

ความหมายของสัญญาทางปกครอง : ศึกษาจากคำวินิจฉัย
ของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด
อำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

นพเก้า เตื่อนชัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2548

ISBN : 974 – 9746 – 16 – 3

**Meaning of Administrative Contracts : The Study
of Decisions of Administrative Courts and
the Commission on Jurisdiction of Courts**

NOPPAKAO THUENCHAI

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2005

ISBN : 974 – 9746 – 16 – 3

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี เนื่องจากผู้เขียนได้รับความช่วยเหลืออันดียิ่ง จากท่านรองศาสตราจารย์ ดร. กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่าน รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านมีพระคุณต่อผู้เขียนและผู้เขียนมีความซาบซึ้งเป็นอย่างมาก ที่ท่านได้กรุณาชี้แนะให้ความกระจ่างในทางวิชาการด้วยความเอาใจใส่อย่างใกล้ชิด ตลอดจนถ่ายทอดแนวความคิดที่เป็นระบบอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการศึกษาค้นคว้า และวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ อีกทั้งเป็นกำลังใจสนับสนุนให้ผู้เขียนฟันฝ่าอุปสรรคในการเขียน วิทยานิพนธ์ตลอดมา จนกระทั่งผู้เขียนประสบความสำเร็จในการศึกษาครั้งนี้ และท่านอาจารย์ อัครวิทย์ สุมาวงศ์ และท่านอาจารย์ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ ที่กรุณา ให้เกียรติรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านทั้งสองได้กรุณาสละเวลาให้คำแนะนำ รวมทั้งข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์อย่างมากในหลายประการเกี่ยวกับแนวทางในการเขียนและ เนื้อหาของวิทยานิพนธ์ให้เหมาะสมรัดกุมขึ้น ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ทั้งสามเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ในโอกาสนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อท่านศาสตราจารย์ ดร. อิศระ นิธิตัมภ์ประภาส ที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และ ท่านอาจารย์ ดร.พิรพันธุ์ พาลุสุข ที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านทั้งสองได้สละเวลาให้ข้อคิดเห็นเพิ่มเติมเนื้อหาและประเด็นปัญหาต่าง ๆ ให้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น และขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ บิดาและมารดาของผู้เขียน และท่านสมชัย คชวรรณ ที่ให้ความสนับสนุน และเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนตลอดระยะเวลาในการเขียนวิทยานิพนธ์ และทุกท่านที่มีได้เอ่ยนาม ซึ่งได้ให้ความช่วยเหลือผู้เขียนเป็นอย่างดีจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์

นพเก้า เกื่อนชัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๑
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1 บทนำ.....	1
1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	10
3 สมมุติฐานของการศึกษา.....	10
4 วิธีดำเนินการศึกษา.....	11
5 ขอบเขตของการศึกษา.....	11
6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	11
2 ความหมาย ที่มา และปัจจัยที่ก่อให้เกิดความหมายของสัญญา ทางปกครองในประเทศไทย.....	13
1 ความหมายของสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.....	13
2 ที่มาของความหมายของสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.....	14
2.1 ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครองที่เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร.....	14
2.2 ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครองที่เสนอต่อวุฒิสภา.....	14
2.3 ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครองที่วุฒิสภาพิจารณาแล้ว.....	15

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3 แนวคิดที่ก่อให้เกิดความหมายของสัญญาทางปกครอง ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2542.....	17
3.1 แนวคิดเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐ.....	17
3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการ ปฏิบัติงาน ของฝ่ายปกครอง.....	27
3.3 แนวคิดเกี่ยวกับการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญา.....	29
(1) คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์.....	29
(2) ศาลยุติธรรม.....	34
3.4 แนวคิดเกี่ยวกับการเปิดทำการของศาลปกครองและ กำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจ พิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง.....	35
3 ความหมายของสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ.....	39
1 ความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส.....	40
1.1 แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	40
1.2 ความหมายของสัญญาทางปกครอง.....	41
1.3 เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง.....	42
(1) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย.....	42
(2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ.....	43
(ก) เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา.....	44
(ข) เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาสาระของสัญญา.....	46
(ข.1) สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการบริการ สาธารณะ.....	46

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

(ข.2) สัญญานั้นมีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ ค่อยพบได้ตามกฎหมายเอกชนเพราะให้สิทธิ พิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก.....	48
2 ความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศเยอรมัน.....	52
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	52
2.2 ความหมายของสัญญาทางปกครอง.....	55
(1) เป็นสัญญาทางปกครองอย่างหนึ่ง.....	55
(2) เนื้อหาสาระของสัญญาเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน.....	56
2.3 เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง.....	57
4 การวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองโดย ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลในประเทศไทย.....	60
1 การวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครอง.....	60
1.1 กรณีวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง.....	63
(1) กรณีสัญญาจ้าง.....	63
(2) กรณีสัญญาร่วมงานหรือร่วมลงทุน.....	68
(3) กรณีสัญญาลาอบรมหรือศึกษาต่อ.....	70
(4) กรณีสัญญาสัมปทาน.....	71
(5) กรณีสัญญาจ้างแรงงานลูกจ้างของหน่วยงานทางปกครอง.....	71
(6) กรณีสัญญาซื้อขายที่ดินตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตเวนคืน.....	72
1.2 กรณีวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง.....	72
(1) กรณีสัญญาค่าทดแทนทรัพย์สิน.....	72
(2) กรณีสัญญาฝากทรัพย์สินหรือกู้ยืม.....	73
(3) กรณีสัญญาการใช้น้ำประปาหรือไฟฟ้า.....	74

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
(4) กรณีสัญญาซื้อขาย.....	75
(5) กรณีสัญญาจ้าง.....	76
(6) กรณีสัญญาเช่าซื้อหรือเช่า.....	79
(7) กรณีสัญญาติดตั้งระบบ.....	81
(8) กรณีสัญญาจ้างที่ปรึกษาหรือออกแบบ.....	82
(9) กรณีสัญญาค้ำประกัน.....	83
(10) กรณีสัญญาให้.....	83
2 การวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครอง	
โดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล.....	85
2.1 กรณีวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง.....	86
(1) กรณีสัญญาจ้าง.....	86
(2) กรณีสัญญาซื้อขาย.....	90
(3) กรณีสัญญาลาศึกษา.....	91
2.2 กรณีวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง.....	91
(1) กรณีสัญญาซื้อขาย.....	91
(2) กรณีสัญญาเช่า.....	93
(3) กรณีสัญญาเกี่ยวกับค่าปรับ.....	94
(4) กรณีสัญญาค้ำประกันหรือหลักประกันตามสัญญา.....	96
5 วิเคราะห์ความหมายของสัญญาทางปกครองจากคำวินิจฉัยของ	
ศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล.....	100
1 กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะ	
มีลักษณะ เป็นสัญญาสัมปทาน.....	104
2 กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะ	
มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ.....	107
3 กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะ	
มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค.....	117

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4	กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะ มีลักษณะเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.....	124
5	กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะ มีลักษณะเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การใช้ อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล.....	128
6	กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะ มีลักษณะเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษ ที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือ การดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล.....	130
7	กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะ ไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง.....	136
6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	141
1	บทสรุป.....	141
2	ข้อเสนอแนะ.....	145
	บรรณานุกรม.....	146
	ภาคผนวก.....	151
	ก. คำสั่งศาลปกครองสูงสุด.....	152
	คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544.....	152
	คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544.....	153
	คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 134/2545.....	154
	คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2545.....	155
	คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545.....	156

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (มติที่ประชุมใหญ่).....	158
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162/2546 (มติที่ประชุมใหญ่).....	160
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 213/2546.....	162
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546.....	163
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 501/2546.....	165
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (มติที่ประชุมใหญ่).....	167
ประวัติผู้เขียน.....	170

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความหมายของสัญญาทางปกครอง : ศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล
ชื่อนักศึกษา	นพเก้า เกื่อนชัย
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2547

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยนำแนวคิดเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันมาศึกษาประกอบ เพื่อหาแนวทางในการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองให้สามารถแยกความแตกต่างออกจากสัญญาทางแพ่งได้อย่างชัดเจน

วิธีการศึกษา เป็นการวิจัยจากเอกสาร โดยศึกษาข้อมูลจากตำรา บทความ ข้อกฎหมาย และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง และนำข้อมูลมาวิเคราะห์ในเชิงคุณภาพ

จากการศึกษาพบว่า บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังไม่ชัดเจน และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยังไม่มี การวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองเกินไปกว่าตัวอย่างลักษณะของสัญญาตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายดังกล่าว ส่วนศาลปกครองวางหลักขยายขอบเขตความหมายของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมว่า สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนิน

กิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นการวางหลักเพื่อให้ความหมายที่แท้จริงของสัญญาทางปกครอง แต่การวางหลักดังกล่าวยังไม่สามารถแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งได้อย่างชัดเจนในกรณีสัญญาจัดซื้อ จัดจ้าง หรือก่อสร้างต่าง ๆ และปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพื่อปรับใช้ให้สอดคล้องกับสัญญาต่าง ๆ ได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม

วิทยานิพนธ์นี้จึงเสนอแนะให้มีการตรากฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งต่างหากจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

Thesis Title: Meaning of Administrative Contracts: The Study of Decisions
of Administrative Courts and the Commission on Jurisdiction of
Courts

Name: Noppakao Thuenchai

Thesis Advisor: Assoc. Prof. Dr. Kamolchai Ratanasakaowong

Department: Law

Academic Year: 2004

ABSTRACT

This thesis aims to study the standard of meaning of administrative contracts deriving from decisions of the Administrative Courts and the Commission on Jurisdiction of Courts. This study includes the concepts of the meaning of administrative contracts in France and Germany in order to find guidelines to set a standard of meaning to explicitly distinguish administrative contracts from civil contracts.

This study is in the form of documentary research of data derived from texts, articles, laws and related researches. The data is also analyzed in qualitative forms.

It is found that the provision of laws relating to the meaning of administrative contracts as specified in Section 3 of the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542, is not explicit and the Commission on Jurisdiction of

Courts has never set a standard of the meaning of administrative contracts. Instead, such Commission has set only examples of the characteristics of administrative contracts specified therein. On the other hand, the Administrative Courts extend the scope of the meaning of administrative contracts to include an agreement in which an administrative agency or a person acting on behalf of the State agrees with another party to provide or jointly provide the public service directly, or an agreement containing a term exhibiting a special characteristic of the State's privilege, so that the exercise of the administrative powers or provision of the administrative affairs, which is in the form of public service, can be achieved. Such contracts bear the characteristics of administrative contracts. This sets the standard and gives the true meaning of administrative contracts. However, such standard still can not explicitly distinguish administrative contracts from civil contracts in the case of procurement and construction contracts. Moreover, there are not currently standards in substantial laws related to administrative contracts applied in accordance with all types of contracts accurately and appropriately.

This thesis suggests that substantial laws relating to administrative contracts be drafted as an Act apart from the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542.

บทที่ 1

บทนำ

1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การจัดทำบริการสาธารณะเป็นหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐที่จะต้องจัดทำให้ตรงกับความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยหน้าที่ที่สำคัญของรัฐดังกล่าว นักกฎหมายมหาชน¹ ได้แยกเป็นสองประเภทคือ ประเภทแรก เรียกว่าภารกิจพื้นฐาน (primary function) ได้แก่ การป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทและยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรืออีกนัยหนึ่ง คือ การดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยและรักษาความมั่นคงปลอดภัยทั้งภายในชุมชนและจากการประทุษร้ายอันมีแหล่งที่มาจากภายนอกชุมชน ซึ่งความมั่นคงปลอดภัยภายในชุมชน หมายความว่า ความมั่นคงปลอดภัยจากการละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของเอกชนแต่ละคนทั้งที่จงใจและไม่จงใจ เป็นต้น ส่วนความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายอันมีแหล่งที่มาจากภายนอกประเทศ หมายความว่า การประทุษร้ายซึ่งอาจเกิดจากความจงใจ เช่น ถูกรุกรานด้วยกำลังทหารโดยรัฐอื่น หรือเกิดจากความไม่จงใจ เช่น ในกรณีที่อุตสาหกรรมภายในรัฐต้องล้มละลายเนื่องจากการทุ่มตลาดสินค้าจากต่างประเทศ ทำให้สินค้าต่างประเทศมีราคาถูกกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศมาก ถึงขนาดสินค้าที่ผลิตภายในประเทศจำหน่ายไม่ออกก็ได้ เป็นต้น และประเภทที่สอง เรียกว่าภารกิจลำดับรอง (secondary function) ได้แก่ การส่งเสริม สวัสดิภาพ ตลอดจนการกระจายความมั่นคงของชาติไปยังประชาชนกลุ่มต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม รัฐส่งเสริมสวัสดิภาพของราษฎรทั้งในทางกายภาพและจิตใจ รัฐประกันเงื่อนไขแห่งการครองชีพขั้นต่ำของราษฎรทุกคน เช่น ให้บริการการศึกษา การรักษาพยาบาล การขนส่ง คมนาคม การพักผ่อนหย่อนใจ ส่งเสริมการเล่นกีฬาเพื่อให้ราษฎรมีสุภาพแข็งแรง ส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ประกันการว่างงาน คุ้มครองการบริโภคของราษฎร เป็นต้น

¹ นันทวัฒน์ บวรนนท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542, หน้า 141-142.

ดังนั้น เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวข้างต้นบรรลุผลนั้น ฝ่ายปกครอง มีวิธีการในการดำเนินการ 2 วิธี คือ วิธีแรก เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวด้วยการออกกฎ ออกคำสั่ง หรือปฏิบัติการต่าง ๆ อันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายบังคับให้เอกชนจำต้อง ยอมปฏิบัติตาม เช่น ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้เอกชนรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างขึ้นโดยไม่ ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น และวิธีที่สอง เป็นการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ เนื่องจาก กิจกรรมบางลักษณะและบางประเภทนั้น หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการ บังคับให้เอกชนปฏิบัติตามจะไม่ใช่การเหมาะสม เช่น การให้เอกชนก่อสร้างอาคาร เรียน การให้เอกชนได้รับสัมปทานบริการสาธารณะ ได้แก่ ไฟฟ้า ประปา ขนส่ง เป็นต้น จึงต้องนำรูปแบบของสัญญามาใช้แทน เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ให้บรรลุผลสำเร็จนั้นอาจ แยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

สัญญาลักษณะแรก มีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาทางแพ่งเฉพาะส่วนที่เกิดจาก เจตนาร่วมกันของฝ่ายปกครองและเอกชน กล่าวคือ การสมัครใจเข้าร่วมในการทำ สัญญาของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน และฝ่ายปกครอง แต่ในลักษณะอื่น ๆ เช่น การเลือก กลุ่มสัญญาโดยฝ่ายปกครองจะไม่มีอิสระในการเลือกกลุ่มสัญญา เพราะจะต้องดำเนินการ ประมวลราคาตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เมื่อได้กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาใน กระบวนการทำสัญญา กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนก็ไม่อาจจะกำหนดข้อสัญญาได้ เพราะ สัญญาดังกล่าวส่วนใหญ่จะมีสัญญาแบบหรือเรียกอีกอย่างว่าสัญญามาตรฐาน ซึ่งจะ กำหนดรายละเอียดสัญญาไว้แล้ว ทำให้ไม่สามารถนำหลักกฎหมายเรื่องสัญญาใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บางหลักมาใช้บังคับได้ เพราะหลักการตามหลัก กฎหมายดังกล่าวบางหลักอาจไม่เหมาะสมต่อประโยชน์สาธารณะและทำให้บริการ สาธารณะขัดข้อง เช่น หลักที่ว่า ถ้าคู่สัญญาต่างตอบแทนฝ่ายใดผิดสัญญา อีกฝ่ายหนึ่ง มีสิทธิไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้จนกว่าฝ่ายแรกจะปฏิบัติตามสัญญาตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ต่างจากในสัญญาทางปกครองที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ปฏิบัติตามสัญญาไปก่อน หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเดือดร้อนเสียหายจึงมา

เรียกร้อยค่าเสียหายในภายหลังภายใต้เงื่อนไขที่ว่า เพื่อมิให้การบริการสาธารณะหยุดชะงักหรือขัดข้อง และหลักที่ว่า การเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะยินยอมให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ต่างจากหลักในสัญญาทางปกครองที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายปกครองเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวโดยเอกชนไม่จำเป็นต้องให้ยินยอมภายใต้เงื่อนไขที่ว่า มีความจำเป็นเพื่อบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ เมื่อได้มีการแก้ไขสัญญาหรือเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดฝันเกิดขึ้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญาโดยเอกชนเป็นไปได้ยากยิ่งและเอกชนต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก ฝ่ายปกครองก็ต้องช่วยสถานะทางการเงินของเอกชนไม่ให้ถึงกับขาดทุน เพื่อมิให้การบริการสาธารณะต้องเสียหาย

สัญญาลักษณะที่สอง มีลักษณะเหมือนกับสัญญาทางแพ่งที่เอกชนทั่วไปทำกันเอง แม้ว่าสัญญานั้นฝ่ายปกครองจะกระทำขึ้นเพื่อประโยชน์ในการบริการสาธารณะก็ตาม แต่สัญญานั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขอย่างเดียวกับที่เอกชนทำกันเองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง ระบบศาลไทยเป็นระบบศาลเดี่ยว กล่าวคือ ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรตุลาการเพียงองค์กรเดียวที่ทำหน้าที่วินิจฉัยคดีทั้งปวงซึ่งรวมถึงคดีปกครองทั้งหมด ตั้งแต่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองไปจนถึงเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ โดยใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี กล่าวคือ ถ้าเป็นเรื่องพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจตามกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่ เช่น การออกกฎ คำสั่ง เป็นต้น หรือการกระทำทั่วไปในการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครอง เมื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน ศาลยุติธรรมจะนำหลักเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ ถ้าเป็นเรื่องกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองจัดทำขึ้น ศาลยุติธรรมก็จะนำหลักกฎหมายเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้

โดยไม่มีการแบ่งแยกว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางแพ่งหรือเป็นสัญญาทางปกครอง และแม้ในเรื่องการพิจารณาถึงขอบเขตของความเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายที่มีสิทธินำคดีสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมก็จะถือหลักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือต้องเป็นบุคคลที่ถูกโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งหรือจะต้องใช้สิทธิทางศาล² มิใช่แค่่าได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายเท่านั้น³ และในกรณีประชาชนโต้แย้งว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด หากมีการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ถ้าการละเลยหรือล่าช้านั้นไม่เป็นเข้าหลักเกณฑ์เรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴ ยิ่งไปกว่านั้น โดยหลักแล้ว ศาลยุติธรรมก็มักจะไม่ว้าว้าวเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เช่น กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองก่อนทำสัญญากับผู้ที่ได้รับการคัดเลือก หากมีการโต้แย้งว่า คำสั่งที่ให้บุคคลใดเป็น ผู้ชนะการประกวดราคาแล้วได้รับคัดเลือกให้ทำสัญญากับฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อมีการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไปแล้วแม้กระบวนการทำสัญญาดังกล่าวเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลยุติธรรมก็จะไม่เข้าไปตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวโดยถือว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เช่น กรณีผู้เสนอราคารายหนึ่งไม่อาจฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของทางราชการที่เลือกทำสัญญากับผู้เสนอราคาอีกรายหนึ่งได้ เนื่องจากการคัดเลือกดังกล่าวเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ผู้เสนอราคารายนั้นจะทำได้ก็แต่เพียงฟ้องร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งผลก็คือฝ่ายปกครองสามารถทำสัญญากับผู้ที่ได้รับการคัดเลือกได้แม้การคัดเลือกนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ที่ไม่ผ่านการคัดเลือกทำได้เพียงฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิดเท่านั้น⁵ ในส่วนการวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ศาลยุติธรรมจะต้องตัดสินใจไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อสัญญา

² มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

³ มาตรา 42 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁴ มาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 766/2518

และหากข้อสัญญาไม่กำหนดไว้ศาลยุติธรรมก็จะนำหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้⁶ จึงเห็นได้ว่า แม้ในขณะนั้นจะมีแนวความคิดในทางวิชาการเกี่ยวกับการแยกประเภทสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นออกจากสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันแล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาศาลยุติธรรมก็ยังพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นไม่ว่าจะจัดทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกัน หรือระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนก็ตาม แทบจะไม่มีความแตกต่างกับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะ เป็นกระบวนการก่อนการทำสัญญา การดำเนินการตามสัญญา การพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากข้อกำหนดในสัญญา หรือ การปฏิบัติตามสัญญาก็ตาม

โดยเหตุผลดังกล่าว จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ขึ้นใช้บังคับ ซึ่งมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง ดังนี้

(1) เป็นเรื่องของผู้ร้องทุกข์ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และ

(2) ความเดือดร้อนหรือเสียหายตาม (1) นั้น เนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ก. ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

ข. ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

ค. กระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือขัดหรือไม่ถูกต้อง ตามกฎหมาย

ง. กระทำการไม่ถูกต้องตามขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้น หรือ

จ. กระทำการไม่สุจริต หรือไม่มีเหตุผลอันสมควร

ความใน (2) (ง) และ (จ) จะใช้เมื่อใดกับหน่วยงานของรัฐใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง⁷

เรื่องร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะรับไว้พิจารณาได้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ เช่น ต้องมิใช่เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาล หรือที่ศาล

⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1738/2525

⁷ นับตั้งแต่กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับ ยังไม่มีการออกกฎกระทรวงในเรื่องนี้แต่อย่างใด

มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเด็ดขาดแล้ว หรือเป็นเรื่องที่ยังมิได้ดำเนินการ เพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้

ในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้นำทฤษฎีและหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส เช่น หลักเรื่องเหตุที่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามสัญญา แต่คู่สัญญาไม่ทราบถึงเหตุนั้นในขณะทำสัญญา หลักที่รัฐจะต้องไม่ใช่สิทธิตามสัญญาจนทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องได้รับความเสียหายถึงขนาดที่ไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้⁹ มาปรับใช้ เป็นต้น นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ยังยอมรับและพัฒนาทฤษฎีว่าด้วยเหตุอันมิอาจคาดหมายได้จากสัญญาแบบปรับราคาได้ ซึ่งมีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดเอาไว้เพื่อช่วยเหลือผู้รับจ้าง ก่อสร้างในกรณีที่มีสถานการณ์ทำให้การปฏิบัติการทางสัญญาเป็นไปได้ยากยิ่ง และเคยวินิจฉัยว่าหากในสัญญาได้ตกลงกันไว้ให้มีการปรับราคางานลักษณะใดลักษณะหนึ่งหรือหลายลักษณะได้ กรณีที่มีงานหลายลักษณะรวมกันอยู่ ถ้าสามารถแยกค่างานกันได้ตามความเป็นจริงก็อาจปรับราคาได้ เมื่อปรากฏว่างานก่อสร้างสะพานไม่อาจได้รับการปรับราคาให้ได้เพียงเพราะไม่มีการแยกค่างานแอสฟัลต์ออกจากงานคอนกรีต ก็ย่อมไม่เป็นธรรมแก่เอกชนคู่สัญญา เพราะงานทั้งสองงานดังกล่าวต่างก็เป็นงานที่อาจปรับราคาได้ทั้งคู่ตามสัญญา แต่เมื่ออยู่รวมกันกลับไม่ได้ปรับราคา กรณีย่อมเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ในการมุ่งทำสัญญาแบบปรับราคาได้ หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาก็ย่อมมีหน้าที่จ่ายเงินค่าปรับราคา (K) ส่วนที่เพิ่มขึ้นนั้นด้วย¹⁰ จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าลักษณะของสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นมานานแล้ว แต่ไม่มีใครสามารถแยกความแตกต่างชัดเจนว่าสัญญาลักษณะใดเป็นสัญญาทางปกครอง

⁸ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 12/2524

⁹ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 71/2535

¹⁰ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 43/2527

ในทางวิชาการจึงเกิดแนวคิดเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาแก้ไขปัญหาดังกล่าว จนกระทั่ง เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีผลใช้บังคับใน พุทธศักราช 2540 มาตรา 276 ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น¹¹ จึงเกิดระบบศาลคู่ขึ้นในประเทศไทย กล่าวคือ เป็นระบบที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีทั้งปวงที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลอื่น¹² และศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง¹³ ดังนั้น เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แบ่งศาลปกครองออกเป็นสองชั้นคือ ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น สำหรับศาลปกครองชั้นต้นนั้นแบ่งออกเป็นศาลปกครองกลางและศาลปกครองในภูมิภาค ในขณะที่ ได้มีการเปิดทำการ ศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองในภูมิภาคอีก 7 ศาล ได้แก่ ศาลปกครองเชียงใหม่ ศาลปกครองสงขลา ศาลปกครองนครศรีธรรมราช ศาลปกครองนครราชสีมา ศาลปกครองขอนแก่น ศาลปกครองพิษณุโลก ศาลปกครองระยอง และจะมีการทยอยเปิดทำการ

¹¹ มาตรา 276 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล กับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

¹² มาตรา 271 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

¹³ ตามมาตรา 276 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

ศาลปกครองในภูมิภาคต่อไป และพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง¹⁴ และนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองไว้เป็นครั้งแรกในระบอบกฎหมายไทย มาตรา 3 ว่า “สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ทำให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เนื่องจากมาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดไว้ว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น

จากนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น **ประการแรก** คู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายต้องเป็นฝ่ายปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนฝ่ายปกครอง **ประการที่สอง** ต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ส่วนสัญญาอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กล่าวมาจะได้แก่สัญญาในลักษณะใดบ้างนั้น กฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเป็นผู้วางแนวทางและวางหลักต่อไป โดยในขณะนี้ศาลปกครองชั้นต้นยังมีได้วางหลักใดเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองที่เกินไปกว่าคำนิยามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด ส่วนศาลปกครองสูงสุดนั้นได้วางหลักขยายขอบเขตความหมายของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 ดังกล่าวไว้ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

¹⁴ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐาน แห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็น สัญญาทางแพ่ง”¹⁵

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำดังกล่าวเห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุดเพียง พิจารณาในลักษณะของแต่ละสัญญาว่าสัญญาใดควรเป็นสัญญาทางปกครองเท่านั้น จึงยังไม่ มีการวางหลักถึงกรอบของสัญญาทางปกครองว่ามีลักษณะอย่างไรบ้างที่แตกต่างจากสัญญา ทางแพ่ง เพื่อเป็นการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ให้เป็น บรรทัดฐานที่ชัดเจน เนื่องจากในต่างประเทศได้สังเกตเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการ บัญญัติความหมายของสัญญาทางปกครองและแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทาง ปกครองและสัญญาทางแพ่งในกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจนมานานแล้ว ทั้งนี้ เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท เกี่ยวกับสัญญานั้น เป็นประโยชน์ต่อการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีนั้น และ เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในคดีนั้น ๆ ด้วย

ในการวิจัยนี้จึงมุ่งศึกษาการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “สัญญาทาง ปกครอง” ของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลใน ประเทศไทย เพื่อให้เกิดความชัดเจน และเพื่อแก้ปัญหาข้อยุ่งยากที่ว่าสัญญาใดเป็น สัญญาทางปกครองหรือไม่ และเป็นบรรทัดฐานต่อการพัฒนาระบบกฎหมายเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครองต่อไปในอนาคต

¹⁵ โกสิน พลกุล. คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. เอกสารประกอบการพิจารณา เรื่อง สัญญาทาง ปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด, 18 กันยายน 2544

2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดอันมีลักษณะร่วมกันเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ฝรั่งเศส และเยอรมัน

2.2 เพื่อศึกษาการพัฒนาปรับปรุงหลักเกณฑ์ในเรื่องแนวคิดเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ โดยกำหนดความหมายของสัญญาทางปกครองให้ชัดเจน ทำให้สามารถแยกความแตกต่างออกจากสัญญาทางแพ่งได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2.3 เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองที่ศาลปกครองจะนำมาปรับใช้ในการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองได้อย่างเหมาะสม อันเป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและเป็นผู้วางแนวทางและวางหลักต่อไปในอนาคต

3 สมมุติฐานของการศึกษา

ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน แม้จะมีนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ก็ตาม แต่เป็นการวางหลักไว้อย่างกว้างซึ่งยังไม่ชัดเจนในรายละเอียดหลายประการ ดังนั้น แนวทางในเรื่องนี้จึงขึ้นอยู่กับศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลซึ่งจะเป็นผู้วางแนวทางและวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองต่อไป โดยมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ความหมายของสัญญาทางปกครองต้องมีความกระชับให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน คู่ครองสิทธิ

เสรีภาพของประชาชน และป้องกันการฟ้องคดีผิดพลาดอันทำให้ประชาชนและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้รับความเสียหาย เสียเวลา และสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายดังกล่าว จึงสมควรศึกษาการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เพื่อหาแนวทางในการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองให้สามารถแยกความแตกต่างออกจากสัญญาทางแพ่งได้อย่างชัดเจน ซึ่งจะมีผลทำให้กำหนดขอบเขตอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญานั้น กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้น และพิจารณาความสัมพันธ์ของกลุ่มสัญญาในคดีนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ถูกต้อง และเป็นธรรม แก่คู่สัญญา

4 วิธีดำเนินการศึกษา

ใช้วิธีการวิจัยทางด้านเอกสาร โดยรวบรวมค้นคว้าจากตำราทางวิชาการ เอกสาร และสิ่งพิมพ์ที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

5 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาความเป็นมาของสัญญาระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองกับเอกชนของไทยซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง แนวคิดที่ก่อให้เกิดความหมายของสัญญาทางปกครอง คำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในประเทศไทย และนำแนวคิดเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองของกลุ่มประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมานานแล้ว อันได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และเยอรมัน มาศึกษาประกอบ

6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษา

6.1 เพื่อทราบถึงแนวคิดอันมีลักษณะร่วมกันเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ฝรั่งเศส และเยอรมัน

6.2 เพื่อพัฒนาปรับปรุงหลักเกณฑ์ในเรื่องแนวคิดเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ โดยกำหนดความหมายของสัญญาทางปกครองให้ชัดเจน ทำให้สามารถแยกความแตกต่างออกจากสัญญาทางแพ่งได้อย่างมีประสิทธิภาพ

6.3 เพื่อทราบแนวคิดเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองที่ศาลปกครองจะนำมาปรับใช้ในการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองได้อย่างเหมาะสม อันเป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และเป็นผู้วางแนวทางและวางหลักต่อไปในอนาคต

บทที่ 2

ความหมาย ที่มา และแนวคิดที่ก่อให้เกิดความหมายของสัญญาทางปกครอง ในประเทศไทย

ความหมายของสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ฉะนั้น การที่จะทราบทิศทางของศาลปกครองว่าจะวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองต่อไปอย่างไร จึงต้องศึกษาต่อไปว่าในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้อย่างไร ความหมายดังกล่าวมีที่มาอย่างไร และมีแนวคิดใดบ้างที่ก่อให้เกิดความหมายเช่นนั้น เนื่องจากการศึกษาในเรื่องดังกล่าวจะเป็นการทำความเข้าใจถึงรากฐานของแนวคิดเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเป็นประโยชน์ต่อการนำไปประยุกต์ใช้เพื่อวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองให้ตรงตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อไป

1 ความหมายของสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และได้นิยามความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

จากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น **ประการแรก** คู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายต้องเป็นฝ่ายปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนฝ่ายปกครอง **ประการที่สอง** ต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

2 ที่มาของความหมายของสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.1 ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร

ร่างดังกล่าวได้นิยามศัพท์คำว่า "สัญญาทางปกครอง" ไว้ว่า

"สัญญาทางปกครอง" หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

2.2 ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เสนอต่อวุฒิสภา

สภาผู้แทนราษฎรได้แก้ไขบทนิยามในร่างฯ ที่เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรเป็นดังนี้

"สัญญาทางปกครอง" หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภค หรือให้จัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ หรือที่ทำขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผล

จะเห็นได้ว่า สภาผู้แทนราษฎรได้แก้ไขคำว่า "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" เป็น "หน่วยงานของรัฐ" และได้เพิ่มคำว่า "หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ" คำว่า "หรือให้จัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ" และคำว่า "หรือที่ทำขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผล" ทั้งนี้ โดยเหตุผลว่า คำว่า "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" มี

ความหมายแคบกว่าคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ซึ่งจะทำให้สัญญาอื่นที่เกิดขึ้น โดยการใช้ อำนาจหน้าที่ในทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐมีความหมายแคบไปด้วย เพราะถ้า พิจารณาถึงงานในทางปกครองแล้วจะเห็นได้ว่าในหลายกรณีกฎหมายก็ไม่ได้ให้อำนาจ ไว้โดยตรงในการเข้าทำสัญญา เช่น การให้ทุนการศึกษาแก่ข้าราชการ ดังนั้น สภาผู้แทนราษฎร จึงมีการแก้ไขและเพิ่มเติมข้อความดังกล่าวเพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีดังที่ยกตัวอย่างข้างต้น¹

2.3 ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ วุฒิสภาพิจารณาแล้ว

เมื่อสภาผู้แทนราษฎรส่งร่างกฎหมายดังกล่าวไปยังวุฒิสภาแล้ว วุฒิสภาได้ แก้ไขบทนิยามในร่างดังกล่าวเป็นดังนี้

"สัญญาทางปกครอง" หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะ เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

จะเห็นได้ว่า วุฒิสภาได้ตัดคำว่า “หรือสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาล ปกครอง”(ในร่างที่เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร) กับคำว่า “หรือที่สร้างขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ ในทางปกครองบรรลุผล”(ในร่างที่เสนอต่อวุฒิสภา) ออก ทั้งนี้ โดยเหตุผลว่า หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐอาจทำสัญญาได้หลายลักษณะ ซึ่งสัญญาบางลักษณะ

¹ ในชั้นการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในวาระที่ 2 ครั้งที่ 23 วันพุธที่ 17 กุมภาพันธ์ 2542 นายชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ กรรมการวิสามัญ ได้ชี้แจงต่อ ที่ประชุมสภาผู้แทนฯ กรณีนายสุวโรช พะลัง ส.ส. จังหวัดชุมพร ขอแปรญัตติ นิยามคำว่า สัญญาทางปกครอง มีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้

"สัญญาทางปกครองที่แปรญัตติไว้ ให้หมายความรวมถึง สัญญาอื่นที่เกิดขึ้น โดยการใช้อำนาจหน้าที่ ในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ข้อความดังกล่าวแคบไป คือต้องเกิดจากอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เท่านั้น แต่ขณะเดียวกันงาน ในทาง ปกครองหลายงานพูดไม่ชัดว่ามีกฎหมายโดยตรงให้อำนาจไว้ แต่ ทางปกครอง ก็ต้องทำอยู่ เช่น ให้ทุนนักศึกษา เขาได้รับทุนไปก็ต้องทำสัญญาว่าต้องกลับมาชดใช้ ทุนอย่างไร เป็นต้น ก็ไม่ได้มีกฎหมายที่ หนดสนับสนุนบอกว่าให้ไปทำสัญญานั้นโดยตรง แต่ว่าสัญญาเหล่านั้นก็เป็นเรื่องใน ทางปกครองที่เกี่ยวข้องอยู่ ฉะนั้น ข้อความที่กรรมการเขียนไว้จะกว้างกว่า จะทำให้สัญญาทางปกครอง กว้างขวางขึ้นตามลักษณะที่ควรจะเป็น"

อาจไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองหรือประโยชน์สาธารณะ เช่น สัญญาซื้อขาย วัสดุและอุปกรณ์สำนักงาน เป็นต้น ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เพราะเป็นสัญญาที่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการดำเนินการจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง ตัวอย่างดังกล่าวจึงเป็นจุดแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง โดยนอกจากนี้ก็ยังจะต้องมีตัวอย่างอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นตามมาในลักษณะนี้คล้าย ๆ กัน ดังนั้น การให้คำนิยามที่ชัดเจนลงไปคงเป็นการยากลำบาก วุฒิสภาก็เห็นควรวางหลักนิยามโดยปล่อยให้มีการพัฒนาความหมายขึ้นในอนาคตโดยคำพิพากษาของศาลต่อไป²

กล่าวโดยสรุป ฝ่ายนิติบัญญัติทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาต้องการให้สัญญาทางปกครองมีความหมายกว้างกว่าต้นร่างเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขในชั้นวุฒิสภาที่เป็นถ้อยคำของกฎหมายต่อมา จึงทำให้สัญญาทางปกครองมี 2 ประเภท คือ ประเภทแรก เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และสัญญาที่ให้มิสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาที่จัดให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ส่วนประเภทที่สอง เป็นกรณีที่ศาลปกครองหรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะกำหนดต่อไป

² ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญฯ ของวุฒิสภา ในการประชุมครั้งที่ 2 วันพุธที่ 17 มีนาคม 2542 และครั้งที่ 16 วันพุธที่ 19 พฤษภาคม 2542 มีประเด็นหนึ่งที่ได้อภิปรายกันคือ

"ตัวอย่างของสัญญาที่ให้จัดหาประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ การทำเหมืองแร่หรือป่าไม้ หรือจัดหาประโยชน์จากก๊าซธรรมชาติ ส่วนสัญญา ที่ทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผลอาจได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการให้ทุน นักศึกษาต่อ โดยมีข้อสัญญาให้ต้องกลับมาทำงานให้แก่หน่วยงานตามระยะเวลาที่กำหนด แต่สัญญาอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการปกครอง เช่น ซื้อกระดาษ ซื้อดินสอ วัสดุสำนักงาน ปกติไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เพราะไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองหรือเกี่ยวพัน กับประโยชน์สาธารณะ หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ก็ต้องฟ้องยัง ศาลยุติธรรม จุดแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง คงต้องพัฒนาขึ้นในอนาคตด้วยส่วนหนึ่งโดยคำพิพากษาของศาล ซึ่งก็จะเกิดความชัดเจนขึ้นมาตามลำดับ หรือหากศาลทั้ง 2 ระบบเกิดขัดแย้งกัน ก็เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่จะเป็นผู้พิจารณา"

3 แนวคิดที่ก่อให้เกิดความหมายของสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

3.1 แนวคิดเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐ

หน้าที่ที่สำคัญของรัฐในการที่จะก่อให้เกิดสวัสดิภาพของพลเมืองก็คือ การรักษาความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อยและความยุติธรรมภายในรัฐ และต้องรักษาเอกราชของรัฐโดยป้องกันประเทศให้พ้นจากภัยอันอาจมีมาจากภายนอก กล่าวคือรัฐจะต้องดำเนินการทุกอย่างเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หมายความว่า สิ่งที่ดำเนินการนั้นต้องเป็นไปเพื่อสนองความต้องการของคนหมู่มากในสังคม ไม่ใช่เพื่อประโยชน์คนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ³ โดยหน้าที่ที่สำคัญของรัฐคือการบริการสาธารณะ⁴ เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมประเภทหนึ่งที่รัฐต้องกระทำเพื่อบำบัดความต้องการส่วนใหญ่ ซึ่งเป็นการให้บริการแก่ประชาชน โดยบริการสาธารณะ คือ กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อสนองความต้องการมหาชน หรือความต้องการส่วนรวมของประชาชน เช่น การให้การศึกษา การจัดสาธารณสุขปโภค สาธารณูปการ การรักษาพยาบาล การขนส่งคมนาคม การพักผ่อนหย่อนใจ ส่งเสริมการเล่นกีฬา เพื่อให้ราษฎรมีสุภาพแข็งแรง ส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ประกันการว่างงาน คຸ້ມครองการบริโภครองของราษฎร และการดำเนินการอื่น ๆ เพื่อสนองความต้องการของมหาชนหรือความต้องการส่วนรวมของประชาชน⁵ ซึ่งกิจการที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติอยู่เป็นประจำนั้นแต่เดิมเรียกว่า “ราชการ” ต่อมาก็ได้เปลี่ยนมาใช้คำว่า “ราชการบริหาร” ทั้งนี้ เพื่อเป็นการขยายความคำว่า “ราชการ” ให้รวมถึงราชการที่อยู่ในหน้าที่ของฝ่ายบริหารรวมทั้งฝ่ายปกครอง ต่อมากิจการจัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในประเทศได้ขยายขอบเขตออกไปมากขึ้น เพราะหลังจากมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองประเทศ เมื่อ พ.ศ. 2475 ได้มีการจัดระเบียบเทศบาลขึ้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยระเบียบราชการ

³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม3). กรุงเทพฯ:นิติธรรม, 2538, หน้า 298.

⁴ นักกฎหมายบางท่านเรียกว่า “ภารกิจลำดับรองของรัฐ”

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 304.

บริหารแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2476 ซึ่งถือว่าเป็นราชการที่มอบหมายให้เทศบาลจัดทำส่วนหนึ่ง กล่าวคือ ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ฉะนั้น คำว่า ราชการ จึงต้องหมายความรวมถึงงานของเทศบาลด้วย ต่อมาเมื่อมีกิจการอย่างอื่นที่เป็นบริการสาธารณะอันจะรวมเรียกว่าราชการไม่ได้ คืองานในหน้าที่ของรัฐวิสาหกิจที่เป็นองค์การของรัฐบาล และงานที่รัฐมอบให้เอกชน รับผิดชอบไปทำแทน เช่น สัมปทานบริการสาธารณะ จึงต้องใช้คำว่า บริการสาธารณะ เพื่อให้มีความหมายรวมถึงกิจการทุกประเภทที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน กล่าวคือรวมทั้งราชการที่กระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ จัดทำเอง งานซึ่งองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น และองค์การของรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการจัดทำโดยไม่ใช่วิธีดำเนินงานอย่างราชการตลอดจนกิจการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะซึ่งฝ่ายปกครองให้เอกชนรับสัมปทานไปทำแทนภายใต้การควบคุมของฝ่ายปกครอง⁶

จากความหมายดังกล่าวทำให้สามารถแยกลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะได้ดังนี้

(1) ต้องเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครอง การอำนาจ หมายถึง การเข้าทำกิจการเอง โดยเข้าไปบังคับบัญชาสั่งการให้ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่และกำกับดูแลรับผิดชอบในกิจการที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ โดยผู้บังคับบัญชามีอำนาจเหนือผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาอย่างเต็มที่ เช่น อธิบดีมีอำนาจปกครองบังคับบัญชาสั่งการข้าราชการในสังกัดกรม เป็นต้น

การควบคุม หมายถึง การกำกับดูแลกิจการที่ผู้อื่นมีอำนาจหน้าที่ที่จะทำได้อย่างอิสระ โดยมีได้เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการ แต่คอยดูแลให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างครบถ้วนถูกต้องเท่านั้น เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจควบคุมเทศบาล แต่เทศบาลมีความอิสระที่จะปฏิบัติกิจการในอำนาจหน้าที่ของ

⁶ ประยูร กาญจนกุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538, หน้า

เทศบาลได้เอง โดยไม่ต้องอยู่ใต้การบังคับบัญชาสั่งการของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยหรือผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นผู้ควบคุม เป็นต้น

โดยบริการสาธารณะส่วนใหญ่ฝ่ายปกครองจะเข้าอำนวยการจัดทำเอง เช่น การรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ การคลัง เป็นต้น แต่มีกิจการบางอย่างที่ฝ่ายปกครองอาจมอบหมายให้องค์การของรัฐบาลหรือมอบหมายให้เอกชนรับไปดำเนินการแทนได้ เช่น การให้สัมปทานกิจการสาธารณูปโภคแก่เอกชนรับไปจัดทำ

(2) ต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย หรือศาลเห็นว่าเป็นประโยชน์สาธารณะจริง กิจกรรมเหล่านี้มีความหลากหลายมากตั้งแต่การจัดการศึกษา การทำถนน ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ ป้องกันโรคระบาด รักษาทะนุบำรุงโบราณสถาน โบราณวัตถุ จัดการแสดงศิลปวัฒนธรรม เป็นต้น ดังนั้น เมื่อเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะจึงอาจขาดทุนได้เสมอ เพราะวัตถุประสงค์หาเงินทองหรือกำไรไม่ใช่ วัตถุประสงค์หลักอย่างในกิจกรรมเอกชน ดังนั้น ความต้องการส่วนรวมของประชาชน นั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ ประเภทแรก ความต้องการได้รับความปลอดภัย และประเภทที่สอง ความต้องการได้รับความสะดวกสบายในการดำรงชีวิต

ซึ่งบริการสาธารณะดังกล่าวข้างต้นจะต่างจากการดำเนินการเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือประโยชน์ของปัจเจกบุคคล คือ เป็นกิจการที่ฝ่ายปกครอง จัดทำขึ้นเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะ กล่าวคือ บุคคลนั้นเพียงคนเดียวหรือกลุ่มเดียวที่จะได้รับการปฏิบัติ หรือได้รับผลประโยชน์จากการดำเนินการของฝ่ายปกครอง ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวแสดงถึงความได้เปรียบ ความไม่เสมอภาค การแสวงหากำไร เป็นต้น

(3) การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่อง⁷

เมื่อความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่จะมีอยู่ตลอดเวลา บริการสาธารณะจึงต้องต่อเนื่องตลอดเวลาตามความต้องการส่วนรวมของประชาชน เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่จำเป็นอย่างยิ่งแก่ประชาชน ถ้าบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักไม่ว่าด้วย

⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม3). กรุงเทพฯ:นิติธรรม, 2538, หน้า 305.

