

เขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง



พันตำรวจโทสันต์ ปานสังข์

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2556

Judicial Authority Regarding Administrative Contracts  
and Commercial Contracts

Pol. Lt. Col. Wasan Phansang



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for  
the Degree of Master of Laws in Public Law  
School of Law  
Sukhothai Thammathirat Open University  
2013

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ เขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง  
ชื่อและนามสกุล พันตำรวจโทวสันต์ ปานสังข์  
วิชาเอก กฎหมายมหาชน  
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช  
อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2556

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์)



กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ภาณินี กิจพ่อคำ)



(อาจารย์เจียรชัย ณ นคร)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

สุโขทัยธรรมาธิราช

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ เขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง  
ผู้ศึกษา พันตำรวจโทวสันต์ ปานสังข์ รหัสนักศึกษา 2544001494 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต  
อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์ ปีการศึกษา 2556

### บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระเรื่องเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งครั้งนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีและหลักเกณฑ์ของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งที่เป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง (2) ศึกษาวิเคราะห์ถึงความชัดเจนในความหมายของสัญญาแต่ละประเภทอันจะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเพื่อไม่เกิดความสับสนกับประชาชนผู้ที่จะนำข้อพิพาททางสัญญาขึ้นสู่ศาล (3) เสนอแนะแนวทางในการกำหนดเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งที่เป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการวิจัยเอกสารจากตัวบทกฎหมาย ตำรา คำพิพากษา ข้อหารือ รวมทั้งงานวิจัยต่างๆ ทั้งเอกสารของไทยและเอกสารของต่างประเทศ ตลอดจนเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาพบว่าศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในสัญญาที่มอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแตกต่างไปจากหลักการทำการสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะตามหลักกฎหมายมหาชน ที่ว่าสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้มอบให้เอกชนคู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชน นั้น ต้องเป็นกรณีที่ให้เอกชนคู่สัญญาผู้รับมอบทำการก่อสร้างหรือจัดทำขึ้นซึ่งบริการสาธารณะภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชน และเมื่อดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จให้เอกชนคู่สัญญาผู้รับจ้างเข้าบริหารจัดการเพื่อให้บริการแก่ประชาชนต่อไปด้วยสิ่งก่อสร้างนั้นไปจนตลอดอายุสัญญา โดยเอกชนคู่สัญญามีสิทธิที่จะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการนั้นๆ ส่วนกรณีสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำสัญญาให้เอกชนคู่สัญญาทำการก่อสร้าง หรือจัดทำขึ้นซึ่งอุปกรณ์หรือเครื่องมือในการบริการสาธารณะนั้น เมื่อได้จัดทำก่อสร้างหรือจัดทำจัดหาซึ่งอุปกรณ์หรือเครื่องมือเสร็จแล้วและส่งมอบให้กับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดำเนินการต่อไปตามสัญญาอีก โดยมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าจ้างอันเป็นค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครองตามสัญญาเท่านั้น สัญญาดังกล่าวนี้นี้จึงเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงอาจทำให้เกิดความสับสนกับประชาชนผู้ที่จะนำข้อพิพาททางสัญญาขึ้นสู่ศาล จึงควรมีการทบทวนแนวทางในการชี้ขาดในเรื่องดังกล่าวโดยคำนึงถึงหลักการจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายมหาชนด้วย

คำสำคัญ เขตอำนาจศาล สัญญาทางปกครอง

**Independent Study title:** Judicial Authority Regarding Administrative Contracts  
and Commercial Contracts

**Author:** Pol. Lt. Col. Wasan Phansang; **ID:** 2544001494; **Degree:** Master of Laws;

**Independent Study advisor:** Dr. Kamolchai Ratanasakalwong Adjunct Professor;

**Academic year** 2013

### Abstract

The objectives of this independent study titled “Problems on Judicial Authority Regarding Administrative Contracts and Commercial Contracts” were to: (1) study the public law principles and the criteria of the Administrative Court and the Court Jurisdiction Commission about the difference between administrative contracts and commercial contracts entered into by the government sector; (2) study the clear definition of each kind of contract in order to protect the rights and liberties of citizens and to prevent confusion in cases where citizens want to take legal action concerning such contracts; and (3) propose appropriate criteria to separate between administrative contracts and commercial contracts entered into by the government sector for the purpose of court jurisdiction.

This independent study was a qualitative research based on documentary research of related documents including laws, textbooks, court rulings, legal consultations and relevant research articles from Thailand and other countries.

The results of the study found that rulings of the Administrative Court and the Court Jurisdiction Commission about administrative contracts granting private sector entities the rights to provide public services tended to differ from the public law principles. Administrative contracts in which a government agency hires a private sector contractor to provide public services under the public law are generally made under the principle that the private sector contractor builds or provides a structure or system and when it is complete, the private sector contractor operates and manages the structure or system to provide the public service under the terms of the contract until the contract expires. The private sector contractor has the right to collect fees or services charges from people who use the service. On the other hand, some contracts of the government sector are made on the principle that a government agency hires a private sector contractor to build or provide equipment for a public service, and when it is complete the government agency assumes ownership of the structure or equipment and the private sector contractor does not have the right or responsibility to operate or manage it. The private sector contractor receives only the agreed payment for the work according to the contract. This latter type of contract is just a normal commercial law contract made by the government sector. This difference and the previous rulings have created confusion among people who wish to take a legal action concerning dispute on administrative contract to court. Accordingly, there should be a clear understanding of the definition of such different contracts and the related authority should review the criteria for court jurisdiction by taking into account the principles of public services provision under public law principles.

**Keywords:** Court jurisdiction, Administrative contract

## กิตติกรรมประกาศ

ในการศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชาเอกกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ผู้ทำการศึกษาได้เลือกที่จะทำการศึกษาค้นคว้าอิสระ และที่ผู้ทำการศึกษาได้สำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรได้ในครั้งนี้ ผู้ทำการศึกษานึกถึงพระคุณอันยิ่งใหญ่ของมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช รวมทั้งอาจารย์ผู้สอน อาจารย์ที่ปรึกษา และอาจารย์ผู้สอบงานการศึกษาค้นคว้าอิสระ ที่ได้ให้ความรู้ทางด้านวิชาการ คำแนะนำ คำสั่งสอนที่มีประโยชน์ทางวิชาการ ในหลักสูตรการศึกษา ตลอดจนแนวทางการวิเคราะห์ การแก้ไขปัญหาในด้านวิชาการในทำจัดผลงานการค้นคว้าอิสระ ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจาก ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์ อาจารย์ที่ปรึกษา และอาจารย์ สิริพันธ์ พลรบ อาจารย์ประจำสาขานิติศาสตร์ จนกระทั่งทำให้งานค้นคว้าอิสระฉบับนี้ลุล่วงไปด้วยดี ผู้ทำการศึกษาจึงขอกราบขอพระคุณคุณอาจารย์ทุกท่านเป็นอย่างสูง ในการถ่ายทอดความรู้ด้านวิชาการและความดีงามในด้านคุณธรรมและจริยธรรมตลอดมา

ผู้ทำการศึกษาขอขอบพระคุณบิดา มารดา ที่ให้คำชี้แนะและสั่งสอน และให้การสนับสนุนเอาใจใส่ให้กับผู้ทำการศึกษาตลอดมา ตั้งแต่ผู้ทำการศึกษายังเป็นเด็กจนกระทั่งเติบโตและมีหน้าที่การงานที่มั่นคง การศึกษาครั้งนี้สำเร็จลงได้เพราะความเมตตาของท่านทั้งสอง ซึ่งผู้ทำการศึกษายังระลึกถึงพระคุณท่านอยู่เสมอ จึงขอพรจากคุณพระศรีรัตนตรัยให้ปกป้องคุ้มครองท่านตลอดไป

การศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตสำเร็จลงได้ นอกจากบุคคลดังกล่าวแล้วยังมีผู้ที่มีพระคุณทั้งหลาย ผู้ใกล้ชิดที่ให้กำลังใจมุ่งมั่นเพียงพยายามมาโดยตลอด ผู้ทำการศึกษาจึงขอขอบพระคุณอย่างซาบซึ้งในน้ำใจทั้งหมดเหล่านั้น และจะตั้งใจหาความรู้เพิ่มเติมต่อไปอย่างสม่ำเสมอ เพื่อนำไปพัฒนาตนเองให้มีความก้าวหน้าทางวิชาการยิ่งๆ ขึ้นไป

วสันต์ ปานสังข์

ตุลาคม 2556

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
3. ขอบเขตการศึกษา.....	5
4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
5. รูปแบบและวิธีศึกษาวิจัย.....	7
บทที่ 2 แนวความคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางการปกครอง .....	8
1. ทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ.....	8
1.1 หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ.....	9
1.2 หลักว่าด้วยการปรับเปลี่ยนให้บริการสาธารณะทันสมัยอยู่เสมอ.....	8
1.3 หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ.....	10
2. ปรัชญาและแนวความคิดสัญญาทางปกครอง.....	10
2.1 วิวัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	11
2.2 หลักทั่วไปของสัญญาทางปกครอง.....	12
2.3 องค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง.....	13
2.3.1 หลักเกี่ยวกับคู่สัญญา.....	13
2.3.2 หลักเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา.....	13
2.3.3 หลักเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา.....	14
2.4 ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	14
2.5 เกณฑ์การพิจารณาที่มาของสัญญาทางปกครอง.....	15
2.5.1 สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด.....	15
2.5.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด.....	15
2.6 รูปแบบของสัญญาทางปกครอง.....	16
2.6.1 สัญญาเกี่ยวกับพัสดุ.....	16
2.6.2 สัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ.....	16
3. ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง.....	17
3.1 หลักเกณฑ์ของสัญญาตามกฎหมายแพ่ง.....	17
3.2 หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครอง.....	17

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 ทฤษฎีและแนวความคิดสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส และเยอรมัน .....	19
1. ทฤษฎีและแนวความคิดสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส .....	19
1.1 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ของประเทศฝรั่งเศส .....	19
1.1.1 เกณฑ์การพิจารณาลักษณะสัญญาทางปกครอง .....	20
1) สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด .....	20
2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ .....	20
1.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส .....	27
1.2.1 หลักเกณฑ์ในเรื่องข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาทางปกครอง ที่เกิดจากกฎหมาย .....	27
1.2.2 หลักเกณฑ์เรื่องข้อจำกัดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา อันเกิดจากกฎหมาย .....	28
1.3 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง และสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส .....	29
1.3.1 เกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่าง “สัญญาทางปกครอง” กับ “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน” .....	29
1) กรณีของสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้ .....	30
2) เกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็น สัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายมหาชน .....	31
2. แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ของประเทศเยอรมัน .....	32
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมัน .....	32
2.2 สัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายว่าด้วยวิธีการ ปฏิบัติราชการทางปกครอง .....	35
2.3 หลักความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาเอกชน .....	36
2.4 ประเภทของสัญญาทางปกครอง .....	38
2.4.1 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน .....	38
2.4.2 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน .....	38
2.4.3 สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง .....	39
2.4.4 สัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง .....	39
2.5 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน .....	41
2.5.1 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองเยอรมัน .....	41
1) คู่สัญญาของสัญญาทางปกครอง .....	41



สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2) เจื่อนใจและขอบเขตของการกระทำของฝ่ายปกครอง ที่กระทำกันในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง.....	42
3) การตกลงทำสัญญาทางปกครอง.....	42
4) รูปแบบของสัญญาทางปกครอง .....	43
2.5.2 ทฤษฎีสินทางปกครองในกฎหมายเยอรมัน .....	44
1) ทฤษฎีสินเกี่ยวกับการคลังของรัฐ.....	44
2) ทฤษฎีสินทางปกครอง.....	45
3) นิติสัมพันธ์ในทางปกครองระหว่างรัฐกับ ประชาชนในทฤษฎีสินทางปกครอง.....	45
บทที่ 4 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย.....	48
1. การจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบสัญญาทางปกครองของไทย.....	48
1.1 ความหมายของบริการสาธารณะ.....	48
1.2 สัญญาเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐในประเทศไทย.....	49
2. สัญญาทางปกครองก่อนการจัดตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ.2542.....	50
2.1 พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ.2464.....	51
2.2 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัย หรือผาสุกแห่งสาธารณะชน พ.ศ.2471.....	51
2.3 พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473.....	51
2.4 พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ.2482.....	51
2.5 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 .....	51
2.6 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้ามาร่วมงานหรือดำเนิน การในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535.....	52
2.7 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 .....	52
2.8 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทานพ.ศ.2542.....	53
2.9 พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับการเสนอ ราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ.2542.....	53
2.10 กฎหมายเกี่ยวกับการสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ.....	53
3. องค์การที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง ก่อนมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ.2542.....	54
3.1 คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์.....	54
3.2 ศาลยุติธรรม.....	55
4. สัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542.....	56

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.1 การนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง มาใช้ในระบบกฎหมายไทย.....	56
4.2 ความหมายของสัญญาทางการปกครองในระบบกฎหมายไทย.....	56
4.3 ลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย.....	58
4.3.1 สัญญาสัมปทาน.....	58
4.3.2 สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ.....	59
4.3.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค.....	59
4.3.4 สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.....	60
4.4 สัญญาทางปกครองของไทยตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ศาลปกครองสูงสุด.....	61
บทที่ 5 วิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล.....	62
1. แนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ก่อนการจัดตั้งศาลปกครอง.....	62
2. แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	63
3. วิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด อำนาจหน้าที่ระหว่างศาล หลังการจัดตั้งศาลปกครอง.....	67
3.1 สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครอง.....	68
3.2 สัญญาที่คู่สัญญาเป็นหน่วยงานฝ่ายปกครองทำขึ้นกับเอกชน.....	69
3.2.1 การให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายมหาชน.....	69
1) สัญญาให้สัมปทานการจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับ ทรัพยากรธรรมชาติ.....	69
2) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ.....	71
3.2.2 ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายเอกชน.....	75
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	77
1. บทสรุป.....	77
2. ข้อเสนอแนะ.....	81
บรรณานุกรม.....	82
ประวัติผู้ศึกษา.....	85

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาของปัญหา

ก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ระบบศาลไทยเป็นระบบศาลเดี่ยวการดำเนินคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เหมือนกับการดำเนินคดีสัญญาแพ่งทั่วไป คือดำเนินคดียังศาลยุติธรรมและนำกฎหมายสารบัญญัติ ตามหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรม สัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้กับคู่สัญญา และนำกฎหมายวิธีบัญญัติ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับในการดำเนินคดีชั้นศาล ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่อยู่บนหลักความตกลงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และความเสมอภาคเท่าเทียมกันของคู่สัญญา โดยนำระบบกล่าวหาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี กล่าวคือ ศาลยุติธรรมไม่ต้องลงมาค้นหาความจริงเอง การพิจารณาพิพากษาคดีขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานของคู่ความแต่ละฝ่ายที่จะกล่าวอ้าง นำเสนอและนำเข้าสู่ชั้นศาล โดยศาลจะพิจารณาซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานของทั้งสองฝ่ายว่าคู่ความฝ่ายใดนำสืบพยานหลักฐานมีน้ำหนักมากกว่าก็จะเป็นฝ่ายชนะคดี

ในอดีตก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองนั้น ศาลยุติธรรมไม่เคยนำหลักกฎหมายปกครองมาใช้ แต่รัฐบาลไทยก็ได้มีการทำสัญญาทางปกครองมาแล้ว ซึ่งอยู่ในรูปแบบที่เรียกว่าสัญญาทางราชการ เช่นสัญญาสัมปทาน สัญญาบริการสาธารณะ กับเอกชนมาโดยตลอด ซึ่งเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองของรัฐทำสัญญามอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐภายในระยะเวลาที่กำหนด อันเป็นการแบ่งเบาภาระหน้าที่ของรัฐซึ่งมีภาระอื่น ๆ ที่จะต้องดำเนินการอีกหลาย ๆ ด้าน โดยให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนและรับภาระความเสี่ยงด้วยตนเอง และสามารถได้ประโยชน์ตอบแทนจากการเก็บค่าบริการหรือหาผลประโยชน์จากกิจการนั้นๆ หรือตกลงแบ่งผลประโยชน์ให้กับรัฐบ้างบางส่วน เช่นสัญญาสัมปทานทำป่าไม้ หรือเหมืองแร่ สัญญาสัมปทานก่อสร้างทางด่วนที่เก็บค่าผ่านทาง สัญญาสัมปทานเดินรถประจำทาง เป็นต้น ซึ่งคู่ความทั้งสองฝ่ายคือฝ่ายรัฐและเอกชนต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามที่ระบุไว้ในข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัญญา ศาลยุติธรรมก็จะพิจารณาโดยนำหลักกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับคู่กรณี อันเป็นหลักที่คำนึงถึงเฉพาะสิทธิและหน้าที่ของคู่ความในสัญญา<sup>1</sup> โดยไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ของประชาชนโดยรวมเป็นสำคัญ ซึ่งนอกจากคดีสัญญาทางปกครองดังกล่าวแล้ว หากเป็นคดีการกระทำทางปกครอง ก็ยิ่งจะไม่สามารถตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารเพื่อประโยชน์ต่อสังคมได้ เพราะศาลยุติธรรมถือว่า นโยบายหรือการบริหารงานของฝ่ายบริหาร ศาลยุติธรรมจะไม่เข้าไปก้าวล่วง ไปยกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไข คำสั่งของฝ่ายบริการ ตามหลักการถ่วงดุลอำนาจระหว่างอำนาจของฝ่ายบริหาร กับอำนาจตุลาการ<sup>2</sup>

<sup>1</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525

<sup>2</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 766/2518

จากแนวความคิดของนักวิชาการที่ว่าสัญญาทางปกครองนั้นจะมีผลหลายประการ แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั้งนี้เนื่องจากแนวคิดที่ว่าสัญญาทางปกครองดำเนินไปเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น สัญญาทางปกครองก็ต้องมีผลบังคับเพื่อให้ประโยชน์สาธารณะบรรลุผลได้ แม้จะต้องกระทำต่อเอกชนคู่สัญญาก็ตาม ซึ่งเป็นผลให้สัญญาทางปกครองนั้น บางกรณีรัฐอยู่ในฐานะเหนือกว่าเอกชน เช่นถือหลักว่าสัญญาทางปกครองนั้น รัฐสามารถแก้ไขฝ่ายเดียวได้โดยเฉพาะในเรื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะไว้ แต่ในขณะเดียวกันเมื่อการแก้ไขสัญญานั้นๆ ก่อให้เกิดภาระหรือความเสียหายแก่เอกชน รัฐก็มีหน้าที่ต้องชดเชยต่อภาระความเสียหายนั้น เป็นต้น ด้วยลักษณะดังกล่าวนี้สัญญาทางปกครองจึงมีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาในทางแพ่งทั่วไปที่เป็นเรื่องของประโยชน์ของเอกชนต่อเอกชนที่มีความเสมอภาคกัน<sup>3</sup>

ต่อมาในปี พุทธศักราช 2522 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2522 ออกมาใช้บังคับ โดยในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้จัดให้รวมคณะกรรมการเรื่องราร้องทุกข์เข้าเป็นกรรมการประเภทหนึ่งของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรียกว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์” ซึ่งในการดำเนินงานของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ มีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานฝ่ายธุรการ เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยคดีพิพาททางปกครอง โดยเมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยคดีพิพาทแล้ว คำวินิจฉัยยังไม่สิ้นสุด จะต้องนำเสนอคำวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารสั่งการให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามอีกครั้งหนึ่ง โดยนำรูปแบบมาจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseild’Etat) ของประเทศฝรั่งเศส โดยในครั้งนี้นำสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้มีเจตนาารมณ์ที่จะพัฒนาคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไปสู่การเป็นศาลปกครอง อันเป็นที่มาของการเตรียมการจัดตั้งศาลปกครอง แต่เนื่องจากศาลปกครองมีหน้าที่ในการตรวจสอบดุลพินิจและข้อเท็จจริงของเจ้าพนักงานของรัฐหรือฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งสัญญาทางปกครอง และระเบียบต่างๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ได้บังคับบัญชาศาลปกครองจึงเป็นที่ฝังสุดท้ายของประชาชน และเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจตุลาการในการตรวจสอบการกระทำทางปกครอง แต่การจัดตั้งศาลปกครองจะประสบความสำเร็จได้นั้น ผู้พิพากษาศาลปกครองซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ผู้พิพากษาศาลปกครองจะต้องมีความรู้ความเข้าใจในระบบการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อจะได้รู้ว่าการใดสามารถจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายบริหารได้ โดยไม่ทำให้เสียประสิทธิภาพในการบริหาร และกรณีที่ไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปแทรกแซงในการใช้ดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพื่อมิให้ศาลปกครองเข้าไปทำตนเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายบริหาร ในกรณีเช่นนี้เอง ผู้พิพากษาศาลปกครองจึงต้องมีความรู้ความเข้าใจในทฤษฎี ปรัชญาและตัวบทกฎหมายมหาชนเป็นอย่างดี โดยควบคู่ไปกับความเข้าใจในเรื่องการบริหารของฝ่ายปกครอง

ดังนั้น หลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 โดยบทบัญญัติที่ได้กำหนดไว้ในหมวด 8 ส่วนที่ 4 มาตรา 271 ว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวงเว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น และ มาตรา 276 ถึงมาตรา 280

<sup>3</sup> สุนทร มณีสวัสดิ์, กฎหมายปกครองชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (นันทบุรีสำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2555), หน้า 13-6

เกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ซึ่งได้เปลี่ยนระบบศาลของประเทศไทยให้ชัดเจน โดยจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นระบบศาลคู่ (Dualismejurisdictionnel) ตามแนวความคิดจากประเทศฝรั่งเศส และตามมาตรา 276 วรรคสอง บัญญัติให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น โดยผลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 นี้ จึงจัดให้มี พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 โดยมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไว้ และใน (4) ได้บัญญัติไว้ว่าคดีที่พิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่ง ส่วน มาตรา 72 (3) ก็ได้บัญญัติถึงอำนาจของศาลปกครองในการกำหนดค่าบังคับไว้ว่า ศาลปกครองมีอำนาจที่จะสั่งให้ดูความใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำการโดยจะกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขอื่น ๆ ไปด้วยกันก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

และโดยที่ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้บัญญัติให้ความหมายของ “สัญญาทางปกครอง” เอาไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามดังกล่าว จะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองได้แก่สัญญา 4 ประเภท คือ

- ก. สัญญาสัมปทาน
- ข. สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
- ค. สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
- ง. สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากคำนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” นั้นกฎหมายได้ใช้คำว่า “หมายความว่ารวมถึง” จึงทำให้เข้าใจได้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ได้ต้องการที่จะให้สัญญาทางปกครองมีเพียงสัญญา 4 ประเภท ดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น จึงได้ใช้คำว่า “หมายความว่า” เพื่อให้เห็นภาพของ “ความหมายอย่างกว้าง” ของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ที่ศาลปกครองจะต้องนำไปสร้างหลักจากแนวคำพิพากษาของตนต่อไป ซึ่งเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้ใช้ดุลพินิจของตนอย่างเต็มที่ในการสร้างหลักกฎหมายและแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

โดยในช่วงแรกของการพิจารณาคดีโดยศาลปกครองภายหลังจากที่ศาลปกครองเปิดทำการเมื่อวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ.2544 นั้น ศาลปกครองได้พิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองหลายเรื่อง อย่างไรก็ตาม การที่ศาลปกครองชั้นต้นจะพิจารณารับหรือไม่รับเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้พิจารณานั้น ส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองชั้นต้นจะพิจารณา “ความหมายอย่างแคบ” ของสัญญาที่นำมาฟ้องในคดีโดยพิจารณาว่า สัญญาที่นำมาฟ้องคดีนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง 4 ประเภทดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาดูแนวคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่สั่งไม่รับฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชนแล้วพบว่า ในการพิจารณาของศาลปกครองนั้น ส่วน

ใหญ่จะพิจารณาโดยให้ความสำคัญกับคำนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 อย่างเคร่งครัด คือ พิจารณาว่าสัญญาที่เป็นข้อพิพาทนั้น มีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง 4 ประเภท หรือไม่ อย่างไรก็ตาม คดีที่ศาลปกครองกลางสั่งไม่รับไว้พิจารณาดังกล่าวไปแล้วข้างต้นหลายๆคดีนั้น ในบางคดีผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งไม่รับไว้พิจารณาไปยังศาลปกครองสูงสุด ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุดก็ได้ทำทางออกให้กับเรื่องดังกล่าว

ซึ่งต่อมาได้มีมติในการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 วางแนวทางปฏิบัติที่เป็นผลให้เป็นการ “ขยาย” ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ให้กว้างขึ้นอันเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” เพื่อให้ศาลปกครองได้มีโอกาสวางแนวทางปฏิบัติของตนที่เหมาะสม โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งนั้น ได้ขยายความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ดังนี้ “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2539 ได้นั้น ประการแรกคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะที่เช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

จากมติในการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว ทำให้มีการขยายคำนิยามของสัญญาทางปกครอง และกำหนดลักษณะของสัญญาที่ไม่ใช่สัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

1) สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองต้องเป็นไปตามเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

ก. คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ข. สัญญานั้นมีลักษณะเป็น

1. สัญญาสัมปทาน
2. สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
3. สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
4. สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
5. สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญา

อีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

6. สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางตรงหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะ บรรลุผล

2) สัญญาที่ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามข้อ 1. ถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง

จากคำนิยามอันมีที่มาจากแนวทางปฏิบัติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ดังกล่าว มีผลเป็นการให้ “ความหมายอย่างกว้าง” ต่อคำว่าสัญญาทางปกครอง ดังนั้น การที่ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2539 ได้บัญญัติความหมายของสัญญาทางปกครองโดยให้นิยามไว้เพียงสั้นๆ ดังกล่าว แล้วให้ศาลปกครองซึ่งเป็นผู้พิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยให้ผู้พิพากษาศาลปกครองไปสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นเองโดยไม่ทำการศึกษาให้รอบคอบในการพิจารณาคดีและการมีคำวินิจฉัย อาจจะไม่เหมาะสมและจะเป็นปัญหาในการพัฒนากฎหมายปกครองที่อาจเชื่อมโยงและหลงทางขึ้นได้ ดังเช่น การพิจารณาถึงแนวความคิดถึงความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง โดยเฉพาะในเนื้อหาของสัญญาที่เป็นกรให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งในประเด็นนี้สามารถแบ่งสัญญาของฝ่ายปกครองออกได้เป็น สอง ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง สัญญาใดที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อจัดองค์กร หรือปฏิบัติงานของบริการสาธารณะสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนประเภทที่สอง สัญญาทางฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นโดยไม่ส่วนเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง การแบ่งแยกสัญญาทั้งสองประเภทนี้มีความสำคัญ และส่งผลต่อการใช้กฎหมายในการตัดสินคดีพิพาท และการกำหนดเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาท โดยหากสัญญาของฝ่ายปกครองสัญญาใดมีสภาพเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองและศาลยุติธรรมจะไม่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้น และหากนำสัญญาทางปกครองดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมก็อาจไม่รับคำฟ้องได้พิจารณาได้

## 2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาถึงแนวความคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการของสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายมหาชน

2.2 เพื่อศึกษาวิเคราะห์การพัฒนาแนวความคิดของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดระหว่างศาลเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครอง ที่สามารถแยกความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง

## 3. ขอบเขตการศึกษา

ด้วยปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองใช้บังคับ มีแต่ บทบัญญัติที่ให้ ความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี

พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2544 ได้ให้ความหมายไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทน รัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” จากคำนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” นั้น กฎหมายได้ใช้คำว่า “หมายความว่า” จึงทำให้เข้าใจได้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ได้ต้องการที่จะให้สัญญาทางปกครองมีเพียงสัญญา 4 ประเภท ดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น จึงได้ใช้คำว่า “หมายความว่า” เพื่อทำให้เห็นภาพของ “ความหมายอย่างกว้าง” ของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ที่ศาลปกครองจะต้องนำไปสร้างหลักจากแนวคำพิพากษาของตนต่อไป ซึ่งเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้ใช้ดุลพินิจของตนอย่างเต็มที่ในการสร้างหลักกฎหมาย และแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้บัญญัติความหมายของสัญญาทางปกครองโดยให้นิยามไว้เพียงสั้นๆ ดังกล่าว แล้วให้ศาลปกครองซึ่งเป็นผู้พิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยให้ผู้พิพากษาศาลปกครองไปสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นเองโดยไม่การศึกษาให้รอบคอบในการพิจารณาคดีและการมีคำวินิจฉัย อาจจะไม่เหมาะสมและจะเป็นปัญหาในการพัฒนากฎหมายปกครองที่อาจข้องงง และหลงทางขึ้นได้ ดังนั้น ในการวางแนวคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ ศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล มีความจำเป็นจะต้องสร้างความชัดเจนในการให้ความหมายของสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเพื่อไม่เกิดความสับสนกับประชาชนผู้ที่จะนำข้อพิพาททางสัญญาขึ้นสู่ศาล จึงเห็นสมควรที่จะทำการศึกษา ถึงแนวทางการวินิจฉัยในการวางหลักของความแตกต่างในความหมายของสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของศาลปกครอง ซึ่งจะมีในผลส่วนของการกำหนดเขตอำนาจศาลผู้ที่จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา นั้น

#### 4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

4.1 ทำให้ทราบถึงแนวความคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการของสัญญาของฝ่ายปกครองตามระบบกฎหมายมหาชน

4.2 ทำให้ทราบถึงการพัฒนาแนวความคิดของศาลปกครอง ในการกำหนดความหมายของสัญญาทางปกครอง และความสามารถในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในฐานะที่เป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง

4.3 ทำให้ทราบถึงความชัดเจนในความหมายของสัญญาแต่ละประเภทอันจะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเพื่อไม่เกิดความสับสนกับประชาชนผู้ที่จะนำข้อพิพาททางสัญญาขึ้นสู่ศาล



## 5. รูปแบบและวิธีศึกษาวิจัย

การศึกษาค้นคว้าอิสระในครั้งนี้ มีวิธีดำเนินการศึกษา โดยวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary research) โดยค้นคว้าจากเอกสารที่ใช้ภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมทั้งการศึกษาวเคราะห์จากหนังสือ ตำรา วารสาร บทความวิชาการ และเอกสารอื่นๆ อันเกี่ยวข้อง



## บทที่ 2

# แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางการปกครอง

แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางการปกครองเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมาก เนื่องจากสัญญาทางการปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน ความแตกต่างนี้เองทำให้ สภาพของสัญญาทางการปกครองมีความแตกต่างจาก สภาพของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งบางครั้งอาจทำให้มองได้ว่า สัญญาทางการปกครองมิได้มีความเป็นลักษณะเช่นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน เพราะลักษณะสภาพของสัญญาทางการปกครองมีความซ้อนตัวอยู่ของลักษณะคำสั่งทางปกครองอยู่ด้วย ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาทางการปกครองที่ดำเนินการโดยฝ่ายปกครองเป็นรูปแบบของการดำเนินการในรูปแบบของตำรวจทางปกครอง (Police Administrative) และการให้บริการสาธารณะ (Public Service) อันเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่กระทำต่อฝ่ายเอกชนอันเป็น ประชาชนและแนวความคิดที่มีพื้นฐานที่ว่าฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ

### 1. ทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ

ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐให้บรรลุผลนั้น ฝ่ายปกครองมีวิธีดำเนินการอยู่ 2 วิธี คือ วิธีการใช้อำนาจฝ่ายเดียวด้วยการออกกฎหมาย ออกคำสั่ง หรือปฏิบัติการต่างๆ อันเป็นการใช้อำนาจมหาชน (Puisseance pubilque) ซึ่งในวิธีนี้เป็น การสร้างนิติสัมพันธ์บนฐานของกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า “ถ้าหากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีอำนาจผูกนิติสัมพันธ์ดังกล่าวได้”<sup>4</sup> โดยเนื้อหาอาจถูกแบ่งแยกได้ คือ เป็นการให้บริการสาธารณะเกี่ยวข้องกับ การรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ความปลอดภัย และความสงบสุขของประชาชน เช่น ตำรวจ ทหาร การทูต การตัดสินคดีความ และอีกวิธีหนึ่งคือการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ ทั้งนี้เพราะฝ่ายปกครองเห็นว่าการจัดการหลายลักษณะหลายประเภทนั้นไม่เหมาะสมที่จะใช้วิธีบังคับหรือไม่มีกฎหมายให้บังคับเอาฝ่ายเดียว จึงต้องใช้รูปแบบของสัญญาแทนเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล จากจัดทำบริการสาธารณะนั้น ต้องประกอบด้วย คือ กิจการต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะตอบสนองความต้องการของประชาชน และเป็นกิจการที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการเอง หรือเป็นกิจการที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมอบหมาย ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ โดยอยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายปกครอง<sup>5</sup> ประโยชน์สาธารณะ (Inte'ret General) หมายความว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ ของการดำเนินการของรัฐ เพื่อกรณีการตอบสนองความต้องการของคน

<sup>4</sup> โภคิน พลกุล, “สัญญาทางการปกครองในกฎหมายไทย” วารสารวิชาการศาลปกครอง 4,1 (มกราคม-เมษายน 2545), หน้า 28

<sup>5</sup> บุบผา อัครพิมาน, สัญญาทางการปกครองแนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 10

ส่วนใหญ่ การให้บริการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคต่างๆ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์สาธารณะประเภทใด หากลักษณะเป็นการบริการสาธารณะแล้ว รัฐต้องเข้าจัดการ หรือควบคุมดูแลให้การดำเนินการ เป็นไปได้ด้วยดี และอยู่ภายใต้หลักการทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะที่สำคัญ 3 ประการ คือ

### 1.1 หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (Principes du Service Public หรือ les Lois de Service Public)

