

# ปัญหาการตีความสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานในคดีปกครอง




นางสาวสุภัค กิติเฉลิมเกียรติ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2557

**A Problem on Interpretation of Design and Construction Consultant Contracts in  
Administrative Law Cases**

**Miss Supak Kitichalermkiat**




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


2014

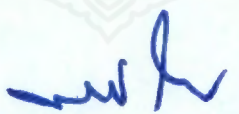
หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ ปัญหาการตีความสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน  
ในคดีปกครอง  
ชื่อและนามสกุล นางสาวสุภัท กิติเฉลิมเกียรติ  
วิชาเอก กฎหมายมหาชน  
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช  
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2558

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ

  
..... ประธานกรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ)

  
..... กรรมการ  
(อาจารย์ ดร. รังสิกร อุปพงศ์)

  
.....  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภาณุมาศ ชัดเงางาม)  
ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

**ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ** ปัญหาการตีความสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานในคดีปกครอง  
**ผู้ศึกษา** นางสาวสุภัท กิติเฉลิมเกียรติ **รหัสนักศึกษา** 2564003727 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต  
**อาจารย์ที่ปรึกษา** ผู้ช่วยศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ **ปีการศึกษา** 2557

### บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระเรื่อง “ปัญหาการตีความสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานในคดีปกครอง” มีวัตถุประสงค์ของการศึกษา ดังนี้ 1) เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน 2) เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการตามระบบกฎหมายไทย 3) เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการตีความลักษณะของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการในประเทศไทย 4) เพื่อเสนอแนะแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมเพื่อปรับใช้กับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ เป็นการค้นคว้าและวิจัยเชิงคุณภาพ โดยใช้รูปแบบการวิจัยทางเอกสาร โดยศึกษาจากตัวบทกฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด รวมถึงตำรา บทความ ความเห็นของนักกฎหมาย เพื่อประมวลแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานในระบบกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำมาเทียบเคียงกับแนวความคิดในระบบกฎหมายของไทย

ผลการศึกษาพบว่า สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน มีวัตถุประสงค์หลัก คือ เพื่อให้มีการตรวจและควบคุมงานก่อสร้างอาคารให้สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาและถูกต้องตามหลักวิชาโดยผู้ควบคุมงานที่มีความรู้ความชำนาญทางด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรมแทนส่วนราชการผู้ว่าจ้าง เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการสาธารณะ การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน ต้องวินิจฉัยบนพื้นฐานของสัญญาหลัก คือ สัญญาจ้างก่อสร้างซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองเป็นสำคัญ แต่แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานยังไม่ชัดเจน บางกรณีศาลปกครองก็รับคดีเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานไว้พิจารณา บางกรณีศาลปกครองก็วินิจฉัยว่าสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองและเอกชนแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้นจึงควรแก้ไขปัญหาค่าความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน โดย 1) เพิ่มเติมแบบทำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยแยกสัญญาจ้างก่อสร้างที่มีการจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานให้ต่างกับสัญญาจ้างทั่วไป โดยให้มีเนื้อหาของสัญญาครอบคลุมถึงสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน และ 2) แก้ไขพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าว

**คำสำคัญ** สัญญาทางปกครอง ที่ปรึกษา ออกแบบและควบคุมงาน



**Independent Study title:** A Problem on Interpretation of Design and Construction Consultant Contracts in Administrative Law Cases

**Author:** Miss Supak Kitichalermkiat; **ID:** 2564003727; **Degree:** Master of Laws;

**Independent Study advisor:** Siriphan Polrob, Assistant Professor ;

**Academic year:** 2014

### **Abstract**

This independent study on “A Problem on Interpretation of Design and Construction Consultant Contracts in Administrative Law Cases” aims to: 1) study the conceptual theory on administrative contracts and jurisprudence on administrative contracts and design and construction consultant contracts in French and German legal system; 2) study the conceptual theory on administrative contracts and design and construction consultant contracts in Thai legal system; 3) analyze problems in the interpretation of the design and construction consultant contracts of Thai government sectors in Thai legal system; and 4) recommend the Guidelines for imposing the additional regulation on administrative contracts which will be applied to the design and construction consultant contracts under the Regulations of the Office of Prime Minister on Procurement, B.E.2535 (1992).

This study was a qualitative research by using documentary research method and studied from laws, the Supreme Court and the Supreme Administrative Court precedent and also articles and opinions of legal scholars to crystallize the concept of administrative contracts and design and construction consultant contracts in Thailand and abroad.

This study found that the design and construction consultant contracts has major objectives to provide the inspection and controlling for the building construction, in order to operate the project completely following to the construction contracts and construction principles, by professional consultants in the field of architecture and civil Engineering instead of the contractors and to reach the purpose of public services for the as such construction. Regarding the design and construction consultant contract cases, the Administrative Court must significantly consider on the ground of the main contract, “the construction contract” that is an administrative contract. However, judgments and orders rendered by the Administrative Courts are uncertainty. Some cases, the Administrative Courts accepted the design and construction consultant contract cases into their consideration. But, some cases they denied to accept this kind of cases into their consideration by the reason that the design and construction consultant contract is not an administrative contract since the parties i.e. “the governmental agency and the private party” voluntary to make a contract and have equal status under the Civil and Commercial Code. The solutions are 1) the Regulations of the Office of Prime Minister on Procurement B.E. 2535 (1992) should be amended by separating the construction contract with design and construction consultant contract as a specific construction contract from the general construction contract and adding the provisions of the design and construction consultant contract in the related contract form and 2) the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.E. 2542 (1999) should be amended by including the design and construction consultant contract cases within the Administrative Court Jurisdiction.

**Keywords:** Administrative contract, Consultant, Design and construction

## กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาระดับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความรู้ความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สิริพันธ์ พลรบ ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาการศึกษาชั้นกว่าอิสระ ซึ่งท่านอาจารย์ได้กรุณาติดตามอย่างต่อเนื่อง ตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ให้คำแนะนำ ให้หลักคิด และที่สำคัญ คือ ให้กำลังใจในการจัดทำรายงานการศึกษาระดับนี้ของผู้ศึกษาในครั้งนี้ตลอดมาตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งสำเร็จเรียบร้อยสมบูรณ์ ซึ่งผู้ศึกษาใคร่ขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาใคร่ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.รังสิกร อุปพงศ์ ที่ได้กรุณาสละเวลาร่วมเป็นกรรมการสอบการศึกษาระดับนี้ ท่านอาจารย์ได้ให้คำแนะนำ ตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ และให้ข้อมูลเพิ่มเติมอันเป็นประโยชน์ จนทำให้การศึกษาระดับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น รวมทั้งคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ทั้งในอดีตจนถึงปัจจุบัน

ขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ครอบครัวที่ให้การสนับสนุนเป็นอย่างดีจนมีวันนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เด็กชายพีร อุสาหะ บุตรชายของผู้ศึกษา ที่คอยให้ความช่วยเหลือในการพิมพ์รายงานการศึกษาระดับนี้ และให้กำลังใจมาตลอดระยะเวลาการศึกษา สุดท้ายใคร่ขอขอบคุณ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช มหาวิทยาลัยที่เปิดโอกาสทางการศึกษาอย่างแท้จริง

สุภัค กิติเฉลิมเกียรติ

กันยายน 2558

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ .....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ .....	1
ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา .....	1
วัตถุประสงค์ .....	6
ขอบเขตการศึกษา .....	7
ระเบียบวิธีการศึกษา .....	7
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	7
บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและสัญญาพัสดุ .....	9
หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง .....	9
แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส .....	13
แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน .....	30
แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุ (contract des marches publics) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส .....	41
แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุ ในระบบกฎหมายเยอรมัน .....	53
บทที่ 3 แนวคิดและทฤษฎีสัญญาทางปกครองและสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบ และควบคุมงานในประเทศไทย .....	57
แนวคิดและทฤษฎีสัญญาทางปกครองของประเทศไทย .....	57
แนวคิดและทฤษฎีของสัญญาพัสดุในประเทศไทย .....	69
สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง .....	76

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 4 บทวิเคราะห์ปัญหาการตีความ ความหมาย สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบ และควบคุมงานของไทย.....	99
การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบ และควบคุมงานตามนิยามของสัญญาทางปกครอง.....	100
การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน ตามแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล.....	103
การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน โดยวินิจฉัยประเด็นเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี.....	105
การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส.....	107
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	110
บทสรุป.....	110
ข้อเสนอแนะ.....	112
บรรณานุกรม.....	115
ภาคผนวก.....	121
ก แบบสัญญาจ้างทั่วไป.....	122
ข สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน.....	136
ประวัติผู้ศึกษา.....	144

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

รัฐมีหน้าที่จัดให้มีบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะให้แก่ประชาชน แต่รัฐไม่สามารถจัดเองได้ทุกกิจกรรม จึงต้องให้เอกชนเข้ามามีส่วนช่วยเหลือในการจัดทำบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม โดยในการกอนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนดังกล่าวอาจทำกันในรูปแบบสัญญา รัฐจึงต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ข้อบังคับ หรือคำสั่งของรัฐ<sup>1</sup> ซึ่งอำนาจดังกล่าวมักเป็นการให้อำนาจฝ่ายเดียวแก่ฝ่ายปกครอง เช่น การออกคำสั่งอนุญาต ไม่อนุญาต เป็นต้น กิจกรรมเหล่านี้ถือเป็นกิจกรรมหลักที่แสดงออกถึงอำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นอำนาจที่เอกชนไม่มี อย่างไรก็ตามในบางกรณีรัฐอาจไม่ได้ใช้อำนาจฝ่ายเดียวเสมอไป จึงอาจแบ่งกิจกรรมของฝ่ายปกครองได้เป็น 2 ลักษณะ ลักษณะแรกเป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต่างจากกิจกรรมของเอกชนที่มุ่งเน้นประโยชน์ส่วนตน ดังนั้นเมื่อรัฐคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะแล้ว รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ออกสิทธิแห่งอำนาจมหาชนที่มีอยู่แต่ฝ่ายเดียวในการออกข้อบังคับ คำสั่งที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ให้เอกชนปฏิบัติตาม โดยเอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมด้วย ลักษณะที่สองเป็นกิจกรรมบางประการที่รัฐในฐานะฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเหนือกว่าเอกชน แต่รัฐไม่ใช้ออกสิทธิที่มีอยู่ เช่น การทำสัญญาแทนการออกคำสั่ง ซึ่งเป็นไปในลักษณะเดียวกับที่เอกชนมีนิติสัมพันธ์ต่อกัน ซึ่งต้องเป็นไปด้วยใจสมัครทั้งสองฝ่ายตามหลักทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนา

การกอนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในลักษณะที่ทำในรูปแบบของสัญญา อาจแบ่งออกได้เป็นสองรูปแบบ คือ

1. สัญญาที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองโดยแท้ หรืออาจเรียกได้ว่า “สัญญาทางปกครอง” กรณีนี้รัฐใช้อำนาจออกสิทธิเข้าทำสัญญากับเอกชนในเรื่องที่เกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือต้องการความต่อเนื่องในการให้บริการ เช่น สัญญาให้สัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งต้องคำนึงถึงความเสมอภาคและความต่อเนื่องในการให้บริการ

---

<sup>1</sup> ประยูร กาญจนกุล คำบรรยายกฎหมายปกครอง กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2539

2. สัญญาที่ไม่มีการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ หรืออาจเรียกได้ว่า “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง” สัญญาประเภทนี้ไม่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ รัฐจึงไม่มีความจำเป็นต้องใช้อำนาจเอกสิทธิ์ที่มีอยู่ในการเข้าทำสัญญา เช่น สัญญาจัดซื้อวัสดุสำนักงานของหน่วยงานราชการ

ในประเทศไทย เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปี 2540 ใช้บังคับ ในหมวด 8 ส่วนที่ 4 บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้น มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 11 ตุลาคม 2542 โดยในพระราชบัญญัติดังกล่าวมีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำนิยามของสัญญาทางปกครองและมีการกำหนดให้คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองด้วย

อย่างไรก็ตาม คำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้กำหนดความหมายไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ยังไม่มีความชัดเจน และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยังไม่มีการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองเกินไปกว่าลักษณะของสัญญาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งมีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้วางหลักขยายขอบเขตความหมายของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมว่า สัญญาที่มีวัตถุประสงค์สุดท้ายเพื่อประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมีวัตถุประสงค์ที่จะให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะให้บรรลุผล สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง (สัญญาทางปกครองโดยสภาพ) คำนิยามดังกล่าวก่อให้เกิดผล 2 ประการต่อการกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครอง คือ

1. สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครอง ต้องเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็น

- (1) สัญญาสัมปทาน
- (2) สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะ
- (3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
- (4) สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ



(5) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

(6) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะให้ บรรลุผล

2. สัญญาที่ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือ บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความ เสมอภาค และมีได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามข้อ 1 ถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง

การวางหลักดังกล่าวเป็นการให้ “ความหมายอย่างกว้าง” ต่อคำว่าสัญญาทางปกครอง ตามแนวทางของกฎหมายฝรั่งเศส คำนิยามดังกล่าวส่งผลให้เกิดประเภทของสัญญาทางปกครอง มากขึ้นกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาคำนิยามดังกล่าวแล้ว อาจก่อให้เกิดปัญหาในทาง ปฏิบัติได้หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครองสูงสุดต้องให้ความเห็นในประเด็นอื่นที่เกิด จากคำนิยามดังกล่าว เช่น คำว่า “เอกสิทธิ์ของรัฐ” รวมทั้งการที่ศาลปกครองสูงสุดกำหนดประเภท ของสัญญาทางแพ่งไว้ อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติหากว่าศาลยุติธรรมไม่ใช่เกณฑ์เดียวกันนี้ และคำ นิยามดังกล่าวยังไม่สามารถแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งได้อย่างชัดเจน ดังนั้น การแบ่งแยกประเภทของสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในฐานะฝ่ายปกครองจึงมีความสำคัญและควรที่ จะกำหนดให้เกิดความชัดเจนและสามารถพิจารณาได้ว่ากิจกรรมใดของฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้ ระบบกฎหมายใดหรืออยู่ในอำนาจศาลใดระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

ในปัจจุบัน โครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ของทางราชการมีขั้นตอนการก่อสร้างที่ สลับซับซ้อน บางครั้งต้องใช้วิชาการขั้นสูง มีการนำเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้เพื่อให้โครงการ ก่อสร้างนั้น ๆ แล้วเสร็จตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ ทั้งด้านคุณภาพ ระยะเวลา และค่าใช้จ่าย ซึ่งเจ้าของโครงการก่อสร้างอาจมีความพร้อมไม่เพียงพออันเนื่องมาจากสาเหตุหลายประการ ทำให้ ต้องมีการว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อช่วยในการออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง เพื่อช่วยแนะนำในการ ตัดสินใจแก้ปัญหาอุปสรรคอันอาจเกิดขึ้นได้ในระหว่างการก่อสร้าง การจ้างที่ปรึกษาออกแบบและ ควบคุมงานจึงมีส่วนสัมพันธ์กับโครงการก่อสร้างเป็นอย่างมาก เพราะที่ปรึกษาจะมีหน้าที่ความ รับผิดชอบในการให้บริการทางวิชาชีพในการออกแบบและควบคุมงานระหว่างการดำเนินการ ก่อสร้างในฐานะตัวแทนเจ้าของโครงการตามหลักวิชาชีพที่ปรึกษา

การที่ภาครัฐจะดำเนินการจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน จะเกิดขึ้นจากความ จำเป็น 2 ประการ คือ ประการแรกเป็นการดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาลที่จะส่งเสริมและ

พัฒนาบริษัทที่ปรึกษา (ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2530) และประการที่สอง เกิดจากหน่วยงานภาครัฐไม่มีความพร้อมเรื่องบุคลากรที่จะสามารถดำเนินการได้เอง เช่น ไม่มีเจ้าหน้าที่เพียงพอที่จะดำเนินการ เจ้าหน้าที่ที่มีอยู่ขาดความชำนาญในด้านงานก่อสร้าง ทั้งนี้หน่วยงานภาครัฐที่จะดำเนินการจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานจะต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งได้กำหนดขั้นตอน ระเบียบวิธีปฏิบัติในการจัดจ้าง และรูปแบบของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน

กระบวนการต่างๆ ที่เกิดขึ้นจาก โครงการก่อสร้างของหน่วยงานภาครัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ได้มีการนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้ปะปนอยู่ทั้งในขั้นตอนของการจัดหาและการทำสัญญา ทำให้แตกต่างกับการจัดหาของเอกชนโดยทั่วไป เช่น การกำหนดระยะเวลาในการยื่นราคาให้มีผลผูกพันคู่สัญญาที่เป็นเอกชนจนกว่าจะมีการทำสัญญา การริบหลักประกันซอง รวมทั้งรูปแบบของสัญญาซึ่งมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ การบอกเลิกสัญญาและการกำหนดค่าปรับหรือเบี้ยปรับตามสัญญา หัวหน้าส่วนราชการพิจารณาใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงได้เฉพาะกรณีที่เป็นประโยชน์แก่ทางราชการโดยตรง การงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาตามสัญญาหรือข้อตกลงอยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาได้ ซึ่งเอกชนในฐานะคู่สัญญาจำเป็นต้องปฏิบัติตาม รวมทั้งหน่วยงานของรัฐยังต้องดำเนินการจัดทำสัญญาที่มีเนื้อหาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด ทั้งนี้ เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดแก่ภาครัฐ ซึ่งศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วางแนวคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการ ว่าสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือเป็นสัญญาแบบปรับราคา (ค่า K) หรือเป็นสัญญาที่ให้อำนาจบริการสาธารณะ หรือรูปแบบของสัญญาเป็นสัญญาจ้างที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้ออกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งหมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้อำนาจบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” เช่น ศาลปกครองกลางตีความว่าอาคารสำนักงานเขตมิใช่สิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ร่วมกันได้

โดยตรง ทั้ง ไม่ใช่เครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ แม้จะใช้เป็นสถานที่ให้ประชาชนติดต่อกับรัฐก็ตาม แต่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้อำนาจรัฐในการทำคำสั่งทางปกครองประเภทต่างๆ ดังนั้นสัญญาก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ศาลปกครองกลางจึงมีคำสั่งไม่รับฟ้อง<sup>2</sup> เมื่อผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองกลาง ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่าสัญญานี้มีข้อกำหนดที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองถือเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ<sup>3</sup>

อย่างไรก็ตาม กรณีของสัญญาจ้างที่ปรึกษาเพื่อออกแบบและควบคุมงานของทางราชการ ซึ่งจัดทำขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ เช่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาเพื่อออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) 1 หลัง ภายในสนามกีฬาเฉลิมพระเกียรติฯ (คลองหก) จังหวัดปทุมธานี และสัญญาจ้างที่ปรึกษาเพื่อควบคุมงานโครงการปรับปรุงก่อสร้างสนามกีฬาเฉลิมพระเกียรติฯ (คลองหก) จังหวัดปทุมธานี ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างที่ปรึกษาทั้ง 2 ฉบับ แม้ว่าจะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาทั้งสองฉบับเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมีได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง<sup>4</sup>

แต่เมื่อคดีนี้เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลคณะกรรมการฯ วินิจฉัยว่า สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) เป็นไปเพื่อให้บริษัทเอกชนทำการตรวจและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ให้เป็นไปตามสัญญาก่อสร้างและถูกต้องตามหลักวิชาโดยผู้ควบคุมงาน ที่มีความรู้ความชำนาญงานทางด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรมแทนหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการศึกษาด้านการกีฬา ทั้งนี้ การศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะในการส่งเสริมและประสานงานการกีฬาเพื่อการศึกษาของรัฐให้บรรลุผล สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและ

<sup>2</sup> คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 2165/2544 หมายเลขแดงที่ 576/2544

<sup>3</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545

<sup>4</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 5/2545

ควบคุมงานก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>5</sup> จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีความเห็นว่า สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร เป็นไปเพื่อให้การตรวจและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเป็นไปตามสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะของรัฐให้บรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของประเทศไทยเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวแทบทั้งสิ้น ดังนั้นถ้าถือตามแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานที่จัดทำขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ จะเป็นสัญญาทางปกครองทั้งหมด แต่ศาลปกครองสูงสุดมิได้วินิจฉัยตามแนวทางนี้ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยใช้หลักเกณฑ์ตามคำนิยาม "สัญญาทางปกครอง" ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

เนื่องจากประเทศไทยยังอยู่ในระยะแรก กฎหมายกำหนดนิยามของสัญญาทางปกครองไว้เพียงส่วนหนึ่ง เพื่อเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย ดังนั้นจึงควรศึกษาโดยเทียบเคียงกับหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมันซึ่งเป็นประเทศต้นแบบด้านสัญญาทางปกครอง เพื่อให้ทราบแนวคิด ทฤษฎีและหลักเกณฑ์ทั้งหลายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมเพื่อปรับใช้กับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการอันเกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ

## 2. วัตถุประสงค์

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน

<sup>5</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 47/2547

2.2 เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และสัญญาจ้างที่ปรึกษา ออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการตามระบบกฎหมายไทย

2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการตีความลักษณะของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและ ควบคุมงานของส่วนราชการในประเทศไทย

2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพิ่มเติมเพื่อปรับใช้กับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ

### 3. ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และนิยามความหมายของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาพัสดุ สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของทางราชการ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ของประเทศไทย

### 4. ระเบียบวิธีการวิจัย

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการค้นคว้าและวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยใช้รูปแบบการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก ทั้งเอกสารชั้นปฐมภูมิ (Primary Documentary) และเอกสารชั้นทุติยภูมิ (Secondary Documentary) โดยศึกษาจากตัวบทกฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด รวมถึงตำรา บทความ ความเห็นของ นักกฎหมาย เพื่อประมวลแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และสัญญาจ้างที่ปรึกษา ออกแบบและควบคุมงานในระบบกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำมาเทียบกับแนวความคิด เกี่ยวกับระบบกฎหมายของไทย

### 5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ทำให้ทราบแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการตาม ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน

5.2 ทำให้ทราบแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการตามระบบกฎหมายไทย

5.3 สามารถวิเคราะห์ปัญหาการตีความลักษณะของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการในประเทศไทย

5.4 สามารถเสนอแนะแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมเพื่อปรับใช้กับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ





## บทที่ 2

# แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและสัญญาพัสดุ

### 1. หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ ได้แก่ ระบบตามกฎหมายเอกชน ซึ่งหมายถึง สัญญาทางแพ่ง และระบบตามกฎหมายมหาชน ซึ่งหมายถึง สัญญาทางปกครอง สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มิได้แบ่งแยกระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายมหาชนออกจากกันอย่างชัดเจน เพราะยึดแนวคิดที่ว่า บุคคลทุกฝ่ายไม่ว่าฝ่ายเอกชนหรือฝ่ายปกครองต่างอยู่ภายใต้บังคับของระบบกฎหมายเอกชนอย่างเท่าเทียมกันและข้อพิพาทต่าง ๆ ส่วนอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียว ดังนั้น สัญญาที่จัดทำระหว่างเอกชนด้วยกัน หรือระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐย่อมเป็นสัญญาธรรมดาที่อยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนทั้งสิ้น

แต่ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมันซึ่งมีการพัฒนาระบบกฎหมายมหาชนแยกออกจากระบบกฎหมายเอกชนอย่างเห็นได้ชัด ได้แบ่งแยกสัญญาที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายทั้งสองออกเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งตามลำดับ<sup>6</sup> โดยฝ่ายปกครองสามารถเข้าเป็นคู่สัญญาเพื่อจัดทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายทั้งสองได้ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของสัญญาว่ามีความมุ่งหมายประการใด<sup>7</sup> ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเข้าผูกนิติสัมพันธ์กับคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคถือเป็นสัญญาทางแพ่ง หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง” ที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ถึงขนาดเป็นการมอบอำนาจให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำหรือเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาซื้อขายวัสดุสำนักงาน สภาพบังคับของสัญญาทางแพ่งจะเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา และต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชนข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งจึงอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครองเข้าผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชนในสัญญาทางปกครอง โดยมี

<sup>6</sup> M.Philippe Turguet de Beauregard “สัญญาทางปกครอง และสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง” *วารสารกฎหมายปกครอง* 18 (เมษายน 2542) หน้า 1

<sup>7</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน” *วารสารนิติศาสตร์* 29, 2 (มิถุนายน 2542) หน้า 262

วัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ สภาพบังคับของสัญญาที่จะมุ่งเพื่อประโยชน์สาธารณะ และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมหาชน ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองและโดยเหตุที่สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มุ่งเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงมีหลักเกณฑ์พิเศษบางประการที่มีได้เป็นไปตามหลักของสัญญาทางแพ่ง ดังนี้

**1.1 ฝ่ายปกครองไม่มีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา** ฝ่ายปกครองต้องเลือกคู่สัญญาโดยใช้วิธีการที่กฎหมายกำหนด เช่น วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

**1.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิร่วมกำหนดข้อสัญญาตามหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา** เพราะสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่เป็นสัญญาสำเร็จรูป หรือ Contracts types ที่มีข้อกำหนดรายละเอียดของสัญญาไว้แล้ว

**1.3 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถนำหลักสัญญาต่างตอบแทนมาใช้กับสัญญาทางปกครองได้** ในกรณีที่ฝ่ายปกครองทำผิดสัญญา เพราะอาจมีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงจำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปแล้วใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายภายหลัง

**1.4 คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าฝ่ายเอกชน** เช่น การใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญานั้นเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำบริการสาธารณะ

จากหลักดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่าสัญญาทางปกครองมีพื้นฐานอยู่บนหลักการดำเนินบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของสาธารณชนเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายพิเศษที่ประเทศฝรั่งเศสและอีกหลายประเทศสร้างขึ้นมาจากแนวความคิดที่จำเป็นต้องยอมรับความสำคัญสูงสุดของประโยชน์ส่วนรวมซึ่งต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ว่าประโยชน์ดังกล่าวจะขัดกับความขัดแย้งแห่งสัญญาและไม่ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญา

## 2. ภารกิจของฝ่ายปกครองคือการจัดทำบริการสาธารณะ

ตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 คำอธิบายถึงภารกิจในการบริหารจัดการสังคมของฝ่ายปกครองก็คือการจัดทำบริการสาธารณะ ทฤษฎีบริการสาธารณะจึงเป็นหัวใจของกฎหมายมหาชน ซึ่งไม่ครอบคลุมเฉพาะการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (การออกกฎ คำสั่ง) เท่านั้น

แต่ยังรวมไปถึงการทำสัญญาของฝ่ายปกครองอีกหลายลักษณะด้วยทฤษฎีบริการสาธารณะมีหลักที่สำคัญ 5 ประการ<sup>8</sup> คือ

**2.1 หลักความเสมอภาคในการบริการสาธารณะ (Le principe d' égalité devant le service public)** หลักนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เนื่องจากการที่ฝ่ายปกครองเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้ใดผู้หนึ่ง โดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน คือ ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน ดังนั้น กิจการใดที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจึงไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ<sup>9</sup>

**2.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง (Principe de continuité)** เนื่องจาบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเสียหายเดือดร้อนได้ ด้วยเหตุนี้บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ หลักสำคัญของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ คือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงักจะต้องมีการรับผิดชอบ และในกรณีที่เกิดการหยุดชะงักขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนอิสระ องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็นหลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ความต่อเนื่องดังกล่าวไม่มีมาตรฐานแน่นอนตายตัว สำหรับบริการสาธารณะบางประเภทซึ่งจะต้องจัดทำอย่างถาวร เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศการรักษาพยาบาล ความต่อเนื่องหมายถึงการจัดทำบริการสาธารณะประเภทนั้นๆ ตลอดเวลาวันละ 24 ชั่วโมง สัปดาห์ละ 7 วัน ในขณะที่บริการสาธารณะบางประเภทซึ่งไม่จำเป็นต้องจัดทำอย่างถาวรแต่ก็ต้องจัดทำอย่างสม่ำเสมอ โดยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น พิพิธภัณฑสถานก็อาจกำหนดเวลาปิด – เปิดได้

**2.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ (Le principe d' adaptation constante du service)** หลักนี้ถือว่าการบริการสาธารณะนั้นต้องพัฒนาให้สอดคล้องกับความต้องการส่วนรวมของประชาชน หลักนี้มีผลในระดับฝ่ายปกครองต้องพัฒนาบริการสาธารณะ

<sup>8</sup> โภคิน พลกุล คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เอกสารประกอบการพิจารณา เรื่อง สัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด 18 กันยายน 2544 กรุงเทพมหานคร สำนักงานศาลปกครอง หน้า 2 - 3

<sup>9</sup> บุปผา อัครพิมาน สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย 2545 กรุงเทพมหานคร สำนักงานศาลปกครอง หน้า 16 - 17

ของงานอยู่เสมอ ฝ่ายปกครองต้องยอมรับการปรับเปลี่ยน ยุบเลิกกิจการเพื่อความเหมาะสมในฝ่าย คู่สัญญาของฝ่ายปกครองต้องพร้อมที่จะพัฒนาบริการสาธารณะ และขณะเดียวกันก็ต้องยอมรับ ความเปลี่ยนแปลง

**2.4 หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา<sup>10</sup>** หลักนี้เป็นหลักที่แสดงให้เห็นหน้าที่พิเศษ ของฝ่ายปกครอง โดยมีหลักการสำคัญ 3 ประการ คือ

หลักประการที่ 1 กรณีฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง ฝ่ายเดียวทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระเพิ่มขึ้นจากกรณีนั้น สภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐวางหลักว่าฝ่าย ปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทนในภาระที่เพิ่มขึ้น จากการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมข้อสัญญานั้น พึงสังเกตว่าค่าทดแทนไม่ใช่ค่าเสียหาย เพราะค่าเสียหายเกิดจากการผิดสัญญาของฝ่ายปกครอง

หลักประการที่ 2 เรียกว่าทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (Théorie du fait du prince) เป็นหลักกฎหมายที่สภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐวางไว้เป็นบรรทัดฐาน สรุปลักษณะสำคัญของทฤษฎีได้ คือ หากเกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชนคู่สัญญา เนื่องมาจากการที่ฝ่าย ปกครองผู้เป็นคู่สัญญาเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น โดยการใช้ออกสิทธิ์ของตนทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไข ในสัญญายากขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนเท่าความ เสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญา

หลักประการที่ 3 เรียกว่าทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ เป็นทฤษฎีที่มีจุดเด่น เฉพาะของสัญญาทางปกครองที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งโดยสิ้นเชิง กล่าวคือในสัญญาทางแพ่ง นั้นถ้าไม่ได้เกิดเหตุสุดวิสัยทำให้การชำระหนี้พ้นวิสัยแล้ว แม้มีเหตุนอกเหนือความคาดหมายทำให้ การชำระหนี้ยากเพียงใดและเสียค่าใช้จ่ายสูงถึงขนาดคู่สัญญาต้องขาดทุนย่อยยับแล้ว คู่สัญญา ก็ยังคงต้องทำตามสัญญาอยู่นั่นเอง แต่ในสัญญาทางปกครองสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐไม่ได้ ยอมรับ หลักการนี้ เพราะสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐเห็นว่า ถ้าคู่สัญญาต้องล้มละลายเพราะเหตุที่เกิดขึ้น โดยไม่อาจคาดหมายและไม่ใช่ความผิดของใครแล้วบริการสาธารณะก็จะเสียไป ดังนั้นฝ่าย ปกครองจึงมีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าทดแทนเพื่อให้ดุลยภาพทางการเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมาอัน จะทำให้เอกชนสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง

**2.5 หลักความเป็นกลางของการบริการสาธารณะ (Le principe neutralité' du service)**

หลักนี้มีที่มาจากหลักที่ว่ารัฐจะเลือกปฏิบัติไม่ได้

<sup>10</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง 5 (2529) หน้า 104-107

### 3. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

กิจกรรมของฝ่ายปกครองมีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการที่ต่างจากกิจกรรมของเอกชน กล่าวคือ กิจกรรมของฝ่ายปกครองมีวัตถุประสงค์ (but) เพื่อประโยชน์สาธารณะของมหาชน (intérêt général) กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองทำจึงเป็นบริการสาธารณะ (service public) อันต่างจากกิจกรรมของเอกชนที่มุ่งประโยชน์ส่วนตนในเชิงกำไรหรือชื่อเสียงเกียรติยศเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้วิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะทั้งหลาย (moyens) จึงมักมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน (prerogative la puissance publique) กล่าวคือฝ่ายปกครองอาจแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เป็นกฎหรือคำสั่งก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ของเอกชนได้ โดยเอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอม และในกรณีจำเป็นฝ่ายปกครองสามารถบังคับการให้เป็นไปตามกฎหรือคำสั่งนั้นได้เองโดยไม่ต้องไปขออำนาจศาล ต่างจากเอกชนที่ห้ามมีเอกสิทธิ์เช่นนั้นไม่ เพราะโดยหลักแล้วเอกชนจะก่อนิติสัมพันธ์สร้างความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ต่อเอกชนอื่นก็ด้วยความพร้อมใจยินยอมของเอกชนอื่นเท่านั้น โดยสัญญาเป็นวิธีการหลักที่เอกชนใช้ในการก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน ตามทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา (liberté contractuelle หรือ autonomie de volonté) ซึ่งถือว่า เอกชนทุกคนเสมอกัน (égalité) ไม่อาจบังคับได้ เว้นแต่จะตกลงใจเข้าทำสัญญาผูกพันกันโดยเสรี (liberté) เท่านั้น

วิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการดำเนินบริการสาธารณะ คือ การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หรือ นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง (acte administrative unilatéral) นั้นเอง แต่อย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองอาจใช้สัญญาเข้ามาดำเนินกิจกรรมได้ หลักเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครอง (contrat de l'administration) จึงเกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส<sup>11</sup>

สัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศสจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. สัญญาที่โดยสภาพหรือโดยกฎหมายเป็นสัญญาทางปกครอง (contrats administration) จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง (Régime du droit administratif)
2. สัญญาที่โดยสภาพเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง (contrat privé de l'administration) ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับสัญญาทางแพ่งที่เอกชนทำกัน โดยทั่วไป และอยู่ภายใต้กฎหมายแพ่งและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมเช่นเดียวสัญญาทั่วไปของเอกชน

<sup>11</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร วันที่ 5-7 กุมภาพันธ์ 2529 กรุงเทพมหานคร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หน้า 74



ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นหากฝ่ายปกครองเลือกวิธีการใช้สัญญา เป็นเครื่องมือ ฝ่ายปกครองย่อมสามารถเลือกที่จะผูกพันตนภายใต้เงื่อนไขเดียวกับเอกชน ตามกฎหมายแพ่งได้ และถ้าเลือกเช่นนั้น สัญญาที่ทำขึ้นจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม สัญญาที่ถือเป็น สัญญาทางปกครองโดยสภาพ อันได้แก่สัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง นั้น ฝ่ายปกครองจะไประบุไม่ให้เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ยอมรับว่าไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ไม่ได้ มีเช่นนั้นสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายไทยนอกเหนือจากที่กำหนดชื่อไว้แล้วจะมีไม่ได้เลย ส่วนสัญญาทางปกครองโดยสภาพเพราะเหตุที่สัญญานั้นมีข้อกำหนดที่ไม่ค่อย พบในกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นหลักของฝรั่งเศสนั้น เป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองเลือกได้ว่าจะระบุข้อกำหนด พิเศษเช่นว่าหรือไม่ ถ้าไม่ระบุก็เป็นสัญญาทางแพ่ง ถ้าระบุก็เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับ คุณพินิจของฝ่ายปกครองในการเข้าทำสัญญาว่ามีความมุ่งหมายที่จะใช้เอกสิทธิ์เช่นนี้หรือไม่ เมื่อ เปรียบเทียบเรื่องสัญญาทางปกครองระหว่างประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และไทยแล้ว จะเห็นว่าของ ประเทศฝรั่งเศสนั้น สัญญาทางปกครองเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการวางหลักโดยคำพิพากษาของศาล ปกครอง ตั้งแต่ว่าสัญญาประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง และเมื่อเป็นสัญญาทางปกครองแล้วผล ของสัญญาเป็นอย่างไร ของประเทศเยอรมัน สัญญาทางปกครองเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมาย กำหนดทั้งระบบ ส่วนของไทยนั้นกฎหมายกำหนดแต่เพียงชื่อของสัญญาทางปกครองบางประเภท นอกเหนือจากนั้นเป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะกำหนดและวางหลักในเรื่องผลของสัญญาทาง ปกครองทั้งหมดต่อไป

### 3.1 พัฒนาการของสัญญาทางปกครอง

แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาล ปกครองสูงสุดหรือสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ที่วางหลักไว้เป็นส่วนใหญ่ นอกจากศาล ปกครองสูงสุดแล้ว ยังมีศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) มีส่วนร่วมในการสร้างหลักสัญญา ทางปกครองขึ้นในระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส โดยในคำพิพากษาคดี Blanco<sup>12</sup> ของศาลคดี ขัดกันเมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ว่า เด็กหญิงคนหนึ่งได้รับบาดเจ็บใน สถานที่ทำงานของฝ่ายปกครอง ผู้ปกครองเด็กหญิงนั้นจึงเรียกค่าเสียหาย มีคำถามเกิดขึ้นว่า ระบบ ศาลใดจะเป็นระบบศาลที่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทนี้ และจะนำหลักเกณฑ์ใดมาใช้ในการจ่ายค่า ทดแทน คำวินิจฉัยศาลคดีขัดกันในคดีดังกล่าวได้วางหลักสำคัญไว้สองประการ คือ ในประการแรก นั้น เป็นอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาคดีดังกล่าวเนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นมีที่มาจาก การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นภารกิจหลักของฝ่ายปกครอง จึงย่อมอยู่ในอำนาจของ

<sup>12</sup> สุรินทร์ ทองมา พัฒนาการและแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย  
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2553 หน้า 14



ศาลปกครองแต่เพียงศาลเดียวที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว ประการที่สอง ศาลปกครองได้วางหลักไว้ว่าไม่ให้ให้นำเอาหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวและต้องนำหลักเกณฑ์เฉพาะ (des règles spécifiques) มาใช้เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง จึงไม่สมควรนำเอากฎหมายเอกชนซึ่งใช้สำหรับความรับผิดชอบทั่วไประหว่างเอกชนด้วยกันมาปรับใช้กับการวินิจฉัยคดีดังกล่าว แต่สมควรให้ศาลปกครองเป็นผู้วางกฎเกณฑ์พิเศษในการพิจารณาปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง จากผลของคำวินิจฉัยดังกล่าว กฎหมายปกครองจึงถือกำเนิดขึ้นและมีความเป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายเอกชน ถือได้ว่าเป็นคำพิพากษาที่วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งส่งผลให้มีการแบ่งแยกประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองที่สร้างขึ้นเพื่อจัดให้มีบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครองอยู่ภายใต้บังคับของศาลปกครอง และสัญญาที่ไม่เกี่ยวกับบริการสาธารณะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน

### 3.2 เกณฑ์การพิจารณาลักษณะสัญญาทางปกครอง

สัญญาที่ฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส ใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ นั้น อาจจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนก็ได้ ถ้าเป็นสัญญาทางปกครอง ผลทางกฎหมายที่สำคัญจะตามมา 2 ประการหลัก<sup>13</sup> คือ การพิจารณาข้อพิพาทจะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง และใช้หลักกฎหมายมหาชนซึ่งต่างจากหลักกฎหมายแพ่งมาบังคับ ในขณะที่สัญญาของฝ่ายปกครองที่สร้างขึ้นตามกฎหมายเอกชน ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษา ในทางปฏิบัติการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งดังกล่าวนี้จึงมีความสำคัญมาก โดยลักษณะของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสมีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเป็นสำคัญ ซึ่งมี 2 กรณี ดังนี้

**3.2.1 สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย** (contrats administratifs par détermination de loi)<sup>14</sup> โดยกฎหมายกำหนดโดยแจ้งชัดว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ก็ต้องถือตามนั้น แต่บางครั้งกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่กำหนดโดยทางอ้อมว่า ให้คดีเกี่ยวกับสัญญาประเภทนั้นอยู่ในอำนาจการพิจารณาศาลปกครอง ซึ่งผลทางกฎหมายก็เหมือนกัน คือ ต้องถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน ตัวอย่างสัญญาประเภทนี้ ได้แก่ สัญญาการโยธาสาธารณะ (marché de travaux publics) ซึ่งเป็นสัญญาฝ่ายปกครองว่าจ้างให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ สัญญานี้เป็น

<sup>13</sup> Andre de Laubadère, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris :L.G.D.J.,1959, p. 8-9 อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส หน้า 78-79

<sup>14</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 78-79

สัญญาโดยการกำหนดของกฎหมายตามมาตรา 4 รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviöse VIII สัญญาขาย อสังหาริมทรัพย์ของรัฐให้เอกชนก็เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายฉบับนี้ เช่นเดียวกัน สัญญาให้เช่าหรือให้ใช้ประโยชน์ในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (contrats comportant occupation du domaine public) ตามมาตรา 1 แห่งรัฐกำหนด ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1938 (décret-loi du 17 juin 1938) สัญญาพัสดุตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ตามมาตรา 4 รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2001 สัญญากู้ยืมเงินของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ตามรัฐ บัญญัติ ลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ.1793 สัญญาที่เอกชนให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการ ก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วยการให้เงินหรือวัสดุ (offre de concours) สภาที่ปรึกษาแห่ง รัฐถือว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสัญญาการโยธาสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครองโดย การกำหนดของรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviöse VIII<sup>15</sup> เช่นกัน

**3.2.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพ** เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด เป็นหลัก ซึ่งศาลได้ใช้เกณฑ์ในการพิจารณาขึ้นอยู่กับองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ<sup>16</sup> คือ

1) **เกณฑ์คู่สัญญา** คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย มหาชนหรือเป็นเอกชนผู้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการแทนรัฐ กรณีที่ต่างฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคล ตามกฎหมายมหาชนด้วยกัน โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีของสัญญาที่ คู่สัญญาเป็นเอกชนด้วยกัน โดยหลักแล้วสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างบุคคลเอกชนด้วยกันนี้ ย่อมเป็น สัญญาทางแพ่ง แต่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและศาลวินิจัยชี้ขาดเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเริ่ม ยอมรับข้อยกเว้นว่า สัญญาที่เอกชนทำกับเอกชนอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าเอกชนฝ่ายหนึ่ง ทำเพื่อประโยชน์แห่งนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน (pour le compte d' une personne publique) แนวความคิดเรื่องผู้แทน (représentation) และตัวแทน (mandat) ของฝ่ายปกครองโดยเอกชนจึง เกิดขึ้น โดยคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลวินิจัยชี้ขาดเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วันที่ 8 กรกฎาคม 1963 คดี Soc. Entreprise Peyrot เริ่มใช้หลักนี้เป็นคดีแรก ข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัท สร้างทาง Esterel Côte d'Azur ซึ่งเป็นบริษัทที่รัฐถือหุ้นส่วนใหญ่ และจัดตั้งขึ้นเพื่อรับสัมปทาน สร้างทางหลวง ได้ทำสัญญาจ้างช่วงบริษัท Peyrot ให้สร้างทางเป็นช่วงๆ ร่วมกับบริษัทอื่น ต่อมา มี การถอนตัวของผู้รับเหมาช่วง ทำให้บริษัท Peyrot ล้มละลายเพราะการถอนตัวของผู้รับเหมาช่วง ร่วม บริษัท Peyrot จึงมาฟ้องเรียกค่าเสียหายจากบริษัทสร้างทาง Esterel Côte d'Azur มีประเด็น

<sup>15</sup> J.L. de Corail, X Delcros, D. Wolf, Le contrats administratifs, in documents d' études droit administrative no 2.11, Paris, Documentation Française, 1977,p.3. อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส หน้า 78-79

<sup>16</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 46

ต้องพิจารณาว่าสัญญาจ้างช่วงระหว่างเอกชนทั้งสอง คือ บริษัทสร้างทาง Esterel Côte d'Azur และ บริษัท Peyrot เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง ซึ่งศาลคดีซัดกันวินิจฉัยว่า โดยปกติการสร้างทางหลวงของรัฐเป็นการโยธาสาธารณะที่โดยหลักแล้วเป็นหน้าที่ของรัฐจะต้องจัดทำเอง หรือในกรณียกเว้นอาจให้เอกชนเข้าดำเนินการได้ตามรัฐบัญญัติตั้งวันที่ 18 เมษายน 1955 ในกรณีนี้ต้องถือว่าเอกชน คือ บริษัทสร้างทาง Esterel Côte d'Azur ซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานนั้น ทำเพื่อประโยชน์โดยตรงของรัฐ และมีรัฐถือหุ้นส่วนใหญ่ สัญญาจ้างช่วงที่บริษัททำกับเอกชนรายอื่นจึงมีลักษณะเป็นสัญญาการโยธา อันเป็นสัญญาทางปกครอง คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง ดังนั้นในประเทศฝรั่งเศส สัญญาช่วงที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากเอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากบุคคลตามกฎหมายมหาชน โดยวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นเรื่องที่โดยสภาพแล้วเป็นเรื่องของบุคคลมหาชน หรือเป็นกรณีที่เอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาได้กระทำในนามหรือเพื่อกิจการของบุคคลมหาชนหรือรัฐ นอกจากนี้ รวมถึงสัญญาช่วงที่องค์กรเอกชนซึ่งหน่วยงานทางปกครองหรือรัฐสร้างขึ้นมากับคู่สัญญาเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งในงานหรือข้อสัญญาที่มีลักษณะทางปกครองด้วย

เทคนิคการจ้างองค์กรฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศสมีความก้าวหน้าไปไกลมากกว่าประเทศไทยอย่างมาก มีการนำเทคนิคการจ้างองค์กรแบบมีความก้าวหน้าหรือรัฐวิสาหกิจมาใช้กับบริษัทเอกชนที่รัฐสร้างขึ้นมากเพื่อแทรกแซงเศรษฐกิจหรือการจัดทำบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ จึงมีผลต่อ “หลักการมอบอำนาจให้ทำแทนฝ่ายปกครองหรือการเป็นตัวแทนของฝ่ายปกครอง” (Mandat) ด้วย กล่าวคือ นอกเหนือจากหลักการเดิมที่มักเป็นการมอบอำนาจตามเรื่องตัวแทนในกฎหมายแพ่งไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ในระยะหลังรัฐได้สร้างบริษัทหรือองค์กรเอกชนในรูปแบบต่าง ๆ ขึ้นมาดำเนินการแทนฝ่ายปกครองหรือรัฐ โดยมีฝ่ายปกครองหรือรัฐเข้าถือหุ้นส่วนใหญ่หรือเป็นเจ้าขององค์กรเอกชนดังกล่าวเองด้วย การกระทำดังกล่าวจึงถือเสมือนว่าเป็นการมอบอำนาจโดยสภาพให้มีการทำแทนฝ่ายปกครองหรือรัฐอยู่แล้วในตัวเอง หลักกฎหมายเรื่องการมอบอำนาจให้ทำแทนฝ่ายปกครองหรือรัฐในบริบทการจ้างองค์กรทางปกครองล่าสุดนี้ ก็คือการมอบอำนาจให้ทำแทนฝ่ายปกครองหรือรัฐตามหลักกฎหมายปกครอง (Mandat administratif)<sup>17</sup> ซึ่งนักกฎหมายประเทศฝรั่งเศส ต่างยอมรับว่า เป็นการมอบอำนาจโดย

<sup>17</sup> Marguerite CANEDO การมอบอำนาจให้เป็นตัวแทนตามหลักกฎหมายปกครอง (*le mandat administratif*) วิทยานิพนธ์ปริญญาเอกตีพิมพ์ LGDJ, 2001 อ้างใน ชีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์ “สัญญาจัดทำบริการสาธารณะระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายที่เป็นบุคคลตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาช่วงที่สร้างขึ้นระหว่างบริษัทเอกชนที่ได้รับสัมปทานจากรัฐหรือไม่ก็ตาม กับเอกชนหรือบริษัทเอกชนอื่น เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง” ใน *แนวทางการจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง* บพิธการพิมพ์ 2553 หน้า 113