ประการใด ๆ ประชาชนย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือได้รับความเสียหาย เช่น ประชาชนจะต้องใช้ไฟฟ้าในการดำเนินชีวิตประจำวันอยู่ตลอดเวลา ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการให้แสงสว่าง การให้ความร้อน การให้ความเย็น เป็นต้น ถ้าการให้บริการไฟฟ้าหยุดชะงักลงไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวรจะทำให้ประชาชนไม่สามารถประกอบกิจกรรมในเรื่องดังกล่าวในชีวิตประจำวันได้ย่อมก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ประชาชนแล้ว เป็นต้น ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนในเรื่องดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจัดการแก้ไขหรือเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายของประชาชนได้ เพื่อให้การดำเนินการบริการสาธารณะดำเนินไปอย่างปกติ เพราะเป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวบรรลุผลจึงเกิดหลักการย่อย ๆ ขึ้นว่า อะไรก็ตามที่จะทำให้บริการสาธารณะขาดความต่อเนื่องลงต้องห้าม เช่น การห้ามข้าราชการหรือพนักงานรัฐวิสาหกิจนัดหยุดงาน การห้ามข้าราชการหรือพนักงานที่ลาออกจากงานหยุดทำงาน จนกว่าจะได้รับอนุญาต หรือในสัญญาทางปกครองนั้นมีหลักว่า ถ้าคู่สัญญาที่เป็นเอกชนทำงานล่าช้ามากจะเสร็จไม่ทันการ ฝ่ายปกครองเข้าทำแทนเองหรือจะมอบให้ผู้อื่นทำแทนโดยคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายพร้อมดอกเบี้ยให้ ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองทำได้เองโดยบอกกล่าวล่วงหน้าพอสมควร และไม่ต้องมีข้อสัญญาให้อำนาจไว้ นอกจากนั้น ถ้าฝ่ายปกครองผิดสัญญาคู่สัญญาจะหยุดปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ (เพราะจะทำให้บริการสาธารณะหยุดชะงัก) ต้องทำตามสัญญาต่อไป แต่มาฟ้องเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองหรือฟ้องขอเลิกสัญญาเท่านั้น จึงเกิดหลักว่าการเลิกสัญญาโดยเอกชนจะทำได้ หากจะเลิกต้องมาฟ้องต่อศาลปกครองเท่านั้น และยังมีหลักต่อไปในสัญญาทางปกครองด้วยว่า ถ้าการปฏิบัติตามสัญญาจะทำให้เอกชนคู่สัญญาขาดทุนถึงล้มละลายได้ เพราะเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าที่ไม่ใช่ความผิดใคร ฝ่ายปกครองจะอ้างว่าเอกชนต้องรับภาระขาดทุนไปแต่ผู้เดียว และต้องดำเนินการตามสัญญาต่อไป เพราะไม่ใช่เหตุสุดวิสัยที่ทำให้การปฏิบัติตามสัญญา พันวิสัยไม่ได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าไปรับภาระชดใช้ค่าทดแทนการขาดทุนนั้นด้วยส่วนหนึ่ง เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินไปได้ไม่หยุดชะงักนั่นเอง

(4) การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะให้ทันตามความต้องการส่วนรวมของประชาชน

เมื่อบริการสาธารณะมีไว้เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งจะเห็นได้ว่าความต้องการนั้นจะไม่มี ความคงที่ แต่เปลี่ยนแปลงไปเรื่อย ๆ ตามกาลสมัย ตามสภาพเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยี ทำให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครอง จะต้องดำเนินการจัดทำให้กับประชาชนนั้นต้องเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับความต้องการส่วนรวมของประชาชนได้เสมอ ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะไม่ถือว่าเป็นการเสียหายหรือเสียดินทรัพย์อย่างใดอย่างหนึ่งกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่ประการใด เพราะการจัดทำบริการสาธารณะจำเป็นจะต้องปรับปรุงแก้ไขอยู่เสมอ เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ โดยจะต้องปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชน สิทธิและประโยชน์ที่บุคคลได้รับจากการบริการสาธารณะไม่เป็นที่ชัดเจน ไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เมื่อมีความจำเป็นต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ หลักการนี้ยอมให้ใช้ให้มีผลบังคับกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นข้าราชการ หรือบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา กับฝ่ายปกครอง หรือเอกชนผู้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะ ซึ่งข้าราชการนั้นจะต้องยอมรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงฐานะตามกฎหมายของตนโดยบทกฎหมาย แม้ว่าจะทำให้ข้าราชการต้องเสียดินทรัพย์หรือประโยชน์ที่เคยได้รับตามบทกฎหมายเดิมก็ตาม ทั้งนี้ เพราะฐานะของข้าราชการเป็นไปตามบทกฎหมาย ไม่ได้เป็นไปตามสัญญาเหมือนกับลูกจ้างของเอกชน ดังนั้น บทกฎหมายจึงอาจเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการได้ทุกเมื่อ โดยที่ข้าราชการไม่อาจอ้างสิทธิที่ได้รับอยู่ก่อนแล้วมาเป็นข้อโต้แย้งการเปลี่ยนแปลง และให้คงเป็นไปตามเดิมได้ ส่วนเอกชนผู้เป็นคู่สัญญา กับฝ่ายปกครองเช่นผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะหลักที่ว่าการบริการสาธารณะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอ เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะยอมให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขข้อสัญญาสัมปทานในส่วนที่กำหนดขึ้นตามกฎหมายมหาชนได้เสมอ เมื่อมีความจำเป็นต้องรักษาประโยชน์สาธารณะ เช่นการถอนคืนสัมปทานเพื่อซื้อก่อนสิ้นอายุสัมปทาน เพราะสัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญา

ในทางปกครองที่มีข้อกำหนดอันเป็นบทบังคับตามกฎหมายมหาชนอยู่ด้วย ฉะนั้น หลักของกฎหมายเอกชนที่ว่า สัญญาเป็นเสมือนกฎหมายที่มีผลบังคับคู่สัญญา จึงไม่อาจนำมาใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครองในกรณีเช่นนี้ได้ เพราะฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ฝ่ายเดียวเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ สำหรับเอกชนผู้ได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะก็เช่นเดียวกัน จะอ้างสิทธิประโยชน์ที่เคยได้รับจากบริการสาธารณะมาเป็นข้อขัดขวางการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบริการสาธารณะโดยกฎหมายไม่ได้ ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินการของฝ่ายปกครองในการบริการสาธารณะสามารถเปลี่ยนแปลงได้ทันตามความต้องการส่วนรวมของประชาชนจึงก่อให้เกิดการย่อย ๆ ขึ้นในการเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง เช่น ในกรณีคู่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น แม้ข้อสัญญาไม่ได้ระบุไว้ ฝ่ายปกครองก็ใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขสัญญาให้คู่สัญญาต้องมีหนี้ใหม่ที่จะต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะที่เปลี่ยนแปลงไปได้โดยฝ่ายปกครองต้องออกค่าทดแทนให้หรือในกรณีข้าราชการหรือพนักงานจะอ้างสิทธิว่าตนจะต้องเป็นข้าราชการหรือพนักงานต่อไปไม่ได้ ทั้งๆ ที่ความจำเป็นที่จะต้องจัดทำบริการประเภทนั้นหมดไปแล้ว และฝ่ายปกครองต้องยกเลิกกิจกรรมหรือหน่วยงานนั้น ฝ่ายปกครองย่อมทำได้ หรือในกรณีผู้ใช้บริการจะอ้างข้อสัญญามาเป็นอุปสรรคต่อการปรับปรุงราคาค่าบริการของบริการสาธารณะไม่ได้ เป็นต้น

(5) การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความเสมอภาคหรือให้ประชาชนมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน

เมื่อทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องต้องการที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาค หรือให้ประชาชนได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน เนื่องจากบริการสาธารณะมิได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่จัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยเสมอภาคกัน ถ้าเป็นกิจการที่จัดทำเพื่อประโยชน์ของบุคคล โดยเฉพาะก็ไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองย่อมมีสิทธิที่จะได้รับผลปฏิบัติหรือประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน และไม่เฉพาะแต่ความเสมอภาคในการที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่านั้น แต่ยังรวมถึง

ความเสมอภาคในภาระหน้าที่อันพึงมีต่อบริการสาธารณะด้วย ทั้งนี้ภายใต้ระเบียบที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งความเสมอภาคในการที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้นยังหมายความรวมถึงสิทธิเสมอภาคในการที่บุคคลจะสมัครเข้ารับหน้าที่การงานในหน่วยงานของรัฐอีกด้วย เมื่อบุคคลนั้นมีคุณสมบัติและพื้นฐานความรู้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้น ความเสมอภาคในการที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะก็ย่อมมีอยู่เช่นเดียวกัน เช่น ความเสมอภาคในการที่จะมีโอกาสเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองอย่างเดียวกับบุคคลอื่น ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการเปรียบเทียบของทางราชการไว้ให้มีการเรียกประกวดราคาในการจัดหาพัสดุ หรือในการก่อสร้างอาคารต่าง ๆ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปที่มีความสนใจได้เข้าแข่งขันกับผู้อื่นเพื่อทำสัญญากับฝ่ายปกครอง และในการวินิจฉัยชี้ขาดให้ผู้ใดเป็นผู้รับสัญญา ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำด้วยความเที่ยงธรรมโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นข้อสำคัญ ดังนั้นเพื่อให้ประชาชนโดยส่วนรวมได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะโดยเท่าเทียมกันจึงก่อให้เกิดหลักการย่อย ๆ ขึ้น เช่น ทุกคนที่มีคุณสมบัติตามที่ระบุ มีสิทธิสมัครสอบเข้ารับราชการหรือเป็นพนักงานของหน่วยงานที่ทำบริการสาธารณะ การหาคู่สัญญามาทำบริการสาธารณะต้องใช้วิธีแข่งขันโดยเสมอภาค โดยการประมูล เว้นแต่มีเหตุจำเป็นแม้ในด้านผู้ให้บริการก็มีหลักกว่าจะต้องปฏิบัติต่อผู้ให้บริการเหมือนกัน ไม่ว่าเรื่องราคาค่าธรรมเนียม บริการที่ได้ ตลอดจนเวลาในการให้บริการ เป็นต้น

เมื่อรัฐไม่ใช่บุคคลธรรมดาที่จะสามารถดำเนินการใด ๆ ได้ด้วยตนเองจึงต้องให้มนุษย์ดำเนินการแทน ซึ่งมนุษย์ที่ทำหน้าที่แทนรัฐ เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” จะ แสดงเจตนาได้ 2 ฐานะ กล่าวคือ ในฐานะส่วนตัว ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาเพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้เหมือนบุคคลอื่น ๆ และในฐานะส่วนรวม ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งการแสดงเจตนาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้แสดงเจตนาแทนรัฐทำให้มีผลผูกพันรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ และผูกพันเจ้าหน้าที่คนนั้นที่แสดงเจตนาเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่ตนมีอำนาจหน้าที่ การแสดงเจตนาและการกระทำของเขาจึง

ผูกพันรัฐและรัฐต้องรับผิดชอบเสมือนหนึ่งว่ารัฐได้กระทำเอง⁸ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐที่แสดงเจตนาแทนรัฐในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ที่จะมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนอันเป็นหน้าที่ที่มีความยุ่งยากและซับซ้อน เพราะว่า ฝ่ายปกครองมีหน้าที่รักษาความปลอดภัยภายใน และป้องกันภัยจากภายนอกประเทศ มีหน้าที่ดำเนินการในทางเศรษฐกิจและในทางสังคม เพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิต ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวนี้ ฝ่ายปกครองจึงเสมือนหนึ่งเป็นคนกลางระหว่างรัฐบาลกับประชาชน ฉะนั้นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองจึงถูกจำกัดทั้งเบื้องบน กล่าวคือ รัฐบาล และเบื้องล่าง กล่าวคือ ประชาชน

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า บริการสาธารณะเป็นหน้าที่ที่รัฐจะต้องจัดทำโดยในลักษณะการบริการสาธารณะตามที่ได้กล่าวในหัวข้อดังกล่าวสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ ประเภทแรก การบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เช่น การจัดการศึกษาให้แก่ประชาชน การควบคุมดูแลสุขภาพอนามัย การปรับปรุงสภาพแวดล้อมในชนบท การวางแผนพัฒนาเมือง เป็นต้น ประเภทที่สอง เป็นการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ได้แก่ การดำเนินการในทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรมของรัฐ เช่น การขนส่ง การเดินรถไฟ การไปรษณีย์ โทรเลข การไฟฟ้า การประปา เป็นต้น ดังนั้น ในการดำเนินการบริการสาธารณะทั้งสองลักษณะดังกล่าว รัฐจึงใช้อำนาจภายในฝ่ายปกครองจัดทำหน้าที่ในการบริการสาธารณะแทนรัฐ โดยแยกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก รัฐดำเนินการเองโดยผ่านส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชน กรณีสอง รัฐมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทน

ส่วนราชการ คือ ราชการบริหารซึ่งแยกเป็น ราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น

รัฐวิสาหกิจ คือ องค์กรที่รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลเพื่อรับการกระจายอำนาจทางบริการ และดำเนินการบริการสาธารณะทาง

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม3). กรุงเทพฯ:นิติธรรม, 2538, หน้า 298.

อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร โดยอยู่ภายใต้ อำนาจกำกับดูแลของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทย จำแนกได้เป็น 3 จำพวก⁹ คือ

(1) รัฐวิสาหกิจจำพวกที่เป็นหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ ซึ่งไม่มีฐานะ เป็นนิติบุคคล เช่น โรงงานยาสูบของกระทรวงการคลัง สถานชานาเคราะห์ของกรม ประชาสงเคราะห์ ซึ่งต้องใช้ความเป็นนิติบุคคลของทบวงการเมืองกำกับรัฐวิสาหกิจนั้น ในการทำนิติกรรมต่าง ๆ และการถือกรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน

(2) รัฐวิสาหกิจจำพวกที่จัดตั้งเป็นองค์การของรัฐบาลและมีฐานะเป็นนิติบุคคลโดย เอกเทศแยกจากส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจจำพวกนี้มีทุนทรัพย์ทั้งสิ้นเป็นของรัฐ เช่น การรถไฟแห่งประเทศไทย การท่าเรือแห่งประเทศไทย การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การไฟฟ้านครหลวง การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.) เป็นต้น

(3) รัฐวิสาหกิจจำพวกที่จัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลโดย ทางราชการหรือองค์การของรัฐบาลหรือรัฐวิสาหกิจอื่นมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละ 50 เช่น ธนาคารกรุงไทย จำกัด บริษัทขนส่ง จำกัด เป็นต้น

องค์การมหาชน คือ องค์กรที่รัฐจัดตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลเพื่อดำเนินการบริการ สาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม โดยไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหา กำไร เช่น การรับรองมาตรฐานและประเมินคุณภาพการศึกษา ศึกษาอบรมและพัฒนา เจ้าหน้าที่ของรัฐ การทะนุบำรุงศิลปะและวัฒนธรรม การพัฒนาและส่งเสริมการกีฬา การส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการวิจัย การถ่ายทอดและพัฒนาวิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยี การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ การบริการทาง การแพทย์และสาธารณสุข การสังคมสงเคราะห์ การอำนวยความสะดวกบริการประชาชน หรือ การดำเนินการอันเป็นสาธารณประโยชน์อื่นใด เป็นต้น

⁹ ประยูร กาญจนกุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538, หน้า 122.

เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่รัฐมีวิธีดำเนินการ
ดังนี้

(1) กรณีที่รัฐเข้าดำเนินการเอง

รัฐจะเข้าดำเนินการเองในกรณีเป็นหน้าที่ที่มีความสำคัญมากและเป็นการใช้อำนาจทางปกครองโดยตรง โดยรัฐจะสามารถแยกใช้วิธีในการดำเนินการโดยผ่านส่วนราชการทั้งราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น ผ่านรัฐวิสาหกิจ และผ่านองค์การมหาชนก็ได้ เพื่อให้ประชาชนและประเทศชาติได้รับความมั่นคง ความปลอดภัย และความ เป็นระเบียบเรียบร้อย เป็นต้น ได้แก่การบริการสาธารณะในเรื่องดังต่อไปนี้

- (1.1) ด้านยุติธรรม
- (1.2) ด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของสังคม
- (1.3) ด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ
- (1.4) ด้านการศึกษาของชาติ
- (1.5) ด้านสังคม
- (1.6) ด้านวัฒนธรรม
- (1.8) ด้านการท่องเที่ยว
- (1.9) ด้านสุขอนามัย
- (1.10) ด้านเศรษฐกิจ

(2) กรณีที่รัฐให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการ

เมื่อบริการสาธารณะมีมากประเภทขึ้น บางประเภทต้องใช้กำลังคน กำลังทรัพย์ รวมทั้งเทคโนโลยีระดับสูงมาดำเนินการจัดทำ ซึ่งโดยสภาพแล้วบริการสาธารณะดังกล่าวฝ่ายปกครองไม่จำเป็นจะต้องดำเนินการเองจึงเกิดการมอบบริการสาธารณะบางประเภทให้เอกชนไปดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง แต่ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองจะเข้าไปควบคุมดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนเพื่อให้บริการที่เกิดขึ้นอยู่ในมาตรฐานเดียวกันกับที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ ซึ่งในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริการ สาธารณะนั้นได้แก่ การให้สัมปทาน กล่าวคือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนเป็น

ผู้จัดทำบริการสาธารณะด้วยการลงทุนและเสี่ยงภัยของเอกชนเอง โดยเอกชนสามารถเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการกิจการที่ได้รับสัมปทานจากรัฐไป¹⁰

จะเห็นได้ว่า การจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีทั้งกรณีที่เอกชนและฝ่ายปกครองจัดทำ ซึ่งแม้ทั้งสองกรณีจะมีลักษณะคล้ายกัน แต่ก็มีข้อแตกต่างในสาระสำคัญเกี่ยวกับ

(1) กิจการที่เอกชนจัดทำนั้นเอกชนเป็นผู้ก่อตั้งและเป็นผู้ดำเนินการเอง ส่วนกิจการที่ฝ่ายปกครองจัดทำนั้นรัฐเป็นผู้ก่อตั้งขึ้นและฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ

(2) หลักกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บริการสาธารณะบางอย่างย่อมไม่ใช่บังคับแก่กิจการของเอกชน เพราะจะอยู่ภายใต้ระบบพิเศษของกฎหมาย เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2539 หรือระเบียบต่าง ๆ ที่ส่วนราชการประกาศใช้บังคับเป็นการเฉพาะ เป็นต้น

3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง

ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลนั้น ฝ่ายปกครองจะมีวิธีการในการดำเนินการได้หลายวิธี ซึ่งนักกฎหมายมหาชนจะเรียกกันว่า การกระทำของฝ่ายปกครอง โดยส่วนใหญ่ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการทำสัญญาและออกคำสั่ง ซึ่งเหตุที่ฝ่ายปกครองต้องใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองอาจเนื่องมาจาก

- (1) ฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่มากขึ้น
- (2) การที่ฝ่ายปกครองจะใช้คำสั่งไม่อาจทำให้ภาระหน้าที่นั้นสำเร็จลงได้
- (3) กิจการบางอย่างเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางปกครอง เพราะกรณีเป็นงานบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับการอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น มีลักษณะเป็นงานบริการประชาชนหรือบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่ใช่งานทางปกครอง หรือจะต้องใช้อำนาจทางปกครองในการดำเนินการแต่ประการใด
- (4) กิจการบางอย่างเป็นเรื่องที่ต้องใช้เงินลงทุนมาก

¹⁰ นันทวัฒน์ บวรนนท์. สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2546, หน้า 36.

(5) กิจการบางอย่างต้องใช้ความรวดเร็วในการดำเนินการจัดทำ เพราะกรณีเป็นงานบริการสาธารณะเกี่ยวกับอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมนั้น มีลักษณะเป็นงานบริการสาธารณะหรือประชาชน จึงต้องมีลักษณะรวดเร็ว ทันเหตุการณ์ และทันต่อความต้องการของประชาชน ดังนั้น การดำเนินการของส่วนราชการจึงไม่เหมาะสม เพราะอยู่ภายใต้ระบบการจัดระเบียบบริหารราชการซึ่งมีขั้นตอนการปฏิบัติงานที่ซับซ้อนไม่คล่องตัว ทำให้การตัดสินใจในการดำเนินการใด ๆ ล่าช้า

(6) กิจการบางอย่างต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญเป็นพิเศษ

โดยสัญญาที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการปฏิบัติงานอาจมีได้หลายลักษณะ ดังนี้

(1) สัญญาเกี่ยวกับการวางแผนการปฏิบัติงานของส่วนราชการ กล่าวคือ ราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น

(2) สัญญาเกี่ยวกับการวางแผนทางการปฏิบัติงานของรัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชน

(3) สัญญาเพื่อจัดหาปัจจัยที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง ได้แก่

(ก) สัญญาจ้างลูกจ้างหรือพนักงาน

(ข) สัญญาจัดหาพัสดุและบริการ เช่น สัญญาบริการทำความสะอาดอาคาร สำนักงานของฝ่ายปกครอง สัญญาบริการพัฒนาระบบคอมพิวเตอร์ในฝ่ายปกครอง เป็นต้น

(ค) สัญญาจัดหาอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่นำมาใช้ในสำนักงาน หรือในหน่วยงานของฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาเช่า สัญญาซื้อ (เพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งปัจจัยทางการเงิน) สัญญาเช่า สัญญาให้ สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเวนคืน เป็นต้น

(ง) สัญญาให้ความช่วยเหลือแก่เอกชน เช่น สัญญาให้เงินอุดหนุน สัญญาออกเงินทุนให้และต้องใช้คืนภายหลัง สัญญาเป็นผู้ค้ำประกันการกู้ยืมเงิน และสัญญาให้ทุนการศึกษา อบรม และวิจัย เป็นต้น

(จ) สัญญาการให้เอกชนครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน เช่น ส.ป.ก. เป็นต้น

3.3 แนวคิดเกี่ยวกับการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญา

(1) คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

ในการดำเนินงานของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ซึ่งมีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยธุรการนั้น ได้มีการนำหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในเรื่องสัญญาทางปกครองและหลักกฎหมายปกครองอื่นๆ มาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของเอกชนอย่างต่อเนื่อง เช่น การนำเหตุที่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามสัญญา แต่คู่สัญญาไม่ทราบว่ามีเหตุนั้นในขณะทำสัญญา ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสมาปรับใช้กับกรณีที่คู่สัญญาไม่ทราบมาก่อนว่าบริเวณสถานที่ก่อสร้าง มีปัญหาเกี่ยวกับการรับน้ำหนักของดิน ซึ่งผิดไปจากชั้นดินทั่วไปตามปกติในกรุงเทพมหานคร ทำให้การกำหนดความยาวของเสาเข็มผิดพลาด เอกชนคู่สัญญาจำต้องเพิ่มความยาวของเสาเข็มที่ใช้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์วินิจฉัยเสียงข้างน้อยให้หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาต้องจ่ายเงินค่าเสาเข็มเพิ่มให้แก่เอกชนคู่สัญญา โดยให้เหตุผลว่าสัญญาระหว่างรัฐบาลกับเอกชนจะต้องตีความไปตามความเข้าใจโดยสุจริตของคู่กรณี และต้องไม่ตีความไปในทางเอารัดเอาเปรียบประชาชน เพราะรัฐบาลย่อมจะไม่ประสงค์เช่นนั้น ซึ่งเป็นการวางหลักเรื่องการเมืองเป็นรัฐบาลที่ดีที่จะไม่ฉวยโอกาสตีความสัญญาให้ตนได้เปรียบเป็นหลัก แม้หนทางตีความเช่นนั้นจะเป็นไปได้ตามกฎหมาย และเห็นว่าสภาพการทำสัญญาก่อสร้างอาคารเช่นนี้ทางราชการมีบุคลากรที่ตรวจสอบก่อนทำสัญญาอยู่ด้วย เพื่อให้ราคาก่อสร้างใกล้เคียงความเป็นจริง ความต้องการในขนาดเสาเข็มจึงได้พิจารณากันมาก่อนแล้ว และการปฏิบัติตามสัญญาต้องให้ความสำคัญแก่สัญญาทั้งสองข้อนั้นโดยเท่าเทียมกัน โดยจะต้องใช้เสาขนาดนั้นและตอกให้รับน้ำหนักได้เช่นนั้น โดยไม่เกี่ยวกับค่าตอบแทนในการก่อสร้างเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสภาพดินอ่อนในชั้นถัดไปไม่เป็นที่รู้จักมาก่อนระหว่างคู่กรณี โดยเป็นดินอ่อนเฉพาะบริเวณที่ก่อสร้างมิใช่พื้นที่ย่านนั้นทั้งหมด กรณียอมอยู่นอกเหนือการ

คาดหมายแต่เดิมของกลุ่มกรณี เมื่อเนื้องานเพิ่มขึ้นก็ต้องจ่ายค่าจ้างเพิ่มขึ้นตามส่วน¹¹ ต่อมา นายกรัฐมนตรีได้พิจารณาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ดังกล่าวแล้วมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิมของกรมวิชาการ โดยให้จ่ายเงินเพิ่มให้ตามความเห็นของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นั้น

แต่ในทางตรงกันข้าม หากคู่สัญญาต่างก็ทราบว่าเป็นดินในจังหวัดสมุทรปราการ เป็นดินอ่อนและอาจต้องเปลี่ยนแปลงเสาเข็ม จึงได้ระบุไว้ชัดเจนในสัญญาว่าถ้าเสาเข็มต้นใดลึกไม่ถึงกำหนดก็ให้ตัดหัวเสาเข็มได้และถ้าหากความลึกของเสาเข็มไม่ได้ตามระยะ ก็ให้เอกชนคู่สัญญาเพิ่มความยาวของเสาเข็มได้โดยไม่คิดค่าเสาเข็มเพิ่ม ดังนี้ เอกชนคู่สัญญาจะเรียกร้องค่าเสาเข็มเพิ่มจากหน่วยงานของรัฐคู่สัญญาไม่ได้¹²

¹¹ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 12/2524 กรณีบริษัทสลิ้มเซียงไฮ้เฟอร์นิเจอร์และก่อสร้างจำกัด ร้องทุกข์ กรมวิชาการ ว่า เอกสารประกอบสัญญามีข้อความคนละแนวทาง โดยข้อหนึ่งให้การก่อสร้างอาคารใช้เสาเข็มยาว 23 เมตร แต่อีกข้อหนึ่งกำหนดให้ตอกเสาเข็มลงจนรับน้ำหนักได้เท่าที่กำหนด (มีการตอก blow count) ตามวิธีการที่กำหนดได้ 50 ครั้ง โดยไม่ทรุดลงอีก) ปรากฏว่าในบริเวณก่อสร้างเมื่อดำเนินการไปจริงมีชั้นดินเหลวอยู่ข้างล่าง โดยคู่กรณีไม่ทราบมาก่อนและผู้เชี่ยวชาญที่มาให้ความเห็นในการพิจารณาเห็นว่าอาจเป็นบึงหรือสระโบราณมาก่อน และต่อมาได้ถูกชั้นดินถม ทำให้ดินไม่พอรับน้ำหนักได้อย่างบริเวณทั่วไปในกรุงเทพมหานคร ต้องเพิ่มเสาเข็มจำนวนมาก จากความยาว 23 เมตร เป็น 25.50 เมตร และ 28 เมตร ผู้ร้องทุกข์จึงขอค่าใช้จ่ายเพิ่ม กรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายเสียงข้างมากเห็นว่า ข้อความในสัญญา 2 ข้อแสดงว่าต้องทำให้ได้อย่างใดอย่างหนึ่งที่กำหนด หากตกลงไปได้กำลังรับน้ำหนักพอที่ตัดเสาเข็มที่เกิน แต่ถ้าตอกไปแล้วรับน้ำหนักไม่ได้ก็ต้องต่อเสาเข็มจนรับน้ำหนักได้ตามที่กำหนด โดยขอเพิ่มเงินไม่ได้ มิฉะนั้นข้อกำหนดการรับน้ำหนัก blow count 50 ครั้งจะไร้ผล แต่กรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายเสียงข้างน้อยเห็นว่า สัญญาระหว่างรัฐบาลกับเอกชนจะต้องตีความไปตามความเข้าใจโดยสุจริตของกลุ่มกรณีและต้องไม่ตีความไปในทางเอารัดเอาเปรียบประชาชน เพราะรัฐบาลย่อมจะไม่ประสงค์เช่นนั้น อันเป็นการวางหลักเรื่องการเป็นรัฐบาลที่ดี (bon administrateur) ที่จะไม่ฉวยโอกาสตีความสัญญาให้ตนได้เปรียบเป็นหลัก แม้หนทางตีความเช่นนั้นจะเป็นไปได้ตามกฎหมาย และเห็นว่าสภาพการทำสัญญาก่อสร้างอาคารเช่นนี้ทางราชการมีบุคลากรที่ตรวจสอบก่อนทำสัญญาอยู่ด้วย เพื่อให้ราคาก่อสร้างใกล้เคียงความเป็นจริง ความต้องการในขนาดเสาเข็มจึงได้พิจารณากันมาก่อนแล้ว และการปฏิบัติตามสัญญาต้องให้ความสำคัญ แก่สัญญาทั้งสองข้อนั้นโดยเท่าเทียมกัน โดยจะต้องให้เสาขวานขนาดนั้นและตอกให้รับน้ำหนักได้เช่นนั้น โดยไม่เกี่ยวกับค่าตอบแทนในการก่อสร้าง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสภาพดินอ่อนในชั้นถัดไปไม่เป็นที่รู้กันมาก่อนระหว่างคู่กรณี โดยเป็นดินอ่อนเฉพาะบริเวณที่ก่อสร้างมีใหม่พื้นที่ย่านนั้นทั้งหมด กรณีย่อมอยู่นอกเหนือการคาดหมายแต่เดิมของกลุ่มกรณี (sujetion imprevue) เมื่อเนื้องานเพิ่มขึ้นก็ต้องจ่ายค่าจ้างเพิ่มขึ้นตามส่วน

¹² คำวินิจฉัย คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 20/2531

โดยแนวคิดในการนำความหมายของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสและผลของสัญญาดังกล่าวมาปรับใช้ ได้มีการทำบันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการ คณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อประกอบการพิจารณา โดยอธิบายลักษณะของสัญญาทางปกครองว่า ความหมายของคำว่า "สัญญาทางปกครอง" อาจจะแตกต่างกันในประเทศต่างๆ ที่พัฒนาในทางกฎหมายปกครองแล้ว แต่ก็มีแนวทางที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า แม้ว่าการเข้าทำตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งเอกชนยังต้องให้ความยินยอมในการเข้าผูกพันตามข้อสัญญาก็ตาม แต่ตามข้อกำหนดในสัญญาทางปกครอง (ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไป) รัฐยังสงวนอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเพื่อรักษาและคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะได้ ฯลฯ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องมิให้เอกชนต้อง "เสียหาย"¹³

นอกจากนี้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้วินิจฉัยว่า การนำหลักสัญญาทางปกครองมาใช้ รัฐจะต้องไม่ใช่สิทธิตามสัญญา จนทำให้คู่สัญญาได้รับความเสียหายถึงขนาดที่ไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ มาใช้ในกรณีการคิดค่าปรับ โดยให้เหตุผลว่า แม้หน่วยงานของรัฐจะสามารถปรับผู้ร้องทุกข์ได้ตามสัญญาสูงถึง 66 ล้านบาท ก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่าจำนวนค่าปรับดังกล่าวสูงเกือบเท่าวงเงินค่าจ้างก่อสร้าง รัฐจึงไม่สามารถใช้สิทธิตามสัญญาเรียกค่าปรับสูงถึงขนาดนั้นได้ ประกอบกับผู้ร้องทุกข์ก็ได้ทำงานแล้วเสร็จสมบูรณ์และหน่วยงานของรัฐก็ได้เข้าใช้ประโยชน์สมตามวัตถุประสงค์ และโดยเหตุที่ภายหลังจากการทำสัญญานี้แล้ว ได้มีการแก้ไขระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ เพื่อกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาบอกเลิกสัญญา เมื่อค่าปรับจะเกินร้อยละ 10 ของวงเงินค่าจ้าง จึงควรมีการนำหลักการดังกล่าวมาใช้กับกรณีนี้ด้วย โดยเรียก

¹³ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 26/2525 กรณีบริษัทจิเรวัตร์ไคย์สตีฟ จำกัด โดยนายสมพงษ์ เชิญวิริยะกุล กรรมการผู้จัดการ ร้องทุกข์ ขอความเป็นธรรมกรณีไม่ได้รับอนุมัติให้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในกิจการผลิตสีเชื่อมและพิมพ์) ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบูรณ์ จึงทำบันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการ คณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง นิติกรรมทางแพ่ง – นิติกรรมทางปกครอง - สัญญาทางปกครอง เสนอเป็นข้อสังเกตต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการในกรณีร้องทุกข์ดังกล่าว

ค่าปรับจากผู้ร้องทุกข์ได้เพียงร้อยละ 10 ของวงเงินค่าจ้าง¹⁴ เห็นได้ว่าเหตุผลดังกล่าวตรงกับหลักการตามสัญญาทางแพ่งในปัจจุบันที่กำหนดให้ศาลปกครองปรับลดเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วนได้ตามนัยมาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ส่วนการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการใช้สิทธิตามสัญญาว่าเป็นไปโดยมีเหตุผลที่สมควรหรือไม่ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์วินิจฉัยให้หน่วยงานของรัฐจ่ายเงินดังกล่าวเต็มจำนวนของปริมาณงานที่เพิ่มขึ้นตามการคำนวณของเจ้าหน้าที่ในพื้นที่ โดยให้เหตุผลว่า แม้ตามสัญญาจะกำหนดให้รัฐเป็นผู้พิจารณาจำนวนปริมาณงานที่เพิ่มขึ้น แต่เพียงฝ่ายเดียว แต่เมื่อเจ้าหน้าที่ในพื้นที่ได้เข้าตรวจสอบคำนวณแล้ว และส่วนกลางก็ได้อนุมัติจ่ายเงินเต็มจำนวนปริมาณงานที่เจ้าหน้าที่ได้คำนวณไว้ในรายการอื่นๆ แล้วในรายการที่จ่ายไม่เต็มจึงไม่มีเหตุผลใดที่จะเป็นเช่นนั้น¹⁵

ส่วนความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของงาน โดยผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีคำวินิจฉัยให้หน่วยงานของรัฐเรียกชำระเงินจากผู้ร้องทุกข์โดยใช้ราคาที่หน่วยงานของรัฐประเมินราคาเป็นเกณฑ์ โดยให้

¹⁴ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 70/2535 ปรากฏข้อเท็จจริงว่า หน่วยงานของรัฐทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารกับผู้ร้องทุกข์จำนวน 77 ล้านบาท แบ่งงวดงานเป็น 7 งวด ผู้ร้องทุกข์ส่งมอบงานล่าช้าเกิดจากงานในงวดที่ 7 มีปัญหาเรื่องการใช้วัสดุก่อสร้าง และปัญหาอื่นๆ หน่วยงานของรัฐปล่อยให้เลยกำหนดแล้วเสร็จ ทำให้มีค่าปรับสูงถึง 66 ล้านบาท แต่ผู้ร้องทุกข์ก็ทำงานแล้วเสร็จสมบูรณ์ ผู้ร้องทุกข์เห็นว่า ความล่าช้าเป็นความผิดของหน่วยงานของรัฐ จึงร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้มีคำวินิจฉัยว่า ความล่าช้าเป็นความรับผิดชอบของผู้ร้องทุกข์

¹⁵ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 68/2541 ปรากฏข้อเท็จจริงว่า หน่วยงานของรัฐทำสัญญาจ้างก่อสร้างถนนกับผู้ร้องทุกข์โดยมีข้อกำหนดในสัญญาว่า ถ้ามีปริมาณงานเพิ่มขึ้น หน่วยงานของรัฐจะเป็นผู้พิจารณาจำนวนปริมาณงานที่เพิ่มขึ้น และจ่ายเงินเพิ่มให้ตามจำนวนที่หน่วยงานของรัฐวินิจฉัย ในขณะที่ก่อสร้างเกิดมรสุมขึ้น ทำให้สภาพภูมิประเทศเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ปริมาณงานจึงเพิ่มขึ้นจากสัญญา ผู้ร้องทุกข์ยื่นแสดงรายการปริมาณงานที่เพิ่มขึ้น หน่วยงานของรัฐให้เจ้าหน้าที่ในพื้นที่เป็นผู้ไปตรวจสอบคำนวณปริมาณงานที่เพิ่มขึ้นพร้อมทั้งราคาต่อหน่วยแล้วเสนอส่วนกลางพิจารณา ส่วนกลางพิจารณาแล้วอนุมัติให้จ่ายเงินเพิ่มตามจำนวนปริมาณงานที่เจ้าหน้าที่ในพื้นที่เสนอทุกรายการ ยกเว้นเพียง 1 รายการ ที่ส่วนกลางอนุมัติให้จ่ายไม่เต็มจำนวนของปริมาณงาน โดยไม่ปรากฏเหตุผลว่าเป็นเพราะเหตุใด

เหตุผลว่าตามข้อสัญญา ผู้ร้องทุกข์ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้น แต่โดยที่ การดำเนินการจัดหาผู้ซ่อมแซมของรัฐเป็นไปอย่างล่าช้าเกินสมควร และเป็นความผิด ของรัฐ ทำให้ค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมเพิ่มมากขึ้นเกินกว่าที่ควรจะเป็น ดังนั้น ผู้ร้องทุกข์จึง สมควรรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมเพียงในเวลาที่เหมาะสม กล่าวคือ เท่ากับ จำนวนราคาต่ำสุดที่มี ผู้เสนอราคาในการประกวดราคาครั้งแรก ซึ่งยกเลิกไปเพราะเกิน วงเงินงบประมาณ โดยพิจารณาว่าหากรัฐไม่ประเมินราคาความชำรุดบกพร่องต่ำเกินกว่า ความเป็นจริง อย่างมากแล้วก็จะสามารถจัดจ้างจากผู้เสนอราคาต่ำสุดในการประกวดราคา ครั้งนั้นได้ และผู้ร้องทุกข์ก็สมควรรับผิดชอบในจำนวนเงินที่ใช้ในการจัดจ้างผู้ซ่อมแซมใน ครั้งนั้น¹⁶

นอกจากนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ยังยอมรับและพัฒนาทฤษฎีว่าด้วย เหตุอันมิอาจคาดหมายได้จากสัญญาแบบปรับราคาได้ ซึ่งมีมติคณะรัฐมนตรีกำหนด เอาไว้เพื่อช่วยเหลือผู้รับจ้างก่อสร้างในกรณีที่มีสถานการณ์ทำให้การปฏิบัติการทาง สัญญาเป็นไปได้ยากยิ่ง และเคยวินิจฉัยว่าหากในสัญญาได้ตกลงกันไว้ให้มีการปรับราคางาน ลักษณะใดลักษณะหนึ่งหรือหลายลักษณะได้ กรณีที่มีงานหลายลักษณะรวมกันอยู่ ถ้า สามารถแยกค่างานกันได้ตามความเป็นจริง ก็อาจปรับราคาได้ เมื่อปรากฏว่างานก่อสร้าง สะพานไม่อาจได้รับการปรับราคาให้ได้เพียงเพราะไม่มีการแยกค่างานแอสฟัลต์ออกจาก งานคอนกรีต ก็ย่อมไม่เป็นธรรมแก่เอกชนคู่สัญญา เพราะงานทั้งสองงานดังกล่าวต่างก็

¹⁶ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 65/2541 ปรากฏข้อเท็จจริงว่า หน่วยงานของรัฐทำ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารกับผู้ร้องทุกข์ โดยมีข้อกำหนดในสัญญาให้ผู้ร้องทุกข์รับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของ อาคารที่ก่อสร้างภายในกำหนด 2 ปี นับแต่วันที่ส่งมอบงาน รวมทั้งหากผู้ร้องทุกข์ไม่ยอมเข้าซ่อมแซมด้วยตนเอง ปรากฏว่าภายในระยะเวลาดังกล่าวเกิดความชำรุดบกพร่องขึ้นแก่งานจ้างที่เสร็จสมบูรณ์แล้ว หน่วยงานของรัฐได้ แจ้งให้ผู้ร้องทุกข์เข้าดำเนินการซ่อมแซมพร้อมทั้งแจ้งราคาค่าซ่อมแซมที่หน่วยงานของรัฐประเมินราคาไว้ ประมาณ 100,000 บาท ผู้ร้องทุกข์แจ้งกลับมาว่าไม่มีคนงานจะดำเนินการ แต่ขอชำระราคาที่หน่วยงานของรัฐ ประเมินราคาไว้โดยมอบเช็คมาให้และขอคืนหลักประกันสัญญาด้วย หน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้วรับเช็คไว้และ คืนหลักประกันสัญญาให้ ต่อมาหน่วยงานของรัฐได้ประกาศประกวดราคาเพื่อหาผู้รับจ้างซ่อมแซมจำนวนหลาย ครั้งแต่ไม่อาจจัดจ้างได้ เพราะวงเงินที่ประเมินไว้ต่ำกว่าความเป็นจริงมาก จนในที่สุดต้องจัดจ้างในกรณีเกินวงเงิน ประมาณ 300,000 บาท โดยเรียกให้ ผู้ร้องทุกข์ชำระราคาที่เพิ่มขึ้น

เป็นงานที่อาจปรับราคาได้ทั้งคู่ (ตามสัญญา) แต่เมื่ออยู่รวมกันกลับไม่ได้ปรับราคา กรณี
 ย่อมเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ในการมุ่งทำสัญญาแบบปรับราคาได้ หน่วยงานของรัฐ
 คู่สัญญาก็ย่อมมีหน้าที่จ่ายเงินค่าปรับราคา (K) ส่วนที่เพิ่มขึ้นนั้นด้วย¹⁷

(2) ศาลยุติธรรม

ก่อนมีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประเทศไทยยังไม่มีหลักสัญญาทางปกครองใช้บังคับเป็นการเฉพาะแยกออกจากสัญญาทางแพ่ง แม้จะมีอยู่บ้างก็กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลาย ๆ ฉบับ สัญญาต่าง ๆ ที่หน่วยงานภาครัฐทำกับเอกชนในการจัดซื้อจัดจ้าง จะมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวมีแนวความคิดและหลักสัญญาทางปกครองไว้ในระบียบดังกล่าว เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ แต่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงกฎหมายฝ่ายบริหารจึงมีศักดิ์กฎหมายอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและนำคดีขึ้นฟ้องร้องศาลยุติธรรมจะพิจารณาพิพากษาโดยใช้หลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีศักดิ์กฎหมายสูงกว่า โดยศาลยุติธรรมจะนำหลักสัญญาทางแพ่งมาปรับใช้โดยไม่มีการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งการวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ศาลยุติธรรมจะต้องตัดสินใจไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อสัญญา และหากข้อสัญญาไม่กำหนดไว้ศาลยุติธรรมจะนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ โดยในเรื่องการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนแม้วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะเป็นบริการสาธารณะก็ตาม ศาลยุติธรรมจะนำหลักกฎหมายเอกชนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาหรือเลิกสัญญาโดยที่เอกชนคู่สัญญามีได้ยินยอมหรือมิได้ผิดสัญญา

¹⁷ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 43/2527

กรณีนี้ศาลยุติธรรมถือว่ารัฐเป็นฝ่ายผิดสัญญาและต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน¹⁸ ดังนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะบอกเลิกสัญญาต้องมีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในสัญญา ตลอดจนสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นพิเศษไว้อย่างชัดเจนจึงจะถือว่าฝ่ายรัฐไม่ผิดสัญญา หรืออาจจะใช้วิธีการออกกฎหมายพิเศษมาให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงจะมีสิทธิเลิกสัญญาหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญา รวมถึง ข้อกำหนดในเรื่องค่าทดแทนด้วย

3.4 แนวคิดเกี่ยวกับการเปิดทำการของศาลปกครองและกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองนั้น ศาลซึ่งได้รับมอบหมายให้มีอำนาจหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ได้แก่ ศาลยุติธรรม ดังนั้น เมื่อมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองหรือเอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายก็จะเสนอปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวให้ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาโดยส่วนมากฝ่ายปกครองขอให้ศาลบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามสัญญาหรือให้ชำระค่าปรับตามสัญญา เป็นต้น ซึ่งเอกชนก็จะให้การต่อสู้ว่าสัญญาเป็นโมฆะ หรือตนไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามเพราะข้อสัญญามีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายลำดับรองฉบับใดฉบับหนึ่ง เป็นต้น เช่น ขัดต่อพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เทศบัญญัติ เป็นต้น โดยฝ่ายปกครองก็อาจกล่าวอ้างว่ากฎหมายลำดับรองดังกล่าวออกมาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีผลบังคับ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายลำดับรองที่ออกมาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จึงมีผลสมบูรณ์หาเป็นโมฆะไม่ ในกรณีเช่นนี้ ก่อนที่ศาลยุติธรรมจะ

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525 ที่วินิจฉัยว่า “สัมปทานบัตรเพื่อการลงทุนประกอบการเกษตรกรรมและอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทยจำเลยออกให้โจทก์ (เอกชน) เป็นสัญญาระหว่างรัฐกับโจทก์ ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนด และเงื่อนไขที่ระบุไว้สัมปทานบัตร และในส่วนที่ไม่ได้ระบุไว้ก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากการบอกเลิกสัมปทานบัตรเป็นเพราะจำเลย (กระทรวงมหาดไทย) เป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์(เอกชน) ก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้”

พิพากษาว่า สัญญาเป็นโมฆะหรือสมบูรณ์และจำเลยจะต้องปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ ศาลก็จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดว่า กฎหมายลำดับรองชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นได้ว่า ปัญหาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าวชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นปัญหา ข้อกฎหมายที่ศาลจะต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นก่อนที่จะกล่าวถึงพิพากษาในประเด็นหลักแห่งคดี โดยใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประกอบ ซึ่งจะมีผลให้การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมมีข้อบกพร่องไม่เหมาะสมแก่การนำมาใช้พิจารณาคดีปกครองในเรื่องดังต่อไปนี้¹⁹

(1) วัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็เพื่อใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เอกชนกับเอกชนเป็นคู่ความกันจะมีความยุ่งยากซับซ้อนใช้เวลานานและทำให้คู่ความต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงในการต่อสู้คดี จึงไม่เหมาะสมแก่การที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะในการพิจารณาพิพากษาคดีนี้ต้องใช้ความรวดเร็วและประหยัด

(2) หลักการที่ใช้ในการแสวงหาความจริงตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะให้ความสำคัญไปในทาง “ระบบกล่าวหา” ซึ่งระบบดังกล่าวจะผลักระการพิสูจน์ไปให้แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริง ดังนั้น เมื่อเอกชนซึ่งเป็นผู้ฟ้องฝ่ายปกครองกล่าวอ้างว่าฝ่ายปกครองผิดสัญญา เอกชนจึงมีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการผิดสัญญาดังกล่าวให้ศาลเห็น โดยในทางปฏิบัติเห็นได้ว่าเป็นภาระที่หนักมากสำหรับเอกชน ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองเป็นผู้ร่างสัญญาและเก็บเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นฝ่ายเดียว เมื่อเกิดกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา เอกชนจึงไม่สามารถหาพยานหลักฐานมานำสืบเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการผิดสัญญาของฝ่ายปกครองได้ ดังนั้น การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลยุติธรรมดังกล่าวจึงเป็นการบั่นทอนกำลังใจของเอกชนที่จะเสนอปัญหาให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไร หรือไม่ เพราะโดยปกติแล้วฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ครอบครองพยานหลักฐานที่จะใช้พิสูจน์ความจริง

¹⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2543, หน้า 311.

