

พัฒนาการ และแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

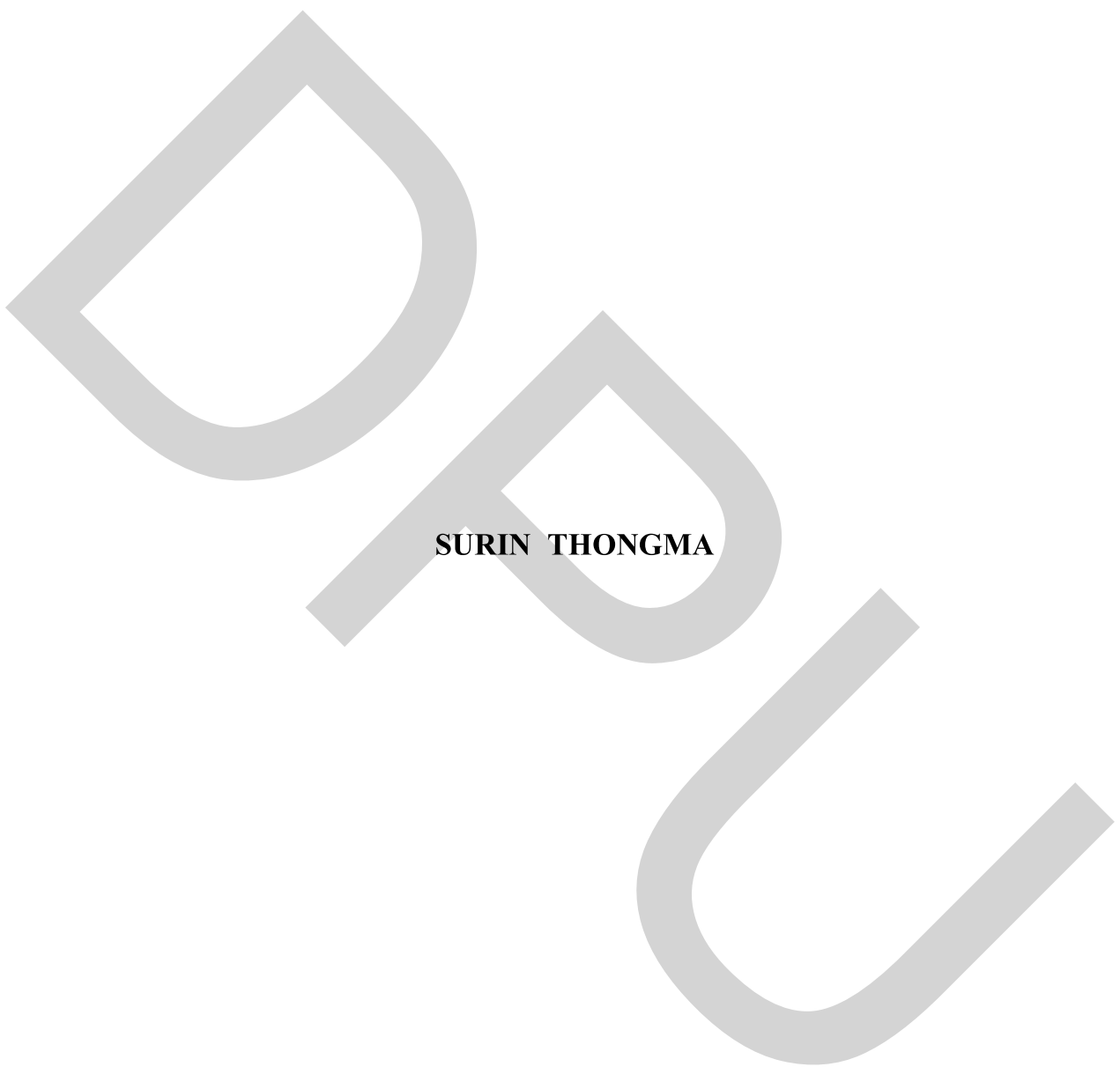
สุรินทร์ ทองมา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2553

**DEVELOPMENT AND PROPER CONCEPT OF THE THAI  
ADMINISTRATIVE CONTRACTS**



**SURIN THONGMA**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws  
Department of Law  
Graduate School, Dhurakij Pundit University**

**2010**

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จได้ด้วย คำแนะนำ และให้แนวทาง ของ รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ซึ่งได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยตลอดเวลาตั้งแต่เริ่มจัดทำเค้าโครงวิทยานิพนธ์ ท่านได้ให้คำปรึกษา เอาใจใส่และติดตามความคืบหน้าในการทำวิทยานิพนธ์ตลอดมา ตลอดจนช่วยอ่าน และให้คำแนะนำในการแก้ไขจนกระทั่งถึงวันที่สำเร็จเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับสมบูรณ์นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ดร.พีรพันธุ์ พาลุสุข เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณารับเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ ท่านณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา และรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และได้ให้คำแนะนำที่มีคุณค่าอย่างยิ่งในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบคุณท่านชนภัทร วินวัฒน์ ที่กรุณาแปลบทคัดย่อ ดร.ธนินทร์ บุญยรัตน์ ที่ช่วยแก้ไขคำศัพท์ภาษาฝรั่งเศสและขอบคุณ นางนภาพร ทองมา ภรรยาสุดที่รักที่นอกจากจะเป็นกำลังใจในการเรียนกฎหมายมาตั้งแต่ต้นแล้วยังเป็นผู้พิมพ์วิทยานิพนธ์นี้ทั้งหมดอีกด้วย

สุรินทร์ ทองมา

## สารบัญ

|                                                                                                                             | หน้า      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| บทคัดย่อภาษาไทย.....                                                                                                        | ฅ         |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....                                                                                                     | จ         |
| กิตติกรรมประกาศ.....                                                                                                        | ๗         |
| <b>บทที่</b>                                                                                                                |           |
| <b>1. บทนำ.....</b>                                                                                                         | <b>1</b>  |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....                                                                                     | 1         |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....                                                                                            | 5         |
| 1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....                                                                                                | 5         |
| 1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....                                                                                                  | 5         |
| 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....                                                                                                 | 5         |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....                                                                                          | 6         |
| <b>2. แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....</b>                                                                    | <b>7</b>  |
| 2.1 ทฤษฎีอำนาจมหาชน.....                                                                                                    | 7         |
| 2.2 ทฤษฎีบริการสาธารณะ.....                                                                                                 | 8         |
| 2.3 หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา.....                                                                                       | 11        |
| <b>3. ข้อความคิดสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ.....</b>                                                                         | <b>14</b> |
| 3.1 ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส.....                                                                          | 14        |
| 3.2 ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน.....                                                                           | 24        |
| 3.3 ข้อความคิดสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา.....                                                                  | 30        |
| <b>4. ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศไทย.....</b>                                                                         | <b>36</b> |
| 4.1 ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศไทยก่อนมีการตราพระราชบัญญัติ<br>จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542..... | 36        |
| 4.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของฝ่ายปกครอง.....                                                                         | 37        |
| 4.1.2 คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนมีการจัดตั้ง<br>ศาลปกครอง.....                                         | 47        |
| 4.2 ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศไทยหลังมีการตราพระราชบัญญัติ<br>จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542..... | 49        |

สารบัญ (ต่อ)

|                                                                                                                                                                           | หน้า      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 4.2.1 กฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....                                                                                                                               | 49        |
| 4.2.2 คำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด.....                                                                                                                           | 56        |
| 4.2.3 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล.....                                                                                                    | 61        |
| 4.2.4 หลักกฎหมายที่ศาลปกครองใช้พิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....                                                                                               | 62        |
| 4.3 การมอบอำนาจกับสัญญาทางปกครอง.....                                                                                                                                     | 67        |
| 4.3.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการมอบอำนาจ.....                                                                                                                            | 67        |
| 4.3.2 การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง.....                                                                                                                         | 68        |
| 4.3.3 การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง กรณีการมอบอำนาจตาม<br>มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่าง<br>กระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหม.....         | 72        |
| <b>5. วิเคราะห์กฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศไทย.....</b>                                                                                                            | <b>75</b> |
| 5.1 วิเคราะห์สัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทยก่อนมีการตรา<br>พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.....                                            | 75        |
| 5.1.1 ช่วงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จนถึงช่วง<br>ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองพ.ศ. 2475.....                                                          | 75        |
| 5.1.2 ช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองพ.ศ.2475จนถึงก่อนประกาศใช้<br>พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง<br>พ.ศ. 2542.....                                    | 76        |
| 5.2 วิเคราะห์สัญญาทางปกครองของประเทศไทยหลังมีการตราพระราชบัญญัติ<br>จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.....                                                | 78        |
| 5.3 วิเคราะห์การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง กรณีการมอบอำนาจ<br>ตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่าง<br>กระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหม..... | 90        |
| 5.4 เปรียบเทียบหลักกฎหมายที่ศาลยุติธรรมใช้พิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่าย<br>ปกครองและศาลปกครองใช้พิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง..                               | 91        |

สารบัญ (ต่อ)

|                                                                      | หน้า       |
|----------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....</b>                                   | <b>93</b>  |
| 6.1 บทสรุป.....                                                      | 93         |
| 6.2 ข้อเสนอแนะ.....                                                  | 100        |
| <b>บรรณานุกรม.....</b>                                               | <b>101</b> |
| <b>ภาคผนวก.....</b>                                                  | <b>105</b> |
| 1. คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา คดีหมายเลขดำที่ 16374/2536..... | 106        |
| 2. คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2548.....            | 108        |
| 3. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 111/2544.....                            | 112        |
| 4. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 211/2551.....                            | 115        |
| <b>ประวัติผู้เขียน.....</b>                                          | <b>118</b> |

|                   |                                                           |
|-------------------|-----------------------------------------------------------|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | พัฒนาการและแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย |
| ชื่อผู้เขียน      | สุรินทร์ ทองมา                                            |
| อาจารย์ที่ปรึกษา  | รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์                      |
| สาขาวิชา          | นิติศาสตร์                                                |
| ปีการศึกษา        | 2553                                                      |

### บทคัดย่อ

ความเข้าใจ เกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศไทยขณะนี้ยังไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันเนื่องจากยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ก่อนมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายไทยในภาพรวมหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่อง เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองเห็นได้ว่าศาลยุติธรรมถูกจำกัดให้นำเอาบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้

หลังมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาจกล่าวได้ว่ามีการแบ่งสัญญาทางปกครองเป็น 2 ประเภทได้แก่ สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพ สัญญาทางปกครองข้อกฎหมายกำหนดนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ประการแรกคือ หลักเกณฑ์ในเรื่องคู่สัญญาซึ่งกำหนดให้ต้องมีคู่สัญญา อย่างน้อยฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งเป็น หน่วยงานทาง ปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ ประการที่สอง หลักเกณฑ์ในเรื่องเนื้อหาของสัญญาได้กำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะ 4 ลักษณะคือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่ให้ให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ส่วนสัญญาทางปกครองโดยสภาพมีหลักเกณฑ์ที่วางไว้โดยมติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด 3 ประการ ประการแรกได้แก่ หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญาโดยต้องปรากฏว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีคู่ สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็น หน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคล ที่ได้รับมอบหมาย ให้กระทำแทนรัฐ ประการที่สองได้แก่ หลักเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเข้า ดำเนินหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ และประการที่สามได้แก่หลักเกณฑ์ที่พิจารณาจากข้อกำหนดในสัญญาโดยมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็น สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะ

พิเศษที่แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เมื่อพิจารณาจาก คำพิพากษาและ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นได้ว่ามีแนวโน้มการตีความความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครอง อย่างกว้างและยืดหยุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้เหตุผลว่ามีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็น สัญญาทางปกครอง การตีความในแนวทางนี้ทำให้ขาดความแน่นอนในการวินิจฉัย

การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง กรณีบันทึกความตกลงเรื่องการมอบอำนาจตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่างกระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหมมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดการบริการสาธารณะเป็นอีกแง่มุมหนึ่งของสัญญาทางปกครอง

เห็นว่าสัญญาทางปกครองควรเป็นสัญญาที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัยแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย คือ คำนิยามของสัญญาทางปกครองควรเป็นว่า“สัญญาทางปกครองหมายถึงข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ให้อีกฝ่ายหนึ่งจัดทำบริการสาธารณะหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หมายความว่ารวมถึงข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดการบริการสาธารณะหรือจัดทำบริการสาธารณะร่วมกัน”



|                |                                                                     |
|----------------|---------------------------------------------------------------------|
| Thesis Title   | Development and Proper Concept of The Thai Administrative Contracts |
| Author         | Surin Thongma                                                       |
| Thesis Advisor | Associate Professor Dr.Kamolchai Ratanasakaowong                    |
| Department     | Law                                                                 |
| Academic Year  | 2010                                                                |

### ABSTRACT

The understanding in Thai context relating to an administrative contract is not in the similar direction owing to the lack of the legislation on the administrative contract.

Prior to the enactment of the Administrative Court and Administrative Procedural Law Act B.E. 2542 (ACAP), it is generally accepted that Thai legal principles on the administrative contract are determinative. As far as the supreme court's judgments on such a contract are concerned, it can be seen that the court of justice strictly exercised its jurisdiction on that definition by pursuant to the laws on contract under the Civil and Commercial Code.

However, after the enactment of ACAP, the administrative contract has been divided into two main categories; namely, the contracts to legislation and circumstances. The first main element of the legislative contract is that a party of the contract must be an administrative body or the individual acting for that body. The second condition concerns the contract content which determines merely 4 types of administrative contract, including contracts on 1) concession, 2) providing public services, 3) providing public utility, and, 4) the concession of the natural resources. On the other hand, the administrative contract arising from the circumstances consists of 3 elements determined by the special resolution of the supreme administrative court. Like that of the legislative contract, the first element is that a party must be an administrative body or the individual assigned by that body. However, the second most factor focusing upon the contract objective; thus, the administrative contract must be aimed to conduct or cooperate to conduct public services. Finally, the ultimate condition is constituted from the principle in the contract which must illustrate that the state bears its privilege under the contractual obligation. Regarding judgments and orders handed down by the supreme administrative court and decisions of the

Commission on Jurisdiction of Courts, it shows that the trend of the meaning of the administrative contract are interpreted widely and flexibly; the necessity to provide public services is a major grounds supporting that idea. The broad and variable interpretation causes in uncertain decision – making involved.

With respect to the power of attorney authorized the agency in the different ministry, it is a case of a Memoranda on the power of attorney under the section 29 of the Air Transportation Act B.E. 2497 agreed between the Ministry of Transportation and Ministry of Defense. Such a Memoranda is considered as an administrative contract because it established the public juristic relation between both parties and it gave rise to the other public agency to control the public service.

It is of the opinion that an administrative contract should be a contract in consistent with the principle of public laws. The administrative contract should be defined as “an agreement in the light of public law which, at least, one party must be an administrative agency or an individual appointed by the administrative agency. The agreement must oblige a party to grant or participate in public services. Moreover, it should also include an agreement enforced by the public law which both parties are administrative entities and assigned its authority to another so as to control and supply the public services.

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับประชาชน นั้นนอกเหนือจาก การใช้อำนาจเพียงฝ่ายเดียวเช่น การออกกฎ คำสั่ง คำอนุมัติ คำอนุญาต แล้ว เทคนิคในการดำเนินการอย่างหนึ่งที่ทางราชการใช้ในกา รสร้างความสัมพันธ์ในทางกฎหมายกับ ประชาชน หรือ กับหน่วยงานทางราชการด้วยกัน ได้แก่สัญญา เทคนิคดังกล่าวถูกนำมาใช้มากยิ่งขึ้น อันเป็นผลมาจากการปรับเปลี่ยนแนวคิดเกี่ยวกับการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมต่างๆ ในสังคม และเป็นผลมาจากข้อดีโดยสภาพของเทคนิคดังกล่าวที่คำนึงถึงความยินยอมพร้อมใจของคู่กรณีอีก ฝ่ายหนึ่งด้วย

ในต่างประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ซึ่งยอมรับในความเอกเทศของกฎหมายปกครอง และ มุ่งประสงค์ที่จะพัฒนาหลักกฎหมายให้ เป็นพิเศษจากหลักกฎหมายเอกชน เช่น ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมันนั้น ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางป ครงขึ้นเป็นเอกเทศ อย่างเป็นระบบ โดยเริ่มจากแนวคิดพื้นฐานที่ว่าในบรรดาสัญญาที่กระทำโดยฝ่ายปกครองนั้นบาง กรณีอาจมีลักษณะปกติธรรมดาที่พบได้ทั่วไปในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน บางกรณีอาจ มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากข้อสัญญาทางกฎหมายเอกชน ระบบกฎหมายปกครองของประเทศ เหล่านี้จึงมีหลักเกณฑ์ที่ใช้จำแนกว่ากรณีใดเป็นสัญญาทางปกครอง และกรณีใดไม่เป็นสัญญาทาง ปกครอง หากเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีหลักเกณฑ์พิเศษในการพิจารณาสัญญาเหล่านั้น<sup>1</sup>

ในระบบกฎหมายไทยก่อนที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2541 มีผลบังคับใช้สัญญาทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับ เอกชน หรือ สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันต่าง อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม กฎหมาย ฉบับนี้ กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองและกำหนดให้สัญญาทางปกครองเป็น ประเภทหนึ่งของคดีปกครอง ซึ่งเท่ากับว่าในระบบกฎหมายไทยได้มีการจำแนกสัญญาออกเป็น 2 ระบบอย่างชัดเจนได้แก่สัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง เมื่อเป็นเช่นนี้การจำแนกสัญญาทั้ง

---

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เจ็มซัย ชุตินวศ์, บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, กฤษณ์ วสินนท์ และ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *คดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง*. หน้า 1.

2 ประเภทดังกล่าวออกจากกันนับว่าเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งทั้ง ในแง่ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดี กฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติจะก็นำมาใช้ในคดี

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่ใช้จำแนกสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้ระบุ อย่างชัดเจนว่าสัญญาทางปกครองหมายความว่าอย่างไร แต่บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่าสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่ กระทำแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภค หรือ แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” การที่กฎหมายบัญญัติในลักษณะ ดังกล่าว เนื่องมาจากสัญญาทั้ง 4 ประเภท คือสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมีลักษณะ เป็น สัญญาทางปกครองอย่างชัดเจน บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นการแสดงตัวอย่างให้เห็นว่าสัญญาที่เป็น สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยได้แก่สัญญาประเภทใดบ้าง ส่วนสาเหตุที่กฎหมายไม่ได้ ระบุอย่างชัดเจนว่าสัญญาทางปกครองหมายความว่าอย่างไรนั้นเนื่องจากเป็นความประสงค์ของฝ่าย นิติบัญญัติที่ต้องการเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาขอบเขตของสัญญาทางปกครองต่อไปโดยไม่จำกัด อยู่เพียงสัญญา 4 ประเภท ตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัตินี้ดังกล่าว

นับแต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีผล บังคับใช้คือวันที่ 10 ตุลาคม 2542 และพิจารณาจากคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการจนถึงปัจจุบันเห็นได้ว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่ เป็นเรื่องเกี่ยวกับว่าสัญญาที่พิพาทเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ คดีขาดอายุความหรือไม่ (ในการ ฟ้องคดีซึ่งตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เดิมนั้นให้ยื่นฟ้องคดีภายใน 1 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุ แห่งการฟ้อง คดีแต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี) ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่าคดีขาดอายุความจำนวนมาก คู่กรณีทั้งที่ เป็นรัฐและเอกชนต่างพยายามยกข้อต่อสู้ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้ศาลปกครองใช้ดุลพินิจรับคดีไว้พิจารณาตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ศาลปกครองสูงสุดก็มีคำพิพากษา หรือ คำสั่ง เป็นแนวทางเดียวกันว่าเรื่องดังกล่าวมิใช่เป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่จะอ้างข้อกฎหมาย ดังกล่าวได้ ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองที่สำคัญคือ

(1) เรื่องอายุความซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 51 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก้ไขโดยบัญญัติให้การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครองให้ยื่นฟ้องภายใน 5 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุ แห่งการฟ้องคดีแต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่

วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี<sup>2</sup>

(2) เพิ่มเติมคำนิยามคำว่า “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยให้คำนิยามคำว่า ประโยชน์แก่ส่วนรวมหมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือ ประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม หรือ ประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น<sup>3</sup>

(3) ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักขยายขอบเขตความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 วันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 ได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่า<sup>4</sup> “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามบัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ั้นประการแรกคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สองสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือ แสวงประโยชน์จากธรรมชาติ หรือ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้นหากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่ง ด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้นสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

กล่าวได้ว่าในปัจจุบันสัญญาทางปกครองสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท ประเภทแรกได้แก่สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายคือสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วน

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2551. แก้ไขโดย มาตรา 4. (2551, 27 กุมภาพันธ์). ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 125, ตอนที่ 39 ก. หน้า 2.

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551. เพิ่มเติมโดย มาตรา 3. (2551, 27 กุมภาพันธ์). ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 125, ตอนที่ 39 ก. หน้า 2.

<sup>4</sup> แหล่งเดิม.

ประเภทที่สองได้แก่สัญญาทางปกครองโดยสภาพซึ่งก็คือ สัญญาทางปกครอง ที่ได้รับการพัฒนาโดยศาลปกครอง ปัจจุบันนี้แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีส่วนพัฒนาความหมายของสัญญาทางปกครองแต่ละประเภทให้มีความชัดเจนขึ้น โดยเฉพาะในส่วน of สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ยังคงมีปัญหาอยู่บ้างกรณีที่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในเรื่องที่สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะทับซ้อนกับสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค แต่สำหรับในส่วน of สัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้นยังคงไม่มีความชัดเจน กล่าวคือ<sup>5</sup> สัญญาทางปกครองโดยสภาพมีหลักเกณฑ์ที่วางไว้โดยมติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด 3 ประการ ประการแรกได้แก่ หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญาโดยต้องปรากฏว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็น หน่วยงานปกครองหรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ ประการที่สองได้แก่หลักเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ และ ประการ ที่สามได้แก่หลักเกณฑ์ที่พิจารณาจากข้อกำหนดในสัญญาโดยมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในส่วน of สัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้นแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไปในแนวทางที่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะอ้างเหตุผลทั้งในเรื่องการเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรงร่วมกับเป็นข้อสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐโดยมิได้อธิบายความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจนเพียงแต่กล่าวถึงตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญาที่ศาลปกครองเห็นว่าแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในคำวินิจฉัยเท่านั้น ส่วนคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็มิได้อธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจน นอกจากนั้นแม้ในข้อเท็จจริงของคดีศาลปกครองชั้นต้นจะกล่าวอ้างถึงตัวอย่างข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแต่ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการมิได้อ้างถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวแต่วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะเท่านั้นซึ่งทำให้เห็นว่ายังขาดความชัดเจน

เห็นว่าหลังจากมีการบังคับใช้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี

<sup>5</sup> รัตติ สุนทรวรภาส. (2547). ขอบเขตของสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542. หน้า 4.

ปกครอง พ.ศ. 2542 จนถึงปัจจุบันเป็นเวลา 9 ปีแล้ว น่าจะได้มีการบัญญัติ ติกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองให้เป็นเอกเทศเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยการทำคำสั่งทางปกครองซึ่งได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้นจึงควรมีการศึกษาวิจัยถึงแนวทางที่ควรจะเป็นของหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพื่อนำไปใช้เป็นรากฐานในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองในสัญญาทางปกครองของ ประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย

1.2.2 เพื่อให้ทราบแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองบังคับใช้โดยตรง มีแต่บทนิยาม ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ให้หมายรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทน รัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการหาความหมายของสัญญาทางปกครองเพื่อใช้เป็นแนวทางในบัญญัติกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

## 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทยในส่วนที่จะเชื่อมโยงมาเป็นแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

## 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาครั้งนี้ใช้การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยทำการค้นคว้ารวบรวมจากเอกสาร สิ่งพิมพ์ต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ประกอบด้วยบทความวารสาร งานวิจัย วิทยานิพนธ์ ตำรากฎหมาย เอกสารประกอบการสัมมนา ประมวลกฎหมาย บทความทางวิชาการต่างๆ รวมทั้งข้อมูลที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบ ข้อความคดี เรื่องสัญญาทางปกครองของ ประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย

1.6.2 ทำให้ทราบแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย



## บทที่ 2

### แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้นนั้นอาจจะเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนซึ่งคู่สัญญาอยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาโดยจะต้องนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับสัญญาซึ่งเรียกว่าสัญญาทางแพ่ง นอกจากนี้สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้นอาจจะเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับคู่ความฝ่ายเอกชนไม่ได้อยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาที่เรียกว่า สัญญาทางปกครองซึ่งแนวคิดทั่วไปรวมถึงระบบกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองจะอยู่ใต้ระบบกฎหมายมหาชน

แนวความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองพัฒนาอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายมหาชน โดยหลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญคือทฤษฎีอำนาจมหาชน ทฤษฎีบริการสาธารณะ และหลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา

#### 2.1 ทฤษฎีอำนาจมหาชน

บริการสาธารณะไม่ว่าจะมองในแง่มุมใดอำนาจมหาชนย่อมเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นข้อความคิดที่ควบคู่กับบริการสาธารณะเสมอ กล่าวคือหากมองในแง่ว่าบริการสาธารณะเป็นเป้าหมายของรัฐอำนาจมหาชนก็เป็นเครื่องมือที่รัฐจะใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลหรือหากจะมองว่าบริการสาธารณะเป็นรูปแบบการบริหารจัดการภารกิจของรัฐ อำนาจมหาชนย่อมเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของรูปแบบดังกล่าวเพราะบริการสาธารณะในความหมายนี้ย่อมหมายถึงกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และรัฐเข้าไปรับผิดชอบในกิจกรรมนั้น ซึ่งย่อมหมายถึงว่าการดำเนินการกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าวรัฐต้องใช้อำนาจมหาชนเข้าบริหารจัดการ

ความเป็นมาของข้อความคิดว่าด้วย อำนาจมหาชนนี้เกิดจากฐานความคิด 2 ฐาน ฐานความคิดแรกเป็นข้อความคิดที่พัฒนามาจากยุคโรมันเป็นทฤษฎีที่รัฐใช้เพื่อสนับสนุนอำนาจรัฐตามทฤษฎีอำนาจมหาชนหมายถึงรัฐและการใช้อำนาจรัฐ จากทฤษฎีนี้ทำให้เห็นว่าอำนาจมหาชนกับรัฐเป็นสิ่งเดียวกันดังนั้นเจตจำนงของรัฐเป็นใหญ่เหนือเจตจำนงของประชาชนในขณะที่แนวคิดสมัยใหม่พัฒนาหลักทฤษฎีอำนาจมหาชนเป็นว่าอำนาจมหาชน เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐ รัฐเป็นผู้ถืออำนาจมหาชนเพราะรัฐมีหน้าที่ต้องเป็นผู้รักษาประโยชน์สาธารณะ หลักอำนาจมหาชนในความหมายหลังพัฒนาต่อมาทำให้เกิดทฤษฎีแบ่งแยกวิธีการทำภารกิจออกเป็น 2 ประเภท คือ

ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือ (acte d'autorité) และการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการ (acte de gestion) และหลักเกณฑ์การแบ่งแยกนี้มีอิทธิพลต่อการกำหนดเขตอำนาจศาลและกฎหมายที่นำมาใช้ในคดีที่เกิดขึ้นในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 เป็นอันมาก โดยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และใช้หลักกฎหมายปกครอง ในขณะที่การกระทำที่ใช้การบริหารจัดการจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม และใช้หลักกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลไว้โดยเฉพาะ<sup>1</sup>

## 2.2 ทฤษฎีบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่ดำเนินการจัดทำขึ้นโดยบุคคลในกฎหมายมหาชน หรือ โดยเอกชนซึ่งฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจกำกับดูแลบางประการและอยู่ภายใต้ระบบพิเศษ<sup>2</sup>

บริการสาธารณะเป็นกิจการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐ หรือ องค์การของรัฐเข้ารับภาระในการเข้าดำเนินการ หรือ ควบคุมดูแล ดังนั้น การบริการสาธารณะจึงเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายมหาชน และเป็นกฎเกณฑ์ที่เข้ามากำกับฝ่ายปกครองให้ดำเนินการอยู่ภายในขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อให้การบริการสาธารณะดำเนินไปได้ด้วยดี ดังเป็นที่ทราบ และยอมรับทั่วไปแล้วว่า บริการสาธารณะต้องมุ่งเพื่อการตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมแต่กิจการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะทุกประเภทไม่จำเป็นต้องเป็นบริการสาธารณะเสมอไป ความต้องการของส่วนรวมเหล่านี้จะอยู่ในสถานะเป็น บริการสาธารณะก็ต่อเมื่อเป็นกิจการที่ปัจเจกชนไม่อาจตอบสนองได้ดีพอ และการปล่อยให้ดำเนินการเป็นไปตามหลักการแข่งขันเสรี หรือ หลักอุปถัมภ์ทานของลัทธิทุนนิยมจะทำให้คนส่วนใหญ่ต้องเดือดร้อนจึงจำเป็นที่รัฐจะต้องแทรกแซงเข้าจัดการหรือเข้าควบคุมเพื่อมิให้ประโยชน์ สาธารณะเสียหาย<sup>3</sup> โดยทั่วไปแล้วกิจกรรมซึ่งจัดว่าเป็น บริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณะประเภทใด หรือ เป็นบริการสาธารณะที่จัดทำโดยผู้ใด ย่อมจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกันทั้งสิ้น กฎหมายของบริการสาธารณะ หรือหลักเกณฑ์ร่วมกัน ได้ถูกสร้างขึ้นมาให้มีส่วนคล้ายกับหลักทั่วไปของกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาถึงสถานะภาพของบริการสาธารณะนั้น กฎหมายของบริการสาธารณะ

<sup>1</sup> บุนผา อัครพิมาน. (2545). สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย. หน้า 17-18.

<sup>2</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก (2547). หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 107.

<sup>3</sup> บุนผา อัครพิมาน. เล่มเดิม. หน้า 9.

หรือ หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะนี้ประกอบด้วยหลัก  
4 ประการ คือ

1) หลักว่าด้วยความเสมอภาคในบริการสาธารณะ

หลักว่าด้วยความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งนี้เนื่องจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้นรัฐมีได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะแต่เป็นการจัดทำ เพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจะไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน

หลักว่าด้วยความเสมอภาคในบริการสาธารณะนี้มีที่มาจากหลักความเสมอภาคกันในสิทธิซึ่งบัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ในมาตรา 1 ที่ว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระ และเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน” หลักว่าด้วยความเสมอภาคในบริการสาธารณะนี้เป็นการรับรองขั้นพื้นฐานของสิทธิที่จะเสมอภาคกันทางกฎหมายอันหมายถึงความเสมอภาคในด้านสถานภาพของผู้ใช้บริการและความเสมอภาคในระหว่างคู่สัญญา<sup>4</sup> หรือ อาจกล่าวได้ว่าทุกคนเสมอภาคกันในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะทั้งในสิทธิ และภาระหน้าที่ เช่น ทุกคนมีสิทธิใช้บริการสาธารณะถ้าได้ทำตามเงื่อนไข ทุกคนมีสิทธิสมัครเข้าเป็นพนักงานบริการสาธารณะถ้ามีคุณสมบัติครบถ้วน ทุกคนมีสิทธิเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ ทุกคนที่มีคุณสมบัติเดียวกันก็มีหน้าที่ และความผิดเท่ากัน เป็นต้น

2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

หมายความว่าบริการสาธารณะเป็นการสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่าประโยชน์สาธารณะทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่นดังนั้นบริการสาธารณะในรัฐ และท้องถิ่นจึงขาดไม่ได้ และต้องทำต่อเนื่องกันตลอดเวลาเพราะมิฉะนั้นประชาชนก็จะเดือดร้อนหลักนี้มีผลต่อบุคคล 3 กลุ่มที่เกี่ยวข้องคือ<sup>5</sup>

(1) ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบจัดทำจะต้องควบคุมดูแลให้บริการสาธารณะดำเนินตลอดเวลา มิฉะนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นหากมีการหยุดชะงัก เช่น จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายในอุบัติเหตุรถชนกันเพราะสัญญาไฟจราจรเสียหายและไม่จัดการแก้ไข หรือหาวิธีป้องกันในระหว่างนั้น

<sup>4</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข (2544). หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. หน้า 40.

<sup>5</sup> โกสิน พลกุล. เล่มเดิม. หน้า 22.

(2) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องปฏิบัติตามสัญญาตลอดไปไม่ว่าจะประสบอุปสรรค และความยุ่งยากเพียงใดเว้นแต่การปฏิบัติ ตามสัญญานั้นจะตกเป็นพ้นวิสัย อย่างไรก็ตามหากปัญหาอุปสรรคที่เอกชนคู่สัญญาต้องประสบในการปฏิบัติตามสัญญาเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ฝ่ายปกครองจะต้องช่วยเอกชนให้จัดทำบริการสาธารณะต่อไป เช่น ด้วยการเพิ่มค่าตอบแทน นอกจากนี้แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญาเอกชนคู่สัญญาจะอาศัยหลักต่างตอบแทนในกฎหมายแพ่งด้วยการไม่ยอมชำระหนี้จนกว่า ฝ่ายปกครองจะชำระหนี้ คือ ปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาก่อนไม่ได้ เอกชนคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป และเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองแทน

3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอ มีหลักว่าบริการสาธารณะต้องพัฒนาให้สอดคล้องกับความต้องการส่วนรวมของประชาชน หลักนี้เกิดจากลักษณะของบริการสาธารณะที่มุ่งเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์ของส่วนรวมซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ของสังคม และยุคสมัยดังนั้นการดำเนินการบริการสาธารณะ จึงต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันสมัยอยู่เสมอเพื่อให้การดำเนินการนั้นสามารถตอบสนองต่อความต้องการ ของสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพ เมื่อกิจการใดที่เป็นประโยชน์สาธารณะแล้วรัฐเข้ารับดำเนินการในรูปของการบริการสาธารณะกิจการนั้นก็จะอยู่ภายใต้หลักการถูกปรับเปลี่ยนได้ตลอดเวลาเพื่อให้การบริการนั้นทันสมัยและตอบสนองความต้องการของสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ การปรับเปลี่ยนอาจรวมตลอดถึงการยกเลิกที่จะดำเนินการกิจการนั้นในรูปของการบริการสาธารณะด้วยหากปรากฏว่ากิจการนั้นไม่เป็นไปตามความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป หลักนี้มีผลต่อบุคคล 3 กลุ่ม ที่เกี่ยวข้องคือ<sup>6</sup>

(1) ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบจัดทำต้องพัฒนา บริการสาธารณะที่ตนควบคุมดูแลให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของส่วนรวม

(2) เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงต่อตำแหน่งหน้าที่ หากมีการยุบเลิกหรือปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะ

(3) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองจะอ้างว่าตนจะปฏิบัติตามสัญญาเดิมไปจนกว่า จะสิ้นสุดอายุสัญญา ไม่ได้ต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลง หากปรับเปลี่ยนไม่ได้ฝ่ายปกครองมีสิทธิดำเนินการให้มีการเลิกสัญญาได้ เช่น ได้ทำสัญญาตามไฟตามถนนด้วยก๊าซเมื่อมีไฟฟ้าเข้ามาแทนที่และมีความ สมควรเหมาะสมที่จะใช้ไฟฟ้าแทนก๊าซ เอกชนคู่สัญญาต้องปรับเปลี่ยนจะอ้างว่าจะใช้ก๊าซต่อไปจนสิ้นสุดอายุสัญญาไม่ได้ นอกจากนี้เอกชนผู้รับบริการหรือ

<sup>6</sup> แหล่งเดิม. หน้า 23.

ผู้บริโภคก็ต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงในราคาค่าบริการที่นำมาใช้ในการพัฒนาหรือปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะเช่นกัน

4) หลักว่าด้วยความเป็นกลางของบริการสาธารณะ หลักนี้โดยแท้จริงแล้วเป็นอีกมิติหนึ่งของหลักว่าด้วยความเสมอภาคนั่นเอง กล่าวคือ หากมองในแง่ประชาชนหรือผู้ใช้บริการในฐานะผู้รับทุกคนมีสิทธิและมีหลักประกันที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและโดยเสมอภาคจากรัฐภายใต้เงื่อนไขและลักษณะของบริการนั้นๆ ในทางตรงข้ามหากมองในแง่ของรัฐ หรือฝ่ายปกครองในฐานะผู้ให้บริการฝ่ายปกครองจะต้องมีความเป็นกลางในการให้บริการแก่ประชาชนตามสภาพของบริการและสถานะของผู้ใช้บริการ การเลือกปฏิบัติจะเป็นไปได้เท่าที่จำเป็น และมีกฎหมายอนุญาตไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตามการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะแตกต่างกันในลักษณะที่แตกต่างกันไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและขัดกับหลักความเป็นกลาง จุดเชื่อมโยงของหลักความเป็นกลางกับหลักความเสมอภาคจึงอยู่ที่หลักการห้ามเลือกปฏิบัติซึ่งเป็นหลักการสำคัญหลักหนึ่งของรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ ดังนั้น โดยหลักการบริการสาธารณะ จึงต้องมีลักษณะที่เป็นกลางบุคคลไม่อาจถูกเลือกปฏิบัติในการได้รับบริการ ภายใต้เงื่อนไข และลักษณะของบริการนั้นๆ และประชาชนย่อมมีสิทธิได้รับบริการอย่างเท่าเทียมกันตามสถานะของผู้นั้น<sup>7</sup>

## 2.3 หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา<sup>8</sup>

หลักนี้เป็นหลักที่แสดงให้เห็นหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครอง โดยมีหลักการสำคัญ 3 ประการ คือ

หลักประการที่ 1 กรณีฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระเพิ่มขึ้นจากการนั้น สภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐวางหลักว่าฝ่ายปกครองต้องชดเชยค่าทดแทนในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมข้อสัญญานั้น พึงสังเกตว่าค่าทดแทนไม่ใช่ค่าเสียหายเพราะค่าเสียหายเกิดจากการผิดสัญญาของฝ่ายปกครอง

หลักประการที่ 2 เรียกว่าทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (Théorie du fait du prince แปลตรงตัวว่า การกระทำของเจ้าชาย) เป็นหลักกฎหมายที่สภาพัฒนาแห่งรัฐวางไว้เป็นบรรทัดฐานสรุปสาระสำคัญของทฤษฎีได้คือ หากเกิดความเสียหายเกิดขึ้นแก่เอกชนคู่สัญญาเนื่องมาจากการที่ฝ่ายปกครอง (เจ้าชาย) ผู้เป็นคู่สัญญาเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นโดยการใช้อำนาจของตนทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น ฝ่ายปกครองต้องชดเชย

<sup>7</sup> บุญผา อัครพิมาน. เล่มเดิม. หน้า 16-17.

