

บทที่ 4

วิเคราะห์สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการกับการเป็นสัญญาทางปกครอง

การพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศไทยว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยพิจารณาจากนิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คงจะไม่เป็นการเพียงพอ เนื่องจากนิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” กำหนดเพียงว่า สัญญาทางปกครองให้หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการตามนิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” แล้ว สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการที่มีลักษณะที่เป็นไปตามนิยามความหมายเท่านั้น จะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการบางประเภทอาจไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ หากพิจารณาตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจากทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะของประเทศฝรั่งเศส แต่ครั้งจะบัญญัติให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการทุกประเภทเป็นสัญญาทางปกครอง โดยบทบัญญัติของกฎหมายก็เห็นจะไม่เป็นการถูกต้องนัก เพราะจะทำให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการที่ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาทางปกครองไปทั้งหมด โดยการกำหนดของกฎหมาย ซึ่งไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเนื้อหาของสาระของสัญญา และอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์แห่งสัญญาตามทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะดังกล่าวอีกด้วย ประกอบกับสัญญาทางปกครองยังถือเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย การพิจารณาวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองยังคงจำเป็นต้องอาศัยวิวัฒนาการและการศึกษาความเป็นสัญญาทางปกครองเปรียบเทียบกับสัญญาทางปกครองต่างประเทศต่อไป

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันสัญญาทางปกครองได้ปรากฏในระบบกฎหมายปกครองไทย โดย ดร. โภคิน พลกุล รองประธานศาลปกครองสูงสุดในขณะนั้น ได้พยายามขยายความนิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ออกไป เพื่อเป็นแนวทางของศาลปกครองในการวิเคราะห์ความเป็นสัญญาทางปกครองตามคำนิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ดังกล่าว ซึ่งเนื้อหาแห่งการขยายความมีความสอดคล้องและเป็นไปตามแนวทางแห่งการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

ทั้งนี้ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาและรับรองนิยามสัญญาทางปกครอง ซึ่ง ดร. โภคิน พลกุล เสนอ โดยการวิเคราะห์ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล การกำหนดความหมายโดยขยายค่านิยมของ “สัญญาทางปกครอง” ดังกล่าว มีผลโดยตรงต่อเขตอำนาจศาลและหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับคดีต่างๆ อันเกี่ยวข้องกับสัญญานั้นๆ ด้วย

ดังนั้น การวิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครอง จึงมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากสัญญาทางแพ่งค้ำึงถึงผลประโยชน์ระหว่างคู่สัญญา การเข้าทำสัญญา การแสดงเจตนา จึงอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน คู่สัญญาจะตกลงเกี่ยวกับข้อสัญญาอย่างไรก็ได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายและหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่สำหรับสัญญาทางปกครอง การที่คู่สัญญาดกลงทำสัญญากัน ในเบื้องต้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ฝ่ายปกครองไม่ได้ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครอง แต่ฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของประชาชน การเข้าทำสัญญาทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน จึงอยู่บนพื้นฐานของความไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น เมื่อผลแห่งสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างกัน หลักในกฎหมายแพ่งจึงไม่อาจนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ เพราะอาจทำให้การดำเนินการหรือการจัดทำบริการสาธารณะมีความไม่ต่อเนื่องหรือหยุดชะงักได้

การวิเคราะห์สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จึงมีความสำคัญ ซึ่งในบทนี้จะแยกวิเคราะห์ความเป็นสัญญาทางปกครองในภาพรวม วิเคราะห์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลปกครอง เพื่อวิเคราะห์ว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างประเภทใดบ้างที่จัดเป็นสัญญาทางปกครอง

4.1 สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการกับสัญญาทางปกครอง

นับตั้งแต่ส่วนราชการได้เข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับเอกชนผู้มีส่วนราชการได้คัดเลือกให้เป็นผู้สัญญาด้วยส่วนราชการแล้ว สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ทำขึ้นระหว่างส่วนราชการกับเอกชนดังกล่าว อาจมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในภายหลัง ซึ่งข้อพิพาทนั้นจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม เมื่อพิจารณาได้ว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่เกิดขึ้นนั้น เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ในกรณีที่พิจารณาได้ว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษา ได้แก่ ศาลปกครอง แต่หากพิจารณาได้ว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างเป็นสัญญาทางแพ่ง หรือที่เรียกว่า สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษา ได้แก่ ศาลยุติธรรม ซึ่งสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ แนวความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาสัญญาทางปกครองของแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกัน

การพิจารณาสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส สัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสมีวิวัฒนาการอย่างต่อเนื่อง เกี่ยวกับการจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยจัดทำเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติงาน และเป็นไปในแนวทางเดียวกัน รวมทั้งขั้นตอนการทำสัญญาจะมีกฎหมายหรือระเบียบกำหนดไว้ ซึ่งเรียกว่า ระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุ จึงมีปัญหว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นตามกฎหมายหรือตามระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุดังกล่าวนั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ กรณีนี้ เดิมประเทศฝรั่งเศสมีความคิดเห็นว่า สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นตามกฎหมายหรือระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุมิใช่สัญญาทางปกครองทั้งหมด การที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาสาระของสัญญาเป็นสำคัญ ในกรณีที่เนื้อหาสาระของสัญญามีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะโดยตรง สัญญานั้นก็จะเป็นสัญญาทางปกครอง¹ ซึ่งศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสเองก็พยายามวางแนวทางการพิจารณาสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุหรือสัญญาเกี่ยวกับจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ แต่การวางแนวทางเช่นนี้ก่อให้เกิดปัญหาว่า สัญญาฉบับใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ อันจะส่งผลกระทบต่อปัญหาเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลและระบบกฎหมายด้วย ดังนั้น ประเทศฝรั่งเศสจึงกำหนดให้สัญญาที่จัดทำขึ้นตามกฎหมายหรือระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุหรือสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการเป็นสัญญาทางปกครองทั้งหมด แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติก็ยังคงมีปัญหาในการแยกสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการออกจากสัญญาประเภทอื่นๆ และสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการก็มีได้เป็นสัญญาทางปกครองทุกสัญญา กล่าวคือ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5 . (พ.ศ. 2529) : 84.

