได้สิ้นผลลงแล้ว ศาลปกครองก็ย่อมไม่อาจมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศรับสมัครสอบนั้นได้^{๑๑} แต่ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องเป็นคดีละเมิดมาด้วย ศาลอาจมีคำพิพากษายืนยันความไม่ชอบด้วยกฎหมายของประกาศรับสมัครสอบนั้น และให้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีที่ไม่สามารถเข้าร่วมการสอบได้^{๑๒} ซึ่งผลของคำพิพากษาของศาลย่อมไม่มีผลกระทบต่อผู้ที่มีสิทธิได้รับทุนรัฐบาลตามที่ส่วนราชการเจ้าของทุนประกาศรายชื่อ เพราะศาลไม่อาจเพิกถอนประกาศรับสมัครสอบที่สิ้นผลไปแล้วได้ และประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนก็เป็นคำสั่งทางปกครองอีกคำสั่งหนึ่งที่ต้องแยกออกมาพิจารณาในอีกกรณีหนึ่ง

๑.๒ ปัญหาเกี่ยวกับการประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนรัฐบาล

การประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนเป็นผลผลิตขั้นสุดท้ายของกระบวนการสรรหาผู้รับทุนรัฐบาลซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่วิธีการให้ทุนการศึกษานั้น ส่วนราชการจะใช้สัญญาการรับทุนเป็นเครื่องมือในการผูกมัดให้ผู้ที่ได้รับทุนรัฐบาลต้องกลับมาปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการ มิเช่นนั้น จะต้องชดใช้เงินทุนการศึกษาคืนพร้อมด้วยเบี้ยปรับ ปัญหาในข้อนี้มีอยู่ว่า ถ้าหากมีบุคคลโต้แย้งว่าประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากที่ส่วนราชการได้ทำสัญญาการรับทุนไปแล้ว และผู้มีสิทธิได้รับทุนก็ได้เดินทางไปศึกษาต่อ ณ ต่างประเทศแล้ว และคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษา

^๙ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, ๒๕๕๔), น. ๑๔๖ – ๑๔๗.

^{๑๐} โปรดดู เฟื่องอ้าง, น. ๒๒๖.

^{๑๑} โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. ๒๔/๒๕๕๘ เมื่อคำสั่งลงโทษทางวินัยที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีสิ้นผลลงแล้ว ศาลก็ไม่มีเหตุที่จะต้องพิจารณาคดีต่อไป จึงมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ; ซึ่งหากเปรียบเทียบกับ การสิ้นผลลงของประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกผู้รับทุนรัฐบาล เมื่อประกาศรับสมัครสอบสิ้นผลลงแล้ว การพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปย่อมไม่เกิดประโยชน์อันใด และการเพิกถอนประกาศรับสมัครสอบก็ได้เสียความเดือดร้อนหรือเสียหายที่แท้จริงของผู้ฟ้องคดี เพราะเมื่อการสอบได้ดำเนินการไปจนสิ้นสุดแล้ว ผู้ฟ้องคดีย่อมไม่อาจเข้าสอบในครั้งนั้นตามที่ผู้ฟ้องคดีต้องการได้อีกต่อไปแล้ว.

^{๑๒} โปรดดู นรินทร์ อธิสาร, “คดีที่ขอให้ศาลปกครองยืนยันว่าคำสั่งทางปกครองที่สิ้นผลไปแล้วนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Die Fortsetzungsfeststellungsklage) ในระบบกฎหมายเยอรมัน : เปรียบเทียบกรณีศาลปกครองไทย”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๗ ฉบับที่ ๓ (กันยายน – ธันวาคม) ๒๕๕๐, น. ๑๙ (๔๐ – ๔๒).

ของศาลปกครอง ถ้าหากศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุน คำพิพากษานั้นจะมีผลต่อสัญญาการรับทุนรัฐบาลที่ได้ทำไปแล้วหรือไม่ อย่างไร ปัญหาในเรื่องนี้อาจตอบได้ด้วยทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน (Zweistufenstheorie) ที่อธิบายเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการกระทำในทางแพ่งของเอกชน เช่น การทำสัญญากู้ยืมเงิน การทำสัญญาให้เงินช่วยเหลือแก่เอกชน โดยในชั้นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองว่าจะให้หรือไม่ให้เงินแก่เอกชนนี้จัดเป็นการใช้อำนาจทางปกครองและเป็นคำสั่งทางปกครองในทุกกรณี ซึ่งข้อพิพาทเกี่ยวกับการตัดสินใจของฝ่ายปกครองว่าจะให้หรือไม่ให้เงินสนับสนุนจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ส่วนวิธีการในการให้เงินสนับสนุนจะต้องมาจำแนกอีกว่าฝ่ายปกครองใช้วิธีการใด ซึ่งหากฝ่ายปกครองได้จ่ายเงินไปโดยที่เอกชนไม่ต้องทำสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขให้คืนเงินนั้นก็จัดว่าเป็นการกระทำเพียงขั้นตอนเดียว แต่หากฝ่ายปกครองกับเอกชนได้ทำสัญญาโดยมีเงื่อนไขให้เอกชนชำระเงินคืนก็จัดว่าสัญญานี้เป็นสัญญาทางแพ่งและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม และถ้าหากว่าการตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่ให้เงินสนับสนุนแก่เอกชนไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ส่งผลให้สัญญาให้เงินสนับสนุนนั้นมีข้อบกพร่องจนอาจไร้ผลบังคับ^{๑๓} ถ้าหากนำทฤษฎีนี้มาปรับใช้กับสัญญาการรับทุนรัฐบาลของไทยก็จะให้ผลลัพธ์ที่สอดคล้องกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยถ้าหากการประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนไม่ชอบด้วยกฎหมายและถูกเพิกถอนโดยศาล เนื่องจากผู้ที่มีรายชื่อนั้นขาดคุณสมบัติ ทุจริตการสอบ หรือด้วยเหตุอื่น ๆ สัญญาการรับทุนรัฐบาลที่ผู้มีสิทธิได้รับทุนได้ทำไปบนฐานของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ถูกเพิกถอนไปแล้วนั้นย่อมถูกบอกเลิกหรือบอกล้างได้แล้วแต่กรณี^{๑๔} และสัญญานั้นก็ไม่อาจที่จะดำรงอยู่ได้อีกต่อไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่มุ่งหมายให้สถานะแห่งความชอบด้วยกฎหมายกลับคืนมาดังเดิม อย่างไรก็ตาม การเพิกถอนประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนจะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมแห่งกรณีด้วย โดยหากผู้รับทุนเป็นผู้ที่มีความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของประกาศผลผู้มีสิทธิได้รับทุนนั้น และได้เดินทางไปศึกษาในต่างประเทศจนสำเร็จการศึกษาแล้ว การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ทุนการศึกษาดังกล่าวย่อมไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากการประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนได้ดำเนินการไปจนบรรลุผลในขั้นสุดท้ายแล้ว กล่าวคือ ผู้มีสิทธิได้รับทุนสำเร็จการศึกษาและกลับมาปฏิบัติงานขอใช้ทุนแล้ว อันเป็นสิ่งที่ไม่อาจย้อนกลับไปแก้ไขได้อีก และการเพิกถอนประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับทุนจนเกินสมควร^{๑๕}

^{๑๓} นรินทร์ อธิสาร, “ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน (Zweistufenstheorie)”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๑๖ ฉบับที่ ๑ (มกราคม – มีนาคม) ๒๕๕๙, น. ๒๓ (๒๕ – ๒๖, ๓๓).

^{๑๔} Vgl. Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, (Berlin : De Gruyter, 2010), § 17, Rn. 917 ; ในกรณีที่ผู้ที่มีสิทธิได้รับทุนขาดคุณสมบัติในการได้รับทุน แต่ได้แสดงตนว่าเป็นผู้มีคุณสมบัติ หรือส่วนราชการเข้าทำสัญญาการรับทุนเพราะสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล สัญญาการรับทุนนั้นย่อมตกเป็นโมฆียะ เพราะเป็นการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาเพราะกลฉ้อฉลตามมาตรา ๑๕๗ หรือมาตรา ๑๕๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วแต่กรณี โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๘๘/๒๕๖๒.

^{๑๕} โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๗๓/๒๕๕๗.

๒. สัญญาการรับทุนรัฐบาล : สัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง

เมื่อได้อธิบายถึงการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการสรรหาบุคคลเข้ารับราชการของส่วนราชการแล้ว ก็มีปัญหาคือ สัญญาการรับทุนรัฐบาลเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งการแบ่งแยกสัญญาสองประเภทนี้ออกจากกันจะทำให้เราสามารถกำหนดศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาการรับทุนรัฐบาลได้^{๑๖}

ในประเด็นนี้ ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ขึ้นใช้บังคับ ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอันเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนยังไม่แพร่หลายเท่าใดนัก สัญญาการรับทุนรัฐบาลจึงจัดว่าเป็นสัญญาทางแพ่งและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญานี้ก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาพิพากษาคดี^{๑๗} แต่เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่กำหนดนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ซึ่งในระยะแรกของการจัดตั้งศาลปกครองได้มีข้อถกเถียงเกี่ยวกับการตีความสัญญาการรับทุนที่หน่วยงานของรัฐจัดสรรว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ และศาลปกครองก็ได้เริ่มตีความคำว่า สัญญาทางปกครองกับสัญญาการรับทุนประเภทต่าง ๆ เช่น ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๒๗/๒๕๔๔ ในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีสำเร็จการศึกษาหลักสูตร ๕ ปีจากโรงเรียนนายเรือและได้ทำสัญญาผูกพันกับกองทัพเรือว่าจะรับราชการในกองทัพเรือเป็นเวลา ๑๐ ปี และยังได้เข้าศึกษาหลักสูตรนักบินเพิ่มเติมที่มีสัญญาผูกพันว่าจะรับราชการในกองทัพเรือตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา มิเช่นนั้นจะต้องชดเชยเงินทุนการศึกษาที่ได้รับไปคืน ต่อมาผู้ฟ้องคดีลาออกจากราชการก่อนครบระยะเวลาชดเชยเงิน กองทัพเรือจึงคำนวณหนี้เงินที่ผู้ฟ้องคดีต้องชำระ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากองทัพเรือคำนวณหนี้ไม่ถูกต้อง จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง แต่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า สัญญาการรับทุนไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สัญญาว่าจะรับราชการชดเชยนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่เป็นการรับราชการชดเชย และข้อสัญญาที่ให้อำนาจกองทัพเรือบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวหรือจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดี ไม่ว่าจะเป็นการเรียกตัวกลับ หรือปลดออกจากราชการ อันเป็นสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์พิเศษของรัฐที่ปรากฏเฉพาะในสัญญาทางปกครอง และต่อมาคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยที่ ๒๕/๒๕๔๕ วินิจฉัยว่า สัญญาที่ให้ข้าราชการลาศึกษาโดยได้รับเงินเดือนนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ให้ข้าราชการกลับมาปฏิบัติราชการอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ ถัดจากนั้นก็คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๕/๒๕๔๖

^{๑๖} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, ๒๕๕๔), น. ๒๘๔.

^{๑๗} บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๙), ๒๒๖ – ๒๒๗ ; เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๕๘/๒๕๓๓ ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๖๕/๒๕๔๓.

(ประชุมใหญ่) ในคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า สัญญาการรับทุนไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่มีความเห็นแย้งจากตุลาการในองค์คณะว่า วัตถุประสงค์ในสัญญาการรับทุนมิใช่การชำระหนี้ แต่เป็นการกลับมาปฏิบัติราชการซึ่งเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาการรับทุนรัฐบาลจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยว่า สัญญาการรับทุนรัฐบาลเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นสัญญาที่กำหนดให้บุคคลต้องกลับมารับราชการ อันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ และในสัญญายังปรากฏข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นพิเศษที่ไม่ปรากฏในสัญญาทางแพ่งอีกด้วย และแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยึดถือเรื่อยมาว่า สัญญาการรับทุนรัฐบาลเป็นสัญญาทางปกครอง^{๑๘} ไม่ว่าผู้รับทุนจะเป็นข้าราชการอยู่แล้วหรือเป็นบุคคลทั่วไปก็ตาม

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสัญญาการรับทุนรัฐบาลจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่ในกรณีที่ไม่มีการกำหนดเฉพาะบัญญัติถึงสัญญาการรับทุนรัฐบาลเป็นการเฉพาะ ศาลก็ยังคงนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาด้วย^{๑๙} ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา การเลิกสัญญา และการใช้สิทธิตามสัญญา รวมถึงการจัดการข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาที่จะต้องมีการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับตามสิทธิให้ ส่วนราชการไม่อาจดำเนินการยึดทรัพย์สินของผู้รับทุนมาชำระหนี้ได้เอง

นอกจากนี้ แม้ว่าส่วนราชการจะสามารถสรรหาบุคคลเข้ารับราชการโดยการใช้นโยบายการรับทุนรัฐบาลซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองได้ แต่ส่วนราชการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองก็ยังคงต้องผูกพันกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา โดยในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาของฝ่ายปกครอง เนื้อหานี้จะต้องเป็นไปเพื่อให้การปฏิบัติการกิจของฝ่ายปกครองบรรลุผล และเนื้อหาของสัญญาจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนเกินสมควร กล่าวคือ หนี้ในสัญญาต่างตอบแทนที่ฝ่ายปกครองและเอกชนจะต้องชำระต่อกันนั้นจะต้องได้สัดส่วน ไม่ทำให้เอกชนต้องเสียเปรียบฝ่ายปกครองเกินกว่าเหตุ^{๒๐} ซึ่งในแบบสัญญาการรับทุนรัฐบาลของสำนักงาน ก.พ. มีข้อสัญญาที่เป็นประเด็นปัญหาที่น่านำมาวิเคราะห์ ดังนี้^{๒๑} ประการแรก การกำหนดให้ผู้รับทุนรัฐบาลต้องกลับมาปฏิบัติงานชดใช้ทุนเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุน ประการที่สอง การกำหนดเบี้ยปรับเป็นจำนวนเงินสองเท่าของเงินทุนที่ได้รับไปในกรณีที่ผิดสัญญาโดยไม่เข้าปฏิบัติงานชดใช้ทุน ประการที่สาม การกำหนดให้กฎ ระเบียบ คำสั่งของ ก.พ. หรือสำนักงาน ก.พ. ที่จะออกในอนาคตเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่ผู้รับทุนได้ให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าที่จะปฏิบัติตามตั้งแต่ที่ได้ทำสัญญาการรับทุน

^{๑๘} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๕๗/๒๕๕๒ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๖๐๔/๒๕๕๘.

^{๑๙} มานิตย์ วงศ์เสรี, “นิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง : วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน (ตอนที่ ๑)”, วารสารกฎหมายปกครอง ปีที่ ๓๓ ตอน ๓, ๒๕๖๔, น. ๑ (๕๒ – ๕๔).

^{๒๐} มานิตย์ วงศ์เสรี, “นิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง : วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน (ตอนจบ)”, วารสารกฎหมายปกครอง ปีที่ ๓๔ ตอน ๑, ๒๕๖๕, น. ๑ (๙).

^{๒๑} โปรดดู แบบสัญญาการรับทุน ก.พ. เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ สืบค้นจาก <https://www.ocsc.go.th/sites/default/files/attachment/page/promisocsc1.pdf> เมื่อวันที่ ๗ มิถุนายน ๒๕๖๕.

รัฐบาลแล้ว และสถานะของกฎ ระเบียบ คำสั่งของ ก.พ. หรือสำนักงาน ก.พ. ดังกล่าว (ประเด็นสุดท้ายนี้จะกล่าวถึงในหัวข้อที่ ๓)

๒.๑ ข้อสัญญาว่าด้วยการชดใช้ทุน

ตามข้อ ๘ ของแบบสัญญารับทุน ก.พ. เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ กำหนดให้ผู้รับทุนจะต้องเข้าปฏิบัติงานในหน่วยงานที่ ก.พ. กำหนดเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสองเท่าของระยะเวลาที่รับทุนไปศึกษา หากพิจารณาโดยผิวเผินแล้วอาจจะไม่เห็นข้อสัญญานี้มีปัญหาแต่ประการใด แต่หากพิจารณาโดยถึถ้วนแล้ว ระยะเวลาสองเท่าของนักเรียนทุนรัฐบาลแต่ละคนจะมีระยะเวลาไม่เท่ากัน เช่น ผู้ที่รับทุนไปศึกษาระดับปริญญาโทที่มีระยะเวลาศึกษาตามหลักสูตรเพียง ๑ ปี ระยะเวลาสองเท่าก็คือ ๒ ปี แต่สำหรับผู้รับทุนไปศึกษาในหลักสูตรที่มีระยะเวลาการศึกษา ๒ ปี ระยะเวลาสองเท่าก็คือ ๔ ปี แต่สำหรับผู้ไปศึกษาตั้งแต่ระดับปริญญาตรี ถึงระดับปริญญาโทและปริญญาเอก อาจหมายถึงเกือบทั้งชีวิตการทำงาน เพราะระยะเวลาการศึกษาที่ยาวนานอาจถึง ๑๐ – ๑๕ ปี ระยะเวลาการชดใช้ทุนก็อาจเป็น ๒๐ – ๓๐ ปี ซึ่งหากผู้รับทุนเริ่มรับทุนตั้งแต่อายุ ๑๙ ปี ก็จะต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุนไปจนถึงอายุ ๓๙ – ๔๙ ปี ซึ่งส่งผลให้ผู้รับทุนมีอิสระในการเลือกอาชีพไม่มากนักเมื่ออายุมากขึ้น

นอกจากนี้ หากพิจารณาการกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนดังกล่าว ประกอบกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา ๔๐ ของรัฐธรรมนูญ ก็มีข้อพิจารณาว่าการที่แบบสัญญารับทุน ก.พ. กำหนดระยะเวลาปฏิบัติงานชดใช้ทุนไว้สองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุน โดยไม่มีข้อจำกัดอื่น ๆ นี้จะละเมิดเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือไม่ เนื่องจากไม่มีการกำหนดระยะเวลาขั้นสูงสุดที่อาจปฏิบัติงานชดใช้ทุนได้ เช่น ไม่เกิน ๕ ปี ไม่เกิน ๗ ปี หรือไม่เกิน ๑๐ ปี รวมถึงในแง่ความได้สัดส่วนก็ยังไม่มีการกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนให้สัมพันธ์กับจำนวนเงินที่รัฐบาลได้จ่ายเป็นทุนการศึกษาให้ตามความเป็นจริง เพราะการส่งนักเรียนทุนรัฐบาลไปศึกษาในแต่ละประเทศนั้น ใช้เงินลงทุนไม่เท่ากัน เช่น การศึกษาในสาขาวิชานิติศาสตร์ ระดับปริญญาโทที่มหาวิทยาลัย King's College London ประเทศอังกฤษจะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมการศึกษา (Tuition fees) ประมาณปีละ ๓๐,๐๐๐ ปอนด์ (ประมาณ ๑,๒๓๙,๐๐๐ บาท)^{๒๒} หรือการศึกษาในสาขาวิชานิติศาสตร์ที่มหาวิทยาลัย Georgetown ประเทศสหรัฐอเมริกา จะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมการศึกษาประมาณปีละ ๗๔,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ^{๒๓} (ประมาณ ๒,๕๕๐,๐๐๐ บาท) แต่ในขณะที่การศึกษาในสาขาวิชานิติศาสตร์ ระดับปริญญาโทที่มหาวิทยาลัย Bonn ประเทศเยอรมนีที่ไม่มีการเก็บค่าธรรมเนียมการศึกษาในหลักสูตรภาษาเยอรมัน นักเรียนทุนรัฐบาลจะต้องจ่ายเพียงค่าบำรุงการศึกษาภาคการศึกษาละประมาณ ๓๒๐ ยูโร^{๒๔} (ประมาณ ๑๒,๐๐๐ บาท หรือทั้งปีประมาณ ๒๔,๐๐๐ บาท) ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายตามตัวอย่างของทั้งสามประเทศข้างต้นไม่รวมเงินทุนการศึกษา

^{๒๒} สืบค้นจาก <https://www.kcl.ac.uk/study/postgraduate-taught/courses/master-of-laws-llm> เมื่อวันที่ ๑๘ ตุลาคม ๒๕๖๕ ; มหาวิทยาลัย Exeter ก็กำหนดค่าธรรมเนียมการศึกษาในสาขาวิชาเดียวไว้ใกล้เคียงกันที่ ๒๒,๕๐๐ ปอนด์ สืบค้นจาก <https://www.exeter.ac.uk/postgraduate/courses/law/masteroflaws/> เมื่อวันที่ ๑๘ ตุลาคม ๒๕๖๕

^{๒๓} สืบค้นจาก <https://www.law.georgetown.edu/admissions-aid/financial-aid/tuition-cost-of-attendance> เมื่อวันที่ ๑๘ ตุลาคม ๒๕๖๕

^{๒๔} สืบค้นจาก <https://www.uni-bonn.de/en/studying/application-admission-and-enrollment/costs> เมื่อวันที่ ๑๘ ตุลาคม ๒๕๖๕

ที่เป็นค่าใช้จ่ายประจำเดือน^{๒๕} และจากตัวอย่างข้อมูลดังกล่าว ทำให้เห็นได้ว่า ผู้รับทุนรัฐบาลที่ไปศึกษาต่างประเทศในระยะเวลาที่เท่ากันแต่ใช้เงินทุนรัฐบาลไม่เท่ากันจะต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุนในระยะเวลาเท่ากัน เช่น ผู้ที่ไปศึกษาในสาขาวิชานิติศาสตร์ที่ประเทศเยอรมนีเป็นระยะเวลา ๒ ปี (๔ ภาคการศึกษา) ที่ใช้เงินทุนรัฐบาลจ่ายค่าบำรุงการศึกษาไปประมาณ ๑,๒๘๐ ยูโร (ประมาณ ๔๘,๐๐๐ บาท) ต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุนเป็นระยะเวลา ๔ ปี แต่ในขณะเดียวกัน ผู้รับทุนที่ไปศึกษาในสาขาวิชาเดียวกันที่ประเทศสหรัฐอเมริกาหรืออังกฤษโดยใช้ระยะเวลาเท่ากันหรือน้อยกว่า จะใช้เงินทุนรัฐบาลสำหรับค่าธรรมเนียมการศึกษาไปอย่างน้อยที่สุดสำหรับระยะเวลาการศึกษา ๑ ปี หรือ ๒ ภาคการศึกษา ประมาณ ๓๐,๐๐๐ ปอนด์ (ประมาณ ๑,๒๓๙,๐๐๐ บาท) สำหรับกรณีประเทศอังกฤษ หรือ ๗๔,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ ๒,๕๕๐,๐๐๐ บาท) สำหรับกรณีประเทศสหรัฐอเมริกา และต้องกลับมาปฏิบัติงานชดใช้ทุนเพียง ๒ ปี เท่านั้น ซึ่งพิจารณาในแง่ความได้สัดส่วนระหว่างเงินทุนรัฐบาลที่ได้รับไปกับระยะเวลาการชดใช้ทุนแล้ว ไม่อาจอธิบายได้เลยว่า เหตุใดผู้ที่ใช้เงินทุนของรัฐบาลมากกว่าจึงมีระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนน้อยกว่าหรือเท่ากับผู้ที่ใช้เงินทุนของรัฐบาลน้อยกว่า

๒.๒ การควบคุมเนื้อหาของสัญญาการรับทุนรัฐบาลโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า การกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนโดยใช้ระยะเวลาการรับทุนเป็นเกณฑ์นั้นมีความไม่สมเหตุสมผลและเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยไม่คำนึงถึงสัดส่วนเงินทุนรัฐบาลที่ผู้รับทุนได้ใช้ไปนั้น ศาลปกครองจะสามารถควบคุมและตรวจสอบเนื้อหาของสัญญาดังกล่าวโดยใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ ได้หรือไม่ ซึ่งตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กำหนดให้ข้อสัญญาที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่สร้างภาระแก่คู่สัญญามากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติมีผลบังคับได้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ซึ่งการพิจารณาภาระของคู่สัญญาว่าเกินกว่าที่พึงคาดหมายได้หรือไม่นั้น ในมาตรา ๕ วรรคสอง กำหนดให้พิจารณาจากพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิเสรีภาพ รวมถึงโอกาสในการประกอบอาชีพการทำงาน หรือการดำเนินการในรูปแบบอื่นกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ และทางได้ทางเสียอันชอบด้วยกฎหมายทุกอย่างของคู่สัญญาด้วย การพิจารณาว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยข้อสัญญาว่าก่อให้เกิดภาระเกินกว่าที่คาดหมายได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาทั้งในแง่พื้นที่และระยะเวลาว่ามีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพในทางพื้นที่ที่กว้างเกินไปหรือไม่ รวมถึงพิจารณาว่าระยะเวลาที่มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นยาวนานเกินไปหรือไม่ด้วย^{๒๖} เช่น ข้อสัญญาที่ห้ามประกอบอาชีพอื่น

^{๒๕} ค่าใช้จ่ายประจำเดือนของนักเรียนทุนรัฐบาลในประเทศอังกฤษได้ปีละประมาณ ๓๓,๐๐๐ – ๓๖,๐๐๐ ปอนด์ (ประมาณ ๑,๔๐๐,๐๐๐ – ๑,๕๖๐,๐๐๐ บาท) ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปีละประมาณ ๕๒,๐๐๐ – ๖๓,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ ๑,๗๙๐,๐๐๐ – ๒,๑๗๐,๐๐๐ บาท) ประเทศเยอรมนีได้ปีละประมาณ ๒๕,๕๒๐ ยูโร (ประมาณ ๙๔๐,๐๐๐ บาท) อัตราหนี้สินชั้นการเรียนภาษา ก่อนเข้ามหาวิทยาลัยที่รวมค่าเรียนภาษาด้วย) ส่วนกรณีเรียนระดับปริญญาได้ปีละประมาณ ๑๕,๐๐๐ – ๑๙,๐๐๐ ยูโร (ประมาณ ๕๕๐,๐๐๐ – ๗๐๐,๐๐๐ บาท) โปรดดู ค่าใช้จ่ายรายประเทศที่กำหนดโดยสำนักงาน ก.พ. สืบค้นจาก <https://www.ocsc.go.th/education/budget> เมื่อวันที่ ๘ มิถุนายน ๒๕๖๕.

^{๒๖} ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ ๒๑, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๐), น. ๕๒๔.

ในประเทศไทยอย่างเด็ดขาด ก็น่าจะเป็นการสร้างภาระเกินสมควร หรือการห้ามประกอบอาชีพอื่น นอกจากอาชีพราชการเป็นระยะเวลา ๒๐ ปี ก็น่าจะเป็นการกำหนดภาระผูกพันที่นานเกินสมควร^{๒๗}

อย่างไรก็ตาม แม้เนื้อความในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ ที่เมื่อพิจารณาในเนื้อหาสาระแล้วจะมีความเหมาะสมที่จะนำมาพิจารณากำหนดกรอบความเป็นธรรม ของสัญญาการรับทุนรัฐบาล แต่ศาลปกครองก็ได้ปฏิเสธการนำพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมาใช้บังคับกับ สัญญาทางปกครอง โดยให้เหตุผลเกี่ยวกับเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองในการกำหนดข้อสัญญาว่า ฝ่ายปกครอง มีเอกลักษณ์ในการกำหนดข้อสัญญาให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ การทำสัญญาผูกพันให้ผู้รับทุน กลับมาปฏิบัติงานเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุน หากผิดสัญญาจะต้องชดใช้เงินคืน พร้อมเบี้ยปรับอีกสองเท่าจึงไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด^{๒๘}

๒.๓ การควบคุมเนื้อหาของสัญญาการรับทุนรัฐบาลผ่านหลักความพอสมควรแก่เหตุ

แม้ศาลปกครองจะไม่นำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ มาใช้บังคับกับสัญญาการรับทุนรัฐบาล แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลจะไม่สามารถตรวจสอบเนื้อหาของสัญญา การรับทุนรัฐบาลผ่านหลักกฎหมายปกครองประการอื่น ๆ ได้ และตามที่ได้กล่าวถึงความได้สัดส่วนระหว่าง ระยะเวลาการศึกษา กับเงินทุนที่ได้รับไปแล้วในหัวข้อ ๒.๑ ก็คงจะไม่กล่าวถึงหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ หลักการหนึ่งไม่ได้เลย หลักการนี้ก็คือ หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุนั่นเอง^{๒๙}

^{๒๗} โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๙๐/๒๕๕๒ โจทก์และจำเลยทำสัญญากันให้จำเลยไปฝึกอบรม โดยโจทก์จ่ายเงินเพื่อการอบรมให้จำเลยจำนวน ๒๒๓,๘๗๑.๗๐ บาท และกำหนดว่าจำเลยต้องทำงานให้กับโจทก์ เป็นระยะเวลา ๓ ปี หากไม่ทำงานชดใช้ก็ต้องจ่ายเงินค่าฝึกอบรมคืนพร้อมเบี้ยปรับจำนวน ๓ เท่า ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาที่ให้จำเลยต้องชดใช้เงินคืนพร้อมเบี้ยปรับจำนวน ๓ เท่า นั้น ไม่ทำให้จำเลยต้องรับภาระอันเกินกว่าจะคาดหมายได้ ตามปกติ เพราะจำเลยยังมีสิทธิเลือกที่จะทำงานให้กับโจทก์หรือชดใช้เงิน แต่ข้อสัญญาที่ให้จำเลยต้องปฏิบัติงานให้โจทก์ เป็นเวลา ๓ ปี ทั้งที่โจทก์จ่ายเงินเพื่อการอบรมของจำเลยไปเพียง ๒๒๓,๘๗๑.๗๐ บาท เป็นข้อสัญญาที่ทำให้จำเลยต้อง รับภาระอันเกินกว่าจะคาดหมายได้ตามปกติ ศาลฎีกาจึงกำหนดให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับได้เพียง ๑ ปี.

^{๒๘} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๔/๒๕๕๒ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๒๐/๒๕๕๙ ; ในทางวิชาการมีความเห็นทางวิชาการแตกต่างกันออกไป นักวิชาการบางท่านเห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ ไม่นำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง เพราะจะทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้เอกลักษณ์ของ ฝ่ายปกครองในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ส่วนนักวิชาการบางท่านเห็นว่า พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้แบ่งแยกขอบเขตการใช้บังคับระหว่างสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนกับสัญญาในระบบ กฎหมายมหาชน สัญญาในระบบกฎหมายทั้งสองจึงอยู่ภายในบังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ทั้งสิ้น สำหรับรายละเอียด ความเห็นทางวิชาการ โปรดดู มานิตย์ วงศ์เสรี, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง การนำกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาใช้กับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย, หลักสูตรนักรับราชการยุติธรรมทางปกครองระดับสูง รุ่นที่ ๑ ประจำปี งบประมาณ ๒๕๕๓, วิทยาลัยยุติธรรมทางปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๕๓, น. ๖ – ๘.

^{๒๙} ในระบบกฎหมายเยอรมันมีการระบุเกี่ยวกับสิ่งต่างตอบแทน (Gegenleistung) ในสัญญาทางปกครอง ไว้ในมาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz) ว่า สิ่งต่างตอบแทนในสัญญาทางปกครองจะต้องมีความได้สัดส่วนและมีความสัมพันธ์โดยตรงกับสิ่งต่างตอบแทนของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการแสดงออกถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในสัญญาทางปกครอง Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, (Berlin : De Gruyter, 2010), S 32, Rn. 11; สำหรับในระบบกฎหมายไทยที่ไม่มีกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครอง ผู้เขียนเห็นว่า หลักการดังกล่าวก็สามารถนำมาใช้ในสัญญาทางปกครองได้ เพราะหลักความพอสมควร แก่เหตุได้ถูกรับรองไว้ในมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ที่ผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร.

ที่บังคับให้ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงเสมอเมื่อฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการจะต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม (บรรลู่วัตถุประสงค์ เพื่อประโยชน์สาธารณะได้) จำเป็น (กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด) และได้สัดส่วนในความหมาย อย่างแคบ (ประโยชน์สาธารณะที่ได้เมื่อเทียบกับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลแล้วได้สัดส่วนกัน ไม่ทำให้บุคคลได้รับผลกระทบจนเกินความคาดหมาย)^{๓๐} และไม่ว่าฝ่ายปกครองจะปฏิบัติการทางปกครอง โดยการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจะด้วยการทำสัญญาก็ตาม ฝ่ายปกครองก็ยังคงต้องผูกพันต่อหลักการนี้ อยู่เสมอ เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองจำแลงกายเพื่อหลบหนีความผูกพันต่อกฎหมายและสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนไปดำเนินการตามอำเภอใจในแดนของกฎหมายเอกชน (Flucht ins Privatrecht)^{๓๑} ซึ่งในกรณี ของสัญญาทางปกครองนั้น แม้ฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์ในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา หรือแก้ไข และยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวก็ตาม แต่การใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวก็ไม่อาจอยู่เหนือหลักความพอสมควรแก่เหตุ อันเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดไปได้

การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้รับทุนรัฐบาลโดยข้อสัญญาว่าผู้รับทุน จะต้องกลับมาปฏิบัติงานให้ส่วนราชการเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่รับทุนไป โดยไม่พิจารณา จำนวนเงินทุนรัฐบาลที่ผู้รับทุนได้ใช้ไป มีข้อพิจารณาว่าจะสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ โดยเสรีภาพในการประกอบอาชีพนี้คุ้มครองทั้งเสรีภาพที่จะเลือกอาชีพและเสรีภาพที่จะเลือกวิธีการ ในการประกอบอาชีพนั้น ๆ ด้วย อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการประกอบอาชีพอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย^{๓๒} สำหรับกรณีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยสัญญาการรับทุนรัฐบาลนั้น เป็นกรณีที่ไม่มีความหมาย กำหนดไว้ แต่ก็สามารถกระทำได้โดยอาศัยความยินยอมของผู้รับทุนหรือที่เรียกกันว่าการสละการใช้สิทธิเสรีภาพ (Grundrechtsverzicht) โดยเงื่อนไขในการสละการใช้สิทธิเสรีภาพนั้น จะต้องพิจารณาจากภารกิจของ สิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้นว่ามุ่งหมายคุ้มครองสิ่งใด หากสิทธิเสรีภาพดังกล่าวมุ่งหมายคุ้มครองเฉพาะตัว ผู้ทรงสิทธิเสรีภาพเป็นสำคัญย่อมเป็นสิ่งที่ผู้ทรงสิทธิเสรีภาพนั้นสละการใช้สิทธิเสรีภาพได้ แต่หากสิทธิเสรีภาพ ในเรื่องนั้นมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการสร้างเจตจำนงที่เกี่ยวข้องกับรัฐด้วย หรือเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ ผู้ทรงสิทธิเสรีภาพย่อมไม่อาจสละการใช้สิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้นได้ สำหรับเงื่อนไข ในประการต่อมา คือ ความยินยอมในการสละการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องเป็นไปโดยอิสระ รวมถึงจะต้อง พิจารณาประกอบด้วยว่า สถานการณ์ที่บุคคลต้องสละการใช้สิทธิเสรีภาพของตนนั้นมีลักษณะอย่างไร และจะต้องผูกพันต่อการสละการใช้สิทธิเสรีภาพของตนเป็นเวลานานเท่าใด และจะสามารถยกเลิก ความยินยอมของตนได้หรือไม่^{๓๓} ซึ่งเมื่อพิจารณาการทำสัญญาการรับทุนรัฐบาลระหว่างส่วนราชการกับผู้รับทุน จะเห็นว่า เป็นการทำสัญญาบนพื้นฐานของความยินยอมพร้อมใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม การทำสัญญาการรับทุนรัฐบาลนั้นเป็นการทำสัญญาตามแบบของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป

^{๓๐} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, ๒๕๕๔), น. ๕๙ - ๖๒.

^{๓๑} Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), §3, Rn. 26 ; ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสาร ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๑), น. ๑๕๔ - ๑๕๕.

^{๓๒} Ruffert in : Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 50. Edition Stand : 15.02.2022, Art. 12, Rn. 18, 74 - 75 ; โปรดตุ มาตรา ๔๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ.

^{๓๓} Epping, Volker, Grundrechte, 4. Auflage, (Heidelberg : Springer, 2010), Rn. 106 - 107.

ที่ฝ่ายผู้รับทุนไม่สามารถเจรจาต่อรองเพื่อกำหนดให้การชดใช้ทุนสัมพันธ์กับสัดส่วนของเงินทุนที่ได้รับไปได้ ผู้รับทุนรัฐบาลมีสิทธิเพียงแค่ว่าเลือกจะทำหรือไม่ทำสัญญาเท่านั้น^{๓๔} ซึ่งในกรณีสัญญาสำเร็จรูปที่คู่สัญญา มีสถานะไม่เท่าเทียมกันนี้ รัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครอง (Schutzpflicht) มิให้มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ของผู้รับทุนเกินสมควรแก่เหตุ^{๓๕} และความผูกพันตามสัญญาที่ผู้รับทุนต้องทำงานนั้นมีลักษณะแตกต่าง จากความผูกพันตามสัญญาจ้างทำของ เนื่องจากเป็นความผูกพันที่มีผลกระทบต่อบุคลิกภาพของผู้รับทุน และเป็นสิ่งที่กำหนดวิถีชีวิตของผู้รับทุนในสาระสำคัญ อีกทั้งการประกอบอาชีพมิใช่เพียงแค่การทำมาหาได้ ทางเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ยังเป็นวิถีทางที่บุคคลใช้ในการพัฒนาตนเองเพื่อบรรลุความต้องการหรือค้นพบตนเอง (Selbstverwirklichung, Self-actualization)^{๓๖} ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องคุ้มครองเสรีภาพ

^{๓๔} สัญญาการรับทุนรัฐบาลนี้อาจเทียบได้กับสัญญาทางปกครองที่ใช้แทนคำสั่งทางปกครองในระบบ กฎหมายเยอรมัน เนื่องจากแท้จริงแล้วส่วนราชการสามารถออกคำสั่งทางปกครองและกำหนดเงื่อนไขการปฏิบัติงาน ชดใช้ทุนไว้ในคำสั่งทางปกครองด้วยก็ได้ แต่ส่วนราชการเลือกที่จะดำเนินการในรูปแบบของสัญญา ซึ่งสัญญาทางปกครอง ที่ใช้แทนคำสั่งทางปกครองนี้ส่วนใหญ่แล้วจะใช้สัญญาสำเร็จรูปที่คู่สัญญามีอำนาจต่อรองน้อยมาก Vgl. Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 14. Auflage, (München : C.H. Beck, 2013), § 62, Rn. 18 ; ลักษณะของสัญญาสำเร็จรูป โปรตดู ดาราวพร ธิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบัน และปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๒), น. ๓๘.

^{๓๕} มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง; Ruffert in : Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 50. Edition Stand : 15.02.2022, Art. 12, Rn. 19 ; โปรตดู ต่พงษ์ กิตติยานพงศ์, ทฤษฎีสหพันธ์ขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๑), น. ๖๓ – ๖๔ ; ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht) ได้เคยให้แนวทางในการตรวจสอบเนื้อหา ของสัญญาที่คู่สัญญามีสถานะในการเจรจาต่อรองไม่เท่าเทียมกัน (strukturell ungleicher Verhandlungsstärke) ไว้ว่า การตีความบทบัญญัติของกฎหมายแห่งนั้น ศาลจะต้องคำนึงถึงหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Privatautonomie) ที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเห็นได้ว่า ความรับผิดชอบของคู่สัญญา อีกฝ่ายที่จะเกิดขึ้นตามสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบนั้นต้องรับผิดชอบไปกว่าที่จะสามารถชำระหนี้ได้ในช่วงชีวิต ที่เหลืออยู่ของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ กรณีเช่นนี้ คู่กรณีฝ่ายแรกได้แสวงประโยชน์จากความไม่รู้ของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ การที่ศาลยุติธรรมพิพากษาให้คู่สัญญารับผิดโดยไม่ตรวจสอบเนื้อหาของสัญญาลักษณะนี้ย่อมเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพ ในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ เสรีภาพในการทำสัญญานั้น หมายถึง การกำหนดเจตจำนงของตนเอง ในการทำสัญญาและผูกพันต่อการแสดงเจตนาของตนเอง แต่ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจฝ่ายเดียวในการกำหนด เนื้อหาของสัญญา การทำสัญญาย่อมมิใช่การแสดงเจตนาเพื่อผูกพันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่เป็นการกำหนดเจตนา โดยบุคคลอื่นฝ่ายเดียว (Fremdbestimmung) ซึ่งในกรณีที่สัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเกินสมควร อย่างมาก ศาลไม่อาจพิจารณาแต่เพียงว่า “สัญญาต้องเป็นสัญญา (Vertrag ist Vertrag)” เท่านั้น แต่ต้องพิจารณาด้วยว่า คู่สัญญานั้นมีอำนาจเจรจาต่อรองเท่าเทียมกันหรือไม่ รวมถึงปรับใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป (Generalklausel) ในกฎหมายแห่งให้สอดคล้องกับเสรีภาพในการทำสัญญาที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ด้วย BVerfG NJW 1994, S. 36 – 39 ; อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดของไทยยังไม่ได้พิจารณาความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นส่วนราชการกับคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนโดยละเอียดนัก โปรตดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๒๐/๒๕๕๙ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๕๖/๒๕๖๓.

^{๓๖} Vgl. Badura, Peter, Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates im Arbeitsrecht, in : Gamillscheg/Franz (Hrsg.), Sozialpartnerschaft in der Bewährung Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag, (München : C.H. Beck, 1988), S. 1 (4, 13).

ในการประกอบอาชีพของผู้รับทุนรัฐบาลอย่างเหมาะสม ซึ่งตัวอย่างหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพมีอยู่หลากหลาย เช่น การตราพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ ที่คุ้มครองลูกจ้างจากการเลือกปฏิบัติและการเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรมจากนายจ้าง หรือการควบคุมเนื้อหาของสัญญาผ่านมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ ที่กำหนดให้ข้อสัญญาที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพมีผลบังคับได้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ซึ่งจากตัวอย่างที่รัฐเข้าไปคุ้มครองเอกชนในการทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ให้เอกชนที่มีความเสียเปรียบในทางเศรษฐกิจยังคงใช้เสรีภาพในการทำสัญญาได้และได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา หลักการเดียวกันย่อมต้องนำมาใช้กับรัฐที่เป็นผู้ที่ถูกผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพโดยตรงด้วย ซึ่งแม้จะไม่มีกฎหมายควบคุมเนื้อหาของสัญญาการรับทุนรัฐบาลโดยตรงก็ตาม ส่วนราชการก็ถูกผูกพันโดยหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบการกำหนดเนื้อหาของสัญญาการรับทุนรัฐบาลด้วย เพราะมิเช่นนั้นจะก่อให้เกิดผลที่แปลกประหลาดอย่างมากที่รัฐออกกฎหมายควบคุมเนื้อหาของสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันมิให้เกิดการจำกัดสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาเกินสมควร แต่กลับยกเว้นไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนที่เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง ทั้ง ๆ ที่ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจกำหนดเนื้อหาของสัญญาฝ่ายเดียวและมีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญา ก็ยังจะต้องมีการคุ้มครองเอกชนคู่สัญญาจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง^{๓๗} และยิ่งไปกว่านั้น หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญก็เป็นหลักกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกับหลักกฎหมายปกครองในสัญญาทางปกครอง ส่วนราชการย่อมไม่อาจอ้างได้เลยว่า การควบคุมเนื้อหาของสัญญานั้นขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนที่ฝ่ายปกครองต้องมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชนเสมอ เพราะหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเองก็เป็นหลักกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกันและเป็นกรอบกำกับการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองด้วย^{๓๘}

เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงต้องมาวิเคราะห์ข้อสัญญาระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนกับองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่

(๑) การกำหนดให้ผู้รับทุนต้องกลับมาปฏิบัติงานชดใช้ทุนเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุนเป็นมาตรการที่เหมาะสมหรือไม่

การที่ส่วนราชการให้ทุนการศึกษาศึกษาบุคคลเพื่อให้ไปศึกษาวิชาในต่างประเทศ และผูกมัดด้วยสัญญาให้บุคคลดังกล่าวกลับมาปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการเป็นวิธีการในการสรรหาบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถตรงตามความต้องการของส่วนราชการมาจัดทำบริการสาธารณะ การกำหนดข้อสัญญาผูกพันให้บุคคลกลับมาปฏิบัติงานเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุนไปจึงเป็นมาตรการ

^{๓๗} Vgl. Rozek in : Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht Werkband : 1. EL August 2021, § 56, Rn. 37; การทำสัญญาทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองนี้จัดเป็นการกระทำเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๓๘/๒๕๖๒ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๒๙/๒๕๕๙ ; จากคำพิพากษาดังกล่าวทำให้เห็นได้ชัดว่า การทำสัญญาทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองเป็นการกระทำที่ยังคงอยู่ในแดนของกฎหมายมหาชนที่เป็นไปเพื่อการใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้น หน่วยงานทางปกครองย่อมจะต้องผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ.

^{๓๘} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, ๒๕๕๔), น. ๓๘ – ๓๙.

ที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการสรรหาบุคคลเข้ารับราชการได้ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงเป็นมาตรการที่เหมาะสมแล้ว

(๒) การกำหนดให้ผู้รับทุนต้องกลับมาปฏิบัติงานชดใช้ทุนเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุนเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่

การผูกมัดด้วยสัญญาให้ผู้รับทุนต้องกลับมาปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการเป็นเพียงมาตรการเดียวที่จะเรียกร้องให้ผู้รับทุนกลับมาปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการได้ เนื่องจากหากไม่มีการผูกมัดด้วยข้อสัญญาดังกล่าวเสียแล้ว ส่วนราชการก็จะไม่มีหนทางใดที่จะบังคับให้ผู้รับทุนกลับมาปฏิบัติงานชดใช้ทุนรัฐบาลที่ได้รับไปได้อีกแล้ว

(๓) การกำหนดให้ผู้รับทุนต้องกลับมาปฏิบัติงานชดใช้ทุนเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุนเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่

ในข้อนี้จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะที่ได้กับผลกระทบที่เกิดจากการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้รับทุน แต่ก็มีปัญหาอยู่ว่าจะคิดคำนวณประโยชน์สาธารณะอันเป็นนามธรรมได้อย่างไร ในประเด็นนี้ เห็นว่า ควรคำนวณการชดเชยประโยชน์สาธารณะของผู้รับทุนจากจำนวนเงินที่ผู้รับทุนได้ใช้ไปในความเป็นจริง เพราะเงินทุนรัฐบาลนั้นเป็นเงินงบประมาณแผ่นดินอันเป็นรายได้สาธารณะ และการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้รับทุนเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นก็เพื่อชดเชยเงินทุนรัฐบาลที่ผู้รับทุนได้รับไปนั่นเอง การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้รับทุนเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุนไป โดยไม่คำนึงถึงจำนวนเงินทุนหรือประโยชน์ที่ผู้รับทุนรัฐบาลได้รับไป ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้รับทุนอย่างไม่ได้สัดส่วน เพราะการกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนดังกล่าวมิได้กำหนดจากสัดส่วนเงินทุนรัฐบาลหรือประโยชน์ที่ผู้รับทุนได้รับไป ทั้ง ๆ ที่การคำนวณระยะเวลาการชดใช้ทุนเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นจะต้องคำนวณจากจำนวนเงินที่ผู้รับทุนได้รับไป เพื่อคำนวณระยะเวลาการชดใช้ทุนให้มีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้รับทุน ดังนั้น การกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุนโดยไม่คำนึงถึงจำนวนเงินทุนรัฐบาลที่ได้ใช้ไปในความเป็นจริง จึงก่อให้เกิดผลร้ายต่อผู้รับทุนอย่างไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับการปฏิบัติตามสัญญาเพื่อชดเชยเงินทุนรัฐบาล^{๓๙}

^{๓๙} โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๖๘๘/๒๕๖๐ ผู้รับทุนใช้เงินทุนรัฐบาลไปทั้งสิ้น ๓๙,๐๘๐.๘๑ บาท กับ ๔๗,๕๙๓.๔๗ ปอนด์ (รวมประมาณ ๒,๐๙๖,๙๒๔.๕๓ บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนในปัจจุบัน) มีระยะเวลารับทุน ๑,๐๙๕ วัน ต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุนทั้งหมด ๒,๑๙๐ วัน และในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๑๖๖/๒๕๖๐ ผู้รับทุนใช้เงินทุนรัฐบาลไปทั้งสิ้น ๕๒,๗๘๘.๒๗ บาท กับ ๗๙,๙๕๒.๖๖ ดอลลาร์สหรัฐ (รวมประมาณ ๒,๘๒๐,๗๔๙.๓๖ บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนในปัจจุบัน) มีระยะเวลารับทุน ๑,๕๐๗ วัน ต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุนทั้งหมด ๓,๐๑๔ วัน แต่ในคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ๕๘๓/๒๕๖๒ ผู้รับทุนใช้เงินทุนรัฐบาลไปทั้งสิ้น ๒๓๒,๑๙๑.๕๒ บาท กับ ๘๒,๓๔๕ ยูโร (รวมประมาณ ๓,๒๖๒,๘๑๖.๗ บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนในปัจจุบัน) มีระยะเวลารับทุน ๑,๑๒๗ วัน ต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุนทั้งหมด ๒,๒๕๔ วัน และในคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ๕๓๑/๒๕๖๑ ผู้รับทุนใช้เงินทุนรัฐบาลไปทั้งสิ้น ๖๗,๙๔๗.๓๒ บาท กับ ๖๓,๐๕๖.๒๓ ยูโร และ ๑๕,๐๒๘.๗๕ ดอลลาร์สหรัฐ (รวมประมาณ ๒,๙๐๖,๗๕๕.๘๕ บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนในปัจจุบัน) มีระยะเวลารับทุน ๒,๒๑๓ วัน ต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุนทั้งหมด ๔,๔๒๖ วัน และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๒๐/๒๕๕๙ ผู้รับทุนใช้เงินทุนรัฐบาลไปทั้งสิ้น ๔๐,๙๗๘.๐๑ บาท กับ ๑๗๖,๐๗๘.๕๓ ดอลลาร์สหรัฐ (มีต่อหน้าถัดไป)

หลักการข้างต้นนี้ ศาลแรงงานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesarbeitsgericht) ก็ใช้ในการควบคุมตรวจสอบสัญญาที่นายจ้างให้ทุนสนับสนุนลูกจ้างในการศึกษาอบรม โดยในคำพิพากษาลงวันที่ ๑๔ มกราคม ค.ศ. ๒๐๐๙^{๔๐} ศาลแรงงานแห่งสหพันธ์รัฐได้วางหลักว่า การที่นายจ้างกำหนดข้อสัญญาผูกพันลูกจ้างให้ต้องปฏิบัติงานชดใช้ในช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือจ่ายเงินทุนเพื่อการศึกษาอบรมนั้น สามารถกระทำได้ ซึ่งระยะเวลาที่ลูกจ้างถูกผูกพันนั้นจะต้องไม่นานจนเกินไป ซึ่งกรณีดังกล่าวจะละเมิดหลักความเชื่อถือและไว้วางใจ (Treu und Glauben) โดยวัตถุประสงค์ของการให้ลูกจ้างไปศึกษาอบรมนั้น ฝ่ายนายจ้างก็ต้องการให้ลูกจ้างนำความรู้ที่ได้มาปฏิบัติงานให้นายจ้างเป็นระยะเวลานานที่สุด ส่วนฝ่ายลูกจ้างเองก็ต้องการนำความรู้ที่ได้รับไปแสวงหาประโยชน์ในทางอาชีพแก่ตนเองในภายหน้า และต้องการผูกพันกับนายจ้างตามสัดส่วนเงินทุนที่นายจ้างได้จ่ายไป แต่ถ้าหากข้อสัญญากำหนดเวลาผูกพันไว้นานจนเกินไป ศาลก็สามารถตีความให้ข้อสัญญามีผลบังคับได้เท่าที่เหมาะสม ซึ่งการพิจารณาระยะเวลาที่เหมาะสมนั้นจะต้องพิจารณาจากทั้งระยะเวลาที่ลูกจ้างได้ใช้ไปในการศึกษาอบรมโดยได้รับเงินเดือนตามปกติ รวมถึงประโยชน์ที่ลูกจ้างได้รับ ถ้าหากลูกจ้างได้รับประโยชน์จากการศึกษาอบรมอย่างยืดยาวหรือนายจ้างได้จ่ายเงินไปเพื่อการศึกษาอบรมของลูกจ้างอย่างมาก การกำหนดระยะเวลาผูกพันให้ยาวนานขึ้นตามสัดส่วนย่อมสามารถกระทำได้

๒.๔ การควบคุมเนื้อหาของสัญญาการรับทุนรัฐบาลผ่านหลักความเสมอภาค

นอกจากหลักความได้สัดส่วนแล้ว มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่า การกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนข้างต้นนั้นฝ่าฝืนต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา ๒๗ ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากสัญญาการรับทุนรัฐบาลนี้ไม่ได้กำหนดระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนโดยใช้จำนวนเงินทุนรัฐบาลที่ได้รับไปเป็นเกณฑ์ แต่ใช้ระยะเวลาที่ได้รับทุนไปเป็นเกณฑ์ ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าผู้ที่ใช้เงินทุนรัฐบาลในจำนวนน้อย แต่มีระยะเวลาการรับทุนยาวนาน อาจต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุนในระยะเวลาที่มากกว่าผู้ที่ใช้เงินทุนรัฐบาลไปมากกว่า แต่มีระยะเวลาการรับทุนสั้นกว่าได้ ซึ่งอาจเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันก็เป็นได้ ซึ่งจะได้นำวิเคราะห์ต่อไป

หลักความเสมอภาคมีสาระสำคัญอยู่ว่า การที่รัฐจะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติต่อบุคคลใด ๆ ให้เหมือนหรือแตกต่างจากบุคคลอื่น รัฐจะต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นมีลักษณะอันเป็นสาระสำคัญในเรื่องที่รัฐจะดำเนินการเหมือนหรือแตกต่างจากบุคคลอื่นในเรื่องเดียวกันนั้นอย่างไร หากบุคคลนั้นมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับบุคคลอื่น รัฐก็ย่อมต้องปฏิบัติกับบุคคลนั้นให้เหมือนกับบุคคลอื่น แต่หากบุคคลนั้นมีลักษณะ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๓๙)

(รวมประมาณ ๖,๑๖๕,๐๗๗.๓๒ บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนในปัจจุบัน) มีระยะเวลารับทุน ๒,๑๙๒ วัน ต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุนทั้งหมด ๔,๓๘๔ วัน นอกจากนี้ ตามคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ๓๐๗/๒๕๖๕ ยังมีกรณีที่ได้รับทุนได้รับทุนเป็นระยะเวลาเพียง ๖๒๔ วัน และต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุนเพียง ๑,๒๘๔ วัน (ประมาณ ๓ ปี) แต่ได้ใช้เงินทุนรัฐบาลไปถึง ๔๗๗,๑๕๓.๘๐ บาท กับ ๑๔๘,๖๘๑.๒๓ ดอลลาร์สหรัฐ (รวมประมาณ ๕,๒๓๕,๒๑๔.๗๙ บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนในปัจจุบัน) ซึ่งจากคำพิพากษาทั้งหมดที่ยกมาแสดงนี้แสดงให้เห็นว่า การคำนวณระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนนี้ไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ได้สัดส่วนกับจำนวนเงินที่รัฐบาลได้ลงทุนไปเลย ในบางกรณีผู้รับทุนรัฐบาลใช้เงินทุนไปถึงห้าล้านบาท แต่มีระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนไม่ถึง ๑,๕๐๐ วันหรือไม่ถึง ๔ ปี แต่ในบางกรณีผู้รับทุนใช้เงินทุนรัฐบาลไปไม่ถึงสามล้านบาทกลับต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุนถึง ๔,๐๐๐ วัน หรือ ๑๐ ปี และในขณะเดียวกัน ก็มีผู้ที่ใช้เงินทุนรัฐบาลไปถึงหกล้านบาท แต่กลับมีระยะเวลาการชดใช้ทุนที่ใกล้เคียงกับผู้ที่ใช้เงินทุนรัฐบาลไปไม่ถึงสามล้านบาท.

^{๔๐} BAG, Urteil vom 14.01.2009 - 3 AZR 900/07 openJur 2011, 97635.

อันเป็นสาระสำคัญในเรื่องนั้นแตกต่างจากบุคคลอื่น รัฐก็ย่อมต้องปฏิบัติกับบุคคลนั้นให้แตกต่างจากบุคคลอื่นด้วย ซึ่งกล่าวโดยสรุปแล้ว หลักความเสมอภาคไม่ได้เรียกร้องให้รัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนให้เหมือนกันในทุกแง่มุม แต่รัฐจะต้องพิจารณาถึงลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของบุคคลในแต่ละเรื่องที่รัฐจะดำเนินการ และปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสมกับสาระสำคัญของบุคคลในเรื่องนั้น^{๔๑} เช่น การที่มหาวิทยาลัยของรัฐจัดให้นักศึกษาที่พิการทางการมองเห็นสอบประเมินความรู้ด้วยวิธีการพิมพ์ผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์ โดยไม่ให้สอบโดยใช้วิธีการเขียนเช่นเดียวกับนักศึกษาที่ไม่พิการทางการมองเห็น แม้จะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างนักศึกษาที่พิการทางการมองเห็นกับนักศึกษาที่ไม่พิการทางการมองเห็น ก็ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เนื่องจากนักศึกษาที่พิการทางการมองเห็นย่อมไม่อาจสอบด้วยวิธีการเขียนตามปกติได้ การสอบด้วยวิธีการพิมพ์ผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์จึงเป็นวิธีที่เหมาะสมที่จะทำให้นักศึกษาที่พิการทางการมองเห็นสามารถสอบประเมินความรู้ได้

เมื่อได้หลักการเช่นนี้แล้ว ก็ต้องมาพิจารณาสาระสำคัญของการให้ทุนรัฐบาลเพื่อให้บุคคลไปศึกษาว่า มีวัตถุประสงค์อันเป็นสาระสำคัญอย่างไร โดยในหน้าแรกของแบบสัญญารับทุน ก.พ. เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศระบุว่า “โดยที่รัฐบาลมีเจตจำนงจะส่งบุคคลไปศึกษาวิชาในต่างประเทศ เพื่อให้เกิดความรู้ ความชำนาญงาน และให้กลับมารับราชการหรือปฏิบัติงานเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ประเทศชาติสืบไป” ความในข้อนี้แสดงถึงความมุ่งหมายของการให้ทุนรัฐบาลว่าเป็นการให้ทุนการศึกษาเพื่อให้ผู้รับทุนนำความรู้ที่ได้รับจากการศึกษามาปฏิบัติงานให้กับส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ และถ้าหากผู้รับทุนผิดสัญญาดังกล่าวก็จะต้องชดใช้เงินทุนการศึกษาคืนพร้อมด้วยเบี้ยปรับอีกสองเท่า ตามข้อสัญญาหลักทั้งสองข้อ อาจแยกวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาได้ ๒ ประการ กล่าวคือ หน้าที่ในการเข้าปฏิบัติงานชดใช้ทุนนั้น เป็นหนี้กระทำการที่ผู้รับทุนต้องกระทำด้วยตนเองประการหนึ่ง และการชดใช้เงินและเบี้ยปรับเมื่อผิดสัญญานั้นเป็นหนี้เงินอีกประการหนึ่ง ซึ่งการคำนวณเงินเพื่อชดใช้หนี้เงินทุนรัฐบาลนั้นมีได้คำนวณจากระยะเวลาการรับทุน แต่จะคำนวณจากระยะเวลาการชดใช้ทุนประกอบกับจำนวนเงินทุนรัฐบาลที่ได้รับไปโดยมีวิธีคำนวณ ดังนี้^{๔๒}

$$\text{เงินที่ผู้ทำผิดสัญญาต้องชดใช้} = \left\{ \frac{\text{เงินเดือนและหรือเงินทุนที่ได้รับไปทั้งหมด} \times \text{ระยะเวลาที่ต้องรับราชการ}}{\text{จำนวนวันทั้งหมดที่ต้องปฏิบัติงานชดใช้ตามสัญญา}} \right\} \times \text{เบี้ยปรับตามสัญญา}$$

ตามสูตรคำนวณข้างต้นจะเห็นได้ว่า สาระสำคัญของการปฏิบัติงานชดใช้ทุนนั้นมีได้มีแต่เพียงระยะเวลาที่ได้รับทุนประการเดียว แต่ยังรวมถึงจำนวนเงินที่ผู้รับทุนได้รับไปด้วย เพราะถ้าหากผู้รับทุนยังปฏิบัติงานชดใช้ทุนไม่ครบตามระยะเวลา ก็จะมีการคำนวณเงินทุนรัฐบาลที่ได้รับไปประกอบกับระยะเวลาที่ได้รับราชการไปบ้างแล้วเทียบกับระยะเวลาทั้งหมดที่ต้องปฏิบัติงานชดใช้ เพื่อคำนวณออกมาเป็นตัวเงินที่ผู้รับทุนจะต้องชดใช้คืนแก่ส่วนราชการ ซึ่งก็เป็นการคำนวณตามสัดส่วนเงินทุนรัฐบาลที่ได้รับไป

^{๔๑} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๕), น. ๖๘.