<sup>8</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2529). “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส.” กฎหมายปกครอง, 5. หน้า 104-107.

ค่าทดแทนเต็มจำนวนเท่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญา สำหรับทฤษฎีนี้จะใช้เมื่อใดมีข้อสังเกตว่าคำพิพากษาศาที่ปรึกษาแห่งรัฐแยกระหว่างการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญาเองกับฝ่ายปกครองอื่นออกจากกันและแยกความเสียหายอันเกิดจากคำสั่งเฉพาะเรื่อง หรือ มาตรการทั่วไปออกจากกันดังนี้

(1) ทฤษฎีนี้อาจใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาใช้อำนาจทำคำสั่งเฉพาะเรื่องบังคับแก่เอกชนคู่สัญญาซึ่งไม่ใช่การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยตรง และคำสั่งเฉพาะเรื่องนั้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญาถูกระทบกระเทือน เสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นโดยตรง เช่น สัญญาให้สัมปทานทำเหมืองแร่แก่เอกชน เมื่อเอกชนขนเครื่องมือจะเข้าไปสำรวจแร่รัฐคู่สัญญาห้ามไม่ให้เข้าในเขตสัมปทานโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายพิเศษอื่น จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ไม่ใช่เรื่องการใช้สิทธิแก้ไขข้อสัญญาแต่เป็นการใช้อำนาจห้ามเข้าตามกฎหมายอื่น เช่นนี้ ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ถ้าฝ่ายปกครองคู่สัญญาใช้อำนาจออกมาตรการเป็นการทั่วไปบังคับแก่บุคคลทั่วไปและมาตรการนั้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญาถูกระทบกระเทือนและเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้น กรณีนี้ถือว่าเอกชนไม่ถูกระทบตามลำพังเพราะเป็นผลกระทบทั่วไปทุกคน ฝ่ายปกครองคู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบค่าทดแทนตามหลักความเสมอภาคในสิทธิหน้าที่ของทฤษฎีบริการสาธารณะ เว้นแต่มาตรการนั้นจะกระทบโดยตรงต่อองค์ประกอบของสัญญา เช่น การเก็บภาษีของที่จำเป็นต้องนำมาใช้ในการปฏิบัติตามสัญญาโดยตรงแพงขึ้นมาก เช่นนี้ฝ่ายปกครองต้องชดเชยค่าทดแทน

(2) ทฤษฎีนี้ไม่ใช่ในกรณีที่ฝ่ายปกครองหน่วยอื่นเป็นผู้ก่อการระพิเศษในการปฏิบัติตามสัญญา เช่น ในสัญญากับเทศบาลนั้นปรากฏว่า รัฐเป็นผู้ใช้อำนาจทำให้ภาระเพิ่มขึ้นโดยออกกฎหมาย หรือ คำสั่งเฉพาะเรื่องมาเช่นนี้ต้องบังคับตามทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ (Théorie de l'imprévision) แทน

หลักประการที่ 3 เรียกว่าทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ เป็นทฤษฎีที่มีจุดเด่นเฉพาะของสัญญาทางปกครองที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งโดยสิ้นเชิง กล่าวคือในสัญญาทางแพ่งนั้นถ้าไม่ได้เกิดเหตุสุดวิสัยทำให้การชำระหนี้พ้นวิสัยแล้วแม้มีเหตุนอกเหนือความคาดหมายทำให้การชำระหนี้ยากขึ้นเพียงใด และเสียค่าใช้จ่ายสูงถึงขนาดคู่สัญญาต้องขาดทุนย่อยยับแล้วคู่สัญญาก็ยังคงต้องทำตามสัญญาอยู่นั่นเอง แต่ในสัญญาทางปกครองสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐไม่ได้ยอมหลักการนี้เพราะสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเห็นว่า ถ้าคู่สัญญาต้องล้มละลายเพราะเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่อาจคาดหมายและไม่ใช่ความผิดของใครแล้วบริการสาธารณะก็จะเสียไป ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ที่จะต้องชดเชยค่าทดแทนเพื่อให้ดุลยภาพทางการเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมาอันจะทำให้เอกชนสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง เงื่อนไขที่จะก่อให้เกิดการใช้ค่าทดแทนตามทฤษฎีนี้ คือ

1) คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะมีเหตุที่เกิดขึ้นอันกระทบถึงการปฏิบัติตามสัญญาอย่างรุนแรง และเหตุนั้นเป็นเหตุไม่ปกติ เช่น สงคราม ภัยธรรมชาติ วิกฤตการเศรษฐกิจร้ายแรงหรือแม้การกระทำของฝ่ายปกครองอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น การลดค่าเงิน การห้ามขึ้นราคาสินค้า แต่การเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดาเพราะคาดหมายผิด ไม่ได้กำไร ไม่ใช่เหตุที่จะใช้ทฤษฎีนี้

2) เหตุที่เกิดขึ้นต้องเป็นเหตุที่นอกเหนือเจตนาคู่กรณีแห่งสัญญา และคู่สัญญาไม่อาจป้องกันได้

3) เหตุที่เกิดขึ้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ความร้ายแรงของเหตุการณ์ที่กระทบสัญญาต้องถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาเอกชนขาดทุนย่อยยับ และนานเกินกว่าที่บุคคลธรรมดาจะคาดหมายได้ ตรงนี้เองที่ศาลปกครองจะกำหนดอัตราการเสี่ยงต่อการขาดทุนเอาไว้เป็นภาระของคู่สัญญาเอกชน ส่วนที่เกินความเสียหายที่คนธรรมดาคาดหมายได้จึงจะเป็นค่าทดแทนที่ฝ่ายปกครองต้องจ่าย

ผลทางกฎหมายของเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ก็คือ เอกชนคู่สัญญา ยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญา อยู่แต่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น และผลทางกฎหมายเช่นนี้จะมีอยู่ตลอดไปไม่ได้แต่จะเป็นการชั่วคราวเท่านั้นโดย

(1) แม้จะเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ทำให้การทำตามสัญญาเป็นไปได้ยากมากที่สุดก็ตาม คู่สัญญา ยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่เช่นเดิมเพราะทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นจากหลักความต่อเนื่องของหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนั่นเอง

(2) คู่สัญญาเอกชนมีสิทธิได้ค่าทดแทนเป็นตัวเงิน ในการนี้ศาลปกครองจะไม่พิพากษาให้ฝ่ายปกครองชำระค่าทดแทนเลยทันที แต่จะพยายามให้คู่กรณีทำสัญญากันใหม่เองก่อน ถ้าคู่กรณีไม่อาจตกลงกันได้ศาลจึงจะกำหนดค่าทดแทนให้ค่าทดแทนในกรณีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้จะไม่ใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนอย่างในกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองแต่ศาลจะคำนวณค่าทดแทนให้ตั้งแต่วันเริ่มเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ที่กระทบถึงสัญญาและจะให้ค่าทดแทนการขาดทุนในส่วน ที่เกินจากอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดา โดยจะเฉลี่ยการขาดทุนส่วนใหญ่ให้เป็นภาระของฝ่ายปกครองต้องชดใช้และให้เอกชนคู่สัญญารับภาระขาดทุนเล็กน้อย

(3) ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีเพื่อบำบัด อดเหตุร้ายแรงที่เป็นการชั่วคราว ถ้าเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลับเป็นเหตุถาวร นับแต่วันแรกที่เหตุนั้นกลายเป็นเหตุถาวรฝ่ายปกครอง ก็ไม่ต้องชดใช้ค่าทดแทนอีกต่อไป คู่สัญญา จำต้องเลิกสัญญาโดยปริยายโดยถือเสมือนว่า สัญญานั้นตกเป็นพ้นวิสัย

## บทที่ 3

### ข้อความคิดสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ

#### 3.1 ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

คำนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไป หมายถึง สัญญา ซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ รัฐบาลนิติบุคคลหรือนุคคลธรรมดาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์ สัญญา เพื่อดำเนินบริการสาธารณะ และโดยทั่วไปแล้วสัญญาดังกล่าวจะมีบทยกเว้นหรือเงื่อนไขของสัญญาที่ต่างไปจากกฎหมายแพ่งกฎหมายแพ่ง<sup>1</sup>

หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสได้เริ่มก่อตัวขึ้นมาเป็นเวลายาวนานนับตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 18 ต่อต้นศตวรรษที่ 19 พร้อมๆ กับการก่อตัวของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และการที่มีกฎหมายสำคัญบางฉบับที่กำหนดให้คดีเกี่ยวกับสัญญาบางประเภทอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 19 คือนับตั้งแต่ได้มีการพิพากษาของศาลชี้ขาดเขตอำนาจใน คดี Blanco เมื่อปี ค.ศ. 1873 จนถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ได้มีวิวัฒนาการอย่างสำคัญเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นโดยแจ้งชัด โดยการวางหลักเกณฑ์เรื่องวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ต้องเป็นเรื่องการบริการสาธารณะเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครอง การกำเนิดขึ้นของเกณฑ์เรื่องข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็เป็นวิวัฒนาการในเรื่องนี้ที่ต่อเนื่องมา รวมทั้งการกลับมามีบทบาทสำคัญของเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องบริการสาธารณะก็เป็นวิวัฒนาการที่ต่อเนื่องกันมา การที่ฝ่ายวิชาการของฝรั่งเศสในปัจจุบันสามารถนำเสนอการศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่า ด้วยสัญญาทางปกครองได้อย่างเป็นระบบเป็นเพราะมีวิวัฒนาการในเรื่องนี้อย่างเพียงพอและอย่างต่อเนื่อง<sup>2</sup>

ในปัจจุบันกล่าวได้ว่าสัญญาทางปกครองมีที่มาจาก 2 แหล่งใหญ่ๆ คือ ตามที่กฎหมายบัญญัติหรือเรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนดและจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลหรือเรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

<sup>1</sup> M.Philippe Turguet de Beauregard. (2542, เมษายน). “สัญญาทางปกครอง และสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง.” กฎหมายปกครอง, 18. หน้า 1.

<sup>2</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 356.



### 1) สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด

กฎเกณฑ์ในการพิจารณากรณีนี้ไม่ยุ่งยากนักเพราะเป็นเรื่องที่ พิจารณาจาก บทบัญญัติของกฎหมาย ถือว่า สัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยความมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>3</sup> โดยลักษณะของบทกฎหมายในเรื่องนี้จะมีอยู่ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือบางกรณีกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ซึ่งกรณีที่กฎหมายบัญญัติเช่นนั้นนี้น้อยมาก ส่วนใหญ่กฎหมายจะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญานั้นๆ ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมซึ่งก็เป็นที่เข้าใจกันได้เองว่าให้นำระบบกฎหมายปกครองหรือระบบกฎหมายเอกชนแล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญานั้น

สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองนั้นที่สำคัญได้แก่ สัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนว่าจ้างให้ผู้รับเหมา เอกชนก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์หรือที่เรียกว่าสัญญาการโยธาสาธารณะ สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ สัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐหรือสัญญาที่เอกชนให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการก่อสร้างสาธารณะ สมบัติของแผ่นดิน ด้วยการให้เงินหรือวัสดุ ข้อสังเกตในกรณีมีอยู่ว่าสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองนั้นหากจะพิจารณาตามเกณฑ์ที่ศาลกำหนดขึ้นแล้วอาจจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรืออาจจะมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้ แต่เมื่อมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองก็ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง โดยการกำหนดของกฎหมายเช่นกัน<sup>4</sup>

### 2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ในประเทศฝรั่งเศสมีสัญญาในหลายกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าเป็นสัญญาทางปกครองดังนั้นจึงเป็นภาระหน้าที่ของ ศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใดซึ่งศาลจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาอยู่หลายเกณฑ์ด้วยกัน ศาสตราจารย์ชาปู (Chapus) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส ได้อธิบายกฎเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าว แยกออกเป็น 3 กรณี โดยใช้คุณสมบัติของกลุ่มสัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งดังนี้<sup>5</sup>

#### (1) สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน

<sup>3</sup> Jean-Claude Venezia. (2546, มกราคม - เมษายน). “สัญญาทางปกครอง.” ศาลปกครอง, 3, 1.

หน้า 38.

<sup>4</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 45.

<sup>5</sup> แหล่งเดิม. หน้า 46.

ศาลชี้ขาดเขตอำนาจได้ตัดสินไว้เมื่อ ค.ศ. 1983 ในคดี union des assurances de paris ว่า“สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง”แนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวข้างต้นเท่ากับเป็นการวางหลักว่าสัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนนั้นตามปกติย่อมใช้วิธีในการจัดการทางมหาชน อย่างไรก็ตามหลักดังกล่าวไม่ใช่หลักเกณฑ์เด็ดขาดที่ใช้ได้กับทุกกรณี โดยบางกรณียังต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นด้วย ดังจะเห็นได้ว่าหลักดังกล่าวไม่ใช่บังคับในกรณีที่เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้วสัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือสัญญาที่องค์กรปกครองท้องถิ่นซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่งทำการไฟฟ้าแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชนซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนอีกประเภทหนึ่งเพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญาฝ่ายหลัง เห็นได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายแรกมีฐานะเป็นเพียงผู้ใช้บริการรายหนึ่งเท่านั้น สัญญาเช่นนี้ไม่แตกต่างไปจากสัญญาที่รัฐวิสาหกิจดังกล่าวทำกับผู้ใช้บริการเอกชนโดยทั่วไปจึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

(2) สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน

ในกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ว่านิติบุคคลมหาชนนั้นจะเป็นคู่สัญญาโดยตรงหรือโดยการมีเอกชนเป็นตัวแทนในการเข้าทำสัญญา หลักเบื้องต้นมีอยู่ว่าสัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ได้ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นประกอบด้วย กล่าวคือจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อสัญญาดังกล่าวเป็นนิติกรรมในทางบริหารจัดการแบบมหาชน (acte de gestion publique) ทั้งนี้โดยอาจเป็นเพราะ

ก. สัญญาเป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญา

สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเองไม่ว่าคู่สัญญาจะมีเจตนารมณ์อย่างไรก็ตาม ทั้งนี้โดยอาจเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย หรือ อาจเป็นไปตามแนวคำพิพากษาของศาลก็ได้ สัญญาประเภทนี้อาจแยกได้เป็น 3 ประเภทย่อย ดังต่อไปนี้

- สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือการดำเนินงานบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์

สัญญาประเภทนี้แม้จะมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองแต่มิได้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายเพราะคำว่าสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายควรจะต้องหมายถึงสัญญาซึ่ง โดยลักษณะแล้วเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพียงเพราะกฎหมายกำหนดว่าให้ถือว่าเป็นสัญญา

ทางปกครอง สำหรับสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือการทํานุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์นี้ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้นศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองอยู่แล้วเพราะวัตถุประสงค์ สัญญานั้นเนื่องจากการทํางานก่อสร้างหรือทํานุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณะประโยชน์มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการในการบริหารจัดการแบบมหาชนโดยแท้เพราะในการทํางานดังกล่าวนี้ทางราชการมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจอมหาชนที่เกี่ยวข้องหลายประการ

- สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน
  - สัญญาประเภทนี้ก็เช่นเดียวกับประเภทแรกคือแม้จะมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในการพิจารณาคดีของศาลปกครองแต่ก็ไม่ใช่สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายเนื่องจากการบริหารสาธารณะสมบัติของแผ่นดินนั้นมีลักษณะเป็นการบริหารจัดการแบบมหาชน
  - สัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินการหรือจัดการบริการสาธารณะโดยตรง
- เกณฑ์ในการพิจารณาที่สภาแห่งรัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นในคำวินิจฉัยในคดี *epoux bertin* ค.ศ. 1956 และในคดี *société des transports gondrand* ในปีเดียวกัน ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยในคดีทั้งสองนี้ทำให้เห็นถึงข้อแตกต่างระหว่างสัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองกับสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อความจำเป็นหรือเพื่อตอบสนองต่อบริการสาธารณะซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไม่ได้ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองแต่จะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชนเท่านั้น สัญญาประเภทนี้ที่สำคัญได้แก่สัญญาให้สัมปทานดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาว่าจ้างบุคลากรที่ร่วมโดยตรงในการดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาที่หน่วยบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองทำกับผู้ให้บริการของตน

ข. สัญญาเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ

หลักเกณฑ์ประการนี้มาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี *société des granits porphyroïdes des Vosges* ค.ศ. 1912 ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า เมืองลิล (Lille) ได้ทำสัญญากับบริษัท เคย์ การ์นีต์ โปรฟิรอยด์ส์ เดส์ วอสจส์ (*société des granits porphyroïdes des vosges*) เพื่อซื้ออิฐปูทางเท้า เมื่อส่งมอบอิฐแล้วเมืองลิลได้จ่ายค่าอิฐตามสัญญาแต่ไม่เต็มจำนวน โดยหักเงินจำนวน 3,436.20 ฟรังก์ไว้โดยอ้างว่าจำนวนเงินดังกล่าวเป็นเบี้ยปรับจากการที่คู่สัญญาส่งของล่าช้า บริษัทจึงฟ้องต่อสภาแห่งรัฐ เพื่อให้เมืองลิลคืนเงินค่าปรับ สภาแห่งรัฐได้พิจารณาแล้วเห็นว่าสัญญาระหว่างเมืองลิล และบริษัทไม่ได้มีวัตถุประสงค์จ้างให้บริษัทก่อสร้างงานโยธาสาธารณะแต่มีวัตถุประสงค์เพียงประการเดียวเพื่อให้บริษัทส่งมอบพัสดุภัณฑ์ภายใต้กฎเกณฑ์และเงื่อนไขเหมือน

กรณีของสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน คำฟ้องดังกล่าวจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของ ศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา<sup>6</sup>

ในเบื้องต้นอาจดูเหมือนว่าคำพิพากษาคดีนี้เป็นเพียงการหยิบยกเอาหลักการแบ่งแยกลักษณะของสัญญาทางปกครองตามที่ตุลาการผู้แถลงคดี Romieu ได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ. 1903 ขึ้นมาใช้ใหม่และมีขอบเขตใช้บังคับค่อนข้างจำกัด โดยในคำแถลงการณ์ตุลาการผู้แถลงคดี Léon Blum ได้กล่าวโดยใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกับ Romieu ว่า แม้ในกรณีที่ศาลปกครองได้กระทำการไปเพื่อประโยชน์ของการบริการสาธารณะอาจอนติสัมพันธ์ในเงื่อนไขอย่างเดียวกับเอกชนคนหนึ่ง และอยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์อย่างเดียวกัน ภายใต้เขตอำนาจศาลอย่างเดียวกัน ในตัวคำพิพากษาเองก็ได้ระบุไว้ว่าสัญญา (ในคดีดังกล่าว) “มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาประการเดียวคือพัสดุที่จะต้องมีการจัดหาหรือส่งมอบตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขของสัญญาที่ทำระหว่างเอกชน ”อย่างไรก็ดีจริงๆ แล้วสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไปจากแนวคำพิพากษาดังกล่าวกลับเป็นเรื่องลักษณะของเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาแยกที่แตกต่างคือเกิดแนวทางการพิพากษาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองมิได้พิจารณาจากวัตถุประสงค์ที่เป็นบริการสาธารณะอีกต่อไปแต่จะพิจารณาจากเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดที่ระบุไว้ในสัญญานั้น คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีได้แสดงให้เห็นแนวทางการพิจารณาเช่นนี้ได้ชัดเจน โดยถึงแม้ว่าจะได้มีการกล่าวถึงข้อพิจารณาในเรื่องการมีส่วนร่วมในบริการสาธารณะไว้ด้วยก็ตามแต่สิ่งที่เห็นว่ามีมีความสำคัญมากกว่าก็คือเนื้อหาของสัญญาเมื่อเป็นเรื่องของสัญญาแล้วกรณีมิใช่จะต้องค้นหาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นเรื่องอะไรแต่จะต้องค้นหาจากสภาพของสัญญานั้น และเพื่อที่ว่าจะเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองกรณีไม่เป็นการเพียงพอที่พัสดุซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นจะถูกนำมาใช้เพื่อบริการสาธารณะแต่จะต้องปรากฏว่าสัญญานั้นโดยสภาพแล้วเป็นสัญญาที่บุคคลมหาชนเท่านั้นที่จะกระทำได้จึงจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองทั้งในทางรูปแบบและในด้านโครงสร้างของสัญญา สิ่งที่ต้องพิจารณาคือลักษณะ หรือสภาพของสัญญานั้นเองโดยไม่ต้องกังวลถึงเรื่องบุคคลผู้ทำสัญญา และเรื่องวัตถุประสงค์ที่มีการทำสัญญานั้นกล่าวให้ชัดเจนกว่านั้นก็คือเกณฑ์พื้นฐานของสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษานี้คือการพิจารณาถึงการมีอยู่ของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากกฎหมายเอกชนอยู่ในตัวสัญญานั้นเอง<sup>7</sup>

<sup>6</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ. หน้า 12.

<sup>7</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 21-22.

ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ (clause exorbitante) หมายถึง ข้อสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิ และหน้าที่เป็นพิเศษจากข้อสัญญาซึ่งกำหนดโดยคู่สัญญาในกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หรือ หมายถึงข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเหนือเอกชนคู่สัญญาหรือหมายถึงข้อสัญญาที่กำหนดสิทธิ และหน้าที่ซึ่งโดยลักษณะของหน้าที่นั้นเองไม่อาจถูกกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งได้<sup>8</sup> นอกจากนี้ยังมีคำบางเล่มได้ให้ความหมายไว้ว่าหมายถึงข้อกำหนดที่มีลักษณะเกินเลยขอบเขตของหลักในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาและซึ่งไม่อาจกำหนดไว้ในสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันได้เพราะถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>9</sup> ข้อกำหนดใดจะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่จะส่งผลทำให้สัญญานั้นอยู่ในระบบกฎหมายมหาชนได้จะต้องเป็นข้อกำหนดที่มีการนำเอากฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายมหาชนที่ใช้กันอยู่ในสัญญาทางปกครองซึ่งก็คือการนำเอาระบบกฎหมายมหาชนมาใส่ไว้ในสัญญานั้นเอง<sup>10</sup> การที่สัญญาข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษถูกศาลพิจารณาว่าเป็นสัญญา ทางปกครองตั้งอยู่บนฐานความคิด 2 ฐานกล่าวคือ ประการแรกการกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่จะให้สัญญาที่ทำขึ้นเป็นสัญญาทางปกครองและใช้บังคับตามกฎหมายมหาชน ประการที่สองที่มีลักษณะพิเศษนั้นก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองโดยธรรมชาติเพราะข้อสัญญาเหล่านั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งธรรมดาเพราะมีเนื้อหาที่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมหาชน และด้วยเหตุนี้ตามระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จึงนำหลักกฎหมายปกครองมาบังคับใช้ ข้อความคิดที่อาจใช้ในการนิยามข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษมีลักษณะดังนี้<sup>11</sup>

ข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวมักเกี่ยวข้อกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองคู่สัญญามีสถานะเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งซึ่งคู่สัญญาจะมีสถานะเท่าเทียมกัน ข้อสัญญาเหล่านี้มักกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญาได้ฝ่ายเดียวในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา โดยให้ฝ่ายปกครองกระทำในรูปของนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งฝ่ายปกครองอาจใช้วิธีการใดๆ

<sup>8</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, ตรียศ นิโครธางกูร และ บุญผา อัครพิมาน. (2545). สัญญาทางปกครองของประเทศไทย. หน้า 8.

<sup>9</sup> สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ. (2545). หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 113

<sup>10</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2546). สัญญาทางปกครอง. หน้า 327.

<sup>11</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. หน้า 8-10.

ข้อสัญญาเหล่านี้ อาจมีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมหรืออาจจะกำหนดถึงขนาดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลยก็ได้เป็นต้นว่า<sup>12</sup>

1. อาจเป็นการควบคุมโดยทั่วไป หรือโดยเฉพาะเจาะจง เช่น สัญญาให้ดำเนินการของสนามกีฬาสำหรับการแข่งขันหรือฝึกซ้อมจักรยานซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมผลการบริหารทางการเงินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้หรือสัญญาให้ดำเนินการของภัตตาคารแห่งหนึ่งซึ่งมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมในเรื่องบุคลากรที่จ้าง และอัตราค่าบริการที่เรียกเก็บได้ เป็นต้น

2. อาจเป็นการกำหนดหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงบางประการให้ แก่คู่สัญญาเอกชน เช่น หน้าที่ที่จะต้องของอนุญาตจากทางราชการเสียก่อนสำหรับการดำเนินการบางอย่าง หรือหน้าที่ที่จะต้องระงับการดำเนินการของสถานประกอบการที่ให้เข้าตามคำสั่งของนิติบุคคลมหาชน

3. ข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องถือปฏิบัติตามข้อสัญญาอย่างไร เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีชนิดและความถี่ของการแสดงในโรงมหรสพของเทศบาลตามที่ข้อสัญญากำหนดไว้และหน้าที่ที่จะต้องจัดให้เทศบาล (commune) ได้ใช้โรงมหรสพนั้นสำหรับการจัดฉลองต่างๆ และการประชุมของเทศบาล

4. ข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนมีสิทธิเลิกสัญญา หรือ ระงับสัญญาได้ไม่ว่าจะมีเงื่อนไขของการเลิกสัญญาไว้ว่าจะต้องบอกกล่าว หรือ เตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบล่วงหน้าก่อนหรือคู่ สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับค่าชดเชย ค่าทดแทนด้วยหรือไม่ก็ตามถึงแม้จะไม่มีข้อสัญญากำหนดไว้โดยชัดแจ้งถึงอภิสัทธิประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครองมีสิทธิยกเลิกหรือเพิกถอนสัญญา หรือ ซื้อคืนสัญญาในกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ทำตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ก็ถือว่าเป็นอภิสัทธิประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครอง แต่ในกรณีเหล่านี้บางครั้งก็เป็นข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งด้วยโดยไม่ทำให้สัญญาทางแพ่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นข้อกำหนดเหล่านี้ถือว่าเป็นข้อกำหนดพิเศษในสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อวิธีการใช้อำนาจเหล่านี้มีลักษณะที่แตกต่างจากในสัญญาทางแพ่ง เช่น เป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้วิธีการดังกล่าว การใช้วิธีการนั้นโดยไม่มีการเตือนล่วงหน้าให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญา

<sup>12</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 48-49.

เป็นข้อกำหนดที่อ้างอิงไปถึงสัญญาแบบหรือเอกสาร กำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง (Cahier des charges)<sup>13</sup> หรือ ข้อกำหนด หรือ ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์พิเศษที่กฎหมายกำหนด

ในกรณีเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง (Cahier des charges) ซึ่งจะมีการระบุถึงเงื่อนไขเรื่องอื่นๆ ที่มีได้ระบุไว้ในสัญญา มีปัญหาจะต้องพิจารณาว่าข้อสัญญาเช่นว่านี้ (ซึ่งโดยตัวมันเองไม่ใช่ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ) จะมีผลทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ สำหรับปัญหานี้คำพิพากษาของศาลยังให้คำตอบที่แตกต่างกันอยู่ โดยคำพิพากษาบางคดีให้คำตอบว่าข้อสัญญาเช่นว่านี้มีผลทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอถึงแม้ว่าบันทึกต่อท้ายสัญญาที่โยงไปถึงนั้นจะมีเงื่อนไขหรือข้อกำหนดใดที่มีลักษณะพิเศษเลยก็ตาม แต่คำพิพากษาของศาลในบางคดีก็ให้คำตอบว่าข้อสัญญาเช่นว่านั้นจะมีผลทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อบันทึกต่อท้ายสัญญามีเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมาย เอกชนนั้นจะนั้นข้อสัญญาที่อ้างถึงเอกสารนี้ จะไม่มีผลดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งศาสตราจารย์อาปูเห็นว่าการถือแนวทางหลังเพราะเป็นคำพิพากษาที่ใหม่<sup>14</sup>

- ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคล ภายนอก เช่น ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทานหรือในสัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ให้สิทธิคู่สัญญาเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ เป็นต้น

- ข้อกำหนดซึ่งต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น เช่น ข้อสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะซึ่งฝ่ายปกครองไม่อาจจะละเมิดสิทธิในกรณีนี้ได้

- ข้อกำหนดซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชน ข้อกำหนดที่จะถือว่าเป็นพิเศษจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งของเอกชนต้องมีลักษณะค่อนข้างชัดเจนมิใช่เป็นเพียงข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชนเท่านั้น แต่เป็นข้อกำหนดที่เรพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่งเพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน

<sup>13</sup> Cahier des charges หมายถึง เอกสารของทางราชการที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาและในเรื่องอื่นๆ ไว้โดยละเอียด เพื่อเป็นแนวทางหรือแบบแผนให้แก่ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในกรณีต่างๆ โดยคู่สัญญามักจะใช้เอกสารดังกล่าวเป็นบันทึกต่อท้ายสัญญา

<sup>14</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 49-50.

- ข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทไม่อาจพบได้ในนี้ ดิฉันพันซ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ข้อสัญญานี้เป็นข้อสัญญาที่เป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยที่คู่สัญญาเอกชนจะทำได้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการโรงละครสัตว์ และโรงมหรสพของเทศบาลได้รับยกเว้นภาษี และข้อสัญญาที่กำหนดข้อผูกพันของเทศบาลที่จะต้องกำหนดภาษีท้องถิ่นทางตรงขึ้นใหม่ ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อนำเงินภาษีนี้นมาผ่อนชำระหนี้เงินกู้เป็นรายปี

ในทางวิชาการข้อกำหนดเหล่านี้หากนำมาบัญญัติในสัญญาทางแพ่งของเอกชนจะเป็นโมฆะเพราะขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาอันเป็นหลัก ที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย นอกจากนี้มีข้อสังเกตที่สำคัญ 3 ประการ คือ<sup>15</sup>

ประการแรก สัญญาที่อาจเป็นสัญญาทางปกครองเพราะเหตุที่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนั้นมีอยู่มากมายหลายชนิดจนอาจกล่าวได้ว่าโดยหลักแล้วสัญญาทุกสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษได้ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงลักษณะของบริการสาธารณะที่การทำสัญญานั้นมุ่งตอบสนอง แต่มีข้อยกเว้นในกรณีของสัญญาที่ทำระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ใช้บริการซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น ซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังกล่าวนี้นเองที่ทำให้สัญญา เช่นว่านี้เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนเสมอแม้ว่าสัญญานี้จะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม

ประการที่สอง จำนวนของข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนในสัญญาแต่ละฉบับจะมีจำนวนมากน้อยเท่าใดก็ไม่ใช่สาระสำคัญ กล่าวคือแม้จะมีอยู่เพียงข้อเดียว ก็ยังเป็นการเพียงพอที่จะทำให้สัญญา นั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

ประการที่สาม ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษนั้นอาจจะตกเป็นโมฆะเพราะขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเรื่องสัญญาหรือขัด ต่อหลักกฎหมายมหาชนบางหลักก็ได้ แต่สัญญาที่มีข้อสัญญาดังกล่าวก็ยังคงลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอยู่นั่นเอง จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะวินิจฉัยว่าข้อสัญญานั้นตลอดจนตัวสัญญานั้นเป็นโมฆะ หรือไม่

ค. สัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีข้อกำหนด หรือ ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์พิเศษที่กฎหมายกำหนด

<sup>15</sup> แหล่งเดิม. หน้า 47-54.



กรณีนี้เป็นเรื่องที่คู่สัญญาจะมี หน้าที่บางประการที่ต้องปฏิบัติ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้อันมีลักษณะเป็นพิเศษที่ไม่ค่อยพบในหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายเอกชน ตัวอย่างในกรณีนี้เช่น สภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยในคดี *société d'exploitation électrique de la rivière du sant* ค.ศ. 1973 ว่า สัญญาที่ทำกันระหว่าง “การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส” (*L'electricité de France*) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม กับผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายแรกขอซื้อกระแสไฟฟ้าที่คู่สัญญาฝ่ายหลัง ผลิตได้นั้น เป็นสัญญาทางปกครอง จากตัวอย่างดังกล่าวนี้ หากพิจารณาในแง่คุณสมบัติของคู่สัญญาที่ดี หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ดี จะเห็นได้ว่า ไม่จำเป็นที่สัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างที่ดีที่สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองนั้นก็เพราะ สภาแห่งรัฐเห็นว่า กฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับ “ระบบกฎหมายพิเศษที่ไม่ค่อยพบกันโดยทั่วไป” (*régime exorbitant du droit commun*) กับสัญญาดังกล่าว กล่าวคือ ในกรณีนี้กฎหมายกำหนดให้ “การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส” ต้องซื้อกระแสไฟฟ้าจากผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าจากผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน และกำหนดว่าในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวคู่สัญญาจะต้องเสนอข้อพิพาทให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบทางการไฟฟ้าวินิจฉัยเสียก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้มิได้เกิดจากข้อสัญญา แต่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย

### (3) สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน

ในกรณีนี้หากพิจารณาด้านคุณสมบัติของคู่สัญญาแล้วจะเห็นได้ว่าตรงกันข้ามกับกรณีแรกอย่างสิ้นเชิง หลักที่วางไว้จึงตรงกันข้ามกับกรณีแรกด้วย กล่าวคือมีหลักอยู่ว่าสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกันนั้น ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยศาลถือหลักว่าสัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาที่ต่างก็เป็นบุคคลเอกชนทั้งสองฝ่ายย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นบุคคลเอกชนนั้นจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านการบริการสาธารณะหรือไม่หรือไม่ว่าสัญญานั้นจะมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษหรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ดี หลักที่ศาลวางไว้ดังกล่าวข้างต้นมีข้อยกเว้นอยู่ว่าสัญญาที่ทำกันระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านการบริการสาธารณะอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลในคดี *société entreprise peyrot* ค.ศ. 1963) ซึ่งมีรายละเอียดที่ควรให้ความสนใจดังนี้

ก. จะต้องตระหนักว่าข้อความที่ว่า “เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน” นั้น เป็นข้อความที่มีความหมายเฉพาะมิได้ หมายถึง กรณีที่องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาในฐานะที่เป็นตัวแทนหรือผู้รับมอบอำนาจของนิติบุคคลมหาชนเพราะถ้าเป็นเช่นนั้นคู่สัญญาที่แท้จริง

ก็คือนิติบุคคลมหาชนซึ่งเป็นตัวกลางกรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนที่ได้มอบให้บุคคลเอกชนทำสัญญาแทนตน และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน แต่กรณีที่กำลังพิจารณากันอยู่นี้หมายถึงกรณีที่องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาไปโดยมิได้รับมอบอำนาจจากนิติบุคคลมหาชนแต่อย่างใด แต่เป็นการทำสัญญาเสมือนหนึ่งเป็นการทำ โดยนิติบุคคลมหาชนซึ่งชักใยอยู่หลังฉาก

ข. ถึงแม้ว่าชื่อยกเว้นนี้ เป็นชื่อยกเว้นที่ศาลวางไว้ในคดี *société entreprise peyrot* ค.ศ. 1963 ซึ่งคดีดังกล่าวเป็นเรื่องของสัญญาที่ทำกันระหว่างบริษัทผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางด่วนกับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชนเพื่อการก่อสร้างทางด่วน และงานที่เกี่ยวข้องกัน ชื่อยกเว้นนี้มีได้จำกัดอยู่เพียงกรณีของสัญญาดังกล่าวเท่านั้นเพราะต่อมาศาลได้ขยายชื่อยกเว้นนี้ไปใช้บังคับกับกรณีของสัญญาที่ทำกันระหว่างบริษัทจัดระบบและพัฒนาที่ดินกับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชน (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี *société d'équipement de la région montpelliéraine* ค.ศ. 1975) และใช้บังคับกับกรณีของสัญญาที่ทำกันระหว่างสถาบันเครดิตฟองซิเอร์แห่งประเทศฝรั่งเศสกับเจ้าของทรัพย์สินซึ่งตั้งอยู่ในต่างประเทศ เพื่อที่บุคคลเหล่านั้นจะได้กลับไปตั้งรกรากอยู่ที่ประเทศฝรั่งเศสได้ (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี *dame culard* ค.ศ. 1976)

ค. ในกรณีที่ถือได้ว่าองค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน สัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้เสมือนหนึ่งว่าได้มีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาอยู่ด้วย แต่สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่จะต้องพิจารณากันต่อไปตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลได้กำหนดว่าสัญญานั้นมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษๆ หรือมีวัตถุประสงค์สัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ หรือไม่ด้วย

### 3.2 ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

ในแง่ของพัฒนาการของสัญญาทางปกครองของเยอรมัน สัญญาทางปกครองได้รับการปฏิเสธอย่างหนักแน่นจาก Otto Mayer ซึ่งเป็นบิดากฎหมายปกครองของเยอรมันโดย Otto Mayer เห็นว่าเรื่องของสัญญา โดยแท้จริงมีอาจเป็นไปได้ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนเพราะ โดยหลักพื้นฐานของเรื่องสัญญาแล้วจะต้องก่อตั้งขึ้นจากคู่สัญญาซึ่งมีฐานะเท่าเทียมกันในขณะที่ตามกฎหมายมหาชนรัฐย่อมอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าปัจเจกชน ทฤษฎีสัญญามาประสบความสำเร็จในครั้งที่สองของศตวรรษที่ 19 โดยทฤษฎีสัญญามีได้นำมาใช้เฉพาะกับเรื่องการค้าการเช่าแต่ได้ขยายใช้ในเรื่องอื่นๆ เช่น การแปลงสัญชาติของคนต่างด้าว ในทางตำราเกี่ยวกับทฤษฎีทางกฎหมายปกครองของทศวรรษที่ 1880 หลายเล่มได้อธิบายถึงสัญญาทางปกครองและสัญญาตามกฎหมายเอกชนว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำฝ่ายปกครองอันเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็น

การเฉพาะราย ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่ง Otto Mayer เห็นว่า จะต้องพัฒนากฎหมายปกครองให้เป็นอิสระจากกฎหมายแพ่งซึ่งรวมถึงในเรื่อง เกี่ยวกับสัญญา ด้วยเหตุผลอื่นของ Otto Mayer นั้นเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชนอันเป็นหลักการของอำนาจของรัฐในการแสดงเจตจำนงฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดผลผูกพัน นอกเหนือจากการแสดงเจตนาของรัฐดังกล่าวแล้วการแสดงเจตนาของเอกชนไม่อาจก่อให้เกิดผลเช่นการแสดงเจตนาของรัฐได้ และด้วยเหตุนี้การแสดงเจตนาของเอกชน จึงมิได้ก่อให้เกิดผลในการก่อตั้งสิทธิ หรือหน้าที่ในเรื่องนั้นๆ แต่อย่างใด แนวความคิดของ Otto Mayer มีบทบาทต่อกฎหมายปกครองของเยอรมันเป็นเวลายาวนาน แต่อย่างไรก็ตามคำอธิบายในตำรากฎหมายปกครองเกือบทั้งหมดตั้งแต่ปี ค.ศ. 1900 ต่างยอมรับเรื่องสัญญาทางปกครองโดยถือว่าเป็นข้อยกเว้นนอกเหนือจากคำสั่งทางปกครอง

พัฒนาการหลังจากปี ค .ศ. 1945 การยอมรับเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้รับการยอมรับมากขึ้น ประเด็นที่มีความสำคัญคือ มีความเห็นว่าสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบการกระทำที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำการ โดยอาศัยสัญญาทางปกครองได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจให้กระทำในรูปของสัญญาทางปกครองก็ตาม ต่อมาเมื่อปี ค .ศ. 1963 เมื่อคณะกรรมการของสหพันธ์และมลรัฐซึ่งได้การแต่งตั้งขึ้นโดยรัฐมนตรีกระทรวงกิจการภายในของสหรัฐและของมลรัฐได้เสนอร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งในด้านกฎหมายดังกล่าวได้ยอมรับให้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหพันธ์และกฎหมายในลักษณะเดียวกันของบรรดามลรัฐต่างๆ ตามร่างกฎหมายดังกล่าวได้กล่าวในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการที่จะต้องมีความหมายให้อำนาจในการทำสัญญาทางปกครองนั้นร่างกฎหมายมิได้ถือหลักที่ว่าจะต้องมีความหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนใน กฎหมายหรือในบทบัญญัติของกฎหมาย หากแต่ร่างกฎหมายดังกล่าวถือ หลักว่าฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาฝ่ายปกครองได้เสมอเท่าที่การทำสัญญาทางปกครองนั้นไม่ขัดกับกฎหมายหรือหลักกฎหมายทั่วไป<sup>16</sup>

กล่าวได้ว่าในประเทศเยอรมันพัฒนาการของหลักกฎหมายว่าสัญญาทางปกครองได้กำเนิดขึ้นมาเป็นเวลานานโดยเริ่มตั้งช่วงศตวรรษที่ 19 และมีข้อยุติที่ชัดเจนในเชิงแนวความคิดเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติของเยอรมันได้ตรากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองปี ค .ศ. 1976 โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเอาไว้กล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าสัญญาทางปกครองเป็นผลผลิตของกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองอย่างหนึ่งทำนองเดียวกับคำสั่งทาง

<sup>16</sup> แหล่งเดิม. หน้า 28-29

ปกครอง<sup>17</sup> การทำสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงยังคงอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักนิติรัฐอยู่ตลอดเวลา<sup>18</sup>

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 โดยเรียกชื่อย่อว่า VwVfG) โดยมาตรา 62 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยตราบทที่มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้มาตรา 62 ยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตของการใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน<sup>19</sup>

ความหมายของสัญญาทางปกครองบัญญัติไว้ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 1976 โดยให้คำจำกัดความของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาทางปกครองได้แก่สัญญาที่มีผลเป็นการ ก่อ เปลี่ยนแปลง หรือ ระงับไป ซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน เมื่อพิจารณาจากความหมายของสัญญาทางปกครอง ดังกล่าวนี้อาจแยกองค์ประกอบได้ดังนี้คือ<sup>20</sup>

1) ในประเด็นที่เกี่ยวกับ “สัญญา” นั้น เราถือว่า “สัญญาทางปกครอง” เป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งกล่าวคือ ต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาโดยมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย มีข้อสังเกตว่าการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองนั้นถือเป็นการแสดงเจตนาตามกฎหมายมหาชนที่ไม่ใช่การออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำทางแพ่งแต่การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลทางกฎหมายมหาชน เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติ

<sup>17</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี และ วรเจตน์ ภาศิริตัน. (2546). สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. หน้า 2.

