

สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย
ADMINISTRATION CONTRAST : A COMPARATIVE STUDY
ON EU PUBLIC CONTRACTS, FRENCH AND THAI
ADMINISTRATION CONTRACTS

สิริวิชญ์ ทีวะกุล *

Siravich Teevakul

บทคัดย่อ

บทความนี้กล่าวถึงการศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาของฝ่ายปกครอง” (administration contracts) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายไทย ซึ่งพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” (administrative contracts) เป็นพิเศษ เปรียบเทียบกับข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาภาครัฐ” (Public contracts) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นข้อความคิดที่สร้าง “มาตรฐานกลาง” เกี่ยวกับการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการตรวจสอบสัญญา อันบังคับใช้กับรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป เพื่อให้เกิดการแข่งขันการค้าที่เสรี เป็นธรรม และโปร่งใส ในตลาดร่วมของสัญญาของฝ่ายปกครองภายในสหภาพยุโรป

คำสำคัญ

สัญญาของฝ่ายปกครอง, สัญญาภาครัฐ, สัญญาทางปกครอง

* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : teevakul.s@gamil.com

Graduate student of Master of Laws Program in Public Law, Faculty of Law, Thammasat University. Email address : teevakul.s@gamil.com

ABSTRACTS

This article explains a comparative study between French and Thai administration contracts and EU public contracts. This comparative study shows the relationship between a concept of EU public contracts, which is a standard rule for elimination of trade barriers resulting from discriminatory and preferential procurement practices, and concept of French and Thai administration contracts, which have a concept of administrative contract.

Keywords

Administration contracts, Public contracts, Administrative contracts

บทนำ

บทความนี้มุ่งศึกษาว่า ระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายไทยได้มีการส่งผ่านข้อความคิดในเรื่องของสัญญาภาครัฐ และสัญญาของฝ่ายปกครองระหว่างกันมากน้อยเพียงใด กล่าวคืออิทธิพลของสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปนั้นได้ส่งผลอย่างไรต่อสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (contrat administratif) ซึ่งมีอิทธิพลอย่างยิ่งกับระบบกฎหมายไทย ได้เปลี่ยนแปลงไปในทิศทางใด สอดรับกับข้อความคิดเรื่องสัญญาภาครัฐหรือไม่ สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยมีแนวโน้มที่จะพัฒนาไปในทิศทางทำนองดังกล่าวหรือไม่ และจะสามารถนำข้อความคิดในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปและระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาแก้ปัญหาความบกพร่องในเรื่องดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยได้หรือไม่ เพียงใด

1. ความสัมพันธ์ระหว่างมโนทัศน์เรื่องสัญญาของรัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย

ความสัมพันธ์ระหว่างมโนทัศน์เรื่องสัญญาของรัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับมโนทัศน์เรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น เป็นไปในลักษณะที่ว่ากฎหมายสหภาพยุโรปนั้นก่อพันธกรณีแก่ฝรั่งเศสซึ่งเป็นรัฐสมาชิก ที่จะต้องสร้างตลาดการค้าที่เสรี เป็นธรรม และโปร่งใส ในตลาดสัญญาภาครัฐในสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of the European Union; TFEU) และหลักเกณฑ์เฉพาะตามแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป (EU Directive) หลายฉบับ¹ ประกอบกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ดังนั้นกฎหมายของสหภาพยุโรปในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ (EU Public contract) จึงเข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและส่งผลกระทบต่อข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครอง (contrat administratif) ที่มีอยู่เดิม ทำให้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสต้องปรับข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองให้สอดคล้องกับข้อความคิดของสหภาพยุโรป ตั้งแต่การระบุนิยามของสัญญาบางชนิด การแบ่งประเภทสัญญาทางปกครอง การทำสัญญา

¹ แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัมปทานที่ 2014/23/EU (Concessions Directive) แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดหาในกิจการทั่วไปที่ 2014/24/EU (Public Procurement Directive) แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดหาในกิจการพิเศษและสาธารณูปโภคที่ 2014/25/EU (Utilities Procurement Directive) และแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรปในเรื่องของการตรวจสอบสัญญาภาครัฐและการเยียวยาความเสียหาย (Remedies Directives) ซึ่งได้แก่ แนวทางปฏิบัติที่ 89/665/EEC และ แนวทางปฏิบัติที่ 92/13/EEC ประกอบกับแนวทางปฏิบัติที่ 2007/66/EC.