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องอยู่ภายใต้หลักความต่อเนื่อง ของการบริการสาธารณะ เพราะเป็นการตอบสนองต่อส่วนรวม หรือต่อประโยชน์สาธารณะ หากการดำเนินการต้องหยุดชะงักลงไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม อาจก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นในบ้านเมือง อันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ต่อความปลอดภัยสาธารณะ หรือต่อปัญหาสุขอนามัยของประชาชน จึงอาจกล่าวได้ว่าความต่อเนื่อง เป็นหัวใจสำคัญของการบริการสาธารณะ และการบริการทุกประเภท ต้องอยู่ภายใต้หลักดังกล่าว<sup>6</sup> รัฐจึงต้องให้หลักประกันในความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้ดำเนินการสาธารณะนั้น จะเป็นรัฐหรือองค์กรของรัฐ หรือเป็นที่อยู่ในความควบคุมของรัฐ ดังนั้น หลักความต่อเนื่องเป็นพื้นฐานสำคัญในกฎหมายมหาชน ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบ ต้องควบคุมดูแลให้บริการสาธารณะ ดำเนินการตลอดเวลา ไม่ว่าจะประสบอุปสรรค และความยุ่งยากเพียงใดก็ตาม เว้นแต่สัญญาจะตกเป็นพันธวิสัย

### 1.2 หลักว่าด้วยการปรับเปลี่ยนให้บริการสาธารณะทันสมัยอยู่เสมอ (Principes de L'Adaptabilite' de Service Public)

การบริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาทั้งนี้เพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนและเพื่อต่อประโยชน์ของส่วนรวม จึงต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันสมัยอยู่เสมอ และเพื่อให้การดำเนินการนั้น สามารถตอบสนองความต้องการของสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก ประเทศฝรั่งเศสมีการพัฒนา หลักกฎหมายมหาชนไปอย่างกว้างขวางนั้น หลักการบริการสาธารณะ สามารถถูกปรับเปลี่ยนได้ แหล่งกำหนดของหลักกฎหมายที่สำคัญๆหลายหลักในสัญญาทางปกครอง เช่น ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของฝ่ายปกครอง (The'orie du Fair du Prince) หลักอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (Le Pouvoir de Modification Unilaterale) หลักการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (Le Pouvoir de ResiliationUnilaterale) ผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบ บริการสาธารณะให้ทันสมัยในความเปลี่ยนแปลงในความต้องการของส่วนรวม หากปรับเปลี่ยนไม่ได้ ฝ่ายรัฐมีสิทธิดำเนินการให้มีการเลิกสัญญาได้ ฝ่ายรัฐและฝ่ายผู้ใช้บริการมีความต้องการบริการสาธารณะ ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามเวลา และสภาพในแต่ละช่วงเวลานั้นๆ

<sup>6</sup> บุปผา อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 12

### 1.3 หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ (Principes de l'Égalité des Usagers Devant Service Public)

การที่รัฐเข้าจัดทำบริการสาธารณะนั้น มิได้มุ่งหมายที่จะจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอกัน<sup>7</sup> โดยเรียกหลักการนี้ว่า หลักความเสมอภาคของพลเมือง หรือหลักความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ซึ่งเป็นหลักที่ได้รับ การรับรองโดยรัฐธรรมนูญ การที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้ประชาชน ได้รับบริการอย่างเท่าเทียมกัน หลักแห่งความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่างๆ ของรัฐปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกับหลักบังคับ ให้ปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ แตกต่างกันไป ตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญที่ องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นอย่างเดียวกัน<sup>8</sup> หลักความเสมอภาคมิได้ห้ามฝ่ายปกครอง ที่ จะต้องปฏิบัติต่อบุคคล อันมีสถานะแตกต่างกันด้วยความแตกต่าง หากการเลือกปฏิบัตินั้นเป็น ไป เพื่อประโยชน์สาธารณะ และเลือกใช้อย่างเหมาะสมกับสถานะที่แตกต่างกันนั้น ทั้งในแง่รูปแบบและ วิธีการ แนวความคิดที่แตกต่างกันในประเด็นที่ว่า การเลือกปฏิบัติสามารถทำได้ หากเข้าเงื่อนไขอย่าง ใดอย่างหนึ่งเท่านั้น เมื่อผู้ใช้บริการมีความแตกต่างกัน หรือเมื่อมีประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง ทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น ดังนั้น บุคคลทุกคนจึงมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐ หรือฝ่าย ปกครองโดยเสมอภาค รวมถึงมีสิทธิได้รับบริการสาธารณะโดยเท่าเทียมกันตามเงื่อนไข และลักษณะ การใช้บริการสาธารณะนั้น

## 2. ปรัชญาและแนวความคิดสัญญาทางปกครอง

การดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีวัตถุประสงค์แตกต่างจากการดำเนินงานของฝ่าย เอกชน เพราะรัฐหรือฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจในการจัดการเพื่อประโยชน์ของมหาชน ในขณะที่ เอกชนดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นส่วนใหญ่ และการสะสมประโยชน์ส่วนตัวเพื่อส่วนรวม นั้นเป็นไปได้ยาก ดังนั้นรัฐหรือฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจเหนือกว่าเพื่อประโยชน์ของมหาชน จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายพิเศษให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง ในการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะให้มี ประสิทธิภาพและบรรลุวัตถุประสงค์ กิจการของฝ่ายปกครองนั้นมี 2 รูปแบบ คือ ตำรวจทาง ปกครอง (Police Administrative) เป็นเครื่องมือที่ฝ่ายรัฐใช้ใน การทำนิติกรรมทางปกครองฝ่าย เดียว อีกรูปแบบ คือ บริการสาธารณะ (Public Service) เป็นเครื่องมือที่ฝ่ายรัฐใช้ในการทำสัญญาที่มี ความสัมพันธ์กับเอกชน ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองมีเงื่อนไขเช่นเดียวกับ การทำสัญญาของ

<sup>7</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541), หน้า 4

<sup>8</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิทยุชน, 2540) หน้า 39

ฝ่ายเอกชน แต่มีลักษณะพิเศษแตกต่างตามสถานะทางกฎหมาย<sup>9</sup> ส่วนแนวทางของการพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสมีการนำเอาหลักทฤษฎีว่าด้วย อำนาจมหาชน (Theorie de la Puissance Publique) และทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ (Theorie du Service Public) มาใช้ในระบอบกฎหมายปกครอง เพื่อแบ่งแยกคดีอันมีลักษณะเป็นคดีปกครอง และคดีแพ่งออกจากกัน สัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่งมีเขตอำนาจศาล และกฎหมายที่ใช้บังคับแตกต่างกัน<sup>10</sup> ปรัชญาของแนวความคิดที่กำหนดไว้ในสัญญาทางปกครองให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองในการกำหนดเนื้อหาสัญญา การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา การเลิกสัญญา ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยตรงที่กฎหมายระบุกำหนดไว้เพื่อวัตถุประสงค์ของการจัดการบริการสาธารณะ

สิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองในการบอกเลิกสัญญา เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายที่อาจมีผลต่อประโยชน์สาธารณะโดย Professor Chapus มหาวิทยาลัยแห่งกรุงปารีส อธิบายว่า<sup>11</sup> สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นการปฏิบัติในการบริหารแบบมหาชน (Operation de Gestation Publique) โดยแท้เพราะในการทำงานดังกล่าวนี้ทางราชการมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน (Prerogatives de la Puissance Publique) สัญญานี้แบ่งออกได้ 2 กลุ่ม

1) กลุ่มแรก ได้แก่ สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาให้ทำการก่อสร้าง หรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่มีไว้เพื่อประโยชน์โดยฝ่ายปกครองให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน และสัญญาประเภทที่นอกจากนิติบุคคลมหาชนจะมอบให้ผู้รับเหมาทำการก่อสร้าง เพื่อประโยชน์สาธารณะ (Marches d'Entreprise de Travaux Publics) แล้วยังมอบให้บริหาร หรือการดำเนินกิจการของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างขึ้นด้วยโดยผู้รับเหมาได้รับค่าตอบแทนจากนิติบุคคลมหาชนผู้ว่าจ้าง

2) กลุ่มที่สอง ได้แก่ สัญญาประเภทที่เรียกว่า Contracts de Concession de Travaux Publics นิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานมีสิทธิแสวงหาผลประโยชน์การใช้ เพื่อสาธารณะประโยชน์ ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาผลประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ได้โดยการใช้ประโยชน์เป็นค่าตอบแทนสำหรับผู้รับสัมปทาน

## 2.1 วิวัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

วิวัฒนาการที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง นักวิชาการต่างยอมรับว่า ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ได้มีการพัฒนาระบบศาลปกครองมานาน ระบบศาลปกครองและระบบกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นสาขาใหญ่ของกฎหมายมหาชนได้มีพัฒนาการมายาวนาน และทั้งได้มีพัฒนาการหลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อันเป็นผลมาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ในฐานะศาลปกครองสูงสุด ได้วางหลักในคดี Blanco ในปี ค.ศ.1873 ว่า จะต้องใช้แนวความคิดเรื่องเกี่ยวกับกรณีของบริการสาธารณะ (Le Service Public) เป็นเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาว่า กิจกรรม และนิติกรรมใดของฝ่ายปกครองจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรืออยู่

<sup>9</sup> Jean-Claude Vene'zia, “สัญญาทางปกครอง” วารสารวิชาการศาลปกครอง 3,1 (มกราคม-เมษายน 2546): 38

<sup>10</sup> โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 25

<sup>11</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 54

ภายใต้ระบบของกฎหมายปกครองหรือไม่ แนวคำวินิจฉัยในคดีนี้เอง ที่ได้มีการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็น สองประเภท โดยถือหลักว่าสัญญาใดที่ ฝ่ายปกครองทำขึ้น เพื่อจัดการองค์กรหรือการปฏิบัติงานของบริการสาธารณะ (Contrats Conclus en Vue de l' Organisation ou du Fonctionnement des Services Publics) สัญญานั้น เป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาอื่นใดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะสัญญานั้น ย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน และนับตั้งแต่นั้นมาศาลก็ได้ใช้แนวความคิดเรื่องบริการสาธารณะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นเวลานานพอสมควรแต่สำหรับบางกรณีนั้น การแบ่งแยกสัญญาบางประเภทก็มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาตามกฎหมายเอกชน ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรม<sup>12</sup> พัฒนาการของระบบสัญญาทางปกครองมี 2 ประเภท คือสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพสัญญาทางปกครอง โดยการกำหนดของกฎหมาย (Le Contrat Administratif par Determination de la Loi) เช่นสัญญาเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (Travaux Publics) การพิจารณาพิพากษาอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ในส่วนของสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ เกิดจากการวางหลักเกณฑ์ของศาลปกครอง เนื่องจากเนื้อหาสัญญามีประโยชน์สาธารณะโดยตรง จึงต้องมีข้อสัญญาที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษ อันเป็นเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายรัฐเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น การกำหนดให้ฝ่ายรัฐมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา หรือ เลิกสัญญาโดยฝ่ายเอกชนไม่ต้องยินยอม ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองบรรลุผล

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเพื่อแก้ปัญหาข้อยุ่งยาก ที่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ประเทศฝรั่งเศสจึงได้ออกประมวลกฎหมายพิสดารฉบับใหม่มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ.2001 โดยกำหนดให้สัญญาทุกสัญญา ที่ทำขึ้นตามประมวลกฎหมายพิสดารดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองทั้งหมด ดังนั้น หลักในเรื่องสัญญาใดมีข้อกำหนดแสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองแล้ว ย่อมเป็นสัญญาทางปกครองจะมีที่ใช้บ่อยลงอย่างมาก เพราะสัญญาของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่จะทำตามประมวลพิสดาร ซึ่งนับว่าเป็นความสะดวกในการแบ่งแยกระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครอง<sup>13</sup>

## 2.2 หลักทั่วไปของสัญญาทางปกครอง

โดยทั่วไปแนวความคิดเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญามีความคล้ายคลึงกัน ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นหรือจัดทำขึ้นในระบบกฎหมายมหาชนหรือระบบกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่ผลผูกพันของสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนนั้นยังมีข้อแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ ประการสำคัญ สัญญาทางปกครองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นระบบพิเศษที่มีลักษณะสำคัญ คือ สร้างความไม่เสมอภาค (in'egalite) ขึ้นในระหว่างคู่สัญญา ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงสภาพบังคับของสัญญาทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก ดังนั้น สัญญาในระบบกฎหมายมหาชนสัญญาใดที่จะเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนได้ ก็ด้วยเหตุสองประการคือ ประการแรก จะต้องมิใช่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง (Personne Publique) ประการ

<sup>12</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ และมานิตย์ วงศ์เสวี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 44-45

<sup>13</sup> โภคิน พลกุล, "สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย," ในรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) (กรุงเทพมหานคร พี.เพรส,2547), หน้า 103

ที่สอง คือ ระบบกฎหมาย (Regime Juridique) ที่จะนำมาใช้กับสัญญา เป็นระบบกฎหมายมหาชน ซึ่งได้แก่ การไม่นำกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญามาใช้การทำสัญญา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและการที่คดีข้อพิพาททั้งหลายที่เกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว จะต้องอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลปกครอง สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้ทำขึ้นนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครอง (Contrat Administrative) เสมอไป มีสัญญาของฝ่ายปกครองหลายประเภทที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งสัญญาเหล่านั้นเป็น สัญญาของฝ่ายปกครอง (Contrat de Droit Prive de l'Administration) ซึ่งเกิดมาจากการที่ฝ่ายปกครองได้แสดงเจตนาในการทำสัญญาดังกล่าวนั้น ได้นำกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ และข้อพิพาทอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรม<sup>14</sup>

### 2.3 องค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง

ในระบบกฎหมายมหาชนได้วางหลักเกี่ยวกับ องค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง ประกอบด้วยการจัดทำบริการสาธารณะฝ่ายปกครองต้องมีเอกสิทธิ์ หรืออำนาจเหนือกว่าฝ่ายเอกชน เพื่อให้มีอำนาจในการดำเนินงานตอบสนองต่อส่วนร่วมอย่างรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ หากไม่แล้ว ฝ่ายปกครองคงไม่บรรลุถึงวัตถุประสงค์ ในการจัดทำบริการสาธารณะได้ การมีอำนาจเอกสิทธิ์ ทำให้ฝ่ายปกครองทำสัญญามอบบริการสาธารณะไปให้เอกชน ฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์ดังกล่าว จัดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดบางประการ ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา และมีองค์ประกอบอื่นๆ ดังต่อไปนี้ คือ

#### 2.3.1 หลักเกี่ยวกับคู่สัญญา

สัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาที่จะทำความตกลงกันได้จะต้องมีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนดเช่นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็น นิติบุคคลมหาชน และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน ในกรณีนิติบุคคลมหาชน เป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องเสมอไปที่สัญญานั้น จะต้องเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะหากฝ่ายปกครองต้องการที่จะสร้างนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งก็สามารถกระทำได้ แต่หากฝ่ายปกครองเลือกที่จะใช้อำนาจทางสัญญาในการปฏิบัติงาน แต่สัญญาที่ทำกันระหว่าง นิติบุคคลมหาชน กับบุคคลเอกชนนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ต้องมีการพิจารณาวัตถุประสงค์ของสัญญา หรือเนื้อหาของสัญญานั้นๆ ต้องมีองค์ประกอบด้วยการเป็นนิติกรรมในการบริหารงานแบบมหาชน (Acte de Gestion Publique) ทั้งนี้การพิจารณาวัตถุประสงค์ หรือเนื้อหาของสัญญานั้น มีองค์ประกอบด้วยข้อสัญญาพิเศษ<sup>15</sup>

#### 2.3.2 หลักเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา

ในสัญญาทางปกครองนั้นต้องมีเนื้อหาอันมีลักษณะเป็นพิเศษ แม้ว่าจะเกิดจากข้อตกลง หรือเจตนาของคู่สัญญา แต่ก็มีได้เกิดขึ้นโดยเสรี แต่เกิดจากสภาพ หรือสถานะของเนื้อหาของ ข้อกำหนดนั่นเอง อยู่ภายใต้หลักกฎหมายมหาชน เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริหารจัดการทางมหาชน (Clause Exorbitante) เพียงข้อเดียว ก็เป็นการเพียงพอแล้ว ที่จะทำให้สัญญาที่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ในกรณีที่สัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาใด ซึ่งมีลักษณะพิเศษอย่างเด่นชัดอยู่เลย แต่มีข้อสัญญาหลายข้อ ที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง ซึ่งเมื่อ

<sup>14</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-วิญญูชน,2546),หน้า 298-300

<sup>15</sup> บุปผา อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน,หน้า 47

พิจารณาข้อสัญญาเหล่านี้ รวมกันทั้งหมดแล้วก็อาจทำให้สัญญานั้น มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองไปได้เหมือนกัน

### 2.3.3 หลักเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา

เนื่องจากสัญญาทางปกครองจัดทำขึ้นภายในระบบกฎหมายมหาชน ดังนั้น วัตถุประสงค์ของสัญญาที่จัดทำขึ้นต้องเพื่อบริการสาธารณะ (Un Service Public) ด้วยการมอบให้ฝ่ายเอกชนเป็น ผู้จัดทำแทนฝ่ายปกครอง สัญญาทางปกครองเพราะมีวัตถุประสงค์เป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้บริการสาธารณะมีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก อันจะส่งผลกระทบต่อประโยชน์มหาชนนั่นเอง หรือเป็นกรณีที่ การแก้ไขสัญญาทำได้ฝ่ายเดียว เมื่อฝ่ายปกครองได้เห็นประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนไป เช่น บริษัทเอกชนทำสัญญาติดตั้งไฟฟ้าบนถนนด้วยแก๊สเป็นเวลา 30 ปี แต่ต่อมาเพียง 10 ปี ปรากฏว่ามีไฟฟ้าใช้ สัญญาติดตั้งไฟฟ้าด้วยแก๊สจะมีกำหนดถึง 30 ปี ศาลก็วินิจฉัยฝ่ายปกครองขอให้รับสัมปทานเปลี่ยนจากแก๊สเป็นไฟฟ้าได้ ถ้าเอกชนไม่ทำฝ่ายปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาที่ใช้แก๊ส และให้เอกชนอื่นเข้าทำแทนได้<sup>16</sup>

### 2.4 ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมายในรูปแบบนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในกิจกรรมของฝ่ายปกครองได้ด้วย โดยสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำหรือเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้อง เรียกว่าสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจเป็นการทำสัญญาทางแพ่งอันเป็นสัญญาทั่วไปภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน เช่นเดียวกับที่เอกชนทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเอง หรือฝ่ายปกครองทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ คือ ระบบกฎหมายปกครอง<sup>17</sup> ซึ่งใน ระบบกฎหมายปกครอง ในประเทศฝรั่งเศสนั้น เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มาจากกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป (Droit Communautaire) และแนวคำพิพากษาสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส จะเกี่ยวข้องกันทั้งระบบกฎหมายมหาชน และระบบกฎหมายเอกชน อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองก็ได้กล่าวคือ

(1) สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่ง ที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ ที่เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา จะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ ซึ่งศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคือศาลปกครอง

(2) สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองอีกประเภทหนึ่ง แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา จะต้องนำระบบกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับ โดยถือว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนมีสถานะเท่าเทียมกัน ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันคือกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี คือ ศาลยุติธรรม

<sup>16</sup> ฎริชญา วัฒนรุ่ง, หลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 47

<sup>17</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, “สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ” (กรุงเทพมหานคร นิติธรรม, 2543), หน้า 31



## 2.5 เกณฑ์การพิจารณาที่มาของสัญญาทางปกครอง

จากคำวินิจฉัยคดี Blanco ได้นำไปสู่การแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสองประเภท คือสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยถือหลักว่าสัญญาใดที่ฝ่ายปกครองได้ทำขึ้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดองค์กรหรือการปฏิบัติงานของบริการสาธารณะแล้ว สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาอื่นใดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองตามกฎหมายเอกชน<sup>18</sup> ซึ่งศาลได้ใช้แนวความคิดเรื่องบริการสาธารณะมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญามาเป็นเวลานานพอสมควร ต่อมาศาลพบว่าเกณฑ์ดังกล่าวแม้ว่าจะนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสาธารณะมาใช้ แต่ยังมีจุดอ่อนอยู่ จึงพยายามหาเกณฑ์อื่นขึ้นมาใช้แทน หรือเสริมเกณฑ์ดังกล่าวในการแบ่งแยกสัญญาทั้งสองประเภท แต่ก็ได้หมายความว่านักเกณฑ์ดังกล่าว สามารถแก้ไขปัญหาในการแบ่งสัญญาทั้งสองประเภทได้ทุกประการ จุดบกพร่องคือ ในกรณีเกี่ยวกับการบริการสาธารณะบางประเภทจะมีใช้สัญญาทางปกครอง ในทางกลับกัน สัญญาบางประเภทเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งที่มิได้มีความสัมพันธ์กับการบริการสาธารณะแต่อย่างใด ทั้งบางกรณีกฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง หรือกำหนดให้สัญญานั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาทางปกครองฝรั่งเศสมีที่มาจาก 2 กรณี ดังนี้

### 2.5.1 สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด

ระบบกฎหมายมหาชน และหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสโดยหลักแล้ว จะมีที่มาจากคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก แต่มีกฎหมายบางฉบับได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้เช่นกัน บางกรณีกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง บางกรณีกำหนดว่าเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง นอกจากการกำหนดประเภทของสัญญาไว้ในตัวบทกฎหมายแล้วยังมีอีกวิธีหนึ่งคือ กฎหมายระบุไว้โดยทางอ้อมว่าให้ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาคดี ซึ่งสัญญาที่ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณา อาจเป็นสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดโดยตรง หรืออาจเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง แต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเป็นพิเศษก็ได้โดยเมื่อมีการแบ่งอำนาจในการพิจารณาคดีระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง ศาลคดีขัดกันก็ได้วางหลักว่า กฎหมายและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารเท่านั้นที่จะสามารถกำหนดสภาพของสัญญาได้

### 2.5.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองของฝรั่งเศส จะวินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใดก็ต่อเมื่อกฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่หลายหลักเกณฑ์ด้วยกัน เช่น<sup>19</sup>

- 1) หลักเกณฑ์เชิงองค์กร หลักเกณฑ์นี้อาศัยเกณฑ์ของคู่สัญญาที่อย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ
- 2) หลักเกณฑ์ในแง่เนื้อหา ที่พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาที่จัดทำให้มีบริการสาธารณะ หรือเพื่อมีส่วนร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง ส่วนสัญญาที่เกี่ยวข้องกับ

<sup>18</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 45-46

<sup>19</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 45

บริการสาธารณะแต่มีใช้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง โดยสภาพไม่ใช่สัญญาทางปกครองถ้าไม่มีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก

## 2.6 รูปแบบของสัญญาทางปกครอง

รูปแบบของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสนั้น โดยระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเกณฑ์ที่จะใช้พิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง จะต้องหลักเกณฑ์จากแนวคำพิพากษา เกณฑ์ในเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะ ที่เป็นการพิจารณาทั้งจากสภาพหรือเนื้อหาของสัญญา และวัตถุประสงค์สัญญา ได้มีนักวิชาการของไทยบางท่าน<sup>20</sup> ได้แบ่งสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ออกเป็นรูปแบบใหญ่ๆ ได้ 2 รูปแบบ คือ สัญญาพัสดุ และสัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะ มีรายละเอียดดังนี้<sup>21</sup>

### 2.6.1 สัญญาเกี่ยวกับพัสดุ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สัญญาพัสดุเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย แม้วัตถุประสงค์ในสัญญาพัสดุ จะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน หรือบริการหรือการก่อสร้างโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุ และการจัดให้มีบริการสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง (Marches de Travaux de publics) โดยฝ่ายปกครองจะจ่ายค่าตอบแทนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งต่างๆเหล่านั้น แต่สัญญาพัสดุซึ่งทำโดยฝ่ายปกครองก็ถือเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน<sup>22</sup> สัญญาพัสดุเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง ที่มีกฎหมายทั้งของฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารเกี่ยวข้องอยู่กฎหมายและกฎเกณฑ์เหล่านี้มีขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ.1833 และต่อมาได้รวบรวมไว้ในรูปของประมวลพัสดุ ตั้งแต่ปี ค.ศ.1945 และบังคับใช้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมฉบับใหม่ ในปี ค.ศ.2001 สัญญาพัสดุจึงอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ต่างๆ ในประมวลพัสดุซึ่งแม้จะเรียกว่าประมวลกฎหมาย แต่ก็มิได้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารเท่านั้น

### 2.6.2 สัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ

เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบภารกิจของฝ่ายปกครอง ที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ ที่มอบให้ฝ่ายเอกชนจัดทำได้แบ่งเป็น 2 ประเภท บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม บริการสาธารณะทางปกครอง การบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (Les Services Publics a Caractere Administrative) ได้แก่ การจ่ายน้ำไปยังบ้านเรือน , การทำน้ำให้สะอาดเพื่อนำกลับมาใช้ใหม่ การเก็บขยะมูลฝอย ระบายน้ำของเทศบาล บริการรถลอยฟ้าเพื่อขึ้นภูเขา การขนส่งผู้โดยสาร บริการสาธารณะทางปกครอง (Les Service Publics a Caractere Administrative) บริการสาธารณะทางปกครอง มอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ ได้แก่ บริการสาธารณะที่เกี่ยวกับการฃาปนกิจ (Des Pompes Funberes) การให้สัมปทานกิจการโรงพยาบาล การให้สัมปทานทางหลวงแผ่นดิน (Autoroutes) การให้สัมปทานสะพาน บริการ

<sup>20</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง” (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546) หน้า 211-212

<sup>21</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 421

<sup>22</sup> รัชนิกุล ปันเจียง, เรื่องเดียวกัน, หน้า 19

สาธารณะเกี่ยวกับโรงอาหาร (Cafines) โรงเรียนเด็ก (Creches) พิพิธภัณฑน์ โรงละครเทศบาล และนอกจากนี้ยังมีสัญญาลักษณะอื่นๆ ที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญากู้ยืมทางมหาชน สัญญาจ้างทำวิจัย เป็นต้น

### 3. ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

#### 3.1 หลักเกณฑ์ของสัญญาตามกฎหมายแพ่ง<sup>23</sup>

3.1.1 สัญญาทางแพ่งเป็นนิติสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพ ความเสมอภาค และความสมัครใจในการทำสัญญา และวัตถุประสงค์ของสัญญาก็เพื่อสนองความต้องการของคู่สัญญามีใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ในขณะที่สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่ไม่เสมอภาคในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การก่อให้เกิดสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา การแก้ไขและเลิกสัญญา สัญญาทางปกครองจึงเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ที่สะท้อนถึงอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

3.1.2 สัญญาทางแพ่ง ที่ทำขึ้นกับฝ่ายปกครองอันมิได้จัดทำบริการสาธารณะทางปกครองโดยแท้ (การรักษาความสงบเรียบร้อย การศึกษา การต่างประเทศ ฯลฯ) แต่เป็นการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า (ในระบบกฎหมายไทยได้แก่รัฐวิสาหกิจ) ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาที่ทำกับผู้ใช้บริการ ยกเว้นสัญญาจ้างพนักงานระดับสูง เช่น ผู้อำนวยการ สมุหบัญชี เพราะเป็นตำแหน่งสำคัญที่รับผิดชอบการดำเนินการขององค์กรจัดทำบริการสาธารณะ นอกจากนี้สัญญาเช่าหรือหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สินธรรมดาของแผ่นดิน เว้นแต่สัญญานั้นๆ มีข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

#### 3.2 หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครอง

3.2.1 สัญญาทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะเลือกรูปแบบสัญญาเป็นวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่สัญญาทางปกครองก็มีระบบของสัญญาหลายประการที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือสัญญาทางปกครองมักจะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ระเบียบของฝ่ายปกครองกำหนดรูปแบบของสัญญาไว้ การได้มาโดยสัญญาโดยปกติฝ่ายปกครองจะต้องทำตามระเบียบในเรื่องการจัดซื้อ จัดจ้าง ฯลฯ ส่วนสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนจะถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพได้นั้น น่าจะต้องพิจารณาจากแนวทางจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้ว ทั้งศาลปกครองไทยได้สร้างและพัฒนาหลักเกณฑ์ของตนขึ้น โดยเฉพาะเพื่อให้เหมาะสมกับการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศ

3.2.2 สัญญาทางปกครอง นั้น ไม่ว่าจะสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนดหรือโดยสภาพ ฝ่ายปกครองมีสิทธิและหน้าที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักเฉพาะในเรื่องนี้ไว้ เช่น สิทธิที่จะแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายเดียว แต่ฝ่ายปกครองจะต้องจ่ายค่าทดแทนที่เหมาะสม ซึ่งหมายถึงความเสียหายที่มีอยู่จริง มิใช่การขาดทุนกำไร และการแก้ไขสัญญาต้องไม่เป็นการแก้ไขที่เกินสมควร หรือแก้ไขเพื่อลดค่าตอบแทนเป็นตัวเงิน หรือเพิ่มหนี้ที่

<sup>23</sup> โภคิน พลกุล, “คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง,” ในรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) (เข้าถึงเมื่อ วันที่ 30 มิ.ย.2556)

ไม่ได้กำหนดไว้ หรือเกี่ยวข้องกับสัญญาสิทธิของเอกชนที่จะได้รับค่าทดแทนหากจะต้องประสบกับ  
ปัญหาอุปสรรค จนทำให้ต้องขาดทุนหรือมีค่าใช้จ่ายสูงขึ้น หากปัญหาอุปสรรคนั้นเกิดจากเหตุที่ไม่  
อาจคาดหมายได้ เป็นต้น



### บทที่ 3

## ทฤษฎีและแนวความคิดสัญญาทางปกครอง ในประเทศฝรั่งเศส และเยอรมัน

### 1. ทฤษฎีและแนวความคิดสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

#### 1.1 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

โดยหลักแห่งกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสนั้น การทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน จะอยู่ภายใต้หลักของความเสมอภาค โดยคู่สัญญา มีความเสมอภาคในการก่อตั้งสัญญา กำหนดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา การปฏิบัติตามสัญญาอันเท่าเทียมกัน การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสัญญาหากไม่มีการกำหนดไว้ในสัญญาแล้วจะกระทำได้อีกเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่สำหรับในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส หลักในเรื่องความเสมอภาคไม่อาจนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสได้ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศสจึงไม่อาจอยู่บนหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาได้ เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสได้กำหนดให้ฝ่ายปกครอง มีอำนาจพิเศษไปจากทางแพ่งอันเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ คือ<sup>24</sup>

1) ต้องการทำการเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม และ

2) ต้องมีวัตถุประสงค์ที่วางอยู่บนหลักการของการบริการสาธารณะ

ดังนั้น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทั้งสองประการนี้ กฎหมายฝรั่งเศสจึงกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษ (Pre'rogative) ในทางมหาชน โดยให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะใช้อำนาจนั้นเพื่อทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (Acte administratif unilatéral) ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อบังคับหรือออกเป็นคำสั่ง เพื่อบังคับแก่สิทธิและหน้าที่ของเอกชนได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของเอกชน ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจทางกฎหมาย ที่จะบังคับตามข้อบังคับหรือคำสั่งของตนโดยตรง โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจทางศาล ส่วนเอกชนหาได้มีอำนาจเช่นนี้ไม่ โดยส่วนใหญ่แล้วฝ่ายเอกชนจะต้องอาศัยความสมัครใจยินยอมที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงที่กระทำขึ้นระหว่างกัน โดยอาศัยสัญญาที่จะก่อให้เกิดความผูกพันในทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากในสัญญาได้ระบุไว้ เอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่ฝ่ายเดียวจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาที่สร้างขึ้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ และหากมีการผิดสัญญาที่ตกลงกันไว้ การบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาจะกระทำการบังคับเองไม่ได้ ต้องอาศัยอำนาจของศาล ตามระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้นถือว่าสัญญาทางปกครองใดก็ตามย่อมเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง (Contrat de l'administration) แต่สัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมดมิได้เป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป เพราะเหตุว่ามีสัญญาของฝ่าย

<sup>24</sup> อภิชาติ แจ้งยุบล, “เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550) หน้า 81- 82

ปกครองบางสัญญาที่เป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งเรียกว่าสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง (Contrat privé de l'administration)<sup>25</sup>

### 1.1.1 เกณฑ์การพิจารณาลักษณะสัญญาทางปกครอง

โดยที่ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส สัญญาที่ฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นอาจจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนก็ได้ ถ้าเป็นสัญญาทางปกครอง การพิจารณาข้อพิพาทจะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ในขณะที่สัญญาของฝ่ายปกครองที่สร้างขึ้นตามกฎหมายเอกชน ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษา ซึ่งทั้งสองศาลใช้ระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ในทางปฏิบัติการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งดังกล่าวนี้จึงมีความสำคัญมาก โดยลักษณะของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสมีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเป็นสำคัญ ซึ่งมี 2 กรณี ดังนี้

#### 1) สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด

สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองที่สำคัญ ได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการดำเนินงานนโยบายสาธารณะ (มาตรา 4 รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviöse ปีที่ 8 สัญญาเกี่ยวกับการใช้สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (มาตรา 1 แห่งรัฐกฤษฎีกา (ที่เทียบเท่ารัฐบัญญัติ) ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ.1938) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (มาตรา 4 รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ.2001) สัญญากู้ยืมเงินของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาเหล่านี้ในความเป็นจริงแล้ว น่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง แต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ก็มีบางสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพอยู่แล้วไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อีก เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาการโยธาสาธารณะ เป็นต้น<sup>26</sup>

#### 2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

สัญญาทางปกครองประเภทนี้มีความแตกต่างไปจากสัญญาทางปกครองในประเภทแรก เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้อย่างเช่นสัญญาทางปกครองในประเภทแรก แต่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเป็นหลัก ซึ่งศาลได้ใช้เกณฑ์ในการพิจารณาขึ้นอยู่กับองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ<sup>27</sup>