<sup>18</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี และ มานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. หน้า 134.

<sup>19</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี. (2546). หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. หน้า 1.

<sup>20</sup> วรเจตน์ ภาศิริตัน. (2542, มิถุนายน). “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.” นิติศาสตร์, 29, 2. หน้า 265.

เกี่ยวกับ วิธีการแสดงเจตนาความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา การบอกอ้างการแสดงเจตนา ฯลฯ ไว้จึงต้องนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้น

2) สัญญาทางปกครองต้องเกิดขึ้นในแดนของกฎหมายมหาชนหรือกล่าวให้ชัดเจนขึ้นในแดนของกฎหมายปกครอง องค์ประกอบข้อนี้เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญาทางปกครองต่างจากสัญญาทางมหาชนประเภทอื่นๆ และต่างจากสัญญาทางแพ่ง

3) สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจะต้องก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือ ระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งวัตถุของสัญญาทางปกครองอาจจะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ขึ้นเป็นครั้งแรก เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่แล้ว หรือเป็นการทำให้นิติสัมพันธ์ที่มีผลอยู่สิ้นผลลง เนื้อหาของสัญญาทางปกครองอาจเป็นเนื้อหาในทางกฎหมายสารบัญญัติ เนื้อหาในทางกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการหรือวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง หรืออาจเป็นเนื้อหาในทางกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ได้ นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้การระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครองอาจทำเป็นสัญญาได้ย่อมหมายความว่าต่อไปโดยปริยายว่าฝ่ายปกครองไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวยกเลิกสัญญาทางปกครองได้

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึง “คู่สัญญา” และเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา” ไว้โดยปริยายและโดยชัดแจ้ง ดังนี้<sup>21</sup>

รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่คู่สัญญา

(1) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นนี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งฝ่ายเดียวทางปกครองได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

ตัวอย่าง : สัญญาระหว่างองค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นกับการบำรุงรักษาลำน้ำบริเวณรอยต่อของเขตการปกครองตนเอง

(2) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปทางมหาชนฝ่ายปกครองมีฐานะที่

<sup>21</sup> แหล่งเดิม. หน้า 268-271.

เหนือกว่าเอกชนแต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้วกฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริงๆ เท่านั้น สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญาในฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้แม้ว่า โดยปกติจะเป็นเรื่องซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวก็หาได้จำกัดเฉพาะการเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้นไม่แต่รวมถึงกรณีอื่นๆ ที่เป็นการตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย

ตัวอย่าง : สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับข้าราชการเกี่ยวกับการชำระเงินที่หน่วยราชการได้ออกให้ไปเพื่อการศึกษาอบรมคืนในกรณีที่ข้าราชการพ้นจากตำแหน่งก่อนเวลาที่ตกลงกันไว้

รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา

#### (1) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง

สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน เนื่องจาก การตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (ฝ่ายปกครอง) อาจมีลักษณะเป็น “การขยายอำนาจรัฐ” รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ จึงกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาในมาตรา 56 ดังนี้ คือ การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้อง

- ก. เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา
- ข. จะต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง
- ค. จะต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว
- ง. จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่

สัญญาฝ่ายปกครอง

ตัวอย่าง : เอกชนต้องการลงทุนก่อสร้างที่พักอาศัยขนาดใหญ่ในพื้นที่ที่ไม่มีโรงเรียน หรือสถานทีรับเลี้ยงเด็กบริเวณใกล้เคียง องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นไม่อาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากเอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างไปใช้ในการสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กได้คงเก็บได้แต่ภาษีท้องถิ่นสำหรับการสร้างหรือบำรุงถนนเท่านั้น เพื่อประกอบการพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้าง และการพิจารณาวางผังเมืองเอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างอาจตกลงทำสัญญากับองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น โดยมอบเงินในจำนวนที่เหมาะสมเพื่อให้้องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก สัญญาที่เรียกว่า

“Folgekostenvertrag” ซึ่งถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ ย่อมถือว่าชอบด้วยกฎหมาย เพราะ 1) การมอบเงินโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีวัตถุประสงค์ให้องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก 2) การสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กทำให้ภารกิจในทางมหาชนลุล่วงไป 3) จำนวนเงินเหมาะสมเมื่อพิจารณาถึงพฤติกรรมแห่งกรณี 4) การมอบเงินให้ก่อสร้างโรงเรียน หรือ สถานรับเลี้ยงเด็กมีความสัมพันธ์ทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คือการพิจารณาผังเมือง และการออกไปอนุญาตก่อสร้างอาคาร

## (2) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครองและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอน อีกทั้ง เป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นหรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นจะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือ เอกชนอาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้ จึงมีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความนั่นเอง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 55 อนึ่งมีข้อสังเกตว่าการประนีประนอมยอมความ หรือ การระงับข้อพิพาททางปกครองนี้อาจกระทำได้ในชั้นศาลเช่นกัน (ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล (VwGO มาตรา 106) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองในชั้นศาลมีลักษณะพิเศษ คือเป็นทั้งการกระทำในกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นเรื่องวิธีสบัญญัติ และเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาในทางสารบัญญัติด้วย

นอกเหนือจากรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นนี้แล้ว ยังมีสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่น ที่มีได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายอีก เช่นสัญญาทางปกครองที่ ก่อให้เกิดเพียงสิทธิเรียกร้อง หน้าที่หรือสัญญาทางปกครองที่มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่โดยตรง เป็นต้น ในเรื่องของรูปแบบสัญญาทางปกครองนี้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติไว้ ในกฎหมาย โดยละเอียดแต่จึงใจปล่อยไว้ให้เป็นเรื่องของฝ่ายตุลาการ และฝ่ายศาลในการพัฒนารูปแบบสัญญาทางปกครองต่างๆ ต่อไป อนึ่งในกฎหมายปกครองเยอรมันการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนกระทำการทางปกครองแทนฝ่ายปกครองเอกชนผู้นั้นหรือเรียกว่า “Der Beliehene” ย่อมอยู่ในฐานะฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งน่าจะทำสัญญาทางปกครองได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้<sup>22</sup>

<sup>22</sup> กมลชัย รัตนสกวาส์. (2541, ธันวาคม). “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลัก

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันถือเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งเคียงคู่ไปกับรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทอื่นๆ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายปกครอง ที่สำคัญคือหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการคือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือหลักที่เรียกว่ากฎหมายต้องมาก่อนและหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ ในการนำหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายไปปรับกับสัญญาทางปกครองนั้นนักกฎหมายเยอรมันแยกการพิจารณาออกเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญา และเนื้อหาของสัญญาออกจากกัน<sup>23</sup>

ในการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองนั้นฝ่ายคำราชของเยอรมันถือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ แต่ถ้าเมื่อใดก็ตามกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ เช่น การกำหนดว่าการเก็บภาษีอากรต้องกระทำโดยออกเป็นคำสั่งทางปกครอง ในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ย่อมไม่อาจใช้วิธีการทางสัญญาจัดเก็บภาษีอากรได้ มิฉะนั้นแล้วถือว่าสัญญานั้นไม่มีผล ใช้บังคับส่วนในเรื่องการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญานั้นนักกฎหมายเกือบทั้งหมดเห็นพ้องต้องกันว่าต้องตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ ขัดต่อกฎหมายซึ่งมีความหมายว่าฝ่ายปกครอง และเอกชนไม่อาจตกลงยินยอมกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้ขัดต่อกฎหมายได้

### 3.3 ข้อความคิดสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เด่นชัด และจำแนกเป็นสัญญาต่างหากดังเช่น *contracts administratifs* ในประเทศฝรั่งเศส แต่หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดทั่วไปที่ว่าสัญญาทางปกครองนั้นต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และต้องมีเนื้อหาสาระของสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งคือ มีวัตถุประสงค์สัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ หรือ มีข้อกำหนดให้สิทธิพิเศษอย่างมากแก่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งแล้ว สัญญาหรือการกระทำโดยรัฐ หรือ โดยผู้ที่ได้รับมอบ

---

กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.” กฎหมายปกครอง, 29, 2. หน้า 272.

<sup>23</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 272.



อำนาจจากรัฐกับเอกชนในสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับลักษณะของสัญญาทางปกครองดังกล่าวข้างต้นอาจแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ<sup>24</sup>

1) สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (procurement contract)

เนื่องจากรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องซื้อสินค้าหรือได้รับบริการจากผู้อื่นเช่นเดียวกันกับภาคเอกชนทั่วไป แต่ในส่วนของรัฐการดำเนินการดังกล่าวไม่สามารถทำได้โดยอิสระแต่จะต้องดำเนินการภายใต้กฎเกณฑ์และขั้นตอนบางประการ ทั้งนี้เพื่อควบคุมการใช้จ่ายเงินของประชาชนที่รัฐได้มาจากการจัดเก็บภาษีให้เกิดประโยชน์สูงสุด กระบวนการดังกล่าวเรียกว่า “การจัดซื้อจัดจ้าง”

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างคือสัญญาที่รัฐจัดทำกับเอกชนเพื่อประโยชน์ ในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ รัฐทำสัญญาดังกล่าวนี้นี้ขึ้นมาก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้หรือได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการนั้นๆ ในขณะที่เอกชนคู่สัญญาจะได้รับเงินค่าตอบแทนสำหรับสินค้าหรือบริการดังกล่าว และเนื่องจากเงินที่รัฐต้องนำมาใช้จ่ายเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นเงินภาษีของประชาชนรัฐจึงให้ความสำคัญกับสัญญาดังกล่าวอย่างยิ่ง

การจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐนั้นอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของสหรัฐ (The Federal Acquisition Regulation หรือที่เรียกโดยย่อว่า “FAR”) ซึ่งปรากฏอยู่ในหมวด (Chapter) 1 ลักษณะ (Title) 48 ของประมวลกฎหมาย และระเบียบของสหรัฐ (Code of Federal Regulations) FAR มีผลใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐทั้งปวงที่ใช้งบประมาณแผ่นดิน ทั้งนี้เว้นแต่ที่ได้ระบุยกเว้นไว้อย่างแจ้งชัด ใน ค.ศ. 1988 ได้มีการประกาศใช้ Public Law 100-679 ซึ่งได้มีการจัดตั้ง Federal Acquisition Council อันประกอบด้วยผู้บริหาร (Administrator) ของ Office of Federal Procurement Policy (OFPP) และพนักงานเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบเกี่ยวกับนโยบายจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของสหรัฐต่างๆ ได้แก่ General Services Administration (GSA), Department of Defense (DOD) และ National Aeronautics and Space Administration (NASA) เพื่อมาดูแลการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของตนภายใต้ FAR ในขณะเดียวกันบรรดามลรัฐ และองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นส่วนใหญ่จะออกระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของตนโดยอาศัยกฎหมายของสหรัฐ หรือ FAR เป็นต้นแบบ

2) การให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (public utilities)

ความคิดเกี่ยวกับการจัดบริการสาธารณะของสหรัฐอเมริกาค่อนข้างที่จะแตกต่างไปจากแนวคิดของไทย ตามแนวคิดของไทยรัฐมีหน้าที่ในขั้นต้นที่จะจัดบริการสาธารณะให้แก่

<sup>24</sup> บริษัทที่ปรึกษากฎหมายสากลจำกัด. (2547). สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา.

ประชาชนหากรัฐไม่สามารถดำเนินการได้ก็จะให้สัมปทานแก่เอกชนดำเนินการดังกล่าว ในสหรัฐอเมริกาบริการสาธารณะถือเป็นธุรกิจอย่างหนึ่งซึ่งเอกชนมีสิทธิดำเนินการ ภายใต้อำนาจการควบคุมของรัฐ คำว่า public utilities เป็นคำรวมที่ให้กับ บริการสาธารณะซึ่งอาจแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้ 2 ประเภทด้วยกันคือ (1) กิจกรรมที่ให้บริการอย่างต่อเนื่องแก่ผู้บริโภคโดยมีโรงงานหรือระบบผลิตหรือจ่ายที่เชื่อมโยงกับระบบของผู้บริโภค และ (2) ระบบขนส่งสาธารณะ

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (Article 1, Section 8) ได้จำแนกอำนาจทางเศรษฐกิจที่บรรดามลรัฐมอบไว้ให้เป็นอำนาจของสหรัฐในแง่ของการควบคุมกิจการของเอกชน อำนาจดังกล่าวนี้ประการหนึ่งคือ อำนาจของสภาปกครองที่จะออกกฎหมายควบคุมดูแล การพาณิชย์ภายในเขตแดนของมลรัฐนั้น (Intrastate Commerce) ไม่ว่ากิจการทางพาณิชย์นั้นจะเป็นการให้บริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม

การควบคุมบริการสาธารณะในมลรัฐจะกระทำโดยคณะกรรมการควบคุมของมลรัฐ (State Regulatory Commissions) ซึ่งแบ่งออกตามประเภทของบริการสาธารณะ เช่น โทรศัพท์ และ โทรเลข ไฟฟ้า ก๊าซ และน้ำประปา เป็นต้น การควบคุมในระดับสหรัฐ ระทำโดยคณะกรรมการควบคุมของสหรัฐ (Federal Regulation Commissions) ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการควบคุมระดับมลรัฐ หรือ สหรัฐ องค์การเหล่านี้ล้วนเป็นองค์กรอิสระไม่ขึ้นอยู่กับผู้บังคับบัญชา บริหาร หรือตุลาการ บ่อยครั้งจะเกิดกรณีที่อำนาจของคณะกรรมการควบคุมของสหรัฐทับซ้อนกับอำนาจของคณะกรรมการควบคุมของมลรัฐในกรณีดังกล่าวหากกฎหมายของมลรัฐขัดกับกฎหมายของสหรัฐก็ต้องใช้กฎหมายของสหรัฐบังคับ

ความแตกต่างระหว่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะกับสัญญาทางแพ่งของสหรัฐอเมริกา

#### (1) ข้อจำกัดในการทำสัญญา

ในการที่หน่วยงานของรัฐจะทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นหน่วยงานของรัฐดังกล่าวจะต้องได้รับอนุมัติเงินงบประมาณจากรัฐสภาเสียก่อน ในขณะที่หาก เป็นกรณีของการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะเอกชนผู้ที่มีความประสงค์ที่จะจัดทำบริการสาธารณะจะต้องยื่นคำขอต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยแสดงว่าประชาชนต้องการบริการสาธารณะดังกล่าว และตนเองสามารถจัดทำและให้บริการสาธารณะดังกล่าวนี้ให้แก่ประชาชนได้อย่างมีคุณภาพ ในราคาที่ยุติธรรมและเมื่อได้รับ Certificate of Public Convenience and Necessity จากเจ้าหน้าที่ควบคุมระดับมลรัฐหรือสหรัฐแล้วแต่กรณีจึงจะจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวนี้ได้ มิใช่จะทำสัญญาหรือให้สิทธิเมื่อใดก็ได้ดังเช่นกรณีของบริษัทเอกชนทั่วไป

## (2) ผู้มีอำนาจทำสัญญา

เนื่องจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้าทำสัญญาหรือให้สิทธิใดๆ กับเอกชนนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตนเองย่อมไม่สามารถกระทำได้ในทันทีแต่จะต้องได้รับการมอบอำนาจมาเสียก่อน (delegation of power) ดังเช่นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะต้องได้รับการแต่งตั้งตามแบบ SF1402 หนังสือรับรองการแต่งตั้ง (Certificate of Appointment) ซึ่งจะระบุข้อจำกัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา นอกจากข้อจำกัดอำนาจที่กฎหมาย หรือกฎระเบียบได้กำหนดไว้หากเจ้าหน้าที่รัฐผู้เข้าทำสัญญามีได้มีอำนาจเข้าทำสัญญาสัญญาดังกล่าวไม่ผูกพันรัฐปรากฏใน S.E.R., Jobs for Progress, Inc. V. United States, 759 F.2d 1,4 (Fed. Cir. 1985) ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า “สัญญาซึ่งทำกับรัฐไม่มีผลผูกพันเว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะแสดงได้ว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งเข้าทำสัญญาด้วยนั้นมีอำนาจกระทำการอันเป็นการผูกพันรัฐบาล” และการเข้าทำสัญญานั้นจะต้องดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ด้วย

สำหรับการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ที่จะให้สิทธิแก่เอกชนเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวได้จะต้องเป็นผู้มีอำนาจให้สิทธิด้วยเช่นกัน สำหรับในสหรัฐอเมริกาเมื่อกล่าวถึงผู้มีอำนาจให้สิทธิต้องพิจารณาว่าเป็นการให้สิทธิในระดับใดและเป็นการให้สิทธิในเรื่องใดด้วย เช่น การให้สิทธิในระดับสหรััฐผู้มีอำนาจให้สิทธิได้แก่ Federal Communications Commission (FRC) สำหรับกิจการโทรคมนาคมหรือกิจการวิทยุโทรทัศน์หรือ Federal Energy Regulatory Commission (FERC) สำหรับการส่งและการขายส่งพลังงานไฟฟ้า การส่งและการขายปลีกก๊าซธรรมชาติหากการค้านั้นมีลักษณะเป็นการค้าระหว่างรัฐ (Interstate Commerce) เป็นต้น สำหรับในระดับมลรัฐได้แก่ State Public Utility Commissions ของมลรัฐนั้นๆ กรณีดังกล่าวย่อมแตกต่างจากสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน กล่าวคือ ในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนนั้นนอกจากกรณีของบุคคลธรรมดาซึ่งพิจารณาจากอายุที่จะสามารถทำสัญญาได้โดยสมบูรณ์แล้วหากเป็นนิติบุคคลโดยทั่วไปจะพิจารณาว่าเป็นผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคลนั้นหรือไม่เท่านั้น

## (3) สิทธิพิเศษของรัฐ

ถึงแม้ว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นจะเกิดจากนิติกรรมสัญญาระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชนแต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมิได้อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันดังเช่นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง กล่าวคือ รัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน โดยรัฐยังคงดำรงไว้ซึ่งอธิปไตยเหนือเอกชนในบางประการ ดังเช่นสิทธิของรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว สิทธิในการเลิกสัญญาโดยไม่มีการผิดสัญญา (termination for convenience) สิทธิในการกำหนดราคาค่าบริการใน

การให้บริการสาธารณะของผู้ได้รับอนุญาต การให้บริการใดๆ ของผู้ได้รับอนุญาตยังคงถูกจำกัด ควบคุมโดยรัฐทั้งนี้เพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญเนื่องจากกิจการดังกล่าวเป็นกิจการที่ส่งผลกระทบและอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนอย่างมากต่อสาธารณะชน (business affected with a public interest) เป็นต้น ดังนั้นรัฐจึงย่อมที่จะต้องดูแลอย่างใกล้ชิดและแทรกแซงได้โดยการใช้อำนาจรัฐ (Police Power) เช่นการกำหนดอัตราค่าบริการ เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมแตกต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งย่อมผูกพันตามข้อสัญญาที่กำหนดไว้เท่านั้น

#### (4) กฎหมายที่ใช้บังคับ

เนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างเป็นเรื่องของการใช้ไปซึ่งเงินที่เก็บมาจากประชาชน (Public Fund) การดังกล่าวและการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นการให้สิทธิแก่เอกชนในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐและกระทบต่อประชาชนส่วนใหญ่ ดังนั้นการจัดซื้อจัดจ้างหรือการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะแล้วแต่กรณีจึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายหลายฉบับ รวมทั้งกฎระเบียบซึ่งกำหนดรายละเอียดและขั้นตอนต่างๆ ไว้มากมาย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าการทำสัญญาหรือการให้สิทธินั้นรัฐได้ใช้เงินหรือทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการดังกล่าวอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ (fair and efficient) ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน ซึ่งแตกต่างจากการทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเองซึ่งส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้กฎหมาย Uniform Commercial Code เท่านั้น

#### (5) ข้อกำหนดในสัญญา

ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นจะต้องมีรูปแบบและข้อกำหนดในสัญญาตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วยหากขาดไปจะส่งผลให้สัญญาไม่สมบูรณ์ทั้งนี้ตามหลัก Christian Doctrine ซึ่งเกิดขึ้นจากคดี G.L.Christian & Associates v. United States 160 Ct.Cl. 1,312 F.2d 418 (1963 ),cert.den.,375 U.S. 954 (1963 ) opinion on reh,320 F.2d 345 ศาลได้วางหลักว่า ความสมบูรณ์ของสัญญาขึ้นอยู่กับการมีอยู่ซึ่งข้อกำหนดที่กฎหมายหรือกฎระเบียบในขณะทำสัญญากำหนดว่าต้องมี

กล่าวได้ว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ไม่มีการแยกประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายที่นำมาปรับ ใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองได้แก่ หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of contract) หลักคำเสนอคำสนอง (Offer and Acceptance) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้แก่ศาลยุติธรรมธรรมดาทั่วไปไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองเป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีประโยชน์ของส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองก็จะนำหลักการว่าด้วยสัญญาทางปกครองรวมถึงอำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ พิเศษของฝ่าย

ปกครองที่ปรากฏจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลที่ผ่านๆ มาเป็นแนวทางในการนำมาปรับใช้แก่กรณีในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมาย นำมาประมวลไว้หรือการออกกระเปียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการร่างสัญญามาตรฐานของฝ่ายปกครองขึ้นเพื่อความสะดวกแก่การอ้างอิงเพื่อให้เกิดความชัดเจน แน่นอน โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้และเป็นแนวปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานต่างๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐและประโยชน์ส่วนรวม รวมทั้งเป็นหลักเกณฑ์ที่เอกชนคู่สัญญาใช้เป็นแนวทางในการศึกษาทำความเข้าใจ และยอมรับในการที่จะตกลงยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองในการเข้าทำสัญญาการปฏิบัติตามสัญญา อย่างไรก็ตามในสหรัฐอเมริกาจะต้องมีการระบุหลักเกณฑ์พิเศษดังกล่าวข้างต้นไว้ในสัญญาปกครองที่ทำกับเอกชนคู่สัญญา มิฉะนั้นฝ่ายปกครองจะไม่มีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาในการที่จะบังคับใช้เรื่องสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้แม้ว่าจะเป็นการเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนรวม หรือ ประโยชน์สาธารณะก็ตาม กล่าวคือ การยอมรับเอกสิทธิ์พิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการต่างๆ ไว้ในสัญญาเท่านั้นและหากมิได้มีการบัญญัติให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครองไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวแล้วฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจยกเอาเอกสิทธิ์ใดๆ ขึ้นมาอ้างได้<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> ขวลิศ เสวตสุต. (2547). สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ : ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย . หน้า 218-219.

## บทที่ 4

### ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

#### 4.1 ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศไทยก่อนมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในช่วงก่อนปี พ.ศ. 2542 ในประเทศไทยยังไม่เคยมีการบัญญัติคำว่า สัญญาทางปกครองลงไว้ในตัวบทกฎหมายใดๆ ดังนั้นสัญญาที่พัวพันระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจกับเอกชนในความเข้าใจของนักนิติศาสตร์โดยรวมจึงมักใช้คำว่า สัญญาภาครัฐหรือคำว่าสัญญาของทางราชการเท่านั้นในช่วงนี้อาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดที่จะแยกสัญญาของฝ่ายปกครองไทยออกจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนได้เกิดขึ้นในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยในยุคนั้นอาจกล่าวได้ว่า สัญญาของฝ่ายปกครองแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ <sup>1</sup> สัญญาไปรเวท (private contract) ซึ่งเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการรับซื้อขายสิ่งของต่างๆ จ้างคน ช่าง ม้า เช่าที่ เช่าเรือ เช่าตึก เช่าโรงเรือน เช่าแพที่มีเจ้าของ ซึ่งลักษณะของกิจการเป็นธุรกิจของเอกชน และสัญญาปับลิก (public contract) ซึ่งเป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้รักษามืองกับชาวต่างชาติ ในกิจการที่เกี่ยวกับการค้าไม้ ขุดไร่ ทำข้าวสาร ดิบูก ร่อนทอง ขุดคลอง ทำทาง ทำปลา ผูกภาษีอากร ทำสวนไร่นา ที่ไม่มีเจ้าของอื่นที่เป็นของแผ่นดิน จากยุคนี้จนถึงปี พ.ศ. 2542 มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่สำคัญ คือ

- 1) พระราชบัญญัติจัดวางรางรถไฟแลทางหลวง พ.ศ. 2464
- 2) พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473
- 3) พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499
- 4) ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม พ.ศ. 2515
- 5) พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535
- 6) กฎหมายที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ

---

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 199.

#### 4.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

##### 1) พระราชบัญญัติจัดวางรางรถไฟแลทางหลวง พ.ศ. 2464<sup>2</sup>

พระราชบัญญัตินี้มีสาระสำคัญคือได้บัญญัติเงื่อนไขในการอนุญาตไว้ โดยห้ามมิให้ผู้ใดสร้างรถไฟรางคู่ขึ้นในพ ระราชอาณาจักรเว้นแต่จะมีพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ โดยมีข้อกำหนดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของรัฐบาลที่สำคัญไว้หลายประการเช่นรัฐบาลมีอำนาจเข้าไปปกครอง ยึดถือรถไฟสายใดก่อนสิ้นกำหนดอนุญาตได้ แต่จะต้องเป็นไปตามหนังสือพระราชทานพระบรม ราชานุญาต ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในหนังสือ อพระบรมราชานุญาตนั้นรัฐบาลมีอำนาจยึดถือ ปกครองได้ภายหลังวันที่ได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว 20 ปี และเมื่อเข้าถือปกครองแล้ว รัฐบาลสามารถยึดถือปกครองบรรดาสสิ่งปลูกสร้าง รถ เครื่องจักร พัสตุ หรือวัตถุอย่างอื่นได้อีกด้วย (ในส่วนของดินนั้นรัฐบาลจะต้องคิดเงินค่าทำขวัญให้ แต่ไม่เกินราคาที่ได้รับพระร าชทานพระบรมรา ชานุญาตได้ซื้อไว้) หรือ การที่รัฐบาลโดยกรมรถไฟแผ่นดินมีอำนาจในการกำกับตรวจตราดูแล ไม่ ว่าจะเป็น การตรวจตราทางรถไฟ ที่ดิน รถไฟ สิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักรของ ผู้รับอนุญาตเป็นต้น นอกจากนี้ยังมีการกำหนดเงื่อนไขหน้าที่และข้อจำกัดสิทธิของเอกชนผู้ได้รับพระราชทานพระบรม ราชานุญาตบางประการไว้เช่นในการจัดการเพื่อดำเนินกิจการการรถไฟซึ่งได้แก่การจัดหาซื้อที่ดิน การก่อสร้าง การบำรุง วิธีการจัดการ ผู้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะไม่ได้รับสิทธิพิเศษ แต่อย่างใดเนื่องจากกฎหมายได้กำหนดห้ามมิให้ลงมือทำการ ก่อสร้างหรือทำกิจการอย่างใดอย่าง หนึ่งก่อนที่จะได้รับหนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาตในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องเช่นนี้เสียก่อน แต่ ถ้าเป็นที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นที่เป็นของหลวงหรือที่หวงห้ามให้ถือว่าผู้ได้รับ โดยในการ จัดหาที่ดินนั้นถ้าเป็นที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ของเอกชนจะต้องร้องขอมาทางกรมรถไฟแผ่นดิน ให้ช่วยจัดหาซื้อตามข้อบังคับว่าด้วยจัดหาซื้อที่ดินเพื่อสร้างทางรถไฟโดยผู้ได้รับพระราชทานพระ บรมราชานุญาตจะต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายและที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นจะตกเป็นของผู้ ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตต่อเมื่อผู้เป็นเจ้าของทรัพย์นั้นได้จัดการ โอนกรรมสิทธิ์ ให้แก่ผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาต ถูกต้องตามวิธีที่กฎหมายกำหนด ผู้ได้รับ พระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นผู้เช่าที่หลวงนั้นตลอดเวลาที่ได้รับ พระราชทานพระบรม รา ชานุญาตโดยต้องเสียค่าเช่าตามที่กำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาต อย่างไรก็ตามแม้ว่า ผู้ ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะได้อาศัยหรือเช่าที่ดินแห่งใดไว้แล้วก็ตามผู้ได้รับ พระราชทานพระบรมราชานุญาตจะไม่ได้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดในแร่ โลหะธาตุหรือป่าไม้ซึ่งมีอยู่

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติจัดวางรางรถไฟแลทางหลวง พ.ศ. 2464. (2461, 15 สิงหาคม). ราชกิจจานุเบกษา. ตอนที่ 123.

ในที่ดินหรือได้พื้นดินหรือการที่ผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะต้องมีหน้าที่ยื่นบัญชีแสดงยอดรายรับ และรายจ่ายเงินทุกประการต่อสภากรรมการรถไฟทุกๆ ครึ่งปี เป็นต้น

## 2) พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473<sup>3</sup>

พระราชบัญญัตินี้มีสาระสำคัญคือห้ามมิให้เอกชนสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงในราชอาณาจักรเว้นแต่โดยอาศัย อำนาจแห่งสัมปทานที่ได้รับจากรัฐบาล สาระสำคัญอื่นๆ ได้แก่ กำหนดให้อำนาจแก่รัฐบาลในการเพิกถอนสัมปทานก่อนสิ้นอายุสัมปทานได้ถ้าปรากฏว่าผู้รับสัมปทานเป็นคนล้มละลาย หรือ ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัมปทานหรือหากข้อความในสัญญาสัมปทานให้อำนาจไว้รัฐบาลก็สามารถเข้าครอบครองทางหลวงสายใดก่อนสิ้นอายุได้และเมื่อเข้าครอบครองทางหลวงสายใดแล้วรัฐบาลต้องเข้ายึดถือครอบครองบรรดาสสิ่งปลูกสร้าง และของใช้ในการสร้างหรือการบำรุงรักษาทางด้วย อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีการเข้าครอบครองทางหลวงก่อนสิ้นอายุสัมปทานก็มีข้อบังคับให้รัฐบาลต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานด้วย นอกจากนี้การดำเนินการจะต้องตกอยู่ภายใต้การกำกับตรวจตราของรัฐบาลอย่างใกล้ชิดไม่ว่าในด้านการสร้างทางหลวง การบำรุงรักษา การซ่อมแซมทางหลวง และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางหลวง โดยต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ылฉบับนี้ และข้อความในสัมปทานตลอดทั้งข้อบังคับซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติจัดการรถไฟแลทางหลวง พ.ศ. 2464 ด้วย ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามกฎหมายผู้รับสัมปทานอาจถูกเพิกถอนสัมปทานได้และถ้าผู้รับสัมปทานไม่ทำกิจกรรมใดๆ ที่กรมทางสั่งให้ทำตามพระราชบัญญัติ ดินี้กรมทางมีอำนาจจัดให้การนั้นได้กระทำโดยผู้อื่นได้โดยผู้รับสัมปทานจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบออกค่าใช้จ่ายรวมทั้งชำระโทษปรับเป็นรายวันตลอดเวลาที่ฝ่าฝืนคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นด้วย นอกจากนี้เพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ทางหลวงผู้รับสัมปทานมีอำนาจพิเศษบางประการเช่นสั่งห้ามมิให้ชุดหรือยกร่องบริเวณทางหลวงหรือสั่งให้ตัดกิ่งไม้ต้นไม้ที่ก่อให้เกิดอันตรายในการใช้ทางหลวง อย่างไรก็ตามถ้าเจ้าของที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ไม่ทำตามผู้รับสัมปทานจะต้องแจ้งไปยังกรมทางและเมื่อกรมทางได้สวนแล้วกรมทางมีอำนาจในการอนุญาตให้ผู้รับสัมปทานจัดการเองได้ตามที่จำเป็น ในเรื่องที่ดินผู้รับสัมปทานไม่มีอำนาจในการบังคับซื้อที่ดินของเอกชนโดยพลการ ผู้รับสัมปทานจะต้องร้องขอให้กรมทางเป็นผู้ดำเนินการบังคับซื้อโดยผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ในการออกค่าใช้จ่ายและจะได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ต่อเมื่อได้รับโอนกรรมสิทธิ์โดยถูกต้องตามกฎหมาย (แต่ผู้รับสัมปทานจะไม่มีสิทธิ์ในทางเหมืองแร่ต่างๆ ในที่ดินหรือได้พื้นดินหรือผลประโยชน์แห่งป่าหรือสัตว์น้ำ ) สำหรับกรณีที่เป็นที่ดินหรือ

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473. (2473, 20 กรกฎาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 47. หน้า 101.



อสังหาริมทรัพย์ของรัฐบาลต้องถือว่า ผู้รับสัมปทานเป็นผู้เช่าและต้องเสียค่าเช่าตามที่กำหนดไว้ในสัมปทาน

3) พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471<sup>4</sup> ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485<sup>5</sup> และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499<sup>6</sup>

กฎหมาย 3 ฉบับนี้เป็นกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวกับการให้สัมปทานพระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 เป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์เป็นการทั่วไปในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 เป็นกฎหมายฉบับแรกของไทยที่ให้คำนิยามความหมายของกิจการค้าขาย อันเป็นสาขารูปโภคไว้ ซึ่งได้แก่ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การโรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนซึ่งจะได้ออกพระราชกฤษฎีการะบุไว้ตามยุคตามคราวไปสาระสำคัญของพระราชบัญญัตินี้คือห้ามมิให้ ผู้ใดประกอบกิจการอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชนเว้นแต่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานแล้วเสียก่อน โดยผู้ฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติมีความผิด ต้องระวางโทษปรับเป็นพินัยไม่เกินห้าพันบาทและให้ปรับไม่เกินวันละพันบาทเรียงวันไปตลอดเวลาที่ยังทำขาดตกบกพร่องอยู่นั้นและในการพระราชทานพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทานนั้นรัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือความ ผาสุกแห่งสาธารณชนลงไว้ด้วยก็ได้ นอกจากนี้ยังกำหนดให้การประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับการประกันภัย ธนาการออมสิน เกรดไฟฟ้าหรือกิจการอื่นอันมีสภาพคล้ายคลึงกันจะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อได้รับพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทานเสียก่อนและหลังจากนั้นจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ว่าด้วยการนั้นโดยตรงอย่างเคร่งครัด ในกิจการที่ยังมิได้มีการตรากฎหมายเฉพาะขึ้นในการพระราชทานพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทานแต่ละครั้งนั้นจะมีการกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่จำเป็นเพื่อความปลอดภัย หรือผาสุกแห่งสาธารณชนไว้ก็ได้ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499 มีวัตถุประสงค์

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471. (2471, 14 ตุลาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 45, ตอนที่ 1 ก. หน้า 154.

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485. (2485, 25 สิงหาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 59, ตอนที่ 57 ก. หน้า 1605.

<sup>6</sup> พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499. (2499, 25 ธันวาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 73, ตอนที่ 107 ก. หน้า 1688.