ทางปกครอง การปฏิบัติตามสัญญาและการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญา เลิกสัญญา ไปจนถึงการตรวจสอบสัญญาทางปกครอง จนถึงขนาดที่ว่าข้อความคิดเกี่ยวกับการนิยาม contrat administratif แบบเดิมนั้นถูกตั้งคำถามถึงความเหมาะสมกับยุคสมัยและประโยชน์ของการมีอยู่ข้อความคิดดังกล่าว

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างมโนทัศน์เรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายไทยนั้น เป็นในลักษณะที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีอิทธิพลหลักต่อระบบสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยเป็นอย่างยิ่ง หลักฐานปรากฏจากการรับเอาแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองเข้ามาในระบบกฎหมายไทยด้วยนิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2552 ซึ่งได้ “ยกตัวอย่าง” สัญญาทางปกครองสี่ประเภทซึ่งกลายเป็นหลักที่ศาลไทยใช้พิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองซึ่ง “คล้ายคลึง” กับแนวทางที่ศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'états) และศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้วางเอาไว้ ประกอบกับการที่ศาลปกครองได้วางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองผ่านทางมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 ซึ่งปรากฏแนวคิดเรื่อง “บริการสาธารณะ” และ “ข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏทั่วไปในสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน” แสดงถึงอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศสอย่างเห็นได้ชัด อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าแนวคิดเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยก็มิได้เหมือนกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสทุกประการเสียทีเดียว

2. ผลการศึกษาเปรียบเทียบและสภาพปัญหาของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษาเปรียบเทียบสามารถสรุปได้เป็นบทวิเคราะห์สภาพปัญหาของระบบกฎหมายไทยในประเด็นต่างๆ ดังต่อไปนี้

2.1 ปัญหาเชิงระบบในการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองและการนิยามสัญญาทางปกครอง ด้วยสภาพที่การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้นเป็นไปตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ผ่านการตีความของศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจระหว่างศาล ซึ่งอาจมีปัญหาดีความหลักเกณฑ์ดังกล่าวหลายประการ เช่น

- ปัญหาเกี่ยวกับนิยามของ “สัญญาสัมปทาน” ซึ่งระบบกฎหมายไทยยังไม่มีคำอธิบายนิยามที่ครอบคลุม ทำให้ศาลปกครองวางนิยามของสัญญาสัมปทานปะปนกับสัญญาที่ให้เอกชนลงทุนในกิจการด้านสาธารณูปโภคหรือสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเป็นนิยามที่ไม่ตรงกับหลักสากล แม้จริงแล้วในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การสัมปทานนั้นเป็นเพียงวิธีหนึ่งของสัญญาออบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น โดย

ที่เอกชนรับความเสี่ยงในการประกอบการเอง และได้รับผลตอบแทนจากผู้ให้บริการ สาธารณะนั้นภายในระยะเวลาคืนทุน ดังนั้น นิยามของสัมปทานนั้นจึงควรจะต้องยึดโยงกับการโอน “ความเสี่ยง” ในการประกอบการไปยังเอกชนคู่สัญญา กับเรื่องระยะเวลา คืนทุนเป็นสำคัญ ระบบกฎหมายไทยจึงควรทบทวนนิยามของสัญญาสัมปทานเสียใหม่ ให้สอดคล้องกับความหมายสากล

- ปัญหาการตีความสัญญาทางปกครองกินความหมายที่กว้างขวางเกินไปของ “สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ” ซึ่งรวมถึงสัญญาหลายลักษณะซึ่งไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการให้เอกชนร่วมจัดทำบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่หรือห่างไกลจาก บริการสาธารณะมาก เช่น สัญญาเชิงพาณิชย์ของฝ่ายปกครอง สัญญากู้เงินของภาครัฐ สัญญาทางเศรษฐกิจในโครงการประกันราคาข้าว สัญญาจัดซื้อเครื่องมือพิเศษในการ จัดทำบริการสาธารณะ หรือแม้แต่สัญญาจ้างเอกชนให้ปฏิบัติงานธุรการทั่วไปของฝ่าย ปกครอง จะเห็นได้ว่าสัญญาหลายลักษณะไม่มีความแตกต่างกับสัญญาในระบบ กฎหมายเอกชน แสดงว่าการตีความเช่นนี้สร้างความไม่เป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากสัญญาที่มีลักษณะเดียวกันกลับอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาล และการใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน จึงสมควรจะต้องมาทบทวนนิยามในเชิงนิติบัญญัติว่า สัญญาใดสมควรจะต้องอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ สาธารณะ นิยามของ “สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ” ยังตีความขยายไปถึงสัญญา ก่อสร้างอาคารของฝ่ายปกครองต่าง ๆ ซึ่งมีปัญหาทับซ้อนกับ “สัญญาจัดให้มีสิ่ง สาธารณูปโภค”