ไม่ก่อให้เกิดการทำแทน<sup>18</sup> (Sur-représentation : un mandat sans représentation) เอกชนผู้รับมอบอำนาจมีภาระหน้าที่ที่กว้างขวางกว่าเอกชนผู้รับมอบอำนาจตามกฎหมายแพ่ง<sup>19</sup> เพราะในขณะเวลาที่ผู้ได้รับมอบอำนาจอยู่ เอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจจะมีอำนาจหน้าที่เสมือนเป็นฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจในเรื่องนั้นเลย กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เอกชนนั้นเป็นฝ่ายปกครองแทน มิใช่เพียงทำแทนฝ่ายปกครอง แม้ว่าจะยังเป็นบุคคลตามกฎหมายเอกชนก็ตาม ดังนั้น เอกชนผู้รับมอบอำนาจนี้จึงเป็นผู้รับผิดชอบผู้เดียวในผลการดำเนินงานทั้งหมดต่อเอกชนคู่สัญญาช่วงอีกฝ่าย (Cocontractant) ในผลการดำเนินงานของเอกชนผู้รับมอบอำนาจ (Mandataire) กรณีจึงแตกต่างจากการมอบอำนาจให้ทำแทนฝ่ายปกครองหรือรัฐตามหลักเรื่องตัวแทนในกฎหมายแพ่ง (Mandat de type civiliste) ที่ว่าผู้ได้รับมอบอำนาจ (Mandataire) กระทำหรือดำเนินการใด ๆ ในขอบเขตที่ได้รับมอบหมายหรือมีพฤติการณ์แสดงออกให้เห็นและเชื่อว่าเป็นผู้กระทำการแทนโดยปริยายของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนใดแล้ว รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนผู้มอบอำนาจ (Mandant) ย่อมผูกพันในผลแห่งการกระทำหรือดำเนินการใด ๆ นั้น ต่อเอกชนคู่สัญญาช่วงอีกฝ่าย (Cocontractant) รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนผูกพันโดยตรงกับคู่สัญญาช่วงเอกชนของผู้รับมอบอำนาจ)

หลักการมอบอำนาจให้ทำแทนฝ่ายปกครองหรือตัวแทนของฝ่ายปกครอง (Mandat) นี้ ไม่ว่าจะเป็นการมอบอำนาจให้ทำแทนฝ่ายปกครองหรือรัฐตามหลักเรื่องตัวแทนในกฎหมายแพ่งหรือเป็นการมอบอำนาจให้ทำแทนฝ่ายปกครองหรือรัฐตามหลักกฎหมายปกครองก็ตาม ล้วนเป็นข้อยกเว้นของเกณฑ์พิจารณาความเป็นสัญญาปกครองที่ว่า สัญญาทางปกครองต้องมีฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งก่อนเสมอ สภาแห่งรัฐเองใช้ข้อยกเว้นนี้อย่างจำกัดและระมัดระวังเสมอ มักปฏิเสธหลักการมอบอำนาจให้ทำแทนฝ่ายปกครอง เมื่อเอกชนเข้าทำสัญญาช่วงในฐานะและนามของตนเอง (signe en son nom) กับเอกชนคู่สัญญาอีกฝ่าย หรือเมื่อวัตถุประสงค์แห่ง

<sup>18</sup> Christophe *Droit des contrats administratif* Themis Droit PUF 2 édition 2008 p.130 อ้างใน ชีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์ “สัญญาจัดทำบริการสาธารณะระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายที่เป็นบุคคลตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาช่วงที่สร้างขึ้นระหว่างบริษัทเอกชนที่ได้รับสัมปทานจากรัฐหรือไม่ก็ตาม กับเอกชนหรือบริษัทเอกชนอื่น เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง” ใน *แนวทางการจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง* บทพิเคราะห์พิมพ์ 2553 หน้า 113

<sup>19</sup> Laurent RICHER *Droit des contrats administratifs*, Manuel LGDJ 6 édition 2008 หน้า 130 อ้างใน ชีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์ “สัญญาจัดทำบริการสาธารณะระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายที่เป็นบุคคลตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาช่วงที่สร้างขึ้นระหว่างบริษัทเอกชนที่ได้รับสัมปทานจากรัฐหรือไม่ก็ตาม กับเอกชนหรือบริษัทเอกชนอื่น เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง” ใน *แนวทางการจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง* บทพิเคราะห์พิมพ์ 2553 หน้า 113

สัญญา (กิจกรรมหรือบริการที่ต้องจัดทำ) ไม่ได้มีธรรมชาติหรือลักษณะงานหรือบริการที่ฝ่ายปกครองต้องจัดทำ เช่น งานค้ากำไรหรือกิจกรรมเชิงพาณิชย์หรือธุรกิจของเอกชน

2) *เกณฑ์วัตถุประสงค์ของสัญญา* เป็นการพิจารณาในเนื้อหาของสาระของสัญญาว่า สัญญาทางปกครองต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา (objet du contrat) เป็นเรื่องของการดำเนินบริการสาธารณะ (execution meme du service public) โดยตรงหรือไม่ สัญญาทุกสัญญาที่มีความเชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครอง แต่สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น จะต้องเป็นความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ หรือหน้าที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะต้องเป็นการดำเนินบริการสาธารณะในตัวของมันเอง ซึ่งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้วางหลักในเรื่องนี้ไว้ในคดีคู่สมรส Bertin<sup>20</sup> ซึ่งหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ฝรั่งเศสได้รวบรวมผู้ลี้ภัยชาวโซเวียตเข้าสู่ศูนย์ส่งตัวกลับบ้านเกิดเมืองนอน ผู้อำนวยการทหารผ่านศึกได้ว่าจ้างด้วยวาจาให้คู่สมรส Bertin ทำอาหารเลี้ยงชาวโซเวียตที่กำลังรอการส่งกลับประเทศ โดยให้ค่าจ้าง 30 ฟรังก์ต่อคนต่อวัน ต่อมาผู้อำนวยการทหารผ่านศึกได้ให้คู่สมรส Bertin ทำอาหารเพิ่มขึ้นโดยสัญญาว่าจะจ่ายค่าจ้างเพิ่มอีก 7.5 ฟรังก์ต่อคนต่อวัน แต่เมื่อคู่สมรส Bertin ทำอาหารเพิ่มขึ้น ผู้อำนวยการทหารผ่านศึกปฏิเสธการจ่ายค่าอาหารเพิ่มขึ้น คู่สมรสจึงมาฟ้องสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเรียกค่าอาหารที่เพิ่มขึ้น รัฐมนตรีกระทรวงทหารผ่านศึกต่อสู้ว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ เพราะสัญญาจ้างทำอาหารดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งธรรมดา สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าสัญญานี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาในการให้คู่สมรส Bertin ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง โดยบริการสาธารณะที่ว่าคือการเลี้ยงดูคนต่างชาตินี้อยู่ในดินแดนฝรั่งเศสเพื่อรอส่งกลับประเทศ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ

แต่อีกคดีหนึ่งซึ่งพิพาทกันระหว่างเทศบาลเมืองลิล กับ บริษัทหินแกรนิต Granits porphyroides des Vosges<sup>21</sup> เกี่ยวกับสัญญาซื้อหินแกรนิตมาปูพื้นทำถนนเมืองลิล คดีนี้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าสัญญานี้เป็นสัญญาซื้อขายทางแพ่งธรรมดา เพราะบริการสาธารณะคือการสร้างและซ่อมบำรุงถนนซึ่งเทศบาลทำเองอยู่แล้ว การที่บริษัทขายหินแกรนิตให้เทศบาลมาปูถนนมิใช่การดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงในตัวของมันเอง และสัญญานี้ไม่มีข้อกำหนดพิเศษ

<sup>20</sup> คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 20 เมษายน 1956 (C.E.20 avril 1956, Époux Bertin, Rec., p.167) อ้างใน พัทธมา จิตรมหีมา “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” *วารสารกฎหมายปกครอง* 27, 3 (2553) : 3-72 หน้า 12

<sup>21</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ.1912 (CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroides des Vosges, Rec., p. 111.) อ้างใน พัทธมา จิตรมหีมา “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” *วารสารกฎหมายปกครอง* 27, 3 (2553) : 3-72 หน้า 16



จึงเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองเท่านั้น ข้อสังเกต หากเทศบาลเมืองลี้ลจ้างบริษัทให้ซ่อมแซมพื้นถนน โดยใช้แผ่นหินของบริษัทเอง สัญญานี้ก็จะเป็สัญญาทางปกครอง เพราะเอกชนเข้ามาดำเนินบริการสาธารณะในการซ่อมเองโดยตรง

ต่อมาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวางหลักขยายไปถึงสัญญาจ้างแรงงานด้วย โดยถือว่า สัญญาจ้างบุคคลเข้ามาเพื่อช่วยดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาพด้วย เช่น สัญญาจ้างครูมาสอนหนังสือในโรงเรียน แต่สัญญาจ้างนักรการภารโรงมาทำความสะอาดห้องเรียน ไม่ได้เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะการกวาดห้องเรียนไม่มีส่วนโดยตรงในการบริการสาธารณะ

3) *เกณฑ์สัญญาที่มีข้อกำหนดลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง (les clauses exorbitantes du droit commun) หรือข้อกำหนดที่เป็นไปไม่ได้ที่จะกำหนดเป็นข้อสัญญาในทางแพ่ง* คำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดี Société française de constructions mécaniques (ค.ศ. 1975) และในคดี Stein (ค.ศ. 1950) ได้กำหนดค่านิยามของข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ (clause exorbitante) ที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชนไว้ว่า เป็นข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่ง เพราะเป็นข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญา โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชน หรือในกรณีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันนั้น ซึ่งอาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนจะทำกันได้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ดำเนินการ โรงละครสัตว์และโรงมหรสพของเทศบาลได้รับการยกเว้นภาษี<sup>22</sup> หรือเป็นข้อสัญญาที่มีผลต่อบุคคลภายนอก เช่น ข้อสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในอันที่จะลงโทษทางวินัยแก่นักเรียนของโรงเรียนการเกษตรที่คู่สัญญานั้นได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ<sup>23</sup> ส่วนข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือข้อสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เป็นข้อสัญญาที่ในทางปฏิบัติจะพบมากกว่าข้อสัญญาประเภทแรก โดยจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุม หรืออาจจะกำหนดถึงขนาดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเลยก็ได้ ยกตัวอย่าง เช่น คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดคดี Société du vélodrome du pare des Princes (ค.ศ. 1965) การควบคุมของคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลมหาชนนั้น อาจเป็นการควบคุมโดยทั่วไป หรือโดยเฉพาะเจาะจง เช่น สัญญาที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการของ

<sup>22</sup> คำวินิจฉัยของศาลคดีซัดกัน ในคดี consorte cazautets ค.ศ. 1962

<sup>23</sup> คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี de Mestral ค.ศ. 1925



สนามกีฬาสำหรับการแข่งขันหรือฝึกซ้อมจักรยาน (vélodrome) ซึ่งมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมผลการบริหารทางการเงิน หรือกรณีคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดี Société d' exploitation touristique Haute Maurienne (ค.ศ. 1980) สัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนกิจการของภัตตาคารแห่งหนึ่ง ซึ่งมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองควบคุมในเรื่องของบุคลากรที่จ้างและอัตราบริการที่เรียกเก็บ คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ คดีบริษัท Véloдрôme du Parc des Princes<sup>24</sup> มีข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้เช่าที่ดินเพื่อสร้างเวโลโดม (Véloдрôme) จัดกิจกรรมได้อย่างจำกัดภายหลังจากอนุมัติผู้ว่าราชการจังหวัดแล้วเท่านั้น คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดคดี Favier (ค.ศ. 1960) ข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว แม้ว่าจะไม่มีการกำหนดไว้ในสัญญาว่าจะต้องบอกกล่าวหรือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบล่วงหน้าก่อน หรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าทดแทนแต่ในกรณีข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว (la clause de résiliation unilatérale) เป็นต้น ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบตามกฎหมายเอกชนเพราะขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนว่าด้วยเรื่องสัญญา แต่สัญญาที่มีข้อกำหนดดังกล่าวก็ยังคงลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอยู่นั่นเอง จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Versailles ในคดี Blanchard et monbrun ค.ศ. 1984 ได้สรุปข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งอาจมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งใน 5 ลักษณะดังต่อไปนี้

ประการแรก ข้อกำหนดพิเศษมักจะเกี่ยวข้องกับอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองหรืออภิสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง โดยอภิสิทธิ์ดังกล่าวทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสถานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ส่งผลให้ข้อกำหนดในสัญญานั้นแตกต่างจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่คู่สัญญามีความเสมอภาคกันในการแสดงเจตนา โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาหรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ฝ่ายเดียวในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา

ประการที่สอง เป็นข้อกำหนดที่อ้างอิงถึงสัญญาแบบ (contrat - type) หรือเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน (cahier des charges type) เช่น ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา 39 และมาตรา 250 กำหนดให้ทำเป็นหนังสือโดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญาเสมอ

<sup>24</sup> C.E. 26 fév. Société du Véloдрôme du Parc des Princes 1965 Rec. p.133 อ้างใน พัชมา จิตรมหีมา “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” วารสารกฎหมายปกครอง 27, 3 (2553) : 3-72

ประการที่สาม เป็นข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญา ทำให้เอกชนมีอำนาจเหนือบุคคลภายนอก เช่น ลักษณะสัมปทาน บริการสาธารณะที่ให้ผู้รับสัมปทาน มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทานหรือในสัญญา ก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ให้สิทธิคู่สัญญาเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ เป็นต้น

ประการที่สี่ ฝ่ายปกครองไม่อาจสละอภิสิทธิ์ของตนเพื่อไปใช้หลักกฎหมายทางแพ่ง เนื่องจากข้อกำหนดที่โดยเนื้อหาแล้วเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน

ประการที่ห้า ข้อกำหนดพิเศษซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง (clauses inhabituelles) ต้องเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่โดยปกติแล้วจะไม่มีข้อกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่ง เพราะเป็นข้อกำหนดที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่กรณี

ตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง เช่น ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมการดำเนินการของคู่สัญญา (คำพิพากษาของศาลวินิจัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล 7 กรกฎาคม 1980 คดี Sté d'exploitation touristique de la haute-Maurienne) ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว (คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งเมืองปารีส 24 ตุลาคม 1995 คดี Cne Samoreau) ข้อกำหนดของสัญญาที่ให้รัฐเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว แต่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งให้คู่สัญญาทราบก่อนว่าจะเลิกสัญญา (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล 17 พฤศจิกายน 1975 คดี Leclert คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ 21 ธันวาคม 1960 คดี Favier) ข้อกำหนดในสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในการบริการสาธารณะ (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล 7 กรกฎาคม 1980 คดี Sté d'exploitation touristique de la haute-Maurienne) ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้รัฐเข้าดำเนินการบริการสาธารณะนั่นเองถ้าคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือเหตุอื่น ๆ (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ 27 กรกฎาคม 1950 คดี Penlabeuf) ข้อกำหนดที่ให้ฝ่ายปกครองกำหนดหลักเกณฑ์ได้ฝ่ายเดียว (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ 16 เมษายน 1969 คดี SNCF)<sup>25</sup>

<sup>25</sup> สุริย์ เฝ้าสุชาดวาร์ เกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส แนวทางการพิจารณาจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง คณะกรรมการด้านวิชาการเกี่ยวกับปัญหาอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ศาลปกครอง 2553 หน้า 103 - 104

### 3.3 ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครอง<sup>26</sup>

ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศสนั้นแม้จะมีอยู่อย่างหลากหลาย แต่ก็อาจจะจัดกลุ่มได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้

3.3.1 **สัญญาทางปกครองทั่วไป** ได้แก่ สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพในตัวของมันเอง ซึ่งจะมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน แบ่งได้เป็น 4 ประเภท<sup>27</sup> คือ

1) **สัญญาพัสดุ (les marchés publics)** เป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย เพราะเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นสัญญาทางปกครอง (contrat administratif par détermination de la loi)<sup>28</sup>

2) **สัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินกิจการบริการสาธารณะ (les conventions de gestion déléguée de service public)** เป็นสัญญาที่มอบหมายกิจการเกี่ยวกับการบริการสาธารณะให้กับเอกชน ซึ่งแบ่งได้เป็น 8 ประเภทย่อยๆ ดังนี้<sup>29</sup>

ก. **สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ** โดยไม่มีการทำเป็นกิจการบริการสาธารณะ ได้แก่ สัญญาสัมปทานพลังน้ำ (la concession de force hydraulique) ที่ผู้รับสัมปทานได้รับอนุญาตให้ทำการก่อสร้าง เพื่อที่ตนจะได้ใช้พลังน้ำ การก่อสร้างดังกล่าวมีลักษณะเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะในแง่ที่ว่า โดยปกติแล้วการสงวนน้ำและพลังงานควรจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ แต่การให้พลังงานดังกล่าวมิได้เป็นการให้บริการสาธารณะ

ข. **สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะและดำเนินการบริการสาธารณะ** เช่น การก่อสร้างที่จอดรถใต้ดิน การสร้างสะพานเก็บค่าผ่านทาง เป็นต้น

ค. **สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ** เช่น บริการฌาปนกิจสถาน การขนส่งมวลชน

ง. **การให้บริการกิจการบริการสาธารณะ (l'affermage)** ซึ่งต่างจากสัญญาสัมปทานอื่นๆ ตรงที่ไม่ต้องลงทุนในการก่อสร้างหรือจัดซื้ออุปกรณ์ใดๆ เนื่องจากฝ่ายปกครองได้มีหรือทำไว้แล้ว คู่สัญญาได้รับสิทธิในการดำเนินการ และต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ฝ่ายปกครองในลักษณะของค่าธรรมเนียม (redevance) เช่น การให้บริการจ่ายน้ำประปา ซึ่งได้มีการวางท่อไว้แล้วโดยฝ่ายปกครอง

<sup>26</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส หน้า 97 -110

<sup>27</sup> Laurent Richer droit des contrats administrative p 311-522

<sup>28</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ สัญญาทางปกครอง กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2553 หน้า 434

<sup>29</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส หน้า 100

จ. สัญญาการบริหารแบบ *Régie intéressé* เป็นสัญญาซึ่งฝ่ายปกครองเป็นผู้ลงทุนทั้งหมดในการจัดตั้งหน่วยงาน โดยมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ และเอกชนได้รับค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครอง มิใช่จากผู้ให้บริการ ค่าตอบแทนที่ได้รับนั้นจะขึ้นอยู่กับผลการดำเนินการบริการสาธารณะนั้นด้วย และเอกชนคู่สัญญาจะถูกควบคุมจากฝ่ายปกครองอย่างเข้มงวด แต่ก็ยังมีอิสระในการบริหารงาน

ฉ. สัญญาการจัดการแบบ *Gérance* มีลักษณะคล้ายกับ *Régie intéressé* แต่ต่างกันที่ค่าตอบแทนที่จะให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งจะจ่ายในลักษณะเหมาจ่าย โดยฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายรับทั้งกำไรและขาดทุน ดังนั้น จึงมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาจ้างบริการ (*marché de service*)

ช. สัญญาจ้างบริษัทรับเหมาก่อสร้าง (*Marché d'entreprise de travaux publics*) เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปการและดำเนินการหาประโยชน์จากการก่อสร้างดังกล่าว โดยในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาจะได้รับค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครองตามจำนวนเงินซึ่งครอบคลุมทั้งค่าใช้จ่ายในการก่อสร้าง และค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสัญญาประเภทนี้จะเหมือนกับสัญญาสัมปทานตรงที่ว่ามิวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นอย่างเดียวกัน แต่แตกต่างกันตรงที่ค่าตอบแทนจะได้รับจากฝ่ายปกครองมิใช่จากผู้ให้บริการ

ซ. สัญญาเช่าระยะยาว (*Bail emphytéotique et convention accessoire*) ซึ่งเป็นการให้สิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของรัฐ โดยสิ่งปลูกสร้างนั้นจะตกเป็นของฝ่ายปกครองเมื่อสัญญาสิ้นสุด

3) สัญญาให้เอกชนครอบครองสาธารณะสมบัติ (*les contrats d'occupation du domain public*) เป็นสัญญาที่เอกชนเข้าครอบครองที่ดินสาธารณะ ซึ่งอาจเป็นการเข้าครอบครองเพื่อใช้ประโยชน์ในกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ก็ได้ เช่น สัญญาสัมปทานการครอบครองสาธารณะสมบัติทางทะเล (*concessions d'occupation du domain public maritime*) สัญญาสัมปทานการครอบครองสาธารณะสมบัติทางแม่น้ำ (*concessions d'occupation du domain public fluvial*) สัญญาสัมปทานสถานีบริการบนทางคมนาคมสาธารณะ (*concessions de stations service sur le domaine public routier*) เป็นต้น

4) สัญญาจ้างหรือสรรหาเจ้าหน้าที่ของรัฐ (*les contrats de recrutement d'agent public*) เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ดังนี้ มีกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์จำกัดไว้ว่า กรณีใด (งานประเภทใด) ที่จะสามารถใช้วิธีการทำสัญญาได้ และโดยหลักการทำสัญญาต้องมีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนซึ่งต้องไม่เกิน 3 ปี คู่สัญญาซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ไม่มีฐานะเป็นข้าราชการ แต่มีสิทธิบางอย่างคล้ายกับข้าราชการ เช่น ได้รับค่าน้ำค่าจ้างเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน เนื่องจากเป็น

สัญญาทางปกครองจึงไม่อาจนำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายแรงงานมาใช้ได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม ไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยให้นำหลักเกณฑ์บางอย่างของกฎหมายแรงงานมาใช้กับการจ้างตามสัญญานี้ด้วย โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักที่ว่าผู้ว่าจ้างไม่สามารถเลิกจ้างผู้รับจ้างที่ตั้งครรภ์ได้ ยกเว้นบางกรณีเท่านั้น แม้จะมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้แล้ว แต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ในสัญญาก็อาจจะระบุเงื่อนไขต่างๆ เพิ่มขึ้นได้ สัญญาอาจสิ้นสุดลงเมื่อหมดระยะสัญญา หรือการให้ออกจากงานด้วยเหตุผลเป็นการลงโทษทางวินัย หรือเพราะเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ได้ ซึ่งในกรณีให้ออกโดยไม่ชอบอาจนำมาฟ้องต่อศาลปกครองในคดีเพิกถอนได้ โดยอาศัยทฤษฎีในเรื่องนิติกรรมที่แยกออกจากสัญญา (l'acte détachable)

### 3.3.2 สัญญาที่อาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ได้แก่

1) สัญญาซื้อขาย (*les contrats d'achat et de vente*) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ซื้อ ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ โดยหลักต้องดำเนินการตามวิธีของสัญญาจัดซื้อพัสดุ (*marchés de fournitures*) และแม้ในบางกรณีที่รัฐเป็นผู้ซื้อสังหาริมทรัพย์ด้วยการเข้าแทนที่เอกชนด้วยการซื้อด้วยวิธีขายทอดตลาด ตามมาตรา 37 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 ธันวาคม 1921 ศาลคดีซัดกันได้อินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง สำหรับการซื้ออสังหาริมทรัพย์ ถ้าการซื้อขายดังกล่าวไม่มีข้อสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งแล้วย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ขาย โดยหลักถือว่าเป็นกฎหมายแพ่ง เว้นแต่ในบางกรณีที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งก็อาจทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ ส่วนการขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐนั้นเป็นสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ

2) สัญญาเช่า (*les contrats de location*) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้เช่า ไม่ว่าจะเช่าจากเอกชนหรือจากฝ่ายปกครองด้วยกันหลักถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งศาลคดีซัดกันได้อินิจฉัยว่าเหตุผลการกระทำดังกล่าวมีฐานมาจากสัญญาเช่าทางแพ่งที่ไม่มีข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง และไม่ทำให้คู่สัญญามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะ ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ให้เช่านอกจากกรณีการให้เช่าสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยปกติถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง เว้นแต่มีข้อความที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งก็อาจเป็นสัญญาทางปกครอง

3) สัญญาตัวแทน (*les contrats de mandat*) แม้จะเป็นสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง แต่หากมีข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง หรือมีเนื้อหาเป็นการมอบหมายให้ตัวแทนมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการสาธารณะ ถือเป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน



4) สัญญาประกันภัย (*les contrats d'assurances*) ในกรณีที่ได้รับประกันภัย เป็นเอกชน โดยหลักเป็นสัญญาทางแพ่ง เว้นแต่กรณีที่รัฐเป็นผู้รับประกัน ซึ่งการจัดองค์การของ หน่วยงานดังกล่าวมีลักษณะเป็นการผูกขาดการประกันภัยโดยรัฐ และมีลักษณะเชิงบังคับให้ทำ ประกันภัย รวมทั้งลักษณะการใช้อำนาจควบคุมขององค์การทางปกครองเกี่ยวกับการขยายขอบเขต การประกันภัย โดยผู้ที่เกี่ยวข้องไม่มีโอกาสร่วมเจรจา รวมทั้งการจำกัดวงเงินที่จะช่วย ฯลฯ เป็น สัญญาทางปกครอง

### 3.3.3 สัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่

1) สัญญาทางเศรษฐกิจ โดยทั่วไปมี 3 ลักษณะ ได้แก่ ลักษณะเป็นสัญญา อย่างแท้จริง สัญญาที่มีการโต้แย้งว่าเป็นสัญญาที่แท้จริงหรือไม่ และสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญา เทียม กล่าวคือ

ก. สัญญาทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นสัญญาอย่างแท้จริง ได้แก่ สิ่งที่เกิด จากการแสดงเจตนาร่วมกัน ซึ่งรวมถึงการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยสัญญา ดังกล่าวอาจเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งก็ได้ ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาและ เนื้อหาของ สัญญา เช่น สัญญาที่เป็นการมอบให้ทำหน้าที่แทรกแซงทางเศรษฐกิจ (*les contrats d'attribution d'une mission d'interventionnisme économique*) เช่น สัญญาที่รัฐมอบให้สมาคมเทคนิคการส่งออก ถ่านหินในการส่งออกถ่านหิน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีเนื้อหาที่เป็นการเปลี่ยนแปลง สิทธิและหน้าที่ และเป็นการผูกพันสองฝ่าย โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และเป็นการ มอบหมายให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการ แทรกแซงทางเศรษฐกิจ (*les contrats de réalisation d'objectifs interventionnistes*) เช่น สัญญาที่ หน่วยงานเกี่ยวกับสุราทำกับผู้ผลิตสุรา เพื่อให้เป็นกิจการในการดำเนินการ โดยถูกต้องตาม กฎหมาย

ข. สัญญาที่ยังเป็นที่โต้แย้งว่าเป็นสัญญาที่แท้จริงหรือไม่ ได้แก่ สัญญาแผน (*contrat du plan*) เป็นกรณีที่รัฐทำกับเอกชนที่นี้เพื่อปฏิบัติตามแผนที่วางไว้หรือโดยประการอื่น เช่น *La convention État-sidérurgie* ลงวันที่ 28 กรกฎาคม 1966 ระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวง เศรษฐกิจและการคลังกับสหภาพผู้ประกอบการอุตสาหกรรมเหล็กอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อทำความตกลงกับผู้ประกอบการตามแผนการความร่วมมือเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เกี่ยวกับ อุตสาหกรรมเหล็กที่กำหนดไว้

ค. สัญญาเทียม (*les faux contrats*) ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดราคา (*les contrats en matière de prix*) ซึ่งตามจริงแล้วเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นกฎ

2) สัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองด้วยกันเอง ฝ่ายปกครองด้วยกันเอง อาจทำสัญญากันได้เฉพาะอย่างยิ่งในบางกรณีที่มีกฎหมายกำหนดในเรื่องนี้ไว้ สัญญาประเภทนี้ได้แก่ สัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่า สัญญาจัดหาพัสดุหรือบริการ ข้อตกลงเกี่ยวกับการแบ่งทรัพย์สินหรือภาระหน้าที่ สัญญาสัมปทาน สัญญาตัวแทน ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สิน

**3.3.4 สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง** มีเกณฑ์ในการพิจารณาข้อความในสัญญา และพิจารณาลักษณะของกิจการที่ฝ่ายปกครองดำเนินอยู่ ดังนี้

1) สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

(contrat privé par détermination de la loi) หรือกฎหมายอาจกำหนดให้คดีเกี่ยวกับสัญญานั้น ๆ ให้ขึ้นศาลยุติธรรม เช่น สัญญาที่หน่วยงานทางทหารทำกับเอกชน (contrat passés par les services des ordinaires des corps de troupe) ตามรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 22 เมษายน 1905 สัญญาที่เอกชนช่วยเหลือเทศบาลเก็บภาษี (contrat d'affermage de diverses taxes municipales) ตามรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 17 พฤษภาคม 1809 สัญญาให้เอกชนเช่าที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม (contrats de baux ruraux) สัญญาจ้างเจ้าหน้าที่ในดินแดนโพ้นทะเล เป็นต้น

2) สัญญาทางแพ่งอื่น ๆ ของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีลักษณะ ดังนี้

ก. ข้อความในสัญญาที่ไม่มีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง และไม่ใช้การให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งบางครั้งรัฐอาจสละเอกสิทธิ์ในกฎหมายมหาชนลงมาทำสัญญาทางแพ่งกับเอกชนได้ ถ้าสัญญานั้นไม่ได้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้เอกชนบริการสาธารณะเองโดยตรง เช่น คดีพิพาทระหว่างเทศบาลเมืองลิล กับ บริษัทหินแกรนิต Granits porphyroïdes des Vosges<sup>30</sup> เกี่ยวกับสัญญาซื้อหินแกรนิตมาปูพื้นทำถนนเมืองลิล คดีนี้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าสัญญานี้เป็นสัญญาซื้อขายทางแพ่งธรรมดา เพราะบริการสาธารณะคือการสร้างและซ่อมบำรุงถนนซึ่งเทศบาลทำเองอยู่แล้ว การที่บริษัทขายหินแกรนิตให้เทศบาลมาปูถนนมิใช่การดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงในตัวของมันเอง และสัญญานี้ไม่มีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง จึงเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองเท่านั้น ข้อสังเกต หากเทศบาลเมืองลิลจ้างบริษัทให้ซ่อมแซมพื้นถนน โดยใช้แผ่นหินของบริษัทเอง สัญญานี้จึงจะเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะเอกชนเข้ามาดำเนินบริการสาธารณะในการซ่อมเองโดยตรง

<sup>30</sup> คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ลงวันที่ 25 ตุลาคม 1961 (C.E. 25 octobre 1961, Geronimi, Rec. p.592 อ้างใน พัชณา จิตรมहिมา “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” วารสารกฎหมายปกครอง 27, 3 (2553): 3-72 หน้า 16

ข. สัญญาของหน่วยงานที่ดำเนินบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม (หรือรัฐวิสาหกิจ) ฝ่ายปกครองอาจดำเนินบริการสาธารณะได้ใน 2 ลักษณะที่แตกต่างกัน คือ บริการสาธารณะทางปกครองโดยแท้ (service public administratif) กับบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม (service public industriel et commercial) ซึ่งก็คือรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยนั่นเอง บริการสาธารณะประเภทแรก เป็นบริการสาธารณะโดยตรงและมีความสำคัญ<sup>31</sup> เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อย การต่างประเทศ การศึกษา ฯลฯ ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้รัฐต้องจัดทำเอง หากมีการเรียกเก็บค่าใช้จ่ายก็เรียกเก็บในอัตราที่น้อยมาก ส่วนบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม แม้วัตถุประสงค์จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเช่นกัน แต่ลักษณะเป็นการดำเนินการทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ลักษณะการบริหารจัดการคล้ายเอกชน คือ มุ่งเก็บค่าบริการเชิงการค้าให้สามารถเลี้ยงตัวได้โดยไม่ต้องใช้งบประมาณแผ่นดิน เช่น การขนส่งมวลชน การไฟฟ้า การประปา ฯลฯ ผลในทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม คือ เป็นสัญญาทางแพ่ง และอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลยุติธรรม ดังนี้

ก) สัญญาจ้างแรงงานระหว่างบุคคลธรรมดา กับหน่วยงานที่ดำเนินบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม เป็นสัญญาทางแพ่ง ยกเว้นพนักงานในตำแหน่งทางบริหารที่มีความสำคัญ เช่น ผู้อำนวยการ สมุหบัญชี ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน และอาจเป็นข้าราชการของรัฐได้<sup>32</sup>

ข) สัญญาระหว่างหน่วยงานที่ดำเนินบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมกับผู้ให้บริการ เป็นสัญญาทางแพ่งเสมอ ไม่ว่าข้อความในสัญญาเป็นอย่างไร ความรับผิดชอบละเมิดก็ใช้กฎหมายเอกชนบังคับ และอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลยุติธรรม

ค) สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมโดยตรง หรือมีข้อความที่รับรองเอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน ถือเป็นสัญญาทางปกครอง

<sup>31</sup> T.C. 22 jan.1921, Société commercial de l'ouricain] Gr. Ar., p.163 อ้างใน พัชณา จิตรมหีมา “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” วารสารกฎหมายปกครอง 27, 3 (2553) : 3-72 หน้า 16

<sup>32</sup> คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ลงวันที่ 8 มีนาคม 1957 (C.E. 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, Rec. p.158 อ้างใน พัชณา จิตรมหีมา “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” วารสารกฎหมายปกครอง 27, 3 (2553) : 3-72 หน้า 17

ค. สัญญาให้เช่าหรือหาประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา (contrats d'occupation du domaine privé) ทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา (domaine privé) เป็นทรัพย์สินที่รัฐมีกรรมสิทธิ์เหมือนกับที่เอกชนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตน สัญญาให้เช่าหรือหาประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดาจึงเป็นสัญญาทางแพ่งใช้กฎหมายเอกชนบังคับเหมือนสัญญาเช่าระหว่างเอกชนทั่วไป เว้นแต่จะมีข้อความแสดงเจตจำนงของฝ่ายปกครอง จึงจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>33</sup>

### 3.4 การบังคับใช้สัญญาทางปกครอง

ในการบังคับใช้สัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายปกครองอาจตกลงเรื่องอำนาจพิเศษ (เอกสิทธิ์) ของฝ่ายปกครองไว้ หรือแม้แต่ในสัญญาไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ฝ่ายปกครองก็มีสิทธิเต็มที่ หลักดังกล่าวนี้สภาแห่งรัฐเรียกว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง (regles applicables aux contrats administratifs) ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) เรียกว่าหลักที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง (principes applicables aux contrats administratifs)<sup>34</sup> ซึ่งจากหลักดังกล่าวทำให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองอย่างน้อย 2 ประการ คือ

3.4.1 อำนาจของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยมีแนวคิดที่ว่าผู้ทำสัญญาทางปกครองย่อมต้องยอมรับผลและจะไม่ขัดขวางในการจัดทำบริการสาธารณะ ได้มาจากแนวความคิดเรื่องความไม่เท่าเทียมกันของสัญญาฝ่ายปกครอง หรือเรียกว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบพิเศษของสัญญาทางปกครอง หากฝ่ายปกครองไม่มีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชนแล้ว จะทำให้การบริการสาธารณะไม่บรรลุเป้าหมาย ด้วยสาเหตุดังกล่าวฝ่ายปกครองจึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียว โดยอ้างสาเหตุ 3 ประการ ประการแรก เหตุเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เช่น มีการละทิ้งงาน มีการจัดระบบบริการสาธารณะใหม่ หรือเหตุเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ และความไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายจะมีผลทำให้สัญญาเป็นโมฆะ ประการที่สอง การเลิกสัญญาเนื่องจากคู่สัญญากระทำผิดสัญญา ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะบอกเลิกสัญญาใช้สิทธิปรับ หรือใช้สิทธิบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา ประการที่สาม การเลิกสัญญาด้วยสาเหตุที่ไม่ได้กระทำผิดสัญญา เช่น คู่สัญญามีปัญหาเรื่องการเงิน มีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปซึ่งทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่กรณีนี้ต้องให้ศาลปกครองชี้ขาด

<sup>33</sup> วิกุลย์ คัมมาระบุตร การจัดประเภทของสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปของฝรั่งเศส ใน เอกสารโครงการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร หลักกฎหมายปกครอง ประเภทของสัญญาทางปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2532 หน้า 408 - 409

<sup>34</sup> ยงยุทธ อนุกุล หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส กรุงเทพมหานคร สำนักงานศาลปกครอง 2547  
หน้า 120

**3.4.2 อำนาจฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาเพียงฝ่ายเดียว** ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ตามหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือเอกชนทุกประการ ซึ่งนอกจากฝ่ายปกครองใช้อำนาจเหนือแล้ว ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจแก้ไขสัญญาเพียงฝ่ายเดียว โดยความมืออยู่ของอำนาจนี้มาจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ แม้กระนั้นก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะขอแก้ไขสัญญาตามอำเภอใจ ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจแก้ไขสัญญาเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ถ้าฝ่ายปกครองใช้อำนาจแก้ไขในข้อสาระสำคัญ ศาลปกครองของฝรั่งเศสถือว่าเป็นความผิดของฝ่ายปกครอง ซึ่งเอกชนมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ นอกจากนั้น ศาลปกครองอาจใช้เป็นเหตุบอกเลิกสัญญา เพราะเป็นความผิดของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งการขอแก้ไขสัญญานี้ ฝ่ายปกครองจะใช้สิทธิขอแก้ไขเรื่องเงินไม่ได้ เว้นแต่คู่สัญญาจะยินยอม สาเหตุที่ศาลสร้างหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองให้ฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียวนั้นมีเหตุผลมาจากทฤษฎีที่ว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงของการให้บริการสาธารณะนั่นเอง ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิของฝ่ายปกครองในรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 1976 มาตรา 1522 กำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องรับความเปลี่ยนแปลงอันเกิดจากความต้องการหรือลักษณะของการให้บริการสาธารณะ หรือในส่วนที่เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะก็มีประมวลกฎหมายพัสดุ มาตรา 45bis และ มาตรา 255 bis ก็ได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ในบางกรณี ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสได้พัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองไปไกลมากแล้ว โดยได้พัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองจนเป็นเอกเทศจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน ซึ่งการพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองดังกล่าวเป็นการพัฒนาที่มีรูปแบบของตนเองโดยเฉพาะ

#### 4. แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเยอรมันปรากฏขึ้นเด่นชัดใน ค.ศ. 1970 จากข้อถกเถียงของนักวิชาการสองฝ่าย<sup>35</sup> ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สัญญาทางปกครองไม่อาจมีได้ในระบบกฎหมายเยอรมัน ควรยึดถือสัญญาทางแพ่งทั่วไปในฐานะที่เท่าเทียมกัน กับอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าสัญญาทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในระบบกฎหมายเยอรมัน เพราะหลักของสัญญาทางปกครองจะเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าฝ่ายปกครองมักใช้อำนาจในทางปกครองอันมีลักษณะเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่เป็นไปตามหลักแห่งความ

<sup>35</sup> พรพิมล บุญทวีเวช, ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง (Arbitration clauses in administrative contracts), วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547, หน้า 16.



เท่าเทียมกัน ในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองเยอรมันได้ยอมรับหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยนำมากำหนดในข้อสัญญา เนื่องจากเห็นว่าสัญญาทางปกครองมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ ศาลเยอรมันเริ่มยอมรับว่า หลักกฎหมายของสัญญาทางปกครองนั้นเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินกิจการของรัฐ

สัญญาทางปกครองตามกฎหมายเยอรมันปรากฏขึ้นเป็นรูปธรรมใน ค.ศ. 1976 เนื่องจากการบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 เรียกโดยย่อว่า VwVfG)

#### 4.1 หลักทั่วไป

ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองต้องการเครื่องมือประเภทต่าง ๆ ในการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองจะก่อตั้งสิทธิหน้าที่ในแดนของกฎหมายมหาชนโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว เช่น การออกกฎหมายปกครองกำหนดมาตรการเฉพาะรายใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อย่างไรก็ตาม นอกจากฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจฝ่ายเดียวก่อตั้งสิทธิหน้าที่ระหว่างตนกับเอกชนแล้ว ฝ่ายปกครองยังอาจใช้วิธีการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ (สัญญา) ขึ้นมาได้ หากฝ่ายปกครองเห็นว่าวิธีการตกลงยินยอมกันจะสะดวกและเป็นประโยชน์กว่า และเนื่องจากฝ่ายปกครองไม่ถูกจำกัดในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองว่าจะต้องเคลื่อนไหวในแดนของกฎหมายมหาชนเท่านั้น แต่อาจเคลื่อนไหวในแดนของกฎหมายเอกชนได้เช่นเดียวกัน นิติสัมพันธ์ตามสัญญาที่เกิดขึ้นจึงอาจเป็นนิติสัมพันธ์ในระบบกฎหมายมหาชน หรือในระบบกฎหมายเอกชนก็ได้

เนื่องจากระบบกฎหมายของเยอรมันจัดอยู่ในระบบกฎหมาย Civil law ซึ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกัน จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาในกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) หรือกฎหมายเอกชน (สัญญาทางแพ่งที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา) ข้อพิจารณาดังกล่าวมีความสำคัญทั้งต่อการใช้กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ ในแง่กฎหมายสารบัญญัติ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจะตกอยู่ภายใต้หลักในทางกฎหมายปกครอง เช่น หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองทำขึ้นเพื่อให้จุดมุ่งหมายในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองบรรลุผลโดยไม่ต้องใช้คำสั่ง ฝ่ายปกครองจึงอาจได้รับสิทธิบางประการที่ไม่มีในกฎหมายเอกชน เช่น สิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนการตกลงเข้าทำสัญญาทางแพ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งคู่สัญญามีสิทธิเท่าเทียมกัน เราจึงไม่พบสิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางแพ่ง ในแง่กฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยเฉพาะ

อย่างยิ่งการใช้สิทธิฟ้องคดีซึ่งพิพาทกันตามสัญญา นั้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางแพ่งจะต้องฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม ส่วนข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตีความสัญญา การแก้ไขปรับปรุงและเลิกสัญญาหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาทางปกครอง จะต้องฟ้องร้องยังศาลปกครอง<sup>36</sup>

#### 4.2 ความหมายของสัญญาทางปกครอง

ก่อน ค.ศ. 1970 มีการเรียกสัญญาทางปกครองว่าสัญญาทางมหาชน ต่อมาเมื่อได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองลงใน Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมันได้บัญญัติไว้ใน หมวดสี่ VwVfG (Teil IV) ว่าด้วยสัญญาทางกฎหมายมหาชน (Öffentlich-rechtlicher Vertrag) ตั้งแต่มาตรา 54-62 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ทั้งนี้ มาตรา 62 แห่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้นำบทบัญญัติในมาตราอื่นที่นอกเหนือจากมาตรา 54 -62 ตามรัฐบัญญัตินี้มาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย นอกจากนี้กฎหมายเยอรมันยังยอมรับให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้เพิ่มเติมกับหลักกฎหมายปกครองตามความเหมาะสมด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองของเยอรมันจะอยู่ภายใต้บังคับของรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน<sup>37</sup>

สัญญาทางปกครองเยอรมันเรียกอีกนัยหนึ่งว่า สัญญาทางกฎหมายมหาชน โดยมาตรา 54 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 บัญญัติว่า “นิติสัมพันธ์ในขอบเขตแห่งกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับได้โดยสัญญา (สัญญาทางกฎหมายมหาชน) เท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แทนที่จะออกคำสั่งทางปกครองแก่บุคคลผู้ที่ต้องรับคำสั่งทางปกครองโดยตรง ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่อาจทำสัญญาทางกฎหมายมหาชนกับบุคคลดังกล่าวได้” ตามมาตรา 54 จะเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองเยอรมันสามารถทำสัญญาทางปกครองได้ โดยต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

**4.2.1 นิติสัมพันธ์** เนื่องจากสัญญาเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันด้วยความสมัครใจของคู่สัญญา มุ่งโดยตรงที่จะให้มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือ โดยมีผลทางกฎหมาย สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันจึงเป็นสัญญา

<sup>36</sup> มาตรา 40 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล (Verwaltungsgerichtsordnung)

<sup>37</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน กรุงเทพมหานคร สำนักงานศาลปกครอง 2545 หน้า 1

ซึ่งมุ่งไปยังการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชน และสามารถให้สัญญาทางปกครองแทนการออกคำสั่งทางปกครองได้ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีการแสดงเจตนา ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา การบอกล้างการแสดงเจตนา ฯลฯ ไว้ จึงต้องนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้น<sup>38</sup>

**4.2.2 ขอบเขตแห่งกฎหมายมหาชน** หลักเกณฑ์ในส่วนนี้แสดงให้เห็นว่าสัญญาทางปกครองเยอรมันมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง เกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองให้พิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นที่ตั้ง หากวัตถุประสงค์แห่งสัญญามุ่งประสงค์เพื่อก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชน สัญญาดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยอาจมีลักษณะเป็นการบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง การกำหนดหน้าที่ให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองต้องไปออกคำสั่งทางปกครองหรือต้องไปกระทำการใดทางปกครอง หรือมีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น ตกลงกันว่าเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำการก่อสร้างอาคารฝ่ายปกครองจะต้องออกใบอนุญาตก่อสร้างให้ อย่างไรก็ตาม แม้สัญญาทางปกครองส่วนใหญ่จะมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองก็ตาม แต่นั่นมิได้หมายความว่าสัญญาทุกสัญญาที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำสัญญาซื้อขายรถยนต์กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอีกแห่งหนึ่ง ซึ่งเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว จะพบว่าสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายรถยนต์นั้นมุ่งไปเพื่อการก่อนนิติสัมพันธ์ในขอบเขตของกฎหมายแพ่ง ดังนั้นสัญญาดังกล่าวแม้จะมีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นปกครองก็ตาม เป็นสัญญาทางแพ่ง ในทางตรงกันข้ามสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนที่เนื้อหาแห่งสัญญามุ่งประสงค์เพื่อก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนก็มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในเงินเกษียณอายุราชการ (BSozGE 70, 37(39)) หรือสัญญารับโอนหน้าที่ในการทำความสะอาดถนนสาธารณะ (OVG Lüneburg OVG 27, 341(343)) เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้น สัญญาทางปกครองระหว่างเอกชนกับเอกชนจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น (Bonk-Stelkens/Bonk/Sachs, § 54 Rdn. 65ff. mwN)<sup>39</sup>

<sup>38</sup> มาตรา 62 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

<sup>39</sup> เชิดวุฒิ สิทธิมลบูรณ์ “สัญญาช่วงในระบบกฎหมายเยอรมัน” ใน *แนวทางการจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง* บทวิจารณ์พิมพ์ 2553 หน้า 126

**4.2.3 สัญญาทางปกครองที่จะเกิดขึ้นจะต้องเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับ ซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมาย** เนื้อหาของสัญญาทางปกครองอาจเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ขึ้นเป็นครั้งแรกของการทำสัญญา หรือเป็นการเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์เดิมที่มีอยู่ก่อนหน้านี้ หรือเป็นการตกลงให้ระงับหรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ที่มีผลอยู่โดยให้สิ้นผลไป การที่กฎหมายบัญญัติให้การระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครองอาจทำเป็นสัญญาได้ ย่อมหมายความว่าโดยปริยายว่าฝ่ายปกครองไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวยกเลิกสัญญาทางปกครองได้<sup>40</sup> อย่างไรก็ดี ฝ่ายปกครองอาจแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเลิกสัญญาทางปกครองได้หากกรณีต้องด้วยเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติ

**4.2.4 การทำสัญญาดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย** เป็นหลักที่ได้รับ การยอมรับโดยทั่วไปตามหลักการทำสัญญาซึ่งจะต้องมีวัตถุประสงค์เป็นการอันชอบด้วยกฎหมาย หากข้อตกลงดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว สัญญานั้นย่อมมีผลและผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ตกลงกัน

### 4.3 แบบสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

บทบัญญัติมาตรา 57 VwVfG กำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องแบบของสัญญานี้ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 บัญญัติในเรื่องแบบของสัญญาไว้โดยต้องทำเป็นหนังสือ ซึ่งแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถทำคำสั่งทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรทางอิเล็กทรอนิกส์ ด้วยวาจาหรือแบบอื่นใดก็ได้ (มาตรา 37(2) VwVfG) ตามคำวินิจฉัยของศาล หากสัญญาทางปกครองมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินอยู่ด้วย สัญญาทางปกครองนั้นนอกจากต้องทำ เป็นหนังสือแล้ว ยังจะต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 313 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerlichen Gesetzbuchs หรือที่เรียกโดยย่อว่า BGB)<sup>41</sup>