หลักในการที่จะควบคุมผู้ประกอบการคลังสินค้าซึ่งมีจำนวนมากขึ้น โดยกำหนดให้เป็นกิจการค้าขายที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้

4) ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม พ.ศ. 2515<sup>7</sup>

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499 รวมทั้งยกเลิกพระราชบัญญัติกำหนดกระทรวงเจ้าหน้าที่รักษาการตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนทั้ง 3 ฉบับ โดยเหตุผลของการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ว่าสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน และกฎหมายว่าด้วยการกำหนดกระทรวงเจ้าหน้าที่รักษาการตามกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายฉบับเดียว กันเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติ และเนื่องจากได้มีผู้ประกอบการหรือรับซื้อตัวเงิน กิจการจัดหาเงินทุนเพื่อบุคคลอื่น และกิจการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์รวมทั้งการเป็นตัวแทนหรือนายหน้าของกิจการดังกล่าวมากยิ่งขึ้นและกิจการเหล่านี้เป็นกิจการการค้าขายอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนได้แต่ยังไม่มียกเว้นกฎหมาย ควบคุมการประกอบกิจการดังกล่าว สาระสำคัญของประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้คือ กำหนดให้การประกอบกิจการการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคจะต้องได้รับอนุญาต หรือ ได้รับสัมปทานก่อนจึงจะกระทำได้โดยมีการแยกประเภทของกิจการที่ต้องได้รับอนุญาตออกจากกิจการที่ต้องได้รับสัมปทานโดยชัดหลัก การที่ว่า กิจการที่ได้รับอนุญาตควรจะมีตามที่กฎหมายกำหนดก็มีสิทธิขอรับอนุญาตได้และเมื่อได้รับอนุญาตแล้วผู้ดำเนินกิจการก็สามารถแข่งขันได้อย่างเสรี กิจการที่ต้องได้รับการอนุญาตได้ถูกกำหนดไว้ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้แก่ การประกันภัย การคลังสินค้า การธนาคาร การออมสิน เครดิตฟองซิเอร์ การรับรองหรือรับซื้อตัวเงิน เป็นต้น ส่วนกิจการที่ต้องขอสัมปทานนั้นจะจำกัดเฉพาะกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งได้แก่ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตหรือจำหน่ายก๊าซเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ และกิจการอื่นที่จะถูกกำหนดไว้ใน พระราชกฤษฎีกาที่จะออกมามีภายหลัง โดยกิจการที่ต้องขอสัมปทานมักจะเป็นการยินยอมให้เอกชนเข้าทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดในลักษณะเป็นการผูกขาดซึ่งอาจเป็นการผูกขาดตามกิจการหรือผูกขาดตามพื้นที่ กล่าวคือ ผู้รับสัมปทานจะมีสิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียวในกิจการบางอย่างหรือกิจการอย่าง

<sup>7</sup> ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58. (2515, 27 มกราคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 89, ตอนที่ 15 ก. ฉบับพิเศษ. หน้า 3.

<sup>8</sup> พนม เจริญประยูร. (2532). **สัมปทานบริการสาธารณะ**. หน้า 4.

เดียวกันนั้นอาจมีผู้ได้รับสัมปทานหลาย คนแต่แยกผูกขาดคนละเขตพื้นที่ อย่างไรก็ตามแม้ว่า ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้จะกำหนดประเภทของกิจการที่จะต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทาน ก่อนจึงจะทำได้ก็ตามแต่ก็มีข้อยกเว้นตามข้อ 6 แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 โดยมีการบัญญัติ ว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกิจการตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 การประกอบกิจการดังกล่าวให้ เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกิจการนั้น”

อย่างไรก็ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้เป็นเพียงการวางหลักเกณฑ์กว้างๆ ไว้ เท่านั้นส่วนในเรื่องของการกำหนดแนวทางในการคัดเลือกคู่สัญญาผู้รับสัมปทานรวมทั้งอำนาจใน การพิจารณานั้นยังมิได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ต่อมาจึงต้องมีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้ เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพื่อกำหนดในเรื่องดังกล่าว

5) พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535<sup>9</sup>

พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับแก่ส่วนราชการ ที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่า รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐหรือราชการส่วนท้องถิ่นที่มีโครงการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐที่ไม่ใช่ การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่ โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ว่า เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือสิทธิแก่เอกชนหรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ในปัจจุบันส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียว หรือหน่วยงานเดียวและ ในเรื่องสำคัญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้โดยไม่มี หลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลง วันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติ ไว้ ดังนั้นเพื่อให้มีแนวทาง ในการปฏิบัติ และใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สิน ตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป สมควรให้มี กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ สารสำคัญของกฎหมาย ฉบับนี้คือ กำหนดให้มีการเสนอโครงการซึ่งมีการลงทุนในวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้าน บาทต่อสำนักงานคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติในกรณีที่เป็นการเสนอโครงการใหม่ ถ้าคณะกรรมการเศรษฐกิจ และสังคมแห่งชาติไม่เห็นด้วยกับโครงการหากเจ้าของโครงการไม่เห็น ด้วยกับคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติก็ต้องเสนอความเห็นเพื่อให้คณะรัฐมนตรีตัดสินใจ

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535. (2535, 8 เมษายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่มที่ 109, ตอนที่ 42 ก. หน้า 101.

แต่ถ้าเป็นโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้วเมื่อมีการเสนอโครงการให้กระทรวงการคลังหากกระทรวงการคลังไม่เห็นด้วยก็จะต้องมีการเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาตัดสินใจ การเสนอโครงการจะมีการตรวจสอบโดยคณะรัฐมนตรีเพื่อให้มีความรอบคอบมากขึ้น ส่วนการจัดหาคู่สัญญาจะให้หน่วยงานเจ้าของโครงการร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานและจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานและวิธีการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมดำเนินงานจะใช้วิธีการประมูลตามรายละเอียดที่กำหนดในกฎกระทรวง หากคณะกรรมการเห็นว่าไม่ควรใช้วิธีการประมูลและเจ้าของโครงการเห็นชอบด้วยก็ให้รายงานสำนักงานคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและกระทรวงการคลังถ้าทั้ง 2 หน่วยงานเห็นพ้องด้วยก็ให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ แต่ถ้าหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นว่าควรใช้วิธีการประมูลหรือในกรณีที่คณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและกระทรวงการคลังเห็นว่าควรใช้วิธีการประมูลหรือหน่วยงานหนึ่งงานใดมีความเห็นไม่ตรงกันก็ให้ใช้วิธีคัดเลือกโดยวิธีการประมูล เมื่อได้คู่สัญญาและมีการลงนามในสัญญาแล้วก็จะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการติดตามกำกับดูแล การดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา กล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการตรวจสอบถึง 3 ขั้นตอนคือ การเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ และการติดตามกำกับดูแลเท่ากับว่ากฎหมายฉบับนี้ได้วางเงื่อนไข หลักเกณฑ์ และวิธีการ ในการพิจารณาตัดสินใจให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยวิธีการทำสัญญาอย่างเป็นระบบ โดยผลของพระราชบัญญัติฉบับนี้ทำให้ในปัจจุบันการให้สัมปทานบริการสาธารณะที่มีมูลค่าเป็นพันล้านบาทจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วยเสมอ

#### 6) กฎหมายที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ

กฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติได้แก่

##### (1) พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510<sup>10</sup>

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติ นี้คือ ห้ามมิให้ผู้ใดสำรวจแร่ในที่ใดไม่ว่าที่สำรวจเร่นั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่เว้นแต่จะได้รับอนุญาตสำรวจแร่ อนุญาตบัตรผูกขาดสำรวจแร่หรืออนุญาตพิเศษนอกจากนี้ยังได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดทำเหมืองแร่ในที่ใดไม่ว่าที่ทำเหมืองเร่นั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่เว้นแต่ได้รับประทานบัตร

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510. (2510, 31 ธันวาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 84, ตอนที่ 129 ก (ฉบับพิเศษ). หน้า 1.

(2) พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514<sup>11</sup>

พระราชบัญญัตินี้มีสาระสำคัญคือ ปีโตรเลียมเป็นของรัฐผู้ใดสำรวจปีโตรเลียมในที่ใดไม่ว่าที่นั้นเป็นของตนหรือของผู้อื่นต้องได้รับสัมปทานจากรัฐ

(3) พระราชบัญญัติอกรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540<sup>12</sup>

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีสาระสำคัญคือ ห้ามมิให้ผู้ใดเก็บรังนกที่มีอยู่ตามธรรมชาติบนเกาะหรือในที่สาธารณะสมบัติของแผ่นดินโดยไม่ได้รับสัมปทานจากคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติ การขอรับสัมปทานในแต่ละจังหวัดให้ทำโดยการประมูลเงินอากรตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่ผู้ว่าราชการจังหวัดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนดนั้น

นอกจากกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวข้างต้นยังมีระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่สำคัญคือระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ

การบริหารพัสดุในระบบราชการไทยเริ่มมีขึ้นครั้งแรกเมื่อมีการตั้งกรมพัสดุแห่งชาติในปี พ.ศ. 2475 โดยการรวบรวมการจัดซื้อของทางราชการมาไว้ในหน่วยงานเดียวกันต่อมาหน่วยงานดังกล่าวยุบเลิกไปและได้มีการปรับปรุงการบริหารงานพัสดุเมื่อปลายปี พ.ศ. 2551 ที่ผ่านมามีการประกาศใช้และปรับปรุงระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุลหลายครั้ง ได้แก่<sup>13</sup>

- 1) ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรี ว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498
- 2) ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498
- 3) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521

ระเบียบฉบับนี้เป็นการรวบรวมระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498 และระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498 เข้าด้วยกันเป็นระเบียบเดียวกันเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติของส่วนราชการต่างๆ ในด้านการจัดซื้อจัดจ้างให้มีมาตรฐานเดียวกัน โดยที่ระเบียบฉบับนี้ครอบคลุมเฉพาะการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุเท่านั้นส่วนการจ่ายเงินประเภทอื่นๆ จะมีระเบียบอื่นวางกรอบแนวทางปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะซึ่งทำให้การดำเนินงานทางพัสดุของทางราชการอยู่ภายใต้ระเบียบหลายฉบับกล่าวคือ การดำเนินการด้วยเงินกู้จากต่างประเทศอยู่ภายใต้ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการซื้อ การจ้าง และการจ้างที่ปรึกษา

<sup>11</sup> พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514. (2514, 23 เมษายน). ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 88, ตอนที่ 43 ก. ฉบับพิเศษ. หน้า 1.

<sup>12</sup> พระราชบัญญัติอกรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540. (2540, 14 ตุลาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 114, ตอนที่ 56 ก. หน้า 1.

<sup>13</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 217-219.

ภายใต้โครงการที่ดำเนินการด้วยเงินกู้จากต่างประเทศ พ.ศ. 2527 ส่วนการจ้างเอกชนออกแบบและควบคุมงานจะต้องปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2521 คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยต่อมาได้มีการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีผลบังคับใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2535 เป็นต้นมา

#### 4) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ระเบียบนี้ใช้บังคับกับการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุของทางราชการทั้งที่ใช้เงินงบประมาณเงินกู้และเงินช่วยเหลือและใช้บังคับกับการจัดหาทุกประเภท ระเบียบนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกหลายครั้งปัจจุบันระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุที่ใช้บังคับอยู่คือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนับที่ 5 พ.ศ. 2542) ระเบียบนี้ใช้บังคับแก่ส่วนราชการซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุ โดยใช้เงินงบประมาณเงินกู้และเงินช่วยเหลือ แต่ระเบียบนี้ไม่ใช้บังคับแก่ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจต่างๆ โดยการพัสดุของรัฐวิสาหกิจจะเป็นไปตามข้อบังคับของรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งซึ่งอาจมีข้อกำหนดแตกต่างกันไปแล้วแต่สภาพของการพัสดุในรัฐวิสาหกิจนั้นๆ และอาจแตกต่างจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุดังนี้เพื่อให้รัฐวิสาหกิจสามารถบริหารการพัสดุได้คล่องตัวมากขึ้น ส่วนการพัสดุของราชการส่วนท้องถิ่นจะอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ซึ่งใช้บังคับกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดและเทศบาลหรือระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ซึ่งใช้กับองค์การบริหารส่วนตำบลหรือถ้าเป็นหน่วยราชการส่วนท้องถิ่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายพิเศษเช่นกรุงเทพมหานครหรือเมืองพัทยาจะมีระเบียบว่าด้วยการพัสดุของตนเป็นการเฉพาะ

เมื่อพิจารณาในเนื้อหาของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองอาจแบ่งพิจารณาได้ใน 3 ขั้นตอนคือ การก่อให้เกิดสัญญา การบังคับการตามสัญญาและการสิ้นสุดลงของสัญญา จะเห็นได้ว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดหลักการอันเป็นสาระสำคัญคือ

##### (1) ประเด็นการก่อให้เกิดสัญญา

สาระสำคัญในประเด็นนี้อยู่ที่เสรีภาพในการทำสัญญา และข้อจำกัดในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง เห็นได้ว่าในเบื้องต้นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดเป็นหลักการทั่วไปว่า การจัดหาพัสดุต้องดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม

ข้อจำกัดที่เห็นได้ชัดคือ ข้อจำกัดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน โดยข้อจำกัดที่สำคัญคือ กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนต้องมีคุณสมบัติถูกต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามซึ่งคุณสมบัติต้องห้ามที่สำคัญคือ บุคคลที่มีลักษณะเป็นผู้เสนอราคาที่มีประโยชน์ร่วมกันซึ่งหมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่เข้าเสนอราคาขายในการซื้อพัสดุ ของทางราชการหรือเข้าเสนอราคาเพื่อรับจ้างทำพัสดุหรือเข้าเสนองานเพื่อรับจ้างเป็นที่ปรึกษาหรือรับจ้างออกแบบและควบคุมงานให้แก่ส่วนราชการใด เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรง หรือทางอ้อมในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลอื่นที่เข้าเสนอราคาหรือเข้าเสนองานให้แก่ส่วนราชการนั้นในคราวเดียวกัน กล่าวคือ มีความสัมพันธ์กันในเชิงบริหาร มีความสัมพันธ์กันในเงินทุนหรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะไขว่กันระหว่างความสัมพันธ์ในเชิงบริหารและความสัมพันธ์ในเงินทุน ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้กฎหมายไม่ได้ห้ามเด็ดขาดเพียงแต่ให้ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่เป็นผู้เสนอราคาที่มีประโยชน์ร่วมกันแต่เพียงรายเดียวเท่านั้นมีสิทธิที่จะเสนอราคาหรือเสนองานในการซื้อหรือการจ้างทำพัสดุ การจ้างที่ปรึกษาหรือการจ้างออกแบบ และควบคุมงานของทางราชการในแต่ละครั้ง ถ้าหากได้มีการเข้าเสนอมากกว่ารายเดียวเมื่อมีการตรวจพบผลที่ตามมาคือจะต้องตัดรายชื่อผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานดังกล่าวทุกรายออกจากการเป็นผู้เสนอราคาหรือเสนองานในการเสนอราคาหรือเสนองานในครั้งนั้น นอกจากนี้กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องไม่เป็นผู้เสนอราคาที่ทำกระทำการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมซึ่งหมายถึง การที่ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานรายหนึ่งหรือหลายรายกระทำการอย่างใดอันเป็นการขัดขวางหรือเป็นอุปสรรคหรือไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมในการเสนอราคาหรือเสนองานต่อส่วนราชการ ไม่ว่าจะกระทำโดยการสมยอมกันหรือโดยการให้ขอให้ หรือรับว่าจะให้ เรียก รับ หรือยอมจะรับเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดหรือใช้กำลังประทุษร้ายหรือข่มขู่จะใช้กำลังประทุษร้ายหรือแสดงเอกสารอันเป็นเท็จหรือกระทำการใดอันทุจริตโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์ในระหว่างผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานด้วยกันหรือเพื่อให้ประโยชน์แก่ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานรายหนึ่งรายใดเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับส่วนราชการนั้นหรือเพื่อหลีกเลี่ยงการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมหรือให้เกิดความได้เปรียบส่วนราชการโดยมิใช่เป็นไปในทางประกอบธุรกิจปกติ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เมื่อมีการตรวจพบจะต้องตัดรายชื่อผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่กระทำการดังกล่าวทุกรายออกจากการเป็นผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานในการซื้อหรือการจ้างทำพัสดุ การจ้างที่ปรึกษาหรือการจ้างออกแบบหรือการควบคุมงานในครั้งนั้น และให้หัวหน้าส่วนราชการเสนอต่อปลัดกระทรวงเพื่อพิจารณาให้ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่ถูกตัดรายชื่อออกดังกล่าวเป็น ผู้ที่ทำงาน ซึ่งผู้ทำงานนี้ย่อมถูกจำกัดในการทำสัญญากับส่วนราชการเพราะในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 นี้กำหนดว่าห้ามส่วนราชการก่อนติดสัมพันธกับผู้ทำงาน

นอกจากนี้ข้อตกลงสัญญาหลายกรณีได้มีการจัดทำตัวอย่างหรือแบบเอาไว้แล้ว โดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดว่า การลงนามในสัญญาในการจัดหาให้ทำตามตัวอย่างที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด การทำสัญญารายได้อาจจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากตัวอย่างสัญญาที่ กวพ. กำหนด โดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในตัวอย่างสัญญา และไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบก็ให้กระทำได้ เว้นแต่หัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน ในกรณีที่ไม่อาจทำสัญญาตามตัวอย่างที่ กวพ. กำหนดได้และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ต้องส่งร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน เว้นแต่หัวหน้าส่วนราชการเห็นสมควรทำสัญญาตามแบบที่เคยผ่านการพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดมาแล้วก็ให้กระทำได้ จะเห็นได้ว่ามีกระบวนการของหน่วยงานที่เข้ามาช่วยคุณนี้ อหาหรือข้อตกลงในสัญญา ส่วนข้อจำกัดในการเลือกคู่สัญญามีตัวอย่างที่ชัดเจนคือ ในกรณีการสอบราคาหรือการประกวดราคามีหลักเบื้องต้นว่าให้เลือกจากผู้เสนอราคาต่ำสุด

## (2) ประเด็นการดำเนินการตามสัญญา

ในเบื้องต้นกำหนดเป็นหลักการว่าสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ

นอกจากนี้มีการกำหนดในเรื่องค่าปรับว่า ในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงได้และจะต้องมีการปรับตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้น หากจำ นวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้างให้ส่วนราชการพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ยินยอมเสียค่าปรับให้แก่ทางราชการโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น ให้ส่วนราชการพิจารณาผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาได้เท่าที่จำเป็น

นอกจากนี้ยังมีการกำหนดในให้ผู้ควบคุมงานสามารถเข้าตรวจและควบคุมงาน ณ สถานที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือที่ตกลงให้ทำงานบ้างนั้นๆ ทุกวัน ให้เป็นไปตามแบบรูป รายการละเอียดและข้อกำหนดไว้ในสัญญาทุกประการ โดยส่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมหรือตัดทอนงานจ้างได้ตามที่เห็นสมควร

## (3) ประเด็นการสิ้นสุดลงของสัญญา

กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงในกรณีที่มิเหตุอันเชื่อได้ว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด

เมื่อพิจารณาด้วยทกฏหมายในช่วงดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า ด้วยทกฏหมายเหล่านี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงการมีอยู่ของลักษณะที่พิเศษของกิจการบางประเภทจนถึงกับต้องมีการตรา



กฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดเงื่อนไข และวิธีการในการที่ฝ่ายปกครองจะเข้าผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชน รวมถึงการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มฝ่ายปกครองและเอกชนที่เกี่ยวข้องที่มีลักษณะพิเศษผิดแผกแตกต่างไปจากสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสัญญาตามกฎหมายแพ่งที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันเอง

ในยุคนี้อาจกล่าวได้ว่า นักนิติศาสตร์ไทยส่วนหนึ่งเห็นว่า สัญญาใดๆ ไม่ว่าเป็น สัญญาของฝ่ายปกครอง หรือสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมาย เดียวกันคือหลักกฎหมายเอกชนต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ ปัญหาข้อพิพาทใดๆ ที่เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองก็ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาล ยุติธรรมเช่นเดียวกับกรณีของสัญญาที่เอกชนทำกับเอกชนด้วยกัน อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์พิเศษ บางอย่างก็นำมาใช้เฉพาะกับสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทต่างๆ นั้นมีอยู่จริง โดยถูกบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ ที่ออกโดยฝ่ายปกครองรวมไปถึงมติ ของคณะรัฐมนตรีและในบางครั้งกำหนดขึ้นในรูปของข้อตกลงในสัญญาโดยตรง

#### 4.1.2 คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกา เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนมีการจัดตั้ง ศาลปกครอง โดยแบ่งพิจารณาเป็น 3 ขั้นตอนคือ การก่อให้เกิดสัญญา การดำเนินการตามสัญญา และการสิ้นสุดลงของสัญญา พบว่า

##### 1) การก่อให้เกิดสัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาชี้ให้เห็นว่า สัมปทานบัตรคือ สัญญาระหว่างรัฐกับ เอกชน (คำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525) และแสดงให้เห็นข้อจำกัดในเรื่องเนื้อหาหรือข้อตกลงในสัญญา คำ พิพากษาศาลฎีการะบุว่าสัมปทานทำไม่เป็นเรื่องที่รัฐบาลอนุญาตให้บุคคลเข้าดำเนินการทำไม้ ภายใต้งบเงื่อนไขระเบียบและกฎหมายที่เกี่ยวข้องมิใช่สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้รับสัมปทานไม่มีสิทธิ ต่อรองเปลี่ยนแปลง เงื่อนไขของสัมปทานทั้งสิ้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9937/2539)

นอกจากนี้ยังมีประเด็นสัญญาบังคับได้ตามกฎหมาย เพราะข้อกำหนดในสัญญา ไม่ จัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน กล่าวคือคำพิพากษาศาลฎีการะบุว่า ทุนการศึกษาของมูลนิธิแม้รับโดยไม่ผ่านมหาวิทยาลัยและเป็นทุนที่ไม่มีเงื่อนไขผูกพันใดๆ รวมทั้ง ไม่ใช่วัตถุประสงค์ของมูลนิธิที่จะให้ ผู้รับทุน กลับมาปฏิบัติราชการชดใช้ทุนเป็นเวลา 2 เท่าของ เวลาที่ลาไปศึกษา การที่ผู้รับทุนทำสัญญาได้รับทุนศึกษาต่อ ณ ต่างประเทศกับมหาวิทยาลัย เงินทุน และค่าใช้จ่ายต่างๆ รวมทั้งค่าเดินทางที่จ่ายให้อันเนื่องจากการศึกษาต่อนั้น ไม่ว่าจะเป็นของรัฐบาล ไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การใด ก็รวมอยู่ในความหมายที่ ผู้รับทุน ต้องชดใช้คืน ในฐานะเป็น

ค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นซึ่งหมายถึงเงินทุน และค่าใช้จ่าย ๆ รวมตลอดทั้งค่า เดินทางที่ มูลนิธิจ่ายให้แก่ผู้รับทุนในการลาศึกษาต่อนั้น หากมีข้อยกเว้นในสัญญาว่าให้เฉพาะกับผู้รับทุนซึ่ง ผ่านรัฐบาลไทยหรือมหาวิทยาลัยเท่านั้น การกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าหากมีการผิดสัญญา เกิดขึ้นเป็นข้อตกลง อันมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นที่ประจักษ์ว่าเพื่อ ต้องการให้ผู้รับทุนกลับมาปฏิบัติราชการให้เกิดประโยชน์แก่สถาบันและประเทศชาติโดยรวม จึง เป็นการชอบธรรม และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญา ดังกล่าวจึงมีมูลหนี้ต่อกันบังคับได้ตามกฎหมาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4204/2536)

## 2) การดำเนินการตามสัญญา

มีคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนมากในเรื่องนี้โดยแสดงให้เห็นถึงการใช้หลัก ตามที่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ เช่น

สัมปทานบัตร คือ สัญญาระหว่างรัฐกับ เอกชน ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่ จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตรและในส่วนที่สัมปทาน บัตรไม่ได้ระบุไว้ ก็ต้องเป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ กล่าวคือ สิทธิใน การขอยกเลิกสัมปทานซึ่งระบุไว้เฉพาะสิทธิของผู้ให้สัมปทานว่าจะยกเลิกสัมปทานบัตรได้ในกรณี ใดบ้าง แต่ไม่ได้ระบุถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานในการที่จะขอยกเลิกสัมปทานบัตร สิทธิของผู้รับ สัมปทานจึง มีอยู่ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525)

สัญญาการรับทุน ก.พ. เพื่อไปศึกษาวิชาในต่างประเทศ เมื่อศาลเห็นว่าเบี้ยปรับสูง เกินส่วนศาลมีอำนาจลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 ไม่ว่าสัญญาดังกล่าวจะทำกับส่วนราชการหรือไม่ก็ตาม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3758/2533)

สัญญาจ้าง ก่อสร้างสนามกรีฑาค่า เสียหายในการให้เช่าส นามกริฑานัน เป็น ค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ เมื่อผู้รับจ้างมิได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว จึงไม่ต้องรับผิดชอบ ผู้ว่าจ้าง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคสอง (คำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 5032/2537)

อย่างไรก็ตามมี คำพิพากษาศาลฎีกา ที่แสดงให้เห็นว่า ศาลฎีกา ใช้หลักกฎหมาย มหาชน เช่น เมื่อมีความจำเป็นต้องใช้เนื้อที่ในเขตประทานบัตร เพื่อวางท่อส่งก๊าซจากแหล่งก๊าซที่ อ่าวไทยมาขึ้นฝั่งที่ตำบลมาตาพุดและเพื่อสร้างท่าเรืออุตสาหกรรมมาบ ตาพุด การวางท่อส่งก๊าซ ดังกล่าวเป็นการประกอบการเพื่อประโยชน์แก่ ประชาชนทั่วไป ถือได้ว่า กระทำไปเพื่อประโยชน์ สาธารณะของรัฐ ดังนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีจึงมี อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตประทานบัตรได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5728/2533)

### 3) การสิ้นสุดลงของสัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาแสดงให้เห็นถึงการใช้หลัก ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติ เช่น

การสั่งให้หยุดการทำให้ไม่เป็นการชั่วคราวได้ไม่เป็นการผิดสัญญาสัมปทานทำให้ไม่และเนื่องจากคำสั่งดังกล่าวเป็นเพียงให้หยุดการทำให้ไม่เป็นการชั่วคราวเท่านั้นซึ่งมีเหตุอันสมควรที่จะกระทำได้ สิทธิในการทำไม่ตามสัมปทานยังคงมีอยู่ต่อไปมิได้ถูกยกเลิกหรือเพิกถอนตามคำสั่งนี้แต่ประการใด การปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัมปทานจึงยังไม่เป็นการพ้นวิสัย ดังนั้นเอกชนจึงไม่มีสิทธิบอกเลิกสัมปทานทำให้ไม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 589 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9937/2539)

เมื่อผู้รับจ้าง ทำให้ไม่เสร็จและทิ้งงาน ผู้ว่าจ้าง บอกเลิกสัญญา แล้วได้ เรียกประมูลก่อสร้างงานต่อจากที่ผู้รับจ้างเดิมทำค้างไว้ เพื่อทำงานต่อให้เสร็จตามสัญญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4004/2534)

นอกจากนี้ยังมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา คดีหมายเลขคำที่ 16374/2536 ของศาลแพ่งใช้วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254(2), 255 , 257 และ 267 มาใช้บังคับ มีคำสั่งให้บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัดเปิดใช้ทางด่วนชั้นที่ 2 ที่ก่อสร้างแล้วเสร็จ แสดงให้เห็นว่าศาลแพ่งได้พิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลักในการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา

## 4.2 ข้อความคดียุติทางปกครองของประเทศไทยหลัง มีการตรา พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

โดยผลของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ได้สถาปนาศาลปกครองขึ้น ทำให้เกิดพัฒนาการในเรื่องของสัญญาของฝ่ายปกครองและมีกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ถูกตราขึ้นคือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542

### 4.2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

#### 1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในกฎหมายของไทยนั้นต้องถือว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องสัญญาทางปกครองของไทยมีเพียงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กำหนดไว้ได้กำหนดไว้แต่เพียงว่าสัญญาทางปกครองคือสัญญาอย่างไรและกำหนดให้คดีพิพาทที่

เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีปกครองประเภทหนึ่งที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น บทนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ว่า สัญญาทางปกครองหมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เมื่อพิจารณาบทนิยามดังกล่าวแล้วจะสังเกตเห็นได้ว่า บทนิยามคำว่าสัญญาทางปกครองนี้มีได้มีลักษณะเช่นเดียวกับบทนิยามต่างๆ ไปเพราะในกรณีปกตินั้นในบทนิยามจะใช้คำว่า “หมายความว่า” แต่บทนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองได้ใช้คำว่า “หมายความว่ารวมถึง” การที่บทนิยามคำว่า สัญญาทางปกครองได้ใช้คำว่า “หมายความว่ารวมถึง ” นี้เอง ที่สื่อความเข้าใจว่า นอกเหนือจากสัญญาทางปกครองที่กำหนดไว้ในบทนิยามดังกล่าวแล้วกรณียังมีสัญญาทางปกครองอยู่อีกประเภทหนึ่งซึ่งแม้กฎหมายจะมีได้ระบุว่าสัญญาทางปกครองอีกประเภทหนึ่งจะเรียกชื่อว่าอย่างไรแต่ก็เทียบเคียงกับสิ่งที่เรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ กล่าวโดยสรุปโดยผลของบทนิยามคำว่าสัญญาทางปกครองแสดงให้เห็นว่ากฎหมาย ไทยได้แบ่งสัญญาทางปกครองออกเป็น 2 ประเภทได้แก่ สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในบทนิยามดังกล่าวแล้วประเภทหนึ่งกับสัญญาทางปกครองซึ่งเทียบเคียงได้กับสัญญาทางปกครองโดยสภาพอีกประเภทหนึ่ง<sup>14</sup>

#### (1) สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด

สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนดนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่ 2 ด้านประกอบกันกล่าวคือ จะต้องมีหลักเกณฑ์ครบถ้วนทั้ง 2 ด้านเสมอจึงจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองตามบทนิยามดังกล่าว ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ด้านได้แก่ หลักเกณฑ์ทางด้านคู่ สัญญากับหลักเกณฑ์ทางเนื้อหา

##### ก. หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา

เมื่อพิจารณาด้อยคำของบทนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” แล้วอาจเข้าใจว่าเมื่อมีการกำหนดถึงสัญญาทางปกครองไว้ 4 ประเภทและหากสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาประเภทใด นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ได้กำหนดหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งไว้ด้วยอันได้แก่หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญาที่บทนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง ” ได้วางไว้ได้แก่ หลักเกณฑ์ที่ว่าสัญญาทางปกครองต้องเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ

<sup>14</sup> แหล่งเดิม. หน้า 308-310.

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวสามารถจำแนกเพื่อให้มีรายละเอียดที่ชัดเจนยิ่งขึ้นได้ว่า หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญานั้นจำต้องพิจารณาจากองค์ประกอบ 2 ประการ กล่าวคือ องค์ประกอบในเรื่อง “ฝ่าย” ของการเป็นคู่สัญญากับองค์ประกอบในเรื่อง “คุณสมบัติ” หรือ “ฐานะ” ของคู่สัญญา

องค์ประกอบเรื่อง “ฝ่าย” ของการเป็นคู่สัญญานั้น หลักเกณฑ์ตามกฎหมายกำหนดไว้ว่า กรณีที่จะเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้ถ้าสัญญาใดไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็น “ฝ่ายปกครอง” สัญญานั้นย่อมไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้และถ้าสัญญาใดแม้จะมีคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายเป็น “ฝ่ายปกครอง” ด้วยกัน สัญญานั้นก็อาจเข้าข่ายเป็นสัญญาทางปกครองได้ถ้ามีลักษณะประการอื่นครบถ้วน

กฎหมายได้กำหนดเอาไว้ว่า กรณีจะต้องมีคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ กรณีหน่วยงานทางปกครองนั้นได้มีบทนิยามไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ว่า หน่วยงานทางปกครองหมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นๆ ของรัฐและให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ส่วนกรณีบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐนั้นไม่มีบทนิยามไว้และเท่าที่ตรวจสอบดูแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครอง หรือองค์กรตามกฎหมายอื่นๆ ก็ยังไม่ปรากฏชัดเจนว่ามีการอธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำนี้แต่อย่างใด กรณีจึงถือได้ว่าถ้อยคำดังกล่าวนี้เปิดโอกาสให้มีการตีความ และการวางกฎเกณฑ์ได้ในอนาคต

#### ข. หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา

หลักเกณฑ์ด้านนี้มุ่งหมายให้ครอบคลุมถึงส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระของสัญญาและในส่วนที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วย เมื่อพิจารณาเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาแล้วพบว่าสัญญาทางปกครองที่กำหนดตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะมีอยู่ 4 ประเภท ดังนี้

##### 1. สัญญาสัมปทาน

ความหมายคำว่า สัมปทาน ตามพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2543 ได้ให้ความหมายของคำดังกล่าวเอาไว้ว่าหมายถึงการที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่กำหนดเช่น สัมปทานการเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่า จากคำอธิบายในคำราปกครองของไทยบางเล่มได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการให้สัมปทานบริการสาธารณะว่าเป็น

วิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทานแต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่เรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น จึงกล่าวได้ว่า “สัมปทาน” เป็นระบบการให้อนุญาต อย่างหนึ่ง เห็นว่าสิ่งที่จะเป็น “สัญญาสัมปทาน” นั้นจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

ประการแรก ต้องเป็นสัญญา ลักษณะประการแรกนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญเพราะจะทำให้สัญญาสัมปทานต่างจากสัมปทาน หรือ ประทานบัตรต่างๆ ไปกล่าวคือจะต้องเป็นข้อตกลงที่ถูกต้องตรงกันทั้ง 2 ฝ่ายมิใช่เป็นเพียงการให้สิทธิหรือให้อนุญาตซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว

ประการที่สอง ต้องเป็นสัมปทานกล่าวคือต้องมีลักษณะเป็นการที่รัฐฝ่ายปกครองมอบหมายสิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะหรือกิจการใดๆ ที่การดำเนินการต้องได้รับการอนุญาตจากรัฐฝ่ายปกครอง ให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยทุนที่ใช้ดำเนินการจะต้องเป็นของบุคคลนั้นทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ โดยรัฐไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าจ้าง ให้แก่บุคคลที่ได้รับสัมปทานดังกล่าวและบุคคลนั้นมีสิทธิได้รับประโยชน์ โดยการเรียกค่าตอบแทนหรือค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการหรือนำเอา ผลผลิตที่ได้จากการ สัมปทานไปทำประโยชน์หรือจำหน่าย ทั้งนี้จะมีการจ่ายเงินหรือประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐด้วยหรือไม่ก็ได้

## 2. สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

กรณีอย่างใดจึงถือเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้กำหนดนิยามเอาไว้ เห็นว่าสมควรแยกองค์ประกอบของสัญญาประเภทนี้ตามคำที่กฎหมายให้ไว้ คือ

ประการแรก ต้องเป็นสัญญา

ประการที่สอง ต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาหรือวัตถุประสงค์หนึ่งตาม สัญญาเป็น การจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือจะต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้คู่ สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดทำหรือดำเนินการที่เป็นบริการสาธารณะ

## 3. สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สำหรับลักษณะของสัญญาจัดให้มีสิ่ง สาธารณูปโภคนั้น เมื่อพิจารณาจากความหมายทั่วไป ความหมายในกฎหมายฉบับต่างๆ และข้อวินิจฉัยของศาลปกครองและ คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล สามารถแบ่ง “สิ่งสาธารณูปโภค” ได้เป็น 2 ประเภท ใหญ่ๆ

(ก) ทรัพย์สินโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สะพานคนเดิน ข้ามถนน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ท่าเทียบเรือสาธารณะ ที่พักผู้โดยสารรถประจำทาง เป็นต้น

(ข) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชน ในสิ่งอุปโภคที่ จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้าและสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล โรงกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้น

#### 4. สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาที่มีลักษณะอย่างใดจึงถือว่าเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้มีบทนิยามไว้เป็นการเฉพาะและยังไม่ปรากฏแนวทางคำวินิจฉัยของศาลหรือคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในประเด็นนี้ อย่างไรก็ตามในถ้อยคำที่กฎหมายเห็นว่าสัญญาดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

ประการแรก ต้องมีลักษณะเป็นสัญญา

ประการที่สอง วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะต้องเป็นการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งพจนานุกรมได้ให้ความหมายของคำนี้ว่าหมายถึงทรัพย์สินอันเกิดขึ้นหรือมีอยู่ตามธรรมชาติ

#### (2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

เนื่องจากบทนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองได้แสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่า นอกเหนือจากสัญญาทางปกครองอีกประเภทหนึ่งอยู่ด้วยซึ่งในทางวิชาการมีชื่อเรียกทางปกครองประเภทดังกล่าวว่า “สัญญาปกครองโดยสภาพ” แต่บทนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองก็ไม่ได้อธิบาย หรือให้หลักเกณฑ์ใดๆ เกี่ยวกับ สัญญาทางปกครองโดยสภาพเอาไว้โดยเฉพาะ กรณีจึงถือว่าการเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ และความหมายของสัญญาทางปกครองโดยสภาพไว้อย่างกว้างขวางและยืดหยุ่น

ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองในกรณี สัญญาทางปกครองโดยสภาพ โดยมีการใช้หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญา วัตถุประสงค์แห่งสัญญา และข้อกำหนดในสัญญา เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาล่าวคือ

### ก. หลักเกณฑ์ในด้านคู่สัญญา

สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือ เป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ

### ข. หลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา

ในด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาทาง ปกครอง นั้น จะต้องเป็นสัญญาที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือ ร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง

### ค. หลักเกณฑ์ด้านข้อกำหนดในสัญญา

สัญญาทางปกครองจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะ พิเศษที่แสดงเอกสิทธิ์ของรัฐ หมายถึงข้อสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็น พิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเสมอภาค และเสรีภาพในการทำ สัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจเป็นกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติของสิทธิ และหน้าที่นั้นเองไม่อาจถูกกำหนดในสัญญาทางแพ่งได้

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยที่ผ่านมายังไม่อาจสรุปได้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับ หลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ ในช่วงแรกของการจัดตั้งศาลปกครองแนวคำ วินิจฉัยของศาลปกครองไปในแนวทางที่ว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะอ้าง เหตุผลทั้งในเรื่อง การเป็นสัญญาที่ให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการ บริการสาธารณะ โดยตรงร่วมกับเป็นข้อสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะ พิเศษที่แสดง ถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ โดยมีได้อธิบายความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กล่าวถึงตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญาที่ศาล ปกครองเห็นว่าแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในคำวินิจฉัยเท่านั้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 139/2547 และคำสั่งศาลปกครอง สูงสุดที่ 132/2551) ต่อมาช่วงหลังสุดเมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยในปี พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่า แม้จะอ้าง ถึงตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแต่ข้อสรุปในท้าย คำวินิจฉัยก็สรุปไปในแนวทางที่ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเพราะว่าเป็นสัญญาที่ให้ผู้ สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ส่วนคณะกรรมการ วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็มีได้อธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำว่าข้อกำหนดใน สัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจน นอกจากนั้นแม้ในข้อเท็จจริงของ คดีศาลปกครองจะกล่าวอ้างถึงตัวอย่างข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของ รัฐแต่ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ มิได้อ้างถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าว



เป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะเท่านั้น (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2548) แสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการฯ ได้ยอมรับหลัก ก ในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยสภาพโดยพิจารณาที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นหลัก แต่คณะกรรมการมิได้ให้เหตุผลในเรื่องว่าข้อสัญญาของสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้ เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษหรือไม่ ดังนั้นจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจึงยังไม่มีความเป็นเอกภาพพอที่จะสรุปได้ว่า หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะต้องมีทั้งสองประการคือมี วัตถุประสงค์เป็นการดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ และมีลักษณะ เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษหรือไม่

## 2) พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542<sup>15</sup>

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 คือ การให้สัมปทาน ถ้าอยู่ในหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐให้ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นด้วย ในกรณีที่รัฐประสงค์จะให้สัมปทานในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางสายใดให้อธิบดีออกประกาศเชิญชวนให้มีการยื่นข้อเสนอ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนด การให้สัมปทานในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางที่มีขนาดเล็ก หรือเป็นการต่อเติมโครงการเดิมลักษณะที่กำหนดในกฎกระทรวง จะดำเนินการโดยไม่ต้องออกประกาศเชิญชวนก็ได้เมื่อรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่าผู้ยื่นคำขอรับสัมปทานรายใดสมควรได้รับสัมปทาน ให้รัฐมนตรีรายงานความเห็นในเรื่องการขอรับสัมปทานไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ

การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ใดเพื่อสร้างทางหลวงในกรณีที่ผู้รับสัมปทานมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ใดเพื่อสร้างทางหลวงตามที่กำหนดไว้ในสัมปทานและผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินการ ให้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อการนั้นโดยวิธีการอื่นได้ ให้กรมทางหลวงเป็นผู้ดำเนินการได้เวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยผู้รับสัมปทานเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายและค่าทดแทนเว้นแต่ในสัมปทานจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

การโอนสัมปทาน ทำได้ต่อเมื่อมีเหตุอันสมควรและรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้รับโอนมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และอนุญาตให้โอนสัมปทานได้ ผู้รับโอนสัมปทานต้องรับไปซึ่งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบ

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542. (2542, 21 ตุลาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่มที่ 116, ตอนที่ 29 ก. หน้า 1.