- ปัญหาการตีความ “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค” ซึ่งยึดโยงอยู่กับการจัด ให้มีสิ่งก่อสร้างถาวรวัตถุที่ประชาชนเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรงนั้น ไม่ตรงกับความหมาย ของ “สาธารณูปโภค” ในความหมายสากลซึ่งยึดโยงกับ “กิจการ” อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้แก้ปัญหานี้ ในระดับหนึ่ง โดยได้ให้นิยาม “สาธารณูปโภค” ว่าเป็นงานอันเกี่ยวกับการประปา การ ไฟฟ้าการสื่อสาร การขนส่งทางท่อ ทางน้ำ ทางบก ทางอากาศ หรือทางราง หรือการอื่น ที่เกี่ยวข้องซึ่งดำเนินการในระดับพื้นดิน ใต้พื้นดิน หรือเหนือพื้นดิน ซึ่งเป็นนิยามที่ ใกล้เคียงกับคำว่า “utilities” ในระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปมาก ดังนั้นศาลไทยจึง ควรตีความคำว่า “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค” และ “สาธารณูปโภค” ไปใน แนวทางที่มีความหมายเกี่ยวข้อง “กิจการ” หรือโครงสร้างพื้นฐาน (เช่น การประปา ไฟฟ้า ท่อส่งก๊าซ ฯลฯ) ซึ่งจะแสดงถึงการจัดทำบริการสาธารณะได้ชัดเจนกว่าการ ตีความยึดโยงกับ “ถาวรวัตถุซึ่งประชาชนเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง” และยังช่วยแยก สัญญาก่อสร้างอาคารของหน่วยงานรัฐหรือสะพานต่าง ๆ ออกจากความหมายของ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอีกด้วย

2.2 ปัญหาด้านการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย กฎเกณฑ์ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้น จำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยเฉพาะกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ต้องเสมอภาคเป็นธรรมและโปร่งใส เพื่อดึงดูดนักลงทุนเอกชน ระบบกฎหมายไทยต้องสร้างความชัดเจนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครองและสภาพบังคับของหลักเกณฑ์ดังกล่าว ไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ หรือจะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลใดก็ตาม ซึ่งระบบกฎหมายไทยยังคงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังนี้

- ในส่วนของสัญญาซึ่งเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้ปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาและการคัดเลือกคู่สัญญาดังกล่าวให้เป็นสากลสอดคล้องกับสหภาพยุโรปมากขึ้นแล้วบางส่วน ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ การจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้าง การห้ามมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาหน้าที่ในการโฆษณาประกาศเชิญชวนการของหน่วยงานรัฐ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติต้องห้ามของผู้ยื่นข้อเสนอ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อเสนอ การจำกัดและจัดลำดับบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอตามลำดับคะแนน ระยะเวลายื่นที่ห้ามฝ่ายปกครองลงนามในสัญญา การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง สภาพบังคับของการทำตามสัญญาแบบ เป็นต้น ซึ่งล้วนแล้วแต่เคยเป็นหลักเกณฑ์ที่ขาดความชัดเจนอยู่มาก อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายไทยยังคงมีปัญหาในเชิงทฤษฎีที่ต้องพิจารณาในเรื่องของการทำสัญญาซึ่งอยู่นอกเขตอำนาจของหน่วยงานปกครองหรือนอกอำนาจของเจ้าหน้าที่ว่าจะมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอย่างไร ซึ่งในกรณีนี้เห็นว่าควรมีการบัญญัติเพิ่มเติมในเรื่องการลงนามหรือการทำสัญญาโดยปราศอำนาจด้วย

