

การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กับกรณีผิดสัญญาทางปกครอง

วศิน นันทไพบูลย์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2549

ISBN 974-671-461-9

**Administrative Execution in case of Breach of Public Contract.**

**WASIN NANTHAPAIBUL**



**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements**

**for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Graduate School, Dhurakij Pundit University**

**2006**

**ISBN 974-671-461-9**

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ สำเร็จได้ เพราะข้าพเจ้ามีกัลยาณมิตร คอยแนะนำประโยชน์ สนับสนุน ซึ่งช่องทาง เป็นแบบอย่าง และเกื้อกูลแก่กัน แวดล้อมอยู่หลายท่าน ได้แก่

ท่าน รศ. ดร. กมลชัย รัตนสกาวงศ์ อาจารย์ที่ปรึกษา ที่ได้ชี้แนะแนวทาง และ แหล่งข้อมูลสำคัญที่มีประโยชน์อย่างยิ่ง ทั้งกำกับให้ข้าพเจ้าเดินอยู่ในทางที่ถูกต้องอีกด้วย

ท่าน ศ.ดร.อิสสระ นิตินัทธ์ประกาศ ซึ่งกรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบ ท่าน ศ.(พิเศษ) จริญญา ภัคศิธนากุล ท่านอาจารย์ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ ท่านอาจารย์ ดร. พิรพันธุ์ พาลุสุข ซึ่งกรุณารับเป็นกรรมการสอบ และขัดเกลาทั้งเนื้อหา และรูปแบบในเล่ม ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

คุณสุกฤษฎี กิตติศรีวรพันธ์ ทนายความรุ่นพี่ของข้าพเจ้า ผู้ซึ่งสนใจศึกษากฎหมาย สาขามหาชน และเป็นผู้จุดประกายปัญหาข้อกฎหมาย และปัญหาในทางปฏิบัติอันเป็นที่มาของ วิทยานิพนธ์เล่มนี้ ทั้งยังสนับสนุนข้อมูลสำคัญ และคอยถามไถ่ความก้าวหน้าของวิทยานิพนธ์มา โดยตลอด

เพื่อน ๆ สาขากฎหมายมหาชนหลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คุณกมล แจ่มสุข ข้าพเจ้า และคุณกมล ต่างคนต่างผลักดันความก้าวหน้าของวิทยานิพนธ์ซึ่งกันและกันตั้งแต่เริ่มหา หัวข้อ จนกระทั่งเล่มเสร็จบริบูรณ์ ตลอดจนเจ้าหน้าที่บัณฑิตวิทยาลัยทุกท่านที่คอยชี้แนะขั้นตอน ต่าง ๆ และดำเนินการทางธุรการให้สำเร็จไปได้อย่างรวดเร็ว

ขอขอบพระคุณเป็นพิเศษสำหรับ คุณพ่อ คุณแม่ พี่สาว และคุณคนย์วิญ สุวรรณสุขุม สำหรับกำลังใจที่มีให้ไม่เคยหมด สนับสนุนทุกอย่างในทางที่ถูกต้องที่ควรตลอดมา จนข้าพเจ้าได้มีวันนี้

วสิน นันทไพบูลย์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐาน.....	2
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	2
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	3
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	3
2. แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ในสัญญาทางปกครอง.....	5
2.1 ข้อความคิถกกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส.....	5
2.1.1 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง.....	8
2.1.2 ประเภทของสัญญาทางปกครอง.....	10
2.1.3 ผลของสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา.....	11
2.1.4 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง.....	13
2.2 ข้อความคิถกกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน....	14
2.2.1 ความทั่วไปของสัญญาทางปกครองเยอรมัน.....	14
2.2.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง.....	16
2.2.3 ความชอบด้วยกฎหมาย และความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง.....	18
2.2.4 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง.....	19
2.2.5 มาตรการบังคับทางปกครอง ในสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน....	19
2.2.5.1 การตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง.....	20
2.2.5.2 ขอบเขตการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง.....	20

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2.5.3 รูปแบบของการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง.....	21
2.2.5.4 การเป็นตัวแทนของรัฐในการตกลงทำสัญญาทางปกครอง.....	21
2.2.5.5 กระบวนการในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง.....	22
2.2.5.6 ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายเยอรมัน.....	25
2.3 ข้อความคึกคกกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศไทย.....	26
2.3.1 การเกิดขึ้นของสัญญาของฝ่ายปกครอง.....	27
2.3.2 ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครอง.....	28
2.3.3 มาตรการบังคับทางปกครองกรณีผิดสัญญาของฝ่ายปกครอง.....	28
3. ประเภทของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย.....	31
3.1 สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐด้วยกัน.....	31
3.2 สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐ กับเอกชน.....	34
3.2.1 สัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครอง ไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ เอง.....	35
3.2.1.1 สัญญาสัมปทาน.....	35
3.2.1.1.1 สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ.....	36
3.2.1.1.2 สัญญาสัมปทานแสวงหาประโยชน์จาก ทรัพยากรธรรมชาติ.....	40
3.2.1.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ.....	41
3.2.1.2.1 สัญญาจ้าง.....	42
3.2.1.2.2 สัญญาให้ทุนการศึกษา และลาศึกษาต่อ.....	43
3.2.1.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค.....	45
3.2.1.4 สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.....	48
3.2.1.5 สัญญาที่หน่วยงานของรัฐให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ บริการสาธารณะโดยตรง.....	49
3.2.1.6 สัญญาที่มีข้อกำหนดลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ.....	50

## สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3.2.1.7	สัญญาทางปกครองโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาล.....	51
3.2.1.8	สัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ.....	54
3.2.2	สัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครอง สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ได้เอง.....	56
3.2.2.1	สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ.....	56
3.2.2.2	สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค.....	59
3.2.2.3	สัญญาสัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.....	60
3.2.2.4	สัญญาทางปกครองโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาล.....	61
3.3	สัญญาที่มีใช้สัญญาทางปกครอง.....	62
3.3.1	กรณีวินิจฉัยโดยศาลปกครอง.....	62
3.3.2	กรณีวินิจฉัยโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล.....	67
4.	การนำมาตรการบังคับทางปกครองกรณีผิดสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับใน ประเทศไทย.....	69
4.1	สัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับได้เอง.....	70
4.1.1	สัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน.....	70
4.1.2	สัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชน.....	73
4.1.2.1	สัญญาเรียกเงินค่าสัมปทาน.....	74
4.1.2.2	สัญญาให้ทุน และลาศึกษาต่อ.....	75
4.1.2.3	สัญญาเรียกค่าเสียหาย และเงินค้ำประกัน.....	75
4.1.2.4	สัญญาที่กระทำกันในลักษณะสัญญาทางแพ่งมาในอดีตที่อาจใช้ มาตรการบังคับทางปกครองได้.....	76
4.2	การนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับในประเทศไทย	80
4.2.1	ความยินยอมของคู่สัญญาทางปกครอง.....	83

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.2.2 รูปแบบการให้ความยินยอม.....	85
4.2.3 ขอบเขตการทำข้อตกลง.....	87
4.2.4 กระบวนการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง.....	88
4.3 การปรับปรุงกฎหมายเพื่อใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามสัญญาทางปกครอง....	92
5. บทสรุป และเสนอแนะ.....	94
บรรณานุกรม.....	100
ภาคผนวก.....	104
ประวัติผู้เขียน.....	118

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กับกรณีผิดสัญญาทางปกครอง
ชื่อผู้เขียน	วศิน นันทไพบลย์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2548

### บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 9 (4) บัญญัติให้คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทุกคดี อยู่ในเขตอำนาจพิจารณา และพิพากษาของศาลปกครอง แต่คดีสัญญาทางปกครองบางเรื่องที่มีประเด็นข้อพิพาทไม่ซับซ้อน ค่าขอบังคับชัดเจน ง่ายต่อการบังคับ และมีโอกาสชนะสูง คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ควรจะใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาได้ทันที โดยไม่ต้องนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง โดยเฉพาะระบบสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ยังไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ไม่อาจใช้มาตรการบังคับด้วยตนเองได้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงมาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ รวมถึงสัญญาทางปกครองในประเทศไทยว่า สัญญาทางปกครองประเภทใด ที่ฝ่ายปกครองอาจใช้มาตรการบังคับได้ด้วยตนเอง สัญญาทางปกครองประเภทใดที่ยังคงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง รวมถึงวิธีการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และแนวทางการแก้ไขกฎหมาย

การศึกษาเรื่องตามหัวข้อนี้ ใช้วิธีวิจัยเอกสาร โดยการรวบรวมข้อมูลจาก คำสั่งศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และใช้ข้อมูลเกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครองกรณีผิดสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ มาเป็นฐานทางทฤษฎี นำมาจัดกลุ่ม และนำข้อมูลที่ได้ทั้งหมดมาวิเคราะห์ในเชิงคุณภาพ เพื่อนำไปสู่บทสรุป โดยวิธีพรรณนา

ผลการศึกษาสรุปได้ว่า ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ที่ฝ่ายปกครองสามารถ ใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เองนั้น ได้แก่ สัญญาทางปกครองที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชน และหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ขอให้ศาลปกครองบังคับเอากับฝ่ายเอกชน โดยวัตถุประสงค์แห่งการบังคับ หรือคำขอท้ายฟ้องเป็นการขอให้ฝ่ายเอกชนชำระเงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งผลกระทบที่เกิดจากการบังคับอยู่ในวงจำกัด ความเสียหายที่ฝ่ายปกครองได้รับ มีลักษณะชัดเจนตามข้อสัญญาเป็นหนังสือ



การนำมาตราการบังคับทางปกครอง ในสัญญาทางปกครอง มาใช้บังคับในกฎหมายไทย ได้แก่ การนำเอาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ในกรณีผิดสัญญาทางปกครอง ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาเป็นแนวทางในการประยุกต์ใช้ กล่าวคือ การให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกลงกับคู่สัญญาฝ่ายปกครองให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองได้ในทันทีเมื่อผิดสัญญา โดยรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร ตั้งแต่เริ่มทำสัญญา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลเพื่อออกคำสั่งบังคับ แต่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ต้องมีหนังสือเตือนให้เอกชนชำระ หรือส่งมอบทรัพย์สินภายในระยะเวลาอันสมควร เมื่อพ้นกำหนดดังกล่าวแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิกเฉย คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีสิทธิออกคำสั่งบังคับ และดำเนินการยึดอายัดทรัพย์สินขายทอดตลาด หรือยึด อายัดทรัพย์สินที่ต้องส่งมอบได้ทันที โดยนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับโดยอนุโลม เพื่อให้เป็นไปตามข้อเสนอนี้ จะต้องแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเพิ่มหมวดที่ 6 ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง และเพิ่มส่วน ว่าด้วยการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กรณีผิดสัญญาทางปกครอง

Thesis Title : Administrative execution in case of breach of public contract.  
Author : Wasin Nanthapaibul.  
Thesis Advisor : Assoc. Prof. Dr. Kamolchai Ratanasakaowong.  
Department : Law.  
Academic Year : 2005

### **ABSTRACT**

The establishment of the administrative court and administrative court procedure Act B.E. 2542, section 9 (4), prescribes that all cases concerning administrative contract must be under the competency and adjudication of administrative court. However some administrative contract should not enter administrative court, be it the contract whose relief applied for is clear, simple, and easy to execute; or the contracts which are most likely to win. In such cases administrative parties should apply administrative execution right away after the contracts are breached. This is especially true in Thailand where administrative contract system have not yet been put in written document. It results in that administrative parties cannot execute such administrative contract with their own authority.

This dissertation is aimed to study administrative contract execution both in Thailand and in foreign countries. It will examine which kind of administrative contract that administrative parties can execute with their own authority and which kind must go through administrative court's competency. It also looks at administrative officers practice in execution. Finally it study the amendment of such law.

This dissertation is a documentary research done by gathering data from administrative court's order and from the adjudication on the contract between administrative court and private establishments. It uses information from on oversea the execution concerning public contract. Those pieces of information are theory base of this study. They were catagorised and put through qualitative analysis. The study then shows its conclusion in descriptive writing.

This dissertation is conclusion shows that there are certains administrative contract disputes in which administrative parties can execute using their own authority. Those cases are:-

- 1) Administrative contract between administrative parties and private firm.

2) Administrative parties request administrative court for execution with private parties.

3) The executed objects or the relief applied for commands private party to pay or to hand over objects.

4) The damage of administrative party is precisely expressed in written form.

5) The effects from the execution do not go to public.

Administrative execution on administrative contract can be applied into Thai law. A German Administrative procedure Act 1976 can be applied in the execution clause with private parties.

Administrative procedure Act B.E. 2539 is the one which is applied. It is applied in the way that both administrative parties and private parties must agree upon administrative execution right away after the breach of contract. Contract must be in written form right from the beginning. Then, if the private parties breach the contract, administrative parties do not need to bring the case to court. It, on the other hand, only sent a notice to private parties, requesting them to pay or hand over any outstanding objects within a certain time frame. Should private parties ignore the notice, administrative parties can legally seized the outstanding objects or even sell them afterwards. This can be done under the authority of Administrative procedure Act B.E. 2539.

To complete this dissertation it is necessary to amend the law, that is the Administrative procedure Act B.E. 2539 must be added chapter 6, which is about public contract. Also this chapter 6 must be added the piece concerning administrative execution in case of breach of public contract.

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

องค์กรบริหาร ในฐานะซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง จะแสดงออกซึ่งเจตนาโดยผ่านทางบุคคลธรรมดา ที่เรียกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การกระทำทางปกครอง ซึ่งมีทั้งประเภทที่เจตนาจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในทางกฎหมายปกครอง เป็นการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว ที่เรียกว่า คำสั่งทางปกครอง หรือเป็นการกระทำทางปกครองตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ที่เรียกว่า สัญญาทางปกครอง และประเภทที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิ และหน้าที่ ที่เรียกว่า ปฏิบัติการทางปกครอง ซึ่งผลของการกระทำทางปกครองประเภทที่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายนั้น จะแตกต่างกับการทำในทางกฎหมายแพ่งอยู่หลายประการ ยกตัวอย่างเช่น ลักษณะพิเศษในสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือที่จะแก้ไขข้อกำหนดในสัญญา หรือยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว หรืออาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องอาศัยการบังคับชำระหนี้โดยทางศาล ผ่านคำพิพากษา หรือคำสั่ง เป็นต้น

กรณีสัญญาให้ทุนการศึกษาแก่ข้าราชการเพื่อศึกษาต่อ นั้น ศาลปกครองสูงสุด ได้มีคำวินิจฉัยที่ 127/2544 แล้วว่า เป็นสัญญาทางปกครอง และในปีต่อมา คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ก็ได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 25/2545 อีกว่า สัญญาให้ทุนการศึกษาแก่ข้าราชการเพื่อศึกษาต่อ เป็นสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อผู้รับทุนการศึกษายกเลิกการศึกษาแล้ว แต่ไม่ยอมทำงานใช้ทุน หรือไม่ยอมชำระเงินคืน อันเป็นการผิดสัญญา โดยลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ให้อำนาจเหนือแก่ฝ่ายปกครองในการบังคับการให้เป็นไปตามข้อสัญญาได้เองโดยไม่ต้องอาศัยคำบังคับ หรือคำพิพากษาของศาล ประกอบกับข้อพิพาทในสัญญาทุนดังกล่าว ก็มีลักษณะไม่ซับซ้อน ฝ่ายปกครองสมควรที่จะใช้มาตรการบังคับกรณีผิดสัญญาทุนดังกล่าวได้เอง แต่ในทางปฏิบัติ ฝ่ายปกครองกลับสละอำนาจเหนือดังกล่าวของตน โดยนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลบังคับตามสัญญา โดยอ้างว่า ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้อำนาจฝ่ายปกครองสามารถบังคับตาม

สัญญาทางปกครองได้เองหากฝ่ายปกครองบังคับตามสัญญาทางปกครองไปเอง ซึ่งเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ชัดเจน ฝ่ายปกครองผู้นั้นอาจต้องโทษอาญาฐานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้ หรือในกรณีของสัญญาประกันตัวผู้ต้องหาในชั้นพนักงานสอบสวน ปัจจุบันเราต้องไปฟ้องให้ศาลยุติธรรมบังคับ และส่วนใหญ่ พนักงานสอบสวนก็เป็นผู้ชนะคดีเสมอ ทั้งที่สัญญาประกันตัวผู้ต้องหา พนักงานสอบสวนอาจบังคับตามสัญญาได้ด้วยตนเอง เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ อันถือว่าเป็นกฎหมายกลางในการปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งทั้งหมด เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง และในตอนที่ 8 ซึ่งว่าด้วยการบังคับทางปกครอง ก็เป็นวิธีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองเท่านั้น และโดยที่หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย มีบัญญัติอยู่น้อยมาก จึงเห็นสมควรที่จะมีการศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครองให้เกิดความชัดเจน เพื่อหาข้อสรุป ถึงอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองว่าสามารถใช้มาตรการบังคับกรณีผิดสัญญาทางปกครองได้กับสัญญาทางปกครองประเภทใดบ้าง ภายใต้ขอบเขต หรือเงื่อนไขอย่างไร และกำหนดแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมเพื่อให้การใช้มาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครองดำเนินไปได้อย่างรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ

## 1.2 สมมติฐาน

สัญญาทางปกครอง สามารถแบ่งออกได้เป็นประเภทที่รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐทำระหว่างกัน และประเภทที่รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองที่รัฐทำกับเอกชนนั้น เมื่อนำมาวิเคราะห์ จะเห็นได้ว่ามีทั้งสัญญาที่ซับซ้อน เช่น สัญญาสัมปทาน และสัญญาที่ไม่ซับซ้อน เช่น สัญญาให้ทุนการศึกษา และลาศึกษาต่อ ในสัญญาทางปกครองประเภทที่ไม่ซับซ้อน ไม่สมควรจะต้องนำไปฟ้องต่อศาลปกครองชี้ขาดก่อน จึงจะบังคับให้เป็นไปตามสัญญา แต่สมควรที่จะให้ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้เอง โดยอาจนำเอาพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ มาใช้เทียบเคียงในการบังคับตามสัญญาทางปกครองดังกล่าว เพื่อเพิ่มความชัดเจน และสร้างความมั่นใจให้กับเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองผู้ปฏิบัติ และลดจำนวนคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

## 1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงความเป็นมา ทฤษฎี หลักการที่สำคัญ และคำอธิบายต่าง ๆ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เกิดความชัดเจน และเหมาะสมกับการกำหนดมาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครอง

2. เพื่อศึกษาถึงมาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครองของไทย แนวปฏิบัติ อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการใช้มาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครอง

3. เพื่อศึกษามาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครองของต่างประเทศที่มีพัฒนาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาทางปกครองที่ประเทศไทยนำมาเป็นต้นแบบ เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาการใช้มาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครองในประเทศไทย และปัญหาในการประยุกต์ใช้

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ กำหนดขอบเขตของการศึกษาไว้โดยเฉพาะในส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครองในชั้นพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามกฎหมายไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ คำสั่งศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ และหลักการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ในสัญญาทางปกครองสากลที่ใช้อยู่ในประเทศที่มีการพัฒนาทางกฎหมายปกครอง ซึ่งประเทศไทยนำมาเป็นต้นแบบ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หรือฝรั่งเศส เป็นต้น

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary research) โดยเป็นการศึกษาจากตำรา บทความ ความเห็นทางกฎหมาย ตลอดจนแนวคำพิพากษา คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเกี่ยวกับหัวข้อที่ทำการศึกษาของประเทศไทย และต่างประเทศประกอบกัน และนำข้อมูลที่ได้มาเรียบเรียงโดยวิธีพรรณนา (Descriptive method) และวิเคราะห์ (Analytical method) นำเสนอเป็นรายบท เรียงตามลำดับ เพื่อให้เกิดความเข้าใจ พร้อมทั้งสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไข

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงข้อความคิด ทฤษฎี รวมทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ในสัญญาทางปกครอง ทั้งของประเทศไทย และต่างประเทศ

2. ทำให้ทราบถึงรายละเอียดในการบังคับตามสัญญาทางปกครองของไทยซึ่งใช้อยู่ในปัจจุบันว่า เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่บังคับตามสัญญาทางปกครองอย่างไร และมีปัญหาในทางปฏิบัติอย่างไร

3. นำผลการศึกษามาเป็นแนวทางในการกำหนดการใช้มาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครองของไทยในชั้นพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และลดจำนวนคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ในสัญญาทางปกครอง

#### 2.1 ข้อความคิดกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส<sup>1</sup>

คำว่า “สัญญาทางปกครอง” (Contrat Administratif) โดยทั่วไปอาจมองได้ว่า คือ สัญญาทุกอย่างที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น แต่ในความเป็นจริง สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองเท่านั้น

สัญญาระหว่างเอกชน ต่อเอกชน มีพื้นฐานมาจากความเสมอภาคกันของคู่สัญญา ความเสมอภาคนั้น หมายถึง ความเสมอภาคในการกำหนดข้อสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา และการปฏิบัติตามสัญญา แต่สัญญาทางปกครอง ตามระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ให้การยอมรับความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง (Personne Publique) และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายเอกชน โดยมีเหตุผลว่า ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงย่อมต้องอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนที่กระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของปัจเจกชน

ระบบสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส มีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) และได้รับการพัฒนาจากนักวิชาการทางกฎหมายมหาชน จนกลายเป็นระบบสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ในปัจจุบัน หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส จึงเป็นการศึกษาถึงทฤษฎี และแนวความคิด มิใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร<sup>2</sup> และถึงแม้จะมีบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เป็นการระบุไว้โดยอ้อมว่า ให้สัญญานั้น อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งต้องใช้ระบบกฎหมายมหาชนมาใช้บังคับเท่านั้น

กรณีสัญญาทางปกครองโดยอาศัยแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล หรือที่เรียกกันว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากมีหลายกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ จึงต้องเป็นหน้าที่ของศาลจะต้องวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาประเภทใด ซึ่งศาลใช้เกณฑ์คุณสมบัติของคู่สัญญา

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เข็มชัย ชุตินวงศ์, บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, กฤษณ์ วสินนท์ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (ม.ป.ป.). คดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. หน้า 43.

<sup>2</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2546). สัญญาทางปกครอง. หน้า 292.



ในการแบ่ง กล่าวคือ

- (1) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน
- (2) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน และอีกฝ่ายเป็นบุคคลเอกชน
- (3) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน

(1) กรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะปกติแล้วการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชน ย่อมใช้วิธีบริหารจัดการในทางมหาชน เว้นแต่ สัญญานั้นก่อให้เกิดเพียงนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น กรณีกระทรวง ทบวง กรม ซื้อกระแสไฟฟ้าจาก การไฟฟ้านครหลวง เป็นต้น สัญญานี้ ไม่แตกต่างไปจากสัญญาที่การไฟฟ้านครหลวงทำกับผู้ใช้บริการเอกชนรายอื่น ๆ ทั่วไป จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

(2) กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน โดยหลักแล้ว สัญญานี้ อาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ได้ โดยต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ 3 ประการ (1) ข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษ หรือ (2) วัตถุประสงค์สัญญา หรือ (3) ระบบแห่งสัญญา

2.1 ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่ ข้อสัญญาที่ไม่พบในสัญญาตามกฎหมายเอกชนทั่วไป สัญญาทางปกครองแทบทุกสัญญาจะมีข้อกำหนดพิเศษอยู่เสมอ ยกเว้นกรณีสัญญาระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะ กับผู้ใช้บริการที่มีลักษณะเป็นเชิงพาณิชย์กรรม ซึ่งมีวัตถุประสงค์สัญญา เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น สัญญาเช่นนี้ เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนเสมอ และจำนวนของข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็มีใช้สาระสำคัญ แม้มีอยู่เพียงข้อเดียว ก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาทางปกครอง

ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษนี้ อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนที่จะทำกันได้ เช่นการให้ได้รับการยกเว้นภาษี หรืออาจเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายนิติบุคคลมหาชน กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลยก็ได้ เช่น สัญญาให้ดำเนินกิจการซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมเรื่องบุคลากรที่จ้าง และอัตราค่าบริการที่เรียกเก็บได้ เป็นต้น

2.2 วัตถุประสงค์สัญญา สัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะวัตถุประสงค์สัญญาก็ได้ สัญญาประเภทนี้ แบ่งได้เป็น 3 ประเภท กล่าวคือ

1) สัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาติของศาลปกครอง แต่มิได้เป็นสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด เพราะคำว่า สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด ควรจะต้องหมายถึง สัญญาซึ่งโดยลักษณะแล้วเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพียงเพราะกฎหมายกำหนดให้ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง สำหรับสัญญาประเภทนี้ แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองอยู่แล้ว เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เนื่องมาจากการทำงานก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์ สัญญาประเภทนี้ยังแบ่งได้อีกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองว่าจ้างผู้รับเหมา โดยฝ่ายปกครองให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน และกรณีที่ฝ่ายปกครองให้สัมปทานแก่คู่สัญญาเอกชนในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ และให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้

2) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาประเภทนี้ ก็เช่นเดียวกับกรณี 1) คือ แม้จะมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาติของศาลปกครอง แต่ก็ไม่ใช่สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น มีลักษณะเป็นการบริหารจัดการแบบมหาชน ยกตัวอย่างเช่น สัญญาให้ใช้พื้นที่ส่วนหนึ่งของโรงพยาบาลรัฐ เพื่อจัดตั้งร้านอาหาร เป็นต้น

3) สัญญาเกี่ยวกับการจัดบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาเกี่ยวกับการจัดบริการสาธารณะโดยตรงที่สำคัญ มี 3 ประเภท ได้แก่

- สัญญาให้สัมปทานดำเนินบริการสาธารณะ (la concession de service public) ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะนิติบุคคลมหาชนเท่านั้นที่ทำสัญญาประเภทนี้ได้ โดยมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งสัญญาเช่นว่านี้

- สัญญาว่าจ้างบุคลากรดำเนินบริการสาธารณะ ที่มีลักษณะทางปกครอง เช่น สัญญาจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาลรัฐ แต่หากเป็นการจ้างให้มีหน้าที่ปลีกย่อย เช่น หน้าที่ทำความสะอาดอาคาร สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่ง และ

- สัญญาที่หน่วยงานบริการสาธารณะทำกับผู้ให้บริการดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

2.3 สัญญาทางปกครองเพราะมีข้อกำหนด หรือต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์พิเศษที่กฎหมายกำหนด คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด และไม่พบในหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายเอกชน เช่น ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา คู่สัญญาต้องเสนอข้อพิพาทให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบวินิจฉัยเสียก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล เป็นต้น

(3) กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนด้วยกัน โดยหลัก ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะคู่สัญญาฝ่ายใดจะได้รับมอบหมายให้มีภาระด้านบริการสาธารณะ (service public) หรือไม่ ไม่ว่าจะมิใช่สัญญาที่มีลักษณะพิเศษหรือไม่ ไม่ว่าจะมิใช่สัญญาเป็นการดำเนินการด้านบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ เช่น สัญญาระหว่างบริษัทผู้รับสัมปทานสร้างทางด่วน กับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชน เว้นแต่ สัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน คำว่าเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชนนี้ มิได้หมายถึงกรณีที่เอกชน ทำสัญญาในฐานะเป็นตัวแทนของนิติบุคคลมหาชน แต่หมายถึงเอกชนทำสัญญาไปเสมือนหนึ่งเป็นการทำโดยนิติบุคคลมหาชน ซึ่งกำกับดูแลอยู่เบื้องหลัง แต่สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณาต่อไปว่า มีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษ หรือมิใช่สัญญาเป็นการดำเนินการด้านบริการสาธารณะด้วยหรือไม่

สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการแสดงเจตนาที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา และเป็นสัญญาที่กระทำไปเพื่อประโยชน์มหาชน สัญญาทางปกครอง จึงมีระบบกฎหมาย (régime juridique) ซึ่งหมายถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ทางกฎหมายที่ประกอบกันขึ้นเป็นระบบหนึ่ง แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้สำหรับสัญญาทั่ว ๆ ไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งอาจเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้น โดยบทบัญญัติของกฎหมาย หรือโดยคำพิพากษาของศาล

### 2.1.1 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง ก็เป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้น หลักเกณฑ์บางประการในการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับการก่อให้เกิดสัญญาทั่วไปตามกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ เป็นผลโดยตรงของการแสดงเจตนาที่สอดคล้องต้องกันของฝ่ายปกครอง กับเอกชน

อย่างไรก็ดี สิ่งที่ทำให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษเฉพาะที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง ในส่วนของการเกิดขึ้นของสัญญานั้น ได้แก่ การมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา ที่ทำให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา และความเสมอภาคในสัญญาทางปกครองแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่ง หลักของสัญญาทางปกครองที่เหมือนกับสัญญาทางแพ่ง ได้แก่

(1) การแสดงเจตนา ตามหลักกฎหมายแพ่ง การแสดงเจตนาที่มีข้อบกพร่อง อันได้แก่ การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด การแสดงเจตนาโดยถูกกลั่นแกล้ง หรือการแสดงเจตนาโดยถูกข่มขู่ ถือว่าเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ เฉพาะการข่มขู่ ทางกฎหมายแพ่งหากข่มขู่โดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ถือว่าเป็นการทำให้การแสดงเจตนามีข้อบกพร่อง แต่ในทางกฎหมายปกครอง หากฝ่ายปกครองข่มขู่ แม้เป็นสิ่งที่กระทำได้ตามกฎหมาย ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (บิดเบือนการใช้อำนาจ : abuse of power.)

(2) วัตถุประสงค์ของสัญญา สัญญาไม่ว่าทางแพ่ง หรือทางปกครอง ต้องมีวัตถุประสงค์ที่ กำหนดได้แน่นอน และไม่ขัดต่อกฎหมาย โดยกรณีที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย มีทั้งที่มีบทบัญญัติของ กฎหมายห้ามไว้ และเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายโดยสภาพ เช่น ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ไม่อาจเป็น วัตถุประสงค์ของสัญญาได้ เป็นต้น

(3) รูปแบบของสัญญา ก็มีหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายแพ่ง คือ โดยหลักแล้ว สัญญา ทางปกครอง ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อาจกระทำด้วยวาจา รวมทั้งอาจมีการทำสัญญาโดย ปริยายก็ได้

ข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาทางปกครอง

สำหรับฝ่ายปกครองที่จะเข้าทำสัญญา เสรีภาพในการทำสัญญามีน้อยกว่าเอกชนมาก ทั้งในเรื่องอำนาจทำสัญญา และวิธีเลือกคู่สัญญา

อำนาจในการทำสัญญา เอกชนอาจมีข้อจำกัดในเรื่องความสามารถ หากเป็นนิติบุคคล อาจมีข้อจำกัดในเรื่องของวัตถุประสงค์ สำหรับฝ่ายปกครอง มีข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่อง อำนาจในการทำสัญญาหลายประการ ดังนี้

(1) สัญญาที่ต้องเป็นสัญญาที่อยู่ในอำนาจของนิติบุคคลนั้น หากทำสัญญาในเรื่องที่ ไม่มีอำนาจ สัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ (nullité)

(2) ผู้ที่ทำแทนนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนในสัญญา ต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมาย กรณีของกระทรวง ต้องเป็นรัฐมนตรี หรือผู้ที่รัฐมนตรีมอบให้ลงนามแทน การลงนามโดยผู้ไม่มี อำนาจ เป็นโมฆะ

(3) สัญญาบางประเภท จะต้องได้รับการอนุมัติ หรือการรับรองจากองค์กรอื่นเสียก่อน เช่น สัญญากู้ยืมเงินของรัฐ ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐสภา สัญญาที่ไม่ได้รับการอนุมัติ ถือเป็นโมฆะ เป็นต้น

(4) โดยทั่วไป จะมีการกำหนดแบบของสัญญาทางปกครองไว้

(5) การควบคุมฝ่ายปกครองที่ทำสัญญาโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น เช่น การควบคุม ด้านการเงิน โดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น

(6) บางกรณี ฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิเลือกที่จะทำสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาทาง ปกครอง เพราะกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่าต้องทำเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาสัมปทาน บริการสาธารณะ

(7) เอกสิทธิบางอย่าง ฝ่ายปกครองมีอยู่ ไม่อาจสละได้ ถ้าฝ่ายปกครองสละเอกสิทธิ ศาลจะถือว่าการสละสิทธินั้น ๆ ไม่มีผล เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ต้องขึ้นศาล ปกครอง ฝ่ายปกครองจะยอมให้นำขึ้นศาลยุติธรรมไม่ได้ หรือจะให้อนุญาตตุลาการพิจารณาไม่ได้

วิธีการเลือกคู่สัญญา ฝ่ายปกครองมีอิสระในการเลือกคู่สัญญา เฉพาะในกรณีที่ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาเท่านั้น เช่น กรณีสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งมีบุคคล หรือบริษัทที่เหมาะสม หรือมีลักษณะพิเศษอยู่แล้ว ไม่อาจเลือกบุคคล หรือบริษัทอื่นใดเป็นคู่สัญญาได้ วิธีการเลือกคู่สัญญา มี 3 วิธีหลัก ๆ ได้แก่

(1) วิธีประกวดราคา คือ ต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างมากที่สุด โดยวัตถุประสงค์ให้ได้ราคาต่ำที่สุด ผู้มีราคาต่ำสุดเป็นผู้ชนะการประกวดราคา

(2) วิธีพิเศษ มีหลักเกณฑ์เหมือนกับการประกวดราคาทุกประการ ข้อแตกต่างก็คือ การพิจารณาผล ซึ่งจะคัดเลือกจากผู้ที่เสนอราคาที่เหมาะสม นอกจากนั้น ยังพิจารณาข้ออื่น ๆ ด้วย เช่น ทางเทคนิค ทางการเงิน ผู้ชนะมิใช่ผู้มีราคาต่ำสุดเสมอไป

(3) วิธีตกลงราคา วิธีนี้ ฝ่ายปกครองมีอิสระเต็มที่ในการเจรจา และทำสัญญากับใครก็ได้ แต่ต้องทำให้เกิดการแข่งขันด้วยเท่าที่จะเป็นไปได้ จะใช้กับกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ทำเท่านั้น เช่น มีความจำเป็นเร่งด่วน มีความต้องการพิเศษเฉพาะราย หรือมีวงเงินเล็กน้อย

ข้อจำกัดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา สัญญาทางแพ่ง เอกชนคู่สัญญา มีความเสมอภาคกันในการกำหนดข้อสัญญา เป็นการเจรจาต่อรองกันโดยอิสระ แต่ก็มีข้อยกเว้น เมื่อคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าจะเลือกกำหนดข้อสัญญา โดยไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า เปลี่ยนแปลงข้อสัญญา สัญญาเช่นว่านี้ เรียกว่า “สัญญาแบบ” อย่างไรก็ดีตาม กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็กำหนดให้ข้อสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญามากเกินไปให้ถือเป็นอันไม่มีผล นอกจากนี้ยังมีหลักการตีความอยู่อีกว่า ในกรณีเป็นที่สงสัย ให้ตีความในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายต้องเสียในมูลหนี้ หลักกฎหมายแพ่ง จึงมีความเสมอภาคระหว่างคู่สัญญาอย่างมาก

ในสัญญาทางปกครอง ขอมรับความไม่เท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายปกครอง กับเอกชน โดยฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า เพราะกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (intérêt public) เอกชนไม่มีอำนาจต่อรองข้อสัญญานอกจากในเรื่องราคา ส่วนข้อสัญญาอื่น ๆ เอกชนมีเพียงสิทธิที่จะยอมรับ หรือปฏิเสธไม่ทำสัญญาเท่านั้น

### 2.1.2 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส มีความหมายกว้าง ครอบคลุมสัญญาประเภทต่าง ๆ ที่มีลักษณะหลากหลาย แต่ก็แบ่งได้ 3 ประเภทใหญ่ ได้แก่

(1) สัญญาทางปกครองทั่วไป ได้แก่สัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษในตัวของมันเอง เป็นสัญญาที่แตกต่างกับสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน คือ การใช้กฎเกณฑ์พิเศษ ซึ่งได้แก่ สัญญาพัสดุ สัญญามอบให้เอกชนดำเนินกิจการบริการสาธารณะ สัญญาให้เอกชนครอบครองสาธารณะสมบัติ และ สัญญาจ้างเจ้าหน้าที่ของรัฐ กฎหมายมหาชนฝรั่งเศสยอมรับว่าเนื่องจากฝ่ายปกครองมี

ภาระหน้าที่เพิ่มขึ้นอยู่ตลอด จึงควรมีความสัมพันธ์กับฝ่ายเอกชน เพื่อให้ช่วยเหลือทางด้านการเงิน และการลงทุนได้ โดยอาศัยการทำสัญญาเป็นเครื่องมือในการดำเนินการดังกล่าว หรือใช้สัญญา เป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในทรัพยากรของหน่วยงานทางปกครอง