จะต้องมีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญา และสัญญานั้นจะต้องเป็นไปตามกฎหมายหรือคำพิพากษาที่วางหลักไว้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศฝรั่งเศส จึงจำเป็นต้องย้อนกลับมาพิจารณาหลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง อันได้แก่ หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญา กล่าวคือ สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน และหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาสาระของสัญญาที่ต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรงหรือมีข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองหรือให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก²

ศาลปกครองอาจวิเคราะห์สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ โดยยึดเนื้อหาสาระของสัญญาเป็นสำคัญ ตัวอย่างเช่น การพิจารณาสัญญาที่ใช้วิธีการประกวดราคาซึ่งสัญญาดังกล่าวว่าจะอาจเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่งได้ เนื่องจากศาลปกครองจะพิจารณาเนื้อหาสาระของสัญญาว่า สัญญาดังกล่าวเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรงหรือไม่ หรือมีข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองหรือให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเป็นอย่างมากหรือไม่ ดังนั้น เพียงแต่รูปแบบและวิธีการเข้าดำเนินการเพื่อทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างเพียงอย่างเดียวอาจไม่ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองได้

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศฝรั่งเศสที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้โดยทั่วไปจะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ แต่สัญญาเช่าอาคารของเอกชนเพื่อใช้เป็นที่ตั้งหน่วยงาน หรือสำนักงานของรัฐหรือสัญญาซื้อวัสดุครุภัณฑ์มาใช้ในการปฏิบัติราชการของส่วนราชการเอง สัญญาดังกล่าวเหล่านี้ ศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสไม่ถือว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ โดยตรง อันจะจัดเป็นสัญญาทางปกครองได้ ทั้งนี้ เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไม่เป็นการดำเนินการบริการสาธารณะแต่อย่างใด สำหรับกรณีนี้มีข้อยกเว้นคือ หากสัญญานั้นมีข้อสัญญาหนึ่งข้อสัญญาใดแม้เพียงข้อสัญญาเดียวเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง หรือให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก อันมีสภาพที่แตกต่างไปจากสิทธิและหน้าที่หรือหน้าที่คู่สัญญาโดยทั่วไปตกลงผูกพันกันในสัญญาทางแพ่ง เช่น ข้อสัญญาที่ให้ฝ่ายปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียวแม้ฝ่ายปกครองจะไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา หรือให้อำนาจฝ่ายปกครองในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะแม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ยินยอม หรือข้อสัญญาที่ให้ฝ่ายปกครองบังคับคดีได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล เป็นต้น ข้อสัญญาดังกล่าวเหล่านี้ อาจขัดหรือแย้ง

² นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพ : วิญญูชน, 2546), หน้า 429-430.

ต่อกฎหมายอันอาจทำให้สัญญาเป็น โฆษะได้ หากข้อสัญญาปรากฏอยู่ในสัญญาทางแพ่งซึ่งใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาเอกชนด้วยกัน³ สัญญาลักษณะนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

สำหรับการพิจารณาสัญญาทางปกครองในประเทศเยอรมัน แม้ภายหลังจากในศตวรรษที่ 19 ประเทศเยอรมันจะมีระบบการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองก็ตาม แต่การพิจารณาความสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วยการผูกพันในการทำสัญญาก็ยังคงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งและอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ในกฎหมายของประเทศเยอรมัน สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นจะประกอบด้วย สัญญาที่มีคู่สัญญาเป็นหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีความเสมอภาคกัน เช่น สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐบาลกับหน่วยงานส่วนท้องถิ่น และสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำข้อตกลงกับเอกชน แทนการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะต้องพิจารณาลักษณะและเนื้อหาของสัญญาดังกล่าว กล่าวคือ ถ้าเนื้อหาของสาระของสัญญามีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและไม่เป็นการแสวงหาผลประโยชน์หรือมุ่งแสวงหาผลกำไร สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง อันอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายปกครอง และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะต้องขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ถ้าหากสัญญามีเนื้อหาของสาระของสัญญาเป็นเรื่องที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญาเพื่อการค้าหรือบริการหรือกิจกรรมด้านอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมในลักษณะที่มีฐานะเท่าเทียมกันกับเอกชน เช่น สัญญาซื้อขายสินค้าหรือสัญญากู้ยืมเงิน เป็นต้น แม้ว่าจะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองก็ตาม สัญญาดังกล่าวก็ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่ง อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเอกชน และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะต้องขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม มิใช่ศาลปกครอง เช่น กรณีที่เจ้าของที่ดินขออนุญาตก่อสร้างอาคาร ซึ่งเจ้าของที่ดินมีหน้าที่ตามระเบียบแห่งสหพันธรัฐในการที่จะต้องจัดให้มีสถานที่สำหรับจอดรถภายในบริเวณอาคารหรือสถานที่ใกล้เคียงกับที่ขออนุญาต แต่หน่วยงานส่วนท้องถิ่นเข้ารับภาระดังกล่าวแทนเจ้าของที่ดิน โดยตกลงกันให้เจ้าของที่ดินจ่ายเงินจำนวนหนึ่งตามที่หน่วยงานส่วนท้องถิ่นกำหนด สัญญาหรือข้อตกลงระหว่างหน่วยงานส่วนท้องถิ่นกับเจ้าของที่ดินดังกล่าว ศาลสหพันธรัฐตัดสินว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาหรือข้อตกลงนั้นมีผลให้มีการโอนหน้าที่ของเจ้าของที่ดินอันเป็นหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง สัญญาหรือข้อตกลงจึงเป็นสัญญาทางปกครองมิใช่สัญญาหรือข้อตกลงตามกฎหมายแพ่ง

³ บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5, (พ.ศ. 2529) : 87-89.

นอกจากนี้ สัญญาในประเทศเยอรมันที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ การทำสัญญานั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้สามารถทำได้อย่างชัดเจน เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้หรือกำหนดให้ต้องดำเนินการอย่างอื่น ดังนั้น ในประเทศเยอรมันจึงมีการบังคับใช้สัญญาทางปกครองอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะการทำสัญญาของฝ่ายปกครองกับเอกชนในการจัดหาสินค้าหรือบริการ เช่นเดียวกันกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครองเพื่อการจัดหาพัสดุกับเอกชน ในประเทศเยอรมันถือว่า สัญญาที่จัดทำขึ้นดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีลักษณะในการทางค้า และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายแพ่ง ซึ่งจะต้องขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมมิใช่ศาลปกครอง

