

การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองของไทย



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2558
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

IMPLEMENTATION OF THE THEORY OF ACTE DETACHABLE IN ADMINISTRATIVE COURT
PROCEEDING IN THAILAND

Mr. Benjarong Roongmaneekul



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2015
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้อง ได้มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองของไทย
โดย	นายเบญจรงค์ รุ่งมณีกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม	อาจารย์ ดร.ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม
(อาจารย์ ดร.ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ)

เบญจรงค์ รุ่งมณีกุล : การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองของไทย (IMPLEMENTATION OF THE THEORY OF ACTE DETACHABLE IN ADMINISTRATIVE COURT PROCEEDING IN THAILAND) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม: อ. ดร.ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, 414 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ซึ่งเป็นทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวกับการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

จากการศึกษาพบว่า ระบบกฎหมายปกครองในบางประเทศมีทฤษฎีที่เกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีผลทำให้ศาลสามารถเข้าไปควบคุมและตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการใดกระบวนการหนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนการกระทำอื่นซึ่งไม่สามารถนำมาฟ้องร้องหรือไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองได้ ส่งผลให้ข้อพิพาทบางเรื่องซึ่งแต่เดิมไม่อาจนำมาฟ้องร้องหรือไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองกลายเป็นข้อพิพาทที่สามารถนำไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ ดังเช่นทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในประเทศฝรั่งเศส หรือทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนในประเทศเยอรมนี

ในระบบกฎหมายปกครองไทยได้มีการกล่าวถึงทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ไว้ในทางวิชาการเช่นกัน และยังเปิดโอกาสให้มีการฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกออกจากสัญญาทางปกครองหรือการกระทำอื่น ๆ ได้ โดยผลการศึกษานี้พบว่าคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองในคดีพิพาทบางประเภทนั้น ปรากฏว่า แม้ศาลจะไม่ได้มีการปรับใช้โดยอ้างทฤษฎีดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยอย่างชัดแจ้งก็ตาม แต่คำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีปกครองหลายคดีก็แสดงให้เห็นว่า ศาลได้ยอมรับลักษณะและการยื่นฟ้องคดีอันมีมูลมาจากนิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกออกจากสัญญาทางปกครองหรือการกระทำอื่น ๆ รวมทั้งได้พิจารณาพิพากษาคดีโดยสอดคล้องและเป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ตลอดจนได้มีการพัฒนาทฤษฎีดังกล่าวในการพิจารณาพิพากษาคดีมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องสัญญาทางปกครอง การกระทำทางรัฐบาล รวมทั้งการบริหารงานบุคคล อย่างไรก็ตาม เนื่องจากไม่ปรากฏว่ามีมีการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวโดยอ้างหรือระบุไว้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองอย่างชัดแจ้งแต่ประการใด ประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ผ่านมาก็ยังมีได้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน สภาวะการดังกล่าวจึงทำให้ขาดความชัดเจนในการปรับใช้ทฤษฎีนี้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า ในคดีที่ศาลได้วินิจฉัยคดีตามทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ศาลย่อมสามารถระบุถึงการนำทฤษฎีนี้มาปรับใช้โดยระบุไว้ชัดแจ้งในคำพิพากษาหรือคำสั่ง และศาลอาจคำนึงถึงหลักกฎหมายอื่นประกอบการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวได้ อาทิ หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในประเด็นนี้ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอาจวางหลักในเรื่องดังกล่าวเพื่อให้แนวการวินิจฉัยของศาลเป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อให้ศาลสามารถควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ตลอดจนสามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาร่วม

5585998234 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: ADMINISTRATIVE CASE / ADMINISTRATIVE ACT / ACTE DETACHABLE / ACT OF GOVERNMENT / ADMINISTRATIVE CONTRACT / ADMINISTRATIVE COURT

BENJARONG ROONGMANEEKUL: IMPLEMENTATION OF THE THEORY OF ACTE DETACHABLE IN ADMINISTRATIVE COURT PROCEEDING IN THAILAND. ADVISOR: PROF. NANTAWAT BORAMANAND, Ph.D., CO-ADVISOR: PALEERAT SRIWANNAPRUK, Ph.D., 414 pp.

This thesis was conducted with an aim at studying and analyzing the Theory of Acte Detachable, which is a theory of law in respect with the prosecution for the Administrative Courts' control and examination of the legitimacy of administrative acts.

From this study, it was found that the administrative law systems in some countries involved the theories relating to the withdrawal and revocation of unlawful administrative acts, which enabled the courts to control and examine the administrative acts occurred in any process. As a result, some disputes, which, previously, could not be filed or not be under the jurisdiction of the Administrative Courts, could be filed to the Administrative Courts. Such theories include l'acte detachable in France, or le double niveau or Die Zweistufentheorie in Germany.

In the administrative law system of Thailand, the theory of l'acte detachable has been academically mentioned; it allows the filing to the Administrative Courts to examine the legitimacy, and to withdraw administrative acts that may be separated from administrative contracts or other acts. From studying the decisions and orders of the Administrative Courts in some cases, it was found that although such theory may not be explicitly stated in the Courts' decisions, the decisions or orders in several administrative cases indicated that the Courts have accepted the characteristics and filing suit with grounds from administrative acts, which could be separated from administrative contracts or other acts. The Courts' decisions have been consistent and conformed to the theory of acte detachable. This theory has been more developed in the Courts' decisions, especially on administrative contracts, acts of government, and human resource management. However, the application of such theory has not apparently been mentioned or specified in decisions of the Administrative Courts while the previous decisions of the Administrative Courts have not been made on the same approach, so the application of this theory in the judgment of Thai Administrative Courts was still unclear.

It is suggested that, for cases to which the decisions of the Administrative Courts were in line with the theory of acte detachable, the Courts should clearly specify the application of this theory in decisions or orders. The Courts may consider other principles of law together with the application of such theory, e.g. Principle of Legal Security, Principle of Public Interest Protection etc. The General Assembly of Judges of the Supreme Administrative Court may formulate this principle so that the decisions of the Administrative Courts are made on the same approach so that the Administrative Courts will be able to control and examine the legitimacy of administrative acts, and to give justice more efficiently.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2015

Student's Signature

Advisor's Signature

Co-Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่อง “การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองของไทย” สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความเมตตาของท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ที่ได้กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และได้สละเวลาอันมีค่าอย่างยิ่งในการให้คำแนะนำและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างมาก ผู้เขียนจึงขอขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้ และขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์ ที่ได้กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม และได้ให้ความเมตตาแก่ผู้เขียนเสมอมา ตั้งแต่การให้คำแนะนำและข้อเสนอแนะที่เป็นแนวทางในการปรับปรุงให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความครบถ้วนสมบูรณ์มากที่สุด ความช่วยเหลือเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก ซึ่งอาจารย์ที่ปรึกษาทั้งสองท่านนับว่าเป็นปัจจัยสำคัญอันทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ซึ่งกรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งทั้งสองท่านได้ให้ความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ให้คำแนะนำและข้อเสนอแนะอันทรงคุณค่าในทางวิชาการอันส่งผลให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความครบถ้วนสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดา มารดา และน้องชายของผู้เขียนที่เป็นเบื้องหลังสำคัญของทุกความสำเร็จและเป็นแรงบันดาลใจของผู้เขียนเสมอมา และขอขอบพระคุณคณาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ ผู้แต่งตำราและผลงานทางวิชาการที่ผู้เขียนได้นำมาศึกษาค้นคว้าและใช้อ้างอิง รวมถึงท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมเกียรติ วรรณปัญญานันต์ และผู้เขียนขอขอบคุณเป็นอย่างสูงสำหรับคำแนะนำและความช่วยเหลือของคุณวันไชย เยี่ยมสมณะ คุณอิทธิวุฒิ แสงรัตนเดช และคุณพัชริดา สุขหมื่น รวมถึงกำลังใจสำคัญอื่นซึ่งไม่อาจกล่าวถึงในที่นี้ได้ สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณบริษัท แอลเอส ฮอโรซัน จำกัด เจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตฯ และศูนย์ "เพชรรัตน" นิติทรัพยากรตลอดจนกัลยาณมิตรอีกมากมายที่ผู้เขียนมิได้กล่าวถึงไว้ ณ ที่นี้ ซึ่งเป็นกำลังใจและให้ความช่วยเหลือผู้เขียนมาโดยตลอด

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์และคุณค่าทางวิชาการอยู่บ้างแล้ว ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดา มารดา ครูบาอาจารย์ และผู้มีพระคุณทั้งหลายที่ได้ให้ความเมตตากรุณาแก่ผู้เขียน ทั้งนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดเป็นประการใดแล้ว ผู้เขียนขอน้อมรับด้วยจิตคารวะต่อผู้อ่านทุกท่านไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.4 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
บทที่ 2 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง	7
2.1 การกระทำทางปกครอง.....	8
2.1.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง	8
2.1.1.1 หลัก: การกระทำทางปกครองคือผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย ขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง	11
2.1.1.2 ข้อยกเว้น : การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐ ตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรเอกชน	11
2.1.1.2.1 การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐ ตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร.....	11
2.1.1.2.2 การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐ ตามกฎหมายขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระและหน่วยงานอิสระ ตามรัฐธรรมนูญ.....	12

2.1.1.2.3 การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐ ตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ	13
2.1.1.2.4 การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐ ตามกฎหมายขององค์กรเอกชน	14
2.1.2 ความแตกต่างของการกระทำทางปกครองกับการกระทำของฝ่ายปกครอง	14
2.1.3 ประเภทของการกระทำทางปกครอง	15
2.1.3.1 นิติกรรมทางปกครอง	15
2.1.3.1.1 ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง	17
2.1.3.1.2 ประเภทของนิติกรรมทางปกครอง	23
2.1.3.2 สัญญาทางปกครอง	30
2.2.3.2.1 ความหมายของสัญญาทางปกครอง	31
2.1.3.2.2 ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญา ของฝ่ายปกครอง	39
2.1.3.2.3 ประเภทของสัญญาทางปกครอง	41
2.1.3.2.4 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาทางปกครอง	45
2.1.3.2.5 ข้อความคิดเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองใน ระบบกฎหมายของไทย	48
2.1.3.3 ปฏิบัติการทางปกครอง	64
2.2 การควบคุมการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง	65
2.2.1 ความหมายของการควบคุมฝ่ายปกครอง	65
2.2.2 ลักษณะของการควบคุมฝ่ายปกครอง	66
2.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง	67
2.2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส	67
2.2.3.1.1 การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง	68

2.2.3.1.2 การควบคุมฝ่ายปกครองโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน	69
2.2.3.1.3 ความโปร่งใสในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง	69
2.2.3.1.4 การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรศาล	70
2.2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายของไทย	71
2.2.4 คดีพิพาทเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายการกระทำของฝ่ายปกครอง....	71
2.2.4.1 ความหมายของคดีปกครอง.....	71
2.2.4.1.1 ความหมายของคดีปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส	71
2.2.4.1.2 ความหมายของคดีปกครองในระบบกฎหมายของไทย	72
2.2.4.2 ประเภทของคดีปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส.....	73
2.2.4.2.1 คดีที่ขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง	74
2.2.4.2.2 คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม	77
2.2.4.2.3 คดีที่ขอให้ศาลตีความ	78
2.2.4.2.4 คดีที่ศาลมีอำนาจลงโทษ	78
2.2.4.3 ประเภทของคดีปกครองในระบบกฎหมายของไทย ตามมาตรา 9 วรรค หนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542	79
2.2.4.3.1 คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย	80
2.2.4.3.2 คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือ ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร	86
2.2.4.3.3 คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ	92
2.2.4.3.4 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	96

2.2.4.3.5 คดีพิพาทที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง	98
บทที่ 3 ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้	102
3.1 ความเป็นมาของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้	103
3.1.1 วิวัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้	103
3.1.1.1 วิวัฒนาการจากแนวความคิดเก่าสู่แนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้	104
3.1.1.1.1 ยุคที่ศาลปกครองสูงสุดวางรากฐานการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง	106
3.1.1.1.2 ยุคที่ศาลปกครองสูงสุดไม่ยอมรับให้บุคคลภายนอกสัญญาฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง	107
3.1.1.2 วิวัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้	117
3.1.1.2.1 ที่มาของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้	117
3.1.1.2.2 นิยามและความหมายของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้	119
3.1.1.2.3 ลักษณะของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้	119
3.2 หลักเกณฑ์และข้อพิจารณาในการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในบริบททางกฎหมาย	126
3.2.1 หลักเกณฑ์และข้อพิจารณาในการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้	127
3.2.2 การปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ซึ่งปรากฏในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส	129
3.2.2.1 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง	130
3.2.2.1.1 เหตุในการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้	130

3.2.2.1.2 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้.....	131
3.2.2.1.3 การร้องขอให้ศาลปกครองกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา.....	145
3.2.2.2 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับการบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	153
3.2.2.3 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับคดีปกครองว่าด้วยการเลือกตั้ง.....	160
3.2.2.4 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับคดีปกครองว่าด้วยภาษีอากร.....	161
3.2.2.5 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับการดำเนินการของฝ่ายปกครองในด้านการจัดการทรัพย์สินเอกชนและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม.....	162
3.2.2.5.1 กรณีการจัดการทรัพย์สินเอกชนภายใต้การจัดการของฝ่ายปกครอง (la gestion du domaine privé de l'administration).....	162
3.2.2.5.2 กรณีการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม.....	163
3.2.2.6 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์.....	164
3.2.2.7 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับการบังคับตามคำพิพากษา : พิจารณาในประเด็นดุลพินิจกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ.....	168
3.3 ผลกระทบของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้.....	168
3.3.1 ผลกระทบของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้.....	169
3.3.1.1 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับผลกระทบต่อนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้.....	170
3.3.1.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับผลกระทบต่อสัญญาทางปกครอง.....	171

3.3.1.2.1	กรณีที่สำคัญทางปกครองต้องดำเนินต่อไป	177
3.3.1.2.2	กรณีที่สำคัญทางปกครองต้องสิ้นสุดลง	178
3.3.1.2.3	กรณีที่จะต้องมีการแก้ไขสัญญาทางปกครอง	179
3.3.2	กระบวนการและการสั่งการที่ตามมาภายหลังการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ อาจแยกฟ้องได้	188
3.3.2.1	การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบ ต่อการปฏิบัติตามการกระทำทางปกครองอื่น.....	189
3.3.2.2	การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่ไม่ก่อให้เกิด ผลกระทบต่อการปฏิบัติตามการกระทำทางปกครองอื่น	195
3.4	ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน....	197
3.4.1	ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่สำคัญอันส่งผลต่อวิวัฒนาการของทฤษฎีการ กระทำสองขั้นตอน	198
3.4.2	วิวัฒนาการของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน	199
3.4.2.1	ที่มาของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน	199
3.4.2.2	ความหมายของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน	201
3.4.3	ลักษณะและการใช้บังคับของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน	202
3.4.3.1	การให้เงินสนับสนุนของฝ่ายปกครอง (Subvention).....	202
3.4.3.2	การใช้สถานที่ของฝ่ายปกครอง (Die Benutzung öffentlicher Einrichtungen)	206
3.4.3.3	การจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครอง (Bedarfsdeckungsverwaltung).....	207
3.4.4	ประเด็นปัญหาและข้อวิจารณ์ที่มีต่อทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน	209
3.5	การเปรียบเทียบทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ กับทฤษฎีการ กระทำสองขั้นตอน	213
บทที่ 4	ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายไทย	222

4.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบ กฎหมายไทย	222
4.2 การปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในศาลปกครองไทย.....	226
4.2.1 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	226
4.2.1.1 การกำหนดประเภทคดีอันเกี่ยวเนื่องกับข้อพิพาททางสัญญาทางปกครอง : การพิจารณาสถานะทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เป็นเหตุแห่ง ข้อพิพาทโดยแยกออกจากตัวสัญญาทางปกครอง	228
4.2.1.2 ลักษณะเฉพาะทางวิธีพิจารณาอันเกิดจากสภาพของข้อพิพาททางสัญญา ทางปกครอง	267
4.2.2 คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล.....	287
4.2.2.1 กรณีการแต่งตั้ง การโยกย้าย การเลื่อนตำแหน่งหรือขึ้นเงินเดือน	287
4.2.2.2 กรณีการต่ออายุปฏิบัติราชการและปฏิบัติงานของบุคลากรภาครัฐ.....	289
4.2.2.3 กรณีการมีคำสั่งเชิงลงโทษลูกจ้างหรือพนักงานตามสัญญาจ้าง หรือเรียก ให้ลูกจ้างหรือพนักงานตามสัญญาจ้างชดใช้ค่าสินไหมทดแทน	295
4.2.3 คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล.....	306
4.2.3.1 บทบรรณาธิการเว็บ www.pub-law.net ครั้งที่ 190 “การกระทำทาง รัฐบาล” โดย ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ สำหรับวันจันทร์ ที่ 7 กรกฎาคม ถึงวันอาทิตย์ที่ 20 กรกฎาคม 2551 (เผยแพร่ตั้งแต่วันที่ อังคารที่ 1 กรกฎาคม 2551).....	311
4.2.3.2 แถลงการณ์ของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ลง วันที่ 1 กรกฎาคม 2551 โดยรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ รอง ศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช อาจารย์ ดร.ฐาปนันท์ นิพนธ์กุล อาจารย์ธีระ สุธีวรังกูร และอาจารย์ปิยบุตร แสงกนกกุล เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2551	316

4.2.3.3	บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ ต่อ คำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการ คุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวฯ ในคดีแฉ่งการณร่วมไทย-กัมพูชา เผยแพร่ในหนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ลงวันที่ 4 กรกฎาคม พ.ศ. 2551 โดย ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ.....	323
4.2.3.4	คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม่ โดย ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์	327
4.2.3.5	การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 โดย รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์	336
4.2.3.6	ข้อสังเกตบางประการ เหตุใดศาลปกครองกลางได้ออกคำสั่งคุ้มครอง ชั่วคราวฯ คดีฟ้องเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีและแฉ่งการณร่วมไทย- กัมพูชาเกี่ยวกับการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร	346
บทที่ 5	ปัญหาการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในศาลปกครองไทย	350
5.1	คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง	350
5.2	คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล	382
5.3	คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล	387
บทที่ 6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	391
6.1	บทสรุป.....	391
6.2	ข้อเสนอแนะ	405
	รายการอ้างอิง	407
	ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	414

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

ภายใต้การปกครองที่ยึดหลักนิติรัฐ ซึ่งมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบและองค์ประกอบในทางเนื้อหา โดยความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้น หรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลง ซึ่งองค์ประกอบของหลักนิติรัฐดังกล่าว มุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหา คือ การที่รัฐ ประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับ ในระดับรัฐธรรมนูญ และเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง

เมื่อพิจารณาหลักนิติรัฐข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า หลักการดังกล่าวนี้เรียกร้องให้ ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองย่อม ต้องตกอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยในกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ อันอาจมีผล เป็นการล่วงล้ำหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ฝ่ายปกครองจะกระทำการดังกล่าวได้ ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่กระทำการเช่นนั้นไว้โดย ชัดแจ้งเท่านั้น ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเช่นนั้นแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีอำนาจหน้าที่ ตามกฎหมายในการกระทำการดังกล่าว และหากฝ่ายปกครองได้กระทำการนั้นแล้วย่อมทำให้การกระทำ ทางปกครองดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักที่รัฐประกันสิทธิและเสรีภาพ ขั้นพื้นฐานของประชาชน ดังนั้น การกระทำต่าง ๆ ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นฝ่ายปกครองจึงย่อมต้องถูกตรวจสอบได้โดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระจาก ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ซึ่งรวมถึงฝ่ายปกครอง โดยหากประชาชนเห็นว่า ตนถูกละเมิดสิทธิ และเสรีภาพดังกล่าวแล้ว หลักนิติรัฐก็ให้สิทธิแก่ประชาชนในการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการ เพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองต่อไป

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งขององค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาล ซึ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวศาลจำเป็นต้องอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อใช้เป็นกรอบในการพิจารณาถึงขอบเขตของการกระทำดังกล่าวว่าอยู่ภายใต้ขอบเขตที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองไว้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่สมบูรณ์และเพียงพอต่อการนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาในทุกคดี ด้วยเหตุนี้ จึงอาจก่อให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายและส่งผลกระทบต่อ การอำนวยความสะดวกและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสมีข้อจำกัดบางประการในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของคำฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครองอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recourse pour excès de pouvoir) ซึ่งไม่อาจนำมาใช้กับเรื่องสัญญาทางปกครองได้ หรือในเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล (actes de gouvernement) ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ที่ศาลปกครองไม่อาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลได้ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐ (Conseil E'tat) ได้ยอมรับถึงลักษณะที่แยกออกได้ (caractère detachable) ของนิติกรรมทางปกครองบางประเภทที่อยู่ในการกระทำหนึ่ง โดยนำแนวความคิดดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อแยกส่วนระหว่างการทำที่ศาลสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ (กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้) กับการกระทำที่ศาลเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ ทั้งนี้ โดยมีที่มาจากคำพิพากษาศาลแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1905 คดี Martin ซึ่งเป็นคดีที่สภาแห่งรัฐ (Conseil E'tat) ได้ยอมรับให้บุคคลภายนอก ซึ่งมีใช้คู่สัญญามีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในภายหลังจากที่มีการทำสัญญาทางปกครองไปแล้วได้ ซึ่งต่อมา สภาแห่งรัฐ (Conseil E'tat) ก็ได้มีการพัฒนาทฤษฎีดังกล่าวไปปรับใช้กับเรื่องอื่น ๆ ด้วย อาทิ

- การบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ
- คดีปกครองว่าด้วยการเลือกตั้ง

- คดีปกครองว่าด้วยภาษีอากร
- การดำเนินการของฝ่ายปกครองในด้านการจัดการทรัพย์สินเอกชนและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม
- การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

กรณีจึงเห็นได้ว่า การที่ศาลนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte détachable) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปกครองที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil E'tat) มาปรับใช้ในคดีพิพาทหรือเรื่องต่าง ๆ นั้นได้ทำให้ศาลปกครองของฝรั่งเศสสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอันเป็นการอำนวยความสะดวกและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างกว้างขวางมากขึ้น

ในส่วนของประเทศไทยนั้น แม้แนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองจะมีหลักว่า การกระทำทางปกครองเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจอรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรเอกชน ในทำนองเดียวกันกับระบบกฎหมายของฝรั่งเศส ประกอบกับแนวความคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองต่าง ๆ ในศาลปกครองไทยจะได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสค่อนข้างมากก็ตาม แต่สำหรับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte détachable) นี้ กลับเป็นแนวความคิดที่ยังมีการถกเถียงกันในทางวิชาการอย่างหาข้อสรุปมิได้กับบางคำวินิจฉัยของศาลปกครอง¹ อยู่จนถึงปัจจุบัน และยังไม่ปรากฏการนำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้โดยศาลปกครองไทยอย่างชัดเจนแต่ประการใด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การศึกษาทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte détachable) ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะทำให้ผู้เขียนสามารถเสนอแนวทางในการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวเพื่อควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมาย

¹ ในปัจจุบัน ยังมีข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองบางคำวินิจฉัยในประเด็นว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาลปกครองได้นำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte detachable) มาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีได้หรือไม่ อาทิ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 (กรณีแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา) คำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ 31/2550 เป็นต้น

ปกครองไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ในการปรับใช้และพัฒนาทฤษฎีนี้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับความเป็นมาและวิวัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครอง
2. เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และนิติวิธีของการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองในระบบกฎหมายต่างประเทศ อาทิ ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น
3. เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองในระบบกฎหมายปกครองของไทย
4. เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองไทย
5. เพื่อให้สามารถเสนอแนะหลักเกณฑ์และนิติวิธีของการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองไทยได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมกับระบบกฎหมายปกครองของไทยต่อไป

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาเฉพาะทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) ในระบบกฎหมายของต่างประเทศ อาทิ ประเทศฝรั่งเศส ที่สภาแห่งรัฐ (Conseil E'tat) ได้มีการนำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้ในข้อพิพาทและเรื่องต่าง ๆ อาทิ เรื่องสัญญาทางปกครอง การบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ คดีปกครองว่าด้วยการเลือกตั้ง คดีปกครอง

ว่าด้วยภาษาอากร การดำเนินการของฝ่ายปกครองในด้านการจัดการทรัพย์สินเอกชนและบริการ สาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นต้น ทั้งนี้ โดยศึกษาเพื่อทราบและเข้าใจเกี่ยวกับ ความเป็นมาและวิวัฒนาการ หลักเกณฑ์และนิติวิธีของการปรับใช้แนวความคิดดังกล่าวในระบบ กฎหมายของฝรั่งเศส และนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองไทยที่ผ่านมา ทั้งนี้ เพื่อเสนอหลักเกณฑ์และนิติวิธีของการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) ในคดีพิพาทเรื่องต่าง ๆ ในศาลปกครองไทยได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมกับ ระบบกฎหมายปกครองของไทยต่อไป

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

ในทางวิชาการของไทยในปัจจุบัน ได้มีการกล่าวถึงทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทาง ปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) อยู่บ้าง แต่ยังไม่ปรากฏการนำทฤษฎีดังกล่าวมา ปรับใช้โดยศาลปกครองไทยอย่างชัดเจนแต่ประการใด จึงทำให้ขาดความชัดเจนในการปรับใช้ทฤษฎี ดังกล่าวในศาลปกครองไทย ซึ่งหากมีการนำทฤษฎีดังกล่าวมาใช้จะทำให้ศาลปกครองสามารถควบคุม ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น กรณีจึงต้องศึกษา ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) เพื่อให้เกิดความชัดเจน และจะเป็นประโยชน์ในการปรับใช้และพัฒนาทฤษฎีนี้ในการพิจารณาคดีปกครองของไทยได้ อย่างถูกต้องและเหมาะสมกับระบบกฎหมายปกครองของไทยต่อไป

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การวิจัยเชิงคุณภาพ โดยใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (documentary research) ทั้งนี้ โดยการใช้การค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากเอกสาร ตำรา วารสาร บทความ วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย หรือสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมทั้งการบรรยายพิเศษจากผู้เชี่ยวชาญ ตลอดจนคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้รู้และเข้าใจถึงความเป็นมาและวิวัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครอง
2. เพื่อให้รู้และเข้าใจถึงหลักเกณฑ์และนิติวิธีของการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองในระบบกฎหมายต่างประเทศ อาทิ ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น
3. เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองในระบบกฎหมายปกครองของไทย
4. เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) มาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองไทย
5. เพื่อให้สามารถเสนอแนะหลักเกณฑ์และนิติวิธีของการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (L'acte detachable) มาใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทในศาลปกครองไทยได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมกับระบบกฎหมายปกครองของไทยต่อไป

บทที่ 2

ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การที่จะทำให้การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะที่หลากหลายให้บรรลุตามความมุ่งหมายได้นั้น จำเป็นที่จะต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชนได้ ซึ่งการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือที่อาจไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้ และโดยที่ภาระหน้าที่ของรัฐสมัยใหม่ได้มีการขยายขอบเขตและภารกิจเข้าไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะมากขึ้น ซึ่งยิ่งฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่มากเพียงใดแล้ว การใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองที่จะไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็จะมีมากขึ้นตามไปด้วย ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมฝ่ายปกครอง โดยในทางกฎหมายมีเหตุผลในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองอย่างน้อย 3 ประการ ซึ่งล้วนแล้วแต่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐทั้งสิ้น กล่าวคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้กำหนดไว้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใด ๆ อันอาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งนั้น แม้ว่า การกระทำดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อื่น หรือเพื่อตอบสนองต่อความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวก็ต้องเป็นการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจและเป็นการกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งหลักดังกล่าวใช้บังคับกับการกระทำของฝ่ายปกครองทุกประเภทไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็น “ปฏิบัติการทางปกครอง (administrative real act)” เช่น การดับเพลิง การซ่อมถนน การขุดลอกคูคลอง การเก็บและกำจัดขยะมูลฝอย เป็นต้น หรือเป็น “นิติกรรมทางปกครอง (administrative juristic act)” ซึ่งได้แก่บรรดากฎหมายลำดับรอง หรืออนุบัญญัติ (subordinate legislation) เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เทศบัญญัติ ฯลฯ และ คำวินิจฉัยสั่งการ เช่น คำสั่งลงโทษข้าราชการทางวินัย คำสั่งให้หรือถอนอาคาร คำสั่งเพิกถอน

ใบอนุญาต ฯลฯ ซึ่งการใช้อำนาจของรัฐในการกระทำทางปกครองนั้นจะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและจะต้องมีกลไกที่สามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ โดยอาจเป็นการควบคุมตรวจสอบจากภายในฝ่ายปกครอง หรือการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกซึ่งอย่างน้อยที่สุดจะต้องเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียกับการกระทำที่ถูกตรวจสอบ อันหมายถึงองค์กรตุลาการนั่นเอง¹

2.1 การกระทำทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการจัดทำหรือกำกับดูแลให้มีการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งบริการสาธารณะขึ้นมา โดยในการจัดทำหรือกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองจะมีเครื่องมือที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ 4 ประการด้วยกัน กล่าวคือ มาตรการทางกฎหมาย บุคลากรของรัฐ ทรัพย์สิน และอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง² ซึ่งการกระทำทางปกครองนั้นเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะที่มีความหลากหลายสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

2.1.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองหมายถึงการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ แทนและในนามขององค์กรดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่งว่า ตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรดังกล่าวกับบุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้น โดยที่บุคคลนั้นหรือ

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 19-23.

² นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 35.

คณะบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม³ ทั้งนี้ การใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้อำนาจทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของส่วนรวมที่มีความหลากหลายด้วย

การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่งซึ่งแสดงออกโดยผ่านทางบุคคลธรรมดาที่เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ซึ่งการแสดงเจตนาหรือการกระทำใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย แต่มิได้มีผลผูกพันบุคคลธรรมดาที่ได้แสดงเจตนาหรือกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐแต่อย่างใด⁴ โดยการกระทำของบุคคลที่จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐได้นั้น จะต้องปรากฏว่าบุคคลที่กระทำการดังกล่าวได้กระทำการภายในเงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้⁵

1. การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำโดยบุคคลธรรมดาซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ
2. เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องกระทำการนั้นในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยอาศัยอำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่ มิใช่กระทำในฐานะส่วนตัว
3. เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการนั้นเพื่อประโยชน์มหาชน มิใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัว

นอกจากฝ่ายปกครองจะสามารถกระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนที่ตนมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนได้แล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนที่มีฐานะเท่าเทียมกับเอกชนคนอื่นได้อีกด้วย โดยในกรณีที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าการกระทำในแดนของกฎหมายเอกชนจะสะดวกและเป็นประโยชน์มากกว่าการที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจฝ่ายเดียวสั่งการแล้ว ฝ่ายปกครองก็สามารถกระทำการดังกล่าวได้

³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การกระทำทางปกครอง," ใน อาจารย์บุชา รวบรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ, สมคิด เลิศไพฑูรย์, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2545), หน้า 281.

⁴ สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง," วารสารนิติศาสตร์ 17, 3 (กันยายน 2530): 60-61.

⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2," (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537).

อย่างไรก็ตาม โดยหลักแล้ว ฝ่ายปกครองจะกระทำการในแดนของกฎหมายมหาชน เนื่องจากในกรณีดังกล่าว ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนแต่ประการใด⁶ สำหรับการพิจารณาว่าการกระทำใดของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชนซึ่งเป็น “การกระทำทางปกครอง” หรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง พิจารณาจากองค์กรผู้ใช้อำนาจหน้าที่ ซึ่งต้องเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร และต้องเป็นองค์กรฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในฐานะฝ่ายปกครองเท่านั้น มิใช่เป็นการกระทำทางการเมือง⁷ และต้องมิใช่การกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติหรือโดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกด้วย

ประการที่สอง พิจารณาจากเนื้อหาของสาระของการกระทำ ซึ่งต้องมีฐานของการใช้อำนาจจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด และต้องมีมิใช่เป็นการใช้อำนาจโดยอาศัยฐานจากกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ⁸

แม้ว่าการกระทำทางปกครองจะหมายถึงผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง⁹ แต่หลักดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นอยู่ ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546), หน้า 68.

⁷ สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง," วารสารนิติศาสตร์: 60.

⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การกระทำทางปกครอง," ใน อาจารย์บุชา รวบบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ, หน้า 147.

⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อัสสัมชัญ), หน้า 1-12, อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 274.

2.1.1.1 หลัก: การกระทำทางปกครองคือผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง¹⁰

องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองได้แก่องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง ซึ่งหากองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติแล้ว ก็จะเป็นกรณีที่องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองและผลผลิตของการใช้อำนาจดังกล่าวก็จะเป็นการกระทำทางปกครอง

หากการกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าวมิใช่ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น การกระทำการโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ การกระทำดังกล่าวก็มีใช้เป็นการกระทำทางปกครองแต่เป็นเพียงการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเท่านั้น

2.1.1.2 ข้อยกเว้น : การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรเอกชน¹¹

2.1.1.2.1 การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจกระทำการได้ใน 2 สถานะ กล่าวคือ ในฐานะที่เป็นรัฐบาล และในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง โดยจะเป็นการกระทำในฐานะใดนั้นขึ้นอยู่กับว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายลำดับขั้นใด ถ้าองค์กร

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, 274-275.

¹¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อ็ดสำเนา), หน้า 7-12, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, 276-277.

ของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ การกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล และผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยมีใช้การกระทำทางปกครองแต่อย่างใด ซึ่งการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) แยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(ก) การกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา เช่น มติของคณะรัฐมนตรีที่ให้เสนอร่างพระราชบัญญัติต่อสภาผู้แทนราษฎร พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร

(ข) การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การส่งทูตานุทูตไทยไปประจำในต่างประเทศ การรับทูตานุทูตต่างประเทศให้มาประจำในประเทศไทย การทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกบองค์การระหว่างประเทศ

ถ้าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายดังกล่าว ก็จะเป็นการกระทำทางปกครอง เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดท้องที่ที่เป็นเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม มติของคณะรัฐมนตรีที่ให้ต่อเวลาราชการให้ข้าราชการซึ่งมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์แล้วให้รับราชการต่อไปอีกคราวละหนึ่งปีจนถึงอายุครบหกสิบห้าปีบริบูรณ์¹²

2.1.1.2.2 การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระและหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระหรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ

¹² เรื่องเดียวกัน, 276.

กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติแล้ว ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติดังกล่าวจะถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง

2.1.1.2.3 การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ

องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น รัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา ประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา ไม่ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียวเท่านั้น หากแต่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัตียังใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติได้อีกด้วย เช่น การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา¹³ การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน¹⁴ เป็นต้น โดยผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹³ มาตรา 63 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า

“... ให้เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญซึ่งทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งจากบุคคลซึ่งมีความเชี่ยวชาญในทางนิติศาสตร์ การร่างกฎหมาย และการบริหารราชการแผ่นดินตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี และได้รับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามลำดับ ในกรณีที่รัฐสภาประกอบด้วยสภาเดียวให้ได้รับความเห็นชอบของสภานั้น”

¹⁴ มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ให้เลขาธิการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ซึ่งคณะรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ตามผลการคัดเลือกตามมาตรา 25 (6) โดยความเห็นชอบของวุฒิสภา”

2.1.1.2.4 การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรเอกชน

การกระทำขององค์กรเอกชนบางองค์กร เช่น สภานายความ ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติแทนรัฐในบางเรื่อง อาทิ การจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นนายความ นั้น ก็ถือว่าเป็น “การกระทำทางปกครอง” ด้วยเช่นกัน¹⁵

2.1.2 ความแตกต่างของการกระทำทางปกครองกับการกระทำของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองมีความสามารถในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองไม่เฉพาะแต่ในแดนของกฎหมายมหาชน ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนเท่านั้น แต่องค์กรฝ่ายปกครองยังอาจกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชนคนอื่น ๆ ได้อีกด้วย ดังนั้นจึงอาจแบ่งแยกการกระทำของฝ่ายปกครองออกได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ คือ การกระทำของฝ่ายปกครองในแดนกฎหมายมหาชนหรือที่เรียกว่าการกระทำทางปกครองกับการกระทำของฝ่ายปกครองในแดนกฎหมายเอกชน

การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในแดนกฎหมายมหาชน โดยฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของส่วนรวมที่มีความหลากหลายโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ซึ่งต่างจากการกระทำของฝ่ายปกครองในแดนกฎหมายเอกชนซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมาตกลงกับเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกันโดยไม่มีเอกสิทธิ์หรืออำนาจใด ๆ เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยในกรณีที่เกิดข้อพิพาทกันขึ้น ฝ่ายปกครองจะอ้างอำนาจมหาชนบังคับการฝ่ายเดียวให้เอกชนปฏิบัติตามที่ตนต้องการมิได้ แต่จะต้องฟ้องร้องเอกชนที่ผิดสัญญาต่อศาลยุติธรรม¹⁶

¹⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อัสสัมชัญ), หน้า 12, อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, หน้า 277.

¹⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554), หน้า 95-103.

2.1.3 ประเภทของการกระทำทางปกครอง

จากการศึกษาพบว่า มีแนวความเห็นทางวิชาการที่จำแนกการกระทำทางปกครอง ออกเป็น 2 แนวทาง โดยแนวทางแรกได้จำแนกการกระทำทางปกครองเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การกระทำทางปกครองในลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) และการกระทำทางปกครองในลักษณะที่เป็นปฏิบัติการ (Real Act)¹⁷ โดยอาจเรียกการกระทำทางปกครองทั้งสองลักษณะดังกล่าว ได้ว่า นิติกรรมทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครอง¹⁸ ส่วนแนวทางที่สองนั้น จะแบ่งการกระทำทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ การกระทำในทางข้อเท็จจริงหรือปฏิบัติการทางปกครอง และการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย¹⁹ ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาประเภทของการกระทำทางปกครองตามแนวทางแรกที่แบ่งการกระทำทางปกครองออกเป็นนิติกรรมทางปกครอง และปฏิบัติการทางปกครองเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการควบคุมหน่วยงานปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจตามกฎหมายในการดำเนินการจัดทำกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์ในการศึกษาจึงได้แบ่งการกระทำทางปกครองออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ นิติกรรมทางปกครอง สัญญาทางปกครอง และปฏิบัติการทางปกครอง

2.1.3.1 นิติกรรมทางปกครอง

ในปัจจุบัน กฎหมายปกครองของไทยยังไม่มีระเบียบบัญญัตินิยามคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไว้อย่างชัดเจนแต่ประการใด จึงทำให้มีประเด็นเกี่ยวกับขอบเขตความหมายของ

¹⁷ สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง," วารสารนิติศาสตร์: 61-62.

¹⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง ระดับต้น รุ่นที่ 3, หน้า 13, อ้างถึงใน วรรงค์ ทองโคกสี, "เขตอำนาจศาลปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของฝ่ายปกครอง" (วิทยานิพนธ์ปริณญาโทมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 16.

¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 72.

นิติกรรมทางปกครองอยู่ไม่น้อย โดยนักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่า นิติกรรมทางปกครองมีความหมายเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองซึ่งน่าจะได้รับความคิดดังกล่าวมาจากระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ส่วนนักวิชาการบางท่านก็มีความเห็นว่า นิติกรรมทางปกครองมีความหมายครอบคลุมถึงคำสั่งทางปกครองและกฎ แต่ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครอง เพราะนิติกรรมทางปกครองจะต้องเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเสมอ นอกจากนี้ ยังมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นควรพิจารณาจากนิยามของนิติกรรมในทางแพ่งเป็นสำคัญ ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองจึงอาจมีได้ทั้งกรณีที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว คือ กฎและคำสั่งทางปกครองกับกรณีที่เป็นนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย คือ สัญญาทางปกครอง²⁰

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน ได้มีการบัญญัตินิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” “กฎ” และ “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539²¹ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542²²

²⁰ สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง," วารสารนิติศาสตร์: 61-62.

²¹ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้ ...

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ...”

²² มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้ ...

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

ซึ่งแสดงให้เห็นว่า กฎหมายประสงค์ที่จะจัดประเภทของคำสั่งทางปกครองและกฎไว้เป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว” ซึ่งต่างจาก “สัญญาทางปกครอง” เพราะเมื่อพิจารณานิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” และ “กฎ” จะเห็นได้ว่า ต่างก็เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งรับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการให้นิยามในการทำงานเดียวกับคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

2.1.3.1.1 ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง

1) ความหมายของนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส

คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ได้รับการแปลมาจากคำในภาษาฝรั่งเศสว่า actes juridiques administratifs หรือ actes juridiques du droit administratif²³ ซึ่งปรากฏในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส นอกจากคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” จะหมายถึงนิติกรรมทางปกครองประเภทที่ใช้บังคับเฉพาะรายแล้ว ยังหมายถึงความรวมถึงนิติกรรมทางปกครองประเภทที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปหรือกฎหมายลำดับรองด้วย เช่น กฎกระทรวง ระเบียบ เป็นต้น นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ Jean Rivero แห่งมหาวิทยาลัยปารีส ประเทศฝรั่งเศส ยังได้กล่าวไว้ว่า ในแง่ของการก่อให้เกิดนิติกรรมทางปกครองอาจแยกนิติกรรมทางปกครองได้เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวและนิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย (Acte administrative bi ou plurilatéral) โดยนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว คือ นิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคน เช่น มติที่ประชุมของคณะกรรมการ มติของสภา เป็นต้น ส่วนนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย

“สัญญาทางปกครอง” หมายถึงความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ...”

²³ ชาอุชัย แสงศักดิ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2539), หน้า 109-112.

หรือหลายฝ่าย คือ นิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย อันได้แก่ สัญญาทางปกครอง เป็นต้น²⁴

นอกจากนี้ ความหมายของนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนี้ อาจพิจารณาได้จากการเปรียบเทียบกับคำว่า “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” และคำว่า “นิติกรรมทางตุลาการ” ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ (De Laubadère) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีสได้อธิบายไว้ว่า รัฐมีอำนาจหน้าที่ทางกฎหมายอยู่ 3 ประเภท คือ อำนาจหน้าที่ทางนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่ทางปกครอง และอำนาจหน้าที่ทางตุลาการ โดยนิติกรรมที่รัฐกระทำไปตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าวนั้นอาจพิจารณาแบ่งแยกได้โดยค้ำึงถึงองค์กรผู้ใช้อำนาจหน้าที่หรือโดยค้ำึงถึงเนื้อหาสาระของนิติกรรมนั้น

หากพิจารณากันในแง่ขององค์กรแล้ว ก็จะต้องถือว่านิติกรรมทุกอย่างที่กระทำโดยองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้นที่เป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ (actes législatifs)” และในทำนองเดียวกัน ก็จะต้องถือว่านิติกรรมทุกอย่างที่กระทำโดยองค์กรทางปกครองเท่านั้นที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่หากพิจารณากันในแง่ของเนื้อหาสาระแล้ว ก็จะต้องพิจารณาจากลักษณะหรือสภาพภายในของนิติกรรมนั้น ๆ ซึ่งการพิจารณาในแง่นี้นั้น อาจกล่าวได้ว่า “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte législatif)” ได้แก่ ข้อกำหนดหรือกฎหมายที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นโดยมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจงว่าจะใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ ส่วน “นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnel)” คือ นิติกรรมที่รัฐกระทำในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท²⁵

(1) การใช้องค์กรผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา คือ การพิจารณาจากลักษณะขององค์กรผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมนั้น หากองค์กรใดเป็นองค์กรทางปกครอง นิติกรรมต่าง ๆ ที่กระทำโดยองค์กรนั้นก็ต้องเป็นนิติกรรมทางปกครองไปด้วย

²⁴ Jean Rivero, Droit Administratif (Daloz, 1997), p. 92 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, 118-119.

²⁵ André de Laubadère, Traité Elémentaire de Droit Administratif. Tome I, L.G.D.J., p. 21-22, อ้างถึงใน ชาญชัย แสงวงศ์ดี และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2541), หน้า 25.

แต่ถ้าองค์กรนั้นเป็นองค์กรทางนิติบัญญัติแล้ว นิติกรรมขององค์กรนั้นก็ย่อมจะเป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ”

(2) การใช้เนื้อหาสาระของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา อาจแบ่งแยกนิติกรรมออกได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และนิติกรรมที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะราย ซึ่งวิธีการแบ่งแยกเช่นนี้อาจนำไปใช้ในการแบ่งแยกระหว่าง “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ (actes législatifs)” ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป กับนิติกรรมทางปกครองซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายได้ แต่ไม่อาจนำไปใช้ในการแบ่งแยกระหว่าง “นิติกรรมทางปกครอง” กับ “นิติกรรมทางตุลาการ” ได้ เพราะต่างก็มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายด้วยกัน จึงจำเป็นต้องใช้เกณฑ์อื่นมาช่วยในการพิจารณาด้วย

หากพิจารณาความหมายของนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส โดยเปรียบเทียบกับคำว่า “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” และคำว่า “นิติกรรมทางตุลาการ” แล้ว จะเห็นได้ว่า “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” คือ ข้อกำหนดทุกอย่างที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นซึ่งมีผลเป็นการทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจงต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด ส่วนนิติกรรมทางปกครองคือ คำสั่งหรือคำวินิจฉัยเฉพาะรายซึ่งกำหนดขึ้นในรูปของนิติกรรมแบบอัตวิสัย (actes subjectifs) ซึ่งหากพิจารณากันในด้านเนื้อหาสาระแล้ว นิติกรรมที่กระทำหรือกำหนดขึ้นโดยองค์กรทางปกครองก็อาจมีเนื้อหาสาระเป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” ได้ เช่น “reglement administratif” ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารแต่มีข้อกำหนดซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะเดียวกันกับรัฐบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ในขณะที่การพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็น “นิติกรรมทางตุลาการ” หรือไม่นั้น ศาลจะใช้หลักที่ว่านิติกรรมนั้นเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือไม่เป็นสำคัญ

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์สตาสซีโนปูลอสยังได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับ “นิติกรรมทางปกครอง” และ “นิติกรรมทางตุลาการ” ไว้ว่า ถึงแม้ว่านิติกรรมทั้งสองประเภทจะคล้ายกันในเรื่องที่ว่าต่างก็เป็นการบังคับใช้กฎหมาย (รัฐบัญญัติ) กับกรณีเฉพาะรายด้วยกันก็ตาม แต่นิติกรรมทั้งสองประเภทนี้ก็มีข้อแตกต่างกันในแง่ของวัตถุประสงค์ กล่าวคือ “นิติกรรมทางปกครอง” มีจุดมุ่งหมายที่จะตอบสนองความต้องการหรือความจำเป็นต่าง ๆ ของสาธารณชน

แต่ “นิติกรรมทางตุลาการ” มีวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียว คือ การรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองโดยการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทระหว่างคู่ความหรือลงโทษผู้กระทำความผิดต่อกฎหมาย ในเมื่อนิติกรรมทั้งสองประเภทมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันเช่นนี้ สถานภาพทางกฎหมายของนิติกรรมทั้งสองประเภทก็ย่อมแตกต่างกันไปด้วย กล่าวคือ “นิติกรรมทางปกครอง” มีจุดมุ่งหมายที่จะตอบสนองความต้องการของสาธารณชนในชีวิตประจำวันจึงจำเป็นต้องมีความยืดหยุ่นโดยสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อให้รับกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ตลอดเวลา แต่ “นิติกรรมทางตุลาการ” ต้องมีความแน่นอน กล่าวคือ เมื่อมีการวินิจฉัยคดีจนถึงที่สุดแล้วก็ต้องยุติตามนั้น ด้วยเหตุนี้เอง กฎหมายจึงกำหนดให้ “นิติกรรมทางตุลาการ” มีอำนาจที่เรียกกันว่า “la force de la chose jugée” ซึ่งอำนาจนี้เองที่เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างนิติกรรมทั้งสองประเภทได้อย่างแท้จริง²⁶

2) ความหมายของนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ในปัจจุบัน กฎหมายปกครองของไทยยังไม่มีการบัญญัตินิยามคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไว้อย่างชัดเจนแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม ได้มีนักวิชาการหลายท่านที่อธิบายและให้ความหมายของนิติกรรมทางปกครองไว้ โดยรองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ได้ให้ความหมายของนิติกรรมทางปกครองไว้ว่า นิติกรรมที่องค์กรฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนา กำหนดหน้าที่ให้เอกชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมด้วย ซึ่งต่างจากนิติกรรมในกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชนที่ฝ่ายเอกชนไม่สามารถกำหนดหน้าที่ให้บุคคลอื่นโดยที่เขาไม่ยินยอมมิได้ โดยนิติกรรมทางปกครองส่วนใหญ่อยู่ในลักษณะที่เป็นการสั่งการหรือให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือการกำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลนั่นเอง²⁷ นอกจากนี้ รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ยังได้อธิบายอีกว่านิติกรรมทางปกครองมีทั้งความหมายอย่างกว้าง ความหมายอย่างกลาง และความหมายอย่างแคบ ดังนี้²⁸

²⁶ André de Laubadère, Traité Elémentaire de Droit Administratif. Tome I, L.G.D.J., p. 190 - 193, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, 29.

²⁷ สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง," วารสารนิติศาสตร์: 62.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, 62-71.

ในความหมายอย่างกว้าง “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทั้งหมดโดยรวมทั้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวและนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย หรือสัญญาทางปกครองด้วย

ในความหมายอย่างกลาง “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวโดยหมายความรวมถึงกฎหมายลำดับรองด้วย แต่ไม่หมายความรวมถึงสัญญาทางปกครอง

ในความหมายอย่างแคบ “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ที่มีลักษณะเฉพาะเท่านั้นโดยไม่หมายความรวมถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไปด้วย

ศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของ “การกระทำทางปกครอง” ว่าหมายถึง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติ แทนและในนามขององค์กรดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่งว่า ตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรดังกล่าวกับบุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้น โดยที่บุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม²⁹

จากการให้ความหมายของนิติกรรมทางปกครองของนักวิชาการดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่านิยามของ “นิติกรรมทางปกครอง” มีความหมายได้หลายนัย ดังนี้³⁰

²⁹ วราภรณ์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อตุสอเนา), หน้า 13, อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, หน้า 281.

³⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 67.

1. นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครอง และเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย โดยไม่คำนึงว่าการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือเป็นการตกลงกับเอกชน นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึงนิติกรรมทางปกครองทุกประเภท ได้แก่ กฎ คำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง

2. นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครอง และเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย แต่การก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องกระทำในลักษณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึงเฉพาะนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวซึ่งได้แก่ กฎและคำสั่งทางปกครอง

3. นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครอง และเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะราย โดยการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องกระทำในลักษณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึงเฉพาะคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

สำหรับลักษณะของนิติกรรมทางปกครองนั้น อาจกล่าวได้ว่า นิติกรรมทางปกครองมีลักษณะสำคัญอยู่ 4 ประการประกอบกันดังต่อไปนี้³¹

1. เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นซึ่งมีค่าบังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติแทนและในนามขององค์กรดังกล่าวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่ง

³¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อัดสำเนา), หน้า 14, อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, หน้า 281.

2. เจตนาที่องค์กรดังกล่าวแสดงให้เห็นปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลหนึ่งต้องเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น จึงไม่รวมถึงการที่องค์กรดังกล่าวประกาศความตั้งใจว่าจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือเพียงแต่ขอความร่วมมือหรือเตือนให้บุคคลหรือคณะบุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น ขอให้งดจำหน่ายสุราในวันธรรมสวนะ หรือเตือนให้ยื่นคำขอต่อใบอนุญาต เป็นต้น

3. ผลทางกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองประสงค์จะเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของตนนั้นคือการสร้างความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่ายโดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจหรือมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าวนี้ย่อมมีผลเป็นการก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น เช่น การที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้งหรือเลื่อนชั้นเงินเดือนให้แก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา หรือการที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคารย่อมมีผลเป็นการสร้างสิทธิหรือหน้าที่ให้แก่ผู้ได้รับคำสั่งดังกล่าว

4. นิติสัมพันธ์ดังกล่าวข้างต้นต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยเจตนาที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชน แสดงออกมาแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยที่บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมแต่อย่างใด

2.1.3.1.2 ประเภทของนิติกรรมทางปกครอง

วิชาการมีความเห็นว่า “นิติกรรมทางปกครอง” นั้นเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเท่านั้น³² โดยอธิบายต่อไปว่า³³ “นิติกรรมทางปกครอง” แบ่งออกเป็น

³² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อัสสัมชัญ), หน้า 18, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, 285.

2 ประเภทในความหมายอย่างกว้าง คือ “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งระบบกฎหมายปกครองของหลายประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น ฝรั่งเศส³⁴ กรีซ³⁵ ใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในความหมายอย่างกว้าง อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายปกครองของบางประเทศ เช่น เยอรมนี³⁶ ใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในความหมายอย่างแคบโดยหมายถึง “คำสั่งทางปกครอง” เท่านั้น มิได้หมายความรวมถึง “กฎ” ด้วยแต่อย่างใด

ในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายไทยฉบับใด ที่กล่าวถึงและให้คำนิยามของคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” และนักวิชาการบางท่านก็ใช้คำนี้ในความหมายอย่างกว้าง บางท่านก็ใช้ในความหมายอย่างแคบ โดยมีแต่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ให้คำนิยามของคำว่า “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” เอาไว้ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ให้คำนิยามของคำว่า “กฎ” ไว้ด้วยเช่นกัน แต่มิได้ให้คำนิยามของคำว่า “คำสั่ง” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้แต่ประการใด

1) นิติกรรมทางปกครองที่เป็น “กฎ”

³³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อัดสำเนา), หน้า 28, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

³⁴ Picre DELVOLLE, L'Acte administratif, Paris, Sirey, 1983, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อัดสำเนา), หน้า 28, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

³⁵ Epaminondas SPILITOPOULOS, DROIT administrative hellénique, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 74, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อัดสำเนา), หน้า 28, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

³⁶ Harmut MAURER, Droit administrative allemande, Traduit par Michel FROMONT, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 207, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อัดสำเนา), หน้า 28, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

สำหรับ “นิติกรรมทางปกครอง” ที่เป็น “กฎ” นั้น มาตรา 5³⁷ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และมาตรา 5³⁸ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “กฎ” ไว้เช่นเดียวกันว่า “หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

จากคำนิยามในบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นนั้น คำนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” คือข้อความที่ว่า “บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ส่วนข้อความที่ว่า “... พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ ...” เป็นแค่เพียงตัวอย่างของ “กฎ” เท่านั้น ลักษณะของ “กฎ” ก็คือเป็นบทบัญญัติหรือข้อความเป็นข้อ ๆ ที่ปรากฏในเอกสารที่เรียกว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือในเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ³⁹

³⁷ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้ ...

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ...”

³⁸ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัติ ...

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ...”

³⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อ็ดสำเนา), หน้า 21, อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, หน้า 287.

ดังนั้น “กฎ” จึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ⁴⁰ คือ

บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ ฯลฯ ดังนั้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการได้

กรณีบุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นทางการเป็นนามธรรม (abstract) เช่น บังคับให้กระทำการทุกครั้งที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการทุกวันสิ้นเดือน เช่น ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง ผู้ขับขี่รถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย เป็นต้น

2) นิติกรรมทางปกครองที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง”

“นิติกรรมทางปกครอง” ที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” นั้น ได้มีการบัญญัติคำนิยามไว้ในมาตรา 5⁴¹ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งข้อความที่เป็นการให้คำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ก็คือข้อความที่ว่า “การใช้อำนาจตาม

⁴⁰ Mahendra P. SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo, 1985, p. 34, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อัดสำเนา), หน้า 21, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁴¹ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้ ...

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัย อุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึง การออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ...”

กฎหมาย...แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ” ส่วนข้อความถัดมาที่ว่า “... เช่น การสั่งการ ...” นั้น เป็นเพียงการให้ตัวอย่างของ “คำสั่งทางปกครอง” เพื่อให้เข้าใจได้ง่ายขึ้นเท่านั้น⁴²

ทั้งนี้ “นิติกรรมทางปกครอง” ไม่ว่าจะ เป็น “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” ต่างก็เป็น “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อ สถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล...” ทั้งสิ้น ข้อแตกต่างกันอยู่ที่ว่า “กฎ” นั้นมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ส่วน “คำสั่งทางปกครอง” นั้นมีผลบังคับแก่กรณีใดและหรือแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่นิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ดังกล่าวข้างต้น มิได้กำหนดลักษณะสำคัญที่เป็นข้อแตกต่างของ “คำสั่งทางปกครอง” จาก “กฎ” ไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่มีข้อความที่แยกความแตกต่างระหว่าง “คำสั่งทางปกครอง” กับ “กฎ” ไว้ว่า “ไม่รวมถึงการออกกฎ” เท่านั้น

การพิจารณาว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ใดจะมีลักษณะ เป็น “คำสั่งทางปกครอง” นั้น จะต้องพิจารณาว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นขาดลักษณะข้อหนึ่งข้อใด หรือทั้งสองข้อของ “กฎ” หรือไม่ กล่าวคือ ขาดลักษณะของการกำหนดข้อความที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปแล้วไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีก็ยังไม่ถือว่าเป็น “กฎ” แต่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” เช่น ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครในฐานะ “เจ้าพนักงานท้องถิ่น” ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ออกคำสั่งห้ามมิให้ “ผู้ใด” เข้าไปในหรือใช้ส่วนใด ๆ ของ อาคารหนึ่งอาคารใดที่มีการระบุเฉพาะเจาะจง คำสั่งดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของ เจ้าหน้าที่ที่มีผลบังคับเป็นการกำหนดข้อห้ามแก่บุคคลทั่วไป แต่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีของ อาคารดังกล่าวเป็นการเฉพาะ คำสั่งดังกล่าวจึงมีลักษณะข้อที่หนึ่งแต่ขาดลักษณะข้อที่สองของ “กฎ” จึงไม่ใช่ “กฎ” แต่เป็นคำสั่งทางปกครอง ประเภทที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครองทั่วไป”

⁴² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับ ต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อ็ดสำเนา), หน้า 23 - 24, อ้างถึงใน ชาลชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, หน้า 288.

3) ผลทางกฎหมายของการจำแนกนิติกรรมทางปกครองที่เป็น “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง”

ในปัจจุบัน ประเทศไทยมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ในการออก “นิติกรรมทางปกครอง” ที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ไว้โดยเฉพาะแล้ว คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่ยังไม่มียกเว้นของกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ในการออก “นิติกรรมทางปกครอง” ที่เป็น “กฎ” ไว้โดยตรงแต่ประการใด⁴³

การโต้แย้งคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” และของ “คำสั่งทางปกครอง” นั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการที่แตกต่างกันบางประการ ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มิได้ใช้บังคับกับ “กฎ” แต่ใช้บังคับกับ “คำสั่งทางปกครอง” โดยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการโต้แย้งคัดค้าน “คำสั่งทางปกครอง” เอาไว้ว่า ผู้รับ “คำสั่งทางปกครอง” หรือผู้ซึ่งถูกกระทบสิทธิจากผลของ “คำสั่งทางปกครอง” มีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้ง “คำสั่งทางปกครอง” ตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ แต่ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาในการอุทธรณ์ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้เป็นการเฉพาะ ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ซึ่งถูกกระทบสิทธิทางผลของ “คำสั่งทางปกครอง” จะต้องอุทธรณ์โต้แย้ง “คำสั่งทางปกครอง” ตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการฟ้องคดีโต้แย้ง “คำสั่งทางปกครอง” และ “กฎ” ไว้แตกต่างกัน ดังนี้

⁴³ มีข้อสังเกตว่า พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มิได้มีบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับกฎแต่อย่างใด

ผู้ซึ่งประสงค์จะฟ้องคดีโต้แย้ง “คำสั่งทางปกครอง” ต่อศาลปกครองในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีต่อศาลปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด ทั้งนี้ ตามมาตรา 42 วรรคสอง⁴⁴ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้ง “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “กฎ” ที่มีใช้พระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีนั้น อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น จึงต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาหรือที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลปกครองชั้นต้นนั้นตามมาตรา 47⁴⁵ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าวเป็นการฟ้องคดีต่อศาลปกครองโต้แย้ง “กฎ” ที่เป็นพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี

⁴⁴ มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“... ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

⁴⁵ มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“การฟ้องคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น ให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาหรือที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลปกครองชั้นต้นนั้น

การฟ้องคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุด ให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด

ในกรณีที่ศาลปกครองใดพิพากษาว่าคดีที่ฟ้องต่อศาลปกครองนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองอื่น ให้ส่งคำฟ้องนั้นไปให้ศาลปกครองที่มีเขตอำนาจเพื่อพิจารณา ในกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีความเห็นขัดแย้งกันในเรื่องเขตอำนาจศาล ให้ศาลปกครองที่รับคำฟ้องไว้หลังสุดเสนอความเห็นต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อมีคำสั่งในเรื่องเขตอำนาจศาล

การพิจารณาคดีที่ยื่นไว้ต่อศาลปกครองใดจะต้องกระทำในศาลปกครองนั้นตามวันเวลาทำการ เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินหรือจำเป็นหรือเพื่อความสะดวกของคู่กรณี ศาลปกครองจะสั่งให้ดำเนินการพิจารณาในสถานที่อื่นหรือในวันหยุดหรือในวันเวลาใดก็ได้”

หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (2)⁴⁶ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรง

2.1.3.2 สัญญาทางปกครอง

การศึกษาทฤษฎีและแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นอย่างมาก เพราะสัญญาทางปกครองเป็นข้อความคิดที่สำคัญข้อความคิดหนึ่งสำหรับระบบกฎหมายปกครองของประเทศที่มีการใช้ระบบศาลคู่อย่างประเทศไทยในปัจจุบัน⁴⁷ โดยสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีความแตกต่างจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน เนื่องจากการทำสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคระหว่างคู่สัญญาตั้งแต่การกำหนดข้อสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา ตลอดจนการปฏิบัติตามสัญญา ในขณะที่สัญญาทางปกครองนั้น เป็นเครื่องมือของรัฐที่ใช้เพื่อให้ภารกิจของรัฐบรรลุผล อาจกล่าวได้ว่าสัญญาทางปกครองมีประโยชน์สองลักษณะที่ขัดแย้งกันอยู่ คือ ประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญา กับประโยชน์มหาชน⁴⁸ ซึ่งในระบบกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสและไทยได้ให้การยอมรับความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชน หรือการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดย

⁴⁶ มาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

...

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ...”

⁴⁷ บุปผา อัครพิมาน, "บทวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," วารสารวิชาการศาลปกครอง 2, 1 (มกราคม-เมษายน 2545): 276.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

มีเหตุผลซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าเมื่อฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนที่กระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของบุคคล

2.2.3.2.1 ความหมายของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง (contrat administratif) นั้น ถือได้ว่าเป็นหัวใจของการกระทำของฝ่ายปกครอง (action administrative) เนื่องจากเป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครองในการที่จะมอบบริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้แก่เอกชนไปดำเนินการจัดทำและในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยส่วนใหญ่แล้วบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจะมอบให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำได้จะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ฝ่ายปกครองนำสัญญาทางปกครองมาใช้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองได้ เช่น ในกรณีเกี่ยวกับการค้นคว้าหรือวิจัยทางด้านวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีที่ฝ่ายปกครองสามารถว่าจ้างให้มหาวิทยาลัยหรือสถาบันต่าง ๆ ทำการวิจัยโดยการทำข้อตกลงเป็นสัญญาทางปกครองได้⁴⁹

1) ความหมายของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสได้ยอมรับความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายเอกชนโดยมีเหตุผลที่สำคัญคือเรื่องของการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งความหมายของสัญญาทางปกครองอาจพิจารณาได้จากการวิเคราะห์ความแตกต่างกับสัญญาทางแพ่ง (contrat privé) กับสัญญาทางปกครองซึ่งในบางเรื่องกฎหมายจะกำหนดไว้ว่าสัญญาประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง แต่โดยส่วนใหญ่แล้วสิ่งที่เป็นเครื่องบ่งชี้ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่งนั้นจะเกิดจากผลของ

⁴⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 36.

คำวินิจฉัยของศาลปกครอง⁵⁰ และถือได้ว่าการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งต่อมาบรรดานักวิชาการทั้งหลายต่างก็มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาแนวความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองจนเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส

นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปหมายถึงสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือรัฐ (personne publique) กับนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาอีกฝ่ายหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อบริการสาธารณะ โดยทั่วไปแล้วสัญญาทางปกครองจะมีบทยกเว้นหรือเงื่อนไขของสัญญาที่แตกต่างไปจากกฎหมายแพ่ง (clauses exorbitantes du droit commun) ซึ่งสัญญาทางปกครองที่รู้จักกันโดยแพร่หลาย คือ สัญญาพัสดุและสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ นอกจากนี้ ก็ยังมีสัญญาประเภทอื่นที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองอีก เช่น สัญญาจ้างบุคคลทำงานให้กับภาครัฐซึ่งมีลักษณะคล้ายกับสัญญาว่าจ้างลูกจ้างหรือสัญญาให้เอกชนเช่าสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ไม่ว่าจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่รัฐเป็นเจ้าของหรือสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเจ้าของก็ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน⁵¹

ทั้งนี้ การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญ 2 ประการ คือ สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย (contrats administratifs par détermination de la loi) และสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ (contrats administratifs par nature) โดยมีรายละเอียดดังนี้⁵²

⁵⁰ M. Philippe Turguet de Beauregard, "สัญญาทางปกครอง สัญญาพัสดุ และสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในกฎหมายฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง 18, 1 (เมษายน 2542): 1-2.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, 1-4.

⁵² นันทวัฒน์ บรมานันท์, บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2541), หน้า 63-64.

(ก) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

โดยหลักแล้ว การแบ่งแยกประเภทของสัญญาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องกำหนดโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ (loi)⁵³ ซึ่งเรียกกันว่า สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย (le contrat administratif par détermination de la loi) ซึ่งการกำหนดดังกล่าวนี้อาจเป็นการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นการกำหนดไว้โดยทางอ้อมว่าให้สัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง

ทั้งนี้ สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาการโยธาสาธารณะ (marché de travaux publics)⁵⁴ หรือสัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (contrats comportants occupation du domaine public)⁵⁵ เป็นต้น

(ข) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ศาลปกครองของฝรั่งเศสก็จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเพิ่มเติม ซึ่งสัญญาทางปกครองประเภทนี้อาจถูกเรียกว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ (contrats administratifs par nature) กล่าวคือ เป็นสัญญาทางปกครองที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่เกิดขึ้นจากการที่มีคดีพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองและศาลปกครองเห็นว่าสัญญาที่พิพาทดังกล่าวนี้เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะมีหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาอยู่ 3 ประการ คือ หลักเกี่ยวกับคู่สัญญา หลักเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา และหลักเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา ดังนี้⁵⁶

⁵³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), หน้า 452.

⁵⁴ พระราชบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviôse an VIII

⁵⁵ พระราชกำหนด ลงวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 1938

⁵⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, หน้า 453-454.

ประการที่หนึ่งจะเป็นหลักเกี่ยวกับคู่สัญญาที่กำหนดว่า สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองที่เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน⁵⁷ ที่จะสามารถเป็นคู่สัญญาในกรณีดังกล่าว คือ รัฐ องค์การกระจายอำนาจทางพื้นที่ (collectivité territoriales) อันได้แก่ ภาค (region) จังหวัด (département) เทศบาล (commune) จังหวัดโพ้นทะเล (département d'outré-mer) และดินแดนโพ้นทะเล (territoire d'outré-mer) และองค์การกระจายอำนาจทางบริการ ซึ่งก็ได้แก่บรรดาคณะกรมมหาชน (établissements publics) ทั้งหลายที่ฝ่ายปกครองจัดตั้งขึ้นมาเพื่อทำกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชน

ประการที่สองจะเป็นหลักเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา โดยสัญญาทางปกครองจะต้องมีเนื้อหาของสาระของสัญญาลักษณะหนึ่งลักษณะใด กล่าวคือ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้านการขนส่งมวลชนประเภทต่าง ๆ หรือจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน (les clauses exorbitantes du droit) อันได้แก่ การให้สิทธิพิเศษต่าง ๆ แก่ฝ่ายปกครองเหนือเอกชนที่เป็นคู่สัญญา เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะซึ่งจะต้องมีการใช้อำนาจมหาชน (puissance publique) เพื่อจัดทำบริการสาธารณะให้เกิดผลตรงตามวัตถุประสงค์ได้ ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองทำสัญญามอบให้เอกชนเข้ามาเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะและฝ่ายปกครองยังต้องการคงอำนาจมหาชนบางประการไว้ก็จะสามารถกระทำได้โดยการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดังกล่าวไว้ในสัญญา

⁵⁷ โดยปกติในสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน แต่ศาลปกครองได้วางข้อยกเว้นให้สัญญาบางประเภทที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนให้เป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน โดยจะต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาโดยอาศัยการมอบอำนาจจากนิติบุคคลมหาชน ตามมาตรา 1998 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง เช่น คดี Leduc (CE, 2 juin 1961, Rec. 366.) หรือสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในงานโยธาสาธารณะเกี่ยวกับทางหลวงชนบทหรือทางหลวงแผ่นดิน เช่น คดี Société Entreprise Peyrot c. Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur (TC, 8 juillet 1963, Rec. 787) หรือกรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชน แต่ข้อเท็จจริงนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ปฏิบัติการตามสัญญา เช่น คดี Commune d'Agde (TC, 7 juillet 1975, Rec. 797) อ้างอิงใน เจตน์ สถาวรศีลพร, "ข้อพิจารณาบางประการสำหรับการให้ลักษณะ "สัญญาทางปกครอง" แก่สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส," ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 4: กฎหมายปกครองต่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2551), หน้า 196-197.

ประการสุดท้ายคือหลักเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญานั้น โดยทั่วไปแล้ว สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ (un service public) จะเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาดังกล่าวอาจเป็นสัญญามอบอำนาจให้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครอง หรืออาจเป็นการทำสัญญาระหว่าง ฝ่ายปกครองกับเอกชนเพื่อหารายได้ให้กับฝ่ายปกครองก็ได้

2) ความหมายของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ก่อนหน้าที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะใช้บังคับ ประเทศไทยก็มีการจัดทำสัญญาทางปกครองอยู่แล้ว โดยได้มีการจัดทำสัญญาหลายประเภทแล้ว ไม่ว่าจะเป็นสัญญาก่อสร้างหรือสัญญาจัดหาพัสดุของทางราชการ หรืออาจเป็นกรณีที่รัฐซึ่งมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชนได้มอบให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวแทนรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในกรณีดังกล่าวนั้น โดยปกติจะทำในรูปของสัญญาซึ่งในปัจจุบันก็คือสัญญาทางปกครองนั่นเอง เพียงแต่ในอดีตจะเรียกชื่อสัญญาประเภทดังกล่าวว่า สัญญาของทางราชการหรือสัญญาของรัฐ

ทั้งนี้ ภายหลังจากมีการใช้บังคับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว อาจจำแนกสัญญาทางปกครองออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

(ก) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

เมื่อมีการตรากฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองขึ้นในปี พ.ศ. 2542 กล่าวคือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4)⁵⁸

⁵⁸

และในการพิพากษาคดีดังกล่าว ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับโดยสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3)⁵⁹ แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 3⁶⁰ ว่าหมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเมื่อพิจารณานิยามดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งคือ

⁵⁸ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

...

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ...”

⁵⁹ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

...

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ...”

⁶⁰ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัติ ...

“สัญญาทางปกครอง” หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ...”

- สัญญาสัมปทาน
- สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
- สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
- สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามบทบัญญัติข้างต้นได้ใช้ถ้อยคำว่า “หมายความรวมถึง” จึงทำให้เข้าใจได้ว่า กฎหมายได้บัญญัตินิยามดังกล่าวเพื่อให้เห็นภาพของความหมายอย่างกว้างของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” โดยไม่ได้มีเจตนารมณ์ให้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยจำกัดไว้เพียงลักษณะ 4 ประเภทดังที่กล่าวมาข้างต้นเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้ใช้ดุลพินิจตามอำนาจหน้าที่ของตนในการวางหลักกฎหมายและแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้อย่างเต็มที่ต่อไป⁶¹

(ข) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ในระยะแรกของการพิจารณาคดีของศาลปกครองนั้น ปรากฏว่าโดยส่วนใหญ่แล้วการที่ศาลปกครองชั้นต้นจะพิจารณามีคำสั่งรับหรือไม่รับคำฟ้องในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้พิจารณานั้น ศาลปกครองชั้นต้นจะพิจารณาโดยให้ความสำคัญกับนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างเคร่งครัดว่า สัญญาที่มีการนำมาฟ้องคดีกันนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง 4 ประเภทดังกล่าวข้างต้นหรือไม่ จึงทำให้ต่อมา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 วางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยให้ความหมายอย่างกว้างต่อคำว่า สัญญาทางปกครองตามแนวทางของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” โดยมีสาระสำคัญดังนี้

⁶¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า .222

“สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับ มอบหมายกระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้ จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้า ดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมี ลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการ ทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทาง ปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐาน แห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

จากเนื้อหาข้างต้น จะเห็นได้ว่า สัญญาที่จะมีลักษณะเป็น สัญญาทางปกครองได้จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้⁶²

1. คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทาง ปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

2. วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่ง อย่างใด ดังต่อไปนี้

2.1 สัญญาสัมปทาน

2.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

2.3 สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

2.4 สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

⁶² เรื่องเดียวกัน, 224.

2.5 สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

2.6 สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

2.1.3.2.2 ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาของฝ่ายปกครอง⁶³

คำว่า “สัญญาทางปกครอง” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาฝรั่งเศสที่ว่า *contrats administratifs* โดยมีอีกคำที่ใกล้เคียงกันคือคำว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ซึ่งในทางกฎหมายแล้วคำทั้งสองนี้มีความหมายแตกต่างกัน โดยสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนได้นั้นจะต้องประกอบด้วยลักษณะที่สำคัญสองประการ กล่าวคือ ประการแรกจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง (*personne publique*) และประการที่สองคือระบบกฎหมาย (*régime juridique*) ที่นำมาใช้กับสัญญาจะต้องเป็นระบบกฎหมายมหาชนโดยจะไม่นำกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญามาใช้กับสัญญาดังกล่าวซึ่งทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยทำให้เมื่อมีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองดังกล่าวแล้วข้อพิพาทดังกล่าวจะอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครอง (*contrat administrative*) เสมอไป โดยมีสัญญาของฝ่ายปกครองหลายประเภทที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่ง ซึ่งสัญญาเหล่านั้นเป็นเพียงสัญญาของฝ่ายปกครอง (*contrat de l'administration*) ที่เรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน” ซึ่งเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายปกครองได้แสดงเจตนาในการทำสัญญาว่าประสงค์ที่จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายแพ่ง

⁶³ เรื่องเดียวกัน, 374-378.

ที่เอกชนทำกัน สัญญาดังกล่าวนำระบบกฎหมายเอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับและข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาดังกล่าวจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรม

ในทางวิชาการ ศาสตราจารย์เวเดล (Vedel) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีสได้อธิบายเกี่ยวกับคำว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” และ “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมายโดยการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถใช้วิธีการทำสัญญาได้อีกด้วย โดยสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นหรือมีส่วนเกี่ยวข้องนั้นจะเรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l'Administration)” โดยฝ่ายปกครองอาจพิจารณาเลือกได้ว่าตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนอย่างเดียวกับที่เอกชนทำสัญญาระหว่างกันหรือว่าตนประสงค์ที่จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นระบบกฎหมายพิเศษ โดยการทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนจะเรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน (contrats de droit privé de l' Administration)” ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าว ในขณะที่สัญญาที่ทำภายใต้ระบบกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชนนั้น จะเรียกว่า “สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)” ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา⁶⁴

แม้แนวความคิดทั่วไปของสัญญาของฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นหรือจัดทำขึ้นในระบบกฎหมายมหาชน (กล่าวคือ สัญญาทางปกครอง) หรือระบบกฎหมายเอกชนจะมีความคล้ายคลึงกันบางประการก็ตาม แต่ผลผูกพันของสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนและระบบกฎหมายเอกชนก็มีข้อแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ สัญญาทางปกครองจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นระบบพิเศษที่มีลักษณะสำคัญหรือองค์ประกอบพิเศษในตัวเองอันเป็นที่ยอมรับโดยสภาพซึ่งได้แก่ เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (prérogatives de la puissance publique) และความไม่เสมอภาคหรือความไม่เท่าเทียมกัน (intégalité) ในระหว่างคู่สัญญา องค์ประกอบพิเศษ

⁶⁴ Georges Vedel, Droit Administratif, P.U.F, 1976, p. 228 - 229., อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 30-31.

ทั้งสองดังกล่าวนี้เป็นสิ่งสำคัญที่มีความเกี่ยวพันกัน เพราะในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องมีเอกสิทธิ์หรืออำนาจเหนือกว่าฝ่ายเอกชน มิเช่นนั้นแล้ว การจัดทำบริการสาธารณะหรือการมอบบริการสาธารณะไปให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนก็อาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ได้

2.1.3.2.3 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

แม้ฝ่ายปกครองจะใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่เมื่อพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ และการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองในปัจจุบันแล้ว จะเห็นได้ว่า ประโยชน์สาธารณะมีหลายรูปแบบ อีกทั้งเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมที่มีความหลากหลายนั้น ย่อมเป็นการยากที่จะแยกประเภทของสัญญาทางปกครองออกอย่างชัดเจนหรือเป็นเอกเทศจากกัน โดยเด็ดขาดได้ เพราะประเภทของสัญญาทางปกครองย่อมจะต้องสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะในเรื่องนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาประเภทของสัญญาทางปกครองที่สำคัญในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส และระบบกฎหมายของไทยได้ดังนี้

1) ประเภทของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ฝ่ายปกครองได้ใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการมอบอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่เอกชน ซึ่งสัญญาทางปกครองที่สำคัญในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสอาจจำแนกประเภทออกได้เป็น สัญญาพัสดุ (les marchés) และสัญญามอบบริการสาธารณะให้จัดทำ (delegation de service public) โดยวิธีการให้สัมปทาน (les concessions) ซึ่งนับได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่สำคัญและเก่าแก่ที่สุดของฝรั่งเศส⁶⁵

⁶⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 495.

1.1 สัญญาพัสดุ⁶⁶

สัญญาพัสดุ (les marchés) เป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมายเพราะมีกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นสัญญาทางปกครอง และเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่ฝ่ายปกครองดำเนินการจัดทำมากที่สุด รวมทั้งยังเป็นสัญญาทางปกครองที่มีความสำคัญที่สุดของฝ่ายปกครองเพราะในการจัดทำบริการสาธารณะแต่ละประเภทนั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้สัญญาพัสดุในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ

เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ (objet) ของสัญญาพัสดุแล้วจะเห็นได้ว่า มีลักษณะที่คล้ายกับสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนเพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการทำสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์หรือบริการหรือการก่อสร้าง โดยฝ่ายปกครองจะจ่ายค่าตอบแทนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ แม้สัญญาพัสดุจะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาซื้อขาย (contrat de vente) ในระบบกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่สัญญาพัสดุซึ่งทำโดยฝ่ายปกครองก็ถือเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชนและเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่สำคัญที่สุดอีกประเภทหนึ่งด้วย

1.2 สัญญามอบบริการสาธารณะให้จัดทำ⁶⁷

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองได้มีการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนฝ่ายปกครองโดยการมอบการดำเนินการก่อสร้างหรือการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่นิติบุคคลมหาชนหรือนิติบุคคลเอกชนด้วยวิธีการทำสัญญาสัมปทานโยธาสาธารณะ (la concession de travaux) และสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ (la concession de service public) ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองที่สำคัญอีกประเภทหนึ่งในระบบกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, 496.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, 518.

การมอบบริการสาธารณะให้จัดทำจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่สำคัญสองประการ คือ ในประการแรกนั้น ผู้ที่สามารถมอบบริการสาธารณะให้ผู้อื่นไปจัดทำได้ จะต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น รัฐ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (les collectivités territoriales) หรือองค์การมหาชน (établissement public) ส่วนในประการที่สอง บริการสาธารณะที่มอบให้ผู้อื่นไปจัดทำนั้น ผู้รับมอบจะต้องจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เดียวกับที่ฝ่ายปกครองจัดทำ และต้องจัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Intérêt public) ด้วย

2) ประเภทของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ปัจจุบันได้มีการกำหนดคำนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 วางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยให้ความหมายอย่างกว้างต่อคำว่าสัญญาทางปกครองไว้ จึงทำให้นอกจากลักษณะของสัญญาทางปกครอง 4 ประเภทดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แล้ว สัญญาทางปกครองยังอาจมีประเภทอื่นได้อีกด้วย โดยพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผลหรือไม่ ทั้งนี้ ย่อมขึ้นอยู่กับการวางแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

ทั้งนี้ ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงเฉพาะประเภทของสัญญาทางปกครองที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งมี 4 ประเภท ดังนี้

2.1 สัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานถือเป็นสัญญาของทางราชการที่เก่าแก่ที่สุดรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีคำอธิบายของสัญญาประเภทนี้ว่า สัมปทานเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมาย

ให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น⁶⁸ ซึ่งในปัจจุบัน อาจจำแนกสัมปทานที่สำคัญในประเทศไทย ออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สัมปทานบริการสาธารณะ และสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ⁶⁹

2.2 สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ

คำว่า “บริการสาธารณะ” หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยมีเงื่อนไขที่สำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก บริการสาธารณะต้องดำเนินไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง ประการที่สอง บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นต้องให้เอกชนมีสิทธิได้รับประโยชน์โดยเท่าเทียมกัน และประการที่สาม การจัดทำบริการสาธารณะต้องปรับให้เหมาะสมกับความต้องการของประชาชนตลอดเวลา โดยสัญญาประเภทนี้ นอกจากฝ่ายปกครองจะสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเองแล้ว ฝ่ายปกครองอาจมอบอำนาจให้เอกชนดำเนินการแทนเพื่อสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างเพียงพอและทั่วถึงได้อีกด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN

2.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่จัดให้มีการจัดทำสิ่งสาธารณูปโภคใด ๆ ขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไป ซึ่งสิ่งสาธารณูปโภคสามารถแบ่งเป็น 2 ประเภท⁷⁰ คือ ทรัพย์สินโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนทั่วไป

⁶⁸ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 146.

⁶⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 136-146.

⁷⁰ สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2551), หน้า 38-39.

สามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง ซึ่งโดยสภาพของมันเองเป็นบริการสาธารณะ เช่น ถนน สะพาน สวนสาธารณะ เป็นต้น และทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้า สายไฟฟ้า ท่อประปา โรงเรียน โรงพยาบาล เป็นต้น

2.4 สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งมีหน้าที่ดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติยอมให้บุคคลอื่นเข้าไปแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในการดูแลรักษาของตนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติไม่ให้ถูกทำลายโดยไม่ได้รับประโยชน์คุ้มค่า เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติถือว่าเป็นของส่วนรวม รัฐจึงต้องเข้ามาดูแลควบคุมการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยรัฐอาจใช้วิธีอนุญาตซึ่งเป็นคำสั่งฝ่ายเดียวหรืออาจใช้วิธีทำสัญญาภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยมีรูปแบบที่สำคัญ 3 รูปแบบคือ สัญญาสัมปทาน สัญญาตัวแทนหรือสัญญาจ้างทำของ และสัญญาร่วมกิจการ

2.1.3.2.4 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาทางปกครอง

กระบวนการในการทำสัญญาทางปกครองนั้นจะแตกต่างจากกระบวนการในการทำสัญญาทางแพ่งในระบอบกฎหมายเอกชน เนื่องจากการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการหรือจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวม ส่วนการเข้าทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเองเป็นการทำเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเท่านั้น โดยการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นมีแนวคิดพื้นฐานและหลักกฎหมายดังนี้

1) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาทางปกครองในระบอบกฎหมายของฝรั่งเศส

ในกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสนอกจากจะเป็นผลจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันของคู่สัญญาแล้ว สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่ง

ในการทำสัญญาก็คือกฎหมายที่กำหนดการก่อให้เกิดสัญญานั้น โดยกฎหมายจะเป็นสิ่งที่จำกัดเสรีภาพและความเสมอภาคในการทำสัญญามากกว่าการทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน

1.1 ข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาทางปกครองจะปรากฏในเรื่องของอำนาจในการทำสัญญาและการเลือกคู่สัญญา

ก. อำนาจในการทำสัญญา

ข้อจำกัดในการทำสัญญาของเอกชน คือ ความสามารถหรือวัตถุประสงค์ในกรณีของนิติบุคคลเท่านั้น แต่ฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องอำนาจการทำสัญญาในหลายประการ เช่น ฐานะของคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน โดยผู้ที่จะทำสัญญาแทนนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนต้องเป็นผู้มีอำนาจทางกฎหมาย นอกจากนี้ แบบของสัญญาทางปกครองก็อาจมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้อีกด้วย ตลอดจนการที่ฝ่ายปกครองไม่อาจสละเอกสิทธิ์บางประการที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ เช่น ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองจะต้องให้ศาลปกครองพิจารณา ศาลปกครองจะยอมให้นำข้อพิพาทให้ศาลยุติธรรมพิจารณาไม่ได้ หรือจะตั้งอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นเด็ดขาดโดยไม่ต้องขึ้นศาลปกครองไม่ได้ เว้นแต่กรณีการทำสัญญาของรัฐวิสาหกิจ หรือการทำสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ตั้งอนุญาโตตุลาการได้ เป็นต้น

ข. การเลือกคู่สัญญา

การทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีเสรีภาพเต็มที่ที่จะเลือกคู่สัญญา แต่การเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสจะต้องทำตามกฎหมายซึ่งจะกำหนดวิธีการที่เป็นกลาง และให้ได้ประโยชน์กับส่วนรวมมากที่สุด ด้วยเหตุนี้ การประมูลประกวดราคาจึงเป็นวิธีหลักในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความเป็นกลาง และฝ่ายปกครองได้รับประโยชน์มากที่สุด ส่วนวิธีการอื่น เช่น การสืบราคา วิธีพิเศษ จะใช้ได้เท่าที่กฎหมายอนุญาตเท่านั้น

1.2 ขอบจำกัดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา

การทำสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน คู่สัญญาจะมีความเสมอภาคกันในการกำหนดข้อสัญญา การเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา และการปฏิบัติตามสัญญา แต่การทำสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีสถานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เนื่องจากการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำเพื่อประโยชน์ส่วนตน ดังนั้น อำนาจในการกำหนดข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจึงเป็นหลักในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีอำนาจต่อรองข้อสัญญานอกจากเรื่องราคาหรือค่าตอบแทนเท่านั้น

2) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ด้วยเหตุที่การทำสัญญาทางปกครองอยู่บนแนวคิดพื้นฐานที่ว่าต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของส่วนรวม ดังนั้น กระบวนการทำสัญญาทางปกครองจึงแตกต่างจากกระบวนการทำสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพของคู่สัญญาในการทำสัญญาทางปกครองซึ่งอาจพิจารณาได้ใน 2 ลักษณะ ดังนี้

1) ขอบจำกัดหลักเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

หลักในการเลือกคู่สัญญาต้องอยู่บนแนวความคิดพื้นฐานเรื่องความเสมอภาค กล่าวคือ การให้โอกาสแก่เอกชนทุกรายที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองกำหนดเข้ามายื่นข้อเสนอเป็นคู่สัญญากับรัฐได้โดยเท่าเทียมกัน และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม หน่วยงานของรัฐจึงไม่มีสิทธิหรือเสรีภาพเต็มที่ที่จะใช้ดุลพินิจเลือกทำสัญญากับบุคคลใดตามใจชอบดังเช่นการเข้าทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน นอกจากนี้ การจำกัดสิทธิหรือการกำหนดคุณสมบัติฝ่ายเอกชนผู้มีสิทธิจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐได้จะต้องเป็นไปโดยสุจริตและเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลซึ่งจะต้องมีกฎหมายออกมาเพื่อจำกัดเสรีภาพดังกล่าว ดังนั้น ในการเลือกคู่สัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นกลาง โปร่งใส และเป็นวิธีการที่เปิดโอกาสให้ผู้ที่มีความเหมาะสมได้เข้ามาเสนอตัวเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

จึงมีวิธีการในการคัดเลือกคู่สัญญาโดยวิธีต่าง ๆ อาทิ วิธีการประกวดราคา วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา ตามที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นต้น

2) ขอบจำกัดหลักเสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

การทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน คู่สัญญามีเสรีภาพเต็มที่ ในการกำหนดข้อสัญญาเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายและหลักกฎหมายในเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในส่วนการทำสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพดังกล่าว เนื่องจากการทำสัญญาทางปกครองบางอย่างถูกกำหนดให้ทำสัญญาตามแบบดังเช่น การให้สัมปทานสำรวจแร่หรือทำเหมืองแร่จะต้องเป็นไปตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 27 (พ.ศ. 2517) ออกตามความในพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมอาศัยอำนาจตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 หรือการให้สัมปทานสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมจะต้องทำตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวง ฉบับที่ 17 (พ.ศ. 2532) ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมอาศัยอำนาจตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 หรือแบบสัญญาซื้อขายและแบบสัญญาของหน่วยงานราชการทำยาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่สำนักงานนายกรัฐมนตรีประกาศเวียนให้หน่วยงานของรัฐที่จะทำสัญญากับเอกชนถือเป็นแนวทางในการดำเนินการ ซึ่งในทางปฏิบัติก็จะทำสัญญาตามแบบดังกล่าว

2.1.3.2.5 ข้อความคิดเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของไทย

1. วิธีการและขั้นตอนการจัดทำสัญญาทางปกครอง

การเกิดขึ้นของสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ซึ่งเรียกว่าสัญญาของฝ่ายปกครอง (สัญญากับทางราชการ) อันเป็นจุดเริ่มต้นของการพิจารณาต่อไปว่าสัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น เป็นกรณีภายหลังจากที่ได้ผ่านกระบวนการตามกฎหมายเพื่อ

คัดเลือกคู่สัญญาของหน่วยงานทางปกครองมาแล้ว ซึ่งในกรณีของไทยส่วนใหญ่จะเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบของส่วนราชการอื่นว่าด้วยการพัสดุ แต่ระเบียบดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์การคัดเลือกคู่สัญญาในกรณีการตกลงทำสัญญาจัดซื้อหรือจัดจ้างเท่านั้น ส่วนสัญญาประเภทอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ก็จะต้องอยู่ภายใต้ระเบียบหรือหลักเกณฑ์เฉพาะสำหรับสัญญาประเภทนั้น ๆ เช่น สัญญาที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาร่วมลงทุนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 แต่การที่สัญญาของทางราชการต้องผ่านกระบวนการทำสัญญาตามระเบียบหรือหลักเกณฑ์ใด ๆ มิได้มีผลเป็นการกำหนดสถานะทางกฎหมายของสัญญาว่าเป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาจากนิยามที่กฎหมายกำหนด แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองประกอบกัน

การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมิได้มีอิสระที่จะทำสัญญาใด ๆ กับผู้ใดก็ได้เหมือนอย่างกรณีของเอกชน การก่อให้เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับของทางราชการกำหนด ดังนั้น เสรีภาพในการเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงมักถูกจำกัดใน 2 ด้าน คือ ข้อจำกัดเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา และข้อจำกัดหลักเสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา ดังนี้

1) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

การเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะ เป็นในรูปแบบของสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งอาจไม่แตกต่างกันมากนัก ทั้งนี้ เพราะคุณสมบัติของคู่สัญญาจะถูกกำหนดโดยกฎหมาย เช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยหลักจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และหน่วยงานทางปกครองจะต้องเป็นนิติบุคคล จึงจะสามารถทำนิติกรรมได้ โดยทั่วไป ผู้ที่มีอำนาจลงนามในสัญญาต่าง ๆ มักจะเป็นหัวหน้าของหน่วยงานนั้น เช่น ในระดับกระทรวง ได้แก่ รัฐมนตรี ในระดับกรม ได้แก่ อธิบดี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้ลงนามหรือตัดสินใจในการทำสัญญาต้องเป็นผู้ไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในโครงการนั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของการพิจารณาทางปกครอง

นอกจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐยังต้องพิจารณาด้วยว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาที่จะทำนั้นอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือไม่ เช่น กรมประมงจะไปทำสัญญาสร้างทางหลวงแผ่นดินกับเอกชนไม่ได้ แต่ในเรื่องการจัดหาเครื่องมือ เครื่องมือ หรือวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ เช่น โตะ แก้ว คอมพิวเตอร์ ฯลฯ นั้น เป็นเรื่องที่อยู่ในกรอบของการจัดทำภารกิจของฝ่ายปกครองทุกหน่วยงานโดยสภาพอยู่แล้ว จึงไม่ปัญหาในเรื่องการทำสัญญาออกนอกวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน ภายใต้หลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองกำหนดในเรื่องนั้น ๆ สามารถเข้ายื่นข้อเสนอเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองได้โดยเท่าเทียมกัน และมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายปกครองอย่างเป็นธรรม อย่างไรก็ดี การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้เสนอก็คือ การจัดทำบัญชีผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นก็ดี ตลอดจนหลักเกณฑ์การคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น ซึ่งจะต้องเป็นไปโดยสุจริตและเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลอย่างดีที่สุดนั้น อาจกระทบต่อหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนาบ้าง แต่ก็ไม่ได้ทำให้หลักดังกล่าวหมดความสำคัญลงไป เพราะในบรรดาผู้ที่ผ่านคุณสมบัติเบื้องต้นตามที่กำหนดไว้จะต้องได้รับการปฏิบัติจากฝ่ายปกครองอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม

ในส่วนของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้น แทบทุกประเทศจะมีวิธีการที่ไม่แตกต่างกันมากนัก สำหรับประเทศไทย โดยหลักมีวิธีการในการซื้อและการจ้างอยู่ 6 วิธี คือ วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ และวิธีการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด นอกจากนี้ จะต้องเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ทั้งนี้ วิธีการหรือขั้นตอนในการทำสัญญาจะมีความเข้มงวดมากน้อยแตกต่างกันไปตามความสำคัญของสัญญานั้น ๆ ตามที่กำหนดไว้ในระเบียบหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น ในสัญญาที่มีวงเงินสูง ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จะกำหนดให้ผ่านกระบวนการที่ซับซ้อนกว่าในสัญญาที่มีวงเงินต่ำหรือสัญญาที่มอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะก็จะต้องผ่านกระบวนการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างธรรมดา เป็นต้น

หลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือก คู่สัญญา ในขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนการ ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการสั่งการซึ่งอาจไปกระทบสิทธิของผู้ใดผู้หนึ่งที่เข้ามาในกระบวนการดังกล่าว การสั่งการต่าง ๆ เหล่านี้ ไม่ใช่ส่วนหนึ่ง ส่วนใดของสัญญา แต่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอ คำสั่งอนุมัติสั่งซื้อสิ่งจ้าง หรือคำสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นในลักษณะเดียวกัน ดังนั้น หากคำสั่งเหล่านี้ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธินำคดีไปฟ้องศาลได้ แต่จะไม่ใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งการยื่นฟ้องเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการดังกล่าวนี้ ในปัจจุบัน จะอยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง

1) เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

ในสัญญาของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพเต็มที่ ในการกำหนดข้อสัญญาเช่นเสรีภาพของเอกชนในสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากการทำสัญญาของ ฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้น มักจะถูกกำหนดให้ทำตามสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานที่ ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ เช่น ตามที่สำนักนายกรัฐมนตรีได้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญา มาตรฐานไว้โดยประกาศเวียนให้หน่วยงานราชการที่จะทำสัญญากับเอกชนยึดถือเป็นแนวทาง ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในกรณีนี้ โดยยอมรับบังคับตามข้อกำหนดในสัญญาซึ่งเป็นสัญญาสำเร็จรูปว่า ลูกหนี้ต้องผูกพันปฏิบัติตามหน้าที่ในการชำระหนี้ ถ้ามีการระบุดกกลางกันไว้ชัดเจนในสัญญา แม้ข้อตกลงในสัญญาจะผิดแผกแตกต่างไปจากกฎหมายก็ทำได้ หากไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ สัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวมีด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ หากเป็น สัญญาสำเร็จรูปที่หน่วยงานคู่สัญญาเป็นผู้กำหนดเอง สัญญาจะมีลักษณะเป็นสัญญาจำยอมที่คู่สัญญา ฝ่ายเอกชนไม่สามารถต่อรองเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่หรือเงื่อนไขของสัญญาได้ แต่มีสิทธิเพียงที่จะรับรู้ ข้อความของสัญญาและตัดสินใจว่าจะลงนามเป็นคู่สัญญาหรือไม่เท่านั้น แต่หากสัญญาสำเร็จรูป ดังกล่าวถูกกำหนดโดยหน่วยงานอื่นเพื่อใช้เป็นแบบมาตรฐานของฝ่ายปกครอง เช่น แบบสัญญาตาม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งตามแนวคิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เห็นว่า แบบมาตรฐานมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ในขณะที่ผู้เขียนเห็นว่า แบบมาตรฐานมีผลเฉพาะต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเท่านั้น นอกจากนี้ ในหลายกรณียังอาจเลือกทำ

สัญญาที่แตกต่างไปจากแบบมาตรฐานได้เพียงแต่จะต้องมีการส่งสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจสอบด้วย

เหตุที่รัฐต้องใช้สัญญาสำเร็จรูปเช่นนี้ เพราะส่วนราชการต่าง ๆ ได้เข้าทำสัญญาในฐานะของตัวแทนของรัฐและผู้รักษาผลประโยชน์สาธารณะ ส่วนเอกชนเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจของตนเท่านั้น ดังนั้น ด้วยความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนและเพื่อให้สามารถรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวม อันเป็นประโยชน์สาธารณะ รัฐจึงต้องอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าตามสัญญา อันเป็นการนำหลักการของกฎหมายมหาชนมาปรับใช้ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งการใช้แบบสัญญาสำเร็จรูปเป็นเทคนิคการกำหนดข้อสัญญาให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ในแบบของสัญญาเพื่อให้เอกชนต้องยอมปฏิบัติตาม นอกจากนั้น ยังเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อให้มีแบบแผนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการทำสัญญาของรัฐ และเพื่อความสะดวกในการตรวจสอบและการบริหารสัญญา

อย่างไรก็ดี ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการให้ความเป็นธรรมแก่เอกชนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสังคมด้วย ดังนั้น แม้รัฐจะใช้เทคนิคของการกำหนดข้อสัญญาเพื่อให้มีสถานะเหนือกว่าเอกชนคู่สัญญาเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ แต่รัฐและหน่วยงานของรัฐก็มีได้มุ่งที่จะเอาใจเอารัดเอาเปรียบเอกชนคู่สัญญา เพราะรัฐและหน่วยงานของรัฐมิได้จัดตั้งขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์เช่นนั้น นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ (คณะที่ 2) ได้เคยวินิจฉัยวางแนวทางในการตีความสัญญาของทางราชการไว้ในคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 12/2524 ว่า

“...การตีความสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนจะต้องตีความไปตามความเข้าใจโดยสุจริตของคู่กรณี และต้องไม่ตีความไปในทางเอาใจเอารัดเอาเปรียบประชาชน เพราะรัฐบาลย่อมไม่มีความประสงค์เช่นนั้น...”

และในคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 71/2537 ว่า

“...การตีความสัญญาจำต้องคำนึงถึงสิทธิหน้าที่ของเอกชนประโยชน์ของทางราชการ และประสิทธิภาพของระบบบริหารราชการอันเป็นบริการสาธารณะเป็นสิ่งสำคัญอีกด้วย กรณีจึงไม่ควรมุ่งที่จะตีความตามถ้อยคำในสัญญาโดยเคร่งครัดดังเช่นเดียวกับหลักการ

ตีความสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่ควรตีความไปตามความเข้าใจโดยสุจริตของคู่กรณีและต้องไม่ตีความไปในทางเอารัดเอาเปรียบประชาชน...”