(2) สัญญาที่อาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาตัวแทน สัญญาประกันภัย สัญญาเกี่ยวกับการเงิน

(3) สัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่สัญญาทางเศรษฐกิจ และสัญญาระหว่างหน่วยงาน ทางปกครองด้วยกันเอง

### 2.1.3 ผลของสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา

ผลแห่งสัญญาทางปกครอง หลักสำคัญ กฎหมายปกครองฝรั่งเศส ถือว่า ไม่ว่าข้อ สัญญาจะเป็นเช่นใดก็ตาม ฝ่ายปกครอง ย่อมมีเอกสิทธิพิเศษบางอย่างเหนือเอกชน โดยสภาพ ของกิจกรรมที่ทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว การเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ในขณะเดียวกัน ฝ่ายปกครองมีหน้าที่พิเศษที่คู่สัญญากฎหมายแพ่งไม่มี อันเป็นการทดแทนสิทธิที่ขาดหายไปของเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองมีสิทธิ กำกับ และควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาอย่างใกล้ชิด หรือกำหนดแนวทางให้แก่คู่สัญญาในการ ปฏิบัติตามสัญญาด้วย แต่ฝ่ายปกครองจะลดค่าตอบแทนที่เป็นตัวเงินตามที่ตกลงในสัญญาฝ่ายเดียว ไม่ได้ และการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว จะต้องไม่เกินขนาด ถ้าเกิน เอกชนมีสิทธิเลิกสัญญา เช่น ขอให้เอกชนชำระหนี้อื่นที่ไม่ได้กำหนด และเกี่ยวข้องกับสัญญาเลย หรือขอให้เพิ่มสิ่งของที่ กำหนดหลายเท่าตัว โดยที่ไม่สามารถแสดงให้เห็นความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะว่ามากถึง ขนาดนั้น

มาตรการบังคับในกรณีมีการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้อง ในกรณีนี้ อำนาจเหนือของฝ่าย ปกครอง (prérogatives de la puissance publique) แสดงออกมาเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

1. ฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะนำหลักกฎหมายแพ่งที่ว่า "คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามสัญญา" มาใช้กับกรณีนี้ไม่ได้ คู่สัญญา ฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของตนตามสัญญาต่อไป ไม่ว่าฝ่ายปกครองจะมีความผิดอย่างไร หรือไม่ก็ตาม โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถทำได้แค่เพียงร้องขอต่อศาล เพื่อ ขอให้มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนสำหรับความผิดของฝ่ายปกครองดังกล่าว หรือขอให้มีการสั่งให้ ยกเลิกสัญญาในกรณีความผิดนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรงเท่านั้น

2. ในกรณีฝ่ายเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญา เช่น ละเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาอย่างถูกต้อง นื้อฉด หรือล่าช้า ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อบังคับให้เป็นไปตามสัญญา ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ

(ก) มาตรการนี้ ไม่ได้มุ่งหมายแต่เพียงเยียวยาความเสียหายเท่านั้น แต่มุ่งถึงการบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญา เพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย

(ข) มาตรการดังกล่าวเป็นสิทธิอย่างยิ่งของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะข้อกำหนดในสัญญาจะกำหนดให้สิทธิเช่นนั้นไว้หรือไม่ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับความบกพร่องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เสมอ แม้ว่าในสัญญาจะไม่ได้กำหนดไว้

(ค) การใช้มาตรการดังกล่าว เป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลให้ออกคำสั่งบังคับ เพียงแต่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งเตือนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ทราบก่อนเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ ถ้าในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา กลับปรากฏว่ามีการออกคำสั่งทางปกครอง และใช้เอกสิทธิ์ที่จะบังคับให้ดำเนินการไปก่อน (Privilège du préalable) ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของการใช้อำนาจสาธารณะ การใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าว ถือเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะไม่ยอมรับสิทธิของฝ่ายปกครองในการที่จะปฏิเสธไม่ใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าว และจะมาใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาล เพื่อขอให้ออกคำสั่งบังคับเอา กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญา มิได้

(ง) ในกรณีที่มีการใช้มาตรการที่ไม่สมเหตุผล คู่กรณีฝ่ายเอกชนสามารถฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้

(จ) ส่วนราชการคู่สัญญา จะมีคำสั่งในทางอาญาไม่ได้

มาตรการหลัก ๆ ที่ฝ่ายปกครองอาจนำมาใช้ กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ลงมือปฏิบัติงาน หรือปฏิบัติงานล่าช้าไม่ทันตามกำหนด หรือปฏิบัติงานบกพร่อง หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือโอนงานไปให้บุคคลอื่นดำเนินการแทน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากส่วนราชการคู่สัญญา มีอยู่ด้วยกัน 3 ประเภท คือ

(ก) มาตรการทางการเงิน หรือค่าปรับ (pénalités) เป็นกรณีที่มีสัญญากำหนดไว้ ซึ่งสามารถนำมาใช้ได้ทันทีที่มีความบกพร่องตามที่สัญญากำหนดไว้ เช่น การปรับรายวันตามจำนวนวันที่ล่าช้า หรือเป็นกรณีที่มีการคำนวณในภายหลังเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น เป็นค่าเสียหาย (dommages intérêts) และดอกเบี้ย

(ข) มาตรการเข้ากระทำการแทน เพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา แม้ว่าจะเกิดความบกพร่องของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่าย

(ค) มาตรการที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดลง หรือการเลิกสัญญาโดยไม่มีการจ่ายค่าทดแทน หรือ การเลิกสัญญาเพราะความผิดของคู่สัญญา<sup>3</sup>

จากการศึกษามาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญาทางปกครอง แม้สัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสจะยอมรับความไม่เท่าเทียมกัน (inégalité) ของคู่สัญญา และให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือบางประการ ได้แก่ การที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียว และการบอกเลิกสัญญา แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีได้ปฏิบัติผิดสัญญา แม้จะมีได้มีข้อสัญญาระบุให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐกระทำได้ ทั้งนี้ภายใต้หลักประโยชน์สาธารณะ หรือโดยการกำหนดมาตรการบางอย่างเพื่อให้เหมาะสมกับความบกพร่องของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ว่าจะ เป็นมาตรการทางการเงิน หรือมาตรการเข้ากระทำการแทน แต่มาตรการทางปกครอง และอำนาจเหนือดังกล่าว ไม่ครอบคลุมไปถึงการให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สามารถเข้ายึดอายัดทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ปฏิบัติผิดสัญญาทางปกครอง นำออกขายทอดตลาด เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครองนั้นได้เองโดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล เพราะเป็นการบังคับตามหนี้ ซึ่งเป็นบุคคลสิทธิ และต้องให้ศาลชี้ขาด แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะตกลงยินยอมให้มีการยึดอายัดทรัพย์สินดังกล่าวได้เมื่อตนปฏิบัติผิดสัญญาทางปกครองก็ไม่อาจทำได้ เพราะอำนาจในการบังคับตามสัญญา โดยการยึดอายัดขายทอดตลาดนั้น ถือเป็นอำนาจตุลาการ ซึ่งไม่อาจยินยอมให้บังคับกันได้เองโดยข้อสัญญา

#### 2.1.4 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองอาจสิ้นสุดลง เพราะได้ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองแล้ว หรือ สิ้นผลตามข้อตกลงในสัญญา หรือ สิ้นผลเพราะคู่สัญญาพร้อมใจกันเลิก หรือ สิ้นผลเพราะการชำระหนี้ตามสัญญาเป็นอันพ้นวิสัย ซึ่งจะเห็นได้ว่าจะเหมือนกับกฎหมายแพ่ง แต่ส่วนที่เป็นหลักเกณฑ์เฉพาะของสัญญาทางปกครอง ได้แก่

(1) ตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อผลของสัญญาทางปกครองว่า ฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ แม้ว่าข้อสัญญาจะไม่ได้กำหนดไว้ก็ตาม กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาอย่างร้ายแรง หรือแม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ผิดสัญญา ฝ่ายปกครองก็อาจเลิกสัญญาได้ ถ้าเป็นไปได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยอาจทำเป็นคำสั่งเฉพาะเรื่อง หรือเป็นกฎก็ได้ ความจริงการเลิกสัญญาฝ่ายเดี่ยวนี้นี้ ก็คือการขยายอำนาจเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองมาใช้

<sup>3</sup>สุรพล นิติไกรพจน์, ประสาท พงษ์สุวรรณ, นันทกุล พันธคำ, นพรัตน์ อุดมโชคมงคล, ยศศักดิ์ เมนะทัต, สุรีย์ เสาสุขถาวร และตรีทศ นิโครธางกูล. (2545). *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. หน้า 121.



นั่นเอง หลักการเลิกสัญญาโดยฝ่ายเอกชนปราศจากความผิดนี้ ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวน

(2) การเลิกสัญญาโดยศาลปกครอง โดยคำร้องของเอกชนคู่สัญญา ในกรณีที่ฝ่ายปกครองผิดสัญญาอย่างร้ายแรง หรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขข้อสัญญาเกินขนาด หรือมีเหตุสุดวิสัยขึ้น หรือโดยคำร้องขอของฝ่ายปกครอง เนื่องจากฝ่ายปกครองไม่ประสงค์ที่จะใช้อำนาจยกเลิกสัญญาด้วยตนเอง หรือโดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เมื่อเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้โดยไม่อาจโทษคู่สัญญาฝ่ายใดได้

## 2.2 ข้อความคึกคักกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน<sup>4</sup>

### 2.2.1 ความทั่วไปของสัญญาทางปกครองเยอรมัน

มาตรา 54 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 1976 บัญญัติว่า “นิติสัมพันธ์ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน อาจก่อตั้งขึ้น แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้โดยสัญญาทางปกครอง เท่าที่ไม่เป็นการขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย” ซึ่งเป็นการให้นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” (der verwaltungsrechtliche Vertrag) ในทางกฎหมาย นอกจากนั้น ข้อความดังกล่าวยังเป็นการอนุญาตให้ฝ่ายปกครองสามารถผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชนด้วยวิธีการทำสัญญาทางปกครอง นอกเหนือจากวิธีการออกคำสั่งทางปกครอง และการทำสัญญาทางแพ่งอีกด้วย

องค์ประกอบในการพิจารณาสัญญาทางปกครองของเยอรมัน ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz) มีสาระสำคัญ 3 ข้อ ดังนี้

(1) การแสดงเจตนา ซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครอง เพราะสัญญาจะเกิดขึ้นไม่ได้ ถ้าไม่มีการแสดงเจตนาของคู่สัญญา

(2) ฐานะของคู่สัญญา ทั้งคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน เช่นกรณีสัญญาระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน จึงไม่อาจกระทำด้วยคำสั่งทางปกครองได้ หรือคู่สัญญาที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครอง

หากเอกชน ทำสัญญากับเอกชน และสัญญานั้นมีความมุ่งหมายเพื่อก่อตั้ง ยกเลิก หรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน เท่าที่กฎหมายสามารถกำหนดสิทธิหรือหน้าที่แก่เอกชนได้ อำนาจในการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ดังกล่าวแก่เอกชนจะเกิดขึ้นได้เมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ เช่น การตกลงกันของเอกชน โดยความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ และก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายมหาชน

<sup>4</sup>มานิตย์ วงศ์เสรี. (2545). หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. หน้า 26.

(3) วัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือผลในทางกฎหมายที่ได้รับจากการเกิดขึ้นของสัญญา

องค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง อาจแบ่งเป็นเรื่องรูปแบบ และเนื้อหาของสัญญาทางปกครองก็ได้

เรื่องรูปแบบ คือ การอนุญาตให้ฝ่ายปกครองทำสัญญาทางปกครอง โดยมุ่งหมายให้ผ่อนคลายความเคร่งครัดของคำสั่งทางปกครอง โดยจะมีทฤษฎีรองรับอยู่ 2 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีเงื่อนไขของกฎหมาย คือ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดเจน อนุญาตให้ฝ่ายปกครองกระทำในรูปของสัญญาทางปกครอง และทฤษฎีความมาก่อนของกฎหมาย คือ แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนให้ฝ่ายปกครองทำสัญญาได้ ฝ่ายปกครองอาจกระทำสัญญาทางปกครองได้ หากไม่ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งสรุปได้ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งไม่มีกฎหมายมอบอำนาจให้ทำสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน ฝ่ายปกครองทำได้ หากได้รับมอบอำนาจในทางเนื้อหาอย่างพอเพียง และฝ่ายปกครองไม่สามารถเลือกทำในรูปของสัญญาได้ หากกฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าฝ่ายปกครองต้องกระทำในรูปของคำสั่งทางปกครอง

เงื่อนไขด้านเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง จะต้องพิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักในเรื่องของสัญญา ได้แก่ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค มาใช้ประกอบกัน

ลักษณะร่วมกันของสัญญาทางปกครอง กับคำสั่งทางปกครอง คือ เป็นการกระทำที่ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิก สิทธิ หรือหน้าที่ในทางกฎหมายมหาชน

ลักษณะที่แตกต่างกันของสัญญาทางปกครอง และคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งฝ่ายเดียวที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Die Behörde) การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครอง กับคำสั่งทางปกครอง ไม่มีความยุ่งยากนัก ข้อพิจารณาประการสำคัญก็คือ การแสดงเจตนาของคู่สัญญา สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาประสงค์จะทำสัญญาด้วยกัน ซึ่งอาจต้องพิจารณาเนื้อหาของเรื่องนั้น ในกรณีมีข้อสงสัยให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ไม่ประสงค์จะทำสัญญาทางปกครอง แต่ประสงค์จะออกคำสั่งทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งตรงที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญา วัตถุประสงค์แห่งสัญญาของสัญญาทางแพ่ง คือ นิติสัมพันธ์ในขอบเขตของกฎหมายเอกชน ขณะที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาของสัญญาทางปกครอง คือนิติสัมพันธ์ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน การแบ่งแยกโดยคู่สัญญาไม่อาจแยกได้ชัดเจน เพราะสัญญาที่ทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐ มิได้หมายความว่า จะเป็นสัญญาทางปกครองทุกสัญญา แต่ต้องดูที่เนื้อหาของสัญญานั้น ว่าแสดงถึงนิติสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายมหาชน หรือหลักกฎหมายเอกชน มีความมุ่งหมายเพื่อทำให้เสร็จสิ้นไปซึ่งภาระหน้าที่ของฝ่าย

ปกครองหรือไม่ หรือ สิทธิหน้าที่ซึ่งได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับโดยสัญญา ต้องก่อให้เกิดสิทธิ หรือก่อให้เกิดหน้าที่ต่อฝ่ายปกครอง

คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองเยอรมัน อาจแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ คู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน และ คู่สัญญาที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (der koordinationsrechtliche Vertrag) เช่น สัญญาระหว่างเทศบาลสองเทศบาลเกี่ยวกับการดูแลรักษาแม่น้ำที่ไหลผ่านแนวเขตเทศบาลดังกล่าว

สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (der subordinationsrechtliche Vertrag) เป็นความสัมพันธ์ในระดับบน และล่าง คือเป็นสัญญาระหว่างฝ่ายปกครอง กับประชาชน กรณีที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้ เป็นข้อยกเว้นของคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นการเสริมให้คำสั่งทางปกครองดีขึ้น และมีความเกี่ยวเนื่องกับคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt)

### 2.2.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง<sup>1</sup>

การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง มีองค์ประกอบที่ต้องพิจารณา กล่าวคือ

1. เงื่อนไข และขอบเขตของการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปสัญญาทางปกครอง
2. การทำสัญญาทางปกครอง
3. คู่สัญญาของสัญญาทางปกครอง
4. รูปแบบของสัญญาทางปกครอง
5. การให้ความเห็นชอบของบุคคลที่สาม และ
6. การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น

1) เงื่อนไข และขอบเขตของการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครอง อาจเลือกรูปแบบการกระทำของตนในรูปสัญญาทางปกครองได้ หากการกระทำในรูปสัญญาทางปกครองนั้น ไม่ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย หรือไม่ขัดหลักกฎหมายทั่วไป ตามมาตรา 54 ของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มิได้บัญญัติว่าต้องมีกฎหมายให้อำนาจ การทำสัญญาทางปกครองที่ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย ก็คือ ในกรณีที่มิบทกฎหมายบัญญัติให้ต้องทำเป็นคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจกระทำในรูปสัญญาทางปกครองได้ การกระทำในรูปสัญญาทางปกครอง ไม่มีเนื้อหาในการแทรกแซงสิทธิอย่างคำสั่งทางปกครอง นอกเหนือไปจากเนื้อหาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ จากความยินยอมของเอกชนนี้เอง ทำให้การ

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 111.

กระทำในรูปของสัญญาทางปกครอง ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการทำสัญญาทางปกครอง

2) การทำสัญญาทางปกครอง ในเรื่องนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ได้กำหนดไว้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายแพ่งร่วมด้วย กล่าวคือ สัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาสอดคล้องต้องกันว่า คำเสนอ คำสนอง ถูกต้องตรงกัน หากผู้เสนอยื่นทำนิติกรรมอำพราง หรือผู้เสนอมิได้ประสงค์ให้ตนผูกพัน ย่อมทำให้การแสดงเจตนาดังกล่าวไม่มีผล เป็นต้น การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่รัฐเกี่ยวกับการรับหรือไม่รับข้อเสนอ มิใช่คำสั่งทางปกครอง

3) คู่สัญญาของสัญญาทางปกครอง ต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถจะเป็นคู่สัญญา หากบุคคลเป็นผู้ไร้ความสามารถ ก็ต้องมีตัวแทน ในกรณีของนิติบุคคลก็ต้องมีผู้แทนกระทำการแทน ในกรณีหน่วยงานของรัฐ ต้องกระทำโดยผู้มีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานนั้น 4) รูปแบบของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 57 ของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กำหนดให้การทำสัญญาทางปกครอง ให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร เท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายมิได้กำหนดให้กระทำในรูปแบบอื่น โดยให้นำประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต้องลงลายมือชื่อด้วยตนเอง หรือโดยวิธีการรับรองลายพิมพ์นิ้วมือ การไม่ทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ และคู่สัญญาไม่อาจตกลงกันเพื่อยกเว้นการทำตามรูปแบบของสัญญาที่กำหนดไว้ได้

5) การให้ความเห็นชอบของบุคคลที่สาม สัญญาทางปกครองที่กระทบสิทธิของบุคคลที่สาม จะมีผลต่อเมื่อบุคคลที่สามนั้นได้ให้ความเห็นชอบเป็นลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาตก่อสร้าง ได้อนุญาตให้ทำการก่อสร้างโดยทำเป็นสัญญา โดยยกเว้นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองเพื่อนบ้าน สัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อเพื่อนบ้าน ได้ให้ความเห็นชอบ หากยังไม่มีการให้ความเห็นชอบก็ยังไม่เป็นผลบังคับ และหากเพื่อนบ้านไม่ให้ความยินยอม สัญญาจะยังเป็นโมฆะ

6) การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น หลายกรณีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะออกคำสั่งทางปกครองได้ต่อเมื่อ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อน ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร จะออกใบอนุญาตได้ต่อเมื่อได้ตกลงกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก่อน เป็นต้น และกฎหมายที่จะกำหนดให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามีส่วนร่วมในการออกนิติกรรมทางปกครอง ต้องเป็นกฎหมายในระดับสหพันธ์ หรือมลรัฐ ถ้าเจ้าหน้าที่ปฏิเสธให้ความเห็นชอบ สัญญาจะเป็นโมฆะ

### 2.2.3 ความชอบด้วยกฎหมาย และความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง<sup>6</sup>

สัญญาทางปกครองต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งทางเนื้อหา และในทางรูปแบบ

ด้านเนื้อหา ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความมาก่อนของกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการทำสัญญาทางปกครอง เท่าที่ไม่เป็นการขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย ฝ่ายปกครองไม่อาจทำสัญญาทางปกครองได้ หากบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการโดยใช้รูปแบบการกระทำอื่น ๆ หากสัญญาทางปกครอง ทำขึ้นโดยขัดกับข้อห้ามในเรื่องแบบของสัญญา ย่อมตกเป็นโมฆะ

ด้านรูปแบบ เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญาเป็นผู้มีอำนาจ และ ในการทำสัญญาทางปกครอง ได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ และสัญญาทางปกครองได้ทำตามแบบที่กำหนดไว้โดยอำนาจดังกล่าว รวมถึงอำนาจในทางพื้นที่ด้วย

ผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง คือ จะไม่ตกเป็นโมฆะโดยทันที สัญญาทางปกครองจะตกเป็นโมฆะต่อเมื่อมีเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกเป็นโมฆะเท่านั้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีอื่น ๆ นอกจากที่กฎหมายกำหนดให้เป็น โมฆะของสัญญาทางปกครอง มิได้ก่อให้เกิดสิทธิในการโต้แย้งคัดค้าน หรือสิทธิในการบอกเลิกสัญญา สัญญาทางปกครองซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงมีผลบังคับได้ และคู่สัญญายังมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ตามสัญญา หากคู่สัญญาไม่ทำการชำระหนี้ดังกล่าว อาจให้ศาลปกครองดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้

ความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง จะพิจารณาศึกษาเป็น 4 หัวข้อ ได้แก่ เหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองเป็นโมฆะ ความเป็นโมฆะบางส่วน การเปลี่ยนสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะ และผลของสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะ

เหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองเป็นโมฆะ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทั้งสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน และที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน จะมีเหตุอย่างเดียวกับในกฎหมายแพ่ง ได้แก่ ความสามารถของคู่สัญญา ความเป็นผู้เยาว์ การแสดงเจตนาซ่อนเร้นหรือแสดงเจตนาอำพราง ความบกพร่องเรื่องแบบของสัญญา การขัดกับข้อห้ามตามกฎหมาย การขัดกับศีลธรรมอันดีของประชาชน และความไม่อาจเป็นไปได้ตั้งแต่เริ่มต้น และเฉพาะสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันเท่านั้น ถ้าหากนำเนื้อหาของสัญญาในทำนองเดียวกันมาออกคำสั่งทางปกครอง ก็จะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะด้วย เช่นไม่

<sup>6</sup>แหล่งเดิม. หน้า 121.

ทราบว่าเป็นหน้าที่ของรัฐแห่งใดเป็นผู้ทำสัญญา หรือการก่อนนิติสัมพันธ์ต้องมีการส่งมอบเอกสาร แต่ไม่ได้มีการส่งมอบเอกสารเช่นว่านั้น หรือทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งทำนอกเหนืออำนาจโดยไม่มี การมอบอำนาจหรือสัญญาที่เรียกหรือให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการอันมีโทษอาญา นอกจากนั้น หากสัญญาทางปกครองมีข้อผิดพลาดร้ายแรงเป็นพิเศษ และความบกพร่องดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจน สัญญาทางปกครองนั้นก็จะเป็นโมฆะเช่นกัน

ความเป็นโมฆะบางส่วน ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองที่โมฆะเพียงบางส่วน ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไปทั้งหมด ถ้าความเป็นโมฆะนั้นเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองเพียงส่วนหนึ่งส่วนใด สัญญาทางปกครองจะตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ ยกเว้นคู่สัญญาได้ทำการตกลงทำสัญญาโดยให้ส่วนที่ไม่ตกเป็นโมฆะนั้นยังคงมีผล ซึ่งเป็นการยอมรับว่า หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รู้ถึงความเป็นโมฆะบางส่วน หรือคู่กรณีมิได้เห็น ว่าเป็นโมฆะดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ

สัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ อาจได้รับการแก้ไขให้เป็นสัญญาทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายได้ แต่จะแปลงสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะให้เป็นสัญญาทางแพ่งหาไม่ได้ เพราะสัญญาทั้งสองประเภทมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่แตกต่างกัน

ผลของความเป็นโมฆะ กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้บัญญัติไว้ชัดเจน จึงต้องอาศัยหลักกฎหมายปกครองทั่วไป และกฎหมายแพ่งในการพิจารณา

#### 2.2.4 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง<sup>7</sup>

การสิ้นสุดของสัญญา สัญญาทางปกครองอาจสิ้นสุดได้ 4 สาเหตุ ได้แก่

1) การปฏิบัติตามสัญญาอย่างครบถ้วน การหักกลบลบหนี้ การยกหนี้ และการยกเลิกของคู่สัญญา

2) การขอถอนตัวจากสัญญาทั้งด้วยผลของสัญญาเอง หรือด้วยผลของกฎหมาย

3) การปรับเปลี่ยนสัญญา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะถือเอาสัญญาเดิมต่อไปได้ คู่สัญญาฝ่ายนั้น อาจเรียกร้องให้มีการปรับเปลี่ยนเนื้อหาของสัญญาเท่าที่จะทำได้ และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยอมรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

4) การบอกเลิกสัญญา แม้จะเป็นการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของสัญญา เพื่อป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นต่อส่วนรวม

#### 2.2.5 มาตรการบังคับทางปกครองในสัญญาทางปกครอง ของประเทศเยอรมัน

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึง

<sup>7</sup>แหล่งเดิม. หน้า 138.

มาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 หรือที่เรียกกันย่อ ๆ ว่า VwVfG โดยในมาตรา 62 ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย ตราบเท่าที่มาตรา 54 ถึง มาตรา 61 มิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น นอกจากนี้ มาตรา 62 ยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ขอบเขตการใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครอง ตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน<sup>8</sup>

#### 2.2.5.1 การตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง<sup>9</sup>

ตามมาตรา 61 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน บัญญัติให้มีข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีที่มีการ締สัญญาได้ โดยคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ จะมีการตกลงให้บังคับตามสัญญาทางปกครองได้ คู่สัญญาต้องมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน หรือเป็นสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนเท่านั้น

เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายรัฐ จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในระดับหัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บังคับบัญชา ซึ่งบุคคลดังกล่าว ต้องมีคุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถที่จะประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษาได้ และถ้าหากเจ้าหน้าที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ มีเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นเป็นผู้ควบคุม ตรวจสอบ เจ้าหน้าที่คู่สัญญา จะต้องได้รับอนุญาตให้ทำข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที จากเจ้าหน้าที่ผู้ควบคุม ตรวจสอบเสียก่อน สัญญาจึงจะมีผลสมบูรณ์ เว้นแต่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้เข้าเป็นคู่สัญญา จะเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์ หรือมลรัฐ ก็ไม่จำเป็นต้องมีการอนุญาตดังกล่าว

ในการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที ให้นำกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์มาใช้บังคับ

#### 2.2.5.2 ขอบเขตการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีทันใด เปิดโอกาสให้คู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐ และฝ่ายเอกชน สามารถตกลงให้มีการบังคับไปตามสัญญาทางปกครองได้ในทันทีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง締สัญญา โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลปกครอง มีขอบเขตการใช้

<sup>8</sup>มานิตย์ วงศ์เสรี. เล่มเดิม. หน้า 1.

<sup>9</sup>แหล่งเดิม. หน้า 33-41.

บังคับเฉพาะกับสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ หรือฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่ง กับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันเอง

ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาตามสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที ข้อตกลงดังกล่าว ไม่มีผลในทางกฎหมาย เนื่องจากการตกลงดังกล่าวไม่มีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับให้สามารถกระทำได้ (mangels gesetzlicher Grundlage)

### 2.2.5.3 รูปแบบของการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง

การตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที จะต้องทำเป็นหนังสือ ทั้งนี้ เพราะหลักเกณฑ์เรื่องการทำเป็นหนังสือ นอกจากจะนำมาใช้กับกรณีการทำสัญญาทางปกครองแล้ว ยังจะต้องนำมาใช้กับกรณีของข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง (Vollstreckungstitel) ด้วย แต่อย่างไรก็ดีข้อตกลงให้มีการบังคับทางปกครองดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในตัวสัญญาทางปกครอง แม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในเอกสารอื่น เช่น รายงานการประชุม ข้อตกลงนั้นก็มิผลทางกฎหมายเช่นเดียวกัน เพียงแต่ให้ข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรนี้ ต้องมีความชัดเจน และแสดงให้เห็นได้ว่า คู่สัญญาได้เจตนาตกลงกันในเรื่องดังกล่าว

### 2.2.5.4 การเป็นตัวแทนของรัฐในการตกลงทำสัญญาทางปกครอง

เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีนั้น จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับหัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บังคับบัญชา ซึ่งบุคคลดังกล่าว เป็นผู้ที่มิคุณสมบัติ มีความสามารถที่จะไปประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษาได้

นอกจากนี้ ในการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 61 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้ จะมีผลสมบูรณ์ เมื่อการตกลงดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญานี้ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาดังกล่าวแล้วด้วย เว้นเสียแต่ว่า เป็นการแสดงเจตนาโดยหรือต่อเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์ หรือมลรัฐ ซึ่งเจ้าหน้าที่ระดับสูงดังกล่าว ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่าง ๆ ของสหพันธ์ หรือมลรัฐ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของมลรัฐ ได้บัญญัติยกเว้นไว้ว่า ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจาก



เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาทางปกครองดังกล่าว  
นั้นก่อน

#### 2.2.5.5 กระบวนการในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง

เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญาได้ทำการตกลงกันไว้โดยถูกต้อง และสมบูรณ์ ตามที่ได้กล่าวมา  
ในหัวข้อข้างต้นแล้ว กระบวนการในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง อาจแยก  
พิจารณาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

1. กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่มีต่อ  
เอกชน ให้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ มาใช้บังคับกับกรณีที่  
เจ้าหน้าที่ของรัฐจะบังคับตามสัญญาทางปกครองกับเอกชน โดยกระบวนการจะมีความแตกต่างกัน  
ไป ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่า เป็นสิทธิ  
เรียกร้องประเภทใด เช่น สิทธิเรียกร้องให้เอกชนชำระเงิน (Geldforderung) หรือเป็นสิทธิเรียกร้อง  
ให้เอกชนกระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการ

1.1 การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้เอกชน  
ชำระเงิน ได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีการบังคับทางปกครอง มาใช้  
บังคับโดยอนุโลมนั้น ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้ คือ เมื่อถึงกำหนดที่เอกชนจะต้องชำระเงินตามสัญญา  
ทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องมิหนังสือเตือนให้เอกชนชำระภายในระยะเวลาหนึ่งสัปดาห์  
เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว เอกชนยังไม่ชำระเงิน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีสิทธิออกคำ  
บังคับ และดำเนินการยึด หรืออายัดทรัพย์สินของเอกชนออกขายทอดตลาดได้ต่อไป

1.2 การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้  
เอกชนกระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำ ซึ่งได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ตาม  
พระราชบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์มาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้น มีสาระสำคัญ  
กล่าวคือ ในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการ จำยอมให้  
กระทำการ หรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญาทางปกครอง  
ให้สามารถบังคับได้ทันที เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้วิธีการบังคับทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง  
ดังต่อไปนี้ ในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง คือ

- (ก) การจัดการแทน
- (ข) ค่าปรับทางปกครอง
- (ค) การบังคับทางปกครองโดยตรง

ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ และก่อนที่เจ้าหน้าที่  
ของรัฐจะดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าว

ข้างต้นนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองภายในกำหนดเวลาที่กำหนด ซึ่งเป็นระยะเวลาที่เหมาะสมสำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับทางปกครองในทันที เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายอาญา หรือเพื่อป้องกันมิให้เกิดอันตรายเสียหายต่อสาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงได้รับยกเว้นไม่ต้องมีหนังสือเตือนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

2. กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนที่มีต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่นเดียวกับการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีต่อเอกชน การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนที่มีต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็มีความแตกต่างขึ้นอยู่กับลักษณะของสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนที่มีต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าเป็นสิทธิเรียกร้องให้ชำระเงิน หรือสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการ

2.1 การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชำระเงิน เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้ คือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถยื่นคำร้องต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลปกครองบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชำระเงินตามสัญญาทางปกครองได้ทันที โดยศาลปกครองจะเป็นผู้กำหนดมาตรการในการบังคับทางปกครอง และขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการบังคับทางปกครองต่อไป สำหรับลักษณะ และวิธีการในการบังคับทางปกครองที่ศาลปกครองเป็นผู้กำหนดนี้ ศาลปกครองไม่จำเป็นต้องกำหนดให้เป็นไปตามคำร้องของเอกชนก็ได้ แม้ว่าเอกชนจะมีคำร้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้บังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชำระเงินตามสิทธิเรียกร้องแห่งสัญญาทางปกครองก็ตาม ศาลปกครองอาจจะกำหนดมาตรการบังคับเป็นอย่างอื่นตามที่ศาลปกครองพิจารณาเห็นว่าถูกต้อง และเหมาะสมได้

ก่อนที่ศาลปกครอง จะดำเนินการกำหนดมาตรการในการบังคับทางปกครอง ศาลปกครอง จะต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะถูกบังคับตามสัญญาทางปกครอง หรือตัวแทนของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวทราบถึงมาตรการบังคับทางปกครอง ที่ศาลปกครองประสงค์จะมาใช้บังคับ ในกรณีนี้ ศาลปกครองจะต้องสั่งการ หรือเตือนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว ปฏิบัติการตามสัญญาทางปกครองภายในระยะเวลาอันสมควร ตามที่ศาลปกครองกำหนดไว้ก่อนด้วย จะต้องไม่เกินหนึ่งเดือน

เมื่อศาลปกครองได้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่จะถูกบังคับตามสัญญาทางปกครองทราบ พร้อมทั้งเตือนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ภายในระยะเวลาที่ศาลปกครองกำหนดแล้ว หากเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวยังไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ถูกต้องตาม

สัญญาทางปกครอง ศาลปกครองจะมีคำวินิจฉัยมากำหนดมาตรการในการบังคับทางปกครอง โดยศาลปกครองเป็นผู้เลือกมาตรการในการบังคับทางปกครอง โดยไม่ผูกพันตามคำร้องของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชน เช่นกำหนดว่าจะสมควรให้มีการยึด หรืออายัด และดำเนินการให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สิน เป็นต้น

ทรัพย์สินที่ศาลปกครองจะสั่งยึด หรืออายัด และดำเนินการขายทอดตลาดได้ จะต้องไม่ใช่ทรัพย์สินที่มีความสำคัญ หรือจำเป็นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ หรือให้บริการสาธารณะ เช่น อาคารของหน่วยงานราชการต่าง ๆ เนื่องจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินดังกล่าว จะมีผลเสียหายต่อการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนโดยทั่วไป หรือเป็นทรัพย์สินที่หากมีการจำหน่ายจ่ายโอนไปแล้วจะมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ตัวอย่างเช่น ห้องสมุด หอจดหมายเหตุ สวนสาธารณะ ถนน สะพาน เป็นต้น

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐคัดค้านว่าทรัพย์สินที่จะถูกยึด หรืออายัด และขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลปกครองนั้น เป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญ หรือจำเป็นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ หรือการให้บริการแก่สาธารณะ หรือเป็นทรัพย์สินที่หากมีการจำหน่ายจ่ายโอนไปแล้ว จะมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ศาลปกครองจะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด โดยก่อนที่ศาลปกครองจะวินิจฉัยชี้ขาด ศาลปกครองจะต้องรับฟังคำชี้แจง และความคิดเห็นของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาทางปกครองดังกล่าว หรือรัฐมนตรีที่รับผิดชอบของสหพันธ์ หรือมลรัฐก่อน แต่ศาลปกครองยังคงมีอิสระในการวินิจฉัยโดยไม่ผูกพันตามคำชี้แจง หรือความเห็นของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือรัฐมนตรีที่รับผิดชอบดังกล่าวแต่อย่างใด

2.2 การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชน เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการ ได้กำหนดให้การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำ เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดไว้ กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง เอกชนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลปกครอง ให้บังคับทางปกครองต่อไปได้ โดยศาลปกครองจะสั่งการ หรือเตือนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวกระทำการ จำยอมให้กระทำ หรือละเว้นกระทำการ พร้อมทั้งแจ้งให้ทราบด้วยว่า หากไม่ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลปกครองกำหนด เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะต้องจ่ายค่าปรับทางปกครอง เป็นจำนวนตามที่ศาลปกครองกำหนด และหากข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่า ภายหลังจากที่ได้มีการบังคับให้จ่ายค่าปรับทางปกครองไปแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐยังคงเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง เอกชนก็มีสิทธิยื่นคำร้องใหม่ต่อศาลปกครองเพื่อขอให้บังคับทางปกครองได้อีก และศาลปกครองมีอำนาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ

จ่ายค่าปรับทางปกครองได้อีกเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ จนกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะปฏิบัติการให้เป็นไปตาม สัญญาทางปกครอง

#### 2.2.5.6 ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายเยอรมัน

อนุญาโตตุลาการ (Schiedsgerichtsbarkeit) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาท ซึ่งมีวิวัฒนาการ ยาวนาน โดยเป็นที่นิยมอย่างสูงในทางแพ่ง โดยเฉพาะในวงการธุรกิจ เพราะเป็นวิธีที่สะดวก รวดเร็ว ประหยัดเวลา และค่าใช้จ่าย รักษาความลับทางการค้า ทั้งเป็นการลดจำนวนคดีในศาล

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ในกฎหมายวิธี พิจารณาคดีปกครอง ได้บัญญัติรับรองข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้สามารถระงับข้อพิพาทใน สัญญาทางปกครองได้<sup>10</sup>

ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีสัญญาทางปกครอง เป็นเรื่องของการกำหนด สิทธิ และหน้าที่ของคู่สัญญา เกี่ยวกับข้อพิพาททางกฎหมายก่อนนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง อัน เป็นสิทธิ และหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน ดังนั้น ข้อตกลงดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทาง ปกครอง ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ข้อสังเกตเกี่ยวกับเรื่องข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาทางปกครอง ได้แก่

1. คู่สัญญาในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องมีฐานะเท่าเทียมกันเท่านั้น เนื่องจา กการวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีฐานะเหนือกว่า เอกชน เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งต้องกระทำโดยศาลเท่านั้น

2. ข้อพิพาทที่สามารถระงับได้ด้วยกรอนุญาโตตุลาการ ต้องมิใช่ข้อพิพาทที่เป็นเนื้อหา ของการกระทำของฝ่ายปกครอง เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง การเพิกถอน คำสั่งทางปกครอง หรือข้อพิพาทเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่าย ปกครอง คู่กรณีจะตกลงใช้อนุญาโตตุลาการไม่ได้<sup>11</sup> หรือกรณีข้อพิพาทตามสัญญา ที่มีประโยชน์ สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือเป็นสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้กำหนดให้ ศาลเป็นผู้วินิจฉัยแต่ผู้เดียว เพราะบริการสาธารณะเป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง และเป็นความ รับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่เป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาดังกล่าว หาก โอนอำนาจวินิจฉัยไปให้บุคคลอื่นที่มีใช่ฝ่ายปกครอง ก็เท่ากับเป็นการโอนอำนาจในการกำกับดูแล บริการสาธารณะไปให้อนุญาโตตุลาการ ซึ่งไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ประเทศภาคพื้นยุโรป

<sup>10</sup> ในกฎหมายไทย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 15 บัญญัติว่า "คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการได้ ไม่ว่าสัญญาดังกล่าว จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่"

<sup>11</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี. เล่มเดิม. หน้า 43.