##### (1) หลักเกณฑ์คู่สัญญา

สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสต้องมีฝ่ายปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคล ในทางกฎหมายมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเสมอ แต่ในกรณีที่ต่างฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนด้วยกันศาลชี้ขาดเขตอำนาจ (e Tribunal des conflits) ได้ตัดสินไว้เมื่อ ค.ศ.1983 ในคดี

<sup>25</sup> พัทธมา จิตรมหิมา, ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, หน้า 8 - 9 จาก [www.lawreform.go.th](http://www.lawreform.go.th) เข้าถึงเมื่อ 10 ตุลาคม 2555

<sup>26</sup> นันทกุล พันธุ์คำ, “การแปลตำรากฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครอง” (วิทยานิพนธ์ปริญญาอักษรศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 5-6

<sup>27</sup> สำนักงานศาลปกครอง, “หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส” (กรุงเทพมหานคร:คุรุสภาลาดพร้าว. 2547 ก), หน้า 73)

Union des Assurances de Paris ว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>28</sup> แต่ก็มีข้อยกเว้นสำหรับเกณฑ์คู่สัญญาถ้าสัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น มุ่งผูกพันกันตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาเกี่ยวกับเรื่องตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งก็อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าในสัญญานั้นมีข้อกำหนดพิเศษที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง

กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน ต้องประกอบหรือพิจารณาในเนื้อหาของสัญญาว่ามีวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นบริการสาธารณะ หรือข้อกำหนดในสัญญานั้นมีลักษณะพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่ง อันแสดงให้เห็นถึงการบริหารจัดการแบบมหาชน ดังนี้จะเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งจะได้กล่าวต่อไปกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาเป็นเอกชนด้วยกัน โดยหลักแล้วสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างบุคคลเอกชนด้วยกันนี้ ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นบุคคลเอกชนจะได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ หรือจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไปหรือไม่ก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่เอกชนได้รับมอบหมายให้ดำเนินการ<sup>29</sup> เป็นกรณีที่รัฐได้รับมอบหมายให้เอกชนดำเนินการ (mandate explicite) โดยถือว่าเป็นตัวแทนของรัฐตามกฎหมายแพ่ง ย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง หากเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์ของสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นกรณีที่บุคคลเอกชนทำเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน

## (2) เกณฑ์วัตถุประสงค์ของสัญญา

นอกจากสัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองหรือผู้ทำกระทำการแทนฝ่ายปกครองแล้ว ต้องมีการพิจารณาในเนื้อหาของสัญญาว่าให้เอกชนคู่สัญญาเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้อธิบายไว้ว่า<sup>30</sup> สัญญาทุกสัญญาที่มีความเชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครอง แต่สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น จะต้องเป็นความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ แม้จะไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม ยกตัวอย่าง เช่น สัญญาจ้างแรงงาน (les contrats de louage de service) ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจคัดเลือกคู่สัญญา แต่สัญญาดังกล่าวนี้นี้จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ขึ้นอยู่กับ การเข้าร่วมบริการสาธารณะของคู่สัญญา เช่น สัญญาจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา สัญญาจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาลหรือโดยหน่วยงานบริการสาธารณสุขด้านสาธารณสุข แต่กรณีสัญญาจ้างมีเจ้าหน้าที่ปลีกย่อย เช่น เจ้าหน้าที่ทำความสะอาดอาคารของหน่วยงานบริการสาธารณสุข สัญญานี้จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากทางแพ่ง จะเห็นได้ว่าสัญญาที่จ้างหน้าที่ปลีกย่อยนี้มีจุดเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะไม่ชัดเจนถ้าไม่มีข้อกำหนดพิเศษ

<sup>28</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”(กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง,2549),หน้า46

<sup>29</sup> บุปผา อัครพิมาน, “สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย”(กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2545),หน้า 28

<sup>30</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, “สัญญาทางปกครอง” (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,2550),หน้า

สัญญาเหล่านี้จึงเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง<sup>31</sup> หรือเป็นกรณีที่รัฐให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาสัมปทาน บริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นจะมีลักษณะทางปกครองหรือมีลักษณะทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมก็ได้

### (3) เกณฑ์สัญญาที่มีข้อกำหนดลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งข้อกำหนดพิเศษ (clause exorbitante)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้จะถูกกำหนดโดยคำวินิจฉัยของศาลที่มีอำนาจโดยศาลขัดกันได้วางหลักบรรทัดฐานไว้ว่าสัญญาที่มีลักษณะตามแนวคำวินิจฉัยนี้จะเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเรียกได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นโดยคำวินิจฉัยของศาล (Contrat jurisprudentile) ตัวอย่างเช่นคดีที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาคดี Societe des granit porphyroides des Vosges (ค.ศ.1912)<sup>32</sup> ซึ่งพิพากษาว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจรับคดีเกี่ยวกับการก็พิพากษาดังกล่าวระบุไว้ว่า“มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาประการเดียว คือ พัสตุที่จะต้องมีการจัดหาหรือส่งมอบตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของสัญญาที่ทำกันระหว่างเอกชน” จะเห็นว่าแม้วัตถุประสงค์ของสัญญาจะจัดให้มีพัสดุเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะก็ตามแต่นิติสัมพันธ์ที่มีเงื่อนไขเหมือนการดำเนินการอย่างเอกชนจึงเป็นสัญญาโดยตุลาการผู้แถลงคดี Leon Blum ได้กล่าวว่า<sup>33</sup> เมื่อเป็นเรื่องของสัญญาแล้ว กรณีมิใช่จะค้นหาวัตถุแห่งสัญญาว่าเป็นเรื่องอะไรแต่จะต้องค้นหาจากสภาพสัญญานั้นและเพื่อที่จะพิจารณาว่าจะเป็คดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง กรณีไม่เป็นการเพียงพอที่พัสดุซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นจะถูกนำมาใช้เพื่อบริการสาธารณะ แต่จะต้องปรากฏว่าสัญญานั้นโดยสภาพแล้วเป็นสัญญาที่บุคคลมหาชนเท่านั้นที่จะกระทำได้จึงจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองทั้งในทางรูปแบบและในด้านโครงสร้างของสัญญา สิ่งที่จะต้องพิจารณาลักษณะหรือสภาพของสัญญานั้นเอง โดยไม่ต้องกังวลถึงเรื่องบุคคลผู้ทำสัญญาและวัตถุประสงค์ที่มีการทำสัญญานั้น ซึ่งได้เน้นเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณา ความเป็นสัญญาทางปกครอง ต้องคำนึงถึงการมีอยู่ของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ต่างจากระบบสัญญาของเอกชนหรือไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งซึ่งมีอยู่ในสัญญานั้นเอง

ศาสตราจารย์ เดอร์ โลบาแดร์ ได้อธิบายไว้ว่า<sup>34</sup> (A de Laubadere, 1983,pp.212-213 อ้างถึงใน บุษพา อัครพิมาน,2545,หน้า36) เหตุที่ทำให้สัญญามีข้อกำหนดพิเศษต่างจากข้อสัญญาในทางแพ่งนั้น มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เกิดขึ้นจากฐานความคิดทางกฎหมายทั้งในทางจิตวิสัย (fondement subjectif) และทางภาวะวิสัย (fondement objectif) ในทางจิตวิสัย การกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแสดงให้เห็นถึงเจตนาของคู่สัญญาที่อยากจะให้สัญญาที่สร้างขึ้นอยู่ในระบบกฎหมายมหาชนและให้ศาลปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษา ซึ่งถือว่าเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในภาวะวิสัย ข้อกำหนดลักษณะพิเศษที่ทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง เกิดขึ้นจากลักษณะของตัวข้อกำหนดนั้นเอง กล่าวคือข้อกำหนดนั้นไม่บ่อยพบในสัญญาทางแพ่งและเป็นข้อกำหนดที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายมหาชน โดยแท้ เพราะในความเป็นจริงมีข้อกำหนดพิเศษบางอย่างที่อยู่นอกเหนือจากเจตนาของคู่สัญญา เช่น คู่สัญญาไม่

<sup>31</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 52

<sup>32</sup> บุษพา อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 36

<sup>33</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 22

<sup>34</sup> A de Laubadere,1983,pp.212-213อ้างถึงใน บุษพา อัครพิมาน,2545,หน้า36



อาจตกลงเรื่องเขตอำนาจศาลที่จะมาบังคับกับสัญญาได้ โดยในสัญญาทางปกครองไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองที่เกิดจากการกำหนดของกฎหมายหรือสัญญาทางปกครองโดยสภาพ หากคู่สัญญาตกลงกันให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไปสู่ศาลยุติธรรม ข้อกำหนดนี้ไม่มีสภาพบังคับ นอกจากนี้ โดยแท้จริงแล้ว ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในสัญญาเป็นปัจจัยที่มาจากภายนอก (element exterieur) แล้วว่ามีผลต่อเจตนารมณ์ของคู่สัญญาให้ต้องกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวในสัญญา การกำหนดดังกล่าวจึงมิได้เกิดจากการตกลงใจโดยเสรีของคู่สัญญาจะเห็นได้ว่ากิจกรรมของฝ่ายปกครองที่บริหารจัดการแบบมหาชนจะส่งผลกระทบต่อเจตนาของคู่สัญญาให้จำต้องกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษอันไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง (la clause exorbitante du droit commun) ศาสตราจารย์ ซาปู ได้ตั้งข้อสังเกตเบื้องต้นไว้ 3 ประการ<sup>35</sup>

**ประการแรก** สัญญาที่อาจเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนั้นมีอยู่หลายชนิด จนอาจกล่าวได้ว่าโดยหลักแล้ว สัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ทั้งหมด ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น ว่ามีวัตถุประสงค์เป็นบริการสาธารณะหรือไม่แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีของสัญญาที่ทำกันระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (services publics industriels et commerciaux) กับผู้ใช้บริการ (usagers) ของตน โดยวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่ออนุญาตให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น ซึ่งวัตถุประสงค์ของสัญญานี้เองที่ทำให้เป็นสัญญาทางแพ่งเสมอถึงแม้ว่าสัญญานี้จะมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม

**ประการที่สอง** ในกรณีที่การกำหนดว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ขึ้นอยู่กับสัญญาเท่านั้น คู่สัญญาอาจจะเลือกผูกพันกันในสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ลักษณะของสัญญาย่อมขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญานั้นเอง แต่ในกรณีของสัญญาที่ต้องใช้เกณฑ์อย่างอื่นนอกจากข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์เหล่านั้น มิได้ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา

**ประการที่สาม** ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งนั้น เพียงข้อเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญาเป็นสัญญาทางปกครองได้ (คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดี *societe nouvelle d' exploitation des plages* ค.ศ.1959 และคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี *societe du velodrome du parc des Princes* ค.ศ.1965) อย่างไรก็ตาม จำนวนหรือปริมาณของข้อสัญญาก็อาจจะมิบทบาทสำคัญได้เหมือนกัน ในกรณีที่สัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาใดที่มีลักษณะพิเศษอย่างเด่นชัดอยู่เลย แต่มีข้อสัญญาหลายข้อสัญญาที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อสัญญาเหล่านั้นรวมกันทั้งหมดแล้ว ก็อาจทำให้สัญญานั้นมีลักษณะสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน คำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดี *Societe francaise de constructions mecaniques* (ค.ศ.1975) และในคดี *Stein* (ค.ศ.1950) ได้กำหนดคำนิยามของข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชนไว้ว่า<sup>36</sup> เป็นข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ซาปู ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับคำนิยามดังกล่าวไว้ว่า เป็นเพียงคำจำกัดความ

<sup>35</sup> บุษพา อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 38

<sup>36</sup> บุษพา อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 38-40

ของสัญญาลักษณะดังกล่าวประเภทหนึ่งในหลายประเภทเท่านั้น กล่าวคือ เป็นข้อสัญญาประเภทที่ โดยลักษณะของข้อสัญญาแล้ว ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน แต่ยังมีข้อสัญญา ประเภทอื่นๆอีกที่ถือว่ามีลักษณะพิเศษเพราะเป็นข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่าง คู่สัญญา โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนมีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชน ในกรณีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ด้วยกันนั้น อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนจะทำได้ เช่น สัญญาที่ยินยอมให้ คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ดำเนินการโรงละครสัตว์และโรงมหรสพของเทศบาลได้รับการยกเว้นภาษี (คำ วินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดี *consorte cazautets* ค.ศ. 1962) และข้อสัญญาที่กำหนดข้อผูกพัน ของเทศบาล (*commune*) ที่จะต้องกำหนดภาษี (ท้องถิ่น) ทางตรงขึ้นใหม่ ในกรณีที่มีความจำเป็น เพื่อนำเงินภาษีนี้นมาผ่อนชำระหนี้เงินกู้เป็นรายปี (คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองแวร์ ซายในคดี *Societe Calif* ค.ศ.1985) เป็นต้น หรือเป็นข้อสัญญาที่มีผลต่อบุคคลภายนอก เช่น ข้อสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในอันที่จะลงโทษทางวินัยแก่นักเรียนของโรงเรียนการเกษตรที่ คู่สัญญานั้นได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ (คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี *de Mestral* ค.ศ.1925) ส่วนข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่าง คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นข้อสัญญาที่ในทางปฏิบัตินั้นจะพบ มากกว่าข้อสัญญาประเภทแรก โดยจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมหรืออาจจะ กำหนดถึงขนาดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเลยก็ได้ ยกตัวอย่าง เช่น คำวินิจฉัยของ ศาลปกครองสูงสุดคดี *Societe du velodrome du pare des Princes* (ค.ศ.1965) การควบคุมของ คู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลมหาชนนั้น อาจเป็นการควบคุมโดยทั่วไป หรือโดยเฉพาะเจาะจง เช่น สัญญา ที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการของสนามกีฬาสำหรับการแข่งขันหรือฝึกซ้อมจักรยาน (*velodrom*) ซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมผลการบริหารทางด้าน การเงินหรือกรณีคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดี *Societe d' exploitation touristique Haute Maurienne* (ค.ศ.1980) สัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนกิจการของภัตตาคารแห่งหนึ่ง ซึ่งมีข้อสัญญาที่ กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมในเรื่องของบุคลากรที่ว่าจ้างและอัตราบริการที่ เก็บ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี *Societe du velodrome du pare des princes* (ค.ศ.1980) การควบคุมเช่นนี้อาจเป็นการกำหนดหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงบางประการให้แก่ คู่สัญญาเอกชน เช่น หน้าที่ที่จะต้องขออนุญาตจากทางราชการเสียก่อนสำหรับการดำเนินการ บางอย่าง หรือคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดี *consorts Cazautets* (ค.ศ.1962) หน้าที่ที่จะต้อง ระวังการดำเนินการของสถานประกอบการที่ให้เช่าตามคำสั่งของนิติบุคคลมหาชน อันแสดงให้เห็น ว่าวัตถุประสงค์ในการเช่าสถานประกอบการของเอกชนเพื่อดำเนินกิจการแสวงหากำไรแต่มีข้อสัญญา ที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองสามารถระงับการดำเนินการ ซึ่งเป็นการระงับวัตถุประสงค์ของสัญญา ถ้าข้อสัญญาดังกล่าวมีในสัญญาตามกฎหมายเอกชนข้อสัญญานี้ใช้บังคับไม่ได้ คำวินิจฉัยของศาลคดี ขัดกันในคดี *Stanesco* (ค.ศ.1955) ข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องถือปฏิบัติตาม สัญญาอย่างไร เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีชนิดและความถี่ ของการแสดงในโรงมหรสพของเทศบาลตามที่ข้อสัญญากำหนดไว้และหน้าที่ที่จะต้องจัดให้เทศบาลได้ ใช้โรงมหรสพนั้นสำหรับการจัดงานฉลองต่างๆ และการประชุมของเทศบาล คำวินิจฉัยของศาล

ปกครองสูงสุดคือ Favier (ค.ศ.1960) ข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวแม้ว่าจะไม่มีการกำหนดไว้ในสัญญาว่าจะต้องบอกกล่าวหรือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบล่วงหน้าก่อนหรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าทดแทนแต่ในกรณีข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว (la clause de resiliation unilaterale) (la clause de resiliation unilaterale)<sup>37</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีแพ่ง ลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ.1987 ได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองที่จะเลิกสัญญาได้ ในกรณีที่คู่สัญญาผิดสัญญาโดยไม่ต้องบอกกล่าวหรือเตือนให้ทราบล่วงหน้า (mise en demeure) ไม่เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองมากกว่าวินิจฉัยที่แตกต่างกันของศาลยุติธรรมกับศาลปกครองดังกล่าว นั้น เกิดจากลักษณะของข้อกำหนดในสัญญานั้นเอง ในกรณีที่ข้อกำหนดในสัญญาที่มีข้อกำหนดในการวางเงื่อนไขเอาไว้ (le caractere conditionne) ก็จะเป็นข้อกำหนดตามกฎหมายเอกชน แต่ถ้าข้อกำหนดดังกล่าวให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจจะเป็นสัญญาทางปกครอง (คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี Roudier de la Brille ) (ค.ศ.1967)<sup>38</sup>

ดร.บุบผา อัครพิมาน<sup>39</sup> ได้สรุปข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาตามกฎหมายแพ่งที่คู่สัญญามีความเสมอภาคกันในการแสดงเจตนา โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาหรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ฝ่ายเดียวในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา ดร.บุบผา อัครพิมาน ได้อธิบายลักษณะว่า

ลักษณะประการที่หนึ่ง อย่างไรก็ตามข้อกำหนดในลักษณะนี้อาจพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนด้วย โดยไม่ทำให้สัญญาทางแพ่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นข้อกำหนดที่ถือว่าเป็นข้อกำหนดลักษณะพิเศษก็ต่อเมื่อการกำหนดดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง เช่น เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้วิธีการดังกล่าวหรือใช้วิธีการนั้นโดยไม่มีการเตือนล่วงหน้าให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญาก่อน เป็นต้น

ลักษณะประการที่สอง เป็นข้อกำหนดที่อ้างอิงถึงสัญญาแนบท้าย (contrat-type) หรือเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน (cahier des charges-type) หรือบทบัญญัติของกฎหมาย

ลักษณะประการที่สาม เป็นข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญา ทำให้เอกชนมีอำนาจเหนือบุคคลภายนอก เช่น ลักษณะสัมปทาน บริการสาธารณะที่ให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทานหรือในสัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ให้สิทธิคู่สัญญาเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ เป็นต้น

ลักษณะประการที่สี่ เป็นข้อกำหนดที่ต้องตีความทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น เช่นในข้อสัญญาเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริการสาธารณะฝ่ายปกครองไม่อาจละอภิสหิทธิของตนเพื่อให้ให้ไปใช้หลักกฎหมายทางแพ่งเนื่องจาก ข้อกำหนดที่โดยเนื้อหาแล้วเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน

<sup>37</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 343

<sup>38</sup> สำนักงานศาลปกครอง, เรื่องเดียวกัน, หน้า 79

<sup>39</sup> บุบผา อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 42-44

ลักษณะประการที่ห้า ข้อกำหนดพิเศษซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง (calauses inhabituelles) ข้อกำหนดที่จะถือว่าพิเศษจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง ต้องมีลักษณะค่อนข้างชัดเจน มิใช่เป็นเพียงข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งเท่านั้น แต่ต้องเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่โดยปกติแล้วจะไม่มีข้อกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่ง

อย่างไรก็ตามต่อมาคำพิพากษาในคดี Societe d' exploitation électrique de la Riviere du Sant (ค.ศ.1973) ได้ขยายหลักเกณฑ์เรื่องข้อกำหนดพิเศษ โดยหลักเกณฑ์เรื่องระบบกฎหมายพิเศษที่ไม่ค่อยพบในทางแพ่ง (regime exorbitant du droit commun) ซึ่งสภาแห่งรัฐได้ยอมรับความเป็นสัญญาทางปกครองที่ทำการระหว่างไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส (l' electricite de France) อันเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน โดยการไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศสได้ทำสัญญาซื้อกระแสไฟฟ้าจากผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน เพราะกฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับ “ระบบกฎหมายพิเศษ” ที่ไม่ค่อยพบกัน โดยทั่วไปในสัญญาดังกล่าว คือกฎหมายกำหนดให้การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศสต้องซื้อกระแสไฟฟ้าจากผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชนและกำหนดว่าในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาจะต้องเสนอข้อพิพาทให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบทางด้านกรไฟฟ้าวินิจฉัยเสียก่อนที่จะฟ้องต่อศาล ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้ไม่ได้เกิดจากข้อสัญญาแต่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย หลักที่ได้จากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่ารัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งเป็นองค์การที่มีการดำเนินการแสวงหากำไรอย่างเอกชนก็สามารถทำสัญญาอันเป็นลักษณะสัญญาทางปกครองได้และสัญญาดังกล่าวข้างต้นมิได้มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบตามกฎหมายเอกชนแต่เมื่อพิจารณาบทบาทกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วปรากฏว่าสัญญานี้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ (regime exorbitante) ศาลจึงวินิจฉัยว่าสัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง

จากคำพิพากษาดังกล่าวนี้มีข้อสังเกต 2 ประการด้วยกัน<sup>40</sup> คือ

ประการแรก แนวบรรทัดฐานจากคำพิพากษาดังกล่าวต้องถือว่าเป็นองค์ประกอบอันหนึ่งของพัฒนาการในเรื่องนี้ เพราะคำพิพากษาดังกล่าวไม่ได้เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นบ่อยๆ ถ้อยคำที่ใช้ว่า “ระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ” (regime exorbitant) ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดค่านิยมของสัญญาทางปกครองที่ศาลได้วางไว้

ประการที่สอง แนวบรรทัดฐานจากคำพิพากษานี้ก็ไม่ถึงขนาดจะเป็นจุดเปลี่ยนหรือแนวบรรทัดฐานแนวทางใหม่ ถ้าเทียบกับแนวบรรทัดฐานคดีสำคัญๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว เพราะคำพิพากษานี้มิได้เป็นการขัดแย้งหรือกลับแนวคำบรรทัดฐานที่เคยมีมาในอดีตในทางวิชาการกลับมีผู้ไม่เห็นด้วยในแนวคิดที่แบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งซึ่ง Duguit เห็นว่า ในทางเนื้อหาแล้วสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งไม่มีความแตกต่างกันเพราะเหตุว่าในองค์ประกอบภายในทั้งหลายของสัญญานั้น สัญญาอันหนึ่งมีลักษณะและมีผลบังคับอย่างเดียวกันเสมอ ตามทฤษฎีดังกล่าวนี้ทำให้ไม่มีสัญญาทางปกครองแยกออกจากสัญญาทางแพ่ง แต่สัญญานิติบุคคลมหาชนได้ทำไปตามภารกิจที่อยู่ในความรับผิดชอบ โดยมีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

<sup>40</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 25-26

นั้นศาลปกครองก็มีอำนาจพิจารณาพิพากษาเท่านั้น แต่นักวิชาการส่วนใหญ่ก็เห็นตรงข้ามกับ Duguit โดยเฉพาะ Jeze กล่าวว่าสัญญาทางปกครองมีเนื้อหาต่างจากสัญญาทางแพ่ง “โดยผลของสัญญาทางปกครองนั้นไม่ได้เป็นเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง”

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งนั้นเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญา เพียงแต่ว่าการแสดงเจตนาในสัญญาทางปกครองเกิดจากความไม่เสมอภาค ทั้งนี้ เป็นเพราะว่าวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองเองที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

## 1.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส

การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองก็เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ ต้องมีเจตนาผูกต้องตรงกันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน แต่สำหรับในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส หลักในเรื่องความเสมอภาคไม่อาจนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสได้ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศสจึงไม่อาจอยู่บนหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาได้ เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสได้กำหนดให้ฝ่ายปกครอง มีอำนาจพิเศษไปจากทางแพ่งอันเป็นเครื่องมือในการดำเนินการที่มีวัตถุประสงค์การจัดการบริการสาธารณะ การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสจึงมีหลักเกณฑ์ดังนี้

### 1.2.1 หลักเกณฑ์ในเรื่องข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาทางปกครองที่เกิดจากกฎหมาย

ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้น ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญามีน้อยกว่าเอกชนมาก การเข้าทำสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครองจะเลือกทำสัญญากับเอกชนรายใดโดยเสรีหาได้ไม่ ทั้งนี้เพราะจะมีข้อจำกัดโดยกฎหมายในเรื่อง อำนาจในการทำสัญญา และวิธีการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง ดังนี้

#### (1) อำนาจในการเข้าทำสัญญา

ในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจในการทำสัญญานั้น ฝ่ายเอกชนอาจมีข้อจำกัดในเรื่องความสามารถ และหากเป็นนิติบุคคลอาจมีข้อจำกัดในเรื่องของวัตถุประสงค์ แต่ฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องอำนาจในการทำสัญญาหลายประการ ดังนี้

(ก) ฝ่ายปกครองที่จะทำสัญญาได้ต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเท่านั้น

(ข) ผู้ที่จะทำการแทนนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนให้บุคคลที่จะลงชื่อผูกพันในสัญญาได้ ต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำสัญญาแทนนิติบุคคลนั้นเท่านั้น

(ค) แบบสัญญาทางปกครอง โดยหลักของสัญญาทางปกครองไม่มีแบบ ดังนั้น สัญญาทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือทำด้วยวาจาก็ได้ ในทางปฏิบัติจะถูกกำหนดโดยกฎหมาย ซึ่งก็คือ ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (code des marches publics) มาตรา 39 และมาตรา 250 กำหนดให้ทำสัญญาเป็นหนังสือ โดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (cahiers des charges) เสมอ แต่ในบางกรณีก็อาจทำสัญญาทางปกครองด้วยวาจาก็ได้

(ง) ฝ่ายปกครองที่เข้าทำสัญญาถูกควบคุม โดยฝ่ายปกครองอื่น เช่น ถูกควบคุมทางการเงินโดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ทางเทคนิคโดยกระทรวงโยธาธิการ เป็นต้น

(จ) บางกรณีฝ่ายปกครองจะเลือกทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งไม่ได้ เพราะกฎหมายจะกำหนดไว้ว่าสัญญาที่มีลักษณะเช่นใดต้องทำเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาการโยธาสาธารณะ กฎหมายกำหนดว่าต้องทำเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

(ฉ) เอกสิทธิ์บางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีอยู่จะสละเสียไม่ได้ ถ้าฝ่ายปกครองสละเอกสิทธิ์ ศาลจะถือว่าการสละสิทธิ์นั้นๆ ไม่เป็นผล เช่น กรณีทำสัญญาทางปกครองก็ต้องขึ้นศาลปกครอง ฝ่ายปกครองจะยอมให้นำคดีขึ้นศาลยุติธรรมไม่ได้ จะตั้งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดโดยไม่จำเป็นต้องขึ้นศาลปกครองไม่ได้<sup>41</sup>

## (2) วิธีการเลือกคู่สัญญา

เอกชนมีสิทธิเต็มที่ที่จะเลือกใครเป็นคู่สัญญาก็ได้ การเลือกจะใช้วิธีใดก็ได้ ไม่มีข้อจำกัด แต่การเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองนั้นมีข้อจำกัดโดยฝ่ายปกครองจะต้องเลือกคู่สัญญาตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดซึ่งจะต้องเป็นวิธีการที่เป็นกลางและได้ให้ประโยชน์กับส่วนรวมมากที่สุด ด้วยเหตุนี้จึงใช้วิธีการประกวดราคาเป็นหลักในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความเป็นกลาง และให้ฝ่ายปกครองต้องเสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุดหรือได้รายได้มากที่สุดเป็นเกณฑ์ ส่วนวิธีอื่นๆ เช่น วิธีสืบราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ ฝ่ายปกครองจะใช้ได้ก็ตามที่กฎหมายอนุญาตเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะเลือกคู่สัญญาตามใจชอบไม่ได้<sup>42</sup>

### 1.2.2 หลักเกณฑ์เรื่องข้อจำกัดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญาอันเกิดจาก

#### กฎหมาย

ในสัญญาทางแพ่งนั้น ข้อกำหนดในสัญญาคู่สัญญาจะตกลงโดยการแสดงเจตนาด้วยความเสมอภาค แต่ก็มีบางกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เจรจาตกลงกัน เช่น สัญญาประกันชีวิต ในกรณีนี้เรียกว่าสัญญาเข้าร่วมหรือสัญญาจำยอม (contrat d'adhesion) แต่สำหรับสัญญาทางปกครอง ความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญาจะเกิดขึ้นอย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของการทำสัญญา และในการปฏิบัติตามสัญญา ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาและหลักการทำสัญญาต่างกัันนั่นเอง ซึ่งฝ่ายปกครองทำการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ในขณะที่สัญญาฝ่ายเอกชนคำนึงถึงประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้น ประโยชน์ส่วนรวมย่อมเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตัว ด้วยเหตุนี้การกำหนดข้อกำหนดในสัญญา ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดแต่เพียงฝ่ายเดียว ฝ่ายเอกชนสามารถแสดงเจตนาของตนได้เฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับราคาในกรณีสัญญากำหนดราคาไว้และไม่มี การเจรจาฝ่ายเอกชนมีเสรีภาพเพียงแต่เลือกว่าจะยอมรับ หรือปฏิเสธเงื่อนไขทั้งหมดของสัญญาที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้เท่านั้น เอกสารที่กำหนดเงื่อนไขต่างๆ คือ บันทึกรับทำสัญญา (cahier des charges) ซึ่งประกอบด้วยเอกสารสำคัญ 2 ส่วน คือ

(1) ส่วนแรกเป็นเอกสารทั่วไป โดยใช้กับสัญญาประเภทเดียวกันทุกสัญญา ได้แก่ บันทึกรับทำสัญญาทางปกครองทั่วไป ซึ่งกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ที่ใช้กับสัญญาประเภทเดียวกัน

<sup>41</sup> (Jean Revero, *Droit administratif*, Dalloz, 8<sup>e</sup> ed, 1977, p.117-118 อ้างถึงในบรรดาศักดิ์ อรรถนิธิน, "สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส", (วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5, พ.ศ. 2529, หน้า 91-95)

<sup>42</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, "สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ" (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 48

ของหน่วยงานทางปกครองทุกสัญญา การแก้ไขเพิ่มเติมจะไม่มีผลใช้บังคับกับสัญญาที่ได้กระทำไปแล้ว (ก่อนการแก้ไข) โดยสัญญาที่ทำไปแล้วจะใช้เงื่อนไขที่ใช้บังคับอยู่ขณะที่ทำสัญญาซึ่งเป็นบันทึกเงื่อนไขทางเทคนิคทั่วไป

(2) ส่วนที่สองเป็นเอกสารเฉพาะราย ซึ่งจะกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ไม่ว่าจะป็นเงื่อนไขทั่วไปหรือเงื่อนไขทางเทคนิค เฉพาะสัญญารายนั้นเท่านั้น เช่น กรณีของสัญญาสัมปทานบางครั้ง เอกสารเฉพาะรายดังกล่าวจะอ้างอิงแบบเอกสารเฉพาะรายที่จัดทำขึ้นไว้สำหรับสัญญาสัมปทานประเภทเดียวกันทุกสัญญา กรณีนี้ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่ว่า เอกสารเฉพาะรายดังกล่าวนี้จะมีสภาพเป็นกฎหรือไม่

### 1.3 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

สัญญาของฝ่ายปกครอง เป็นไปตามกฎหมายเอกชน (contracts de droit prive de' Adminisiration)" ซึ่งจะต้องนำกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา<sup>43</sup> ส่วนสัญญาทางปกครอง (contracts adminisiratifs) ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา กรณีนี้จึงสรุปได้ว่า "สัญญาทางปกครอง (contracts adminisiratifs)" เป็นเพียงสัญญาประเภทหนึ่งของ "สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l'Administration)"

#### 1.3.1 เกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่าง "สัญญาทางปกครอง" กับ "สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน"

สัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (les personnes morales de droit public หรือเรียกย่อๆ ว่า นิติบุคคลมหาชน les personnes publiques) 26 ทำกับเอกชน หรือทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันเองแบ่งได้ 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ "สัญญาทางปกครอง" และ "สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน" โดยสัญญาประเภทแรกจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ซึ่งจะใช้ระบบกฎหมายปกครองบังคับกับสัญญาดังกล่าว ส่วนสัญญาประเภทที่สองจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมซึ่งจะใช้ระบบกฎหมายเอกชนบังคับกับสัญญาเช่นว่านั้น ดังนั้น การสามารถพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทั้งสองประเภทได้จึงมีความสำคัญในการปฏิบัติมาก

แต่เดิมในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่าอาจแบ่งแยกนิติกรรมต่างๆ ของฝ่ายปกครองได้เป็น 2 ประเภท คือ "นิติกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจบังคับบัญชา (actes d' autorite)" กับ "นิติกรรมที่ฝ่ายปกครองบริหารกิจการเหมือนอย่างเอกชน (actes de gestion) โดยถือว่าสัญญาทั้งหมดที่ทำโดยฝ่ายปกครองหรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้นเป็นนิติกรรมประเภทหลัง ดังนั้น ในสมัยนั้น "สัญญาของฝ่ายปกครอง" ทั้งหมดจึงอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมและอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน เว้นแต่ สัญญาบางประเภทที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง

<sup>43</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-46

จนกระทั่งในปี ค.ศ.1873 “ศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล (le Tribunal des Conflits)” ได้วินิจฉัยในคดี Blanco ว่า จะต้องใช้แนวความคิดเรื่อง “บริการสาธารณะ (le service public)” เป็นเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาว่ากิจกรรมและนิติกรรมใดของฝ่ายปกครองจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองหรือไม่ และแจกแนวคำวินิจฉัยในคดีนี้เองที่ได้มีการแบ่งแยก “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ออกเป็นสองประเภท โดยถือหลักว่าสัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อจัดองค์กรหรือการปฏิบัติงานของกรอบการสาธารณะ (contract conclus en vue de l' organization ou du fonctionnement des services publics) สัญญานั้นเป็น “สัญญาทางปกครอง” ส่วนสัญญาอื่นที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน และนับตั้งแต่นั้นศาลก็ได้ใช้แนวความคิดเรื่องบริการสาธารณะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นเวลานานพอสมควร แต่สำหรับสัญญาบางประเภทก็มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญานั้นเป็น “สัญญาทางปกครอง” หรือสัญญาตามกฎหมายมหาชน หรือกำหนดว่าสัญญานั้นให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

