

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครอง
ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง
และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560¹

ชยณิน ป่วนเดช²

จากการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พบว่า การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการดำเนินงานของภาครัฐในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ซึ่งเป็นไปเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน และมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ โดยการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและความต้องการส่วนรวมของประชาชน³ ซึ่งภาครัฐแต่ละแห่งล้วนมีงบประมาณที่จะต้องใช้จ่ายในการจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการซื้อสินค้า การจ้าง การแลกเปลี่ยน หรือการเช่า โดยอาจเป็นการดำเนินการระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชน หรือระหว่างภาครัฐด้วยกันเอง ซึ่งการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างนั้นจำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการพัสดุ การพัสดุจึงถือเป็นหัวใจสำคัญในการบริหารงานของรัฐ เนื่องจากเป็นกลไกสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะของส่วนราชการ และเป็นสิ่งจำเป็นต่อการดำเนินงานเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่โดยที่ภาครัฐไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะได้โดยลำพังหรือไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้เองทั้งหมด รัฐจึงจำเป็นต้องทำสัญญากับเอกชนในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ เพื่อจัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อใช้ในส่วนราชการเอง โดยเฉพาะกรณีสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการ ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งกับการดำเนินงานของหน่วยงานทางปกครอง เนื่องจากรัฐจำเป็นต้องใช้พัสดุต่าง ๆ ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ และการจัดซื้อสินค้าและจ้างบริการเช่นว่าของหน่วยงานทางปกครองจะต้องเป็นไปตามระเบียบกฎหมายที่กำหนดไว้ คือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แต่โดยที่การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ นั้น อาจเกิดข้อพิพาทได้ในทุกขั้นตอน ทั้งก่อนหรือภายหลังเกิดสัญญา การพิจารณาว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐเป็นสัญญา

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.พันธ์เทพ วิฑิตอนันต์ และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสุวรรณค์ และรองศาสตราจารย์ ดร.ปริดา ไชยนิมานนท์

² นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยรามคำแหง

³ เชา สินธุเพ็ชร, เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณีเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะและสัญญาให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562, หน้า 7.

ทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่ง จึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐดังกล่าว ส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้แก่สัญญาแต่ละประเภท ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเขตอำนาจศาล วิธีพิจารณา อายุความในการฟ้องคดี ตลอดจนหลักการที่เกี่ยวข้อง หากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐที่จัดทำขึ้นเป็นสัญญาทางแพ่งจะอยู่บนหลักพื้นฐานของความเสมอภาคและความประสงค์ของคู่สัญญา คู่สัญญาสามารถตกลงนอกเหนือไปจากที่กฎหมายบัญญัติได้ หากข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในทางตรงกันข้ามสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาจะอยู่บนหลักพื้นฐานของความไม่เสมอภาค เนื่องจากวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองคือการจัดทำบริการสาธารณะ โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะของส่วนรวมเป็นสำคัญ ส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ ซึ่งเป็นเกณฑ์สำคัญที่ใช้แยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง⁴

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ทำการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พบว่ายังมีปัญหาอยู่หลายประการ สามารถสรุปได้ดังนี้

ประการแรก คือ ปัญหาเกี่ยวกับแนวบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลปกครองในการกำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครอง ในส่วนของสัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

โดยที่มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ให้หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ⁵ จากนิยามดังกล่าวได้เปิดโอกาสให้ศาลปกครองสามารถใช้ดุลพินิจในการวางแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาสัญญาทางปกครอง ว่าสัญญาประเภทใดบ้างที่อาจเป็นสัญญาทางปกครอง และส่งผลต่อการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ แต่อย่างไรก็ดี มีบางกรณีที่เป็นเรื่องในลักษณะเดียวกันแต่ศาลกลับวินิจฉัยต่างกัน ทำให้การพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐยังขาดความชัดเจน โดยเฉพาะสัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการที่มีจำนวนมาก ส่งผลให้ไม่อาจนำมาเป็นหลักเกณฑ์เพื่อปรับใช้กับการวินิจฉัยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐทั้งหมดได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้วางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรืออาจกล่าวได้ว่า

⁴ สิวลิ มณีสุขเกษม, หลักเกณฑ์ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ 2548, หน้า 18-19.

⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3

การที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลปกครองสามารถวางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับแนวบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลปกครองในการกำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครอง ในส่วนของสัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ประการที่สอง คือ ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ ในกรณีของสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้จะมีการกำหนดนิยามความหมายของสัญญาทางปกครอง แต่นิยามของสัญญาทางปกครองดังกล่าวเป็นเพียงการบัญญัติถึงบางประเภทของสัญญาทางปกครอง เนื่องจากการเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้วางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังเช่นกรณีของประเทศฝรั่งเศสที่สัญญาทางปกครองมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของศาล⁶ แต่โดยที่ประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดในเรื่องของการกำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่แตกต่างไปจากประเทศไทย โดยเห็นได้จากกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของประเทศฝรั่งเศสมีการระบุให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุเป็นสัญญาทางปกครองเอาไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐเป็นสัญญาทางปกครองไว้เหมือนกับประเทศฝรั่งเศส นอกจากนี้ การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐตามสัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการของหน่วยงานของรัฐอาจมีบางสัญญาที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามนิยามดังกล่าว แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ หรือบางสัญญาแม้จะมีลักษณะใกล้เคียงกับคำนิยามของสัญญาทางปกครอง แต่ก็อาจไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ จึงทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดให้สัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการเป็นสัญญาทางปกครอง

ประการที่สาม คือ ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดให้สัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการต้องใช้แบบสัญญาตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

โดยที่กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ โดยเฉพาะสัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งมาตรา 93 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่กำหนด⁷ ซึ่งรวมถึงแบบสัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการด้วยเช่นกัน แต่แบบสัญญาดังกล่าวมีการกำหนดข้อสัญญาที่แสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้ในกรณีที่เอกสารแนบท้ายสัญญาไม่ตรงหรือขัดแย้งกับสัญญา ให้คำวินิจฉัย

⁶ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “การพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 3, (เดือนธันวาคม 2541): หน้า 18.

⁷ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93

ของฝ่ายรัฐถือเป็นที่สุดและผู้ขายไม่มีสิทธิเรียกร้องราคาค่าเสียหาย หรือค่าใช้จ่ายใด ๆ เพิ่มเติมจากฝ่ายรัฐทั้งสิ้น ก็ดี การกำหนดให้สิทธิฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาในกรณีเห็นว่า ผู้ขายหรือผู้รับจ้าง ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ ทั้งที่ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าผู้ซื้อไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ ก็ดี ส่วนแต่เป็นข้อกำหนดที่สร้างภาระแก่ฝ่ายเอกชนจนเกินสมควร อันแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งการพิจารณาถึงลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองมักนำหลักเกณฑ์ในเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองมาใช้ หากสัญญาใดที่แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองมักวินิจฉัยให้สัญญาเช่นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้น ไม่ว่าจะเป็สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะหรือไม่ ล้วนแล้วแต่ต้องมีการทำสัญญาตามแบบสัญญาที่กำหนดไว้ กล่าวคือ ไม่ว่าจะสัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะหรือไม่ แบบของสัญญาดังกล่าวล้วนแล้วแต่มีข้อกำหนดที่ระบุถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองทั้งสิ้น ส่งผลให้หากศาลปกครองตีความ โดยคำนึงถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงอย่างเดียวจะทำให้สัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ทุกสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวคิดและหลักกฎหมายในเรื่องของสัญญาทางปกครองและการจัดทำบริการสาธารณะ จึงนำมาสู่ปัญหาในการตีความ และกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครอง กรณีสัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ดังนั้นแล้ว เพื่อให้การกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับการดำเนินงานของภาครัฐมากที่สุด ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับแนวบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลปกครองในการกำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครอง ในส่วนของสัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ผู้ศึกษาเห็นว่า กฎหมายไทยกำหนดนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองเอาไว้เพียงประเภทกว้าง ๆ ว่าสัญญาทางปกครองหมายความรวมถึงสัญญาประเภทใดบ้าง และเปิดโอกาสให้ศาลปกครองสามารถใช้ดุลพินิจในการตีความได้ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง เหมือนดังเช่นประเทศฝรั่งเศสที่สัญญาทางปกครองมีที่มาจาก การกำหนด โดยกฎหมาย และมาจากคำพิพากษาของศาล แต่ไม่ปรากฏว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้สัญญาจัดซื้อสินค้าหรือจ้างบริการเป็นสัญญาทางปกครอง เหมือนดังเช่นประเทศฝรั่งเศสแต่อย่างใด ทำให้ในการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาจัดซื้อสินค้าหรือจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ต้องพิจารณาตามแนว