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ในเมื่อรัฐมีสิทธิพิเศษในทางสัญญาเหนือเอกชนคู่สัญญา รัฐย่อมมีหน้าที่พิเศษต่อเอกชนคู่สัญญาด้วยเช่นกัน

ในขั้นตอนและกระบวนการทำสัญญาทางปกครองจะแตกต่างกับการจัดทำสัญญาของเอกชนเนื่องจากการจัดทำสัญญาทางปกครองจะต้องมีวิธีการตามที่ฝ่ายปกครองได้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ ตลอดจนกระบวนการในการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญา และการจัดทำสัญญาเอาไว้ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดในรูปแบบของระเบียบ คำสั่ง หรือรูปแบบอื่น โดยขั้นตอนและกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองเป็นหลักเกณฑ์พิเศษ ซึ่งมีที่มาจากหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง นอกจากนี้ ขั้นตอนและกระบวนการทำสัญญาทางปกครองยังจะต้องกำหนดให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาประเภทนั้น ๆ และก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ การทำสัญญาพัสดุหรือสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการทั้งที่เป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง นอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาคแล้ว ยังต้องคำนึงถึงหลักความโปร่งใสและเปิดเผย และหลักความคุ้มค่าอีกด้วย

โดยทั่วไป ขั้นตอนและกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ขั้นตอน ดังนี้

1.1 ขั้นตอนการริเริ่มจัดทำสัญญาทางปกครองและการคัดเลือกเอกชน

ในส่วนนี้จะเป็นการเสนอต่อหัวหน้าส่วนราชการเพื่ออนุมัติหลักการให้ดำเนินการในโครงการนั้น ตลอดจนเสนอให้อนุมัติให้จัดหาคู่สัญญา การจัดทำเอกสารสอบราคาหรือเอกสารประกวดราคาหรือเอกสารอื่น การเผยแพร่เอกสารสอบราคาหรือเอกสารประกวดราคา การแต่งตั้งคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง การยื่นซองเสนอราคาหรือซองข้อเสนอทางเทคนิค และการตรวจสอบและคัดเลือกผู้เสนอราคาที่มีคุณสมบัติถูกต้อง เป็นต้น

ในส่วนของขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญา
จะมีกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ
พ.ศ. 2556 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นต้น ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้
จะได้ทำการศึกษาในรายละเอียดของกฎหมายและระเบียบดังกล่าวต่อไป

1.2 ขั้นตอนการจัดทำและลงนามในสัญญาทางปกครอง

ในส่วนนี้ จะเป็นการดำเนินการต่อจากในส่วนแรก กล่าวคือ
เมื่อคัดเลือกได้ผู้เสนอราคาที่มีคุณสมบัติถูกต้องแล้ว เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะต้องรายงานผล
การพิจารณาคัดเลือกต่อหัวหน้าส่วนราชการ เพื่ออนุมัติให้ทำสัญญา ซึ่งเจ้าหน้าที่จะจัดทำเอกสาร
สัญญา จัดให้มีการวางหลักประกันสัญญาตามที่กฎหมายหรือระเบียบกำหนด และให้หัวหน้า
ส่วนราชการและเอกชนรายที่ได้รับการคัดเลือกลงนามในสัญญาต่อไป

1.3 ขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง

ในส่วนนี้จะเป็นการดำเนินการหลังจากที่มีการลงนาม
ในสัญญาเรียบร้อยแล้ว ดังนั้น คู่สัญญาทั้งฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนย่อมมีสิทธิและหน้าที่
ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา และหากมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ไม่ว่าจะโดยคู่สัญญาฝ่ายใด คู่สัญญาอีก
ฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องให้มีการปฏิบัติตามสัญญา หรืออาจมีการฟ้องให้รับผิดชอบตามสัญญาได้
นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญา จะมีการกำหนดโทษซึ่งเรียกว่า
“การลงโทษผู้ทำงาน” เช่น ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่
แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดไว้ในหมวดที่ 2 ส่วนที่ 8 ข้อ 145 ถึงข้อ 145 สัตต ซึ่งระเบียบดังกล่าว
ได้กำหนดผลและสภาพบังคับของการเป็นผู้ทำงานไว้ว่า ห้ามส่วนราชการก่อนนิติสัมพันธ์กับบุคคลที่
ได้รับการระบุชื่อไว้ในบัญชีรายชื่อผู้ทำงาน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ
พ.ศ. 2535 และได้มีการแจ้งเวียนชื่อไปแล้ว เว้นแต่ปลัดกระทรวงการคลังซึ่งเป็นผู้รักษาการตามระเบียบ
จะสั่งเพิกถอนการเป็นผู้ทำงานตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2545

2. กระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาในระบบ กฎหมายไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองเป็นขั้นตอนและกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองที่มีความแตกต่างกันกับสัญญาทางแพ่งมากที่สุด เนื่องจากเป็นขั้นตอนที่มีหลักเกณฑ์พิเศษซึ่งมีที่มาจากหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง

สัญญาของทางราชการที่ดำเนินการจัดทำกันอยู่ทั่ว ๆ ไปนั้น มีอยู่หลายประเภท ซึ่งการแบ่งประเภทของสัญญาของทางราชการนั้น จะไม่สามารถแบ่งได้อย่างชัดเจนดังเช่นที่ทำกันอยู่ในต่างประเทศหรือดังเช่นที่เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ เนื่องจากแต่เดิมนั้น สัญญาของทางราชการเป็นเพียงสัญญาประเภทหนึ่งที่ได้มีความแตกต่างจากสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน เพราะไม่ว่าจะเป็นสัญญาประเภทใดก็ตาม หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา วินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งศาลยุติธรรมก็จะนำหลักกฎหมายเอกชน คือ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับและบังคับใช้กับสัญญาของทางราชการเช่นเดียวกับกรณีของสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน

อย่างไรก็ตาม การแบ่งประเภทของสัญญาของทางราชการก็สามารถกระทำได้โดยการพิจารณาจากการทำสัญญาของทางราชการในอดีตที่ผ่านมาที่มักจะเป็นสัญญาพัสดุหรือสัญญาสัมปทานเป็นส่วนใหญ่ และนอกจากนั้นก็ยังมีสัญญาอื่น ๆ อีกบ้าง ซึ่งหากพิจารณาตามวัตถุประสงค์ของสัญญาและกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาในระบบกฎหมายไทยแล้ว อาจแบ่งประเภทของสัญญาของทางราชการที่เป็นสัญญาทางปกครองได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

2.1 กระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญากรณีสัญญาพัสดุ

การจัดซื้อและจัดจ้าง (procurement) ของทางราชการเป็นการดำเนินการซึ่งก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ หน่วยงานของรัฐ ในฐานะที่เป็นผู้ซื้อหรือผู้ว่าจ้าง กับอีกฝ่ายหนึ่ง คือ ภาคเอกชน ในฐานะผู้ขายหรือผู้รับจ้าง โดยมีสัญญาเป็น

สิ่งที่ผูกพันทั้งสองฝ่ายเข้าด้วยกัน ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการก็จะมีหลักการเหมือนกับสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างโดยทั่วไป คือ เป็นสัญญาที่เกิดจากการเข้าทำนิติสัมพันธ์ด้วยความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย⁷¹

2.2 กระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญากรณีสัญญาสัมปทานหรือสัญญามอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำทางแทนรัฐ

ระบบสัมปทานนั้นเกิดขึ้นในประเทศไทยมาเป็นเวลานานแล้วตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ก็ยังคงมีการให้สัมปทานอยู่จนกระทั่งในปัจจุบัน จึงนับได้ว่าสัมปทานเป็นสัญญาของทางราชการที่เก่าแก่ที่สุดรูปแบบหนึ่ง

สัญญาสัมปทานในประเทศไทยสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ สัมปทานบริการสาธารณะ และสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ⁷²

นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองก็ยังมีการจัดทำสัญญาประเภทอื่น ๆ อีกที่มีสภาพเป็น “สัญญาของทางราชการ” สัญญาเหล่านั้นได้แก่ สัญญาร่วมทุนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาร่วมทุนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ ตลอดจนสัญญาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของทางราชการ เป็นต้น

⁷¹ ภิรมย์ สิมะเสถียร, ข้อคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย” จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและมูลนิธิ Konrad Adenauer เมื่อวันที่ 19 – 20 พฤศจิกายน 2541 ณ ห้องนภลัย โรงแรมดุสิตธานี, หน้า 1, อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 111.

⁷² ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 146. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, .135

3. ข้อพิพาทในขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญา

ในสัญญาทางปกครอง

ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง ข้อพิพาทในกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองจะเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรม ซึ่งศาลฎีกาเคยวางแนวคำวินิจฉัยว่า ในขั้นตอนก่อนทำสัญญาอาจมีสัญญาก่อนสัญญาหรือสัญญาประกวดราคาได้ ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3350/2526 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 931/2480 จากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้ในคำวินิจฉัยดังกล่าวจะมีข้อขัดแย้งกันบ้างในเรื่องการเกิดขึ้นของสัญญา แต่ก็เห็นได้ว่าศาลฎีกายอมรับว่ามี “สัญญาประกวดราคา” เกิดขึ้นก่อนสัญญาได้ และหากถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ต้องมีความรับผิดชอบตามสัญญา แต่หากยังไม่ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นคู่กรณีก็จะไม่สามารถเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบได้เลย ดังนี้จึงเท่ากับว่าศาลฎีกาเห็นว่าการประกวดราคาหรือการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญานั้นคือมีสถานะเป็นสัญญาแล้ว โดยสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาก่อนสัญญาที่ประสงค์จะผูกนิติสัมพันธ์กันจริงตามที่ได้ดำเนินกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญา

ในปัจจุบันข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนข้อพิพาทที่เกี่ยวกับคำสั่งหรือการกระทำในขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาจะเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองพบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนทำสัญญาในสัญญาทางปกครองไว้ 3 ประเภทด้วยกัน ดังนี้

คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คดีพิพาทเกี่ยวกับละเมิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา
ของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา
คดีปกครอง พ.ศ. 2542

คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4)
แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

3.1 คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือ
เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่
ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หมายความว่า การฟ้องคดีเกี่ยวกับ
ความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ซึ่งหมายถึงการกระทำทางกายภาพ
หรือการปฏิบัติการของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเนื่องมาจากกระทำโดยไม่มี
อำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ
ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือ
มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือ
สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งกรณีที่มีการฟ้อง
ว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว
ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับโดยสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามกระทำการทั้งหมด
หรือบางส่วน ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)⁷³ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา

⁷³ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง
หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครอง
กำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

คดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลปกครองจะกำหนดว่าให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ตามมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในปัจจุบันมีกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในอนุมาตรา 2 ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา 5⁷⁴ และมาตรา 6⁷⁵ แห่ง

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้อง ให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น”

⁷⁴ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้...

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง...”

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยกำหนดให้ “การดำเนินการ” ของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการทำสัญญาเป็นคำสั่งทางปกครอง การดำเนินการทั้งหลายไม่ว่าจะอยู่ในรูปของกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่น จึงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม กฎกระทรวงดังกล่าว ก็ได้กำหนดครอบคลุมถึงการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการทำสัญญาทั้งหมดว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น จึงอาจพิจารณาข้อพิพาทในขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองเป็น 2 ประการ คือ

(1) ข้อพิพาทตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543)

ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และ

(2) ข้อพิพาทในลักษณะอื่นนอกจากที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ก. ข้อพิพาทตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁷⁵

กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในอนุมาตรา 2 ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา 5 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยกำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตาม

⁷⁵ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและประกาศ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงและประกาศนั้น เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้”

⁷⁶ ยูธธนา ทิณรัตน์, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองวิทยานิพนธ์" ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (2549, หน้า .127-121

กฎกระทรวงดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งกรณีต่าง ๆ ตามกฎกระทรวงจะมีสถานภาพเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกิดจาก “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง พบว่าศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากการดำเนินการตามขั้นตอนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2539 ที่เป็นการวางหลักเกี่ยวกับการเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเฉพาะวิธีซื้อและวิธีจ้างจำนวนมากพอสมควร ซึ่งอาจสรุปประเด็นคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยข้อพิพาทตามประเด็นโต้แย้งที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของวิธีการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง ได้แก่ ประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา ประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อหรือจัดจ้างโดยวิธีประกวดราคา

ทั้งนี้ ตามบรรทัดฐานศาลปกครองสูงสุด การที่ศาลจะวินิจฉัยว่ากรณีใดเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ศาลปกครองได้ถือเอากรณีต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นเกณฑ์การพิจารณา ซึ่งในกรณีที่มีการยื่นฟ้องว่าหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาได้กระทำละเมิดจากการออกคำสั่งทางปกครองในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง อันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ศาลปกครองจะต้องนำกฎกระทรวงดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาว่าการดำเนินการในระหว่างจัดทำสัญญานั้นเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ อันเป็นข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ข. ข้อพิพาทในลักษณะอื่นนอกจากที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁷⁷

แม้กฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะได้กำหนดถึงลักษณะที่เป็นคำสั่งทางปกครอง

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, 127-131.

ซึ่งเกิดขึ้นในขั้นตอนต่าง ๆ ในการดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมแล้วก็ตาม แต่ยังมีข้อพิพาทในบางลักษณะที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยังไม่ครอบคลุมถึง เช่น กรณีของการเผยแพร่และปิดประกาศประกวดราคา การออกประกาศประกวดราคา เป็นต้น ซึ่งในขั้นตอนดังกล่าวนี้อาจเกิดกรณีที่เป็นกรกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ผู้จัดประกวดราคาขึ้นได้เช่นเดียวกัน

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครอง พบว่ามีคดีพิพาท ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองในหลายกรณี อาทิ ข้อพิพาทในขั้นตอนการแจ้งประกาศสอบราคา ข้อพิพาทในขั้นตอนเกี่ยวกับการเผยแพร่และปิดประกาศประกวดราคา ซึ่งในข้อพิพาทประเภทนี้ ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยไม่ได้วินิจฉัยลงไปว่าคดีพิพาทดังกล่าว เกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วย กฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ อาจเป็นผลสืบเนื่องมาจากกรณีที่ว่ากฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ได้กำหนดให้กรณีดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ศาลปกครองจึงต้องพิจารณาว่าข้อพิพาทตามที่กล่าวข้างต้นนั้น มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นของ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือเป็นกรณีการฟ้องคดีละเมิดทางปกครอง ประเภทอื่น

3.2 คดีพิพาทเกี่ยวกับละเมิดที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

การยื่นฟ้องคดีละเมิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของ ศาลปกครองซึ่งเกิดขึ้นในขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้าง อันเป็นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทาง ปกครองนั้นจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้จากการโต้แย้งว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยมิชอบและ เรียกร้องให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำดังกล่าว โดยการพิจารณา ในเบื้องต้นว่ากรณีใดบ้างถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นลักษณะเดียวกันกับคดีพิพาทเกี่ยวกับ

การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ เป็นไปตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือในกรณีเป็นการดำเนินการอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ศาลก็จะพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ แต่ในคดีพิพาทเกี่ยวกับละเมิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นยังต้องทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งผู้ฟ้องคดีได้เรียกร้องให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมาในคำฟ้องด้วย แต่ค่าสินไหมทดแทนที่ผู้ฟ้องคดีเรียกร้องมาต้องเป็นการเรียกร้องความเสียหายที่เกิดจากมูลละเมิดมิใช่จากความเสียหายที่เกิดจากสัญญาซึ่งจะทำให้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังเช่นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.154/2547

นอกจากนี้ ยังเคยมีกรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่า หน่วยงานทางปกครองต้องดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุ ให้เป็นไปตามขั้นตอนที่ระบียบดังกล่าวกำหนดไว้โดยไม่ชักช้า การดำเนินการในขั้นตอนต่าง ๆ ล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หากก่อนให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เข้าเสนอราคาย่อมเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.63/2546

3.3 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครอง ในลักษณะอื่น นอกจากข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำละเมิดทางปกครองตามที่กำหนดในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น

ได้แก่ กรณีที่ศาลถือว่า เป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง อันเป็นข้อพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่า ในขั้นตอนการประกวดราคาของหน่วยงานทางปกครองเพื่อคัดเลือกคู่สัญญาให้เข้าทำสัญญาทางปกครอง หากปรากฏว่าค่าเสนอซองระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับผู้เสนอราคาถูกต้องตรงกันแล้ว ถือว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้น และข้อพิพาทที่เกิดจากข้อตกลงตามเอกสารประกวดราคาถือเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง แม้ยังไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือก็ตาม ดังปรากฏตามคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548 และ 660/2548

เมื่อพิจารณาคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดทั้งสองข้างต้น จะเห็นได้ว่า คำสั่งในทั้งสองกรณีจะมีข้อแตกต่างกัน คือ ศาลได้วินิจฉัยว่า สัญญาในขั้นตอนการลงนามในสัญญาเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากสัญญาที่จะก่อให้เกิดขึ้นต่อไปเป็นสัญญาทางปกครอง ในขณะที่คำสั่งที่สองนั้น ศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองอันได้แก่บริการสาธารณะบรรลุผล แต่ในส่วนที่วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันคือ ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่า หากค่าเสนอซองของหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคากับผู้เสนอราคา รายใดถูกต้องตรงกันแล้ว ก็จะเป็นสัญญาทางปกครองขึ้น แม้ว่ายังไม่มีการทำสัญญากันเป็นหนังสือก็ตาม โดยสัญญาดังกล่าวที่เกิดขึ้นถือเป็นสัญญาก่อนสัญญานั้นเอง

2.1.3.3 ปฏิบัติการทางปกครอง⁷⁸

ปฏิบัติการทางปกครอง คือ การกระทำที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชน ได้อำศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับ เสมอกับพระราชบัญญัติกระทำการแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐและในนามของหน่วยงานดังกล่าว โดยที่การกระทำนั้นไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น ปฏิบัติการทาง

⁷⁸ สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.), หน้า 22.

ปกครองจึงเป็นการกระทำทางปกครองในทางกายภาพที่ใช้อำนาจตามกฎหมายหรือมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการ โดยใช้กำลังร่างกายของบุคคล และยังหมายความรวมถึงการกระทำอื่นที่มีใช่เป็นการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองอีกด้วย

2.2 การควบคุมการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง

แม้ว่าฝ่ายปกครองจะเป็นองค์กรในระดับรองลงมาจากองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในการบริหารปกครองประเทศ แต่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองก็ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ โดยหากไม่มีการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองแล้วก็อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น

2.2.1 ความหมายของการควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองคือ การที่ต้องมีองค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และโดยที่ภารกิจหลักและการดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว การควบคุมดังกล่าวจะต้องสร้างดุลยภาพของความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยในทางหลักการของกฎหมายแล้วมีความจำเป็นในการควบคุมฝ่ายปกครองอย่างน้อย 3 ประการซึ่งล้วนแต่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐทั้งสิ้น กล่าวคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2.2.2 ลักษณะของการควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองที่ดีควรมีลักษณะดังนี้ คือ⁷⁹

ประการแรก ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและทั่วถึงอย่างแท้จริง ดังนั้น องค์กรและกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กรเพื่อให้การตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐซึ่งมีความหลากหลายมากขึ้นทุกวันมีประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะองค์กรควบคุมที่มีเพียงองค์กรเดียวหรือมีองค์กรไม่มากนักอาจไม่เพียงพอกับการดูแลตรวจสอบกิจกรรมของรัฐทุกด้านอย่างแท้จริง แต่การมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่หลากหลายนั้นก็จะต้องไม่ซ้ำซ้อนหรือก่อให้เกิดความสับสนด้วย ดังนั้น การกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ให้ส่งเสริมซึ่งกันและกันจริงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ

ประการที่สอง ระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้นต้องเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุม และต้องมั่นใจว่าระบบควบคุมการใช้อำนาจนั้นต้องสร้างดุลยภาพของความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนให้ได้อีกด้วย โดยการควบคุมการใช้อำนาจที่เห็นแก่สิทธิของเอกชนจนเจ้าหน้าที่ของรัฐทำอะไรเพื่อสาธารณะไม่ได้เลยนั้นย่อมเป็นระบบที่ล้มเหลวไม่ต่างจากการปล่อยให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะตามอำเภอใจจนละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การออกแบบระบบควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเอกชนจึงเป็นทางสายกลางที่หลายประเทศนิยมใช้กัน

ประการต่อมา องค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องมีความเป็นอิสระที่จะใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบกิจกรรมที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการได้ โดยในทางกลับกัน องค์กรดังกล่าวก็ต้องถูกตรวจสอบได้อีกด้วย

⁷⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ระบบการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ," วารสารกฎหมายปกครอง 13, 2 (สิงหาคม 2537): 14-16.

ประการสุดท้าย เมื่อได้รับการปรับปรุงระบบองค์กรควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ก็จะต้องปรับปรุงกลไกและกระบวนการต่าง ๆ ที่ประชาชนจะสามารถใช้สิทธิร้องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้โดยง่ายอีกด้วย เพื่อให้ระบบการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง เป็นไปโดยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม การให้สิทธิดังกล่าวแก่ประชาชนก็จะต้องไม่มากเกินไปจนถึงขนาดที่จะส่งผลให้มีการใช้สิทธิดังกล่าวโดยไม่สุจริตเพื่อขัดขวางการบริหารงานหรือ การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ด้วยประโยชน์ ส่วนตน ด้วยเหตุนี้ จึงมีหลักว่ามีเพียงเฉพาะผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงหรือจะต้องได้รับผลกระทบ โดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจนั้น ๆ เท่านั้นที่จะสามารถนำเรื่องมาให้องค์กรตรวจสอบ พิจารณาได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542

2.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง

2.2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส⁸⁰

การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศสจะอยู่ภายใต้ หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le principe de légalité) ซึ่งหมายถึงการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อกฎหมาย และต้องเป็นไปตามที่ กฎหมายกำหนด โดยฝ่ายปกครองจะกระทำนอกขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ดังนั้น แม้ ในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองจะมีอำนาจมากเพียงใดก็ตาม แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องดำเนินการทั้งหลาย ตามกรอบของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายในที่นี้หมายถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (loi) และ กฎเกณฑ์ต่างๆของฝ่ายบริหารที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (règlement) หลักว่าด้วยความชอบด้วย กฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้เป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งที่ใช้กันอยู่ในประเทศที่เป็น “นิติรัฐ”

⁸⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 464-480.

ในกรณีที่การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองไม่เป็นไปตามหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น ประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง (les administrés) สามารถที่จะปกป้องสิทธิของตนเองจากการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของตนได้ การดำเนินการที่จะขอให้มีการบังคับให้ฝ่ายปกครองเคารพหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นสามารถกระทำได้หลายวิธี ได้แก่ การร้องขอให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการแก้ไขการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours administratif) หรือการดำเนินการทางศาล (recours juridictionnel)

การควบคุมฝ่ายปกครองที่สำคัญในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมี 4 ลักษณะ ได้แก่ การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง การควบคุมฝ่ายปกครองโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน ความโปร่งใสในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง และการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาล ดังนี้

2.2.3.1.1 การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง

การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง (le recours administratif) เป็นกระบวนการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเกิดจากการกระทำทางปกครองขั้นพื้นฐานที่สุด โดยบุคคลผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากนิติกรรมทางปกครองสามารถร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองให้แก่เยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่ตนได้

การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองมีสองวิธีการคือ วิธีการแรก ได้แก่ การร้องเรียนต่อตัวเจ้าหน้าที่ (recours gracieux) ผู้เป็นต้นเหตุโดยตรง กล่าวคือ การที่บุคคลผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากนิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้หนึ่ง สามารถร้องขอต่อเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งให้ทบทวนนิติกรรมทางปกครองของตนใหม่ด้วยตัวเจ้าหน้าที่เอง เพราะนิติกรรมทางปกครองนั้นอาจมีข้อบกพร่องทางด้านกฎหมายหรือข้อเท็จจริง ส่วนวิธีการที่สองคือการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชา (recours hiérarchique) อันได้แก่การที่บุคคลผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากนิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งสามารถร้องขอต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งให้ทบทวนนิติกรรมทางปกครองของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนเสียใหม่ เช่น ร้องขอให้รัฐมนตรีทบทวนคำสั่งของผู้ว่าการจังหวัด เป็นต้น

เมื่อมีการร้องเรียนเกิดขึ้น องค์กรฝ่ายปกครองอาจไม่ดำเนินการตามคำขอของบุคคลผู้ร้องเรียนหรือปฏิเสธไม่รับเรื่องร้องเรียนนั้น หรือสั่งการแก้ไขตามที่มีการร้องเรียนบางส่วน หรือทั้งหมด หรืออาจมากกว่าที่บุคคลผู้ร้องเรียนได้ร้องขอมาก็ได้ ซึ่งคำตัดสินของฝ่ายปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับการร้องเรียนนี้จะมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง (une décision administrative)

2.2.3.1.2 การควบคุมฝ่ายปกครองโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน

ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Le Médiateur de la République) ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1973 ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมอีกสองครั้งโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 24 ธันวาคม ค.ศ. 1976 และรัฐบัญญัติลงวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 1989 ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นสถาบันที่ได้รับอิทธิพลมาจากองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (Ombudsman) ของสวีเดน แต่มีข้อแตกต่างกันอยู่หลายประการ โดยผู้ตรวจการแผ่นดินของฝรั่งเศสจะไม่มีสถานะเป็นตุลาการ และมีหน้าที่สอบสวนตามคำร้องเรียนของประชาชนซึ่งรัฐสภาเป็นผู้เสนอคำร้องเรียน เหล่านี้มายังผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีอำนาจในการตัดสินชี้ขาด แต่จะทำความเห็นและข้อเสนอแนะไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องรวมทั้งจัดทำความเห็นและรวบรวมปัญหาต่าง ๆ ไว้ในรายงานประจำปีของตนด้วย ผู้ตรวจการแผ่นดินได้รับการแต่งตั้งจากรัฐบาลมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี มีความเป็นอิสระในการทำงาน มีอำนาจทั่วไปในการสอบสวน (le pouvoir de l'enquête) และสถาบันผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรมหาชนอิสระ (autorité administrative indépendante) ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติลงวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 1989

2.2.3.1.3 ความโปร่งใสในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง

ความโปร่งใส (la transparence) เป็นมาตรการสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้การกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองสามารถถูกตรวจสอบได้โดยประชาชน ความโปร่งใสมี

3 ลักษณะคือ การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของฝ่ายปกครอง (l'accès aux documents administratifs) การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง และกระบวนการประชาพิจารณ์ (les enquêtes publiques)

2.2.3.1.4 การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรศาล

การควบคุมการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองโดยกระบวนการศาล (recours juridictionnel) ประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการคือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le contrôle de légalité) และความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นอยู่ 2 ประการที่ไม่อาจนำนิติกรรมทางปกครองบางประเภทมาฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนในกรณีฝ่ายปกครองทำเกินอำนาจได้ ข้อยกเว้นประการแรกคือ การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) และประการที่สองคือ สัญญาทางปกครอง (contrat administratif) กล่าวคือ การกระทำของรัฐบาลที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมือง (nature politique) เช่น นิติกรรมทางปกครองของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับรัฐสภา (การประกาศใช้บังคับกฎหมาย หรือการยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น) หรือนิติกรรมทางปกครองของรัฐบาลที่เกี่ยวกับการทูต ถือเป็นกรกระทำของรัฐบาลที่ไม่สามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้เพราะไม่ได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานตามปกติของฝ่ายปกครอง แต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการเมืองที่รัฐบาลมีต่อรัฐสภา ส่วนสัญญาทางปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีจะไม่สามารถใช้กระบวนการฟ้องขอให้ศาลปกครองสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองทำเกินอำนาจเพื่อโต้แย้งเรื่องเกี่ยวกับการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้เรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องสัญญา (juge du contrat) ที่จะรับคำฟ้องดังกล่าวไว้ในประเภทของการฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (contentieux de pleine juridiction) แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อยกเว้นอยู่บ้างในบางกรณี สำหรับนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาทางปกครอง (acte détachable) ได้ เช่น มติของสภาเทศบาลอนุมัติให้นายกเทศมนตรีเป็นผู้ทำสัญญาที่มติดังกล่าวซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการทำสัญญาแต่ก็สามารถแยกออกจากตัวสัญญาได้และสามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้

เพิกถอนมตินั้นได้หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่ามติดังกล่าวเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองทำเกินอำนาจ ดังที่จะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

2.2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายของไทย

ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจรัฐอยู่ในมือและเป็นองค์หลักในการจัดทำบริการสาธารณะอาจใช้อำนาจของตนไปกระทำการบางอย่างที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ว่าโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม จึงต้องมีการสร้างระบบการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองขึ้นมาตรวจสอบบรรดาการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่อาจกระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและแก้ไขบรรเทาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง⁸¹

2.2.4 คดีพิพาทเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายการกระทำของฝ่ายปกครอง

2.2.4.1 ความหมายของคดีปกครอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

2.2.4.1.1 ความหมายของคดีปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส

คดีที่จะมีลักษณะเป็นคดีปกครองในประเทศฝรั่งเศสจะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 3 ประการดังนี้

(1) คดีปกครองต้องเป็นคดีที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะถ้าไม่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการสาธารณะ กล่าวคือไม่ใช่การกระทำทางปกครองก็ไม่ใช่คดีปกครอง

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, .461

(2) คดีปกครองต้องมีฝ่ายปกครองด้วยเสมอ และเป็น การฟ้องฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ

(3) กระบวนการพิจารณาคดีปกครองแตกต่างกับกระบวนการพิจารณาทางแพ่งที่สำคัญกระบวนการพิจารณาคดีปกครองมีวัตถุประสงค์ที่จะตัดสินคดีที่มีความแตกต่างระหว่างฐานะของคู่กรณีฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนมีอำนาจมากกว่าเอกชนที่ไม่มีอำนาจ

ทั้งนี้ คดีปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสจำแนก ออกเป็น 2 ประเภทหลัก ๆ ดังนี้

(1) คดีปกครองโดยแท้

คดีปกครองประเภทนี้มุ่งหมายถึงคดีข้อพิพาทซึ่ง “สภาพ” ของเรื่องเป็นเรื่องทางกฎหมายปกครองที่ต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาใช้ และต้องการให้องค์กรตุลาการทางคดีปกครองเป็นผู้พิพากษาชี้ขาด แต่ปัญหาอยู่ที่ว่าเรื่องใดที่จะถือว่าเป็น “เรื่องทางปกครอง” เพราะเกณฑ์ในการพิจารณามีอยู่หลายเกณฑ์

(2) คดีปกครองเพราะถูกกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของ ศาลปกครอง

คดีปกครองประเภทนี้เป็นคดีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

2.2.4.1.2 ความหมายของคดีปกครองในระบบกฎหมายของไทย

ในระบบกฎหมายไทยได้กำหนดให้คดีปกครองคือคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนหรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่งหรือกระทำการอื่นใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หรือเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร หรือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยคดีปกครองจะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 2 ประการดังนี้

ลักษณะประการแรก คดีปกครองนั้นเป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง การพิจารณาลักษณะนี้จึงเป็นการพิจารณาลักษณะของ “คู่ความ” หรือ “คู่กรณี” ในคดี

ลักษณะประการต่อมา คดีปกครองเป็นคดีพิพาทที่เกิดจากการกระทำประเภใดประเภหนึ่ง ดังต่อไปนี้ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประเภทแรก คือ การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ออกกฎ ออกคำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด ประเภทที่สอง คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และประเภทที่สาม คือ สัญญาทางปกครอง การพิจารณาลักษณะนี้จึงเป็นการพิจารณาลักษณะของ “การกระทำที่เป็นเหตุให้เกิดข้อพิพาท”

2.2.4.2 ประเภทของคดีปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส

ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศสสามารถแบ่งประเภทการฟ้องคดีออกได้ 4 ประเภทตามลักษณะของการใช้อำนาจของศาลซึ่งจะสอดคล้องกับการแบ่งประเภทคำขอของผู้ฟ้องคดีตั้งที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางไว้⁸² ดังนี้

⁸² ได้แก่ คำฟ้องขอให้เพิกถอนมาตรการทางปกครอง (contentieux de l'annulation) คำฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรือคำฟ้องที่ศาลมีอำนาจเต็ม (contentieux de pleine juridiction) คำฟ้องเกี่ยวกับการตีความหรือยืนยันนิติสัมพันธ์ (contentieux de l'interprétation) และคำฟ้องขอให้ลงโทษทางวินัยหรือโทษเนื่องจากการทำให้สิ่งสาธารณะเสียหาย (contentieux de la répression)

2.2.4.2.1 คดีที่ขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

การฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ที่ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) หรือเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอน คำสั่งทางปกครอง (contentieux d'annulation) เป็นการฟ้องที่สำคัญในระบบกฎหมายวิธีพิจารณา คดีปกครองของฝรั่งเศส โดยเป็นการฟ้องซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรม ทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ ศาลปกครองเพิกถอน (annulation) นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งการฟ้องคดี ประเภทนี้ประสบความสำเร็จเป็นอย่างมากในการควบคุมการกระทำทางปกครองของฝรั่งเศส

ทั้งนี้ เนื่องจากคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เป็นคดีที่เปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีโอกาสที่จะโต้แย้งการกระทำของทางราชการในทุกกรณีต่อศาล โดยลักษณะพิเศษของการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนี้คือคดีดังกล่าวจะไม่ใช้การโต้แย้ง ต่อตัวบุคคลแต่ประการใด หากแต่เป็นการโต้แย้งต่อคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง โดย มาตราการที่ศาลจะดำเนินการต่อคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้นได้แก่การเพิกถอนตัวคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว⁸³

นอกจากนี้ การฟ้องคดีประเภทนี้เป็นการดำเนินคดีที่มี ลักษณะพิเศษ⁸⁴ ที่นอกจากจะมีขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ของเอกชนผู้ฟ้องคดีแล้ว ยังเป็น

⁸³ M. Phillippe MARTIN, "คดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองและคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," ใน *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 : กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ*, ไกรรัช เวยวิจิตร, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: สำนักงาน ศาลปกครอง), หน้า 207.

⁸⁴ นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสหลายคนได้พยายามแบ่งประเภทของการดำเนินคดี (contentieux) ปกครองออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ การดำเนินคดีแบบภาวะวิสัย (contentieux objectif) และการดำเนินคดีแบบอัตวิสัย (contentieux subjectif) โดยการแบ่งประเภทของคดีออกเป็นสองประเภทดังกล่าวมานี้มีที่มาจาก "คำฟ้อง" ของผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ หากผู้ฟ้องคดีฟ้องคดีเพื่อ "ตอบโต้" นิติกรรมทางปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ถือเป็น การฟ้องคดีแบบภาวะวิสัย ในขณะที่การฟ้องเพื่อ "เรียกร้อง" ให้มีการยอมรับความมีอยู่ของสิทธิของผู้ฟ้องคดี ถือเป็น การฟ้องคดีแบบอัตวิสัย

กระบวนการสำคัญอีกกระบวนการหนึ่งที่ทำให้การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองเป็นไปตามกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า การฟ้องคดีกรณีฝ่ายปกครองกระทำการนอกขอบอำนาจนี้เป็นมาตรการสำคัญของระบบนิติรัฐ โดยปัจเจกชนที่มีส่วนได้เสียสามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามและไม่เคารพต่อกฎหมายได้⁸⁵

เดิมศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจเพียงแต่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจสั่งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใหม่ เพราะยึดถือหลักข้อห้ามเรื่อง “การปกครองโดยผู้พิพากษา” (Couvernement des juges) อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีการปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยมีการตราพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์

การฟ้องคดีแบบภาวะวิสัยนั้น วัตถุประสงค์ของการฟ้องคดีคือเพื่อให้ขอให้ศาลพิจารณาคดี “กฎหมาย” เป็นหลัก กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองที่นำมาฟ้องต่อศาลนั้นสอดคล้องกับกฎหมายต่าง ๆ ที่อยู่ในลำดับสูงกว่าหรือไม่ การฟ้องคดีแบบภาวะวิสัยมีหลายประเภท เช่น

- การฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) ที่เปิดโอกาสให้ศาลปกครองสามารถเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้

- การฟ้องคดีขอให้ศาลตีความ (contentieux de l'interprétation) ที่เปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้ตีความนิติกรรมทางปกครองที่เคลือบคลุมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

- การฟ้องคดีขอให้ศาลพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามที่คู่กรณีกล่าวอ้าง (contentieux de l'appréciation de légalité) ที่โดยทั่วไปแล้วจะเป็นคดีที่ศาลยุติธรรมขอให้ศาลปกครองพิจารณาถึงนิติกรรมทางปกครองที่มีคู่กรณีกล่าวอ้างว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในคดีดังกล่าว ศาลปกครองมีหน้าที่เพียงชี้ว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองไม่สามารถเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

ส่วนการฟ้องคดีแบบอัตรวิสัยนั้น เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาได้พิจารณาถึง “สิทธิของผู้ฟ้องคดี” เป็นหลัก กล่าวคือ เป็นการพิจารณาถึงการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนหรือกระทบสิทธิประโยชน์ของผู้ฟ้องคดี การฟ้องคดีแบบอัตรวิสัยมีหลายประเภท เช่น การฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de plein contentieux หรือ contentieux de plein juridiction) อันได้แก่ การดำเนินคดีเกี่ยวกับสัญญา (contentieux contractuel) การดำเนินคดีเกี่ยวกับภาษี (contentieux fiscal) ความรับผิดของฝ่ายปกครอง (la responsabilité) รวมทั้งการพิจารณาคดีเกี่ยวกับทางสาธารณะ (contentieux de grande voirie) ที่ศาลปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษทางอาญาแก่ผู้ทำความผิดเกี่ยวกับสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (le domaine public) ด้วย

⁸⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, "คำบรรยายกฎหมายปกครอง ครั้งที่ 10 การควบคุมฝ่ายปกครอง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 มิถุนายน 2557. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1270>

ค.ศ. 1995⁸⁶ ที่ให้อำนาจตุลาการศาลปกครองที่พิจารณาพิพากษาคดีประเภทการฟ้องเพิกถอน นิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจสามารถออกคำสั่ง (l'injonction) และกำหนดให้ ฝ่ายปกครองต้องชำระค่าปรับกรณีไม่ดำเนินการตามคำสั่งของศาลได้ในกรณีที่ศาลได้พิพากษาว่า นิติกรรมทางปกครองใด ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องกระบวนการบังคับคดี โดยในชั้นบังคับคดี ผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองโดยสั่งให้ฝ่ายปกครอง ดำเนินการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาตามแต่ความเหมาะสม หรือในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นต้อง ยกเลิกสัญญาโดยมีผลย้อนหลังก็อาจสั่งให้ฝ่ายปกครองต้องยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัย เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาได้

การฟ้องคดีประเภทนี้มุ่งพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ คำฟ้องในคดีประเภทนี้จึงเป็น คำฟ้องที่ครอบคลุมและกว้างขวาง รวมถึงการพิจารณาความเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้ก็มีขอบเขต ที่กว้างขวางด้วย เพียงแต่เป็นผู้ถูกระทบประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียแล้ว บุคคลดังกล่าวก็จะมีอำนาจ ฟ้องได้ (interet pour agir) แม้ว่าจะยังไม่ถึงขั้นถูกระทบทำให้เสียหายก็ตาม โดยศาลปกครอง สูงสุดได้วางหลักว่า ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายสามารถฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครองเป็นคดี ประเภทนี้ได้เสมอ โดยคดีประเภทนี้เป็นการฟ้องร้องต่อ “การกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง” (Acte unilatéral) เป็นคดีที่เป็นภาวะวิสัย และตุลาการศาลปกครองมีอำนาจจำกัดเพียงการพิจารณา เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เท่านั้น โดยตุลาการศาลปกครองจะไม่มีอำนาจสั่งให้ชดเชยค่าเสียหายหรือให้รับผิดชอบใด ๆ อันเป็นผลมา จากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ประการใด ทั้งนี้ ผลของคำพิพากษาในคดีประเภทนี้ก็จะไม่ได้มีผลเฉพาะคู่กรณีในคดี (inter partes) เท่านั้น แต่จะมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (erga omnes)

⁸⁶ Loi du 8 février 1995 sur l'injonction

2.2.4.2.2 คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม

การฟ้องคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de pleine juridiction) เป็นการฟ้องที่ศาลปกครองมีอำนาจกว้างขวาง โดยมีการเรียกคดีประเภทนี้ว่าเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (contentieux de pleine juridiction) เนื่องจากศาลปกครองในคดีประเภทนี้จะมีอำนาจอย่างเต็มที่ที่จะสั่งให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายหรือกระทำการได้ ซึ่งแตกต่างจากคดีประเภทอื่น ๆ ที่ตุลาการศาลปกครองมีอำนาจจำกัดเฉพาะแต่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง การตีความหรือการลงโทษเท่านั้น แต่จะไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายหรือสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ได้

ในการพิจารณาว่าการฟ้องคดีใดเป็นการฟ้องคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็มนั้น ตุลาการศาลปกครองจะพิจารณาจากข้อท้ายคำฟ้อง (conclusions) ว่าหากผู้ฟ้องคดีไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง แต่มุ่งประสงค์จะให้ชดใช้หรือชำระเงินแก่ตนเป็นหลัก ศาลปกครองก็จะจัดเป็นประเภทคำฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ซึ่งผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้ได้จะต้องเป็นที่ถูกกระทบสิทธิที่ทำให้เกิดความเสียหายเท่านั้น

ผู้ฟ้องคดีในคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็มมักจะประสงค์ให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้อันเป็นหนี้ที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางหนี้ตามกฎหมาย เช่น การเรียกร้องกรณีผิดสัญญา การเรียกร้องอันเกิดจากลาภมิควรได้หรือการจัดการงานนอกสั่ง รวมทั้งความรับผิดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของปัจเจกชน ซึ่งคำฟ้องประเภทนี้ไม่สามารถฟ้องให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ จึงต้องใช้มาตรการบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายโดยชำระเป็นเงินแทน

ในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองนั้น จะเป็นการฟ้องคดีประเภทนี้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักว่า คดีประเภทนี้เป็นการฟ้องร้องระหว่างคู่สัญญาทางปกครอง และตุลาการศาลปกครองในคดีจะมีอำนาจพิจารณาคำขอเรื่องค่าเสียหาย และสั่งให้จ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ หรือจากการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว รวมถึงการวินิจฉัยว่าสัญญาเป็นโมฆะ ตลอดจน

มีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา (Les actes d'exécution du contrat) ซึ่งมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่ไม่สามารถแยกต่างหากจากสัญญาได้ (acte non detachable)⁸⁷ โดยตุลาการศาลปกครองในคดีประเภทนี้ จะมีอำนาจออกคำสั่งได้ในทุกรูปแบบ (ยกเลิก เพิกถอน เปลี่ยนแปลง แก้ไข และให้ถือคำพิพากษาแทนนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครอง หรือให้ชดใช้ค่าเสียหาย หรือปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง)

2.2.4.2.3 คดีที่ขอให้ศาลตีความ

คดีประเภทนี้เป็นคดีซึ่งมีคำฟ้องขอให้ศาลพิพากษาตีความหรือยืนยันความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของมาตรการของฝ่ายปกครอง (contentieux de l'interprétation) โดยผู้ฟ้องคดีมุ่งประสงค์ให้ศาลปกครองพิพากษายืนยันความชอบด้วยกฎหมายหรือยืนยันความหมายของการกระทำในทางกฎหมาย หรือตีความการกระทำในทางกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งตุลาการศาลปกครองมีอำนาจเฉพาะแต่การ “ยืนยัน” นิติสัมพันธ์หรือนิติฐานะต่าง ๆ ว่าดำรงอยู่หรือไม่เท่านั้น ไม่สามารถพิพากษา “ก่อตั้ง” สิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ขึ้นใหม่ได้ โดยศาลปกครองอาจมีคำพิพากษาได้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ พิพากษาตีความมาตรการที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายปกครองว่ามีความหมายอย่างไร (Recours sur renvoi en interprétation) หรือพิพากษาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายปกครองนั้น (Recours sursenvoi en appréciation de validité)

2.2.4.2.4 คดีที่ศาลมีอำนาจลงโทษ

คดีประเภทนี้เป็นคดีที่มีคำฟ้องขอให้ลงโทษทางอาญา (contentieux de la répression) ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาลงโทษทางอาญาแก่บุคคลที่ก่อ

⁸⁷ จุฑามาศ นาคทัง, "ผู้มีสิทธิฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 45.

เหตุความผิดเกี่ยวกับที่สาธารณประโยชน์ (contravention de voirie) กล่าวคือ มีการฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการรักษาสิ่งปลูกสร้างที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน⁸⁸

2.2.4.3 ประเภทของคดีปกครองในระบบกฎหมายของไทย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

โดยที่การกระทำของฝ่ายปกครองและผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองอาจมีได้หลายลักษณะ ด้วยเหตุดังกล่าว ระบบกฎหมายไทยจึงได้บัญญัติประเภทคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือคดีปกครองไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง⁸⁹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้

⁸⁸ สำนักงานศาลปกครอง, รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 169.

⁸⁹ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า
“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการหนึ่งอย่างใด

ในการศึกษาประเภทของคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น จะให้ความสำคัญกับคดีปกครอง 4 ประเภท ได้แก่ คดีที่เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว คดีที่เกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร คดีที่เกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิด และคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง⁹⁰

2.2.4.3.1 คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คดีประเภทนี้เป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours en annulation) โดยเป็นคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยอาจเรียกคดีประเภทนี้ได้ว่าเป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำ เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าวประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และถือเป็นประเภทคดีปกครองที่ใหญ่ที่สุด และโดยปกติแล้วจะเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น⁹¹

ทั้งนี้ อาจแยกการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ออกเป็นการกระทำทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ได้แก่ การออกกฎ และการออกคำสั่ง และการกระทำทางกายภาพ หรือที่เรียกว่า “ปฏิบัติการ” ซึ่งในบทบัญญัตินี้ใช้ถ้อยคำว่า การกระทำอื่นใด ซึ่งในคดีนี้ประเภทนี้ ศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้เพิกถอน

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง”

⁹⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 227.

⁹¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของไทย,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 : กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ, ไกรรัช เสงวิจิตร, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2553), หน้า 245.

กฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนได้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ทั้งนี้ อาจพิจารณาการกระทำที่เป็นการเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ 3 กรณี ดังต่อไปนี้

(1) การออกกฎ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัตินิยามคำว่า “กฎ” ไว้ในมาตรา 3 ให้ความหมายว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

(2) การออกคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งตามนัยของมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาจมีนัยได้หลายนัย กล่าวคือ คำสั่งทางปกครอง คำสั่งทั่วไปทางปกครอง และคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณา มาตรา 9 ทั้งบทบัญญัติแล้วจะเห็นได้ว่า คำว่า “คำสั่ง” ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) มีความหมาย แตกต่างจากคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ที่บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “คำสั่งอื่น” ไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น กรณีในเรื่องของคำสั่งที่จะอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงมีความหมายกว้างและมีได้หมายความเฉพาะถึงคำสั่งทางปกครอง เท่านั้น⁹²

(3) การกระทำอื่นใด

การกระทำอื่นใดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ต้องมีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียว แต่มิใช่การออกกฎหรือคำสั่งดังที่กล่าวมาข้างต้น เช่น การก่อสร้างสะพานหรือถนน

⁹² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 230-235.

การขุดลอกคลองสาธารณะหรือท่อระบายน้ำสาธารณะ การก่อสร้างห้องสุขาสาธารณะ หรือการก่อสร้างที่พักคนโดยสาร เป็นต้น

การที่ศาลปกครองจะเพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทางได้ก็ด้วยเหตุที่ว่าการออกกฎหรือคำสั่งหรือการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก่ การกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(1) กรณีกระทำการโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้อาจแยกพิจารณาออกเป็น (ก) การกระทำโดยไม่มีอำนาจ ซึ่งได้แก่กรณีที่ผู้ที่กระทำไม่ได้มีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือกรณีที่ผู้กระทำมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมาย แต่กฎหมายมิได้บัญญัติให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่กระทำการในเรื่องนั้น ๆ ประการต่อมา คือ (ข) การกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ ซึ่งเหตุในกรณีนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับกรณีการกระทำโดยไม่มีอำนาจเพราะเป็นเรื่องของความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากกฎหมายประสงค์ให้บทบัญญัติมีความชัดเจนมิให้ต้องตีความความหมายของความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ว่าจำกัดหรือขยายครอบคลุมถึงกรณีใดบ้าง กฎหมายจึงกำหนดให้มีกรณีการกระทำ “นอกเหนืออำนาจหน้าที่” อีกกรณีหนึ่งขึ้นมาเป็นการเฉพาะ⁹³ ซึ่งหมายความถึงกรณีที่ผู้กระทำเป็นหน่วยงานทาง

⁹³ สำนักงานศาลปกครอง, "ลักษณะของคดีปกครอง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 พฤษภาคม 2557 วันที่ 18 มีนาคม 2556. แหล่งที่มา: http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/02litigation.html?page=02litigation_902

ปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยถูกต้องตามกฎหมาย และมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย เพียงแต่ได้กระทำการไปนอกเหนืออำนาจหน้าที่ดังกล่าวที่ตนมีอยู่ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้แก่ตน และประการสุด คือ **(ค) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย** ซึ่งเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีความหมายกว้างที่สุด และสอดคล้องกับอำนาจหน้าที่พื้นฐานของศาลปกครองที่เป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ดังนั้น การกระทำทางปกครองใดก็ตามที่เป็นเหตุให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบได้ย่อมถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งสิ้น

(2) กรณีกระทำการโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีนี้คือกรณีที่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำใด ๆ เช่น กำหนดให้ต้องกระทำเป็นหนังสือ หรือกำหนดให้ก่อนที่จะกระทำการใด ๆ จะต้องเสนอเรื่องนั้นให้เข้าสู่การพิจารณาของเจ้าหน้าที่หรือองค์กรใดก่อนเพื่อขอคำปรึกษาหารือ หรือขอความเห็นเป็นต้น ซึ่งหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้กระทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วก็จะทำให้การกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น จะเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามวิธีการต่าง ๆ ซึ่งอาจมีรายละเอียดและลักษณะที่หลากหลายแตกต่างกันตามลักษณะและสภาพของการดำเนินงานนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การดำเนินงานของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีประสิทธิภาพและสามารถตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะที่หลากหลายได้อย่างทัน่วงที ฝ่ายปกครองจึงสามารถใช้ดุลพินิจเลือกใช้วิธีการได้หลากหลาย โดยในบางครั้งฝ่ายปกครองอาจต้องพิจารณาปรับวิธีการต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ตามแต่กรณีด้วย โดยบางกรณีอาจใช้วิธีการหนึ่ง แต่ในบางกรณีอาจใช้วิธีการอีกอย่างหนึ่งหรืองดเว้นไม่ใช้วิธีการดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้จึงมุ่งหมาย

เฉพาะการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นเท่านั้นที่ หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดแล้วจะกระทบต่อ ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น ๆ⁹⁴

(3) กรณีกระทำการโดยไม่สุจริต

การพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการ กระทำทางปกครองในกรณีนี้จะพิจารณาจากมูลเหตุ (motif) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการกระทำนั้น ๆ ว่ามีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงความไม่สุจริต หรือเจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการไปโดยใช้เหตุผลส่วนตัว หรือโดยจงใจกลั่นแกล้งผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือไม่⁹⁵

(4) กรณีกระทำการโดยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ เป็นธรรม

การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นไปตามหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองและคุ้มครอง ไว้มาโดยตลอด ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งฝ่ายปกครอง ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันใน สาระสำคัญให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน ดังนั้น การปฏิบัติต่อบุคคลที่ เหมือนกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันหรือปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้เหมือนกัน หรือเป็นอย่างเดียวกันนั้นย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค

กรณีจะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคไม่ได้กำหนด ให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน หากแต่ กำหนดให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะ

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน.

ของแต่ละคนด้วย โดยมีเฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นอย่างเดียวกัน อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญหลายฉบับก็ได้กำหนดขอบเขตของหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลไว้เพิ่มเติมอีกว่า การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

ดังนั้น แม้จะปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันให้แตกต่างกันออกไป แต่หากมีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างกันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังแล้ว ก็ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลซึ่งต้องห้ามเช่นเดียวกันอีกด้วย

(5) กรณีกระทำการโดยมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็น

การกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นนั้น จะเป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดชั้นตอนให้เอกชนจะต้องปฏิบัติตามไว้โดยชัดแจ้ง แต่ปรากฏว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้สั่งหรือแจ้งให้เอกชนต้องปฏิบัติตามชั้นตอนอื่น ๆ เพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งชั้นตอนดังกล่าวเป็นชั้นตอนที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้แต่เป็นชั้นตอนที่ฝ่ายปกครองกำหนดหรือสร้างขึ้นเองโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้และไม่มีคามจำเป็นแต่ประการใด

(6) กรณีกระทำการโดยมีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร

การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรมีลักษณะใกล้เคียงกับการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็น เพียงแต่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้จะพิจารณาในแง่ที่ว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการอันมีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนหรือไม่ และภาระดังกล่าวเป็นภาระที่

เกินสมควรหรือไม่ โดยภาระในกรณีนี้อาจเป็นภาระอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ เช่น ภาระทางด้านค่าใช้จ่าย หรือภาระที่ต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง

(7) กรณีกระทำการโดยเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากกฎหมายกำหนดให้สามารถพิจารณาตัดสินใจได้ว่าจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ หรือพิจารณาตัดสินใจได้ว่าจะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดให้ทางเลือกไว้ กรณีเช่นนี้ ถือว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิจารณาเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการ หรือที่เรียกกันว่า “อำนาจดุลพินิจ” และโดยปกติย่อมเป็นเรื่องที่ศาลพึงระวังไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยแท้ดังกล่าวของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายไว้วางใจให้ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายนั้น ๆ สามารถพิจารณาและตัดสินใจได้

2.2.4.3.2 คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลปกครองในคดีประเภทนี้มีอำนาจสั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนดได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

พื้นฐานของการฟ้องคดีประเภทนี้เกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร โดยหน้าที่ดังกล่าวอาจเป็นหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำในรูปแบบของปฏิบัติการทางปกครอง ซึ่งมีสาระสำคัญต้องพิจารณา 3 ประการ คือ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมี

หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และการละเลยต่อหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดี ดังนี้⁹⁶

(1) หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

เงื่อนไขประการแรกของคดีพิพาทประเภทนี้คือการที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ ส่วนการที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัตินั้น อาจกำหนดให้เป็นหน้าที่โดยทั่วไปหรือกำหนดในลักษณะที่เป็นการทั่ว ๆ ไปหรือกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้หรือเมื่อเข้าองค์ประกอบของกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็ได้ แต่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่ากฎหมายนั้น ๆ ได้มีเงื่อนไขอื่นประกอบด้วยหรือไม่

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาด้วยว่าในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายนั้น หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้พิจารณาและใช้ดุลพินิจที่จะไม่กระทำการแล้ว กรณีดังกล่าวก็อาจจะถือได้ว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว โดยมีได้ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรแต่ประการใด

ข้อพิจารณาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัตินั้นจะหมายความรวมถึงการกระทำใดได้บ้างนั้น ก็อาจกล่าวได้ว่ากรณีดังกล่าวนี้หมายความรวมถึงการกระทำทั้งหลายที่กฎหมายได้กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติซึ่งได้แก่การออกกฎ การออกคำสั่งทางปกครอง และการกระทำใด ๆ โดยในกรณีของการออกกฎนั้น จะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้บัญญัติให้

⁹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 254-272.

หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายบริหารดำเนินการออกกฎเกณฑ์เพื่อกำหนดรายละเอียดภายในขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เพื่อให้การใช้สิทธิตามกฎหมายนั้นมีความเป็นรูปธรรมหรือการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าวสามารถกระทำได้ ดังนั้น ในบางกรณีที่ปรากฏว่าฝ่ายบริหารไม่ดำเนินการออกกฎดังกล่าวแล้ว ก็อาจเป็นผลให้บุคคลไม่สามารถใช้สิทธิตามกฎหมายแม่บทกำหนดได้หรือทำให้การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นไม่อาจกระทำได้

สำหรับกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นกรณีอาจมีปัญหาในทางปฏิบัติไม่มากนัก เนื่องจากกรณีที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้นจะเป็นกรณีที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและมีลักษณะเฉพาะราย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เอกชนได้ยื่นคำร้องหรือคำขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งตามหลักทั่วไปแล้ว หากการยื่นคำร้องหรือคำขอดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องดำเนินการตามคำร้องหรือคำขอนั้น อันเป็นหน้าที่ตามกฎหมายอีกประการหนึ่งซึ่งมีต่อเอกชนผู้ดำเนินการดังกล่าว ซึ่งเมื่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรแล้ว กรณีดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของผู้นั้นคำขอโดยตรง ด้วยเหตุนี้ เอกชนผู้นั้นคำขอจึงมีสิทธิที่จะฟ้องให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดให้ได้

ในส่วนของการกระทำอื่น ๆ นอกเหนือจากการออกกฎหรือออกคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการในลักษณะที่เป็นการกระทำในทางกายภาพหรือที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (real act)

(2) หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

นอกจากจะต้องมีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติแล้ว มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือ

เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ 2 กรณี คือ กรณีที่ “ละเลย” ต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และกรณีที่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว “ล่าช้า” เกินสมควร

ข้อพิจารณาความแตกต่างประการสำคัญระหว่างการละเลยต่อหน้าที่กับการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรนั้น น่าจะมีสาระสำคัญอยู่ที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐยังมิได้ดำเนินการใด ๆ ให้เป็นไปตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผลอันจะกล่าวอ้างได้ตามกฎหมายแล้ว ไม่ว่าจะการไม่ดำเนินการดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยเจตนาหรือโดยประมาทเลินเล่อก็ตาม กรณีดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

ทั้งนี้ มีข้อพิจารณาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การละเลยต่อหน้าที่กับการปฏิเสธที่จะดำเนินการตามคำร้องหรือคำขอของเอกชนนั้น แม้การกระทำทั้งสองลักษณะดังกล่าวจะมีผลเหมือนกันคือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ดำเนินการตามที่เอกชนร้องขอให้ แต่ลักษณะของการไม่กระทำการดังกล่าวนี้จะแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีของการละเลยต่อหน้าที่นั้นจะเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ดำเนินการใด ๆ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ในกรณีของการปฏิเสธที่จะดำเนินการตามคำร้องหรือคำขอนั้นจะเป็นกรณีที่ถือว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการดำเนินการตามคำร้องหรือคำขอดังกล่าวอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายแล้ว เพียงแต่เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ในทางปฏิเสธที่จะดำเนินการตามคำร้องหรือคำขอของเอกชน โดยหากเอกชนประสงค์จะฟ้องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีหลังแล้ว เอกชนจะต้องฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิเสธที่จะดำเนินการตามคำร้องหรือคำขอนั้น ๆ เป็นการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิใช่ฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เริ่มต้นดำเนินการหรือได้ดำเนินการตามคำร้องหรือคำขอของเอกชนแล้วแต่การดำเนินการนั้นยังไม่แล้วเสร็จ เช่น อยู่ในระหว่างการศึกษาข้อเท็จจริง อยู่ในระหว่างการปรึกษาหารือกับเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น หรืออยู่ในระหว่างการรอผลการพิจารณาจากอีกหน่วยงานหนึ่ง ตลอดจนไม่ว่าจะด้วยเหตุผลประการใดก็ตามจนล่วงเลยระยะเวลาอันสมควรหรือเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว กรณีดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ซึ่งในกรณีนี้ กฎหมายที่บัญญัติให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติอาจกำหนดเงื่อนไขไว้ในลักษณะที่แตกต่างกัน โดยกฎหมายอาจกำหนดเงื่อนไขเอาไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อกรณีเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย

ในกฎหมายบางฉบับนั้นก็ได้มีการกำหนดผลทางกฎหมายของการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐพิจารณาหรือดำเนินการไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดเงื่อนไขอย่างชัดเจนว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาใด โดยกฎหมายอาจใช้ถ้อยคำว่า ภายในเวลาอันสมควร หรือโดยไม่ชักช้า เป็นต้น ซึ่งในกรณีนี้หลังนี้จะมีประเด็นต้องพิจารณาว่าระยะเวลาเพียงใดจึงจะเป็นระยะเวลาภายในเวลาอันสมควรหรือไม่ชักช้า เพราะการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่กระทำการภายในระยะเวลาดังกล่าวย่อมเป็นกรณีที่ถือได้ว่าปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ทั้งนี้ การที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำดังกล่าวก็เพื่อให้ศาลเป็นผู้พิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าในเรื่องนั้น ๆ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรหรือไม่ โดยซึ่งน้ำหนักระหว่างความเร่งด่วนของเรื่องกับระยะเวลาในการดำเนินการที่สมควรให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ในการดำเนินการเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ของเรื่องนั้น ๆ ทั้งระดับความซับซ้อนของเรื่องไม่ว่าจะเป็นในทางข้อเท็จจริงหรือในทางข้อกฎหมาย เพราะในปัจจุบันลักษณะของภาระหน้าที่ในทางปกครองมีลักษณะที่แตกต่างกันเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะที่หลากหลายให้บรรลุตามความมุ่งหมายได้ อีกทั้ง ลักษณะของความยากง่ายของภารกิจในทางปกครอง และภาระงานของฝ่ายปกครอง จึงทำให้ไม่อาจกำหนดเป็นเกณฑ์ที่แน่ชัดได้ว่าระยะเวลาเท่าใดจึงจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า

(3) การละเลยต่อหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดี

สาระสำคัญของการใช้สิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง

(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คือ การละเลยต่อหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรนั้นจะต้องก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดีด้วย กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีจะต้องได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากการละเลยต่อหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรดังกล่าวตามนัยของมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน⁹⁷ ทั้งนี้ เพราะมีบางกรณีที่แม้กฎหมายจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการ แต่บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะเท่านั้น โดยมีได้มุ่งคุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์ได้เสียของปัจเจกบุคคลหรือเอกชน การที่ปัจเจกบุคคลหรือเอกชนได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมดังกล่าวนั้นก็ เป็นผลโดยทางอ้อมของกฎหมาย มิได้เกิดจากผลโดยตรงของกฎหมายแต่ประการใด ซึ่งในกรณีนี้การไม่ปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะจึงย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชนในการฟ้องคดีให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้แต่ประการใด

กรณีจึงเห็นได้ว่า การที่บุคคลจะมีสิทธิฟ้องคดีปกครองเป็นคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

⁹⁷ มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อีกเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

พ.ศ. 2542 ได้นั้น จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการคือ ประการแรก กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และประการต่อมา กฎหมายดังกล่าวต้องเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์ได้เสียของปัจเจกบุคคลหรือเอกชนด้วย มิใช่เป็นแต่เพียงกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น

2.2.4.3.3 คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁹⁸

คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดทางปกครองหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือความเสียหายเกิดจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งลักษณะประการสำคัญของคดีพิพาทประเภทนี้จะต้องเป็นกรณีที่มีการละเมิดนั้นต้องเกิดจากการใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณามาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติขอบเขตของการกระทำละเมิดทางปกครองตามบทบัญญัติดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง และมีขอบเขตที่ค่อนข้างจำกัด อันอาจแบ่งประเภทคดีปกครองตามบทบัญญัตินี้ออกเป็น 2 ประเภทได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และประเภทที่สอง คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครอง อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือ

⁹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 272-284.

คำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร โดยมีลักษณะดังนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

ในการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อจัดทำบริการสาธารณะนั้น อาจมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำต่อบุคคลอื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นการกระทำละเมิดต่อบุคคลนั้นได้เสมอ ยิ่งไปกว่านั้น ในการใช้อำนาจหน้าที่นั้นก็อาจมีการกระทำที่เป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำต่อหน่วยงานทางปกครองโดยผิดกฎหมายให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเองซึ่งเป็นการละเมิดอีกด้วย ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในรัฐเสรีประชาธิปไตยว่า เมื่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทำละเมิดต่อบุคคลอื่นแล้วก็จำเป็นต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะของตน และหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิเสธความรับผิดชอบดังกล่าวแล้ว ผู้เสียหายก็ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องขอให้ศาลพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ๆ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยส่วนใหญ่ โดยเฉพาะในฉบับหลัง ๆ นี้ก็ได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายจากการละเมิดที่จะฟ้องให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนด้วย⁹⁹

สำหรับองค์ประกอบของการกระทำละเมิดทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น อาจจำแนกองค์ประกอบออกได้เป็น 3 ประการ ดังนี้

⁹⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่," *วารสารนิติศาสตร์* 28, 2 (มิถุนายน 2541): 366-367.

ก. การกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

ในเบื้องต้น จะต้องพิจารณาก่อนว่าการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหรือเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นการกระทำในลักษณะส่วนตัวของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น เพราะพื้นฐานของการกระทำที่แตกต่างกันดังกล่าวจะนำไปสู่ความรับผิดที่แตกต่างกัน ความรับผิดของรัฐในทางละเมิดจะเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งหลักการดังกล่าวก็ได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการปฏิบัติหน้าที่ ...” แต่หากเป็นการกระทำในฐานะส่วนตัวไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีดังกล่าวความรับผิดจากการกระทำละเมิดนั้นจะต้องเรียกร้องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำความผิดเท่านั้นไม่อาจเรียกร้องจากหน่วยงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นแต่ประการใด

ข. การกระทำละเมิดนั้นจะต้องเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย กฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

องค์ประกอบประการที่สองนี้คือการที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติจำกัดเฉพาะการกระทำละเมิดที่มีพื้นฐานมาจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย กฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น ซึ่งแสดงให้เห็นว่า การกระทำละเมิดดังกล่าวจะต้องเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายซึ่งเป็นอำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเหนือกว่าปัจเจกบุคคล โดยกฎหมายดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ หรือเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นการทั่วไปก็ได้ ซึ่งการกระทำนั้นของฝ่ายปกครองย่อมแยกออกจากการกระทำในทางแพ่งที่ฝ่ายปกครองอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกับปัจเจกบุคคลอันเป็นการกระทำที่มีได้เรียกร้องว่าฝ่ายปกครองต้องมีอำนาจพิเศษในการดำเนินการนั้น ๆ นอกจากนี้ อาจมีการกระทำในบางลักษณะที่แม้ว่าจะเป็นใช้อำนาจทั่วไปที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่หากการกระทำ

ดังกล่าวมิได้เป็นการใช้อำนาจในทางมหาชนที่มีลักษณะเหนือปัจเจกบุคคลแล้ว เช่น การทำความสะอาดถนนของเทศบาลอันเป็นการใช้อำนาจทั่วไปที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของเทศบาลในการรักษาความสะอาดของถนน ตามมาตรา 50 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496¹⁰⁰ เป็นต้น ซึ่งแม้การกระทำดังกล่าวจะเป็นการละเมิดอันเกิดจากการปฏิบัติการทางปกครองแต่กรณีก็ไม่ใช่การละเมิดที่จะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพราะไม่เข้าเงื่อนไขตามบทบัญญัติดังกล่าว

ค. การละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

เมื่อการละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นผลมาจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าว โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้ฟ้องคดีนั้น อาจจะเป็นความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อร่างกาย ทรัพย์สิน หรือความเสียหายที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดจนทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในเรื่องต่าง ๆ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นของฝ่ายปกครอง อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

¹⁰⁰ มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย เทศบาลตำบลมีหน้าที่ต้องทำในเขตเทศบาล ดังต่อไปนี้

(1) รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน

(2) ให้มีและบำรุงทางบกและทางน้ำ

(3) รักษาความสะอาดของถนน หรือทางเดินและที่สาธารณะ รวมทั้งการกำจัดมูลฝอยและสิ่งปฏิกูล ...”

ในเบื้องต้น จำต้องแยกความรับผิดชอบอย่างอื่นออกจากเรื่องการกระทำละเมิดทางปกครองและเรื่องสัญญาทางปกครอง ซึ่งความรับผิดชอบเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองย่อมเป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญานั้น ๆ สำหรับความรับผิดชอบอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น อาจกล่าวได้ว่าหมายความรวมถึงความรับผิดชอบทั้งหลายซึ่งมิใช่ความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำละเมิดทางปกครอง และมีใช่ความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำละเมิดทางปกครอง รวมทั้งมิใช่ความรับผิดชอบอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง หากแต่ความรับผิดชอบดังกล่าวเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญของความรับผิดชอบอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดังนี้

- ก. การกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่
- ข. การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย กฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร
- ค. การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขึ้น
- ง. ความรับผิดชอบดังกล่าวจะต้องมิใช่ความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำละเมิดทางปกครองและมีใช่ความรับผิดชอบอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง

2.2.4.3.4 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ซึ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะแตกต่างจากลักษณะของการกระทำทางปกครองประเภทอื่น กล่าวคือ การกระทำของฝ่ายปกครองมักเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว เช่น การออกใบอนุญาต การเพิกถอน

ใบอนุญาต ซึ่งเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง แต่การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะเป็นการกระทำโดยอาศัยความสมัครใจของคู่สัญญา ลักษณะของข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นจะเป็นการกระทำโดยอาศัยความสมัครใจของคู่สัญญา โดยอาจยกตัวอย่างของข้อพิพาทดังกล่าวได้แก่ การตีความตามสัญญา การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา การเลิกสัญญา รวมถึงการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติผิดหรือไม่เป็นไปตามสัญญา เป็นต้น ซึ่งข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง¹⁰¹

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีหลักกฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไว้แต่อย่างใด มีเพียงแต่การให้นิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งให้หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน¹⁰²

โดยการให้ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น เป็นเพียงการให้ความหมายอย่างกว้างซึ่งอาจไม่เพียงพอและไม่ครอบคลุมในการพิจารณาและตีความสัญญาอื่น ๆ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตลอดจนเนื่องจากนิยามคำว่า สัญญาทางปกครอง” ในบทบัญญัติดังกล่าวได้ใช้ถ้อยว่า “หมายความรวมถึง” จึงทำให้เข้าใจได้ว่า กฎหมายได้บัญญัตินิยามดังกล่าวเพื่อให้เห็นภาพของความหมายอย่างกว้างของคำว่าสัญญาทางปกครอง โดยไม่ได้มีเจตนารมณ์ให้

¹⁰¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 284.

¹⁰² มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัติ ...

“สัญญาทางปกครอง” หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ...”

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยจำกัดไว้เพียงลักษณะของสัญญา 4 ประเภทดังที่กล่าวมาข้างต้นเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้ใช้ดุลพินิจตามอำนาจหน้าที่ของตนในการวางหลักกฎหมายและแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้อย่างเต็มที่ต่อไป¹⁰³ นั้น อีกทั้งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ซึ่งวางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยให้ความหมายอย่างกว้างต่อคำว่าสัญญาทางปกครองตามแนวทางของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

2.2.4.3.5 คดีพิพาทที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

นอกจากคดีพิพาท 4 ประเภทข้างต้นที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้เป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งได้แล้วนั้น ก็ยังมีคดีปกครองในลักษณะอื่นอีกที่มาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ดังนี้

(1) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการ

คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5) เช่น มาตรา 118 ทวิ วรรคสอง¹⁰⁴ แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือใน

¹⁰³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 222.

¹⁰⁴ มาตรา 118 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ซึ่งเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนมาตรา 117 หรือผู้รับอนุญาตตามมาตรา 117 ปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งอื่นใดไม่เป็นไปตามที่ได้รับอนุญาต ให้เจ้าท่ามีคำสั่งเป็นหนังสือแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารหรือสิ่งอื่นใดดังกล่าวรื้อถอนหรือแก้ไขอาคารหรือสิ่งอื่นใดนั้นให้เสร็จสิ้นโดยถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน ในกรณีที่ไม่ปรากฏตัว

น่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ซึ่งเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติให้กรมเจ้าท่าร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครอง รือถอนอาคารหรือสิ่งอื่นใดที่ปลูกสร้างโดยไม่ชอบด้วยหรือมีคำสั่งให้กรมเจ้าท่าเป็นผู้จัดการให้มีการรื้อถอนอาคารหรือสิ่งอื่นใดดังกล่าว หรือกรณีตามมาตรา 90¹⁰⁵ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ที่กรมเจ้าท่าสามารถร้องขอต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้กรมเจ้าท่าเป็นผู้จัดการรื้อถอน แพนคนอยู่ หรือเรือนที่ปักเสาลงในชายฝั่งน้ำ ในกรณีที่เจ้าของไม่รื้อถอนภายในเวลาที่กรมเจ้าท่าหรือ เจ้าพนักงานท้องถิ่นผู้มีหน้าที่กำหนดไว้ หรือในกรณีที่เอกชนได้ทำการก่อสร้างอาคารรุกล้ำลำคลอง สาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น เมื่อเจ้าหน้าที่ได้มีคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ดังกล่าวออกจากริมคลอง แต่บุคคลเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งและไม่มีวิธีบังคับอื่น เจ้าพนักงาน ท้องถิ่นมีอำนาจยื่นคำร้องขอต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลนั้น เพราะ เป็นกรณีต่อเนื่องมาจากการที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกคำสั่งทางปกครองแก่บุคคลแล้ว แต่บุคคลนั้น ไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง¹⁰⁶ เป็นต้น

เจ้าของหรือผู้ครอบครองให้เจ้าทำปิดคำสั่งไว้ ณ อาคารหรือสิ่งอื่นใดนั้นและจะห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองนั้นใช้หรือ ยินยอมให้ผู้อื่นใช้อาคารหรือสิ่งอื่นใดนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนจนกว่าจะได้รื้อถอนหรือแก้ไขเสร็จด้วยก็ได้

ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าท่าตามวรรคหนึ่ง หรือในกรณีที่ปรากฏว่าเจ้าของหรือผู้ครอบครอง และเจ้า ทำได้ปิดคำสั่งไว้ ณ อาคารหรือสิ่งอื่นใดนั้นครบสิบห้าวันแล้วให้เจ้าท่าร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้มีการรื้อถอนอาคารหรือสิ่ง อื่นใดนั้น ถ้าข้อเท็จจริงในทางพิจารณาฟังได้ว่าการฝ่าฝืนมาตรา 117 จริง ในกรณีที่ปรากฏตัวเจ้าของ หรือผู้ครอบครอง อาคารหรือสิ่งอื่นใด ให้ศาลมีคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองเป็นผู้รื้อถอน ในกรณีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองไม่รื้อถอนตาม กำหนดเวลาในคำสั่งศาล หรือในกรณีที่ปรากฏตัวเจ้าของหรือผู้ครอบครอง ให้ศาลมีคำสั่งให้เจ้าท่าเป็นผู้จัดการให้มีการรื้อ ถอน ...”

¹⁰⁵ มาตรา 90 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ซึ่งเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า

“ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าท่าหรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตามมาตรา 89 ต้องระวางโทษปรับเป็นรายวันวันละ หนึ่งร้อยบาทจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้องและให้เจ้าท่าหรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตามมาตรา 89 บังคับให้รื้อถอนแพคนอยู่ หรือเรือนที่ปักเสาลงในชายฝั่งน้ำโดยให้ผู้นั้นเป็นเจ้าของเสียค่ารื้อถอนนั้นเอง

ในกรณีที่เจ้าของไม่รื้อถอนภายในกำหนดเวลาที่เจ้าท่าหรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตามมาตรา 89 กำหนด ให้เจ้าท่า ร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้เจ้าท่าเป็นผู้จัดการให้มีการรื้อถอน ...”

¹⁰⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 16/2545

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นยื่นคำร้องขอเพื่อขอให้มีการจับกุมและกักขังบุคคลนั้น โดยปกติแล้ว ศาลปกครองจะมีคำสั่งให้ยกคำร้องเพราะเห็นว่าเป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะถูกจับกุมและกักขังมากเกินไปกว่ากรณีแห่งความจำเป็น เนื่องจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอื่นเข้าดำเนินการหรือถอนอาคารที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่าได้¹⁰⁷

คดีประเภทนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายทั่วไปในปัจจุบัน กล่าวคือ โดยหลักแล้วเมื่อเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองไปแล้วและเอกชนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่ก็มีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองต่าง ๆ ที่จำเป็นเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งดังกล่าวได้โดยไม่ต้องฟ้องศาลก่อน เช่น เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารหรือถอนอาคารตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร หากเจ้าของอาคารไม่รื้อถอนอาคารตามคำสั่ง เจ้าหน้าที่อาจดำเนินการรื้อถอนอาคารหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้ารื้อถอนอาคารนั้นโดยไม่ต้องฟ้องศาล ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2539 หรือตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่บัญญัติไว้ เป็นต้น การฟ้องศาลในกรณีนี้จึงเป็นเรื่องที่กฎหมายซึ่งได้มีการประกาศใช้มานานแล้วบัญญัติไว้ ซึ่งจะไม่ค่อยพบในกฎหมายฉบับใหม่ ๆ ที่ได้มีการประกาศใช้ในปัจจุบัน¹⁰⁸

(2) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6) เช่น มาตรา 70 วรรคสาม¹⁰⁹ แห่ง

¹⁰⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 704/2553

¹⁰⁸ ฤทัย หงส์ศิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554), หน้า 57-58.

¹⁰⁹ มาตรา 70 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 บัญญัติว่า

“... เมื่อคณะกรรมการบริหารการผังเมืองส่วนท้องถิ่น หรือคณะกรรมการอุทธรณ์ แล้วแต่กรณี ได้มีคำวินิจฉัยแล้ว หากผู้อุทธรณ์ไม่พอใจในคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์ย่อมมีสิทธิยื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือน นับแต่วันที่ได้ทราบคำวินิจฉัยนั้น ในกรณีที่ยังมิได้มีการตั้งศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญ มิให้นำความในวรรคนี้นำมาใช้บังคับ ...”

พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ที่บัญญัติให้ผู้อุทธรณ์ที่ไม่พอใจในคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการบริหารการผังเมืองส่วนท้องถิ่น หรือคณะกรรมการอุทธรณ์ แล้วแต่กรณี มีสิทธิยื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้ทราบคำวินิจฉัยดังกล่าว เป็นต้น



บทที่ 3

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ หรือ Acte détachable เป็นทฤษฎีที่เกิดจากการวางแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (สภาแห่งรัฐ - Conseil d'État) ของฝรั่งเศส ที่ได้วางหลักของทฤษฎีดังกล่าวไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Martin ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ.1905 ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่เป็นฐานและที่มาในการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จนถึงปัจจุบันไว้ว่า มติคณะกรรมการที่เป็นผลทำให้เกิดการลงนามในสัญญาถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้ บุคคลภายนอกสัญญาจึงสามารถฟ้องร้องเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้ โดยถือเป็นคดีฟ้องร้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเกินขอบอำนาจ (Recours pour excès de pouvoir) และทำให้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้เริ่มจากคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั่นเอง

ในเวลาต่อมา ศาลปกครองฝรั่งเศสก็ได้นำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้ในคดีปกครองอื่น ๆ อีกหลายประเภท อาทิ คดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือการกระทำทางรัฐบาล คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง คดีพิพาททางภาษี คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินของเอกชนที่อยู่ในครอบครองของฝ่ายปกครอง รวมทั้งทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินการทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คดีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืน ตลอดจนคดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาล

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ก็ปรากฏ “ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน” (le double niveau หรือ Die Zweistufentheorie หรือ Die Zweistufenlehre) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่มีลักษณะบางประการคล้ายคลึงกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยทฤษฎีดังกล่าวได้มีที่มาจากพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของความจำเป็นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือในการดำเนินการให้ความช่วยเหลือสนับสนุนแก่เอกชนในการฟื้นฟูสถานะในทางเศรษฐกิจของตนเอง โดยมีการพิจารณาความสัมพันธ์ของการให้เงินสนับสนุนแก่เอกชนเป็น 2 ขั้นตอน โดยในขั้นตอนแรกจะเป็นการตัดสินใจ

ของฝ่ายปกครองว่าจะให้หรือไม่ให้เงินสนับสนุนแก่เอกชน และขั้นตอนที่สองจะเป็นขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาและเลือกว่าจะกระทำหรือดำเนินการในกรณีดังกล่าวอย่างไร โดยทฤษฎีนี้มีขึ้นเพื่อชี้ให้เห็นว่านิติสัมพันธ์ (Rechtsverhältnis) ของฝ่ายปกครองบางประเภทอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน โดยถือว่าความสัมพันธ์พื้นฐาน (Grundverhältnis) และความสัมพันธ์ในขั้นตอนการทำสัญญา (Abwicklungsverhältnis) นั้น มีความแตกต่างกัน โดยในขณะที่การตัดสินใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์พื้นฐานเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจในทางกฎหมายมหาชน แต่ขั้นตอนอันเป็นความสัมพันธ์ในขั้นตอนของการทำสัญญานั้น เป็นกรณีของกฎหมายเอกชน¹

3.1 ความเป็นมาของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

วิวัฒนาการของวิธีพิจารณาคดีปกครองของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้นมีที่มาจากทั้งการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองที่ได้สร้างบรรทัดฐานคำพิพากษาไว้ และฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้ตรากฎหมายวางหลักเกณฑ์การพิจารณาคดีไว้ ซึ่งกฎหมายหลายฉบับก็ได้ตราขึ้นโดยอ้างอิงจากประสบการณ์การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง โดยเมื่อกฎหมายได้มีผลใช้บังคับแล้ว ศาลปกครองก็ได้วางแนวคำพิพากษาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้กฎหมายดังกล่าวมีความชัดเจนยิ่งขึ้นอีกด้วย

3.1.1 วิวัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้สร้างและพัฒนาหลักกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองขึ้นมาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยในคดีพิพาทเกี่ยวกับ

¹ Abegg, Andreas, Funktion und Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses in Deutschland und in der Schweiz [online] Available from : <http://pd.zhaw.ch/publikation/upload/202709.pdf> [02/07/2014]; Ehlers in: Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 3 Rn. 38. อ้างถึงใน นรินทร์ อธิสาร, "ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน," วารสารวิชาการศาลปกครอง 16, 1 (มกราคม-มีนาคม 2559): 25 และ 140.

สัญญาทางปกครองก็ได้มีวิวัฒนาการจากเดิมที่เคยให้สิทธิการฟ้องคดีดังกล่าวอย่างกว้างขวาง จนต่อมา ศาลปกครองสูงสุดก็ได้กลับแนวคำพิพากษาโดยจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครองไว้เป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มและมีเฉพาะคู่สัญญาทางปกครอง (le cocontractant) เท่านั้นที่จะสามารถฟ้องคดีดังกล่าวได้ อันเป็นการกลับแนวคำพิพากษาดังกล่าว ทำให้บุคคลภายนอกสัญญาไม่อาจฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งสัญญาทางปกครองได้อีกต่อไป

3.1.1.1 วิวัฒนาการจากแนวความคิดเก่าสู่แนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วย นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

สำหรับวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น แม้ฝ่าย นิติบัญญัติจะมีโอกาสตรากฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะในกรณีการอนุวัติการตามแนวปฏิบัติของสหภาพ ยุโรป (Directive de l'Union européenne) ทั้งในปี ค.ศ. 1989 และ ค.ศ. 2007 ซึ่งเป็น พระราชบัญญัติที่กำหนดอำนาจตุลาการศาลปกครองในคดีโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองใน กระบวนการก่อนสัญญา (le référé précontractuel)² และอำนาจตุลาการศาลปกครองในการ กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (le référé contractuel) แต่แท้จริง แล้ว ผู้มีบทบาทสำคัญที่สุดในวิวัฒนาการการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็คือ ศาลปกครองซึ่งเป็นผู้วางบรรทัดฐานคำพิพากษาที่กำหนดและปรับเปลี่ยนขอบเขตการฟ้องคดีพิพาท เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาโดยตลอด³

ในอดีต ศาลปกครองสูงสุดจะไม่รับฟ้องกรณีที่บุคคลภายนอกสัญญา ฟ้องร้องเพื่อขอยกเลิก เพิกถอน หรือระงับการดำเนินการตามสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย โดยศาลปกครองสูงสุดได้วางบรรทัดฐานจำกัดขอบเขตการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครองไว้ว่า การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะต้องฟ้องเป็นคดีปกครองประเภทคดีที่ศาลมี

² อาจเปรียบได้กับคดีปกครองเกี่ยวกับการพัสดุของศาลปกครองไทย

³ "เอกสารประกอบการบรรยายทางวิชาการภาษาฝรั่งเศส เรื่อง การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครอง," (สำนักงานศาลปกครอง, 2558), p. 1.

อำนาจเต็ม (Recours de pleine juridiction) เท่านั้น และมีเพียงเฉพาะคู่สัญญาที่จะมีสิทธิฟ้องคดีได้ โดยบุคคลภายนอกสัญญาจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเพื่อโต้แย้งสัญญาทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองอื่น ๆ ที่มีขึ้นก่อนการทำสัญญาทางปกครองได้แต่ประการใด ไม่ว่าจะด้วยการฟ้องเป็นคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง หรือฟ้องเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มก็ตาม⁴ ทั้งนี้ เนื่องจากการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครองของฝรั่งเศสจะเป็นในลักษณะของการเสนอข้อพิพาทตามประเภทของคำฟ้องโดยมีเหตุผลมาจากการที่ศาลปกครองสูงสุด ซึ่งรวมถึงนักกฎหมายชื่อ Edouard Laferrière ได้วางบรรทัดฐานประเภทของคำฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสไว้ว่าการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครองจะแยกตามลักษณะการใช้อำนาจของศาลซึ่งสอดคล้องกับลักษณะการเสนอข้อพิพาทตามประเภทของคำฟ้องโดยพิจารณาจากคำขอของผู้ฟ้องคดีซึ่งอาจแยกออกได้เป็น 4 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ คำฟ้องขอให้เพิกถอนมาตรการทางปกครอง (contentieux de l'annulation) คำฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรือคำฟ้องที่ศาลมีอำนาจเต็ม (contentieux de pleine juridiction) คำฟ้องเกี่ยวกับการตีความหรือยืนยันนิติสัมพันธ์ (contentieux de l'interprétation) และคำฟ้องขอให้ลงโทษทางวินัยหรือโทษเนื่องจากการทำให้สิ่งสาธารณะเสียหาย (contentieux de la répression)⁵

อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่สัญญาทางปกครองอาจก่อให้เกิดผลกระทบหรือความเดือดร้อนหรือเสียหายต่อบุคคลอื่นนอกจากคู่สัญญา เช่น ผู้ใช้บริการสาธารณะ ได้ นั้น จึงทำให้ในเวลาต่อมาได้มีการวิวัฒนาการเกี่ยวกับการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุดได้เปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสัญญาที่ได้รับความสะดวกหรือเสียหายจากสัญญาทางปกครองสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาทางปกครอง (acte détachable) ต่อศาลปกครองได้ อันเป็นการสร้างสิทธิการฟ้องคดีปกครองรูปแบบใหม่และเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการฟ้องคดีรูปแบบเดิมเป็นอย่างมาก

⁴ เรื่องเดียวกัน, 2.

⁵ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 199-200. และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "ประเภทของคำฟ้องคดีปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองฝรั่งเศส," วารสารนิติศาสตร์ 40, 2 (มิถุนายน 2554): 266.

นอกจากนี้ ในปัจจุบัน ขอบเขตการใช้อำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีก็เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เนื่องจากศาลปกครองมุ่งเน้นรักษาสมดุลในสัญญาและรักษาประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากสัญญาทางปกครองมากกว่าการที่จะตรวจสอบเพียงความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ ศาลปกครองได้เลือกที่จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงของสัญญาทางปกครองแต่ละฉบับมากกว่าที่จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ยกเลิกสัญญาทางปกครองแต่เพียงอย่างเดียว โดยศาลปกครองจะพิจารณาอย่างถี่ถ้วนถึงพฤติการณ์เฉพาะของสัญญาทางปกครองแต่ละฉบับเพื่อวัตถุประสงค์สำคัญที่สุดคือการรักษาเสถียรภาพของพันธสัญญาแห่งสัญญาทางปกครองดังกล่าว และการให้คุณค่าแก่เจตนาซื้อตรงของคู่สัญญาที่มุ่งจะสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างกันและผูกพันตามสัญญา⁶ ทั้งนี้ โดยมีวิวัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่เกิดขึ้นจากศาลปกครองสูงสุดและฝ่ายนิติบัญญัติดังต่อไปนี้

3.1.1.1.1 ยุคที่ศาลปกครองสูงสุดวางรากฐานการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

แต่เดิมนั้น กฎหมายฝรั่งเศสถือหลักว่านิติกรรมทางปกครองทุกกรณีไม่สามารถแบ่งแยกได้ (tout indivisible) หรือหลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองมีความยั่งยืนถาวร (tout indissoluble) หลักการนี้ส่งผลให้ศาลลดความเข้มงวดในการพิจารณาสถานะความเป็นผู้เสียหาย สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของศาลที่ว่า ไม่ว่าผู้เสียหายนั้นจะมีสถานะเป็นคู่สัญญาหรือมีสถานะเป็นบุคคลภายนอกสัญญาก็ตาม ผู้เสียหายเพียงแต่พิสูจน์ว่า ตนมีความเสียหายอย่างเพียงพอ (un intérêt suffisant) ก็ย่อมสามารถยื่นฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสัญญานั้นได้ ซึ่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก็ย่อมก่อให้เกิดผลเป็นการเพิกถอน (l'annulation) สัญญาที่เกิดจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไปโดยอัตโนมัติ ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาคดีโดยถือตามแนวปฏิบัติดังกล่าว ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Duc de

⁶ "เอกสารประกอบการบรรยายทางวิชาการภาษาฝรั่งเศส เรื่อง การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," 2-3.

Clermont-Tonnerre ลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1860 และคดี Ville de Boulogne ลงวันที่ 30 เมษายน ค.ศ. 1863⁷

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ตอนต้นนั้น บุคคลภายนอกสัญญาที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากสัญญาทางปกครองจะสามารถฟ้องร้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองนั้นได้ โดยนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้แก่นิติกรรมทางปกครองทั้งหลายที่ฝ่ายปกครองกระทำขึ้นเพื่อการทำสัญญาทางปกครองนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม สิทธิการฟ้องคดีข้างต้นถูกจำกัดไว้ให้เฉพาะบุคคลภายนอกสัญญาที่มีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเท่านั้น และจะสามารถฟ้องร้องได้เฉพาะในขณะที่การทำสัญญาทางปกครองยังไม่เสร็จสมบูรณ์เท่านั้น ซึ่งหากปรากฏว่า การทำสัญญาได้เสร็จสมบูรณ์แล้ว นิติกรรมทางปกครองเหล่านี้ก็จะรวมเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง และบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาก็จะไม่สามารถฟ้องคดีโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้อีกแต่ประการใด

3.1.1.1.2 ยุคที่ศาลปกครองสูงสุดไม่ยอมรับให้บุคคลภายนอกสัญญาฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

หลักการข้างต้นเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไปในช่วงท้ายของศตวรรษที่ 19 เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำพิพากษาใหม่ที่ไม่ยอมรับให้บุคคลภายนอกสัญญาฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งเป็นการกลับแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิของผู้เสียหายในการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง และสิทธิของบุคคลภายนอกสัญญาในการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดไม่ประสงค์ที่จะเข้าไปทำให้เกิดอุปสรรคในการดำเนินการตามสัญญาจึงไม่เปิดช่องให้มีการร้องขอได้กว้างขวางเกินไป อีกทั้ง

⁷ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, "คำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte Détachable)," วารสารวิชาการศาลปกครอง 15, 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2558): 188-189.

ยังเป็นไปเพื่อการจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีของคู่สัญญา (le cocontractant) ดังที่ปรากฏใน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ดังต่อไปนี้⁸

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Compans ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1877

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Dame veuve Soubry et Thuilier ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1877

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Dumont ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน ค.ศ. 1879

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Section de Malateverne ลงวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 1888

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Proghomme ลงวันที่ 6 กรกฎาคม ค.ศ. 1894

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Audoly ลงวันที่ 26 เมษายน ค.ศ. 1901

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Morand ลงวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1903

การกลับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้เคร่งครัดกับหลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองทุกกรณีไม่สามารถ แบ่งแยกได้อีกต่อไป หรืออาจกล่าวได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาข้อเท็จจริงในคำฟ้องโดยมีการ แบ่งแยกระหว่าง “สัญญา” และ “นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาเพื่อการสนับสนุนการก่อให้เกิด สัญญา” (les actes-supports) ออกจากกัน

⁸ เรื่องเดียวกัน, 189.

นอกจากนี้ เหตุผลประการสำคัญที่ศาลปกครองสูงสุด จะไม่รับฟ้องกรณีบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาฟ้องร้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ยกเลิก เพิกถอน หรือระงับการดำเนินการตามสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้น เกิดขึ้นจากการพิจารณา คดีปกครองตามระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสที่สามารถแบ่งประเภทการฟ้องคดีได้ 4 ประเภท ตามลักษณะของการใช้อำนาจของศาลซึ่งจะสอดคล้องกับการแบ่งประเภทคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ตั้งที่ ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางไว้⁹

ทั้งนี้ การพิจารณาว่า คำฟ้องว่าเป็นคดีประเภทใด เป็นอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง โดยที่ผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องระบุประเภทคำฟ้องมา แต่ประการใด โดยในการพิจารณาดังกล่าวตุลาการศาลปกครองจะพิจารณาจากคำขอท้ายคำฟ้อง (conclusions) โดยคดีประเภทที่มีความสำคัญในการพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครองของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส คือ คดีที่ศาลมีเขตอำนาจเต็มในการพิจารณา (recours de pleine juridiction) และคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือ ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) ดังนี้

(1) การฟ้องคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de pleine juridiction)

การฟ้องคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de pleine juridiction) เป็นการฟ้องที่ศาลปกครองมีอำนาจกว้างขวาง โดยมีการเรียกคดีประเภทนี้ว่า คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (contentieux de pleine juridiction) เนื่องจากศาลปกครองในคดีประเภท นี้จะมีอำนาจอย่างเต็มที่ที่จะสั่งให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายหรือกระทำการได้ ซึ่งแตกต่างจาก คดีประเภทอื่น ๆ ที่ตุลาการศาลปกครองมีอำนาจจำกัดเฉพาะแต่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

⁹ ได้แก่ คำฟ้องขอให้เพิกถอนมาตรการทางปกครอง (contentieux de l'annulation) คำฟ้องขอให้ฝ่ายปกครอง กระทำการหรือคำฟ้องที่ศาลมีอำนาจเต็ม (contentieux de pleine juridiction) คำฟ้องเกี่ยวกับการตีความหรือยืนยันนิติสัมพันธ์ (contentieux de l'interprétation) และคำฟ้องขอให้ลงโทษทางวินัยหรือโทษเนื่องจากการทำให้สิ่งสาธารณะเสียหาย (contentieux de la répression)

การตีความหรือการลงโทษเท่านั้น แต่จะไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายหรือสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ได้

ในการพิจารณาว่าการฟ้องคดีใดเป็นการฟ้องคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็มนั้น ตุลาการศาลปกครองจะพิจารณาจากคำขอท้ายคำฟ้อง (conclusions) ว่าหากผู้ฟ้องคดีไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง แต่มุ่งประสงค์จะให้ชดใช้หรือชำระเงินแค้นเป็นหลัก ศาลปกครองก็จะจัดเป็นประเภทคำฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ซึ่งผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้ได้จะต้องเป็นที่ถูกระทบสิทธิที่ทำให้เกิดความเสียหายเท่านั้น

ผู้ฟ้องคดีในคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็มมักจะประสงค์ให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้อื่นเป็นหนี้ที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางหนี้ตามกฎหมาย เช่น การเรียกร้องกรณีผิดสัญญา การเรียกร้องอันเกิดจากลาภมิควรได้หรือการจัดการงานนอกสั่ง รวมทั้งความรับผิดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของปัจเจกชน ซึ่งคำฟ้องประเภทนี้ไม่สามารถฟ้องให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ จึงต้องใช้มาตรการบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายโดยชำระเป็นเงินแทน

ในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองนั้น จะเป็นการฟ้องคดีประเภทนี้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักว่า คดีประเภทนี้เป็นการฟ้องร้องระหว่างคู่สัญญาทางปกครอง และตุลาการศาลปกครองในคดีจะมีอำนาจพิจารณาคำขอเรื่องค่าเสียหาย และสั่งให้จ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ หรือจากการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว รวมถึงการวินิจฉัยว่าสัญญาเป็นโมฆะ ตลอดจนมีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา (Les actes d'exécution du contrat) ซึ่งมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่ไม่สามารถแยกต่างหากจากสัญญาได้ (acte non detachable)¹⁰ โดยตุลาการศาลปกครองในคดีประเภทนี้

¹⁰ จุฑามาศ นาคทัง, "ผู้มีสิทธิฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," หน้า 45.

จะมีอำนาจออกคำสั่งได้ในทุกรูปแบบ (ยกเลิก เพิกถอน เปลี่ยนแปลง แก้ไข และให้ถือคำพิพากษา แทนนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครอง หรือให้ชดใช้ค่าเสียหาย หรือปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง)

(2) การฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir)

การฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) หรือเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (contentieux d'annulation) เป็นการฟ้องที่สำคัญในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองของฝรั่งเศส โดยเป็นการฟ้องซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ตุลาการศาลปกครองเพิกถอน (annulation) นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

นอกจากนี้ การฟ้องคดีประเภทนี้เป็นการดำเนินคดีที่มีลักษณะพิเศษ¹¹ ที่นอกจากจะมีขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ของเอกชนผู้ฟ้องคดีแล้ว ยังเป็น

¹¹ นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสหลายคนได้พยายามแบ่งประเภทของการดำเนินคดี (contentieux) ปกครองออกเป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ การดำเนินคดีแบบภาวะวิสัย (contentieux objectif) และการดำเนินคดีแบบอัตวิสัย (contentieux subjectif) โดยการแบ่งประเภทของคดีออกเป็นสองประเภทดังกล่าวมานี้มีที่มาจาก “คำฟ้อง” ของผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ หากผู้ฟ้องคดีฟ้องคดีเพื่อ “ตอบโต้” นิติกรรมทางปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ถือเป็น การฟ้องคดีแบบภาวะวิสัย ในขณะที่การฟ้องเพื่อ “เรียกร้อง” ให้มีการยอมรับความมีอยู่ของสิทธิของผู้ฟ้องคดี ถือเป็น การฟ้องคดีแบบอัตวิสัย

การฟ้องคดีแบบภาวะวิสัยนั้น วัตถุประสงค์ของการฟ้องคดีก็เพื่อให้ขอให้ศาลพิจารณาถึง “กฎหมาย” เป็นหลัก กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองที่นำมาฟ้องต่อศาลนั้นสอดคล้องกับกฎหมายต่างๆที่อยู่ในลำดับสูงกว่าหรือไม่ การฟ้องคดีแบบภาวะวิสัยมีหลายประเภท เช่น

- การฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) ที่เปิดโอกาสให้ศาลปกครองสามารถเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้

- การฟ้องคดีขอให้ศาลตีความ (contentieux de l'interprétation) ที่เปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้ตีความนิติกรรมทางปกครองที่เคลือบคลุมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

- การฟ้องคดีขอให้ศาลพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามที่คู่กรณีกล่าวอ้าง (contentieux de l'appréciation de légalité) ที่โดยทั่วไปแล้วจะเป็นคดีที่ศาลยุติธรรมขอให้ศาลปกครองพิจารณาถึงนิติกรรมทางปกครองที่มี

กระบวนการสำคัญอีกกระบวนการหนึ่งที่ทำให้การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองเป็นไปตามกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า การฟ้องคดีกรณีฝ่ายปกครองกระทำการนอกขอบอำนาจนี้เป็นมาตรการสำคัญของระบบนิติรัฐ โดยปัจเจกชนที่มีส่วนได้เสียสามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามและไม่เคารพต่อกฎหมายได้¹²

เดิมศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจเพียงแต่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจสั่งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใหม่ เพราะยึดถือหลักข้อห้ามเรื่อง “การปกครองโดยผู้พิพากษา” (Couvernement des juges) อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีการปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยมีการตราพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995¹³ ที่ให้อำนาจตุลาการศาลปกครองที่พิจารณาพิพากษาคดีประเภทการฟ้องเพิกถอน นิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจสามารถออกคำสั่ง (l'injonction) และกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องชำระค่าปรับกรณีไม่ดำเนินการตามคำสั่งของศาลได้ในกรณีที่ศาลได้พิพากษาวานิติกรรมทางปกครองใด ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องกระบวนการบังคับคดี โดยในชั้นบังคับคดี ผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้อำนาจตุลาการศาลปกครองโดยสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาตามแต่ความเหมาะสม หรือในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นต้องยกเลิกสัญญาโดยมี

คู่กรณีกล่าวอ้างว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในคดีดังกล่าว ศาลปกครองมีหน้าที่เพียงชี้ว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองไม่สามารถเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

ส่วนการฟ้องคดีแบบอัตรวิสัยนั้น เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาได้พิจารณาถึง “สิทธิของผู้ฟ้องคดี” เป็นหลัก กล่าวคือ เป็นการพิจารณาถึงการกระทำต่างๆของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนหรือกระทบสิทธิประโยชน์ของผู้ฟ้องคดี การฟ้องคดีแบบอัตรวิสัยมีหลายประเภท เช่น การฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de plein contentieux หรือ contentieux de plein juridiction) อันได้แก่ การดำเนินคดีเกี่ยวกับสัญญา (contentieux contractuel) การดำเนินคดีเกี่ยวกับภาษี (contentieux fiscal) ความรับผิดของฝ่ายปกครอง (la responsabilité) รวมทั้งการพิจารณาคดีเกี่ยวกับทางสาธารณะ (contentieux de grande voirie) ที่ศาลปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษทางอาญาแก่ผู้ทำความผิดเกี่ยวกับสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (le domaine public) ด้วย

¹² นันทวัฒน์ บรมานันท์, "คำบรรยายกฎหมายปกครอง ครั้งที่ 10 การควบคุมฝ่ายปกครอง" [ออนไลน์].