จึงพัฒนาหลักเอกสิทธิ์ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครอง ต้องเป็นของฝ่ายปกครอง เท่านั้น และเป็นเอกสิทธิ์ที่สละโดยข้อสัญญาไม่ได้ แม้จะกำหนดไว้ในสัญญา ก็ไม่ผูกพันฝ่ายปกครอง เพราะเป็นการสละอำนาจมหาชนโดยข้อสัญญา เว้นแต่เป็นอนุญาโตตุลาการตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากข้อพิพาททางปกครองดังกล่าว มิได้อยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันของคู่กรณีดังเช่นในทางแพ่ง<sup>12</sup>

อย่างไรก็ดี ข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง ที่ไม่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งได้แก่ ข้อพิพาทในส่วนที่เกี่ยวกับค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา ระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาอันเป็นเงื่อนไขในการกำหนดค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา และค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา เป็นข้อพิพาทที่จะสามารถตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากการวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่ออำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะแต่อย่างใด<sup>13</sup>

### 2.3 ข้อความตีความสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทย แตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศต้นแบบกฎหมายมหาชน เช่น ฝรั่งเศส หรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ในด้านระยะเวลาวิวัฒนาการ

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ปีพุทธศักราช 2471 มีการทำสัญญาระหว่างเจ้าเมือง กับชาวต่างประเทศ ต่อมาในปี พ.ศ. 2467 ได้มีการตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนก็ถูกเผยแพร่ใช้กับการทำสัญญาทุกประเภท รวมถึงสัญญาของทางราชการด้วย

ก่อนปี พ.ศ. 2542 ซึ่งได้มีนิยามของคำว่า "สัญญาทางปกครอง" ไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย มิได้ใช้คำว่า "สัญญาทางปกครอง" แต่ใช้คำว่า "สัญญาของฝ่ายปกครอง"

จนกระทั่งปัจจุบัน มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้น ทำให้มีศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม และบัญญัติเขตอำนาจศาลปกครอง ให้พิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะในมาตรา 3 ได้บัญญัติคำว่า

<sup>12</sup>พรพิมล บุญทวีเวช. (2547). ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง. หน้า 84-85.

<sup>13</sup>แหล่งเดิม. หน้า 86-88.

"สัญญาทางปกครอง" เอาไว้ ซึ่งถือเป็นการวางหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองลายลักษณ์อักษร เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

อย่างไรก็ดี ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย ก็มีเพียงหลักในเรื่องนิยามความหมาย และเรื่องเขตอำนาจศาลเท่านั้น หากได้มีหลักเกณฑ์อื่นที่จะประกอบรวมกันเป็นระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองได้ไม่

จะเห็นได้ว่า วิวัฒนาการสัญญาทางปกครองของประเทศไทย นับย้อนหลังไปได้เพียง 78 ปีเท่านั้นเอง ในขณะที่ประเทศที่มีวิวัฒนาการยาวนานทางด้านกฎหมายมหาชน เช่น ประเทศฝรั่งเศส ระบบสัญญาทางปกครอง เริ่มก่อตัวภายหลังปฏิวัติใหญ่ ปี 1789 (พ.ศ. 2332) ซึ่งนับย้อนหลังไปได้ถึง 217 ปี การพัฒนาระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทยจึงนับว่ายังช้าอยู่มาก<sup>14</sup> การพัฒนาระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทย จึงต้องอาศัยการศึกษาจากประเทศที่มีวิวัฒนาการทางกฎหมายมหาชนมาช้านาน อย่างประเทศฝรั่งเศส และ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยการวินิจฉัยวางหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองในเบื้องต้น และการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ในระยะยาว

### 2.3.1 การเกิดขึ้นของสัญญาของฝ่ายปกครอง

เนื่องจากแนวคิด "สัญญาทางปกครอง" เป็นแนวคิดใหม่ในระบบกฎหมายไทย ก่อนหน้าปี พ.ศ. 2542 แนวคิดการทำสัญญาไม่ว่าของรัฐ หรือเอกชน จึงตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายแพ่ง ซึ่งการจะเกิดเป็นสัญญาได้นั้น ต้องอาศัยการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ คำสนองที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญา ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1825/2522 กรมทางหลวง โจทก์ ห.จ.ก. สหพัฒนชัยฯ กับพวก จำเลย ประกาศให้ยื่นประกวดราคาของจำเลย เป็นคำเชิญชวนให้ทำคำเสนอ หนังสือเสนอราคา เป็นคำเสนอ โจทก์รับคำประกวดราคาของจำเลย และแจ้งให้จำเลยไปทำหนังสือสัญญาตามกำหนดในประกาศเรียกประกวดราคา เป็นคำสนอง สัญญาจะเกิดต่อเมื่อโจทก์จำเลยทำสัญญาเป็นหนังสือตามที่กำหนดในประกาศ จำเลยไม่ไปทำหนังสือสัญญา โจทก์รับมัดจำของประกวดราคา ได้ตามข้อตกลงในการประกวดราคา แต่ยังไม่มีการซื้อขาย จำเลยไม่ต้องใช้ค่าเสียหายที่โจทก์ซื้อของแพงกว่าราคาที่จำเลยเสนอขายแก่โจทก์

แม้ภายหลังปี พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครองถูกตราขึ้น ก็มีได้บัญญัติหลักใด ๆ เกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญาของฝ่ายปกครองเอาไว้ การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง ก็ยังคงใช้หลักตามสัญญาแพ่งเหมือนเดิม ซึ่งก็เป็นไปตาม

<sup>14</sup>บรรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 1 และ 7.

หลักสากล ทั้งในประเทศฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หากแต่คู่สัญญาภาครัฐ อาจถูกจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาอยู่บ้าง ภายใต้หลักนิติรัฐ เช่น หลักความเสมอภาค หลักความเป็นธรรม กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ไม่อาจจะเลือกคู่สัญญาได้ตามอำเภอใจ หากแต่ต้องให้ความเสมอภาคเป็นธรรมแก่ประชาชนทุกคนในการเสนอราคา และเลือกทำสัญญากับบุคคลที่ให้ราคาต่ำสุด หรือมีคุณสมบัติตรงความต้องการมากที่สุด เป็นต้น

### 2.3.2 ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครอง

สัญญาของฝ่ายปกครองในช่วงก่อนการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้มีการแบ่งแยกประเภทสัญญาของฝ่ายปกครองไว้ชัดเจน แต่อาจพิจารณาได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง อย่างหนึ่ง และสัญญาสัมปทานอีกอย่างหนึ่ง

สัญญาจัดซื้อ ได้แก่การจัดหาทรัพย์สินให้กับทางราชการ ไม่ว่าจะเป็นวิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา หรือวิธีพิเศษ

สัญญาจัดจ้าง ได้แก่การจัดแรงงาน เพื่อการงานของราชการ ไม่ว่าจะเป็นการจ้างโดยวิธีพิเศษ วิธีตกลง วิธีคัดเลือก หรือวิธีคัดเลือกแบบจำกัดข้อกำหนด

สัญญาสัมปทาน ไม่ว่าจะเป็นสัมปทานให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาร่วมทุน หรือสัญญาการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของราชการ

สัญญาของฝ่ายปกครองหลังจากมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีความชัดเจนขึ้นมาก โดยในมาตรา 3 ได้ให้คำนิยามไว้ จึงสามารถแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองออกได้เป็น 4 ประเภท ได้แก่

สัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้มีบริการสาธารณะ สัญญาจัดทำสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

### 2.3.3 มาตรการบังคับทางปกครองกรณีผิดสัญญาของฝ่ายปกครอง

ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง เมื่อมีกรณีผิดสัญญาของฝ่ายปกครอง ก็จะมีการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรม ๆ ก็จะมีคำพิพากษา คำบังคับ และบังคับคดีไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา ยังได้จัดตั้ง "คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์" ขึ้นมาทำหน้าที่วินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ อันเป็นข้อพิพาททางปกครองระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ กับเอกชนด้วยเช่นกัน ดังนั้น การนำคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองไปให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พิจารณา จึงเป็นทางเลือกอีกทางหนึ่งที่คู่สัญญาอาจนำข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และจากนั้น เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการใช้บังคับในปี พ.ศ. 2530 ก็มี

การนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของทางราชการอีกด้วย จนกระทั่งเมื่อประเทศไทยประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ได้มีการบัญญัติถึงเรื่องการมีศาลปกครองไว้ในมาตรา ๒๗๖ ถึงมาตรา ๒๘๐ ศาลปกครองจึงได้ถือกำเนิดขึ้นเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แต่ก็หาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองในกรณีผิดสัญญาของฝ่ายปกครองไม่

มาตรการบังคับทางปกครองในประเทศไทย ยังคงจำกัดอยู่เฉพาะกรณีการทำละเมิดต่อกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น

พระราชบัญญัติ ภาษีบำรุงท้องที่ พ.ศ. ๒๕๐๘ มาตรา 45 บัญญัติว่า "ให้เจ้าของที่ดินเสียเงินเพิ่มนอกจากเงินที่ต้องเสียภาษีบำรุงท้องที่ในกรณี และอัตราดังต่อไปนี้

(1) ไม่ยื่นแบบแสดงรายการที่ดินภายในเวลาที่กำหนด ให้เสียเงินที่เพิ่ม ร้อยละสิบของจำนวนเงินที่ต้องเสียภาษีบำรุงท้องที่.."

ในกฎหมายสิ่งแวดล้อม ตามพระราชบัญญัติส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา 82 บัญญัติว่า "เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษ มีอำนาจดังนี้

(3) ออกคำสั่งเป็นหนังสือ สั่งปรับเจ้าของ หรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษ

ในกฎหมายว่าด้วยการจราจร ได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานมีอำนาจยึดรถ ดังที่พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา 78 วรรคสอง บัญญัติว่า "ในกรณีที่ผู้ขับขี่ หรือควบคุมสัตว์ หลบหนี ไม่แสดงตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สถานที่เกิดเหตุ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็นผู้กระทำความผิด และให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจยึดรถคันที่ผู้ขับขี่หลบหนี หรือไม่แสดงตัวไว้ จนกว่าคดีจะถึงที่สุด.."

ในกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต ได้ให้อำนาจนายทะเบียนสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ดังที่พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา 81 บัญญัติว่า "นายทะเบียนมีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันชีวิต หรือใบอนุญาตเป็นนายหน้าประกันชีวิต เมื่อปรากฏเหตุว่า ตัวแทนประกันชีวิต หรือนายหน้าประกันชีวิต..."

มาตรการบังคับทางปกครอง ซึ่งเป็นการปฏิบัติการทางปกครองในการเข้าไปรื้อถอนทำลาย หรือขอย้ายทรัพย์สินของเอกชนโดยเอกชนนั้นเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย ถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนที่รุนแรงมากมาตรการหนึ่ง และเสี่ยงต่อการโต้แย้งขัดขวางจากเอกชนผู้ถูกบังคับอย่างยิ่ง กฎหมายจึงได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง แต่เฉพาะที่จำเป็นแก่การดำเนินการบริการสาธารณะอันเป็นการริเริ่ม และเพื่อความต่อเนื่องในการจัดทำ และให้บริการสาธารณะ ดังใน



พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ มาตรา 29 บัญญัติว่า "ในการส่ง และการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้า ให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอำนาจ

(3) รื้อถอนโรงเรือน หรือ ทำลายสิ่งอื่นที่สร้างขึ้น หรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟัน ตัดต้น ตัดกิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลในเขตเดินสายไฟฟ้า

ก่อนจะดำเนินการตาม.. (3).. ให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแจ้งเป็นหนังสือให้เจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องทราบ เจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอาจยื่นคำร้องแสดง เหตุที่ไม่สมควรทำเช่นนั้น ไปยังคณะกรรมการเพื่อวินิจฉัยภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ ได้รับหนังสือแจ้ง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด"

และเมื่อปี พ.ศ. 2539 ก็ได้มีกฎหมายกลางในทางปกครอง คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมวด 2 ส่วน 8 ได้บัญญัติเรื่อง การบังคับทางปกครอง เอาไว้ แต่ก็เป็นการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง หากใช้การบังคับกรณีผิดสัญญาทางปกครองไม่

## บทที่ 3

### ประเภทของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

#### 3.1 สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐด้วยกัน

ในหัวข้อนี้ มีหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปสองประการ ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ประการแรก สัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนสองนิติบุคคลจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอ เช่น สัญญาระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประการที่สอง สัญญาที่ทำระหว่างเอกชน คู่สัญญาเป็นเอกชนทั้งสองฝ่าย จะไม่สามารถเป็นสัญญาทางปกครองได้ แม้ว่าหน้าที่ในการทำตามสัญญา หรือหนี้ที่เกิดขึ้นตามสัญญาจะเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะก็ตาม<sup>15</sup>

ในประเทศฝรั่งเศส เดิมมิได้แยกกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน ต่อมา ศาลชี้ขาดอำนาจศาล ได้วางหลักใหม่ว่า "สัญญาที่ทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น โดยหลักแล้ว มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง" นับแต่ศาลชี้ขาดอำนาจศาลได้วางหลักนี้ สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน ให้สันนิษฐานว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนนั้น ตามปกติย่อมใช้วิธีการในการบริหารแบบมหาชน แต่หลักดังกล่าว ไม่ใช่บังคับในกรณีที่ เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว สัญญานั้น เพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนเท่านั้น เช่น สัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทำสัญญากับการไฟฟ้า เพื่อซื้อกระแสไฟฟ้า ท้องถิ่นมีฐานะเป็นเพียงผู้ใช้บริการไฟฟ้าเหมือนเอกชนทั่วไป<sup>16</sup>

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้ เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ ไม่

---

<sup>15</sup> ฉ็อง-โกลิต เวเนเซีย. (2546, 1 มกราคม - เมษายน). "สัญญาทางปกครอง." วิชาการศาลปกครอง, 3, 1. หน้า 38.

<sup>16</sup> บุปผา อัครพิมาน. (2545). สัญญาทางปกครอง : แนวคิด และหลักกฎหมายของฝรั่งเศส และของไทย. หน้า 25-26.

อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวได้ เพราะคู่สัญญาในฐานะเท่าเทียมกัน<sup>17</sup> ยกตัวอย่าง เช่น สัญญาที่องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นสองแห่งที่มีอาณาเขตติดต่อกัน อาจตกลงกำหนด สิทธิหน้าที่ในการดูแลรักษาดำน้ำ ที่ตั้งอยู่ระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสองแห่งได้ สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง หากองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นใดไม่ปฏิบัติตามสัญญา องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอีกแห่งหนึ่ง อาจฟ้องร้องยังศาลปกครองให้มีคำบังคับได้<sup>18</sup> หรือการ ร่วมทุนกันสร้างเครื่องกำจัดขยะของระหว่างสองเทศบาล เป็นต้น

เมื่อสังเกตลักษณะทั่วไปของสัญญาซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน อันเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่า คู่สัญญาต่างมีฐานะที่เท่าเทียมกัน โดยทั้งสองฝ่าย ต่างก็เป็นฝ่ายปกครอง หรือเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐเหมือนกัน ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทจากสัญญา ดังกล่าวขึ้น การที่จะใช้มาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครอง โดยให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้า บังคับการให้เป็นไปตามสัญญาได้เอง อันเป็นลักษณะการใช้อำนาจเหนือ โดยไม่ต้องฟ้องร้องยังศาล ให้ศาลออกคำบังคับนั้น จึงมีอาจทำได้ในสัญญาซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลมหาชน ด้วยกันนี้ โดยข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ต้องส่งให้ศาลปกครอง เป็นผู้พิจารณาพิพากษา ทั้งนี้ ยัง สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อีกด้วย โดยมาตราดังกล่าวบัญญัติว่า "การบังคับทางปกครอง ไม่ใช้กับเจ้าหน้าที่ด้วยกัน"

อย่างไรก็ดี กรณีที่คู่สัญญาที่พิพาทกัน ต่างก็เป็นหน่วยงานของรัฐนี้ หากเป็นข้อ พิพาททางแพ่ง ในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2539 รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี (ท่านอาจารย์ โภคิน พลกุล) ได้เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเกี่ยวกับ “การยุติการดำเนินคดีแพ่งของส่วน ราชการ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง” เพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติ ให้ยุติการดำเนินการให้ได้ภายใน ฝ่ายบริหาร โดยให้มีคณะกรรมการชุดหนึ่ง เพื่อพิจารณาชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วน ราชการ ซึ่งตั้งโดยมติคณะรัฐมนตรี เป็นผู้ชี้ขาด<sup>19</sup> โดยคณะกรรมการดังกล่าว ประกอบไปด้วย

- |                                   |                                 |
|-----------------------------------|---------------------------------|
| 1. รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี | เป็นประธานกรรมการ <sup>20</sup> |
| 2. ปลัดกระทรวงการคลัง             | เป็นกรรมการ                     |
| 3. ปลัดกระทรวงยุติธรรม            | เป็นกรรมการ <sup>21</sup>       |

<sup>17</sup> แหล่งเดิม. หน้า 76.

<sup>18</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2546). หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง. หน้า 219.

<sup>19</sup> มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 11 มีนาคม 2540

<sup>20</sup> ต่อมาได้เปลี่ยนเป็น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 19 มีนาคม 2545

<sup>21</sup> เพิ่มขึ้นตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 1 ตุลาคม 2545

4. เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นกรรมการ

5. อัยการสูงสุด เป็นกรรมการ และเลขาธิการ

ข้อพิพาทในคดีแพ่ง ที่คณะกรรมการชุดนี้จะวินิจฉัย ได้แก่ ข้อพิพาทระหว่างส่วนราชการกับส่วนราชการ ส่วนราชการกับรัฐวิสาหกิจ รัฐวิสาหกิจกับรัฐวิสาหกิจ ส่วนราชการกับเอกชน และรัฐวิสาหกิจกับเอกชน<sup>22</sup> โดยกรณีข้อพิพาทระหว่างส่วนราชการด้วยกัน ส่วนราชการกับรัฐวิสาหกิจ หรือ รัฐวิสาหกิจด้วยกัน ให้ส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจนั้น ส่งเรื่องพิพาทให้สำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินการโดยทันที และให้สำนักงานอัยการสูงสุดส่งเรื่องให้คณะกรรมการชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาตัดสินชี้ขาด และเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาเพื่อทราบ โดยอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าว ก็เพื่อที่จะชี้ขาดว่าจะให้ดำเนินคดีต่อไปหรือไม่ ประการใด ทั้งนี้เพราะอยู่บนพื้นฐานที่ว่า ต่างก็เป็นหน่วยงานของรัฐด้วยกัน แม้จะดำเนินคดีจนคดีถึงที่สุด งบประมาณที่จะนำมาใช้ชำระตามคำพิพากษา ก็ล้วนแต่เป็นงบประมาณจากงบประมาณแผ่นดินเดียวกันทั้งสิ้น<sup>23</sup>

กรณีการยุติการดำเนินคดี ตามมติคณะรัฐมนตรีดังที่กล่าวมานี้ แม้จะเป็นกรณีการยุติการดำเนินคดีแพ่งเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แต่ก็นับว่าเป็นแนวความคิดในการระงับข้อพิพาทที่ดี ประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี และลดภาระของศาลและบุคลากรที่เกี่ยวข้องลงไปอย่างมาก จึงน่าจะได้นำแนวคิดตามมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นการยุติการดำเนินคดีแพ่ง มาใช้กับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย เพราะโดยหลักแล้ว ไม่ควรที่จะให้ข้อพิพาทภายในฝ่ายปกครอง ต้องไปสู่กระบวนการทางศาล ให้ศาลต้องชี้ขาดอีกครั้ง โดยควรจะมีองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง มาจัดการกับปัญหาภายในให้เสร็จสิ้นไปทีเดียว

กระบวนการในการยุติการดำเนินคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น อาจเทียบเคียงกับกรณีการยุติการดำเนินคดีแพ่ง ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมาแล้วได้ โดยเมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งคู่สัญญาเป็นหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ก็ให้ส่งข้อพิพาทดังกล่าว ไปยังคณะกรรมการ ซึ่งน่าจะไม่ใช่คณะกรรมการชุดเดียวกับที่ได้วินิจฉัยในคดีแพ่ง เนื่องจากข้อพิพาทของหน่วยราชการนั้น คำว่าหน่วยราชการ นั้น หมายถึง ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และรัฐวิสาหกิจ ดังนั้น ภาระงานของคณะกรรมการชุดนี้จึงมีอยู่เป็นจำนวนมาก ประกอบกับกรรมการแต่ละท่านก็เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง ซึ่งมีภาระงานที่ต้องทำเป็น

<sup>22</sup>กรณีรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินธุรกิจการค้า หรือบริการเป็นปกติ ได้รับยกเว้น ตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 21 มี.ค. 2541

<sup>23</sup>สอดคล้องกับมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 11 พ.ย. 2496 ที่ว่า “ห้ามมิให้ส่วนราชการ และรัฐวิสาหกิจ ฟ้องความแพ่งกัน เพราะเป็นของรัฐบาลด้วยกัน”

ประจําาร่วมอยู่ด้วย จึงสมควรที่จะต้องมีคณะกรรมการชุดใหม่ เพื่อพิจารณาขุดซื้อพิพาททางปกครอง เรียกชื่อว่า คณะกรรมการชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีสัญญาทางปกครอง ระหว่างส่วนราชการ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

เมื่อคณะกรรมการชี้ขาดคดีสัญญาทางปกครอง ได้รับข้อพิพาทของส่วนราชการมาแล้ว ก็จะทำการวินิจฉัยว่า ข้อพิพาทดังกล่าว เป็นข้อพิพาทสำคัญ หรือข้อพิพาทเล็กน้อย หากเป็นข้อพิพาทสำคัญ ก็จะมีคำสั่งให้ไปดำเนินการต่อทางศาลปกครอง แต่หากเป็นคดีเล็กน้อย ก็จะได้มีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐที่เป็นฝ่ายผิดสัญญาปฏิบัติตาม และให้หน่วยงานของรัฐที่ตกอยู่ภายใต้คำสั่งดังกล่าว ตั้งงบประมาณเพื่อชำระให้แก่หน่วยงานคู่สัญญาต่อไป เพราะกรณีดังกล่าว ไม่อาจใช้การบังคับคดีโดยยึดอายัดทรัพย์สินได้ เนื่องจากทรัพย์สินของราชการ ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับคดี

### 3.2 สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐ กับเอกชน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ โดยปกติ เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่ง กับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปทางมหาชน ฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้ว กฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของกลุ่มสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะในกรณีที่น่าจำเป็น และในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริง ๆ เท่านั้น

สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้ แม้ว่าโดยปกติจะเป็นเรื่ององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวก็มิได้จำกัดเฉพาะการเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่ยังรวมถึงกรณีอื่น ๆ ที่เป็นการตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย<sup>24</sup> สัญญาประเภทนี้ ยื่นอยู่ในความสัมพันธ์ระดับบน และล่าง ยกตัวอย่างเช่น สัญญาเกี่ยวกับการจ่ายเงินอุดหนุนที่รัฐให้แก่เอกชน หรือสัญญาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์สาธารณะ<sup>25</sup>

การแยกหมวดหมู่ของสัญญาทางปกครองที่จะได้นำเสนอต่อไปนี้ จะได้จัดแยกตามค่านิยาม มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

<sup>24</sup>บุบผา อัครพิมาน. เล่มเดิม. หน้า 76.

<sup>25</sup>บรรศักดิ์ อูวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 73.

และตามที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเอาไว้ รวมถึงตามที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้เคยมีคำวินิจฉัยเอาไว้ ตามลำดับ

### 3.2.1 สัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา 3 ได้บัญญัติประเภทของสัญญาทางปกครองเอาไว้กว้าง ๆ 4 ประเภท ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และต่อมา ศาลปกครองสูงสุด ได้วางหลักขยายขอบเขตความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเพิ่มเติมว่า "สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้น มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้น ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง"<sup>26</sup>

ตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการ คือวันที่ 9 มีนาคม 2544 ได้มีคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหลายคดี ศาลปกครองได้วินิจฉัยแยกประเภทของคดีสัญญาทางปกครองต่าง ๆ ไว้ดังต่อไปนี้

#### 3.2.1.1 สัญญาสัมปทาน

"สัมปทาน" พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายความว่า การที่ฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับ

<sup>26</sup> โภคิน พลกุล. (2544, 18 กันยายน). คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, เอกสารประกอบการพิจารณา เรื่อง สัญญาทางปกครอง ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด. อ้างถึงใน นพเก้า เกื่อนชัย. (2548). ความหมายของสัญญาทางปกครอง : ศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล. หน้า 63.

ทรัพยากรธรรมชาติ ภายในระยะเวลา และเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองกำหนด ด้วยทุน และความเสี่ยง ภัยของเอกชนเอง โดยฝ่ายปกครองให้สิทธิเอกชนที่จะเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการ เช่น ให้เดินรถแล้วให้เก็บค่าโดยสาร เป็นต้น สัญญาสัมปทานนี้ ศาลปกครองวินิจฉัยตามที่ บัญญัติในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เท่านั้น มิได้วางหลักใดเพิ่มเติม การที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญ ประกอบด้วย (1) ฝ่ายปกครองตกลงให้เอกชนคู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ หรือทำประโยชน์กับทรัพยากรธรรมชาติ ได้ด้วยทุนของเอกชนเอง ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครอง กับเอกชนเป็นความสัมพันธ์ทาง สัญญา บุคลากรของเอกชนไม่มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ (2) ทรัพย์สินที่ผู้รับสัมปทานนำมาใช้ ในการจัดทำบริการสาธารณะ ถือเป็นทรัพย์สินของเอกชน ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองเช่นทรัพย์สิน ของรัฐ (3) กิจการที่ให้เอกชนจัดทำ ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุม และมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขใน การเปิดถอนสัมปทานไว้ด้วย และ (4) บริการสาธารณะที่ให้เอกชนดำเนินการ ต้องไม่เป็นบริการ สาธารณะที่เกี่ยวกับความมั่นคง หรือความปลอดภัยของประเทศ<sup>27</sup>

สัญญาสัมปทาน จะประกอบไปด้วย สัมปทานบริการสาธารณะ ประเภทหนึ่ง และ สัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อีกประเภทหนึ่ง คดีสัญญาสัมปทานจากคำ วินิจฉัยของศาลปกครองที่สำคัญ ได้แก่

### 3.2.1.1.1 สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

สัญญาระหว่างบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) ผู้ฟ้องคดี กับ องค์การโทรศัพท์ แห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาร่วมการทำงาน และร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ ในเขตภูมิภาค 1.5 ล้านเลขหมาย ข้อกำหนดในสัญญากำหนดขึ้นโดยอ้างอิงอำนาจหน้าที่ตาม กฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดี ต่อมามีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ซึ่งให้มีกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรร คลื่นความถี่ และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง และกิจการโทรคมนาคม ทำให้สถานะของผู้ถูก ฟ้องคดีเปลี่ยนไป จากผู้มีอำนาจสิทธิขาดในการประกอบกิจการโทรศัพท์ และกำกับดูแลการ ประกอบกิจการโทรคมนาคม เป็นเพียงผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายหนึ่ง ข้อกำหนดใน สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะที่ขัดต่อหลักการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องแก้ไขสัญญาให้สอดคล้องกับกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีมี หนังสือขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขสัญญาแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการ ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี

<sup>27</sup>นพแก้ว เตือนชัย. (2548). ความหมายของสัญญาทางปกครอง : ศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล. หน้า 106.

ร่วมกับผู้ฟ้องคดีแก้ไขสัญญาร่วมการงาน และร่วมทุนขยายบริการโทรศัพท์ในภูมิภาค งดเว้นการใช้สิทธิบางประการตามสัญญา หรือแต่งตั้งบุคคลอื่นเพื่อทำหน้าที่ต่าง ๆ ตามข้อกำหนดในสัญญา ดังกล่าวแทนผู้ถูกฟ้องคดี

คดีดังกล่าวมีประเด็นข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยว่า คดีดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน และสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒<sup>28</sup>

กรณีดังกล่าว มิใช่การปฏิบัติผิดสัญญาอย่างชัดเจน หากแต่เป็นการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ร้องขอให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง แก้ไขข้อกำหนดในสัญญาให้เป็นไปตามสภาพแวดล้อมทางกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งการขอแก้ไขข้อกำหนดในลักษณะนี้ จำต้องพิจารณากฎหมายที่หลากหลาย เช่น รัฐธรรมนูญ กฎหมายว่าด้วยองค์การโทรศัพท์ หรือกฎหมายว่าด้วยองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ ประกอบกับต้องพิจารณาข้อสัญญาที่จะแก้ไข โดยสภาพแล้วจะเห็นได้ว่ามีขั้นตอน กระบวนการที่ซับซ้อน มีข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายต้องพิจารณาร่วมด้วยอย่างมาก ข้อพิพาทตามประเด็นนี้ จึงสมควรที่จะให้ศาลปกครอง เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด

ในทางตรงกันข้าม หากคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ต้องการจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญา เพราะเหตุที่สภาพแวดล้อมทางกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป เมื่อพิจารณาถึงผลของการเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครอง สามารถแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้ แม้ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใดก็ตาม เพราะฝ่ายปกครอง ย่อมมีเอกสิทธิพิเศษบางประการอยู่เหนือฝ่ายเอกชน หากข้อสัญญาที่แก้ไวนั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ กรณีนี้จึงไม่มีความจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

การให้บริการโทรศัพท์ เป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง องค์การโทรศัพท์ ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ทำสัญญาร่วมการงานให้บริษัท ทีที แอนด์ที จำกัด เข้าร่วมดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาดังกล่าว คู่สัญญาต่างก็ประกอบกิจการอย่างเดียวกัน ซึ่งมีลักษณะเป็นการแข่งขันกัน เช่นนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้กำกับดูแลกิจการ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ประกอบกิจการ การจะให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องตกลงยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันทีเมื่อตนผิดสัญญา โดยสภาพทางธุรกิจแล้ว จึงไม่อาจเป็นไปได้

สัญญาระหว่าง บริษัท แพ็คลิงค์ (ประเทศไทย) จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ การสื่อสารแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เพื่อให้บริการ

<sup>28</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่)



วิฤตติตามตัวระบบดิจิทัล โดยสัญญากำหนดให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำบริการสาธารณะด้านการสื่อสาร ด้วยวิฤตติตามตัวแก่ประชาชนทั่วไป มีเครือข่ายให้บริการทั่วประเทศ มีการแบ่งรายได้ร่วมกัน ระหว่างผู้ฟ้องคดี และผู้ถูกฟ้องคดี มีกำหนดระยะเวลา 15 ปี โดยผู้ฟ้องคดี เป็นผู้จัดหา และจัดเตรียมเครื่อง และอุปกรณ์ทั้งหมดให้มีจำนวนเพียงพอต่อการใช้งาน รวมทั้งดำเนินการให้มีบริการวิฤตติตามตัว และบำรุงรักษาซ่อมแซมเครื่อง และอุปกรณ์ทั้งหมดด้วยค่าใช้จ่ายของผู้ฟ้องคดีเอง ให้บรรดาเครื่อง และอุปกรณ์ทั้งหมด ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ถูกฟ้องคดี ตั้งแต่วันเริ่มเปิดให้บริการ ส่วนเครื่อง และอุปกรณ์ที่ผู้ฟ้องคดีนำมาใช้หลังจากวันเปิดทำการ ให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีตรวจสอบ และให้ความเห็นชอบเป็นหนังสือแล้ว ข้อพิพาทในคดีนี้ เนื่องจาก ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีไปทำสัญญาขอใช้อาคารสถานที่ของผู้ถูกฟ้องคดี โดยมีข้อกำหนดว่าจะต้องเรียกเก็บค่าใช้จ่ายตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนด แต่ผู้ฟ้องคดีปฏิเสธที่จะทำสัญญาดังกล่าว ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีชำระเงินค่าบำรุงรักษาพื้นที่ จำนวน 72,150,344.- บาท และต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือให้ผู้ฟ้องคดีชำระเงินค่าบำรุงรักษาพื้นที่ จำนวน 81,509,848.- บาท มิฉะนั้นจะใช้สิทธิบังคับตามหลักประกัน และจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ให้บริการวิฤตติตามตัวนี้เสีย<sup>29</sup>

กรณีการผิดสัญญาในคดีนี้ ได้แก่ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ใช้ที่ดินของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ในการติดตั้งเครือข่ายสัญญาณวิฤตติตามตัว แต่ฝ่ายเอกชน ยังมิได้ทำสัญญาขอใช้บริเวณจากฝ่ายปกครอง อีกทั้งเมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีหนังสือให้ชำระค่าบำรุงรักษาพื้นที่ ฝ่ายเอกชน ก็ไม่ชำระ จะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองเช่นนี้ มีลักษณะเป็นสัญญาทางธุรกิจ ซึ่งมีความซับซ้อน และมีการขัดกันเรื่องผลประโยชน์ และเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะโดยตรง คู่สัญญาจึงเสมือนมีฐานะที่เท่าเทียมกัน จึงไม่ควรให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับได้เอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา คดีพิพาทที่เกิดจากการผิดสัญญาทางปกครองชนิดนี้ จึงต้องอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง

สัญญาระหว่าง บริษัท เทเลเมค คอร์ปอเรชั่น จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ การสื่อสารแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาร่วมลงทุนกับผู้ถูกฟ้องคดี จัดตั้งบริษัท เทเลการ์ด คอร์ปอเรชั่น จำกัด เพื่อดำเนินกิจการโทรคมนาคม รวมทั้งให้บริการบัตรโทรศัพท์ ระหว่างประเทศชนิดเก็บเงินล่วงหน้า และชนิดหักบัญชี ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดี ได้เรียก บริษัท เทเลการ์ด คอร์ปอเรชั่น จำกัด ให้ชำระค่าบริการการใช้บัตรโทรศัพท์ระหว่างประเทศ แม้ไม่มีผู้รับปลายทาง อันเป็นการเรียกเก็บหนี้ที่ยังไม่เกิดขึ้น นอกจากนั้น พนักงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ควบคุม