### 4.4 เกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝ่ายปกครองอาจตกลงทำสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ในส่วนของสัญญาทางปกครองเองก็ไม่จำเป็นว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

<sup>40</sup> Franz Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1994 p.162 อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน วารสารนิติศาสตร์ 29: 2 (มิถุนายน 2542) หน้า 266

<sup>41</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน กรุงเทพฯ สำนักงานศาลปกครอง 2545 หน้า 20

จะต้องเป็นฝ่ายปกครอง ในทางกลับกันองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจตกลงทำสัญญาทางแพ่งระหว่างกันได้ การใช้สัญญาเป็นเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งจึงไม่อาจกระทำได้

ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งนั้นต้องพิจารณาในทางภาวะวิสัย โดยใช้เกณฑ์วัตถุแห่งสัญญา (Vertragsgegenstand) เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง การพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาแท้ที่จริงแล้วก็คือการพิจารณาเนื้อหาของว่าเนื้อหาของวัตถุแห่งสัญญาเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับบทบาทบัญญัติในทางกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ต้องพิจารณาว่าเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในกฎหมายปกครองหรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าว สัญญาทางปกครองจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้ คือ<sup>42</sup>

#### 4.4.1 เนื้อหาของสัญญาต้องมีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติ

**ในกฎหมายปกครอง** เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย

4.4.2 เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น กำหนดให้ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร ตัวอย่างเช่น ผู้ขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารพาณิชย์ซึ่งมีหน้าที่ต้องก่อสร้างที่จอดรถยนต์สำหรับผู้มาติดต่อธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองนั้นไม่สามารถก่อสร้างที่จอดรถยนต์ในอาคารหรือบริเวณใกล้เคียงได้ เนื่องจากเนื้อที่ในอาคารไม่เพียงพอและไม่อาจหาซื้อที่ดินข้างเคียงอาคารได้ ผู้ขอรับใบอนุญาตดังกล่าวอาจตกลงทำสัญญากับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร โดยยกเว้นหน้าที่ในการก่อสร้างที่จอดรถยนต์แก่ตน ทั้งนี้ โดยผู้ขอรับใบอนุญาตจะจ่ายเงินตอบแทนในจำนวนที่เหมาะสมให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้จ่ายในการก่อสร้างที่จอดรถยนต์ในบริเวณข้างเคียงต่อไป

4.4.3 เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถ เป็นต้น

ในกรณีที่เนื้อหาของสัญญามีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนนั้น เช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โอนที่ดินของตนส่วนหนึ่งให้แก่องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น โดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสัญญาว่าจะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองให้ หรือจะลดค่าธรรมเนียมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเนื่องมาจาก

<sup>42</sup> Hartmut Maurer *Allgemeines Verwaltungsrecht* 11 Aufl. 1997 p.349 อ้างใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ *ข้อคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน* วารสารนิติศาสตร์ 29: 2 มิถุนายน 2542 หน้า 266



การก่อสร้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ ตามมูลค่าของที่ดินที่ฝ่ายเอกชนได้โอนให้ เนื่องจากการโอนที่ดินของฝ่ายเอกชนให้แก่องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชน ซึ่งนักกฎหมายส่วนหนึ่งเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณีของสัญญาผสมทางปกครองและทางแพ่ง<sup>43</sup> (gemischt öffentlichrechtlich/privatrechtlicher Vertrag) เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นจะต้องแยกพิจารณา หากพิพาทกันในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชน จะต้องฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เช่น กรณีที่เอกชนไม่ยอมโอนที่ดินตามสัญญา หากพิพาทกันในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เช่น องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นไม่ลดค่าธรรมเนียมให้ตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ความเห็นดังกล่าวนี้เป็นความเห็นที่นักกฎหมายจำนวนไม่น้อยไม่เห็นด้วย และได้เสนอให้พิจารณาธรรมชาติในทางกฎหมาย (Rechtsnatur) ของสัญญาในลักษณะเอกภาพ กล่าวคือ ถ้าเนื้อหาของสัญญาแม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง ซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองแล้วให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>44</sup> อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เป็นปัญหาที่ยังหาข้อยุติเด็ดขาดไม่ได้ในทางทฤษฎี

#### 4.5 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้กำหนดประเภทของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึงคู่สัญญา และเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาไว้โดยปริยายและโดยชัดแจ้ง ดังนี้

##### 4.5.1 การแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาในแง่คู่สัญญา

###### 1) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

(koordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag) สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งฝ่ายเดียวทางปกครองได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน เช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการบำรุงรักษาลำน้ำบริเวณรอยต่อของเขตการปกครองตนเอง

<sup>43</sup> Alfons Gern *Der Vertrag zwischen Privaten Über öffentlichrechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen* 1977 p.56 อ้างใน วรเจตน์ กาสิรัตน์ *ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน* วารสารนิติศาสตร์ 29: 2 มิถุนายน 2542 หน้า 268

<sup>44</sup> Hartmut Maurer *Allgemeines Verwaltungsrecht* p.350 อ้างใน วรเจตน์ กาสิรัตน์ *ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน* วารสารนิติศาสตร์ 29: 2 มิถุนายน 2542 หน้า 268

## 2) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

(*subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag*) สัญญาทางปกครองประเภทนี้โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปทางมหาชน ฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้ว กฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเล็กสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริง ๆ เท่านั้น สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้ แม้ว่าโดยปกติจะเป็นเรื่องซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม<sup>45</sup> แต่สัญญาดังกล่าวก็หาได้จำกัดเฉพาะการเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่แต่รวมถึงกรณีอื่น ๆ ที่เป็นความตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย เช่น สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับข้าราชการเกี่ยวกับการชำระเงินที่หน่วยราชการได้ออกให้ไปเพื่อการศึกษาอบรมคืน ในกรณีที่ข้าราชการพ้นจากตำแหน่งก่อนเวลาที่ตกลงกันไว้<sup>46</sup>

### 4.5.2 การแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาในแง่เงื่อนไข

#### ความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา

1) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (*Austauschvertrag*) สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน เนื่องจากการตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง อาจมีลักษณะเป็นการขยายอำนาจรัฐ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ จึงกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาไว้ในมาตรา 56 ดังนี้ คือ การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้อง 1) เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา 2) จะต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุนิติหน้าที่ทางปกครอง 3) จะต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว และ 4) จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เช่น เอกชนต้องการลงทุนก่อสร้างที่พักอาศัยขนาดใหญ่ในพื้นที่ที่ไม่มีโรงเรียน หรือสถานที่รับเลี้ยงเด็ก บริเวณใกล้เคียง องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น ไม่อาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากเอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างไปใช้ในการสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กได้ คงเก็บได้แต่ภาษีท้องถิ่นสำหรับการบำรุงถนนเท่านั้น เพื่อประกอบการพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้างและ

<sup>45</sup> มาตรา 54 ประโยคที่ 2 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

<sup>46</sup> Hartmut Maurer/Bruno Bartscher *Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung* 2 Aufl. 1997, p.111 อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์ *ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบอบกฎหมายเยอรมัน* วารสารนิติศาสตร์ 29: 2 มิถุนายน 2542 หน้า 269

การพิจารณาวางผังเมือง เอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างอาคารกลางทำสัญญากับองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น โดยมอบเงินในจำนวนที่เหมาะสมให้เพื่อให้องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก สัญญาที่เรียกว่า Folgekostenvertrag ซึ่งถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ ย่อมถือว่าชอบด้วยกฎหมายเพราะ 1) การมอบเงินโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีวัตถุประสงค์ให้องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก 2) การสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กทำให้ภารกิจในทางมหาชนลุล่วงไป 3) จำนวนเงินเหมาะสมเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณี 4) การมอบเงินให้ก่อสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กมีความสัมพันธ์ทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คือ การพิจารณาวางผังเมือง และการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

2) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (*Vergleichsvertrag*) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอน อีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้น หรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นจะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเอกชนอาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้จึงมีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความนั่นเอง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 55<sup>47</sup>

นอกจากจากรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นนี้แล้ว ยังมีสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่นที่ยังไม่บัญญัติไว้ในกฎหมายอีก เช่น สัญญาทางปกครองที่ก่อให้เกิดเพียงสิทธิเรียกร้องหน้าที่ (*Verpflichtungsvertrag*) หรือสัญญาทางปกครองที่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่โดยตรง (*Verfügungsvertrag*) เป็นต้น

#### 4.6 หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

4.6.1 หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (*Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*) เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง (*Verwaltungshandeln*) การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับรูปแบบการกระทำทางปกครองอื่นๆ เช่น การออกกฎทางปกครอง หรือการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือหลักการที่ว่า

<sup>47</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล (VwGO) มาตรา 106

กฎหมายต้องมาก่อน (Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) และหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ (Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) ในการนำหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายไปปรับใช้กับสัญญาทางปกครองนั้น นักกฎหมายเยอรมันแยกการพิจารณารูปแบบการกระทำทางปกครอง ลักษณะสัญญาและเนื้อหาของสัญญาออกจากกัน ซึ่งในการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองนั้น เยอรมันถือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ครบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ แต่ถ้าเมื่อใดก็ตามกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ เช่น กำหนดว่าการเก็บภาษีอากรต้องกระทำโดยออกเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่นนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจใช้วิธีการทางสัญญาจัดเก็บภาษีอากรได้ มิฉะนั้นแล้ว ถือว่าสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ

**4.6.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา** เมื่อพูดถึงสัญญาแล้ว เรามักจะนึกถึงหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งมีความหมายถึงเสรีภาพในการเลือกตัวคู่สัญญาและเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาเสมอ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา มีที่มาจากหลักอำนาจของเอกชน ในการก่อตั้งสิทธิหน้าที่ในแดนกฎหมายเอกชน หลักการดังกล่าวนี้นับได้ว่าเป็นหัวใจของกฎหมายเอกชนในแดนแห่งกฎหมายเอกชน ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจซึ่งเปรียบเทียบกับอำนาจของเอกชน ในการก่อตั้งสิทธิหน้าที่ตามที่ตนเองต้องการ แต่อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากกฎหมาย ในการใช้อำนาจฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัด แม้จะมีกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องใช้ดุลพินิจนั้นในกรอบที่กฎหมายกำหนด จะใช้ดุลพินิจอย่างอำเภอใจหาได้ไม่ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงไม่อาจเปรียบเทียบกับเสรีภาพของปัจเจกชนในกฎหมายเอกชนได้ พิจารณาจากฝ่ายปกครอง หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจึงไม่อาจมีได้ อย่างไรก็ตามในแง่ของเอกชนผู้เข้าทำสัญญาทางปกครองนั้นย่อมต้องถือว่ามีเสรีภาพในการทำสัญญาเต็มที่ แม้กระนั้นการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนเอง ก็หาเป็นไปได้เต็มที่เช่นในกฎหมายเอกชนไม่ แต่ถูกจำกัดโดยสภาพ เพราะคู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว กล่าวให้ถึงที่สุดแล้ว เราอาจสรุปเป็นหลักการทั่วไปว่า ในกฎหมายปกครองไม่มีหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ในความหมายของกฎหมายเอกชน

**4.6.3 หลักการอื่น ๆ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง** ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สัญญาทางปกครองจะต้องทำเป็นหนังสือ แบบในการทำสัญญาทางปกครองจึงเคร่งครัดกว่าแบบของการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจจะออกโดยวาจาทำทางก็ได้ อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือ (มาตรา 57 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ) ถือเป็น

มาตรฐานกลางเท่านั้น หากกฎหมายกำหนดแบบที่เคร่งครัดกว่าการทำเป็นหนังสือ การตกลงทำสัญญาทางปกครองก็ต้องเป็นไปตามแบบอันเคร่งครัดกว่าตามที่กำหนดไว้

สัญญาทางปกครองที่มีผลก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่สาม จะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่สามนั้น<sup>48</sup> ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกก่อตั้งนิติสัมพันธ์โดยวิธีการทางสัญญา แทนการออกคำสั่งทางปกครอง หากการออกคำสั่งทางปกครองต้องการคำขออนุญาต หรือความยินยอมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองแทนการออกคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องได้รับคำอนุญาตหรือความยินยอมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นด้วยเช่นกัน

สัญญาทางปกครองอาจตกเป็นโมฆะเมื่อต้องด้วยกรณีที่รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ มาตรา 59 วรรค 1 ซึ่งกำหนดให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะเมื่อมีเหตุโมฆะกรรมตามกฎหมายแพ่ง ส่วนสัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันซึ่งได้แก่สัญญาทางปกครองประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนนั้น อาจตกเป็นโมฆะ เมื่อต้องด้วยกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้<sup>49</sup> คือ 1) ต้องด้วยเหตุโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง เช่น มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเห็นได้ชัด 2) ต้องด้วยเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่จะเป็นเรื่องบกพร่องทางวิธีพิจารณาเรื่องในทางปกครองหรือผิดพลาดในแง่รูปแบบ 3) เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาระงับข้อผิดพลาดทางปกครองมีอยู่ไม่ครบถ้วน 4) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยอมรับเอาการตอบแทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองโดยคู่สัญญาเอกชน กรณีไม่ปรากฏเหตุโมฆะกรรม สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลบังคับผูกพัน (Bestandskraft) และเป็นฐานในการเรียกร้องและบังคับตามสิทธิในสัญญาได้

ในกรณีที่ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปจนมีผลให้ไม่อาจคาดหมายจากคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ อาจเรียกร้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้มาตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาได้ แต่ถ้าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาไม่อาจเป็นไปได้ คู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้<sup>50</sup> สิทธิเรียกร้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญา หรือสิทธิเลิกสัญญานี้ เป็นสิทธิ

<sup>48</sup> มาตรา 58 วรรค 1 รัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฯ

<sup>49</sup> มาตรา 59 วรรค 2 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ

<sup>50</sup> กรณีนี้เป็นไปตามหลัก “clausula rebus sic stantibus” ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นของหลัก



คู่สัญญาทั้งฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนได้รับเท่าเทียมกัน<sup>51</sup> นอกเหนือจากสิทธิเลิกสัญญาทั่วไปที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองยังได้รับสิทธิพิเศษในการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง เพื่อที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจมีต่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วย การใช้สิทธิพิเศษตามมาตรา 60 วรรค 1 ประโยคที่ 2 แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ นี้ ต้องเป็นการใช้ในกรณีจำเป็นและเป็นมาตรการสุดท้าย (ultima ratio) ในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเท่านั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้สิทธิพิเศษนี้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย

#### 4.7 สรุป

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน ถือเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งเคียงคู่ไปกับรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทอื่น ๆ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายปกครอง แม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติให้ฝ่ายปกครองใช้สัญญาทางปกครองก็รวมไปถึงกรณีอื่นด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้วิธีการออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ได้ ลักษณะเด่นของสัญญาทางปกครองของเยอรมันอีกประเภทหนึ่ง คือ การเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ยกเว้นในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะฝ่ายปกครองก็อาจใช้สิทธิพิเศษเลิกสัญญาทางปกครองได้ หลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาเป็นหลักที่ได้จากกฎหมายแพ่ง ซึ่งเป็นลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทางปกครอง (contrat administratif) ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งยึดถือประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก จึงให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง ทำให้ฝ่ายปกครองมีสถานะที่เหนือกว่าฝ่ายเอกชน

### 5. แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุ (contrat des marchés publics) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาพัสดุ (les marchés publics) เป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมายเพราะเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นสัญญาทางปกครอง (contrat administratif par détermination de la loi)<sup>52</sup> ตามมาตรา 3 แห่งรัฐกฤษฎีกาเลขที่ 2015-899 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม 2015 ว่าด้วยสัญญาพัสดุ บัญญัติว่า “สัญญาพัสดุกฎหมายได้รัฐกฤษฎีกานี้ที่ทำโดยนิติบุคคลมหาชน เป็นสัญญาทางปกครอง”

<sup>51</sup> มาตรา 60 วรรค 1 ประโยคที่ 1 รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ

<sup>52</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ สัญญาทางปกครอง หน้า 434

### 5.1 คำนิยาม

สัญญาพัสดุ หมายถึง สัญญาที่ฝ่ายปกครองในระดับต่าง ๆ ไม่ว่าจะป็นรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชนอื่น มอบหมายให้เอกชนซึ่งอาจเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา (โดยทั่วไปจะเป็นนิติบุคคล) ดำเนินการจัดหาพัสดุหรือบริการใด ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความจำเป็นบางประการของฝ่ายปกครองซึ่งอาจเป็นการเฉพาะหน้าหรือความจำเป็นที่มีอยู่ตลอดระยะเวลาช่วงใดช่วงหนึ่ง โดยรัฐเป็นผู้จ่ายเงินค่าตอบแทนให้สำหรับการจัดหาหรือบริการนั้น<sup>53</sup> ซึ่งจะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างตามกฎหมายแพ่ง แต่การจัดหาดังกล่าวเป็นของฝ่ายปกครองซึ่งเงินที่ใช้ในการจัดหาส่วนใหญ่เป็นการได้มาจากเงินภาษีของประชาชน ประกอบกับเป็นวิธีการจัดหาหลักที่ฝ่ายปกครองใช้ในการได้มาซึ่งพัสดุหรือบริการเพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ ดังนั้น สัญญาพัสดุจึงมีความพิเศษแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง ความพิเศษดังกล่าว คือ การที่กฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ไว้เป็นพิเศษ ซึ่งหลักเกณฑ์ส่วนใหญ่จะรวมไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (code des marches publics) ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับวิธีการจัดหาพัสดุแต่ละประเภท รวมทั้งเนื้อหาของสัญญา และกิจกรรมต่าง ๆ เกี่ยวกับสัญญา ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุมิใช่เป็นกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ (กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ) แต่เป็นกฎหมายระดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหาร โดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุประกาศใช้โดย รัฐกฤษฎีกา (décret) ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ.1964 และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาโดยตลอด ปัจจุบันประมวลกฎหมายพัสดุดั้งเดิม ประกาศใช้โดยรัฐกฤษฎีกาที่ 2001-210 ลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ.2001 และรัฐกฤษฎีกาที่ 2001-1168 ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ.2001 เนื่องจากประมวลกฎหมายพัสดุมิได้อยู่ในรูปของรัฐธรรมนูญที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นจึงไม่สามารถนำกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi) ที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาพัสดุไปบัญญัติรวมไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุด้วยได้ รัฐบัญญัติเหล่านั้น เช่น รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.1975 เกี่ยวกับผู้รับช่วงสัญญาที่บัญญัติให้รัฐสามารถจ่ายเงินให้ผู้รับช่วงสัญญาได้โดยตรงโดยไม่ต้องรอให้คู่สัญญาของฝ่ายปกครองมาเบิกเงินไปจ่ายให้ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ.1985 เกี่ยวกับผู้ควบคุมงานก่อสร้าง รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ.1991 เกี่ยวกับความโปร่งใสและความถูกต้องของกระบวนการทำสัญญา รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1992 เป็นเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะที่สำคัญบางประเภท รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 29

<sup>53</sup> เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส M.Philippe Turguet de Beauregard หัวข้อ “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง” จัดโดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการ่วมกับสถานเอกอัครราชทูตฝรั่งเศสประจำประเทศไทย เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2541 ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 18 ตอน 1 เมษายน 2542 หน้า 1

มกราคม ค.ศ. 1993 เกี่ยวกับการป้องกันการทุจริตและความโปร่งใสทางการเงินและการจัดซื้อจัดจ้าง นอกจากนี้ยังมีรัฐกำหนดและรัฐกฤษฎีกาอีกหลายฉบับที่บัญญัติถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุ

## 5.2 สารสำคัญของประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

### 5.2.1 ความหมายของการจัดหาพัสดุ มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ

ได้กำหนดเกณฑ์ที่จะพิจารณาว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาพัสดุ ดังนี้ สัญญาพัสดุ ได้แก่ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือเอกชนกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 วรรคแรก<sup>54</sup> แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครองในเรื่องเกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุและการจัดให้มีบริการ แต่เดิมก่อนการแก้ไขประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ สัญญาพัสดุอาจเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนได้ หากสัญญานั้นไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง คือ ไม่มีข้อกำหนดพิเศษที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง (clause exorbitante) หรือวัตถุประสงค์ของสัญญา (objet du contrat) หรือวัตถุประสงค์ของสัญญามีใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่หลังจากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ โดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ.2001 (la loi Murcef) มาตรา 2 กำหนดว่าการจัดหาพัสดุที่ทำโดยหลักเกณฑ์ทั้งหลายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุมิใช่ลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>55</sup> จึงเป็นที่ยุติว่าปัจจุบันนี้สัญญาพัสดุถือเป็นสัญญาทางปกครองเสมอ ทั้งนี้เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาพัสดุในอดีตนั่นเอง

<sup>54</sup> มาตรา 2 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายพัสดุ บัญญัติไว้ว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายพัสดุ ให้ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างที่ทำโดยรัฐ (état) องค์กรมหาชน (établissement publics) ที่ไม่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (à caractère industriel et commercial) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (les collectivités locales) และองค์กรมหาชนทั้งหลายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (les établissements publics des collectivités locales).

<sup>55</sup> Article 2 Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. Toutefois, le judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

**5.2.2 ประเภทของสัญญาพัสดุ** สัญญาพัสดุมีหลายประเภทด้วยกัน เช่น สัญญาจัดซื้อพัสดุ (marché de fournitures) สัญญาว่าจ้างจัดทำบริการ (marché de prestation de service) สัญญาจัดจ้างให้ผลิตต้นแบบทางอุตสาหกรรม (marché industriel) สัญญาก่อสร้างหรือทำนุบำรุงสถานที่ (marché des travaux) หรือสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา (marché d'études)<sup>56</sup>

1) **สัญญาจัดซื้อพัสดุ** (marché de fournitures) เป็นสัญญาที่ใช้ในการปฏิบัติราชการทั่วไป เช่น สัญญาในการจัดหาสิ่งหยาบหรือเครื่องไม้เครื่องมือในสำนักงาน เครื่องคอมพิวเตอร์ รถยนต์ ฯลฯ ในทางปฏิบัติหน่วยงานที่จัดซื้อพัสดุจะตรวจสอบรายชื่อผู้ขายจากบัญชีรายชื่อของผู้ผลิตสินค้าซึ่งบางครั้งจะเรียกกันว่าเป็นการซื้อผ่านใบโฆษณารายการสินค้า<sup>57</sup>

2) **สัญญาว่าจ้างให้จัดทำบริการ** (marché de prestation de service) สัญญาว่าจ้างให้จัดทำบริการเป็นที่นิยมใช้อย่างแพร่หลาย มีรูปแบบที่หลากหลาย เช่น สัญญาจ้างกำจัดขยะ สัญญาจ้างบริษัทเอกชนทำความสะอาดภายในอาคารสำนักงานฯ สัญญาจ้างให้จัดบริการขนส่งข้าราชการ พนักงาน หรือสัญญาจ้างให้จัดเลี้ยงในงานเลี้ยงรับรองของหน่วยงานของรัฐ เช่น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะจัดงานเลี้ยงรับรองและเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบบุคลากรของสำนักงานฯ ในการจัดเลี้ยง สำนักงานฯ อาจใช้วิธีว่าจ้างให้ผู้ประกอบการด้านการจัดเลี้ยงมาจัดบริการงานเลี้ยงรับรองให้ โดยจะสำรวจว่าผู้ประกอบการรายใดให้บริการที่มีคุณภาพดีหรือราคาถูกซึ่งสำนักงานอาจเลือกรายนั้นให้เป็นผู้ให้บริการจัดงานเลี้ยงให้ หรือปัจจุบันมีอาคารสูงเป็นจำนวนมาก หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นเจ้าของอาคารสูงอาจว่าจ้างบริษัทเอกชนที่ทำธุรกิจด้านทำความสะอาดอาคารสูงโดยตรงเป็นผู้ทำความสะอาด โดยสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาว่าจ้างให้จัดทำบริการนั่นเอง<sup>58</sup>

3) **สัญญาจัดจ้างให้ผลิตต้นแบบทางอุตสาหกรรม หรือสัญญาอุตสาหกรรม** (marché industriel) สัญญาประเภทนี้จะมีลักษณะซับซ้อน เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจไม่มีอยู่ในขณะทำสัญญา สัญญาว่าจ้างให้ผลิตทางอุตสาหกรรมนี้ ส่วนใหญ่จะเป็นการว่าจ้างในกิจการเกี่ยวกับความมั่นคง ตัวอย่างเช่น รัฐมีนโยบายที่จะมีกองกำลังอาวุธชนิดหนึ่งหรือมียุทธโศปกรณ์

<sup>56</sup> M.Philippe Turguet de Beauregard *สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง* เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส วันที่ 9 ธันวาคม 2541 กรุงเทพมหานคร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หน้า 4 - 5

<sup>57</sup> M.Philippe Turguet de Beauregard *สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง* เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส วันที่ 9 ธันวาคม 2541 กรุงเทพมหานคร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หน้า 5

<sup>58</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 5

เช่น เครื่องบิน หรือรถถัง ฯลฯ เป็นต้น ทางราชการอาจทำสัญญาว่าจ้างให้ผลิตอาวุธเป็นสัญญาผลิตต้นแบบทางอุตสาหกรรม การทำสัญญาประเภทนี้มีความสลับซับซ้อนยุ่งยากกว่าสัญญาประเภทอื่น เนื่องจากผู้ที่จะผลิตต้นแบบทางอุตสาหกรรมจะอยู่ในสถานะเหนือกว่ารัฐ เนื่องจากเป็นการจัดจ้างที่ไม่มีการแข่งขันกัน เมื่อเป็นเช่นนี้ ในการเข้าทำสัญญา รัฐจะต้องมีแนวความคิดหรือประมาณการค่าจ้างก่อนว่าราคาที่จัดจ้างนั้นควรเป็นเท่าใดหรืออย่างน้อยรัฐจะต้องทราบราคาอย่างใกล้เคียงที่สุดสำหรับการจัดจ้างในครั้งนั้น ฉะนั้น ก่อนที่จะทำสัญญาประเภทนี้ รัฐจะกำหนดให้มีการสำรวจหรือศึกษาราคาต้นทุน วิธีการศึกษาราคาต้นทุนจะทำโดยถอดแบบรายการต่าง ๆ ก่อนโดยคำนวณจากราคาวัสดุ เทคโนโลยีที่ใช้ แรงงาน เทคนิคการประกอบว่ามีค่าใช้จ่ายประมาณเท่าใด ทั้งนี้เพื่อที่จะนำมาสู่การวิเคราะห์ราคาต้นทุนที่ใกล้เคียงที่สุดก่อนเข้าทำสัญญา ในกรณีเช่นนี้หากภาครัฐมีหน่วยงานที่มีขีดความสามารถที่จะทำการวิเคราะห์ราคาต้นทุนได้ รัฐจะเป็นผู้วิเคราะห์ราคาต้นทุนเอง แต่ในกรณีที่ภาครัฐไม่มีความสามารถในการวิเคราะห์ราคาต้นทุน ไม่มีบุคลากร หรือเครื่องมือที่จะทำการวิเคราะห์ รัฐอาจทำสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อศึกษาวิเคราะห์ราคาต้นทุนให้ ซึ่งเมื่อภาครัฐได้ผลการวิเคราะห์และรายงานสรุปต้นทุน รวมทั้งข้อมูลต่าง ๆ แล้ว รัฐจึงอยู่ในสถานะที่พร้อมจะเจรจากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะว่าจ้างให้ผลิตต้นแบบทางอุตสาหกรรมได้<sup>59</sup>

#### 4) สัญญาก่อสร้างหรือทำนุบำรุงสถานที่ (marché des travaux) สัญญา

ก่อสร้างโดยทั่วไปเป็นสัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างอาคารสถานที่ รวมทั้งว่าจ้างให้ทำนุบำรุงรักษาปรับปรุงอาคารสถานที่ราชการ สัญญาประเภทนี้มีความสลับซับซ้อนมาก เนื่องจากเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่ายด้วยกัน ฝ่ายที่หนึ่ง คือ เจ้าของโครงการซึ่งก็คือหน่วยงานของรัฐ ฝ่ายที่สองคือผู้ควบคุมโครงการ โดยทั่ว ๆ ไปอาจเป็นสถาปนิกหรือสำนักงานสถาปนิกผู้ออกแบบโครงการในการทำงาน สถาปนิกจะเป็นตัวแทนเจ้าของโครงการในการควบคุมการก่อสร้างหรือควบคุมการทำนุบำรุงอาคารสถานที่ ฝ่ายที่สาม คือ ผู้รับเหมาก่อสร้าง ในทางปฏิบัติสัญญาก่อสร้างอาคารมีสัญญาอยู่สองส่วนด้วยกัน กล่าวคือ ในส่วนแรกจะมีสัญญาระหว่างรัฐในฐานะเจ้าของโครงการกับสถาปนิกหรือสำนักงานสถาปนิกผู้ออกแบบโครงการก่อน สัญญานี้วัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือ การออกแบบโครงการ รัฐอาจมอบอำนาจให้สถาปนิกผู้สัญญานั้นไปดำเนินการดูแลการก่อสร้างของผู้รับเหมาก่อสร้างด้วย โดยมอบอำนาจให้สถาปนิกนั้นเป็นผู้ควบคุมและตรวจสอบงานของผู้รับเหมาก่อสร้างด้วย สัญญาส่วนที่สองของสัญญาจ้างก่อสร้างคือสัญญาที่รัฐทำกับผู้รับเหมา ก่อสร้างโดยตรง เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าไม่มีสัญญาระหว่างสถาปนิกผู้ออกแบบหรือควบคุมงานกับผู้รับเหมาก่อสร้าง แต่เป็นการดำเนินการโดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบมาจากเจ้าของโครงการคือรัฐนั่นเอง<sup>60</sup>

<sup>59</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 5 - 6

<sup>60</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 6 - 7



5) สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา (marché d'études) สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาเป็นสัญญาว่าจ้างให้ทำการศึกษาวิจัยในสัญญาประเภทนี้สิ่งที่มุ่งประสงค์คือ ความรู้ ความสามารถของคู่สัญญา สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาส่วนมากจะเป็นสัญญาว่าจ้างให้ทำการศึกษาหรือทำการวิจัยในเรื่องที่ค่อนข้างหลากหลาย อาจเป็นการสำรวจ การศึกษา วัตถุประสงค์ ตัวอย่างเช่น กระทรวงสาธารณสุข ประสงค์จะกำหนดมาตรการเกี่ยวกับยาเสพติด กระทรวงสาธารณสุขอาจทำสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาให้ทำการศึกษาวิจัยความสัมพันธ์ระหว่างเยาวชนกับยาเสพติด เป็นต้น หรือสัญญาที่รัฐทำการว่าจ้างให้บริษัทเอกชนทำการศึกษาวเคราะห์ราคาต้นทุนของต้นแบบทางอุตสาหกรรมซึ่งรัฐจะทำการว่าจ้างผลิตตามสัญญาผลิตต้นแบบทางอุตสาหกรรมก็อยู่ในความหมายของสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาเช่นเดียวกัน

สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาในประเทศฝรั่งเศสค่อนข้างจะขยายตัวมาก ทั้งๆ ที่สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาโดยทั่วไปจะมีราคาสูงมาก และในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (code des marchés publics) มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาว่า “รัฐจะเข้าทำสัญญาประเภทนี้ได้ ก็ต่อเมื่อรัฐไม่สามารถที่จะทำการศึกษาวิจัยเรื่องนั้นได้ด้วยตนเอง” บทบัญญัตินี้มีความสำคัญมาก แต่ในระยะเวลาที่ผ่านมา มีการนำบทบัญญัตินี้ไปใช้ในทางที่ผิด เพราะแท้จริงแล้วในภาครัฐมีข้าราชการหรือบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถที่จะทำการวิจัยในเรื่องต่าง ๆ ได้ด้วยตนเองอยู่แล้ว แต่หน่วยงานของรัฐมักจะใช้วิธีการทำสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาทำการศึกษาวิจัยในเรื่องต่างๆ แทนที่จะดำเนินการศึกษาวิจัยด้วยตนเอง ซึ่งสาเหตุประการหนึ่งอาจมาจากการที่หน่วยงานต่าง ๆ มีลักษณะปิดกั้นตนเองอยู่เฉพาะในหน่วยงานของตัวเองมากเกินไป เพราะฉะนั้นหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งซึ่งไม่มีความสามารถในการทำการศึกษาวิจัยเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แทนที่จะหาหน่วยงานอื่นในภาครัฐซึ่งสามารถทำการวิจัยในเรื่องนั้นได้ กลับไม่ทำเช่นนั้น แต่ใช้วิธีการจ้างที่ปรึกษาที่เป็นบุคคลภายนอกให้ทำการศึกษาวิจัยแทน อีกเหตุผลหนึ่งคือ ข้าราชการหรือบุคลากรของรัฐหลีกเลี่ยงหรือหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบ ตัวอย่างเช่น ผู้บริหารหน่วยงานของรัฐหน่วยงานหนึ่งประสงค์จะปรับโครงสร้างการบริหารงานของหน่วยงานของตน ในทางทฤษฎีมีแนวทางอยู่ 2 แนวทาง แนวทางแรก คือ ศึกษาคิดค้นและสอบถามภายในหน่วยงานว่าปัญหาอยู่ตรงไหนและวางโครงสร้างการบริหารใหม่ขึ้นมา แนวทางที่สอง คือ ว่าจ้างที่ปรึกษากายนอกให้ศึกษาและวางโครงสร้างให้ ซึ่งบ่อยครั้งที่หน่วยงานของรัฐใช้แนวทางที่สอง ซึ่งการกระทำเช่นนี้ถือว่ามีผลเสียที่กฎหมายบัญญัติไว้ เหตุผลที่หน่วยงานของรัฐยกเป็นเหตุในการว่าจ้างที่ปรึกษามาทำการศึกษาวิจัย คือ บุคคลภายนอกมีความคิดเห็นที่เป็นกลางและเป็นการมองปัญหาจากภายนอกเข้ามาช่วยในการปรับปรุงระบบราชการ ซึ่งบางครั้งอาจเป็นความจริง แต่โดยทั่ว ๆ ไปแล้ว ถ้าศึกษาในรายละเอียดลึก ๆ ลงไปจะพบเหตุผลแอบแฝงอยู่ เช่น หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบมักหลีกเลี่ยง

ความรับผิดชอบเพราะไม่อยากเผชิญหน้ากับการคัดค้านของผู้ได้บังคับบัญชาหรือสภาพแรงงานที่ไม่เห็นชอบด้วยการปรับปรุง วิธีการเช่นนี้นอกจากจะเป็นวิธีการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ยังเป็นวิธีการที่สิ้นเปลืองงบประมาณของรัฐ และที่สำคัญคือมีผลเสียทำให้ข้าราชการหรือบุคลากรในหน่วยงานของรัฐคิดไม่เป็น ไม่ใช่ความสามารถที่มีอยู่ให้เกิดประโยชน์ต่อหน่วยงานได้<sup>61</sup>

**5.2.3 สัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่ง** โดยมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งได้จัดทำบัญชีรายชื่อของสัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งสามารถแยกออกได้ 3 ประเภท ดังนี้

1) สัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งอันเนื่องมาจาก **คู่สัญญา** โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ในสถานะที่ทำงานให้ฝ่ายปกครองอยู่แล้วและอยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายปกครองจึงไม่จำเป็นต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งมาเป็นหลักเกณฑ์ในการจัดซื้อจัดจ้าง

2) สัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งอันเนื่องมาจาก **การกำหนดโดยกฎหมายอื่น** เช่น กฎหมายของประชาคม กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ซึ่งคู่สัญญาต้องดำเนินการตามกฎหมายพิเศษเหล่านั้นโดยไม่ต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่ง

3) สัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งอันเนื่องมาจาก **วัตถุประสงค์ของสัญญา** โดยมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งกำหนดถึงประเภทของสัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่ง ได้แก่ สัญญาเพื่อให้ได้มาหรือเช่าอสังหาริมทรัพย์ สัญญาซื้อขายงานศิลปะหรือวัตถุโบราณหรือสิ่งของสำหรับสะสม สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการซื้อ ผลิตรายการวิทยุ หรือซื้อเวลาออกอากาศ สัญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อหน่วยงานระหว่างประเทศ หรือทำขึ้นตามข้อตกลงระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับประเทศอื่น ๆ

**5.2.4 กระบวนการจัดหาพัสดุ** ตามประมวลกฎหมายแพ่ง ในการเข้าทำสัญญาพัสดุของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะเลือกทำสัญญากับเอกชนรายใดโดยเสรีไม่ได้ กระบวนการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองจะถูกจำกัดทางกฎหมายในเรื่องอำนาจในการทำสัญญาหลายประการ ดังนี้

1) **ฝ่ายปกครองที่จะทำสัญญา** จะต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเท่านั้น ซึ่งได้แก่ รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์กรมหาชนอื่น แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ตามมาตรา 39 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและไม่รวมถึงองค์กรมหาชนที่ไม่สังกัดหน่วยงานใดเลย

<sup>61</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 7 - 8

2) ผู้ที่จะทำการแทนนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน กำหนดให้บุคคลที่จะลงชื่อผูกพันในสัญญาได้ ต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำสัญญาแทนนิติบุคคลนั้นเท่านั้น

3) แบบของสัญญาทางปกครอง โดยหลักของสัญญาทางปกครองไม่มีแบบดั่งนั้น สัญญาทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือทำด้วยวาจาก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติจะถูกกำหนดโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (code des marchés publics) มาตรา 39 และมาตรา 250 ซึ่งกำหนดให้ทำสัญญาเป็นหนังสือโดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (cahiers des charges) เสมอ

4) ฝ่ายปกครองที่เข้าทำสัญญาผูกควบคุม โดยฝ่ายปกครองอื่น เช่น ถูกควบคุมทางการเงิน โดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ทางเทคนิคโดยกระทรวงโยธาธิการ เป็นต้น

5) บางกรณีฝ่ายปกครองจะเลือกทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งไม่ได้ เพราะกฎหมายจะกำหนดไว้ว่าสัญญาที่มีลักษณะเช่นใดต้องทำเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาการโยธาสาธารณะ กฎหมายกำหนดว่าต้องทำเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

6) เอกสิทธิ์บางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีอยู่จะสูญเสียไม่ได้ ถ้าฝ่ายปกครองสละเอกสิทธิ์นี้ ศาลจะถือว่าการสละสิทธิ์นั้นๆ ไม่เป็นผล เช่น กรณีทำสัญญาทางปกครองก็จะต้องขึ้นศาลปกครอง ฝ่ายปกครองจะยอมให้นำคดีขึ้นศาลยุติธรรมไม่ได้

**5.2.5 วิธีการเลือกคู่สัญญา** ประมวลกฎหมายพัสดุกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุของรัฐว่าจะต้องทำโดยการประมูล และรัฐกำหนด ลงวันที่ 4 ธันวาคม ค.ศ. 1836 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การจัดหาพัสดุทุกประเภทจะต้องมีการออกประกาศเชิญชวนให้เอกชนผู้สนใจเข้าร่วม และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขัน (concurrency) ถือเป็นวิธีการที่เป็นกลางและให้ได้ประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด ตามหลักว่าด้วยความเสมอภาค (principe de l'égalité) ที่ใช้กันอยู่ในประเทศฝรั่งเศสตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 แล้ว

**5.2.7 วิธีการจัดหาพัสดุ<sup>62</sup>** (mode de passation du marché) โดยหลักแล้วสามารถแบ่งวิธีการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองได้ 4 รูปแบบ ดังนี้

1) การประกวดราคา (l'adjudication) เป็นวิธีการที่เปิดโอกาสให้เอกชนแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม โดยฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดวัตถุประสงค์ของสัญญา เช่น งานที่จะต้องทำหรือพัสดุที่ต้องจัดส่ง เป็นต้น และกำหนดราคาสูงสุด (เพดาน) ของการประกวดราคา เอกชนรายใดที่ประสงค์เข้าทำสัญญาให้ยื่นซองประกวดราคาที่ปิดผนึกไว้ และในวันประกวดราคาจะมี

<sup>62</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ สัญญาทางปกครอง หน้า 495

หน่วยงานพิเศษเป็นผู้เปิดซองราคาโดยเปิดเผยต่อสาธารณะชน มีชื่อเรียกว่าสำนักงานประกวดราคา (le bureau d' adjudication) ในกรณีที่มีผู้เข้าประกวดราคาทุกรายเสนอราคาต่ำกว่าราคาเพดาน ฝ่ายปกครองจะต้องประกาศให้ผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นผู้ชนะการประกวดราคา (l' adjudicataire) แต่ในกรณีที่ผู้เข้าประกวดราคาทุกรายเสนอราคาสูงสุดสูงกว่าราคาเพดานที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ และฝ่ายปกครองยืนยันที่จะทำสัญญาเฉพาะผู้ที่ชนะการประกวดราคาเท่านั้นจะไม่มีผู้ประกวดรายใดได้รับเลือกให้เป็นคู่สัญญา ในกรณีนี้การเลือกคู่สัญญาจะเป็นไปโดยอัตโนมัติ และอำนาจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจผูกพัน การประกวดราคามี 2 วิธี คือ วิธีแรกเป็นการประกวดราคาทั่วไป ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้มีอาชีพที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาทุกรายมีโอกาสเข้าประกวดราคา และลักษณะของผู้ประกวดราคาฝ่ายปกครองจะกำหนดคุณสมบัติมีลักษณะทั่วไป เช่น เป็นบุคคลของรัฐสมาชิกประชาคมยุโรป มีความสามารถตามกฎหมาย มีความน่าเชื่อถือ เว้นแต่บุคคลหรือบริษัทที่ถูกสั่งห้ามเข้าประกวดราคา เพราะก่อนหน้านี้ได้กระทำความผิดในการประกวดราคา วิธีที่สองการประกวดราคาอย่างจำกัด ได้แก่กรณีที่ฝ่ายปกครองเชิญบุคคลหรือบริษัทเพียงบางคนหรือบางบริษัทเข้าร่วมในการประกวดราคา

2) การเรียกสอบราคาตามความเหมาะสม (*l'appel d'offres*) มีวิธีการเช่นเดียวกับการประกวดราคา แต่จะต่างตรงที่การเลือกคู่สัญญาผู้ชนะการประกวดราคาจะไม่ใช่เป็นผู้ที่เสนอราคาต่ำสุด โดยอัตโนมัติ ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะเลือกคู่สัญญาที่เห็นว่าเป็นผู้เหมาะสมที่สุด โดยพิจารณาทั้งราคา ข้อมูลทางเทคนิค และทางการเงินประกอบกัน บางกรณีฝ่ายปกครองอาจจัดให้มีการแข่งขันกันเพื่อคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคาตามเหมาะสมก็ได้

3) การตกลงราคาหรือการเจรจาข้อตกลง มีชื่อเรียกหลายอย่าง เช่น สัญญาตัวต่อตัว (les marchés de gré à gré) ตามประมวลกฎหมายพัสดุ มาตรา 34 ยอมรับการจัดหาพัสดุโดยการตกลงกันโดยตรง (par entente directe) หรือโดยการเจรจา (marchés négociés) การเจรจาเป็นชื่อที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (code des marchés publics) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีความเป็นอิสระในการเลือกคู่สัญญาอย่างเต็มที่ โดยจะเสนอหรือเจรจาอย่างไรก็ได้ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์ และสามารถทำสัญญากับใครก็ได้ว่าเป็นอิสระ การเจรจาดังกล่าวมี 2 วิธี คือ

(1) การเจรจาดังกล่าวที่ต้องทำการแข่งขัน โดยฝ่ายปกครองต้องจัดให้มีการประกาศเชิญชวนภายใต้เงื่อนไขตามประมวลกฎหมายพัสดุมาตรา 66 มาตรา 67 คือ เมื่อกระบวนการเสนอราคาตามปกติเป็นสิ่งไม่จำเป็นต้องทำหรือทำไม่ได้ เช่น กรณีจ้างผู้เข้ามาทำงานวิจัย เป็นต้น

(2) การเจรจาดังกล่าวที่ไม่ต้องทำการแข่งขัน ซึ่งสามารถทำได้หากวัตถุประสงค์ของงานนั้นเป็นเรื่องลับและไม่สามารถประกาศเชิญชวนได้

4) การจัดหาพัสดุที่ไม่ต้องมีรูปแบบ ประมวลกฎหมายพัสดุกำหนดไว้ใน มาตรา 28 ว่าการจัดหาพัสดุที่มีจำนวนเงินต่ำกว่า 90,000 ยูโร สามารถทำได้โดยไม่ต้องใช้ กระบวนการตามประมวลกฎหมายพัสดุ และการจัดหาสิ่งอุปโภคบริโภคต่าง ๆ ของรัฐที่มีจำนวน เงินต่ำกว่า 130,000 ยูโร และขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีจำนวนเงินต่ำกว่า 200,000 ยูโร ที่ ฝ่ายปกครองต้องซื้อจากสถานประกอบการ โดยตรงสามารถทำได้โดยไม่ต้องใช้กระบวนการตาม ประมวลกฎหมายพัสดุ

ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา 83 ให้อำนาจรัฐมนตรีในการ เลือกว่าจะใช้วิธีใดก็ได้ระหว่างวิธีประกวดราคา วิธีเรียกสอบราคาตามความเหมาะสม และวิธีตกลง ราคา ในทางปฏิบัติวิธีการสอบราคาตามความเหมาะสมและวิธีตกลงราคาจะเป็นวิธีที่นำมาใช้ มากกว่า แม้จะมีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขจำกัดขอบเขตการใช้วิธีตกลงราคาไว้ก็ตาม ส่วนกรณีการ ประกวดราคามีการนำมาใช้ในจำนวนน้อยมาก ในกรณีองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ตามรัฐ กฤษฎีกา ลงวันที่ 18 มกราคม ค.ศ. 1971 เปิดโอกาสให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิเลือกจะ ทำสัญญาพัสดุวิธีใดก็ได้ แต่จะถูกจำกัดเฉพาะวิธีการตกลงราคาเท่านั้น แต่การประกวดราคานั้น ไม่นิยมทำแบบประกวดราคามากนัก ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา 22 และมาตรา 23 ได้กำหนดให้นำมาตรการพิเศษมาใช้สำหรับกรณีการทำสัญญา ได้แก่ การขอมาตรการฉุกเฉิน ก่อนการทำสัญญา (le référé précontractuel) ซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการป้องกันการกระทำความผิดใน การประกาศและการแข่งขันในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยในกรณีที่มีการนำคำสั่งทาง ปกครองก่อนการทำสัญญามาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยผู้พิพากษานายเด็ยมีอำนาจพิพากษา ยกเลิกคำสั่งดังกล่าว รวมทั้งบังคับให้มีการตัดข้อกำหนดบางข้อในร่างสัญญาออกไป ซึ่งคำ พิพากษานี้ไม่อาจอุทธรณ์ต่อไปได้ และถือว่ามาตรการป้องกันซึ่งให้อำนาจศาลอันเป็นวิวัฒนาการ อย่างหนึ่งในเรื่องนี้ ในการเลือกใช้วิธีการต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วคัดเลือกคู่สัญญา ในช่วงแรก การประกวดราคาทั่วไปถือเป็นหลักของการทำสัญญาพัสดุ ทั้งนี้ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับหลักในเรื่อง เศรษฐกิจเสรีซึ่งต้องเป็นการแข่งขันอย่างกว้างขวาง และเกี่ยวกับหลักในเรื่องเงินสาธารณะ แต่ต่อมาก็เกิดปัญหาเกี่ยวกับเอกชนผู้เข้าประกวดราคาสมยอมกัน ประกอบกับผู้เสนอราคาที่ต่ำสุด นั้นมิใช่เป็นผู้ให้ประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ ทำให้วิธีการประกวดราคาหมดความสำคัญลงไป