¹³ Loi du 8 février 1995 sur l'injonction

ผลย้อนหลังก็อาจสั่งให้ฝ่ายปกครองต้องยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาได้

การฟ้องคดีประเภทนี้มุ่งพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ คำฟ้องในคดีประเภทนี้จึงเป็นคำฟ้องที่ครอบคลุมและกว้างขวาง รวมถึงการพิจารณาความเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้ก็มีขอบเขตที่กว้างขวางด้วย เพียงแต่เป็นผู้ถูกระทบประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียแล้ว บุคคลดังกล่าวก็จะมีอำนาจฟ้องได้ (interet pour agir) แม้ว่าจะยังไม่ถึงขั้นถูกระทบทำให้เสียหายก็ตาม โดยศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักว่า ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายสามารถฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครองเป็นคดีประเภทนี้ได้เสมอ โดยคดีประเภทนี้เป็นการฟ้องร้องต่อ “การกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง” (Acte unilatéral) เป็นคดีที่เป็นภาวะวิสัย และตุลาการศาลปกครองมีอำนาจจำกัดเพียงการพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเพื่อยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยตุลาการศาลปกครองจะไม่มีอำนาจสั่งให้ชดเชยค่าเสียหายหรือให้รับผิดใด ๆ อันเป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ประการใด ทั้งนี้ ผลของคำพิพากษาในคดีประเภทนี้ก็จะไม่ได้มีผลเฉพาะคู่กรณีในคดี (inter partes) เท่านั้น แต่จะมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (erga omnes)

กรณีจะเห็นได้ว่า เมื่อเปรียบเทียบประเภทการฟ้องคดีของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสข้างต้นกับลักษณะคดีปกครองตามกฎหมายไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) จะมีลักษณะเดียวกับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการฟ้องคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de pleine juridiction) จะตรงกับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) นี้ จะเป็นการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

จากการแบ่งแยกประเภทการฟ้องร้องคดีปกครองออกเป็น 2 ประเภทข้างต้น จะเห็นได้ว่า อำนาจของศาลปกครองในการออกคำสั่งได้ในทุกรูปแบบถูกจำกัดให้ต้องฟ้องเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม โดยผู้มีสิทธิในการฟ้องคดีคือคู่สัญญาทางปกครองเท่านั้น จึงทำให้

คดีประเภทนี้เป็นคดีเฉพาะระหว่างคู่สัญญาทางปกครองเท่านั้น และส่งผลให้บุคคลภายนอกสัญญาจะไม่สามารถฟ้องเพื่อขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มต่อศาลได้โดยปริยาย ส่วนในคดีประเภทการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจซึ่งศาลปกครองมีอำนาจจำกัดเพียงเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ก็ได้ส่งผลให้บุคคลที่มีใช้คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองไม่สามารถฟ้องเพื่อขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองเป็นคดีประเภทการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจได้เช่นกัน ซึ่งในเรื่องนี้เป็นประเด็นที่มีการวิพากษ์ในทางวิชาการเกี่ยวกับความเหมาะสมและความถูกต้องเป็นอย่างมาก เนื่องจากทั้ง ๆ ที่มีการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลกลับมีอำนาจทำคำสั่งได้อย่างจำกัด ดังที่ศาสตราจารย์ Jean RIVERO ได้วิจารณ์ไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1962 ในทำนองว่า หากเป็นเช่นนั้น คดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือทำนอกขอบอำนาจก็จะไม่มีการพัฒนาต่อไปได้อีกมากนัก¹⁴

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังได้วินิจฉัยอีกว่า บุคคลที่มีใช้คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองไม่สามารถฟ้องคดีสัญญาทางปกครองต่อศาลปกครองเป็นคดีประเภทการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจซึ่งเป็นการฟ้องร้องเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือทำนอกขอบอำนาจ (Recours pour excès de pouvoir) ได้อีกด้วย ดังเช่นในคำพิพากษาคดี Le Buf ลงวันที่ 24 ธันวาคม ค.ศ. 1897 หรือคำพิพากษาคดี Compagnie d'aménagement des couteaux de Gascogne ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 1997 เป็นต้น ทั้งนี้ โดยมีเหตุผลสนับสนุนหลัก ๆ ที่อธิบายกัน 3 ประการ ดังนี้¹⁵

เหตุผลประการแรก คือ สัญญาทางปกครองเป็นเรื่องนิติกรรมสองฝ่ายระหว่างรัฐกับเอกชน ไม่ใช่รัฐฝ่ายเดียว ดังนั้น ศาลปกครองจึงไม่ควรเพิกถอนสัญญาดังกล่าว การนำคดีประเภทที่สอง (Recours pour excès de pouvoir) มาใช้กับการฟ้องร้องสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นเรื่องยาก เพราะศาลปกครองในคดีประเภทการเพิกถอน

¹⁴ RIVERO J., Le Huron au Palais-Royal ou réflexion naïves sur le recours excès de pouvoir, Dalloz, Chroniques, 1962, p. 37. อ้างถึงใน นพรัตน์ อุคมโชคมงคล, "สัญญาทางปกครอง: บุคคลภายนอกฟ้องร้องได้หรือไม่," *วารสารนิติศาสตร์* 41, 4 (ธันวาคม 2555): 859.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, 859-861.

นิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่จำกัด กล่าวคือ ศาลมีอำนาจเฉพาะการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ซึ่งโดยปกติแล้ว หากศาลปกครองเพิกถอนการกระทำหรือคำสั่งดังกล่าว ก็ย่อมทำให้การกระทำหรือคำสั่งนั้นไร้ผลมาตั้งแต่ต้น กรณีจึงเป็นการยากที่จะนำเรื่องดังกล่าวมาใช้กับคดีที่มีการฟ้องร้องเพื่อขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครอง ดังนั้น อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อเพิกถอนสัญญาทางปกครองหรือผลของสัญญาทางปกครองจึงควรจำกัดอยู่ในการพิจารณาพิพากษาของศาลในคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มเท่านั้น เพราะศาลมีอำนาจทำคำสั่งได้ทุกชนิด อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ก็ได้ถูกจัดให้เป็นการฟ้องคดีระหว่างคู่สัญญาทางปกครองไปแล้ว

เหตุผลประการต่อมาคือ สัญญาทางปกครองเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการจัดการเท่านั้น (Acte de gestion) ไม่ใช่การใช้อำนาจรัฐ (Acte d'autorité)

เหตุผลประการสุดท้ายคือ สัญญาทางปกครองเป็นนิติกรรมระหว่างคู่สัญญา กรณีจึงควรถือว่า บุคคลภายนอกสัญญาไม่ได้เป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการลงนามในสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ โดยอ้างหลักกฎหมายแห่งที่ว่าด้วยความสัมพันธ์เฉพาะตัวของคู่สัญญา (Relativité des contrats หรือ Privity of contract)

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา ได้มีนักวิชาการที่เห็นว่าเหตุผลสนับสนุน 3 ประการข้างต้นน่าจะไม่ถูกต้อง และได้มีความเห็นแย้งต่อเหตุผลดังกล่าวในแต่ละประเด็นไว้ดังนี้

หากเหตุผลประการที่ 1 ที่ว่า “สัญญาเป็นเรื่องนิติกรรมสองฝ่ายระหว่างรัฐกับเอกชน ไม่ใช่รัฐฝ่ายเดียว ดังนั้น ศาลจึงไม่ควรเพิกถอน” เป็นเหตุผลที่ถูกต้องแล้ว ก็เท่ากับว่าศาลปกครองควรมีอำนาจเพิกถอนสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยตนเองได้ เนื่องจากในเชิงเนื้อหาแล้ว ต้องถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว คือ ฝ่ายรัฐกับรัฐ แต่ถ้าเป็นเช่นนั้นแล้ว ก็จะไม่สามารถอธิบายได้ว่า เหตุใดบุคคลภายนอกสัญญาจึงสามารถฟ้องขอเพิกถอนสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยตนเองได้ แต่ไม่อาจฟ้องเพิกถอนสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนได้

สำหรับเหตุผลประการที่ 2 ที่ว่า “สัญญาเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการจัดการเท่านั้น” นั้น ก็เป็นเรื่องยากที่จะกล่าวว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองเข้าทำนั้นเป็นเรื่องการจัดการ (Gestion) แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น เนื่องจากสัญญาที่เป็นข้อพิพาทส่วนใหญ่เป็นเรื่องกิจกรรมทางเศรษฐกิจอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีส่วนร่วมดำเนินการในรูปแบบของการทำสัญญา อันเป็นการกระทำตามอำนาจหน้าที่ทั้งสิ้น

ทั้งนี้ ในส่วนของเหตุผลประการสุดท้ายที่ว่า “สัญญาทางปกครองเป็นนิติกรรมระหว่างคู่สัญญา จึงควรถือว่าบุคคลภายนอกสัญญาไม่ได้รับผลกระทบจากการลงนามในสัญญา” นั้น ได้ถูกโต้แย้งจากนักวิชาการว่า สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองทำกับเอกชนนั้นมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง สัญญาดังกล่าวจึงอาจส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกสัญญาได้ หลักกฎหมายแพ่งว่าด้วยความสัมพันธ์เฉพาะตัวของคู่สัญญา (Relativité des contrats หรือ Privity of contract) จึงไม่อาจนำมาใช้บังคับเพื่อตัดอำนาจศาลได้ โดยมีเหตุผลดังต่อไปนี้

3.1 สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ผู้ใช้บริการที่แม้จะเป็นบุคคลภายนอกสัญญาย่อมได้รับผลกระทบจากสัญญาดังกล่าวเช่นกัน

3.2 ในกรณีที่สัญญาดังกล่าวกระทำโดยหน่วยงานทางปกครอง การเข้าทำสัญญาจะต้องตกอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักกฎหมายมหาชนที่คุ้มครองสิทธิของผู้อื่นด้วย เช่น หลักกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมกันของเอกชนในการเข้าเป็นคู่สัญญากับภาครัฐ (Principe d'égalité d'accès à la commande publique) ซึ่งสัญญาทางปกครองอาจละเมิดสิทธิดังกล่าวของบุคคลภายนอกสัญญาได้ และจำเป็นต้องมีระบบที่ควบคุมให้มีการเคารพสิทธินี้ให้มีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ดี ความเห็นแย้งข้างต้นก็เป็นเพียงการวิพากษ์ในทางวิชาการเท่านั้น โดยศาลปกครองสูงสุดก็มิได้รับฟ้องกรณีบุคคลภายนอกสัญญาฟ้องร้องเพื่อขอให้ศาลยกเลิกหรือเพิกถอนสัญญา และไม่ยอมให้บุคคลภายนอกสัญญาฟ้องร้อง "การกระทำฝ่ายเดียว" ของฝ่ายปกครองที่แยกออกได้จากสัญญาด้วย โดยศาลถือหลักว่า การกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหมดเป็น "หนึ่งเดียว" แยกออกจากกันไม่ได้ (tort indivisible) อันเป็นการกลับแนวปฏิบัติเดิม

ของศาลปกครองที่ไม่เข้มงวดในการพิจารณาสถานะความเป็นผู้เสียหายอีกต่อไป ทั้งนี้ นาย Romieu ตูลาการผู้แถลงคดีเห็นว่า การไม่รับคำฟ้องของบุคคลภายนอกสัญญาด้วยเหตุดังกล่าวไม่ถูกต้อง เพราะเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนมากเกินไป และอาจล่วงเลยไปถึงขนาดที่ว่าเป็นการปฏิเสธ ความยุติธรรม (Denis de justice) อีกด้วย

3.1.1.2 วิวัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

โดยที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำพิพากษาจำกัดสิทธิในการฟ้องคดี พิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้เฉพาะคู่สัญญาทางปกครอง (le cocontractant) เท่านั้น ซึ่งทำให้บุคคลภายนอกสัญญาทางปกครองไม่อาจฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งสัญญาทางปกครองได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนววงคำพิพากษาแบ่งแยกระหว่างสัญญาที่มีผลบังคับใช้ อย่างสมบูรณ์¹⁶ ออกจาก “นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาเพื่อการสนับสนุนการก่อให้เกิดสัญญา” โดยในช่วงเวลาดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดนิยามของ “นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาเพื่อการสนับสนุนการก่อให้เกิดสัญญา” ว่า หมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (l'acte unilatéral) ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิ (faisant grief) ของผู้ฟ้องคดี และนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง อันเป็นการวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้ และเป็นนิติกรรมที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกสามารถหยิบยกมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจได้

3.1.1.2.1 ที่มาของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

ในปี ค.ศ. 1903 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองลักษณะใดถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้

¹⁶ « le contrat déjà conclu », โดยไม่ต้องพิจารณาว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา

และเป็นนิติกรรมที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกสามารถหยิบยกมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจได้ไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Gorre ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1903 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ทำในระบบกฎหมายเอกชน โดยศาลปกครองสูงสุดได้รับพิจารณาคำฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมที่เป็นการเตรียมการ (acte préparatoire) จัดทำสัญญาด้วยเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ต่อมา ในช่วง ค.ศ. 1903 – 1906 ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำพิพากษาแบ่งแยกระหว่างสัญญาที่มีผลบังคับใช้อย่างสมบูรณ์ (le contrat déjà conclu) (ไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา) ออกจาก “นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาเพื่อการสนับสนุนการก่อให้เกิดสัญญา” โดยในครั้งนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้ให้นิยามของ “นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาเพื่อการสนับสนุนการก่อให้เกิดสัญญา” ว่าหมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (l’acte unilatéral) ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิ (faisant grief) ของผู้ฟ้องคดี และนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจได้ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังต่อไปนี้

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Gorre ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1903

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Villers-sur-Mer ลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1904

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Messé ลงวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 1904

3.1.1.2.2 นิยามและความหมายของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นหมายความถึงนิติกรรมทางปกครองสามารถแยกจากนิติกรรมหรือการกระทำอื่น เช่น สัญญาทางปกครอง การกระทำทางรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งในกรณีสัญญาทางปกครองนั้น นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จะหมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญาแต่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีขึ้นในระหว่างการร่างสัญญา นิติกรรมเกี่ยวกับการทำสัญญา รวมทั้งนิติกรรมบางอย่างที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การปฏิเสธที่จะแก้ไขสัญญา เป็นต้น

3.1.1.2.3 ลักษณะของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

แม้ก่อนหน้า ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวางแนววางคำพิพากษาแบ่งแยกระหว่างสัญญาที่มีผลบังคับใช้อย่างสมบูรณ์¹⁷ ออกจาก “นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาเพื่อการสนับสนุนการก่อให้เกิดสัญญา” โดยในช่วงเวลาดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดนิยามของ “นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาเพื่อการสนับสนุนการก่อให้เกิดสัญญา” ว่า หมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (l'acte unilatéral) ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิ (faisant grief) ของผู้ฟ้องคดี และนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง อันเป็นการวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้ และเป็นนิติกรรมที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกสามารถหยิบยกมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจได้ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Gorre ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1903, คดี Commune de

¹⁷ « le contrat déjà conclu », โดยไม่ต้องพิจารณาว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา

Villers-sur-Mer ลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1904, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Messé ลงวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 1904¹⁸

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดก็ยังมีได้มีการวางหลักในการให้สิทธิแก่บุคคลภายนอกสัญญาในการฟ้องร้องขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองได้โดยอัตโนมัติประการใด จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1905 ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Arrêt « Martin » du 4 août 1905 หรือคดี Martin ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1905¹⁹ โดยได้พิพากษาให้บุคคลภายนอกสัญญาสามารถโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีขึ้นในกระบวนการก่อนสัญญาได้แม้ว่าการทำสัญญาจะเสร็จสมบูรณ์แล้ว แต่นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้นจะต้องถูกแยกออกเป็นคนละส่วนกับสัญญาได้ (l'acte detachable)²⁰ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาดังกล่าวไว้ว่า นิติกรรมทางปกครองลักษณะใดถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องจากสัญญาได้ ทั้งนี้ คำพิพากษาในคดีนี้เป็น การปรากฏทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ขึ้นเป็นครั้งแรกในศตวรรษที่ 20 และ

¹⁸ ปาสีร์รัฐ ศรีวรรณพฤษ, "คำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte Détachable)," วารสารวิชาการศาลปกครอง: 189-190.

¹⁹ จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Martin ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1905 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Société Tropic Travaux signalization ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 อาจกล่าวได้ว่า ศาลปกครองย่อมมีอำนาจในการกำหนดค่าบังคับดังนี้

- เพิกถอนการจัดซื้อจัดจ้าง
- เพิกถอนการจัดซื้อจัดจ้างแต่เพียงบางส่วน
- ยกเลิกสัญญา
- เปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาบางประการ
- เสียหายความเสียหายให้แก่ผู้เข้าแข่งขันที่ไม่ได้รับความเป็นธรรม

²⁰ "เอกสารประกอบการบรรยายทางวิชาการภาษาฝรั่งเศส เรื่อง การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," 3.

ทำให้คดีดังกล่าวซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นที่มาและถูกหยิบยกมาศึกษาในประเด็นทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จนถึงปัจจุบัน²¹

คดีนี้ มีข้อเท็จจริงว่า นาย Martin ได้ยื่นฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนมติของสภาจังหวัด (le conseil général de département) เกี่ยวกับการให้สัมปทานจัดจ้างที่อนุมัติให้มีการก่อสร้างรถราง (le tramway) ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาว่า คำฟ้องของนาย Martin เป็นคำฟ้องที่ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ เพราะเป็นคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ และคำฟ้องนี้ก็ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่มีอำนาจเต็ม

ในคดี Martin นี้ ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษามติของคณะกรรมการว่าจะเข้าทำสัญญาหรือที่เป็นผลทำให้เกิดการลงนามในสัญญาถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่สามารถฟ้องแยกออกจากสัญญาทางปกครองได้ บุคคลภายนอกสัญญาจึงสามารถฟ้องร้องเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนมติดังกล่าวได้โดยถือเป็นคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือทำนอกขอบอำนาจ (Recours pour excès de pouvoir) ของ “การกระทำทางปกครองที่สามารถแยกออกได้จากสัญญา” (Acte détachable) เช่น ฟ้องร้องมติที่อนุมัติให้ทำสัญญา เป็นต้น ดังนั้น คำฟ้องของนาย Martin จึงเป็นคำฟ้องที่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจสามารถรับไว้พิจารณาได้ และคำฟ้องนี้ก็ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่มีอำนาจเต็ม

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาว่า นิติกรรมทางปกครองลักษณะใดถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้ โดยศาลปกครองสูงสุดใช้คำว่า « l'acte detachable du contrat » และให้นิยามคำดังกล่าวว่าหมายถึง “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองใด ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนหน้าการเกิดสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น และหมายความรวมถึงนิติกรรมทางปกครองใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังการบังคับ

²¹ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพถกซ์, "คำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte Détachable)," วารสารวิชาการศาลปกครอง: 190.

ตามสัญญาและการระงับไปซึ่งสัญญานั้น”²² ซึ่งหากนิติกรรมทางปกครองที่ว่านี้ถูกศาลเพิกถอนไปแล้ว ย่อมไม่มีผลให้สัญญาทางปกครองนั้นระงับโดยทันทีแต่ประการใด ในทางกลับกัน หากสัญญาทางปกครองดังกล่าวตกเป็นโมฆะแล้ว กรณีย่อมส่งผลให้นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวระงับโดยทันที กล่าวคือนิติกรรมทางปกครองนั้นจะตกเป็นโมฆะด้วยเช่นเดียวกัน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Martin แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้แบ่งแยกการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองออกเป็น 2 รูปแบบ ดังนี้²³

รูปแบบที่ 1 การฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา ซึ่งจะต้องเป็นการยื่นฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม โดยผู้มีสิทธิฟ้องคดีในรูปแบบนี้คือคู่สัญญาเท่านั้น

รูปแบบที่ 2 การฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญา ซึ่งจะต้องเป็นการฟ้องคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง โดยผู้มีสิทธิฟ้องคดีในรูปแบบนี้คือบุคคลภายนอกสัญญาที่พิสูจน์ได้ว่าตนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย²⁴ ซึ่งผลของการฟ้องคดีในรูปแบบนี้จะไม่ได้มีผลกระทบต่อการคงอยู่ของสัญญาทางปกครองแต่ประการใด เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดถือว่าสัญญาเป็นเรื่อง

²² « étant tout acte antérieur à la conclusion du marché, et tout acte postérieur à sa conclusion concernant son execution, sa modification ou sa résiliation »

²³ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, "คำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte Détachable)," วารสารวิชาการศาลปกครอง: 191.

²⁴ ต่อมา ในปี ค.ศ. 2007 ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาในคดี Société Tropic Travaux signalization ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 (CE, Ass. 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, n°291545) ที่ความหมายหลักในเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีไว้ว่า บุคคลภายนอกสัญญาที่พิสูจน์ได้ว่าตนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาได้ โดยต้องเป็นการฟ้องคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ โดยในคดีดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยให้บุคคลภายนอกสัญญาที่มีสถานะเป็น “ผู้เข้าแข่งขันที่ไม่ได้รับความเป็นธรรม (le concurrent évincé)” สามารถยื่นฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาที่มีการลงนามไปแล้ว อันเป็นการฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการแข่งขันไม่เป็นธรรม

ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาสองฝ่าย จึงเป็นไปได้ที่ข้อตกลงหรือนิติกรรมฝ่ายเดียวจะมีผลกระทบต่อความคงอยู่ของสัญญา²⁵

ทั้งนี้ แนวปฏิบัติของศาลปกครองสูงสุดในการแบ่งแยกการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองออกเป็น 2 รูปแบบข้างต้น ส่งผลให้เกิดข้อวิจารณ์ว่า ผลของการฟ้องคดีรูปแบบที่ 2 เป็นผลที่มีอยู่เพียงในเชิงวิชาการหรือในอุดมคติเท่านั้น²⁶ เนื่องจากท้ายที่สุดแม้ว่าจะมีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ตาม แต่สัญญาทางปกครองซึ่งเป็นผลผลิตของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่เช่นเดิม ซึ่งในเวลาต่อมา ศาลปกครองสูงสุดก็ได้พยายามมีคำพิพากษาเพื่อแก้ข้อขัดข้องดังกล่าว และประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการตราพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของเทศบาล จังหวัด และภาค (la loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions) เพื่อแก้ปัญหาในประเด็นนี้ด้วย ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

นอกจากนี้ การที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า บุคคลภายนอกสัญญาสามารถฟ้องร้องความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Recours pour excès de pouvoir) ของ “นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้” (Acte détachable) เพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวนั้น ทำให้บุคคลภายนอกสัญญาซึ่งเคยถูกตัดสิทธิฟ้องคดีต่อศาลนั้นสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองได้โดยถือเป็นการฟ้องคดีประเภทที่สอง อาจกล่าวได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสคิดค้นทฤษฎีนี้ขึ้นมาเพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมายในบางกรณีที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี เนื่องจากโดยหลักแล้วศาลปกครองย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบ

²⁵ ต่อมา ได้มีการนำเสนอโดย Aubry และ Drago ว่า ควรพิจารณาว่าเหตุแห่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นมีลักษณะที่ไม่อาจแยกออกจากกระบวนการก่อให้เกิดสัญญาหรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว ก็จะเป็นที่ชัดเจนว่า สัญญา ย่อมมีผลถูกยกเลิกอย่างแน่แท้ ยิ่งไปกว่านั้น ระบบการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยผู้ว่าราชการจังหวัดก็ย่อมเป็นหนึ่งในเหตุผลที่สนับสนุนการคงอยู่ของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ นอกจากนี้ การปฏิรูปวิธีพิจารณาคดีในปี ค.ศ. 1953 ก็ได้ส่งผลให้มีการจัดตั้งศาลปกครองชั้นต้นซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาคดีทั้งประเภทคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ และคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มนั้น การปฏิรูปดังกล่าวได้ทำให้ปัญหาในเชิงโครงสร้างองค์กรเกี่ยวกับการแบ่งแยกประเภทคดีหมดสิ้นไป

²⁶ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ, "คำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte Détachable)," *วารสารวิชาการศาลปกครอง*: 191.

ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่หลักนี้ย่อมไม่อาจนำมาใช้ได้กับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองซึ่งมีหลักทั่วไปของสัญญาว่า สัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายและสัญญาถือเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญา ดังนั้น ตรีกระดังกล่าวจึงส่งผลให้หากคู่สัญญาไม่ได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ศาลปกครองย่อมไม่อาจก้าวล่วงไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองได้

ภายหลังคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Martin ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1905 นั้น พบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาพิพากษาคดีโดยถือตามแนวคำพิพากษาในคดีดังกล่าว กล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดได้ยืนยันว่า นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวไม่ได้ปะปนกับสัญญาทางปกครองอันถือเป็นนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวจึงเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจได้ ซึ่งก็คือการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญานั้น และฟ้องร้องเกี่ยวกับผลที่เกิดขึ้นเนื่องจากการฟ้องร้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว และคำพิพากษาดังกล่าวก็ได้ส่งผลให้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีต่อมา มีการชี้ชัดในประเด็นเกี่ยวกับลักษณะของนิติกรรมทางปกครองที่ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญา ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีต่าง ๆ²⁷ เช่น

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Schwetsoff et autres* วางหลักว่า คำสั่งของฝ่ายปกครองให้มีการจัดซื้อจัดจ้างถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี *Tonduet* ลงวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ. 1931 คดี *Gaillard* ลงวันที่ 17 ตุลาคม ค.ศ. 1980 และคดี *Ville de Digne* ลงวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 1995 วางหลักว่า การปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญาถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้

²⁷ เรื่องเดียวกัน, 190.

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société La Belle Gaulle ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1955 คดี Bernadat ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1956 คดี Secrétaire d'Etat à l'Agriculture c/ Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère ลงวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1985 และคดี Commune de Bray-sur-Somme ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 1976 วางหลักว่า คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการคัดเลือกคู่สัญญาถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้เช่นกัน

กรณีจะเห็นได้ว่า คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Martin ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1905 ทำให้เกิดการจำแนกการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองออกเป็นสองประเภทอย่างชัดเจน คือ การฟ้องเพื่อโต้แย้งสัญญาทางปกครองซึ่งจะมีเพียงคู่สัญญาเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครอง และศาลจะมีอำนาจเต็มในการพิจารณาพิพากษาคดีและมีคำสั่งต่าง ๆ และการฟ้องเพื่อโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่สามารถแยกออกจากสัญญาได้ ที่ศาลจะมีเพียงอำนาจเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ๆ โดยที่บุคคลภายนอกสัญญาที่พิสูจน์ได้ว่าตนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากกระบวนการก่อนสัญญาจะมีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้ได้²⁸ ซึ่งผลของการฟ้องคดีโดยบุคคลภายนอกสัญญาดังกล่าวจะไม่ได้กระทบกระเทือนต่อการคงอยู่ของสัญญา เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดถือว่าสัญญาคือข้อตกลงสองฝ่ายจึงเป็นไปไม่ได้ที่ข้อตกลง (นิติกรรม) ฝ่ายเดียวจะมีผลกระทบต่อความคงอยู่ของสัญญา²⁹

ทั้งนี้ หลังจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Martin ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1905 ก็ได้มีวิวัฒนาการของการนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ หรือ Acte détachable จนมีการเปรียบเปรยว่า ตุลาการศาลปกครองที่วินิจฉัยคดีประเภทที่สอง (Recour pour excès de pouvoir) ได้เข้าถึงพื้นที่ต้องห้าม

²⁸ "เอกสารประกอบการบรรยายทางวิชาการภาษาฝรั่งเศส เรื่อง การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," 3.

²⁹ ปาสีร์รัฐ ศรีวรรณพุกษ์, "คำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte Détachable)," วารสารวิชาการศาลปกครอง: 191.

หรือพื้นที่สงวนเดิมได้สำเร็จ³⁰ ทำให้บุคคลภายนอกที่เคยถูกตัดสิทธิสามารถฟ้องขอเพิกถอนสัญญาทางปกครองได้โดยถือเป็นการฟ้องคดีประเภทที่สอง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดในขณะนั้นเชื่อว่าทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จะสามารถรักษาดุลยภาพระหว่างหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de légalité) คือ ให้สิทธิฟ้องคดีแก่ผู้เดือดร้อนจากการทำสัญญานำคดีมาฟ้องร้องต่อศาล หลักความมั่นคงของนิติสถานะทางสัญญาของคู่สัญญา (Principe de la sécurité des cocontractants) และหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (Principe de la continuité du service public) ไว้ได้³¹

อย่างไรก็ตาม สิทธิการฟ้องคดีของบุคคลภายนอกข้างต้นนั้นอาจไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างแท้จริง เนื่องจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ถูกแยกออกจากสัญญาได้มักไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อสัญญาทางปกครองฉบับนั้นเลย ข้อเท็จจริงนี้จะนำไปสู่วิวัฒนาการการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในลำดับต่อไป³²

3.2 หลักเกณฑ์และข้อพิจารณาในการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในบริบททางกฎหมาย

โดยปกติแล้ว การร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) เป็นมาตรการหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ฝ่ายปกครองพิจารณาออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ แต่เนื่องจาก

³⁰ COLLIARD C.A., La notion d'acte detachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : Mél. Mestre, 1956, p. 115 : « Le juge d'excès de pouvoir a pu pénétrer dans des regions interdites ou réservées à d'autres contrôles juridictionnels » อ้างใน นพรัตน์ อุดมโชคมงคล, "สัญญาทางปกครอง: บุคคลภายนอกฟ้องร้องได้หรือไม่," วารสารนิติศาสตร์: 862.

³¹ เรื่องเดียวกัน.

³² "เอกสารประกอบการบรรยายทางวิชาการภาษาฝรั่งเศส เรื่อง การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," 3.

สัญญาทางปกครองมิใช่นิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น จึงไม่สามารถใช้วิธีการดังกล่าวในการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนสัญญาทางปกครองได้³³

อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองอาจก่อให้เกิดผลกระทบหรือเกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นนอกจากคู่สัญญาได้ เช่น ผู้ใช้บริการสาธารณะ เป็นต้น ซึ่งในกรณีดังกล่าวผู้ให้บริการสาธารณะสามารถฟ้องศาลปกครองได้ในกรณีมีปัญหาหรือได้รับความเดือดร้อนอันมีที่มาจากข้อกำหนด (stipulations) ข้อใดข้อหนึ่งในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับถึงลักษณะที่แยกออกจากสัญญาได้ (Caractère détachable) ของนิติกรรมทางปกครองบางประเภทที่อยู่ในสัญญาทางปกครองนั้น ๆ ซึ่งมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว (actes unilatéraux)

3.2.1 หลักเกณฑ์และข้อพิจารณาในการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้³⁴

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (acte détachable) เกิดขึ้นจากคำพิพากษาหนึ่งซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ทำในระบบกฎหมายเอกชนโดยศาลรับพิจารณาคำฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมที่เป็นการเตรียมการ (acte préparatoire) จัดทำสัญญาทางปกครองด้วยเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย สองปีต่อมา ศาลปกครองสูงสุดได้รับพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นเรื่องคำร้องกรณีมติของสภาจังหวัดเกี่ยวกับการให้สัมปทานจัดจ้าง

การพิจารณากรณีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) นี้ บุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญา เช่น คู่สัญญาสามารถฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมฝ่ายเดียว (acte unilatéral) ที่เกิดขึ้นก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับได้ เว้นแต่นิติกรรมฝ่ายเดียวนั้นจะมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวในระบบกฎหมายเอกชน เช่นเดียวกับบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากนิติกรรมทาง

³³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Labit ลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1988

³⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 433-435.

ปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย (intérêt à agir) ในการฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งหรือมติที่อนุญาตให้มีการทำสัญญา เช่น วิชาหลักที่เข้าแข่งขันในการประกวดราคาก่อสร้างถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียหากการปฏิบัติของฝ่ายปกครองก่อให้เกิดอุปสรรคแก่วิสาหกิจในการเข้าร่วมในการแข่งขันนั้น สมาชิกสภาท้องถิ่นที่ฟ้องขอให้พิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับมติสภาท้องถิ่นหรือในกรณีผู้ใช้บริการ (usager) ที่ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะฟ้องมติของสภาท้องถิ่นที่นำไปสู่การทำสัญญามอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปจัดทำ เป็นต้น

ทั้งนี้ เช่นเดียวกับการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจทั่ว ๆ ไป การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาจะต้องฟ้องโดยเจาะจงนิติกรรมที่แยกออกมานั้นไว้โดยเฉพาะ นิติกรรมที่ฟ้องกันบ่อยในกรณีดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเรื่องนิติกรรมที่มีผลเป็นการตกลงให้มีการทำสัญญา (decision de contracter) ซึ่งส่วนใหญ่อีกเช่นกันจะเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอันอาจเป็นมติขององค์กรฝ่ายสภา (organe délibérant) ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรืออาจเป็นมติของคณะกรรมการเสนอราคา (Commission d'appel d'offres) ก็ได้ นอกจากนี้ ก็อาจเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการขออนุมัติเบื้องต้น (une autorisation préalable) ก่อนเข้าทำสัญญาหรือการต้องได้รับความยินยอมจากองค์กรกำกับดูแล (une approbation de tutelle) ก่อนก็ได้

แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดให้นิติกรรมทางปกครองบางประเภทสามารถแยกต่างหากจากสัญญาได้ (la détachabilité) และสามารถที่จะนำมาฟ้องขอให้เพิกถอนเฉพาะนิติกรรมทางปกครองส่วนที่แยกออกจากสัญญาจึงมีขึ้นเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถใช้สิทธิของตนตรวจสอบกระบวนการตัดสินใจหรือกระบวนการในการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีขึ้นก่อนการทำสัญญาทางปกครองว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การตรวจสอบด้วยวิธีการดังกล่าวสามารถทำได้แม้กระทั่งสัญญานั้นได้ลงนามไปแล้วและมีผลใช้บังคับไปแล้วก็ตาม

3.2.2 การปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ซึ่งปรากฏในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ หรือ Acte détachable นั้นปรากฏในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Martin ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ.1905 ซึ่งเป็นคำพิพากษาในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เป็นฐานและที่มาในการศึกษาเรื่องทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ถึงปัจจุบันไว้ว่า มติคณะกรรมการที่เป็นผลทำให้เกิดการลงนามในสัญญาถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้ บุคคลภายนอกสัญญาจึงสามารถฟ้องร้องเพื่อให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้ โดยถือเป็นคดีฟ้องร้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือทำนอกขอบอำนาจ (Recours pour excès de pouvoir) กรณีจึงเห็นได้ว่า ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้เริ่มจากคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั่นเอง

ในเวลาต่อมา ศาลก็ได้นำแนวความคิดของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่เกิดขึ้นในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองดังกล่าวมาปรับใช้ในคดีปกครองอื่น ๆ อีกหลายประเภท อาทิ คดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือการกระทำทางรัฐบาล คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง คดีพิพาททางภาษี คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินของเอกชนที่อยู่ในครอบครองของฝ่ายปกครอง รวมทั้งทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินการทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คดีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืน ตลอดจนคดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาล

3.2.2.1 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง

3.2.2.1.1 เหตุในการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้³⁵

การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาก็เป็นเช่นเดียวกันกับการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั่ว ๆ ไป โดยผู้ฟ้องจะฟ้องได้ด้วยเหตุที่ว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณีด้วยกัน คือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวนิติกรรมทางปกครองเอง และความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวสัญญา

(1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

นิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาอาจมีข้อบกพร่องเนื่องมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายนอกและภายในของนิติกรรมนั้น

(1.1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายนอกนิติกรรม

ได้แก่ กรณีที่ตัวนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากตัวสัญญานั้นเองมีข้อบกพร่อง ตัวอย่างเช่น คำสั่งให้มีการดำเนินการทำสัญญาอาจเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หากคำสั่งดังกล่าวทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ไม่มีอำนาจ หรือในอีกกรณีหนึ่งที่ทำให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นคำสั่งที่เกิดจากคณะกรรมการเสนอราคาที่มีข้อบกพร่องด้านองค์ประกอบที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย และนอกจากนี้ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายยังรวมถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับว่าต้องทำการปรึกษาหารือก่อนการทำสัญญาด้วย เป็นต้น

³⁵ เรื่องเดียวกัน, 435-436.

(1.2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายใน
นิติกรรม

ได้แก่ กรณีที่เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในตัวนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาตัวเอง เช่น นิติกรรมทางปกครองที่มีข้อความฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการผังเมือง หรือฝ่าฝืนสิทธิที่ได้รับไปแล้ว เป็นต้น

(2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวสัญญาทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาซึ่งทำขึ้นตามสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกฟ้องขอให้เพิกถอนได้โดยที่สัญญานั้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ในหลายกรณี เช่น กรณีเกิดข้อบกพร่องขึ้นในเรื่องการให้ความยินยอมในการทำสัญญาระหว่างคู่กรณี เป็นต้น นอกจากนี้ สัญญาอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หากการทำสัญญาดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามตัวบทกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับกระบวนการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับการประกาศให้มีการประมูลหรือการแข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน เป็นต้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3.2.2.1.2 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

(1) คู่สัญญาทางปกครอง

ผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จะต้องไม่ใช่คู่สัญญาทางปกครอง เนื่องจากเมื่อคู่สัญญามีสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองเป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็มได้โดยตรงแล้ว คู่สัญญาก็ไม่อาจกลับมาใช้สิทธิฟ้องคดีโต้แย้งสัญญาทางปกครองได้อีก อันเป็นข้อยกเว้นของการฟ้องคดีแบบคู่ขนานในคดีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การกำหนดยกเว้นการใช้สิทธิฟ้องคดีแบบคู่ขนานในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นก็เพื่อป้องกันมิให้เกิดการขัดกันของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล อีกทั้ง การที่คู่สัญญาทางปกครองสามารถฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองต่อศาลเป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็มได้แล้วนั้น ย่อมทำให้ไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่คู่สัญญาทางปกครองจะต้องฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้อันเป็นนิติกรรมปกครองที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองเป็นอีกคดีหนึ่งแต่ประการใด

(2) บุคคลภายนอกสัญญา

(2.1) บุคคลภายนอกสัญญาที่เป็นเอกชน

ต่อมา ได้มีการตรากฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ร่วมเสนอราคาหรือผู้ร่วมเสนองานสามารถโต้แย้งกระบวนการคัดเลือกของคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือ พระราชบัญญัติ ลงวันที่ 4 มกราคม ค.ศ. 1992 และพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1993 ซึ่งอนุวัติการตามแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรป ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1989 และลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 ว่าด้วยสิทธิการฟ้องคดี ซึ่งได้กำหนดให้ผู้ร่วมเสนอราคาหรือผู้ร่วมเสนองานสามารถโต้แย้งกระบวนการคัดเลือกของคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ หากเห็นว่า กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้นกระทำโดยขัดหรือแย้งกับหลักการดำเนินงานโดยเปิดเผย โปร่งใส หรือขัดต่อหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรม ซึ่งศาลมีอำนาจกำหนดมาตรการฉุกเฉินให้ชะลอการคัดเลือกคู่สัญญาหรืออาจสั่งให้ระงับการทำสัญญาเลยก็ได้ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้สิทธิการฟ้องคดีแก่บุคคลภายนอกสัญญาให้สามารถฟ้องคดีต่อศาลเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มได้ โดยมีสิทธิการฟ้องคดีแบบใหม่ ดั่งมีชื่อเรียกว่า “วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษากรณีก่อนเกิดสัญญา” (le référé précontractuel)

ในส่วนของคำร้องวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษากรณีก่อนเกิดสัญญาหรือคำร้องในกรณีฉุกเฉินก่อนการลงนามในสัญญานั้น มาตรา L.551-1 และมาตรา L.551-2 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดว่า ในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องการประกาศ และการจัดให้มีการแข่งขัน ผู้มีส่วนได้เสียที่อาจได้รับความเสียหายหรือผู้ว่าราชการจังหวัดอาจยื่นคำร้องต่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือผู้ได้รับมอบอำนาจเพื่อให้

พิจารณาเรื่องดังกล่าวก่อนการลงนามในสัญญาได้ ในกรณีนี้ ศาลมีอำนาจที่สำคัญโดยอาจสั่งให้รอการลงนามในสัญญาไว้ก่อน เพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือให้แก่ใจร่างสัญญาให้ถูกต้องได้ การพิจารณาคำขอดังกล่าวจะกระทำโดยตุลาการนายเดี่ยว โดยต้องมีการนั่งพิจารณาก่อนการชี้ขาดคดี ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อสภาแห่งรัฐได้ภายในระยะเวลา 15 วันนับแต่มีการแจ้งคำสั่งตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2000 ซึ่งศาลสามารถสั่งให้รอการลงนามในสัญญาไว้ก่อนได้จนกว่าการพิจารณาจะเสร็จสิ้น แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินระยะเวลา 20 วัน³⁶

ด้วยการเปลี่ยนแปลงดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ทำให้ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นมีความซับซ้อนมาก กล่าวคือ มีช่องทางการฟ้องคดีที่หลากหลายจนทำให้เกิดความสับสน และการที่บุคคลภายนอกสามารถโต้แย้งสัญญาได้ก็ทำให้สัญญาทางปกครองอยู่ในสภาวะเปราะบางโดยอาจถูกยกเลิกเพิกถอนได้ทุกขณะ ข้อเท็จจริงนี้จะนำไปสู่การปฏิรูปการฟ้องคดีสัญญาทางปกครอง

สิทธิการฟ้องคดีปกครองที่ถูกตราขึ้นโดยพระราชบัญญัติในปี ค.ศ. 1992 ซึ่งอนุวัติการตามแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรปนั้น ส่งผลให้บุคคลผู้ไม่ได้เป็นคู่สัญญาอาจฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญาได้เมื่อเห็นว่าฝ่ายปกครองผู้ต้องการทำสัญญาไม่ปฏิบัติตามหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรม ซึ่งการฟ้องคดีประเภทนี้จะต้องกระทำก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา และโดยหลักศาลจะต้องพิพากษาให้เสร็จสิ้นภายใน 20 วันนับแต่วันที่ยื่นฟ้องคดี ผู้มีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้ได้แก่ ผู้เข้าร่วมแข่งขันเพื่อเป็นคู่สัญญาทางปกครอง และผู้ที่มีคุณสมบัติเข้าร่วมแข่งขันได้แต่ไม่ได้เข้าร่วม เนื่องจากข้อผิดพลาดของฝ่ายปกครองในประเด็นดังกล่าวข้างต้น อีกทั้ง ผู้ว่าราชการจังหวัดก็มีสิทธิฟ้องคดีประเภทนี้หากคู่สัญญาเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชนท้องถิ่นภายใต้ความดูแลของตน³⁷

³⁶ ยงยุทธ อนุกุล, "หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาลต่างประเทศ," ในรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, ไกรรัช เวยวิจิตร, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: สำนักานศาลปกครอง, 2553), หน้า 123.

³⁷ "เอกสารประกอบการบรรยายทางวิชาการภาษาฝรั่งเศส เรื่อง การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," 10-11.

“วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษากรณีก่อนเกิดสัญญา” (le référé précontractuel) มีข้อแตกต่างจากการฟ้องคดีทั่วไปหลายประการ คือ ศาลปกครองจะพิจารณาพิพากษาโดยรวดเร็วเนื่องจากใช้กระบวนการพิจารณาแบบเดียวกันกับกรณีที่มีการขอให้ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองฉุกเฉิน แต่ในขณะเดียวกันศาลก็มีอำนาจเต็มในการพิพากษาในเนื้อหาแห่งคดีและอาจกำหนดมาตรการต่าง ๆ ได้ ทั้งมาตรการชั่วคราวและมาตรการที่เป็นที่สุด อาทิ อาจสั่งฝ่ายปกครองให้ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรม อาจสั่งระงับกระบวนการทำสัญญาหรือทุเลาการบังคับตามคำสั่งต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่มีขึ้นก่อนสัญญา ท้ายที่สุด หากศาลเห็นสมควรอาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือเนื้อหาในร่างสัญญาที่จะขัดต่อหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรมเสียก็ได้³⁸

การฟ้องคดีประเภทนี้มีผลเป็นการระงับการทำสัญญาทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราว หากฝ่ายปกครองได้รับแจ้งถึงการฟ้องคดีแล้วแต่ยังคงดำเนินการทำสัญญาต่อไปจนเสร็จสมบูรณ์ ผู้ฟ้องคดีก็มีสิทธิยื่นฟ้องเพื่อโต้แย้งสัญญาฉบับนั้นต่อไปเป็นคดีประเภทการฟ้องเพื่อขอมาตรการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (le référé contractuel)³⁹

แม้ในระยะแรก “วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษากรณีก่อนเกิดสัญญา” (le référé précontractuel) ตามทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จะเป็นกระบวนการที่มีประโยชน์อย่างมาก เนื่องจากใช้ระงับการทำสัญญาทางปกครองที่ขัดต่อหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ต่อมา บุคคลภายนอกสัญญาซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่เข้าร่วมแข่งขันเพื่อเป็นคู่สัญญาแต่ไม่ได้รับคัดเลือกกลับใช้การฟ้องคดีประเภทนี้เป็นเครื่องมือเพื่อขัดขวางการทำสัญญาทางปกครองต่าง ๆ โดยไม่สุจริต ประกอบกับศาลปกครองมีแนวโน้มรับพิจารณาคำฟ้องแม้ว่าผู้ฟ้องคดีอาจจะไม่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายอย่างแท้จริงจากข้อผิดพลาดของฝ่ายปกครอง จนทำให้การจัดทำบริการสาธารณะและการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐล่าช้าไปเป็นอันมาก นอกจากนี้

³⁸ เรื่องเดียวกัน.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, .11

ผู้ประกอบการที่สุจริตซึ่งได้รับการคัดเลือกเป็นคู่สัญญาและประสงค์จะเข้าเป็นคู่สัญญาทางปกครองก็ได้รับผลกระทบไปด้วยแม้ว่าจะผ่านกระบวนการคัดเลือกโดยถูกต้องแล้วก็ตาม⁴⁰

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Smirgeomes ลงวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 2008 ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาพิพากษาศาลปกครองสูงสุดจึงได้พิจารณาพิพากษาและวางเงื่อนไขเกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีในคดีประเภทนี้ไว้เพิ่มเติมเพื่อป้องกันการฟ้องคดีอย่างพร่ำเพรื่อโดยบุคคลภายนอกสัญญาซึ่งมีเจตนาที่ไม่สุจริตแอบแฝงเพื่อการขัดขวางการดำเนินงานของรัฐว่า ผู้ที่เดือดร้อนหรือเสียหายและมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญานั้น จะต้องเป็นผู้ที่ถูกกระทบหรือมีความเสี่ยงจะถูกกระทบจากการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการโดยขัดต่อหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรม โดยเฉพาะเมื่อการกระทำของฝ่ายปกครองทำให้ผู้ประกอบการคนใดคนหนึ่ง มีสถานะได้เปรียบเหนือคู่แข่งอื่น ๆ ทั้งนี้ การจะพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจริงหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากลักษณะการดำเนินงานของฝ่ายปกครองในช่วงก่อนทำสัญญา และพิจารณาด้วยว่ากระบวนการก่อนสัญญานั้นดำเนินไปถึงขั้นตอนใดแล้ว⁴¹

หากพิจารณาจากขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการก่อนสัญญานั้น อาจกล่าวได้ว่ายังมีความคืบหน้าของการดำเนินการไปแล้วมากเพียงใด ขอบเขตความเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายก็จะถูกจำกัดมากขึ้น เช่น หากผู้ประกอบการรายหนึ่งได้รับอนุญาตให้ยื่นข้อเสนอและได้ร่วมแข่งขันเพื่อเป็นคู่สัญญาแล้ว ก็ไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าการร่วมคัดเลือกคู่สัญญานั้นกระทำโดยไม่เปิดเผย และไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม⁴² ในทางเดียวกัน หากผู้ประกอบการรายนั้นไม่ได้รับอนุญาตให้ยื่นข้อเสนอเพื่อเข้าแข่งขันเป็นคู่สัญญา ก็จะมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญาโดยอ้างว่าการที่ฝ่ายปกครองไม่อนุญาตให้ตนยื่นข้อเสนอเป็นการกระทำการโดยไม่ชอบกฎหมายได้ แต่จะกล่าวอ้างว่า

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน.

⁴² CE, 5 novembre 2008, Commune de Saint-Nazaire, n 310484 และ CE, 3 juin 2009, Ministre de l'Ecologie, n 321808.

การคัดเลือกข้อเสนอที่ดีที่สุดกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ เนื่องจากตนไม่ได้ร่วมยื่นข้อเสนอ ด้วยจึงไม่ได้เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายในกรณีหลัง⁴³ ด้วยเหตุนี้ เมื่อการดำเนินการก่อน สัญญาของฝ่ายปกครองผ่านพ้นไปเรื่อย ๆ ข้อผิดพลาดในขั้นตอนก่อนหน้าก็อาจถูกอำพรางไว้ได้

นอกจากที่ต้องพิจารณาถึงขั้นตอนต่าง ๆ ก่อนทำสัญญา ศาลยังต้องวินิจฉัยเป็นกรณี ๆ ไปว่า ข้อผิดพลาดที่เกิดในกระบวนการก่อนสัญญาทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจริงหรือไม่ สำหรับข้อผิดพลาดบางประการ ศาลก็พิจารณาว่าก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้เข้าร่วมคัดเลือกเป็นคู่สัญญาอย่างแน่นอน อันได้แก่ ข้อผิดพลาดที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์แห่งสัญญาทางปกครอง หรือเงื่อนไขและวิธีการคัดเลือกข้อเสนอ เช่น เมื่อฝ่ายปกครองไม่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับวัตถุประสงค์แห่งสัญญาอย่างชัดเจน ไม่มีการระบุระยะเวลาของสัญญาให้ชัดเจน เมื่อเงื่อนไขการคัดเลือกข้อเสนอเป็นเงื่อนไขที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเมื่อมีคำสั่งไม่อนุญาตให้เข้าแข่งขัน หรือไม่รับข้อพิจารณาเสนอโดยไม่มีการชี้แจงเหตุผลประกอบคำสั่ง

ในทางกลับกัน ข้อผิดพลาดบางประการที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการก่อนสัญญา ศาลปกครองก็ถือว่าข้อผิดพลาดนั้น ๆ ไม่อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ร่วมการคัดเลือกได้เลย กล่าวคือ การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับคัดเลือกนั้นไม่ได้เป็นผลมาจากข้อผิดพลาดในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองเลย เช่น ข้อผิดพลาดเกี่ยวกับการประชาสัมพันธ์ให้เข้าร่วมการคัดเลือกเป็นคู่สัญญา โดยเฉพาะเกี่ยวกับรูปแบบการประชาสัมพันธ์ อาทิ เมื่อฝ่ายปกครองไม่ได้ระบุว่าสัญญาจะกระทำภายใต้ข้อกำหนดขององค์การการค้าโลกหรือในประกาศมีข้อผิดพลาดเล็กน้อยเกี่ยวกับระยะเวลาการยื่นข้อเสนอหรือวิธีการยื่นข้อเสนอ สำหรับข้อผิดพลาดประการอื่น ๆ อาทิ ข้อผิดพลาดเกี่ยวกับรูปแบบการประกาศบนเว็บไซต์ที่เรียกให้มีการยื่นข้อเสนอ ความไม่ชัดเจนในรายละเอียดของสัญญา ความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไขการคัดเลือกผู้เข้าร่วมยื่นข้อเสนอ ฯลฯ ในกรณีเหล่านี้ ศาลจะต้องพิจารณาว่าข้อผิดพลาดนั้น ๆ มีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดีจริงหรือไม่ โดยพิจารณาเฉพาะสถานการณ์และพฤติกรรมของผู้ฟ้องคดีแต่เพียงผู้เดียว ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบของความผิดพลาดนั้นที่อาจมีต่อบุคคลอื่น ๆ

⁴³ CE, 12 mars 2012, Société Clear Channel, n 353826.

กรณีจะเห็นได้ว่า นับแต่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Smirgeomes ลงวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 2008 ศาลปกครองสูงสุดจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาก็ต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีพิสูจน์ได้ว่าตนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอย่างร้ายแรงอย่างยิ่งจากการดำเนินกระบวนการก่อนสัญญา ซึ่งการพิสูจน์ความเดือดร้อนหรือเสียหายนั้นกระทำไม่ได้โดยง่าย การสร้างเงื่อนไขเกี่ยวกับความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวจึงทำให้ศาลสามารถคัดกรองคดีโต้แย้งกระบวนการก่อนสัญญาที่มาสู่ศาลให้มีจำนวนน้อยลงได้ ข้อเท็จจริงนี้ย่อมเป็นการส่งเสริมเสถียรภาพของสัญญาทางปกครอง แต่ในทางกลับกัน หากศาลปกครองสูงสุดบังคับใช้เงื่อนไขอย่างเข้มงวดเกินไปก็จะเป็นผลให้กระบวนการก่อนสัญญาทางปกครองบางฉบับที่อาจมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายจริงก็จะไม่ถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาล จึงกล่าวได้ว่า การจำกัดสิทธิ“วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาก่อนเกิดสัญญา” (le référé précontractuel) ตามคำพิพากษาคดีนี้เป็นผลให้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองไม่เข้มงวดเช่นเดิมอีกต่อไป

(2.2) ผู้ว่าราชการจังหวัด

ก่อนหน้าปี ค.ศ. 1982 ระบบการปกครองท้องถิ่นของฝรั่งเศสเป็นระบบการปกครองที่ส่วนกลางมอบอำนาจในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัด (le préfet) ซึ่งเป็นข้าราชการจากส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำอยู่ในส่วนภูมิภาคและมีหน้าที่รวมถึงการกำกับดูแลการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย โดยในระบบการปกครองดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า มติของสภาท้องถิ่นเกี่ยวกับสัญญา เช่น สัญญาบางประเภทของเทศบาล อันได้แก่ สัญญากู้ยืม สัญญาค้าประกัน สัญญาสัมปทานที่มีได้เป็นสัญญาที่ทำตามแบบของส่วนกลาง สัญญาบางประเภทของจังหวัด อันได้แก่ สัญญากู้ยืม สัญญาค้าประกัน สัญญาสัมปทานประเภทพิเศษ หรือสัญญาสัมปทานที่มีระยะเวลาเกิน 30 ปี เป็นต้น มติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเหล่านี้จะต้องได้รับความเห็นชอบ (approbation préalable) จากผู้ว่าราชการจังหวัดเสียก่อน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงจะสามารถดำเนินการทำสัญญาต่อไปได้⁴⁴

⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 442-443.

ต่อมา ในวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 ได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของเทศบาล จังหวัด และภาค (la loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions) หรือพระราชบัญญัติการกระจายอำนาจการปกครอง ค.ศ. 1982⁴⁵ ซึ่งเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับการกระจายอำนาจซึ่งได้สร้างระบบการร้องขอให้ศาลพิจารณาคำขอด้วยกฎหมายของสัญญาโดยผู้ว่าราชการจังหวัด (le préfet) ขึ้นมาใหม่ โดยเป็นการกำกับดูแลของผู้ว่าราชการจังหวัด จากในอดีตที่ผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องให้ความเห็นชอบมาเป็นการกำกับดูแลความชอบด้วยกฎหมายด้วยวิธีการขอให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาแทน กล่าวคือ หากผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่าสัญญาทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้ว่าราชการจังหวัดก็มีอำนาจดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครอง (le déféré préfectoral) เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งหรือกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตลอดจนสัญญาทางปกครองประเภทต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายได้แม้ว่าตนจะไม่ได้เป็นคู่สัญญา⁴⁶ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติในมาตรา L 2131 – 2 มาตรา L 3131 – 2 และมาตรา L 4141 – 2 แห่งประมวลกฎหมายท้องถิ่น (Code général des collectivités territoriales) ซึ่งได้บัญญัติกำหนดประเภทของสัญญาที่จะต้องส่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ได้แก่ สัญญากู้ยืม (emprunt) สัญญาสัมปทาน สัญญามอบอำนาจให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะระดับท้องถิ่นที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (affermage de services publics à caractère industriel et commercial) ตลอดจนสัญญาที่เกี่ยวกับความร่วมมือในการกระจายอำนาจ เป็นต้น⁴⁷ โดยที่การฟ้องเช่นนี้ในระยะแรกศาลจัดว่าเป็นคดีประเภทการฟ้องร้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (Recour pour excès de pouvoir) ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Sainte-Marie ลงวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1991⁴⁸

⁴⁵ "เอกสารประกอบการบรรยายทางวิชาการภาษาฝรั่งเศส เรื่อง การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," 4.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 442-443.

⁴⁸ CE sect. 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie.

ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของเทศบาล จังหวัด และภาค (la loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions) ใช้บังคับแล้ว กระบวนการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองได้กลายมาเป็นกระบวนการสำคัญที่เปิดโอกาสให้ศาลปกครองชั้นต้นได้มีโอกาสพิจารณาการกระทำทางปกครองต่างๆ ขององค์กรทางปกครองว่าเป็นการกระทำนอกขอบอำนาจหน้าที่หรือไม่ (contentious de l'excès de pouvoir)⁴⁹ ส่วนอำนาจในการเพิกถอนสัญญาทางปกครองที่กระทำนอกอำนาจหน้าที่ก็เป็นหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองที่จะดำเนินการต่อไป⁵⁰ กล่าวคือ กฎหมายดังกล่าวได้ให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัด (ซึ่งถือเป็นบุคคลภายนอกสัญญา) ดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครอง (le déféré préfectoral) เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งหรือกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตลอดจนสัญญาทางปกครองประเภทต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครองที่กฎหมายมิได้บังคับว่าต้องส่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น สัญญาดังกล่าวก็อาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยผู้ว่าราชการจังหวัดได้ใน 3 กรณี ดังนี้⁵¹

กรณีแรก โดยที่สัญญาบางประเภทมีลักษณะเป็นสัญญาที่เกิดจากการตัดสินใจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาจ้างงานของฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงอาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้

กรณีที่สอง เป็นกรณีเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่เกิดจากมติขององค์กรฝ่ายสภา (l'assemblée délibérante) ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาได้ซึ่งจะต้องส่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดตรวจสอบ โดยหากผู้ว่าราชการจังหวัดตรวจสอบมติขององค์กรฝ่ายสภาเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวและพบว่าสัญญานั้น

⁴⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Sainte-Marie ลงวันที่ 28 กรกฎาคม ค.ศ. 1991

⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี O.P.H.L.M. de Malakoff ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1988

⁵¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 443-445.

ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้ว่าราชการจังหวัดก็สามารถร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาฉบับนั้นได้

กรณีที่สาม เป็นกรณีที่แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดให้ต้องส่งสัญญาทางปกครองให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่มีบุคคลภายนอกสัญญาผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากสัญญานั้นร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญานั้นภายในระยะเวลา 2 เดือนนับแต่วันที่สัญญานั้นมีผลใช้บังคับ

กรณีจะเห็นได้ว่า การยื่นฟ้องของผู้ว่าราชการจังหวัดอาจเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกสัญญาร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดหรือไม่ก็ได้ โดยหากเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกสัญญาร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดแล้ว บุคคลดังกล่าวได้รับความเสียหายจากสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นลงนามสามารถร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญานั้นได้ภายในระยะเวลา 2 เดือนนับแต่วันที่สัญญานั้นใช้บังคับ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเมือง Dijon กรณี Bessis ลงวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1995

นอกจากนี้ ศาลปกครองได้วางหลักเพิ่มเอาไว้ว่า “สัญญาที่ลงนามโดยผู้รับมอบอำนาจจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” ก็จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นลงนาม⁵² ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถตรวจสอบสัญญาและนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้ (acte détachable) โดยผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นให้พิจารณาสัญญาหรือนิติกรรมดังกล่าวภายในระยะเวลา 2 เดือนนับแต่วันที่รับสัญญาหรือนิติกรรมนั้นจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยในทางกฎหมายแล้วองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องส่งสัญญาพัสดุ หรือสัญญามอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดภายใน 15 วันนับแต่วันลงนาม อย่างไรก็ตามระยะเวลาดังกล่าวอาจขยายออกไปอีกได้หากการส่งสัญญาหรือนิติกรรมนั้นขาดเอกสารสำคัญและผู้ว่าราชการจังหวัดได้แจ้งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดส่งเอกสารเพิ่มเติม⁵³

⁵² เรื่องเดียวกัน, 442-443.

⁵³ มาตรา L 1411-9 มาตรา L 2131-13 มาตรา L 3131-6 และมาตรา L4141-6 แห่งประมวลกฎหมายท้องถิ่น

ในการที่ผู้ว่าราชการจังหวัดร้องขอให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาเพิกถอนสัญญาทางปกครองนั้น ผู้ว่าราชการจังหวัดยังสามารถยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษาได้อีกด้วย⁵⁴ นอกจากนี้ บุคคลหรือนิติบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากสัญญานั้นสามารถร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญานั้นได้ภายในระยะเวลา 2 เดือนนับแต่วันที่สัญญานั้นใช้บังคับ⁵⁵

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของเทศบาล จังหวัด และภาค (la loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des regions) ก็ไม่ได้เป็นหลักประกันว่าผู้ว่าราชการจังหวัดจะดำเนินการตรวจสอบคำสั่งหรือกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายในทุกกรณี ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าโดยหลักแล้วต้องถือว่าการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีอยู่ในกระบวนการทำสัญญาทางปกครองย่อมไม่ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อสัญญาทางปกครองนั้นแต่อย่างใด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้ยืนยันหลักการนี้ไว้ในรายงานของศาลปกครองสูงสุด (la rapport du Conseil d'Etat) ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1989⁵⁶ ด้วย โดยหลักการดังกล่าวสอดคล้องกับแนวความคิดและเหตุผลของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ กล่าวคือ เมื่อนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวสามารถแบ่งแยกออกจากสัญญาได้แล้ว ผลของการเพิกถอนนิติกรรมนั้นก็ควรจะต้องเป็นการบังคับแยกต่างหากจากสัญญานั้นเอง ทั้งนี้ หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุคคลภายนอกสัญญาได้ฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้ และศาลปกครองได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้ว คู่สัญญาย่อมมีหน้าที่ในการหยิบยกเหตุดังกล่าวมาเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา⁵⁷

⁵⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 442-443.

⁵⁵ คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเมือง Dijon ลงวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 กรณี Bessis. อ้างใน เรื่องเดียวกัน.

⁵⁶ Bernard-Fracks MACERA, Les actes detachables dans le droit public français (Préface de Frack MODERNE), PULIM, 2002, p.49.

⁵⁷ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ, "คำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte Détachable)," วารสารวิชาการศาลปกครอง: 192-193.

ปัญหาที่พบก็คือ คู่สัญญาไม่ได้ดำเนินการหยิบยกเหตุดังกล่าวมาเป็นวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา (ซึ่งต้องเป็นการยื่นฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม) ประเทศฝรั่งเศสจึงแก้ปัญหานี้อีกครั้งหนึ่งโดยการตราพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ว่าด้วยธรรมนูญศาลและวิธีพิจารณาคดีแพ่ง วิธีพิจารณาคดีอาญา และวิธีพิจารณาคดีปกครอง (loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative) วางหลักให้ฝ่ายปกครองต้องชำระค่าปรับ (l'astreinte) กรณีไม่ดำเนินการตามคำสั่งของศาลพระราชบัญญัติฉบับนี้ส่งผลให้การบังคับตามคำพิพากษามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น กรณีจะเห็นได้ว่านอกเหนือจากการที่บุคคลภายนอกสัญญาดำเนินการฟ้องร้องคดีประเภทการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจแล้ว การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องชำระค่าปรับกรณีไม่ดำเนินการตามคำสั่งของศาล ก็ถือเป็นเครื่องมืออีกประการหนึ่งที่ทำให้การดำเนินการตามสัญญานั้นเป็นไปโดยครบถ้วนมากที่สุด⁵⁸ ซึ่งการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็เป็ผลมาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Epoux Lopez ลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1994⁵⁹

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, 193-194.

⁵⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Epoux Lopez ลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1994 โดยมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในความครอบครองของเทศบาลเมือง Moulins โดยผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาเช่าเข้ามาเป็นระยะเวลา 16 ปี ต่อมาสภาเทศบาล (le conseil municipal) มีมติให้ขายอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว เทศบาลจึงออกคำสั่งให้มีการดำเนินการยกเลิกสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ฟ้องคดีจึงนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลปกครองเป็นคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของเทศบาลที่หักยกเลิกสัญญาเช่าซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้

ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาให้เทศบาลเพิกถอนคำสั่งอันเป็นวัตถุประสงค์ โดยให้เหตุผลว่าคำสั่งนั้นได้กระทำลงไปโดยการบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) ต่อมา ผู้ฟ้องคดีพบว่าเทศบาลเมือง Moulins ไม่ได้ดำเนินการใด ๆ ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดซึ่งต่อมา ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาให้เทศบาลเมือง Moulins ยื่นฟ้องคดีต่อศาลแพ่งเพื่อให้ตรวจสอบการมีผลบังคับใช้ของสัญญา (เนื่องจากสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในครอบครองของเทศบาล จึงถือเป็นข้อพิพาทในคดีแพ่ง) โดยกำหนดค่าปรับเป็นรายวันจนกว่าเทศบาลจะดำเนินการดังกล่าวด้วย

ทั้งนี้ ได้มีการนำเสนอโดย Auby และ Drago ว่า ควรพิจารณาว่าเหตุแห่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นมีลักษณะที่ไม่อาจแยกออกจากกระบวนการก่อให้เกิดสัญญาหรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว ก็จะเป็นที่ชัดเจนว่า สัญญาย่อมมีผลผูกมัดอย่างแน่นแฟ้น ยิ่งไปกว่านั้น ระบบการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยผู้ว่าราชการจังหวัดก็ย่อมเป็นหนึ่งในเหตุผลที่สนับสนุนการคงอยู่ของหลักนิติกรรมทางปกครองที่อาจแบ่งแยกออกจากสัญญาได้

ต่อมา เมื่อวิวัฒนาการของคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมีแนวโน้มรักษาเสถียรภาพของสัญญามากกว่าการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาเพียงอย่างเดียว แนวคำพิพากษาของคดีประเภทนี้จึงเปลี่ยนแปลงไปด้วย โดยเริ่มแรกในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี CE ASS. 23 déc. 2011, Min de l'Intérieur. ลงวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 2011 และคำพิพากษา ลงวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 2012⁶⁰ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ จะเห็นได้ว่า การฟ้องคัดค้านสัญญาทางปกครองโดยผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องจัดเป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม นั่นคือตุลาการศาลปกครองมีอำนาจมีคำสั่งต่าง ๆ นอกจากการเพิกถอนสัญญาทางปกครองได้ อาทิ สั่งให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญาต่อไป สั่งให้คู่สัญญาดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อแก้ไขความผิดพลาดที่เกิดขึ้นกับสัญญา สั่งให้คู่สัญญาเลิกสัญญาโดยต้องไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ หากสัญญามีข้อผิดพลาดอันร้ายแรงอย่างยิ่ง หรือมีเนื้อหาอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นข้อผิดพลาดเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ศาลจะพิพากษาเพิกถอนสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ ตัวอย่างเช่น

- กรณีที่ฝ่ายปกครองผู้ลงนามในสัญญาทางปกครองนั้น ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำสัญญาดังกล่าวได้ ศาลมีอำนาจพิพากษาให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองนั้น โดยอาจกำหนดมาตรการอื่น ๆ ควบคู่กับการเพิกถอนด้วยก็ได้⁶¹

⁶⁰ CE ASS. 23 déc. 2011, Min de l'Intérieur et CE 9 mai 2012, Synd. Interdptl. des ordures ménagères de l'Aude.

⁶¹ CE ASS. 23 déc. 2011. [, Min de l'Intérieur.]

- กรณีที่สภาเมืองมีคำสั่งทางปกครองมอบอำนาจทำสัญญาให้แก่นายกเทศมนตรีโดยที่สภาเมืองไม่ได้แจ้งคำสั่งดังกล่าวไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด แต่ผู้ว่าราชการจังหวัดได้รับทราบถึงการทำสัญญานั้นและยังสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาได้ ศาลก็จะไม่พิพากษาให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองดังกล่าว⁶²
- กรณีที่ข้อเสนอเพื่อร่วมเป็นคู่สัญญากระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นผลให้สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นตกเป็นโมฆะ แม้ว่าคู่สัญญาจะได้ปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาของตนจนเสร็จสิ้นแล้วก็ตาม⁶³

ทั้งนี้ ในคดีประเภทนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดจะไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่สัญญาทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์และผู้ฟ้องคดีแล้ว จะเห็นได้ว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดไม่ได้เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายที่อาจเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากสัญญาทางปกครองได้ และผู้ว่าราชการจังหวัดก็ไม่มีอำนาจสั่งการให้มีการแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย โดยผู้ว่าราชการจังหวัดมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเท่านั้น

⁶² CE 9 mai 2012. [Synd. Interdptl. des ordures ménagères de l'Adue.]

⁶³ CAA Douai, 17 janv. 2013.

3.2.2.1.3 การร้องขอให้ศาลปกครองกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา⁶⁴

“วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษากรณีก่อนเกิดสัญญา” (le référé précontractuel) มีข้อแตกต่างจากการฟ้องคดีทั่วไปหลายประการ คือ ศาลปกครองจะพิจารณาพิพากษาโดยรวดเร็วเนื่องจากใช้กระบวนการรูปแบบเดียวกันกับกรณีที่มีการขอให้ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองฉุกเฉิน แต่ในขณะเดียวกันศาลก็มีอำนาจเต็มในการพิพากษาในเนื้อหาแห่งคดีและอาจกำหนดมาตรการต่าง ๆ ได้ ทั้งมาตรการชั่วคราวและมาตรการที่เป็นที่สุด อาทิ อาจสั่งฝ่ายปกครองให้ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรม อาจสั่งระงับกระบวนการทำสัญญาหรือทุเลาการบังคับตามคำสั่งต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่มีขึ้นก่อนสัญญา ท้ายที่สุด หากศาลเห็นสมควรอาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือเนื้อหาในร่างสัญญาที่จะขัดต่อหลักการคัดเลือกคู่สัญญาโดยเปิดเผย โปร่งใส และหลักการเปิดโอกาสให้แข่งขันอย่างเป็นธรรมเสียก็ได้

การฟ้องคดีประเภทนี้มีผลเป็นการระงับการทำสัญญาทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราว หากฝ่ายปกครองได้รับแจ้งถึงการฟ้องคดีแล้วแต่ยังคงดำเนินการทำสัญญาต่อไปจนเสร็จสมบูรณ์ ผู้ฟ้องคดีก็มีสิทธิยื่นฟ้องเพื่อโต้แย้งสัญญาฉบับนั้นต่อไปเป็นคดีประเภทการฟ้องเพื่อขอมาตรการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (le référé contractuel)

ส่วนกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ร้องขอให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาเพิกถอนสัญญาทางปกครองนั้น ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถยื่นคำขอต่อศาลปกครองให้กำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา (sursis à exécution) ได้นับแต่เวลาที่ผู้ว่าราชการจังหวัดร้องขอดังกล่าว กล่าวคือ หากผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่า การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองที่พิพาทต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถขอให้ศาลปกครองกำหนดมาตรการชั่วคราวเพื่อพักการใช้บังคับสัญญาและนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาได้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่านิติกรรมนั้นใช้บังคับพร้อมกับสัญญา ตัวอย่างเช่น มาตรา 27 แห่งกฎหมายลงวันที่

⁶⁴ ประเวศ รัชพล, "การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับศาลปกครอง," วารสารวิชาการศาลปกครอง 15, 1 (มกราคม-มีนาคม 2558): 36-40.

4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 เกี่ยวกับการจัดรูปที่ดินได้กำหนดว่าศาลสามารถกำหนดมาตรการชั่วคราวในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาพัสดุและสัญญามอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปจัดทำได้ไม่เกิน 1 เดือน⁶⁵

ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 ได้กำหนดให้การกำหนดมาตรการชั่วคราว (l'injonction) ของศาลมีขึ้นภายหลังจากพบว่า คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกัน(ใหม่)ได้ รวมทั้งกำหนดให้เป็นภาระหน้าที่ของศาลที่มีอำนาจเต็มในการกำหนดคำสั่งดังกล่าว ซึ่งก่อนหน้าคำพิพากษาดังกล่าว พบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาในประเด็นดังกล่าวดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Levallois-Perret ลงวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 2010 ซึ่งเป็นคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง โดยศาลเขียนไว้ในคำพิพากษาในทำนองที่ว่า

“ศาลที่มีอำนาจเต็มย่อมต้องเคารพผลแห่งคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาคดีเพิกถอนการกระทำนอกขอบอำนาจ”

“เป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการตกลงกับคู่สัญญาภายหลังจากที่ศาลได้มีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้แล้วหรือไม่ เช่นนั้น ฝ่ายปกครองก็ต้องยื่นฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจเต็มให้ตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญา”

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยืนยันอีกว่า

“ศาลที่มีอำนาจเต็มย่อมต้องเคารพต่อคำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลที่พิจารณาคดีการกระทำนอกขอบอำนาจ โดยไม่ต้องพิจารณาว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวนี้จะส่งผลให้สัญญาเป็นโมฆะหรือไม่”

⁶⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 444.

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 ข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวปฏิบัติที่เอื้อต่อการปรับใช้หลักกว่าด้วยการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้ไว้ถึง 3 ประการ ซึ่งเป็นการวางแนวปฏิบัติที่ทำให้มีความเข้าใจและเพิ่มความชัดเจนในการพิจารณาอำนาจของตุลาการศาลปกครองในการฟ้องคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจและคดีประเภทการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็มมากยิ่งขึ้น⁶⁶

นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Société Tropic travaux signalisation⁶⁷ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสัญญาที่ไม่ได้รับเลือกให้ลงนามในสัญญาทางปกครองมีสิทธิฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลเพื่อโต้แย้งสัญญาทางปกครองได้ คดีนี้จึงเป็นคดีแรกที่ศาลวางแนวทางในลักษณะเปิดช่องให้บุคคลภายนอกสัญญามีสิทธิยื่นฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งการมีผลบังคับใช้ของสัญญาทางปกครอง (invalidation du contrat administratif) ได้ ซึ่งมีความเห็นในทางวิชาการว่า ศาลปกครองสูงสุดได้เพิ่มหลักประกันเกี่ยวกับความโปร่งใสและการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมผ่านวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (une protection renforcés des garanties de transparence et de non-discrimination : Référé contractuelle)⁶⁸

จากเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยในคดีนี้ จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับบังคับใช้ข้อบังคับของสหภาพยุโรป ที่ 89/665 และที่ 92/13 ซึ่งเป็นข้อบังคับว่าด้วยบรรดาวิธีการยื่นฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (les procédures de recours en matière de marches publics) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อบังคับที่ 2007/66 ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2007

⁶⁶ ปาสีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, "คำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte Détachable)," วารสารวิชาการศาลปกครอง: 198.

⁶⁷ CE, Ass.16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, no291545

⁶⁸ โดย นาย Laurent RICHER อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย Sorbonne (Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne)

วิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญา (le référé contractuel) ที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ในคำพิพากษา คดี Société Tropic Travaux signalization ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 เป็นวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษารูปแบบใหม่ (un nouveau référé) ซึ่งเป็นผลมาจากการปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อบังคับของสหภาพยุโรป ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2007 ในส่วนที่เกี่ยวกับการยื่นฟ้องคดี (recours) ทั้งนี้ การที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาดังกล่าวนั้น ถือได้ว่าเป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับแนวทางการปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อบังคับของสหภาพยุโรป โดยการเปิดช่องทางให้บุคคลภายนอกมีสิทธิยื่นฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้

กรณีจึงเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ของสภาแห่งรัฐในคดี Tropic Travaux เป็นคดีที่วินิจฉัยสอดคล้องกับข้อบังคับของสหภาพยุโรป ที่ 2007/66 กล่าวคือ คำวินิจฉัยของศาล ในคดีนี้สร้างช่องทางแบบใหม่ในการยื่นฟ้องคดีให้แก่บุคคลภายนอกที่ไม่ได้รับเลือกให้ลงนาม ในสัญญาทางปกครอง (la demande du concurrent évincé) ใช้สิทธิฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลเพื่อโต้แย้ง สัญญาทางปกครองได้โดยบุคคลภายนอกอาจขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งศาลต้องมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดภายในระยะเวลาสองเดือน อันเป็นระยะเวลาที่เหมาะสม ตามสมควร อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยคดีนี้ก็วางแนวทางที่กว้างกว่าข้อบังคับของสหภาพยุโรป กล่าวคือ บุคคลภายนอกอาจหยิบยกประเด็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายประเด็นใดก็ได้ (tout moyen d'illégalité) เพื่อให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย และจากคำวินิจฉัยคดีนี้แสดงให้เห็นว่า ศาลต้อง รักษาความคงอยู่ของสัญญาไว้ในเบื้องต้น กล่าวคือ “ภายหลังจากที่ศาลได้พิจารณาลักษณะของความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นจากสัญญาแล้ว ศาลอาจประกาศยกเลิกสัญญา (prononcer la résiliation du contrat) หรือแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาบางข้อ (modifier certaines de ses clauses) หรืออาจให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป (la poursuite de son exécution) แต่กำหนดข้อสงวนเกี่ยวกับมาตรการไต่สวนงานทางปกครองคู่สัญญาดำเนินการให้ถูกต้องเอาไว้อาจกำหนดให้ผู้ได้รับความเสียหายได้รับชดเชยความเสียหาย (accorder des indemnités en réparation des droits lésés) หรือในกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า หากการยกเลิกสัญญาไม่ได้ส่งผลกระทบต่ออันร้ายแรงเกินสมควรต่อผลประโยชน์ส่วนรวมและประโยชน์รวมถึงผลเสียที่อาจเกิดขึ้นกับบรรดาสหสิทธิของคู่สัญญา ศาลอาจยกเลิกสัญญาทั้งหมดหรือยกเลิกสัญญาบางส่วน หรืออาจกำหนดให้การยกเลิกสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนนั้นมีผลนับแต่เมื่อใดแล้วแต่กรณีแตกต่างกันไป (un effet

différé)” ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีที่ขอให้ศาลสั่งวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ศาลไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษายกเลิกสัญญาทางปกครองเสมอไป แต่ศาลอาจยอมรับให้สัญญายังคงอยู่ต่อไป หากเห็นว่าการยกเลิกสัญญาจะส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงเกินสมควรต่อผลประโยชน์ส่วนรวมและต่อประโยชน์หรือส่วนได้เสียของบรรดาสีทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งในท้ายที่สุดแล้ว การยกเลิกเพิกถอนสัญญาทางปกครองก็มีใช้วิธีการแก้ไขปัญหานั้นที่สุดเสมอไป แต่เป็นเพียงวิธีการหลักในการแก้ไขปัญหานั้น⁶⁹

อย่างไรก็ตาม ขอแตกต่างประการสำคัญระหว่างแนวทางในคำวินิจฉัยคดี Tropic Travaux และข้อบังคับของสหภาพยุโรป ได้แก่การที่คำวินิจฉัยคดีนี้กำหนดเหตุผลที่กว้างกว่าข้อบังคับของสหภาพยุโรป กล่าวคือ สภาแห่งรัฐพิจารณาเหตุผลในการยกเลิกสัญญาหรือไม่ยกเลิสัญญาโดยพิจารณาทั้งเหตุผลเกี่ยวกับผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงเกินสมควรที่อาจเกิดขึ้นต่อประโยชน์ส่วนรวม และผลกระทบต่ออันร้ายแรงเกินสมควรที่อาจกระทบต่อสิทธิของคู่สัญญา แต่ข้อบังคับของสหภาพยุโรปจะให้ความสำคัญกับเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ส่วนรวม โดยอาจไม่ยอมรับเหตุผลในเชิงเศรษฐกิจอันเป็นส่วนได้เสียของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง⁷⁰

ทั้งนี้ เนื่องจากการมีผลบังคับของข้อบังคับสหภาพยุโรปต่อกฎหมายภายในของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จะต้องมีการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎเพื่อกำหนดรายละเอียดต่อไป (la transposition) นั้น ในเวลาต่อมา ได้มีการตราพระราชกำหนด ลงวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 2009 ว่าด้วยวิธีการยื่นฟ้องคดีในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Ordonnance relative aux procédures de recours applicable aux contrats de la commande publique) ขึ้น ซึ่งพระราชกำหนดดังกล่าวได้บัญญัติรูปแบบการยื่นขอให้ศาลสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาทในขั้นตอนก่อนการลงนามหรือทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งถือเป็นวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาทรูปแบบใหม่ (un nouveau référé) ในระบบกฎหมายปกครอง

⁶⁹ ประเวศ รัชพล, "การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับศาลปกครอง," วารสารวิชาการศาลปกครอง: 39-40.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, 40.

ฝรั่งเศส อันเป็นผลมาจากการนำข้อบังคับของสหภาพยุโรปมาใช้ซึ่งขอบเขตการมีผลบังคับใช้ของพระราชกำหนดดังกล่าว มีดังนี้

(1) ลักษณะของสัญญาทางปกครองที่อาจขอให้ศาลสั่งวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญา (Contrats visés)

พระราชกำหนด ลงวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 2009 ว่าด้วยวิธีการยื่นฟ้องคดีในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Ordonnance relative aux procédures de recours applicable aux contrats de la commande publique) ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ใหม่หลายประการที่บังคับใช้กับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งอยู่ภายใต้ข้อบังคับของสหภาพยุโรป (les obligations communautaires) อันเป็นกฎเกณฑ์ที่มีขอบเขตการบังคับใช้กว้างกว่าที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุ (Code des marchés publics)

ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดความยุ่งยากและสับสนระหว่างนิยามของสัญญาพัสดุตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุและนิยามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของสหภาพยุโรปที่ 2004/18 พระราชกำหนดฉบับดังกล่าวจึงได้บัญญัตินิยามความหมายของสัญญาที่ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นขอให้ศาลสั่งวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาหรือวิธีการชั่วคราวก่อนสัญญาได้ให้หมายความถึง “สัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อปฏิบัติงานโยธาสาธารณะ (objet l'exécution de travaux) เพื่อจัดส่งพัสดุ (la livraison de fournitures) หรือเพื่อค่าตอบแทนการบริการ (la prestation de services) โดยมีค่าตอบแทนเป็นการชดใช้ราคา หรือสิทธิในการประกอบกิจการหรือดำเนินการหรือเป็นการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ”

(2) เงื่อนไขการรับคำร้องขอให้ศาลสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาไว้พิจารณา (Recevabilité)

เงื่อนไขที่ศาลจะรับคำร้องขอให้ศาลสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาไว้พิจารณานั้น จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ยื่นคำร้องจะต้องเป็นบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการทำสัญญา (conclure le contrat) และเป็นบุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย

จากความบกพร่องที่เกิดขึ้นในการไม่จัดให้มีการประกาศประกวดราคา หรือจัดให้มีการแข่งขันที่เป็นธรรม หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

อย่างไรก็ตาม โดยหลักแล้วในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนสัญญาแล้ว ผู้ฟ้องคดีจะไม่สามารถยื่นขอให้ศาลสั่งวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาได้อีก โดยหากผู้ฟ้องคดียื่นขอมาแล้ว ศาลจะไม่รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณา

(3) ประเด็นที่อาจจะหยิบยกเพื่อโต้แย้งเพื่อขอให้ศาลสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญา (Moyens invocables)

ประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีจะสามารถหยิบยกเพื่อโต้แย้งขอให้ศาลสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญานั้น จะต้องเป็นประเด็นเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของกฎหมายสหภาพยุโรป เช่น กรณีไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อบังคับเรื่องการประกาศโฆษณาการประกาศประกวดราคา หรือไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขัน นอกจากนี้ ในการยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญา (le référé contractuel) นั้น ผู้ฟ้องคดีก็อาจหยิบยกประเด็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อบังคับสหภาพยุโรปได้อีกด้วย

(4) อำนาจศาลในการกำหนดวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญา (Pouvoirs du juge)

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีที่ขอให้ศาลสั่งวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ศาลอาจมีคำสั่งให้สัญญาทางปกครองหายไปหรือสิ้นผลไปโดยมีผลย้อนหลังได้ อย่างไรก็ตาม ศาลไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษายกเลิกสัญญาทางปกครองเสมอไป แต่ศาลอาจยอมรับให้สัญญายังคงอยู่ต่อไป หากเห็นว่าการยกเลิกสัญญาจะส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงเกินสมควรต่อผลประโยชน์ส่วนรวมและต่อประโยชน์หรือส่วนได้เสียของบรรดาสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งในท้ายที่สุดแล้ว การยกเลิกเพิกถอนสัญญาทางปกครองก็มีใช้วิธีการแก้ไขปัญหาคดีที่ดีที่สุดเสมอไป แต่เป็นเพียงวิธีการหลักในการแก้ไขปัญหานั้น ทั้งนี้ โดยศาลปกครองมีอำนาจในการกำหนดวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญา (Pouvoirs du juge) ดังนี้

(4.1) การมีคำสั่งให้สัญญาหายไปหรือสิ้นผลไปโดยมีผลย้อนหลัง

โดยหลักแล้วศาลที่จะมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญา จะต้องมีการมีคำสั่งให้สัญญาหายไปหรือสิ้นผลไปโดยมีผลย้อนหลัง ซึ่งการมีคำสั่งลักษณะดังกล่าวอาจไม่สอดคล้องกับมาตรา L. 551-18 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งบัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจประกาศให้สัญญามีผลเป็นโมฆะ” ในกรณีที่ทำให้สัญญาเกิดขึ้นโดยไม่ผ่านมาตรการประกาศโฆษณาการประกวดราคา และวรรคสองบัญญัติให้ “ศาลประกาศเพิกถอนสัญญา”

ทั้งนี้ ประเด็นความไม่สอดคล้องข้างต้นยังมีความสำคัญไม่มากนัก โดยความสำคัญอยู่ที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองได้บัญญัติโดยใช้คำกริยา คำว่า ประกาศ หรือ “prononcé” โดยที่ไม่ใช้คำกริยาว่า “déclaré” ซึ่งกรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ศาลมีดุลพินิจอิสระได้ในกรณีศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาที่พิพาทอาจไม่ถึงขนาดที่จะมีผลเป็นโมฆะ โดยศาลอาจใช้แนวทางการสั่งตามข้อบังคับแห่งสหภาพยุโรป

(4.2) การที่ให้สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับมาเป็นสัญญาทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

บางกรณีที่สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจฟื้นคืนกลับมาเป็นชอบด้วยกฎหมายก็ได้ (Suivie du contrat illégal) แต่การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวจะต้องเป็นการกำหนดไว้ในลักษณะเคร่งครัด โดยนำแนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปมาเป็นแนวทางในการวินิจฉัย

(4.3) การลงโทษเกี่ยวกับการแทนที่

พระราชกำหนด ลงวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 2009 ว่าด้วยวิธีการยื่นฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจในการลงโทษแบบแทนที่หรือการลงโทษเกี่ยวกับการแทนที่ (sanctions de substitution) ได้ ซึ่งศาลจะใช้อำนาจดังกล่าวในกรณีที่ไม่มีเพิกถอนสัญญา หรือกรณีที่เพิกถอนสัญญาบางส่วน กล่าวคือ พระราช

กำหนดฉบับนี้บัญญัติให้ในกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องเพิกถอนสัญญาทางปกครองทั้งหมดนั้น ศาลอาจใช้วิธีการลงโทษทางการเงิน (pénalités financières) หรือปรับลดระยะเวลาการทำสัญญา (la réduction de la durée du marché) รวมถึงอาจกำหนดให้ต้องชดเชยค่าเสียหายและดอกเบี้ย (des dommages-intérêts) ก็ได้

พระราชกำหนดฉบับนี้กำหนดให้การลงโทษทางการเงินนั้นจะต้องไม่เกินร้อยละ 20 ของวงเงินตามสัญญา อย่างไรก็ตาม แม้พระราชกำหนดนี้จะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ค่าเสียหายและดอกเบี้ยถือเป็นการลงโทษแบบแทนที่ก็ตาม แต่มาตรา L. 551-16 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ในการขอให้ศาลสั่งวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับสัญญานั้น ผู้ฟ้องคดีอาจขอให้ศาลสั่งเกี่ยวกับค่าเสียหายและดอกเบี้ยด้วยก็ได้

3.2.2.2 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับการบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

ศาลปกครองสูงสุดได้หยิบยกทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาใช้กับการบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศตลอดจนคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล (l'acte de gouvernement) ด้วย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยถึงการกระทำต่าง ๆ ของรัฐบาลว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล และไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณา วินิจฉัยไว้มาเป็นเวลานานแล้ว เช่น ในปี ค.ศ. 1930 วินิจฉัยว่า การปฏิเสธไม่เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ปี ค.ศ.1933 วินิจฉัยว่า การประกาศใช้บังคับกฎหมายล่าช้าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ปี ค.ศ.1989 วินิจฉัยว่า การยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ตลอดจนถึงปี ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่า การระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาเป็นการกระทำทางรัฐบาล และวินิจฉัยว่า การระงับความร่วมมือกับต่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาล เป็นต้น⁷¹

⁷¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, "บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 190 การกระทำทางรัฐบาล" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 มิถุนายน 2557 วันที่ 2 กรกฎาคม 2551. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1235>

ทั้งนี้ อาจสรุปในเบื้องต้นได้ว่า ศาลปกครองฝรั่งเศสเห็นว่าตนเองมีอำนาจหน้าที่เฉพาะการวินิจฉัย “การกระทำทางปกครอง” เท่านั้น ส่วน “การกระทำทางรัฐบาล” จะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบของรัฐสภา กรณีจึงเห็นได้ว่า การกระทำทางรัฐบาลถือเป็นข้อจำกัดของภาระหน้าที่ของศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการกระทำของรัฐบาลจะไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองนั่นเอง โดยมีเหตุผลสนับสนุนในทำนองที่ว่า ในสังคมภายใต้ระบบการเมืองปัจจุบันย่อมจะต้องมีกิจการที่สำคัญหรือมีความจำเป็นบางอย่างที่รัฐจะต้องกระทำลงไปเพื่อความมั่นคงหรือการดำรงอยู่ของสังคมนั้น การกระทำดังกล่าวจึงไม่ควรถูกพิจารณาโดยข้อกฎหมาย เนื่องจากเป็นเรื่องราวที่มีความอ่อนไหวและไม่สมควรจะมีการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ

อาจนิยามการกระทำทางรัฐบาลได้ว่า เป็นการกระทำในทางการเมือง (acte politique) เพื่อให้เห็นว่า มีความหมายตรงข้ามกับการกระทำทางปกครอง (actes administratifs) และแม้ว่าการกระทำของรัฐบาลจะเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย (pouvoir réglementaire) ก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวก็จะไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองรวมทั้งศาลอื่น ๆ ทั้งหมด โดยศาลปกครองเองก็ได้มีวิวัฒนาการในการพิจารณาและจำกัดขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาลโดยแต่เดิมศาลได้พิจารณาในความหมายอย่างกว้างว่า การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่มีจุดประสงค์ทางการเมือง (mobile politique)⁷² และต่อมาศาลได้พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลในความหมายที่แคบลงโดยได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาคดี Prince Napoleon ลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875⁷³ ที่จำกัดองค์ประกอบของการกระทำทางรัฐบาลว่า เป็นการ

⁷² CE, 1 mai. 1822 Laffite, Rec.CE 371

⁷³ คดี Prince Napoleon ลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875 (CE, 19 fév. 1875, Rec.CE 155) มีข้อเท็จจริงว่า ในยุคจักรวรรดิที่ 2 Prince Napoléon-Joseph BONAPARTE ได้รับการแต่งตั้งโดยจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ให้ดำรงตำแหน่งนายพล ภายหลังจากสิ้นสุดยุคจักรวรรดิที่ 2 รายชื่อบรรดานายพลของกองทัพฝรั่งเศสได้ถูกจัดทำใหม่โดยรัฐบาลสาธารณรัฐ แต่ไม่ปรากฏชื่อของ Prince Napoléon-Joseph ซึ่งในกรณีนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมได้วินิจฉัยและแจ้งว่า การแต่งตั้ง Prince Napoléon-Joseph ให้ดำรงตำแหน่งนายพลนั้น อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษทางการเมืองในอดีต ซึ่งในปัจจุบันเงื่อนไขเหล่านั้นได้สิ้นสภาพไปพร้อมกับการล่มสลายของอาณาจักรที่ 2 แล้ว ต่อมา Prince Napoléon-Joseph ได้นำเรื่องนี้ขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้วินิจฉัยเกี่ยวกับคำสั่งดังกล่าว โดยศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาพิพากษาคดีนี้ว่า การดำเนินการดังกล่าวเป็นเรื่องทางการเมือง มีสถานะเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย จึงมีคำพิพากษายกฟ้อง

กระทำในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางการเมือง (relation ente les institutions politiques) หรือเป็นเรื่องในความสัมพันธ์ทางการทูต (relations diplomatiques)⁷⁴

ทั้งนี้ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐต่างประเทศ ซึ่งการกระทำนี้หมายความรวมถึงมาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเจรจา (négociation) การรับรองสนธิสัญญา (approbation des traités)⁷⁵ การปฏิเสธไม่เข้าเจรจากับรัฐหนึ่งรัฐใด⁷⁶ หรือการเข้าแทรกแซงการเจรจากับเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นเพื่อช่วยให้เนรเทศพลเมืองของฝรั่งเศส เป็นต้น⁷⁷

นอกจากนี้ ในทางวิชาการก็ได้มีศาสตราจารย์ทางกฎหมายปกครองฝรั่งเศสกำหนดคำจำกัดความหรือนิยามของการกระทำทางรัฐบาลที่น่าสนใจไว้ 2 รูปแบบ กล่าวคือนิยามของ HAURIOU และนิยามของ CHAPUS กล่าวคือ ศาสตราจารย์ HAURIOU ได้ให้นิยามการกระทำทางรัฐบาลว่าหมายถึง “การกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากไม่มีการดำเนินการเช่นนั้นแล้วจะมีผลกระทบร้ายแรงต่อสถานะของรัฐ เพราะเมื่อมีสถานการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้น” คำนิยามนี้ก่อให้เกิดหลักที่ตามมา คือ การกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจนำไปฟ้องร้องต่อศาลได้ ในขณะที่ศาสตราจารย์ CHAPUS ได้ให้นิยามการกระทำทางรัฐบาลว่าหมายถึง “การ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ในเวลาต่อมา คำพิพากษาในคดี Prince Napoleon ได้กลายเป็นบรรทัดฐานของศาลปกครองในการพิจารณาว่าการกระทำใดของฝ่ายบริหารที่ถือได้ว่ามีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

⁷⁴ “การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ในฐานะที่เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง (acte de l’Administration) ชนิดหนึ่งที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง : หลักและข้อยกเว้น,” ใน เอกบุณญ วงศ์สวัสดิกุล, การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 317.

⁷⁵ CE, 25 mars 1988 Sté Sapvin, Rec.CE 133

⁷⁶ CE, 28 avril 1993, Robin, Rec.CE 1011

⁷⁷ “การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ในฐานะที่เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง (acte de l’Administration) ชนิดหนึ่งที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง : หลักและข้อยกเว้น,” ใน เอกบุณญ วงศ์สวัสดิกุล, การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย, หน้า 318.

กระทำที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลซึ่งมีความแตกต่างกับการปฏิบัติหน้าที่ทางปกครองของฝ่ายบริหาร”

อาจกล่าวได้ว่าไม่ว่าจะเป็นการกำหนดนิยามของการกระทำของรัฐบาลในทำนองใดก็ตาม แต่วิวัฒนาการของแนวคำพิพากษาของศาลในการจำกัดขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาลข้างต้นก็สะท้อนให้เห็นถึงความก้าวหน้าของหลักนิติรัฐ (l'état de droit) อีกทั้งยังเป็นที่ยอมรับกันเป็นการทั่วไปว่าการกระทำของรัฐบาลย่อมไม่สามารถเป็นเหตุแห่งการฟ้องร้องต่อศาลได้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้ยืนยันเรื่องนี้มาโดยตลอด นับตั้งแต่ที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี Sieur Corbier ลงวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 1943 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน

ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสมิได้วินิจฉัยไว้โดยชัดแจ้งว่าศาลไม่มีอำนาจควบคุมการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเพราะเป็นเรื่องของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล แต่ประการใด โดยศาลถือหลักว่าศาลไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเนื่องจากเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาลภายในประเทศไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา โดยการกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูตต่าง ๆ ⁷⁸ การที่ศาลปฏิเสธที่จะรับฟ้องการกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำอนุสัญญา การลงนามในสัญญา ตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล ⁷⁹ การดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา การปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศ เป็นต้น

ความหมายและขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาลได้ลดลงทีละน้อยอันเนื่องมาจากทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ เพราะเป็นที่ยอมรับกันว่า นิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลสามารถแยกต่างหากและแตกต่างจากการกระทำทางรัฐบาลรวมถึงสามารถตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองได้ (soumise au contrôle du

⁷⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี General Ornat ลงวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ. 1926 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Moraly ลงวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1969 อ้างถึงใน ฌ็อง-หลุยส์ คาลิเอร์, "การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554), หน้า 66.

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน.

judge) แนวคำพิพากษาในเรื่องนี้ได้พัฒนาขึ้นมาตามลำดับโดยเฉพาะในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยศาลได้วินิจฉัยว่าการกระทำที่เป็นมาตรการที่โน้มไปในเรื่องที่เกี่ยวข้องเรื่องภายใน (l'ordre interne) ซึ่งเป็นเรื่องโดยตรงข้ามกับมาตรการที่โน้มไปในกิจการระหว่างประเทศ (l'ordre international) อันเป็นเรื่องในทางการเมืองระหว่างประเทศที่ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง (actes administratifs)⁸⁰

ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นี้ได้รับการยอมรับมากยิ่งขึ้นจนทำให้ในเวลาต่อมาศาลปกครองฝรั่งเศสเห็นว่าการกระทำดังต่อไปนี้เป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากการกระทำทางรัฐบาล (actes détachables des actes de gouvernement) ที่อยู่ภายใต้อำนาจศาลปกครองและสามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อพิจารณาพิพากษาได้ อาทิ⁸¹ การฟ้องการตัดสินใจของประธานาธิบดีในการให้สัตยาบันการทำอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการฟ้องตัวอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการฟ้องตัวอนุสัญญา (les décisions de ratification des conventions internationales qui ne se confondent pas avec les conventions elles-mêmes)⁸² หรือการฟ้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการให้สัตยาบันในสนธิสัญญา⁸³ หรือการฟ้องมติหรือการตัดสินใจให้ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารแก่รัฐต่างประเทศ⁸⁴ การฟ้องการตัดสินใจหรือคำสั่งให้ส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน (décisions d'extradition)⁸⁵ แม้กระทั่งการฟ้องการปฏิเสธไม่ส่งผู้ร้ายข้าม

⁸⁰ B. Denevois, concl. Sur CE, sect, 22 déc. 1978, Co Thanh Nghia, Rec.CE 523

⁸¹ “การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ในฐานะที่เป็นกรกระทำของฝ่ายปกครอง (acte de l'Administration) ชนิดหนึ่งที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง : หลักและข้อยกเว้น,” ใน เอกบุณญ วงศ์สวัสดิกุล, การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย, หน้า 318-319.

⁸² CE, 5 fév. 1926, Caraco, Rec.CE 125

⁸³ CE ass., 18 déc. 1988, SAAL du parc du activités de Blotzheim, AJDA 1999, 180

⁸⁴ CE, 22 déc. 1978, Co Thanh Nghia, AJDA avr.1979 p.36

⁸⁵ CE, ass., 15 oct. 1993, Aylor, Rec.CE 283

แดน⁸⁶ หรือการฟ้องคดีหรือการตัดสินใจเกี่ยวกับการเคลื่อนกำลังทหารต่างชาติในประเทศฝรั่งเศส⁸⁷ การฟ้องการตัดสินใจห้ามการส่งสินค้าออก⁸⁸ หรือการฟ้องการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่กงสุลในเรื่องการมอบเอกสารทางกงสุล⁸⁹

การที่ศาลพิจารณาเห็นว่ามีกรกระทำบางอย่างที่แยกออกจากความสัมพันธ์ในทางการทูต หรือในเรื่องของสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้น ซึ่งได้แก่ มาตรการต่าง ๆ ที่เป็นการกระทำโดยอิสระที่แยกตัวออกจากต้นกำหนดหรือแยกจากผลในทางระหว่างประเทศได้ในกรณีการที่กงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศคนหนึ่งออกจากประเทศดังกล่าวในฐานะที่เป็นบุคคลที่ไม่ถึงปรารถนา ซึ่งคำสั่งของกงสุลนี้สามารถแยกออกได้จากกิจกรรมอื่น ๆ ของกงสุลที่มีฐานะทางการทูตได้ ดังนั้น จึงสามารถร้องเรียนต่อสภาแห่งรัฐได้ หรือกรณีพระราชกฤษฎีกาส่งผู้ร้ายข้ามแดนมาปรับข้อเท็จจริงกับบทบัญญัติของกฎหมายให้เป็นไปโดยถูกต้อง ซึ่งหมายความว่าศาลจะเข้าควบคุมฝ่ายบริหารในกรณีดังกล่าวนั่นเอง อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าสนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายในประเทศอย่างหนึ่งซึ่งศาลจะถือว่าในกรณีที่มีการละเมิดสนธิสัญญาแล้ว ผู้เสียหายสามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้ อันเท่ากับว่าการละเมิดสนธิสัญญาเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในประเทศด้วย⁹⁰

สิ่งที่สำคัญในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลคือว่า ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มีผลเป็นข้อยกเว้นของการกระทำของรัฐบาลหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หากสามารถแยกการกระทำนั้น ๆ ออกจากการกระทำของรัฐบาลได้แล้ว ก็ย่อมสามารถเรียกร้องให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อให้มีการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายได้นั่นเอง

⁸⁶ CE, ass., 15 oct. 1993, Royaume-Uni, Rec.CE 267 ; 14 déc. 1994 Gvt.suisse, Rec.CE 549

⁸⁷ CE, 13 juli. 1967, Rec.CE 308

⁸⁸ CE, 19 fév. 1988, Sté Robartel SLPI, Rec.CE 74

⁸⁹ CE, ass, 29 sept. 1995, assoc. Greenpeace France, Rec.CE 347

⁹⁰ ญัฐพล คำภีระ, "การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง," หน้า 66.