^{๔๒} ข้อ ๖ ของหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการทำสัญญาและการชดใช้เงิน กรณีรับทุน ลาศึกษา ฝึกอบรม ปฏิบัติการวิจัย และปฏิบัติงานในองค์กรระหว่างประเทศ ตามหนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค ๐๔๐๖.๒/ว.๘๓ ลงวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๔๙.

นั่นเอง ด้วยเหตุนี้ การกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนโดยไม่คำนึงถึงสัดส่วนเงินทุนรัฐบาลที่ผู้รับทุนได้รับไปย่อมไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค เพราะแม้ผู้รับทุนจะต้องปฏิบัติงานเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุนไปเสมอกัน แต่จำนวนเงินทุนที่ได้รับไปอาจไม่เท่ากัน ก็ย่อมเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันอย่างไม่เป็นธรรม^{๔๓} อันจะทำให้เกิดกรณีที่ผู้รับทุนที่ได้รับเงินทุนไปมากกว่า แต่มีระยะเวลาการรับทุนสั้นกว่า มีภาระในการปฏิบัติงานชดใช้ทุนสั้นกว่าผู้รับทุนที่ได้รับเงินทุนไปน้อยกว่า แต่มีระยะเวลาการรับทุนยาวนานกว่า

นอกจากนี้ ยังมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างผู้รับทุนที่เป็นบุคคลทั่วไปกับผู้รับทุนที่เป็นข้าราชการอีกด้วย ซึ่งในกรณีที่บุคคลทั่วไปเป็นผู้รับทุนจะไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาการชดใช้ทุนและเบี้ยปรับที่ชัดเจน แต่หากเป็นกรณีที่ข้าราชการเป็นผู้ได้รับทุนรัฐบาล ส่วนราชการจะต้องกำหนดข้อสัญญาให้เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้ข้าราชการไปศึกษา ฝึกอบรม ดูงาน หรือปฏิบัติการวิจัย ณ ต่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๔๙ กำหนด โดยข้อ ๑๖ ของระเบียบดังกล่าว กำหนดให้มีข้อสัญญาว่า ข้าราชการผู้ได้รับทุนจะต้องกลับมาปฏิบัติงานชดใช้ **เท่ากับระยะเวลาที่ได้ใช้ไปในการศึกษา** และถ้าหากข้าราชการผู้ได้รับทุนไม่กลับมาปฏิบัติงานชดใช้ทุน จะต้องชดใช้เงินทุนคืนพร้อมด้วยเบี้ยปรับจำนวน **หนึ่งเท่า** ถ้าหากมีการกำหนดข้อสัญญาที่ขัดต่อระเบียบดังกล่าว ข้อสัญญานั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลสามารถปรับลดเบี้ยปรับลงให้เท่ากับที่กฎหมายกำหนดได้^{๔๔} ซึ่งจะเห็นได้ว่า สัญญาการรับทุนรัฐบาลของ ก.พ. ที่ใช้กับบุคคลทั่วไปแตกต่างกับการให้ทุนแก่ข้าราชการไปศึกษา ทั้ง ๆ ที่สาระสำคัญก็คือ การกลับมาปฏิบัติงานชดใช้ทุนหรือชดใช้เงินกรณีที่ ไม่กลับมาปฏิบัติงานชดใช้ทุน แต่เหตุใดบุคคลทั่วไปที่ผิดสัญญาต้องชดใช้เงินทุนการศึกษาคืนพร้อมด้วยเบี้ยปรับอีกสองเท่า แต่ข้าราชการที่ได้รับทุนกลับต้องชดใช้เงินทุนคืนพร้อมเบี้ยปรับเพียงเท่าเดียว^{๔๕}

อย่างไรก็ตาม การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุกับหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญมาใช้เพื่อควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของสัญญาการรับทุนรัฐบาลที่เป็นสัญญาทางปกครอง อาจมีข้อโต้แย้งว่าสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะ การนำหลักการข้างต้นมาใช้ อาจทำให้ฝ่ายปกครองสูญเสียเอกสิทธิ์ดังกล่าวไป ในข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่า มีกรณีตัวอย่างมากมายที่ศาลปกครองนำหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญมาใช้กับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๕๐๖/๒๕๖๑ ได้นำหลักความเสมอภาคมาใช้ในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการเลิกจ้าง หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๑๓/๒๕๕๗ ก็นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้พิจารณาเงินประกันของในสัญญาสัมปทานมิให้เป็นภาระแก่ผู้ยื่นของประมูลเกินสมควร และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๑๐/๒๕๖๓ ก็ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ตรวจสอบดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองว่าจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นโดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียของการบอกเลิกหรือไม่บอกเลิกสัญญาที่มีต่อ

^{๔๓} โปรดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๕), น. ๖๘.

^{๔๔} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๘/๒๕๖๓ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๒๐/๒๕๕๙.

^{๔๕} โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๖๘๘/๒๕๖๑ ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า กรณีที่ผู้ได้รับทุนไม่ใช่ข้าราชการที่ได้รับอนุมัติให้ไปศึกษาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้ข้าราชการไปศึกษา ฝึกอบรม ดูงาน หรือปฏิบัติการวิจัย ณ ต่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๔๙ ก็ไม่มีสิทธิได้รับการลดระยะเวลาการปฏิบัติงานชดใช้ทุนและเบี้ยปรับ.

การจัดทำบริการสาธารณะของผู้ฟ้องคดีกับความเสียหายของเอกชนคู่สัญญาที่จะต้องรับภาระในการชำระค่าปรับให้ได้สัดส่วนกันหรือให้เกิดดุลยภาพกันด้วย

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดข้างต้น ก็แสดงให้เห็นได้ชัดว่าหลักการทางรัฐธรรมนูญสามารถนำมาใช้ควบคุมและตรวจสอบการทำสัญญาทางปกครองได้ทั้งขึ้นก่อนการทำสัญญาเนื้อหาของสัญญา และการใช้สิทธิตามสัญญา ฝ่ายปกครองไม่อาจอ้างเอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครองเพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ^{๔๖}

๒.๕ การกำหนดเบี้ยปรับและดุลพินิจของศาลปกครองในการปรับลดเบี้ยปรับ

เบี้ยปรับตามมาตรา ๓๗๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ค่าเสียหายที่คู่สัญญากำหนดไว้ล่วงหน้าในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง หรือลูกหนี้ได้กระทำการอันฝ่าฝืนมูลหนี้^{๔๗} ซึ่งตามข้อ ๙ ของแบบสัญญารับทุน ก.พ. เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ กำหนดว่า ในกรณีที่ผู้รับทุนไม่เข้าปฏิบัติงานชดใช้ทุนตามระยะเวลาที่กำหนด ผู้รับทุนจะต้องชดใช้เงินทุนการศึกษาที่ได้รับไปคืน พร้อมด้วยเบี้ยปรับอีกจำนวนสองเท่าของเงินจำนวนดังกล่าว (หากได้รับเงินทุนการศึกษาไป ๑ บาท ผู้รับทุนที่ผิดสัญญาจะต้องชดใช้เงินทุนคืน ๑ บาท พร้อมด้วยเงินอีก ๒ บาท เป็นเบี้ยปรับ เท่ากับการรับเงินทุก ๆ ๑ บาท ผู้รับทุนที่ผิดสัญญาจะต้องจ่ายเงินคืนทั้งหมด ๓ บาท)

ซึ่งการกำหนดเบี้ยปรับในลักษณะนี้มีข้อพิจารณาว่าจะสูงเกินส่วนหรือไม่ ซึ่งถ้าหากเบี้ยปรับสูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจปรับลดลงได้ตามมาตรา ๓๘๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการพิจารณาความเหมาะสมของเบี้ยปรับ ศาลจะต้องคำนึงถึงทางได้ทางเสียอันชอบด้วยกฎหมายของส่วนราชการผู้เป็นเจ้าหนี้ทุกทาง ในเรื่องนี้ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เบี้ยปรับตามสัญญาการรับทุนรัฐบาลนั้น นอกจากจะเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว ยังเป็นมาตรการป้องปรามมิให้ผู้รับทุนกระทำผิดสัญญา^{๔๘} การพิจารณาทางได้ทางเสีย ศาลจะไม่พิจารณาเฉพาะความเสียหายในทางทรัพย์สินเท่านั้น^{๔๙} แต่จะพิจารณาความเสียหายที่มีต่อแผนพัฒนาบุคลากรของส่วนราชการที่ต้องเสียโอกาสที่จะได้บุคลากรมาปฏิบัติงานตามที่ได้วางแผนไว้ด้วย^{๕๐} แต่การกำหนดเบี้ยปรับไว้จำนวนสองเท่าก็มีใช้เบี้ยปรับที่เหมาะสมเสมอไป เพราะแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดก็มีความไม่แน่นอนอยู่ โดยหากเป็นการจงใจ

^{๔๖} นิสา สุริยะคำวงศ์, “หลักความได้สัดส่วนกับการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง”, วารสารสังคมศาสตร์วิชาการ ปีที่ ๑๒ ฉบับที่ ๑ มกราคม – เมษายน, ๒๕๖๒, น. ๘๙ (๙๓ – ๙๔).

^{๔๗} ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ ๒๑, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๐), น. ๔๑๗ ; อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดบางเรื่องเห็นว่า เบี้ยปรับในสัญญาการรับทุนรัฐบาลนั้นเป็นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเชิงลงโทษ โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๒๓๓/๒๕๕๘ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๐๒/๒๕๕๖.

^{๔๘} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๑๓๖/๒๕๖๓ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๘๘๐/๒๕๕๖ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๕๘๐/๒๕๕๕.

^{๔๙} ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๘), น. ๑๘๕.

^{๕๐} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๕๘๐/๒๕๕๕.

กระทำผิดสัญญา ศาลจะไม่ลดเบี้ยปรับให้^{๕๑} แต่หากมีเหตุปัจจัยอื่น ๆ ที่เป็นเหตุให้ผู้รับทุนกระทำผิดสัญญา เช่น ความเจ็บป่วย^{๕๒} หรือผู้รับทุนที่ผิดสัญญายังคงปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการสาธารณะ อย่างเดียวกันกับส่วนราชการที่ต้องปฏิบัติงานชดใช้ทุน^{๕๓} ศาลมีแนวโน้มที่จะลดเบี้ยปรับให้

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การที่ส่วนราชการให้ทุนการศึกษาแก่บุคคล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลดังกล่าวนำความรู้ที่ได้รับมาปฏิบัติงานให้เป็นการทดแทน ซึ่งหากบุคคลนั้น ไม่เข้าปฏิบัติงานชดใช้ทุนตามที่ได้สัญญาไว้ การพิจารณาเบี้ยปรับว่าสูงเกินส่วนหรือไม่นั้น ควรที่จะต้อง พิจารณาจากลักษณะงานและตำแหน่งที่บุคคลดังกล่าวจะได้ปฏิบัติงานชดใช้ทุนตามระยะเวลาที่กำหนด ในสัญญาด้วยว่ามีความเสียหายที่แท้จริงประมาณเท่าใด ซึ่งในกรณีทั่วไป บุคคลที่สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งให้เข้ารับราชการเป็นครั้งแรกจะได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภท วิชาการ ระดับปฏิบัติการ ซึ่งเป็นตำแหน่งที่เป็นผู้ปฏิบัติงานระดับต้นที่ต้องปฏิบัติงานภายใต้การกำกับ แนะนำ และตรวจสอบ^{๕๔} และเป็นตำแหน่งที่ส่วนราชการสามารถเปิดสอบแข่งขันเพื่อบรรจุและแต่งตั้งบุคคล ให้เข้ารับราชการได้เสมอ ถ้าหากส่วนราชการได้ให้เงินทุนบุคคลดังกล่าวไปเพื่อศึกษาจำนวนสามล้านบาท หากคำนวณเงินทุนพร้อมด้วยเบี้ยปรับที่ต้องชดใช้คืนเมื่อผิดสัญญาจะเป็นเงินเก้าล้านบาท ก็สมควรที่จะต้อง ไตร่ตรองว่าการที่ส่วนราชการขาดชำระการในตำแหน่งระดับปฏิบัติการไปเพียงคนเดียวจะทำให้ส่วนราชการ มีความเสียหายคิดเป็นเงินถึงหกล้านบาทได้อย่างไร ลำพังแต่ข้อต่อสู้ที่ว่า การที่ผู้รับทุนผิดสัญญา ทำให้มี ผลกระทบต่อการวางแผนบุคลากรของส่วนราชการอย่างเป็นนามธรรมน่าจะยังไม่พอพึงว่าเป็นความเสียหาย ที่ถึงขนาดจะทำให้เรียกเบี้ยปรับได้สองเท่าของเงินทุนการศึกษาทุกกรณี^{๕๕}

ข้อวิเคราะห์ข้างต้นนั้นเป็นความพยายามในการสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้น ระหว่างส่วนราชการผู้ให้ทุนรัฐบาลกับผู้รับทุนรัฐบาล ถ้าหากศาลปกครองไทยยอมรับที่จะนำหลักการที่ผู้เขียน ได้วิเคราะห์ไว้ข้างต้นมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของสัญญาการรับทุนรัฐบาลแล้ว ก็ย่อมมีส่วนช่วย ในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นมาอีกประการหนึ่งที่จะช่วยคุ้มครองเอกชน ที่เป็นคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจากการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดเนื้อหาของสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว และการที่สัญญาการรับทุนรัฐบาลมีเนื้อหาที่เป็นธรรมมากขึ้น ยังอาจส่งผลให้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถ หันมาสนใจรับทุนรัฐบาลเพื่อปฏิบัติงานให้ประเทศชาติมากยิ่งขึ้นด้วย ซึ่งก็ตรงกับแนวคิดในการร่างพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือนเมื่อครั้ง พ.ศ. ๒๔๗๑ ซึ่งพระเจ้าพี่ยาเธอ กรมพระจันทบุรีนฤนาถ นายกรัฐมนตรี พิจารณาระเบียบข้าราชการพลเรือน นายกรัฐมนตรีกลางสำหรับรักษาระเบียบข้าราชการพลเรือน (กรรมการ ร่างพระราชบัญญัติ) และนายกรรมการรักษาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ได้เคยแสดงความเห็นไว้

^{๕๑} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๘๓/๒๕๕๓ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๐๗/๒๕๕๓ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๓๑๒/๒๕๖๓ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๕๑๐/๒๕๖๔.

^{๕๒} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔/๒๕๕๓ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๕/๒๕๖๔.

^{๕๓} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๖๔๖/๒๕๖๔.

^{๕๔} ข้อ ๗ (๑) ของกฎ ก.พ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดประเภทตำแหน่งและระดับตำแหน่ง พ.ศ. ๒๕๕๑

^{๕๕} โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๓๐/๒๕๕๙ ผู้ฟ้องคดี (กรมพัฒนาฝีมือแรงงาน) ได้ทำ สัญญาให้ทุนผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (ผู้รับทุน) ไปศึกษาในระดับปริญญาตรีที่มหาวิทยาลัยโพลีเทคนิค ประเทศญี่ปุ่น ในสาขา วิศวกรรมอิเล็กทรอนิกส์ แต่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ สำเร็จการศึกษาและเข้าปฏิบัติงานชดใช้ทุน ผู้ฟ้องคดีกลับมอบหมายให้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ปฏิบัติงานด้านธุรการ ไม่ได้ใช้ความรู้ความสามารถที่ได้รับจากการศึกษาในการปฏิบัติงานเลย ความเสียหาย ที่ผู้ฟ้องคดีได้รับจึงไม่ถึงขนาดที่จะทำให้เรียกเบี้ยปรับถึงสองเท่าของเงินทุนการศึกษาได้.

อย่างน่าฟังในหนังสือแจ้งความมายังเจ้าพระยามหิธร ราชเลขาธิการ ลงวันที่ ๓๑ ธันวาคม พ.ศ. ๒๔๖๙ ว่า “...หลักการที่จะเอาประโยชน์อย่างยิ่งจากราชการพลเรือนนั้น มิได้ตั้งอยู่ในการจะเอาโทษไป บรรดาประเทศในยุโรป หลา อเมริกา ย่อมใช้การล่อน้ำใจด้วยทรัพย์ เกียรติ แล สัมมานะ ให้ข้าราชการนั้น ๆ แสดงความสามารถ แล ซื่อตรง เพื่อประกอบกิจของรัฐบาล...”^{๕๖}

๓. ปัญหาเกี่ยวกับการบริหารสัญญาการรับทุนรัฐบาล

๓.๑ สถานะของมาตรการที่ส่วนราชการใช้เพื่อบังคับตามสัญญา

มาตรการของส่วนราชการที่ใช้ในการควบคุมและกำกับดูแลนักเรียนทุนรัฐบาล ให้ปฏิบัติตามสัญญาการรับทุนรัฐบาลมีหลากหลายมาตรการด้วยกัน โดยในข้อ ๓ ของแบบสัญญารับทุน ก.พ. เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ กำหนดให้ผู้รับทุนจะต้องปฏิบัติตามระเบียบและคำสั่งของ ก.พ. หรือสำนักงาน ก.พ. ข้อ ๖ และข้อ ๗ ของแบบสัญญาเดียวกันก็กำหนดให้ ก.พ. มีอำนาจลงโทษผู้รับทุน หรือให้ผู้รับทุน ยุติการศึกษา งดการให้ทุนและเรียกให้ผู้รับทุนกลับประเทศไทยได้ นอกจากนี้ ก.พ. ยังมีอำนาจตามข้อ ๘ ของแบบสัญญาดังกล่าวในการกำหนดส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐที่ผู้รับทุนจะต้องเข้าปฏิบัติงาน ชดใช้ทุนได้อีกด้วย ซึ่งมีปัญหาว่าการออกคำสั่งของ ก.พ. หรือสำนักงาน ก.พ. หรือส่วนราชการผู้ให้ทุน ต่อตัวผู้รับทุนนั้นมีสถานะเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาตามปกติ หรือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่เป็น คำสั่งทางปกครอง

ในประเด็นนี้ แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสถานะ ของคำสั่งข้างต้นว่า ในกรณีที่มีการกระทำนั้น ๆ มีข้อสัญญากำหนดไว้ และคู่สัญญาได้ใช้สิทธิตามข้อสัญญานั้น โดยตรง การกระทำนั้นย่อมไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น การมีมติว่า ผู้รับทุนมีความประพฤติไม่เหมาะสมและยุติการให้ทุนแก่ผู้รับทุน (เลิกสัญญา) ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาตามที่มีข้อสัญญากำหนดไว้^{๕๗} แต่ในกรณีที่การกระทำนั้นไม่ได้มีข้อสัญญา กำหนดไว้ชัดเจน และหน่วยงานทางปกครองได้อาศัยกฎเกณฑ์อื่น ๆ มาพิจารณาประกอบ การกระทำนั้น ย่อมเป็นการกระทำที่แยกออกจากสัญญาได้และเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น มติของ ก.พ. ที่ไม่อนุมัติ ให้ผู้รับทุนเปลี่ยนหน่วยงานปฏิบัติงานชดใช้ทุนเป็นคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากในสัญญาการรับทุน ก.พ. ระบุแต่เพียงว่า ก.พ. มีสิทธิตามสัญญาในการกำหนดหน่วยงานในการปฏิบัติงานชดใช้ทุนให้กับผู้รับทุนเท่านั้น แต่มิได้ระบุเกี่ยวกับการเปลี่ยนหน่วยงานชดใช้ทุน มติดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่แยกออกจากสัญญาได้ และเป็นคำสั่งทางปกครอง^{๕๘}

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ข้างต้นว่า ตามข้อ ๓ ของแบบสัญญารับทุน ก.พ. เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ ได้กำหนดให้ผู้รับทุนจะต้อง ปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งของ ก.พ. และของสำนักงาน ก.พ. ที่ได้กำหนดหรือสั่งการเกี่ยวกับ เกี่ยวกับการควบคุมการศึกษา ความประพฤติและการใช้จ่ายเงินของนักเรียนในต่างประเทศ และถือว่า ระเบียบ ข้อบังคับหรือคำสั่งดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อสัญญานี้แล้ว จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณาแยกแยะการกระทำที่แยกออกจากสัญญาได้ว่าต้องเป็นกรณีที่

^{๕๖} สำนักงาน ก.พ., พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว กับการบริหารราชการพลเรือน, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., ๒๕๓๖), น. ๑๓๓.

^{๕๗} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๗๔/๒๕๖๐.

^{๕๘} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๔๔/๒๕๖๐.

ไม่มีข้อสัญญากำหนดไว้ ไม่น่าที่จะนำมาใช้พิจารณาได้อย่างสนิทใจเท่าใดนัก เพราะกรณีที่ไม่มีข้อสัญญา กำหนดไว้ แต่มีการออกระเบียบหรือคำสั่งภายหลังจากที่ได้ทำสัญญาการรับทุนรัฐบาล ระเบียนหรือคำสั่งนั้น ก็อาจถูกถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาไปเสียแล้ว ไม่อาจพิจารณาเป็นการกระทำที่แยกออกจากสัญญาไปได้ นอกจากนี้ ยังมีข้อ ๘ ของแบบสัญญาดังกล่าวที่กำหนดให้ ก.พ. หรือสำนักงาน ก.พ. มีอำนาจกำหนดให้ ผู้รับทุนไปรับราชการหรือปฏิบัติงานในหน่วยงานใด ๆ ได้ ซึ่งก็ถือเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา

นอกจากนี้ การที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าการกระทำบางประการเป็นการกระทำ ที่แยกออกจากสัญญาได้ ยังมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของผู้รับทุนอีกด้วย กล่าวคือ ตามตัวอย่างข้างต้นที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การมีมติของ ก.พ. ที่ไม่อนุมัติให้ผู้รับทุนเปลี่ยนหน่วยงาน ขดใช้ทุนเป็นการกระทำที่แยกออกจากสัญญาได้ เพราะไม่มีข้อสัญญา กำหนดไว้ และเป็นคนละกรณีกับ ความผูกพันที่ต้องปฏิบัติงานขดใช้ทุนตามสัญญาระหว่างส่วนราชการกับผู้รับทุน^{๕๙} ซึ่งถ้าหากข้อเท็จจริง เปลี่ยนแปลงไปว่า ผู้รับทุนได้รับอนุมัติให้เปลี่ยนแปลงหน่วยงานขดใช้ทุน ซึ่งเป็นการกระทำที่แยกออกจาก สัญญาและไม่ใช่การใช้สิทธิตามสัญญา ผลทางกฎหมายก็จะกลายเป็นว่า ผู้รับทุนไม่ได้ปฏิบัติตามสัญญา และเป็นผู้ผิดสัญญาการรับทุน เพราะการอนุมัติให้ผู้รับทุนเปลี่ยนหน่วยงานปฏิบัติงานขดใช้ทุนไม่ใช่ การแก้ไขสัญญาหรือใช้สิทธิตามสัญญาและเป็นคนละกรณีกับความผูกพันตามสัญญาการรับทุนรัฐบาล ที่ผู้รับทุนจะต้องปฏิบัติงานขดใช้ทุน ณ หน่วยงานที่ผู้ให้ทุนกำหนดตามสัญญา ซึ่งเป็นผลทางกฎหมาย ที่ค่อนข้างแปลกประหลาด

ด้วยความเคารพต่อคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ข้อ ๘ ของ แบบสัญญาฯรับทุน ก.พ. เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ กำหนดไว้ค่อนข้างชัดเจนอยู่แล้วว่า ก.พ. หรือสำนักงาน ก.พ. มีอำนาจกำหนดให้ผู้รับทุนไปรับราชการหรือปฏิบัติงานในหน่วยงานใด ๆ ประกอบกับมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง (๘) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของ ก.พ. ในการจัดสรร ผู้รับทุนที่สำเร็จการศึกษาแล้วเข้าปฏิบัติงานในส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ แต่มาตราดังกล่าวไม่ได้ กำหนดว่าการจัดสรรผู้รับทุนที่สำเร็จการศึกษาแล้วเข้าปฏิบัติงานนั้นจะต้องกระทำด้วยวิธีใด ซึ่ง ก.พ. และ สำนักงาน ก.พ. ก็ได้เลือกใช้วิธีการตามสัญญา กล่าวคือ กำหนดหน่วยงานให้ผู้รับทุนไปปฏิบัติราชการขดใช้ทุน และให้ผู้รับทุนไปรายงานตัวเพื่อบรรจุเข้ารับราชการ ถ้าหากผู้รับทุนไม่ไปรายงานตัวเข้ารับราชการหรือไม่ยอม เข้ารับราชการตามสัญญา สำนักงาน ก.พ. ก็จะฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องเงินทุนการศึกษาและเบี้ยปรับ^{๖๐} ซึ่งไม่ว่า จะเป็นการกำหนดให้ผู้รับทุนไปปฏิบัติงานขดใช้ทุนในครั้งแรกหรือจะเป็นการเปลี่ยนหน่วยงานขดใช้ทุน ก็เป็นการกำหนดและเห็นชอบโดย ก.พ. หรือสำนักงาน ก.พ. ตามข้อ ๘ ของแบบสัญญาฯรับทุน ก.พ. เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ ดังนั้น การดำเนินการตามระเบียบหรือคำสั่งที่ออกเพื่อบังคับตามสัญญา การรับทุนรัฐบาลนั้นควรจะต้องจัดว่าเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาตลอดสายโดยไม่อาจแยกออกจากสัญญาได้ และไม่ก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกันระหว่างข้อผูกพันตามสัญญากับผลของคำสั่งอนุมัติให้เปลี่ยนหน่วยงาน เพื่อปฏิบัติงานขดใช้ทุน

การกระทำที่แยกออกจากสัญญาได้อย่างแท้จริงควรจะเป็นบรรดา กฎ ระเบียบ และคำสั่งที่ไม่ได้ออกโดยส่วนราชการคู่สัญญา เช่น ระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการทำสัญญา และการขดใช้เงิน กรณีรับทุน ลาศึกษา ฝึกอบรม ปฏิบัติการวิจัย และปฏิบัติงานในองค์การระหว่างประเทศ

^{๕๙} โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ๓๐๗/๒๕๖๕.

^{๖๐} โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๘๘/๒๕๕๙.

พ.ศ. ๒๕๔๘ และหนังสือกระทรวงการคลังที่ กค ๐๔๐๖.๒/ว.๘๓ ลงวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๔๙ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการทำสัญญาและการชดใช้เงิน กรณีรับทุน ลาศึกษา ฝึกอบรม ปฏิบัติการวิจัย และปฏิบัติงานในองค์กรระหว่างประเทศ ซึ่งระเบียบและหนังสือฉบับดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์การทำสัญญาการชดใช้เงินเมื่อผิดสัญญา และหลักเกณฑ์การนับระยะเวลาการกลับเข้ารับราชการเป็นระยะเวลาการชดใช้ทุน ซึ่งหลักเกณฑ์ที่สำคัญและมีผลกระทบต่อผู้รับทุน คือ หลักเกณฑ์การนับระยะเวลาการชดใช้ทุนว่าระยะเวลาการปฏิบัติงานในองค์กรประเภทใดที่จะสามารถนับเป็นระยะเวลาการชดใช้ทุนได้ รวมถึงยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ผู้รับทุนที่ผิดสัญญาจะขอให้นับเวลากลับเข้ารับราชการเป็นระยะเวลาชดใช้ทุนได้^{๖๑} ซึ่งระเบียบและหลักเกณฑ์ทั้งสองฉบับนี้มีได้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา แต่สามารถนำมาใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้รับทุนกับส่วนราชการได้^{๖๒} และยังมีข้อสังเกตว่าระเบียบกระทรวงการคลังฉบับดังกล่าวอ้างอิงฐานอำนาจในการออกระเบียบจากมาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕ ที่บัญญัติว่า

“กระทรวงการคลังมีอำนาจเกี่ยวกับการเงินการคลังแผ่นดิน การประเมินราคาทรัพย์สิน การบริหารพัสดุภาครัฐ กิจการเกี่ยวกับที่ราชพัสดุ ทรัพย์สินของแผ่นดิน ภาษีอากร การรักษาการ กิจการหารายได้ของรัฐมีอำนาจดำเนินการได้แต่ผู้เดียวตามกฎหมายและไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการอื่น การบริหารหนี้สาธารณะ การบริหารและพัฒนาธุรกิจวิสาหกิจและหลักทรัพย์ของรัฐ และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการคลัง หรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงการคลัง”

จะเห็นได้ว่ามาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้มีถ้อยคำใดที่กล่าวถึงอำนาจในการออกระเบียบฉบับดังกล่าวแต่อย่างใด อีกทั้งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕ เป็นเพียงกฎหมายที่จัดโครงสร้างส่วนราชการเท่านั้น มิใช่กฎหมายที่ให้อำนาจกระทรวงการคลังในการดำเนินการทางปกครอง การที่กระทรวงการคลังจะมีอำนาจดำเนินการใด ๆ จะต้องพิจารณากฎหมายในแต่ละเรื่องไป^{๖๓}

^{๖๑} ข้อ ๒๐ – ข้อ ๒๓ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการทำสัญญาและการชดใช้เงิน กรณีรับทุน ลาศึกษา ฝึกอบรม ปฏิบัติการวิจัย และปฏิบัติงานในองค์กรระหว่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๔๘ ; ข้อ ๘ ของหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการทำสัญญาและการชดใช้เงิน กรณีรับทุน ลาศึกษา ฝึกอบรม ปฏิบัติการวิจัย และปฏิบัติงานในองค์กรระหว่างประเทศ ตามหนังสือกระทรวงการคลังที่ กค ๐๔๐๖.๒/ว.๘๓ ลงวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๔๙.

^{๖๒} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๕๑๐/๒๕๖๓ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๐๕/๒๕๖๒ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๐๑๖/๒๕๖๐.

^{๖๓} ในทางวิชาการกฎหมายปกครองมีหลักในการพิจารณาว่าหน่วยงานทางปกครองจะมีอำนาจดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดได้หรือไม่ จะต้องจำแนกให้ได้เสียก่อนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นบทบัญญัติอธิบายอำนาจหน้าที่ (Aufgabennorm, Aufgabenzuweisungsnorm) หรือเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจดำเนินการ (Befugisnorm, Ermächtigungsnorm) โดยบทบัญญัติที่อธิบายอำนาจหน้าที่นั้นจะกล่าวถึงแต่เพียงอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปของหน่วยงานทางปกครอง แต่จะไม่กล่าวถึงวิธีการที่หน่วยงานทางปกครองจะใช้ในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ ส่วนบทบัญญัติที่ให้อำนาจดำเนินการจะกล่าวถึงวิธีการหรือมาตรการที่หน่วยงานทางปกครองจะใช้ในการดำเนินกิจการทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือด้วยการกระทำอื่น ถ้าหากปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจดำเนินการด้วยวิธีการหรือมาตรการดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองย่อมไม่อาจใช้วิธีการหรือมาตรการนั้น ๆ ไปดำเนินการอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ Vgl. Brenz, Jan, Das Polizeirecht als ein durch den Verhältnismäßigkeits-grundsatz bestimmtes System von Abwägungsentscheidungen, (Berlin : Duncker&Humblot, 2018), S. 14 – 15 ; ศาลปกครองไทยก็นำหลักการนี้มาปรับใช้ด้วยในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๔๕/๒๕๕๒ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๘๔/๒๕๕๖ ที่แม้เจ้าหน้าที่จะมีอำนาจทั่วไปตามกฎหมายในการดูแลรักษาที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่หากไม่มีกฎหมายให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองเพื่อขับไล่ผู้บุกรุกพื้นที่นั้นอย่างชัดแจ้ง เจ้าหน้าที่ย่อมไม่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล.

เช่น ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. ๒๕๓๕ ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังออกกฎกระทรวง หรือมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. ๒๕๖๐ ก็ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังออกกฎกระทรวงเฉพาะแต่ในเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอำนาจในการออกกฎที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้เสมอ การที่กระทรวงการคลังโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีหรือระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการทำสัญญาและการชดใช้เงิน กรณีรับทุน ลาศึกษา ฝึกอบรม ปฏิบัติการวิจัย และปฏิบัติงานในองค์การระหว่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๔๘ จึงน่าจะเป็นการออกระเบียบที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้รับทุนรัฐบาลโดยไม่มีอำนาจโดยชอบตามกฎหมาย

๓.๒ การจัดสรรผู้รับทุนเข้าปฏิบัติงานในส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ

เมื่อผู้รับทุนได้สำเร็จการศึกษาแล้ว ก็ต้องเข้าปฏิบัติงานในส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐตามที่ส่วนราชการผู้ให้ทุนกำหนด ซึ่งในขั้นนี้ก็มีประเด็นปัญหาว่า ถ้าหากพฤติการณ์ขณะทำสัญญากับพฤติการณ์ในขณะที่ยุติรับทุนต้องเข้าปฏิบัติงานชดใช้ทุนเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก จะมีผลต่อสัญญาการรับทุนรัฐบาลหรือไม่ อย่างไร ดังตัวอย่างต่อไปนี้

(๑) ถ้าหากส่วนราชการหรือหน่วยงานเดิมที่ผู้รับทุนได้เลือกที่จะเข้าปฏิบัติงานชดใช้ทุน ในขณะที่เข้าทำสัญญาได้ถูกยุบเลิกไป ผู้รับทุนจะสามารถปฏิเสธไม่เข้าปฏิบัติงานชดใช้ทุนได้หรือไม่

(๒) ถ้าหากส่วนราชการที่ผู้รับทุนได้เลือกที่จะเข้าปฏิบัติงานชดใช้ทุนในขณะที่เข้าทำสัญญาได้ถูกแปรสภาพไปจากเดิมที่บุคลากรจะมีสถานะเป็นข้าราชการไปเป็นหน่วยงานที่บุคลากรที่ไม่มีสถานะข้าราชการ ผู้รับทุนจะสามารถปฏิเสธไม่เข้าปฏิบัติงานชดใช้ทุน หรือมีสิทธิเรียกร้องประการอื่น ๆ ได้หรือไม่

(๓) ถ้าหากผู้รับทุนต้องการเข้าปฏิบัติงานชดใช้ทุน แต่ส่วนราชการหรือหน่วยงานไม่รับผู้รับทุนเข้าปฏิบัติงาน เนื่องจากเห็นว่าผู้รับทุนขาดคุณสมบัติ มีลักษณะต้องห้าม หรือมีข้อบกพร่องประการอื่น หรือไม่มีตำแหน่งว่าง ผู้รับทุนจะต้องรับผิดชอบประการใด หรือไม่

ปัญหาข้างต้นอาจตอบได้ด้วยการนำหลักความผูกพันยอมเป็นไปตามพฤติการณ์^{๖๔} (clausula rebus sic stantibus) มาอธิบาย หลักการนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาหรือ pacta sunt servanda^{๖๕} ที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักการนี้ได้ถูกพัฒนาขึ้นมาโดย Bernhard Windscheid ผ่านทฤษฎีว่าด้วยเงื่อนไขแห่งสัญญา (Voraussetzungslehre) ที่ Paul Oertmann นำมาพัฒนาต่อด้วยทฤษฎีรากฐานแห่งนิติกรรม (Die Geschäftsgrundlage)^{๖๖} ซึ่ง Oertmann ได้ให้คำจำกัดความ

^{๖๔} คำแปลโดย กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้ (Good Faith & Supervening Events) ในระบบกฎหมาย เยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย เอกสารอ่านประกอบการศึกษา วิชาความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. ๑๑๖ สืบค้นจาก <https://www.law.tu.ac.th/wp-content/uploads/2014/02/BonaFide-Supervening-Events.pdf> เมื่อวันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๖๕.

^{๖๕} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ ๒๙ ฉบับที่ ๒ มิถุนายน, ๒๕๔๒, น. ๒๖๒ (๒๗๕).

^{๖๖} กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้ (Good Faith & supervening Events) ในระบบกฎหมาย เยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย เอกสารอ่านประกอบการศึกษา วิชาความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. ๑๓๖ สืบค้นจาก <https://www.law.tu.ac.th/wp-content/uploads/2014/02/BonaFide-Supervening-Events.pdf> เมื่อ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๖๕.

สรุปรวบยอดข้อความคิดว่าด้วยรากฐานแห่งนิติกรรมไว้ว่า เป็นความคิดคำนึง (Vorstellung) ที่ปรากฏอยู่ในขณะทำนิติกรรมและเป็นสิ่งที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับรู้รับทราบและมีได้ปฏิเสธ หรือเป็นความคิดคำนึงร่วมกันของคู่สัญญาที่มาจากการมีอยู่หรือการเกิดขึ้นของเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง (vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände) อันเป็นรากฐานแห่งการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญากันขึ้น^{๖๗} และถ้าหากรากฐานแห่งสัญญานั้นได้ตกไปเพราะเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญจนทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระในการชำระหนี้เกินไปกว่าที่จะคาดหมายได้ คู่สัญญาฝ่ายนั้นย่อมมีสิทธิหยิบยกรากฐานแห่งสัญญาที่ตกไปแล้วมาขอยกเลิกหรือแก้ไขสัญญาได้ตามส่วนของรากฐานแห่งสัญญาที่ตกไปอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้น^{๖๘} ซึ่งศาลเยอรมันจะนำทฤษฎีรากฐานแห่งนิติกรรมมาพิจารณาประกอบหลักสุจริตและพิจารณาทางได้ทางเสียของคู่สัญญาในการวินิจฉัยว่ารากฐานแห่งนิติกรรมได้ตกไปหรือไม่ รวมถึงยังได้พิจารณาความเสี่ยงของเหตุการณ์ที่อาจเปลี่ยนแปลงไปว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายควรจะรับภาระความเสี่ยงในสัญญามากน้อยเพียงใดด้วย ทั้งนี้ เพื่อวินิจฉัยสิทธิในการเรียกร้องให้แก้ไขหรือยกเลิกสัญญา^{๖๙} และในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติก็ได้นำหลักการนี้มาบัญญัติไว้ในมาตรา ๓๑๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ในระบบกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงทฤษฎีรากฐานแห่งนิติกรรมอย่างชัดเจน คงมีแต่เพียงมาตรา ๒๑๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติถึงกรณีที่มีเหตุการณ์อันใดอันหนึ่งเกิดขึ้นทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย โดยลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ลูกหนี้จึงจะหลุดพ้นการชำระหนี้หรือภายหลังการก่อหนี้ แล้วลูกหนี้กลายเป็นคนไม่สามารถชำระหนี้ได้ ก็ถือว่าการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยเช่นกัน ซึ่งการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยนี้ก็มีความเห็นออกเป็นสองแนวว่า การชำระหนี้จะต้องเป็นพ้นวิสัยอย่างเด็ดขาดเท่านั้นหรือการชำระหนี้ไม่จำเป็นจะต้องพ้นวิสัยอย่างเด็ดขาด แต่ต้องพิจารณาความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ด้วย ถ้าหากลูกหนี้ต้องชำระหนี้เป็นอย่างอื่นหรือการชำระหนี้นั้นไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ก็เพียงพอแล้วที่จะถือว่าการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย^{๗๐} ซึ่งเมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้ว นักกฎหมายไทยมีความโน้มเอียงที่จะยอมรับแนวความเห็นที่สองและนำหลักความผูกพันยอมเป็นไปตามเหตุการณ์มาใช้ โดยพิจารณาจากความเสี่ยงว่าคู่สัญญาฝ่ายใดควรรับความเสี่ยงในเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และพิจารณาถึงความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้^{๗๑} เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๓๒๗/๒๕๓๐ โจทก์และจำเลยได้ทำสัญญาซื้อขายขนวนลูกกระเบิด แต่ปรากฏว่าประเทศผู้ผลิตมีคำสั่งระงับการส่งออก ทำให้จำเลยส่งมอบขนวนลูกกระเบิดไม่ได้ตามกำหนด ศาลเห็นว่าเป็นเหตุสุดวิสัยที่จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบหรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๘๖/๒๕๓๔ ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ขายสุราทำสัญญาซื้อสุราจากผู้ขาย ต่อมาผู้ซื้อไม่ได้รับอนุญาตให้ขายสุรา ผู้ขายจึงฟ้องผู้ซื้อให้รับผิดชอบตามสัญญา ศาลเห็นว่า การที่จำเลยต้องเลิกสัญญา

^{๖๗} เฟิงอ้าง, น. ๑๓๖ – ๑๓๗ ; Oertmann, Paul, Die Geschäftsgrundlage : Ein neuer Rechtsbegriff, (Leipzig : A. Deichert'sche, 1921), S. 37.

^{๖๘} *Ibid*, S. 60 – 61, 159, 165.

^{๖๙} กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้ (Good Faith & Supervening Events) ในระบบกฎหมาย เยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย เอกสารอ่านประกอบการศึกษา วิชาความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. ๑๔๓ – ๑๔๙ สืบค้นจาก <https://www.law.tu.ac.th/wp-content/uploads/2014/02/BonaFide-Supervening-Events.pdf> เมื่อวันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๖๕ ; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Auflage, (München : C.H. Beck, 2020), §313, Rn. 26 – 27.

^{๗๐} เฟิงอ้าง, น. ๒๐๒ – ๒๐๓.

^{๗๑} เฟิงอ้าง, น. ๒๐๓ – ๒๐๓.

ซื้อขายกับโจทก์เป็นเหตุสุดวิสัยที่จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะจำเลยต้องการซื้อสุราไปขาย เมื่อไม่สามารถขายสุราได้ก็ย่อมปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม เครื่องมือที่ศาลฎีกานำมาใช้พิจารณาวินิจฉัยพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นมีเพียงเหตุสุดวิสัยหรือการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยเท่านั้น แต่ถ้าหากการชำระหนี้ยังอยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้ แม้จะทำให้ลูกหนี้ต้องขาดทุนหรือรับภาระมากสักเพียงใด ศาลฎีกาก็จะพิพากษาว่าลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบ^{๗๒}

ในฝั่งของสัญญาการรับทุนรัฐบาลนั้นมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. ๖๖/๒๕๖๕ ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาการรับทุนรัฐบาล เมื่อปี ๒๕๓๕ โดยในสัญญาระบุว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีสำเร็จการศึกษาจะต้องเข้ารับราชการเพื่อชดใช้ทุน เมื่อผู้ฟ้องคดีสำเร็จการศึกษาเมื่อปี ๒๕๕๐ จึงรายงานตัวเข้าปฏิบัติราชการชดใช้ทุน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ (มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์และอธิการบดีมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์) บรรจุผู้ฟ้องคดีให้เป็นพนักงานมหาวิทยาลัยที่ไม่ใช่ข้าราชการ เนื่องจากมหาวิทยาลัยอยู่ระหว่างการแปรสภาพให้พ้นจากการเป็นส่วนราชการไปเป็นมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ และในสัญญาการรับทุนรัฐบาลก็ได้ नियามคำว่า รับราชการ ให้รวมถึงการปฏิบัติงานในรัฐวิสาหกิจด้วย ทำให้ไม่จำเป็นต้องบรรจุผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการเสมอไป ประกอบกับมีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑ มิถุนายน ๒๕๔๒ ให้มหาวิทยาลัยจ้างพนักงานมหาวิทยาลัยแทนการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการ ส่วนการจ้างผู้รับทุนรัฐบาลให้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขของทุน และระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการทำสัญญาและการชดใช้เงิน กรณีรับทุนลาศึกษา ฝึกอบรม ปฏิบัติการวิจัย และปฏิบัติงานในองค์การระหว่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๔๘ ได้ให้นิยามคำว่า รับราชการ ให้หมายความถึงการปฏิบัติงานในส่วนราชการหรือหน่วยงานอื่นของรัฐด้วย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาทั้งข้อสัญญา มติคณะรัฐมนตรี ระเบียบที่เกี่ยวข้องแล้ว เห็นว่า การตีความคำว่า รับราชการตามสัญญาการรับทุน หมายถึง การปฏิบัติราชการในส่วนราชการหรือทำงานรัฐวิสาหกิจ^{๗๓} ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงสามารถบรรจุผู้ฟ้องคดีให้เป็นพนักงานมหาวิทยาลัยได้โดยไม่ขัดแย้งกับข้อกฎหมาย มติคณะรัฐมนตรี และข้อสัญญา

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดข้างต้น จะเห็นได้ว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาการรับทุนเมื่อปี ๒๕๓๕ ซึ่งในเวลานั้นผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์) ยังเป็นมหาวิทยาลัยที่อยู่ในระบบราชการ ประกอบกับสัญญาการรับทุนได้ระบุให้ผู้ฟ้องคดีจะต้องเข้ารับราชการชดใช้ทุน

^{๗๒} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๘/๒๕๒๕ ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๖๕๓/๒๕๒๕ ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๗๙/๒๕๒๖.

^{๗๓} มีข้อสังเกตว่า การตีความดังกล่าวจะสอดคล้องกับหลักการตีความสัญญาตามมาตรา ๓๖๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือไม่ โดยมาตรานี้กำหนดให้ตีความสัญญาไปในทางสุจริตและคำนึงถึงปกติประเพณีด้วย ซึ่งตามปกติประเพณีนั้น คำว่า รับราชการ จะสามารถใช้เรียกอาชีพหรือการงานของบุคคลที่ไม่ใช่ข้าราชการได้หรือไม่ เช่น พนักงานรัฐวิสาหกิจหรือพนักงานมหาวิทยาลัยที่ไม่ใช่ข้าราชการจะเรียกอาชีพของตนเองว่ารับราชการได้หรือไม่ การตีความในประเด็นนี้ยังเป็นที่น่าสงสัยอยู่ ; ซึ่งหากเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๙๐/๒๕๖๕ ที่วินิจฉัยและตีความถ้อยคำตามสัญญาอย่างเคร่งครัดว่า การที่ผู้รับทุนทำสัญญาการรับทุนกับองค์การบริหารส่วนตำบลในสัญญาระบุว่า จะบรรจุและแต่งตั้งผู้รับทุนให้เป็นพนักงานขององค์การบริหารส่วนตำบล แต่องค์การบริหารส่วนตำบลกลับจ้างผู้รับทุนในฐานะพนักงานจ้างตามภารกิจขององค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า พนักงานตามความหมายในสัญญาย่อมหมายถึงพนักงานส่วนตำบล มิใช่พนักงานจ้างตามภารกิจ.

และยังไม่มีมติคณะรัฐมนตรีที่ให้มหาวิทยาลัยจ้างพนักงานมหาวิทยาลัยแทนการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการ ดังนี้แล้ว ในขณะที่ทำสัญญา ผู้ฟ้องคดีย่อมมีความคาดหวังหรือความคาดหวังที่จะได้รับบรรจุและแต่งตั้งให้เป็นข้าราชการในมหาวิทยาลัยเมื่อสำเร็จการศึกษาตามสัญญา ความคาดหวังนี้เองเป็นรากฐานแห่งสัญญาที่หากผู้ฟ้องคดีทราบว่าตนจะไม่ได้เป็นข้าราชการก็อาจไม่เข้าทำสัญญาก็ได้^{๗๔} เพราะสิทธิหน้าที่สวัสดิการและประโยชน์เกื้อกูลของข้าราชการกับพนักงานมหาวิทยาลัยมีความแตกต่างกันอย่างมาก ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ในฐานะส่วนราชการคู่สัญญาที่รู้หรือควรจะรู้ความคาดหวังในข้อนี้ อย่างไรก็ตาม ด้วยพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่อาจบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้เป็นข้าราชการได้ เนื่องจากมีอุปสรรคจากทั้งขั้นตอนการแปรสภาพไปเป็นมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐและมติคณะรัฐมนตรีที่ให้จ้างพนักงานมหาวิทยาลัยแทนการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการ ซึ่งแม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะมีสถานะเป็นส่วนราชการมาตลอดจนถึงปี ๒๕๕๙ ที่พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ พ.ศ. ๒๕๕๙ มีผลบังคับใช้ แต่ก็ไม่สามารถบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการใหม่ได้ เพราะจะฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรี พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจนเกินกว่าความคาดหวังที่จะเรียกร้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ บรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการโดยฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรีนี้เองที่ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ปรับเปลี่ยนการปฏิบัติตามสัญญาจากเดิมที่คาดหวังกันว่าจะบรรจุผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการ มาเป็นการบรรจุผู้ฟ้องคดีเป็นพนักงานมหาวิทยาลัย^{๗๕}

ในอีกคดีหนึ่งตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๖๐/๒๕๔๙ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีเพื่อรับทุนรัฐบาลไปศึกษา ณ ต่างประเทศ ในสาขาวิชาชีวเคมี โดยมีข้อสัญญาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะกลับมาปฏิบัติราชการชดใช้ทุนให้กับผู้ฟ้องคดีเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุน หากผู้ถูกฟ้องคดีผิดสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ยินยอมชดใช้เงินทุนการศึกษาคืน พร้อมด้วยเบี้ยปรับอีกจำนวนสองเท่าของเงินที่ได้รับไป เมื่อปี ๒๕๔๑ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่สำเร็จการศึกษาภายในระยะเวลาที่กำหนดและขอขยายระยะเวลาการศึกษา แต่เมื่อครบระยะเวลาที่ขอขยายแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ก็ยังไม่สำเร็จการศึกษา ผู้ฟ้องคดีจึงให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ยุติการศึกษาและเดินทางกลับมาปฏิบัติราชการชดใช้ทุน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่เดินทางกลับ ผู้ฟ้องคดีจึงเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ชดใช้เงินคืนพร้อมเบี้ยปรับ แต่เมื่อปี ๒๕๔๓ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้เดินทางกลับประเทศไทยและขอเข้าปฏิบัติราชการชดใช้ทุน แต่ผู้ฟ้องคดีปฏิเสธไม่รับผู้ถูกฟ้องคดีเข้าปฏิบัติราชการ เนื่องจากเป็นผู้กระทำผิดสัญญามานานถึงสองปีเศษ ไม่เหมาะสมที่จะรับราชการ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ยังไม่เดินทางกลับประเทศไทยเนื่องจากยังไม่สำเร็จการศึกษา การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กลับมารายงานตัวล่าช้าก็เนื่องจากได้พยายามศึกษาให้สำเร็จการศึกษา ซึ่งไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่ขวนขวายหรือละเลยการศึกษา แต่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่สำเร็จการศึกษามีเหตุมาจากข้อจำกัดในการทำวิจัย นอกจากนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ยังได้ศึกษาเพิ่มเติมจนได้คุณวุฒิปริญญาโท สาขาการจัดการเทคโนโลยีสารสนเทศ เพื่อเตรียมความพร้อมในการรับราชการ

^{๗๔} Vgl. Riesenhuber, Karl/Domröse, Ronny, Der Tatbestand der Geschäftsgrundlagenstörung in § 313 BGB - Dogmatik und Falllösungstechnik, JuS 2006, S. 208 (201 – 211).

^{๗๕} ในระบบกฎหมายเยอรมันก็จัดให้การแทรกแซงจากอำนาจที่เหนือกว่า (Eingriffe von hoher Hand) เป็นเหตุที่ทำให้รากฐานแห่งสัญญาตกไปได้ Vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Auflage, (München : C.H. Beck, 2020), § 313, Rn. 34 ; ในข้อนี้อาจพิจารณาเอกสารข้อฝ่ายปกครองในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะประกอบพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปด้วยก็ได้ โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๙๒/๒๕๕๒.

โดยไม่ได้ไปทำงานในบริษัทเอกชนใด ๆ เลย อีกทั้งสัญญาการรับทุนรัฐบาลระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีวัตถุประสงค์ในการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไปศึกษาเพื่อเอาความรู้มาปฏิบัติราชการมากกว่าจะมุ่งเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ชดใช้เงิน ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจรับฟังได้ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ขอเข้าปฏิบัติราชการขอใช้ทุนอันเป็นการขอปฏิบัติการชำระหนี้ แต่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าหนี้ปฏิเสธไม่รับชำระหนี้ กรณีเช่นนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่ได้ทำผิดสัญญา แต่ก็ได้สำเร็จการศึกษาในสาขาวิชาที่ผู้ฟ้องคดีต้องการ และรายงานตัวเข้าปฏิบัติราชการล่าช้า จึงไม่มีเหตุอันสมควรที่จะให้ผู้ฟ้องคดีรับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เข้าปฏิบัติราชการ พฤติการณ์เช่นนี้ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก่อเหตุที่ทำให้สัญญาสิ้นสภาพบังคับลง แสดงว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ประสงค์ให้สัญญาให้มีผลบังคับต่อไป ถือว่าสัญญาพิพาทเลิกกันโดยปริยาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงต้องชำระแต่เพียงเงินทุนการศึกษาที่ได้รับไปคืน แต่ไม่ต้องชำระเบี้ยปรับ^{๗๖}

จากคำพิพากษานี้จะเห็นได้ว่า ความคาคหมายอันเป็นรากฐานแห่งสัญญา คือ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ สำเร็จการศึกษาในสาขาวิชาชีวเคมีเพื่อที่จะกลับมาปฏิบัติราชการ แต่เมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปโดยมิใช่ความผิดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ซึ่งจะถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เป็นผู้ผิดสัญญาได้ และการที่จะให้คู่สัญญาผูกพันกันตามสัญญาต่อไปตามพฤติการณ์ที่เป็นอยู่ก็ไม่อาจคาคหมายได้ เพราะแม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะสามารถเข้ารับราชการเพื่อชำระหนี้ตามสัญญาได้ก็ตาม (การชำระหนี้ยังไม่ตกเป็นพ้นวิสัย) แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ก็มิได้สำเร็จการศึกษาในสาขาวิชาที่ผู้ฟ้องคดีต้องการ การจะให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เข้าปฏิบัติราชการย่อมเป็นการไร้ประโยชน์แก่ผู้ฟ้องคดีที่เป็นเจ้าหนี้ รากฐานแห่งสัญญาย่อมตกไปแล้ว^{๗๗} และต้องยอมให้สัญญาเป็นอันเลิกกันโดยปริยาย

จากคำพิพากษาทั้งสองคดีข้างต้น แม้ว่าศาลปกครองสูงสุดจะไม่ได้กล่าวถึงทฤษฎีรากฐานแห่งนิติกรรมโดยตรง แต่ก็เห็นได้ชัดว่าศาลปกครองสูงสุดได้นำพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจนไม่อาจคาคหมายให้คู่สัญญาต้องผูกพันต่อสัญญาอย่างเคร่งครัดมาเป็นเหตุให้มีการปรับเปลี่ยนหรือยกเลิกสัญญาได้นั่นเอง ซึ่งหากนำทฤษฎีรากฐานแห่งนิติกรรมมาปรับใช้กับกรณีปัญหาตาม (๑) (๒) และ (๓) ข้างต้น ก็จะทำให้ฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญามีเครื่องมือที่จะปรับเปลี่ยนหรือยกเลิกสัญญาให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจากรากฐานของนิติกรรมเดิมให้มีความเหมาะสมเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ทั้งนี้ การแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาจะต้องคำนึงถึงหลักสุจริตตามมาตรา ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบด้วย โดยหากหน่วยงานเดิมที่ส่วนราชการได้ตกลงกับผู้รับทุนให้เข้ารับราชการขอใช้ทุนถูกยุบหรือเลิกไป คู่สัญญาย่อมต้องมาเจรจาแก้ไขสัญญากันใหม่ หากตกลงกันไม่ได้ก็ควรที่จะให้ผู้รับทุนมีสิทธิเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องเป็นผู้ผิดสัญญาที่ต้องเสียเบี้ยปรับ ซึ่งหลักการเดียวกันก็สามารถนำมาใช้ในกรณีที่มีการแปรสภาพหน่วยงานได้ แต่ในกรณีที่ส่วนราชการไม่รับผู้รับทุนเข้าปฏิบัติงาน เนื่องจากผู้รับทุนขาดคุณสมบัติ มีลักษณะต้องห้าม หรือมีเหตุบกพร่องประการอื่น ในประเด็นนี้จะต้องพิจารณามาตรา ๒๑๙ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เสียก่อน ตามมาตราดังกล่าว หากลูกหนี้กลายเป็นผู้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ให้ถือว่า การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย ซึ่งการปฏิบัติงานขอใช้ทุนรัฐบาลนั้นเป็นหนี้

^{๗๖} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๔๓/๒๕๕๐ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๖๓๙/๒๕๕๕ วินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกัน.

^{๗๗} Vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Auflage, (München : C.H. Beck, 2020), § 313, Rn. 35.