#### 5.2.8 การปฏิบัติตามสัญญา

กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาพัสดุจะถูกกำหนดไว้ในสัญญา และเอกสารแนบท้ายสัญญาหรือบันทึกต่อท้ายสัญญา (cahier des charges) ซึ่งประกอบด้วยเอกสาร สำคัญ 2 ส่วน คือ (1) ส่วนแรกเป็นเอกสารทั่วไป โดยใช้กับสัญญาประเภทเดียวกันทุกสัญญา ได้แก่ บันทึกเงื่อนไขท้ายสัญญาทั่วไป ซึ่งกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ที่ใช้กับสัญญาประเภทเดียวกันของ



หน่วยงานทางปกครองทุกสัญญา การแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญา (avenants) ไม่มีผลใช้บังคับกับสัญญาที่ได้กระทำไปแล้ว (ก่อนการแก้ไข) โดยสัญญาที่ทำไปแล้วจะใช้เงื่อนไขที่ใช้บังคับอยู่ขณะที่ทำสัญญา ซึ่งเป็นบันทึกเงื่อนไขทางเทคนิคทั่วไป (2) ส่วนที่สองเป็นเอกสารเฉพาะราย ซึ่งจะกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขทั่วไปหรือเงื่อนไขทางเทคนิคเฉพาะสัญญารายนั้นเท่านั้น เช่น กรณีของสัญญาสัมปทาน บางครั้งเอกสารเฉพาะรายดังกล่าวจะอ้างอิงแบบเอกสารเฉพาะรายที่จัดทำขึ้นไว้สำหรับสัญญาสัมปทานประเภทเดียวกันทุกสัญญา

การปฏิบัติตามสัญญาพัสดุมีลักษณะพิเศษ 2 ประการ ดังต่อไปนี้

1) *ข้อจำกัดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญาอันเกิดจากกฎหมาย* การกำหนด

ข้อกำหนดในสัญญาตามวิธีการของสัญญาตามกฎหมายแพ่ง คู่สัญญาจะตกลงโดยการแสดงเจตนาด้วยความเสมอภาค แต่ก็มีบางกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เจรจาตกลงกัน เช่น สัญญาประกันชีวิต ในกรณีนี้เรียกว่าสัญญาเข้าร่วมหรือสัญญาจำยอม (contrat d'adhésion) สำหรับสัญญาพัสดุ ความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญาจะเกิดขึ้นอย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของการทำสัญญา และในการปฏิบัติตามสัญญา ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาและหลักการทำสัญญาต่างกันนั่นเอง ซึ่งฝ่ายปกครองทำการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ในขณะที่สัญญาฝ่ายเอกชนคำนึงถึงประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้น ประโยชน์ส่วนรวมย่อมเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตัว ด้วยเหตุนี้การกำหนดข้อกำหนดในสัญญาพัสดุ ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดแต่เพียงฝ่ายเดียว ฝ่ายเอกชนสามารถแสดงเจตนาของตนได้เฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับราคาในกรณีที่สัญญากำหนดราคาไว้ และไม่มี การเจรจาฝ่ายเอกชนมีเสรีภาพเพียงแต่เลือกว่าจะยอมรับ หรือปฏิเสธเงื่อนไขทั้งหมดของสัญญาที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้เท่านั้น

2) *เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง* เอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองมีที่มาจากข้อกำหนดในสัญญาและหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้กับสัญญาทางปกครองทุกประเภท ได้แก่

ก. *เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการปฏิบัติตามสัญญาตามปกติ*

เช่นเดียวกับคู่สัญญาทางแพ่งตามหลักของสัญญาทั่วไป

ข. *อำนาจในการควบคุมและกำกับดูแลการปฏิบัติตามสัญญา* เช่น ในกรณีสัญญาก่อสร้างโยธาสาธารณชนนั้นวิศวกรของหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการก่อสร้างและบำรุงรักษาทางสาธารณะสามารถเข้าไปในสถานที่ก่อสร้างได้อย่างอิสระ และมีอำนาจสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ กรณีสัญญาพัสดุก่ออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองเช่นกัน แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ผิดสัญญาหรือปฏิบัติตามสัญญาไม่ถูกต้อง คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็เข้าไปควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา และมีอำนาจสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้เช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน

ค. อำนาจในการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว การแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาจะทำได้ต่อเมื่อมีการจัดทำเป็นเอกสารแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญา ซึ่งโดยปกติจะกระทำหลังจากลงนามในสัญญาแล้ว การแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขให้ภาระหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีมากขึ้นหรือน้อยลงก็ได้ ซึ่งจะตรงข้ามกับหลักการพื้นฐานของสัญญาทางแพ่งในเรื่องที่ว่า สัญญาจะต้องผูกพันและไม่เปลี่ยนแปลง (l'immutabilité des contrats) เนื่องจากสัญญาพัสดุยึดโยงกับการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นภารกิจที่นำไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน ดังนั้นเมื่อประโยชน์ของส่วนรวมเปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้เช่นกัน ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการดังกล่าว เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Compagnie générale française des tramways* (ค.ศ. 1910) เมืองที่กำลังขยายตัวสามารถที่จะบังคับให้ผู้รับสัมปทานเดินรถรางเพิ่มเส้นทางเดินรถขึ้นอีกโดยไม่มีสัญญากำหนดไว้เช่นนั้น เรื่องเหล่านี้เป็นหลักทั่วไป แต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาดังกล่าวนี้จำกัดเฉพาะความจำเป็นในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะเท่านั้น จึงไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวในกรณีอื่นนอกจากเหตุผลดังกล่าวและการแก้ไขสัญญาย่อมทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนทางการเงินหรือได้รับการขยายระยะเวลาการปฏิบัติตามสัญญาสำหรับภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นใหม่นั้นด้วย

ง. อำนาจในการลงโทษคู่สัญญาในกรณีไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือปฏิบัติตามสัญญาไม่ถูกต้อง ฝ่ายปกครองมีอำนาจฝ่ายเดียวที่จะลงโทษคู่สัญญาที่ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญา มาตรการหลักที่ฝ่ายปกครองนำมาบังคับใช้และการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้นมี 3 ประเภท คือ ประเภทแรก มาตรการทางการเงิน (ค่าปรับหรือการชดใช้ค่าเสียหาย) ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่สัญญากำหนดไว้ ซึ่งสามารถนำมาใช้ได้ทันทีกรณีมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น เรียกว่าโทษทางสัญญา (pénalités contractuelles) เช่น การปรับรายวันกรณีทำงานตามสัญญาล่าช้า หรือเป็นกรณีคำนวณค่าปรับในภายหลังเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น (ค่าเสียหายและดอกเบี้ย) ประเภทที่สองเป็นมาตรการเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา แม้ว่าจะเกิดจากความบกพร่องของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองจะจัดหาบุคคลอื่นเข้าปฏิบัติการตามสัญญาแทนที่เอกชนคู่สัญญา (อย่างน้อยเป็นการชั่วคราว) โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายสำหรับการทำการแทนดังกล่าว ประเภทที่สาม มาตรการที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดลง ซึ่งเป็นการเลิกสัญญาโดยไม่มีค่าทดแทน ซึ่งมาตรการดังกล่าวมิได้มีความมุ่งหมายแค่เพียงการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากฝ่ายเอกชนเท่านั้น แต่หากมุ่งถึงการบังคับให้มีการปฏิบัติ (l'exécution effective) ที่สอดคล้องกับความต้องการของประโยชน์ส่วนรวมด้วย การใช้สิทธิหรือเอกสิทธิ์ดังกล่าวนี้เป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลให้พิสูจน์ความผิดเสียก่อน เพียงแต่ฝ่ายปกครอง

ต้องแจ้งเตือนฝ่ายเอกชนให้ทราบก่อนเท่านั้น แต่ในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะนำหลักกฎหมายแพ่งที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามสัญญามาใช้กับกรณีนี้ไม่ได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปไม่ว่าฝ่ายปกครองจะมีความผิดหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อให้ฝ่ายปกครองมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนสำหรับความผิดของฝ่ายปกครองในกรณีไม่ร้ายแรง หากเป็นกรณีร้ายแรงอาจจะขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกสัญญาเท่านั้น

จ. อำนาจในการบอกเลิกสัญญาพัสดุฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนที่เป็นคู่สัญญา ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า หากฝ่ายปกครองใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญา ฝ่ายปกครองจะต้องจ่ายค่าทดแทน ส่วนเหตุผลในการเลิกสัญญามีหลายอย่าง เช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำงานหรือมีการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของงานบางอย่างที่ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาสำหรับงานนั้น ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ หรือเป็นการบอกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้กระทำผิดข้อสัญญาแต่ประการใด

## 6. แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุในระบบกฎหมายเยอรมัน

ระบบกฎหมายเยอรมันได้รับทฤษฎีจากกฎหมายโรมันในเรื่องของรัฐและทรัพย์สินของรัฐ และนักกฎหมายเยอรมันได้นำมาคิดและพัฒนาในลักษณะที่แตกต่างกันไป ซึ่งมีลักษณะที่เรียกว่า Fiskus โดยถือว่ารัฐมีความสามารถเข้าทำกิจการค้าได้เช่นเดียวกับเอกชน และสามารถก่อให้เกิดหนี้ผูกพันตามสัญญาได้โดยอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม หลักเกณฑ์นี้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนที่จะบังคับต่อรัฐได้ แม้ต่อมาในศตวรรษที่ 19 เมื่อมีการก่อตั้งระบบการพิจารณาคดีปกครองขึ้นในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว ก็ไม่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ทางสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนซึ่งยังคงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม<sup>63</sup>

สัญญาทางปกครอง (Öffentlich – rechtlicher vertrag) ในระบบกฎหมายเยอรมันประกอบด้วย 1) สัญญาที่มีคู่สัญญาเป็นหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ซึ่งจัดเป็นสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีความเสมอภาคกัน (coordinationsrechtlicher verwaltungsvertrag) เช่น สัญญาระหว่างหน่วยงานรัฐบาลกลางกับส่วนท้องถิ่น และ 2) แทนที่รัฐจะออกคำสั่งทางปกครองแก่ประชาชน

<sup>63</sup> Colin C. Turpin. *Public Contracts International Encyclopedia of Comparative Law* 7 1982 p.133-134. อังใน ปราณี หล่อรัตน โชติ *การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2534 หน้า 18

หน่วยงานของรัฐอาจทำข้อตกลงกับประชาชนที่เกี่ยวข้องในลักษณะของสัญญาที่ไม่เสมอภาคกัน (subordinationsrrchtlicher verwaltungsvertrag) ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองด้วย<sup>64</sup>

การพิจารณาแบ่งแยกสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาที่ลักษณะเนื้อหาของสัญญา<sup>65</sup> ถ้าสาระของสัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และมีได้มุ่งหวังกำไร เช่น การดำเนินการขนส่งสาธารณะ หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อสวัสดิการของประชาชนแล้ว สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองและต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครอง<sup>66</sup> ซึ่งโดยหลักแล้วศาลจะต้องปรับใช้กฎหมายปกครองเท่านั้น แต่หากไม่มีกฎหมายปกครองที่จะปรับใช้ได้ก็จะเทียบเคียงหลักกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สอดคล้องกับหลักประโยชน์สาธารณะซึ่งมีความจำเป็นต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง หากสัญญามีเนื้อหาสาระเป็นเรื่องที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำการค้าหรือเป็นกิจกรรมด้านอุตสาหกรรม ในฐานะที่รัฐเท่าเทียมกับเอกชน เช่น สัญญาซื้อขายสินค้า สัญญาซื้อขายที่ดิน สัญญากู้ยืมเงิน จัดเป็นสัญญาที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายแพ่งที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม แม้ว่าจะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองก็ตาม<sup>67</sup>

ตัวอย่างคดีที่ศาลยุติธรรมสหพันธรัฐพิจารณาว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า เจ้าของที่ดินที่ได้ยื่นคำขออนุญาตก่อสร้างอาคาร มีหน้าที่ตามระเบียบแห่งสหพันธรัฐที่จะต้องจัดให้มีสถานที่จอดรถภายในบริเวณอาคารหรือสถานที่ใกล้เคียง แต่หน่วยงานส่วนท้องถิ่นได้ตกลงได้ตกลงเข้ารับภาระดังกล่าวแทน โดยให้เจ้าของที่ดินจ่ายเงินจำนวนหนึ่งตามที่หน่วยงานส่วนท้องถิ่นกำหนดขึ้น ศาลยุติธรรมสหพันธรัฐตัดสินว่าสัญญาหรือความตกลงนี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองมิใช่สัญญาทางแพ่ง เพราะข้อตกลงนี้มีผลเป็นการโอนหน้าที่ของเจ้าของที่ดินซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง

<sup>64</sup> Ibid.,p.30.

<sup>65</sup> Bernd Rüster *Business Transaction in Germany* Munivk : Matthew Bender&Company incorporated 1989 p. 7-20. อ้างใน ปรานี หล่อรัตนโชติ *การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2534 หน้า 19

<sup>66</sup> Ibid.,p.30.

<sup>67</sup> Colin C. Turpin. *Public Contracts International Encyclopedia of Comparative Law* 7 1982 p.30. อ้างใน ปรานี หล่อรัตนโชติ *การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2534 หน้า 19

นอกจากนี้ สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันถือเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายปกครองที่สำคัญ คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ ดังนั้นการทำสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ทำได้ เช่น การจัดหาที่ดินเพื่อใช้ในกิจการสาธารณะ และอาจทำสัญญาทางปกครองในเรื่องอื่นเพื่อให้สอดคล้องกับการใช้อำนาจทางปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจนหรือมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการด้วยการกระทำทางปกครอง สัญญาทางปกครองในเยอรมันมีการใช้อย่างเคร่งครัดมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายปกครองจะใช้สัญญาทางปกครองในการเข้าทำสัญญาจัดหาสินค้าหรือบริการจากเอกชนไม่ได้ เนื่องจากสัญญาพัสดุหรือสัญญาจัดหาสินค้าหรือบริการที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนถือว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะหน่วยงานของรัฐเข้าทำการค้า จึงอยู่ในขอบเขตของกฎหมายแพ่งซึ่งต้องปรับด้วยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ดังนั้นในการจัดหาสินค้าหรือบริการจากเอกชนฝ่ายปกครองจะต้องทำสัญญาทางแพ่ง ในฐานะที่รัฐเท่าเทียมกับเอกชน

ในทางปฏิบัติ การทำสัญญาจัดหาสินค้าหรือบริการของรัฐต้องใช้เงื่อนไขตามแบบสัญญามาตรฐานที่กำหนดไว้ในระเบียบของฝ่ายปกครอง<sup>68</sup> ส่วนราชการที่ต้องการจัดหาสินค้าหรือบริการจากเอกชน จะต้องใช้วิธีคัดเลือกผู้ขายหรือผู้รับจ้าง โดยการเปิดให้มีการแข่งขันราคาโดยทั่วไป (Public competition tender) ตามพระราชบัญญัติงบประมาณแห่งชาติ ค.ศ.1922 (Reichshaushaltsordnung) มาตรา 55 กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานให้หน่วยงานของรัฐต้องใช้วิธีประกวดราคาในการทำสัญญาจัดหาพัสดุ โดยจะต้องประกาศให้ทราบทั่วไปในหนังสือพิมพ์ เพื่อให้ผู้ประกอบการเอกชนทั้งหลายได้ทราบว่ามีการประกวดราคา รวมทั้งต้องแสดงข้อความเกี่ยวกับเงื่อนไขการประกวดราคาให้ทราบทั่วไปด้วย โดยมีข้อยกเว้นในกรณีที่เกิดจากสภาพของสัญญาหรือสภาพแวดล้อมบางประการทำให้ไม่อาจประกาศประกวดราคาได้ ก็ให้ใช้วิธีอื่นในการคัดเลือกเอกชนเข้าทำสัญญาได้ แต่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบการคัดเลือกทำสัญญาพัสดุของฝ่ายบริหาร (Verdingungsordnungen) ด้วย<sup>69</sup> ในการคัดเลือกคู่สัญญาเข้าทำสัญญาพัสดุ มี 2 กรณี

<sup>68</sup> Ibid.,p.34.

<sup>69</sup> Colin C. Turpin, Public Contracts International Encyclopedia of Comparative Law 7, p.13 อ้างในปราณี หล่อรัตนโชติ การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2534 หน้า 20



สำหรับกรณีสัญญาก่อสร้าง ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาสนองรับคำเสนอที่ยอมรับได้มากที่สุด (annehmbarstes augebot) สำหรับกรณีซื้อขายให้พิจารณาสนองรับคำเสนอที่ทำให้รัฐประหยัดที่สุด (wirtschaftlichstes augebot) อย่างไรก็ตามคำเสนอราคาต่ำสุดอาจมิใช่คำเสนอที่เหมาะสมเพราะมิใช่ราคาต่ำที่แท้จริง เมื่อพิจารณารวมกับองค์ประกอบอื่น ๆ ได้แก่ วิธีการปฏิบัติการชำระหนี้ กำหนดส่งมอบ การให้บริการหลังการขาย ความสามารถของผู้เสนอที่จะปฏิบัติตามคำสั่ง<sup>70</sup> เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ถือได้ว่าการประกวดราคามุ่งที่จะคัดเลือกผู้เสนอราคาซึ่งเสนอสินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพเหมาะสมเป็นประการสำคัญ นอกจากนี้การประกวดราคาจัดหาพัสดุของรัฐถือได้ว่าเป็นการใช้จ่ายเงินภาษีของประชาชน ซึ่งได้มอบหมายให้รัฐเป็นผู้ดำเนินการให้คุ้มค่าที่สุด ดังนั้นจึงมีหลักเกณฑ์การกำหนดราคากลางเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ประกอบการพิจารณาด้วยว่า ราคาที่เสนอจะต้องไม่สูงกว่าราคากลางซึ่งเป็นราคาที่ควรจะสัมพันธ์กับระดับราคาตลาดทั่วไปอีกด้วย

แม้ว่าสัญญาพัสดุจะไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันก็ตาม แต่เนื้อหาของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยมีความแตกต่างจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นอย่างมาก จึงทำให้การเปรียบเทียบสัญญาทางปกครองของเยอรมันกับไทยเป็นไปได้ยาก

---

<sup>70</sup> Ibid.,p.18.

### บทที่ 3

## แนวคิดและทฤษฎีสัญญาทางปกครองและสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบ และควบคุมงานในประเทศไทย

### 1. แนวคิดและทฤษฎีสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

1.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง ตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง แบ่งแยกออกได้ 2 ประการ คือ

1.1.1 เป็นสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติคำนิยามไว้ว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

1.1.2 เนื้อหาของสัญญา ต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

1) สัญญาสัมปทาน คือ กรณีที่รัฐอนุญาตให้เอกชนลงทุนในกิจการด้านสาธารณูปโภค อย่างหนึ่งอย่างใดด้วยค่าใช้จ่ายของตนเองและให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนที่มาใช้บริการนั้นเป็นค่าตอบแทน ได้แก่ สัญญาสัมปทานการทำไม้ คือการที่อนุญาตให้เอกชนหารายได้จากการทำไม้ในพื้นที่ป่า หรือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัญญาสัมปทานการเดินรถประจำทาง เรือข้ามฟาก คือ อนุญาตให้เอกชนลงทุนเพื่อประกอบกิจการในกิจการด้านสาธารณูปโภค ด้วยค่าใช้จ่ายของตนเองและให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนที่มาใช้บริการ โดยให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการภายในระยะเวลา และรัฐจะได้รับค่าตอบแทนจากเอกชนที่มีรายได้จากการลงทุน

2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองทำสัญญาให้เอกชนเข้าทำภารกิจที่โดยปกติแล้วอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนโดยตรง

หรือร่วมกับตน และมีลักษณะเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ ที่โดยทั่วไปแล้วจะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าว และในการมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้น หน่วยงานเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่เอกชน เช่น สัญญาจ้างเอกชนเก็บหรือกำจัดขยะ เป็นต้น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545 คดีพิพาทระหว่าง บริษัท สุเมธาพาณิชย์การ (1982) จำกัด กับ กรุงเทพมหานคร ซึ่งศาลปกครองวินิจฉัยว่า อาคารสำนักงานเขตเป็นสถานที่สำหรับปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ด้านต่าง ๆ เพื่อบริการประชาชนอันเป็นบริการสาธารณะตามมาตรา 89 แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ และเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล เป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง กรณีจึงเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 นิยามคำว่า “สาธารณูปโภค” หมายความว่า บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 3 กำหนดให้กิจการค้าขายดังต่อไปนี้เป็นสาธารณูปโภค 1) การรถไฟ 2) การรถราง 3) การขุดคลอง 4) การเดินอากาศ 5) การประปา 6) การชลประทาน 7) การไฟฟ้า 8) การผลิตเพื่อจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ 9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา และในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 มาตรา 43 กำหนดว่า สาธารณูปโภคที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้นเพื่อการจัดสรรที่ดินตามแผนผังและโครงการที่ได้รับอนุญาต เช่น ถนน สวน สนามเด็กเล่น ให้ตกอยู่ในภาระจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินจัดสรร

ศาลปกครองสูงสุดได้สรุปความหมายของคำว่า “สาธารณูปโภค” จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้ดังนี้ (1) ถาวรวัตถุหรืออสังหาริมทรัพย์ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อประชาชนใช้ร่วมกัน เช่น ถนน สวนสาธารณะ และ (2) บริการเกี่ยวกับการอุปโภคบริโภคต่าง ๆ ที่รัฐต้องจัดทำหรือจัดให้มีขึ้น โดยอยู่ในการกำกับดูแลของรัฐ เช่น การไฟฟ้า การประปา การขนส่งมวลชน เป็นต้น ตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาล ของคณะแพทยศาสตร์ ระหว่างมหาวิทยาลัย เชียงใหม่ กับ บริษัท เจ – สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) จำกัด ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากหอพักข้าราชการจะจำกัดเฉพาะผู้เป็นข้าราชการของโรงพยาบาลเท่านั้น ประชาชนทั่วไปไม่สามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ได้ จึงไม่เข้าลักษณะของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค แต่วินิจฉัยว่า

สัญญาจ้างดังกล่าวมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง นอกจากนี้ยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคา (ค่า K) สำหรับราคางานก่อสร้างตามสัญญาจ้างนี้อีกด้วย จึงเป็นสัญญาทางปกครองนั่นเอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2551 คดีพิพาทระหว่างบริษัท วิถีไทย จำกัด กับ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลธัญบุรี ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คดีนี้ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อก่อสร้างอาคารเรียน คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ โดยที่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง และสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนสถาปัตยกรรมศาสตร์มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 18/2545 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลางระหว่างบริษัทเอกชนกับมหาวิทยาลัยของรัฐ คณะกรรมการฯ วินิจฉัยว่า อาคารมหาวิทยาลัยของรัฐเป็นถาวรวัตถุและเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผลกับเป็นถาวรวัตถุที่ประชาชนจะเข้าไปใช้สอยประโยชน์ได้โดยตรง ถือได้ว่าเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 10/2545 สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงอาคารโรงพยาบาลของรัฐ ระหว่างบริษัทเอกชนกับจังหวัดชุมพร อาคารโรงพยาบาลของรัฐเป็นถาวรวัตถุ ซึ่งเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล นอกจากนี้ประชาชนทั่วไปยังสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง อาคารโรงพยาบาลของรัฐจึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภค ถือได้ว่าเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 14/2545 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2545 กรณีที่เทศบาลตำบลกำแพงแสนได้ว่าจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ก.กิจสยาม ดำเนินการก่อสร้างท่อน้ำประปาของสุขาภิบาลกำแพงแสน ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยฯ ได้พิจารณาเห็นว่าการประปาถือเป็นสาธารณูปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนโดยตรง โดยรัฐเป็นผู้จัดให้มีขึ้นจึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ต่อมาคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าอย่างไรเป็นสิ่งสาธารณูปโภค โดยดูจากปัจจัย 2 ประการ ตามแนวทาง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 10/2545 ลงวันที่ 20 มีนาคม 2545 และ 18/2545 ลงวันที่ 12 มิถุนายน 2545 ดังนี้

1. สิ่งปลูกสร้างต้องเป็นถาวรวัตถุ
2. ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์สิ่งปลูกสร้างนั้นได้

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545 ลงวันที่ 20 มีนาคม 2545 ซึ่งเป็นกรณีที่บริษัท เค.เอส. โสมเมคเกอร์ กรุ๊ป จำกัด เป็นโจทก์ยื่นฟ้องจังหวัดชุมพรต่อศาลจังหวัดชุมพร และต่อมาจังหวัดชุมพรได้ยื่น คำร้องก่อนวันสืบพยานว่า "คดีที่โจทก์ฟ้องว่าจำเลยคือจังหวัดชุมพรไม่สามารถคิดค่าปรับตามสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลขนาด 60 เตียง เป็น 90 เตียง และก่อสร้างอาคารผู้ป่วยขนาด 30 เตียง เป็นคดีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนในการกระทำตามอำนาจหน้าที่หรือเป็นการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันมีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)<sup>71</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยว่า สัญญาการก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลชุมชนขนาด 60 เตียง เป็น 90 เตียง โดยมีอาคารผู้ป่วยและส่วนประกอบอื่น ๆ ทั้งนี้ การสาธารณสุขเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารของรัฐซึ่งเป็นถาวรวัตถุ เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล นอกจากนี้ประชาชนทั่วไปยังสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ได้โดยตรง อาคารโรงพยาบาลของรัฐจึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภค และเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญานี้คือการรับจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาล กรณีจึงถือได้ว่าเป็นการที่หน่วยงานการปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครองอันมีเนื้อหาลักษณะของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

<sup>71</sup> มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่อง ดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ



4) *สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ* สัญญาที่รัฐอนุญาตให้เอกชนแสวงหาผลประโยชน์ต่าง ๆ จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยปกติเอกชนจะต้องให้ค่าตอบแทนแก่รัฐเป็นค่าอนุญาต ซึ่งสัญญาประเภทนี้บางครั้งก็อาจใช้ชื่อว่า สัญญาสัมปทาน เช่น สัญญาให้เก็บมูลค้างคาว สัญญาอนุญาตให้ขุดเจาะน้ำมัน สัมปทานให้เก็บรังนกนางแอ่น หรือสัญญาสัมปทานการทำไม้ เป็นต้น

ซึ่งนิยามในมาตรา 3 “สัญญาทางปกครอง หมายความว่ารวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” คำว่า “หมายความว่า” แสดงถึงเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ว่าน่าจะมีสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทอื่นอีกซึ่งนอกเหนือจากสัญญาที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งในสี่ประการข้างต้น เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งในการประชุมของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 วันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้มีมติอธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้ นั้น *ประการแรก* คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ *ประการที่สอง* สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”<sup>72</sup> ตามมติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจึงปรากฏลักษณะของสัญญาทางปกครองเพิ่มขึ้นอีก 2 ลักษณะ ดังนี้

5) *สัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ* โดยตรง เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพเนื่องจากมีวัตถุประสงค์สุดท้ายเพื่อประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ นอกจากสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะแล้ว ยังได้รวมถึงสัญญาที่ฝ่ายปกครองมี

<sup>72</sup> โภคิน พลกุล *สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย* เอกสารประกอบการสัมมนาและการสัมมนาเชิงปฏิบัติการ เรื่อง สัญญาทางปกครอง

วัตถุประสงค์ที่จะให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล หมายความว่า การที่นิติบุคคลมหาชนมอบบริการสาธารณะบางอย่างที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการของตนให้แก่บุคคลอื่นไปจัดทำ โดยกระทำในรูปแบบของสัญญาหรือข้อตกลง และจะต้องเป็นการมอบกิจกรรมบางอย่างที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้ผู้อื่นเป็นผู้จัดทำ เช่น การให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะแทนรัฐ การจ้างผู้บริหารงานแทนหรือสัมปทาน แนววินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดถือว่าสัญญาต่อไปนี้เป็นสัญญาทางปกครอง

ก. สัญญาที่ให้ฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

ข. สัญญาที่ให้ฝ่ายเอกชนเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะกับฝ่ายปกครองที่ดำเนินการเองอยู่แล้ว

ค. สัญญาจ้างบุคลากรให้ดำเนินงานบริการสาธารณะ

ง. สัญญาให้เอกชนเข้าร่วมหรือดำเนินการในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ  
โดยรัฐ

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองและวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เกี่ยวกับสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

การที่ผู้ฟ้องคดีมีฐานะเป็นกรม สังกัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ได้ตกลงกันทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นสหกรณ์การเกษตรให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กู้ยืมเงินกองทุนพัฒนาสหกรณ์เพื่อนำไปให้สมาชิกของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นเกษตรกรกู้ยืมเพื่อนำไปรวบรวมไม้ยูคาลิปตัส อันเป็นผลผลิตของเกษตรกรผู้ทำสวนยูคาลิปตัสเพื่อแปรรูปจำหน่าย จึงมีลักษณะเป็นการมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นองค์กรเกษตรกรจัดหาเงินกู้หรือสินเชื่อให้แก่เกษตรกรไปดำเนินการรวบรวมและแปรรูปผลผลิตทางการเกษตร อันมีลักษณะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะทางด้านการเกษตร สัญญาดังกล่าวจึงมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำหรือเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 46/2555)

6) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

ก. ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวบอกเลิกสัญญาได้โดยผู้รับจ้างซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ<sup>73</sup> ข้อกำหนดนี้พบ

<sup>73</sup> แบบสัญญาจ้างทั่วไป ข้อ 7

ในสัญญาที่หน่วยงานปกครองว่าจ้างให้เอกชนสร้างถาวรวัตถุ อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของรัฐ ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยโดยนำลักษณะของสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐมาพิจารณา โดยให้เหตุผลว่าเป็นข้อกำหนดที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไปซึ่งเป็นความหมายอย่างแรกในสามอย่าง อย่างที่สองเป็นข้อกำหนดที่ให้สิทธิหรือหน้าที่แก่คู่กรณีที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามกฎหมายเอกชน และอย่างที่ยี่สาม เป็นข้อกำหนดที่มาจากวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้ตรงกับคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส ที่ถือว่าแม้มีเพียงข้อเดียวก็ถือว่าเป็นสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะเหตุว่า ถ้ามีข้อกำหนดให้เลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ผิดสัญญาในสาระสำคัญนั้น ในกฎหมายเอกชนแล้วถือว่าข้อกำหนดดังกล่าวเป็น โมฆะเลยทีเดียว ทั้งนี้ เพราะเป็นข้อกำหนดที่ขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยนั่นเอง ในสัญญาจ้างทั่วไปตามแบบสัญญาจ้างทำยาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี<sup>74</sup> มีข้อกำหนดที่ฝ่ายปกครองจะบอกเลิกสัญญาได้นั้น ได้กำหนดไว้ในข้อ 7 ว่า ถ้าผู้รับจ้างไม่ได้ทำงานภายในกำหนดเวลา หรือมีเหตุให้ผู้ว่าจ้างเชื่อว่าผู้รับจ้างทำผิดสัญญาข้อหนึ่งข้อใดก็ดี ผู้ว่าจ้างมีสิทธิจะบอกเลิกสัญญา และตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ข้อ 137 กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการพิจารณาใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยพิจารณาได้เฉพาะกรณีที่เป็นการฝ่าฝืนทางราชการโดยตรง หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของทางราชการในการที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้นต่อไป และข้อ 138 กรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญา และจะต้องมีการปรับตามสัญญา หากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง ให้ส่วนราชการพิจารณาคำเนิการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ยินยอมเสียค่าปรับให้แก่ทางราชการโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น จะเห็นได้ว่าเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญซึ่งถ้ามีในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนแล้วก็จะทำให้ข้อกำหนดดังกล่าวเป็น โมฆะตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงเป็นข้อกำหนดที่ถือว่าถ้ามีในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ที่แม้วัตถุประสงค์ของสัญญาไม่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ก็น่าจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองได้ ถ้ายกตัวอย่างเพิ่มอีก สมมติว่าบริษัท A เป็นผู้รับเหมาทำถนนแต่ไม่มีวัสดุ เช่น ปูน หิน ทราย เหล็ก เป็นต้น ทำให้กรมทางหลวงชนบทต้องซื้อวัสดุดังกล่าวกับบริษัท B เช่นนี้ สัญญาซื้อขายระหว่างกรมทางหลวงชนบทกับบริษัท B ที่ทำสัญญาซื้อวัสดุเพื่อมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ทำให้เป็นสัญญาทางปกครองขึ้นมาได้ อย่างไรก็ตาม ถ้าสัญญาซื้อขายดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์

<sup>74</sup> แบบสัญญาจ้างทั่วไป ดูรายละเอียดในภาคผนวก ก

ของรัฐ เช่น ข้อกำหนดที่ว่ากรมทางหลวงชนบทมีสิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยบริษัท B ไม่ผิดสัญญาในสาระสำคัญ เช่นนี้สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

ข. ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญาได้ โดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ<sup>75</sup> ข้อกำหนดนี้ ปรากฏในสัญญาจ้างให้เอกชนสร้างถาวรวัตถุของรัฐเช่นเดียวกัน โดยศาลปกครองเห็นว่า ข้อกำหนดดังกล่าวมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพราะเหตุว่าข้อกำหนดเช่นนี้ถ้าอยู่ในสัญญาจ้างที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนแล้ว ก็จะทำให้ข้อกำหนดดังกล่าวนี้เป็น โมฆะ อันเป็นการขัดกับหลักกฎหมายนั่นเอง ทั้งแบบสัญญาจ้างทั่วไปท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ<sup>76</sup> ยังกำหนดไว้ในข้อ 16 เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาแต่เพียงว่าผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบรูปหรือรายการตามสัญญาได้ทุกอย่าง โดยไม่ต้องเลิกสัญญา การเพิ่มเติมหรือลดงานจะต้องคิดและตกลงราคากันใหม่ และถ้าจะต้องเพิ่มหรือลดเงินหรือยืดเวลาออกไปอีกก็จะได้ตกลง ณ บัดนั้น เห็นได้ว่า สัญญาจ้างระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนที่มีข้อกำหนดดังกล่าวนี้เป็นข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยปกติเป็นสิทธิที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามกฎหมายแพ่ง ในกรณีที่ข้อเท็จจริงถ้าปรากฏว่าสัญญาจ้างที่มีข้อกำหนดดังกล่าวนี้ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะไม่มีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะแล้ว อาจจะมีปัญหาว่าสัญญาที่กล่าวมาจะขัดต่อหลักเสรีภาพและความเสมอภาคในการทำสัญญาตามกฎหมายแพ่งหรือไม่ ดังนั้น ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองมีสิทธิสั่งให้เอกชนเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญาได้ โดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ แม้มีเพียงข้อเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง โดยไม่ต้องคำนึงว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาจะเกี่ยวกับการบริการสาธารณะหรือไม่ เพราะเหตุว่า ถ้าสัญญาจ้างดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะแล้วก็ไม่ต้องพิจารณาข้อกำหนดในสัญญาแต่อย่างใด

ค. ข้อกำหนดสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า  $k$ ) สัญญาจ้างก่อสร้างที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนมักจะกำหนดให้สัญญาเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า  $k$ ) นั้น โดยใช้ได้ทั้งในกรณีเพิ่มหรือลดค่างานจากค่างานเดิมตามสัญญา เมื่อดัชนีราคาซึ่งจัดทำขึ้นโดยกระทรวงพาณิชย์มีการเปลี่ยนแปลงสูงขึ้นหรือลดลงจากเดิมขณะเมื่อวันเปิดซองประกวดราคา ค่า  $K$  คือตัวเลขดัชนีที่ใช้วัดการเปลี่ยนแปลงของค่างาน ณ ระยะเวลาที่ผู้รับจ้างก่อสร้างเปิดซองประกวดราคาได้เปรียบเทียบกับระยะเวลาที่ส่งงานในแต่ละงวด โดยมีเงื่อนไขสำคัญว่าจะใช้ค่า  $K$  ได้เฉพาะ

<sup>75</sup> แบบสัญญาจ้างทั่วไป ข้อ 16

<sup>76</sup> แบบสัญญาจ้างท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ดูรายละเอียดในภาคผนวก ก

ในกรณีที่เอกชนผู้รับเหมารับงานจากฝ่ายปกครอง เท่านั้น และในการทำสัญญาจ้างคู่สัญญารับในสัญญาให้ชัดเจนว่าเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ในการประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้าง ซึ่งค่า K ดังกล่าวเกิดจากมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2532 กำหนดให้ส่วนราชการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการก่อสร้าง โดยให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ สัญญาแบบปรับราคาได้มักอยู่ในสัญญาจ้าง เพื่อให้สัญญาที่มีความยืดหยุ่นตามสภาวะเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป ก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากกว่าการกำหนดราคาแบบตายตัว สัญญาแบบปรับราคาได้เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ถ้ารวมกับข้อกำหนดอื่นๆ ก็ทำให้สัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองได้ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาล ของคณะแพทยศาสตร์ระหว่างมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ กับ บริษัท เจ – สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) จำกัด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เนื่องจากข้อกำหนดในสัญญาจ้างมีลักษณะพิเศษเป็นการให้ออกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เช่น ให้อิทธิพลที่จะเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยที่ผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ และมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคา (ค่า K) สำหรับราคางานก่อสร้างตามสัญญาจ้างนี้อีกด้วย จึงเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาพิพากษาได้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ง. สัญญาจ้างก่อสร้างเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญาแบบ (*contract – type*) ปัจจุบันระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดร่างสัญญาไว้ 13 แบบ เช่น แบบสัญญาจ้างทั่วไป แบบสัญญาจ้างที่ปรึกษา แบบสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน แบบสัญญาซื้อขายและอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นต้น โดยปกติเมื่อฝ่ายปกครองต้องการทำสัญญากับเอกชน ก็จะทำสัญญาตามแบบแนบท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาที่กำหนด ต้องมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้และไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบ หากหัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุม ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 132

การที่คู่สัญญาต้องทำสัญญาตามแบบที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป สัญญาดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายต่อหน่วยงานราชการในลักษณะที่เป็นกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ทั่วไป ส่วนสถานะทางกฎหมายต่อคู่สัญญาที่เป็นเอกชน มีลักษณะที่เป็นสัญญาจำยอม (*contrat d' adhesion*) กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิต่อรองการกำหนดสิทธิหน้าที่หรือเงื่อนไขในสัญญา มีเพียง



สิทธิที่จะรับหรือไม่รับสัญญาทั้งฉบับที่เป็นสัญญาแบบเท่านั้น ในกรณีนี้สัญญาสำเร็จรูปมิได้มีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่มีสภาพบังคับคู่สัญญาที่เป็นเอกชน เพราะเอกชนที่เป็นคู่สัญญายังคงมีเสรีภาพในการเลือกที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ แม้ว่าในทางปฏิบัติ หากเอกชนได้รับการคัดเลือกแล้ว ไม่เข้าทำสัญญาอาจถูกลงโทษให้เป็นผู้ที่ทำงานได้ แต่ในทางทฤษฎียังถือว่าเอกชนมีเสรีภาพเต็มที่ที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ เพราะหากเขาไม่ต้องการทำสัญญา ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถบังคับได้

สัญญาใดที่รัฐทำกับเอกชนตามแบบสัญญาสำเร็จรูปถือเป็นลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากสัญญาของเอกชนตามหลักกฎหมายแพ่งโดยทั่วไป เพราะเหตุว่า ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาที่เป็นเอกชนตามหลักกฎหมายแพ่งนั้น หากข้อสัญญาถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าเป็นสัญญาสำเร็จรูปแล้ว ก็อาจจะเข้าลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 อันจะทำให้สัญญานั้นใช้บังคับไม่ได้ แต่ในขณะที่การทำสัญญาโดยใช้แบบสัญญาสำเร็จรูปที่กำหนดไว้ในท้ายระเบียบพัสดุดังกล่าว จะไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม<sup>๗</sup> เพราะพระราชบัญญัติฉบับนี้มุ่งคุ้มครองความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนเพื่อมิให้หลักความเสมอภาคอันเป็นหลักทั่วไปตามกฎหมายแพ่งต้องเสียไป ในขณะที่สัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เพราะฝ่ายปกครองต้องดำเนินการเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ สถานะของคู่สัญญาจึงไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครอง

จ. ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้สิทธิผู้ว่าจ้างแต่งตั้งมีอำนาจสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม ตัดทอนซึ่งงานตามสัญญาได้<sup>๗๗</sup> ข้อกำหนดที่มีลักษณะนี้จะปรากฏในสัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร ซึ่งหากเป็นสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันนั้น โดยทั่วไปมักจะกำหนดว่าผู้รับจ้างยินยอมให้ผู้ว่าจ้างหรือตัวแทนเข้าตรวจอาคารที่ก่อสร้างเป็นครั้งคราวตามโอกาสที่สมควร แต่ผู้ว่าจ้างต้องไม่ขัดขวางหรือรบกวนการก่อสร้างอันเป็นลักษณะเป็นการตรวจงานที่ผู้ว่าจ้าง แต่ไม่พบข้อกำหนดที่ยอมให้ผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม ตัดทอนซึ่งงานตามสัญญาได้ ซึ่งเป็นข้อกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ว่าจ้างเรียกร้องหรือกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญาอันเป็นลักษณะคล้ายกับการควบคุมให้ปฏิบัติตามสัญญา ทำให้เป็นข้อกำหนดที่ผู้ว่าจ้างได้เปรียบผู้รับจ้างเกินสมควร จึงเห็นว่า ข้อกำหนดในสัญญาที่กล่าวมานี้มีลักษณะที่ค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง สัญญาจ้างที่ทำระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนและได้ตกลงข้อกำหนดนี้ไว้ในสัญญา ก็อาจทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทาง

<sup>๗๗</sup> แบบสัญญาจ้างทั่วไป ข้อ 15

ปกครองได้ ถ้ามีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษอยู่หลายข้อกำหนดและแต่ละข้อมีลักษณะไม่เด่นชัดแต่ได้พิจารณาหลายๆ ข้อกำหนดที่มีลักษณะดังกล่าวรวมกัน

จ. ข้อกำหนดในสัญญาที่ว่า หากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้างที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้น ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่กำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่ ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้างหรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ถ้าในกรณีที่สัญญาจ้างที่มีข้อกำหนดนี้ แต่วัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ใช่จัดทำบริการสาธารณะ เห็นว่า ข้อกำหนดในสัญญาที่ว่าหากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้างที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษ หรืองานที่เพิ่มขึ้น ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่กำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่ ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้างหรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง มีลักษณะที่ค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง แต่ไม่เด่นชัดมากนัก ถ้าพิจารณา รวมกันหลายๆ ข้อที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน สัญญาจ้างอาจมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้

ศาลปกครองสูงสุดได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าววินิจฉัยให้สัญญาที่ นอกเหนือจากสัญญาทางปกครองที่กำหนดไว้ที่ประการในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองเป็น สัญญาทางปกครอง เช่น

สัญญาซื้อขายติดตั้งอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ให้แก่หน่วยงานทางการแพทย์ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อพิพาทจากสัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์การประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์ วัตถุประสงค์ในคดีนี้เป็นการซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะใช้ในการเชื่อมโยงและรับส่งข้อมูลของประชาชนที่มาใช้บริการสาธารณะด้านการแพทย์ เป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดบริการสาธารณะด้านการแพทย์ให้บรรลุผลและเป็นประโยชน์โดยตรงต่อประชาชนที่มาใช้บริการด้านการแพทย์ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2546)

สำหรับสัญญาจ้างก่อสร้างกับหน่วยงานทางปกครองซึ่งให้เอกสิทธิ์แก่หน่วยงานทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดได้ยึดบรรทัดฐานตามแนวคำนิยามสัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด โดยพิจารณาข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งลักษณะดังกล่าวไม่ค่อยพบเห็นในสัญญาทางแพ่งทั่วไป เช่น

ข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการปฏิบัติงานระหว่างสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้ว่าจ้าง กับผู้รับจ้าง ให้ทำการซ่อมแซมอาคารของกองสรรพาวุธอาคาร ซึ่งมีข้อความแสดงถึงเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครอง ถือว่าเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการปกครองบรรลุผล การว่าจ้างดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/2547)

นอกจากหลักเกณฑ์เพิ่มเติมลักษณะสัญญาทางปกครองแล้ว ศาลปกครองสูงสุดยังได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายปกครองอีกด้วยว่า สัญญาใดเป็นสัญญาที่ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง หากสัญญาที่ทำกับหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐนั้น ไม่ปรากฏมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผลแล้ว ศาลปกครองสูงสุดจะวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาทางแพ่ง ตัวอย่างเช่น

สัญญาจัดซื้อตู้ปราศจากเชื้อของกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ มิได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่มีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 112/2544)

สัญญาจ้างที่ปรึกษาเพื่อออกแบบและควบคุมการก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ และปรับปรุงสนามกีฬา ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะข้อตกลงตามสัญญาเป็นเรื่องที่ตกลงกันในฐานะเท่าเทียมกันและเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะอันเท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 5/2545)

สัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้า ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง อีกทั้งข้อกำหนดในสัญญามีได้มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ หากแต่แสดงให้เห็นถึงลักษณะของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสมัครใจเข้าผูกพันซึ่งกันและกันภายในกรอบของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งใช้บังคับกับการทำสัญญา โดยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้า แม้จะนำไปใช้ในกิจการของโรงพยาบาลก็มีใช้สิ่งสาธารณูปโภคซึ่งประชาชนทั่วไปจะเข้าไปใช้ประโยชน์โดยตรงหรือเป็นเครื่องมือโดยตรงที่จะขาดเสียมิได้ในการรักษาผู้ป่วยของโรงพยาบาลในการจัดทำบริการสาธารณะ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 61/2545)

สัญญาจ้างเหมาติดตั้งปุ่มสะท้อนแสงสองหน้าบนผิวจราจร ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง แม้ปุ่มสะท้อนแสงสองหน้าจะเป็นเครื่องหมายจราจรในความหมายของคำว่า “ทางหลวง” แต่ที่บัญญัติไว้เช่นนั้นก็เพื่อประโยชน์ในการควบคุมดูแลความปลอดภัยในการจราจรบนทางหลวงเท่านั้น มิได้มีเจตนาให้ปุ่มสะท้อนแสงสองหน้าเป็นสิ่งสาธารณูปโภค (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 252/2545)

การที่กฎหมายบัญญัติให้คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต้องฟ้องต่อศาลปกครองย่อมมีเหตุผลที่เกิดจากลักษณะของสัญญาทางปกครองที่เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการบริการสาธารณะ และกฎหมายที่นำมาปรับใช้ก็ต่างจากสัญญาทางแพ่ง ทั้งนี้ก็มุ่งที่จะให้ศาลปกครองเข้ามาตรวจสอบว่าการทำสัญญานั้นให้เกิดความเป็นธรรมแก่เอกชน และสามารถคุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้วย และหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองย่อมมีข้อแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง

## 2. แนวคิดและทฤษฎีของสัญญาพัสดุในประเทศไทย

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่ส่วนราชการในราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และส่วนราชการในต่างประเทศ ซึ่งไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น เพื่อใช้ในการดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารทรัพย์สินของทางราชการที่สำคัญ อันได้แก่ วิธีการจัดหา วิธีการควบคุม และวิธีการจำหน่ายทรัพย์สิน เพื่อให้วิธีการจัดการทรัพย์สินของทางราชการเป็นไปโดยรอบคอบ รัดกุมและมีประสิทธิภาพ ในส่วนของการจัดหาซึ่งเป็นวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุของส่วนราชการเพื่อให้ได้พัสดุและหรือการบริการที่ต้องการเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และกิจการสาธารณูปโภคที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของแต่ละส่วนราชการ ในรูปของการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับเอกชนหรือสัญญาพัสดุดือเป็นเครื่องมือสำคัญเพื่อให้ได้พัสดุและการบริการดังกล่าวตามวัตถุประสงค์ ซึ่งการจัดหาพัสดุต้องดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และเนื่องจากการจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการ ถือเป็นจัดหาพัสดुरูปแบบหนึ่งตามนิยามประเภทการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 การทำสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานจึงต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 จึงควรศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีของสัญญาพัสดุ

สัญญาพัสดุที่จัดทำขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ถือเป็นสัญญาที่ส่วนราชการของไทยใช้ก่อนนิติสัมพันธ์กับเอกชนมากที่สุด ปัจจุบันระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ได้มีการแก้ไขไปหลายครั้งแล้ว ครั้งสุดท้ายคือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2552 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของคณะกรรมการในการดำเนินการตามระเบียบพัสดุ โดยให้สามารถแต่งตั้งพนักงานราชการ พนักงานมหาวิทยาลัย และพนักงานของรัฐเป็นกรรมการได้ เพื่อให้สอดคล้องกับระบบบริหารงานบุคคลของภาครัฐในปัจจุบัน และได้มีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2549 เริ่มใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2549

## 2.1 สารสำคัญของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535

**2.1.1 นิยามและประเภทของการจัดหาพัสดุ** ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 5 ได้กำหนดว่า “พัสดุ” หมายความว่า วัสดุ ครุภัณฑ์ ที่ดินและสิ่งก่อสร้าง ที่กำหนดไว้ในหนังสือการจำแนกประเภทรายจ่ายตามงบประมาณของสำนักงบประมาณ หรือการจำแนกประเภทรายจ่ายตามสัญญาเงินกู้จากต่างประเทศ และ “การพัสดุ” หมายความว่า การจัดทำเอง การซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การแลกเปลี่ยน การเช่า การควบคุม การจำหน่าย และการดำเนินการ อื่นๆ ที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้ ดังนั้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ แบ่งการจัดหาพัสดุเป็น 5 ประเภท คือ

1) การซื้อการจ้าง ข้อ 18 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 สามารถกระทำได้ 6 วิธี คือ วิธีตกลงราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาไม่เกิน 100,000 บาท วิธีสอบราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท แต่ไม่เกิน 2,000,000 บาท วิธีประกวดราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 2,000,000 บาท วิธีพิเศษ ได้แก่ การซื้อครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท แต่ให้กระทำเฉพาะกรณีหนึ่งกรณีใดเป็นต้นว่า เป็นพัสดุที่ขายทอดตลาดโดยฝ่ายปกครอง หรือเป็นพัสดุที่ต้องซื้อเร่งด่วน หรือเพื่อใช้ในราชการลับ หรือมีความต้องการใช้เพิ่มขึ้นในสถานการณ์ที่จำเป็น หรือ เร่งด่วน และจำเป็นต้องใช้เพิ่ม เป็นต้น ส่วนการจ้างโดยวิธีพิเศษนั้น ได้แก่ การจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท แต่มีเงื่อนไขว่า ต้องจ้างผู้มีฝีมือโดยเฉพาะ การจ้างซ่อมเครื่องจักร เครื่องมือต่างๆ เป็นงานที่ปกปิดเป็นความลับของทางราชการ เป็นต้น การซื้อการจ้างโดยวิธีกรณีพิเศษ ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างจากฝ่ายปกครอง ในกรณีเป็นผู้ผลิตพัสดุหรือทำงานจ้างนั่นเอง และนายกรัฐมนตรีนุมิตินำซื้อหรือจ้าง มีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ซื้อหรือจ้าง และกรณีนี้ให้รวมถึงหน่วยงานอื่นที่มีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดด้วย วิธีสุดท้าย คือวิธีประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด



2) การจ้างที่ปรึกษา ตาม ข้อ 77 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

3) การจ้างออกแบบผลงาน ตามข้อ 95 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

4) การแลกเปลี่ยน

5) การเช่า

**2.1.2 ขั้นตอนสำคัญต่างๆ** ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับพัสดุ พอสรุปดังนี้ การจัดทำรายงานเสนอหัวหน้าส่วนราชการ ตามข้อ 27 และข้อ 28 การจัดทำเอกสารประกวดราคาและสอบราคา ตามข้อ 40 และข้อ 41 การส่งประกาศเผยแพร่การสอบราคาและเอกสารประกวดราคา กับปิดประกาศไว้โดยเปิดเผย ณ ที่ทำการ ตามข้อ 45 เป็นต้น ทั้งนี้ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เพื่อให้การปฏิบัติการจัดหาพัสดุเป็นไปอย่างละเอียดรอบคอบและโปร่งใส และยังได้กำหนดให้มีคณะกรรมการต่างๆ และผู้เกี่ยวข้องกับการจัดหาพัสดুরวม 10 ประเภทด้วยกัน คือ คณะกรรมการพิจารณาคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น คณะกรรมการเปิดซองสอบราคา คณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคา คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา คณะกรรมการจัดซื้อโดยวิธีพิเศษ คณะกรรมการจัดจ้างโดยวิธีพิเศษ คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ คณะกรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน และคณะกรรมการตรวจการปฏิบัติงาน

**2.1.3 การทำสัญญาพัสดุ** หลังจากที่คณะกรรมการที่เกี่ยวข้องดังที่กล่าวมาแล้วได้พิจารณาคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติที่เข้ามาทำการจัดซื้อและจัดจ้าง คณะกรรมการที่เกี่ยวข้องดังกล่าวจะต้องเป็นผู้พิจารณาทำความเข้าใจต่อหัวหน้าส่วนราชการเพื่อทำสัญญาต่อไป ซึ่งสาระสำคัญของสัญญา ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 สามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้ ผู้มีอำนาจลงนามในสัญญา ได้แก่ หัวหน้าส่วนราชการที่เป็นผู้จัดหาซึ่งรูปแบบของสัญญานั้น ให้ทำเป็นภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษตามตัวอย่างที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพ.) กำหนด การทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากตัวอย่างสัญญาที่ กพ. กำหนด โดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในตัวอย่างสัญญา และไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบก็ให้ทำได้ เว้นแต่หัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญานั้น ไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา ก่อน ในกรณีที่ไม้อาจทำสัญญาตามตัวอย่างที่ คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนดได้และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ต้องส่งร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา ก่อน เว้นแต่หัวหน้าส่วนราชการเห็นสมควรทำสัญญาตามแบบที่ได้เคยผ่านการพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดมาแล้วก็ให้กระทำได้ การตรวจพิจารณาร่างสัญญา

ร่างสัญญาที่อยู่ในข่ายที่ต้องได้รับการตรวจพิจารณา ได้แก่ สัญญาที่ไม่ได้เป็นไปตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนด เว้นแต่เป็นสัญญาที่ไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบ สัญญาเช่าซื้อซึ่งผู้เช่าจะต้องเสียเงินอื่นใดนอกจากค่าเช่า สัญญาที่หัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในการเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ผู้มีอำนาจในร่างสัญญาเหล่านี้ ได้แก่ อัยการสูงสุดหรืออัยการจังหวัดแล้วแต่กรณี การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาโดยหลักสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะมีความจำเป็นโดยไม่ทำให้รัฐต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ ให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงินจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้จ่ายเงินกู้ หรือเงินช่วยเหลือแล้วแต่กรณีด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าวหากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาส่งมอบของ หรือระยะเวลาในการทำงานให้ตกลงพร้อมกันไป สำหรับการจัดหาที่เกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่าง จะต้องได้รับการรับรองจากวิศวกร สถาปนิก และวิศวกรผู้ชำนาญการ หรือผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรับผิดชอบหรือสามารถรับรองคุณลักษณะเฉพาะแบบและรายการของงานก่อสร้าง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่างนั้นแล้วแต่กรณีด้วย ในกรณีการบอกเลิกสัญญา หัวหน้าส่วนราชการเป็นผู้มีอำนาจในการบอกเลิกสัญญาซึ่งเหตุในการบอกเลิกสัญญานั้น ได้แก่ กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเห็นว่ามีความผิดอันควรเชื่อได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ อนึ่ง การบอกเลิกสัญญาจะต้องเป็นไปเฉพาะกรณีที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองโดยตรง หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของฝ่ายปกครองในการปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป กรณีการงด การลดค่าปรับ และการขยายเวลาตามสัญญาหัวหน้าส่วนราชการมีอำนาจในการงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา รวมทั้งการขยายระยะเวลาได้ในกรณีที่เหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการหรือเหตุสุดวิสัยหรือเหตุเกิดจากเหตุการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ข้อยกเว้นของการทำสัญญา ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการสามารถใช้ดุลพินิจที่จะทำข้อตกลงเป็นหนังสือไว้ต่อกัน โดยไม่ต้องทำเป็นสัญญาสำหรับการจัดหาในกรณี การซื้อ การจ้าง หรือการแลกเปลี่ยน โดยวิธีตกลงราคาหรือการจ้างที่ปรึกษาโดยวิธีตกลงราคาที่มีวงเงินไม่เกิน 100,000 บาท การจัดหาที่คู่สัญญาสามารถส่งมอบพัสดุได้ครบถ้วนภายใน 5 วันทำการ นับแต่วันที่ตกลงเป็นหนังสือ ในส่วนของค่าปรับ การทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือ ให้คู่สัญญาฝ่ายราชการกำหนดค่าปรับกรณีผิดสัญญาเป็นรายวันในอัตราตายตัวระหว่างร้อยละ 0.01-0.20 ของราคาพัสดุที่ยังไม่ได้รับมอบ เว้นแต่การจ้างซึ่งต้องการผลสำเร็จของงานทั้งหมดพร้อมกัน ให้กำหนดค่าปรับเป็นรายวันเป็นจำนวนเงินตายตัวในอัตรา

ร้อยละ 0.01-0.10 ของราคางานที่จ้างนั้น แต่ต้องไม่ต่ำกว่าวันละ 100 บาท สำหรับงานก่อสร้าง สาธารณูปโภคที่มีผลกระทบต่อกรจราจรให้กำหนดค่าปรับเป็นรายวันในอัตราร้อยละ 0.25 ของ ราคางานจ้างนั้น แต่อาจกำหนดขึ้นสูงสุดของการปรับก็ได้ กรณีหลักประกันในการทำสัญญา โดย ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดถึงเรื่องหลักประกันไว้ ประกอบด้วย ประเภทของหลักประกัน ได้แก่ เงินสด เช็คที่ธนาคารเซ็นสั่งจ่ายลงวันที่ที่ใช้เช็คชำระ ต่อเจ้าหน้าที่ หรือก่อนวันนั้น ไม่เกิน 3 วันทำการ หนังสือค้ำประกันของธนาคารภายในประเทศตาม ตัวอย่างที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนด หนังสือค้ำประกันของบริษัทเงินทุนอุตสาหกรรม แห่งประเทศไทย เป็นต้น การกำหนดมูลค่าของหลักประกัน ได้แก่ หลักประกันซองและ หลักประกันสัญญาดังกล่าว ให้กำหนดมูลค่าเป็นจำนวนเต็มในอัตราร้อยละ 5 ของวงเงิน หรือราคา พักที่จัดหาครั้งนั้นแล้วแต่กรณี เว้นแต่ การจัดหาพัสดุที่หัวหน้าส่วนราชการเห็นว่ามี ความสำคัญ เป็นพิเศษ จะกำหนดอัตราร้อยละ 5 แต่ไม่เกินร้อยละ 10 ก็ได้ การกำหนดหลักประกันจะต้อง ระบุไว้เป็นเงื่อนไขในเอกสารสอบราคา หรือเอกสารประกวดราคา หรือในสัญญาด้วย ในกรณีที่ผู้ เสนอราคาหรือคู่สัญญาวางหลักประกันที่มีมูลค่าสูงกว่าที่กำหนดไว้ในระเบียบ เอกสารสอบราคา หรือเอกสารประกวดราคา หรือสัญญาให้อนุ โลมรับได้

## 2.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจ หน้าที่ระหว่างศาล เกี่ยวกับสัญญาพัสดุ

2.2.1 **กรณีสัญญาจ้าง** ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้าง สัญญาจ้างปรับปรุงอาคารที่ทำการ สัญญาจ้างเหมาบริการ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่าง ศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 37/2550 สัญญาจ้างก่อสร้างพื้นคอนกรีตเพื่อติดตั้งตู้คอน เทนเนอร์ของสถานีทวนสัญญาณ วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการจ้างก่อสร้างพื้นคอนกรีต เช่นเดียวกับเอกชนทั่วไปจ้างก่อสร้าง แต่เมื่อพื้นคอนกรีตดังกล่าวใช้ติดตั้งตู้ของสถานีสัญญาณอัน เป็นส่วนหนึ่งของการจัดทำบริการสาธารณะด้านโทรคมนาคมของรัฐ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญา ทางปกครอง เพราะหากไม่มีพื้นคอนกรีตดังกล่าวก็ไม่อาจวางตู้คอนเทนเนอร์ของสถานีทวน สัญญาณได้ การจัดทำบริการสาธารณะนั้นก็ย่อมไม่บรรลุผล

คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 21/2446 ผู้ถูกฟ้องคดี (กองทัพเรือ) มีอำนาจหน้าที่ในการ รักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ตามมาตรา 9 (12) แห่งพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการ และกำหนดหน้าที่ส่วนราชการกองทัพเรือ กองบัญชาการทหารสูงสุดกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2528 โดยผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องจัดให้มีอาวุธ ยุทโธปกรณ์และอุปกรณ์อื่น ๆ ที่จำเป็นในการดำเนินภารกิจ ในหน้าที่ ดังนั้น สัญญาที่ผู้ถูกฟ้องคดีว่าจ้างผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างหลักเทียบเรือสองด้านบริเวณ

แอล.เอส.ที.แรมป์ ทำเทียบเรือแหลมเทียบการทำเรือสัดหีบ ฐานทัพเรือสัดหีบเพื่อใช้เทียบเรือระบายพลขนาดใหญ่ เรือยกพลขนาดใหญ่ขนถ่ายยกรรบ กำลังพลและยุทโธปกรณ์ทางทหาร จึงเป็นสัญญาที่จัดให้มีเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการทางสาธารณะของผู้ถือฟ้องคดีให้บรรลุ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 48/2547 สัญญาจัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยการเดินอากาศพร้อมอุปกรณ์ อะไหล่ รวมทั้งก่อสร้างอาคาร LOCALIZER และอาคาร GUIDE SLOPE โดยที่เครื่องช่วยเดินอากาศเป็นเครื่องมือสำหรับใช้ในการควบคุมการบินเวลาสภาพอากาศไม่ปกติ โดยใช้อุปกรณ์ของเครื่องบินจากสถานีควบคุมการบินอันเป็นเครื่องมือสำคัญที่ผู้รับจ้างจะต้องหา มาโดยเฉพาะสำหรับการช่วยเดินอากาศซึ่งไม่สามารถจัดหาได้ทั่วไปตามท้องตลาด ตลอดจนการดำเนินการก่อสร้างอาคาร LOCALIZER และอาคาร GUIDE SLOPE ซึ่งเป็นอาคารสำหรับติดตั้งเครื่องบอกเส้นทางกลางทางวิ่งและเครื่องบอกมุมร่อนหัวลงในทางวิ่ง โดยมีวัตถุประสงค์ของสัญญา เพื่อให้การจัดระบบการจราจรและการขนส่งทางอากาศดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาล ของคณะแพทยศาสตร์ระหว่างมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ กับ บริษัท เจ - สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) จำกัด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เนื่องจากข้อกำหนดในสัญญาจ้างมีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เช่น ให้สิทธิที่จะเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยที่ผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่เคยมีการระบุไว้ในสัญญาจ้าง โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน แม้กระทั่งเรื่องเวลาการทำงานและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ประกอบกับลักษณะที่เป็นสัญญาสำเร็จรูปของสัญญาจ้างฉบับนี้ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาล คณะแพทยศาสตร์ของผู้ถือฟ้องคดีนั้นยังมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง นอกจากนี้สัญญาฉบับนี้ยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคา (ค่า K) สำหรับราคางานก่อสร้างตามสัญญาจ้างนี้อีกด้วย จึงเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาพิพากษาได้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2551 คดีพิพาทระหว่างบริษัท วิถีไทย จำกัด กับ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลธัญบุรี ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คดีนี้ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญากับผู้ถือฟ้องคดีเพื่อก่อสร้างอาคารเรียน คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ โดยที่ผู้ถือฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง และสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนสถาปัตยกรรม

ศาสตร์มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อผู้ฟ้องคดีนำคดีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาที่ทำกับผู้ถูกฟ้องคดียื่นฟ้องต่อศาลจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 18/2545 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลางระหว่างบริษัทเอกชนกับมหาวิทยาลัยของรัฐ คณะกรรมการฯ วินิจฉัยว่า อาคารมหาวิทยาลัยของรัฐเป็นถาวรวัตถุและเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผลกับเป็นถาวรวัตถุที่ประชาชนจะเข้าไปใช้สอยประโยชน์ได้โดยตรง ถือได้ว่าเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 10/2545 สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงอาคารโรงพยาบาลของรัฐ ระหว่างบริษัทเอกชนกับจังหวัดชุมพร อาคารโรงพยาบาลของรัฐซึ่งเป็นถาวรวัตถุ เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล นอกจากนี้ประชาชนทั่วไปยังสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง อาคารโรงพยาบาลของรัฐจึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภค และเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญานี้ คือ การรับจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาล จึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

**2.2.2 กรณีสัญญาซื้อขาย** ซึ่งศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 18/2550 โจทก์ (กองทัพเรือ) มีหน้าที่เตรียมกำลังกองทัพเรือและป้องกันราชอาณาจักร ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2503 อันเป็นภารกิจเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ซึ่งรัฐเป็นผู้จัดทำโดยโจทก์ต้องให้มีอาวุธหรือยุทธโศปกรณ์ที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะนั้น โจทก์ได้ทำสัญญาซื้อร่มบุคคล โคดแบบสายดิ่งประจำที่แบบเอ็มซี 1-1 ปี พร้อมร่มช่วยที่-10 อาร์ และอุปกรณ์ เป็นยุทธโศปกรณ์ที่จำเป็นต้องใช้สำหรับการฝึกฝนและการรบ จึงเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล สัญญาซื้อขายร่มบุคคล โคดแบบสายดิ่งประจำที่แบบเอ็มซี 1-1 ปี พร้อมร่มช่วยที่-10 อาร์ และอุปกรณ์จึงเป็นสัญญาทางปกครอง



คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 21/2551 สัญญาซื้อครุภัณฑ์เครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมติดตั้ง ซึ่งมีลักษณะเป็นการซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์เช่นเดียวกับเอกชนทั่วไปที่หาซื้อที่ใดก็ได้ แต่เมื่อสำนักงานพัฒนาการประถมศึกษาแห่งชาติมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านการศึกษาได้ทำสัญญาจัดซื้อคอมพิวเตอร์ ซึ่งย่อมเห็นได้ว่าเพื่อนำไปใช้ในการจัดการเรียนการสอนอันเป็นภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของสำนักงานฯ สัญญาซื้อครุภัณฑ์เครื่องคอมพิวเตอร์ดังกล่าว จึงเป็นการจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องอุปกรณ์สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดบริการสาธารณะให้บรรลุผล สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะหากไม่มีเครื่องคอมพิวเตอร์ย่อมไม่อาจจัดการเรียนการสอนอันเป็นบริการทางสาธารณะของสำนักงานฯ ให้บรรลุผลได้

### 3. สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง

ในปัจจุบันการดำเนินโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ของรัฐประกอบด้วยขั้นตอนต่างๆ หลายขั้นตอน อีกทั้งเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่าย อันได้แก่ ส่วนราชการเจ้าของโครงการ ผู้ออกแบบ ผู้รับจ้างก่อสร้าง ผู้ควบคุมงานก่อสร้าง และที่ปรึกษาบริหารงานก่อสร้าง และเนื่องจากโครงการก่อสร้างอาคารต่าง ๆ มีขั้นตอนการก่อสร้างที่สลับซับซ้อน บางครั้งต้องใช้วิชาการขั้นสูง มีการนำเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้เพื่อให้โครงการก่อสร้างนั้นๆ แล้วเสร็จตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ ทั้งด้านคุณภาพ ระยะเวลา และค่าใช้จ่าย ซึ่งส่วนราชการที่เป็นเจ้าของโครงการก่อสร้างอาจมีความพร้อมไม่เพียงพออันเนื่องมาจากสาเหตุหลายประการ ทำให้ต้องมีการว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อช่วยในการออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง เพื่อช่วยแนะนำในการตัดสินใจแก้ปัญหาอุปสรรคอันอาจเกิดขึ้นได้ในระหว่างการก่อสร้าง การจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานจึงมีส่วนสัมพันธ์กับโครงการก่อสร้างเป็นอย่างมาก เพราะที่ปรึกษาจะมีหน้าที่ความรับผิดชอบในการให้บริการทางวิชาชีพในออกแบบและการควบคุมงานระหว่างการดำเนินการก่อสร้างในฐานะตัวแทนเจ้าของโครงการ ทำหน้าที่กำกับดูแล ตรวจสอบการดำเนินงานของผู้รับจ้างก่อสร้างให้เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาจ้าง รวมทั้งรักษาผลประโยชน์ให้กับเจ้าของโครงการตามหลักวิชาชีพที่ปรึกษา

#### 3.1 ลักษณะของงานที่ปรึกษา

สำนักบริหารหนี้สาธารณะ กระทรวงการคลัง<sup>78</sup> ได้แบ่งลักษณะงานของที่ปรึกษา ออกเป็นประเภทต่างๆ ดังต่อไปนี้

##### 3.1.1 การออกแบบทางสถาปัตยกรรมและวิศวกรรม

<sup>78</sup> ศูนย์ข้อมูลที่ปรึกษาไทย กระทรวงการคลัง, 2546

### 3.1.2 การควบคุมและจัดการการก่อสร้าง

3.1.3 การศึกษาวิเคราะห์เรื่องใดเรื่องหนึ่ง เพื่อจัดทำนโยบาย แนวทางการแก้ไขปัญหา แผนการ ดำเนินงานในระดับต่างๆ สร้างความเข้าใจในปัญหา ตัวอย่างเช่น การจัดทำแผนปรับโครงสร้างขององค์กร การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ การจัดทำแผนหลักการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคมของพื้นที่เฉพาะ การจัดทำแผนหลักการพัฒนาทรัพยากรน้ำในพื้นที่ลุ่มน้ำหนึ่ง การจัดทำ ระบบการดำเนินธุรกิจและระบบการจัดการด้านการเงินขององค์กร เป็นต้น

3.1.4 การศึกษาความเหมาะสมของโครงการ เพื่อจัดทำแผนการลงทุนดำเนินโครงการ

3.1.5 การตรวจสอบวิเคราะห์เพื่อแก้ปัญหาเฉพาะทางวิศวกรรม เช่น ปัญหาอาคารรั่ว ปัญหาน้ำท่วม

3.1.6 การจัดการและบริหารโครงการ (ซึ่งไม่ใช่โครงการก่อสร้าง)

3.1.7 การสำรวจรวบรวมข้อมูลทางวิชาการ เช่น การจัดทำแผนที่ด้วยระบบสารสนเทศทางภูมิศาสตร์

3.1.8 การจัดทำแผนหลักและการพัฒนาระบบข้อมูลเทคโนโลยีสารสนเทศ และระบบข้อมูลเพื่อการจัดการ (Management Information System)

ซึ่งแม้ว่าลักษณะงานออกแบบทางสถาปัตยกรรมและวิศวกรรม และการควบคุมและจัดการงานก่อสร้าง จะจัดว่าเป็นลักษณะหนึ่งของงานที่ปรึกษาก็ตาม แต่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ได้แยกงานสองประเภทนี้ออกจากงานที่ปรึกษาอื่น ๆ เนื่องจากมีการกำหนดค่าจ้างสำหรับงานทั้งสองประเภทนี้ในอัตราที่แน่นอน คิดเป็นร้อยละของราคาโครงการ

สำหรับหลักเกณฑ์การจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารของส่วนราชการ ได้มีมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2536 แจ้งว่า กรณีที่ได้รับแจ้งจากส่วนราชการที่ขอความร่วมมือ (กรมโยธาธิการและผังเมือง กรมศิลปากร และส่วนราชการอื่นที่มีหน่วยงานออกแบบและก่อสร้าง) ว่าไม่สามารถออกแบบก่อสร้างให้ได้ ส่วนราชการนั้นจึงจะสามารถดำเนินการจ้างเอกชนออกแบบก่อสร้างอาคารได้ และสำหรับกรณีการควบคุมงานก่อสร้างอาคารก็เช่นเดียวกัน คือ ต้องได้รับแจ้งจากส่วนราชการที่ขอความร่วมมือ (กรมโยธาธิการและผังเมือง กรมศิลปากร และส่วนราชการอื่นที่มีหน่วยงานออกแบบและก่อสร้าง) ว่าไม่สามารถส่งเจ้าหน้าที่มาควบคุมงานก่อสร้างอาคารได้ ส่วนราชการนั้นจึงสามารถจ้างเอกชนเป็นผู้ควบคุมงานก่อสร้างได้ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบัน โครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ของรัฐล้วนแต่มีการจ้างที่ปรึกษาเอกชนในการออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างแทบทั้งสิ้น โดยการที่ภาครัฐจะดำเนินการจ้างที่ปรึกษาออกแบบ

และควบคุมงาน จะเกิดขึ้นจากความจำเป็น 2 ประการ คือ ประการแรกเป็นการดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาลที่จะส่งเสริมและพัฒนาบริษัทที่ปรึกษา (ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2530) และประการที่สอง เกิดจากหน่วยงานภาครัฐไม่มีความพร้อมที่จะสามารถดำเนินการได้เอง อันเนื่องมาจากสาเหตุ ดังนี้

1) บุคลากรของส่วนราชการเจ้าของโครงการหรือส่วนราชการที่มีหน้าที่ออกแบบและก่อสร้างที่มีอยู่มีจำนวนไม่เพียงพอที่จะปฏิบัติงานให้โครงการแล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่ต้องการตามความประสงค์ของเจ้าของโครงการได้

2) บุคลากรของส่วนราชการเจ้าของโครงการที่มีอยู่มีคุณสมบัติไม่เพียงพอที่จะปฏิบัติงานให้สำเร็จบรรลุวัตถุประสงค์ได้ เช่น บุคลากรขาดความชำนาญด้านการก่อสร้าง หรือมีประสบการณ์ไม่เพียงพอ ทำให้เจ้าของโครงการเกิดความไม่มั่นใจในคุณภาพของงาน

3) บุคลากรของส่วนราชการเจ้าของโครงการมีภาระหน้าที่ที่เป็นงานประจำมากจนไม่มีเวลาปฏิบัติงานอื่นได้อีก

4) เจ้าของโครงการปรารถนาที่จะได้ความคิดเห็นที่ดี และหลากหลายจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เพื่อเป็นทางเลือกให้แก่เจ้าของโครงการได้พิจารณาทางเลือกที่ดีที่สุดในการดำเนินการก่อสร้าง

5) เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากเจ้าของโครงการคาดหวังว่าถ้ามีการจ้างที่ปรึกษาเพื่อควบคุมการก่อสร้างจะสามารถประหยัดค่าใช้จ่ายในแง่ของราคาก่อสร้างหรือลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้

6) เจ้าของโครงการต้องการฝึกบุคลากรในหน่วยงานของตนให้ได้เรียนรู้เทคนิคขั้นตอนและวิธีการทำงานด้านการควบคุมการก่อสร้าง เพื่อประโยชน์ในภายภาคหน้าของเจ้าของโครงการเอง

ทั้งนี้หน่วยงานภาครัฐที่จะดำเนินการจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานจะต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งได้กำหนดขั้นตอนระเบียบวิธีปฏิบัติในการจัดจ้าง และรูปแบบของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน

### 3.2 หน้าที่ความรับผิดชอบของที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน

ที่ปรึกษาจะมีหน้าที่ความรับผิดชอบการให้บริการทางวิชาชีพในการควบคุมงานระหว่างดำเนินการก่อสร้างในฐานะตัวแทนเจ้าของโครงการตามหลักวิชาชีพของที่ปรึกษา<sup>79</sup> ดังนี้

<sup>79</sup> ประเสริฐ วัฒนมงคลนาน, มนต์เกียรติ์ ชนิทรลีลา และวรรณพร กุณแจน 2539 บทบาทและหน้าที่ของบริษัทที่ปรึกษา ศึกษาเฉพาะงานก่อสร้างอาคารขนาดใหญ่ วิทยานิพนธ์วิศวกรรมศาสตรบัณฑิต สาขาวิศวกรรมโยธา สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี หน้า 6-7

- 3.2.1 พิจารณานุมัติ Shop Drawing ของผู้รับเหมาที่ได้จัดทำและเสนอมา
- 3.2.2 ตรวจสอบ ทบทวนแบบการก่อสร้าง รายการ รายละเอียด และสัญญาที่ใช้ในงานก่อสร้าง เพื่อให้เกิดความผิดพลาดระหว่างการก่อสร้างให้น้อยที่สุด และลดข้อขัดแย้งระหว่างภาครัฐเจ้าของโครงการและผู้รับเหมาก่อสร้าง
- 3.2.3 ทำการควบคุมงานก่อสร้างให้เป็นไปตามแบบรูปรายการ รายการประกอบแบบ และสัญญา ที่ได้ทำร่วมกันระหว่างภาครัฐเจ้าของโครงการและผู้รับเหมา
- 3.2.4 พิจารณาการขออนุมัติใช้วัสดุและรายการเทียบเท่าจากผู้รับเหมา
- 3.2.5 ตรวจสอบและทดสอบคุณภาพวัสดุต่างๆ ที่ใช้ในการก่อสร้างตามที่ระบุในสัญญาที่ทำร่วมกันระหว่างภาครัฐเจ้าของโครงการและผู้รับเหมา
- 3.2.6 ประชุมร่วมกับเจ้าของโครงการและผู้รับเหมา เพื่อติดตามงานและแก้ไขปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้น เพื่อให้งานก่อสร้างดำเนินไปตามเป้าหมายที่วางไว้ได้
- 3.2.7 ตรวจสอบและติดตามความก้าวหน้าการทำงานของผู้รับเหมาให้เป็นไปตามแผนงานการก่อสร้าง
- 3.2.8 ช่วยแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าที่อาจเกิดขึ้นได้ที่หน้างาน
- 3.2.9 สั่งหยุดการทำงานของผู้รับเหมา เมื่อเห็นว่ามีโอกาสเกิดความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินต่อบุคคลต่าง ๆ ในการก่อสร้าง
- 3.2.10 ปฏิเสธการรับงานและวัสดุที่ใช้ในการก่อสร้างที่ไม่ได้มาตรฐานตามที่ระบุไว้ในสัญญา
- 3.2.11 หาทางไกล่เกลี่ยปัญหาข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้น โดยการพิจารณาหาข้อเสนอแนะและแนวทางการหาข้อยุติที่เหมาะสมและเป็นธรรมกับทุกฝ่าย
- 3.2.12 รายงานความก้าวหน้าของงานเป็นประจำ เช่น ประจำเดือน ประจำงวด หรือตามระยะเวลาที่เห็นว่าจำเป็น
- 3.2.13 ตรวจสอบหนังสือแจ้งส่งงานงวด และใบเบิกเงินงวดของผู้รับเหมาว่าถูกต้องตามสัญญาและผลงานที่ผู้รับเหมาได้ดำเนินการจริงหรือไม่
- 3.2.14 ออกหนังสือรับรองผลงานให้แก่ผู้รับเหมาในกรณีเมื่องานก่อสร้างโครงการนั้นแล้วเสร็จ
- 3.2.15 ตรวจสอบและแนะนำเจ้าของโครงการเกี่ยวกับคำร้องขอต่างๆ ของผู้รับเหมาในเรื่องต่างๆ เช่น การขยายระยะเวลาตามสัญญาจ้าง ค่าชดเชย (ค่า K) ในงานก่อสร้าง ซึ่งตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ 37 กำหนดให้ การจ้างก่อสร้างแต่ละครั้ง หัวหน้าส่วนราชการต้องแต่งตั้งผู้ควบคุมงานที่มีความรู้ความชำนาญทางด้านช่าง

ตามลักษณะของงานก่อสร้างจากข้าราชการหรือลูกจ้างประจำในสังกัด หรือข้าราชการหรือลูกจ้างประจำในสังกัดอื่นตามที่ได้รับความยินยอมจากหัวหน้าส่วนราชการของผู้นั้นแล้ว และในกรณีจำเป็นจะต้องจ้างที่ปรึกษาเป็นผู้ควบคุมงานแทนข้าราชการหรือลูกจ้างประจำก็ได้โดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การจ้างที่ปรึกษาหรือการออกแบบและควบคุมงานซึ่งกำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ 73 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ควบคุมงาน ไว้ดังนี้

(1) ตรวจสอบและควบคุมงาน ณ สถานที่ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือที่ตกลงให้ทำงานจ้างนั้น ๆ ทุกวัน ให้เป็นไปตามแบบรูปรายการละเอียด และข้อกำหนดในสัญญาทุกประการ โดยเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมหรือตัดทอนงานจ้างได้ตามที่เห็นสมควร และตามหลักวิชาช่าง เพื่อให้เป็นไปตามแบบรูป รายการละเอียด และข้อกำหนดในสัญญา ถ้าผู้รับจ้างขัดขืนไม่ปฏิบัติตามก็สั่งให้หยุดงานนั้นเฉพาะส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดแล้วแต่กรณีไว้ก่อน จนกว่าผู้รับจ้างจะยอมปฏิบัติให้ถูกต้องตามคำสั่งและให้รายงานคณะกรรมการตรวจการจ้างทันที

(2) ในกรณีที่ปรากฏว่าแบบรูปรายการละเอียด หรือข้อกำหนดในสัญญามีข้อความขัดกัน หรือเป็นที่คาดหมายได้ว่าถึงแม้ว่างานนั้นจะได้เป็นไปตามแบบรูปรายการละเอียด และข้อกำหนดในสัญญา แต่เมื่อสำเร็จแล้วจะไม่มั่นคงแข็งแรง หรือไม่ปฏิบัติตามหลักวิชาช่างที่ดี หรือไม่ปลอดภัยให้สั่งพักงานนั้นไว้ก่อน แล้วรายงานคณะกรรมการตรวจการจ้างโดยเร็ว

(3) จัดบันทึกสภาพการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างและเหตุการณ์แวดล้อมเป็นรายวัน พร้อมทั้งผลการปฏิบัติงาน หรือการหยุดงานและสาเหตุที่มีการหยุดงานอย่างน้อย 2 ฉบับเพื่อรายงานให้คณะกรรมการตรวจการจ้างทราบทุกสัปดาห์ และเก็บรักษาไว้เพื่อมอบให้แก่เจ้าหน้าที่พัสดุเมื่อเสร็จงานแต่ละงวด โดยถือว่าเป็นเอกสารสำคัญของทางราชการเพื่อประกอบการตรวจสอบของผู้มีหน้าที่

การบันทึกการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างให้ระบุรายละเอียดขั้นตอนการปฏิบัติงานและวัสดุที่ใช้ด้วย

(4) ในวันกำหนดลงมือทำการของผู้รับจ้างตามสัญญาและในวันถึงกำหนดส่งมอบงานแต่ละงวด ให้รายงานผลการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างว่าเป็นไปตามสัญญาหรือไม่ ให้คณะกรรมการตรวจการจ้างทราบภายใน 3 วันทำการ นับแต่วันถึงกำหนดนั้น ๆ

### 3.3 ความหมายของการจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน

การจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมการก่อสร้าง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ มาตรา 5 กำหนดนิยามไว้ดังนี้



“การจ้างที่ปรึกษา” หมายความว่า การจ้างบริการจากที่ปรึกษา แต่ไม่รวมถึง การจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารด้วยเงินงบประมาณ

“ที่ปรึกษา” หมายความว่า บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจ หรือสามารถให้บริการเป็นที่ปรึกษาทางวิศวกรรม สถาปัตยกรรม เศรษฐศาสตร์ หรือสาขาอื่น รวมทั้งให้บริการด้านศึกษา สํารวจ ออกแบบและควบคุมงาน และการวิจัย แต่ไม่รวมถึงการให้บริการ ออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารด้วยเงินงบประมาณ

“การจ้างออกแบบและควบคุมงาน” หมายความว่า การจ้างบริการจากนิติบุคคล หรือนิติบุคคลธรรมดา ที่ประกอบธุรกิจบริการด้านงานออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารด้วยเงินงบประมาณ

### 3.4 วิธีการจัดจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน

การจ้างออกแบบและควบคุมงาน ต้องดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ ข้อ 96 ซึ่งกำหนดให้เจ้าหน้าที่พัสดุต้องจัดทำรายงานเสนอหัวหน้าส่วนราชการ ก่อนดำเนินการจ้างออกแบบและควบคุมงาน โดยต้องมีรายการดังนี้ ขอบเขตงานรวมทั้ง รายละเอียดเท่าที่จำเป็น, วงเงินงบประมาณค่าก่อสร้าง, ประมาณการค่าจ้าง, กำหนดเวลาแล้วเสร็จ, วิธีที่จะจ้าง, เหตุผลที่ต้องจ้างโดยวิธีนั้น และข้อเสนออื่นๆ เช่น เสนอแต่งตั้งคณะกรรมการ ดำเนินการจ้างการจ้างออกแบบและควบคุมงาน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ ข้อ 95 กำหนดไว้ 4 วิธี คือ

**3.4.1 วิธีตกลง** โดยผู้ว่าจ้างเลือกจ้างผู้ให้บริการรายหนึ่งรายใด ซึ่งเคยทราบหรือเคยเห็นความสามารถแล้ว และเป็นผู้ให้บริการที่มีหลักฐานดีตามที่คณะกรรมการดำเนินการจ้างเสนอ ใช้กับการก่อสร้างที่มีวงเงินงบประมาณค่าก่อสร้างตามโครงการหนึ่ง ๆ ไม่เกิน 2,000,000 บาท

**3.4.2 วิธีคัดเลือก** โดยผู้ว่าจ้างประกาศเชิญชวนการว่าจ้าง และคณะกรรมการ ดำเนินการจ้างจะพิจารณาคัดเลือกผู้ให้บริการที่มีข้อกำหนดเหมาะสมที่สุด ใช้กับการก่อสร้าง อาคารที่มีวงเงินงบประมาณค่าก่อสร้างตามโครงการหนึ่ง ๆ เกิน 2,000,000 บาท แต่ไม่เกิน 5,000,000 บาท

**3.4.3 วิธีคัดเลือกแบบจำกัดข้อกำหนด** โดยผู้ว่าจ้างประกาศเชิญชวนการว่าจ้าง และคณะกรรมการดำเนินการจ้างพิจารณาคัดเลือกผู้ให้บริการที่เป็นนิติบุคคล โดยคำนึงถึงฐานะทางนิติบุคคล คุณวุฒิและประวัติการทำงาน จำนวนสถาปนิกและหรือวิศวกรที่ประจำและ ไม่ประจำ หลักฐานแสดงผลงานที่ได้เคยปฏิบัติมาแล้ว ตลอดจนแนวความคิดในการออกแบบ ใช้กับการก่อสร้างอาคารที่มีวงเงินงบประมาณค่าก่อสร้างตามโครงการหนึ่ง ๆ เกิน 5,000,000 บาท

### 3.4.4 วิธีพิเศษ มี 2 ลักษณะ ดังนี้

1) *วิธีเลือกจ้าง* ใช้ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนและความมั่นคงของชาติ หากจะดำเนินการว่าจ้างตามวิธีอื่นดังกล่าวมาแล้ว จะทำให้เกิดการล่าช้า เกิดความเสียหายแก่ทางราชการและความมั่นคงของประเทศชาติ

2) *การว่าจ้างโดยการประกวดแบบ* ได้แก่ การว่าจ้างออกแบบอาคารที่มีลักษณะพิเศษ เป็นที่เชิดชูคุณค่าทางด้านศิลปกรรมหรือสถาปัตยกรรมของชาติ เช่น อนุสาวรีย์ รัฐสภา พิพิธภัณฑ์สถานแห่งชาติ โรงละครแห่งชาติ หรืองานออกแบบอาคารที่มีโครงสร้างขนาดใหญ่ เช่น สนามกีฬาแห่งชาติ สนามบิน

### 3.5 ค่าออกแบบและควบคุมงาน

การจ่ายค่าออกแบบและควบคุมงาน ตามระเบียบฯ ข้อ 119 มีอัตราดังนี้

3.5.1 อาคารที่มีงบก่อสร้างไม่เกิน 10,000,000 บาท ให้จ่ายในอัตราร้อยละ 2 ของวงเงิน

3.5.2 อาคารที่มีงบก่อสร้างเกิน 10,000,000 บาท ในส่วนที่เกินมาให้คิดร้อยละ 1.75 ของวงเงิน โดยการจ่ายเงินไม่รวมค่าสำรวจและวิเคราะห์ดินฐานราก

### 3.6 สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน

สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน ได้ถูกกำหนดไว้ในระเบียบ ข้อ 132 ซึ่งกำหนดให้ใช้แบบสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน<sup>80</sup> กับงานจ้างบริการจากนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาที่ประกอบธุรกิจบริหารงานออกแบบและควบคุมการก่อสร้างอาคาร<sup>81</sup> ด้วยเงินงบประมาณ

หากสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญา และหัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ หรือในกรณีที่ไม้อาจทำสัญญาตามแบบที่กำหนดได้ และต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ต้องส่งร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา ก่อน ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับการทำสัญญาพัสดุทั่วไป

<sup>80</sup> แบบสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน ภาคผนวก ข

<sup>81</sup> ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ ข้อ 5 “อาคาร” หมายความว่า สิ่งปลูกสร้างถาวรที่บุคคลอาจเข้าอยู่หรือใช้สอยได้ เช่น อาคารที่ทำการ โรงพยาบาล โรงเรียน สนามกีฬา สถานีนำร่อง หรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน และรวมตลอดถึงสิ่งก่อสร้างอื่น ๆ ซึ่งสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ใช้สอยสำหรับอาคารนั้น ๆ เช่น เสาธง รั้ว ท่อระบายน้ำ หอดังน้ำ ถนน ประปาและสิ่งอื่น ๆ ซึ่งเป็นส่วนประกอบของตัวอาคาร เช่น เครื่องปรับอากาศ ลิฟต์ เฟอร์นิเจอร์ ฯลฯ

### 3.7 เนื้อหาของสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ ได้แบ่งเนื้อหาของสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานออกเป็น 3 ส่วน

#### 3.7.1 ข้อตกลงว่าจ้าง

#### 3.7.2 เงื่อนไขของสัญญา ประกอบด้วย

- 1) การเริ่มงาน การสิ้นสุดงาน การแก้ไข และการยกเลิกสัญญา ประกอบด้วย
  - ก. การเริ่มงานและการสิ้นสุดงาน
  - ข. การยกเลิกสัญญาโดยผู้ว่าจ้าง
  - ค. การยกเลิกสัญญาโดยที่ปรึกษา
  - ง. สิทธิของที่ปรึกษาเมื่อมีการระงับ หรือยกเลิกสัญญา
  - จ. สิทธิของผู้ว่าจ้างเมื่อมีการระงับ หรือยกเลิกสัญญา
- 2) สิทธิและหน้าที่ของที่ปรึกษา
- 3) บุคลากรของที่ปรึกษา
- 4) การจ่ายค่าจ้างแก่ที่ปรึกษา
- 5) เงินประกันผลงานและหนังสือค้ำประกัน

#### 3.7.3 ภาคผนวก ได้แก่

- 1) ขอบข่ายของงานและกำหนดระยะเวลาทำงาน
- 2) แผนการปฏิบัติงาน การจัดรูปองค์กร ตารางการดำเนินงานของบุคลากร ประวัติและประสบการณ์ของบุคลากร
- 3) เจ้าหน้าที่สมทบ ผู้เชี่ยวชาญที่ผู้ว่าจ้างจัดให้ปฏิบัติงานร่วม เครื่องมือ เครื่องใช้ อุปกรณ์ และเครื่องอำนวยความสะดวกทั้งหลายที่ผู้ว่าจ้างจัดหาให้
- 4) ค่าจ้างและวิธีการจ่ายค่าจ้าง
- 5) เอกสารเสนองานด้านเทคนิค
- 6) เอกสารเสนองานด้านราคา
- 7) แบบหนังสือค้ำประกัน
- 8) เอกสารนิติบุคคล ฯลฯ

อำนาจดำเนินการแทนคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ได้ถูกกำหนดไว้ในแบบสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานข้อ 13 ซึ่งกำหนดให้เป็นหน้าที่ของที่ปรึกษาที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องตามรายละเอียดที่ระบุไว้ในสัญญาก่อสร้าง ถ้าปรากฏว่าผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามรายละเอียด และในกรณีที่มีความจำเป็นทางด้านสถาปัตยกรรม

วิศวกรรมที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงแบบหรือรายการที่กำหนดไว้ เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริง และสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีฉะนั้นจะเกิดความเสียหายได้ ที่ปรึกษามีอำนาจสั่งระงับการดำเนินงานของผู้รับจ้างไว้ก่อน หรือในกรณีเร่งด่วนอาจสั่งการแก้ไขได้ตามความจำเป็น และเมื่อได้ดำเนินการไปแล้ว จะต้องทำหนังสือรายงานให้ผู้ว่าจ้างทราบโดยเร็วที่สุด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่จะทำให้ผู้ว่าจ้างต้องรับภาระการเงินเพิ่มขึ้นแล้วที่ปรึกษาต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าจ้างก่อน

**3.8 ข้อสงวนสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในแบบสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน มีดังนี้**

**3.8.1 ระหว่างดำเนินการตามสัญญาจ้าง** ผู้ว่าจ้างอาจขอให้ผู้รับจ้างเปลี่ยนแปลงแก้ไขเล็ก ๆ น้อย ๆ ในส่วนที่ไม่กระทบกระเทือนโครงสร้างที่สำคัญของอาคาร ระบบไฟฟ้า ระบบปรับอากาศ น้ำประปา ของงานที่ผู้รับจ้างได้ส่งมอบตามงวดงานในสัญญาแล้วโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายเพิ่มอีก ตามระเบียบข้อ 122

**3.8.2 ตามแบบสัญญาจ้างข้อ 14** ถ้าหากสัญญาก่อสร้าง ระหว่างผู้รับจ้างกับผู้ว่าจ้างต้องเลิกไป หรือระงับลงชั่วคราวด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม ที่ปรึกษาไม่มีสิทธิได้รับค่าจ้างควบคุมงานในเดือนนั้น จนกว่างานก่อสร้างอาคารในเดือนนั้น ๆ ได้ทำการแล้วเสร็จตามสัญญา ไม่ว่าโดยผู้รับจ้างรายเดิมหรือผู้รับจ้างรายใหม่ หรือจนกว่าจะมีการบอกเลิกสัญญาจ้างที่ปรึกษา ผู้ว่าจ้างจึงจะจ่ายเงินค่าจ้างเดือนนั้นให้แก่ที่ปรึกษา

**3.8.3 ตามแบบสัญญาจ้างข้อ 15** ในกรณีที่สัญญาก่อสร้างระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างต้องเลิกไป หรือระงับลงชั่วคราวด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม ผู้ว่าจ้างมีสิทธิปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

1) **งดจ่ายเงินค่าจ้างควบคุมงานให้แก่ที่ปรึกษา** ตลอดระยะเวลาที่สัญญาก่อสร้างต้องเลิกไปหรือระงับลงชั่วคราว แต่จะจ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ที่ปรึกษา เมื่องานจ้างตามสัญญาก่อสร้างนั้น ได้ดำเนินการต่อไป ไม่ว่าจะโดยผู้รับจ้างรายเดิมหรือรายอื่น

2) **บอกเลิกสัญญาจ้าง** ที่ปรึกษาควบคุมงานรายนี้ได้ทันที หากสัญญาก่อสร้างระงับลงชั่วคราวเกินระยะเวลาที่กำหนดไว้ หรือมีการบอกเลิกสัญญาก่อสร้าง และผู้ว่าจ้างไม่สามารถหาผู้รับจ้างรายใหม่ได้จนเกินระยะที่กำหนดไว้ ที่ปรึกษามีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้และหลักประกันสัญญา ตามแบบสัญญาข้อ 20 กำหนดให้ ผู้รับจ้างวางหลักประกันร้อยละ 5 เพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา

ตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของประเทศไทย แยกเป็นคนละส่วนกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร ต่างจากสัญญา