### 1) กรณีของสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ อธิบายว่ามีกรณีที่มีกฎหมายระบุชัดเจนว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” บางอย่างเป็น “สัญญาทางปกครอง” หรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่กรณีเช่นนั้นมีน้อย ส่วนใหญ่แล้วกฎหมายจะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญานั้นให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันได้เองว่าให้นำระบบกฎหมายปกครองหรือระบบกฎหมายเอกชน แล้วแต่กรณี มาใช้บังคับกับสัญญานั้น

สัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง อาจจะมีลักษณะเป็น “สัญญาทางปกครอง” ตรงตามเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลกำหนดขึ้นอยู่แล้วหรืออาจจะมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายเอกชนตามเกณฑ์ดังกล่าว แต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นพิเศษก็ได้

(1) สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง

สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองนั้นที่สำคัญที่สุดได้แก่ สัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนว่าจ้างให้ผู้รับเหมาเอกชนก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ (marches de travaux publics) สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (contract comportant occupation du domaine public) สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ (ventes d'immeubles de l'Etat)

(2) สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม

สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม (และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน) ที่สำคัญได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงอาหารของทหาร (contract relatives au service des ordinaries) และสัญญาให้เช่าของที่ดินองค์กรปกครองท้องถิ่นเพื่อเกษตรกรรม (baux ruraux collectivites publiques) เป็นต้น



## 2) เกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาตามกฎหมายมหาชน

ในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาเป็นสัญญาตามกฎหมาย จึงเป็นภาระหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใด ซึ่งศาลใช้เกณฑ์ในการพิจารณาอยู่หลายเกณฑ์ด้วยกัน โดยศาสตราจารย์ ชาปู (chapus) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส เห็นควรแยกอธิบายเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าวออกเป็น 3 กรณี โดยใช้คุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งดังนี้ คือ

### 1. กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน

ศาสตราจารย์ ชาปู อธิบายว่า จากแนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวข้างต้นเท่ากับว่านับแต่บัดนี้ไป สัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนนั้นตามปกติย่อมใช้ “วิธีการในการบริหารแบบมหาชน” (les modes de la gestion publique) แต่หลักดังกล่าวไม่ใช่บังคับในกรณีที่เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้วสัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดที่สุดในทางปฏิบัติคือ สัญญาที่องค์กรปกครองท้องถิ่น (ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่ง) ทำกับ “การไฟฟ้าแห่งประเทศฝรั่งเศส (Electricite de France)” ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปของ “องค์การมหาชน (etablissement public) 31 (ซึ่งเป็นนิติบุคคลอีกประเภทหนึ่ง) เพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญาฝ่ายหลังโดยคู่สัญญาฝ่ายแรกมีฐานะเป็นเพียงผู้ใช้บริการ (usager) รายหนึ่ง ซึ่งสัญญาเช่นว่านี้ไม่แตกต่างไปจากสัญญาที่รัฐวิสาหกิจดังกล่าวทำกับผู้ใช้บริการเอกชนโดยทั่วไป

### 2. กรณีของคู่สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน

ศาสตราจารย์ ชาปู อธิบายว่าในกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ว่านิติบุคคลมหาชนนั้นจะเป็นคู่สัญญาโดยตรงหรือโดยการมีเอกชนเป็นตัวแทนในการเข้าทำสัญญา สัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ ทั้งนี้ เป็นเพราะหลักมีอยู่ว่าสัญญาใดมีคู่สัญญาเป็นบุคคลเอกชนทั้งสองฝ่าย สัญญานั้นไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ แต่สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับบุคคลเอกชนนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อสัญญานั้นเป็น “นิติกรรมในการบริหารแบบมหาชน (acte de gestion publique)” ทั้งนี้ โยอาจจะเป็นเพราะสัญญานั้นมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ หรืออาจจะเป็นเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นหรืออาจจะเป็นเพราะระบบของสัญญานั้น (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลในคดี cooperative agricole de l' Arne ค.ศ.1986)

ส่วนวิธีการทำสัญญานั้น ไม่แตกต่างกันระหว่างวิธีการทำสัญญาของฝ่ายปกครองกับวิสาหกิจเอกชนใหญ่ๆ (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลในคดี Commune de Razs ค.ศ.1933) เช่น สัญญาที่ทำกันโดยวิธีการประกวดราคาก็อาจจะเป็นจะเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่งก็ได้ และสัญญาที่ทำกันด้วยวาจาก็อาจจะเป็น “สัญญาทางปกครอง” ได้เหมือนกันคำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลในคดี Epoux Bertin ค.ศ.1959

### 3. กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชน

ด้วยกัน

โดยหลักแล้วสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกันไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาที่ต่างก็เป็นบุคคลเอกชนทั้งสองฝ่ายโดยหลักแล้วย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นบุคคลเอกชนนั้นจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม ไม่ว่าสัญญานั้นจะมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษๆ หรือสัญญานั้นจะมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม *ศาสตราจารย์ ชาปู* ตั้งข้อสังเกตว่าในกรณีที่ต้องครตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะทางปกครอง (เช่น องค์การหรือสถาบันควบคุมจรรยาบรรณหรือความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพในสาขาต่างๆ) มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยภายในกรอบอำนาจหน้าที่ของตน ศาลได้รับว่าคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นเป็นการใช้อำนาจตามเอกสิทธิ์แห่งอำนาจอมาชาน สัญญาที่ทำกันระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์การตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะ อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าดูเหมือนว่าสัญญานั้นได้ทำขึ้น “เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน (pour le compte d’une personne publique)” แต่ถ้าปรากฏว่าองค์การตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญานั้นไปเองโดยอิสระโดยดำริของตนเอง การทำสัญญานั้นย่อมมิใช่เป็นการทำสัญญา “เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน” ดังนั้น ในกรณีนี้ถือได้ว่าองค์การตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญา “เพื่อประโยชน์” ของนิติบุคคลมหาชน สัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้เสมือนหนึ่งว่าได้มีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาอยู่ด้วย แต่สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณากันต่อไปตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลได้กำหนดไว้ว่าสัญญานั้นมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษๆ หรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะหรือไม่

## 2. แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

### 2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมัน

ภายหลังปี ค.ศ.1789 มีการเผยแพร่แนวความคิดเสรีเข้ามาในเยอรมัน โดยเน้นถึงความคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากแนวความคิดเสรีนิยม และการทำความเข้าใจเรื่องรัฐในการออกกฎหมายที่ต้องมีเหตุมีผล (Vernunftrecht) ทำให้เกิดความคิดเกี่ยวกับนิติรัฐ คำว่า นิติรัฐในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 หมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุมีผล หรือรัฐได้ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรมมีวิธีการหรือลักษณะของการทำเป้าหมาย หรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรมเป็นรูปแบบที่ทำให้เกิดความมั่นใจในเสรีภาพของประชาชนอันมีต่อการใช้อำนาจของรัฐ หรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยตัวบทกฎหมาย<sup>44</sup>

<sup>44</sup> กมลชัย รัตนสกวาศ์, “หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน”, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 106-107

ในขณะที่คำสั่งทางปกครองได้เป็นที่รู้จักกันมาเมื่อประมาณหนึ่งร้อยปีที่ผ่านมาโดยการนำเสนอของ Otto Mayer บิดากฎหมายปกครองเยอรมัน ซึ่งเป็นผู้วางแนวความคิดพื้นฐานในเรื่องนี้ และหลังจากนั้น หลักกฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองก็เป็นที่ยอมรับและพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่ชัดเจนอยู่ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน<sup>45</sup> แต่ในเรื่องของสัญญาทางปกครองนั้น Otto Mayer เห็นว่าเรื่องของสัญญาโดยแท้จริง มีอาจเป็นไปได้ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน เพราะโดยหลักฐานของสัญญาต้องก่อตั้งขึ้นจากคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน โดยในขณะที่ตามกฎหมายมหาชนรัฐมีฐานะเหนือกว่าเอกชน<sup>46</sup> แต่อย่างไรก็ตาม Loening และ Stenel (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 1) ได้แสดงความคิดเห็นไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครอง ในปี ค.ศ. 1884 และในปี ค.ศ. 1886 ในรูปแบบการดำเนินกิจการของฝ่ายปกครอง ว่ามีรูปแบบอื่นนอกเหนือจากคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถดำเนินการในรูปแบบสัญญาทางปกครองได้ อีกทั้ง Leband (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 2) ได้ขยายความเรื่องนี้ไว้ด้วยว่า ฝ่ายปกครองสามารถทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองจะกระทำการปกครองในรูปแบบใดตามกฎหมาย ที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าเหมาะสมและมีประโยชน์<sup>47</sup>

จากแนวความคิดข้างต้น Otto Mayer เป็นฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่าสัญญาทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนนั้นไม่มีทางเกิดขึ้น เนื่องจากสัญญาเป็นเรื่องของบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกันทางกฎหมาย แต่ตามกฎหมายมหาชนนั้น ฝ่ายปกครองจะอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน เพราะฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดหรือตรากฎหมายนั่นเอง ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจจะมาทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้ แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดของ Otto Mayer ได้เป็นที่ยอมรับในกฎหมายปกครองเป็นเวลานาน แม้จะมีผู้ไม่เห็นด้วยอยู่บ้าง อย่างเช่น Jellinek ได้อธิบายไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครองในปี ค.ศ. 1931 ว่าสัญญาทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ความเท่าเทียมกันในการแสดงเจตนา เข้าทำสัญญานั้นเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะพิจารณาจากกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายแพ่งก็ตาม จนกระทั่งในปี 1945 เป็นต้นมา ตำราและหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครองในประเทศเยอรมันเกือบทั้งหมดได้อธิบายถึงความเป็นไปได้ของสัญญาทางปกครองว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะในปี ค.ศ. 1958 ได้มีหนังสือคำอธิบายกฎหมายออกมาพร้อมกัน 3 เล่ม ที่กล่าวถึงความรับผิดชอบด้วยกฎหมายของการทำสัญญาทางปกครอง ในปี ค.ศ. 1966 Forsthoff ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ว่าในการดำเนินกิจการของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองโดยลำพังเพียงฝ่ายเดียวสามารถดำเนินการได้ ในรูปแบบคำสั่งทางปกครองอันเป็นการดำเนินกิจการตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ อย่างไรก็ตาม ภายใต้อำนาจหรือเรื่องราวที่แน่นอน ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการทางปกครองโดยวิธีการเจรจาตกลงกับเอกชนหรือประชาชน ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปแบบของสัญญาก็ได้ คำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครองต่างก็มีลักษณะและหน้าที่ของตนเอง ความคิดเห็นของ Otto Mayer ที่ยืนยันว่าสัญญาทางปกครองไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากในการดำเนินการทางปกครองฝ่ายปกครองมีอำนาจฝ่ายเดียวใน

<sup>45</sup> มานิต วงศ์เสรี, “หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน”, (กรุงเทพมหานคร:สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 1

<sup>46</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 28

<sup>47</sup> มานิต วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 1-2

การออกคำสั่งเสมอ และสัญญาทางปกครองทำลายหลักเรื่องความเท่าเทียมนั้น Forsthoff เห็นว่า ความเห็นดังกล่าวจะเป็นความจริงหากการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองนั้นเป็นไปโดยฝ่ายปกครอง ดำเนินกิจการไปโดยอำเภอใจสัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นมากมายและหลากหลาย และคู่สัญญา ฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าก็จะได้ประโยชน์มากที่สุดจากสัญญาทางปกครองนั้น Forsthoff จึงได้เรียกร้องให้มีการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องนี้ในกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะ โดย Forsthoff ได้เสนอให้นำหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้กับเรื่องสัญญาทางปกครองด้วย<sup>48</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ.1973 ได้เสนอร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยรัฐร่างดังกล่าวได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในส่วนที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 50 ถึงมาตรา 58 ในปีต่อมา Wolff และ Bachof ได้เขียนคำอธิบายเกี่ยวกับเรื่อง “หน้าที่ทางปกครองและสัญญาทางปกครอง” โดยได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของรัฐบาลไว้ด้วย แม้ว่าในทางวิชาการจะเป็นที่โต้เถียงกันมากก็ตาม แต่ในทางปฏิบัตินั้นฝ่ายปกครองกลับยอมรับความมีอยู่ของสัญญาทางปกครองเนื่องจากความจำเป็นที่จะต้องใช้รูปแบบของการกระทำในลักษณะนี้ สำหรับในทางปฏิบัติของศาลนั้น ก็ได้มีการยอมรับเรื่องสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาของศาลปกครองในปี ค.ศ.1966 ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้พิพากษาถึงความจำเป็นของการมีสัญญาทางปกครอง การตรวจสอบและการใช้เหตุผลถึงสัญญาทางปกครอง ในที่สุดสัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับต่างชัดเจนเคียงคู่กับคำสั่งทางปกครองภายในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการปกครอง ในปี ค.ศ.1976 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองเคียงข้างกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง และมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ของกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตลอดจนเรื่องการบังคับตามสัญญาทางปกครองต่อมาในปี ค.ศ.1973 ได้เสนอร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยรัฐร่างดังกล่าวได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในส่วนที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 50 ถึงมาตรา 58 ในปีต่อมา Wolff และ Bachof ได้เขียนคำอธิบายเกี่ยวกับเรื่อง “หน้าที่ทางปกครองและสัญญาทางปกครอง” โดยได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของรัฐบาลไว้ด้วย แม้ว่าในทางวิชาการจะเป็นที่โต้เถียงกันมากก็ตาม แต่ในทางปฏิบัตินั้นฝ่ายปกครองกลับยอมรับความมีอยู่ของสัญญาทางปกครองเนื่องจากความจำเป็นที่จะต้องใช้รูปแบบของการกระทำในลักษณะนี้ สำหรับในทางปฏิบัติของศาลนั้น ก็ได้มีการยอมรับเรื่องสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาของศาลปกครองในปี ค.ศ.1966 ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้พิพากษาถึงความจำเป็นของการมีสัญญาทางปกครอง การตรวจสอบและการใช้เหตุผลถึงสัญญาทางปกครอง ในที่สุดสัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับต่างชัดเจนเคียงคู่กับคำสั่งทางปกครองภายในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการปกครอง ในปี ค.ศ.1976 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองเคียงข้างกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง และมาตรา 54 ถึงมาตรา 62

<sup>48</sup> มานิต วงศ์เสรี ,เรื่องเดียวกัน,หน้า 3

ของกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตลอดจนเรื่อง การบังคับตามสัญญาทางปกครอง<sup>49</sup>

## 2.2 สัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง

บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz-VWVFG) ได้บัญญัติถึงเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะความสำคัญของสัญญาทางปกครองอันเป็นทางเลือกของฝ่ายปกครองหากฝ่ายปกครองไม่ต้องการที่จะออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น โดยหลักพื้นฐานของกฎหมายแล้วสัญญาทางปกครองจึงมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ มีความมุ่งหมายเพื่อก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน แต่ทั้งนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะสำหรับความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน (über und unterordnungsverhältnisse) ดังนั้น คำสั่งทางปกครองซึ่งการนำสัญญาทางปกครองมาใช้เป็นเครื่องมืออันเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้เข้าร่วมในการแสดงเจตนาตกลง ลักษณะเช่นนี้ไม่ใช่ลักษณะของคำสั่งทางปกครอง หลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คือ การอนุญาตให้ฝ่ายปกครองกระทำในรูปสัญญาทางปกครอง แต่ยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่เป็น 2 แนวทางคือ ฝ่ายแรกเห็นว่าในกรณีของความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันนั้นฝ่ายปกครองจะทำสัญญาทางปกครองได้ต่อเมื่อกฎหมายกำหนดอนุญาตไว้อย่างชัดแจ้งเท่านั้น แต่ความเห็นฝ่ายที่สองเห็นว่า ฝ่ายปกครองอาจกระทำการในรูปของสัญญาทางปกครองได้ แต่การกระทำในรูปสัญญาต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ความเห็นของฝ่ายหลังถือว่าเป็นเสียงส่วนใหญ่ในปัจจุบันบทบัญญัติมาตรา 54 ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่อนุญาตให้ฝ่ายปกครองกระทำการในรูปสัญญาทางปกครองได้ และมาตรา 55 ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์และเหตุแห่งการตกเป็นโมฆะที่เป็นการจำกัดขอบเขตการทำสัญญาไว้ด้วยอันเป็นการประนีประนอมระหว่างสองแนวความคิดข้างต้น โดยสองมาตราดังกล่าวได้บัญญัติยึดถือทางสายกลาง ในมาตรา 54 บัญญัติว่า โดยหลักทั่วไปแล้วสัญญาทางปกครองสามารถนำมาไปใช้กับกรณีของการกำหนดความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน (über und unterordnungsverhältnis) ตามความเห็นของเสียงส่วนใหญ่ และนอกจากนี้ยังคำนึงถึงทฤษฎีสัญญาตามบทบัญญัติของกฎหมาย (sog. normativen verstrastheorie) อันเป็นทฤษฎีที่เห็นว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการรูปแบบของสัญญาทางปกครองได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับกรณีที่คู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน<sup>50</sup> สัญญาทางปกครองตามความหมายมาตรา 54 คือ สัญญาที่กำหนดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงซึ่งตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายมหาชนมาใช้ในการกำหนดข้อเท็จจริงดังกล่าว ซึ่งหมายถึงสัญญาที่มีความมุ่งหมายเพื่อก่อตั้งหรือเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ หรือสิทธิในกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือกำหนดรายละเอียดของสิทธิและหน้าที่ในความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน

จากคำนิยามตามมาตรา 54 ข้างต้น สามารถแยกองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองได้ ดังนี้<sup>51</sup>

<sup>49</sup> มานิต วงศ์เสรี ,เรื่องเดียวกัน,หน้า 3

<sup>50</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ,เรื่องเดียวกัน,หน้า60

<sup>51</sup> มานิต วงศ์เสรี ,เรื่องเดียวกัน,หน้า 4

ประการแรก ในตัวสัญญา สัญญาทางปกครองต้องเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามกฎหมายแพ่งจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญาและเรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกัน เป็นต้น

ประการที่สอง ในเนื้อหาสาระของสัญญานั้นเป็นเรื่องกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองจะมีความแตกต่างไปจากสัญญาประเภทอื่นก็ตรงเนื้อหาสาระของสัญญานั้นเอง และเมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครองแล้วในกฎหมายดังกล่าวใช้คำว่า “offentlich-rechtlicher vertrag” ซึ่งแปลทางถ้อยคำแล้วจะได้ความว่า “สัญญาตามกฎหมายมหาชน” และในบทนิยามที่กำหนดถ้อยคำดังกล่าวใช้คำว่า “นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน (rechtsverhältnis auf dem gebiet des öffentlichen rechts)” ถ้าหากจะตีความตามคำแปลดังกล่าวอาจจะไม่ถูกต้องนัก เพราะจะรวมถึงสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐ หรือ อนุสัญญาระหว่างประเทศได้ด้วยเมื่อพิจารณามาตรา 1 (1) ของกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งกล่าวถึงเรื่องการปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายมหาชนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะเห็นได้ว่าสัญญาตามกฎหมายมหาชน หมายถึง สัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตกลงทำสัญญาและภายในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น ดังนั้น “offentlich-rechtlicher vertrag” ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครองจึงหมายถึง “สัญญาตามกฎหมายปกครอง” หรือสัญญาทางปกครองนั่นเอง

กล่าวโดยสรุป สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองอันเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง

### 2.3 หลักความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาเอกชน

สัญญาทางปกครองแตกต่างจากสัญญาเอกชนตรงที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญา โดยสัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ในขอบเขตกฎหมายมหาชน ส่วนวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเอกชนเป็นนิติสัมพันธ์ในขอบเขตกฎหมายเอกชน ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ได้อธิบายเรื่องนี้ไว้ว่าการพิจารณาพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญาว่า สัญญานั้นจะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาทางปกครองนั้น ตามหลักทั่วไปต้องพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงทั้งหมดในลักษณะภาวะวิสัย สำหรับเจตนาของคู่สัญญานั้นไม่ใช่สาระสำคัญ อย่างไรก็ตามในบางกรณีจะต้องคำนึงถึงด้วยว่าภายในขอบเขตของอำนาจหน้าที่ในการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมีสิทธิเลือกที่จะกระทำการในรูปแบบตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนด้วยหรือไม่ เนื่องจากกรณีนี้มีความสำคัญที่จะต้องพิจารณาเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการวินิจฉัยว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางปกครอง เช่น หากปรากฏว่าการกำหนดเรื่องข้อบังคับในการใช้ห้องสมุดเมื่อนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเมืองมีดุลพินิจในการบริหารจัดการได้เอง ฉะนั้นหากเจ้าหน้าที่เลือกกำหนดให้มีการยืมหนังสือได้โดยความผูกพันตามกฎหมายเอกชน สัญญา ยืมหนังสือที่กระทำไปต้องพิจารณาพื้นฐาน หรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญาตามกฎหมายเอกชน<sup>52</sup>

<sup>52</sup> มานิต วงศ์เสรี , เรื่องเดียวกัน, หน้า 4

สำหรับความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาเอกชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ประโยคที่หนึ่งแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 นั้น บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้พิจารณาจากพื้นฐาน หรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้น โดยการตรวจสอบจากเนื้อหาสาระหรือวัตถุแห่งสัญญา (gegenstand des vertrags) นั้นเอง ดังนั้นด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น สัญญาทางปกครองจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้<sup>53</sup>

กรณีแรก เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย

กรณีที่สอง เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

กรณีที่สาม เนื้อหาสาระของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องก่อสร้างที่จอดรถ เป็นต้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้วัตถุแห่งสัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยก คือ บางครั้งเนื้อหาของสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น การจ่ายเงินนั้น มีลักษณะหรือสภาพเป็นกลาง กล่าวคือ เนื้อหาของสัญญาที่มีจุดเกาะเกี่ยวทั้งกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน ในกรณีนี้นักกฎหมายบางส่วนเสนอให้ดูที่มีวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการชำระหนี้ และดูที่มีลักษณะทั่วไปของสัญญานั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงินโดยต้องการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง หรือปฏิบัติการอื่นใดในทางปกครองย่อมถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ในทางปฏิบัติก็ยังมีปัญหาว่า ในกรณีที่เนื้อหาของสัญญาที่มีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนนั้น จะถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกลงโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินของตนส่วนหนึ่งให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นตกลงว่าจะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองให้ หรือจะลดค่าธรรมเนียมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเนื่องมาจากการก่อสร้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ตามมูลค่าของที่ดินที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้โอนให้ในกรณีเช่นนี้ เนื่องจากการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินของฝ่ายเอกชนให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามกฎหมายเอกชน นักกฎหมายส่วนหนึ่งจึงเห็นว่าสัญญานี้คือ “สัญญาผสมระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาเอกชน (gemischt öffentlich-rechtlich/privatrechtlicher vertrag)” ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีพิพาทจึงต้องแยกพิจารณาว่า หากพิพาทกันส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชน คู่กรณีจะต้องนำข้อพิพาทจึงต้องแยกพิจารณาว่า หากพิพาทกันส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชน คู่กรณีจะต้องนำข้อพิพาทไปฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เช่น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ลดค่าธรรมเนียมให้ตามที่ตกลง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง ซึ่งความเห็นดังกล่าวนี้นักกฎหมายจำนวนไม่น้อยยังไม่เห็นด้วย และได้เสนอให้พิจารณาจากลักษณะธรรมชาติในทางกฎหมาย (rechtsnatur) ของสัญญาในลักษณะเอกภาพ กล่าวคือ ถ้าเนื้อหาของ

<sup>53</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,2542), หน้า 5

สัญญาแม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง ซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครอง ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองเท่านั้น

#### 2.4 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

หลักกฎหมายที่สำคัญในเรื่องสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายแพ่ง ได้แก่ หลักในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา คู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าจะตกลงใจเข้าทำสัญญาหรือไม่ และประสงค์จะให้เนื้อหาสาระของสัญญาเป็นเช่นไรก็ได้ แต่สำหรับสัญญาทางปกครองนั้น หลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้ ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักนิติรัฐ (ตามนัยมาตรา 20 (3) แห่งกฎหมายพื้นฐานหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ) โดยเฉพาะ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะทำสัญญาทางปกครองได้ตราบเท่าที่สัญญาดังกล่าวไม่ขัดแย้งกับกฎหมายเท่านั้น และนอกจากหลักกฎหมายหลังความแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังจะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง เช่น “หลักความสมเหตุผล” “หลักความเสมอภาค” และหลักห้ามการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ” เป็นต้น<sup>54</sup> นอกจากนี้ ตามหลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 ยังได้แบ่งแยกประเภทของสัญญาทางปกครองได้ 4 ประเภท คือ

##### 2.4.1 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (koordinationsrechtlicher vertrag)

ตามมาตรา 54 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้บัญญัติให้พิจารณาความสัมพันธ์ของคู่สัญญากรณีแรกนี้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกันโดยทั่วไปได้แก่ ฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ซึ่งนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองประเภทนี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยการออกคำสั่งทางปกครองได้ เหตุผลของการมีสัญญาทางปกครองประเภทนี้ก็เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์การปกครองอื่น ยกตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาแม่น้ำที่ไหลผ่านเขตแดนขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสอง หรือสัญญาระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นกับมลรัฐ เกี่ยวกับภาระหน้าที่ในการกำจัดขยะมูลฝอย หรือสัญญาระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นกับสหพันธ์ในเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่ในการดูแลรักษาและก่อสร้างถนน เป็นต้น

##### 2.4.2 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (Des Subordinationsrechtliche vertrag)

เป็นกรณีที่มาตรา 54 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กำหนดไว้เช่นกัน เหมือนกับสัญญาประเภทแรกซึ่งสัญญาประเภทนี้โดยทั่วไปจะได้แก่สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น สัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญากับเอกชนว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยังไม่เข้าดำเนินการใดๆ กับอาคารของเอกชนที่ได้ก่อสร้างโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร หากเอกชนซึ่งเป็นเจ้าของอาคารดังกล่าวจะทำการรื้อถอนและแก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารนั้นให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลา 3 เดือน เป็นต้น

<sup>54</sup> มานิต วงศ์เสรี ,เรื่องเดียวกัน, หน้า 9 -13



สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้ โดยปกติทั่วไปจะเป็นเรื่องที่ต้องการฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามสัญญาประเภทนี้ก็ได้จำกัดเฉพาะการเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น หากแต่ยังสามารถนำไปใช้ในกรณีอื่นๆ ที่เป็นการตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน เช่น สัญญาระหว่างองค์การฝ่ายปกครองกับข้าราชการในเรื่องเกี่ยวกับการชำระเงินที่ฝ่ายปกครองได้จ่ายให้ไปเพื่อการศึกษาหรืออบรมดูงานกลับคืน ในกรณีที่ข้าราชการลาออกจากตำแหน่งหน้าที่ก่อนกำหนดเวลาตามที่ตกลงกัน หรือกรณีของการผิดสัญญาخذใช้ทุนลาศึกษาต่อต่างประเทศ เป็นต้น

#### 2.4.3 สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (vergleichs vertrag)

สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองมีวัตถุประสงค์ที่จะแก้ไขปัญหาในเรื่องความไม่แน่นอนหรือเพื่อหาข้อยุติในปัญหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ตามมาตรา 55 หมายความว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยอาศัยการตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนมีข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นมีความไม่แน่นอน

สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง ตามมาตรา 55 หมายความว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- (1) มีความไม่แน่นอนหรือข้อยุติไม่ได้ในเรื่องเกี่ยวกับพฤติการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือประเด็นข้อกฎหมาย
- (2) ความไม่แน่นอนหรือข้อยุติดังกล่าวไม่สามารถขจัดไปได้ หรือจะขจัดไปได้ก็ต้องเสียเวลาหรือค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก
- (3) คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทั้งองค์การฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนสามารถตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองนั้นได้

ตัวอย่างของสัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง เช่น สัญญาระงับข้อพิพาทในค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืน ซึ่งได้แก่ สัญญาตามข้อตกลงระหว่างรัฐ หรือฝ่ายปกครองกับเอกชนเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืนทรัพย์สิน ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ต้องไปฟ้องร้องเรียกค่าทดแทนกันอีก

#### 2.4.4 สัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austausch vertrag)

ตามมาตรา 56 หมายความว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้กำหนดลักษณะสัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครองและเอกชนมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การชำระหนี้ต่างตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่แน่นอนตามที่ตกลงกำหนดกันไว้ในสัญญา
- (2) เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือวัตถุประสงค์ของกิจการทางปกครอง

(3) จะต้องมีความถูกต้องเหมาะสม

(4) เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนตามสัญญา สำหรับเหตุผลที่ได้บัญญัติสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ทำเพื่อป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทรัพย์สินหรือสิทธิประโยชน์ของรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันก็เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิให้ถูกเอาเปรียบหรือถูกเรียกร้องให้กระทำการชำระหนี้ตอบแทนในสิ่งที่ตนไม่ผูกพันตามกฎหมาย ยกตัวอย่างสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง เช่น สัญญาเกี่ยวกับการมอบหมายให้ก่อสร้าง (อันมีปัญหาเกี่ยวกับการจัดการเรื่องค้ำค่านการจ่ายเงินหรือการโอนที่ดิน) นั้นเข้าลักษณะสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง ดังนี้ เงินที่เอกชนชำระไว้จะถูกนำมาใช้สำหรับการก่อสร้างสถานที่จอดรถยนต์ที่ได้กำหนดไว้แล้ว การก่อสร้างถนนที่จอดรถดังกล่าวต้องดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะจำนวนเงินจะเป็นไปตามความเหมาะสมได้เมื่อจำนวนเงินดังกล่าวปรับสอดคล้องกันได้อย่างสัดส่วนตามมูลค่ารวมของสถานที่จอดรถยนต์ หรือเมื่อจำนวนเงินดังกล่าวสอดคล้องกันกับการที่เอกชนได้ประหยัดเงินในสิ่งที่ไม่จำเป็นต้องมีก็ได้ จุดแลกเปลี่ยนกันนั้นมีขึ้นได้เพราะการจัดทำสถานที่จอดรถยนต์ จะเป็นไปได้ด้วยการจ่ายเงินซึ่งเจ้าของอาคารประสงค์ให้มีขึ้นบนที่ดินของตนเอง แต่ติดขัดเงื่อนไขสถานที่คับแคบจึงไม่สามารถจัดทำสถานที่จอดรถเองได้<sup>55</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้สรุปคำอธิบายในเรื่องสัญญาทางปกครองของเยอรมันไว้ว่า<sup>56</sup> ถือเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งเคียงคู่กับการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่นๆ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในทางปกครอง แม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติให้ฝ่ายปกครองให้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือก่อตั้งนิติสัมพันธ์แทนการออก

คำสั่งทางปกครอง แต่ขอบเขตการใช้สัญญาทางปกครองก็รวมไปถึงกรณีอื่นด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้วิธีออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ได้ ลักษณะเด่นของสัญญาทางปกครองของเยอรมันอีกประการหนึ่ง คือ การเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ซึ่งเป็นลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส แม้กระนั้น ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะฝ่ายปกครองก็อาจใช้สิทธิพิเศษเลิกสัญญาทางปกครองได้ กับหลักการในทฤษฎีสัญญาทางปกครองของเยอรมันที่อาจมีประโยชน์ในการพัฒนาทฤษฎีสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย คือ การใช้ “การก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในทางปกครอง” เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง แม้หลักเกณฑ์ในการดังกล่าวนี้จะยังเป็นนามธรรมอยู่มาก แต่มีลักษณะเป็นการทั่วไปที่จะนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทยได้ นอกจากนี้ เรื่องเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง และรูปแบบของสัญญาทางปกครองประเภทต่างๆ ก็มีประโยชน์ในการเปรียบเทียบกับสัญญาทางปกครองของไทยซึ่งได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสด้วย

<sup>55</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 77

<sup>56</sup> มานิต วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 1

## 2.5 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน

สัญญาทางปกครองของเยอรมันจะอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน<sup>57</sup> โดยเริ่มตั้งแต่การก่อตั้งสัญญาและจนกระทั่งการสิ้นสุดสัญญา ดังนี้

### 2.5.1 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองเยอรมัน

การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองเยอรมันนั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดไว้ โดยเฉพาะเหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่ง การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองจะต้องประกอบด้วยหลักอะไรบ้าง ดังนั้น การพิจารณาในเรื่องนี้จึงเป็นไปตามหลักของกฎหมายเอกชน คือ สัญญาทางปกครองเกิดขึ้น เมื่อมีการ

แสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญา และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รับทราบการแสดงเจตนาดังกล่าวนั้นด้วยแล้ว หรือเมื่อคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาถูกต้องตรงกันนั่นเอง ทั้งนี้ ตามมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งบัญญัติ มาตรา 62 ประโยคที่สอง VwVfG ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับกับเรื่องสัญญาทางปกครองโดยอนุโลม เมื่อกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นไว้<sup>55</sup> ดังนั้น สัญญาทางปกครองเยอรมันสามารถเกิดขึ้นตามหลักเกณฑ์ ดังนี้