เฉพาะตัวที่มีแต่ผู้รับทุนเท่านั้นที่สามารถปฏิบัติได้^{๗๘} โดยการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเพราะลูกหนี้ตกเป็น ผู้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ อาจเกิดจากกรณีที่ผู้รับทุนได้ทำสัญญารับทุนและสำเร็จการศึกษาแล้ว แต่ก่อนที่จะ เข้าปฏิบัติงานขอใช้ทุน ผู้รับทุนเกิดอาการป่วยทางจิตจนตกเป็นบุคคลไร้ความสามารถหรือเป็นบุคคล วิกลจริตทำให้มีลักษณะต้องห้ามที่จะรับราชการได้ แต่ในกรณีที่ผู้รับทุนสำเร็จการศึกษา แต่มิใช่สาขาวิชา ที่ส่วนราชการต้องการ กรณีนี้ผู้รับทุนยังคงสามารถรับราชการเพื่อชำระหนี้ได้ แต่การเข้ารับราชการขอใช้ทุน ของผู้รับทุนอันเป็นการชำระหนี้ นั้น กลายเป็นการไร้ประโยชน์แก่ส่วนราชการผู้เป็นเจ้าหนี้ที่ต้องการบุคคล ที่มีคุณสมบัติเฉพาะทาง เช่นนี้ย่อมต้องถือว่ารากฐานแห่งนิติกรรมเดิมตกไปแล้ว แต่ถ้าหากผู้รับทุน จบการศึกษาในคุณสมบัติที่ได้สัญญาไว้ แต่ส่วนราชการไม่รับผู้รับทุนเข้าปฏิบัติงาน กรณีนี้จะเป็นกรณีที่ การชำระหนี้ยังมิได้กระทำลงเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา ๒๐๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะเป็นฝ่ายส่วนราชการที่เป็นเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้เสียเอง และไม่ออกคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้รับทุนให้เข้ารับราชการ และจะถือว่าผู้รับทุนเป็นผู้ผิดนัดชำระหนี้ หรือผิดสัญญาหาได้ไม^{๗๙} ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากรณีตาม (๓) ข้างต้นนี้จะต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วนเสียก่อนว่า จะเป็นกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเพราะลูกหนี้ตกเป็นผู้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ หรือเป็นกรณี รากฐานแห่งนิติกรรมตกไป หรือเป็นกรณีที่เจ้าหนี้บอกปิดไม่รับชำระหนี้และลูกหนี้ยังมิเป็นผู้ผิดนัด

๔. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สัญญาการรับทุนรัฐบาลเป็นเครื่องมือในการสรรหาบุคลากรที่มีความรู้ ความสามารถ มาปฏิบัติงานในส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐ แม้ว่าในอดีตจะมีข้อถกเถียงทางวิชาการอยู่บ้างว่า หน่วยงานทางปกครองจะสามารถใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการดำเนินกิจการทางปกครองได้หรือไม่ แต่ข้อถกเถียงนี้ก็มีใช้ปัญหาสำคัญแล้วในปัจจุบัน เพราะถ้าหากไม่มีกฎหมายห้ามไว้โดยเฉพาะและการใช้ สัญญาดำเนินการในเรื่องนั้นไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง หน่วยงานทางปกครองย่อมใช้ สัญญาเป็นเครื่องมือในการดำเนินการได้

แต่ในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาการรับทุนรัฐบาล ส่วนราชการจะต้องประกาศรับสมัคร คัดเลือกบุคคลเพื่อรับทุนรัฐบาลเสียก่อน ซึ่งประกาศรับสมัครสอบลักษณะนี้ ศาลปกครองเห็นว่าเป็นคำสั่ง ทางปกครองทั่วไปที่บุคคลที่ถูกต้องสิทธิการสมัครโดยประกาศสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนได้ ซึ่งก็มีปัญหาว่า หากในระหว่างการพิจารณา คัดเลือกได้ดำเนินไปจนประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนแล้ว ศาลจะสามารถ เพิกถอนประกาศรับสมัครสอบรวมถึงประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับทุนได้หรือไม่ ซึ่งจากผลการศึกษา พบว่า หากการสอบดำเนินไปจนเสร็จสิ้นแล้ว ย่อมบรรล่วัตถุประสงค์ของประกาศรับสมัครสอบ ทำให้ประกาศนั้น สิ้นผลไปโดยสภาพ การจะเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนย่อมไม่มีผลกระทบต่อผู้ที่มิได้รับทุน แต่กรณี จะแตกต่างออกไปหากการประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิรับทุนไม่ชอบด้วยกฎหมายและถูกเพิกถอน กรณีนี้ย่อมมี ผลกระทบต่อสัญญาการรับทุนรัฐบาลที่อาจถูกบอกเลิกหรือบอกล้างตามแต่กรณี

^{๗๘} โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ๒๕๕๓), น. ๖๓, ๑๑๐, ๑๕๖.

^{๗๙} โปรดดู เพิ่งอ้าง, น. ๒๓๓ – ๒๓๕.

ในส่วนของประเด็นปัญหาเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา ผลการศึกษาพบว่า การกำหนดให้ผู้รับทุนต้องกลับมาปฏิบัติงานชดใช้ทุนเป็นระยะเวลาสองเท่าของระยะเวลาที่ได้รับทุนนั้นไม่สอดคล้องต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุและหลักความเสมอภาค เพราะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลอย่างไม่ได้สัดส่วนกับเงินทุนรัฐบาลที่ใช้ไป และก่อให้เกิดกรณีที่บุคคลที่ใช้เงินทุนรัฐบาลไปมากกว่า แต่กลับมีระยะเวลาชดใช้ทุนน้อยกว่าหรือเท่ากับผู้ที่ใช้เงินทุนรัฐบาลไปในจำนวนที่น้อยกว่า แต่มีระยะเวลาการรับทุนยาวนานกว่า รวมถึงมีความไม่เสมอภาคในการกำหนดระยะเวลาการชดใช้ทุนและเบี้ยปรับระหว่างบุคคลทั่วไปกับข้าราชการที่เป็นผู้รับทุนอีกด้วย

สำหรับข้อเสนอแนะ ผู้เขียนเห็นควรปรับปรุงเนื้อหาของสัญญาการรับทุนรัฐบาลให้มีความเป็นธรรมมากขึ้น ดังนี้

๑. กำหนดให้ระยะเวลาปฏิบัติงานชดใช้ทุนสอดคล้องและได้สัดส่วนกับจำนวนเงินทุนรัฐบาลที่ผู้รับทุนได้ใช้ไป รวมถึงกำหนดระยะเวลาขึ้นสูงสำหรับการปฏิบัติงานชดใช้ทุนไว้ เช่น ผู้รับทุนใช้เงินทุนรัฐบาลไปสามล้านบาท จะต้องกลับมาปฏิบัติงานชดใช้ทุนเป็นระยะเวลา ๓ ปี โดยคำนวณระยะเวลา ๑ ปีต่อเงินหนึ่งล้านบาท สำหรับการศึกษาที่ต้องลงทุนจำนวนมากก็ควรกำหนดระยะเวลาขึ้นสูงไม่เกิน ๗ - ๑๐ ปี เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้รับทุนมิให้ถูกระทบกระเทือนเกินสมควร

๒. เบี้ยปรับไม่ควรกำหนดไว้ตายตัวเป็นจำนวนสองเท่าของเงินที่ได้รับไป เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นกับส่วนราชการผู้ให้ทุนจากการที่ผู้รับทุนผิดสัญญาแต่ละรายไม่เท่ากัน โดยมีปัจจัยหลายด้านที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นระยะเวลาที่ผู้รับทุนต้องผูกพัน ตำแหน่งงานที่ผู้รับทุนต้องปฏิบัติ ซึ่งหลายกรณีความเสียหายก็ไม่ถึงสองเท่าของจำนวนเงินที่ได้รับไป ควรคำนวณจากความเสียหายที่อาจมีอยู่จริง เบี้ยปรับจำนวนสองเท่าของเงินทุนรัฐบาลในหลายกรณีเป็นจำนวนเงินที่ผู้รับทุนที่ผิดสัญญาไม่อาจหามาชดใช้ให้ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เงินที่ผู้รับทุนทำงานทั้งชีวิตอาจไม่พอชำระเบี้ยปรับทุนรัฐบาลและดอกเบี้ยเลยก็เป็นได้

๓. กำหนดกระบวนการขั้นตอนการเจรจาต่อรองในกรณีที่ผู้รับทุนต้องการเปลี่ยนหน่วยงานปฏิบัติงานชดใช้ทุน เนื่องจากกระบวนการในปัจจุบันเป็นรูปแบบของการขออนุมัติ ขออนุญาตเปลี่ยนหน่วยงาน^{๔๐} โดยที่ผู้รับทุนไม่มีโอกาสได้เจรจาต่อรองกับส่วนราชการผู้ให้ทุน ซึ่งหากหลักการพื้นฐานของสัญญา คือ การทำความตกลงในความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกัน ก็ควรกำหนดกระบวนการเจรจาต่อรองให้มีความเป็นธรรมมากกว่าการขออนุมัติอนุญาต เช่น กำหนดเงื่อนไขเด็ดขาดที่ผู้รับทุนมีสิทธิเปลี่ยนหน่วยงานได้ เช่น หน่วยงานต้นสังกัดไม่มอบหมายงานตามความรู้ความสามารถในตำแหน่งตามที่ได้ศึกษามา หรือไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องตามหลักการบริหารทรัพยากรบุคคลภายใต้ระบบคุณธรรม หรือหน่วยงานของรัฐแห่งใหม่ที่ผู้รับทุนได้รับคัดเลือกให้เข้าปฏิบัติงานให้ค่าตอบแทนสูงกว่าหน่วยงานเดิมอย่างมาก ซึ่งข้อเสนอแนะนี้อาจดูสุดโต่งไปบ้าง แต่ก็อาจเป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐได้ตระหนักและพิจารณาศึกษาภาพในการแข่งขันของตนเองในตลาดแรงงานบนโลกแห่งความเป็นจริง เพื่อให้มีการปรับปรุงระบบค่าตอบแทนของบุคลากรภาครัฐให้เท่าทันกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคม และถ้าหากไม่มีการแก้ปัญหานี้ ไม่ช้าก็เร็วผู้รับทุนรัฐบาลก็จะลาออกหรือหาหนทางเปลี่ยนหน่วยงานชดใช้ทุนไปยังหน่วยงานที่ให้ค่าตอบแทนสูงกว่า

^{๔๐} หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร ๑๐๐๓/ว ๒ ลงวันที่ ๑๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐ เรื่อง การเปลี่ยนหน่วยงานชดใช้ทุนของนักเรียนทุนรัฐบาล (ก.พ.).

๔. ยกเลิกระเบียบที่ออกโดยส่วนราชการที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญา เนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ที่ผู้รับทุนไม่ได้ตกลงด้วยในขั้นการทำสัญญา แต่กลับต้องถูกบังคับด้วยกฎเกณฑ์ดังกล่าวเมื่อต้องเจรจาต่อรองในการบริหารสัญญา นอกจากนี้ ระเบียบดังกล่าวยังทำให้การบริหารสัญญามีความยุ่งยากและไม่คล่องตัว เพราะการดำเนินการบางประการต้องมีการขออนุมัติจากกระทรวงการคลังเสมอ

หากสามารถปรับปรุงเนื้อหาของสัญญาการรับทุนรัฐบาลให้มีความเป็นธรรมมากขึ้น บุคคลที่มีความรู้ความสามารถก็อาจจะหันมาสนใจรับทุนรัฐบาลกันมากขึ้น เนื่องจากไม่ต้องผูกพันในระยะเวลาที่ยาวเกินไปและมีความยืดหยุ่น ฝ่ายส่วนราชการเองก็มีโอกาสเสนองานให้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถได้ทดลองปฏิบัติ หากส่วนราชการสามารถบริหารทรัพยากรบุคคลได้อย่างเหมาะสม ก็อาจทำให้บุคคลดังกล่าวรับราชการต่อไปในระยะยาวและเป็นกำลังสำคัญให้กับส่วนราชการต่อไป

คำสำคัญ : บริหารงานบุคคล, สัญญาทางปกครอง, สัญญาการรับทุนรัฐบาล, ความเสมอภาค, ความพอสมควรแก่เหตุ, สัญญาที่ไม่เป็นธรรม, สิทธิและเสรีภาพ, เสรีภาพในการประกอบอาชีพ

๒. การบรรยายวิชาการ

วิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในฝรั่งเศส* (L'évolution du droit des contrats administratifs)

Stéphane MOUTON**

L'Université de Toulouse 1 Capitole

ความนำ

องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการดำเนินการหรือจัดทำกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Les missions d'intérêt général) และเพื่อให้บรรลุผลดังกล่าว ฝ่ายปกครองมีเครื่องมือทางกฎหมาย (L'instrument juridique) ๒ ประการ คือ การใช้อำนาจออกคำสั่งหรือกฎ ซึ่งเป็นการกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง (Les actes administratifs) และเครื่องมือทางกฎหมายประการที่สองของฝ่ายปกครอง ก็คือ สัญญาทางปกครอง (Les contrats administratifs)

การกระทำทางปกครองนั้นเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว (Un instrument juridique unilatéral) ซึ่งรัฐและองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองแสดงออกโดยการกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นเจตจำนงของรัฐ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนผู้อยู่ภายใต้อำนาจปกครองและต่อสังคมโดยรวม ในขณะที่สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะที่มีลักษณะแตกต่างจากการกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง กล่าวคือ สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือที่ให้หลักประกันแก่เจตจำนงของบุคคลสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เป็นคู่สัญญา ซึ่งฝ่ายหนึ่งคือ รัฐหรือองค์กรของรัฐ โดยที่รัฐและองค์กรของรัฐใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการปฏิบัติการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะให้สำเร็จลุล่วง โดยมีองค์กรในภาคเศรษฐกิจต่าง ๆ เข้ามามีส่วนร่วมกับรัฐ ซึ่งมักจะพบในรูปของการที่องค์กรภาคเศรษฐกิจต่าง ๆ เข้ามาร่วมงานหรือเข้ามาร่วมลงทุนกับภาครัฐ

สำหรับประเทศฝรั่งเศส เทคนิคทางกฎหมายในรูปของการทำสัญญานี้ เป็นเทคนิคเก่าแก่ซึ่งมีการคิดค้นขึ้นมาใช้ตั้งแต่ประเทศฝรั่งเศสยังอยู่ภายใต้การปกครองระบอบเก่า (L'Ancien régime) คือ ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ในช่วงศตวรรษที่ ๑๖ เพื่อให้รัฐราชาธิปไตย (L'Etat royal) นำมาใช้เป็นเครื่องมือดำเนินการหลาย ๆ ด้าน เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐที่แตกต่างหลากหลาย แต่ก็จะเป็นการที่รัฐใช้รูปแบบการทำสัญญาในกิจการที่เฉพาะเจาะจงและจำกัดเฉพาะกิจการบางประเภทเท่านั้น เช่น ในด้านการจัดการบริการสาธารณะ การก่อสร้างสิ่งปลูกสร้าง หรืองานโยธาสาธารณะ ซึ่งก็คือ การก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคพื้นฐาน และการจัดการขุดลอกคูคลอง ทำท่อหรือทางน้ำต่าง ๆ รวมทั้งสัญญาเพื่อการจัดการสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนพฤษภาคม ๒๕๖๓

** การบรรยายทางวิชาการ เมื่อวันที่จันทร์ที่ ๑๘ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๖๒ ณ ห้องสัมมนา ๒ (แนวลาด) ชั้น B1 สำนักงานศาลปกครอง ถอดความและเรียบเรียงโดย นางสาวอภิญญา แก้วกำเนิด พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ในยุคสมัยใหม่ โดยเฉพาะนับตั้งแต่ภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. ๑๗๘๙ จนถึงศตวรรษที่ ๑๙ สภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสได้ค่อย ๆ พัฒนาแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานอันเป็นการสร้างหลักการและกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง การพัฒนาแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานดังกล่าวนี้ นำมาสู่การพัฒนาและสร้างแนวคิดทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่เป็นระบบชัดเจน โดยนักวิชาการทางกฎหมายคนสำคัญที่วางรากฐานของทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองนี้ก็คือ ศาสตราจารย์ กาสตง แจ็ส (Prof. Gaston Jèze) โดยมีเป้าหมายเพื่อสร้างระบบกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง (Le régime juridique des contrats) ที่มีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวและเป็นแนวทางเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ดี ปัจจุบันจำเป็นต้องพิจารณาข้อความคิดประการหนึ่ง คือ การที่รัฐดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนสามารถใช้เครื่องมือในรูปแบบของสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบการดำเนินการเพื่อตอบสนองเจตจำนงของรัฐในการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยรัฐอาจขอรับการสนับสนุนจากผู้เข้าร่วมลงทุนซึ่งอาจจะเป็นภาคเอกชนหรือภาคีภาครัฐอื่น ๆ ก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น ๆ บรรลุผล ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าในมุมมองคลาสสิกที่ต่อเนื่องมาจนถึงศตวรรษที่ ๒๐ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ประเทศฝรั่งเศสมีการพัฒนาวางรากฐานแนวคิดว่าด้วยบริการสาธารณะ การใช้เครื่องมือทางกฎหมายในรูปแบบสัญญาทางปกครองได้กลายเป็นวิธีการหรือเครื่องมือการดำเนินการหรือการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐที่มีการใช้มากขึ้น โดยรัฐใช้เป็นเครื่องมือดำเนินการเป็นปกติ ไม่ได้ใช้ในลักษณะเป็นข้อยกเว้นอีกต่อไป

ด้วยเหตุนี้ สัญญาทางปกครองจึงเป็นเทคนิคการดำเนินการบริการสาธารณะที่ช่วยให้ฝ่ายปกครองสามารถสร้างพันธมิตรเพื่อให้ได้รับประโยชน์จากการจัดทำหรือจัดหาเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของฝ่ายปกครองและผู้รับบริการสาธารณะ หรือใช้เป็นเครื่องมือในการมอบหมายภารกิจหรือมอบเอกสิทธิ์ให้แก่ผู้ที่เข้าร่วมร่วมจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นภารกิจของรัฐ

แต่อย่างไรก็ดี นับตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. ๑๙๗๐ - ๑๙๘๐ ซึ่งเป็นช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ ๒๐ ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ และสัญญาทางปกครองก็ได้มีวิวัฒนาการอย่างแท้จริง ด้วยเหตุผลสำคัญ ๒ ประการ ดังนี้

เหตุผลประการแรก เป็นเหตุผลเกี่ยวกับการตั้งคำถามต่อการที่รัฐใช้เครื่องมือที่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวทางปกครองเป็นรูปแบบหรือวิธีการเดียวในการดำเนินกิจการสาธารณะของรัฐ การวิพากษ์การใช้อำนาจฝ่ายเดียวเช่นนี้ เป็นส่วนหนึ่งของการวิพากษ์ในเชิงลึกต่อรูปแบบการดำเนินการของรัฐ ว่ามีลักษณะเป็นรัฐที่แมกซ์ เวเบอร์ (Max Weber) เรียกว่า “รัฐฝ่ายปกครองและรัฐราชการ” (L’Etat administratif et bureaucratique) ซึ่งในรูปแบบของรัฐประเภทนี้ อำนาจอรรถจะแสดงออกในรูปของการตัดสินใจฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับทางกฎหมายจากศูนย์กลางการตัดสินใจของรัฐไปยังผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายผ่านระบบการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นและเป็นการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดของรัฐ (Des procédures hiérarchiques et autoritaires)

ด้วยการบริหารรัฐกิจที่มีลักษณะเป็นรัฐฝ่ายปกครองและรัฐที่ยึดการบริหารงานในระบบราชการเช่นนี้ ทำให้เกิดข้อด้อย ๒ ประการ ที่สะท้อนถึงความไม่ยืดหยุ่นในการจัดโครงสร้างองค์กรภาครัฐ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการขาดประสิทธิภาพในการจัดการทางเศรษฐกิจ ที่นำมาสู่การวิพากษ์วิจารณ์เพื่อสนับสนุนกระแสที่รัฐจะนำรูปแบบวิธีการของการทำสัญญามาใช้

จากที่กล่าวมาข้างต้น สัญญาทางปกครองจึงได้รับการพิจารณาว่าเป็นรูปแบบหรือวิธีการดำเนินการ (Des moyens d'action) ที่ทันสมัยและเป็นประชาธิปไตยมากขึ้นเป็นลำดับ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพและประหยัดงบประมาณในด้านการเงินการคลังของรัฐ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับรูปแบบการจัดการที่มีลักษณะเบ็ดเสร็จเด็ดขาดของรัฐ (Un mode de gestion autoritaire) ในรูปของการตรากฎหมาย (La loi) และการกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง (L'acte administratif unilatéral) จะเห็นว่า สัญญาทางปกครองได้รับการประเมินค่าที่สูงกว่าในลักษณะที่เป็นกระบวนการหรือวิธีการที่ส่งเสริมความเสมอภาค (Un procédé favorisant l'égalité) มีการตกลงเจรจาสองฝ่าย (le dialogue) มีการร่วมทุน (Le partenariat) เป็นรูปแบบที่เหมาะสมกับข้อเรียกร้องในกลไกตลาด (Adapté aux exigences du marché) และเป็นวิธีการจัดการที่มีประสิทธิภาพมากกว่าในด้านงบประมาณแผ่นดิน (Plus performant sur le plan budgétaire)

เหตุผลประการที่สอง ก็คือ การพัฒนากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าในภาคเศรษฐกิจ (Le droit de la concurrence dans le secteur économique) ซึ่งการใช้วิธีการทางสัญญาเป็นเครื่องมือที่มีความเหมาะสม เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าได้วางหลักเกณฑ์ที่เป็นปัจจัยเอื้ออำนวยต่อการที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนจะใช้วิธีการทางสัญญาเป็นเครื่องมือดำเนินกิจการอันเป็นประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ ยังสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส เมื่อวันที่ ๖ เมษายน ค.ศ. ๒๐๐๗ ในคดีเทศบาลเมืองเอ็กซ์ ออง โพรวองซ์^๑ (Aix-en-Provence) ซึ่งคดีนี้ ศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสได้พิจารณาถึงลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างสัญญากับการแข่งขันทางการค้า โดยศาลเห็นว่าสัญญาเป็นเครื่องมือที่เหมาะสมต่อหลักการที่ให้มีการแข่งขันทางการค้า และห้ามไม่ให้มีการผูกขาดทางการค้า ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายของสหภาพยุโรป

นอกจากนี้ ภายใต้แรงผลักดันจากกฎหมายของสหภาพยุโรปตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. ๑๙๗๐ - ๑๙๘๐ รัฐและองค์กรของรัฐในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปถูกบังคับให้ต้องส่งเสริมสนับสนุนการใช้วิธีการทางสัญญาเมื่อรัฐต้องการที่จะมอบหมายภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่บุคคลที่สามซึ่งเป็นองค์กรภายนอก รัฐ โดยในส่วนที่เกี่ยวกับการวางกฎระเบียบทางกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป ได้มีการตรากฎหมายออกมาเป็นสองระลอก ซึ่งแสดงถึงจุดเริ่มต้นของการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง โดยคลื่นลูกที่หนึ่งของพัฒนาการกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ก็คือ การตราข้อกำหนดของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับ “การเปิดเสรีทางการค้า” (Les directives de libéralisation) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่มุ่งยุติการเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการที่เป็นผู้จัดหาสินค้าและบริการระดับชาติ (Des fournisseurs nationaux) ในการทำสัญญาจัดซื้อหรือจัดหาพัสดุ (Les marchés de fournitures) หรือสัญญาจัดจ้างทำงานโยธาสาธารณะ (Les marchés de travaux) และหลักเกณฑ์อื่น ๆ โดยทั่วไปเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ส่วนคลื่นลูกที่สองเป็นไปตามสนธิสัญญารวมยุโรปเป็นหนึ่งเดียว (ยุโรป ๑๒ ประเทศ) ลงนามเมื่อวันที่ ๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๘๗ โดยมีการตราข้อกำหนดของสหภาพยุโรป ๔ ฉบับ ระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๘๘ - ๑๙๙๓ ที่แสดงออกถึงเจตจำนงอย่างชัดเจนในการที่จะเปิดให้การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของรัฐสมาชิกมีการแข่งขันทางการค้า และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสร้างช่องทางการฟ้องคดีเกี่ยวกับเรื่องการพัสดุในระดับสหภาพยุโรป ซึ่งการออกกฎหมายระดับยุโรปดังกล่าวทั้งสองระลอกแรกนี้ เป็นเหตุผลสองประการที่อธิบายถึงการขยายตัวของการใช้วิธีการทางสัญญาเป็นเครื่องมือของรัฐ ทั้งในเชิงปริมาณและเชิงคุณภาพ

^๑ C.E, 6 avril 2007, Cne d'Aix-en-Provence.

สำหรับคลื่นลูกที่สาม นับเป็นวิวัฒนาการที่จะเสริมความแข็งแกร่งอย่างต่อเนื่องให้กับพัฒนาการของสัญญาทางปกครองในช่วงทศวรรษ ๒๐๐๐ โดยมีการตราข้อกำหนดของสหภาพยุโรปออกมา ๒ ฉบับ มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๓๑ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๔ มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และปรับปรุงให้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือจัดหาพัสดุให้มีความง่ายขึ้น ไม่ยุ่งยากซับซ้อน

หากพิจารณาในมุมมองเชิงปริมาณ (Du point de vue quantitatif) จะเห็นว่าสอดคล้องกับการพัฒนาภารกิจที่รัฐได้รับมอบหมายในฐานะที่รัฐมีบทบาทเป็น “รัฐผู้จัดหาหรือจัดทำ” หรือที่รู้จักกันในชื่อที่เรียกว่า “รัฐสวัสดิการ” (L’Etat Providence) ซึ่งรัฐสวัสดิการได้ใช้เทคนิคหรือวิธีการทางสัญญาในการจัดหาหรือจัดทำบริการสาธารณะมากยิ่งขึ้น และหลากหลายสาขามากขึ้น ดังปรากฏตามรายงานประจำปีของสภาแห่งรัฐ เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๘ ที่ระบุว่า “มีการนำรูปแบบวิธีการทำสัญญามาใช้สำหรับการจัดทำภารกิจของรัฐทุกด้าน จากภารกิจดั้งเดิมที่มีการใช้วิธีการทางสัญญาอยู่แล้วไปจนถึงงานที่เป็นภารกิจพื้นฐานทางปกครองของรัฐ” (Un secteur régalién) ซึ่งในส่วนการนำเทคนิคการทำสัญญามาใช้กับงานที่เป็นภารกิจพื้นฐานทางปกครองนี้ถือเป็นเรื่องที่น่าประหลาดใจ และถือว่าเป็นสัญญาณของการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงข้อความคิดเกี่ยวกับการกระทำของรัฐอย่างแท้จริง (Une vraie mutation des conceptions de l’action de l’Etat)

หากพิจารณาจากมุมมองเชิงคุณภาพ (Du point de vue qualitatif) กล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองเป็นการแสดงออกของการเปลี่ยนแปลงรูปแบบวิธีการจัดการหรือการกระทำของรัฐ (Un changement de modes d’action publiques de l’Etat) โดยพิจารณาว่าสัญญาทางปกครองคือ การแสดงออกซึ่งเจตจำนงของรัฐในการบริหารรัฐกิจด้วยรูปแบบวิธีการที่แตกต่างออกไปจากการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ เป็นการสะท้อนและยืนยันมุมมองเสรีของรัฐ (Une vision libérale de l’Etat) ที่ส่งผลกระทบต่อการเลือกรูปแบบการดำเนินการของรัฐ ๒ ประการ คือ ประการแรก รัฐถูกเรียกร้องให้ต้องทบทวนตัวเองในด้านการดำเนินการทางเศรษฐกิจ ซึ่งรัฐอาจเข้าแทรกแซงการดำเนินการทางเศรษฐกิจโดยทางอ้อมผ่านรูปแบบวิธีการทางสัญญาเพื่อสนับสนุนการขยายแนวคิดว่าการจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐต้องดำเนินการในยุคศตวรรษที่ ๒๐ ประการต่อมา คือ การที่รัฐจะมอบหมายให้ภาคเอกชนที่เข้าร่วมงานกับรัฐ ดำเนินกิจกรรมที่โดยลักษณะแล้วเป็นงานที่เป็นภารกิจของรัฐ ดังนั้น รัฐจึงเปลี่ยนจากวิธีการจัดการแบบดั้งเดิม ที่รัฐเป็นผู้จัดทำกิจการนั้นเองในรูปแบบที่เรียกว่า La régie มาใช้รูปแบบการจัดการด้วยวิธีการทางสัญญามากขึ้นเรื่อย ๆ และขยายไปในการดำเนินกิจการหลายประเภทมากขึ้นด้วยเช่นกัน แม้กระทั่งในงานที่เห็นได้ชัดที่สุดว่าเป็นการดำเนินการทางปกครอง หรืองานที่เป็นภารกิจพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐที่รัฐต้องจัดทำเอง (Les secteurs les plus éminemment “administratif” ou “public” régaliens) ประเภทงานตำรวจ ทหาร ศาล กิจการระหว่างประเทศ ฯลฯ ก็ตาม

จากที่กล่าวมา จึงเป็นที่ประจักษ์ชัดว่า ปรากฏการณ์นี้นำมาสู่การพัฒนาเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน (Le contrat de concession) และปัจจุบันการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงในลักษณะที่กล่าวมานี้ก็สามารถอธิบายได้ด้วยหลักทฤษฎีที่ว่าด้วยกระบวนการที่รัฐให้องค์กรภายนอกภาครัฐเป็นผู้จัดทำกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะ (Le mouvement d’externalisation des activités publiques) ด้วยวิธีนี้ การทำสัญญาก็กลายเป็นเครื่องมือหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้บริหารจัดการในนิติสัมพันธ์กับองค์กรของรัฐองค์กรอื่นหรือกับองค์กรเอกชน ในลักษณะที่แตกต่างออกไปจากการกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง แต่อย่างไรก็ดีมีข้อพึงระมัดระวัง การใช้รูปแบบวิธีการทำสัญญาเพื่อให้บุคคลภายนอกรัฐเข้ามาจัดทำกิจการอันเป็น

บริการสาธารณะนี้ ไม่สามารถขยายไปใช้กับกิจการทั้งหมดทุกประเภท ยังคงมีการดำเนินกิจการบางประเภทที่ชัดเจนว่าไม่อยู่ภายใต้หลักการให้องค์กรภายนอกจัดทำ และไม่นำหลักการจัดการด้วยวิธีการทางสัญญามาใช้ แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ยังมีข้อยกเว้น (ของข้อยกเว้น) ให้ทำได้เหมือนกัน กล่าวคือ สำหรับกิจการบางประเภทที่ไม่อยู่ภายใต้กรอบของการให้องค์กรภายนอกจัดทำ ได้แก่ กิจการที่เป็นภารกิจพื้นฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ เช่น การตำรวจ การยุติธรรม การจัดเก็บภาษี และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ก็อาจนำวิธีการทางสัญญามาใช้เป็นข้อยกเว้นสำหรับการจัดการกิจการดังกล่าวได้เหมือนกัน

กรณีที่เป็นกิจการพื้นฐานทางปกครองโดยแท้ดังกล่าว โดยทั่วไปแล้ว จะมีการนำหลักการสำคัญว่าด้วยอำนาจอธิปไตย (Le principe de souveraineté) มาใช้อธิบายเพื่อยกเว้นไม่นำรูปแบบการจัดการด้วยสัญญามาใช้ นอกจากนี้ รูปแบบวิธีการหรือเทคนิคการจัดการด้วยสัญญายังอาจถูกยกเว้นไม่นำมาใช้โดยอาศัยหลักการพื้นฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่สำคัญอื่น ๆ เช่น หลักความเสมอภาคเท่าเทียมในการปฏิบัติต่อผู้รับบริการสาธารณะ (Le principe d'égalité de traitement entre les usagers)

ในเวลาต่อมา ช่วงปี ค.ศ. ๒๐๑๐ ด้วยอิทธิพลของกฎหมายยุโรปที่เพิ่มมากขึ้นและมีผลบังคับใช้เคร่งครัดมากขึ้นเป็นระยะเวลากว่า ๓๐ ปี เป็นผลให้นับแต่ปี ค.ศ. ๒๐๑๐ เป็นต้นมา วิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับลักษณะพิเศษหรือลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองและประเภทของสัญญาทางปกครอง ซึ่งนับเป็น *คลื่นลูกที่ ๔* ของการตราข้อกำหนดของสหภาพยุโรป ที่ประกอบด้วยข้อกำหนด ๓ ฉบับ มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๔ ซึ่งใน ๓ ฉบับนี้ มีข้อกำหนด ๒ ฉบับ ที่เข้าแทนที่ข้อกำหนดปี ๒๐๐๔ ส่วนอีกฉบับหนึ่งประกาศใช้เป็นครั้งแรกเป็นข้อกำหนดพิเศษที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานโดยเฉพาะ

การตราข้อกำหนดของสหภาพยุโรปเหล่านี้เป็นการแสดงถึง “จุดเปลี่ยนทางอุดมการณ์” (Un tournant idéologique) ซึ่งหลักการว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (La concurrence) ยังคงมีคุณค่าและมีความสำคัญเสมอ แต่อย่างไรก็ดี ก็มีหลักการอื่น ๆ ที่มีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ที่เทียบเท่ากัน เช่น หลักการที่มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองทางสังคมและสิ่งแวดล้อม (Des objectifs sociaux et environnementaux)

จากมุมมองที่กล่าวมาข้างต้นนี้ จะเห็นว่า วิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองอาจพิจารณาได้จากแนวโน้มหรือทิศทางการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ ๓ ประการ คือ ๑. การปรับเปลี่ยนรูปแบบวิธีการจำแนกประเภทสัญญาทางปกครอง ๒. การลดความซับซ้อนของเกณฑ์การพิจารณาลักษณะการเป็นสัญญาทางปกครอง และ ๓. การเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

๑. การจำแนกประเภทของสัญญาทางปกครองใหม่ให้ง่ายขึ้น หลากหลายขึ้น และสอดคล้องกับพัฒนาการของกฎหมายของสหภาพยุโรป (La réorganisation de la classification des contrats administratifs)

วิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองอาจพิจารณาได้จากการปรับเปลี่ยนรูปแบบวิธีการในระดับหลักการพื้นฐานของการจำแนกประเภทของสัญญาทางปกครอง ด้วยเหตุนี้ การจำแนกประเภทของสัญญาทางปกครองมีแนวโน้มที่ดำเนินการไปด้วยเหตุผลของการพัฒนาซึ่งเรียกร้องให้มีการปรับระบบกฎหมายให้มีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระบบกฎหมายสมัยใหม่ ซึ่งนำไปสู่

การจัดหมวดหมู่ประเภทของสัญญาทางปกครองใหม่ ด้วยเหตุผล ๒ ประการ คือ *ประการแรก* เพื่อลดความซับซ้อนของการจัดหมวดหมู่และการจำแนกประเภทของสัญญาทางปกครอง และ *ประการที่สอง* เป็นการปรับปรุงการจัดประเภทของสัญญาทางปกครองให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมายยุโรป ซึ่งเข้าสู่ยุคคลื่นลูกที่ ๔ ของการตราข้อกำหนดของสหภาพยุโรปตั้งแต่ ปี ค.ศ. ๒๐๑๔ ซึ่งมีการกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครองไว้เป็นหมวดหมู่ใหญ่ ๆ ๒ ประเภท คือ สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ (Des marchés publics) และสัญญาสัมปทาน (Des concessions)

๑.๑ สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ (Les marchés)

๑.๑.๑ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ (Les marchés publics)

การพิจารณาเกี่ยวกับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุน่าจะย้อนกลับไปในสมัยที่ประเทศฝรั่งเศสมีการปกครองในระบบกษัตริย์ ระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ รูปแบบการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุเป็นสัญญาที่ต้องมีการตกลงยินยอมกันทั้งสองฝ่าย ซึ่งนิติบุคคลมหาชนได้ทำสัญญาขึ้นเพื่อมอบความไว้วางใจหรือมอบหมายให้บุคคลเอกชน (ลูกค้า) จัดทำงานหรือบริการบางอย่าง (Certaines prestations) หรือจัดหาสินค้าหรือวัสดุอุปกรณ์บางประการ (La fourniture des biens) หรือมอบหมายให้จัดการก่อสร้างงานหรือให้บริการบางประเภท (La réalisation de travaux ou de prestations) ซึ่งสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีลักษณะคล้ายกับสัญญาตามกฎหมายเอกชน เช่น สัญญาทางธุรกิจของบริษัทเอกชน แต่อย่างไรก็ดี มีความแตกต่างกันที่วัตถุประสงค์ของสัญญา กล่าวคือ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของผู้มีอำนาจในการจัดให้มีการประมูลประกวดราคา (Un pouvoir adjudicateur) ประเด็นนี้สำคัญมาก วัตถุประสงค์ในการตอบสนองต่อความต้องการของรัฐผู้จัดให้มีการประมูลนี้เองที่ทำให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุแตกต่างจากสัญญาสัมปทาน ดังที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษายืนยันหลักการไว้ตามคำพิพากษาคดีเมืองปารีส^๒ ลงวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ที่มีเนื้อหาของคำพิพากษาส่วนหนึ่งว่า “ตรงกันข้ามกับสัญญาสัมปทาน สัญญาพัสดุเป็นสัญญาที่มุ่งไปที่การตอบสนองต่อความต้องการใช้ประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ทำสัญญาหรือจัดให้มีการประมูลประกวดราคาเพื่อจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ไม่ใช่เป็นสัญญาที่มุ่งตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการหรือผู้รับบริการ ซึ่งกรณีหลังนี้จะเป็นสัญญาสัมปทาน”

อย่างไรก็ดี วิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสก็ไม่หยุดที่จะพัฒนาไปในแนวทางที่ทำให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุและสัญญาสัมปทานเข้ามาใกล้กันมากขึ้น โดยมีการออกกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ตามรัฐกำหนดลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ และรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ เพื่อบังคับการตามรัฐกำหนด ซึ่งกฎหมายทั้ง ๒ ฉบับนี้ ได้ยกเลิกการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่ได้มีการดำเนินการมาอย่างต่อเนื่องและที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มีการปรับปรุงแก้ไขมาอย่างต่อเนื่อง ตั้งแต่ ปี ค.ศ. ๒๐๐๑ ปี ค.ศ. ๒๐๐๔ และปี ค.ศ. ๒๐๐๖ ดังปรากฏตามมาตรา ๔ ของรัฐกำหนด ฉบับปี ค.ศ. ๒๐๑๕ ดังกล่าว ซึ่งเป็นการบัญญัติให้สอดคล้องกับมาตรา ๒-๕-๑ ของข้อกำหนดยุโรป เลขที่ ๒๙๑๔-๒๔ ลงวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๔ ที่ได้ให้นิยามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุไว้ว่า “สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยมีค่าตอบแทนระหว่างผู้ประกอบการหรือที่เรียกว่าผู้ซื้อรายหนึ่งหรือหลายรายกับหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้จัดทำสัญญาโดยให้มีการประมูลประกวดราคารายหนึ่งหรือมากกว่านั้น

^๒ CE, 15 mai 2015, Ville de Paris.

โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ การจัดหาพัสดุ หรือการจัดทำบริการ ทั้งนี้ ภายใต้หลักเกณฑ์เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดยุโรปฉบับนี้”^๓

หากจะอธิบายให้เห็นเป็นรูปธรรม การที่สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุและสัญญาสัมปทานมีลักษณะที่เข้ามาใกล้กันนี้เป็นผลมาจากการสร้างคุณลักษณะทางกฎหมายใหม่และทำให้ลักษณะทางกฎหมายใหม่ที่เกิดขึ้นนี้มีการนำมาใช้เป็นการทั่วไป ซึ่งลักษณะทางกฎหมายใหม่นี้ก็คือ ลักษณะของผู้ที่เป็นประธานแห่งสิทธิตามสัญญาทางปกครอง (Les sujets de droit susceptible de passer des contrats administratifs) นั่นคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีลักษณะใหม่เป็น “ผู้ซื้อหรือผู้จัดซื้อภาครัฐ” (Les acheteurs publics) ซึ่งเป็นแนวคิดที่สร้างขึ้นใหม่ โดยรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ฉบับนี้ได้ประมวลหรือสร้างความเป็นหนึ่งเดียวกันของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่มีการพัฒนามายาวนาน ตามรัฐกำหนดฉบับนี้ แนวคิดหรือลักษณะของ “ผู้ทรงอำนาจในการทำสัญญาโดยจัดให้มีการประกวดราคา” (pouvoir adjudicateur) หรือ “ผู้จัดให้มีการประกวดราคา” นี้ เป็นแนวคิดใหม่ที่มาแทนที่ข้อความคิดดั้งเดิมที่ว่าด้วย “นิติบุคคลมหาชน” (personne publique) และข้อความคิดว่าด้วย “ผู้จัดให้มีการประกวดราคา” ก็ถูกแทนที่ด้วยข้อความคิดที่ใหม่ยิ่งกว่า คือ “ผู้ซื้อหรือผู้จัดซื้อภาครัฐ” (Les acheteurs publics)

ประเด็นที่ต้องพิจารณา ก็คือ ใครเป็นผู้ซื้อหรือผู้จัดซื้อภาครัฐ ?

ผู้ซื้อหรือผู้จัดซื้อภาครัฐ จะต้องเป็นองค์กรหรือหน่วยงานที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายของสหภาพยุโรป และจะต้องเป็นองค์กรที่เคารพต่อกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ซึ่งก็ได้แก่ รัฐ หน่วยงานของรัฐในระดับภูมิภาคหรือระดับท้องถิ่น และองค์การตามกฎหมายมหาชน รวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐที่อยู่ในส่วนกลางและหน่วยงานของรัฐที่ถูกควบคุมจากส่วนกลาง หรืออาจกล่าวรวมอย่างกว้าง ๆ ว่า องค์การตามกฎหมายมหาชน การเป็นผู้ซื้อหรือผู้จัดซื้อภาครัฐไม่ได้หมายความว่า เป็นองค์การที่ “ถูกควบคุมหรือเป็นส่วนหนึ่ง” (appartenance) ของรัฐ แต่หมายถึงองค์การที่ “ขึ้นอยู่กับรัฐ” (dépendance) นั่นคือ อาจจะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน หรือบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ต้องขึ้นอยู่กับรัฐในด้านการเงิน (dépendance financière) การบริหารจัดการ (dépendance de gestion) หรือการตัดสินใจ (dépendance décisionnelle) โดยเป็นการขึ้นต่ออำนาจของหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจจัดการทำสัญญาด้วยการประกวดราคา (Un pouvoir adjudicateur) ในที่สุดแล้ว เกณฑ์ที่ใช้พิจารณาองค์การที่เป็นผู้ซื้อหรือผู้จัดซื้อภาครัฐ คือ เกณฑ์ทางด้านเนื้อหา (Le critère matériel) ที่นำมาใช้พิจารณาความเกี่ยวพันของการเป็นองค์การภาครัฐที่จะต้องมีลักษณะทางมหาชน (La notion publique) นั่นก็คือ จะต้องสนองตอบต่อความต้องการที่เป็นประโยชน์สาธารณะ ไม่ใช่มีลักษณะในเชิงพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม รวมทั้งไม่ใช่ในเชิงการค้าพาณิชย์ นั่นคือ ไม่ใช่การดำเนินกิจการที่มีวัตถุประสงค์แสวงหากำไร (L’activité à but lucratif) ที่มีเรื่องของการได้กำไรหรือขาดทุนในการลงทุนตามสัญญา

^๓ L’article 2-5-1 de la directive n° 2014-24 du 26 février 2014 : « les marchés sont des contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l’exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de service ».

อย่างไรก็ตาม มีข้อจำกัดสำคัญมากที่จะต้องเน้นในประเด็นเกี่ยวกับ แนวโน้มการเข้าใกล้กันของสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุและสัญญาสัมปทาน นั่นคือ การยืนยันแนวคิดเรื่อง “หน่วยจัดซื้อจัดจ้าง” หรือ “หน่วยที่จัดให้มีการประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้าง” (Des entités adjudicatrices) ซึ่งหมายความว่า องค์รวม (l'entité) ของการเป็นหน่วยงานที่เป็นผู้จัดทำหรือมีส่วนร่วมจัดทำกิจการที่มีลักษณะ เป็นกิจการโครงข่าย (กิจการประเภทที่ดำเนินการโดยอาศัยสาย ท่อ ราง และโครงข่ายประเภทอื่น ๆ) (Une activité d'opérateur de réseaux) ได้แก่ กิจการประปา กิจการคมนาคมขนส่ง กิจการไปรษณีย์ และกิจการโทรคมนาคม เป็นต้น ซึ่งกิจการที่เป็นโครงข่ายเหล่านี้ รัฐควรจะต้องปกป้องไม่ให้เกิดการแข่งขัน ทางการค้ามากเกินไป

ตามวัตถุประสงค์ที่บัญญัติไว้ในข้อกำหนดยุโรปเลขที่ ๒๐๑๔/๒๕ ซึ่งมีการ นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายของฝรั่งเศสตามมาตรา ๑๑ แห่งรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ที่บัญญัติรับรองว่า “ถือเป็นการสมควรและมีความเหมาะสมแล้วที่จะคงหลักการหรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับ ในขั้นตอนการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยหน่วยจัดซื้อจัดจ้างที่อยู่ภาคกิจการโครงข่าย คือ กิจการประปา กิจการพลังงานทั้งหลาย กิจการคมนาคมขนส่ง และกิจการไปรษณีย์ เพราะเหตุว่า รัฐโดยหน่วยงานกลางระดับชาติ ก็ยังคงมีอำนาจออกกฎเกณฑ์กำกับการดำเนินการของหน่วยจัดซื้อจัดจ้างนั้น ๆ ได้ และอีกเหตุผลหนึ่งก็คือ ด้วยลักษณะการมีลักษณะของ “ตลาดปิด” ไม่เปิดกว้างในภาคที่เป็นกิจการโครงข่าย”

๑.๑.๒ สัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ (Les marchés de partenariat)

สัญญาประเภทนี้มีบัญญัติไว้ในรัฐกำหนด ลงวันที่ ๑๗ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๔ โดยใช้ชื่อเรียกว่า “สัญญาร่วมทุนระหว่างภาครัฐกับเอกชน (ในการพัสดุ)” (Les contrats de partenariat public-privé ; C3P) และให้การรับรองตามรัฐกำหนด เลขที่ ๒๐๐๔-๑๓๔๓ ลงวันที่ ๙ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๔ และการแก้ไขปรับปรุงต่อมาตามรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ใช้ชื่อหัวข้อใหญ่ว่า “สัญญา เกี่ยวกับการพัสดุ” (Les marchés) โดยรวมเอา “สัญญาร่วมทุนจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ” เข้ามาเป็นประเภทหนึ่ง ของสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ ดังนั้น สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุจึงแยกเป็น ๒ ประเภทย่อย คือ สัญญา จัดซื้อจัดจ้างพัสดุ (Les marchés publics) และสัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ (Les marchés de partenariat)

สัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ มีที่มาจากการใช้เทคนิคการจัดการ ทางเศรษฐกิจของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแองโกล - แซกซอน ที่เรียกว่า Private Finance Initiative โดยเป็นสัญญาที่มีลักษณะสำคัญที่เน้นเจตจำนงหรือตามความประสงค์ของหน่วยงานภาครัฐ (La volonté d'un organisme public) ในการที่จะมอบหมายให้ผู้ประกอบการในภาคเศรษฐกิจ หรือกลุ่มผู้ประกอบการ ทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการจัดการทั่วไปครอบคลุมทั้งโครงการ (Une mission globale) ในการก่อสร้าง ปรับปรุง หรือทำลายทิ้งไป ในงานก่อสร้าง การจัดหาวัสดุอุปกรณ์หรือทรัพย์สิน ที่ไม่มีรูปร่าง ที่จำเป็นสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อการดำเนินกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะ ด้วยเงินทุนทั้งหมดหรือบางส่วนของภาครัฐกิจที่มาร่วมลงทุนในการพัสดูกับรัฐ

ประเด็นเกี่ยวกับภาระหน้าที่ในการดำเนินการจัดการทั่วไปครอบคลุม ทั้งโครงการนี้มีข้อพิจารณาที่เป็นข้อขัดแย้งหรือมีความตรงกันข้ามกัน คือ สัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อ จัดจ้างพัสดุนี้ยืนยันหลักการว่าเงินที่จ่ายจะต้องเป็นเงินของภาครัฐหรือนิติบุคคลมหาชน หน่วยงานของรัฐ จะต้องเป็นผู้จ่ายค่าเช่า (กรณีมีการจัดหาพัสดุโดยการเช่า) หรือหน่วยงานของรัฐจะต้องมีส่วนร่วม

ในค่าใช้จ่ายตลอดระยะเวลาของสัญญา ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุเป็นสัญญาที่มีการระดมทุนมาใช้ในนามของภาครัฐ เพื่อให้รัฐสามารถดำเนินโครงการที่ซับซ้อนเป็นโครงการที่ใหญ่และมีประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ ตอบสนองต่อความเร่งด่วนในการดำเนินโครงการ และเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จดังกล่าว ความเสี่ยงในการลงทุนจะเป็นความเสี่ยงร่วมกันของภาครัฐและภาคเอกชนที่มาร่วมลงทุนในการพัสดุ ดังที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยไว้ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

คำอธิบายความหมายของสัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่กล่าวมานี้มีความสำคัญ เนื่องจากการเน้นถึงลักษณะพิเศษของสัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ แม้ว่าจะมีความคล้ายคลึงกันในด้านหนึ่ง คือ ความใกล้เคียงกันระหว่างสัญญาประเภทนี้กับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ และอีกด้านหนึ่ง ระหว่างสัญญาประเภทนี้กับสัญญาสัมปทาน แม้ว่าความคล้ายคลึงกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุจะเป็นความใกล้เคียงกันโดยคุณลักษณะธรรมชาติของสัญญา (La nature de contrat) แต่สัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุก็นับเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็น “การซื้อ” (Un acte d’achat) โดยพิจารณาจากรูปแบบวิธีการจ่ายหรือชำระค่าตอบแทน (Le mode de rémunération) และมีความใกล้เคียงกับสัญญาสัมปทานโดยพิจารณาจากวัตถุแห่งสัญญา (L’objet de contrat) ด้วยเหตุที่สัญญาสัมปทานเป็นการมอบหมายภารกิจที่มีลักษณะทั่วไปมอบหมายให้ทำทั้งหมด (Une délégation de mission globale)

สัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุมิได้มีต้นแบบหรือที่มาจากการทำสัญญาประเภทหนึ่งที่เราเรียกว่า “สัญญาพัสดุเพื่อให้บริษัทเอกชนดำเนินงานโยธาสาธารณะ” (Des marchés d’entreprise de travaux publics - METP) ซึ่งเป็นหมวดหมู่หรือประเภทของสัญญาที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเคยพิพากษายกเลิกการจัดจำแนกสัญญาประเภทนี้ ตามคำพิพากษาเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๖๓ ในคดีเมืองโคลอม^๔ แต่ในที่สุดก็ได้กลายเป็นสัญญาที่ไม่สามารถจัดจำแนกประเภทได้

กรณีดังกล่าวเป็นการหาทางออกในทางปฏิบัติของหน่วยงานภาครัฐ โดยมีข้อจำกัดด้านตัวเลขเงินงบประมาณประจำปีของหน่วยงานของรัฐที่มีปัญหาขาดดุลเป็นประจำ และขาดดุลเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากสัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ เปิดโอกาสที่จะสนองตอบต่อความต้องการของรัฐในงานที่สำคัญด้านโครงสร้างพื้นฐาน เช่น การสร้างโรงพยาบาล เรือรบ โครงสร้างพื้นฐานด้านถนนหนทาง เป็นต้น ซึ่งงานก่อสร้างดังกล่าวนี้ รัฐอาจดำเนินการให้สำเร็จลุล่วงได้โดยใช้เงินลงทุนของผู้ประกอบการในภาคเอกชน

รูปแบบวิธีการจัดการด้วยเทคนิคสัญญาร่วมลงทุนในการพัสดุนี้ มีลักษณะที่ยืดหยุ่นมาก ซึ่งไม่สามารถทำได้โดยใช้รูปแบบวิธีการตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ได้แก่ การที่สัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนุญาตให้ทำข้อกำหนดให้ชำระเงินในภายหลัง (Des clauses de paiement différé) ซึ่งต้องห้ามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ และการที่ภาคเอกชนสามารถโอนเปลี่ยนตัวผู้ดำเนินการก่อสร้างตามสัญญา (Transfert privé de la maîtrise d’ouvrage) ซึ่งต้องห้ามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุเช่นกัน ซึ่งทำให้มีการบริหารจัดการทางการเงินในลักษณะการจ่ายค่าตอบแทนเป็นส่วน ๆ ตามระยะเวลา (Une rémunération étalée dans le temps) สิ่งที่เป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุเมื่อเทียบกับสัญญาพัสดุอื่น ๆ ที่มีอยู่ทั้งหมดก็คือ สัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุมิได้มีลักษณะเป็น “สัญญาทั่วไปที่ครอบคลุมหรือมอบหมายให้ทำทั้งหมด” (Un contrat global) หมายความว่า

^๔ CE, Ville de Colombes 1963

เป็นการตกลงมอบหมายให้ดำเนินการทั้งหมดหรือทุกส่วนของโครงการ ตั้งแต่แนวคิดไปจนถึงการบริหารจัดการ และแน่นอนที่สุดจัดทำด้วยเงินทุนของภาคเอกชนที่มาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ

แต่อย่างไรก็ดี มีข้อที่ต้องระมัดระวัง แม้ว่าสัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุจะมีข้อดีที่เห็นได้ชัด มีความทันสมัย และดึงดูดใจ แต่สัญญาประเภทนี้ก็ยังคงมีข้อถกเถียงกัน ได้ตลอด โดยสัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุถูกวิพากษ์วิจารณ์มากด้วยเหตุผล ๔ ประการ คือ

เหตุผลประการแรก สัญญาประเภทนี้ถูกมองว่าเป็นเครื่องมือที่จะทำให้รัฐสามารถผ่อนถ่ายหน้าที่ในการปฏิบัติการที่สำคัญไปให้ภาคเอกชน ไม่เว้นแม้กระทั่งภารกิจ พื้นฐานหรือภารกิจทางปกครองโดยแท้ (Les missions régaliennes) ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ

เหตุผลประการที่สอง สัญญาประเภทนี้ถูกมองว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ที่ไม่ตอบสนองอย่างชัดเจนต่อการปฏิบัติการในบริการสาธารณะโดยตรง เพราะเป็นสัญญาที่ไม่ได้เชื่อมโยงการดึงเอาเอกชนผู้มาร่วมลงทุนให้เข้ากับการปฏิบัติตามเงื่อนไขของการดำเนินการในภารกิจ การจัดทำบริการสาธารณะ

เหตุผลประการที่สาม จากที่สัญญาประเภทนี้ได้รับการชื่นชมยกย่อง แต่กลับปรากฏว่า สัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุเป็นสัญญาที่มีผลกระทบทางเศรษฐกิจที่น่าผิดหวัง

เหตุผลประการที่สี่ สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่อันตรายอย่างที่ไม่มีการคาดคิด ดังที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ชี้ให้เห็นประเด็นอันตรายนี้ในคำวินิจฉัย เลขที่ 2003-473 DC ลงวันที่ ๒๖ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๓ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า สัญญาประเภทสัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนี้นี้ “กระทบต่อหลักการทางกฎหมายรัฐธรรมนูญบางประการ ไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ และการคุ้มครองทรัพย์สินของแผ่นดิน รวมทั้งไม่สอดคล้องกับหลักการใช้จ่าย เงินแผ่นดินที่ดี” เป็นผลให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส จำกัดกรอบการนำรูปแบบวิธีการทางสัญญาประเภทนี้มาใช้อย่างเคร่งครัด ดังนั้น รูปแบบสัญญาประเภทนี้จึงมิใช่วิธีการจัดการบริการสาธารณะที่สามารถนำมาใช้ได้เป็นการทั่วไป การใช้สัญญาประเภทนี้จะต้องสงวนไว้เฉพาะเรื่องที่ต้องตอบสนองต่อเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เช่น ในสถานการณ์เร่งด่วน หรือด้วยเหตุผลความจำเป็นพิเศษเฉพาะ หรือเหตุผลเฉพาะพื้นที่ เพื่อปกป้องความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากความล่าช้า หรือเป็นเหตุผลจำเป็นที่มีลักษณะทางเทคนิคในด้านการปฏิบัติงานหรือเหตุผลทางเศรษฐกิจที่มีการกำหนดพัสดุหรือบริการที่ต้องการไว้ชัดเจนแล้ว

ต่อมา รัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ มาตรา ๗๔ และมาตรา ๗๕ บัญญัติสะท้อนให้เห็นประเด็นปัญหาดังกล่าว โดยได้บัญญัติยกเลิกสัญญาร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ และจัดเข้าไปอยู่ในสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ เพื่อให้การควบคุมการดำเนินการด้วยวิธีการทางสัญญาประเภทนี้ที่มีข้อโต้แย้งนี้ให้ดีขึ้น

พัฒนาการนับต่อไปนี้ มีแนวโน้มที่จะทำให้รูปแบบวิธีการทำสัญญาต่าง ๆ เป็นไปตามแนวทางของกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งกฎหมายของสหภาพยุโรปอนุญาตให้มีการชำระเงินตามสัญญาในภายหลัง ซึ่งเป็นหลักการชำระเงินแบบรอการตัดบัญชี (La notion de paiement différé) ประเด็นนี้เป็นข้อพิจารณาลักษณะของสัญญาที่มีค่าตอบแทนเป็นเงิน

๑.๒ สัญญาสัมปทาน (Les concessions)

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่สองจากที่มีการแบ่งเป็น ๒ ประเภทใหญ่ ๆ คือ สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ และสัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานคืออะไร ? สัญญาสัมปทาน ก็คือ สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนมอบหมายให้ผู้ประกอบการภาครัฐหรือผู้ประกอบการภาคเอกชนเข้ามาดำเนินการให้บริการหรือการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค โดยให้ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ดูแล บำรุงรักษา และให้ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการลงทุน โดยสิทธิในสัมปทานนี้อาจมีการชำระราคาด้วยก็ได้

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาประเภทที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญในช่วงหลายปีที่ผ่านมาภายใต้ผลกระทบของกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งอาจนับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๑๔ ที่สัญญาสัมปทานได้รับการผนวกเข้าไว้ในเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการเปิดให้มีการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในระดับยุโรป ดังที่เขียนไว้ในสมุดปกเขียวที่ว่าด้วยการร่วมทุนระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนและว่าด้วยกฎหมายของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ซึ่งก็คือ ข้อกำหนดยุโรปว่าด้วยการสัมปทาน เลขที่ 2014/23/URE ลงวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๔ ที่ให้นิยามสัญญาสัมปทานไว้ในมาตรา 5-1-a ว่า “การให้สัมปทานในการดำเนินงานก่อสร้างเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรและมีค่าตอบแทน ซึ่งสร้างขึ้นโดยหน่วยงานที่เป็นผู้จัดให้มีการประมูลทำสัญญา หรือหน่วยจัดประมูล อย่างน้อยหนึ่งหน่วยงาน หรือหลายหน่วยงาน ได้ทำสัญญามอบหมายให้ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจหนึ่งรายหรือมากกว่านั้น ดำเนินงานก่อสร้างซึ่งเป็นเป้าหมายของสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเฉพาะการลงทุนในงานตามสัญญา ซึ่งสิทธิในการได้รับสัมปทานนี้ย่อมควบคู่มาพร้อมกับค่าตอบแทนที่เป็นราคาจากการให้บริการงานก่อสร้างที่รับสัมปทานมา”