เงื่อนไขประการสำคัญในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวคือการกระทำที่อาจแยกฟ้องได้นั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้นำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาใช้เป็นครั้งแรกในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Dame Caraco ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1926 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎกระทรวง (le décret) ฉบับหนึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจของข้อตกลง (la Convention) ที่ทำขึ้นระหว่างประเทศฝรั่งเศส และประเทศตูนิเซีย (ในขณะที่เป็นดินแดนอารักขาของฝรั่งเศส) โดยศาลปกครองสูงสุดถือว่ากฎกระทรวงดังกล่าว นั้น มีลักษณะของนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากข้อตกลงหลักได้

ต่อมา ได้มีคำพิพากษา คดี Société Robatel ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1988 ที่ยืนยันแนวปฏิบัติอันเป็นบรรทัดฐานของศาลปกครองสูงสุดว่า หากนิติกรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้แล้ว ก็ย่อมเป็นที่มาของการเยียวยาความเสียหายได้ โดยศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ในคดีนี้ว่า คำสั่งของฝ่ายปกครองฝรั่งเศสที่ห้ามการส่งออกสินค้าไปยังประเทศปากีสถานนั้น ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่แยกออกจากความสัมพันธ์ทางการทูตระหว่างฝรั่งเศสและปากีสถาน และเมื่อเป็นเช่นนั้นแล้ว ศาลปกครองจึงเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทดังกล่าวรวมถึงการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ดังนั้น หากปรากฏชัดว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้แล้ว ศาลปกครองก็ย่อมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว และนำหลักเรื่องความรับผิดชอบพื้นฐานการกระทำผิด (la responsabilité pour faute) มาปรับใช้ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี⁹¹

อนึ่ง การพิจารณาว่ากรณีใดบ้างที่จะถือเป็นกรณีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้นั้น จะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของตุลาการศาลปกครองผู้ตัดสินคดีโดยแท้ โดยยังไม่มีข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์ใด ๆ ที่เป็นการวางกรอบว่ากรณีใดบ้างที่จะถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ อย่างไรก็ตาม DUEZ⁹² ก็ได้มีความพยายามที่จะวางกรอบดังกล่าว โดยเสนอทฤษฎีว่า

⁹¹ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Sieur Aubert ลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1966

⁹² มีชีวิตอยู่ในช่วง ค.ศ. 1888 – 1947 และเคยมีผลงานเรื่อง Les actes de gouvernement ในปี ค.ศ. 1935

การพิจารณานิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้นั้นจะต้องพิจารณาจากปัจจัยที่ว่า การบังคับคดีตามคำพิพากษานั้นเป็นการบังคับตามกฎหมายภายในหรือเป็นการบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหากเป็นการบังคับคดีตามกฎหมายภายในแล้ว การดำเนินการดังกล่าวก็จะต้องย้อนกลับมาที่การดำเนินการอันอยู่ภายใต้การบริหารจัดการของรัฐบาลนั่นเอง

3.2.2.3 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับคดีปกครองว่าด้วยการเลือกตั้ง

ศาลปกครองสูงสุดได้นำทฤษฎีคำสั่งทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง เลือกตั้ง (le contentieux électoral) ด้วย โดยศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง ทั้งนี้ ตามความในประมวลกฎหมายเลือกตั้ง (le Code électoral) โดยแบ่งเป็นอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น ตามมาตรา L.248 และ L.222 และอำนาจของศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาอุทธรณ์ ตามมาตรา L.250 และ L.223 ซึ่งแม้คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งจะถือเป็นคดีประเภทที่ต้องยื่นฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจเต็มดังเช่นคดีพิพาทประเภทสัญญาก็ตาม แต่ก็พบว่าตุลาการศาลปกครองได้นำทฤษฎีการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้มาใช้ในการพิจารณาคดีประเภทดังกล่าวเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจของนิติกรรมบางลักษณะด้วย โดยศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ในทำนองที่ว่า คำสั่งเกี่ยวกับการมีสิทธิลงรับสมัครรับเลือกตั้ง (les décisions portant conviction des électeurs) และมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการการเลือกตั้งผู้แทนราษฎร (le mesure concourant à l'organisation des élections législatives) ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับเลือกตั้ง⁹³

⁹³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Union régionale écologiste et Parti pour la défendre des animaux ลงวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 1993

3.2.2.4 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับคดีปกครองว่าด้วยภาษีอากร

ศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับภาษี ซึ่งก็คือภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา (l'impôt sur le revenu) ภาษีผู้ประกอบการธุรกิจ (l'impôt sur les sociétés) ภาษีมูลค่าเพิ่ม (la taxe sur la valeur ajoutée) ภาษีโรงเรือน (la taxe habitation) ภาษี foncière และภาษีผู้ประกอบการวิชาชีพ (la taxe professionnelle) ทั้งนี้ ตามความในประมวลรัษฎากร (Livres des procédures fiscales) ศาลปกครองสูงสุดยอมรับการนำทฤษฎีการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้มาใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับภาษีเป็นครั้งแรกในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Breil ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1913 ซึ่งเป็นการวางหลักในทำนองที่ว่ากฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร (les actes réglementaires) ในกระบวนการจัดเก็บภาษี (la procédure d'imposition) ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้จากคดีพิพาทเกี่ยวกับภาษีอันถือเป็นคดีประเภทศาลที่มีอำนาจเต็ม

ศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยืนยันหลักการดังกล่าวเรื่อยมา ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Levallois-Perret ลงวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 1990 คดี Ministre de l'Economie et des Finances c. Commune de Mauzé-thouarsais ลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1980 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด แผนกคดีภาษี คดี Association freudienne ลงวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1990 ซึ่งทั้งสามคดีที่หยิบยกมาเป็นตัวอย่างนี้ต่างก็เป็นคำพิพากษาที่วางหลักว่ากฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารประเภทต่างๆ กล่าวคือ กฎเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดโซนการชำระภาษีโรงเรือน กฎเกณฑ์ว่าด้วยอาชีพต่าง ๆ ที่ต้องชำระภาษีผู้ประกอบการวิชาชีพ และกฎกระทรวงว่าด้วยการจำกัดโซนศูนย์วิจัยในเขต Ile-de-France นั้น ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องจากคดีพิพาทเกี่ยวกับภาษีอันเป็นคดีประเภทที่ต้องยื่นฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจเต็มได้นั่นเอง

3.2.2.5 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับการดำเนินการของฝ่ายปกครองในด้านการจัดการทรัพย์สินเอกชนและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

การนำทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับการดำเนินการของฝ่ายปกครองในด้านการจัดการทรัพย์สินเอกชนและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเป็นการแสดงให้เห็นถึงภารกิจของฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจกรรมดังเช่นเอกชนในกรณีที่ภารกิจของฝ่ายปกครองมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่ง โดยอาจแยกพิจารณาเป็น 2 ประการ ได้ กรณีการจัดการทรัพย์สินเอกชนภายใต้การจัดการของฝ่ายปกครอง และกรณีการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

3.2.2.5.1 กรณีการจัดการทรัพย์สินเอกชนภายใต้การจัดการของฝ่ายปกครอง (la gestion du domaine privé de l'administration)

โดยหลักแล้ว การจัดการทรัพย์สินเอกชนภายใต้การจัดการของฝ่ายปกครองย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน⁹⁴ แม้ว่าจะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ได้สละเอกสิทธิ์ทางปกครองของตนก็ตาม แต่ก็ต้องนำกฎหมายเอกชนมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าว โดย Pierre DELVOLLE ได้กล่าวถึงนิติกรรมทางปกครองที่เกิดในสถานการณ์นี้ไว้ว่า นิติกรรมนั้นจะไม่ได้เป็นนิติกรรมทางปกครองแต่จะถือว่าเป็นนิติกรรมทางกฎหมายเอกชนและอยู่ภายใต้การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม⁹⁵

⁹⁴ ตามคำกล่าวของ J-M AUBY et P. BON ในหนังสือ Droit administratif des biens, Dalloz, Paris 1991 ที่กล่าวว่า « Le domaine privé est soumis à régime de droit privé. L'administration gère comme un propriétaire privé dans les conditions du droit privé » ถอดความได้ว่า “เรื่องทางเอกชนย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน ฝ่ายปกครองย่อมจัดการทรัพย์สินดังที่ปรากฏในกฎหมายเอกชน” อ้างโดย Bernard-Franck MACELA, Les actes détachables dans le droit public français, PULIM, 2002, p.91

⁹⁵ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Simon ลงวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1954 คดี Lambourdière ลงวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ. 1974 , คำพิพากษาศาลชั้นต้นอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดี Commune de

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่านิติกรรมในกรณีดังกล่าวมานี้ มีลักษณะของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องต่อศาลปกครองได้แล้ว กรณีนั้นย่อมถือเป็น ข้อยกเว้นของหลักทั่วไป กล่าวคือ หากสามารถแยกตัวนิติกรรมทั้งหลายออกจากกันได้แล้ว การ ดำเนินการของฝ่ายปกครองก็ย่อมถือเป็นนิติกรรมทางปกครองและย่อมอยู่ภายใต้การพิจารณา พิพากษาของศาลปกครอง ดังที่ปรากฏในการบริหารจัดการและการวางนโยบายขององค์กรบริการ สาธารณะทางการปกครอง (le service public administratif หรือตัวย่อ SPA)⁹⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีทรัพย์สินเพื่อการบริหารสาธารณะ⁹⁷ ซึ่งหากถือว่านิติกรรมดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครอง แล้วก็ย่อมส่งผลต่อมาถึงสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย (le recours d'excès de pouvoir) นั้นเอง

3.2.2.5.2 กรณีการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

ในกรณีของการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและ พาณิชยกรรมนั้น จะถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่บริการสาธารณะทาง อุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมกับผู้ใช้บริการถือเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน และย่อมอยู่ ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม แต่ฝ่ายปกครองผู้ดำเนินการดังกล่าวย่อมยังคงมีเอก สิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการดำเนินการซึ่งในส่วนนี้เองทำให้สามารถแยกนิติกรรมทางปกครองออก จากนิติกรรมทางแพ่งได้⁹⁸ และสามารถนำนิติกรรมทางปกครองนั้นมาฟ้องเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรม ทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

Chamonix ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1977, อ้างโดย Bernard-Franck MACELA, Les actes détachables dans le droit public français, PULIM, 2002, p.92

⁹⁶ เช่น บริการสาธารณะเพื่อวัฒนธรรม บริการสาธารณะเพื่อการศึกษา หรือบริการสาธารณะเพื่อการกีฬา

⁹⁷ ตามความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดี ARRIGHI DE CASANOVA ในหน้า 92 ของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี M.Formery ลงวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ. 1954

⁹⁸ ซึ่งหากผู้ดำเนินการจัดการบริการดังกล่าวเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนแล้ว ก็ย่อมไม่มีเอกสิทธิ์ใด ๆ และ อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน

3.2.2.6 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีลักษณะเฉพาะและส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะมีที่มาสำคัญมาจาก 2 แหล่ง⁹⁹ กล่าวคือ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789¹⁰⁰ และประมวลกฎหมายแพ่ง¹⁰¹ อันส่งผลให้คดีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรม กล่าวคือ ศาลปกครองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ อันเป็นที่มาของการฟ้องคดีปกครอง 2 รูปแบบ คือ การฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศเพื่อประโยชน์สาธารณะ (le recours en annulation de la déclaration de l'utilité publique) และการฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศระงับกรรมสิทธิ์ (le recours en annulation de l'arrêt d'accessibilité) ในขณะที่ศาลยุติธรรมโดยผู้พิพากษานายเดี่ยวใน Tribunal de grande instance จะมีอำนาจพิจารณากำหนดค่าเวนคืน (le juge de l'expropriation) ในส่วนของการโอนกรรมสิทธิ์ การกำหนดค่าทดแทน และการเข้าถือกรรมสิทธิ์ ตลอดจนอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์องค์คณะคดีเวนคืน และฎีกาไปยังศาลฎีกา

⁹⁹ สรุปความบางส่วนจากปาลิรัฐ ศรีวรรณพฤษ, บทวิเคราะห์คดี เรื่อง “ประโยชน์ที่ควรจะได้รับจากการประกอบการค้า” : ศึกษาเปรียบเทียบคำพิพากษาศาลปกครองไทยกับแนวคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส, เผยแพร่ใน intranet สำนักวิจัยและวิชาการ, สำนักงานศาลปกครอง, มกราคม 2559.

¹⁰⁰ ตามความในมาตรา 17 ที่บัญญัติว่า “สิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิอันศักดิ์สิทธิ์และล่วงละเมิดมิได้ บุคคลไม่อาจถูกละเมิดสิทธิดังกล่าว เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยชอบด้วยกฎหมาย และต้องได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรมก่อน”

¹⁰¹ ตามความในมาตรา 545 ที่บัญญัติว่า “บุคคลไม่อาจถูกบังคับให้สละความเป็นเจ้าของ เว้นแต่กรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมก่อน”

กระบวนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เริ่มต้นมาจากการที่รัฐตกลงเริ่มต้นกระบวนการไต่สวน (l'enquête préalable) และการตกลงใจในการประกาศเพื่อประโยชน์สาธารณะ (la déclaration d'utilité publique) โดยมีศาลปกครองจะทำหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายปกครอง โดยกฎหมายได้กำหนดขั้นตอนเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ไว้ทั้งสิ้น 3 ขั้นตอน คือ

(1) ผู้เวนคืนรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการเวนคืน และส่งให้องค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจ

(2) การไต่สวน ก่อนที่จะมีการประกาศเพื่อประโยชน์สาธารณะ และ

(3) การไต่สวนพื้นที่ (l'enquête parcellaire) ซึ่งจะนำมาซึ่งประกาศระงับกรรมสิทธิ์ (l'accès de cessibilité)

การดำเนินการที่เกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของฝ่ายปกครองทั้ง 3 ขั้นตอนข้างต้นย่อมเป็นที่มาของการยื่นฟ้องคดี 2 รูปแบบดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยการฟ้องคดีรูปแบบที่ 1 อันได้แก่ การฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศเพื่อประโยชน์สาธารณะ นั้น จะเป็นการฟ้องคดีที่ขอให้ศาลตรวจสอบการใช้อำนาจบิดเบือน (le détournement de pouvoir) ของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งหรือการขอให้ศาลตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ และสำหรับการฟ้องคดีรูปแบบที่ 2 อันได้แก่การฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศระงับกรรมสิทธิ์ นั้น เป็นการฟ้องขอให้ตรวจสอบความผิดพลาดของประกาศ ไม่ว่าจะในเรื่องของผู้มีอำนาจหรือกระบวนการ โดยผู้ฟ้องคดีสามารถอ้างทั้งเหตุความชอบด้วยกฎหมายภายในและความชอบด้วยกฎหมายภายนอกของประกาศนั้นได้ อนึ่ง การยื่นฟ้องคดีทั้ง 2 รูปแบบดังกล่าวย่อมเป็นที่มาของการเรียกร้องความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองอีกด้วย

ในส่วนของศาลยุติธรรมนั้น ศาลจะมีบทบาทในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามความในพระราชกำหนด ลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1958 ซึ่งกำหนดให้ผู้พิพากษานายเดียวมีหน้าที่ 2 ประการ กล่าวคือ ออกคำสั่งให้โอนทรัพย์สิน และมีคำพิพากษากำหนดค่าทดแทนให้แก่ผู้มีสิทธิ ซึ่งพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1962 วางหลักให้สรรพากร

จังหวัดเป็นตัวแทนของรัฐเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของการคลังสาธารณะโดยการเป็นคู่ความและผู้
 อุตธรณ์

กฎหมายกำหนดให้การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของผู้พิพากษาของ
 ศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้น จะต้องอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์
 องค์คณะ (chambre) คดีเวนคืน และสำหรับชั้นฎีกานั้น จะมีศาลฎีกาแผนกคดีแพ่งที่มีความ
 เชี่ยวชาญในคดีเกี่ยวกับทรัพย์สิน (le droit des biens) เป็นผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี
 ทั้งนี้กระบวนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในชั้นศาลโดยตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณา
 เรื่องเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะมีกระบวนการที่สำคัญ 3 ประการ คือ การโอนกรรมสิทธิ์ การ
 กำหนดค่าทดแทน และการเข้าถือกรรมสิทธิ์ โดยในส่วนของกำหนดค่าทดแทน นั้น ปัจจุบัน
 ประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบให้ศาลเป็นผู้กำหนดค่าทดแทน ตามความในพระราชกำหนด ลงวันที่ 23
 ตุลาคม ค.ศ. 1858 ซึ่งเป็นการนำระบบเดิมนับตั้งแต่ ค.ศ. 1810 กลับมาใช้อีกครั้งหนึ่ง¹⁰²

ทั้งนี้ ข้อขัดแย้งเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีของ
 ศาลปกครองและศาลยุติธรรมจะเกิดขึ้นในกรณีที่มีการเพิกถอนประกาศเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือ
 เพิกถอนประกาศระงับกรรมสิทธิ์เกิดขึ้นภายหลังจากที่คำสั่งเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้มีผลบังคับใช้
 อย่างเด็ดขาดและไม่สามารถยกเลิกได้อีกแล้ว¹⁰³ ต่อมา ศาลปกครองได้พิพากษาเพิกถอนประกาศ
 ดังกล่าว แต่ในขณะเดียวกันศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจเวนคืนในช่วงโอนกรรมสิทธิ์ก็ได้มีคำสั่งให้เวนคืน
 ทรัพย์สินไปแล้ว จึงเท่ากับว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นตกเป็นของผู้เวนคืนอสังหาริมทรัพย์ไปแล้ว ซึ่งต่อมา

¹⁰² ประเทศฝรั่งเศสเคยเปลี่ยนแปลงระบบนี้เป็นการประเมินโดยใช้คณะกรรมการเวนคืน (le jury d'expropriation) เป็นผู้กำหนดค่าทดแทน กรรมการในคณะกรรมการชุดนี้ประกอบไปด้วยตัวแทนของเจ้าของ
 อสังหาริมทรัพย์ โดยมีตุลาการเป็นประธาน หรือการประเมินโดยคณะกรรมการวินิจฉัยประเมินค่าทดแทน (les
 commissions arbitrales d'évaluation) ในแต่ละจังหวัด ประกอบด้วยข้าราชการสองคน โดยมีราชพัสดุจังหวัด (le
 directeur départementale des domaines) ซึ่งเป็นตัวแทนในการปกป้องผลประโยชน์ทางการคลังของรัฐ และตัวแทน
 เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สองคน คือ โนตารีพบลิก (le notaire) และเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ มีตุลาการเป็นประธาน โดยมี
 วาระ 1 ปี คำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวอาจอุทธรณ์ได้ต่อศาลแพ่ง

¹⁰³ ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ว่าพ้นระยะเวลาการฎีกา หรือเพราะเหตุที่ศาลฎีกายกฟ้องก็ตาม เหตุดังกล่าวเป็นผลสืบ
 เนื่องมาจากการกระบวนการพิจารณาในศาลปกครองใช้ระยะเวลานานและหลักเรื่องการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำนอกขอบ
 อำนาจไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ได้กำหนดว่า ผู้ถูกเวนคืนย่อมมีสิทธิที่จะกล่าวอ้างต่อศาลได้เสมอว่าคำสั่งเวนคืนสิ้นผลไปแล้ว ย่อมได้รับการเยียวยาความเสียหายทางวัตถุ (le préjudice matériel) และการเยียวยาความเสียหายทางจิตใจ (le préjudice moral) กับทั้งมีสิทธิจะได้รับทรัพย์สินคืนอีกด้วย

ดังที่กล่าวมาข้างต้นคือภาพรวมของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งแต่ละขั้นตอนก็อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลที่แตกต่างกัน ดังนั้น การนำทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับคดีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จึงเป็นไปในทำนองที่ว่าจะต้องพิจารณาเบื้องต้นก่อนว่าข้อพิพาทนั้นเกิดในช่วงใดของกระบวนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ และกระบวนการนั้นอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด

นอกจากนี้ ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งคือการที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ในคำพิพากษาว่า พระราชกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการตกลงใจในการประกาศเพื่อประโยชน์สาธารณะย่อมสามารถแยกออกจากรูปแบบนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นจากกระบวนการเวนคืนได้¹⁰⁴ ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับการแยกประกาศระงับกรรมสิทธิ์ (l'accès de cessibilité) ออกจากนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นจากกระบวนการเวนคืน ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถนำนิติกรรมทางปกครองนั้นมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง¹⁰⁵ กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่า การนำทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับกรณีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นการแสดงให้เห็นถึงความทันสมัยในบริบทที่ฝ่ายปกครองได้มีการใช้อำนาจของตนอย่างเต็มที่

¹⁰⁴ หน้า 96 ของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Frères de Ploermel ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1909

¹⁰⁵ ดังที่ปรากฏในหน้า 96-97 ของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Descieux et Guillot ลงวันที่ 12 พฤศจิกายน ค.ศ. 1909 และคดี Laurent Champrosay ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1910

3.2.2.7 การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้กับการบังคับตามคำพิพากษา : พิจารณาในประเด็นดุลพินิจกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

การนำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้ในกรณีนี้เป็นการพิจารณาที่ห่างไกลจากต้นกำเนิดของทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้เป็นอย่างมาก กล่าวคือ ต้นกำเนิดของทฤษฎีนี้คือกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แต่การปรับใช้ทฤษฎีในส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาในแง่ของการบังคับตามคำพิพากษา ซึ่งมีเนื้อหาสาระเกี่ยวข้องกับภาระหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (les forces de sécurité publique) ในการออกคำสั่งร่วมการปฏิบัติงานกับศาลในการบังคับคดีนั่นเอง โดยศาลปกครองสูงสุดถือว่าการออกคำสั่งของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ย่อมถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมได้ ดังนั้น ศาลปกครองจึงย่อมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษานิติกรรมดังกล่าว¹⁰⁶

3.3 ผลกระทบของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

เมื่อศาลได้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้แล้ว ย่อมทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นถือเสมือนหนึ่งไม่เคยมีอยู่เลย (n'avoir jamais existé) ผลทางกฎหมายดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์หรือสถานะของสัญญาทางปกครอง หรือการกระทำทางปกครองอื่นด้วย เพราะนิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนอาจเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดสัญญาทางปกครอง หรือการกระทำทางปกครองนั้นขึ้นก็ได้ จึงมีประเด็นว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้น ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองอื่นหรือไม่อย่างไร

ทั้งนี้ แผนกวิเคราะห์ของศาลปกครองสูงสุด (la Section du rapport et des études) ได้ให้ความเห็นเอาไว้ว่า คงต้องถือตามแนวคำพิพากษาเก่าที่กำหนดให้การที่ผู้พิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาที่ได้ทำลงนอกขอบอำนาจซึ่งฟ้องโดยบุคคลอื่น

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Veuve Sablayrolles ลงวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1959 และคดี Boumha ลงวันที่ 9 กันยายน ค.ศ. 1994

(un tiers) นั้นไม่มีผลกระทบโดยตรง (effet direct) ต่อสัญญา สัญญาหลักยังคงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาและการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญายังคงเป็นสิ่งที่คู่สัญญาต้องดำเนินการต่อไป ในส่วนที่เกี่ยวกับฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองทำได้เพียงฟ้องขอให้ศาลประกาศถึงความไม่เป็นโมฆะ (nullité) ของสัญญาหรือฟ้องขอให้เพิกถอน (résilier) สัญญาทางปกครอง ซึ่งกรณีดังกล่าวก็ไม่ได้บังคับว่าฝ่ายปกครองต้องดำเนินการหากฝ่ายปกครองเห็นว่ายังสามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้หรือคู่สัญญาเห็นว่าความบกพร่องนั้นไม่เป็นเหตุที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป

จากความเห็นของแผนวิเคราะห์ของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นนี้เองทำให้ต้องพิจารณาสองกรณีด้วยกัน กล่าวคือ กรณีที่หนึ่ง การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองอื่นหรือไม่ อย่างไร ซึ่งเนื่องจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาทางปกครองก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ ในที่นี้จึงจะศึกษาถึงกรณีการเพิกถอนนิติกรรมที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อ การปฏิบัติตามสัญญา และการเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อ การปฏิบัติตามสัญญา และกรณีที่สอง กระบวนการที่ตามมาภายหลังการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาได้ควรเป็นเช่นไร

3.3.1 ผลกระทบของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้¹⁰⁷

ในการศึกษาผลกระทบของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ จำเป็นต้องทราบถึงวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองนั้น และลักษณะหรือความร้ายแรงของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้นด้วย¹⁰⁸ โดยในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาถึงเหตุผลในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นก่อน กล่าวคือ หากนิติกรรมทางปกครองถูกเพิกถอนเนื่องมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนดในสัญญา การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

¹⁰⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 436-437.

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Sté. Le Yacht-Club international de Bornes-les-Mimosas ลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1993

ดังกล่าวย่อมจะส่งผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองด้วย ตัวอย่างเช่น การเพิกถอนมติที่รับรองข้อกำหนดเกี่ยวกับราคา (les clauses tarifaires) ของสัญญาสัมปทานจะนำไปสู่การเป็นโมฆะของข้อกำหนดเกี่ยวกับราคาในสัญญา เป็นต้น

นอกจากนี้ นิติกรรมทางปกครองอาจถูกเพิกถอนได้ในกรณีที่เกิดข้อบกพร่องขึ้นในตัวของนิติกรรมนั่นเอง เช่น การได้รับข้อมูลผิดพลาดจึงทำให้สภาเทศบาลต้องตัดสินใจทำสัญญาทางปกครองกับเอกชน เป็นต้น โดยกรณีนี้เป็นกรณีที่การตัดสินใจเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองเกิดข้อผิดพลาดอันเนื่องมาจากข้อมูลที่ได้รับนั้นไม่ถูกต้องครบถ้วน ซึ่งหากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองแล้ว การเพิกถอนนิติกรรมนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อสัญญา กล่าวคือ จะถือว่าสัญญาทางปกครองเป็นโมฆะเพราะนิติกรรมทางปกครองที่เป็นกระบวนการสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองได้หายไป

เพื่อความสะดวกในการศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้น อาจแบ่งประเด็นพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ แนวปฏิบัติเกี่ยวกับผลกระทบต่อนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับผลกระทบต่อสัญญาทางปกครอง ดังต่อไปนี้

3.3.1.1 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับผลกระทบต่อนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

เมื่อศาลปกครองได้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้แล้ว ย่อมจะทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นถือเสมือนหนึ่งไม่เคยมีอยู่เลย (n'avoir jamais existé) เนื่องจากผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้จะต้องไม่ใช่คู่สัญญา และต้องเป็นการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) เท่านั้น เนื่องจากสาเหตุที่ว่า มีเพียงเฉพาะคู่สัญญาทางปกครองเท่านั้น จะมีสิทธิในการฟ้องเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาเป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุคคลภายนอกสัญญาฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้แล้วศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้ว คู่สัญญาย่อมมีหน้าที่ในการหยิบยกเหตุดังกล่าวมาเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีของตนเป็นอีกคดีหนึ่ง โดยจะเป็นการฟ้องขอให้ศาลที่มีอำนาจเต็มตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี การที่ศาลมีคำพิพากษาเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้นั้น ก็เป็นไปเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองนั้นมีสถานะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (la régularisation de l'acte illégal) กล่าวคือ การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวซึ่งแต่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วส่งผลทำให้นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวกลายเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง เช่น การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ด้วยเหตุที่ว่า กรรมการไม่ได้รับข้อเท็จจริงบางประการอันส่งผลทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นกระทำลงไปด้วยผิดแบบ นั้น ก็ย่อมสามารถแก้ไขเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ได้ด้วยการแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวแก่กรรมการในภายหลัง แล้วจึงให้กรรมการมีมติครั้งใหม่ เป็นต้น

3.3.1.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับผลกระทบต่อสัญญาทางปกครอง

ข้อจำกัดของทฤษฎีการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (Acte détachable)¹⁰⁹ นั้น อาจเกิดจากการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (Acte détachable) ที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงอย่างอัตโนมัติต่อสัญญาทางปกครองที่เป็นต้นเหตุ ทั้งนี้ เพราะสัญญาทางปกครองไม่ได้เป็นวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องเพิกถอนในคดีที่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจโดยตรง ผลทำให้สัญญาจะถูกเพิกถอนก็ต่อเมื่อ “คู่สัญญา” ได้ไปฟ้องร้องเป็นคดีใหม่อีกคดีหนึ่งต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหรือต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ยกเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ขึ้นเป็นข้อต่อสู้เมื่อมีการฟ้องร้องระหว่างกันเท่านั้น ถ้าฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาไม่ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถูกเพิกถอน ทำให้ศาลไม่มีโอกาสพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาดังกล่าวได้¹¹⁰ จึงทำให้การฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญา

¹⁰⁹ นักวิชาการในไทยบางท่านใช้ถ้อยคำว่า “ความไม่สมบูรณ์ของทฤษฎี Acte détachable” อ้างใน นพรัตน์ อุดมโชคมงคล, “สัญญาทางปกครอง: บุคคลภายนอกฟ้องร้องได้หรือไม่,” *วารสารนิติศาสตร์*: 862-865.

¹¹⁰ พิเชษฐ์ ชื่นเลิศสกุล, “หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฟ้องคดีปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีการฟ้องคดีของผู้ที่มีใช้คู่สัญญาในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ, สาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 122.

ได้นั้น ได้รับการวิจารณ์ว่าเป็นการฟ้องคดีที่ไร้ประสิทธิภาพ (l'inefficacité)¹¹¹ เนื่องจากพบว่า มีหลายกรณีที่ศาลตัดสินให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว แต่ผลกลับกลายเป็นว่าสัญญาทางปกครองในกระบวนการเดียวกันนั้นไม่ได้รับผลกระทบแต่ประการใด¹¹²

ศาลปกครองสูงสุดได้ยืนยันว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไม่ได้มีผลกระทบต่อความคงอยู่ของสัญญาไว้ครั้งแรกในคำพิพากษาคดี Balland ลงวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 1906 โดยผู้แถลงคดี Romieux กล่าวไว้ในคำแถลงการณ์ว่า

“การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่ได้มีผลกระทบต่อความคงอยู่ของสัญญา การยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลเพียงแต่เป็นการกำจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายของขั้นตอนบางขั้นตอนในกระบวนการทำสัญญาเท่านั้น หากผู้ฟ้องคดีในคดีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเห็นว่าตนควรได้รับการเยียวยาความเสียหายในกรณีดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีก็ย่อมที่จะยื่นฟ้องขอให้ศาลเยียวยาความเสียหายให้แก่ตนโดยการยื่นฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม”

กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้นั้น ไม่ได้มีผลต่อการคงอยู่ของสัญญาที่ได้ลงนามเสร็จสิ้นแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สัญญานั้นไม่ได้รับผลกระทบใด ๆ จากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง ในเวลาต่อมาแนวปฏิบัติดังกล่าวได้รับการยืนยันในคำพิพากษาอีกหลายฉบับ รวมทั้งได้รับการยืนยันในการตอบข้อซักถามในการบังคับคดี (une demande d'éclaircissement) ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1989 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดยืนยันว่า

“แนวคำพิพากษานับตั้งแต่อดีตของศาลปกครองสูงสุดได้ยืนยันว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้จากสัญญาย่อมไม่ก่อให้เกิดผลโดยตรงกับสัญญา เนื่องจาก

¹¹¹ ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดซึ่งตระหนักในความไร้ประสิทธิภาพดังกล่าวก็ได้มีคำพิพากษาในคดี Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

¹¹² ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ, "คำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte Détachable)," วารสารวิชาการศาลปกครอง: 194.

สัญญานั้นมีสถานะเสมือนกฎหมายระหว่างคู่กรณี และการบังคับตามสัญญาจะต้องถือตามประโยชน์ของข้อตกลงในสัญญาเป็นสำคัญ”

ทั้งนี้ ในขณะนั้น มีเพียงพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1980¹¹³ เท่านั้น¹¹⁴ ที่ให้อำนาจตุลาการศาลปกครองในการกำหนดค่าปรับทางปกครอง¹¹⁵ เพื่อแก้ไขปัญหาแนวปฏิบัติของศาลปกครองสูงสุดที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้น ไม่ได้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองที่ได้ลงนามเสร็จสิ้นแล้ว ในเวลาต่อมา ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ในคดี Epoux Lopez ลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1994 ว่า ฝ่ายปกครองย่อมมีภาระหน้าที่ยื่นฟ้องต่อศาล (คดีที่ศาลที่อำนาจเต็ม) เพื่อให้ตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาโดยทันทีที่ศาลได้มีคำพิพากษา (ในคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ) ว่า คำสั่งทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้ดังกล่าวนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อแก้ปัญหาเรื่องความชัดเจนของผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้ออกจากสัญญาอีกด้วย ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

ดังนั้น หากเป็นการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาทางปกครองแล้ว การฟ้องคดีดังกล่าวย่อมเป็นการฟ้องคดีประเภทเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ มิใช่การฟ้องคดีประเภทการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม¹¹⁶ เนื่องจากการฟ้องคดีประเภทหลังเป็นการฟ้องคดีเพื่อให้ ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹¹³ Loi du 16 juillet 1980 sur l'astreint.

¹¹⁴ ทั้งนี้ ในเวลาต่อมา ก็ได้มีการตราพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ที่บัญญัติให้อำนาจตุลาการศาลปกครองกำหนดมาตรการบังคับทางปกครอง (Loi du 8 février 1995 sur l'injonction) ซึ่งส่งผลให้หากศาลได้พิพากษาวานิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวหนึ่ง ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในชั้นบังคับคดี ผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้กำหนดมาตรการบังคับทางปกครองโดยสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาตามแต่ความเหมาะสมหรือในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นต้องยกเลิกสัญญาโดยมีผลย้อนหลังก็อาจสั่งให้ฝ่ายปกครองต้องยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาได้

¹¹⁵ "เอกสารประกอบการบรรยายทางวิชาการภาษาฝรั่งเศส เรื่อง การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," 4.

¹¹⁶ ยกเว้นกรณีการฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการแข่งขันไม่เป็นธรรม (le concurrence évincé) ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Société Tropic Travaux signalization ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2007

ของสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีเพียงคู่สัญญาเท่านั้นที่จะฟ้องคดีดังกล่าวได้ ซึ่งหลักการดังกล่าว สอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าสัญญาเป็นกฎหมายระหว่างคู่กรณี การคงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของ ความสัมพันธ์ของคู่สัญญา และเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาซึ่งก็คือประโยชน์สาธารณะ (l'intérêt général) นั่นเอง ดังนั้น บุคคลภายนอกสัญญาจึงไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาแม้ว่าจะอ้างว่าการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นไป เพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม ตรรกะดังกล่าวเป็นไปในทำนองเดียวกับการที่การฟ้องคดีเพื่อเพิกถอน นิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจย่อมไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับตามคำสั่งดังกล่าว กล่าวคือ ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจในการบังคับตามคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี เนื่องจากการใช้สิทธิทางศาลย่อมไม่มีผลต่อการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั่นเอง¹¹⁷ โดยในทาง วิชาการเห็นว่า หลักการดังกล่าวเป็นเหตุผลของกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่ก่อให้เกิดผล ใด ๆ ต่อสัญญาทางปกครอง

อนึ่ง รายงานของศาลปกครองสูงสุดเพื่อตอบข้อซักถามในการดำเนินการ บังคับคดี ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1989 ก็ได้ยืนยันถึงหลักว่าด้วยการคงไว้ของสัญญา (le principe de maintenir du contrat) และอธิบายเพิ่มเติมว่า “ในบางกรณี ฝ่ายปกครองต้องมีหน้าที่ในการยื่น ฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม โดยมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ” ซึ่งต่อมาคำ พิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Avriillier ลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2001 ก็ได้ยืนยันหลักดังกล่าว โดยศาลใช้ถ้อยคำว่า “ภายหลังที่ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้ แล้ว ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ในการยื่นฟ้องคดีประเภทศาลมีอำนาจเต็ม เพื่อให้ศาลตรวจสอบว่าการ เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้นั้นมีผลกระทบต่อสัญญาหรือไม่อย่างไร” และต่อมา คำ พิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté ก็ได้นำหลักดังกล่าวมาปรับใช้โดยในทำนองเดียวกัน

ในทางวิชาการถือว่า ประเด็นเรื่องการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไม่มี ผลกระทบต่อสัญญาเริ่มปรากฏชัดแจ้งในประเทศฝรั่งเศสนับตั้งแต่ ค.ศ. 1995 ซึ่งจะเห็นได้จากการที่ พระราชบัญญัติ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ให้อำนาจตุลาการศาลปกครองที่พิจารณาพิพากษา

¹¹⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Huglo et autres ลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1982

คดีประเภทการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจสามารถออกคำสั่ง (l'injonction) และกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องชำระค่าปรับกรณีไม่ดำเนินการตามคำสั่งของศาลได้

ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเรื่องผลของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากความสมบูรณ์ของสัญญา ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนในการแบ่งแยกอำนาจระหว่าง การฟ้องคดีประเภทศาลที่มีอำนาจเต็ม (สัญญา) และการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ ทำนอกขอบอำนาจ (คำสั่งทางปกครอง) มากยิ่งขึ้น และเป็นคำพิพากษาที่นำหลักการว่าด้วยการคงไว้ ของสัญญา (le principe de maintenir du contrat) มาปรับใช้ไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté หรือ คดี Société Ophrys ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011

ยิ่งไปกว่านั้น คำพิพากษานี้ยังได้ยืนยันหลักการที่ว่า บุคคลภายนอก สัญญาไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาได้ แม้ว่าจะอ้าง ว่าการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม และได้เน้นย้ำถึง ภาระหน้าที่ของศาลปกครองในการกำหนดคำสั่งในข้อพิพาทลักษณะดังกล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นอีก ด้วย โดยเพิ่มเติมถ้อยคำเกี่ยวกับอำนาจของตุลาการศาลปกครองในประเด็นผลของการเพิกถอนนิติ กรรมทางปกครองว่าก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอย่างไร รวมทั้งการออกคำสั่ง ให้อำนาจ และ/หรือ ฝ่ายปกครองไปดำเนินการด้วย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้คำพิพากษาคดี Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté จะยืนยัน หลักการเดิมที่ว่า “การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองย่อมไม่ก่อให้เกิดผลโดยตรงต่อสัญญา” ก็ตาม แต่ก็พบว่า ศาลได้ใช้ถ้อยคำต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น มีผลใช้บังคับในทางความเป็นจริงเพิ่มมากขึ้น

คำพิพากษาคดีนี้เกิดขึ้นจากการที่ศาลปกครองสูงสุดตระหนักถึงความไร้ ประสิทธิภาพ (l'inefficacité) ของการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออก จากสัญญาได้ เนื่องจากพบว่ามีหลายกรณีที่ศาลตัดสินให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว แต่ ผลกลับกลายเป็นว่าสัญญาทางปกครองในกระบวนการเดียวกันนั้นไม่ได้รับผลกระทบแต่ประการใด โดยศาลปกครองสูงสุดได้เน้นย้ำในคำพิพากษาคดีนี้ว่า

“การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้นั้นไม่ได้มีความหมายรวมถึง (implique) การมีผลโมฆะของสัญญา ซึ่งถือเป็นภาระหน้าที่ของศาลผู้มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่จะต้องพิจารณาว่าการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น จะมีผลกระทบต่อการคงอยู่ของสัญญาหรือการบังคับตามสัญญาหรือไม่ โดยศาลจะเป็นผู้ที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาว่าจะให้ฝ่ายปกครองดำเนินการอย่างไรเพื่อให้สัญญานั้นมีผลบังคับใช้โดยถูกต้องตามกฎหมาย หรืออาจจะเป็นกรณีที่คู่สัญญาซึ่งทราบถึงการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ดำเนินการตกลงกันใหม่ถึงข้อจำกัดหรือข้อบกพร่องในสัญญานั้น เพื่อให้การปฏิบัติตามสัญญาบรรลุผลมากที่สุด”

ทั้งนี้ อาจสรุปคำพิพากษาดังกล่าวได้ว่า ภายหลังจากที่นิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้จากสัญญานั้นถูกเพิกถอนแล้ว ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาย่อมมีอำนาจในการสั่งการอย่างใด ๆ ตามความเหมาะสมได้นั่นเอง

กรณีจึงกล่าวได้ว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้นั้น ย่อมแสดงให้เห็นถึงลักษณะของความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองได้กระทำลงไป (la nature de l'illégalité commise) ซึ่งอาจแบ่งผลที่จะเกิดขึ้นต่อสัญญาทางปกครองดังกล่าวออกเป็น 3 กรณี คือ (1) กรณีที่สัญญานั้นต้องดำเนินต่อไป (2) กรณีที่สัญญานั้นต้องสิ้นสุดลง (la résiliation) และ (3) กรณีที่จะต้องมีการแก้ไขสัญญานั้น (la résolution) ซึ่งผลทั้งสามประการของสัญญาทางปกครองดังกล่าวนี้มาจากถ้อยคำที่ศาลปกครองสูงสุดใช้ในคำพิพากษาคดี Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 นั้นเอง¹¹⁸ โดยมีรายละเอียดดังนี้

¹¹⁸ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ, "คำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte Détachable)," วารสารวิชาการศาลปกครอง: 195-198.

3.3.1.2.1 กรณีที่สัญญาทางปกครองต้องดำเนินต่อไป¹¹⁹

กรณีนี้คือการที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว ไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ต่อสัญญาทางปกครองนั่นเอง การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองลักษณะนี้มีมักพบ ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุผิดแบบ (la vice de forme) ดังที่ปรากฏในการเพิก ถอนมติคณะกรรมการ (la deliberation) ที่ให้มีการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างอันเนื่องมาจากการที่ กรรมการไม่ทราบถึงข้อมูลบางประการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้น กรณีดังกล่าวส่งผลเพียงทำให้ ฝ่ายปกครองจะต้องมีภาระหน้าที่ในการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็มเพื่อให้ศาลยืนยันว่าสัญญา ดังกล่าวตกเป็นโมฆะเท่านั้น โดยการที่ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้ จากสัญญาไม่ได้มีผลทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะโดยทันที ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้น อุทธรณ์แห่ง Matseille คดี Association Gab Club ลงวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2002

นอกจากนี้ กรณีประการที่สองที่การเพิกถอนนิติกรรมทาง ปกครองย่อมไม่ก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ ต่อสัญญาก็คือกรณีที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นไปเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีสถานะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (la régularisation de l'acte illégal) กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจึงส่งผลทำให้นิติกรรมทาง ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายมาเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง โดยศาล ปกครองสูงสุดยืนยันในรายงานของศาลปกครองสูงสุดเพื่อตอบข้อซักถามในการดำเนินการบังคับคดี ลงวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 1997 ว่า การบังคับตามสัญญาย่อมสามารถดำเนินต่อไปได้หากการเพิกถอน นิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นไปเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายมาเป็นนิติ กรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือหากเป็นกรณีดังที่หยิบยกมาศึกษาในเบื้องต้น คือ การเพิก ถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุผลว่า กรรมการไม่ได้รับข้อเท็จจริงบางประการอันส่งผลให้นิติ กรรมทางปกครองนั้นกระทำลงไปโดยผิดแบบนั้น ก็ย่อมสามารถแก้ไขเหตุแห่งความไม่ชอบด้วย กฎหมายดังกล่าวได้ด้วยการแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวแก่กรรมการในภายหลังแล้วจึงให้กรรมการมีมติ ครั้งใหม่อีกครั้งหนึ่ง จึงเห็นได้ว่า การดำเนินการดังกล่าวย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อการบังคับตามสัญญา

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน.

ซึ่งเป็นที่มาของคำกล่าวที่ว่า การบังคับตามสัญญาย่อมสามารถดำเนินต่อไปได้ หากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นไปเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

3.3.1.2.2 กรณีที่สัญญาทางปกครองต้องสิ้นสุดลง¹²⁰

กรณีนี้พบได้ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอันเนื่องมาจากเหตุสำคัญผิดในเนื้อหา (le vice substantial) ซึ่งมีผลอย่างยิ่งต่อความสมบูรณ์ของสัญญา ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société L’Energie industrielle ลงวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1946 ซึ่งเป็นการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎกระทรวง (le décret) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจึงส่งผลให้สัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย ยิ่งไปกว่านั้นก็ปรากฏว่า ศาลปกครองสูงสุดยังได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาคดี Institut de recherche pour le développement ลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 2003 ว่า แม้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้อาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาก็ตาม แต่การเพิกถอนดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นเหตุที่ทำให้สัญญานั้นมีผลเป็นโมฆะในทันที โดยศาลจะพิจารณาว่าผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเป็นอย่างไร กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (l’intérêt général) หรือไม่ แล้วจึงกลับมาพิจารณาสัญญานั้นควรจะมีผลเป็นโมฆะหรือไม่ โดยหากการยกเลิกสัญญานั้นก่อให้เกิด “ผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ” (une atteinte excessive à l’intérêt general) แล้ว สัญญาดังกล่าวก็ย่อมมีผลบังคับต่อไปได้ ซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société Ophrys et Communauté d’agglomération Clermont-communauté ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 ก็มีถ้อยคำกล่าวถึง “ประโยชน์สาธารณะ” ไว้เช่นกัน

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน.

3.3.1.2.3 กรณีที่จะต้องมีการแก้ไขสัญญาทางปกครอง¹²¹

กรณีนี้ เป็นกรณีที่คู่สัญญาจะต้องมาทำการตกลงกันในเนื้อหาสาระของสัญญาภายหลังจากที่ศาลได้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้แล้ว ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่ดำเนินการดังกล่าว ย่อมเป็นภาระหน้าที่ของศาลที่มีอำนาจเต็มในการออกคำสั่งบังคับให้คู่สัญญาดังกล่าวกระทำการ ซึ่งแนวปฏิบัตินี้ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Roujansky ลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 1986

ศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 ได้กำหนดให้การกำหนดมาตรการชั่วคราว (l'injonction) ของศาลมีขึ้นภายหลังจากพบว่า คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกัน(ใหม่)ได้ รวมทั้งกำหนดให้เป็นภาระหน้าที่ของศาลที่มีอำนาจเต็มในการกำหนดคำสั่งดังกล่าว ซึ่งก่อนหน้าคำพิพากษานี้ พบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาในประเด็นดังกล่าวดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Levallois-Perret ลงวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 2010 ซึ่งเป็นคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง โดยศาลเขียนไว้ในคำพิพากษาในทำนองที่ว่า

“ศาลที่มีอำนาจเต็มย่อมต้องเคารพผลแห่งคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาคดีเพิกถอนการกระทำนอกขอบอำนาจ”

“เป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการตกลงกับคู่สัญญาภายหลังจากที่ศาลได้มีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้แล้วหรือไม่ เช่นนั้น ฝ่ายปกครองก็ต้องยื่นฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจเต็มให้ตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญา”

¹²¹ เรื่องเดียวกัน.

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยืนยันอีกว่า

“ศาลที่มีอำนาจเต็มย่อมต้องเคารพต่อคำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลที่พิจารณาคดีการกระทำนอกขอบอำนาจ โดยไม่ต้องพิจารณาว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวนี้จะส่งผลให้สัญญาเป็นโมฆะหรือไม่”

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 ข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวปฏิบัติที่เอื้อต่อการปรับใช้หลักว่าด้วยการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้ไว้ถึง 3 ประการ ซึ่งเป็นการวางแนวปฏิบัติที่ทำให้มีความเข้าใจและเพิ่มความชัดเจนในการพิจารณาอำนาจของตุลาการศาลปกครองในการฟ้องคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจและคดีประเภทการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็มมากยิ่งขึ้น

การแบ่งแยกประเภทการฟ้องคดีทั้งสองประเภท (กล่าวคือ การฟ้องคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ และการฟ้องคดีประเภทการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม) ออกจากกันอย่างชัดเจนนี้ ย่อมส่งผลต่อความสะดวกในการดำเนินการของฝ่ายปกครองในกรณีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้นั้นเอง ซึ่งแนวปฏิบัติทั้ง 3 ประการนี้ ย่อมเป็นสิ่งแสดงให้เห็นถึงความพยายามของศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทนี้ให้สอดคล้องกับหลักว่าด้วยการคงไว้ซึ่งสัญญาทางปกครอง (le principe de maintenir du contrat) มากที่สุดนั่นเอง

โดยเป็นที่ทราบกันว่า บุคคลภายนอกสัญญาย่อมถือเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้ ซึ่งหากกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นแล้ว ต่อมา ศาลที่มีอำนาจเต็มถือตามคำพิพากษาของศาลในคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจแล้ว ผลต่อเนื่องในกรณีนี้ก็จะเกิดขึ้น กล่าวคือ สัญญานั้นก็ย่อมถูกยกเลิกโดยบุคคลภายนอกสัญญาโดยที่คู่กรณีมิได้เป็นฝ่ายฟ้องคดีต่อศาลให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวย่อมเป็นการแสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองบุคคลภายนอกมากกว่าคุ้มครองคู่สัญญา อันเป็นตรรกะที่ไม่เหมาะสมนัก ดังนั้น แนวปฏิบัติจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี Société Ophrys

et Communauté d'agglomération Clermont-communauté จึงน่าจะเหมาะสมกับการแก้ปัญหาดังกล่าวแล้ว

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลปกครองสูงสุดได้ยืนยันหลักที่ว่า การฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจเป็นการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของฝ่ายปกครอง (la décision administrative) ซึ่งการตรวจสอบนี้ไม่ได้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาไว้ในคำพิพากษา (ที่ประชุมใหญ่) คดี Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion ลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 1986 อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดได้วางข้อยกเว้นของแนวปฏิบัติที่ว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ไม่ได้มีผลกระทบต่อความคงอยู่ของสัญญาทางปกครองตามแนวปฏิบัติดังกล่าวในคดีดังกล่าวไว้ 3 ประการ ดังนี้

(1) กรณีการฟ้องของผู้ว่าราชการจังหวัด

กรณีที่มีพระราชบัญญัติให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดในการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง (le déféré préfectoral) ในกรณีที่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสถานะเป็นองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Sainte-Marie ลงวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1991

(2) กรณีการฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วย

กฎหมายของข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์

กรณีที่บุคคลภายนอกสัญญาสามารถยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อสัญญา (les clauses réglementaires) บางประการที่มีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ ดังที่ปรากฏในสัญญาสัมปทานสาธารณะได้ ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Cayzeel ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 โดยคดีนี้ เป็นการฟ้องคดีโต้แย้งสัญญาระหว่างองค์กรเทศบาลต่าง ๆ กับบริษัทจัดเก็บขยะที่กำหนดให้นาย Cayzeel มีส่วนในการจัดหาคอนเทนเนอร์สำหรับใส่ขยะ โดยศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ว่า บุคคลภายนอกอาจฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ของรัฐ

(les clauses réglementaires) ซึ่งปรากฏอยู่ในสัญญาบางประเภทได้¹²² โดยการฟ้องคดีนี้เป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องการฟ้องขอให้ยกเลิกสัญญา¹²³

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้ยืนยันหลักทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมสองสถานะ (acte de double nature) และทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมผสม (acte mixte) ไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Cayzeele ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 โดยวินิจฉัยว่า ในสัญญาทางปกครองที่เป็นปัญหาประกอบด้วยข้อกำหนดสองส่วน ดังนี้¹²⁴

ส่วนแรก เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งถือตามความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา เป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะหรือสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญาโดยแท้ (Clauses de nature contractuelle)

ส่วนที่สอง เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นส่วนที่กำหนดเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับผู้ให้บริการ จึงเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์หรือคำสั่งอันมีผลเป็นการทั่วไป (clauses de nature réglementaire) โดยข้อกำหนดในส่วนนี้ของสัญญาทางปกครองอาจถูกฟ้องร้องให้ศาลปกครองเพิกถอนได้หากไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) กรณีการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาจ้างเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือจ้างพนักงานราชการ

กรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือจ้างพนักงานราชการ เพื่อวัตถุประสงค์ไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าสู่ตำแหน่งโดยการทำสัญญา (ลักษณะคล้ายพนักงานของรัฐในประเทศไทย) ได้รับการคุ้มครองมากกว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการบรรจุและ

¹²² พิเชษฐ์ ชื่นเลิศสกุล, "หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฟ้องคดีปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีการฟ้องคดีของผู้ที่มีคู่สัญญาในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," หน้า 129.

¹²³ เรื่องเดียวกัน, 123.

¹²⁴ บุนพา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 146-147.

แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นการถาวร (l'agent titulaire) ประกอบกับเนื่องจากพันธะสัญญาของสัญญาดังกล่าวมีลักษณะพิเศษที่อาจกระทบต่อบุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญาได้ ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงได้วางหลักในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Ville de Lisieux ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1998 ให้บุคคลภายนอกสัญญาสามารถยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจ้างลูกจ้างของฝ่ายปกครอง¹²⁵ หรือการเข้าสู่ตำแหน่ง (la nomination) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเป็นผลมาจากสัญญาจ้างเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือจ้างพนักงานราชการได้ หรือฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาดังกล่าวต่อศาลปกครองได้โดยตรงนั่นเอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Ville de Lisieux ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1998 มีข้อเท็จจริงว่า นาย Fanton ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองแห่งเมือง Caen ขอให้เพิกถอนสัญญาจ้างข้าราชการในตำแหน่งลูกจ้างของส่วนราชการ ที่ทำขึ้นระหว่างเมือง Lisieux กับข้าราชการจำนวน 5 คน เพราะเห็นว่าสัญญาจ้างนั้นไม่ชอบ เนื่องจากไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาเทศบาลก่อน ศาลปกครองแห่งเมือง Caen มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 ให้เพิกถอนคำสั่งบรรจุข้าราชการทั้ง 5 คนดังกล่าว นายกเทศมนตรีเมือง Lisieux จึงมีคำร้องต่อศาลปกครองสูงสุดให้เพิกถอนคำพิพากษาของศาลปกครองแห่งเมือง Caen และขอให้ยกคำฟ้องของนาย Fanton¹²⁶

ในคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาว่า ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาจากคำฟ้องประกอบกับคำแถลงสรุปคำฟ้องของนาย Fanton ที่ยื่นต่อศาลปกครองแห่งเมือง Caen แล้ว เห็นได้ว่า นาย Fanton มีเจตนาที่จะขอเพิกถอนสัญญาจ้างโดยรวม โดยมีได้มีความประสงค์แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งบรรจุข้าราชการ (les décisions de nomination) อย่างที่ศาล

¹²⁵ ยงยุทธ อนุกุล, "หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาลต่างประเทศ," ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, หน้า 123.

¹²⁶ ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส," ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ, ไกรรัช เยวิจิตร, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 233. และ ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์, "การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเหตุเพิกถอนสัญญาทางปกครอง," ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, ไกรรัช เยวิจิตร, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2553), หน้า 196.

ปกครองแห่งเมือง Caen เข้าใจ จึงวินิจฉัยเพิกถอนคำพิพากษาที่ผิดหลงของศาลปกครองแห่งเมือง Caen ลงวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 ดังกล่าว¹²⁷

ในประเด็นเรื่องสิทธิการฟ้องคดีของนาย Fanton ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกสัญญาผู้ซึ่งมิได้เป็นคู่สัญญาจ้างพิพาทนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่นกับพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มิได้เป็นข้าราชการประจำนั้น อยู่ในรูปของสัญญาจ้างซึ่งในกระบวนการทำสัญญาเช่นนี้ย่อมมีหลักเกณฑ์หรือคำสั่งการใด ๆ อันเป็นการกระทำทางปกครองประกอบอยู่ด้วยในหลาย ๆ ขั้นตอน (actes détachables) ด้วยเหตุนี้หากบุคคลภายนอกซึ่งมิได้เป็นคู่สัญญาเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจได้รับผลกระทบจากการกระทำหรือคำสั่งการใด ๆ ก็อาจโต้แย้งการกระทำนั้น ๆ ต่อศาลปกครองได้ ดังนั้น หากนาย Fanton ซึ่งมีตำแหน่งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลเห็นว่า สัญญาฉบับดังกล่าวกระทำขึ้นโดยมิได้ขอรับความเห็นชอบจากสภาเทศบาลเสียก่อนเป็นสัญญาที่มีชอบด้วยกฎหมายแล้ว นาย Fanton ก็มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อขอให้เพิกถอนสัญญาดังกล่าวได้¹²⁸

ในประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาจ้างข้าราชการในตำแหน่งลูกจ้างของส่วนราชการ ที่ทำขึ้นระหว่างเมือง Lisieux กับข้าราชการจำนวน 5 คน นั้น ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ความในวรรคแรกของมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1984 ว่าด้วยสภาพภาพของข้าราชการส่วนท้องถิ่น จะต้องขอรับความเห็นชอบจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมดูแลการบริหารจัดการส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ ด้วย ประกอบกับความในมาตรา 136 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ก็ให้นำบทบัญญัติมาตรา 34 มาใช้บังคับกับการบรรจุแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มิใช่ข้าราชการประจำ (les agents non titulaires) เช่นกัน แต่ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ไม่ปรากฏว่านายกเทศมนตรีเมือง Lisieux ได้นำสัญญาจ้างข้าราชการทั้ง 5 คน เสนอเพื่อขอความเห็นชอบต่อสภาเทศบาลเมือง Lisieux แต่อย่างใด ดังนั้น สัญญาจ้าง

¹²⁷ ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส," ใน *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 กฎหมายปกครอง ภาควิธีบัญญัติ*, หน้า 233.

¹²⁸ เรื่องเดียวกัน, 233-234. และ ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์, "การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเหตุเพิกถอนสัญญาทางปกครอง," ใน *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ*, หน้า 196-197.

ข้าราชการในตำแหน่งลูกจ้างของส่วนราชการ ที่ทำขึ้นระหว่างเมือง Lisieux กับข้าราชการจำนวน 5 คน จึงเป็นสัญญาที่กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำวินิจฉัยให้เพิกถอนสัญญาจ้างฉบับดังกล่าว¹²⁹

คดีนี้ แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้ยอมให้บุคคลภายนอกสัญญามีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลเพื่อขอให้ยกเลิกสัญญาจ้างข้าราชการในตำแหน่งลูกจ้างได้ ซึ่งการฟ้องคดีนี้เป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องการฟ้องขอให้ยกเลิกสัญญา¹³⁰

กรณีจึงเห็นได้ว่า ในกระบวนการดำเนินการของฝ่ายปกครองบางกรณีนั้น อาจสามารถแยกนิติกรรมทางปกครองหนึ่งออกจากนิติกรรมทางปกครองอื่น ๆ ที่อยู่ในกระบวนการเดียวกันได้ ซึ่งก็คือทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่มีอาจแยกฟ้องได้ (l'acte détachable) นั่นเอง โดยตัวอย่างของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ เช่น

- คำสั่งทางปกครองต่างๆ ที่เกิดขึ้นก่อนหน้าการก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง

- คำสั่งทางปกครองที่อนุญาตให้มีการลงนามในสัญญาทางปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Syndicat central des transporteurs automobiles professionnels ลงวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 2000

¹²⁹ ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส," ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ, หน้า 234. และ ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์, "การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเหตุเพิกถอนสัญญาทางปกครอง," ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, หน้า 197.

¹³⁰ พิเชษฐ์ ชื่นเลิศสกุล, "หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฟ้องคดีปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีการฟ้องคดีของผู้ที่มีใช้คู่สัญญาในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," หน้า 123.

- คำสั่งทางปกครองที่ให้ลงนามในสัญญาทางปกครอง เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Fédération syndicaliste FO des travailleurs des P. et T. ลงวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999

- คำสั่งอนุมัติ (approuver) สัญญาทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกสัญญาสามารถหยิบยกมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจได้ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Commune de Gorre ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1903 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Martin ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1905

ในประเด็นเกี่ยวกับผลบังคับของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอันต่อเนื่องกับการปฏิบัติตามสัญญานั้น โดยหลักแล้วถือว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีอยู่ในกระบวนการก่อนสัญญา (le référé précontractuel) ไม่ก่อให้เกิดผลโดยตรงต่อสัญญา¹³¹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้นั้นไม่ได้มีผลบังคับโดยตรงต่อสัญญาตามหลักว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา (l'autorité absolue de la chose jugée) และหลักที่ว่า คำพิพากษานั้นย่อมมีผลผูกพันทุกคน (erga omnes) สัญญาทางปกครองนั้นจึงย่อมไม่ได้รับผลกระทบใด ๆ จากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาเพื่อการสนับสนุนการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งหลักการดังกล่าวสอดคล้องกับตรรกะในเรื่องนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้ กล่าวคือ เมื่อนิติกรรมดังกล่าวสามารถแบ่งแยกออกจากสัญญาได้แล้ว ผลของการเพิกถอนนิติกรรมนั้นก็ควรจะต้องเป็นการบังคับแยกต่างหากจากสัญญา

¹³¹ ศาลปกครองสูงสุดได้ยืนยันหลักการดังกล่าวไว้ในรายงานของศาลปกครองสูงสุด (le rapport du Conseil d'Etat) ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1989 อ้างโดย Frank MACERA, อ้างแล้ว, หน้า 49. อ้างใน หนังสือ Traité du contentieux administratif, t.II, 2ème édition, LGDJ, Paris 1975, p. 161 อ้างโดย Bernard-Frack MACERA, อ้างแล้ว, หน้า 35.

ทั้งนี้ ในทางวิชาการมีความเห็นว่า ผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวนั้นควรจะเป็นไปในทำนองที่ว่า สัญญาทางปกครองนั้นเป็นสัญญาที่ไม่เคยเกิดขึ้นนับแต่นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวถูกเพิกถอน มิเช่นนั้นแล้วการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองลักษณะนี้ก็จะย่อมไม่ก่อให้เกิดผลบังคับใด ๆ และอาจกล่าวได้ว่า แม้ศาลจะมีคำพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาทางปกครองได้ก็ตาม แต่หากคำพิพากษาดังกล่าวนั้นไม่ได้ส่งผลกระทบต่อการใช้ของสัญญาทางปกครองแต่ประการใดแล้ว ก็ย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นตั้งแต่ต้น

ด้วยเหตุดังกล่าว การฟ้องคดีประเภทนี้จึงควรเป็นการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม เพื่อที่ว่าศาลปกครองจะได้มีคำสั่งใดๆ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย (เช่น คำสั่งว่าสัญญาทางปกครองนั้นเป็นโมฆะ) โดยแนวคำพิพากษาจะเป็นไปในลักษณะที่ว่า คำพิพากษาใด ๆ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะต้องเป็นคำพิพากษาอันสืบเนื่องมาจากการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม ซึ่งก็คือการฟ้องคดีโดยคู่สัญญาเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองนั้น อย่างไรก็ตาม การยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองและการเพิกถอนสัญญาทางปกครองไม่ได้มีผลซึ่งกันและกันโดยอัตโนมัติ แต่ผลดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกันหรือไม่ต้องพิจารณาจากผลของการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนั้นว่าส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองหรือไม่อย่างไร ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société le Yatch-club international de Bormes-les-Mimosas ลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1993

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดที่ว่า การฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาทางปกครองควรเป็นการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็มนั้น ก็เป็นเพียงข้อเสนอในทางวิชาการเท่านั้น โดยแนวปฏิบัติที่ว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้นั้น ไม่ได้มีผลต่อการคงอยู่ของสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สัญญาทางปกครองจะไม่ได้รับผลกระทบใด ๆ จากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น ก็ได้รับการยืนยันในคำพิพากษาต่อมาอีกหลายคดี ตลอดจนได้รับการยืนยันในการตอบข้อซักถามในการบังคับคดี (une demande d'éclaircissement) ตามรายงานศาลปกครองสูงสุดเพื่อตอบข้อซักถามในการดำเนินการบังคับคดี ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1989 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดยืนยันว่า “แนวคำพิพากษานับตั้งแต่อดีตของศาลปกครองสูงสุดได้ยืนยันว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้จากสัญญาย่อมไม่

ก่อให้เกิดผลโดยตรงกับสัญญา เนื่องจากสัญญานั้นมีสถานะเสมือนกฎหมายระหว่างคู่กรณี และการบังคับตามสัญญาจะต้องถือตามประโยชน์ของข้อตกลงในสัญญาเป็นสำคัญ” รวมถึงได้ยืนยันถึงหลักการว่าด้วยการคงไว้ของสัญญา (le principe de maintenir du contrat) และอธิบายเพิ่มเติมอีกว่า “ในบางกรณี ฝ่ายปกครองต้องมีหน้าที่ในการยื่นฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม โดยมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ”

นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Avriillier ลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2001 ได้ยืนยันถึงหลักการว่าด้วยการคงไว้ของสัญญา (le principe de maintenir du contrat) โดยศาลใช้ถ้อยคำว่า “ภายหลังที่ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้แล้ว ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ในการยื่นฟ้องคดีประเภทศาลมีอำนาจเต็ม เพื่อให้ศาลตรวจสอบว่าการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้นั้นมีผลกระทบต่อสัญญาหรือไม่ อย่างไร”¹³²

3.3.2 กระบวนการและการสั่งการที่ตามมาภายหลังการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ ในที่นี้จะศึกษาถึงกรณีการเพิกถอนนิติกรรมที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการใช้สัญญา และการเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการใช้สัญญา

¹³² ทั้งนี้ ต่อมา คำพิพากษาคดี Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 ก็ได้มีนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ในการทำงานเดียวกัน ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

3.3.2.1 การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่เกิดผลกระทบต่อการปฏิบัติตามการกระทำทางปกครองอื่น

ในกรณีที่ศาลได้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองอื่น และการเพิกถอนดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองนั้นแล้ว ย่อมถือว่าสัญญาทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้¹³³ ซึ่งกรณีนี้พบได้ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอันเนื่องมาจากเหตุสำคัญผิดในเนื้อหา (le vice substantial) ซึ่งมีผลอย่างยิ่งต่อความสมบูรณ์ของสัญญา ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société L’Energie industrielle ลงวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1946 ซึ่งเป็นการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎกระทรวง (le décret) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจึงส่งผลให้สัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

ยิ่งไปกว่านั้นก็ปรากฏว่า ศาลปกครองสูงสุดยังได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาคดี Institut de recherche pour le développement ลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 2003 ว่า แม้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้อาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาก็ตาม แต่การเพิกถอนดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นเหตุที่ทำให้สัญญานั้นมีผลเป็นโมฆะในทันที โดยศาลจะพิจารณาว่าผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเป็นอย่างไร กระทั่งต่อประโยชน์สาธารณะ (l’intérêt général) หรือไม่ แล้วจึงกลับมาพิจารณาสัญญานั้นควรมีผลเป็นโมฆะหรือไม่ โดยหากการยกเลิกสัญญานั้นก่อให้เกิด “ผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ” (une atteinte excessive à l’intérêt general) แล้ว สัญญาดังกล่าวก็ย่อมมีผลบังคับต่อไปได้ ซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société Ophrys et Communauté d’agglomération Clermont-communauté ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 ก็มีถ้อยคำกล่าวถึง “ประโยชน์สาธารณะ” ไว้เช่นกัน

¹³³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 437.

กระบวนการที่ต้องกระทำต่อไป คือ การขอให้ศาลปกครองสั่งเพิกถอนสัญญาทางปกครองหรือการกระทำทางปกครอง โดยเหตุผลที่ต้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนก็เนื่องจากแม้การเป็นโมฆะดังกล่าวจะเกิดขึ้นมาจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก็ตาม แต่กฎหมายก็กำหนดให้เฉพาะผู้พิพากษาศาลปกครองเท่านั้นที่จะตัดสินว่าสัญญาใดเป็นโมฆะ ซึ่งศาลปกครองก็ได้เคยวางหลักไว้ในคำพิพากษาแก่ฉบับหนึ่งว่า ข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาสัมปทานซึ่งการให้คำรับรองข้อกำหนดของฝ่ายปกครองเป็นโมฆะย่อมนำมาสู่การที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ และนอกจากนี้ บุคคลอื่น (un tiers) ซึ่งมีได้เป็นคู่สัญญาสามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาได้ เพราะตนอาจเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียก่อนการทำสัญญา แต่การเพิกถอนสัญญาจะต้องร้องขอต่อศาลโดยคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้น จึงต้องมีการร้องขอต่อศาลโดยคู่สัญญาเพื่อขอให้ศาลสั่งให้สัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ¹³⁴

อย่างไรก็ตาม ได้เกิดปัญหาทางปฏิบัติในกรณีที่ฝ่ายปกครองในฐานะคู่สัญญาก็ไม่ได้ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้สัญญาทางปกครองที่เป็นผลผลิตของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวกลายเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือถูกยกเลิกไป จึงได้มีการกำหนดให้ฝ่ายปกครองชำระค่าปรับทางปกครองกรณีไม่ดำเนินการตามคำสั่งศาลในคดีที่มีการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ กล่าวคือ โดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้เคยตราพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1980¹³⁵ ให้อำนาจตุลาการศาลปกครองในการกำหนดค่าปรับทางปกครอง¹³⁶ เพื่อแก้ไขปัญหานวนวปฏิบัติของศาลปกครองสูงสุดที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นไม่ได้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองที่ได้ลงนามเสร็จสิ้นแล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็ยังเกิดปัญหากรณีที่ศาลในคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจได้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ไปแล้ว แต่ฝ่ายปกครองในฐานะคู่สัญญาก็ไม่ได้ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้สัญญาทางปกครองที่เป็นผลผลิตของนิติกรรมทางปกครองที่

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹³⁵ Loi du 16 juillet 1980 sur l'astreint.

¹³⁶ "เอกสารประกอบการบรรยายทางวิชาการภาษาฝรั่งเศส เรื่อง การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," 3.

ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวกลายเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือถูกยกเลิกไป เช่น ฝ่ายปกครองไม่ได้หยิบยกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ดังกล่าวมาเป็นวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลที่มีเขตอำนาจเต็มตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง เป็นต้น นอกจากนี้ หากคู่สัญญาในสัญญาดังกล่าวมิได้มีข้อพิพาทตามสัญญาระหว่างกันแล้ว ศาลก็จะไม่มีโอกาสพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองดังกล่าว กรณีจึงทำให้การบังคับตามคำพิพากษาในคดีเพิกถอนนิติกรรมที่อาจแยกฟ้องได้มีประสิทธิภาพไม่มากเท่าที่ควร

นอกจากนี้ ในบางกรณี หากบุคคลภายนอกสัญญาเห็นว่า สัญญาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและประสงค์จะให้สัญญาดังกล่าวถูกยกเลิกเพิกถอนแล้ว บุคคลภายนอกสัญญาก็อาจต้องไปฟ้องร้องเป็นหลายคดีต่อเนื่องกัน ซึ่งกว่าสัญญาทางปกครองหนึ่งจะถูกยกเลิกเพิกถอนลงได้ก็จะต้องมีการฟ้องเป็นคดีถึงสามคดี กล่าวคือ คดีที่ 1 ฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้อันเป็นที่มาของสัญญาทางปกครองนั้น ต่อมา หากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการใด ๆ แล้ว บุคคลภายนอกสัญญาดังกล่าวก็ต้องฟ้องบังคับให้ฝ่ายปกครองไปดำเนินการยกเลิกสัญญาทางปกครองนั้นเป็นคดีที่ 2 อย่างไรก็ตาม เมื่อฝ่ายปกครองจะไปดำเนินการยกเลิกสัญญากับคู่สัญญาแล้ว ก็อาจเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาเป็นคดีที่ 3 ตามมา ซึ่งทำให้ในท้ายที่สุดแล้ว ศาลก็ต้องพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองดังกล่าว เพียงแต่ในคดีสุดท้ายนี้ จะเป็นการฟ้องคดีระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม อันต้องตามความประสงค์ของศาลปกครองสูงสุดที่ต้องการให้ศาลที่มีเขตอำนาจเต็มเป็นผู้พิจารณาและพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง¹³⁷

ในเวลาต่อมา การที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวปฏิบัติไว้ว่า หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า บุคคลภายนอกสัญญาฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกจากสัญญาได้ และต่อมา ศาลในคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้ว คู่สัญญาย่อมมีหน้าที่ในการหยิบยกเหตุดังกล่าวมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีของตน โดยในคดีหลังนี้จะเป็นการฟ้องขอให้ศาลที่มีอำนาจเต็มตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่พบจากกรณีดังกล่าวคือ คู่สัญญาไม่ได้หยิบ

¹³⁷ นพรัตน์ อุดมโชคมงคล, "สัญญาทางปกครอง: บุคคลภายนอกฟ้องร้องได้หรือไม่," วารสารนิติศาสตร์: 864.

ยกเหตุดังกล่าวมาเป็นวัตถุประสงค์ต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม โดยศาลปกครองสูงสุดได้พยายามแก้ปัญหาเรื่องความชัดเจนของผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้ออกจากสัญญา โดยได้วางแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการกำหนดให้ฝ่ายปกครองชำระค่าปรับกรณีไม่ดำเนินการตามคำสั่งศาลไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Epoux Lopez ลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1994¹³⁸

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Epoux Lopez ลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1994 มีข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในความครอบครองของเทศบาลเมือง Moulins มาเป็นระยะเวลา 16 ปี ต่อมา สภาเทศบาล (le conseil municipal) ได้มีมติให้ขายอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว เทศบาลเมือง Moulins จึงออกคำสั่งให้มีการดำเนินการยกเลิกสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ฟ้องคดีจึงนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลปกครองเป็นคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ โดยขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของเทศบาลที่ให้ยกเลิกสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้

ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษาให้เทศบาลเมือง Moulins เพิกถอนคำสั่งให้มีการดำเนินการยกเลิกสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุประสงค์โดยให้เหตุผลว่าคำสั่งดังกล่าวได้กระทำลงไปโดยการบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) ซึ่งต่อมาเมื่อผู้ฟ้องคดีพบว่า เทศบาลเมือง Moulins ไม่ได้ดำเนินการใด ๆ ผู้ฟ้องคดีจึงได้ฟ้องเทศบาลเมือง Moulins ต่อศาลปกครองสูงสุดอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งต่อมา ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาให้เทศบาลเมือง Moulins ยื่นฟ้องคดีต่อศาลแพ่งเพื่อให้ตรวจสอบการมีผลบังคับใช้ของสัญญา เนื่องจากสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในความครอบครองของเทศบาลเมือง Moulins จึงถือเป็นข้อพิพาทในคดีแพ่ง โดยศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดค่าปรับเป็นรายวันจนกว่าเทศบาลเมือง Moulins จะดำเนินการดังกล่าวด้วย

¹³⁸ CE, Sect., 7 oct. 1994, Époux Lopez, n° 124244

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังได้วางหลักไว้ในคดี Epoux Lopez ลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1994 ว่า ฝ่ายปกครองย่อมมีภาระหน้าที่ยื่นฟ้องต่อศาล (คดีศาลที่มีอำนาจเต็ม) เพื่อให้ตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาโดยทันทีที่ศาลได้มีคำพิพากษา (ในคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ) ว่า คำสั่งทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้ตั้งกล่าวนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายปกครองละเลยการดำเนินการดังกล่าว ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิในการยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งให้ฝ่ายปกครองชำระค่าปรับ (une astreinte) จนกว่าฝ่ายปกครองจะดำเนินการดังกล่าวได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Epoux Lopez ลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1994 แสดงให้เห็นถึงความพยายามของศาลปกครองสูงสุดในการแก้ปัญหาเรื่องความชัดเจนของผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้ออกจากสัญญา ซึ่งภายหลังจากคดีดังกล่าวพบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาตามแนวทางในคดีดังกล่าว และศาลปกครองสูงสุดได้พยายามวางหลักเกี่ยวกับความเชื่อมโยงของนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ซึ่งถูกศาลเพิกถอนกับสัญญาทางปกครอง โดยนักกฎหมายได้แสดงทรรศนะในประเด็นนี้ว่า หากเหตุของการเพิกถอนคำสั่งนั้นคือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (l'illégalité) แล้ว เหตุแห่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้นั้น ก็ย่อมส่งผลถึงความสมบูรณ์ของสัญญาด้วย ซึ่งหาก “เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย” นั้น มีลักษณะเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (un vice propre ou interne) เช่น ความบกพร่องของข้อมูลที่สภาจังหวัดได้รับก่อนลงมติ ศาลจะต้องพิจารณาว่ามีเหตุอื่นประกอบเพื่อเป็นการพิจารณาถึงผลของสัญญาด้วย แต่หากปรากฏว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวเป็นเหตุที่มีความสัมพันธ์โดยตรง (un lien direct) กับสัญญา เช่น คำสั่งให้มีการจัดซื้อจัดจ้าง (l'acte de passation) หรืออำนาจการลงนามในสัญญา กรณีก็จะเป็นที่ชัดเจนว่า เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นส่งผลโดยตรงต่อสัญญา สัญญาจึงตกเป็นโมฆะจากผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้นั้นเอง¹³⁹

¹³⁹ ตามทรรศนะของ A. DE LAUBADERE และ P. TERNETRE

นอกจากนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศฝรั่งเศสก็ได้แก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการตราพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995¹⁴⁰ ที่เป็นการแก้ไขประมวลกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมทางปกครองฝรั่งเศส ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้ให้อำนาจศาลปกครอง กำหนดมาตรการบังคับทางปกครอง โดยการกำหนดคำสั่ง (l'injonction) ในการบังคับตามคำสั่ง ของศาล และฝ่ายปกครองต้องชำระค่าปรับ (l'astreinte) กรณีไม่ดำเนินการตามคำสั่งของศาล กล่าวคือ มาตรา L-911 เปิดช่องให้ศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่าง หนึ่งได้ในกรณีที่มีการฟ้องร้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาทางปกครอง ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีที่ 2 แยกต่างหากเป็นคดีใหม่ กล่าวคือ มาตรา L-911 ได้ให้อำนาจ ศาลปกครองที่พิจารณาพิพากษาคดีประเภทการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบ อำนาจสามารถออกคำสั่ง (l'injonction) ในการบังคับตามคำสั่งศาลได้

พระราชบัญญัติ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 มีวัตถุประสงค์ในการ อุดช่องว่างกรณีที่มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาทางปกครองได้ไม่ ก่อให้เกิดผลใด ๆ ต่อสัญญาดังกล่าว แต่การที่ศาลปกครองออกคำสั่งดังกล่าวย่อมมีส่วนช่วยใน การโต้แย้งเรื่องความชอบด้วยกฎหมายให้ชัดเจนขึ้น โดยการออกคำสั่งอาจจะมีขึ้นในขณะเดียวกัน หรือภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้ก็ได้ (ทั้งนี้ หาก เป็นประการหลังย่อมเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการล่าช้าในการดำเนินการทบทวนการทำ สัญญานั้นเอง)

ในทางวิชาการถือว่า ประเด็นเรื่องการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไม่มี ผลกระทบต่อสัญญาเริ่มปรากฏชัดแจ้งในประเทศฝรั่งเศสนับตั้งแต่ ค.ศ. 1995 ซึ่งจะเห็นได้จากการที่ พระราชบัญญัติ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ให้อำนาจตุลาการศาลปกครองที่พิจารณาพิพากษา คดีประเภทการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจสามารถออกคำสั่ง (l'injonction) ได้ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้ส่งผลให้การบังคับตามคำพิพากษาในประเด็นนี้มี ประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จนอาจสรุปได้ว่า นอกเหนือจากการที่บุคคลภายนอกสัญญาดำเนินการ ฟ้องร้องคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจแล้ว การที่พระราชบัญญัติ ลง

¹⁴⁰ Loi du 8 février 1995 sur l'injonction

วันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องชำระค่าปรับกรณีไม่ดำเนินการตามคำสั่งของศาลก็ถือเป็นเครื่องมืออีกประการหนึ่งที่ทำให้การดำเนินการตามสัญญาขึ้นเป็นไปโดยครบถ้วนมากที่สุด

ดังนั้น หากศาลได้พิพากษานิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวหนึ่ง ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คดี ผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นคำร้องต่อศาลในชั้นบังคับคดีเพื่อขอให้ศาลกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองโดยสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาตามแต่ความเหมาะสม หรือในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นต้องยกเลิกสัญญาโดยมีผลย้อนหลังก็อาจสั่งให้ฝ่ายปกครองต้องยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาได้¹⁴¹

3.3.2.2 การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการใช้สิทธิตามการกระทำทางปกครองอื่น

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้นั้น ย่อมแสดงให้เห็นถึงลักษณะของความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองได้กระทำลงไป (la nature de l'illégalité commise) ซึ่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวอาจไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ต่อสัญญาทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองอื่นก็ได้ ดังที่ศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษาคดี Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 ได้อธิบายเกี่ยวกับผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ไว้ในคดีดังกล่าว

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ต่อสัญญาทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองอื่นนั้น เป็นกรณีที่สัญญาทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองอื่นยังคงมีผลทางกฎหมายและดำเนินต่อไป ซึ่งการเพิกถอนลักษณะดังกล่าวนี้มักปรากฏในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุผิดแบบ (la vice de forme) ดังที่ปรากฏในการเพิกถอน

¹⁴¹ "เอกสารประกอบการบรรยายทางวิชาการภาษาฝรั่งเศส เรื่อง การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," 4.

มติคณะกรรมการ (la délibération) ที่ให้มีการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างอันเนื่องมาจากการที่กรรมการไม่ทราบถึงข้อมูลบางประการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้น กรณีดังกล่าวส่งผลเพียงทำให้ฝ่ายปกครองจะต้องมีภาระหน้าที่ในการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็มเพื่อให้ศาลยืนยันว่าสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะเท่านั้น โดยการที่ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกได้จากสัญญาไม่ได้มีผลทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะโดยทันที ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่ง Matseille คดี Association Gab Club ลงวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2002

นอกจากนี้ กรณีประการที่สองที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองย่อมไม่ก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ ต่อสัญญาก็คือกรณีที่มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นไปเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีสถานะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (la régularisation de l'acte illégal) กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจึงส่งผลทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายมาเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

แผนวิเคราะห์ของศาลปกครองสูงสุดได้ให้ความเห็นยืนยันไว้ในรายงานของศาลปกครองสูงสุดเพื่อตอบข้อซักถามในการดำเนินการบังคับคดี ลงวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 1997¹⁴² ว่า ในบางกรณีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาอาจไม่ทำให้สัญญานั้นเสียไปทั้งฉบับได้หากนิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้นมีได้ก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นส่วนสำคัญของสัญญาหลัก ตัวอย่างเช่น หากมีการเพิกถอนมติของสภาท้องถิ่นในเรื่องที่มีใช้เป็นส่วนสำคัญของสัญญา การปฏิบัติตามสัญญาจะทำต่อไปได้หากสภาท้องถิ่นนั้นมีมติใหม่ที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย โดยต้องเป็นมติเรื่องเกี่ยวกับมติที่ถูกเพิกถอนไปแล้ว และจะใช้บังคับสำหรับอนาคตเท่านั้น ไม่ย้อนกลับไปใช้ในอดีตที่ผ่านมา¹⁴³ นอกจากนี้ การบังคับตามสัญญาย่อมสามารถดำเนินต่อไปได้หากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นไปเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายมาเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือหากเป็นกรณีดังที่หยิบยกมาศึกษาในเบื้องต้น

¹⁴² Actulatié Juridique du Droit Administratif (A.J.D.A.), 1998, p. 169. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 438.

¹⁴³ เรื่องเดียวกัน, 437-438.

คือ การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุผลว่า กรรมการไม่ได้รับข้อเท็จจริงบางประการอันส่งผลให้นิติกรรมทางปกครองนั้นกระทำลงไปโดยผิดแบบนั้น ก็ย่อมสามารถแก้ไขเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้ด้วยการแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวแก่กรรมการในภายหลังแล้วจึงให้กรรมการมีมติครั้งใหม่อีกครั้งหนึ่ง จึงเห็นได้ว่า การดำเนินการดังกล่าวย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อการบังคับตามสัญญาซึ่งเป็นที่มาของคำกล่าวที่ว่า การบังคับตามสัญญาย่อมสามารถดำเนินต่อไปได้ หากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นไปเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายมาเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

3.4 ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน¹⁴⁴

ดังที่กล่าวมาข้างต้นว่า ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ หรือ *Acte détachable* นั้น ปรากฏในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี *Martin* ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1905¹⁴⁵ ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่เป็นฐานและที่มาในการศึกษาเรื่องทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จนถึงปัจจุบันนี้ จากการศึกษา ก็ได้ปรากฏว่ามีทฤษฎีในการทำงานเดียวกันปรากฏในทฤษฎีกฎหมายเยอรมันดังที่มีชื่อเรียกว่า “ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน” (*le double niveau* หรือ *Zweistufenlehre*) อีกด้วย

“ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน” (*Zweistufentheorie*) เป็นทฤษฎีซึ่งมีที่มาจากวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ อันแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการในทางกฎหมายได้อย่างชัดเจนว่า ทฤษฎีดังกล่าวเกิดขึ้นจากความจำเป็นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือในการดำเนินการให้ความช่วยเหลือสนับสนุนเอกชนในการฟื้นฟูสถานะในทางเศรษฐกิจของตนเอง ซึ่งข้อพิจารณาที่น่าสนใจจากมุมมองของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันนี้ สามารถนำมาพิจารณาประกอบกับกรณีของการให้เงินสนับสนุนแก่เอกชนโดยฝ่ายปกครองได้ อย่างไรก็ตาม ลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายปกครองเยอรมันสำหรับกรณีนี้คือการที่ในระบบ

¹⁴⁴ นรินทร์ อธิสาร, "ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน," *วารสารวิชาการศาลปกครอง*: 23-35.

¹⁴⁵ CE, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, Lebon, p. 749.

กฎหมายปกครองเยอรมันถือว่าการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ไม่เป็นการดำเนินการของฝ่ายปกครองในขอบเขตของกฎหมายมหาชน

ดังนั้น หากพิจารณาถึงลักษณะเฉพาะของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่าทฤษฎีดังกล่าวมีลักษณะที่สำคัญบางประการคล้ายคลึงกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ดังนั้น ในบทนี้ จะได้นำเสนอถึงที่มาและวิวัฒนาการ ความหมาย ตลอดจนบทบาทของทฤษฎีดังกล่าวต่อการกระทำของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน

3.4.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่สำคัญอันส่งผลต่อวิวัฒนาการของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน¹⁴⁶

ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน “Die Zweistufentheorie” หรือ “Die Zweistufenlehre” เกิดขึ้นจากบริบทในทางประวัติศาสตร์ที่มีลักษณะเฉพาะของประเทศเยอรมนีเอง โดยนับแต่การเกิดขึ้นของกฎหมายปกครองสมัยใหม่ (Das moderne Verwaltungsrecht) ในช่วงปลายของศตวรรษที่ 19 โดยประเด็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมนี คือ ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลมากกว่าการมีศาลปกครองที่มีความเป็นอิสระ หากเปรียบเทียบกับฝรั่งเศสที่มีศาลปกครองสูงสุดในฐานะศาลปกครองที่มีความอิสระมาตั้งแต่ช่วงปลายของศตวรรษที่ 19 และมีพัฒนาการไปในทางที่เด่นชัดมากกว่า

ทั้งนี้ นักวิชาการกฎหมายของประเทศเยอรมนี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Otto Mayer จึงได้มีความพยายามในการที่จะก้าวให้พ้นจากความเป็นรัฐตำรวจ (Der Polizeistaat) อันเกี่ยวข้องกับการแทรกแซงของฝ่ายปกครอง โดยเริ่มจากการใช้รูปแบบของการกระทำของเอกชนและโดยมีเนื้อหาในทางเอกชนเช่นกัน

ดังนั้น บ่อยครั้งเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในทางกฎหมายปกครองที่เกี่ยวกับการแทรกแซงของรัฐ กฎหมายปกครองเยอรมันจึงกลับไปใช้กฎหมายแพ่ง และการฟื้นฟูประเทศภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งในขณะนั้นมีความขาดแคลนรูปแบบของการกระทำของฝ่ายปกครอง ในทาง

¹⁴⁶ นรินทร์ อธิสาร, "ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน," วารสารวิชาการศาลปกครอง: 24.

กฎหมายปกครอง การให้เงินสนับสนุน (Subvention) เพื่อการฟื้นฟูทั้งหลายจึงกระทำในรูปแบบของ สัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายเอกชน ส่งผลให้ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน (Zweistufentheorie) อันเป็นความชอบธรรมในทางนโยบายทางการเมืองเข้ามามีบทบาทในกรณีดังกล่าว¹⁴⁷

3.4.2 วิวัฒนาการของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน

3.4.2.1 ที่มาของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน¹⁴⁸

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน “Die Zweistufentheorie” หรือ “Die Zweistufenlehre” เกิดขึ้นจากบริบทในทางประวัติศาสตร์ที่มีลักษณะเฉพาะของประเทศเยอรมนีเอง โดยนับแต่การเกิดขึ้นของกฎหมายปกครองสมัยใหม่ (Das moderne Verwaltungsrecht) ในช่วงปลายของศตวรรษที่ 19 นั้น ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน (Zweistufentheorie) ได้รับการพัฒนาขึ้นในยุคศตวรรษที่ 20 โดยนักนิติศาสตร์ที่ชื่อ Hans Peter Ipsen ในปีค.ศ. 1956 โดยทฤษฎีนี้เห็นว่า ในขั้นตอนแรกเป็นกรณีของการตัดสินใจของฝ่ายปกครองว่าจะให้หรือไม่ให้เงินสนับสนุนแก่เอกชน และในขั้นตอนที่สองจะเป็นขั้นตอนในการทำสัญญา กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนมีขึ้นเพื่อชี้ให้เห็นว่านิติสัมพันธ์ (Rechtsverhältnis) ของฝ่ายปกครองบางประเภทอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน โดยถือว่าความสัมพันธ์พื้นฐาน (Grundverhältnis) และความสัมพันธ์ในขั้นตอนการทำสัญญา (Abwicklungsverhältnis) นั้น มีความแตกต่างกัน โดยในขณะที่การตัดสินใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์พื้นฐานเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการ

¹⁴⁷ Abegg, Andreas, Funktion und Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses in Deutschland und in der Schweiz [online] Available from: <http://pd.zhaw.ch/publikation/upload/202709.pdf> [02/07/2014]; Grziwotz, Herbert, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, § 2 Rn 285; Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 17 Rn. 13. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, 24-25.

ตัดสินใจในทางกฎหมายมหาชน แต่ขั้นตอนอันเป็นความสัมพันธ์ในขั้นตอนของการทำสัญญานั้น เป็นกรณีของกฎหมายเอกชน¹⁴⁹

ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนได้รับการเผยแพร่อย่างกว้างขวางและมีที่มาดั้งเดิมจากการสร้างรูปแบบในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้การสนับสนุนหรือความช่วยเหลือทางการเงินของรัฐ (Subventionswesen) แต่ในปัจจุบันทฤษฎีดังกล่าวถูกนำไปใช้ในหลายกรณี เช่น การให้เงินกู้ยืมโดยมีดอกเบี้ย การออกหนังสือค้ำประกันโดยสหพันธรัฐหรือการรับประกันโดยสหพันธรัฐในธุรกิจการส่งออก อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีของการให้เงินสนับสนุนโดยไม่ต้องใช้คืน (die Vergabe verlorener Zuschüsse) นั้น มีความเห็นว่าเป็นกรณีของการกระทำในทางกฎหมายมหาชน (คำสั่งทางปกครอง) ทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนถูกนำไปใช้ในกรณีของการเข้าใช้บริการสถานที่ของรัฐ (die Nutzung öffentlicher Einrichtungen) แม้ว่าในทางปฏิบัติจะปรากฏได้น้อย โดยการใช้หรืออนุญาตให้ใช้สถานที่ดังกล่าวจะต้องได้รับการอนุมัติหรืออนุญาต ในขณะที่ข้อพิจารณาว่าจะเข้าใช้ในขอบเขตเพียงใดนั้นจะกระทำโดยการทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน เป็นต้น¹⁵⁰

กรณีจึงเห็นได้ว่า ลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายปกครองเยอรมันสำหรับกรณีนี้คือในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันนั้น ไม่ถือว่าการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นการดำเนินการของฝ่ายปกครองในขอบเขตของกฎหมายมหาชนแต่ประการใด¹⁵¹

¹⁴⁹ Abegg, Andreas, Funktion und Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses in Deutschland und in der Schweiz [online] Available from : <http://pd.zhaw.ch/publikation/upload/202709.pdf> [02/07/2014]; Ehlers in: Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 3 Rn. 38. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, 25.

¹⁵⁰ Ehlers in: Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 3 Rn. 39. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁵¹ เรื่องเดียวกัน.

3.4.2.2 ความหมายของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน¹⁵²

ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนมีความหมายตามชื่อของทฤษฎีดังต่อไปนี้¹⁵³

ขั้นตอนแรก ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจว่าจะกระทำการหรือไม่ เช่น ฝ่ายปกครองจะต้องวินิจฉัยว่าจะอนุมัติ (ให้เงินกู้) ตามคำขอหรือไม่ โดยฝ่ายปกครองสามารถมีคำสั่งอนุมัติหรือปฏิเสธได้ ในขั้นตอนนี้ถือว่าฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน และคำสั่งดังกล่าวถือว่าเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะกรณีจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง

ขั้นตอนที่สอง เป็นขั้นตอนการดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งอนุมัติในขั้นตอนแรก ในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งอนุมัติ ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาว่าจะดำเนินการตามคำสั่งอนุมัตินั้นอย่างไร ซึ่งหากเป็นกรณีของการอนุมัติเงินช่วยเหลือในขั้นตอนนี้ก็จะเป็นการดำเนินการจัดทำสัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายแพ่งระหว่างฝ่ายปกครองและผู้รับเงินสนับสนุน

ทั้งนี้ ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนจะเข้ามีบทบาทในการให้เงินสนับสนุนของฝ่ายปกครองหรือไม่เพียงใดนั้น พิจารณาจากประเภทของเงินสนับสนุนนั่นเองโดยที่หากเป็นกรณีที่เป็นการให้เงินสนับสนุนแก่เอกชนแบบให้เปล่า (Vergabe verlorener Zuschüsse) ในกรณีทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้แต่เป็นกรณีของการกระทำในขอบเขตของกฎหมายมหาชนโดยใช้คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt)¹⁵⁴

ในปัจจุบันนี้ ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน (Zweistufentheorie) เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปแม้ว่าจะมีข้อโต้แย้งอยู่บ้าง ในกรณีที่ทฤษฎีดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดกรณีที่ข้อเท็จจริงในชีวิตประจำวันโดยหลักแล้วเป็นข้อเท็จจริงเดี่ยวต้องมาแยกออกเป็นสองส่วน นั่นคือ แยกทั้งในส่วน

¹⁵² เรื่องเดียวกัน, 25-26.

¹⁵³ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 17 Rn. 12. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, 25.

¹⁵⁴ Ehlers in: Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 3 Rn. 39. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, 26.

ของศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณา (ศาลยุติธรรม/ศาลปกครอง) แยกสาขาของกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ (กฎหมายเอกชน/กฎหมายมหาชน)¹⁵⁵

3.4.3 ลักษณะและการใช้บังคับของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน

ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนปรากฏอยู่ในบริบทของกฎหมายปกครองใน 2 กรณี ได้แก่ การให้เงินสนับสนุนของฝ่ายปกครอง (Subvention) และการใช้สถานที่ของฝ่ายปกครอง (Die Benutzung öffentlicher Einrichtungen) ดังนี้

3.4.3.1 การให้เงินสนับสนุนของฝ่ายปกครอง (Subvention)¹⁵⁶

การให้เงินสนับสนุนของฝ่ายปกครอง (Subvention) มีความเกี่ยวข้องกับที่มาและบทบาทดั้งเดิมของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนดังที่กล่าวไว้ข้างต้น โดยการให้เงินสนับสนุนดังกล่าวมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในทางปฏิบัติในฐานะที่เป็นเครื่องมือเกี่ยวกับนโยบายทางเศรษฐกิจ ในกฎหมายปกครองไม่มีการกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “การให้เงินสนับสนุนของฝ่ายปกครอง” (Subvention) เอาไว้ ทั้งนี้ นอกจากคำว่า “Subvention” “Finanzhilfe” “Zuwendung” และ “Beihilfe” ซึ่งล้วนแต่มีความหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้เงินช่วยเหลือ หรือ การให้เงินสนับสนุน และในทางวิชาการยังไม่ปรากฏว่ามีคำจำกัดความที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคำดังกล่าวได้ โดย Maurer ได้อธิบายถึงความหมายของ Subventionen เอาไว้ว่า Subventionen” คือ การให้ประโยชน์ที่มีค่าในทางทรัพย์สินของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองแก่เอกชนโดยไม่มีการตอบแทนตามปกติ ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุนวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ¹⁵⁷

¹⁵⁵ Hufen, Friehelm, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl., § 11 Rn. 44. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, 26-29.

¹⁵⁷ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 17 Rn. 3 ff. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, 27.

ในที่นี้สามารถแยกพิจารณาถึงลักษณะของการให้การสนับสนุนหรือความช่วยเหลือของรัฐออกได้เป็น 5 ประการ คือ¹⁵⁸

1. ผู้ให้การสนับสนุนทางการเงิน (Subventionsgeber) การให้ประโยชน์ที่มีค่าในทางทรัพย์สินจะต้องกระทำโดย “รัฐ” หรือ “หน่วยงานของรัฐ”
2. ผู้รับการสนับสนุนทางการเงิน (Subventionsnehmer) จะต้องเป็นเอกชนอันได้แก่ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน
3. วัตถุประสงค์ของการสนับสนุนทางการเงิน (Subventionszweck) การสนับสนุนจะต้องมีขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (öffentliches Interesse) ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ ทางนิเวศวิทยา ทางสังคม และวัฒนธรรม ฯลฯ
4. วัตถุประสงค์ของการสนับสนุนทางการเงิน (Subventionsgegenstand) คือ ประโยชน์โดยตรงทางเศรษฐกิจในทุกกรณี ซึ่งโดยหลักแล้วได้แก่การให้การสนับสนุนด้วยการให้เงิน (Geldzahlung)
5. ไม่มีการตอบแทนตามปกติ (Ohne marktmäßige Gegenleistung) ความสัมพันธ์ของการให้การสนับสนุนทางการเงิน (Das Subventionsverhältnis) เป็นความสัมพันธ์ที่เกิดจากการให้ประโยชน์ฝ่ายเดียว ผู้ให้การสนับสนุนทางการเงินจะไม่ได้รับประโยชน์ในทางเศรษฐกิจอย่างเท่าเทียมกัน

การให้ประโยชน์ที่มีค่าในทางทรัพย์สินนั้นมีดังต่อไปนี้¹⁵⁹

- การให้เงินช่วยเหลือแบบให้เปล่า (verlorene Zuschüsse) เป็นกรณีที่รัฐให้เงินช่วยเหลือโดยผู้ที่ได้รับเงินดังกล่าวไม่มีหน้าที่ต้องจ่ายเงินคืน ทั้งนี้ การให้เงินช่วยเหลือ

¹⁵⁸ Richarts, Elena, Subventionen/Beihilfen (Seminararbeit), [online] Available from: http://www.dhv-speyer.de/HILL/Lehrangebot/Wintersemester-2006/Instrumente/Richarts/Subventionen_Beihilfen_Seminararbeit.pdf [17 กรกฎาคม 2557] อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁵⁹ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 17 Rn. 6. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

แบบให้เปล่านั้น สามารถเกิดขึ้นได้ในรูปแบบของการให้เงินช่วยเหลือจำนวนใดจำนวนหนึ่ง หรือกรณี
 ที่ผู้ให้การสนับสนุนยอมรับจ่ายดอกเบี้ยเงินกู้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

- **การให้เงินกู้ (Darlehen)** เป็นกรณีของการให้เงินกู้ภายใต้เงื่อนไขที่
 ดีกว่าจากการกู้ยืมเงินตามปกติ เช่น กำหนดดอกเบี้ยต่ำ หรือกำหนดเงื่อนไขในการจ่ายเงินกู้ที่
 ดีกว่า เป็นต้น

- การค้ำประกัน หรือการประกันอื่น ๆ สำหรับเงินกู้ (Bürgschaften
 und sonstige Gewährleistungen für Darlehen) ที่เอกชนได้กู้หรือจะขอกู้จากรัฐหรือ
 เอกชนรายอื่น

การให้การสนับสนุนทางการเงินในทางข้อเท็จจริง (Realförderungen)
 เช่น การได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรกในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ หรือในการขายทอดตลาดที่ดิน
 เป็นต้น

ขั้นตอนการให้การสนับสนุนทางการเงิน (Die Subventionsvergabe)
 แบ่งออกเป็นสองขั้นตอนที่สำคัญ คือ¹⁶⁰

ขั้นตอนการตัดสินใจที่เป็นนามธรรมและเป็นการทั่วไป (Die generell-
 abstrakte Entscheidung) เป็นการตัดสินใจกำหนดว่าจะให้การสนับสนุนทางการเงินในเรื่องใดหรือ
 กรณีใด และการกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการทั่วไปโดยเฉพาะในส่วนของกรอบหรือจำนวนของผู้รับการ
 สนับสนุนทางการเงิน ในกรณีนี้เกิดขึ้นจากการตรากฎหมายหรือการกำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะใน
 แผนการงบประมาณ กรณีที่มีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการให้การสนับสนุนทางการเงิน
 (Subventionsgesetz) จะต้องมีการกำหนดเครื่องมือที่จำเป็นในแผนการงบประมาณให้มีความพร้อม
 กรณีที่ไม่มีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการให้การสนับสนุนทางการเงิน รายละเอียดในกรณีดังกล่าว
 จะต้องกำหนดโดยระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften) ในรูปแบบของ
 ข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้การสนับสนุนทางการเงิน (Subventionsrichtlinien) สถานะในทาง

¹⁶⁰ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 17 Rn. 10 f. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน,
 28.

กฎหมายของการตัดสินใจในขั้นตอนนี้ถือว่าเป็นการตัดสินใจในทางการเมือง (eine politische Entscheidung) และเกี่ยวข้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ขั้นตอนในการสนับสนุนทางการเงิน (Subventionierung) ที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงและเป็นรูปธรรม (Die individuell-konkrete Subventionierung) ในขั้นตอนนี้จะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้กฎหมายปกครอง ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในขั้นตอนนี้ คือ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับรูปแบบในทางกฎหมาย (Rechtsform) ของการให้การสนับสนุนทางการเงินในแต่ละกรณี โดยพิจารณาจากแง่มุมของแต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

ในมุมมองของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องพิจารณาว่าจะกำหนดให้ใช้รูปแบบในทางกฎหมายใดสำหรับกรณีใด ในกรณีนี้เป็นเรื่องของนิตินโยบาย (Rechtspolitik)

ในมุมมองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาใช้รูปแบบในทางกฎหมายใดกับกรณีเฉพาะกรณีหนึ่งได้หรือไม่ และหากมีกรอบในการใช้ดุลพินิจจะใช้ดุลพินิจนั้นให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์อย่างไร ในกรณีนี้เป็นเรื่องของการใช้กฎหมาย Rechtsanwendung)

ในมุมมองของศาลปกครองในการที่จะควบคุมตรวจสอบว่าในทางข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมแล้วฝ่ายปกครองเลือกรูปแบบในทางกฎหมายใด และในทางกฎหมายแล้วจะกระทำได้หรือไม่ ในกรณีนี้เป็นเรื่องของการควบคุมในทางกฎหมาย (Rechtskontrolle)

ในมุมมองของวิชาการกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtswissenschaft) จะพิจารณาว่ารูปแบบในทางกฎหมายใดที่สามารถนำมาใช้ในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสม ในกรณีนี้เป็นเรื่องของหลักการทางกฎหมาย (Rechtsdogmatik)

3.4.3.2 การใช้สถานที่ของฝ่ายปกครอง (Die Benutzung öffentlicher Einrichtungen)¹⁶¹

สถานที่ของฝ่ายปกครองหรือสถานที่ที่ฝ่ายปกครองได้ก่อสร้างหรือจัดให้มีขึ้น เช่น สถานประกอบการเกี่ยวกับการจราจร โรงเรียนอนุบาล สระว่ายน้ำ พิพิธภัณฑ์ สุสาน ห้องโถงของเมือง เป็นต้น ฝ่ายปกครองโดยเฉพาะหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าใช้สถานที่ดังกล่าวได้ในรูปแบบของกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน ในที่นี้เป็นการศึกษาจาก “ความสัมพันธ์ของการใช้สถานที่” (Benutzungsverhältnis) ในภาพรวมทั้งหมด สิ่งสำคัญในกรณีดังกล่าวคือ เจตนาของหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ตามหลักเสรีภาพในการเลือก (Der Grundsatz der Wahlfreiheit) ที่จะดำเนินการในกรณีนั้น ๆ อย่างไร เช่น มีการกำหนดข้อกำหนดการเข้าใช้ในรูปแบบของระเบียบหรือโดยเงื่อนไขในสัญญาซึ่งในกรณีนี้จะนำไปสู่การใช้รูปแบบในทางกฎหมายในการยุติความสัมพันธ์ของการใช้สถานที่ที่แตกต่างกันไปนั้นคือ โดยอาศัยการเพิกถอนคำสั่งอนุญาตให้ใช้หรือโดยการบอกเลิกสัญญา รวมถึงการเก็บเงินค่าตอบแทนในรูปแบบของค่าธรรมเนียมหรือเงินค่าตอบแทนในการเข้าใช้ และนำไปสู่การพิจารณาถึงการคุ้มครองสิทธิในทางกฎหมาย¹⁶²

ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน (Zweistufentheorie) มีบทบาทในกรณีที่เอกชนเข้าใช้สถานที่ของฝ่ายปกครองในสองกรณี คือ¹⁶³

กรณีที่ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองอยู่ในความดูแลและดำเนินการโดยฝ่ายปกครอง ในที่นี้การเข้าใช้หรือ “สิทธิในการเข้าถึง” (Zugangsanspruch) ดังกล่าวนั้น โดยธรรมชาติแล้วถือเป็นสิทธิในทางกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกับกรณีของการห้ามใช้หรือห้ามเข้าใช้ทรัพย์สินของรัฐนั่นเอง และเมื่อได้รับการอนุญาตให้เข้าใช้แล้วนั้น การเข้าใช้ย่อมเป็นไปได้ทั้งในทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนขึ้นอยู่กับกรณียุติการเข้าใช้ดังกล่าวจะกระทำในรูปแบบใด หากเป็นกรณีของ

¹⁶¹ เรื่องเดียวกัน, 29-30.