- ในส่วนของสัญญาร่วมทุนหรือสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน ในระบบกฎหมายไทยยังคงมีนิยามที่แตกต่างกับสัญญาความร่วมมือในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งยึดอยู่กับแนวคิดในการใช้ “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งฝ่ายปกครองและเอกชนตกลงร่วมมือกันบริหารโครงการและเงินทุนเป็นหลัก ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มี การจัดระเบียบข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นการร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของสัญญาหรือความร่วมมือเชิงสถาบัน ระบบกฎหมายไทยเพียงแต่มุ่งควบคุมการร่วมลงทุนที่มีมูลค่ามากกว่า 1,000 ล้านบาท โดยไม่ได้ยึดโยงกับข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นพิเศษ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ยังไม่มีหลักเกณฑ์ใดในการคุ้มครองความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐแต่อย่างใด เนื่องจากยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบสัญญาที่สร้างขึ้นโดยฝ่าฝืนหลักการในพระราชบัญญัตินี้ จึงเห็นว่า การแก้ไขปัญหานี้จะต้องพิจารณาคืบคลานไปกับการออกแบบระบบกฎหมายเพื่อจัดสรรอำนาจของศาลในการตรวจสอบสัญญาซึ่งทำขึ้นโดยฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญา โดยอาจ

บัญญัติกฎหมายในทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้การทำสัญญาซึ่งขัดกับพระราชบัญญัติที่ร้ายแรงและเป็นสาระสำคัญตกเป็นโมฆะหรือเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แล้วให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบสัญญาอีกชั้นหนึ่งว่าจะให้สัญญาเป็นโมฆะ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือบังคับใช้ต่อไปได้เพียงใด โดยให้ศาลมีดุลพินิจในการกำหนดผลของสัญญาที่ทำขึ้นโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ซึ่งนำหน้าระหว่างความชอบด้วยกฎหมาย ประโยชน์สาธารณะ ความแน่นอนในนิติฐานะของคู่สัญญา และสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาประกอบกัน ทั้งนี้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจะต้องแก้ไขเนื้อหาให้เป็นสากลสามารถประกันความโปร่งใสเป็นธรรมได้มากขึ้น และอาจจะต้องเอาแนวคิดเรื่อง “สัญญาลักษณะสัมพันธ์ภาพ” (Relative Contract)² มาปรับใช้กับสัญญาร่วมลงทุน

2.3 ปัญหาด้านการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองที่ระบบกฎหมายไทยควรแก้ไขคือ

- การจัดสรรอำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยกำหนดกฎหมายในเรื่องการแก้ไขสัญญา การเลิกสัญญา ไปพร้อม ๆ กับการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เนื่องจากระบบกฎหมายไทยยังไม่มีการวางกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นลายลักษณ์อักษร มีเพียงการตีความรับรองสิทธิในการแก้ไขและเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองผ่านทางคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น ซึ่งอาจนำมาสู่ข้อถกเถียงว่าศาลไทยมีอำนาจมากน้อยเพียงใดในการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายปกครองไทยไม่ได้มีลักษณะที่เกิดจากการวางหลักโดยศาลปกครองในทำนองเดียวกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จึงเห็นว่าควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในทำนองเดียวกับสหภาพยุโรป คือ การแก้ไขสัญญานั้นจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงสภาพโดยรวมของสัญญาเดิม และการแก้ไขสัญญานั้นจะเป็น

² สัญญาลักษณะสัมพันธ์ภาพ คือ สัญญาที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของการทำงานร่วมกันระยะยาวระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการเจรจาเปลี่ยนแปลงหน้าที่ตามสัญญาระหว่างกันหลังจากสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งสะท้อนหลักการเปลี่ยนแปลงปรับปรุงได้ของบริการสาธารณะ หน่วยงานฝ่ายปกครองมีหน้าที่กำกับดูแลให้เอกชนคู่สัญญาผู้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะปรับปรุงแก้ไขการให้บริการให้ดีขึ้น ในขณะที่เดียวกันเอกชนสามารถต่อรองขอขยายโครงการลักษณะเดียวกันนี้ในพื้นที่อื่น ๆ เพื่อเป็นการประหยัดต้นทุนตามหลัก economy of scale ซึ่งเหมาะแก่การปรับใช้กับสัญญาร่วมมือในโครงการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคที่อาศัยโครงข่าย เช่น กิจการประปา กิจการโทรคมนาคม โปรดดู จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และ รมฉัตร วชิรรัตนากกุล, “ปัญหาเกี่ยวกับการตีความสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคม,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 16, ฉบับที่ 3, น. 57-86 (2559).