#### 1) คู่สัญญาของสัญญาทางปกครอง (Partner des öffentlich-rechtlichen Vertrages)

เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งจะเกิดขึ้นได้ก็โดยการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันด้วยความสมัครใจของคู่สัญญา มุ่งโดยตรงที่จะให้มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือโดยมีผลทางกฎหมายการตกลงเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องมีการแสดงเจตนาต่อการสร้างนิติสัมพันธ์ และผู้ที่อาจเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองได้นั้นจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายมอบอำนาจไว้ซึ่ง บทบัญญัติมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การดำเนินการในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการในรูปแบบของสัญญาได้ ตราบเท่าที่ไม่เป็นการขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อีกทั้ง มาตรา 11 มีบทบัญญัติไว้ ได้แก่ บุคคลธรรมดา นิติบุคคล คณะบุคคลเท่าที่มีสิทธิในเรื่องนั้นๆ ได้ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่บุคคลที่จะเข้าทำสัญญาได้นั้นต้องมีความสามารถในการทำนิติกรรมซึ่งในทางกฎหมายมหาชนนั้น หมายถึง ความสามารถในการกระทำ (handlungsfa higkeit) การแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญาทางปกครองกรณีแรกได้บัญญัติไว้ในมาตรา 12 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งอาจมีการแสดงเจตนาโดยบุคคลธรรมดาอันเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมายแพ่ง กรณีที่สองอาจเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลธรรมดาที่มีความบกพร่องในเรื่องความสามารถ ตามกฎหมายแพ่งเท่าที่บุคคลดังกล่าวนั้นได้รับการยอมรับให้เป็นผู้มีความสามารถในบางกรณี และให้ทำเรื่องผู้ทำการแทนกับตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับการทำสัญญาทางปกครองด้วย<sup>58</sup>

<sup>57</sup> มานิต วงศ์เสรี , เรื่องเดียวกัน, หน้า 17- 19

<sup>58</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 111-120

## 2) เงื่อนไขและขอบเขตของการกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทำกันในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง (zulassung und grenzen des verwaltungshandelas durch öffentlich-rechtliche verträge)

เงื่อนไขและขอบเขตของการทำสัญญาทางปกครองนั้น ถ้าฝ่ายปกครองเลือกที่จะทำสัญญาทางปกครองในการจัดทำกิจการของฝ่ายปกครองนั้น การกระทำในรูปสัญญาทางปกครองดังกล่าว ต้องมีเนื้อหาที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย หรือไม่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป และการทำสัญญาดังกล่าวนี้อาจต้องมีกฎหมายพิเศษให้อำนาจในการกระทำดังกล่าว ตามมาตรา 54 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็ไม่ได้บัญญัติไว้ ดังนั้น โดยพื้นฐานแล้วฝ่ายปกครองสามารถที่จะเลือกใช้รูปแบบการกระทำในรูปของคำสั่งทางปกครองหรือสัญญาทางปกครองเพื่อใช้ในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ได้ การที่ฝ่ายปกครองกระทำการในรูปแบบของสัญญาทางปกครองนั้นจะกระทำไม่ได้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ให้ฝ่ายปกครองกระทำการในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง อาจได้แก่กฎหมายที่มีความมุ่งหมายและตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวจำกัดให้กระทำได้ในรูปของกฎหมายที่มีความมุ่งหมายและตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวจำกัดให้กระทำได้ในรูปของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น มาตรา 20 วรรคสามของกฎหมายพื้นฐาน (grundgesetz-GG) ได้บัญญัติให้ฝ่ายปกครอง ผูกพันตามบทบัญญัติของกฎหมายและหลักกฎหมาย (gesets und recht) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองเป็นไปตาม “หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง” (der grundsatz des gesetzmassigkeit der verwaltung) ซึ่งหลักดังกล่าวมีหลักการย่อย 2 หลัก คือ “หลักความมาก่อนของกฎหมาย” (der grundsatz des vorrangs des gesetzes) และ “หลักเงื่อนไขของกฎหมาย” (des grundsatz des vorbehalt des gesetzes) การใช้หลักดังกล่าวนี้ใช้ในกรณีกระทำทางปกครองโดยทั่วไป ดังนั้นสัญญาทางปกครองอย่างหนึ่งต้องผูกพันตามหลักดังกล่าวด้วย หลักความมาก่อนของกฎหมาย ได้แสดงถึงความเกี่ยวพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่มีอยู่ ตามหลักดังกล่าวฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถ กระทำการใดๆ ได้หากปราศจากกฎหมาย หลักความมาก่อนของกฎหมายนี้ใช้บังคับแบบไม่มีข้อจำกัดและใช้บังคับสำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหมด และด้วยเหตุนี้จึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย จากหลักดังกล่าวนี้เองเนื้อหาของสัญญาทางปกครองจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้

## 3) การตกลงทำสัญญาทางปกครอง (abschub des öffentlich-rechtlichen vertrages)

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ จำต้องพิจารณาประกอบกับกฎหมายเอกชนด้วย กล่าวคือ สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาสอดคล้องต้องกันว่า ข้อเสนอของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับการยอมรับจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง มาตรา 145 ถึงมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เกี่ยวกับเสนอ (antrag) และการรับข้อเสนอรวมทั้งข้อบกพร่องของการตกลงกัน (มาตรา 154 และ มาตรา 155) บทบัญญัติต่างๆ ดังกล่าวย่อมนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย การนำบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับก่อให้เกิดผลว่า หากผู้ยื่นข้อเสนอยื่นข้อเสนอมิได้เงื่อนไขอันเป็นความลับ (geheimer vorbehalt) ตามมาตรา 116 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ดี กรณีของนิติกรรมอำพราง (scheingeschaft) ตามมาตรา 117 ก็ดี หรือกรณีที่ผู้ยื่นข้อเสนอมิได้ประสงค์จะผูกพัน (mangle

der ernstlichkeit) ตามมาตรา 118 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ก็ได้ ในกรณีดังกล่าวทำให้การ แสดงเจตนาไม่มีผล ดังนั้นหากการทำสัญญาทางปกครองเกิดจากกรณีดังกล่าวข้างต้น สัญญาทาง ปกครองก็ไม่มีผลเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง ส่วนกรณีของการยื่นข้อเสนอโดยเข้าใจผิด (irrtum) ตามมาตรา 119 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน การแสดงเจตนาโดยมีข้อบกพร่องในทางเนื้อหาตาม มาตรา 120 หรือการแสดงเจตนาเนื่องจากการหลอกลวงหรือการข่มขู่ (arglistige tauschung oder drohung) ในกรณีนี้คู่สัญญาอาจโต้แย้งการแสดงเจตนาต่อผู้รับข้อเสนอซึ่งมีผลทำให้การแสดง เจตนาที่ถูกต้องแย้งดังกล่าวตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่ต้น (มาตรา 142 วรรค 1 ประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน) หากนำมาใช้ในสัญญาทางปกครองย่อมมีผลทำให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ เช่นเดียวกัน การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการรับข้อเสนอหรือไม่รับข้อเสนอรวมทั้งการ แฉงให้ทราบถึงการตัดสินใจดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะการกระทำดังกล่าวมิได้ เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ตามความหมายของมาตรา 35 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง ถ้าการปฏิเสธของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนไม่อาจใช้วิธีการฟ้อง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง แต่สามารถฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐให้กระทำการได้

#### 4) รูปแบบของสัญญาทางปกครอง (form des öffentlichrechtlichen vertrages)

บทบัญญัติตามมาตรา 57 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง บัญญัติให้สัญญาทางปกครองให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทำเป็นหนังสือ เท่าที่บทบัญญัติของ กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น และมาตรา 62 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง บัญญัติว่าในกรณีที่มาตรา 51 ถึงมาตรา 61 มิได้บัญญัติเรื่องนั้นๆ ไว้ในกรณีให้นำรูปแบบที่เป็นลาย ลักษณ์อักษรที่กฎหมายกำหนดไว้มาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้น รูปแบบอันเป็นลายลักษณ์อักษรตาม ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับกับมาตรา 57 ดังกล่าวด้วย กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จะต้องลงลายมือชื่อในสัญญาด้วยตนเอง หรือโดยวิธีการรับรองลายพิมพ์นิ้วมือ ในกรณีที่มีการส่ง เอกสารสัญญาโดยทางโทรสารกรณีนี้ไม่ถือว่ามีลายมือชื่อในสัญญาอย่างถูกต้อง เว้นแต่เป็น กรณีที่มีการส่งเอกสารโดยทางไปรษณีย์และให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายหนึ่งลงลายมือชื่อในเอกสารสัญญา และส่งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งลงลายมือชื่อในสัญญาต่อไป

ในกรณีที่ไม่ทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามมาตรา 59 วรรค 1 กฎหมาย วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ประกอบกับมาตรา 125 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีผลทำให้ สัญญาทางปกครองเป็นโมฆะการไม่คำนึงถึงรูปแบบของการทำสัญญาที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของ กฎหมายอื่นๆ ย่อมมีผลทำให้สัญญาทางปกครองดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 59 วรรค 1 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ประกอบกับมาตรา 125 ประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน ในกรณีดังกล่าวให้นำมาใช้กับกรณีที่มีการกำหนดรูปแบบที่เคร่งครัดกว่าในกฎศีกา (rechtsverordnung) หรือข้อบังคับขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (satzung) ด้วยเพราะ บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองที่อยู่ในความหมายของของ กฎหมาย (gesetzen) ของมาตรา 125 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย ที่เกี่ยวกับการเยียวยาข้อบกพร่อง เช่น มาตรา 313 มาตรา 518 วรรค 2 หรือมาตรา 766 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ให้นำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยกันเช่น คู่สัญญาไม่อาจทำการ

ตกลงกัน ยกเว้น การทำตามรูปแบบที่กำหนดไว้ในมาตรา 57 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ แต่คู่สัญญาอาจตกลงกันให้ใช้รูปแบบที่เคร่งครัดกว่าในการทำสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้ รูปแบบของสัญญาที่บังคับให้กระทำนั้นใช้เฉพาะกรณีการตกลงเข้าทำสัญญา แต่ไม่บังคับถึงกรณีการทำข้อเสนอและการมอบอำนาจ

### 2.5.2 ทรัพย์สินทางปกครองในกฎหมายเยอรมัน<sup>59</sup>

แนวความคิดเรื่องทรัพย์สินทางปกครองนั้น เริ่มต้นจากการทำความเข้าใจความหมายทรัพย์สินทางแพ่งซึ่งหมายถึงทรัพย์ที่มีรูปร่าง (korperliche Gegenstande) สังกะทรัพย์Zvertretbare Sache) ทรัพย์ที่ใช้ประโยชน์หรือซื้อขายกันได้ ซึ่งอาจเรียกทรัพย์พาณิश्य (verbrauchbare Sache) ส่วนควบของทรัพย์ (wesentliche Bestandteile) หรืออุปกรณ์ (Zubehor) ตามบทบัญญัติมาตรา 90- มาตรา 103 BGB ซึ่งเป็นบททั่วไปเกี่ยวกับทรัพย์สินทางแพ่ง การแบ่งประเภททรัพย์สินดังกล่าวก็เพื่อประโยชน์แห่งนิติสัมพันธ์ทางแพ่งและทางพาณิश्य ความหมายของประเภทต่างๆของทรัพย์สินในทางแพ่งก็นำไปใช้ในทางปกครองได้บ้าง แต่นิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างรัฐและประชาชน หรือองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนภายใต้กฎหมายปกครองอันเกี่ยวกับทรัพย์ทางปกครองนั้น อยู่ที่สิทธิในการใช้ทรัพย์สินทางปกครอง (Nutzung oder Gebrauch) ว่าประชาชนมีสิทธิในการใช้ทรัพย์สินทางปกครองหรือไม่ อย่างไร และมีขอบเขตของการใช้ทรัพย์สินทางปกครองเพียงใด แม้ว่าประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะมีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976) ซึ่งได้นำเอาหลักกฎหมายภาคทั่วไปในทางปกครองมาบัญญัติไว้เกือบครบถ้วนไม่ว่าเรื่องนิติธรรมทางปกครอง สัญญาทางปกครอง โมฆะกรรม โมฆิยกรรมทางปกครอง เงื่อนไข เงื่อนไขเวลา ข้อกำหนดพิเศษในนิติกรรมทางปกครอง การยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง แต่ไม่ได้นำหลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปกครองมาบัญญัติไว้ จึงต้องศึกษาจากคำอธิบายกฎหมายปกครองในทางตำราและคำพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งได้แบ่งทรัพย์สินทางปกครองตามประเภทและลักษณะของการใช้ทรัพย์สินทางปกครองของประชาชนที่กฎหมายปกครองต่างๆ กำหนดกฎเกณฑ์ในการใช้ แล้วอธิบายเป็นหลักทั่วไปดังนี้

#### 1) ทรัพย์สินเกี่ยวกับการคลังของรัฐ (Finanzvermögen)

เป็นทรัพย์ของรัฐในความหมายอย่างกว้าง หมายถึงทรัพย์สินของรัฐที่อยู่ในความปกครองดูแลของหน่วยงานต่างๆ ของรัฐ หรือเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งโดยทั่วไปก็จะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายแพ่งและพาณิश्य มิได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในทางปกครองระหว่างรัฐและประชาชน (Verwaltungsrechtsverhältnis) แต่ประการใด ตัวอย่างเช่น โรงงานของรัฐ เงินคงคลัง เงินทุนต่างๆ เอกสารสิทธิต่างๆ ที่ดินสำรอง การได้มา ภาระหนี้ผูกพัน การซื้อขาย หรือการให้เช่าทรัพย์สินประเภทนี้ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาจะต้องนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม การบังคับคดีแพ่งกับทรัพย์สินประเภทนี้อยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้ แต่จะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ เช่น กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองตนเอง (Gemeinderecht) ในบทบัญญัติมาตรา 127 ของกฎหมายดังกล่าวแห่งมลรัฐบาเดน – วูทเทมแบร์ก

<sup>59</sup> กมลชัย รัตนสกวาศ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 305 - 311

บัญญัติให้มีการบังคับคดีทางแพ่งกับองค์กรปกครองตนเองได้ แต่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบทางกฎหมาย (Rechtsaufsichtbehörde) โดยเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบทางกฎหมายจะกำหนดว่าทรัพย์สินใดบ้างที่จะถูกบังคับคดีและจะให้ขายทอดตลาดเวลาใด ส่วนวิธีการบังคับคดีให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่จะดำเนินคดีล้มละลายไม่ได้ ดังนั้นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการคลังของรัฐที่เรียกว่า finanzvermögen จะไม่อยู่ในขอบเขตของทรัพย์สินในทางปกครอง

## 2) ทรัพย์สินทางปกครอง (Verwaltungsvermögen หรืออาจเรียกว่า öffentliche Sachen)

ทรัพย์สินทางปกครองเป็นทรัพย์สินที่นิติบุคคลมหาชนเป็นเจ้าของหรือมีกรรมสิทธิ์ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง แต่มีเงื่อนไขพิเศษในทางกฎหมายมหาชนที่ให้ประชาชนทั่วไปมีสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น เช่นอาคารสถานที่ของหน่วยงานของรัฐ สถานที่ให้บริการต่างๆของรัฐ ถนนหนทาง ที่จอดรถ ทางน้ำ โรงพยาบาลของรัฐ โรงเรียนของรัฐ ห้องสมุดประชาชน เป็นต้น อนึ่งทรัพย์สินบางประเภทที่มีไว้เพื่อประโยชน์ในกฎหมายมหาชน แต่ไม่มีเงื่อนไขพิเศษในทางกฎหมายมหาชนที่ให้ประชาชนทั่วไปมีสิทธิใช้ประโยชน์ แต่มีไว้เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยเฉพาะเครื่องมือเครื่องใช้ในการดับเพลิง อุปกรณ์ที่ใช้ในการดูแลความสงบเรียบร้อยหรือปราบปรามของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ก็จัดเป็นทรัพย์สินทางปกครองเช่นกัน แต่ทรัพย์สินทางปกครองประเภทหลังนี้ไม่มีบทบาทหน้าที่ในนิติสัมพันธ์ในทางปกครองระหว่างรัฐกับประชาชน

## 3) นิติสัมพันธ์ในทางปกครองระหว่างรัฐกับประชาชนในทรัพย์สินทางปกครอง

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในทรัพย์สินทางปกครองอยู่ที่ การที่รัฐอนุญาตให้ประชาชนมีสิทธิอันชอบธรรมในการใช้ทรัพย์สินทางปกครอง ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักกฎหมายในรัฐธรรมนูญ การอนุญาตดังกล่าวนั้นในทางกฎหมายปกครองเยอรมันเรียกว่า “Widmung” ซึ่งอาจแปลตามความหมายทางภาษาว่าเป็นการ “อุทิศ” ให้ ดังนั้นนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้จะต้องประกอบด้วยปัจจัยในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายรวมสองประการ คือ ประการแรก จะต้องมิตัวทรัพย์สินทางปกครองนั้น เช่น ถนนหนทาง ชายทะเล ธารน้ำ ทางเท้า สถานีรถไฟ เป็นต้น และประการที่สอง ทรัพย์สินทางปกครองนี้ในทางนิตินัยแล้ว มีไว้เพื่อให้ประชาชนได้ใช้ประโยชน์ นิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะสิ้นสุดลง เมื่อปัจจัยอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่างนี้ขาดไป กล่าวคือ ตัวทรัพย์สินทางปกครองสิ้นสลายไป หรือรัฐได้ยกเลิกการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินทางปกครองนั้นหรือเรียกว่าการยกเลิกการอุทิศ “Entwidmung” มีใช้สิ้นสุดโดยอายุความ

### (1) การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินทางปกครอง (Widmung)

จะกำหนดถึงวัตถุประสงค์และขอบเขตของการใช้ทรัพย์สินทางปกครองว่า รัฐอุทิศให้ใช้ประโยชน์ของส่วนรวมเฉพาะเจาะจงในลักษณะของการใช้ ส่วนรูปแบบของการอนุญาตนั้นมีความหลากหลาย อาจกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายเช่น กฎหมายว่าด้วยการรถไฟ (Allgemeines Eisenbahngesetz vom 29.MARZ 1951) มาตรา 2 (1) บัญญัติว่า การรถไฟมีไว้เพื่อประโยชน์แห่งการจราจรสาธารณะ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้ทุกคนได้ใช้ประโยชน์ในการโดยสาร

เดินทางหรือขนส่งของ หรือในมาตรา 1 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางอากาศ (Luftverkehrsgesetz) ซึ่งบัญญัติในลักษณะทำนองเดียวกัน หรืออาจกำหนดวัตถุประสงค์ในการใช้ไว้ในกฎหมายอนุบัญญัติ (Verordnung) หรือ ในข้อบัญญัติขององค์กรปกครองตนเอง ไม่ว่าจะเป็นสนามกีฬา สระว่ายน้ำ หรือ เป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณี (Gewohnheitsrecht) เช่น ชายหาด ซึ่งส่วนใหญ่เห็นว่าชายหาด เป็นทรัพย์สินทางปกครองตามธรรมชาติ หรืออาจเป็นผลจากการตกลงกันในลักษณะสัญญาทางปกครอง หรืออาจอยู่ในรูปของนิติกรรมทางปกครองก็ได้ แต่กรณีที่อยู่ในรูปของนิติกรรมทางปกครองนั้น รัฐ ผู้ผูกพันที่จะดำเนินการให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินทางปกครองนั้น

การอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะ พิเศษ เพราะมีได้กำหนดตัวผู้รับนิติกรรมทางปกครองไว้ (adressatlos) ซึ่งกฎหมายว่าด้วยวิธี พิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเรียกว่า คำสั่งทั่วไป (Allgemeinverfügung)

อย่างไรก็ตามในกรณีปกติทั่วไปแล้ว การอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทาง ปกครองจะกำหนดไว้ในกฎหมาย แต่ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษก็ไม่จำเป็นต้องมีรูปแบบพิเศษ เพียงแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งว่าทรัพย์สินทางปกครองใดมีไว้เพื่อประโยชน์ แก่สาธารณะแล้วก็ย่อมเป็นการเพียงพอ

**(2) ประเภทของการใช้ทรัพย์สินทางปกครอง** การอนุญาตให้ประชาชนใช้ ทรัพย์สินทางปกครองอาจแบ่งได้สองประเภท โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการอุทิศให้ใช้ ประโยชน์ คือการใช้โดยปกติทั่วไป (Gemeingebrauch) และการใช้ในกรณีพิเศษ (Sondernutzung)

**1) การใช้ทรัพย์สินทางปกครองโดยปกติทั่วไป** การใช้ทรัพย์สิน ของรัฐ หรือหน่วยงานต่างๆ ของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถนนสาธารณะ ทางเดินสาธารณะ สาธารณสถาน ต่างๆ หรือทางน้ำที่มีไว้เพื่อให้ประชาชนทุกคนใช้ตามปกติทั่วไปในขอบเขตวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ เพื่อการเดินทาง การจราจร การขนส่ง แต่มิใช่เพื่อการค้าบนถนนหนทางเหล่านั้น การใช้ทรัพย์สินทาง ปกครองในลักษณะปกติทั่วไปนี้ ประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ไม่ต้องขออนุญาตและไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย ใดๆ ให้รัฐ แต่จะต้องใช้ในขอบเขตของการใช้โดยปกติทั่วไปที่ไม่ไปรบกวนสิทธิของผู้อื่น หรือเป็นที่ ยอมรับได้ (gemein vertraglich) ถ้าใช้เกินขอบเขตจะเป็นกรณีที่ใช้ทรัพย์สินทางปกครองในกรณี พิเศษ

การใช้ทรัพย์สินทางปกครองโดยปกติทั่วไปในบางกรณี กฎหมาย กำหนดขอบเขตของการใช้ทรัพย์สินทางปกครองกว้างขวางขึ้นให้แก่บุคคลบางกลุ่ม เช่น เจ้าของ หรือ ผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ติดกันถนนหรือติดอยู่กับทางน้ำ ในการใช้ทรัพย์สินทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นถนนหนทางหรือทางเท้าได้มากกว่าบุคคลอื่นทั่วไป เพราะจะต้องเอาสิ่งของและพักเข้า บ้านหรือเอาขึ้นรถ หรือจอดรถบนถนนชั่วคราว เพื่อนำรถของคนเข้าจอดในบ้าน โดยไม่ต้องขอ อนุญาตและไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆเป็นพิเศษให้รัฐ แต่จะต้องไม่ทำให้ทรัพย์สินทางปกครองได้รับความเสียหาย หรือเกินกว่าที่จะยอมรับได้ทั่วไป การใช้ทรัพย์สินทางปกครองของเจ้าของหรือผู้ ครอบครองทรัพย์สินนี้ เรียกว่า Anliegergebrauch

**2) การใช้ทรัพย์สินทางปกครองในกรณีพิเศษ** การที่บุคคลใดใช้ ทรัพย์สินทางปกครองเกินขอบเขตที่รัฐอุทิศให้ใช้โดยปกติทั่วไป เช่น การวางสายไฟฟ้าตามถนน หนทาง ปักเสา หรือท่อนในแม่น้ำ วางโต๊ะขายสินค้า หรือโฆษณาสินค้าบนถนน หรือบนทางเท้า ย่อม



เป็นการใช้ทรัพย์สินทางปกครองกรณีพิเศษ การกระทำดังกล่าวจะต้องขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและชำระค่าทำเนียมเพื่อการนี้ด้วย จึงจะเป็นการชอบด้วยกฎหมายการใช้ทรัพย์สินทางปกครอง ในกรณีพิเศษจะปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางน้ำ และทางบก บทบัญญัติมาตรา 8 แห่งกฎหมายว่าด้วยถนนที่เชื่อมระหว่างเมืองต่างๆ ของสหพันธ์รัฐ (Bundesfernstraßengesetz 1974) บัญญัติถึงการใช้นถนนของสหพันธ์รัฐที่เกินขอบเขตของการให้ใช้โดยปกติทั่วไปว่าเป็นการใช้ในกรณีพิเศษ (Sondernutzung) ผู้ใช้จะต้องขออนุญาตกับเจ้าหน้าที่ Straßensbaubehörde ถ้าเป็นถนนที่ผ่านท้องถิ่นก็ต้องขออนุญาตกับท้องถิ่น (Gemeinde) เจ้าหน้าที่อาจอนุญาต โดยจะกำหนดเงื่อนไขในการใช้นถนนเกี่ยวกับเวลาในการใช้นถนนและการสงวนสิทธิในการเพิกถอนการอนุญาตนั้น โดนคำนึงถึงความปลอดภัยและความคล่องตัวของจราจร ผู้ได้รับอนุญาตก็มีหน้าที่จัดทำเครื่องหมายเพื่อให้เกิดความปลอดภัยในการจราจรและการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ทางเทคนิคอย่างเพียงพอ และจะต้องชำระค่าธรรมเนียมตามที่รัฐบาลแห่งมลรัฐนั้นๆ กำหนดไว้ ทั้งนี้การใช้ทรัพย์สินทางปกครองในกรณีพิเศษจะต้องไม่เป็นการรบกวนการใช้ทรัพย์สินทางปกครองอย่างปกติทั่วไปของบุคคลอื่นจนเกินสมควรแก่เหตุ ซึ่งอาจตกลงกันในรูปสัญญาทางแพ่งกับฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาเช่า เป็นต้น เหตุผลที่กฎหมายปกครองเยอรมันแบ่งลักษณะการใช้ทรัพย์สินทางปกครองเป็นสองประเภท เพราะการใช้ทรัพย์สินทางปกครองที่เกินขอบเขตยอมไปจำกัดสิทธิของผู้อื่น หรือมากกว่าการใช้ทรัพย์สินทางปกครองโดยปกติทั่วไป ประชาชนคนอื่นอาจถูกขัดขวางการใช้ทรัพย์สินทางปกครองนั้นอย่างปกติ หรืออาจไม่มีโอกาสได้ใช้ทรัพย์สินนั้น ในบางเวลา ศาลปกครองสหพันธ์รัฐเคยวินิจฉัยว่า การแจบไปลิวในท้องถิ่นเป็นการใช้นถนนที่เกิดขอบเขตของการใช้อย่างปกติทั่วไป จึงเป็นการใช้ในกรณีพิเศษ ผู้ใช้จะต้องขออนุญาตและเสียค่าธรรมเนียม



## บทที่ 4

# แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

### 1. การจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบสัญญาทางปกครองของไทย

ประเทศไทยได้เคยจัดทำสัญญาทางปกครองในรูปแบบของการให้บริการสาธารณะมานานแล้ว แม้ประเทศไทยในสมัยนั้นจะยังไม่มีบทบัญญัติของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ดังนั้น สัญญาทางที่สร้างขึ้นระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจกับเอกชนโดยส่วนในนักกฎหมายยังเข้าใจว่า และมักเรียกกันว่า “สัญญาของทางราชการ” โดยมีแนวความคิดที่จะแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกไปจากสัญญาทางแพ่ง ตามกฎหมายเอกชน และโดยที่สัญญาของทางราชการในสมัยนั้นมักเป็นสัญญาในรูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการจัดการบริการสาธารณะในประเทศไทยได้มีการจัดทำมานานแล้ว แม้แต่ในปัจจุบันก็ยังไม่มีความหมายไทยฉบับใดให้คำนิยามและความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” ไว้อย่างชัดเจน แต่ได้มีผู้ให้ความหมายไว้อย่างหลากหลาย ดังเช่น ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับความคิดและหลักกฎหมายว่า ด้วยบริการสาธารณะของฝรั่งเศสไว้ว่า<sup>60</sup>

#### 1.1 ความหมายของบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะนั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ

(ก) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งหมายถึง กรณีนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเอง อันได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจ เป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย

(ข) กิจกรรมดังกล่าวในข้อ 1) จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและสองความต้องการของประชาชน จากการใช้ความหมายของบริการสาธารณะดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบของบริการสาธารณะได้ดังนี้

ก. บริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความควบคุม และอำนาจการของฝ่ายปกครอง มีลักษณะที่สำคัญคือ เป็นกิจการที่รัฐจัดสร้างขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยส่วนรวม แต่เนื่องจากในปัจจุบันรัฐมีภารกิจมากขึ้น กิจกรรมบางอย่างต้องใช้เงินลงทุนในจำนวนที่สูง หรือใช้เทคโนโลยีขั้นสูง รัฐไม่มีความพร้อมในการที่จะจัดทำด้วยตนเอง รัฐจึงอาจมอบให้บุคคลอื่น ซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐ หรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ ซึ่งรัฐจะมีบทบาทในการเป็นผู้กำกับควบคุม

ข. บริการสาธารณะ นั้น จะต้องมิวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะประโยชน์ โดยความต้องการของประชาชนทั้งในด้านของความปลอดภัยในความเป็นอยู่ของประชาชนหรือ การมีชีวิตอยู่อย่างสุขสบายของประชาชน ซึ่งบริการสาธารณะนั้นจะต้องตอบสนองความต้องการของประชาชนทั้ง

<sup>60</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, “บริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส” (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม.2541), หน้า 32

สองประการดังกล่าว และในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประชาชนทุกคนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน รัฐจะจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งไม่ได้

## 1.2 สัญญาเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐในประเทศไทย

ในระบบกฎหมายไทยไม่มีการแยกสัญญาบริการสาธารณะออกเป็นเอกเทศจากสัญญาทางปกครองประเภทอื่นๆ เหมือนในประเทศฝรั่งเศส โดยการทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดการบริการสาธารณะในประเทศไทยจะมีลักษณะผสมผสานกับสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่นๆ เช่น สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ ซึ่งเอกชนคู่สัญญาจะต้องสร้างงานเกี่ยวกับทรัพย์สินทั้งหลายและทำเพื่อประโยชน์ของรัฐ เมื่อสร้างเสร็จแล้วผู้รับสัมปทานจะได้รับประโยชน์จากค่าธรรมเนียมการใช้บริการสาธารณะ เช่น สัมปทานทางด่วน เป็นต้น

สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท

1. สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะและสัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ
2. สัญญาจ้างเอกชนจัดการทำบริการสาธารณะ
3. สัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

ส่วนสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคนั้น ตามพจนานุกรม ได้ให้ความหมายของสาธารณูปโภค ไว้ความว่า หมายถึงการประกอบารเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไป เช่น ไฟฟ้า ประปา และตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับ 58 ได้บัญญัติความหมายของ กิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ไว้ว่า กิจการที่ต้องขอสัมปทานนั้นจะจำกัดเฉพาะกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การชุดครอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิต หรือการจำหน่ายก๊าซ โดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ และกิจการอื่นๆ ที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาดังนั้น ความหมายโดยรวมของสาธารณูปโภค คือกิจการที่มีการดำเนินการเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนหรือมีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะของประเทศไทยปัจจุบันได้มีการจัดทำอยู่ 3 ลักษณะ คือ

### 1) การจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ

โดยการกำหนดให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรใดองค์กรหนึ่ง เช่น ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวงฯ บัญญัติให้การไฟฟ้านครหลวงมีอำนาจดำเนินการตามวัตถุประสงค์คือ ผลิตพลังงานไฟฟ้าและดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับไฟฟ้า หรือพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2511 กำหนดให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอำนาจในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะเกี่ยวกับเรื่องไฟฟ้าอย่างกว้างขวางภายในวัตถุประสงค์ ซึ่งนอกจากนี้ยังมีหน้าที่ในการจัดทำเองแล้ว ยังมีอำนาจในการเห็นชอบให้เอกชนสร้างโรงไฟฟ้าเพื่อผลิตและจำหน่ายกระแสไฟฟ้าอีกด้วย นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่กำหนดให้อำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ.2503 และพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาคฯ เป็นต้น

## 2) การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน

การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนนี้ เป็นการจัดทำโดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครอง โดยเอกชนที่ประสงค์จะดำเนินกิจการบริการสาธารณะ จะต้องยื่นขอรับสัมปทานจากรัฐ ซึ่งหากรัฐเห็นชอบก็จะได้เข้าทำสัญญา หรืออีกกรณีหนึ่ง ถ้าในการขอจัดทำบริการสาธารณะนั้นไม่มีวิธีใช้แบบการขอสัมปทาน ก็อาจจะต้องใช้วิธีการขออนุญาต เช่น อำนาจในการให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนเช่นนี้ เกิดขึ้นจากผลของการมีคำสั่งอนุญาต

## 3) การจัดทำบริการสาธารณะโดยให้เอกชนร่วมเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

ในการที่รัฐจะมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้น มิใช่มีแค่รูปแบบของการให้สัมปทานเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เนื่องจากกิจการบริการสาธารณะในปัจจุบันมีความหลากหลาย เนื่องจากความต้องการรับบริการของประชาชนมีมากขึ้น ดังนั้น กิจการสาธารณูปโภคอื่นๆ ที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ โดยเฉพาะ รัฐจึงไม่อาจให้สัมปทานแก่เอกชนผู้มีความประสงค์จะดำเนินการได้ ดังนั้น เพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป จึงได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยให้เอกชนเข้าร่วมงานและดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535

## 2. สัญญาทางปกครองก่อนการจัดตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ.2542

ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในปี พ.ศ. 2542<sup>61</sup> ประเทศไทยได้มีการทำสัญญาทางปกครองกันมานานแล้วแต่เราไม่ได้เรียกสัญญาเหล่านั้นว่า “สัญญาทางปกครอง” ทั้งนี้เนื่องจากคำว่า “สัญญาทางปกครอง” เป็นคำที่นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนใช้เรียกสัญญาประเภทที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำส่วนใหญ่มักเรียกกันว่า “สัญญาของรัฐ หรือสัญญาของทางราชการ” และได้มีการวิวัฒนาการของสัญญาดังกล่าวมาเป็นลำดับ โดยสัญญาส่วนใหญ่จะเป็นสัญญา ที่ฝ่ายปกครองมอบบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองดำเนินการจัดทำไปให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทน ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการมอบในลักษณะของการให้สัมปทาน แต่อย่างไรก็ตาม รูปแบบการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำก็ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยในบางครั้งฝ่ายปกครองมิได้มอบบริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะจัดทำไปให้เอกชนไปจัดทำแทน แต่ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีร่วมลงทุน กับเอกชน นอกจากสัญญาที่มอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปจัดทำแล้ว ยังมีการดำเนินการเกี่ยวกับพัสดุต่างๆ เช่นการจัดหาพัสดุหรือการจำหน่ายพัสดุของทางราชการก็ใช้วิธีทำเป็นสัญญาเช่นกัน และโดยที่ส่วนใหญ่การมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้น จะเป็นลักษณะของการให้สัมปทาน ตัวอย่างเช่น

<sup>61</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, “สัญญาทางปกครอง” (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า