¹⁶² Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 3 Rn. 26. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, 29.

¹⁶³ Hufen, Frieheilm, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl., § 11 Rn. 41 ff. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, 31.

กฎหมายเอกชน เช่น การทำสัญญาเช่า เป็นต้น หากปรากฏว่าการเข้าใช้สถานที่ของฝ่ายปกครองมีลักษณะที่ผสมกัน (Kombination) ระหว่างการตัดสินใจให้ใช้ (กฎหมายมหาชน) กับสัญญาในการใช้ทรัพย์สินนั้น (กฎหมายเอกชน) ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนจะเข้ามามีบทบาทในกรณีนี้

กรณีที่ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองอยู่ในความดูแลและการดำเนินการโดยเอกชน เป็นกรณีที่รัฐหรือหน่วยงานทางปกครองส่วนท้องถิ่นมอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริหารทรัพย์สินหรือสถานที่ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้บ่อย อย่างไรก็ตาม ในที่นี้ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะไม่ต้องรับผิดชอบโดยที่สามารถ “หนีเข้าไปในแดนของกฎหมายเอกชน” (Flucht ins Privatrecht) และส่งผลทำให้สิทธิของประชาชนในการเข้าใช้สถานที่ของฝ่ายปกครองลดน้อยลงได้แต่ประการใด ในกรณีนี้หากมีข้อพิพาทในการเข้าใช้สถานที่ของฝ่ายปกครองระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครองข้อพิพาทนี้จึงมีลักษณะโดยธรรมชาติเป็นข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชน ในกรณีนี้หน่วยงานทางปกครองไม่สามารถอนุญาตให้เข้าใช้สถานที่โดยออกเป็นคำสั่งทางปกครองได้ หากแต่หน่วยงานทางปกครองจะต้องไปดำเนินการกับผู้ประกอบการเอกชนดังกล่าวเป็นการเบื้องต้นก่อน หากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการดังกล่าวประชาชนสามารถฟ้องให้ฝ่ายปกครองดำเนินการ (Leistungsklage) ได้

ทั้งนี้ มีข้อพิจารณาที่สำคัญ คือ ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนไม่สามารถนำมาใช้ได้หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าในเรื่องนั้นมี “สองขั้นตอน” นั่นคือ หากการเข้าใช้และการใช้สถานที่หรือทรัพย์สินของฝ่ายปกครองถูกกำหนดเอาไว้ในทางกฎหมายมหาชน

3.4.3.3 การจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครอง (Bedarfsdeckungsverwaltung)¹⁶⁴

การตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครองโดยการจัดซื้อ จัดจ้างว่าจ้าง จัดหา วัสดุ อุปกรณ์ หรือสถานที่ ฯลฯ กับเอกชน เพื่อนำทรัพย์สินดังกล่าวมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั้น ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันถือว่า การที่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการ

¹⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, 26-29.

ดังกล่าวเป็นการดำเนินการไปตามกฎเกณฑ์หรือบทบัญญัติของกฎหมายเอกชน ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองหรือรัฐกระทำการเสมือนหนึ่งผู้ประกอบการเอกชน ซึ่งในทางวิชาการก็มีความพยายามเพิ่มขึ้นที่เห็นว่าการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนมากขึ้น ในบางความเห็นเห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักพื้นฐานทั่วไปของกฎหมายปกครองไม่ได้ใช้จำกัดเฉพาะกับกรณีฝ่ายปกครองดำเนินการในทางกฎหมายปกครอง (Die öffentlich-rechtliche Verwaltungs tätigkeit) และในกรณีของการดำเนินการของฝ่ายปกครองในขอบเขตของกฎหมายเอกชนทางปกครอง (Verwaltungsprivatrecht) เท่านั้น หากแต่ยังใช้กับกรณีของการตอบสนองความต้องการ (Bedarfdeckung) โดยการจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครองอีกด้วย¹⁶⁵

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติตามแนวคำพิพากษาแล้วถือว่า การจัดซื้อของฝ่ายปกครอง (Das Beschaffungsverfahren) และการจัดจ้างของฝ่ายปกครอง (Die Vergabe öffentlicher Aufträge) นั้น มีความเห็นตรงกันว่าโดยหลักแล้วถือว่าเป็นไปตามกฎหมายเอกชน โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ของการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวมีที่มาจากพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณหรือไม่ เอกชนซึ่งไม่ได้รับการคัดเลือกในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างหากจะใช้สิทธิทางศาลจะเป็นกรณีของการใช้สิทธิต่อศาลแพ่ง ทั้งนี้ มีกรณีที่เกิดความเข้าใจผิดว่าการจัดซื้อจัดจ้างนั้นไม่ได้มีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครองเท่านั้น หากแต่ยังมีเป้าหมายในทางมหาชนไม่ว่าจะเป็นกรณีในทางเศรษฐกิจหรือการสนับสนุนในทางโครงสร้างหรือแม้แต่กรณีของการสนับสนุนสตรีให้มีความเท่าเทียมในกรณีดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่ขัดต่อความเห็นข้างมากที่เห็นว่าการจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครองเป็นการดำเนินการตามกฎหมายเอกชน โดยที่ในกรณีนี้จะต้องพิจารณาว่าสามารถนำทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนมาใช้ได้หรือไม่นั่นเอง¹⁶⁶

¹⁶⁵ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 3 Rn. 7, 10. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน,

¹⁶⁶ Hufen, Frieheilm, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl., § 11 Rn. 51. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

3.4.4 ประเด็นปัญหาและข้อวิจารณ์ที่มีต่อทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน¹⁶⁷

อาจพิจารณาประเด็นปัญหาและข้อวิจารณ์ที่มีต่อทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการให้กู้ยืมเงินอันเป็นการสนับสนุนทางการเงิน (Das Subventionsdarlehen) สามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้¹⁶⁸

1. ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับคำเสนอ “Angebot” และคำสนอง “Annahme” ที่เป็นเงื่อนไขของการเกิดขึ้นของสัญญา มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่ากรณีใดที่จะถือว่าเป็นคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน ในขั้นตอนของการกระทำของฝ่ายปกครองหากพิจารณาในแง่ของทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน โดยทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ที่เป็นรูปธรรมในแต่ละกรณี เช่น ก. ยื่นคำขอเงินกู้เพื่อปรับปรุงกิจการของตนเอง และเจ้าหน้าที่ได้อนุมัติเงินกู้ดังกล่าวโดยได้แนบเอกสารประกอบคำสั่งอนุมัติที่มีเนื้อหากำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไข การกำหนดดอกเบี้ย และการจ่ายเงินกู้เอาไว้ กรณีดังกล่าวยังเป็นที่ยอมรับว่าสัญญากู้ยืมเงินมีผลแล้วหรือไม่ หากเห็นว่าสัญญาดังกล่าวมีผลแล้วกรณีนี้จะต้องถือว่าเป็นคำขอของ ก. นอกจากจะเป็นคำขอให้ออกคำสั่งทางปกครองแล้วยังถือเป็นคำขอให้ทำสัญญาหรือคำเสนอ และคำสั่งอนุมัติของเจ้าหน้าที่ไม่ใช่เพียงคำสั่งทางปกครองเท่านั้นหากแต่เป็นคำสนองตามกฎหมายแพ่ง หรือหากจะมองว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำเสนอและพฤติกรรมการ ก. ที่แสดงออกภายหลังจากนั้นถือว่าเป็นคำสนอง ข้อน่าพิจารณาในกรณีนี้ คือ อันตรายที่จะเกิดขึ้นกับความคิดที่ไม่ให้ความสำคัญกับสัญญากู้ยืมเงินโดยเห็นว่าในกรณีดังกล่าวไม่ใช่การกระทำที่มีลักษณะเป็นนิติกรรม “Rechtsgeschäft” หากแต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายมหาชน

2. ข้อคิดเห็นที่เห็นว่ากรณีดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่ไม่ถูกต้องหากความสัมพันธ์อันเป็นหนึ่งเดียวที่เกิดขึ้น เช่น การให้เงินอุดหนุนโดยการให้เงินกู้ จะถูกแบ่งออกเป็น 2 นิติสัมพันธ์ และยังไปกว่านั้นทั้ง 2 นิติสัมพันธ์ดังกล่าวยังอยู่ในขอบเขตของประเภทของกฎหมายที่แตกต่างกัน และอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลที่แตกต่างกันด้วย

¹⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, 32-35.

¹⁶⁸ Ehlers in Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 3 Rn. 41; Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 17 Rn. 14 ff. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, 32.

3. ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยากในการที่จะแยกระหว่างขั้นตอนที่หนึ่งและขั้นตอนที่สองออกจากกัน เนื่องจากในขั้นตอนที่จะตัดสินใจว่าจะกระทำหรือไม่ (Das Ob) นั้น ไม่สามารถเป็นกรณีทีถือว่าเป็นนามธรรมแต่เพียงอย่างเดียวหากแต่จะต้องมีรายละเอียดและเนื้อหาสาระที่จะต้องถูกนำไปกำหนดไว้ในสัญญากู้ยืมเงินได้อีก

4. ข้อสงสัยที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ความสัมพันธ์ของทั้งสองขั้นตอนตอนนี้มีความสัมพันธ์กันอย่างไร ในที่นี้มีความเห็นที่ว่าคำสั่งอนุมัติได้ถูกบังคับและสิ้นผลไปโดยผลของการทำสัญญากู้ยืมเงิน (เช่นกรณีของคำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐ แผนกคดีแพ่ง ที่ BGHZ 40, 206) ส่วนอีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าคำสั่งอนุมัติยังมีผลอยู่ต่อไปและมีผลต่อการกระทำในขั้นตอนที่สอง (เช่นกรณีของคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐที่ BVerwGE 35, 170 และความเห็นของ Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 86 f.)

5. ข้อความคิดเกี่ยวกับความยุ่งยากทางกฎหมายในการหาทางออกกรณีที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้น ในกรณีที่ผู้ยื่นคำขอรับการสนับสนุนทางการเงินถูกปฏิเสธนั้น ย่อมไม่มีปัญหาความยุ่งยากแต่ประการใด เนื่องจากผู้ยื่นคำขอสามารถยื่นคำฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) ได้ ปัญหาจะเกิดขึ้นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะเข้าทำสัญญากู้ยืมเงินภายหลังจากที่ได้มีคำสั่งอนุมัติแล้ว ผลที่ตามมาคือผู้ยื่นคำขอมิสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่เข้ามาทำสัญญาได้โดยอาศัยฐานของคำสั่งซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง ในกรณีนี้อาจเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่พร้อมที่จะเข้าทำสัญญากับผู้ยื่นคำขอหากแต่ยังไม่สามารถตกลงกันได้เกี่ยวกับรายละเอียดของสัญญา เช่น อัตราดอกเบี้ย เป็นต้น

ปัญหาที่สำคัญได้แก่กรณีที่คำสั่งอนุมัติซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะหรือถูกยกเลิกเพิกถอนไป ในกรณีดังกล่าวนี้มีความเห็นที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

- คำสั่งอนุมัติเป็นเงื่อนไขของความมีผลของสัญญากู้ยืมเงิน ส่งผลให้สัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ
- คำสั่งอนุมัติเป็นเหตุของสัญญากู้ยืมเงิน ส่งผลให้สัญญาและเงินกู้ที่จ่ายออกไปแล้วถูกเรียกคืนได้

- คำสั่งอนุมัติเป็นฐานของสัญญากู้ยืมเงิน ส่งผลให้สามารถบอกเลิกสัญญานั้นได้
- คำสั่งอนุมัตินั้นถูกบังคับและสิ้นผลไปพร้อมกับการทำสัญญากู้ยืมเงินและไม่มีผลใด ๆ ต่อสัญญานั้นได้อีก

ทั้งนี้ ความเห็นแรกเป็นความเห็นที่ได้รับการยอมรับเป็นลำดับต้น ๆ ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าจะต้องถือว่าทั้งสองขั้นตอนมีความเกี่ยวข้องกันอยู่อย่างใกล้ชิดนั่นเอง

ด้วยข้อโต้แย้งและวิจารณ์ที่มีต่อทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนดังกล่าวข้างต้น โดยในทางตำราทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนจะถูกปฏิเสธเพิ่มมากขึ้น โดยมีการเสนอ “ทางเลือก” (Alternativen) ที่มีต่อทฤษฎีดังกล่าวขึ้น ทางเลือกในทางปฏิเสธทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนนั้น เป็นการพิจารณาจากมุมมองที่เห็นว่า “นิติสัมพันธ์” ที่เกิดขึ้นเป็น “นิติสัมพันธ์เดียว” (einstufige Rechtsverhältnisse) ซึ่งสามารถพิจารณาได้ตามลำดับดังต่อไปนี้¹⁶⁹

กรณี que เห็นว่าเป็น “คำสั่งทางปกครอง” (Verwaltungsakt) ที่ฝ่ายปกครองอนุมัติเงินช่วยเหลือโดยอาศัยคำสั่งทางปกครองโดยกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองถึงจำนวนเงินที่จะต้องมีการจ่ายเงินและดอกเบี้ย เป็นต้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งที่กำหนดนิติสัมพันธ์ที่มีช่วงระยะเวลาอันมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ในการให้ยืมเงินในทางกฎหมายมหาชน

กรณี que เห็นว่าเป็น “สัญญาทางปกครอง” (Verwaltungsvertrag) ระหว่างฝ่ายปกครองในฐานะผู้ให้เงินสนับสนุนกับเอกชนในฐานะผู้รับการสนับสนุนทางการเงิน โดยในสัญญาดังกล่าว กำหนดเงื่อนไขและอัตราการเบิกจ่ายเงินกู้ การจ่ายเงินกู้ และดอกเบี้ย สัญญาดังกล่าวกำหนดความสัมพันธ์ในการกู้ยืมเงินในทางกฎหมายมหาชน

¹⁶⁹ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 17 Rn. 21 ff. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน,

กรณี que เห็นว่าเป็น “สัญญาตามกฎหมายเอกชน” (Privatrechtlicher Vertrag) ระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนในการทำสัญญากู้ยืมเงินตามมาตรา 607 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ทั้งที่ โดยแท้ที่จริงแล้วการที่ฝ่ายปกครองกระทำการสนับสนุนทางการเงินเป็นการดำเนินการที่เป็น ลักษณะทางกฎหมายมหาชน และผูกพันอยู่กับกฎหมายมหาชน

ทางเลือกรั้งสามประการดังกล่าวข้างต้นนั้น แสดงให้เห็นว่าในปัจจุบันทั้งในทางทฤษฎี และในทางปฏิบัติไม่มีความจำเป็นที่จะคงไว้ซึ่งทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนซึ่งเกิดขึ้นด้วยเหตุผลในทาง ประวัติศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการให้การสนับสนุนทางการเงินโดยการให้กู้เงิน (Subventionsdarlehen) นั้นเอง เนื่องจากในทางกฎหมายเอกชนทางปกครอง (verwaltungsprivatrechtlich) มีหลักประกันที่ว่ามีความจำเป็นที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีความผูกพันในทางกฎหมายมหาชน (öffentlich-rechtliche Bindungen) เช่น ผูกพันต่อหลักความเสมอภาค (Der Gleichheitssatz) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการให้เงินสนับสนุนซึ่งจะต้องเป็นไปตามฐานทางกฎหมายและเป้าหมายของกฎหมายมหาชน (เว้นเสียแต่ในกรณีของกฎหมายเอกชนทางปกครอง (Das Verwaltungsprivatrecht)) แม้ว่าในบางกรณีจะมีการนำเอาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ในส่วนของความเห็น ที่ได้รับความนิยมนคือ กรณีที่เห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครองนั้น จะสามารถใช้ได้เฉพาะในกรณีที่ ความสัมพันธ์เกี่ยวกับการกู้ยืมเงินในการกระทำเป็นการเฉพาะกรณี แต่โดยหลักแล้วการให้กู้ยืมเงิน ดังกล่าวจะถูกกำหนดเอาไว้โดยกฎหมายหรือข้อกำหนดของฝ่ายปกครอง เอกชนมีเพียงทางเลือกเดียว คือ การที่จะยอมรับเอาเงื่อนไขที่กำหนดโดยฝ่ายปกครองหรือปฏิเสธเสียทั้งหมด แต่ทั้งนี้ ก็ไม่ได้ หมายความว่าไม่มี “คำเสนอ” เช่นเดียวกับกรณีของการทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติแล้วความแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่มีข้อกำหนดและเงื่อนไขประกอบคำสั่งทาง ปกครองกับกรณีสัญญาดังกล่าวนี้ไม่มีอยู่เลย ดังนั้น โดยทั่วไปจึงเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครอง¹⁷⁰

¹⁷⁰ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 17 Rn. 24 ff. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน,

3.5 การเปรียบเทียบทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ กับทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน

จากการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ หรือ *Acte détachable* ของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน (*le double niveau* หรือ *Die Zweistufentheorie* หรือ *Die Zweistufenlehre*) ของระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีทั้งสองต่างก็มีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครอง และทำให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองได้

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้หรือ *Acte détachable* เป็นทฤษฎีที่เกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ซึ่งเกิดขึ้นและมีพัฒนาการมาจากการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศส ที่ส่งผลให้บุคคลภายนอกสัญญาสามารถกล่าวอ้างและฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ต่อศาลปกครองได้ โดยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นหมายความว่านิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกจากนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำอื่นได้ เช่น มติคณะรัฐมนตรีที่เกิดขึ้นก่อนมีการลงนามในสนธิสัญญาอันเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งโดยปกติแล้วการกระทำทางรัฐบาลจะไม่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หรือในกรณีสัญญาทางปกครองนั้น นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จะหมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญาแต่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีขึ้นในระหว่างการร่างสัญญา นิติกรรมเกี่ยวกับการทำสัญญา รวมทั้งนิติกรรมบางอย่างที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การปฏิเสธที่จะแก้ไขสัญญา เป็นต้น ตลอดจนกฎระเบียบของฝ่ายปกครอง หรือการกระทำทางปกครองที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องกับการบวนการทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งสามารถแยกออกได้จากสัญญาทางปกครองนั้น ๆ

นิติกรรมทางปกครองที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นนี้ ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่บุคคลภายนอกสัญญาหรือบุคคลสามารถหยิบยกมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นการฟ้องคดีประเภทขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำนอกขอบอำนาจ (*le recours d'excès de pouvoir*) โดยในการฟ้องคดีดังกล่าวนี้ ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาได้เพียงการยกเลิก (*l'annulation*)

นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ และการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็จะต้องเคารพหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายด้วย

สำหรับผลทางกฎหมายของการที่ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้น ได้มีความเห็นที่สำคัญอยู่ 2 แนวความเห็น โดยความเห็นที่หนึ่งมีความเห็นว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางที่อาจแยกฟ้องได้นั้นจะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นผลจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวโดยทันที ซึ่งในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น การเพิกถอนดังกล่าวย่อมมีผลโดยอัตโนมัติให้สัญญาทางปกครองสิ้นผลบังคับลงโดยไม่ต้องมีการฟ้องต่อศาลให้ศาลพิพากษาให้สัญญานั้นสิ้นผลอีกครั้งหนึ่งแต่อย่างใด ในขณะที่ความเห็นที่สองมีความเห็นว่า การที่นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ถูกเพิกถอนนั้น กรณีดังกล่าวหาได้มีผลกระทบโดยตรงต่อความสมบูรณ์ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นผลจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแต่ประการใดไม่ โดยในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นจะมีผลเป็นเพียงเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำมากล่าวอ้างเพื่อขอยกเลิกสัญญาโดยการฟ้องร้องต่อศาลต่อไป ซึ่งตราบไต่ยังไม่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองด้วยเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ซึ่งเกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาแล้ว สัญญาดังกล่าวย่อมยังคงมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญาต่อไป และความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างคู่สัญญายังคงเป็นเช่นเดิม¹⁷¹

ทั้งนี้ ศาลปกครองของฝรั่งเศสก็ได้นำแนวความคิดของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้ในคดีพิพาทหลายประเภท ตั้งแต่คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือการกระทำทางรัฐบาล คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง คดีพิพาททางภาษี คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินของเอกชนที่อยู่ในครอบครองของฝ่ายปกครอง รวมทั้งทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินการทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คดีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืน ตลอดจนคดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาล

¹⁷¹ บุบผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, หน้า 144.

ในขณะที่ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน (le double niveau หรือ Die Zweistufentheorie หรือ Die Zweistufenlehre) ของระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน เป็นทฤษฎีหนึ่งซึ่งปรากฏในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันอันมีที่มาจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์อย่างชัดเจนว่าเกิดจากความจำเป็นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือในการดำเนินการให้ความช่วยเหลือสนับสนุนเอกชนในการฟื้นฟูสถานะในทางเศรษฐกิจของตนเอง โดยทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนได้รับการเผยแพร่อย่างกว้างขวางและมีที่มาดั้งเดิมจากการสร้างรูปแบบในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้การสนับสนุนหรือความช่วยเหลือทางการเงินของรัฐ (Subventionswesen) และเป็นทฤษฎีเกี่ยวกับการพิจารณาเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลว่าหากเกิดข้อพิพาทในเรื่องใดแล้ว จะนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรม กล่าวคือ ทฤษฎีนี้จะใช้ในการพิจารณาว่าศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน อันสอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายเยอรมัน สำหรับกรณีนี้คือการที่ในระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ไม่เป็นการดำเนินการของฝ่ายปกครองในขอบเขตของกฎหมายมหาชน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้มีการนำทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนมาพิจารณาและปรับใช้กับกรณีที่ฝ่ายปกครองให้เงินสนับสนุนแก่เอกชน ตลอดจนได้รับการนำไปปรับใช้ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองในหลายกรณี เช่น การให้เงินกู้ยืมโดยมีดอกเบี้ย การออกหนังสือค้ำประกันโดยสหพันธรัฐหรือการรับประกันโดยสหพันธรัฐในธุรกิจการส่งออก อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีของการให้เงินสนับสนุนโดยไม่ต้องใช้คืน (die Vergabe verlorener Zuschüsse) นั้น มีความเห็นว่าเป็นกรณีของการกระทำในทางกฎหมายมหาชน (คำสั่งทางปกครอง) ทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ได้มีการนำทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนไปปรับใช้กับกรณีของการเข้าใช้บริการสถานที่ของรัฐ (die Nutzung öffentlicher Einrichtungen) หรือการใช้สถานที่ของฝ่ายปกครอง (Die Benutzung öffentlicher Einrichtungen) อีกด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติจะปรากฏกรณีดังกล่าวไม่มากนัก ทั้งนี้ การใช้หรืออนุญาตให้ใช้สถานที่ดังกล่าวจะต้องได้รับการอนุมัติหรืออนุญาต แต่การพิจารณาว่าจะให้เอกชนเข้าใช้ในสถานที่นั้นภายใต้ขอบเขตเพียงใดหรืออย่างไรนั้น จะกระทำโดยการทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน

ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน (le double niveau หรือ Die Zweistufentheorie หรือ Die Zweistufenlehre) จะมีความหมายตามชื่อของทฤษฎี กล่าวคือ ทฤษฎีนี้จะพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนออกเป็น 2 ขั้นตอน โดยในขั้นตอนที่หนึ่งเป็นกรณีของการตัดสินใจของฝ่ายปกครองว่าจะกระทำการหรือไม่ เช่น การที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งอนุมัติหรือปฏิเสธคำขอของเอกชน ซึ่งในขั้นตอนนี้ถือว่าฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน และคำสั่งดังกล่าวถือว่าเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะกรณีจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ส่วนขั้นตอนที่สองจะเป็นขั้นตอนการดำเนินการต่อเนื่องหรือให้ปฏิบัติตามคำสั่งอนุมัติที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่ง โดยในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งอนุมัติ ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาว่าจะดำเนินการตามคำสั่งอนุมัตินั้นอย่างไร โดยเป็นขั้นตอนของการจัดทำและลงนามสัญญากับเอกชน เช่น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือเป็นการกระทำในขั้นตอนที่หนึ่งไปแล้ว ในขั้นตอนที่สองนี้ก็จะเป็นการดำเนินการจัดทำสัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายแพ่งระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชน ผู้รับเงินสนับสนุน อันส่งผลให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการจัดทำหรือปฏิบัติตามสัญญาทางแพ่งดังกล่าวอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างคำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่งกับสัญญาที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่สองนั้น ได้มีความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของทั้งสองขั้นตอนที่สำคัญ 2 ความเห็น โดยความเห็นแรกนั้นเห็นว่า คำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่งได้ถูกบังคับและสิ้นสุดไปโดยผลของการทำสัญญาในขั้นตอนที่สองแล้ว อาทิ สัญญากู้ยืมเงิน (เช่นกรณีของคำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐ แบนกคดีแพ่ง ที่ BGHZ 40, 206) ส่วนอีกความเห็นหนึ่งนั้นเห็นว่าคำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่งยังมีผลอยู่ต่อไปและมีผลต่อการกระทำในขั้นตอนที่สอง (เช่นกรณีของคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐที่ BVerwGE 35, 170 และความเห็นของ Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 86 f.)

ความเห็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ข้างต้นได้ส่งผลต่อผลทางกฎหมายของสัญญาภายหลังจากการที่คำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่ง ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะหรือศาลได้วินิจฉัยให้ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว โดยในกรณีดังกล่าวนี้

มีความเห็นหลายประการ อาทิ คำสั่งในชั้นตอนที่หนึ่งเป็นเงื่อนไขของความมีผลของสัญญาในชั้นตอนที่สองอันส่งผลให้สัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ คำสั่งในชั้นตอนที่หนึ่งเป็นเหตุของสัญญาที่ยืมเงินอันส่งผลให้สัญญาและเงินที่จ่ายออกไปแล้วตามสัญญาในชั้นตอนที่สองถูกเรียกคืนได้ คำสั่งในชั้นตอนที่หนึ่งเป็นฐานของสัญญาในชั้นตอนที่สองอันส่งผลให้สามารถบอกเลิกสัญญานั้นได้ และคำสั่งในชั้นตอนที่หนึ่งนั้นถูกบังคับและสิ้นผลไปพร้อมกับการทำสัญญาในชั้นตอนที่สองแล้วและไม่มีผลใด ๆ ต่อสัญญานั้นได้อีก เป็นต้น ซึ่งความเห็นที่ว่า คำสั่งในชั้นตอนที่หนึ่งเป็นเงื่อนไขของความมีผลของสัญญาในชั้นตอนที่สองอันส่งผลให้สัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ นั้น เป็นความเห็นที่ได้รับการยอมรับเป็นลำดับต้น ๆ แต่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องถือว่าทั้งสองชั้นตอนมีความเกี่ยวข้องกันอยู่อย่างใกล้ชิดนั่นเอง

ทั้งนี้ ทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนมีวัตถุประสงค์เพื่อชี้ให้เห็นว่านิติสัมพันธ์ (Rechtsverhältnis) ของฝ่ายปกครองบางประเภทอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน โดยถือว่าความสัมพันธ์พื้นฐาน (Grundverhältnis) และความสัมพันธ์ในชั้นตอนการทำสัญญา (Abwicklungsverhältnis) นั้น มีความแตกต่างกัน โดยในขณะที่การตัดสินใจว่าจะกระทำการหรือไม่ซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์พื้นฐานจะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจในทางกฎหมายมหาชนอันอยู่ภายใต้พิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง แต่ชั้นตอนที่กำหนดความสัมพันธ์ต่อเนื่องจากการตัดสินใจซึ่งเป็นชั้นตอนของการทำสัญญานั้นจะเป็นกรณีของกฎหมายเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้พิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ หรือ Acte détachable และทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอน (le double niveau หรือ Die Zweistufentheorie หรือ Die Zweistufenlehre) แล้ว กรณีจะเห็นได้ว่า ทฤษฎีทั้งสองมีความเหมือน และความแตกต่างกันในประการสำคัญโดยผู้เขียนมีความเห็นว่า ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นมีความเหมือนกับทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนในประเด็นที่สำคัญ 2 ประการ คือ ประเด็นสถานะทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่สามารถออกจากสัญญาได้ และประเด็นเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ดังต่อไปนี้

1. ประเด็นสถานะทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่สามารถออกจากสัญญาได้

การปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้กับทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนนั้น มีวัตถุประสงค์ในการพิจารณาและแบ่งแยกการกระทำของฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นในการตัดสินใจของฝ่ายปกครองออกมาจากสัญญา ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งก็ตาม โดยทฤษฎีทั้งสองต่างก็เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครองรูปแบบหนึ่งซึ่งสามารถแบ่งแยกออกจากสัญญาและผู้มีสิทธิฟ้องคดีสามารถนำนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไปฟ้องร้องต่อศาลได้

2. ประเด็นเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

การปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้กับทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนนั้น ทำให้สามารถพิจารณาและแยกนิติกรรมทางปกครองที่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองออกมาเพื่อให้ผู้มีสิทธิฟ้องคดีสามารถนำนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ โดยจะเห็นได้อย่างชัดเจนในกรณีที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซึ่งทั้งสองทฤษฎีได้แยกนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในการตัดสินใจออกมาเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้ ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งก็ตาม

สำหรับความแตกต่างระหว่างทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มีความแตกต่างกับทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ทฤษฎีทั้งสองมีความแตกต่างกันในประเด็นที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ ประเด็นขอบเขตและบริบทของการปรับใช้ทฤษฎี ประเด็นวัตถุประสงค์ของการปรับใช้ทฤษฎี และประเด็นผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ดังนี้

1. ประเด็นขอบเขตและบริบทของการปรับใช้ทฤษฎี

ระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสได้มีการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้กับคดีพิพาทประเภทอื่น ๆ อีกหลายประเภทนอกเหนือจากคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อาทิ คดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือการ

กระทำทางรัฐบาล คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง คดีพิพาททางภาษี คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินของเอกชนที่อยู่ในครอบครองของฝ่ายปกครอง รวมทั้งทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินการทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คดีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืน ตลอดจนคดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาล

ในขณะที่ทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนนั้น จะมีการปรับใช้ทฤษฎีในบริบทของกฎหมายปกครองเฉพาะที่สำคัญใน 2 กรณี ได้แก่ การให้การสนับสนุนของฝ่ายปกครอง (Subvention) และการใช้สถานที่ของฝ่ายปกครอง (Die Benutzung öffentlicher Einrichtungen) ซึ่งทั้งสองกรณีล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน โดยยังไม่ปรากฏว่าได้มีการนำทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนไปปรับใช้ในคดีพิพาทประเภทอื่น ๆ อย่างชัดเจน ดังเช่นการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสแต่ประการใด

2. ประเด็นวัตถุประสงค์ของการปรับใช้ทฤษฎี

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และสามารถฟ้องร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองได้มากขึ้น ซึ่งเป็นการสร้างสิทธิการฟ้องคดีปกครองรูปแบบใหม่และเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการฟ้องคดีรูปแบบเดิม ดังจะเห็นได้อย่างชัดเจนในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยบุคคลภายนอกสัญญา (อาทิ ผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้เข้าร่วมประกวดราคาที่ไม่ได้รับการคัดเลือก ผู้ใช้บริการสาธารณะ) ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาทางปกครอง (acte détachable) ต่อศาลปกครองได้ กรณีจึงเห็นได้ว่า ทฤษฎีดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีและเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง

ในขณะที่ทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนนั้น เป็นทฤษฎีที่มีขึ้นเพื่อพิจารณาว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว ข้อพิพาทดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด กล่าวคือ ข้อพิพาทนั้นจะอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง โดยทฤษฎีนี้จะ

ไม่ได้มีเนื้อหาหรือสาระสำคัญเกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลโดยเฉพาะดังเช่นการปรับใช้
ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสแต่ประการใด

3. ประเด็นผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

แม้ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จะมีความเห็นเกี่ยวกับผลของการ
เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ต่อความสมบูรณ์ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือ
เป็นผลจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวที่สำคัญอยู่ 2 แนวความเห็นดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่แนวคำ
พิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสส่วนใหญ่ได้เป็นไปในแนวทางที่ว่า การที่ศาลได้เพิกถอน
นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องนั้น การเพิกถอนดังกล่าวไม่ได้มีผลกระทบโดยตรงต่อความ
สมบูรณ์หรือมีผลกระทบกระเทือนต่อการคงอยู่ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นผลจากนิติ
กรรมทางปกครองดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากเมื่อนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวสามารถแยกฟ้องต่อ
ศาลได้แล้ว ผลของการเพิกถอนนิติกรรมนั้นก็ควรจะต้องเป็นการบังคับแยกต่างหากเช่นกัน โดยใน
กรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้อง
ได้นั้นจะมีผลเป็นเพียงเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำมากล่าวอ้างเพื่อขอยกเลิกสัญญาโดยการ
ฟ้องร้องต่อศาลต่อไป ซึ่งตราบไต่ยังไม่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองด้วยเหตุความไม่
ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ซึ่งเกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาแล้ว
สัญญาดังกล่าวย่อมยังคงมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญาต่อไป และความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่าง
คู่สัญญายังคงเป็นเช่นเดิม

ในขณะที่ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนนั้น ได้มีความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับ
ความสัมพันธ์ของทั้งสองขั้นตอนที่สำคัญ 2 ความเห็น โดยความเห็นแรกนั้นเห็นว่า คำสั่งอนุมัติ คำสั่ง
อนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่งได้ถูกบังคับและสิ้นผลไปโดยผลของการทำสัญญาใน
ขั้นตอนที่สองแล้ว และความเห็นที่สองซึ่งเห็นว่า คำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้น
ในขั้นตอนที่หนึ่งยังมีผลอยู่ต่อไปและมีผลต่อการกระทำในขั้นตอนที่สอง ทั้งนี้ ความเห็นเกี่ยวกับ
ความสัมพันธ์ข้างต้นได้ส่งผลต่อผลทางกฎหมายของสัญญาภายหลังจากการที่คำสั่งอนุมัติ คำสั่ง
อนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่ง ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะหรือ
ศาลได้วินิจฉัยให้ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว โดยแม้จะมีความเห็นเกี่ยวกับผลทางกฎหมายดังกล่าว

อยู่หลายประการ แต่ความเห็นที่ว่า คำสั่งในชั้นตอนที่หนึ่งเป็นเงื่อนไขของความมีผลของสัญญาในชั้นตอนที่สองอันส่งผลให้สัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ นั้น เป็นความเห็นที่ได้รับการยอมรับเป็นลำดับต้น ๆ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าจะต้องถือว่าทั้งสองชั้นตอนมีความเกี่ยวข้องกันอยู่อย่างใกล้ชิดนั่นเอง กล่าวคือ หากปรากฏว่า คำสั่งในชั้นตอนที่หนึ่งและสัญญาในชั้นตอนที่สองมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดแล้ว การที่ศาลเพิกถอนคำสั่งอนุเมติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในชั้นตอนที่หนึ่ง ย่อมส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์หรือความคงอยู่ของสัญญาในชั้นตอนที่สองด้วย อันแตกต่างทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่มีแนวปฏิบัติว่า การเพิกถอนดังกล่าวไม่ได้มีผลกระทบโดยตรงต่อความสมบูรณ์หรือมีผลกระทบกระเทือนต่อการคงอยู่ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นผลจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแต่ประการใด



บทที่ 4

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายไทย

การศึกษาเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายไทยในบทนี้ จะทำการศึกษาข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยที่เกี่ยวกับทฤษฎีดังกล่าว ซึ่งจะทำให้เห็นการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในศาลปกครองไทยชัดเจนยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ จากการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยนั้น แม้ศาลปกครองไทยจะยังมีได้กล่าวอ้างถึงการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวอย่างชัดเจนในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่จากการศึกษาก็พบว่า ในปัจจุบัน ได้มีการพัฒนาแนวความคิดและปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองแล้ว

4.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายไทย

ในกระบวนการทำสัญญาทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองอาจกระทำอันมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวหรือที่เรียกว่าคำสั่งทางปกครองขึ้นในชั้นตอนต่าง ๆ ได้ ตั้งแต่ช่วงก่อนทำสัญญาจนถึงภายหลังที่ได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว เช่น การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอของผู้เสนอเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐ คำสั่งอนุมัติให้ทำสัญญา หรืออาจจะเป็นคำสั่งให้ยกเลิกกระบวนการทำสัญญาต่าง ๆ เป็นต้น โดยคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะมีความเกี่ยวเนื่องและเกี่ยวพันกับตัวสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายโดยตรง ซึ่งเมื่อมีการลงนามในสัญญาทางปกครองแล้ว ย่อมจะก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองขึ้นผูกพันระหว่างคู่สัญญา และคำสั่งทางปกครองที่ออกโดย

ฝ่ายปกครองนั้นจะเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง กรณีจะเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองประเภทดังกล่าวจะไม่มีความเป็นเอกเทศแยกออกจากตัวสัญญาแต่ประการใด¹⁷²

อย่างไรก็ตาม ในทางทฤษฎีแล้ว จะถือว่าคำสั่งทางปกครองข้างต้นเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกออกจากตัวสัญญาทางปกครองได้ ดังนั้น หากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธินำคำสั่งทางปกครองนั้นมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ...”

เนื่องจากการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาทางปกครองข้างต้นเป็นคดีพิพาทประเภทหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ในการพิพากษาคดีดังกล่าว ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับโดยสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยศาลมีอำนาจกำหนดว่าจะให้การเพิกถอน

¹⁷² เรื่องเดียวกัน, 143.

ดังกล่าวมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสองแห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งบัญญัติว่า

“ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

...

ในการมีค่าบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี”

สำหรับผลทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นต่อสัญญาทางปกครองภายหลังจากที่ศาลปกครองได้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาทางปกครองได้นั้น อาจจำแนกแนวทางตามความเห็นของนักวิชาการในประเทศไทยในเรื่องดังกล่าวที่สำคัญออกได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้¹⁷³

แนวทางแรกเห็นว่า หากคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาทางปกครองถูกยกเลิกเพิกถอนแล้ว การเพิกถอนดังกล่าวจะมีผลโดยอัตโนมัติหรือมีผลโดยทันทีทำให้สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องโดยตรงกับสัญญาทางปกครองนั้นสิ้นผลบังคับ นอกจากนี้ แม้กฎหมายจะกำหนดให้กระบวนการก่อนการทำสัญญาเป็นนิติกรรมที่แยกต่างหากจากสัญญาทางปกครอง ซึ่งทำให้การฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปตามหลักทั่วไปของการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี

¹⁷³ เรื่องเดียวกัน, 144-145.

คดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จากสัญญาทางปกครองนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองและไม่อาจแยกออกจากสัญญาทางปกครองได้ เพราะโดยลักษณะของนิติกรรมดังกล่าวที่มุ่งสู่ผลของการทำสัญญา และวัตถุประสงค์ของผู้ใช้สิทธิฟ้องคดีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ย่อมมุ่งสู่ความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองโดยตรง ดังนั้น หากนิติกรรมทางปกครองถูกเพิกถอนแล้วก็ย่อมส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญานั้นโดยทันที โดยมีสาเหตุและไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีต่อศาลเป็นอีกคดีหนึ่งเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนสัญญาทางปกครองนั้นหรือพิพากษาให้สัญญาทางปกครองนั้นสิ้นผล อันเป็นการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ประการใด มิเช่นนั้นแล้ว การให้บุคคลภายนอกสัญญามีสิทธิฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่บรรลุผล

ส่วนแนวทางที่สองนั้น มีการให้ความเห็นว่า การที่คำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครอง และเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้นถูกเพิกถอนแล้ว กรณีดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้สัญญาทางปกครองถูกยกเลิกโดยปริยายแต่ประการใด โดยสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่าง ๆ อันเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางปกครองนั้น จะยังคงผูกพันระหว่างคู่สัญญาอยู่เช่นเดิม ทั้งนี้ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลเป็นเพียงเหตุที่คู่สัญญาจะนำมากล่าวอ้างว่าสัญญาทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและยกเลิกสัญญาโดยการฟ้องคดีต่อศาล ตราบใดที่ยังไม่มีการฟ้องให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองด้วยเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการทำสัญญานั้นแล้ว สัญญาดังกล่าวก็ยังคงมีผลใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาตามปกติ

อย่างไรก็ตาม ในขณะนี้ ศาลปกครองก็ยังมีได้วางบรรทัดฐานการวินิจฉัยในประเด็นของผลที่เกิดขึ้นจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้ในภายหลังจากที่มีการทำสัญญาทางปกครองไปแล้วไว้โดยชัดแจ้งแต่ประการใด

4.2 การปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในศาลปกครองไทย

จากการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่ปรากฏในแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองของไทยนั้น พบว่า มีบางคำวินิจฉัยที่ศาลปกครองได้พิจารณาพิพากษาคดีไปในแนวทางที่สอดคล้องและเป็นไปตามทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้แล้ว เพียงแต่ศาลปกครองจะมีได้วินิจฉัยหรืออ้างถึงการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวอย่างชัดเจนในการพิจารณาพิพากษาคดี

ในบทนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอคำวินิจฉัยของศาลปกครองเฉพาะคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ศาลปกครองจะไม่ได้วินิจฉัยหรืออ้างถึงทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ไว้ในคำวินิจฉัยแต่ประการใด แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวก็มีเนื้อหาและเหตุผลที่สอดคล้องและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้แล้ว ดังนี้

4.2.1 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ในทางทฤษฎี สัญญาทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่งซึ่งในตัวเองแล้วจะเป็นนิติกรรมทางปกครองหลายฝ่าย ซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสิทธิ หน้าที่ และอาจมีข้อพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากนิติกรรมดังกล่าว แต่นอกจากตัวสัญญาทางปกครองแล้ว ก่อนที่จะมีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นนั้น หรือภายหลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาทางปกครองแล้วก็ดี ยังมีการกระทำของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองที่จะมีขึ้นหรือได้มีขึ้นแล้วอยู่ด้วย ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงมีมากกว่าการควบคุมตรวจสอบเฉพาะแต่สัญญาทางปกครองซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองอันหนึ่งอันใดเพียงนิติกรรมเดียว หากแต่ยังมีการเกิดขึ้นของการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองอย่างอื่นซึ่งอาจเป็นเหตุให้เกิดข้อพิพาทกันอยู่ในกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองด้วย โดยในบางกรณีจะมีความซับซ้อนมากกว่าการควบคุมตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองอันหนึ่งอันใดเพียงนิติกรรมเดียว เนื่องจากอาจมีการเกิดขึ้นของนิติกรรมทางปกครองหลายอันซ้อนกันอยู่

ผลที่เกิดขึ้นจากการจัดทำและลงนามในสัญญาทางปกครองนั้นอาจมีได้หลายกรณี และจะไม่ใช่เพียงผลทางกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ซึ่งการแก้ไขเยียวยาผลกระทบดังกล่าวจะสามารถกระทำได้โดยเพียงการลบล้างผลทางกฎหมายเท่านั้น หากแต่จะมีผลกระทบในเชิง

ทรัพย์สินที่เกิดขึ้นแล้วในความเป็นจริงด้วย การแก้ไขเยียวยาผลกระทบตลอดจนความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยลบล้างผลเฉพาะผลทางกฎหมายเท่านั้นจึงอาจยังไม่เพียงพอต่อการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่เกิดขึ้น

ในส่วนของข้อพิพาทในกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นผู้สัญญาในสัญญาทางปกครองนั้น จากการศึกษาแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองนั้น พบว่า ศาลปกครองได้กำหนดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาทางปกครองไว้ 3 ประเภทด้วยกันดังต่อไปนี้¹⁷⁴

1. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2. คดีพิพาทเกี่ยวกับละเมิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

3. คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

นอกจากนี้ สภาพของข้อพิพาททางสัญญาทางปกครองที่แตกต่างจากข้อพิพาทในคดีปกครองทั่วไปดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ทำให้เกิดประเด็นสำคัญในทางกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองอย่างน้อยสองประเด็น กล่าวคือ การกำหนดประเภทคดีอันเกี่ยวข้องกับข้อพิพาททาง

¹⁷⁴ ญูดานาฎ ขอบาพั๊ด, "สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจากกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นผู้สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 40.

สัญญาทางปกครอง และลักษณะเฉพาะทางกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองอันเกิดจากสภาพของข้อพิพาททางสัญญาทางปกครอง ดังนี้¹⁷⁵

4.2.1.1 การกำหนดประเภทคดีอันเกี่ยวเนื่องกับข้อพิพาททางสัญญาทางปกครอง : การพิจารณาสถานะทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งข้อพิพาทโดยแยกออกจากตัวสัญญาทางปกครอง

โดยที่ได้มีการบัญญัติให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีพิพาทประเภทหนึ่งที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังกล่าวตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4)¹⁷⁶ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้ใช้ถ้อยคำสั้น ๆ แต่เพียงว่า “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” โดยมีได้มีบทนิยาม คำอธิบายหรือรายละเอียดหลักเกณฑ์ใด ๆ เพิ่มเติม อันทำให้เกิดความเข้าใจภาพรวมของการฟ้องคดีอันเกี่ยวเนื่องกับข้อพิพาททางสัญญาทางปกครองกัน โดยทั่วไปว่า ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และหากมีการฟ้องคดีเรื่องข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแล้ว จะต้องฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ดังกล่าว ซึ่งในการพิพากษาคดีพิพาทดังกล่าวนี้ ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับโดยสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ โดยในกรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่งให้ผู้ใดชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษาแล้ว ถ้าผู้นั้นไม่ชำระเงินหรือส่งมอบ

¹⁷⁵ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (ม.ป.ท.: สถาบันพระปกเกล้า และสำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.), หน้า 345-355.

¹⁷⁶ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

...

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ...”

ทรัพย์สิน ศาลปกครองมีอำนาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้อีกด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3)¹⁷⁷ ประกอบมาตรา 72 วรรคสี่¹⁷⁸ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ตาม จากการตรวจสอบการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองและการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีการเปิดเผยต่อสาธารณชนนั้น ยังไม่ปรากฏว่า ศาลปกครองหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วางบรรทัดฐานการพิจารณาตีความในประเด็นที่ว่า การฟ้องคดีเรื่องข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทุกคดีจะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เสมอไปหรือไม่ อย่างไร แต่ประการใด

ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายไทยได้มีการให้นิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยให้บทนิยามดังกล่าวหมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การ

¹⁷⁷ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

...

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการทะเลาะเมิดหรือความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ...”

¹⁷⁸ มาตรา 72 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“...

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่งให้ผู้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้นั้นไม่ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้ ...”

อนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึง การออกกฎ นอกจากนี้ ยังให้หมายความถึงการอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ต่อมา นายกรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้อำนาจตามความในมาตรา 5 (2) ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง”¹⁷⁹ ประกอบกับมาตรา 6¹⁸⁰ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎกระทรวงที่กำหนดให้การดำเนินการในบางเรื่องของเจ้าหน้าที่เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไว้ดังนี้

“...ให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

1. การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณี

ดังต่อไปนี้

¹⁷⁹ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้

...

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ...”

¹⁸⁰ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและประกาศ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงและประกาศนั้น เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้”

(1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อมา เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใด ในลักษณะเดียวกัน

(4) การสั่งให้เป็นผู้ที่จ้างงาน

2. การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา ...”

ทั้งนี้ กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีเจตนารมณ์ปรากฏตามหมายเหตุท้ายกฎกระทรวงดังกล่าว¹⁸¹ ซึ่งสรุปได้ว่า อาจมีปัญหาการตีความคำสั่งของเจ้าหน้าที่ในบางกรณีว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และคำสั่งดังกล่าวมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลและประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น เพื่อให้การออกคำสั่งที่เป็นปัญหานี้ดำเนินไปด้วยความเป็นธรรมสมควรกำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับนี้เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ข้างต้น แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎกระทรวงฉบับนี้ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิ

¹⁸¹ หมายเหตุท้ายกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ระบุว่า

“เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ คือ โดยที่คำสั่งของเจ้าหน้าที่ในบางกรณีอาจมีปัญหาการตีความว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และคำสั่งดังกล่าวมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลและประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้การออกคำสั่งที่เป็นปัญหานี้ดำเนินไปด้วยความเป็นธรรมสมควรกำหนดให้เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้”

ประโยชน์หรือการมีคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการก่อนการทำสัญญาเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการหรือมีคำสั่งรับคำเสนอขายรับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ หรือการอนุมัติสั่ง ซื้อ แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ ตลอดจนการให้ทุนการศึกษา ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่า ระบบกฎหมายไทยยอมรับว่า การดำเนินการหรือการมีคำสั่งในหลายกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นถือเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครอง และข้อพิพาทที่เกิดจากกรณีดังกล่าวจะมีสถานะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากคำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง¹⁸² อันทำให้การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองนั้นน่าจะเป็นการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹⁸³

ทั้งนี้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองมีสถานะทางกฎหมายที่พิเศษแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป โดยเฉพาะในสัญญาทางปกครองบางประเภทซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ หรือสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะและงานโยธาสาธารณะ นั้น บางเรื่องแม้ว่าจะเป็นการตกลงยินยอมระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่จะก่อนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกันภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดก็ตาม แต่ก็มีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับคำสั่งทางปกครองด้วย โดยเฉพาะในกระบวนการก่อนและหลังการทำสัญญานั้นซึ่ง

¹⁸² ญูดานากู ขออาพัต, "สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจากกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย," หน้า 42.

¹⁸³ อย่างไรก็ตาม อาจมีนักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่า แม้ระบบกฎหมายไทยได้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของการดำเนินการหรือการมีคำสั่งบางกรณีเป็นคำสั่งทางปกครองอีกอันหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาทางปกครองดังที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ตาม แต่อาจมีปัญหายุ่งยากหากมีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการหรือการมีคำสั่งดังกล่าวแล้ว และได้มีการนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว คดีดังกล่าวจะถือว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือเป็นคดีพิพาทในอนุมาตราอื่นของมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติถึงคดีพิพาทประเภทและลักษณะอื่น ๆ ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไว้

ล้วนแล้วแต่มีผลโดยตรงต่อข้อกำหนดในสัญญา และข้อสัญญาดังกล่าวก็อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายนอกได้ ซึ่งแม้บุคคลดังกล่าวจะมีใช้สัญญาแต่ก็อาจเป็นผู้ให้บริการสาธารณะที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากสัญญาดังกล่าวก็ได้

เมื่อพิจารณานิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 รวมถึงกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ได้กำหนดให้การดำเนินการหรือการมีคำสั่งของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในบางกรณีเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จึงมีประเด็นปัญหาว่า หากภายหลังจากที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดำเนินการจัดทำและลงนามในสัญญาแล้ว บุคคลภายนอกสัญญาจะมีสิทธิฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำและลงนามในสัญญาทางปกครองดังกล่าวหรือไม่ เพียงใด และหากบุคคลนั้นสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้แล้ว กรณีดังกล่าวจะเป็นคดีพิพาทประเภทใดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) หรือเป็นคดีพิพาทในอนุมาตราอื่นของมาตรา 9 เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้คดีพิพาทในลักษณะอื่น ๆ อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเอาไว้ด้วย

สำหรับประเด็นปัญหาข้างต้นนั้น อาจพิจารณาได้ว่า ปัญหาในประเด็นนี้มีอยู่ 2 ระดับ ได้แก่ ระดับแรก มีประเด็นว่า การกระทำต่าง ๆ ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายสมบูรณ์ในตัวเองเหล่านี้ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะสามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้หรือไม่ และระดับที่สอง หากยอมรับว่า ข้อพิพาทเนื่องจากการกระทำข้างต้นเป็นข้อพิพาทที่อาจนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้แล้ว จะมีประเด็นว่า การฟ้องคดีดังกล่าวจะเป็นการฟ้องคดีประเภทใดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมีรายละเอียดดังนี้

ปัญหาในประเด็นแรกที่ว่า การกระทำต่าง ๆ ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายสมบูรณ์ในตัวเองเหล่านี้ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะสามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้หรือไม่ นั้น เป็นปัญหาที่มีความสำคัญอย่างมากในเชิงกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง เพราะเกี่ยวข้องโดยตรงกับระบบการแก้ไขข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งจะทำให้การดำเนินคดีมีความแตกต่างกัน โดยได้

มีความเห็นทางวิชาการในเรื่องนี้ว่า ข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวที่แม้จะเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง หากแต่ไม่ได้เป็นข้อพิพาทในตัวสัญญาทางปกครองโดยตรงแล้ว จะสามารถนำข้อพิพาทนั้นมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้ด้วยเหตุผลหลายประการ ซึ่งรวมถึงเหตุผลที่สำคัญ 4 ประการดังต่อไปนี้¹⁸⁴

ประการที่หนึ่ง ในกรณีที่มีการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายหรือมีผลบังคับเป็นการทั่วไป การกระทำเหล่านั้นย่อมมีผลทางกฎหมายในตัวเอง ดังนั้น จึงอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลได้ โดยเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น กฎหมายจึงต้องยอมรับให้บุคคลดังกล่าวสามารถแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายนั้นโดยการฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้

ประการที่สอง หากยึดถือหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาที่ถือว่าสัญญาเป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้นอย่างเคร่งครัดแล้ว การฟ้องคดีต่อศาลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองก็จะจำกัดเฉพาะแต่บุคคลที่เป็นคู่สัญญาในสัญญานั้น ๆ เท่านั้น ทั้ง ๆ ที่คำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่มีใช้ตัวสัญญาทางปกครองโดยตรง แต่เกิดขึ้นก่อนมีการจัดทำหรือลงนามในสัญญาทางปกครองนั้นอาจกระทบกระเทือนสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่ยังไม่มีฐานะทางกฎหมายเป็นคู่สัญญาก็ได้ เช่น ผู้ที่เข้าร่วมเสนอราคาแต่ถูกตัดสิทธิหรือปฏิเสธการเสนอราคา ซึ่งแม้บุคคลนั้นจะมีได้มีฐานะเป็นคู่สัญญา แต่ก็ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการถูกปฏิเสธไม่พิจารณาข้อเสนอแล้ว ดังนั้น การยอมรับให้มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกต่างหากจากสัญญาได้ จะเป็นช่องทางเดียวที่จะทำให้มีการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าวและสามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างแท้จริง

¹⁸⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, หน้า 346-347.

ประการที่สาม ในกฎหมายไทยที่กำหนดประเภทคดีพิพาทที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งก็คือมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ได้บัญญัติถึงการฟ้องคดีพิพาทประเภทอื่นไว้ด้วยในอนุมาตราอื่น ๆ ดังนั้น เมื่อนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าวสามารถแยกออกจากกัน กล่าวคือสามารถแยกออกจากสัญญาทางปกครองได้แล้ว ประกอบกับหนทางแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้ก็สามารถรองรับการแก้ไขเยียวยาข้อพิพาทจากการกระทำเช่นนี้ได้อยู่แล้ว จึงต้องถือว่า การยอมรับให้บุคคลสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาทางปกครองได้นั้น เป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีปัญหาทางบทบัญญัติของกฎหมายแต่อย่างใด

ประการที่สี่ หากเปรียบเทียบหลักกฎหมายของต่างประเทศ เช่น หลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส แล้ว จะเห็นได้ว่า การแก้ปัญหาในลักษณะเช่นนี้ก็มีการยอมรับให้กระทำได้ในกฎหมายต่างประเทศเช่นกัน โดยศาลปกครองของฝรั่งเศสได้สร้างทฤษฎีการกระทำทางปกครองที่อาจแยกออกได้จากสัญญา (acte détachable) และยอมรับให้มีการฟ้องที่การกระทำทางปกครองนั้นเป็นคดีพิพาทอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวได้ต่างหากจากการฟ้องคดีต่อศาลในคดีสัญญา (juge du contrat) ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะแก้ปัญหาในลักษณะดังกล่าวนี้เอง¹⁸⁵

สำหรับปัญหาในประเด็นต่อมาที่ว่า หากมีการยอมรับให้มีการฟ้องข้อพิพาทอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แม้จะเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง แต่ไม่ได้เป็นข้อพิพาทในตัวสัญญาทางปกครองโดยตรง ต่อศาลปกครองแล้ว การฟ้องคดีดังกล่าวจะเป็นการคดีพิพาทประเภทใดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ก็ได้มีความเห็นทางวิชาการในเรื่องนี้ว่า หากเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกออกได้จากสัญญาทางปกครอง และประสงค์ที่จะให้มีการเพิกถอนหรือลบล้างผลทางกฎหมายของการกระทำดังกล่าวแล้ว ก็สามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองเป็นคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่ง

¹⁸⁵ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้มีการอธิบายถึงทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ หรือ Acte detachable ของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสไว้แล้วในบทที่ 3

พระราชบัญญัติดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับตัวสัญญาทางปกครองโดยตรง เช่น การปฏิบัติตามสัญญา ความสมบูรณ์ของสัญญา การสิ้นสุดของสัญญา แล้ว กรณีดังกล่าวย่อมต้องฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน¹⁸⁶

ในปัจจุบัน ปรากฏว่า ศาลปกครองในบางคดีได้มีการยอมรับให้มีการฟ้อง การกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาทางปกครองต่อศาลเป็นคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยแยกจากการฟ้องเกี่ยวกับตัวสัญญาทางปกครองโดยตรงเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ได้แล้ว โดยมีคดีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

**คำสั่งปกครองสูงสุดที่ 475/2558 (ระหว่าง นายเสรี อัจฉรรูจิ กับ
พวกรวม 108 คน ผู้ฟ้องคดี และ องค์การตลาด กระทรวงมหาดไทย ผู้ถูกฟ้องคดี)**

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีสืบเนื่องมาจากผู้ถูกฟ้องคดี ได้ดำเนินการให้เอกชนร่วมลงทุนพัฒนาก่อสร้างตลาดปากคลองเป็นอาคารคอนกรีตเสริมเหล็กความสูงไม่เกิน 16 เมตร จากระดับถนนสาธารณะ รวมทั้งพื้นที่รอบอาคารและริมแม่น้ำเจ้าพระยา ท่าเรือทางการเกษตร และท่าเรือท่องเที่ยวแยกเป็นสัดส่วน พร้อมทั้งที่จอดรถยนต์ตามเกณฑ์ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร โดยวิธีประมูลด้วยการยื่นข้อเสนอการพัฒนาโครงการและผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งปรากฏว่า บริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด เป็นผู้ชนะการประมูลได้สิทธิลงทุนพัฒนาก่อสร้างและบริหารโครงการปากคลองตลาด และได้ทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดีปิดประกาศให้ผู้เช่าแผงค้าทราบโดยทั่วกันตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง การพัฒนาปากคลองตลาด ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2553

¹⁸⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, หน้า 347.

ผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดเห็นว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าว ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการดำเนินการโดยไม่เปิดเผยหรือเผยแพร่ข้อมูลเหตุผลความจำเป็นในการจัดทำโครงการดังกล่าว หรือไม่ยอมทำประชาพิจารณ์ และไม่ยอมฟังความคิดเห็นของประชาชนในท้องถิ่นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 อีกทั้งการดำเนินการประมูลหาผู้ร่วมลงทุนพัฒนาตลาดข้างต้นไม่ถูกต้องตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง โดยผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดได้มีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งดังต่อไปนี้

1. ให้เพิกถอนสัญญาร่วมลงทุนพัฒนาก่อสร้างและบริหารโครงการปากคลองตลาด ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด
2. ให้ยกเลิกคำสั่งตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง การงดเก็บค่าเช่าพื้นที่และผลประโยชน์ ลงวันที่ 29 เมษายน 2554 และให้ผู้ถูกฟ้องคดีรับชำระค่าเช่าจากผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดตามสัญญาเดิมและตามหนังสือ ที่ มท 5101/ว. 1026 ลงวันที่ 28 เมษายน 2549 ที่เคยทำไว้กับผู้ถูกฟ้องคดี
3. ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดชำระค่าเช่าที่สำนักงานวางทรัพย์สิน กรมบังคับคดี ในระหว่างพิจารณาคดี ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่ยอมรับชำระหนี้ โดยปราศจากมูลเหตุอันจะอ้างตามกฎหมายได้

ทั้งนี้ ศาลปกครองในคดีนี้ได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ โดยศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันว่า คดีนี้สืบเนื่องมาจากผู้ถูกฟ้องคดีได้ดำเนินการให้เอกชนร่วมลงทุนพัฒนาก่อสร้างตลาดปากคลองตลาดเป็นอาคารคอนกรีตเสริมเหล็กความสูงไม่เกิน 16 เมตร จากระดับถนนสาธารณะ รวมทั้งพื้นที่รอบอาคารและริมแม่น้ำเจ้าพระยา ท่าเรือทางการเกษตร และท่าเรือท่องเที่ยวแยกเป็นสัดส่วน พร้อมทั้งที่จอดรถยนต์ ซึ่ง บริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด เป็นผู้ชนะการประมูลได้สิทธิลงทุนพัฒนาก่อสร้างและบริหารโครงการปากคลองตลาด และได้ทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดีปิดประกาศให้ผู้เช่าแผงค้าทราบโดยทั่วกันตามประกาศ

ของผู้ผูกฟ้องคดี เรื่อง การพัฒนาปากคลองตลาด ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2553 ซึ่งการที่ผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดเห็นว่าการกระทำของผู้ผูกฟ้องคดีดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนสัญญาร่วมลงทุนพัฒนาก่อสร้างและบริหารโครงการปากคลองตลาดระหว่างผู้ผูกฟ้องคดีกับบริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด จึงเป็นการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาให้สิทธิลงทุนพัฒนาก่อสร้างและบริหารโครงการปากคลองตลาด ระหว่างผู้ผูกฟ้องคดีกับบริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด ซึ่งสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง โดยผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดเป็นผู้เช่าแผงและผู้ค้าในตลาดปากคลองตลาดได้เป็นคู่สัญญาตามสัญญาดังกล่าว จึงถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากมีข้อโต้แย้งหรือสิทธิเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกับผู้ผูกฟ้องคดี

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ก็ได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ว่า เมื่อพิจารณาถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดแล้ว เห็นว่ามีความประสงค์ที่จะโต้แย้งการประกาศประมูลการยื่นข้อเสนอพัฒนาโครงการและผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่ผู้ผูกฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีนี้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว ศาลปกครองจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 625/2556 (ระหว่าง องค์การบริหารส่วนตำบลบางบุตร ผู้ฟ้องคดีที่ 1 องค์การบริหารส่วนตำบลบ้านค่าย ผู้ฟ้องคดีที่ 2 กับ นายสายัณห์ ยังดี ผู้ฟ้องคดีที่ 3 และ การประปาส่วนภูมิภาค ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับ กลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนเซอร์เตียม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2)

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้รับความเดือดร้อนจากกรณีที่ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้กลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนเซอร์เตียม เข้าร่วมลงทุนผลิตน้ำประปาและรับผิดชอบระบบจ่ายน้ำประปาให้กับสำนักงานประปาระยอง อายุสัญญา 25 ปี โดยข้อสัญญาที่กำหนดว่า หากกลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนเซอร์เตียม ไม่สามารถผลิตและจัดส่งน้ำประปาที่มีคุณภาพตรงตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (มอก.) เป็นเวลาต่อเนื่อง 30 วัน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 บอกลีกสัญญาได้นั้น จะทำให้ประชาชนผู้ใช้น้ำต้องเดือดร้อน เนื่องจากโดยปกติจะสามารถรองน้ำเก็บไว้ใช้ได้เพียง 2 ถึง 3 วันเท่านั้น และการจัดทำสัญญาดังกล่าวมิได้มีการจัดทำประชาพิจารณ์ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่อย่างใด นอกจากนั้น องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นหลายแห่งในจังหวัดระยองได้อุดหนุนงบประมาณให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อขยายเขตจ่ายน้ำประปา 1 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กลับนำทรัพย์สินเหล่านั้นให้กลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนเซอร์เตียม ทั้งที่เงินอุดหนุนดังกล่าวมาจากภาษีของประชาชน ผู้ฟ้องคดีทั้งสามจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนการทำสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับกลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนเซอร์เตียม และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยกเลิกโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในการดำเนินงานของสำนักงานประปาระยองระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับกลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนเซอร์เตียม

ศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้ ได้มีคำพิพากษาเป็นคำพิพากษาศาลปกครองระยอง คดีหมายเลขแดงที่ 31/2550 โดยศาลได้เพิกถอนกระบวนการคัดเลือกเอกชนให้ผลิตน้ำประปาเพื่อขยายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคในพื้นที่ของสำนักงานประปาระยอง จังหวัดระยอง และเพิกถอนสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการคัดเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลปกครองชั้นต้นได้วินิจฉัยว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งสามฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยขัดต่อรัฐธรรมนูญและมิได้ทำประชาพิจารณ์รวมทั้งมีข้อสัญญาที่เสียเปรียบ จะมีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี

ปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งการที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามมีคำขอให้ศาลพิจารณาคำพิพากษาเพิกถอนการทำสัญญา ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยกเลิกโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในการดำเนินงานของสำนักงานประปาระยอง นั้น เป็นคำขอที่ศาลสามารถมีคำสั่งบังคับได้ตาม มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

เมื่อผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายในการพัฒนาตำบลทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และอาจจัดให้มีน้ำเพื่อการอุปโภค บริโภค และการเกษตร รวมทั้งมีอำนาจและหน้าที่ จัดระบบการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเอง ในการสาธารณูปโภค และการก่อสร้างอื่น ๆ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 จึงมีส่วนได้เสียกับการจัดทำบริการ สาธารณะของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 หากผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จัดทำ บริการสาธารณะในลักษณะที่จะทำให้ประชาชนในท้องถิ่นต้องได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ไม่ว่าจะ ในกรณีของการจัดทำโครงการ กระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมลงทุนหรือการเข้าทำสัญญากับ เอกชนโดยมีข้อสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ถูกฟ้อง คดีที่ 1 ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้มีการตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายของการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ ในฐานะเป็นผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะ เดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สำหรับผู้ฟ้องคดีที่ 3 แม้เป็นเพียงประชาชนผู้ใช้น้ำ แต่หากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีผลทำให้การจัดทำบริการสาธารณะต้องเสียหายไป ผู้ฟ้องคดี ที่ 3 อาจได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ในที่สุด ผู้ฟ้องคดีที่ 3 จึงสามารถใช้ สิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้เช่นกัน

ทั้งนี้ ศาลปกครองระยองได้วินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีนี้ว่า เมื่อผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 มิได้ดำเนินโครงการนี้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการใน กิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตั้งแต่ต้น แต่ใช้วิธีการตามที่ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชี้แจงต่อศาลว่า หาก ข้อเสนอมีวงเงินลงทุนรวมกับมูลค่าทรัพย์สินของการประปาระยองถึง 1,000 ล้านบาท ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะยกเลิกการยื่นข้อเสนอและดำเนินการตามพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อไป โดยเมื่อพิจารณา เจตนารมณ์ของกฎหมาย มีหลักเกณฑ์ วิธีการที่แน่นอน โปร่งใส เป็นธรรม และเกิดประโยชน์สูงสุดต่อ

รัฐ ในการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินกิจการของรัฐ กฎหมายดังกล่าวจึงกำหนดขั้นตอนและวิธีการรวมทั้งองค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกไว้เป็นพิเศษเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้วิธีการตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชี้แจงต่อศาลหรือตามที่ได้กระทำไปแล้ว ย่อมเป็นช่องทางให้เกิดการหลีกเลี่ยงที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ โดยการประมาณการมูลค่าโครงการให้ไม่ถึง 1,000 ล้านบาท และเปิดโอกาสให้เอกชนยื่นข้อเสนอโดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องวงเงินลงทุน และหน่วยงานเจ้าของโครงการจะพิจารณาข้อเสนอของเอกชนอีกครั้งว่า จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการไม่ดำเนินการโครงการนี้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีผลให้กระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมทุนในกรณีนี้ขัดต่อพระราชบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น และหากให้มีการดำเนินการในลักษณะเช่นเดียวกับกรณีนี้ได้ จะเป็นช่องทางให้ไม่มีการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ดังที่กล่าวมาข้าง ศาลปกครองระยองจึงได้พิพากษาเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกเอกชนให้ผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคในพื้นที่ของสำนักงานประปาระยอง จังหวัดระยอง และเพิกถอนสัญญาาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการคัดเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองระยอง ต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองระยอง ซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นเป็นยกฟ้อง ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองของผู้ฟ้องคดีทั้งสาม ซึ่งได้อ้างถึงมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (4) กับมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยวินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 เป็นองค์การบริหารส่วนตำบล ส่วนผู้ฟ้องคดีที่ 3 เป็นประชาชนผู้อยู่อาศัยในพื้นที่ที่จะดำเนินการตามโครงการและสัญญาพิพาทระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยผู้ฟ้องคดีทั้งสามอ้างเหตุแห่งการฟ้องคดีว่าเกิดจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้าร่วมลงทุนผลิตน้ำประปาและรับผิดชอบระบบจ่ายน้ำประปาให้กับสำนักงานประปาระยอง จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนการทำสัญญาาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับผู้ถูกฟ้องคดีที่

2 และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยกเลิกโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในการดำเนินงานของสำนักงาน ประปาระยอง กรณีเห็นได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสามฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กระทำการโดยไม่ชอบด้วย กฎหมายสองกรณี โดยแบ่งได้เป็นสองข้อหา ได้แก่

ข้อหาที่หนึ่ง กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามฟ้องว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนินการทำสัญญาพิพาทกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ลงทุนผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ใน พื้นที่ของสำนักงานประปาระยองเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจะส่งผลกระทบต่อ ประชาชนในพื้นที่เนื่องจากมีข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สามารถบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งหาก มีการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวจะทำให้ประชาชนในพื้นที่ได้รับความเดือดร้อน เนื่องจากไม่สามารถเก็บ น้ำสำรองไว้ใช้ได้เป็นเวลานาน จึงฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาพิพาท ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กรณี ตามคำฟ้องในส่วนนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีในกรณี ดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กล่าวคือจะต้องเป็นคู่สัญญา แต่เมื่อผู้ ฟ้องคดีทั้งสามเป็นแต่เพียงบุคคลภายนอกมิใช่คู่สัญญา กรณีจึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีที่จะมีคำขอให้เพิก ถอนสัญญาพิพาทตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

ข้อหาที่สอง กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนิน โครงการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้าร่วมลงทุนผลิตน้ำประปาและรับผิดชอบระบบจ่ายน้ำประปาในพื้นที่ สำนักงานประปาระยองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอ้างเหตุว่าไม่ได้จัดทำประชาพิจารณ์ตามที่ กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ได้อุทธรณ์งบประมาณให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 เพื่อขยายเขตจ่ายน้ำประปา แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กลับให้ทรัพย์สินเหล่านั้นแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้า ร่วมลงทุนผลิตและจำหน่ายน้ำประปาดังกล่าวและไม่ดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้ เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ทำให้กระบวนการคัดเลือกไม่ชอบด้วย กฎหมาย จึงฟ้องขอให้ยกเลิกโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในการดำเนินงานของสำนักงานประปา ระยอง นั้น เห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวแม้ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิ

เช่นเดียวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด แต่อย่างน้อยก็จะต้องเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ซึ่งในกรณีนี้อย่างน้อยจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้มีส่วนเข้าร่วมยื่นข้อเสนอการลงทุนผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในพื้นที่ของสำนักงานประปาระยองไม่ว่าในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง แต่เมื่อไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีทั้งสามจึงหาใช้ผู้มีสิทธิฟ้องคดีที่จะมีคำขอให้เพิกถอนกระบวนการคัดเลือกดังกล่าวได้ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างไร

อนึ่ง ศาลปกครองได้กำหนดให้คดีนี้ เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาในคดีนี้ของศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด (กล่าวคือ คำพิพากษาศาลปกครองระยอง คดีหมายเลขแดงที่ 31/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.625/2556) ว่า การที่ศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้ได้มีคำพิพากษาเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกเอกชนให้ผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่การประปาสวนภูมิภาคในพื้นที่ของสำนักงานประปาระยอง จังหวัดระยอง และเพิกถอนสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการคัดเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยวินิจฉัยว่าเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับตามคำขอของผู้ฟ้องคดีทั้งสามที่ว่า ขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาเพิกถอนการทำสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยกเลิกโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในการดำเนินงานของสำนักงานประปาระยอง ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นั้น มีลักษณะทำนองเดียวกับการที่ศาลปกครองฝรั่งเศสรับฟ้องของผู้ฟ้องคดี โดยเห็นว่าเป็นการฟ้องคดีประเภทการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจซึ่งเป็นการฟ้องร้องเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือทำนอกขอบอำนาจ (Recours pour excès de pouvoir)

เนื่องจากคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลภายนอกสัญญาที่ฟ้องโต้แย้งและขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง นอกจากนี้ คำขอท้ายฟ้องและคำพิพากษาของศาลปกครองระยอง ในคดีนี้ก็เป็นการเพิกถอนสัญญาทางปกครองซึ่งแสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองในคดีนี้ยอมรับและเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสัญญาเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองและสัญญาทางปกครองได้ โดยมีได้เพียงแต่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้หรือนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองแต่ประการใด ซึ่งผลของคำพิพากษาของศาลระยองในคดีนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับความเห็นทางวิชาการส่วนน้อยในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสที่เห็นว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ซึ่งเกิดขึ้นในกระบวนการคัดเลือกหรือจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้น จะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นผลจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวโดยทันที ซึ่งในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น การเพิกถอนดังกล่าวย่อมมีผลโดยอัตโนมัติให้สัญญาทางปกครองสิ้นผลบังคับลงโดยไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องต่อศาลให้ศาลพิพากษาให้สัญญานั้นสิ้นผลอีกครั้งหนึ่งแต่อย่างใด

ทั้งนี้ แม้ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้จะได้มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นเป็นยกฟ้องโดยเห็นว่า คดีนี้มี 2 ข้อหา โดยข้อหาแรกคือกรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาพิพาทเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้มีส่วนฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กล่าวคือจะต้องเป็นคู่สัญญาก็ตาม แต่ในส่วนของข้อหาที่สองที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามกล่าวอ้างว่ากระบวนการคัดเลือกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้าร่วมลงทุนผลิตน้ำประปาและรับผิดชอบระบบจ่ายน้ำประปาในพื้นที่สำนักงานประปาระยองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และฟ้องขอให้ยกเลิกโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในการดำเนินงานของสำนักงานประปาระยอง นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้มีส่วนฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวแม้ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิเช่นเดียวกับผู้มีส่วน

ฟ้องคดีในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด แต่อย่างน้อย ก็จะต้องเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อน หรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ซึ่งในกรณีนี้อย่างน้อยจะต้อง ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้มีส่วนร่วมเข้าร่วมยื่นข้อเสนอการลงทุนผลิตน้ำประปาเพื่อขาย ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในพื้นที่ของสำนักงานประปาประยองไม่ว่าในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งนั้น เป็นกรณี ที่ศาลปกครองสูงสุดยอมรับให้มีการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ซึ่งเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นในกระบวนการคัดเลือกและจัดทำสัญญาทางปกครองได้ หากปรากฏข้อเท็จจริง ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสามเป็นได้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกหรือเป็นผู้เสนอราคา อันเป็นไปตามทฤษฎี นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่ผู้ร่วมเสนอราคาหรือผู้ร่วมเสนองานสามารถโต้แย้งกระบวนการ คัดเลือกของคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ โดยจะฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนได้เฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่อาจ แยกฟ้องได้เท่านั้น แต่จะไม่สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองได้โดยตรงแต่ประการใด

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 55/2553 (ระหว่าง ห้างหุ้นส่วน
จำกัด สำลีทอง ผู้ฟ้องคดี และ เทศบาลตำบลแคนดง ผู้ถูกฟ้องคดี)**

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัด สำลีทอง ผู้ฟ้องคดี ได้ยื่น ฟ้องเทศบาลตำบลแคนดง ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาคดี หมายเลขแดงที่ 190/2547 ของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) และกล่าวอ้างว่า ตน เป็นผู้ได้รับสิทธิในการเข้าทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักของท่อระบายน้ำสาย บურพา-รังสฤษฎี ตำบลแคนดง กิ่งอำเภอแคนดง จังหวัดบุรีรัมย์ โดยเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีได้พิมพ์ แบบสัญญาจ้างมอบไว้ให้แก่ผู้ฟ้องคดีและมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีจัดหาเงินสดจำนวน 73,250 บาท เป็นหลักประกันสัญญาจ้าง รวมทั้งให้ผู้ฟ้องคดีชำระตราสารอากรแสตมป์เอาไว้แล้ว แต่ในวันเดียวกัน เมื่อผู้ฟ้องคดีไปยังสำนักงานของผู้ถูกฟ้องคดี กลับพบว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้พิจารณาคัดเลือกผู้รับจ้างและ ทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแทริกเตอร์แล้ว ตามสัญญาจ้างที่ 7/2544 ลงวันที่ 17 กันยายน 2544 ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นอุทธรณ์คำสั่งผลการพิจารณาการสอบราคาจ้าง เหมาก่อสร้างดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดี ตามหนังสือลงวันที่ 18 กันยายน 2544 และลงวันที่ 5 ตุลาคม 2544 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้พิจารณาอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสองฉบับ การดำเนินการดังกล่าวของผู้ถูก

ฟ้องคดีทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียหายจากการไม่ได้เข้ารับทำสัญญาทั้งที่เป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนและมีเอกสารถูกต้อง โดยทำให้สูญเสียรายได้และกำไรสุทธิที่พึงได้รับจากการทำสัญญาดังกล่าว จำนวน 650,000 บาท ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาล โดยมีคำขอ 3 ข้อ ดังนี้

ข้อที่ 1 ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งผลการพิจารณาสอบราคาจ้างเหมาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อบำบัดของท่อระบายน้ำสายบูรพา-รังสฤษฎ์ของผู้ถูกฟ้องคดี เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเกิดขึ้นจากการดำเนินการที่ไม่สุจริตและเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

ข้อที่ 2 ขอให้ศาลยกเลิกสัญญาจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแทริกเตอร์ และพิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิในการเข้าทำสัญญาจ้างกับผู้ถูกฟ้องคดีในการรับจ้างเหมาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อบำบัดท่อระบายน้ำสายบูรพา - รังสฤษฎ์ 2 แทน

ข้อที่ 3 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระค่าฤชาธรรมเนียมศาลและค่าทนายความแทนผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่พิจารณาให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแทริกเตอร์ เป็นผู้สอบราคาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อบำบัด โดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางให้เป็นไปตามคำพิพากษา คือ ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องดำเนินการพิจารณาผลการสอบราคาจ้างใหม่ แต่คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า งานที่พิพาทได้มีการก่อสร้างไปเสร็จเรียบร้อยแล้ว จึงเห็นได้ว่า กรณีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจจะดำเนินการพิจารณาผลการสอบราคาและจัดจ้างใหม่ได้ ส่วนคำขออื่นให้ยก

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า คดีนี้มีประเด็นต้องวินิจฉัยเพียงประเด็นเดียวคือ ประเด็นว่า ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนสัญญาจ้างก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อบำบัดดังกล่าวหรือไม่ โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คดีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามความมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และแม้ว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีหยิบยกมานี้จะถือเป็นขั้นตอนหรือกระบวนการ

หนึ่งในการเข้าทำสัญญาซึ่งศาลปกครองชั้นต้นได้วินิจฉัยแล้วว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว แต่เนื่องจากสัญญานี้ได้กระทำลงโดยชอบ ตลอดจนคู่สัญญาก็มีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย กับทั้งการดำเนินการก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อกักน้ำก็ถือเป็นการดำเนินบริการสาธารณะซึ่งต้องกระทำโดยต่อเนื่อง ซึ่งผู้รับจ้างได้ดำเนินการแล้วเสร็จจะได้รับเงินค่าจ้างครบถ้วนแล้ว ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจเพิกถอนสัญญาดังกล่าวได้ ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษายืนตามศาลปกครองชั้นต้น

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2553 ว่า การที่ศาลปกครองได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยพิจารณาเหตุแห่งการฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีได้กล่าวอ้างถึงขั้นตอนหรือกระบวนการในการเข้าทำสัญญาทั้ง ๆ ที่ได้มีการลงนามสัญญาทางปกครองตลอดจนมีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองดังกล่าวกันเสร็จสิ้นแล้ว แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองในคดีนี้ได้ยอมรับการฟ้องคดีโต้แย้งการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองในขั้นตอนหรือกระบวนการก่อนการเกิดสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาและอาจแยกฟ้องได้

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางในคดีนี้ได้พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่พิจารณาให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ เป็นผู้สอบราคาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อกักน้ำ โดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางให้เป็นไปตามคำพิพากษา คือ ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องดำเนินการพิจารณาผลการสอบราคาจ้างใหม่นั้น แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองกลางเห็นว่า ผลของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ ที่ได้มีการลงนามไปแล้ว และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นก็มีผลเป็นการเพิกถอนสัญญาทางปกครองดังกล่าวโดยปริยายด้วย คำวินิจฉัยนี้ทำให้อาจพิจารณาได้ว่า ศาลปกครองกลางในคดีนี้ได้ยอมรับให้บุคคลภายนอกสัญญามีสิทธิฟ้องขอให้ยกเลิกสัญญาทางปกครองได้โดยปริยายด้วยการขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นเหตุหรือเกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองนั้น และมีผลเป็นการ

พิพากษาให้กับคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ศาลยกเลิกสัญญาจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแทริกเตอร์ในการรับจ้างเหมาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักท่อระบายน้ำสายบูรพา - รังษฤษดิ์ 2 อีกด้วย

นอกจากนี้ การที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าศาลไม่อาจเพิกถอนสัญญาจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแทริกเตอร์ได้โดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีหยิบยกมานี้จะถือเป็นขั้นตอนหรือกระบวนการหนึ่งในการเข้าทำสัญญาซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว แต่เนื่องจากสัญญานี้ได้กระทำลงโดยชอบ ตลอดจนคู่สัญญาก็มีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย กับทั้งการดำเนินการก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักน้ำก็ถือเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งต้องกระทำโดยต่อเนื่อง ซึ่งผู้รับจ้างได้ดำเนินการแล้วเสร็จจะได้รับเงินค่าจ้างครบถ้วนแล้วนั้น คำวินิจฉัยดังกล่าวอาจทำให้ตีความได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองโดยทำให้สัญญาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ตลอดจนอาจตีความได้ว่า หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแทริกเตอร์ยังดำเนินการตามสัญญาจ้างไม่แล้วเสร็จ (กล่าวคือ ได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว แต่ยังไม่ได้ดำเนินการหรืออยู่ในระหว่างดำเนินการก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักน้ำตามสัญญาจ้าง) ก่อนที่ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาแล้ว คำพิพากษาของศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ที่สั่งให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่พิจารณาให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแทริกเตอร์ เป็นผู้สอบราคาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักน้ำนั้น ก็อาจจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงในสถานภาพหรือสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาจ้าง (กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดี กับ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแทริกเตอร์) และอาจจะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาจ้างได้ นอกจากนี้ ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดก็อาจมีคำสั่งเพิกถอนสัญญาจ้างดังกล่าวให้ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีทั้งสามอีกด้วย¹⁸⁷

¹⁸⁷ ก่อนหน้าคดีนี้ ศาลปกครองระยองได้เคยมีคำพิพากษาศาลปกครองระยอง คดีหมายเลขแดงที่ 31/2550 ซึ่งได้พิพากษาเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกเอกชนให้ผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคในพื้นที่ของสำนักงานประปาประยอง จังหวัดระยอง และเพิกถอนสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการคัดเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าว ก็ได้มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นเป็นยกฟ้อง รายละเอียดปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.625/2556

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 344-345/2551 (ระหว่าง บริษัท
ซิโน - ไทย เอ็นจิเนียริ่ง แอนด์ คอนสตรัคชั่น จำกัด (มหาชน) ผู้ฟ้องคดี และ องค์การบริหาร
ส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี)

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ประกาศประกวดราคาจ้างเหมา
ก่อสร้างโครงการก่อสร้างท่าเทียบเรือท่องเที่ยวอ่าวฉลอง ตำบลฉลอง อำเภอเมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต
โดยวิธีประกวดราคานานาชาติ ตามประกาศประกวดราคานานาชาติ หรือ Invitation to Bid โดยผู้
ฟ้องคดีเป็นผู้หนึ่งที่ซื้อแบบประกวดราคาซึ่งกำหนดให้ยื่นซองประกวดราคา ซึ่งปรากฏว่ามีผู้ยื่นซอง
เสนอราคา 7 ราย เมื่อคณะกรรมการรับและเปิดซองเสนอราคาได้ตรวจเอกสารเกี่ยวกับคุณสมบัติ
เบื้องต้นของผู้เสนอราคาแล้วผลปรากฏว่าผู้เสนอราคาทุกรายมีคุณสมบัติถูกต้องครบถ้วนตาม
ข้อกำหนด คณะกรรมการดังกล่าวจึงได้เปิดซองเสนอราคาและปรากฏผลว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคา
ต่ำสุดเป็นอันดับที่ 1 แต่หลังจากนั้นมีผู้เสนอราคารายหนึ่งขอให้คณะกรรมการพิจารณาผลการ
ประกวดราคาตรวจสอบเอกสารเสนอราคาของผู้เสนอทุกรายว่าผู้เสนอราคาได้รวมค่าควบคุมงานไว้
ในเอกสารเสนอราคาหรือไม่ ผู้ฟ้องคดีจึงได้ชี้แจงต่อคณะกรรมการดังกล่าวว่าได้รวมราคาค่าควบคุม
งานไว้ด้วยแล้วโดยใช้แบบฟอร์มตามประกาศประกวดราคาทุกประการ ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาผล
การประกวดราคาได้แจ้งผู้ฟ้องคดีว่าจะตรวจสอบเอกสารเสนอราคาอย่างละเอียดอีกครั้งหนึ่งและ
จะแจ้งผลการประกวดราคาให้ผู้เสนอราคาทุกรายทราบในภายหลัง

อย่างไรก็ตาม ผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้แจ้งผลการตรวจสอบและพิจารณาให้ผู้
ฟ้องคดีทราบ ต่อมาผู้ฟ้องคดีทราบข่าวจากหนังสือพิมพ์ว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้เสนอผลการพิจารณาให้
กระทรวงมหาดไทยทราบแล้วจึงมีหนังสือเพื่อขอชี้แจงรายละเอียดต่อคณะกรรมการพิจารณาผลการ
ประกวดราคาว่า ราคาที่ผู้ฟ้องคดีเสนอได้รวมค่าควบคุมงานไว้แล้ว ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้มีหนังสือแจ้งให้
ผู้ฟ้องคดีไปชี้แจงรายละเอียด

ในวันที่ผู้ฟ้องคดีไปชี้แจงรายละเอียดนั้น คณะกรรมการพิจารณาผลการ
ประกวดราคาที่เกี่ยวข้องประชุมได้รับฟังว่าผู้ฟ้องคดีได้เสนอราคาโดยรวมค่าควบคุมงานไว้จริง โดยใช้
แบบตามที่กำหนดไว้ในเอกสารการเสนอราคา หลังจากนั้น ผู้ฟ้องคดีได้ติดตามสอบถามผลการ
พิจารณาชี้ขาดของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาแต่ไม่ได้รับความชัดเจน จนกระทั่งได้

ทราบข่าวจากหนังสือพิมพ์ว่า บริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นอันดับที่ 2 ได้รับการคัดเลือก ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือสอบถามไปยังคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาผ่านผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อขอทราบเหตุผลที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการคัดเลือกและขอทราบข้อเท็จจริงตามที่หนังสือพิมพ์ลงข่าว แต่ผู้ฟ้องคดีก็มิได้รับคำตอบแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงเห็นว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบด้วยระเบียบปฏิบัติของทางราชการ และนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่ง ดังนี้

ให้ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างทำเทียบเรือท่องเที่ยวว่าวฉลอง ตำบลฉลอง อำเภอมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดี กับ บริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2542 แล้วให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างโครงการดังกล่าวกับผู้ฟ้องคดี หากไม่สามารถยกเลิกสัญญาหรือไม่สามารถทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีได้ ก็ให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเตรียมงานก่อนการประกวดราคา การยื่นซองและการติดตามเรื่อง ค่าสูญเสียโอกาสที่ควรได้รับการคัดเลือกเข้าทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอันจะทำให้มีกำไรก่อนหักค่าใช้จ่ายไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของราคาที่ผู้ฟ้องคดีเสนอตลอดจนค่าเสียหายแก่ชื่อเสียง ภาพพจน์ เกียรติคุณ และความเจริญทางธุรกิจ พร้อมดอกเบี้ยร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีจนกว่าจะชำระครบถ้วน

ให้กระทรวงมหาดไทยสอบสวนลงโทษทางวินัยแก่ผู้เกี่ยวข้องที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ กรณีไม่คืนหลักประกันของตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และสอบสวนคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาที่ทำรายงานเท็จโดยแก้ไขเปลี่ยนแปลงราคาที่เสนอของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นราคาต่ำสุดเป็นอันดับที่ 1 ให้สูงขึ้นกว่าเดิม อันเป็นเหตุให้กลายเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นอันดับที่ 2 และหากพบว่าเป็นกรณีเจ้าพนักงานใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หรือโดยทุจริตเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีแล้ว ให้ส่งเรื่องต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ และหรือพนักงานสอบสวนดำเนินการต่อไป

ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ ได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่ง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และได้กำหนดประเด็นในการวินิจฉัยคดีไว้ 2 ประการ โดยปัญหาประการที่หนึ่งคือการออกคำสั่งอนุมัติให้ว่าจ้างบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) ก่อสร้างท่าเทียบเรือท่องเที่ยวอ่าวฉลอง ตำบลฉลอง อำเภอมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต ของผู้ถูกฟ้องคดี นั้น เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และปัญหาประการที่สองคือการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีหรือไม่ และผู้ฟ้องคดีควรได้รับค่าเสียหายเพียงใด ทั้งนี้ โดยอาจสรุปคำวินิจฉัยของศาลได้ดังนี้

ในประเด็นที่หนึ่งนั้น ศาลเห็นว่า หลักเกณฑ์ของการจัดหาพัสดุและการจัดจ้างของแหล่งเงินกู้หรือแหล่งให้เงินช่วยเหลือที่เกี่ยวกับประเด็นที่คู่กรณีโต้แย้งกันในคดีนี้ ปรากฏตามเอกสารเกี่ยวกับแนวทางสำหรับการจัดหาภายใต้เงินกู้ยืมของกองทุนเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจแห่งโพ้นทะเล หรือ OECF ตาม Guidelines for Procurement under OECF Loans ใน Section 4.05 Clarity of Bidding Documents หรือความชัดเจนของเอกสารการประกวดราคา ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดให้การเพิ่มเติมข้อกำหนดเกี่ยวกับการประกวดราคาใด ๆ นั้น ผู้ดำเนินการประกาศประกวดราคาจะต้องมีการชี้แจงและให้รายละเอียดแก่ผู้เสนอราคาทุกรายทราบอย่างชัดเจน ซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้เพิ่มข้อกำหนดดังกล่าวแล้วกลับมิได้ชี้แจงให้รายละเอียดแก่ผู้เสนอราคาทุกรายทราบอย่างชัดเจนว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรแล้ว จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบของกระทรวงมหาดไทยและหลักเกณฑ์ของ OECF ในเรื่องการชี้แจงให้รายละเอียดเพื่อความชัดเจนของเอกสารประกวดราคา นอกจากนี้ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำการตามข้อกำหนดของเอกสารการประกวดราคาโดยถูกต้องครบถ้วนทุกประการแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ที่เสนอราคาโดยถูกต้องและเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดอันดับที่ 1 แต่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีกลับเห็นว่ามีเพียงบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) เพียงรายเดียวเท่านั้นที่กระทำถูกต้อง และอ้างว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำการไม่ถูกต้องจนทำให้ยอดเงินที่เป็นข้อเสนอด้านราคาของผู้ฟ้องคดีเพิ่มขึ้นกว่าเดิม และทำให้ผู้ฟ้องคดีกลายเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดอันดับที่ 2 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบและเป็นการกระทำการโดยไม่ถูกต้อง ด้วยเหตุดังกล่าว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งอนุมัติให้ว่าจ้างบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) ผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นอันดับที่ 2 เป็นผู้ชนะการประกวดราคาและให้เข้าทำสัญญาจ้างก่อสร้างท่าเทียบเรือท่องเที่ยวอ่าว

ฉลอง ตำบลฉลอง อำเภอเมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต กับผู้ถูกฟ้องคดีแทนผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้เสนอราคาค่าก่อสร้างโดยถูกต้องและต่ำสุดเป็นอันดับที่ 1 การออกคำสั่งดังกล่าวจึงมิชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับประเด็นที่สองนั้น ศาลเห็นว่า เมื่อการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีในการอนุมัติให้ว่าจ้างบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ชนะการประกวดราคา และให้เข้าทำสัญญาจ้างก่อสร้างเป็นการออกคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ทั้งนี้ เนื่องจากการพิจารณาพิพากษาคดีนี้เกิดขึ้นจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นที่พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น กรณีจึงไม่มีประเด็นเกี่ยวกับคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ยกเลิกสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างท่าเทียบเรือท่องเที่ยวอ่าวฉลอง ตำบลฉลอง อำเภอเมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดี กับ บริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างโครงการดังกล่าวกับผู้ฟ้องคดีแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้ ศาลปกครองชั้นต้นก็ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำขอในเรื่องของสัญญาไว้ดังปรากฏในหน้าที่ 22 ของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 344-345/2551 ดังนี้

“... สำหรับคำขอที่ขอให้ยกเลิกสัญญางานก่อสร้างระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2542 นั้น แม้คำสั่งให้บริษัทดังกล่าวเป็นผู้ชนะการประกวดราคาจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หลังจากนั้นผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ไปทำสัญญาแล้ว การที่สัญญาฉบับนี้จะมีผลสมบูรณ์หรือมีข้อโต้แย้งอย่างไร เป็นกรณีที่คู่สัญญาจะเป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดีต่อศาล ผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลภายนอกไม่อาจเป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดีให้ยกเลิกเพิกถอนสัญญาฉบับดังกล่าวได้ ทั้งเมื่อทำสัญญากันแล้วศาลไม่อาจที่จะบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาในเรื่องเดียวกับผู้ฟ้องคดีได้ ศาลมีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบในค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น ส่วนคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้หน่วยงานที่รับผิดชอบสอบสวนลงโทษทางวินัย และให้ส่งเรื่องให้หน่วยงานสอบสวน หรือให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ นั้น เป็นคำขอ

ที่ศาลมีอาจออกคำสั่งบังคับให้ได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ...”