การเพิ่มราคาของสัญญาได้ไม่เกินร้อยละ 50 ของราคาสัญญาเดิม หรือเป็นในการแก้ไขสัญญาเนื่องจากเหตุที่ฝ่ายปกครองไม่อาจคาดหมายได้และเป็นการแก้ไขสัญญาที่ไม่ใช่สาระสำคัญ และจำกัดอำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในกรณีสัญญาทางปกครองในทำนองเดียวกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวจะต้องไม่เป็นการเข้าลักษณะการทำสัญญาขึ้นใหม่และจะเป็นการแก้ไขข้อสัญญาเกี่ยวกับภาระด้านการเงินไม่ได้ การแก้ไขสัญญาจะต้องสอดคล้องกับกฎหมาย และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาแล้ว จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายด้วย ส่วนกรณีของการเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีการบังคับให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่เลิกสัญญาในกรณีที่สัญญาถูกแก้ไขในสาระสำคัญ คู่สัญญามีคุณสมบัติต้องห้ามหรือสัญญานั้นถูกประกาศความไม่ชอบด้วยกฎหมายแบบสหภาพยุโรป

- ปัญหาเรื่องการกฏเกณฑ์ซึ่งบังคับใช้กับการทำสัญญารับช่วง เนื่องจากประเทศไทยยังขาดกฏเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้รับช่วงในสัญญาของฝ่ายปกครองอยู่ จึงควรบัญญัติกฏเกณฑ์เพิ่มเติม กำหนดให้ลักษณะคุณสมบัติของผู้รับช่วงเป็นไปในทำนองเดียวคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง และให้ฝ่ายปกครองสามารถชำระเงินในงานที่เป็นส่วนของผู้รับช่วงสัญญา ให้กับตัวคู่สัญญาหลักหรือตัวผู้รับช่วงสัญญาได้ตามความเหมาะสม และกำหนดให้คู่สัญญาหลักยังคงมีความรับผิดชอบในงานที่ช่วงไปทุกประการ

- ปัญหาเรื่องการปรับใช้เรื่องการฟื้นฟูคุณภาพทางการเงินระหว่างคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่าศาลไทยปรับใช้หลักเกณฑ์นี้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งในทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือทฤษฎีภาระติดพันที่ไม่อาจคาดหมายได้ แต่ก็มีคำพิพากษาศาลปกครองบางส่วนที่ปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวอยู่บ้าง หลักเกณฑ์ดังกล่าวพอที่จะบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ โดยเฉพาะการรับรองสิทธิในการเรียกร้องค่าทดแทนในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายหรือภาระเพิ่มขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญา อันเนื่องมาจากการกระทำอื่นที่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองนั่นเอง

- ปัญหาเรื่องการนำกฏเกณฑ์ในระบบกฎหมายเอกชนมาบังคับใช้กับสัญญาทางปกครอง ควรมีการทบทวนว่าหลักเกณฑ์ใดจะนำมาใช้บังคับได้หรือไม่ ได้ ตามลักษณะของสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะเป็นเหตุผลสนับสนุนประโยชน์ของการมีอยู่ของสัญญาทางปกครอง เพราะสัญญาทางปกครองจะมีระบบกฎหมายเป็นพิเศษ เช่น กฏเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนความเป็นคู่สัญญา การโอนสิทธิเรียกร้องสมควรจะมีกฏเกณฑ์พิเศษในเรื่องการควบคุมการโอนสิทธิในสัญญาปรับราคาได้ หรือการห้ามแปลงหนี้ใหม่ โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ โดยเฉพาะในสัญญาที่ลักษณะของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญเช่น สัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทบทวนเอาเหตุแห่งความเป็นโมฆะและโมฆียะของสัญญามาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง จึงเห็นว่าระบบกฎหมายไทยสมควรพัฒนา

หลักเรื่องสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาใหม่ โดยให้มีลักษณะในทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือแม้สัญญาจะมีความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาหรือตัวเนื้อหาของสัญญาเอง แต่ไม่จำเป็นที่ความบกพร่องนั้นจะกระทบกับความสมบูรณ์ของสัญญาจนถึงขั้นตกเป็นโมฆะเสียไปในทุกกรณี หากแต่จะต้องมีการออกแบบระบบการตรวจสอบและกำหนดผลของสัญญาที่มีความบกพร่องนั้นโดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะ ความมั่นคงในนิติฐานะของคู่สัญญา และสิทธิของบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญา และองค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบนั้นจะต้องสามารถกำหนดผลของสัญญาที่มีข้อบกพร่อง ว่าสัญญานั้นจะมีผลบังคับใช้กับคู่สัญญาได้มากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์และความร้ายแรงของการฝ่าฝืนกฎหมาย