## 2.1 พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พ.ศ.2464

กฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม พ.ศ.2464 ในสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว อันเป็นกฎหมายไทยรุ่นแรกๆ ที่มีการให้เอกชนเข้ามาดำเนินการในกิจการที่รัฐเป็นผู้ผูกขาด โดยการเข้ามาของเอกชนนั้นไม่ได้เข้ามาด้วยวิธีการทำสัญญา เช่นปัจจุบัน แต่เป็นการเข้ามาด้วยการได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ เมื่อเอกชนเข้ามาดำเนินการดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐและนอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติที่เป็นการให้ “เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง” เหนือเอกชนในกิจการที่ได้รับพระบรมราชานุญาตให้ดำเนินการอีกด้วย

## 2.2 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471

พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ.2471 ในสมัยพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ในเวลาต่อมากฎหมายฉบับนี้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมอีก 2 ครั้ง โดยพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัย หรือ ผาสุกแห่งสาธารณชน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2485 ประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม พ.ศ.2485 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัย หรือผาสุกแห่งสาธารณชน (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2499 ประกาศใช้บังคับเมื่อ วันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ.2499 กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายฉบับแรกของไทยที่มีการให้คำนิยามความหมายของคำว่า “กิจการค้าอันเป็นสาธารณูปโภค” เอาไว้ ซึ่งปัจจุบันกิจการทั้งหลายเหล่านี้คือ “บริการสาธารณะ” นั่นเอง

## 2.3 พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม พ.ศ.2473 ในสมัยของพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว กฎหมายฉบับนี้นอกจากจะเป็นการกำหนดเกณฑ์การให้เอกชนเข้ามารับสัมปทานแล้ว ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ มีการกล่าวถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่มีอยู่เหนือเอกชนคู่สัญญา ตลอดจนการมอบอำนาจรัฐบางประการให้แก่เอกชนคู่สัญญาซึ่งส่งผลทำให้เอกชนคู่สัญญามีอำนาจเหนือกว่าเอกชนอื่นด้วย

## 2.4 พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ.2482

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 ตุลาคม พ.ศ.2482 ในสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอนันตมหาดิตล โดยในกฎหมายฉบับนี้ มิได้มีการบัญญัติถึงการใช้อำนาจรัฐในการเพิกถอนสัมปทานเอาไว้ รัฐคงมีแต่อำนาจในการกำกับดูแลทั่วไปเท่านั้น

## 2.5 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้มีการประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 27 มกราคม พ.ศ.2516 โดยจอมพล ถนอม กิตติขจร หัวหน้าคณะปฏิวัติ และมีวัตถุประสงค์เนื่องจากกฎหมายเดิม 3 ฉบับคือพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2485 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2499 ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และมีบทบัญญัติที่ไม่ครอบคลุมถึงการประกอบกิจการต่างๆ ที่เพิ่งมีขึ้น และมีลักษณะเป็นกิจการค้าขายซึ่งกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนของกระทรวง ทบวง กรม ทั้งไม่เป็นระบบ คณะปฏิวัติจึงได้ทำการยกเลิกกฎหมายทั้ง 3 ฉบับและกฎหมายอื่นๆ อีก 3 ฉบับ

ที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการเหล่านั้นและออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้มาใช้บังคับกับการประกอบกิจการต่างๆ แทน ซึ่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ยังใช้บังคับอยู่จนถึงปัจจุบันและนับเป็นกฎหมายที่สำคัญฉบับหนึ่งที่สร้างรายได้ให้กับรัฐในเวลาที่ผ่านมา

## 2.6 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้ามาร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535<sup>62</sup>

วัตถุประสงค์ที่สำคัญคือเนื่องจาก ก่อนปี พ.ศ.2535 ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่มีโครงการลงทุนจะต้องเสนอโครงการดังกล่าวต่อคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาตามพระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคม พ.ศ.2521 แต่โดยที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจบางแห่งได้มอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการในโครงการลงทุนบางโครงการแทน การใช้สัมปทานสิทธิ หรือร่วมทุน และถือว่าส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจนั้นมิได้ลงทุนในโครงการดังกล่าว จึงไม่ต้องเสนอโครงการต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ แต่เสนอให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้อนุมัติการให้สัมปทานสิทธิร่วมทุนแต่เพียงผู้เดียว โดยอาศัยอำนาจตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 (กฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน) ที่ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีเจ้าสังกัดที่จะขอประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 (กฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน) ที่ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีเจ้าสังกัดที่จะขออนุมัติให้สัมปทานแก่เอกชนเพื่อดำเนินกิจการสาธารณูปโภค โดยมีได้มีขั้นตอนการปฏิบัติที่ชัดเจนและเป็นธรรมแก่เอกชนทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น โครงการหรือกิจการเหล่านั้นจึงไม่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีและมิได้ผ่านการกลั่นกรองจากหน่วยงานกลางที่มีหน้าที่ดูแลการเงินของรัฐวิสาหกิจ ทำให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่มีการกลั่นกรองจากหน่วยงานกลางที่มีหน้าที่ดูแลการเงินของรัฐวิสาหกิจ ทำให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติที่แน่นอน

## 2.7 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ นับว่าเป็นปัจจัยสำคัญอย่างยิ่งในการบริหารงานของรัฐและในการจัดทำบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพ ระบบราชการของไทยมีการวางแผนเกี่ยวกับวิธีการในการได้มาซึ่งพัสดุไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2498 แล้ว แต่ต่อมาได้มีการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2521 เป็นฉบับใหม่ ซึ่งมีผลบังคับให้ในวันที่ 22 มกราคม 2521 ระเบียบฉบับใหม่ได้รวบรวมระเบียบเดิมทั้ง 2 ฉบับและที่แก้ไขเพิ่มเติมเข้าด้วยกัน แต่อย่างไรก็ตามการจัดซื้อจัดจ้างและการพัสดุมิมีความจำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับระเบียบต่างๆ อีกหลายฉบับโดยเฉพาะระเบียบด้านการเงิน ดังนั้นในปี พ.ศ.2535 จึงได้มีการปรับปรุงระเบียบที่เกี่ยวกับการพัสดุใหม่โดยมีการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และมีผลบังคับเมื่อวันที่ 1 เมษายน พ.ศ.2535 ที่ใช้บังคับแก่การดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุของส่วนราชการทั้งที่ใช้เงินงบประมาณ เงินกู้ เงินช่วยเหลือและใช้กับการจัดหาทุกประเภท ในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุดังกล่าวนี้ ในทางปฏิบัติมักจะใช้วิธีการทำสัญญา

<sup>62</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, “สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ” (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 94-95

ระหว่างรัฐและฝ่ายเอกชน ซึ่งก็มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการทำสัญญาดังกล่าวอยู่ตลอดเวลาไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามสัญญา

## 2.8 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542

พระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้ประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 เมษายน 2542 โดยกฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติที่มีผลเป็นการมอบอำนาจรัฐให้เอกชนผู้รับสัมปทานโดยกำหนดไว้ให้พนักงานของผู้รับสัมปทานซึ่งผู้รับสัมปทานแต่งตั้งโดยความเห็นชอบของอธิบดีมีอำนาจเข้าไปใช้สอยหรือครอบครองอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมิใช่ที่อยู่อาศัยของบุคคลใดเป็นการชั่วคราวได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

## 2.9 พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ.2542

พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ.2542 วัตถุประสงค์เพื่อให้การจัดหาสินค้าและบริการรวมทั้งการให้สิทธิดังกล่าวเป็นไปอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรมและมีการแข่งขันกันอย่างเสรีเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ เนื่องจากการดำเนินการที่ผ่านมามีการกระทำในลักษณะสมยอมในการเสนอราคาและมีพฤติการณ์ต่างๆ อันทำให้มิได้มีการแข่งขันกันเสนอประโยชน์สูงสุดให้แก่หน่วยงานของรัฐอย่างแท้จริงและเกิดความเสียหายต่อประเทศชาติ และในบางกรณีมีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีส่วนร่วมหรือมีส่วนสนับสนุนในการทำความผิดหรือละเว้นไม่ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ จึงได้มีพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นเพื่อกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและกำหนดเอาผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ และกำหนดอัตราโทษค่อนข้างสูงสำหรับความผิดทั้งหลายดังกล่าว และยังกำหนดให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) ทำการสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดดังกล่าว เพื่อกำหนดคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดด้วย

## 2.10 กฎหมายเกี่ยวกับการสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ

กฎหมายเกี่ยวกับการสัมปทานทรัพยากรธรรมชาตินี้ เปิดโอกาสให้เอกชนที่มีความประสงค์จะดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติจะต้องได้รับสัมปทานจากรัฐก่อนในประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติแก่เอกชนที่สำคัญๆ อยู่ 4 ฉบับ คือ

- 1) พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514
- 2) พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510
- 3) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484
- 4) พระราชบัญญัติรังนกอีแร่น พ.ศ.2540

ซึ่งในการให้สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้ จะต้องทำเป็นสัญญา โดยสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาตินี้มีความแตกต่างจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เพราะสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติเป็นการที่รัฐมอบสิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติให้แก่ผู้รับสัมปทานนำไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวโดยผู้รับสัมปทานจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ ในขณะที่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นการที่รัฐมอบบริการสาธารณะให้แก่ผู้รับสัมปทานไปดำเนินการจัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยผู้รับสัมปทานสามารถเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้ประโยชน์ได้

### 3. องค์การที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองก่อนมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

#### 3.1 คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

ในปี พุทธศักราช 2522 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2522 ออกมาใช้บังคับ โดยในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้จัดให้รวมคณะกรรมการเรื่องราวจ้างทุกข์เข้าเป็นกรรมการประเภทหนึ่งของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรียกว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์” ซึ่งในการดำเนินงานของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ มีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานฝ่ายธุรการ เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยคดีพิพาททางปกครอง โดยเมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยคดีพิพาทแล้ว คำวินิจฉัยยังไม่สิ้นสุด จะต้องนำเสนอคำวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีในฐานะ หัวหน้าฝ่ายบริหารสั่งการให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามอีกครั้งหนึ่ง โดยนำรูปแบบมาจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของประเทศฝรั่งเศส โดยในครั้งนีทางสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีเจตนารมณ์ที่จะพัฒนาคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไปสู่การเป็นศาลปกครอง

โดยในครั้งนี คู่สัญญาทางปกครองที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองสามารถยื่นเรื่องร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้ ตามมาตรา 19 ซึ่งในมาตราดังกล่าวบัญญัติให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์สามารถรับเรื่องราวจ้างทุกข์ได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เป็นเรื่องที่มีผู้ร้องทุกข์ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และ

(2) ความเดือดร้อนหรือเสียหายตาม (1) นั้นเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(ก) ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

(ข) ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(ค) กระทำการนอกเหนือหน้าที่ หรือขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

(ง) กระทำการไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้น หรือ

(จ) กระทำการโดยไม่สุจริตหรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ความใน (2) (ง) และ (จ) จะใช้เมื่อใดกับหน่วยงานใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในการดำเนินงานของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ซึ่งมีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานนั้น ได้นำหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสในเรื่องสัญญาทางปกครองและหลักเกี่ยวกับกฎหมายปกครองอื่นๆ มาเป็นหลักในการปรับใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของเอกชนอย่างต่อเนื่อง ตัวอย่างเช่น กรณีของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองของไทย โดยได้นำเอาทฤษฎีตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสมาปรับใช้กับคู่สัญญา เช่น กรณีที่คู่สัญญาไม่ทราบข้อเท็จจริงมาก่อนว่าบริเวณสถานที่ที่จะมีการก่อสร้างมีชั้นดินเหลวอยู่ข้างล่าง จึงมีปัญหาการรับน้ำหนักของดิน ซึ่งผิดไปจากชั้นดินทั่วไปตามปกติของ ทำให้การกำหนดความยาวของ



เสาเข็มผิดปรกติไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงจำเป็นต้องเพิ่มความยาวของเสาเข็มที่ใช้ในการตอกลงไปใต้ดินมีความยาวเพิ่มเติม คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้พิจารณาวินิจฉัยมีความเห็นให้ หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาต้องจ่ายค่าเสาเข็มเพิ่มเติมตามความยาวของเสาเข็มที่ใช้ (คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 12/2525) และกรณี ที่สัญญาทางปกครองโดยหน่วยงานของรัฐคู่สัญญาได้มีข้อกำหนดไว้ในสัญญาว่า ถ้าหากมีปริมาณงานเพิ่มขึ้น หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาจะเป็นผู้พิจารณาจำนวนปริมาณงานที่เพิ่มขึ้น และจ่ายเงินค่าจ้างเพิ่มเติมให้ตามจำนวนที่หน่วยงานของรัฐได้วินิจฉัย และในขณะที่ทำการก่อสร้างได้เกิดมรสุมขึ้น จนเป็นเหตุทำให้สภาพภูมิประเทศเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก ปริมาณงานจึงเพิ่มขึ้นจากสัญญา เอกชนคู่สัญญาจึงได้ยื่นแสดงรายการปริมาณงานที่เพิ่มขึ้น หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาได้ให้เจ้าหน้าที่ทำการตรวจสอบปริมาณงานที่เพิ่มขึ้นแล้ว และได้อนุมัติให้จ่ายเงินเพิ่มเติมตามจำนวนปริมาณงานที่เพิ่มขึ้นทุกรายการ ยกเว้นเพียง 1 รายการ โดยไม่ปรากฏเหตุผลว่าเป็นเพราะเหตุใด คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ตามสัญญาจะกำหนดให้หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาเป็นผู้พิจารณาจำนวนปริมาณงานที่เพิ่มขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียว และเมื่อหน่วยงานของรัฐได้ทำการตรวจสอบและคำนวณการเพิ่มขึ้นขอปริมาณงานแล้ว และได้อนุมัติจ่ายเงินเต็มจำนวนปริมาณงานที่ได้ตรวจสอบและคำนวณไว้ในรายการอื่นๆ แล้ว ในรายการที่จ่ายไม่เต็มจึงไม่มีเหตุผลใดที่จะเป็นเช่นนั้น จึงมีคำวินิจฉัยให้หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาจ่ายเงินดังกล่าวเต็มจำนวนของปริมาณงานที่เพิ่มขึ้นตามการคำนวณของเจ้าหน้าที่หน่วยงานคู่สัญญา (คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 68/2541)

### 3.2 ศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอีกองค์กรหนึ่งนอกจากคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เนื่องจากการจัดระบบศาลของประเทศไทยแต่เดิมนั้น เป็นระบบศาลเดี่ยว (Syste'me de l'unite' de jurisdiction) ศาลยุติธรรมจึงมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง แต่เนื่องจากผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะมีความชำนาญในหลักกฎหมายสัญญาทางแพ่งที่มีบทบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนมากกว่าสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็มักจะนำหลักกฎหมายสัญญาทางแพ่งมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาพิพากษา แต่โดยหลักการแล้วศาลยุติธรรมมักจะเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการกระทำของฝ่ายปกครอง เช่น ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองก่อนเข้าทำสัญญา ซึ่งแม้จะมีการโต้แย้งว่าผู้ชนะในการประกวดราคาและได้เข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม หากกระบวนการคัดเลือกกระบวนการทำสัญญาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลยุติธรรมก็จะไม่เข้าไปทำการตรวจสอบ เพราะกระบวนการและคำสั่งดังกล่าวเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายบริหาร ที่ฝ่ายตุลาการไม่มีอำนาจเข้าไปก้าวล่วงได้ แม้กระบวนการคัดเลือกดังกล่าวจะเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ในขั้นนี้ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า เนื่องจากการอบรมศึกษาวิชานิติศาสตร์และการใช้กฎหมายของผู้ปฏิบัติราชการ ไม่ว่าในชั้นศาลยุติธรรม ชั้นอัยการ พนักงานสอบสวนและทนายความ ได้กำหนดให้มีระบบเนติบัณฑิต โดยมีนักกฎหมายที่สำเร็จมาจากเนติบัณฑิตจากประเทศอังกฤษมีส่วนสำคัญในการวางรูปแบบแนวความคิดและนิติวิธีของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ให้กับนักศึกษากฎหมายในขณะนั้น ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการศึกษาเกี่ยวกับวิชากฎหมายแพ่ง

กฎหมายอาญา โดยเป้าหมายเพื่อเข้าศึกษาต่อในระดับเนติบัณฑิต และเพื่อสอบแข่งขันเข้ารับราชการ ในตำแหน่งผู้พิพากษาและอัยการ ทำให้ในสมัยนั้นยังไม่มีการเรียนการสอนถึงหลักวิชากฎหมายมหาชน ส่วนที่มีการเรียนรู้และการอบรมเพื่อนำมาปฏิบัติงานอยู่บ้างก็มีสำนักงานกฤษฎีกาเท่านั้น

#### 4. สัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

##### 4.1 การนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้ในระบบกฎหมายไทย

เดิมที่นักกฎหมายไทยมีแนวความคิดว่า เมื่อจะให้มึระบบสัญญาทางปกครองขึ้นในประเทศไทย ก็น่าจะทำแบบประเทศเยอรมันคือบัญญัติถึงความหมายประเภท และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ไว้ในร่างพระราชบัญญัติว่าโดยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ร่างกฎหมายดังกล่าวมีทั้งเรื่องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นมาตรการสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง แต่ในที่สุดแล้วไม่ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในกฎหมายว่าโดยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากการพิจารณาในชั้นกรรมาธิการยกร่าง ก็แยกเรื่องสัญญาทางปกครอง มาไว้ในร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยบัญญัติบทนิยามไว้ในมาตรา 3 แห่งบทบัญญัติข้างต้น เพราะเห็นว่าควรปล่อยให้เป็นที่ของศาลปกครอง พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้เหมาะสมกับประเทศไทย เช่นเดียวกับที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างและพัฒนาระบบสัญญาทางปกครองของตนขึ้นมาสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน ที่การเกิดขึ้นของทฤษฎีสัญญาทางปกครอง มีที่มาจากประเทศที่แยกกฎหมาย ออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มีที่มาจากแนวบรรทัดฐาน จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) และศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ทั้งยังกล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เป็นรากฐานที่มาของสัญญาทางปกครองไทย ที่นำเอาหลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมาใช้ โดยเฉพาะพัฒนาการของสัญญาทางปกครองของไทย ศาลปกครองไทยนำหลักกฎหมายฝรั่งเศสมาใช้

##### 4.2 ความหมายของสัญญาทางการปกครองในระบบกฎหมายไทย

จากการจัดให้มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมาตรา 9 ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจในคดีปกครองประเภทต่างๆ รวมทั้งข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครองด้วย โดยผลของกฎหมายจึงต้องแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง โดยมีวิธีพิจารณาในระบบไต่สวน และระบบกฎหมายที่ต่างไปจากระบบสัญญาทางแพ่งเดิม การจัดตั้งศาลปกครองและเปิดทำการศาลในปี พ.ศ.2544 จึงนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงระบบศาลและระบบกฎหมาย ทั้งมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลมาก โดยเฉพาะคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ที่คดีพิพาทจากสัญญาทุกประเภท เคยอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมหรือศาลชำนาญพิเศษ แต่เมื่อได้จัดตั้ง

ศาลปกครองชั้น คดีพิพาทจากสัญญาทางปกครอง จะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เพราะสัญญาทางปกครองจะเป็นเครื่องมือของรัฐ ในการจัดทำบริการสาธารณะ ให้สำเร็จลุล่วง ทั้งเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ที่สถานะของคู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน จึงจำเป็นต้องบัญญัติแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง นอกจากนี้มาตรา 72 (3) ก็ได้บัญญัติถึงอำนาจของศาลปกครองในการกำหนดค่าบังคับไว้ว่า ศาลปกครองมีอำนาจที่จะสั่งให้คู่ความใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการโดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไปด้วยกันได้ ในกรณีที่การฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

แต่เนื่องจาก มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้ให้ความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครอง ไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดการบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสาธารณูปโภค สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

ทั้งนี้โดยที่กฎหมายใช้คำว่าสัญญาทางปกครอง “หมายความว่า” ที่มีความไปแตกต่างไปจากนิยามความหมายของคำอื่น ที่บัญญัติไว้ก่อนหน้าสัญญาทางปกครองที่กฎหมายใช้คำว่า “หมายความว่า” อันเป็นการจำกัดขอบเขตการตีความไว้อย่างเคร่งครัด ดังนั้น สัญญาทางปกครอง 4 ประเภทที่บัญญัตินิยามไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดการบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสาธารณูปโภค สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วย ที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองคำว่า “หมายความว่า” ตามมาตรา 3 ดังกล่าวย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าสิ่งที่ให้หมายความรวมถึงนั้น ไม่ใช่สัญญาทางปกครองโดยที่รูปแบบกฎหมายบัญญัติ แต่หากเข้าลักษณะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ให้เป็นสัญญาทางปกครองด้วยเพราะโดยสภาพแล้วถือเป็นสัญญาทางปกครอง โดยอาจพิจารณาจากเกณฑ์ต่างๆ ที่ศาลปกครองนำมาปรับใช้ไม่ว่าข้อกำหนดพิเศษในสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป หรือองค์ประกอบอื่นๆ เพราะไม่ใช่ความหมายโดยตรง จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจที่ระหว่างศาล ที่จะวางหลักกฎหมายและพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องนี้ต่อไปโดยนำหลักกฎหมายที่มีอยู่รวมทั้งใช้นิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ โดยเปรียบกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะของฝรั่งเศสเพื่อนำมาปรับใช้เป็นเกณฑ์เพื่อให้สามารถเข้าสู่นิติวิธีหลักที่จะตีความได้อย่างรวดเร็วทั้งนิยามความหมาย การตีความที่เมื่อแยกสัญญาทางปกครอง ให้อยู่ในระบบกฎหมายมหาชน ก็มีปัญหาทางกฎหมายในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง แต่เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทย มีการพัฒนาไม่มากนัก อีกทั้งค่านิยมสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เป็นนิยามแบบเปิด ก็ยิ่งจะเป็นปัญหาทางกฎหมายมาก เพราะการนิยามเปิดแม้จะเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสามารถพัฒนาหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไปได้ในอนาคต แต่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยขอบเขตของสัญญาทางปกครองมาก<sup>63</sup>

<sup>63</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 489-490

การบัญญัตินิยามสัญญาทางปกครองที่เป็นนิยามเปิด “หมายความรวมถึง” ที่กฎหมายกำหนดถ้อยคำเช่นนี้ ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายประสงค์จะให้มีการพัฒนาการในเรื่องนี้ต่อไปในอนาคต นับแต่วันที่กฎหมายใช้บังคับ เมื่อกำหนดให้เป็นข้อพิพาทอย่างหนึ่งที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองแล้ว แนวทางการพัฒนาหลักดังกล่าว จึงเป็นเรื่องศาลปกครอง ทั้งการที่กฎหมายบัญญัติแต่เพียง “หมายความรวมถึง” ในด้านหลักเกณฑ์ในการตีความ ที่ศาลปกครองจะนำมาใช้ในการตีความที่ถือว่ามีความยืดหยุ่นอย่างมากเพราะเท่ากับว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดๆ ไว้เลย แม้อาจจะดูคลุมพินิจของศาล ที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาปกครองก็ได้ แต่สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่ได้แต่เป็นเหตุผลทางวิชาการและหลักกฎหมายของต่างประเทศที่นำมาปรับใช้รวมทั้งพัฒนาการของหลักกฎหมายเรื่องนี้ ที่จะต้องหาข้อสรุปต่อไปว่าต้องมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอน ใช้ตีความสัญญาทางปกครองต่อไปโดยนำหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล มาเป็นเกณฑ์ในการตีความโดยไม่ละเลยต่อเจตนารมณ์เดิมที่ต้องการให้ศาลปกครองพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องพร้อมๆ กันไปได้ด้วย

สัญญาทางปกครองไทยมีขอบเขตกว้างขวาง จะมีทั้งสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายและสัญญาทางปกครองโดยสภาพที่ต้องพิจารณาจากเนื้อหาสัญญา โดยทฤษฎีบริการสาธารณะ และข้อกำหนดพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมากที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ถือเป็นสัญญาทางปกครองด้วย คือเมื่อได้พิจารณาแล้วโดยสภาพเช่นนั้นว่า ก็ให้เป็นสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลสามารถพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ตามสภาพ แต่เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนเช่นนี้ก็อาจมีปัญหาข้อขัดข้องในการตีความสัญญาได้ บางครั้งศาลปกครองอาจถูกมองว่าเป็นการตีความขยายเขตอำนาจ หรือตีความคับแคบจนคดีข้อพิพาทตามสัญญานั้น ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ที่อาจกระทบต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชนที่จะไม่ได้รับประโยชน์จากการแสวงหาพยานหลักฐานและวิธีพิจารณาความในระบบไต่สวนในระบบศาลปกครองได้

### 4.3 ลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามความหมายสัญญาทางปกครองไว้เป็นครั้งแรกว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เมื่อพิจารณาสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาดังต่อไปนี้

#### 4.3.1 สัญญาสัมปทาน

นักกฎหมายปกครองไทย ได้อธิบายความหมายของสัมปทานไว้ว่า สัมปทานเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิ์จัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดภายใน

ระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเองโดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทน ด้วยการให้สิทธิ์เรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น<sup>64</sup> จากคำอธิบายดังกล่าวเป็นความหมายที่นำมาอธิบายความหมายของสัญญาสัมปทาน ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้เป็นอย่างดี

กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ สัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาของราชการที่เก่าแก่ที่สุดสัญญาหนึ่ง มีมาตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชจนถึงปัจจุบัน คือ กรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชน ลงทุนในกิจการทางด้านสาธารณูปโภคอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง กล่าวคือ เอกชนที่รับสัมปทานจะต้องลงทุนจัดให้มีบริการสาธารณะนั้นโดยตรงเป็นค่าตอบแทนโดยอาจแบ่งสัญญาสัมปทานออกได้เป็นสัมปทานบริการสาธารณะ และสัญญาการใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งต่างหากตามนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

#### 4.3.2 สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หมายถึงสัญญาที่หน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครอง ทำสัญญามอบหมายให้เอกชน เข้าทำในภารกิจใดภารกิจหนึ่ง ที่โดยปกติอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายปกครองหรือรัฐ ใช้วิธีการทางสัญญามอบหมายบริการสาธารณะให้บุคคลรับไปเป็นผู้จัดทำ สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่มีขอบเขตกว้างขวางมาก โดยเฉพาะการที่ระบบสัญญาทางปกครองไทย ได้นำระบบกฎหมายปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมาใช้ และมีการตีความสัญญาเทียบเคียงกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงมีทั้งการให้เอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาให้เอกชนกำจัดขยะหรือขุดลอกท่อระบายน้ำหรือสัญญาที่ถือเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาก่อสร้างและซ่อมแซมอาคารโรงพยาบาล ที่ประชาชนสามารถเข้าพักรักษาในโรงพยาบาล หรือเข้าใช้บริการสาธารณะทางด้านสาธารณสุขจากโรงพยาบาลของรัฐนั้นๆได้โดยตรง หรือสัญญาให้ทุนการศึกษา ที่เมื่อจบการศึกษาแล้วจะต้องมาใช้ทุนในหน่วยงานของรัฐ เป็นการเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ จึงมีการตีความสัญญาเหล่านี้โดยใช้หลักความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับการจัดทำบริการสาธารณะด้วย

#### 4.3.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค มีความหมายว่า “บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นแก่การดำรงชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์” ทั้งยังมีความหมายตามกฎหมายฉบับต่างๆ เช่น การประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 วันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 กำหนดว่า “กิจการดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค (1) การไฟฟ้า (2) การรถราง... ซึ่งตามความหมายที่ยกมานี้ จะเห็นว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” แบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

<sup>64</sup> ประยูร กาญจนกุล, คำอธิบายกฎหมายปกครอง. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2538.) หน้า 146

1) ทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ ซึ่งได้จัดให้ขึ้นเพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สะพานคนเดินข้ามถนน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ เป็นต้น

2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้ใช้เป็นเครื่องมือโดยตรง ในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต เช่น เสาไฟฟ้าและสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล เป็นต้น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นเรื่องของกิจการ และทรัพย์สินที่ใช้ในกิจการนั้น ดังนั้น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงมีความหมายไปในทางที่ว่า เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งซึ่งประชาชนทั่วไป ใช้ประโยชน์ในการดำเนินชีวิตและเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณา

#### 4.3.4 สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ปกติโดยทั่วไปแล้วทรัพยากรธรรมชาติเป็นสิทธิ์ของชาติ ที่รัฐจะห้ามมิให้เอกชนเข้าไปใช้ประโยชน์ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐ ในรูปของสัญญาที่อนุญาตและยินยอมให้เอกชนเข้าไปแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น โดยจ่ายค่าตอบแทนให้รัฐ ทั้งนี้ อาจเป็นสัญญาสัมปทาน แต่จะแตกต่างกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเพราะสัญญาให้แสวงประโยชน์จากธรรมชาติ มีวัตถุประสงค์ที่จะสงวนรักษาทรัพยากรของชาติ ไม่ให้ถูกทำลายหรือนำไปใช้ประโยชน์โดยที่รัฐไม่ได้ประโยชน์อย่างคุ้มค่า โดยมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ เหมือนกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แม้ว่าจะมีวัตถุประสงค์แตกต่างไปจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะก็ตาม แต่สัญญาสัมปทานการให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ก็เป็นผลส่วนหนึ่งมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ สัญญาประเภทนี้ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้สัมปทาน แต่สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ 3 ประการ กล่าวคือ

1) คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สัญญาของทางราชการทุกประเภท คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ มีฐานะเป็นนิติบุคคล การเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงเป็นไปตามที่กฎหมาย เฉพาะที่จัดตั้งองค์การของรัฐนั้นๆ กำหนด

2) อำนาจในการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะเข้าทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนได้จะต้องเป็นไปในกรอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของตน ทั้งผู้ที่จะทำสัญญาต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมาย สำหรับคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานราชการนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของหน่วยงาน และอำนาจในการกระทำการของหน่วยงานของรัฐจะกำหนดโดยกฎหมายทั่วไป ส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะกำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรส่วนท้องถิ่นนั้นๆ แต่แต่ละประเภทขณะที่รัฐวิสาหกิจจะเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารของรัฐวิสาหกิจ ร่วมกับผู้บริหารสูงสุดของรัฐวิสาหกิจตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะ ที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจ แต่ละแห่งขึ้นมา ส่วนหน่วยงานของรัฐอื่นๆ ที่มีกฎหมายจัดตั้งเป็นพิเศษ ก็ต้องพิจารณาจากกรอบวัตถุประสงค์ของ

หน่วยงานรัฐ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานแต่ละแห่ง ว่าตามกฎหมายเฉพาะเหล่านั้นได้กำหนดวัตถุประสงค์หน่วยงานนั้นเพื่อการใด

3) การเลือกคู่สัญญา ในการทำสัญญาของทางราชการนั้น ไม่ว่าจะสัญญาของทางราชการทั่วไป สัญญาพัสดุ หรือสัญญาทางปกครองประเทศใดก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่อาจเลือกผู้ที่มาเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยอิสระ เนื่องจากจะต้องปฏิบัติตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างเคร่งครัด ภายใต้วิธีการที่โปร่งใส เป็นกลาง มีการแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรม และตอบสนองผลประโยชน์สาธารณะมากที่สุด การเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ที่จะเข้าทำสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะเป็นไปตามกฎหมายว่าโดยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐและระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ

#### 4.4 สัญญาทางปกครองของไทยตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

ประการแรก “คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานี้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”<sup>65</sup> เมื่อศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครองและหลักเกณฑ์ของเอกสิทธิ์ไว้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลเป็นการกำหนดความหมายอันมีลักษณะทั่วไปของสัญญาทางปกครอง ด้วยการนำแนวความคิดมาจากสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั่นเอง<sup>66</sup> ศาลปกครองสูงสุดวางหลักสัญญาทางปกครองเกณฑ์และหลักเอกสิทธิ์ไว้ สำหรับการวินิจฉัยข้อพิพาทของคดี ดังเช่น ข้อกำหนดที่เป็นการให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเพียงฝ่ายเดียวที่จะบอกเลิกสัญญาได้ โดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่ผิดสัญญาในสาระสำคัญก็ดี ข้อกำหนดที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ ที่มีได้ระบุไว้ในสัญญาเพิ่มเติมได้ โดยไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านก็ดี เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษ<sup>67</sup>

<sup>65</sup> มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544

<sup>66</sup> โกคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” (กรุงเทพมหานคร : วารสารวิชาการศาลปกครอง 4,1 (มกราคม – เมษายน 2547) หน้า 52

<sup>67</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544

## บทที่ 5

# วิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

หลังจากที่ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราช มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการให้สัมปทานแก่ เอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ และได้มีประกาศของคณะปฏิวัติกำหนดวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเสียใหม่ โดยกำหนดให้รัฐเป็นเจ้าของกิจการค้าขายอันเป็น สาธารณูปโภค และหากเอกชนจะเข้าสัมปทานประกอบกิจการดังกล่าว จะต้องได้รับอนุญาตหรือ ได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีเสียก่อน จากการศึกษาเห็นว่ากรจัดทำสัญญาทางปกครองในรูปแบบของ การสัญญาสัมปทานหรือสัญญาจัดทำบริการสาธารณะมีมานานแล้ว แม้ประเทศไทยในสมัยนั้นจะยัง ไม่มีบทบัญญัติของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ดังนั้น สัญญาที่ทางราชการทำขึ้นระหว่างส่วน ราชการหรือรัฐวิสาหกิจกับเอกชนโดยส่วนในนักกฎหมายยังเข้าใจว่าและมักเรียกกันว่า “สัญญาของ ทางราชการ” โดยยังมีได้มีแนวความคิดที่จะแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกไปจากสัญญาทางแพ่ง ตามกฎหมายเอกชน และโดยที่สัญญาของทางราชการในสมัยนั้นมักเป็นสัญญาในรูปแบบการจัดทำ บริการสาธารณะ ต่อมาสัญญาของทางราชการดังกล่าวก็ได้มีการพัฒนาขึ้นตามลำดับ ดังนี้