<sup>29</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 572/25456

วงจรโทรศัพท์ระหว่างประเทศ ได้มีการกระทำในลักษณะเป็นการรบกวนขัดขวางให้เกิดข้อขัดข้องในการใช้บัตรโทรศัพท์ หรือใช้ได้โดยไม่สะดวก อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดียังได้เข้าเป็นคู่สัญญา และกระทำการอันเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญารายอื่น ทำให้บัตรโทรศัพท์ของผู้ฟ้องคดีได้รับความนิยมน้อยลง รายได้บริษัทจึงตกต่ำตลอดมา ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งให้บริษัท เทเลการ์ด คอร์ปอเรชั่น จำกัด ชำระหนี้ค่าใช้โทรศัพท์ระหว่างประเทศ จำนวน 14,079,150.- บาท พร้อมดอกเบี้ย หากไม่ชำระผู้ถูกฟ้องคดีจะระงับการให้บริการโทรศัพท์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการพ้นวิสัยที่จะปฏิบัติได้ ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือขอให้ทบทวน และขอเวลาในการปฏิบัติ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ระงับการให้บริการโทรศัพท์ระหว่างประเทศ และออกคำสั่งมิให้พนักงานของบริษัทผู้ฟ้องคดีเข้าไปในสถานที่เช่า รวมทั้งมีหนังสือบอกเลิกสัญญาดำเนินการให้ใช้บัตร โทรศัพท์ระหว่างประเทศ และผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือเรียกให้ธนาคารเอเชีย จำกัด (มหาชน) ชำระเงินตามสัญญาค้ำประกัน<sup>30</sup>

การผิดสัญญาในคดีนี้ ได้แก่ การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ชำระค่าบริการการใช้บัตร แม้ไม่มีผู้รับปลายทาง ซึ่งเป็นผลให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญา และเรียกให้ผู้ค้ำประกัน ชำระเงินตามสัญญาค้ำประกัน การผิดสัญญาในประเด็นนี้ มีข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายซับซ้อน และเป็นเรื่องทางเทคนิคการให้บริการโทรคมนาคม อาจต้องมีการอ้างอิงผู้เชี่ยวชาญพิเศษ ดังนั้น สัญญาทางธุรกิจเช่นนี้ จึงสมควรให้ศาลปกครอง เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย

นอกจากนี้สัญญาที่ได้ยกตัวอย่างมาแล้ว ยังมีสัญญาสัมปทานอีกมากมายที่รัฐให้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำบริการสาธารณะขนาดใหญ่อีก เช่น สัญญาสัมปทานรถไฟฟ้า BTS หรือ สัญญาสัมปทานสร้างทางด่วน เป็นต้น ซึ่งหากเราพิจารณาธรรมชาติของสัญญาสัมปทาน จะเห็นได้ว่า สัญญาดังกล่าว เป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หรือร่วมการงานในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นการลงทุนขนาดมหาศาล โดยความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง และด้วยการลงทุนทางการเงินจำนวนมากของเอกชนดังกล่าวนี้เอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ย่อมต้องการความมั่นใจในการลงทุนว่า หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องกับสัญญาสัมปทานที่ตนเป็นคู่สัญญา ข้อพิพาทจะถูกยุติลงโดยองค์กรที่เป็นกลาง มีความเชี่ยวชาญด้านการตัดสินข้อพิพาท ผ่านการตรวจสอบ กลั่นกรองข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายในคดีอย่างรอบคอบ และเป็นองค์กรที่เป็นที่ยอมรับในการระงับข้อพิพาทอย่างเป็นสากล เพื่อที่จะบังคับตนเอง หรือคู่กรณีฝ่ายรัฐให้ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา อีกทั้งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาของสัญญาสัมปทาน ได้แก่ การจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม เช่น ผู้ใช้บริการโทรศัพท์พื้นฐาน ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ผู้ใช้บริการทางด่วน หรือผู้บริภกรรถไฟฟ้า เป็นต้น

<sup>30</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 610/25456

และด้วยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่จะกระทบกระเทือนกับประชาชนในวงกว้าง เช่นนี้ หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องด้วยสัญญาสัมปทาน ประชาชนส่วนใหญ่ก็อาจจะได้รับความกระทบกระเทือนจากข้อพิพาทดังกล่าวด้วย ไม่มากก็น้อย ดังนั้น หากจะมีการตกลงในสัญญาสัมปทาน ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาสัมปทาน อันเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งได้ทันที โดยไม่ต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลให้ศาลออกคำสั่งบังคับ ย่อมจะก่อให้เกิดความไม่มั่นใจแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้ต้องลงทุน และรับความเสี่ยงภัยด้วยตัวเองว่าอาจได้รับการบังคับให้ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา หรือถูกยึด อาัยคทรัพย์ หรือถูกยกเลิกสัญญาได้ โดยไม่ได้ถูกถ่วงถ่วงความถูกต้องให้รอบคอบเสียก่อน และอาจทำให้การลงทุนของคุณเสียหายอย่างมากก็ได้ ซึ่งโดยธรรมชาติของการทำสัญญาทางธุรกิจแล้ว คงไม่มีคู่สัญญาเอกชนคนใดยอมทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีข้อสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถยึด อาัยค และขายทอดตลาดทรัพย์สินของตนเองได้ เมื่อตนเองผิดสัญญาอย่างแน่นอน อีกทั้งอาจจะทำให้การให้บริการสาธารณะที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาสัมปทานต้องเสียหาย หยุดชะงัก และส่งผลกระทบต่อประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นอย่างมาก และหากมองถึงความเสียหายของการลงทุนโดยรวม การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับตามสัญญาได้เอง ย่อมไม่เป็นการดึงคุณักลงทุนให้เข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองอีกด้วย

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า สัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาที่มีขนาดใหญ่ มีการลงทุนอย่างมหาศาล และผลของสัญญากระทบกระเทือนประชาชนจำนวนมาก เพื่อความมั่นใจในการลงทุน และดึงคุณักลงทุน และเพื่อให้การให้บริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ทัวถึง การระงับข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ จึงสมควรให้ศาลปกครอง เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แทนที่จะให้ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาด้วยตนเองได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าว นอกจากนี้ สัญญาทางปกครองขนาดใหญ่ เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนี้ ส่วนมากจะมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วยเสมอ ซึ่งผลของการมีข้อสัญญาให้ระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ ทำให้มีข้อกฎหมาย และข้อเท็จจริง ซึ่งต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำผิดสัญญาได้หรือไม่ ซึ่งจะได้อธิบายโดยละเอียดต่อไปในหัวข้อที่ 2.2.5.6

### 3.2.1.1.2 สัญญาสัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาระหว่างนายสมศักดิ์ โสภณสุขสถิตย์ ผู้ฟ้องคดี กับ กรมป่าไม้ ที่ 1 และกระทรวงเกษตรฯ ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลนในท้องที่ตำบลห้วยน้ำขาว จังหวัดกระบี่ ระยะเวลาสัมปทาน 15 ปี กระทรวงเกษตรฯ ได้มอบอำนาจให้อธิบดีกรมป่าไม้กวัดขันมิให้มีการทำผิดสัญญาสัมปทานอย่างเคร่งครัด อธิบดีกรมป่าไม้มีคำสั่งระงับการทำ

ไม่ไว้โดยไม่มีกำหนด เนื่องจากกรมป่าไม้กำลังพิจารณาเรื่องการยกเลิกสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน ตามมติคณะรัฐมนตรี ทำให้ผู้ฟ้องคดี ต้องหยุดการทำไม้ตามคำสั่งดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการขาดรายได้ระหว่างที่ไม่ได้ทำไม้ป่าชายเลน จึงฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจำนวน 1,600,000.- บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี ต่อศาลปกครอง<sup>31</sup>

การกระทำผิดสัญญาในคดีนี้ ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งระงับการทำไม้ไว้โดยไม่มีกำหนด ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหาย ฝ่ายเอกชนจึงเรียกร้องค่าเสียหายต่อศาลปกครอง กรณีดังกล่าว แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะเป็นฝ่ายร้องขอต่อศาล ให้บังคับชำระเงินเอา กับฝ่ายปกครอง แต่โดยธรรมชาติแล้ว ฝ่ายเอกชน ไม่อาจใช้อำนาจเหนือบังคับเอา กับฝ่ายปกครองได้อยู่แล้ว เพราะลักษณะการใช้อำนาจเป็นแบบล่างขึ้นบน กรณีดังกล่าว ฝ่ายเอกชน จึงจำต้องนำข้อพิพาท เข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ส่วนมากเนื้อหาของสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะได้แก่ สัญญาทำไม้ สัญญาทำเหมืองแร่ สัญญาขุดเจาะน้ำมัน หรือก๊าซธรรมชาติ ดังจะมีลักษณะร่วมกัน ดังที่จะได้กล่าวในหัวข้อที่ 3.2.1.4 ต่อไป

### 3.2.1.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

"บริการสาธารณะ" พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายความว่า กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการ เพื่อสนองความต้องการมหาชน หรือความต้องการส่วนรวมของประชาชน เช่น การให้การศึกษา การจัดสาธารณูปโภค สาธารณูปการ การรักษาพยาบาล การขนส่งคมนาคม การพักผ่อนหย่อนใจ ส่งเสริมการเล่นกีฬา เพื่อให้ราษฎรมีสุภาพแข็งแรง ส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ประกันการว่างงาน กลุ่มการบริโภครายการ และการดำเนินการอื่น ๆ เพื่อสนองความต้องการของมหาชน หรือความต้องการส่วนรวมของประชาชน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น ศาลปกครองวินิจฉัยเพียงวัตถุประสงค์หลักของแต่ละสัญญาว่าเกี่ยวกับบริการสาธารณะแก่ประชาชนทั่วไปหรือไม่ ถ้ามีวัตถุประสงค์หลักดังกล่าว สัญญานั้นก็เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นกรณีวินิจฉัยในกรอบแห่งนิยามของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

จากความหมายตามพจนานุกรม ประกอบกับทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ต้องมีลักษณะสำคัญคือ เป็นสัญญาที่อยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการประชาชนส่วนรวม และต้องดำเนินการอย่าง

<sup>31</sup>คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 130/2546

ต่อเนื่อง เปลี่ยนแปลงการให้บริการได้ตามความต้องการของสังคม ประชาชนทุกคนมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน

ลักษณะของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ นอกเหนือจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ จะประกอบไปด้วย สัญญาจ้าง ประเภทหนึ่ง และสัญญาให้ทุน และลาศึกษาต่อ อีกประเภทหนึ่ง คดีสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ได้แก่

### 3.2.1.2.1 สัญญาจ้าง

สัญญาระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด วรรณทัศน์ก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดี กับ การประปาส่วนภูมิภาค ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีได้ทำสัญญาจ้างเหมา ให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินงานปรับปรุงระบบประปา โดยวางท่อประปาเพิ่ม เปลี่ยนมาตรวัดน้ำ และต่อมาตรวัดน้ำให้กับผู้ใช้น้ำ เมื่อผู้ฟ้องคดีดำเนินการแล้วเสร็จตามสัญญา และมีการรับมอบงานแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายค่าจ้างให้ไม่ครบตามสัญญา และไม่ชำระค่ามาตรวัดน้ำที่ผู้ฟ้องคดีจัดซื้อเพิ่มเติมนอกสัญญา ผู้ฟ้องคดีขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระค่าจ้างให้ครบ และค่ามาตรวัดน้ำที่ซื้อเพิ่มเติม<sup>32</sup>

สัญญาระหว่างบริษัท โปร-เทค ซีวิล แอนด์ ดีไซน์ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรมธนารักษ์ ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาธนารักษ์ จังหวัดเชียงใหม่ ในระหว่างการก่อสร้าง ผู้ถูกฟ้องคดี ได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทำงานเพิ่มเติมนอกเหนือสัญญา โดยไม่ได้ทำสัญญาเพิ่มเติมเป็นลายลักษณ์อักษรต่อกัน และแจ้งว่าจะจ่ายค่าจ้างให้หลังงานเสร็จ แต่ผู้ถูกฟ้องคดียังไม่ชำระ<sup>33</sup>

สัญญาระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด อาหารภัณฑ์ก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ คู่กรณีทำสัญญาจ้างให้ทำการซ่อมแซมอาคารหมายเลข 28 ของกองสรรพาวุธ เมื่อซ่อมแซมแล้วเสร็จ ผู้ฟ้องคดีได้ขอเบิกค่าซ่อมแซมเรียบร้อยแล้ว แต่ถูกผิดผ่อนมาตลอด โดยอ้างว่าการอนุมัติงบประมาณจากผู้บังคับบัญชา ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่า การซ่อมแซมปฏิบัติไม่ถูกต้องตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535<sup>34</sup>

สัญญาระหว่างบริษัท เอสเจ เฮลท์แวร์ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ที่ 1 กระทรวงสาธารณสุข ที่ 2 และ ปลัดกระทรวงสาธารณสุข ที่ 3 คู่กรณีทำสัญญาซื้อขาย ติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์ และอุปกรณ์ประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อติดตั้งในโรงพยาบาลของรัฐ ผู้ฟ้องคดี ฟ้องขอคืนค่าปรับ และขอให้ชำระค่าเสียหายจากการไม่คืนค่าปรับ<sup>35</sup>

<sup>32</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2545

<sup>33</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162/2546 (ประชุมใหญ่)

<sup>34</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/2547

<sup>35</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2547 (มติที่ประชุมใหญ่)

ลักษณะร่วมกันของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ประเภทสัญญาจ้างนี้ แม้จะเป็น สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน (subordinate) แต่จะเห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นเอกชน ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นฝ่าย ปกครอง หรืออีกนัยหนึ่ง ฝ่ายเอกชนร้องขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งบังคับเอา กับฝ่ายปกครอง กรณี เช่นนี้ จึงมิใช่เป็นข้อพิพาทที่ฝ่ายปกครอง ประสงค์จะบังคับกับเอกชน อันจะมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ ดังนั้น การใช้มาตรการบังคับกรณีมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองประเภทนี้ จึงไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองเอาแก่ฝ่ายปกครองได้ ในทำนองกลับกัน หากข้อพิพาท ตามสัญญาจ้างนี้ ฝ่ายปกครองจะขอให้ศาลปกครองบังคับเอา กับเอกชน สัญญาจ้างดังกล่าว ก็มี ลักษณะเป็นสัญญาทางด้านพาณิชย์ ธุรกิจ ซึ่งวัตถุประสงค์นี้ อาจเป็นการกระทำ เช่น การก่อสร้าง ระบบประปา การก่อสร้าง ปรับปรุงอาคารที่ทำการของฝ่ายปกครอง การติดตั้งระบบประมวลผล ในการทำงานสาธารณะ การบังคับให้เป็นไปตามสัญญาย่อมมีลักษณะที่ซับซ้อน มีข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายต้องรับรู้จำนวนมาก หรือการเรียกค่าเสียหาย ค่าสินไหมทดแทน ก็ยังไม่มี ความชัดเจนว่าฝ่ายปกครองจะเสียหายหรือไม่ เพียงใด ซึ่งอาจต้องใช้ผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ เกี่ยวกับข้อพิพาทมาให้ความเห็นประกอบในทางคดีอีกด้วย อีกทั้ง ความเสียหายที่เกิดจากการไม่ ปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนอยู่ในวงกว้าง เช่น การไม่มีอาคารสถานที่สำหรับจัดทำบริการ สาธารณะ การที่ประชาชนไม่ได้รับบริการสาธารณะด้านการประปา เป็นต้น และการบังคับให้ เป็นไปตามสัญญา ฝ่ายปกครองอาจไม่มีความเชี่ยวชาญเพียงพอที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา ก็ ได้ หรืออาจทำได้โดยเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก หรืออาจต้องใช้เวลาาน ด้วยเหตุนี้ สัญญาที่ให้ จัดทำบริการสาธารณะ ประเภทสัญญาจ้าง จึงยังคงสมควรให้ศาลปกครอง เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ วินิจฉัยชี้ขาด ตัดสิน ไม่อาจให้ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับได้เอง

### 3.2.1.2.2 สัญญาให้ทุนการศึกษา และลาศึกษาต่อ

สัญญาระหว่างนาวาตรี ชนาวิน สุวรรณบุปผา ผู้ฟ้องคดี กับ กองทัพเรือ ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาให้ผู้ฟ้องคดีได้รับการศึกษาหลักสูตรการบินของโรงเรียนการบินทหารอากาศ โดย ต้องรับราชการชดใช้ทุนเป็นเวลา 8 ปี หลักสูตรนักบินตามโครงการจัดหา บ.P-3 โดยต้องรับ ราชการชดใช้ทุนเป็นเวลา 3 ปี และสัญญาศึกษาต่อหลักสูตร **Air Support Control Officer** ใน ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยต้องรับราชการชดใช้ทุนเป็นเวลา 2 ปี ต่อมา ผู้ฟ้องคดีขอลาออกจาก ประจําการของกองทัพเรือ ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีให้นำค่าปรับซึ่งคำนวณตาม ระยะเวลาที่รับราชการ ผู้ฟ้องคดีได้ชำระเงินค่าปรับดังกล่าวแก่ผู้ถูกฟ้องคดี แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การคำนวณเงินค่าปรับไม่ถูกต้อง จึงฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี คืนเงินค่าปรับพร้อมดอกเบี้ย<sup>36</sup>

<sup>36</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544

สัญญาระหว่างนายวิศิษฐ์ มิ่งอารีวานิชย์ ผู้ฟ้องคดี กับ กระทรวงสาธารณสุข ที่ 1 สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ที่ 2 และ สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดราชบุรี ที่ 3 คู่กรณีทำสัญญาลาศึกษาต่อ **หลักสูตรแพทย์ประจำบ้าน** สาขาอายุรเวชศาสตร์ ณ คณะแพทยศาสตร์ ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล โดยทุนของโรงพยาบาลดำเนินสะดวก สังกัดสำนักงานสาธารณสุขจังหวัดราชบุรี โดยมีข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับการกลับมารับราชการ และความรับผิดชอบหากไม่กลับมารับราชการ เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้ว ผู้ฟ้องคดีกลับมารับราชการที่โรงพยาบาลดำเนินสะดวก และได้ลาออกจากราชการ โรงพยาบาลดำเนินสะดวกได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ทุน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าข้อกำหนดในสัญญา ขัดกับระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการพัฒนาข้าราชการพลเรือนโดยการให้ไปศึกษาเพิ่มเติมในประเทศ พ.ศ. ๒๕๔๐ ผู้ฟ้องคดี ขอให้เพิกถอนคำสั่งเรียกเก็บเงินค่าปรับค่าเสียหาย ให้ทุเลาการบังคับคำสั่งให้ใช้เงิน ให้เพิกถอนสัญญาและให้ทำสัญญาฉบับดังกล่าวใหม่ ให้เพิกถอนสัญญาผ่อนชำระเบี้ยปรับ และค่าเสียหาย และสัญญารับสภาพหนี้ และคำนวณใหม่<sup>37</sup>

สัญญาระหว่างนายสุรพล จรรยากุล ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานสภาพัฒนาการศึกษาระดับปริญญาเอก ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาอนุญาตให้ไปศึกษาต่อระดับปริญญาเอก ณ ประเทศสหราชอาณาจักร เมื่อสำเร็จการศึกษา จึงกลับเข้ารับราชการที่หน่วยงานเดิม ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้รับการคัดเลือกเข้ารับราชการตำแหน่งอาจารย์ สำนักบัณฑิตอาสาสมัครมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จึงได้ขอโอนไปรับราชการยังหน่วยงานดังกล่าว และผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่าต้องชดใช้หนี้ทุนการศึกษาเสียก่อน ผู้ฟ้องคดีได้ชำระหนี้ทุนการศึกษาเกินบางส่วน และรับจะชดใช้ให้ครบถ้วนต่อไป แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งเลขาธิการสภาพัฒนาการศึกษาระดับปริญญาเอก ที่เรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้หนี้ทุนการศึกษา ได้พิจารณาอยู่บนพื้นฐานของมติที่ประชุมอธิการบดี ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง คำสั่งดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่มีฐานะทางกฎหมายรองรับ จึงฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว และให้คืนค่าปรับที่จ่ายไปแล้ว<sup>38</sup>

คดีดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นผู้ฟ้องคดี ขอบังคับกับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เพราะเห็นว่าการคำนวณจำนวนเงินที่ต้องชดใช้คืน การคำนวณเบี้ยปรับ หรือเงินเพิ่มไม่ถูกต้อง การคำนวณระยะเวลาไม่ถูกต้อง หรือเรียกเงินที่ได้ชดใช้ให้ไว้แล้วคืนนั้น หรือข้อสัญญาให้ทุน ขัดกับระเบียบคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน หรือคำสั่งให้ชดใช้ทุนไม่มีฐานะแห่งกฎหมายรองรับ เป็นกรณีฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งบังคับแก่ฝ่ายปกครอง มิใช่เป็นข้อพิพาทที่ฝ่ายปกครองประสงค์จะบังคับกับเอกชน อันจะมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ ทั้งเป็นการกล่าวอ้างการ

<sup>37</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 544/2546

<sup>38</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 155/2546

กระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครองว่าขัดต่อกฎหมาย และระเบียบของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเอง ซึ่งต้องมีการพิจารณาข้อกฎหมายต่าง ๆ ร่วมด้วยจำนวนมาก ดังนั้น การใช้มาตรการบังคับกรณีมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองประเภทเอกชนฟ้องบังคับกับฝ่ายปกครองดังกล่าว จึงไม่อาจให้ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้

### 3.2.1.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

"สาธารณูปโภค" ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายความว่า บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น (1) การเดินรถประจำทาง (2) โทรศัพท์ (3) การรถไฟ (4) การรถราง (5) การขุดคลอง (6) การเดินอากาศ (7) การประปา (8) การชลประทาน (9) การไฟฟ้า (10) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบท่อไปยังอาคารต่าง ๆ (11) บรรดากิจการอื่น อันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัย หรือผลสุขของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

เมื่อพิจารณาความหมายดังกล่าว ประกอบกับหลักกฎหมายปกครองที่ว่า การบริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก เพื่อให้ประชาชนมีสิ่งอุปโภค บริโภค และองค์ประกอบ และเครื่องมือสำคัญที่ประชาชนส่วนรวมต้องการใช้ตลอดเวลาแล้วเห็นว่า สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ต้องเป็นถาวรวัตถุ หรืออสังหาริมทรัพย์ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อประชาชนใช้ร่วมกัน หรือเป็นองค์ประกอบ และเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะ และอยู่ในการกำกับดูแลของรัฐ<sup>39</sup>

คดีสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ได้แก่

สัญญาระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด ทราชมอเตอร์ ผู้ฟ้องคดี กับ กรมสวัสดิการ และคุ้มครองแรงงาน ที่ 1 จังหวัดสตูล ที่ 2 คู่กรณีทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการ และคุ้มครองแรงงานจังหวัดสตูล แต่ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาได้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงบอกเลิกสัญญาจ้าง และยึดหลักประกัน ผู้ฟ้องคดีขอให้นิรโทษกรรมการเป็นผู้ทำงานคืนเงินค่าปรับ และคืนเงินประกัน<sup>40</sup>

สัญญาระหว่างบริษัทสุเมธาพาณิชย์การ (1982) จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรุงเทพมหานคร ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตรัฐบุรณะ เมื่อสิ้นสุดสัญญา ผู้ฟ้องคดีทำงานไม่แล้วเสร็จ เพราะการไฟฟ้านครหลวงเปลี่ยนหลักเกณฑ์การเดินสายไฟฟ้า และผู้ถูกฟ้อง

<sup>39</sup> นพเก้า เดือนชัย. เล่มเดิม. หน้า 119.

<sup>40</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/2545



คดีส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างล่าช้า ผู้ถูกฟ้องคดีได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าปรับ ผู้ฟ้องคดีขอให้คิดค่าปรับเพียงร้อยละ 10 ของวงเงินก่อสร้าง<sup>41</sup>

สัญญาระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด สิ้นเพชรคอนสตรัคชั่น ผู้ฟ้องคดี กับ เทศบาลตำบลบ้านใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ส.ล. ป้องกันตลิ่งพัง บริเวณแม่น้ำน่าน จังหวัดพิษณุโลก ผู้ถูกฟ้องสั่งให้ผู้ฟ้องคดีระงับการก่อสร้างเพราะการถมทรายมิได้บดอัดแน่นตามแบบ ผู้ฟ้องคดีชี้แจงว่าเป็นไปตามหลักวิชาช่างทุกประการ การสั่งระงับการก่อสร้างเป็นการกั้นแกล้ง และไม่ดำเนินการตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535<sup>42</sup>

สัญญาระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด บูรณทองก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ที่ 1 และ สำนักงานการประถมศึกษา อำเภอกุฉินารายณ์ ที่ 2 คู่กรณีทำสัญญาก่อสร้างอาคารเรียนที่โรงเรียนบ้านหนองแก้ว อำเภอกุฉินารายณ์ จังหวัดขอนแก่น เมื่อก่อสร้างได้ 1 เดือน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้นำบันทึกลงวันที่ย้อนหลังมาให้ผู้ฟ้องคดีลงนามโดยรีบร้อนและปิดบังข้อความบางส่วนไว้ ต่อมาเมื่อได้อ่าน จึงพบข้อความที่เป็นการเอาเปรียบผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างจนแล้วเสร็จ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่ชำระค่าจ้าง<sup>43</sup>

สัญญาระหว่าง บริษัท ยิบอินซอย จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ การประปาส่วนภูมิภาค ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาก่อสร้าง และปรับปรุงขยายการประปาขนาดใหญ่ - สงขลา ค่าจ้างก่อสร้าง 670,324,487.- บาท และจ้างเพิ่มเป็น 800,608,101.- บาท ผู้ฟ้องคดีได้ก่อสร้างแล้วเสร็จภายในระยะเวลา และส่งมอบงานแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่จ่ายเงินค่าจ้างแก่ผู้ฟ้องคดี ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียหายเป็นค่าดอกเบี้ยที่กู้มาลงทุน 68,938,980.- บาท ค่าความเสียหายจากการชำระเงินกู้สถาบันการเงินต่างประเทศ 96,620,000.- บาท และค่าเสียหายอื่น ๆ รวมทั้งสิ้น 185,865,418.- บาท<sup>44</sup>

สัญญาระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด ตรึงทองค้าไม้ ผู้ฟ้องคดี กับ องค์การบริหารส่วนตำบลไม้ขาว ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาปรับปรุงสภาพภูมิทัศน์ บริเวณหาดไม้ขาว อำเภอถลาง จังหวัดภูเก็ต ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด และมีคุณสมบัติครบถ้วนทุกประการ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีกลับดำเนินการตามข้อเสนอของผู้เสนอราคาสูงสุดให้ได้รับการจ้าง เป็นการร่วมกันทุจริต ขอให้เพิกถอนคำสั่งอนุมัติการจ้าง และเพิกถอนสัญญาจ้าง และให้จ้างผู้ฟ้องคดีแทน<sup>45</sup>

<sup>41</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545

<sup>42</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 239/2546

<sup>43</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546

<sup>44</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 356/2546

<sup>45</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2546

สัญญาระหว่าง บริษัท สงวนศักดิ์ก่อสร้าง จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรมสามัญศึกษา ที่ 1 ผู้อำนวยการโรงเรียนเชิงทะเลวิทยาคม จุติ - กิ่งอนุสร ที่ 2 และผู้อำนวยการโรงเรียนตะกั่วทุ่งงานทวีวิทยาคม ที่ 3 ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาก่อสร้างอาคารเรียน ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างไม่แล้วเสร็จ แม้จะขอขยายเวลาการก่อสร้างมาแล้วถึง 2 ครั้ง ผู้ฟ้องคดี ขอให้ศาลสั่งเพิกถอนหนังสือบอกเลิกสัญญา และคืนหนังสือค้ำประกันการทำงาน<sup>46</sup>

สัญญาระหว่าง บริษัท ประกอบสหการก่อสร้าง (1971) จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ การประปานครหลวง ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาก่อสร้าง ปรับปรุงถนนตรงประภา วงเงินค่าก่อสร้าง 9,757,010.- บาท กรุงเทพมหานครไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ให้ทำการก่อสร้างได้ ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ และก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ฟ้องคดีอย่างไม่เป็นธรรม ขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาเลิกสัญญา และให้ผู้ฟ้องคดีกลับคืนสู่ฐานะเดิม<sup>47</sup>

สัญญาระหว่าง บริษัท ศิริผลวัฒนา (1979) จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรุงเทพมหานคร ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาปรับปรุงถนนท่าข้าม วงเงินก่อสร้าง 19,405,445.- บาท ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถดำเนินการก่อสร้างได้ในบางส่วน เพราะมีอุปสรรค และสิ่งกีดขวางตรงจุดเริ่มต้นโครงการคือ อาคารสถานีตำรวจนครบาลท่าข้าม แนวท่อประปา เสาไฟฟ้าแรงสูง และตู้โทรศัพท์สาธารณะ ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการรื้อถอน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีก็ยังคงเพิกเฉย ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียหาย<sup>48</sup>

สัญญาระหว่างนายบุญเลิศ จินดาวงศ์ ผู้ฟ้องคดี กับ องค์การบริหารส่วนตำบลบางขุนแก้ว ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาก่อสร้างรางระบายน้ำ ค.ส.ล.ฝาคอนกรีตเสริมเหล็ก ผู้ฟ้องคดีได้ทำการก่อสร้างรางระบายน้ำจนแล้วเสร็จ และส่งมอบงานเรียบร้อยแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ยอมจ่ายเงินค่าจ้างงวดสุดท้าย โดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีก่อสร้างผิดแบบ และลงโทษผู้ฟ้องคดีฐานเป็นผู้ทำงาน<sup>49</sup>

สัญญาระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพิสุทธ์ เอ็นจิเนียริง ผู้ฟ้องคดี กับ องค์การบริหารส่วนตำบลแม่ฮุส ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็ก เมื่อผู้ฟ้องคดีได้เข้าทดสอบดินแล้ว พบว่าไม่สามารถสร้างฐานรากแบบตอกเสาเข็มได้ จึงแจ้งแก่ผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อ

<sup>46</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 380/2546

<sup>47</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 402/2546

<sup>48</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 425/2546

<sup>49</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 647/2546

เปลี่ยนแปลงเสาเข็ม แต่ผู้ถูกฟ้องไม่อนุญาต ผู้ฟ้องคดีจึงยังไม่เข้าก่อสร้างตามสัญญา ผู้ถูกฟ้องยังยืนยันให้ก่อสร้างตามแบบเดิม ไม่ให้ขยายเวลาก่อสร้าง และไม่ส่งเรื่องให้อนุญาตตุลาการ<sup>50</sup>

จากการศึกษาสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าวมาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า เป็นคดีที่เอกชนเป็นผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองบังคับกับฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ ดังนั้น การระงับข้อพิพาทจึงต้องให้องค์กรศาล ได้แก่ ศาลปกครอง เป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาด

### 3.2.1.4 สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ลักษณะสำคัญของสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ประกอบด้วย (1) เป็นทรัพย์สินอันเกิดขึ้นเอง หรือมีอยู่ตามธรรมชาติ ซึ่งมีจำนวนจำกัด และรัฐเป็นเจ้าของ (2) ผู้รับสัมปทานต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ และ (3) สัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ไม่มีลักษณะเป็นการให้บริการสาธารณะ เพราะมุ่งที่จะรักษา และควบคุมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ<sup>51</sup>

คดีสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองจะเป็นคดีสัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.2.1.1 ลักษณะสำคัญร่วมกันประการหนึ่งก็คือ เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ รัฐหรือบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ หรือหน่วยงานทางปกครอง เป็นผู้ที่มีอำนาจหากันเพื่อประโยชน์สาธารณะ อีกทั้งในการเข้าทำสัญญา บุคคลที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐเช่นว่านี้ได้ ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นผู้ที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมาย จะเข้าทำสัญญาไม่ได้ แม้ว่าจะมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงได้กำหนดให้สัญญาที่เกี่ยวข้อง หรือกระทบประโยชน์สาธารณะเช่นที่กล่าวมาเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะมีผลให้หลักเกณฑ์ในการเข้าทำสัญญา และความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญาเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครอง และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยทั่วไปก็ต้องนำหลักกฎหมายปกครอง และกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท เนื่องจากการคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครอง และศาลปกครอง ซึ่งแตกต่างกับหลักกฎหมายแพ่ง เว้นแต่จะเป็นสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติบางประเภทดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.2.2

<sup>50</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 562/2547

<sup>51</sup> นพเก้า ถิ่นอนชัย. เล่มเดิม. หน้า 125.