2.4 ปัญหาเรื่องการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครอง ปัญหานี้จะเกี่ยวพันกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาของฝ่ายปกครอง การออกแบบกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ทั้งในขั้นตอนการอุทธรณ์ ขั้นการพิจารณาของศาล ทั้งในศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ไปจนถึงการออกแบบกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยเฉพาะการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ สภาพปัญหาดังกล่าวมีแนวทางแก้ไขปัญหาดังนี้

- ปัญหาเรื่องการขาดกฎหมายเกณฑ์เกี่ยวกับความบกพร่องของสัญญาของฝ่ายปกครอง และสัญญาทางปกครอง ความบกพร่องของสัญญาของฝ่ายปกครองควรแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ (1) ความบกพร่องในรูปแบบขั้นตอนที่เกี่ยวกับสัญญา ซึ่งได้แก่ความบกพร่องเรื่องความสามารถของคู่สัญญาซึ่งรวมถึงความบกพร่องของคำสั่งของในการเข้าทำสัญญาและความบกพร่องเรื่องอำนาจของฝ่ายปกครอง ความบกพร่องเรื่องการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ความบกพร่องเรื่องกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา และกระบวนการแก้ไขสัญญา และ (2) ความบกพร่องในเนื้อหาของสัญญาซึ่งได้แก่ ความบกพร่องในเนื้อหาของสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดี ความบกพร่องแต่ละประเภทนั้นย่อมมีวิธีในการโต้แย้งความบกพร่องของสัญญาโดยผู้ที่เกี่ยวข้องด้วยวิธีที่ต่างกันไป ซึ่งระบบกฎหมายไทยควรจะต้องกำหนดผลของสัญญาที่มีความบกพร่องตามระดับความรุนแรงของความบกพร่องนั้น ในความเห็นของผู้เขียนสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ควรมีผลเป็น “สัญญาที่ไม่ผูกพันรัฐ” เนื่องจากก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในระบบกฎหมาย ควรจะมีแค่สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นโมฆะ โมฆียะ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

- ปัญหาเกี่ยวกับวิธีในการโต้แย้งความบกพร่องของสัญญาของฝ่ายปกครอง และสิทธิของบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญาในการโต้แย้งในชั้นเจ้าหน้าที่ ซึ่งก็คือการอุทธรณ์ยังคงไม่เปิดช่องให้บุคคลที่สามซึ่งไม่ได้เข้ามาในกระบวนการตั้งแต่แรก ซึ่งอาจ

ถูกจำกัดไม่ให้ยื่นข้อเสนอตั้งแต่แรกหรือไม่ทราบว่าจะมีการทำสัญญาเนื่องจากหน่วยงานของรัฐละเลยหน้าที่ในการประกาศโฆษณาการทำสัญญา สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ดังกล่าวและต้องไปใช้สิทธิทางศาลแทน กรณีจึงเห็นว่าควรให้สิทธิผู้ที่พิสูจน์ได้ว่าตนสามารถเป็นผู้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐในการอุทธรณ์ด้วย

- ปัญหาเกี่ยวกับวิธีในการโต้แย้งความบกพร่องของสัญญา และสิทธิของบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญาในการโต้แย้งในชั้นศาล ซึ่งจะต้องพิจารณาก่อนว่าเป็นการขอให้ศาลตรวจสอบอะไร (การกระทำอื่น ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาหรือเนื้อหาของสัญญา) และจะต้องแยกว่าบุคคลที่สามนั้นอยู่ในฐานะอะไร (กล่าวคืออยู่ในฐานะของผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอหรือน่าจะยื่นข้อเสนอในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา หรือ เป็นบุคคลที่สามผู้ได้รับผลกระทบจากสัญญาทั้งทางตรงและทางอ้อม) ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยนั้นคือ ยังไม่มีหลักเกณฑ์เป็นเอกภาพในการรับรองสิทธิการฟ้องคดีโต้แย้งสัญญาของฝ่ายปกครองโดยบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญา ทั้งในศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