(3) หลักการใช้ดุลพินิจการรับฟังพยานหลักฐานตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แม้กฎหมายดังกล่าวจะให้อำนาจศาลในการเรียกพยานมาสืบเองได้ แต่ในทางปฏิบัติศาลจะจำกัดอำนาจในการใช้ดุลพินิจเพียงเท่าที่จำเป็น ศาลมักจะขังน้ำหนักพยานหลักฐานใดตามที่คู่ความแต่ละฝ่ายนำเสนอเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตนตามภาระการพิสูจน์เท่านั้น แต่ในกรณีการฟ้องว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบหรือการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบนั้น จะมีความหมายกว้าง ทำให้ศาลต้องใช้ดุลพินิจกว้างไปด้วย ดังนั้น ศาลจึงต้องมีความรู้ความเข้าใจในกฎหมายมหาชน การบริหารและภาระหน้าที่ของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชน เพราะในการปฏิบัติงานหรือการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในบางกรณีก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงอย่างใดได้เลยที่จะไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนต่อประชาชนส่วนน้อย ทั้งนี้ ก็เพื่อจะอำนวยความสะดวกและทำให้ประชาชนส่วนใหญ่ได้รับประโยชน์ หรือบำบัดปัดป้องบรรเทาความเดือดร้อนให้แก่ประชาชนส่วนใหญ่ เช่น การก่อสร้างทางซึ่งจะต้องมีการเวนคืนที่ดินบางส่วนของประชาชนส่วนน้อยในบริเวณนั้น เป็นต้น ในกรณีนี้ประชาชนส่วนน้อยที่ได้รับความเดือดร้อนนั้น เมื่อฟ้องเป็นคดีพิพาทต่อศาลยุติธรรม ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานและใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างจำกัดไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่าที่คู่ความนำเสนอเท่านั้น ซึ่งจะทำให้เอกชนไม่ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควร เพราะศาลจะต้องคำนึงถึงความจำเป็นของฝ่ายปกครองเป็นหลัก อันทำให้สิทธิเสรีภาพและประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนไม่ได้รับความเป็นธรรม ซึ่งในกรณีดังกล่าว ศาลจำต้องใช้ดุลพินิจในลักษณะซ้อนกับอำนาจของฝ่ายปกครองโดยใช้ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานตามกฎหมายมหาชนมาเยียวยาเพื่อให้ประโยชน์ของประชาชนส่วนน้อยดังกล่าวได้รับความกระทบน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งจะต้องเข้าไปพิจารณาตั้งแต่รากฐานที่มา เหตุผล และความจำเป็นของการก่อสร้างทางควนดังกล่าว และเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องใช้ที่ดินในส่วนที่ประชาชนส่วนน้อยนั้นถูกเวนคืน ประกอบกับเหตุผล และความจำเป็นที่ฝ่ายปกครองจะต้องเยียวยาให้ประชาชนส่วนน้อยที่ถูกกระทบกระเทือนนั้นได้รับความกระทบกระเทือนน้อยที่สุดและเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองมากที่สุด เช่น ได้รับ

ค่าทดแทนที่ดินเป็นการเพียงพอและเหมาะสมกับที่ดินที่ถูกเวนคืน เป็นต้น เพราะในการพิจารณาใช้ดุลพินิจตามที่กล่าวมาข้างต้น ศาลยุติธรรมไม่อาจใช้ดุลพินิจตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ เพราะคู่ความไม่สามารถที่จะทราบเจตนารมณ์ดังกล่าวและนำสืบให้ศาลเห็นได้ ทั้งนี้ เพราะข้อจำกัดด้านการแสวงหาพยานหลักฐานดังที่ได้กล่าวไว้ใน (3) และความรู้ความสามารถของคู่ความ เป็นต้น

โดยเหตุดังกล่าวมาตรา 276 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงกำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมและศาลอื่นเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยคดีปกครอง ดังนั้น เพื่อให้การเป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าวพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง²⁰

²⁰ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

บทที่ 3

ความหมายของสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ

ในประเทศต่าง ๆ ฝ่ายปกครองของประเทศนั้น ๆ ต่างก็มีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ทั้งทางด้านการรักษาความปลอดภัยภายในประเทศ การป้องกันภัยจากภายนอกประเทศ การดำเนินการในทางเศรษฐกิจ และในทางสังคมเพื่อให้ประชาชนของตนได้รับความสะดวกสบายและปลอดภัยในชีวิต และทรัพย์สิน ในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น บางส่วนฝ่ายปกครองจะเข้าไปจัดทำเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจการเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ และการรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน บางส่วนฝ่ายปกครองก็จะมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทน โดยใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ

ลักษณะโครงสร้าง “สัญญาทางปกครอง” ในประเทศต่าง ๆ นั้น ย่อมมีความแตกต่างกันออกไป ด้วยปัจจัยพื้นฐานทางกฎหมาย วัฒนธรรม สภาพทางเศรษฐกิจและสังคมที่แตกต่างกันออกไป บางประเทศมีการพัฒนาสร้างหลักกฎหมายพิเศษในเรื่องสัญญาทางปกครองออกมาอย่างชัดเจนเป็นระบบ เช่น ประเทศฝรั่งเศส และเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศฝรั่งเศส มีการพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองออกไปเด่นชัดที่สุด ดังนั้น การศึกษาเพื่อทำความเข้าใจลักษณะโครงสร้างของสัญญาที่มีลักษณะทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส และเยอรมัน ที่ได้มีการพัฒนาสภาพทางเศรษฐกิจสังคม การเมือง และเทคโนโลยีก้าวหน้าไปเป็นอันมาก จะเป็นประโยชน์ในการวางแผนทางเรื่องความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศไทยต่อไป

1 ความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

1.1 แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง¹

เดิมในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดในการแบ่งแยกนิติกรรมของฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจบังคับบัญชา (actes d'autorité) กับ นิติกรรมที่ฝ่ายปกครองบริหารเหมือนอย่างเอกชน (actes de gestion) ดังนั้น สัญญาทั้งหลายที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นไม่ว่าในลักษณะใดๆ จะเกี่ยวกับการบริการสาธารณะหรือไม่ จะอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ทั้งนี้ เพราะในขณะนั้นมีความเห็นว่าศาลปกครองควรมีอำนาจเฉพาะเรื่องการกระทำที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจตามกฎหมายเท่านั้น เห็นได้ว่าในสมัยนั้น สัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมดจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาตัดสินของศาลยุติธรรมและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน เว้นแต่ สัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองโดยเฉพาะ

จนถึงปี ค.ศ.1873 ศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล (le Tribunal des conflits) ได้วินิจฉัยในคดี Blanco ว่า จะต้องใช้แนวความคิดเรื่อง บริการสาธารณะ (le service public) มาเป็นเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาว่า กิจกรรมและนิติกรรมใดของฝ่ายปกครองจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองหรือไม่ และจากแนววินิจฉัยคดีนี้ได้มีการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ประเภท โดยถือหลักว่า สัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อจัดองค์กรหรือปฏิบัติงานบริการสาธารณะ (contrats conclus en vue de l'organisation ou du fonctionnement des services publics) สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาอื่นๆ ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน² จากนั้นมาศาลก็ได้ใช้แนวความคิดเรื่องบริการสาธารณะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาให้ความหมายของสัญญา

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่มที่ 5. มีนาคม 2529, หน้า 77 – 109.

² ชาลูนซ์ แสงวงศ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2541, หน้า 45 – 46.

ทางปกครองเรื่อยมา ต่อมาศาลได้พบว่าเกณฑ์ดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องอยู่ จึงได้พยายามคิดค้นหาเกณฑ์อื่นขึ้นมาใช้แทนหรือเสริมเกณฑ์ดังกล่าวในการให้ความหมายของสัญญาทางปกครองและในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง

1.2 ความหมายของสัญญาทางปกครอง³

คำว่า “สัญญาทางปกครอง” นั้น เป็นคำที่แปลมาจากคำภาษาฝรั่งเศสที่ว่า “contrats administratifs” นอกจากนี้ ยังมีคำอีกคำหนึ่งที่ใกล้เคียงกันคือคำว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” (contrats de l’Administration) คำดังกล่าวทั้งสองนี้มีความหมายอย่างเดียวกันหรือแตกต่างกันอย่างไร สมควรทำความเข้าใจร่วมกันเสียก่อนดังนี้

นักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส⁴ได้อธิบายไว้ว่า ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนี้ นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมายโดยทำ “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว” ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีการทำสัญญาได้อีกด้วย สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องนั้น เรียกกันว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l’Administration)” โดยฝ่ายปกครองอาจพิจารณาเลือกได้ว่าตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนอย่างเดียวกับที่เอกชนทำสัญญาระหว่างกันหรือว่าตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษคือระบบกฎหมายปกครอง

สัญญาประเภทแรกเรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน (contrats de droit privé de l’ Administration)” ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา

สัญญาประเภทที่สองเรียกว่า “สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)” ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา

³ ชาญชัย แสงวงศ์. สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. กรุงเทพฯ:สำนักงานศาลปกครอง, 2543, หน้า 30 – 31.

⁴ เวอเดล (Georgs Vedel) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส ,Droit Administratif P.U.F. ,1976 ,pp.228 – 229 อ้างไว้ในชาญชัย แสงวงศ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

จึงสรุปได้ว่า “สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)” เป็นเพียงสัญญาประเภทหนึ่งของ “สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l’Administration)”

1.3 เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง

การวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองมี 2 ประการ คือ

(1) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย กล่าวคือ มีกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่กรณีเช่นนี้มีน้อย ส่วนใหญ่แล้วกฎหมาย จะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญานั้นให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ซึ่งทำให้เข้าใจได้เองว่าให้นำระบบกฎหมายปกครอง หรือระบบกฎหมายเอกชน แล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญานั้น แต่มีบางกรณีที่ แม้จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตรงตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลกำหนดนั้นอยู่แล้วหรืออาจจะมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายเอกชนตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นพิเศษก็ได้ ตัวอย่างได้แก่

- สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองได้แก่ สัญญาการโยธาสาธารณะ หรือสัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนว่าจ้างให้ผู้รับเหมาเอกชนก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ รวมถึงสัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐซึ่งเอกชนให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วยการให้เงินหรือวัสดุ สัญญาให้เช่าหรือให้ใช้ประโยชน์ในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน

- สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงอาหารของทหาร สัญญาให้เช่าที่ดินขององค์กรปกครองท้องถิ่น เพื่อเกษตรกรรม เป็นต้น

⁵ ชาลูนัย แสงศักดิ์. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 9 ตอน 1. เมษายน 2533, หน้า 183.

อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองโดยการบัญญัติของกฎหมายนี้มีความชัดเจนมากขึ้นในปี 2001 (2544) ซึ่งในปี 2001 นั้นเอง ในประเทศฝรั่งเศสได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (Code de marchés publics) ฉบับใหม่ ซึ่งเป็นการรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวกับการพัสดุให้อยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน เพื่อให้ง่ายแก่การใช้ และในปี 2001 นั้นเองก็มีการออกกฎหมายฉบับหนึ่งเป็นรัฐบัญญัติว่าด้วยการกำหนดมาตรการเร่งด่วนในการปฏิรูปด้านเศรษฐกิจและการคลัง (Loi n° 2001 – 1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “Loi MURCEF” ที่มีบทบัญญัติที่สำคัญมาตราหนึ่งที่ว่า

“มาตรา 2 สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ดำเนินการตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุดีถือเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)

อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมยังคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวที่เคຍอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมและฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมก่อนวันที่รัฐบัญญัตินี้ใช้บังคับ”

จากบทบัญญัติในมาตรา 2 ของ Loi MURCEF ดังกล่าว มีผลให้การวินิจฉัยว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาทางปกครองง่ายขึ้น โดยพิจารณาแต่เพียงว่าสัญญานั้นได้มีการดำเนินการตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุหรือไม่ก็เพียงพอ โดยไม่ต้องไปดูเงื่อนไขอื่น ๆ เช่น เรื่องการจัดทำบริการสาธารณะหรือเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ

(2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองดูได้จากสภาพของสัญญานั้น อาจถือว่าเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนได้⁶ โดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 9 ตอน 1. เมษายน 2533, หน้า 183.

(ก) เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา

คือสัญญาทางปกครองต้องมีฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ
การใช้ “คุณสมบัติของคู่สัญญา” เป็นเกณฑ์แบ่งออกได้เป็น

- กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน

หลักการนี้ถือว่าสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันแล้ว มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากว่าการดำเนินงานของนิติบุคคลมหาชนตามปกติย่อมใช้ “วิธีการในการบริหารแบบมหาชน” แต่หลักดังกล่าวไม่ใช่ในกรณี เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้วสัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนก็จะต้องใช้กฎหมายเอกชนบังคับ

- กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน

ในกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ว่านิติบุคคลนั้นจะเป็นคู่สัญญาโดยตรง หรือโดยการมีเอกชนเป็นตัวแทนในการเข้าทำสัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อสัญญานั้นเป็น “นิติกรรมในการบริหารแบบมหาชน” โดยอาจจะเป็นเพราะสัญญานั้น มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรืออาจเป็นเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นหรืออาจเป็นเพราะระบบของสัญญานั้น

- กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน

โดยหลักแล้วมีสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองกล่าวคือสัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนทั้งสองฝ่ายย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นบุคคลเอกชนนั้นจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม ไม่ว่าสัญญานั้นจะมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบตามสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญานั้นจะมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ก็ตาม

แต่มีข้อยกเว้นว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ด้านบริการสาธารณะอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าดูเหมือนว่าสัญญานั้นได้สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน

ข้อความที่ว่า “เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน” นั้นมีความหมายพิเศษซึ่งมิได้หมายถึง กรณีที่องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาในฐานะที่เป็นตัวแทน หรือผู้รับมอบอำนาจของนิติบุคคลมหาชน เพราะถ้าเป็นเช่นนั้นคู่สัญญาที่แท้จริงก็คือตัวการ ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน กรณีเช่นนั้นจึงเป็นกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน (ซึ่งได้มอบให้บุคคลเอกชนทำสัญญาแทนตน) แต่กรณีที่กำลังพิจารณากันอยู่นี้ หมายถึง กรณีที่องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาไป โดยมีได้รับมอบอำนาจจากนิติบุคคลมหาชน แต่เป็นการทำสัญญาแทนที่นิติบุคคลมหาชน แต่ถ้าปรากฏว่า องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญานั้นไปเองโดยอิสระโดยคำสั่งของตนเอง การทำสัญญานั้นย่อมมิใช่เป็นการทำสัญญา “เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน”

ข้อยกเว้นตามแนวนี้นี้ แต่เดิมจะจำกัดอยู่เฉพาะสัญญาที่ทำการสร้างทางซูปเปอร์ไฮเวย์หรืองานอื่นที่เกี่ยวข้องกันเท่านั้น เช่น ทางรถไฟ คลองขนส่ง โดยมีเหตุผลว่าบริษัทผู้รับสัมปทานได้ทำสัญญาไป “เพื่อประโยชน์ของรัฐ” เพราะการก่อสร้างทางหลวงของชาตินั้น โดยลักษณะหรือโดยสภาพแล้วย่อมเป็นภาระหน้าที่ของรัฐ ซึ่งแต่เดิมมารัฐเป็นผู้ดำเนินการเอง ต่อมาศาลได้ขยายข้อยกเว้นนี้ออกไปใช้บังคับกับกรณีของสัญญาที่ทำกัน ระหว่างบริษัทจัดระบบและพัฒนาที่ดินกับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชน และใช้บังคับกับกรณีของสัญญาที่ทำกัน ระหว่างสถาบันเครดิตฟองซิเอร์แห่งประเทศฝรั่งเศสกับเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งตั้งอยู่ ณ ต่างประเทศเพื่อที่บุคคลนั้นจะได้กลับไปตั้งรกรากอยู่ที่ประเทศฝรั่งเศสได้

ดังนั้น กรณีที่ถือได้ว่าองค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญา เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชนสัญญานั้น อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ เสมือนหนึ่งว่ามีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาอยู่ด้วยแต่จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ต้องดูว่าสัญญานั้น มีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือมีวัตถุประสงค์สัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะหรือไม่⁷

⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 5. 2529, หน้า 82.

(ข) เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสาระของสัญญา

คือ จะต้องมิลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้คือ ต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะ หรือข้อกำหนดในสัญญาเป็นข้อความ ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน เพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมากเกินไป

(ข.1) สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะ

กล่าวคือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาหรือหน้าที่ที่จะต้องชำระตอบแทนกันจะต้องเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงไม่รวมถึงสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน แต่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะบ้างไม่มากนักน้อย เช่น สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเช่าอาคารเอกชน เพื่อมาตั้งที่ทำการไปรษณีย์หรือสัญญาซื้อวัสดุครุภัณฑ์มาใช้ในฝ่ายปกครองเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะบ้าง เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องเกี่ยวข้องกับขนาดที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง (หน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเป็นการดำเนินบริการสาธารณะในตัวเอง)

- สัญญาให้สัมปทานดำเนินบริการสาธารณะ

สัญญาประเภทนี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการมอบให้เอกชนคู่สัญญามีภาระหน้าที่ในการดำเนินบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน โดยบริการสาธารณะอาจเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองหรือบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมก็ได้

การที่สัญญาประเภทนี้มีลักษณะเป็น “สัญญาทางปกครอง” เพราะนิติบุคคลมหาชนเท่านั้นที่ทำสัญญาประเภทนี้ได้หรือนิติบุคคลมหาชนเท่านั้น ที่มีอำนาจเหนือวัตถุประสงค์สัญญานี้ตัวอย่างได้แก่ คดีคู่สมรส Bertin (คดี Epoux Bertin ค.ศ. 1959)⁸ มีข้อเท็จจริงว่าหลังจากฝรั่งเศสพ้นจากการยึดครองของทหารเยอรมันในสงครามโลกครั้งที่ 2 แล้วมีการรวบรวมผู้ลี้ภัยชาวไซเวียตเข้าสู่ศูนย์ส่งตัวกลับบ้านเกิดเมืองนอน ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทหารผ่านศึกผู้อำนวยความสะดวกทหารผ่านศึกได้ทำสัญญา

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 5. 2529, หน้า 84.

ว่าจ้างให้คู่สมรส Bertin ทำอาหารเลี้ยงชาวโซเวียตที่กำลังรอการส่งกลับประเทศ โดยให้ค่าจ้างวันละ 30 ฟรังก์ ต่อคนต่อวัน ต่อมาผู้อำนวยการศูนย์ได้ขอให้คู่สมรสเพิ่มอาหาร โดยสัญญาว่าจะช่วยค่าอาหารเพิ่มขึ้นให้ 7.5 ฟรังก์ต่อคนต่อวัน คู่สมรสทำอาหารเพิ่ม รัฐมนตรีกระทรวงทหารผ่านศึกปฏิเสธไม่จ่ายค่าอาหารที่เพิ่มคู่สมรสดังกล่าวจึงมาฟ้องศาลที่ปรึกษาแห่งรัฐเรียกต่ออาหารเสริม รัฐมนตรีว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจศาลที่ปรึกษาแห่งรัฐเพราะสัญญานี้เป็นสัญญาทางแพ่งธรรมดาที่ปรึกษาแห่งรัฐกลับเห็นว่าสัญญานี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรงบริการสาธารณะที่ว่าก็คือการเลี้ยงคนต่างชาติที่อยู่ในดินแดนฝรั่งเศสเพื่อส่งกลับประเทศสัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองทำสัญญาให้เอกชนมาดำเนินการบริการสาธารณะนั้นโดยตรง แทนตน หรือคดี Thérond (คดี Thérond ค.ศ.1910)⁹ เป็นสัญญาระหว่างเมืองมงต์เปลลิเอร์ กับนายเต-รง โดยฝ่ายแรกมอบให้ฝ่ายหลังดำเนินการบริการสาธารณะทางด้านสุขลักษณะและความปลอดภัยโดยการจับสุนัขจรจัดและเก็บซากศพของสัตว์

- สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองโดยตรง

คือสัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่เฉพาะด้านของบริการสาธารณะและมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะนั้นโดยตรง เช่น สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาล สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา

- สัญญาที่หน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองทำกับผู้ใช้บริการของตน

คือ เป็นสัญญาที่ทำระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ไม่ใช่การให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะเองโดยตรง เพราะฝ่ายปกครองยังดำเนินการบริการสาธารณะนั้นด้วยตนเองอยู่ แต่สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนเป็นทางที่จะทำให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองทำอยู่เสร็จสิ้นไปโดยการทำสัญญานั้นเอง

⁹ ชาลูนซ์ แสวงศักดิ์. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 9 ตอน 1. เมษายน 2533, หน้า 192.

ตัวอย่างได้แก่ คดีระหว่างรัฐมนตรีกระทรวงเกษตรกรรมกับคู่สมรส Grimouard (คดี Grimouard ค.ศ.1956)¹⁰ รัฐบัญญัติกำหนดให้รัฐมนตรีมีหน้าที่ดำเนินบริการสาธารณะปลูกป่าในพื้นที่ของรัฐและของเอกชนในส่วนการปลูกป่าในที่ดินเอกชนนั้น กฎกระทรวงที่ออกตามความในรัฐบัญญัติได้บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีทำสัญญาให้เอกชนทำการปลูกป่าในที่ดินตนเอง โดยรัฐจ่ายค่าตอบแทนให้รัฐมนตรีจึงทำสัญญาให้ Grimouard ปลูกป่าในที่ดินของตนเอง การทำสัญญาของรัฐมนตรีเป็นวิธีการดำเนินบริการสาธารณะในตัวเองแล้ว คดีนี้ถือว่าฝ่ายปกครองยังดำเนินบริการสาธารณะปลูกป่าเอง เพียงแต่แทนที่จะใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับให้นาย Grimouard ปลูกป่าในที่ดินของเขา (ซึ่งทำได้) ก็กลับใช้วิธีทำสัญญาแทนสัญญา นี้จึงเป็นวิธีการดำเนินบริการสาธารณะที่สำเร็จเสร็จสิ้นในตัวเอง

(จ.2) สัญญานั้นมีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ตามกฎหมายเอกชนเพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก

การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองมีอำนาจมหาชนที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง และถ้าฝ่ายปกครองไม่ต้องการสละสิทธิพิเศษที่มีในอำนาจมหาชนก็เขียนสัญญาให้มีข้อความที่รักษาเอกสิทธิเช่นว่านั้นไว้ซึ่งทำให้ต้องใช้กฎหมายปกครองบังคับแก่สัญญานั้น

ความหมายของคำว่า “ข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน” ได้แก่

- ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน

ถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนที่จะทำได้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการละครสัตว์และโรงมหรสพของเทศบาลได้รับยกเว้นภาษี และข้อสัญญาที่กำหนดข้อผูกพันของคอมมูนที่จะต้องกำหนดภาษี (ท้องถิ่น)

¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 5. 2529, หน้า 86.

ทางตรงนั้นใหม่ ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อนำเงินภยานั้นมาผ่อนชำระหนี้เงินกู้เป็นรายปี

ข้อสัญญาประเภทนี้อาจเป็นข้อสัญญาที่มีผลต่อบุคคลภายนอก เช่นข้อสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในอันที่จะลงโทษทางวินัยแก่นักเรียนของโรงเรียนการเกษตรที่คู่สัญญานั้นได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ¹¹

- สัญญาที่มีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ข้อสัญญาประเภทนี้เป็นข้อสัญญาที่พบกันทางปฏิบัติมากกว่า ข้อสัญญาประเภทแรก โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมหรือภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลยก็ได้ อาจถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งข้อความลักษณะนี้เป็นข้อความที่อาจขัดต่อกฎหมายและอาจทำให้สัญญาเป็นโมฆะ ถ้านำไปใส่ไว้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาเลย หรือข้อความในสัญญาที่ให้คู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลมหาชนบังคับคดีได้เอง โดยไม่ต้องผ่านศาล กล่าวคือ เมื่อผิดสัญญาแล้วให้ฝ่ายนิติบุคคลมหาชนริบทรัพย์คู่สัญญาเอกชนขายทอดตลาดได้ทันที รวมตลอดถึง ข้อความที่ไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ค่อยพบบ่อยนักในกฎหมายเอกชน เพราะปกติคู่สัญญามักไม่ยินยอมให้ใส่ไว้ เช่น ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญา การให้อำนาจฝ่ายปกครองในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญามากเป็นพิเศษทุกชั้นตอนหรือฝ่ายปกครองอาจให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยที่เอกชนด้วยตนเองทำไม่ได้ เช่น การที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนทำทางด่วนและเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้ หรือฝ่ายปกครองอาจให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดในกิจการนั้นแต่ผู้เดียว หรือฝ่ายปกครองอาจให้เอกชนมีสิทธิใช้ที่ดินของเอกชนแทนฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินกิจการของสนามกีฬา สำหรับการแข่งขันหรือ ฝึกซ้อมจักรยาน¹² ซึ่งมี

¹¹ ชาลชัช แสงวงศ์. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 9 ตอน 1. เมษายน 2533, หน้า 187.

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 5. 2529, หน้า 88.

ข้อสัญญากำหนดให้ผู้เช่าจัดกิจกรรมได้อย่างจำกัดภายหลังจากได้รับการอนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัดแล้ว นอกจากนี้ ยังมีข้อสัญญาให้ฝ่ายปกครองควบคุมสถานะการเงิน (กำไร-ขาดทุน) ของบริษัทอย่างใกล้ชิด ไม่ให้เอากำไรเกินควรและยังให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองที่จะเลิกสัญญาเสียเมื่อใดก็ได้ตามที่เห็นสมควร หรือข้อสัญญาที่กำหนดว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องถือปฏิบัติตามข้อสัญญาอย่างไร เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่จะต้องจัดให้มีชนิดและความถี่ของการแสดงในโรงมหรสพของเทศบาลตามที่ข้อสัญญากำหนดไว้ และหน้าที่ที่จะต้องจัดให้คอมมูนได้ใช้ในมหรสพนั้น สำหรับการจัดงานฉลองต่าง ๆ และการประชุมคอมมูน

ข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ได้แก่

- โดยหลักแล้วสัญญาทุกสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ทั้งหมดทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะของการบริการสาธารณะที่การทำสัญญามุ่งตอบสนอง แต่มีข้อยกเว้นว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ใช้บริการของตน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่ออนุญาตให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น ถือว่า สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังกล่าวนี้เองทำให้สัญญาเช่นนี้เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนเสมอ แม้สัญญานั้นจะมีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ตาม

- กรณีที่การกำหนดว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อสัญญาเท่านั้น คู่สัญญาอาจเลือกที่จะผูกนิติสัมพันธ์โดยสัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้ กล่าวคือ ลักษณะของสัญญาย่อมขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา

- ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนดังกล่าวนี้เพียงข้อเดียวก็เพียงพอ แต่ที่ทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ หรือในกรณีที่สัญญานั้นไม่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนเด่นชัด

อยู่เลย แต่มีข้อสัญญาหลายข้อที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อสัญญาเหล่านี้รวมกันทั้งหมดแล้วก็อาจทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้¹³

- ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน อาจตกเป็นโมฆะได้เพราะขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเรื่องสัญญา หรือขัดต่อกฎหมายมหาชนบางหลักก็ได้ แต่สัญญาที่มีข้อสัญญาดังกล่าวก็ยังคงมีลักษณะเป็น “สัญญาทางปกครอง” อยู่แน่นอน จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะวินิจฉัยว่าข้อสัญญานั้นตลอดจนตัวสัญญานั้นเองเป็นโมฆะหรือไม่¹⁴

นอกจากข้อความในสัญญาดังกล่าวแล้ว ศาลยังอาจใช้ตัวบทกฎหมายทั้งปวง อันเป็นที่มาของสัญญานั้นมาประกอบการวินิจฉัยด้วยว่า สัญญาดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ แม้ในสัญญาจะไม่มีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่ถ้าดูจากกฎหมายอันเป็นที่มาของสัญญานั้น ๆ ทั้งกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรองประกอบแล้วทำให้เห็นได้ว่า กฎหมายประสงค์ให้สัญญาและผลของสัญญาต่างจากสัญญาทางแพ่งธรรมดา ได้แก่ สัญญาที่ทำกันระหว่างการไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศสซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ผลิตกระแสไฟฟ้า โดยคู่สัญญาฝ่ายแรกขอซื้อกระแสไฟฟ้าที่คู่สัญญาฝ่ายหลังผลิตได้เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีข้อบังคับว่าถ้ามีปัญหาเกี่ยวกับการซื้อขายกระแสไฟฟ้าโดยการไฟฟ้าให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบการไฟฟ้าวินิจฉัย โดยต้องฟังความเห็นของสภาการไฟฟ้าและแก้สก่อน ทำให้เข้าใจได้ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีลักษณะและผลต่างจากสัญญาทางแพ่งธรรมดา จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้ง ๆ ที่ข้อความในสัญญาจริง ๆ ไม่ต่างกับสัญญาซื้อขายของเอกชนเลย เห็นได้ว่าคดีนี้ศาลไม่ได้ดูข้อความในสัญญา แต่ดูตัวบทกฎหมายนอกสัญญา ซึ่งเป็นที่มาของสัญญาแทน ว่ากฎหมายประสงค์จะให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งธรรมดา¹⁵

¹³ ชาญชัย แสงศักดิ์. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 9 ตอน 1. เมษายน 2533, หน้า 186.

¹⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 9 ตอน 1. เมษายน 2533, หน้า 190.

¹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 5. มีนาคม 2529, หน้า 89.

2 ความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศเยอรมัน

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้น ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 54 ถึงมาตรา 62 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ.1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 เรียกโดยย่อว่า VwVfG) โดยมาตรา 62 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย ตราบเท่าที่มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้ มาตรา 62 ยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้ บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตการใช้บังคับ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งของ เยอรมัน¹⁶

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง¹⁷

Loening และ Stengel ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครอง ในปี ค.ศ. 1884 และปี ค.ศ. 1886 ว่า ในเรื่องรูปแบบการดำเนินการหรือการจัดการของ ฝ่ายปกครองนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในรูปของคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถดำเนินการได้ในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง อีกทั้ง Laband ได้ให้เหตุผลในเรื่องนี้ไว้ด้วยว่ารัฐ (ฝ่ายปกครอง) สามารถทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนได้ รัฐ (ฝ่ายปกครอง) เป็นผู้ปกครองจึงสามารถที่จะดำเนินการทางปกครองในทางกฎหมาย ก็ได้ที่รัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสมและมีประโยชน์ ซึ่ง Otto Mayer ไม่เห็นด้วยกับ ความเห็นดังกล่าว เพราะสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวกับกฎหมาย มหาชนนั้นไม่มีทางเกิดขึ้น เนื่องจากสัญญาเป็นเรื่องของบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกัน

¹⁶ มานิตย์ วงศ์เสรี. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. กรุงเทพฯ: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, พฤษภาคม 2545, หน้า 1.

¹⁷ มานิตย์ วงศ์เสรี. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. กรุงเทพฯ: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, พฤษภาคม 2545, หน้า 1- 3.

ทางกฎหมาย แต่ตามกฎหมายมหาชนนั้น รัฐซึ่งอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนเป็นผู้กำหนดหรือตรากฎหมายมหาชนนั้นเอง รัฐจึงไม่อาจจะมาทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้ แนวความคิดของ Otto Mayer ได้เป็นที่ยอมรับมาเป็นเวลานาน แม้ว่าจะมีผู้ที่ไม่เห็นด้วยอยู่บ้างก็ตาม เช่น Jellinek ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครอง ปี ค.ศ. 1931 ว่า สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นได้ ความเท่าเทียมในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญานั้นเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะพิจารณาจากกฎหมายมหาชนหรือจากกฎหมายแพ่ง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1945 เป็นต้นมา ตำราและหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครองในประเทศเยอรมันเกือบทั้งหมดได้กล่าวถึงความเป็นไปได้ของสัญญาทางปกครองว่าเป็นสัญญาของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะในปี ค.ศ. 1958 ได้มีหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครองออกมาพร้อมกัน 3 เล่มที่กล่าวถึงความชอบด้วยกฎหมายของการทำสัญญาทางปกครอง ต่อมาในปี ค.ศ. 1966 Forsthoff ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ว่า ในการดำเนินการทางปกครองของรัฐหรือฝ่ายปกครองนั้น รัฐหรือฝ่ายปกครองโดยลำพังเพียงฝ่ายเดียว สามารถดำเนินการได้ในรูปแบบของคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการดำเนินการตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ อย่งไรก็ดี ภายใต้ขอบเขตหรือเรื่องราวที่แน่นอน รัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการทางปกครองโดยวิธีการเจรจาตกลงกับเอกชนหรือประชาชน ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปแบบของสัญญาก็ได้ คำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครองต่างก็มีลักษณะและหน้าที่ตนเอง ความเห็นของ Otto Mayer ที่ยืนยันว่า สัญญาทางปกครองไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากการดำเนินการทางปกครอง รัฐหรือฝ่ายปกครองมีอำนาจฝ่ายเดียวในการออกคำสั่งเสมอ และสัญญาทางปกครองทำลายหลักเรื่องความเท่าเทียมนั้น Forsthoff เห็นว่า ความเห็นดังกล่าวจะเป็นความจริง หากการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองนั้นเป็นไปโดยรัฐหรือฝ่ายปกครองดำเนินการไปโดยอำเภอใจ สัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นมามากมายและหลากหลาย และคู่สัญญาฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าก็จะได้ประโยชน์มากที่สุดจากสัญญาดังกล่าว Forsthoff จึงได้เรียกร้องให้มีการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องนี้ในกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะโดย Forsthoff ได้เสนอให้นำหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้กับเรื่องสัญญาทางปกครอง ต่อมาในปี ค.ศ. 1973 ได้มีการ

เสนอร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยรัฐบาล ร่างกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในส่วนที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 50 ถึงมาตรา 58 ในปีถัดมา Wolff และ Bachof ได้เขียนคำอธิบายเกี่ยวกับเรื่อง “หน้าที่ความผูกพันตามกฎหมายปกครองและสัญญาทางปกครอง (Verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse und Verträge)” โดยได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติแห่งร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของรัฐบาลไว้ด้วย แม้ว่าในทางวิชาการจะเป็นที่โต้เถียงกันก็ตาม ในทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองกลับมีการยอมรับในเรื่องสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเหตุผลของความจำเป็นต้องใช้รูปแบบของการกระทำทางปกครองในลักษณะนี้ สำหรับในทางปฏิบัติของศาลนั้นก็ได้มีการยอมรับเรื่อง สัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำพิพากษาของศาลปกครองในปี ค.ศ. 1966 ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้พิพากษาแสดงถึงความจำเป็นของการสัญญาทางปกครอง การตรวจสอบและการให้เหตุผลถึงสัญญาทางปกครอง

ในที่สุด สัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับอย่างชัดเจนและมีฐานะเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน เมื่อได้มีประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในปี ค.ศ. 1976 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้เคียงข้างกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง และในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ของกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไข และบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตลอดจนเรื่องการบังคับตามสัญญาทางปกครองไว้

เห็นได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศเยอรมันนั้น เกิดจากแนวคิดที่ว่า การทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น เป็นการกระทำทางปกครองของรัฐอย่างหนึ่ง ซึ่งหากเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณชนแล้ว ควรได้รับเอกสิทธิ์พิเศษโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาโดยยังคงสงวนเอกสิทธิ์แห่งอำนาจรัฐไว้ และจะต้องอยู่ในขอบเขตของหลักกฎหมายมหาชน การทำสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ทำได้อย่างชัดเจนจึงกระทำได้ ดังนั้น สัญญาทางปกครองในกฎหมายเยอรมันนั้น มีการใช้อย่างเคร่งครัดมาก ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพ

ของเอกชนไม่ให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจไปกระทบกระเทือนสิทธิของเอกชนมากเกินไป แต่มีใช้ว่าสัญญาทุกสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน จะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป บางกรณี ฝ่ายปกครองอาจทำความตกลงกับเอกชนภายในขอบเขตของกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายแพ่ง ถือว่ารัฐสามารถเข้าทำกิจการในลักษณะเดียวกับเอกชน และสามารถก่อให้เกิดหนี้ผูกพันตามสัญญาได้ หากข้อสัญญาเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองทำสัญญากับเอกชน เกี่ยวกับการจัดหาวัสดุ สัญญาจัดหาสินค้า สัญญาเช่าสถานที่ของเอกชนเป็นสถานที่ปฏิบัติราชการ สัญญาซื้อขายที่ดิน สัญญากู้ยืมเงิน ซึ่งมีลักษณะทางการค้า จัดเป็นสัญญาที่อยู่ในบังคับของกฎหมายแพ่ง ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งในทางปฏิบัติ สัญญาประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจะใช้เงื่อนไขสัญญาตามแบบสัญญามาตรฐาน หรือสัญญาสำเร็จรูปซึ่งกำหนดไว้ในระเบียบของฝ่ายปกครอง¹⁸

2.2 ความหมายของสัญญาทางปกครอง¹⁹

ความหมายของสัญญาทางปกครองนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ซึ่งสามารถให้คำจำกัดความของสัญญาทางปกครองได้ว่า “สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน” จากคำนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองสามารถแยกองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองได้ดังนี้

(1) เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญา และหลักเรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาตามคำเสนอและคำสนอง เป็นต้น

¹⁸ ปราณี หล่อรัตนโชติ. “การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534 : หน้า 18 – 20.

¹⁹ มานิตย์ วงศ์เสรีเสรี. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. กรุงเทพฯ: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, พฤษภาคม 2545, หน้า 4 – 5.