ของผู้รับสัมปทานรายเดิม แต่ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานสิ้นสภาพนิ ตินบุคคลหรือตกเป็นบุคคลล้มละลาย ให้ผู้ชำระบัญชีหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แล้วแต่กรณีเป็นผู้มีสิทธิแสดงเจตนาในการโอนสัมปทาน

การตกเป็นของรัฐ ทางหลวงสัมปทาน และอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานใด จะตกเป็นของรัฐเมื่อใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในสัมปทาน ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะรัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองทางหลวง สัมปทานก่อนสัมปทานสิ้นอายุได้ และในกรณีเช่นนี้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองบรรดาอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดได้ด้วย การดำเนินการดังกล่าวต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีและในการยึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานและอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานเช่นนี้รัฐจะต้องใช้ค่าทดแทนให้ แก่ผู้รับสัมปทานตามที่กำหนดในสัมปทานในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดเรื่องค่าทดแทนไว้ให้ใช้ค่าทดแทนโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานควรได้รับตามความเป็นธรรม และ ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัมปทาน ไม่บำรุงรักษาทาง หลวงสัมปทานจนอาจเป็นเหตุให้เกิดภัยอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนหรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายอันเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐหรือการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ให้อธิบดีมีหนังสือเตือนให้ผู้รับสัมปทานปฏิบัติให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนดในกรณีที่ได้มี หนังสือเตือนแล้ว แต่ผู้รับสัมปทานยังคงฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ให้รัฐมนตรีเพิกถอนสัมปทานดังกล่าว เมื่อได้เพิกถอนสัมปทานแล้วให้อุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดตกเป็นของรัฐ

#### 4.2.2 คำพิพากษา และคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด

จากคำนิยามสัญญาทางปกครองตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับ คำพิพากษาและ คำสั่งของศาลปกครอง สูงสุดเพื่อการวิเคราะห์อาจจำแนกสัญญาทางปกครองเป็นกรณีดังต่อไปนี้

- 1) กรณีเป็นสัญญาสัมปทาน
- 2) กรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
- 3) กรณีเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
- 4) กรณีเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
- 5) กรณีเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ

โดยตรง

6) กรณี เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

คำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ

1) กรณีเป็นสัญญาสัมปทาน

กรณีวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาสัมปทานศาลปกครอง สูงสุดไม่ให้เหตุผลว่าเหตุใดจึงวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาสัมปทาน ได้แก่

(1) สัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 108/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 250/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 280/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 319/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 328/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 368/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 394/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 461/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 466/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 818/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 354/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 365/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 377/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 727/2550)

(2) สัญญาสัมปทานจัดเก็บรั้งนกอีแอ่น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2550)

(3) สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนเพื่อขยายบริการโทรศัพท์ในเขตภูมิภาค ระหว่าง ระหว่างบริษัททีทีเอ็นด์ที จำกัด (มหาชน) กับบริษัททีไอทีจำกัด (มหาชน) (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 169/2551)

2) กรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

กรณีศาลปกครอง สูงสุด วินิจฉัยว่า เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ โดยให้เหตุผลว่าจุดประสงค์ของสัญญาเป็นเรื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่

(1) สัญญารับทุนการศึกษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 555/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 647/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 714/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 875/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 100/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 606/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 846/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 440/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 698/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 128/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 285/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 533/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 240/2551 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 248/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 412/2552)

(2) สัญญาอนุญาตให้ข้าราชการลาศึกษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 218/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 981/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 236/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 418/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 696/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 95/2551) สัญญาการเป็นนักศึกษานักเรียน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 518/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 772/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 272/2549 คำสั่งศาล

ปกครองสูงสุด ที่ 541/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 822/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 877/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 239/2551)

(3) สัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) ที่ 274/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 731/2550)

(4) สัญญาฝากเก็บ แปรสภาพและจัดจำหน่ายข้าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 611/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2551)

(5) สัญญาจ้างให้เป็นผู้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 848/2548)

(6) สัญญาอนุญาตให้ประกอบกิจการลานจอดรถยนต์ และสัญญาเช่าพื้นที่ ณ ท่าอากาศยานเชียงใหม่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 977/2548)

### 3) กรณีเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

กรณีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคโดยส่วนหนึ่ง ให้เหตุผลท่านองว่าก่อสร้างสิ่งก่อสร้างที่ประชาชนเข้าใช้ประโยชน์โดยตรง แต่ส่วนใหญ่ไม่ได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยไว้เช่น

(1) สัญญาก่อสร้างถนน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 52/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 257/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 812/2549 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 8/2551)

(2) สัญญาก่อสร้างระบบประปา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 502/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 619/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 51/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 282/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 219/2551)

(3) สัญญาก่อสร้างสะพาน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 198/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 513/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 241/2551)

(4) สัญญาจ้างขุดลอกคลองหรือหนองน้ำ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 62/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 78/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 529/2550)

(5) สัญญาก่อสร้างเขื่อน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 249/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 355/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 428/2550)

(6) สัญญาจ้างขุดสระน้ำ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 99/2549)

(7) สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพงคอนกรีตเสริมเหล็กป้องกันตลิ่งพัง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 239/2546)

(8) สัญญาจ้างก่อสร้างคันดินและอาคารประกอบตามโครงการพัฒนาบึง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 61/2548)

(9) สัญญาจ้างติดตั้งไฟฟ้า (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 108/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 113/2548)

(10) สัญญาให้เอกชนผลิตน้ำประปาเพื่อจำหน่ายให้กับการประปาส่วนภูมิภาค (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 586/2550)

(11) สัญญาสัมปทานผลิตไฟฟ้า (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 700/2550)

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดอีกจำนวนหนึ่งวินิจฉัยให้สัญญาจ้างก่อสร้างสิ่งที่ใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น

(12) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงาน /ที่ทำการของทางราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/2545 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 497/2545 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 25/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 199/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 738/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 357/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 708/2550)

(13) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานอนามัยและโรงพยาบาลรัฐ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 293/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 954/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 85/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 536/2550)

(14) สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างหอบังคับการบินพร้อมระบบปรับ อากาศ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 58/2548)

(15) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารของสถานศึกษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 264/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 335/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 591/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 813/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 718/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 535/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 724/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2551)

(16) สัญญาก่อสร้างอาคารหอพักพยาบาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 745/2549) สัญญาจ้างก่อสร้างหอกระจายข่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 243/2551)

นอกจากนี้มีสัญญาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสาธารณูปโภค ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น

(17) สัญญาซื้อขายที่ดินที่จะถูกเวนคืน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 9/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 501/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 508/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 271/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 422/2550)

(18) การตกลงยินยอมให้ใช้ที่ดินเพื่อจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 694/2546)

4) กรณีเป็นสัญญาให้แสงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

กรณีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาให้แสงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ สัญญาให้เอกชนประกอบกิจการขุดดินลูกรังในที่ดินของรัฐ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 588/2548)

5) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

กรณีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ได้แก่

(1) สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 274/2548)

(2) สัญญาจัดการบริหารท่าเทียบเรือ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 889/2548)

(3) สัญญารับทุนการศึกษา สัญญาลาศึกษาและสัญญาการเป็นนักศึกษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 772/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 202/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 545/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.302/2549)

(4) สัญญาการรับการสนับสนุนโครงการตรวจสอบการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่แทนตำแหน่งที่ว่างลง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 313/2549)

6) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่ง มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

กรณีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ศาลปกครอง สูงสุดมิได้อธิบายว่าอย่างไร ลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพียงยกตัวอย่างประกอบวินิจฉัย เช่น ข้อกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญาและเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวได้ ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่ได้มีระบุไว้ในสัญญาจ้าง หากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้างที่จะนำมาใช้สำหรับ บงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้น ผู้ว่าจ้าง และผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่ ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้างหรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสม และถูกต้องซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ตัวอย่าง กรณี ศาล

ปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ได้แก่

- (1) สัญญาจ้างทำห้องปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์และภาษาอังกฤษของคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 853/2547)
- (2) สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลของมหาวิทยาลัยของรัฐ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2548)
- (3) สัญญาลาศึกษาของข้าราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 544/2546)
- (4) สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลานารักษ์ของกรมธนารักษ์ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162/2546)

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองมากกว่าหนึ่งลักษณะสัญญา เช่น

- (1) สัญญาทางปกครองที่เป็นทั้งสัญญาสัมปทาน และ สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545)
- (2) สัญญาทางปกครองที่เป็นทั้งสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ และสัญญาที่มีข้อกำหนดซึ่งแสดงเอกสิทธิ์ของรัฐสัญญา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 572/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 7/2547 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 647/2547)
- (3) สัญญาทางปกครองที่เป็นทั้งสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและสัญญาที่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐสัญญา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 636/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 363/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 99/2549)

นอกจากนี้ยังมีแนวคำวินิจฉัยอื่นๆ ได้แก่ กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อพิพาทเกิดจากข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาจ้างถือเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองแม้ว่ายังไม่มีการทำสัญญาจ้างสัญญา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548 ที่ 660/2548 และที่ 355/2550)

#### 4.2.3 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้มีการวินิจฉัยในข้อพิพาท ส่วนหนึ่งในประเด็นเกี่ยวกับว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่โดยมีคำวินิจฉัยที่น่าสนใจ ดังนี้

- 1) กรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น

(1) สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารอำนวยการ อาคารบ้านพักคนงานและอาคารฝึกงาน ณ ศูนย์การศึกษานอกโรงเรียน (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2547)

(2) สัญญาว่าจ้างดำเนินการจัดให้มีการเรียนการสอนการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์และระบบการสื่อสารผ่านเครือข่ายเชื่อมโยงในหมู่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตให้แก่นักศึกษาของวิทยาลัยของรัฐ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 60/2547)

2) กรณีเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีการวินิจฉัยว่าเป็น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น

(1) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลางของมหาวิทยาลัยของรัฐ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545)

(2) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์วิจัยศิลปกรรมวัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงาของกรมศิลปากร (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2548)

3) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีการวินิจฉัยว่าเป็น สัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เช่น

(1) สัญญาจ้างออกแบบและก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษาและระบบสาธารณูปโภคที่เชื่อมต่ออาคารของมหาวิทยาลัยของรัฐ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2548)

(2) สัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างปรับปรุงท่าเรือท่องเที่ยวของเทศบาล (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2548)

#### 4.2.4 หลักกฎหมายที่ศาลปกครองใช้พิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การที่จะทราบถึงหลักกฎหมายที่ศาลปกครองใช้พิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อาจพิจารณาได้จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษา ศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยอาจแบ่งพิจารณาเป็น 3 ขั้นตอนคือ การก่อให้เกิดสัญญา การดำเนินการตามสัญญา และการสิ้นสุดลงของสัญญา พบว่า



1) การก่อให้เกิดสัญญา เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญาในประเด็นต่างๆ ดังนี้

(1) การมีผลผูกพันของสัญญาทางปกครองที่ทำด้วยวาจา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.45/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.27/2549 ระบุว่ากรณีที่หน่วยงานทางปกครองได้ว่าจ้างให้เอกชนก่อสร้างสิ่งปลูกสร้าง โดยไม่มีการลงนามจัดทำสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างและเอกชนผู้รับจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างได้แสดงเจตนาที่จะจ้างเอกชนผู้รับสัญญาจ้างเข้าดำเนินการก่อสร้างและเอกชนผู้รับจ้างได้ตอบรับและเข้าดำเนินการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวแล้ว ถือเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอ และคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน ประกอบกับสัญญาจ้างก่อสร้างมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือ การแสดงเจตนาดังกล่าวจึงมีผลให้หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างต้องผูกพันตามสัญญาในอันที่จะต้องชำระสินจ้างให้แก่เอกชนผู้รับจ้างโดยไม่อาจกล่าวอ้างการปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวซึ่งเป็นเพียงขั้นตอนภายในของหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างจะต้องปฏิบัติในการเข้าทำสัญญาจ้างกับบุคคลอื่นเพื่อปฏิเสธการชำระหนี้ตามสัญญาจ้างดังกล่าวให้แก่เอกชนผู้รับจ้างได้ เห็นได้ว่านอกจากศาลปกครองสูงสุดจะยอมรับการมี ผลผูกพันของสัญญาทางปกครองที่ทำด้วยวาจาแล้วยังยอมรับว่าสัญญาจ้างทำของบางกรณีเป็นสัญญาทางปกครอง

(2) การมีผลผูกพันของสัญญาทางปกครองที่แก้ไขเพิ่มเติมด้วยวาจา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547 ระบุว่ากรณีที่ผู้แทนของหน่วยงานทางปกครองทำข้อตกลงเพิ่มเติมด้วยวาจาให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญา โดยงานดังกล่าวอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา และมีได้เกิดจากการสมยอมกันระหว่างผู้แทนของหน่วยงานทางปกครองผู้รับจ้างหรือเกิดจากความผิดของผู้รับจ้างหรือผู้รับจ้าง ต้องการหลีกเลี่ยงการประกวดราคา ย่อมมีผลผูกพันให้หน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดชอบจ่ายเงินค่าจ้างอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวแม้จะเป็นกรณีที่มิได้ผ่านขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ก็ตาม แต่โดยที่การดำเนินการตามระเบียบดังกล่าวเป็นขั้นตอนการปฏิบัติภายในของหน่วยงาน หน่วยงานทางปกครองจึงไม่อาจนำการไม่ปฏิบัติตามระเบียบนั้นมาเป็นเหตุผลในการปฏิเสธความรับผิดชอบ

(3) การไม่จัดทำตามรูปแบบที่กำหนดไว้ท้ายระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจ้างลูกจ้างของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2536 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.88/2550 ระบุว่า การดำเนินการเกี่ยวกับการคัดเลือกลูกจ้าง และการทำสัญญาจ้างลูกจ้างขององค์การ

บริหารส่วนตำบลไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องทำตามแบบซึ่งสัญญาจ้างตามรูปแบบที่กำหนดไว้ ทำระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจ้างลูกจ้างของ หน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2536 ถือเป็นเรื่องขั้นตอนการปฏิบัติภายในของหน่วยงานที่บุคคลภายนอกไม่อาจรู้ได้ แม้การทำสัญญาพิพาทจะได้กระทำไปก่อนที่จะได้รับการอนุมัติกรอบอัตราตำแหน่งและไม่ได้ตั้งงบประมาณเพื่อรองรับตำแหน่งที่จ้างไว้ก็ตาม ผู้ว่าจ้างไม่อาจนำเรื่องการไม่จัดทำตามรูปแบบสัญญาแบบทำระเบียบดังกล่าวมาเป็นเหตุปฏิเสธความรับผิดชอบตามสัญญาที่มีผลสมบูรณ์และผูกพันคู่สัญญาแล้วนั้นได้

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุดไม่เคร่งครัดในเรื่องแบบของสัญญา

2) การดำเนินการตามสัญญา เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามสัญญา ในประเด็นต่างๆ ดังนี้

(1) การชำระค่าปรับตามสัญญาจ้างก่อสร้าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 345/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 411/2550 ระบุว่า กรณีการจ้างงานที่ต้องการผลสำเร็จของงานทั้งหมดพร้อมกันนั้น ข้อ 56 วรรคหนึ่งของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 กำหนดให้ผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งปรับผู้ว่าจ้างเป็นรายวันกรณีส่งมอบงานล่าช้าในอัตราไม่เกิน 0.01-0.10 ของวงเงินค่าจ้างและเพื่อพิจารณาข้อ 56 วรรคหนึ่งประกอบข้อ 60 ของระเบียบข้างต้นเห็นว่า มีเจตนารมณ์ให้วงเงินค่าปรับสูงสุดเพียงร้อยละ 10 ของวงเงินค่าจ้างตามสัญญา ข้อตกลงเกี่ยวกับอัตราค่าปรับร้อยละ 0.20 ของวงเงินค่าจ้างที่กำหนดในสัญญาจ้างจึงใช้บังคับไม่ได้ ในคำพิพากษานี้ได้เน้นให้เห็นว่า ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 เป็นกฎหมายมหาชนซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายบังคับ (jus cogens) และเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยจึงไม่อาจเถียงที่จะไม่ปฏิบัติหรือตกลงมิให้มีผลบังคับหรือตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้

(2) กรณีที่ศาลลดค่าปรับเนื่องจากเกิดเหตุสุดวิสัยจนเป็นอุปสรรคต่อการทำงาน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.44/2548 ระบุว่าเมื่อตามข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำนวนวันที่มีฝนตกและน้ำท่วมจนเป็นอุปสรรคต่อการทำงานตามรายงานของผู้ควบคุมงานมีจำนวน 117 วัน จึงสมควรลดเงินค่าปรับให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามจำนวนวันดังกล่าว ในกรณีเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าเงินค่าปรับที่ผู้ถูกฟ้องคดีปรับผู้ฟ้องคดีเป็นเงินค่าปรับที่สูงเกินส่วนศาลจึงมีอำนาจที่จะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ตาม มาตรา 383 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(3) การสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานนอกเหนือจากข้อตกลงในสัญญา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.158/250 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.247/2551 ระบุว่าหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างสั่งให้ผู้รับจ้างซ่อมแซมทรัพย์สินที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่ก่อสร้าง งบที่ได้รับความเสียหายจากการก่อสร้างอันเป็นการสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานนอกเหนือข้อตกลงในสัญญา หากความเสียหายดังกล่าวไม่ได้เป็นผลมาจากการดำเนินการตามสัญญาของผู้รับจ้างแล้วการที่ผู้รับจ้างไม่ดำเนินการตามคำสั่งข้างต้นย่อมไม่ถือว่าเป็นฝ่ายผิดสัญญาจ้าง

(4) การกำหนดเบี้ยปรับตามสัญญาทุนการศึกษาตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.47/2548 และ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ .261/2551 ระบุว่ากรณีที่สัญญาลาศึกษา กำหนดให้ผู้ลาศึกษาที่กระทำผิดสัญญาต้องจ่ายเงินเดือนคืนพร้อมทั้งเบี้ยปรับอีก 2 เท่า นั้น เนื่องจากเบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายซึ่งส่วนราชการที่อนุญาตให้ลาศึกษากำหนดไว้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิดสัญญา และเป็นการลงโทษผู้กระทำผิดสัญญา เมื่อการกำหนดเบี้ยปรับในอัตราข้างต้น ไม่ได้เป็นความได้เปรียบของรัฐถึงขนาดที่ผู้ลาศึกษาไม่อาจดำรงฐานะได้ตามปกติหรือกระทบสิทธิหน้าที่ของผู้ลาศึกษารุนแรงเกินสมควรประกอบกับหากศาลเห็นว่าเบี้ยปรับที่กำหนดไว้สูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ ดังนั้นเบี้ยปรับที่กำหนดไว้ในอัตราข้างต้นจึงไม่เป็นการเกินสมควร และเป็นค่าเสียหายที่เหมาะสมและเป็นธรรม

(5) กรณีที่สัญญากำหนดเบี้ยปรับไว้สูงกว่าระเบียบ บ.ก.พ. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.291/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.233/2550 ระบุว่าระเบียบ บ.ก.พ.ว่าด้วยการพัฒนาข้าราชการพลเรือน โดยการให้ไปศึกษาเพิ่มเติมในประเทศ พ.ศ. 2540 เป็นระเบียบที่ฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ระเบียบดังกล่าว จึงมีสถานะเป็นกฎหมายที่ส่วนราชการไม่อาจออกระเบียบให้มาขัดแย้งได้

(6) กรณีค่าเสียหายจากการสั่งระงับการทำให้ไม่ตามสัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.374/2549 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.324/2549 ระบุว่า การที่หน่วยงานทางปกครองผู้ให้สัมปทานตามสัญญาสัมปทานการทำไม้ป่าชายเลนมีคำสั่งให้ผู้รับสัมปทานระงับการทำให้รวมทั้งไม่มอบพื้นที่ป่าให้ผู้รับสัมปทานเข้าทำไม้ตามสัญญาสัมปทานดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลที่จะ อ้างได้ตามสัญญาหรือตามข้อกำหนด โดยงานทางปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาสัมปทานจึงต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทำให้ไม่ตามสัญญาสัมปทานให้กับผู้รับสัมปทาน

เมื่อพิจารณาจาก คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุด ใช้หลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาวินิจฉัย มีบางกรณี ศาลปกครอง

สูงสุดใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (คำพิพากษาศาลปกครองคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.291/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.233/2550) หลักความได้สัดส่วน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.47/2548 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.261/2551) ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนมาใช้บังคับ นอกจากนี้ได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายมหาชนมีลักษณะเป็นกฎหมายบังคับ (jus cogens) และเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยจึงไม่อาจเถียงที่จะไม่ปฏิบัติหรือตกลงมิให้มีผลบังคับหรือตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.345/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.411/2550)

3) การสิ้นสุดลงของสัญญา เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสิ้นสุดลงของสัญญา ในประเด็นต่างๆ ดังนี้

กรณีมีเหตุทำให้เชื่อว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดได้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.384/2550 ระบุว่ากรณีที่ครบกำหนดระยะเวลาดำเนินการตามสัญญาจ้างแล้วแต่ผู้รับจ้างดำเนินงานตามสัญญาได้เพียงส่วนและมีเหตุทำให้เชื่อว่าผู้รับจ้างจะไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ ถือว่าผู้รับจ้างตกเป็น ฝ่ายรับผิดชอบสัญญาจ้างอันทำให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและจ้างผู้รับจ้างรายใหม่เข้าทำงานแทน

(2) การบอกเลิกสัญญาโดยอ้างว่าการจัดทำสัญญาไม่ได้ดำเนินการตามระเบียบหรือแนวทางในการจัดทำสัญญาของทางราชการคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.27/2549 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.88/2550 ระบุว่าคณะผู้บริหารชุดเดิมของเทศบาลตำบลทำสัญญาให้เอกชนเข้าจัดการดูแลตลาดสด โดยไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของระเบียบที่เกี่ยวข้องอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อการจัดทำสัญญาดังกล่าวไม่ได้เกิด จากความผิดปกติของเอกชนคู่สัญญา การบอกเลิกสัญญาจึงมิได้เกิดจากสัญญาหรือมีเหตุอันจะอ้างตามกฎหมายได้ กรณีถือเป็นการบอกเลิกสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) การบอกเลิกสัญญาโดยที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังไม่มีสิทธิโดยชอบที่จะบอกเลิกสัญญาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2551 ระบุว่ากรณีที่หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างและเอกชนผู้รับจ้างต่างยังไม่มีสิทธิอันชอบธรรมที่จะบอกเลิกสัญญาจ้าง แต่เมื่อทั้งสองฝ่ายต่างใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาซึ่งกันและกันแสดงว่า ต่างสมัครใจที่จะให้สัญญาเลิกแล้วต่อกัน สัญญาจึงเลิกกันโดยปริยาย

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุดใช้หลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาวินิจฉัย ส่วนการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ฝ่าย

เดียวของฝ่ายปกครองนั้นหลักกฎหมายเป็นที่ยอมรับว่ามีอยู่ในหลักกฎหมาย สัญญาทางปกครองของประเทศไทย

#### 4.3 การมอบอำนาจกับสัญญาทางปกครอง

##### 4.3.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการมอบอำนาจ<sup>16</sup>

ในการปฏิบัติราชการ การกระจายอำนาจถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งเพราะกลไกการบริหารงานของภาครัฐ ต้องอาศัยกฎหมาย กฎ ระเบียบต่างๆ เป็นเครื่องมือให้ส่วนราชการมีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ แต่กฎหมาย กฎ หรือ ระเบียบเหล่านั้นจะกำหนดไว้เฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งในฐานะหัวหน้าส่วนราชการผู้รับผิดชอบเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าการปฏิบัติภารกิจในเรื่องนั้นๆ อยู่ในอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของส่วนราชการใด แต่มิได้หมายความว่าหัวหน้าส่วนราชการที่กำหนดให้เป็นผู้รับผิดชอบตามกฎหมาย กฎ หรือ ระเบียบนั้นจะต้องมีหน้าที่ดำเนินการด้วยตนเองทุกเรื่องแต่อย่างใด เพราะหากเป็นเช่นนั้นระบบการบริหารราชการแผ่นดินอาจต้องหยุดชะงักหรือล่าช้าเป็นอันมากเนื่องจากต้องรอการดำเนินการของบุคคลคนเดียวซึ่งมิใช่เป็นความประสงค์ของกฎหมาย กฎ หรือระเบียบของทางราชการ ดังนั้นกฎหมายว่าด้วยระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินจึงได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนเพื่อเป็นหลักสำคัญที่จะทำให้การบริหารราชการสามารถขับเคลื่อนไปได้โดยมีประสิทธิภาพและรวดเร็วโดยมีผู้รับผิดชอบตามลำดับชั้นซึ่งเป็นหลักการที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินต่อเนื่องตลอดมา และมีการพัฒนาตามลำดับเพื่อให้การมอบอำนาจสามารถตอบสนองต่อการปฏิบัติราชการให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และสอดคล้องกับสังคมสมัยใหม่

อย่างไรก็ตามแม้ว่า กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินจะได้บัญญัติเรื่องการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนเป็นหลัก การให้ต้องปฏิบัติไว้แล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินก็เป็นเช่นเดียวกับกฎหมายทั่วไปที่เป็นเพียงการกำหนดขึ้นไว้เป็นหลักการทั่วไปในการที่ผู้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งมีอำนาจดำเนินการตามกฎหมาย กฎ คำสั่งหรือระเบียบปฏิบัติราชการนั้นหากจะมอบอำนาจการปฏิบัติราชการดังกล่าวจะมอบให้แก่ผู้ใดได้บ้างเท่านั้น มิได้มีผลบังคับให้ต้องมีการมอบอำนาจในเรื่องใดโดยมีแนวคิดเกี่ยวกับกา รมอบ

<sup>16</sup> สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. (2552). รวมกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน. หน้า 197-198.

อำนาจที่มีหลักเกณฑ์อย่างใด ด้วยเหตุนี้การบริหารราชการที่ผ่านมาในอดีตจึงแตกต่างกันในแต่ละส่วนราชการโดยขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของส่วนราชการว่าจะมอบอำนาจต่อไปให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นอีกหรือไม่ บางส่วนราชการที่วางระบบการมอบอำนาจไว้อย่างดีทำให้การบริหารราชการมีความคล่องตัวสามารถให้บริการแก่ประชาชนได้อย่างรวดเร็ว ในขณะที่บางส่วนราชการไม่มีการวางระบบการมอบอำนาจทำให้งานค้างอยู่ที่หัวหน้าส่วนราชการนั้นเป็นจำนวนมากอันเป็นเหตุแห่งการร้องเรียนการปฏิบัติงานที่ล่าช้า ด้วยเหตุนี้ในการแก้ไขพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 คณะรัฐมนตรีจึงได้กำหนดระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546 เพื่อเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการมาตรฐานในการมอบอำนาจให้ทุกส่วนราชการถือปฏิบัติเป็นอย่างเดียวกัน โดยมีประสงค์ให้มีการกระจายอำนาจการตัดสินใจหรือการปฏิบัติราชการไปยังผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ ให้มากที่สุด โดยมีระบบการกำกับดูแลและการใช้อำนาจให้เป็นไปอย่างถูกต้อง และเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากมีข้อจำกัดหลายเรื่องในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เช่น การระบุตัวบุคคลผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจไว้จำกัดตายตัวจนไม่อาจมอบอำนาจให้ผู้อื่นนอกจากที่ระบุไว้ได้ การไม่สามารถมอบอำนาจต่างส่วนราชการ ซึ่งเป็นปัญหาไม่อาจบริหารราชการงานแบบบูรณาการได้ การที่ผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อไปยังผู้อื่นเพื่อกระจายความรับผิดชอบ ข้อจำกัดเหล่านี้มีผลทำให้การกระจายอำนาจการปฏิบัติราชการยังไม่อาจกระทำได้ดีเต็มที่ จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายใหม่เป็นพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ซึ่งได้แก้ไขข้อจำกัดเหล่านั้น และคาดหวังได้ว่าจะทำให้การมอบอำนาจกระทำได้ง่าย และมีประสิทธิภาพในการปฏิบัติราชการยิ่งขึ้น

#### 4.3.2 การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง<sup>17</sup>

แม้ว่า มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 จะได้บัญญัติให้มีการมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการอื่นหรือต่างส่วนราชการได้ก็ตาม แต่การมอบอำนาจต่างส่วนราชการนั้นยังมีข้อพิจารณาเพื่อให้สอดคล้อง กับระบบการบริหารราชการแผ่นดิน ด้วย เพราะถ้าหากเป็นการปฏิบัติราชการในกระทรวงเดียวกันจะพบว่ากระทรวงแต่ละกระทรวงมีอำนาจหน้าที่เฉพาะเรื่องตามขอบเขตการจัดตั้งกระทรวงและการกำหนดอำนาจหน้าที่ของ

<sup>17</sup> แหล่งเดิม. หน้า 215-218.

กระทรวงตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม สำหรับส่วนราชการ ในกระทรวง ได้แก่กรมต่าง ๆ นั้นเป็นส่วนราชการที่จัดตั้งขึ้นเพื่อนำภารกิจแต่ละด้านตามอำนาจหน้าที่ของ กระทรวงไปดำเนินการปฏิบัติ ฉะนั้นการปฏิบัติราชการของกรมแต่ละกรมก็คือการปฏิบัติราชการ ของกระทรวง การปฏิบัติงานของแต่ละกรมจะมีส่วนเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน โดยอาศัยความเชี่ยวชาญ ของผู้ปฏิบัติงานที่ไม่แตกต่างกันมากนักและยังมีปลัดกระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชาผู้ปฏิบัติงานใน กรมทุกตำแหน่งและรับผิดชอบในงานนโยบายของกระทรวงซึ่งกรมต้องรับไปปฏิบัติ แต่สำหรับ ส่วนราชการระดับกระทรวงด้วยกัน แต่ละกระทรวงมีอำนาจหน้าที่แตกต่างกันตามกฎหมายว่าด้วย การปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม ทำให้มีเป้าหมายแล ระบบการปฏิบัติงานที่แตกต่างกัน ผู้ปฏิบัติงานมีความเชี่ยวชาญในแต่ละด้านซึ่งไม่ตรงกันและในแต่ละกระทรวงมีความรับผิดชอบใน การปฏิบัติงานของตนให้เกิดผลสำเร็จขึ้นตรงต่อปลัดกระทรวง ฉะนั้นหากให้มีการมอบอำนาจข้าม กระทรวงกันได้โดยอาศัยเพียงการพิจารณาของผู้มอบอำนาจว่าจะประสงค์จะดำเนินการเช่นนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อการบริหารงานตามนโยบายของแต่ละกระทรวงขึ้นได้และอาจไม่มีความ เชี่ยวชาญเพียงพอที่จะปฏิบัติงานของอีกกระทรวงหนึ่งได้ซึ่ง จะทำให้เกิดความเสียหายต่อราชการ ด้วยเหตุนี้การมอบอำนาจต่างส่วนราชการที่อยู่ต่างกระทรวงกันพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบ อำนาจ พ.ศ. 2550 จึงแยกบัญญัติเป็นอีกหมวดหนึ่งต่างหากเพราะต้องมีแนวทางปฏิบัติเป็นกรณี เฉพาะโดยไม่อาจใช้แนวทางเดียวกันกับการมอบอำนาจที่อยู่ในกระทรวงเดียวกันได้

#### 1) วิธีการมอบอำนาจระหว่างส่วนราชการต่างกระทรวง

การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวงได้มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 17 ซึ่ง บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 17 การมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการต่างกระทรวง เว้นแต่กรณีการมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดตามหมวด 5 ให้กระทำได้เมื่อมีการทำบันทึก ความตกลงระหว่างส่วนราชการที่มอบอำนาจ และที่รับมอบอำนาจแล้วและการมอบอำนาจนั้นต้อง ทำเป็นหนังสือ

บันทึกความตกลงตามวรรคหนึ่งต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ และ วิธีการใช้อำนาจซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายการ ดังนี้

- (1) ขอบเขตอำนาจที่ได้รับมอบ
- (2) แนวทาง นโยบายและข้อสงวนของการใช้อำนาจ
- (3) ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ที่ติดต่อได้ในกรณีมีข้อสงสัยเกี่ยวกับกระบวนการ

ใช้อำนาจ

ให้ปลัดกระทรวงของแต่ละกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับการมอบอำนาจเป็นผู้ลงนามในบันทึกข้อตกลง ในกรณีที่เป็นการมอบอำนาจระหว่างกรมของแต่ละกระทรวงให้อธิบดีของกรมที่เกี่ยวข้องกับการมอบอำนาจเป็นผู้ร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงด้วย

การมอบอำนาจตามวรรคหนึ่งให้ส่งสำเนาทันทีความตกลง และหนังสือมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ ก.พ.ร. ด้วย”

หลักเกณฑ์ของการมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวงนั้นได้กำหนดให้ต้องมีการทำบันทึกข้อตกลงระหว่างกระทรวงที่มอบอำนาจ และที่จะรับมอบอำนาจขึ้นเสียก่อนจึงจะดำเนินการมอบอำนาจได้ ทั้งนี้เนื่องจากการมอบอำนาจต่างกระทรวงนั้นมีผลกระทบต่อการปฏิบัติราชการในการรับชอบของแต่ละกระทรวง จึงจำเป็นต้องให้แต่ละกระทรวงได้พิจารณาด้วยความรอบคอบว่าการมอบอำนาจที่จะกระทำขึ้นสามารถกระทำได้เพียงใด ขอบเขตการปฏิบัติงานเป็นอย่างไร ความเชี่ยวชาญของกระทรวงที่จะรับมอบอำนาจมีเพียงพอที่จะปฏิบัติงานได้โดยไม่เกิดความเสียหายหรือไม่ เมื่อมีการจัดทำบันทึกข้อตกลงแล้วย่อมแสดงว่า มีความพร้อมที่จะรับมอบอำนาจไปปฏิบัติได้จึงจะมีการมอบอำนาจภายใต้บันทึกข้อตกลงนั้น

การทำบันทึกข้อตกลงนี้เป็นการจัดทำขึ้นระหว่างกระทรวงที่จะมอบอำนาจและกระทรวงที่จะรับมอบอำนาจเท่านั้น หากเป็นการมอบอำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการใดให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งแม้ว่าจะเป็นการมอบอำนาจต่างกระทรวงเช่นกัน พระราชกฤษฎีกานี้ได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไม่ต้องจัดทำบันทึกข้อตกลงตาม มาตรา 18 เพราะการมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นการมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้บริหารกิจการนั้นและต้องมอบอำนาจต่อไปให้ส่วนราชการที่อยู่ในจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติต่อไปในฐานะ ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นซึ่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดไว้เป็นการเฉพาะอยู่แล้ว

บันทึกความตกลงตาม มาตรา 17 นี้แตกต่างจากการทำความตกลงตาม มาตรา 15 ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 เพราะบันทึกความตกลงตาม มาตรา 17 กฎหมายได้กำหนดรูปแบบการจัดทำโดยให้จัดทำเป็นบันทึกระหว่างส่วนราชการที่ต้องมีการลงนามในบันทึกเป็นหลักฐานยืนยันที่ชัดเจน และรายละเอียดที่จำเป็นต้องมีการบันทึก ได้แก่

(1) ขอบเขตอำนาจที่ได้มอบ ซึ่งต้องกำหนดให้ชัดเจนว่า เป็นการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการในเรื่องใด ตามกฎหมาย กฎ คำสั่งหรือระเบียบปฏิบัติราชการในเรื่องใด

(2) แนวทาง นโยบายและข้อสงวนของการใช้อำนาจ เนื่องจาก เป็นการปฏิบัติราชการต่างกระทรวง การได้รับมอบอำนาจจำเป็นต้องทราบแนวทางการปฏิบัติราชการในเรื่องนั้น



นโยบายของกระทรวงที่เป็นเจ้าของอำนาจรวมทั้งถ้ามิได้มอบอำนาจโดยให้อิสระในการดำเนินการ ต้องระบุข้อสงวนว่าเรื่องใดกระทำได้ภายใต้ขอบเขตเงื่อนไขอย่างไร เพื่อเป็นหลักฐานการปฏิบัติงานในเรื่องการมอบอำนาจที่ชัดเจนมิให้เกิดข้อผิดพลาดในการปฏิบัติงานซึ่งอาจมีผลให้ต้องร่วมรับผิดชอบในผลเสียหายที่เกิดขึ้นหากมิได้แจ้งข้อมูลให้ครบถ้วน