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1357/2547 และที่ 1358/2547 ซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้ ว่า ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยเกี่ยวกับผลของการตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาทางปกครองแล้วว่า สำหรับคำขอที่ขอให้ยกเลิกสัญญางานก่อสร้างระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) นั้น แม้คำสั่งให้บริษัทดังกล่าวเป็นผู้ชนะการประกวดราคาจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หลังจากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ไปทำสัญญาแล้ว การที่สัญญาดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์หรือมีข้อโต้แย้งอย่างไรเป็นกรณีที่คุณสัญญาจะเป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดีต่อศาล ผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลภายนอกไม่อาจเป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดีให้ยกเลิกเพิกถอนสัญญาดังกล่าวได้ ทั้งนี้ทำสัญญากันแล้วศาลไม่อาจที่จะบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาในเรื่องเดียวกับผู้ฟ้องคดีได้ ศาลมีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดในค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น โดยท้ายที่สุด ศาลปกครองกลางได้พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยยกคำขออื่น ๆ ของผู้ฟ้องคดี

ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.344-345/2551 ก็ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกันกับศาลปกครองกลางโดยวินิจฉัยว่า ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้พิจารณาคำขอต่าง ๆ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งรวมถึงคำขอที่ขอให้ศาลยกเลิกสัญญางานก่อสร้างระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) แล้ว โดยศาลเห็นว่า เหตุแห่งความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีในคดีนี้มีได้เกิดจากสัญญาดังกล่าวซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด หากแต่เกิดจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้บริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ชนะการประกวดราคา ซึ่งคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยเมื่อผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายด้วยแล้ว ศาลจึงถือว่าข้อพิพาทในคดีนี้เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้กระทำความผิดต่อผู้ฟ้องคดีอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กรณีจึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้พิจารณาและเห็นว่า แม้จะมีการลงนามในสัญญาทางปกครองแล้วก็ตาม หากปรากฏว่านิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการคัดเลือกหรือลงนามในสัญญาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายก็อาจฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้ โดยหากปรากฏว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายด้วยแล้ว ศาลปกครองจะถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้กระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองได้ยอมรับว่านิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (กล่าวคือ แม้จะมีการลงนามสัญญาไปแล้ว แต่บุคคลภายนอกสัญญาก็สามารถฟ้องร้องนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้) อันเป็นไปตามทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 200/2551 (ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด จิตชนิน ผู้ฟ้องคดี และ กรมพัฒนาที่ดิน ผู้ถูกฟ้องคดี)

คดีนี้ มีข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีได้เข้ามาให้บริการรับจ้างเหมาทำความสะอาดอาคารของกรมพัฒนาที่ดินในปีงบประมาณ 2545 ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีได้ประกาศสอบราคาจ้างทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดินในปีงบประมาณ 2546 ตามประกาศกรมพัฒนาที่ดิน เรื่อง สอบราคาจ้างทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดิน ลงวันที่ 13 กันยายน 2545 ต่อมา ได้มีการเปิดซองสอบราคาจ้างโดยหลังจากเปิดซองสอบราคาแล้ว คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาได้แจ้งว่า จะต้องทำการตรวจเอกสารก่อนโดยให้มาฟังผลอีกครั้ง ปรากฏว่า ผู้ชนะการสอบราคาคือ บริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ทั้งนี้ พนักงานทำความสะอาดของผู้ถูกฟ้องคดีได้แจ้งว่ามีผู้เสนอราคา 3 ราย ที่มีรายชื่อพนักงานทำความสะอาดซ้ำซ้อนกัน คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาของผู้ถูกฟ้องคดีจึงทำการตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีและผู้เสนอราคาดังกล่าว โดยไม่ได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีชี้แจงแต่อย่างใด และผลการสอบราคาดังกล่าวทำให้ทางราชการเสียหายเพราะผู้ชนะการสอบราคาได้เสนอราคาสูงกว่าราคาที่เสนอต่ำสุดถึง 325,560 บาท

ในการฟ้องคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ยกเลิกผลการประกาศสอบราคาครั้งนี้ และได้มีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยระงับการทำสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ไว้ก่อนเป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา ซึ่งศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งยกคำขอให้กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของผู้ฟ้องคดี โดยในเวลาต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ทำสัญญาจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ให้ทำความสะอาดอาคารของกรมพัฒนาที่ดิน ตามสัญญาจ้าง ลงวันที่ 24 ตุลาคม 2545 ทั้งนี้ ศาลปกครองกลางได้มีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่อนุมัติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ให้ทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดินตามประกาศสอบราคาจ้าง ลงวันที่ 13 กันยายน 2545

ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยในการพิจารณาพิพากษาคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คดีนี้มีประเด็นต้องวินิจฉัยเพียงประเด็นเดียวว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งอนุมัติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดินตั้งแต่เดือนตุลาคม 2545 ถึงเดือนกันยายน 2546 เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยศาลได้วินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาเห็นว่า การยื่นคำเสนอของผู้ฟ้องคดีเป็นการยื่นคำเสนอที่ผิดเงื่อนไขในเอกสารสอบราคาจ้างซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างแล้ว และได้ตัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีนั้น กรณีดังกล่าว คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาควรทำการสอบสวนให้ได้ความจริง ซึ่งการแสวงหาพยานหลักฐานในเรื่องนี้คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาสามารถทำการตรวจสอบได้โดยง่าย โดยเปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดี และผู้เสนอราคารายอื่น ๆ ได้ชี้แจงข้อเท็จจริง พร้อมทั้งแสดงพยานหลักฐานต่าง ๆ อีกทั้งผู้ฟ้องคดีเคยเป็นผู้รับจ้างทำความสะอาดอาคารให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญาจ้างเลขที่ 11/45 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2545 จึงเป็นการง่ายที่คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาจะทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ ประกอบกับกรณีดังกล่าวข้างต้นไม่เข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (1) ถึง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับการเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีและอนุมัติให้จ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ผู้เสนอ

ราคารายถัดไป ถือได้ว่าเป็นการพิจารณาออกคำสั่งที่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี ซึ่งจะต้องให้โอกาส คู่กรณีทราบข้อเท็จจริง และโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอ จึงเป็นการออกคำสั่ง โดยมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น การที่ผู้ถูก ฟ้องคดีมีคำสั่งอนุมัติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนา ที่ดิน ตั้งแต่เดือนตุลาคม 2545 ถึงเดือนกันยายน 2546 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่า หน่วยงานทางปกครองจะได้ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวไปแล้วก็ตาม แต่เมื่อคำสั่งดังกล่าวยังคงปรากฏ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่ง ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่า จะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใด ขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีได้ตามมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อต่อมาปรากฏข้อเท็จจริง(ในระหว่างการพิจารณาคดี) ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด และได้มีการปฏิบัติตาม สัญญาครบถ้วนไปแล้ว เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลปกครองสูงสุดเห็นควรเพิกถอนคำสั่ง อนุมัติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดินตั้งแต่ เดือนตุลาคม 2545 ถึงเดือนกันยายน 2546 โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา เป็นต้นไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.200/2551 ว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด และได้มีการปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนไปแล้ว โดยศาลปกครองสูงสุดได้อาศัยอำนาจตาม มาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹⁸⁸ ในการพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นจาก “...ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษา

¹⁸⁸ มาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“... ในการมีคำสั่งบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมี ผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี”

ให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่อนุมติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ให้ทำความสะอาดอาคารของผู้ถูกฟ้องคดีตามประกาศสอบราคาจ้าง ลงวันที่ 13 กันยายน 2545 ...” เป็น “... ศาลปกครองสูงสุดเห็นควรเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวให้มีผลตั้งแต่วันที่มิค่าพิพาทฯ เป็นต้นไป ... พินิจพิเคราะห์คำสั่งพิพาทฯของศาลปกครองชั้นต้น เป็น ทั้งนี้ ให้มีผลตั้งแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีค่าพิพาทฯ เป็นต้นไป นอกจากนี้ที่แก้ไขเป็นไปตามคำพิพาทฯของศาลปกครองชั้นต้น” นั้น คำวินิจฉัยดังกล่าวอาจทำให้ตีความได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองโดยทำให้สัญญาจ้างระหว่างผู้ถูกฟ้องคดี กับ บริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ตลอดจนอาจตีความได้ว่า หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า บริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ยังดำเนินการตามสัญญาจ้างไม่แล้วเสร็จ (กล่าวคือ ได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว แต่ยังไม่ได้ดำเนินการหรืออยู่ในระหว่างดำเนินการทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดินระหว่างเดือนตุลาคม 2545 ถึงเดือนกันยายน 2546) ก่อนที่ศาลปกครองจะมีค่าพิพาทฯแล้ว คำพิพาทฯของศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ที่สั่งให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่อนุมติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ให้ทำความสะอาดอาคารของผู้ถูกฟ้องคดีตามประกาศสอบราคาจ้าง ลงวันที่ 13 กันยายน 2545 ก็อาจจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงในสถานภาพหรือสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาจ้าง (กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดี กับ บริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด) และอาจจะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาจ้างดังกล่าวได้ นอกจากนี้ ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดก็อาจมีคำสั่งเพิกถอนสัญญาจ้างดังกล่าวให้ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีอีกด้วย¹⁸⁹

¹⁸⁹ ก่อนหน้าคดีนี้ ศาลปกครองระยองได้เคยมีคำพิพาทฯศาลปกครองระยอง คดีหมายเลขแดงที่ 31/2550 ซึ่งได้พิพาทฯเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกเอกชนให้ผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคในพื้นที่ของสำนักงานประปาระยอง จังหวัดระยอง และเพิกถอนสัญญาฯระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการคัดเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าว ก็ได้มีคำพิพาทฯกลับคำพิพาทฯของศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นเป็นยกฟ้อง รายละเอียดปรากฏตามคำพิพาทฯศาลปกครองสูงสุดที่ อ.625/2556

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 585/2549 (ระหว่าง นายศาสตรา โตอ่อน ผู้ฟ้องคดี และ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กระทรวงคมนาคม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าตนในฐานะประชาชนผู้มีสัญชาติไทยมีความเป็นเจ้าของของคลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคมซึ่งเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 40 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และเป็นผู้ใช้บริการโทรศัพท์มือถือของบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) อีกทั้งยังเป็นผู้บริโภคข้อมูลข่าวสารผ่านดาวเทียมและโทรทัศน์ของบริษัท ซินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) และบริษัท ท. ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียอันอาจได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 จากกรณีการโอนหุ้นในบริษัท ซ. ให้แก่กลุ่มทุนข้ามชาติเทมาเส็ก จากประเทศสิงคโปร์ ซึ่งผลของการโอนหุ้นดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนตัวผู้ถือหุ้นในบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) บริษัท ซินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) และบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) จนส่งผลกระทบต่อสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัททั้งสามแห่ง ซึ่งเป็นกิจการที่ได้รับสัมปทานจากรัฐ และเป็นสัญญาทางปกครองในรูปแบบของสัญญาสัมปทานตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันทำให้กลุ่มทุนดังกล่าวสามารถกำหนดทิศทางการบริหารบริษัท ซินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) และกิจการคลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคมได้การที่นิติบุคคลต่างประเทศเข้ามามีครอบครองกิจการคลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคมผ่านสัญญาโอนหุ้นดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามละเลยต่อหน้าที่ในการตรวจสอบและยกเลิกสัญญาสัมปทานดังกล่าวอันมีลักษณะเป็นการขัดกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนอย่างร้ายแรงและอาจส่งผลเสียหายต่อผู้ฟ้องคดีทั้งในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งในความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและในฐานะผู้ใช้บริการ โดยในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งดังนี้

1. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำการยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) ลงวันที่ 27 มีนาคม 2533 ทั้งฉบับ

2. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทำการยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) ลงวันที่ 11 กันยายน 2534 ทั้งฉบับ

3. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ทำการยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2548 ทั้งฉบับ

นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยขอให้ทันท่วงทีมาเสีงกวดเว้นการดำเนินการหรือรับผลประโยชน์ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตามสัญญาสัมปทานทั้งสามฉบับโดยเด็ดขาด

คดีนี้ ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากเห็นว่า สัญญาสัมปทานที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ยกเลิกนั้นเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายสิทธิให้กับบริษัทที่ได้รับสัมปทานในการจัดทำบริการสาธารณะหรือกิจการใด ๆ ที่การดำเนินการต้องได้รับอนุญาตจากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสาม ซึ่งตามข้อตกลงและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาจะต้องมีข้อความที่ระบุไปถึงว่า หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำการผิดไปจากเงื่อนไขที่ระบุไว้ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามย่อมสามารถบอกเลิกสัญญาได้ ดังนั้น การที่จะบอกเลิกสัญญาย่อมเป็นสิทธิของคู่สัญญาที่จะมีสิทธิยื่นคำฟ้องต่อศาล หากมีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่พิพาทหรือคู่สัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามไม่ ผู้ฟ้องคดีซึ่งมิได้เป็นคู่สัญญาจึงมิใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และมีได้เป็นผู้มีสิทธิโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานดังกล่าวที่จะมาฟ้องขอให้ศาลปกครองสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท แอดวานซ์อินโฟร์ เซอวิส จำกัด (มหาชน) บริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) และบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ทั้งนี้ ศาลปกครองกลางได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองกลางข้างต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาต่อศาลปกครองสูงสุด โดยมีเหตุผลสำคัญว่า คดีนี้จึงมีเพียงประเด็นเดียวว่า เป็นประเด็นเกี่ยวกับการมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือเป็นประเด็นเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐงดเว้นกระทำการ กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีไม่ได้นำคดีขึ้นฟ้องในฐานะเป็นคู่สัญญาที่จะมีสิทธิในการยกเลิก

สัญญาได้ด้วยตนเอง อันเป็นประเด็นในเรื่องของการมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแต่ประการใด แต่นาคติขึ้นฟ้องในประเด็นที่ผู้ถูกฟ้องคดีตั้งวันกระทำการ คือ การยกเลิกสัญญาสัมปทาน ซึ่งมีประเด็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ รวมถึงประเด็นการละเลยในการใช้เอกสิทธิ์ และอำนาจมหาชนเพื่อยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ขัดแย้งต่อหลักการทางกฎหมาย ซึ่งสิ่งเหล่านี้ควรได้รับการพิจารณาวินิจฉัยจากศาลปกครองในเนื้อหาของสัญญาสัมปทานว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น คดีนี้จึงมีเพียงประเด็นเดียวว่า เป็นประเด็นเกี่ยวกับการมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือเป็นประเด็นเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐตั้งวันกระทำการ

ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้คำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณาและดำเนินการต่อไปตามรูปคดี โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร อันเป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจรับไว้พิจารณาหรือมีคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยคดีนี้ไม่ใช่เรื่องโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยให้เหตุผลไว้โดยสรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีกล่าวไว้ในคำฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีเป็นส่วนหนึ่งของปวงชนชาวไทยซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและเป็นผู้ใช้บริการจากการดำเนินการของบริษัท แอดวานซ์อินโฟร์ เซอวิส จำกัด (มหาชน) บริษัท ซินแซทเทิลไลท์ จำกัด (มหาชน) และบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทานจากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามเพื่อดำเนินกิจการสื่อสาร แม้จะไม่ปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายในขณะหรือก่อนฟ้องคดีนี้ แต่สัมปทานที่บริษัททั้งสามได้รับไปเพื่อดำเนินกิจการสื่อสารนั้น มีโอกาสล่วงรู้ความลับเกี่ยวกับการสื่อสารของผู้ใช้บริการ หากกิจการดังกล่าวตกไปอยู่ในอำนาจบริหารจัดการของบุคคลต่างด้าว อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายได้ในอนาคต และอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศ ผู้ฟ้องคดีจึงอยู่ในฐานะเป็นผู้อาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการกำกับดูแลเกี่ยวกับการให้หรือบอกเลิกสัมปทานที่บริษัททั้งสามได้รับไปดำเนินการประกอบกับคำฟ้องบรรยายไว้โดยแจ้งชัดว่า บริษัทผู้รับสัมปทานทั้งสามได้ขายหุ้นส่อไปในทางให้

บุคคลต่างด้าวเข้ามามีบทบาทและมีอำนาจในการบริหารกิจการที่ได้รับสัมปทาน หากข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างไว้ และผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามมิได้ดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อป้องกันความเสียหายอันอาจจะเกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีในฐานะผู้ใช้บริการในกิจการที่บริษัททั้งสามได้รับสัมปทาน อาจถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามเป็นหน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร จึงเป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจรับไว้พิจารณาหรือมีคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยศาลปกครองข้างต้นแล้ว ในทางวิชาการก็มีความเห็นว่า ศาลปกครองได้มีแนวคำวินิจฉัยหลายคดีที่เป็นข้อสนับสนุนว่า ศาลปกครองยอมรับให้มีการฟ้องคดีโต้แย้งการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาและอาจแยกฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ และไม่จำเป็นต้องยื่นฟ้องสัญญาทางปกครองเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันแต่ประการใด โดยมีตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลปกครองที่เป็นข้อสนับสนุนดังต่อไปนี้¹⁹⁰

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 628/2544

(ระหว่าง บริษัท ต สุวรรณชัย 1995 จำกัด ผู้ฟ้องคดี และ เทศบาลนครภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี)

คดีนี้ เป็นคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการยกเลิกการประกวดราคาโดยมิชอบ ซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดในการประกวดราคาดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรม จึงได้ฟ้องคดีขอให้ศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการประกวดราคา

¹⁹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง, หน้า 347-349.

ในคดีนี้ ศาลได้กำหนดประเด็นการพิจารณาว่า การยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งแม้ในที่สุด ศาลจะได้พิพากษาให้ยกฟ้อง แต่ก็เห็นได้จากการกำหนดประเด็นและประเภทคดีพิพาทของศาลว่า ศาลเห็นว่าคดีนี้เป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งมีประเด็นว่า ศาลปกครองในคดีนี้ได้ยอมรับการฟ้องคดีโต้แย้งการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการมีสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่แตกต่างหากจากสัญญาและอาจแยกฟ้องได้

คำสั่งศาลปกครองกลาง ลงวันที่ 20 ธันวาคม 2544 ในคดีหมายเลขดำที่ 4250/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 1182/2546 (ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลธิดาก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดี และ กรมทางหลวง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับสำนักงานทางหลวง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2)¹⁹¹

คำสั่งศาลปกครองกลาง ลงวันที่ 20 ธันวาคม 2544 เป็นคำสั่งในชั้นกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องโต้แย้งคำสั่งระงับการขายแบบให้แก่ผู้ฟ้องคดี ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำสั่งดังกล่าวเป็นการตัดสิทธิเข้ายื่นเสนอราคาออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีคำขอหลักให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว และขอให้ศาลพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้ด้วยโดยขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำสั่งไปยังแขวงทางหลวงที่อยู่ในพื้นที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทุกแขวงทางหลวงให้ขายแบบให้แก่ผู้ฟ้องคดี

¹⁹¹ คดีนี้ มีข้อเท็จจริงโดยสรุปว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหนังสือแจ้งให้สำนักงานทางหลวงทุกแห่งและนายช่าง แขวงทางหลวงในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทราบว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในการจ้างเหมาเปลี่ยนวัสดุรอยต่อผิวคอนกรีตไม่เข้าดำเนินการตามสัญญาโดยอ้างว่าฝนตกจนกระทั่งสิ้นสุดสัญญา คณะกรรมการพิจารณาตัดสินคดี ผู้รับจ้างมิให้ซื้อแบบในงานลักษณะเดียวกัน ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แต่งตั้งขึ้นโดยอาศัยการเทียบเคียงกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับการตัดสินคดีที่ผู้ถูกสั่งให้เป็นผู้ทำงานพิจารณาแล้วมีมติให้ตัดสินคดีผู้ฟ้องคดีโดยให้ระงับการขายแบบงานในลักษณะเดียวกันในพื้นที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นการชั่วคราว โดยผู้ถูกฟ้องคดียังมิได้บอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีและยังมิได้ดำเนินการเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงานหนังสือแจ้งดังกล่าวทำให้ผู้ฟ้องคดีไปซื้อแบบประกวดราคาเปลี่ยนวัสดุรอยต่อผิวคอนกรีตของแขวงทางหลวงสมุทรปราการไม่ได้

เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีสามารถเข้ายื่นเสนอราคาในระหว่างการพิจารณาคดีนี้ได้ จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา ซึ่งศาลปกครองกลางในคดีนี้ได้กำหนดประเภทคดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ศาลปกครองกลางในคดีนี้ได้มีคำสั่งเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยสรุปได้ว่า หนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ดำเนินการโดยอาศัยคำสั่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเทียบเคียงกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในส่วนที่เกี่ยวกับการตัดสิทธิผู้ที่ถูกสั่งให้เป็นผู้ทำงาน นั้น อาจมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถซื้อแบบและเข้ายื่นซองเสนอราคาในการประกวดราคาเปลี่ยนวัสดุรอยต่อผิวคอนกรีตของสำนักทางหลวงและแขวงทางทุกแห่งได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อ 145 ของระเบียบดังกล่าวที่กำหนดห้ามมิให้ส่วนราชการก่อนนิติสัมพันธ์กับผู้รักษาราชการตามระเบียบระบุให้เป็นผู้ทำงานแล้วจะเห็นว่า แม้ผู้ฟ้องคดีจะอยู่ในระหว่างการพิจารณาให้เป็นผู้ทำงานก็ยังสามารถเข้ายื่นเสนอราคาได้ตามระเบียบดังกล่าว ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ถูกสั่งให้เป็นผู้ทำงาน ผู้ฟ้องคดีจึงยังคงสามารถก่อนนิติสัมพันธ์กับส่วนราชการรวมทั้งกับผู้ถูกฟ้องคดีได้ตามปกติ ซึ่งหากศาลวินิจฉัยว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีตามฟ้องไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่สามารถเยียวยาความเดือดร้อนของผู้ฟ้องคดีอันเกิดจากการที่ไม่สามารถเข้ายื่นเสนอราคาในระหว่างที่ศาลยังมีคำพิพากษาในคดีนี้ได้ ศาลจึงมีคำสั่งให้กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ระงับการกระทำที่เป็น การตัดสิทธิการซื้อแบบประกวดราคาของผู้ฟ้องคดีไว้เป็นการชั่วคราว จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาในคดีนี้

การที่ศาลปกครองกลางในคดีนี้ได้มีคำสั่งให้กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ฟ้องคดีในด้านปัญหาว่ามีการยอมรับให้ฟ้องโต้แย้งการกระทำในเรื่องของสัญญาทางปกครองเป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ จึงแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลปกครองกลางในคดีดังกล่าวได้ยอมรับให้มีการฟ้องเป็นคดีประเภทดังกล่าวได้ มิเช่นนั้นแล้ว ศาลปกครองกลางคงจะไม่สามารถรับพิจารณาและกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้

ต่อมา ได้มีการอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองกลาง ลงวันที่ 20 ธันวาคม 2544 ในคดีหมายเลขดำที่ 4250/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 1182/2546 ต่อศาลปกครองสูงสุด เป็นคำร้องที่ 53/2545 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งยืนตามคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ให้กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้แก่ผู้ฟ้องคดี อันมีเหตุผลโดยสรุปได้ว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 145 วรรคสอง กำหนดห้ามมิให้ส่วนราชการกอนิติสัมพันธ์เฉพาะกับบุคคลที่ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีสั่งให้เป็นผู้ทำงานเท่านั้น เมื่อคดีมีประเด็นพิจารณาว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำสั่งแจ้งเวียนหน่วยงานในสังกัดมิให้ขายแบบงานในลักษณะเดียวกับการเปลี่ยนวัสดุรอยต่อผิวคอนกรีตให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหากปรากฏผลภายหลังว่าศาลมีคำพิพากษาเป็นคุณแก่ผู้ฟ้องคดี ย่อมเห็นได้ว่าการตัดสินใจของผู้ฟ้องคดีที่จะซื้อแบบประกวดราคาจะก่อให้เกิดความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาแก่ผู้ฟ้องคดีอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ จึงยืนตามคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น ทั้งนี้ รายละเอียดปรากฏตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 60/2545

คำสั่งศาลปกครองกลาง ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2545 คดีหมายเลขดำที่ 4423/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 1342/2545 (ระหว่าง บริษัท มิตรธอไทย จำกัด ผู้ฟ้องคดี และ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กับสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)

คำสั่งศาลปกครองกลาง ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2545 เป็นคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองหรือยกคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง โดยในคดีนี้เป็นเรื่องขอเพิกถอนคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงาน โดยผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงาน

คดีนี้ สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ทำสัญญาซื้อพันธุ์ยางพาราจากผู้ฟ้องคดีซึ่งมีกำหนดส่งมอบวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2538 ถึงวันที่ 15 มีนาคม 2538 โดยผู้ฟ้องคดีได้วางหลักประกันเป็นหนังสือค้ำประกันตามสัญญา และได้ส่งมอบต้นพันธุ์ยางพาราให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ครั้งแรกแล้วบางส่วน โดยส่วนที่เหลือจะส่งมอบประมาณต้นเดือนมีนาคม 2538 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

ไม่ยอมรับ อ้างว่า เตรียมกระบะดินและถุงดินไม่พร้อมรับต้นพันธุ์ยางพารา ต่อมา กลางเดือนมีนาคม ได้เกิดภาวะแห้งแล้งทำให้ต้นกล้าที่ผู้ฟ้องคดีเตรียมไว้ส่งมอบตายลงซึ่งเป็นเหตุสุดวิสัย ผู้ฟ้องคดีได้ขอขยายระยะเวลาส่งมอบออกไปเป็นวันที่ 15 มกราคม 2539 ถึงวันที่ 15 มีนาคม 2539 ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ก็ยินยอม แต่ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กลับมีหนังสือบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อนุญาตให้ขยายระยะเวลาส่งมอบและรายงานให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงานและรายงานไปยังสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 พิจารณาและมีคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีแจ้งเวียนให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงาน ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 พิจารณายกอุทธรณ์

หลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้บอกเลิกสัญญา ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกหลักประกันและค่าพันธุ์ยางที่ส่งมอบไปแล้ว ศาลพิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีชนะคดี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้อุทธรณ์คำพิพากษา ซึ่งศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น ปัจจุบัน อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา นอกจากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้เป็นโจทก์ฟ้องผู้ฟ้องคดีเป็นจำเลยที่ศาลแพ่งแห่งเดียวกันในมูลพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว ซึ่งศาลชั้นต้นในคดีนั้นได้พิพากษายกฟ้องและอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์

ทั้งนี้ นอกจากผู้ฟ้องคดีจะยื่นฟ้องโดยมีคำขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงานแล้ว ผู้ฟ้องคดีก็ได้ยื่นคำร้อง ลงวันที่ 17 มกราคม 2545 โดยขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองเพื่อชะลอหรือระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 3 ไว้เป็นการชั่วคราว เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีจะได้มีสิทธิและไม่เสียโอกาสในการยื่นขอประกวดราคา และทำสัญญารับจ้างขนขยะกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดนนทบุรี ซึ่งจะมีการยื่นขอประกวดราคาในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2545 ที่จะถึง

ต่อมา ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยไว้โดยสรุปได้ว่า เมื่อคดีนี้เป็นการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงาน ซึ่งการขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองมีผลให้คำสั่งเป็นผู้ทำงานสิ้นผลลงชั่วคราวอันเป็นการสั่งในเนื้อหาของคดีที่ศาลจะต้องพิจารณาพิพากษาอยู่แล้วซึ่งไม่พึงกระทำ นอกจากนั้น หากศาลพิพากษาในที่สุดว่าการออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีดังกล่าวเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายและสั่งเพิกถอนคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงาน ผู้

ฟ้องคดีก็มีทางเยียวยาความเสียหายโดยมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ในทางตรงกันข้าม หากศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองและผู้ฟ้องคดีได้รับสิทธิยื่นของประกวดราคาจ้างเหมาขนย้ายขยะและชนะการประกวดราคาดังกล่าวจนมีการลงนามในสัญญากับองค์การบริหารส่วนจังหวัดนนทบุรีแล้ว หากต่อมา ศาลปกครองพิพากษาว่าคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงานชอบด้วยกฎหมาย กรณีอาจส่งผลกระทบต่อสัญญาที่ผู้ฟ้องคดีทำกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดนนทบุรีอันอาจเป็นอุปสรรคแก่การให้บริการสาธารณะเกี่ยวกับการขนย้ายขยะได้ กรณีจึงไม่มีเหตุเพียงพอที่ศาลจะมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทำงานตามคำขอของผู้ฟ้องคดี และได้มีคำสั่งยกยื่นคำร้อง ลงวันที่ 17 มกราคม 2545 ที่ขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองเพื่อชะลอหรือระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 3 ไว้เป็นการชั่วคราว

กรณีจะเห็นได้ว่า แม้ในที่สุด ศาลปกครองกลางในคดีนี้จะได้มีคำสั่งให้ยกคำร้องขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีก็ตาม แต่การที่ศาลปกครองกลางรับพิจารณาคำร้องขอดังกล่าวไว้ก็แสดงให้เห็นได้ว่า ศาลปกครองกลางในคดีนี้ยอมรับให้มีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งให้เป็นผู้ทำงานซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไว้เป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อนึ่ง หลังจากศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งยกคำร้องข้างต้นแล้ว ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำร้อง ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2545 ขอลอนคำฟ้องในคดีนี้ (ซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองกลาง) เนื่องจากศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาที่ 1312/2545 ลงวันที่ 18 มีนาคม 2545 พิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะคดี ซึ่งคดีถึงที่สุดแล้ว และศาลปกครองได้มีคำสั่งอนุญาตให้ถอนคำฟ้อง และให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ทั้งนี้ รายละเอียดปรากฏตามคำสั่งอนุญาตให้ถอนฟ้อง และจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ คดีหมายเลขดำที่ 4423/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 1342/2545 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม 2545

4.2.1.2 ลักษณะเฉพาะทางวิธีพิจารณาอันเกิดจากสภาพของข้อพิพาททางสัญญาทางปกครอง

เมื่อสภาพของข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอาจมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้อย่างน้อย 2 ประเภท กล่าวคือ หากเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำทางปกครองที่อาจแยกออกได้จากสัญญาทางปกครอง และการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายเป็นเรื่องการยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำทางปกครองนั้นแล้ว บุคคลก็สามารถฟ้องเป็นคดีขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับหรือเกิดจากตัวสัญญาทางปกครองโดยตรงแล้ว บุคคลก็สามารถฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งความแตกต่างของการฟ้องคดีเป็นคดีพิพาทคนละประเภทดังกล่าวนี้ได้ทำให้มีลักษณะเฉพาะทางวิธีพิจารณาคดีปกครองที่แตกต่างกันตามประเภทคดีในประเด็นต่าง ๆ อาทิ ผู้มีสิทธิฟ้องคดีระยะเวลาในการฟ้องคดี ค่าธรรมเนียมศาล ตลอดจนการดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือสัญญา ตลอดจนอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง เป็นต้น ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. ผู้มีสิทธิฟ้องคดี

ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ผู้มีสิทธิฟ้องคดีย่อมหมายถึงเฉพาะบุคคลที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองเท่านั้น แต่การฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาทางปกครองและอาจแยกฟ้องได้ตามทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นเป็นการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลปกครองจะต้องใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาการเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องกับการกระทำทางปกครองดังกล่าวตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 42¹⁹² แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

¹⁹² มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำนิติกรรมทางปกครองนั้นหรือไม่

2. ระยะเวลาในการฟ้องคดี

ในการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ผู้มีสิทธิฟ้องคดี กล่าวคือ คู่สัญญา จะต้องยื่นฟ้องภายในห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี อันเป็นระยะเวลาการฟ้องคดีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 51¹⁹³ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ส่วนกรณีการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น จะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

“ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

¹⁹³ มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติว่า

“การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี และการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ให้ยื่นฟ้องภายในห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี”

เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อันเป็นระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองทั่วไป ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49¹⁹⁴ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าการฟ้องคดีปกครองนั้นเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคลแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) หรือการฟ้องคดีเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) จะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ นอกจากนี้ การฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 52¹⁹⁵ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

3. ค่าธรรมเนียมศาล

ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับโดยสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁹⁴ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่อยู่หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

¹⁹⁵ มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

การฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้”

จะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3)¹⁹⁶ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งในการยื่นฟ้องคดีดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลตามทูลทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ตามมาตรา 45 วรรคสี่¹⁹⁷ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี

¹⁹⁶ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้อง ให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ...”

¹⁹⁷ มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“คำฟ้องให้ใช้ถ้อยคำสุภาพและต้องมี

(1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ฟ้องคดี

(2) ชื่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี

(3) การกระทำทั้งหลายที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี พร้อมทั้งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ตามสมควรเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว

(4) คำขอของผู้ฟ้องคดี

(5) ลายมือชื่อของผู้ฟ้องคดี ถ้าเป็นการยื่นฟ้องคดีแทนผู้อื่นจะต้องแนบใบมอบฉันทะให้ฟ้องคดีมาด้วย

ปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม มาตรา 72 วรรคท้าย¹⁹⁸ ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามส่วนของการชนะคดีในการพิพากษาคดีด้วย

สำหรับการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น เนื่องจากการฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีจะมีขอให้ศาลสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองหรือสั่งห้ามการกระทำทางปกครองทั้งหมดหรือบางส่วน โดยมีได้มีคำขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินได้แล้ว ดังนั้น ในการฟ้องคดีดังกล่าว จึงไม่มีทุนทรัพย์และผู้ฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลแต่ประการใด

คำฟ้องใดมีรายการไม่ครบตามวรรคหนึ่ง หรือไม่ชัดเจน หรือไม่อาจเข้าใจได้ ให้สำนักงานศาลปกครองให้คำแนะนำแก่ผู้ฟ้องคดีเพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องนั้นให้ถูกต้อง ในกรณีให้ถ้อยคำที่ยื่นฟ้องครั้งแรกเป็นหลักในการนับอายุความ

ในกรณีที่มีผู้ประสงค์จะฟ้องคดีปกครองหลายคนในเหตุเดียวกัน บุคคลเหล่านั้นอาจยื่นคำฟ้องร่วมกันเป็นฉบับเดียว โดยจะมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีคนใดเป็นผู้แทนของผู้ฟ้องคดีทุกคนในการดำเนินคดีต่อไปก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ให้ถือว่าการกระทำของผู้แทนผู้ฟ้องคดีในกระบวนการพิจารณาผูกพันผู้ฟ้องคดีทุกคน

การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากการคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คู่กรณีจะดำเนินการทั้งปวงด้วยตนเองหรือจะมอบอำนาจให้ทนายความหรือบุคคลอื่น ซึ่งมีคุณสมบัติตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนดเพื่อฟ้องคดีหรือดำเนินการแทนได้”

¹⁹⁸ มาตรา 72 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“...

ในการพิพากษาคดี ให้ศาลปกครองมีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามส่วนของการชนะคดี”

4. การดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือสัญญา

การดำเนินการตามขั้นตอนในประเด็นนี้หมายถึงกระบวนการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายจากข้อพิพาทก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ตามนัยของมาตรา 42 วรรคสอง¹⁹⁹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยอาจจำแนกการดำเนินการตามขั้นตอนออกได้เป็น 2 กรณี คือ การดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กับกรดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในสัญญาทางปกครอง ดังต่อไปนี้

4.1 การดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ในกรณีที่มีการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาทางปกครองตามทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น อาจมีปัญหาในเรื่องการดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งเป็นปัญหาที่มีความซับซ้อนเช่นกัน กล่าวคือ หากพิเคราะห์ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ประกอบกับมาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

¹⁹⁹ มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“...

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

กรณีจะเห็นได้ว่า เมื่อการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง ในกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองอีกอันหนึ่งแยกต่างหากออกมาจาก สัญญาทางปกครอง และการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวถือว่าเป็น “คำสั่งทางปกครอง” แล้ว ซึ่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้ โดยหลักแล้ว จะต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนเสมอ²⁰⁰ เว้นแต่เป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นว่าไม่ต้องอุทธรณ์ คำสั่งทางปกครองดังกล่าว เช่น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรี หรือคำสั่งที่ออกโดย คณะกรรมการต่าง ๆ ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ที่จะมีฟ้องคดีได้ ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องนั้นเสียก่อน และเพื่อให้ เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้มีโอกาสพิจารณาทบทวน คำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะในเรื่องปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากปรากฏความไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการทบทวนคำสั่งทางปกครอง นั้นแล้ว เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาดังกล่าว แล้วแต่กรณี ก็มีอำนาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทาง ปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ตามมาตรา 46²⁰¹ แห่งพระราชบัญญัติวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น ก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ จึงต้องมีการ

²⁰⁰ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอน อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทาง ปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย

การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้หยุดการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้หยุดการบังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง”

²⁰¹ มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ในการพิจารณาอุทธรณ์ ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อ กฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลง คำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของการทำคำสั่ง ทางปกครองหรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างไรก็ได้”

อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวอันเป็นการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้เสร็จสิ้นเสียก่อนแล้วจึงจะถือได้ว่าผู้ที่ฟ้องคดีได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการฟ้องคดีแล้ว

อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาว่า โดยสภาพของข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองนั้น เป็นกรณีสมควรที่จะให้มีการอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอย่างไรหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ได้มีความเห็นทางวิชาการว่า²⁰² เมื่อพิจารณาถึงกระบวนการอุทธรณ์ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว การบังคับให้ดำเนินการตามกระบวนการดังกล่าวน่าจะไม่สอดคล้องกับการแก้ไขข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ เมื่อฝ่ายปกครองได้กระทำการทางปกครองหรือกระทำนิติกรรมทางปกครองอันใดอันหนึ่งให้เกิดขึ้น เช่น การปฏิเสธไม่รับคำเสนอของผู้เสนอราคาขายใดรายหนึ่ง ผู้เสนอราคานั้นซึ่งเป็นผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองก็ต้องดำเนินการอุทธรณ์ แต่ในระหว่างนั้นกระบวนการต่าง ๆ เกี่ยวกับการจัดทำสัญญาทางปกครองก็อาจดำเนินการต่อไปได้จนถึงขั้นมีการลงนามในสัญญาทางปกครองหรืออาจถึงขั้นมีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองไปแล้ว เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดหรือบังคับไว้ว่าการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจะเป็นเหตุให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องหยุดการดำเนินการต่าง ๆ ไว้เป็นการชั่วคราว หรือเป็นการทุเลาคำสั่งทางปกครองที่อุทธรณ์ดังกล่าวหรือคำสั่งทางปกครองอื่นที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด กรณีในลักษณะดังกล่าวนี้ เมื่อพิจารณาระยะเวลาของการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองอันเป็นการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายจนเสร็จสิ้นที่จะทำให้ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้แล้ว ย่อมเห็นได้ว่า ขั้นตอนและวิธีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยการขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากตัวสัญญาได้ย่อมไม่มีผลในการอำนวยความสะดวกและเป็นธรรมให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นแต่ประการใด โดยจะมีก็แต่เพียงสิทธิในการเรียกร้องให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าเสียหายที่ได้รับให้แก่ตนเท่านั้น ซึ่งการดำเนินการเรียกร้องดังกล่าวก็มีใช้

²⁰² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, หน้า 354.

ความประสงค์หลักของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองที่ต้องการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากตัวสัญญาทางปกครองดังกล่าวแต่ประการใด

ในด้านของฝ่ายปกครองซึ่งได้แก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น เมื่อได้รับอุทธรณ์แล้ว หากต้องการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็จะต้องพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จโดยเร็ว และจะต้องหยุดการดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดไว้ก่อน ซึ่งในกรณีที่เป็นกรดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแล้วก็มีข้อพิจารณาในประการสำคัญว่าการหยุดการดำเนินการอื่น ๆ ไว้ชั่วคราวนั้นจะเป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะหรือไม่ ทั้งนี้ โดยเทียบเคียงกับการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งกฎหมายกำหนดให้การฟ้องคดีดังกล่าวไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น²⁰³

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ศาลปกครองจะมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 แล้ว จะเห็นได้ว่า นอกจากศาลจะต้องพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นน่าจะไม่ใช่ชอบด้วยกฎหมาย และการให้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยา

²⁰³ ข้อ 69 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดว่า

“การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ผู้ฟ้องคดีอาจขอมาในคำฟ้องหรือยื่นคำขอในเวลาใดๆ ก่อนศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง อันจะมีผลเป็นการชะลอหรือระงับการบังคับตามผลของกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราว

คำขอของผู้ฟ้องคดีตามวรรคสอง ต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าประสงค์จะขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองใด และการให้กฎหมายหรือคำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับต่อไป จะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังอย่างไร”

แก้ไขในภายหลังแล้วนั้น ศาลจะต้องพิจารณาด้วยการทูลเกล้าฯตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะหรือไม่ ตามข้อ 72 วรรคสาม²⁰⁴ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ดังนั้น การนำเอากระบวนการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาบังคับใช้แก่กรณีการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาและอาจแยกฟ้องได้นั้นจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมหรือความสอดคล้องกับสภาพของเรื่องที่จะนำระบบดังกล่าวมาใช้บังคับ ซึ่งจากการตรวจสอบการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองและการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีการเปิดเผยต่อสาธารณชนนั้น ยังไม่ปรากฏว่า ศาลปกครองหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วางบรรทัดฐานการพิจารณาคดีความในประเด็นปัญหานี้ไว้แต่ประการใด

อนึ่ง ในคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองนั้น ได้มีบางกรณีที่ศาลปกครองมิได้นำเอากระบวนการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับกับกรณีการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ประการ

²⁰⁴ ข้อ 72 วรรคสามแห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดว่า

“การมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอทูลเกล้าฯตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ให้กระทำโดยองค์คณะหลังจากตุลาการผู้แถลงคดีได้เสนอคำแถลงการณ์แล้ว

คำแถลงการณ์ตามข้อนี้ จะกระทำด้วยวาจาก็ได้

ในกรณีที่ศาลเห็นว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง ทั้งการทูลเกล้าฯตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ ศาลมีอำนาจสั่งทูลเกล้าฯตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้ตามที่เห็นสมควร

ให้ศาลแจ้งคำสั่งทูลเกล้าฯตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองให้คู่กรณีและผู้ออกกฎ หรือคำสั่งดังกล่าวทราบโดยพลัน และให้คำสั่งศาลมีผลเมื่อผู้ออกกฎหรือคำสั่งได้รับแจ้งคำสั่งนั้นแล้ว”

ใด ดังเช่นในกรณีของคำสั่งมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของศาลปกครองกลาง ลงวันที่ 20 ธันวาคม 2544 ในคดีหมายเลขดำที่ 4250/2544 (ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลธิดาก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดี และ กรมทางหลวง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับสำนักทางหลวง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ซึ่งเป็นคำสั่งในชั้นกำหนด มาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ได้ฟ้องโต้แย้งคำสั่งระงับ การขายแบบให้แก่ผู้ฟ้องคดี และมีคำขอหลักให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว อีกทั้ง ขอให้ศาลพิจารณา กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้ด้วย เป็นต้น หรือในบางกรณีก็ไม่ปรากฏชัดเจนว่าศาล ปกครองได้ถือเอาเรื่องการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มา เป็นประเด็นในการรับคำฟ้องไว้พิจารณาหรือไม่ อย่างไร ดังเช่นในคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดี หมายเลขแดงที่ 628/2544 (ระหว่าง บริษัท ต สุวรรณชัย 1995 จำกัด ผู้ฟ้องคดี และ เทศบาลนคร ภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี) ซึ่งเป็นคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการยกเลิกการประกวดราคา ซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ เสนอราคาต่ำสุดในการประกวดราคาดังกล่าว โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การยกเลิกการประกวดราคาของผู้ ถูกฟ้องคดีไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรมจึงได้ฟ้องคดีขอให้ศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการ ประกวดราคา²⁰⁵ เป็นต้น

4.2 การดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในสัญญาทางปกครอง

ในกรณีที่มีการฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการให้ผู้ที่จะฟ้องคดีต้องดำเนินการแก้ไข ความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนจะฟ้องคดีต่อศาลปกครองไว้โดยชัดแจ้งดังเช่นกรณีการฟ้องขอให้ ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด กรณีจึงมีเฉพาะขั้นตอนหรือวิธีการ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาทางปกครองฉบับนั้น ๆ เท่านั้น

²⁰⁵ ในคดีนี้ ศาลได้กำหนดประเด็นการพิจารณาว่า การยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวเป็นไปโดยชอบด้วย กฎหมายหรือไม่ ซึ่งแม้ในที่สุด ศาลจะได้พิพากษาให้ยกฟ้อง แต่ก็เห็นได้จากการกำหนดประเด็นและประเภทคดีพิพาทของ ศาลว่า ศาลเห็นว่าคดีนี้เป็นกรณียกฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งมีประเด็นว่า ศาลปกครองในคดีนี้ได้ ยอมรับการฟ้องคดีโต้แย้งการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการมีสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาและอาจยกฟ้องได้

นอกจากนี้ หากพิจารณามาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด” แล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้ผู้ที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการเฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการเท่านั้น โดยไม่รวมถึงขั้นตอนหรือวิธีการที่สัญญากำหนดไว้แต่ประการใด การพิจารณาในแง่นี้ จึงทำให้อาจเข้าใจได้ว่าการดำเนินการหรือไม่ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการที่สัญญาทางปกครองนั้น ๆ กำหนดไว้ อาจมิใช่สาระสำคัญในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองตามนัยของมาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ทั้งนี้ ได้เคยมีประเด็นปัญหาทางปฏิบัติที่เคยเกิดขึ้นในเรื่องร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา (กล่าวคือ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522) ซึ่งในกรณีดังกล่าวอาจให้ความชัดเจนได้ในระดับหนึ่งแต่ก็เป็นเพียงความชัดเจนบางส่วนเท่านั้น เนื่องจากระบบพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ในขณะนั้นยังไม่ใช่การพิจารณาพิพากษาคดีตามระบบศาลเต็มรูปแบบ ทั้งนี้ ประเด็นการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ดังกล่าวสืบเนื่องมาจากการมีปัญหาในเรื่องการตั้งอนุญาโตตุลาการตามสัญญาพิพาทไม่ได้ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้นำเรื่องดังกล่าวมาร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

กรณีเรื่องร้องทุกข์ดังกล่าวนี้ เป็นกรณีระหว่างผู้ร้องทุกข์ซึ่งเป็นเอกชนผู้รับเหมาก่อสร้าง กับกรมโยธาธิการ 206 โดยผู้ร้องทุกข์ได้ทำสัญญาก่อสร้างสะพานข้ามแม่น้ำเจ้าพระยาที่ปลายถนนสาทรให้แก่กรมโยธาธิการ แต่ในการดำเนินการก่อสร้างนั้น ปรากฏว่า กรมโยธาธิการไม่อาจส่งมอบพื้นที่ที่จะใช้ในการก่อสร้างให้แก่เอกชนตามกำหนดเวลาในสัญญาได้ และ

²⁰⁶ ปัจจุบัน คือ กรมโยธาธิการและผังเมือง เนื่องจากได้มีการปรับปรุงระบบราชการทั้งระบบ โดยการปรับอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการขึ้นใหม่ และปรับปรุงการบริหารงานโดยการจัดส่วนราชการที่ปฏิบัติงานสัมพันธ์กันรวมไว้เป็นกลุ่มงานเดียวกัน ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 โดยกรมโยธาธิการและผังเมืองตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม พ.ศ. 2545 โดยเกิดจากการรวมกรมโยธาธิการและกรมการผังเมืองเข้าด้วยกัน

กรมโยธาธิการยังได้ทำผิดสัญญาในข้ออื่น ๆ อีกหลายประการอันเป็นเหตุให้งานก่อสร้างดำเนินการไปโดยล่าช้า ผู้ร้องทุกข์จึงได้ขอต่ออายุสัญญาดังกล่าวออกไปอีกเป็นเวลา 12 เดือน และขอให้กรมโยธาธิการและผังเมืองชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์เป็นจำนวนเงินประมาณ 400 กว่าล้านบาท โดยกรมโยธาธิการได้อนุญาตให้ต่ออายุสัญญาดังกล่าวออกไปได้อีกเพียง 8 เดือนครึ่ง และไม่ยอมรับผิดชดใช้ค่าเสียหายตามที่ผู้ร้องทุกข์เรียกร้อง ผู้ร้องทุกข์จึงได้ขอให้ส่งเรื่องการอายุสัญญาครั้งนี้และการเรียกค่าเสียหายให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาดังกล่าว ซึ่งผู้ร้องทุกข์ได้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายของผู้ร้องทุกข์เรียบร้อยแล้ว แต่การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายของกรมโยธาธิการเป็นไปอย่างล่าช้า ต่อมา เมื่อคณะอนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (กล่าวคือ ผู้ร้องทุกข์ และกรมโยธาธิการ) ได้จัดทำข้อบังคับการพิจารณาขึ้นแล้ว กรมโยธาธิการกลับไม่ยอมรับที่จะให้ใช้ข้อบังคับการพิจารณาดังกล่าวกับการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญา จึงทำให้อนุญาตตุลาการฝ่ายของกรมโยธาธิการลาออกจากการเป็นอนุญาตตุลาการ และทำให้การพิจารณาของอนุญาตตุลาการชะงักลง ซึ่งหลังจากนั้น กรมโยธาธิการก็ได้แต่งตั้งผู้อื่นขึ้นมาเป็นอนุญาตตุลาการฝ่ายของกรมโยธาธิการแทนผู้ที่ลาออกไปแต่ประการใด หลังจากนั้น ผู้ร้องทุกข์ก็ได้ขอต่ออายุสัญญาพิพาทเป็นครั้งที่ 2 โดยขอต่ออายุสัญญาดังกล่าวเพิ่มเติมออกไปอีกเป็นเวลา 8 เดือน ซึ่งในครั้งนี้ กรมโยธาธิการได้ปฏิเสธการขอต่ออายุสัญญาดังกล่าวของผู้ร้องทุกข์ ผู้ร้องทุกข์จึงได้ขอให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พิจารณาให้กรมโยธาธิการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายของกรมโยธาธิการขึ้นเพื่อดำเนินการพิจารณาข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการขอต่ออายุสัญญาและการเรียกร้องค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินประมาณ 400 กว่าล้านบาทจากกรมโยธาธิการ

ในเบื้องต้น ก่อนที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะได้มีคำวินิจฉัยนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้มีมติว่าเนื่องจากการยุติข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการตามเงื่อนไขของสัญญาระหว่างผู้ร้องทุกข์กับกรมโยธาธิการนั้นเป็นวิธีการสุดท้ายในการยุติปัญหา แต่ก่อนที่จะดำเนินการเช่นนั้น คู่สัญญาอาจเจรจาประนีประนอมยอมความเป็นประการอื่นได้ ซึ่งหากผู้ร้องทุกข์กับกรมโยธาธิการสามารถตกลงกันได้โดยสมประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว ก็จะเป็นการยุติปัญหาที่เหมาะสมและจะทำให้ปัญหานี้ไม่ยืดเยื้ออีกต่อไป คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงได้มีมติให้รอการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์นี้ไว้ และเสนอแนะให้กรมโยธาธิการดำเนินการเจรจากับผู้ร้องทุกข์เพื่อเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้ยุติลงเสียก่อน ซึ่งนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลได้มี

คำสั่งให้รอการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์นี้ไว้เพื่อดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีที่ให้กระทรวงมหาดไทย²⁰⁷ ดำเนินการให้กรมโยธาธิการและผู้ร้องทุกข์ได้เจรจากัน

ต่อมา กระทรวงมหาดไทยได้จัดให้มีการเจรจา 2 ฝ่าย (กล่าวคือ ผู้ร้องทุกข์ และกรมโยธาธิการ) ซึ่งผลปรากฏว่าฝ่ายผู้ร้องทุกข์ได้เสนอขอลดข้อเรียกร้องลงจากเดิมใน 2 ประเด็น คือ (1) ลดเวลาขอต่ออายุสัญญาเหลือ 15 เดือน 8 วัน และ (2) ลดค่าเสียหายที่เรียกร้องจากกรมโยธาธิการเหลือเป็นจำนวนเงินประมาณ 200 กว่าล้านบาท อย่างไรก็ตาม กรมโยธาธิการก็ได้ยืนยันให้ผู้ร้องทุกข์ต่ออายุสัญญาได้เพียง 256 วัน และกรมโยธาธิการเห็นว่า ตนไม่ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่ผู้ร้องทุกข์เรียกร้อง ประธานการเจรจาดังกล่าวจึงได้รายงานว่า กรณีข้อพิพาทในครั้งนี้อาจหาข้อยุติได้โดยการเจรจา เพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีข้อเสนอที่แตกต่างกันมากในหลักการ

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อปรากฏว่า กระทรวงมหาดไทยไม่อาจดำเนินการยุติปัญหาพิพาทระหว่างผู้ร้องทุกข์และกรมโยธาธิการได้ด้วย การเจรจาแล้ว คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงได้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ต่อไปตามประเด็นแห่งคดีพิพาทที่กรมโยธาธิการได้กล่าวอ้างความเห็นของกรมอัยการโต้แย้งข้ออ้างของผู้ร้องทุกข์ ทั้งนี้ โดยประเด็นแห่งคดีพิพาทที่กรมโยธาธิการกล่าวอ้างนั้น มี 4 ประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่ 1 กรมโยธาธิการกล่าวอ้างว่า การดำเนินการในชั้นอนุญาโตตุลาการได้ผ่านขั้นตอนตามสัญญาแล้ว และจะต้องนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลต่อไป

ประเด็นที่ 2 กรมโยธาธิการกล่าวอ้างว่า การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไม่อาจจะรับข้อพิพาทนี้ได้ และทำให้ผู้ร้องทุกข์ไม่รู้หลักฐานของทางราชการซึ่งจะเป็นการเสียหายต่อผลคดี

ประเด็นที่ 3 กรมโยธาธิการกล่าวอ้างว่า คำร้องทุกข์นี้ไม่เป็นเรื่องร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะรับไว้พิจารณาได้

²⁰⁷ กรมโยธาธิการในขณะนั้นเป็นส่วนราชการภายใต้กระทรวงมหาดไทยตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

ประเด็นที่ 4 กรมโยธาธิการกล่าวอ้างว่า คณะรัฐมนตรีได้รับทราบความประสงค์ของกรมโยธาธิการที่จะไม่ดำเนินการยุติข้อพิพาทโดยทางอนุญาโตตุลาการอีกต่อไปแล้ว คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงไม่มีอำนาจพิจารณาได้อีก

ทั้งนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้พิจารณาและมีความเห็นในแต่ละประเด็นที่กรมโยธาธิการกล่าวอ้างดังต่อไปนี้

ในประเด็นที่ 1 ซึ่งกรมโยธาธิการได้กล่าวอ้างว่า การดำเนินการในชั้นอนุญาโตตุลาการได้ผ่านขั้นตอนตามสัญญาแล้ว และจะต้องนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลต่อไป นั้น คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ตามข้อ 1.5.19 ของสัญญานี้ ทั้งฉบับที่เป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษสามารถเข้าใจไปในทางที่ว่า คู่สัญญาตกลงกันเป็นที่แน่นอนว่าให้นำระบบการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการยุติปัญหาข้อพิพาทระหว่างกันแทนการฟ้องร้องในศาล ข้อตกลงดังกล่าวจึงผูกมัดคู่สัญญาแต่ละฝ่ายที่จะต้องพยายามตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนให้สำเร็จ มิใช่จะตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนหรือไม่ก็ได้ หรือจะให้อีกฝ่ายหนึ่งไปฟ้องศาลเองก็ได้ ดังที่กรมโยธาธิการเข้าใจแต่ประการใด เพราะนอกจากจะมีใช้ความประสงค์โดยสุจริตของคู่สัญญาแล้ว ฝ่ายที่ฝ่าฝืนยังอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการนั้นอีกด้วย โดยนัยนี้ กรมโยธาธิการจึงยังมีหน้าที่ต้องตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนอยู่

สำหรับในประเด็นที่ 2 ที่ว่า การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไม่อาจระงับข้อพิพาทนี้ได้ และทำให้ผู้ร้องทุกข์ไม่รู้หลักฐานของทางราชการซึ่งจะเป็นการเสียหายต่อผลคดี นั้น คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ปัญหาในเรื่องนี้อยู่ที่ว่า กรมโยธาธิการจะต้องตั้งอนุญาโตตุลาการตามข้อกำหนดของสัญญาต่อไปหรือไม่ ฉะนั้นข้ออ้างต่าง ๆ ถึงความไม่เหมาะสมที่กรมโยธาธิการอ้างจึงไม่เกี่ยวข้องกับปัญหาในเรื่องนี้ อนึ่ง รัฐบาลย่อมดำเนินการโดยมิได้มุ่งหวังที่จะเอาเปรียบเอกชน ซึ่งหากมีข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนเกิดขึ้นก็ต้องมีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการที่เหมาะสม ซึ่งตามกฎหมายในขณะนี้ได้แก่ระบบพิจารณาคดีปกครอง (การร้องทุกข์)

ต่อมา ข้อกล่าวอ้างของกรมโยธาธิการที่ว่า คำร้องทุกข์นี้ไม่เป็นเรื่องร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะรับไว้พิจารณาได้ ซึ่งเป็นประเด็นที่ 3 นั้น คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า บรรดาหน้าที่ต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐนั้นมิใช่มีขึ้นได้เพราะมีกฎหมายรองรับให้กระทำได้ทั้งสิ้น เมื่อในเรื่องนี้ที่ผู้ร้องทุกข์กล่าวอ้างว่า กรมโยธาธิการกระทำการโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เนื่องจากไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกับผู้ร้องทุกข์ กรณีจึงเป็นเรื่องร้องทุกข์ตามมาตรา 19 (2) (ค)²⁰⁸ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

สุดท้าย ข้อกล่าวอ้างในประเด็นที่ 4 ซึ่งกรมโยธาธิการกล่าวอ้างว่า คณะรัฐมนตรีได้รับทราบความประสงค์ของกรมโยธาธิการที่จะไม่ดำเนินการยุติข้อพิพาทโดยทางอนุญาโตตุลาการอีกต่อไปแล้ว คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงไม่มีอำนาจพิจารณาได้อีก นั้น คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ปรากฏว่า เรื่องร้องทุกข์นี้ในครั้งแรกนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลได้มีคำสั่งให้รอการพิจารณาไว้ก่อนเพื่อให้มีการยุติปัญหาให้ได้ด้วยการเจรจาตามมติคณะรัฐมนตรี ฉะนั้น ในเรื่องนี้คณะรัฐมนตรีจึงยังมิได้มีมติว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด และเมื่อต่อมา การเจรจาในเรื่องนี้ยังไม่อาจหาข้อยุติได้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงย่อมมีอำนาจพิจารณาเรื่องร้องทุกข์นี้ต่อไปได้

²⁰⁸ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า

“เรื่องร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะรับไว้พิจารณาได้ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นเรื่องและผู้ร้องทุกข์ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยอาจหลีกเลี่ยงได้ และ
- (2) ความเดือดร้อนหรือความเสียหายตาม (1) นั้น เนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- (ก) ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ
- (ข) ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร
- (ค) กระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย
- (ง) กระทำการไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้น หรือ
- (จ) กระทำการโดยไม่สุจริตหรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ความใน (2) (ง) และ (จ) จะใช้เมื่อใดกับหน่วยงานของรัฐใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติข้างต้นที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้มีความเห็นนี้ เป็นบทบัญญัติในหมวด 3 กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งในปัจจุบันบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2542 เพื่อให้สอดคล้องกับการจัดตั้งศาลปกครองและการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้นใช้บังคับ อันทำให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยตรง

โดยสรุป คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงเห็นว่า ข้ออ้างต่าง ๆ ที่กรมโยธาธิการยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นไม่มีผลทำให้กรมโยธาธิการต้องหลุดพ้นจากข้อผูกพันในสัญญาระหว่างกรมโยธาธิการและผู้ร้องทุกข์ซึ่งเป็นเอกชนผู้รับเหมาก่อสร้างแต่อย่างใด และเมื่อกรมโยธาธิการได้เข้าเป็นคู่สัญญากับผู้ร้องทุกข์ดังกล่าวแทนรัฐแล้ว ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญานี้ โดยเหตุนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงมีข้อเสนอแนะให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่สมควรเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายของรัฐบาลแล้วแจ้งรายชื่อให้กรมโยธาธิการดำเนินการต่อไป นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้มีข้อสังเกตว่า โดยที่ผู้ร้องทุกข์ยังประสงค์จะให้มีการแก้ไขปัญหาโดยการเจรจาอยู่ก่อน เพราะฉะนั้น นายกรัฐมนตรีจึงอาจสั่งการในเรื่องร้องทุกข์นี้และสั่งการให้มีการเจรจาอย่างจริงจังอีกครั้งหนึ่ง โดยมีคณะทำงานฝ่ายรัฐบาลร่วมในการเจรจาระหว่างกรมโยธาธิการและผู้ร้องทุกข์ด้วย (คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 56/2528)

ในการเสนอคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 56/2528 ไปยังนายกรัฐมนตรี นั้น เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอความเห็นประกอบการพิจารณาว่า ด้วยว่า เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ดังกล่าว แต่ในส่วนของ การดำเนินการให้มีการเจรจานั้น เนื่องจากการเจรจาในระดับกรมโยธาธิการและผู้ร้องทุกข์ในความรับผิดชอบของกระทรวงมหาดไทยนั้นได้ล่วงพ้นไปแล้ว ระดับของการเจรจาในเรื่องนี้จึงควรจะเป็น การดำเนินการโดยคณะกรรมการเจรจาซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลที่ได้รับการ แต่งตั้งจากคณะรัฐมนตรีเพื่อที่จะรวบรวมข้อตกลงที่อาจตกลงกันได้ และประเมินข้อดีข้อเสียของ วิธีทางแก้ปัญหาในเรื่องนี้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไปได้โดยตรง แต่ถ้าหากคณะรัฐมนตรีไม่ เห็นด้วยกับการที่จะให้มีการเจรจาแล้ว ก็อาจให้กรมโยธาธิการปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ตั้ง อนุญาโตตุลาการและร่วมมือในการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการให้ล่วงไปหรือมิฉะนั้นก็อาจแจ้ง ให้ผู้ร้องทุกข์ไปดำเนินคดีในศาลต่อไป

ทั้งนี้ ในเวลาต่อมา คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการใน ระดับสูงเพื่อให้มีการเจรจาแก้ปัญหาในเรื่องนี้กับผู้ร้องทุกข์ โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นประธานกรรมการ

เมื่อพิจารณาเรื่องร้องทุกข์กรณีก่อสร้างสะพานสมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราช ของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 56/2528 นั้น จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ได้วินิจฉัยไว้เช่นกันว่าจะต้องมีการเคารพตามข้อตกลงที่ให้มีการแก้ไขข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหมายความว่าข้อตกลงกันเช่นว่านี้มีผลผูกพันให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม แต่ก็ไม่ถึงขนาดที่ชัดเจนว่า ข้อวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นการวางหลักว่าขั้นตอนที่กำหนดไว้ในสัญญาเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นที่ต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นก่อนจึงจะมาร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้ โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะปฏิเสธไม่รับพิจารณาเรื่องร้องทุกข์และให้คู่สัญญาต้องไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการให้เสร็จสิ้นเสียก่อนแต่ประการใด เพราะในกรณีนี้ก็ปรากฏว่าคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้รับเรื่องร้องทุกข์ดังกล่าวไว้พิจารณา

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยสัญญาอนุญาโตตุลาการ²⁰⁹ ในปัจจุบันซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้วจะเห็นได้ว่า ข้อตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นข้อตกลงที่มีผลผูกพันคู่สัญญา และคู่สัญญาต้องดำเนินการดังกล่าวก่อนจึงจะสามารถพิจารณาคดีในชั้นศาลได้ ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 14 และมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติว่า

²⁰⁹ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติว่า

“สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรศัพท์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่ได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่า มีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่า มีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว”

“ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย

ในระหว่างการพิจารณาคำร้องของศาลตามวรรคหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาตตุลาการอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้”

มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติว่า

“ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

ดังนั้น หากไม่กล่าวถึงประเด็นที่ว่า ในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ควรยอมรับให้มีการแก้ไขหรือระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้หรือไม่ อย่างไรแล้ว กรณีก็ควรถือเป็นหลักว่า ข้อตกลงในสัญญาเป็นสิ่งสำคัญที่คู่สัญญาพึงปฏิบัติตาม ซึ่งเมื่อสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ แล้วนั้น จึงเป็นความสมมติใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่จะให้มีการแก้ไขข้อพิพาทโดยวิธีการใดเสียก่อน ซึ่งหากเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วก็ควรดำเนินการตามนั้นเสียก่อนจึงจะมาฟ้องร้องต่อศาลได้

5. อำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง

เมื่อได้มีการแยกคดีที่จะฟ้องในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองออกเป็น 2 ประเภทดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น คือ คดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครอง

ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีการฟ้องโต้แย้งตัวสัญญาทางปกครองโดยตรง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันแล้ว นั้น ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในคดีพิพาทแต่ละประเภทก็จะมีขอบเขตที่แตกต่างกันด้วย กล่าวคือ การฟ้องคดีเพิกถอนการกระทำที่แยกออกจากสัญญาทางปกครองและอาจแยกฟ้องได้ซึ่งเป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) นั้น ศาลในคดีดังกล่าวย่อมมีอำนาจจำกัดอยู่เฉพาะการกำหนดค่าบังคับสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว(ซึ่งแยกออกจากตัวสัญญาทางปกครองได้)ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)²¹⁰ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในขณะที่การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) จะเป็นคดีประเภทที่ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3)²¹¹ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

²¹⁰ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ในการพิพาทภาคี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

...”

²¹¹ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ในการพิพาทภาคี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

...

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง...”

4.2.2 คติพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล

ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะเรื่องการใช้ดุลพินิจในการบริหารงานบุคคลเป็นเรื่องซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่ซับซ้อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีและการเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าการกระทำทางปกครองกรณีใดที่เป็นกรณีที่ศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการกระทำดังกล่าว ซึ่งอาจจำแนกเรื่องการบริหารงานบุคคลที่มีการฟ้องคดีต่อศาลเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจมีการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้อย่างน้อยใน 3 กรณี ได้แก่ (1) กรณีการแต่งตั้ง การโยกย้าย การเลื่อนตำแหน่งหรือขึ้นเงินเดือน (2) กรณีการต่ออายุปฏิบัติราชการและปฏิบัติงานของบุคลากรภาครัฐ และ (3) กรณีการมีคำสั่งเชิงลงโทษลูกจ้างหรือพนักงานตามสัญญาจ้าง หรือเรียกให้ลูกจ้างหรือพนักงานตามสัญญาจ้างชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนี้

4.2.2.1 กรณีการแต่งตั้ง การโยกย้าย การเลื่อนตำแหน่งหรือขึ้นเงินเดือน

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดในคดีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการบริหารงานบุคคลนั้น พบว่า ศาลยังไม่ได้มีบรรทัดฐานในการรับคำฟ้องตลอดจนพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนแต่ประการใด โดยศาลปกครองได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้บังคับบัญชาแต่งตั้ง โยกย้ายข้าราชการ เลื่อนตำแหน่งหรือขึ้นเงินเดือนไว้ว่า กรณีดังกล่าวย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะใช้ดุลพินิจตามที่เห็นสมควรภายในขอบเขตของกฎหมาย กรณีจึงเป็นเรื่องบริหารงานบุคคลภายในของฝ่ายบริหาร ซึ่งศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงในการดำเนินการของฝ่ายบริหารได้และไม่อาจออกคำสั่ง²¹² แต่หากเป็นการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับการโยกย้าย การแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง หรือการปฏิเสธไม่เลื่อนเงินเดือนแล้ว ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาและตรวจสอบการใช้

²¹² อาทิ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 51/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 130/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 332/2552 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 702/2552 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 595/2554 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 725/2554 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 387/2552 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 968/2556 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 490/2556 เป็นต้น

ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งโดยมากศาลปกครองจะวินิจฉัยว่า ผู้บังคับบัญชาจะมีอำนาจดุลพินิจในการแต่งตั้ง โยกย้าย มอบหมายงาน เลื่อนตำแหน่ง หรือเลื่อนเงินเดือนข้าราชการและผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา ตลอดจนย่อมมีดุลพินิจในด้านการบริหารงานบุคคลได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม แต่เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้มอบอำนาจดุลพินิจให้แก่ผู้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชาจึงต้องใช้ดุลพินิจนั้นให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจดุลพินิจนั้นไว้ รวมทั้งต้องมีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ข้าราชการและผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย ทั้งนี้ เพราะแม้ว่ากฎหมายจะให้อำนาจดุลพินิจแก่ผู้บังคับบัญชาไว้ แต่ก็ได้หมายความว่าผู้บังคับบัญชาจะสามารถใช้อำนาจดุลพินิจนั้นตามอำเภอใจได้ ซึ่งในกรณีของการบริหารงานบุคคลนั้น กฎหมายก็ได้กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการไว้ว่าต้องเป็นไปตามระบบคุณธรรม และคำนึงถึงพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคล ประโยชน์ของทางราชการ รวมทั้งต้องมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายประกอบเหตุผลรองรับที่มีอยู่จริงและสามารถอธิบายได้ไว้อีกด้วย²¹³

²¹³ อาทิ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.33/2557 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.321/2555 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.481/2555 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.665/2555 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.177/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.518/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.171/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.112/2548 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.378/2552 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.112/2552 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.41/2548 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.263/2553 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.103/2555 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.299/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.306/2553 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.456/2553 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.107/2553 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.79/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.20/2557 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.926/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.102/2557 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.65/2557 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.879/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.873/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.711/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.692/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.669/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.628/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.611/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.564/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.450/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.440/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.424/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.415/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.296/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.290/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.180/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.150/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.681/2555 เป็นต้น

กรณีจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลเพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีว่ามีความประสงค์ขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาอย่างไร โดยหากผู้ฟ้องคดีประสงค์ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี เช่น คำสั่งแต่งตั้ง คำสั่งโยกย้าย คำสั่งปฏิเสธรการเลื่อนตำแหน่ง เป็นต้น แล้ว ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แต่หากผู้ฟ้องคดีประสงค์ขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว ก็จะเป็นกรณีที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้ได้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องบริหารงานบุคคลภายในของฝ่ายบริหารที่ศาลไม่อาจก้าวล่วงในการดำเนินการของฝ่ายบริหารได้ ตามบรรทัดฐานศาลปกครองสูงสุดดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

4.2.2.2 กรณีการต่ออายุปฏิบัติราชการและปฏิบัติงานของบุคลากรภาครัฐ

ในปัจจุบัน ศาลปกครองไทยมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีกรณีการต่ออายุราชการของข้าราชการหรือต่ออายุการปฏิบัติของพนักงานราชการตามสัญญาจ้างเฉพาะกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ต่ออายุราชการให้กับข้าราชการตามกฎหมาย²¹⁴ แต่หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะต่อสัญญาจ้างพนักงานหรือลูกจ้าง ศาลปกครองเห็นว่าเป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อความเหมาะสมในการบริหารงานบุคคลซึ่งศาลไม่มีอำนาจที่จะกำหนดคำสั่งบังคับให้ฝ่ายปกครองต่อสัญญาจ้างพนักงานราชการได้²¹⁵

²¹⁴ อาทิ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.418/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.951/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.546/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.163/2553 เป็นต้น

²¹⁵ อาทิ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 695/2552 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 387/2552 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2554 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 249/2554 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 360/2554 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 313/2555 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 144/2557 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 114/2557 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 28/2556 เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หากผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบใช้ความเสียหายกรณีการปฏิเสธการต่อสัญญาจ้างหรือการไม่ต่อสัญญาจ้างนั้น โดยกล่าวอ้างว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบทางละเมิดหรือเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองผิดสัญญาดังกล่าวซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง²¹⁶ โดยคดีดังกล่าวจะเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี

กรณีจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองมีการกำหนดประเภทของคดีพิพาทที่แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้ฟ้องคดี โดยในกรณีการฟ้องคดีโต้แย้งการปฏิเสธการต่ออายุราชการของข้าราชการ ศาลปกครองจะจัดการฟ้องคดีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่หากเป็นการฟ้องโต้แย้งการปฏิเสธการต่อสัญญาจ้างแล้ว ศาลปกครองจะจัดให้คดีนั้นเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ซึ่งในกรณีหลังนี้ ศาลปกครองจะไม่ก้าวล่วงแทรกแซงอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะต่อสัญญาหรือไม่ต่อสัญญาทางปกครองดังกล่าว

เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นภารกิจเช่นเดียวกันกับศาลปกครองฝรั่งเศสแล้ว ศาลปกครองไทยน่าจะมีอำนาจหน้าที่ในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการปฏิเสธที่ต่อสัญญาจ้างได้ด้วย เช่น คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ ในคดี CE, 4 mars 1981, Comm.d'Azereix ซึ่งเป็นคดีที่สภาแห่งรัฐได้เข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธการต่อสัญญาว่าถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ โดยในคดีนี้ สภาแห่งรัฐได้ใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (l'acte détachable) โดยการพิจารณาที่คำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกออกได้จากตัวสัญญาที่นำไปสู่การทำสัญญากันต่อไป ซึ่งอาจเป็นกรณีคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวกับการเริ่มทำสัญญาในครั้งแรก หรืออาจเป็นกรณีการต่อสัญญาก็ได้ โดยอาจเรียกคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองลักษณะดังกล่าวว่า acte

²¹⁶ อาทิ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.492/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.607/2555 เป็นต้น

support หรือ acte solutien นอกจากนี้ คำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาในบางกรณีก็เป็นคำสั่งหรือมติที่อนุมัติให้ทำสัญญา (la decision de contrater) หรือคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับการลงนามในสัญญา (la decision de signer) ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 3 แล้ว

การที่ศาลปกครองพิจารณาและตีความอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของตนอย่างเคร่งครัด ประกอบกับพิจารณาคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีอย่างจำกัดซึ่งอาจทำให้ไม่เข้าใจความประสงค์ของผู้ฟ้องคดีได้อย่างละเอียดถี่ถ้วนว่าในการฟ้องคดีนั้น ๆ ผู้ฟ้องคดีประสงค์ให้ศาลพิจารณาศึกษาเพิกถอนวัตถุแห่งการฟ้องคดีได้แล้ว จึงมีประเด็นว่า การตีความอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดและการพิจารณาคำฟ้องอย่างจำกัดนั้นอาจเป็นช่องทางให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ อันอาจทำให้เกิดช่องว่างของการตรวจสอบปัญหาความไม่สุจริตหรือจงใจกลั่นแกล้งข้าราชการหรือพนักงานในการบริหารงานบุคคลหรือการบริหารงานภาครัฐ และอาจทำให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการบริหารงานบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีพนักงานจ้างซึ่งต้องมีการทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับพนักงานหลุดพ้นจากการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าได้มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 105/2553 (ระหว่าง นายจักรกริศน์ กนกกันตพงษ์ ผู้ฟ้องคดี และ สภามหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ผู้ถูกฟ้องคดี) ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเป็นการฟ้องกรณีปฏิเสธการต่อสัญญาจ้างพนักงานหรือกรณีปฏิเสธการต่ออายุราชการ โดยผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการพิจารณาต่อเวลาราชการของผู้ฟ้องคดีใหม่ พร้อมทั้งขอวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาโดยขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้ผู้ฟ้องคดียังคงสภาพข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ต่อไปในระหว่างรอคำพิพากษา ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้ได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ นอกจากนี้ ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า เมื่อได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้ว จึงไม่มีเหตุที่จะมีคำสั่งในคำขอกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาของผู้ฟ้องคดี

ในเวลาต่อมา ผู้ฟ้องคดีจึงได้ยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วศาลปกครองสูงสุดได้รับคำฟ้องดังกล่าวไว้พิจารณา โดยศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้มีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณา ซึ่งอาจสรุปคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดได้ว่า ศาลเห็นว่า ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น ประกอบกับคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของผู้ฟ้องคดีแล้วเห็นว่า ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ดังนั้น แม้กฎหมายกำหนดให้อำนาจมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ในฐานะเป็นสถาบันอุดมศึกษา และผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะสภาสถาบันอุดมศึกษาทำการคัดเลือกหรือสรรหาข้าราชการที่จะเกษียณอายุราชการเพื่อต่อเวลาราชการ เนื่องจากมีความขาดแคลนและจำเป็นต้องรักษาข้าราชการผู้นั้นให้ปฏิบัติงานต่อภายหลังเกษียณอายุราชการ โดยให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อพิจารณาต่อเวลาราชการให้แก่ข้าราชการที่จะเกษียณอายุราชการตามความต้องการของมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ซึ่งจะต้องพิจารณาประกอบกับแผนอัตรากำลังระยะ 4 ปี เพื่อนำมาวิเคราะห์ความต้องการคณาจารย์ และนำมากำหนดจำนวนและคุณสมบัติของคณาจารย์ที่ต้องการ โดยกฎหมายกำหนดว่ามีใช้สิทธิของผู้ขอต่อเวลาราชการ แต่การกระทำได้กล่าวว่ามีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิของผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้มีความสัมพันธ์ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดและอยู่ในเกณฑ์ที่จะได้รับการพิจารณา เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าคณะกรรมการประจำคณะวิศวกรรมศาสตร์ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบและเลือกปฏิบัติอันเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการพิจารณาอนุมัติให้ต่อเวลาราชการ ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า ศาลปกครองไทยได้รับพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ต่ออายุราชการให้กับข้าราชการตามกฎหมาย ดังเช่นในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.418/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.951/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.546/2556 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.163/2553 เป็นต้น

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 163/2553 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 546/2556 แล้ว มีข้อสังเกตว่า ศาลปกครองได้ใช้อำนาจในตรวจสอบการใช้ดุลพินิจกรณีการต่ออายุราชการของข้าราชการแตกต่างจากการต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานจ้าง ทั้ง ๆ ที่ทั้งสองกรณีนั้นเป็นกรณีที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการต่ออายุราชการของข้าราชการหรือต่อเวลาปฏิบัติงานไปในแนวทางเดียวกันและสอดคล้องกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขกรณีการต่ออายุราชการของข้าราชการและกรณีการต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานจ้างแล้ว จะเห็นได้ว่า การพิจารณาต่อเวลาราชการและการพิจารณาต่อเวลาปฏิบัติงานนั้น หน่วยงานปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจำเป็นต้องพิจารณาตามเหตุผลและความจำเป็นของหน่วยงานนั้น ๆ เช่น ความขาดแคลนบุคลากรในภาควิชาหรือสาขาของแต่ละสถาบันการศึกษาหรือมหาวิทยาลัย อัตรากำลังด้านความต้องการบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะทางด้านการศึกษาพิเศษ เป็นต้น โดยการพิจารณาต่อเวลาราชการของข้าราชการหรือต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานจ้างไม่ใช่สิทธิของข้าราชการหรือพนักงานมหาวิทยาลัยหรือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องพิจารณาต่อเวลาราชการของข้าราชการหรือต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานมหาวิทยาลัยแต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม ในกรณีการต่อเวลาราชการของข้าราชการนั้นศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ว่า การฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการฟ้องร้องโต้แย้งว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งแม้กฎหมายจะกำหนดว่าการพิจารณาต่อเวลาราชการของข้าราชการเป็นอำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยมีใช้สิทธิของข้าราชการก็ตาม แต่การใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีดังกล่าวย่อมต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย ดังนั้น ศาลปกครองจึงมี

อำนาจเข้ามาตรวจสอบและออกคำสั่งได้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็เคยได้วินิจฉัยในเนื้อหาของ การพิจารณาต่อระยะเวลาราชการของข้าราชการกรณีข้าราชการดังกล่าวเกษียณอายุว่าเป็น การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อันเป็นคำขอที่บังคับได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม ในการฟ้องคดีกรณีการต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานจ้างตาม สัญญาจ้างอันเป็นการฟ้องโต้แย้งการปฏิเสธการต่อสัญญาจ้าง ซึ่งเป็นกรณีที่มีหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการพิจารณาต่อเวลาดังกล่าวไปในแนวทางเดียวกันและสอดคล้องกันในสาระสำคัญ เช่นเดียวกันกับการต่ออายุราชการของข้าราชการแล้ว ศาลปกครองกลับจัดให้การฟ้องคดีดังกล่าว เป็นการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ซึ่งในกรณีนี้ ศาล ปกครองจะไม่ก้าวล่วงแทรกแซงอำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะ ต่อสัญญาจ้างกับพนักงานจ้างดังกล่าวหรือไม่

แสดงให้เห็นว่า ทั้ง ๆ ที่ข้าราชการและพนักงานจ้างต่างถือว่าเป็น บุคลากรของรัฐเช่นเดียวกัน อีกทั้ง ในการต่ออายุราชการของข้าราชการหรือต่อเวลาปฏิบัติงานของ พนักงานจ้างก็มีหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณาต่ออายุหรือต่อเวลาดังกล่าวไปใน แนวทางเดียวกันและสอดคล้องกันในสาระสำคัญแล้ว ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวก็เป็นการใช้อำนาจ ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ดังนั้น หากมีการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อ โต้แย้งการปฏิเสธหรือการไม่ต่ออายุราชการของข้าราชการหรือต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานจ้าง แล้ว กรณีดังกล่าวน่าจะเป็นการฟ้องขอให้ศาลตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ เป็นการฟ้องโต้แย้งการใช้ดุลพินิจโดยตรง ซึ่งหากมีการฟ้องคดี ดังกล่าวแล้ว คดีนั้นน่าจะเป็นคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็น คดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

4.2.2.3 กรณีการมีคำสั่งเชิงลงโทษลูกจ้างหรือพนักงานตามสัญญาจ้าง หรือเรียกให้ลูกจ้างหรือพนักงานตามสัญญาจ้างชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

นอกจากอาจมีการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลได้ในกรณีการแต่งตั้ง การโยกย้าย การเลื่อนตำแหน่ง หรือขึ้นเงินเดือน และกรณีการต่ออายุปฏิบัติราชการและปฏิบัติงานของบุคลากรภาครัฐ ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า อาจมีการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะเรื่องการใช้ดุลพินิจในการบริหารงานบุคคลของฝ่ายปกครองในกรณีของการที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งเชิงลงโทษแก่ พนักงานหรือลูกจ้างตามสัญญาจ้างระหว่างฝ่ายปกครองกับพนักงานหรือลูกจ้างดังกล่าว โดยปรับใช้ทฤษฎีนี้เพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (กล่าวคือ เป็นการใช้ทฤษฎีเพื่อแยกนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการหรือปฏิบัติตามสัญญาจ้างพนักงานหรือลูกจ้าง) โดยการฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวจะมีใช้การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันแต่ประการใด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 395/2558 (ระหว่าง นายธนบัตร อารีสวัสดิ์ ผู้ฟ้องคดี และ ผู้อำนวยการสำนักบริหารกลาง สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (เลขานุการกรม สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เดิม) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อ.ก.พ. สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2)

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างประจำตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ สังกัดสำนักงานเลขานุการกรม สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างไม่ร้ายแรงกรณีถูกกล่าวหาว่าไม่ปฏิบัติตามหน้าที่และใช้ถ้อยคำที่ไม่สุภาพต่อผู้ร่วมงาน และมีคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดี ประกอบกับผู้ฟ้องคดีเคยถูกลงโทษทำทัณฑ์

บนและถูกลงโทษภาคทัณฑ์ในลักษณะเดียวกันนี้มาก่อน ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีมติให้ยกอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างไม่ร้ายแรงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องและขัดต่อหลักฟังความทุกฝ่าย และปัจจุบันผู้ฟ้องคดีได้ไปช่วยปฏิบัติราชการที่กองนิติการ สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่มีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและออกคำสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดี และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ก็ไม่มีอำนาจออกคำสั่งยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีเช่นกัน นอกจากนี้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ให้ผู้ฟ้องคดีตรวจคัดรายงานการสอบสวนและบันทึกถ้อยคำพยานบุคคลและพยานหลักฐานต่าง ๆ ตามที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอก็มีมาตรฐานต่ำกว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่ได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีเข้าแถลงด้วยวาจาในวันประชุมพิจารณาอุทธรณ์ทำให้กระบวนการวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ หนังสือแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ก็มีได้จัดให้มีเหตุผลตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ ประกอบกับระยะเวลาในการที่จะจัดให้มีเหตุผลเพิ่มเติมดังกล่าวก็ได้สิ้นสุดลงแล้ว ทำให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องโดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งที่ลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดี และมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยได้วินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้ที่มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดีได้ และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีมติให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว โดยได้มีคำพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นที่ยกฟ้องคดีนี้

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 395/2558 ว่า แม้ในคดีนี้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีอยู่ในฐานะลูกจ้าง (กล่าวคือ ลูกจ้างประจำตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ สังกัดสำนักงานเลขานุการกรม สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม) กับนายจ้างตามสัญญาจ้างก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นลูกจ้างได้กระทำความผิดโดยถูกสอบสวนวินัย หรือเป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาหรือส่วนราชการซึ่งเป็นนายจ้าง คำสั่ง

ลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกระทำหรือคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งหรือขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำหรือคำสั่งดังกล่าวจะต้องฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยคำสั่งทางปกครองดังกล่าวที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นจะถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาจ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งอยู่ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้าง และเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ตามทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลปกครองจะมีอำนาจกำหนดค่าบังคับตามคำขอดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

นอกจากนี้ ไม่ว่าศาลปกครองในคดีนี้จะได้วินิจฉัยว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งอยู่ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้าง จะเป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาทางปกครองอันอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง หรือสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานก็ตาม แต่การกำหนดประเภทคดีพิพาทในคดีนี้ก็จะไม่เปลี่ยนแปลงไป

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 146/2553 (ระหว่าง นายคำรณ เพี้ยแก้ว ผู้ฟ้องคดี และ กรมธุรกิจพลังงาน (กรมพัฒนาธุรกิจการค้าและกรมทะเบียนการค้า เดิม) ผู้ถูกฟ้องคดี)

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ขณะผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างประจำ ตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ สำนักน้ำมันเชื้อเพลิง สังกัดผู้ถูกฟ้องคดี นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีขับรถยนต์ของทางราชการพาเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีเดินทางไปปฏิบัติราชการที่จังหวัดระยอง แต่ระหว่างการเดินทางเครื่องยนต์เกิดเสียงดังผิดปกติ เร่งไม่ขึ้น และพบว่ามีน้ำไหลออกมาจากหม้อน้ำ เป็นเหตุให้รถยนต์ได้รับความเสียหาย ต่อมา อธิบดีของผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดขึ้น โดยคณะกรรมการดังกล่าวได้ดำเนินการสอบสวนแล้วเห็นว่า ความเสียหายเกิดจากการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ฟ้องคดี แต่เนื่องจากความเสียหายบางส่วนเกิดจากเหตุภายนอกอันมิใช่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำด้วยความ

ประมาทเลินเล่อของผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีคำสั่งเรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะขับรถยนต์คันเกิดเหตุพาเจ้าหน้าที่เดินทางไปปฏิบัติราชการที่จังหวัดระยอง ผู้ฟ้องคดีได้ตรวจสอบสภาพรถยนต์และเครื่องยนต์อย่างละเอียดเพราะไม่ใช่รถยนต์คันที่ผู้ฟ้องคดีดูแลอยู่ประจำ และเมื่อเห็นว่ารถยนต์มีสภาพปกติผู้ฟ้องคดีจึงนำรถยนต์คันดังกล่าวออกปฏิบัติงานซึ่งตามวิสัยและพฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดีหรือผู้ขับรถยนต์ที่เดินทางไกลเป็นประจำย่อมต้องคอยดูแลตรวจตราต่าง ๆ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีขั้นตอนใดที่ได้กระทำไปโดยปราศจากความระมัดระวัง ดังนั้น ที่ผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่าผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงไม่ชอบ ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว ต่อมา ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งไม่รับคำขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา

ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากเหตุละเมิดได้ต้องปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีละเลย ไม่เอาใจใส่ตรวจสอบดูแลบำรุงรักษารถยนต์ของทางราชการให้อยู่ในสภาพพร้อมออกเดินทางไปปฏิบัติราชการด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนก่อให้เกิดความเสียหาย แต่จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามบันทึกการสอบสวนผู้ฟ้องคดีได้ให้ถ้อยคำว่ารยนต์คันเกิดเหตุผู้ฟ้องคดีไม่ได้เป็นผู้ดูแลประจำ ทั้งตามรายงานผลการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดได้พิจารณาจากคำให้การของพยานและผู้ฟ้องคดีได้ให้การสอดคล้องต้องกันว่า ผู้ฟ้องคดีได้ตรวจเช็คสภาพรถและเครื่องยนต์ก่อนออกเดินทางในวันเกิดเหตุแล้ว จากข้อเท็จจริงดังกล่าว คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดเห็นว่าน่าเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้ตรวจเช็คสภาพรถก่อนออกเดินทางจริง ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการตรวจสอบสภาพรถก่อนออกเดินทาง และในระหว่างเดินทางขณะเกิดเหตุแม้ข้อเท็จจริงจะรับฟังได้ว่าเหตุละเมิดดังกล่าวเกิดจากการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อของผู้ฟ้องคดีได้ก็ตาม แต่ความประมาทเลินเล่อดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่รถยนต์ของทางราชการ หากแต่ยังมีเหตุปัจจัยอย่างอื่นประกอบด้วย เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีละเลย ไม่เอาใจใส่ตรวจสอบดูแลบำรุงรักษารถยนต์ของทางราชการ

ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแต่อย่างไร การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากเหตุละเมิดดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งที่ยังไม่เข้าเงื่อนไขข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้ออกคำสั่งเกิดขึ้น คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่เรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 10 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.146/2553 ว่า แม้ในคดีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีอยู่ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้างตามสัญญาจ้างก็ตาม แต่หากลูกจ้างในฐานะเจ้าหน้าที่²¹⁷ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐอันทำให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้ โดยคำสั่งเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวจะเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว และลูกจ้างเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งหรือขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวจะเป็นการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยคำสั่งทางปกครองดังกล่าวที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นจะถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาจ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งอยู่ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้าง และเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ตามทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลปกครองจะมีอำนาจกำหนดค่าบังคับตามคำขอดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

นอกจากนี้ ไม่ว่าศาลปกครองในคดีนี้จะได้วินิจฉัยว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งอยู่ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้าง จะเป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาทาง

²¹⁷ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือฐานอื่นใด ...”

ปกครองอันอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง หรือสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานก็ตาม แต่การกำหนดประเภทคดีพิพาทในคดีนี้ก็จะไม่เปลี่ยนแปลงไป

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) (ระหว่าง
นางสาวอรรณณ จันทรรัตน์ ผู้ฟ้องคดี และ อธิการบดีสถาบันราชภัฏสวนดุสิต ผู้ถูกฟ้องคดี)**

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราว ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้าศูนย์การศึกษานอกสถาบัน ศูนย์ตรง สังกัดสถาบันราชภัฏสวนดุสิต สำนักงานสภาสถาบันราชภัฏ และได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน โดยอ้างเหตุว่าผู้ฟ้องคดีขัดคำสั่งหรือหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่โดยชอบ และละทิ้งงานเป็นเวลาเกินกว่าสิบห้าวันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร สืบเนื่องจากที่ก่อนหน้านี้ได้เคยมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้าปฏิบัติหน้าที่ในสถาบันราชภัฏสวนดุสิต ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงานด้วยเหตุดังกล่าวเป็นการออกคำสั่งที่ไม่ชอบ โดยเป็นการกระทำที่ลุแก่อำนาจ ไม่ยอมรับรู้และปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ จึงเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการกระทำละเมิด โดยผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่ง ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1. เพิกถอนคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน

2. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินเดือนที่ค้างชำระ

3. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินเดือนให้ผู้ฟ้องคดีทุกเดือนจนกว่าผู้ฟ้องคดีจะมี

อายุครบ 60 ปี

ศาลปกครองสงขลาซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้ได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ โดยวินิจฉัยว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีอยู่ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้างตามสัญญาจ้างทำงาน และมูลเหตุแห่งการฟ้องคดี เนื่องมาจากผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน กรณี

จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงาน ตามมาตรา 8 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 คำฟ้องนี้จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542

ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดโดยมติที่ประชุมใหญ่ได้มีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาพิพากษาคดีต่อไป โดยวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงานและชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี เป็นเรื่องการโต้แย้งเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นลูกจ้างของส่วนราชการ อันสืบเนื่องจากการที่ได้มีคำสั่งจ้างผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราว และแต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้าศูนย์การศึกษานอกสถาบันฯ ซึ่งเกี่ยวข้องกับภารกิจให้บริการทางการศึกษาของสถาบันราชภัฏสวนดุสิต จึงถือว่าสัญญาจ้างระหว่างสถาบันราชภัฏสวนดุสิตกับผู้ฟ้องคดี เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นลูกจ้างของส่วนราชการออกจากงาน จึงเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยต่อไปว่า สัญญาจ้างแรงงานตามนัยของมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติว่า ศาลแรงงานมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน ไม่น่าจะครอบคลุมถึงข้อตกลงการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างจากการจ้างลูกจ้างทั่วไปตามสัญญาจ้างแรงงาน ทั้งนี้ เนื่องจากข้อตกลงการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราวจะมีลักษณะเป็นข้อตกลงเพื่อให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการอันเป็นภารกิจของส่วนราชการในการจัดทำบริการสาธารณะ อีกทั้งการจ่ายค่าจ้างลูกจ้างนั้น ส่วนราชการผู้ว่าจ้างจะต้องปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ พ.ศ. 2526 ส่วนราชการผู้ว่าจ้างไม่มีอิสระในการกำหนดได้เอง เช่นนายจ้างภาคเอกชน ข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วม

ดำเนินงานบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครอง นิติสัมพันธ์ระหว่างส่วนราชการผู้ว่าจ้างกับลูกจ้างของส่วนราชการ เป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาทางปกครอง มิใช่นิติสัมพันธ์อันเกิดจากสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาทางปกครอง จึงมิใช่เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานตามนัยมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการให้ผู้อนุญาตซึ่งเป็นผู้จ้างของส่วนราชการออกจากงาน จึงมิใช่เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลแรงงานตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 ว่า คดีนี้เป็นคดีที่ผู้อนุญาตได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งที่ให้ออกจากงาน ดังจะเห็นได้จากคำขอของผู้อนุญาตที่ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งที่ให้ออกจากงาน ส่วนคำขอที่เหลือคือ การขอให้ผู้อนุญาตจ่ายเงินเดือนที่ค้างชำระ และการขอให้ผู้อนุญาตจ่ายเงินเดือนให้ผู้อนุญาตทุกเดือนจนกว่าผู้อนุญาตจะมีอายุครบ 60 ปีนั้น เป็นเพียงคำขอที่เกี่ยวข้องกับความเดือดร้อนหรือเสียหายหลักของผู้อนุญาตที่เกิดขึ้นจากคำสั่งที่ให้ออกจากงาน

ทั้งนี้ หากศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้ปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้อันจะทำให้พิจารณาคำขอของผู้อนุญาตที่ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งที่ให้ออกจากงานเป็นสำคัญแล้ว ศาลก็อาจกำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับตามคำขอดังกล่าวของผู้อนุญาตให้ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ...”

นอกจากนี้ การที่ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าบังคับได้เฉพาะการสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำเท่านั้น

อนึ่ง ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากศาลปกครองในคดีนี้ได้วินิจฉัยคดีโดยมุ่งเน้นที่การเพิกถอนคำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงานเป็นสำคัญ ตามทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (กล่าวคือ พิจารณาว่าคำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงานเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาจ้างทำงานระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดี และคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) แล้วนั้น ไม่ว่าจะศาลปกครองในคดีนี้จะได้อธิบายว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างส่วนราชการผู้ว่าจ้างกับลูกจ้างของส่วนราชการเป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาทางปกครองอันอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง หรือสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานก็ตาม ผลแห่งคดีนี้ที่ศาลปกครองสูงสุดได้กลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณาไม่น่าจะเปลี่ยนแปลงไป เพียงแต่ศาลจะได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับตามคำขอตั้งกล่าวของผู้ฟ้องคดีให้ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันด้วย

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 585/2546 (ระหว่าง นายพลชัย ชุมแวง
วาปี ผู้ฟ้องคดี และ ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี)

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างของธนาคารแห่งประเทศไทย ตำแหน่งคนงานทีมธุรการ โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยให้ดำเนินการสอบสวนผู้ฟ้องคดี เนื่องจากผู้ฟ้องคดีถูกพนักงานอัยการสั่งฟ้องเป็นจำเลยในคดีอาญาต่อศาลจังหวัดนครปฐม คณะกรรมการสอบสวนทางวินัยได้สอบสวนแล้ว เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีมีพฤติกรรมเข้าข่ายกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ผู้ถูกฟ้องคดีโดยความเห็นชอบจากคณะกรรมการธนาคารแห่งประเทศไทย จึงมีคำสั่งลงโทษปลดผู้ฟ้องคดีออกจากการเป็นพนักงานธนาคาร ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ปรากฏว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีคำสั่งให้ยกอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การกระทำของตนยังไม่เข้าข่ายเป็นความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงถึงขนาดได้รับโทษปลดออก ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งธนาคารแห่งประเทศไทยที่ลงโทษปลดผู้ฟ้องคดีออกจากงาน

ศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้ได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาโดยวินิจฉัยว่า ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามความหมายในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีมีฐานะเป็นพนักงานของรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งปลดผู้ฟ้องคดีออกจากการเป็นพนักงานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคดีพิพาทอันเกิดจากนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่อยู่ในฐานะนายจ้างกับลูกจ้างที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงานตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522

ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้กลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยวินิจฉัยว่า ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจและเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่ง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้บริหารของธนาคารจึงมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งปลดผู้ฟ้องคดีออกจากความเป็นพนักงาน โดยอาศัยอำนาจตามข้อบังคับธนาคารแห่งประเทศไทย ว่าด้วยการพนักงาน พ.ศ. 2532 ซึ่งออกตามความในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2485 ประกอบกับมาตรา 5 (6) แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดกิจการธนาคารแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2485 กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

นอกจากนี้ โดยที่ตามมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดรัฐวิสาหกิจที่พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 ไม่ใช่บังคับ พ.ศ. 2544 ได้กำหนดให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจที่พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 ไม่ใช่บังคับ ประกอบกับไม่มีระเบียบหรือข้อบังคับของธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดเกี่ยวกับสภาพการจ้างแต่อย่างใด ดังนั้น ข้อพิพาทระหว่างผู้บริหารของธนาคารแห่งประเทศไทยกับพนักงาน จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างหรือตามสัญญาจ้างแรงงานซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงานตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 585/2546 ว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้เห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งปลดผู้ฟ้องคดีออกจากความเป็นพนักงานนั้น เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้อาศัยอำนาจตามข้อบังคับธนาคารแห่งประเทศไทย ว่าด้วยการพนักงาน พ.ศ. 2532 ซึ่งออกตามความในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2485 ประกอบกับมาตรา 5 (6) แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดกิจการธนาคารแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2485 ออกคำสั่งดังกล่าว ทำให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น แสดงให้เห็นว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาคำฟ้องและเจตนารมณ์ในการฟ้องคดีของผู้ฟ้องคดีแล้วเห็นว่า แม้ผู้ฟ้อง

คดีจะมีนิติสัมพันธ์กับผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะที่เป็นฐานะนายจ้างกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานหรือข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างก็ตาม แต่ความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ก็เป็นผลโดยตรงจากคำสั่งปลดผู้ฟ้องคดีออกจากการเป็นพนักงานซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาจ้างแรงงานหรือข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ตลอดจนได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) นั้น เป็นคำวินิจฉัยที่สอดคล้องและเป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ซึ่งในคดีนี้ นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้คือ คำสั่งปลดผู้ฟ้องคดีออกจากการเป็นพนักงานนั่นเอง

นอกจากนี้ แม้ศาลปกครองสูงสุดจะได้วินิจฉัยต่อไปว่า ไม่อาจถือได้ว่าข้อพิพาทระหว่างผู้บริหารของธนาคารแห่งประเทศไทยกับพนักงานเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างหรือตามสัญญาจ้างแรงงานซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงานก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่าศาลปกครองสูงสุดจะวินิจฉัยว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างหรือตามสัญญาจ้างแรงงานจะอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานหรือศาลปกครองก็ตาม แต่ผลแห่งคดีนี้ที่ศาลปกครองสูงสุดได้กลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณาไม่น่าจะเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้คือคำสั่งปลดผู้ฟ้องคดีออกจากการเป็นพนักงานซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาจ้างแรงงานหรือข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว

4.2.3 คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

แม้หลักนิติรัฐจะเรียกร้องให้การกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยมีองค์กรตุลาการหรือศาลทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มีกรกระทำบางประเภทที่โดยทั่วไปแล้วไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ เช่น การกระทำที่มีลักษณะเป็นเรื่องในทางการเมือง หรือการกระทำในเรื่องนโยบายของฝ่ายบริหาร เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่ในวิชานิติศาสตร์เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล (Act of State; Acte de gouvernement; Regierungsakt)

การกระทำทางรัฐบาลนั้น ได้แก่การกระทำของรัฐบาลที่มีลักษณะเป็นทางการเมือง (nature politique) เช่น นิติกรรมทางปกครองของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับรัฐสภา (ซึ่งได้แก่ การประกาศใช้กฎหมาย หรือการยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น) หรือนิติกรรมทางปกครองของรัฐบาลที่

เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือการทูต (อาทิ การให้หรือไม่ให้สัตยาบันข้อตกลงระหว่างประเทศ เป็นต้น) นั้น การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้ เนื่องจากเรื่องดังกล่าวมิได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารงานตามปกติของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองแต่ประการใด หากแต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการเมืองที่รัฐบาลมีต่อรัฐสภา²¹⁸

นอกจากนี้ แม้ว่าการกระทำทางรัฐบาลจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนก็ตาม แต่เอกชนจะฟ้องร้องรัฐบาลต่อศาลว่าการกระทำนั้นนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ และจะขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ชดเชยค่าเสียหายไม่ได้ ผลในทางกฎหมายแนวความคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลคือ หากกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ศาลสามารถตรวจสอบการกระทำดังกล่าวไว้แล้ว การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจกระทำได้ในทางกฎหมาย แต่ต้องควบคุมตรวจสอบกันทางการเมืองโดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง เช่น รัฐสภาอาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล หรือสื่อมวลชนอาจวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลเท่านั้น²¹⁹

นอกจากโดยปกติทั่วไปแล้ว การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่ไม่กระทบสิทธิหรือไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะและโดยตรงแล้ว เหตุผลสำคัญที่ทำให้การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาลนั้นเนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมืองที่มีข้อจำกัดอย่างยิ่งในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์หรือเป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบ และหากให้องค์กรตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครองเข้ามามีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครองมีความสามารถในการตัดสินใจเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เองโดยที่ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อผู้ใดทั้งสิ้น²²⁰

²¹⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, หน้า 473.

²¹⁹ บวรศักดิ์ อวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 479.

²²⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ และคณะ, "แถลงการณ์ คณะอาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์," ใน การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย, เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 154-155.

ในบางกรณี การกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และการกระทำทางรัฐบาล นั้น อาจพิจารณาแยกส่วนของการกระทำดังกล่าวออกจากกันเป็นหลายส่วนได้ และการกระทำส่วนหนึ่งที่แยกออกมา (Actes détachables) จะไม่มีลักษณะเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือการกระทำทางรัฐบาลแต่ประการใด ซึ่งการกระทำที่แยกออกมานั้นจะเป็นการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง ทั้งนี้ การกระทำที่แยกออกได้ดังกล่าวต้องเป็นการกระทำที่แม้เป็นผลต่อเนื่องมาจากการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือการกระทำทางรัฐบาลแต่ก็แยกออกโดยเด็ดขาดจากการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือการกระทำทางรัฐบาล จนอาจกล่าวได้ว่าการกระทำแต่ละการกระทำสามารถดำรงอยู่ได้โดยตัวของตัวเอง เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติให้จัดตั้งศูนย์ผู้อพยพในเขตชายแดนไทย-พม่า ตามพันธกรณีที่รัฐบาลไทยตกลงไว้กับสหประชาชาติ การลงนามของรัฐบาลไทยในข้อตกลงดังกล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง แต่มติคณะรัฐมนตรีอนุญาตให้จัดตั้งศูนย์อพยพในพื้นที่ใดถือเป็นการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกได้จากการลงนามของรัฐบาลไทยกับสหประชาชาติ โดยหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นแล้ว คดีฟ้องโต้แย้งการกระทำดังกล่าวอาจอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองได้²²¹

ศาลปกครองไทยได้วางหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลไว้ในการพิจารณาพิพากษาหลายคดี ซึ่งแม้ว่าในการวินิจฉัยคดีดังกล่าวนั้น ศาลปกครองจะไม่ได้ใช้คำว่า "การกระทำทางรัฐบาล" ไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองมีการนำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลไปปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เช่น กรณีฟ้องโต้แย้งพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 24-32/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 45/2549) หรือ กรณีฟ้องโต้แย้งมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550) เป็นต้น

²²¹ เรื่องเดียวกัน, 156-157.

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่า เคยมีการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล โดยนาย สุวัตร อภัยศักดิ์ นายนิติธร ล้ำเหลือ นายนคร ชมพูชาติ นายสุริยะใส กตะศิลา นายคำณูณ สิทธิสมาน นายคณิศร ทพภูผา นายกิ่งแก้ว โยมเมือง นายประภาส บุรีศรี และนางรัศมี ไวยเนตร ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าคน ยื่นคำฟ้อง ลงวันที่ 24 มิถุนายน 2551 ฟ้องรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ และ คณะรัฐมนตรี เป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ตามลำดับ ต่อศาลปกครองกลางเป็นคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 โดยกล่าวอ้างว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นประชาชนชาวไทยและเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของชาติ มีหน้าที่ป้องกันประเทศรักษาผลประโยชน์ของชาติตามมาตรา 3 ประกอบกับมาตรา 71 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (กล่าวคือ คณะรัฐมนตรี) ได้มีมติเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 เห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย โดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) เป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว ซึ่งต่อมา เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) ได้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมเพื่อให้ประเทศกัมพูชาเสนอต่อองค์การยูเนสโกในวันที่ 5 กรกฎาคม 2551 ซึ่งในการฟ้องคดีดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าได้มีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชากรณีขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลก 4 ประการ ดังนี้

“ ...

1. ให้เพิกถอนการกระทำของนายพดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศที่เสนอร่างคำแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาและมีมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบ

2. เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่มีมติเห็นชอบร่างคำแถลงการณ์ร่วมฯ โดยมอบหมายให้นายพดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ

3. ให้เพิกถอนการลงนามในคำแถลงการณ์ร่วมฯ ของนายพนพล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศที่ลงนามเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551

4. มีคำสั่งให้นายพนพล ปัทมะ ยุติความผูกพันตามคำแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อประเทศ กัมพูชาและองค์การยูเนสโก ...”