ก่อสร้างในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ สัญญาก่อสร้าง (marché des travaux) เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่ายด้วยกัน ฝ่ายที่หนึ่ง คือ เจ้าของโครงการซึ่งก็คือหน่วยงานของรัฐ ฝ่ายที่สองคือผู้ควบคุมโครงการ โดยทั่ว ๆ ไปอาจเป็นสถาปนิกหรือสำนักงานสถาปนิกผู้ออกแบบโครงการ ในการทำงานสถาปนิกจะเป็นตัวแทนเจ้าของโครงการในการควบคุมการก่อสร้างหรือควบคุมการทำนุบำรุงอาคารสถานที่ ฝ่ายที่สาม คือ ผู้รับเหมาก่อสร้าง ในทางปฏิบัติสัญญาก่อสร้างอาคารมีสัญญาอยู่สองส่วนด้วยกัน กล่าวคือ ในส่วนแรกจะมีสัญญาระหว่างรัฐในฐานะเจ้าของโครงการกับสถาปนิกหรือสำนักงานสถาปนิกผู้ออกแบบโครงการก่อน สัญญานี้วัตถุแห่งสัญญา คือ การออกแบบโครงการ รัฐอาจมอบอำนาจให้สถาปนิกคู่สัญญานั้นไปดำเนินการดูแลการก่อสร้างของผู้รับเหมาก่อสร้างด้วย โดยมอบอำนาจให้สถาปนิกนั้นเป็นผู้ควบคุมและตรวจสอบงานของผู้รับเหมาก่อสร้างด้วย สัญญาส่วนที่สองของสัญญาจ้างก่อสร้างคือสัญญาที่รัฐทำกับผู้รับเหมาก่อสร้างโดยตรง เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าไม่มีสัญญาระหว่างสถาปนิกผู้ออกแบบหรือควบคุมงานกับผู้รับเหมาก่อสร้าง แต่เป็นการดำเนินการโดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบมาจากเจ้าของโครงการคือรัฐนั่นเอง และสัญญาจ้างก่อสร้างทั้งสองส่วนถือเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากเป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครองนั่นเอง

### 3.9 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน

หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาแล้ว สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของประเทศไทยมีความสัมพันธ์กับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของส่วนราชการ และมีส่วนคล้ายคลึงกับประเทศฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก แต่แนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ยังคงเป็นปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาล และการวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติหรือไม่ ดังนี้

#### 3.9.1 คดีที่ศาลปกครองรับไว้พิจารณาและวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี โดยมีได้วินิจฉัยว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.301/2553 สัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี เป็นสัญญาจ้างที่ปรึกษาเพื่อจ้างให้ใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้านหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะของผู้ถูกฟ้องคดีกับพวกเพื่อดำเนินการสำรวจและออกแบบระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวมน้ำเสีย และระบบบำบัดน้ำเสียในเขตควบคุมมลพิษเมืองพัทยา โดยผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการดำเนินการและให้ค่าตอบแทนความรู้ของผู้ถูกฟ้องคดีกับพวกเป็นจำนวน



เงินตามที่กำหนดในข้อสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีกับพวก ได้ยื่นข้อเสนอด้านราคากำหนดค่าตอบแทน ความรู้ของบุคลากรและค่าดำเนินการอื่น ๆ รวมเป็นเงิน 31,744,460 บาท ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่า เหมาะสมจึงได้ตกลงทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดี การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องผูกพันตาม ข้อเสนอด้านราคาดังกล่าวซึ่งมิใช่เป็นเพียงการประมาณการราคาเหมือนเช่นการเสนอราคา ประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างทั่วไป และแม้ข้อเสนอด้านราคาดังกล่าวจะมีใช้ส่วนหนึ่งของสัญญา แต่การตีความสัญญาย่อมต้องพิจารณาเจตนาที่แท้จริง ของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ซึ่งศาลพิจารณาแล้ว เห็นว่า ข้อเสนอด้านราคาดังกล่าวเป็นเอกสารสำคัญและเป็นเงื่อนไขที่ทำให้เกิดสัญญาและคู่สัญญา ประสงค์จะผูกพัน ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดี นำเงินที่ผู้ฟ้องคดีจ่ายให้ตามข้อเสนอด้านราคาของผู้ถูก ฟ้องคดีไปใช้และได้อะไรมาก็ยังคงเหลืออยู่เมื่อทำงานเสร็จหรือมีการเลิกสัญญาย่อมเป็น กรรมสิทธิ์ของผู้ฟ้องคดีและ ผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องคืนตามข้อ 3.5 ของสัญญาพิพาท

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.647/2557 คดีพิพาทระหว่างบริษัท โอเอส เอส เอ็นจิเนียริง จำกัด และสำนักงานส่งเสริมการจัดประชุมและนิทรรศการ (องค์การมหาชน) ซึ่งได้ตกลงทำสัญญาออกแบบตกแต่งภายในและเฟอร์นิเจอร์ และควบคุมตรวจสอบงานก่อสร้าง และเนื่องจากสำนักงานส่งเสริมการจัดประชุมและนิทรรศการ ผู้ถูกฟ้องคดี บอกเลิกสัญญาจ้าง บริษัท โอเอสเอส เอ็นจิเนียริง จำกัด ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้อง คดีรับผิดชอบค่าใช้จ่ายฟ้องเรียกค่าจ้างตามสัญญาจ้างออกแบบตกแต่งภายในและเฟอร์นิเจอร์ และ ควบคุมตรวจสอบงานก่อสร้าง ในงวดที่ 4 และงวดที่ 5 ที่ยังไม่ได้รับ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยใน ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีว่า บริษัทเอกชนผู้ฟ้องคดีมีความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา ในส่วนของการควบคุมงานของผู้รับจ้างก่อสร้าง กรณีจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมิได้ดำเนินการตาม สัญญาจ้างในส่วนของการควบคุมการก่อสร้าง ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงมิได้ปฏิบัติงานในงานงวดที่ 4 และงวดที่ 5 ตามสัญญาจ้างที่ทำไว้กับผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้เงิน ค่างานตามสัญญาดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.671/2557 คดีพิพาทระหว่าง ผู้ฟ้องคดี (บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน)) ได้ทำสัญญาว่าจ้างผู้ถูกฟ้องคดี (บริษัท อ.) ออกแบบ ก่อสร้างและควบคุมงานก่อสร้างอาคารที่ทำการสื่อสารโทรคมนาคมสมุทรปราการจำนวน 1 หลัง พร้อมทำงานอื่นๆ ผู้ถูกฟ้องคดีได้ดำเนินการควบคุมการก่อสร้างตามรูปแบบรายละเอียดของสัญญา พร้อมทั้งมีการส่งมอบงานให้กับผู้ฟ้องคดีในวันที่ 19 กันยายน 2543 ตามกำหนดเวลาที่ได้รับการ ขยายให้กับผู้ถูกฟ้องคดี และผู้ฟ้องคดีได้ใช้ประโยชน์จากอาคารดังกล่าวมาโดยตลอด ต่อมา เมื่อ วันที่ 25 มิถุนายน 2547 เจ้าหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีได้ตรวจพบรอยแยกของพื้นถนนและกำแพง ผู้ฟ้อง คดีจึงได้มีหนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีว่า ความชำรุดดังกล่าวเกิดจากความบกพร่องของผู้ถูกฟ้องคดีที่

ออกแบบฐานร้วไม่ถูกต้องตามหลักวิชา ถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีปฏิบัติผิดสัญญา ขอให้ทำการแก้ไขซ่อมแซมให้แล้วเสร็จ และขอสงวนสิทธิที่จะว่าจ้างบุคคลอื่นเข้าซ่อมแซมร้วแทนผู้ถูกฟ้องคดีโดยผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมด ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยแล้วมีความเห็นว่าสาเหตุที่ทำให้ร้วคอนกรีตเกิดความชำรุดเสียหายเนื่องตัวออกจากศูนย์กลางของฐานร้วคอนกรีตที่พิพาทกันในคดีนี้ เกิดจากร้วคอนกรีตดังกล่าว ถูกลิงของที่มีน้ำหนักมากมากระแทก ทำให้ร้วคอนกรีตเกิดความชำรุดเสียหาย จึงเห็นว่า การที่ร้วคอนกรีตดังกล่าวเกิดการชำรุดเสียหายจึงไม่ได้เกิดจากความบกพร่องของผู้ถูกฟ้องคดีที่ออกแบบและก่อสร้างโดยไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการ อันไม่ใช่ความผิดของผู้ถูกฟ้องคดี ดังนั้นผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการที่ผู้ฟ้องคดีได้ว่าจ้างผู้อื่นให้มาซ่อมแซมร้วคอนกรีตที่ชำรุดเสียหายตามสัญญาจ้างแต่อย่างใด

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 226/2550 บริษัท แพลนนิ่ง แอนด์ รีเสิร์ช คอนซัลแทนต์ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับกองบังคับการฝึกพิเศษ และผู้บังคับการกองบังคับการฝึกพิเศษ ผู้ถูกฟ้องคดี มูลเหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาควบคุมงานก่อสร้างกับผู้ฟ้องคดี เพื่อดำเนินการควบคุมงานก่อสร้างอาคารค่ายฝึกอบรมและศูนย์พลังงานเพื่อสิ่งแวดล้อมและงานสาธารณูปโภค โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะแบ่งจ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นรายเดือน ๆ ละเท่า ๆ กันตามอายุสัญญาก่อสร้าง ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อเร่งรัดการเบิกจ่ายค่าควบคุมงานก่อสร้างตั้งแต่วันที่ 13 จนถึงวันที่ 18 ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีหนังสือลงวันที่ 23 สิงหาคม 2548 แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่ายังไม่สามารถเบิกจ่ายเงินค่าที่ปรึกษาควบคุมงานก่อสร้างได้เนื่องจากอยู่ระหว่างการเบิกจ่ายของทางราชการและไม่ได้ตั้งงบประมาณไว้ และต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีหนังสือลงวันที่ 30 มีนาคม 2549 แจ้งผู้ฟ้องคดีปฏิเสธการจ่ายเงินค่าจ้างควบคุมงานดังกล่าว โดยผู้ฟ้องคดีได้รับหนังสือดังกล่าวเมื่อวันที่ 7 เมษายน 2549 ผู้ฟ้องคดียอมมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เบิกจ่ายเงินค่าที่ปรึกษาควบคุมงานก่อสร้างดังกล่าว ตั้งแต่วันที่ 7 เมษายน 2549 ซึ่งเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือ ควรรู้ถึงเหตุแห่งการที่ตนจะไม่ได้รับชำระเงินค่าที่ปรึกษาควบคุมงานก่อสร้าง หาใช่นับแต่วันที่ 25 สิงหาคม 2548 อันเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับหนังสือของ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่แจ้งว่าอยู่ระหว่างกระบวนการของทางราชการและไม่ได้ตั้งงบประมาณไว้แต่อย่างใดไม่ เมื่อผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเมื่อวันที่ 18 กันยายน 2549 จึงยังไม่พ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

### 3.9.2 คดีที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ร.123/2550 ระหว่าง กรมควบคุมมลพิษ กับ บริษัท เอ็นไวร์ เทค คอนซัลแตนท์ จำกัด ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างผู้ถูกฟ้องคดีร่วมกับบริษัท PRC Environmental Management, Inc. ให้เป็นที่ปรึกษาเพื่อปฏิบัติงานตามโครงการสำรวจและออกแบบรายละเอียดระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษ เมืองพัทยา ซึ่งศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองสูงสุดต่างก็เห็นว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นบริการสาธารณะเพื่อส่วนรวม หรือเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเพื่อประโยชน์ของประชาชน จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 157/2553 ระหว่างบริษัท สถาปนิกหนึ่งร้อยสิบ จำกัด ผู้ฟ้องคดีกับสำนักงานบริหารและพัฒนาองค์ความรู้ (องค์การมหาชน) และผู้อำนวยการศูนย์ส่งเสริมผู้มีความสามารถพิเศษแห่งชาติ ผู้ถูกฟ้องคดี เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เกิดขึ้นเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ว่าจ้างให้ผู้ฟ้องคดีออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างตกแต่งสำนักงานของศูนย์ส่งเสริมผู้มีความสามารถพิเศษแห่งชาติ (สมพช.) ซึ่งเป็นหน่วยงานเฉพาะด้านของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และมีหนังสือแต่งตั้งบริษัท ศรีไทย คลาสสิกโฮม จำกัด เป็นผู้รับเหมาก่อสร้าง ในขณะที่เริ่มงานยังมีได้ทำสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด การดำเนินงานแบ่งออกเป็นสองส่วน คือ งานส่วนสำนักงาน (งานเฟส 1) และงานส่วนกิจกรรม (งานเฟส 2) ในระหว่างการทำงานผู้ฟ้องคดีได้เร่งรัดให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองทำสัญญาแต่ได้รับการผัดผ่อนเรื่อยมาจนกระทั่งผู้ฟ้องคดีและบริษัท ศรีไทย คลาสสิกโฮม จำกัด ได้ดำเนินงานส่วนสำนักงาน (งานเฟส 1) แล้วเสร็จและส่งมอบงานให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แล้ว จึงได้ทวงถามให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองชำระค่าจ้างแต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเพิกเฉย ต่อมา บริษัท ศรีไทย คลาสสิกโฮม จำกัด ได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น ให้ผู้ฟ้องคดีในฐานะผู้จัดหาผู้รับเหมาก่อสร้างงานพิพาทและผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองร่วมกันรับผิดชอบชำระหนี้ค่าก่อสร้างในกรณีดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองร่วมกันหรือแทนกันชำระหนี้ค่าออกแบบ ค่าควบคุมงาน และค่าก่อสร้างตกแต่งงานพิพาทให้แก่ผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 355/2549 ระหว่าง กรมชลประทาน ผู้ฟ้องคดี กับ บริษัท ทิม คอนซัลติ้ง เอนจิเนียร์ จำกัด บริษัท Coyne et Bellier Bureau D'Ingenieurs Conseils บริษัท สีแสงการโยธา (1979) จำกัด และบริษัท Chaina National Water Resorces and Hydropower Engineering Corporation ผู้ถูกฟ้องคดี คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยผู้ฟ้องคดีได้ตกลงทำสัญญาว่าจ้างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ร่วมกันให้ดำเนินการสำรวจออกแบบและประเมินผลการประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างโครงการเขื่อนแม่สรวย จังหวัดเชียงราย และผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาว่าจ้างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ร่วมกันในนามกิจการร่วมค้า SC เพื่อทำการก่อสร้างเขื่อนคอนกรีตบดอัด โครงการเขื่อนแม่สรวย อำเภอแม่สรวย จังหวัดเชียงราย และในการก่อสร้างตามโครงการดังกล่าวผู้ฟ้องคดียังได้ทำสัญญาว่าจ้างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้ดำเนินการควบคุมงานก่อสร้างทั้งหมด ตามสัญญาจ้างที่ปรึกษางานควบคุมงานก่อสร้างเขื่อนคอนกรีตบดอัดอีกสัญญาหนึ่งด้วย ซึ่งมีสาระสำคัญว่าภายในระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ผู้ว่าจ้างได้รับมอบงานทั้งหมดตามสัญญาจากที่ปรึกษาหรือวันที่ผู้ว่าจ้างได้รับมอบหมายงานก่อสร้างโครงการแล้วแต่วันใดจะถึงกำหนด ภายหลังจากผู้ว่าจ้างพบความบกพร่องด้านวิศวกรรมและหรือการคำนวณใดในผลงานที่ส่งมอบอันพิสูจนได้ว่าเป็นผลจากความบกพร่องในการควบคุมงานก่อสร้างของที่ปรึกษา จะเป็นโดยทำไว้ไม่เรียบร้อย หรือทำไม่ถูกต้องตามหลักวิชาก็ตาม ที่ปรึกษาต้องรับทำการแก้ไขให้เป็นที่เรียบร้อยภายในระยะเวลาที่ผู้ว่าจ้างกำหนด ด้วยค่าใช้จ่ายของที่ปรึกษาเอง ถ้าที่ปรึกษาบิดพลิ้ว หรือแก้ไขไม่แล้วเสร็จเรียบร้อยภายในเวลาที่ผู้ว่าจ้างกำหนด ผู้ว่าจ้างมีสิทธิจ้างผู้อื่นให้ทำงานจ้างนั้นแทนที่ปรึกษาได้ โดยที่ปรึกษาจะต้องชดใช้เงินค่าจ้างที่ต้องเสียไปในการนี้ให้แก่ผู้ว่าจ้างโดยครบถ้วน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ได้ดำเนินการก่อสร้างโครงการเขื่อนแม่สรวยจนแล้วเสร็จภายใต้การควบคุมงานก่อสร้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และส่งมอบงานเสร็จสิ้น ต่อมาภายในกำหนดระยะเวลาการประกันความชำรุดบกพร่องตามสัญญาจ้างก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดีได้ตรวจสอบพบว่า มีน้ำรั่วซึมตลอดตัวเขื่อนบริเวณใกล้ฐานของแท่งคอนกรีตรวม 3 แห่ง ผู้ฟ้องคดีได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าว และได้มีหนังสือแจ้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ให้เข้าทำการตรวจสอบสาเหตุของความชำรุดเสียหายที่เกิดขึ้น พร้อมทั้งทำการแก้ไขโดยด่วนที่สุด และผลการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงมีความเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการออกแบบไม่ถูกต้องตามหลักวิชาด้านวิศวกรรม เป็นการผิดสัญญาจ้างบริษัทที่ปรึกษาสำรวจออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง ทั้งยังต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ควบคุมงานก่อสร้างเนื่องจากบกพร่องในการควบคุมงาน ซึ่งไม่สามารถกำกับดูแลงานอย่างมีประสิทธิภาพ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ในฐานะผู้รับจ้างได้ก่อสร้างโดยใช้แบบก่อสร้างที่ไม่ถูกต้อง ไม่มีรายละเอียดเพียงพอ แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะได้

ร่วมกันแก้ไขซ่อมแซมความชำรุดบกพร่องต่าง ๆ แล้ว แต่ก็เป็นการซ่อมแซมที่ไม่ถูกต้อง และน่าเชื่อว่า จะเกิดความเสียหายขึ้นได้อีก เมื่อผู้ฟ้องคดีเสนอแนวทางในการแก้ไข ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองก็เพิกเฉยที่จะดำเนินการแก้ไขความชำรุดเสียหายในการก่อสร้างดังกล่าวถือเป็นการผิดสัญญา และผู้ฟ้องคดีต้องดำเนินการซ่อมแซมเองหรือจ้างผู้อื่นดำเนินการ เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่สามารถบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดำเนินการแก้ไขความชำรุดเสียหายในการก่อสร้างได้จึงมีความจำเป็นต้องฟ้องคดีต่อศาล

ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นว่าสัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อนและสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างบริษัทที่ปรึกษางานสำรวจออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างโครงการเขื่อนแม่สรวย จังหวัดเชียงราย และสัญญาจ้างที่ปรึกษางานควบคุมงานก่อสร้างเขื่อนคอนกรีตบดอัด โครงการเขื่อนแม่สรวย จังหวัดเชียงราย ระหว่าง ผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และสัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อนคอนกรีตบดอัด โครงการเขื่อนแม่สรวย จังหวัดเชียงราย ระหว่าง ผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างออกแบบร่วมก่อสร้างระบบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษจังหวัดสมุทรปราการ คดีที่ยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรม ระหว่างบริษัท ข. จำกัดที่ 1 กับพวกรวม 5 คน ผู้ร้อง กับบริษัท น. จำกัด (มหาชน) ผู้คัดค้าน ผู้ร้องทั้งห้าและบริษัท น. จำกัด เข้าทำสัญญากับกรมควบคุมมลพิษ กระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม ในการรับจ้างออกแบบร่วมก่อสร้างระบบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ โดยผู้ร้องทั้งห้าได้จ้างผู้คัดค้านเป็นผู้รับเหมาช่วงสำหรับงานก่อสร้างส่วนตามสัญญา และได้ทำสัญญารับเหมาช่วงต่อกันหลายฉบับ ซึ่งทุกฉบับมีข้อกำหนดในแต่ละสัญญาที่เหมือนกันคือเงื่อนไขในการระงับข้อพิพาทตามสัญญาซึ่งมีขั้นตอนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ต่อมาผู้คัดค้าน (ในฐานะผู้เรียกร้อง) ได้เสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่าผู้นัดทั้งห้าผิดนัดชำระหนี้ค้างงานให้แก่ผู้คัดค้าน ผู้ร้องทั้งห้า (ในฐานะผู้คัดค้าน) จึงเข้าสู่คดีในข้อพิพาทดังกล่าว ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีคำชี้ขาดในเบื้องต้นว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยคดีดังกล่าว แต่ผู้ร้องทั้งห้าไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดดังกล่าว เนื่องจากผู้คัดค้านไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนการระงับข้อพิพาทตามสัญญาจึงไม่ได้มีสิทธิเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ผู้ร้องทั้งห้าจึงยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งเป็นคดีนี้ขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาด



เบื้องต้นของคณะอนุญาโตตุลาการและมีคำสั่งให้คณะอนุญาโตตุลาการระงับกระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้จนกว่าคู่กรณีจะปฏิบัติตามขั้นตอนระงับข้อพิพาทให้ถูกต้องครบถ้วนตามสัญญาเสียก่อน

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า สัญญาระหว่างผู้ร้อง กับกรมควบคุมมลพิษ (ผู้ว่าจ้าง) ที่จ้างผู้ออกแบบร่วมก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ให้ผู้ร้องกับพวก (ผู้รับจ้าง) เข้าร่วมจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นสัญญาทางปกครอง ผู้ร้องกับพวกทั้งห้าจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามความหมายในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อผู้ร้องทั้งห้าทำสัญญาจ้างให้ผู้คัดค้านรับเหมาช่วงงานก่อสร้างบางส่วนตามสัญญาจ้างออกแบบร่วมก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียของเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ ที่ผู้ร้องทั้งห้าได้ทำไว้กับกรมควบคุมมลพิษ สัญญาจ้างเหมาช่วงงานระหว่างผู้ร้องทั้งห้ากับผู้คัดค้าน จึงมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกันกับสัญญาที่กรมควบคุมมลพิษทำกับผู้ร้องทั้งห้า ที่ให้ผู้คัดค้านเข้าร่วมจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดยมีผู้ร้องทั้งห้าเป็นหน่วยงานทางปกครองกระทำแทนหน่วยงานของรัฐ (กรมควบคุมมลพิษ) เป็นคู่สัญญาอีกฝ่าย สัญญาจ้างเหมาช่วงงานระหว่างผู้ร้องทั้งห้ากับผู้คัดค้านจึงเป็นสัญญาทางปกครองด้วย หากได้เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาเป็นเอกชนทั้งสองฝ่าย อันทำให้เป็นสัญญาทางแพ่งอย่างที่เราเข้าใจได้ เมื่อสัญญาจ้างเหมาช่วงงานระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้าน เป็นสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวนี้ในเรื่องการเสนอข้อพิพาทตามสัญญารับเหมาช่วงให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณา จึงเป็นข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทในคดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลฯ วินิจฉัยว่า สัญญาระหว่างผู้ร้อง กับกรมควบคุมมลพิษ (ผู้ว่าจ้าง) ที่ว่าจ้างผู้ร้องออกแบบร่วมก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ให้ผู้ร้องเข้าร่วมจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ผู้ร้องจึงถือเป็นหน่วยงานทางปกครองตามความหมายในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อผู้ร้องทำสัญญาจ้างให้ผู้คัดค้านรับเหมาช่วงงานก่อสร้างบางส่วนตามสัญญาจ้างออกแบบร่วมก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ ที่ผู้ร้องทำไว้กับกรมควบคุมมลพิษ (ผู้ว่าจ้าง) สัญญาจ้างเหมาช่วงงานระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านจึงมีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกับสัญญาที่กรมควบคุมมลพิษทำไว้กับผู้ร้อง สัญญาจ้างเหมาช่วงงานจึงเป็นสัญญาทางปกครองด้วย หากได้เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาเป็นเอกชนทั้งสองฝ่ายอันทำให้เป็นสัญญาทางแพ่งไม่

2.3 คดีที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน เป็นสัญญาที่เกิดจากการที่ผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 5/2545 (อุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองกลาง ที่ 841/2544) และ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 87/2545 เดิมเมื่อผู้ฟ้องคดีนำคดีไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม (ศาลแพ่งกรุงเทพใต้) ซึ่งศาลมีความเห็นว่า แม้สัญญาที่พิพาทจะมีใช้สัญญาทางปกครอง แต่จำเลย (กรมพลศึกษา) เป็นกรมในหน่วยงานราชการถือได้ว่าเป็นหน่วยงานทางปกครองและโจทก์ (บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เซเน่ เอนจิเนียริง คอนซัลแตนท์ จำกัด) กล่าวอ้างว่าจำเลยเพิกเฉยละเลยไม่ทำเรื่องขออนุมัติต่อสำนักงบประมาณเพื่อเพิ่มค่าควบคุมงานให้โจทก์ทั้งสองตามสิทธิที่โจทก์ทั้งสองจะได้รับ และจำเลยขออนุมัติให้บริษัทแปซิฟิก แอสโซซิเอท กรุ๊ป จำกัด ผู้รับจ้างก่อสร้างหยุดสร้างงานโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้โจทก์ทั้งสองขาดรายได้อันพึงได้รับ และเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างบริษัทแปซิฟิก แอสโซซิเอท กรุ๊ป จำกัด กับโจทก์ทั้งสอง ในเรื่องการจ่ายเงินค่างวดงาน ทำให้โจทก์ทั้งสองเสียหายได้รับเงินค่างวดล่าช้า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายและไม่สุจริตซึ่งมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมกับโจทก์ทั้งสอง ประกอบกับโจทก์ทั้งสองกล่าวอ้างว่า อธิบดีกรมพลศึกษา ผู้แทนของจำเลยใช้เหตุผลเท็จว่า โจทก์ทั้งสองไม่ปฏิบัติตามสัญญาและมีพฤติกรรมเป็นปฏิปักษ์ต่อบริษัทแปซิฟิก แอสโซซิเอท กรุ๊ป จำกัด ผู้รับจ้างก่อสร้างและมีคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสั่งให้โจทก์ทั้งสองหยุดการทำงานตามสัญญาทั้งยังได้บอกเลิกสัญญากับโจทก์ทั้งสองเป็นการกั่นแก้ง เมื่อโจทก์ทั้งสองอ้างว่า จำเลยกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือโดยไม่สุจริต มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม กรณีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการกระทำละเมิดทางปกครองตามมาตรา 9 (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองกลาง จึงได้ส่งความเห็นให้ศาลปกครองกลางวินิจฉัย

ศาลปกครองกลางมีคำวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดี (บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เซเน่ เอนจิเนียริง คอนซัลแตนท์ จำกัด) ทำสัญญารับจ้างเป็นที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารเอนกประสงค์ภายในสนามกีฬาเฉลิมพระเกียรติฯ กับผู้ถูกฟ้องคดี (กรมพลศึกษา) หลังจากผู้ฟ้องคดีเริ่มปฏิบัติงานแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยการพัสดุก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีและมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีหยุดควบคุมงานก่อสร้างชั่วคราวโดยกล่าวอ้างว่าผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งไม่ตรงต่อความเป็นจริง ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งยกเลิกสัญญาดังกล่าวทั้งที่ผู้ฟ้องคดีมิได้

ปฏิบัติผิดสัญญาแต่อย่างไร ขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่ยกเลิกสัญญาจ้างดังกล่าว นั้น ศาลปกครองกลางเห็นว่า สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ฟ้องคดีนั้น ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงมิใช่สัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กรณีมิใช่คดีที่มีข้อพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลจึงไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ผู้ฟ้องคดีจึงอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองกลางต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คดีพิพาทอันเกิดจากสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารระหว่าง บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เซนี เอนจิเนียริ่ง คอนซัลแตนท์ จำกัด กับ กรมพลศึกษา โดยเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องมาจากผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้ทำสัญญารับจ้างเป็นที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ซึ่งมีบริษัท แปซิฟิค แอสโซซิเอท กรุ๊ป จำกัด เป็นผู้รับจ้างก่อสร้าง กับจำเลยในคดีนี้ ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้บอกเลิกสัญญาจ้างดังกล่าวโดยอ้างว่า โจทก์ทั้งสองกระทำผิดสัญญาจ้าง มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา คือ คดีที่เอกชนฟ้องเรียกเงินที่ค้างชำระจากหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเป็นคู่สัญญาตามสัญญาจ้างเป็นที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร และเรียกค่าเสียหายจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เพิกถอนการบอกเลิกสัญญา และให้เข้าดำเนินการตามสัญญาได้ต่อไป อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยโดยพิจารณาคำนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะต้องปรากฏว่า ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และประการที่สอง สัญญานั้นต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง สำหรับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานดังกล่าว แม้ว่าจำเลยจะเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวก็เป็นสัญญาที่เกิดจากการที่จำเลยกับ โจทก์ทั้ง

สองแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสัญญาดังกล่าวก็ได้เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมตามมาตรา 271 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงยื่นในผลของคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น

เมื่อคดีนี้เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คณะกรรมการฯ ได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 47/2547 พิจารณาประเด็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ดังนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) และมาตรา 3 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งสัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ คดีนี้ขณะยื่นฟ้อง จำเลยเป็นส่วนราชการสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติ ปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2538 จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ระหว่างโจทก์ทั้งสองกับจำเลยในกรณีนี้เป็นไปเพื่อให้โจทก์ทั้งสองทำการตรวจและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ให้เป็นไปตามสัญญาก่อสร้างและถูกต้องตามหลักวิชาโดยผู้ควบคุมงาน ที่มีความรู้ความชำนาญงานทางด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรมแทนจำเลย เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการการศึกษาด้านการศึกษา ทั้งนี้ การศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะในการส่งเสริมและประสานงานการศึกษาเพื่อการศึกษาของรัฐให้บรรลุผล สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า คดีพิพาทอันเกิดจากสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร



ระหว่าง บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเมนต์ จำกัด ที่ 1 บริษัท เซเน่ เอนจิเนียริ่ง คอนซัลแตนท์ จำกัด ที่ 2 โจทก์ กรมพลศึกษา จำเลย อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งในคดีนี้ได้แก่ ศาลปกครองกลาง

คดีระหว่าง บริษัท ช.การช่าง จำกัด (มหาชน) ในฐานะหุ้นส่วนกิจการร่วมค้าบีบีซีดี และในนามกิจการร่วมค้า บีบีซีดี โจทก์ กับ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย จำเลย พิพากษาเกี่ยวกับสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง

สรุปข้อเท็จจริง เมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 2538 จำเลยได้ทำสัญญาจ้างเหมาให้กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ซึ่งมีโจทก์เป็นหุ้นส่วนด้วยเป็นผู้รับจ้างทำการออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง วงเงิน 25,192,950,000 บาท ระยะเวลาแล้วเสร็จ 42 เดือนนับแต่วันที่จำเลยมีหนังสือแจ้งให้เข้าดำเนินการ (ในวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2542) ต่อมาโจทก์และจำเลยได้ทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม (ครั้งที่ 1) ขยายเวลาทำงานออกไปอีก 11 เดือน เนื่องจากจำเลยไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด และจำเลยแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบก่อสร้างเป็นจำนวนมาก อันส่งผลกระทบต่อราคาคงที่ที่เพิ่มขึ้นจำนวน 6,039,893,254 บาท ตามที่วิศวกรที่ปรึกษาของจำเลยได้ตรวจสอบและทบทวน แต่โจทก์ชำระค่าจ้าง 25,192,950,000 บาท โดยแจ้งว่าโจทก์ไม่มีสิทธิปรับราคาตามที่วิศวกรที่ปรึกษาของจำเลยรับรอง โจทก์จึงเสนอข้อขัดแย้งต่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งชี้ขาดให้จำเลยชำระค่าจ้างเพิ่มเติมให้โจทก์พร้อมดอกเบี้ย แต่จำเลยไม่ยอมชำระ โจทก์จึงยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้ให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลแพ่งกรุงเทพใต้มีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และศาลแพ่งกรุงเทพใต้ได้วินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลว่า เนื่องจากโจทก์ในฐานะหุ้นส่วนกิจการร่วมค้า บีบีซีดี และในนามกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะลามิควรรได้ ซึ่งเป็นนิติเหตุในทางแพ่ง ประเด็นหลักที่จะต้องพิจารณาพิพากษาคดีนี้จึงอยู่ภายใต้สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง ด้วยเหตุนี้ศาลยุติธรรมจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีนี้

ต่อมาศาลฎีกามีคำพิพากษากลับ ให้ยกคำร้องของโจทก์ โดยปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยวินิจฉัยว่า การทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เอื้อประโยชน์แก่โจทก์ และโจทก์ทราบอยู่แล้วว่าจำเลยไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ให้ได้ เป็นกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่มีผลผูกพันจำเลย โดยผลของคำพิพากษาดังกล่าวเป็นเหตุให้จำเลยได้มาซึ่งการออกแบบรวมก่อสร้างทางด่วนและทางด่วนที่ก่อสร้างแล้วเสร็จจากกิจการร่วมค้า บีบีซีดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย และเป็น



ทางให้กิจการร่วมค้า บีบีซีดี เสียเปรียบ เพราะจำเลยไม่ต้องชำระเงินค่าใช้จ่ายในการออกแบบและก่อสร้างทางด่วนที่เพิ่มขึ้นจำนวน 6,039,893,254 บาท จำเลยจึงต้องขอใช้เงินจำนวนดังกล่าวให้กับโจทก์ พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี

แต่ในประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลได้เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เนื่องจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทยยื่นคำคัดค้านว่า คดีนี้ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม เนื่องจากสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา – บางพลี – บางปะกง ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ผู้ร้อง เป็นสัญญาทางปกครองตามความหมายในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ขอให้ศาลแพ่งกรุงเทพใต้จำหน่ายคดีเพื่อให้ผู้ร้องไปยื่นคำร้องต่อศาลปกครองกลางซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ

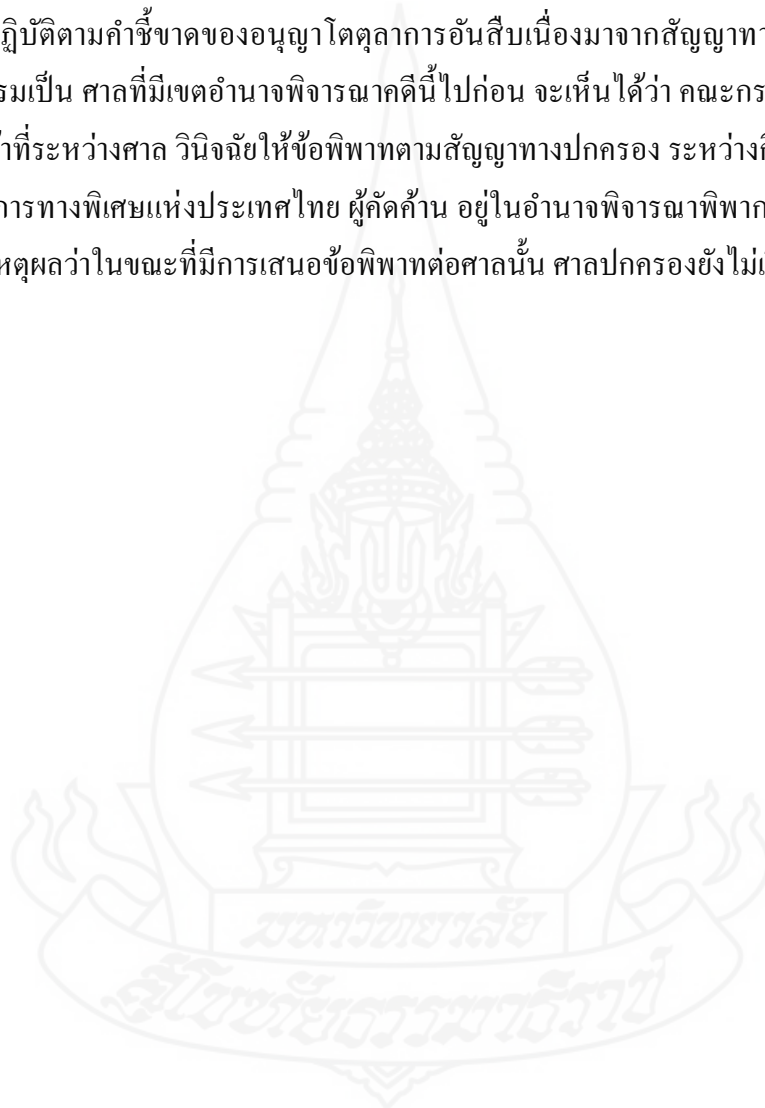
ศาลแพ่งกรุงเทพใต้เห็นว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่เป็นสัญญาทางปกครองตามความหมายของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพราะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาที่คู่สัญญาดกลงใจระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ดังนั้น การที่ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีนี้จึงไม่ใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม

ศาลปกครองกลางเห็นว่า โดยที่ผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้ขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายหลังจากที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีผลใช้บังคับแล้ว ดังนั้น การยื่นคำร้องของผู้ร้องจึงเป็นการยื่นคำร้องตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 การพิจารณาว่าศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามบทบัญญัติแห่งมาตรานี้ต้องพิจารณาตามมาตรา 9 ที่บัญญัติว่า “ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น

เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้” บทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติให้ศาลใดศาลหนึ่งเพียงศาลเดียวเท่านั้นที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจ จึงต้องพิจารณาตามลักษณะเนื้อหาแห่งคดี และโดยที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ได้บัญญัติให้ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้นหากปรากฏว่าข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการในกรณีนี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองย่อมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ ประเด็นที่ต้องพิจารณามีเพียงว่า ข้อพิพาทที่ได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการในกรณีนี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือไม่ เห็นว่า การทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 จึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง และทางพิเศษที่สร้างขึ้นในกรอบวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยย่อมเป็นสิ่งสาธารณูปโภคอย่างหนึ่ง เพราะเป็นเครื่องมือโดยตรงที่ใช้สำหรับการบริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา – บางพลี – บางปะกง ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับผู้ร้องจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามบทนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ข้อพิพาทที่ได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการในกรณีนี้จึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคำร้องของผู้ร้องตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วินิจฉัยว่า สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา – บางพลี – บางปะกง ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีทางพิเศษอันเป็นบริการสาธารณะด้านการคมนาคม สัญญาลักษณะนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเงื่อนไขของสัญญา ข้อ 1.5.10 กำหนดให้คู่สัญญาต้องเสนอข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวกับสัญญาให้เสนอข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทนั้นแก่นุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด...” อันเป็นข้อตกลงที่กำหนดให้คู่สัญญาต้องเสนอข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดจากหรือเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่ออนุญาโตตุลาการ การขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้จึงควรอยู่ใน เขตอำนาจของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม ขณะที่เริ่มมีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องนี้ (มีการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการวันที่ 24 พฤษภาคม 2543) ศาลปกครองยังไม่เปิดทำการ (ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลางเปิดทำการวันที่ 9 มีนาคม 2544) และศาลแพ่งได้ออกหมายเรียกพยานตามคำขอของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ถือว่าศาลยุติธรรมได้ใช้อำนาจเหนือข้อขัดแย้งนี้มาแต่เริ่มต้น จึงต้องถือว่า ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาลตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แม้ข้อพิพาทในเรื่องนี้เป็นการขอบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอันสืบเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง ก็ต้องให้ศาลยุติธรรมเป็น ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีนี้ไปก่อน จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วินิจฉัยให้ข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง ระหว่างกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ผู้ร้อง กับ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย ผู้คัดค้าน อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เนื่องจากเหตุผลว่าในขณะที่มีการเสนอข้อพิพาทต่อศาลนั้น ศาลปกครองยังไม่เปิดทำการเป็นสำคัญนั่นเอง



## บทที่ 4

# บทวิเคราะห์ปัญหาการตีความ ความหมาย สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบ และควบคุมงานของไทย

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานยังไม่ชัดเจน บางกรณีศาลปกครองก็รับคดีเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานไว้พิจารณาและวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีโดยมิได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ บางกรณีศาลปกครองสูงสุดก็วินิจฉัยว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเป็นสัญญาทางปกครอง และบางกรณีศาลปกครองก็วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานว่าเป็นสัญญาที่เกิดจากการที่แสดงเจตนาด้วยใจสมัคร ในฐานะที่เท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

ดังจะเห็นได้จากกรณีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 87/2545 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยพิจารณาคำนิยาม “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นสำคัญ แล้ววินิจฉัยว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน เป็นสัญญาที่เกิดจากการที่จำเลยกับโจทก์ทั้งสองแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก และสัญญาดังกล่าวก็มิได้เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เมื่อคดีนี้เข้าสู่การวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คณะกรรมการฯ ได้วินิจฉัยโดยพิจารณาจากสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนิน

บริการสาธารณะ เพราะการศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ ดังนั้น สัญญาจ้างที่ปรึกษา ออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ซึ่งเป็นไป เพื่อให้บริษัทเอกชนที่ปรึกษาทำการตรวจและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ให้เป็นไปตามสัญญาจ้างก่อสร้างจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้นจึงควรมี การศึกษาเพื่อวางหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานว่าเป็นสัญญาทาง ปกครองหรือไม่ โดยจะพิจารณาหลักเกณฑ์ 4 ประการ ดังนี้

1. การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานตามนิยาม ของสัญญาทางปกครอง
2. การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานตามแนว คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล
3. การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน โดยวินิจฉัยประเด็นเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี
4. การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานตาม แนวทางของประเทศฝรั่งเศส

## 1. การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานตามนิยาม ของสัญญาทางปกครอง

ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 วางหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณา องค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ ดังนี้

**1.1 เกณฑ์ด้านคู่สัญญา** สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็น หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ

ในสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานนั้น อำนาจหน้าที่ของบริษัทที่ ปรึกษาควบคุมงานได้ถูกกำหนดไว้ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ 73 และ ข้อกำหนดในสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการ ตามแบบสัญญาจ้างทั่วไป ข้อ 13 ซึ่งกำหนดให้สิทธิบริษัทที่ปรึกษาควบคุมงานในการควบคุมการทำงานของผู้รับจ้าง โดยบริษัทที่ ปรึกษาควบคุมงานมีอำนาจเช่นเดียวกับผู้ว่าจ้างที่จะสามารถเข้าไป ตรวจสอบงานใน โรงงาน และ สถานที่ที่ก่อสร้างแทนผู้ว่าจ้างได้ทุกเวลา และผู้รับจ้างจะต้องอำนวยความสะดวกตามสมควร



บริษัทที่ปรึกษาควบคุมงานมีอำนาจสั่งให้แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม ตัดทอนซึ่งงานตามสัญญาได้ หากผู้รับจ้างขัดขืน ไม่ปฏิบัติตาม บริษัทที่ปรึกษามีอำนาจที่จะสั่งให้หยุดกิจการนั้นชั่วคราวได้ และผู้รับจ้างจะใช้เป็นเหตุขอขยายระยะเวลาไม่ได้

ปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วางแนวคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการ ไว้ว่า สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพราะเข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก หรือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งโดยหลักแล้วภาครัฐจะต้องเป็นผู้ดำเนินการออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างเอง จะดำเนินการจ้างเอกชนออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างได้ต่อเมื่อได้รับแจ้งจากหน่วยงานที่มีหน้าที่ออกแบบและก่อสร้าง เช่น กรมโยธาธิการและผังเมือง กรมศิลปากร ฯลฯ ว่าไม่สามารถดำเนินการออกแบบหรือส่งเจ้าหน้าที่มาดำเนินการควบคุมงานก่อสร้างให้ส่วนราชการนั้นได้ (มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2536) ดังนั้น การที่ภาครัฐทำสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานซึ่งเป็นบริษัทเอกชน มีลักษณะเป็นไปเพื่อให้บริษัทที่ปรึกษาควบคุมงานทำการตรวจสอบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารที่ทำการของส่วนราชการให้เป็นไปตามสัญญาก่อสร้างและถูกต้องตามหลักวิชาโดยผู้ควบคุมงานที่มีความรู้ความชำนาญทางด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรม แทนส่วนราชการ ผู้ว่าจ้างนั่นเอง หรือถือได้ว่าบริษัทที่ปรึกษาควบคุมงานมีฐานะเป็น “บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ” ซึ่งส่วนราชการได้มอบอำนาจให้บริษัทที่ปรึกษาเอกชนเข้าใช้อำนาจดำเนินการแทน โดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบมาจากเจ้าของโครงการคือรัฐตามแนวทางของสัญญาก่อสร้างของประเทศฝรั่งเศสนั่นเอง ทั้งนี้เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ เพราะอาคารที่ทำการของส่วนราชการถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการให้บริการสาธารณะเพื่อให้การปฏิบัติงานของส่วนราชการบรรลุผล หรือเป็นสิ่งสาธารณูปโภคซึ่งประชาชนทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้ ดังนั้นสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

## 1.2 เกณฑ์ในด้านลักษณะหรือวัตถุประสงค์ของสัญญา

สัญญาทางปกครองต้องมีลักษณะหรือวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง คือ ต้องเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำ

การแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ อาทิ เช่น ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวบอกเลิกสัญญาได้โดยผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญาได้ โดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ ข้อกำหนดสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า k) ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้สิทธิผู้ว่าจ้างแต่งตั้งมีอำนาจสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม ตัดทอนซึ่งงานตามสัญญาได้ และสัญญาจ้างซึ่งเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญาแบบ (contrat – type) ซึ่งเป็นข้อกำหนดเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล และเป็นข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบเห็นในสัญญาทางแพ่งทั่วไป

ดังนั้นสัญญาพัสดุของทางราชการซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ที่จะให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามนิยามความหมายดังกล่าว ซึ่งปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วางแนวคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการ ว่าสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการของทางราชการเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แทบทั้งสิ้น เพราะเข้าลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเป็นสัญญาจ้างที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ตามแนวทางของสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส แต่สำหรับสัญญาจ้างที่ปรึกษา ออกแบบและควบคุมงาน จะเห็นได้ว่าไม่มีลักษณะของสัญญาทางปกครองตามหลักเกณฑ์ในด้านลักษณะหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างเด่นชัด กล่าวคือ มิได้เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และไม่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงสิทธิพิเศษหรือ “เอกสิทธิ์” ของรัฐตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวอย่างชัดเจน จะมีก็แต่เพียงว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเป็นสัญญาแบบหรือสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งฝ่ายปกครองทำสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามแบบที่กำหนดไว้ในท้ายระเบียบพัสดุเท่านั้น สัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นสัญญาจำยอม (contrat d' adhesion) กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิต่อรองการกำหนดสิทธิหน้าที่หรือเงื่อนไขในสัญญา มีเพียงสิทธิที่จะรับหรือไม่รับสัญญาทั้งฉบับที่เป็นสัญญาแบบเท่านั้น อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะที่ค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง แต่ไม่เด่นชัดมากนัก และหากมีเพียง

ข้อกำหนดเดียวกันก็ไม่ถือว่าเป็นลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง จะต้องพิจารณาข้อกำหนดอื่นที่มีลักษณะเช่นเดียวกันรวมกันหลายๆ ประการ อาทิเช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 5/2545 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยคดีพิพาทอันเกิดจากสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ระหว่าง บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เซ็นี่ เอนจิเนียริง คอนซัลแตนท์ จำกัด กับ กรมพลศึกษา โดยพิจารณาคำนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานดังกล่าว เป็นสัญญาที่เกิดจากการที่คู่สัญญาแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะไม่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงการใช้อำนาจของรัฐ และสัญญาดังกล่าวก็มีได้เป็นสัญญาสัมปทานสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมตามมาตรา 271 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

## 2. การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน ตามแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พบว่าคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้พัฒนาลักษณะของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมอีกลักษณะหนึ่ง คือ สัญญาจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวางแนวคำวินิจฉัยไว้ดังนี้

2.1 การจัดหาหรือจัดให้มีดังกล่าวนั้นเป็นการจัดหาหรือจัดให้มีตามระเบียบของทางราชการ ซึ่งโดยปกติคือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ และสัญญาที่ทำอาจเป็นสัญญาจ้างทำของ สัญญาซื้อขาย หรือสัญญาแบบอื่นก็ได้ เช่น

**2.1.1 สัญญาจ้างทำของ** ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง อาทิเช่น สัญญาจ้างก่อสร้างพื้นคอนกรีตเพื่อติดตั้งตู้คอนเทนเนอร์ของสถานีทวนสัญญาณ (คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 37/2550) สัญญาจ้างก่อสร้างหลักเทียบเรือสองด้านบริเวณแอล.เอส.ที.แรมป์ ทำเทียบเรือแหลมเทียบการทำเรือสัดหีบ ฐานทัพเรือสัดหีบ เพื่อใช้เทียบเรือระบายพลขนาดใหญ่ เรือยกพลขนาดใหญ่ขนถ่ายรถรบ กำลังพลและยุทโธปกรณ์ทางทหาร (คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 21/2446) สัญญาจัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยการเดินอากาศ พร้อมอุปกรณ์ อะไหล่ รวมทั้งก่อสร้างอาคาร LOCALIZER และอาคาร GUIDE SLOPE (คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 48/2547)