### (3) ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ที่ติดต่อได้

ในการจัดทำบันทึกการตกลง ปลัดกระทรวงของแต่ละกระทรวงที่มอบอำนาจ และรับมอบอำนาจจะต้องเป็นผู้ลงนามในบันทึกข้อตกลงเพื่อเป็นหลักฐานยืนยันความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันและถ้าการมอบอำนาจต่างกระทรวงนั้นเป็นการมอบอำนาจการปฏิบัติราชการตามภารกิจของกรม อธิบดีที่เกี่ยวข้องจะต้องร่วมลงนามด้วยเพราะเป็นผู้ที่จะต้องปฏิบัติ ให้เป็นไปตามบันทึกข้อตกลงนั้น แล้วส่งสำเนานบันทึก ความตกลงในหนังสือมอบอำนาจให้แก่ ก.พ.ร. เพื่อรวบรวมเป็นข้อมูลและตรวจสอบการดำเนินเกี่ยวกับการมอบอำนาจนั้น

### 2) การบังคับให้มอบอำนาจ

การกำหนดให้ส่วนราชการต่างกระทรวงต้องมอบอำนาจนั้นเป็นไปตามมาตรา 18 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า

“ มาตรา 18 ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีหรือ ก.พ.ร. มีมติให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดระหว่างส่วนราชการต่างกระทรวง ให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่มอบอำนาจให้เป็นไปตามนั้นโดยมิให้นำความใน มาตรา 17 มาใช้บังคับ แต่ทั้งนี้ถ้าคณะรัฐมนตรีหรือ ก.พ.ร. กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมอบอำนาจ และการปฏิบัติราชการไว้อย่างใด ให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์นั้นด้วย”

โดยปกติการมอบอำนาจระหว่างกระทรวงจะเป็นไปโดยความสมัครใจ โดยกระทรวงที่มอบอำนาจ และกระทรวงที่รับมอบอำนาจจะต้องจัดทำบันทึกความตกลงระหว่างกันขึ้นไว้ตามที่บัญญัติใน มาตรา 17 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 แต่ตามพระราชกฤษฎีกานี้ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การมอบอำนาจระหว่างส่วนราชการเป็นอีกกรณีหนึ่ง โดยคณะรัฐมนตรีหรือ ก.พ.ร. อาจมีมติให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดระหว่างส่วนราชการต่างกระทรวงขึ้นได้เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการเรื่องใดที่คณะรัฐมนตรีหรือ ก.พ.ร. เห็นว่ามีความจำเป็นต้องมีการบูรณาการระหว่างกระทรวงให้มีการปฏิบัติงานร่วมกัน โดยให้กระทรวงใดกระทรวงหนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบหลักและจำเป็นต้องโอนอำนาจของกระทรวงอื่นมาให้กระทรวงผู้รับผิดชอบนั้นหรือเป็นกรณีที่รัฐมีนโยบายจัดตั้งศูนย์บริการร่วม โดยมีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของกระทรวงหนึ่งรับผิดชอบงานของกระทรวงอื่นที่เกี่ยวข้องไปด้วย กรณีเช่นนี้คณะรัฐมนตรีหรือ

ก.พ.ร.ย่อมสามารถกำหนดให้มีการมอบอำนาจต่างกระทรวงได้และเมื่อเป็นนโยบายกลางการมีมติในเรื่องนี้จึงมีผลบังคับให้ทุกกระทรวงต้องปฏิบัติตามภายใต้หลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีหรือ ก.พ.ร. กำหนด โดยไม่จำเป็นต้องมีการจัดทำบันทึกความตกลงตาม มาตรา 17 เสียก่อน

#### 4.3.3 การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง กรณีการมอบอำนาจตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่าง กระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหม

การมอบอำนาจ ให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง มีกรณีตัวอย่างคือ กรมการขนส่งทางอากาศได้มีหนังสือ ที่ ค 0501/10022 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2550 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 กำหนดให้การอนุญาตให้อากาศยานทหารต่างประเทศบินผ่านหรือขึ้นลงในราชอาณาจักรต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจาก รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมก่อน ต่อมา คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2505 เห็นชอบให้กองทัพอากาศเป็นเจ้าหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ แล้วรายงานให้ กระทรวงคมนาคมทราบโดยด่วนทุกครั้ง ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกรมมอบอำนาจให้กองทัพเป็นผู้ใช้อำนาจตามตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ กระทรวงกลาโหม จึงมีหนังสือขอความเห็นชอบรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมมอบอำนาจให้ผู้บังคับบัญชาการทหารอากาศมีอำนาจอนุมัติให้อากาศยานทหารต่างประเทศบินผ่าน หรือขึ้นลงตามมาตรา 29 กระทรวงคมนาคมจึงได้มอบหมายให้กรมการขนส่งทางอากาศหรือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยตรง เนื่องจากมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่นได้ แต่วรรคสามกำหนดว่า ความในวรรคหนึ่งไม่ให้ใช้บังคับกับการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติ ให้ต้องออกใบอนุญาตหรือที่ บัญญัติผู้มีอำนาจไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งการมอบอำนาจตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ น่าจะเข้าข่ายกรณีตามวรรคสาม กรมการขนส่งทางอากาศจึงขอหารือว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมจะมอบอำนาจตามมาตรา 29 ให้ผู้บัญชาการทหารอากาศได้หรือไม่ จะขัดต่อพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณาข้อหารือดังกล่าว ประกอบกับได้รับฟังคำชี้แจงข้อเท็จจริงจากผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงาน ก.พ.ร.) ผู้แทนกระทรวงกลาโหม (กองทัพอากาศ) และผู้แทนกระทรวงคมนาคม (สำนักงานปลัดกระทรวงและ กรมการขนส่งทาง

อากาศ) แล้วเห็นว่า บทบัญญัติ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติปรับปรุงหลักเกณฑ์ และวิธีการในเรื่องการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการทั่วไปตาม มาตรา 38 วรรคหนึ่งกับการมอบอำนาจในการอนุญาตตามกฎหมายที่กำหนดให้ต้องออกเป็นอนุญาต หรือที่กำหนดผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะตาม มาตรา 38 วรรคสาม โดยในการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการทั่วไปนั้นผู้มีอำนาจอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้โดยไม่จำกัดตำแหน่งแต่ถ้ากฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นหรือห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ก็ต้องมอบอำนาจให้บุคคลที่กฎหมายหรือ มติของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวกำหนด สำหรับกรณีการมอบอำนาจในการอนุญาตนั้นผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจ สามารถที่จะมอบอำนาจให้ข้าราชการ ซึ่งอยู่ได้ทั้ง คับบัญชา และผู้ว่าราชการจังหวัด หรือ ตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนดได้

ต่อปัญหาที่ว่าอำนาจตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 จะมอบให้บุคคลอื่นได้ตาม มาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือ มาตรา 38 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เห็นว่า บทบัญญัติ มาตรา 29 กำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือเท่านั้น ไม่ใช่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องออกเป็นใบอนุญาต ดังจะเห็นได้ว่า กฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศก็ได้ บัญญัติแยกกิจกรรมที่ต้องได้รับ อนุญาตเป็นหนังสือ และที่ต้องได้รับ ใบอนุญาต ไว้ต่างกันทั้งยังกำหนดตัวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอนุญาตเป็นหนังสือไว้ตามลำดับแห่งความสำคัญของกิจกรรมที่จะอนุญาต เช่น ในกรณีที่อากาศยานทั่วไปที่มีใช่อากาศยานของต่างประเทศตาม มาตรา 27 จะบินออกนอกราชอาณาจักร เพียงแต่ให้ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้นโดยไม่ต้องได้รับ อนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเช่นเดียวกับกรณีของอากาศยานพลเรือนของต่างประเทศตามมาตรา 28 และอากาศยานทหารต่างประเทศตามมาตรา 29 เป็นต้น ส่วนกิจกรรมใดที่มีความสำคัญกฎหมายก็จะบัญญัติให้ออกเป็น ใบอนุญาต ดังเช่นที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 29 ทวิ ด้วยเหตุผลดังกล่าวการมอบอำนาจตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ จึงอาจกระทำได้ตาม มาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ และเมื่อกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมย่อมมีดุลพินิจที่จะมอบอำนาจให้บุคคลใดปฏิบัติราชการแทนได้แม้จะต่างส่วนราชการกัน

ผู้เขียนเห็นว่า บันทึกความตกลงเรื่องการมอบอำนาจตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่างกระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหมมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดการบริการสาธารณะเป็นอีกแง่มุมหนึ่งของสัญญาทางปกครอง

## บทที่ 5

### วิเคราะห์หลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

#### 5.1 วิเคราะห์สัญญา ของฝ่าย ปกครองของประเทศไทยก่อน มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาของฝ่าย ปกครองของประเทศไทยก่อน มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาจพิจารณาแยกได้เป็น 2 ช่วงเวลาคือ ช่วงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลเกล้าเจ้าอยู่หัวจนถึงช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองพ.ศ. 2475 และช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ .ศ. 2475 จนถึงก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

##### 5.1.1 ช่วงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จนถึงช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้น ได้มีแนวคิดที่แยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นประเภทใหญ่ๆ 2 ประเภทขึ้น คือ สัญญาไปรเวท (privat contract) และสัญญาปับลิก (public contract) ในรัชสมัยของพระองค์ได้มีการพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าดำเนินงานบางประเภทที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ โดยผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตได้รับสิทธิ เพียงแต่ผู้เดียวในการดำเนินการ โดยมีสิทธิพิเศษในการจัดเก็บรายได้จากบริการนั้นๆ โดยต้องลงทุนในการดำเนินการด้วยตนเอง และต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่ราชการ การพระราชทานพระบรมราชานุญาต ดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่าเป็นแหล่งกำเนิดหรือที่มาของการให้สัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทยในยุคต่อมา เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2464 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างรถไฟรายจรในพระราชอาณาจักรเว้นแต่มีพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษและมีข้อกำหนดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของรัฐบาลหลายประการและต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ .ศ. 2471 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนเว้นแต่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทาน รวมถึงการประกาศใช้พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทานพ.ศ. 2473 ซึ่งมีสาระสำคัญในทำนองเดียวกันคือ ห้ามเอกชนสร้างและบำรุงรักษา

ทางหลวงในราชอาณาจักรเว้นแต่โดยอาศัยอำนาจแห่งสัมปทานที่ได้รับจากรัฐบาล เมื่อพิจารณาบทกฎหมายที่ได้ถูกตราขึ้นใช้ในช่วงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจนถึงช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 แล้วเห็นได้ว่า บทกฎหมายเหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงการมีอยู่ของลักษณะเฉพาะที่พิเศษของกิจการบางประเภทที่ทำให้มีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดเงื่อนไข และวิธีการในการที่ฝ่ายปกครองจะเข้าผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชนรวมถึงการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของฝ่ายปกครอง และเอกชนที่เกี่ยวข้องที่มีลักษณะพิเศษต่างไปจากสิทธิ และหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง

### 5.1.2 ช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 จนถึงก่อนประกาศใช้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อพิจารณาจากบทกฎหมายที่ตราขึ้นในช่วงนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499 ซึ่งก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญคือ การขอสัมปทานไม่ต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์แต่จะต้องขอจากรัฐบาลแทน ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ซึ่งกำหนดให้การประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคจะต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานก่อนจึงจะกระทำได้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการตรวจสอบโครงการต่างๆ ที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยมีการวางเงื่อนไข หลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาตัดสินใจให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยวิธีการทำสัญญาอย่างเป็นระบบ ผลของกฎหมายนี้ทำให้สัมปทานบริการสาธารณะที่มีมูลค่าเป็นพันล้านบาทต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้มีการกำหนด ในพระราชบัญญัตินี้ในส่วน of กฎหมายที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติเช่น พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 พระราชบัญญัติการรังนกอีแร่น พ.ศ. 2540 มีหลักการทำนองเดียวกันว่า ถ้าเอกชนใดมีความประสงค์จะประกอบกิจการหรือดำเนินการใดที่มีลักษณะเป็นการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติในประเทศไทยจะต้องดำเนินการให้ตนเองได้เป็นผู้รับสัมปทานจากทางราชการเสียก่อน ในช่วงต่อมามีหลักเกณฑ์ว่าด้วยการทำสัญญาของหน่วยราชการโดยเฉพาะอย่างยิ่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการเป็นการทั่วไป ระเบียบนี้ใช้บังคับแก่ส่วนราชการซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุโดยใช้เงินงบประมาณเงินกู้และเงินช่วยเหลือ แต่ระเบียบนี้ไม่ใช้บังคับแก่ราชการส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจต่างๆ ดังนั้นในภาพรวมต้องถือว่ายังไม่มีแนวทางเกี่ยวกับหลักสัญญา

ทางปกครองที่ครอบคลุมทุกเรื่อง ส่วนแนวความคิดของการมีหลักเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับ สัญญาที่กระทำโดยทางราชการมีปรากฏอยู่บ้างดังจะเห็นได้จากการบังคับกฎหมายขององค์กรทางกฎหมาย เช่นแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองตามมติคณะรัฐมนตรี แนวคำวินิจฉัยบางเรื่องของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ในช่วงนี้ได้มีนักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งที่สำเร็จการศึกษาวิชากฎหมายมหาชนมาจากประเทศในภาคพื้นยุโรปได้ทำกา รเผยแพร่แนวความคิดทางกฎหมายมหาชนเข้าสู่วงการนิติศาสตร์ของไทยอย่างต่อเนื่อง แต่ด้วยเหตุที่คำพิพากษาศาลฎีกามีอิทธิพลต่อการนิติศาสตร์ไทยโดยรวมอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2545 ที่วินิจฉัยว่า “สัมปทานเพื่อการลงทุนประกอบการเกษตรกรรม และอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวง มหาดไทย จำเลย ออกให้โจทก์ก็คือ สัญญาระหว่างรัฐกับโจทก์ ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานและในส่วนที่มีได้ระบุไว้ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้นแม้ไม่ได้ระบุถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานในการที่จะขอยกเลิกสัมปทานก็หาใช่ว่าโจทก์จะไม่มีสิทธิบอกเลิกไม่ เมื่อโจทก์ใช้สิทธิบอกเลิกสัมปทานแล้ว คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 และหากการบอกเลิกเป็นเพราะจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้ด้วย ” เท่ากับศาลฎีกายึดถือเป็นหลักว่า ประเทศไทยไม่มีหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนโดยเฉพาะ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเหล่านี้ก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นจะต้องมีการออกกฎหมายพิเศษขึ้นมาเพื่อการนั้น มิฉะนั้นจะถือว่าการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองเป็นการผิดสัญญา อย่างไรก็ตามนักกฎหมายมหาชนของไทยที่สำเร็จจากต่างประเทศก็ได้มีการเผยแพร่แนวความคิดทางด้านกฎหมายมหาชนในเรื่องที่ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองผ่านบทความทางวิชาการ<sup>1</sup> ซึ่งต่อมาก็ส่งผลให้มีการบัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้ว่าจะกำหนดไว้เพียงว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและบัญญัติเพียงว่าสัญญาทางปกครองหมายความว่าสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ถือได้ ว่าเป็นการได้ริเริ่มข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองลงไว้ในระบบกฎหมายไทย

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เล่มเดิม. หน้า 73-120.

## 5.2 วิเคราะห์สัญญาทางปกครองของประเทศไทย หลังมีการตรา พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

หลังมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาทางปกครองเป็น 2 ประเภทได้แก่ สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในกรณีสัญญาทางปกครองข้อกฎหมายกำหนดนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประการแรกคือ หลักเกณฑ์ในเรื่องคู่สัญญาซึ่งกำหนดให้ต้องมีคู่สัญญา อย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ ประการที่สองหลักเกณฑ์ในเรื่องเนื้อหาของสัญญาได้กำหนดเอาไว้เป็น การเฉพาะว่าสัญญา 4 ลักษณะคือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำ บริการสาธารณะ สัญญาที่ให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นสัญญาทางปกครองเพราะกฎหมายกำหนดในกฎหมายไทย ส่วนสัญญาทางปกครองโดยสภาพมีหลักเกณฑ์ที่วางไว้ โดยมีมติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด 3 ประการหลักเกณฑ์ประการแรกได้แก่ หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญาโดยต้องปรากฏว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ หลักเกณฑ์ประการ ที่สองได้แก่หลักเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเข้าดำเนินหรือเข้าร่วม ดำเนิน การบริการสาธารณะ และหลักเกณฑ์ ประการ ที่สามได้ แก่หลักเกณฑ์ที่พิจารณาจากข้อกำหนดในสัญญา โดยมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เมื่อพิจารณาจาก คำพิพากษา และคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ถ้าวิเคราะห์โดยใช้ กฎเกณฑ์เดิมจะพบว่า

### 1) กรณีเป็นสัญญาสัมปทาน

คดีส่วนใหญ่เป็นเรื่องสัมปทานทำไม้ป่าชายเลนมีส่วนน้อยที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับ สัญญาสัมปทานจัดตั้งนกอีแอ่น สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุน ระหว่างรัฐกับเอกชน สัญญาทางปกครองกรณีนี้ไม่ยุ่งยากในการวินิจฉัยแต่มีปัญหาเรื่องความหมายทับซ้อนกับ สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เห็นได้จากกรณีสัมปทานทำไม้ป่าชายเลนซึ่งบางครั้งก็วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้นเพื่อมิให้เกิดการซ้ำซ้อนกัน จึงควรต้องตีความสัญญาสัมปทานว่าเป็นสัญญาที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำ บริการสาธารณะเท่านั้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้รับสัมปทานจะต้องลงทุน และลงแรงเองกับต้องรับความเสี่ยงจากการขาดทุน โดยผู้รับสัมปทานมีรายได้จากการจัดเก็บค่าธรรมเนียมการใช้บริการ เมื่อหมดสัญญาแล้วถ้ามีสิ่งก่อสร้างที่ผู้รับสัมปทานได้จัดทำไว้สิ่งก่อสร้างนั้นก็จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ



## 2) กรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ

(1) ความหมายของคำว่า “จัดทำ” เมื่อพิจารณาจาก คำพิพากษาและ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาล ส่วนใหญ่ เห็นได้ว่า การก่อสร้างหรือทำหรือจัดหาแล้วส่งมอบให้รัฐนำไปให้บริการแก่ประชาชน เช่น กรณี การก่อสร้างอาคารอเนกประสงค์ อาคารบ้านพักคนงานและอาคารฝึกงาน ณ ศูนย์การศึกษาออก โรงเรียนจังหวัดนครราชสีมา เป็นต้นถือว่าเป็น “จัดทำ” เห็นว่า “จัดทำ” ควรหมายถึง จัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนโดยตรง กล่าวคือต้องเป็นเรื่องที่เอกชนคู่สัญญาเข้าไปให้บริการสาธารณะให้แก่ประชาชนผู้มารับบริการ มิใช่เอกชน ก่อสร้างหรือทำหรือจัดหาแล้วส่งมอบให้รัฐนำไปให้บริการแก่ประชาชน มีตัวอย่างที่อธิบายเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจนคือคำสั่งศาล ปกครองสูงสุดที่ 113/2551 ซึ่งกล่าวว่า สัญญาซื้อขายวัสดุสำนักงาน และเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมอุปกรณ์ เป็นสัญญาซื้อขายวัสดุสำนักงานทั่วไป อีกทั้งเมื่อหน่วยงานทางปกครองได้รับมอบเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมอุปกรณ์แล้วต้องดำเนินการตามวัตถุประสงค์ด้วยตนเอง โดยไม่มีผลผูกพัน มอบหมายให้คู่สัญญาดำเนินการบริการสาธารณะแต่อย่างใด จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

(2) บริการสาธารณะ เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลส่วนใหญ่เห็นว่า รวมไปถึงถึงว่าการจ้างบุคคลมาทำงานด้วย เช่น การจ้างลูกจ้างมาเก็บขยะมูลฝอย เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ถ้าเป็นตามแนวทางนี้ สัญญาทางปกครอง จะมีจำนวนมากเพราะสิ่งที่หน่วยงานทางปกครองทำก็คือบริการสาธารณะ ทั้งสิ้น เห็นว่าบริการสาธารณะ ควรหมายถึงสภาพของงานหรือบริการนั้นๆ เช่น การจัดเก็บ ขยะมูลฝอย โดยสภาพของงานเป็น บริการสาธารณะ สัญญาว่าจ้างเอกชนให้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอยมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

(3) ควรมีเกณฑ์ในการในการแบ่งแยกว่ากรณีใดเป็น กรณีเป็นให้จัดทำบริการสาธารณะกรณีใดเป็นให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ เห็นว่าให้จัดทำบริการสาธารณะควรใช้ในกรณีเป็นภารกิจหลักของหน่วยงาน ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะควรใช้ในกรณีเป็นภารกิจที่แยกเป็นงานย่อยๆ ได้เพราะไม่เช่นนั้นจะไม่มีแตกต่างระหว่าง 2 กรณีนี้

## 3) กรณีเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

เมื่อพิจารณาจาก คำพิพากษาและ คำสั่งของศาลปกครอง สูงสุดและคำวินิจฉัยของ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาล ส่วนใหญ่เห็นว่า ได้รวมเอาอาคารต่างๆ

เป็นสิ่งสาธารณูปโภค ไปด้วย ในเบื้องต้นเป็นที่เข้าใจได้ว่า เชื้อน สะพาน ถนน ประปา เป็นสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งสอดคล้องกับความหมายของคำว่า “สาธารณูปโภค” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานที่อธิบายความหมายไว้ว่า “สาธารณูปโภค หมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์” การที่เข้าใจได้ว่าอาคารหอพักพยาบาลเป็นสิ่งสาธารณูปโภคน่าจะเป็นที่เข้าใจได้ยาก แต่ถ้าเป็นสัญญาจ้างทำของน่าจะเป็นที่เข้าใจได้

เมื่อพิจารณาจาก คำพิพากษาและ คำสั่งของศาลปกครอง สูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในระยะหลังได้วางแนวทางในการให้เหตุผลว่าสัญญานั้นๆเป็น สัญญาทางปกครอง เพิ่มอีก 1 กรณีคือ กรณี “มีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ” โดยวินิจฉัยให้สัญญาจ้างก่อสร้างเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาจัดใ ห้มีสิ่งสาธารณูปโภค เห็นได้ว่า ศาลปกครอง สูงสุด และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาล ได้ขยายความหมายของบริการสาธารณะออกไปอย่างกว้างขวาง แม้แต่การสร้างอาคารต่างๆ ให้แก่หน่วยงานทางปกครองก็เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ กรณีจึงไม่ใช่ที่วินิจฉัยโดยอ้างอิง จากคำนิยามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 หากแต่เป็นการอ้าง เหตุใหม่ในการสนับสนุนคำวินิจฉัย เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยแล้วจะเห็นได้ ว่าเป็นกรณีการก่อสร้าง การจัดซื้อเครื่องมือต่างๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะ เห็นว่าเหตุใหม่ในการสนับสนุนคำวินิจฉัยมีข้อดีในแง่ความยืดหยุ่นแต่มีข้อเสียที่อาจยืดหยุ่นมากจนอาจทำให้ขาดความแน่นอน

ส่วนกรณี สัญญาซื้อขายที่ดินที่จะถูกเวนคืน การที่เข้าใจ เป็นสัญญาทาง ปกครอง เพราะเป็นการจัดให้ สิ่งสาธารณูปโภค น่าจะเป็นที่เข้าใจได้ยาก แต่ถ้าเป็น กรณีถือว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง น่าจะเป็นที่เข้าใจได้เพราะทำให้เกิดความเสมอภาคในเรื่องกำหนดค่าทดแทน

#### 4) กรณีเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

กรณีนี้ ไม่ยุ่งยากในการวินิจฉัย แต่มีปัญหาเรื่องความหมายทับซ้อนกับ สัญญาสัมปทาน เห็นได้จากกรณี สัมปทานทำไม้ป่าชายเลน ซึ่งบางครั้งก็วินิจฉัยว่าเป็น สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวข้างต้น

5) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

ประเด็นที่น่าสนใจเช่นเดียวกับกรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

6) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ

แนวคำวินิจฉัยของ ศาลปกครองสูงสุด ได้แสดงตัวอย่างให้เห็นถึงลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ เช่น ข้อกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองมีเอกลักษณ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญาและเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ได้ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่ได้มีระบุไว้ในสัญญาจ้าง หากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้างที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้น ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา(ถ้ามี)กันใหม่ ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้าง หรือราคาตายตัวตามแต่ ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้องซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ตัวอย่างแสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุด มองในเรื่อง “สิทธิพิเศษของรัฐ” เมื่อพิจารณาคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 111/2544 ซึ่งเป็นกรณีผู้ฟ้องคดีทำสัญญากับกองทัพเรือยินยอมยกที่ดินบางส่วนของที่ดินอ้างสิทธิครอบครองให้กองทัพเรือโดยมีเงื่อนไขว่ากองทัพเรือจะดำเนินการยกเลิกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามที่ดินในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2499 และพระราชกฤษฎีกาจัดนิคมสร้างตนเองในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2497 ซึ่งกรณีนี้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาโดยวินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาต่างตอบแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิใช่สัญญาทางปกครองจึงไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษา ตามมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการยกเลิกพระราชกฤษฎีกาไม่ใช่หน้าที่ ที่กฎหมายกำหนดให้กองทัพเรือปฏิบัติแต่เป็นหน้าที่ที่เกิดจากข้อตกลงในสัญญาและผู้ฟ้องคดี มุ่งประสงค์จะขอให้ศาลบังคับ ให้กองทัพเรือ ปฏิบัติตามสัญญา กรณีมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าวเป็น “หน้าที่พิเศษของรัฐ” ซึ่งภารกิจดังกล่าวเอกชนไม่มีทางทำได้ ซึ่งควรอยู่ในความหมายของสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษด้วย กล่าวคือสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งหมายถึงทั้งเรื่องที่เป็น “สิทธิพิเศษของรัฐ” และ “หน้าที่พิเศษของรัฐ” ด้วย

กรณีอื่นๆ กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอของผู้เสนอราคาและคำสนองของหน่วยงานทางปกครองผู้จัดประกวดราคาอันจะก่อให้เกิดสัญญา ก่อสร้างกลุ่มอาคารทางสังคมศาสตร์ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548 ซึ่งอาจเรียกว่าเป็น

สัญญา ก่อนสัญญา โดยหลักแล้วเป็นสัญญาทางแพ่งแต่ศาลปกครองสูงสุด ถือว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองและ วินิจฉัยว่าเป็น สัญญาทางปกครอง ในกรณีดังกล่าวนี้ในปัจจุบันพบปัญหามากขึ้นเกี่ยวกับการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา โดยที่คู่กรณีได้ดำเนินการเจรจาไปถึงระดับหนึ่งซึ่งเชื่อว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนแล้วแต่ผลที่สุดกลับไม่มีการทำสัญญา และหากคู่กรณีฝ่ายนั้นได้รับความเสียหายเพราะได้เสียค่าใช้จ่ายในการเตรียม การหาข้อมูล การจ้างที่ปรึกษากฎหมายหรือที่ปรึกษาโครงการฯ เหล่านี้ไปแล้ว ปัญหาว่าฝ่ายที่ได้รับความเสียหายนี้จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่งได้ หรือไม่และถ้าเรียกร้องได้จะเรียก โดยอาศัยหลักเกณฑ์กฎหมายใด ปัญหานี้อาจนำมาสู่ประเด็นที่ ระบบกฎหมายต่างประเทศเรียกว่า “ความรับผิดก่อนสัญญา” หรือ “culpa in contrahendo” ก็ได้ บ่อเกิดของความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายไทยนั้น อาจมาจาก 2 แหล่งคือ<sup>2</sup>

#### 1) บ่อเกิดจากข้อตกลง

ความรับผิดก่อนสัญญาอาจมีบ่อเกิดมาจากการใช้หลัก กสิริภาพของคู่สัญญาตามมาตรา 151 ตกลงกันไว้ล่วงหน้าชั้นหนึ่งก่อนว่าหากการเจรจาเข้าทำสัญญานั้นไม่สำเร็จเพราะความผิดของคู่เจรจาฝ่ายใด หรือ แม้สัญญาสำเร็จแต่ก็เป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ หรือไม่เป็นผลเพราะความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ได้รับเนื่องจากการที่ต้องเสียค่าใช้จ่ายไปแล้ว ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับจ้างคนวางแผนงาน จ้าง คนงาน จ้างที่ปรึกษากฎหมายหรือค่าเสียเวลา เสียโอกาสก็ตาม ซึ่งการตกลงดังกล่าวอาจมีลักษณะของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักที่จะเกิดขึ้น (collateral contract) และในข้อตกลงอาจกำหนดจำนวนค่าเสียหายหรือวิธีการในการคำนวณค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าก็ได้ หรืออาจมิได้กำหนดไว้ก็ได้ หากได้กำหนดไว้ค่าเสียหายดังกล่าวก็จะมีลักษณะที่ไปปรับใช้ หลักเกณฑ์ในเรื่องของเบี้ยปรับ ส่วนกรณีที่มีได้กำหนดไว้นั้นค่าเสียหายดังกล่าวก็อาจถูกกำหนดโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วหรือตกลงว่าจะได้กำหนดต่อไป หรือ หากมิได้มีการตกลงกันไว้เลยค่าเสียหายดังกล่าวคงจะได้ถูกกำหนดโดยศาลต่อไป

#### 2) บ่อเกิดโดยกฎหมาย

บทกฎหมายที่อาจนำมาปรับใช้ได้คือกฎหมายลักษณะละเมิดในมาตรา 420 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ซึ่งมีองค์ประกอบสำคัญที่ตรงกับหลักความรับผิดก่อนสัญญา คือในเรื่องความจงใจหรือประมาทเลินเล่อและในเรื่องความเสียหายต่อเสรีภาพ ใน

<sup>2</sup> จำปี โสคติพันธุ์. (2548). หลักความรับผิดก่อนสัญญา. หน้า 124-127.

องค์ประกอบ เรื่องจิตใจหรือประมาทเลินเล่อกล่าวได้ว่าเป็นองค์ประกอบที่จะต้องมีหรือเป็นสาระสำคัญทั้งในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา ความรับผิดชอบตามสัญญา เพราะรวมอยู่ในความผิดเดียว “Fault” ส่วนประเด็นความเสียหายต่อเสรีภาพนั้นในกรณีนี้ก็คือเสรีภาพในการทำสัญญาหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นเสรีภาพในการคิด ตัดสินใจและแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา

ลักษณะในทางกฎหมายของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาย่อมเป็นไปตามความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ รากฐานความคิดของระบบกฎหมาย และพัฒนาการในทางกฎหมายของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ การจัดให้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะในทางกฎหมายอย่างไรได้นั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะย่อมหมายถึง หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับการรับผิดชอบดังกล่าว การกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายหรือแม้กระทั่งในเรื่องของอายุความที่ใช้ในการฟ้องร้องบังคับคดีเพราะหากกำหนดให้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะในทางกฎหมายเป็นความผิดเพื่อละเมิด หลักเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้ก็คือกฎหมายลักษณะละเมิด การกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนความเสียหายย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะละเมิด และอายุความที่ใช้ในการฟ้องร้องก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายลักษณะละเมิดด้วย แต่หากกำหนดให้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะในทางกฎหมายเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา หลักเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้ก็คือหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัญญา การกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายย่อมอาศัยปรับหลักเกณฑ์ในเรื่องหนี้ตามสัญญา และอายุความก็เป็นเรื่องของอายุของสัญญา สำหรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทยนั้นยังเป็นที่ขาดความชัดเจนว่าหากเกิดกรณีของความผิดขึ้นก่อนสัญญาแล้วคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะสามารถได้รับการเยียวยาอย่างไรหรือไม่ และโดยอาศัยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายใด<sup>3</sup> มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.154/2547 มีข้อเท็จจริงว่า กรมอนามัย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ประกาศประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูง โดยกำหนดในเอกสารประกวดราคาว่าถ้าผู้เสนอราคาเสนอพัสดุที่มีแหล่งกำเนิดหรือผลิตในประเทศไทยให้แนบสำเนาใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานของกระทรวงอุตสาหกรรม (ใบร.ง.4) ของผู้ผลิตซึ่งประกอบด้วยเอกสาร 10 ลำดับมาพร้อมใบเสนอราคาด้วย ผู้ฟ้องคดีได้เข้าร่วมประกวดราคาโดยได้ยื่นใบ ร.ง.4 เฉพาะลำดับที่ 1 ลำดับที่ 7 และลำดับที่ 9 ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากผู้เสนอราคาทุกรายมีคุณสมบัติไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขในเอกสารประกวดราคา โดยไม่ได้แสดงใบ ร.ง.4 ครบทั้ง 10 ลำดับ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากรยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และทำให้เกิดความเสียหายเนื่องจากการเสนอราคาในการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงที่ผ่านมาแล้วหลายครั้ง ผู้ฟ้องคดีได้เข้าร่วมเสนอราคาโดยไม่เคยยื่นใบ ร.ง.4 ครบทั้ง 10 ลำดับแต่ผู้ฟ้องคดีรวมทั้งผู้เสนอ

<sup>3</sup> แหล่งเดิม. หน้า 190-193.

ราคารายอื่นซึ่งเสนอราคาเครื่องวัดส่วนสูงที่ผลิตจากโรงงานของผู้ฟ้องคดีและยื่นใบ ร .ง.4 เฉพาะ ลำดับที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าจำเป็นเท่านั้นซึ่งได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา จึงฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ของให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาขั้นต้นและขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดซื้อเครื่องวัดส่วนสูง จากผู้ฟ้องคดีหรือชดใช้ค่าเสียหายจากผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเมื่อปรากฏว่าที่ผ่านมา แม้ผู้เสนอราคาไม่ได้ยื่นใบ ร.ง.4 ครบทั้ง 10 ลำดับ ผู้ถูกฟ้องคดีก็ให้การผ่อนผันมาโดยตลอดแสดง ว่าการยื่นใบ ร.ง.4 ลำดับที่ 1 ลำดับที่ 7 และลำดับที่ 9 ของผู้ฟ้องคดีไม่เป็นการผิดเงื่อนไขในส่วนที่ เป็นสาระสำคัญ ฉะนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้เคยใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการยื่นใบ ร .ง.4 ไม่ครบทุก ลำดับไม่ใช่การผิดเงื่อนไขของการประกวดราคาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแล้ว เมื่อไม่ปรากฏว่าการ ประกวดราคารั้งนี้กับครั้งที่ผ่านมามีข้อเท็จจริงต่างกัน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องผูกพันกับการใช้ ดุลพินิจดังกล่าว อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดีก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าต้องการให้ผู้เสนอราคายื่นใบ ร.ง.4 ทั้ง 10 ลำดับมาแสดง ด้วยเหตุดังกล่าวการยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ยื่นใบ ร .ง.4 ครบ ทั้ง 10 ลำดับยื่นประกอบการเสนอราคาทุกลำดับซึ่งบางลำดับที่ไม่ได้ยื่นนั้นผู้ถูกฟ้องคดีสามารถ ตรวจสอบรายละเอียดได้จากเอกสารในลำดับที่มีการยื่นหรือสอบถามจากผู้ฟ้องคดี ได้ กรณีจึงเป็น การยกเลิกการประกวดราคาที่ไม่มิเหตุผลอันสมควร และเป็นการเลือกปฏิบัติต่อกรณีที่มีข้อเท็จจริง อย่างเดียวกัน รวมทั้งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี มนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 การยกเลิกการประกวดราคาขั้นต้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการ ละเมิดต่อผู้ฟ้อง คดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สำหรับค่าสินไหมทดแทนนั้นศาลสามารถกำหนดได้ตามควรแก่พฤติการณ์และความ ร้ายแรงแห่งละเมิดซึ่งในคดีละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง ผู้เสียหายย่อมเรียกร้อง ค่าสินไหม ทดแทนได้เฉพาะที่เป็นผลโดยตรงจากผลของคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนความเสียหายที่ผู้เสียหาย ได้รับผู้เสียหายพึงได้รับการชดใช้จะต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว อย่างแท้จริง ศาลจึงกำหนดค่าสินไหมทดแทนไว้ในส่วนค่าธรรมเนียมซื้อเวชชีวะ เช็กเพื่อใช้เป็น หลักประกันของและค่าธรรมเนียมของธนาคารในการออกหนังสือค้ำประกันสัญญาเนื่องจากเป็น ค่าเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้จ่ายไปจริงและเกิดขึ้นได้โดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ส่วนค่าเสียหายจากการ ขาดประโยชน์จากกำไรที่ควรจะได้รับเป็นเพียงค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดี คาดหมายจากการทำสัญญา ครังอื่น อีกทั้งเป็นค่าเสียหายที่เป็นผลตอบแทนจากการที่ได้เข้าทำสัญญา ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะต้องปฏิบัติ ตามสัญญาเป็นการตอบแทนด้วย เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ได้นำสืบและแสดงพยานหลักฐานให้เห็นถึงความ เสียหายอื่นของผู้ฟ้องคดีอันเกิดก่อนการทำสัญญา และ ไม่ได้มีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความ เสียหายไว้ล่วงหน้าสำหรับความรับผิดชอบสัญญา ศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวได้ คำ พิพากษาศาลปกครองสูงสุดฉบับนี้แสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าได้นำหลักกฎหมายในเรื่องละเมิดมา

ปรับใช้กับประเด็นการรับผิดชอบก่อนสัญญา และกล่าวอย่างชัดเจนว่า ไม่ใช่กรณีที่ได้มีการตกลงไว้ล่วงหน้าชั้นหนึ่งก่อนว่า หากการเจรจาเข้าทำสัญญานั้นไม่สำเร็จเพราะความผิดของคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือแม้สัญญาสำเร็จแต่เป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์หรือไม่เป็นผลเพราะความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้ กล่าวคือ ไม่ใช่กรณีกำหนดให้ความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะในทางกฎหมายเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา แต่เป็นกรณีกำหนดให้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะทางกฎหมายเป็นความผิดเพื่อละเมิด

เมื่อพิจารณา คำพิพากษาและ คำสั่งของศาลปกครอง สูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาล ดังกล่าว เห็นได้ว่ามีแนวโน้มการตีความความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครองอย่างกว้างและยืดหยุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้เหตุผลว่า “มีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ” การตีความในแนวทาง นี้มีข้อดีคือข้อพิพาทใดที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะและใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการสร้างนิติสัมพันธ์ จะเป็นสัญญาทางปกครองเกือบทั้งหมด แต่อาจมีข้อเสียที่อาจไม่เป็นการตอบสนองเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลปกครอง โดยเมื่อพิจารณาจากแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของตุลา การศาลปกครองที่ว่า ตุลาการศาลปกครองนั้นจำเป็นต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติแตกต่างจากคุณสมบัติของผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีแพ่งหรือคดีอาญาเพราะในคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นเรื่องของการใช้ประมวลกฎหมายและแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ป ระมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ส่วนคดีปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อโต้แย้งระหว่างเอกชนและหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ คดีปกครองจึงเป็นการชั่งน้ำหนักกระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นตุลาการศาล ปกครองจึงต้องเป็นผู้ซึ่งมีความรู้ในหลักกฎหมายมหาชน และมีประสบการณ์ในการบริหารรัฐกิจ จึงจะสามารถรักษาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ <sup>4</sup> ดังนั้นสัญญาทางปกครองจึงควรเป็นสัญญาที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัย

ดังนั้นจึงเห็นว่าแนวทางที่ควรจะเป็น ของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ควรตีความอย่างแคบเพื่อให้สัญญาที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเป็นสัญญาที่ต้องใช้หลักกฎหมายปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยเห็นว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองต้องมีส่วนประกอบดังนี้

<sup>4</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2548). คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.