และมาตรา 5-1-b บัญญัติว่า “การให้สัมปทานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรและมีค่าตอบแทน ซึ่งสร้างขึ้นโดยหน่วยงานที่เป็นผู้จัดให้มีการประมูลทำสัญญา หรือหน่วยจัดประมูลอย่างน้อยหนึ่งหน่วยงานหรือหลายหน่วยงาน ได้ทำสัญญามอบหมายให้ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจหนึ่งรายหรือมากกว่านั้น ดำเนินงานจัดทำบริการและบริหารการให้บริการอื่น ๆ นอกเหนือไปจากการดำเนินการก่อสร้างตามมาตรา 5-1-a โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเฉพาะการลงทุนในงานบริการตามสัญญา ซึ่งสิทธิในการได้รับสัมปทานนี้ย่อมควบคู่มาพร้อมกับค่าตอบแทนที่เป็นราคาจากการให้บริการงานที่รับสัมปทานมา”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นว่าหลักเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาในเบื้องต้น คือ เกณฑ์ด้านองค์กร (Le critère organique) เช่นเดียวกับในกรณีของสัญญาพัสดุ สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้จัดประมูลเพื่อทำสัญญาสัมปทาน (Un ou plusieurs adjudicateurs) หรือหน่วยจัดประมูลเพื่อทำสัญญาสัมปทาน (Des entités adjudicatrices) หนึ่งหรือหลายหน่วยงาน ซึ่งก็เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้สำหรับหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้าง หน่วยงานภาครัฐที่อาจเป็นคู่สัญญาในสัญญาสัมปทาน ก็ได้แก่ รัฐ หน่วยงานระดับภูมิภาคและระดับท้องถิ่น และองค์การตามกฎหมายมหาชนต่าง ๆ หรือสมาคมที่ก่อตั้งขึ้นโดยองค์การตามกฎหมายมหาชนหนึ่งหรือหลายองค์การ เกณฑ์ด้านองค์กรนี้น่ามาใช้พิจารณาอย่างเข้มงวดสำหรับข้อตกลงในการดำเนินบริการสาธารณะ

สำหรับเกณฑ์ด้านเนื้อหา (Le critère matériel) จะมุ่งเน้นไปที่ “การปฏิบัติงานให้สำเร็จ” (Une exécution de travaux) หรือ “การจัดทำบริการและการบริหารจัดการ” (Une prestation et la gestion d’un service) ที่ตอบสนองความต้องการในบริการสาธารณะที่มีลักษณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม หรือแม้แต่บริการสาธารณะทางปกครองของหน่วยงานที่จัดประมูลทำสัญญา (Un pouvoir adjudicateur) และเพื่อให้การดำเนินงานตามสัญญาสัมปทานสำเร็จลุล่วง ผู้รับสัมปทานย่อมจะต้องเป็นผู้รับ “ความเสี่ยงจากการลงทุน” (Un risque d’exploitation) อันเกิดจากกลไกตลาดในเรื่องอุปสงค์และอุปทาน ซึ่งความเสี่ยง ก็คือ สถานการณ์ที่ผู้รับสัมปทานไม่มีความแน่นอนในการลงทุน หรือไม่แน่นอนในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนินการ ดังนั้น จึงมีความไม่แน่นอนที่ต้องเผชิญกับภาวะเศรษฐกิจที่ผันผวน

สำหรับกรอบทางกฎหมายของการทำสัมปทาน เป็นกรณีของการทำสัมปทานขายขาดสัมปทานงานก่อสร้าง หรืองานปรับปรุง ซึ่งบัญญัติอยู่ในหมวดที่ว่าด้วยการทำข้อตกลงการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ (Des conventions de délégation de service public) ตามกฎหมาย ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๑๙๙๓ (la loi du 29 janvier 1993) และต่อมาก็บัญญัติไว้ในรัฐกำหนดลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ซึ่งเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามข้อกำหนดของยุโรป ฉบับที่ ๒๐๑๔/๒๓ ที่มีการให้คำจำกัดความ และมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 1411-1 แห่งประมวลทั่วไปเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (CGCT)

๒. การปรับหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองให้ง่ายขึ้น (La simplification des critères de détermination du contrat administratif)

ในประเด็นเกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครองนั้น ได้รับการพิจารณาถกเถียงกันอยู่เสมอ โดยเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๗๔ Prosper Weil ได้กล่าวถึงวิกฤตของการใช้เกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครอง ซึ่งวิกฤตในเรื่องเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครองนี้กำลังจะเกิดขึ้นอีกในปัจจุบันจากวิวัฒนาการของสัญญาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น มีการเกิดขึ้นของแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่หลากหลาย เช่น สัญญาของภาครัฐ (Un contrat public) การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Une commande publique) การซื้อของภาครัฐ (Un achat public) และปัจจุบันเกณฑ์การพิจารณาเหล่านี้ กำลังลดความซับซ้อนลงเนื่องจากเหตุผลสองประการ คือ *ประการแรก* เจตจำนงที่จะปกป้องความเฉพาะเจาะจงของสัญญาทางปกครอง (La spécificité des contrats administratifs) เมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาตามกฎหมายเอกชน โดยมีการยืนยันความเกี่ยวพันในเชิงองค์กร (Un lien organique) ระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับการเป็นสัญญาทางปกครอง (๒.๑) และ *ประการที่สอง* เจตจำนงที่จะปรับหลักเกณฑ์การนิยามของสัญญาทางปกครองให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงการจัดหมวดหมู่ที่กำหนดโดยกฎหมายของยุโรป โดยเฉพาะการให้คำนิยามใหม่ของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองที่ปรับเปลี่ยนมาพิจารณาที่ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ (๒.๒)

๒.๑ สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน อันเป็นการยืนยันถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองเมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาตามกฎหมายเอกชน (Le renforcement du lien organique : personne publique – contrat administratif)

การที่จะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ยังคงเป็นเกณฑ์การพิจารณาที่จำเป็นในการเป็นสัญญาทางปกครอง การพิจารณาความเป็นนิติบุคคลมหาชนในการเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจพิจารณาได้ ๓ กรณี กรณีแรก สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชน เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

ลงวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๙๙ คดี Bourrisp^๕ หรือกรณีที่สอง อย่างน้อยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ตามตัวอย่างในคำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ลงวันที่ ๓ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๖๙ คดี บริษัท Interlait^๖ และกรณีสุดท้าย คือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นองค์กรเอกชน ที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือในนามของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ตามคำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคดี Peyrot^๗

๒.๑.๑ แนวคำพิพากษาของศาลที่วางแนวโดยอาศัยเกณฑ์องค์กรที่เป็นคู่สัญญา

กล่าวได้ว่าเป็นการเผยให้เห็นถึงพัฒนาการล่าสุดในแนวคำพิพากษาของศาล เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลได้พัฒนายอมรับสัญญาทางปกครองที่กระทำโดย คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนทั้งคู่ตามกฎหมายปัจจุบัน มีกระบวนการทางข้อความคิดในเชิงลดทอน (Un mouvement de réduction) ๒ สถานการณ์ ที่ยอมรับว่าบุคคลเอกชน ๒ ฝ่าย สามารถทำสัญญา และสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ในกรณีแรก เรียกว่าทฤษฎี “การมอบหมายโดยปริยาย” (La théorie du mandat tacite) ที่ศาลในประเทศฝรั่งเศสสร้างขึ้นมาปรับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๗๕ โดยศาลปกครองสูงสุด และศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้พิจารณาปรับใช้อย่างจำกัด ว่าเอกชนสองฝ่ายสามารถทำสัญญา ทางปกครองได้ ถ้าฝ่ายหนึ่งกระทำในนามของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (L'un des cocontractants a agi pour le compte d'une personne publique) แต่คำพิพากษาในปัจจุบัน ได้ยืนยันหลักทฤษฎี การมอบหมายโดยปริยายน้อยลงชัดเจนมากขึ้น ดังคำกล่าวยืนยันของ H. Hoepffner โดยศาลไม่ได้ใช้ วิธีตรวจสอบแบบใช้บัญชีแสดงรายการตรวจเช็คองค์ประกอบว่าเข้าเกณฑ์การพิจารณา (Un faisceau d'indices) ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชนนั้นกระทำการในนามของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือไม่

แต่อย่างไรก็ดี นับจากคำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เมื่อวันที่ ๑๖ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๑๔ เลขที่ ๓๙๔๔ ในคดีของบริษัทจัดหาประโยชน์จากหอยโอเฟิล^๘ ดังคำกล่าว ของ Mathias Amilhat ที่ได้ชี้ให้เห็นว่า “ศาลเพียงแค่พิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชนนั้นได้กระทำสัญญา ในนามตนเอง แต่จัดทำไปบนพื้นฐานทั่วไปทางเศรษฐกิจของสัญญานั้น” และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามคำตัดสิน ของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เมื่อวันที่ ๙ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ในคดีของบริษัทเดียวกัน

ส่วนกรณีที่สอง จากสมมติฐานที่ว่า สัญญาที่โดยลักษณะธรรมชาติของ สัญญาแล้วเป็นของรัฐหรือเป็นเรื่องของรัฐ (L'hypothèse de contrat appartenant par nature à l'Etat) จึงเกิดประเด็นคำถามเกี่ยวกับสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาสัมปทานทางด่วนหรือมอเตอร์เวย์ (Les contrats de concessions autoroutières) นับตั้งแต่คำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดี Peyrot ศาลได้วางหลักว่า สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ที่โดยลักษณะธรรมชาติแล้วเป็นของรัฐ (Le contrat portant sur un objet appartenant par nature à l'Etat) เช่น มีวัตถุประสงค์เพื่อการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค ทางด่วน ทางมอเตอร์เวย์ เช่นนี้จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

^๕ TC, UAP 1983, TC 15 mai 1999, Cne de Bourrisp

^๖ TC, 3 mars 1969, Société Interlait

^๗ TC, 8 juillet 1963, n° 1804, Sté entreprise Peyrot cf Sté de l'autoroute Estérel Côte d'Azur : Rec. CE, 1963, p.787

^๘ TC, 16 juin 2014, n°3944, Sté d'exploitation de la Tour Eiffel

แต่อย่างไรก็ดี เกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นก็ไม่ได้ถือเป็นแนวอีกต่อไป เนื่องจากศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วางหลักใหม่ในคดีระหว่าง Rispal c/Sté ASF^๙ ลงวันที่ ๙ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ คดีเลขที่ ๓๙๘๔ ด้วยเหตุนี้ กรณีจึงเป็นไปในทางตรงกันข้ามกับแนวคำพิพากษาเดิม แต่ก็เป็นแนวทางที่สอดคล้องกับหลักการที่ “เป็นการปรับข้อเท็จจริงแต่ละกรณีให้เข้ากับข้อกฎหมาย” (Une mise en accord du droit avec les faits) โดยศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาว่าเมื่องานก่อสร้างหรือการดำเนินการนั้นไม่ได้มีลักษณะโดยธรรมชาติเป็นของรัฐหรือเป็นงานของรัฐ ดังนั้น จึงไม่มีคุณลักษณะของการเป็นสัญญาทางปกครอง

๒.๑.๒ บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติรับรองการพิจารณาสัญญาทางปกครองจากเกณฑ์องค์การที่เป็นคู่สัญญา

บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมักจะเป็นแหล่งสำคัญที่กำหนดอย่างชัดเจนว่าสัญญาที่ทำขึ้นเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น ตามกฎหมาย ลงวันที่ ๑๗ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๘๐๐ (28 pluviôse an VIII) มาตรา ๔ ว่าด้วยการพัสดุ การขายอาคารหรืออสังหาริมทรัพย์ของรัฐ รวมถึงการขายอสังหาริมทรัพย์ที่รัฐถือครองอย่างเอกชน ซึ่งก็คือ ทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดาด้วย เป็นสัญญาทางปกครองหรือกรณีที่ค่อนข้างเป็นปัจจุบัน เป็นกรณีตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๑ สิงหาคม ค.ศ. ๒๐๐๓ มาตรา ๖๐ ที่บัญญัติให้สัญญาที่ทำขึ้นโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ อย่างเช่น รัฐสภา เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งการบัญญัติกฎหมายฉบับหลังนี้ก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด^{๑๐} ลงวันที่ ๕ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๙๙

นอกจากนี้ ตามรัฐกำหนด เลขที่ ๒๐๑๕-๘๙๙ ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ว่าด้วยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุและว่าด้วยสัญญาสัมปทาน ถือว่าเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ๒ ฉบับ ที่บัญญัติถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นการกำหนดคุณลักษณะของสัญญาทางปกครองที่สอดคล้องกับบทกฎหมายที่ตราขึ้น ตั้งแต่ ปี ค.ศ. ๒๐๐๑ โดยกฎหมาย MURCEF ว่าด้วยสัญญาตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ (Code des Marchés Publics) รัฐกำหนดดังกล่าวข้างต้น บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ ว่า สัญญาทางปกครองและสัญญาสัมปทาน คือ สัญญาที่ทำขึ้นตามกฎหมายนี้และถ้าเป็นสัญญาที่ทำโดยนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม สมควรต้องกล่าวเน้นย้ำว่า การที่กฎหมายกำหนดคุณลักษณะของสัญญาว่าเป็นสัญญาทางปกครองไว้โดยกฎหมายนี้ ก็เกิดประเด็นคำถามเพราะว่าท้ายที่สุดแล้วจะมีความขัดแย้งกันเอง กล่าวคือ ในด้านหนึ่ง การกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครองไว้โดยกฎหมายแสดงให้เห็นถึงเจตจำนงอย่างชัดเจนที่จะยืนยันเกณฑ์การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองด้วยเกณฑ์องค์การเพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ สัญญาทางปกครองต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว คุณลักษณะที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นฝ่ายปกครองนี้ ควรจะมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ในอีกด้านหนึ่งเป็นดังที่ Mathias Amilhat ทำบันทึกความเห็นไว้ว่า ความเกี่ยวพันระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนกับสัญญาทางปกครองไม่ได้แสดงถึงผลกระทบใด ๆ ต่อระบบกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ดังนั้น

^๙ TC, 9 mars 2015, n°3984, Rispal c/. Sté ASF

^{๑๐} CE, Ass. 5 mars 1999, Président de l'Assemblée Nationale, GAJA, n° 109

บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานจึงไม่ได้มีข้อกำหนดพิเศษเฉพาะที่ใช้บังคับกับสัญญาที่จัดประเภทเป็นสัญญาทางปกครอง ข้อแตกต่างเพียงประการเดียวของผู้ดำเนินการทำสัญญาสัมปทาน คือ สัญญาสัมปทานที่กระทำโดยหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจทำการประมูลเพื่อทำสัญญา (Des pouvoirs adjudicateurs) กับสัญญาสัมปทานที่กระทำโดยหน่วยประมูลทำสัญญาที่เป็นผู้ประกอบการที่เป็นโครงข่าย (Des entités adjudicatrices) หรือความแตกต่างของสัญญาสัมปทานที่เกี่ยวกับวงเงินตามสัญญาหรือวัตถุประสงค์ของสัญญา รวมทั้งความแตกต่างของสัญญาสัมปทานที่พิจารณาจากความเฉพาะของสัญญา กล่าวคือ เป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะของสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับการป้องกันประเทศและความมั่นคงของชาติ (La spécificité des contrats de concession de défense ou de sécurité) นอกจากนี้ ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน ก็แสดงให้เห็นว่าเป็นระบบกฎหมายที่มีความเป็นเอกภาพ เพื่อที่จะใช้จำแนกว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่ง

Mathias Amilhat ยังได้กล่าวเสริมโดยใช้ตรรกะเดียวกันนี้อีกว่า การแยกความแตกต่างของผู้ที่ทำสัญญานี้ ยังพบได้ในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่จะพบว่า มีการจำแนกผู้ที่ทำสัญญาพัสดุไว้หลากหลายประเภทกว่าในสัญญาสัมปทานพิจารณา ตามมาตรา ๓ ของรัฐกำหนด สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุดังกล่าวข้างต้น จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไปหรือไม่ Mathias Amilhat เห็นว่า คงจะไม่ถูกต้องที่จะพิจารณาว่าเมื่อเข้าคุณลักษณะที่กำหนดแล้ว จะจัดอยู่ในระบบกฎหมายของสัญญาทางปกครองเพราะจริง ๆ แล้วสัญญาทางปกครองมีหลากหลายประเภทมาก Mathias Amilhat ยังได้อธิบายเพิ่มเติมอีกว่า ถ้านิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเป็นผู้จัดซื้อจัดจ้างแสดงให้เห็นว่าสัญญาพัสดุนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ก็ย่อมชัดเจนว่าจะต้องใช้บังคับระบบกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองกับสัญญาพัสดุดังกล่าว แต่ในความเป็นจริงแล้ว เฉพาะเพียงแค่การที่ผู้จัดซื้อจัดจ้างเป็นหน่วยงานหรือบุคคลที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน ก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่หน่วยงานดังกล่าวทำขึ้นเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ข้อบังคับที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายมหาชน เป็นที่ประจักษ์ชัดว่า เกณฑ์การพิจารณาคุณลักษณะเช่นนี้ คือ การที่มองว่า เมื่อเป็นคู่สัญญาที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน สัญญาที่ทำย่อมเป็นสัญญาทางปกครองนั้น มีตรรกะในการพิจารณาอยู่ว่าการคุ้มครองการเป็นสัญญาทางปกครองเกณฑ์เช่นนี้มีวัตถุประสงค์เพียงคงไว้ซึ่งความแตกต่างระหว่างสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครอง

อย่างไรก็ดี ข้อยืนยันบทบัญญัติทางกฎหมายที่ยอมรับหรือยืนยันเกณฑ์ด้านองค์กรที่เป็นคู่สัญญานี้ มีปรากฏอยู่ในรัฐกำหนดของฝรั่งเศส แต่ไม่ได้รับรองยืนยันตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรป

๒.๒ การปรับเปลี่ยนหลักเกณฑ์เนื้อหาในการพิจารณาสัญญาทางปกครอง (L'adaptation des critères matériels des contrats administratifs)

เป็นกรณีการปรับเปลี่ยนหลักเกณฑ์การนิยามสัญญาทางปกครองใหม่ให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงการจัดประเภทของสัญญาที่กำหนดโดยกฎหมายของยุโรป โดยเฉพาะการให้คำนิยามใหม่ของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป (La clause exorbitante) ที่ปรับเปลี่ยนมาพิจารณาที่ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ (L'intérêt général)

๒.๒.๑ แนวคิดดั้งเดิมของการให้คำจำกัดความ “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในสัญญาทางปกครองที่แตกต่างไปจากข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง” (La clause exorbitante du droit commun)

เป็นไปตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีบริษัท granits porphyroïdes des Vosges ลงวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๑๒ เกี่ยวกับสัญญาจัดหาพัสดุ (หินแกรนิต) ระหว่างบริษัท หินแกรนิต ดังกล่าว กับเทศบาลเมืองลีส และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดี บริษัท Stein ลงวันที่ ๒๐ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๕๐ วางหลักว่า “ข้อกำหนดพิเศษ หมายถึง ข้อกำหนดที่มีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญา มีสิทธิหรือหน้าที่พิเศษแตกต่างไปจากสิทธิหรือหน้าที่ของคู่สัญญาตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสมัครใจยินยอมโดยเสรีของคู่สัญญา”

ตามเกณฑ์ที่กำหนดโดยแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลชี้ขาด อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลของประเทศฝรั่งเศส ศาลได้วางแนวไว้ว่าสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชน กับบุคคลเอกชนจะเป็นสัญญาทางปกครองภายใต้เงื่อนไข ๒ ประการ คือ *ประการแรก* เป็นสัญญาที่มี วัตถุประสงค์เพื่อจัดทำภารกิจอันเป็นบริการสาธารณะ ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๔ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๑๐ ในคดี Thérond^{๑๑} ซึ่งเป็นเกณฑ์ที่เรียกว่า เกณฑ์ด้านเป้าหมายหรือ วัตถุประสงค์ (Le critère finaliste) *ประการที่สอง* การจะเป็นสัญญาทางปกครอง ในสัญญานั้นจะต้องมี ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง (Une clause exorbitante du droit commun) ซึ่งเป็นไปตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๑๒ คดีบริษัทหินแกรนิต^{๑๒} ซึ่งกรณีนี้เป็นเกณฑ์ด้านเนื้อหาของสัญญา (Le critère matériel)

วิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในปัจจุบัน ไม่ได้มีผลกระทบ อย่างมีนัยสำคัญต่อเกณฑ์ด้านเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของสัญญา นอกจากนี้ ตามคำพิพากษาของ ศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๒๐ เมษายน ค.ศ. ๑๙๕๖ คดี Consorts Grimouard^{๑๓} ศาลปกครองสูงสุด วางแนวไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง จะต้องมีความที่สร้างขึ้นเพื่อให้ฝ่ายปกครองจัดทำ บริการสาธารณะได้สำเร็จ หรือเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ตามแนวคำพิพากษาคดี Epoux Bertin^{๑๔} ดังนั้น ภารกิจด้านการจัดทำบริการสาธารณะจึงยังคงยึดถือ เป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำการตามสัญญา ซึ่งความเป็นจริงแล้ว การพัฒนาเปลี่ยนแปลง ในกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองจะเป็นการเปลี่ยนแปลงทางด้านหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา (Le critère matériel) ของสัญญา ซึ่งก็คือ ในเรื่องของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษยิ่งไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง

ข้อความคิดหรือลักษณะทางกฎหมายของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษยิ่งไปกว่า ข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งมีที่มาจากแนวคำพิพากษาคดีสำคัญของศาลปกครองสูงสุด คือ คดีบริษัทหินแกรนิต ลงวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๑๒ คำพิพากษาคดีนี้เป็นการพิจารณาเพื่อตอบปัญหาในประเด็นเกี่ยวกับ ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาจัดหาพัสดุ (หินแกรนิต) ที่สร้างขึ้นระหว่างเมืองลีส ซึ่งเป็นหน่วยงาน ฝ่ายปกครองกับบริษัทเอกชนว่า เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของหน่วยงานทางปกครอง ศาลปกครองจำต้องวิเคราะห์ถึงกฎเกณฑ์และเงื่อนไขของสัญญาดังกล่าว ซึ่งศาลปกครองพิจารณาเห็นว่า สัญญาจัดหาหรือซื้อหินแกรนิตดังกล่าว “เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อให้เอกชนที่เป็นคู่สัญญา ส่งมอบหินแกรนิตตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาระหว่างคู่สัญญา” ศาลจึงเห็นว่า คำสั่งซื้อ

^{๑๑} CE, 4 mars 1910; Thérond

^{๑๒} CE, 31 juillet 1912, n°30701, Sté. des granits porphyroïdes des Vosges

^{๑๓} CE, 20 avril 1956, Consorts Grimouard, GAJA , n°75

^{๑๔} CE, 20 avril 1956, Epoux Bertin

หรือคำสั่งให้จัดหาพัสดุดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เหตุผลหรือมูลเหตุจูงใจที่ศาลใช้ตัดสินคดีนี้ กล่าวอย่างง่าย ๆ คือ สัญญาทำขึ้นตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายแพ่ง เพียงอย่างเดียว ไม่ได้ประกอบด้วยข้อกำหนดอะไรเป็นพิเศษที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ตามกฎหมายแพ่ง สัญญานี้จึงไม่อาจเป็นอย่างอื่นได้ นอกจากเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งก็ย่อมพิจารณาให้ความหมายหรือลักษณะในทางตรงกันข้ามได้ว่า สัญญาทางปกครองก็คือสัญญาที่มีข้อกำหนดเป็นพิเศษที่นอกเหนือไปจากข้อกำหนดตามกฎหมายแพ่ง โดยที่สัญญาที่มีข้อกำหนดเป็นพิเศษยิ่งไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่งเป็นสัญญาที่ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของระบบกฎหมายแพ่งที่ว่าด้วยเรื่องหนี้ ดังนั้น การฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

นอกจากการวิเคราะห์และวางแนวไว้ตามคำพิพากษาคดีหินแกรนิตแล้ว ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีคำพิพากษาเดินตามแนวคำพิพากษาคดีนี้ โดยศาลได้ระบุไว้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้นในคดี Stein ลงวันที่ ๒๐ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๕๐ ซึ่งศาลพิพากษาว่า ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษยิ่งไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง อาจให้คำนิยามได้ว่า เป็นข้อกำหนดที่มีวัตถุประสงค์ “เพื่อให้สิทธิแก่คู่สัญญา หรือกำหนดภาระหน้าที่ (หรือหนี้) ที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติในลักษณะที่แตกต่างไปจากหนี้ที่ตามกฎหมายแล้วจะเกิดขึ้นเป็นหนี้ตามสัญญาที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกัน ก็ต่อเมื่อเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นด้วยการตกลงยินยอมด้วยใจสมัครของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายภายใต้กฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง”

มีข้อพิจารณาว่าจะให้นิยามข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษยิ่งไปกว่าข้อกำหนดตามสัญญาทางแพ่งอย่างไร ? ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษยิ่งไปกว่าข้อกำหนดตามสัญญาทางแพ่ง อาจให้คำจำกัดความได้ว่า เป็นข้อกำหนดตามสัญญาที่ไม่สามารถพบได้ในกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชน ซึ่งจะมีสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ที่มีลักษณะไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาตามกฎหมายเอกชน นั่นก็คือ อำนาจในการกำหนดทิศทางหรือเนื้อหาของสัญญา (Le pouvoir de direction) อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียว (Le pouvoir de modification unilatérale) อำนาจในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา (Le pouvoir de contrôle) หรืออำนาจในการลงโทษ (Le pouvoir de sanction) อำนาจดังกล่าวเหล่านี้เป็นอำนาจที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือและมีอำนาจบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นฝ่ายเอกชน

ในส่วนของหลักคำสอนทางวิชาการก็มีการถกเถียงกันเป็นเวลาหลายปี เกี่ยวกับการให้คำจำกัดความของข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษยิ่งไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ในประการแรกเพราะเหตุว่า พัฒนาการตามแนวคำพิพากษาดังแต่ปี ค.ศ. ๑๙๑๒ และได้พัฒนาให้ชัดเจนขึ้นโดยศาลปกครองในคดี Stein ไม่สามารถแก้ปัญหาทางกฎหมายได้ทุกกรณี และในประการที่สอง เพราะเหตุว่าการมีอยู่ของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในสัญญายิ่งไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ไม่ใช่ทุกกรณีที่เห็นเหตุผลเพียงพอที่จะพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครอง โดยอัตโนมัติและโดยปราศจากข้อโต้แย้ง และในประการสุดท้าย เนื่องจากในบางกรณี ศาลอาจปฏิเสธที่จะจัดสัญญาที่มีข้อกำหนดที่ผิดกฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางแพ่ง ให้เป็นสัญญาทางปกครอง

๒.๒.๒ การให้คำจำกัดความใหม่แก่ “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในสัญญาทางปกครองที่แตกต่างไปจากข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง” ตามคำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล (Le Tribunal des Conflits) ในคดี บริษัท AXA France IARD ลงวันที่ ๑๓ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๔

สำหรับการเปลี่ยนแปลงการให้คำจำกัดความของข้อความคิดเกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษยิ่งกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่งที่มีการเปลี่ยนแปลงขนานใหญ่ในปี ค.ศ. ๒๐๑๔ หลังจากมีคำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เมื่อวันที่ ๑๓ ตุลาคม ๒๐๑๔ ในคดี บริษัท AXA France IARD ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วางแนวใหม่เกี่ยวกับข้อความคิดที่สำคัญที่ว่าด้วยข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษยิ่งกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่ใช้เป็นเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครอง โดยศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ละทิ้งการให้นิยามแบบดั้งเดิมของข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษยิ่งกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ที่เคยวางแนวในการนิยามไว้แบบปฏิเสธ ตั้งแต่คดีบริษัทหินแกรนิต และคดี Stein

ในคดีปี ค.ศ. ๒๐๑๔ นี้ ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยในเชิงพิจารณา ลงในเนื้อหาว่า ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษยิ่งกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง หมายถึง ข้อกำหนดที่มีลักษณะที่แสดงถึงประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเมื่อสัญญานั้นมีข้อกำหนดที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ สัญญาที่มีข้อกำหนดเช่นนั้นย่อมมีลักษณะพิเศษยิ่งกว่าข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง ทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

คำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลคดีนี้มีความสำคัญ เพราะว่าเป็นการที่ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้เปลี่ยนแนวทางการให้คำนิยามใหม่ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนมุมมองใหม่โดยสิ้นเชิง จากเดิมที่เป็นการนิยามเชิงปฏิเสธและเชิงรูปแบบ (Une définition négative et formelle) มาเป็นการให้คำนิยามเชิงบวกและเป็นการให้คำจำกัดความเชิงเนื้อหา (Une définition positive et matérielle) โดยการให้คำนิยามใหม่ในเชิงบวก หมายความว่า ศาลไม่ได้พิจารณาข้อกำหนดว่าเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเพราะว่าเป็นข้อกำหนดที่ไม่อาจมีได้ในสัญญาทางแพ่ง ดังนั้นจึงเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษยิ่งกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งการให้นิยามเช่นว่านี้เป็นการอธิบายเชิงปฏิเสธตามที่ศาลเคยวางแนวไว้ในคดีบริษัทหินแกรนิต และยืนยันชัดเจนในคดี Stein แต่นิยามแบบใหม่ศาลได้กำหนดเป้าหมายที่ชัดเจน (Un but précis) และเป็นการอธิบายความเชิงบวก (positif) อธิบายสาระของข้อกำหนดอย่างชัดเจนและมีรายละเอียดที่กำหนดชัด (clairement identifié et déterminé) นั่นคือ ต้องเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ (L'intérêt général)

ดังนั้น นับตั้งแต่คำพิพากษาปี ค.ศ. ๒๐๑๔ สิ่งที่แสดงถึงการเป็นข้อกำหนดพิเศษ ก็คือ การมีเป้าหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะทำให้ข้อกำหนดที่เป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ เป็นสิ่งที่จะเป็นข้อยกเว้นสิ่งที่เป็นข้อกำหนดทั่วไปตามกฎหมายแพ่ง การให้คำจำกัดความใหม่จึงไม่ใช่เป็นคำนิยามอย่างปลอม ๆ (artificielle) ที่บอกว่าเมื่อเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ แตกต่างไปต่างข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง จึงทำให้เป็นสัญญาทางปกครอง

คำนิยามเชิงบวกเป็นมุมมองใหม่ในการอธิบายข้อคิดที่ว่าด้วยข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษยิ่งไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ไม่ใช่เป็นการให้คำนิยามในเชิงรูปแบบอีกต่อไป แต่เป็นการให้คำจำกัดความในเชิงเนื้อหาสาระ พิจารณาลงในเนื้อหาของสัญญา ด้วยเหตุนี้ นับตั้งแต่คำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๔ ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษยิ่งไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง โดยลักษณะธรรมชาติแล้วก็คือ ข้อกำหนดในสัญญาที่อาจจะเป็นข้อตกลงตามกฎหมายแพ่ง หรืออาจจะเป็นข้อตกลงตามกฎหมายมหาชนก็ได้ แต่การจะใช้บังคับระบบกฎหมายปกครองหรือระบบกฎหมายแพ่งขึ้นอยู่กับว่ามีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กับการกิจ

เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ถ้าข้อกำหนดนั้นเกี่ยวข้องกับภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะก็จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง

ด้วยเหตุนี้ ประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งที่เชื่อมโยงกับข้อกำหนดในสัญญา และประโยชน์สาธารณะก็เป็นสิ่งที่เชื่อมโยงกับการใช้บังคับระบบกฎหมายพิเศษที่เป็นไปเพื่อการดำเนินการอันเป็นภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะให้บรรลุผล เมื่อข้อกำหนดมีความสัมพันธ์กับประโยชน์สาธารณะและการใช้ระบบกฎหมายพิเศษ ข้อกำหนดนั้นจึงเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษยิ่งไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ดังนั้น ต่อจากนี้ไปจึงไม่มีคำว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษยิ่งไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง” ในตัวเองอีกต่อไป และข้อกำหนดนั้นจะเป็นข้อกำหนดพิเศษ ก็ไม่ใช่เพราะด้วยลักษณะของข้อกำหนดที่แตกต่างจากข้อกำหนดตามกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ ไม่ได้พิจารณาในมุมมองเชิงปฏิเสธแบบนั้นอีกแล้ว ต่อไปนี้ข้อกำหนดในสัญญาทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดในสัญญาใด ๆ จะเป็นข้อกำหนดตามกฎหมายมหาชนก็ต่อเมื่อมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับประโยชน์สาธารณะ จึงเป็นการพิจารณาโดยใช้เกณฑ์ทางด้านเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของข้อกำหนดที่เป็นเงื่อนไขความพิเศษหรือการมีลักษณะพิเศษของข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว เพราะว่าวัตถุประสงค์ของข้อกำหนดในสัญญาเป็นตัวกำหนดระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา และนี่คือวิวัฒนาการที่ตอบสนองต่อการปฏิรูปโดยทั่วไปของระบบกฎหมายว่าด้วยการพัสดุและการสัมปทานที่เป็นการดำเนินการตามกฎหมายยุโรป

๓. การเปลี่ยนแปลงที่เกี่ยวกับการบังคับให้เป็นไปตามสัญญา (Les transformations dans l'exécution du contrat)

ตามแนวคิดดั้งเดิม กฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองแสดงถึงการมีอำนาจเหนือของรัฐและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งหลักเกณฑ์เช่นนี้ก็ยังคงใช้เป็นหลักในการพิจารณาความแตกต่างระหว่างสัญญาตามกฎหมายเอกชนกับและสัญญาตามกฎหมายมหาชน ในขณะที่สัญญาตามกฎหมายเอกชนตั้งอยู่บนหลักการที่ว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและความเสมอภาคเท่าเทียมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่สำหรับสัญญาทางปกครองตั้งอยู่บนหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของฝ่ายนิติบุคคลมหาชน และเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองที่มีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อทำให้การบังคับตามสัญญาสำเร็จลุล่วง

ตามแนวคิดทางกฎหมายสมัยใหม่แสดงถึงพัฒนาการความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ๒ ประการ คือ ๓.๑ การลดเสรีภาพในการทำสัญญาของผู้ประกอบการที่เป็นภาครัฐ และ ๓.๒ การลดลงของเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองที่มีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

๓.๑ การลดเสรีภาพในการทำสัญญาของผู้ประกอบการที่เป็นฝ่ายรัฐและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (La réduction de la liberté contractuelle des opérateurs publics)

สัญลักษณ์แห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ ก็คือ การที่รัฐมีเสรีภาพสูงสุดเสมอในการทำสัญญา ซึ่งถือว่าเป็นหลักการที่ธรรมดา จะเห็นได้ว่า มีข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับกระบวนการคลาสสิกในการจัดการประมูลประกวดราคาเพื่อหาผู้ที่เข้ามาทำสัญญากับรัฐ ฝ่ายรัฐมีข้อได้เปรียบเสมอในการคัดเลือกผู้ที่เข้ามาเป็นคู่สัญญา รัฐเพียงฝ่ายเดียวที่มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์อย่างเต็มที่เกี่ยวกับสมรรถนะความสามารถและทักษะของผู้ที่จะเข้ามารับงานจากรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐเลือกผู้ที่มีความสามารถจะเข้ามาดำเนินการกิจด้านการบริการสาธารณะที่เป็นของรัฐ เรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองนี้ได้รับการพิจารณามาเป็นเวลายาวนานแล้วว่า เป็นหลักการทางกฎหมายที่สำคัญและเป็นแนวทางการปฏิบัติในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองก็ได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงอย่างแท้จริงในปัจจุบัน ในช่วงปี ค.ศ. ๑๙๙๓ มีเพียงสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุเท่านั้นที่เป็นสัญญาตามกฎระเบียบ (Des contrats réglementés) ดังนั้น จึงถือว่าเป็นข้อยกเว้นที่ชัดเจนต่อหลักการว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ปัจจุบันนี้ อย่างน้อยหากพิจารณาจากมุมมองเชิงปริมาณ สถานการณ์มีแนวโน้มที่จะถอยกลับ หากในกฎหมายว่าด้วยสัญญาของฝรั่งเศสยึดถือหลักการว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญายังคงเป็นหลักการตามที่ศาลปกครองสูงสุดได้ยืนยันหลักการไว้ในคำพิพากษาปี ค.ศ. ๒๐๑๐ และต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติของฝรั่งเศสก็เดินตามแนวของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ปรากฏว่ามีปริมาณของสัญญาที่ถูกเรียกร้องให้ต้องเคารพกฎเกณฑ์และระเบียบมากขึ้นเรื่อย ๆ จนกระทั่งกลายเป็นครอบคลุมการทำสัญญาส่วนใหญ่ทั้งหมด ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นเงื่อนไขในการทำสัญญาที่อยู่ภายใต้แรงผลักดันของกฎหมายยุโรป แต่ทั้งนี้ ก็มีบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติยกเว้นจากการที่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่กำหนดโดยสหภาพยุโรป ซึ่งข้อกำหนดของสหภาพยุโรปจะกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นภาระผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามกระบวนการโฆษณาประชาสัมพันธ์ให้ทราบถึงการจัดซื้อจัดจ้าง และข้อกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า นอกจากนี้ การกำหนดข้อยกเว้นอาจกำหนดไว้โดยกฎหมายของยุโรปเอง เช่น ตามมาตรา ๗ ของข้อกำหนดของสหภาพยุโรปปี ค.ศ. ๒๐๑๔ (Directive 2014/25/EU) ที่เกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุในธุรกิจเกี่ยวกับการประปา พลังงาน การขนส่ง และการบริการไปรษณีย์ หรือในส่วนของบทบัญญัติกฎหมายฝรั่งเศสเองก็มีการบัญญัติยกเว้นไว้ เช่น การทำสัญญาการสรรหาและจ้างเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก็เช่นเดียวกับสัญญาการจ้างงานทั้งหมดที่ไม่ตกอยู่ภายใต้กระบวนการประมูลประกวดราคา ที่ต้องจัดให้มีการแข่งขัน หรือสัญญาประเภทให้เงินอุดหนุนช่วยเหลือต่าง ๆ หรือสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดบบางประเภท ตามรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ หรือตามรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖ มาตรา ๑๓ ถึงมาตรา ๑๖ ว่าด้วยสัญญาสัมปทาน

ในทำนองเดียวกัน การทำข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐหรือของแผ่นดิน ก็หลุดพ้นออกไปจากข้อผูกพันที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง รวมทั้งข้อสมมติฐานเกี่ยวกับสัญญาที่เรียกว่า “สัญญา in house” ซึ่งเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชน ๒ แห่ง ซึ่งอาจจะเป็นนิติบุคคลมหาชนที่ตั้งขึ้นมาในกำกับดูแลเพื่อทำกิจการบางเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน สัญญา in house นี้ เป็นสัญญาที่อยู่นอกกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นไปตามแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป คดี Teckal^{๑๕} ลงวันที่ ๑๘ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๙๙ โดยเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ และลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖

อย่างไรก็ตาม ควรสังเกตด้วยว่า ข้อยกเว้นที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง แต่ก็ยังคงอยู่ภายใต้การเคารพต่อหลักการพื้นฐานของสัญญา คือ หลักการว่าด้วยความโปร่งใส ความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติในการทำสัญญา ตามที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้พิพากษายืนยันหลักการไว้ในคดี Telaustria^{๑๖} ลงวันที่ ๗ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๐ นับแต่นั้น ข้อผูกพันของการทำสัญญาที่ต้องให้มีการแข่งขันทางการค้า ได้พัฒนาไปด้วยความวิตกกังวลเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองการเงินการคลังของรัฐ ความโปร่งใสในกระบวนการทำหน้าที่จัดการประกวดราคา และการเคารพต่อการแข่งขันทางการค้า ที่กล่าวมานี้ถือว่าเป็นกฎทองสามประการ ซึ่งเป็นกรอบกำหนดขั้นตอนกระบวนการทำสัญญา

^{๑๕} CECJ, Teckal, 18 novembre 1999

^{๑๖} CECJ, Telaustria, 7 Decembre 2000

ที่นิติบุคคลมหาชนที่เป็นคู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม และเป็นกฎทองที่มีแนวโน้มจะทำให้นิติบุคคลมหาชนมีลักษณะที่เข้าไปใกล้กับผู้ประกอบการภาคเอกชนที่ทำสัญญา กฎทองดังกล่าวนี้มีความคล้ายคลึงกับกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ตามกฎหมายแพ่ง แต่ที่แตกต่างกันก็คือ กรณีของนิติบุคคลมหาชนนี้ นิติบุคคลมหาชนมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม

ในเบื้องต้น กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้มีคณะกรรมการพิเศษที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาของนิติบุคคลมหาชน ได้แก่ คณะกรรมการว่าด้วยการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือคณะกรรมการเปิดซองประกวดราคา คณะกรรมการดังกล่าวเหล่านี้จะเป็นผู้ที่ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เข้าร่วมประกวดราคา และมีอำนาจอื่น ๆ อีกหลายประการ คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจให้ความเห็น หรือมีอำนาจที่แท้จริงในการเลือกคู่สัญญา ซึ่งตรงนี้มีข้อสังเกตว่า การพัฒนาไปในทางที่เข้มงวดมากขึ้น คือ การเรียกร้องให้มีมาตรฐานทางจริยธรรมเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อไม่ให้มีประเด็นเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อน หรือการขัดแย้งกันทางผลประโยชน์ ซึ่งข้อกำหนดของสหภาพยุโรป ลงวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๔ ยืนยันในประเด็นดังกล่าวนี้ ในมาตรา ๒๔ ของข้อกำหนดเลขที่ 2014/24/EU

ข้อผูกพันที่ต้องดำเนินการในการทำสัญญาดังกล่าวนี้เป็นการเรียกร้องหรือบังคับในเรื่องเกี่ยวกับความเป็นกลางของผู้ที่เข้าร่วมงานหรือเป็นพันธมิตรกับภาครัฐ เพื่อดำเนินการหรือจัดการป้องกันคดีความที่เกิดจากการเล่นพรรคเล่นพวก โดยกรณีนี้ปรากฏอยู่ในเจตนารมณ์ของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาประชาสัมพันธ์ ที่มีการห้ามการเสนอราคาเพื่อเหตุผลเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ของหน่วยงานที่มีอำนาจจัดประมูลซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการทำสัญญา ในนัยเดียวกัน ข้อกำหนดของสหภาพยุโรปได้กำหนดถึงความจำเป็นที่จะต้องให้นิยามหรืออธิบายความหมายอย่างระมัดระวังและอย่างรอบคอบถึงความต้องการของหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดประมูลประกวดราคาเพื่อทำสัญญา เพื่อให้สามารถเลือกผู้เข้าร่วมสัญญาหรือเลือกคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ดีที่สุด โดยพิจารณาตามวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งก็คือการกำหนดความต้องการที่เขียนหรือกำหนดไว้เป็นวัตถุประสงค์หรือวัตถุประสงค์ของสัญญา และด้วยวิธีนี้จะต้องมีการเลือกข้อเสนอของแต่ละราย จึงนำมาสู่การคำนวณราคาหรือจำนวนเงินที่ต้องชำระ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่ระบุไว้สำหรับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ จำนวนเงินที่ระบุไว้จะแสดงถึงกระบวนการขั้นตอนที่ดีในการจัดซื้อจัดจ้างที่มีการควบคุมที่เหมาะสม

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ วิธีการคำนวณจะถูกกำหนดขั้นสุดท้ายโดยมีเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงการแบ่งส่วนตลาดอย่างหลอกลวง (การฮั้ว) เพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการขั้นตอนการประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งแตกต่างจากการจัดซื้อจัดจ้างแบบจัดซื้อเป็นล็อตหรือเป็นชุดใหญ่จากผู้ประกอบการหลายราย (L'allotissement) ซึ่งเป็นเทคนิคการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้รับอนุญาตให้ตัดส่วนแบ่งตลาดเป็นหลาย ๆ ล็อตได้ จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่ใช้จ่ายจำนวนเงินเป็นตัวกำหนดกระบวนการขั้นตอน รัฐกฎหมายเลขที่ ๒๐๑๖-๓๖๐ ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ แยกความแตกต่างเป็น ๓ ระดับ ระดับที่ ๑ การจัดซื้อจัดจ้างที่มีกระบวนการขั้นตอนที่ได้รับระดับมาตรฐาน ซึ่งอาจเป็นการจัดซื้อจัดจ้างที่มีราคาต่ำกว่า ๒๕,๐๐๐ ยูโร ระดับที่ ๒ การจัดซื้อจัดจ้างที่มีวงเงินระหว่าง ๒๕,๐๐๐ ถึง ๔๐,๐๐๐ ยูโร ระดับที่ ๓ สัญญาพัสดุที่มีวงเงินเกิน ๔๐,๐๐๐ ยูโร และหลักเกณฑ์กระบวนการขั้นตอนหรือวิธีการจัดซื้อจัดจ้างอย่างเป็นทางการที่สามารถตอบสนองต่อระบบการจัดซื้อจัดจ้างที่แตกต่างกันระดับต่าง ๆ เป็นไปตามรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ได้แก่ วิธีการประกวดราคา (Des appels d'offres) วิธีการตกลงราคา

(Des marchés négociés) วิธีการสอบราคา (Des dialogues compétitifs) รวมถึงวิธีการหาผู้ร่วมลงทุน
ในนวัตกรรม (Le partenariat d'innovation)

สำหรับกรณีการทำสัญญาสัมปทาน วงเงินในการทำสัญญาจะถูกกำหนดตามมูลค่า
การซื้อขายรวม (Le chiffre d'affaire total) ที่ดำเนินการหรือจัดทำขึ้นโดยผู้รับสัมปทาน ในระหว่าง
การทำสัญญา และตามมาตรา ๓๐ ของข้อกำหนดของสหภาพยุโรป เลขที่ ๒๐๑๔/๒๓/EU (Directive
No. 2014/23/EU) ที่วางหลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการเลือกวิธีการขั้นตอนในการได้รับสัมปทานและ
ทำสัญญาสัมปทาน (Le principe du libre choix de la procédure dans l'attribution des concessions)
ส่วนรัฐกำหนดลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖ และรัฐกฤษฎีกาที่ออกตามมาเพื่อบังคับการให้เป็นไปตาม
รัฐกำหนดดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๑ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๖ มาตรา ๙ ถึง ๑๑
ที่แบ่งแยกความแตกต่างของระดับกระบวนการขั้นตอนในการทำสัญญาสัมปทานไว้ ๓ ระดับ ได้แก่ สัมปทาน
ที่มีมูลค่าหรือวงเงินเกิน ๕,๒๒๕,๐๐๐ ยูโร สัมปทานที่มีวงเงินต่ำกว่าเกณฑ์นี้ และสัญญาสัมปทาน
ที่สามารถทำได้โดยไม่ต้องมีการโฆษณาประชาสัมพันธ์ หรือไม่ต้องจัดให้มีการเสนอราคาแข่งขัน ไม่ต้องให้มี
การแข่งขันทางการค้า

๓.๒ การลดลงของเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองที่มีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง
(L'affaiblissement des droits de la personne publique contractante)

การแสดงออกซึ่งอำนาจในการบังคับการหรือปฏิบัติการให้เป็นไปตามสัญญา
คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนจะมีสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้
ซึ่งก็ย่อมเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ทางเศรษฐกิจของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชน ซึ่งการแก้ไข
เปลี่ยนแปลงการปฏิบัติตามสัญญาเหล่านี้จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ด้านคุณภาพทางการเงินในข้อสัญญาด้วย
และถือว่าเป็นข้อผูกพันสำหรับนิติบุคคลมหาชนที่เป็นผู้ให้สัมปทานที่จะต้องจ่ายค่าชดเชยความเสียหาย
แก่คู่สัญญาที่เป็นผู้รับสัมปทานสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา ไม่ว่าจะเป็น
การแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ หรือเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เกิดจาก
ความผิดของฝ่ายปกครองที่เรียกว่า ทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย (Le fait du prince) ซึ่งการใช้อำนาจ
แก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวเช่นนี้ เป็นการแสดงถึงความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา

อาจจะกล่าวได้ว่า เป็นเวลานานมาแล้วที่เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนี้นำมาซึ่ง
หรือแสดงออกในรูปของการมีข้อกำหนดพิเศษในสัญญาทางปกครองที่แตกต่างไปจากข้อกำหนดในสัญญา
ตามกฎหมายแพ่ง เป็นข้อกำหนดที่ระบุถึงอำนาจการตัดสินใจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง และอำนาจ
ในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา และอำนาจในการลงโทษ
หากมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่อย่างไรก็ดี ในระบบกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในปัจจุบัน
แสดงให้เห็นถึงการลดลงของอำนาจและเอกสิทธิ์ดังกล่าวของฝ่ายปกครอง การลดอำนาจที่กล่าวถึงนี้
แสดงให้เห็นอย่างเด่นชัดมากขึ้นเรื่อย ๆ ด้วยการถกเถียงโต้แย้งที่ตรงไปตรงมาเกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายปกครอง
ในการควบคุมสัญญา แน่นอนว่า สิทธิในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญานี้มีผลบังคับใช้ในสัญญาบางประเภท
เช่น สัญญาการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ (Des contrats de délégation de service public)
ซึ่งจะมีข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับ “สิทธิในการควบคุม” ของฝ่ายปกครองที่เป็นผู้มอบหมายให้เอกชนจัดทำ
บริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม สิทธิในการควบคุมจะค่อย ๆ ย้อนกลับไปสู่การบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา

ยิ่งกว่านั้น แนวคำพิพากษาของศาลก็ไม่เคยยอมรับอำนาจของฝ่ายปกครองในการควบคุมสัญญานี้เป็นส่วนหนึ่งของ “หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยสัญญาทางปกครอง” (Des règles générales des contrats administratifs)

ในความเป็นจริงแล้ว อำนาจในการควบคุมสัญญาของฝ่ายปกครองนี้ เป็นอำนาจที่สับสนกับการจัดการเพื่อลงโทษการไม่ปฏิบัติตามที่ระบุไว้ในสัญญาเพื่อให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้อำนาจควบคุมและลงโทษเป็นอย่างอื่นนอกเหนือไปจากที่ระบุไว้ในสัญญานั้น ในลักษณะนี้ก็จะปรากฏว่าเป็นอำนาจของศาลที่จะเข้ามาตรวจสอบ และพบเป็นคดีเสมอ ๆ ที่ศาลเข้ามาตรวจสอบ การลบล้างสัญญาต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ที่เห็นได้ชัดในกรณีของอำนาจในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว เป็นเวลานานมาแล้ว ที่ถือว่าเป็นข้อกำหนดพิเศษในสัญญาทางปกครองที่แตกต่างไปจากข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง แต่ในปัจจุบัน อำนาจในลักษณะของข้อกำหนดพิเศษนี้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมากโดยกฎหมายของยุโรป ซึ่งมีการกำหนดกรอบเงื่อนไขที่เข้มงวดในการที่ฝ่ายปกครองจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ซึ่งเป็นไปตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรป ลงวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๖ ที่ได้บัญญัติไว้เป็นครั้งแรกสำหรับระบบกฎหมายที่เข้มงวดโดยวางเงื่อนไขในการที่ฝ่ายปกครองจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาพัสดุและสัญญาสัมปทาน ซึ่งกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศสก็ได้รับช่วงหรือรับการถ่ายทอดวิวัฒนาการกฎหมายสัญญาทางปกครองตามกฎหมายของยุโรปดังกล่าวด้วย โดยรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ และรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ระบุว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาไม่สามารถ “แก้ไขเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะโดยรวมของสัญญา” กล่าวให้ชัดเจนเป็นรูปธรรมก็คือ อำนาจในการปรับเปลี่ยนสัญญานี้ มีผลต่อการต่ออายุสัญญาโดยปริยาย ประเด็นเกี่ยวกับการปรับปรุงที่มีผลต่ออายุสัญญาโดยปริยายหรือการต่ออายุสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ

นอกจากนี้ กฎหมายยุโรปยังคงวางกรอบกำหนดหลักการว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสัญญาไว้ในวัตถุประสงค์ของกฎหมายยุโรปอีกด้วย ในด้านที่เกี่ยวกับการสัมปทานทางด่วนหรือมอเตอร์เวย์ หากพิจารณาในมุมมองนี้จะชัดเจนมาก แสดงให้เห็นถึงความยากของหน่วยงานทางปกครองที่เป็นผู้ให้สัมปทานในการที่จะควบคุมการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา โดยการกำหนดนโยบายด้านราคาหรือค่าบริการที่จะเรียกจากผู้รับบริการ

บทสรุป

สิ่งที่ได้รับรู้เกี่ยวกับวิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงในเชิงลึกทั้งในด้านรูปแบบและเนื้อหา ในด้านรูปแบบ สัญญาทางปกครองมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการจำแนกประเภทของสัญญาทางปกครอง และการให้คำจำกัดความของสัญญา ส่วนในด้านเนื้อหา สัญญาทางปกครองก็มีการพัฒนาไปมาก แม้กระทั่งในสิ่งที่ เป็นลักษณะเฉพาะหรือลักษณะพิเศษของสัญญา

วิวัฒนาการดังกล่าวของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองทำให้เกิดคำถามถึงหน้าที่ของรัฐ มีข้อพิจารณาว่ามีความขัดแย้งกันในตัวเองหรือไม่ ? ซึ่งในการที่รัฐมีอำนาจทำสัญญาทางปกครองนั้นก็ เป็นผลผลิตของ “กระบวนการที่ยาวนานของการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐ” การให้คุณค่าแก่เครื่องมือทางกฎหมายในรูปของสัญญาก็แสดงให้เห็นว่าในปัจจุบัน เรายังอยู่ห่างไกลจากการกดขี่หรือการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เป็นบริการสาธารณะของรัฐ ซึ่งเป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย และการแสดงออกซึ่งอำนาจมหาชนนั้น ก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ในด้านการรักษาความเสมอภาค ด้วยจุดมุ่งหมายที่เกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยที่ไม่ผิดแผกแตกต่าง

นอกจากนี้ กฎหมายฝรั่งเศสก็ยังห่างไกลจากสิ่งที่เป็นความเห็นของ Prof. Duguit ที่ได้พิจารณาว่ารัฐไม่สามารถถูกบังคับตามสัญญา หรือไม่สามารถอยู่ภายใต้สัญญาได้ ในระดับที่หลักการว่าด้วยอำนาจอธิปไตยไม่สามารถ “ทำให้ไม่มีผลใช้บังคับ” (inactive) โดยอาศัยความสัมพันธ์ตามสัญญา ตระก่ที่ใช้ในปัจจุบันดูเหมือนจะกลับหัวกลับหาง เพราะการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองนั้น ได้เข้ามาแทนที่การกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง แน่นนอนว่า ในระยะแรก ๆ การพัฒนาของสัญญาสามารถทำให้เสริมความเข้มแข็งขึ้นด้วยสมมุติฐานของการที่รัฐเป็นผู้จัดหาหรือจัดทำ (Un providentialisme d'étatique) ซึ่งเป็นการเรียกร้องของรัฐให้ใช้เครื่องมือในรูปแบบสัญญากับทุกกิจการหรือการกระทำของรัฐ แม้กระทั่งกิจการที่เป็นภารกิจพื้นฐานหรืองานทางปกครองโดยแท้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอธิปไตยมากที่สุดก็ตาม

แต่ในปัจจุบันนี้ ด้วยการเปลี่ยนแปลงที่แสดงถึงการเปลี่ยนแปลงในรูปแบบหรือวิธีการในการบริหารจัดการภาครัฐ สัญญาจะกลายเป็นสัญลักษณ์ที่แท้จริงของการเปลี่ยนกระบวนทัศน์ ซึ่งถูกชี้แนะโดยลัทธิเสรีนิยมในความเป็นจริงแล้ว การใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการจัดการนี้เป็นหัวใจสำคัญของความตึงเครียดทางการเมืองระหว่างลัทธิเผด็จการกับลัทธิเสรีนิยม ที่โน้มเอียงมาทางเสรีนิยม ความตึงเครียดนี้มีผลต่อระบบกฎหมายว่าด้วยสัญญาทั้งหมดทุกประการ ตลอดช่วงระยะเวลาของสัญญาและไปในอนาคตจากมุมมองนี้ จึงขึ้นอยู่กับข้อความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่มีวิวัฒนาการไปมาก ดังที่ Mathias Amlhat กล่าวไว้ว่า “ระบบกฎหมายว่าด้วยสัญญาในปัจจุบันที่สร้างขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชน หรือที่เข้ามาอยู่ในขอบข่ายของกฎหมายมหาชน แสดงให้เห็นถึงความอ่อนด้อยของข้อความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ถ้าจะมองว่าเป็นเรื่องของการสูญเสียลักษณะหรือนัยของการเป็นสัญญาทางปกครอง”

หลังจากความพยายามในการวางแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานที่จะปลดปล่อยสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง ก็ยืนยันถึงหรือเป็นพยานที่ให้เห็นถึงการเปิดเสรีครั้งใหม่ของกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่มีแนวโน้มที่จะทำให้สูญเสียลักษณะเฉพาะในการเป็นสัญญาทางปกครอง แม้กระทั่งความเป็นเอกเทศทางกฎหมาย และนี่คือความท้าทายในอนาคตของสัญญาทางปกครอง

ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครอง ที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง*

Stéphane MOUTON**
L'Université Toulouse 1 Capitole

ความนำ

หน้าที่ของรัฐประการหนึ่ง คือ การดำเนินการเพื่อ “ประโยชน์ส่วนรวม” (Intérêt général) โดยรัฐหรือฝ่ายปกครองนั้นมีเครื่องมือในการดำเนินการ ๒ ประเภท ได้แก่ การทำนิติกรรม (ฝ่ายเดียว) ทางปกครอง และการทำสัญญาทางปกครอง

การทำนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองเป็นวิธีการหนึ่งที่รัฐโดยฝ่ายปกครองแสดงเจตนาฝ่ายเดียว และกำหนดให้อีกฝ่ายกระทำการซึ่งอาจเป็นเอกชนหรือกลุ่มคนใดกลุ่มคนหนึ่ง ในขณะที่การทำสัญญาทางปกครองมีขั้นตอนกระบวนการที่ต่างกัน เนื่องจากสัญญานั้นเป็นการกระทำของบุคคลมากกว่าสองคนขึ้นไปแสดงเจตนาเข้าร่วมทำสัญญา เพื่อดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม

สำหรับเทคนิคการทำสัญญาทางปกครองนี้เป็นวิธีที่รัฐใช้มานานแล้วนับแต่ศตวรรษที่ ๑๖ โดยเริ่มจากรัฐทำสัญญาจ้างเอกชนให้ก่อสร้างคลองระบายน้ำและบริหารจัดการคูคลอง หลังจากนั้นในศตวรรษที่ ๑๙ สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนาหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของตนเพื่อกำหนดเกณฑ์การพิจารณาลักษณะของ “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดนี้ส่งผลให้นักกฎหมายท่านหนึ่งได้ศึกษาถึงหลักทฤษฎีทางวิชาการเกี่ยวกับระบบกฎหมายของสัญญาทางปกครอง นักกฎหมายท่านนั้น คือ ศาตราจารย์ Gaston Jèze ได้ศึกษาและเผยแพร่ตำรากฎหมายเรื่อง สัญญาทางปกครองของรัฐ จังหวัด เทสบาล และองค์การมหาชน ในปี ค.ศ. ๑๙๒๗

ปัจจุบัน วิธีการทำสัญญาทางปกครองเป็นเทคนิคที่ได้ผลตอบรับเป็นอย่างดีและมีการใช้วิธีการนี้มากขึ้น โดยรัฐใช้เทคนิคการทำสัญญาเพื่อดำเนินกิจกรรมของรัฐหรือจัดทำบริการสาธารณะในทุกแขนง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ กฎหมายธุรกิจ กฎหมายการบริหารงานบุคคลภาครัฐ หรือกฎหมายการบริหารจัดการบริการสาธารณะ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ความสำเร็จของวิธีการทำสัญญาทางปกครองมีที่มาจากเหตุผลสามประการ ดังนี้

ประการแรก มีข้อวิพากษ์เกี่ยวกับการที่รัฐใช้วิธีการทำนิติกรรมฝ่ายเดียวเป็นวิธีการเดียวในการดำเนินกิจการของรัฐ จึงมีแนวคิดที่ไม่ยอมให้รัฐใช้นิติกรรมฝ่ายเดียวในการดำเนินกิจการของรัฐทุกประเภทอีกต่อไป

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนพฤษภาคม ๒๕๖๑ และเผยแพร่ในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๑๙ ฉบับที่ ๔ (ตุลาคม-ธันวาคม) ๒๕๖๑

** การบรรยายทางวิชาการตามโครงการความร่วมมือทางวิชาการระหว่างสำนักงานศาลปกครองและสถานทูตฝรั่งเศสประจำประเทศไทย ประจำปี ๒๕๖๐ เมื่อวันที่ ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๖๐ ณ ห้องสัมมนา ๒ สำนักงานศาลปกครอง ถอดความและเรียบเรียงโดย นางสาวกัญญา แก้วกำเนิด พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ และนางสาวชนิษฐา เตมิตถุณา พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ประการที่สอง แนวคิดเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงไปในลักษณะที่เห็นว่า มิใช่รัฐเพียงผู้เดียวที่จะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ แต่เอกชนก็สามารถดำเนินการได้เช่นกัน เช่น การมอบให้เอกชนเข้ามาดำเนินกิจการบริการสาธารณะแทนหน่วยงานของรัฐ หรือการทำสัญญาร่วมทุน

ประการที่สาม การยอมรับหลักเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้าซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายสหภาพยุโรป หมายความว่า รัฐมิใช่ผู้ประกอบการกิจการทางการค้าได้ฝ่ายเดียว แต่ต้องให้มีการประกอบกิจการอย่างเสรี โดยเปิดโอกาสให้รัฐและเอกชนสามารถแข่งขันกันได้

เห็นได้ว่า ปัจจุบันมีการใช้เทคนิคการทำสัญญามากขึ้น เนื่องจากเกิดกระแสความคิดวิพากษ์การที่รัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทุกอย่างให้กับประชาชน (État providence หรือรัฐสวัสดิการ) และเกิดความสนใจบทบาทของรัฐในรูปแบบใหม่ที่รัฐเปิดโอกาสให้เอกชนมาดำเนินการต่าง ๆ ได้ (État libéral)

อย่างไรก็ตาม หากจะกล่าวว่าการที่รัฐนำวิธีการทำสัญญามาใช้เป็นเพราะมีข้อวิพากษ์จากการดำเนินการของรัฐและการใช้อำนาจรัฐก็คงจะไม่ถูกนัก ทั้งนี้ เนื่องจากวิธีการทำสัญญาเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการใช้อำนาจรัฐและเป็นเครื่องมือที่มีลักษณะแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นเรื่องของเจตนาของบุคคลซึ่งเป็นเอกชนทั้งสองฝ่าย ในขณะที่เจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญาของรัฐเป็นเจตนาที่มีความไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐซึ่งใช้อำนาจรัฐ และอีกฝ่ายเป็นเอกชน ซึ่งในบางครั้งอาจเป็นองค์กรของรัฐ ตัวอย่างเช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์การมหาชน

ความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาในสัญญาที่รัฐใช้นั้น อธิบายได้จากการมี “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง” (La clause exorbitante du droit commun) บรรจุอยู่ในสัญญา และเกณฑ์เรื่องข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษเป็นเกณฑ์หนึ่งที่ใช้พิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครอง ซึ่งต้องพิจารณาร่วมกับเกณฑ์เรื่องหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยในช่วงศตวรรษที่ ๒๐ เกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองจะพิจารณาจากเกณฑ์ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษประกอบกับเกณฑ์เรื่องการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งหากพิจารณาได้ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นก็ต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครอง จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ทั้งสองประการเป็นหัวใจหลักในการกำหนดระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งก็คือ สัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งนั่นเอง

ปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นในกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยมีการพัฒนาคำนิยามและผลทางกฎหมายของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับ (Droit positif) ได้อธิบายลักษณะของ “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายทั่วไป” ไว้

นอกจากนี้ คำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เมื่อวันที่ ๑๓ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๔ เป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญในการอธิบายคำนิยามรูปแบบใหม่ของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง โดยศาลได้กำหนดความหมายของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในลักษณะที่พัฒนาจากนิยามดั้งเดิม

คำนิยามและผลทางกฎหมายของคำว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง” เป็นเรื่องที่สำคัญ เนื่องจากผลทางกฎหมายของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษยังคงเป็นประเด็นสำคัญที่มีการถกเถียงและโต้แย้งจากผู้ที่ต้องประสบกับการแสดงเจตนาของรัฐผ่านวิธีการทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะนำไปสู่การที่เราต้องมาพิจารณากันอีกครั้งว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง” นั้น มีปัญหาทางกฎหมายหรือไม่ และสามารถปรับใช้ทางกฎหมายได้จริงหรือไม่

ดังนั้น ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ เราจะเข้าใจ “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง” ได้อย่างไร

๑. ความหมายดั้งเดิมของคำว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง”

“ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” เป็นเกณฑ์หนึ่งที่สำคัญที่ใช้ในการพิจารณาว่า สัญญาที่พิพาทเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งเดิมการให้ความหมายของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษมีที่มาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในปี ค.ศ. ๑๙๑๒ และศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสก็ได้อธิบายคำนิยามดังกล่าวเพิ่มเติมไว้ในคำพิพากษาปี ค.ศ. ๑๙๕๐

๑.๑ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลข ๓๐๗๐๑ ลงวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๑๒ (คดี “บริษัท Société des granits porphyroïdes”) : สัญญาจัดซื้อหินปูพื้นระหว่างเทศบาลเมืองลิล (Lille) กับบริษัทหินแกรนิต^๑

ในคดีพิพาทนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจำต้องพิจารณาลักษณะทางกฎหมายของสัญญาจัดหาพัสดุระหว่างเทศบาลเมืองลิล (Lille) กับบริษัทเอกชนว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง โดยพิจารณาจากข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัญญาที่พิพาท ซึ่งศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า “สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดหาพัสดุให้กับหน่วยงานทางปกครองเพียงอย่างเดียว เฉกเช่นเดียวกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชน จึงถือเป็นสัญญาที่ต้องบังคับตามกฎหมายแพ่งและไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษา”

เหตุผลง่าย ๆ ที่ศาลให้ คือ สัญญาดังกล่าวมีเพียงเนื้อหาที่เป็นข้อกำหนดตามกฎหมายแพ่งเท่านั้น จึงไม่อาจพิจารณาเป็นสัญญาอื่นใดได้นอกจากสัญญาทางแพ่ง กรณีนี้ศาลให้เหตุผลในลักษณะตรงกันข้าม ซึ่งก็หมายความว่า “สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดหรือข้อสัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่ง” ดังนั้น “สัญญาที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่งจึงถือเป็นสัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับระบบกฎหมายแพ่งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา และคดีพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญานั้น ๆ จึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง”

^๑ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลข ๓๐๗๐๑ ลงวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๑๒ (คดี “บริษัท Société des granits porphyroïdes”) เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อหินปูพื้นระหว่างเทศบาลเมืองลิล (Lille) กับบริษัทหินแกรนิต โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่า เทศบาลเมืองลิลเรียกให้บริษัทหินแกรนิตชดใช้ค่าปรับตามสัญญาเนื่องจากบริษัทได้จัดส่งหินปูพื้นให้กับเทศบาลล่าช้า แต่บริษัทไม่เห็นด้วยกับเทศบาลเมืองลิล จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองในการนี้ สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสในฐานะศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเนื้อหาของสัญญาที่พิพาทแล้วเห็นว่า สัญญาจัดซื้อหินปูพื้นระหว่างเทศบาลเมืองลิล (Lille) กับบริษัทหินแกรนิตเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ให้บริษัทหินแกรนิตจัดหาพัสดุ (หินปูพื้น) มาให้กับเทศบาลเมืองลิลเพียงเท่านั้น โดยสัญญาไม่ได้กำหนดให้บริษัทมีหน้าที่ต้องสร้างถนน สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะของสัญญาระหว่างเอกชน ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาข้างต้นจึงไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาได้ (คดีนี้ทำให้เกณฑ์เรื่อง “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายทั่วไป” เป็นหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา (Critère matériel) ที่จะใช้พิจารณาว่า สัญญาพิพาทเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่) – หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง

๑.๒ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๒๐ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๕๐ (คดี “นาย Stein”) : สัญญาค้าประกันเงินกู้เพื่อก่อสร้างโรงงานผลิตปายไม้อัด โดยรัฐมนตรีกระทรวงการคลังและเศรษฐกิจปฏิเสธที่จะเป็นผู้ค้าประกันเงินกู้ให้กับนาย Stein ตามข้อตกลงที่รัฐมนตรีกระทรวงเศรษฐกิจแห่งชาติได้ทำไว้กับนาย Stein เมื่อปี ค.ศ. ๑๙๔๗ และตามกฎหมาย ปี ค.ศ. ๑๙๔๑^๒

คดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้อธิบายเพิ่มเติมจากแนวคำพิพากษาปี ค.ศ. ๑๙๑๒ ที่ศาลได้วางไว้ โดยเน้นย้ำว่า ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่งหมายความว่า “ข้อกำหนดที่มีวัตถุประสงค์ให้คู่กรณีมีสิทธิหรือมีหน้าที่พิเศษแตกต่างไปจากสิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีซึ่งได้แสดงเจตนายินยอมโดยเสรีตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

อาจกล่าวได้ว่า คำนิยาม “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” นี้มีวัตถุประสงค์ที่แน่นอนชัดเจน ซึ่งเป็นการอธิบายเหตุผลเพื่อยืนยันความมีอยู่ของระบบกฎหมายปกครองและการพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสในช่วงกลางศตวรรษที่ ๑๙ จนถึงกลางศตวรรษที่ ๒๐ วัตถุประสงค์ที่ชัดเจนข้างต้นก็คือ การยืนยันความชอบธรรมของอำนาจศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง ดังที่ได้ยกตัวอย่างไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีบริษัทหินแกรนิต (Société des granits porphyroïdes) และคดี Stein ซึ่งศาลได้ให้คำจำกัดความคำว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” ใน “เชิงปฏิเสธ” (Définition négative)

คำถามที่เกิดขึ้น คือ เราจะให้คำจำกัดความคำว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” ได้อย่างไร

^๒ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๒๐ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๕๐ (คดี “นาย Stein”) เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค้าประกันเงินกู้เพื่อก่อสร้างโรงงานผลิตปายไม้อัดระหว่างรัฐมนตรีกระทรวงการคลังและเศรษฐกิจกับนาย Stein (ผู้ฟ้องคดี) โดยรัฐมนตรีกระทรวงการคลังและเศรษฐกิจปฏิเสธที่จะเป็นผู้ค้าประกันเงินกู้ให้กับผู้ฟ้องคดีตามข้อตกลงที่รัฐมนตรีกระทรวงเศรษฐกิจแห่งชาติได้ทำไว้กับผู้ฟ้องคดีเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๔๗ และตามกฎหมายปี ค.ศ. ๑๙๔๑ ซึ่งผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของรัฐมนตรีฯ จึงมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว โดยอ้างว่าเป็นคำสั่งที่ขัดต่อความตกลงหรือสัญญาที่ได้เคยทำไว้และขัดต่อกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการเป็นผู้ค้าประกันเงินกู้

ในการนี้ สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสในฐานะศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า หากรัฐเข้ามาดำเนินการให้บริการสาธารณะอันเป็นบริการสาธารณะด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม รัฐจะถือเสมือนเป็นผู้ประกอบการเอกชนที่ให้บริการแก่ลูกค้า เว้นแต่จะมีการกำหนดเงื่อนไขการให้บริการนั้นไว้เป็นพิเศษในข้อตกลงหรือสัญญา ซึ่งจะทำให้สัญญาฉบับนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า ความตกลงฯ ที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างมาในคำฟ้องมิได้มีเนื้อหาที่กำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิและหน้าที่ที่พิเศษแตกต่างไปจากคู่สัญญาที่ได้แสดงเจตนายินยอมเข้าทำสัญญากันโดยเสรีตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความตกลงดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นข้อตกลงในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง มิใช่สัญญาทางปกครอง และคดีพิพาทที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาได้ ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีตามคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งปฏิเสธของรัฐมนตรีฯ จึงไม่อาจเป็นข้ออ้างที่จะยกขึ้นเพื่อขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งที่พิพาทได้ – หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง

คำตอบที่ได้ คือ ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษนี้เป็นข้อกำหนดที่ไม่อาจพบได้ในกฎหมายแพ่ง ซึ่งการให้คำจำกัดความในเชิงปฏิเสธเช่นนี้มีเหตุผลมาจาก “ยุทธศาสตร์” ของศาลปกครองที่ต้องการแยกระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองออกจากระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งให้เห็นเด่นชัด เพื่อแสดงถึงความชอบของเขตอำนาจของศาลปกครองที่ต่างไปจากเขตอำนาจของศาลยุติธรรม^๓

ดังตัวอย่างที่ศาลปกครองมีหน้าที่ในการให้คำจำกัดความคำว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” ในเชิงปฏิเสธในคดีบริษัทหินแกรนิต (ปี ค.ศ. ๑๙๑๒) โดยศาลพิจารณาว่า ศาลปกครองไม่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าวบรรจุอยู่ และอธิบายเพิ่มเติมว่า ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ หมายความว่า ข้อกำหนดที่ไม่อาจมีได้ในสัญญาทางแพ่งเนื่องจากเป็นข้อกำหนดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การมีข้อกำหนดเช่นนั้นในสัญญาจึงถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (กฎหมายมหาชน) และอยู่ภายใต้เขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างวิธีการให้คำจำกัดความจากหลักทฤษฎีทางกฎหมายในยุคนั้น^๔ ซึ่งให้ลักษณะทางกฎหมายของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในทางตรงกันข้ามหรือในเชิงปฏิเสธ โดยกำหนดเป็นเกณฑ์ว่า ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ หมายถึง ข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นไปตามหลักกฎหมายที่กระทบต่อหลักความสัมพันธ์ของคู่สัญญา เช่น หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาให้ความยินยอม และหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา

การมีอยู่ของข้อกำหนดเช่นนั้นในสัญญาจึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะพิจารณาได้ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในสัญญาไม่อาจจะมีได้ในสัญญาทางแพ่ง ด้วยเหตุว่า เป็นข้อกำหนดที่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมของคู่สัญญา

ตัวอย่าง “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” ในความหมายดั้งเดิม เช่น

- ข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองขึ้นและควบคุมคู่สัญญา
- ข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว
- ข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองบังคับคู่สัญญาให้อยู่ในภาระจำยอมเพื่อ

ประโยชน์ของบุคคลภายนอกสัญญา

^๓ ผู้บรรยายอธิบายเพิ่มเติมในเอกสารประกอบการบรรยายไว้ว่า “สถานการณ์ในช่วงศตวรรษที่ ๑๙ จนกระทั่งศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล (Tribunal des conflits) ได้พิพากษาคดี Blanco เมื่อวันที่ ๘ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๘๘๓ ในประเทศฝรั่งเศสขณะนั้น ประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามสัญญา มีการต่อสู้กันว่าคดีพิพาทดังกล่าวควรจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลฎีกา (Cour de cassation) หรือสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ซึ่งในเวลานั้นยังไม่มีอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีในฐานะศาลปกครองสูงสุดดังเช่นปัจจุบัน” (ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากตำราประวัติศาสตร์กฎหมายปกครอง (Histoire du droit administratif) ของ François BURDEAU สำนักพิมพ์ P.U.F. (หมวด Thémis-droit public) ปี ค.ศ. ๑๙๕๕) – หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง

^๔ ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากบทความของ Georges VEDEL เรื่อง “Remarques sur la notion de clause exorbitante” ในหนังสือรวมบทความทางวิชาการแต่ศาสตราจารย์ Achille MESTRE (หัวข้อ L'évolution du droit public) สำนักพิมพ์ Sirey ปี ค.ศ. ๑๙๕๖, หน้า ๕๕๙.

- ข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว^๕
- ข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกำหนดข้อสัญญาเพื่อบังคับให้คู่สัญญาชำระหนี้

๒. ข้อสังเกตและข้อโต้แย้งคำนิยามดั้งเดิมของ “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง”

หลายปีที่ผ่านมา นักวิชาการกฎหมายต่างตั้งข้อสังเกตและมีประเด็นคำถามเกี่ยวกับคำนิยาม “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” ที่ได้พัฒนามาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดว่า ความหมายของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ศาลได้ตีความและใช้บังคับอยู่นั้นมีความสมเหตุสมผลเพียงพอหรือไม่ ตัวอย่างเช่น

๒.๑ ประเด็นเกี่ยวกับคำนิยาม “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” ในคดี Stein (ค.ศ. ๑๙๕๐) ที่ไม่อาจตอบโจทย์ได้กับทุกสถานการณ์

เนื่องจากศาลจำเป็นต้องปรับใช้นิยามให้มีความหมายกว้างไปกว่า “ข้อสัญญาที่ให้สิทธิหรือหน้าที่ที่ต่างไปจากที่กำหนดในกฎหมายแพ่ง” ดังที่ศาสตราจารย์ Georges VEDEL ได้ย้ำถึงคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่พิพากษาให้ข้อกำหนดในสัญญาดังต่อไปนี้เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งหากบรรจุนอยู่ในสัญญาฉบับใดแล้วให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่

- ข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่อาจกำหนดได้ตามกฎหมายแพ่ง
- ข้อกำหนดในสัญญาที่ถือได้ว่าผิดกฎหมายหากมีการกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่ง

และ

- ข้อกำหนดในสัญญาที่โดยปกติแล้วไม่มีในสัญญาทางแพ่ง

^๕ คำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดีหมายเลข ๐๓๑๖๗ ลงวันที่ ๕ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๙ (คดี “หน่วยจัดซื้อกลางของรัฐ” หรือ “UGAP”) (TC, 5 juillet 1999, Union des Groupements d'Achats Publics – UGAP, N° 03167) โดยคดีนี้เป็นกรณีโต้แย้งเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ระหว่าง “หน่วยจัดซื้อกลางของรัฐ” หรือ UGAP ซึ่งมีฐานะเป็นองค์การมหาชนด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม กับบริษัท SNC ACTIV CSA (บริษัทเอกชน) โดยมีประเด็นข้อพิพาทว่า สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง และมีข้อสัญญาและเงื่อนไขที่กำหนดตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายการพัสดุ จะถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่

ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การจะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น เพียงแค่สัญญาพิพาทมีข้อสัญญาและเงื่อนไขส่วนใหญ่ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายการพัสดุ อย่างเดียว ไม่อาจถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองได้ แต่จะต้องพิจารณาเงื่อนไขอื่นประกอบด้วย เช่น สัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะที่กำหนดให้คู่สัญญาเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาพิพาทมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง เป็นต้น เมื่อสัญญาพิพาทมีข้อกำหนดท้ายสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายกระทำความผิดสัญญา ถือได้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจกำหนดไว้ในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งเพียงแค่นี้ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าวในสัญญาก็ถือได้ว่าสัญญาพิพาทเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ดังนั้น ข้อพิพาทที่เกิดจากการปฏิบัติตามสัญญาจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาและพิพากษา – หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง

จะเห็นได้ว่า การให้ความหมายของคำว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” นั้นเป็นประเด็นที่สำคัญ เนื่องจากข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษมิได้หมายความว่าข้อกำหนดที่ห้ามบรรจุไว้ในสัญญาทางแพ่งอีกต่อไปแล้ว ดังที่ศาลได้วางแนวตัวอย่างไว้ในคำพิพากษาว่า “ข้อกำหนดที่ให้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาประกันที่มีอายุสัญญานานเป็นสิบปี” ถือเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ

๒.๒ ประเด็นเกี่ยวกับการมีอยู่ของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งมีคำถามว่า เพียงแค่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษข้างต้นบรรจุอยู่ในสัญญานับได้หรือไม่ จะถือว่าสัญญานับนั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ทันที ใช่หรือไม่

คำตอบที่ได้ คือ ไม่ใช่ทุกกรณีที่เป็นอย่างนั้น เนื่องจากในบางกรณีศาลปกครองฝรั่งเศสอาจพิจารณาว่า แม้ในสัญญานับที่พิพาทจะมีข้อกำหนดที่ถือว่าผิดกฎหมายหากกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งก็ตาม ก็ไม่ได้มีผลทำให้สัญญานับดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด ดังตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญาที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวนั้น ศาลพิจารณาพิพากษาได้ทั้งสองแนวทาง กล่าวคือ ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง แต่บางกรณีศาลก็ได้พิจารณาเช่นนั้น^๖

๒.๓ ปัญหาเรื่องความถูกต้องและเหมาะสมของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในสัญญาทางปกครองที่โดยสภาพแล้วเป็นข้อสัญญาที่กระทบต่อความยินยอมของคู่สัญญา

กล่าวคือ สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีลักษณะของการครอบงำเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองซึ่งเป็นรัฐ และที่พบได้บ่อยครั้งจะเป็นสัญญาที่ขัดกับเจตนาของคู่สัญญาโดยมีการกำหนดสถานะของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่กำหนดขึ้นโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าสัญญาเช่นนั้นเป็นสัญญาที่คู่สัญญามีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่น้อยไปกว่าเสรีภาพของคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่ง^๗

^๖ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลข ๒๕๖๕๖๑ ลงวันที่ ๑๒ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๓ (คดี “เทศบาลลาม็องแต็ง (LAMENTIN)”) โดยคดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องขับไล่ออกจากอาคารของรัฐ โดยเทศบาลเป็นผู้ฟ้องขอให้ขับไล่เอกชนออกจากห้องในอาคารตามสัญญาให้ครอบครองห้อง ซึ่งการจะพิจารณาว่าสัญญาที่พิพาทเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ศาลปกครองฝรั่งเศสไม่ได้พิจารณาเพียงแค่มิใช่ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง (Clause exorbitante du droit commun) เท่านั้นที่จะถือว่าสัญญาที่พิพาทเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏพร้อมพิจารณาเนื้อหาอื่นในสัญญาเป็นเงื่อนไขด้วย เช่น ห้องพิพาทตามสัญญาไม่ได้เป็นสถานที่ที่ใช้สำหรับการบริการสาธารณะทางการศึกษาของเทศบาล หรือเพื่อประโยชน์ของเทศบาล หรือเพื่อประโยชน์อื่นใดของรัฐ ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้ครอบครองห้องในอาคารโดยไม่เสียค่าเช่าแต่ประการใด ซึ่งในคดีนี้ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงและเนื้อหาในคดีแล้วเห็นว่า สัญญาที่พิพาทมิใช่สัญญาทางปกครอง จึงไม่ใช่กรณีที่ศาลปกครองจะพิจารณามีคำสั่งขับไล่ผู้ถูกฟ้องคดีออกจากห้องพิพาทตามสัญญา

(รายละเอียดโปรดดู ขนิษฐา เตมิตถะธนา, “เขตอำนาจของศาลปกครองฝรั่งเศสในคดีฟ้องขับไล่ออกจากอาคารของรัฐ”, ในหลักกฎหมายมหาชน ประจำเดือนเมษายน ๒๕๖๑, ลำดับที่ ๔, หน้า ๗. (เว็บไซต์ <http://intranet2.admincourt.go.th/02-office/office44/Law/2561/1-04-61.pdf>))

^๗ ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากตำรากฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง (Droit des contrats administratifs) ของ Marion UBAUD-BERGERON สำนักพิมพ์ LexisNexis (พิมพ์ครั้งที่ ๒) ปี ค.ศ. ๒๐๑๗, หน้า ๑๐๙.

อย่างไรก็ดี Léon BLUME ตุลาการผู้แถลงคดี ได้เคยกล่าวไว้ในคำแถลงการณ์ของตน ในคดีบริษัทหินแกรนิตเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๑๒ ว่า การเลือกที่จะเข้าทำสัญญาเป็นเรื่องของเจตนาของคู่สัญญาที่จะเลือกเข้าทำสัญญา และฝ่ายปกครองก็สามารถแสดงเจตนาเลือกที่จะเข้าทำสัญญาภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายแพ่งหรือไม่ก็ได้ ในขณะเดียวกัน เสรีภาพในการให้ความยินยอม (Liberté de consentement) ก็แสดงให้เห็นได้จากการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาของตนโดยแท้และยอมรับระบบการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาที่มีลักษณะพิเศษต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลว่าสัญญานั้น ๆ เป็นสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และเอกชนคู่สัญญาก็ทราบตัวตนเข้าร่วมดำเนินการใด ๆ ตามสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าว

เหตุผลเดียวกันนี้ ศาสตราจารย์ Gaston Jèze ก็เคยกล่าวไว้เช่นกันว่า “การเลือกที่จะเข้าทำสัญญา ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ล้วนมาจากเจตนาของคู่สัญญาเพียงประการเดียวเท่านั้น”

๓. ความหมายในปัจจุบันของคำว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง”

การให้คำจำกัดความหรือการอธิบายถึงลักษณะข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในสัญญา ยิ่งไปกว่าหรือที่แตกต่างจากสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ได้มีพัฒนาการอย่างเป็นสาระสำคัญในปี ค.ศ. ๒๐๑๔ สืบเนื่องจากคำพิพากษาของศาลชั้นศาลอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ลงวันที่ ๑๓ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๔ ในคดี SA AXA France IARD^๘ ซึ่งศาลชั้นศาลอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วางหลักที่เสมือนเป็น “ลมหายใจใหม่” หรือแนวทางใหม่ของการอธิบายคุณลักษณะสำคัญของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ เพื่อใช้อธิบายว่าสัญญานั้น ๆ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

๓.๑ คำพิพากษาศาลชั้นศาลอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล (ระหว่างเขตอำนาจศาล) คดีหมายเลข C3963 ลงวันที่ ๑๓ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๔ (คดี “บริษัท AXA ฝรั่งเศส IARD”) : สัญญาเช่าพื้นที่ในอาคารระหว่างเทศบาลกับสมาคมกีฬา

ข้อเท็จจริงคดีนี้ สัญญาพิพาทเป็นสัญญาที่เทศบาลได้ตกลงยินยอมให้สมาคมกีฬาเรือพายเช่าสถานที่ของเทศบาลเป็นสัญญาเช่าระยะยาว ด้วยราคาค่าเช่าที่เป็นสัญลักษณ์เพียงหนึ่งยูโรตลอดระยะเวลาการเช่า^๙ ต่อมา เกิดไฟไหม้อาคารที่เช่าเสียหายทั้งหมด บริษัทประกันวินาศภัยของเทศบาล

^๘ คำพิพากษาของศาลชั้นศาลอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดีหมายเลข C3963 ลงวันที่ ๑๓ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๔ คดีบริษัท แอกซ่า ฟร็องซ์ อีอาแอร์เด (TC, n°C3963, 13 octobre 2014, La Société Axa France IARD)

(รายละเอียดโปรดดู คำแปลคำพิพากษฉบับเต็มได้ที่เกร็ดข่าวต่างประเทศ, อภิธานฯ แก้วกำหนด, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๔ (ตุลาคม-ธันวาคม) ๒๕๖๐, หน้า ๒๑๑-๒๑๘)

^๙ เดิมสมาคมกีฬาเรือพายแห่งเมืองมาร์นและเมืองฌ็องวิลล์ (L’association Aviron Marne et Joinville – AMJ) หรือชื่อเดิม คือ สมาคมกีฬาน้ำแห่งจังหวัดมาร์น (La société nautique de la Marne) เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินและอาคารซึ่งตั้งอยู่บริเวณเกาะฟานัค (L’île Fanac) ในเมืองฌ็องวิลล์ เลอ ปงต์ (Joinville-le-Pont) จังหวัดมาร์น (Marne) ต่อมา เมื่อปี ค.ศ. ๑๙๘๕ สมาคมได้ขายที่ดินพร้อมอาคารดังกล่าวอันเป็นที่ตั้งทำการของสมาคมให้แก่เทศบาลเมืองฌ็องวิลล์ เลอ ปงต์ แต่สมาคมก็ทำสัญญาเช่าอาคารดังกล่าวจากเทศบาลตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๘๘ เป็นต้นมา โดยสัญญาเช่าเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๘๘ กำหนดให้เทศบาลดำเนินการปรับปรุงซ่อมแซมอาคารสถานที่เช่า แต่เนื่องจากเทศบาล (มีต่อหน้าถัดไป)

ก็ได้จ่ายเงินชดเชยความเสียหายให้แก่สมาคมกีฬาเรือพาย และบริษัทประกันวินาศภัยก็รับโอนสิทธิในการไล่เบี้ยเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด กรณีนี้มีการเสนอคดีเพื่อให้ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาล โดยการเสนอเป็นคดีประเภท “การขัดกันในเชิงปฏิเสธ” คือ ทั้งสองศาลคือ ศาลยุติธรรมและศาลปกครองปฏิเสธว่าคดีนี้ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลตนเพื่อชี้ขาดปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ตั้งประเด็นวินิจฉัย “ลักษณะทางกฎหมาย” ของสัญญาเช่าอาคารที่สร้างขึ้นระหว่างเทศบาลกับสมาคมกีฬาเรือพาย ถ้าเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน คดีก็จะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม แต่ถ้าเป็นสัญญาตามกฎหมายมหาชน ก็จะอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง โดยศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลปฏิเสธที่จะพิจารณาการเป็นสัญญาทางปกครองจากคุณลักษณะของสัญญาเช่าระยะยาวทางปกครอง^{๑๐} เนื่องจากสัญญาพิพาทไม่มีความชัดเจนในเงื่อนไขทางกฎหมายของคำจำกัดความ กล่าวคือ สัญญาเช่าอาคารในคดีนี้ไม่อาจพิจารณาว่าเป็นสัญญาเช่าระยะยาวทางปกครอง เพราะว่าไม่ใช่เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อทำให้การจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาลสำเร็จลุล่วง อีกทั้งไม่ใช่เพื่อทำให้การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเทศบาลบรรลุผล ตามนัยนี้ ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลนำหลักการให้คำจำกัดความแบบดั้งเดิมที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสวางแนวไว้มาปรับใช้ ซึ่งศาลได้พิพากษาโดยอาศัยฐานของมาตรา L. 1311-2 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น^{๑๑} ที่บัญญัติว่า กรณีที่จะเป็นสัญญาเช่าระยะยาวทางปกครองนั้นมุ่งเฉพาะกรณี

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๙)

ขาดงบประมาณที่จะใช้ปรับปรุงอาคารดังกล่าว จึงไม่ได้ดำเนินการซ่อมแซมตามสัญญา จนกระทั่งเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๕ มีการเลิกสัญญาเช่าฉบับเดิมและทำสัญญาเช่าฉบับใหม่ ลงวันที่ ๕ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๐๕ ซึ่งเป็นสัญญาที่พิพาทในคดีนี้ – หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง

^{๑๐} สัญญาเช่าระยะยาว (Le bail emphytéotique) เป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่มาตรา L. 1311-2 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถให้เอกชนเช่าสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่อยู่ภายในเขตพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ โดยที่จะถือว่าเป็นสัญญาเช่าระยะยาวทางปกครอง (Le bail emphytéotique administratif) จะต้องเป็นสัญญาที่มีเป้าหมายเพื่อตอบสนองต่อภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์สาธารณะ กฎหมายอนุญาตให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแสวงประโยชน์จากสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่เป็นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยการให้เอกชนมาลงทุนดำเนินการในอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว ด้วยเงินลงทุนของภาคเอกชน ในทางกลับกัน เอกชนที่มาลงทุนก็จะได้รับสิทธิในการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นระยะเวลายาวตั้งแต่ ๑๘ ถึง ๙๙ ปี นอกจากนี้ เอกชนดังกล่าวยังมีสิทธิอย่างแท้จริงในการจัดการอสังหาริมทรัพย์เหนือที่ดินตามสัญญาเช่า และมีสิทธิในสิ่งก่อสร้างที่เอกชนได้สร้างขึ้น สัญญาเช่านี้จะไม่ได้มีการต่ออายุสัญญาโดยปริยาย และเมื่อสิ้นสุดสัญญาเช่า สิ่งปลูกสร้างทั้งหมดจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่เอกชนผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งโดยหลักแล้ว ฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิเลิกสัญญาเช่าระยะยาวทางปกครองฝ่ายเดียวก่อนสัญญาครบกำหนด เพราะผู้รับสัญญาจะมีสิทธิตามกฎหมายที่จะเช่าสาธารณสมบัติของแผ่นดินในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษายืนยันว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาได้ แต่จะต้องเป็นการเลิกสัญญาทางปกครองด้วยเหตุที่มีการกระทำผิด (résiliation pour faute) – หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง

^{๑๑} มาตรา L. 1311-2 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายเลขที่ ๒๐๑๑-๒๖๗ ลงวันที่ ๑๔ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๑ บัญญัติว่า

“องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจทำสัญญาให้เช่าระยะยาวในอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นกรรมสิทธิ์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ตามมาตรา L. 451-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยชนบทและการประมงทางทะเล ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสำเร็จลุล่วง หรือเพื่อดำเนินการอันเป็น (มีต่อหน้าถัดไป)

ที่เป็นสัญญาที่ผู้รับเหมาดำเนินการลงทุนหรือแสวงประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งจะตกเป็นขององค์กรฝ่ายปกครองเมื่อสิ้นสุดสัญญาตามนัยคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๑๓ บริษัทจัดการอสังหาริมทรัพย์แห่งชาติ (Société nationale immobilière) สำหรับคดีพิพาทปี ค.ศ. ๒๐๑๔ นี้ ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้เข้าไปค้นหาเพื่ออธิบายว่าอะไรคือข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในสัญญาที่เหมาะสมที่จะใช้พิจารณาว่าสัญญาพิพาทนั้นเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน

กรณีนี้เป็นบริบทที่นำไปสู่การที่ศาลปกครองฝรั่งเศสวางหลักใหม่ในการให้คำจำกัดความลักษณะของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ โดยศาลละทิ้งหลักการให้คำจำกัดความดั้งเดิมที่ศาลเคยวางแนวไว้ในคำพิพากษาคดี Société des granits porphyroïdes โดยคดีนี้ศาลวางหลักไว้ว่า การจะพิจารณาว่าเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในสัญญาเกินกว่าสัญญาตามกฎหมายแพ่งต้องเป็นข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงประโยชน์สาธารณะ ซึ่งสัญญานั้นย่อมเกี่ยวข้องกับระบบเอกลักษณ์ของสัญญาทางปกครอง

คำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลคดีนี้มีความสำคัญ เพราะเหตุว่าศาลได้เลือกที่จะให้คำจำกัดความของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งส่งผลต่อการสร้างมุมมองใหม่ในลักษณะทางกฎหมายของข้อกำหนดพิเศษจากการให้คำจำกัดความเชิงปฏิเสธและเชิงรูปแบบ (Une définition négative et formelle) ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้เปลี่ยนมาใช้คำอธิบายเชิงบวกและเป็นเชิงเนื้อหา (Une définition positive et matérielle)

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๑๑)

ประโยชน์สาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน หรือเพื่อส่งเสริมการดำเนินการของสมาคมทางวัฒนธรรมในการสร้างอาคารสถานที่ดำเนินการอื่นเป็นการแสดงออกทางศาสนาและความเชื่อซึ่งเปิดกว้างแก่สาธารณชน หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการก่อสร้างอาคารกีฬาและสถานที่ฝึกซ้อมที่จำเป็นสำหรับการกีฬา หรือการดำเนินการเพื่อประโยชน์แก่สมาคมทางวัฒนธรรมที่ดำเนินการก่อสร้างอาคารเพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนาและความเชื่อและเปิดให้สาธารณชนเข้ามาใช้ในการบูรณะซ่อมแซมปรับปรุง และบำรุงรักษาอาคารสถานที่ดังกล่าว โดยจำกัดเฉพาะการดำเนินการจนถึงวันที่ ๓๑ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๓ และเป็นกรณีเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อประโยชน์ด้านการยุติธรรม หรือกิจการตำรวจ หรือเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านการดับเพลิงและการกู้ภัย สัญญาเช่าระยะยาวดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นสัญญาเช่าระยะยาวทางปกครอง

การทำสัญญาเช่าระยะยาวทางปกครองตามวรรคหนึ่ง อาจกระทำได้แม้ว่าทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เนื่องจากลักษณะการใช้ทรัพย์สินตามสัญญาเช่าหรือตามข้อตกลงที่ไม่สามารถแยกออกจากสัญญาเช่าได้ หรือเนื่องจากเงื่อนไขในการจัดการทรัพย์สินหรือการควบคุมการดำเนินการโดยนิติบุคคลมหาชน ทำให้ทรัพย์สินนั้นเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่ทั้งนี้ จะต้องอยู่นอกขอบเขตการบังคับในเรื่องการกระทำละเมิดต่อทางสาธารณะ

สัญญาเช่าระยะยาวทางปกครองทุกฉบับที่สร้างขึ้นเพื่อให้การดำเนินการอันเป็นประโยชน์สาธารณะตามความต้องการด้านการยุติธรรม การตำรวจหรือตำรวจแห่งชาติ ที่มีค่าเช่าสูงกว่าจำนวนที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกาตามความเห็นชอบของสภาแห่งรัฐ คือ จะอยู่ภายใต้บังคับที่อาจถูกยกเลิกสัญญาได้หากไม่ผ่านการประเมินล่วงหน้าภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา L. 1414-2

การตกลงทำสัญญาเช่าระยะยาวตามที่กล่าวถึงในวรรคก่อน ๆ จะต้องจัดให้มีการแข่งขันโดยกำหนดวิธีการประกวดราคา และประกาศโฆษณาเผยแพร่ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐกฤษฎีกาที่ออกตามความเห็นชอบของสภาแห่งรัฐ”

คำจำกัดความแบบใหม่นี้เป็นคำจำกัดความในเชิงบวก นั่นคือ ศาลไม่ได้ให้คำจำกัดความข้อกำหนดพิเศษในสัญญาในลักษณะเชิงปฏิเสธที่อธิบายว่าเพราะข้อกำหนดนี้ไม่ใช่ข้อกำหนดที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน ดังนั้น จึงเป็นข้อกำหนดพิเศษที่ทำให้เป็นสัญญาทางปกครอง (ซึ่งเนื้อหาในเชิงปฏิเสธนี้วางหลักไว้ในคดี *société des granits porphyroïdes*) แต่คำจำกัดความใหม่จะมีลักษณะให้คำนิยามโดยมุ่งที่เป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน (*Un but précis*) มีลักษณะเชิงบวก (*positif*) มีเนื้อหาชัดเจนแน่นอน (*clairement identifié et déterminé*) นั่นคือ ประโยชน์สาธารณะ ฉะนั้น นับแต่นี้เป็นต้นไป ความมีอยู่ของเป้าหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะจึงนำมาใช้พิจารณาว่าสัญญานั้นมีข้อกำหนดพิเศษที่ทำให้สูญเสียลักษณะของการเป็นสัญญาทางแพ่ง โดยศาลไม่ได้พิจารณาแบบเดิมซึ่งมีลักษณะเลื่อนลอยไม่แท้จริงว่าข้อกำหนดพิเศษในสัญญา คือ ข้อกำหนดที่มีลักษณะผิดแผกหรือแปลกประหลาดไปจากข้อกำหนดปกติในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง (เมื่อผิดแผกไปจากกฎหมายแพ่ง จึงไม่ใช่สัญญาทางแพ่ง)

คำจำกัดความเชิงบวก (*Définition positive*) เป็นรูปแบบหรือมุมมองใหม่ของการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อกำหนดพิเศษในสัญญา ซึ่งไม่มีลักษณะของคำนิยามในทางรูปแบบอีกต่อไป แต่เป็นคำอธิบายในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ นับแต่คำพิพากษาของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในปี ค.ศ. ๒๐๑๔ ข้อกำหนดพิเศษนี้เป็นข้อกำหนดในสัญญา (*La clause contractuelle*) ซึ่งโดยลักษณะธรรมชาติของข้อกำหนดอาจเป็นได้ทั้งข้อตกลงตามกฎหมายเอกชนและข้อตกลงตามกฎหมายมหาชน ซึ่งระบบกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญาก็จะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับว่าข้อกำหนดนั้นเกี่ยวข้องกับความร่วมมือของภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ ความเกี่ยวพันของข้อกำหนดพิเศษและความเกี่ยวพันในการนำระบบกฎหมายพิเศษมาใช้นี้อธิบายได้ด้วยภารกิจในการจัดทำประโยชน์สาธารณะให้สำเร็จลุล่วง จึงทำให้ข้อกำหนดพิเศษในสัญญาเป็นข้อกำหนดที่ชัดเจน (*identifiée*) และได้รับการยอมรับ (*reconnue*)

นับแต่คำพิพากษานี้ จึงไม่มี “ข้อกำหนดพิเศษ” ในตัวมันเอง แต่ข้อกำหนดในสัญญาจะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็ด้วยเหตุผลที่คุณลักษณะ (*les caractéristiques*) ที่แตกต่างกันไปจากลักษณะธรรมชาติของข้อกำหนดตามกฎหมายแพ่ง ทุกข้อกำหนดในสัญญาไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดใดจะถือว่าเป็นข้อกำหนดตามกฎหมายมหาชนจากเงื่อนไขที่ว่าข้อกำหนดนั้นเกี่ยวข้องกับภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงเห็นได้ว่าเกณฑ์ที่ใช้เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาลักษณะพิเศษของข้อกำหนดในสัญญา คือ เกณฑ์วัตถุประสงค์หรือเป้าหมาย เพราะเหตุว่าเป้าหมายของข้อกำหนดจะเป็นตัวกำหนดระบบกฎหมายที่จะใช้กับสัญญาดังกล่าว

ดังนั้น จึงเป็นอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาความมีอยู่ของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษโดยอาศัยวิธีการพิจารณาจากเทคนิคที่เรียกว่า “*บündel von Merkmalen*” (*faisceau d'indices*) และเป็นการขยายหลักจากคำพิพากษาคดีบริษัทสำรวจและลงทุนในแม่น้ำซ็อง (*Société d'exploitation de la rivière du Sant*) ซึ่งจากคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้ให้กำเนิดระบบเอกลักษณ์หรือลักษณะพิเศษของข้อกำหนดในสัญญาว่าเป็นเกณฑ์สำคัญในการพิจารณากำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยอาศัย “*ฐานบ่งชี้*” ซึ่งเมื่อมีองค์ประกอบที่เป็นตัวบ่งชี้ครบแล้ว จึงจะถือว่าเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในสัญญาที่ทำให้แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง

โดยทั่วไปแล้ว ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษเป็นข้อกำหนดที่เข้าลักษณะเงื่อนไข ๒ ประการ ประกอบกัน ประการแรก คือ การตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะ ที่นำมาสู่เงื่อนไขประการที่สอง คือ เอกสิทธิ์พิเศษของนิติบุคคลมหาชน หรือการกำหนดให้เป็นภาระของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะต้องมีหน้าที่ผูกพัน หรือต้องรับภาระเป็นพิเศษยิ่งกว่าสัญญาทางแพ่ง

อย่างไรก็ดี การให้คำจำกัดความในแบบนี้มีทั้งข้อดีและข้อด้อย

๓.๒ ข้อดีและข้อด้อยของการให้คำจำกัดความอันเป็นผลจากคดีนี้

ข้อดี ๒ ประการ คือ

ประการแรก การจำกัดความหรือการอธิบายข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษยิ่งกว่าสัญญาทางแพ่งแบบนี้เป็นการให้ความสำคัญกับคุณลักษณะของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นการสร้างความชัดเจนและมีลักษณะเป็นคำจำกัดความอย่างแท้จริงของข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองจะมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ เพราะเหตุว่าเป้าหมายของสัญญาดังกล่าว คือ การสร้างความพึงพอใจต่อความต้องการร่วมกันของทุกคนที่มีลักษณะเป็นภารกิจเพื่อการอำนวยความสะดวกประโยชน์สาธารณะ แต่อย่างไรก็ดี ด้วยภารกิจในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ด้วยคุณลักษณะเฉพาะที่มีความสำคัญที่ฝ่ายปกครองมีภารกิจหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการให้บรรลุเป้าหมาย ทำให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์พิเศษและมีอำนาจกำหนดหน้าที่ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติ ซึ่งเป็นการลดทอนหลักความเสมอภาคของคู่สัญญาในสัญญาที่สร้างขึ้น (ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของสัญญาตามกฎหมายแพ่ง) ดังเช่นคำกล่าวของตุลาการผู้แถลงคดีในบันทึกความเห็นในคดี AXA เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๕ ที่กล่าวว่า “พึงระลึกไว้เสมอว่า มีปัจจัยอะไรที่ทำให้เกิดคุณลักษณะพิเศษของการกระทำของฝ่ายปกครอง เป็นการสมควรที่จะให้คำจำกัดความข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ในกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่เรียกว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” และดังนั้น การระบุบ่งชี้แสดงถึงคุณลักษณะทางปกครองของสัญญาอันได้แก่ คุณลักษณะที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ก็จะต้องมอบเอกสิทธิ์หรือสิทธิประโยชน์พิเศษให้แก่ฝ่ายปกครอง หรือให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการที่จะบังคับแก่คู่สัญญาเพื่อให้รับภาระหรือกำหนดหน้าที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติหรือรับภาระเป็นพิเศษ”

ประการที่สอง คำจำกัดความในเชิงบวกนี้ ในทางทฤษฎีเป็นการทำให้การอธิบายข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษนี้ง่ายขึ้น โดยไม่ต้องไปค้นหาลักษณะพิเศษในข้อกำหนดจากสมมติฐานของเกณฑ์การพิจารณาว่าข้อกำหนดนั้นเป็นข้อกำหนดที่ผิดแผกไปจากข้อกำหนดตามกฎหมายแพ่ง การให้คำจำกัดความข้อกำหนดพิเศษแบบนี้ทำให้การพิจารณาว่าเป็นข้อกำหนดพิเศษเมื่อมีการกระทบกระเทือนต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการสร้างความชัดเจนในการให้คำจำกัดความของข้อกำหนดพิเศษในสัญญานี้ยังสอดคล้องเป็นแนวทางเดียวกับกฎหมายยุโรปที่ยอมรับความไม่เท่าเทียมกันของข้อกำหนดพิเศษในสัญญาเฉพาะกรณี queแสดงให้ปรากฏชัดเจนว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม การให้คำจำกัดความแบบนี้ก็ไม่ได้แก้ปัญหาทุกปัญหา โดยยังมีข้อจำกัดหรือข้อด้อยบางประการ

ข้อด้อย ๒ ประการ คือ

ประการแรก ซึ่งก็เกี่ยวข้องกับการสร้างความชัดเจนแบบใหม่ในคำจำกัดความของข้อกำหนดพิเศษนั่นเอง ซึ่งก็ยังคงมีความคลุมเครือบางประการ หากการพิจารณาความเกี่ยวพันระหว่างประโยชน์สาธารณะกับข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจะทำให้ง่ายต่อการพิจารณาความมีอยู่ของข้อกำหนด

ที่ให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ก็มี ความยุ่งยากเช่นเดียวกัน กรณีที่พิจารณาเรื่องประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องที่มีความยากยิ่งกว่าในการที่จะพิจารณาพิสูจน์ความมีอยู่ของข้อกำหนดพิเศษสำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่อาจจะได้รับเอกสิทธิ์บางประการหรือภาระหน้าที่พิเศษเฉพาะ

ประการที่สอง คำจำกัดความข้อกำหนดพิเศษในสัญญานี้ ทำยที่สุดเป็นการให้อำนาจอย่างมากแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งยังคงเป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจองค์กรแรกที่จะให้คำจำกัดความหรือให้ความหมาย โดยมีการตรวจสอบโดยศาลปกครองเป็นผู้สนับสนุนด้วยการชี้ขาดตัดสินอีกครั้งในภายหลัง ซึ่งก็แน่นอนว่าฝ่ายปกครองเป็นผู้รับผิดชอบในการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ เอกสิทธิ์พิเศษกลายเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่จะยืนยันความเหนือกว่าของฝ่ายปกครองต่อคู่สัญญาตามกฎหมายเอกชน จึงเกิดช่องว่างทางกฎหมายใหม่ที่เป็นอำนาจของศาลที่จะพิจารณาวินิจฉัยเพื่ออุดช่องว่างนี้ด้วยการวางแนวในคำพิพากษาเพื่อที่จะไม่ให้ฝ่ายปกครองทำลายหรือทำความเสียหายในลักษณะสาระสำคัญต่อนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแต่ละฝ่าย

หลักกฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วยการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ* (Les délégations de service public en France)

Pierre ESPLUGAS-LABATUT**
L'Université Toulouse 1 Capitole

บทนำ

การเลือกรูปแบบการจัดการบริการสาธารณะว่าสมควรจัดทำโดยภาครัฐเองหรือควรมอบหมายให้ภาคเอกชนเข้ามาเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นประเด็นปัญหาสำคัญของหน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นประเด็นที่มีการกล่าวถึงตลอดมา และเป็นประเด็นปัญหาที่มีลักษณะเป็นสากลในบริบททางพื้นที่ ไม่ว่าจะเป็นการจัดการบริการสาธารณะของรัฐในประเทศฝรั่งเศส ในประเทศไทย หรือประเทศอื่น ๆ และในมิติด้านกาลเวลา ประเด็นเกี่ยวกับรูปแบบการจัดกิจการของรัฐว่ารูปแบบใดที่เหมาะสมต่อความต้องการของภาครัฐมากที่สุด ทั้งในแง่คุณภาพของการจัดการและราคาค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ ก็ยังคงเป็นปัญหาที่มีการกล่าวถึงและเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในปัจจุบัน

โดยประเด็นข้อถกเถียงจะเกี่ยวข้องกับการแบ่งรูปแบบการจัดการออกเป็น ๒ ประเภท และการเลือกรูปแบบการจัดการระหว่าง การที่ “**ภาครัฐจัดการบริการสาธารณะโดยตรงด้วยตัวเองโดยอำนาจมหาชน**” ซึ่งตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะเรียกว่า *régie*^๑ กับอีกด้านหนึ่งคือ การที่ “**หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองมอบหมายให้ภาคเอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ**”

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนเมษายน ๒๕๖๑

** การบรรยายทางวิชาการ เรื่อง “Les délégations de service public en France” เมื่อวันอังคารที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๑ เวลา ๙.๐๐ – ๑๒.๐๐ น. ณ ห้องสัมมนา ๒ (แนวลาด) ชั้น B1 อาคารสำนักงานศาลปกครอง ถอดความและเรียบเรียงโดย นางสาวอภิญญา แก้วกำเหนิด พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

(คำสำคัญ : บริการสาธารณะ การมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ)

^๑ **หมายเหตุผู้แปล :** ในประเทศฝรั่งเศส คำว่า *La régie* มีความหมายสองนัย นัยแรกหมายถึง องค์การมหาชนที่มีการทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ส่วนอีกนัยหนึ่ง หมายถึง รูปแบบการจัดการบริการสาธารณะที่ หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่นั่นเอง ด้วยงบประมาณและบุคลากรของตนเอง ซึ่งรูปแบบที่รัฐจัดทำบริการสาธารณะเองนี้ อาจแยกได้เป็นหลายรูปแบบคือ (๑) องค์การของรัฐจัดทำโดยตรง เมื่อการจัดทำบริการสาธารณะนั้นกระทำโดยหน่วยงานของรัฐเช่นเดียวกับบริการสาธารณะอื่น ๆ ซึ่งการจัดทำบริการสาธารณะส่วนใหญ่ก็จะเป็นการที่หน่วยงานของรัฐจัดทำเองไม่ว่าจะระดับชาติหรือระดับท้องถิ่น และในระดับท้องถิ่นนั้นบริการสาธารณะบางอย่างที่เป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ท้องถิ่นก็ยังใช้รูปแบบการจัดทำโดยตรงด้วยตัวเองแบบแรกนี้จึงเรียกว่า *La régie directe* (๒) หน่วยงานของรัฐจัดทำบริการสาธารณะโดยอ้อม (จัดทำเองแต่โดยอ้อม) *La régie indirecte* เป็นกรณีที่หน่วยงานที่จัดทำบริการสาธารณะนี้มีอิสระในการจัดการและอิสระทางการเงิน แต่ไม่ถึงขั้นตั้งเป็นหน่วยงานทางปกครองใหม่ จะเรียกว่าเป็นองค์การที่มีอิสระทางการเงิน (๓) การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการอันเป็นบริการสาธารณะ (*La régie intéressée*) รูปแบบนี้เป็นรูปแบบหนึ่งของการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่ความรับผิดชอบยังเป็นของหน่วยงานของรัฐ และเอกชนที่เข้ามาจัดการนี้ไม่ได้รับค่าบริการจากผู้ใช้บริการ แต่ได้รับค่าจ้างจากรัฐ รูปแบบการที่รัฐจัดทำบริการสาธารณะด้วยตัวเองที่เรียกว่า *régie* นี้ จะมีทั้งที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลซึ่งจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์การมหาชนทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งจะมีทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น โดยหลักการแล้วก็จะถือว่ารูปแบบการจัดการแบบ *régie* นี้จะตรงกันข้ามกับการมอบหมายให้บุคคลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ

สำหรับประเทศฝรั่งเศส รูปแบบการจัดการบริการสาธารณะที่รัฐเลือกใช้ตั้งแต่ช่วงแรก ๆ นับแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๙ และต้นศตวรรษที่ ๒๐ เป็นต้นมา (ตั้งต่อก่อนปี พ.ศ. ๒๔๔๓ เป็นต้นมา) ก็คือ วิธีการจัดการโดยการมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในกิจการสำคัญ ๆ เช่น การผลิตและจำหน่ายก๊าซ ไฟฟ้า น้ำประปา หรือกิจการขนส่งโดยสารทางรถไฟและการคมนาคมขนส่งในเขตเมือง

ในส่วนของการจำกัดความเบื้องต้นของการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น จะถือเป็นการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะเมื่อหน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองทำสัญญามอบหมายให้บุคคล ซึ่งโดยทั่วไปก็จะเป็นการมอบให้กับนิติบุคคลเอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะภายในระยะเวลาตามที่กำหนด

การที่บุคคลเอกชนสามารถเข้ามาปฏิบัติภารกิจด้านการจัดทำบริการสาธารณะนั้น นับว่าเป็นสิ่งที่ดีและได้รับการยอมรับอยู่แล้ว ดังเป็นที่ทราบกันทั่วไปว่ามีกลุ่มนักวิชาการจากมหาวิทยาลัยบอร์กโดซ์ ได้แก่ Léon Duguit และ Gaston Jèze ที่ได้ก่อตั้งกลุ่มนักกฎหมายที่รู้จักกันว่า “สำนักบริการสาธารณะ” หรือ “สำนักกฎหมายบอร์กโดซ์” ที่มีแนวความคิดพื้นฐานอยู่ที่ข้อความคิดว่าด้วยบริการสาธารณะ ตามความคิดของนักวิชาการจากมหาวิทยาลัยบอร์กโดซ์นี้เห็นว่า การจัดทำบริการสาธารณะจำเป็นจะต้องกระทำโดยนิติบุคคลมหาชน ดังนั้น ในอดีตจึงถือว่าการมอบหมายให้บุคคลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะเป็นการเกินขอบเขตของแนวคิดดั้งเดิมว่าด้วยบริการสาธารณะ ซึ่งการมอบหมายให้บุคคลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะได้รับการยอมรับก็เฉพาะแต่ด้วยเหตุผล ประการแรก การมอบหมายให้บุคคลเอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้น จำกัดเฉพาะบริการสาธารณะที่มีลักษณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเท่านั้น และเหตุผลอีกประการหนึ่ง คือ หน่วยงานของรัฐยังคงสงวนอำนาจในการจัดการและอำนาจในการควบคุมกิจการอันเป็นบริการสาธารณะที่มอบหมายดังกล่าว ตัวอย่างเช่น การมีข้อกำหนดเรื่องความสามารถในการถอดถอนจากการเป็นผู้รับสัมปทาน

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันได้มีการตั้งคำถามเกี่ยวกับรูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะแบบดั้งเดิม คือ รูปแบบที่รัฐจัดทำเองที่เรียกว่า La régie ด้วยเป็นที่ยอมรับอย่างไม่มีข้อสงสัยว่า บุคคลเอกชนสามารถเข้ามาจัดทำกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ และก็ยอมรับด้วยว่าประโยชน์สาธารณะแบบแท้จริงในตัวของมันเอง (ในมุมมองแบบบริสุทธ์หรือมุมมองภววิสัย) นั้น ไม่มีอยู่จริง ประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทรงอำนาจมหาชน จึงมีลักษณะเป็นการประเมินผลในเชิงอัตวิสัยของผู้ทรงอำนาจรัฐอย่างแท้จริง และที่สำคัญซึ่งถือเป็นเรื่องธรรมดาที่ระบบกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ (ไม่ว่าจะโดยภาครัฐเอง หรือโดยการมอบหมายให้ภาคเอกชน) จะเป็นระบบกฎหมายที่มีข้อยกเว้นแตกต่างไปจากระบบกฎหมายทั่วไปหรือแตกต่างจากระบบกฎหมายเอกชน นั่นคือมีลักษณะของเอกสิทธิ์พิเศษแตกต่างจากกฎหมายแพ่ง (L'exorbitant du droit commun) และหากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้ว ก็พบว่าเหมาะสมสอดคล้องกับระบบกฎหมายเอกชนที่ใช้สำหรับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

