

หลักสัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายไทย*

อติวิชญ์ แสงสุวรรณ

วิทยากรเชี่ยวชาญ กลุ่มงานกฎหมาย ๓ สำนักกฎหมาย

๑. ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองไทย

ในประเทศไทย ได้มีสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองมานานแล้ว เช่น สัญญาสัมปทานที่รัฐอนุญาตให้เอกชนเข้ามาจัดทำหรือดำเนินการบริการสาธารณะ เพียงแต่ยังไม่กำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง และในเมื่อยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมา ก็ต้องนำคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองดังกล่าวไปฟ้องในศาลยุติธรรม ซึ่งศาลยุติธรรมก็นำบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยถือปฏิบัติกับสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง จนกระทั่งได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้บัญญัติสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” (ชาญชัย แสวงศักดิ์, ๒๕๖๓, น.๑๐๔)

โดยพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในมาตรา ๓ กอปรกับมติประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ ได้อธิบายความหมายเพิ่มเติมของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ ดังนี้

๑. สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

๒. มติประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ ได้อธิบายความหมายเพิ่มเติมของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ สรุปได้ดังนี้

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล

* บทความนี้ใช้เพื่อนำออกอากาศทางสถานีวิทยุกระจายเสียงรัฐสภา รายการเจตนารมณ์กฎหมาย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

จากคำนิยามดังกล่าว ชาญชัย แสงศักดิ์ ได้ให้ความเห็นว่า สัญญาทางปกครองในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ นั้น มิได้ใช้คำว่า “หมายความว่า” แต่ใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของผู้กร่างกฎหมายที่จะไม่จำกัดความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ให้มีอยู่แต่เพียงที่ระบุไว้ในคำนิยามเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้สร้างและพัฒนาหลักเกณฑ์ในการพิจารณานอกเหนือไปจากสัญญา ๔ ประเภทที่มีได้ระบุไว้ในมาตรา ๓ ซึ่งถือว่าเป็น สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย แล้ว ยังมี สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่ศาลปกครองจะกำหนดเพิ่มเติมต่อไป (ชาญชัย แสงศักดิ์, ๒๕๖๓, น.๑๐๔-๑๐๕)

นอกจากนี้ สำหรับคู่สัญญาแล้ว สัญญาทางปกครองคือ กฎหมายที่มีผลบังคับต่อคู่สัญญาที่จะต้องยึดถือปฏิบัติตามตลอดอายุของสัญญา ทั้งในแง่ของกฎหมายปกครองและในแง่ของกฎหมายแพ่ง โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า สัญญาที่จัดทำขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายถือเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายสำหรับคู่สัญญา (ชาญชัย แสงศักดิ์, ๒๕๖๓, น.๕๑) สอดคล้องกับ โภคิน พลกุล (๒๕๔๗) ได้ให้ข้อสังเกตหรือได้ให้อธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองไทยหรือการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง สรุปได้ดังนี้

๑. สัญญาตามกฎหมายแพ่ง เป็นนิติสัมพันธ์ที่ตั้งบนพื้นฐานของเสรีภาพ ความเสมอภาคและความสมัครใจในการทำสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญาก็เพื่อสนองความต้องการของคู่สัญญามีใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ในขณะที่สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่ไม่เสมอภาคในทุกชั้นตอน ตั้งแต่การก่อให้เกิดสัญญาการปฏิบัติตามสัญญา การแก้ไขและการเลิกสัญญา สัญญาทางปกครองจึงเป็นนิติกรรม ๒ ฝ่าย ที่สะท้อนถึงอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

๒. แม้ฝ่ายปกครองจะเลือกรูปแบบสัญญาเป็นวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะแต่สัญญาทางปกครองก็มีระบบของสัญญาหลายประการที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ มักเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีระเบียบของฝ่ายปกครองกำหนดรูปแบบของสัญญาไว้ การได้มาซึ่งคู่สัญญาโดยปกติฝ่ายปกครองจะต้องทำตามระเบียบในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้าง ฯลฯ สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนที่จะถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพได้นั้น จึงน่าจะพิจารณาแนวทางจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมา และศาลปกครองไทยก็อาจสร้างและพัฒนาหลักเกณฑ์ของตนขึ้นโดยเฉพาะเพื่อให้เหมาะสมกับการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศ

๓. สิทธิหน้าที่ของฝ่ายปกครองและเอกชนที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองไม่ว่าจะโดยกฎหมายกำหนดหรือโดยสภาพนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักเฉพาะขึ้นมาหลายประการที่แตกต่างจากสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในกฎหมายแพ่ง เช่น สิทธิที่จะแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องจ่ายค่าทดแทนที่เหมาะสมซึ่งหมายถึงความเสียหายที่มีอยู่จริง มิใช่การขาดทุนกำไรและต้องไม่เป็นการแก้ไขที่เกินสมควร หรือแก้ไขเพื่อลดค่าตอบแทนเป็นตัวเงิน หรือเพิ่มหนี้ที่ไม่ได้กำหนดไว้หรือเกี่ยวข้องกับสัญญา สิทธิของเอกชนที่จะได้รับค่าทดแทนหากต้องประสบกับปัญหาอุปสรรคจนทำให้ต้องขาดทุนหรือมีค่าใช้จ่ายสูงขึ้น หากปัญหาอุปสรรคนั้นเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ เป็นต้น

๔. สัญญาที่ทำขึ้นกับฝ่ายปกครองที่มีได้จัดทำบริการสาธารณะทางปกครองโดยแท้ (การรักษาความสงบเรียบร้อย การศึกษา การต่างประเทศ ฯลฯ) แต่เป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้ำน (ในระบบกฎหมายไทยจะได้แก่รัฐวิสาหกิจ) ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่า ถ้าเป็นสัญญาจ้างแรงงานก็ดี สัญญาที่ทำกับผู้ใช้บริการก็ดีเป็นสัญญาทางแพ่ง ยกเว้นสัญญาจ้างพนักงานระดับสูง เช่น ผู้อำนวยการ สมุหบัญชี เพราะเป็นตำแหน่งสำคัญที่รับผิดชอบการดำเนินการขององค์กรจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวโดยตรง นอกจากนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสยังถือว่า สัญญาให้เช่าหรือหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สินธรรมดาของแผ่นดิน เป็นสัญญาทางแพ่งเว้นแต่จะมีข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

ทั้งนี้ กฎหมายปกครองไทยยอมรับการมีอยู่และนำไปใช้กฎหมายปกครองฝรั่งเศส ดังจะเห็นได้จากการออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ ข้อ ๕ ประกอบกับเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และกฎหมายไทยที่มีอยู่แล้วก็น่าเชื่อว่าบทบาทของศาลปกครองไทย น่าจะมีวิวัฒนาการไปในทิศทางเดียวกันกับศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ทั้งนี้ การพัฒนาแนวคิดสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสมาจากคำพิพากษาศาลของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส ซึ่งอยู่ในฐานะศาลปกครองสูงสุด สรุปได้ดังนี้ (โกคิน พลกุล, ๒๕๔๗, น.๔๖-๔๗)

๑. ปัจจุบันสัญญาทางปกครองของไทย ยังต้องมีการสร้างและพัฒนาระบบสัญญาทางปกครองของไทยขึ้นมา ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นหน้าที่ของศาลปกครองจะต้องตีความกฎหมายและวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

๒. กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลเป็นผู้ค้นหาหรือสร้างหลักกฎหมายในบางเรื่อง ซึ่งศาลปกครองได้วางหลักถึงลักษณะของสัญญาทางปกครองที่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด โดยใช้แนวทางของศาลปกครองฝรั่งเศส ที่มีพัฒนาการมานานหลายร้อยปี

โดยสรุป ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองไทยได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” และได้บัญญัติคำนิยามไว้ในมาตรา ๓ และให้คำอธิบายเพิ่มเติมตามมติประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ ด้วยเจตนารมณ์กฎหมายสัญญาทางปกครองไทยยังต้องมีการสร้างและพัฒนาระบบสัญญาทางปกครองของไทยขึ้นมาตามแนวทางของศาลปกครองฝรั่งเศส จึงมิได้บัญญัติสัญญาทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษานิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครองดังที่กล่าวในลำดับถัดไป