### 1. แนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก่อนการจัดตั้งศาลปกครอง

ในชั้นนั้นแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยยังไม่มี หลักเกณฑ์ที่บัญญัติมาให้บังคับเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐ หรือฝ่ายปกครอง ทำสัญญากันเอง หรือหน่วยงานทางปกครองทำสัญญากับเอกชน ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาประเภทใด หรือ สัญญาสัมปทานก็ตาม ก็ถือหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติและการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาภายใต้หลัก เอกเทศสัญญาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ทำการศึกษาจึงเห็นว่าแม้ในชั้นนั้นจะมีสัญญา ของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งอาจเรียกกันในนามของสัญญาของทางราชการ หรือสัญญาของรัฐ ก็ ตาม แต่ก็ยังไม่มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ และเมื่อมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาเกิดขึ้นคู่กรณีก็จะนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรม เนื่องจาก ระบบศาลไทยในขณะนั้นเป็นระบบศาลเดี่ยว ซึ่งศาลยุติธรรมจะพิจารณาพิพากษาไปตามข้อกำหนด และเงื่อนไขของสัญญาถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน อันเป็นการนำหลัก กฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการบังคับกับคู่กรณี โดยไม่ได้นำ แนวความคิดของเรื่องประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวมมาประกอบการ พิจารณา ซึ่งนอกจากคดีสัญญาทางปกครองดังกล่าวแล้ว หากเป็นคดีที่เกี่ยวกับการกระทำทาง ปกครอง ศาลยุติธรรมยิ่งจะไม่ไปตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร เพราะศาลยุติธรรมถือว่า นโยบายหรือการบริการงานของฝ่ายบริหารศาลยุติธรรมจะไม่เข้าไปกล่าวล่วง หรือไปยกเลิกเพิกถอน



หรือแก้ไข ตามหลักการแห่งศาลอำนาจอธิปไตย ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 766/2518 ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนฟ้องให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองทำการยกเลิกการประมูลและให้จัดการประมูลใหม่ ศาลฎีกาเห็นว่า การยกเลิกการประมูลเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะที่จะวินิจฉัย ศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปเปลี่ยนแปลงได้ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525 ได้วินิจฉัยว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยอมมีสิทธิและหน้าที่ๆจะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน แต่ในส่วนที่ไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

## 2. แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ในปี พุทธศักราช 2522 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2522 ออกมาใช้บังคับ โดยในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้จัดให้รวมคณะกรรมการเรื่องร่ำร้องทุกข์เข้าเป็นกรรมการประเภทหนึ่งของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรียกว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์” ซึ่งในการดำเนินงานของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ มีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานฝ่ายธุรการ โดยในหน่วยงานนี้มีเป้าหมายที่จะพัฒนาคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไปสู่การเป็นศาลปกครองในรูปแบบของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseild’Etat) ของประเทศฝรั่งเศส โดยในขั้นนี้ได้กำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจในการพิจารณาคำร้องที่คู่สัญญาทางปกครองที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองสามารถยื่นเรื่องร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้ ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 ซึ่งในมาตราดังกล่าวบัญญัติให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์สามารถรับเรื่องร่ำร้องทุกข์ได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เป็นเรื่องและผู้ร้องทุกข์ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และ

(2) ความเดือดร้อนหรือเสียหายตาม (1) นั้นเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(ก) ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

(ข) ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(ค) กระทำการนอกเหนือหน้าที่ หรือขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

(ง) กระทำการไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้น หรือ

(จ) กระทำการโดยไม่สุจริตหรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ความใน (2) (ง) และ (จ) จะใช้เมื่อใดกับหน่วยงานใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2522 ดังกล่าวนี้นี้ เมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ได้วินิจฉัยคดีพิพาทแล้วคำวินิจฉัยยังไม่เป็นที่สุด จะต้องนำเสนอคำวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารให้สั่งการให้ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยอีกครั้งหนึ่ง โดยในการพิจารณาข้อพิพาทของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในครั้งนั้นได้นำหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสในเรื่องสัญญาทางปกครองและหลักเกี่ยวกับกฎหมายปกครองอื่นๆ

มาเป็นหลักในการปรับใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของเอกชนอย่างต่อเนื่อง

ตัวอย่างเช่น กรณีของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองของไทย โดยได้นำเอาทฤษฎีตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสมาปรับใช้กับคู่สัญญา เช่น กรณีที่คู่สัญญาไม่ทราบข้อเท็จจริงมาก่อนว่าบริเวณสถานที่ที่จะมีการก่อสร้างมีชั้นดินเหลวอยู่ข้างล่าง จึงมีปัญหาการรับน้ำหนักของดิน ซึ่งผิดไปจากชั้นดินทั่วไปตามปกติของ ทำให้การกำหนดความยาวของเสาเข็มผิดปรกติไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงจำเป็นต้องเพิ่มความยาวของเสาเข็มที่ใช้ในการตอกลงไปใต้ดินมีความยาวเพิ่มเติม คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้พิจารณาวินิจฉัยมีความเห็นให้ หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาต้องจ่ายค่าเสาเข็มเพิ่มเติมตามความยาวของเสาเข็มที่ใช้ (คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 12/2525) และกรณี ที่สัญญาทางปกครองโดยหน่วยงานของรัฐคู่สัญญาได้มีข้อกำหนดไว้ในสัญญาว่า ถ้าหากมีปริมาณงานเพิ่มขึ้น หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาจะเป็นผู้พิจารณาจำนวนปริมาณงานที่เพิ่มขึ้น และจ่ายเงินค่าจ้างเพิ่มเติมให้ตามจำนวนที่หน่วยงานของรัฐได้วินิจฉัย และในขณะที่ทำการก่อสร้างได้เกิดมรสุมขึ้น จนเป็นเหตุทำให้สภาพภูมิประเทศเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก ปริมาณงานจึงเพิ่มขึ้นจากสัญญา เอกชนคู่สัญญาจึงได้ยื่นแสดงรายการปริมาณงานที่เพิ่มขึ้น หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาได้ให้เจ้าหน้าที่ทำการตรวจสอบปริมาณงานที่เพิ่มขึ้นแล้ว และได้อนุมัติให้จ่ายเงินเพิ่มเติมตามจำนวนปริมาณงานที่เพิ่มขึ้นทุกรายการ ยกเว้นเพียง 1 รายการ โดยไม่ปรากฏเหตุผลว่าเป็นเพราะเหตุใด คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ พิจารณาแล้วเห็นว่าแม้ตามสัญญาจะกำหนดให้หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาเป็นผู้พิจารณาจำนวนปริมาณงานที่เพิ่มขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียว และเมื่อหน่วยงานของรัฐได้ทำการตรวจสอบและคำนวณการเพิ่มขึ้นขอปริมาณงานแล้ว และได้อนุมัติจ่ายเพิ่มเติมจำนวนปริมาณงานที่ได้ตรวจสอบและคำนวณไว้ในรายการอื่นๆ แล้ว ในรายการที่จ่ายไม่เต็มจึงไม่มีเหตุผลใดที่จะเป็นเช่นนั้น จึงมีคำวินิจฉัยให้หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาจ่ายเงินดังกล่าวเต็มจำนวนของปริมาณงานที่เพิ่มขึ้นตามการคำนวณของเจ้าหน้าที่หน่วยงานคู่สัญญา (คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 68/2541) ซึ่งทั้งสองกรณีผู้ทำการศึกษาเห็นว่า เป็นกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ได้ใช้อำนาจในการพิจารณาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการใช้สิทธิตามสัญญาว่าเป็นไปโดยมีเหตุผลที่สมควรหรือไม่ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา

นอกจากนี้การนำหลักกฎหมายปกครอง และทฤษฎีตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสมาใช้ปรับกับสัญญาทางปกครองของไทยนั้น มี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้นำเสนอความคิดเห็นต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการในกรณีการร้องทุกข์ของเอกชนคู่สัญญาทางปกครอง (คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 26/2529) โดยได้นำหลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมาอธิบาย ว่า เรื่อง นิติกรรมทางแพ่ง – นิติกรรมทางปกครอง – สัญญาทางปกครองมาอธิบายถึงลักษณะของสัญญาทางปกครองไว้ว่า ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” อาจแตกต่างกันไปในประเทศต่างๆ ที่ได้มีการพัฒนาเรื่องของสัญญาทางปกครองแล้ว แต่ก็มีแนวทางที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า แม้ว่าการเข้าทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งเอกชนยังต้องให้ความยินยอมในการเข้าผูกพันตามข้อสัญญาก็ตาม แต่ตามข้อกำหนดในสัญญาทางปกครอง (ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดโดยชัดแจ้งหรือ

โดยหลักกฎหมายทั่วไป) รัฐยังสงวนอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเพื่อรักษาและคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชนได้ แต่ในขณะที่เดียวกันต้องไม่ทำให้เอกชนคู่สัญญาต้องเกิดความเสียหาย จากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และจากแนวการนำเสนอความคิดเห็นของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้น ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พยายามวางแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยนำรูปแบบของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseild'Etat) ของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแบบของแนวการวินิจฉัยข้อพิพาททางสัญญาโดยมีเป้าหมายที่จะพัฒนาคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไปสู่การเป็นศาลปกครอง และต่อมาเมื่อได้มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และโดยบทเฉพาะการของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้โอนภาระหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไปเป็นคดีของศาลปกครอง ดังในมาตรา 103 วรรคสามได้บัญญัติว่า

“เมื่อได้มีประกาศวันเปิดทำการศาลปกครองกลางแล้ว บรรดาเรื่องที่ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาหรือที่มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์แล้วแต่นายกรัฐมนตรียังมิได้สั่งการ ให้โอนไปเป็นคดีของศาลปกครองกลาง และถ้าศาลปกครองกลางเห็นว่าเป็นคดีตามมาตรา 9 ก็ให้พิจารณาและมีคำพิพากษาต่อไป

เพื่อความสะดวกในการดำเนินคดีปกครองของผู้ร้องทุกข์ ถ้าได้ทำการเปิดทำการศาลปกครองในส่วนภูมิภาคแล้ว เมื่อเห็นสมควร ศาลปกครองกลางจะโอนคดีนั้นไปยังศาลปกครองในภูมิภาคที่มีเขตอำนาจก็ได้

การดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีปกครองที่โอนมาตามวรรคสามให้ เป็นไปตามระเบียบที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนด ทั้งนี้ โดยไม่ขัดหรือแย้งกับบทแห่งพระราชบัญญัตินี้”

นอกจากนี้ยังมี พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2542 มาตรา 11 บัญญัติว่า

“ให้โอนบรรดากิจการ ทรัพย์สิน สิทธิ หนี้สิน ข้าราชการ ลูกจ้าง และเงินงบประมาณ ในส่วนที่เกี่ยวกับงานคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และกองวิเคราะห์กฎหมายและการร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทั้งนี้ เฉพาะที่นายกรัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา ไปเป็นของสำนักงานศาลปกครองตามกฎหมายว่าด้วยจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ให้ข้าราชการที่โอนไปตามวรรคหนึ่งเป็นข้าราชการฝ่ายศาลปกครองและในระหว่างที่ยังไม่มีระเบียบของคณะกรรมการข้าราชการฝ่ายศาลปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลให้นำกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับข้าราชการที่โอนไปตามวรรคหนึ่ง”

จากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองฉบับที่ออกมาดังกล่าว เห็นได้ว่าในบรรดาเรื่องที่ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาหรือที่มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์แล้วแต่นายกรัฐมนตรียังมิได้สั่งการ ให้โอนไปเป็นคดีของศาลปกครองกลางตามมาตรา 103 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ดังนั้น ส่วนหนึ่งในบรรดาเรื่องที่ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่เกี่ยวกับข้อพิพาททางสัญญาทางปกครอง และคำร้องทุกข์ที่ไม่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เช่น บรรดาคำร้องทุกข์ที่ฝ่าย

คู่กรณีผู้เข้าประกวดราคาแข่งขันเข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ หรือหน่วยงานของรัฐ และมีได้รับการพิจารณาให้เข้าเป็นคู่สัญญา โดยอ้างว่าผู้ร้องทุกข์มีความเป็นธรรมในการพิจารณาของทางราชการ หรือหน่วยงานของรัฐ ซึ่งในบรรดาเรื่องที่ร้องทุกข์เหล่านี้ก็เป็นอันต้องโอนไปเป็นคดีของศาลปกครองกลาง และในวรรคสามตอนท้ายได้ให้อำนาจแก่ศาลปกครองกลางที่จะพิจารณาว่า ในบรรดาเรื่องที่ร้องทุกข์ส่วนหนึ่งที่เป็นกรณีเกี่ยวกับข้อพิพาททางสัญญาทางปกครองต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และได้โอนไปเป็นคดีของศาลปกครองนั้น เป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือไม่ และหากเป็นคดีตามมาตรา 9 ก็ให้พิจารณาและมีคำพิพากษาต่อไป

ซึ่งในกรณีนี้ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า ในบรรดาเรื่องราวร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ได้รับไว้ก่อนที่จะมีการโอนไปเป็นคดีของศาลปกครอง นั้น ในบรรดาเรื่องราวร้องทุกข์เหล่านี้มีทั้งในส่วนที่เป็นเรื่องร้องทุกข์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และเรื่องร้องทุกข์ที่ไม่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แต่เมื่อบรรดาเรื่องราวร้องทุกข์เหล่านี้จำต้องโอนไปเป็นคดีของศาลปกครองตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ทำให้บรรดาเรื่องราวร้องทุกข์ดังกล่าวได้รับโอนมาเป็นคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไปทั้งหมด ทั้งที่ในบางกรณีมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังเช่น คำร้องทุกข์ที่ฝ่ายคู่กรณีผู้เข้าประกวดราคาแข่งขันเข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ หรือหน่วยงานของรัฐ และมีได้รับการพิจารณาให้เข้าเป็นคู่สัญญา โดยอ้างว่าผู้ร้องทุกข์มีความเป็นธรรมในการพิจารณาของทางราชการ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเด็นในการร้องทุกข์ดังกล่าว เป็นเรื่องที่มีการร้องทุกข์ว่า หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งมีใช้เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแต่ประการใด แต่เมื่อบรรดาเรื่องราวร้องทุกข์ในกรณีนี้ได้ถูกรวบรวมและโอนไปเป็นคดีปกครองพร้อมกับบรรดาเรื่องราวร้องทุกข์ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแล้วทำให้ตุลาการศาลปกครองในขณะนั้น ซึ่งได้รับการโอนย้ายไปจากข้าราชการในสำนักงานคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ตามมาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2542 ซึ่งยังมีความคุ้นเคยกับการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องราวร้องทุกข์ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ก็ได้นำเรื่องราวร้องทุกข์ในกรณีดังกล่าวนี้ ไปพิจารณาพิพากษาเป็นคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไปด้วย โดยมีได้พิจารณาแยกให้เห็นประเด็นของคำร้องทุกข์ที่ชัดเจน ทำให้คำพิพากษาของศาลปกครองในขณะนั้นหลงประเด็นไปด้วย โดยพิจารณาเพียงเห็นว่า หากบรรดาคำร้องทุกข์ที่เกี่ยวกับการเข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ ก็จะเป็นคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไปด้วย จึงทำให้แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในขณะนั้น ขาดความชัดเจนในการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ประกอบกับตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2542 ให้โอนข้าราชการในคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไปเป็นข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง โดยในจำนวนนี้มีข้าราชการส่วนหนึ่งได้ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลปกครอง ที่จะต้องเข้ามาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่รับโอนมาจากคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ดังกล่าว

ซึ่งในกรณีนี้ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า ผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครอง จะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่จะพิจารณา มิเช่นนั้นแล้วการจัดตั้งศาลปกครองอาจจะไม่ประสบความสำเร็จ ดังคำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ที่ว่า<sup>68</sup>

“โรงพยาบาลหรือสถานพยาบาลเพื่อรักษาโรคแผนปัจจุบันของประเทศไทยที่เริ่มต้นมาตั้งแต่การจัดตั้งโรงพยาบาลศิริราชในปี พ.ศ.2431 ย่อมจะไม่ประสบความสำเร็จตามที่เห็นกันอยู่ ถ้าหากไม่มีการจัดตั้งโรงเรียนแพทย์ตามขึ้นมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2432 (โดยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5)

ฉันใดก็ฉันนั้น การพัฒนา สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง ก็เช่นเดียวกันเมื่อได้จัดตั้งองค์กร (organization) ของคณะกรรมการกฤษฎีกาขึ้นใหม่ ถ้าหากมหาวิทยาลัยต่างๆได้มองเห็นความสำคัญของกฎหมายปกครองในการศึกษาวิชานิติศาสตร์ และไม่ได้เปลี่ยนแปลงหลักสูตรและจัดสาระของโปรแกรมการสอน(เนือหารายวิชา)เพื่อเตรียมนักนิติศาสตร์ในอนาคตของไทยให้มีพื้นฐานทางปรัชญากฎหมายมหาชนที่เพียงพอแล้ว สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองก็จะไม่สามารถก้าวหน้าได้”

ดังนั้น ผู้ทำการศึกษาเห็นว่าเนื่องจากศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบดุลพินิจ และข้อเท็จจริงของเจ้าพนักงานของรัฐหรือฝ่ายปกครองในการออกคำสั่ง สัญญาทางปกครอง และระเบียบต่างๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ได้บังคับบัญชา ศาลปกครองจึงเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน และเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจตุลาการในการตรวจสอบการกระทำทางปกครอง แต่การจัดตั้งศาลปกครองจะประสบความสำเร็จได้นั้น ผู้พิพากษาศาลปกครองซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ผู้พิพากษาศาลปกครองจะต้องมีความรู้ความเข้าใจในระบบการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อจะได้รู้ว่ากรณีใดสามารถจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายบริหารได้ โดยไม่ทำให้เสียประสิทธิภาพในการบริหาร และกรณีที่ไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปแทรกแซงในการใช้ดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพื่อมิให้ศาลปกครองเข้าไปทำตนเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายบริหาร ในกรณีเช่นนี้เอง ผู้พิพากษาศาลปกครองจึงต้องมีความรู้ความเข้าใจในทฤษฎี ปรัชญาและตัวบทกฎหมายมหาชนเป็นอย่างดี โดยควบคู่ไปกับความเข้าใจในเรื่องการบริหารของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ข้าราชการในคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่โอนมาเป็นตุลาการศาลปกครองจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถ ดังกล่าวข้างต้น จึงจะเป็นการสร้างเสริมให้การจัดตั้งศาลปกครองประสบความสำเร็จขึ้นได้

### 3. วิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหลังการจัดตั้งศาลปกครอง

เนื่องจากในปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่มีการบัญญัติถึงสัญญาทางปกครองไว้อย่างเป็นเอกเทศ แม้ในขั้นนี้จะยังอยู่ระหว่างการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสำนักงาน

<sup>68</sup> ออมร จันทรมบูรณ์ และคณะ,บันทึกของคณะกรรมการกฤษฎีกา แนวทางการพัฒนา คณะกรรมการกฤษฎีกา และพัฒนาระบบกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย (กรุงเทพมหานคร: ป.สัมพันธ์ พาณิชย์,2529) หน้า 73

คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ตาม ดังนั้น แนวทางการพิจารณาถึงสัญญาทางปกครองควรจะได้พิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์แห่งสัญญาทางปกครองของฝ่ายปกครองโดยนำหลักการในสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาเป็นพื้นฐาน ซึ่งสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีพื้นฐานของนิติสัมพันธ์ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทางปกครองจะต้องเกิดจากกฎหมายมหาชน มิใช่กฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายเอกชน แต่อย่างไรก็ตาม หน่วยงานฝ่ายปกครองสามารถจะเลือกทำสัญญาเข้าผูกพันกับเอกชนภายใต้กฎหมายเอกชน คือ สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น สัญญาซื้อขายกระดาษ วัสดุสำนักงานต่างๆ สัญญาจ้างทำของหรือสัญญาเช่าทรัพย์ อันเป็นสัญญาทางแพ่ง ตลอดจนหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา คดีต้องอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

สัญญาทางปกครองที่มีพื้นฐานของนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาซึ่งอยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนนั้น ในหลักเกณฑ์นี้ศาลปกครองของฝรั่งเศสจะใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าสัญญานั้นๆ เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือบริการสาธารณะ หรือไม่ ส่วนในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน ถือว่าสัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางแพ่ง ที่ช่วยเสริมกิจการของฝ่ายปกครองเท่านั้น

สัญญาของฝ่ายปกครองนั้น อาจแบ่งสัญญาออกตามลักษณะของคู่สัญญาได้เป็น 2 แบบ คือ

1. สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครอง หรือเป็นสัญญาหน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากันเอง (co-ordination) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือจัดทำบริการสาธารณะ
2. สัญญาที่คู่สัญญาเป็นหน่วยงานฝ่ายปกครองทำขึ้นกับเอกชน (subordination) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือจัดทำบริการสาธารณะ

**3.1 สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครอง หรือเป็นสัญญาหน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากันเอง (co-ordination)** ในกฎหมายเยอรมันเรียกว่า “Koordinationsrechtlicheroeffentlicherchtlicher Vertrag” หรือที่มักเรียกกันในองค์กรท้องถิ่นว่า ความตกลงทางมหาชน เป็นสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองทำความตกลงด้วยกันเพื่อประโยชน์มหาชน (oeffentliche Belange) หรือเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม เช่น สัญญาร่วมลงทุนกันระหว่างเทศบาลกับองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น ในการร่วมทุนกันสร้างเครื่องกำจัดขยะ หรือสัญญาระหว่างเทศบาลสองแห่งทำขึ้นเพื่อแบ่งเขตแนวแม่น้ำลำธาร หรือเปลี่ยนแปลงพื้นที่ของเทศบาล โดยสัญญาประเภทนี้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสถานะเท่าเทียมกัน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจไปบังคับบัญชาแก่อีกฝ่ายหนึ่งได้ และหากมีปัญหาการปฏิบัติตามสัญญา ต้องนำคดีไปสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ส่วนกรณีที่ทำทางเทศบาล หรือองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานของรัฐทำขึ้นกันเองระหว่างคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองด้วยกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดหาวัสดุ การจัดซื้อ จัดจ้าง หรือการเช่าทรัพย์สิน ที่มีได้เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม สัญญาดังกล่าวเป็นเพียงสัญญาทางแพ่ง ตามกฎหมายเอกชน เท่านั้น แม้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนก็ตาม แต่จากการศึกษาค้นคว้ายังไม่พบว่า มีหน่วยงานทางปกครองของรัฐได้เข้าร่วมกันทำสัญญาทางปกครองในลักษณะดังกล่าวนี้มาก่อนแต่อย่างใด

### 3.2 สัญญาที่คู่สัญญาเป็นหน่วยงานฝ่ายปกครองทำขึ้นกับเอกชน (Subordination)

โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือจัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐโดยตรง แต่เมื่อรัฐมีภาระมากขึ้นกิจการบางอย่างไม่จำเป็นที่รัฐจะต้องทำเอง ทั้งกิจการบางอย่างต้องให้เงินลงทุนมาก ต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญพิเศษทำให้รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้ดีและรวดเร็ว ทันท่วงทีต่อความต้องการของประชาชน ผู้ใช้บริการสาธารณะ รัฐจึงมอบบริการสาธารณะนั้นให้เอกชน ที่มีความพร้อมเข้าจัดทำบริการสาธารณะแทน ซึ่งอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นโดยตรง หรือให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ โดยรูปแบบที่รัฐให้เอกชนมีส่วนในการจัดทำบริการสาธารณะมีอยู่ 2 รูปแบบ คือ

(1) ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายมหาชน

(2) ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายเอกชน

แต่เนื่องจากการพิจารณาถึงรูปแบบของความสัมพันธ์ของสัญญาทั้ง 2 ประเภทนี้ ถือได้ว่าเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองสามารถที่จะเลือกได้ว่าตนประสงค์จะทำสัญญารายในระบกกฏหมายเอกชนเช่นเดียวกับเอกชนทำสัญญาระหว่างเอกชน หรือว่าฝ่ายปกครองจะประสงค์ทำสัญญารายใ้ระบกกฏหมายมหาชน โดยสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์จะให้สัญญานั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชนอันจะอยู่ภายใต้ความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ซึ่งจะต้องนำกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณา และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา ส่วนสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยฝ่ายปกครองมีอำนาจในการดูแลควบคุมในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งสัญญาอยู่ภายในขอบเขตนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา

#### 3.2.1 การให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายมหาชน

สัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายมหาชน ตามระบบกฎหมายปกครองของไทยสามารถกระทำได้ใน 2 ลักษณะ

- 1) สัญญาให้สัมปทานการจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ
- 2) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

##### 1) สัญญาให้สัมปทานการจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ

เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติบางอย่างรัฐจะต้องหวงแหนเป็นเจ้าของและห้ามมิให้ผู้ใดขุดค้นหรือแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรนั้น เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐ เช่น ป่าไม้ แร่ธาตุ ปิโตรเลียม รั้งนกนางแอ่น ทรัพยากรเหล่านี้ถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ผู้ใดจะแสวงหาประโยชน์โดยมิได้รับอนุญาตจากรัฐไม่ได้ การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนรายใดเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงต้องได้รับอนุญาตภายใต้สัญญาสัมปทานใช้ทรัพยากรธรรมชาติ

ดังนั้น สัญญาสัมปทานจึงต้องประกอบด้วยลักษณะที่สำคัญ ดังนี้

- 1) เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองตกลงให้เอกชนคู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ด้วยทุนและรับภาระการเสี่ยงภัยของเอกชนคู่สัญญา

เอง โดยรัฐจะไม่จ่ายเงินค่าจ้างในการดำเนินการให้แก่เอกชนผู้รับสัมปทาน แต่จะกำหนดระยะเวลาให้สัมปทานนั้นตลอดเวลารับสัมปทาน และความเกี่ยวพันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนคู่สัญญาเป็นความเกี่ยวพันกันตามข้อสัญญาเท่านั้น และบุคลากรของเอกชนคู่สัญญาไม่มีฐานะเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใด

2) เอกชนคู่สัญญาสามารถนำทรัพย์สินของตนเองมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติได้ แต่ทรัพย์สินนั้นไม่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมายเสมือนทรัพย์สินของรัฐแต่อย่างใด

3) แม้ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญาสัมปทานให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ไปแล้วก็ตาม แต่คู่สัญญาฝ่ายปกครองยังมีอำนาจในการควบคุมและเพิกถอนสัญญาได้

4) ฝ่ายปกครองผู้ให้สัญญาสัมปทานให้สิทธิแก่เอกชนผู้รับสัมปทานมีรายได้จากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ และเมื่อหมดเวลาสัมปทานแล้วสิ่งก่อสร้างต่างๆ ที่ใช้ในกิจการที่ได้รับการสัมปทานจะตกเป็นสิทธิแก่รัฐ

5) สัญญาสัมปทานที่มอบให้เอกชนคู่สัญญาสัมปทานไปดำเนินการนั้นจะต้องไม่เป็นการบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ<sup>69</sup>

จากการศึกษาถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ซึ่งมีดังนี้ เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 190/2549 กรณีที่สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ได้อนุญาตให้เอกชนเข้าใช้เครื่องวิทยุคมนาคมและอุปกรณ์วิทยุคมนาคม พร้อมทั้งได้รับจัดสรรความถี่วิทยุจำนวน 1 ความถี่ แต่ผู้รับอนุญาตเพิกเฉยไม่ยอมชำระหนี้ ศาลปกครองสูงสุดจึงได้มีคำสั่งว่า กรณีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการเรียกค่าตอบแทนตามสัญญาให้ใช้ความถี่วิทยุอันมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน จึงเป็นคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้ทำการศึกษาค้นคว้าได้ทำการวิเคราะห์คำสั่งศาลปกครองนี้แล้วเห็นว่า พบว่าส่วนใหญ่ศาลปกครองวางแนวทางในการวินิจฉัยไว้เพียงว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองตามคำนิยามของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือไม่เท่านั้น โดยมีได้พิจารณาถึงเนื้อหาแห่งสัญญาดังกล่าวว่าเป็นสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองที่เป็นนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานในลักษณะไหน และทำไมจึงเป็นสัญญาสัมปทานในลักษณะนั้นๆ และการความผูกพันระหว่างคู่สัญญามีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างไร

ซึ่งในลักษณะแนวคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้เคยมีคำสั่งในทำนองเดียวกันนี้ ดังเช่น สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนในเขตโทรศัพท์ภูมิภาคระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับ บริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545) สัญญาเข้าร่วมและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547) ซึ่งเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะในลักษณะเดียวกันแต่ศาลปกครองสูงสุดมิได้พิจารณาถึงเนื้อหาแห่งสัญญาว่าเป็นสัญญาสัมปทานในลักษณะไหน และทำไมจึงเป็นสัญญาสัมปทานในลักษณะนั้นๆ เป็นต้น

<sup>69</sup> สุภาวินี จิตต์สุวรรณ, สัญญาสัมปทาน, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546) หน้า 321



ส่วนสัญญาสัมปทานอีกรูปแบบหนึ่งคือ สัญญาสัมปทานที่อนุญาตให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จากการศึกษาถึงแนวคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดแล้วเห็นว่า ศาลปกครองจะมีแนวคำวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันกับแนวการพิจารณาลักษณะของสัญญาสัมปทาน อนุญาตให้จัดทำบริการสาธารณะ โดยมีได้พิจารณาถึงเนื้อหาแห่งสัญญาว่าเพราะเหตุใดสัญญานั้นๆ จึงเป็นสัญญาสัมปทาน เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 164/2547 ซึ่งได้วินิจฉัยว่า ศาลปกครองสูงสุด ได้พิเคราะห์แล้วเห็นว่า ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติว่า สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อย ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง ได้ให้สัมปทานทำไม้ป่าชายเลนแก่ผู้ถูกฟ้องคดี สัมปทานทำไม้ป่าชายเลนดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งไปในแนวทางเดียวกัน เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 394/2547, 818/2547, 130-131/2546 พบว่าส่วนใหญ่ศาลปกครองวางแนวทางในการวินิจฉัยไว้เพียงว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองตามคำนิยามของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือไม่เท่านั้น โดยมีได้พิจารณาถึงเนื้อหาแห่งสัญญาดังกล่าวว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองที่เป็นนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานในลักษณะไหน และทำไมจึงเป็นสัญญาสัมปทานในลักษณะนั้นๆ และการความผูกพันระหว่างคู่สัญญามีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างไร เช่นกัน

## 2) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

สัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หมายความว่า การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในกิจการที่อยู่ในความอำนวยการหรือการควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยกิจการนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและจะต้องดำเนินการอยู่เป็นนิจและสม่ำเสมอไม่มีการหยุดชะงัก โดยที่ประชาชนทั่วไปจะได้ประโยชน์จากการบริการสาธารณะนั้นอย่างเท่าเทียมกัน และอยู่ในความดูแลหรือควบคุมของฝ่ายปกครอง หรืออาจจะมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทน<sup>70</sup>

ดังนั้น สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ จะต้อง มีลักษณะที่สำคัญของสัญญาดังนี้

- (1) บริการสาธารณะนั้น ต้องเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนวยการ หรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครอง
- (2) บริการสาธารณะ ต้องเป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน
- (3) การดำเนินการบริการสาธารณะนั้นจะต้องมีความต่อเนื่อง

<sup>70</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครองของไทย, (ตอนที่ 6) [online], Available Website [http://www.pub-law.net/article/ac\\_thcon\\_06a.html](http://www.pub-law.net/article/ac_thcon_06a.html) : (25 มิถุนายน 2556)

(4) การดำเนินการบริการสาธารณะ จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงให้การบริการสาธารณะทันสมัยอยู่เสมอ ให้ทันต่อความต้องการของประชาชน

(5) การดำเนินกิจการบริการสาธารณะ จะต้องมีความเสมอภาคหรือให้ประชาชนมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน

แต่เมื่อพิจารณาจากกรอบแห่งการให้ความหมายของสัญญาตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หมายความว่ามิได้กำหนดนิยามความหมายของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะไว้แต่อย่างใด จึงเห็นว่าการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองสามารถเลือกใช้กระบวนการทำสัญญาภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนก็ได้ โดยการดำเนินการของฝ่ายปกครองมิใช่แค่ดำเนินการในฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเพื่อประโยชน์ของสาธารณะหรือเพื่อจัดการบริการสาธารณะเท่านั้น ฝ่ายปกครองสามารถที่จะให้ดำเนินการกิจกรรมดังกล่าวอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือ กฎหมายเอกชนได้ ซึ่งโดยหลักการทำสัญญาของฝ่ายปกครองแล้ว อยู่ที่ความประสงค์ของฝ่ายปกครองที่ต้องการให้สัญญาที่จัดทำขึ้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายแพ่งเช่นเดียวกับที่เอกชนทำกับเอกชน หรือประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง ดังนั้น จึงเกิดความสับสนในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองว่า สัญญาที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้น จะต้องมึเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาอย่างไรจึงจะเรียกว่าเป็นสัญญาในทางกฎหมายเอกชน และอย่างไรจะเรียกได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง

ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า การที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นด้วยการมอบให้เอกชนคู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะนั้น ต้องเป็นกรณีที่ให้เอกชนคู่สัญญาได้ทำการก่อสร้างหรือจัดทำขึ้นและเมื่อดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จให้เอกชนคู่สัญญาผู้รับจ้างเข้าบริหารจัดการดำเนินการเพื่อให้บริการแก่ประชาชนต่อไปด้วยสิ่งก่อสร้างหรือสิ่งที่เอกชนคู่สัญญาจัดทำขึ้นนั้น ต่อไปจนตลอดอายุสัญญาโดยให้สิทธิแก่เอกชนคู่สัญญาที่จะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการนั้นๆ ซึ่งในลักษณะเช่นนี้ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า สัญญาดังกล่าวนี้จึงจะเป็นสัญญาทางปกครองภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชน ตามความหมายของคำว่าสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ ส่วนกรณีสัญญาที่มีลักษณะฝ่ายปกครองทำสัญญาให้เอกชนคู่สัญญาทำการก่อสร้าง หรือจัดทำขึ้นซึ่งอุปกรณ์ หรือเครื่องมือในการบริการสาธารณะนั้น โดยเมื่อได้จัดทำก่อสร้างหรือจัดทำจัดหาซึ่งอุปกรณ์หรือเครื่องมือเสร็จแล้วจะส่งมอบให้กับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดำเนินการต่อไปตามสัญญาอีก โดยมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าจ้างอันเป็นค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครองตามสัญญาเท่านั้น สัญญาในลักษณะดังกล่าวนี้จึงเป็นสัญญาในทางแพ่งของฝ่ายปกครองตามกฎหมายเอกชน

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่เกี่ยวข้องสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครองยังมีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในสัญญาที่มอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่แตกต่างไปจากหลักการทำสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะตามหลักเกณฑ์ข้างต้น ดังเช่น

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยเห็นว่า สัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางปกครองภายใต้ขอบเขตของหมายมหาชนให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาก่อสร้างทำเทียบเรือของกองทัพเรือ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 21/2546) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอำนวยการและอาคารฝึกงานของศูนย์การศึกษาออกโรงเรียน (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2547) สัญญาจัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยการเดินอากาศของกรมการบินพาณิชย์ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 48/2547) สัญญาจ้างจัดให้มีการเรียนการสอนการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์แก่นักศึกษาวิทยาลัยนาฏศิลป์ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 60/2547) สัญญาเช่าเครื่องคอมพิวเตอร์และสัญญาซื้อขายระบบเน็ตเวิร์ค (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 28/2554) สัญญาซื้อครุภัณฑ์ไอทีเพื่อใช้ในโครงการจัดตั้งศูนย์บริการข้อมูลด้านการท่องเที่ยวภายในจังหวัด (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 23/2554)

คำวินิจฉัยของศาลปกครองมีแนววินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกับแนววินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่พิจารณาว่าสัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางปกครองภายใต้ขอบเขตของหมายมหาชนให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ดังนี้ สัญญาจ้างปรับปรุงระบบประปา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2545) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารฝึกอบรมและหอพักพร้อมครุภัณฑ์ศูนย์ส่งเสริมและผลิตพันธ์พืชสวนยะลา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 56/2548) สัญญาก่อสร้างอาคารหอพักนิสิตของมหาวิทยาลัย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 11/2549) สัญญาจ้างซ่อมแซมอาคารของกองสรรพาวุธสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/2547) สัญญาจ้างให้เป็นผู้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 848/2548) สัญญาอนุญาตให้ประกอบกิจการลานจอดรถยนต์และสัญญาเช่าพื้นที่ ณ ท่าอากาศยานเชียงใหม่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 977/2548) สัญญากู้ยืมเงินตามโครงการแทรกแซงตลาดสัตว์และสัญญารับดูแลรักษาทรัพย์จำนำเพื่อเป็นประกันหนี้เงินกู้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 264/2549) สัญญาจ้างขุดลอกหนองน้ำสาธารณะ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 631/2549) สัญญาให้เก็บรายได้และดูแลพัฒนาตลาดสดของเทศบาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.27/2549) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารฝึกงานของโรงเรียนสตรีปากพนัง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.48/2555) สัญญากู้ยืมเงินกองทุนรวมเพื่อช่วยเหลือเกษตรกร โครงการจัดหาปุ๋ยเคมีเพื่อช่วยเหลือเกษตรกร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.42/2555) สัญญาซื้อขายเครื่องฟั่นเคมี ระบบฝอยละอองละอองละออง ยูแอลวี เพื่อใช้ประโยชน์ในราชการของโรงพยาบาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร 71/2554)

จากแนวคำวินิจฉัยทั้งของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครอง ดังกล่าวข้างต้น ศาลได้วินิจฉัยการเป็นสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลในการวินิจฉัยชี้ขาดใน 3 ประการ ดังนี้

1) วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ

2) เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ ที่สำคัญจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองให้บรรลุผล

3) เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นกิจการที่หน่วยงานทางปกครองต้องดำเนินการ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

ในกรณีนี้ ผู้ทำการศึกษาเห็นว่าโดยเนื้อหาในสัญญา หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวข้างต้นนี้ น่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายเอกชน ของฝ่ายปกครองมากกว่าที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะในเนื้อหาแห่งสัญญานั้นๆ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเพียงฝ่ายปกครองต้องการให้เอกชนคู่สัญญาทำการก่อสร้างหรือจัดทำขึ้นซึ่งอุปกรณ์หรือเครื่องมือในการบริการสาธารณะเท่านั้น โดยเมื่อได้จัดทำก่อสร้างหรือจัดทำซึ่งอุปกรณ์หรือเครื่องมือเสร็จแล้วจะส่งมอบให้กับคู่สัญญาฝ่ายปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดำเนินการต่อไปตามสัญญาอีกแต่อย่างใด เอกชนมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าจ้างอันเป็นค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครองตามสัญญาเท่านั้น และสัญญาดังกล่าวนี้เป็นลักษณะสัญญาต่างตอบแทน ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสมัครใจเข้าทำสัญญาบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายเอกชน

อนึ่ง ในกรณีนี้รัฐได้มอบภารกิจให้กับเอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะ โดยการอนุญาตให้นำหรือใช้ทรัพย์สินทางปกครอง หรือทรัพย์สินมหาชน เช่นคลื่นสัญญาณโทรศัพย์ น้ำประปา หรือที่ดิน เพื่อไปทำการจัดสรรให้บริการแก่ประชาชน นั้น ในลักษณะของสัญญาระหว่างเอกชนผู้รับมอบภารกิจของรัฐกับประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ เป็นลักษณะของสัญญา 3 ฝ่าย คือ สัญญาที่รัฐมอบภารกิจให้เอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะซึ่งลักษณะของสัญญาประเภทนี้ย่อมมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนในสัญญาที่เอกชนผู้รับมอบภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะจากรัฐเข้าทำสัญญาให้บริการสาธารณะกับประชาชนผู้ใช้บริการนั้น สัญญาในลักษณะนี้ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง เพราะการเข้าทำสัญญาคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสมัครใจเข้าทำสัญญาบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค

ในกรณีนี้ จากการศึกษาค้นคว้าของผู้ทำการศึกษาพบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้จัดทำบริการสาธารณะกับฝ่ายประชาชนผู้ใช้บริการว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาในทางแพ่ง ดังเช่นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 175/2545 สัญญาที่ผู้ใช้ไฟฟ้าซื้อไฟฟ้าจากการไฟฟ้านครหลวง เป็นสัญญาซื้อขายอันก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งระหว่างผู้ใช้ไฟฟ้ากับการไฟฟ้านครหลวงอยู่บนหลักความเสมอภาคฐานะของคู่สัญญาจึงอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 192/2545 สัญญาเช่าที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทยกับผู้เช่า แม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญานั้นจะเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองยืนอยู่บนหลักแห่งความเสมอภาคและความสมัครใจในการเข้าทำสัญญา จึงเป็นความสัมพันธ์กันภายใต้หลักกฎหมายแพ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 107/2546 สัญญาเช่าอาคารระหว่างผู้เช่ากับการเคหะแห่งชาติ ซึ่งการเคหะแห่งชาติเป็นหน่วยงานทางปกครอง มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารให้ประชาชนเช่า เช่าซื้อ หรือซื้อ โดยการเคหะแห่งชาติสามารถดำเนินการไปเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป ดังนั้นสัญญาเช่าซื้ออาคารระหว่างผู้เช่าซื้อกับการเคหะแห่งชาติ การเคหะแห่งชาติมิได้ใช้อำนาจรัฐกระทำในทางปกครอง ดังนั้นการที่การเคหะแห่งชาติเข้าผูกพันตนต่อเอกชนเสมือนหนึ่งเอกชนทำสัญญาต่อกัน จึงเป็นความสัมพันธ์กันภายใต้หลักกฎหมายแพ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 62/2550 สัญญาที่ผู้ใช้น้ำประปากับการประปาส่วนภูมิภาค มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้ได้มาซึ่งน้ำประปามาใช้ในกิจการส่วนตัวโดยเฉพาะ โดยสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่คู่สัญญามุ่งผูกพันตนบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง

แต่อย่างไรก็ตาม จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้น โดยส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำวินิจฉัยได้แต่เพียงว่า สัญญาในลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งเพราะการเข้าทำสัญญาคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสมัครใจเข้าทำสัญญานบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคเท่านั้น โดยศาลปกครองสูงสุดมิได้ทำการวิเคราะห์ให้เห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นสัญญา 3 ฝ่าย คือ สัญญาที่รัฐได้มอบภารกิจของรัฐในการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปกครอง หรือทรัพย์สินมหาชน ให้กับผู้รับมอบภารกิจไปดำเนินการเพื่อจัดสรรการให้บริการสาธารณะในการใช้ทรัพย์สินทางปกครอง หรือทรัพย์สินมหาชนนั้นๆ แก่ประชาชนผู้ใช้บริการอันเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาระหว่างผู้รับมอบภารกิจไปดำเนินการเพื่อจัดสรรการให้บริการสาธารณะกับประชาชนผู้ใช้บริการเป็นลักษณะของสัญญาทางแพ่ง

### 3.2.2 ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายเอกชน

สัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายเอกชน คือสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนในรูปแบบของสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายเอกชนโดยมิได้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่าหรือให้เช่าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ โดยฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้สัญญาไม่มีอำนาจเหนือเอกชน แต่อยู่บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคกับเอกชนคู่สัญญา ดังนั้นสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินและการจัดหาอุปกรณ์ต่างๆ ของฝ่ายปกครอง อันเป็นกิจการของฝ่ายปกครองในทางแพ่งที่มาเสริมภารกิจในทางมหาชนที่เรียกว่า Verwaltungsprivatrecht จึงไม่ถือว่าเป็นสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาถึงแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครองในความเห็นเกี่ยวกับสัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ในลักษณะดังกล่าวว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง ดังเช่น

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ว่า สัญญาซื้อเครื่องตัดหญ้าและฆ่าเชื้อไขของกรมปศุสัตว์ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2554) สัญญาจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่มในโรงเรียนของรัฐ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 20/2546) สัญญาซื้อขายมันสำปะหลังเส้นระหว่างองค์การคลังสินค้ากับเอกชนผู้ซื้อ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 57/2547) สัญญาซื้อขายผลิตภัณฑ์นมสำหรับนักเรียนในโรงเรียนสังกัดองค์การบริหารส่วนตำบลคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 27/2549)

และคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด เช่น สัญญาให้จำหน่ายอาหารและเครื่องดื่มในโรงเรียน โดยมีเงื่อนไขให้เอกชนคู่สัญญาเป็น ผู้ออกค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างร้านค้าย่อยภายในโรงอาหารของโรงเรียน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร 238/2554) สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ปกครองสูงสุดที่ 132/2544) สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจระหว่างมหาวิทยาลัยขอนแก่นกับเอกชน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 82/2545) สัญญาซื้อขายเตาเผาขยะระหว่างเทศบาลตำบล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 423/2546) สัญญาจ้างทำความสะอาดห้องสุขาสวนสัตว์ดุสิต (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 60/2546) สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงบ้านพักของข้าราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 434/2544) สัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้าใช้ในโรงพยาบาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร 286/2544)

ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วทั้ง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และ ศาลปกครองสูงสุด ได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าวมิใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการ จัดบริการสาธารณะ อีกทั้งเงื่อนไขและข้อตกลงของคู่สัญญา อยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ด้วยความเสมอภาคและความสมัครใจของคู่สัญญา อันเป็นลักษณะของสัญญาทางแพ่ง

โดยในกรณีนี้ผู้ทำการศึกษามีความเห็นสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้เพราะหากพิจารณาในเนื้อหาของ สัญญาดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงสัญญาที่ให้เอกชนคู่สัญญาทำการก่อสร้างหรือจัดทำขึ้นซึ่งอุปกรณ์หรือ เครื่องมือในการบริการสาธารณะเท่านั้น โดยเมื่อได้จัดทำทำการก่อสร้างหรือจัดทำซึ่งอุปกรณ์หรือ เครื่องมือเสร็จแล้วจะส่งมอบให้กับคู่สัญญาฝ่ายปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ก็ไม่มีหน้าที่ตาม สัญญาที่จะต้องดำเนินการต่อไปตามสัญญาอีกแต่อย่างใด แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนคงมีเพียงสิทธิ เรียกร้องค่าตอบแทนตามข้อตกลงในสัญญาเท่านั้น

ดังนั้น หากคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครอง สูงสุด จะกำหนดขอบเขตและกรอบของวินิจฉัยให้ชัดเจนว่าสัญญาทางปกครองใดที่เป็นสัญญาให้ จัดทำบริการสาธารณะ ที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นด้วยการมอบให้เอกชนคู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ โดยให้เอกชนคู่สัญญาก่อสร้างหรือจัดทำขึ้นและเมื่อดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จให้เอกชนคู่สัญญาผู้ รับจ้างเข้าบริหารจัดการดำเนินการเพื่อให้บริการแก่ประชาชนต่อไปด้วยสิ่งก่อสร้างหรือสิ่งที่เอกชน คู่สัญญาจัดทำขึ้นนั้น ไปจนตลอดอายุสัญญาโดยให้สิทธิแก่เอกชนคู่สัญญาที่จะเรียกเก็บค่าธรรมเนียม หรือค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการนั้นๆ แล้วจะทำให้สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะมีความ ถูกต้องตรงกันทั้งทางเนื้อหาและประโยชน์ของสัญญาทางปกครองที่อยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมาย มหาชนอย่างแท้จริง และหากสัญญาใดที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญาให้เอกชนคู่สัญญาทำการ ก่อสร้าง หรือจัดทำขึ้นซึ่งอุปกรณ์ หรือเครื่องมือในการบริการสาธารณะนั้น โดยเมื่อได้จัดทำ การก่อสร้างหรือจัดทำจัดหาซึ่งอุปกรณ์ หรือเครื่องมือเสร็จแล้ว และได้ส่งมอบให้กับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง แล้วคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดำเนินการต่อไปตามสัญญาอีก โดยมีเพียงสิทธิ เรียกร้องค่าจ้างอันเป็นค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครองตามสัญญาเท่านั้น สัญญาในลักษณะดังกล่าวนี้จึง เป็นสัญญาในทางแพ่งของฝ่ายปกครองตามกฎหมายเอกชนและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองก็ให้ เป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และที่ว่าสัญญาที่สร้างขึ้นภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยความเสมอภาคและความสมัครใจของ คู่สัญญา สัญญานั้นก็เป็นสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายเอกชน ดังกล่าวข้างต้น

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

เนื่องจากในปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่มีระเบียบวิธีถึงสัญญาทางปกครองไว้อย่างเป็นเอกเทศ แม้ในชั้นนี้ก็ยังอยู่ระหว่างการร่างกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ตาม ดังนั้น แนวทางการพิจารณาถึงสัญญาทางปกครองควรจะได้พิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์แห่งสัญญาทางปกครองของฝ่ายปกครอง โดยนำหลักการในสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาเป็นพื้นฐาน ซึ่งสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีพื้นฐานของนิติสัมพันธ์ในขอเขตของกฎหมายมหาชน สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทางปกครองจะต้องเกิดจากกฎหมายมหาชน มิใช่กฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายเอกชน แต่อย่างไรก็ตาม หน่วยงานฝ่ายปกครองสามารถจะเลือกทำสัญญาเข้าผูกพันกับเอกชนภายใต้กฎหมายเอกชน คือ สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น สัญญาซื้อขายกระดาษ วัสดุสำนักงานต่างๆ สัญญาจ้างทำของหรือสัญญาเช่าทรัพย์สิน อันเป็นสัญญาทางแพ่ง ตลอดจนหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา คดีต้องอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

สัญญาทางปกครองที่มีพื้นฐานของนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาซึ่งอยู่ในขอเขตของกฎหมายมหาชนนั้น ในหลักเกณฑ์นี้ศาลปกครองของฝรั่งเศสจะใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าสัญญานั้นๆ เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือบริการสาธารณะ หรือไม่ ส่วนในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน ถือว่าสัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางแพ่ง ที่ช่วยเสริมกิจการของฝ่ายปกครองเท่านั้น

สัญญาของฝ่ายปกครองนั้น อาจแบ่งสัญญาออกตามลักษณะของคู่สัญญาได้เป็น 2 แบบ คือ

1. สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครอง หรือเป็นสัญญาหน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากันเอง (co-ordination) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือจัดทำบริการสาธารณะ
2. สัญญาที่คู่สัญญาเป็นหน่วยงานฝ่ายปกครองทำขึ้นกับเอกชน (subordination) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือจัดทำบริการสาธารณะ

**1. สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครอง หรือเป็นสัญญาหน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากันเอง (co-ordination)** ในกฎหมายเยอรมันเรียกว่า “Koordinationsrechtlicher oeffentlicher Vertrag” หรือที่มักเรียกกันในองค์กรท้องถิ่นว่าความตกลงทางมหาชน เป็นสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองทำความตกลงด้วยกันเพื่อประโยชน์มหาชน (oeffentliche Belange) หรือเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม เช่น สัญญาร่วมลงทุนกันระหว่างเทศบาลกับองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น ในการร่วมลงทุนกันสร้างเครื่องกำจัดขยะ ส่วนกรณีที่ทางเทศบาล หรือองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานของรัฐทำขึ้นกันเองระหว่างคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองด้วยกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ

การจัดหาวัสดุ การจัดซื้อ จัดจ้าง หรือการเช่าทรัพย์สิน ที่มีได้เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม สัญญาดังกล่าวเป็นเพียงสัญญาทางแพ่ง ตามกฎหมายเอกชน เท่านั้น แม้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนก็ตาม แต่จากการศึกษาค้นคว้ายังไม่พบว่า มีหน่วยงานทางปกครองของรัฐได้เข้าร่วมกันทำสัญญาทางปกครองในลักษณะดังกล่าวนี้มาก่อน แต่อย่างใด

**2. สัญญาที่คู่สัญญาเป็นหน่วยงานฝ่ายปกครองทำขึ้นกับเอกชน (subordination)**  
โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือจัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐโดยตรง แต่เมื่อรัฐมีภาระมากขึ้นกิจการบางอย่างไม่จำเป็นที่รัฐจะต้องทำเอง ทั้งกิจการบางอย่างต้องให้เงินลงทุนมาก ต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญพิเศษทำให้รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้ดีและรวดเร็ว ทันท่วงทีความต้องการของประชาชน ผู้ใช้บริการสาธารณะ รัฐจึงมอบบริการสาธารณะนั้นให้เอกชน ที่มีความพร้อมเข้าจัดทำบริการสาธารณะแทน ซึ่งอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นโดยตรง หรือให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ โดยรูปแบบที่รัฐให้เอกชนมีส่วนในการจัดทำบริการสาธารณะมีอยู่ 2 รูปแบบ คือ

(1) ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายมหาชน

(2) ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายเอกชน

แต่เนื่องจากการพิจารณาถึงรูปแบบของความสัมพันธ์ของสัญญาทั้ง 2 ประเภทนี้ ถือได้ว่าเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองสามารถที่จะเลือกได้ว่าตนประสงค์จะทำสัญญาภายในระบบกฎหมายเอกชนเช่นเดียวกับเอกชนทำสัญญาระหว่างเอกชน หรือว่าฝ่ายปกครองจะประสงค์ทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน โดยสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์จะให้สัญญานั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชนอันจะอยู่ภายใต้ความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ซึ่งจะต้องนำกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณา และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา ส่วนสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยฝ่ายปกครองมีอำนาจในการดูแลควบคุมในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งสัญญาอยู่ภายในขอบเขตนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา

**1. การให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายมหาชน**

สัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายมหาชน ตามระบบกฎหมายปกครองของไทยสามารถกระทำได้ใน 2 ลักษณะ

ก) สัญญาให้สัมปทานการจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ

ข) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

ก) สัญญาให้สัมปทานการจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ

เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติบางอย่างรัฐจะต้องหวงห้ามเป็นเจ้าของและห้ามมิให้ผู้ใดขุดค้นหรือแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรนั้น เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐ เช่น ป่าไม้ แร่ธาตุ ปิโตรเลียม รังนกนางแอ่น ทรัพยากรเหล่านี้ถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ผู้ใดจะแสวงหาประโยชน์โดย



ไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐไม่ได้ การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนรายใดเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงต้องได้รับอนุญาตภายใต้สัญญาสัมปทานใช้ทรัพยากรธรรมชาติ

จากการศึกษาถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ผู้ทำการศึกษาได้ทำการวิเคราะห์คำสั่งศาลปกครองนี้แล้วเห็นว่า พบว่าส่วนใหญ่ศาลปกครองวางแนวทางในการวินิจฉัยไว้เพียงว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองตามคำนิยามของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือไม่เท่านั้น โดยมีได้พิจารณาถึงเนื้อหาแห่งสัญญาดังกล่าวว่าเป็นสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองที่เป็นนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานในลักษณะไหน และทำไมจึงเป็นสัญญาสัมปทานในลักษณะนั้นๆ และการความผูกพันระหว่างคู่สัญญามีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างไร

#### ข) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

สัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หมายความว่า การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในกิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรือการควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยกิจการนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและจะต้องดำเนินการอยู่เป็นนิจและสม่ำเสมอไม่มีการหยุดชะงัก โดยที่ประชาชนทั่วไปจะได้ประโยชน์จากการบริการสาธารณะนั้นอย่างเท่าเทียมกัน และอยู่ในความดูแลหรือควบคุมของฝ่ายปกครอง หรืออาจจะมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทน

ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า การที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นด้วยการมอบให้เอกชนคู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะนั้น ต้องเป็นกรณีที่ให้เอกชนคู่สัญญาได้ทำการก่อสร้างหรือจัดทำขึ้น และเมื่อดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จให้เอกชนคู่สัญญาผู้รับจ้างเข้าบริหารจัดการดำเนินการเพื่อให้บริการแก่ประชาชนต่อไปด้วยสิ่งก่อสร้างหรือสิ่งที่เอกชนคู่สัญญาจัดทำขึ้นนั้น ต่อไปจนตลอดอายุสัญญา โดยให้สิทธิแก่เอกชนคู่สัญญาที่จะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการนั้นๆ ซึ่งในลักษณะเช่นนี้ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า สัญญาดังกล่าวนี้จึงจะเป็นสัญญาทางปกครองภายใต้ขอบเขตของหมายมหาชน ตามความหมายของคำว่าสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ ส่วนกรณีสัญญาที่มีลักษณะฝ่ายปกครองทำสัญญาให้เอกชนคู่สัญญาทำการก่อสร้าง หรือจัดทำขึ้นซึ่งอุปกรณ์ หรือเครื่องมือในการบริการสาธารณะนั้น โดยเมื่อได้จัดทำก่อสร้างหรือจัดทำจัดหาซึ่งอุปกรณ์หรือเครื่องมือเสร็จแล้วจะส่งมอบให้กับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดำเนินการต่อไปตามสัญญาอีก โดยมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าจ้างอันเป็นค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครองตามสัญญาเท่านั้น สัญญาในลักษณะดังกล่าวนี้จึงเป็นสัญญาในทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ตามกฎหมายเอกชน

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาลงถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ผู้ทำการศึกษาเห็นว่าคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครอง ยังมีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในสัญญาที่มอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่แตกต่างไปจากหลักการทำสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะตามหลักเกณฑ์ข้างต้น

ผู้ทำการศึกษาเห็นว่าตุลาการศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลน่าจะได้พิจารณาเนื้อหาในสัญญา หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวข้างต้นนี้ โดย

แยกแยะการพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายเอกชน ของฝ่ายปกครองมากกว่าที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะในเนื้อหาแห่งสัญญานั้นๆ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเพียงฝ่ายปกครองต้องการให้เอกชนคู่สัญญาทำการก่อสร้าง หรือจัดทำขึ้นซึ่งอุปกรณ์ หรือเครื่องมือในการบริการสาธารณะเท่านั้น โดยเมื่อได้จัดทำก่อสร้างหรือจัดทำซึ่งอุปกรณ์ หรือเครื่องมือเสร็จแล้วจะส่งมอบให้กับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดำเนินการต่อไปตามสัญญาอีกแต่อย่างใด เอกชนมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าจ้างอันเป็นค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครองตามสัญญา เท่านั้น และสัญญาดังกล่าวนี้เป็นลักษณะสัญญาต่างตอบแทน ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสมัครใจเข้าทำสัญญาบนพื้นฐาน แห่งความเสมอภาค อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายเอกชน

อนึ่ง ในกรณีของรัฐได้มอบภารกิจให้กับเอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะ โดยการอนุญาตให้นำหรือใช้ทรัพย์สินทางปกครอง หรือทรัพย์สินมหาชน เช่น คลื่นสัญญาณโทรศัพท์ น้ำประปา หรือที่ดิน เพื่อไปทำการจัดสรรให้บริการแก่ประชาชน นั้น ในลักษณะของสัญญาระหว่างเอกชนผู้รับมอบภารกิจของรัฐกับประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ เป็นลักษณะของสัญญา 3 ฝ่าย คือ สัญญาที่รัฐมอบภารกิจให้เอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะซึ่งลักษณะของสัญญาประเภทนี้ย่อมมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนในสัญญาที่เอกชนผู้รับมอบภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะจากรัฐเข้าทำสัญญาให้บริการสาธารณะกับประชาชนผู้ใช้บริการนั้น สัญญาในลักษณะนี้ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง เพราะการเข้าทำสัญญาคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสมัครใจเข้าทำสัญญาบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค

แต่อย่างไรก็ตาม จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด โดยส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำวินิจฉัยได้แต่เพียงว่า สัญญาในลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง เพราะการเข้าทำสัญญาคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสมัครใจเข้าทำสัญญาบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคเท่านั้น โดยศาลปกครองสูงสุดมิได้ทำการวิเคราะห์ให้เห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นสัญญา 3 ฝ่าย คือ สัญญาที่รัฐได้มอบภารกิจของรัฐในการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปกครอง หรือทรัพย์สินมหาชน ให้กับผู้รับมอบภารกิจไปดำเนินการเพื่อจัดสรรการให้บริการสาธารณะในการใช้ทรัพย์สินทางปกครอง หรือทรัพย์สินมหาชนนั้นๆ แก่ประชาชนผู้ใช้บริการอันเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาระหว่างผู้รับมอบภารกิจไปดำเนินการเพื่อจัดสรรการให้บริการสาธารณะกับประชาชนผู้ใช้บริการ เป็นลักษณะของสัญญาทางแพ่ง

## 2. ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายเอกชน

สัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กฎหมายเอกชน คือสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนในรูปแบบของสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายเอกชน โดยมีได้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่าหรือให้เช่าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ โดยฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้สัญญาไม่มีอำนาจเหนือเอกชน แต่อยู่บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคกับเอกชนคู่สัญญา ดังนั้น สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินและการจัดหาอุปกรณ์ต่างๆ ของฝ่ายปกครอง อันเป็นกิจการของฝ่ายปกครองในทางแพ่งที่มาเสริมภารกิจในทางมหาชนที่เรียกว่า Verwaltungs privatrecht จึงไม่ถือว่าเป็นสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาถึงแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และศาลปกครอง ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วทั้ง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และศาลปกครองสูงสุด ได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าวมิใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดบริการสาธารณะ อีกทั้งเงื่อนไขและข้อตกลงของคู่สัญญา อยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยความเสมอภาคและความสมัครใจของคู่สัญญา อันเป็นลักษณะของสัญญาทางแพ่ง

ในกรณีนี้ผู้ทำการศึกษามีความเห็นสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้เพราะหากพิจารณาในเนื้อหาของสัญญาดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงสัญญาที่ให้เอกชนคู่สัญญาทำการก่อสร้างหรือจัดทำขึ้นซึ่งอุปกรณ์หรือเครื่องมือในการบริการสาธารณะเท่านั้น โดยเมื่อได้จัดทำก่อสร้างหรือจัดทำซึ่งอุปกรณ์หรือเครื่องมือเสร็จแล้วจะส่งมอบให้กับคู่สัญญาฝ่ายปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ก็ไม่มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดำเนินการต่อไปตามสัญญาอีกแต่อย่างใด แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าตอบแทนตามข้อตกลงในสัญญาเท่านั้น

## 2. ข้อเสนอแนะ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า นิยามความหมายของสัญญาทางปกครอง ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ยังขาดความชัดเจนโดยการใช้ความหมายด้วยคำว่า “ความรวมถึง” ซึ่งการเปิดโอกาสให้ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้ใช้ดุลพินิจในการสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยอาศัยแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไว้เป็นบรรทัดฐานต่อไป แต่การที่จะรอให้ศาลปกครองสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น เห็นว่าเป็นการพัฒนาทางกฎหมายที่เชื่องช้า และอาจหลงประเด็นหากไม่ได้มีการศึกษาอย่างรอบคอบ ดังนั้น ผู้ทำการศึกษาจึงเห็นว่า การที่จะให้การสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชนและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ตามกฎหมายเอกชน ให้มีความชัดเจนไม่หลงประเด็นไปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ขาดพื้นฐานความรู้ความเข้าใจที่แท้จริงในหลักการจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายมหาชน กรณีเช่นนี้ ตุลาการศาลปกครองจึงต้องมีความรู้ความเข้าใจในทฤษฎี ปรัชญาและตัวบทกฎหมายมหาชนเป็นอย่างดี โดยควบคู่ไปกับความเข้าใจในเรื่องการบริหารแผ่นดินของฝ่ายปกครอง โดยไม่ทำให้เสียประสิทธิภาพในการบริหาร และกรณีที่ไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปแทรกแซงในการใช้ดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพื่อมิให้ศาลปกครองเข้าไปทำตนเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายบริหารเสียเอง

บรรณานุกรม



## บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกววงศ์ (2544) *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ชาญชัย แสวงศักดิ์ (2543) *สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ*  
กรุงเทพมหานคร นิติธรรม  
ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี (2541) *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง*  
กรุงเทพมหานคร เตือนตุลา  
นันทกุล พันธุ์คำ (2548) “การแปลตำรากฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครอง” *วิทยานิพนธ์ปริญญาอักษร*  
ศาสตรมหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
นันทวัฒน์ บรมานันท์ (2554) *สัญญาทางปกครอง* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน  
\_\_\_\_\_. (2550) *สัญญาทางปกครอง* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน  
\_\_\_\_\_. (2541) *บริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส* กรุงเทพมหานคร นิติธรรม  
บุบผา อัครพิมาน (2544) *สัญญาทางปกครองแนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*  
กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยรามคำแหง  
บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ (2549) *รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญา*  
*ทางปกครอง* กรุงเทพมหานคร สถาบันพระปกเกล้า ร่วมกับ สำนักงานศาลปกครอง  
ประยูร กาญจนดุล (2538) *คำอธิบายกฎหมายปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 4* กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย  
พัชฌา จิตรมณีมา (2555) *ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง*  
ค้นคืน 10 ตุลาคม 2555 จาก [www.lawreform.go.th](http://www.lawreform.go.th)  
มานิต วงศ์เสรี (2545) *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน*  
กรุงเทพมหานคร สำนักงานศาลปกครอง  
ภริชญา วัฒนรุ่ง (2544) *หลักการพื้นฐานของฝ่ายปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 2* กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยรามคำแหง  
โกศิน พลกุล (2556) *คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง* ค้นคืน 30 มิถุนายน 2556 จาก  
[www.pub-law.net](http://www.pub-law.net)  
\_\_\_\_\_. (2547) “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย” *วารสารวิชาการศาลปกครอง* ปีที่ 4  
ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน) หน้า 25  
\_\_\_\_\_. (2547) *สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย* กรุงเทพมหานคร พี.เพรส  
วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (2540) *หลักการพื้นฐานของฝ่ายปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 2* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน  
วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2546) *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*  
กรุงเทพมหานคร เตือนตุลา  
\_\_\_\_\_. (2542) *ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*  
กรุงเทพมหานคร วิญญูชน  
สุภาวีนี จิตต์สุวรรณ (2546) “สัญญาสัมปทาน” *วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต*  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง  
สุนทร มณีสวัสดิ์ (2555) *กฎหมายปกครองชั้นสูง พิมพ์ครั้งที่ 1* นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

สำนักงานศาลปกครอง (2547) *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส กรุงเทพมหานคร* cursaladprāw  
 อภิชาติ แจ้ยุบล (2550) “เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง” วิทยานิพนธ์ปริญญา  
 นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

อมร จันทรมบูรณ์ และคณะ (2529) *บันทึกของคณะกรรมการกฤษฎีกา แนวทางการพัฒนา  
 คณะกรรมการกฤษฎีกา และพัฒนาระบบกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย*  
 กรุงเทพมหานคร ป.สัมพันธ์พาณิชย์

Jean-Claude Vene'zia “สัญญาทางปกครอง” วารสารวิชาการศาลปกครอง 3, 1  
 (มกราคม-เมษายน 2546) : 38

A de Laubadere, 1983, p.212-213 อ้างใน บุบผา อัครพิมาน สัญญาทางปกครองแนวคิดและหลัก  
 กฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2545

Jean Revero, Droit administrative, Dalloz, 8<sup>e</sup> d, 1977, p.117-118 อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ  
 สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส วารสารกฎหมายปกครอง 5, 2529



## ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	พันตำรวจโทวสันต์ ปานสังข์
วัน เดือน ปี เกิด	10 กันยายน 2502
สถานที่เกิด	นครศรีธรรมราช
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2524 ประกาศนียบัตรเนติบัณฑิต สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 36 พ.ศ.2526 ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ปีการศึกษา 2544
ตำแหน่ง	สารวัตรใหญ่ สถานีตำรวจภูธรป่าเป้า อำเภอแม่แตง จังหวัดเชียงใหม่