การพิจารณาสัญญาทางปกครองในประเทศไทยก่อนมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนมี 2 ประเภท ได้แก่ สัญญาของฝ่ายปกครองกับสัญญาทางแพ่ง ซึ่งสัญญาของฝ่ายปกครอง คือ สัญญาที่ฝ่ายรัฐทำกับเอกชน มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น สัญญาสัมปทานก่อสร้างทางหลวง สัญญาสัมปทานรังนก เป็นต้น ส่วนสัญญาอีกประเภทหนึ่ง คือ สัญญาทางแพ่ง เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน โดยมีได้มุ่งต่อวัตถุประสงค์ในทางปกครองหรือประโยชน์สาธารณะ เช่น สัญญาเช่าตึกหรืออาคารเพื่อจัดตั้งสำนักงาน รวมทั้งสัญญาซื้อวัสดุครุภัณฑ์เพื่อใช้ในสำนักงาน ซึ่งสัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นในลักษณะเดียวกันกับสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกัน ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีสถานะไม่ต่างไปจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จึงไม่แปลกแต่อย่างใดที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม แม้จะมีข้อกำหนดในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ บางข้อกำหนดให้เอกสิทธิ์หรือให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเป็นอย่างมากก็ตาม เช่น การกำหนดให้สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้ว จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่ การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็น โดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ ซึ่งให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงิน จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือ แล้วแต่กรณี (ข้อ 136) หรือกำหนดให้การตกลงกับคู่สัญญาที่จะยกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง โดยให้หัวหน้าส่วนราชการพิจารณาได้เฉพาะกรณีที่เป็นประโยชน์แก่ทางราชการ โดยตรงหรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของทางราชการในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป (ข้อ 137)

แต่ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับ แนวความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาสัญญาทางปกครองในประเทศไทย จึงเปลี่ยนแปลงไป และมีแนวโน้มการพิจารณาสัญญาทางปกครองใกล้เคียงกับการพิจารณาสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การพิจารณาสัญญาทางปกครองของศาลปกครองในประเทศไทยถือว่าเป็นเรื่องใหม่ ดังนั้น การพิจารณาสัญญาทางปกครองจึงจำเป็นต้องได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องต่อไป

บทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดคตินิยมของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” เอาไว้กว้างๆ ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้น สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องประกอบด้วย (1) สัญญานั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ คือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นกระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และ (2) สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน อันเป็นสัญญาที่รัฐให้สิทธิเอกชนจัดทำกิจการแต่เพียงผู้เดียว โดยเอกชนเป็นผู้ลงทุนและเสี่ยงภัยเอง เช่น สัมปทานป่าไม้ สัมปทานเหมืองแร่ สัมปทานการเก็บรังนก ซึ่งฝ่ายเอกชนจะได้รับผลประโยชน์จากกิจการนั้น โดยการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนแต่เอกชนโดยตรงจะต้องแบ่งผลประโยชน์ที่ได้ให้แก่รัฐด้วย เช่น สัมปทานเดินรถประจำทาง

(2) มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาที่รัฐมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ โดยได้รับค่าตอบแทนจากรัฐตามที่ตกลงกัน

(3) มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งประชาชนส่วนรวมได้ใช้ประโยชน์ต่อการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าว เช่น สัญญาวางท่อประปาหรือสัญญาก่อสร้างถนน เป็นต้น

(4) มีลักษณะเป็นสัญญาที่แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัญญาให้เอกชนทำป่าไม้หรือเหมืองแร่ เป็นต้น

หากพิจารณานิยามความหมายของสัญญาทางปกครอง สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการบางประเภทที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงจัดเป็นสัญญา

ทางปกครอง แต่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการบางประเภทที่สัญญาไม่มีลักษณะดังกล่าว สัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นก็ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง การพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการว่าสัญญาใด เป็นสัญญาทางปกครองจะต้องพิจารณานิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองไทยพยายามวางแนวทางและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครองให้ปรากฏออกมาในรูปแบบของคำพิพากษา แต่การพิจารณาสัญญาทางปกครองประเทศไทยโดยพิจารณาเพียงนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพียงอย่างเดียว อาจไม่เพียงพอต่อการพิจารณาวินิจฉัยสัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำขึ้นกับเอกชน ดังนั้น การวิเคราะห์สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการกับการเป็นสัญญาทางปกครองจึงต้องวิเคราะห์ด้านคู่สัญญาและลักษณะของสัญญาดังกล่าวต่อไป

4.1.1 วิเคราะห์ด้านคู่สัญญา

เบื้องต้นของการพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการว่าเป็นสัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ จะต้องพิจารณาด้านคู่สัญญา⁴ ซึ่งสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

4.1.1.1 คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง

ก่อนการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองด้านคู่สัญญา กรณีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ควรพิจารณาความหมายของหน่วยงานทางปกครองเสียก่อน ซึ่งตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้คำนิยามความหมายของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ดังนั้น จากนิยามความหมายของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ดังกล่าว อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

(1) หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นราชการบริหารส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่น โดยมีฐานะเป็นกรมและมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ที่กำหนดให้กระทรวง หรือหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งมีฐานะเป็นกรมและเป็นนิติบุคคล⁵ เช่น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เป็นต้น

(2) หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัดและอำเภอ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนดให้จังหวัดเท่านั้นมีฐานะเป็นนิติบุคคล⁶

(3) หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาลและราชการบริหารส่วนท้องถิ่นที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่ กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา เป็นต้น⁷

⁵ มาตรา 7 “ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ดังนี้

- (1) สำนักนายกรัฐมนตรี
- (2) กระทรวงหรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง
- (3) ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง
- (4) กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรมซึ่งสังกัด

หรือไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง

สำนักนายกรัฐมนตรีมีฐานะเป็นกระทรวง

ส่วนราชการตาม (1) (2) (3) และ (4) มีฐานะเป็นนิติบุคคล”

⁶ มาตรา 51 “ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ดังนี้

- (1) จังหวัด
- (2) อำเภอ”

มาตรา 52 “ให้รวมท้องที่หลายๆ อำเภอตั้งขึ้นเป็นจังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล”

⁷ มาตรา 70 “ให้จัดระเบียบบริหารส่วนท้องถิ่น ดังนี้

- (1) องค์การบริหารส่วนจังหวัด
- (2) เทศบาล
- (3) สุขาภิบาล
- (4) ราชการส่วนท้องถิ่นอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนด”

(4) หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจ อันจะต้องเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ (รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกำหนดด้วย) หรือรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การไฟฟ้านครหลวง การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค การทางพิเศษแห่งประเทศไทย การท่าเรือแห่งประเทศไทย การเคหะแห่งชาติ การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย การรถไฟแห่งประเทศไทย การประปานครหลวง การประปาส่วนภูมิภาค การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย องค์การปฏิรูปสถาบันการเงิน องค์การเภสัชกรรมหรือองค์การสะพานปลา เป็นต้น⁸ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของรัฐวิสาหกิจประเภทนี้จะเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นๆ กำหนด

รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา เช่น องค์การพอกหนัง องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย องค์การตลาดเพื่อเกษตรกร องค์การตลาด องค์การสวนสัตว์ องค์การผลิตอาหารสำเร็จรูปหรือองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ เป็นต้น⁹ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของรัฐวิสาหกิจประเภทนี้จะเป็นไปตามพระราชกฤษฎีกาที่จัดตั้งองค์การนั้นๆ กำหนด

อย่างไรก็ดี รัฐวิสาหกิจที่เป็นหน่วยงานทางปกครองดังกล่าว ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชนและรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยมติคณะรัฐมนตรี

รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยมติคณะรัฐมนตรี เช่น โรงงานยาสูบ กระทรวงการคลัง องค์การสุรา โรงงานไฟ กรมสรรพสามิต โรงงานกระดาษ โรงพิมพ์กรมตำรวจ โรงงานน้ำตาล กระทรวงอุตสาหกรรม หรือสถานชานาเคราะห์ สังกัดกรมประชาสงเคราะห์ เป็นต้น¹⁰ ซึ่งรัฐวิสาหกิจประเภทนี้ไม่ใช่นิติบุคคล จะต้องทำสัญญาในนามส่วนราชการที่รัฐวิสาหกิจนั้นสังกัดอยู่ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของรัฐวิสาหกิจประเภทนี้จะเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นๆ กำหนด

รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชน ได้แก่ บริษัท จำกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายธนาคารพาณิชย์ เช่น บริษัท การบิน ไทย (มหาชน) จำกัด บริษัท ขนส่ง จำกัด บริษัท ไม้อัด ไทย จำกัด ธนาคารกรุงไทย

⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 187-189.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 189-191.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 192-193.

บริษัท ทิพยประกันภัย จำกัด บริษัท วิฑูการบิน จำกัด เป็นต้น¹¹ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์รัฐวิสาหกิจประเภทนี้ จะเป็นไปตามหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัทนั้นๆ กำหนด

ข้อสังเกตเกี่ยวกับการออกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจว่า รัฐบาลจะตราเป็นพระราชกฤษฎีกาหรือพระราชบัญญัตินั้นมีข้อพิจารณา คือ หากรัฐวิสาหกิจนั้นมีอำนาจหน้าที่เป็นพิเศษ เช่น การประกอบกิจการสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ โดยอาจจะผูกขาด หรืออาจเป็นการรบกวนขัดสิทธิประชาชน เช่น การเวนคืน การกำหนดอัตราค่าบริการสาธารณะ รัฐบาลจะตราเป็นพระราชบัญญัติ ส่วนรัฐวิสาหกิจประเภทกิจการค้าหรือประกอบกิจการที่ไม่แตกต่างจากเอกชนอื่น รัฐบาลจะตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

(5) หน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเป็นหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ องค์การมหาชนตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 รวมทั้งองค์กรต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือหน่วยงานที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้แก่ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ เป็นต้น

หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งหน่วยงาน เช่น สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นต้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ปรากฏระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุจะใช้บังคับกับส่วนราชการ ซึ่งตามข้อ 5 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ กำหนดว่า ส่วนราชการหมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม สำนักงานหรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคหรือในต่างประเทศ แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น อย่างไรก็ดี แม้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุจะไม่นำไปใช้บังคับกับรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นก็ตาม เนื่องจาก หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่นและหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นดังกล่าว มีการกำหนดระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุแยกต่างหาก

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 191-192.

เป็นการเฉพาะแล้ว เช่น ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 เป็นต้น แต่รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานตามระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่นส่วนใหญ่จะนำหลักการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ไปกำหนดในระเบียบหรือข้อบังคับของหน่วยงานนั้นๆ ด้วย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ โดยกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากรม จังหวัดหรืออำเภอ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับนิยามความหมายของหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการพิจารณาสัญญาทางปกครองด้านคู่สัญญาแล้ว พบว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากรม จังหวัดและอำเภอ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ จัดเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วย แม้รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานราชการบริหารส่วนท้องถิ่นจะไม่นำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ มาใช้บังคับกับหน่วยงานตนก็ตาม แต่ก็พบว่า รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานราชการบริหารส่วนท้องถิ่นดังกล่าวได้นำหลักการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ มาเป็นแนวทางในการกำหนดระเบียบหรือหลักเกณฑ์ว่าด้วยการพัสดุ เนื่องจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุบางสัญญาที่รัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานราชการบริหารส่วนท้องถิ่นเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น เพื่อประโยชน์ ต่อการวิเคราะห์ความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ จึงนำสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานราชการบริหารส่วนท้องถิ่นมาพิจารณาต่อไปด้วย

4.1.1.2 บุคคลอื่นซึ่งกระทำการแทนรัฐ

การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ (gestion déléguée des services publics) หมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาที่มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการรับผิดชอบและเสี่ยงภัยกับกิจการนั้นตลอดระยะเวลาที่กำหนด โดยคู่สัญญาจะได้รับค่าตอบแทนเป็นการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการและเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดหาเงินเพื่อจัดทำโครงการนั่นเอง¹²

¹² M. Philippe Touguet de Beauregard, “การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและการควบคุมสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัมปทานบริการสาธารณะ,” วารสารกฎหมายปกครอง 18, 1 (เมษายน 2542), : 23.

แนวความคิดเกี่ยวกับการมอบหมายภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐให้บุคคลอื่นดำเนินการแทนรัฐมีหลักการสำคัญ ได้แก่ การให้ผู้ใช้บริการเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายแทนการใช้งบประมาณแผ่นดินมาจัดบริการสาธารณะ

กฎหมายของไทยนอกจากจะกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหมายถึง หน่วยงานของรัฐแล้วยังกำหนดให้หมายความรวมถึง หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งหน่วยงานดังกล่าว อาจเป็นหน่วยงานของรัฐหรือไม่ก็ได้ แต่หน่วยงานดังกล่าว ได้ดำเนินงานโดยใช้อำนาจทางปกครอง เช่น การออกคำสั่งทางปกครองหรือมีอำนาจทำนิติกรรมทางปกครองโดยฝ่ายเดียวได้ ตัวอย่างเช่น มีอำนาจในการออกใบอนุญาต พักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาต หน่วยงานเหล่านี้ ได้แก่ หน่วยงานที่เป็นองค์กรวิชาชีพต่างๆ เช่น สภานายความ แพทยสภา ทันตแพทยสภา สภากาชาด สภาเกษตรกร สภาวิศวกร เป็นต้น