### 3.2.1.5 สัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การใช้ อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

คดีสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง เพื่อให้การใช้อำนาจทาง ปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล จากคำวินิจฉัย ของศาลปกครอง ก็คือ สัญญาร่วมकरण และร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ 1.5 ล้านเลขหมาย ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในสัญญาสัมปทาน เพราะเป็นการที่รัฐมอบหมายให้ เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน

นอกจากนั้นยังมีสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราว ดังเช่นในคดีระหว่างนางสาวอรพรรณ จันทรัตน์ ผู้ฟ้องคดี กับ อธิการบดีสถาบันราชภัฏสวนดุสิต ผู้ถูกฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดีออก คำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน เพราะขัดคำสั่ง หรือหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งสั่งในหน้าที่โดยชอบ และละทิ้งงานเป็นเวลากว่า 15 วัน โดยไม่มีเหตุอันสมควร<sup>52</sup> หรือสัญญา ระหว่างนายสิววุธ พรหมคำ ผู้ฟ้องคดี กับ กรมสรรพากร ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาจ้างผู้ ฟ้องคดีปฏิบัติงานเป็นลูกจ้างชั่วคราวในตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ และต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่ง เลิกจ้าง<sup>53</sup> ทั้งสองคดีผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งเลิกจ้าง

สัญญาในหัวข้อนี้ไม่มีอยู่ในคำนิยาม "สัญญาทางปกครอง" ของมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่เป็นการนิยามเพิ่ม โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด หรือที่เรียกกันว่า "สัญญาทางปกครองโดย สภาพ" ซึ่งบางคดีก็วินิจฉัยร่วมกับคดีตามคำนิยาม มาตรา 3 เช่น เป็นสัญญาสัมปทานบริการ สาธารณะ และเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การใช้ อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผลด้วย เช่นกัน หรือบางคดีก็วินิจฉัยเป็นเอกเทศ เช่น สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราว ซึ่งสัญญาจ้างลูกจ้าง ชั่วคราว ผู้ฟ้องคดีต้องการให้ศาลปกครองมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งเลิกจ้าง ซึ่งเป็นคดีที่พิพาทเกี่ยวกับ การที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาล

<sup>52</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (มติที่ประชุมใหญ่)

<sup>53</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2547

ปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1) กรณีจึงต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้วินิจฉัย

### 3.2.1.6 สัญญาที่มีข้อกำหนดลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

คดีสัญญาที่มีข้อกำหนดลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ จากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ได้แก่ สัญญาใน 3 กลุ่ม ต่อไปนี้

(1) กลุ่มสัญญาก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ กลุ่มสัญญานี้ จะมีข้อกำหนดให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เช่น ข้อกำหนดในสัญญาให้คู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ต้องผิดสัญญา หรือข้อกำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการสั่งให้ผู้รับจ้าง ทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ แม้มิได้ระบุไว้ในสัญญา โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิไม่ปฏิบัติตาม หรือยกเลิกสัญญา ดังเช่นในสัญญา ระหว่าง บริษัท เจ-สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลของคณะแพทยศาสตร์<sup>54</sup> หรือสัญญาระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด โดการช่าง ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาก่อสร้างระบบแปลงเกษตรกรรม<sup>55</sup> หรือ สัญญาระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด บูรณทองก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ที่ 1 กับพวกรวม 2 คน ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีได้ทำสัญญาก่อสร้างอาคารเรียน<sup>56</sup>

(2) กลุ่มสัญญาให้ทุนศึกษาต่อ เช่น ข้อกำหนดในสัญญาให้สิทธิราชการบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว เรียกตัวข้าราชการกลับจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่าในกรณีใด ๆ ดังเช่นในสัญญาระหว่างนาวาตรีชนาวิน สุวรรณบุปผา ผู้ฟ้องคดี กับ กองทัพเรือ ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาให้ทุนศึกษาต่อหลักสูตรการบิน<sup>57</sup> หรือสัญญาระหว่างนายสุรพล จรรยากุล ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานสภาพัฒนาการศรัทธา ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาให้ทุนศึกษาต่อระดับปริญญาเอก ณ ประเทศสหราชอาณาจักร<sup>58</sup> หรือสัญญาระหว่าง สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้ฟ้องคดี กับ พันตรีธนะ มั่นศรี ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญารับทุนเพื่อศึกษาวิชาประกาศนียบัตรสาธารณสุข<sup>59</sup> เป็นต้น

<sup>54</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544

<sup>55</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 139/2547

<sup>56</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546

<sup>57</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544

<sup>58</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2546

<sup>59</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 875/2547

(3) กลุ่มสัญญาเวนคืนที่ดินตามพระราชกฤษฎีกา ดังเช่น สัญญาระหว่างบริษัท ศรีนทร์ยา จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรุงเทพมหานคร ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินที่จะถูกเวนคืน ตาม พ.ร.ฎ.กำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืน ถือเป็นขั้นตอนหนึ่งของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งหากเจ้าของที่ดินไม่ยินยอมขาย ทางราชการย่อมจะดำเนินการออก พ.ร.บ.เวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต่อไป สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ใช้อำนาจทางปกครองบังคับซื้อที่ดินจากเอกชน เพื่อใช้ในการอันเป็นการสาธารณูปโภค สัญญาจะซื้อขายดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาตามหัวข้อนี้ก็เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพเช่นกัน ซึ่งในกลุ่มที่ (1) สัญญาก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ ผู้ฟ้องคดีเป็นเอกชน ขอบังคับเอากับฝ่ายปกครอง ไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ จึงต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้วินิจฉัย ในกลุ่มที่ (2) ได้ทำการศึกษาไว้แล้วในหัวข้อ 3.2.1.2 ในกลุ่มที่ (3) ผู้ฟ้องคดีเป็นเอกชน ร้องขอต่อศาลปกครองที่จะไม่จดทะเบียนโอนที่ดินในเขตเวนคืน ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเหนือในการบังคับซื้อที่ดินจากเอกชน และเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้วินิจฉัย

### 3.2.1.7 สัญญาทางปกครองที่วินิจฉัยโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

ในระบบศาลคู่ จะมีศาลอยู่ 2 ศาล ได้แก่ ศาลยุติธรรม และศาลปกครอง เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น อาจมีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลขึ้น 2 กรณี กรณีแรก แต่ละศาลเห็นว่าข้อพิพาทอยู่ในเขตอำนาจของตน กรณีที่สอง แต่ละศาลเห็นว่าข้อพิพาทไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลของตน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา 248 จึงบัญญัติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลขึ้นเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าว

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับคดีสัญญา เฉพาะที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และประเภทที่เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

ในส่วนของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งได้แก่ สัญญาให้ทุนการศึกษา และลาศึกษาต่อ นั้น เป็นสัญญาซึ่งฝ่ายปกครองอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ซึ่งจะได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.2.2.4 ส่วนสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคทั้งหมด ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง มีดังนี้

สัญญาระหว่างบริษัท เค.เอส.โฮมเมคเกอร์ กรุ๊ป-จำกัด กับ จังหวัดชุมพร คู่กรณีทำสัญญาจ้างปรับปรุงโรงพยาบาลหลังสวน จาก 60 เตียง เป็น 90 เตียง ในระหว่างก่อสร้าง เกิดเหตุสุดวิสัย จึงขอขยายระยะเวลาก่อสร้าง เมื่อก่อสร้างเสร็จ จังหวัดชุมพรจ่ายค่าจ้าง โดยหักเงินค่าปรับ โดยมีใช้ความผิดของบริษัท เค.เอส.โฮมเมคเกอร์ กรุ๊ป-จำกัด คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า สัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะจังหวัดชุมพรเป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาค ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ อันเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และอาคาร โรงพยาบาลเป็นถาวรวัตถุ อันเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล โดยประชาชนสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ได้โดยตรง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค<sup>60</sup>

สัญญาระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด ก.กิจสยาม กับ เทศบาลตำบลกำแพงแสน และพวก รวม 3 คน คู่กรณีทำสัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปาของสุขาภิบาลกำแพงแสน เมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ เทศบาลกำแพงแสนและพวกรวม 3 คน ไม่ชำระเงินค่าก่อสร้าง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า สัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะเทศบาลตำบลกำแพงแสน เป็นหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงฐานะสุขาภิบาลเป็นเทศบาล พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และการประปา ถือเป็นสาธารณูปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชน โดยตรง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค<sup>61</sup>

สัญญาระหว่างบริษัท ไตรยูเนี่ยน จำกัด กับ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ คู่กรณีทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ และศูนย์เครื่องมือกลาง มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์บอกลีกสัญญา และเรียกค่าเสียหาย ซึ่งบริษัท ไตรยูเนี่ยน จำกัด เห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า สัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ เป็นส่วนราชการ มีฐานะเป็นกรม ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ มีวัตถุประสงค์ในการให้การศึกษา อันเป็นหน่วยงานทางปกครองตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ อาคารมหาวิทยาลัยของรัฐ เป็นถาวรวัตถุซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริหารสาธารณะให้บรรลุผล และเป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่

<sup>60</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545

<sup>61</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2545

ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง ถือว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค<sup>62</sup>

สัญญาระหว่างบริษัท พรอพเพอร์ตี้แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับพวกรวม 2 คน กับ กรมพลศึกษา คู่กรณีทำสัญญาจ้างเป็นที่ปรึกษาออกแบบ และควบคุมการก่อสร้างอาคารเรียน ต่อมากรมพลศึกษาบอกเลิกสัญญาจ้าง โดยอ้างว่า บริษัท พรอพเพอร์ตี้แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับพวกรวม 2 คน ทำผิดสัญญาจ้าง แต่ บริษัท พรอพเพอร์ตี้แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับพวกรวม 2 คน เห็นว่าการบอกเลิกสัญญาเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า สัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะกรมพลศึกษาเป็นส่วนราชการ สังกัดกระทรวงศึกษาธิการ ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๓๔ จึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และสัญญามีวัตถุประสงค์ให้ทำการตรวจสอบ และควบคุมการก่อสร้างอาคารเรียนให้เป็นไปตามสัญญาถูกต้องตามหลักวิชา เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุวัตถุประสงค์ในการให้บริการการศึกษา ด้านการกีฬา การศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง อาคารเรียนเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค<sup>63</sup>

สัญญาซื้อขายที่ดินตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนระหว่างกรุงเทพมหานคร กับ เจ้าของที่ดิน คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า สัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะกรุงเทพมหานคร เป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง และมีฐานะเป็นหน่วยงานบริหารส่วนท้องถิ่น และในการทำสัญญาดังกล่าว หากเจ้าของที่ดิน ไม่ยินยอมขาย ทางราชการก็จะดำเนินการเวนคืนที่ดินดังกล่าวต่อไป โดยใช้อำนาจทางปกครองบังคับซื้อที่ดินจากเอกชน และการเวนคืนดังกล่าวก็เพื่อใช้ในการก่อสร้างถนน ซึ่งเป็นสาธารณูปโภคที่ประชาชนใช้ และได้รับประโยชน์โดยตรง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค<sup>64</sup>

สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตามที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยไว้นี้ ส่วนมากเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเป็นโจทก์ฟ้องขอบังคับกับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ (top-down) ซึ่งไม่อาจใช้มาตรการบังคับเอา กับฝ่ายปกครองได้ ในกรณีสัญญาระหว่างบริษัท ไตรยูเนี่ยน จำกัด กับ

<sup>62</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545

<sup>63</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 47/2547

<sup>64</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 22/2545



มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ซึ่งทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ และศูนย์เครื่องมือกลาง มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์บอกเลิกสัญญา และเรียกค่าเสียหาย แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายบังคับกับฝ่ายเอกชน แต่ความเสียหายที่ฝ่ายปกครองได้รับยังไม่ชัดเจน กรณียังต้องการวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นที่ว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาหรือไม่ และค่าเสียหายที่ฝ่ายปกครองควรได้รับจะเป็นเท่าใด ซึ่งยังมีข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายอีกมากซึ่งต้องพิจารณา จึงสมควรให้ข้อพิพาทซึ่งซับซ้อนเช่นนี้ ได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลปกครอง

### 3.2.1.8 สัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติ

อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติให้สัญญาทางปกครอง อาจมีข้อตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากในสัญญาสัมปทานโครงการขนาดใหญ่มักมีการร่วมทำงานกับผู้ลงทุนชาวต่างประเทศอยู่ด้วย แม้ในต่างประเทศ ซึ่งเป็นต้นแบบด้านกฎหมายมหาชน หรือสัญญาทางปกครอง ก็ยังยินยอมให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่เกี่ยวกับคู่สัญญาชาวต่างประเทศได้ เพื่อส่งเสริมบรรยากาศการลงทุน และเป็นการสร้างความมั่นใจแก่ผู้ลงทุนต่างประเทศว่า เมื่อเกิดปัญหาข้อพิพาทขึ้น ก็จะทำให้บุคคลที่เป็นกลางมาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดโดยไม่โน้มเอียงไปทางคู่สัญญาฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่ง

การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ เป็นการทำให้หน่วยงานของรัฐ ซึ่งตามปกติถือได้ว่าเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญพิเศษในกิจการที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานนั้น สามารถเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทให้เหมาะสมกับกิจการของตนเอง หากหน่วยงานของรัฐเห็นว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการ จะทำให้ประเทศชาติเสียหาย ก็ไม่ควรกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาตั้งแต่ต้น และคู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้คำนวณความเสี่ยงค่าตอบแทนที่จะได้รับ คำนึงกับความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ และการที่กฎหมายบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐต้องผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ก็น่าจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติด้านการลงทุนได้อย่างยิ่ง<sup>65</sup>

ตัวอย่างสัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ได้แก่

คดีระหว่างบริษัท พีค ทราฟฟิค (ประเทศไทย) จำกัด กับ กรุงเทพมหานคร คู่สัญญาซื้อขายระบบควบคุมสัญญาณไฟจราจร ศาลปกครองวินิจฉัยแล้วว่าเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ บริษัท พีค ทราฟฟิค (ประเทศไทย) จำกัดผิดสัญญา กรุงเทพมหานครจึงเรียกให้ธนาคารผู้ค้ำประกันชำระหนี้ โดยไม่รอให้มีการ

<sup>65</sup> สรรวิศ ลิ้มปรีงยี. (2545). อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท. หน้า 48-49.

วินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการเสียก่อน บริษัท พีคฯ จึงมาร้องต่อศาลปกครอง ให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว โดยห้ามเรียกให้ธนาคารชำระเงิน จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ<sup>66</sup>

สัญญาระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด สิ้นเพชรคอนสตรัคชั่น ผู้ฟ้องคดี กับ เทศบาลตำบลบ้านใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ส.ล. ป้องกันตลิ่งพัง บริเวณแม่น้ำน่าน จังหวัดพิษณุโลก ผู้ถูกฟ้องสั่งให้ผู้ฟ้องคดีระงับการก่อสร้างเพราะการถมทรายมิได้บดอัดแน่นตามแบบ ผู้ฟ้องคดีชี้แจงว่าเป็นไปตามหลักวิชาช่างทุกประการ การสั่งระงับการก่อสร้างเป็นการกั้นแกล้ง และไม่ดำเนินการตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535<sup>67</sup>

สัญญาระหว่าง บริษัท ศิริพลวัฒนา (1979) จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรุงเทพมหานคร ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาปรับปรุงถนนท่าข้าม วงเงินก่อสร้าง 19,405,445.- บาท ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถดำเนินการก่อสร้างได้ในบางส่วน เพราะมีอุปสรรค และสิ่งกีดขวางตรงจุดเริ่มต้นโครงการคือ อาคารสถานีตำรวจนครบาลท่าข้าม แนวท่อประปา เสาไฟฟ้าแรงสูง และตู้โทรศัพท์สาธารณะ ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการรื้อถอน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีก็ยังคงเพิกเฉย ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียหาย<sup>68</sup>

สัญญาระหว่าง บริษัท เทเลเมค คอร์ปอเรชั่น จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ การสื่อสารแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาร่วมลงทุนกับผู้ถูกฟ้องคดี จัดตั้งบริษัท เทเลการ์ด คอร์ปอเรชั่น จำกัด เพื่อดำเนินกิจการโทรคมนาคม รวมทั้งให้บริการบัตรโทรศัพท์ระหว่างประเทศชนิดเก็บเงินล่วงหน้า และชนิดหักบัญชี<sup>69</sup>

ทุกสัญญาดังกล่าว ต่างก็มีข้อสัญญาให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการด้วยกันทั้งสิ้น และเมื่อเป็นข้อพิพาทในศาลปกครอง ทุกคดี คู่สัญญาจะร้องขอ หรือให้การต่อสู้ต่อศาลว่าคดีของตนมีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลปกครองก็จะสั่งให้ใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณา หรือจำหน่ายคดีชั่วคราว เพื่อให้คู่สัญญาได้ไปดำเนินกระบวนการพิจารณาใน

<sup>66</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ค.1/2547

<sup>67</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 239/2546

<sup>68</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 425/2546

<sup>69</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 610/25456

ขั้นตอนอนุญาโตตุลาการเสียก่อนทุกคดีไป ตามมาตรา 14<sup>70</sup> และ มาตรา 16<sup>71</sup> แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

จากข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายดังกล่าวมา จะเห็นได้ว่า ในสัญญาทางปกครอง ที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หากอยู่ในช่วงระหว่างดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นเช่นไร คู่สัญญาทางปกครอง ไม่อาจจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องใช้การระงับข้อพิพาทโดยทางอนุญาโตตุลาการ ดังเช่นที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งถือเป็นกฎหมายของคู่สัญญา เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดมาแล้วประการใด คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยนั้น หากคู่สัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับคำชี้ขาด ไม่ปฏิบัติตาม การบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ก็จำเป็นต้องพึ่งพากระบวนการทางศาล เพื่อขอให้บังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดต่อไป หรืออาจกล่าวได้อีกในหนึ่งว่า ฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามสัญญาทางปกครองได้เอง สัญญาทางปกครองนั้น ต้องไม่มีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ

### 3.2.2 สัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครอง สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง

#### 3.2.2.1 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

ลักษณะของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ นอกเหนือจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ประกอบไปด้วย สัญญาจ้าง ประเภทหนึ่ง และสัญญาให้ทุน และลาศึกษาต่อ อีกประเภทหนึ่ง ในส่วนของสัญญาจ้างนั้น ทั้งหมด เป็นคดีที่ไม่อาจให้ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาได้เลย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.2.1.2 แต่ในส่วนของสัญญาให้ทุน และลาศึกษาต่อ นั้น นอกจากคดีที่ไม่อาจให้ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาได้เลย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.2.1.2 แล้ว สัญญาทุนดังต่อไปนี้ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครอง สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง กล่าวคือ

สัญญาระหว่างมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้ฟ้องคดี กับ นางสาวอรนุช เปลี่ยนแปลงศรี ที่ 1 และ นางจรัส เปลี่ยนแปลงศรี ที่ 2 คู่กรณีทำสัญญาการเป็นนักศึกษา เพื่อศึกษาวิชาทันตแพทยศาสตร์ โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้ค้ำประกัน และมีข้อสัญญาว่า เมื่อสำเร็จการศึกษาตาม

<sup>70</sup> กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยมีได้เสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาที่ถูกฟ้อง อาจร้องขอให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ....

<sup>71</sup> คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราว เพื่อกู้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้

หลักสูตรแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องรับราชการ หรือทำงานชดใช้ทุน ตามคำสั่งของคณะกรรมการพิจารณาจัดสรรทุนทดแทนแพทย์ผู้ทำสัญญาเข้ารับราชการ เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี ติดต่อกัน หากไม่รับราชการ หรือทำงาน ต้องชดใช้เงินแก่ผู้ฟ้องคดี 400,000.- บาท หากรับราชการ หรือทำงานไม่ครบ ต้องชดใช้เงินตามส่วน ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีลาออกก่อนครบกำหนดเวลาโดยได้รับอนุญาตให้ลาออก ผู้ฟ้องคดีแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองชดใช้เงินจำนวน 75,547.45 บาท พร้อมดอกเบี้ยหลายครั้ง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีเพิกเฉย<sup>72</sup>

สัญญาระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้ฟ้องคดี กับ พันตรีชนะ มั่นศรี ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุนการศึกษาวิชาประกาศนียบัตรสาธารณสุขศาสตร์ ต่อมาผู้ได้รับทุนผิดสัญญา สัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุน แม้เป็นสัญญาทางแพ่ง แต่โดยที่ผู้ค้ำประกันต้องผูกพันตนที่จะชำระหนี้ เมื่อผู้ได้รับทุนฯ ไม่ชำระหนี้ ตามนัยมาตรา 680 แห่ง ป.พ.พ. สัญญาค้ำประกันจึงเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญารับทุนการศึกษา ซึ่งผู้ให้ทุนฯ ย่อมมีสิทธิฟ้องผู้ค้ำประกัน พร้อมกับการฟ้องผู้ได้รับทุนต่อศาลปกครอง<sup>73</sup>

สัญญาระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข โดยนายอนุชา วัฒนวิภา พนักงานอัยการ สำนักงานคดีปกครอง สำนักงานอัยการสูงสุด ผู้รับมอบอำนาจดำเนินคดี ผู้ฟ้องคดี กับ นางอาจารย์ เบบซ์ หรือเจริญบุตร ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1, นางมนทิกา จันทรโชติวงศ์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2, นางบานเย็น เจริญบุตร ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3, นางสาวมยุรี เจริญศรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4, สิปปโทวินิจฉัย เจริญบุตร ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 คู่กรณีทำสัญญาลาศึกษา และสัญญาค้ำประกัน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ไปศึกษา ณ มหาวิทยาลัยมหิดล สาขาวิชาประสาทวิทยาศาสตร์ มีกำหนด 3 ปี และได้ไปศึกษา ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา ชั้นปริญญาโท และปริญญาเอก สาขาวิชาพยาบาลศาสตร์ มีกำหนดเวลา 5 ปี 6 เดือน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึง 5 เป็นผู้ค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งในสัญญาดังกล่าว ได้ระบุไว้ชัดเจนว่า เมื่อสำเร็จการศึกษา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สัญญาว่าจะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการเพื่อชดใช้ทุน ในกรณีที่รับราชการบ้างแต่ไม่ครบกำหนด เงินที่จะชดใช้คืน และเบี้ยปรับ จะลดลงตามส่วนของเวลาที่รับราชการ ผู้ถูกฟ้องคดีรับราชการไม่ครบกำหนด สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข จึงได้มาฟ้องเป็นคดีนี้ เพื่อขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึง 5 ร่วมกัน หรือแทนกันชดใช้เงินคืน<sup>74</sup>

<sup>72</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 477/2546

<sup>73</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 875/2547

<sup>74</sup> คดีหมายเลขดำที่ 712/2547 ศาลปกครองกลาง

สัญญาับทุนการศึกษา และลาศึกษาต่อของข้าราชการ เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้วต้องกลับมาทำงานใช้ทุน หากมองในด้านความสัมพันธ์แล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครอง ตามกฎหมายปกครอง เพราะการให้ทุนการศึกษา และลาศึกษาต่อ นั้นหน่วยราชการต้องพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์อันเกิดขึ้นกับรัฐ รวมถึงการรักษาตำแหน่ง และการจ่ายเงินเดือน ของข้าราชการผู้รับทุนดังกล่าวไว้ อีกทั้งเงินทุนการศึกษาเหล่านั้นก็มาจากงบประมาณ มิได้เป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างในทางแพ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานราชการผู้ให้ทุน กับข้าราชการผู้รับทุน จึงเป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>75</sup>

ศาลปกครองสูงสุด ได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยลักษณะเนื้อหาของสัญญาให้ทุนการศึกษา และลาศึกษาต่อว่า เนื้อหาของสัญญามีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือต้องกลับมารับราชการตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา และข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป เช่น ถูกจำกัดสิทธิ ไม่ว่าจะป็นกรณีลาออกจากราชการ หรือโอนสังกัด หรือการบอกเลิกสัญญานั้น ไม่อาจกระทำได้ทั้งสิ้น นอกจากนั้นยังให้สิทธิ และอำนาจเด็ดขาดแก่หน่วยงานทางปกครองที่จะบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หรือเรียกตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกลับจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่ากรณีใด ๆ ได้ และความรับผิดชอบว่าเมื่อเอกชนสำเร็จการศึกษาจะต้องกลับมารับราชการเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสองเท่าของเวลาที่เอกชนได้ไปศึกษา หากเอกชนไม่กลับมารับราชการ จะต้องชดใช้ทุน เงินเดือน รวมทั้งเงินเพิ่ม และเงินอื่นใดที่เอกชนไม่กลับมารับราชการระหว่างเวลาที่ได้รับอนุมัติให้ไปศึกษา และจะต้องจ่ายเงินเป็นเบี้ยปรับให้แก่หน่วยงานทางปกครองสองเท่าของเงินที่เอกชนจะต้องชดใช้คืน และหากเอกชนกลับมารับราชการ แต่ไม่ครบเวลาตามที่กำหนด เงินที่จะชดใช้คืน และเบี้ยปรับดังกล่าว จะลดลงตามส่วนของเวลาที่รับราชการนั้น เป็นต้น<sup>76</sup>

นอกจากนั้น การลาศึกษาต่อ ยังเป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชนเกี่ยวกับการได้รับการศึกษา ซึ่งเป็นหน้าที่ของกระทรวงศึกษาธิการ อันมีหน้าที่ส่งเสริม และกำกับดูแลการศึกษาทุกระดับ และทุกประเภท<sup>77</sup> ต้องดำเนินการจัดทำเพื่อประชาชนไทย ซึ่งก็คือ การจัดทำบริการสาธารณะนั่นเอง

เมื่อเราพิจารณาลักษณะธรรมชาติของสัญญาให้ทุนการศึกษา และอนุญาตให้ลาศึกษาต่อแล้ว จะเห็นได้ว่า ผู้ให้ทุน ได้แก่ หน่วยงานของรัฐที่ข้าราชการผู้นั้นสังกัด จำนวนเงินนั้น อาจ

<sup>75</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 228.

<sup>76</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 544/2546, 115/2546, 477/2546

<sup>77</sup> มาตรา 40 พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕

มากน้อยต่างกันไปตามแต่สาขาที่ข้าราชการผู้นั้นจะไปศึกษา และอัตราแลกเปลี่ยนของประเทศปลายทาง แต่เมื่อเทียบกับสัญญาทางปกครองซึ่งมีการลงทุนขนาดใหญ่ เช่น สัญญาสัมปทาน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.2.1.1 สัญญาให้ทุนการศึกษาฯ เป็นสัญญาทางปกครองที่มีทุนทรัพย์ไม่สูงมากนัก อีกทั้ง ผลกระทบที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก็อยู่ในวงจำกัด หากจะต้องมีการบังคับชำระเงินที่ได้ให้เป็นทุนการศึกษาแก่ข้าราชการผู้นั้น รวมทั้งเงินเพิ่มต่าง ๆ ผู้ที่ได้รับผลกระทบก็คือ ข้าราชการผู้นั้น หรือผู้ค้าประกัน มิได้กระทบกระเทือนต่อประชาชนจำนวนมาก และสัญญาให้ทุนฯ นี้ ก็มีลักษณะไม่ใช่สัญญาที่ซับซ้อน ที่มีข้อเท็จจริงให้ต้องนำสืบพยานหลักฐานในการผิดสัญญามาก อีกทั้งความเสียหายที่ฝ่ายปกครองได้รับก็มีลักษณะที่ชัดเจน สามารถคำนวณนับได้ง่ายทางคณิตศาสตร์ ซึ่งคดีประเภทนี้ หากนำขึ้นสู่ศาลปกครอง โอกาสที่ฝ่ายปกครองจะชนะก็มีอยู่สูงมากอยู่แล้ว ดังนั้น จากลักษณะธรรมชาติของสัญญาประเภทสัญญาให้ทุนการศึกษาฯ นี้ ในทางนโยบายแล้วจึงไม่สมควรที่ฝ่ายปกครองจะต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง และสมควรอย่างยิ่งที่จะให้ฝ่ายปกครอง สามารถใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้เอง เช่น ให้ฝ่ายปกครอง สามารถยึด -อายัดทรัพย์สินของข้าราชการ หรือผู้ค้าประกันสัญญาทุนฯ ออกขายทอดตลาด นำเงินมาชำระแก่ฝ่ายปกครองได้เอง ซึ่งหากคดีสัญญาให้ทุนการศึกษาทุกสัญญาจำต้องอาศัยการระงับข้อพิพาทด้วยศาลปกครองเสมอ ก็จะทำให้เกิดภาระแก่ศาลปกครองอย่างยิ่ง เช่นในเรื่องอัตรากำลังของตุลาการในการตัดสิน ก็อาจจะต้องมีการบรรจุแต่งตั้งให้มากขึ้น เป็นต้น

### 3.2.2.2 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

นอกจากคดีที่ไม่อาจให้ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาได้เลย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.2.1.3 แล้ว สัญญาก่อสร้างดังต่อไปนี้ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครอง สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง กล่าวคือ

สัญญาระหว่างการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ผู้ฟ้องคดี กับ บริษัท สิริกร 070 จำกัด ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญารับจ้างเหมาก่อสร้าง พร้อมติดตั้งอุปกรณ์ระบบจำหน่ายไฟฟ้า ในอำเภอแม่แจ่ม จังหวัดเชียงใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดีได้เข้าดำเนินงานก่อสร้างแล้ว แต่ทำงานไม่แล้วเสร็จ ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือเร่งรัดการดำเนินงานก่อสร้างแล้วแต่ผู้ถูกฟ้องคดีเพิกเฉยผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือบอกเลิกสัญญา และเรียกเก็บเงินค่าประกันสัญญาจ้างคงมีแต่ธนาคารนครหลวงไทย สาขาลำปาง ผู้ค้าประกันเท่านั้นที่นำเงินมาชำระ จึงยังเหลือเงินค่าเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องรับผิดชอบต่อผู้ฟ้องคดี เป็นเงิน 1,841,842.- บาท และขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินจำนวนดังกล่าว<sup>78</sup>

<sup>78</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 419/2546

การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค เป็นรัฐวิสาหกิจ ที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 3 เป็นผู้ขอให้ศาลออกบังคับกับเอกชน อันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ และคำขอบังคับเป็นการขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินตามสัญญา ซึ่งอาจคำนวณนับได้เป็นจำนวนเงินที่ชัดเจนอยู่แล้ว ซึ่งโดยลักษณะของคดีเช่นนี้ สมควรที่ฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้เอง

### 3.2.2.3 สัญญาสัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

นอกจากสัญญาที่ไม่อาจให้ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาได้เลย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.2.1.4 แล้ว สัญญาสัมปทานดังต่อไปนี้ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครอง สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง กล่าวคือ

สัญญาระหว่างกระทรวงเกษตร และสหกรณ์ ที่ 1 กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ที่ 2 ผู้ฟ้องคดี กับ นายย่อง ใจเย็น กับผู้ถูกฟ้องคดีรวม รวม 13 ราย ผู้ฟ้องคดีให้สัมปทานทำไม้ป่าชายเลนแก่ผู้ถูกฟ้องคดีมีกำหนดระยะเวลาสัมปทาน 15 ปี นับแต่เดือนกรกฎาคม 2529 ถึง กรกฎาคม 2544 ซึ่งตามสัญญาสัมปทาน ผู้ถูกฟ้องคดี ต้องชำระเงินค่าเปิดป่าต่างหากจากค่าภาคหลวง โดยชำระเป็นรายปีภายในเดือนแรกของรอบปีสัมปทาน ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ชำระค่าเปิดป่าในรอบปีสัมปทานที่ 11 ถึง 15 ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี ชำระเงินข้างต้นพร้อมทั้งดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดี<sup>79</sup>

สัญญาระหว่างกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กับนายชงชัย เสรีเรืองรอง คู่กรณีทำสัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน ข้อสัญญาระบุให้ชำระเงินค่าเปิดป่าภายในเดือนแรกของรอบปีสัมปทานทุกปี และเป็นกรณีที่มีการกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ไว้แน่นอน ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี ชำระเงินข้างต้นพร้อมทั้งดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดี<sup>80</sup>

จะเห็นได้ว่า ในสัญญาสัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าว ได้ระบุไว้ชัดเจนแล้วให้ต้องมีการชำระค่าเปิดป่า อันเป็นค่าสัมปทานให้แก่รัฐ ซึ่งวัตถุประสงค์นี้ตามสัญญาเช่นนี้เป็นหนี้เงินเท่านั้น ดังนั้น ข้อเท็จจริงในคดีนี้จึงมีลักษณะไม่ซับซ้อน ความเสียหายที่ฝ่ายปกครองได้รับชัดเจนตามสัญญา สามารถคำนวณนับได้ไม่ยาก ผลกระทบที่เกิดจากการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาที่อยู่ในวงจำกัด คือ ผู้รับสัมปทานซึ่งเป็นคู่สัญญาเท่านั้น มิได้กระทบกระเทือนประชาชนส่วนรวม และทุนทรัพย์ที่จะบังคับตามสัญญา ในคำสั่งศาลปกครอง

<sup>79</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 108-120/2547

<sup>80</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 818/2547

สูงสุดที่ 818/2547 ที่มีลักษณะข้อเท็จจริงเดียวกัน ก็เพียงแค่ 110,000 บาท เท่านั้น ซึ่งลักษณะเช่นนี้ แม้คดีดังกล่าว ซึ่งเป็นข้อพิพาทตามสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ก็ไม่สมควรที่ฝ่ายปกครองจะต้องนำข้อพิพาทให้ศาลปกครองวินิจฉัย และสมควรให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้เอง ด้วยวิธีการดังที่ได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 4

อย่างไรก็ดี ประเด็นข้อพิพาทข้อใดในสัญญาสัมปทานทั้งสองประเภทนี้ หากไม่กระทบกับอำนาจรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น ประเด็นเกี่ยวกับค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา ประเด็นเกี่ยวกับระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญา หรือประเด็นค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา เป็นข้อพิพาทที่สามารถตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นดังกล่าว ไม่ส่งผลกระทบต่ออำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะแต่อย่างใด

### 3.2.2.4 สัญญาทางปกครองที่วินิจฉัยโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับคดีสัญญา เฉพาะที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และประเภทที่เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาได้ มีเพียงสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นสัญญาให้ทุนการศึกษาเท่านั้น ดังนี้

สัญญาระหว่างนางจิตรา ชนะกุล กับ กรุงเทพมหานคร คู่กรณีทำสัญญาลาศึกษาต่อ นางจิตรา ชนะกุล เป็นข้าราชการในสังกัดของกรุงเทพมหานคร ได้ทำสัญญาลาศึกษาต่อระดับปริญญาโท โดยมีข้อตกลงว่า เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้ว จะกลับมารับราชการต่อ ได้ยอมชดใช้เงินและเบี้ยปรับเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 2 เท่า ของเงินที่ผู้ฟ้องคดีได้รับไป แต่หากกลับมารับราชการได้ไม่ครบกำหนด จะยอมชดใช้เงินคืนแก่กรุงเทพมหานคร โดยลดลงตามส่วน คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง โดยให้เหตุผลว่า กรุงเทพมหานคร เป็นหน่วยงานทางปกครอง การจัดการศึกษาก็ถือว่าเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งที่รัฐต้องจัดให้มีขึ้น และข้อสัญญาที่ว่า เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้ว จะกลับมารับราชการต่อ นั้น วัตถุประสงค์สัญญา คือการให้ผู้ฟ้องคดีกลับมาดำเนินการ หรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ อันเป็นเรื่องจัดการศึกษา วัตถุประสงค์หลัก ได้แก่ การให้นางจิตรา



ขณะกุล กลับเข้ารับราชการในโรงเรียนสังกัดกรุงเทพมหานคร ไม่ใช่ให้ผู้ฟ้องคดีชำระเงินแก่  
กรุงเทพฯ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>81</sup>

สัญญาให้ทุนการศึกษา และลาศึกษาต่อนี้ มีเหตุผลที่ให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้  
มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง เช่นเดียวกับที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้แล้วในหัวข้อที่ 3.2.2.1

### 3.3 สัญญาที่มีสัญญาทางปกครอง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.2 อันเป็นกรณีที่ตั้งศาลปกครองสูงสุด และ  
คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วินิจฉัยแล้วว่า สัญญาใด เป็นสัญญาทาง  
ปกครอง ในหัวข้อนี้ จะได้กล่าวถึงในทางตรงกันข้ามว่า สัญญาประเภทใดบ้างที่องค์กรทั้งสอง  
วินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่งบางกรณีมี  
ลักษณะที่ใกล้เคียงกัน ก่อความสับสนในการแยกแยะ เมื่อสัญญาใดองค์กรทั้งสองวินิจฉัยแล้วว่าไม่  
เป็นสัญญาทางปกครอง ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง ที่ไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เลย  
โดยจะขอกล่าวโดยสังเขป ดังนี้

#### 3.3.1 กรณีวินิจฉัยโดยศาลปกครอง

##### 1) สัญญาเช่า

สัญญาระหว่างนายสนธิ สันติพันธ์พิทักษ์ กับการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย คู่กรณี  
ทำสัญญาให้เช่าทดแทนสำหรับเนื้อที่ดินที่ถูกเขตก่อสร้างวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ ศาล  
ปกครองวินิจฉัยว่า เนื้อหาของสัญญาเป็นการกำหนดข้อตกลงว่าด้วยค่าตอบแทนในการเข้าไปใช้  
สอย ครอบครองที่ดินที่เป็นเขตวางท่อภายในวัตถุประสงค์แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่ง  
ประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๑ ไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินการทาง  
ปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะให้บรรลุผล<sup>82</sup>

##### 2) สัญญากู้ยืม หรือฝากทรัพย์

สัญญาระหว่างนายมะลิ แก้วศรีงาม กับ นายเทียบ วรรณแก้ว คู่กรณีทำสัญญากู้ยืม  
เงิน โดยเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างเอกชน นายเทียบ วรรณแก้ว ผู้กู้ยืม ยินยอมให้นำเงินของ  
การสื่อสารแห่งประเทศไทยมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ทางแพ่ง มิใช่การกระทำการทาง  
ปกครอง หรือการดำเนินการทางปกครอง<sup>83</sup>

<sup>81</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 25/2545

<sup>82</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 175/2545

<sup>83</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 186/2546

สัญญาระหว่างบริษัท เครดิทฟองซิเออร์ เสรีสากลชนกิจ จำกัด กับ ธนาคารอาคารสงเคราะห์ คู่กรณีทำสัญญาฝากเงิน แม้ธนาคารอาคารสงเคราะห์ เป็นรัฐวิสาหกิจ ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติธนาคารอาคารสงเคราะห์ พ.ศ. ๒๕๕๖ แต่โดยลักษณะการประกอบธุรกิจของธนาคารอาคารสงเคราะห์ตามมาตรา 27 นั้น เป็นการดำเนินการในเชิงธุรกิจ เหมือนกับธนาคารพาณิชย์ทั่วไป มิได้ใช้อำนาจทางปกครองแต่ประการใด และนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดขึ้นโดยสัญญาทางแพ่ง<sup>84</sup>

### 3) สัญญาการใช้บริการน้ำประปา และไฟฟ้า

สัญญาระหว่างนางรัชดา พุ่งสาคร กับ การประปานครหลวง คู่กรณีทำสัญญาใช้น้ำประปา แม้การดำเนินการของการประปานครหลวง จะอาศัยข้อบังคับการประปานครหลวงว่าด้วยการจัดส่ง การจำหน่าย และการใช้น้ำประปา พ.ศ. ๒๕๑๗ และระเบียบการประปานครหลวงว่าด้วยการระงับการใช้น้ำชั่วคราว และถาวรกรณีค้างชำระค่าน้ำประปา พ.ศ. ๒๕๑๔ ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาการใช้น้ำประปา แต่ข้อกำหนดในสัญญา ไม่มีลักษณะให้เอกสิทธิแก่คู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองในลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง<sup>85</sup>

สัญญาระหว่างนายอภิชาติ เอี่ยมสกุล กับ การไฟฟ้านครหลวง กับพวกรวม 3 คน คู่กรณีทำสัญญาใช้ไฟฟ้า แม้การไฟฟ้านครหลวง จะเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. ๒๕๐๑ ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการไฟฟ้าไว้ ทั้งต้องใช้อำนาจทางปกครองดำเนินการ และมีได้ใช้อำนาจทางปกครอง แต่การจัดระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัยในการใช้ และการรักษาทรัพย์สินของการไฟฟ้า เป็นการใช้อำนาจเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป การเปลี่ยนเครื่องวัดหน่วยไฟฟ้า เป็นการกระทำต่อนายอภิชาติ เอี่ยมสกุล ในฐานะเสมอภาค เช่นเดียวกับเอกชนต่อเอกชน การไฟฟ้านครหลวง มิได้ใช้อำนาจทางปกครอง จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>86</sup> ซึ่งต่อมาได้มีคดีระหว่าง บริษัทแกรนด์ซิตี แมนชั่น อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด กับ การไฟฟ้านครหลวง ศาลปกครองได้ให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า สัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้ได้มาซึ่งไฟฟ้า เพื่อใช้ในกิจการส่วนตัว เป็นการให้บริการสาธารณะแก่เอกชน มิได้มีวัตถุประสงค์ให้เอกชนเข้าดำเนินการ หรือร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญานี้มุ่งผูกพันตนบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง การระงับการจ่าย

<sup>84</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 183/2546

<sup>85</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 319/2545

<sup>86</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 483/2546

ไฟฟ้า เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญา มิใช่การใช้อำนาจปกครอง หรือคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่ง<sup>87</sup>