1) คู่สัญญา โดยคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

2) ลักษณะของสัญญา เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง โดยที่นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน

ถ้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาวิเคราะห์สัญญาทางปกครองในกรณีดังกล่าว ผลจะเป็นว่า

1) กรณีเป็นสัญญาสัมปทาน

กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน เมื่อมีข้อพิพาทจึงมีความเหมาะสมที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น สัมปทานทำไม้ป่าชายเลน สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนเพื่อขยายบริการโทรศัพท์ เป็นต้น ในกรณีสัญญาร่วมการทำงาน และร่วมลงทุนเพื่อขยายบริการโทรศัพท์ ทั้งนี้เมื่อเอกชนผู้รับสัมปทานแล้วนำไปให้บริการแก่ประชาชนเห็นได้ชัดว่ามีได้มีการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นจึงเป็นนิติสัมพันธ์ทางเอกชนจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง

2) กรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาบางกรณีเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน มีการกระทำที่ใช้อำนาจรัฐ เมื่อมีข้อพิพาทจึงมีความเหมาะสมที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ตัวอย่างเช่น สัญญาว่าจ้างเอกชนให้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอย สัญญาที่ให้เอกชนผลิตน้ำประปา หรือไฟฟ้าเพื่อจำหน่ายแก่ประชาชน สัญญาอนุญาตให้ข้าราชการลาศึกษา เป็นต้น

3) กรณีเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาบางกรณีเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน เมื่อมีข้อพิพาทมีความเหมาะสมที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น สัญญาสร้างเขื่อน สะพาน ถนน ประปา เป็นต้น สัญญาซื้อขายที่ดินที่จะถูกเวนคืน แม้มีลักษณะเป็น สัญญา ซื้อขายแต่มีการใช้อำนาจรัฐบังคับซื้อที่ดินจากเอกชนประกอบกับอาจมีที่ดินแปลงข้างเคียงยินยอมขายให้รัฐ ซึ่งก็อาจมีข้อพิพาทภายหลังได้เพื่อให้เกิดความเสมอภาคในเรื่องเงินทดแทน จึงควรอยู่ในอำนาจศาลเดียวกันจึงควรเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาก่อสร้างอาคารต่างๆ เป็นนิติสัมพันธ์ทางเอกชนมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งเป็นสัญญาทางแพ่ง

4) กรณีเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน มีการกระทำที่ใช้อำนาจรัฐ เมื่อมีข้อพิพาทจึงมีความเหมาะสมที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น กรณีอนุญาตให้ประกอบกิจการขุดดินลูกรังในที่ดินของรัฐ เป็นต้น



5) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

กรณีนี้มีลักษณะ เช่นเดียวกับ กรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ที่สำคัญคือต้องเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง บางกรณี เช่น สัญญาจ้างให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการสำรวจสถานะสุขภาพอนามัยของประชาชน และประเมินความพึงพอใจของประชาชนต่อการบริการของสถานบริการสาธารณสุขของรัฐในพื้นที่ของผู้ฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีจะนำผลสำรวจดังกล่าวไปใช้ในการกำหนดนโยบาย วางแผนพัฒนา และปรับปรุงการให้บริการสาธารณสุขเป็นการ เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดย อ้อม จึงควร เป็นสัญญาทางแพ่งมากกว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

6) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่าง คู่สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน เมื่อมีข้อพิพาทมีความเหมาะสมที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณาพิพากษาคดี

กรณีอื่นๆ ที่น่าสนใจคือกรณี “มีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ” กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาส่วนใหญ่เป็นนิติสัมพันธ์ทางแพ่ง เช่น สัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์ และอุปกรณ์ การประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์เพื่อติดตั้งในโรงพยาบาลของรัฐระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขกับเอกชนคู่สัญญาเมื่อโรงพยาบาลได้รับมอบเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมอุปกรณ์แล้วต้องดำเนินการตามวัตถุประสงค์ด้วยตนเอง โดยไม่มีผลผูกพันมอบหมายให้คู่สัญญาดำเนินการบริการสาธารณะแต่อย่างใดจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ไม่มีการกระทำที่ใช้อำนาจรัฐมีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาก่อสร้าง จ้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัย ศิลปกรรม วัฒนธรรม และประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา และสัญญาจ้างก่อสร้างเรือตรวจการ ปืนก็เช่นเดียวกันมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งเป็นสัญญาทางแพ่งเป็นต้น

ประเด็นที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่งคือ กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงสถานะของรัฐวิสาหกิจแล้วต่อมาหน่วยงานนั้นไปให้บริการแก่ประชาชนมีปัญหาว่า ถ้ากรณีเป็นสัญญาควรจะเป็นสัญญาชนิดใด เห็นว่าเบื้องต้นจะต้องพิจารณาว่าหน่วยงานดังกล่าวนี้ยัง เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ ในเรื่องนี้มีคำอธิบายที่ชัดเจนในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 406/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 31/2551 ซึ่งกล่าวไว้โดยสรุปว่า บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) และ บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด แม้จะเปลี่ยนทุนของการสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และให้องค์กรของการสื่อสารแห่งประเทศไทยให้แก่ทั้งสองบริษัทดังกล่าวแล้วทั้งหมด แต่ก็ยังมีฐานะ อย่างเดียวกับรัฐวิสาหกิจตามนัย มาตรา 26 แห่ง

พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดยยังคงมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมและกิจการไปรษณีย์เช่นเดิมจึงมีฐานะเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการทางปกครอง และเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคriminal พ.ศ. 2542 เห็นได้ว่า เมื่อมีการแปรรูปแล้วโดยหลักจะถือว่าหน่วยงานนั้นยัง เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ ให้พิจารณาว่าหน่วยงานดังกล่าวยังมีวัตถุประสงค์ และอำนาจหน้าที่ หรือมีลักษณะพิเศษเหมือนเดิมหรือไม่ ถ้ามีก็สามารถสรุป ได้ว่ายังเป็นหน่วยงานทางปกครอง ดังนั้น ถ้าต้องพิจารณาว่าเมื่อหน่วยงานดังกล่าวให้บริการแก่ประชาชนจะเป็นจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่ง จึงอยู่ที่ว่านิติสัมพันธ์ที่กระทำกับประชาชนนั้นเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน หรือนิติสัมพันธ์ทางแพ่ง ซึ่งโดยทั่วไปการให้บริการแก่ประชาชนในกรณี เช่นนี้ย่อมเป็นนิติสัมพันธ์ทางแพ่ง

ประเด็นที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่งคือปัญหาการจ้างบุคลากรในหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเรื่องดังกล่าวนี้สามารถแยกได้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1 การจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ตามแนวคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) ได้วางหลักกฎหมายในเรื่องนี้ไว้ว่า กรณีที่เป็นข้อตกลงการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการไม่ว่าลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราว เป็นข้อตกลงให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการที่เป็นภารกิจของส่วนราชการในการจัดทำบริการสาธารณะถือเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครอง ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการไม่น่าจะเป็นสัญญาทางปกครองไปเสียทั้งหมด ควรแยกว่าเป็นการจ้างลูกจ้างให้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือจ้างในตำแหน่งสำคัญหรือไม่ หากไม่ใช่จ้างเพื่อเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นตำแหน่งที่ไม่สำคัญแล้วไม่น่าจะเป็น สัญญาทางปกครอง ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2547 ที่กล่าวว่า จ้างลูกจ้างชั่วคราวตำแหน่งพนักงานขับรถในสังกัดกรมสรรพากรซึ่งต่อมาถูกเลิกจ้างเป็นความสัมพันธ์ที่ให้เข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะกับหน่วยงานทาง ปกครองซึ่งมีความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนจึงเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่า ไม่น่าจะเป็นสัญญาที่ให้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะเพราะบริการสาธารณะของกรมสรรพากรคือการบริการจัดเก็บภาษี คื่นภาษี หรือกรณีอื่นๆ พนักงานขับรถยนต์มิใช่บุคลากรหลักในการดำเนินการดังกล่าวสัญญาดังกล่าวจึงไม่น่าเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นพ้องกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 731/2550 ที่วินิจฉัยว่าการจ้างลูกจ้างชั่วคราวตำแหน่งผู้เชี่ยวชาญด้านการรักษาโรคหัวใจตามสัญญาจ้างกับสำนักงานตำรวจแห่งชาติเป็นการบริการสาธารณะจึง เป็นสัญญาทางปกครองด้วยเหตุผลที่ว่าผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวได้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง

กรณีที่ 2 การจ้างพนักงานหรือผู้บริหารในรัฐวิสาหกิจและองค์กรมหาชน กรณีเป็นพนักงานโดยทั่วไปแล้วตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดก่อนข้างชัดเจนแล้วว่า คดีพิพาทในเรื่องการบริหารงานบุคคลของพนักงานดังกล่าวเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงานตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 81/2544 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 447/2545 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 635/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 190/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 635/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 705/2547 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 832/2549) แต่อย่างไรก็ตามมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 36/2548 วินิจฉัยในคดีที่ถูกจ้างตำแหน่งเจ้าหน้าที่พิเศษสัมพันธ์อาวุโสฟองสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติว่าเลิกจ้างโดยไม่มีความผิด ไม่บอกกล่าวล่วงหน้า ไม่ออกหนังสือรับรองการทำงานให้ โดยกล่าวว่า เมื่อสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2534 เป็นหน่วยงานทางปกครองมีวัตถุประสงค์ในการสำรวจศึกษาวิเคราะห์ทางวิชาการต่างๆ เพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการวางแผนนโยบาย และจัดทำแผนโครงการและมาตรการต่างๆ ในการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของประเทศ การที่ได้จ้างเจ้าหน้าที่ดังกล่าวก็เพื่อให้ปฏิบัติงานในกิจการของหน่วยงานทางปกครองให้บรรลุผล ดังนั้นความสัมพันธ์ดังกล่าวจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับลูกจ้างในสังกัดที่มีขึ้นเพื่อร่วมกันในการจัดทำบริการสาธารณะ ข้อตกลงจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่กรณีที่ยังเป็นปัญหาในการวินิจฉัยในปัจจุบัน คือกรณีที่เป็นผู้บริหารรัฐวิสาหกิจเช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 20/2551 คดีนี้ผู้อำนวยการองค์การคลังสินค้าฟ้ององค์การคลังสินค้า โดยกรณีดังกล่าวศาลปกครองกลางเห็นว่างค์การคลังสินค้าเป็นหน่วยงานทางปกครองประกอบกับพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 มาตรา 8 ทวิ วรรคแรก บัญญัติว่า “ให้ผู้บริหารรัฐวิสาหกิจไม่มีฐานะเป็นพนักงานของรัฐวิสาหกิจ” และมาตรา 8 จัตวา วรรคห้า บัญญัติว่า “ในการทำสัญญาจ้างให้ประธานกรรมการรัฐวิสาหกิจหรือกรรมการที่ได้รับมอบหมายจากกรรมการรัฐวิสาหกิจในกรณีที่ไม่มีประธานกรรมการรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ลงนามในสัญญาจ้าง และให้การจ้างตามสัญญาดังกล่าวไม่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ กฎหมายว่าด้วยแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ กฎหมายว่าด้วยประกันสังคม และกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน” ดังนั้นสัญญาระหว่างจำเลย ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองกับโจทก์ ซึ่งเป็นผู้อำนวยการจึงไม่เป็นสัญญาจ้างแรงงาน แต่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่คณะกรรมการ

วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่าข้อกฎหมายที่ศาลปกครองกลางอ้างนั้นเพียงแค่กำหนดว่า ไม่ได้อยู่ในบังคับของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแรงงานโดยทั่วไปไม่ได้มีผลทำให้นิติสัมพันธ์ที่มีผู้ตกลงทำงานให้และผู้ตกลงจ่ายค่าจ้างดังกล่าวไม่เป็นการจ้างแรงงาน การจะวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ต้องพิจารณาเนื้อหาของนิติสัมพันธ์เป็นสำคัญ เมื่อสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยในคดีนี้มีลักษณะเป็นการจ้างแรงงานการที่โจทก์ฟ้องว่า จำเลยเลิกจ้างโจทก์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่เป็นธรรม เป็นการละเมิดต่อโจทก์ ขอให้บังคับจำเลยให้รับโจทก์กลับเข้าทำงานและเรียกค่าสินไหมทดแทน ซึ่งมีลักษณะเป็นการกล่าวหาว่า จำเลยเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรมตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 29 จึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลแรงงานและเป็นข้อยกเว้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง (3) กรณีหลังนี้ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 มีเจตนารมณ์ที่จะแยกผู้บริหารรัฐวิสาหกิจออกจากพนักงานของรัฐวิสาหกิจอย่างชัดเจน จึงเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลาง

### 5.3 วิเคราะห์การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง กรณีการมอบอำนาจตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่าง กระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหม

หลักเกณฑ์ของการมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวงกำหนดให้ต้องมีการทำบันทึกข้อตกลงระหว่างกระทรวงที่มอบอำนาจ และที่จะรับมอบอำนาจขึ้นเสียก่อนจึงจะดำเนินการมอบอำนาจได้ ทั้งนี้เนื่องจากการมอบอำนาจต่างกระทรวงนั้นมีผลกระทบต่อการปฏิบัติราชการในการรับชอบของแต่ละกระทรวง จึงจำเป็นต้องให้แต่ละกระทรวงได้พิจารณาด้วยความรอบคอบว่าการมอบอำนาจที่จะกระทำขึ้นสามารถกระทำได้เพียงใด ขอบเขตการปฏิบัติงานเป็นอย่างไร ความเชี่ยวชาญของกระทรวงที่จะรับมอบอำนาจมีเพียงพอที่จะปฏิบัติงานได้โดยไม่เกิดความเสียหายหรือไม่

เห็นว่าการมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง ดังตัวอย่างกรณีบันทึกความตกลงเรื่องการมอบอำนาจตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่าง กระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหมเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดการบริการสาธารณะเป็นอีกแง่มุมหนึ่งของสัญญาทางปกครอง

#### 5.4 เปรียบเทียบหลักกฎหมายที่ศาลยุติธรรมใช้พิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง และ ศาลปกครองใช้พิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนมีการจัดตั้ง ศาลปกครอง ประเด็นการเกิดของสัญญา เช่น การให้ สัมปทานบัตร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525) ประเด็นการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา เช่น การกำหนดเบี้ย ปรับ ประเด็นการสิ้นสุดของสัญญา เช่น บอกเลิกสัญญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5032/2537) หรือการเลิกสัมปทาน บัตร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525) เห็นได้ว่าศาลยุติธรรมถูกจำกัดให้นำเอาบทบัญญัติว่าด้วย เรื่องสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ มีบางคดีเท่านั้นที่ใช้หลักกฎหมาย มหาชน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5728/2533 ซึ่งศาลฎีกากล่าวว่า “...ถือได้ว่าจำเลยที่ 7 กระทำไป เพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ ดังนั้นจำเลยที่ 2 ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม โดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีจึงมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตประทานบัตรของโจทก์ทั้งสองได้...” แสดงให้เห็นว่าศาลฎีกาก็มีการนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้บ้างในบางคดี อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาก็ยังกล่าวอีกว่า “... โจทก์ทั้งสองเป็นผู้ถือประทานบัตรจึงไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหาย จากจำเลย ...” แสดงให้เห็นว่าไม่ได้มีการเยียวยาความเสียหายให้แก่เอกชนอันเนื่องมาจากการ กระทำของรัฐตามหลักกฎหมายปกครอง แต่เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525 ศาลฎีกา กล่าวว่า “...สัมปทานบัตรที่จำเลยที่ 1 (กระทรวงมหาดไทย) ออกให้โจทก์ก็ คือ สัญญาระหว่างรัฐ กับโจทก์นั่นเอง ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนด และเงื่อนไข ที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตร และในส่วนที่สัมปทานบัตรไม่ได้ระบุไว้ ก็ต้องเป็นไปตามที่ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้...” ยิ่งเห็นได้ชัดว่าศาลยุติธรรมถูกจำกัดให้นำเอาบทบัญญัติว่า ด้วยเรื่องสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้

เมื่อพิจารณา หลักกฎหมายที่ศาลปกครองใช้พิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครองโดยพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเห็นได้ว่า ประเด็นการเกิดของสัญญา เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่ผู้ชนะการประกวดราคาตามประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างกลุ่ม อาคารสังคมศาสตร์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประเด็นการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา เช่น การกำหนดเบี้ยปรับ ประเด็นการสิ้นสุดของสัญญา เช่น การมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีระงับการทำป่าไม้ ตามสัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน ทุกคดีอ้างอิงหลักกฎหมายจากประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ มีบางคดีเท่านั้นที่ใช้หลักกฎหมายมหาชน เช่น หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา ในกรณี การช่วยเหลือผู้ประกอบการก่อสร้าง และผู้ประกอบการอื่นกับทางราชการที่ได้รับผลกระทบ จากการปรับปรุงระบบการแลกเปลี่ยนเงินตราซึ่งใช้หลักการช่วยเหลือผู้ประกอบการเมื่อเกิดเหตุอัน ไม่คาดหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในกรณีกระทรวงสาธารณสุข

ได้ออกระเบียบกระทรวงสาธารณสุขว่าด้วยการให้ข้าราชการลาไปศึกษาและฝึกอบรมภายในประเทศโดยได้รับเงินเดือนเต็มระหว่างลา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2534 ขึ้นใช้บังคับภายในหน่วยงานของกระทรวงสาธารณสุขโดยกำหนดให้ผู้ผิวดสัญญาลาศึกษาต่อขอใช้ทุนพร้อมดอกเบี้ยอีก 2 เท่าอันไม่สอดคล้องกับระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการพัฒนาข้าราชการพลเรือน โดยให้ไปศึกษาเพิ่มเติมในประเทศ พ.ศ. 2540 หลักความได้สัดส่วนในกรณีเบี้ยปรับในสัญญาลาศึกษา เป็นต้น

มีสัญญาจำนวนหนึ่งซึ่งขณะทำสัญญายังไม่มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งในเวลานั้นเข้าใจได้ว่าคู่สัญญาต่างเข้าใจว่า ตนเองต้องผูกพันตามสัญญาโดยใช้หลักตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และในข้อกำหนดที่มีอยู่ในสัญญานั้น แต่ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำให้สัญญาจำนวนหนึ่งกลายเป็นสัญญาทางปกครองและถูกบังคับด้วยหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองซึ่งบางกรณีเห็นชัดเจนว่า ไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณี ตัวอย่างที่ชัดเจนคือเรื่องอายุความกล่าวคือมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้ยื่นฟ้องภายใน 1 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี มีผลให้คดีขาดอายุความจำนวนมาก เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริงและเป็นการเคารพเจตนารมณ์ของคู่สัญญา คู่สัญญาที่ลงนามกับหน่วยงานทางปกครองควรจะได้รู้ว่าสัญญาที่ตนลงนามนั้นเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองโดยเขียนให้ชัดเจนลงในสัญญาเลขว่าสัญญาดังกล่าวผูกพันเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง

อย่างไรก็ตามการวิเคราะห์ดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลคือคำพิพากษาหรือคำสั่งที่อ้างถึงเท่าที่ค้นคว้าได้ประกอบกับการที่เรื่อง สัญญาทางปกครอง เป็นเรื่องใหม่สำหรับวงการกฎหมายไทยและศาลปกครองเพิ่งตั้งมาเพียง 9 ปี ก่อนข้างชัดเจนว่าช่วงเริ่มต้นมีปัญหาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ช่วงต่อไปน่าจะเป็นช่วงการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่จะนำมาใช้กับสัญญาทางปกครอง

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

เมื่อพิจารณาจากเกณฑ์ของสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทยก่อนมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เห็นได้ว่าช่วงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลเกล้าเจ้าอยู่หัวจนถึงช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 นั้นมีอยู่ของลักษณะเฉพาะที่พิเศษของกิจการบางประเภทที่ทำให้มีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดเงื่อนไข และวิธีการในการที่ฝ่ายปกครองจะเข้าสู่คดีสัมพันธ์กับเอกชนรวมถึงการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของฝ่ายปกครองและเอกชนที่เกี่ยวข้องที่มีลักษณะพิเศษต่างไปจากสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสัญญาตามกฎหมายแพ่งที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยตนเอง ช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 จนถึงก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในภาพรวมยังไม่มีแนวทางเกี่ยวกับหลักสัญญาทางปกครองที่ครอบคลุมทุกเรื่อง ส่วนแนวความคิดของการมีหลักเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับสัญญาที่กระทำโดยทางราชการมีปรากฏอยู่บ้างดังจะเห็นได้จากการบังคับกฎหมายขององค์กรทางกฎหมายเช่นแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองตามมติคณะรัฐมนตรี แนวคำวินิจฉัยบางเรื่องของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ อย่างไรก็ตาม ในช่วงนี้ได้มีนักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งที่สามารถศึกษาวิชากฎหมายมหาชนมาจากประเทศในภาคพื้นยุโรปได้ทำการเผยแพร่แนวความคิดทางกฎหมายมหาชนเข้าสู่วงการนิติศาสตร์ของไทยอย่างต่อเนื่องถือได้ว่าเป็นการได้ริเริ่มข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองลงไว้ในระบบกฎหมายไทย

หลังมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2542 สัญญาทางปกครองเป็น 2 ประเภทได้แก่ สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในกรณีสัญญาทางปกครองข้อกฎหมายกำหนดนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประการแรกคือ หลักเกณฑ์ในเรื่องคู่สัญญาซึ่งกำหนดให้ต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ ประการที่สองหลักเกณฑ์ในเรื่องเนื้อหาของสัญญาได้กำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะว่าสัญญา 4 ลักษณะคือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นสัญญาทางปกครองเพราะกฎหมายกำหนดในกฎหมายไทย ส่วนสัญญาทาง

ปกครองโดยสภาพมีหลักเกณฑ์ที่วางไว้โดยมติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด 3 ประการ หลักเกณฑ์ประการแรกได้แก่ หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญา โดยต้องปรากฏว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง หรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ หลักเกณฑ์ประการที่สองได้แก่ หลักเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเข้าดำเนินหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ และหลักเกณฑ์ประการที่สามได้แก่หลักเกณฑ์ที่พิจารณาจากข้อกำหนดในสัญญาโดยมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยที่ผ่านมายังไม่อาจสรุปได้ อย่างชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในช่วงแรกของการจัดตั้งศาลปกครองแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไปในแนวทางที่ว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะอ้างเหตุผลทั้งในเรื่อง การเป็นสัญญาที่ให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรงร่วมกับเป็นข้อสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะ พิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ โดยมีได้อธิบายความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กล่าวถึงตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญา ที่ศาลปกครองเห็นว่าแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในคำวินิจฉัยเท่านั้น ต่อมาช่วงหลังสุดเมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยในปี พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่า แม้จะอ้างถึงตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแต่ข้อสรุปในท้ายคำวินิจฉัยก็สรุปไปในแนวทางที่ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเพราะว่าเป็นสัญญาที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ส่วนคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็มิได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดง ถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจน นอกจากนั้นแม้ในข้อเท็จจริงของคดีศาลปกครองจะกล่าวอ้างถึงตัวอย่างข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแต่ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการมิได้อ้างถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะเท่านั้น แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการฯ ได้ยอมรับหลักในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยสภาพโดยพิจารณาที่วัตถุประสงค์ สัญญาเป็นหลัก แต่คณะกรรมการมิได้ให้เหตุผลในเรื่องว่าข้อสัญญาของสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้ เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษหรือไม่ ดังนั้นจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจึงยังไม่มีความเป็นเอกภาพพอที่จะสรุปได้ว่าหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะต้องมีทั้งสองประการคือ มี



วัตถุประสงค์เป็นการดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ และมีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษ หรือไม่

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในระยะหลัง ได้วางแนวทางในการให้เหตุผลว่าสัญญานั้นๆ เป็นสัญญาทางปกครอง เพิ่มอีก 1 กรณีคือ กรณี “มีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ” โดยวินิจฉัยให้สัญญาจ้างก่อสร้างเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีการก่อสร้าง การจัดซื้อเครื่องมือต่างๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะ เห็นว่าเหตุใหม่ในการสนับสนุนคำวินิจฉัยมีข้อดีในแง่ความยืดหยุ่นแต่มีข้อเสียที่อาจยืดหยุ่นมากจนอาจทำให้ขาดความแน่นอน

เมื่อพิจารณาคำพิพากษา และคำสั่งของศาล ปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ดังกล่าว เห็นได้มีแนวโน้มการตีความความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครองอย่างกว้างและยืดหยุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้เหตุผลว่า “มีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ” การตีความในแนวทางนี้มีข้อดีคือข้อพิพาทใดที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ และใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการสร้างนิติสัมพันธ์จะเป็นสัญญาทางปกครองเกือบทั้งหมด แต่อาจมีข้อเสียที่อาจไม่เป็นการตอบสนองเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลปกครอง โดยเมื่อพิจารณาจากแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลปกครองที่ว่า ตุลาการศาลปกครองนั้นจำเป็นต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติแตกต่างจากคุณสมบัติของผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีแพ่งหรือคดีอาญาเพราะในคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นเรื่องของการใช้ประมวลกฎหมายและแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ส่วนคดีปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อโต้แย้งระหว่างเอกชน และหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ คดีปกครองจึงเป็นการชั่งน้ำหนักกระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นสัญญาทางปกครองจึงควรเป็น สัญญาที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัย ดังนั้นแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย คือสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองควรมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญดังนี้

- 1) คู่สัญญา โดยคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ
- 2) ลักษณะของสัญญา เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง โดยที่นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน

นอกจากนี้การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง ดังตัวอย่างกรณีบันทึกความตกลงเรื่องการมอบอำนาจตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่างกระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหมมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดการบริการสาธารณะเป็นอีกแง่มุมหนึ่งของสัญญาทางปกครอง

เมื่อพิจารณาสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสเห็นได้ว่ามีที่มาจาก 2 แหล่งใหญ่ๆคือตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ เรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด และจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลหรือเรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนดนั้นมีอยู่ใน 2 ลักษณะคือบางกรณีกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือ เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่ส่วนใหญ่กฎหมายจะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญานั้นๆ ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมซึ่งก็เป็นที่เข้าใจกันได้เองว่าให้นับระบบกฎหมายปกครอง หรือ ระบบกฎหมายเอกชนแล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญานั้น

ส่วนสัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้นมีกฎเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าว แยกออกเป็น 3 กรณี โดยใช้คุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งดังนี้ กรณีที่ 1 กรณีสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกันมีหลักว่าสัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนนั้นตามปกติย่อมใช้วิธีในการจัดการทางมหาชน กรณีที่ 2 กรณีสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชนมีหลักว่าสัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ได้ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นประกอบด้วย กล่าวคือ จะเป็นสัญญาทางปกครองเมื่อสัญญาดังกล่าวเป็นนิติกรรมในทางบริหารจัดการแบบมหาชน มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ มีข้อกำหนดหรือต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์พิเศษที่กฎหมายกำหนด และกรณีที่ 3 กรณีสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกันมีหลักว่าสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกันนั้นไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง มีข้อยกเว้นอยู่ว่าสัญญาที่ทำกันระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านการบริการสาธารณะอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน

เมื่อพิจารณาสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันเห็นได้ว่าระบบกฎหมายเยอรมันถือสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งเคียงคู่ไปกับ

รูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทอื่นๆ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายปกครอง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึง มาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยตราบทที่มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้มาตรา 62 ยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตของการใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 1976 โดยให้คำจำกัดความของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาทางปกครองได้แก่สัญญาที่มีผลเป็นการก่อเปลี่ยนแปลง หรือ ระงับ ไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึง “คู่สัญญา” และเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา” ไว้ในเรื่องรูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่คู่สัญญาแบ่งเป็น สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันซึ่งส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เช่น สัญญาระหว่างองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นกับการบำรุงรักษาน้ำประปาหรือรถยนต์ของเขตการปกครองตนเอง สัญญาทางปกครองที่ โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปทางมหาชนฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชนแต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้วกฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริงๆ

ในเรื่องรูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาแบ่งเป็น สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน โดยการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุนิติหน้าที่ทางปกครอง ต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้วและต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง สัญญาประเภทข้อพิพาททางปกครอง ใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครอง และเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริง หรือ

ข้อกฎหมาย ซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครองและข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมายนั้น ไม่นั่นเอง อีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้น หรือ การพิสูจน์ข้อเท็จจริง หรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นจะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือ เอกชน อาจตกลงกันทำ สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้จึงมีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความนั่นเอง

นอกเหนือจากรูปแบบดังกล่าวแล้วยังมีสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่น ที่มิได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายอีก เช่น สัญญาทางปกครองที่ก่อให้เกิดเพียงสิทธิเรียกร้อง หน้าที่หรือสัญญาทางปกครองที่มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิ หน้าที่โดยตรง เป็นต้น ในเรื่องของรูปแบบสัญญาทางปกครองนี้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยละเอียดแต่จงใจปล่อยไว้ให้เป็นเรื่องของฝ่ายตุลาการ และฝ่ายศาลในการพัฒนารูปแบบสัญญาทางปกครองต่างๆ ต่อไป ส่วนในการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองนั้นฝ่ายตุลาการของเยอรมันถือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ตราบทที่ไม่มีความหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ แต่ถ้าเมื่อใดก็ตามกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจใช้วิธีการทางสัญญาในเรื่องดังกล่าวได้ มิฉะนั้นแล้วถือว่าสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ ส่วนในเรื่องการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญานั้นตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งมีความหมายว่า ฝ่ายปกครองและเอกชนไม่อาจตกลงยินยอมกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้ขัดต่อกฎหมายได้

ส่วนในสหรัฐอเมริกานั้น ไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เด่นชัด และจำแนกเป็นสัญญาต่างหากดังเช่น *contracts administratifs* ในประเทศฝรั่งเศส แต่หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดทั่วไปที่ว่าสัญญาทางปกครองนั้นต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองและต้องมีเนื้อหาสาระของสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งคือ มีวัตถุประสงค์สัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ หรือมีข้อกำหนดให้สิทธิพิเศษอย่างมากแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นข้อความ ที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งแล้ว สัญญาหรือการกระทำ โดยรัฐ หรือโดยผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐกับเอกชนในสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับลักษณะของสัญญาทางปกครองดังกล่าวข้างต้นอาจแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทที่ 1 สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง โดยการจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐนั้นอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของสหรัฐ (The Federal Acquisition Regulation หรือที่เรียกโดยย่อว่า “FAR”) ในขณะที่ด้วยกันบรรดามลรัฐ และองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นส่วนใหญ่จะออกระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของตนโดยอาศัยกฎหมายของสหรัฐหรือ FAR เป็นต้นแบบ

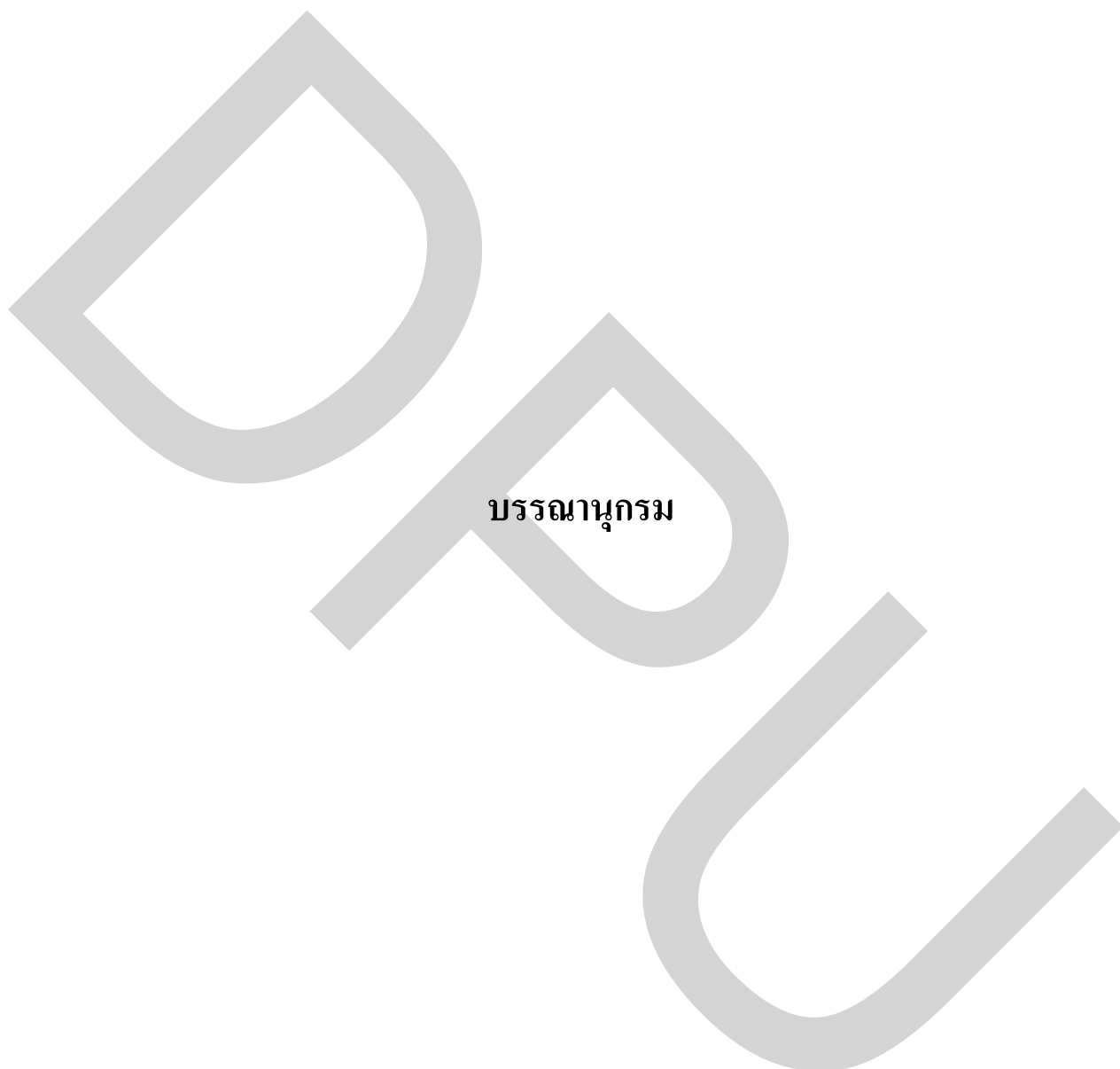
ประเภทที่ 2 การให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public Utilities) โดยในสหรัฐอเมริกาบริการสาธารณะถือเป็นธุรกิจอย่างหนึ่งซึ่งเอกชนมีสิทธิดำเนินการ ได้ภายใต้การควบคุมของรัฐ การควบคุมบริการสาธารณะในมลรัฐจะกระทำโดยคณะกรรมการควบคุมของมลรัฐ (State Regulatory Commissions) ซึ่งแบ่งออกตามประเภทของบริการสาธารณะ เช่น โทรศัพท์และโทรเลข ไฟฟ้า ก๊าซ และน้ำประปา เป็นต้น การควบคุมในระดับสหรัฐกระทำโดยคณะกรรมการควบคุมของสหรัฐ (Federal Regulation Commissions) ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการควบคุมระดับมลรัฐหรือสหรัฐ องค์การเหล่านี้ล้วนเป็นองค์กรอิสระไม่ขึ้นอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร หรือ ตุลาการ

กล่าวได้ว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ไม่มีการแยกประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองได้แก่ หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา หลักคำเสนอคำสนอง หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้แก่ศาลยุติธรรมธรรมดาทั่วไปไม่มี การจัดตั้งศาลปกครองเป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีประโยชน์ของส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองก็จะนำหลักการว่าด้วยสัญญาทางปกครองรวมถึงอำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองที่ปรากฏจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลที่ผ่านๆ มาเป็นแนวทางในการนำมาปรับใช้แก่กรณีในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมาย นำมาประมวลไว้หรือการออกระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง และการร่างสัญญามาตรฐานของฝ่ายปกครองขึ้นเพื่อความสะดวกแก่การอ้างอิงเพื่อให้เกิดความชัดเจน แน่นนอน โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้และเป็นแนวปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานต่างๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐและประโยชน์ส่วนรวม รวมทั้งเป็นหลักเกณฑ์ที่เอกชนคู่สัญญาใช้เป็นแนวทางในการศึกษาทำความเข้าใจ และยอมรับในการที่จะตกลงยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองในการเข้าทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา อย่างไรก็ตามในสหรัฐอเมริกานั้นจะต้องมีการระบุหลักเกณฑ์พิเศษดังกล่าวข้างต้นไว้ในสัญญาปกครองที่ทำกับเอกชนคู่สัญญามิฉะนั้นฝ่ายปกครองจะไม่มีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาในการที่จะบังคับใช้เรื่องสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้แม้ว่าจะเป็นการเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม กล่าวคือการยอมรับเอกสิทธิ์พิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการต่างๆ ไว้ในสัญญาเท่านั้นและหากมิได้มีการบัญญัติให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครองไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวแล้วฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจยกเอาเอกสิทธิ์ใดๆ ขึ้นมากล่าวอ้างได้

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย คือ สัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองควรมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำ การแทนรัฐ และมีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง โดยที่นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน ดังนั้นคำนิยามของสัญญาทางปกครองควรเป็นว่า “สัญญาทางปกครองหมายถึงข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐให้อีกฝ่ายหนึ่งจัดทำบริการสาธารณะ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หมายความว่า รวมถึงข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดการบริการสาธารณะหรือจัดทำบริการสาธารณะร่วมกัน”

การขอให้ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแม้จะมีข้อดีเรื่องความยืดหยุ่นแต่อาจมีข้อเสียเรื่องทำให้การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เชิงซ้ำเห็นว่า ควรมีการตรากฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งต่างหากจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยนำหลักที่ศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและ นักกฎหมายเห็นพ้องต้องกันมาบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมายดังกล่าว ในประเด็นคำนิยามของสัญญาทางปกครองผู้เขียนขอเสนอว่าคำนิยามของสัญญาทางปกครอง ในกฎหมายไทยควรเป็นว่า “สัญญาทางปกครองหมายถึงข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่ สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐให้อีกฝ่ายหนึ่งจัดทำบริการสาธารณะหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หมายความว่า รวมถึงข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดบริการสาธารณะหรือจัดทำบริการสาธารณะร่วมกัน”



**บรรณานุกรม**

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- จำปี โสติพันธุ์. (2548). หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2548). คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2544). หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2546). สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2547). หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บุบผา อัครพิมาน. (2545). สัญญาทางปกครอง: แนวคิด และหลักกฎหมายของฝรั่งเศส และของไทย. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. (2546). หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. กรุงเทพฯ: บพิตรการพิมพ์.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. (2552). รวมกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน. กรุงเทพฯ: วิชั่น พรินท์ แอนด์ มีเดีย.