นอกจากนี้ ในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าได้ขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ซึ่งต่อมา ศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ก็ได้มีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 โดยสรุปได้ว่า ศาลปกครองกลางมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวโดยสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) ดำเนินการใด ๆ ในเรื่องที่ถูกฟ้องคดีจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ซึ่งการที่ศาลปกครองกลางมีคำสั่งดังกล่าวย่อมหมายความว่า “มติของคณะรัฐมนตรี” ที่ให้ความเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วม และแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย ที่ลงนามโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) จึงยัง “ใช้บังคับไม่ได้” จนกว่าศาลปกครองจะมีคำพิพากษาในคดีดังกล่าว โดยผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลดังกล่าว ซึ่งศาลปกครองสูงสุดรับไว้พิจารณาเป็นคำร้องที่ 530/2551

ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 ลงวันที่ 8 กันยายน 2551 ยืนตามศาลปกครองชั้นต้น (กล่าวคือ เห็นฟ้องด้วยกับคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551) ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่องการขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลก

การที่ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 นี้ ได้ก่อให้เกิดความเห็นทางวิชาการที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่างนักกฎหมายและนักวิชาการหลาย

ท่านได้ให้ความสนใจกับคำสั่งศาลปกครองกลางดังกล่าว และได้มีการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลของศาลปกครอง (jurisdiction) ในการรับพิจารณาพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ของศาลปกครองไว้พิจารณา โดยมีสาระสำคัญว่า ศาลปกครองจะมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการกระทำทางรัฐบาล หรือไม่ อย่างไร ตลอดจนการที่ศาลปกครองได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวนั้นถูกต้องหรือไม่ อย่างไร โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้สรุปเฉพาะความเห็นทางวิชาการที่ผู้เขียนพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความน่าสนใจและเป็นประโยชน์กับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพียงบางความเห็นเท่านั้น ทั้งนี้ โดยเรียงตามลำดับวันที่มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ดังต่อไปนี้

4.2.3.1 บทบรรณาธิการเว็บ www.pub-law.net ครั้งที่ 190 “การกระทำทางรัฐบาล” โดย ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ สำหรับวันจันทร์ ที่ 7 กรกฎาคม ถึงวันอาทิตย์ที่ 20 กรกฎาคม 2551 (เผยแพร่ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2551)²²²

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ มีความเห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีที่นำมาฟ้องต่อศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 เป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะตรวจสอบ โดยในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีนั้น คณะรัฐมนตรีจะมีสองสถานะ กล่าวคือ สถานะที่เป็นฝ่ายบริหาร และสถานะที่เป็นฝ่ายปกครอง โดยคณะรัฐมนตรีในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหาร จะทำงานในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่มคือทำงานร่วมกัน ในฐานะที่เป็นคณะรัฐมนตรี ในขณะที่ในสถานะที่เป็นฝ่ายปกครองนั้น นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนจะทำงานหรือบริหารงานในลักษณะตัวบุคคลคือต่างคนต่างก็มีกระทรวงที่ตนเองรับผิดชอบและทำงานดังกล่าวไปตามอำนาจหน้าที่ของตนที่มีอยู่ตามกฎหมาย การทำงานในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารนั้น คณะรัฐมนตรีจะมีมติคณะรัฐมนตรีออกมาเพื่อเป็นแนวทางในดำเนินการต่อไป ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีมีอยู่ 2 ประเภทหลัก ๆ ซึ่งแต่ละประเภทก็มีความแตกต่างกัน ได้แก่

²²² นันทวัฒน์ บรมานันท์, "บทบรรณาธิการเว็บ www.Pub-Law.Net ครั้งที่ 190 "การกระทำทางรัฐบาล," ใน การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย, เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิกุล, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 146-153.

1. มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ โดยทั่วไปแล้วคณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น ๆ ดังนั้นผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็น “การกระทำทางปกครอง” (acte administratif) ซึ่งในทฤษฎีแล้วจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองและอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

2. มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน มติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จะมีลักษณะเป็นงานนโยบายโดยเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยทั่วไปแล้วคณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (acte de gouvernement) ซึ่งในทางทฤษฎีแล้ว มติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภาหรือโดยองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินจึงไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็น กฎ ข้อบังคับ หรือกฎหมายแต่อย่างใด และมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเมื่อไรก็ได้ตามความเหมาะสมของเหตุการณ์

ในทางทฤษฎี การกระทำทางรัฐบาลสามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภากับการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับต่างประเทศ โดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยถึงการกระทำต่าง ๆ ของรัฐบาลว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลมาเป็นเวลานานแล้ว เช่น ในปี ค.ศ. 1930 วินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1933 วินิจฉัยว่าการประกาศใช้บังคับกฎหมายล่าช้าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1989 วินิจฉัยว่าการยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่าการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่าการระงับความร่วมมือกับต่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่าการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวนี้ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย และอาจสรุปได้ในเบื้องต้นว่า ศาลปกครองฝรั่งเศสเองเห็นว่าศาลปกครองมีอำนาจ

เฉพาะการวินิจฉัย “การกระทำทางปกครอง” ส่วน “การกระทำทางรัฐบาล” นั้น เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของรัฐสภา

ในประเทศไทย แม้จะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคณะรัฐมนตรีหลายฉบับ แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีการแยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครอง แม้กระทั่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ไว้ในมาตรา 11 (2) นั้น บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้แยกประเภทของการกระทำของคณะรัฐมนตรีว่า การกระทำใดบ้างที่อยู่ในเขตอำนาจที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาได้ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้มีการนำมติคณะรัฐมนตรีหลายประเภทเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้กล่าวถึงแนวความคิดเรื่อง การกระทำทางรัฐบาลที่น่าสนใจซึ่งปรากฏในระบบกฎหมายไทย อาทิ

ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ ในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้เคยให้ความเห็นไว้ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 40/2528 ว่า “...ในระบบสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) จะมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีในส่วนที่เกี่ยวกับงานประจำ ไม่ตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีเฉพาะในเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายเท่านั้น ทั้งนี้เพราะสถาบันรัฐสภาจะควบคุมงานนโยบายของคณะรัฐมนตรีตามวิถีของระบอบประชาธิปไตยอยู่แล้ว...”

การวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ว่า “...การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ...”

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ซึ่งเป็นการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ เห็นว่า คำสั่งศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวเป็นเอกสารทางวิชาการที่สำคัญที่สุดชิ้นหนึ่งที่ได้อธิบายถึงหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลไว้เป็นอย่างดี โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวว่า “...มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง...” ซึ่งในคำสั่งนี้ได้อธิบายถึง “การกระทำทางปกครอง” และ “การกระทำทางรัฐบาล” ไว้อย่างละเอียดสรุปความได้ว่า ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติการกระทำไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผลถือว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้อธิบายว่า ศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 มอง “การกระทำ” เป็นหลัก โดยมองว่า มติคณะรัฐมนตรีที่เกิดจากการใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณา ในขณะที่ศาลปกครองกลางในคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 มอง “องค์กร” เป็นหลัก โดยมองว่า การกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ มีความเห็นว่า คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 กับคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 แตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดในแง่ของแนวคิดทฤษฎีและเหตุผลที่นำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณา ซึ่งส่งผลให้คำสั่งศาลในสองกรณี

ดังกล่าวออกมาในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกัน โดย ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ เห็นด้วยกับแนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลซึ่งปรากฏอยู่ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เพราะการกระทำของคณะรัฐมนตรีนั้นมิทั้งการกระทำทางปกครองอันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กับการกระทำทางรัฐบาลอันเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพราะหากไม่แยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครองและมองว่าไม่ว่าคณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจจากแหล่งใดก็ตามแล้วจะถือว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐและอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองแล้ว ก็อาจส่งผลให้ในอนาคตมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีต่อศาลปกครองเพิ่มมากขึ้นอันอาจเป็นปัญหาในการทำงานได้ ตลอดจนจะส่งผลตามมาอีกมากมายหลายประการจนทำให้ในที่สุดระบบการแบ่งแยกอำนาจซึ่งประสงค์จะให้อำนาจทั้ง 3 ถ่วงดุลซึ่งกันและกันก็จะกลายมาเป็นอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งไปในที่สุด และทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการบริหารประเทศของคณะรัฐมนตรีโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญของประเทศหรือเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ในตอนท้ายของบทความ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการวางเกณฑ์ในการพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่า การที่คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 กับคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 ซึ่งเป็นคดีที่มีประเด็นคล้ายกันแต่ผลของคำสั่งกลับแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงนั้นว่า ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอาจวางเกณฑ์ในการพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ต่อไปในอนาคตให้ชัดเจนว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีขอบเขตอย่างไร และสมควรมีการแยกการกระทำทางรัฐบาลออกมาดังเช่นที่เคยปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 หรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ก็เพื่อให้คำสั่งหรือคำพิพากษาที่จะมีผลต่อไปในอนาคตเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

4.2.3.2 แลกเปลี่ยนของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
 ลงวันที่ 1 กรกฎาคม 2551 โดยรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ รองศาสตราจารย์
 ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช อาจารย์ ดร.ฐาปนันท์ นิพนธ์กุล อาจารย์ธีระ สุธีวรานุกร และอาจารย์
 ปิยบุตร แสงกนกกุล เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2551²²³

ภายหลังจากที่ศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ได้มี
 คำสั่งคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา
 ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 โดยสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ
 ต่างประเทศ) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) ดำเนินการใด ๆ อันเป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์
 จากมติของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่เห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและ
 รัฐบาลกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย
 และการดำเนินการตามมติดังกล่าว จนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นนั้น นั้น
 คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จำนวน 5 ท่าน ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร.วร
 เจตน์ ภาคีรัตน์ รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช อาจารย์ ดร.ฐาปนันท์ นิพนธ์กุล
 อาจารย์ธีระ สุธีวรานุกร และอาจารย์ปิยบุตร แสงกนกกุล (ต่อไปในหัวข้อนี้ใช้คำว่า คณาจารย์ทั้งห้า)
 ได้ออกแถลงการณ์เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2551 แสดงความไม่เห็นด้วยกับคำสั่งในคดีหมายเลขดำ
 ดังกล่าวของศาลปกครองกลาง โดยได้แสดงเหตุผลในทางวิชาการไว้โดยสรุปได้ว่า หลักนิติรัฐเรียกร้อง
 ให้การกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยมีองค์กรตุลาการทำให้
 หน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีการกระทำบางประเภทที่โดยทั่วไปแล้วไม่อยู่
 ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ เช่น การกระทำทางรัฐบาล เพราะโดยปกติทั่วไปการกระทำ
 ดังกล่าวจะไม่กระทบสิทธิหรือไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการ
 เฉพาะ และยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมืองที่มีข้อจำกัดอย่างยิ่งในการ
 ใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์หรือเป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบ และหากให้องค์กรตุลาการ
 โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครองเข้ามามีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครอง

²²³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และคณะ, "แถลงการณ์ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์," ใน การ
กระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย, หน้า .162-155

มีความสามารถในการตัดสินใจเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เองโดยไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อผู้ใดทั้งสิ้น

การพิจารณาว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี เป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางรัฐบาลนั้น จะต้องใช้ทั้งหลักเกณฑ์เรื่องที่มาของอำนาจ และหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาประกอบการพิจารณา

ในส่วนของหลักเกณฑ์เรื่องที่มาของอำนาจ ต้องพิจารณาจากประเภทของกฎหมายที่ให้อำนาจในการกระทำการ ซึ่งหากกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีนั้นย่อมกระทำการในฐานะ “รัฐบาล” และการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล เช่น กรณีที่นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวก็เป็นการกระทำทางรัฐบาลและไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลใด ในทางกลับกัน ในกรณีที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำการในฐานะเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) หรือเป็นฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจปกครอง โดยการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำทางปกครอง เช่น กรณีที่นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นก็เป็นการกระทำทางปกครองและอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง เป็นต้น

ในส่วนของหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหานี้ จะต้องพิจารณาจากลักษณะของการกระทำนั้น ๆ ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลอาจแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มหลัก กลุ่มแรก คือ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เช่น การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร การตราพระราชกฤษฎีกาเปิดประชุมสภา การที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบบุคคลดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี เป็นต้น กลุ่มที่สอง คือ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การทำสนธิสัญญา (Conclusion of Treaty) การประกาศสงคราม การส่งทหารไปปฏิบัติหน้าที่ในต่างแดน เป็นต้น

นอกจากนี้ การกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น อาจแยกส่วนออกจากกันเป็นหลายส่วนได้ และการกระทำส่วนหนึ่งที่แยกออกมา (Actes détachables) ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่เป็นการกระทำทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง การกระทำที่แยกออกได้จากการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรง ต้องเป็นการกระทำที่แม้เป็นผลต่อเนื่องมาจากการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรงแต่ก็แยกออกโดยเด็ดขาดจากการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น จนอาจกล่าวได้ว่าการกระทำแต่ละการกระทำสามารถดำรงอยู่ได้โดยตัวของตัวเอง

ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการฯ ได้มีความเห็นต่อกรณีของคำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ว่า การเสนอแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และการที่คณะรัฐมนตรีลงมติเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย ตลอดจนการให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา นั้น เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง อันทำให้คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าที่ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อคณะรัฐมนตรี และขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา ตลอดจนขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา ต่อประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโกนั้น ไม่ถือเป็นการฟ้องคดีพิพาทอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งทำให้การกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาในกรณีดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองด้วยเช่นกัน โดยอาจสรุปเหตุผลของคณะกรรมาธิการฯ ทั้งห้าได้ดังต่อไปนี้

ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำ 3 การกระทำ ได้แก่ (1) การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศที่ประชุมคณะรัฐมนตรี (2) มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ และ (3) การลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ โดยคณาจารย์ทั้งห้ามีความเห็นว่า การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย และมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ เป็นเพียงขั้นตอนเพื่อเตรียมการนำไปสู่การลงนามในแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ เท่านั้น การกระทำทั้งสองนั้นยังไม่มีผลทางกฎหมายสู่ภายนอกและยังไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ จึงไม่อาจถือเป็นวัตถุประสงค์ได้

ในส่วนของการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ อันก่อให้เกิดแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ ซึ่งมีผลทางกฎหมายสู่ภายนอก ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ และอาจเป็นวัตถุประสงค์ได้นั้น คณาจารย์ทั้งห้ามีความเห็นว่า การลงนามดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาศัยอำนาจอันมีที่มาจากรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่อำนาจอันมีที่มาจากกฎหมายปกครอง การกระทำดังกล่าวจึงไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง

ทั้งนี้ การที่ศาลปกครองกลางไม่ได้วินิจฉัยว่าการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ศาลปกครองกลางพิจารณาเฉพาะการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ นั้น คณาจารย์ทั้งห้ามีความเห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ไม่อาจแยกการกระทำออกเป็นส่วน ๆ เพื่อพิจารณาได้ การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็น

มรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุม คณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ ไม่มี ถือเป็น "การกระทำที่แยกออกได้" จากการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศใน แถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ การกระทำดังกล่าวล้วนแล้วแต่เป็นกระบวนการ เดียวกันและสืบเนื่องต่อกันไป โดยเป็นขั้นตอนก่อนที่จะเกิดการลงนาม ไม่ได้เป็นผลที่เกิดขึ้นภายหลัง จากการลงนามซึ่งถือว่าแยกออกจากแถลงการณ์ฯ ที่มีการลงนามแล้วได้

คณาจารย์ทั้งห้าได้มีข้อสังเกตว่า ผู้ฟ้องคดีจึงใจฟ้อง "ขั้นตอน" ต่าง ๆ ก่อนเกิดแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ โดยมีความเห็นว่า มีความเป็นไปได้ที่ผู้ฟ้อง คดีเล็งเห็นแล้วว่า หากฟ้องเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ ศาลปกครองย่อม ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี เพราะกรณีเป็นที่ประจักษ์อยู่แล้วว่าแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและ รัฐบาลกัมพูชาฯ เป็นการกระทำทางรัฐบาล อย่างไรก็ตาม คำขอท้ายฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ต้องการให้ ศาลปกครองมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วม รัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ ทำให้เห็นได้ชัดว่าวัตถุประสงค์อันแท้จริงของผู้ฟ้องคดี คือ ความ ต้องการให้เพิกถอนแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาท เขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย หรือการทำให้แถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและ รัฐบาลกัมพูชาฯ ใช้ไม่ได้ การฟ้องให้เพิกถอนการกระทำอันเป็นขั้นตอนก่อนเกิดแถลงการณ์ร่วม รัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ มีความประหลาดและไม่สมเหตุสมผลในทางกฎหมาย เพราะขั้นตอน ก่อนการเกิดแถลงการณ์ เช่น การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ ต่อที่ ประชุมคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วในโลกของความเป็นจริงอันไม่ อาจถูกเพิกถอนได้ เพราะได้มีการกระทำนั้น ๆ เสร็จสิ้นไปแล้วในความเป็นจริง การเพิกถอนการ กระทำในทางกฎหมายปกครองจึงต้องเป็นกรณีที่เป็นการเพิกถอนการกระทำที่มุ่งต่อผลในทาง กฎหมายเท่านั้น เช่น เพิกถอนกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น เป็นต้น

นอกจากนี้ คณาจารย์ทั้งห้าอธิบายว่า ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไว้ ว่า มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศถือเป็นการกระทำทาง รัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังปรากฏให้ เห็นในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ว่า

"...โดยที่ในการมีมติเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 และผู้แทนการเจรจา รวมตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2 - 4 เมษายน 2550 นั้น เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง..."

คณาจารย์ทั้งห้ามีความเห็นว่า ศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ได้ใช้หลักเกณฑ์ทางองค์การพิจารณาเท่านั้น โดยอธิบายว่าตามที่ศาลเห็นว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 และคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลปกครองกลางเห็นว่า กรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อคณะรัฐมนตรี และกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ ตลอดจนเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ นั้น เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะเป็น "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งคณาจารย์ทั้งห้าได้ให้ความเห็นในกรณีดังกล่าวว่า แหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับการตกลงในทางระหว่างประเทศ ไม่ได้มีที่มาจากพระราชบัญญัติ แต่มีที่มาจากรัฐธรรมนูญ หากถือตามแนวทางของศาลปกครองกลางในคดีนี้ที่ว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวง และคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลปกครองจึงสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้แล้ว ผลก็คือ ศาล

ปกครองย่อมสามารถเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้ทุกกรณี ซึ่งการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวข้างต้นย่อมขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

ในตอนท้ายของแถลงการณ์นี้ คณะกรรมาธิการฯ ทั้งห้าได้กล่าวว่า คำสั่งของศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ขัดแย้งกับแนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวางไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประเด็นหลักในแถลงการณ์ของคณะกรรมาธิการฯ ทั้งห้าคือการที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจเหนือคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 เนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) ในกรณีนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบในทางกฎหมายโดยศาลปกครอง

นอกจากนี้ ในแถลงการณ์ฉบับนี้ก็ได้อ้างอิงคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA)) ไว้ด้วย โดยคดีดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งว่า โดยที่การมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้แทนการเจรจา รวมถึงถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) นั้น เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ใช่ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติออกกฎ คำสั่งหรือกระทำการอื่นใดเพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล กรณีจึงไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้น การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความนั้น จึงชอบแล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยโดยคณะกรรมาธิการฯ ทั้งห้าเห็นว่า การตัดสินของศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าวที่ไม่รับคำฟ้องสอดคล้องกับหลักนิติรัฐแล้ว และเห็นว่าคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 นอกจากจะขัดหรือแย้งกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 แล้ว ยังอาจส่งผลกระทบต่อคุณภาพแห่งอำนาจขององค์กรของรัฐอีกด้วย

4.2.3.3 บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ ต่อ คำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา เผยแพร่ในหนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ลงวันที่ 4 กรกฎาคม พ.ศ. 2551 โดย ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อูวรรณโณ²²⁴

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อูวรรณโณ ได้มีความเห็นต่อคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ของศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 ไว้โดยสรุปได้ว่า เมื่อปี พ.ศ. 2550 ศาลปกครองกลางได้เคยมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาในคดีที่มูลนิธิข้าวขวัญและคณะยื่นฟ้องต่อศาลซึ่งขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) โดยในคดีดังกล่าว ศาลได้วินิจฉัยว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามีวัตถุประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกระบวนการเข้าทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ในฐานะฝ่ายบริหาร อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตาม มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ดังนั้น ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และไม่รับคำขอคุ้มครองชั่วคราวไว้พิจารณาอีกด้วย

แม้ต่อมาผู้ฟ้องคดีจะได้อุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาดังกล่าวของศาลปกครองกลางก็ตาม แต่ศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 โดยเห็นฟ้องด้วยกับคำสั่งของศาลปกครองกลางที่ไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ โดยศาลปกครองสูงสุดได้ชี้ให้เห็นข้อแตกต่างระหว่างการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติในการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด โดยคดีที่เกิดจากการใช้อำนาจดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง ว่าแตกต่างจากการใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ

²²⁴ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, "บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งทางปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทยกัมพูชา-" ใน การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล :ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย, เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล ,บรรณาธิการ ตีพิมพ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (2551, หน้า .183-176

ในการกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา หรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยคดีที่เกิดจากการกระทำดังกล่าวจะไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

ทั้งนี้ การที่ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งศาลปกครองกลาง ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 นั้น เป็นการกลับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองกลาง และศาลปกครองสูงสุดในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ที่ปรากฏชัดแจ้งในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายต่อไปว่า การกระทำของรัฐบาล (act of government) ในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภาหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศนั้น เป็นการกระทำที่ศาลไม่อาจควบคุมได้ โดยในทางกฎหมายมหาชนถือว่า คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี จะมี 2 ฐานะ กล่าวคือ

ในฐานะแรก คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี จะเป็น "ฝ่ายบริหาร" ซึ่งใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญ โดยการควบคุมตรวจสอบการกระทำในฐานะนี้จะเป็นการควบคุมทางการเมือง (political accountability) ตามหลักประชาธิปไตย และอยู่ในบังคับกฎหมายรัฐธรรมนูญมิใช่กฎหมายปกครอง ซึ่งตามหลักกฎหมายมหาชนแล้ว จะถือว่า ถ้า คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในความสัมพันธ์กับสภา หรือใช้อำนาจในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงการลงนามในสนธิสัญญา การให้สัตยาบันสนธิสัญญา ตลอดจนการดำเนินการเจรจากับต่างประเทศแล้ว ศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการก็จะไม่เข้าไปควบคุม เพราะมีการควบคุมทางการเมืองตามหลักการประชาธิปไตย และการกระทำดังกล่าวก็มีความรับผิดชอบต่อสภาและประชาชนอยู่แล้วตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กรณีจึงไม่ใช่เรื่องที่ศาลปกครองจะไปใช้กฎหมายปกครองไปควบคุมการกระทำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร

ส่วนในฐานที่สองนั้น คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี จะมีฐานะเป็นหัวหน้าของฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินอันเป็นเรื่องของกฎหมายปกครอง โดยการควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี ในฐานะหัวหน้าของฝ่ายปกครองนี้จะเป็นการควบคุมโดยกฎหมาย (control of legality) ตามหลักนิติธรรม

ในระบบกฎหมายต่างประเทศนั้น ศาลก็จะถือหลักไม่เข้าไปควบคุมการกระทำของรัฐบาลเช่นกัน อาทิ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสวางหลักว่า ข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำของรัฐบาลและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นข้อพิพาทที่ไม่อาจนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ศาลของอังกฤษจะไม่รับฟ้องข้อพิพาทที่เป็นปัญหาทางการเมือง (political question) ซึ่งต่อมาพัฒนามาเป็นการกระทำของรัฐ (act of state) หรือศาลในสหรัฐอเมริกาก็ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาลเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองแล้ว โดยข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจการเมืองดังกล่าวหรือปัญหาทางการเมือง (political question) จะไม่ถูกควบคุมโดยศาล เป็นต้น

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายต่อไปว่า หลักที่ว่าศาลจะไม่ควบคุมการกระทำของรัฐบาลนี้ได้ปรากฏในตำรากฎหมายปกครองทุกเล่ม แม้แต่ในหนังสือที่สำนักงานศาลปกครองนิพนธ์ขึ้นซึ่งมีชื่อเรื่องว่า "ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีเปรียบเทียบ" ในการประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 9 พ.ศ.2550 ที่กรุงเทพมหานครนั้น ก็ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในหน้า 219 ว่า

"...โดยทั่วไป แนวคิดเรื่อง "การกระทำของรัฐบาล" ซึ่งมีเอกลักษณ์ที่จะไม่ถูกตรวจสอบความชอบธรรมด้วยกฎหมาย เป็นที่ยอมรับ แม้ว่าขอบเขตจะถูกจำกัดก็ตาม

ในทางปฏิบัติ มี 2 กรณีที่ใช้แนวความคิดดังกล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร ในเรื่องเหล่านี้ ศาลปกครองสูงสุดแต่ละประเทศจะมีแนวทางในการ (ไม่รับพิจารณา) ของตนเอง ..."

ทั้งนี้ ศาลไทยเองก็ถือหลักการไม่เข้าไปควบคุมการกระทำของรัฐบาลมาตลอด ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่ง

วินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่า การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาลซึ่งศาลไม่อาจควบคุมการกระทำดังกล่าวได้

นอกจากนี้ ยังหลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญเกี่ยวกับการแยกหน้าที่ศาลออกจากหน้าที่ดำเนินการบริหารของฝ่ายปกครองซึ่งมีหลักว่า ฝ่ายปกครองมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน แต่ศาลปกครองไม่มีหน้าที่บริหาร มีเพียงหน้าที่ควบคุมการบริหารราชการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยหลักการดังกล่าวสำคัญมาก เพราะถ้าศาลปกครองสามารถสั่งฝ่ายปกครองได้ทุกเรื่องก็จะมีผลเท่ากับศาลลงมาบริหารราชการแผ่นดินเสียเอง ซึ่งจะกลายเป็น "ศาลเป็นรัฐบาล" (government of judge) และฝ่ายปกครองจะเป็นเพียงลูกน้อง อีกทั้ง ศาลเองก็ไม่มีความรู้ทางเทคนิคทุกด้านหรือเพียงพอที่จะลงไปควบคุมสั่งการทุกเรื่อง ด้วยเหตุนี้ จึงมีหลักกฎหมายที่สำคัญว่า ศาลจะไม่ควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องดุลพินิจทางเทคนิค (technical discretion) และเรื่องการกระทำของรัฐบาลในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ในตอนท้ายของบทความนี้ ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้มีข้อเสนอว่า

1. กระทรวงการต่างประเทศควรอุทธรณ์คำสั่งนี้โดยด่วน เพื่อฟังคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด แล้วจึงค่อยดำเนินการตามนั้น
2. ศาลรัฐธรรมนูญควรเร่งพิจารณาคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาและฝ่ายค้านว่า แกลงการร่วมดังกล่าว เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องดำเนินการตามมาตรา 190 (กล่าวคือ ต้องเสนอให้รัฐสภาเห็นชอบหรือไม่) โดยหากเป็นกรณีที่ต้องดำเนินการแล้ว คณะรัฐมนตรีก็ต้องเสนอ แกลงการร่วมไทย-กัมพูชา ให้รัฐสภาพิจารณาโดยด่วนที่สุด และแจ้งให้คณะกรรมการมรดกโลกทราบเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวด้วย

4.2.3.4 คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม่ โดย ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์²²⁵

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ได้มีความเห็นต่อกรณีที่ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ว่า เห็นด้วยกับการที่ศาลปกครองกลางมีคำสั่งดังกล่าว โดยศาลปกครองมีอำนาจรับคำฟ้องในคดีดังกล่าวไว้พิจารณา ตลอดจนมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาในกรณีดังกล่าวได้อีกด้วย และศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA))

ทั้งนี้ ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ในบทความนี้ แตกต่างจากความเห็นของนักกฎหมายและนักวิชาการท่านอื่น ๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้นซึ่งส่วนใหญ่แล้ว ได้มีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า ศาลปกครองไม่มีอำนาจรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 หรือคดีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่องการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก ไว้พิจารณาแต่ประการใด และทำให้การกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาในกรณีดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองด้วยเช่นกัน

ในบทความนี้ได้มีการกล่าวอ้างถึงความเห็นของนักกฎหมายและนักวิชาการต่าง ๆ ต่อคำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ได้แก่ ความเห็นของ (1) ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ (2) คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จำนวน 5 ท่าน และ (3) ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ รายละเอียดปรากฏตามหัวข้อ 4.2.3.1 ถึงหัวข้อ 4.2.3.3 ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

²²⁵ อมร จันทรมบูรณ์, "คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม่ ?? (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ขึ้นทะเบียน "ปราสาทพระวิหาร")" ใน การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย, เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 184-237.

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทความนี้ได้มีกล่าวอ้างประเด็นต่าง ๆ หลายประเด็น ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอสรุปแต่เพียงเฉพาะความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ ต่อคำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 รวมถึงคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA)) ซึ่งเป็นคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลด้วย เฉพาะเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญมาเพื่อประโยชน์ในการศึกษาเรื่องการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ ได้มีความเห็นว่า แนวทางการให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ในการรับคำฟ้องคดีดังกล่าวไว้พิจารณานั้น ไม่ได้เป็นไปตามและไม่ใช่นำแนวทางที่เป็นเหตุผลของทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ของประเทศที่พัฒนาแล้ว เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดมิได้ไม่รับคำฟ้องคดีดังกล่าวไว้ด้วยเหตุผลว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรีเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ (ระหว่างรัฐบาล) กับรัฐสภา หรือเป็นการกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแต่ประการใด เพราะศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้กล่าวถึงการกระทำทั้งสองในฐานะที่เป็นเพียงตัวอย่างของการกระทำที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ (ตามรัฐธรรมนูญ) ในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยการที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “...แต่ในกรณีที่ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ กระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา หรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) หาได้กระทำในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ... ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ...” นั้น แสดงให้เห็นว่า เหตุผลที่ศาลในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ใช้ในการมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณานั้นมิได้เป็นไปตามทฤษฎีหรือหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (act de gouvernement) หากแต่เป็นเหตุผลที่ศาลปกครองสูงสุดพยายามที่จะวางแนวทางการให้เหตุผลที่เป็นของตนเองขึ้นใหม่

ในประเด็นที่ว่า ศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 (กรณี แลกเปลี่ยนร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ) มอง “องค์กร” เป็นหลักหรือไม่ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ มีความเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA)) ได้มอง “องค์กร” เป็นหลัก (มิใช่มอง “การกระทำ” เป็นหลัก) กล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าวมองว่า ถ้าองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้กระทำและการกระทำนั้นเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว การกระทำขององค์กรนั้น ย่อมจะไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ส่วนในกรณีของ ศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 (กรณีแลกเปลี่ยนร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาล กัมพูชาฯ) นั้น เห็นว่า ศาลปกครองกลางมอง “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” (ที่กระทำการ) เป็นหลัก (มิใช่มอง “องค์กร” เป็นหลัก) กล่าวคือ ศาลปกครองกลางมองว่า ถ้าผู้กระทำเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว การกระทำดังกล่าวก็จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ทั้งนี้ ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจตามกฎหมายอะไร (โดยจะใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือจะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่น พระราชบัญญัติก็ได้)

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ เห็นว่า คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 มิได้เป็นคำวินิจฉัยอันเป็นบรรทัดฐานของหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement) โดยได้อธิบายว่า การอ้างอิงคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ที่ไม่รับคำฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ไว้พิจารณาว่าเป็นบรรทัดฐานในทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement) นั้น น่าจะเกิดจากความเข้าใจว่า ศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าวได้ให้เหตุผลตรงตามหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลของต่างประเทศ (ซึ่งพิจารณาจากลักษณะของการกระทำเป็นหลัก) แล้ว เพราะเห็นว่า ศาลได้มีคำสั่งไม่รับเรื่องไว้พิจารณาอันเป็นคำสั่งที่มีข้อยุติที่เหมือนกัน โดยไม่ได้พิจารณาเหตุผลที่ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายไว้ในคดีดังกล่าวว่าไม่ตรงกับเหตุผลที่เป็นหลักการตามทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ของศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้ว

การที่ศาลในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ได้นำเอาเงื่อนไขเรื่ององค์กรตามรัฐธรรมนูญ และเรื่องการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวว่าศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ก็ต่อเมื่อองค์กรนั้นได้ใช้อำนาจ ตามพระราชบัญญัติหรือตามกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติเท่านั้น มาเป็นเงื่อนไขของการพิจารณาการรับคดีพิพาทหรือคำฟ้องไว้พิจารณานั้น จึงไม่อาจอธิบายแนวความคิดในทางวิชาการและในทางตรรกะ (ความสมเหตุสมผล) ได้ว่าเหตุใดศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าวจึงกำหนดเงื่อนไขในลักษณะนี้

ต่อมา ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทสมบูรณ์ เห็นว่า การที่คณาจารย์ทั้งห้าได้อธิบายทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement หรือ act of state หรือ regierungsakt) ของศาลปกครองของต่างประเทศ ด้วยเหตุผลที่ศาลอธิบายไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 นั้น มิใช่การอธิบายทฤษฎีดังกล่าวด้วยเหตุผลของศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่เป็นการอธิบายทฤษฎีดังกล่าวที่เป็นความเห็นส่วนตัวของคณาจารย์ทั้งห้ามากกว่าที่จะเป็นความเห็นที่ให้ความรู้ในทางวิชาการ และการให้เหตุผลของศาลในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ก็เป็นคนละเหตุผลกับเหตุผลของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลของต่างประเทศอย่างสิ้นเชิง

การสรุปสาระของคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 โดยคณาจารย์ทั้งห้าที่ว่า “...ศาลปกครองกลางเห็นว่า กรณีที่รัฐมนตรีฯ เสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อคณะรัฐมนตรีก็ดี กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วม ฯลฯ ก็ดี เป็นกรณีที่รัฐมนตรีฯ และคณะรัฐมนตรี ได้กระทำการในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง...” นั้น ก็อาจมีการเพิ่มเติมข้อความในสาระสำคัญเกินไปกว่าที่ปรากฏอยู่ในคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว เพราะไม่มีข้อความใดในคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ที่ระบุว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีนี้ เป็น “การใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ” ตามที่คณาจารย์ทั้งห้าได้สรุปไว้ อีกทั้ง ในการสรุปสาระสำคัญของคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว ก็ไม่ได้มีการกล่าวถึงข้อความที่เป็นสาระสำคัญซึ่งศาลปกครองกลางได้กล่าวเป็นข้อเท็จจริงไว้ว่า “...เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีฯ) นำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่สอง (คณะรัฐมนตรี) กรณีขอขึ้นทะเบียนฯ พร้อมแผนที่แนบท้าย โดยไม่สุจริต ใช้อำนาจหน้าที่และกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่

บิดเบือนข้อเท็จจริง ไม่แสดงฐานะของแถลงการณ์ร่วม ทั้งไม่แสดงผลความผูกพันที่อาจเกิดจากประเทศชาติ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) ได้ประชุมพิจารณาโดยไม่ตรวจสอบข้อมูลอย่างรอบคอบ ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและปวงชนชาวไทย ... จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลเห็นสมควรมีคำสั่งรับคดีนี้ไว้พิจารณา...” ซึ่งการสรุปสาระสำคัญของคำสั่งศาลปกครองดังกล่าว อาจทำให้ผู้อ่านแถลงการณ์ของคณาจารย์ทั้งห้าเข้าใจสาระสำคัญของคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ผิดไปจากความเป็นจริงได้

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ ได้มีความเห็นว่า การที่คณาจารย์ทั้งห้าได้ให้ความเห็นโดยอ้างถึงหน้า 12 และ 13 ของคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ไว้โดยกล่าวว่า ศาลปกครองกลางกลับนำคำขอของผู้ฟ้องคดี 2 ประการ (คือ คำขอเกี่ยวกับการเสนอร่างแถลงการณ์ – acte materiel หรือ realakt กับ คำขอเกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี – acte administratif) มาใช้พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองนั้น น่าจะไม่ถูกต้อง เนื่องจากศาลปกครองกลางในคดีดังกล่าวมิได้พิจารณาในประเด็นที่ว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ แต่ศาลได้พิจารณาเพียงว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ (ตามคำนิยามของกฎหมาย) กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยศาลปกครองกลางยังมีได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่า ผลของการกระทำ (นิติกรรมทางปกครอง) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่แต่อย่างใด ทั้งนี้ ศาลปกครองกลางเพียงแต่ตรวจดูว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (รัฐมนตรีฯ หรือคณะรัฐมนตรี) เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามกฎหมายหรือไม่ และเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวได้กระทำการที่สมควรจะถูกรับตรวจสอบ (จากศาลปกครอง) ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีหรือไม่

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ มีข้อสังเกตว่า ความเห็นของคณาจารย์ทั้งห้าในบางข้อมิได้วิจารณ์หรือวิเคราะห์คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลปกครองกลางอย่างเดียว แต่ได้มีความเห็นเกี่ยวกับคำขอของผู้ฟ้องคดีที่มีความผิดพลาดด้วย เช่น ข้อ

12 ที่ได้กล่าวถึงคำขอท้ายฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ต้องการให้ศาลปกครองเพิกถอนการเสนอร่าง แลกงการณัร่วมาฯ ต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรีไว้ว่า

“...การเสนอร่างแลกงการณัร่วมาฯ เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงที่ เกิดขึ้นแล้วในโลกของความเป็นจริง ไม่อาจถูกเพิกถอนได้ เพราะได้มีการกระทำนั้น ๆ เสร็จสิ้นไปแล้ว ในความเป็นจริง การเพิกถอน “การกระทำ” ในทางกฎหมายปกครอง จึงต้องเป็นกรณีที่เป็นการเพิก ถอนการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายเท่านั้น...”

แม้ความเห็นดังกล่าวของคณาจารย์ทั้งห้าเป็นความเห็นที่ถูกต้อง แต่ ความเห็นของคณาจารย์ในข้อที่ 12 นี้ เป็นการวิจารณ์ผู้ฟ้องคดีในการเขียนคำขอท้ายฟ้อง มิใช่เป็น การให้ความเห็นของคณาจารย์ทั้งห้าต่อคำวินิจฉัยของศาลในคำสั่งของศาลปกครองกลางในคดี หมายเลขดำที่ 984/2551 ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ เห็นว่า ความผิดพลาดในการ เขียนคำขอดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีเป็นเรื่องปกติ เพราะการที่จะคาดหมายว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องเขียนคำ ขอท้ายฟ้องมาโดยถูกต้องตามหลักกฎหมายและตามข้อเท็จจริง คงเป็นไปได้ยาก เนื่องจากผู้ฟ้องคดี เตือดร้อนอย่างไร ก็ขอมาอย่างนั้น ซึ่งผู้ฟ้องคดีโดยทั่วไปย่อมมิใช่ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย และส่วน ใหญ่แล้วยังไม่มีความรู้พอที่จะแยกการกระทำทางกายภาพ (acte materiel หรือ realakt) ออกจาก การกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง (acte administrative) ได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ มีความเห็นในเบื้องต้นว่า เขต อำนาจของศาลปกครองย่อมไม่ถูกจำกัดว่าการกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในองค์กรที่ไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น และย่อมไม่ถูกจำกัดว่าการกระทำของ เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือตามกฎหมายอื่น ที่ผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติเท่านั้น โดยศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาและรับเรื่อง ไว้พิจารณาได้ในหลักเกณฑ์ 2 ประการ ดังนี้

(1) เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการจะต้องมีอำนาจตามกฎหมายในการ กระทำการ ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักพื้นฐานเบื้องต้นของกฎหมายมหาชน โดยตามกฎหมายไทยแล้ว เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่ง จากบทนิยามของคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” และ “หน่วยงานทางปกครอง” ที่บัญญัติไว้ใน

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ตราบิตที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่มีการมอบหมายให้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินการทางปกครองแล้ว กรณีก็จะเข้าหลักเกณฑ์ตามข้อนี้ แม้ว่าหน่วยงานทางปกครองนั้น จะเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ และแม้ว่าการมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครองนั้น จะเป็นการมอบหมายโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

กรณีจะเห็นได้ว่า คำสั่งของศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 (กรณีแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ) ซึ่งวินิจฉัยว่า “...กรณีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง...” นั้น ได้เข้าหลักเกณฑ์ประการแรกนี้แล้ว

นอกจากนี้ ในทางกลับกัน จะเห็นได้ว่า คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (กรณี “ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น” JTEPA) ที่มอง “องค์กร” เป็นหลัก โดยวินิจฉัยว่า ต้องเป็นการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น น่าจะเป็นคำวินิจฉัยที่ขัดแย้งกับคำนิยามตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยชัดแจ้ง และเป็นการวินิจฉัยที่ไม่เป็นไปตามทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดอำนาจของศาลปกครอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

(2) การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะอยู่ในเขตอำนาจ (jurisdiction) ของศาลปกครองหรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะ (nature) ของการกระทำ กล่าวคือ ถ้าศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) แล้ว ศาลปกครองก็จะไม่รับไว้พิจารณา โดยไม่คำนึงว่าหน่วยงานทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ในสังกัดนั้น จะมีสถานะเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ หรือเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และไม่คำนึงว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือเป็นการใช้อำนาจตามบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทสมบุรณ์ ได้อธิบายหลักเกณฑ์ประการที่สองนี้เพิ่มเติมว่า หากใช้เหตุผลตามที่ศาลปกครองสูงสุดอธิบายไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (กรณี “ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น” JTEPA) มาอธิบายการกระทำที่เป็น

การกระทำของรัฐบาล (acte of gouvernement) แล้ว ก็ไม่อาจเรียกการกระทำดังกล่าวว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลได้ แต่จะต้องเรียกว่าการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือ act of constitutional organizations เพราะองค์กรตามรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้นมีอยู่อย่างหลากหลายและหลายประเภท และมีองค์กรตามรัฐธรรมนูญจำนวนมากที่ไม่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาล (government) ดังนั้น จึงเรียกการกระทำขององค์กรเหล่านี้ว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล (acte of gouvernement) ไม่ได้

หากไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 (กรณีแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ) แล้ว การอ้างเฉพาะเหตุผลของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลของประเทศพัฒนาแล้วก็น่าจะเพียงพอ โดยไม่จำเป็นต้องอ้างคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (กรณี “ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น” JTEPA) มาเป็นบรรทัดฐาน เพราะเป็นคนละเหตุผลและคนละหลักการ

การนำเงื่อนไขหรือหลักการ 2 ประการ (กล่าวคือ “องค์กร” ที่กระทำการ ต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจขององค์กรฯ ต้องเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ) ตามที่ศาลใช้เป็นเหตุผลในการสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาตามที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 นั้น ได้ทำให้แนวการวินิจฉัยในเรื่องการกระทำของรัฐบาลของศาลปกครองของไทยออกนอกกรอบของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ของประเทศที่พัฒนาแล้ว เพราะหลักการของทฤษฎีดังกล่าวของประเทศที่พัฒนาแล้วจะขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำ (la nature des actes) โดยมิได้ขึ้นอยู่กับผู้กระทำว่า ผู้กระทำจะต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเป็นองค์กรตามพระราชบัญญัติแต่อย่างใด

หลักการของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ของประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งพิจารณากิจการกระทำจากลักษณะของการกระทำเป็นเกณฑ์จะมีผลดังต่อไปนี้

ประการแรก จะเป็นการจำกัดผู้กระทำอยู่ในตัว เพราะองค์กรหรือสถาบันที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะใช้อำนาจในฐานะรัฐบาลหรือในฐานะรัฐได้นั้น มีจำนวนไม่มากนัก

โดยหากถือตามแนวความคิดนี้ แม้แต่ประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษ ก็จะสามารถใช้หลักการหรือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐ (act of state)

ประการต่อมา ในทางกลับกัน หากองค์กรที่มีอำนาจกระทำการเป็นรัฐบาลหรือรัฐ (ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ หรือคณะรัฐมนตรีและสภานิติบัญญัติ) ได้กระทำการอันใดซึ่งไม่มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) แล้ว การกระทำดังกล่าวก็จะเป็นการกระทำประเภทอื่น ซึ่งไม่จำเป็นจะต้องเป็นการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง (acte administrative) เสมอไป อย่างไรก็ตาม หากการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง (acte administrative) ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเช่นนั้นแล้ว การกระทำดังกล่าวก็จะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง

ในตอนท้าย ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ มีความเห็นว่าประเด็นปัญหาของคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ในศาลปกครอง (กรณีแฉ่งการณร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา) นั้น คือ การที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ซึ่งให้ความเห็นชอบในร่างแฉ่งการณร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย ตลอดจนการมอบหมายให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในแฉ่งการณดังกล่าว นั้น มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะในการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งมติของคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้ มีข้อเท็จจริงที่จะต้องวินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีเป็นการกระทำที่มีการบิดเบือนอำนาจ (détournement de pouvoir หรือ abuse of power) หรือไม่ ซึ่งหากศาลปกครองกลางได้พิจารณาและแสวงหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการดำเนินการของรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 เพื่อตรวจสอบความมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่สุจริต หรือปกปิดข้อเท็จจริง หรือใช้อำนาจผิดจากวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวม (interest public หรือ public interest) หรือไม่แล้ว กรณีย่อมจะเป็นประโยชน์แก่การพัฒนากฎหมายมหาชนไปข้างหน้า และจะเป็นกำหนดหลักการ (general principle of law) สำหรับการปฏิบัติราชการต่อไปได้

4.2.3.5 การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 โดย รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์²²⁶

ภายหลังจากที่ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ได้มีบทความ เรื่อง คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม่ ?? (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งแถลงการณ์ร่วมไทยกัมพูชา ขึ้นทะเบียน “ปราสาทพระวิหาร” ซึ่งได้มีการเผยแพร่บทความดังกล่าวในเว็บไซต์ของศาลปกครอง วันศุกร์ที่ 8 สิงหาคม 2551 แล้ว นั้น รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก็ได้เขียนบทความ เรื่อง การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 (กรณีศาลปกครองกลางรับฟ้องคดีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่องการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกและมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา) นี้ ขึ้น ซึ่งเป็นบทความอันเป็นปฏิกริยาที่มีต่อบทความดังกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ โดยตรง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทความนี้ได้กำหนดประเด็นในการเขียนตามประเด็นที่ได้แย่งความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ซึ่งในบางประเด็นมิได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับการศึกษาเรื่องทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายไทยในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ดังนั้น เนื้อหาที่จะสรุปจากบทความนี้จึงจะสรุปเฉพาะประเด็นที่สำคัญและเกี่ยวข้องโดยตรงกับการศึกษาเรื่องดังกล่าว โดยมีเนื้อหาดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อธิบายว่า ได้มีการยอมรับกันมาเป็นระยะเวลานานแล้วในหลายประเทศว่า ในทางกฎหมายสารบัญญัตินั้น การตัดสินใจในปัญหาการบริหารประเทศที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกิจการในทางระหว่างประเทศ ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาเป็นการกระทำที่ลักษณะในทางการเมืองสูงมาก และในทางกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้น การกระทำในลักษณะดังกล่าวในหลายกรณี จะปลอดจากการตรวจสอบในทางตุลาการ ทั้งนี้ อันเนื่องมาจากสภาพอันซับซ้อนในทางการเมืองของการกระทำนั้นเอง ทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ได้รับการพัฒนาขึ้นในประเทศฝรั่งเศสก่อน ในนามของ “การกระทำทางรัฐบาล” หรือ “การกระทำทางรัฐประศาสนนโยบาย” หรือ “acte de gouvernement” ซึ่งต่อมา ประเทศเยอรมนี

²²⁶ เรื่องเดียวกัน, 238-258.

ได้รับเอาหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ และเรียกการกระทำดังกล่าวว่า “Regierungsakt” ส่วนในประเทศอังกฤษนั้น การกระทำในลักษณะทำนองเดียวกัน จะเป็นที่ยึดมั่นในชื่อของ “Act of State” หรือ “Prerogative” และในสหรัฐอเมริกา จะเรียกการกระทำในลักษณะดังกล่าวว่า “ปัญหาในทางการเมือง” หรือ “political question” ซึ่งศาลจะไม่นำเกณฑ์ทางกฎหมายไปควบคุมตรวจสอบ แม้แต่ประเทศในเอเชียก็รับรู้หลักการดังกล่าวนี้ เช่น ญี่ปุ่นในคดี Sunagawa เป็นต้น

ในประเด็นที่ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ มีความเห็นว่า แกลงการณ์ของคณาจารย์ทั้งห้าได้เพิ่มเติมข้อความ (ในสาระสำคัญ) เกินไปกว่าที่ปรากฏในคำสั่งของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 โดยเห็นว่า ไม่มีข้อความใดที่ศาลปกครองกลางในคดีดังกล่าวระบุว่าการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติตามที่คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ทั้งห้าได้กล่าวไว้ นั้น ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายว่า เมื่อพิจารณาแกลงการณ์ในหัวข้อที่ 14 จะเห็นได้ว่า คณาจารย์ทั้งห้าได้เขียนหัวข้อดังกล่าวโดยใช้วิธีการสรุปคำสั่งศาลปกครองใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ การอ้างอิงถ้อยคำจากคำสั่งศาลปกครองกลางโดยตรง กับการสรุปความของคำสั่งศาลซึ่งเขียนย่อตามนัยของคำสั่ง

นอกจากนี้ หากอ่านคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 อย่างละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่า ในหน้า 12 ของคำสั่งดังกล่าว นั้น ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยว่า

“...พิเคราะห์แล้วเห็นว่า กระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐ มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศ ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2534 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการใน กระทรวงการต่างประเทศ ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ...”

จากคำวินิจฉัยข้างต้นจึงมีประเด็นว่า การ “มี” อำนาจเกี่ยวกับราชการต่างประเทศตามพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2534 และการ “มี” อำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.

2534 กับ การ “ใช้” อำนาจตามพระราชบัญญัติทั้งสองต่างกันอย่างไร ซึ่งการที่คณาจารย์ทั้งห้ากล่าวไว้ว่า ศาลปกครองกลางเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดี “ใช้” อำนาจตามพระราชบัญญัตินั้นก็เป็นการสรุปจากการที่ศาลปกครองกลางได้กล่าวถึงการ “มี” อำนาจตามพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับนั่นเอง (ซึ่งไม่ได้หมายความว่าคณาจารย์ทั้งห้าเห็นด้วยกับศาลปกครองกลางในคดีดังกล่าวว่า การอ้างอิงแหล่งที่มาของอำนาจตามพระราชบัญญัติทั้งสองดังกล่าว เป็นสิ่งที่ถูกต้อง) เพราะสาระสำคัญของการฟ้องคดีปกครองอยู่ตรงที่การใช้อำนาจ นอกจากนี้ ในคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 นั้น ก็ไม่ปรากฏว่าศาลปกครองกลางได้กล่าวอ้างกฎหมายอื่นใดที่เป็นฐานแห่งอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศหรือของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศแต่ประการใด การที่ศาลปกครองกลางสรุปต่อมาว่าผู้ฟ้องคดีกล่าวหาว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เท่ากับศาลกำลังกล่าวถึงการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติทั้งสองที่กล่าวอ้างไว้ในตอนต้นนั่นเอง เพราะหากพิจารณาว่าผู้ถูกฟ้องคดี “มี” อำนาจตามพระราชบัญญัติ แต่ไม่ได้ “ใช้” อำนาจตามพระราชบัญญัติแล้ว กรณีดังกล่าวย่อมไม่มีทางที่จะเกิดการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นได้

สำหรับประเด็นที่ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ มีความเห็นว่า คณาจารย์ทั้งห้าไม่ได้กล่าวถึงข้อความที่เป็นสาระสำคัญที่ศาลปกครองกลางกล่าวเป็นข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) นำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อคณะรัฐมนตรีกรณีขอขึ้นทะเบียนพร้อมแผนที่แนบท้ายโดยไม่สุจริต ใช้อำนาจหน้าที่และกระทำนอกอำนาจหน้าที่ บิดเบือนข้อเท็จจริง ไม่แสดงฐานะของแถลงการณ์ร่วม ทั้งไม่แสดงผลความผูกพันที่อาจเกิดจากประชาชาติ และคณะรัฐมนตรีได้ประชุมพิจารณาโดยไม่ตรวจสอบข้อมูลอย่างรอบคอบ ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและปวงชนชาวไทย จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายว่า อันที่จริงแล้ว ข้อความดังกล่าวที่ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ อ้างเป็นเพียงข้อกล่าวหาของผู้ฟ้องคดีซึ่งพยายามที่จะกล่าวหาให้เข้าเงื่อนไขแห่งการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เท่านั้น

ประเด็นสำคัญของเรื่องยังไม่ได้โดยตรงที่ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นแท้ที่จริงแล้วชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย การยืนยันว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายต้องกระทำในขั้นตอนของการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งจะต้องผ่านเงื่อนไขของการฟ้องคดีแล้ว ประเด็นสำคัญของเรื่องในชั้นนี้โดยตรงที่ว่าการกระทำที่เป็นวัตถุแห่งการควบคุมตรวจสอบนั้นอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาไปเป็นลำดับขั้นตอน มีข้อพิจารณาว่าคดีปกครองใด ๆ ก็ตาม ถึงแม้ว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีอาจจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจริงดังที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง แต่หากปรากฏว่าการกระทำนั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจที่ศาลปกครองจะตรวจสอบได้ หรือปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีอำนาจฟ้อง ศาลปกครองก็ย่อมไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้

นอกจากนี้ ประเด็นที่ว่า คณาจารย์ทั้งห้าไม่ได้วิจารณ์หรือวิเคราะห์คำสั่งของศาลปกครองเพียงอย่างเดียว แต่ยังได้พูดถึงคำขอของผู้ฟ้องคดีที่มีความผิดพลาดด้วย ซึ่งความผิดพลาดในการเขียนคำขอของผู้ฟ้องคดีเป็นเรื่องปกติ เพราะการที่จะคาดหมายว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องเขียนคำขอมาโดยถูกต้องตามหลักกฎหมายและตามข้อเท็จจริง คงเป็นไปได้ยาก นั้น ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้มีความเห็นว่า อันที่จริง ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ ก็ยอมรับอยู่ในตัวแล้วว่าคำขอของผู้ฟ้องคดีผิดพลาด ความผิดพลาดดังกล่าวก็เป็นเรื่องที่สามารถเกิดขึ้นได้เสมอ แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม เมื่อความดังกล่าวก็ปรากฏอยู่ในคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 แล้ว การที่คณาจารย์ทั้งห้าได้ชี้ให้เห็นถึงความผิดพลาดของการเขียนคำขอก็มีผลเท่ากับแสดงให้เห็นว่าคดีนี้ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองมีความกระจ่างขึ้น อีกทั้ง ยังเป็นการให้ความรู้แก่บุคคลทั่วไปที่ได้อ่านแถลงการณ์ด้วยว่าการกระทำในทางข้อเท็จจริง หรือ การกระทำในทางกายภาพ (administrative real act; acte matériel; Realakt) เป็นการกระทำที่ไม่สามารถถูกเพิกถอนได้ เพราะการกระทำดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นแล้วในโลกของความเป็นจริง ซึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ ก็ยอมรับว่า คำขอดังกล่าวเป็นไปไม่ได้ในทางกฎหมาย

การที่ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ กล่าวว่า การที่นักวิชาการพยายามอธิบายเพื่อให้ถือว่าคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นบรรทัดฐาน ด้วยการอาศัยอ้างอิงชื่อและเหตุผลของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลตามมาตรฐานของกฎหมายมหาชนของประเทศที่พัฒนาแล้ว เป็นการสร้างความเข้าใจผิดในทางวิชาการให้แก่บุคคลทั่วไป นั้น ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้มีความเห็นในประเด็นดังกล่าวว่า การที่ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ อ้างชื่อ acte de gouvernement ขึ้นโดยไม่ปรากฏที่คณะเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล (หรือที่ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ เรียกว่า การกระทำของรัฐบาล) ไว้ว่าคืออะไร และได้คิดสร้างถ้อยคำขึ้นเองเพื่อลดทอนความหมายของการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA)) ได้วางหลักเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลไว้อย่างถูกต้องแล้ว โดยไปเรียกสิ่งที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดเรื่องดังกล่าวว่า “การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” พร้อมกับให้คำแปลภาษาอังกฤษว่า act of constitutional organizations นั้น กลับเป็นการสร้างความเข้าใจผิดในทางวิชาการให้แก่คนทั่วไป

นอกจากนี้ โดยทั่วไปแล้ว การกระทำที่จะมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น ประมุขของรัฐ คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยการกระทำดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ (ตำรากฎหมายของบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสจะชี้ชัดลงไปว่าเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา) หรือเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเป็นอำนาจของประมุขของรัฐ และการกระทำดังกล่าวนี้จะถูกกำกับโดยไม่เคร่งครัด โดยรัฐธรรมนูญจะเปิดให้องค์กรผู้กระทำการดังกล่าวมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางหรือเปิดให้มีเสรีภาพในการทำให้นโยบายทางการเมืองการปกครองปรากฏเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ

ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อธิบายต่อไปว่า เมื่อนำหลักเกณฑ์ข้างต้นมาพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA)) ได้ตัดสินไว้ จะเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าวได้พิจารณาทั้งในแง่ขององค์กรผู้กระทำการและลักษณะ

หรือแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการประกอบกัน กล่าวคือ ในแง่ขององค์กรผู้กระทำการ องค์กรนั้น เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และในแง่ลักษณะหรือแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการ ศาลปกครอง สูงสุดได้พิเคราะห์ไปที่การใช้อำนาจว่าเป็นต้องเป็นกรณีที่ต้ององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นใช้อำนาจตาม รัฐธรรมนูญกระทำการ ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มีความเห็นว่า การตัดสินวางหลักใน ลักษณะดังกล่าวเป็นการตัดสินที่ถูกต้อง เพราะนอกจากจะทำให้เราเห็นลักษณะของการกระทำทาง รัฐบาลโดยปริยายแล้ว (เพียงแต่ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้ใช้ถ้อยคำดังกล่าว) ยังทำให้ในเวลาต่อไป การ แยกแยะคดีปกครองกับคดีรัฐธรรมนูญ จะมีความชัดเจนขึ้นด้วย

ในบทความนี้ ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้กล่าวถึงการที่ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ กล่าวว่า ศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA)) มอง “องค์กร” เป็นหลัก กล่าวคือ ถ้าองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้กระทำ (และการกระทำนั้นเป็นการใช้อำนาจตาม รัฐธรรมนูญ) “การกระทำ” ขององค์กรนั้นย่อมไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง” แต่ศาลปกครองกลางในคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 (กรณีแปลงการณร่วม รัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ) มอง “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” (ที่กระทำการ) เป็นหลัก โดยถ้าผู้กระทำ เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองเป็นผู้กระทำแล้ว กรณีก็จะอยู่ใน อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ไม่ว่าจะใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะใช้อำนาจ ตามกฎหมายใด (กล่าวคือ จะใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือจะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือ กฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้) ว่า ข้อเขียนได้ละเลยสาระสำคัญของคำสั่งศาล ปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA)) อย่างชัดเจน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือไม่

ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มีความเห็นว่า ในอนาคต อาจจะต้องวินิจฉัยหรือขยายความหลักที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA)) เพิ่มเติมต่อไปว่า การใช้ อำนาจตามรัฐธรรมนูญมีขอบเขตและความหมายเพียงใด โดยจะต้องพิจารณากันในทางรูปแบบหรือ เนื้อหา หรือทั้งสองทางประกอบกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเทศไทยซึ่งการจัดทำรัฐธรรมนูญ ในช่วงหลัง ๆ มีปัญหาเกี่ยวกับการแยกแยะอำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐว่าเป็นอำนาจตาม

รัฐธรรมนูญหรืออำนาจปกครอง นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มีความเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA)) ได้มองการกระทำตลอดจนแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการ และใช้เกณฑ์ดังกล่าวพิเคราะห์เขตอำนาจของศาลปกครองอย่างละเอียดรอบคอบตามสมควรแล้ว การวินิจฉัยดังกล่าวของศาลปกครองสูงสุดสอดคล้องกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมีรากฐานในทางทฤษฎีรองรับอย่างหนักแน่นมั่นคง

ทั้งนี้ หากไม่ถือตามแนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางไว้ในคดีดังกล่าว แต่ยึดถือตามความเข้าใจของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ แล้ว กรณีอาจหมายความว่า ต่อไปนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญกระทำการย่อมสามารถถูกฟ้องคดีถึงศาลปกครองได้ทั้งหมด ซึ่งเป็นไปไม่ได้ในระบบกฎหมาย โดยความเห็นดังกล่าวจะนำไปสู่ปัญหาในระบบกฎหมายมหาชน ที่จะแยกคดีรัฐธรรมนูญและคดีปกครองออกจากกันไม่ได้ และศาลปกครองก็สามารถที่จะรับคดีซึ่งโดยเนื้อหาแล้วเป็นคดีรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาได้ โดยอ้างแต่เพียงว่าองค์กรผู้กระทำการเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ซึ่งไม่ถูกต้องอย่างสิ้นเชิง ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในแง่นี้แล้ว จะเห็นได้ว่าศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ได้พิเคราะห์ความเป็นคดีปกครองเพียงแค่องค์กรผู้กระทำการ กล่าวคือ พิจารณาว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้นหรือไม่เท่านั้น โดยไม่ได้ใส่ใจเนื้อหาของการกระทำหรือแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการ ซึ่งเป็นสิ่งที่แยกขอบเขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญกับกฎหมายปกครองออกจากกันแต่ประการใด

ในประเด็นที่เกี่ยวกับ การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลนั้น ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายว่า ไม่มีส่วนในแถลงการณ์คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ลงวันที่ 1 กรกฎาคม 2551 ที่บอกว่า ศาลปกครองไม่มีอำนาจตีความว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ โดยได้อธิบายขยายความในเรื่องนี้เพิ่มเติมว่า ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครองย่อมต้องพิจารณาเนื้อหาของการกระทำนั้นว่าเป็นการกระทำทางปกครองหรือเป็นการกระทำทางรัฐบาล ในขั้นนี้ศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะพิเคราะห์ลักษณะของการกระทำดังกล่าวได้ตามหลักวิชาและตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง แต่หากพิเคราะห์แล้ว การกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล ศาลปกครองจะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา แนวทางการให้เหตุผลในเรื่องนี้ในระบบกฎหมายต่างประเทศมีสองแนวทางใหญ่ ๆ แนวทางแรกให้เหตุผล

ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำในทางการเมือง เป็นปัญหาทางการเมืองซึ่งพ้นไปจากการควบคุมตรวจสอบทางกฎหมาย แนวทางนี้ปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศส รวมทั้งระบบกฎหมายอังกฤษและอเมริกัน แนวทางที่สองให้เหตุผลว่า ผู้ฟ้องคดีไม่มีอำนาจฟ้อง เพราะการกระทำทางรัฐบาล เป็นการกระทำที่โดยสภาพแล้ว ไม่กระทบกระเทือนสิทธิเรียกร้องทางมหาชนของผู้ฟ้องคดี แนวทางนี้ปรากฏในทางตำราในระบบกฎหมายเยอรมัน แต่ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม ผลแห่งคดีจะเหมือนกัน กล่าวคือ ในที่สุดแล้ว ศาลปกครอง (หรือศาลยุติธรรม) ก็จะไม่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำในลักษณะดังกล่าว โดยการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมกระทำได้ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญควบคุมตรวจสอบเป็นเรื่องๆไป ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เกรงว่าอาจจะมีปัญหาการตีความว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่สามารถถูกตรวจสอบในทางตุลาการได้หรือไม่ และเกรงว่าศาลอาจจะใช้อำนาจตีความกฎหมายเข้าควบคุมการกระทำที่โต้แย้งกันว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ ก็อาจบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนให้การกระทำดังกล่าวพ้นไปจากการตรวจสอบในทางตุลาการได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าหากในเรื่องนั้นไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ยกเว้นการตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐแล้ว ศาลจะเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำนั้นได้ในทุกกรณี ศาลจะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นกระทบสิทธิหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ หรือการกระทำนั้นเป็นเรื่องในทางนโยบายหรือเป็นการกระทำในทางการเมืองที่เป็นดุลพินิจโดยแท้ขององค์กรผู้กระทำการหรือไม่ด้วย

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มีความเห็นว่า ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ได้ละเลยการให้ความเห็นในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่จะนำเสนอเพื่อยืนยันว่าศาลปกครองมีเขตอำนาจเหนือคดีในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 (กรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ) เนื่องจากไม่ปรากฏว่าได้มีการกล่าวไว้ที่ใดเลยว่า หากการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นการกระทำที่สามารถถูกตรวจสอบจากศาลปกครองได้แล้ว ผู้ฟ้องคดีในคดีดังกล่าวจะมีอำนาจฟ้องได้อย่างไร เนื่องจากเป็นที่ยอมรับและเป็นที่ยุติว่าระบบกฎหมายไทยไม่ได้อนุญาตให้บุคคลใดก็ได้ที่พบเห็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถมีอำนาจฟ้องคดีปกครอง (กล่าวคือ ไม่ได้ยอมรับหลักการฟ้องคดีปกครองโดยประชาชนทั่วไป (actio popularis)) แต่ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้

ได้รับความเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนัยของมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ปัญหาในเรื่องนี้คือ ความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ที่เกิดแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ของศาลปกครองกลาง (กรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ) คืออะไร และสามารถกล่าวอ้างความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้แต่เพียงผู้เดียว และฟ้องคดีแทนปวงชนชาวไทยได้หรือไม่

ในตอนท้ายของบทความ ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้เปรียบเทียบความเป็นมาของคดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) (คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขแดงที่ 504/2550 ของศาลปกครองกลาง) กับคดีฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ (คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองฯ คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ของศาลปกครองกลาง) โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการที่คดีทั้งสองเป็นคดีที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันและมีตุลาการศาลปกครองกลางเป็นองค์คณะเดียวกัน แต่กลับมีคำสั่งออกมาในลักษณะที่แตกต่างกันดังกล่าว โดยได้อธิบายว่า คดีทั้งสองไม่ได้มีสาระสำคัญของเรื่องแตกต่างกัน ซึ่งในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) นั้น ศาลปกครองกลางมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกเสียจากสารบบความโดยให้เหตุผลว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหาร อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองอันจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งแม้ต่อมา ผู้ฟ้องคดีจะได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องก็ตาม แต่สุดท้ายศาลปกครองสูงสุดก็ได้พิพากษายืนตามศาลปกครองกลางในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ดังที่ทราบกันอยู่ ในขณะที่ฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาฯ ศาลปกครองกลางกลับรับคำฟ้องไว้พิจารณาและออกคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า องค์คณะของตุลาการในศาลปกครองกลางที่พิจารณาคดีทั้งสองดังกล่าวเป็นองค์คณะเดียวกัน

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตต่อการมีคำสั่งรับคำฟ้องกรณีฟ้องเรื่องมติ คณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้ายว่า ศาลปกครองไม่น่าจะมีอำนาจในการรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าไว้พิจารณา ซึ่งเป็นไปในหลักการและเหตุเดียวกันกับท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ท่านศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ตลอดจนคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทั้ง 5 ท่าน (กล่าวคือ รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช อาจารย์ ดร.ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล อาจารย์ธีระ สุธีวรารากร และอาจารย์ปิยบุตร แสงกนกกุล) เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า แม้การกระทำที่ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าได้ยื่นฟ้องและขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น จะเป็นการกระทำที่สามารถแยกออกจากกันได้ก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นและไม่อาจถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองอันจะอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง และไม่อาจปรับใช้ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องเพื่อให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองดังกล่าวได้แต่ประการใด

โดยที่ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้น จะต้องพิจารณาได้ความในเบื้องต้นเสียก่อนว่าการดำเนินการหรือการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น เป็นนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองที่ศาลปกครองมีอำนาจควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เสียก่อน ซึ่งแม้ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าจะจงใจและได้ยื่นฟ้องโดยมีคำขอให้ศาลพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของ "ขั้นตอน" ต่าง ๆ ก่อนเกิดแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา ก็ตาม แต่เมื่อปรากฏว่า มติคณะรัฐมนตรีตลอดจนการกระทำต่าง ๆ ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ซึ่งรวมถึงการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา ซึ่งทำให้แถลงการณ์ดังกล่าวมีผลทางกฎหมายสู่ภายนอกและก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ เป็นการกระทำทางรัฐบาลและเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น โดยไม่ใช่อำนาจอันมีที่มาจากกฎหมายปกครองแต่อย่างใดแล้ว ดังนั้น คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าที่ได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองกลางในคดี

หมายเลขดำที่ 984/2551 จึงมิใช่กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าไว้พิจารณาแต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การวินิจฉัยของศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ มีลักษณะของการพิจารณาขั้นตอนหรือการกระทำที่สามารถแยกออกได้จากการกระทำทางรัฐบาลคล้ายคลึงกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยหากพิจารณาว่าการกระทำที่ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าได้ยื่นฟ้องและขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นนิติกรรมทางปกครอง และเป็นนิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกออกจากการกระทำทางรัฐบาลได้แล้ว ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ก็ย่อมมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในการรับคำฟ้อง และพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวได้ ตลอดจนเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

4.2.3.6 ข้อสังเกตบางประการ เหตุใดศาลปกครองกลางได้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวฯ คดีฟ้องเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีและแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร²²⁷

นอกจากความเห็นของนักวิชาการข้างต้นแล้ว ได้ปรากฏว่ามีความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร.โกเมศ ขวัญเมือง และอาจารย์สิทธิกร ศักดิ์แสง อาจารย์ของคณะนิติศาสตร์ วิทยาลัยตาปี ที่ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการที่ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งรับคำฟ้องในคดีฟ้องเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีและแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารไว้พิจารณา โดยผู้เขียนทั้งสองได้เห็นว่า ศาลปกครองกลางได้นำหลักการกระทำทางปกครอง (decisions) ที่เกี่ยวเนื่องกับการกระทำของรัฐบาลแต่สามารถแยกและแตกออกและสามารถตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองฝรั่งเศสซึ่งเป็นต้นแบบของศาลปกครองของไทย มาเทียบเคียงในการพิจารณาคดีเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย-

²²⁷ โกเมศ ขวัญเมือง และสิทธิกร ศักดิ์แสง, "ข้อสังเกตบางประการ เหตุใดศาลปกครองกลางได้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวฯ คดีฟ้องเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีและแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา เกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร," *กฎหมายใหม่* 6, 97 (กรกฎาคม 2551): 44-47.

กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร โดยสรุปความเห็นและข้อสังเกตของผู้เขียนทั้งสองได้ดังนี้

จากการที่ผู้เขียนทั้งสองได้ศึกษาใน *Jurisclasseur fasc. 1001. Contentieux administratifs définitions, orientation* ซึ่งเขียนโดย J-B. Auby ที่เป็นศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัย Paris II (Planthéon Assas) ได้อธิบายหลักและข้อยกเว้นของการกระทำทางรัฐบาล (*acte de gouvernement*) ชนิดหนึ่งที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองไว้ว่า อาจนิยามคำว่า การกระทำทางรัฐบาล ได้ว่าเป็นการกระทำในทางการเมือง (*acte politique*) เพื่อให้เห็นว่ามีความหมายตรงกันข้ามกับการกระทำทางปกครอง (*acte administratif*) ซึ่งแม้ว่าการกระทำทางรัฐบาลจะเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองตลอดจนศาลอื่น ๆ แต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม วิวัฒนาการของแนวคำพิพากษาของศาลในการจำกัดขอบเขตของการกระทำของรัฐบาลสะท้อนให้เห็นถึงความก้าวหน้าของหลักนิติรัฐ โดยได้จำกัดขอบเขตของการกระทำของรัฐบาลที่เดิมที่มีความหมายกว้างกว่าเป็นการกระทำที่มีจุดประสงค์ทางการเมือง (*mobile politique*) (CE, 1 mai. 1822 Laffite, Rec. CE 371) มาสู่ความหมายที่แคบลงในปี ค.ศ. 1875 (CE, 19 fév. 1875, Rec. CE 155) โดยจำกัดองค์ประกอบของการกระทำทางรัฐบาลว่าเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางการเมือง หรือเป็นเรื่องในความสัมพันธ์ทางการทูต (*relations diplomatiques*) ซึ่งการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้แก่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐต่างประเทศ โดยการกระทำนี้หมายความรวมถึงมาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเจรจา (*négociation*) การรับรองสนธิสัญญา (*approbation des traités*) (CE, 25 mar 1988 Sté Sapvin, Rec. CE 133) การปฏิเสธไม่เข้าเจรจากับรัฐหนึ่งรัฐใด (CE, 28 avril, Robin, Rec. CE 1011) หรือการเข้าแทรกแซงเจรจากับเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นเพื่อให้ช่วยเนรเทศพลเมืองของฝรั่งเศส เป็นต้น

ผู้เขียนทั้งสองเห็นว่า การกระทำทางปกครองที่แยกออกจากการกระทำทางรัฐบาลที่นำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ความหมายและขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาลนั้นได้มีความหมายที่แคบลงทีละน้อยอันเนื่องมาจากทฤษฎีการกระทำทางปกครองที่แยก

ออกจากนิติกรรมทางปกครองอื่นได้ เพราะเป็นที่ยอมรับกันว่า การกระทำทางปกครอง (décisions) ที่เกี่ยวเนื่องกับการกระทำของรัฐบาลสามารถแยกออกและสามารถตกอยู่ภายใต้ การตรวจสอบของศาลได้ (soumise au contrôle du juge) แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง สูงสุดของฝรั่งเศสในเรื่องนี้ได้พัฒนาขึ้นมากในเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลและเกี่ยวกับ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยศาลได้วินิจฉัยว่า การกระทำที่เป็นมาตรการที่โน้มน้ำหนักไป ในเรื่องภายใน (l'ordre interne) ซึ่งเป็นเรื่องที่ตรงกันข้ามกับมาตรการที่โน้มไปนิกิจการระหว่าง ประเทศ (l'ordre international) ซึ่งเป็นเรื่องในทางการเมืองระหว่างประเทศที่ไม่มีลักษณะ เป็นการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้นี้เริ่มได้รับการยอมรับมากขึ้นเรื่อย ๆ และบัดนี้การ กระทำเหล่านี้เป็นการกระทำอันอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองได้ ได้แก่ การฟ้อง เพิกถอนมติหรือการตัดสินใจอนุมัติให้เข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งไม่ได้ หมายความว่ารวมถึงการฟ้องร้องตัวสนธิสัญญา (CE, 5 fév 1 926, Carado, Rec. CE 125) หรือ การฟ้องร้องมติการตัดสินใจให้ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารแก่รัฐต่างประเทศ (CE, 22 déc 1978, Co Thanh Nghia, AJDA avr. 1979 p.36) การฟ้องการตัดสินใจหรือคำสั่งให้ส่งบุคคลเป็นผู้ร้าย ข้ามแดน (CE, ass, 15 oct 1993, Royaurne, Rec. CE 267) หรือการฟ้องมติหรือการ ตัดสินใจเกี่ยวกับการเคลื่อนกำลังทหารต่างชาติในประเทศฝรั่งเศส (CE, 13 juil 1967, Rec. CE 308) การตัดสินใจห้ามส่งสินค้าออก (CE, 19 fé 1988, Sté Robatel SLPI, Rec.CE 74) หรือ การฟ้องการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่กงสุลในเรื่องการมอบเอกสารทางกงสุล (CE, ass, 29 sept 1995, Greenpeace France, Rec. CE 374) เป็นต้น

ผู้เขียนทั้งสองจึงมีความเห็นและข้อสังเกตว่า การฟ้องเพิกถอนมติ คณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศไปลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นปราสาทพระวิหารถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่เข้าข้อยกเว้นที่ ศาลปกครองสามารถเข้าตรวจสอบได้ เพราะเป็นการฟ้องเพิกถอนมติหรือการตัดสินใจอนุมัติให้ เข้าเป็นภาคีทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการฟ้องร้องเพื่อเพิก ถอนตัวหนังสือสัญญา โดยในประเด็นนี้มีการร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า คำแถลงการณ์ร่วมฯ นั้น เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำ วินิจฉัยเมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม 2551 ด้วยเสียง 8 ต่อ 1 ว่า มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในคำ

แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารนั้นเป็นหนังสือสัญญาที่
ต้องให้รัฐสภาเห็นชอบเสียก่อน



บทที่ 5

ปัญหาการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในศาลปกครองไทย

โดยที่ในบทก่อนหน้า ผู้เขียนได้ดำเนินการตรวจสอบและวิเคราะห์คำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองไทย ซึ่งปรากฏว่า ศาลปกครองไทยในหลาย ๆ คดีได้มีคำวินิจฉัยที่สอดคล้องและเป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้อง อาทิ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ตลอดจนคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในคดีดังกล่าว ศาลก็ไม่ได้วินิจฉัยไว้โดยชัดแจ้งว่า ศาลได้นำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีแต่ประการใด อีกทั้ง ในคดีที่มีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกัน ศาลปกครองก็ยังมีคำวินิจฉัยที่แตกต่างกันอยู่ ทั้งในเรื่องการรับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษา การกำหนดประเภทคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 รวมถึงผลของการพิจารณาพิพากษาคดีหรือการกำหนดคำบังคับของศาล กรณีจึงมีปัญหาบางประการเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนในการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าว ดังที่จะได้กล่าวในบทนี้

5.1 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

จากการตรวจสอบแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองไทยเกี่ยวกับการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้กับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองนั้น มีข้อสังเกตว่า ศาลปกครองได้มีการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวในการรับคำฟ้องและพิจารณาพิพากษาคดีที่ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องร้องขอโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลปกครองได้มีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และได้พิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว โดยแยกจากการฟ้องเกี่ยวกับตัวสัญญาทางปกครอง โดยตรงเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ได้แล้ว โดยมีคดีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

คำสั่งปกครองสูงสุดที่ 475/2558 (ระหว่าง นายเสรี อัจฉรรูจิ กับพวกรวม 108 คน ผู้ฟ้องคดี และ องค์การตลาด กระทรวงมหาดไทย ผู้ถูกฟ้องคดี)

คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้องแปรเห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ดำเนินการให้เอกชนร่วมลงทุนพัฒนาก่อสร้างตลาดปากคลองเป็นอาคารคอนกรีตเสริมเหล็กความสูงไม่เกิน 16 เมตรจากระดับถนนสาธารณะ รวมทั้งพื้นที่รอบอาคารและริมแม่น้ำเจ้าพระยา ทำเรือทางการเกษตร และทำเรือท่องเที่ยวแยกเป็นสัดส่วน พร้อมทั้งจัดรถยนต์ตามเกณฑ์ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร โดยวิธีประมูลด้วยการยื่นข้อเสนอการพัฒนาโครงการและผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งปรากฏว่า บริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด เป็นผู้ชนะการประมูลได้สิทธิลงทุนพัฒนาก่อสร้างและบริหารโครงการปากคลองตลาด และได้ทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดี นั้น เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้องแปรจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง โดยผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้องแปรได้มีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งดังต่อไปนี้

1. ให้เพิกถอนสัญญาร่วมลงทุนพัฒนาก่อสร้างและบริหารโครงการปากคลองตลาดระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด
2. ให้ยกเลิกคำสั่งตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง การงดเก็บค่าเช่าพื้นที่และผลประโยชน์ ลงวันที่ 29 เมษายน 2554 และให้ผู้ถูกฟ้องคดีรับชำระค่าเช่าจากผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้องแปรตามสัญญาเดิมและตามหนังสือ ที่ มท 5101/ว. 1026 ลงวันที่ 28 เมษายน 2549 ที่เคยทำไว้กับผู้ถูกฟ้องคดี
3. ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้องแปรชำระค่าเช่าที่สำนักงานวางทรัพย์ กรมบังคับคดี ในระหว่างพิจารณาคดี ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่ยอมรับชำระหนี้โดยปราศจากมูลเหตุอันจะอ้างตามกฎหมายได้

ทั้งนี้ ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันว่า การฟ้องคดีนี้โดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนสัญญาร่วมลงทุนพัฒนาก่อสร้างและบริหารโครงการปากคลองตลาดระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด เป็นการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาให้สิทธิลงทุนพัฒนาก่อสร้างและบริหารโครงการปากคลองตลาด ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด ซึ่งสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง โดยผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้องแปรเป็นผู้เช่าแผงและผู้ค้าในตลาดปากคลองมิได้เป็นคู่สัญญาตามสัญญาดังกล่าว จึง

ถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากมีข้อโต้แย้งหรือสิทธิเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกับผู้ถูกฟ้องคดี

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ก็ได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ว่า เมื่อพิจารณาถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดแล้ว เห็นว่ามีความประสงค์ที่จะโต้แย้งการประกาศประมูลการยื่นข้อเสนอพัฒนาโครงการและผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีนี้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีก็ได้ยื่นฟ้องคดีพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว ศาลปกครองจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ได้ยื่นคำฟ้องภายในกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ศาลปกครองสูงสุดก็อาจจะมีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะมีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้ว ศาลก็ไม่มีอำนาจคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนสัญญาร่วมลงทุนพัฒนาก่อสร้างและบริหารโครงการปากคลองตลาด ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด ได้ เนื่องจากในคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) นั้น ศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยแปดได้ฟ้องคดี โดยมีคำขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งที่ให้บริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด เป็นผู้ชนะการประมูล หรือเพิกถอนการประมูล แล้ว ศาลปกครองในคดีนี้ย่อมมีอำนาจสั่งให้เพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำดังกล่าวได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่จะมีประเด็นต่อไปว่า หากศาลปกครองได้เพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำดังกล่าวแล้ว การเพิกถอนดังกล่าวจะกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาให้สิทธิลงทุนพัฒนา ก่อสร้างและบริหารโครงการปากคลองตลาด ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด หรือไม่ และหากปรากฏว่าคู่สัญญาในสัญญาดังกล่าวได้ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองดังกล่าว กันเสร็จสิ้นแล้ว ผลของการที่ศาลปกครองได้เพิกถอนคำสั่งที่ให้บริษัท ปากคลองตลาด (2552) จำกัด เป็นผู้ชนะการประมูล หรือเพิกถอนการประมูลนั้น จะมีผลในทางปฏิบัติอย่างไร

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 625/2556 (ระหว่าง องค์การบริหารส่วนตำบลบางบุตร ผู้ฟ้องคดีที่ 1 องค์การบริหารส่วนตำบลบ้านค่าย ผู้ฟ้องคดีที่ 2 กับ นายสายัณห์ ยงดี ผู้ฟ้องคดีที่ 3 และ การประปาส่วนภูมิภาค ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับ กลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนซอร์เตียม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2)

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้รับความเดือดร้อนจากกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้กลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนซอร์เตียม เข้าร่วมลงทุนผลิตน้ำประปาและรับผิดชอบระบบจ่ายน้ำประปาให้กับสำนักงานประปาประยอง อายุสัญญา 25 ปี โดยข้อสัญญาที่กำหนดว่า หากกลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนซอร์เตียม ไม่สามารถผลิตและจัดส่งน้ำประปาที่มีคุณภาพตรงตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (มอก.) เป็นเวลาต่อเนื่อง 30 วัน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 บอกลีกสัญญาได้นั้น จะทำให้ประชาชนผู้ใช้น้ำต้องเดือดร้อน เนื่องจากโดยปกติจะสามารถรองน้ำเก็บไว้ใช้ได้เพียง 2 ถึง 3 วันเท่านั้น และการจัดทำสัญญาดังกล่าวมิได้มีการจัดทำประชาพิจารณ์ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่อย่างใด นอกจากนั้น องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นหลายแห่งในจังหวัดระยองได้อุดหนุนงบประมาณให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อขยายเขตจ่ายน้ำประปา 1 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กลับนำทรัพย์สินเหล่านั้นให้กลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนซอร์เตียม ทั้งที่เงินอุดหนุนดังกล่าวมาจากภาษีของประชาชน ผู้ฟ้องคดีทั้งสามจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนการทำสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับกลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนซอร์เตียม และ

ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยกเลิกโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในการดำเนินงานของสำนักงานประปา
ระยองระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับกลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนซอร์เตียม

ศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้ ได้มีคำพิพากษาเป็นคดี
หมายเลขแดงที่ 31/2550 โดยศาลได้เพิกถอนกระบวนการคัดเลือกเอกชนให้ผลิตน้ำประปาเพื่อขาย
ให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคในพื้นที่ของสำนักงานประปาระยอง จังหวัดระยอง และเพิกถอนสัญญา
ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการคัดเลือกที่ไม่ชอบด้วย
กฎหมาย ซึ่งการที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามมีคำขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาเพิกถอนการทำสัญญาระหว่างผู้
ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยกเลิกโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนใน
การดำเนินงานของสำนักงานประปาระยอง นั้น เป็นคำขอที่ศาลสามารถมีคำสั่งบังคับได้ตามมาตรา 72
วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

เมื่อผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีอำนาจ
หน้าที่ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายในการพัฒนาตำบลทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม
และอาจจัดให้มีน้ำเพื่อการอุปโภค บริโภค และการเกษตร รวมทั้งมีอำนาจและหน้าที่จัดระบบการ
บริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเอง ในการสาธารณสุขอุปโภคและการ
ก่อสร้างอื่น ๆ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 จึงมีส่วนได้เสียกับการจัดทำบริการสาธารณะ
ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 หากผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จัดทำบริการ
สาธารณะในลักษณะที่จะทำให้ประชาชนในท้องถิ่นต้องได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ไม่ว่าในกรณี
ของการจัดทำโครงการ กระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมลงทุนหรือการเข้าทำสัญญากับเอกชนโดย
มีข้อสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้
ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้มีการตรวจสอบความชอบด้วย
กฎหมายของการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ ในฐานะเป็นผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะ
เดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล
ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สำหรับผู้ฟ้องคดีที่ 3 แม้เป็นเพียงประชาชนผู้ใช้น้ำ
แต่หากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีผลทำให้การจัดทำบริการสาธารณะต้องเสียหายไป ผู้ฟ้องคดี
ที่ 3 อาจได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ในที่สุด ผู้ฟ้องคดีที่ 3 จึงสามารถใช้
สิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้เช่นกัน

ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองระยองต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นเป็นยกฟ้อง ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองของผู้ฟ้องคดีทั้งสาม ซึ่งได้อ้างถึงมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (4) กับมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยวินิจฉัยว่า คดีนี้ อาจแบ่งได้เป็นสองข้อหา ได้แก่

ข้อหาที่หนึ่ง กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามฟ้องว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนินการทำสัญญาพิพาทให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ลงทุนผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในพื้นที่ของสำนักงานประปาระยองเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจะส่งผลกระทบต่อประชาชนในพื้นที่เนื่องจากมีข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สามารถบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งหากมีการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวจะทำให้ประชาชนในพื้นที่ได้รับความเดือดร้อน เนื่องจากไม่สามารถเก็บน้ำสำรองไว้ใช้ได้เป็นเวลานาน จึงฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาพิพาท ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กรณีตามคำฟ้องในส่วนนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กล่าวคือจะต้องเป็นคู่สัญญา แต่เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งสามเป็นแต่เพียงบุคคลภายนอกมิใช่คู่สัญญา กรณีจึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีที่จะมีคำขอให้เพิกถอนสัญญาพิพาทตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

ข้อหาที่สอง กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนินโครงการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้าร่วมลงทุนผลิตน้ำประปาและรับผิดชอบระบบจ่ายน้ำประปาในพื้นที่สำนักงานประปา ระยองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอ้างเหตุว่าไม่ได้จัดทำประชาพิจารณ์ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ได้อุทธรณ์งบประมาณให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อขยายเขตจ่ายน้ำประปา แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กลับให้ทรัพย์สินเหล่านั้นแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้าร่วมลงทุนผลิตและจำหน่ายน้ำประปาดังกล่าวและไม่ดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ทำให้กระบวนการคัดเลือกไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงฟ้องขอให้ยกเลิกโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในการดำเนินงานของสำนักงานประปา

ระยอง นั้น เห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวแม้ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิ เช่นเดียวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด แต่อย่างน้อยก็จะต้องเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ซึ่งในกรณีนี้อย่างน้อยจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้มีส่วนเข้าร่วมยื่นข้อเสนอการลงทุนผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในพื้นที่ของสำนักงานประปาระยองไม่ว่าในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง แต่เมื่อไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีทั้งสามจึงหาใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีที่จะมีคำขอให้เพิกถอนกระบวนการคัดเลือกดังกล่าวได้ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

อนึ่ง ศาลปกครองได้กำหนดให้คดีนี้ เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาในคดีนี้ของศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด (กล่าวคือ คำพิพากษาศาลปกครองระยอง คดีหมายเลขแดงที่ 31/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.625/2556) ว่า การที่ศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้ได้มีคำพิพากษาเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกเอกชนให้ผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคในพื้นที่ของสำนักงานประปาระยอง จังหวัดระยอง และเพิกถอนสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการคัดเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยวินิจฉัยว่าเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลมีอำนาจกำหนดค่าบังคับตามคำขอของผู้ฟ้องคดีทั้งสามที่ว่า ขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาเพิกถอนการทำสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยกเลิกโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในการดำเนินงานของสำนักงานประปาระยอง ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นั้น มีลักษณะทำนอง

เกี่ยวกับการที่ศาลปกครองฝรั่งเศสรับฟ้องของผู้ฟ้องคดี โดยเห็นว่าเป็นการฟ้องคดีประเภทการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจซึ่งเป็นการฟ้องร้องเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือทำนอกขอบอำนาจ (Recours pour excès de pouvoir) เนื่องจากคดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลภายนอกสัญญาที่ฟ้องโต้แย้งและขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง นอกจากนี้ คำขอท้ายฟ้องและคำพิพากษาของศาลปกครองระยองในคดีนี้ก็เป็น การเพิกถอนสัญญาทางปกครองซึ่งแสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองในคดีนี้ยอมรับและเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสัญญาเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองและสัญญาทางปกครองได้ โดยมีได้เพียงแต่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ หรือนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองแต่ประการใด ซึ่งผลของคำพิพากษาของศาลระยองในคดีนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับความเห็นทางวิชาการส่วนน้อยในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสที่เห็นว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ซึ่งเกิดขึ้นในกระบวนการคัดเลือกหรือจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นจะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นผลจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวโดยทันที ซึ่งในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น การเพิกถอนดังกล่าวย่อมมีผลโดยอัตโนมัติให้สัญญาทางปกครองสิ้นผลบังคับโดยไม่มีจำเป็นต้องมีการฟ้องต่อศาลให้ศาลพิพากษาให้สัญญานั้นสิ้นผลอีกครั้งหนึ่งแต่อย่างใด

ทั้งนี้ แม้ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้จะไม่มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นเป็นยกฟ้องโดยเห็นว่า คดีนี้มี 2 ข้อหา โดยข้อหาแรกคือกรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาพิพาทเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กล่าวคือจะต้องเป็นคู่สัญญาก็ตาม แต่ในส่วนของข้อหาที่สองที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามกล่าวอ้างว่ากระบวนการคัดเลือกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้าร่วมลงทุนผลิตน้ำประปาและรับผิดชอบระบบจ่ายน้ำประปาในพื้นที่สำนักงานประปา ระยองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และฟ้องขอให้ยกเลิกโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในการดำเนินงานของสำนักงานประปา ระยอง นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่

หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวแม้ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิเช่นเดียวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด แต่อย่างน้อยก็จะต้องเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ซึ่งในกรณีนี้อย่างน้อยจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้มีส่วนร่วมยื่นข้อเสนอการลงทุนผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในพื้นที่ของสำนักงานประปาประยองไม่ว่าในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งนั้น เป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดยอมรับให้มีการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ซึ่งเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นในกระบวนการคัดเลือกและจัดทำสัญญาทางปกครองได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสามเป็นได้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกหรือเป็นผู้เสนอราคา อันเป็นไปตามทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่ผู้ร่วมเสนอราคาหรือผู้ร่วมเสนองานสามารถโต้แย้งกระบวนการคัดเลือกของคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ โดยจะฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนได้เฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้เท่านั้น แต่จะไม่สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองได้โดยตรงแต่ประการใด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 55/2553 (ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด สาลีทอง ผู้ฟ้องคดี และ เทศบาลตำบลแคนดง ผู้ถูกฟ้องคดี)

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัด สาลีทอง ผู้ฟ้องคดี ได้ยื่นฟ้องเทศบาลตำบลแคนดง ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ 190/2547 ของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) และกล่าวอ้างว่า ตนเป็นผู้ได้รับสิทธิในการเข้าทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อกักของท่อระบายน้ำสายบูรพา-รังษฤษดิ์ ตำบลแคนดง กิ่งอำเภอแคนดง จังหวัดบุรีรัมย์ โดยเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีได้พิมพ์แบบสัญญาจ้างมอบไว้ให้แก่ผู้ฟ้องคดีและมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีจัดหาเงินสดจำนวน 73,250 บาท เป็นหลักประกันสัญญาจ้าง รวมทั้งให้ผู้ฟ้องคดีชำระตราสารออมทรัพย์เอาไว้แล้ว แต่ในวันเดียวกัน เมื่อผู้ฟ้องคดีไปยังสำนักงานของผู้ถูกฟ้องคดี กลับพบว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้พิจารณาคัดเลือกผู้รับจ้างและทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์แล้ว ตามสัญญาจ้างที่ 7/2544 ลงวันที่ 17

กันยายน 2544 ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นอุทธรณ์คำสั่งผลการพิจารณาการสอบราคาจ้างเหมาก่อสร้างดังกล่าว ต่อผู้ถูกฟ้องคดี ตามหนังสือลงวันที่ 18 กันยายน 2544 และลงวันที่ 5 ตุลาคม 2544 แต่ผู้ถูกฟ้องคดี มิได้พิจารณาอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสองฉบับ การดำเนินการดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีทำให้ผู้ฟ้องคดี เสียหายจากการไม่ได้เข้ารับทำสัญญาทั้งที่เป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนและมีเอกสารถูกต้อง โดยทำให้ สูญเสียรายได้และกำไรสุทธิที่พึงได้รับจากการทำสัญญาดังกล่าว จำนวน 650,000 บาท ผู้ฟ้องคดีจึง นำคดีมาฟ้องต่อศาล โดยมีคำขอ 3 ข้อ ดังนี้

ข้อที่ 1 ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งผลการพิจารณาการสอบราคาจ้างเหมาก่อสร้างท่อ ระบายน้ำและบ่อบำบัดของท่อระบายน้ำสายบูรพา-รังสฤษดิ์ของผู้ถูกฟ้องคดี เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเกิดขึ้นจากการดำเนินการที่ไม่สุจริตและเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

ข้อที่ 2 ขอให้ศาลยกเลิกสัญญาจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรี ไฟศาลแทร์กเตอร์ และพิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิในการเข้าทำสัญญาจ้างกับผู้ถูกฟ้องคดีในการ รับจ้างเหมาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อบำบัดท่อระบายน้ำสายบูรพา - รังสฤษดิ์ 2 แทน

ข้อที่ 3 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระค่าฤชาธรรมเนียมศาลและค่าทนายความแทนผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่พิจารณาให้ห้าง หุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไฟศาลแทร์กเตอร์ เป็นผู้สอบราคาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อบำบัด โดยให้มีผล ย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางให้เป็นไปตามคำพิพากษา คือ ผู้ ถูกฟ้องคดีจะต้องดำเนินการพิจารณาผลการสอบราคาจ้างใหม่ แต่คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า งานที่ พินิจพิเคราะห์ได้มีการก่อสร้างไปเสร็จเรียบร้อยแล้ว จึงเห็นได้ว่า กรณีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจจะดำเนินการ พิจารณาผลการสอบราคาและจัดจ้างใหม่ได้ ส่วนคำขออื่นให้ยก

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า คดีนี้มีประเด็นต้องวินิจฉัยเพียงประเด็น เดียวคือ ประเด็นว่า ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างท่อ ระบายน้ำและบ่อบำบัดดังกล่าวหรือไม่ โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คดีดังกล่าวเป็นคดีพิพาท เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม ความมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

พ.ศ. 2542 และแม้ว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีหยิบยกมานี้จะถือเป็นขั้นตอนหรือกระบวนการหนึ่งในการเข้าทำสัญญาซึ่งศาลปกครองชั้นต้นได้วินิจฉัยแล้วว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว แต่เนื่องจากสัญญานี้ได้กระทำลงโดยชอบ ตลอดจนคู่สัญญาก็มีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย กับทั้งการดำเนินการก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อบำบัดน้ำก็ถือเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งต้องกระทำโดยต่อเนื่อง ซึ่งผู้รับจ้างได้ดำเนินการแล้วเสร็จจะได้รับเงินค่าจ้างครบถ้วนแล้ว ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจเพิกถอนสัญญาดังกล่าวได้ ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษายืนตามศาลปกครองชั้นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 55/2553 เป็นคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่น่าสนใจเกี่ยวกับการศึกษาเรื่องการปรับใช้ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ใน การพิจารณาพิพากษาคดีในศาลปกครองของไทย กล่าวคือ คดีดังกล่าวเป็นคดีที่มีข้อพิจารณาเรื่องสิทธิของผู้ฟ้องคดีในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดขึ้นจากขั้นตอนหรือกระบวนการหนึ่งในการเข้าทำสัญญา และสิทธิการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองอันเป็นผลลัพธ์ในท้ายสุดจากการดำเนินการจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งข้อพิจารณาดังกล่าวสอดคล้องกับข้อความคิดของทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (l'acte detachable) ซึ่งปรากฏในระบบกฎหมายคดีปกครองของฝรั่งเศส

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) ในคดีหมายเลขแดงที่ 190/2547 แล้ว จะเห็นได้ว่า แม้ผู้ฟ้องคดีจะได้มีคำขอที่สำคัญ 2 ประการ คือ ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครอง (กล่าวคือ คำสั่งผลการพิจารณาสอบราคาจ้างเหมาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อบำบัดของท่อระบายน้ำสายบูรพา-รังสฤษฏ์ของผู้ถูกฟ้องคดี) และได้ขอให้ยกเลิกสัญญาทางปกครอง (กล่าวคือ สัญญาจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแทรีกเตอร์ และพิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิในการเข้าทำสัญญาดังกล่าวแทน) แต่ศาลปกครองชั้นต้นก็ได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจากนี้ แม้ในเวลาต่อมา ผู้ฟ้องคดีจะได้มีการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) ในคดีหมายเลขแดงที่ 190/2547 ก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดก็ได้กำหนดให้คดีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงาน

ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) เช่นเดียวกัน ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลปกครองในคดีนี้ได้พิจารณาเหตุแห่งการฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีได้กล่าวอ้างถึงขั้นตอนหรือกระบวนการในการเข้าทำสัญญาทั้ง ๆ ที่ได้มีการลงนามสัญญาทางปกครองตลอดจนมีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองดังกล่าวกันเสร็จสิ้นแล้ว โดยยอมรับการฟ้องคดีโต้แย้งการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองในขั้นตอนหรือกระบวนการก่อนการเกิดสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่แตกต่างหากจากสัญญาและอาจแยกฟ้องได้

การกำหนดประเภทคดีพิพาทตั้งที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองในคดีนี้ได้พิจารณาถึงความประสงค์ที่แท้จริงของผู้ฟ้องคดีจากคำฟ้องประกอบกับคำขอท้ายฟ้องแล้วจึงได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ประเด็นที่น่าสนใจประการต่อมาของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2553 คือ ผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ซึ่งในคดีนี้ได้แก่คำสั่งผลการพิจารณาสอบราคาจ้างเหมาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักของท่อระบายน้ำสายบูรพา-รังสฤษฎ์ของผู้ถูกฟ้องคดี กล่าวคือ แม้ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้จะได้กำหนดให้คดีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่การกำหนดประเด็นสำคัญแห่งคดีที่ต้องวินิจฉัยในคดีนี้นั้น ศาลปกครองสูงสุดกลับกำหนดเป็นเรื่องของสิทธิและคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้เพิกถอนสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักท่อระบายน้ำ สายบูรพา – รังสฤษฎ์ 2 เลขที่ 7/2544 ลงวันที่ 17 กันยายน 2544 ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ ซึ่งเป็นเรื่องสัญญาทางปกครอง ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “...คดีมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักท่อระบายน้ำ สายบูรพา – รังสฤษฎ์ 2 เลขที่ 7/2544 ลงวันที่ 17 กันยายน 2544 ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ หรือไม่...”

ในประเด็นดังกล่าวข้างต้นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า น่าจะมีเหตุผลมาจากการที่ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) หมายเลขแดงที่

190/2547²²⁸ เฉพาะในประเด็นที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่ได้ออกคำสั่งให้เพิกถอนสัญญาจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่จ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ ให้เป็นผู้รับจ้างก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักท่อระบายน้ำ สายบูรพา – รังสฤษดิ์ 2 ตามสัญญาจ้างเลขที่ 7/2544 ลงวันที่ 17 กันยายน 2544 เนื่องจากศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ ซึ่งเป็นผู้รับจ้างได้ดำเนินการก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักท่อระบายน้ำ สายบูรพา – รังสฤษดิ์ 2 ตามสัญญาจ้างเลขที่ 7/2544 ลงวันที่ 17 กันยายน 2544 แล้วเสร็จตามสัญญาดังกล่าวแล้ว และผู้ถูกฟ้องคดีได้จ่ายเงินค่าจ้างให้ผู้รับจ้างเรียบร้อยแล้ว กรณีจึงเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและผ่านพ้นไปแล้ว ศาลไม่อาจออกคำสั่งให้เพิกถอนสัญญาจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่จ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ เข้าทำงานดังกล่าวได้

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) หมายเลขแดงที่ 190/2547 เฉพาะประเด็นที่ศาลไม่เพิกถอนสัญญาทางปกครองให้แล้ว ศาลปกครองจึงได้กำหนดประเด็นในการวินิจฉัยคดีในชั้นอุทธรณ์คดีนี้ไว้ว่าจะต้องพิจารณาลิทธิของผู้ฟ้องคดีในการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่ศาลก็ได้วินิจฉัยให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยวินิจฉัยว่า

“...คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ดำเนินการสอบราคาจ้างก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักท่อระบายน้ำ สายบูรพา – รังสฤษดิ์ 2 ตำบลแคนดง กิ่งอำเภอแคนดง จังหวัดบุรีรัมย์ และมีคำสั่งให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ เป็นผู้สอบราคาได้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเข้าร่วมในการสอบราคา และเสนอราคาต่ำเป็นลำดับที่สองได้รับความเสียหายไม่ได้

²²⁸ ศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) ในคดีหมายเลขแดงที่ 190/2547 ได้พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่พิจารณาให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ เป็นผู้สอบราคาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักท่อระบายน้ำได้ ตามบันทึกการเปิดซองสอบราคา ลงวันที่ 14 กันยายน 2544 โดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่มิคำสั่งดังกล่าว โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางให้เป็นไปตามคำพิพากษา คือ ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องดำเนินการพิจารณาผลการสอบราคาจ้างใหม่ แต่คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า งานที่พิพาทได้มีการก่อสร้างเสร็จไปเรียบร้อยแล้ว จึงเห็นได้ว่ากรณีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจจะดำเนินการพิจารณาผลการสอบราคาและจัดจ้างใหม่ได้ ส่วนคำขออื่นให้ยก

เข้าทำสัญญาก่อสร้างดังกล่าว โดยมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าว และให้ยกเลิกสัญญาจ้างระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ พร้อมทั้งให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิเข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีในการจ้างก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักท่อระบายน้ำดังกล่าวแทน คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ...”