#### 4) สัญญาซื้อขาย

สัญญาระหว่างบริษัท ฟอสฟอรัส จำกัด กับ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ คู่กรณีทำสัญญาซื้อขายเครื่องส่งวิทยุแผลงในแบตเตอรี่ โทรศัพท์มือถือ และชุดเครื่องรับวิทยุแบบปรับความถี่ได้ ศาลปกครองวินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าวไม่มีลักษณะตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง<sup>88</sup>

สัญญาระหว่างเทศบาลตำบลนาสีทอง กับ ห้างหุ้นส่วนจำกัด นครสวรรค์สตีลอินดัสทรี คู่กรณีทำสัญญาซื้อขายเตาเผาขยะโนนทองไฮเทคศาลปกครองให้เหตุผลว่า แม้การกำจัดขยะมูลฝอย เป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน ซึ่งเป็นบริการสาธารณะ และเทศบาลตำบลนาสีทองเลือกวิธีการกำจัดโดยวิธีการเผา แต่เตาเผาที่เป็นเพียงอุปกรณ์ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น หาได้เป็นสิ่งสาธารณูปโภคไม่ ทั้งสัญญาดังกล่าว มิได้มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของเทศบาลตำบลนาสีทอง ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง สัญญาดังกล่าว จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>89</sup>

#### 5) สัญญาจ้าง

สัญญาระหว่างบริษัท กรุงเทพการไฟฟ้า จำกัด กับ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย คู่กรณีทำสัญญาให้เอกชนได้รับเงินสนับสนุนในการผลิต และจำหน่ายเครื่องปรับอากาศเบอร์ 5 แก่ประชาชนตามโครงการประชาร่วมใจใช้เครื่องปรับอากาศประหยัดไฟฟ้าตามมติคณะรัฐมนตรี กิจกรรมตามโครงการ มิใช่กิจการเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย แต่เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาล เพื่อรักษาทรัพยากรพลังงานที่มีอยู่ให้ใช้ได้ยาวนานขึ้น และข้อตกลงก็ทำขึ้นด้วยความเห็นชอบของผู้ประกอบการที่เข้าร่วม โครงการ อันเป็นนิติสัมพันธ์บนพื้นฐานของความเสมอภาค มิได้ใช้อำนาจรัฐบังคับให้บริษัทกรุงเทพการไฟฟ้า จำกัด เข้าร่วมโครงการทั้งมิใช่สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง<sup>90</sup>

สัญญาระหว่างบริษัท โปรฟิวส์ จำกัด กับ นายช่างแขวงทางอุตรดิตถ์ที่ 2 คู่กรณีทำสัญญาจ้างติดตั้งปุ่มสะท้อนแสงสองหน้า ศาลปกครองให้เหตุผลว่า ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา

<sup>87</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 292/2546

<sup>88</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 536/2545

<sup>89</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 423/2546

<sup>90</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 457/2545

เป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้าง กับผู้รับจ้างในระบบกฎหมายแพ่ง และไม่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงการใช้อำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญา และไม่มีลักษณะตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และปุ่มสะท้อนแสงสองหน้า ก็มีใช้เป็นที่ตั้งสาธารณูปโภคด้วย สัญญาจ้างดังกล่าว จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>91</sup>

สัญญาระหว่างนางมณฑา กิรดิชากุล กับอธิบดีกรมธนารักษ์ และผู้ว่าราชการจังหวัดอุดรธานี คู่กรณีทำสัญญาก่อสร้างอาคารตึกแถวสองชั้น จำนวน 1 ห้อง บนที่ดินราชพัสดุ ซึ่งเมื่อก่อสร้างเสร็จแล้วจะยกกรรมสิทธิ์ในอาคารนั้นให้กระทรวงการคลัง โดยกระทรวงการคลังยินยอมให้ผู้ก่อสร้างเช่าอาคารดังกล่าว 15 ปี แม้จะเป็นสัญญาที่ทำกับกระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่ก็มุ่งผูกพันกันด้วยใจสมัคร บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และการก่อสร้างแล้วยกกรรมสิทธิ์ให้รัฐ ก็ไม่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนไม่ เพราะกรณีดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนด้วยกัน คู่สัญญามีสิทธิ และหน้าที่ปฏิบัติต่อกันตามข้อผูกพันที่กำหนดในสัญญา การกระทำของอธิบดีกรมธนารักษ์ และผู้ว่าราชการจังหวัด ไม่ได้อาศัยอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง<sup>92</sup>

สัญญาระหว่างบริษัท ตาปีกรุ๊ป จำกัด กับมหาวิทยาลัยแม่โจ้ กับ สำนักงานงบประมาณ คู่กรณีทำสัญญาจ้างปรับปรุงบ้านพักราชการ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า มหาวิทยาลัยแม่โจ้ กับสำนักงานงบประมาณ มิได้มอบหมายให้บริษัท ตาปีกรุ๊ป จำกัด ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง และไม่มีลักษณะตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒<sup>93</sup>

สัญญาระหว่างบริษัท แพลทินัมแสดนคาร์ดเซอร์วิส จำกัด กับ องค์การสวนสัตว์ และผู้อำนวยการสวนสัตว์ดุสิต คู่กรณีทำสัญญาทำความสะอาดสุสานสัตว์ดุสิต ศาลปกครองวินิจฉัยว่า เป็นเพียงสัญญาจ้างทำของในทางแพ่งทั่วไป การทำความสะอาดสุสานสัตว์ไม่เป็นบริการสาธารณะของรัฐ เป็นเพียงการให้ความสะดวกด้านสุขาแก่ประชาชนที่เข้ามาเที่ยวชมสวนสัตว์เท่านั้น ไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องดำเนินบริการประเภทนี้สำหรับประชาชน แม้รัฐไม่จัด ก็ไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ สัญญาดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครอง<sup>94</sup>

#### 6) สัญญาเช่าซื้อ และสัญญาเช่า

<sup>91</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 438/2545

<sup>92</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 97/2545

<sup>93</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 41/2545

<sup>94</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 60/2546

สัญญาระหว่างนายสุกิจ พรวิศณุกุล กับ การเคหะแห่งชาติ คู่กรณีทำสัญญาเช่าซื้อบ้านพร้อมที่ดินในโครงการหมู่บ้านนักกีฬาแหลมทอง ศาลปกครองวินิจฉัยว่า แม้การเคหะแห่งชาติ จะเป็นรัฐวิสาหกิจ ตามพระราชบัญญัติการเคหะแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๗ แต่ก็ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่เป็นการประกอบกิจการในเชิงธุรกิจเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป การก่อสร้างอาคารให้ประชาชนเช่าซื้อของการเคหะแห่งชาติ ก็เช่นกัน สัญญาดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครอง<sup>95</sup>

สัญญาระหว่างนางลีนา สุทธิธรรม กับ การรถไฟแห่งประเทศไทย คู่กรณีทำสัญญาเช่าอาคารพาณิชย์ ศาลปกครองวินิจฉัยว่า แม้การรถไฟแห่งประเทศไทยจะเป็นรัฐวิสาหกิจ ตามพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๔ แต่ก็มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินธุรกิจตามหลักกฎหมายแพ่ง สัญญาเช่าดังกล่าว เป็นสัญญาที่ทำในฐานะเอกชนด้วยกัน เป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>96</sup>

#### 7) สัญญาติดตั้งระบบ

สัญญาระหว่างนางอรณีจิตร สังขวรรณ กับ การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคภาคใต้อใหญ่ คู่กรณีทำสัญญาปักเสา พาดสายเข้าสู่ที่ดินจัดสรรของเอกชน ศาลปกครองวินิจฉัยว่า เนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องที่คู่กรณีเข้าผูกพันกันในฐานะผู้ว่าจ้าง และผู้รับจ้าง มิใช่การกระทำในฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>97</sup>

#### 8) สัญญาจ้างที่ปรึกษา หรือสัญญาออกแบบ

สัญญาระหว่างบริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับ กรมพลศึกษา คู่กรณีทำสัญญาจ้างเป็นที่ปรึกษาออกแบบ และควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนภายในสนามกีฬาเฉลิมพระเกียรติฯ จังหวัดปทุมธานี ศาลปกครองวินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยการแสดงเจตนาในฐานะที่เท่าเทียมกันตามกฎหมายแพ่ง ทั้งมิใช่สัญญาตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒<sup>98</sup>

#### 9) สัญญาค้ำประกัน

สัญญาระหว่างนางพรพันธุ์ ก้อนทรัพย์ กับ การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคชัยบุรี คู่กรณีทำสัญญาชำระเงินค้ำประกัน ตามสัญญาขอใช้บริการกระแสไฟฟ้า ศาลปกครองวินิจฉัยว่า เหตุแห่ง

<sup>95</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 594/2545

<sup>96</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 107/2546

<sup>97</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 616/2545

<sup>98</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 87/2545 และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 47/2547

การฟ้องคดีนี้ สืบเนื่องมาจากสัญญาขอใช้บริการกระแสไฟฟ้า ซึ่งมีลักษณะเป็นคดีพิพาทระหว่างเอกชน กับหน่วยงานทางปกครองที่มีได้ใช้อำนาจทางปกครอง ข้อโต้แย้งที่เกี่ยวข้องกับสัญญาดังกล่าว จึงเป็นข้อพิพาททางแพ่ง<sup>99</sup>

#### 10) สัญญาให้

สัญญาระหว่างนางสาวสรรรณี วุฒินันท์ กับ คณะอนุกรรมการสวัสดิการโรงพยาบาลโรคทรวงอก คู่กรณีทำสัญญาให้ดำเนินการร้านค้าสวัสดิการในโรงพยาบาลโรคทรวงอก ศาลปกครองวินิจฉัยว่า สัญญาเกิดจากคำเสนอ และคำสนองของคู่สัญญา ไม่มีข้อความให้ผู้รับสัญญา มีสิทธิต่อสัญญาได้ ผู้ให้สัญญามีสิทธิจะต่อสัญญาหรือไม่ก็ได้ตามกฎหมายแพ่ง และสัญญาดังกล่าวมิได้มีลักษณะตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ หรือเป็นสัญญาหน่วยงานทางปกครองตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้าดำเนินการ หรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ<sup>100</sup>

### 3.3.2 กรณีวินิจฉัยโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

#### 1) สัญญาซื้อขาย

สัญญาระหว่างโรงเรียนเคชอุดม สังกัดกรมสามัญศึกษา กับเอกชน ซึ่งเป็นสัญญาการจำหน่ายอาหาร และเครื่องดื่มในสถานศึกษา มิใช่วัตถุประสงค์หลักในการจัดการบริการสาธารณะ ด้านการศึกษา และเป็นสัญญาภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>101</sup>

สัญญาระหว่างการสื่อสารแห่งประเทศไทย กับ บริษัท โฟโอเนียเทเลคอม อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด คู่สัญญาทำสัญญาซื้อขายนาฬิกาปรับเวลา และเรียกค่าเสียหาย คณะกรรมการฯ วินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าวไม่ใช่สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือร่วมจัดทำ และไม่ใช่อสังหาริมทรัพย์<sup>102</sup>

#### 2) สัญญาเช่า

สัญญาระหว่างนายนิคม จำนิพัทธ์ กับ ผู้ว่าราชการจังหวัดนนทบุรี และกรมธนารักษ์ คู่กรณีทำสัญญาเช่าตามสภาพอาคารที่ยังคงเหลืออยู่เป็นเวลา 21 ปี คณะกรรมการฯ วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบการค้า และอยู่อาศัยเป็นประโยชน์เฉพาะตัว และไม่มี

<sup>99</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 197/2546

<sup>100</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 413/2546

<sup>101</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 20/2546

<sup>102</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 11/2547

ลักษณะตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒<sup>103</sup>

### 3) สัญญาค้ำประกัน

สัญญาซึ่งนายสมบัติ มงคลอิทธิเวช ผู้วางหลักทรัพย์ค้ำประกันสัญญาเช่าสถานที่ระหว่างนางปวีณา สาสิงห์ ผู้เช่า กับ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เพื่อประกอบกิจการสรวายน้ำ คณะกรรมการฯ วินิจฉัยว่า สัญญาเช่าเป็นการที่มหาวิทยาลัยเชียงใหม่หารายได้จากการใช้ที่ราชพัสดุที่มหาวิทยาลัยปกครองดูแล ซึ่งมีใช้วัตถุประสงค์หลักในการจัดทำบริการสาธารณะด้านการศึกษา<sup>104</sup>

สัญญาซึ่งธนาคารทหารไทย จำกัด ทำสัญญาค้ำประกันการก่อสร้างถนนระหว่างเทศบาลยะลา กับ ห้างหุ้นส่วนจำกัดเจริญทิพย์การโยธา คณะกรรมการฯ วินิจฉัยว่า สัญญาค้ำประกันดังกล่าวไม่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครอง ลำพังสัญญาค้ำประกัน ไม่มีลักษณะตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ การฟ้องคดีให้ชำระเงินตามสัญญาค้ำประกัน จึงควรดำเนินกระบวนการพิจารณายังศาลที่มีเขตอำนาจเดียวกับศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา ซึ่งถือเป็นสัญญาหลัก<sup>105</sup>

<sup>103</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2547

<sup>104</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 23/2546

<sup>105</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 28/2546

## บทที่ 4

### การนำมาตรการบังคับทางปกครองกรณีผิดสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับ ในประเทศไทย

วิวัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายปกครองในประเทศไทย มีพัฒนาการที่ไม่ยาวนานมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครอง ยิ่งนับว่าเป็นเรื่องใหม่ในระบบกฎหมายไทย ความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครอง หรือเกี่ยวกับหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองนั้น จะได้มาจากต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในภาคพื้นยุโรป ยกตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งเป็นต้นแบบแห่งระบบกฎหมายปกครอง และระบบประมวลกฎหมายต่าง ๆ

เมื่อมีการจัดทำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ คณะผู้ร่างได้นำเอากฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาเป็นแนวทางในการร่าง และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประเทศไทยก็ได้รับเอาแนวคิด อิทธิพลเกี่ยวกับระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสอย่างมาก อย่างไรก็ตาม เนื้อหาในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับ คำสั่งทางปกครอง ตั้งแต่ นิยาม การออกคำสั่ง คู่กรณี การอุทธรณ์คำสั่ง รูปแบบ และผลของคำสั่ง การแจ้ง และการเพิกถอนคำสั่ง ซึ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการในรูปของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ และหน้าที่ของเอกชนเฉพาะราย หรือคำสั่งทางปกครอง หรืออาจดำเนินการในรูปของสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นด้วยความยินยอมพร้อมใจของเอกชนที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาก็ได้ แต่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ หาได้มีเนื้อหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไม่ หรือในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยภาพรวมจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาในศาลปกครอง ตั้งแต่การเสนอคำฟ้องต่อศาลปกครอง การดำเนินคดีปกครอง ไปจนกระทั่งการบังคับคดีปกครอง พระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพียง นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 และอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา



9 (4) และผู้เสียหายที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในมาตรา 42 และการกำหนดค่าบังคับในคดีสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 72 (3)

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ให้นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติในมาตรา 3 นี้ เป็นบทบัญญัติในทางสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพียงแห่งเดียวในระบบกฎหมายไทย ซึ่งไม่เพียงพอต่อการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

เมื่อหลักกฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษรยังไม่พัฒนาไปถึง “ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครอง” ในระหว่างที่ยังไม่มีการตรากฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองจะต้องวินิจฉัยคดีข้อพิพาท และวางแนวทางการวินิจฉัยเพื่อใช้เป็นบรรทัดฐานในคดีต่อ ๆ ไป ซึ่งลักษณะดังกล่าว มีข้อดี คือ บรรทัดฐานดังกล่าวอาจจะเหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงในสังคมไทย แต่ก็มีข้อเสีย กล่าวคือ พัฒนาการเกี่ยวกับหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทยจะเป็นไปอย่างไม่เรื้อรัง

ต่อเนื่องจากบทที่ 3 ซึ่งเป็นการศึกษาวิเคราะห์ประเภทของสัญญาทางปกครองว่าสัญญาทางปกครองประเภทใดบ้าง เหมาะสมที่จะให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้ด้วยตนเอง ซึ่งในบทนี้ จะได้วิเคราะห์ สรุปสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับได้ด้วยตนเองว่ามีลักษณะร่วมกันอย่างไรและการนำมาตรการบังคับทางปกครองตามสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับในกฎหมายไทย

#### 4.1 สัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับได้เอง

ในหัวข้อนี้ จะได้ทำการสรุปประเภทของสัญญาทางปกครอง ที่ฝ่ายปกครองอาจใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้ด้วยตนเอง ทั้งสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน และสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

##### 4.1.1 สัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมวด 2 คำสั่งทางปกครอง ส่วนที่ 8 การบังคับทางปกครอง มาตรา 55 บัญญัติหลักเกณฑ์ของการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่กรณีเป็นหน่วยงานของรัฐด้วยกันว่า การบังคับทางปกครอง ไม่ใช้กับเจ้าหน้าที่ด้วยกัน จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว ทำให้เห็นธรรมชาติของคู่สัญญาได้ว่า คู่สัญญาที่มีฐานะเท่า

เทียมกัน ทั้งสองฝ่าย ต่างก็เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ด้วยกัน เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเหมือนกัน ใช้เงินงบประมาณ จากงบประมาณของรัฐจำนวนเดียวกัน และมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็ได้บัญญัติรองรับไว้ว่า ททรัพย์สินอย่างใดที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมายย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ททรัพย์สินที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1305 บัญญัติให้ทรัพย์สินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นจะโอนแก่กันมิได้ สาธารณสมบัติของแผ่นดิน จึงไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 1307 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังบัญญัติไว้ว่า ห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของแผ่นดิน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่อีกด้วย เมื่อคู่สัญญามีความเท่าเทียมกัน การจะบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ต้องกระทำ งดเว้น หรือจำยอมต่ออีกฝ่ายหนึ่ง จึงไม่อาจทำได้โดยสภาพ

กรณีอาจเทียบเคียงได้กับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งบุคคลสองฝ่าย เข้าทำนิติกรรมสัญญากัน เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว หลักกฎหมายแพ่ง ก็ไม่อนุญาตให้คู่สัญญา เข้าบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาด้วยตัวเอง<sup>106</sup> เพราะต่างฝ่ายต่างก็มีความเท่าเทียมกันในการเข้าทำสัญญา เท่าเทียมกันในการต้องปฏิบัติตามสัญญา และหากยอมให้คู่สัญญาสามารถบังคับการได้เอง อาจเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคมได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการบังคับเอาไว้ว่า ถ้าคู่สัญญาละเลยไม่ชำระหนี้ ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ เพราะเมื่อเข้าสู่กระบวนการศาลศาลเป็นหน่วยงานของรัฐ เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ ใช้อำนาจตุลาการ อันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตย<sup>107</sup> เท่าเทียมกับอำนาจบริหาร ซึ่งมีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาซึ่งเป็นประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง อำนาจของสถาบันศาล ที่จะออกคำบังคับ คำพิพากษา จึงมีลักษณะการใช้อำนาจเหนือ รูปแบบ บน ลง ล่าง (top – down) ซึ่งสามารถใช้อำนาจดังกล่าวบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้

การใช้มาตรการบังคับทางปกครองก็เช่นเดียวกัน หากคู่สัญญาทางปกครองมีฐานะที่เท่าเทียมกันแล้ว ต่างก็เป็นหน่วยงานของรัฐ เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ด้วยกัน เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จึงไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ คู่สัญญาต้องนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการทางศาล ในกรณีสัญญาทางปกครอง ศาลที่มีเขตอำนาจจึงได้แก่ ศาลปกครอง

<sup>106</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. (2540). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. หน้า 47.

<sup>107</sup> มาตรา 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

ตามมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง ด้วยเหตุผลดังกล่าว

เมื่อข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ปัญหาในกระบวนการพิจารณาความของศาล ได้แก่ ความซับซ้อนในวิธีปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ และความล่าช้าเนื่องจากระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับขั้นตอนต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปริมาณคดีที่ศาลต้องรับภาระอย่างมาก ขั้นตอนและภาระในระบบรับข้อพิพาททางศาลจึงมีมาก ระบบรับข้อพิพาททางเลือกต่าง ๆ จึงได้เกิดขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงขั้นตอน และลดภาระให้ระบบศาล ยกตัวอย่างเช่น การเจรจา การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมยอมความ หรือทางอนุญาโตตุลาการ

ในสัญญาทางปกครอง ที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันก็เช่นเดียวกัน จำเป็นหรือไม่ที่ต้องนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ไปสู่กระบวนการรับข้อพิพาททางศาล ซึ่งต้องผ่านขั้นตอนที่ซับซ้อน และใช้เวลาในการดำเนินคดียาวนาน และจำเป็นหรือไม่ที่จะนำข้อพิพาทในฝ่ายปกครองนี้ ไปให้เป็นภาระของระบบศาล ข้อพิพาทของฝ่ายปกครองด้วยตนเอง น่าจะรับได้ ภายในฝ่ายปกครองหรือไม่

หากจะเปรียบเทียบกับคดีแพ่ง ข้อพิพาททางแพ่ง ซึ่งคู่สัญญาต่างก็เป็นส่วนราชการ ไม่ว่าจะเป็นราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือรัฐวิสาหกิจ ได้มีมติคณะรัฐมนตรี ให้มีคณะกรรมการขึ้นชุดหนึ่งเพื่อชี้ขาดว่า จะดำเนินคดีดังกล่าวต่อไปหรือไม่ เรียกคณะกรรมการชุดนี้ว่า คณะกรรมการชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง คณะกรรมการดังกล่าวประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมาย และการคลัง เป็นผู้พิจารณาการที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ตั้งคณะกรรมการดังกล่าวขึ้น ก็จะทำให้ข้อพิพาททางแพ่ง ของส่วนราชการต่าง ๆ ไม่จำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการรับข้อพิพาททางศาลที่ซับซ้อน และใช้ระยะเวลายาวนาน ลดภาระคดีในระบบศาล ลดบุคลากรที่รับผิดชอบดูแลคดี ลดงบประมาณที่ต้องใช้จ่ายในคดี แม้แนวความคิดในการรับข้อพิพาทในทางแพ่งดังกล่าว จะไม่ครอบคลุมถึงข้อพิพาททางปกครอง หรือสัญญาทางปกครอง แต่ก็น่าจะได้นำกรอบแนวคิดดังกล่าวมาใช้ในคดีสัญญาทางปกครอง ซึ่งคู่สัญญาต่างก็เป็นส่วนราชการด้วยกันเช่นกัน

วิธีการก็เช่นเดียวกับในคดีแพ่ง คือ การออกเป็นมติคณะรัฐมนตรี ให้มีคณะกรรมการขึ้นชุดหนึ่ง พิจารณาว่าสัญญาทางปกครอง ซึ่งคู่สัญญาเป็นส่วนราชการด้วยกัน คดีใดเป็นคดีที่มีข้อพิพาทไม่มาก ไม่ซับซ้อน อาจรับได้โดยให้คณะกรรมการดังกล่าว ออกเป็นคำสั่ง แล้วให้คู่สัญญาทางปกครองปฏิบัติตามนั้น หรือตั้งงบประมาณเพื่อชำระหนี้กันไปตามคำสั่งของ

คณะกรรมการดังกล่าว หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อพิพาท เป็นคดีที่ซับซ้อน ก็ให้มีคำสั่งให้ส่งข้อพิพาทดังกล่าว เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล

คณะกรรมการชุดดังกล่าว ไม่ควรใช้เป็นชุดเดียวกับที่ระงับข้อพิพาทในทางแพ่ง เนื่องจาก คณะกรรมการในคดีแพ่ง เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง ซึ่งมีภาระหน้าที่ในงานประจำอยู่เดิมแล้ว ทั้งยังต้องรับผิดชอบข้อพิพาทในคดีแพ่ง ซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมากอีก จึงสมควรให้ตั้งเป็นคณะกรรมการชุดใหม่ โดยอาจมีมติคณะรัฐมนตรีให้ตั้งเป็นคณะกรรมการชุดเดียวกับในคดีแพ่ง หรือผู้แทน เพื่อที่คณะกรรมการดังกล่าว จะได้มีอำนาจตั้งตัวแทนเพื่อพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าว ในคดีปกครอง เรียกชื่อคณะกรรมการชุดคดีปกครองนี้ว่า “คณะกรรมการชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีสัญญาทางปกครอง ระหว่างส่วนราชการ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง” ข้อพิพาทภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ก็จะได้ถูกระงับไปภายในฝ่ายปกครองส่วนหนึ่ง หากจะมีข้อพิพาทไปถึงศาลปกครอง ก็จะเป็นข้อพิพาทเฉพาะที่สำคัญ ๆ เท่านั้น และทุก ๆ ฝ่ายก็จะได้ประโยชน์จากการมีคณะกรรมการดังกล่าว เช่นเดียวกับคดีแพ่ง กล่าวคือ ข้อพิพาทไม่จำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางศาลที่ซับซ้อน และใช้ระยะเวลายาวนาน ลดภาระคดีในระบบศาล ลดบุคลากรที่รับผิดชอบดูแลคดี ลดงบประมาณที่ต้องใช้จ่ายในคดี เมื่อศาลมีภาระคดีน้อยลง ศาลก็สามารถใช้ทรัพยากรต่าง ๆ ทูมเทให้กับคดีสำคัญ ๆ ได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ระยะเวลาดำเนินคดีในศาลก็อาจจะลดลงด้วยเช่นกัน

#### 4.1.2 สัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชน

จากการศึกษาประเภทของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ทั้งจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุด และจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในบทที่ 3 พบว่า สัญญาทางปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้ทันทีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา จะจำกัดเฉพาะสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน (subordination) เท่านั้น เนื่องจากสัญญาทางปกครองประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกันเอง (coordination) คู่สัญญาต่างก็มีฐานะเท่าเทียมกัน อำนาจเหนือในลักษณะ บนลงล่าง (top-down) จึงไม่อาจมีได้ แต่การจะมีมาตรการบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งผิดสัญญา ในกรณีสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐ ก็อาจทำได้ โดยใช้กรอบแนวคิดเทียบเคียงกับคดีแพ่ง ซึ่งในคดีแพ่ง ได้มีมติคณะรัฐมนตรี ให้มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง<sup>108</sup> ในทางคดีสัญญาทางปกครองก็อาจมีมติคณะรัฐมนตรีเพื่อตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อยุติใน

<sup>108</sup> มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 11 มีนาคม 2540

การดำเนินคดีสัญญาทางปกครองระหว่างส่วนราชการก็ได้เช่นเดียวกัน ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 4.1.1

ดังนั้น การใช้หรือการตกลงให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ในสัญญาทางปกครอง จึงใช้ได้เฉพาะสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน คือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ หรือ หน่วยงานของรัฐ หรือ ฝ่ายปกครอง และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนเท่านั้น โดยในสัญญาทางปกครองที่หน่วยงานของรัฐ และเอกชนเป็นคู่สัญญากันนี้ อาจมองได้ว่าเป็นเรื่องที่ไม่เท่าเทียมกัน และมีลักษณะคล้ายกับเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีความไม่เท่าเทียมกันเช่นกัน กรณีคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือ โดยใช้มาตรการบังคับได้ทันที กรณีของสัญญาทางปกครอง จึงน่าจะมีสัญญาบางประเภท ที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับได้ทันทีเช่นกัน

จากการศึกษาสัญญาทางปกครองประเภทต่าง ๆ ในบทที่ 3 สัญญาทางปกครอง ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ อีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน พบว่า นับตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการ จนถึงปัจจุบัน ได้มีคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของรัฐเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองจำนวนหนึ่ง ซึ่งศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างศาล ก็ได้ทำการแยกแยะว่าสัญญาของรัฐลักษณะใด ที่จะมีคุณสมบัติเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาใดมิใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งผู้ศึกษาได้สรุป แยกแยะออกเป็นหมวดหมู่ดังได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 3 โดยคดีสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ได้แก่

**4.1.2.1 คดีให้เอกชนผู้รับสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน ชำระค่าสัมปทาน อันเป็นสัญญาสัมปทานให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งได้แก่**

สัญญาระหว่างกระทรวงเกษตร และสหกรณ์ ที่ 1 กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ที่ 2 ผู้ฟ้องคดี กับ นายย่อง ใจเย็น กับผู้ถูกฟ้องคดีร่วม รวม 13 ราย<sup>109</sup>

สัญญาระหว่างกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กับนายธงชัย เสรีเรืองรอง<sup>110</sup>

สัญญาทั้งสองฉบับ คู่กรณีทำสัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน ข้อสัญญาระบุให้ชำระเงินค่าเปิดป่าภายในเดือนแรกของรอบปีสัมปทานทุกปี แต่ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่ได้ชำระค่าเปิดป่าในรอบปีสัมปทานที่ 11 ถึง 15 ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี ชำระเงินข้างต้นพร้อมทั้งดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดี

<sup>109</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 108-120/2547

<sup>110</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 818/2547

**4.1.2.2 คดีให้เอกชนชดใช้เงินทุนการศึกษา และเบี้ยปรับ** อันเป็นสัญญาสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งได้แก่

สัญญาระหว่างมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้ฟ้องคดี กับ นางสาวอรนุช เปลี่ยนแปลงศรี ที่ 1 และ นางจรัส เปลี่ยนแปลงศรี ที่ 2 คู่กรณีทำสัญญาการเป็นนักศึกษา เพื่อศึกษาวิชาทันตแพทยศาสตร์ โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้ค้ำประกัน เมื่อสำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลาออกก่อนครบกำหนดเวลาโดยได้รับอนุญาตให้ลาออก ผู้ฟ้องคดีแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองชดใช้เงินจำนวน 75,547.45 บาท พร้อมดอกเบี้ยหลายครั้ง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีเพิกเฉย<sup>111</sup>

สัญญาระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้ฟ้องคดี กับ นางอาจารย์ เบทซ์ หรือเจริญบุตร ผู้ถูกฟ้องคดี กับพวกรวม 5 คน คู่กรณีทำสัญญาลาศึกษา และสัญญาค้ำประกัน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ไปศึกษา ณ มหาวิทยาลัยมหิดล สาขาวิชาประสาทวิทยาศาสตร์ และได้ไปศึกษา ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา ชั้นปริญญาโท และปริญญาเอก สาขาวิชาพยาบาลศาสตร์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึง 5 เป็นผู้ค้ำประกันของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เมื่อสำเร็จการศึกษา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เข้ารับราชการเป็นข้าราชการเพื่อชดใช้ทุน แต่ไม่ครบกำหนด สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข จึงได้ฟ้องคดี เพื่อขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึง 5 ร่วมกัน หรือแทนกันชดใช้เงินคืน<sup>112</sup>

สัญญาระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้ฟ้องคดี กับ พันตรีชนะ มั่นศรี ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุนการศึกษาวิชาประกาศนียบัตรสาธารณสุขศาสตร์ ต่อมาผู้ได้รับทุนผิดสัญญา สัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุน แม้เป็นสัญญาทางแพ่ง แต่โดยที่ผู้ค้ำประกันต้องผูกพันตนที่จะชำระหนี้ เมื่อผู้ได้รับทุนฯ ไม่ชำระหนี้ สัญญาค้ำประกันจึงเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญารับทุนการศึกษา ซึ่งผู้ให้ทุนฯ ย่อมมีสิทธิฟ้องผู้ค้ำประกัน พร้อมกับการฟ้องผู้ได้รับทุนต่อศาลปกครอง<sup>113</sup>

**4.1.2.3 คดีให้เอกชนชำระเงินค่าเสียหาย และค้ำประกันกรณีผิดสัญญา** อันเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งได้แก่

สัญญาระหว่างการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ผู้ฟ้องคดี กับ บริษัท ลีกริกร 070 จำกัด ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญารับจ้างเหมาก่อสร้าง พร้อมติดตั้งอุปกรณ์ระบบจำหน่ายไฟฟ้า ในอำเภอแม่แจ่ม จังหวัดเชียงใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดีทำงานไม่แล้วเสร็จ ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือบอกเลิกสัญญา และเรียกเก็บเงินค้ำประกันสัญญาจ้าง ชนาครนครหลวงไทย สาขาสำโรง ผู้ค้ำประกันนำเงินมา

<sup>111</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 477/2546

<sup>112</sup> คดีหมายเลขดำที่ 712/2547 ศาลปกครองกลาง

<sup>113</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 875/2547

ชำระ แต่ยังมีเงินค่าเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องรับผิดชอบอีก เป็นเงิน 1,841,842.- บาท และขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินจำนวนดังกล่าว<sup>114</sup>

จากคดีสัญญาทางปกครองทั้งสามประเภท ทำให้เราสามารถวิเคราะห์ถึงลักษณะร่วมกันได้ว่า คดีสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที กล่าวคือ

1. เป็นข้อพิพาทที่รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ หรือฝ่ายปกครอง เป็นผู้ขอให้ศาลปกครอง บังคับเอา กับฝ่ายเอกชน
2. วัตถุประสงค์หรือคำขอท้ายฟ้อง เป็นการขอให้ฝ่ายเอกชนชำระเงิน
3. ผลกระทบที่เกิดจากการบังคับให้เป็นไปตามสัญญา อยู่ในวงจำกัด
4. ความเสียหายที่ฝ่ายปกครองได้รับมีลักษณะชัดเจนตามข้อสัญญาอันเป็นหนังสือ ลักษณะดังที่กล่าวมานี้ อาจกล่าวได้ว่า มีลักษณะใกล้เคียงกับคำสั่งทางปกครองที่ให้ชำระเงิน ตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นอกเหนือจากคดีที่ศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้พิจารณาไว้แล้ว สิทธิเรียกร้องที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนส่งมอบทรัพย์สิน ก็ยังเป็นสิทธิเรียกร้องที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองน่าจะสามารถใช้มาตรการบังคับกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ผิดสัญญาไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญา ได้อีกประการหนึ่งด้วย

#### 4.1.2.4 สัญญาที่กระทำกันในลักษณะสัญญาทางแพ่งมาในอดีตที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้

นอกจากสัญญาทางปกครองบางประเภทที่น่าจะนำมาตราการบังคับทางปกครองมาใช้ กรณีผิดสัญญาทางปกครองได้แล้ว สัญญาทางแพ่งบางประเภท ก็ยังอาจนำมาตราการบังคับทางปกครองมาใช้ได้เช่นกัน โดยอาศัยแนวคิดที่คล้ายคลึงกัน ในที่นี้ได้แก่ สัญญาประกันตัวผู้ต้องหา ในชั้นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และสัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุนการศึกษา

แม้ในทางปฏิบัติ พนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการ จะฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมเป็นคดีแพ่ง เมื่อมีการผิดสัญญาประกันตัวผู้ต้องหา แต่อันที่จริง สัญญาประกันตัวผู้ต้องหา หากใช้เป็นสัญญาทางแพ่งไม่ เนื่องจากสัญญาประกันในคดีอาญา เป็นสัญญาที่นายประกันร้องขอให้ปล่อยผู้ต้องหาชั่วคราวไปจากการควบคุมของพนักงานสอบสวน โดยสัญญาว่าจะส่งตัวผู้ต้องหาให้ตามกำหนดนัด แสดงให้เห็นว่าสัญญาประกัน เป็นหลักฐานของการปล่อยชั่วคราว อันเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มิใช่สัญญาทางแพ่ง ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่

<sup>114</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 419/2546

7565/2538 ที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า สัญญาประกัน เพื่อปล่อยตัวผู้ต้องหาชั่วคราว โดยมีหลักประกัน ตามมาตรา 112 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ใช่สัญญาค้ำประกัน ซึ่งผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหน้าที่เพื่อชำระหนี้ ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680<sup>115</sup>

สัญญาประกันตัวผู้ต้องหา กับสัญญาค้ำประกันทางแพ่ง มีความแตกต่างกันดังนี้

1) ประกันในคดีอาญาเป็นการได้เสรีภาพชั่วคราวจากการถูกควบคุมโดยฝ่ายปกครอง เมื่อคดียังไม่ถึงที่สุด แต่ประกันทางแพ่ง เป็นการค้ำประกันลูกหนี้ รับรองแก่เจ้าหน้าที่ว่าจะชำระหนี้ แทนลูกหนี้ หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

2) ประกันในคดีอาญา กฎหมายกำหนดแบบไว้ในมาตรา 112 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ผู้ประกัน และพนักงานของรัฐลงนามเป็นคู่สัญญากัน แต่ประกันทางแพ่ง เป็นสัญญาระหว่างเอกชน ไม่ต้องการแบบ กฎหมายเพียงต้องการหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อ ผู้ค้ำประกัน

3) ประกันในคดีอาญา ผู้ประกัน หรือผู้ถูกปล่อยชั่วคราว ต้องปฏิบัติตามนัด ของเจ้าพนักงานของรัฐ ถ้าผิดนัดต้องจ่ายเงินจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญาประกัน หรือตามที่เจ้าหน้าที่เห็นสมควร แต่ประกันทางแพ่ง ขึ้นอยู่กับลูกหนี้ผิดนัด ผู้ค้ำประกันต้องใช้หนี้แทนลูกหนี้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัด

4) ประกันในคดีอาญาบอกเลิกไม่ได้ ได้แต่ขอถอนหลักประกัน หรือถอนสัญญา โดยมอบตัวผู้ต้องหา หรือจำเลยต่อเจ้าพนักงานรัฐ แต่ประกันทางแพ่งบอกเลิกได้เพื่อคราวเป็นหนี้ในอนาคต หรือถ้าเจ้าหนี้ยินยอมก็เลิกได้ตามหลักสัญญาธรรมดา

5) ประกันในคดีอาญา เป็นสัญญาเฉพาะตัวผู้ประกัน เมื่อผู้ประกันตายโดยยังไม่ผิดสัญญา สัญญาข่มระงับ<sup>116</sup>

จากที่กล่าวมาแสดงให้เห็นว่า สัญญาประกันในคดีอาญา ไม่ใช่สัญญาทางแพ่ง

การทำสัญญาประกันตัวผู้ต้องหา หรือจำเลย หากเป็นการทำสัญญาระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐ กับเอกชน ถ้ามีการผิดสัญญาประกัน คือไม่ส่งตัวผู้ต้องหา หรือจำเลยตามกำหนดนัดในสัญญาประกัน เจ้าพนักงาน หรือศาล ก็จะสั่งปรับนายประกัน หรือผู้ประกันตนเองเป็นจำนวนเงินที่ระบุไว้ในสัญญาประกันนั้น หรือจะลดหย่อนให้บ้างตามพฤติการณ์แห่งการผิดนัด

<sup>115</sup> คณิศ ฌ นคร. (2538). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 271.