**2.1.2 สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน** ได้มีแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลฯ วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาระหว่างผู้ร้อง กับกรมควบคุมมลพิษ (ผู้ว่าจ้าง) ที่ว่าจ้างผู้ร้องออกแบบรวมก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ผู้ร้องเข้าร่วมจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา – บางพลี – บางปะกง ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับกิจการร่วมค้า บีบีซี ดี เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีทางพิเศษอันเป็นบริการสาธารณะด้านการคมนาคม สัญญาลักษณะนี้ จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

**2.1.3 สัญญาซื้อขาย** เช่น สัญญาซื้อรถบรรทุกโคดแบบสายดึงประจำที่แบบเอ็มซี 1-1 บี พร้อมรถช่วยที่-10 อาร์ และอุปกรณ์ ของกองทัพเรือ (คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 18/2550) สัญญาซื้อครุภัณฑ์เครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมติดตั้งเพื่อนำไปใช้ในการจัดการเรียนการสอน (คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 21/2551) ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลฯ วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาซื้อขายเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล สัญญาซื้อขายดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

**2.2 เครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นอาจเป็นวัสดุ ครุภัณฑ์ อาคาร สถานที่ หรือสิ่งก่อสร้างก็ได้** โดยต้องใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ และทำให้การจัดทำบริการสาธารณะนั้นบรรลุผลได้ หากไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวแล้ว ไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะนั้นให้บรรลุผลได้ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็น โดยไม่ได้พิจารณาจากประเด็นว่า เครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นนำไปใช้โดยตรงหรือสนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะจึงจะเป็นสัญญาทางปกครองแต่ประการใด

โดยสรุปคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลฯ วินิจฉัยไว้ว่าในการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ อันเป็นประโยชน์มหาชน การจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลหรือไม่จึงมีผลกระทบต่อประโยชน์มหาชน การพิจารณาลักษณะของสัญญาในกรณีนี้จึงพิจารณาจากการนำเครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นไปใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นประการสำคัญ มิใช่พิจารณาจากตัวเครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นว่าเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์พิเศษหรือธรรมดา หรือนำไปใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นเพียงสนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะนั้นแต่ประการใด ดังนั้นสัญญาทางปกครองที่เป็นการจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการบริการสาธารณะให้บรรลุผล จึงมีหลักในการพิจารณาว่า หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ และได้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามอำนาจหน้าที่ของตน และในการจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องดังกล่าวจำเป็นต้องมีหรือใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง ซึ่งหากไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นแล้วก็จะไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลได้ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลเช่นนี้ สัญญาจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว

### 3. การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน

โดยวินิจฉัยประเด็นเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

จากการศึกษาพบว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเป็นสัญญาประกอบ โดยมีสัญญาจ้างก่อสร้างเป็นสัญญาหลัก ดังนั้นในทางทฤษฎีแล้วการวินิจฉัยว่าสัญญาประกอบมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะพิจารณาจากลักษณะของสัญญาหลักเป็นสำคัญ ซึ่งปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วางแนวคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการ ว่าสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แทบทั้งสิ้น เพราะเข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้าง



ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก หรือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะนั่นเอง ดังนั้นแม้ว่าสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน จะมีได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากร ธรรมชาติ หรือไม่มีข้อกำหนดซึ่งแสดงถึงเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งถือว่าขาดเกณฑ์ลักษณะสำคัญของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่เมื่อสัญญาจ้างก่อสร้างซึ่งเป็นสัญญาหลักเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานย่อมเป็นอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่นเดียวกัน เพราะมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานย่อมมีมูลเหตุมาจากสัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกแบบก่อสร้างไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการด้านวิศวกรรม หรือที่ปรึกษาควบคุมงานบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ควบคุมงาน ทำให้งานก่อสร้างตามสัญญาจ้างก่อสร้างชำรุดบกพร่อง เป็นการผิดสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน ที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานจึงต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้รับเหมาก่อสร้าง ต่อส่วนราชการผู้ว่าจ้าง ในการแก้ไขซ่อมแซมความชำรุดบกพร่องต่างๆ ที่เกิดขึ้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 355/2549) คดีพิพาทเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน หรือเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการหยุดงานก่อสร้างชั่วคราว ตามแบบสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน ข้อ 8 (1) (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 5/2545) หรือมีการบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้าง ตามแบบสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน ข้อ 8 (2) (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.647/2557) ซึ่งหากข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมอาจเกิดปัญหาคำพิพากษาถึงที่สุดระหว่างศาลขัดแย้งกันได้ อันจะส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมที่คู่ความควรได้รับ ดังนั้นเมื่อข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ข้อพิพาทในคดีซึ่งมีประเด็นแห่งคดีในมูลเดียวกัน ควรได้รับการพิจารณาในศาลเดียวกันด้วย ทั้งนี้เพื่อให้ผลของคดีสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน และโดยที่สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานถือเป็นสัญญาจ้างบริการรูปแบบหนึ่ง ซึ่งเป็นประเภทของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การพิจารณาเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในบางประการจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป แต่การนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับแก่คดีก็มีใช้เกณฑ์การพิจารณาลักษณะแห่งคดีว่าอยู่ในอำนาจของศาลใด อีกทั้งไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรม โดยเฉพาะ ดังนั้นการที่จะพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีคู่สัญญา

ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาที่แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือสัญญาจัดซื้อเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล หรือสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ หรือเป็นสัญญาประกอบที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาหลักที่เป็นสัญญาทางปกครอง เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะให้บรรลุผล สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

#### 4. การพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส

จากการศึกษาถึงแนวคิดของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ของประเทศไทย พบว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่ส่วนราชการในการดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารทรัพย์สินของทางราชการที่สำคัญอันได้แก่ วิธีการจัดหา วิธีการควบคุม และวิธีการจำหน่ายทรัพย์สิน เพื่อให้วิธีการจัดการทรัพย์สินของทางราชการเป็นไปโดยรอบคอบ รัดกุมและมีประสิทธิภาพ ซึ่งในส่วนของวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุของส่วนราชการเพื่อให้ได้พัสดุและหรือการบริการที่ต้องการเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และกิจการสาธารณูปโภคที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของแต่ละส่วนราชการ ในรูปของการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับเอกชนหรือสัญญาพัสดุดีถือเป็นเครื่องมือสำคัญเพื่อให้ได้พัสดุและการบริการดังกล่าวตามวัตถุประสงค์ ซึ่งการจัดหาพัสดุต้องดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และโดยที่การจัดหาพัสดุของส่วนราชการเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนราชการจึงมีอภิสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่นเดียวกับแนวคิดของประมวลกฎหมายพัสดุของประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความจำเป็นในเรื่องเกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุและการจัดหาบริการ เพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเกิดข้อจำกัดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา โดยฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการปฏิบัติตามสัญญาเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และถือว่าสัญญาที่จัดทำขึ้นตามประมวลกฎหมาย

พัสดุเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย แตกต่างจากแนวคิดการจัดหาพัสดุของประเทศเยอรมัน ซึ่งถือว่าการจัดหาพัสดุเป็นการที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำการค้ากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน จึงอยู่ในขอบเขตของกฎหมายแพ่ง สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ทำขึ้นไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน ดังนั้นเนื้อหาของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุในระบบกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายเยอรมันเป็นอย่างมาก ทำให้การเปรียบเทียบสัญญาพัสดุของเยอรมันกับไทยเป็นไปได้ยาก ดังนั้นจึงจะพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานซึ่งถือเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยเปรียบเทียบกับสัญญาก่อสร้างตามประมวลกฎหมายพัสดุของประเทศฝรั่งเศสเป็นสำคัญ

ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส สัญญาก่อสร้าง (marché des travaux) โดยทั่วไปเป็นสัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างอาคารสถานที่ รวมทั้งว่าจ้างให้ทำนุบำรุงรักษา ปรับปรุงซ่อมแซมอาคารสถานที่ราชการ จะเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่ายด้วยกัน ฝ่ายที่หนึ่งคือเจ้าของโครงการซึ่งก็คือหน่วยงานของรัฐ ฝ่ายที่สองคือผู้ควบคุมโครงการ โดยทั่ว ๆ ไปอาจเป็นสถาปนิกหรือสำนักงานสถาปนิกผู้ออกแบบโครงการ ในการทำงาน สถาปนิกจะเป็นตัวแทนเจ้าของโครงการในการควบคุมการก่อสร้างหรือควบคุมการทำนุบำรุงอาคารสถานที่ ฝ่ายที่สามคือผู้รับเหมาก่อสร้าง ในทางปฏิบัติสัญญาก่อสร้างอาคารมีสัญญาอยู่สองส่วนด้วยกัน กล่าวคือ ในส่วนแรกจะเป็นสัญญาระหว่างรัฐในฐานะเจ้าของโครงการกับสถาปนิกหรือสำนักงานสถาปนิกผู้ออกแบบโครงการก่อน สัญญาส่วนนี้วัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือ การออกแบบโครงการ รัฐอาจมอบอำนาจให้สถาปนิกคู่สัญญานั้นไปดำเนินการดูแลการก่อสร้างของผู้รับเหมาก่อสร้างด้วย โดยมอบอำนาจให้สถาปนิกนั้นเป็นผู้ควบคุมและตรวจสอบงานของผู้รับเหมาก่อสร้างด้วย สัญญาส่วนที่สองของสัญญาก่อสร้าง คือ สัญญาจ้างที่รัฐทำกับผู้รับเหมาก่อสร้างโดยตรง เพราะฉะนั้นจะไม่มีสัญญาระหว่างสถาปนิกผู้ออกแบบหรือควบคุมงานกับผู้รับเหมาก่อสร้างโดยตรง แต่สถาปนิกผู้ออกแบบและควบคุมการก่อสร้างจะดำเนินการ โดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบมาจากเจ้าของโครงการคือรัฐนั่นเอง และโดยที่สัญญาก่อสร้างเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายพัสดุ ซึ่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ.2001 (la loi Murcef) มาตรา 2 กำหนดว่า การจัดหาพัสดุที่ทำโดยหลักเกณฑ์ทั้งหลายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุมิลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้นสัญญาก่อสร้างในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจึงถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายนั่นเอง

สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่และสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของประเทศไทยมีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาก่อสร้างของประเทศฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก คือ ใน

การดำเนินการตามสัญญาจะประกอบด้วยบุคคล 3 ฝ่าย คือ เจ้าของโครงการซึ่งก็คือหน่วยงานของรัฐ บริษัทเอกชนผู้ควบคุมการก่อสร้างและอาจเป็นผู้ออกแบบโครงการด้วย และผู้รับเหมาก่อสร้าง แต่ต่างกันในรูปแบบของสัญญาจ้าง ซึ่งในประเทศไทยแยกสัญญาจ้างก่อสร้างและสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานออกจากกันอย่างชัดเจน ทั้งที่สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการ และบริษัทที่ปรึกษาควบคุมงานมีฐานะเป็น “บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ” ซึ่งส่วนราชการได้มอบอำนาจให้บริษัทที่ปรึกษาเอกชนเข้าใช้อำนาจดำเนินการแทน โดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบมาจากเจ้าของโครงการคือรัฐตามแนวทางของสัญญาก่อสร้างของประเทศฝรั่งเศสนั่นเอง



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

ตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และประเทศไทย ต่างยอมรับว่า สัญญาทางปกครองต้องอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้นการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม จึงมีความสำคัญด้วยเหตุว่าทั้งสองศาลมีระบบการพิจารณาพิพากษาที่แตกต่างกัน

สำหรับประเทศไทยนอกจากความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ศาลปกครองยังได้กำหนดในที่ประชุมใหญ่ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพอีกสองลักษณะด้วยกัน คือ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางการปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งเป็นการกำหนดที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศส ซึ่งจะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองนอกจากจะกำหนดโดยกฎหมายแล้ว ยังพิจารณาได้จากหลักการพิจารณาดังนี้ คือ ลักษณะของคู่สัญญาและลักษณะของวัตถุประสงค์ของสัญญา หรือลักษณะของข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ ลักษณะของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นนิติบุคคลมหาชนเสมอ และต้องมีลักษณะของวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ หรือข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่ง สำหรับสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันนั้น คือ สัญญาที่มีผลเป็น



การก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง เมื่อเปรียบเทียบสัญญาทางปกครองระหว่างประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และประเทศไทย จะเห็นว่าของประเทศฝรั่งเศส เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการวางหลักโดยคำพิพากษาของศาล ตั้งแต่สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง และเมื่อเป็นสัญญาทางปกครองแล้วผลของสัญญาจะเป็นอย่างไร สำหรับประเทศเยอรมันเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายกำหนดทั้งระบบ ส่วนของประเทศไทยนั้นกฎหมายกำหนดแต่เพียงชื่อของสัญญาทางปกครอง นอกเหนือจากนั้นเป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดและวางหลักในเรื่องผลของสัญญาทางปกครองทั้งหมดต่อไป ถึงแม้การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้นจะไม่มีเกณฑ์ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษเหมือนกับประเทศฝรั่งเศส

ศาลปกครองได้วางแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ราชการไว้ว่าสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสิ่งก่อสร้างของทางราชการเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล หรือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หากไม่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น สัญญาก่อสร้างอาคารเก็บอาวฐป็น สัญญาก่อสร้างหอพักข้าราชการ ถ้ามีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแล้วสัญญาจ้างดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และบางครั้งศาลปกครองมักจะใช้เกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐวินิจฉัยร่วมกับสัญญาทางปกครองประเภทอื่นทั้งตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือเกณฑ์คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ทั้งนี้ถ้าสัญญามีลักษณะตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น หรือเป็นสัญญาจ้างที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงก็เป็นสัญญาทางปกครองแล้วไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐอีก เช่น สัญญาซื้อขาย ศาลปกครองมองว่าไม่ใช่สัญญาทางปกครอง หากไม่มีข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เช่น สัญญาซื้อขายเครื่องบินที่ข้อมูลตรวจสอบหัวใจเพื่อใช้ในศูนย์หัวใจสิริกิติ์ ของมหาวิทยาลัยมหิดล สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมอุปกรณ์ สัญญาซื้อขายดินลูกรังของกรมชลประทานกับเอกชน สัญญาซื้อขายเครื่องเตาเผาขยะของเทศบาล ด้วยเหตุว่าสัญญาดังกล่าวเหล่านี้ ไม่ใช่สัญญาที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะโดยตรง เอกชนผู้ขายเป็นเพียงผู้จัดหาอุปกรณ์สำหรับจัดทำบริการสาธารณะให้กับฝ่ายปกครองเท่านั้น อันเป็นการเกี่ยวโยงกับบริการสาธารณะโดยทางอ้อม จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองนั่นเอง

สำหรับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการ ซึ่งจัดทำขึ้นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานยังไม่ชัดเจน บางกรณีศาลปกครองก็รับคดีเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานไว้พิจารณาและวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีโดยมิได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ บางกรณีศาลปกครองก็วินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน ว่าเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองเห็นว่าสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองและเอกชนแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองบรรลุผล จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ทั้งที่สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเป็นไปเพื่อให้สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาและถูกต้องตามหลักวิชาโดยผู้ควบคุมงานที่มีความรู้ความชำนาญทางด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรมแทนส่วนราชการผู้ว่าจ้าง เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการสาธารณะนั่นเอง

## 2. ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาที่กล่าวมา ควรมีวิธีแก้ไขปัญหาเพื่อให้สามารถนำข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการที่ยังไม่มีความชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองหรือสัญญาทางปกครอง จึงควรมีการแก้ไข ดังนี้

2.1 ควรปรับปรุงแบบสัญญาแนบท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 โดยเพิ่มเติมแบบสัญญาจ้างก่อสร้างเฉพาะแยกต่างหากจากแบบสัญญาจ้างทั่วไป เพื่อใช้สำหรับงานก่อสร้างอาคารสถานที่ และงานปรับปรุงซ่อมแซมอาคารสถานที่ของส่วนราชการ โดยแบบสัญญาจ้างก่อสร้างควรแยกออกเป็นสองส่วน ส่วนแรกคือสัญญาจ้างที่ส่วนราชการทำกับ

ผู้รับเหมาก่อสร้าง และส่วนที่สองให้ครอบคลุมถึงสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานตามแนวทางสัญญาก่อสร้าง (marché des travaux) ของประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากรูปแบบของสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการมีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากสัญญาจ้างทั่วไป ประกอบกับในส่วนของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานซึ่งเป็นไปเพื่อให้สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ของทางราชการสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาและถูกต้องตามหลักวิชาโดยผู้ควบคุมงานที่มีความรู้ความชำนาญทางด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรมแทนส่วนราชการผู้ว่าจ้าง เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการสาธารณะ หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค อันเป็นวัตถุประสงค์หลักของส่วนราชการในการทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสิ่งปลูกสร้าง สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานจึงมีส่วนสัมพันธ์อย่างยิ่ง กับสัญญาจ้างก่อสร้าง ซึ่งอาจถือได้ว่าสัญญาจ้างก่อสร้างเป็นสัญญาหลัก และสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเป็นสัญญาประกอบ การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประกอบต้องวินิจฉัยสัญญาหลักซึ่งก็คือสัญญาจ้างก่อสร้างเป็นสำคัญ เพราะมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานย่อมมีมูลเหตุมาจากข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกแบบก่อสร้างไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการด้านวิศวกรรม หรือที่ปรึกษาควบคุมงานบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ควบคุมงาน ทำให้งานก่อสร้างตามสัญญาจ้างก่อสร้างชำรุดบกพร่อง เป็นการผิดสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน ที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานจึงต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้รับเหมาก่อสร้างต่อส่วนราชการผู้ว่าจ้าง ในการแก้ไขซ่อมแซมความชำรุดบกพร่องต่างๆ ที่เกิดขึ้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 355/2549) คดีพิพาทเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน หรือเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการหยุดงานก่อสร้างชั่วคราว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 5/2545) หรือมีการบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้าง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.647/2557) ดังนั้นหากรูปแบบของสัญญาจ้างก่อสร้างและสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเป็นสัญญาเดียวกันแล้ว ข้อพิพาทในคดีซึ่งมีประเด็นแห่งคดีในมูลเดียวกัน จะได้รับการพิจารณาในคราวเดียวกัน ผลของคดีจะสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งศาลปกครองจะเป็นศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างซึ่งรวมไปถึงสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานด้วย เพราะสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะให้บรรลุผล

จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในมาตรา 3 นั้นเอง

2.2 **ควรแก้ไขกฎหมาย** โดยระบุไว้อย่างชัดเจนว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่จัดทำขึ้นตามประมวลกฎหมายระเบียบว่าด้วยการพัสดุทั้งหมดซึ่งรวมถึงสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน ให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง สำหรับประเทศไทยต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่จัดทำขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบอื่นใดของหน่วยงานทางปกครอง ว่าด้วยการพัสดุ” เพื่อให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาพัสดุอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองทั้งระบบ ด้วยเหตุว่า แนวคิดของสัญญาพัสดุดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 คือการดำเนินการเพื่อให้ส่วนราชการได้พัสดุและหรือการบริการที่ต้องการเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ โดยมีหลักเกณฑ์การดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมตามหลักความเสมอภาค และโดยที่การจัดหาพัสดุของส่วนราชการเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนราชการจึงมีอภิสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่นเดียวกับแนวคิดของประมวลกฎหมายพัสดุของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความจำเป็นในเรื่องเกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุ และการจัดหาบริการ เพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเกิดข้อจำกัดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา โดยฝ่ายปกครองมีอภิสิทธิ์ในการปฏิบัติตามสัญญาเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเช่นเดียวกัน และในมาตรา 3 แห่งรัฐกฤษฎีกา เลขที่ 2015-899 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม 2015 ว่าด้วยสัญญาพัสดุ ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาพัสดุภายใต้รัฐกฤษฎีกานี้ที่ทำโดยนิติบุคคลมหาชน เป็นสัญญาทางปกครอง” ดังนั้นสัญญาที่จัดทำขึ้นตามประมวลกฎหมายพัสดุในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจึงถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายทั้งระบบ เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาพัสดุนั้นเอง



บรรณานุกรม



## บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์.(2541). “ความพยายามในการนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม” วารสารกฎหมายปกครอง 17, 3 (ธันวาคม 2541) : 39-53.
- \_\_\_\_\_.(2539). การจัดประเภทของสัญญาทางปกครอง โดยทั่วไปของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง 10, 2 (สิงหาคม 2539) : 400-421.
- กฤษณ์เทพ พงศ์ศิลป์.(2541). สัญญาทางปกครองในประเทศไทย : ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ ความหมายและผลของสัญญาทางปกครอง. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพมหานคร.
- กิตตินัย ธรรมรัช.(2541). แนวความคิดและหลักสัญญาทางปกครองในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ วารสารกฎหมายปกครอง 17, 3 (ธันวาคม 2541) :39-53.
- กิตติพงษ์ สุวรรณสน.(2549). การบังคับตามสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายปกครอง ของไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์.(2540). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์
- ชาญชัย แสวงศักดิ์.(2553). “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญา ทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง 9, 1 (เมษายน 2553) : 158-214.
- \_\_\_\_\_.(2540). ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา.
- \_\_\_\_\_.(2543). สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ กรุงเทพมหานคร:นิติธรรม.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี.(2541). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและ สัญญาทางปกครอง กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรรمانันท์.(2541). การบริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส กรุงเทพมหานคร: ธรรมนิติ
- \_\_\_\_\_.(2553). สัญญาทางปกครอง กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ.(2532). การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง. เอกสารประกอบการฝึกอบรม นิติกร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 7 มิถุนายน 2532 กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ .(2529). “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5.  
 บุญผา อัครพิมาน .(2545). สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและ  
 ของไทย กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท.
- ปรภาณี ประจักษ์ศุภนิตติ .(2532). กฎหมายว่าด้วยระเบียบพัสดุ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหาร  
 ราชการไทย หน่วยที่ 9-15 นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- ประเมศวร์ สังข์เอี่ยม .(2542). ปัญหาการควบคุมการเข้าแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตาม  
 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร  
 มหาบัณฑิต ไม่ดีพิมพ์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพมหานคร.
- ประยูร กาญจนกุล .(2539). คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพมหานคร :  
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ปราณี หล่อรัตนโชติ .(2534). การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ (วิทยานิพนธ์  
 นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ดีพิมพ์) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ผานิต นิตินันท์ประภาส .(ม.ป.ป.). โครงสร้างการจัดหาพัสดุของส่วนราชการในปัจจุบัน  
 เอกสารประกอบการพิจารณาคณะกรรมการกฤษฎีกา  
 (คณะกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6).
- พรพิมล บุญทวีเวช .(2547). ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์  
 นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ดีพิมพ์) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พัชฌา จิตรมหีมา .(2553). “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”  
 วารสารกฎหมายปกครอง 27, 3 (2553) : 3-72.
- พูนศักดิ์ ไวสารวจ .(2528). นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส วารสารกฎหมาย  
 ปกครอง 4, 2 (สิงหาคม 2528) : 269-308.
- ไพบุลย์ แสงจันทร์ .(2551). กรณีศึกษาการใช้รูปแบบสัญญาจ้างออกแบบก่อสร้างโครงการพัฒนา  
 ระบบสาธารณูปโภคของรัฐ (วิทยานิพนธ์วิศวกรรมศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ดีพิมพ์)  
 มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี กรุงเทพมหานคร.
- โกคิน พลกุล .(2544). คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เอกสารประกอบการพิจารณา  
 เรื่อง สัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด  
 18 กันยายน 2544. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง.
- มานิตย์ วงศ์เสรี .(2545). หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน  
 สำนักงานศาลปกครอง: กรุงเทพมหานคร.
- ขงยุทธ อนุกุล .(2547). หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง.

- วรเจตน์ ภาคีรัตน์ .(2542). ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน *วารสารนิติศาสตร์* 29, 2 (มิถุนายน 2542) : 262-263.
- วิบูลย์ กัมมาระบุตร .(2532). การจัดประเภทของสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปของฝรั่งเศส ใน *เอกสาร โครงการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร หลักกฎหมายปกครอง ประเภทของสัญญาทางปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา* \_\_\_\_\_ .(2543). *สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.*
- \_\_\_\_\_ .(2543). *สาระนำรู้เกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.*
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา .(ม.ป.ป.). ประวัติความเป็นมาของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุในประเทศไทย *เอกสารประกอบการพิจารณาคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1) กรุงเทพมหานคร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา* \_\_\_\_\_ .(2543). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.*
- สุรินทร์ ทองมา .(2553). *พัฒนาการและแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพมหานคร.*
- อภิชาติ นิมิตสถาพร .(2552). *การระบุข้อจำกัดของสัญญาจ้างที่ปรึกษาบริหารงานก่อสร้างภาครัฐ และกรณีศึกษาการปรับปรุงสัญญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิศวกรรมศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร.*
- Andre de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris :L.G.D.J.,1959, p. 8-9 อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส* หน้า 78-79.
- Alfons Gern *Der Vertrag zwischen Privaten Uber offentlichrechtkiche Berechtigungen und Verpflichtungen* 1977 p.56 อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์ *ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน วารสารนิติศาสตร์* 29: 2 มิถุนายน 2542.
- Bernd Rüster *Busuness Transaction in Germany* Munivk : Matthew Bendor&Company incorporated 1989 p. 7-20. อ้างใน ปราณี หล่อรัตนโชติ *การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.*

Christophe *Droit des contrats administratifs* Themis Droit PUF 2 édition 2008 p.130

อ้างใน ชีระชัย จาตุรนต์สวัสดิ์ “สัญญาจัดทำบริการสาธารณะระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายที่เป็นบุคคลตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาช่วงที่ทำขึ้นระหว่างบริษัทเอกชนที่ได้รับสัมปทานจากรัฐหรือไม่ก็ตาม กับเอกชนหรือบริษัทเอกชนอื่น เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง” ใน *แนวทางการจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง* บพิชการพิมพ์.

Colin C. Turpin, *Public Contracts International Encyclopedia of Comparative Law* 7 p.13

อ้างใน ปราณี หล่อรัตนโชติ *การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

Franz Joseph Peine, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1994, p.162 อ้างใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์

*ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน* วารสารนิติศาสตร์ 29: 2 (มิถุนายน 2542) .

Hartmut Maurer *Allgemeines Verwaltungsrecht* 11 Aufl. 1997 p.349 อ้างใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์

*ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน* วารสารนิติศาสตร์ 29: (2 มิถุนายน 2542).

J.L. de Corail, X Delcros, D. Wolf, *Le contrats administratifs*, in documents d' études droit

administrative no 2.11, Paris, Documentation Francaise, 1977,p.3 อ้างใน บวรศักดิ์ อูวรรณ โฉม *สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส*.

Laurent RICHER *Droit des contrats administratifs*, Manuel LGDJ 6 édition 2008 p. 130 อ้างใน

ชีระชัย จาตุรนต์สวัสดิ์ “สัญญาจัดทำบริการสาธารณะระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายที่เป็นบุคคลตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาช่วงที่ทำขึ้นระหว่างบริษัทเอกชนที่ได้รับสัมปทานจากรัฐหรือไม่ก็ตาม กับเอกชนหรือบริษัทเอกชนอื่น เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง” ใน *แนวทางการจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง* บพิชการพิมพ์.

M.Philippe Turguet de Beauregard *สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง* เอกสาร

ประกอบการบรรยายพิเศษโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส วันที่ 9 ธันวาคม 2541 กรุงเทพมหานคร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

Marguerite CANEDO การมอบอำนาจให้เป็นตัวแทนตามหลักกฎหมายปกครอง (*le mandate administratif*) วิทยานิพนธ์ปริญญาเอกดีเด่น LGDJ, 2001 อ้างใน วีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์ “สัญญาจัดทำบริการสาธารณะระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายที่เป็นบุคคลตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาช่วงที่สร้างขึ้นระหว่างบริษัทเอกชนที่ได้รับสัมปทานจากรัฐหรือไม่ก็ตาม กับเอกชนหรือบริษัทเอกชนอื่น เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง” ใน แนวทางการจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง บพิธการพิมพ์.







ภาคผนวก

มหาวิทยาลัย

สกลนครราชภัฏ



ภาคผนวก ก  
แบบสัญญาจ้างทั่วไป

สัญญา

เลขที่.....

สัญญานี้ทำขึ้น ณ .....ตำบล/แขวง.....

อำเภอ/เขต .....จังหวัด .....เมื่อวันที่ .....เดือน .....

พ.ศ.....ระหว่าง.....โดย.....

ซึ่งต่อไปในสัญญานี้เรียกว่า “ผู้ว่าจ้าง” ฝ่ายหนึ่ง กับ.....ซึ่ง

จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ณ .....มีสำนักงานใหญ่อยู่เลขที่ .....

ถนน.....ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....

จังหวัด.....โดย.....ผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคลปรากฏตาม

หนังสือรับรองของสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท .....ลงวันที่.....(และหนังสือ

มอบอำนาจลงวันที่.....)\* แนบท้ายสัญญานี้ (ในกรณีที่ผู้รับจ้างเป็นบุคคลธรรมดาให้ใช้

ข้อความว่ากับ .....อยู่บ้านเลขที่ .....ถนน .....ตำบล/

แขวง.....อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....)ซึ่งต่อไปในสัญญานี้

เรียกว่า “ผู้รับจ้าง” อีกฝ่ายหนึ่ง

คู่สัญญาได้ตกลงกันมีข้อความดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ข้อตกลงว่าจ้าง

ผู้ว่าตกลงจ้างและผู้รับจ้างตกลงรับจ้างทำงาน.....ณ.....

ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....ตาม

ข้อกำหนดและเงื่อนไขสัญญานี้รวมทั้งเอกสารแนบท้ายสัญญา

ผู้รับจ้างตกลงที่จะจัดหาแรงงานและวัสดุ เครื่องมือเครื่องใช้ ตลอดจนอุปกรณ์ต่าง ๆ ชนิด

ดีเพื่อใช้ในงานจ้างตามสัญญานี้

ข้อ 2. เอกสารอันเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

เอกสารแนบท้ายสัญญาดังต่อไปนี้ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้

2.1 ผนวก 1.....(แบบรูป).....จำนวน.....หน้า

2.2 ผนวก 2.....(รายการละเอียด).....จำนวน.....หน้า

2.3 ผนวก 3.....(ใบจ้างปริมาณงานและราคา).....จำนวน.....หน้า

2.4 ผนวก 4.....(ใบเสนอราคา).....จำนวน.....หน้า

2.5 .....ฯลฯ.....

หมายเหตุ \* ตัดออกหรือใส่ไว้ตามความเหมาะสม

ความใดในเอกสารแนบท้ายสัญญาที่ขัดแย้งกับข้อความในสัญญานี้ ให้ใช้ข้อความในสัญญานี้บังคับ และในกรณีที่เอกสารแนบท้ายสัญญาขัดแย้งกันเอง ผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ว่าจ้าง

### ข้อ 3. หลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา

ในขณะที่ทำสัญญานี้ผู้รับจ้างได้นำหลักประกันเป็น.....  
เป็นจำนวนเงิน.....บาท (.....) มามอบให้แก่ผู้ว่าจ้างเพื่อเป็น  
หลักประกันการปฏิบัติตามสัญญานี้

หลักประกันที่ผู้รับจ้างนำมามอบไว้ตามวรรคหนึ่ง ผู้ว่าจ้างจะคืนให้เมื่อผู้รับจ้างพ้นจากข้อ  
ผูกพันตามสัญญานี้แล้ว

### ข้อ 4. ก. ค่าจ้างและการจ่ายเงิน

(สำหรับสัญญาที่เป็นราคาต่อหน่วย)

ผู้ว่าจ้างตกลงจ่ายและผู้รับจ้างตกลงรับเงินค่าจ้างเป็นจำนวนเงิน.....บาท  
(.....) ซึ่งได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่มจำนวน.....บาท ตลอดจนภาษีอากร  
อื่น ๆ และค่าใช้จ่ายที่พึงจ่ายแล้ว โดยถือราคาต่อหน่วยเป็นเกณฑ์ ตามรายการ แต่ละประเภท  
ดังที่ได้กำหนดไว้ในใบแจ้งปริมาณงานและราคา

คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต่างตกลงว่า จำนวนปริมาณงานที่กำหนดไว้ในบัญชีรายการก่อสร้าง  
หรือใบแจ้งปริมาณงาน และราคานี้ เป็นจำนวนโดยประมาณเท่านั้น จำนวนปริมาณงานที่แท้ จริง  
อาจจะมาก หรือน้อยกว่านี้ได้ ซึ่งผู้ว่าจ้าง จะจ่ายเงินค่าจ้าง ให้แก่ผู้รับจ้าง ตามราคาต่อหน่วยของ  
งาน แต่ละรายการที่ได้ทำเสร็จจริง คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต่างตกลง ที่จะไม่เปลี่ยนแปลงราคาต่อ  
หน่วย หรือเรียกหรือค่าสินไหมทดแทน อันเกิดจาก การที่จำนวนปริมาณงานในแต่ละรายการ ได้  
แตกต่าง ไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญา ทั้งนี้ นอกจากในกรณีต่อไปนี้\*

4.1 เมื่อปริมาณงานที่ทำเสร็จจริงในส่วนที่เกินกว่า ร้อยละ 125 (หนึ่งร้อยยี่สิบห้า) แต่ไม่  
เกินร้อยละ 150 (หนึ่งร้อยห้าสิบ) ของปริมาณงาน ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือใบแจ้งปริมาณงาน  
และราคา จะจ่ายให้ ในอัตราร้อยละ 90 (เก้าสิบ) ของราคาต่อหน่วย ตามสัญญา

4.2 เมื่อปริมาณงาน ที่ทำเสร็จจริง ในส่วนที่เกินกว่า ร้อยละ 150 (หนึ่งร้อยห้าสิบ) ของ  
ปริมาณงานที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือใบแจ้งปริมาณงาน และราคาจะจ่ายให้ ในอัตราร้อยละ 83  
(แปดสิบสาม) ของราคาต่อหน่วย ตามสัญญา

---

หมายเหตุ \* อัตราร้อยละที่ระบุไว้ต่อไปนี้ อาจพิจารณาแก้ไขได้ตามความเหมาะสม

4.3 เมื่อปริมาณงานที่ทำเสร็จจริง น้อยกว่าร้อยละ 75 (เจ็ดสิบห้า) ของปริมาณงาน ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือใบแจ้งปริมาณงานและราคา จะจ่ายให้ตามราคาต่อหน่วยในสัญญา และจะจ่ายเพิ่มชดเชย เป็นค่า overhead และ mobilization สำหรับงานรายการ นั้นในอัตราร้อยละ 17 (สิบเจ็ด) ของผลต่าง ระหว่างปริมาณงานทั้งหมด ของงานรายการนั้น ตามสัญญาโดยประมาณ กับปริมาณงานที่ทำเสร็จจริง คูณด้วย ราคาต่อหน่วยตามสัญญา

4.4 ผู้ว่าจ้าง จะจ่ายเงินที่เพิ่มขึ้น หรือหักลดเงิน ในแต่ละกรณี ดังกล่าวข้างต้น ในงวดสุดท้าย ของการจ่ายเงิน หรือก่อนงวดสุดท้าย ของการจ่ายเงิน ตามที่ผู้ว่าจ้าง จะพิจารณาเห็นสมควร

ผู้ว่าจ้าง ตกลงที่จะจ่ายเงินค่าจ้าง ให้แก่ผู้รับจ้าง เป็นรายเดือน ตามเงื่อนไขการทำเสร็จจริง เมื่อ ผู้ว่าจ้าง หรือเจ้าหน้าที่ ของผู้ว่าจ้าง ได้ทำการตรวจสอบผลงาน ที่ทำเสร็จแล้ว และปรากฏว่า เป็นที่พอใจ ตรงตามข้อกำหนด แห่งสัญญานี้ ทุกประการ ผู้ว่าจ้าง จะออกหนังสือรับรอง การรับมอบงานนั้น ให้ไว้แก่ผู้รับจ้าง

การจ่ายเงินงวดสุดท้าย จะจ่ายให้ เมื่องานทั้งหมด ตามสัญญา ได้แล้วเสร็จทุกประการ รวมทั้งการทำสถานที่ก่อสร้าง ให้สะอาดเรียบร้อย ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 20

**ข้อ 4. ข. ค่าจ้างและการจ่ายเงิน**

(สำหรับสัญญาที่เป็นราคาเหมารวม)

ผู้ว่าจ้าง ตกลงจ่าย และผู้รับจ้างตกลงรับเงินค่าจ้างจำนวนเงิน.....บาท (.....) ซึ่งได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม จำนวน.....บาท ตลอดจน ภาษีอากรอื่น ๆ และค่าใช้จ่ายที่ส่งด้วยแล้ว โดยถือราคาเหมารวม เป็นเกณฑ์ และกำหนดการจ่ายเงิน เป็นงวด ๆ ดังนี้

งวดที่ 1 เป็นจำนวนเงิน.....บาท (.....) เมื่อผู้รับจ้างได้ปฏิบัติงาน.....ให้แล้วเสร็จภายใน.....

งวดที่ 2 เป็นจำนวนเงิน.....บาท (.....) เมื่อผู้รับจ้างได้ปฏิบัติงาน.....ให้แล้วเสร็จภายใน.....

งวดสุดท้าย เป็นจำนวนเงิน.....บาท (.....) เมื่อผู้รับจ้างได้ปฏิบัติงานทั้งหมด ให้แล้วเสร็จเรียบร้อย ตามสัญญา รวมทั้ง ทำสถานที่ก่อสร้าง ให้สะอาดเรียบร้อย ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 20

การจ่ายเงิน ตามเงื่อนไข แห่งสัญญานี้ ผู้ว่าจ้าง จะโอนเงินเข้า บัญชีเงินฝากธนาคารของ ผู้รับจ้าง ชื่อธนาคาร.....สาขา.....ชื่อบัญชี.....เลขที่บัญชี..... ทั้งนี้ ผู้รับจ้าง ตกลงเป็นผู้รับภาระ เงินค่าธรรมเนียม หรือค่าบริการอื่นใดเกี่ยวกับการ โอนที่ธนาคาร



เรียกเก็บ และยินยอม ให้มีการหักเงินดังกล่าว จากจำนวนเงินโอนในงวดนั้น ๆ (ความในวรรคนี้ ใช้สำหรับ กรณีที่ ส่วนราชการจะจ่ายเงินตรงให้แก่ผู้รับจ้าง (ระบบ Direct Payment) โดยการโอนเงินเข้าบัญชีเงินฝากธนาคาร ของผู้รับจ้าง ตามแนวทาง ที่กระทรวงการคลังกำหนด)

**\*ข้อ 5. เงินค่าจ้างล่วงหน้า**

ผู้ว่าจ้าง ตกลงจ่ายเงินค่าจ้างล่วงหน้า ให้แก่ผู้รับจ้าง เป็นจำนวนเงิน... ..บาท  
(.....) ซึ่งเท่ากับร้อยละ.....ของราคาค่าจ้าง ตามสัญญาที่ระบุไว้ในข้อ 4

เงินจำนวนดังกล่าว จะจ่ายให้ ภายหลังจาก ที่ผู้รับจ้าง ได้วางหลักประกัน การรับเงินค่าจ้างล่วงหน้า ตามจำนวนเงินค่าจ้างล่วงหน้า นั้น ให้แก่ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้าง จะต้องออกใบเสร็จรับเงินค่าจ้างล่วงหน้า ตามแบบที่ผู้ว่าจ้าง กำหนดให้ และผู้รับจ้างตกลงที่จะกระทำตามเงื่อนไขอันเกี่ยวกับการใช้จ่าย และการใช้คืนเงินค่าจ้างล่วงหน้า นั้น ดังต่อไปนี้

5.1 ผู้รับจ้าง จะใช้เงินค่าจ้างล่วงหน้า นั้น เพื่อเป็นค่าใช้จ่าย ในการปฏิบัติงาน ตามสัญญาเท่านั้น หากผู้รับจ้าง ใช้จ่ายเงินค่าจ้างล่วงหน้า หรือส่วนใดส่วนหนึ่ง ของเงินค่าจ้างล่วงหน้า นั้น ในทางอื่น ผู้ว่าจ้าง อาจจะเรียกเงินค่าจ้างล่วงหน้าคืน จากผู้รับจ้าง หรือบังคับแก้หลักประกัน การปฏิบัติตามสัญญาได้ทันที

5.2 เมื่อผู้ว่าจ้างเรียกร้อง ผู้รับจ้าง ต้องแสดงหลักฐาน การใช้จ่ายเงินค่าจ้างล่วงหน้า เพื่อพิสูจน์ว่า ได้เป็นไปตามข้อ 5.1 ภายในกำหนด 15 วัน นับถัดจากวัน ได้รับแจ้งจาก ผู้ว่าจ้าง หากผู้รับจ้าง ไม่อาจแสดงหลักฐานดังกล่าว ภายในกำหนด 15 วัน ผู้ว่าจ้างอาจเรียกเงินค่าจ้างล่วงหน้าคืน จากผู้รับจ้าง หรือบังคับแก้ หลักประกันการรับเงินค่าจ้างล่วงหน้า ได้ทันที

**\* 5.3 (สำหรับสัญญาที่เป็นราคาต่อหน่วย)**

ในการจ่ายเงินค่าจ้าง ให้แก่ผู้รับจ้างตามข้อ 4 ก. ผู้ว่าจ้างจะหักเงินค่าจ้าง ในแต่ละเดือนไว้จำนวนทั้งหมด\* ทั้งนี้ จนกว่าจำนวนเงินที่หักไว้ จะครบตามจำนวน เงินค่าจ้างล่วงหน้า ที่ผู้รับจ้างได้รับไปแล้ว

5.4 เงินจำนวนใด ๆ ก็ตาม ที่ผู้รับจ้าง จะต้องจ่ายให้แก่ ผู้ว่าจ้างเพื่อชำระหนี้ หรือเพื่อชดใช้ความรับผิดชอบต่าง ๆ ตามสัญญา ผู้ว่าจ้าง จะหักเอาจากเงินค่าจ้างงวด ที่จะจ่ายให้แก่ ผู้รับจ้าง ก่อนที่จะหักชดใช้คืน เงินค่าจ้างล่วงหน้า

5.5 ในกรณีที่มีการบอกเลิกสัญญา หากเงินค่าจ้างล่วงหน้าที่เหลือ เกินกว่าจำนวนเงิน ที่ผู้รับจ้าง จะได้รับ หลังจากหักชดใช้ ในกรณีอื่นแล้ว ผู้รับจ้าง จะต้องจ่ายเงิน จำนวนที่เหลือนั้น ให้แก่ผู้ว่าจ้าง ภายใน 7 วัน นับถัดจากวัน ได้รับแจ้ง เป็นหนังสือ จากผู้ว่าจ้าง

**5.5 ก. (สำหรับสัญญาที่เป็นราคาต่อหน่วย)**

ผู้ว่าจ้าง จะคืนหลักประกันเงินล่วงหน้า ให้แก่ผู้รับจ้าง ต่อเมื่อผู้ว่าจ้าง ได้หักเงินค่าจ้างไว้ครบจำนวนเงินล่วงหน้า ตาม 5.3

5.5 ข. (สำหรับสัญญาที่เป็นราคาเหมารวม)

ผู้ว่าจ้างจะคืนหลักประกันเงินล่วงหน้าให้แก่ผู้รับจ้าง\*.....