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยในคดีนี้ แล้วจะเห็นได้ว่า คดีดังกล่าวมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในลักษณะเดียวกันกับ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส กล่าวคือ จากคำวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครอง นครราชสีมา) ที่ว่า “...เนื่องจากผู้รับจ้างได้ดำเนินการก่อสร้างตามโครงการแล้วเสร็จตามสัญญา ... และผู้ถูกฟ้องคดีได้จ่ายเงินค่าจ้างให้ผู้รับจ้างเรียบร้อยแล้ว กรณีจึงเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและผ่านพ้นไปแล้ว ศาลจึงไม่อาจออกคำสั่งบังคับให้เพิกถอนสัญญาจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่จ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ เข้าทำงานดังกล่าวได้...” และคำวินิจฉัยที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ว่า “...แม้การทำสัญญาจ้างดังกล่าวระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ จะเป็นผลมาจากคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่อนุมัติจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ ซึ่งเป็นขั้นตอนหรือกระบวนการหนึ่งในการเข้าทำสัญญา และศาลปกครองชั้นต้นได้วินิจฉัยแล้วว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว แต่เนื่องจากได้มีการจัดทำสัญญาจ้างฉบับดังกล่าวอันก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างคู่สัญญา มาตั้งแต่วันที่ศาลปกครองชั้นต้นจะมีคำพิพากษา ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีมีความต่อเนื่องอันจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนในพื้นที่ ประกอบกับข้อเท็จจริงปรากฏว่าห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ ผู้รับจ้างได้ดำเนินการก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักท่อระบายน้ำสายบูรพา - รังสิตสุขุม 2 ตามสัญญาจ้างเรียบร้อยแล้วตั้งแต่วันที่ 10 มกราคม 2555 และผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้จ่ายเงินให้ผู้รับจ้างครบถ้วนแล้วตั้งแต่วันที่ศาลปกครองชั้นต้นจะมีคำพิพากษา ดังนั้น การที่ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่อนุมัติจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ โดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว จึงไม่

มีผลกระทบต่อความมั่นคงในสถานภาพหรือภาระหน้าที่ตามกฎหมายของคู่สัญญา ... ศาลจึงไม่อาจพิพากษาให้เพิกถอนสัญญาจ้างดังกล่าวได้...” นั้น

กรณีจะเห็นได้ว่า แม้จะไม่ปรากฏอย่างชัดเจนว่า ศาลปกครองในคดีนี้ได้มีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยปรับใช้ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ก็ตาม แต่การที่ศาลกำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่ศาลในคดีนี้ก็ได้ออมรับให้มีการฟ้องขอให้เพิกถอนหรือตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นก่อนมีการจัดทำสัญญาทางปกครองเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ อันแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ แต่กรณีก็มีปัญหาเช่นเดียวกันกับระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสที่มีปัญหาว่า การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นก่อนการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้น เป็นผลที่มีอยู่เพียงในเชิงวิชาการหรือในอุดมคติเท่านั้น เนื่องจากท้ายที่สุดแม้ว่าจะมีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ตาม แต่สัญญาก็ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่เช่นเดิม

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางในคดีนี้ได้พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่พิจารณาให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ เป็นผู้สอบราคาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักน้ำ โดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางให้เป็นไปตามคำพิพากษา คือ ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องดำเนินการพิจารณาผลการสอบราคาจ้างใหม่นั้น แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองกลางเห็นว่า ผลของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแตร็กเตอร์ ที่ได้มีการลงนามไปแล้ว และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นก็มิใช่เป็นการเพิกถอนสัญญาทางปกครองดังกล่าวโดยปริยายด้วย คำวินิจฉัยนี้ทำให้อาจพิจารณาได้ว่า ศาลปกครองกลางในคดีนี้ได้ยอมรับให้บุคคลภายนอกสัญญามีสิทธิฟ้องขอให้ยกเลิกสัญญาทางปกครองได้โดยปริยายด้วยการขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นเหตุหรือเกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองนั้น และมีผลเป็นการพิพากษาให้กับคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ศาลยกเลิกสัญญาจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด

ชลบุรีไพศาลแพทริกเตอร์ในการรับจ้างเหมาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักท่อระบายน้ำสายบูรพา - รังสฤษดิ์ 2 อีกด้วย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดข้างต้น จะไม่ได้เพิกถอนสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่การที่ศาลมีคำพิพากษาดังกล่าวนั้น น่าจะแสดงให้เห็นได้ว่า แม้ศาลปกครองจะยอมรับการยื่นฟ้องคดีอันมีมูลเหตุจากนิติกรรมทางปกครองอันเกิดขึ้นจากขั้นตอนหรือกระบวนการหนึ่งในการเข้าทำสัญญาและการฟ้องคดีอันมีมูลเหตุจากสัญญาทางปกครองอันเป็นผลลัพธ์ท้ายสุดจากการดำเนินการของฝ่ายปกครอง เป็นสิ่งที่ศาลถือเป็นการฟ้องคดีที่พิจารณาโดยแยกต่างหากจากกัน ศาลย่อมเคารพความมั่นคงในสถานภาพหรือภาระหน้าที่ตามกฎหมายของคู่สัญญา และในคำพิพากษาทั้งสองฉบับก็มีการหยิบยกความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมาเป็นเหตุผลประกอบในการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาดังกล่าวด้วย ข้าพเจ้าจึงมีความเห็นว่า คำพิพากษาดังกล่าวเป็นคำพิพากษาที่ศาลได้ให้เหตุผลที่เหมาะสมและเป็นไปในทำนองเดียวกับศาลปกครองฝรั่งเศสแล้ว

นอกจากนี้ การที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าศาลไม่อาจเพิกถอนสัญญาจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแพทริกเตอร์ได้โดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีหยิบยกมานี้จะถือเป็นขั้นตอนหรือกระบวนการหนึ่งในการเข้าทำสัญญาซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว แต่เนื่องจากสัญญานี้ได้กระทำลงโดยชอบตลอดจนคู่สัญญาก็มีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย กับทั้งการดำเนินการก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักน้ำก็ถือเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งต้องกระทำโดยต่อเนื่อง ซึ่งผู้รับจ้างได้ดำเนินการแล้วเสร็จจะได้รับเงินค่าจ้างครบถ้วนแล้วนั้น คำวินิจฉัยดังกล่าวอาจทำให้ตีความได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองโดยทำให้สัญญาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ตลอดจนอาจตีความได้ว่า หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแพทริกเตอร์ยังดำเนินการตามสัญญาจ้างไม่แล้วเสร็จ (กล่าวคือ ได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว แต่ยังไม่ได้นำมาดำเนินการหรืออยู่ในระหว่างดำเนินการก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อพักน้ำตามสัญญาจ้าง) ก่อนที่ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาแล้ว คำพิพากษาของศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ที่สั่งให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่พิจารณาให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแพทริกเตอร์ เป็นผู้สอบราคาก่อสร้างท่อระบายน้ำและบ่อ

พักน้ำนั้น ก็อาจจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงในสถานภาพหรือสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาจ้าง (กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดี กับ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชลบุรีไพศาลแทร็กเตอร์) และอาจจะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาจ้างได้ นอกจากนี้ ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดก็อาจมีคำสั่งเพิกถอนสัญญาจ้างดังกล่าวให้ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีทั้งสามอีกด้วย²²⁹

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 344-345/2551 (ระหว่าง บริษัท ซีโน – ไทย เอ็นจิเนียริ่ง แอนด์ คอนสตรัคชั่น จำกัด (มหาชน) ผู้ฟ้องคดี และ องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี)

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างโครงการก่อสร้างท่าเทียบเรือท่องเที่ยวอ่าวฉลอง ตำบลฉลอง อำเภอเมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต โดยวิธีประกวดราคานานาชาติ ตามประกาศประกวดราคานานาชาติ หรือ Invitation to Bid โดยผู้ฟ้องคดีเป็นผู้หนึ่งที่ซื้อแบบประกวดราคาซึ่งกำหนดให้ยื่นซองประกวดราคา ซึ่งปรากฏว่ามีผู้ยื่นซองเสนอราคา 7 ราย เมื่อคณะกรรมการรับและเปิดซองเสนอราคาได้ตรวจเอกสารเกี่ยวกับคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้เสนอราคาแล้วผลปรากฏว่าผู้เสนอราคาทุกรายมีคุณสมบัติถูกต้องครบถ้วนตามข้อกำหนดคณะกรรมการดังกล่าวจึงได้เปิดซองเสนอราคาและปรากฏผลว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นอันดับที่ 1 แต่หลังจากนั้นมีผู้เสนอราคารายหนึ่งขอให้คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาตรวจสอบเอกสารเสนอราคาของผู้เสนอทุกรายว่าผู้เสนอราคาได้รวมค่าควบคุมงานไว้ในเอกสารเสนอราคาหรือไม่ ผู้ฟ้องคดีจึงได้ชี้แจงต่อคณะกรรมการดังกล่าวว่าได้รวมราคาควบคุมงานไว้ด้วยแล้ว โดยใช้แบบฟอร์มตามประกาศประกวดราคาทุกประการ ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาได้แจ้งผู้ฟ้องคดีว่าจะตรวจสอบเอกสารเสนอราคาอย่างละเอียดอีกครั้งหนึ่งและจะแจ้งผลการประกวดราคาให้ผู้เสนอราคาทุกรายทราบในภายหลัง

²²⁹ ก่อนหน้าคดีนี้ ศาลปกครองระยองได้เคยมีคำพิพากษาศาลปกครองระยอง คดีหมายเลขแดงที่ 31/2550 ซึ่งได้พิพากษาเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกเอกชนให้ผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคในพื้นที่ของสำนักงานประปาระยอง จังหวัดระยอง และเพิกถอนสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการคัดเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าว ก็ได้มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นเป็นยกฟ้อง รายละเอียดปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.625/2556

ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้ทราบข่าวจากหนังสือพิมพ์ว่า บริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นอันดับที่ 2 ได้รับการคัดเลือก ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือสอบถามไปยังคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาผ่านผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อขอทราบเหตุผลที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการคัดเลือกและขอทราบข้อเท็จจริงตามที่หนังสือพิมพ์ลงข่าว แต่ผู้ฟ้องคดีก็มิได้รับคำตอบแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงเห็นว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบด้วยระเบียบปฏิบัติของทางราชการ และนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่ง ดังนี้

1. ให้ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างท่าเทียบเรือท่องเที่ยวอ่าวฉลอง ตำบลฉลอง อำเภอมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดี กับ บริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2542 แล้วให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างโครงการดังกล่าวกับผู้ฟ้องคดี หากไม่สามารถยกเลิกสัญญาหรือไม่สามารถทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีได้ ก็ให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเตรียมงานก่อนการประกวดราคา การยื่นซองและการติดตามเรื่อง ค่าสูญเสียโอกาสที่ควรได้รับการคัดเลือกเข้าทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอันจะทำให้มีกำไรก่อนหักค่าใช้จ่ายไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของราคาที่ผู้ฟ้องคดีเสนอ ตลอดจนค่าเสียหายแก่ชื่อเสียง ภาพพจน์ เกียรติคุณ และความเจริญทางธุรกิจ พร้อมดอกเบี้ยร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีจนกว่าจะชำระครบถ้วน

2. ให้กระทรวงมหาดไทยสอบสวนลงโทษทางวินัยแก่ผู้เกี่ยวข้องที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ กรณีไม่คืนหลักประกันของตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และสอบสวนคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาที่ทำรายงานเท็จโดยแก้ไขเปลี่ยนแปลงราคาข้อเสนอของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นราคาต่ำสุดเป็นอันดับที่ 1 ให้สูงขึ้นกว่าเดิม อันเป็นเหตุให้กลายเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นอันดับที่ 2 และหากพบว่าเป็นกรณีเจ้าพนักงานใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หรือโดยทุจริตเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีแล้ว ให้ส่งเรื่องต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ และหรือพนักงานสอบสวนดำเนินการต่อไป

ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่ง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และได้กำหนดประเด็นในการวินิจฉัยคดีไว้ 2 ประการ โดยปัญหาประการที่หนึ่งคือการออกคำสั่งอนุมัติให้ว่าจ้างบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) ก่อสร้างท่าเทียบเรือท่องเที่ยวอ่าวฉลอง ตำบลฉลอง อำเภอมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต ของผู้ถูกฟ้องคดี นั้น เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และปัญหาประการที่สองคือการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีหรือไม่ และผู้ฟ้องคดีควรได้รับค่าเสียหายเพียงใด ทั้งนี้ โดยอาจสรุปคำวินิจฉัยของศาลได้ดังนี้

ในประเด็นที่หนึ่งนั้น ศาลเห็นว่า หลักเกณฑ์ของการจัดหาพัสดุและการจัดจ้างของแหล่งเงินกู้หรือแหล่งให้เงินช่วยเหลือที่เกี่ยวกับประเด็นที่คู่กรณีโต้แย้งกันในคดีนี้ ปรากฏตามเอกสารเกี่ยวกับแนวทางสำหรับการจัดหาภายใต้เงินกู้ยืมของกองทุนเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจแห่งโพนทะเล หรือ OECF ตาม Guidelines for Procurement under OECF Loans ใน Section 4.05 Clarity of Bidding Documents หรือความชัดเจนของเอกสารการประกวดราคา ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดให้การเพิ่มเติมข้อกำหนดเกี่ยวกับการประกวดราคาใด ๆ นั้น ผู้ดำเนินการประกาศประกวดราคาจะต้องมีการชี้แจงและให้รายละเอียดแก่ผู้เสนอราคาทุกรายทราบอย่างชัดเจน ซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้เพิ่มข้อกำหนดดังกล่าวแล้วกลับมิได้ชี้แจงให้รายละเอียดแก่ผู้เสนอราคาทุกรายทราบอย่างชัดเจนว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรแล้ว จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบของกระทรวงมหาดไทยและหลักเกณฑ์ของ OECF ในเรื่องการชี้แจงให้รายละเอียดเพื่อความชัดเจนของเอกสารประกวดราคา นอกจากนี้ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำการตามข้อกำหนดของเอกสารการประกวดราคาโดยถูกต้องครบถ้วนทุกประการแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ที่เสนอราคาโดยถูกต้องและเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดอันดับที่ 1 แต่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีกลับเห็นว่า มีเพียงบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) เพียงรายเดียวเท่านั้นที่กระทำถูกต้องและอ้างว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำการไม่ถูกต้องจนทำให้ยอดเงินที่เป็นข้อเสนอด้านราคาของผู้ฟ้องคดีเพิ่มขึ้นกว่าเดิม และทำให้ผู้ฟ้องคดีกลายเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดอันดับที่ 2 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบและเป็นการกระทำการโดยไม่ถูกต้อง ด้วยเหตุดังกล่าว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งอนุมัติให้ว่าจ้างบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) ผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นอันดับที่ 2 เป็นผู้ชนะการประกวดราคาและให้เข้าทำสัญญาจ้างก่อสร้างท่าเทียบเรือท่องเที่ยวอ่าวฉลอง ตำบลฉลอง

อำเภอเมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต กับผู้ถูกฟ้องคดีแทนผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้เสนอราคาค่าก่อสร้างโดยถูกต้อง และต่ำสุดเป็นอันดับที่ 1 การออกคำสั่งดังกล่าวจึงมิชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับประเด็นที่สองนั้น ศาลเห็นว่า เมื่อการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีในการอนุมัติให้ว่าจ้างบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ชนะการประกวดราคาและให้เข้าทำสัญญารับจ้างก่อสร้างเป็นการออกคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ทั้งนี้ เนื่องจากการพิจารณาพิพากษาคดีนี้เกิดขึ้นจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นที่พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น กรณีจึงไม่มีประเด็นเกี่ยวกับคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ยกเลิกสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างท่าเทียบเรือท่องเที่ยวอ่าวฉลอง ตำบลฉลอง อำเภอเมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดี กับ บริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างโครงการดังกล่าวกับผู้ฟ้องคดีแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้ ศาลปกครองชั้นต้นก็ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำขอในเรื่องของสัญญาไว้ดังปรากฏในหน้าที่ 22 ของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 344-345/2551 ดังนี้

“...สำหรับคำขอที่ขอให้ยกเลิกสัญญางานก่อสร้างระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2542 นั้น แม้คำสั่งให้บริษัทดังกล่าวเป็นผู้ชนะการประกวดราคาจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หลังจากนั้นผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ไปทำสัญญาแล้ว การที่สัญญาฉบับนี้จะมีผลสมบูรณ์หรือมีข้อโต้แย้งอย่างไร เป็นกรณีที่คู่สัญญาจะเป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดีต่อศาล ผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลภายนอกไม่อาจเป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดีให้ยกเลิกเพิกถอนสัญญางบดังกล่าวได้ ทั้งเมื่อทำสัญญากันแล้วศาลไม่อาจที่จะบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาในเรื่องเดียวกับผู้ฟ้องคดีได้ ศาลมีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบในค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น ส่วนคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้หน่วยงานที่รับผิดชอบสอบสวนลงโทษทางวินัย และให้ส่งเรื่องให้หน่วยงานสอบสวน หรือให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ นั้น เป็นคำขอ

ที่ศาลมีอาจออกคำสั่งบังคับให้ได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ...”

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1357/2547 และที่ 1358/2547 ซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้ ว่า ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยเกี่ยวกับผลของการตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองหลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาทางปกครองแล้วว่า สำหรับคำขอที่ขอให้ยกเลิกสัญญางานก่อสร้างระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) นั้น แม้คำสั่งให้บริษัทดังกล่าวเป็นผู้ชนะการประกวดราคาจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หลังจากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ไปทำสัญญาแล้ว การที่สัญญาฉบับนี้จะมีผลสมบูรณ์หรือมีข้อโต้แย้งอย่างไรเป็นกรณีที่คู่สัญญาจะเป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดีต่อศาล ผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลภายนอกไม่อาจเป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดีให้ยกเลิกเพิกถอนสัญญาฉบับดังกล่าวได้ ทั้งเมื่อทำสัญญากันแล้วศาลไม่อาจที่จะบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาในเรื่องเดียวกับผู้ฟ้องคดีได้ ศาลมีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดในค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น โดยท้ายที่สุดศาลปกครองกลางได้พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยยกคำขออื่น ๆ ของผู้ฟ้องคดี

ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.344-345/2551 ก็ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกันกับศาลปกครองกลางโดยวินิจฉัยว่า ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้พิจารณาคำขอต่าง ๆ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งรวมถึงคำขอที่ขอให้ศาลยกเลิกสัญญางานก่อสร้างระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) แล้ว โดยศาลเห็นว่า เหตุแห่งความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีในคดีนี้มีได้เกิดจากสัญญาดังกล่าวซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด หากแต่เกิดจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้บริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลล็อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ชนะการประกวดราคา ซึ่งคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยเมื่อผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายด้วยแล้ว ศาลจึงถือว่าข้อพิพาทในคดีนี้เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้กระทำความผิดต่อผู้ฟ้องคดีอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กรณีจึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้พิจารณาและเห็นว่า แม้จะมีการลงนามในสัญญาทางปกครองแล้วก็ตาม หากปรากฏว่านิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการคัดเลือกหรือลงนามในสัญญาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายก็อาจฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้ โดยหากปรากฏว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายด้วยแล้ว ศาลปกครองจะถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้กระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองได้ยอมรับว่านิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (กล่าวคือ แม้จะมีการลงนามสัญญาไปแล้ว แต่บุคคลภายนอกสัญญาก็สามารถฟ้องร้องนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้) อันเป็นไปตามทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 200/2551 (ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด จิตชนิน ผู้ฟ้องคดี และ กรมพัฒนาที่ดิน ผู้ถูกฟ้องคดี)

คดีนี้ มีข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีได้เข้ามาให้บริการรับจ้างเหมาทำความสะอาดอาคารของกรมพัฒนาที่ดินในปีงบประมาณ 2545 ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีได้ประกาศสอบราคาจ้างทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดินในปีงบประมาณ 2546 ตามประกาศกรมพัฒนาที่ดิน เรื่อง สอบราคาจ้างทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดิน ลงวันที่ 13 กันยายน 2545 ต่อมา ได้มีการเปิดซองสอบราคาจ้างโดยหลังจากเปิดซองสอบราคาแล้ว คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาได้แจ้งว่าจะต้องทำการตรวจเอกสารก่อนโดยให้มาฟังผลอีกครั้ง ปรากฏว่า ผู้ชนะการสอบราคาคือ บริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ทั้งนี้ พนักงานทำความสะอาดของผู้ถูกฟ้องคดีได้แจ้งว่ามีผู้เสนอราคา 3 ราย ที่มีรายชื่อพนักงานทำความสะอาดซ้ำซ้อนกัน คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาของผู้ถูกฟ้องคดีจึงทำการตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีและผู้เสนอราคาดังกล่าว โดยไม่ได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีชี้แจงแต่อย่างใด และผลการสอบราคาดังกล่าวทำให้ทางราชการเสียหายเพราะผู้ชนะการสอบราคาได้เสนอราคาสูงกว่าราคาที่เสนอต่ำสุดถึง 325,560 บาท

ในการฟ้องคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ยกเลิกผลการประกาศสอบราคาครั้งนี้ และได้มีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยระงับการทำสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ไว้ก่อนเป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา ซึ่งศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งยกคำขอให้กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของผู้ฟ้องคดี โดยในเวลาต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ทำสัญญาจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ให้ทำความสะอาดอาคารของกรมพัฒนาที่ดิน ตามสัญญาจ้าง ลงวันที่ 24 ตุลาคม 2545 ทั้งนี้ ศาลปกครองกลางได้มีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่อนุมัติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ให้ทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดินตามประกาศสอบราคาจ้าง ลงวันที่ 13 กันยายน 2545

ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยในการพิจารณาพิพากษาคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คดีนี้มีประเด็นต้องวินิจฉัยเพียงประเด็นเดียวว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งอนุมัติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดินตั้งแต่เดือนตุลาคม 2545 ถึงเดือนกันยายน 2546 เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยศาลได้วินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาเห็นว่า การยื่นคำเสนอของผู้ฟ้องคดีเป็นการยื่นคำเสนอที่ผิดเงื่อนไขในเอกสารสอบราคาจ้างซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างแล้ว และได้ตัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีนั้น กรณีดังกล่าว คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาควรทำการสอบสวนให้ได้ความจริง ซึ่งการแสวงหาพยานหลักฐานในเรื่องนี้คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาสามารถทำการตรวจสอบได้โดยง่าย โดยเปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดี และผู้เสนอราคารายอื่น ๆ ได้ชี้แจงข้อเท็จจริง พร้อมทั้งแสดงพยานหลักฐานต่าง ๆ อีกทั้งผู้ฟ้องคดีเคยเป็นผู้รับจ้างทำความสะอาดอาคารให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญาจ้างเลขที่ 11/45 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2545 จึงเป็นการง่ายที่คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาจะทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ ประกอบกับกรณีดังกล่าวข้างต้นไม่เข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (1) ถึง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับการเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีและอนุมัติให้จ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ผู้เสนอ

ราคารายถัดไป ถือได้ว่าเป็นการพิจารณาออกคำสั่งที่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี ซึ่งจะต้องให้โอกาส คู่กรณีทราบข้อเท็จจริง และโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอ จึงเป็นการออกคำสั่ง โดยมีได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งอนุมัติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดิน ตั้งแต่เดือนตุลาคม 2545 ถึงเดือนกันยายน 2546 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าหน่วยงานทางปกครองจะได้ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวไปแล้วก็ตาม แต่เมื่อคำสั่งดังกล่าวยังคงปรากฏเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่า จะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใด ขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีได้ตามมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อต่อมาปรากฏข้อเท็จจริง(ในระหว่างการพิจารณาคดี) ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด และได้มีการปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนไปแล้ว เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลปกครองสูงสุดเห็นควรเพิกถอนคำสั่งอนุมัติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดินตั้งแต่เดือนตุลาคม 2545 ถึงเดือนกันยายน 2546 โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาเป็นต้นไป

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.200/2551 ว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด และได้มีการปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนไปแล้ว โดยศาลปกครองสูงสุดได้อาศัยอำนาจตาม มาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542²³⁰ ในการพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นจาก “...ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษา

²³⁰ มาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“... ในการมีคำสั่งบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี”

ให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่อุนุมัติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ให้ทำความสะอาดอาคารของผู้ถูกฟ้องคดีตามประกาศสอบราคาจ้าง ลงวันที่ 13 กันยายน 2545 ...” เป็น “... ศาลปกครองสูงสุดเห็นควรเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวให้มีผลตั้งแต่วันที่มิคพิพากษาเป็นต้นไป ... พิกษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็น ทั้งนี้ ให้มีผลตั้งแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาเป็นต้นไป นอกจากนี้ที่แก้ไขให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น” นั้น คำวินิจฉัยดังกล่าวอาจทำให้ตีความได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองโดยทำให้สัญญาจ้างระหว่างผู้ถูกฟ้องคดี กับ บริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ตลอดจนอาจตีความได้ว่า หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า บริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ยังดำเนินการตามสัญญาจ้างไม่แล้วเสร็จ (กล่าวคือ ได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว แต่ยังไม่ได้ดำเนินการหรืออยู่ในระหว่างดำเนินการทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดินระหว่างเดือนตุลาคม 2545 ถึงเดือนกันยายน 2546) ก่อนที่ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาแล้ว คำพิพากษาของศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ที่สั่งให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่อุนุมัติจ้างบริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด ให้ทำความสะอาดอาคารของผู้ถูกฟ้องคดีตามประกาศสอบราคาจ้าง ลงวันที่ 13 กันยายน 2545 ก็อาจจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงในสถานภาพหรือสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาจ้าง (กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดี กับ บริษัท ที.เอ็น.เอ็ม แคร่ แอนด์ คลีน จำกัด) และอาจจะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาจ้างดังกล่าวได้ นอกจากนี้ ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดก็อาจมีคำสั่งเพิกถอนสัญญาจ้างดังกล่าวให้ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีอีกด้วย²³¹

²³¹ ก่อนหน้าคดีนี้ ศาลปกครองระยองได้เคยมีคำพิพากษาศาลปกครองระยอง คดีหมายเลขแดงที่ 31/2550 ซึ่งได้พิพากษาเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกเอกชนให้ผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาคในพื้นที่ของสำนักงานประปาระยอง จังหวัดระยอง และเพิกถอนสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการคัดเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าว ก็ได้มีคำพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองระยองซึ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นเป็นยกฟ้อง รายละเอียดปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.625/2556

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 585/2549 (ระหว่าง นายศาสตรา โตอ่อน ผู้ฟ้องคดี และ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กระทรวงคมนาคม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)

คดีนี้สรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าตนในฐานะประชาชนผู้มีสัญชาติไทย มีความเป็นเจ้าของของคลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคมซึ่งเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 40 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และเป็นผู้ให้บริการโทรศัพท์มือถือของบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) อีกทั้งยังเป็นผู้บริโภคข้อมูลข่าวสารผ่านดาวเทียมและโทรทัศน์ของบริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) และบริษัท ท. ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียอันอาจได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 จากกรณีการโอนหุ้นในบริษัท ช. ให้แก่กลุ่มทุนข้ามชาติเทมาเส็ก จากประเทศสิงคโปร์ ซึ่งผลของการโอนหุ้นดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนตัวผู้ถือหุ้นในบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) บริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) และบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) จนส่งผลกระทบต่อสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัททั้งสามแห่ง ซึ่งเป็นกิจการที่ได้รับสัมปทานจากรัฐ และเป็นสัญญาทางปกครองในรูปแบบของสัญญาสัมปทานตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันทำให้กลุ่มทุนดังกล่าวสามารถกำหนดทิศทางการบริหารบริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) และกิจการคลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และวิทยุโทรคมนาคมได้การที่นิติบุคคลต่างประเทศเข้ามาครอบครองกิจการคลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคมผ่านสัญญาโอนหุ้นดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามละเลยต่อหน้าที่ในการตรวจสอบและยกเลิกสัญญาสัมปทานดังกล่าวอันมีลักษณะเป็นการขัดกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนอย่างร้ายแรงและอาจส่งผลเสียหายต่อผู้ฟ้องคดีทั้งในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งในความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและในฐานะผู้ใช้บริการ โดยในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งดังนี้

1. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำการยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) ลงวันที่ 27 มีนาคม 2533 ทั้งฉบับ

2. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทำการยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) ลงวันที่ 11 กันยายน 2534 ทั้งฉบับ

3. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ทำการยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2548 ทั้งฉบับ

นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยขอให้ทุนข้ามชาติเทมาเส็กงดเว้นการดำเนินการหรือรับผลประโยชน์ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจการตามสัญญาสัมปทานทั้งสามฉบับโดยเด็ดขาด

คดีนี้ ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากเห็นว่า สัญญาสัมปทานที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ยกเลิกนั้นเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายสิทธิให้กับบริษัทที่ได้รับสัมปทานในการจัดทำบริการสาธารณะหรือกิจการใด ๆ ที่การดำเนินการต้องได้รับอนุญาตจากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสาม ซึ่งตามข้อตกลงและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาจะต้องมีข้อความที่ระบุไปถึงว่า หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำการผิดไปจากเงื่อนไขที่ระบุไว้ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามย่อมสามารถบอกเลิกสัญญาได้ ดังนั้น การที่จะบอกเลิกสัญญาย่อมเป็นสิทธิของคู่สัญญาที่จะมีสิทธิยื่นคำฟ้องต่อศาลหากมีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่มีใช้คู่พิพาทหรือคู่สัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามไม่ ผู้ฟ้องคดีซึ่งมิได้เป็นคู่สัญญาจึงมิใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และมีได้เป็นผู้มีสิทธิโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานดังกล่าวที่จะมาฟ้องขอให้ศาลปกครองสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท แอดวานซ์อินโฟร์ เซอวิส จำกัด (มหาชน) บริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) และบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ทั้งนี้ ศาลปกครองกลางได้กำหนดให้คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองกลางข้างต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาต่อศาลปกครองสูงสุด โดยมีเหตุผลสำคัญว่า คดีนี้จึงมีเพียงประเด็นเดียวว่า เป็นประเด็นเกี่ยวกับการมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือเป็นประเด็นเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐงดเว้นกระทำการกล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีไม่ได้นำคดีขึ้นฟ้องในฐานะเป็นคู่สัญญาที่จะมีสิทธิในการยกเลิกสัญญาได้ด้วย

ตนเอง อันเป็นประเด็นในเรื่องของการมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแต่ประการใด แต่นำคดีขึ้นฟ้องในประเด็นที่ผู้ถูกฟ้องคดีตั้งวันกระทำการ คือ การยกเลิกสัญญาสัมปทาน ซึ่งมีประเด็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ รวมถึงประเด็นการละเลยในการใช้เอกสิทธิ์ และอำนาจมหาชนเพื่อยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ขัดแย้งต่อหลักการทางกฎหมาย ซึ่งสิ่งเหล่านี้ควรได้รับการพิจารณาวินิจฉัยจากศาลปกครองในเนื้อหาของสัญญาสัมปทานว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น คดีนี้จึงมีเพียงประเด็นเดียวว่า เป็นประเด็นเกี่ยวกับการมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือเป็นประเด็นเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐตั้งวันกระทำการ

ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้คำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณาและดำเนินการต่อไปตามรูปคดี โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร อันเป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจรับไว้พิจารณาหรือมีคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยคดีนี้ไม่ใช่เรื่องโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยให้เหตุผลไว้โดยสรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีกล่าวไว้ในคำฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีเป็นส่วนหนึ่งของปวงชนชาวไทยซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและเป็นผู้ใช้บริการจากการดำเนินการของบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอวิส จำกัด (มหาชน) บริษัท ซินแซทเทิลไลท์ จำกัด (มหาชน) และบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทานจากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามเพื่อดำเนินกิจการสื่อสาร แม้จะไม่ปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายในขณะหรือก่อนฟ้องคดีนี้ แต่สัมปทานที่บริษัททั้งสามได้รับไปเพื่อดำเนินกิจการสื่อสารนั้น มีโอกาสล่วงรู้ความลับเกี่ยวกับการสื่อสารของผู้ใช้บริการ หากกิจการดังกล่าวตกไปอยู่ในอำนาจบริหารจัดการของบุคคลต่างด้าว อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายได้ในอนาคต และอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศ ผู้ฟ้องคดีจึงอยู่ในฐานะเป็นผู้อาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการกำกับดูแลเกี่ยวกับการให้หรือบอกเลิกสัมปทานที่บริษัททั้งสามได้รับไปดำเนินการประกอบกับคำฟ้องบรรยายไว้โดยแจ้งชัดว่า บริษัทผู้รับสัมปทานทั้งสามได้ขายหุ้นส่อไปในทางให้

บุคคลต่างด้าวเข้ามามีบทบาทและมีอำนาจในการบริหารกิจการที่ได้รับสัมปทาน หากข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างไว้ และผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามมิได้ดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อป้องกันความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีในฐานะผู้ใช้บริการในกิจการที่บริษัททั้งสามได้รับสัมปทาน อาจถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามเป็นหน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร จึงเป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจรับไว้พิจารณาหรือมีคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

นอกจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยอมรับสถานะทางกฎหมายของการดำเนินการหรือการมีคำสั่งข้างต้นของเจ้าหน้าที่ไว้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างชัดแจ้งนั้น ก็เป็นกรณีที่มีประเด็นปัญหาว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการกระทำที่กำหนดไว้ในกฎหมายดังกล่าวแล้ว บุคคลจะสามารถนำข้อพิพาทดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลปกครองได้หรือไม่ และหากสามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้แล้ว จะถือว่าเป็นคดีพิพาทประเภทใดในมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) หรือเป็นคดีพิพาทในอนุมาตราอื่นของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้คดีพิพาทในลักษณะอื่น ๆ อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเอาไว้ด้วย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในทางวิชาการแล้ว ปัญหาในประเด็นนี้อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ระดับ ได้แก่ ระดับแรก มีประเด็นว่า คำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองซึ่งมีสถานะทางกฎหมายสมบูรณ์ในตัวเองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาหรือก่อนมีการทำสัญญานั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะสามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้หรือไม่ และระดับที่สอง หากยอมรับว่า ข้อพิพาทเนื่องจากการกระทำข้างต้นเป็นข้อพิพาทที่อาจนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้แล้ว จะมีประเด็นว่า การฟ้องคดีดังกล่าวจะเป็นการฟ้องคดีประเภทใดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ปัญหาในประเด็นแรกที่ว่า การกระทำต่าง ๆ ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายสมบูรณ์ในตัวเองเหล่านี้ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะสามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้หรือไม่ นั้น เป็นปัญหาที่มีความสำคัญอย่างมากในเชิงกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง เพราะเกี่ยวข้องกับระบบการแก้ไขข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งจะทำให้การดำเนินคดีมีความแตกต่างกัน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทดังกล่าวขึ้น แม้ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองก็ตาม หากแต่เป็นความเกี่ยวข้องโดยอ้อมและถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกออกจากสัญญาอันทำให้สามารถแยกฟ้องเป็นคดีพิพาทต่อศาลปกครองได้ เพราะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญาหรือก่อนมีการทำสัญญา ซึ่งไม่อาจถือได้ว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทในตัวสัญญาทางปกครองโดยตรง ซึ่งบุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากข้อพิพาทดังกล่าวย่อมมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกมาจากสัญญาทางปกครองได้ ทั้งนี้ โดยมีเหตุผลสนับสนุนดังต่อไปนี้

1. ในกรณีที่มีการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายหรือมีผลบังคับเป็นการทั่วไป การกระทำเหล่านั้นย่อมมีผลทางกฎหมายในตัวเอง ดังนั้น จึงอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลได้ โดยเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากนิติกรรมทางปกครองนั้น และสามารถแยกนิติกรรมทางปกครองนั้นออกจากสัญญาทางปกครองได้แล้ว กฎหมายจึงต้องยอมรับให้บุคคลดังกล่าวสามารถแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายนั้นโดยการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกออกมาจากสัญญาเป็นคดีต่อศาลปกครองได้

2. หากยึดถือหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาที่ถือว่าสัญญาเป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้นอย่างเคร่งครัดแล้ว การฟ้องคดีต่อศาลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองก็จะจำกัดเฉพาะแต่บุคคลที่เป็นคู่สัญญาในสัญญานั้น ๆ เท่านั้น ซึ่งทำให้การกระทำบางอย่างของเจ้าหน้าที่หลุดพ้นไปจากการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง ทั้ง ๆ ที่คำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองนั้นมิใช่ตัวสัญญาทางปกครองโดยตรง แต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นก่อนมีการจัดทำหรือลงนามในสัญญาทางปกครอง และสามารถแยกออกจากสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองนั้นอาจกระทบกระเทือนสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่ยังไม่มีฐานะทางกฎหมายเป็นคู่สัญญาให้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจได้รับความเดือดร้อนหรือ

เสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ก็ได้ เช่น ผู้ที่เข้าร่วมเสนอราคาแต่ถูกตัดสิทธิหรือปฏิเสธการเสนอราคา ซึ่งแม้บุคคลนั้นจะมีได้มีฐานะเป็นคู่สัญญา แต่ก็ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการถูกปฏิเสธไม่พิจารณาคำเสนอแล้ว ดังนั้น การยอมรับให้มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกต่างหากจากสัญญาได้ จะเป็นการใช้อำนาจของศาลปกครองที่จะทำให้มีการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าวและสามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างแท้จริง

3. ในปัจจุบัน ได้มีการกำหนดประเภทคดีพิพาทที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น เมื่อนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นก่อนมีการจัดทำหรือลงนามในสัญญาทางปกครอง เป็นนิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกออกจากสัญญาทางปกครองได้แล้ว ประกอบกับกฎหมายเองก็ได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และได้มีบทบัญญัติที่รองรับการแก้ไขเยียวยาข้อพิพาทจากการกระทำเช่นนี้ได้อยู่แล้ว จึงต้องถือว่า การยอมรับให้บุคคลสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาทางปกครองได้นั้น เป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว และไม่มีปัญหาทางบทบัญญัติของกฎหมายแต่ประการใด

4. นอกจากนี้ การแก้ปัญหาในลักษณะเช่นนี้ก็มีการยอมรับให้กระทำได้ในกฎหมายต่างประเทศเช่นกัน โดยศาลปกครองของฝรั่งเศสได้สร้างทฤษฎีการกระทำทางปกครองที่อาจแยกออกจากสัญญา (*acte détachable*) และยอมรับให้มีการฟ้องตัวการกระทำทางปกครองนั้นเป็นคดีพิพาทอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวได้ต่างหากจากการฟ้องคดีต่อศาลในคดีสัญญา (*juge du contrat*) หรือฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะแก้ปัญหาในลักษณะดังกล่าวนี้

สำหรับปัญหาในประเด็นประการที่สองที่ว่า หากมีการยอมรับให้มีการฟ้องข้อพิพาทอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แม้จะเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง แต่ไม่ได้เป็นข้อพิพาทในตัวสัญญาทางปกครองโดยตรงต่อศาลปกครองแล้ว การฟ้องคดีดังกล่าวจะเป็นการคดีพิพาทประเภทใดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี

พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ผู้เขียนเห็นว่า หากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกออกได้จากสัญญาทางปกครอง และผู้ฟ้องคดีประสงค์ที่จะให้มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแล้ว ก็สามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองเป็นคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับตัวสัญญาทางปกครองโดยตรง เช่น การปฏิบัติตามสัญญา ความสมบูรณ์ของสัญญา การสิ้นสุดของสัญญา แล้ว กรณีดังกล่าวย่อมต้องฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

นอกจากนี้ ในปัจจุบัน ปรากฏว่า ศาลปกครองก็ได้มีการยอมรับให้มีการฟ้องคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาทางปกครองต่อศาลได้โดยตรงเป็นคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยแยกต่างหากและไม่จำเป็นต้องฟ้องตัวสัญญาทางปกครองโดยตรงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ได้แล้ว ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองยอมรับว่า หากมีการฟ้องโต้แย้งหรือขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้แล้ว ศาลปกครองจะรับคำฟ้องดังกล่าวไว้พิจารณาและกำหนดให้คดีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

เมื่อผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สามารถฟ้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาทางปกครองต่อศาลได้โดยตรงเป็นคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องตัวสัญญาทางปกครองเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แต่ประการใดนั้น กรณีดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความแตกต่างของลักษณะเฉพาะทางวิธีพิจารณาคดีปกครองที่แตกต่างกันระหว่างคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) กับคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ในประเด็นต่าง ๆ อาทิ ผู้มีสิทธิฟ้องคดี ระยะเวลาในการฟ้องคดี ค่าธรรมเนียมศาล ตลอดจนการดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือสัญญา ตลอดจนอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์เล่มนี้

5.2 คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล

ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะเรื่องการใช้ดุลพินิจในการบริหารงานบุคคลเป็นเรื่องซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่ซับซ้อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีและการเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าการกระทำทางปกครองกรณีใดที่เป็นกรณีที่ศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการกระทำดังกล่าว ซึ่งอาจจำแนกเรื่องการบริหารงานบุคคลที่มีการฟ้องคดีต่อศาลเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจมีการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้อย่างน้อยใน 3 กรณี ได้แก่ (1) กรณีการแต่งตั้ง การโยกย้าย การเลื่อนตำแหน่งหรือขึ้นเงินเดือน (2) กรณีการต่ออายุปฏิบัติราชการและปฏิบัติงานของบุคลากรภาครัฐ และ (3) กรณีการมีคำสั่งเชิงลงโทษลูกจ้างหรือพนักงานตามสัญญาจ้าง หรือเรียกให้ลูกจ้างหรือพนักงานตามสัญญาจ้างชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลในกรณีที่คดีพิพาทดังกล่าวเป็นคดีพิพาทประเภทขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จากการศึกษาปรากฏว่า มีปัญหาประการสำคัญคือการที่ศาลปกครองได้พิจารณาและตีความอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของตนอย่างเคร่งครัด ประกอบกับพิจารณาค่าฟ้องของผู้ฟ้องคดีอย่างจำกัดซึ่งอาจทำให้ไม่เข้าใจความประสงค์ของผู้ฟ้องคดีได้อย่างละเอียดถี่ถ้วนว่าในการฟ้องคดีนั้น ๆ ผู้ฟ้องคดีประสงค์ให้ศาลพิจารณาพิพากษาเพิกถอนวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดีใดแล้ว ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเป็นช่องทางให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ อันอาจทำให้เกิดช่องว่างของการตรวจสอบปัญหาความไม่สุจริตหรือจงใจกลับแกลังข้าราชการหรือพนักงานในการบริหารงานบุคคลหรือการบริหารงานภาครัฐ และอาจทำให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการบริหารงานบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีพนักงานจ้างซึ่งต้องมีการทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับพนักงานหลุดพ้นจากการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ

เมื่อพิจารณาบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวข้องแล้ว พบว่าศาลปกครองได้ใช้อำนาจในตรวจสอบการใช้ดุลพินิจกรณีการต่ออายุราชการของข้าราชการแตกต่างจากการต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานจ้าง ทั้ง ๆ ที่ทั้งสองกรณีนั้น เป็นกรณีที่มีการกำหนด

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการต่ออายุราชการของข้าราชการหรือต่อเวลาปฏิบัติงานไปในแนวทางเดียวกันและสอดคล้องกันในสาระสำคัญ

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขกรณีการต่ออายุราชการของข้าราชการและกรณีการต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานจ้างแล้ว จะเห็นได้ว่า การพิจารณาต่อเวลาราชการและการพิจารณาต่อเวลาปฏิบัติงานนั้น หน่วยงานปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจำเป็นต้องพิจารณาตามเหตุผลและความจำเป็นของหน่วยงานนั้น ๆ เช่น ความขาดแคลนบุคลากรในภาควิชาหรือสาขาของแต่ละสถาบันการศึกษาหรือมหาวิทยาลัย อัตรากำลังด้านความต้องการบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะทางด้านการศึกษาพิเศษ เป็นต้น โดยการพิจารณาต่อเวลาราชการของข้าราชการหรือต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานจ้างไม่ใช่สิทธิของข้าราชการหรือพนักงานมหาวิทยาลัยหรือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องพิจารณาต่อเวลาราชการของข้าราชการหรือต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานมหาวิทยาลัยแต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม ในกรณีการต่อเวลาราชการของข้าราชการนั้นศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ว่า การฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการฟ้องร้องโต้แย้งว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งแม้กฎหมายจะกำหนดว่าการพิจารณาต่อเวลาราชการของข้าราชการเป็นอำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยมีใช้สิทธิของข้าราชการก็ตาม แต่การใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีดังกล่าวย่อมต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีอำนาจเข้ามาตรวจสอบและออกคำสั่งได้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็เคยได้วินิจฉัยในเนื้อหาของกรณีการพิจารณาต่อระยะเวลาราชการของข้าราชการกรณีข้าราชการดังกล่าวเกษียณอายุว่าเป็นการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อันเป็นคำขอที่บังคับได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม ในการฟ้องคดีกรณีการต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานจ้างตามสัญญาจ้างอันเป็นการฟ้องโต้แย้งการปฏิเสธการต่อสัญญาจ้าง ซึ่งเป็นกรณีที่มีหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการพิจารณาต่อเวลาดังกล่าวไปในแนวทางเดียวกันและสอดคล้องกันในสาระสำคัญเช่นเดียวกันกับการต่ออายุ

ราชการของข้าราชการแล้ว แต่ศาลปกครองกลับจัดให้การฟ้องคดีดังกล่าวเป็นการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ ศาลปกครองได้วางบรรทัดฐานไว้ว่าจะไม่ก้าวล่วงแทรกแซงอำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต่อสัญญาจ้างกับพนักงานจ้างดังกล่าวหรือไม่

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อข้าราชการและพนักงานจ้างต่างถือว่าเป็นบุคลากรของรัฐเช่นเดียวกัน อีกทั้ง ในการต่ออายุราชการของข้าราชการหรือต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานจ้างก็มีหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณาต่ออายุหรือต่อเวลาดังกล่าวไปในแนวทางเดียวกันและสอดคล้องกันในสาระสำคัญแล้ว ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวก็เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ดังนั้น หากมีการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อโต้แย้งการปฏิเสธหรือการไม่ต่ออายุราชการของข้าราชการหรือต่อเวลาปฏิบัติงานของพนักงานจ้างแล้ว กรณีดังกล่าวน่าจะเป็นการฟ้องขอให้ศาลตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเช่นเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการฟ้องโต้แย้งการใช้ดุลพินิจโดยตรง ซึ่งหากมีการฟ้องคดีดังกล่าวแล้ว คดีนี้น่าจะเป็นคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

นอกจากอาจมีการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลได้ในกรณีการแต่งตั้ง การโยกย้าย การเลื่อนตำแหน่งหรือขึ้นเงินเดือน และกรณีการต่ออายุปฏิบัติราชการและปฏิบัติงานของบุคลากรภาครัฐ ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า อาจมีการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะเรื่องการใช้ดุลพินิจในการบริหารงานบุคคลของฝ่ายปกครองในกรณีของการที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งเชิงลงโทษแก่พนักงานหรือลูกจ้างตามสัญญาจ้างระหว่างฝ่ายปกครองกับพนักงานหรือลูกจ้างดังกล่าว โดยปรับใช้ทฤษฎีนี้เพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (กล่าวคือ เป็นการใช้

ทฤษฎีเพื่อแยกนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการหรือปฏิบัติตามสัญญาจ้างพนักงานหรือลูกจ้าง) โดยการฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวจะมีใช้การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันแต่ประการใด

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองที่เกี่ยวกับการที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งเชิงลงโทษแก่พนักงานหรือลูกจ้างตามสัญญาจ้างระหว่างฝ่ายปกครองกับพนักงานหรือลูกจ้าง ผู้เขียนเห็นว่า มีปัญหาเกี่ยวกับการที่ศาลปกครองรับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยในหลายคดี ศาลจะพิจารณาว่า ผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีมีนิติสัมพันธ์ระหว่างกันในฐานะลูกจ้างหรือพนักงาน กับนายจ้างตามสัญญาจ้าง ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ว่าผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีจะมีนิติสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างก็ตาม และไม่ว่านิติสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดจากสัญญาทางปกครองอันอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง หรือสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นลูกจ้างหรือพนักงานได้กระทำความผิดโดยถูกสอบสวนวินัย หรือเป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาหรือส่วนราชการซึ่งเป็นนายจ้างคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นลูกจ้างหรือพนักงาน โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกระทำหรือคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งหรือขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำหรือคำสั่งดังกล่าวจะต้องฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยคำสั่งทางปกครองดังกล่าวที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นจะถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาจ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งอยู่ในฐานะลูกจ้างหรือพนักงานกับนายจ้าง และเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ตามทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลปกครองจะมีอำนาจกำหนดค่าบังคับตามคำขอดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นลูกจ้างหรือพนักงานตามสัญญาจ้างได้ฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งเชิงลงโทษของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นนายจ้าง โดยคำสั่งดังกล่าวมีผลเป็นการให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน หรือปลดผู้ฟ้องคดีจากการเป็นลูกจ้างหรือพนักงานแล้ว คำวินิจฉัยของศาลปกครองในหลายคดีก็เป็นไปในแนวทางที่ศาลได้กำหนดให้การฟ้องคดีในเรื่องดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่ง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอาจมีปัญหาว่า เมื่อศาลพิจารณาคดีว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแล้ว ศาลก็อาจเห็นว่า คดีดังกล่าวเป็นเรื่องบริหารงานบุคคลภายในของฝ่ายบริหาร ซึ่งศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงในการดำเนินการของฝ่ายบริหารได้และไม่อาจออกคำสั่งบังคับได้

ผู้เขียนมีความเห็นต่อประเด็นปัญหาข้างต้นว่า หากศาลปกครองในเรื่องดังกล่าวได้วินิจฉัยคดีโดยได้พิจารณาคำฟ้องและเจตนารมณ์ในการฟ้องคดีของผู้ฟ้องคดีเป็นสำคัญแล้ว และหากปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีมุ่งเน้นที่การเพิกถอนคำสั่งเชิงลงโทษของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีผลเป็นการให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน หรือปลดผู้ฟ้องคดีจากการเป็นลูกจ้างหรือพนักงานเป็นสำคัญ ตามทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ (กล่าวคือ พิจารณาคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาจ้างทำงานระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดี และเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) แล้วนั้น ไม่ว่าจะศาลปกครองในคดีนั้นจะได้อธิบายว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับผู้ฟ้องคดีจะเป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาทางปกครองอันอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง หรือสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานก็ตาม ศาลย่อมจะได้กำหนดให้คดีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับตามคำขอดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีให้ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันด้วย

นอกจากนี้ หากปรากฏว่า ลูกจ้างหรือพนักงานในฐานะเจ้าหน้าที่²³² ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงาน

²³² มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือฐานอื่นใด ...”

ของรัฐอันทำให้หน่วยงานของรัฐนั้น มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้ โดยคำสั่งเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวจะเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว และลูกจ้างหรือพนักงานเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งหรือขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวก็จะเป็นการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยคำสั่งทางปกครองดังกล่าวที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นจะถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาจ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งอยู่ในฐานะลูกจ้างหรือพนักงานกับนายจ้าง และเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ตามทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลปกครองจะมีอำนาจกำหนดค่าบังคับตามคำขอดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ทั้งนี้ ไม่ว่านิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งอยู่ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้าง จะเป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาทางปกครองอันอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง หรือสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันอยู่ในเขตอำนาจศาลแรงงานก็ตาม การกำหนดประเภทคดีพิพาทในคดีดังกล่าวก็จะไม่เปลี่ยนแปลงไป

5.3 คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

โดยที่การกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบางเรื่องมีลักษณะพิเศษในตัวเอง เช่น การกระทำที่อาจเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งรวมถึงการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจากการศึกษา พบว่า การกระทำของรัฐบาลที่มีลักษณะเป็นทางการเมือง (nature politique) เช่น นิติกรรมทางปกครองของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับรัฐสภา (ซึ่งได้แก่ การประกาศใช้กฎหมาย หรือการยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น) หรือนิติกรรมทางปกครองของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือการทูต (อาทิ การให้หรือไม่ให้สัตยาบันข้อตกลงระหว่างประเทศ เป็นต้น) เป็นการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้ เนื่องจากเรื่องดังกล่าวมิได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารงานตามปกติของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองแต่ประการใด หากแต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการเมือง

ที่รัฐบาลมีต่อรัฐสภา²³³ ซึ่งไม่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ประการใด

สำหรับศาลปกครองไทยได้วางหลักเรื่องอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลไว้ในการพิจารณาพิพากษาหลายคดี ซึ่งแม้ว่าในการวินิจฉัยคดีดังกล่าวนี้ ศาลปกครองจะไม่ได้ใช้คำว่า "การกระทำทางรัฐบาล" ivo อย่างชัดเจนก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองมีการนำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลไปปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เช่น กรณีฟ้องโต้แย้งพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 24-32/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 45/2549) หรือ กรณีฟ้องโต้แย้งมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ได้มีการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลโดยประชาชนซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าได้ยื่นฟ้องรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ และคณะรัฐมนตรี เป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ตามลำดับ ต่อศาลปกครองกลางเป็นคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ในเรื่องมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย โดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) เป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว ซึ่งต่อมา เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) ได้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมเพื่อให้ประเทศกัมพูชาเสนอต่อองค์การยูเนสโกในวันที่ 5 กรกฎาคม 2551 ซึ่งในคดีนี้ การที่ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งรับคำฟ้องดังกล่าวไว้พิจารณา ได้ก่อให้เกิดการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลของศาลปกครอง (jurisdiction) ในการรับพิจารณาพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ของศาลปกครองไว้พิจารณา โดยมีสาระสำคัญว่า ศาลปกครองจะมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับ

²³³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, หน้า 473.

กับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการกระทำทางรัฐบาล หรือไม่ ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนมีความเห็นต่อการมีคำสั่งรับคำฟ้องกรณีฟ้องเรื่องมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้ายว่า ศาลปกครองไม่น่าจะมีอำนาจในการรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าไว้พิจารณา ซึ่งเป็นไปในหลักการและเหตุเดียวกันกับท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ท่านศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ตลอดจนคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทั้ง 5 ท่าน (กล่าวคือ รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช อาจารย์ ดร.ฐาปนันท์ นิพนธ์กุล อาจารย์ธีระ สุธีวรังกูร และอาจารย์ปิยบุตร แสงกนกกุล) เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า แม้การกระทำที่ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าได้ยื่นฟ้องและขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น จะเป็นการกระทำที่สามารถแยกออกจากกันได้ก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นและไม่อาจถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองอันจะอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง และไม่อาจปรับใช้ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้แต่ประการใด

โดยที่ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้น จะต้องพิจารณาได้ว่าการดำเนินการหรือการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น เป็นนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองที่ศาลปกครองมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เสียก่อน ซึ่งแม้ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าจะจงใจและได้ยื่นฟ้องโดยมีคำขอให้ศาลพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของ "ขั้นตอน" ต่าง ๆ ก่อนเกิดแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา ๆ ก็ตาม แต่เมื่อปรากฏว่า มติคณะรัฐมนตรีตลอดจนการกระทำต่าง ๆ ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ซึ่งรวมถึงการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา ซึ่งทำให้แถลงการณ์ดังกล่าวมีผลทางกฎหมายสู่ภายนอกและก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์เป็นการกระทำทางรัฐบาลและเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น โดยไม่ใช่อำนาจอันมีที่มาจากกฎหมายปกครองแต่อย่างใดแล้ว ดังนั้น คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าที่ได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองกลางในคดี

หมายเลขดำที่ 984/2551 จึงมิใช่กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการรับคำฟ้อง
ของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าไว้พิจารณาแต่ประการใด



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

การที่จะทำให้การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะที่หลากหลายให้บรรลุตามความมุ่งหมายได้นั้น จำเป็นที่จะต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชนได้ ซึ่งการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือที่อาจไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้ และโดยที่ภาระหน้าที่ของรัฐสมัยใหม่ได้มีการขยายขอบเขตและภารกิจเข้าไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะมากขึ้น ซึ่งยิ่งฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่มากเพียงใดแล้ว การใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองที่จะไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็จะมีมากขึ้นตามไปด้วย ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักพื้นฐานที่มีความสำคัญมาก โดยมีที่มาจากหลักนิติรัฐ ซึ่งในทางกฎหมายมีเหตุผลในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองอย่างน้อย 3 ประการ ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le principe de légalité) และหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยในส่วนของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้ อาจเป็นการควบคุมตรวจสอบจากภายในฝ่ายปกครอง หรือโดยองค์กรภายนอกที่อย่างน้อยที่สุดจะต้องเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียกับการกระทำที่ถูกตรวจสอบ ซึ่งก็หมายถึงองค์กรตุลาการ

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ หรือ Acte détachable เป็นทฤษฎีที่เกิดจากการวางแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (สภาแห่งรัฐ - Conseil d'État) ของฝรั่งเศส ที่ทำให้ศาลปกครองสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางหลักของทฤษฎีดังกล่าวไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดี Martin ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ.1905 ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่เป็นฐานและที่มาในการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จนถึง

ปัจจุบันได้ว่า มติคณะกรรมการที่เป็นผลทำให้เกิดการลงนามในสัญญาถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้ บุคคลภายนอกสัญญาจึงสามารถฟ้องร้องเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้ โดยถือเป็นคดีฟ้องร้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเกินขอบอำนาจ (Recours pour excès de pouvoir) และทำให้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้เริ่มจากคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในเวลาต่อมา ศาลปกครองฝรั่งเศสก็ได้นำทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้ในคดีปกครองอื่น ๆ อีกหลายประเภท อาทิ

- คดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือการกระทำทางรัฐบาล
- คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง
- คดีพิพาททางภาษี
- คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินของเอกชนที่อยู่ในครอบครองของฝ่ายปกครอง รวมทั้งทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินการทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม
- คดีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์
- คดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาล

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ก็ปรากฏทฤษฎีที่ชื่อว่า “ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน” (le double niveau หรือ Zweistufenlehre) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่มีลักษณะบางประการคล้ายคลึงกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส แต่เดิมนั้น กฎหมายฝรั่งเศสถือหลักว่านิติกรรมทางปกครองทุกกรณีไม่สามารถแบ่งแยกได้ (tout indivisible) หรือหลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองมีความยั่งยืนถาวร (tout indissoluble)²³⁴ หลักการนี้ส่งผลให้ศาลลดความเข้มงวดในการพิจารณาสถานะความเป็นผู้เสียหาย สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของศาลที่ว่า ไม่ว่าผู้เสียหายนั้นจะมีสถานะเป็นคู่สัญญา หรือมีสถานะเป็นบุคคลภายนอกสัญญาก็ตาม ผู้เสียหายเพียงแต่พิสูจน์ว่า ตนมีความเสียหายอย่างเพียงพอ (un intérêt suffisant) ก็ย่อมสามารถยื่นฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสัญญานั้นได้ ซึ่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก็ย่อมก่อให้เกิดผลเป็นการเพิกถอน (l'annulation) สัญญาไปโดยอัตโนมัติ สภาแห่งรัฐได้พิพากษาคดีโดยถือตามแนวดังกล่าว ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Duc de Clermont-Tonnerre ลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1860 และคดี Ville de Boulogne ลงวันที่ 30 เมษายน ค.ศ. 1863

หลักดังกล่าวเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไปในช่วงท้ายของศตวรรษที่ 18 เนื่องจากแนวคำพิพากษาศาษาแห่งรัฐนั่นเอง โดยการกลับแนวคำพิพากษานี้เป็นไปเพื่อการจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีของคู่สัญญา²³⁵ คำพิพากษาเหล่านี้สะท้อนให้เห็นว่า สภาแห่งรัฐไม่ได้เคร่งครัดกับหลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองทุกกรณีไม่สามารถแบ่งแยกได้อีกต่อไป หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สภาแห่งรัฐจะพิจารณาข้อเท็จจริงในคำฟ้องโดยมีการแบ่งแยกกระหว่าง “สัญญา” และ “นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาเพื่อการสนับสนุนการก่อให้เกิดสัญญา” (les actes-supports) นั้นเอง²³⁶

²³⁴ ตามคำกล่าวของ Auby et Drago ในหนังสือ *Traité du contentieux administratif*, t.II, 2ème édition, LGDJ, Paris 1975, p. 161 อ้างโดย Bernard-Fracks MACERA, *Les actes detachables dans le droit public français* (Préface de Frack MODERNE), PULIM, 2002, หน้า 35

²³⁵ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Compans ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1877, คดี Dame veuve Soubry et Thuilier ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1877, คดี Dumont ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน ค.ศ. 1879, คดี Section de Malateverne ลงวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 1888, คดี Proghomme ลงวันที่ 6 กรกฎาคม ค.ศ. 1894, คดี Audoly ลงวันที่ 26 เมษายน ค.ศ. 1901 และคดี Morand ลงวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1903

²³⁶ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, "คำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่แยกฟ้องได้ (L'acte Détachable)," *วารสารวิชาการศาลปกครอง*: 189.

การกลับแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐข้างต้น ได้ส่งผลให้สิทธิของผู้เสียหายในการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองและสิทธิของบุคคลภายนอกสัญญาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาเปลี่ยนแปลงไป

ต่อมา ในช่วง ค.ศ. 1903 – 1906 สภาแห่งรัฐได้วางแนวคำพิพากษาแบ่งแยกระหว่างสัญญาที่มีผลบังคับใช้อย่างสมบูรณ์²³⁷ ออกจาก “นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาเพื่อการสนับสนุนการก่อให้เกิดสัญญา” โดยในช่วงเวลาดังกล่าว สภาแห่งรัฐได้กำหนดนิยามของ “นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาเพื่อการสนับสนุนการก่อให้เกิดสัญญา” ว่า หมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (l'acte unilateral) ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิ (faisant grief) ของผู้ฟ้องคดี และนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีประเภทเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

จนกระทั่งใน ค.ศ. 1905 สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมทางปกครองลักษณะใดถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ฟ้องแยกจากสัญญาได้ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี Martin ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1905 ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวถือเป็นคำพิพากษาหลักที่หยิบยกมาศึกษาในประเด็นนิติกรรมทางปกครองที่ฟ้องแยกจากสัญญาจนถึงปัจจุบัน โดยสภาแห่งรัฐวางหลักว่า มติคณะกรรมการที่เป็นผลทำให้เกิดการลงนามในสัญญาถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ฟ้องแยกออกจากสัญญาได้

คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี Martin แสดงให้เห็นว่า สภาแห่งรัฐได้แบ่งแยกการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ รูปแบบที่ 1 การฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา ซึ่งจะต้องเป็นการยื่นฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม โดยผู้มีสิทธิในการฟ้องคดีนี้คือคู่สัญญาเท่านั้น และรูปแบบที่ 2 การฟ้องคดีเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญา ซึ่งจะต้องเป็นการฟ้องคดีประเภทขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง โดยผู้มีสิทธิฟ้องคดีคือบุคคลภายนอกสัญญาที่พิสูจน์ได้ว่าตนได้รับ

²³⁷ « le contrat déjà conclu », โดยไม่ต้องพิจารณาว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา

ความเดือดร้อนเสียหาย²³⁸ ซึ่งผลของการฟ้องคดีในรูปแบบที่ 2 ไม่ได้กระทบกระเทือนต่อการคงอยู่ของสัญญาแต่ประการใด เนื่องจากสภาแห่งรัฐถือว่าสัญญาคือข้อตกลงสองฝ่าย จึงไม่อาจเป็นไปได้ที่ข้อตกลง (นิติกรรม) ฝ่ายเดียวจะมีผลกระทบต่อความคงอยู่ของสัญญา หลังจากคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี Martin แล้ว สภาแห่งรัฐในคดีต่อมาก็ได้มีการระบุถึงลักษณะของนิติกรรมทางปกครองที่ฟ้องแยกจากสัญญาได้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

ด้วยเหตุนี้ ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ หรือ *Acte détachable* จึงเป็นทฤษฎีที่เกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ซึ่งเกิดขึ้นและมีพัฒนาการมาจากการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศส ที่ส่งผลให้บุคคลภายนอกสัญญาสามารถกล่าวอ้างและฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ต่อศาลปกครองได้ โดยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นหมายความว่านิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกจากนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำอื่นได้ เช่น มติคณะรัฐมนตรีที่เกิดขึ้นก่อนมีการลงนามในสนธิสัญญาอันเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งโดยปกติแล้วการกระทำทางรัฐบาลจะไม่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หรือในกรณีสัญญาทางปกครองนั้น นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จะหมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญาแต่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีขึ้นในระหว่างการร่างสัญญา นิติกรรมเกี่ยวกับการทำสัญญา รวมทั้งนิติกรรมบางอย่างที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การปฏิเสธที่จะแก้ไขสัญญา เป็นต้น ตลอดจนกฎระเบียบของฝ่ายปกครอง หรือการกระทำทางปกครองที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งสามารถแยกออกได้จากสัญญาทางปกครองนั้น ๆ

²³⁸ ต่อมาคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี *Société Tropic Travaux signalization* ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 ตีความโดยขยายหลักดังกล่าว โดยให้บุคคลภายนอกสัญญาที่มีสถานะเป็น “ผู้เข้าแข่งขันที่ไม่ได้รับความเป็นธรรม (*le concurrent évincé*)” สามารถยื่นฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาที่มีการลงนามไปแล้วได้, โปรตดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์, “การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งสัญญาทางปกครองโดยบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่สัญญาและผลที่เกิดขึ้นต่อการเปลี่ยนแปลงของแนวคำวินิจฉัยของศาล,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง* 12, 1 (มกราคม-มีนาคม 2555): 127-135.

นิติกรรมทางปกครองที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นนี้ ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่บุคคลภายนอกสัญญาหรือบุคคลสามารถหยิบยกมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นการฟ้องคดีประเภทขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำนอกขอบอำนาจ (le recours d'excès de pouvoir) โดยในการฟ้องคดีดังกล่าวนี้ ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาได้เพียงการยกเลิก (l'annulation) นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ และการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็จะต้องเคารพหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายด้วย

สำหรับผลทางกฎหมายของการที่ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้น ได้มีความเห็นที่สำคัญอยู่ 2 แนวความเห็น โดยความเห็นที่หนึ่งมีความเห็นว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นจะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นผลจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวโดยทันที ซึ่งในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น การเพิกถอนดังกล่าวย่อมมีผลโดยอัตโนมัติให้สัญญาทางปกครองสิ้นผลบังคับลงโดยไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องต่อศาลให้ศาลพิพากษาให้สัญญานั้นสิ้นผลอีกครั้งหนึ่งแต่อย่างใด ในขณะที่ความเห็นที่สองมีความเห็นว่า การที่นิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ถูกเพิกถอนนั้น กรณีดังกล่าวหาได้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นผลจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแต่ประการใดไม่ โดยในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นจะมีผลเป็นเพียงเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำมากล่าวอ้างเพื่อขอยกเลิกสัญญาโดยการฟ้องร้องต่อศาลต่อไป ซึ่งตราบไต่ยังไม่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองด้วยเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ซึ่งเกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาแล้ว สัญญาดังกล่าวย่อมยังคงมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญาต่อไป และความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างคู่สัญญายังคงเป็นเช่นเดิม

ทั้งนี้ ศาลปกครองของฝรั่งเศสก็ได้นำแนวความคิดของทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มาปรับใช้ในคดีพิพาทหลายประเภท ตั้งแต่คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือการกระทำทางรัฐบาล คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง คดีพิพาททางภาษี คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินของเอกชนที่อยู่ในครอบครองของฝ่ายปกครอง รวมทั้งทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินการทางอุตสาหกรรม

และพาณิชย์กรรม คดีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืน ตลอดจนคดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาล

ในขณะที่ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน (le double niveau หรือ Die Zweistufentheorie หรือ Die Zweistufenlehre) ของระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน เป็นทฤษฎีหนึ่งซึ่งปรากฏในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันอันมีที่มาจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์อย่างชัดเจนว่าเกิดจากความจำเป็นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือในการดำเนินการให้ความช่วยเหลือสนับสนุนเอกชนในการฟื้นฟูสถานะในทางเศรษฐกิจของตนเอง โดยทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนได้รับการเผยแพร่อย่างกว้างขวางและมีที่มำดั้งเดิมจากการสร้างรูปแบบในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้การสนับสนุน หรือความช่วยเหลือทางการเงินของรัฐ (Subventionswesen) และเป็นทฤษฎีเกี่ยวกับการพิจารณาเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลว่าหากเกิดข้อพิพาทในเรื่องใดแล้ว จะนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรม กล่าวคือ ทฤษฎีนี้จะใช้ในการพิจารณาว่าศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน อันสอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายเยอรมัน สำหรับกรณีนี้คือการที่ในระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ไม่เป็นการดำเนินการของฝ่ายปกครองในขอบเขตของกฎหมายมหาชน

ระบบกฎหมายเยอรมัน ได้มีการนำทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนมาพิจารณาและปรับใช้กับกรณีที่ฝ่ายปกครองให้เงินสนับสนุนแก่เอกชน ตลอดจนได้รับการนำไปปรับใช้ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองในหลายกรณี เช่น การให้เงินกู้ยืมโดยมีดอกเบี้ย การออกหนังสือค้ำประกันโดยสหพันธรัฐหรือการรับประกันโดยสหพันธรัฐในธุรกิจการส่งออก อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีของการให้เงินสนับสนุนโดยไม่ต้องใช้คืน (die Vergabe verlorener Zuschüsse) นั้น มีความเห็นว่าเป็นกรณีของการกระทำในทางกฎหมายมหาชน (คำสั่งทางปกครอง) ทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ได้มีการนำทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนไปปรับใช้กับกรณีของการเข้าใช้บริการสถานที่ของรัฐ (die Nutzung öffentlicher Einrichtungen) หรือการใช้สถานที่ของฝ่ายปกครอง (Die Benutzung öffentlicher Einrichtungen) อีกด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติจะปรากฏกรณีดังกล่าวไม่มากนัก ทั้งนี้ การใช้หรืออนุญาตให้ใช้สถานที่ดังกล่าวจะต้องได้รับการอนุมัติหรืออนุญาต

แต่การพิจารณาว่าจะให้เอกชนเข้าใช้ในสถานที่นั้นภายใต้ขอบเขตเพียงใดหรืออย่างไรนั้น จะกระทำ โดยการทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน

ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน (le double niveau หรือ Die Zweistufentheorie หรือ Die Zweistufenlehre) จะมีความหมายตามชื่อของทฤษฎี กล่าวคือ ทฤษฎีนี้จะพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนออกเป็น 2 ขั้นตอน โดยในขั้นตอนที่หนึ่งเป็นกรณีของการตัดสินใจของฝ่ายปกครองว่าจะกระทำการหรือไม่ เช่น การที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งอนุมัติหรือปฏิเสธคำขอของเอกชน ซึ่งในขั้นตอนนี้ถือว่าฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน และคำสั่งดังกล่าวถือว่าเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะกรณีจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ส่วนขั้นตอนที่สองจะเป็นขั้นตอนการดำเนินการต่อเนื่องหรือให้ปฏิบัติตามคำสั่งอนุมัติที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่ง โดยในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งอนุมัติ ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาว่าจะดำเนินการตามคำสั่งอนุมัตินั้นอย่างไร โดยเป็นขั้นตอนของการจัดทำและลงนามสัญญากับเอกชน เช่น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือเป็นการกระทำในขั้นตอนที่หนึ่งไปแล้ว ในขั้นตอนที่สองนี้ก็จะเป็นการดำเนินการจัดทำสัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายแพ่งระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนผู้รับเงินสนับสนุน อันส่งผลให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการจัดทำหรือปฏิบัติตามสัญญาทางแพ่งดังกล่าวอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างคำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่งกับสัญญาที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่สองนั้น ได้มีความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของทั้งสองขั้นตอนที่สำคัญ 2 ความเห็น โดยความเห็นแรกนั้นเห็นว่า คำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่งได้ถูกบังคับและสิ้นสุดไปโดยผลของการทำสัญญาในขั้นตอนที่สองแล้ว อาทิ สัญญากู้ยืมเงิน (เช่นกรณีของคำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐ แบนคอดีแพ่ง ที่ BGHZ 40, 206) ส่วนอีกความเห็นหนึ่งนั้นเห็นว่าคำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่งยังมีผลอยู่ต่อไปและมีผลต่อการกระทำในขั้นตอนที่สอง (เช่นกรณีของคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐที่ BVerwGE 35, 170 และความเห็นของ Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 86 f.)

ความเห็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ข้างต้นได้ส่งผลกระทบต่อผลทางกฎหมายของสัญญาภายหลังจากการที่คำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่ง ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะหรือศาลได้วินิจฉัยให้ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว โดยในกรณีดังกล่าวนี้มีความเห็นหลายประการ อาทิ คำสั่งในขั้นตอนที่หนึ่งเป็นเงื่อนไขของความมีผลของสัญญาในขั้นตอนที่สองอันส่งผลให้สัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ คำสั่งในขั้นตอนที่หนึ่งเป็นเหตุของสัญญาที่ผู้ยื่นเงินอันส่งผลให้สัญญาและเงินที่จ่ายออกไปแล้วตามสัญญาในขั้นตอนที่สองถูกเรียกคืนได้ คำสั่งในขั้นตอนที่หนึ่งเป็นฐานของสัญญาในขั้นตอนที่สองอันส่งผลให้สามารถบอกเลิกสัญญานั้นได้ และคำสั่งในขั้นตอนที่หนึ่งนั้นถูกบังคับและสิ้นสุดไปพร้อมกับการทำสัญญาในขั้นตอนที่สองแล้วและไม่มีผลใด ๆ ต่อสัญญานั้นได้อีก เป็นต้น ซึ่งความเห็นที่ว่า คำสั่งในขั้นตอนที่หนึ่งเป็นเงื่อนไขของความมีผลของสัญญาในขั้นตอนที่สองอันส่งผลให้สัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ นั้น เป็นความเห็นที่ได้รับการยอมรับเป็นลำดับต้น ๆ แต่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องถือว่าทั้งสองขั้นตอนมีความเกี่ยวข้องกันอยู่อย่างใกล้ชิดนั่นเอง

ทั้งนี้ ทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนมีวัตถุประสงค์เพื่อชี้ให้เห็นว่านิติสัมพันธ์ (Rechtsverhältnis) ของฝ่ายปกครองบางประเภทอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน โดยถือว่าความสัมพันธ์พื้นฐาน (Grundverhältnis) และความสัมพันธ์ในขั้นตอนการทำสัญญา (Abwicklungsverhältnis) นั้น มีความแตกต่างกัน โดยในขณะที่การตัดสินใจว่าจะกระทำการหรือไม่ซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์พื้นฐานจะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจในทางกฎหมายมหาชนอันอยู่ภายใต้พิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง แต่ขั้นตอนที่กำหนดความสัมพันธ์ต่อเนื่องจากการตัดสินใจซึ่งเป็นขั้นตอนของการทำสัญญานั้นจะเป็นกรณีของกฎหมายเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้พิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ หรือ Acte détachable และทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอน (le double niveau หรือ Die Zweistufentheorie หรือ Die Zweistufenlehre) แล้ว กรณีจะเห็นได้ว่า ทฤษฎีทั้งสองมีความเหมือน และความแตกต่างกันในประการสำคัญดังต่อไปนี้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นมีความเหมือนกับทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนในประเด็นที่สำคัญ 2 ประการ คือ ประเด็นสถานะทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่สามารถออกจากสัญญาได้ และประเด็นเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ดังต่อไปนี้

1. ประเด็นสถานะทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่สามารถออกจากสัญญาได้

การปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้กับทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนนั้น มีวัตถุประสงค์ในการพิจารณาและแบ่งแยกการกระทำของฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นในการตัดสินใจของฝ่ายปกครองออกมาจากสัญญา ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งก็ตาม โดยทฤษฎีทั้งสองต่างก็เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครองรูปแบบหนึ่งซึ่งสามารถแบ่งแยกออกจากสัญญาและผู้มีสิทธิฟ้องคดีสามารถนำนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไปฟ้องร้องต่อศาลได้

2. ประเด็นเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

การปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้กับทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนนั้น ทำให้สามารถพิจารณาและแยกนิติกรรมทางปกครองที่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองออกมาเพื่อให้ผู้มีสิทธิฟ้องคดีสามารถนำนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ โดยจะเห็นได้อย่างชัดเจนในกรณีที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซึ่งทั้งสองทฤษฎีได้แยกนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นในการตัดสินใจออกมาเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แบ่งแยกออกจากสัญญาได้ ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้มีความแตกต่างกับทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนในประเด็นที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ ประเด็นขอบเขตและบริบทของการปรับใช้ทฤษฎี ประเด็นวัตถุประสงค์ของการปรับใช้ทฤษฎี และประเด็นผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ดังนี้

1. ประเด็นขอบเขตและบริบทของการปรับใช้ทฤษฎี

ระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสได้มีการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้กับคดีพิพาทประเภทอื่น ๆ อีกหลายประเภทนอกเหนือจากคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อาทิ คดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือการกระทำทางรัฐบาล คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง คดีพิพาททางภาษี คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินของเอกชนที่อยู่ในครอบครองของฝ่ายปกครอง รวมทั้งทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินการทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คดีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืน ตลอดจนคดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาล

ในขณะที่ทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนนั้น จะมีการปรับใช้ทฤษฎีในบริบทของกฎหมายปกครองเฉพาะที่สำคัญใน 2 กรณี ได้แก่ การให้การสนับสนุนของฝ่ายปกครอง (Subvention) และการใช้สถานที่ของฝ่ายปกครอง (Die Benutzung öffentlicher Einrichtungen) ซึ่งทั้งสองกรณีล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน โดยยังไม่ปรากฏว่าได้มีการนำทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอนไปปรับใช้ในคดีพิพาทประเภทอื่น ๆ อย่างชัดเจนดังเช่นการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสแต่ประการใด

2. ประเด็นวัตถุประสงค์ของการปรับใช้ทฤษฎี

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และสามารถฟ้องร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองได้มากขึ้น ซึ่งเป็นการสร้างสิทธิการฟ้องคดีปกครองรูปแบบใหม่และเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการฟ้องคดีรูปแบบเดิม ดังจะเห็นได้อย่างชัดเจนในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยบุคคลภายนอกสัญญา (อาทิ ผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้เข้าร่วมประกวดราคาที่ไม่ได้รับการคัดเลือก ผู้ใช้บริการสาธารณะ) ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาทางปกครอง (acte détachable) ต่อศาลปกครองได้ กรณีจึงเห็นได้ว่า ทฤษฎีดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีและเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง

ในขณะที่ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนนั้น เป็นทฤษฎีที่มีขึ้นเพื่อพิจารณาว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว ข้อพิพาทดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด กล่าวคือ ข้อพิพาทนั้นจะอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง โดยทฤษฎีนี้จะไม่ได้อิงเนื้อหาหรือสาระสำคัญเกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลโดยเฉพาะดังเช่นการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสแต่ประการใด

3. ประเด็นผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้

แม้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้จะมีความเห็นเกี่ยวกับผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ต่อความสมบูรณ์ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นผลจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวที่สำคัญอยู่ 2 แนวความเห็นดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสส่วนใหญ่ได้เป็นไปในแนวทางที่ว่า การที่ศาลได้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องนั้น การเพิกถอนดังกล่าวไม่ได้มีผลกระทบโดยตรงต่อความสมบูรณ์หรือมีผลกระทบกระเทือนต่อการคงอยู่ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นผลจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากเมื่อนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวสามารถแยกฟ้องต่อศาลได้แล้ว ผลของการเพิกถอนนิติกรรมนั้นก็ควรจะต้องเป็นการบังคับแยกต่างหากเช่นกัน โดยในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้นจะมีผลเป็นเพียงเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำมากล่าวอ้างเพื่อขอยกเลิกสัญญาโดยการฟ้องร้องต่อศาลต่อไป ซึ่งตราบไต่ยังไม่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองด้วยเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ซึ่งเกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาแล้ว สัญญาดังกล่าวย่อมยังคงมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญาต่อไป และความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างคู่สัญญายังคงเป็นเช่นเดิม

ในขณะที่ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอนนั้น ได้มีความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของทั้งสองขั้นตอนที่สำคัญ 2 ความเห็น โดยความเห็นแรกนั้นเห็นว่า คำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่งได้ถูกบังคับและสิ้นผลไปโดยผลของการทำสัญญาในขั้นตอนที่สองแล้ว และความเห็นที่สองซึ่งเห็นว่า คำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่งยังมีผลอยู่ต่อไปและมีผลต่อการกระทำในขั้นตอนที่สอง ทั้งนี้ ความเห็นเกี่ยวกับ

ความสัมพันธ์ข้างต้นได้ส่งผลต่อผลทางกฎหมายของสัญญาภายหลังจากการที่คำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่ง ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะหรือศาลได้วินิจฉัยให้ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว โดยแม้จะมีความเห็นเกี่ยวกับผลทางกฎหมายดังกล่าวอยู่หลายประการ แต่ความเห็นที่ว่า คำสั่งในขั้นตอนที่หนึ่งเป็นเงื่อนไขของความมีผลของสัญญาในขั้นตอนที่สองอันส่งผลให้สัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ นั้น เป็นความเห็นที่ได้รับการยอมรับเป็นลำดับต้น ๆ ภายใต้ง่อนไขที่ว่าจะต้องถือว่าทั้งสองขั้นตอนมีความเกี่ยวข้องกันอยู่อย่างใกล้ชิดนั่นเอง กล่าวคือ หากปรากฏว่า คำสั่งในขั้นตอนที่หนึ่งและสัญญาในขั้นตอนที่สองมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดแล้ว การที่ศาลเพิกถอนคำสั่งอนุมัติ คำสั่งอนุญาต หรือคำสั่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนที่หนึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์หรือความคงอยู่ของสัญญาในขั้นตอนที่สองด้วย อันแตกต่างทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่มีแนวปฏิบัติว่า การเพิกถอนดังกล่าวไม่ได้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์หรือมีผลกระทบต่อความคงอยู่ของการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นผลจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแต่ประการใด

จากการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยนั้น ปรากฏว่า แม้ศาลปกครองไทยจะยังมีได้กล่าวอ้างถึงการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวอย่างชัดเจนในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ก็พบว่า ในปัจจุบัน ศาลปกครองของไทยได้มีการพัฒนาแนวความคิดและปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในในการพิจารณาพิพากษาคดีมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งในเรื่องคดีพิพาทประเภทสัญญาทางปกครอง คดีพิพาทประเภทการกระทำทางรัฐบาล และคดีพิพาทประเภทการบริหารงานบุคคล ตลอดจนคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

กรณีจึงอาจสรุปได้ว่า แม้ในระบบกฎหมายไทยจะไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องไว้โดยชัดเจน แต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ได้เปิดโอกาสให้บุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำและการลงนามในสัญญาทางปกครองในการแก้ไขเยียวยาข้อพิพาทดังกล่าวโดยการฟ้องคดีต่อศาล

ปกครองตามความประสงค์ของผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีสามารถฟ้องเกี่ยวกับข้อพิพาทดังกล่าว เป็นคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือ ฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองว่า แม้กฎหมาย ไทยจะไม่มีการยอมรับให้บุคคลภายนอกมีสิทธิฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญา หรือฟ้องขอให้ยกเลิกสัญญา ได้ก็ตาม แต่กฎหมายก็เปิดโอกาสให้มีการแก้ไขเยียวยาข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครอง โดยอาจมีการฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรืออาจฟ้องเป็นคดีขอให้เพิกถอนการ กระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายได้เปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่ได้รับความเดือดร้อนหรือ เสียหายจากการทำสัญญามีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายใน กระบวนการทำสัญญานั้นได้ โดยจะพิจารณาที่นิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นก่อนมีการลงนามใน สัญญาทางปกครอง กล่าวคือ มิได้พิจารณาที่ตัวสัญญาทางปกครอง ซึ่งหากต่อมาศาลปกครองได้เพิก ถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นแล้ว ผลแห่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่มีผลเป็นการเพิกถอนสัญญาที่เกิดจากการกระทำที่ถูกเพิกถอนนั้น และผู้ที่ ได้รับความเสียหายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกก็ไม่มีสิทธิฟ้องขอให้ศาลยกเลิกสัญญาที่เกิดจากการกระทำ ทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ โดยศาลปกครองเห็นว่าผู้ฟ้องคดีมิใช่คู่สัญญาที่จะมีสิทธิฟ้อง ขอให้ยกเลิกสัญญาได้ แต่อย่างไรก็ดี จะมีบางคดีที่ศาลปกครองรับคำฟ้องไว้พิจารณาในกรณีที่ผู้ที่มีใช้ คู่สัญญาฟ้องโต้แย้งข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญา โดยอาจฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของ สัญญา หรือโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา หรือโต้แย้ง เกี่ยวกับการละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง พร้อมกับที่มีคำขอให้ศาลยกเลิก สัญญา หรือมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับที่มีผลไปกระทบต่อความสมบูรณ์หรือความคงอยู่ของสัญญาทำ ให้สัญญาระงับลงได้ เช่น ขอให้ศาลแสดงว่าสัญญาเป็นโมฆะ ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ฝ่ายปกครองยกเลิก สัญญา หรือขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งอนุมัติการจ้าง เป็นต้น ซึ่งการรับคำฟ้องคดีในลักษณะดังกล่าวไว้ พิจารณาทำให้มีปัญหาที่ควรพิจารณาในประเด็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองว่า นอกจากคู่สัญญาแล้ว บุคคลภายนอกที่มีได้มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาโดยตรงมีสิทธิฟ้องโต้แย้งสัญญา เพื่อขอให้ยกเลิกสัญญาได้ด้วยหรือไม่

อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายได้ยอมรับให้สามารถฟ้องคดีได้เป็น 2 ประเภทข้างต้น ตามความประสงค์ของผู้ฟ้องคดีแล้ว ความแตกต่างของการฟ้องคดีเป็นคดีพิพาทคนละประเภท ดังกล่าวนี้อาจได้ทำให้มีลักษณะเฉพาะทางวิธีพิจารณาคดีปกครองที่แตกต่างกันตามประเภทคดีใน ประเด็นต่าง ๆ อาทิ ผู้มีสิทธิฟ้องคดี ระยะเวลาในการฟ้องคดี ค่าธรรมเนียมศาล ตลอดจนการ ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือสัญญา ตลอดจนอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง เป็นต้น

6.2 ข้อเสนอแนะ

แม้จะปรากฏว่าศาลปกครองของไทยได้ยอมรับลักษณะและการยื่นฟ้องคดีอันมีมูล มาจากนิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกออกจากสัญญาทางปกครองหรือการกระทำอื่น ๆ รวมทั้ง ได้พิจารณาพิพากษาคดีโดยสอดคล้องและเป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยก ฟ้องได้ และมีการพัฒนาแนวความคิดและปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ ในการพิจารณาพิพากษาคดีมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทาง ปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งในเรื่องคดีพิพาท ประเภทสัญญาทางปกครอง คดีพิพาทประเภทการกระทำทางรัฐบาล และคดีพิพาทประเภทการบริหารงานบุคคล ตลอดจนคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่ง พระราชบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ ในกรณีที่มีการกระทำใดที่เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ อาจแยกออกจากข้อพิพาทบางเรื่อง (Caractère détachable) ซึ่งแต่เดิมไม่อาจนำมาฟ้องร้องหรือไม่ อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองได้แล้วนั้น ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจได้รับความ เดือดร้อนหรือเสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องโต้แย้งหรือขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ดังกล่าวเป็นคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาที่พบว่า คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดมิได้เป็นไปใน แนวทางเดียวกันทั้งหมด อีกทั้ง ไม่ปรากฏว่าศาลปกครองได้มีการปรับใช้โดยอ้างอิงทฤษฎีดังกล่าวไว้ ในคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีต่าง ๆ อย่างชัดเจนแต่ประการใด ซึ่งสภาวการณ์ดังกล่าวทำให้ขาด ความชัดเจนในการปรับใช้ทฤษฎีนี้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า ในคดีที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยคดีตามทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ โดยหากองค์กรตุลาการหรือศาลวางแนวทางการวินิจฉัยโดยปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้ในคดีพิพาทประเภทต่าง ๆ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ชัดเจนและเป็นไปในแนวทางเดียวกันได้แล้ว ย่อมจะทำให้ศาลปกครองสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองที่สำคัญ 3 ประการซึ่งล้วนแล้วแต่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐทั้งสิ้น กล่าวคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le principe de légalité) และหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และทำให้ศาลปกครองไทยสามารถพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องนี้ได้ทัดเทียมอารยประเทศ

อย่างไรก็ตาม ในการปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกฟ้องได้นั้น ศาลอาจคำนึงถึงหลักกฎหมายอื่นประกอบการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวได้ อาทิ หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หลักความสุจริต ตลอดจนความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งในประเด็นนี้ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอาจวางหลักในเรื่องดังกล่าวเพื่อให้แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลปกครองสามารถควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ตลอดจนสามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

รายการอ้างอิง

- M. Philippe Turguet de Beauregard. สัญญาทางปกครอง สัญญาพัสดุ และสัญญาสัมปทาน บริการสาธารณะในกฎหมายฝรั่งเศส .วารสารกฎหมายปกครอง18 ,) 1 เมษายน .(2542
- M. Phillippe MARTIN. คดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองและคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง(บรรณาธิการ) ใน ไกรรัช เญยวิจิตร ., รวมบทความทางวิชาการ เล่ม : 2กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ.สำนักงานศาลปกครอง :กรุงเทพฯ .
- กฤษฎา ดิเรกศิลป์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองและ .การกระทำของรัฐบาล ศึกษากรณีแถลงการณ์ร่วม ไทย ญี่ปุ่น - กัมพูชา และความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย -)Jtepa). วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยศรีปทุม.2553 .
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ .การกระทำทางรัฐบาล ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย : สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ :กรุงเทพฯ . สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, .2554
- โกเมศ ขวัญเมือง และสิทธิกร ศักดิ์แสงข้อสังเกตบางประการ เหตุใดศาลปกครองกลางได้ออกคำสั่ง . กัมพูชา-คุ้มครองชั่วคราวฯ คดีฟ้องเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีและแถลงการณ์ร่วมไทย เกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร .กฎหมายใหม่6 ,) 97กรกฎาคม .(2551
- จุฑามาศ นาคทั้งวิทยานิพนธ์ปริญญา .ผู้มีสิทธิฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง . มหาวิทยาลัยมหาสารคาม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.2554 .
- เจตน์ สถาวรศิลป์พรข้อพิจารณา .บางประการสำหรับการให้ลักษณะ “สัญญาทางปกครอง” แก่ สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม :4 กฎหมายปกครองต่างประเทศสำนักงานศาลปกครอง :กรุงเทพฯ ., .2551
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ .ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครองวิญญู :กรุงเทพฯ ุชน, .2539
- . คำอธิบายกฎหมายปกครอง .18 พิมพ์ครั้งที่ .กรุงเทพฯวิญญูชน :, .2555
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี .ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง .1 พิมพ์ครั้งที่ .กรุงเทพฯวิญญูชน :, .2541

- ญदानาฎ ขออาพัตสัญญาทางปก .ครองที่เกดขึ้นจากกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาที่
ไม่ชอบด้วยกฎหมายวิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณชิต ., สาขากฎหมายมหาชน คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.2552 .
- ณัฐพล คำภีระวิทยานิพนธ์ .ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง :การกระทำทางรัฐบาล .
ปริญญามหาบัณชิต, สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณชิตย์.2554 .
- นพรัตน์ อุดมโชคมงคล .บุคคลภายนอกฟ้องร้องได้หรือไม่ :สัญญาทางปกครอง .วารสารนิติศาสตร์
41,) 4ธันวาคม .(2555
- นรินทร์ อธิสาร .ทฤษฎีการกระทำสองชั้นตอน .วารสารวิชาการศาลปกครอง16 ,) 1มกราคม-
(.2559 มีนาคม
- นันทวัฒน์ บรมานันท์ .คำบรรยายกฎหมายปกครอง ครั้งที่ [ออนไลน์] การควบคุมฝ่ายปกครอง 10
:แหล่งที่มา .2551 <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1270>เข้าถึง
[2557 มิถุนายน 16 เมื่อ
- . บทบรรณาธิการ ครั้งที่ :แหล่งที่มา .[ออนไลน์] การกระทำทางรัฐบาล 190
<http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1235> มิถุนายน 16 เข้าถึงเมื่อ
[2551 กรกฎาคม 2 วันที่ 2557
- . กฎหมายปกครอง .4 พิมพ์ครั้งที่ .กรุงเทพฯวิญญูชน ; .2557
- . บทบรรณาธิการเว็บ Wwww.Pub-Law.Net ครั้งที่ " 190การกระทำทางรัฐบาลใน เอก "
(บรรณาธิการ) บุญ วงศ์สวัสดิกุล, การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล ข้อ :
เถียงทาลองวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทยคณะนิติศาสตร์ :กรุงเทพฯ .
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, .2551
- . บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส .1 พิมพ์ครั้งที่ .กรุงเทพฯนิติธรรม ;,
.2541
- . สัญญาทางปกครอง .4 พิมพ์ครั้งที่ .กรุงเทพฯวิญญูชน ;, .2554
- บรรเจ็ด สิงคะเนติ .หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง .4 พิมพ์ครั้งที่ .กรุงเทพฯวิญญู :
ชน, .2554
- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ .กฎหมายมหาชน เล่ม : 3ที่มาและนิติวิธีนิติธรรม :กรุงเทพฯ ., .2538

- . บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งทางปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อ
บรรเทาทุกข์ชั่วคราวฯ ในคดีแฉงการณ์ร่วมไทย ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล .กัมพูชา-
(บรรณาธิการ), การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล ข้อถกเถียงทางวิชาการใน :
กรุง . ระบบกฎหมายมหาชนไทยทพฯคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ; .2551
- . ระบบการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ .วารสารกฎหมายปกครอง13 ,) 2 สิงหาคม .(2537
บรรศักดิ์ อูวรรณโณ และคณะ .รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทาง
ปกครอง สถาบันพระปกเกล้า :ท.ป.ม .และสำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.
- บุบผา อัครพิมาน .บทวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง .
วารสารวิชาการศาลปกครอง2 ,) 1 มกราคม.(2545 เมษายน-
- . สัญญาทางปกครอง .1 พิมพ์ครั้งที่ .แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย :
กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, .2545
- ประยูร กาญจนดุล .คำบรรยายกฎหมายปกครอง .5 พิมพ์ครั้งที่ .กรุงเทพฯคณะนิติศาสตร์ :
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, .2549
- ประเวศ รักษาพล .การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับศาลปกครอง .วารสารวิชาการ
ศาลปกครอง15 ,) 1 มกราคม.(2558 มีนาคม-
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ(บรรณาธิการ) ใน ไกรรัช เยยวิจิตร .กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของไทย ,
รวมบทความทางวิชาการ เล่ม : 2กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติสำนักงาน :กรุงเทพฯ .
ศาลปกครอง, .2553
- ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษร์อคำวินิจฉัยศาลปกครองไทยกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกค .งที่แยกฟ้องได้
)L'acte Détachable). วารสารวิชาการศาลปกครอง15 ,) 3กรกฎาคม.(2558 กันยายน-
- ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ใน .การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเหตุเพิกถอนสัญญาทางปกครอง .
(บรรณาธิการ) ไกรรัช เยยวิจิตร , รวมบทความทางวิชาการ เล่ม : 1กฎหมายปกครอง ภาค
สารบัญญัติสำนักงานศาลปกครอง :กรุงเทพฯ . ,.2553
- . ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษา
ของศาลปกครองฝรั่งเศส(บรรณาธิการ) ใน ไกรรัช เยยวิจิตร ., รวมบทความทางวิชาการ
เล่ม นังงสำ :กรุงเทพฯ .กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ 2านศาลปกครอง, .2548

- ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งสัญญาทางปกครองโดยบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่สัญญาและ .
 .ผลที่เกิดขึ้นต่อการเปลี่ยนไปของแนวคำวินิจฉัยของศาลวาระสารวิชาการศาลปกครอง12 ,
) 1มกราคม.(2555 มีนาคม-
- พิเชษฐ์ ชื่นเลิศสกุลหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกา .รฟ้องคดีปกครอง ศึกษาเปรียบเทียบกรณีการฟ้องคดี :
 วิทยานิพนธ์ปริญญา .ของผู้ที่มีใช้คู่สัญญาในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
 มหบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.2556 .
- ยงยุทธ อนุกุลยวกับสัญญาทางปกครองหลักพื้นฐานบางประการเกี่ .และคำพิพากษาศาล
 ต่างประเทศ(บรรณาธิการ)ใน ไกรรัช เยววิจิตร ., รวมบทความทางวิชาการ เล่ม : 1
กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติสำนักงานศาลปกครอง :กรุงเทพฯ ., .2553
- ยุธนา ทิณรัตน์ .ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง .
 วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
 มหาวิทยาลัย.2549 .
- ฤทัย หงส์สิริ .ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง .3 พิมพ์ครั้งที่ .กรุงเทพฯสำนัก :
 อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, .2554
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์ .กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป .1 พิมพ์ครั้งที่ .กรุงเทพฯนิติราษฎร์ ;, .2554
- . ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครองหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการ :
 .2 พิมพ์ครั้งที่ .กระทำทางปกครองกรุงเทพฯโรงพิมพ์เดือนตุลา : ., .2546
- . ประเภทของคำฟ้องคดีปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส .วารสาร
นิติศาสตร์40 ,) 2มิถุนายน .(2554
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และคณะใน .แถลงการณ์ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ .
 (บรรณาธิการ) เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล, การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล ข้อ :
 คณะน :กรุงเทพฯ .ถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทยนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, .2551
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ .กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ .วารสารนิติศาสตร์28 , 2
)มิถุนายน .(2541

- . การกระทำทางปกครอง(บรรณาธิการ) ใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ ., อาจารย์บุชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ .อมร จันทรสมบูรณ์.ปี ศาสตราจารย์ ดร 72 สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย :กรุงเทพฯ, .2545
- . "คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง ".2กรุงเทพฯคณะนิติศาสตร์ : สตรัมมหาวิทยาลัยธรรมศ., .2537
- วสุวรรค์ ทองโคกสีเขตอำนาจศาลปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของฝ่ายปกครองวิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ., สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.2554 .
- สมยศ เชื้อไทย .การกระทำทางปกครอง .วารสารนิติศาสตร์17 ,) 3กันยายน .(2530
- สำนักงานศาลปกครอง .ลักษณะของคดีปกครอง .2556 .[ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/02litigation.html?page=02litigation_902[2556 มีนาคม 18 วันที่ 2557 พฤษภาคม 21 เข้าถึงเมื่อ]
- . รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสสำนักงานศาลปกครอง :กรุงเทพฯ ., .2547
- สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง .คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง . สำนักงานศาลปกครอง :กรุงเทพฯ, .2551
- สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง .คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ .2539 .ศ. สำนักงานศาลปกครอง :กรุงเทพฯ, ม.ป.ป.
- สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ .รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส .1 พิมพ์ครั้งที่ . กรุงเทพฯสำนักงานศาลปกครอง .; .2545
- อมร จันทรสมบูรณ์ ถูกต้องหรือไม่ 2551/984 คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ .?? (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งแถลงการณ์ร่วมไทยกัมพูชา ขึ้น- ("ปราสาทพระวิหาร" ทะเบียน ใน เอกบุณย วงศ์สวัสดิกุล (บรรณาธิการ), การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล .ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ :กรุงเทพฯ, .2551
- เอกบุณย วงศ์สวัสดิกุล .การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ :กรุงเทพฯ ., .2551

เอกสารประกอบการบรรยายทางวิชาการภาษาฝรั่งเศส เรื่อง การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญา"
สำนักงานศาลปกครอง ".ทางปกครอง, .2558





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายเบญจรงค์ รุ่งมณีกุล เกิดเมื่อวันพฤหัสบดีที่ 2 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2532 ที่ กรุงเทพมหานคร

ผู้เขียนสำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนวัดนवलนรดิศ เมื่อปีการศึกษา 2549 และสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2553 โดยผู้เขียนได้เข้าศึกษาต่อระดับมหาบัณฑิตหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2555

ทั้งนี้ ในปี พ.ศ. 2553 ผู้เขียนเคยเป็นนักศึกษาฝึกงานของฝ่ายกฎหมาย ส่วนกฎหมายภาษีอากรและกฎหมายโทรคมนาคม ที่บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) และเคยทำงานในตำแหน่งที่ปรึกษากฎหมาย ของฝ่ายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Law) ที่บริษัท เดชอุดม แอนด์ แอสโซซิเอตส์ จำกัด ซึ่งต่อมาในเดือนกันยายน พ.ศ. 2554 ผู้เขียนได้ทำงานในตำแหน่งที่ปรึกษากฎหมายและทนายความ ฝ่ายกฎหมายปกครองและรัฐธรรมนูญ (Administrative and Constitutional Law) ที่บริษัท แอลเอส ฮอไรซัน จำกัด จนถึงปัจจุบัน