<sup>116</sup> สมพร พรหมพิทาธร และคณะ. (2542). การประกันตัวผู้ต้องหา และจำเลย. หน้า 127.



หากผิดสัญญาประกันต่อศาล ศาลมีอำนาจสั่งบังคับแก่ผู้ทำสัญญาประกันได้ทันทีโดยไม่ต้องฟ้อง เมื่อศาลสั่งแล้ว ผู้ถูกบังคับตามสัญญาประกัน หรือพนักงานอัยการมีสิทธิอุทธรณ์หรือฎีกาได้ ตามมาตรา 119 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

หากผิดสัญญาในชั้นพนักงานสอบสวน หรือ พนักงานอัยการ ในทางปฏิบัติจะต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมเป็นคดีแพ่ง ขั้นตอนการบังคับตามสัญญาประกันตัวผู้ต้องหาที่ผู้ประกันทำไว้ต่อเจ้าพนักงานรัฐดังกล่าวนี้ ในทางปฏิบัติมีกระบวนการที่ยุ่งยาก ทำให้เกิดความล่าช้า เสียเวลาในการดำเนินคดีแพ่ง ทั้ง ๆ ที่ผู้ประกันต้องรับผิดชอบตามข้อความในสัญญาประกัน และอยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

สัญญาประกันตัวนี้ เป็นสัญญาที่ประชาชนทำต่อเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นคู่สัญญาในนามของรัฐ สัญญาจึงมีความรัดกุม แน่นนอน พนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการจะชนะคดีแทบทุกคดี และศาลก็แทบจะต้องใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่ง

ขั้นตอนการบังคับคดี มักไม่ค่อยมีการติดตามบังคับอย่างจริงจัง และมีปัญหาดังนี้

1) การนำเจ้าพนักงานบังคับคดีไปตรวจสอบ และบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับที่ดิน หน้าที่ในการนำยึดทั้งหมดตกแก่พนักงานสอบสวน หรือ โจทก์ ซึ่งจะต้องทราบตำแหน่งที่ดินที่จะยึด ถ้านำชี้ผิดตำแหน่งแล้ว ผู้นำชี้ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว และการรังวัดสอบเขตซึ่งต้องดำเนินการผ่านกรมที่ดิน จะต้องทดลองค่าใช้จ่ายเพื่อการดังกล่าวไปก่อน และ โจทก์ หรือผู้แทนโจทก์ ต้องวางค่าใช้จ่ายต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีไว้ในเบื้องต้นอีกด้วย

2) กรณีเจ้าพนักงานตำรวจ มีระเบียบเกี่ยวกับคดีให้พนักงานสอบสวนต้องเสนอเพื่อขออนุมัติฟ้อง ทำให้เกิดความล่าช้าในการบังคับคดี โดยเฉพาะในกรณีต่างจังหวัด

3) ในการติดตามสืบหาหลักทรัพย์หลังพิพากษา เจ้าหน้าที่ยังคงละเลย ทำให้ขาดความต่อเนื่อง ทั้งระยะเวลาในการติดตามคดีนานเกินไป

4) ผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้อง ยังมีความเข้าใจอย่างไม่ถูกต้องว่า เมื่อคดีนั้นศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งแล้ว ถือว่าเสร็จสิ้นภาระหน้าที่ของตน ทั้งที่ยังมีหน้าที่ในการติดตามบังคับคดีอยู่ตามกฎหมาย ทำให้ละเลยการติดตามบังคับคดีจากลูกหนี้ตามคำพิพากษา

จะเห็นได้ว่า การดำเนินคดีทางแพ่งมีกระบวนการที่ยุ่งยาก ทั้ง ๆ ที่ผู้ประกันต้องรับผิดชอบตามข้อความในสัญญาประกันที่มีความชัดเจนแน่นอนอยู่แล้ว ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะของสัญญาประกันตัวผู้ต้องหาแล้วว่าเป็นสัญญาที่มีรูปแบบเฉพาะ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดวิธีการ และสภาพบังคับไว้แล้ว เมื่อมีการผิดสัญญาประกันตัวผู้ต้องหา จึงควรที่จะต้องบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยให้พนักงานอัยการ พนักงานสอบสวน ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีคำสั่งบังคับตามสัญญาประกันได้โดยมิต้องไป

ฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล เพียงแต่ก่อนที่เจ้าพนักงานจะทำการบังคับ ควรเสนอให้ศาลตรวจสอบ และให้ความเห็นชอบเสียก่อน โดยวิธีการบังคับ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ มีหลักกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐ ให้สามารถยึดอายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินได้ โดยไม่จำเป็นต้องผ่านการพิจารณา หรือได้รับอนุญาตจากศาล<sup>117</sup>

ในการบังคับตามสัญญาประกันตัวผู้ต้องหา เมื่อมีการผิดสัญญาประกัน ผู้ประกันจะถูกปรับตามจำนวนเงินที่ระบุไว้ในสัญญาประกัน ตามมาตรา 112 วรรคสอง (2) ซึ่งจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการบังคับเป็นการกำหนดให้ชำระเงิน ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ ให้อำนาจเจ้าพนักงานรัฐในการออกคำสั่งให้ชำระเงินไว้ก่อนแล้ว โดยมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 57 "คำสั่งทางปกครองที่ให้ผู้ใดชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่ชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่มีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึด หรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้น และขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน

วิธีการยึด การอายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม ส่วนผู้มีอำนาจสั่งยึด หรืออายัด หรือขายทอดตลาด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง"

มาตรา 62 "ผู้ใดถูกดำเนินการตามมาตรการบังคับทางปกครอง อาจอุทธรณ์การบังคับทางปกครองนั้นได้

การอุทธรณ์การบังคับทางปกครอง ให้ใช้หลักเกณฑ์ และวิธีการเดียวกันกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง"

มาตรา 63 "ถ้าบทกฎหมายใดกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองไว้โดยเฉพาะแล้ว แต่เจ้าหน้าที่เห็นว่ามาตรการบังคับนั้น มีลักษณะที่จะเกิดผลน้อยกว่ามาตรการบังคับในหมวดนี้ เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามหมวดนี้แทนก็ได้"

ดังนั้น หากมีการนำมาตรการบังคับที่เกี่ยวข้องกับการให้ชำระเงิน ตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ วางหลักเกณฑ์ให้นำการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สินมาใช้บังคับในการบังคับตามสัญญาประกัน จะทำให้เมื่อมีกรณีผิดสัญญาประกัน เจ้าพนักงานรัฐไม่ต้องส่งเรื่องฟ้องเป็นคดีแพ่งอีกต่อไป สามารถที่จะดำเนินการบังคับคดีได้เอง อัน

<sup>117</sup> ธีรรัตน์ ชลประเสริฐสุข. (2548). การนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับแก่การผิดสัญญาประกันผู้ต้องหาในชั้นเจ้าพนักงาน. หน้า 71-74.

น่าจะเป็นการลดความไม่สะดวก และล่าช้า ในกรณีพนักงานสอบสวนเป็นคู่ความในศาล ฟ้องร้อง นายประกันผิดสัญญาประกันที่ทำไว้กับพนักงานสอบสวนได้ ตลอดจนในกรณีของพนักงานอัยการ ด้วย<sup>118</sup>

กรณีสัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุนการศึกษา ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้แล้วว่า สัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุน เป็นสัญญาทางแพ่ง แต่โดยที่ผู้ค้ำประกันต้องผูกพันตนที่จะชำระหนี้ เมื่อผู้ได้รับทุนฯ ไม่ชำระหนี้ ตามนัยมาตรา 680 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาค้ำประกันจึงเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญารับทุนการศึกษา ซึ่งผู้ให้ทุนฯ ย่อมมีสิทธิฟ้องผู้ค้ำประกัน พร้อมกับการฟ้องผู้ได้รับทุนต่อศาลปกครอง<sup>119</sup> และวัตถุประสงค์ก็เป็นการชำระเงินเท่านั้น ในเมื่อคดีประธาน (คดีที่เป็นหลัก) คือ คดีของผู้รับทุนฯ และคดีอุปกรณ์ (คดีที่เกี่ยวข้อง) คือ คดีของผู้ค้ำประกัน สามารถจะดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลปกครองเดียวกัน เป็นคดีเดียวกันได้ ซึ่งหาก ผู้ฟ้องคดีเป็นฝ่ายชนะคดี ศาลปกครองก็จะต้องมีคำบังคับ และบังคับคดีเอาทั้งผู้รับทุนฯ และผู้ค้ำประกัน ไปในคราวเดียว คดีเดียวกัน ดังนั้น หากจะมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุนฯ แม้คดีค้ำประกันดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่ก็สมควรจะให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับเอาทั้งผู้ค้ำประกันได้ด้วยเช่นกัน

#### 4.2 การนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับในประเทศไทย

เมื่อเราทราบแล้วว่า สัญญาทางปกครองลักษณะเช่นใดที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันทีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาทางปกครอง ในหัวข้อนี้ จะได้นำเสนอว่า ฝ่ายปกครองในฐานะคู่สัญญา ซึ่งมีหน้าที่ต้องเข้าทำสัญญาทางปกครอง และมีหน้าที่เป็นผู้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง จะมีแนวปฏิบัติเช่นใดเพื่อให้เนื้อหาในสัญญาทางปกครอง การออกคำสั่งอันจะนำไปสู่มาตรการบังคับทางปกครอง และการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง มีผลได้จริงในทางปฏิบัติ

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 เกี่ยวกับระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศไทยแล้ว พบว่า ประเทศไทยยังไม่มีระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองทั้งระบบที่ชัดเจน ทั้งระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร และทั้งระบบที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศไทยไม่มีมาตรการบังคับทางปกครองไว้ใช้กับกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ผิดสัญญาทางปกครอง มาตรการบังคับทางปกครองของประเทศไทย มีไว้ใช้เฉพาะกับกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ดังนั้น การจะนำกลไกเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองมา

<sup>118</sup> ธีรรัตน์ ชลประเสริฐสุข. แหล่งเดิม. หน้า 75-78.

<sup>119</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 875/2547

ใช้ในประเทศไทย จึงจำต้องศึกษาระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ และการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ในกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศต้นแบบกฎหมายมหาชนของประเทศไทย ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ในประเทศฝรั่งเศส จากการศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.1.3 เรื่องผลของสัญญาทางปกครอง สรุปได้ว่า แม้ประเทศฝรั่งเศสยอมรับความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา ในสัญญาทางปกครอง โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีอำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนบางประการ และคู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาได้บางประการเช่นกัน แต่ในกรณีการปฏิบัติผิดสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์ หรือวัตถุประสงค์ในการบังคับเป็นการชำระหนี้ ซึ่งต้องใช้มาตรการทางปกครองโดยวิธี ยึด आयัดทรัพย์ และขายทอดตลาดทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน นำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญานั้น การยึด आयัดทรัพย์ และขายทอดตลาด ประเทศฝรั่งเศสไม่นำมาตรการบังคับทางปกครองประเภทนี้มาใช้

หากคู่สัญญา จะทำการตกลงยินยอมกัน ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง สามารถ ยึด आयัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน นำเงินมาชำระหนี้ได้ทันที โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำคำฟ้องเสนอต่อศาล เพื่อให้ศาลออกคำบังคับเอาากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะทำได้หรือไม่ กรณีดังกล่าว หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส ถือว่าเป็นเรื่องการบังคับให้เป็นไปตามหนี้ หรือบุคคลสิทธิ ต้องอาศัยอำนาจตุลาการ เพื่อมีคำพิพากษา หรือคำสั่ง และออกคำบังคับ และคู่สัญญาทางปกครอง ไม่อาจตกลงยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองยึด आयัดทรัพย์ ขายทอดตลาดได้เอง โดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล เนื่องจากเป็นการยกเว้นอำนาจตุลาการ ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสที่ว่า ไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใดก็ตาม ฝ่ายปกครอง ย่อมมีเอกสิทธิพิเศษบางอย่างอยู่เหนือเอกชน ยกตัวอย่างเช่น อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว การเลิกสัญญาฝ่ายเดียว หรือ มีสิทธิกำกับ และควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาอย่างใกล้ชิด หรือ สิทธิที่ฝ่ายปกครอง จะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับความบกพร่องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เสมือนนั้น มุ่งถึงการบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญา เพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้การให้บริการสาธารณะมีอยู่อย่างต่อเนื่อง ไม่กระทบกระเทือนความเป็นอยู่ หรือความสะดวกของประชาชนเป็นสำคัญ มิได้มุ่งให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือ หรือใช้มาตรการบังคับทางปกครองดังกล่าว เพียงเพื่อแค่การเยียวยาความเสียหายเท่านั้น

กรณีสัญญาให้ทุนการศึกษา และลาศึกษาต่อ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือข้าราชการ ได้รับทุน และได้รับอนุญาตให้ไปศึกษาต่อ การปฏิบัติตามสัญญา ก็คือการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ

หรือข้าราชการผู้นั้น นำความรู้ที่ได้จากการไปศึกษาต่อ นั้น มาใช้กับหน่วยงานของรัฐ เพื่อการปฏิบัติงานในหน้าที่ อันเป็นการให้บริการสาธารณะอย่างหนึ่ง หากเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือข้าราชการผู้ได้รับทุน ศึกษาต่อไม่สำเร็จ โดยมีสาเหตุสุดวิสัย หรือศึกษาต่อสำเร็จแล้ว แต่ไม่ยอมปฏิบัติงาน หรือปฏิบัติงานไม่ครบตามระยะเวลา อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญา กรณีดังกล่าว รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ ย่อมต้องเรียกเงินที่ได้ให้เป็นทุนการศึกษาไปทั้งหมด พร้อมเบี้ยปรับ ซึ่งเงินที่ได้รับคืนมานี้ ก็เป็นเพียงแก่การบรรเทาความเสียหายที่รัฐได้รับเท่านั้น หาได้เป็นการกระทำเพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อเนื่องไปไม่ มาตรการบังคับทางปกครองในเรื่อง ยึด อาศัย และขายทอดตลาดทรัพย์สิน เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ หรือชำระความเสียหายที่ฝ่ายปกครองได้รับนี้ ในประเทศฝรั่งเศสจึงไม่ยอมรับบังคับให้ทำได้

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของเยอรมันในเรื่องการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ยึด อาศัยทรัพย์สิน และขายทอดตลาดนั้น แตกต่างจากในประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 61 ได้บัญญัติให้มีข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีที่มีการผิดสัญญาได้ และในการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที ให้นำกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์มาใช้บังคับ โดยมีหลักการสำคัญในการทำสัญญาทางปกครอง และในการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที ดังต่อไปนี้

1. ต้องมีการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง โดยหากคู่สัญญาประสงค์จะให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองได้ในทันที คู่สัญญาต้องตกลงไว้ในสัญญาทางปกครองให้เป็นลายลักษณ์อักษร

2. รูปแบบของการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ การตกลงตามข้อ 1. ไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในตัวสัญญาทางปกครอง แม้ข้อตกลงดังกล่าว จะปรากฏอยู่ในเอกสารอื่น ก็สามารถบังคับได้ เพียงแต่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และมีความชัดเจนว่าคู่สัญญาเจตนาตกลงกันในเรื่องดังกล่าว

3. ขอบเขตการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ เฉพาะสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันเท่านั้น ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ หรือฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่ง กับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันเอง

4. การเป็นตัวแทนของรัฐในการตกลงทำสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งจะเข้ามาเป็นคู่สัญญา ในการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีนี้ จะต้อง

เป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐในระดับหัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บังคับบัญชา ซึ่งบุคคลดังกล่าว เป็นผู้ที่มีคุณสมบัติ มีความสามารถที่จะไปประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษาได้ และต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาดังกล่าวแล้วด้วย เว้นแต่สัญญาจะได้ทำโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์ หรือมลรัฐ ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่าง ๆ ของสหพันธ์ หรือมลรัฐ จึงได้รับยกเว้นไว้ว่า ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาทางปกครองดังกล่าวนี้ก่อน

#### 5. กระบวนการในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง

กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อให้เอกชนชำระเงิน เมื่อถึงกำหนดที่เอกชนจะต้องชำระเงินตามสัญญาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องมิหนังสือเตือนให้เอกชนชำระภายในระยะเวลาหนึ่งสัปดาห์ เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว เอกชนยังไม่ชำระเงิน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีสิทธิออกคำสั่งบังคับ และดำเนินการยึด หรืออายัดทรัพย์สินของเอกชนออกขายทอดตลาดได้ต่อไป

กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เอกชนส่งมอบทรัพย์สิน เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้วิธีการบังคับทางปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดการแทน หรือการบังคับทางปกครองโดยตรง ทั้งนี้ ก่อนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าวข้างต้นนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมิหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองภายในกำหนดเวลาที่เหมาะสมสำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เว้นแต่เพื่อป้องกันมิให้เกิดอันตรายเสียหายต่อสาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงได้รับยกเว้นไม่ต้องมิหนังสือเตือนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองดังกล่าวในประเทศเยอรมัน เมื่อนำมาใช้กับสภาพแวดล้อมทางกฎหมาย และสภาพสังคมของประเทศไทยแล้ว อาจปรับเปลี่ยนเคียงได้ดังนี้

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อ 4.1 ว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ปฏิบัติผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครอง สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครอง บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ในทันที ต้องเป็นกรณีที่ สิทธิเรียกร้องนั้น เป็นการให้ชำระเงิน หรือเป็นการส่งมอบทรัพย์สิน

#### 4.2.1 ความยินยอมของคู่สัญญาทางปกครอง

เมื่อเริ่มทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครอง จะต้องแจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบก่อนว่า สัญญาดังกล่าว หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา และสิทธิเรียกร้อง หรือวัตถุที่จะบังคับเอา กับฝ่ายเอกชน ได้แก่ เงินจำนวนหนึ่ง หรือการบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สิน โดยในสัญญาที่กำลังจะทำกันนี้ จะมีข้อสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง

สามารถบังคับชำระได้ทันที เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา โดยวิธีการยึด อาศัย ทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน นำออกขายทอดตลาด และนำเงินที่ได้มาชำระหนี้แก่คู่สัญญาฝ่าย ปกครอง หรือยึดทรัพย์ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องส่งมอบได้ทันที

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องทำการไต่ตรองว่า จะเข้าทำสัญญาที่มีข้อสัญญาเช่นว่ามา นั้นหรือไม่ ซึ่งจากที่ได้ศึกษาคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดีสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองสามารถเข้ามาตราบังคับได้ ทันทีนั้น เป็นสัญญาขนาดเล็ก มีทุนทรัพย์ไม่มาก ได้แก่ คดีเรียกให้ใช้เงินค่าสัมปทานทำไม้ คดีให้ใช้ทุนการศึกษา พร้อมเบี้ยปรับ และคดีเรียกค่าเสียหาย ซึ่งโดยธรรมชาติแล้ว คู่สัญญาฝ่าย เอกชน ย่อมต้องการที่จะได้ทำสัมปทานทำไม้ ย่อมต้องการที่จะได้ทุนการศึกษา หรือย่อม ต้องการที่จะได้รับงานจากคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงน่าจะยอมรับข้อสัญญา ดังกล่าวนี้อยู่แล้ว

แต่ในสัญญาทางปกครองที่สำคัญ หรือสัญญาทางปกครองที่เป็นโครงการขนาดใหญ่ ยกตัวอย่างเช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าว มีข้อสัญญาที่มีความซับซ้อน มีระยะเวลาปฏิบัติตามสัญญายาวนาน มีข้อกฎหมาย และข้อเท็จจริงประกอบข้อสัญญาจำนวนมาก สัญญาดังกล่าวจึงมีสภาพเป็นสัญญาทางการค้าธุรกิจ ผลประโยชน์ของคู่สัญญาเป็น สาระสำคัญใกล้เคียงกับประโยชน์สาธารณะ คู่สัญญาจึงมีความเท่าเทียมกันในการทำสัญญา ทั้งในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ต้องเป็นผู้ลงทุนเองทั้งหมด และ เป็นการลงทุนจำนวนมาก และด้วยความเสี่ยงภัยทางธุรกิจของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเอง แน่แน่นอนว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คงต้องการความมั่นใจในการปฏิบัติตามสัญญาว่า จะได้รับการระงับข้อพิพาท ที่จะเกิดขึ้นโดยองค์กรที่เป็นกลาง เป็นที่ยอมรับในระบบสากลในการวินิจฉัยชี้ขาด ด้วยเหตุ ดังกล่าว และด้วยธรรมชาติของสัญญาสำคัญ หรือสัญญาขนาดใหญ่แล้ว คงไม่มีคู่สัญญาฝ่าย เอกชนคนใดยินยอมให้มีข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองเข้ามาตราบังคับทางปกครองได้เองทันที คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัญญาทางปกครองสำคัญ หรือสัญญาทางปกครองขนาดใหญ่ เหล่านี้ ส่วนใหญ่ จะมีความเกี่ยวข้องกับผู้ลงทุนชาวต่างประเทศ ซึ่งนักลงทุนดังกล่าว มักจะ นิยมใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก ที่เรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” (arbitration) เนื่องจากนักลงทุนต่างชาติซึ่งกำลังจะมาลงทุนอย่างมหาศาลในต่างประเทศ มีความคิดว่า หากมี ข้อพิพาทเกิดขึ้นในประเทศซึ่งตนไปลงทุน และต้องใช้ทั้งกฎหมายของต่างประเทศ และใช้ทั้งผู้ ตัดสินซึ่งเป็นคนชาติเดียวกับประเทศตนที่ไปลงทุน ก็มีความเป็นไปได้ที่การตัดสินจะโน้มเอียง ไป โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศที่ตนไปลงทุนเป็นหลัก ด้วยเหตุดังกล่าว กฎหมาย

อนุญาตตุลาการของไทย<sup>120</sup> จึงได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยอาศัยกฎหมายแม่แบบ ซึ่งเป็นที่ยอมรับของสากล เพื่อเป็นการส่งเสริมบรรยากาศการลงทุน และในมาตรา 15 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว<sup>121</sup> ก็ยอมรับให้มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้ โดยผู้ที่จะเป็นอนุญาตตุลาการจะมีผู้ที่มีอาชีพเป็นผู้พิพากษา แต่จะเป็นบุคคล หรือคณะบุคคลที่คู่สัญญาทางปกครองตกลงให้มาระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองของตน ซึ่งหากสัญญาทางปกครองใดมีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทอยู่แล้ว สัญญาทางปกครองฉบับนั้น โดยสภาพก็ไม่อาจจะมีข้อตกลงยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองบังคับตามสัญญาทางปกครองได้ทันที เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ซึ่งก็เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทอีกอันหนึ่งขึ้นมาทับซ้อนกันได้อีก สัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น ก็ย่อมต้องระงับด้วยวิธีการทางอนุญาตตุลาการไปจนจบกระบวนการ และไม่อาจมีข้อสัญญายินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาทางปกครองได้อีก

#### 4.2.2 รูปแบบการให้ความยินยอม

การตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ไว้ในตัวสัญญาทางปกครองนั่นเอง หรือหรือในเอกสารอื่น ๆ ก็ได้ หรือมีข้อความเชื่อมโยงเอกสารเหล่านั้นเข้าด้วยกันก็ได้ เช่น ในสัญญารับทุน อาจมีข้อสัญญาให้ไปใช้ระเบียบว่าด้วยการรับทุน และชดใช้ทุน ดังเอกสารที่แนบในภาคผนวก เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ประเด็นเรื่องรูปแบบของสัญญาทางปกครองนี้ ศาลปกครองสูงสุด ได้มีคำสั่งอันเป็นการวางหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองเอาไว้ ในคดีดังกล่าว กรมธนารักษ์ เป็นผู้ถูกฟ้องคดี กรมธนารักษ์ ทำสัญญาจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาธนารักษ์ อันเป็นอาคารของรัฐ ซึ่งเป็นถาวรวัตถุ เป็นองค์ประกอบ และเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล และกรมธนารักษ์ มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง อันเป็นอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ สัญญานี้ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ส่วนข้อตกลงด้วยวาจาเกี่ยวกับการทำงานเพิ่มเติมจากสัญญาดังกล่าว มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็มีได้กำหนดให้สัญญาดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างไร แม้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.

<sup>120</sup>พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พุทธศักราช 2545

<sup>121</sup>มาตรา 15 ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชน ไม่ว่าจะสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา



2535 จะกำหนดให้หน่วยงานของทางราชการ ต้องดำเนินการทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือก็ตาม แต่ระเบียบดังกล่าวเป็นเพียงระเบียบภายในของทางราชการเท่านั้น ดังนั้น ข้อตกลงดังกล่าว จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ และถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครองนั้นด้วย<sup>122</sup>

คำสั่งดังกล่าวของศาลปกครองสูงสุด เป็นการวางหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองที่สำคัญอีกหลักหนึ่ง กล่าวคือ สัญญาทางปกครอง ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ

จากหลักกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุด โดยที่ประชุมใหญ่ ได้วางไว้ว่า สัญญาทางปกครอง ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เป็นที่น่าสังเกตว่า หากจะนำมาประยุกต์ใช้กับกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถตกลงด้วยวาจา กับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคนผิดสัญญาทางปกครองได้ทันทีหรือไม่ เพียงใด

เมื่อวิเคราะห์คู่สัญญาทางปกครองดังกล่าว จะเห็นได้ว่า เป็นสัญญาจ้างปรับปรุง และต่อเติมอาคาร อันเป็นสัญญาจ้างทำของชนิดหนึ่ง ตามกฎหมายแพ่ง การที่สัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องมาจากองค์ประกอบพิเศษของสัญญาทางปกครอง ได้แก่ คู่สัญญา ซึ่งฝ่ายหนึ่งเป็นเป็นกรม อันเป็นหน่วยงานทางปกครองซึ่งกระทำการแทนรัฐ และ วัตถุประสงค์หนึ่งเป็นอาคารของรัฐ ซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะ หรือกล่าวได้อีกอย่างหนึ่งว่า สัญญาทางปกครองนั้น มีพื้นฐานมาจากสัญญาทางแพ่งนั่นเอง และในคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยโดยอาศัยหลักดังกล่าว โดยนำมาตรา 587 เรื่องจ้างทำของ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาอธิบายเพื่อแก้ไขปัญหาตามสัญญา และวางหลักกฎหมายปกครองดังกล่าว เมื่อในสัญญาทางแพ่ง เรื่องจ้างทำของ มิได้บัญญัติ “แบบ” ในการทำสัญญาเอาไว้ ในสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากสัญญาทางแพ่ง จึงต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการวินิจฉัย หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้เรื่อง “แบบ” ของสัญญาดังกล่าว สามารถนำไปใช้ได้กับอีกหลาย ๆ สัญญา ไม่เพียงแต่สัญญาจ้างทำของเท่านั้น แต่สามารถนำไปปรับใช้ได้กับเอกเทศสัญญาทุกชนิดในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์

อย่างไรก็ดี กรณีข้อตกลงให้มีการใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันทีทันใด เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญานั้น ในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ของไทย หากได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ บัญญัติไว้โดยเฉพาะ อย่างเรื่องแบบของสัญญาไม่ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งผลของการมีข้อตกลงให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทันที คู่สัญญา

<sup>122</sup>คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162/2546 (ประชุมใหญ่)

ฝ่ายเอกชน จะถูกยึด आयัตร์พัสสิน ออกขายทอดตลาดทันที อันเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือน สิทธิ เสรีภาพของประชาชน จึงต้องให้มีการทำข้อตกลงดังกล่าว เป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน<sup>123</sup>

ตามหลักนิติรัฐ สิทธิ เสรีภาพของประชาชน จำต้องได้รับการรับรองคุ้มครองโดย บทบัญญัติของกฎหมาย หากจะมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงให้ใช้มาตรการบังคับ ทางปกครองได้ในทันทีทันใด ก็จำเป็นต้องบัญญัติให้ชัดเจนเช่นกันว่า ข้อตกลงดังกล่าวต้องทำเป็น ลายลักษณ์อักษร

#### 4.2.3 ขอบเขตการทำข้อตกลง

ขอบเขตการตกลงให้มีการใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ในทันทีนั้น จะใช้เฉพาะใน สัญญาที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน หรือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และอีก ฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนเท่านั้น เนื่องจากการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ และการบังคับด้วยวิธีการยึด आयัตร์พัสสิน จะมีลักษณะคล้ายกับการออกคำสั่งทาง ปกครอง จึงไม่อาจใช้การตกลงให้มีการใช้มาตรการบังคับทางปกครองทันที กับคู่สัญญาที่มี ฐานะเท่ากันได้

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาฝ่าย รัฐในการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองได้ในทันที กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่อง ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กำหนดให้ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูง เช่น หัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บังคับบัญชา โดยเจ้าหน้าที่เหล่านี้ ยังต้องมีคุณสมบัติเพิ่มอีก เช่น มีคุณสมบัติ และความรู้ ความสามารถที่จะเป็นผู้พิพากษาได้ อีกทั้งยังเพิ่มความเข้มข้น โดยการตกลงดังกล่าวนี้ ยังต้อง ได้รับความอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวอีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากผลของการทำข้อตกลงให้ใช้มาตรการบังคับได้ในทันที จะกระทบกระเทือนต่อ สิทธิ เสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา เจ้าหน้าที่ รัฐผู้เป็นคู่สัญญา จะต้องเป็นผู้ออกหนังสือเตือน ออกคำบังคับ และดำเนินการยึด หรืออายัด และนำทรัพย์สินของเอกชนออกขายทอดตลาด ซึ่งลักษณะของงานดังกล่าว จะมีลักษณะเหมือน ศาล คล้ายกับการใช้อำนาจตุลาการ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะเป็นคู่สัญญาในกฎหมายเยอรมัน จึง จำต้องมีคุณสมบัติพิเศษดังกล่าว

<sup>123</sup>หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองเยอรมัน ตามมาตรา 57 ของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กำหนดให้การทำสัญญาทางปกครอง ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในประเทศฝรั่งเศส หลักกฎหมายดังกล่าวแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ โดยหลักแล้วสัญญาทางปกครองต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อาจทำด้วยวาจา หรือโดยปริยายก็ได้

การทำสัญญาทางปกครองในประเทศไทย คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะเข้าทำสัญญา โดยปกติก็จะเป็นเจ้าหน้าที่รัฐระดับสูง หรือหัวหน้าส่วนราชการ ซึ่งกระทำการในนามของหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ อยู่แล้วเช่นกัน เช่น ในสัญญาสัมปทานไปศึกษาต่อต่างประเทศ ตามเอกสารในภาคผนวก เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้สัญญา ได้แก่ เลขานุการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เป็นต้น นอกจากนี้สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง ตามที่ได้ศึกษาไว้ในวิทยานิพนธ์นี้ จะเป็นสัญญาทางปกครองที่ไม่ซับซ้อน เรียบง่าย ข้อพิพาทตามสิทธิเรียกร้องค่อนข้างชัดเจน หากจะฟ้องเสนอกำฟ้องเพื่อนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ก็มีโอกาสชนะคดีสูง หรือหากเป็นคดีสัญญาประกันตัวผู้ต้องหา ซึ่งเป็นคดีแพ่ง ที่เป็นข้อพิพาทที่ไม่ซับซ้อน เรียบง่าย ลักษณะการผิดสัญญาชัดเจนเช่นเดียวกัน ก็มีแนวคิดว่าจะใช้วิธีการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้พนักงานสอบสวน ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง บังคับชำระหนี้ตามสัญญาประกันตัวผู้ต้องหานั้นได้เอง โดยวิธีการยึด อาศัย ขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ประกัน นำเงินมาชำระหนี้ ในสัญญาประกันตัวผู้ต้องหานี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เป็นคู่สัญญาได้แก่ พนักงานสอบสวน ดังนั้น ในประเด็นผู้ที่จะเป็นคู่สัญญาทางปกครอง โดยมีข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ในทันทีนั้น ในประเทศไทย จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดคุณสมบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐคู่สัญญาให้มีลักษณะพิเศษ ดังเช่นที่กำหนดไว้ในกฎหมายเยอรมัน

#### 4.2.4 กระบวนการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

กระบวนการใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา ก็ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคู่สัญญา ออกหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งผิดสัญญาชำระเงิน ภายในระยะเวลาอันสมควร<sup>124</sup> หากล่วงพ้นกำหนดเวลานั้นไปแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงเพิกเฉย ก็ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคู่สัญญาออกคำสั่งให้ยึด อาศัย ขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ หรือเข้ายึดทรัพย์ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องส่งมอบได้ในทันที ในชั้นตอนนี้ มีลักษณะคล้ายกับมาตรา 57 ส่วนที่ 8 ว่าด้วยการบังคับทางปกครอง ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ทั้งนี้ การบังคับดังกล่าว ต้องอยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ ต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เพียงเท่าที่จำเป็น โดยมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลกับ

<sup>124</sup>กำหนดเวลาแค่ไหน เพียงไร จะถือเป็นเวลาอันสมควร ต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นราย ๆ ไป แต่การเตือนว่าให้ชำระหนี้โดยเร็วที่สุด ไม่ถือเป็นระยะเวลาอันสมควร ตามแนววินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่

วัตถุประสงค์ของการบังคับทางปกครองนั้น เพื่อการชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครอง และกระทบกระเทือนต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และประโยชน์สาธารณะ ให้น้อยที่สุด หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเห็นว่าการใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้นไม่ถูกต้อง ก็อาจอุทธรณ์การบังคับนั้น ต่อศาลปกครองได้

เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐคู่สัญญานั้นเอง ซึ่งอาจเทียบได้กับ มาตรา 56 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง มีอำนาจจะพิจารณาใช้มาตรการบังคับทางปกครอง...” เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เป็นคู่สัญญา ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.2.3 ว่า ได้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ทำหน้าที่แทนหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ดังกล่าว เป็นองค์กรเดียว มีเพียงเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เดียว ปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐ กรณีนี้ อาจเกิดปัญหาขึ้นได้หรือไม่ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นเพียงคนเดียว จะใช้ความรู้ ความรอบคอบระมัดระวังเพียงพอในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง หากจะมีคณะกรรมการเพื่อพิจารณาเรื่องเสียก่อน เมื่อพิจารณาได้ความว่าอย่างไร เห็นควรจะใช้มาตรการบังคับแค่ไหนเพียงไร ก็ให้คณะกรรมการดังกล่าวเสนอความเห็นนั้น ไปยังเจ้าหน้าที่รัฐผู้จะออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เพื่อเป็นการระดมความคิด เพื่อให้เกิดความรอบคอบ ก่อนจะออกคำสั่ง โดยเจ้าหน้าที่ผู้จะออกคำสั่ง ไม่จำเป็นต้องมีความเห็นเป็นอย่างเดียวกับความเห็นของคณะกรรมการ<sup>125</sup> คณะกรรมการเช่นว่ามานี้ มีความจำเป็นหรือไม่ เพียงใด

รูปแบบการเสนอความเห็น หรือการมีมติในรูปของคณะกรรมการนั้น มีข้อดี กล่าวคือ เป็นการระดมความรู้ ความคิด จากบุคคลหลาย ๆ คน ซึ่งจะช่วยในการวิเคราะห์ แยกแยะประเด็นปัญหาให้เกิดความรอบคอบ เห็นปัญหาชัดเจน และมีวิธีการแก้ไขปัญหาที่หลากหลาย ยิ่งไปกว่านั้น ยังก่อให้เกิดความเชื่อถือ เชื่อมั่นจากสังคมแวดล้อม ว่าความเห็นหรือมติที่ออกมาจากคณะกรรมการนั้น ได้ผ่านขั้นตอนการพิจารณาที่ดีมาแล้ว ความเห็น หรือมตินั้นน่าจะเชื่อถือได้มาก ที่สุดแล้ว การมีความเห็น หรือมติในรูปคณะกรรมการ ยังช่วยลดแรงเสียดทานจากสังคมได้อีกด้วย กล่าวคือ หากความเห็น หรือมติซึ่งออกจากรายบุคคลเพียงคนเดียว ผู้ออกความเห็น อาจวิตกไปได้ว่า ความเห็นของตนอาจไม่ได้รับการถ่วงกรองอย่างเพียงพอ อาจไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม และหากเกิดความรับผิดชอบเพราะความคิดเห็น หรือมติดังกล่าว ผู้

<sup>125</sup> เทียบเคียงกับกรณีการมีคำสั่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ขอใช้เงิน ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งต้องมีคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดทางละเมิด และคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดในทางแพ่ง ถ่วงกรองก่อนออกคำสั่ง

ออกความเห็น หรือมตินั้น อาจออกความเห็น หรือมติไปในทางที่สังคมคาดหวัง มิได้เป็นไปตามความประสงค์แท้จริงของตนก็เป็นได้

อย่างไรก็ดี การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กรณีผิดสัญญาทางปกครองในวิทยานิพนธ์นี้ สัญญาทางปกครองที่จะนำมาใช้มาตรการบังคับได้เองนี้ เป็นสัญญาที่ไม่ซับซ้อนเรียบง่าย หากจะเสนอคำฟ้องเป็นคดีในศาล ก็มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นได้น้อยมาก ดังนั้น ผู้ที่จะออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาทางปกครองเช่นนี้ จึงสมควรให้ลำพังเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เป็นคู่สัญญา เป็นผู้ทำคำสั่งเพียงคนเดียวได้ ทั้งยังจะเป็นการลดขั้นตอน และระยะเวลาที่จะต้องเข้าไปในชั้นคณะกรรมการอีกด้วย

การใช้มาตรการบังคับทางปกครองยึด อาศัย ขายทอดตลาดทรัพย์สิน เพื่อบังคับชำระหนี้ นั้น ส่วนราชการที่ทำหน้าที่ดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจง ได้แก่ กรมบังคับคดี สังกัดกระทรวงยุติธรรม<sup>126</sup> เมื่อศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งแล้ว เพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา หรือคำสั่ง ในกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ เจ้าพนักงานบังคับคดี จะเข้าดำเนินการบังคับเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ดี เจ้าพนักงานบังคับคดี หรือ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ในคดีล้มละลาย แม้จะปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวโดยเฉพาะ แต่ก็อยู่ในขอบเขตอำนาจศาลยุติธรรม ซึ่งใช้อำนาจตุลาการเท่านั้น หากได้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามมาตรการบังคับทางปกครอง ซึ่งใช้อำนาจปกครองด้วยไม่ หน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครอง จึงต้องเป็นหน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ ซึ่งอยู่ในสังกัดของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั่นเอง

ตัวอย่างเช่นในกรณีของกรมสรรพากร กรณีมีหนี้ภาษีอากรค้างชำระ ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องที่เป็นการชำระเงิน มาตรา 12 แห่งประมวลรัษฎากร<sup>127</sup> ให้อำนาจกรมสรรพากร ใช้

<sup>126</sup>พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545, มาตรา 32 และมาตรา 33.