- ปัญหาเกี่ยวกับระงับข้อพิพาทในสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการการอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับระบบกฎหมายสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นมีลักษณะเชื่อมโยงถึงกัน ซึ่งการระงับข้อพิพาทในสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการการอนุญาโตตุลาการถือเป็นปลายสายที่สุดของปัญหา ปัญหาปัจจุบันเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ได้อยู่ที่รัฐแพ็คดีบอย แต่อยู่ที่ระบบกฎหมายไทยยังไม่มีมติชัดเจนในการจัดระบบสัญญาของฝ่ายปกครองและการขาดกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารสัญญา ในระบบกฎหมายไทยมีการ “เปิด” ให้มีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองเป็นหลัก แต่ใช้การออกมติคณะรัฐมนตรีเป็นการ “ปิด” มิให้มีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง เว้นแต่จะมีการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีเป็นราย ๆ ไป จึงทำให้สภาพกลับมาเป็นการ “ปิดเป็นหลัก เปิดเป็นข้อยกเว้น” ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส³ อย่างไรก็ตามมีปัญหาที่น่าคิดเป็นอย่างยิ่งว่า ระบบดังกล่าวเป็นระบบที่เหมาะสมแล้ว หรือไม่ ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีกรจำกัดโดยกฎหมายให้สัญญาทางปกครองบางชนิดอนุญาโตตุลาการไม่ได้ แต่กลับเขียนเปิดกว้างให้ทำการอนุญาโตตุลาการสัญญาทางปกครองทุกชนิดได้ และทำการ “ห้าม” อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้วยมติคณะรัฐมนตรี และ “อุดช่องว่าง” ด้วยการวิธีการอนุมัติด้วยมติคณะรัฐมนตรีเป็นราย ๆ ไป จึงมีความเห็นว่า

³ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสหลักการห้ามอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่มีลักษณะทางปกครองถือเป็นข้อห้ามที่ค่าใช้บังคับในฐานะหลักกฎหมายปกครองทั่วไป โปรดดู บุษพา อัครพิมาน, “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 2, น. 1-13 1 (ม.ค.-เม.ย.45)

ระบบกฎหมายไทย ควรกลับมาทบทวนว่าสมควรมีสัญญาทางปกครองบางประเภทที่ไม่อาจอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ และสถานะของมติคณะรัฐมนตรีในการห้ามอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นอย่างไร หากมีการฝ่าฝืนมติดังกล่าวแล้วจะส่งผลอย่างไรกับการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ ระบบกฎหมายไทยยังมีปัญหาเกี่ยวกับการออกแบบระบบการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาที่เป็นบุคคลต่างประเทศ ซึ่งอยู่ภายใต้การคุ้มครองตามสนธิสัญญา และกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากระบบกฎหมายไทยยังไม่ได้มีการทบทวนว่าสัญญาดังกล่าวควรจะสามารถอนุญาโตตุลาการได้ตามหลักการ หรือ ซ้อยกเว้นใดเป็นพิเศษ และควรมีมาตรการเช่นไรในการบังคับตามคำชี้ขาด หรือ ปฏิเสธคำชี้ขาด จึงเป็นเรื่องทางนิตินโยบายที่ต้องถกเถียงว่า รัฐจะควบคุมการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมากน้อยในลักษณะใด แน่นนอนว่าการควบคุมอย่างเข้มข้นโดยรัฐ ย่อมจะทำให้การลักษณะของการเป็น “ศาลส่วนตัว” (Private Court) ของอนุญาโตตุลาการค่อยๆเปลี่ยนไปเข้าหาลักษณะของศาลสาธารณะ (Public Court) มากขึ้นทุกที ซึ่งอาจทำให้คู่กรณีไม่เหลือความประสงค์ในการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการอีกต่อไป