(2) เนื้อหาสาระของสัญญานั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน

สัญญาทางปกครองจะมีความแตกต่างไปจากสัญญาประเภทอื่นก็ตรงที่เนื้อหาสาระของตัวสัญญานั้นเอง

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้ว ในกฎหมายดังกล่าวได้ใช้คำว่า “offentlich – rechtlicher Vertrag” ซึ่งแปลตรงตามถ้อยคำแล้วจะให้ความว่า “สัญญาตามกฎหมายมหาชน” และบทนิยามที่กำหนดดังกล่าวก็ใช้คำว่า “นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน (Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts)” ฉะนั้น หากตีความอย่างเคร่งครัดโดยยึดถือตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว สัญญาทางปกครองจะมีความหมายกว้างและครอบคลุมไปถึงสัญญาทุกประเภทที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน กล่าวคือ จะหมายความรวมไปถึงสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศได้ด้วย ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เนื่องจากถ้าพิจารณาจากขอบเขตการใช้บังคับโดยทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในมาตรา 1 (1) ซึ่งกล่าวถึงเรื่องการปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายมหาชนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ประกอบกับมาตรา 9 แห่งกฎหมายฉบับเดียวกัน ซึ่งกล่าวถึงความหมายของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่าคำว่า “สัญญาตามกฎหมายมหาชน (offentlich - rechtlicher Vertrag)” ตามนัยมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 นั้น หมายความว่าถึง สัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตกลงทำสัญญาและภายในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น ดังนั้น คำว่า “offentlich – rechtlicher Vertrag” ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงหมายถึง “สัญญาตามกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtlicher Vertrag)” หรือ “สัญญาทางปกครอง” นั่นเอง

กล่าวโดยสรุปก็คือ สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองอันเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไป ซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง

2.3 เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง

ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 54 บัญญัติถึงหลักการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาตามกฎหมายเอกชน และสัญญาทางปกครอง ให้พิจารณาเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเอง ฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญาไม่ใช่สาระสำคัญที่แสดงถึงลักษณะความแตกต่างของสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางปกครอง สัญญาระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ก็อาจเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนได้ ถ้าเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเป็นตามกฎหมายเอกชน ในทางกลับกันสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าพื้นฐานของสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระตามกฎหมายมหาชน แต่เอกชนจะทำสัญญาทางปกครองได้ จะต้องมิกฎหมายพิเศษบัญญัติให้อำนาจไว้ เช่น สัญญาระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งนายจ้างตกลงจะจ่ายเงินประกันสังคมบางส่วนให้ลูกจ้างแทนรัฐ แต่มีข้อสังเกตว่าสัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันนี้ แม้จะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976²⁰

โดยนักกฎหมายของประเทศไทยได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งไว้²¹ พอสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น เนื่องจากฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ในการทำสัญญาทางปกครองจึงไม่จำเป็นว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง ในทางกลับกันองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็อาจทำสัญญาทางแพ่งระหว่างกันก็ได้ ดังนั้น การใช้ฐานะของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งจึงไม่อาจกระทำได้

²⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2541, หน้า 108.

²¹ วรเจตน์ ภากีรัตน์. “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 29, ฉบับที่ 2. มิถุนายน, 2542, หน้า 266.

ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งนั้นมีข้อพิจารณาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ต้องพิจารณาในทางภาวะวิสัย ซึ่งหมายความว่า ความเข้าใจของคู่สัญญาว่าตนตกลงทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งไม่ใช่เป็นเครื่องชี้ธรรมชาติทางกฎหมาย (Rechtsnatur) ของสัญญานั้น แม้ว่าเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในทางคำราของเยอรมันเองยังไม่เป็นที่ยุติก็ตาม แต่ความเห็นข้างมากเห็นว่าควรใช้เกณฑ์ “วัตถุแห่งสัญญา” (Vertragsgegenstand) เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง การพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาแท้ที่จริงแล้วก็คือการพิจารณา “เนื้อหา” นั่นเองว่า “เนื้อหา” ของวัตถุแห่งสัญญาเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับบทบัญญัติในทางกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพึงพิจารณาว่าเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในกฎหมายปกครองหรือไม่

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น สัญญาทางปกครองจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้คือ

- (1) เนื้อหาของสัญญาที่มีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย
- (2) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร
- (3) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถ เป็นต้น ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้วัตถุแห่งสัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกก็คือ บางครั้งเนื้อหาของสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น การจ่ายเงินนั้นมีลักษณะหรือสภาพเป็นกลาง กล่าวคือ ไม่ใช่เนื้อหาที่มีจุดเกาะเกี่ยวทั้งกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน ในกรณีนี้นักกฎหมายบางส่วนเสนอให้ดูที่ “วัตถุประสงค์” ของการปฏิบัติการชำระหนี้และดูที่ลักษณะทั่วไปของสัญญานั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงินโดยต้องการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการอื่นใดในทางปกครองย่อมถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

ในกรณีที่เนื้อหาของสัญญา มีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนนั้น ยังเป็นที่อภิปรายกันอยู่ในทางตำราว่าจะถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใด เช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โอนที่ดินของตนส่วนหนึ่งให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสัญญาว่าจะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองให้ หรือจะลดค่าธรรมเนียมที่เกิดขึ้นในอนาคตอันเนื่องมาจากการก่อสร้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ ตามมูลค่าของที่ดินที่ฝ่ายเอกชนได้โอนให้ เนื่องจากการโอนที่ดินของฝ่ายเอกชนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชน นักกฎหมายส่วนหนึ่งจึงเห็นว่าการนี้ เป็นกรณีของ “สัญญาผสมทางปกครองและทางแพ่ง” (Gemischt öffentlichrechtlich/privatrechtlicher Vertrag) เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นจะต้องแยกพิจารณาหากพิพาทกันในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชน จะต้องฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เช่น กรณีที่เอกชนไม่ยอมโอนที่ดินตามสัญญา หากพิพาทกันในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ลดค่าธรรมเนียมให้ตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ซึ่งความเห็นดังกล่าวว่านักกฎหมายจำนวนไม่น้อยยังไม่เห็นด้วย และได้เสนอให้พิจารณาธรรมชาติในทางกฎหมาย (Rechtsnatur) ของสัญญาในลักษณะเอกภาพ กล่าวคือ ถ้าเนื้อหาของสัญญาแม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

กล่าวโดยสรุป ปัญหาเรื่องการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เป็นปัญหาที่ยังหาข้อยุติเด็ดขาดไม่ได้ในทางทฤษฎี ในส่วนของ “สัญญาผสมทางปกครองและทางแพ่ง”

บทที่ 4

การวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในประเทศไทย

1 การวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครอง

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย และกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย¹ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แบ่งศาลปกครองออกเป็นสองชั้น คือ ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น สำหรับศาลปกครองชั้นต้นนั้นแบ่งออกเป็น ศาลปกครองกลางและศาลปกครองในภูมิภาค ในขณะที่ ได้มีการเปิดทำการ ศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองในภูมิภาคอีก 7 ศาล ได้แก่ ศาลปกครองเชียงใหม่ ศาลปกครองสงขลา ศาลปกครองนครศรีธรรมราช ศาลปกครองนครราชสีมา ศาลปกครองขอนแก่น ศาลปกครองพิษณุโลก ศาลปกครองระยอง และจะมีการทยอยเปิดทำการศาลปกครองในภูมิภาคต่อไป พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณา

¹ มาตรา 276 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

พิพาทคดีที่มีข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้แก่ (1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ (3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)² กำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพาทคดีพิพาทเกี่ยวกับ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด (6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่อง

² มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจ ศาลปกครอง โดยกำหนดว่าเรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง (1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร (2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ (3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น³ และพระราชบัญญัติดังกล่าวนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองในมาตรา 3 ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

ต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักขยายขอบเขตความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเพิ่มเติมว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐาน

³ มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

แห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็น สัญญาทางแพ่ง”⁴

จากการศึกษาลักษณะของสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีการพิพาทในศาล ปกครองนับแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 ซึ่งเป็นวันที่ศาลปกครองเปิดทำการจนกระทั่งถึง ปัจจุบันนั้น ศาลปกครองได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง และไม่เป็นสัญญาทางปกครองดังต่อไปนี้

1.1 กรณีวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

(1) กรณีสัญญาจ้าง

กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลของคณะแพทยศาสตร์ ระหว่างบริษัท เจ – สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) กับมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ศาลปกครองให้เหตุผลว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ โดยที่ผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่าย เอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือข้อกำหนดให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ แม้ไม่เคยมีการระบุไว้ในสัญญาจ้าง โดยผู้รับจ้างไม่มี สิทธิโต้แย้งคัดค้าน แม้กระทั่งเรื่องเวลาการทำงานและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ประกอบกับ ลักษณะที่เป็นสัญญาสำเร็จรูปของสัญญาจ้างฉบับนี้ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริษัท เจ – สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) ก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลคณะแพทยศาสตร์ ของมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ นั้นยังมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือ การดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง นอกจากนี้ สัญญาดังกล่าวยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้⁵

กรณีสัญญาจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาชนารักษ์ จังหวัดเชียงใหม่ ระหว่าง บริษัท โปร-เทค ซีวิล แอนด์ ดีไซน์ จำกัด กับ กรมชนารักษ์ ศาลปกครองให้ เหตุผลว่า กรมชนารักษ์มีฐานะเป็นกรมตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

⁴ โภคิน พลกุล. คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. เอกสารประกอบการพิจารณา เรื่อง สัญญา ทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด, 18 กันยายน 2544

⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544

พ.ศ. 2534 และมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง กฎหมายว่าด้วยเงินตรา กฎหมายว่าด้วยที่ราชพัสดุ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง อันเป็นอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ ซึ่งอาคารสถานที่สำหรับการให้บริการสาธารณะดังกล่าวเป็นถาวรวัตถุอันเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะนั้นให้บรรลุผล เมื่อสัญญาจ้างเหมาปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาชนารักษ์ จังหวัดเชียงใหม่ ระหว่างบริษัท โปร-เทค ซีวิล แอนด์ ดีไซน์ จำกัด กับ กรมธนารักษ์ มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือ การรับจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารของรัฐจึงถือว่าสัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนข้อตกลงที่บริษัท โปร-เทค ซีวิล แอนด์ ดีไซน์ จำกัด กับ กรมธนารักษ์ ได้ตกลงด้วยวาจาเกี่ยวกับการทำงานเพิ่มเติมจากสัญญาทางปกครองดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดให้สัญญาดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด แม้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จะกำหนดให้หน่วยงานของทางราชการต้องดำเนินการทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือก็ตาม แต่ระเบียบดังกล่าวก็เป็นเพียงระเบียบภายในของทางราชการ ดังนั้น ข้อตกลงเกี่ยวกับการทำงานเพิ่มเติมด้วยวาจาดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือและถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครองนั้นด้วย⁶

กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างและปรับปรุงขยายการประปาขนาดใหญ่ – สงขลา
จังหวัดสงขลา ระหว่าง บริษัท ยิบอินซอย จำกัด กับ การประปาส่วนภูมิภาค⁷ สัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อประปา ท่อจ่ายน้ำ และงานที่เกี่ยวข้องในโครงการปรับปรุงถนนตรงประภา ระหว่าง บริษัท ประกอบสหการก่อสร้าง (1971) จำกัด กับ การประปานครหลวง⁸ สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างพร้อมติดตั้งอุปกรณ์ระบบจำหน่ายไฟฟ้า ขนาด แรงดัน 22 เควี ในพื้นที่การไฟฟ้าเขต 1 ภาคเหนือ โครงการหลวงปางอุ๋ง บ้านแม่สะต๊อบเหนือ บ้านแม่สะต๊อบใต้ หมู่ 3 บ้านห้วยขี้เปอะ บ้านน้ำตก บ้านแม่หยอด บ้านปากกล้วย (แม่ราจี) หมู่ 9 ตำบลแม่ศึก

⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162/2546 (มติที่ประชุมใหญ่)

⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 356/2546

⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 402/2546

อำเภอแม่แจ่ม จังหวัดเชียงใหม่ ระหว่าง การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค กับ บริษัท สิริกร 070 จำกัด⁹ สัญญาจ้างทำงานปรับปรุงถนนท่าข้าม ระหว่าง บริษัท ศิริผลวัฒนา (1979) จำกัด กับ กรุงเทพมหานคร¹⁰ และสัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ส.ล.ป้องกันตลิ่งพังสัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ส.ล.ป้องกันตลิ่งพังบริเวณริมตลิ่งแม่น้ำน่าน ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด สิ้นเพชรคอนสตรัคชั่น กับเทศบาลตำบลบ้านใหม่¹¹ ศาลปกครองให้เหตุผลในการวินิจฉัยในลักษณะเนื้อหาของสัญญาทั้งห้าว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามบทนิยามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสีย เขตควบคุมมลพิษเมืองพัทยา อำเภอบางละมุง จังหวัดชลบุรี ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด สามประสิทธิ์ กับ เมืองพัทยา กับพวกรวม 12 คน ศาลปกครองให้เหตุผลว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้¹² แต่กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างรางระบายน้ำ ค.ส.ล. ฝาคอนกรีตเสริมเหล็ก ระหว่าง นายบุญเลิศ จินดาวงศ์ กับ องค์การบริหารส่วนตำบลขุนแก้ว ศาลปกครองให้เหตุผลว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค¹³

กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนแบบ สปช. 105/29 ขนาด 2 ชั้น 4 ห้องเรียน จำนวน 1 หลัง ที่โรงเรียนบ้านหนองเหี้ยว อำเภอภูผาม่าน จังหวัดขอนแก่น ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด บูรณทองก่อสร้าง กับ สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ และสำนักงานการประถมศึกษาอำเภอภูผาม่าน ศาลปกครองให้เหตุผลในลักษณะเนื้อหาไว้แตกต่างกัน โดยศาลปกครองชั้นต้นให้เหตุผลว่า ลักษณะของสัญญามีข้อกำหนดที่มี

⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 419/2546

¹⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 425/2546

¹¹ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 239/2546

¹² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 494/2546

¹³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 647/2546

ลักษณะพิเศษให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เช่น ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ โดยที่ผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ แม้ไม่เคยมีการระบุไว้ในสัญญาจ้างโดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน และสัญญาจ้างฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารเรียนที่มีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่งจึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ¹⁴ ส่วนศาลปกครองสูงสุดได้ให้เหตุผลว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นการที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดยจัดให้มีอาคารเรียนเพื่อเป็นสถานศึกษาให้กับเด็กและเยาวชนในท้องถิ่นอันเป็นบริการสาธารณะที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน ประกอบกับข้อกำหนดในสัญญายังมีลักษณะที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ซึ่งเห็นได้จากข้อความในสัญญาที่กำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ผิดสัญญาก็ตาม และยังมีข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่ได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญาจ้างแต่แรก ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะทำได้ เพื่อให้การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเป็นไปอย่างต่อเนื่องและบรรลุวัตถุประสงค์ของการบริการสาธารณะ¹⁵ และศาลปกครองสูงสุดได้นำเหตุผลดังกล่าวมาวางหลักในสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนแบบ 216 ล. ของโรงเรียนเชิงทะเลวิทยาคม จุติ-ก้องอนุสรณ์ ระหว่าง บริษัททวงวนศักดิ์ก่อสร้าง จำกัด กับ กรมสามัญศึกษา ผู้อำนวยการโรงเรียนเชิงทะเลวิทยาคม จุติ - ก้องอนุสรณ์ และผู้อำนวยการโรงเรียนตะกั่วทุ่งงานทวิวิทยาคม ด้วยว่ามีลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค¹⁶

¹⁴ คำพิพากษาของศาลปกครองกลางคดีหมายเลขแดงที่ 50/2545

¹⁵ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546

¹⁶ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 380/2546

กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจังหวัดสตูล ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด ทราชมอโก้ กับ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน และจังหวัดสตูล ศาลปกครองให้เหตุผลว่า อาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจังหวัดสตูลถือว่าเป็นถาวรวัตถุที่เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะเกี่ยวกับสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานซึ่งประชาชนและผู้ใช้แรงงานสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง อาคารดังกล่าวจึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าวเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค¹⁷

กรณีสัญญาจ้างซ่อมแซมอาคารของกองสรรพาวุธที่อยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด อาทรภัณฑก่อสร้าง กับ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด อาทรภัณฑก่อสร้าง เข้าดำเนินการซ่อมแซมหรือบำรุงรักษาอาคารของรัฐหรือถาวรวัตถุของรัฐ และเมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวซ่อมแซมอาคารนั้นเสร็จสมบูรณ์ สำนักงานตำรวจแห่งชาติก็ได้เข้าใช้ประโยชน์ในอาคารนี้เสมือนตามวัตถุประสงค์อาคารดังกล่าวจึงถือเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะโดยมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล การว่าจ้างดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้อำนาจบริการสาธารณะ¹⁸

กรณีสัญญาจ้างหมบปรับปรุงระบบประปาโดยการวางท่อประปาเพิ่ม เปลี่ยนมาตรวัดน้ำ และประสานมาตรวัดน้ำให้กับผู้ใช้ น้ำของหน่วยบริการ ส.นาหว่าใหญ่ อำเภอปทุมราชวงศา จังหวัดอำนาจเจริญ ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด วรนิทัศน์ก่อสร้าง กับ การประปาส่วนภูมิภาค ศาลปกครองให้เหตุผลว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะในความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹⁹

¹⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/2545

¹⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/2547

¹⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2545

กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตรัฐบุรณะ ระหว่าง บริษัท สุเมธาพาณิชย์การ (1982) จำกัด กับ กรุงเทพมหานคร ศาลปกครองให้เหตุผลว่า อาคารสำนักงานเขตเป็นสถานที่สำหรับปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ด้านต่าง ๆ เพื่อบริการประชาชนอันเป็นบริการสาธารณะตามมาตรา 89 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 และเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล เป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง จึงเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค²⁰

กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างโครงการปรับปรุงสภาพภูมิทัศน์บริเวณหาดไม้ขาว ตำบลไม้ขาว อำเภอถลาง จังหวัดภูเก็ต ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด ตรังทองค้าไม้ กับ องค์การบริหารส่วนตำบลไม้ขาว ศาลปกครองให้เหตุผลว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นสถานที่ท่องเที่ยวอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ²¹

(2) กรณีสัญญาร่วมงานหรือร่วมลงทุน

กรณีสัญญาร่วมงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ 1.5 ล้านเลขหมาย ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค ระหว่าง บริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) กับ องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ศาลปกครองให้เหตุผลว่า องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497 ผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานและสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ²²

กรณีสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุติดตามตัวส่งข้อมูลข่าวสารระบบ Digital Display และ Alphanumeric Paging โดยกำหนดให้จัดทำบริการสาธารณะด้านสื่อสารด้วยวิทยุติดตามตัวส่งข้อมูลข่าวสารแก่ประชาชนทั่วไปมีเครือข่ายให้บริการทั่วประเทศ มีการแบ่งรายได้ร่วมกัน ระหว่าง บริษัท แพ็คลิงค์ (ประเทศไทย) จำกัด กับ

²⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545

²¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2546

²² คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545

การสื่อสารแห่งประเทศไทย ศาลปกครองให้เหตุผลว่า สัญญาดังกล่าวกำหนดให้บริษัท แพ็คลิงค์ (ประเทศไทย) จำกัด มีหน้าที่จัดหาและจัดเตรียมเครื่องอุปกรณ์ทั้งหมดระหว่างดำเนินการให้มีบริการและบำรุงรักษาซ่อมแซมเครื่องและอุปกรณ์ด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัท แพ็คลิงค์ (ประเทศไทย) จำกัด ส่วนการสื่อสารแห่งประเทศไทยมีหน้าที่ให้ใช้สถานที่ของการสื่อสารแห่งประเทศไทยเพื่อติดตั้งเครื่องและอุปกรณ์สถานีรับส่ง สัญญาณ โดยบริษัท แพ็คลิงค์ (ประเทศไทย) จำกัดต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการที่บริษัท แพ็คลิงค์ (ประเทศไทย) จำกัดได้ใช้สถานที่และหากการสื่อสารแห่งประเทศไทยได้ออกค่าใช้จ่ายดังกล่าวไปแล้ว บริษัท แพ็คลิงค์ (ประเทศไทย) จำกัด ต้องชดเชยคืนแก่การสื่อสารแห่งประเทศไทยภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากการสื่อสารแห่งประเทศไทยด้วย สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หลักเกี่ยวกับบริการสาธารณะแก่ประชาชนทั่วไปในการดำเนินการให้บริการวิทยุติดตามตัว ส่งข้อมูลข่าวสารระบบ Digital Display และ Alphanumeric Paging และมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ทั้งข้อกำหนดในสัญญาแสดงถึงลักษณะพิเศษซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐที่ไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป²³

กรณีสัญญาร่วมลงทุนจัดตั้งบริษัท เทเลการ์ด คอร์ปอเรชั่น จำกัด ตามสัญญาผู้ถือหุ้นของบริษัท เทเลการ์ด คอร์ปอเรชั่น จำกัด เพื่อดำเนินกิจการโทรคมนาคมรวมทั้งให้บริการบัตรโทรศัพท์ระหว่างประเทศชนิดเก็บเงินล่วงหน้าและชนิดหักบัญชีระหว่าง ศาลปกครองให้เหตุผลว่า บริษัท เทเลเมด คอร์ปอเรชั่น จำกัด กับ การสื่อสารแห่งประเทศไทย แม้บริษัท เทเลเมด คอร์ปอเรชั่น จำกัด จะมีได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาดำเนินการให้บริการบัตรโทรศัพท์ระหว่างประเทศอันเป็นสัญญาพิพาทก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวระบุให้สัญญาผู้ถือหุ้นของบริษัท เทเลการ์ด คอร์ปอเรชั่น จำกัด ซึ่งทำขึ้นระหว่างบริษัท เทเลเมด คอร์ปอเรชั่น จำกัด กับ การสื่อสารแห่งประเทศไทย เป็นสัญญาแนบท้าย จึงถือว่าสัญญาผู้ถือหุ้นของบริษัท เทเลการ์ด คอร์ปอเรชั่น จำกัด เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาดำเนินการให้บริการบัตรโทรศัพท์ระหว่างประเทศ โดยสัญญาผู้ถือหุ้นดังกล่าว

²³ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 572/2546

ในส่วนที่ว่าด้วยคณะกรรมการของบริษัท ข้อ 5.9 กำหนดว่า การลงมติของคณะกรรมการบริษัทเกี่ยวกับการดำเนินการทั่วไปของบริษัทจะต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 4 เสียง และต้องมีเสียงของคณะกรรมการที่มาจาก การสื่อสารแห่งประเทศไทย 1 เสียง ในมติที่ประชุม คณะกรรมการดังกล่าวด้วยเสมอ และประธานกรรมการ ซึ่งเป็นบุคลากรของ การสื่อสารแห่งประเทศไทยตามข้อ 5.3 ยังมีสิทธิยับยั้งมติของที่ประชุมคณะกรรมการบริษัทได้ อีกทั้งตามข้อ 5.5 กำหนดให้ตัวแทนกรรมการบริษัทของบริษัท เทเลเมด คอร์ปอเรชั่น จำกัด และการสื่อสารแห่งประเทศไทยฝ่ายละ 1 คน มีอำนาจลงนามในนิติกรรมสัญญาผูกพัน บริษัทได้ จากข้อสัญญาดังกล่าว เห็นได้ว่า เมื่อมีความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ของ บริษัท เทเลการ์ด คอร์ปอเรชั่น จำกัด กับการสื่อสารแห่งประเทศไทย บริษัท เทเลการ์ด คอร์ปอเรชั่น จำกัด ซึ่งเป็นคู่สัญญาตามสัญญาดำเนินการให้บริการบัตรโทรศัพท์ระหว่าง ประเทศไม่สามารถดำเนินการใด ๆ อันเป็นการรักษาผลประโยชน์ของตนในฐานะคู่สัญญาตาม สัญญาผู้ถือหุ้นของบริษัท เทเลการ์ด คอร์ปอเรชั่น จำกัด ได้ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง²⁴

(3) กรณีสัญญาลาออกรวมหรือศึกษาต่อ

กรณีสัญญาลาศึกษาต่อหลักสูตรแพทย์ประจำบ้าน สาขาอายุรศาสตร์ ณ คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล โดยทุนของโรงพยาบาลดำเนินสะดวก สังกัดสำนักงานสาธารณสุขจังหวัดราชบุรี ระหว่าง นายวิศิษฐ์ มิ่งอารีวาณิช กับ กระทรวงสาธารณสุข สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข และสำนักงานสาธารณสุข จังหวัดราชบุรี²⁵ สัญญาข้าราชการไปศึกษาหรือฝึกอบรม ณ ต่างประเทศ กับกรมการ ฝึกหัดครู (สำนักงานสภาพัฒนาการศึกษาระดับมัธยมศึกษา) กระทรวงศึกษาธิการ เพื่อไปศึกษาต่อในระดับ ปริญญาเอก ณ ประเทศสหราชอาณาจักร ระหว่าง นายสุรพล จรรยากุล กับ สำนักงาน สภาพัฒนาการศึกษาระดับมัธยมศึกษา²⁶ และสัญญาการเป็นนักศึกษาเพื่อศึกษาวิชาทันตแพทยศาสตร์ ระหว่าง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ กับ นางสาวอรนุช เปลี่ยนแปลงศรี²⁷ ศาลปกครองให้เหตุผลในการ

²⁴ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 610/2546

²⁵ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 544/2546

²⁶ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2546

²⁷ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 477/2546

วินิจฉัยลักษณะเนื้อหาของสัญญาทั้งสามว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญามีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือ ต้องกลับมารับราชการตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา และข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป เช่น ถูกจำกัดสิทธิไม่ว่าจะเป็นกรณีลาออกจากราชการ หรือโอนสังกัด หรือการบอกเลิกสัญญา นั้นไม่อาจกระทำได้ทั้งสิ้น เนื่องจากให้สิทธิและอำนาจเด็ดขาดแก่หน่วยงานทางปกครองที่จะบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หรือเรียกตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกลับจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่ากรณีใดๆ ได้ และความรับผิดชอบว่าเมื่อเอกชนสำเร็จการศึกษาจะต้องกลับมารับราชการเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสองเท่าของเวลาที่เอกชนได้ไปศึกษา หากเอกชนไม่กลับมารับราชการจะต้องชดใช้ทุน เงินเดือน รวมทั้งเงินเพิ่มและเงินอื่นใดที่เอกชนได้รับจากทางราชการระหว่างเวลาที่ได้รับอนุมัติให้ไปศึกษาและจะต้องจ่ายเงินเป็นเบี้ยปรับให้แก่หน่วยงานทางปกครองสองเท่าของเงินที่เอกชนจะต้องชดใช้คืน และหากเอกชนกลับมารับราชการ แต่ไม่ครบเวลาตามที่กำหนดเงินที่จะชดใช้คืนและเบี้ยปรับดังกล่าวจะลดลงตามส่วนของเวลาที่รับราชการนั้น เป็นต้น

(4) กรณีสัญญาสัมปทาน

กรณีสัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน ศาลปกครองให้เหตุผลว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นสัญญาสัมปทาน²⁸

(5) กรณีสัญญาจ้างแรงงานลูกจ้างของหน่วยงานทางปกครอง

กรณีสัญญาจ้างแรงงานลูกจ้างชั่วคราว ตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ ในสังกัดของกรมสรรพากร ระหว่าง นายศิวารุช พรหมดำ กับ กรมสรรพากร และสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราว ตำแหน่งหัวหน้าศูนย์การศึกษานอกสถาบัน ศูนย์ตรัง สังกัดสถาบันราชภัฏสวนดุสิต สำนักงานสถานศึกษาบันราชภัฏ ระหว่าง นางสาวอรวรรณ จันทร์คัน กับ อธิการบดีสถาบันราชภัฏสวนดุสิต ศาลปกครองให้เหตุผลว่า เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นการบริการสาธารณะ เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ของรัฐมี 2 ลักษณะ คือความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น

²⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 130/2546

ตามกฎหมายอันได้แก่ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ของรัฐอันได้แก่ประเภทข้าราชการ และความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาอันได้แก่ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภท ลูกจ้างประจำ หรือลูกจ้างชั่วคราว ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งสองลักษณะจึงเป็นความสัมพันธ์ที่มีขึ้นเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะกับหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน²⁹

(6) กรณีสัญญาซื้อขายที่ดินตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตเวนคืน

กรณีสัญญาขายและจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินซึ่งถูกเขตขยายคั่นคลองระพีพัฒน์แยกตลิ่งซ้ายตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตเวนคืนเมื่อ ปี พ.ศ. 2516 ระหว่าง นายวีระยุทธ คงชาญศิริ กับ กระทรวงการคลัง ศาลปกครองให้เหตุผลว่า กระทรวงการคลังเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีฐานะเป็นกระทรวง ทั้งเป็นเจ้าหน้าที่เพื่อดำเนินการเวนคืน ในการตกลงทำสัญญาดังกล่าว หากเจ้าของที่ดินไม่ยอมขายทางราชการก็จะดำเนินการออกพระราชบัญญัติเวนคืนที่ดินพิพาทต่อไปจึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองและเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐโดยใช้อำนาจทางปกครองบังคับซื้อที่ดินจากเอกชน ทั้งการเวนคืนในที่ดินที่พิพาทก็เพื่อใช้ในการขยายเขตคั่นคลองที่ประชาชนเป็นผู้ใช้และได้รับประโยชน์โดยตรงอันมีลักษณะเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค³⁰

1.2 กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

(1) กรณีสัญญาค่าทดแทนทรัพย์สิน

กรณีสัญญาค่าทดแทนสำหรับเนื้อที่ดินที่ถูกเขตก่อสร้างวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อเข้ามาในที่ดินของเอกชนซึ่งอยู่ในเขตที่ดินที่ถูกเขตเดินสายไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ระหว่างนายสนิท สันติพันธ์พิทักษ์ กับการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย ศาลปกครองให้เหตุผลว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นการกำหนดข้อตกลงว่าด้วยค่าตอบแทนในการเข้าไปใช้สอยและครอบครองที่ดินที่เป็นเขต

²⁹ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2547 และ 545/2546 (มติที่ประชุมใหญ่)

³⁰ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 501/2547

วางระบบการขนส่งปีโตรเลียมทางท่อภายในวัตถุประสงค์แห่งพระราชบัญญัติการปีโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล³¹

(2) กรณีสัญญาฝากทรัพย์หรือกู้ยืม

กรณีสัญญากู้ยืมเงินระหว่างนายมะลิ แก้วศรีงาม กับ นายเทียบ วรรณแก้ว³² และสัญญาฝากเงินระหว่าง บริษัท เครดิตฟองซิเอร์ เสรีสาทรณกิจ จำกัด กับ ธนาคารอาคารสงเคราะห์ และกรรมการผู้จัดการธนาคารอาคารสงเคราะห์³³ ศาลปกครองให้เหตุผลว่า สัญญากู้ยืมเงินเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างเอกชนกับเอกชน โดยนายเทียบ วรรณแก้ว ผู้กู้ยืมยินยอมให้นำเงินของการสื่อสารแห่งประเทศไทยมาเป็นหลักประกัน การชำระหนี้อันเป็นกรณีพิพาททางแพ่ง มิใช่การกระทำการทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครอง ส่วนสัญญาฝากเงิน ธนาคารอาคารสงเคราะห์เป็นรัฐวิสาหกิจตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติธนาคารอาคารสงเคราะห์ พ.ศ. 2496 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการนำเงินไปลงทุนเกี่ยวกับการจัดให้มีอาคาร และหรือที่ดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และให้ธนาคารนี้เป็นนิติบุคคลตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และได้กำหนดลักษณะธุรกิจของธนาคารไว้ในมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัตินั้นว่าให้ธนาคารประกอบธุรกิจเพื่อส่งเสริมและช่วยเหลือให้นำเงินไปลงทุนเกี่ยวกับการจัดให้มีอาคารและหรือที่ดิน โดยให้กู้ยืมเงิน รับจํานำ หรือจํานองทรัพย์สิน เพื่อเป็นประกันเงินกู้ยืม รับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถาม หรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้ และกิจการอันพึงเป็นงานธนาคารตามที่จะมีพระราชกฤษฎีกากำหนดไว้ ดังนั้น การประกอบกิจการของธนาคารอาคารสงเคราะห์จึงเป็นการดำเนินการในเชิงธุรกิจเหมือนกับธนาคารพาณิชย์ทั่วไป โดยมีได้ใช้อำนาจทางปกครองแต่ประการใด และ นิติสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดขึ้นโดยสัญญาแพ่ง

³¹ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 175/2545

³² คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 186/2546

³³ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 183/2546

(3) กรณีสัญญาการใช้น้ำประปาหรือไฟฟ้า

กรณีสัญญาการใช้น้ำประปา ระหว่าง นางรัชดา พึ่งสาคร กับ การประปานครหลวง ศาลปกครองให้เหตุผลว่า การดำเนินการของการประปานครหลวงอาศัยข้อบังคับการประปานครหลวง ฉบับที่ 26 ว่าด้วยการจัดส่ง การจำหน่าย และการใช้น้ำประปา พ.ศ. 2517 และระเบียบการประปานครหลวง ฉบับที่ 180 ว่าด้วยการระงับการใช้น้ำชั่วคราวและถาวรกรณีค้างชำระค่าน้ำประปา พ.ศ.2534 ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาการใช้น้ำประปา ซึ่งข้อกำหนดในสัญญาไม่มีข้อกำหนดใดที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครอง ในลักษณะที่เห็นได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองนั้นบรรลุผลจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง³⁴

กรณีสัญญาการใช้ไฟฟ้า ระหว่าง นายอภิชาติ เอี่ยมสกุล กับ การไฟฟ้านครหลวง กับพวกรวม 3 คน ศาลปกครองให้เหตุผลว่า การไฟฟ้านครหลวงเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ไว้หลายประการ บางประการต้องใช้อำนาจทางปกครองดำเนินการ และบางประการก็มิได้ใช้อำนาจทางปกครอง แต่เป็นการดำเนินธุรกิจเชิงพาณิชย์ ดังนั้น วัตถุประสงค์ในการดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้าและธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องหรือที่เป็นประโยชน์แก่กิจการของการไฟฟ้านครหลวง เช่น กำหนดอัตราค่าบริการ การจัดระเบียบเกี่ยวกับวิธีชำระค่าบริการ ตลอดจนการจัดระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัยในการใช้และการรักษาทรัพย์สินของการไฟฟ้านครหลวงและอื่น ๆ ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจการไฟฟ้านครหลวงดำเนินธุรกิจได้เช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป นิติสัมพันธ์ระหว่างการไฟฟ้านครหลวงกับเอกชนในการดำเนินธุรกิจดังกล่าวจึงเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งการเปลี่ยนเครื่องวัดหน่วยไฟฟ้าเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับสัญญาการใช้ไฟฟ้าซึ่งเป็นธุรกิจของการไฟฟ้านครหลวงที่กระทำกับนายอภิชาติ เอี่ยมสกุล ในฐานะเสมอภาคเช่นเดียวกับเอกชนต่อเอกชน การไฟฟ้านครหลวงมิได้ใช้อำนาจทางปกครองจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง³⁵ ซึ่งศาลปกครอง

³⁴ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 319/2545

³⁵ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 483/2546

ได้นำเหตุผลดังกล่าวไปใช้กับสัญญาการใช้ไฟฟ้า ระหว่าง บริษัท แกรนด์ซีทีดี แมนชั่น อินเทอร์เน็ตเนชั่นแนล จำกัด กับ การไฟฟ้านครหลวง และผู้ว่าการไฟฟ้านครหลวงด้วย โดยให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า สัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้ได้มาซึ่งไฟฟ้าเพื่อใช้ในกิจการส่วนตัวโดยเฉพาะของบริษัท แกรนด์ซีทีดี แมนชั่น อินเทอร์เน็ตเนชั่นแนล จำกัด กรณีเป็นการให้บริการสาธารณะแก่บริษัท แกรนด์ซีทีดี แมนชั่น อินเทอร์เน็ตเนชั่นแนล จำกัด เป็นผู้รับบริการสาธารณะ ไม่มีวัตถุประสงค์ให้บริษัท แกรนด์ซีทีดี แมนชั่น อินเทอร์เน็ตเนชั่นแนล จำกัด เข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งสัญญานี้คู่สัญญามุ่งผูกพันตนบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง การแจ้งผลการตรวจสอบและพิสูจน์ค่าไฟฟ้า การแจ้งยืนยันการคำนวณค่าไฟฟ้าและค่าเบี่ยงปรับ ตลอดจนการระงับการจ่ายไฟฟ้าเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญา มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่ง³⁶

(4) กรณีสัญญาซื้อขาย

กรณีสัญญาซื้อขายเครื่องส่งวิทยุแผ่ในแบตเตอรี่โทรศัพท์มือถือและชุดเครื่องรับวิทยุแบบปรับความถี่ได้ระหว่างบริษัท ฟอสฟอรัส จำกัด กับ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ศาลปกครองให้เหตุผลว่า สัญญาดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ทั้งลักษณะของสัญญามีได้มีลักษณะเป็นการมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองแต่อย่างใดจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง³⁷

กรณีสัญญาซื้อขายเตาเผาขยะโนนทองไฮเทค ระหว่าง เทศบาลตำบลนาสีทอง กับ ห้างหุ้นส่วนจำกัด นครสวรรค์สตีลอินดัสทรี ศาลปกครองให้เหตุผลว่า แม้การกำจัดขยะมูลฝอยที่เทศบาลตำบลนาสีทองจัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในเขตเทศบาล อันเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของเทศบาลตำบลนาสีทองซึ่งถือได้ว่าเป็นบริการสาธารณะ และเมื่อเทศบาลตำบลนาสีทองเลือกกำจัดขยะมูลฝอยและสิ่งปฏิกูลโดยวิธีการเผาซึ่งต้อง

³⁶ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 292/2546

³⁷ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 536/2545

มีเตาเผาขยะจึงเป็นหน้าที่ของเทศบาลตำบลนาสีทองที่จะต้องจัดหาเตาเผาขยะซึ่งก็เป็นเพียงอุปกรณ์ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาลตำบลนาสีทองเท่านั้น หาได้เป็นสิ่งสาธารณูปโภคไม่ เพราะฉะนั้น การจัดหาเตาเผาขยะของเทศบาลตำบลนาสีทอง โดยทำสัญญาซื้อขายกับห้างหุ้นส่วนจำกัด นครสวรรค์สตีลอินดัสทรี จึงมิใช่สัญญาที่ให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด นครสวรรค์สตีลอินดัสทรี จัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งสัญญาซื้อขายเตาเผาขยะดังกล่าวมิได้มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของเทศบาลตำบลนาสีทองซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง สัญญาซื้อขายดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง³⁸

(5) กรณีสัญญาจ้าง

กรณีสัญญาให้เอกชนได้รับเงินสนับสนุนในการผลิตและจำหน่ายเครื่องปรับอากาศเบอร์ 5 แก่ประชาชนตามโครงการประชาร่วมใจใช้เครื่องปรับอากาศประหยัดไฟฟ้าตามมติคณะรัฐมนตรีระหว่างบริษัท กรุงไทยการไฟฟ้า จำกัด กับ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ศาลปกครองให้เหตุผลว่า กิจกรรมตามโครงการประหยัดไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมิใช่การดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้าและหรือธุรกิจอื่นที่เกี่ยวกับหรือต่อเนื่องกับกิจกรรมของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย หรือเป็นโครงการร่วมทุนกับเอกชนอื่นเพื่อดำเนินการดังกล่าวตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 แต่เป็นโครงการตามนโยบายของรัฐบาลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการใช้ไฟฟ้า โดยการให้ภาคเอกชนและภาครัฐได้ใช้พลังงานไฟฟ้าจากอุปกรณ์ไฟฟ้าที่มีคุณภาพสูงเพื่อประหยัดไฟฟ้าเพื่อรักษาทรัพยากรพลังงานที่มีอยู่ให้ใช้ได้ยาวนานขึ้น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยจึงได้จัดกิจกรรมจูงใจผู้บริโภคด้วยการมอบบัตรสิทธิพิเศษสำหรับผู้บริโภคที่ซื้อเครื่องปรับอากาศในโครงการ ในขณะที่เดียวกันก็มอบบัตรส่งเสริมการขายให้กับบริษัท กรุงไทยการไฟฟ้า จำกัดและสมาชิกกรีนซ้อปที่เข้าร่วมโครงการด้วย อันเป็นนิติสัมพันธ์บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและความสมัครใจของกลุ่ม มิได้ใช้อำนาจ

³⁸ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 423/2546

รัฐบังคับหรือมีคำสั่งให้บริษัท กรุงเทพมหานคร ไฟฟ้า จำกัด เข้าร่วมโครงการ ข้อตกลงที่สร้างขึ้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าตามวัตถุประสงค์และ ด้วยความเห็นชอบของผู้ประกอบการที่เข้าร่วมโครงการกับบริษัท กรุงเทพมหานคร ไฟฟ้า จำกัด ทั้งมิใช่สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการ บริการสาธารณะโดยตรง³⁹

กรณีสัญญาจ้างเหมาติดตั้งปุ่มสะท้อนแสงสองหน้าระหว่างบริษัท โพรฟิวส์ จำกัด กับ นายช่างแขวงกรทางอุตรดิตถ์ที่ 2 กับกรมทางหลวง ศาลปกครองให้เหตุผลว่า ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญาจ้างเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างในระบบกฎหมายเอกชน ในสัญญาจ้างไม่มีข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญา และไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน บริการสาธารณะ หรือสัญญาที่ให้เอกชนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นทำนองเดียวกัน แม้ว่าปุ่มสะท้อนแสงสองหน้าจะเป็นเครื่องหมายจราจรในความหมายของคำว่า “ทางหลวง” ตามบทนิยามใน มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 ก็ตาม แต่การที่ให้คำนิยามไว้เช่นนั้น ก็เพื่อประโยชน์ในการควบคุมดูแลความปลอดภัยในการจราจรบนทางหลวงเท่านั้น มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ปุ่มสะท้อนแสงสองหน้าเป็นสิ่งสาธารณูปโภคด้วย สัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง

กรณีสัญญาก่อสร้างอาคารตึกแถวสองชั้น จำนวน 1 ห้อง บนที่ดินราชพัสดุซึ่งเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จจะยกกรรมสิทธิ์ในอาคารนั้นให้กระทรวงการคลัง โดยกระทรวงการคลังยินยอมให้ผู้ก่อสร้างเช่าอาคารดังกล่าวมีกำหนดระยะเวลา 15 ปี ระหว่างนางมณฑา กิริติชากุล กับ อชิปดิกรมธนารักษ์ และผู้ว่าราชการจังหวัดอุตรดิตถ์ ศาลปกครองให้เหตุผลว่า แม้จะเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างกระทรวงการคลังซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกับ นางมณฑา กิริติชากุล แต่ก็มุ่งผูกพันด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และแม้นางมณฑา กิริติชากุล จะอ้างว่าผู้เช่าต้อง

³⁹ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 457/2545

ก่อสร้างอาคารเองด้วยกรรมสิทธิ์ให้รัฐ (ผู้ให้เช่า) ผู้เช่าต้องเสียภาษีโรงเรือน เสียภาษีบำรุงท้องที่ ก็ยังมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเหนือเอกชนไม่ เพราะกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่คู่สัญญาสามารถกำหนดเงื่อนไขข้อตกลงเช่นว่านั้นไว้ในข้อสัญญาได้ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ทั้งคู่สัญญามีสิทธิและหน้าที่ปฏิบัติต่อกันตามข้อผูกพันที่กำหนดไว้ในสัญญา การกระทำใด ๆ ของอธิบดีกรมธนารักษ์ และผู้ว่าราชการจังหวัดอุดรดิตถ์ ไม่ได้อาศัยอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง⁴⁰