#### \*\* ข้อ 6. การหักเงินประกันผลงาน

ในการจ่ายเงินให้แก่ผู้รับจ้างแต่ละงวด ผู้ว่าจ้าง จะหักเงิน จำนวนร้อยละ 10 ของเงินที่ต้องจ่าย ในงวดนั้น เพื่อเป็นประกันผลงาน ในกรณีที่ เงินประกันผลงาน จะต้องถูกหักไว้ทั้งสิ้น ไม่ต่ำกว่า 6 เดือน (สำหรับสัญญาที่เป็นราคาต่อหน่วย) หรือจำนวน.....บาท (สำหรับสัญญาที่เป็นราคาเหมารวม) ผู้รับจ้าง มีสิทธิที่จะขอเงินประกันผลงานคืน โดยผู้รับจ้าง จะต้องวางหนังสือค้ำประกัน ของธนาคาร ซึ่งออกโดยธนาคารภายในประเทศ มาวางไว้ต่อผู้ว่าจ้างเพื่อเป็นหลักประกันแทนก็ได้

ผู้ว่าจ้าง จะคืนเงินประกันผลงาน และ/หรือ หนังสือค้ำประกัน ของธนาคารดังกล่าว ตามวรรคหนึ่ง ให้แก่ผู้รับจ้าง พร้อมกับ การจ่ายเงิน งวดสุดท้าย

#### ข้อ 7 ก. กำหนดเวลาแล้วเสร็จและสิทธิของผู้ว่าจ้างในการบอกเลิกสัญญา

ภายในกำหนด.....วัน นับถัดจากวันลงนามในสัญญา ผู้รับจ้าง จะต้องเสนอแผนงานให้เป็นที่พอใจ แก่ผู้ว่าจ้าง โดยแสดงถึงขั้นตอน ของการทำงาน และกำหนดเวลาที่ต้องใช้ในการทำงานหลักต่าง ๆ ให้แล้วเสร็จ\*\*\*

ผู้รับจ้าง ต้องเริ่มทำงานที่รับจ้าง ภายในกำหนด.....วัน นับถัดจาก วันได้รับหนังสือแจ้งให้เริ่มงานและจะต้อง ทำงานให้แล้วเสร็จ ภายในกำหนด.....วัน นับถัดจากวันที่ได้รับหนังสือแจ้ง ดังกล่าวนั้น

ถ้ามิได้เสนอแผนงาน หรือ ไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จ ตามกำหนดเวลา หรือจะแล้วเสร็จ ล่าช้าเกินกว่ากำหนดเวลา หรือผู้รับจ้าง ทำผิดสัญญา ข้อใดข้อหนึ่ง หรือ ตกเป็นผู้ล้มละลาย หรือเพิกเฉยไม่ ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการตรวจการจ้าง หรือผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษาซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญานี้ได้ และมีสิทธิจ้างผู้รับจ้างรายใหม่เข้าทำงาน ของผู้รับจ้างให้ลุล่วงไปได้ด้วย

---

หมายเหตุ \* ในกรณีที่หน่วยงานผู้ว่าจ้างพิจารณาเห็นเป็นการจำเป็นและสมควร จะหักค่าจ้าง ในแต่ละเดือนไว้เพียงบางส่วน ก็ได้โดย แก้อัดจำนวนร้อยละ.....ของค่าจ้างในแต่ละเดือน ตามความเหมาะสมก็ได้

ค่าจ้างงวดที่ 2 แต่ถ้การจ่ายค่าจ้างงวดที่ 2 เป็นการจ่ายตามผลงานของผู้รับจ้าง โดยเฉลี่ยหักเงินล่วงหน้าออกตามส่วนของค่าจ้างในแต่ละงวดให้ผู้ว่าจ้างคืนหลักประกันเงินล่วงหน้าพร้อมกับการจ่ายเงินค่างวดสุดท้าย

**\*\* ตัดออกหรือใส่ไว้ตามความเหมาะสม**

การที่ผู้ว่าจ้าง ไม่ใช่สิทธิเลิกสัญญา ดังกล่าวข้างต้นนั้น ไม่เป็นเหตุให้ ผู้รับจ้าง พ้นจากความรับผิดชอบ ตามสัญญา

#### **ข้อ 7 ข. กำหนดเวลาแล้วเสร็จ และสิทธิของผู้ว่าจ้างในการบอกเลิกสัญญา**

ผู้รับจ้างต้องเริ่มทำงานที่รับจ้างภายในวันที่..... เดือน..... พ.ศ. ....และจะต้องทำงานให้แล้วเสร็จจรรยาบรรณภายในวันที่..... เดือน..... พ.ศ. ....ถ้าผู้รับจ้างมิได้ลงมือทำงานภายในกำหนดเวลา หรือไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จตามกำหนดเวลา หรือมีเหตุให้เชื่อได้ว่า ผู้รับจ้างไม่สามารถให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา หรือจะแล้วเสร็จล่าช้าเกินกว่ากำหนดเวลา หรือผู้รับจ้างทำผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่งหรือตกเป็นผู้ล้มละลาย หรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการ ตรวจสอบการจ้าง หรือผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษา ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญานี้ได้ และมีสิทธิจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ เข้าทำงานของผู้รับจ้างให้ลุล่วงไปด้วย

การที่ผู้ว่าจ้าง ไม่ใช่สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวข้างต้นไม่เป็นเหตุให้ผู้รับจ้างพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา

#### **ข้อ 8 .ความรับผิดชอบ ในความชำรุด บกพร่องของงานจ้าง**

เมื่องานแล้วเสร็จบริบูรณ์ และผู้ว่าจ้าง ได้รับมอบงาน จากผู้รับจ้าง หรือจากผู้รับจ้างรายใหม่ ในกรณีที่ มีการบอกเลิกสัญญา ตามข้อ 7 หากมีเหตุชำรุด บกพร่อง หรือ เสียหายเกิดขึ้นจากการจ้างนี้ ภายใน กำหนด\* .....ปี.....เดือน นับถัดจาก วันที่ได้รับมอบงานดังกล่าว ซึ่งความชำรุดบกพร่อง หรือ เสียหายนั้น เกิดจากความบกพร่อง ของผู้รับจ้าง อันเกิดจาก การใช้วัสดุ ที่ไม่ถูกต้อง หรือทำไว้ไม่เรียบร้อย หรือทำไม่ถูกต้อง ตามมาตรฐานแห่งหลักวิชา ผู้รับจ้างจะต้องรีบทำการแก้ไข ให้เป็นที่เรียบร้อย โดยไม่ชักช้า โดยผู้ว่าจ้างไม่ ต้องออกเงินใด ๆ ในการนี้ทั้งสิ้น หากผู้รับจ้างบิดพลิ้ว ไม่กระทำการดังกล่าว ภายในกำหนด.....วัน นับแต่วันที่ได้แจ้งเป็นหนังสือ จากผู้ว่าจ้าง หรือ ไม่ทำการแก้ไข ให้ถูกต้องเรียบร้อย ภายในเวลา ที่ผู้ว่าจ้างกำหนดให้ ผู้ว่าจ้าง มีสิทธิที่จะทำการนั้นเอง หรือ จ้างผู้อื่น ให้ทำงานนั้น โดยผู้รับจ้าง ต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย

### ข้อ 9. การจ้างช่วง

ผู้รับจ้าง จะต้องไม่เอางานทั้งหมด หรือ บางส่วนแห่งสัญญาไปจ้างช่วงอีกต่อหนึ่งโดยไม่ได้รับ ความยินยอมเป็นหนังสือ จากผู้ว่าจ้างก่อน ทั้งนี้ นอกจากในกรณี ที่สัญญานี้จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น ความยินยอมดังกล่าวนี้ ไม่เป็นเหตุให้ผู้รับจ้าง หลุดพ้นจากความรับผิด หรือ พันธะหน้าที่ตามสัญญานี้ และผู้รับจ้าง จะยังคงต้องรับผิด ในความผิด และความประมาทเลินเล่อ ของผู้รับจ้างช่วง หรือ ของตัวแทน หรือลูกจ้างรับจ้างช่วงนั้นทุกประการ

### ข้อ 10. การควบคุม งานของผู้รับจ้าง

ผู้รับจ้างต้องควบคุมงานที่รับจ้าง อย่างเอาใจใส่ ด้วยประสิทธิภาพ และความชำนาญ และในระหว่างทำงาน ที่รับจ้าง จะต้องจัดให้มีผู้แทน ซึ่งทำงานเต็มเวลา เป็นผู้ควบคุมงาน ผู้ควบคุมงานดังกล่าว จะต้องเป็นผู้แทน ได้รับมอบอำนาจ จากผู้รับจ้างคำสั่ง หรือคำแนะนำต่างๆที่ได้แจ้ง แก่ผู้แทน ผู้ได้รับมอบอำนาจนั้น ให้ถือว่าเป็นคำสั่ง หรือคำแนะนำ ที่ได้แจ้งแก่ผู้รับจ้าง การแต่งตั้งผู้ควบคุมงาน นั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ และต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าจ้าง การเปลี่ยนตัว หรือ แต่งตั้งผู้ควบคุมงานใหม่ จะทำได้ หากไม่ได้รับความเห็นชอบ จากผู้ว่าจ้างก่อน

ผู้ว่าจ้าง มีสิทธิที่จะขอให้เปลี่ยนตัวแทน ได้รับมอบอำนาจนั้น โดยแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้รับจ้าง และผู้รับจ้างจะต้องทำการเปลี่ยนตัวโดยพลัน โดยไม่คิดราคาเพิ่ม หรืออ้างเป็นเหตุเพื่อขยายอายุ สัญญาอันเนื่องมาจากเหตุนี้

### ข้อ 11. ความรับผิดของผู้รับจ้าง

ผู้รับจ้างจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคล เหตุ ความเสียหาย หรือภัยอันตรายใด ๆ อันเกิดจากการปฏิบัติงานของผู้รับจ้าง และจะต้องรับผิด ต่อความเสียหาย จากการกระทำ ของลูกจ้าง ของผู้รับจ้าง

ความเสียหายใด ๆ อันเกิดแก่งาน ที่ผู้รับจ้าง ได้ทำขึ้น แม้จะเกิดขึ้นเพราะ เหตุสุดวิสัย นอกจากกรณี อันเกิดจากความผิด ของผู้ว่าจ้างดังกล่าว ในข้อนี้จะสิ้นสุดลง เมื่อผู้ว่าจ้างได้รับมอบงาน ครั้งสุดท้าย ซึ่งหลังจากนั้น ผู้รับจ้างคงต้องรับผิด เพียงในกรณีชำรุด บกพร่อง หรือ ความเสียหาย ดังกล่าวในข้อ 8 เท่านั้น

### ข้อ 12. การจ่ายเงินแก่ลูกจ้าง

ผู้รับจ้าง จะต้องจ่ายเงินแก่ลูกจ้าง ที่ผู้รับจ้าง ได้จ้างมา ในอัตราและตามกำหนดเวลาที่ผู้รับจ้างได้ตกลง หรือทำสัญญาไว้ ต่อลูกจ้างดังกล่าว

ถ้าผู้รับจ้าง ไม่จ่ายเงินค่าจ้าง หรือค่าทดแทนอื่นใด แก่ลูกจ้างดังกล่าว ในวาระแรก ผู้ว่าจ้าง มีสิทธิที่จะเอาเงินค่าจ้าง ที่จะต้องจ่ายแก่ผู้รับจ้าง มาจ่ายให้แก่ผู้รับจ้างดังกล่าว และให้ถือว่าผู้ว่าจ้าง ได้จ่ายเงินจำนวนนั้น เป็นค่าจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง ตามสัญญาแล้ว

ผู้รับจ้าง จะต้องจัดให้มีประกันภัย สำหรับลูกจ้างทุกคน ที่จ้างมาทำงาน โดยให้ครอบคลุมถึงความรับผิดชอบทั้งปวง ของผู้รับจ้าง รวมทั้งผู้รับจ้างช่วง อันหากจะพึงมี ในกรณีความเสียหาย ที่คิดค่า

ผู้รับจ้างจะต้องจัดให้มีประกันภัยสำหรับลูกจ้างทุกคนที่จ้างมาทำงาน โดยให้ครอบคลุมถึงความรับผิดชอบทั้งปวงของผู้รับจ้าง รวมทั้งผู้รับจ้างช่วง อันหากจะพึงมี ในกรณีความเสียหายที่คิดค่าสินไหมทดแทนได้ ตามกฎหมาย ซึ่งเกิดจากอุบัติเหตุ หรือภัยอันตรายใด ๆ ต่อลูกจ้าง หรือบุคคลอื่นที่ผู้รับจ้าง หรือผู้รับจ้างช่วงจ้างมาทำงานผู้รับจ้างจะต้องส่งมอบกรมธรรม์ประกันภัยดังกล่าว พร้อมทั้งหลักฐานการชำระเบี้ยประกัน ให้แก่ผู้ว่าจ้าง เมื่อผู้ว่าจ้างเรียกร้อง

หมายเหตุ \*กำหนดเวลาที่ผู้รับจ้างจะผิดในความชำรุดบกพร่อง โดยปกติจะเป็นเวลาที่ 1 ปี แต่ในกรณีงานจ้าง ผู้รับจ้างควรจะรับผิดชอบมากกว่า 1 ปี ตามลักษณะงานหรือด้วยเหตุใดก็ตาม ก็ให้กำหนดระยะเวลาดังกล่าว ตามที่ ผู้ว่าจ้าง เห็นเหมาะสม

### ข้อ 13. การตรวจงานจ้าง

ถ้าผู้ว่าจ้าง แต่งตั้งกรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษา เพื่อควบคุมการทำงานของผู้รับจ้าง กรรมการตรวจการจ้าง หรือผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษานั้นมีอำนาจเข้าไป ตรวจการงาน ในโรงงาน และสถานที่ที่ก่อสร้าง ได้ตลอดเวลา และผู้รับจ้าง จะต้องอำนวยความสะดวก และให้ความช่วยเหลือ ในการนั้นตามสมควร

การที่มีกรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษา ทำให้ผู้รับจ้างพ้น รับผิดชอบ ตามสัญญานี้ข้อหนึ่งข้อใดไม่

### ข้อ 14. แบบรูปและรายการละเอียดคลาดเคลื่อน

ผู้รับจ้างจะต้องรับรองว่า ได้ตรวจสอบ และทำความเข้าใจ ในรูปแบบ ุปรายการละเอียด โดย ถัดแล้ว หากปรากฏว่า แบบรูปและรายการละเอียดนั้น ผิดพลาดหรือคลาดเคลื่อน ไปจากหลักการ ทางวิศวกรรม หรือทางเทคนิค ผู้รับจ้าง ตกลงที่จะปฏิบัติตาม คำวินิจฉัยของกรรมการตรวจการจ้าง หรือผู้ควบคุมงานหรือ บริษัทที่ปรึกษา ที่ผู้ว่าจ้างแต่งตั้งเพื่อให้งานแล้วเสร็จบริบูรณ์ โดยจะคิดค่าใช้จ่ายใด ๆ เพิ่มขึ้น จากผู้ว่าจ้างไม่ได้



### ข้อ 15. การควบคุมงานโดยผู้ว่าจ้าง

ผู้รับจ้าง ตกลงว่า กรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษา ที่ผู้ว่าจ้าง แต่งตั้ง มีอำนาจที่จะตรวจสอบ และควบคุมงาน เพื่อให้เป็นไปตามเอกสารสัญญา และมีอำนาจที่จะสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือตัดทอน ซึ่งงานตามสัญญานี้ หากผู้รับจ้างขัดขืน ไม่ปฏิบัติตาม กรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษา มีอำนาจที่จะสั่งให้หยุดกิจการนั้นชั่วคราวได้ ความล่าช้าในกรณีเช่นนี้ ผู้รับจ้างจะถือเป็นเหตุ ขอบขอยวันทำการออกไปมิได้

### ข้อ 16. งานพิเศษและการแก้ไขงาน

ผู้ว่าจ้าง มีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้รับจ้าง ทำงานพิเศษ ซึ่งไม่ได้แสดงไว้ หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้น ๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไป แห่งวัตถุประสงค์ของสัญญานี้ นอกจากนี้ ผู้ว่าจ้าง ยังมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขแบบรูป และข้อกำหนดต่าง ๆ ในเอกสารสัญญานี้ด้วย โดยไม่ทำให้สัญญา เป็น โฆษะแต่อย่างใด

อัตราค่าจ้าง หรือราคาที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ให้กำหนดไว้สำหรับงานพิเศษ หรืองานที่เพิ่มเติมขึ้น หรือตัดทอนลงทั้งปวงตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง หากในสัญญา ไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้าง หรือราคาใดๆที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษ หรืองานที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว ผู้ว่าจ้าง และผู้รับจ้าง จะได้ตกลงกัน ที่จะกำหนดอัตรา หรือราคารวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่ เพื่อความเหมาะสมในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้าง หรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้าง จะเห็นว่าเหมาะสม และถูกต้อง ซึ่งผู้รับจ้าง จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างแต่อาจสงวนสิทธิ์ที่จะดำเนินการ ตามข้อ 21 ต่อไปได้

### ข้อ 17. ค่าปรับ

หากผู้รับจ้าง ไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จ ตามเวลาที่กำหนดไว้ ในสัญญา และผู้ว่าจ้าง ยังมีได้บอกเลิกสัญญา ผู้รับจ้าง จะต้องชำระค่าปรับ ให้แก่ผู้ว่าจ้าง เป็นจำนวนเงิน วันละ .....บาท และจะต้องชำระค่าใช้จ่าย ในการควบคุมงาน ในเมื่อผู้ว่าจ้างต้องควบคุมงานอีก ต่อหนึ่งเป็นจำนวนเงิน วันละ.....บาท นับถัดจาก วันที่กำหนดแล้วเสร็จตามสัญญา หรือวันที่ผู้ว่าจ้างได้ขยายให้ จนถึงวันที่ ทำงานแล้วเสร็จจริง นอกจากนี้ ผู้รับจ้างยอมให้ผู้ว่าจ้าง เรียกค่าเสียหาย อันเกิดขึ้นจากการ ที่ผู้รับจ้างทำงานล่าช้าเฉพาะส่วนที่เกินกว่าจำนวนค่าปรับและค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้อีกด้วย

ในระหว่างที่ผู้ว่าจ้างยังมีได้บอกเลิกสัญญานั้น หากผู้ว่าจ้างเห็นว่าผู้รับจ้างจะไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาและใช้สิทธิตามข้อ 18 ก็ได้ และถ้าผู้

ว่าจ้างได้ แจ้งข้อเรียกร้องไปยังผู้รับจ้างเมื่อครบกำหนดแล้วเสร็จของงานขอให้ชำระค่าปรับแล้ว ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะปรับ ผู้รับจ้างจนถึงวันบอกเลิกสัญญาได้อีกด้วย

#### **ข้อ 18. สิทธิของผู้ว่าจ้างภายหลังบอกเลิกสัญญา**

ในกรณีที่ผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญา ผู้ว่าจ้างอาจทำงานนั้นเองหรือว่าจ้างผู้อื่นให้ทำงานนั้นต่อจนแล้วเสร็จได้ ผู้ว่าจ้างหรือผู้ที่รับจ้างทำงานนั้นต่อมีสิทธิใช้เครื่องใช้การก่อสร้างสิ่งก่อสร้างขึ้นชั่วคราว สำหรับงานก่อสร้างและวัสดุต่าง ๆ ซึ่งเห็นว่าจะต้องสงวนเอาไว้เพื่อการปฏิบัติงานตามสัญญาตามที่เห็นสมควร

ในกรณีดังกล่าวผู้ว่าจ้างมีสิทธิรับหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนตามแต่จะเห็นสมควร นอกจากนั้นผู้รับจ้างจะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหาย ซึ่งเป็นจำนวนเกินกว่าหลักประกัน การปฏิบัติงาน และค่าเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในการทำงานนั้นต่อให้แล้วเสร็จตาม สัญญา และค่าใช้จ่ายในการควบคุมงานเพิ่ม (ถ้ามี) ซึ่งผู้ว่าจ้างจะหักเอาจากเงินประกันผลงานหรือจำนวนเงิน ใด ๆ ที่จะจ่ายให้แก่ผู้รับจ้างก็ได้

#### **ข้อ 19. การกำหนดค่าเสียหาย**

ค่าปรับหรือค่าเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากผู้รับจ้างตามสัญญานี้ ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะหักเอาจากจำนวน เงินค่าจ้างที่ค้างจ่าย หรือจากเงินประกันผลงานของผู้รับจ้าง หรือบังคับจากหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาก็ได้

หากมีเงินค่าจ้างตามสัญญาที่หักไว้จ่ายเป็นค่าปรับ และค่าเสียหายแล้วยังเหลืออยู่อีกเท่าใด ผู้ว่าจ้างจะคืนให้แก่ผู้รับจ้างทั้งหมด

#### **ข้อ 20. การทำบริเวณก่อสร้างให้เรียบร้อย**

ผู้รับจ้าง จะต้องรักษาบริเวณ สถานที่ปฏิบัติงานตามสัญญานี้ รวมทั้งโรงงานหรือสิ่งอำนวยความสะดวกในการทำงานของผู้รับจ้าง ลูกจ้าง ตัวแทน หรือของผู้รับจ้างช่วงให้อยู่ในความสะดวกปลอดภัย และมีประสิทธิภาพ ในการใช้งานตลอด ระยะเวลาการจ้างและเมื่อทำงานเสร็จสิ้นแล้วจะต้องขนย้ายบรรดาเครื่องใช้ ในการทำงานจ้างรวมทั้งวัสดุ ขยะมูลฝอย และสิ่งก่อสร้างชั่วคราวต่าง ๆ (ถ้ามี) ทั้งจะต้องกลบเกลี่ยพื้นดินให้ เรียบร้อย เพื่อให้บริเวณทั้งหมดอยู่ในสภาพที่สะอาดและใช้การได้ทันที

**\*ข้อ 21. กรณีพิพาทและอนุญาโตตุลาการ**

21.1 ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น ระหว่างคู่สัญญา เกี่ยวกับข้อกำหนด แห่งสัญญา นี้หรือ เกี่ยวกับการปฏิบัติสัญญา นี้ และคู่สัญญา ไม่สามารถตกลงกันได้ ให้เสนอข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทนั้น ต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด

21.2 เว้นแต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเห็นพ้องกันให้อนุญาโตตุลาการคนเดียว เป็นผู้ชี้ขาดการ ระบุข้อพิพาท ให้กระทำโดยอนุญาโตตุลาการ 2 คน โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะทำหนังสือ แสดง เจตนาจะให้มีอนุญาโตตุลาการ ระบุข้อพิพาทและระบุชื่ออนุญาโตตุลาการคนที่ตนแต่งตั้ง ส่งไป ยังคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งจากนั้น ภายในระยะเวลา 30 วัน นับถัดจากวันที่ได้รับแจ้งดังกล่าว คู่สัญญา ฝ่ายที่ได้รับแจ้งจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สอง ถ้าอนุญาโตตุลาการทั้งสองคนดังกล่าว ไม่ สามารถประนีประนอมระบุข้อพิพาทนั้นได้ให้อนุญาโตตุลาการทั้งสองคนร่วมกันแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการ ผู้ชี้ขาด ภายในกำหนดเวลา 30 วัน นับจากวันที่ไม่สามารถตกลงกัน ผู้ชี้ขาด ดังกล่าว จะพิจารณาระดับข้อพิพาทต่อไป กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ให้ถือตาม ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรมโดย อนุ โลม หรือตามข้อบังคับอื่นที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเห็นชอบ และให้กระทำในกรุงเทพมหานคร โดยใช้ภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษ เป็นภาษาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

21.3 ในกรณีที่คู่สัญญา ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนหรือในกรณีที่ อนุญาโตตุลาการทั้งสองคน ไม่สามารถตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดได้ คู่สัญญาแต่ละ ฝ่ายต่างมีสิทธิร้อง ขอสืบศาลแพ่งเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดได้แล้วแต่กรณี

21.4 ค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือของอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี ให้ถือ เป็นเด็ดขาดและถึงที่สุดผูกพันคู่สัญญา

21.5 คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นผู้รับภาระค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนและออก ค่าใช้จ่ายอื่นๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายละครั้ง ในกรณีที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คนเดียวหรือมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดให้อนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาด เป็นผู้กำหนดภาระค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือภาระค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการ คนเดียวหรือภาระค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดคนเดียว แล้วแต่กรณี

## ข้อ 22. การขยายเวลาปฏิบัติงานตามสัญญา

ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย หรือเหตุใดๆ อันเนื่องมาจากความผิด หรือความบกพร่องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง หรือพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่ผู้รับจ้าง ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ทำให้ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จ ตามเงื่อนไขและกำหนดเวลาแห่งสัญญานี้ได้ ผู้รับจ้างจะต้องแจ้งเหตุหรือพฤติการณ์ดังกล่าว พร้อมหลักฐานเป็นหนังสือให้ผู้ว่าจ้างทราบ เพื่อขอขยายเวลาทำงานออกไปภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่เหตุนั้นสิ้นสุดลง

ถ้าผู้รับจ้าง ไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตาม ความในวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าผู้รับจ้างได้สละสิทธิ์เรียกร้อง ในการที่จะขอขยายเวลาทำงานออกไปไม่มีเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น เว้นแต่กรณีเหตุเกิดจากความผิด หรือความบกพร่องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง ซึ่งมีหลักฐานชัดเจน หรือผู้ว่าจ้างทราบอยู่แล้วตั้งแต่ต้น

การขยายกำหนดเวลาทำงานตามวรรคหนึ่ง อยู่ในดุลพินิจของผู้ว่าจ้างที่จะพิจารณาตามที่เห็นสมควร

## \*ข้อ 23 การใช้เรือไทย

ในการปฏิบัติตามสัญญานี้ หากผู้รับจ้างจะต้องส่งหรือนำของเข้ามาจากต่างประเทศรวมทั้งเครื่องมือและอุปกรณ์ที่ต้องนำเข้ามาเพื่อปฏิบัติงานตามสัญญา ไม่ว่าผู้รับจ้างจะเป็นผู้นำ ของเข้ามาเองหรือนำเข้ามาโดยผ่านตัวแทนหรือบุคคลอื่นใด ถ้าสิ่งของนั้นต้องนำเข้ามาโดยทางเรือในเส้นทางเดินเรือที่มีเรือไทยเดินอยู่ และสามารถให้บริการรับขน ได้ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมประกาศกำหนด ผู้รับจ้างต้องจัดการให้สิ่งของดังกล่าวบรรทุกโดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทยจากต่างประเทศมายังประเทศไทย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการพาณิชย์นาวีก่อนบรรทุกของนั้นลงเรืออื่นที่มีใช้เรือไทย หรือเป็นของที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมประกาศยกเว้นให้บรรทุกโดยเรืออื่นได้ ทั้งนี้ไม่ว่าการส่งหรือสั่งซื้อสิ่งของดังกล่าวจากต่างประเทศจะเป็นแบบ เอฟไอบี, ซีเอฟอาร์, ซีไอเอฟ หรือแบบอื่นใด

ในการส่งมอบงาน ตามสัญญาให้แก่ผู้ว่าจ้าง ถ้างานนั้นมีสิ่งของตามวรรคแรก ผู้รับจ้างจะต้องส่งมอบใบตราส่ง (Bill of Lading) หรือสำเนาใบตราส่งสำหรับของนั้น ซึ่งแสดงว่าได้บรรทุกมาโดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิ เช่นเดียวกับเรือไทยให้แก่ผู้ว่าจ้าง พร้อมกับการส่งมอบงานด้วย

ในกรณีที่ สิ่งของดังกล่าว ไม่ได้บรรทุก จากต่างประเทศ มายังประเทศไทย โดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทย ผู้รับจ้างต้องส่งมอบหลักฐานซึ่งแสดงว่าได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการพาณิชย์นาวี ให้บรรทุกของโดยเรืออื่นได้หรือหลักฐานซึ่งแสดงว่าได้ชำระค่าธรรมเนียมพิเศษ เนื่องจากการไม่บรรทุกของโดยเรือไทยตามกฎหมาย ว่าด้วยการส่งเสริมการพาณิชย์นาวีแล้วอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ผู้ว่าจ้างด้วย

ในกรณีที่ผู้รับจ้างไม่ส่งมอบหลักฐานอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวในสองวรรคข้างต้นให้แก่ผู้ว่าจ้าง แต่จะขอส่งมอบงานดังกล่าวให้ผู้ว่าจ้างก่อน โดยไม่รับชำระเงินค่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิรับงานดังกล่าวไว้ก่อน และชำระเงินค่าจ้างเมื่อผู้รับจ้าง ได้ปฏิบัติตามถูกต้องครบถ้วนดังกล่าวแล้วได้

#### ข้อ 24. มาตรฐานฝีมือช่าง

ผู้รับจ้าง ตกลงเป็นเงื่อนไขสำคัญว่า ผู้ว่าจ้างจะต้องมีและใช้ผู้ผ่านการทดสอบมาตรฐานฝีมือช่าง จากหรือผู้มีวุฒิปริญญา ปวช. ปวส. และปวท. หรือเทียบเท่าจากสถาบันการศึกษาที่ ก.พ.รับรองให้ให้เข้ารับราชการได้ ในอัตราไม่ต่ำกว่าร้อยละ.....ของแต่ละสาขาช่าง แต่ต้องมีช่างจำนวนอย่างน้อย 1 คน ในแต่ละสาขาช่างดังต่อไปนี้

24.1 .....

24.2 .....

.....๑๓๑.....

ผู้รับจ้าง จะต้องจัดทำบัญชี แสดงจำนวนช่างทั้งหมด โดยจำแนกตามแต่ละสาขาช่างและระดับช่าง พร้อมกับระบุรายชื่อช่าง ผู้ที่ผ่านการทดสอบมาตรฐานฝีมือช่างหรือผู้มีวุฒิปริญญาดังกล่าว ในวรรคแรก นำมาแสดงพร้อมหลักฐานต่าง ๆ ต่อคณะกรรมการการตรวจการจ้างหรือผู้ควบคุมงาน ก่อนเริ่มลงมือทำงาน และพร้อมที่จะให้ผู้ว่าจ้าง หรือเจ้าหน้าที่ของผู้ว่าจ้าง ตรวจสอบดูได้ ตลอดเวลาทำงาน ตามสัญญาของผู้รับจ้าง

สัญญานี้ทำขึ้นเป็นสองฉบับ มีข้อความถูกต้องตรงกัน คู่สัญญาได้อ่านและเข้าใจข้อความ โดยละเอียดตลอดแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อ พร้อมทั้งประทับตรา (ถ้ามี) ไว้เป็นสำคัญต่อหน้าพยาน และคู่สัญญาต่างยึดถือไว้ฝ่ายละหนึ่งฉบับ

(ลงชื่อ).....ผู้ว่าจ้าง

(.....)

(ลงชื่อ).....ผู้รับจ้าง

(.....)

(ลงชื่อ).....พยาน

(.....)

(ลงชื่อ).....พยาน

(.....)



ภาคผนวก ข

สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน



สัญญา

เลขที่.....

สัญญาฉบับนี้ทำขึ้น ณ.....

ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....เมื่อวันที่.....

เดือน.....พ.ศ. ....ระหว่าง.....โดย.....ซึ่งต่อไปในสัญญานี้จะ

เรียกว่า “ผู้ว่าจ้าง” ฝ่ายหนึ่ง กับ.....ซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ณ.....มี

สำนักงานใหญ่อยู่เลขที่.....ถนน.....ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....

จังหวัด.....โดย.....ผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคล ปรากฏตามหนังสือรับรองของ

สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท.....ลงวันที่.....(และหนังสือมอบ

อำนาจลงวันที่.....) แนบท้ายสัญญานี้ (ในกรณีที่ที่ปรึกษาเป็นบุคคลธรรมดาให้ใช้ข้อความ

ว่ากับ.....อยู่บ้านเลขที่.....ถนน.....ตำบล/แขวง.....อำเภอ/

เขต.....จังหวัด.....) ซึ่งต่อไปในสัญญานี้จะเรียกว่า “ที่ปรึกษา” อีกฝ่ายหนึ่ง

ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญากันมีข้อความดังต่อไปนี้

**ภาค ก. การออกแบบ**

ข้อ 1. ผู้ว่าจ้างตกลงจ้างและที่ปรึกษาดังกล่าวจ้างออกแบบ.....

(ชื่อโครงการพร้อมวัตถุประสงค์ของการจ้างที่สำคัญและรายละเอียดทุกรายการ).....

.....

.....

.....ตาม ความ

ต้องการของผู้ว่าจ้าง ทั้งนี้ ที่ปรึกษาจะต้องปฏิบัติงานให้เป็นไปตามหลักวิชาการทางด้าน

สถาปัตยกรรมและวิศวกรรม และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ข้อ 2. ที่ปรึกษาจะลงมือทำงานภายในวันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

และจะดำเนินการออกแบบตามสัญญานี้ให้แล้วเสร็จภายในวันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

ข้อ 3. ผู้ว่าจ้างและที่ปรึกษา ได้ตกลงราคาค่าจ้างออกแบบตามสัญญานี้ เป็นจำนวน

เงินทั้งสิ้น.....บาท (.....)

ข้อ 4 ผู้ว่าจ้างตกลงจ่ายค่าจ้างให้แก่ที่ปรึกษาเป็นงวด ๆ ดังนี้

งวดที่ 1 จำนวนร้อยละ.....ของค่าจ้างออกแบบตามข้อ 3 เป็นเงิน.....บาท

(.....) จะจ่ายให้เมื่อ.....

งวดที่ 2 จำนวนร้อยละ .....ของค่าจ้างออกแบบตามข้อ 3 เป็นเงิน.....บาท  
(.....) จะจ่ายให้เมื่อ.....

งวดที่ 3 จำนวนร้อยละ.....ของค่าจ้างออกแบบตามข้อ 3 เป็นเงิน.....บาท  
(.....) จะจ่ายให้เมื่อ.....

งวดที่ 4 .....  
.....๑๗๙.....

งวดสุดท้ายเงินที่เหลือจำนวน.....บาท (.....) จะจ่าย  
ให้เมื่อผู้ว่าจ้าง ได้รับมอบงานออกแบบจากที่ปรึกษาครบบริบูรณ์ เป็นที่เรียบร้อยตามสัญญาแล้ว

การจ่ายเงินตามเงื่อนไขแห่งสัญญานี้ ผู้ว่าจ้างจะโอนเงินเข้าบัญชีเงินฝากธนาคาร  
ของที่ปรึกษา ชื่อธนาคาร.....สาขา.....ชื่อบัญชี.....  
เลขที่บัญชี.....ทั้งนี้ ที่ปรึกษาดตกลงเป็นผู้รับภาระเงินค่าธรรมเนียม หรือค่าบริการ  
อื่นใด เกี่ยวกับการโอนที่ธนาคารเรียกเก็บ และยินยอมให้มีการ หักเงินดังกล่าว จากจำนวนเงินโอน  
ในงวดนั้น ๆ (ความในวรรคนี้ ใช้สำหรับกรณีที่ส่วนราชการ จะจ่ายเงินตรงให้แก่ที่ปรึกษา (ระบบ  
Direct Payment) โดยการโอนเงินเข้าบัญชีธนาคารของ ที่ปรึกษา ตามแนวทางที่กระทรวงการคลัง  
กำหนด)

ข้อ 5. ที่ปรึกษาจะส่งมอบผลงาน พร้อมทั้งแบบและรายละเอียดประกอบแบบ  
จำนวน .....ชุด ให้แก่ผู้ว่าจ้าง ในวันส่งมอบงานตามสัญญา

ข้อ 6. ผู้ว่าจ้างเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานที่ที่ปรึกษาได้ออกแบบตามสัญญานี้ และ  
ที่ปรึกษาจะนำผลงาน และรายละเอียดของงานตามสัญญานี้ ไปใช้ หรือเผยแพร่ในกิจการอื่น  
นอกเหนือจากที่ได้ระบุไว้ในสัญญานี้ไม่ได้ เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษร จากผู้ว่าจ้างก่อน

ข้อ 7 ในกรณีที่ผลงานของที่ปรึกษาบกพร่อง หรือไม่เป็นไปตามความประสงค์  
ของผู้ว่าจ้างอันเนื่องมาจากผู้รับจ้าง มิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามหลักวิชาการทางสถาปัตยกรรม  
และ/หรือวิศวกรรม ที่ปรึกษาต้องรีบทำการแก้ไข ให้เป็นที่เรียบร้อย โดยไม่คิดค่าบริการจากผู้  
ว่าจ้างอีก ถ้าที่ปรึกษาหลีกเลี่ยงหรือบิดพลิ้ว ไม่รีบจัดการแก้ไขให้เป็นที่เรียบร้อย ในกำหนดเวลา ที่  
ผู้ว่าจ้างแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร ผู้ว่าจ้างมีสิทธิจ้างที่ปรึกษารายอื่นทำการแทน โดยที่ปรึกษาจะต้อง  
รับผิดชอบ จ่ายเงินค่าจ้างในการนี้แทนผู้ว่าจ้างโดยสิ้นเชิง

ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้น แก่งานที่ออกแบบ อันเนื่องมาจากการที่ที่  
ปรึกษาได้ออกแบบงานไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการทางสถาปัตยกรรม และ/หรือวิศวกรรม ที่ปรึกษา  
จะต้องทำการแก้ไขความเสียหายดังกล่าว ภายในเวลาที่ผู้ว่าจ้างกำหนดให้ ถ้าที่ปรึกษาไม่สามารถ

แก้ไขได้ ที่ปรึกษาจะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น โดยสิ้นเชิง ซึ่งหมายความว่ารวมทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรง และโดยส่วนที่เกี่ยวข้องเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้น จากงานบริการนี้ด้วย

ถ้าที่ปรึกษาไม่เริ่มปฏิบัติงานภายในกำหนด หรือมีเหตุให้ผู้ว่าจ้างเชื่อว่าที่ปรึกษาไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในกำหนด หรือล่วงเลยกำหนดเวลาแล้วเสร็จไปแล้ว หรือที่ปรึกษาทำผิดสัญญาข้อหนึ่งข้อใด ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ และเมื่อบอกเลิกสัญญาแล้ว ผู้ว่าจ้างมีสิทธิหรือบังคับจากหลักประกัน และมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอื่น (ถ้ามี) จากที่ปรึกษาด้วย

**ภาค ข. การควบคุมงาน**

ข้อ 8 ผู้ว่าจ้างตกลงจ้าง และที่ปรึกษาดตกลงรับจ้างควบคุมงานก่อสร้าง.....  
.....(ชื่อโครงการพร้อมรายละเอียดการจ้างที่สำคัญทุกรายการ).....  
.....  
.....  
.....

.....ตามความต้องการของผู้ว่าจ้าง ทั้งนี้ ที่ปรึกษาจะเป็นผู้ควบคุมงานแทนผู้ว่าจ้าง ตามสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง ระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างเหมาก่อสร้าง ซึ่งต่อไปในสัญญานี้จะเรียกว่า “สัญญาก่อสร้าง” และ “ผู้รับจ้าง” ตามลำดับ

ข้อ 9. ที่ปรึกษาจะควบคุมงานให้เป็นไปตามสัญญาก่อสร้างและถูกต้องตามหลักวิชาการทางด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรม และจะต้องรับผิดชอบต่อผู้ว่าจ้างจนกว่างานตามสัญญาก่อสร้างจะแล้วเสร็จตามรูปแบบและรายละเอียดของแบบงานในภาค ก. ของสัญญานี้

ข้อ 10. ผู้ว่าจ้างและที่ปรึกษา ได้ตกลงราคาค่าจ้างควบคุมงานตามสัญญานี้ เป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น.....บาท (.....) โดยผู้ว่าจ้างจะแบ่งจ่ายค่าจ้างให้แก่ที่ปรึกษาเป็นรายเดือนเดือนละเท่า ๆ กัน ตามอายุสัญญาก่อสร้างเป็นเงิน เดือนละ.....บาท (.....) โดยจะจ่ายให้เมื่อที่ปรึกษาได้ควบคุมงาน และทำรายงานการควบคุมงานและผลงานตามโครงการในเดือนนั้น ๆ เสนอต่อผู้ว่าจ้างเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

การจ่ายเงินตามเงื่อนไขแห่งสัญญานี้ ผู้ว่าจ้างจะโอนเงินเข้าบัญชีเงินฝากธนาคารของที่ปรึกษา ชื่อธนาคาร.....สาขา.....  
ชื่อบัญชี.....เลขที่บัญชี..... ทั้งนี้ ที่ปรึกษาดตกลงเป็นผู้รับภาระเงินค่าธรรมเนียม หรือค่าบริการอื่นใด เกี่ยวกับการโอนที่ธนาคารเรียกเก็บ และยินยอมให้

มีการหักเงินดังกล่าว จากจำนวนเงินโอนในงวดนั้น ๆ (ความในวรรคนี้ ใช้สำหรับกรณีที่ ส่วนราชการจะจ่ายเงินตรงให้แก่ที่ปรึกษา (ระบบ Direct Payment) โดยการโอนเงินเข้าบัญชีธนาคารของที่ปรึกษา ตามแนวทางที่กระทรวงการคลังกำหนด)

ข้อ 11. ที่ปรึกษาจะจัดให้มีผู้ควบคุมงาน ที่มีความรู้และความชำนาญ ให้เหมาะสมกับสภาพการควบคุมงานตามสัญญา และให้สอดคล้องกับแผนการทำงานของที่ปรึกษา ที่ปรากฏในเอกสารภาคผนวก.....แนบท้ายสัญญา

ข้อ 12. ในกรณีที่ผู้ว่าจ้างพิจารณาเห็นว่า การดำเนินงานของผู้ควบคุมงาน จะเกิดความเสียหายแก่งานตามสัญญาก่อสร้าง ไม่ว่าในกรณีใดก็ตาม ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะให้ที่ปรึกษา เปลี่ยนผู้ควบคุมงานบางคน หรือทั้งหมดนั้น ได้ และที่ปรึกษาต้องดำเนินการตามความประสงค์ของผู้ว่าจ้างโดยเร็ว

การเปลี่ยนผู้ควบคุมงานตามความในวรรคแรก ที่ปรึกษาจะต้องเสนอรายชื่อผู้ควบคุมงาน ที่จะปฏิบัติงานแทนนั้น ต่อผู้ว่าจ้างเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

ข้อ 13. ถ้าปรากฏว่าผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติตามที่เป็นไปตามรายละเอียดที่ระบุไว้ในสัญญา ก่อสร้างเป็นหน้าที่ของที่ปรึกษาจะสั่งให้ผู้รับจ้างดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องตามรายละเอียดดังกล่าว

ในกรณีที่มีความจำเป็นทางด้านสถาปัตยกรรม และ/หรือวิศวกรรมที่ จะต้องแก้ไขปรับปรุงแบบหรือรายการที่กำหนดไว้ เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงและสิ่งแวดล้อม ซึ่งมิฉะนั้นจะเกิดความเสียหายได้ ที่ปรึกษามีอำนาจสั่งระงับการดำเนินงานของผู้รับจ้างไว้ก่อน หรือในกรณีเร่งด่วนอาจสั่งการแก้ไขได้ตามความจำเป็น และเมื่อได้ดำเนินการไปแล้ว จะต้องทำหนังสือรายงานให้ผู้ว่าจ้างทราบ โดยเร็วที่สุด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ทำให้ผู้ว่าจ้าง ต้องรับภาระการเงินเพิ่มขึ้นแล้ว ที่ปรึกษาต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าจ้างก่อน

ข้อ 14. ถ้าหากสัญญาก่อสร้างระหว่างผู้รับจ้างกับผู้ว่าจ้างต้องเลิกไป หรือระงับลงชั่วคราวด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม ที่ปรึกษามีสิทธิได้รับค่าจ้างควบคุมงานในเดือนนั้น จนกว่างานก่อสร้างอาคารในเดือนนั้น ๆ ได้ทำการแล้วเสร็จตามสัญญา ไม่ว่าโดยผู้รับจ้างรายเดิมหรือผู้รับจ้างรายใหม่ หรือจนกว่าจะมีการบอกเลิกสัญญาจ้างที่ปรึกษา ผู้ว่าจ้างจึงจะจ่ายเงินค่าจ้างเดือนนั้นให้แก่ที่ปรึกษา



ข้อ 15 ในกรณีที่สัญญาก่อสร้างระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างต้องเลิกไป หรือระงับลงชั่วคราวด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม ผู้ว่าจ้างมีสิทธิปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้

(1) งดจ่ายเงินค่าจ้างควบคุมงานให้แก่ที่ปรึกษา ตลอดระยะเวลาที่สัญญาก่อสร้างต้องเลิกไปหรือระงับลงชั่วคราว แต่จะจ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ที่ปรึกษา เมื่องานจ้างตามสัญญาก่อสร้างนั้น ได้ดำเนินการต่อไป ไม่ว่าจะโดยผู้รับจ้างรายเดิมหรือรายอื่น

(2) บอกเลิกสัญญาจ้าง ที่ปรึกษาควบคุมงานรายนี้ได้ทันที หากสัญญาก่อสร้างระงับลงชั่วคราวเกิน.....วัน หรือมีการบอกเลิกสัญญาก่อสร้าง และผู้ว่าจ้างไม่สามารถหาผู้รับจ้างรายใหม่ได้จนเกิน.....วัน นับถัดจากวันที่สัญญาก่อสร้างเลิกกัน ที่ปรึกษามีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

ข้อ 16. ในแต่ละเดือน ที่ปรึกษาจะทำรายงานผลงานและอุปสรรคของผู้รับจ้างที่ได้ปฏิบัติไปแล้วให้ผู้ว่าจ้างทราบ ในกรณีที่ครบอายุสัญญาก่อสร้าง หากผู้รับจ้างไม่สามารถปฏิบัติงานแล้วเสร็จตามสัญญา ที่ปรึกษาจะต้องรับรายงานสรุปผลงานทั้งหมด และอุปสรรคที่เป็นเหตุทำให้การปฏิบัติงานของผู้รับจ้าง ไม่เป็นไปตามแผนงานที่กำหนดไว้ เสนอต่อผู้ว่าจ้าง

ข้อ 17 การควบคุมงานตามสัญญานี้ ที่ปรึกษาจะปฏิบัติดังนี้

(1) จะดำเนินการควบคุมงาน นับตั้งแต่วันที่ผู้รับจ้างเริ่มปฏิบัติงานจนกว่างานตามสัญญาก่อสร้างจะแล้วเสร็จตามสัญญา

(2) จะไม่ละเลยหรือละทิ้งหน้าที่การควบคุมงาน หรือกระทำการมิชอบในหน้าที่ของตน ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือทำให้งานตามสัญญาก่อสร้าง ดำเนินไปโดยไม่สะดวกล่าช้า หรือเกิดความเสียหายแก่ผู้รับจ้าง

(3) จะไม่มีผลประโยชน์ส่วนได้เสียใด ๆ ร่วมกับผู้ว่าจ้าง และจะไม่ร่วมกับผู้รับจ้าง กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันอาจเป็นเหตุให้ผู้ว่าจ้างได้รับความเสียหาย

ถ้าที่ปรึกษาหลีกเลี่ยงหรือกระทำการใด ๆ ขัดต่อข้อกำหนดประการใดประการหนึ่ง ดังกล่าวข้างต้น หรือที่ปรึกษาปฏิบัติผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญานี้ได้ทันที และมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้น จากที่ปรึกษา พร้อมทั้งรับหรือบังคับจากหลักประกัน ที่ที่ปรึกษามอบไว้แก่ผู้ว่าจ้างตามสัญญานี้ได้

ข้อ 18. ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้น แก่งานตามสัญญาก่อสร้าง อันเนื่องมาจากการกระทำของที่ปรึกษา จะโดยการละเลยต่อหน้าที่ หรือมิได้ใช้ความรู้ที่เหมาะสมกับการควบคุมงาน หรือมิได้ควบคุมตรวจสอบ ให้ผู้รับจ้างดำเนินการดังกล่าวก็ตาม ที่ปรึกษาต้องริบหาทางแก้ไข ให้เรียบร้อยด้วยค่าใช้จ่ายของที่ปรึกษาเอง และถ้าที่ปรึกษาหลีกเลี่ยง หรือบิดพลิ้วไม่แก้ไขให้เป็นที่เรียบร้อย ในเวลาที่ผู้ว่าจ้างกำหนดให้ ผู้ว่าจ้างมีสิทธิว่าจ้างผู้อื่น ดำเนินการแทน โดยที่ปรึกษาจะต้องชดใช้ค่าเสียหาย ทั้งในส่วนที่เกิดขึ้นโดยตรง และในส่วนที่เกี่ยวข้อง อันเกิดจากความเสียหายดังกล่าวนี้ด้วย

ข้อ 19. ในกรณีที่ผู้รับจ้างปฏิบัติงานล่วงเลยกำหนด ตามสัญญาก่อสร้าง เนื่องจากความผิดของผู้รับจ้าง ที่ปรึกษาจะได้รับค่าจ้างตามจำนวนวันที่ได้ปฏิบัติล่วงเลยกำหนดเวลานั้น ต่อเมื่อผู้ว่าจ้างได้เรียกร่องเอาจากผู้รับจ้าง มาจ่ายให้ที่ปรึกษาในอัตราวันละ.....บาท (.....)

ในกรณีที่ผู้รับจ้างได้ปฏิบัติงานล่วงเลยกำหนดเวลาตามสัญญาจ้างก่อสร้าง เนื่องจากเหตุที่มีได้เกิดจากความผิดของผู้รับจ้าง และมีได้เกิดจากความผิดของที่ปรึกษา ที่ปรึกษาจะได้รับค่าจ้างตามจำนวนวันที่ปฏิบัติล่วงเลยกำหนดเวลานั้น ตามจำนวนที่เหมาะสมและเป็นธรรม แต่ไม่เกินกว่าอัตราค่าจ้างรายเดือนตามที่กำหนดในสัญญาข้อ 10

ข้อ 20. ในขณะที่ทำสัญญานี้ที่ปรึกษาได้นำหลักประกันเป็น..... เป็นจำนวนเงิน.....บาท (.....) ซึ่งเท่ากับร้อยละ.....(.....%) ของราคาค่าจ้างตามสัญญาข้อ 3 และ ข้อ 10 รวมกัน มามอบไว้แก่ผู้ว่าจ้าง เพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญานี้

เมื่อที่ปรึกษาได้ปฏิบัติงานตามภาค ก. ของสัญญานี้ เสร็จสิ้นสมบูรณ์แล้ว ผู้ว่าจ้างจะคืนหลักประกันจำนวนครึ่งหนึ่ง ให้แก่ที่ปรึกษา ส่วนหลักประกันที่เหลืออีกครึ่งหนึ่ง ผู้ว่าจ้างจะคืนให้เมื่อที่ปรึกษาปฏิบัติงานในภาค ข. ของสัญญานี้ เสร็จเรียบร้อยแล้ว

ข้อ 21. เอกสารแนบท้ายสัญญาดังต่อไปนี้ ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้

21.1 ผนวก 1 (.....) จำนวน.....หน้า

21.2 ผนวก 2 (.....) จำนวน.....หน้า

21.3 .....ฯลฯ.....

ความใดในเอกสารแนบท้ายสัญญา ที่ขัดแย้งกับข้อความในสัญญานี้ ให้ใช้ข้อความในสัญญานี้บังคับ และในกรณีที่เอกสารแนบท้ายสัญญา ขัดแย้งกันเอง ที่ปรึกษาจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัย ของผู้ว่าจ้าง

สัญญาที่ทำขึ้นสองฉบับ มีข้อความถูกต้องตรงกัน คู่สัญญาได้อ่านและเข้าใจ  
ข้อความ โดยละเอียดตลอดแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อพร้อมทั้งประทับตรา (ถ้ามี) ไว้เป็นสำคัญ ต่อ  
หน้าพยานและคู่สัญญา ต่างยึดถือไว้ฝ่ายละฉบับ

(ลงชื่อ).....ผู้ว่าจ้าง  
(.....)

(ลงชื่อ).....ที่ปรึกษา  
(.....)

(ลงชื่อ).....พยาน  
(.....)

(ลงชื่อ).....พยาน  
(.....)




---

หมายเหตุ \*เป็นข้อความหรือเงื่อนไขเพิ่มเติมซึ่งส่วนราชการผู้ทำสัญญาอาจเลือกใช้หรือตัดออกได้  
ตามข้อเท็จจริง

## ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นางสาวสุภักดิ์ กิติเฉลิมเกียรติ
วัน เดือน ปีเกิด	1 เมษายน 2519
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
ประวัติการศึกษา	บริหารธุรกิจบัณฑิต (การเงิน) มหาวิทยาลัยขอนแก่น พ.ศ. 2541 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช พ.ศ. 2549
สถานที่ทำงาน	ศาลจังหวัดอุดรธานี
ตำแหน่ง	นักวิชาการเงินและบัญชีชำนาญการ