การเปลี่ยนแปลงรูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะแบบดั้งเดิมดังกล่าวข้างต้นนี้ ส่งผลให้หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองสามารถใช้ประโยชน์จากรูปแบบการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะที่หลากหลายมากขึ้น แม้ว่ารูปแบบที่รัฐดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเอง ซึ่งหมายถึงกระบวนการที่หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองเป็นผู้มีหน้าที่และภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะด้วยบุคลากรงบประมาณ และวัสดุอุปกรณ์ของฝ่ายปกครองเอง จะยังคงเป็นรูปแบบดั้งเดิมที่ฝ่ายปกครองยังคงเลือกใช้ เป็นส่วนใหญ่ในปัจจุบันก็ตาม

ปัจจัยที่ทำให้การมอบหมายให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่หน่วยงานของภาครัฐเข้าจัดทำบริการสาธารณะประสบความสำเร็จมี ๓ ประการ คือ

๑. ในมุมมองทางกฎหมาย การขยายรูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะโดยการมอบหมายให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนี้ เป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่หน่วยงานของรัฐ ทำให้มีรูปแบบการจัดการให้รัฐเลือกใช้มากขึ้น และหน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองก็มีเสรีภาพในการเลือกรูปแบบของการจัดการบริการสาธารณะโดยการมอบหมายให้บุคคลอื่นจัดทำได้อย่างเสรี

๒. ในด้านอุดมการณ์และด้านเศรษฐกิจ ยุคเสรีนิยมทางเศรษฐกิจนำไปสู่การตั้งข้อสมมติฐานว่าองค์กรภาคเอกชนดำเนินกิจการได้มีประสิทธิภาพและสร้างประสิทธิผลได้มากกว่า หากให้มาจัดการภารกิจอันเป็นบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

๓. ในทางการเงินการคลัง ด้วยข้อจำกัดของงบประมาณของรัฐ ทำให้มีการเรียกร้องให้มีการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ และในทางปฏิบัติก็เป็นการมอบหมายให้กับบริษัทเอกชนเข้ามาจัดการบริการสาธารณะ ซึ่งถือว่าเป็นทางออกที่ดีสำหรับการบริหารงบประมาณแผ่นดินที่รัฐไม่จำเป็นต้องนำงบประมาณมาใช้ลงทุนที่บางครั้งก็เป็นภาระหนักหน่วงในการก่อสร้างและการลงทุนในงานโยธาสาธารณะที่เป็นการก่อสร้างอาคารสถานที่

ปัจจัยทั้งหมดที่กล่าวมานี้เป็นที่มาของปรากฏการณ์ของการแบ่งแยกหรือการกระจายหน่วยงานของฝ่ายปกครองเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งไม่ได้มีผลเสียหายน่ออำนาจอธิปไตยของรัฐหรืออำนาจอำนาจอธิปไตยของประเทศฝรั่งเศสแต่ทำให้เห็นภาพชัดเจนว่า “*ยิ่งใช้อำนาจ ก็ยิ่งกลายเป็น ยิ่งไร้อำนาจ*” กล่าวคือ การให้ภาครัฐซึ่งมีอำนาจอำนาจจัดการกิจการ แต่กลับเป็นการจัดการที่ไร้ประสิทธิภาพ

ปัจจุบัน ประเด็นที่เป็นความท้าทายทางกฎหมายเกี่ยวกับการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะจะมุ่งไปที่ความโปร่งใสของขั้นตอนการมอบอำนาจหรือการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะจะเห็นได้จากในประเทศฝรั่งเศสมีการเปิดเผยตัวเลขของคดีทุจริตคอร์รัปชันในช่วงทศวรรษที่ ๘๐ ซึ่งนำไปสู่การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมาย และการสร้างขั้นตอนที่เข้มงวดมากขึ้นในการผูกพันรับผิดชอบตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปที่เรียกร้องให้มีความเข้มงวดมากขึ้น บทบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศส (และประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป) จึงเป็นการบังคับการตามข้อกำหนด (La directive) ของสหภาพยุโรป ทั้งนี้ ตามข้อกำหนด ลงวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๔ ว่าด้วยการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะในรูปของการทำสัญญาสัมปทาน

อย่างไรก็ดี แม้ว่ารูปแบบการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศสจะเป็นกระบวนการที่เก่าแก่ มีมาแต่ดั้งเดิมก็ตาม แต่ก็ปรากฏว่าเพิ่งจะมีการเปลี่ยนแปลงในทางบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะครั้งสำคัญ ตามรัฐกำหนดลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ว่าด้วยสัญญาสัมปทาน ยิ่งไปกว่านั้น ในแง่ของความมั่นคงในนิติฐานะของการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ ก็ยังคงเป็นเรื่องที่ไม่มีเสถียรภาพตลอดมา แต่ก็คาดหวังว่า “ประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ” ที่คาดว่าจะประกาศใช้ได้ปลายปี ค.ศ. ๒๐๑๘ นี้ จะมีความสมบูรณ์มากขึ้น โดยหลักการแนวทางสำคัญของประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ คือ การควบรวมกฎหมายสองเรื่องเข้าด้วยกันคือกฎหมายว่าด้วยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ และกฎหมายว่าด้วยการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ และกลายเป็นกฎหมายที่ปัจจุบันเรียกว่า กฎหมายว่าด้วยการสัมปทาน (Le droit des concessions)

จากการเกริ่นนำดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นประเด็นที่จะนำเสนอตามเค้าโครง ดังนี้ (๑) นิยามของคำว่า “สัมปทาน” ซึ่งก็ยังคงไม่ใช่เรื่องง่ายนักที่จะให้นิยามของการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ (๒) การทำสัญญาในลักษณะที่เรียกว่า สัญญาสัมปทาน นี้ มีผลอย่างมากต่อระบบกฎหมายที่ใช้บังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายในเรื่องของการมอบอำนาจหรือการมอบหมาย (ระบบกฎหมายว่าด้วยการสัมปทาน) (๓) รูปแบบของการให้สัมปทานในบริการสาธารณะ ซึ่งมีหลากหลายรูปแบบ และ (๔) คงจะไม่เป็นประโยชน์มากนักที่จะพิจารณาความสำเร็จของการสัมปทาน หากไม่มีการตั้งคำถามเกี่ยวกับโอกาสที่จะนำรูปแบบสัมปทานนี้มาบังคับใช้ (การปรับใช้การให้สัมปทานกับการจัดทำบริการสาธารณะ)

๑. นิยามของคำว่า “สัมปทาน”

นับว่าเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกันในตัวเอง กล่าวคือ ทั้ง ๆ ที่ประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการให้สัมปทานเป็นประเด็นหลักประการหนึ่งของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส แต่กลับปรากฏว่าคำศัพท์ที่ใช้เพื่อบริการความหมายของการที่หน่วยงานของรัฐได้ทำสัญญามอบหมายให้บุคคลที่สาม (ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกหน่วยงานของรัฐ) ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ (ที่หน่วยงานของรัฐนั้นมีหน้าที่ต้องจัดทำ) กลับเป็นสิ่งที่ดูจะล่องลอย ยังไม่ชัดเจน

หากพิจารณาจากความเป็นมาในอดีต จะพบว่ามีการใช้คำว่า “สัมปทานบริการสาธารณะ” แต่ความเป็นจริงในทางปฏิบัติของการทำสัญญาจะพบว่า มีรูปแบบทางกฎหมายที่หลากหลาย ซึ่งสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของการทำสัญญาที่เป็นไปได้สำหรับการที่รัฐจะมอบหมายให้บุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น

ดังนั้น ในแง่การใช้ถ้อยคำ แม้ต่อมาจะมีการบัญญัติรับรองอย่างชัดเจน แต่ก็ยังเป็นไปอย่างช้า ๆ และเพิ่งจะเริ่มบัญญัตินิยามไว้ตามกฎหมาย ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๑๙๙๓ ตามกฎหมายที่เรียกตามชื่อสกุลของผู้เสนอว่า กฎหมาย Sapin มีการใช้คำศัพท์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปว่า การมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ (DSP)

อย่างไรก็ดี การใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปตามกฎหมายปี ค.ศ. ๑๙๙๓ ถูกยกเลิกโดยรัฐกำหนดที่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ซึ่งเป็นการใช้คำศัพท์ที่มาจากกฎหมายของสหภาพยุโรป ก็คือ กลับมาใช้คำว่า “สัมปทาน”

การเปลี่ยนแปลงการใช้ถ้อยคำนี้ ยังปรากฏความยุ่งยากอีกหลายประการ คือ

๑. การเลือกใช้ถ้อยคำตามรัฐกำหนดปี ค.ศ. ๒๐๑๖ เป็นการสงวนถ้อยคำที่เป็นข้อความคิดของฝรั่งเศส คือ คำว่า การมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายทั่วไปว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สงวนไว้ให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์การร่วมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมากกว่า ๒ แห่ง หรือองค์การมหาชนส่วนท้องถิ่น มีเหตุผลเนื่องจากความสัมพันธ์ของผู้แทนท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งซึ่งสัมพันธ์กับคำว่า การมอบหมาย อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างในส่วนของประมวลกฎหมายท้องถิ่นแล้ว นิยามก็จะเป็นไปตามรัฐกำหนด ค.ศ. ๒๐๑๖ ที่ได้รับบุคว่า การมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะทุกประเภท ในความหมายที่เป็น “สัญญาสัมปทาน”

๒. ความยุ่งยากประการอื่นเพิ่มเติมเกิดขึ้นจากการที่รัฐกำหนด ค.ศ. ๒๐๑๖ ฉบับนี้ ยังไม่ได้ยกเลิกกฎหมายฉบับ Sapin ปี ค.ศ. ๑๙๙๓ อย่างเป็นทางการ และมีการแก้ไขเพียงเล็กน้อย ซึ่งสร้างความไม่ชัดเจนในการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายบางมาตรา ตัวอย่างเช่น เรื่องการขยายระยะเวลาการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ

๓. กฎหมายฉบับใหม่ที่บังคับใช้ปี ค.ศ. ๒๐๑๖ ที่ว่าด้วยการให้สัมปทานนี้ ไม่ได้ใช้ โดยเฉพาะเจาะจงกับการบริการสาธารณะเช่นเดียวกับในระบบกฎหมายที่ใช้บังคับก่อนหน้านี้ แต่เป็น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐทุกประเภท ที่เป็นการมอบอำนาจหรือมอบหมาย ให้แก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ซึ่งก็คือ ภาคเอกชน เข้ามาดำเนินการก่อสร้างอาคารสถานที่ต่าง ๆ และ/หรือ เข้ามาลงทุนแสวงประโยชน์ในสิ่งก่อสร้างที่มีอยู่แล้ว หรือลงทุนในการบริการ ไม่ว่าจะเป็น บริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม

กรณีเช่นนี้ อาจทำให้พิจารณาได้ว่าเป็นการผสมผสานสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการ สาธารณะเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสัมปทานซึ่งกินความกว้างกว่า เป็นการแสดงนัยว่าเป็นการแปรรูป กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ ในทางกลับกัน อาจถือได้ว่า เมื่อพิจารณาจาก การที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ก่อนหน้านี้มีผลบังคับกับสัญญามอบหมายการให้จัดทำบริการสาธารณะ ย่อมมีผลบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานแล้วด้วย รวมทั้งยืนยันการเผยแพร่กฎระเบียบที่ใช้บังคับกับสัญญา ประเภทนี้ (สัญญาสัมปทาน) แม้ว่าจะไม่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะก็ตาม

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์เฉพาะที่แตกต่างระหว่างสัญญาสัมปทานเมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ (หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “สัญญาพัสดุ”) ตามรัฐกำหนดว่าด้วยสัมปทาน คือ รัฐกำหนด ค.ศ. ๒๐๑๖ ได้นำหลักเกณฑ์ที่ศาลได้วางหลักไว้อย่างเคร่งครัดเกี่ยวกับการที่คู่สัญญา ต้องรับความเสี่ยงทางการเงินในการลงทุนดำเนินงาน มาบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้ ปรากฏตามคำพิพากษา ของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๕ เมษายน ค.ศ. ๑๙๙๖ ในคดี ผู้ว่าราชการแคว้น Bouches-du-Rhône^๒

นอกจากนี้ การพิจารณาเกี่ยวกับราคาค่าบริการที่เรียกจากผู้ให้บริการ ก็เป็นเกณฑ์หนึ่ง ในการพิจารณาองค์ประกอบของสัญญาสัมปทาน

หลักเกณฑ์นี้ยังคงเป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาสัมปทานที่แตกต่างจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ โดยในกรณีนี้คู่สัญญาภาคเอกชนที่เข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐจะได้รับค่าตอบแทน ราคาสินค้าที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้จ่ายโดยตรง

รัฐกำหนดปี ค.ศ. ๒๐๑๖ นี้ เป็นความพยายามระบุถ้อยคำให้ชัดเจนเกี่ยวกับการรับความเสี่ยง ในการลงทุน (เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมาย Sapin ฉบับเก่าปี ค.ศ. ๑๙๙๓ ซึ่งบัญญัติค่อนข้างคลุมเครือว่า “ค่าตอบแทนที่สำคัญของคู่สัญญาจากการดำเนินการลงทุนในการให้บริการ”) และบัญญัติเกี่ยวกับ ลักษณะทางกฎหมายของความเสี่ยง โดยกำหนดว่า ความเสี่ยงต้องเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจริง (มาตรา ๕ บัญญัติว่า “สัดส่วนของความเสี่ยงที่รับโอนต่อมา หมายถึง ความเสี่ยงที่แท้จริงต่อความผันผวนของตลาด” (...)) ผู้รับสัมปทาน “ไม่อาจมั่นใจในการที่การลงทุนจะมีมูลค่าลดลง หรือมีต้นทุนที่เกิดขึ้นซึ่งเกี่ยวข้องกับการลงทุนดำเนินงาน ก่อสร้างอาคารสถานที่หรือการให้บริการ”) และรัฐกำหนดได้นิยามความหมายของความเสี่ยงไว้ในมาตรา ๕ ว่า “การสูญเสียใด ๆ ทุกประเภทที่อาจเกิดขึ้นโดยผู้รับสัมปทานจะต้องไม่เป็นเรื่องเล็กน้อยหรือไม่สลักสำคัญ” ซึ่งหมายความว่า การพิจารณาความเสี่ยงไม่ได้ใช้เกณฑ์ดังเช่นเกณฑ์ตามกฎหมายฉบับก่อน แต่การพิจารณา

^๒ หมายเหตุผู้แปล : คดีนี้เป็นคดีที่เทศบาลทำสัญญาจ้างบริษัทเอกชนดำเนินการเก็บและขนขยะ ซึ่งเป็นภารกิจอันเป็นบริการสาธารณะของเทศบาล โดยค่าตอบแทนที่บริษัทเอกชนได้รับ เทศบาลเป็นผู้จ่าย จึงมีลักษณะ เป็นสัญญาพัสดุ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสี่ยงนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับรายได้ที่ได้รับแต่เพียงอย่างเดียว แต่พิจารณาจากการขาดทุนจากการดำเนินงานด้วย

ซึ่งกรณีเช่นนี้ก็เป็นหน้าที่ของศาลที่จะวางหลักในคำพิพากษาเพื่อกำหนดความเป็นจริงและระดับความเสี่ยงที่เกิดขึ้นแก่ผู้รับสัมปทาน

ในปัจจุบัน ความเสี่ยงที่สามารถพิจารณาตามเกณฑ์ที่วางหลักไว้ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเป็นเกณฑ์ที่กว้างมาก ซึ่งจะครอบคลุมถึง “ความเสี่ยงในความผันผวนทางการตลาด” สิ่งนี้สามารถสะท้อนความยืดหยุ่นในความเสี่ยงจากการแข่งขันทางการค้ากับผู้ประกอบการรายอื่น และความเสี่ยงจากความแตกต่างระหว่างอุปสงค์และอุปทานในบริการ รวมทั้งความเสี่ยงจากการล้มละลายของลูกหนี้อื่นเป็นผลจากราคาที่ให้บริการ และความเสี่ยงจากการขาดรายได้เพื่อใช้จ่ายในการดำเนินงาน คือ ขาดเงินทุนหมุนเวียนเพื่อการลงทุน ตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ลงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ *Kansaneläkelaitos*^๓

๒. ระบบกฎหมายว่าด้วยสัมปทาน

ระบบกฎหมายว่าด้วยสัมปทานเป็นระบบกฎหมายที่ซับซ้อน ซึ่งยังไม่ได้มีการกำหนดองค์ประกอบและหลักเกณฑ์รายรายละเอียดทั้งหมดของการสัมปทานนี้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ จึงไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะไม่ทำให้เกิดความไม่แน่นอนทางกฎหมาย ดังนั้น ในหัวข้อนี้ ก็จะเป็นการนำเสนอในส่วนที่เป็นหลักการที่สำคัญเท่านั้น

๑. เกี่ยวกับกิจกรรมที่ได้รับสัมปทาน โดยหลักการก็คือ บริการสาธารณะทุกประเภทสามารถให้สัมปทานได้ มีข้อยกเว้นซึ่งสภาแห่งรัฐได้มีคำพิพากษาวางหลักไว้โดยใช้ถ้อยคำที่เป็นนัยที่ต้องตีความว่า ข้อยกเว้นของบริการสาธารณะที่ไม่อาจให้สัมปทานได้ “เพราะลักษณะหรือธรรมชาติของบริการสาธารณะนั้นเองที่ไม่อาจให้สัมปทานได้ หรือเนื่องจากเป็นความประสงค์ฝ่ายนิติบัญญัติที่ตรากฎหมายยกเว้นไว้” ซึ่งในกรณีเช่นว่านี้บริการสาธารณะนั้นก็ต้องได้ดำเนินการโดยตรงโดยฝ่ายปกครองตามคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (ความเห็น) ลงวันที่ ๗ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๗๖ และคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (แผนก) ลงวันที่ ๗ เมษายน ค.ศ. ๒๐๐๗ *Cne of Aix-en-Provence*)^๔

^๓ CJEU, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*

^๔ **หมายเหตุผู้แปล :** คดีนี้เป็นการฟ้องเพื่อขอให้เพิกถอนมติของสภาเทศบาลเมือง เอ็กซ์ ซอง โพรวองซ์ ที่จัดสรรเงินอุดหนุนแก่สมาคมเพื่องานเทศกาลโคลงกลอนนานาชาติ และสถาบันดนตรีแห่งยุโรปประจำเมืองเอ็กซ์ กล่าวคือ ในแต่ละปีที่เมืองเอ็กซ์ ซอง โพรวองซ์ จะมีการจัดเทศกาลนานาชาติดังกล่าว เทศบาลก็ให้สมาคมเป็นผู้จัดการ และมีมติให้เงินอุดหนุน ประเด็นก็คือ เทศบาลไม่ได้ทำสัญญามอบหมายให้สมาคมจัดทำบริการสาธารณะนี้ ซึ่งเป็นบริการสาธารณะทางวัฒนธรรม และเป็นเรื่องเกี่ยวกับกิจกรรมอันเป็นประโยชน์สาธารณะ การให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะจะต้องทำในรูปแบบของสัญญามอบหมายหรือไม่ สภาแห่งรัฐวางหลักว่า หน่วยงานทางปกครองสามารถให้การสนับสนุนทางการเงินแก่เอกชนที่เข้ามาให้บริการอันเป็นบริการสาธารณะทางวัฒนธรรม โดยไม่จำเป็นต้องมอบหมายโดยการทำสัญญา และไม่จำเป็นต้องจัดตั้งหรือแปลงสภาพให้เอกชนนั้นมีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์การมหาชนทางด้านกิจการทางวัฒนธรรม

และกรณีการจัดเทศกาลนานาชาติดังกล่าว ซึ่งเป็นบริการสาธารณะทางวัฒนธรรมนี้ ไม่ได้เป็นการบังคับตายตัวว่าฝ่ายปกครองจะต้องเลือกรูปแบบทำสัญญามอบหมายให้เอกชนจัดทำ ฝ่ายปกครองสามารถจัดทำเองได้ เพราะว่าบริการสาธารณะทางวัฒนธรรมมีลักษณะธรรมชาติที่เป็นประโยชน์สาธารณะที่ผูกพันกับหน้าที่ของฝ่ายปกครอง และมีระดับการควบคุมโดยฝ่ายปกครอง

ตัวอย่าง บริการสาธารณะที่พิจารณาจากคุณลักษณะของตัวบริการสาธารณะนั้นเอง ควรเป็นบริการสาธารณะที่จัดทำหรือดำเนินการโดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครอง คือ กิจกรรมที่เป็นการออกกฎหรือการรักษากฎเกณฑ์ รวมทั้งกิจการที่เป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ที่เรียกว่าเป็นการใช้อำนาจตำรวจทางปกครอง (ตามคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๗ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๓๒ เมือง Castelnau) ^๕ หรือคดีเกี่ยวกับความผิดบนท้องถนนสาธารณะ ตามคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๙๗ คดี Cne d'Ostricourt ^๖ หรือบริการสาธารณะเกี่ยวกับการติดกล้องวิดีโอเฝ้าระวัง ตามคำพิพากษาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ ๑๐ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๑ ฉบับที่ 2011-625 DC ^๗) ในทำนองเดียวกันก็มีข้อยกเว้นการสัมปทานโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่ กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้น เช่นนี้ก็จะให้สัมปทานเอกชนไม่ได้ เช่น กิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะทางการแพทย์ ต้องดำเนินการโดยโรงพยาบาลซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์การมหาชน หรือกิจกรรมการเรียนการสอน ซึ่งเป็นบริการสาธารณะทางการศึกษา รวมถึงการดูแลเด็กนักเรียนที่อยู่ในความดูแล ก็เป็นบริการสาธารณะที่ต้องจัดทำโดยสถานศึกษาซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์การมหาชนเช่นกัน

๒. ในด้านเกี่ยวกับรูปแบบของผู้รับสัมปทานนั้น ไม่ได้มีการกำหนดรูปแบบสถานะทางกฎหมายสำหรับผู้ที่จะเป็นผู้รับสัมปทาน อาจจะเป็นนิติบุคคลไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลประเภทใด ไม่ว่าจะเป็นบริษัท ห้างหุ้นส่วน กิจการทางการค้าพาณิชย์รูปแบบอื่น หรืออาจจะเป็นบุคคลธรรมดา ผู้รับสัมปทานนี้อาจเป็นได้ทั้งบุคคลเอกชนและนิติบุคคลมหาชน ซึ่งเมื่อนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาทั้งบุคคลเอกชนและนิติบุคคลมหาชนดังกล่าวมีข้อเสนอในทางการตลาดที่จะเข้าดำเนินการจัดทำงานโยธาสาธารณะในการก่อสร้างอาคารสถานที่ หรือการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ หรือการให้บริการ ก็ถือว่าเป็นผู้รับสัมปทานได้

๓. หัวใจของระบบกฎหมายว่าด้วยการสัมปทานจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในการผูกพันตามสัญญาสัมปทาน รัฐกำหนดฉบับที่ใช้บังคับในปัจจุบัน (ค.ศ. ๒๐๑๖) ใช้มุมมองในเรื่องนี้ในการเปลี่ยนแปลงมุมมองจากระบบกฎหมายว่าด้วยการสัมปทานที่ใช้บังคับก่อนหน้านี้ ซึ่งก่อนหน้านี้เป็นเวลานานมาแล้วที่ระบบกฎหมายว่าด้วยการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือการสัมปทาน ถูกกำหนดด้วยหลักเสรีภาพของฝ่ายปกครองในการเลือกผู้รับสัมปทาน ซึ่งแตกต่างจากกรณีสัญญาพัสดุ กรณีการมอบหมายและการสัมปทานนี้การเลือกเป็นไปโดยเสรี และเป็นดุลพินิจของหน่วยงาน (*L'intuitu personae*) ที่พิจารณาให้สัมปทาน ซึ่งเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญานั้นมีความชอบธรรมเนื่องจากเป็นผลที่ต่อเนื่องมาจากหลักเสรีภาพในการเลือกรูปแบบการจัดการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง เป็นไปตามนัยคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๑๓ Drapeyron ^๘

^๕ **หมายเหตุผู้แปล :** คดีนี้เป็นการทำสัญญามอบหมายให้เอกชนเข้ามาทำหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตชนบท (Le service de police rural)

^๖ **หมายเหตุผู้แปล :** คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับสัญญาที่เทศบาลว่าจ้างบริษัทให้ดำเนินการดูแลความเรียบร้อยบนท้องถนน และดูแลขณะมีการขนเงิน (Une société de gardiennage la surveillance des voies publiques)

^๗ คดีนี้เป็นการตรึงตรวจสอบกฎหมาย ซึ่งมีมาตราหนึ่งเกี่ยวกับการติดตั้งวิดีโอที่ถนนสาธารณะ ซึ่งตามร่างกฎหมายบัญญัติว่าหน่วยงานของรัฐสามารถทำสัญญาให้บริษัทเอกชนดำเนินการ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วย โดยวินิจฉัยว่ากรณีเป็นอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยภายในซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชน ไม่อาจมอบหมายให้เอกชนดำเนินการได้

^๘ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๑๓, Drapeyron

อย่างไรก็ตาม กฎหมายเดิมที่ใช้บังคับก่อนหน้านี้ นับตั้งแต่วันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๑๙๙๓ ที่เรียกว่า กฎหมาย “Sapin” ก็ได้บัญญัติโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความโปร่งใสมากขึ้นในการเลือกผู้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้ฝ่ายปกครองที่จะเป็นผู้ให้สัมปทานอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ขั้นตอนการประกาศโฆษณาโดยเปิดเผยเพื่อคัดเลือกผู้ที่จะได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ วัตถุประสงค์ในเรื่องนี้ไม่ใช่การเปิดโอกาสให้ผู้สมัครได้มีการแข่งขัน แต่เป็นไปเพื่อให้อยู่ในสถานการณ์ของ “ความเท่าเทียมกันในการได้รับข้อมูลที่จะทำให้ผู้สมัครสามารถที่จะแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม”

ในทางตรงกันข้าม เมื่อพิจารณาตามปรัชญาทั่วไปของกฎหมายฉบับที่มีผลบังคับใช้ปัจจุบัน (ฉบับ ค.ศ. ๒๐๑๖) คือ เป็นการเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยสัมปทานเข้ามาในระบบกฎหมายที่กว้างกว่าก็คือ “กฎหมายทั่วไปว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ” (สัมปทาน+พัสดุ) ซึ่งเป็นไปตามสำนวนที่คณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสใช้ในคำพิพากษา ลงวันที่ ๒๖ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๓^๙ และเพื่อเป็นการเชื่อมโยงอย่างชัดเจนระหว่างกฎหมายว่าด้วยการสัมปทานกับกฎหมายว่าด้วยสัญญาพัสดุ

ดังนั้น ผลกระทบที่เกิดขึ้นจึงมุ่งที่ขั้นตอนการคัดเลือกผู้รับสัมปทานที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและเปิดกว้าง เพื่อไม่ให้สัญญาสัมปทานกระทำให้ขึ้นในลักษณะเป็นไปได้อย่างง่าย และมีการคัดเลือกผู้รับสัมปทานตามดุลพินิจโดยแท้ของผู้มีอำนาจคัดเลือก

นอกจากนี้แล้ว การปรับปรุงหลักการทางกฎหมายดังกล่าวนี้ยังมีแนวโน้มที่ได้รับการสนับสนุนเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ร่วมกันเกี่ยวกับขั้นตอนการทำสัญญาพัสดุและสัญญาสัมปทาน (กรณีนี้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ลงวันที่ ๙ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ที่เรียกว่ากฎหมาย “Sapin 2” ซึ่งรัฐบาลได้เสนอรัฐกำหนดเพื่อให้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายดังกล่าว) ซึ่งประมวลกฎหมายฉบับนี้ก็ได้บัญญัติถึงเรื่องความเสี่ยงในความไม่มั่นคงแน่นอนทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงหลักการใหม่ในกฎหมาย

ในทางปฏิบัติ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐทุกประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัญญาสัมปทานจะต้องเคารพต่อหลักการว่าด้วย “เสรีภาพในการเข้าถึงการจัดซื้อจัดจ้าง หลักการปฏิบัติต่อผู้สมัครเข้ารับการจัดซื้อจัดจ้างให้เป็นผู้รับงานจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน และหลักความโปร่งใสของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง” ทั้งนี้ ตามรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖ มาตรา ๑

ในการบังคับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายนี้ หน่วยงานที่เป็นผู้มอบหมายหรือผู้ให้สัมปทานต้องมีการปรึกษาหารือขอความเห็นล่วงหน้า เพื่อกำหนดลักษณะและขอบเขตความต้องการในการจัดทำบริการสาธารณะของตน

เหนือสิ่งอื่นใด หน่วยงานที่เป็นผู้มอบหมายหรือผู้ให้สัมปทานต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจัดให้มีการแข่งขันก่อนที่จะเลือกผู้ที่จะได้รับงาน และต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดด้านการประกาศโฆษณา รูปแบบการนำเสนอและการตรวจสอบใบสมัครและข้อเสนอในการเข้ารับงาน โดยไม่คำนึงถึงการเริ่มต้นของสัญญาที่เกี่ยวข้อง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หน่วยงานผู้ให้สัมปทานต้องทำให้ถูกต้องตามขั้นตอนกระบวนการก่อนลงนามผูกพันตามสัญญา

ในกรณีนี้ การประกาศหาผู้เข้าทำสัมปทานจะต้องมีรายละเอียดของการให้สัมปทานและเงื่อนไขในการเข้าร่วมในขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างไว้ในรัฐกิจจานุเบกษาฉบับประกาศเกี่ยวกับสัญญาพัสดุ (Un bulletin officiel des annonces de marchés publics – BOAMP หรือในจดหมายข่าวเกี่ยวกับ

^๙ คำพิพากษาของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ ๒๖ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๓ เลขที่ 2003-473 DC.

กิจการทางกฎหมาย (Un journal d'annonces légales) โดยในกรณีการทำสัญญาที่มีมูลค่าเกินว่า ๕,๒๒๕ ล้านยูโร ไม่รวมภาษี ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายสหภาพยุโรปตามที่กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกาอนุวัติการตามกฎหมายสหภาพยุโรป ขั้นตอนการประกาศดังกล่าวข้างต้นถือเป็นขั้นตอนที่เป็นรูปแบบบังคับ รวมทั้งจะต้องมีการประกาศการให้สัมปทานเผยแพร่ในรัฐกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป (Un journal officiel de l'union européenne - JOUE) หรือสิ่งตีพิมพ์เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับภาคเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง (Une publication spécialisée au secteur économique concerné) อีกด้วย

ในส่วนที่เกี่ยวกับการได้รับเลือกให้ได้รับงานของรัฐ การจัดสรรจะต้องเป็นไปตามหลัก "ข้อเสนอที่ดีที่สุดในแง่ของผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยรวม" สำหรับฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ออกใบอนุญาต

ข้อเสนอที่จะได้รับการเลือกให้ได้รับงานจากรัฐจะต้องมีการพิจารณาและประเมินบนพื้นฐานของเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไป มีลักษณะกววิสัยใช้กับทุกคน และมีความชัดเจน รวมทั้งเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของสัญญาสัมปทาน หรือสัมพันธ์กับเงื่อนไขในการดำเนินงานที่จะมีการมอบหมาย หลักเกณฑ์การพิจารณาคัดเลือกผู้รับงานดังกล่าวนี้จะต้องไม่เป็นการให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองที่จะเป็นผู้ให้สัมปทานในการที่จะให้ใช้เสรีภาพที่ไม่จำกัดในการเลือก และต้องให้หลักประกันในการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ ตามรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖

หลักเกณฑ์ที่อาจจะนำมาใช้พิจารณาคัดเลือกผู้รับงานได้ คือ เกณฑ์ทางด้านสิ่งแวดล้อม สังคม หรือที่เกี่ยวข้องกับนวัตกรรม ในกรณีของการให้สัมปทานบริการสาธารณะ คุณภาพของการให้บริการที่ผู้รับบริการสาธารณะจะได้รับ ถือว่าเป็นเกณฑ์ที่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาประกอบ และในทุกกรณี เกณฑ์การที่จะให้งานหรือให้สัมปทานและคำอธิบายเนื้อหาของงานที่จะให้ดำเนินการจะต้องระบุไว้ในหนังสือแจ้งการให้สัมปทาน สำหรับสัญญาสัมปทานที่มีจำนวนเงินสูงกว่าเกณฑ์ตามกฎหมายของสหภาพยุโรป เกณฑ์ในการเลือกข้อเสนอต้องมีการจัดลำดับความสำคัญ

การจัดกระบวนการเฉพาะสำหรับการแข่งขันและการคัดเลือกข้อเสนอที่มีการดำเนินการโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะมีการจัดตั้งคณะกรรมการที่เรียกว่า "คณะกรรมการเปิดซอง" (Une commission d'ouverture des plis) ซึ่งประกอบด้วยผู้มีอำนาจที่จะลงนามในสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งได้แก่ ประธานสภาท้องถิ่นหรือนายกเทศมนตรี และสมาชิกสภาท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งตามสัดส่วนของสมาชิกสภาท้องถิ่น ซึ่งเป็นตัวแทนของเสียงข้างน้อยในสภาท้องถิ่นและไม่เกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหารหรือเป็นตัวแทนขององค์กรฝ่ายบริหารของท้องถิ่น คณะกรรมการเปิดซองนี้จะพิจารณาให้ความเห็นที่สภาท้องถิ่นให้ความเห็นชอบภายในกำหนดสองเดือนหลังจากที่มีการส่งเรื่องให้คณะกรรมการเพื่อคัดเลือกผู้ที่จะรับมอบหมายงานบริการสาธารณะและจัดทำสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ

โดยสรุป ความเข้มงวดในการต้องประกาศโฆษณาประชาสัมพันธ์ก่อนล่วงหน้า และการจัดระเบียบเพื่อดำเนินการคัดเลือก รวมทั้งการจัดลำดับความสำคัญของเกณฑ์ในการคัดเลือกข้อเสนอเข้ารับงานหรือรับการประมูลงานมีแนวโน้มที่จะเป็น "การเปิดตลาด" (Une marchandisation) ของสัญญาสัมปทาน

อย่างไรก็ตาม สัญญาสัมปทานก็มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญกับสัญญาพัสดุที่ยังคงให้เสรีภาพแก่อนุญาตรัฐที่เป็นผู้มีอำนาจอนุญาตในการดำเนินการและขั้นตอนการอนุญาตให้ได้รับงาน และเป็นไปได้ที่จะเจรจาต่อรองกับผู้เสนอราคารายหนึ่งหรือมากกว่าหนึ่งราย

๔. ในส่วนที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดของสัญญาสัมปทาน เพื่อที่จะเปิดให้มีการแข่งขันกันใหม่ ระยะเวลาของสัญญาจะถูกกำหนด แต่ก็ค่อนข้างยืดหยุ่น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับคุณลักษณะและปริมาณของบริการ หรือการลงทุนที่ฝ่ายรัฐเรียกร้องจากผู้รับสัมปทาน

ในกรณีที่มีความเข้มงวดมาก เช่น ในเรื่องเกี่ยวกับน้ำสะอาดสำหรับดื่มใช้ การสุขาภิบาล และการกำจัดขยะและของเสียอื่น ๆ ระยะเวลาของสัญญาต้องไม่เกิน ๒๐ ปี ตามรัฐกำหนด เลขที่ 2016-65 ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖ มาตรา ๓๔

๕. เกี่ยวกับการคุ้มครองที่ให้แก่คู่สัญญาที่เกิดขึ้นจริงหรือที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติ ตามกฎเกณฑ์ดังกล่าว ได้มีการจัดให้มีระบบการฟ้องคดีพิเศษ ๒ วิธี เพื่อรับรองให้มีการเคารพต่อการปฏิบัติ ตามขั้นตอนเหล่านี้ ซึ่งก็คือการฟ้องคดีประเภทคำร้องวิธีการหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนทำสัญญา ที่เริ่มขึ้นก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา และคำร้องขอมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเกี่ยวกับ สัญญาที่ใช้บังคับกับสัญญาใด ๆ ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหลังจากลงนามทำสัญญาแล้ว

คำร้องขอวิธีการหรือมาตรการชั่วคราวนี้อาจมีการยื่นคำร้องฉุกเฉินต่อศาลปกครอง เพื่อลงโทษการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อภาระหน้าที่ผูกพันที่ต้องดำเนินการตามกฎหมายดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ด้วยความเป็นโมฆะของสัญญา อาจมีการยกเลิกหรือมีการลงโทษทางการเงิน

นอกจากวิธีการชั่วคราวแล้ว ก็ยังมีช่องทางการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นคดีพิพาท เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และศาลอาญาก็สามารถดำเนินคดีเพื่อลงโทษการกระทำอันเป็นความผิด ทางอาญา ในกรณีพิจารณาว่าเป็นการจัดหาหรือพยายามจัดหาให้บุคคลอื่นได้รับผลประโยชน์อันเกินควร โดยการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติ เพื่อรับรองเสรีภาพในการเข้าถึงและความเสมอภาคของผู้สมัครในสัญญาพัสดุ และสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ

๓. รูปแบบของการให้สัมปทานในบริการสาธารณะ

คำว่าสัมปทานเป็นคำทั่วไป ที่มีความหมายรวมถึงสัญญาหลากหลายประเภทที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ที่เป็นผู้สัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญา

สัมปทานสามารถทำได้ทั้งที่เป็นการสัมปทานการดำเนินงานที่มีผลงานการก่อสร้าง (Une concession de travaux) และ/หรือ การสัมปทานการบริการ (Une concession de service) ก็ได้ กรณีจะเป็นสัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะหรือสัมปทานการก่อสร้างเมื่อผู้รับสัมปทานได้ก่อสร้าง ผลงานที่จำเป็นสำหรับการลงทุนและการดำเนินการให้บริการ และจะเป็นสัญญาสัมปทานในงานและ บริการสาธารณะหากสัญญามอบสิทธิแก่ผู้รับสัมปทานในการดำเนินการให้บริการสาธารณะ และได้รับ ผลตอบแทนจากความเสียหายและผลกำไรโดยตรงที่เก็บจากผู้ใช้บริการ

รูปแบบการจัดการนี้เป็นรูปแบบที่เก่าแก่ที่สุดและยังคงมีความสำคัญมากที่สุด นับเป็น ร้อยละ ๗๕ ของสัญญาสัมปทานที่ใช้กับบริการสาธารณะ นั่นคือ รูปแบบการทำสัญญาสัมปทานบริการ สาธารณะ (Des concessions de service public)

อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีความหลากหลายของสัมปทานการให้บริการสาธารณะซึ่งค่าตอบแทน ที่ให้แก่ผู้รับสัมปทานจะขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการรับความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ดำเนินงานจัดทำบริการ แต่ค่าตอบแทนของผู้รับสัมปทานจะขึ้นอยู่กับราคาที่ได้รับชำระจากผู้ใช้บริการ เท่านั้น

นอกจากนี้ ยังมีกรณีของการมอบหมายให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ (L'affermage) ซึ่งเป็นกรณีหน่วยงานของรัฐที่มีภารกิจและมีทรัพย์สินที่พร้อมในการจัดทำบริการสาธารณะอยู่แล้ว มอบอำนาจการบริหารกิจการอันเป็นบริการสาธารณะที่มีอยู่แล้วนั้นแก่บุคคลที่สามที่เรียกว่า ผู้จัดการหรือผู้รับมอบหมายให้บริหารจัดการซึ่งตั้งขึ้นตามสัญญา (fermier) ลักษณะพิเศษเฉพาะของรูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้ คือ การที่ผู้ที่เข้าบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ ซึ่งเกิดขึ้นตามสัญญาให้เข้าบริหารจัดการทรัพย์สินและกิจการของรัฐ ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการจัดทำหรือบริหารให้เกิดผลงานจากกิจการและทรัพย์สินหรืออุปกรณ์ที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้จัดหา และหากมีการซ่อมแซมใหญ่ก็จะเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่เป็นเจ้าของภารกิจการนั้น ส่วนการซ่อมแซมเล็กน้อยผู้บริหารจัดการก็ดำเนินการไป ในส่วนของค่าตอบแทนของผู้จัดการจะมาจากค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ ซึ่งค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการที่ได้รับนี้จะแบ่งเป็น ๒ ส่วน ส่วนหนึ่งผู้จัดการรับไป อีกส่วนหนึ่งเป็นค่าธรรมเนียมที่ให้รัฐ (เพราะรัฐเป็นเจ้าของกิจการและทรัพย์สินที่ใช้ ส่วนผู้จัดการก็เป็นผู้บริหาร) ระบบนี้ยังคงใช้อยู่ในปัจจุบัน สำหรับการได้รับสิทธิในการบริหารจัดการตลาด ทั้งตลาดแบบเป็นอาคารที่เรียกว่า Les halles หรือตลาดรูปแบบอื่น ๆ ที่อาจจะเปิดตลาด ผู้ที่ได้รับมอบหมายให้จัดการตลาดจะเก็บค่าตอบแทนจากผู้ค้าในตลาด ค่าตอบแทนหรือค่าธรรมเนียมการค้าขายในตลาดนี้ ส่วนหนึ่งก็เป็นผลตอบแทนของผู้จัดการ อีกส่วนหนึ่งก็เป็นค่าธรรมเนียมที่ให้รัฐ

ในทำนองเดียวกัน รูปแบบการจัดการบริการสาธารณะอีกประเภทที่เรียกว่า การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะแทนรัฐ (La régie intéressée) เป็นกรณีที่หน่วยงานที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะได้จัดตั้งองค์กรจัดการบริการสาธารณะที่เรียกว่า ผู้บริหารกิจการ (Un régisseur) ซึ่งได้รับค่าตอบแทนที่ไม่ได้มาจากผลกำไรอันเกิดจากการประกอบกิจการ โดยกำไรจะตกแก่หน่วยงานของรัฐ ฝ่ายปกครอง เงินรายได้จากค่าธรรมเนียมการบริการจะส่งเข้ารัฐทั้งหมด ผู้บริหารกิจการจะได้รับค่าตอบแทนที่หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองจ่ายให้ตามคุณภาพของการบริหารจัดการ ค่าตอบแทนของผู้บริหารกิจการจะแตกต่างกันไปตามผลงานการบริหารจัดการของผู้บริหาร ซึ่งจะได้รับค่าตอบแทนที่กำหนดชัดเจนจากหน่วยงานของรัฐตามที่ตกลงกัน บวกกับเงินเพิ่มหรือเงินโบนัสที่ได้จากผลกำไรจากการประกอบการ เพื่อเป็นแรงจูงใจ การดูแลรักษาทรัพย์สินเป็นหน้าที่ของผู้บริหารกิจการที่ได้รับมอบหมาย ผู้บริหารกิจการมีหน้าที่ในการซ่อมแซมเล็กน้อย แต่การซ่อมแซมใหญ่เป็นหน้าที่ของรัฐ กรณีการมอบหมายให้บริหารจัดการบริการสาธารณะเช่นนี้ ผู้บริหารมีอิสระตามสมควรในการบริหาร เพราะมีเหตุจูงใจจากผลกำไรจากการประกอบการด้วย ซึ่งการได้รับค่าตอบแทนตามผลงานเช่นนี้ทำให้พิจารณาว่าเป็นการสัมปทานการให้บริการสาธารณะ ตามนัยคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๓๐ มิถุนายน ๑๙๙๙ SMITOM^{๑๐}

^{๑๐} **หมายเหตุผู้แปล :** SMITOM เป็นองค์การมหาชนทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมของท้องถิ่นที่ร่วมกันจัดตั้งขึ้นเพื่อจัดการขยะมูลฝอย ฟ้องขอให้ยกเลิกกระบวนการทำสัญญามอบหมายให้บริหารจัดการกิจการกำจัดขยะมูลฝอยจากครัวเรือนที่ได้แย้งว่ากระบวนการทำสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ในเรื่องของการประกาศโฆษณา การจัดให้มีการแข่งขัน และการลงนามผูกพันสัญญาตามหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ โดยสัญญาในคดีนี้เป็นสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะในรูปของการว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะแทนรัฐ (La régie intéressée) นอกจากศาลจะวินิจฉัยถึงความชอบของกระบวนการขั้นตอนแล้ว ศาลยังได้วินิจฉัยถึงค่าตอบแทนที่คู่สัญญาที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะได้รับจะมี ๒ ส่วน คือ ค่าตอบแทนที่กำหนดชัดเจนจากหน่วยงานของรัฐตามที่ตกลงกัน กับอีกส่วนหนึ่งเป็นเงินเพิ่มหรือเงินโบนัสที่ได้จากผลกำไรจากการประกอบการ

จนกระทั่ง มีการปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ตามรัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ภายใต้ข้อสมมติฐานที่หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองต้องการที่จะหาบุคคลภายนอกฝ่ายปกครองเพื่อให้เข้ามาจัดทำงานก่อสร้างต่าง ๆ และต้องการใช้เงินของภาคเอกชน เพื่อการจัดหาพัสดุอุปกรณ์ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และแนวทางการปฏิบัติของภาครัฐได้รวมเอารูปแบบสัญญาที่หลากหลายเข้าไว้ด้วยกันทั้งในเรื่อง “สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ” และ “การมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ”

กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ฉบับปี ค.ศ. ๒๐๑๕ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรป บัญญัติไว้อย่างง่าย ๆ และกำหนดรูปแบบของการดำเนินงานจัดซื้อจัดจ้างพัสดุไว้เพียงรูปแบบเดียว คือ สัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (PPP) โดยมุ่งผลเพื่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ ควบคู่ไปกับการที่เอกชนดำเนินการก่อสร้างงาน และการใช้เงินของภาคเอกชน เพื่อการจัดหาพัสดุอุปกรณ์ ซึ่งก็คือ สัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนจัดซื้อและจัดจ้างพัสดุ (Les contrats de marchés de partenariat) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดुरูปแบบนี้ ฝ่ายปกครองสามารถมอบอำนาจหรือมอบหมายให้เอกชนที่เป็นคู่สัญญาร่วมลงทุน ดำเนินการจัดทำภารกิจทั่วไป มุ่งที่การก่อสร้างงาน และการให้เอกชนออกเงินจัดหาพัสดุอุปกรณ์ และฝ่ายปกครองก็ได้ใช้ประโยชน์จากการลงทุนของเอกชนได้ โดยรัฐจะจ่ายเงินให้กับเอกชนที่มาร่วมลงทุนเป็นงวด ๆ (เหมือนกับการจ่ายค่าเช่า)

สัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนี้ มีลักษณะเป็น “สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ” อย่างชัดเจน และด้วยคุณสมบัติที่ยอมรับอย่างเป็นทางการว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาพัสดุ ประกอบกับการที่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนั้นเป็นสัญญาเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงเกิดคำศัพท์ใหม่ของสัญญานี้ คือ “สัญญาการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ” (Le marché public de délégation de service public) ที่เน้นย้ำและแสดงให้เห็นอีกครั้งถึงแนวโน้มที่ดูเหมือนหาข้อดีในการที่นำสองเรื่องมาผสมรวมกัน ซึ่งต้องจัดวางตำแหน่งระหว่างการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ

“สัญญาการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ” นี้ มีลักษณะเป็นนวัตกรรมใหม่ แตกต่างจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ เพราะโดยปกติแล้วสัญญาพัสดุ หน่วยงานฝ่ายปกครองที่ทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุจะต้องมีการจ่ายเงินค่าจัดซื้อจัดจ้างให้กับผู้จัดส่งหรือจัดทำงานพัสดุนั้นทันที ในขณะที่สัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุจะเป็นการจ่ายค่าตอบแทนแบบแบ่งแยกเป็นงวด ๆ ได้ เหมือนการจ่ายค่าเช่าที่หน่วยงานของรัฐที่ทำสัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนจัดซื้อจัดจ้างพัสดุย่อยค่าเช่าพัสดุที่จัดซื้อหรือจัดจ้างให้แก่เอกชนผู้ทำสัญญาร่วมลงทุน

เมื่อเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุก็น่าจะมีคุณลักษณะสำคัญ คือ จะต้องอยู่ในบังคับของการดำเนินการตามขั้นตอนการเสนอราคาที่มีให้แข่งขันกันในตลาดของสัญญาพัสดุ และเป็นหลักเกณฑ์ที่เข้มงวดมากกว่าในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มี “ค่าเสนอประกวดราคาที่มีมูลค่าหรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่มีมูลค่ามาก” ก็จะมียิ่งเข้มงวดมาก ในขั้นตอนการเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันในตลาด โดยปกติแล้วสำหรับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดูปแบบดั้งเดิม จะเป็นกรณีที่หน่วยงานที่ทำสัญญาได้พิจารณากำหนดเกณฑ์ของค่าเสนอประกวดราคาน้อย่างอิสระ ซึ่งอาจขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของสัญญา หรือเฉพาะราคา หรืออาจเป็นเกณฑ์อื่น ๆ ในเชิงคุณภาพ เกณฑ์ด้านเทคนิค ด้านคุณค่าในเชิงความงาม ด้านสังคม และสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม ก็อาจจะกล่าวได้ว่า

ด้วยกระบวนการดำเนินการที่ซับซ้อนในการทำสัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ก็จะเป็นเกณฑ์ที่ดีที่เอื้อต่อการพิจารณาประเมินข้อเสนอประกวดราคาว่าข้อเสนอ นั้นเป็นข้อเสนอที่ได้เปรียบ หรือให้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

โดยปกติแล้ว รูปแบบการจัดทำสัญญาประเภทนี้จะเป็นการนำมาใช้ในลักษณะเป็น ข้อยกเว้น ทั้งนี้ ตามแนวที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ นั่นคือ หน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ซื้อ ต้องแสดงให้เห็นว่าการใช้สัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่แสดงถึง "ปัญหาเชิงบุคลากรใช้จ่ายเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ที่น่าพึงพอใจที่สุด" โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการเงินการคลัง เมื่อเปรียบเทียบกับ การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ รูปแบบอื่น ๆ สำหรับโครงการเดียวกัน

ปัจจุบัน การนำสัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนจัดซื้อและจัดจ้างพัสดุมาใช้นั้น มีวัตถุประสงค์ เพื่อจัดหาแหล่งเงินทุนที่จะมาสนับสนุนทางการเงินในโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญของรัฐ ที่หน่วยงานของรัฐ ไม่มีการลงทุนทางการเงินที่จะดำเนินการโดยลำพัง เช่น การก่อสร้างรางรถไฟความเร็วสูง (Ligne à grande vitesse - LGV) การสร้างเรือนจำ โรงพยาบาล รวมทั้งที่ทำการหน่วยงานต่าง ๆ ในกระทรวงกลาโหม หรือที่ทำการของศาลต่าง ๆ โดยเฉพาะในกรุงปารีส โครงการจัดซื้อจัดจ้างเหล่านี้บางโครงการ การดำเนินการ จนสำเร็จจะเกิดผลในลักษณะที่บานปลาย คือ ค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างเกินเลยไปจากค่าใช้จ่ายที่วางแผนไว้ ตอนแรก รวมทั้งโครงการขนาดใหญ่มาก ๆ ที่มีลักษณะเป็น Mega projet และอีกประการ คือ จะทำให้ หน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้จัดซื้อจัดจ้างต้องก่อหนี้สิน

๔. การปรับใช้สัญญาสัมปทานกับการจัดทำบริการสาธารณะ

สำหรับประเทศฝรั่งเศส หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองที่มักจะจัดทำบริการสาธารณะ โดยใช้รูปแบบของการมอบหมายให้ภาคเอกชนเข้ามาบริหารจัดการกิจการอันเป็นบริการสาธารณะในหน้าที่ของตน ก็คือ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

และในส่วนของการบริการสาธารณะที่มีการมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำนั้น มีความหลากหลายมาก ตัวอย่างเช่น การผลิตและจำหน่ายน้ำประปา การสุขาภิบาล การกำจัดขยะมูลฝอย การคมนาคมขนส่งในเขตเมือง ระบบทำความร้อนหรือให้ความอบอุ่นในบ้านเรือนในเขตเมือง และการจัดการพื้นที่จอดรถ ในกรณีของการผลิตและจำหน่ายน้ำประปาเพื่อดื่มและใช้ นั้น เป็นกิจการบริการสาธารณะ ที่รัฐได้มอบหมายให้ภาคเอกชนเข้ามาดำเนินการคิดเป็นสัดส่วนของการจัดทำน้ำประปาสำหรับประชากรชาวฝรั่งเศสมากกว่าร้อยละ ๖๐ ของทั้งหมด

การเลือกรูปแบบการจัดการบริการสาธารณะนี้ เป็นอำนาจของสภาท้องถิ่น โดยฝ่ายเสียงข้างมากในสภาท้องถิ่น ซึ่งไม่ว่าจะเป็นเสียงข้างมากจากพรรคการเมืองฝ่ายซ้ายหรือฝ่ายขวาก็ไม่ต่างกัน กล่าวคือ การเลือกรูปแบบการจัดการไม่ใช่เรื่องทางการเมืองที่มีฝ่ายซ้ายฝ่ายขวา ทางเลือกนี้ไม่ได้เกิดจากการพิจารณาของพรรคการเมืองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่เป็นการเลือกรูปแบบการจัดการที่คำนึงว่ารูปแบบใดที่ฝ่ายปกครองจะได้รับผลประโยชน์จากการดำเนินการที่ใช้เงินลงทุนมหาศาลของบริษัทเอกชนที่เป็นผู้ได้รับสัมปทาน โดยเงินลงทุนจัดทำบริการสาธารณะนั้นไม่ได้มาจากงบประมาณแผ่นดิน

เหตุผลอีกประการหนึ่งของความสำเร็จในการให้สัมปทานหรือการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นเหตุผลทางจิตวิทยา คือ เป็นเรื่องของความคิดโน้มน้าวใจในเชิงบวกที่มักจะมองว่าบริษัทเอกชนสามารถดำเนินการจัดทำกิจการได้ดีเมื่อเปรียบเทียบกับโครงสร้างของหน่วยงานภาครัฐ ซึ่งก็เป็นความจริงที่ว่าหน่วยงานภาครัฐนั้นไม่ได้ออกแบบมาเพื่อการจัดกิจการในเชิงพาณิชย์ ขณะที่บริษัท

หรือภาคเอกชนจะเป็นองค์กรที่มีประสิทธิภาพมากกว่าในแง่ของความรู้ด้านเทคโนโลยีที่นำมาใช้ประกอบการ ซึ่งเป็นการลดรายจ่ายในการจ้างบุคลากร แต่อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าเมื่อองค์กรเอกชนเข้ามาบริหารจัดการ บริการสาธารณะแล้ว ก็มักจะนำรูปแบบของระบบราชการมาใช้ ก็จะกลายเป็นการจัดการที่คล้ายคลึงกับการจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบที่รัฐจัดทำเองที่เรียกว่า *régie* ดังกล่าวแล้วในตอนต้น

อย่างไรก็ดี ด้วยความเป็นบริษัทเอกชนก็ย่อมจะแสวงหากำไร และเมื่อแสวงหากำไร ก็ย่อมจะมีผลต่อค่าบริการ

ข้อเท็จจริงในกรณีนี้ จะเห็นว่าเทศบาลซึ่งมีหน้าที่ดูแลด้านสุขอนามัยในเขตเทศบาล ราคาน้ำประปาที่ผลิตและจำหน่ายโดยบริษัทเอกชนที่ได้รับสัมปทานหรือได้รับมอบหมายให้จัดทำ บริการสาธารณะด้านการผลิตและจำหน่ายน้ำประปาจะสูงกว่ากรณีของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จัดทำเอง (ประมาณร้อยละ ๕.๕ ถึงร้อยละ ๙.๕)

อย่างไรก็ดี นับแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๐ เป็นต้นมา ความแตกต่างของราคาค่าน้ำประปา ที่ดำเนินการโดยเอกชนกับที่รัฐดำเนินการเองก็ไม่มี ความแตกต่างกันมาก เนื่องจาก *régie* หรือองค์การ ของรัฐที่จัดทำน้ำประปาก็จำเป็นต้องปรับราคาสูงขึ้น

แต่ในความเป็นจริงแล้ว ความแตกต่างของการคิดราคาต่างกันนี้วัดได้ยาก เพราะจะต้อง วัดการดำเนินการโดยผู้รับสัมปทานหรือผู้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะภายใต้เงื่อนไขเดียวกับการ ดำเนินการเองของภาครัฐ ซึ่งก็ไม่ใช่กรณีที่เป็นเช่นนั้น เพราะผู้รับสัมปทานหรือผู้รับมอบหมาย ย่อมต้องเสียภาษีเงินได้หรือภาษีอื่น

นอกจากนี้ การที่หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองเรียกร้องให้ผู้รับสัมปทานหรือผู้รับมอบหมาย ต้องเป็นผู้จัดหาเงินมาลงทุนดำเนินการเอง เช่นนี้ก็ย่อมส่งผลต่อราคาค่าบริการเช่นกัน

อีกเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ราคาน้ำประปาเพิ่มขึ้น ซึ่งไม่ได้เป็นผลจากการแข่งขันในตลาด ของการผลิตและจำหน่ายน้ำประปา ก็เพราะว่าตลาดการผลิตและจำหน่ายน้ำประปาในประเทศฝรั่งเศส ดำเนินการโดยบริษัทเอกชนที่เป็นผู้ประกอบการ (กลุ่มทุน) หลัก ๓ รายเท่านั้น คือ Véolia-Eau (เดิมคือ Compagnie Générale des Eaux) และ Lyonnaise des Eaux ซึ่งเป็นบริษัทย่อยของ Suez-Environnement และ SAUR ซึ่งเป็นบริษัทย่อยของกลุ่ม Bouygues และยิ่งไปกว่านั้น ผู้ประกอบการเอกชนทั้ง ๓ ราย ยังมีการทำข้อตกลงแบ่งตลาดระหว่างกันอีก ดังที่ศาลบัญชีและคณะกรรมการควบคุมการแข่งขันทางการค้า ได้เคยวินิจฉัยไว้

สถานการณ์ดังกล่าวเป็นปัจจัยที่ทำให้เทศบาลหลายแห่งได้ตั้งกิจการผลิตและจำหน่าย น้ำประปากลับมาเป็นของเทศบาล หรือเทศบาลกลับมาจัดทำบริการสาธารณะนี้เอง เช่น เมือง Grenoble เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๐ และที่ปารีสและบอร์โดซ์เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๑