<sup>127</sup>12 ภาษีอากรซึ่งต้องเสียหรือนำส่งตามลักษณะนี้เมื่อถึงกำหนด ชำระแล้ว ถ้ามิได้เสียหรือนำส่งให้ถือเป็นภาษีอากรค้าง

เพื่อให้ได้รับชำระภาษีอากรค้าง ให้อธิบดีมีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดและ การขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ต้องรับผิดชอบภาษีอากร หรือนำส่งภาษี อากรได้ทั่วราชอาณาจักร โดยมีต้องขอให้ศาลออกหมายยึดหรือสั่งอำนาจ ดังกล่าวอธิบดีจะมอบให้รองอธิบดีหรือสรรพากรเขตก็ได้

ในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานครให้ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนาย อำเภอมิอำนาจเช่นเดียวกับอธิบดีตามวรรคสอง ภายในเขตท้องที่จังหวัด หรืออำเภอนั้น แต่สำหรับนายอำเภอนั้นจะใช้อำนาจสั่งขายทอดตลาดได้ ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากผู้ว่าราชการจังหวัด

วิธีการยึดและขายทอดตลาดทรัพย์สิน ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม ส่วนวิธีการอายัดให้ปฏิบัติตามระเบียบ ที่อธิบดีกำหนดโดยอนุมัติรัฐมนตรี

มาตรการบังคับ ยึด อาศัย ขายทอดตลาดทรัพย์สินผู้ค้างชำระ นำเงินมาชำระภาษีอากรที่ค้าง และเบี้ยปรับได้ หน่วยงานที่มีหน้าที่ดังกล่าวโดยตรงได้แก่ ฝ่ายกฎหมาย และเร่งรัดภาษีอากร ค้าง ซึ่งหน่วยงานดังกล่าว จะออกหนังสือเตือนให้ผู้ค้างชำระ นำเงินมาชำระภายในระยะเวลาอัน สมควร หากผู้ค้างชำระเพิกเฉย เจ้าหน้าที่เร่งรัด ก็จะเข้ายึด อาศัยทรัพย์ เช่น ที่ดิน บัญชีเงิน ฝาก โดยการทำหนังสือถึงกรมที่ดิน หรือธนาคารต่าง ๆ เพื่อสืบทราบว่ามีผู้ค้างชำระภาษีมี ทรัพย์สินอยู่ ณ ที่ใด หลังจากนั้น เจ้าพนักงานเร่งรัด ก็จะมีหนังสือถึงอธิบดีกรมสรรพากร ให้ มีคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และมอบอำนาจให้ตน มีอำนาจยึด อาศัย ขายทอดตลาด ทรัพย์สินดังกล่าว หากเป็นที่ดิน เจ้าพนักงานผู้รับมอบอำนาจ ก็จะส่งประกาศยึด อาศัยให้เจ้า พนักงานที่ดิน เพื่อให้เจ้าพนักงานที่ดิน ลงรายการในสารบบที่ดินว่าได้มีการยึดโดย กรมสรรพากรแล้ว ที่ดินโฉนดดังกล่าว ก็จะไม่สามารถจำหน่ายโอนได้อีก และขอให้เจ้า พนักงานผู้รับมอบอำนาจประกาศขายทอดตลาดในเวลาต่อมา หากเป็นบัญชีเงินฝาก เจ้า พนักงานผู้รับมอบอำนาจ ก็จะส่งคำสั่งอาัยค ไปยังธนาคาร ธนาคารก็จะส่งจ่ายเช็คเงินสด จำนวน เงินตามที่มีอยู่ในบัญชี มอบให้แก่เจ้าพนักงานผู้รับมอบอำนาจ<sup>128</sup> เป็นต้น

หากเทียบกับกรณีสัญญาเรียนการศึกษา เมื่อข้าราชการผู้ได้รับทุนสำเร็จการศึกษา กลับมาแล้ว หากข้าราชการผู้นั้น ไม่ปฏิบัติงานชดใช้ทุน หรือปฏิบัติงานแต่ไม่ครบกำหนด ระยะเวลา เจ้าหน้าที่ผู้จะทำกรยึด อาศัย ขายทอดตลาด ก็จะให้แก่เจ้าพนักงานในสังกัดของ คู่สัญญาฝ่ายปกครองนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น ข้าราชการฝ่ายกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการ ข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) เป็นผู้รับมอบอำนาจจากเลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน มายึด อาศัยทรัพย์สิน หากเป็นสิทธิเรียกร้องที่ข้าราชการผู้รับทุน มีอยู่กับหน่วยงานในสังกัดอยู่ แล้ว เช่น เงินเดือน เงินสงเคราะห์ต่าง ๆ ซึ่งข้าราชการผู้นั้นจะได้รับหลังจากเกษียณอายุราชการ หรือหลังจากออกจากราชการ<sup>129</sup> เจ้าพนักงานผู้รับมอบอำนาจ ก็อาจใช้วิธีอาัยคเงินดังกล่าว เพื่อให้หน่วยงานในสังกัดข้าราชการผู้รับทุน ส่งมอบเงินดังกล่าว แก่สำนักงานคณะกรรมการ ข้าราชการพลเรือน หากยังไม่พอชำระหนี้ เจ้าพนักงานผู้รับมอบอำนาจ ก็อาจดำเนินการขึ้น ต่อไปโดยการยึด อาศัยทรัพย์สินต่าง ๆ ของข้าราชการผู้รับทุนต่อไป เป็นต้น

ส่วนวิธีการยึด อาศัย และขายทอดตลาดทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งผิคนัด ก็ ให้ปฏิบัติไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม

<sup>128</sup>ระเบียบกรมสรรพากร ว่าด้วยการเร่งรัดจัดเก็บภาษีอากรค้าง พ.ศ. 2545

<sup>129</sup>เช่น เงินกองทุนบำเหน็จ บำนาญข้าราชการ หรือ เงินค่าหุ้น เงินปันผลจากสหกรณ์ออมทรัพย์ เป็น

หมายถึง การนำบทบัญญัติในภาค 4 ลักษณะ 2 การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง มาตรา 271 ถึง 323 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ

ตัวอย่างการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กรณีผิดสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญา รัฐบาล คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ และ (ร่าง) ระเบียบ คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ว่าด้วยการชดใช้ทุนของรัฐบาล พ.ศ. .... (โปรดดู ภาคผนวกประกอบ) ซึ่ง รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ในฐานะที่ปรึกษาโครงการปรับปรุง สัญญาของสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ได้ให้คำแนะนำคณะกรรมการข้าราชการ พลเรือนในการร่างสัญญา และระเบียบดังกล่าว ให้มีการใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ ดังนี้

ในสัญญาข้อ 6 ข้อ 8 วรรคสอง และข้อ 11 จะมีข้อความทำนองเดียวกัน กล่าวคือ หากผู้รับทุนไม่ปฏิบัติตามสัญญา เช่น ไม่เดินทางไปศึกษา ไปแล้วไม่ตั้งใจศึกษา หรือ ยุติการศึกษา หรือไม่กลับประเทศไทย หรือไม่ยอมเข้ารับราชการ ผู้รับทุนยินยอมรับผิดชอบชดใช้ ทุนที่ ก.พ. ได้จ่ายไปแล้วทั้งสิ้น กับใช้เงินเบี้ยปรับแก่ ก.พ.ทันที และให้เป็นไปตามระเบียบว่า ด้วยการชดใช้ทุน พ.ศ. .... ที่ร่างขึ้นใหม่ โดยในเนื้อหาของระเบียบดังกล่าว ในข้อ 13 ได้กำหนดว่า “เมื่อหัวหน้าส่วนราชการมีคำสั่งทางปกครองให้ผู้รับทุนชดใช้ค่าเสียหายตาม สัญญา เมื่อถึงกำหนดแล้ว ไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้ส่วนราชการที่ได้รับความ เสียหายดำเนินการไปตามคำสั่งทางปกครอง ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” ซึ่ง วิธีการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง นั่นก็คือ การบังคับทางปกครอง ให้ชำระเงิน ตามมาตรา 57 นั่นเอง

#### 4.3 การปรับปรุงกฎหมายเพื่อใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาการใช้มาตรการบังคับทางปกครองของต่างประเทศ ประเภทของสัญญา ที่น่าจะให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ และวิเคราะห์การนำกลไกการใช้ มาตรการบังคับทางปกครองของประเทศเยอรมันมาใช้ในประเทศไทย เพื่อนำผลการศึกษานี้ไปสู่ การปฏิบัติได้จริง มีความเหมาะสม และมีประสิทธิภาพ ผู้ศึกษาจึงขอเสนอให้มีการปรับปรุง กฎหมาย ดังนี้

1) ให้มีการเพิ่มหมวด 6 ลงในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยใช้ชื่อหมวดว่า สัญญาทางปกครอง และเพิ่มส่วน ว่าด้วย “มาตรการบังคับทาง ปกครองในสัญญาทางปกครอง”

เนื่องจากการใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง เป็นกระบวนการ พิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ จึงสมควรที่จะเพิ่มเติมเรื่องดังกล่าวให้อยู่ในพระราชบัญญัติวิธี

ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ แม้มตรา 57 ส่วนที่ 8 จะเป็นบทบัญญัติที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในการใช้มาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครอง แต่บทบัญญัติที่สมควรเพิ่มเติมไม่อาจจะอยู่ในส่วนที่ 8 ด้วยได้ เนื่องจาก ส่วนที่ 8 อยู่ภายใต้หมวด 2 ว่าด้วยคำสั่งทางปกครอง แต่การใช้มาตรการบังคับทางปกครองในวิทยานิพนธ์นี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง นอกจากนั้น การใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับสัญญาทางปกครอง ยังมีเนื้อหาที่ต้องบัญญัติเพิ่มเติม เช่น การมีข้อตกลงให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที และเรื่องประเภทของสิทธิเรียกร้องที่สามารถใช้มาตรการบังคับได้ทันทีอีกด้วย การใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับสัญญาทางปกครอง จึงต้องบัญญัติเป็นส่วนใหม่ ภายใต้หมวด 6 ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

2) เนื้อหาในหมวด 6 ตามข้อ 1) ได้แก่ สัญญาทางปกครองที่หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาแล้ว จะมีวัตถุประสงค์เป็นการชำระเงินจำนวนแน่นอน ตามข้อสัญญาเป็นหนังสือ และสัญญานั้นมีข้อความยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที โดยไม่ต้องนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาล เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ให้หัวหน้าส่วนราชการซึ่งเป็นคู่สัญญามีหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระ ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 1 เดือน หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิกเฉย หัวหน้าส่วนราชการผู้นั้น อาจออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยยึด หรืออายัดทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือผู้ค้าประกัน และขายทอดตลาด เพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน วิธีการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สิน ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม

ในสัญญาทางปกครองที่หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาแล้ว จะมีวัตถุประสงค์เป็นการส่งมอบทรัพย์สิน และสัญญานั้น มีข้อความยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ให้หัวหน้าส่วนราชการซึ่งเป็นคู่สัญญามีหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนส่งมอบทรัพย์สินนั้น ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 1 เดือน หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิกเฉย หัวหน้าส่วนราชการผู้นั้น อาจออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยเข้ายึด อายัดทรัพย์สินที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องส่งมอบตามสัญญา ได้ทันที วิธีการยึด อายัด ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม

3) หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งถูกบังคับตามมาตรการบังคับทางปกครองเห็นว่าการใช้มาตรการบังคับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย คู่กรณีเช่นว่านั้น อาจอุทธรณ์การบังคับนั้นต่อศาลปกครองได้



## บทที่ 5

### ข้อสรุป และเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาที่ว่า ประเทศไทย ขาดระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองที่ชัดเจน ทั้งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ก็มีอยู่น้อยมาก บทบัญญัติดังกล่าว ได้แก่ นิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 และ เขตอำนาจศาลปกครอง ในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในมาตรา 9(4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อหลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง ของประเทศไทยยังไม่มี ความชัดเจน จึงทำให้ เป็นหน้าที่ของศาลปกครอง ที่จะต้องวางหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาทางปกครอง แต่ก็เป็นเพียงการวางหลักเกณฑ์เฉพาะคดีเท่านั้น เนื่องจากศาลปกครองของไทย เปิดทำการมาได้เพียง 5 ปี ดังนั้น การวางหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาทางปกครองของศาลปกครอง จึงยังไม่เพียงพอ และไม่ครอบคลุมหลักกฎหมายทุกเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองในเรื่องการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กับสัญญาทางปกครอง ก็เป็นหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองอันหนึ่งซึ่งยังไม่มี ความชัดเจน ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่มีการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติผิดสัญญา ประกอบกับ มาตรา 9(4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ฝ่ายปกครอง จึงได้นำข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองทุกสัญญา เข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ไม่ว่าจะ เป็นคดีสัญญาที่มีความสำคัญ หรือคดีสัญญา เล็ก ๆ น้อย ๆ

สภาพปัญหาดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาว่า สัญญาทางปกครองชนิดใดบ้าง ที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองในเรื่อง การใช้มาตรการบังคับทางปกครองในต่างประเทศมีอยู่ว่อย่างไร และจะนำหลักสัญญาทางปกครองในต่างประเทศดังกล่าว มาประยุกต์ใช้กับประเทศไทยได้อย่างไร และจะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอย่างไร เพื่อรองรับการใช้มาตรการบังคับดังกล่าว

จากการศึกษามาตรการบังคับทางปกครอง กรณีผิดสัญญาทางปกครอง ของต่างประเทศ โดยการศึกษาจากประเทศซึ่งเป็นต้นแบบกฎหมายมหาชนของประเทศไทย ได้แก่

ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และของประเทศไทยเอง ประกอบกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง โดยวิเคราะห์ข้อมูลทั้งหมดร่วมกัน ทำให้วิทยานิพนธ์นี้ ตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ และประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ ดังต่อไปนี้

ระบบสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส มีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและต่อมานักวิชาการทางกฎหมายมหาชน ก็พัฒนาจนกลายเป็นระบบสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสในปัจจุบัน หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส จึงเป็นการศึกษาถึงทฤษฎี และแนวความคิด มิใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แม้จะมีพื้นฐานมาจากความเสมอภาคกัน แต่ก็ยอมรับให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนบางประการ เพื่อให้การบริการสาธารณะดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง เช่น ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว หรือสามารถเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว เป็นต้น นอกจากนี้ หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส ยังให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาได้ในบางกรณี เช่น การสั่งปรับทางปกครอง หรือการที่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสียเลยทีเดียว โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มาตรการบังคับทางปกครองบางอย่าง เช่น การยึด आयัตทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และขายทอดตลาด นำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส ถือว่า กรณีดังกล่าว เป็นเรื่องการบังคับให้เป็นไปตามหนี้ อันเป็นบุคคลสิทธิ ต้องอาศัยอำนาจตุลาการ เพื่อมีคำพิพากษา หรือคำสั่ง และออกคำบังคับ และคู่สัญญาทางปกครอง ไม่อาจตกลงยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองยึด आयัตทรัพย์ ขายทอดตลาดได้เอง โดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล เนื่องจากการตกลงยกเว้นอำนาจตุลาการ ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน เป็นระบบลายลักษณ์อักษรที่มีความชัดเจน ระบบกฎหมายปกครองเยอรมันยอมรับให้ฝ่ายปกครองสามารถทำสัญญาทางปกครองได้ เพื่อเป็นการเสริมการออกคำสั่งทางปกครอง และการทำสัญญาทางแพ่ง

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน ยอมรับให้มีการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กรณีผิดสัญญาทางปกครองได้ ภายใต้เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กล่าวคือ คู่สัญญาต้องตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองได้ทันทีไว้ในสัญญาทางปกครองหรือในเอกสารอื่นก็ได้ เพียงแต่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และมีความชัดเจนว่า คู่สัญญาเจตนาตกลงกันในเรื่องดังกล่าว ประกอบกับ

สัญญาทางปกครองที่จะมีข้อตกลงให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที ต้องเป็นสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันเท่านั้น ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่ง กับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น สัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ไม่อาจมีข้อตกลงดังกล่าวได้ และเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งจะเข้ามาเป็นคู่สัญญา ในการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีนี้ จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับหัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บังคับบัญชา ซึ่งบุคคลดังกล่าว เป็นผู้ที่มิคุณสมบัติ มีความสามารถที่จะไปประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษาได้ และต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาดังกล่าวแล้วด้วย เว้นแต่สัญญาจะได้ทำโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์ หรือมลรัฐ เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่าง ๆ จึงได้รับยกเว้นไว้ว่า ไม่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาทางปกครองดังกล่าวก่อน โดยหากเป็นการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เอกชนชำระเงินเมื่อถึงกำหนดที่เอกชนจะต้องชำระเงินตามสัญญาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องมิหนังสือเตือนให้เอกชนชำระภายในระยะอันสมควร เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว เอกชนยังไม่ชำระเงิน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีสิทธิออกคำสั่งบังคับ และดำเนินการยึด หรืออายัดทรัพย์สินของเอกชน ออกขายทอดตลาดได้ต่อไป

ส่วนกรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เอกชนส่งมอบทรัพย์สิน เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้วิธีการบังคับทางปกครองได้ เช่น การจัดการแทน หรือการบังคับทางปกครองโดยตรง ทั้งนี้ ก่อนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมิหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองภายในกำหนดเวลาที่เหมาะสมสำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เว้นแต่เพื่อป้องกันมิให้เกิดอันตรายเสียหายต่อสาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงได้รับยกเว้นไม่ต้องมิหนังสือเตือนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ส่วนสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้น เนื่องจากระบบสัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย เป็นเรื่องใหม่ และมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้อยู่น้อยมาก หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทย จึงยังมิมีความชัดเจน ความไม่ชัดเจนรวมถึงเรื่องการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กับสัญญาทางปกครองด้วย ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทย คู่สัญญาจะเสนอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาเท่านั้น และมาตรการบังคับทางปกครองของไทย จำกัดอยู่เฉพาะกรณีการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

จากการศึกษาคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยจัดกลุ่มศึกษาออกเป็นสัญญาทางปกครองที่ไม่สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ กับ สัญญาทางปกครองที่สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ และวิเคราะห์เหตุผลประกอบ พบว่า สัญญาทางปกครองที่เป็นโครงการขนาดใหญ่ เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ จะมีความซับซ้อนในข้อสัญญา มีข้อกำหนด และข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาประกอบเป็นจำนวนมาก หรือบางสัญญาเป็นกรณีพิพาทในเทคนิคเฉพาะเรื่อง ซึ่งต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญพิเศษซึ่งเป็นกลางในการนำเสนอข้อเท็จจริง และในหลาย ๆ สัญญามีสภาพเป็นสัญญาทางธุรกิจการค้า มีเรื่องของผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งทำให้คู่สัญญามีสภาพเสมือนว่ามีความเท่าเทียมกันในการเจรจา ในการทำข้อตกลง ซึ่งดังที่ได้กล่าวต่อไปว่า มาตรการบังคับทางปกครอง จะไม่ใช้กับกรณีที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ทั้งในสัญญาสำคัญหรือสัญญาขนาดใหญ่ บางกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ต้องเป็นผู้ลงทุนเองทั้งหมด ซึ่งจะเป็นการลงทุนอย่างมหาศาล และด้วยความเสี่ยงทางธุรกิจของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเอง โดยมีระยะเวลาปฏิบัติตามสัญญายาวนาน คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ย่อมต้องการความมั่นคงในการปฏิบัติตามสัญญาว่า จะได้รับการระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้น โดยองค์กรที่เป็นกลาง เป็นที่ยอมรับในระบบสากลในการวินิจฉัยชี้ขาด ด้วยสภาพการดังกล่าว และโดยธรรมชาติของสัญญาสำคัญ หรือสัญญาขนาดใหญ่แล้ว คงไม่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนคนใดยินยอมให้มีข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เองทันทีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา ด้วยเหตุนี้ จึงไม่อาจมีการตกลงให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กับสัญญาชนิดนี้ได้

สัญญาทางปกครอง ที่ไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้อีกประเภทหนึ่ง คือ สัญญาทางปกครองที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากสัญญาทางปกครอง อยู่บนพื้นฐานของสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น คู่สัญญาทางปกครอง จึงอาจตกลงกันให้มีข้อสัญญาที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15 ซึ่งยอมรับให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาทางปกครอง และเมื่อคู่สัญญาทางปกครองได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าแล้วว่า หากเกิดข้อพิพาทขึ้น จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เมื่อมีการผิดสัญญา การจะให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครองทันที ย่อมไม่อาจทำได้

สัญญาทางปกครอง ที่ไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ประเภทสุดท้าย ได้แก่ สัญญาทางปกครองซึ่งคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน เนื่องจากการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ แบบบนลงล่าง เช่น ผู้ใช้อำนาจปกครอง บังคับเอาจากผู้อยู่ใต้ปกครอง เป็นต้น ดังนั้น หากคู่สัญญาทางปกครองมีฐานะเท่าเทียมกัน จึงไม่อาจใช้มาตรการ

บังคับทางปกครองได้ อย่างไรก็ตามโดยหลักแล้ว หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นภายในฝ่ายปกครองแล้ว ก็ไม่ควรที่จะนำข้อพิพาทนั้นมาให้ศาลต้องชี้ขาดอีก และสมควรที่ฝ่ายปกครองจะมีองค์การภายในขึ้นเพื่อชี้ขาด หรือกลั่นกรองข้อพิพาทของตนเองเป็นเบื้องต้น

กรณีดังกล่าว ได้มีมติคณะรัฐมนตรี ให้ตั้งคณะกรรมการชี้ขาดการยุติการดำเนินคดีคดีแพ่งของส่วนราชการ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสมควรที่จะได้มีคณะกรรมการดังกล่าวขึ้นเพื่อวินิจฉัยเกี่ยวกับคดีสัญญาทางปกครองด้วยเช่นกัน

สำหรับสัญญาทางปกครองที่สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ ได้แก่ สัญญาทางปกครองที่มีลักษณะร่วมกันดังนี้

1. เป็นข้อพิพาทที่รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ หรือฝ่ายปกครอง เป็นผู้ขอให้ศาลปกครอง บังคับเอาากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
  2. วัตถุประสงค์การบังคับ หรือคำขอท้ายฟ้อง เป็นการขอให้ฝ่ายเอกชนชำระเงิน หรือการส่งมอบทรัพย์สิน
  3. ผลกระทบที่เกิดจากการบังคับให้เป็นไปตามสัญญา อยู่ในวงจำกัด
  4. ความเสียหายที่ฝ่ายปกครองได้รับมีลักษณะชัดเจนตามข้อสัญญาอันเป็นหนังสือ
- ด้านการนำกลไกมาตรการบังคับทางปกครองของต่างประเทศมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทย ตามที่ได้ศึกษามาตรการบังคับทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส พบว่าประเทศฝรั่งเศสไม่มีการนำมาตรการบังคับทางปกครอง ในการยึด อาัยคทรัพย์สิน และขายทอดตลาดมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง ดังนั้น จึงต้องนำกลไกดังกล่าวของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมาใช้บังคับ ดังต่อไปนี้

วิธีการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องตกลงยินยอมให้มีข้อสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันทีที่ตนปฏิบัติผิดสัญญา เป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน และสัญญาที่จะมีข้อตกลงดังกล่าวได้ ต้องเป็นสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน หรือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนเท่านั้น เพราะการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ

วิธีการใช้มาตรการบังคับทางปกครองดังกล่าว เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ต้องออกหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญา ภายในระยะเวลาอันสมควร หากพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงนิ่งเฉย ก็ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคู่สัญญา ออกคำสั่งยึด อาัยคทรัพย์ และขายทอดตลาดทรัพย์นำเงินมาชำระหนี้ หรือออกคำสั่งยึด อาัยคทรัพย์สินที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องส่งมอบได้ทันที วิธีการยึด อาัยค และขายทอดตลาด ให้นำประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเห็นว่า การใช้มาตรการบังคับทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้นไม่ถูกต้อง ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจอุทธรณ์การบังคับนั้น ต่อศาลปกครองได้

การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อนำผลการศึกษาไปสู่การปฏิบัติได้จริง ต้องมีการปรับปรุงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเพิ่มหมวด 6 ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง และเพิ่มส่วน ในหมวด 6 ว่าด้วยมาตรการบังคับทางปกครองในสัญญาทางปกครอง เนื้อหาได้แก่ สัญญาทางปกครองที่หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาแล้ว จะมีวัตถุประสงค์เป็นการบังคับคดีเป็นการชำระเงินจำนวนแน่นอน ตามข้อสัญญาเป็นหนังสือ และสัญญานั้นมีข้อความยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที โดยไม่ต้องนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาล เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ให้หัวหน้าส่วนราชการซึ่งเป็นคู่สัญญามีหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระ ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 1 เดือน หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิกเฉย หัวหน้าส่วนราชการผู้นั้น อาจออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยยึด หรืออายัดทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือผู้ค้ำประกัน และขายทอดตลาด เพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน วิธีการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สิน ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม

ในสัญญาทางปกครองที่หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาแล้ว จะมีวัตถุประสงค์เป็นการบังคับคดี เป็นการส่งมอบทรัพย์สิน และสัญญานั้น มีข้อความยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ให้หัวหน้าส่วนราชการซึ่งเป็นคู่สัญญามีหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนส่งมอบทรัพย์สินนั้น ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 1 เดือน หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิกเฉย หัวหน้าส่วนราชการผู้นั้น อาจออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยเข้ายึด อายัดทรัพย์สินที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องส่งมอบตามสัญญา ได้ทันที วิธีการยึด อายัด ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม

หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งถูกบังคับตามมาตรการบังคับทางปกครองเห็นว่าการใช้มาตรการบังคับนั้นไม่ถูกต้อง ก็อาจอุทธรณ์การบังคับนั้นต่อศาลปกครองได้

ตามที่ได้ศึกษาในหัวข้อนี้ ซึ่งเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ผู้ศึกษาขอเสนอแนะว่า เพื่อให้ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศไทยมีความชัดเจน จึงสมควรจะให้มีการบัญญัติ “พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครอง” เพื่อเป็นการวางหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองทั้งระบบ ให้เป็นรูปธรรม เป็นลายลักษณ์อักษร และจะได้สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศไทย ซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายอีกด้วย

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- \_\_\_\_\_. (2545). **กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ฌ นคร. (2538). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จี๊ด เศรษฐบุตร. (2540). **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บุบผา อัครพิมาน. (2545). **สัญญาทางปกครอง : แนวคิด และหลักกฎหมายของฝรั่งเศส และของไทย**. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2546). **สัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. (2545). **หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สมพร พรหมหิตาธร. (2542). **การประกันตัวผู้ต้องหาและจำเลย**. กรุงเทพฯ: สำนักงานตำรวจแห่งชาติ.
- สรวิศ ลิ้มปรีงยี. (2545). **อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่ กับการระงับข้อพิพาท**. กรุงเทพฯ: นิติรัฐ.
- สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. (2547). **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

#### บทความ

- ฉ็อง-โกล็ด เวเนเซีย. (2546, มกราคม-เมษายน). “สัญญาทางปกครอง.” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, 3, 1. หน้า 38-47.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2529, มีนาคม). “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมาย  
ปกครอง, 5, 1. หน้า 73.

บุบผา อัครพิมาน. (2545, มกราคม-เมษายน). “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดี  
ปกครองของประเทศฝรั่งเศส.” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 2, 1. หน้า 1-13.

\_\_\_\_\_. (2548, มกราคม-เมษายน). “หลักกฎหมายทั่วไป.” วารสารวิชาการศาลปกครอง,  
5, 1. หน้า 1-26.

พนม เอี่ยมประยูร. (2531). “ผลของสัญญาทางปกครอง.” รวมบทความในโอกาสเกษียณอายุ  
ราชการ 60 ปี ของ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์. หน้า 157.

### เอกสารอื่น ๆ

คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2540). การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยหน่วยงานภาครัฐ  
(งานวิจัย). กรุงเทพฯ: การอบรมหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง  
(บ.ย.ศ.). วิทยาลัยการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม.

สถาบันพระปกเกล้า ร่วมกับ สำนักงานศาลปกครอง. (ม.ป.ป.). คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทาง  
ปกครอง. (รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

สถาบันวิจัย และให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2545). หลักกฎหมายปกครอง  
ฝรั่งเศส (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

สถาบันวิจัย และให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2546). การดำเนินคดีปกครองของ  
หน่วยงานของรัฐ (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

### วิทยานิพนธ์

ธิดารัตน์ ชลประเสริฐสุข. (2548). การนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับแก่การผิด  
สัญญาประกันผู้ต้องหาในชั้นเจ้าพนักงาน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชา  
นิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

นพเก้า เกื้อนชัย. (2548). ความหมายของสัญญาทางปกครอง: ศึกษาจากคำวินิจฉัยของ  
ศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล. วิทยานิพนธ์  
ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.



พรพิมล บุญทวีเวช. (2547). **ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง.**

วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

มนตรี ชนกัน้ำชัย. (2540). **มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย.** วิทยานิพนธ์

ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รพี แผงสภา. (2543). **ปัญหาการบังคับคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองไทย.** วิทยานิพนธ์

ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

### กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐. (2540, 11 ตุลาคม). **ราชกิจจานุเบกษา.**

เล่มที่ 114, ตอนที่ 559. หน้า 1.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๘. (2539, 14 พฤศจิกายน).

**ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 113, ตอนที่ 60 ก. หน้า 1.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒. (2542,

10 ตุลาคม). **ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 116, ตอนที่ 94 ก. หน้า 1.

พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕. (2545, 2 ตุลาคม).

**ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 119, ตอนที่ 99 ก. หน้า 14.

ระเบียบกรมสรรพากร ว่าด้วยการเร่งรัดจัดเก็บภาษีอากรค้าง พ.ศ. ๒๕๔๕

ระเบียบกรมสรรพากร ว่าด้วยการยึดทรัพย์สินตามความในมาตรา 12 แห่งประมวลรัษฎากร

พ.ศ. ๒๕๔๕

ระเบียบกรมสรรพากร ว่าด้วยการขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ค้างภาษีอากร พ.ศ. ๒๕๔๕

### สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

โกคิน พลกุล. (2544). คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. สืบค้นเมื่อ 10 สิงหาคม 2548,

จาก <http://www.pub-law.net/article/ac010145.html>

สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. (2540-2545). มติคณะรัฐมนตรี. สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2548,

จาก <http://www.thaigov.go.th>

### มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง

#### วันอังคาร ที่ 11 มีนาคม 2540

เห็นชอบเรื่อง การยุติการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ตามความเห็นของรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี (นายโกศล พลกุล) โดยในกรณีเมื่อส่วนราชการมีความเห็นขัดหรือแย้งกับความเห็นของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีแพ่ง เมื่ออัยการสูงสุดวินิจฉัยชี้ขาดตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีแพ่งของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2538 ข้อ 24 ให้เสนอเรื่องให้คณะกรรมการฯ ซึ่งมีรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี ตามที่นายกรัฐมนตรีมอบหมาย เป็นประธานเป็นผู้พิจารณาชี้ขาด แล้วเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป และอนุมัติให้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อพิจารณาชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการ โดยมีรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีตามที่นายกรัฐมนตรีมอบหมาย เป็นประธานกรรมการ

#### วันอังคาร ที่ 4 พฤศจิกายน 2540

เห็นชอบการพิจารณาทบทวนเกี่ยวกับเรื่อง การยุติการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ตามที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเสนอ และให้ดำเนินการต่อไปได้

#### วันอังคาร ที่ 21 เมษายน 2541

คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติตามที่กระทรวงการคลังเสนอขอทบทวนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2540 เรื่อง การยุติการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยให้รัฐวิสาหกิจที่ดำเนินธุรกิจการค้า หรือการบริการเป็นปกติธุระ ยกเว้นการปฏิบัติตามแนวทางที่คณะรัฐมนตรีกำหนดในกรณีเกิดข้อพิพาทคดีแพ่งกับคู่กรณีที่เป็นเอกชน

#### วันอังคาร ที่ 19 มีนาคม 2545

คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง เลขาธิการคณะรัฐมนตรี และเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นกรรมการ และอัยการสูงสุด เป็นกรรมการและเลขานุการ และมีอำนาจหน้าที่ ตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๑๑ มีนาคม ๒๕๔๐ และ วันที่ ๔ พฤศจิกายน ๒๕๔๐ เรื่อง

การยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ตามที่สำนักงานอัยการ  
สูงสุดเสนอ

วันอังคาร ที่ 1 ตุลาคม 2545

คณะรัฐมนตรีพิจารณาคณะกรรมการชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วน  
ราชการที่เกี่ยวข้อง ตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอแล้วมีมติดังนี้

1. ปรับปรุงองค์ประกอบของคณะกรรมการพิจารณาชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่ง  
ของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยแต่งตั้งปลัดกระทรวงยุติธรรมร่วมเป็นกรรมการ  
ในคณะกรรมการดังกล่าว

2. ปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ โดยให้คณะกรรมการ มีอำนาจในการ  
แต่งตั้ง คณะอนุกรรมการเพื่อดำเนินการใด ๆ ตามความจำเป็นตามที่คณะกรรมการมอบหมายได้  
 ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินการพิจารณาชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการ และ  
หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นไปด้วยความเรียบร้อย

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นายวศิน นันทไพบูลย์

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา  
๒๕๔๓ และเนติบัณฑิตไทย สมัยที่ ๕๔

ตำแหน่ง และสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ทนายความอิสระ

DPU