#### บทความ

- กมลชัย รัตนสกลวงศ์. (2541, ธันวาคม). “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.” กฎหมายปกครอง, 17, 3. หน้า 14-38.



บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2529). “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส.” **กฎหมายปกครอง**, 5.  
หน้า 104 - 107.

โกคิน พลกุล. (2547, มกราคม-เมษายน). “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย.”  
**ศาลปกครอง**, 4, 1. หน้า 19-77.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2542, มิถุนายน). “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบ  
กฎหมายเยอรมัน.” **นิติศาสตร์**, 29, 2. หน้า 262-276.

Jean-Claude Venezia. (2546, มกราคม-เมษายน). “สัญญาทางปกครอง.” **ศาลปกครอง**, 3, 1.  
หน้า 38-47.

M. Philippe Turguet de Beauregard. (2542, เมษายน). “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อ  
จัดจ้าง.” **กฎหมายปกครอง**, 18, 1. หน้า 1-21.

### วิทยานิพนธ์

ชวลิต เสวตสุต. (2547). **สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ศึกษากรณี  
กฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย**  
วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รัตติ สุนทรวราภาส. (2547). **ขอบเขตของสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้ง  
ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

### รายงานการวิจัย

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). **วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาล  
ปกครองต่างประเทศ** (รายงานการวิจัยสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์ เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง). กรุงเทพฯ

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เข้มชัย ชุตินวงศ์, บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, กฤษณ์ วสินนท์ และ  
บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). **คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง**  
(รายงานการวิจัยเสนอต่อสถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง).  
กรุงเทพฯ

บริษัทที่ปรึกษากฎหมายสากล. (2547). **สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา.**

(รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา). กรุงเทพฯ

ประสาธ พงษ์สุวรรณ, ตรีนท นิโครธางกูร และบุผา อัครพิมาน. (2545). **สัญญาทางปกครอง**

**ของประเทศฝรั่งเศส** (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา).

กรุงเทพฯ

มานิตย์ วงศ์เสรี และวรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). **สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน**

(รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา). กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

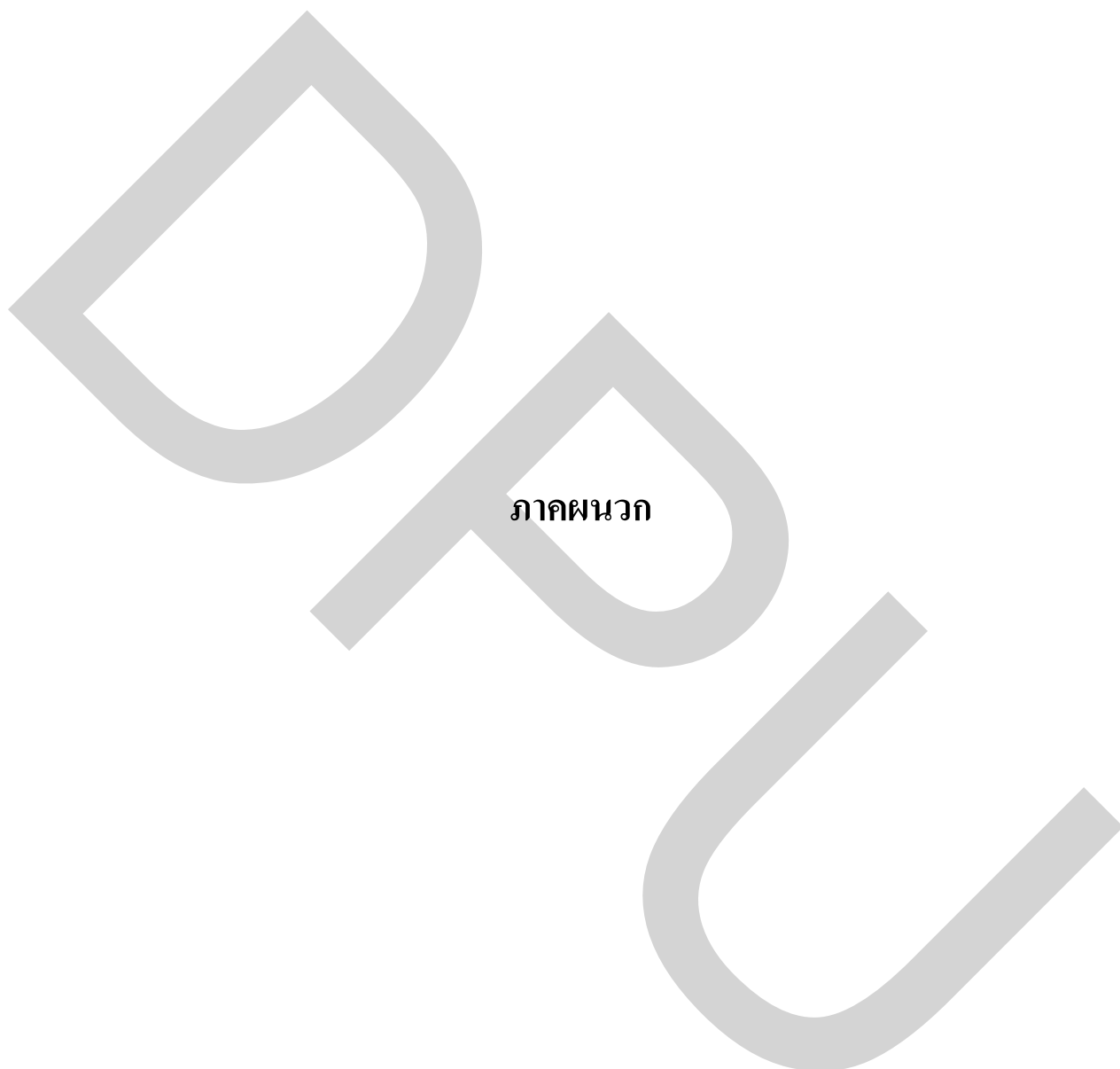
สุรพล นิตไกรพจน์ และคณะ. (2545). **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส** (รายงานการวิจัย

สถาบันวิจัย และให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เสนอต่อสำนักงาน  
ศาลปกครอง). กรุงเทพฯ

#### เอกสารอื่นๆ

พนม เอี่ยมประยูร. (2532). **สัมปทานบริการสาธารณะ.** (เอกสารประกอบการอบรมนิติกร

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา)



ภาคผนวก

รายงานกระบวนการพิจารณา

คดีหมายเลขคำที่ 16374/2536

คดีหมายเลขแดงที่ ..../25...

ศาลแพ่ง

วันที่ 31 เดือน สิงหาคม พุทธศักราช 2536

ความแพ่ง

การทางพิเศษแห่งประเทศไทย

โจทก์

ระหว่าง

บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด

จำเลย

คำสั่ง

พิเคราะห์แล้วได้ความจากคำเบิกความของ นายสุขวิช รังสิตพล ผู้ว่าการทางพิเศษ พยานโจทก์ว่าทางด่วนชั้นที่ 2 ตามฟែงที่ตกลงให้จำเลยสร้างนั้นส่วนแรกสร้างเสร็จเรียบร้อยแล้ว ตามสัญญาและ โจทก์ได้ให้วิศวกรของโจทก์ตรวจสอบความปลอดภัยในการใช้แล้ว ปรากฏว่ามีความปลอดภัยและได้มาตรฐานใช้การได้ซึ่งตามสัญญาเอกสารหมายเลข จ.2 ข้อ 10 จำเลยมีหน้าที่ต้องทำ หนังสือแจ้งวิศวกรอิสระว่า ทางดังกล่าวสามารถเปิดใช้การได้แล้วแต่จำเลยไม่ทำหนังสือแจ้ง วิศวกรอิสระและนำสิ่งกีดขวางทางขึ้น-ลงทางด่วนอันเป็นการไม่ปฏิบัติ ตามสัญญาเป็นเหตุให้ไม่สามารถเปิดใช้ทางด่วนชั้นที่ 2 ตามฟែงได้ทำให้ประชาชนซึ่งประสบปัญหาการจราจรถึงขั้นวิกฤต ได้รับความเดือดร้อนอย่างยิ่งและมีประชาชนเป็นจำนวนมากออกหนังสือนัดหมายชุมนุมในวันที่ 2 กันยายน 2536 เพื่อทำลายสิ่งกีดขวางและเปิดใช้ทางด่วนโดยไม่เสียค่าผ่านทางหากจำเลยไม่เปิดให้มีการใช้ทางด่วนดังกล่าว ซึ่งหากเกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้นก็จะเกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองได้ความ เช่นนี้เห็นว่าการนี้มีเหตุฉุกเฉินที่จะนำวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งมาตรา 254(2), 255 , 257 และ 267 มาใช้บังคับ ฉะนั้นจึงมีคำสั่งให้จำเลยมีหนังสือแจ้ง วิศวกรอิสระว่า ทางด่วนชั้นที่ 2 ที่ก่อสร้างแล้วเสร็จสามารถเปิดใช้การได้ตามเงื่อนไขของสัญญา ข้อ 10 เอกสารหมายเลข จ.2 มิฉะนั้นให้ถือคำพิพากษาแทนการเจตนา และให้จำเลยรื้อถอนสิ่งกีดขวาง บริเวณทางขึ้น-ลงบริเวณถนนพระรามที่ 9 ส่วนค่าผ่านทางนั้นให้เป็นไปตามประกาศของ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา ลงวันที่ 27 สิงหาคม 2536 ทั้งนี้โดยให้จำเลยดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในวันที่ 1 กันยายน 2536 เวลา 15.00 นาฬิกา หมายตั้ง จำศาลแพ่งเป็นเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการตามคำสั่งศาลในกรณีที่จำเลยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนี้ โดยให้เจ้าหน้าที่ของโจทก์เป็นผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการดังกล่าว โดยให้ ดำเนินการภายหลังพระอาทิตย์ตกได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 279 วรรค หนึ่งและให้โจทก์นำเจ้าพนักงานศาลไปส่งคำสั่งให้จำเลยทราบวันนี้ ไม่มีผู้รับโดยชอบให้ปิดและ

เห็นว่าเป็นกรณีเร่งด่วนอาศัยอำนาจตามความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 23 จึงให้ยื่นระยะเวลาตามประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่งมาตรา 79 วรรคสอง เป็นให้มีผลทันทีที่ปิดหมายและเนื่องจากเป็นกรณีที่ต้องดำเนินการบังคับโดยเร่งด่วนจึงให้ดำเนินการหลังพระอาทิตย์ตกได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 279 วรรคหนึ่ง

### คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2548

วันที่ 21 ธันวาคม 2548

เรื่อง เขตอำนาจศาลเกี่ยวกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4)

ศาลจังหวัดสุราษฎร์ธานี (สมุข)

ระหว่าง

ศาลปกครองนครศรีธรรมราช

การส่งเรื่องต่อคณะกรรมการ

ศาลจังหวัดสุราษฎร์ธานี (สมุข) โดยสำนักงานศาลยุติธรรมส่งเรื่องให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลวินิจฉัยชี้ขาดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542 มาตรา 10 วรรคหนึ่ง (3) ซึ่งเป็นกรณีคู่ความฝ่ายที่ถูกฟ้องโต้แย้งเขตอำนาจศาลที่รับฟ้องคดี และศาลที่ส่งความเห็น และศาลที่รับความเห็นมีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีนั้น

ข้อเท็จจริงในคดี

เมื่อวันที่ 8 เมษายน 2547 บริษัท เอ็น.แอล.ซี.อินเตอร์เนชั่นแนล(ประเทศไทย) จำกัด ที่ 1 ห้างหุ้นส่วนจำกัด เณธิการก่อสร้าง ที่ 2 เป็นโจทก์ยื่นฟ้อง เทศบาลตำบลเกาะสมุย จำเลย ต่อศาลจังหวัดสุราษฎร์ธานี(สมุข) เป็นคดีแพ่งหมายเลขดำที่ 60/2547 ความว่า เมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2546 จำเลยได้ทำสัญญาว่าจ้างโจทก์ที่ 1 และที่ 2 ในฐานะกิจการร่วมค้า ให้ทำงานก่อสร้างปรับปรุงท่าเรือท่องเที่ยวบนเกาะสมุย (ท่าเรือเล็กและท่าเรือยอร์ช) ณ บ้านบางรักษ์ หมู่ 4 ตำบลบ่อผุด อำเภอเกาะสมุย จังหวัดสุราษฎร์ธานี ตามสัญญาจ้างเลขที่ 20/2546 ลงวันที่ 10 มีนาคม 2546 โดยต้องทำการก่อสร้างท่าเทียบเรือพร้อมลานอเนกประสงค์ อาคารสำนักงาน จำนวน 1 หลัง อาคาร พักนักท่องเที่ยว จำนวน 2 หลัง และปรับปรุงภูมิทัศน์และลานจอดรถและติดตั้งไฟแสงสว่างกับระบบไฟฟ้า ตกคงจ่ายค่าจ้างรวม 9 งวด เป็นเงิน 26,947,000 บาท กำหนดแล้วเสร็จภายในวันที่ 25 กันยายน 2546 และมีข้อตกลงว่าจำเลยมีสิทธิที่จะสั่งให้โจทก์ทั้งสองทำงานพิเศษ ซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา รวมทั้งสั่งให้โจทก์ทั้งสองเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญาดังกล่าวด้วย ภายหลังทำสัญญาแล้วมีปัญหาและอุปสรรคในการก่อสร้างเกิดขึ้นมากมายอันมิใช่ความผิดของโจทก์ทั้งสอง กล่าวคือ จำเลยไม่ส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้โจทก์ทั้งสองเข้าทำการก่อสร้างตามกำหนด จำเลยสั่งให้โจทก์ทั้งสองหยุดการก่อสร้างโดยอ้างว่า ปั่นจั่น

ซึ่งใช้ในการก่อสร้างกีดขวางการร่อนลงของอากาศยานของสนามบินเกาะสมุย จำเลยเปลี่ยนแบบพื้นโดยมิได้กำหนดราคาใหม่ให้โจทก์ทั้งสอง และแบบที่ใช้ก่อสร้างขัดแย้งกันเอง ซึ่งโจทก์ทั้งสองขออนุมัติก่อสร้างตามแบบที่ถูกต้อง แต่จำเลยเพิกเฉย โจทก์ทั้งสองจึงมีหนังสือขอให้กำหนดความชัดเจนเกี่ยวกับแบบกำหนดอัตราและราคาสำหรับงานที่จำเลยสั่งเปลี่ยนพื้นผิวดินไปจากแบบ และให้ขยายระยะเวลาก่อสร้างออกไปอีก 6 เดือน นับตั้งแต่วันที่ข้อพิพาทในเรื่องต่างๆ โดยให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือ หากจำเลยไม่ปฏิบัติตามก็ให้จำเลยชดเชยเงินสำหรับงานที่โจทก์เตรียมการไปแล้วให้แก่โจทก์ ทั้งสองจำนวน 15,000,000 บาท ไม่เช่นนั้นก็ถือว่าหนังสือดังกล่าวเป็นการบอกเลิกสัญญา แต่จำเลยเพิกเฉย การกระทำดังกล่าวของ จำเลยจึงถือว่าสัญญาเลิกกันเพราะความผิดของจำเลย ทำให้ โจทก์ทั้งสองได้รับความเสียหาย จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยเป็นเงินรวม 15,000,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จ

จำเลยให้การว่า โจทก์ทั้งสองไม่มีอำนาจฟ้อง จำเลยได้มอบพื้นที่ ให้โจทก์ทั้งสองโดยถูกต้องแล้ว จำเลยไม่เคยสั่งให้โจทก์ทั้งสองหยุดตอกเสาเข็มเพียงแต่ให้ตอกเสาเข็ม ให้ได้ความลึกตามที่กำหนดไว้ในแบบเท่านั้น แบบที่ใช้ก่อสร้างก็ได้ขัดแย้งกันเอง และการที่จำเลยไม่อนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบและโครงสร้างนั้นชอบแล้วเพราะโจทก์ทั้งสองขออนุมัติผิวดินไปจากแบบและโครงสร้างตามสัญญาเดิมมาก อันเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่โจทก์ทั้งสองฝ่ายฝ่ายเดียว เมื่อโจทก์ก่อสร้างไม่แล้วเสร็จตามสัญญาโจทก์จึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบให้ยกฟ้อง

จำเลยยื่นคำร้องโต้แย้งเขตอำนาจศาลว่า สัญญาระหว่างโจทก์ ทั้งสองกับจำเลยในคดีนี้เป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะเพื่อประชาชนใช้ร่วมกัน อันเป็นสัญญาทางปกครองคดีจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ศาลจังหวัดสุราษฎร์ธานี (สมุย) พิจารณาแล้วเห็นว่า การที่จำเลยซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐทำสัญญาจ้างโจทก์ทั้งสองก่อสร้างท่าเทียบเรือในคดีนี้ เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญากับโจทก์ทั้งสองในฐานะที่เป็นเอกชน เมื่อมีข้อพิพาทจึงเป็นข้อพิพาทระหว่าง หน่วยงานด้วยกันในเรื่องทางแพ่ง ซึ่งต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับในการพิจารณาพิพากษาหรือวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคู่ความ ดังนั้นคดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ศาลปกครองนครศรีธรรมราชพิจารณาแล้วเห็นว่า โดยที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันกำหนดว่า สัญญาทางปกครองหมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะ เป็น

สัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โจทก์ทั้งสองพิพาทกับจำเลย ตามสัญญาจ้างก่อสร้างท่าเทียบเรือท่องเที่ยวบนเกาะสมุย แต่โดยที่จำเลยมีฐานะเป็นเทศบาลซึ่งเป็นส่วนราชการส่วนท้องถิ่น จำเลยจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง ท่าเทียบเรือท่องเที่ยวที่จำเลยก่อ สร้างอยู่ในกรอบอำนาจของจำเลย ตามมาตรา 51 (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ท่าเทียบเรือดังกล่าวจึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภคอย่างหนึ่งเพราะเป็นเครื่องมือโดยตรงที่ใช้บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชน สัญญาจ้างดังกล่าว จึงเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค นอกจากนั้นข้อกำหนดในสัญญาที่กำหนดให้จำเลยซึ่งเป็นคู่สัญญา ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งให้โจทก์ทั้งสองเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อ กำหนดต่างๆ ในสัญญาได้ฝ่ายเดียว ก็เป็นข้อกำหนดที่ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป สัญญาจ้างก่อสร้างท่าเทียบเรือท่องเที่ยวระหว่างโจทก์ทั้งสองกับจำเลยในคดีนี้จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อมีข้อพิพาทกันตามสัญญาดังกล่าว จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

#### คำวินิจฉัย

ปัญหาที่ต้องพิจารณา คดีนี้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา ของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง

คณะกรรมการพิจารณาแล้ว ข้อเท็จจริงตามคำฟ้องคดีนี้สรุปได้ว่า เทศบาลตำบลเกาะสมุย จำเลยได้ทำสัญญาว่าจ้างโจทก์ทั้งสองให้ทำงานก่อสร้างปรับปรุงท่าเรือท่องเที่ยวบนเกาะสมุย (ท่าเรือเล็กและท่าเรือออร์ช) พร้อมลานอเนกประสงค์ อาคารสำนักงาน จำนวน 1 หลัง อาคารพักนักท่องเที่ยว จำนวน 2 หลัง ปรับปรุงภูมิทัศน์และลานจอดรถและติดตั้งไฟแสงสว่างกับระบบไฟฟ้า ตกลงจ้างค่าจ้างรวม 9 งวด เป็นเงิน 26,947,000 บาท กำหนดแล้วเสร็จภายในวันที่ 25 กันยายน 2546 ภายหลังทำสัญญาจำเลยไม่ส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้โจทก์ทั้งสองเข้าทำการก่อสร้างตามกำหนด จำเลยสั่งให้โจทก์ทั้งสองหยุดการต่อเสาะเช่าโดยอ้างว่า ไม่ได้ความลึกตามที่ต้องการ จำเลยสั่งให้โจทก์ทั้งสองหยุดการก่อสร้างโดยอ้างว่า ปั่นจั่นซึ่งใช้ในการก่อสร้างกีดขวางการร่อนลงของอากาศยานของสนามบินเกาะสมุย จำเลยเปลี่ยนแปลงพื้นที่โดยมิได้กำหนดราคาใหม่ให้โจทก์ทั้งสอง และแบบที่ใช้ก่อสร้างขัดแย้งกันเอง อันมิใช่ความผิดของโจทก์ทั้งสอง ซึ่งโจทก์ทั้งสองขออนุมัติก่อสร้างตาม แบบที่ถูกต้อง แต่จำเลยเพิกเฉย โจทก์ทั้งสองจึงมีหนังสือขอให้กำหนดความชัดเจนเกี่ยวกับแบบ กำหนดอัตราและราคาสำหรับงานที่จำเลยสั่งเปลี่ยนพื้นผิวดินไปจากแบบ และให้



ขยายระยะเวลาก่อสร้างออกไปอีก 6 เดือน นับตั้งแต่มีข้อยุติในเรื่องต่างๆ โดยให้จำเลยดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือหากไม่ปฏิบัติตามให้ชดใช้เงินสำหรับงานที่โจทก์เตรียมการไปแล้วให้แก่โจทก์ ทั้งสอง จำนวน 15,000,000 บาท ไม่นับนั้นก็ถือเอาหนังสือดังกล่าวเป็นการบอกเลิกสัญญา จำเลยเพิกเฉยการกระทำดังกล่าวของจำเลยถือว่า สัญญาเลิกกัน เพราะความผิดของจำเลยจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายพร้อมดอกเบี้ยเป็นคดีนี้ จำเลยให้การว่า จำเลยได้มอบพื้นที่ให้โจทก์ทั้งสองโดยถูกต้องแล้ว จำเลยไม่เคยสั่งให้โจทก์ทั้งสองหยุดก่อสร้างแต่ให้ต่อก่อสร้างให้ได้ความลึกตามที่กำหนดไว้ในแบบเท่านั้น แบบที่ใช้ก่อสร้างก็มีได้ขัดแย้งกันเอง และการที่จำเลยไม่อนุมัติให้แก่ไขเปลี่ยนแปลงแบบและโครงสร้างนั้นชอบแล้วเพราะโจทก์ทั้งสองขออนุมัติผิดไปจากแบบและโครงสร้างตามสัญญาเดิมมาก อันเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่โจทก์ทั้งสองฝ่ายเดียว เมื่อโจทก์ก่อสร้างไม่แล้วเสร็จตามสัญญาโจทก์จึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ ให้อย่างฟ้อง กรณีจึงเป็นข้อพิพาท สืบเนื่องมาจากการปฏิบัติตามสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงท่าเรือท่องเที่ยวบนเกาะสมุย (ท่าเรือเล็กและท่าเรือยอร์ช) ดังกล่าว

ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงท่าเรือท่องเที่ยวบนเกาะสมุย (ท่าเรือเล็กและท่าเรือยอร์ช) เป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง โดยที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครอง มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ได้บัญญัติไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือ เป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ” เทศบาลตำบลเกาะสมุย จำเลยเป็นราชการส่วนท้องถิ่นจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีอำนาจหน้าที่ ตามมาตรา 50 และ 51 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะของประชาชนได้ทำสัญญาว่าจ้างโจทก์ทั้งสองให้ก่อสร้างปรับปรุงท่าเรือท่องเที่ยวบนเกาะสมุย (ท่าเรือเล็กและท่าเรือยอร์ช) อันเป็นอำนาจหน้าที่ของจำเลย ตามมาตรา 51(3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 จึงถือเป็นภารกิจอย่างหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล เห็นว่า สัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งที่ 111/2544

## ศาลปกครองสูงสุด

วันที่ 30 เดือน พฤศจิกายน พุทธศักราช 2544

ระหว่าง

งสุภรณ์ วัฒนอมสัจย์

ผู้ฟ้องคดี

กองทัพอากาศ

ผู้ถูกฟ้องคดี

เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา) ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่ง ในคดีหมายเลขดำที่ 2173/2544 หมายเลขแดงที่ 219/2544 ของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง)

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้ครอบครองที่ดินในพื้นที่ดินตำบลบางพระ อำเภอสรีราชา จังหวัดชลบุรี โดยมีหลักฐานหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเป็น ส.ค. 1 และใบหยียบย่ำ ผู้ฟ้องคดีมีความประสงค์จะขอออกโฉนดที่ดินแปลงดังกล่าว แต่ถูกกองทัพอากาศคัดค้านโดยอ้างว่าเป็นที่ดินที่อยู่ในเขตพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามที่ดินในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอสรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2497 และพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งนิคมสร้างตนเองในที่ อ.ตำบลบางพระ อำเภอสรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2499 ผู้ฟ้องคดีจึงได้ทำสัญญากับกองทัพอากาศเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม 2533 ว่า ผู้ฟ้องคดียอมให้ผู้ถูกฟ้องคดีเข้าใช้ที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีอ้างสิทธิการครอบครองตาม ส.ค. 1 จำนวน 147 ไร่ โดยผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องไม่เข้าใช้ที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีอ้างสิทธิเพิ่มเติมอีกและจะต้องดำเนินการเพื่อขอยกเลิกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามที่ดินในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอสรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2497 และพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งนิคมสร้างตนเองในที่ อ.ตำบลบางพระ อำเภอสรีราชจังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2499 เมื่อมีการยกเลิกพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับแล้ว ผู้ฟ้องคดีจะไม่อ้างสิทธิการครอบครองในที่ดินที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้เข้าไปใช้ประโยชน์จำนวนดังกล่าวอีกต่อไป เพื่อผู้ฟ้องคดีจะได้ดำเนินการขอยกเลิกโฉนดที่ดินโดยไม่ถูกกองทัพอากาศคัดค้านว่าอยู่ในเขตพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวอีก แต่จนถึงบัดนี้ก็ยังไม่มีการยกเลิกพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับดังกล่าวประการใด จึงขอให้ศาลสั่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการยกเลิกพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับนี้โดยเร็ว ปรากฏจากคำฟ้องใน

เอกสารท้ายฟ้องว่า กองทัพเรือได้ประสานกับกรมที่ดินร่วมกันสำรวจแนวเขตหวงห้ามเพื่อจัดทำแผนที่ใหม่

ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีบรรยายฟ้องว่ากองทัพเรือ ได้คัดค้านการขออนุญาตโอนที่ดินของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงได้ทำสัญญากับกองทัพเรือยินยอมยกที่ดินบางส่วนให้กองทัพเรือ โดยมีเงื่อนไขว่ากองทัพเรือจะดำเนินการขอยกเลิก พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามที่ดินในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2497 และพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งนิคมสร้างตนเองในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2499 โดยได้ทำสัญญากันเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2533 แต่ในขณะที่ยื่นฟ้องกองทัพเรือก็ยังมิได้ปฏิบัติตาม เงื่อนไขให้ลู่วงไป ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ศาลกำหนดคำสั่งบังคับโดยสั่งให้กองทัพเรือดำเนินการตามคำสั่งโดยเร็ว นั้น ศาลได้พิเคราะห์สัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับกองทัพเรือแล้วเห็นว่า สัญญาดังกล่าวมิใช่สัญญาทางปกครอง เพราะเนื้อหาของสัญญามิใช่เพื่อบริการสาธารณะ แต่ เป็นสัญญาต่างตอบแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาดังกล่าวตามที่ผู้ฟ้องคดีอ้างจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ จึงมีคำสั่งเมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 2544 ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจาก

สารบบความ

ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2544 อุทธรณ์คำสั่งของ ศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา มีใจความว่า ผู้ฟ้องคดีขออุทธรณ์ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายว่า แม้สัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับกองทัพเรือจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่สัญญาดังกล่าวก็เป็นข้อตกลงที่หน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจรัฐฝ่ายเดียวในการที่จะ ยกเลิกพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับหรือไม่จึงเป็นการกระทำที่อยู่ในกรอบของกฎหมายมหาชนเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้มีข้อตกลงกับหน่วยงานทางปกครองมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2533 หน่วยงานดังกล่าวย่อมจะเกิดหน้าที่ที่จะให้บริการประชาชนตามข้อตกลงในสัญญาโดยไม่ชักช้า การที่หน่วยงานทางปกครองได้ปล่อยปละละเลยโดยไม่เร่งเหตุผลให้ทราบ จึงเป็นการกระทำที่สร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนหรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจึงมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดสั่งให้หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติหน้าที่บริการประชาชนโดยดำเนินการขอยกเลิกพระราชกฤษฎีกาข้อตกลงที่มีต่อประชาชนโดยเร็วได้ จึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาต่อไป

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทำสัญญากับ กองทัพเรือยินยอมยกที่ดินบางส่วนที่ตนอ้างสิทธิครอบครองให้กองทัพเรือโดยมีเงื่อนไขว่า กองทัพเรือจะดำเนินการยกเลิกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามที่ดินในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2499 และพระราชกฤษฎีกาจัดนิคมสร้างตนเองในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2497 โดยทำสัญญาเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2533 แต่ขณะ ยื่นฟ้องกองทัพเรือยังมิได้ปฏิบัติตาม เงื่อนไขให้ลู่ทาง ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับโดยสั่ง ให้กองทัพเรือดำเนินการโดยเร็ว ดังนี้ เห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีมุ่งประสงค์จะขอให้ศาลบังคับให้กอง ททัพเรือปฏิบัติตามสัญญาศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาโดยวินิจฉัย ว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาต่างตอบแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่สัญญา ทาง ปกครองจึงไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษา ตามมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่าสัญญาดังกล่าวเป็น ข้อตกลงที่หน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจรัฐฝ่ายเดียวในการที่จะยกเลิกพระราชกฤษฎีกาทั้งสอง ฉบับ เป็นการกระทำที่อยู่ในกรอบกฎหมายมหาชนและหน่วยงานดังกล่าวย่อมเกิดหน้าที่ที่จะ ให้บริการประชาชนตามข้อตกลงในสัญญาโดยไม่ชักช้า จึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทาง ปกครองได้ปล่อยปละละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้นศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า หน้าที่ที่จะต้อง ดำเนินการยกเลิกพระราชกฤษฎีกาไม่ใช่หน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้กองทัพเรือปฏิบัติ แต่เป็นหน้าที่ ที่เกิดจากข้อตกลงในสัญญาและผู้ฟ้องคดีมุ่งประสงค์จะขอให้ศาลบังคับให้กองทัพเรือปฏิบัติตาม สัญญา กรณีมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อ หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ศาลปกครองชั้นต้น มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาชอบแล้ว

คำสั่งที่ 211/2551

## ศาลปกครองสูงสุด

วันที่ 4 เดือน เมษายน พุทธศักราช 2551

นายมานิช สุ่มมาตย์

ผู้ฟ้องคดี

ระหว่าง

บริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด

ผู้ถูกฟ้องคดี

เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย  
(คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา)

ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่ง ในคดีหมายเลขคำที่ 2039/2550

หมายเลขแดงที่ 1861/2550 ของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง)

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า เดิมผู้ฟ้องคดีเป็นพนักงานของผู้ถูกฟ้องคดี ตำแหน่ง พนักงานไปรษณีย์ 4 ประจำทำการไปรษณีย์จังหวัดร้อยเอ็ด สำนักงานไปรษณีย์เขต 3 ถูกกล่าวหาว่ากระทำวินัยอย่างร้ายแรง ฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง กรณีระหว่างวันที่ 29 สิงหาคม ถึงวันที่ 6 ตุลาคม 2549 ผู้ฟ้องคดีได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่รับฝาก ที่ทำการไปรษณีย์เสลภูมิ ผู้ฟ้องคดีได้ลงจ่ายเงิน ธนอ. ของผู้อื่น จำนวน 48 ฉบับ เป็นเงิน 185,300 บาท โดยมีพฤติกรรมการเจตนาทุจริต นำเงินไปเป็นประโยชน์แก่ตนเองโดยมิชอบ และต่อมากรรมการผู้จัดการใหญ่ได้มีคำสั่งลงโทษไล่ออกผู้ฟ้องคดีออกจากงาน ตามคำสั่งของ ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 5120/2550 ลงวันที่ 2 มีนาคม 2550 และได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบตามหนังสือ ที่ ปณท ปช. 3 (082)/175 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2550 ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ต่อมาฝ่ายวินัยและสอบสวนได้มีหนังสือ ที่ ปณท วส. (อธ)/0280 ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2550 แจ้งผู้ฟ้องคดีว่าคณะกรรมการ บริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด ได้พิจารณาอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีแล้วเห็นว่า อุทธรณ์ฟังไม่ขึ้นเห็นควรยกอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ในครั้งแรกเนื่องจากได้ส่งหนังสือแจ้งผลอุทธรณ์ไปทำงานเดิมของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ครั้งที่สองเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2550 ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมเนื่องจากเป็นความบกพร่องในหน้าที่เล็กน้อยไม่ถึงขั้นร้ายแรง

ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนี้

1. เพิกถอนคำสั่งลงโทษไล่ออกของผู้ฟ้องคดีออกจากงาน ตามคำสั่งของผู้ฟ้องคดี ที่ 5120/2550 ลงวันที่ 2 มีนาคม 2550 และหนังสือ ที่ ปจ. 3 (082)/175 (ที่ถูกต้อง ปณท ปจ. 3 (082)/175) ลงวันที่ 16 มีนาคม 2550

2. ให้ผู้ฟ้องคดีรับผู้ฟ้องคดีกลับเข้าทำงานในตำแหน่งเดิมและคืนสิทธิประโยชน์ต่างๆ ย้อนหลังไปถึงวันที่มีคำสั่งไล่ออกจากงาน

3. คู่มีครองชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ ตามมาตรา ๖๖ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีได้จัดตั้งขึ้นตามที่ คณะรัฐมนตรีอนุมัติ ให้เปลี่ยนทุนของการสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นตามพระราชบัญญัติรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และโอนกิจการในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการไปรษณีย์ของการสื่อสารแห่งประเทศไทยไปให้แก่ ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงมีอำนาจหน้าที่ในกิจการไปรษณีย์เช่นเดียวกับ การสื่อสารแห่งประเทศไทย ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด พ.ศ. 2546 ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงมีฐานะเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการทางปกครองอันเป็น หน่วยงาน ทางปกครองตามคำนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอาจถูกฟ้องคดีได้ แต่ตามมาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ... (3) คดีที่อยู่ใน อำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและ การค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น มาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า ศาลแรงงานมี อำนาจพิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งในเรื่องต่อไปนี้ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตาม สัญญาจ้างแรงงานหรือตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ... และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติ แรงงาน รัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 บัญญัติว่า สภาพการจ้าง หมายความว่า หลักเกณฑ์และ เงื่อนไขการจ้าง หรือการทำงาน กำหนดวันและเวลาทำงาน ค่าจ้าง สวัสดิการ การเลิกจ้าง หรือ ประโยชน์อื่นของนายจ้างหรือลูกจ้างอันเกี่ยวกับการจ้างหรือการทำงาน มูลเหตุของข้อพิพาท เกิดขึ้นเนื่องจากกรรมการผู้จัดการใหญ่มีคำสั่งไล่ออกผู้ฟ้องคดีออกจากงาน ตามคำสั่งของผู้ฟ้องคดี ที่ 5120/2550 ลงวันที่ 2 มีนาคม 2550 กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามข้อตกลง เกี่ยวกับสภาพการจ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีในฐานะลูกจ้างกับผู้ฟ้องคดีในฐานะนายจ้างในเรื่องการ เลิกจ้าง ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา ของศาลแรงงานตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราช บัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณา

พิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคสอง(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองจึงไม่อาจรับคำฟ้องคดีนี้ รวมทั้งคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการใดเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาได้ ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาความว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงจากคำสั่งดังกล่าว คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาพิพากษาต่อไป

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีจัดตั้งขึ้นตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติให้เปลี่ยนทุนของการสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นตามพระราชบัญญัติรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และมีอำนาจหน้าที่ในกิจการไปรษณีย์ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของ บริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด พ.ศ. 2546 จึงมีฐานะเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการทางปกครอง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีกล่าวหาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่ง ที่ 5020/2550 ลงวันที่ 2 มีนาคม 2550 ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากงานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่โดยที่การออกคำสั่งลงโทษไล่พนักงานที่กระทำผิดวินัยออกจากงานของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นไปตามข้อบังคับคณะกรรมการ บริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด ฉบับที่ 8 ว่าด้วยข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน พ.ศ. 2549 ซึ่งเป็นการเลิกจ้างตามความหมายของสภาพการจ้างตามพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 เมื่อผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งลงโทษไล่ออกจากงานอันเป็นการเลิกจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของ ศาลแรงงาน ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองจึงรับคดีนี้ไว้พิจารณาพิพากษาไม่ได้ ข้อกล่าวอ้าง ของผู้ฟ้องคดีฟังไม่ขึ้น ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดี ออกจากสารบบความนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นายสุรินทร์ ทองมา

ประวัติการศึกษา

แพทยศาสตรบัณฑิต คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล  
มหาวิทยาลัยมหิดล พ.ศ. 2530  
วุฒิปดตรีผู้เชี่ยวชาญ สาขาสุติศาสตร์-นรีเวชวิทย  
พ.ศ. 2536  
นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2)  
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช พ.ศ. 2548  
เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 59  
ประกาศนียบัตรกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดี  
ปกครอง ตามมาตรฐานที่ ก.ศป. รับรอง รุ่นที่ 1

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นายแพทย์ ระดับชำนาญการพิเศษ  
โรงพยาบาลนครปฐม อ.เมือง จ.นครปฐม  
กรรมการแพทยสภา  
ผู้ช่วยเลขาธิการแพทยสภา (ด้านกฎหมายและจริยธรรม)

ผลงานทางวิชาการ

- 1) วิเคราะห์คำพิพากษาคดีจำคุกแพทย์  
โรงพยาบาลอำเภอร่อนพิบูลย์  
บทบัญญัติ เล่มที่ 63 ตอน 3 กันยายน 2550
- 2) ความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับแพทยสภา  
บทบัญญัติ เล่มที่ 68 ตอน 1 มีนาคม 2551
- 3) แพทย์กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157  
บทบัญญัติ เล่มที่ 64 ตอน 4 ธันวาคม 2551
- 4) การตรวจสอบดุลยพินิจของแพทยสภา  
โดยศาลปกครอง บทบัญญัติ เล่มที่ 65 ตอน 1  
มีนาคม 2552



5) การพิจารณาคำขอให้พิจารณาใหม่ : กรณีคดี  
จริยธรรมของแพทยสภา บทบัญญัติ  
เล่มที่ 65 ตอน 2 มิถุนายน 2552