คำวินิจฉัยของศาล ซึ่งเมื่อนำคำพิพากษาของศาลปกครองและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการมาวิเคราะห์แล้วจะพบว่า การใช้ดุลพินิจของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อสินค้าหรือจ้างบริการ ยังขาดความชัดเจนแน่นอน ไม่อาจนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานในการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อสินค้าหรือจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้ บางสัญญาแม้จะมีลักษณะเหมือนกัน แต่อาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา แม้จะมีการพยายามกำหนดหลักเกณฑ์ให้การจัดซื้อเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการบริการสาธารณะที่เป็นประโยชน์โดยตรงต่อประชาชนเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ก็ยังคงประสบปัญหาในด้านการขาดความชัดเจน ยังคงต้องตีความว่าอะไรคือเครื่องมือที่สำคัญ อะไรคือการที่ประชาชนได้รับประโยชน์โดยตรง อันแสดงให้เห็นว่า ปัญหาของการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อสินค้าหรือจ้างบริการ คือ การที่กฎหมายให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดได้ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงจำเป็นต้องปรับปรุงนิยามของสัญญาทางปกครองให้มีความชัดเจน และยกเลิกการเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจวางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

“สัญญาทางปกครอง หมายถึง *กฎหมาย/กฎ*ถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญา*สัมปทาน/สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ/หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค-บริการสาธารณะ/หรือให้จัดทำบริการสาธารณสุข* สัญญาอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

1. สัญญาสัมปทาน
2. สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
3. สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
4. สัญญาที่จัดให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และ
5. สัญญาอื่นตามที่กฎหมายกำหนด”

ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครองได้อีก ซึ่งจะทำให้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย หากประสงค์จะให้สัญญาประเภทใด หรือชนิดใดเป็นสัญญาทางปกครองก็ให้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ๆ เช่น กำหนดในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้สัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

2. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ ในกรณีของสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ผู้ศึกษาเห็นว่า สัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งต้องดำเนินการตามกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แต่ไม่ปรากฏว่ากฎหมายดังกล่าวมีการกำหนดในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่หรือความรับผิดชอบของกลุ่มสัญญาเอาไว้เป็นพิเศษ รวมถึงไม่ได้กำหนดว่าสัญญาจัดซื้อสินค้าและจ้างบริการเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ทำให้ต้องพิจารณาว่าสัญญาจัดซื้อสินค้าและจ้างบริการเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง ซึ่งในสัญญาจัดซื้อสินค้า นั้น แม้จะมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดซื้อสินค้าเพื่อนำมาใช้จัดทำบริการสาธารณะหรือนำมาใช้ในกิจการภายในของหน่วยงานนั้นเอง แต่โดยลักษณะทั่วไปของสัญญาจัดซื้อสินค้าแล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงต้องการตัวพัสดุนั้น มิได้มีความประสงค์ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะ ประกอบกับสัญญาจัดซื้อสินค้าภาครัฐนั้นไม่ว่าจะเป็นสินค้าที่นำมาใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ โดยตรงหรือสินค้าที่นำมาใช้ภายในสำนักงานต่างก็ใช้หลักกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญามาใช้บังคับ เพราะแม้จะเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองก็เพียงแต่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองว่าการใช้อำนาจหรือดุลพินิจเช่นว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น หากมีข้อขัดแย้งในเรื่องเนื้อหาหรือการปฏิบัติตามสัญญาในสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองก็จะนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้เช่นกัน เกณฑ์สำคัญที่จะใช้ในการแบ่งแยกว่าสัญญาจัดซื้อสินค้าใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง คือ การพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่มีความจำเป็นจะต้องให้ศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ หรือเพียงแต่ใช้การตรวจสอบของศาลยุติธรรมก็เพียงพอ เนื่องจากไม่ว่าสัญญาจัดซื้อสินค้าของรัฐจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งต่างก็ต้องใช้หลักกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญาใช้ในการพิจารณาเนื้อหาสัญญาเหมือนกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ศาลยุติธรรมย่อมมีความเชี่ยวชาญในการใช้บังคับและตีความกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งมากกว่าศาลปกครอง การใช้ศาลยุติธรรมพิจารณาตรวจสอบอย่างเดียวกันก็เพียงพอแล้ว สัญญาจัดซื้อสินค้าของรัฐจึงควรเป็นสัญญาทางแพ่ง มากกว่าจะเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนในสัญญาจ้างบริการนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ในการพิจารณาว่าสัญญาจ้างบริการใดเป็นสัญญาทางปกครองจำเป็นต้องพิจารณาว่า หน่วยงานทางปกครองนั้นมีหน้าที่ภารกิจใดในการจัดทำบริการสาธารณะ หากสัญญาที่จ้างบริการจากเอกชนนั้นมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้เอกชนเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะ หรือให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในภารกิจที่เป็นหน้าที่ของหน่วยงานนั้น โดยตรงสัญญาจ้างบริการดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ถ้าไม่ใช่การจ้างบริการที่เกี่ยวกับภารกิจของหน่วยงานทางปกครองนั้น โดยตรงสัญญาดังกล่าวก็เป็นสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