บทสรุป

ผู้เขียนเชื่อว่าการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวอาจเป็นไปได้ในลักษณะที่ไม่ราบรื่นนัก ระบบกฎหมายไทยอาจต้องยอมรับให้ศาลปกครองสามารถสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองขึ้นได้ผ่านแนวทางคำวินิจฉัย และการวางหลักโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ในขณะที่เดียวกันฝ่ายนิติบัญญัติก็สมควรเข้ามามีบทบาทในการทำให้มาตรฐานเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นในทางเดียวกันทั้งในศาลปกครองและศาลยุติธรรม ปัญหาเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นปัญหาเชิงระบบที่จะต้องพิจารณาปัญหาหลายส่วนไปพร้อม ๆ กัน ประดุจสายโซ่ที่ร้อยเรียงกัน เพราะปัญหาความไม่แน่นอนในการแบ่งประเภทของฝ่ายปกครอง และนิยามของสัญญาทางปกครองย่อมนำมาซึ่งความแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายกับสัญญา และส่งผลต่อกระบวนการตรวจสอบสัญญาไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบโดยศาล หรือ โดยอนุญาโตตุลาการในที่สุด ปัญหาในลักษณะนี้ปรากฏในฝรั่งเศสเช่นกัน การเปลี่ยนผ่านกฎหมายปกครองให้สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรปก็มีได้เป็นไปอย่างราบรื่น⁴ ในช่วงระยะแรกของการเปลี่ยนผ่านย่อมเกิด

⁴ Mathias Amilhat, *La notion de contrat administratif : L'influence du droit de l'Union européenne*. (Bruxelles : Bruylant 2014) ซึ่งเป็นงานที่ศึกษาความยากลำบากในการเปลี่ยนผ่านข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในเรื่องสัญญาทางปกครองให้สอดคล้องกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป โดยเฉพาะในหัวข้อ Des difficultés

ปัญหาความไม่แน่นอนในนิติฐานะและปัญหาความสับสนในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ขึ้นได้

เมื่อกฎหมายในยุคปัจจุบันไม่ใช่เพียงเรื่องของรัฐหนึ่งรัฐเดียวเท่านั้น ภายใต้สังคมโลกาภิวัตน์ ปัจจุบันรัฐจึงจำเป็นต้องมีการประสานสร้างกระบวนกฎหมายให้เป็นนานาชาติ (internationalization du droit) เพื่อให้กฎหมายเป็นสากลและสามารถใช้ร่วมกันได้มากขึ้น และจะต้องมีการประสานกฎหมาย (harmonization) หรือการทำให้กฎหมายเกิดลักษณะผสม (hybridation) เพื่อนำข้อดีของระบบกฎหมายอื่น ๆ มาใช้กับระบบกฎหมายของตน⁵ แม้ว่าไทยจะไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลขององค์กรเหนือรัฐ ซึ่งทำหน้าที่ประสานกฎหมายของรัฐสมาชิกให้เป็นหนึ่งเดียวกันอย่างสหภาพยุโรปก็ตาม แต่การประสานกฎหมายดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากความร่วมมือ แลกเปลี่ยนถ่ายเทข้อมูลระหว่างระบบกฎหมายผ่านทางนักกฎหมาย และการนำคำพิพากษาบรรทัดฐาน และหลักกฎหมายต่าง ๆ มาวิเคราะห์ก็ได้ ระบบกฎหมายไทยจึงอาจปรับเปลี่ยนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยอาศัยการนำบทเรียนจากสหภาพยุโรปและฝรั่งเศส เพื่อให้สัญญาของฝ่ายปกครองของไทยมีมาตรฐาน สามารถทำให้การบริการสาธารณะลุล่วงไปได้ พร้อม ๆ กับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาเอกชน หรือ บุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา

liées au décalage entre notions de droit interne et notions de droit européen
p.88-124

⁵ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, “การปรับเปลี่ยนลักษณะของกฎหมายในยุคหลังสมัยใหม่,”
วารสารฟ้าเดียวกัน, ปีที่ 7, ฉบับที่ 4, (ตุลาคม-ธันวาคม 2552), น.113.

บรรณานุกรม

บทความวารสาร

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ร่มฉัตร วชิรรัตนกรกุล. “ปัญหาเกี่ยวกับการตีความสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคม.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 16. ฉบับที่ 3. (2559) : . 57-86 .

บุบผา อัครพิมาน. “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส” วารสารวิชาการศาลปกครอง 2, 1 (ม.ค.-เม.ย.45) : 1-13.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. “การปรับเปลี่ยนลักษณะของกฎหมายในยุคหลังสมัยใหม่.” วารสารฟ้าเดียวกัน. ปีที่ 7. ฉบับที่ 4. (ตุลาคม-ธันวาคม 2552) : 113.

BOOK

Mathias Amilhat. La notion de contrat administratif : L'influence du droit de l'Union européenne. (Bruxelles : Bruylant, 2014)