กรณีสัญญาจ้างเหมาปรับปรุงบ้านพักราชการระหว่างบริษัท ตาปีกรุ๊ป จำกัด กับ มหาวิทยาลัยแม่โจ้ และสำนักงบประมาณ ศาลปกครองให้เหตุผลไว้แตกต่างกัน โดยศาลปกครองชั้นต้นให้เหตุผลว่า สัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์จ้างเหมาปรับปรุงบ้านพักข้าราชการของมหาวิทยาลัยแม่โจ้ซึ่งจัดไว้เป็นสวัสดิการเพื่อให้ข้าราชการของมหาวิทยาลัยแม่โจ้เข้าพักอาศัย มิใช่เป็นสถานที่ที่สาธารณชนเข้าไปใช้ประโยชน์โดยทั่วไป แม้จะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง⁴¹ ส่วนศาลปกครองสูงสุดให้เหตุผลว่า มหาวิทยาลัยแม่โจ้กับสำนักงบประมาณมิได้มอบหมายให้บริษัท ตาปีกรุ๊ป จำกัด ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง และไม่มีลักษณะเป็นสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งในนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁴²

กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขต ระหว่างบริษัทสุเมธาพาณิชย์การ (1982) จำกัด กับ กรุงเทพมหานคร ศาลปกครองมีความเห็นต่างกัน กล่าวคือ ศาลปกครองชั้นต้นให้เหตุผลว่า ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะลักษณะเนื้อหาของสัญญาไม่ใช่สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค แต่เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์โดยเฉพาะ

⁴⁰ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 97/2545

⁴¹ คำพิพากษาของศาลปกครองกลางคดีหมายเลขแดงที่ 434/2544

⁴² คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 41/2545

แก่เอกชน⁴³ ส่วนศาลปกครองสูงสุดให้เหตุผลว่า เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นการจัดให้มีสาธารณูปโภค เนื่องจากอาคารสำนักงานเขตซึ่งเป็นถาวรวัตถุ จึงเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล จึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง การรับจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงาน จึงถือได้ว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสาธารณูปโภค⁴⁴

กรณีสัญญาจ้างให้ทำความสะอาดสวนสัตว์คู่สิทธิระหว่างบริษัท แพลทินัม แสตนด์การ์ดเซอร์วิส กับ องค์การสวนสัตว์ และผู้อำนวยการสวนสัตว์คู่สิทธิ ศาลปกครองให้เหตุผลว่า สัญญาจ้างทำความสะอาดห้องสุขาสวนสัตว์คู่สิทธิเป็นเพียงสัญญาจ้างทำของในทางแพ่งทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากการทำความสะอาดห้องสุขาไม่เป็นบริการสาธารณะของรัฐ เพียงแต่เป็นการดูแลรักษาความสะอาดเพื่อให้ความสะอาดหรือให้บริการสาธารณะของรัฐ เพียงแต่เป็นการดูแลรักษาความสะอาดเพื่อให้ความสะอาดหรือให้บริการด้านสุขาแก่ประชาชนที่เข้ามาเที่ยวชมสวนสัตว์เท่านั้น ไม่มีความสำคัญหรือความจำเป็นที่รัฐจะต้องดำเนินการจัดทำบริการประเภทนี้สำหรับประชาชนแต่อย่างใด เพราะแม้รัฐไม่จัดก็ไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ สัญญาจ้างดังกล่าวจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง⁴⁵

(6) กรณีสัญญาเช่าซื้อหรือเช่า

กรณีสัญญาเช่าซื้อบ้านพร้อมที่ดินในโครงการหมู่บ้านนักกีฬาแหลมทอง (เคหะชุมชนห้วยหมากระยะที่ 1) ระหว่างนายสุกิจ พรวิเศษกุล กับ การเคหะแห่งชาติ ศาลปกครองให้เหตุผลว่า การเคหะแห่งชาติเป็นรัฐวิสาหกิจที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่กระทำการกิจต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติการเคหะแห่งชาติ พ.ศ. 2537 ซึ่งอาจมีทั้งในส่วนที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ได้แก่ การปกครองบังคับบัญชาพนักงานในสังกัด หรือ การใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการ

⁴³ คำพิพากษาของศาลปกครองกลางคดีหมายเลขแดงที่ 123/2544

⁴⁴ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545

⁴⁵ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 60/2546

บางอย่างเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การปรับปรุงหรือ หรือย้ายแหล่งเสื่อมโทรม เพื่อให้มีสภาพการอยู่อาศัย สิ่งแวดล้อม เศรษฐกิจ และสังคมดีขึ้น ตามมาตรา 6 (4) หรือการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อให้ดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์ของการเคหะแห่งชาติตามความในมาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ในส่วนที่เป็นการประกอบกิจการในเชิงธุรกิจ ได้แก่ การก่อสร้างอาคารให้ประชาชนเช่าซื้อ หรือซื้อ การดำเนินการในส่วนนี้การเคหะแห่งชาติย่อมต้องดำเนินการไปตามกฎเกณฑ์ต่าง ๆ รวมทั้งการจัดระบบสาธารณูปโภค ระบบการจัดการเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมอาคารและอื่น ๆ ให้เป็นไปตามมาตรฐานหรือตามที่กฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น ๆ กำหนดไว้เช่นเดียวกับเอกชนทั่วไปที่ประกอบกิจการดังกล่าว ดังนั้น การก่อสร้างอาคารให้ประชาชนเช่าซื้อหรือเช่าซื้อของการเคหะแห่งชาติจึงกระทำการในฐานะเดียวกับเอกชนทั่วไป หากมีการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญา หรือมีการปฏิบัติที่ผิดข้อตกลงต่อกันก็ถือเป็นเรื่องการค้าแย่งสิทธิหน้าที่กันในระหว่างการเคหะแห่งชาติ ในฐานะผู้ประกอบการกับผู้เช่าซื้อหรือผู้ซื้อที่เป็นเจ้าของบ้านหรืออาคารตามโครงการนั้น มิใช่การใช้อำนาจกระทำการในทางปกครอง⁴⁶

กรณีสัญญาเช่าอาคารพาณิชย์ ระหว่างนางลีนา สุทธิธรรม กับ การรถไฟแห่งประเทศไทย ศาลปกครองให้เหตุผลว่า การรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจ จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ซึ่งมาตรา 6 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดวัตถุประสงค์ของการรถไฟแห่งประเทศไทยไว้หลายประการ บางประการต้องใช้อำนาจรัฐดำเนินการ แต่วัตถุประสงค์ในการดำเนินธุรกิจ เช่น ซื้อ จัดหา จำหน่าย แลกเปลี่ยน ดำเนินงานเกี่ยวกับทรัพย์สินใด ๆ ในการดำเนินกิจการ โรงแรม กภัตตาคาร และจัดบริการท่องเที่ยวที่เกี่ยวข้องกับการรถไฟแห่งประเทศไทย มาตรา 6 และมาตรา 9 กำหนดให้อำนาจการรถไฟแห่งประเทศไทยดำเนินธุรกิจเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง สัญญาเช่าอาคารพาณิชย์ที่การรถไฟแห่งประเทศไทยทำกับนางลีนา สุทธิธรรมเป็นสัญญาที่ทำในฐานะเอกชนต่อเอกชน ซึ่งผูกพันบังคับกันตามประมวลกฎหมาย

⁴⁶ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 594/2545

แพ่งและพาณิชย์ การรถไฟแห่งประเทศไทยมิได้ใช้อำนาจรัฐดำเนินการในทางปกครอง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง⁴⁷ ศาลปกครองได้นำเหตุผลนี้ไปใช้กับสัญญาเช่าซื้ออาคารพาณิชย์ ระหว่าง นางอังคณา พันธุ์มะผล กับ การเคหะแห่งชาติ ด้วย⁴⁸

กรณีสัญญาเช่าที่ดินซึ่งเป็นที่ธรณีสงฆ์และสัญญาเช่าแผงลอยตลาดสด
ระหว่างวัดโคกเตือ กับ นายศิริชัย ตั้งวิริยะ ศาลปกครองให้เหตุผลว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาเช่าทรัพย์ เมื่อนายศิริชัย ตั้งวิริยะ ผู้เช่าซึ่งทำสัญญาเช่าทรัพย์กับวัดโคกเตือเป็นบุคคลธรรมดา มิได้เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และวัดโคกเตือก็เป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง สัญญาเช่าดังกล่าวจึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง⁴⁹

กรณีสัญญาเช่าโทรศัพท์/ตู้ขายเช่า/วงจรถ่าน ระหว่างนายสังวาล เบญจรงค์รัตน์ กับ องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ศาลปกครองให้เหตุผลว่า เป็นการโต้แย้งกันในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้เช่าและผู้เช่าตามสัญญาเช่าทรัพย์ธรรมดาซึ่งเป็นการสัมพันธ์กันในฐานะเอกชนกับเอกชนอันเป็นคดีพิพาททางแพ่ง มิใช่คดีพิพาทที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁵⁰ ซึ่งศาลปกครองได้นำเหตุผลดังกล่าวไปใช้กับสัญญาเช่าโทรศัพท์ ระหว่างนายเสวต เวียนทอง กับ กรรมการผู้จัดการบริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ด้วย⁵¹

(7) กรณีสัญญาติดตั้งระบบ

กรณีสัญญาติดตั้งระบบไฟฟ้าระหว่างนางอาภรณ์จิตร สังขวรรณ กับ การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค และการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคอำเภอหาดใหญ่ ศาลปกครองให้เหตุผลว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องที่คู่กรณีเข้าผูกพันกันในฐานะผู้ว่าจ้างและ

⁴⁷ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 91/2545

⁴⁸ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 107/2546

⁴⁹ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 10/2545

⁵⁰ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 62/2545

⁵¹ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 487/2546

ผู้รับจ้างดำเนินการปักเสาคาดสายไฟฟ้าเข้าสู่ที่ดินจัดสรรของเอกชน ที่มีใช้การกระทำในฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองซึ่งกระทำเพื่อประโยชน์อันเป็นสาธารณะแต่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน จึงเป็นความสัมพันธ์ทางแพ่ง⁵²

(8) กรณีสัญญาจ้างที่ปรึกษาหรือออกแบบ

กรณีสัญญาจ้างทำงานออกแบบทำอาร์ตเวิร์คและทำแม่พิมพ์พร้อมปฏิบัติงานหนังสือวัฒนธรรมพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ เอกลักษณ์และภูมิปัญญาของกรมศิลปากร จังหวัดปราจีนบุรี จังหวัดนครนายก จังหวัดเลย ระหว่างบริษัท พริน แอนด์ คอนโทรล จำกัด กับ องค์การค้าของคุรุสภา ศาลปกครองให้เหตุผลว่า แม้ว่าองค์การค้าของคุรุสภาจะเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญาจ้างดังกล่าวเกิดขึ้นจากการที่บริษัท พริน แอนด์ คอนโทรล จำกัด และองค์การค้าของคุรุสภา แสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ใช่เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองได้ตกลงมอบหมายให้บริษัท พริน แอนด์ คอนโทรล จำกัด ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองแทนรัฐแต่อย่างใด ทั้งนี้ได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ⁵³

กรณีสัญญาจ้างเป็นที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างโครงการก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารอเนกประสงค์) ภายในสนามกีฬาเฉลิมพระเกียรติฯ (คลอง 6) จังหวัดปทุมธานี ระหว่างบริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับ กรมพลศึกษา ศาลปกครองให้เหตุผลว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการที่บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับ กรมพลศึกษาแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากได้เป็นหน่วยงานทางปกครองได้ตกลงมอบหมายให้บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองแทนรัฐแต่อย่างใดไม่ ทั้งสัญญาดังกล่าวก็มีได้มีลักษณะเป็นสัญญาอย่างใด

⁵² คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 616/2545

⁵³ คำพิพากษาของศาลปกครองกลางคดีหมายเลขแดงที่ 965/2545

อย่างหนึ่งในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งแม้สัญญาจ้างดังกล่าวทำขึ้นตามแบบทำยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่แบบของสัญญาจ้างที่ปรึกษาดังกล่าวก็เป็นเพียงแบบหรือตัวอย่างสัญญา ไม่เป็น “กฎ” ประกอบกับการบอกเลิกสัญญาของกรมพลศึกษาก็เป็นการบอกเลิกสัญญาตามข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว ซึ่งเป็นสัญญาทางแพ่ง⁵⁴

(9) กรณีสัญญาค่าประกัน

กรณีสัญญาชำระเงินค่าประกันตามสัญญาขอใช้บริการกระแสไฟฟ้า ระหว่าง นางพรพันธุ์ ก้อนทรัพย์ กับ การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคอำเภอธัญบุรี ศาลปกครองให้เหตุผลว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เกิดจากประเด็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการชำระเงินค่าประกันการใช้ไฟฟ้าอันสืบเนื่องมาจากสัญญาขอใช้บริการกระแสไฟฟ้าระหว่าง นางพรพันธุ์ ก้อนทรัพย์ กับ การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคอำเภอธัญบุรี มีลักษณะเป็นคดีพิพาทระหว่างเอกชนกับหน่วยงานทางปกครองซึ่งมิได้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาในทางแพ่ง⁵⁵

(10) กรณีสัญญาให้

กรณีสัญญาให้ดำเนินการร้านค้าสวัสดิการ โรงพยาบาลโรคทรวงอก ระหว่าง นางสาวสรรรณี วุฒินันท์ กับ คณะอนุกรรมการสวัสดิการโรงพยาบาลโรคทรวงอก ศาลปกครองให้เหตุผลว่า สัญญาเกิดขึ้นจากคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญา หากสัญญาที่ทำกันไว้นั้นไม่มีข้อความให้ผู้รับสัญญามีสิทธิต่อสัญญาได้ ย่อมเป็นสิทธิของผู้ให้สัญญาที่จะต่อหรือไม่ต่อสัญญาก็ได้ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ นางสาวสรรรณี วุฒินันท์ ทำสัญญาดำเนินการร้านค้าสวัสดิการ โรงพยาบาลโรคทรวงอกกับคณะอนุกรรมการสวัสดิการ โรงพยาบาลโรคทรวงอก มีกำหนด 3 ปี แม้ว่า คณะอนุกรรมการสวัสดิการ โรงพยาบาลโรคทรวงอกจะได้รับมอบหมายให้กระทำแทนกรมควบคุมโรคติดต่อซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่สัญญาดังกล่าว

⁵⁴ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 87/2545 ต่อมาคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วินิจฉัยว่าสัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครองตามคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 47/2547

⁵⁵ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 197/2546

มิได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ⁵⁶

⁵⁶ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 413/2546

2 การวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมอาจเกิดปัญหาขึ้นว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใดในระหว่างที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลใดศาลหนึ่ง ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจเกิดขึ้น 2 กรณี คือ กรณีแรก แต่ละศาลต่างเห็นว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่ในเขตอำนาจของตน หรือกรณีที่สองแต่ละศาลเห็นว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจของตนก็ได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 248 จึงกำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวเพื่อรองรับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ.2542 จึงกำหนดองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลไว้ โดยให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลประกอบด้วยกรรมการ 2 ประเภท คือ กรรมการโดยตำแหน่งอันได้แก่ ประธานศาลฎีกาเป็นประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุด หัวหน้าสำนักตุลาการทหารและประธานศาลอื่น (ในกรณีที่มีการจัดตั้งศาลอื่นเพิ่มขึ้น) และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งประกอบด้วย ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวน 1 คน ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 1 คน ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด จำนวน 1 คน ผู้มีความรู้และประสบการณ์ด้านกฎหมายมิใช่ผู้พิพากษา หรือตุลาการที่ได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมของกรรมการ โดยตำแหน่งและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวจำนวน 1 คน คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมี่วาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี นับแต่วันประกาศรายชื่อกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในราชกิจจานุเบกษา⁵⁷ และกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นจากการขัดกันของอำนาจศาลใน 3 ลักษณะ คือ (1) กรณี

⁵⁷ มาตรา 8 พระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542

มีปัญหาว่าคดีอยู่ในอำนาจของศาลใด (2) กรณีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดระหว่างศาลขัดแย้งกัน และ (3) กรณีอื่นที่อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลขัดแย้งกัน คือ กรณีที่มีการขัดแย้งกันระหว่างศาลในเรื่องวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา การยื่นคำร้องต่อศาลก่อนฟ้องคดีตามที่กฎหมายบัญญัติ การสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนฟ้องคดี และบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล และการปฏิบัติตามหน้าที่ประการอื่นของศาลตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 จนถึงปัจจุบัน พบว่าคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ให้เหตุผลว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่งซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ดังนี้

2.1 กรณีวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

(1) กรณีสัญญาจ้าง

กรณีสัญญาจ้างปรับปรุงโรงพยาบาลหลังสวน ระหว่างบริษัทเค.เอส. โสมเมคเกอร์ กรุ๊ป-จำกัด กับจังหวัดชุมพร เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจาก นายคงศักดิ์ วงษ์วิเศษ ยื่นฟ้องจังหวัดชุมพร ว่าบริษัทเค.เอส. ดังกล่าว ทำสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลชุมชนขนาด 60 เตียง เป็น 90 เตียง ก่อสร้างอาคารผู้ป่วยขนาด 30 เตียง แต่ในระหว่างการก่อสร้างเกิดเหตุสุดวิสัยจึงขอขยายเวลาก่อสร้าง เมื่อทำงานแล้วเสร็จจังหวัดชุมพรจ่ายค่าจ้างโดยหักเงินค่าปรับโดยมิใช่ความผิดของนายคงศักดิ์ วงษ์วิเศษ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาให้จังหวัดชุมพรชำระเงินค่าปรับทั้งหมดพร้อมดอกเบี้ย คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า สัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลว่า จังหวัดชุมพรเป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาคตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาระหว่างบริษัทเค.เอส.ดังกล่าว กับจังหวัดชุมพรในกรณีนี้เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลชุมชนขนาด 60 เตียง

เป็น 90 เดียง โดยมีอาคารผู้ป่วยและส่วนประกอบอื่น ๆ ซึ่งการสาธารณสุขเป็นบริการ สาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารโรงพยาบาลของรัฐเป็นถาวรวัตถุ เป็นองค์ประกอบ และเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล โดยประชาชนทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง อาคารโรงพยาบาลของรัฐจึงเป็น สิ่งสาธารณูปโภค และเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือการรับจ้างก่อสร้างปรับปรุง โรงพยาบาลถือได้ว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค⁵⁸

กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปา ระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด ก.กิจสยาม กับนายประสิทธิ์ ศรีสุขจร นายเกรียงไกร ชูศิลป์กุล และเทศบาลตำบลกำแพงแสน เป็น สัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากห้างหุ้นส่วนจำกัด ก.กิจสยามยื่นฟ้องนายประสิทธิ์ ศรีสุขจร นายเกรียงไกร ชูศิลป์กุล และเทศบาลตำบลกำแพงแสน ว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก.กิจสยาม รับเหมาก่อสร้างวางท่อน้ำประปาของสุขาภิบาลกำแพงแสนตามแบบที่ สุขาภิบาลกำแพงแสนกำหนด เมื่อดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จ นายประสิทธิ์ ศรีสุขจร นายเกรียงไกร ชูศิลป์กุล และเทศบาลตำบลกำแพงแสนไม่ชำระเงินค่าก่อสร้างให้แก่ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก.กิจสยาม จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ชำระหนี้ค่าก่อสร้างดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า คดีนี้เป็นสัญญาทางปกครอง โดยให้เหตุผลว่า เทศบาลตำบลกำแพงแสนเป็นหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นตาม พระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงฐานะสุขาภิบาลเป็นเทศบาล พ.ศ. 2542 ถือได้ว่าเป็นสัญญา ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ กระทำการแทนรัฐ เมื่อข้อพิพาทคดีนี้มีมูลอันเนื่องมาจากสัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปา ซึ่งการประปาถือว่าเป็นสาธารณูปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนโดยตรง โดยรัฐเป็นผู้จัดให้มีขึ้น⁵⁹

⁵⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545

⁵⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2545

กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง ระหว่างบริษัทไทรยูเนี่ยน จำกัด กับมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ เป็นสัญญาทางปกครอง หรือไม่ เนื่องจากบริษัทไทรยูเนี่ยน จำกัด ยื่นฟ้องมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ว่า บริษัทไทรยูเนี่ยน จำกัด ทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ เครื่องมือกลาง 1 หลัง ณ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ กับมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ แต่มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์บอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายตามสัญญา บริษัทไทรยูเนี่ยน จำกัด เห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง โดยให้เหตุผลว่า มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์เป็นส่วนราชการสังกัดทบวงมหาวิทยาลัยตามมาตรา 32 (17) แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 และมีฐานะเป็นกรมตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรมตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มีวัตถุประสงค์ในการให้การศึกษา จึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาจ้างระหว่างบริษัทไทรยูเนี่ยน จำกัด กับมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง โดยการศึกษา เป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารมหาวิทยาลัยของรัฐเป็นถาวรวัตถุเป็น องค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผลจึง เป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง และวัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือการรับจ้างก่อสร้างอาคารในมหาวิทยาลัยของรัฐ ถือได้ว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครอง มอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค⁶⁰

⁶⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545

กรณีที่เอกชนฟ้องเรียกเงินที่ค้างชำระจากหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเป็น คู่สัญญาตามสัญญาจ้างเป็นที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร และเรียก ค่าเสียหายจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เพิกถอนการบอกเลิกสัญญา และ ให้เข้าดำเนินตามสัญญาได้ต่อไปเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากบริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับบริษัท เซเน่เอนจิเนียริ่ง คอนซัลแตนท์ จำกัด ทำสัญญาจ้างเป็นที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ซึ่งมีบริษัทแปซิฟิก แอสโซซิเอท กรุ๊ป จำกัด เป็นผู้รับจ้างก่อสร้าง กับ กรมพลศึกษา ต่อมากรมพลศึกษาบอกเลิกสัญญาจ้างดังกล่าวโดยอ้างว่าบริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับบริษัท เซเน่เอนจิเนียริ่ง คอนซัลแตนท์ จำกัด ทำผิดสัญญาจ้าง แต่บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับบริษัท เซเน่เอนจิเนียริ่ง คอนซัลแตนท์ จำกัด เห็นว่า การบอกเลิกสัญญาเป็นไปโดยไม่ชอบด้วย กฎหมายจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลขอให้เพิกถอนการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวพร้อมเรียกเงิน ค่าเสียหาย แต่กรมพลศึกษาโต้แย้งว่าบริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับบริษัท เซเน่เอนจิเนียริ่ง คอนซัลแตนท์ จำกัด เป็นฝ่ายผิดสัญญาจึงไม่มีสิทธิเรียกเงิน ค่าจ้างหรือเงินอื่นใดอีก คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลว่า ขณะยื่นฟ้องกรมพลศึกษาเป็นส่วนราชการ สังกัดกระทรวงศึกษาธิการตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 12) พ.ศ.2538 จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อสัญญาจ้างที่ปรึกษา ออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ดังกล่าว เป็นไปเพื่อให้บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับบริษัท เซเน่เอนจิเนียริ่ง คอนซัลแตนท์ จำกัด ทำการตรวจและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ให้เป็นไปตามสัญญาก่อสร้างและถูกต้องตามหลักวิชา โดยผู้ควบคุมงานที่มีความรู้ความชำนาญทางด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรมแทน กรมพลศึกษา เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการการศึกษา

ด้านการกีฬา การศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะในการส่งเสริมและประสานงานการกีฬาเพื่อการศึกษาของรัฐให้บรรลุผล⁶¹

(2) กรณีสัญญาซื้อขาย

กรณีสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินซึ่งจะถูเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืน เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากกรุงเทพมหานครทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่จะเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนในท้องที่อำเภอยานนาวา อำเภอพระโขนง จังหวัดพระนคร อำเภอบางขุนเทียน อำเภอรามบุรี อำเภอบางกอกน้อย อำเภอดุสิต อำเภอภาษีเจริญ กิ่งอำเภอหนองแขม จังหวัดธนบุรี อำเภอบางกรวย อำเภอบางใหญ่ อำเภอบางบัวทอง อำเภอเมืองนนทบุรี อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี อำเภอเมืองประทุมธานี จังหวัดปทุมธานี อำเภอกระทุ่มแบน จังหวัดสมุทรสาคร อำเภอสามพราน และอำเภอนครชัยศรี จังหวัดนครปฐม พ.ศ. 2497 กับเจ้าของที่ดิน คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลว่า กรุงเทพมหานครเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและมีฐานะเป็นหน่วยการบริหารส่วนท้องถิ่น และเป็นเจ้าหน้าที่เพื่อดำเนินการเวนคืน ในการตกลงทำสัญญาดังกล่าว หากเจ้าของที่ดินนั้นไม่ยินยอมขายทางราชการก็จะดำเนินการเวนคืนที่ดินดังกล่าวต่อไป จึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองและเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ โดยใช้อำนาจทางปกครองบังคับซื้อที่ดินจากเอกชน และการเวนคืนที่ดินนั้นก็เพื่อใช้ในการก่อสร้างถนนซึ่งเป็นสาธารณูปโภคที่ประชาชนเป็นผู้ใช้และได้รับประโยชน์โดยตรงซึ่งมีลักษณะเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค⁶²

⁶¹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 47/2547

⁶² คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 22/2545 , 27/2545 และ 20/2547

(3) กรณีสัญญาลาศึกษา

กรณีการที่ข้าราชการฟ้องเรียกเงินที่ตนเองได้ชำระไปตามสัญญาขอลาศึกษา แทนการปฏิบัติหน้าที่ราชการคืนจากหน่วยงานทางปกครองต้นสังกัดเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากนางจิตรา ชนะกุล เป็นข้าราชการในสังกัดของ กรุงเทพมหานคร ได้ทำสัญญาของข้าราชการขอไปศึกษาระดับปริญญาโท โดยมีข้อตกลงว่า เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้วจะกลับมารับราชการต่อ ได้ยอมชดใช้เงินและเบี้ยปรับเป็นจำนวน ไม่น้อยกว่า 2 เท่า ของเงินที่ผู้ฟ้องคดีได้รับไป แต่หากกลับมารับราชการได้ไม่ครบกำหนด จะยอมชดใช้เงินคืนแก่กรุงเทพมหานคร โดยลดลงตามส่วน คณะกรรมวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง โดยให้เหตุผลว่า กรุงเทพมหานครเป็นหน่วยงานราชการบริหารส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่อย่างหนึ่งคือ การจัดการศึกษาตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 6 และมาตรา 89 (21) เป็นกรณีที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง การจัดการศึกษาถือว่าเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งที่รัฐต้องจัดให้มีขึ้น การที่นางจิตรา ชนะกุล ทำสัญญากับกรุงเทพมหานคร โดยตกลงว่า เมื่อครบกำหนดเวลาแล้วจะกลับมารับราชการที่โรงเรียนในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีนั้น วัตถุประสงค์ของการให้ผู้ฟ้องคดี กลับมาดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะอันเป็นเรื่องของการจัดการศึกษา และมีวัตถุประสงค์หลักให้นางจิตรา ชนะกุลกลับมารับราชการใน โรงเรียนที่สังกัดของกรุงเทพมหานครไม่ใช่ให้นางจิตรา ชนะกุลชำระเงินแก่ กรุงเทพมหานครจึงเป็นสัญญาทางปกครอง⁶³

2.2 กรณีวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

(1) กรณีสัญญาซื้อขาย

กรณีสัญญาการจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่มในสถานศึกษา (โรงเรียนเดชอุดม) เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วินิจฉัยว่า ไม่เป็นสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลว่า โรงเรียนเดชอุดมเป็นโรงเรียนใน

⁶³ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 25/2545

สังกัดกรมสามัญศึกษาเป็นส่วนราชการสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ โรงเรียนเดชอุดม และกรมสามัญศึกษาจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง ข้าราชการในกรมสามัญศึกษาเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกระทำการแทนรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เนื้อหาของสัญญาซื้อขายมีข้อตกลงให้ผู้จำหน่ายได้ประโยชน์ในการจำหน่ายอาคารและเครื่องดัดในโรงเรียนเดชอุดมและบริจากรถยนต์นั่งส่วนบุคคลเกิน 7 คน ยี่ห้อโตโยต้าเป็นการตอบแทนในการได้จำหน่าย การบอกเลิกสัญญาสามารถกระทำได้เมื่อครบกำหนดตามสัญญาหรือผู้จำหน่ายเท่านั้นเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาได้ ลักษณะของสัญญาเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองยอมให้เอกชนเข้าใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของทางราชการ เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่เด็กนักเรียนในการซื้ออาหารรับประทานระหว่างศึกษาในสถานศึกษา ซึ่งมีใช้วัตถุประสงค์หลักในการจัดบริการสาธารณะด้านการศึกษา แม้ในสัญญามีข้อกำหนดให้ผู้จำหน่ายต้องดำเนินการตามระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการควบคุมผู้นำอาหารเข้ามาจำหน่ายในสถานศึกษา พ.ศ. 2518 และปฏิบัติตามแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจำหน่ายอาหารและเครื่องดัดในสถานศึกษาสังกัดกรมสามัญศึกษา พ.ศ. 2534 ตลอดจนระเบียบของโรงเรียนเดชอุดม ว่าด้วยการจำหน่ายอาหารและเครื่องดัดในสถานศึกษา พ.ศ. 2542 และกำหนดให้ผู้จำหน่ายต้องจำหน่ายราคาเหมาะสมตามที่คณะกรรมการของโรงเรียนกำหนดก็เป็นเพียงเงื่อนไขข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ความเสมอภาค และความสมัครใจของคู่สัญญา ซึ่งเป็นลักษณะของสัญญาทางแพ่ง มิใช่เอกสิทธิ์ของรัฐที่กำหนดขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์การบริการสาธารณะด้านการศึกษาบรรลุผล ทั้งสัญญามีได้มีลักษณะเป็นสัญญาประเภทต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁶⁴

กรณีการที่รัฐวิสาหกิจฟ้องเอกชนว่าผิดสัญญาซื้อขายนาฬิกาปรับเวลาและเรียกค่าเสียหายเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากการสื่อสารแห่งประเทศไทยทำสัญญาซื้อขายนาฬิกาปรับเวลาซึ่งเป็นตัวทำหน้าที่ควบคุมสัญญาความถี่ให้มีความแน่นอน

⁶⁴ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 20/2546

จำนวน 3 เครื่อง กับบริษัทไฟโอเนียร์เทลคอม อินเตอร์เนชันแนล จำกัด โดยมีเงื่อนไขว่า บริษัทไฟโอเนียร์เทลคอม อินเตอร์เนชันแนล จำกัด จะส่งมอบพร้อมทำการติดตั้ง นาฬิกาปรับเวลาดังกล่าวให้แก่การสื่อสารแห่งประเทศไทย ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงสัญญา โดยการสื่อสารแห่งประเทศไทยและบริษัทไฟโอเนียร์เทลคอม อินเตอร์เนชันแนล จำกัด ตกลง เปลี่ยนแปลงรุ่นและประเทศผู้ผลิตนาฬิกาปรับเวลาในราคาเท่ากับราคาสินค้าเดิม แต่ บริษัทไฟโอเนียร์เทลคอม อินเตอร์เนชันแนล จำกัด มิได้ปฏิบัติตามสัญญา การสื่อสารแห่งประเทศไทยจึงบอกเลิกสัญญาและยื่นฟ้องบริษัทไฟโอเนียร์เทลคอม อินเตอร์เนชันแนล จำกัด ขอให้จำเลยชำระค่าปรับและค่าเสียหาย คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า ไม่เป็นสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลว่า แม้การสื่อสารแห่งประเทศไทยจะเป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติ การสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 ประกอบกับพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 4 อันเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวไม่เข้า ลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะเพราะการสื่อสารแห่งประเทศไทยมิได้ มอบหมายภารกิจของรัฐให้บริษัทไฟโอเนียร์เทลคอม อินเตอร์เนชันแนล จำกัด ดำเนินการแทนหรือร่วมจัดทำด้วยแต่อย่างใด และสัญญาดังกล่าวไม่เข้าลักษณะเป็น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเพราะการที่การสื่อสารแห่งประเทศไทยจะนํานาฬิกา ปรับเวลาไปใช้ในทางเทคนิคการดำเนินงานก็เป็นเพียงการใช้เครื่องมือชิ้นหนึ่งภายใน กิจกรรมของการสื่อสารแห่งประเทศไทยในกระบวนการส่งสัญญาณโทรคมนาคมเท่านั้น มิได้เป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่มีไว้ให้สาธารณะชนสามารถใช้ประโยชน์ได้โดยตรง⁶⁵

(2) กรณีสัญญาเช่า

กรณีการขอให้ต่อสัญญาเช่าตามสภาพอาคารที่ยังคงเหลืออยู่เป็นเวลา 21 ปี เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากนายนิคม ขำนิพัทธ์ ทำสัญญาเช่าที่ดินราชพัสดุ กับผู้ว่าราชการจังหวัดนนทบุรี และกรมธนารักษ์โดยนายนิคม ขำนิพัทธ์ เสียค่าใช้จ่ายใน

⁶⁵ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 11/2547

การปรับปรุงอาคาร ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก และยกสิ่งปลูกสร้างให้แก่กระทรวงการคลัง แต่เมื่อสัญญาเช่าจะครบกำหนดอายุ ผู้ว่าราชการจังหวัดนนทบุรีไม่ต่อสัญญาเช่าให้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลว่า การเช่าอาคารและที่ดินของราชพัสดุเพื่อประกอบการค้าและอยู่อาศัยเป็นประโยชน์เฉพาะตัวแก่นายนิคม ขำนิพัทธ์ และการที่ผู้ว่าราชการจังหวัดนนทบุรีไม่ต่ออายุสัญญาเช่าให้แก่ นายนิคม ขำนิพัทธ์ เป็นการใช้สิทธิตามสัญญาที่คู่สัญญาทำไว้ต่อกันเท่านั้น ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁶⁶

(3) กรณีสัญญาเกี่ยวกับค่าปรับ

กรณีการเรียกค่าปรับตามสัญญาจ้างก่อสร้างหลักเทียบเรือของกองทัพเรือเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากห้างหุ้นส่วนจำกัด วิโรเสถียร ทำสัญญารับจ้างก่อสร้างหลักเทียบเรือกับกองทัพเรือ เพื่อใช้เทียบเรือระบายพลขนาดใหญ่ เรือยกพลขนาดใหญ่ ขนถ่ายรถรบ กำลังพลและยุทโธปกรณ์ทางทหาร แต่ห้างหุ้นส่วนจำกัด วิโรเสถียรส่งมอบงานล่าช้า กองทัพเรือจึงคิดค่าปรับในอัตราร้อยละ 0.4 ของค่าจ้างตามสัญญาจ้างหุ้นส่วนจำกัด วิโรเสถียร เห็นว่า อัตราค่าปรับดังกล่าวสูงเกินกว่าที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลว่า กองทัพเรือเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2528 มาตรา 9 (12) มีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเมื่อกองทัพเรือมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศซึ่งภารกิจนี้ถือว่าเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งที่รัฐเป็นผู้จัดทำขึ้น โดยกองทัพเรือจะต้องจัดให้มีอาวุธยุทโธปกรณ์และอุปกรณ์อื่น ๆ ที่จำเป็น รวมถึงการจัดให้มีหลักเทียบเรือเพื่อใช้ในการภารกิจด้วย หลักเทียบเรือเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล เมื่อกองทัพเรือว่าจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด วิโรเสถียร ให้ทำการก่อสร้างหลักเทียบเรือ

⁶⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2547

สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁶⁷

กรณีการที่หน่วยงานทางปกครองฟ้องให้เอกชนชำระค่าปรับและค่าเสียหาย เนื่องจากผิดสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอำนวยการและอาคารฝึกงาน ศูนย์การศึกษา นอกโรงเรียนจังหวัดนราธิวาสเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากศูนย์การศึกษา นอกโรงเรียนทำสัญญาจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด สมบุญนราธิวาส ให้ทำการก่อสร้างอาคาร อำนวยการ อาคารบ้านพักคนงาน และอาคารฝึกงาน ณ ศูนย์ศึกษานอกโรงเรียน จังหวัดนราธิวาส โดยมีธนาคาร นครหลวงไทย จำกัด (มหาชน) ค้ำประกันการปฏิบัติ ตามสัญญาจ้างดังกล่าว ห้างหุ้นส่วนจำกัด สมบุญนราธิวาส ทำการก่อสร้างและส่งมอบงาน เพียง 6 งวด แม้ศูนย์ศึกษานอกโรงเรียนจะต่ออายุสัญญาจ้างให้ การก่อสร้างก็ไม่แล้วเสร็จ และได้ทิ้งงานไป ศูนย์ศึกษานอกโรงเรียนบอกเลิกสัญญาและฟ้องให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด สมบุญนราธิวาสชำระค่าปรับและค่าเสียหาย แต่ห้างหุ้นส่วนจำกัด สมบุญนราธิวาสอ้างว่า ศูนย์ศึกษานอกโรงเรียนบอกเลิกสัญญาไม่ชอบ สัญญาจ้างดังกล่าวยังมีผลบังคับใช้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาทางปกครอง โดยให้เหตุผลว่า ศูนย์ศึกษานอกโรงเรียนเป็นส่วนราชการสังกัดกรมการศึกษานอกโรงเรียน เป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำสัญญาว่าจ้างให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด สมบุญนราธิวาส ก่อสร้างอาคารอำนวยการ อาคารบ้านพักคนงาน และอาคารฝึกงาน ณ ศูนย์ศึกษา นอกโรงเรียน จังหวัดนราธิวาส ที่ใช้สำหรับเป็นสถานศึกษาภาครัฐสำหรับประชาชนทั่วไป อันเป็นสถานที่เพื่อให้บริการสาธารณะของหน่วยงานทางปกครองที่มอบหมายให้เอกชน เข้าดำเนินการก่อสร้างอันเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว ส่วนสัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาของห้างหุ้นส่วนจำกัด สมบุญนราธิวาส ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองและเป็นสัญญาหลัก สัญญาค้ำประกันดังกล่าวจึงมีลักษณะ

⁶⁷ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 21/2546

เป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างอาคารอันวางการดังกล่าวจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลเดียวกัน⁶⁸

(4) กรณีสัญญาค้ำประกันหรือหลักประกันตามสัญญา

กรณีการขอคืนหลักประกันตามสัญญาเช่าสถานที่และวัสดุครุภัณฑ์จากมหาวิทยาลัยเชียงใหม่เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากนายสมบัติ มงคลอิทธิเวช เป็นผู้วางหลักทรัพย์ค้ำประกันสัญญาเช่าสถานที่และวัสดุครุภัณฑ์ ระหว่างนางปวีณา สาสิงห์ ผู้เช่า กับมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เพื่อประกอบกิจการสระว่ายน้ำ ล้างอัดฉีดรถ และซักอบรีดเสื้อผ้า เมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ไม่คืนเงินประกัน และหลักประกันสัญญาให้แก่ นายสมบัติ มงคลอิทธิเวช นายสมบัติ มงคลอิทธิเวชเห็นว่า มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ละเลยต่อหน้าที่ไม่ปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่มหาวิทยาลัยเชียงใหม่โต้แย้งว่าที่ไม่คืนหลักประกันดังกล่าวให้ เพราะผู้เช่าผิดสัญญาเช่าซึ่งข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวให้ผู้เช่ามีสิทธิยึดหลักประกันได้⁶⁹ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าวไม่เป็นสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลว่า มหาวิทยาลัยเชียงใหม่เป็นส่วนราชการสังกัดทบวงมหาวิทยาลัยตามมาตรา 32 (6) แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2534 มีวัตถุประสงค์ในการให้การศึกษา ส่งเสริมวิชาการและวิชาชีพชั้นสูง ทำการสอน ทำการวิจัย ให้บริการทางวิชาการแก่สังคม และทะนุบำรุงศิลปวัฒนธรรม จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เนื้อหาของสัญญามีข้อตกลงให้นางปวีณา สาสิงห์ ผู้เช่า เข้าใช้ทรัพย์สินของมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เพื่อประกอบกิจการสระว่ายน้ำ ล้างอัดฉีดรถ และซักอบรีดเสื้อผ้า โดยมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนเป็นค่าเช่า ซึ่งเป็นการที่มหาวิทยาลัยเชียงใหม่หารายได้จากการใช้ที่ราชพัสดุที่มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ปกครองดูแลหรือใช้ประโยชน์ตามมาตรา 11 (3) แห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยเชียงใหม่

⁶⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2547

⁶⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 23/2546

พ.ศ. 2530 จึงเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองยอมให้เอกชนเข้าใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของทางราชการดำเนินกิจการเพื่ออำนวยความสะดวกแก่บุคลากรในมหาวิทยาลัยมิใช่วัตถุประสงค์หลักในการจัดทำบริการสาธารณะด้านการศึกษาโดยตรง และมีได้มีลักษณะเป็นสัญญาประเภทต่าง ๆ อันจะเข้าลักษณะสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁷

กรณีการชำระเงินค่าประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างปรับปรุงถนนของเทศบาลนครยะลาเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) ทำสัญญาค่าประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงสายลิโรรส สาย 2 และสายทุ่งนา ระหว่างเทศบาลนครยะลา ผู้ว่าจ้าง กับห้างหุ้นส่วนจำกัดเจริญทรัพย์การโยธา ผู้รับจ้าง ต่อมาเทศบาลนครยะลาอ้างว่าผู้รับจ้างผิดสัญญาและเรียกให้ชำระค่าปรับตามสัญญา แต่ผู้รับจ้างไม่นำเงินมาชำระ เทศบาลนครยะลาจึงแจ้งให้ธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) ในฐานะผู้ค้ำประกันปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า สัญญาค่าประกันดังกล่าวไม่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครอง โดยให้เหตุผลว่า เทศบาลนครยะลาเป็นราชการส่วนท้องถิ่นและเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำสัญญาจ้างปรับปรุงถนนสายลิโรรส สาย 2 และสายทุ่งนา สัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นบริการสาธารณะ ถือได้ว่าเป็นสัญญาจ้างให้ปรับปรุงถนนเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ในการจัดทำสัญญาจ้าง เทศบาลนครยะลาต้องให้ผู้รับจ้างจัดหาหลักประกันเพื่อปฏิบัติตามสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 141 ที่กำหนดให้คู่สัญญาคือผู้รับจ้างต้องจัดหาหลักประกันเพื่อปฏิบัติตามสัญญา เมื่อผู้รับจ้างนำหนังสือค้ำประกันของธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) มาเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้าง ถ้าฟังสัญญาค้ำประกันไม่มีลักษณะเป็นสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาค้ำประกันดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่ก็ยังเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาจ้าง

ปรับปรุงถนนซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง การฟ้องให้ชำระเงินตามสัญญาค่าประกันจึงควรดำเนินกระบวนการพิจารณายังศาลที่มีเขตอำนาจเดียวกันกับศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่พิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างปรับปรุงถนนซึ่งถือเป็นสัญญาหลัก⁷⁰

ต่อมาได้นำเหตุผลดังกล่าวไปใช้กับการวินิจฉัยในกรณีการที่หน่วยงานทางปกครองฟ้องผู้ค้ำประกันการเข้าศึกษาตามหลักสูตรโรงเรียนจำอากาศเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากนางสาวจุไรรัตน์ ภูจริต กับนางทองเดือน อินธุโสภณทำสัญญาค้ำประกันนายรัฐพล อินธุโสภณ ในการเข้าเรียนตามหลักสูตรของโรงเรียนจำอากาศ ที่กำหนดให้เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้วต้องรับราชการในสังกัดกองทัพอากาศเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 6 ปี หากลาออกหรือออกจากราชการด้วยเหตุใด ๆ ก่อนครบกำหนด ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบใช้ค่าปรับ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยสัญญาค้ำประกันดังกล่าวไม่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครอง โดยให้เหตุผลว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวเพื่อให้ นายรัฐพล อินธุโสภณ เข้ารับราชการทหารต่อไปเพื่อดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง การเรียกร้องให้นางสาวจุไรรัตน์ ภูจริต กับนางทองเดือน อินธุโสภณ ชำระเงินตามสัญญาดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่จำต้องพิจารณาวินิจฉัยถึงสิทธิและหน้าที่ของนายรัฐพล อินธุโสภณ ตามสัญญาทางปกครอง⁷¹

กรณีการขอคืนหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างให้จัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยเดินอากาศ พร้อมอุปกรณ์อะไหล่ ระบบไฟฟ้าสำรองเครื่องยนต์กำเนิดไฟฟ้า ก่อสร้างอาคาร และปรับปรุงพื้นที่ถนนทางเข้าท่าอากาศยานเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากบริษัทเทวีเอชเอ็น จำกัด ทำสัญญาจัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยการเดินอากาศ พร้อมอุปกรณ์อะไหล่ รวมทั้งก่อสร้างอาคาร LOCALIZER และอาคาร GLIDE SLOPE ที่ท่าอากาศยานหัวหิน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ และท่าอากาศยานระนอง จังหวัดระนอง และนำหนังสือค้ำประกันของธนาคารมอบี ไว้ให้แก่กรมการขนส่งทางอากาศเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

⁷⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 28/2546

⁷¹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 35/2547

วินิจฉัยว่า ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลว่า กรมการขนส่งทางอากาศ (กรมการบินพาณิชย์) เป็นหน่วยงานทางปกครอง ที่มีอำนาจหน้าที่ตามข้อ 1 (5) (6) ของกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการขนส่งทางอากาศ กระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2545 ในการกำหนดมาตรฐาน กำกับ ดูแล และตรวจสอบการดำเนินการด้านการบินพลเรือน รวมทั้งจัดให้มีและดำเนินกิจการท่าอากาศยาน โดยลักษณะของสัญญาเป็นการว่าจ้างเพื่อจัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยเดินอากาศ ILS ซึ่งเป็นเครื่องมือสำหรับใช้ในการควบคุมการบินเวลาสภาพอากาศไม่ปกติ เครื่องช่วยเดินอากาศ DME ซึ่งเป็นเครื่องมือสำหรับบอกระยะห่างของเครื่องบินจากสถานีควบคุมการบิน อันเป็นเครื่องมือสำคัญที่ผู้รับจ้างจะต้องจัดหาโดยเฉพาะสำหรับช่วยการเดินอากาศ ไม่สามารถจัดหาได้ทั่วไปในท้องตลาดตลอดจนดำเนินการก่อสร้างอาคาร LOCALIZER และอาคาร GLIDE SLOPE ซึ่งเป็นอาคารติดตั้งเครื่อง LOCALIZER สำหรับบอกเส้นทางกึ่งกลางทางวิ่งและเครื่อง GLIDE SLOPE สำหรับบอกมุมร่อนหัวลงในทางวิ่งและปรับปรุงถนนทางเข้าท่าอากาศยาน โดยมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อให้การจัดระบบการจราจรและการขนส่งทางอากาศดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยจึงเป็นการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง สัญญาว่าจ้างดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง⁷²

⁷² คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 48/2547

บทที่ 5

วิเคราะห์

ความหมายของสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

ความหมายของสัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นสิ่งใหม่ในระบบกฎหมายไทย โดยก่อนหน้าที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย ความเข้าใจเรื่องสัญญาทางปกครองนั้นได้มาจากการเรียนการสอนซึ่งนำหลักการมาจากประเทศฝรั่งเศส แต่ก็ยังไม่อาจเข้าใจได้อย่างถ่องแท้ เพราะคำว่าสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสก็ได้มาจากบทบัญญัติของกฎหมายแต่มาจากแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งก็ไม่สามารถทราบความเป็นมาและพัฒนาการของความหมายของสัญญาทางปกครองดังกล่าวนี้ได้อย่างชัดเจน เป็นเหตุทำให้การอธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองมีลักษณะที่ไม่แน่นอน ยากแก่การทำความเข้าใจและนำไปปรับใช้ให้ถูกต้องตรงกับความหมายที่แท้จริง

หากพิจารณามาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ได้ให้นิยามความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะเห็นได้ว่าความหมายของสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวนี้ กฎหมายเพียงแต่วางหลักไว้อย่างกว้าง ๆ ว่าสัญญาทางปกครองควรมีลักษณะอย่างไรเท่านั้น และสัญญาใดที่จะถือว่ามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งนอกจากตัวอย่างลักษณะของสัญญาที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้แล้ว การที่จะพิจารณาว่า

สัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เป็นอำนาจของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอีก ดังนั้น การที่จะทราบว่าสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนอกจากที่ปรากฏในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลต่อไปดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในบทที่ 4 พบว่า ยังไม่มีการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองเกินไปกว่าตัวอย่างลักษณะของสัญญาตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในบทเดียวกัน พบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักขยายขอบเขตความหมายของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมจากมาตรา 3 ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็น

สัญญาทางแพ่ง”¹ ซึ่งจากการศึกษาความหมายของสัญญาทางปกครองประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองนับแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 จนถึงปัจจุบัน พบว่า หลักเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาทางปกครองได้นั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ส่วนหลักเกณฑ์การพิจารณาลักษณะเนื้อหาของสัญญาแต่ละสัญญาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น ศาลปกครองกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญานั้นจะต้องมีเนื้อหาในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

ประเภทที่ 1 สัญญาสัมปทาน

ประเภทที่ 2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

ประเภทที่ 3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

ประเภทที่ 4 สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ประเภทที่ 5 สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

ประเภทที่ 6 สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

เห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ในการวางหลักการพิจารณาเนื้อหาของสัญญาแต่ละสัญญาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองดังกล่าว ศาลปกครองจะพิจารณาว่า เนื้อหาของสัญญาทางปกครองในประเภทที่ 1 ถึงประเภทที่ 4 เป็นตัวอย่างของสัญญาทางปกครองตามที่ปรากฏในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนเนื้อหาของสัญญาทางปกครองในประเภทที่ 5 และประเภทที่ 6

¹ โภคิน พลกุล. คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. เอกสารประกอบการพิจารณา เรื่อง สัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด, 18 กันยายน 2544

เป็นการวางหลักเพื่อให้ความหมายของสัญญาทางปกครองอย่างแท้จริง ซึ่งเพียงสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาในประเภทที่ 5 หรือในประเภทที่ 6 ใดๆอย่างหนึ่งก็เป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกรวางหลักความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสในบทที่ 3 แล้ว พบว่า มีการวางหลักดังกล่าวไว้เป็นแนวทางในการแบ่งแยกลักษณะของสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งไว้เช่นกัน โดยการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสเกิดขึ้นจากการวางหลักโดยคำพิพากษาของศาลปกครองตั้งแต่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง และเมื่อเป็นสัญญาทางปกครองแล้วผลของสัญญาเป็นอย่างไร ซึ่งประเทศฝรั่งเศสจะให้ความสำคัญต่อการจำแนกสัญญาทางปกครองโดยเนื้อหาโดยศาลใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณา 2 หลักเกณฑ์ คือ ต้องเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ (contrats relatifs au service public) และมีข้อกำหนดพิเศษในสัญญาที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งธรรมดา (clauses exorbitantes du droit commun) ส่วนการวางหลักเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายกำหนดทั้งระบบ เห็นได้จากกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ซึ่งประเทศเยอรมันจะให้ความสำคัญต่อการจำแนกสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายปกครองโดยศาลใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ต้องเป็นสัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตกลงทำสัญญาและภายในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น แต่สำหรับประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดแต่เพียงตัวอย่างของสัญญาทางปกครองไว้บางประเภท ซึ่งนอกเหนือจากนั้นเป็นหน้าที่ของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่จะกำหนดและวางหลักในเรื่องสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองและเมื่อเป็นสัญญาทางปกครองและผลของสัญญาเป็นอย่างไร ดังนั้น ในการประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดจึงได้วางหลักขยายความหมายของสัญญาทางปกครองว่า ถ้าสัญญานั้นเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการ

ทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผลสัมฤทธิ์นั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะคล้ายกับแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสที่ให้ความสำคัญต่อการจำแนกสัญญาทางปกครองโดยเนื้อหาตั้งได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

เมื่อได้ศึกษาการให้เหตุผลว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองในลักษณะเนื้อหาของสัญญาทั้ง 6 ประเภtdังกล่าวจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในบทที่ 4 แล้ว พบว่า

1 กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในบทที่ 4 พบว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นสัญญาสัมปทาน ได้แก่ สัมปทานสร้างทางด่วน สัญญาสัมปทานรถไฟฟ้า BTS สัญญาสัมปทานให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่² และสัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน³ แต่จากการศึกษาการให้เหตุผลของศาลปกครองว่าเหตุใดสัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาสัมปทานนั้น ศาลปกครองวินิจฉัยเพียงในกรอบแห่งนิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้วางหลักหรือวินิจฉัยในหลักกฎหมายปกครองว่าเหตุที่สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาสัมปทานเพราะมีเนื้อหาของสัญญาหรือมีสถานะทางกฎหมายของสัญญาแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างไร

จากการศึกษาความหมายของสัมปทานในบทที่ 2 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่รัฐ และนิยามของคำว่า สัมปทาน ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 พบว่าการให้สัมปทาน คือ การที่ฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองกำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงของเอกชนเอง โดยฝ่ายปกครองให้

² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/45

³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 130/46

สิทธิเอกชนที่จะเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการ เช่น สัมปทานในการสร้างทางด่วนแล้วให้สิทธิในการเรียกเก็บค่าผ่านทาง หรือสัมปทานในการเดินรถแล้วให้สิทธิในการเก็บค่าโดยสาร สัมปทานการเดินรถประจำทาง และสัมปทานทำไม้ในป่า สัมปทาน เป็นต้น

เมื่อผู้เขียนพิจารณาความหมายของสัมปทานดังกล่าวประกอบกับหลักกฎหมายปกครองที่ว่า สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนมักจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับสาธารณประโยชน์ กิจกรรมของรัฐในปัจจุบันขยายตัวมากขึ้น ทำให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ไม่อาจดำเนินการสนองตอบความต้องการของประชาชนได้อย่างเพียงพอ จึงได้ทำสัญญามอบหมายหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะบางส่วนให้เอกชน โดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐยังมีอำนาจหน้าที่ในการกำกับ และควบคุมการจัดทำกิจกรรมดังกล่าวอย่างใกล้ชิด คล้ายกับเป็นกิจการที่รัฐจัดทำเองเพื่อให้บริการสาธารณะนั้นมีการจัดทำอย่างต่อเนื่อง สม่าเสมอ สามารถปรับเปลี่ยนได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยส่วนรวมแล้วเห็นว่า การที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญประกอบด้วย (1) สัญญาที่ฝ่ายปกครองตกลงให้เอกชนคู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติได้ด้วยทุนของเอกชนเอง ความเกี่ยวพันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเป็นความเกี่ยวพันทางสัญญา และบุคลากรของเอกชนคู่สัญญาในสัมปทานไม่มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ (2) ทรัพย์สินที่ผู้รับสัมปทานนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติถือว่าเป็นทรัพย์สินของเอกชน จึงไม่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมายเหมือนกับทรัพย์สินของรัฐ (3) กิจการที่มอบให้เอกชนจัดทำนั้น เมื่อเป็นบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจควบคุมและมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขในการเพิกถอนสัมปทานไว้ด้วย และ (4) บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนรับสัมปทานไปดำเนินการนั้นต้องไม่เป็นบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ

ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะสำคัญของการก่อสร้างทางด่วน รถไฟฟ้า และการติดตั้ง สัญญาเพื่อให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ เห็นได้ว่า เป็นความต้องการส่วนรวมของ ประชาชนที่มุ่งประสงค์จะได้รับความสะดวกในการดำเนินชีวิตประจำวันซึ่งเป็นหน้าที่ที่ ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการจัดทำอันเป็นการบริการสาธารณะ แต่โดยเหตุที่ การก่อสร้างทางด่วน รถไฟฟ้า และติดตั้งสัญญาเพื่อให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ เป็นกิจการที่ต้องใช้ค่าใช้จ่ายในการลงทุนสูง และผู้ที่จะดำเนินการก่อสร้างหรือติดตั้งดังกล่าว จะต้องมีความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษ ทั้งการดำเนินการก่อสร้างและติดตั้งนั้นจะต้อง รวดเร็วเพื่อให้ทันต่อความต้องการของประชาชน ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองซึ่งมีบุคลากร ในหน่วยงานจำนวนจำกัด และไม่มีความรู้และความสามารถในการก่อสร้างหรือติดตั้งดังกล่าว เป็นพิเศษ ทั้งด้วยระบบราชการที่จะต้องมีลำดับชั้นในการบังคับบัญชาและขั้นตอนวิธีปฏิบัติ ในเรื่องวิธีการและการงบประมาณมากมายทำให้ไม่สามารถสนองความต้องการของ ประชาชนได้ทันเวลา จึงต้องอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขและเงื่อนไขตามที่ฝ่ายปกครองกำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของ เอกชนเอง โดยการดำเนินการต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายปกครองซึ่งเรียกว่า สัมปทาน ตามความหมายที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งสัญญาก่อสร้างทางด่วน รถไฟฟ้า และ ติดตั้งสัญญาเพื่อให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จะมีลักษณะร่วมกันที่สำคัญประการหนึ่ง คือ เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องหรือกระทบประโยชน์สาธารณะที่รัฐเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจและ หน้าที่ในการบริหารจัดการในกิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะนั้น เอกชนทั่วไปจะไม่มีอำนาจเช่นนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้สัมปทานในกิจการใด ๆ โดยใน การเข้าทำสัญญานั้น บุคคลผู้เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้เข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นสำคัญ ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ที่เข้าเป็นคู่สัญญา อีกทั้งบุคคลที่จะเข้าเป็น คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาเช่นนี้ได้ก็ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นได้ให้อำนาจใน การทำสัญญาเช่นนี้เอาไว้ด้วย ผู้ที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมายจะเข้าทำสัญญาดังกล่าวไม่ได้ แม้ว่าจะมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม ซึ่งแตกต่างจาก การเข้าทำสัญญาในระหว่างเอกชนด้วยกันเองอันเป็นสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป เพราะใน การเข้าทำสัญญาทางแพ่งนั้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกัน บุคคลใด ๆ

ที่ไม่ถูกจำกัดความสามารถเพราะความเป็นผู้เชี่ยวชาญ หรือ ไร้ความสามารถ เป็นต้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมมีสิทธิจะเลือกเข้าทำสัญญากับบุคคลอื่นในเรื่องใด ๆ ก็ได้ ซึ่งโดยปกติการเข้าทำสัญญาเช่นนี้ก็เกินไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของฝ่ายตนเป็นสำคัญ และจะต้องดูแลรักษาผลประโยชน์ของฝ่ายตนอย่างเต็มที่ด้วยการพิจารณาจากผลที่จะได้รับและข้อผูกพันต่าง ๆ ตามสัญญาในเรื่องนั้น ๆ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะต้องนำหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงได้กำหนดให้สัญญาที่เกี่ยวข้องหรือกระทบประโยชน์สาธารณะ เช่นที่กล่าวมาเป็น “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งจะมีผลให้หลักเกณฑ์ในการเข้าทำสัญญาและความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญาเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครอง และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ต้องนำหลักกฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งนี้ เนื่องจากหลักในการคุ้มครองดูแลประโยชน์สาธารณะต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครองซึ่งแตกต่างจากการคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาทางแพ่งที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายแพ่งดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าสัญญาสัมปทานสร้างทางด่วน สัญญาสัมปทานรถไฟฟ้า BTS และสัญญาสัมปทานให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานจึงสอดคล้องกับความหมายตามที่กล่าวมา

2 กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในบทที่ 4 พบว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่ สัญญาให้บริการทางการแพทย์ที่สำนักงานประกันสังคมทำกับโรงพยาบาลเอกชนเพื่อให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ประกันตนตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกันสังคม สัญญาร่วมงานและร่วมลงทุนขยาย

บริการโทรศัพท์⁴ สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ศ.ล.ป้องกันตลิ่งพัง⁵ สัญญาจ้างก่อสร้างระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสีย⁶ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงาน สวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจังหวัดสตูล⁷ สัญญาการเป็นนักศึกษาเพื่อศึกษาวิชาทันตแพทยศาสตร์มีวัตถุประสงค์ให้นักศึกษาทันตแพทยศาสตร์ต้องรับราชการหรือทำงานหลังจากสำเร็จการศึกษา⁸ สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงต่อเติมอาคารที่ใช้สำหรับเป็นพิพิธภัณฑ์ของกรมธนารักษ์⁹ สัญญาจ้างซ่อมแซมอาคารของกองสรรพาวุธ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ¹⁰ สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงระบบประปา¹¹ สัญญาลาศึกษาต่อ¹² และสัญญาจ้างลูกจ้างในส่วนราชการ¹³ แต่จากการศึกษาการให้เหตุผลของศาลปกครองว่าเหตุใดสัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น ศาลปกครองจะพิจารณาเพียงวัตถุประสงค์หลักของแต่ละสัญญาว่าเกี่ยวกับบริการสาธารณะแก่ประชาชนทั่วไปหรือไม่ ถ้ามีวัตถุประสงค์หลักดังกล่าวสัญญานั้นก็เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยในกรอบแห่งนิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้วางหลักหรือวินิจฉัยในหลักกฎหมายปกครองว่า เหตุที่สัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หลักในการบริการสาธารณะอันทำให้เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีเนื้อหาของสัญญาหรือสถานะทางกฎหมายของสัญญาแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างไร เหตุใดสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หลักในการบริการสาธารณะดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางแพ่งไม่ได้

⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/45

⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 239/46

⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 494/46 และ 213/46

⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/45

⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 477/46

⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162/46 (มติที่ประชุมใหญ่)

¹⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/47

¹¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/45

¹² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 477/46

¹³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/46 (มติที่ประชุมใหญ่)

จากการศึกษาความหมายของการบริการสาธารณะซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ที่รัฐจะต้องดำเนินการจัดทำในบทที่ 2 ประกอบกับนิยามคำว่า บริการ และคำว่า สาธารณะ ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 พบว่า การบริการสาธารณะ คือ กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อสนองความต้องการมหาชน หรือความต้องการส่วนรวมของประชาชน เช่น การให้การศึกษา การจัดสาธารณสุข ปลูก สาธารณูปการ การรักษาพยาบาล การขนส่งคมนาคม การพักผ่อนหย่อนใจ ส่งเสริมการเล่นกีฬา เพื่อให้ราษฎรมีสภาพแข็งแรง ส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ประกันการว่างงาน คุ้มครองการบริโภคของราษฎร และการดำเนินการอื่น ๆ เพื่อสนองความต้องการของมหาชนหรือความต้องการส่วนรวมของประชาชน

เมื่อผู้เขียนพิจารณาความหมายของการบริการสาธารณะดังกล่าวประกอบกับหลักกฎหมายปกครองที่ว่า การบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่องและทันต่อความต้องการส่วนรวมของประชาชน เพื่อเป็นการสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน แม้จะมีข้อตกลงมอบหมาย หรือดำเนินกิจการร่วมกับภาคเอกชนที่เข้ามาทำสัญญาโดยมีประโยชน์ทางธุรกิจทางการค้าอยู่ด้วยก็ตาม แต่ฝ่ายปกครองสามารถเข้าไปจัดการแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดบางประการในสัญญาได้โดยไม่ต้องให้คู่สัญญายินยอมแล้ว เห็นว่า การที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญประกอบด้วย (1) เป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครอง (2) เป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน (3) การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่อง (4) การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะให้ทันตามความต้องการส่วนรวมของประชาชน และ (5) การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความเสมอภาคหรือให้ประชาชนมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะสำคัญของการบริการทางการแพทย์ การให้บริการโทรศัพท์ การก่อสร้างกำแพงป้องกันตลิ่งพัง ระบบประปา ระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสีย อาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน อาคารพิพิธภัณฑ์ อาคารของกองสรรพาวุธ

การเป็นนักศึกษาวิชาทันตแพทยศาสตร์ การลาศึกษาต่อ และการจ้างลูกจ้างในส่วนราชการ เห็นได้ว่า

การบริการทางการแพทย์เป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชนเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล ซึ่งเป็นหน้าที่ของส่วนราชการในสังกัดของกระทรวงสาธารณสุขที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการส่งเสริมสุขภาพ อนามัย การป้องกันควบคุมและรักษาโรคภัย เป็นต้น¹⁴ ส่วนการให้บริการโทรศัพท์เป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชนเกี่ยวกับการสื่อสาร อันเป็นหน้าที่ที่หน่วยงานที่อยู่ในกำกับของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศการสื่อสารที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการวางแผนส่งเสริมพัฒนาและดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร เป็นต้น¹⁵ ที่ต้องดำเนินการจัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนซึ่งเรียกว่า การบริการสาธารณะ ตามความหมายตามที่กล่าวมาข้างต้น ส่วนการเป็นนักศึกษาวิชาทันตแพทยศาสตร์ และการลาศึกษาต่อ เป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชนเกี่ยวกับการให้การศึกษาซึ่งเป็นหน้าที่ของส่วนราชการในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการส่งเสริมและกำกับดูแลการศึกษาทุกระดับและทุกประเภทกำหนดนโยบาย แผน และมาตรฐานการศึกษา สนับสนุนทรัพยากรเพื่อการศึกษา ส่งเสริมและประสานงานการศาสนา ศิลปะ วัฒนธรรม และการกีฬาเพื่อการศึกษา รวมทั้งการติดตามตรวจสอบและประเมินผลการจัดการศึกษา เป็นต้น¹⁶ ที่ต้องดำเนินการจัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ซึ่งเรียกว่า การบริการสาธารณะ ตามความหมายตามที่กล่าวมาข้างต้น

ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะสำคัญของการบริการทางการแพทย์ การให้บริการโทรศัพท์ การเป็นนักศึกษาวิชาทันตแพทยศาสตร์ และการลาศึกษาต่อ เห็นได้ว่ามีลักษณะร่วมกันประการหนึ่งคือการบริการสาธารณะ ซึ่งการบริการสาธารณะคือการให้ความสะดวกสบายแก่ประชาชนในการดำเนินชีวิตซึ่งเป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชนไม่ว่าจะเป็นน้ำ ไฟ ถนน และโทรศัพท์ เป็นต้น โดยการทำสัญญาซึ่งมี

¹⁴ มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545

¹⁵ มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545

¹⁶ มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545

การบริการสาธารณะดังกล่าวอยู่เบื้องหลังจะทำให้ระบบบริการสาธารณะดีหรือไม่ดี มีความมั่นคง มีความปลอดภัย และเป็นประโยชน์แก่ประชาชนโดยรวมได้หรือไม่ได้ จะแก้ไข ปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะอย่างไร ทำอย่างไร จึงจะให้บริการสาธารณะตอบสนอง ประโยชน์ส่วนรวมได้มากที่สุด ฝ่ายปกครองจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบทั้งสิ้นเพราะ ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ตามที่กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ บัญญัติไว้ ความรับผิดชอบไม่ใช่เฉพาะฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ตามกฎหมายนั้นเท่านั้น ยังรวมไปถึง หน่วยราชการที่เกี่ยวข้องที่รับผิดชอบตามสายบังคับบัญชาตลอดไปถึงรัฐบาลด้วย โดยเหตุดังกล่าวในสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นที่มีบริการสาธารณะอยู่เบื้องหลังจึง ต้องกำหนดให้มีข้อตกลงที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวเหนือประชาชนไว้ในสัญญานั้น เพราะบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้เข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ที่เข้าเป็นคู่สัญญาอีกทั้งบุคคลที่จะเข้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในสัญญาเช่นนี้ได้ก็ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นได้ให้อำนาจในการทำสัญญา เช่นนี้เอาไว้ด้วย ผู้ที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมายจะเข้าทำสัญญาดังกล่าวไม่ได้ แม้ว่าจะมี ฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม ซึ่งแตกต่างจากการเข้าทำ สัญญาในระหว่างเอกชนด้วยกันเองอันเป็นสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป เพราะในการเข้า ทำสัญญาทางแพ่งนั้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกัน บุคคลใด ๆ ที่มี ความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมมีสิทธิจะเลือกเข้าทำสัญญากับ บุคคลอื่นในเรื่องใด ๆ ก็ได้ ซึ่งโดยปกติการเข้าทำสัญญาเช่นนี้ก็เข้าไปเพื่อประโยชน์ สูงสุดของฝ่ายตนเป็นสำคัญ และจะต้องดูแลรักษาผลประโยชน์ของฝ่ายตนอย่างเต็มที่ ด้วยการพิจารณาจากผลที่จะได้รับและข้อผูกพันต่าง ๆ ตามสัญญาในเรื่องนั้น ๆ และ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ต้องนำหลักกฎหมายแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ ในการวินิจฉัยข้อพิพาท ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542 จึงได้กำหนดให้สัญญาที่เกี่ยวข้องหรือกระทบประโยชน์สาธารณะ เช่นที่กล่าวมาเป็น “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งจะมีผลให้หลักเกณฑ์ในการเข้าทำสัญญา และความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญาเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครอง และเมื่อมีข้อพิพาท เกิดขึ้นก็ต้องนำหลักกฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในการ

วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งนี้ เนื่องจากหลักในการคุ้มครองดูแลประโยชน์สาธารณะต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครอง ซึ่งแตกต่างจากการคุ้มครองประโยชน์คู่สัญญาทางแพ่งที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายแพ่งดังที่กล่าวมาแล้วในกรณีที่ 1

ที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าสัญญาให้บริการทางการแพทย์ที่สำนักงานประกันสังคมทำกับโรงพยาบาลเอกชนเพื่อให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ประกันตนตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกันสังคม และสัญญาร่วมงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าสัญญาการเป็นนักศึกษาเพื่อศึกษาวิชาทันตแพทยศาสตร์มีวัตถุประสงค์ให้นักศึกษาทันตแพทยศาสตร์ต้องรับราชการหรือทำงานหลังจากสำเร็จการศึกษา และสัญญาลาศึกษาต่อ เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะจึงสอดคล้องกับความหมายตามที่กล่าวมา และแนวความคิดนี้ตรงกับที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ให้ความเห็นไว้เกี่ยวกับสัญญาขอลาศึกษาต่อของข้าราชการในสังกัดกรุงเทพมหานคร ว่า การที่คู่สัญญาตกลงว่าเมื่อครบกำหนดเวลาแล้วจะกลับมารับราชการที่โรงเรียนในสังกัดของกรุงเทพมหานคร วัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือ การให้ข้าราชการที่ลาศึกษานั้นกลับมารับราชการที่โรงเรียนในสังกัดของกรุงเทพมหานคร วัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือ การให้ข้าราชการที่ลาศึกษากลับมาดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะอันเป็นเรื่องของการจัดการศึกษา¹⁷

การสร้างกำแพงป้องกันคลังฟัง ระบบประปา ระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียไม่ใช่ความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยตรง เพราะความต้องการส่วนรวมของประชาชนในกรณีนี้คือความสะดวกในการมีน้ำดื่ม ใช้น้ำ และไม่ส่งกลิ่นเหม็นรบกวนในชีวิตประจำวัน ซึ่งเป็นหน้าที่ที่สำคัญของรัฐจะต้องจัดทำมิให้ประชาชนขาดน้ำดื่ม ใช้น้ำ และส่งกลิ่นเหม็นรบกวนดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า กำแพงป้องกันคลังฟังมีลักษณะเป็นเครื่องกั้นไม่ให้ส่วนของฝั่งที่ไม่ลาดริมแม่น้ำลำคลองฟังทลาย ส่วนระบบประปา ระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียมีลักษณะเป็นการจัดกลุ่มของ

¹⁷ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 25/2545

สิ่งที่มีลักษณะเป็นการทำให้น้ำสามารถไหลเปลี่ยนหมุนเวียนเพื่อไม่ให้เกิดน้ำเสีย การก่อสร้างกำแพงป้องกันตลิ่งพังและระบบประปา ระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียดังกล่าว จึงเป็นเพียงวัตถุที่เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือ การมีน้ำดื่ม ใช้น้ำ และไม่ส่งกลิ่นเหม็นรบกวนในชีวิตประจำวันดังกล่าว เมื่อการก่อสร้างกำแพงป้องกันตลิ่งพัง ระบบประปา ระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียไม่ใช่ความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยตรง สัญญาก่อสร้างกำแพงป้องกันตลิ่งพัง ระบบประปา ระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งแนวความคิดนี้ตรงกับที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ให้ความเห็นไว้เกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างวางท่อน้ำประปาว่า การประปาถือว่าเป็นสาธารณูปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชน โดยตรง โดยรัฐเป็นผู้จัดให้มีขึ้น¹⁸ ที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ศ.ล.ป้องกันตลิ่งพัง สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงระบบประปา และสัญญาจ้างก่อสร้างระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสีย เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะจึงไม่สอดคล้องกับความเห็นของผู้เขียน ความหมายของการบริการสาธารณะและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตามที่กล่าวมา

การก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานไม่ใช่ความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยตรง เพราะความต้องการส่วนรวมของประชาชนในการประกอบอาชีพก็คือการประกันการว่างงานซึ่งเป็นหน้าที่ของสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานซึ่งเป็นส่วนราชการในสังกัดกระทรวงแรงงานที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบริการและคุ้มครองแรงงาน พัฒนาฝีมือแรงงาน ส่งเสริมให้ประชาชนมีงานทำ เป็นต้น¹⁹ ที่ต้องดำเนินการจัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน ผู้เขียนเห็นว่า ตัวอาคารสำนักงาน

¹⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2545

¹⁹ มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545

สวัสดิการและคุ้มครองแรงงานเป็นเพียงถาวรวัตถุที่เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือ การประกันการว่างงานดังกล่าว เมื่อตัวอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานไม่ใช่ความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยตรง สัญญาก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งแนวความคิดนี้ตรงกับที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ให้ความเห็นไว้เกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลชุมชนขนาด 60 เตียง ว่า การสาธารณสุขเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารโรงพยาบาลของรัฐซึ่งเป็นถาวรวัตถุเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผลซึ่งประชาชนทั่วไปยังสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง อาคารโรงพยาบาลของรัฐจึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภคและเนื่องจากวัตถุแห่งสัญญานี้คือการรับจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลจึงถือว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค²⁰ ที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างเหมาะปรับปรุงต่อเติมอาคารที่ใช้สำหรับเป็นพิพิธภัณฑสถานของกรมธนารักษ์ เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะจึงไม่สอดคล้องกับความเห็นของผู้เขียน ความหมายของการบริการสาธารณะและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตามที่กล่าวมา

การก่อสร้างอาคารพิพิธภัณฑสถานไม่ใช่ความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยตรง เพราะความต้องการของประชาชนเกี่ยวกับการส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ได้แก่ การจัดให้มีการศึกษา การแสดง การอนุรักษ์ เป็นต้น ซึ่งเป็นหน้าที่ของส่วนราชการในสังกัดกระทรวงวัฒนธรรมที่มีหน้าที่เกี่ยวกับศิลปะ ศาสนา และวัฒนธรรม²¹ ที่ต้องดำเนินการจัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน ผู้เขียนเห็นว่า ตัวอาคารพิพิธภัณฑสถานเป็นเพียงถาวรวัตถุที่เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการ

²⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545

²¹ มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545

สาธาณะดังกล่าว กล่าวคือ การอนุรักษ์ศิลปวัฒนธรรม เมื่อตัวอาคารพิพิธภัณฑน์ไม่ใช่ความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยตรง สัญญาก่อสร้างอาคารพิพิธภัณฑน์จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งแนวความคิดนี้ตรงกับที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ให้ความเห็นไว้เกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลชุมชนขนาด 60 เตียงดังได้กล่าวมาแล้วในข้อ 3

การก่อสร้างอาคารของกองสรรพาวุธไม่ใช่ความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยตรง เพราะความต้องการของประชาชนเกี่ยวกับความปลอดภัย ได้แก่ ความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และที่อยู่อาศัย ซึ่งเป็นหน้าที่ของส่วนราชการในสังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย เป็นต้น²² ที่ต้องดำเนินการจัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ผู้เขียนเห็นว่า ตัวอาคารของกองสรรพาวุธเป็นเพียงถาวรวัตถุที่เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าว เมื่อตัวอาคารของกองสรรพาวุธไม่ใช่ความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยตรง สัญญาก่อสร้างอาคารของกองสรรพาวุธจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งแนวความคิดนี้ตรงกับที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ให้ความเห็นไว้เกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลชุมชนขนาด 60 เตียงดังได้กล่าวมาแล้วในข้อ 3

การจ้างลูกจ้างในส่วนราชการไม่ใช่ความต้องการส่วนรวมของประชาชน เพราะความต้องการส่วนรวมของประชาชนในกรณีนี้คือการได้รับความสะดวกในการติดต่อขอรับบริการจากส่วนราชการ ซึ่งเป็นหน้าที่ของส่วนราชการนั้น ๆ ที่จะต้องให้ความสะดวกแก่ประชาชนตามหน้าที่ของส่วนราชการนั้น ๆ ผู้เขียนเห็นว่า ตัวบุคลากรซึ่งทำหน้าที่ในส่วนราชการนั้นเป็นเพียงวัตถุที่เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญใน

²² มาตรา 46 (7) แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545

การดำเนินการตามหน้าที่ของส่วนราชการนั้น ๆ ซึ่งตัวบุคลากรที่ทำหน้าที่ในส่วนราชการมี ทั้งที่เป็นข้าราชการและมีใช้ข้าราชการ ซึ่งเรียกว่า เจ้าหน้าที่ โดยเจ้าหน้าที่นั้น จะเข้าทำงาน ในส่วนราชการได้โดยวิธีการจ้าง กล่าวคือ มีการทำสัญญาจ้างเฉพาะตัวบุคคลตามแบบ ที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ โดยมีเอกสารแนบท้ายสัญญาซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในการ ปฏิบัติหน้าที่ ความก้าวหน้าในการประกอบอาชีพและระยะเวลาการปฏิบัติงาน เป็นต้น ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ในส่วนราชการ มีทั้งที่มีหน้าที่ในการให้ความสะดวกแก่ประชาชน ที่มาติดต่อขอรับบริการจากส่วนราชการตามหน้าที่ของส่วนราชการนั้น ๆ ส่วนหนึ่ง และอีก ส่วนหนึ่งเป็นการให้ความสะดวกแก่ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่อื่นในการปฏิบัติหน้าที่ใน ส่วนราชการนั้น เช่น พนักงานขับรถยนต์ และพนักงานทำความสะอาด เป็นต้น ดังนั้น ตัวบุคลากรจึงไม่ใช่ความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยตรง มีเพียงบุคลากรบางประเภท เท่านั้นที่มีหน้าที่ในการให้ความสะดวกแก่ประชาชนที่มาติดต่อขอรับบริการจากส่วนราชการ ซึ่งจะมีลักษณะของการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยที่บุคลากรเป็นองค์ประกอบและ เครื่องมือในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผลดังกล่าว ดังนั้น สัญญาจ้าง ลูกจ้างในส่วนราชการจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำ บริการสาธารณะ แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่หน่วยงานทาง ปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือ เข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือ เข้าร่วมดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการทุกประเภทเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีลักษณะดังกล่าว เฉพาะแต่สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวบางประเภทที่มีหน้าที่ใน การให้ความสะดวกแก่ประชาชนที่มาติดต่อขอรับบริการจากส่วนราชการตามที่กล่าวมา จึงจะเป็นสัญญาทางปกครองได้

ผู้เขียนเห็นว่า การจะพิจารณาว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นนั้นเป็นสัญญา ทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ ควรพิจารณา ว่าสิ่งที่ฝ่ายปกครองต้องการให้เอกชนซึ่งเป็นผู้รับจ้างจัดทำขึ้นหรือก่อสร้างขึ้นนั้นมี ลักษณะเป็นการที่เอกชนซึ่งเป็นผู้รับจ้างดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จยังจะต้องมีหน้าที่

ดำเนินการต่อไปเพื่อให้บริการประชาชนอีกหรือไม่ ซึ่งถ้าหากสิ่งที่เอกชนรับจัดทำหรือรับก่อสร้างนั้นเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จเอกชนยังมีหน้าที่ต้องดำเนินการบริการสาธารณะต่อไป สิ่งที่ต้องดำเนินการดังกล่าวย่อมเป็นการบริการสาธารณะ และสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่ในทางกลับกันถ้าสิ่งที่เอกชนรับจัดทำหรือรับก่อสร้างนั้นเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ เอกชนไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการบริการประชาชนต่อไป กล่าวคือเมื่อเอกชนดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จก็ส่งมอบงานให้แก่ฝ่ายปกครองแล้วเอกชนได้รับค่าจ้างทำให้ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนก็สิ้นสุดหน้าที่ต่อกัน สิ่งที่ทำหรือก่อสร้างดังกล่าวย่อมเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น จากการจำแนกความแตกต่างระหว่างสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะกับสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าวจะทำให้สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารพิพิธภัณฑสถานของกรมธนารักษ์ สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ส.ล. ป้องกันตลิ่งพัง สัญญาจ้างก่อสร้างระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสีย สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน และสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสรรพากร ไม่ใช่สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะดังที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ แต่เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเพราะเมื่อเอกชนดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จก็ส่งมอบงานให้แก่ฝ่ายปกครองแล้วเอกชนได้รับค่าจ้างทำให้ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนก็สิ้นสุดหน้าที่ต่อกันดังที่ผู้เขียนให้เหตุผล

3 กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในบทที่ 4 พบว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างสะพาน สัญญาจ้างก่อสร้างโรงเรียน/อาคารเรียน²³ สัญญาจ้างก่อสร้างโรงพยาบาล²⁴ สัญญาจ้างก่อสร้างถนน²⁵ สัญญาจ้าง

²³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/46 และ 380/46

²⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 10/46

²⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 425/46

ก่อสร้างเขื่อน สัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปาเปลี่ยนมาตรวัดน้ำและประสานมาตรวัดน้ำ²⁶ สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วย การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 เพื่อสร้างทางหลวงพิเศษ²⁷ สัญญาจ้างก่อสร้างท่อประปา ท่อจ่ายน้ำ และงานที่เกี่ยวข้อง²⁸ สัญญาจ้างก่อสร้างฝายน้ำล้นขององค์การบริหารส่วนตำบล²⁹ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง³⁰ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตรัฐบุรณะ³¹ สัญญาจ้างให้ก่อสร้างอาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจชุมชน³² สัญญาซื้อขายที่ดินเพื่อใช้ในการขยายเขตคันคลองหรือสัญญาจะซื้อจะขายอันเนื่องมาจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์³³ สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลของคณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่³⁴ สัญญาจ้างก่อสร้างพร้อมติดตั้งอุปกรณ์ระบบจำหน่ายไฟฟ้าของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค³⁵ สัญญาจ้างก่อสร้างระบายน้ำ ค.ส.ล.ขององค์การบริหารส่วนตำบล³⁶ หรือของกรุงเทพมหานคร³⁷ สัญญาก่อสร้างคลองส่งน้ำพร้อมอาคารชลประทาน³⁸ และสัญญาก่อสร้างในโครงการปรับปรุงสภาพภูมิทัศน์บริเวณชายหาดขององค์การบริหารส่วนตำบล³⁹ แต่จากการศึกษาการให้เหตุผลของศาลปกครองว่าเหตุใดสัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคนั้น ศาลปกครองจะพิจารณาเพียงว่าสิ่งที่ก่อสร้างหรือสิ่งที่จัดทำนั้น

²⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/45 , 356/46 และ 402/46

²⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 9/46 และ 22/45

²⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 402/46

²⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 416/46 , 443/45 และ 372/46

³⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 18/45

³¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/45

³² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 376/46

³³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 501/46

³⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/44

³⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 419/46

³⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 647/46

³⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 134/45

³⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 451/45

³⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 361/46

เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการให้บริการสาธารณะบรรลุผลหรือไม่ ถ้าเป็นสิ่งที่เป็้องค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการให้บริการสาธารณะบรรลุผล สัญญานั้นก็เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นการวินิจฉัยในกรอบแห่งนิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้วางหลักหรือวินิจฉัยในหลักกฎหมายปกครองว่าเหตุใดสัญญาดังกล่าวเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการให้บริการสาธารณะบรรลุผล และทำไมสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคแตกต่างจากสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะอย่างไร และเนื้อหาของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างไร เหตุใดสัญญาที่มีองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการบริการสาธารณะจะเป็นสัญญาทางแพ่งไม่ได้

เมื่อศึกษาความหมายของสาธารณูปโภคในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 และประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 3 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดกิจการที่เป็นสาธารณูปโภค พบว่า สาธารณูปโภค หมายความว่า บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น (1) การเดินรถประจำทาง (2) โทรศัพท์ (3) การรถไฟ (4) การรถราง (5) การขุดคลอง (6) การเดินอากาศ (7) การประปา (8) การชลประทาน (9) การไฟฟ้า (10) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ และ (11) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

เมื่อผู้เขียนพิจารณาความหมายของการบริการสาธารณะดังกล่าวประกอบกับหลักกฎหมายปกครองที่ว่า การบริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงักเพื่อให้ประชาชนมีสิ่งอุปโภคบริโภคและองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญที่ประชาชนส่วนรวมต้องการใช้ตลอดเวลาแล้วเห็นว่า การที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญประกอบด้วย (1) ถาวรวัตถุหรืออสังหาริมทรัพย์ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อประชาชนใช้ร่วมกัน หรือเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะ เช่น ถนน และสวนสาธารณะ และสนามเด็กเล่น เป็นต้น และ (2) บริการเกี่ยวกับ

การอุปโภคและบริโภคต่าง ๆ ที่รัฐจัดทำหรือจัดให้มีการดำเนินการโดยอยู่ในการกำกับดูแลของรัฐ เช่น การไฟฟ้า การประปา การโทรศัพท์ และการขนส่งมวลชนโดยวิธีการต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะสำคัญของการก่อสร้างสะพาน โรงเรียน อาคารเรียน โรงพยาบาล ถนน เขื่อน การก่อสร้างท่อน้ำประปาเปลี่ยนมาตรวัดน้ำและประสานมาตรวัดน้ำ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างทางหลวงพิเศษ ท่อประจัน ท่อจ่ายน้ำและงานที่เกี่ยวข้อง ฝ่ายน้ำล้นขององค์การบริหารส่วนตำบล อาคารศูนย์ปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง อาคารสำนักงานเขตราชภัฏบุรีรัมย์ อาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจชุมชน หอพักข้าราชการในโรงพยาบาล ระบบจำหน่ายไฟฟ้าของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค คลองส่งน้ำพร้อมอาคารชลประทาน และโครงการปรับปรุงสภาพภูมิทัศน์บริเวณชายหาด เห็นได้ว่า สะพานมีลักษณะเป็นสิ่งปลูกสร้างที่สร้างขึ้นสำหรับข้ามแม่น้ำ ลำคลองเพื่อใช้ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในการเดินทางซึ่งเป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชน โรงเรียน/อาคารเรียนมีลักษณะเป็นสถานศึกษาเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในการให้การศึกษาซึ่งเป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่ต้องการได้รับการศึกษา โรงพยาบาลมีลักษณะเป็นสถานที่ให้บริการเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยเพื่อใช้อำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในการตรวจ รักษา และป้องกันโรคให้แก่ประชาชนซึ่งเป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชนเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลอันเป็นหน้าที่ที่รัฐต้องดำเนินการจัดทำ ถนนมีลักษณะเป็นทางเดินที่สร้างขึ้นเพื่อใช้ในการสัญจรหรือเดินทางเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในการเดินทางซึ่งเป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยส่วนรวมที่ต้องการความสะดวกในการเดินทาง เขื่อนมีลักษณะเป็นสิ่งปลูกสร้างขึ้นขวางกั้นลำน้ำเพื่อกักเก็บน้ำไว้ใช้ประโยชน์ในการชลประทานเพื่อใช้ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในการมีน้ำใช้เพื่อการเพาะปลูกซึ่งเป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่ต้องการมีน้ำใช้ตลอดเวลา ฝ่ายน้ำล้นขององค์การบริหารส่วนตำบลมีลักษณะเป็นที่กั้นน้ำเพื่อการชลประทานเพื่อใช้ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในการมีน้ำใช้เพื่อการเพาะปลูกซึ่งเป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่ต้องการมีน้ำใช้ตลอดเวลา อาคารศูนย์ปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลางและอาคารสำนักงานเขตราชภัฏบุรีรัมย์มีลักษณะเป็นสถานที่ทำการของ