พ.ศ.2560 จึงเห็นควรเพิ่มเติมวรรคสองเข้าไปในมาตรา 56 ที่เป็นบททั่วไปของการจัดซื้อจัดจ้างในหมวด 6 การจัดซื้อจัดจ้าง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 โดยกำหนดให้

“บทบัญญัติในหมวดนี้ให้ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ยกเว้นงานจ้างที่ปรึกษา และงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง

สัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัตินี้เป็นสัญญาทางแพ่ง เว้นแต่ในกรณีที่หน่วยงานทำสัญญาจ้างบริการที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นภารกิจของหน่วยงานนั้นโดยตรง ให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง”

3. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดให้สัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการ ต้องใช้แบบสัญญาตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ผู้ศึกษาเห็นว่า หากพิจารณาเพียงแต่แบบของสัญญาจะทำให้สัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการทุกสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากหนึ่งในเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการในการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครอง คือ หากสัญญาใดมีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง ทำให้สัญญาจัดซื้อและสัญญาจ้างบริการใดก็ตามที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง เพราะสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการอาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง สอดคล้องกับที่ทั้งฝรั่งเศสและเยอรมันต่างก็ยอมรับว่า หน่วยงานของรัฐก็อาจเข้าทำสัญญากับทางแพ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกันได้ เช่น กรณีซื้อของใช้สำนักงานจำพวกโต๊ะ เก้าอี้ เป็นต้น การที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้สัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการของรัฐทุกสัญญาต้องใช้แบบสัญญาที่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงลักษณะพิเศษ จึงทำให้เกิดความขัดแย้งในการตีความและความไม่ชัดเจนของการกำหนดลักษณะว่าด้วยหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เนื่องจากในบางสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน มิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ อันเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่เมื่อมาใช้แบบของสัญญาตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะทำให้สัญญาทางแพ่งดังกล่าวมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ เป็นการใช้ออกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาทางแพ่ง ทำให้หากตีความหรือวินิจฉัยโดยคำนึงถึงเกณฑ์เรื่องข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเพียงอย่างเดียว จะทำให้สัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ทุกสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดให้สัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจ้างบริการ

ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 ต้องใช้แบบสัญญาตามที่กำหนด ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ผู้ศึกษาเห็นควรแก้ไข มาตรา 93 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยกำหนดให้

“หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ยกเว้นในส่วนของสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจ้างบริการ ที่ให้ใช้แบบดังกล่าวได้เฉพาะกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ แบบสัญญานั้นให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย”

เอกสารอ้างอิง

กมลชัย รัตนสกววงศ์, “การพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.” วารสารกฎหมายปกครอง.

เล่ม 17. ตอน 3. (ธันวาคม 2541): 18.

เดชา สินธุเพ็ชร. “เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณีเข้าร่วมจัดทำบริการ สาธารณะและสัญญาให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

สิวลี มณีสุขเกษม. “หลักเกณฑ์ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ.”

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์, 2548.

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.