๒. นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

ด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายสัญญาทางปกครองไทยยังต้องมีการสร้างและพัฒนาระบบสัญญาทางปกครองตามแนวทางของศาลปกครองฝรั่งเศส ที่มีพัฒนาการมานานหลายร้อยปี กฎหมายสัญญาทางปกครองจึงมิได้บัญญัติสัญญาทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองโดยตรงแล้ว องค์กรตุลาการจึงต้องมีหน้าที่ในการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นมาอุดช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้น โดยพิจารณาลักษณะทางกฎหมายที่สำคัญของสัญญาทางปกครองใน ๒ ลักษณะ ดังนี้ (มานิตย์ วงศ์เสรี, ๒๕๖๕, น.๒๘-๒๙)

ลักษณะที่หนึ่ง คือ สัญญาทางปกครองถือเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง ในส่วนนี้ สัญญาทางปกครองจึงต้องนำกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองมาอุดช่องว่างในกฎหมายปกครองก่อน กรณีไม่อาจจะนำกฎหมายเดียวกันมาใช้อุดช่องว่างได้แล้ว จึงจะไปพิจารณาจากระบบกฎหมายอื่นที่ใกล้เคียงกันได้ เช่น ระบบกฎหมายแพ่ง เป็นต้น ทั้งนี้ หากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดที่จะใช้บังคับแก่กรณีได้แล้ว จึงมีความจำเป็นที่จะอุดช่องว่างของกฎหมายผ่านหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นตามจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป

ลักษณะที่สอง คือ ความเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่คู่สัญญาจะต้องมีการแสดงเจตนายอมรับผูกพันตนตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอันมีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาในทางแพ่ง แต่เนื่องจากสัญญาทางปกครองมีลักษณะเฉพาะในประการ คือ หนึ่ง หน่วยงานทางปกครองต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายตามหลัก ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ กล่าวคือ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น ซึ่งประกอบด้วย ๒ หลักย่อย คือ การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ (บุบผา อัครพิมาน, ๒๕๔๕, น.๗๙) ส่วนเอกชนตั้งอยู่บนหลักความมีอิสระในทางแพ่ง ดังนั้น กรณีที่ไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดที่ห้ามเอกชนดำเนินการแล้ว บุคคลเอกชนย่อมสามารถใช้เสรีภาพของตนได้ ซึ่งลักษณะเฉพาะทั้งสองประการดังกล่าวจะต้องนำมาพิจารณาประกอบการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองด้วยเสมอ กล่าวคือ ตามมาตรา ๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ระบุว่า อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วยซ้ำ ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

โดยสรุป เมื่อปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เจตนานำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองโดยตรงแล้ว องค์กรตุลาการจึงต้องมีหน้าที่ในการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นมามอดช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้น โดยพิจารณาใน ๒ ลักษณะ คือ ลักษณะที่ ๑ สัญญาทางปกครองถือเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง ลักษณะที่ ๒ เจตนายอมรับผูกพันตนตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาของหน่วยงานทางปกครองต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลตามอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครอง

๓. ลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐโดยมอบหมายให้เอกชนคู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล ได้แก่ (๑) สัญญาสัมปทาน (๒) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ (๓) สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค (๔) สัญญาที่ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ (๕) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง (๖) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ภายใต้หลักการจัดทำบริการสาธารณะที่

สำคัญ ๓ ประการ ประกอบด้วย (๑) หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ (๒) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ และ (๓) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้การบริการสาธารณะเหมาะสมกับเหตุการณ์และสอดคล้องต่อความต้องการของประชาชน เป็นไปตามค่านิยมประโยชน์สาธารณะ ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ความว่า

“ประโยชน์แก่ส่วนรวม”^๒ หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะหรือประโยชน์อันเกิดแก่การ จัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการ หรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริม หรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม หรือประชาชน ส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น

ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่ง ผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะ เพื่อจัดทำ บริการสาธารณะบรรลุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นเป็นสัญญาทางแพ่ง (ชาญชัย แสวงศักดิ์, ๒๕๖๓, น. ๑๐๕-๑๐๖) นอกจากนี้ ตามหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสซึ่งเกิดขึ้นจากกฎหมายบัญญัติและหลัก ที่ศาลได้วางแนวไว้บนหลักพื้นฐานความคิดที่ว่า สัญญาทางปกครองจะต้องมีหลักกฎหมายเป็นพิเศษแยก ต่างหากจากสัญญาทางแพ่งเพราะเหตุว่าสัญญาทางปกครองนั้น รัฐใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินการเพื่อให้ ภารกิจของตนบรรลุผลซึ่งภารกิจของรัฐซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะ ดังนั้น หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่า ฝ่ายปกครองทำสัญญาขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงไม่ใช่หลักกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนบังคับ แต่จะสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นใช้กับสัญญาประเภทนี้ โดยให้ดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับ ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสดังกล่าว จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง แต่ฝ่าย ปกครองจะใช้อำนาจดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นสาธารณะเท่านั้น ดังนี้ (บุบผา อัครพิมาน, ๒๕๔๕)

๑. ในการใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยอยู่ภายใต้หลัก ความชอบด้วยกฎหมาย

๒. ฝ่ายปกครองไม่อาจจะแก้ไขสัญญาถึงขั้นที่จะทำให้สถานะ (nature) หรือวัตถุประสงค์ของสัญญา เปลี่ยนแปลงไปไม่ได้

๓. อำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยแท้ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้ อำนาจนี้เอง ฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาจะผลักภาระโดยการร้องขอต่อศาล ให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ไม่ได้

๔. โดยหลักแล้วการใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะในสัญญา มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะจะจำกัดอยู่เฉพาะข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะเป็น “กฎ” แต่ในลักษณะสัญญาโดยแท้ เช่น แก้ไขเรื่องผลประโยชน์ สิทธิทางการเงิน ต้องได้รับการยินยอมจาก คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

^๒ มาตรา ๓ นิยามคำว่า “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” เพิ่มโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๕๑

๕. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญา โดยหลัก สัญญาทางปกครองอยู่ภายใต้หลักคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งทำให้การแก้ไขสัญญา โดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาจะทำได้

โดยสรุป ลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่รัฐมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ สัญญาทางปกครองจึงมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลโดยมีอำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว แต่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นสาธารณะเท่านั้น ทั้งนี้ หากเป็นการแก้ไขในลักษณะสัญญาโดยแท้ เช่น แก้ไขเรื่องผลประโยชน์ สิทธิทางการเงิน ต้องได้รับการยินยอมจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

๔. ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับหลักสัญญาทางปกครองในคดีหมายเลขคำที่ อ. ๗๖๑/๒๕๕๒ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๖๗๖/๑๕๕๔ น.๒๐ ความว่า

แม้ในระบบกฎหมายไทยมิได้บัญญัติให้สัญญาทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรและใช้บังคับเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ แต่แนวคิดรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองต่างอยู่บนพื้นฐานของระบบกฎหมายมหาชนซึ่งมุ่งเน้นกำหนดภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดำเนินการทางปกครองให้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน ซึ่งมีหลักการให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐบรรลุผลอย่างมีประสิทธิภาพ และเมื่อสัญญาทางปกครองถูกเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะแล้วการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจึงอยู่ภายใต้หลักการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ ๓ ประการ อันได้แก่ (๑) หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ (๒) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ และ (๓) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้การบริการสาธารณะเหมาะสมกับเหตุการณ์และสอดคล้องต่อความต้องการของประชาชน ทั้งนี้ ด้วยหลักการบริการสาธารณะทั้ง ๓ ประการดังกล่าว การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น อำนาจในการควบคุมดูแลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการแก้ไขข้อกำหนดของสัญญาได้ฝ่ายเดียว และอำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น โดยเอกชนผู้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและต้องยอมรับอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ดังนั้น เมื่อสัญญาทางปกครองที่จัดทำขึ้นระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านมีความแตกต่างสัญญาทางแพ่งที่คู่สัญญา มีความสัมพันธ์ในลักษณะเท่าเทียมกันและคู่สัญญาต้องเคารพต่อเจตนาของสัญญาเป็นสำคัญ การนำกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้าน จึงต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักบริการสาธารณะดังกล่าว

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว ในการอุดช่องว่างของกฎหมายสัญญาทางปกครองไทยจึงน่าจะมีหลักเกณฑ์และแนวทางการพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองโดยให้องค์กรตุลาการมีหน้าที่ในการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามแนวทางของศาลปกครองฝรั่งเศส ที่มีพัฒนาการมานานหลายร้อยปี

๕. สรุป วิเคราะห์และความเห็น

ด้วยเจตนารมณ์กฎหมายสัญญาทางปกครองไทยยังต้องมีการสร้างและพัฒนาระบบสัญญาทางปกครองขึ้นมาตามแนวทางของศาลปกครองฝรั่งเศส กฎหมายจึงมิได้บัญญัติสัญญาทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ในการวิเคราะห์และวินิจฉัยสัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองไทย ผู้ศึกษาเห็นว่า น่าจะมีหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการวิเคราะห์และวินิจฉัย ดังต่อไปนี้

๑. การวินิจฉัยสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย ๒ ประการ คือ (๑) สัญญาทางปกครองที่กำหนดตามคำนิยามในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และ (๒) สัญญาทางปกครองโดยสภาพที่มีความเกี่ยวพันโดยตรงกับประโยชน์สาธารณะโดยมีเกณฑ์คู่สัญญาต้องมีคู่สัญญาเป็นฝ่ายปกครองอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ และเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสาระของสัญญาต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงตามแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. ๒๕๔๒

๒. เจตนายอมรับผูกพันตนตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในการทำสัญญาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น ซึ่งประกอบด้วย ๒ หลักย่อย คือ การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

๓. สัญญาทางปกครองเป็นสัญญามอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐให้บรรลุผล ภายใต้หลักการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ ๓ ประการ ประกอบด้วย (๑) หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ (๒) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ และ (๓) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้การบริการสาธารณะเหมาะสมกับเหตุการณ์และสอดคล้องต่อความต้องการของประชาชน ด้วยหลักการบริการสาธารณะทั้ง ๓ ประการ ดังกล่าว การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นสาธารณะเท่านั้น ทั้งนี้ การเปลี่ยนแปลงสถานะหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาและคู่สัญญาจะเปลี่ยนแปลงไปไม่ได้

๔. การใช้อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น ฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว แต่ด้วยการกระทำดังกล่าวทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระเพิ่มขึ้นจากการนั้น ฝ่ายปกครองต้องชดเชยค่าทดแทนในภาวะที่เพิ่มขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมข้อสัญญานั้น ทั้งนี้ หากเป็นการใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาในลักษณะสัญญาโดยแท้ เช่น แก้ไขเรื่องผลประโยชน์ สิทธิทางการเงิน ต้องได้รับการยินยอมจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ด้วยหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการวิเคราะห์และวินิจฉัยสัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองไทยดังกล่าว จึงน่าจะเป็นองค์ความรู้พื้นฐานในการเจรจาระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาเพื่อให้ความเป็นธรรมกับทุกฝ่ายตามหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองและเป็นองค์ความรู้ในการพัฒนาระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองไทยต่อไป

บรรณานุกรม

ชาญชัย แสวงศักดิ์. (๒๕๖๓). สัญญาของทางราชการ : กฎหมายเปรียบเทียบ. กรุงเทพฯ:วิญญูชน.

บุบผา อัครพิมาน. (๒๕๔๕). สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง

โกคิน พลกุล. (๒๕๔๗). คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. สืบค้น ๑ เมษายน ๒๕๖๓ จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=๒๔๕>

มานิตย์ วงศ์เสรี. (๒๕๔๕). หลักกฎหมายว่าสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. กรุงเทพฯ:สำนักงานศาลปกครอง.