สำหรับบริการสาธารณะด้านคมนาคมขนส่งเขตเมืองในประเทศฝรั่งเศสก็มีลักษณะเฉพาะ ของตลาดแบบที่เรียกว่า “คนกลุ่มน้อยหรืออาจจะเป็นกลุ่มทุนที่มีอำนาจหรืออิทธิพลทางการเมือง ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม” ดังกรณีเขตมหานครปารีส ย่านอิลล์ เดอ ฟร็องซ์ (Île-de-France) การจัดการ คมนาคมขนส่งจะผูกขาดดำเนินการโดยกลุ่ม Transdev และ Keolis ซึ่งมีส่วนแบ่งการตลาดอยู่ที่ร้อยละ ๓๐ ถึงร้อยละ ๔๐ ในบริบทเช่นนี้ ศาลบัญชีได้พิจารณาและตั้งประเด็นวินิจฉัยว่า “หน่วยงานฝ่ายปกครอง ไม่มีอำนาจการเจรจาต่อรองและความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐที่มอบหมายกับเอกชนที่ได้รับ มอบหมายเป็นไปในลักษณะที่ไม่สมดุล”

ด้วยเหตุนี้เอง ทำให้มีความคืบหน้าอย่างมีนัยสำคัญที่มุ่งที่จะบังคับให้เอกชนที่เป็นผู้ประกอบการต้องรายงานเกี่ยวกับเงื่อนไขการปฏิบัติงานของสัญญาสัมปทาน และคุณภาพงานหรือบริการ กล่าวคือ ภาระผูกพันของผู้รับสัมปทานในการจัดทำรายงานประจำปี

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาและประเมินอย่างละเอียดรอบคอบ ความเป็นจริงของการที่เทศบาลให้สัมปทานจัดทำบริการสาธารณะไปนั้น การจัดทำบริการโดยผู้รับสัมปทานไม่ได้เป็นระบบที่ทำให้เกิดการหมุนเวียนเอกชนที่จะเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนที่ได้รับสัมปทานก็มักจะเป็นผู้ครอบครองตลาดเป็นเวลายาวนานอย่างน่าเคลือบแคลง

ท้ายที่สุด ถ้าเราพิจารณาถึงข้อถกเถียงในแง่ของความสมดุลของผลประโยชน์และค่าใช้จ่ายของแต่ละรูปแบบของการจัดการ การควบคุมและการได้รับสัมปทานแล้ว คงจะเป็นการยากที่จะกล่าวอย่างฉับพลันว่าการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบของสัญญาสัมปทานจะเป็นประโยชน์มากกว่ารูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะรูปแบบอื่น ๆ

การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในฝรั่งเศส*

Hélène Hoepffner**

L'Université Toulouse 1 Capitole

วิวัฒนาการของคดีปกครองฝรั่งเศสนั้นอาจเกิดขึ้นโดยบังเอิญ การพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการศาลปกครอง คดีแล้ว คดีเล่า ค่อย ๆ ก่อเป็นรูปเป็นร่างจนเกิดเป็นแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานซึ่งยังคงเปลี่ยนแปลงไปเสมอ การพิพากษาคดีครั้งใหม่ย่อมได้รับอิทธิพลจากคำพิพากษาคดีก่อนหน้า แต่ในขณะเดียวกัน ก็เป็นจุดกำเนิดของการเปลี่ยนแปลงในอนาคตต่อเนื่องกันไปอย่างไม่สิ้นสุด วิวัฒนาการการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็เช่นกัน แนวคำพิพากษาค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไป เป็นผลให้ขอบเขตการใช้อำนาจของตุลาการในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง

แม้ในบางกรณี วิวัฒนาการในวิธีพิจารณาคดีปกครองอาจมีแหล่งกำเนิดมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในความเป็นจริง เนื้อหาของรัฐธรรมนูญเหล่านั้นก็อ้างอิงมาจากประสบการณ์การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองเอง และศาลปกครองก็ยังคงให้ความกระจ่างแก่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเหล่านั้น ด้วยการวางแนวคำพิพากษาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการบังคับใช้เพิ่มเติมอีก

สำหรับคดีสัญญาทางปกครอง ฝ่ายนิติบัญญัติมีโอกาสดรากรัฐบัญญัติในบางโอกาส โดยเฉพาะในกรณีการอนุมัติการตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรป (le directive de l'Union européenne) ทั้งในปี ค.ศ. ๑๙๘๙ และ ค.ศ. ๒๐๐๗ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่กำหนดอำนาจตุลาการศาลปกครองในคดีโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองในกระบวนการก่อนสัญญา (le référé précontractuel) และกำหนดอำนาจตุลาการศาลปกครองในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (le référé contractuel) อย่างไรก็ตาม ผู้มีบทบาทสำคัญที่สุดในวิวัฒนาการคดีสัญญาทางปกครองก็คือตุลาการศาลปกครองเอง ซึ่งเป็นผู้วางแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานที่กำหนดขอบเขตการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแต่ดั้งเดิม และขอบเขตดังว่านี้ยังคงถูกปรับเปลี่ยนเรื่อยมา

วิวัฒนาการของคดีสัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างปัจจัยสำคัญ ๓ ประการ นั่นคือ

- การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองและการกระทำทางปกครองต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยต้องยึดหลักเสรีภาพในการเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาทางปกครอง หลักการเข้าถึงการทำสัญญาทางปกครองอย่างเท่าเทียม และหลักความโปร่งใสในกระบวนการทำสัญญาทางปกครอง
- การคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะของคู่สัญญา
- การสร้างกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอันมีประสิทธิภาพ

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินเทอร์เน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนกันยายน ๒๕๕๘

** การบรรยายทางวิชาการ เมื่อวันที่ ๑๗ มิถุนายน ๒๕๕๘ เวลา ๐๙.๐๐-๑๒.๐๐ น. ณ ห้องสัมมนา ๒ (แนวลาด) ชั้น B1 อาคารศาลปกครอง ถอดความและเรียบเรียงโดย นางสาวนรรธพร สัตยารักษ์ พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๑ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ขอบเขตการใช้อำนาจของตุลาการศาลปกครองในคดีสัญญาทางปกครองนั้นเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างมาก จนเสมือนมี “ตุลาการใหม่” เพื่อพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะ “ตุลาการใหม่” นี้มีอำนาจโน้มเอียงคล้ายเป็นกรรมการผู้สร้างความปรองดองระหว่างคู่สัญญา กล่าวคือ มีอำนาจยืดหยุ่น ไม่ได้พิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาเพื่อเพิกถอนสัญญาเท่านั้น แต่อาจมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งรูปแบบต่าง ๆ ตามความเหมาะสม มีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงทั้งหลายในสัญญาทางปกครอง โดยมุ่งเน้นสร้างเสถียรภาพแก่สัญญาและรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของข้อตกลงตามสัญญาทางปกครองเป็นหลัก

ในการนี้ เพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับสถานะและอำนาจของตุลาการศาลปกครองในการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองในปัจจุบัน จำเป็นต้องกล่าวถึงความเป็นมาของการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเสียก่อน แล้วจึงกล่าวถึงการปรับเปลี่ยนฐานการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จากนั้นจะศึกษาผลของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวที่มีต่อขอบเขตการใช้อำนาจของตุลาการศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทนี้

๑. ความเป็นมาของการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น เดิมเป็นคดีที่มีแนวคำพิพากษาจำกัดขอบเขตการฟ้องคดีไว้นิ่งแล้ว กล่าวคือ เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม และมีเพียงคู่สัญญาเท่านั้นที่จะมีสิทธิฟ้องคดีได้ บุคคลภายนอกสัญญานั้นไม่มีสิทธิโต้แย้งสัญญาหรือนิติกรรมทางปกครองอื่น ๆ ที่มีขึ้นก่อนการทำสัญญาได้เลยไม่ว่าจะด้วยการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือการฟ้องเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มก็ตาม^๑

อย่างไรก็ดี ในเวลาต่อมาคู่สัญญาก็ไม่ได้มีอภิสิทธิ์นี้อีกต่อไป และการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็ได้เป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มเสมอไป เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาโดยการสร้างสิทธิการฟ้องคดีรูปแบบใหม่ก็ดี และเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการฟ้องคดีรูปแบบเดิมก็ดี อีกทั้งขอบเขตการใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีก็เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เนื่องจากในปัจจุบันตุลาการศาลปกครองมุ่งเน้นรักษาสมดุลในสัญญาและรักษาประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากสัญญามากกว่าที่จะตรวจสอบเพียงความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ ตุลาการศาลปกครองเลือกที่จะมีคำสั่งต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงของสัญญาแต่ละฉบับมากกว่าที่จะพิพากษาให้ยกเลิกสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว โดยจะพิจารณาอย่างถี่ถ้วนถึงพฤติการณ์เฉพาะของสัญญาทางปกครองแต่ละฉบับเพื่อวัตถุประสงค์สำคัญที่สุด คือ การรักษาเสถียรภาพของพันธะสัญญาทางปกครอง (la stabilité des relations contractuelles) และให้คุณค่า

^๑ คดีประเภทขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (le recours pour excès de pouvoir) ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งโดยหลักจะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำเกินอำนาจวัตถุประสงค์หลักของคดีประเภทนี้ คือ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ศาลจะมีอำนาจพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น แต่จะไม่มีอำนาจมีคำสั่งอื่น ๆ แก่หน่วยงานทางปกครอง

คดีประเภทศาลมีอำนาจเต็ม (le contentieux de pleine juridiction) ในคดีประเภทนี้นอกจากอำนาจเพิกถอนแล้วศาลยังมีอำนาจมีคำสั่งอื่น ๆ เช่น มีอำนาจพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายทั้งในคดีละเมิดหรือคดีสัญญา ทั้งยังมีอำนาจเพิกถอนหรือเลิกสัญญาได้ และยังอาจพิพากษาว่าฝ่ายปกครองมีหนี้ไต่ต้องชำระบ้างก็ได้ - ผู้ถอดความ

แก่เจตนาซื้อตรงของคู่สัญญา (la loyauté) ที่จะผูกพันตามสัญญา ทั้งนี้ ลำดับวิวัฒนาการของการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมีรายละเอียดดังนี้

๑.๑ ยุควางรากฐานการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ในครั้งแรกของศตวรรษที่ ๑๙ ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายสามารถฟ้องร้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองได้ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเหล่านั้น คือ นิติกรรมทั้งหลายที่ฝ่ายปกครองกระทำเพื่อการทำสัญญานั้นเอง แต่สิทธิการฟ้องคดีประเภทนี้ถูกจำกัดไว้ให้เฉพาะผู้ที่มีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเท่านั้น และจะสามารถฟ้องร้องได้เฉพาะในขณะที่ยังไม่เสร็จสมบูรณ์ เมื่อการทำสัญญาสมบูรณ์แล้ว นิติกรรมเหล่านี้จะรวมเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาก็ไม่อาจฟ้องคดีโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีขึ้นก่อนการทำสัญญาเหล่านี้ได้อีก

จนกระทั่งในคำพิพากษาลงวันที่ ๔ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๐๕ คดี *Martin* สภาแห่งรัฐได้เปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาในเรื่องนี้ โดยพิพากษาให้ผู้ที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาสามารถโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีขึ้นในกระบวนการก่อนสัญญาได้ แม้ว่าการทำสัญญาจะเสร็จสมบูรณ์แล้ว แต่นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้นจะต้องเป็นนิติกรรมที่อาจถูกแยกออกเป็นคนละส่วนกับสัญญาได้ (*l'acte détachable*) คำพิพากษานี้เป็นผลให้เกิดการจำแนกการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองออกเป็นสองประเภทอย่างชัดเจน คือ การฟ้องเพื่อโต้แย้งสัญญา และการฟ้องเพื่อโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ถูกแยกออกจากสัญญาได้ ซึ่งจะมีเพียงคู่สัญญาเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครอง และศาลจะมีอำนาจเต็มในการพิจารณาพิพากษาคดีและมีคำสั่งต่าง ๆ สำหรับการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ศาลจะมีเพียงอำนาจเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ๆ โดยที่บุคคลภายนอกสัญญาที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกระบวนการก่อนสัญญามีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้ได้

กระนั้นก็ตาม สิทธิการฟ้องคดีของบุคคลภายนอกสัญญาดังกล่าวข้างต้น อาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างแท้จริง เนื่องจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ถูกแยกออกจากสัญญาได้มักไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองที่ได้ลงนามไปแล้ว ข้อเท็จจริงนี้จะนำไปสู่วิวัฒนาการการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในลำดับต่อไป

๑.๒ ยุคแห่งความสับสนในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ขอบเขตการแบ่งแยกระหว่างการฟ้องคดีโต้แย้งสัญญาทางปกครองกับการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ถูกแยกออกจากสัญญาได้จะไม่ชัดเจนอีกต่อไป เนื่องจากเกิดการเปลี่ยนแปลงขึ้น ๓ ประการ

(๑) การให้สิทธิบุคคลภายนอกสัญญาฟ้องร้องขอให้เพิกถอนสัญญาได้ในบางกรณี

กรณีหนึ่ง บุคคลภายนอกสามารถฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองได้ตามรัฐบัญญัติการกระจายอำนาจการปกครอง ค.ศ. ๑๙๘๒^๒ ซึ่งกำหนดให้ผู้ว่าการจังหวัด (*le préfet*) มีอำนาจยื่นคำฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองได้แม้ว่าตนจะไม่ได้เป็นคู่สัญญา โดยที่การฟ้องเช่นนี้ในระยะแรกศาลจัดว่าเป็นคดีประเภทการฟ้องร้องขอให้เพิกถอนนิติกรรม

^๒ Loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions

ทางปกครอง (le recours pour excès de pouvoir) ตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๑ คดี *Commune de Sainte-Marie*^๓

กรณีที่สอง ในคำพิพากษาที่ประชุมใหญ่ ลงวันที่ ๑๐ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๖ คดี *Cayzele* ศาลแห่งรัฐวินิจฉัยว่าบุคคลภายนอกสามารถฟ้องร้องขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองได้ เมื่อปรากฏว่าเนื้อหาของสัญญามีข้อตกลงที่มีลักษณะมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป

กรณีที่สาม ศาลแห่งรัฐพิจารณาพิพากษาว่า บุคคลภายนอกมีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาจ้างพนักงานราชการได้ ในกรณีนี้เนื่องจากพันธะสัญญามีลักษณะพิเศษที่อาจกระทบต่อบุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญา ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐ ลงวันที่ ๓๐ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๙๘ ในคดี *Ville de Lisieux*^๔

(๒) การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ถูกแยกออกจากสัญญาได้นับแต่นี้อาจส่งผลกระทบต่อสัญญาทางปกครอง

แต่เดิมการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่กระทำขึ้นก่อนสัญญามักไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองที่ได้ลงนามเสร็จสิ้นแล้ว แต่รัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๑๖ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๘๐ ให้อำนาจตุลาการศาลปกครองในการกำหนดค่าปรับทางปกครอง^๕ และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๘ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๙๕ ให้อำนาจตุลาการศาลปกครองกำหนดมาตรการบังคับทางปกครอง^๖ ดังนั้น หากศาลได้พิพากษาว่าการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวหนึ่ง ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในชั้นบังคับคดีผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้กำหนดมาตรการบังคับทางปกครองโดยสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการแก้ไขหรือเลิกสัญญาตามแต่ความเหมาะสม หรือในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นต้องเลิกสัญญาโดยมีผลย้อนหลังก็อาจสั่งให้ฝ่ายปกครองต้องฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาได้

(๓) บุคคลภายนอกสัญญาสามารถฟ้องคดีต่อศาลเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มได้ โดยมีสิทธิการฟ้องคดีแบบใหม่ ซึ่งชื่อเรียกว่า “การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญา” (le référé précontractuel)

รัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๔ มกราคม ค.ศ. ๑๙๙๒^๗ และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๙๓^๘ ซึ่งอนุวัติการตามแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรป ลงวันที่ ๒๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๘๙ และลงวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๙๒ ว่าด้วยสิทธิการฟ้องคดี ได้กำหนดให้ผู้ร่วมเสนอราคาหรือผู้ร่วมเสนองานสามารถโต้แย้งกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองได้ หากเห็นว่ากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้นกระทำโดยขัดหรือแย้งกับหลักการดำเนินงานโดยเปิดเผย โปร่งใส หรือขัดต่อหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรม ซึ่งศาลมีอำนาจกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้ชะลอการคัดเลือกคู่สัญญาหรืออาจสั่ง

^๓ CE, sect, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*.

^๔ CE, Ass, 10 juillet 1996, *Cayzele*.

^๕ CE, Sect, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*.

^๖ Loi du 16 juillet 1980 sur l'astreint

^๗ Loi du 8 février 1995 sur l'injonction

^๘ Loi du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux

^๙ Loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

ให้ระงับการทำสัญญาเลยก็ได้ จะเห็นได้ว่าในกรณีนี้ ผู้ที่ยังไม่ได้เป็นคู่สัญญามีสิทธิฟ้องคดีเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มได้

ด้วยการเปลี่ยนแปลงดังที่ได้กล่าวมา ทำให้ในช่วงปลายศตวรรษที่ ๒๐ การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นมีความซับซ้อนมาก กล่าวคือ มีช่องทางการฟ้องคดีหลากหลายจนทำให้เกิดความสับสน และการที่บุคคลภายนอกสามารถโต้แย้งสัญญาได้ก็ทำให้สัญญาทางปกครองอยู่ในสภาวะเปราะบาง โดยอาจถูกยกเลิกเพิกถอนได้ทุกขณะ ข้อเท็จจริงนี้จะนำไปสู่การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

๑.๓ ยุคปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การปฏิรูปการฟ้องคดีสัญญาทางปกครองแท้จริงแล้วมีวัตถุประสงค์สองประการ คือ ประการที่หนึ่ง ทำให้การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นไปโดยง่าย โดยการที่สภาแห่งรัฐได้วางแนวคำพิพากษาเพื่อปรับเปลี่ยนให้คดีสัญญาทางปกครองเป็นคดีประเภทที่ตุลาการศาลปกครองมีอำนาจเต็มมากขึ้น และลดจำนวนคดีประเภทฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่กระทำก่อนการลงนามในสัญญา วัตถุประสงค์ประการที่สอง คือ การสร้างเสถียรภาพแก่พันธผูกพันตามสัญญา โดยการวางแนวโน้มให้ตุลาการศาลปกครองหลีกเลี่ยงการพิพากษาให้เพิกถอนสัญญาโดยมีผลย้อนหลัง (l'annulation) แต่ต้องหาวิธีการปรับแก้ไขสัญญา (la régularisation) หรือการเชิญให้คู่สัญญาตกลงระหว่างกันเพื่อเลิกสัญญา (la résiliation) แทน

๒. การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในปัจจุบัน เกือบทั้งหมดศาลจะรับไว้พิจารณาเป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม ด้วยสภาแห่งรัฐมีความต้องการจำกัดการฟ้องคดีประเภทขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าผู้ฟ้องคดีจะเป็นคู่สัญญาหรือบุคคลภายนอกก็ตาม

๒.๑ การปฏิรูปคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาเป็นผู้ฟ้องคดี

๒.๑.๑ การปฏิรูปด้านที่หนึ่ง : กรณีคู่สัญญาโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง (le recours en contestation de validité)

แต่เดิมนั้นคู่สัญญาทางปกครองสามารถโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองได้โดยการฟ้องเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม โดยศาลปกครองมีอำนาจชี้ว่าสัญญาลบนั้นเป็นโมฆะหรือไม่ แต่จะไม่ใช้อำนาจพิพากษาให้เพิกถอนสัญญา หรือพิพากษาลงโทษประการอื่น ๆ แต่การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองนี้เปลี่ยนแปลงไปโดยคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่สภาแห่งรัฐในคดี *Commune de Béziers* ลงวันที่ ๒๘ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๙^{๑๐} โดยสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า การฟ้องคดีเพื่อคัดค้านสัญญาทางปกครองกระทำได้ในสองกรณี คือ การคัดค้านสัญญาทางปกครองโดยตรง (un recours par voie d'action) และการคัดค้านสัญญาทางปกครองผ่านการคัดค้านการกระทำต่าง ๆ ที่เป็นการปฏิบัติตามสัญญา (un recours par voie d'exception) ในคำพิพากษานี้ ศาลปกครองมีเจตนาหลีกเลี่ยงการพิพากษาเพิกถอนสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ หากพบว่าสัญญามีเนื้อหาบางส่วนที่มีความบกพร่องหรือข้อผิดพลาดใด ๆ (irrégularité) ก็จะไม่พิพากษาเพิกถอนสัญญาในทันที แต่จะยังคงพิพากษาโดยยึดเนื้อหาของสัญญาเป็นดังกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม ซึ่งตุลาการศาลปกครองอาจมีคำสั่งต่าง ๆ เพื่อแก้ไขความบกพร่องของ

^{๑๐} CE, Ass, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*.

สัญญานั้น โดยต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการทำสัญญา เสถียรภาพของพันธะผูกพันตามสัญญา และเจตนาโดยตรงของคู่สัญญาเป็นสำคัญ

ในทางปฏิบัติ เมื่อคู่สัญญาฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองโดยอ้างว่าโดยเนื้อหาหรือโดยการปฏิบัติตามสัญญาเกิดข้อผิดพลาดขึ้นจนทำให้ตนได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบเป็นอันดับแรกว่า ข้อผิดพลาดที่ถูกยกขึ้นนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของผู้ฟ้องคดีเองหรือไม่ หากมิได้เป็นเช่นนั้น ศาลจึงจะรับคำฟ้องไว้พิจารณา แล้วจึงพิจารณาว่า ข้อผิดพลาดดังกล่าวมีความร้ายแรงเพียงใด สามารถบังคับตามสัญญาทางปกครองต่อไปได้หรือไม่ ต้องแก้ไขข้อสัญญาอย่างไรบ้าง โดยที่การแก้ไขสัญญา ศาลอาจสั่งให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้แก้ไข หรืออาจสั่งให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันเพื่อแก้ไขข้อสัญญาก็ได้ ในกรณีร้ายแรงที่สุด ศาลอาจพิพากษาให้เลิกสัญญาได้และอาจกำหนดมาตรการต่าง ๆ ควบคู่กับการเลิกสัญญา ซึ่งต้องพิจารณาแล้วว่าการเลิกสัญญาจะไม่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ศาลปกครองอาจพิพากษาเพิกถอนสัญญาโดยให้มีผลย้อนหลังได้ เฉพาะในกรณีที่ในเนื้อหาของสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกรณีที่มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงในกระบวนการทำสัญญา โดยเฉพาะข้อผิดพลาดเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของคู่สัญญา

หากเป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง เช่น กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอ้างว่า ได้รับความเสียหายจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามสัญญา และขอให้ศาลพิพากษาให้ชดเชยค่าเสียหายไหมทดแทนความเสียหายที่ตนได้รับ ศาลก็ต้องพิจารณาความเสียหายและการชดเชยค่าเสียหายนั้นบนฐานของข้อสัญญา โดยคำนึงถึงเจตนาโดยตรงของคู่สัญญาเป็นหลัก ซึ่งหมายความว่า คู่สัญญาจะยกเอาข้อผิดพลาดเกี่ยวกับสัญญามาอ้างเพื่อไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ ในทางกลับกัน หากเนื้อหาของสัญญาเองไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ศาลก็อาจวินิจฉัยโดยไม่ยึดพันธะสัญญานั้น แต่ให้คู่กรณีต้องชดเชยค่าเสียหายบนฐานความรับผิดทางละเมิดแทน

หลักสำคัญที่อาจสกัดได้จากคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่นี้ คือ เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาทางปกครองมาสู่ศาล ศาลต้องพยายามระงับข้อพิพาทโดยการบังคับตามเนื้อหาของสัญญาเสียก่อน หากพิจารณาตามหลักนี้ การที่ศาลจะพิพากษาให้ยกเลิกสัญญาทางปกครองแล้ววินิจฉัยให้มีการชดเชยค่าเสียหายบนฐานของความรับผิดทางละเมิดนั้น จะต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้ร้องขอมาและมีเหตุอันร้ายแรงเพียงพอให้ยกเลิกสัญญา ซึ่งกรณีที่จะพิพากษายกเลิกสัญญาต้องเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น

การวางแนวคำพิพากษานี้ เหมือนเป็นการกลับคืนสู่รากของข้อความคิดเรื่องสัญญา นั่นคือ สัญญาเป็นข้อตกลงว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงร่วมกันแล้วยึดถือเป็นพันธะผูกพันระหว่างกัน ข้อสัญญาเป็นเสมือนกฎหมายที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม นี่เป็นการย้ำเตือนความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญานั้นเอง

จากคำพิพากษาคดี Béziers จะเห็นได้ว่าสภาแห่งรัฐตั้งใจจะแก้ปัญหาที่คู่สัญญาสามารถฟ้องร้องเพื่อเลิกสัญญาได้ง่ายเกินไป ทำให้ท้ายที่สุดคู่สัญญาไม่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่ตกลงไว้ตามสัญญา นอกจากนี้ ตามแนวคำพิพากษาเดิมของสภาแห่งรัฐนั้น ข้อผิดพลาดที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองล้วนแล้วแต่เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งศาลสามารถยกขึ้นได้เองและจะทำให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ แนวคำพิพากษาเดิมนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาอย่างมากในทางปฏิบัติที่มีการทำสัญญาทางปกครองจำนวนมากและมีผู้ให้ความสนใจจะเข้ามาเป็นคู่สัญญามากขึ้นเรื่อย ๆ อีกทั้งฝ่ายปกครองมีอำนาจและหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ซึ่งในกระบวนการนี้อาจเกิดความไม่เรียบร้อยหรือ

เกิดข้อผิดพลาดบางประการขึ้นได้ การที่ข้อผิดพลาดต่าง ๆ เหล่านี้ จะเป็นเหตุให้สัญญาทางปกครองต้องตกเป็นโมฆะเสียทั้งสิ้นย่อมทำให้สัญญาทางปกครองกลายเป็นนิติกรรมที่เปราะบางอย่างยิ่ง และกลายเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สูญเสียประโยชน์ไปเสีย คำพิพากษา Béziers จึงถือเป็นการย้ำเตือนว่า คู่สัญญาทางปกครองย่อมต้องผูกพันและปฏิบัติตามสัญญา

อย่างไรก็ดี สัญญาทางปกครองที่ผูกพันคู่สัญญาต้องเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น หากสัญญามีเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือข้อผิดพลาดร้ายแรงอย่างยิ่ง โดยเฉพาะเกี่ยวกับกระบวนการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองแท้จริงแล้วไม่มีอำนาจทำสัญญา) สัญญาทางปกครองฉบับนั้นก็อาจเป็นโมฆะได้

กรณีที่มีข้อผิดพลาดเกี่ยวกับการแสดงเจตนาในการทำสัญญา ยกตัวอย่างเช่น เมื่อมีการทำสัญญาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญา^{๑๑} เมื่อมีการใช้กลฉ้อฉลเพื่อให้เข้าทำสัญญา^{๑๒}

กรณีที่มีข้อผิดพลาดเกี่ยวกับอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ฝ่ายปกครองผู้ลงนามในสัญญาแท้จริงแล้วไม่ได้รับการมอบหมายจากผู้มีอำนาจที่แท้จริง สัญญาทางปกครองฉบับนั้นย่อมถูกเพิกถอนได้ ยกเว้นกรณีการทำสัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ผู้ลงนามในสัญญาไม่ได้รับมอบอำนาจอย่างถูกต้องโดยมติสภาท้องถิ่น แต่เมื่อเกิดสัญญาขึ้นแล้วสภาท้องถิ่นก็มีพฤติกรรมไปในทางที่เข้าใจได้ว่ามีเจตนาทำสัญญาเช่นนั้นจริง และไม่ได้คัดค้านสัญญาแต่อย่างใด^{๑๓}

สำหรับสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illicite) สัญญาดังว่านี้ย่อมไม่ผูกพันคู่สัญญา ศาลจึงไม่อาจบังคับให้คู่สัญญาชำระหนี้ตามสัญญาได้ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดจากเหตุของการทำสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเนื้อหาสัญญาขัดต่อกฎ รัฐบัญญัติ หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม^{๑๔} เช่น มีข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาเอกชนบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หากฝ่ายปกครองชำระหนี้ล่าช้า^{๑๕}

สัญญาทางปกครองที่ไม่ได้มีข้อผิดพลาดสองประการดังกล่าวข้างต้น ย่อมผูกพันคู่สัญญาเสมือนกฎหมาย เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาศาลก็ต้องระงับข้อพิพาทโดยยึดข้อกำหนดในสัญญาเป็นสำคัญ สำหรับข้อผิดพลาดอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ในกระบวนการทำสัญญา ต้องพิจารณาว่าแท้จริงแล้วไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับสภาพบังคับของสัญญาเลย

ตัวอย่าง

- เมื่อสภาเมืองมีมติมอบหมายให้นายกเทศมนตรีทำสัญญาทางปกครองได้ แต่ไม่ได้แจ้งมตินั้นไปยังสภาจังหวัดก่อนการลงนามในสัญญา (อันเป็นขั้นตอนปกติในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่กระทำโดยสภาเมือง ตามมาตรา L. 2131-1 ถึง L. 2131-6 แห่งประมวลกฎหมายการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น) สภาแห่งรัฐพิพากษาว่า แม้ข้อผิดพลาดนี้จะเป็นข้อผิดพลาด

^{๑๑} CAA Paris, 20 octobre 2011. n 09PA05557

^{๑๒} TA Lille, 20 décembre 2011. n 0901836

^{๑๓} CE, 8 octobre 2014, Commune Entraigues-sur-la-Sorgue, n 370588.

^{๑๔} CE, 12 janvier 2011, Sainte Léan Grosse, n 334320.

^{๑๕} CAA Nancy, 6 mai 2013, n 12NC01355.

ที่เกี่ยวกับการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง แต่เมื่อพิจารณาถึงเจตนาโดยตรงของคู่สัญญา ข้อผิดพลาดนี้ไม่ได้ร้ายแรงจนเป็นผลให้สัญญาไม่มีสภาพบังคับแต่อย่างใด^{๑๖}

- คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเหตุก่อให้เกิดข้อผิดพลาดในกระบวนการทำสัญญา หรือได้ประโยชน์จากข้อผิดพลาดดังกล่าวนั้น ย่อมไม่อาจยกข้อผิดพลาดนั้นขึ้นอ้างเพื่อไม่ผูกพันตามสัญญาได้^{๑๗}

สรุปได้ว่า หากมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาไม่อาจอ้างข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาเพื่อปลดภาระผูกพันตามสัญญาของตนได้ การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะต้องกระทำโดยยึดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเป็นหลัก เว้นเสียแต่ว่าข้อผิดพลาดนั้นจะกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เป็นผลให้ไม่อาจยึดเอาสัญญานั้นเป็นเสมือนกฎหมายระหว่างคู่สัญญาได้อีกต่อไป จึงจะถือว่าคู่สัญญาไม่ผูกพันตามสัญญาแล้ว และจะต้องระงับข้อพิพาทบนฐานความรับผิดชอบละเมิดแทน^{๑๘}

นับแต่นี้ ตุลาการศาลปกครองจะต้องคำนึงถึงเสถียรภาพของพันธสัญญาทางปกครองเป็นสำคัญ โดยเมื่อมีการโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองต่อศาล ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงของข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นกับสัญญา กับประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับจากสัญญานั้น และจะต้องวินิจฉัยเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของสัญญาเสียก่อน โดยต้องเลือกใช้มาตรการที่จะมีผลกระทบต่อเสถียรภาพของสัญญาน้อยที่สุด หากไม่อาจระงับข้อพิพาทได้จึงจะเลือกใช้มาตรการที่รุนแรงที่สุด นั่นคือ การเพิกถอนสัญญานั้นเอง

๒.๑.๒ การปฏิรูปด้านที่สอง : กรณีคู่สัญญาฟ้องคดีเพื่อคัดค้านคำบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง หรือเรียกว่าการฟ้องคดีเพื่อขอให้สัญญามีสภาพบังคับต่อไป (action en reprise des relations contractuelles)

สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยในคำพิพากษา ลงวันที่ ๒๑ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๑ ซึ่งเป็นคดีที่มีชื่อเรียกว่า Commune de Béziers II ว่า คู่สัญญาเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อคัดค้านคำบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง และขอให้ศาลสั่งให้สัญญามีผลบังคับใช้ต่อไปได้ โดยศาลอาจกำหนดวันที่ให้สัญญามีผลบังคับใช้ต่อไป และอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทน หรือสั่งให้มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งที่ให้เลิกสัญญาฝ่ายเดียวก็ได้เมื่อคู่กรณีมีคำขอ

การพิพากษาเช่นนี้เป็นการสร้างข้อยกเว้นแก่แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานเดิมที่วางหลักไว้ว่า เมื่อฝ่ายปกครองมีคำสั่งบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวนั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่อาจคัดค้านการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ จะมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเท่านั้น

เพื่อพิพากษาว่าสัญญาต้องมีผลบังคับใช้ต่อไป ศาลจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ได้แก่ เหตุผลของการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว พฤติกรรมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่อาจเป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาหรือการกระทำผิดอื่น ๆ ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และต้องพิจารณาว่า หากให้สัญญายังมีผลต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายเกินสมควรแก่ประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ อีกทั้งมีการ

^{๑๖} CE, 28 décembre 2009, Cne de Béziers และ CE, 23 juin 2010, Commune d'Amigny Rou, n 339244.

^{๑๗} CE, 10 février 2010, Ste Prest'action, n 301106.

^{๑๘} CE, 12 janvier 2011, Manoukian, n 338551.

ทำสัญญาฉบับใหม่ขึ้นแทนฉบับเดิมแล้วหรือไม่ และคู่สัญญาในสัญญาฉบับใหม่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งของศาลนี้หรือไม่ หากศาลเห็นว่าจะต้องบังคับตามสัญญาทางปกครองต่อไป ศาลอาจพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับ นับแต่วันที่เลิกสัญญาไปจนถึงวันที่ศาลพิพากษาให้สัญญากลับมามีผลบังคับใช้อีกครั้งหนึ่งได้ด้วย

๒.๒ การปฏิรูปคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่บุคคลภายนอกเป็นผู้ฟ้องคดี

๒.๒.๑ การปฏิรูปด้านที่หนึ่ง : กรณีบุคคลภายนอกสัญญาฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญา (le référé précontractuel)

(๑) เป็นสิทธิการฟ้องคดีปกครองที่ถูกตราขึ้นโดยรัฐบัญญัติในปี ค.ศ. ๑๙๙๒ ซึ่งอนุวัติการตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรป

บุคคลผู้ไม่ได้เป็นคู่สัญญาอาจฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญาได้ เมื่อเห็นว่าฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรม ซึ่งการฟ้องคดีประเภทนี้จะต้องกระทำก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา และโดยหลักศาลจะต้องพิพากษาให้เสร็จสิ้นภายใน ๒๐ วันนับแต่วันที่ยื่นฟ้องคดี ผู้มีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้ได้แก่ ผู้เข้าร่วมแข่งขันเพื่อเป็นคู่สัญญาทางปกครอง และผู้ที่มีคุณสมบัติเข้าร่วมแข่งขันได้แต่ไม่ได้เข้าร่วมเนื่องจากข้อผิดพลาดของฝ่ายปกครองในประเด็นดังกล่าวข้างต้น หรือมีการกีดกันไม่ให้เข้าร่วมแข่งขัน อีกทั้งผู้ว่าราชการจังหวัดก็มีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้หากคู่สัญญาเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชนส่วนท้องถิ่นภายใต้ความดูแลของตน

การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญานี้มีข้อแตกต่างจากการฟ้องคดีทั่วไปหลายประการ คือ ศาลปกครองจะพิจารณาพิพากษาโดยรวดเร็วเนื่องจากใช้วิธีพิจารณาแบบเดียวกับกรณีการฟ้องเพื่อขอให้ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองฉุกเฉิน แต่ในขณะเดียวกันศาลก็มีอำนาจเต็มในการพิพากษาในเนื้อหาแห่งคดีและอาจกำหนดมาตรการต่าง ๆ ได้ ทั้งมาตรการชั่วคราวและมาตรการที่เป็นที่สุด อาทิ อาจสั่งฝ่ายปกครองให้ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรม อาจสั่งระงับกระบวนการทำสัญญาหรือทุเลาการบังคับตามคำสั่งต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่มีขึ้นก่อนสัญญา ท้ายที่สุด หากศาลเห็นสมควรอาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือเนื้อหาในร่างสัญญาที่จะขัดต่อหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรมเสียก็ได้

การฟ้องคดีประเภทนี้มีผลเป็นการระงับการลงนามในสัญญาทางปกครองไว้ชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา หากฝ่ายปกครองได้รับแจ้งว่ามีการฟ้องคดีแล้วแต่ยังคงดำเนินการทำสัญญาต่อไปจนเสร็จสมบูรณ์ ผู้ฟ้องคดีก็มีสิทธิยื่นฟ้องเพื่อโต้แย้งสัญญาฉบับนั้นต่อไป เป็นคดีประเภทฟ้องเพื่อขอมาตรการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (le référé contractuel)

(๒) เป็นสิทธิการฟ้องคดีที่ต่อมาได้ถูกปฏิรูปโดยตุลาการศาลปกครอง

ในระยะแรก การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญานี้ปรากฏเป็นกระบวนการที่มีประโยชน์อย่างมาก เนื่องจากเป็นเครื่องมืออันทรงประสิทธิภาพที่ใช้ในการระงับการทำสัญญาทางปกครองที่ขัดต่อหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรม แต่ต่อมา ผู้ประกอบการที่เข้าร่วมคัดเลือกเป็นคู่สัญญาแต่ไม่ได้รับคัดเลือกกลับใช้สิทธิการฟ้องคดีประเภทนี้โดยไม่สุจริต เพื่อขัดขวางการทำสัญญาทางปกครองต่าง ๆ ประกอบกับการที่ศาล

มีแนวโน้มรับพิจารณาคำฟ้องไว้พิจารณา แม้ว่าผู้ฟ้องคดีอาจจะไม่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายอย่างแท้จริงจากข้อผิดพลาดของฝ่ายปกครอง จนทำให้การดำเนินการของรัฐล่าช้าไปเป็นอันมากและผู้ประกอบการที่มีเจตนาซื้อตรงจะเข้าเป็นคู่สัญญาทางปกครองก็ได้รับผลกระทบไปด้วย แม้ว่าจะผ่านกระบวนการคัดเลือกโดยถูกต้องแล้ว

ด้วยเหตุนี้ ในคำพิพากษา ลงวันที่ ๓ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๐๘ คดี Smirgeomes สภาแห่งรัฐได้พิจารณาพิพากษาว่า ผู้ที่เดือดร้อนเสียหายและมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญานั้น จะต้องเป็นผู้ที่ถูกกระทบหรือมีความเสี่ยงจะถูกกระทบจากการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการโดยขัดต่อหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรม โดยเฉพาะเมื่อการกระทำของฝ่ายปกครองทำให้ผู้ประกอบการคนใดคนหนึ่งมีสถานะได้เปรียบเหนือคู่แข่งอื่น ๆ ทั้งนี้ การจะพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจริงหรือไม่ ต้องพิจารณาจากลักษณะการดำเนินงานของฝ่ายปกครองในช่วงก่อนทำสัญญา และพิจารณาด้วยว่ากระบวนการก่อนสัญญานั้นดำเนินไปถึงขั้นตอนใดแล้ว

หากพิจารณาจากขั้นตอนก่อนทำสัญญา อาจกล่าวได้ว่า ยิ่งฝ่ายปกครองได้ดำเนินการไปแล้วมากเพียงใด ขอบเขตความเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายหรืออาจเดือดร้อนเสียหายก็จะจำกัดขึ้นเรื่อย ๆ เช่น หากผู้ประกอบการรายหนึ่งได้รับอนุญาตให้ยื่นข้อเสนอและได้เข้าร่วมแข่งขันเพื่อเป็นคู่สัญญาแล้ว ก็ไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าฝ่ายปกครองกีดกันไม่ให้เข้าร่วมการคัดเลือกคู่สัญญา หรือดำเนินการโดยไม่เปิดเผย โปร่งใส^{๑๙} ในทางเดียวกัน หากผู้ประกอบการรายนั้นไม่ได้รับอนุญาตให้ยื่นข้อเสนอเพื่อเข้าแข่งขันเป็นคู่สัญญา ก็จะมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญาโดยอ้างว่าการที่ฝ่ายปกครองไม่อนุญาตให้ตนยื่นข้อเสนอขึ้นเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่จะกล่าวอ้างว่าการคัดเลือกข้อเสนอที่ดีที่สุดกระทำตามหลักเกณฑ์อันไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ เนื่องจากตนไม่ได้ร่วมยื่นข้อเสนอด้วย จึงไม่อาจเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายในกรณีหลัง^{๒๐} ด้วยเหตุนี้ เมื่อการดำเนินการก่อนสัญญาของฝ่ายปกครองผ่านพ้นข้อผิดพลาดในขั้นตอนก่อนหน้าก็อาจถูกอำพรางไว้ได้

นอกจากนี้ ศาลยังต้องวินิจฉัยเป็นกรณี ๆ ไปว่า ข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นในกระบวนการก่อนสัญญาทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายจริงหรือไม่ สำหรับข้อผิดพลาดบางประการศาลอาจพิจารณาว่าก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้เข้าร่วมคัดเลือกเป็นคู่สัญญาอย่างแน่นอน อันได้แก่ ข้อผิดพลาดที่เกี่ยวข้องกับวัตถุแห่งสัญญาทางปกครอง หรือเงื่อนไขและวิธีการคัดเลือกข้อเสนอ เช่น เมื่อฝ่ายปกครองไม่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับวัตถุแห่งสัญญาอย่างชัดเจน ไม่มีการระบุระยะเวลาของสัญญาให้ชัดเจน เมื่อเงื่อนไขการคัดเลือกข้อเสนอเป็นเงื่อนไขที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเมื่อมีคำสั่งไม่อนุญาตให้เข้าแข่งขันโดยไม่มีการชี้แจงเหตุผลประกอบคำสั่ง

ในทางกลับกัน ข้อผิดพลาดบางประการที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการก่อนสัญญา ศาลปกครองก็ถือว่าไม่อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ร่วมการคัดเลือกได้เลย กล่าวคือ การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับคัดเลือกนั้นไม่ได้เป็นผลมาจากข้อผิดพลาดในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองเลย เช่น ข้อผิดพลาดเกี่ยวกับการประชาสัมพันธ์ให้เข้าร่วมการคัดเลือกเป็นคู่สัญญา

^{๑๙} CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire*, n 310484 และ CE, 3 juin 2009, *Ministre de l'Ecologie*, n 321808.

^{๒๐} CE, 12 mars 2012, *Société Clear Channel*, n° 353826.

โดยเฉพาะเกี่ยวกับรูปแบบการประชาสัมพันธ์ อาทิ เมื่อฝ่ายปกครองไม่ได้ระบุว่าสัญญาจะกระทำภายใต้ข้อกำหนดขององค์การการค้าโลกหรือในประกาศมีข้อผิดพลาดเล็กน้อยเกี่ยวกับระยะเวลาการยื่นข้อเสนอหรือวิธีการยื่นข้อเสนอ

สำหรับข้อผิดพลาดประการอื่น ๆ อาทิ ข้อผิดพลาดเกี่ยวกับรูปแบบการประกาศบนเว็บไซต์ที่เรียกให้มีการยื่นข้อเสนอ ความไม่ชัดเจนในรายละเอียดของสัญญา ความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไขการคัดเลือกผู้เข้าร่วมยื่นข้อเสนอ ฯลฯ ศาลจะต้องพิจารณาว่าข้อผิดพลาดนั้น ๆ มีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดีจริงหรือไม่ โดยพิจารณาเฉพาะสถานการณ์และพฤติกรรมของผู้ฟ้องคดีแต่เพียงผู้เดียว ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบของความผิดพลาดนั้นที่อาจมีต่อบุคคลอื่น ๆ

๒.๒.๒ การปฏิรูปด้านที่สอง : กรณีผู้ว่าราชการจังหวัดฟ้องคดีคัดค้านสัญญาทางปกครองที่กระทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (le déferé préfectoral)

อำนาจการฟ้องคดีโดยผู้ว่าราชการจังหวัด (le préfet) เพื่อโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองที่กระทำโดยสภาท้องถิ่นนั้นจัดเป็นการฟ้องคดีประเภทฟ้องขอให้เพิกถอนมาแต่ดั้งเดิมไม่ว่าจะเป็นการโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวหรือสัญญาทางปกครองก็ตาม ดังนั้น เมื่อศาลพบว่าสัญญามีองค์ประกอบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องพิพากษาเพิกถอนทุกครั้งไป แม้ว่าคู่สัญญาอาจได้ปฏิบัติตามสัญญาจนเสร็จสิ้นแล้ว หรือคู่สัญญาเอกชนนั้นอาจเป็นผู้ประกอบการรายเดียวที่ยื่นข้อเสนอเข้าเป็นคู่สัญญาก็ตาม

อย่างไรก็ดี เมื่อวิวัฒนาการของคดีสัญญาทางปกครองมีแนวโน้มรักษาเสถียรภาพของสัญญามากกว่าการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาเพียงอย่างเดียว แนวคำพิพากษาในคดีประเภทนี้จึงเปลี่ยนแปลงไป โดยเริ่มแรกในคำพิพากษาที่ประชุมใหญ่ ลงวันที่ ๒๓ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๑ และคำพิพากษา ลงวันที่ ๙ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๒^{๒๑} ศาลแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์จะเห็นว่า การฟ้องคัดค้านสัญญาทางปกครองโดยผู้ว่าราชการจังหวัดนั้น ต้องจัดเป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม นั่นคือ ตุลาการศาลปกครองมีอำนาจออกคำสั่งต่าง ๆ นอกจากการเพิกถอนสัญญาได้ ท้ายที่สุดหากสัญญามีข้อผิดพลาดอันร้ายแรงอย่างยิ่ง หรือมีเนื้อหาอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นข้อผิดพลาดเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ศาลจึงจะพิพากษาเพิกถอนสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วน

ตัวอย่าง

- หากฝ่ายปกครองผู้ลงนามในสัญญาแท้จริงแล้วไม่มีอำนาจทำสัญญา ศาลอาจพิพากษาให้เพิกถอนสัญญาได้โดยอาจกำหนดมาตรการอื่น ๆ ควบคู่การเพิกถอนด้วย^{๒๒}

- หากสภาเมืองมีคำสั่งทางปกครองมอบอำนาจทำสัญญาให้นายกเทศมนตรี แต่ไม่ได้แจ้งคำสั่งดังกล่าวไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด แต่ผู้ว่าราชการจังหวัดก็ยังได้รับทราบถึงการทำสัญญาและสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาได้ ศาลก็ไม่พิพากษาให้เพิกถอนสัญญา^{๒๓}

^{๒๑} CE, Ass, 23 déc. 2011, *Min de l'Intérieur* et CE 9 mai 2012, *Synd. Interordures ménagères de l'Aude*.

^{๒๒} CE, Ass, 23 déc. 2011.

^{๒๓} CE, 9 mai 2012.

- หากข้อเสนอเพื่อร่วมเป็นคู่สัญญากระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะ แม้ว่าคู่สัญญาจะปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาของตนจนเสร็จสิ้นแล้วก็ตาม^{๒๔}

ทั้งนี้ ในคดีประเภทนี้ผู้ว่าราชการจังหวัดไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่สัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์และผู้ฟ้องคดีแล้ว จะเห็นได้ชัดเจนว่าผู้ว่าราชการจังหวัดนั้นไม่ได้เป็นผู้เดือดร้อนเสียหายที่อาจเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากสัญญาทางปกครองได้ แต่มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและรักษาประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น และผู้ว่าราชการจังหวัดก็ไม่มีอำนาจสั่งการให้มีการแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย

๒.๒.๓ การปฏิรูปด้านที่สาม : กรณีบุคคลภายนอกฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง (le recours en contestation de validité du contrat)

จากเดิมที่บุคคลภายนอกสัญญาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้แต่เฉพาะคดีประเภทขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีขึ้นก่อนทำสัญญาเท่านั้น แต่เมื่อสภาแห่งรัฐมีจุดมุ่งหมายที่จะหลีกเลี่ยงการเพิกถอนสัญญาทางปกครองเพื่อสร้างเสถียรภาพให้แก่สัญญา จึงเริ่มมีการยอมรับให้บุคคลภายนอกสัญญาสามารถฟ้องคดีเป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็มได้

โดยคำพิพากษาที่ประชุมใหญ่สภาแห่งรัฐ ในคดี Société Tropic Travaux Signalisation ลงวันที่ ๑๖ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๗ สภาแห่งรัฐวางหลักว่า บุคคลภายนอกสัญญาสามารถฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองได้เป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ทั้งนี้ หากมีการลงนามในสัญญาทางปกครองสมบูรณ์แล้ว บุคคลภายนอกจะไม่สามารถฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ถูกแยกออกจากสัญญาได้อีกต่อไป แต่สิทธิการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญานี้ อยู่ภายใต้เงื่อนไขหลายประการ ได้แก่ สัญญาที่เป็นเหตุแห่งคดีจะต้องเป็นสัญญาการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อใช้ในการความต้องการของหน่วยงานทางปกครอง และผู้มีสิทธิฟ้องคดีได้ คือ ผู้ว่าราชการจังหวัด และผู้ประกอบการที่ได้เข้าแข่งขันในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเท่านั้น

การจำกัดสิทธิการฟ้องคดีของบุคคลภายนอกสัญญาที่ได้กล่าวไปข้างต้น ถูกเปลี่ยนแปลงไปอีกครั้งด้วยคำพิพากษาอีกครั้งหนึ่ง ในคดี Département de Tarn-et-Garonne ลงวันที่ ๔ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๔ ซึ่งที่ประชุมใหญ่สภาแห่งรัฐยอมรับว่า บุคคลภายนอกที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากสัญญาทางปกครองมีสิทธิฟ้องเพื่อโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองได้ โดยไม่แบ่งแยกอีกต่อไปว่าบุคคลภายนอกนั้นได้เข้าแข่งขันในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาหรือไม่ จากคำพิพากษานี้ หากมีการลงนามในสัญญาแล้ว บุคคลภายนอกสัญญาสามารถโต้แย้งสัญญาทางปกครองได้โดยตรง แต่จะไม่สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่กระทำก่อนสัญญาได้อีกต่อไป

อย่างไรก็ดี สภาแห่งรัฐต้องคำนึงถึงการสร้างสมดุลระหว่างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองกับการสร้างเสถียรภาพให้กับสัญญาทางปกครอง การใช้สิทธิฟ้องคดีตามคำพิพากษา Département de Tarn-et-Garonne จึงอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการเพื่อไม่ให้ถูกใช้เป็นเครื่องมือขัดขวางการดำเนินงานของรัฐ โดยศาลกำหนดให้ผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีในกรณีนี้จะต้องพิสูจน์ได้ว่าตนได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยตรงจาก

^{๒๔} CAA, Douai, 17 janv 2013.

สัญญานั้นอย่างไร และเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ยกขึ้นได้ในกรณีนี้จะต้องเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันร้ายแรงหรือมีเป็นเหตุโดยตรงของความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเท่านั้น

ตุลาการศาลปกครองเมื่อพิจารณาความร้ายแรงของข้อผิดพลาดในสัญญาทางปกครองและผลกระทบต่าง ๆ แล้ว ก็อาจมีคำสั่งให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญาต่อไป หรือให้แก้ไขข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นในสัญญานั้น หากเห็นว่าเป็นข้อผิดพลาดที่ไม่อาจแก้ไขได้ก็อาจสั่งให้เลิกสัญญานับแต่วันที่มีคำพิพากษา หากเห็นว่าข้อผิดพลาดในสัญญานั้นมีความร้ายแรงอย่างยิ่งก็อาจพิพากษาเพิกถอนสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วน โดยอาจให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีได้ ทั้งนี้ สำหรับผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งมีอำนาจฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาที่กระทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการยื่นฟ้องคดีประเภทนี้สามารถยกเอาข้อผิดพลาดใด ๆ ขึ้นอ้างเพื่อโต้แย้งสัญญาได้ โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าตนได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากข้อผิดพลาดนั้น และยังมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่กระทำก่อนสัญญาจนกว่าสัญญานั้นจะได้รับการลงนาม

จะเห็นได้ว่าคำพิพากษา Département de Tarn-et-Garonne ทำให้บุคคลภายนอกมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งสัญญาทางปกครองซึ่งก่อนหน้านี้ไม่เคยมีมาก่อน ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักความมั่นคงและแน่นอนในนิติฐานะ สภาแห่งรัฐจึงกำหนดว่าสิทธิการฟ้องคดีโดยบุคคลภายนอกที่ถือกำเนิดขึ้นนี้จะใช้ได้กับเฉพาะสัญญาทางปกครองที่กระทำหลังจากวันที่สภาแห่งรัฐมีคำพิพากษานี้เท่านั้น อันหมายความว่า สำหรับสัญญาทางปกครองที่กระทำก่อนวันที่ ๑๔ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๔ บุคคลภายนอกจะไม่มีสิทธิคัดค้านสัญญาทางปกครองโดยตรง แต่จะมีสิทธิฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่แยกออกจากสัญญาได้เท่านั้น

การสร้างสิทธิการฟ้องคดีรูปแบบใหม่นี้ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ เนื่องจากการยุติข้อความคิดที่ว่า บุคคลภายนอกไม่อาจเข้าแทรกแซงสัญญาทางปกครองได้ และเป็นที่ย้อนกลับไปใช้หลักที่นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวต่าง ๆ ที่กระทำก่อนสัญญานั้นก็ต้องรวมเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง (เมื่อมีการลงนามในสัญญาแล้วก็ไม่มียุติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่อาจถูกแยกออกจากสัญญาได้อีกต่อไป) ยิ่งไปกว่านั้น การเปลี่ยนแปลงครั้งนี้จะช่วยลดความซับซ้อนในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพราะนับจากนี้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเกือบทั้งหมดศาลจะรับไว้เป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม ไม่ว่าผู้ฟ้องคดีจะเป็นคู่สัญญาหรือบุคคลภายนอกก็ตาม สภาแห่งรัฐได้จำกัดการฟ้องคดีเป็นคดีประเภทขอให้เพิกถอนให้เหลือเพียงน้อยนิด

๓. การปฏิรูปอำนาจของตุลาการศาลปกครองในคดีสัญญาทางปกครอง

วิวัฒนาการของคดีสัญญาทางปกครองนั้นมีอยู่ตลอดเวลา และยังไม่อาจกล่าวได้ว่าวิวัฒนาการนี้เสร็จสิ้นสมบูรณ์แล้ว ตั้งแต่อดีตจนปัจจุบันขอบเขตการใช้อำนาจของตุลาการศาลปกครองในคดีสัญญาทางปกครองเปลี่ยนแปลงไปเสมอ จึงจำเป็นต้องทำการสำรวจสภาพการณ์ปัจจุบันเพื่อตอบคำถาม ๓ ประเด็น ดังต่อไปนี้

๓.๑ ตุลาการศาลปกครองมีอำนาจมากขึ้นหรือน้อยลง ?

หากมองโดยผิวเผินอาจกล่าวได้ว่า การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นแก่กระบวนการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองตามที่ได้กล่าวไปนั้น ทำให้อำนาจการพิพากษาของตุลาการศาลปกครองมีขอบเขตกว้างขึ้น แต่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของคดี Béziers จะเห็นว่าสภาแห่งรัฐให้ความสำคัญอย่างยิ่งกับ “เจตนาซื้อตรงที่จะผูกพันตามสัญญา” (l'exigence de loyauté des relations contractuelles) ซึ่งหมายความว่า

เมื่อศาลต้องการจะตีความเนื้อหาของสัญญาจะต้องกระทำโดยคำนึงถึงเจตนาโดยตรงที่จะผูกพันตามสัญญาเป็นสำคัญ ดังนั้น ศาลจะต้องยึดถือเอาเนื้อหาของสัญญาเป็นดังกฎหมายและต้องระงับข้อพิพาทโดยอาศัยข้อผูกพันตามสัญญาเป็นหลัก เนื้อหาของสัญญานี้เองจึงกลายเป็นขอบเขตที่จำกัดการใช้อำนาจของตุลาการศาลปกครอง

นอกจากนี้ นายของคดี Béziers ยังเป็นการลดอำนาจของศาลในการยกข้อกล่าวอ้างที่ศาลเห็นว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นเองในระหว่างพิจารณาคดี นับแต่คดีนี้ข้อกล่าวอ้างเพื่อคัดค้านสัญญาจะต้องเป็นข้อกล่าวอ้างที่คู่กรณียกขึ้น

๓.๒ เป็นตุลาการศาลปกครองหรือเป็นกรรมการผู้ประลองระหว่างคู่สัญญา ?

ด้วยการปฏิรูปนี้ จากเดิมที่ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง ได้เปลี่ยนแปลงบทบาทไปอย่างมากจนเสมือนว่าได้กลายเป็นกรรมการผู้ประลองหรือเป็นผู้ประสานงานระหว่างคู่สัญญาเพื่อระงับความขัดแย้งและทำให้การปฏิบัติตามสัญญาสำเร็จลุล่วงไปได้โดยรักษาประโยชน์ส่วนรวม อีกทั้งไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเดือดร้อนเสียหายจนเกินสมควร

ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Béziers สภาแห่งรัฐพยายามระงับข้อพิพาทโดยยึดถือกฎหมายตามที่ตกลงไว้ในสัญญาเป็นหลัก สภาแห่งรัฐจึงเปรียบเป็นกรรมการผู้รักษากฎกติการะหว่างคู่สัญญาตามที่ได้ตกลงกันไว้แต่เริ่มแรก โดยต้องรักษาตามเจตนารมณ์ร่วมของคู่สัญญา และรักษาความสมดุลในสัญญาทางปกครองโดยการสั่งให้ฝ่ายหนึ่งชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหากมีความเสียหายเกิดขึ้น

สำหรับคดี Béziers II นั้นมีข้อเท็จจริงแตกต่างออกไป กล่าวคือ ฝ่ายปกครองใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวและสภาแห่งรัฐต้องระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญานี้ ซึ่งเดิมทีในกรณีเช่นนี้ศาลปกครองมีเพียงอำนาจกำหนดค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาเอกชนเท่านั้น จึงเป็นครั้งแรกที่สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าคู่กรณีจะต้องถูกผูกพันตามสัญญาต่อไป ขอบเขตการใช้อำนาจสั่งของศาลที่ขยายกว้างขึ้นนี้ก็เพราะศาลปกครองมีความตั้งใจจะรักษาเจตนาโดยตรงระหว่างคู่สัญญาเพื่อให้สัญญาทางปกครองดำเนินต่อไปได้

๓.๓ การพิจารณาพิพากษาคดีมีประสิทธิภาพมากขึ้นหรือไม่ ?

การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยสภาแห่งรัฐนี้ ส่งผลชัดเจนประการหนึ่ง คือ ทำให้สัญญาทางปกครองมีความศักดิ์สิทธิ์และเกิดเสถียรภาพในพันธสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาทางปกครอง กระนั้นก็ตาม การปฏิรูปนี้อาจไม่ได้ทำให้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองมีประสิทธิภาพมากขึ้น และอาจไม่ได้ทำให้ผู้ฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้รับความพึงพอใจมากขึ้น โดยอาจยกตัวอย่างในกรณีต่อไปนี้

สำหรับการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญา (le référé précontractuel) คำพิพากษาคดี Smirgeomes ของสภาแห่งรัฐที่วางเงื่อนไขเกี่ยวกับความเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายในคดีประเภทนี้ได้ยุติการฟ้องคดีอย่างพร่ำเพรื่อ โดยมีเจตนาแอบแฝงเพื่อการขัดขวางการดำเนินงานของรัฐ นับแต่คำพิพากษานี้ผู้ฟ้องคดีจะต้องพิสูจน์ในคำฟ้องว่าตนได้รับความเดือดร้อนเสียหายอย่างร้ายแรงจากการดำเนินกระบวนการก่อนสัญญา สภาแห่งรัฐจึงจะรับคำฟ้องไว้พิจารณา ซึ่งการพิสูจน์ความเดือดร้อนเสียหายนั้นกระทำไม่ได้โดยง่าย การสร้างเงื่อนไขนี้ทำให้ศาลสามารถคัดกรองคดีโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญาที่มาสู่ศาลให้มีจำนวนน้อยลงได้ ข้อเท็จจริงนี้ย่อมเป็นการส่งเสริมเสถียรภาพของสัญญาทางปกครอง

แต่ในทางกลับกัน หากสภาแห่งรัฐบังคับใช้เงื่อนไขอย่างเข้มงวดเกินไปก็จะเป็นผลให้ความบกพร่องที่เกิดในกระบวนการก่อนสัญญาบางฉบับอาจไม่ได้รับการควบคุมตรวจสอบโดยศาล จึงกล่าวได้ว่า การสร้างเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องคดีตามคำพิพากษา Smirgeomes ย่อมเป็นผลให้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองไม่เข้มงวดเช่นเดิมอีกต่อไป

ในส่วนของการให้การให้สิทธิบุคคลภายนอกฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองตามคำพิพากษา Département de Tarn-et-Garonne อาจมองโดยผิวเผินได้ว่าเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลภายนอกสัญญา แต่โดยคำพิพากษาเดียวกัน สภาแห่งรัฐก็ได้จำกัดสิทธิของบุคคลภายนอกในการฟ้องเพื่อโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่อาจถูกแยกออกจากสัญญาได้ หากได้มีการลงนามในสัญญาโดยสมบูรณ์แล้ว เมื่อพิจารณาในเชิงลึกจะเห็นว่า สำหรับบุคคลภายนอกสัญญาที่ไม่ได้เข้าร่วมแข่งขันในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่อาจถูกแยกออกจากสัญญาได้นั้นเป็นกระบวนการฟ้องคดีอาจจะยาวนาน แต่ก็มีความเป็นไปได้ที่จะชนะคดี แต่เมื่อมีการกำหนดให้ใช้สิทธิการฟ้องคดีแบบใหม่ตามคำพิพากษา Département de Tarn-et-Garonne ซึ่งมีการวางเงื่อนไขเกี่ยวกับความเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายที่เข้มงวดขึ้น ก็เป็นไปได้ยากยิ่งที่บุคคลที่ไม่ได้ร่วมแข่งขันในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้นจะมีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้ และแม้จะมีคุณสมบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด เมื่อพิจารณาว่าศาลมีอำนาจเต็มและอาจมีคำสั่งต่าง ๆ อันหลากหลาย ก็เป็นไปได้ยากที่ศาลจะพิพากษาให้เป็นไปตามที่ผู้ฟ้องคดีขออย่างครบถ้วน จึงอาจกล่าวได้ว่า บุคคลภายนอกในกรณีนี้อาจไม่ได้รับความพึงพอใจจากการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเลย

สำหรับบุคคลภายนอกที่ได้เข้าร่วมแข่งขันในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้น คำพิพากษา Département de Tarn-et-Garonne ไม่ได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงแก่สิทธิการฟ้องคดีของบุคคลกลุ่มนี้ แต่มีการเพิ่มเงื่อนไขเกี่ยวกับข้ออ้างที่บุคคลภายนอกอาจยกขึ้นเพื่อคัดค้านสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งสรุปได้ว่าแนวคำพิพากษาในคดี Département de Tarn-et-Garonne จะทำให้สภาแห่งรัฐมีแนวโน้มที่จะยกฟ้องคดีคัดค้านสัญญาทางปกครองได้มากขึ้น

บทสรุป

การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นยังมีความไม่สมบูรณ์อีกหลายประการ การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองยังคงมีความซับซ้อน นิติฐานะของผู้เกี่ยวข้องในสัญญายังไม่มีความแน่นอน อีกทั้งเป็นแนวทางการฟ้องคดีที่ทำความเข้าใจได้ยาก

หลังการปฏิรูป การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็ไม่ได้มีความซับซ้อนน้อยลงเลย กลับยิ่งยุ่งยากมากขึ้นเรื่อย ๆ แม้ว่าในปัจจุบันคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยส่วนใหญ่จะจัดว่าเป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม แต่สิทธิการฟ้องเป็นคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก็ยังคงมีอยู่ในบางกรณี การสร้างสิทธิการฟ้องคดีรูปแบบใหม่ ๆ แต่ไม่ได้ตัดสิทธิการฟ้องคดีรูปแบบเดิมไปอย่างสิ้นเชิงย่อมสร้างความซับซ้อนมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น กรณีผู้เข้าร่วมแข่งขันในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาแต่ไม่ได้รับคัดเลือก ในปัจจุบันมีสิทธิฟ้องคดีถึง ๔ ประเภท ได้แก่ สามารถฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญา (le référé précontractuel) การฟ้องคดีเพื่อขอมาตรการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (le référé contractuel) การฟ้องคดีโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง (le recours en contestation de validité) และการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย (le recours indemnitaire)

นอกจากนี้ การปฏิรูปนี้ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดเสถียรภาพแก่สัญญาทางปกครองอย่างแท้จริง โดยเมื่อพิจารณาความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นทั้งหมดแล้ว จะเห็นว่ามิเพียงการให้สิทธิฟ้องคดีเพื่อโต้แย้ง กระบวนการก่อนสัญญาเท่านั้นที่เป็นการพัฒนาอันน่าชื่นชม เนื่องจากเป็นช่องทางการฟ้องคดีที่มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และสามารถแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายของผู้ฟ้องคดีที่เกิดในกระบวนการก่อนสัญญาได้จริง และช่วยไม่ให้ทุกฝ่ายต้องเสียค่าใช้จ่ายมากเกินไป แต่สำหรับความเปลี่ยนแปลงอื่น ๆ โดยเฉพาะการปฏิรูป การฟ้องคดีโดยบุคคลภายนอกเพื่อโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง แท้จริงแล้วไม่ได้ช่วยส่งเสริมให้เกิดความมั่นคงแก่สัญญาทางปกครองแต่อย่างใด เนื่องจากทำให้สัญญามีความเสี่ยงที่จะถูกโต้แย้งได้ ตลอดเวลา เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าสัญญาประเภทจัดหาอุปกรณ์หรือสัญญาจ้างของฝ่ายปกครอง โดยทั่วไปมักมีการชำระหนี้ตามสัญญาบางส่วนไปแล้วจึงถูกโต้แย้งต่อศาล ซึ่งหากศาลพิพากษาแก้ไขหรือยกเลิก สัญญาก็ย่อมจะกระทบต่อสถานะของคู่สัญญา สถานการณ์เช่นนี้นอกจากจะทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อาจได้รับความเสียหายเป็นต้นทุนจำนวนมากและทำให้การดำเนินงานของรัฐล่าช้าแล้ว ยังทำให้ ผู้ประกอบการเสื่อมความเชื่อมั่นที่จะเข้าร่วมทำสัญญากับฝ่ายปกครอง เนื่องจากเห็นว่าสัญญาทางปกครอง เป็นนิติกรรมที่ไม่มีเสถียรภาพและอาจถูกศาลแก้ไขยกเลิกได้ตลอดเวลา

การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหลังการปฏิรูปยังเป็นคดีที่เข้าใจได้ยากอีกด้วย เข้าใจได้ยากในที่นี้ เนื่องจากมีช่องทางการฟ้องคดีที่หลากหลาย ยิ่งไปกว่านั้น ข้อกล่าวอ้างหนึ่ง ๆ อาจถูก ยกขึ้นในการฟ้องคดีประเภทหนึ่งได้ แต่เมื่อยกขึ้นในการฟ้องคดีอีกประเภทหนึ่ง ศาลอาจเห็นว่าไม่มีเหตุผล เพียงพอจึงไม่รับฟังก็ได้ เช่น ข้อผิดพลาดที่ผู้ฟ้องคดียกขึ้นเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญาแต่ศาลเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจึงไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา แต่เมื่อเวลาผ่านไประยะหนึ่ง เมื่อการทำ สัญญาเสร็จสมบูรณ์และมีผลบังคับแล้ว ผู้ฟ้องคดีกลับยกข้อผิดพลาดเดิมเพื่อโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญา อีกครั้งและศาลก็รับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ ในการนี้ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่าศาลปกครองเห็นว่า ตนมีอำนาจ ดุลยพินิจและต้องพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เหมาะสมกับสถานการณ์และพฤติการณ์ของสัญญาฉบับนั้น ๆ จึงต้องพิจารณาทั้งคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดี ความร้ายแรงของข้อผิดพลาดที่เกิดแก่สัญญา ช่วงเวลาของ การดำเนินการตามสัญญาเป็นกรณี ๆ ไป โดยต้องพิจารณาพิพากษายกได้หลักความได้สัดส่วน และ คำนึงถึงการรักษาเสถียรภาพของพันธสัญญาตลอดเวลา การที่ตุลาการศาลปกครองใช้อำนาจของตน อย่างกล้าหาญเช่นนี้ก็เป็นเรื่องที่นายกย่อง แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดข้อกังวลว่า การพิพากษาคดี เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นจะเป็นไปตามมาตรฐานเดียวกันทั้งหมดหรือไม่

ความไม่สมบูรณ์ที่ยังมีอยู่ในกระบวนการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทำให้มีข้อเสนอ สำหรับการปฏิรูปในลำดับต่อไป ข้อเสนอ คือ การเปิดโอกาสให้การโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญาทำได้ กว้างขวางขึ้น เพื่อให้คดีเกี่ยวกับสัญญาเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการทำสัญญาจนเสร็จสิ้นสมบูรณ์ กล่าวคือ ผู้เดือดร้อนเสียหายจะมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการต่าง ๆ ก่อนการลงนามในสัญญาเท่านั้น และ อาจมีสิทธิขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาได้เฉพาะกรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินการลงนาม ในสัญญา ทั้งที่มีการโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการก่อนสัญญาต่อศาลแล้ว นอกจากนี้ ยังมีแนวคิดที่เสนอให้ยกเลิกสิทธิการโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองด้วย โดยจะกระทำ ได้เพียงการเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายอันเกิดในระหว่างขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น อันหมายถึง หากสัญญาทางปกครองฉบับหนึ่งได้ถูกลงนามจนสมบูรณ์และไม่ได้ถูกโต้แย้งในระหว่างดำเนินกระบวนการ ก่อนสัญญา สัญญาฉบับนั้นก็จะมิผลบังคับอย่างสมบูรณ์ไปตลอดโดยไม่อาจถูกโต้แย้งได้อีก

คำถาม สำหรับผู้ที่เข้าร่วมคัดเลือกเป็นคู่สัญญาทางปกครองแต่ไม่ได้รับการคัดเลือก หากจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนหรือไม่ และเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะเป็นคดีประเภทใด

คำตอบ ในการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในฝรั่งเศส โดยหลักไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล ยกเว้นในกรณีที่กฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะให้ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน อย่างไรก็ตาม สำหรับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาทางปกครองนั้น มักมีการวางกฎเกณฑ์เงื่อนไขเกี่ยวกับการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทที่จะเกิดจากการไม่ได้รับคัดเลือกเป็นคู่สัญญาไว้แล้ว ผู้ประกอบการที่ไม่ได้รับคัดเลือกหรือไม่ได้รับความพึงพอใจจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาจึงต้องดำเนินการตามที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ก่อน จึงจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ การฟ้องคดีประเภทนี้ศาลจะรับไว้พิจารณาเป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม

คำถาม คดี Béziers II ซึ่งศาลปกครองพิพากษาให้สัญญาต้องมียกเลิกบังคับต่อไปนั้น ในสัญญาได้มีการกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครองไว้หรือไม่

คำตอบ ในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ที่จะบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องกำหนดเอกสิทธิ์นี้ไว้ในข้อตกลงตามสัญญา ซึ่งเมื่อฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์นี้ ศาลปกครองจะไม่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการบอกเลิกสัญญาดังกล่าว แต่จะพิจารณาเพียงว่าการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวนั้นทำให้เกิดความเสียหายอันเกินสมควรแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือไม่ เพื่อพิพากษาให้ชดเชยค่าเสียหายต่อไป

คำถาม เมื่อฝ่ายปกครองมีคำสั่งต่าง ๆ ถึงคู่สัญญา เช่น ให้ชำระเบี้ยปรับตามสัญญา คำสั่งนี้จะถือเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หรือเป็นเพียงการแจ้งให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น

คำตอบ นิติกรรมทางปกครองในลักษณะดังกล่าวถือเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจถูกโต้แย้งต่อศาลได้ เนื่องจากถือว่าเป็นการปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา นิติกรรมทางปกครองเหล่านี้จึงไม่อาจถูกเพิกถอนโดยคำพิพากษาของศาลได้ อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาผู้ได้รับคำสั่งในรอบของสัญญาเหล่านี้ หากได้รับความเสียหายอันเกินสมควรจากคำสั่งก็สามารถฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ตนได้รับได้ สำหรับคดี Béziers II นั้น เป็นข้อยกเว้นเพียงกรณีเดียวที่ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งบอกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งโดยหลักแล้วคำสั่งเช่นนี้ไม่อาจถูกเพิกถอนได้

อีกกรณีหนึ่งที่ต้องพิจารณา คือ กรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งกำหนดเบี้ยปรับเนื่องจากคู่สัญญาดำเนินการตามสัญญาล่าช้า หากมีการฟ้องเพื่อโต้แย้งคำสั่งกำหนดเบี้ยปรับนั้น หากศาลเห็นว่าเบี้ยปรับมีมูลค่าสูงเกินไป ศาลจะสามารถพิพากษาให้แก้ไขคำสั่งนั้นโดยกำหนดเบี้ยปรับเสียใหม่ได้

คำถาม หากยกตัวอย่างในกรณีที่กรุงเทพมหานครทำสัญญากับผู้รับจ้างเก็บขยะ โดยประชาชนจะต้องเป็นผู้จ่ายค่าเก็บและค่ากำจัดขยะนั้น แต่ประชาชนไม่ได้มีส่วนร่วมในกระบวนการทำสัญญาและไม่ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับอัตราค่าจ้างการเก็บขยะตามที่ตกลงในสัญญาเลย ประชาชนจะสามารถฟ้องคดีต่อศาลเพื่อโต้แย้งสัญญานี้ได้หรือไม่

คำตอบ ในกรณีเช่นนี้ หากประชาชนซึ่งเป็นผู้รับบริการเก็บและกำจัดขยะต้องการโต้แย้งข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการบริการสาธารณะดังกล่าวนี้ สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เป็นคดีประเภทขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากข้อสัญญาดังกล่าวจัดว่าเป็นข้อกำหนดที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป เสมือนเป็นการโต้แย้งกฎ ในทางกลับกัน หากประชาชนผู้รับบริการต้องการโต้แย้งข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนและราคาตามสัญญา จะต้องฟ้องโต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม เนื่องจากค่าตอบแทนตามสัญญานั้นถือเป็นประเด็นเนื้อหาของสัญญาโดยแท้ ซึ่งการฟ้องคดีทั้งสองกรณีข้างต้น ประชาชนทุกคนซึ่งเป็นผู้รับบริการ ต่างถือว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายและมีสิทธิฟ้องคดีได้ทั้งสิ้น แต่ประชาชนต้องแสดงให้เห็นว่าข้อสัญญานั้นมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายจริง ศาลจึงจะพิพากษาให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้

๓. บทวิเคราะห์คดี และคำวินิจฉัยที่สำคัญ

**วัตถุแห่งการฟ้องคดี สิทธิในการฟ้องคดี และขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการ
ก่อนฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ
(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๖/๒๕๖๓)***

วิชา เนตรหัสันยน์**

ส่วนที่หนึ่ง ข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ประกอบการทางด้านกฎหมาย รวมทั้งบริการด้านการกำจัดขยะมูลฝอยด้วยวิธีการต่าง ๆ เห็นว่า ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดี ๒ ฉบับ ได้แก่ ประกาศกรุงเทพมหานคร เรื่อง ประกวดราคาจ้างเหมาเอกชนกำจัดมูลฝอยโดยระบบเตามูลฝอย ขนาดไม่น้อยกว่า ๑,๐๐๐ ตันต่อวัน ที่ศูนย์กำจัดขยะมูลฝอยอ่อนนุช ด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) ลงวันที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ และประกาศกรุงเทพมหานคร เรื่อง ประกวดราคาจ้างเหมาเอกชนกำจัดมูลฝอยโดยระบบเตามูลฝอยขนาดไม่น้อยกว่า ๑,๐๐๐ ตันต่อวัน ที่ศูนย์กำจัดขยะมูลฝอยหนองแขม ด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) ลงวันที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ เป็นประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องด้วยเหตุผล ๒ ประการ *ประการแรก* ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต เรื่อง แนวทางและวิธีการในการดำเนินงานโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ แบบของข้อตกลงคุณธรรม การคัดเลือกผู้สังเกตการณ์ และการจัดทำรายงานตามมาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารงานพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานต้องแจ้งข้อมูลโครงการให้คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต (ค.ป.ท.) ทราบถึงวงเงินงบประมาณ ภายใน ๑๕ วัน นับแต่ได้รับความเห็นชอบวงเงินงบประมาณ เพื่อพิจารณาคัดเลือกให้จัดทำข้อตกลงคุณธรรม โดยให้มีผู้สังเกตการณ์ตลอดระยะเวลาและทุกขั้นตอน รวมทั้งจะต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ที่ระบบเครือข่ายสารสนเทศของผู้ถูกฟ้องคดี และเผยแพร่ข้อตกลงคุณธรรมพร้อมกับประกาศและเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ *ประการที่สอง* ประกาศทั้งสองฉบับดังกล่าวได้ระบุราคากลางในวงเงินที่สูง ในลักษณะที่เป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับบริษัทที่ผู้ถูกฟ้องคดีประสงค์จะให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดีได้ระบุการให้คะแนนในส่วนขอบเขตของงาน (Term of Reference : TOR)ว่าจะใช้เกณฑ์ราคาและเกณฑ์อื่น (ข้อเสนอด้านเทคนิคและการวิเคราะห์ทางการเงิน) โดยกำหนดน้ำหนักไว้เท่ากับร้อยละ ๙๐ ซึ่งเป็นการนำเกณฑ์การพิจารณา ๒ หลักเกณฑ์ มารวมพิจารณาเข้าด้วยกัน โดยไม่ปรากฏว่าได้เคยมีการใช้วิธีการนี้มาก่อน จึงมีความเป็นไปได้ที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาจะพิจารณาตามอำเภอใจมีอคติ ไม่เป็นกลาง จึงขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศประกวดราคาทั้งสองฉบับของผู้ฟ้องคดี และให้ระงับการประกวดราคาจ้างเหมาทั้งสองโครงการในระหว่างพิจารณาจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา ทั้งนี้ ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีได้เข้าซื้อเอกสารประกวดราคาหรือจะเข้าร่วมยื่นซองข้อเสนอตาม

* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนมีนาคม ๒๕๖๕

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Master of Laws “Deutsches Recht”

(LL.M.) (เกียรตินิยม) Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๒ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ประกาศประกวดราคาของผู้ผูกฟองคตี หรือได้ร้องเรียนต่อผู้ผูกฟองคตีหรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ แต่อย่างใด

ศาลปกครองชั้นต้นพิเคราะห์แล้วเห็นว่า แม้ว่าการผูกฟองคตีจะเป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์ในการรับจ้างเป็นที่ปรึกษาและดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำจัดขยะ สิ่งปฏิกูล น้ำเสีย รวมไปถึงพลังงานทดแทนทุกระบบ และเป็นผู้มีสิทธิที่จะเข้าร่วมการประกวดราคาตามประกาศดังกล่าวก็ตาม แต่ในเมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ผูกฟองคตีได้เข้าซื้อเอกสารประกวดราคาหรือจะเข้าร่วมยื่นซองข้อเสนอดังกล่าวตามประกาศดังกล่าว ประกาศทั้งสองฉบับจึงมิได้กระทบต่อสภาพแห่งสิทธิของผู้ผูกฟองคตีตามกฎหมายไม่ว่าในทางใด ผู้ผูกฟองคตีไม่ใช่เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากประกาศของผู้ผูกฟองคตีดังกล่าว อันจะทำให้ผู้ผูกฟองคตีมีสิทธิในการฟ้องคดีนี้ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาถึงประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในการฟ้องคดี ๒ ประเด็น ได้แก่ ประเด็นที่หนึ่ง การร้องเรียนตามข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ เป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการก่อนการฟ้องคดีตามนัยมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ หรือไม่ และประเด็นที่สอง ผู้ผูกฟองคตีซึ่งมิได้เข้าซื้อเอกสารประกวดราคาหรือเข้าร่วมยื่นซองข้อเสนอดังกล่าวตามประกาศประกวดราคาของผู้ผูกฟองคตี จะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันได้หรือไม่

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการก่อนการฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ นั้น ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การยื่นข้อร้องเรียนต่อผู้ผูกฟองคตีหรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ เป็นเพียง “สิทธิอีกทางเลือกหนึ่งที่ผู้ผูกฟองคตีจะใช้เพื่อโต้แย้งคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น”^๑ ด้วยเหตุนี้ เมื่อผู้ผูกฟองคตีเห็นว่าประกาศประกวดราคาดังกล่าวเป็นการดำเนินการที่ขัดต่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ผู้ผูกฟองคตีย่อมมีสิทธิที่จะร้องเรียนต่อผู้ผูกฟองคตี หรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อ ๒๒๐ ของระเบียบฉบับดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น ผู้ผูกฟองคตีจึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเพิกถอนประกาศพิพาทได้โดยไม่จำเป็นต้องยื่นข้อร้องเรียนต่อผู้ผูกฟองคตี หรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ก่อน

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ นั้น ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า แม้ผู้ผูกฟองคตีจะมีได้เป็น “ผู้เสนอราคา” ตามนัยมาตรา ๑๑๔ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ แต่เมื่อผู้ผูกฟองคตีเป็นผู้ประกอบอาชีพเกี่ยวกับงานที่ผู้ผูกฟองคตีดำเนินการจัดจ้าง และผู้ผูกฟองคตีก็ได้โต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของประกาศกรุงเทพมหานครทั้งสองฉบับ

^๑ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๖/๒๕๖๓, หน้า ๑๒.

ดังกล่าว กรณีจึงถือได้ว่า “เป็นการฟ้องคดีโดยผู้มีส่วนได้เสียในการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐ”^๒ และด้วยเหตุนี้ ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีตกลงทำสัญญาตามประกาศประกวดราคาทั้งสองฉบับ และได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว การยื่นฟ้องคดีจึงไม่กระทบต่อการลงนามในสัญญาที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ดำเนินการไปแล้ว ตามนัยมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ กล่าวคือ แม้ศาลจะได้พิพากษาเพิกถอนประกาศพิพาทก็ตาม แต่การกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนประกาศในคดีนี้ ก็ไม่มีผลเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายตามนัยมาตรา ๗๒ ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นพ้องด้วยกับผลของคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น และมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

ส่วนที่สอง บทวิเคราะห์คดี

บทนำ

การฟ้องคดีปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นเกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ ด้วยการที่ศาลปกครองพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และมีคำสั่งบางอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเยียวยาหรือบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในอีกแง่หนึ่ง การฟ้องคดีปกครองก็อาจเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินงานของฝ่ายเจ้าหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ด้วยเหตุนี้ ในระบบกฎหมายของนานาอารยประเทศจึงได้มีการกำหนดนิยามของผู้มีสิทธิ (อำนาจ) ฟ้องคดีปกครอง ด้วยขอบเขตที่แตกต่างกันออกไป โดยคำนึงถึงความสมดุลระหว่างประโยชน์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีประสิทธิภาพกับการคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการฟ้องคดีปกครองมีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่อาจถูกแทรกแซงจากการดำเนินงานของรัฐดังที่กล่าวไว้ข้างต้น การกำหนดขอบเขตของผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองจึงจำเป็นต้องใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจงเกินไป เพื่อมิให้ประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายจากการดำเนินงานของฝ่ายปกครองถูกตัดสิทธิในการฟ้องคดีตั้งแต่นั้น โดยที่ยังมิได้รับการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ด้วยเหตุนี้ ตุลาการศาลปกครองจึงมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมาย (richterliche Rechtsfortbildung) ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการฟ้องคดีปกครอง เพื่อให้การปรับใช้หลักการดังกล่าว สอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจริงมากยิ่งขึ้น

บทบาทของตุลาการศาลปกครองในการพัฒนาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการฟ้องคดีปกครองจะเห็นได้อย่างชัดเจนในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลังจากที่มีการตราพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ เพื่อสร้างมาตรฐานกลางสำหรับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยในพระราชบัญญัติฉบับนี้

^๒ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๖/๒๕๖๓, หน้า ๑๓.

นอกจากจะมีกลไกที่ให้ผู้ที่มีส่วนได้เสียและประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่สำคัญ ๒ สองประการ อันได้แก่ การอุทธรณ์^๓ และการร้องเรียน^๔ แล้ว ยังได้มีกลไกในการคุ้มครองกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างให้ดำเนินไปได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกัน เช่น การกำหนดระยะเวลาในการอุทธรณ์^๕ และประเภทของข้อกล่าวอ้างที่ไม่สามารถใช้เป็นเหตุแห่งการอุทธรณ์ได้^๖ รวมไปถึงกลไกตามมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งกำหนดให้การฟ้องคดีต่อศาลไม่ส่งผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไว้แล้ว ศาลปกครองจึงมีหน้าที่ในการสร้างหลักกฎหมายในเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์ในการคุ้มครองเอกชนที่ได้รับหรืออาจได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับประโยชน์ในการคุ้มครองการดำเนินกิจการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างได้อย่างต่อเนื่อง โดยตัวอย่างของคดีที่ศาลปกครองได้มีโอกาสวินิจฉัยและวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิผู้ฟ้องคดีในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง ได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๖/๒๕๖๓

ด้วยเหตุนี้ ในบทความฉบับนี้จะได้วิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐผ่านตัวอย่างจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๖/๒๕๖๓ โดยเริ่มจากการวิเคราะห์สถานะของประกาศประกวดราคาในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐว่าสามารถเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีปกครองได้หรือไม่ (หัวข้อที่ ๑) จากนั้น จะได้วิเคราะห์ถึงลักษณะของผู้มีสิทธิฟ้องคดี อันเป็นประเด็นปัญหาที่เป็นหัวใจสำคัญของการดำเนินคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (หัวข้อที่ ๒) และในหัวข้อสุดท้ายจะได้วิเคราะห์ถึงสถานะของการร้องเรียนตามข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ว่าเป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการก่อนการฟ้องคดีหรือไม่ (หัวข้อที่ ๓)

๑. ประกาศประกวดราคาเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีปกครองได้หรือไม่

ประเด็นแรกที่ต้องพิจารณา คือ ประกาศประกวดราคาของกรุงเทพมหานคร ทั้ง ๒ ฉบับ นั้น เป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดี (เหตุแห่งการฟ้องคดี) ตามนัยมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้หรือไม่

โดยในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้กำหนดให้ในการริเริ่มกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น หน่วยงานของรัฐจัดทำประกาศและเอกสารเชิญชวนให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าหน่วยงานของรัฐจะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ พร้อมทั้งเผยแพร่ประกาศดังกล่าวให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไป^๗ เพื่อเป็นการเชิญชวนประชาชนที่สนใจให้เข้าร่วมในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง

^๓ มาตรา ๑๔๔ ถึงมาตรา ๑๔๙ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

^๔ มาตรา ๔๓ (๒) แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ประกอบข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

^๕ มาตรา ๑๑๗ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

^๖ มาตรา ๑๑๕ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

^๗ มาตรา ๖๒ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

ดังนี้ จะเห็นได้ว่า การประกาศประกวดราคาเป็นเพียงขั้นตอนในการริเริ่มกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดแนวทางในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะมีการจัดทำสัญญาเท่านั้น ทั้งเป็นการกระทำที่มีได้ก่อนนิติสัมพันธ์ต่อบุคคลภายนอก ประกาศประกวดราคาจึงมิใช่คำสั่งทางปกครอง ตามนัยมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙^๘ และด้วยเหตุนี้จึงมิใช่เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒

อย่างไรก็ตาม แนวคำวินิจฉัยศาลปกครองรวมไปถึงคดีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๓๒๖/๒๕๖๓ ฉบับนี้ ได้มีการยืนยันหลักการมาโดยตลอดว่า ประกาศประกวดราคาเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ต่อศาลปกครองได้ แต่ได้มีการให้เหตุผลที่แตกต่างออกไปเป็น ๓ แนวทาง ดังต่อไปนี้ **แนวทางที่หนึ่ง** ประกาศประกวดราคาเป็นการกระทำทางปกครอง^๙ **แนวทางที่สอง** ประกาศประกวดราคาเป็นคำสั่งทางปกครอง^{๑๐} **แนวทางที่สาม** ประกาศประกวดราคาเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป^{๑๑} อย่างไรก็ตาม จุดร่วมกันของแนวคำวินิจฉัยทั้งสามแนวก็คือ ศาลปกครองเห็นว่า ประกาศประกวดราคาเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีผลต่อการได้สิทธิหรือเสียสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง^{๑๒} จึงเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีผลผูกพันต่อสภาพแห่งสิทธิของบุคคลภายนอกเพียงพอที่จะเป็นการกระทำทางปกครอง (คำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองทั่วไป หรือการกระทำทางปกครองอื่น แล้วแต่กรณี) อันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ซึ่งเป็นการให้เหตุผลไปในแนวทางที่มุ่งต่อการขยายอำนาจของศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตั้งแต่ขั้นตอนของการประกาศประกวดราคา เพื่อป้องกันมิให้ผู้ที่มีโอกาสเดือดร้อนหรือเสียหายจากการประกาศประกวดราคาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะไม่สามารถฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนได้ เนื่องจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการลบล้างผลทางกฎหมายของสัญญาที่ได้มีลงนามแล้วที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

๒. ผู้ประกอบอาชีพเกี่ยวกับงานที่มีการจัดซื้อจัดจ้างแต่ไม่ได้เข้าร่วมยื่นซองข้อเสนอตามประกาศประกวดราคา เป็นผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองหรือไม่

ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีนั้น เป็นประเด็นที่มีการวินิจฉัยแตกต่างกันระหว่างศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด ในคดีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๖/๒๕๖๓ โดยศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีมิได้เข้าร่วมกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างตั้งแต่ต้น ประกาศประกวดราคา

^๘ เปรียบเทียบจากความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ที่ได้ให้ไว้ใน “การสัมมนาเพื่อพัฒนาองค์ความรู้และรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ ๑” ในวันพฤหัสบดีที่ ๒๗ มิถุนายน ๒๕๖๒ ณ โรงแรม เดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ กรุงเทพฯ เกี่ยวกับประกาศรับสมัครสอบ ซึ่งปรากฏอยู่ในรายงานการสัมมนาที่จัดขึ้นโดย กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า ๕.

^๙ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๒๐/๒๕๕๔

^{๑๐} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๓๘/๒๕๕๔

^{๑๑} แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองอื่นที่วินิจฉัยไปในแนวทางดังกล่าว เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๖๗/๒๕๕๔, ที่ ๕๗/๒๕๕๔ และที่ ๗๗๔/๒๕๔๐

^{๑๒} สุรศักดิ์ บุญญานุกุลกิจ, รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การควบคุมตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนการทำสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐, เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กันยายน ๒๕๖๔, หน้า ๓๐.

จึงมิได้กระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิของผู้ฟ้องคดีตามกฎหมาย “ไม่ว่าในทางใด” ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประกอบอาชีพเกี่ยวกับงานที่ถูกฟ้องคดีดำเนินการจัดจ้าง ผู้ฟ้องคดีจึงเป็น “ผู้มีส่วนได้เสียในการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐ” ในหัวข้อที่สองนี้ จึงจะได้นำเสนอแนวคิดที่เกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองที่แตกต่างกันระหว่างระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน เพื่อที่จะนำไปวิเคราะห์ถึงการนำหลักการเหล่านั้น มาใช้กับการกำหนดผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองในกรณีของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐต่อไป

๒.๑ ความหมายของผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง

๒.๑.๑ ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน ผู้ฟ้องคดีปกครองจะต้องเป็นผู้มี “อำนาจฟ้องคดี” (Klagebefugnis) โดยมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจในการฟ้องคดีไว้ว่า “เมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ฟ้องคดีจะสามารถฟ้องคดีได้ก็ต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีได้กล่าวอ้างว่า สิทธิของตนได้ถูกระทบโดยคำสั่งทางปกครอง โดยการปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครอง หรือโดยการละเว้นการออกคำสั่งทางปกครอง” โดย “สิทธิ” ตามความหมายของมาตรา ๔๒ ของประมวลกฎหมายฉบับนี้ ก็คือ “สิทธิเชิงอัตวิสัยในทางกฎหมายมหาชน” (subjektiv-öffentliches Recht) โดยคำว่า “สิทธิเชิงอัตวิสัยในทางกฎหมายมหาชน” เปรียบเสมือนหลักการที่เป็นศูนย์กลางของกฎหมายปกครองเยอรมันทั้งในทางสารบัญญัติและในทางวิธีบัญญัติ^{๑๓} เนื่องจากเป็นถ้อยคำที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและประชาชน^{๑๔} และเป็นการกำหนดขอบเขตเอกชนในการที่จะได้รับการคุ้มครองจากการแทรกแซงโดยฝ่ายปกครองและในการใช้สิทธิเรียกร้องในการให้รัฐจัดทำบริการสาธารณะบางประการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า “สิทธิเชิงอัตวิสัยในทางกฎหมายมหาชน” เป็นข้อความคิดทางกฎหมายที่ทำให้หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๙ วรรคสี่ของกฎหมายพื้นฐาน เป็นจริงได้ในทางปฏิบัตินั่นเอง^{๑๕}

ในอีกแง่มุมหนึ่ง “สิทธิเชิงอัตวิสัยในทางกฎหมายมหาชน” ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการดำเนินงานของฝ่ายปกครองมิให้ถูกขัดขวางโดยการฟ้องคดีจากผู้ที่ไม่ได้เดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองโดยตรง (Ausschluss der Popularklage) อีกด้วย ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการกระทบถึงสิทธินั้น จึงต้องมีการแบ่งแยกระหว่างสิทธิที่ได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมายกับผลประโยชน์ในทางข้อเท็จจริงให้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง^{๑๖} เพราะหากผลประโยชน์ที่ผู้ฟ้องคดีคาดว่าจะได้รับในอนาคตเป็นผลประโยชน์ทั่วไปที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับผลประโยชน์ที่ผู้ฟ้องคดีได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ผลประโยชน์ในทางข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นก็มักก่อให้เกิดอำนาจในการฟ้องคดีปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง อย่างไรก็ตาม การพิจารณาอำนาจในการฟ้องคดีปกครองตามหลัก “ผู้ที่ได้รับ

^{๑๓} Würtenberger/Heckermann, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., Beck 2018, § 21 Rn. 325.

^{๑๔} อย่างไรก็ตาม มีความเห็นในทางวิชาการบางส่วนเห็นว่า “สิทธิเชิงอัตวิสัยในทางกฎหมายมหาชน” ยังเป็นหลักการที่นำไปใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเองได้ในบางกรณีอีกด้วย รายละเอียดโปรดดู Maurer/Waldhoff, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017 München, § 8 Rn. 2.

^{๑๕} Maurer/Waldhoff, ibid., § 8 Rn. 2.

^{๑๖} Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl., § 15 Rn. 24.

ผลกระทบทางกฎหมายต่อสิทธิของตนเอง” (eigene Rechtsbetroffenheit) ได้ลดความเคร่งครัดลง ในบางประเภทคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถอ้าง “คุณค่าทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ประการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้ เช่น การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจากการปล่อยมลภาวะ (Immissionsschutz) การส่งเสริมสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม (Umweltinformationsrechte) การมีส่วนร่วมของสาธารณชนในโครงการที่อาจ ส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น^{๑๗}

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองแล้ว จะพบว่า ในการที่ศาลปกครองเยอรมันจะรับพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งนั้น ศาลจะต้องคำนึงถึง “หลักความเป็นไปได้ที่ผู้ฟ้องคดีจะถูกกระทบสิทธิ (เชิงอัตวิสัยในทางกฎหมายมหาชน)” (Möglichkeit der Rechtsverletzung)^{๑๘} ซึ่งการพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่ผู้ฟ้องคดีจะถูกกระทบสิทธิ นั้น ต้องกระทำใน ๓ ขั้นตอนต่อไปนี้ คือ **ขั้นตอนที่หนึ่ง** ระบุสิทธิที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองนั้น **ขั้นตอนที่สอง** ระบุความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิดังกล่าวกับผู้ฟ้องคดี **ขั้นตอนที่สาม** ระบุถึงความเป็นไปได้ที่สิทธิของผู้ฟ้องคดี จะได้รับความกระทบกระเทือน^{๑๙} โดยในการพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่สิทธิของผู้ฟ้องคดีจะได้รับ การกระทบกระเทือนนั้น ศาลปกครองจะต้องพิจารณาหลัก “ความเป็นไปได้ของการกระทบสิทธิเป็นที่ประจักษ์” (Evidenzformel) กล่าวคือ การจะตัดผู้ฟ้องคดีออกจากการเป็นผู้ที่อาจเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำ ทางปกครองจะกระทำได้อีกต่อเมื่อ “เป็นที่ปรากฏอย่างชัดเจนแล้วว่าไม่มีความเป็นไปได้ที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับ ความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำทางปกครองอันเป็นวัตถุแห่งคดี ไม่ว่าจะพิจารณาจากแง่มุมใดแล้ว ก็ตาม”^{๒๐} เหตุที่การพิจารณาความเป็นไปได้ในสิทธิของผู้ฟ้องคดีจะได้รับการกระทบกระเทือนไม่เคร่งครัด ถึงขนาดที่จะต้องวินิจฉัยความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับหรืออาจได้รับการกระทำ ทางปกครองโดยละเอียดนั้นก็เพื่อป้องกันมิให้ศาลพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาของคำฟ้อง อย่างละเอียดตั้งแต่ในขั้นการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในรูปแบบของคำฟ้องนั่นเอง^{๒๑}

๒.๑.๒ ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย

ในขณะที่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้นเป็นไปตาม มาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งกำหนดให้ “ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้” เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าว จะพบว่า การพิจารณาสิทธิในการฟ้องคดี ตามระบบกฎหมายไทยนั้น มิได้พิจารณาโดยยึดโยงกับความเป็นไปได้ที่ผู้ฟ้องคดีจะถูกกระทบ “สิทธิ” ดังเช่นในระบบกฎหมายเยอรมัน แต่พิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่การกระทำของฝ่ายปกครองจะกระทบต่อ

^{๑๗} Redeker/Kothe/von Nicolai, in : Redeker/von Oertzen, VwGO, 17. Auflage 2022, § 42 Rn. 43. รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับความหมายของสิทธิเชิงอัตวิสัยในทางกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย สิ่งแวดล้อม โปรดดู Wahl/Schütz, in : Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 41. EL, Juli 2021, § 42 Rn. 160 ff.

^{๑๘} หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปอีกชื่อหนึ่งว่า “ทฤษฎีความเป็นไปได้ที่จะถูกกระทบสิทธิ” (Möglichkeitstheorie)

^{๑๙} Hufen, Friedhelm, supra note 16, § 15 Rn. 16.

^{๒๐} BVerwGE 44, 1, Rn. 3.

^{๒๑} Hufen, Friedhelm, supra note 16, § 15 Rn. 24.

“ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” ของผู้ฟ้องคดีเป็นสำคัญ^{๒๒} โดยมีขั้นตอนในการพิจารณาดังต่อไปนี้^{๒๓} **ขั้นตอนที่หนึ่ง** พิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีมีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียเช่นใดบ้าง **ขั้นตอนที่สอง** พิจารณาว่าประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียนั้น เป็นประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียของผู้ฟ้องคดีเองโดยตรงหรือไม่ **ขั้นตอนที่สาม** พิจารณาว่าประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียนั้น มีความเชื่อมโยงโดยตรงกับเหตุแห่งการฟ้องคดีหรือไม่ และ**ขั้นตอนที่สี่** ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียนั้น เป็นประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียที่ค่อนข้างแน่นอน มิใช่เป็นเพียงความคาดหวังในอนาคตเท่านั้น

ส่วนประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับข้อห้ามในการฟ้องคดีโดยผู้ฟ้องคดีมิได้มีส่วนได้เสียโดยตรง (Ausschluss der Popularklage) นั้น แม้จะมีข้อห้ามจากหลักทั่วไปที่มีให้นำประโยชน์หรือส่วนได้เสียที่ไม่ใช่ของตนเองมาใช้ในการฟ้องคดีปกครองในฐานะที่เป็นประชาชนเพื่อพิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมายหรือเพื่อปกป้องสาธารณประโยชน์ดังเช่นในระบบกฎหมายเยอรมันก็ตาม แต่การตีความนิยามคำว่า ประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียที่เป็นของผู้ฟ้องคดีเองนั้น มีความยืดหยุ่นกว่านิยามของอำนาจฟ้องคดีในระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาโดยเชื่อมโยงถึงความกระทบกระเทือนต่อสิทธิที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเสมอไป แต่สามารถพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นตามความเป็นจริงได้อีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยหลักการเช่นนี้มาจากเงื่อนไขของผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ นอกจากนั้น บทบัญญัติดังกล่าวยังได้กำหนดถึงเงื่อนไขของการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีอีกประการหนึ่งคือ ศาลสามารถมีคำสั่งบังคับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เพื่อแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งได้

๒.๒ ผู้มีสิทธิฟ้องคดีในกรณีของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

เมื่อพิจารณากรณีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๖/๒๕๖๓ ฉบับนี้ในบริบทกฎหมายเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่า การประกาศประกวดราคาในลักษณะดังกล่าวมิได้กระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีโดยตรง ผู้ฟ้องคดีจึงยังมิใช่ผู้มีอำนาจฟ้องคดีปกครองในความหมายอย่างแคบตามความที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้น การพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้นจึงเป็นไปตามหลักความเสียหายโดยตรงที่เกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีเอง (eigene Rechtsbetroffenheit)

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดทั้งในกรณีตามคำสั่งฉบับนี้ รวมถึงคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในกรณีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง^{๒๔} มิได้วินิจฉัยโดยเชื่อมโยงกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรงเพียงเท่านั้น แต่พิจารณาถึงผลกระทบตามความเป็นจริงที่อาจเกิดต่อผู้ฟ้องคดีในอนาคต ซึ่งเป็นการปรับใช้หลักของความเป็นผู้เดือดร้อนหรือเสียหายในคดีปกครองในความหมายอย่างกว้าง ทั้งยังมีการนำหลักนิติรัฐและวัตถุประสงค์ของการร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

^{๒๒} รายละเอียดเป็นไปตาม บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, บันทึกรายการ การฟ้องคดีปกครอง, สำนักงานศาลปกครอง, พฤษภาคม ๒๕๔๓, หน้า ๔๖.

^{๒๓} รายละเอียดเป็นไปตาม อำพน เจริญชีวินทร์, คำอธิบายการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง ภาค ๓ การดำเนินคดีในศาลปกครอง, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๖๔), หน้า ๑๐๔๓ – ๑๐๔๔.

^{๒๔} เพ็งอ้าง, หน้า ๑๐๔๓.

มาพิจารณาประกอบ ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในตรวจสอบการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐให้เกิดความโปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมดังเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว^{๒๕} และเป็นการตีความไปในแนวทางที่ศาลปกครองมีอำนาจในการตรวจสอบการดำเนินงานของฝ่ายปกครองในการจัดซื้อจัดจ้างได้อย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อป้องกันมิให้การตีความนิยามของ “ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้” กว้างขวางเกินไปจนกระทบต่อการดำเนินงานของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างเกินสมควร ในการตีความถ้อยคำดังกล่าวจึงต้องพิจารณาถึงกิจการของผู้ฟ้องคดีตามความเป็นจริง เนื่องจากในทางปฏิบัติในการจดทะเบียนบริษัทหรือนิติบุคคลนั้น มักมีการเลือกวัตถุประสงค์ตามที่ปรากฏในแบบฟอร์มการจดทะเบียนไว้ล่วงหน้า ทั้งที่ในความเป็นจริงมิได้ประกอบกิจการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ได้เลือกไว้ล่วงหน้าก็ตาม ด้วยเหตุนี้ ผู้ประกอบอาชีพเกี่ยวกับงานที่มีการจัดซื้อจัดจ้างแต่มิได้เข้าร่วมยื่นข้อเสนอดำเนินการตามประกาศประกวดราคา ที่ประสงค์ฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น จะควรพิสูจน์ให้เห็นถึงแผนธุรกิจในอนาคตหรือการดำเนินกิจการในรอบการดำเนินกิจการที่ผ่านมา เพื่อแสดงให้เห็นถึงความประสงค์ที่ตนจะได้รับประโยชน์จากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้แย่งอย่างแท้จริง

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใดก็ตาม มาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้กำหนดให้การฟ้องคดีต่อศาลไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว ด้วยเหตุนี้ หากได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ย่อมเป็นกรณีที่มีการกำหนดค่าบังคับโดยศาลปกครองไม่อาจเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้อีกต่อไป ในกรณีเช่นนี้ถึงแม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้ที่อาจเดือดร้อนหรือเสียหายจากประกาศประกวดราคาก็ตาม ผู้ฟ้องคดีก็มีผู้ใช้ผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งกรณีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๖/๒๕๖๓ ศาลก็ได้นำมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว มาเป็นเกณฑ์เพื่อพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีมีผู้ใช้ผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เช่นเดียวกัน แม้จะพิจารณาแล้วว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่อาจเดือดร้อนหรือเสียหายจากประกาศประกวดราคาของกรุงเทพมหานครทั้งสองฉบับแล้วก็ตาม^{๒๖}

ด้วยเหตุนี้ ผู้ที่ประสงค์จะใช้สิทธิฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของประกาศประกวดราคาในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ แต่มิได้เป็นผู้ยื่นข้อเสนอในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง อันจะมีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของประกาศประกวดราคาได้ บุคคลนั้นจะต้องใช้สิทธิในการทูลเกล้าฯ ถวายคำร้องตามคำสั่งทางปกครองตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในหมวดที่ ๕

^{๒๕} สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ., (สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ๒๕๕๙), ส่วนที่ ๒, หน้า ๑.

^{๒๖} คำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วินิจฉัยโดยใช้เหตุผลที่คล้ายคลึงกัน เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๘๗/๒๕๖๔, ที่ ๓๒๕/๒๕๖๓, ที่ ๑๑๗/๒๕๖๓, และที่ ๑๖๑/๒๕๖๒ อย่างไรก็ตาม ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๑/๒๕๖๓ ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ นั้น เนื่องมาจากผู้ฟ้องคดีมิใช่คู่สัญญาตามสัญญาจัดจ้างผู้เชี่ยวชาญอีกต่อไป

ส่วนที่ ๑ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ เพื่อให้ศาลปกครองมีคำสั่งระงับการลงนามในสัญญาไว้ชั่วคราว ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้การฟ้องคดีไม่อาจดำเนินการได้ด้วยผลของมาตรา ๑๑๙ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ด้วยเหตุว่าหน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว

๓. การร้องเรียนเป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ หรือไม่

ในการจะพิจารณาว่า การร้องเรียนตามข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ เป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ หรือไม่นั้น สามารถพิจารณาได้จาก ๒ แง่มุมด้วยกัน ได้แก่ ในแง่มุมที่ขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีปกครอง (Vorverfahren) เป็นบทบัญญัติจำกัดสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (หัวข้อ ๓.๑) และในแง่มุมของความแตกต่างกันระหว่างวัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์และการร้องเรียน (หัวข้อ ๓.๒)

๓.๑ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีปกครอง (Vorverfahren) ในฐานะที่เป็นบทบัญญัติจำกัดสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

การดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนและวิธีการตามกฎหมายเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนฟ้องคดีปกครองตามนัยมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นขั้นตอนที่เป็นหนึ่งในเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง ซึ่งส่งผลให้ผู้ที่มีได้ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนฟ้องคดีปกครอง ไม่สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ด้วยเหตุนี้ “กฎหมาย” ที่กำหนดขั้นตอนและวิธีการเช่นนั้น จึงเป็นกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการฟ้องคดี

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายที่กำหนดขั้นตอนและวิธีการที่ต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีนั้น เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญถึงขนาดที่กระทบต่อสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ การกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการก่อนการฟ้องคดีปกครองจึงกระทำโดยตราเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้ว ถึงแม้ว่าระเบียบข้อดังกล่าวจะได้มีการบัญญัติขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๔๓ (๒) แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ก็ตาม แต่บทบัญญัติมาตราดังกล่าวก็เป็นเพียงบทบัญญัติที่กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ทั่วไปของหน่วยงานทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างเท่านั้น และข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ก็มีสถานะเป็นเพียงกฎหมายลำดับรองที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการร้องเรียนเพิ่มเติมเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การร้องเรียนตามข้อ ๒๒๐ ของระเบียบฉบับดังกล่าว จึงมิใช่ขั้นตอนที่ต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๓.๒ การเปรียบเทียบวัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ (Widerspruchverfahren)

และการร้องเรียน

การอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้^{๒๗}

ประการที่หนึ่ง เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน (Rechtsschutz des Bürgers) กล่าวคือ เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้โต้แย้งถึงความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่ตน ทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้าถึงกระบวนการพิจารณาที่สะดวก ประหยัด และเป็นมิตรต่อประชาชนมากกว่ากระบวนการพิจารณาของศาล

ประการที่สอง เพื่อการตรวจสอบตนเองของฝ่ายปกครอง (Selbstkontrolle der Verwaltung) อันเป็นการตรวจสอบที่มีขอบเขตในการตรวจสอบกว้างขวางกว่าการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ เนื่องจากหน่วยงานทางปกครองทบทวนได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยตรง (Rechtmäßigkeit) และความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของตน (Zweckmäßigkeit)

ประการที่สาม แบ่งเบาภาระงานของศาลปกครอง (Entlastung der Verwaltungsgerichte) กล่าวคือ กระบวนการอุทธรณ์ทำหน้าที่เปรียบเสมือน “ตัวกรองในขั้นตอนก่อนกระบวนการพิจารณาของศาล” (Filterfunktion des Vorverfahrens)^{๒๘} ทั้งในกรณีที่ผู้ยื่นอุทธรณ์ได้รับการเยียวยาตามความประสงค์ของตนตั้งแต่ในชั้นอุทธรณ์ เนื่องจากในกรณีเช่นนี้ก็จะไม่มีคดีขึ้นมาสู่ศาลปกครอง และในกรณีที่ผู้ยื่นอุทธรณ์ไม่ได้รับการเยียวยาตามความประสงค์ของตนและนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ศาลปกครองก็สามารถนำเหตุผลที่เจ้าหน้าที่ได้ให้ไว้ในชั้นของการพิจารณาอุทธรณ์มาช่วยในการพิจารณาคดีของตนได้

ในขณะที่วัตถุประสงค์ของการร้องเรียนตามข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ นั้น เป็นไปเพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ ได้ทบทวนหรือแก้ไขการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่กรณีของกระบวนการพิจารณาโดยตรงโต้แย้งการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

ด้วยเหตุนี้ จึงอาจสรุปความแตกต่างของการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี และการร้องเรียนตามข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้ว่า การอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีเป็นกระบวนการที่คุ้มครองสิทธิของผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างโดยตรง ในขณะที่การร้องเรียนตามระเบียบกระทรวงการคลังฉบับดังกล่าว นั้น เป็นกระบวนการที่เน้นให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือกฎระเบียบของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ทั้งยังเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องเรียนที่มีต่อกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ชอบด้วยกฎหมาย

^{๒๗} รายละเอียดเป็นไปตาม Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, supra note 14, § 10 Rn. 27.

^{๒๘} Schoch/Schneider, Verwaltungsgerichtsordnung, Werkstand : 39. EL. Juli 2020, Vorbemerkung § 68 Rn. 1.

และกฎระเบียบไปด้วยในตัว ซึ่งวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องเรียนเป็นเพียงวัตถุประสงค์รอง เมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดซื้อจัดจ้าง

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ยังได้กำหนดวิธีการโต้แย้งคัดค้านว่าหน่วยงานของรัฐไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐไว้ ๒ กรณี คือ การอุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๑๔ ซึ่งผู้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน ได้แก่ ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดुकับหน่วยงานของรัฐ และการร้องเรียนตามมาตรา ๔๓ ประกอบกับข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งผู้มีสิทธิร้องเรียน ได้แก่ ผู้ใดก็ตามที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ การร้องเรียนจึงเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลที่ไม่ได้เข้าร่วมในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง หรือบุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีสามารถโต้แย้งคัดค้านการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐได้ ซึ่งโดยสภาพทางข้อเท็จจริงแล้ว ผู้ที่ประสงค์จะใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลมักเป็นบุคคลภายนอกซึ่งไม่ได้เข้ามาในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง จึงไม่ได้รับทราบถึงทางเลือกในการร้องเรียนเพื่อให้หน่วยงานทบทวนหรือยกเลิกกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย หรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อ ๒๒๐ ของระเบียบฉบับดังกล่าว หากศาลไม่รับฟ้องด้วยเหตุที่การร้องเรียนเป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีตามความหมายของมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แล้ว ย่อมทำให้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจัดซื้อจัดจ้างโดยศาลยังไม่สามารถกระทำได้ จนกว่าจะมีการร้องเรียนตามขั้นตอนและวิธีการที่ระเบียบฉบับดังกล่าวกำหนดไว้

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การร้องเรียนตามข้อ ๒๒๐ ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มิใช่ขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีตามความหมายของมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แม้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ร้องเรียนไปยังหน่วยงานของรัฐ หรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล หากผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าว และความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายเช่นนั้น จำเป็นจะต้องอาศัยคำบังคับตามมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บุคคลนั้นก็เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามนัยมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันแล้ว

บทสรุป

ถึงแม้ว่าคดีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๖/๒๕๖๓ นี้ ศาลจะสามารถพิจารณาไม่รับฟ้องของผู้ฟ้องคดีได้ด้วยเหตุผลที่การฟ้องคดีต่อศาลไม่มีผลต่อสัญญาที่ได้ลงนามไว้แล้ว ตามมาตรา ๑๑๔ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ก็ตาม แต่ศาลก็ยังได้วินิจฉัยถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีไปพร้อมกันด้วย คดีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๒๖/๒๕๖๓ นี้ จึงเป็นคดีตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นถึงแนวคิดของศาลปกครองที่มีต่อการตีความขอบเขตของผู้มีสิทธิฟ้องคดีในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยศาลปกครองได้ตีความไปในแนวทางของผู้มีสิทธิฟ้องคดีอย่างกว้าง เพื่อให้วัตถุประสงค์ในการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ

ความโปร่งใสของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง แต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงคำนึงถึงความเชื่อมโยงกับผลกระทบของโครงการจัดซื้อจัดจ้างที่มีต่อผู้ฟ้องคดี แม้จะเป็นเพียงผลกระทบทางความเป็นจริงที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อมิให้ขอบเขตของผู้มีสิทธิฟ้องคดีในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกว้างขวางเกินไปจนเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง

คำสำคัญ : การพัสดุ, การจัดซื้อจัดจ้าง, วัตถุแห่งการฟ้องคดี, ผู้มีสิทธิฟ้องคดี, การอุทธรณ์, การร้องเรียน

รวมบทความทางวิชาการ (เอกสารอิเล็กทรอนิกส์) เล่ม ๑ : สัญญาทางปกครอง

เจ้าของลิขสิทธิ์

สำนักงานศาลปกครอง

ที่ปรึกษา

นางสมฤดี

ธัญญสิริ

เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง

นายเจตน์

สถาวรศิลป์พร

ที่ปรึกษาสำนักงานศาลปกครอง

ดำเนินการรวมเล่ม

นายอนันต์

คงเครือพันธุ์

ผู้อำนวยการกลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๓
รักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักวิจัย
และวิชาการ

นางสาวอภิญญา

แก้วกำเนิด

ผู้อำนวยการกลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง

นางสาวนพรัตน์

อุดมโชคมงคล

พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ

นางสาวพัชรภรณ์

ศิริวิมลกุล

พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ

นางสาวชนิษฐา

เต็มตฤณ

พนักงานคดีปกครองชำนาญการ

นางสาวปฐมม

แป้นเหลือ

เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ

นายธีรศักดิ์

ฮ่อสิทธิสมบูรณ์

พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ

นางสาวดวงแก้ว

เกิดจันทร์

เจ้าพนักงานธุรการชำนาญงาน

ผู้พิมพ์

รายชื่อผู้จัดทำบทความทางวิชาการ

นายเจตน์

สถาวรศิลป์พร

ที่ปรึกษาสำนักงานศาลปกครอง

นางสาวสุรีย์

เผ่าสุทธาวร

พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ

นางสาวอภิญญา

แก้วกำเนิด

พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ

นางสาวนพรัตน์

อุดมโชคมงคล

พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ

นางลัดดาวัลดี

สายมิตร อรรถเชม

พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ

นางสาวชนิษฐา

เต็มตฤณ

พนักงานคดีปกครองชำนาญการ

นายนิติกร

ชัยวิเศษ

เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ

นางสาวนวรรธพร

สัตยารักษ์

พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ

นายธีรวัฒน์

พรทวีทรัพย์

พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ

นายวิชา

เนตรหัตถ์

พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ

ออกแบบปก

สำนักประชาสัมพันธ์ (นางสาวจุฑามาศ สายรัตน์)

รวมเล่มโดย

กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง
สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

สำนักงานศาลปกครอง

เลขที่ ๑๒๐ ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่
กรุงเทพมหานคร ๑๐๒๑๐ โทรศัพท์ ๐ ๒๑๔๑ ๑๑๑๑

☞ สายด่วนศาลปกครอง ๑๓๕๕  www.admincourt.go.th