ส่วนราชการเพื่อใช้ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนที่มาติดต่อขอรับบริการ อาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจชุมชน การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างทางหลวงพิเศษ และโครงการปรับปรุงสภาพภูมิทัศน์บริเวณชายหาดมีลักษณะเป็นการก่อสร้างเพื่อใช้ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในการพักผ่อนหย่อนใจ จึงเป็นถาวรวัตถุหรืออสังหาริมทรัพย์ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อประชาชนใช้ร่วมกัน หรือเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะดังกล่าว จึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภคตามความหมายที่กล่าวมาข้างต้น ส่วนท่อน้ำประปาเปลี่ยนมาตรวัดน้ำและประสานมาตรวัดน้ำ ท่อประชน ท่อจ่ายน้ำ และงานที่เกี่ยวข้อง ระบบจำหน่ายไฟฟ้าของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค คลองส่งน้ำพร้อมอาคารชลประทาน เป็นบริการเกี่ยวกับการอุปโภคและบริโภคต่าง ๆ ที่รัฐจัดทำหรือจัดให้มีการดำเนินการโดยอยู่ในการกำกับดูแลของรัฐ จึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภคตามความหมายที่กล่าวมาข้างต้น

ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะสำคัญของการก่อสร้างสะพาน โรงเรียน อาคารเรียน โรงพยาบาล ถนน เขื่อน ฝายน้ำล้นขององค์การบริหารส่วนตำบล อาคารศูนย์ปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลางและอาคารสำนักงานเขตรัฐบุรณะ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างทางหลวงพิเศษ โครงการปรับปรุงสภาพภูมิทัศน์บริเวณชายหาด ท่อน้ำประปาเปลี่ยนมาตรวัดน้ำและประสานมาตรวัดน้ำ ท่อประชน ท่อจ่ายน้ำ และงานที่เกี่ยวข้อง ระบบจำหน่ายไฟฟ้าของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค และคลองส่งน้ำพร้อมอาคารชลประทานเห็นได้ว่ามีลักษณะร่วมกันที่สำคัญอยู่ประการหนึ่งคือเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องหรือกระทบประโยชน์สาธารณะที่รัฐหรือหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจวางแผนและบริหารจัดการในกิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะนั้น เอกชนทั่วไปจะไม่มีอำนาจเช่นนี้ ซึ่งในการเข้าทำสัญญานั้นบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาเช่นนี้ได้ก็ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นได้ให้อำนาจในการทำสัญญาเช่นนี้เอาไว้ด้วย ผู้ที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมายจะเข้าทำสัญญาดังกล่าวไม่ได้ แม้ว่าจะมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม อันแตกต่างจากการเข้าทำสัญญาในระหว่างเอกชนด้วยกันเองอันเป็นสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป เพราะในการเข้าทำสัญญาทางแพ่งนั้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีฐานะทางกฎหมาย

เท่าเทียมกัน บุคคลใด ๆ ที่ไม่ถูกจำกัดความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีสิทธิจะเลือกเข้าทำสัญญากับบุคคลอื่นในเรื่องใด ๆ ก็ได้ ซึ่งโดยปกติการเข้าทำสัญญา เช่นนี้ก็เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของฝ่ายตนเป็นสำคัญและจะต้องดูแลรักษาผลประโยชน์ของฝ่ายตนอย่างเต็มที่ด้วยการพิจารณาจากผลที่จะได้รับและข้อผูกพันต่าง ๆ ตามสัญญาในเรื่องนั้น ๆ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ต้องนำหลักกฎหมายแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงได้กำหนดให้สัญญาที่เกี่ยวข้องหรือกระทบประโยชน์สาธารณะเช่นที่กล่าวมาเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งจะมีผลให้หลักเกณฑ์ในการเข้าทำสัญญาและความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญาเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองและเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ต้องหลักกฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งนี้เนื่องจากหลักในการคุ้มครองดูแลประโยชน์สาธารณะต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครอง ซึ่งแตกต่างจากการคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาทางแพ่งที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายแพ่งดังที่กล่าวมาแล้วในกรณีที่ 1 และกรณีที่ 2 ที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างก่อสร้างสะพาน สัญญาจ้างก่อสร้างโรงเรียน/อาคารเรียน สัญญาจ้างก่อสร้างโรงพยาบาล สัญญาจ้างก่อสร้างถนน สัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อน สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 เพื่อสร้างทางหลวงพิเศษ สัญญาจ้างก่อสร้างฝายน้ำล้นขององค์การบริหารส่วนตำบล สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตราชบุรีบูรณะ สัญญาจ้างให้ก่อสร้างอาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจชุมชน สัญญาซื้อขายที่ดินเพื่อใช้ในการขยายเขตคันคลองหรือสัญญาจะซื้อจะขายอันเนื่องมาจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ และสัญญาก่อสร้างในโครงการปรับปรุงสภาพภูมิทัศน์บริเวณชายหาดขององค์การบริหารส่วนตำบลเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงสอดคล้องกับความหมายดังที่กล่าวมา และที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปาเปลี่ยนมาตรวัดน้ำและประสานมาตรวัดน้ำ สัญญาจ้างก่อสร้างท่อประปา ท่อจ่ายน้ำ และงานที่เกี่ยวข้อง

สัญญาจ้างก่อสร้างพร้อมติดตั้งอุปกรณ์ระบบจำหน่ายไฟฟ้าของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค สัญญาจ้างก่อสร้างระบายน้ำ ค.ส.ล. ขององค์การบริหารส่วนตำบลหรือของ กรุงเทพมหานคร และสัญญาก่อสร้างคลองส่งน้ำพร้อมอาคารชลประทาน เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงสอดคล้องกับความหมายดังที่กล่าวมา

แต่เมื่อพิจารณาหอพักข้าราชการในโรงพยาบาลจะเห็นได้ว่าไม่เป็นสิ่งสาธารณูปโภค เพราะสิ่งสาธารณูปโภคในกรณีนี้คือโรงพยาบาล เนื่องจากโรงพยาบาลเป็นถาวรวัตถุหรืออสังหาริมทรัพย์ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อประชาชนใช้ร่วมกันและเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าว กล่าวคือทำให้การรักษาพยาบาล ส่วนหอพักข้าราชการนั้นเป็นถาวรวัตถุหรืออสังหาริมทรัพย์ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยของข้าราชการในโรงพยาบาลเท่านั้น หากจัดให้มีขึ้นเพื่อประชาชนใช้ร่วมกันไม่ เพราะข้าราชการในโรงพยาบาลเท่านั้นที่จะสามารถเข้าใช้ประโยชน์จากหอพักนั้นได้ ประชาชนทั่วไปไม่สามารถเข้าไปอยู่อาศัยได้ ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการในโรงพยาบาลไม่ใช่สัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค แต่อาจเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล เพราะการก่อสร้างหอพักข้าราชการในโรงพยาบาล โรงพยาบาลจะทำสัญญาจ้างซึ่งมีข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวข้องกับอภิสถิตของฝ่ายปกครอง ซึ่งอภิสถิตดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองคู่สัญญามีสถานะเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นข้อกำหนดที่อ้างอิงไปถึงสัญญาแบบ หรือเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ มีข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก โดยข้อกำหนดดังกล่าวต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น ซึ่งมีลักษณะค่อนข้างชัดเจน มิใช่เป็นเพียงข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชนเท่านั้น แต่เป็นข้อกำหนดที่เราพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่ง เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน และข้อสัญญานี้เป็นข้อสัญญาที่

ไม่อยู่ในวิสัยที่คู่สัญญาเอกชนจะทำได้ ซึ่งเรียกว่า ข้อกำหนดพิเศษจากข้อสัญญาในสัญญาทางแพ่ง ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปเมื่อวิเคราะห์กรณีที่ 6 ที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลของคณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงไม่สอดคล้องกับความหมายดังที่กล่าวมา

ผู้เขียนเห็นว่า การจำแนกว่าสัญญาใดเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่ ควรพิจารณาว่าสิ่งที่ฝ่ายปกครองต้องการให้เอกชนจัดทำหรือก่อสร้างนั้น เมื่อดำเนินการจัดทำหรือก่อสร้างแล้วเสร็จ เอกชนมีเพียงหน้าที่ในการส่งมอบให้แก่ฝ่ายปกครองแล้วรับเงินและหมดหน้าที่หรือไม่ ซึ่งถ้ามีลักษณะดังกล่าว สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคดังที่ได้กล่าวมาแล้วในกรณีที่ 2 ซึ่งจะช่วยให้แยกสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะออกจากสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคได้ง่ายยิ่งขึ้น

4 กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในบทที่ 4 พบว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ สัญญาทำไม้ สัญญาทำเหมืองแร่ สัญญาขุดเจาะน้ำมัน และสัญญาก๊าซธรรมชาติ จากการศึกษาการให้เหตุผลของศาลปกครองว่าเหตุใดสัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น ศาลปกครองจะพิจารณาว่าสิ่งที่มุ่งทำสัญญานั้นเป็นทรัพยากรธรรมชาติหรือไม่ ถ้าเป็นทรัพยากรธรรมชาติสัญญานั้นก็เป็นสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยในกรอบแห่งนิยามตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้วางหลักหรือวินิจฉัยในหลักกฎหมายปกครองว่าเหตุใดสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติแล้วเหตุใดสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะเป็นสัญญาทางแพ่งไม่ได้

จากการศึกษาความหมายของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาติในพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 พบว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาติ หมายถึง ทรัพย์สินอันเกิดขึ้นเองหรือมีอยู่ตาม ธรรมชาติ และจากการศึกษาหน้าที่ของรัฐในบทที่ 2 พบว่า สัญญาแสวงหาประโยชน์จาก ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาติเป็นสัญญาประเภทหนึ่งในสัญญาสัมปทาน เพราะลักษณะของ สัญญาสัมปทานจะประกอบด้วย สัมปทานบริการสาธารณะซึ่งได้อธิบายความหมายไป แล้วในกรณีที่ 1 ประเภทหนึ่ง และสัมปทานแสวงหาประโยชน์ในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาติ อีกประเภทหนึ่ง ซึ่งคือ ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาติบางอย่างมีจำนวนจำกัด เช่น แร่ ปิโตรเลียม เป็นต้น รัฐจึงต้องหวงห้ามมิให้บุคคลเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาตินั้น ถือว่าทรัพย์สินเหล่านี้รัฐเป็นเจ้าของ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐ เช่น ตามพระราชบัญญัติ แร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ใดสำรวจแร่ในที่ใด ไม่ว่าที่ที่สำรวจนั้นจะเป็นสิทธิ ของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตบัตรสำรวจแร่ และมาตรา 43 ห้ามมิให้ ผู้ใดทำเหมืองในที่ใด ๆ ไม่ว่าที่ที่ทำเหมืองนั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่ จะได้รับประทานบัตร เป็นต้น

เมื่อผู้เขียนพิจารณาความหมายของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาติและหน้าที่ของรัฐตาม หลักกฎหมายปกครองแล้วเห็นว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะ แสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาติ ต้องมีลักษณะสำคัญประกอบด้วย (1) เป็น ทรัพย์สินอันเกิดขึ้นเองหรือมีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมีอยู่ในจำนวนจำกัดและรัฐเป็นเจ้าของ (2) ผู้รับสัมปทานต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ และ (3) สัมปทานแสวงหาประโยชน์ จากทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาติไม่มีลักษณะเป็นการให้บริการสาธารณะเพราะมุ่งที่จะรักษาและ ควบคุมการใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาติ ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะของการทำไม้ การทำเหมืองแร่ การขุดเจาะน้ำมัน และก๊าซธรรมชาติ จะเห็นได้ว่า การทำเหมืองเป็นการกระทำแก่พื้นที่ ไม่ว่าจะเป็นที่บกหรือที่น้ำเพื่อให้ได้มาซึ่งแร่ด้วยวิธีการใด ๆ อย่างหนึ่ง หรือหลายวิธี โดยแร่เป็นทรัพย์สินที่เปราะบางและเป็นอนินทรีย์วัตถุ มีส่วนประกอบทางเคมีกับลักษณะทาง ฟิสิกส์แน่นอน หรือเปลี่ยนแปลงได้เล็กน้อย ไม่ว่าจะต้องถลุงหรือหลอมก่อนใช้หรือไม่ และหมายความรวมถึงถ่านหิน หินน้ำมัน หินอ่อน โลหะ และตะกั่วที่ได้จาก โลหะกรรมหิน ซึ่งกฎกระทรวงกำหนดเป็นหินประดับ หรือหินอุตสาหกรรมและดิน หรือ

ทราย ซึ่งกฎกระทรวงกำหนดเป็นดินอุตสาหกรรม หรือทรายอุตสาหกรรม ทั้งนี้ไม่รวมถึง น้ำ เกลือสินเธาว์ ลูกรัง หิน ดิน หรือทราย⁴⁰ การทำไม้เป็นการตัด ฟัน กาน โคน ลิด เลื่อย ถาก ผ่า ทอน ขุด หรือชักลากไม้ที่มีอยู่ในป่า หรือนำไม้ที่มีอยู่ในป่าออกจากป่า ด้วยประการใด ๆ โดยไม้เป็นไม้ทุกชนิดทั้งที่เป็นต้น กอ หรือเถา ไม่ว่าจะยืนต้น หรือล้มลงแล้ว และหมายความรวมถึง ราก ปุ่ม ตอ หน่อ กิ่ง ตา หัว เหง้า เศษ ปลาย หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของไม้ ไม่ว่าจะถูกตัด ฟัน เลื่อย ผ่า ถาก ทอน ขุด หรือกระทำโดยวิธีการอื่นใด⁴¹ และหมายความรวมถึงการกระทำดังกล่าวกับไม้สักหรือไม้อย่างที่ขึ้นอยู่ในที่ดินที่มีไร่ป่า หรือการนำไม้สักหรือไม้อย่างออกจากที่ดินที่ไม้นั้น ๆ ขึ้นอยู่ด้วย⁴² ก๊าซเป็นก๊าซไฮโดรคาร์บอนเหลว ซึ่งได้แก่ โพรเพน โพรพิลีน นอร์มัลบิวเทน ไฮโซบิวเทน หรือบิวทิลีนส้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างผสมกันเป็นส่วนใหญ่⁴³ และน้ำมันเป็นน้ำมันปิโตรเลียมดิบ น้ำมันเบลซิด น้ำมันเชื้อเพลิงสำหรับเครื่องบิน น้ำมันก๊าด น้ำมันดีเซล น้ำมันเตา น้ำมันหล่อลื่น และผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียมอื่นที่ใช้เป็น สิ่งหล่อลื่น⁴⁴ ดังนั้น การทำไม้ การทำเหมืองแร่ การขุดเจาะน้ำมัน และก๊าซธรรมชาติ จึงเป็นทรัพย์อันเกิดขึ้นเองหรือมีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมีอยู่ในจำนวนจำกัดและรัฐเป็นเจ้าของ โดยผู้รับสัมปทานต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ และไม่มีลักษณะเป็นการให้บริการสาธารณะ จึงเป็นการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติตามความหมายดังที่กล่าวมา และเมื่อพิจารณาลักษณะสำคัญของสัญญาเหล่านี้จะเห็นได้ว่ามีลักษณะร่วมกันที่สำคัญอยู่ ประการหนึ่งคือเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องหรือกระทบประโยชน์สาธารณะที่รัฐหรือหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจกำกับและบริหารจัดการในกิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะนั้น เอกชนทั่วไปจะไม่

⁴⁰ มาตรา 4 พระราชบัญญัติแร่ และมาตรา 4 พระราชบัญญัติควบคุมแร่ดีบุก พ.ศ. 2514

⁴¹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507

⁴² มาตรา 4 พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484

⁴³ ข้อ 2 กฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ.2529) ออกตามความในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 28 ลงวันที่ 29 ธันวาคม 2514

⁴⁴ มาตรา 3 พระราชบัญญัติน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2521

มีอำนาจเช่นนี้ ซึ่งในการเข้าทำสัญญานั้นบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาเช่นนี้ได้ก็ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นได้ให้อำนาจในการทำสัญญาเช่นนี้อำนาจไว้ด้วย ผู้ที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมายจะเข้าทำสัญญาดังกล่าวไม่ได้ แม้ว่าจะมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม อันแตกต่างจากการเข้าทำสัญญาในระหว่างเอกชนด้วยกันเองอันเป็นสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป เพราะในการเข้าทำสัญญาทางแพ่งนั้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกัน บุคคลใด ๆ ที่ไม่ถูกจำกัดความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีสิทธิจะเลือกเข้าทำสัญญากับบุคคลอื่นในเรื่องใด ๆ ก็ได้ ซึ่งโดยปกติการเข้าทำสัญญาเช่นนี้ก็จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของฝ่ายตนเป็นสำคัญและจะต้องดูแลรักษาผลประโยชน์ของฝ่ายตนอย่างเต็มที่ ด้วยการพิจารณาจากผลที่จะได้รับและข้อผูกพันต่าง ๆ ตามสัญญาในเรื่องนั้น ๆ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะต้องนำหลักกฎหมายแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงได้กำหนดให้สัญญาที่เกี่ยวข้องหรือกระทบประโยชน์สาธารณะเช่นที่กล่าวมาเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งจะมีผลให้หลักเกณฑ์ในการเข้าทำสัญญาและความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญาเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองและเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะต้องนำหลักกฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งนี้เนื่องจากหลักในการคุ้มครองดูแลผลประโยชน์สาธารณะต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครองซึ่งแตกต่างจากการคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาทางแพ่งที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายแพ่งดังที่กล่าวมาแล้วในกรณีที่ 1 ถึงกรณีที่ 3 ที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าสัญญาให้ สัญญาทำไม้ สัญญาทำเหมืองแร่ สัญญาขุดเจาะน้ำมัน และสัญญากู้ยืมเงินเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงสอดคล้องกับความหมายดังที่ได้กล่าวมา

5 กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะ บรรลุผล

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในบทที่ 4 พบว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะ บรรลุผล ได้แก่ สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ 1.5 ล้านเลขหมายในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค⁴⁵ และสัญญาดำเนินกิจการโทรคมนาคม⁴⁶

จากการศึกษาพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 5 ได้กำหนดความหมายคำว่า ร่วมงานหรือดำเนินการไว้ว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบหมายให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ยกเว้นกรณีการให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียม และการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่ รวมถึงการซื้อขายสินค้าตามสัญญาซื้อขาย ซึ่งนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาไม่มีลักษณะเป็นการร่วมลงทุนหรือบริหารกิจการ เมื่อพิจารณาลักษณะของการร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ และการดำเนินกิจการโทรคมนาคม จะเห็นได้ว่า เป็นการที่รัฐมอบหมายให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาตหรือให้สัมปทานจึงเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการตามความหมายดังกล่าว และเมื่อพิจารณาลักษณะสำคัญของสัญญาเหล่านี้จะเห็นได้ว่ามีลักษณะร่วมกันที่สำคัญอยู่ประการหนึ่งคือเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้อง

⁴⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/45

⁴⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 616/2546

หรือกระทบประโยชน์สาธารณะที่รัฐหรือหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจและหน้าที่ในการบริหารจัดการในกิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะนั้น เอกชนทั่วไปจะไม่มีอำนาจเช่นนี้ ซึ่งในการเข้าทำสัญญานั้นบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาเช่นนี้ได้ก็ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นได้ให้อำนาจในการทำสัญญาเช่นนี้อำนาจด้วย ผู้ที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมายจะเข้าทำสัญญาดังกล่าวไม่ได้ แม้ว่าจะมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม อันแตกต่างจากการเข้าทำสัญญาในระหว่างเอกชนด้วยกันเองอันเป็นสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป เพราะในการเข้าทำสัญญาทางแพ่งนั้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกัน บุคคลใด ๆ ที่ไม่ถูกจำกัดความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีสิทธิจะเลือกเข้าทำสัญญากับบุคคลอื่นในเรื่องใด ๆ ก็ได้ ซึ่งโดยปกติการเข้าทำสัญญาเช่นนี้ก็จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของฝ่ายตนเป็นสำคัญและจะต้องดูแลรักษาผลประโยชน์ของฝ่ายตนอย่างเต็มที่ด้วยการพิจารณาจากผลที่จะได้รับและข้อผูกพันต่าง ๆ ตามสัญญาในเรื่องนั้น ๆ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะต้องนำหลักกฎหมายแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงได้กำหนดให้สัญญาที่เกี่ยวข้องหรือกระทบประโยชน์สาธารณะเช่นที่กล่าวมาเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งจะมีผลให้หลักเกณฑ์ในการเข้าทำสัญญาและความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญาเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองและเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ต้องนำหลักกฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งนี้เนื่องจากหลักในการคุ้มครองดูแลประโยชน์สาธารณะต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครองซึ่งแตกต่างจากการคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาทางแพ่งที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายแพ่งดังที่กล่าวมาแล้วในกรณีที่ 1 และถึงกรณีที่ 4 ที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ 1.5 ล้านเลขหมายในเขต

โทรศัพทภูมิภาค⁴⁷ และสัญญาดำเนินกิจการโทรคมนาคม⁴⁸ จึงสอดคล้องกับความหมาย ดังที่ได้กล่าวมา

6 กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็น สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะ บรรลุผล

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในบทที่ 4 พบว่า ลักษณะเนื้อหาของ สัญญาที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเนื้อหาของสัญญา เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้ การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะ บรรลุผล ได้แก่

(1) ประเภทสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารหรือถาวรวัตถุของรัฐ ศาลปกครอง วินิจฉัยว่า ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญา ฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เช่น ข้อกำหนดในสัญญาให้คู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครอง สามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ต้องผิดสัญญา หรือ ข้อกำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้มิได้ ระบุไว้ในสัญญา โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านแม้กระทั่งเรื่องเวลาการทำงานและ ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น⁴⁹

แต่เมื่อศึกษาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พบว่าการพิจารณาว่าสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารหรือถาวรวัตถุของทางราชการจะเป็น สัญญาทางปกครองหรือไม่ คณะกรรมการฯ จะพิจารณาว่าสัญญาจ้างดังกล่าวมีลักษณะ เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่ โดยมีแนวโน้มจะตีความสัญญาจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภคในลักษณะกว้างและขยายขอบเขตมาก ทำให้สัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร

⁴⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/45

⁴⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 616/2546

⁴⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/44

หรือถาวรวัตถุของทางราชการเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคได้ง่ายกว่า เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เพราะการสาธารณูปโภคเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารโรงพยาบาลซึ่งเป็นถาวรวัตถุเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล และประชาชนเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง⁵⁰ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลางของมหาวิทยาลัยเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เพราะอาคารดังกล่าวเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะด้านการศึกษาให้บรรลุผลจึงเป็นสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ได้โดยตรง⁵¹ และสัญญาจ้างวางท่อน้ำประปาเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เพราะประปาเป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนโดยตรงโดยรัฐเป็นผู้จัดให้มีขึ้น

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังกล่าว ทำให้ขณะนี้ ศาลปกครองได้เดินตามแนวที่คณะกรรมการดังกล่าวได้วางหลักไว้โดยวินิจฉัยว่าสัญญาต่อไปนี้เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อน ค.ส.ล.⁵² สัญญาจ้างขยายเขตประปา⁵³ และสัญญาจ้างก่อสร้างสะพานทางเข้าชมธรรมชาติของอุทยานแห่งชาติ⁵⁴ เป็นต้น

(2) ประเภทสัญญาการศึกษาต่อ ศาลปกครองวินิจฉัยว่า ข้อกำหนดในสัญญาให้มีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป เช่น ข้อกำหนดในสัญญาให้สิทธิราชการบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวหรือเรียกตัวข้าราชการกลับจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่าในกรณีใด ๆ⁵⁵

⁵⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2545

⁵¹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545

⁵² คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1902/2545

⁵³ คำสั่งไม่รับคำฟ้องบางประเด็นไว้พิจารณาของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 2658/2544

⁵⁴ คำสั่งไม่รับคำฟ้องบางประเด็นไว้พิจารณาของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1282/2545

⁵⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544

แต่เมื่อศึกษาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พบว่าการพิจารณาว่าสัญญาการศึกษาต่อจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ คณะกรรมการดังกล่าว จะพิจารณาว่าสัญญาการศึกษาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือไม่ โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นการให้นักศึกษากลับมา ดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะด้านการศึกษา ซึ่งหาก สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์ดังกล่าวก็จะเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญา ที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ โดยมีได้ข้อหลักเรื่องข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ อันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเช่นในคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว

(3) ประเภทสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่จะถูกเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกา ศาลปกครองวินิจฉัยว่า ข้อกำหนดในสัญญาให้มีลักษณะพิเศษที่ทำให้มิใช่สัญญาจะ ซื้อจะขายที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น รัฐใช้อำนาจทางปกครอง บังคับเหนือเอกชนเพื่อขอซื้อที่ดินเพราะหากเอกชนไม่ยินยอมขายให้ รัฐก็จะออก พระราชบัญญัติเพื่อเวนคืนที่ดินต่อไป⁵⁶

แต่เมื่อศึกษาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พบว่าการพิจารณาว่าสัญญาซื้อขายที่ดินที่ถูกเวนคืนดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือไม่ คณะกรรมการฯ จะพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้ มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่ โดยพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นการใช้อำนาจ ทางปกครองบังคับซื้อที่ดินจากเอกชนเพื่อนำที่ดินไปใช้ในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคที่ ประชาชนเป็นผู้ใช้และได้รับประโยชน์โดยตรง ซึ่งหากสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์ดังกล่าว สัญญานั้นก็จะเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค⁵⁷

จากการศึกษาความหมายของข้อกำหนดพิเศษจากข้อสัญญาในสัญญาทางแพ่ง ของประเทศฝรั่งเศสในบทที่ 3 ได้ให้ความหมายไว้ว่า ข้อสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อ กำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษจากข้อสัญญาซึ่งกำหนดโดยคู่สัญญาในกฎหมายแพ่ง

⁵⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 89/2547

⁵⁷ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 23/2545 และ 27/2545

และพาณิชย์ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หรือหมายถึงข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเหนือเอกชนคู่สัญญา หรือหมายถึงข้อสัญญาที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยลักษณะของหน้าที่นั่นเองไม่อาจถูกกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งได้

ซึ่งเมื่อพิจารณาความหมายดังกล่าวประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองแล้ว เห็นว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษจากข้อสัญญาในสัญญาทางแพ่งจะประกอบด้วย (1) ข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวมักจะเกี่ยวข้องกับอภิสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งอภิสิทธิ์ดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองคู่สัญญามีสถานะเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (2) เป็นข้อกำหนดที่อ้างอิงไปถึงสัญญาแบบ หรือเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ (3) ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก (4) ข้อกำหนดซึ่งต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น (5) ต้องมีลักษณะค่อนข้างชัดเจน มิใช่เป็นเพียงข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชนเท่านั้น แต่เป็นข้อกำหนดที่เราพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่ง เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน และ (6) ข้อสัญญานี้เป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยที่คู่สัญญาเอกชนจะทำได้ ทั้งนี้ เพราะรัฐต้องสงวนอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเพื่อรักษาและคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณะจึงต้องกำหนดให้มีข้อกำหนดดังกล่าวไว้ในสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนนั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะของข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เช่น ข้อกำหนดในสัญญาให้คู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ต้องผิดสัญญา หรือข้อกำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้มิได้ระบุไว้ในสัญญา โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านแม้กระทั่งเรื่องเวลาการทำงานและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น เป็นข้อตกลงที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกำหนดข้อตกลงดังกล่าวตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่กำหนดให้การจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครองจะต้องมีข้อกำหนดดังต่อไปนี้ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น ได้แก่ (1) การกำหนดสัญญาสำเร็จรูปซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถ

ต่อรองข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาได้ มีสิทธิเพียงตัดสินใจว่าจะเข้าเป็นคู่สัญญาด้วยหรือไม่เท่านั้น เพราะรัฐได้เข้าไปทำสัญญาในฐานะตัวแทนและผู้รักษาผลประโยชน์สาธารณะ รัฐจึงต้องอยู่ในฐานะที่สูงกว่าเอกชนคู่สัญญา เพื่อให้สามารถรักษาผลประโยชน์สาธารณะไว้ได้ (2) การแก้ไขสัญญาซึ่งลงนามไปแล้วสามารถแก้ไขได้ถ้าเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ราชการเสียประโยชน์ หรือเพื่อเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของรัฐเท่านั้น (3) การบอกเลิกสัญญา แม้ในกรณีที่รัฐเป็นฝ่ายผิดสัญญา เอกชนคู่สัญญา ก็ไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันที ต้องมีการบอกกล่าวก่อน และ (4) ข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับการจ่ายเงินแก่ลูกจ้างของเอกชนคู่สัญญา หากไม่จ่ายรัฐมีสิทธิจ่ายให้แทนและถือว่าเป็นการจ่ายเงินค่าจ้างตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาแล้ว รวมทั้งเอกชนคู่สัญญาต้องจัดให้มีการประกันภัยแก่ลูกจ้างของตนด้วย ซึ่งข้อกำหนดเช่นนี้เป็นเรื่องนอกเหนือความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาโดยปกติทั่วไปตามหลักกฎหมายแพ่ง ข้อกำหนดในสัญญาให้สิทธิราชการบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวหรือเรียกตัวข้าราชการกลับจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่าในกรณีใด ๆ และรัฐใช้อำนาจทางปกครองบังคับเหนือเอกชนเพื่อขอซื้อที่ดินเพราะหากเอกชนไม่ยินยอมขายให้ รัฐก็จะออกพระราชบัญญัติเพื่อเวนคืนที่ดินต่อไป เห็นได้ว่า ข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวมักจะเกี่ยวข้องกับอธิปไตยของฝ่ายปกครอง ซึ่งอธิปไตยดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองคู่สัญญามีสถานะเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นข้อกำหนดที่อ้างอิงไปถึงสัญญาแบบ หรือเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ มีข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก โดยข้อกำหนดดังกล่าวต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น ซึ่งมีลักษณะค่อนข้างชัดเจน มิใช่เป็นเพียงข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชนเท่านั้น แต่เป็นข้อกำหนดที่เราพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่ง เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน และข้อสัญญานี้เป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยที่คู่สัญญาเอกชนจะทำได้ ซึ่งเรียกว่า ข้อกำหนดพิเศษจากข้อสัญญาในสัญญาทางแพ่ง ตามความหมายดังที่ได้กล่าวมา ที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงอธิปไตยของรัฐ

เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล จึงสอดคล้องกับความหมายดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษจากข้อสัญญาในสัญญาทางแพ่งนั้นต้องปรากฏว่าลักษณะเนื้อหาของสัญญานั้นไม่อาจจัดว่ามีลักษณะเป็นสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ปรากฏในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ทั้งนี้เพราะสัญญาดังกล่าวย่อมมีลักษณะเนื้อหาของสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษจากข้อสัญญาในทางแพ่งอยู่แล้วอันแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผลอยู่แล้ว เช่น ในเนื้อหาของสัญญาสัมปทานย่อมมีข้อกำหนดเกี่ยวกับ การอนุญาต การกำหนดอำนาจในการตรวจสอบ กำกับดูแล และการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญา เป็นต้น⁵⁸ หากนำเรื่องเอกสิทธิ์ของรัฐมาพิจารณาทับซ้อนกับความเป็นสัญญาทางปกครองในลักษณะสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งใน 4 ประเภทดังกล่าวจะทำให้คำวินิจฉัยของศาลปกครองไม่แน่นอนและเป็นการยากต่อการทำความเข้าใจของผู้ที่เกี่ยวข้องได้ว่า เหตุใดสัญญาใดจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล หรือสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึง

⁵⁸ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

เอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล แล้วลักษณะของสัญญาดังกล่าวแตกต่างกันอย่างไร

7 กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในบทที่ 4 พบว่า ลักษณะเนื้อหาของสัญญาที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง เช่น สัญญาการใช้น้ำประปา สัญญาการใช้ไฟฟ้า สัญญาจ้างติดตั้งระบบไฟฟ้าสำหรับธุรกิจจัดสรรที่ดิน สัญญาเช่าสัญญาณโทรศัพท์ สัญญาซื้อขายตู้ปราคจากเชื้อ สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผล สัญญาซื้อขายเครื่องเข้าเล่ม สัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้าของโรงพยาบาล สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ สัญญาซื้อขายเตาเผาขยะของเทศบาลตำบล สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียน สัญญาจ้างติดตั้งปุ่มสะท้อนแสงผิวพื้นจราจร สัญญาจ้างติดตั้งป้ายโฆษณา สัญญาเก็บเงินค่าเช่าซื้อที่ดิน สัญญาจ้างทำความสะอาดสุขาสวนสัตว์ สัญญาเช่าร้านค้าสวัสดิการ สัญญาเช่าซื้ออาคารของการเคหะแห่งชาติ สัญญาเช่าที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย สัญญาซื้อขายที่ดินสร้างตลาดสด สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์กับธนาคารอาคารสงเคราะห์ สัญญายกที่ดินให้กองทัพเรือ สัญญาเช่าที่ดินของสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ และสัญญาข้อตกลงร่วมโครงการประชาร่วมใจประหยัดไฟฟ้า

เมื่อศึกษาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาจ้างทำความสะอาดอาคารและบริเวณที่ทำการศาล⁵⁹ และสัญญาการจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่มในสถานศึกษา⁶⁰ ไว้ในแนวทางเช่นเดียวกับสัญญาจ้างทำความสะอาดสุขาสวนสัตว์ของศาลปกครองว่า ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้ทำ

⁵⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 13/2546

⁶⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 20/2546

บริการสาธารณะหรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค แต่เป็นสัญญาจ้างทำของ และสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยลักษณะเนื้อหาของสัญญาเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์)⁶¹ ไว้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งต่างไปจากแนวทางที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ให้เหตุผลว่า เมื่อการศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารเรียนและอาคารประกอบ (เอนกประสงค์) เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะในการส่งเสริมและประสานงานการศึกษาเพื่อการศึกษาของรัฐให้บรรลุผล สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

ส่วนสัญญาค้ำประกัน ศาลปกครองวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง แต่ต่อมาคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยในกรณีการชำระเงินค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างปรับปรุงถนนของเทศบาลนครยะลาว่า สัญญาค้ำประกันดังกล่าวไม่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณายังศาลที่มีเขตอำนาจเดียวกันกับศาลที่มีอำนาจพิพากษาคดีที่พิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างปรับปรุงถนน ซึ่งถือเป็นสัญญาหลัก จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวทำให้การจะพิจารณาว่าสัญญาค้ำประกันในคดีเรื่องนั้นอยู่ในอำนาจศาลปกครองโดยไม่ต้องพิจารณาว่าสัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ หรือศาลยุติธรรมจะต้องพิจารณาในประการแรกก่อนว่าสัญญาหลักอยู่ในอำนาจศาลใดซึ่งถ้าสัญญาหลักเป็นสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจพิพากษาของศาลปกครองสัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ก็ต้องอยู่ในอำนาจพิพากษาของศาลปกครองด้วย

⁶¹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 47/2547

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พบว่า การพิจารณาว่าสัญญาใดไม่เป็นสัญญาทางปกครอง สัญญานั้นต้องมีลักษณะเป็นการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเข้าไปทำสัญญาเสมือนเป็นเอกชน โดยฝ่ายปกครองได้ลดฐานะที่ตนเองมีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาทำความตกลงกับเอกชนที่เข้ามาทำธุรกิจตามสัญญานั้น ๆ ด้วย ถ้าคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายมิได้ทำความตกลงกันบนพื้นฐานของลักษณะที่มุ่งไปสู่เป้าหมายในทางปกครอง หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครอง หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยตรง แต่เป็นสัญญาเพื่อกิจการธุรกิจทำนองเดียวกับสัญญาต่าง ๆ ที่เอกชนทำกับเอกชนด้วยกัน จะต่างออกไปก็แค่ตัวคู่สัญญาที่มีฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองเท่านั้น เพราะในการทำธุรกิจระหว่างเอกชนด้วยกันเอง คู่สัญญาต่างพยายามทำสัญญาให้ฝ่ายตนเองได้เปรียบมากที่สุด เพราะธุรกิจคือการแสวงหาผลประโยชน์ หรือกำไร ดังนั้น คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย จะพยายามเจรจาทำความตกลงในลักษณะที่ปกป้องผลประโยชน์ของฝ่ายตนให้มากที่สุด โดยฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่ามักจะเป็นฝ่ายได้เปรียบเสมอ

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาว่าสัญญาใดไม่มีนิติสัมพันธ์ในทางปกครองโดยใช้เกณฑ์ในการพิจารณาว่า ฝ่ายปกครองยอมเข้าผูกพันตนกับเอกชนด้วยใจสมัครบนพื้นฐานของความเสมอภาคหรือไม่ ถ้าหากฝ่ายปกครองเข้าผูกพันตนกับเอกชนด้วยใจสมัครบนพื้นฐานของความเสมอภาคสัญญานั้นก็จะเป็สัญญาทางแพ่ง จึงเป็นที่น่าคิดว่าหากสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษแล้ว ศาลจะยอมรับว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยมีข้อสังเกตว่าจะมีสัญญาใดของรัฐที่โดยสภาพเป็นสัญญาทางแพ่งหรือไม่ เพราะกรณีจะนำไปสู่การพิจารณาว่า หากมีสัญญาของภาครัฐที่มีสภาพหรือมีธรรมชาติเป็นสัญญาทางแพ่งแล้ว การกำหนดข้อสัญญาที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นอย่างมากก็ไม่อาจกระทำได้เพราะในสัญญาที่มีธรรมชาติเป็นสัญญาทางแพ่งแล้ว การกำหนดข้อสัญญาที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐจะขัดต่อหลักในเรื่องสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น โดยเหตุผลของเรื่องสัญญาทางแพ่งโดยธรรมชาติของฝ่ายปกครองจึงไม่น่าจะมี

ทั้งนี้ โดยหลักการจะให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองย่อมอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครอง การทำสัญญาใดๆ ของรัฐจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ย่อมเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ หากฝ่ายปกครองต้องการให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองก็จะสงวนการใช้ อำนาจมหาชนของตนโดยการกำหนดให้มีข้อสัญญาที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ตนไว้ หรือ กรณีที่ฝ่ายปกครองต้องการทำสัญญาทางแพ่งก็จะไม่กำหนดข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าวไว้ซึ่ง จะถือว่ากรณีดังกล่าวรัฐลดฐานะของตนลงทำสัญญากับเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน เว้นแต่สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายหรือสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการบริการสาธารณะโดยตรง นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าลักษณะการ เกิดขึ้นของสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาจัดซื้อ จัดจ้าง สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า หรือสัญญาสัมปทาน จะมีการคัดเลือกคู่สัญญาและใช้สัญญา มาตรฐานที่กำหนดไว้ให้หน่วยงานของราชการถือปฏิบัติเป็นแนวเดียวกันตามระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยจะมีข้อสัญญากำหนดให้หน่วยงาน ของรัฐมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าปรับ หรือเบี้ยปรับในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หรือ เรียกร้องเอาจากธนาคารผู้ค้ำประกัน เป็นต้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะเนื้อหาของสัญญา จัดซื้อจัดจ้าง สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า หรือสัญญาสัมปทานดังกล่าว ที่ศาลปกครอง วางหลักว่าเป็นสัญญาทางแพ่งก็มีการเกิดขึ้นของสัญญาและใช้สัญญามาตรฐานที่กำหนด ไว้ให้หน่วยงานของราชการถือปฏิบัติเป็นแนวเดียวกันตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เหมือนกัน ซึ่งหากไม่มีการแยกความแตกต่างระหว่าง สัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งโดยใช้หลักกฎหมายปกครองที่ชัดเจนก็จะทำให้ เกิดปัญหาว่าเหตุใดสัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง แต่สัญญานี้กลับเป็นสัญญาทางแพ่ง ทั้งที่ทั้งสองสัญญามีการเกิดขึ้นและการจัดทำสัญญาก็มีเนื้อหาเหมือนกัน เป็นต้น

และจากการศึกษาประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (Code de marchés publics) ปี 2001 ของประเทศฝรั่งเศส ในบทบัญญัติมาตรา 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการ กำหนดมาตรการเร่งด่วนในการปฏิรูปด้านเศรษฐกิจและการคลัง (Loi n° 2001 – 1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Loi MURCEF ได้กำหนดให้สัญญา

จัดซื้อจัดจ้างที่ดำเนินการตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุถือเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาทางปกครองง่ายขึ้น โดยพิจารณาแต่เพียงว่าสัญญานั้นได้มีการดำเนินการตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุหรือไม่ก็เพียงพอ โดยไม่ต้องไปดูเงื่อนไขอื่น ๆ เช่น เรื่องการจัดทำบริการสาธารณะหรือเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การจะนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศไทยน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งได้ง่ายยิ่งขึ้น และเป็นการแก้ไขปัญหาการตีความว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นนั้นมีลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นสัญญาสัมปทาน หรือเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้กลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหรือไม่

และจากการศึกษาการสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่า การที่จะรอให้ศาลปกครองสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจากคำพิพากษาของศาลดังเช่นประเทศฝรั่งเศสจะเป็นการพัฒนากฎหมายที่เชื่องช้า โดยเห็นได้จากพัฒนาการทางกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสที่ใช้เวลายาวนานกว่าประเทศเยอรมัน เพราะประเทศฝรั่งเศสสร้างหลักกฎหมายปกครองจากคำพิพากษาของศาล แต่ประเทศเยอรมันสร้างหลักกฎหมายปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายโดยตรง ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายนั้นจะทำได้โดยยาก ต่างจากการสร้างหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งเมื่อมีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลง หลักกฎหมายนั้นก็สามารเปลี่ยนแปลงตามพฤติการณ์นั้น ๆ ได้ โดยอาศัยทัศนคติของศาลในขณะนั้น ๆ ทำให้ระยะเวลาที่หลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลจะกลายเป็นจารีตประเพณีเพื่อให้ยึดถือและปฏิบัติตามได้นั้นใช้เวลายาวนาน อาจทำให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้สมกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่กำหนดให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาแก้ไขปัญหาการพิจารณาข้อพิพาทที่มีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1 บทสรุป

โดยที่สัญญาทางปกครองวางอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์มหาชน ในขณะที่สัญญาตามกฎหมายเอกชนวางอยู่บนพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญา เป็นสำคัญ และเมื่อสัญญาทางปกครองประกอบด้วยประโยชน์ 2 ลักษณะ คือ ประโยชน์ส่วนตนของเอกชนที่มุ่งแสวงหากำไรและประโยชน์สาธารณะที่มุ่งคุ้มครองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองมีความสำคัญ และมีผลโดยตรงต่อเขตอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาหาจุดสมมูลดังกล่าว

จากการศึกษาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พบว่า มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้คำนิยาม “สัญญาทางปกครอง” ว่า “หมายความรวมถึง” ทำให้นิยามของสัญญาทางปกครองนั้นไม่ได้เป็นการให้ความหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง แต่เป็นการละความหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครองไว้ เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลสามารถกำหนดนิยามสัญญาทางปกครองให้สอดคล้องและเหมาะสมกับพัฒนาการทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองได้ และจากการศึกษาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพบว่า คณะกรรมการดังกล่าวได้วินิจฉัยลักษณะเนื้อหาของสัญญาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยการตีความลักษณะเนื้อหาของสัญญาว่าเป็นสัญญาที่ประเภทตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองพบว่า ศาลปกครองได้วินิจฉัยลักษณะเนื้อหาของสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองเพิ่มจากลักษณะเนื้อหาของสัญญาที่ประเภทตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยกำหนดให้สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการ

ทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองด้วย และได้วินิจฉัยว่าลักษณะเนื้อหาของสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบนพื้นฐานของความเสมอภาคโดยสมัครใจ และมีได้มีลักษณะดังกล่าวสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง และได้วางหลักขยายความหมายของสัญญาที่คู่สัญญามีได้อยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกันอันมีลักษณะที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปไว้ 3 ประการ คือ ประการแรก มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก ประการที่สอง มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งวัตถุประสงค์ที่มีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล อันมีลักษณะที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป และประการสุดท้าย มีลักษณะเป็นสัญญาปรับราคาได้ แต่เห็นได้ว่าการวางหลัก 3 ประการดังกล่าวยังไม่สามารถแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ให้มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญาแบบได้ ทั้งมีข้อกำหนดเรื่องค่าปรับ หรือการเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดไว้ในสัญญาได้เช่นกัน เพราะสัญญาส่วนใหญ่ที่รัฐทำกับเอกชนนั้น ย่อมมีข้อความที่ให้ประโยชน์หรือเอกสิทธิ์แก่ภาครัฐไม่ว่าทางใดทางหนึ่งเสมอจึงมีข้อที่ควรพิจารณาว่า การได้เอกสิทธิ์ในระดับไหนจึงจะถือได้ว่าทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง และในเรื่องสัญญาจัดซื้อหรือจัดจ้างหรือก่อสร้างต่าง ๆ ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน บางสัญญาศาลปกครองวางหลักว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่บางสัญญาศาลปกครองวางหลักว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยให้เหตุผลแตกต่างกันไป เช่น เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อสัญญาที่ระบุความเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐ หรือเป็นสัญญาทางปกครองเพราะสิ่งที่จัดซื้อหรือจัดจ้างหรือก่อสร้างเป็นถาวรวัตถุของการบริการสาธารณะทำให้การดำเนินการก่อสร้างดังกล่าวเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ หรือเป็นการจัดให้มีสาธารณูปโภค และไม่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้เขียน เห็นว่า การจะพิจารณาลักษณะเนื้อหาของสัญญาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ควรอาศัยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

2.1 สัญญาสัมปทาน ลักษณะเนื้อหาของสัญญานั้นต้องมีลักษณะประกอบด้วย (1) จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ (2) ฝ่ายปกครอง มอบให้เอกชนจัดทำ และ (3) ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมและกำหนดเงื่อนไข

2.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ลักษณะเนื้อหาของสัญญานั้นต้องมี ลักษณะประกอบด้วย (1) เป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยตรง และ (2) เป็น หน้าที่ของรัฐที่ต้องจัดให้มีขึ้น

2.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ลักษณะเนื้อหาของสัญญานั้นต้องมี ลักษณะประกอบด้วย (1) ถาวรวัตถุหรือสิ่งห้ามทรัพย์ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อประชาชนใช้ร่วมกัน หรือเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะ หรือ (2) บริการ เกี่ยวกับการอุปโภคบริโภคต่าง ๆ ที่รัฐจัดทำหรือจัดให้มีการดำเนินการ โดยอยู่ในการ กำกับดูแลของรัฐ

2.4 สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ลักษณะเนื้อหาของ สัญญานั้นต้องมีลักษณะประกอบด้วย (1) เป็นทรัพย์อันเกิดขึ้นเองหรือมีอยู่ตาม ธรรมชาติซึ่งมีอยู่ในจำนวนจำกัดและรัฐเป็นเจ้าของ (2) ผู้รับสัมปทานต้องจ่าย ค่าตอบแทนให้แก่รัฐ

2.5 สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ลักษณะเนื้อหาของสัญญานั้นต้องมีลักษณะประกอบด้วย (1) เป็นกิจการบริการ สาธารณะ (2) ฝ่ายปกครองร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบหมายให้ เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว

2.6 สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ลักษณะเนื้อหาของสัญญานั้นต้องมีลักษณะประกอบด้วย (1) ข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว มักจะเกี่ยวข้องกับอภิสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งอภิสิทธิ์ดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครอง

คู่สัญญาที่มีสถานะเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (2) เป็นข้อกำหนดที่อ้างอิงไปถึงสัญญาแบบ หรือเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ (3) ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชน คู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก (4) ข้อกำหนดซึ่งต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น (5) ต้องมีลักษณะค่อนข้างชัดเจน มิใช่เป็นเพียงข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง ของเอกชนเท่านั้น แต่เป็นข้อกำหนดที่เราพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่ง เพราะเป็น ข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน และ (6) ข้อสัญญานี้ เป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยที่คู่สัญญาเอกชนจะทำได้

ทั้งนี้ การจะนำเหตุผลใน 2.5 และ 2.6 มาใช้ต้องไม่ปรากฏว่าสัญญานั้นมี ลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดใน 2.1 ถึง 2.4

ส่วนการจำแนกสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะออกจากสัญญาจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภคควรพิจารณาจากสิ่งที่ฝ่ายปกครองต้องการให้เอกชนซึ่งเป็นผู้รับจ้าง จัดทำขึ้นหรือก่อสร้างขึ้นนั้นมีลักษณะเป็นการที่เอกชนซึ่งเป็นผู้รับจ้างดำเนินการ ก่อสร้างแล้วเสร็จยังจะต้องมีหน้าที่ดำเนินการต่อไปเพื่อให้บริการประชาชนอีกหรือไม่ ซึ่งถ้าหากสิ่งที่เอกชนรับจัดทำหรือรับก่อสร้างนั้นเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จเอกชนยังมี หน้าที่ต้องดำเนินการบริการสาธารณะต่อไป สิ่งที่ดำเนินการดังกล่าวย่อมเป็นการ บริการสาธารณะ และสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็น สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่ในทางกลับกันถ้าสิ่งที่เอกชนรับจัดทำหรือรับ ก่อสร้างนั้นเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ เอกชนไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการบริการประชาชน ต่อไป กล่าวคือเมื่อเอกชนดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จก็ส่งมอบงานให้แก่ฝ่ายปกครอง แล้วเอกชนได้รับค่าจ้างทำให้ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนก็สิ้นสุดหน้าที่ต่อกัน สิ่งที่ จัดทำหรือก่อสร้างดังกล่าวย่อมเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญานั้นย่อม เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

นอกจากนี้ ศาลปกครองยังสามารถนำหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายว่า ด้วยการพัสดุ (Code de marchés publics) ปี 2001 ของประเทศฝรั่งเศส ในบทบัญญัติ มาตรา 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการกำหนดมาตรการเร่งด่วนในการปฏิรูปด้านเศรษฐกิจ

และการคลัง (Loi n° 2001 – 1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes á caractère économique et financier) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Loi MURCEF ที่ได้กำหนดให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ดำเนินการตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ถือเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองมาใช้ในการวางหลักเพื่อให้ง่ายต่อการแยกว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง และป้องกันปัญหาการตีความลักษณะเนื้อหาของสัญญาดังกล่าว

2 ข้อเสนอแนะ

การที่จะรอให้ศาลปกครองสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะเป็นการพัฒนากฎหมายปกครองที่เชื่องช้า และอาจหลงทางได้หากไม่มีการศึกษาอย่างรอบคอบก่อนการพิจารณาคดีเพื่อประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และป้องกันการฟ้องคดีผิดพลาด ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการตรากฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นพระราชบัญญัติอีกฉบับหนึ่งต่างหากจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

กมลชัย รัตนสกววงศ์. กฎหมายปกครอง : คำบรรยายสรุปบทความรายงานการศึกษา.

กรุงเทพฯ:วิญญูชน,2540

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพฯ:จิริราชการพิมพ์

กรุงเทพมหานคร,2540

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง

และสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ:วิญญูชน,2541

ชาญชัย แสวงศักดิ์. สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ.

กรุงเทพฯ:สำนักงานศาลปกครอง,2543

ชาญชัย แสวงศักดิ์. ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและ

สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ:สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา,2541

ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ:วิญญูชน,2543

ชาญชัย แสวงศักดิ์. สารานุกรมเกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

(แก้ไขเพิ่มเติมโดยระเบียบ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 เพื่อป้องกันการสมยอมกัน

ในการเสนอราคา). กรุงเทพฯ:นิติธรรม, 2541

นันทวัฒน์ บวรนนท์. สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ:วิญญูชน,2546

ประยูร กาญจนกุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2538

ปรีดี พนมยงค์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พ.ศ. 2475 แก้ไขปรับปรุงใหม่ พ.ศ. 2513).

กรุงเทพฯ:สภาพนายความ,2543

มานิตย์ จุมปา. คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ:วิญญูชน,2546

มานิตย์ วงศ์เสรี. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน.

กรุงเทพฯ:สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง,2545

โกคิน พลกุลและชาญชัย แสวงศักดิ์. หลักกฎหมายมหาชนเล่ม 1. กรุงเทพฯ:นิติธรรม,2541

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การกระทำทางปกครอง. กรุงเทพฯ:วิญญูชน,2539

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง. กรุงเทพฯ:วิญญูชน,2544

ศักดิ์ สอนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา.
กรุงเทพฯ:นิติบรรณการ,2539

อิสระ นิตินันท์ประภาส. ตอบ 20 คำถามเกี่ยวกับศาลปกครอง เรียนรู้เรื่องศาลปกครอง
อย่างคนธรรมดา. กรุงเทพฯ:วิญญูชน,2540

วารสาร

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ."สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส" วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 5.
มีนาคม, 2529

ประสาท พงษ์สุวรรณ. "หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง"
วารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 2, ฉบับที่ 2. พฤษภาคม-สิงหาคม, 2545

M.Philippe MARTIN. "การบรรยายพิเศษ เรื่อง กฎหมายปกครองและคดีปกครอง
ประเทศฝรั่งเศส" วารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 1, ฉบับที่ 3. กันยายน-ธันวาคม, 2544

พูนศักดิ์ ไวสารวจ. "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส" วารสาร
กฎหมายปกครอง. เล่ม 4 ตอน 2. สิงหาคม, 2528

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. "ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมาย
เยอรมัน" วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 29, ฉบับที่ 2. มิถุนายน, 2542

อัศววิทย์ สุมาวงศ์. "วิธีพิจารณาคดีปกครอง" วารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 1, ฉบับที่ 2.
พฤษภาคม - สิงหาคม, 2544

เอกสารอื่น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ข้อเสนอจากการศึกษาตรวจสอบกรณีการทำสัญญาของ
การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ในโครงการก่อสร้างทางด่วนสายบางนา -
บางพลี - บางปะกง, กันยายน 2545

- บันทึกของเลขที่การคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง นิติกรรมทางแพ่ง – นิติกรรมทางปกครอง – สัญญาทางปกครอง , หนังสือกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย-กรุงเทพ, 2531
- บุบผา อัครพิมาน, สิทธิการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, อาจารย์ยงยุทธ รวบรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศ.ดร.อมร จันทรมานูรณ์, สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, กรกฎาคม 2545
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ, รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศไทยเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ธันวาคม – กันยายน 2545
- โกสิน พลกุล, สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย, เอกสารประกอบการสัมมนาและการสัมมนาเชิงปฏิบัติการ เรื่อง สัญญาทางปกครอง : การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทศาล วันพุธที่ 12 มีนาคม 2546, สำนักงานศาลปกครอง

กฎหมาย

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540
- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
- พระราชบัญญัติระเบียบราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521
- พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2522
- พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พ.ศ. 2545
- พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540
- พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496
- พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติระเบียบราชการเมืองพญา พ.ศ. 2521

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

วิทยานิพนธ์

ปราณี หล่อรัตนโชติ. “การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ” วิทยานิพนธ์

นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534

DRPU

ภาคผนวก

ภาคผนวก

ก.

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544

ผู้ฟ้องคดี บริษัท เจ-สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) จำกัด โดยกรรมการผู้จัดการ

ผู้ถูกฟ้องคดี มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาล ต่อมาผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำบันทึกเพิ่มเติมแนบท้ายสัญญาจ้างตกลงให้มีการใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) เมื่อผู้ฟ้องคดีขอเบิกจ่ายเงินชดเชยตามสัญญาแบบปรับราคาได้ ผู้ฟ้องคดีปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้าง โดยอ้างว่าสำนักงบประมาณวินิจฉัยว่างานก่อสร้างรายนี้ไม่อยู่ในเงื่อนไขได้รับเงินเพิ่ม เพราะในประกาศประกวดราคาไม่ได้ระบุว่าจะใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้างและค่าใช้จ่ายธนาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลคณะแพทยศาสตร์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เป็นสัญญาที่ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงไม่ใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคดีพิพาทนี้เป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ (มหาวิทยาลัยเชียงใหม่) จัดทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารสาธารณะซึ่งจะใช้เป็นประโยชน์แก่ข้าราชการ จึงเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า

ประเด็นที่ 1 ข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นสัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เช่น ข้อกำหนดให้สิทธิฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้แม้ฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่ได้ระบุไว้ในสัญญา โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านประกอบกับลักษณะที่เป็นสัญญาสำเร็จรูปยังมีลักษณะเป็นพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล สัญญานับนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาพิพากษาได้ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ประเด็นที่ 2 ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าก่อนวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีทำหนังสือลงวันที่ 1 กันยายน 2543 ซึ่งเป็นฉบับที่สองแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบผลการพิจารณาบททวนของสำนักงานประมาณ ทั้งผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีต่างยังไม่ทราบแน่ชัดว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้างให้ผู้ฟ้องคดีได้หรือไม่ จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีทราบเหตุแห่งการฟ้องคดีเมื่อได้รับทราบหนังสือฉบับที่ 2 ที่ยืนยันผลการพิจารณาที่จะไม่จ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้างให้ผู้ฟ้องคดี กรณีจึงยังไม่พ้นกำหนดอายุความ 1 ปีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

จึงกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นให้รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544

ผู้ฟ้องคดี นาวาตรี ชนาวิน สุวรรณบุบผา

ผู้ถูกฟ้องคดี กองทัพอากาศ

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาระยะเวลารับราชการชดใช้ทุนและคำนวณเงินค่าปรับไม่ถูกต้องตามสัญญา สำหรับผู้ที่ทางราชการส่งไปศึกษาในต่างประเทศเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีต้องชดใช้ทุนเกินกว่าที่ต้องชดใช้ตามสัญญา ให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินค่าปรับส่วนที่เกิน

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า สัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีเป็นสัญญาสำหรับผู้ที่จะทางราชการส่งไปศึกษาในต่างประเทศ ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นสัญญา

สัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่เข้าลักษณะเป็นคดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า ไม่ปรากฏรายละเอียดในคำสั่งศาล

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า สัญญาลาไปศึกษาในต่างประเทศระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีต้องกลับมารับราชการตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาอันเป็นบริการสาธารณะของรัฐ และข้อกำหนดในสัญญาผู้ฟ้องคดีถูกจำกัดสิทธิไม่ว่าจะเป็นกรณีลาออกจากราชการ โอนสังกัดหรือบอกเลิกสัญญา แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมีสิทธิและอำนาจเด็ดขาดฝ่ายเดียวที่จะบอกเลิกสัญญาหรือเรียกตัวผู้ฟ้องคดีกลับจากต่างประเทศหรือกรณีผู้ฟ้องคดีประพฤติผิดสัญญาต้องชดใช้เงินให้เป็นจำนวน 3 เท่า และยินยอมให้ทางราชการเรียกตัวกลับหรือปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการได้ ซึ่งแสดงถึงลักษณะพิเศษของสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวจึงเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

จึงกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นให้รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 134/2545

ผู้ฟ้องคดี บริษัท สวัสดิการโยธา จำกัด

ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 กรุงเทพมหานคร ที่ 2 สำนักงานประมาณ ที่ 3 ผู้อำนวยการเขตบางกอกน้อย ที่ 4 สำนักนายกรัฐมนตร

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำสัญญาว่าจ้างผู้ฟ้องคดีก่อสร้างเขื่อนเมื่องานแล้วเสร็จผู้ฟ้องคดีขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้าง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผู้พิจารณาแทนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 วินิจฉัยว่าสัญญาเดิมระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ได้ระบุว่าเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ แต่มีการแก้ไขให้เป็นแบบปรับราคาได้ภายหลังจากส่งงานงวดสุดท้าย จึงไม่อยู่ในข่ายที่จะได้รับเงินชดเชย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 จึงมีคำสั่ง

ปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้าง ขอให้ 1. ศาลเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชย 2. พิพากษาว่าผู้ฟ้องคดีมีสิทธิได้รับเงินชดเชย

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า คำฟ้องในประเด็นที่ 2 มีคำขอให้ใช้เงินอันเนื่องมาจากความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครอง เป็นคดีที่จะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลในอัตราร้อยละ 2.5 ของทุนทรัพย์ตามมาตรา 45 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และศาลได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าธรรมเนียมศาลแล้ว แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ชำระภายในระยะเวลาที่กำหนด ศาลไม่รับคำฟ้องในประเด็นนี้ไว้พิจารณา

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า ผู้ฟ้องคดีได้ชำระค่าธรรมเนียมศาลภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดแล้ว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ศาลปกครองกลางมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าธรรมเนียมศาลภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับหมาย ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบคำสั่งเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2544 และชำระค่าธรรมเนียมศาลด้วยแคชเชียร์เช็คให้แก่สำนักงานศาลปกครองกลางในวันที่ 17 กรกฎาคม 2544 ตามหลักฐานใบเสร็จรับเงินของสำนักงานศาลปกครองกลาง

จึงกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นให้รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2545

ผู้ฟ้องคดี ห้างหุ้นส่วนจำกัด วรรณทัศน์ก่อสร้าง

ผู้ถูกฟ้องคดี การประปาส่วนภูมิภาค

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาว่าจ้างให้ผู้ฟ้องคดีวางท่อประปาเปลี่ยนมาตรวัดน้ำและประสานมาตรวัดน้ำให้กับผู้ใช้น้ำในเขตจังหวัดอำนาจเจริญที่โอนมาเป็นของผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีรับมอบงานแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายค่าจ้างให้ไม่ครบถ้วนตามสัญญา และไม่ชำระค่ามาตรวัดน้ำที่ผู้ฟ้องคดีจัดซื้อมาเพิ่มเติมในการก่อสร้างนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญา ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินให้ครบถ้วนตามสัญญาและชำระเงินค่ามาตรวัดน้ำพร้อมดอกเบี้ย

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า กรณีตามคำฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินจึงต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลตามมาตรา 45 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งศาลมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าธรรมเนียมศาลให้ครบถ้วน แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการภายในเวลาที่ศาลกำหนด ศาลจึงไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า ขณะที่ผู้ฟ้องคดีได้รับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นให้ชำระค่าธรรมเนียมศาลนั้น ผู้ฟ้องคดีไม่มีรายได้จึงไม่สามารถชำระได้ บัดนี้ผู้ฟ้องคดีหาเงินมาชำระค่าธรรมเนียมศาลได้แล้ว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า สัญญาว่าจ้างให้ผู้ฟ้องคดีวางท่อประปา เปลี่ยนมาตรวัดน้ำและประสานมาตรวัดน้ำให้กับราษฎรผู้ใช้น้ำของหน่วยบริการ ส.นาหว่าใหญ่ที่โอนมาเป็นของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ กรณีตามคำฟ้องจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้เงินจึงต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลตามมาตรา 45 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาจึงชอบแล้วตามข้อ 37 วรรคสอง ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ในตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หากในขณะนี้ผู้ฟ้องคดีสามารถชำระค่าธรรมเนียมศาลได้แล้ว ผู้ฟ้องคดีต้องฟ้องเป็นคดีใหม่ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

จึงยื่นตามคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545

ผู้ฟ้องคดี บริษัท สุเมธาพานิชยการ (1982) จำกัด

ผู้ถูกฟ้องคดี กรุงเทพมหานคร

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญารับจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตราษฎรบูรณะกับผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อถึงกำหนดวันสิ้นสุดสัญญาผู้ฟ้องคดียังก่อสร้างอาคาร

ดังกล่าวมาแล้วเสร็จผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือขยายระยะเวลาให้และแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าปรับ ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีคิดค่าปรับเพียงร้อยละ 10 ของวงเงินค่าจ้างก่อสร้าง และคืนเงินค่าปรับส่วนที่เหลือให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า อาคารสำนักงานเขตเป็นศูนย์การบริหารงานในระดับเขตของกรุงเทพมหานครอันเป็นที่ทำการบริหารงานของเขต มิใช่สิ่งสาธารณูปโภคที่มีไว้เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันโดยตรง และมิใช่เครื่องมือโดยตรงที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต และแม้อาคารสำนักงานเขตจะใช้เป็นสถานที่ให้ประชาชนไปติดต่อกับรัฐ แต่ก็เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในกิจกรรมการควบคุมดูแลสังคมของรัฐ มิได้ใช้เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐได้มีขึ้นเพื่อตอบสนองความจำเป็นในการดำรงชีวิตของสมาชิกในสังคม จึงมิใช่สิ่งสาธารณูปโภค สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตราษฎรบุรณะจึงมิใช่สัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจึงไม่ใช่คดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า อาคารสำนักงานเขตราษฎรบุรณะมีไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันของประชาชน จึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น และเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร มีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการในเรื่องต่าง ๆ ในเขตกรุงเทพมหานครตามมาตรา 89 ประกอบกับมาตรา 60 (6) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาคารสำนักงานเขตเป็นสถานที่สำหรับปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ด้านต่าง ๆ เพื่อบริการประชาชนอันเป็นบริการสาธารณะตามมาตรา 89 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร และเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล เป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่

ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง กรณีจึงเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจึงเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จึงกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นให้รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่)

ผู้ฟ้องคดี บริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน)

ผู้ถูกฟ้องคดี องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทำสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาคกับผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งข้อกำหนดในสัญญากำหนดขึ้นโดยอ้างอิงอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดี ต่อมา เมื่อมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม และกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม ทำให้สถานะของผู้ถูกฟ้องคดีเปลี่ยนไปจากผู้ที่มิอำนาจสิทธิขาดในการประกอบกิจการโทรศัพท์และกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม เป็นเพียงผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายหนึ่ง ข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะที่ขัดต่อหลักการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องแก้ไขสัญญาให้สอดคล้องกับกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขสัญญาแล้วแต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมกับผู้ฟ้องคดีแก้ไขสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาคงดเว้นการใช้สิทธิบางประการตามสัญญา หรือแต่งตั้งบุคคลอื่นเพื่อทำหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาดังกล่าวแทนผู้ถูกฟ้องคดี

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขสัญญาให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานและแนวนโยบาย

แห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคดีความถี่ และกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม ซึ่งศาลไม่อาจกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า ศาลมีอำนาจตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่จะกำหนดค่าบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการแก้ไขสัญญาและงดเว้นกระทำการตามสิทธิและหน้าที่ตามข้อสัญญาบางข้อได้ และการที่ศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาหลังจากที่ได้สั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำคำให้การแล้ว เป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ถูกต้อง

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า

ประเด็นที่ 1 คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่สั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำคำให้การและนัดให้คู่กรณีมาไต่สวน เนื่องจากศาลผิดหลงว่าคำขอทำคำฟ้องเป็นคำขอที่ศาลกำหนดค่าบังคับได้ เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงชอบที่ศาลปกครองชั้นต้นจะมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาตามข้อ 7 วรรคหนึ่ง ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 แล้วจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เมื่อศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ทั้ง ๆ ที่คำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณายังคงมีอยู่ในสำนวน คำสั่งดังกล่าวจึงขัดแย้งกัน เพื่อให้คดีดำเนินไปโดยรวดเร็วจึงเพิกถอนคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาของศาลปกครองชั้นต้น คงเหลือไว้แต่คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ทั้งนี้ ตามข้อ 7 วรรคหนึ่ง ประกอบกับข้อ 116 ของระเบียบดังกล่าว

ประเด็นที่ 2 สัญญาร่วมการทำงานปลระร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาคระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับผู้ฟ้องคดีมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานและสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขสัญญาและงดเว้นการใช้สิทธิบางประการตามสัญญา หรือให้แต่งตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดเพื่อทำหน้าที่ต่าง ๆ ตามสัญญาแทนผู้ถูกฟ้องคดีนั้น เป็นคำขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการแทนหรืองดเว้นกระทำการนอกเหนือจากที่คู่สัญญาได้ตกลง

กันไว้ในสัญญา ซึ่งศาลไม่สามารถกำหนดค่าบังคับให้ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

จึงยื่นตามคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162/2546 (มติที่ประชุมใหญ่)

ผู้ฟ้องคดี บริษัท โปร – เทค ซีวิล แอนด์ ดีไซน์ จำกัด

ผู้ถูกฟ้องคดี กรมธนารักษ์

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทำสัญญาจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาธนารักษ์ จังหวัดเชียงใหม่กับผู้ถูกฟ้องคดี ในระหว่างการก่อสร้างได้มีการตกลงด้วยวาจาให้ผู้ฟ้องคดีทำงานเพิ่มเติมนอกเหนือจากสัญญาเดิม เมื่อผู้ฟ้องคดีทำงานแล้วเสร็จได้ส่งมอบงานให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีในปี 2541 แต่ไม่ได้รับค่าจ้างในส่วนที่ทำงานเพิ่มเติม ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือทวงถามแล้วหลายครั้งแต่ยังไม่ได้รับชำระค่าจ้างดังกล่าว ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินค่าจ้างในส่วนที่ได้สั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำงานนอกเหนือจากสัญญา

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีส่งมอบงานในปี 2541 ซึ่งสามารถเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินค่าจ้างได้ตั้งแต่วลาดังกล่าว และหากไม่ได้รับชำระ ก็ชอบที่จะนำคดีไปฟ้องยังศาลยุติธรรมหรือร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการดังกล่าวแต่ดำเนินคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2545 (ที่ถูกตั้งคือวันที่ 12 มีนาคม 26545) จึงพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า การทำงานเพิ่มเติมเป็นการตกลงด้วยวาจากับอดีตอธิบดีกรมธนารักษ์ และมีการประสานงานกันเรื่อยมา โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้เตรียมการเบิกจ่ายเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดีแล้ว แต่เนื่องจากการเปลี่ยนผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดีทำให้การสั่งการขาดช่วง ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือทวงถามจำนวนหลายครั้ง แต่ไม่ได้รับแจ้งผลการพิจารณา จึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้ศาลปกครองชั้นต้นรับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษา

ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่า อาคารสถานที่สำหรับการให้บริการสาธารณะซึ่งเป็นการให้บริการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดี อันได้แก่ อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง กฎหมายว่าด้วยเงินตรา กฎหมายว่าด้วยที่ราชพัสดุและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องนั้น อาคารดังกล่าวถือเป็นถาวรวัตถุอันเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล สัญญาจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารข้างต้นจึงเป็น “สัญญาทางปกครอง” และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว สำหรับข้อตกลงด้วยวาจาเกี่ยวกับการทำงานเพิ่มเติมนอกเหนือจากสัญญาดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือและถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งไม่ได้กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ ทั้งนี้ แม้ว่าจะเปรียบเทียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ จะกำหนดให้หน่วยงานของทางราชการต้องทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือก็ตาม แต่ระเบียบดังกล่าวเป็นเพียงระเบียบภายในของทางราชการเท่านั้น

เมื่อปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีส่งมอบงานในส่วนที่ทำเพิ่มเติมในปี พ.ศ.2541 โดยผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชำระเงินค่าจ้างในส่วนดังกล่าว จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541 ซึ่งในกรณีที่เหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดขึ้นก่อนศาลปกครองเปิดทำการ แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมโดยนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเมื่อศาลเปิดทำการแล้ว และในขณะที่ฟ้อง อายุความฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมยังไม่ครบกำหนด ซึ่งแม้จะพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 49 มาตรา 50 และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วก็ตาม กรณีดังกล่าวให้เริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองตั้งแต่วันที่ศาลปกครองเปิดทำการ คือ วันที่ 9 มีนาคม 2544 เป็นต้นไป ตามนัยของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 654/2545 เมื่อผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองในวันที่ 12 มีนาคม 2545 จึงพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และกรณีที่มีการเปลี่ยนผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดีกรมธนารักษ์ทำให้การสั่งการขาดช่วงนั้น ไม่ถือว่ามีเหตุจำเป็นอันอื่นอันทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจฟ้องคดีได้ภายใน

ระยะเวลาการฟ้องคดี หรือคดีจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมตามมาตรา 52 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

จึงยื่นตามคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 213/2546

ผู้ฟ้องคดี กิจการร่วมค้า เอ็น เจ โอ อี เอฟ จำกัด

ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 เทศบาลเมืองป่าตอง (เทศบาลตำบลป่าตองเดิม) ที่ 2 นายกเทศมนตรีตำบลป่าตอง

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทำสัญญาจ้างก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียให้กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่การก่อสร้างไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาตามสัญญาผู้ถูกฟ้องคดีจึงปรับผู้ฟ้องคดีและบอกเลิกสัญญาในเวลาต่อมา รวมทั้งดำเนินการหาผู้รับจ้างรายใหม่ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าสาเหตุที่การก่อสร้างไม่แล้วเสร็จตามสัญญาไม่ใช่ความผิดของผู้ฟ้องคดี ประกอบกับข้อโต้แย้งในการปรับผู้ฟ้องคดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ระงับการบอกเลิกสัญญาและให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้าทำงานตามสัญญาจนแล้วเสร็จ ขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจัดจ้างผู้รับจ้างรายใหม่จนกว่าจะมีคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า คำฟ้องมีมูลและมีเหตุผลเพียงพอที่จะนำวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษามาใช้ เนื่องจากหากผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการว่าจ้างผู้รับจ้างรายใหม่จะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาในภายหลัง และกรณีไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริการงานของรัฐหรือแก่การบริการสาธารณะ เนื่องจากยังมีงานที่จะต้องก่อสร้างเพิ่มเติมนอกเหนือจากแบบเดิม การก่อสร้างตามโครงการจึงยังไม่อาจก่อสร้างให้แล้วเสร็จได้ในขณะนี้ ศาลจึงมีคำสั่งห้ามไม่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจัดจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ไว้จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา

ผู้ถูกฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า หากผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ให้ทำการก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียจะทำให้เกิดความเสียหายต่อสภาพแวดล้อมและส่งผลกระทบต่อการท่องเที่ยว จึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ้างผู้รับจ้างรายใหม่

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า โครงการก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนอันเป็นบริการสาธารณะ จึงต้องดำเนินการไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง ประกอบกับจังหวัดภูเก็ตเป็นเมืองท่องเที่ยว หากการก่อสร้างระบบบำบัดน้ำเสียล่าช้าออกไปจะเป็นผลเสียหายต่อสภาพแวดล้อม เนื่องจากบริเวณที่ผู้ถูกฟ้องคดีรับผิดชอบมีปริมาณน้ำเสียต่อวันมากกว่าปริมาณที่เครื่องบำบัดน้ำเสียที่ใช้งานอยู่เดิมสามารถบำบัดได้ และแม้ผู้ฟ้องคดีได้เสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณา แต่พฤติการณ์แห่งคดีและความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าจะเกิดขึ้นนั้นยังไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะนำวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมาใช้ เพราะอาจจะเป็นอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐอันเป็นบริการสาธารณะได้ตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบกับข้อ 752 และข้อ 77 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 และมาตรา 254 และมาตรา 255 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นให้รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546

ผู้ฟ้องคดี ห้างหุ้นส่วนจำกัด บุรณทองก่อสร้าง

ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ที่ 2 สำนักงานการประถมศึกษาอำเภอภูผาม่าน

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำสัญญาว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารเรียน ต่อมาเมื่อผู้ฟ้องคดีส่งมอบงานก่อสร้างงวดที่ 3 คณะกรรมการตรวจการจ้างได้ปฏิเสธที่จะตรวจรับมอบงาน โดยไม่แจ้งสาเหตุให้ทราบ ผู้ฟ้องคดีทราบเรื่องดังกล่าวเมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2543 จึงได้มีหนังสือร้องทุกข์ต่อผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัดและผู้ว่าราชการจังหวัด หลังจากนั้นเมื่อวันที่ 21 มีนาคม 2544 ผู้ฟ้องคดีได้ทราบจากผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัดว่า สำนักงบประมาณไม่อนุมัติเงินประจำงวดเป็นค่าก่อสร้างอาคารดังกล่าว เนื่องจากเป็นการจัดทำสัญญาจ้างโดยที่ยังไม่ได้รับอนุมัติรายการก่อสร้างและยังไม่ได้รับอนุมัติ

เงินงวด ซึ่งขัดต่อกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ มีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับชำระค่าจ้าง ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระค่าจ้างพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีมีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่อาจพบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง เช่น ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวสามารถบอกเลิกสัญญาได้โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ สั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่มีระบุไว้ในสัญญาจ้าง เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองบรรลุผล อันเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ กรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจึงเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่โดยที่คณะกรรมการตรวจการจ้างได้ปฏิเสธที่จะตรวจรับงานก่อสร้างงวดที่ 3 ของผู้ฟ้องคดีได้รู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีในวันดังกล่าว ซึ่งเป็นเวลาก่อนที่ศาลปกครองเปิดทำการในวันที่ 9 มีนาคม 2544 ผู้ฟ้องคดีจึงชอบที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการดังกล่าวแต่ได้นำคดีมาขึ้นฟ้องต่อศาลปกครองในวันที่ 24 ธันวาคม 2544 จึงเป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า ผู้ฟ้องคดีรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีที่เป็นคดีในวันที่ 21 มีนาคม 2544 ซึ่งเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีทราบว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีหนังสือแจ้งสำนักงานการประถมศึกษาจังหวัดว่า ไม่มีการอนุมัติงบประมาณสำหรับสัญญาการก่อสร้าง การฟ้องคดีต่อศาลปกครองในวันที่ 24 ธันวาคม 2544 จึงเป็นการฟ้องคดีภายในอายุความตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และอยู่ในอายุความที่ได้ขยายออกไปเนื่องจากการรับสภาพหนี้ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยเริ่มนับตั้งแต่วันที่ 19 มีนาคม 2544 ซึ่งเป็นวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีหนังสือแสดงเจตนาที่จะผูกพันชำระหนี้ให้แก่ผู้ฟ้องคดี และเป็นการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานภาพของบุคคลตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้ศาลปกครองชั้นต้นรับคำฟ้องไว้พิจารณา

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดยเป็นการจัดให้มีอาคารเรียนที่เป็นสถานศึกษา อันเป็นบริการสาธารณะที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน ประกอบกับข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครอง สัญญาดังกล่าว จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และกรณีเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน การที่ผู้ฟ้องคดีทราบว่า คณะกรรมการตรวจการจ้างพิเศษที่จะทำการตรวจรับงานงวดที่ 3 เมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2543 ถือว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตั้งแต่วันดังกล่าว โดยผู้ฟ้องคดีมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในขณะนั้นได้ภายในอายุความ 10 ปี ตามมาตรา 193/30 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเมื่อวันที่ 24 ธันวาคม 2544 ซึ่งยังไม่ครบกำหนดอายุความฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม แต่พ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ดังนั้น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ระยะเวลาการฟ้องคดีจึงต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 ซึ่งเป็นวันที่ศาลปกครองเปิดทำการตามนัยคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 654/2545 กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

จึงกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 501/2546

ผู้ฟ้องคดี นายวีระยุทธ คงชาญศิริ

ผู้ถูกฟ้องคดี กระทรวงการคลัง

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้จัดทำเบียนขายที่ดินซึ่งอยู่ในแนวเขตเวนคืนที่ดินเพื่อขยายคันคลองชลประทาน ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีเนื่องจากได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่จัดหาที่ดินของกรมชลประทานว่า ที่ดินดังกล่าวถูกเวนคืนและหากผู้ฟ้องคดีไม่พอใจราคาที่ดินสามารถอุทธรณ์ได้ตามระเบียบ ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์ขอเงินค่าทดแทนเพิ่มต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเนื่องจากได้รับค่าทดแทนต่ำกว่าราคาที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีซื้อที่ดินมา แต่ไม่ได้

รับแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ ต่อมาภายหลังจึงได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่จัดหาที่ดิน ชำรงต้นว่าเป็นการซื้อขายที่ดินโดยสมัครใจ ซึ่งในการทำสัญญาซื้อขายที่ดินดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าได้ทำสัญญาไปโดยถูกกลฉ้อฉลและได้บอกล้างสัญญาดังกล่าวแล้ว ขอให้ศาลพิพากษาว่าสัญญาซื้อขายที่ดินเป็นโมฆะ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีจดทะเบียนโอน ที่ดินคืนให้แก่ผู้ฟ้องคดี รวมทั้งให้รับเงินค่าซื้อที่ดินคืนจากผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า เมื่อปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีขายที่ดินให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี โดยได้จดทะเบียนการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายที่ดิน สัญญาดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์ เพียงเพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเท่านั้น แม้ภายหลังผู้ถูกฟ้องคดีจะนำ ที่ดินไปใช้ในการขายค้ำคองชลประทานก็ไม่ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภค ประกอบกับไม่ปรากฏข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษอันแสดงถึงเอกสิทธิ์ ของรัฐที่มีสถานะเหนือกว่าผู้ฟ้องคดีนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีตาม สัญญาจึงเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาแพ่ง ไม่ใช่สัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กรณีตามคำฟ้องจึง ไม่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่ง พระราชบัญญัติเดียวกัน ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า การที่ผู้ฟ้องคดีทำสัญญาขายที่ดินและจดทะเบียนโอน ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีเพราะเข้าใจว่าเป็นการเวนคืนตามกฎหมายซึ่งสืบเนื่องมาจากการถูกกล ฉ้อฉลโดยผู้ฟ้องคดีได้บอกล้างสัญญาแล้ว การได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินของผู้ถูกฟ้องคดีจึง ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือเป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ใช่ข้อพิพาท ทางแพ่ง ประกอบกับวัตถุประสงค์ของการซื้อขายเพื่อนำที่ดินไปขายเขตค้ำคองซึ่ง เป็นสิ่งสาธารณูปโภคไม่ใช่เพียงเพื่อให้ได้กรรมสิทธิ์เท่านั้น จึงขอให้ศาลรับคำฟ้องไว้ พิจารณา

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ในการตกลงทำสัญญาพิพาท หากเจ้าของที่ดิน ไม่ยินยอมขาย ทางราชการก็จะดำเนินการออกพระราชบัญญัติเวนคืนที่ดินที่พิพาทต่อไป จึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองและเป็นบุคคลซึ่งกระทำการ แทนรัฐ โดยใช้อำนาจทางปกครองบังคับซื้อที่ดินจากเอกชน ประกอบกับการเวนคืน

ที่ดินที่พิพาทเพื่อใช้ในการขยายเขตคั่นคลองซึ่งประชาชนเป็นผู้ใช้และได้รับประโยชน์โดยตรง อันมีลักษณะเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาซื้อขายที่ดินดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามนัยคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 23/2545

จึงกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (มติที่ประชุมใหญ่)

ผู้ฟ้องคดี นางสาวอรรณณ จันทรัตน์

ผู้ถูกฟ้องคดี อธิการบดีสถาบันราชภัฏสวนดุสิต

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราวตำแหน่งหัวหน้าศูนย์การศึกษานอกสถาบันศูนย์ตรง สังกัดสถาบันราชภัฏสวนดุสิต เห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงานเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา และละทิ้งงานเป็นเวลาเกินกว่าสิบห้าวัน เป็นการกระทำที่ลูแก่อำนาจและไม่ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวและให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินเดือนค้างจ่ายให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีอยู่ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน และมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีสืบเนื่องมาจากการมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลแรงงานตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2542 ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยได้รับ

เงินเดือนจากงบประมาณแผ่นดิน มูลเหตุแห่งคดีจึงเป็นปฏิบัติการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ขอให้ศาลปกครองรับคำฟ้องไว้พิจารณา

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อพิพาทแห่งคดีนี้เป็นเรื่องการโต้แย้งเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นลูกจ้างของส่วนราชการ อันสืบเนื่องมาจากคำสั่งจ้างผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราวและแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้าศูนย์การศึกษานอกสถาบันดังกล่าว ซึ่งเกี่ยวข้องกับภารกิจในการให้บริการทางการศึกษาของสถาบันราชภัฏสวนดุสิตจึงถือว่าสัญญาจ้างระหว่างสถาบันราชภัฏสวนดุสิตกับผู้ฟ้องคดีเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นลูกจ้างของส่วนราชการออกจากงานจึงเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ทั้งนี้ โดยที่สัญญาจ้างแรงงานตามนัยของมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2542 ไม่น่าจะครอบคลุมถึงข้อตกลงการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากการจ้างลูกจ้างทั่วไปตามสัญญาจ้างแรงงาน เนื่องจากข้อตกลงจ้างเพื่อให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการอันเป็นภารกิจของส่วนราชการในการจัดทำบริการสาธารณะ ประกอบกับในการจ่ายค่าจ้าง ส่วนราชการผู้ว่าจ้างจะต้องปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ พ.ศ. 2526 โดยส่วนราชการผู้ว่าจ้างไม่มีอิสระในการกำหนดค่าจ้างได้เองดังเช่นนายจ้างภาคเอกชน ข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครอง นิติสัมพันธ์ระหว่างส่วนราชการผู้ว่าจ้างกับลูกจ้างของส่วนราชการจึงเป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาทางปกครอง มิใช่นิติสัมพันธ์อันเกิดจากสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาทางปกครองจึงมิใช่เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2542 ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการให้ผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างของ

ส่วนราชการออกจากราชการจึงมิใช่เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลแรงงานตามมาตรา 9 วรรคสอง

(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จึงกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณา

D
P
U

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวนพเก้า เกื่อนชัย
วันเดือนปีเกิด	29 มิถุนายน 2521
การศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยกรุงเทพ ปีการศึกษา 2541
ประสบการณ์การทำงาน	พนักงานสมทบตรวจเงินแผ่นดิน สำนักงานกฎหมาย สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 – 2545 พนักงานคดีปกครอง กลุ่มงานพนักงานคดีปกครองช่วยงานตุลาการประจำองค์คณะ สำนักงานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2546 – ปัจจุบัน