สำหรับกรณีบุคคลอื่นกระทำการแทนรัฐเข้าทำสัญญากับเอกชน สัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐได้รับมอบหมายเป็นหนังสือจากรัฐ โดยตรงให้ดำเนินการ ในกรณีนี้จึงชัดเจนว่า เอกชนได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการแทนรัฐ โดยตรง หรือเอกชนอาจได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการแทนรัฐโดยปริยาย เช่น สัญญาสัมปทาน หรือมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรืออยู่ในเขตอำนาจแห่งการพิจารณาคดีของศาลปกครอง

ตัวอย่างบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ เช่น บริษัท ท่าอากาศยานสากลกรุงเทพแห่งใหม่ จำกัด (บทม.) เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งโดยลำพัง บทม. มิได้มีอำนาจในการประกอบกิจการท่าอากาศยานอันเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะที่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจมหาชนในการประกอบกิจการตามที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ไว้ในขณะก่อตั้ง บทม. แต่การดำเนินการประกวดราคาของ บทม. เป็นการดำเนินการที่อาศัยการมอบหมายจากการท่าอากาศยานแห่งประเทศไทย (ทอท.) อันเป็นองค์กรของรัฐที่จัดตั้งขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการประกอบและส่งเสริมกิจการท่าอากาศยาน รวมทั้งการดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้องหรือต่อเนื่องกับการประกอบกิจการท่าอากาศยาน ดังนั้น บทม. เป็นบริษัทจำกัดที่ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินกิจการท่าอากาศยานในโครงการท่าอากาศยานสากลกรุงเทพแห่งใหม่ (แห่งที่ 2) แทน ทอท. บทม. จึงมีสถานภาพขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐเพื่อดำเนินการตามภารกิจแทน ทอท.¹³

จากนิยามความหมายของหน่วยงานทางปกครองที่จะนำมาพิจารณาสัญญาทางปกครองจะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นได้ อย่างน้อยต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ซึ่งคู่สัญญาอาจเป็นนิติบุคคล

¹³ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 67/2540

มหาชนด้วยกัน หรือเป็นนิติบุคคลมหาชนกับเอกชนหรือเป็นเอกชนด้วยกัน แต่ต้องเป็นเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือกระทำการแทนรัฐ นอกจากการพิจารณาด้านคู่สัญญาแล้ว การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองต้องพิจารณาถึงลักษณะของสัญญาด้วย

4.1.2 วิเคราะห์ด้านลักษณะของสัญญา

ลักษณะของสัญญาทางปกครองตามนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แบ่งออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เท่านั้น ซึ่งสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะเป็นสัญญาทางปกครองตามนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองจะต้องพิจารณาได้ว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามลักษณะของสัญญาทางปกครองนั้น

4.1.2.1 สัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานเป็นรูปแบบที่ผู้รับสัมปทานได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ให้บริการสาธารณะ โดยได้รับความเสี่ยงภัยเองและได้รับค่าธรรมเนียมโดยเก็บจากผู้ใช้บริการ ส่วนสิ่งก่อสร้างรวมถึงการลงทุนต่างๆ นั้น เมื่อหมดสัญญาแล้วจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ สาระสำคัญของสัญญาสัมปทาน ได้แก่ การลงทุนและการก่อสร้างต่างๆ เป็นเรื่องที่ได้รับสัมปทานเป็นผู้ดำเนินการ เงินทุนที่ใช้บริหารโครงการเกิดจากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ ในขณะเดียวกันอาจมีรายได้ทางอื่น เช่น เงินที่รัฐสนับสนุนโครงการ เป็นต้น สำหรับรายได้จากสัมปทาน คือ เงินค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ ส่วนเงินช่วยจากรัฐไม่ถือว่าทำให้สาระสำคัญของสัมปทานเปลี่ยนแปลงไป สัญญาสัมปทานจึงเป็นสัญญาทางปกครองอย่างหนึ่ง เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับการคุ้มครองด้านคุณภาพในเชิงเศรษฐกิจและการเงินเช่นเดียวกับสัญญาทางปกครองทั่วไป นอกจากนี้ ข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานที่เป็นข้อกำหนดตามกฎหมายมหาชน ซึ่งฝ่ายปกครองหรือผู้รับสัมปทานจะแก้ไขข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นไม่ได้ แต่ข้อกำหนดตามกฎหมายเอกชนจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอตามความจำเป็นของคู่สัญญา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ส่วนราชการจะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ส่วนราชการเข้าทำสัญญากับเอกชนเพื่อความสะดวกต่อการดำเนินงานของส่วนราชการและเพื่อให้ส่วนราชการได้รับประโยชน์สูงสุด ดังนั้น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน เนื่องจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น ความเสี่ยงและเงินลงทุนมิได้ตกเป็นภาระของฝ่ายเอกชนคู่สัญญา

ทั้งหมด แต่สัญญาสัมปทานคู่สัญญาอื่นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสี่ยงเองโดยเงินทุนของตนเอง เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งการทำสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้รับสัมปทาน

4.1.2.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะจัดแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ บริการสาธารณะทางปกครอง และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม¹⁴

(1) บริการสาธารณะทางปกครอง ได้แก่ กิจกรรมที่โดยสภาพเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องการดูแลรักษาความปลอดภัยต่อชีวิตและทรัพย์สิน รวมทั้งความสงบสุขของประชาชนและการรักษาความสงบสุขของประเทศ บริการสาธารณะทางปกครองของฝ่ายปกครองประเภทนี้ ฝ่ายปกครองไม่อาจมอบบริการสาธารณะประเภทนี้ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการได้ เนื่องจากบริการสาธารณะประเภทนี้ เกี่ยวกับความปลอดภัยและความสงบสุขของประเทศชาติและประชาชน โดยฝ่ายปกครองจำเป็นต้องใช้อำนาจพิเศษในการดำเนินการ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจมอบให้เอกชนหรือองค์กรอื่นเข้าดำเนินการแทนฝ่ายปกครองได้ด้วยอย่างเช่น การคลัง การป้องกันประเทศหรือกิจการเกี่ยวกับการรักษาความสงบภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ เป็นต้น

(2) บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ได้แก่ บริการสาธารณะที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชน ซึ่งหากเป็นกิจการที่มีความแตกต่างไปจากวิสาหกิจเอกชนด้านหนึ่งด้านใด เช่น กิจการที่เกี่ยวกับความสงบ กิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ กิจการนั้นเป็นกิจการที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะทางปกครองที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทนฝ่ายปกครองได้ บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ได้แก่ การประปา การไฟฟ้า เป็นต้น ทั้งนี้ แหล่งที่มาของเงินทุนของบริการสาธารณะประเภทนี้ มาจากค่าตอบแทน หรือค่าธรรมเนียมที่มีการเรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ เป็นการตอบแทนการบริการที่ได้รับและอยู่ภายใต้การอำนวยการหรือการควบคุมดูแลของฝ่ายปกครอง

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการอาจเป็นสัญญาทางปกครองในลักษณะของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะทางปกครองได้ หากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการนั้น มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ส่วนสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานทางปกครองอื่น

¹⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 34-38.

จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากพิจารณาได้ว่า เป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะเช่นกัน

4.1.2.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับการจัดหาสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตที่จัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชน ได้แก่ การประปา การไฟฟ้า เป็นต้น ซึ่งข้อ 3 พรรคหนึ่ง แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 กำหนดกิจการที่ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ (1) การรถไฟ (2) การรถราง (3) การชุกคลอง (4) การเดินอากาศ (5) การประปา (6) การชลประทาน (7) การไฟฟ้า (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ (9) กิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เป็นสัญญาจัดให้มีบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสมิได้แยกสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ออกจากสัญญาเกี่ยวกับบริการสาธารณะอย่างเช่น ในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการอาจเป็นสัญญาทางปกครอง หากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ส่วนราชการทำกับเอกชนนั้น เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคตามความหมายของคำว่าสิ่งสาธารณูปโภคประกอบกับการกำหนดกิจการอันเป็นสิ่งสาธารณูปโภคตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ดังกล่าว สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการที่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามความนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

4.1.2.4 สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติถือเป็นสมบัติของชาติ การแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยรัฐมิได้อนุญาตจึงไม่อาจกระทำได้ ทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้ ได้แก่ ป่าไม้ ปิโตรเลียมหรือแร่ เป็นต้น สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ถือเป็นสัญญาทางปกครอง ความแตกต่างระหว่างสัญญาสัมปทานกับสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ คือ สัญญาสัมปทาน ผู้รับสัมปทานจะได้รับประโยชน์จากการให้บริการ แต่สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นสัญญาที่ไม่ได้ให้ประโยชน์แก่เอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติเป็นของชาติแต่รัฐอาจมอบให้ผู้รับสัญญาแสวงหาประโยชน์ได้โดยจ่ายค่าตอบแทนให้รัฐเป็นภาษีและผลประโยชน์

อย่างอื่น ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้เลย

4.2 วิเคราะห์คำวินิจฉัยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

การวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้นำรูปแบบมาจากองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งวัตถุประสงค์ที่สำคัญขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็คือ เพื่อให้หลักการแบ่งแยกอำนาจศาลระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมดำเนินไปได้อย่างดี โดยจะพบว่าศาลในปัจจุบันจะนำหลักการจัดองค์กรของคณะกรรมการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมาใช้ประกอบกับคดีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้แก่ คดีที่ฟ้องต่อศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ซึ่งหลักการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542 กำหนดให้การขัดกันเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลยุติที่ศาลชั้นต้น โดยในมาตรา 10 วรรคหนึ่ง กำหนดกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลใด ถ้าคู่ความทุกฝ่ายที่ถูกฟ้อง เห็นว่า คดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของอีกศาลหนึ่งให้ยื่นคำร้องต่อศาลที่รับฟ้องก่อนวันสืบพยานสำหรับศาลยุติธรรมหรือศาลทหาร หรือก่อนวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกสำหรับศาลปกครองหรือศาลอื่น ในการนี้ให้ศาลที่รับฟ้องรอการพิจารณาไว้ชั่วคราว และให้จัดทำความเห็นส่งไปให้ศาลที่คู่ความร้องว่า คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจโดยเร็ว และกำหนดมิให้ศาลชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาหยิบยกเรื่องเขตอำนาจศาลขึ้นพิจารณาอีก ทั้งนี้ การพิจารณาวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นจากการขัดกันของอำนาจศาลมี 3 กรณี คือ กรณีที่มีปัญหาว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด¹⁵ กรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดระหว่างศาลขัดแย้งกัน¹⁶

¹⁵ มาตรา 10 “ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลใด ถ้าคู่ความทุกฝ่ายที่ถูกฟ้อง เห็นว่าคดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของอีกศาลหนึ่ง ให้ยื่นคำร้องต่อศาลที่รับฟ้องก่อนวันสืบพยานสำหรับศาลยุติธรรมหรือศาลทหาร หรือก่อนวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกสำหรับศาลปกครองหรือศาลอื่น ในการนี้ให้ศาลที่รับฟ้องรอการพิจารณาไว้ชั่วคราว และให้จัดทำความเห็นส่งไปให้ศาลที่คู่ความร้องว่า คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจโดยเร็ว ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลที่เกี่ยวข้องดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ถ้าศาลที่ส่งความเห็นมีความเห็นว่า คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลตน และศาลที่รับความเห็นมีความเห็นฟ้องกับศาลดังกล่าว ให้แจ้งความเห็นไปยังศาลที่ส่งความเห็นเพื่อมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลเดิมนั้นต่อไป

(2) ถ้าศาลที่ส่งความเห็นมีความเห็นว่า คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจของอีกศาลหนึ่งที่คู่ความอ้าง และศาลที่รับความเห็นมีความเห็นฟ้องกับศาลดังกล่าว ให้แจ้งความเห็นไปยังศาลที่ส่ง

และกรณีอื่นที่อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลขัดแย้งกัน กล่าวคือ กรณีที่มีการขัดแย้งกันระหว่างศาลเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา การขัดแย้งกันระหว่างศาลเกี่ยวกับการยื่นคำร้องต่อศาล

ความเห็น เพื่อมีคำสั่งให้โอนคดีไปยังศาลนั้น หรือสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่ความไปฟ้องศาลที่มีเขตอำนาจ ทั้งนี้ ตามที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงประโยชน์แห่งความยุติธรรม

(3) ถ้าศาลที่ส่งความเห็นและศาลที่รับความเห็นมีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีนั้น ให้ศาลที่ส่งความเห็นส่งเรื่องไปให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดให้เสร็จสิ้นภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง แต่ถ้ามีเหตุจำเป็นให้คณะกรรมการลงมติให้ขยายเวลา ออกไปได้ไม่เกินสามสิบวัน โดยให้บันทึกเหตุแห่งความจำเป็นนั้นไว้ด้วย

คำสั่งของศาลตามวรรคหนึ่ง (1) และ (2) และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลตามวรรคหนึ่ง (3) ให้เป็นที่สุด และมีให้ศาลที่อยู่ในลำดับสูงขึ้นไปของศาลตามวรรคหนึ่งยกเรื่องเขตอำนาจศาลขึ้นพิจารณาอีก

ความในมาตรานี้ให้ใช้บังคับกับกรณีที่ศาลเห็นเองก่อนมีคำพิพากษาโดยอนุโลม”

มาตรา 12 “ในกรณีที่มีการนำคดีซึ่งมีข้อเท็จจริงเรื่องเดียวกันฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจแตกต่างกันตั้งแต่สองศาลขึ้นไป ถ้าคู่ความหรือศาลเห็นว่า คดีนั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลใดศาลหนึ่งที่รับฟ้องให้นำความในมาตรา 10 และมาตรา 11 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่มีการฟ้องต่อศาลใด แต่ศาลนั้นไม่รับฟ้อง เพราะเหตุว่าคดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของอีกศาลหนึ่ง เมื่อมีการฟ้องคดีต่ออีกศาลหนึ่งแล้ว หากศาลดังกล่าวเห็นว่า คดีนั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจเช่นกัน ให้ศาลนั้นส่งเรื่องไปให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัย โดยให้นำความในมาตรา 10 วรรคหนึ่ง (3) และมาตรา 11 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

¹⁶ มาตรา 14 “ถ้ามีคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ถึงที่สุดระหว่างศาลขัดแย้งกัน ในคดีที่มีข้อเท็จจริงเป็นเรื่องเดียวกันจนเป็นเหตุให้คู่ความไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายหรือไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือมีความขัดแย้งในเรื่องฐานะหรือความสามารถของบุคคล คู่ความ หรือบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบโดยตรงจากคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าว อาจยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการเพื่อขอให้วินิจฉัยเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลดังกล่าว ได้ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งที่ออกภายหลังถึงที่สุด

ให้คณะกรรมการพิจารณาคำร้องตามวรรคหนึ่ง โดยคำนึงถึงประโยชน์แห่งความยุติธรรมและความเป็นไปได้ในการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล แล้วให้กำหนดแนวทางการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลดังกล่าว คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

ให้นำกำหนดเวลาตามมาตรา 10 วรรคหนึ่ง (3) มาใช้บังคับกับกรณีนี้โดยอนุโลม”

ก่อนการฟ้องคดีตามที่กฎหมายบัญญัติ การสืบพยานหลักฐานก่อนการฟ้องคดี และการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล และการปฏิบัติตามหน้าที่ประการอื่นของศาลตามมาตรา 15¹⁷

ลักษณะของการขัดกันของอำนาจศาล มี 4 กรณี คือ

(1) การขัดแย้งกันในลักษณะที่ศาลต่างเห็นว่าตนมีอำนาจ เป็นกรณีที่เกิดขึ้นเมื่อมีการยื่นฟ้องและศาลเห็นว่า ตนมีอำนาจจึงรับฟ้อง

(2) การขัดแย้งกันในลักษณะที่ศาลต่างเห็นว่าตนไม่มีอำนาจ

(3) กรณีปัญหาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลขัดแย้งกันในคดีที่มีข้อเท็จจริงเป็นเรื่องเดียวกัน

(4) กรณีอื่นๆ ได้แก่ วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา การยื่นคำร้องต่อศาลก่อนการฟ้องคดี การสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนการฟ้องคดี การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลและการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ประการอื่นของศาล

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลสำหรับคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในส่วนสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ

4.2.1 วิเคราะห์ด้านคู่สัญญา

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างว่าเป็นสัญญาทางปกครองอันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรืออยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลยุติธรรมหรือไม่นั้น คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” โดยพิจารณาด้านคู่สัญญาเป็นอันดับแรกว่า สัญญานั้น มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐหรือไม่ ก่อนที่จะพิจารณาเนื้อหาของสาระของสัญญาหรือลักษณะของสัญญาว่ามีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือไม่

¹⁷ มาตรา 15 “ให้นำบทบัญญัติมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 ไปใช้กับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา การยื่นคำร้องต่อศาลก่อนการฟ้องคดีตามที่กฎหมายบัญญัติ การสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนฟ้องคดี การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล และการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ประการอื่นของศาล โดยอนุโลม”

4.2.1.1 คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง

การพิจารณาสัญญาทางปกครองด้านคู่สัญญาซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามนิยามความหมายของ “หน่วยงานทางปกครอง” แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐและให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การพิจารณาด้านคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองนั้น อาจพิจารณาได้จากกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานต่างๆ ดังนี้

(1) กฎหมายจัดตั้งราชการส่วนกลาง ประกอบด้วย กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม อันเป็นนิติบุคคล ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม สังกัดใด มีอย่างไรนั้นจะต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับการพิจารณาด้านคู่สัญญาที่เป็นราชการส่วนกลาง ตัวอย่างเช่น

กรมพลศึกษาเป็นส่วนราชการสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2538¹⁸

กรมการbinพาณิชย เป็นส่วนราชการระดับกรมในสังกัดกระทรวงคมนาคม ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 21 (5) ประกอบพระราชกฤษฎีกาโอนกิจการบริหารและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545¹⁹

มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ เป็นส่วนราชการสังกัดทบวงมหาวิทยาลัย ตามมาตรา 32 (17) แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม

¹⁸ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 47/2547

¹⁹ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 48/2547



พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2539 และมีฐานะเป็นกรมตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534²⁰

ศูนย์การศึกษานอกโรงเรียนเป็นส่วนราชการสังกัดกรมการศึกษานอกโรงเรียน²¹ เป็นส่วนราชการสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2538²²

(2) กฎหมายจัดตั้งราชการส่วนภูมิภาค ประกอบด้วย จังหวัด และอำเภอ ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งมาตรา 52 บัญญัติให้จังหวัดเท่านั้นมีฐานะเป็นนิติบุคคล

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับการพิจารณาคำคู่สัญญาที่เป็นราชการส่วนภูมิภาค ตัวอย่างเช่น

จังหวัดชุมพร เป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาค ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534²³

(3) ราชการส่วนท้องถิ่น ประกอบด้วย องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล รวมทั้งราชการส่วนท้องถิ่นอื่นตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับการพิจารณาคำคู่สัญญาที่เป็นราชการส่วนท้องถิ่น ตัวอย่างเช่น

เทศบาลตำบลนาประดู่เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามประกาศกระทรวงมหาดไทยยกฐานะขึ้นเป็นเทศบาลตำบลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2546 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546

(4) กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา แยกพิจารณาได้ดังนี้

(4.1) กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ ตัวอย่างเช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การไฟฟ้านครหลวง การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค การประปานครหลวง การประปาส่วนภูมิภาค การท่าเรือแห่งประเทศไทย การกีฬาแห่งประเทศไทย การเคหะแห่งชาติ การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย เป็นต้น

²⁰ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 18/2545

²¹ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 45/2547

²² คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 47/2547

²³ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 10/2545

(4.2) กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชกฤษฎีกา ตัวอย่างเช่น องค์การตลาด องค์การเบตเตอร์ องค์การสวนยาง องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ เป็นต้น

(5) หน่วยงานอื่นของรัฐ

หน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ องค์การมหาชนต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และยังหมายความรวมถึง องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังหมายความรวมถึงหน่วยงานที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งด้วย เช่น สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น

(6) หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง

หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง หน่วยงานดังกล่าว ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ แต่เป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ดังนั้น องค์ประกอบที่จะเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง มี 2 ส่วน คือ ไม่ได้เป็นหน่วยงานของรัฐ แต่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐให้ทำกิจกรรม โดยกิจกรรมนั้นต้องเป็นกิจกรรมที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง แทนหน่วยงานของรัฐ เช่น รัฐมอบให้เอกชนดำเนินการสำรวจรังวัดที่ดิน เพื่อออกเอกสารสิทธิ์เกี่ยวกับที่ดิน หรือตรวจรับรองสภาพรถยนต์ เพื่อชำระภาษีรถยนต์ประจำปี เป็นต้น ซึ่งการมอบให้เอกชนดำเนินกิจกรรมดังกล่าว เป็นกิจกรรมที่รัฐมอบให้เอกชนใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองแทนหน่วยงานของรัฐ แต่ปัจจุบันไม่พบกรณีดังกล่าว จึงไม่ปรากฏเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในเรื่องที่เกี่ยวข้อง แต่อย่างไรก็ดี ขอยกตัวอย่างหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง เช่น บริษัท ท่าอากาศยานสากลกรุงเทพแห่งใหม่ จำกัด (บทม.) ซึ่งเป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การดำเนินการของ บทม. เป็นการดำเนินการที่อาศัยการมอบหมายจากการท่าอากาศยานแห่งประเทศไทย (ทอท.) อันเป็นองค์กรของรัฐ ดังนั้น บทม. จึงเป็นบริษัทจำกัดที่ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินกิจการท่าอากาศยานในโครงการ

ท่าอากาศยานสากลกรุงเทพแห่งใหม่ (แห่งที่ 2) แทน ทอท. ดังนั้น บทม. จึงมีสถานภาพขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐเพื่อดำเนินการตามภารกิจแทน ทอท.²⁴

หน่วยงานดังกล่าว เป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลด้านคู่สัญญาว่าเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า นิยามความหมายของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ประกอบกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานต่างๆ นั้น ปรากฏชัดเจนแล้วว่า หน่วยงานนั้นเป็นหน่วยงานทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ ดังนั้น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลด้านคู่สัญญา จึงไม่ปรากฏปัญหาของคำวินิจฉัยแต่อย่างใด

4.2.1.2 บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัย เช่น คำวินิจฉัยที่ 60/2547 ว่า นายจรัส เหมทานนท์ จำเลยที่ 2 และนายสุทธิพงษ์ พรหมกลิ่น จำเลยที่ 3 เป็นข้าราชการในสังกัดกรมศิลปากร จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นส่วนราชการระดับกรม อันมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง จำเลยที่ 3 เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และเป็นผู้เข้าทำสัญญาว่าจ้าง²⁵ ซึ่งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตามนัยนิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐอาจเป็นบุคคล คณะบุคคลหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่บุคคล คณะบุคคลหรือนิติบุคคล แล้วแต่กรณีนั้น จะต้องกระทำการแทนรัฐ นั่นก็คือ การปฏิบัติงานตามภาระหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองในฐานะตัวแทนของรัฐ ซึ่งการทำสัญญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการกระทำการแทนรัฐอันเป็นส่วนของการให้บริการประชาชนด้วยแต่อย่างไรก็ดี สัญญาทางปกครองซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสองฝ่ายนั้น ผู้ที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีอำนาจในการเข้าทำสัญญาได้ด้วย

การวินิจฉัยด้านคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐและให้หมายความรวมถึง

²⁴ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 67/2540

²⁵ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 60/2547

หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” เนื่องจากหน่วยงานต่างๆ ดังกล่าว จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายและกฎหมายให้อำนาจในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง การเข้าทำสัญญาของหน่วยงานทางปกครองซึ่งจะถือเป็นสัญญาทางปกครอง ได้คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า การพิจารณาด้านคู่สัญญา จะไม่มีปัญหาในการวินิจฉัยเกี่ยวกับเป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากกฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนและครอบคลุมแล้ว

4.2.2 วิเคราะห์ด้านลักษณะของสัญญา

การพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มี 2 ลักษณะ ได้แก่ สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

(1) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างหลักเทียบเรือและสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์การศึกษาศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณี

(1.1) สัญญาจ้างก่อสร้างหลักเทียบเรือ²⁶

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เห็นว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีสืบเนื่องมาจากการที่ห้างหุ้นส่วนจำกัด วีรเสถียร ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเอกชน ทำสัญญารับจ้างก่อสร้างหลักเทียบเรือกับกองทัพเรือ ผู้ถูกฟ้องคดี เพื่อใช้เทียบเรือระบายพลขนาดใหญ่ จนถ้ำยรถรบกำลังพลและยุทโธปกรณ์ทางทหาร แต่ผู้ฟ้องคดีส่งมอบงานล่าช้า ผู้ถูกฟ้องคดีจึงคิดค่าปรับในอัตราร้อยละ 0.4 ของค่าจ้างตามสัญญา ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า อัตราค่าปรับดังกล่าวสูงเกินกว่าที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งคดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการและกำหนดหน้าที่ส่วนราชการ กองทัพเรือ กองบัญชาการทหารสูงสุด กระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2528 มาตรา 9 (12) มีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ซึ่งภารกิจนี้ถือว่าเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งที่รัฐเป็นผู้จัดทำขึ้น โดยผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องจัดให้มีอาวุธ ยุทโธปกรณ์และอุปกรณ์อื่นๆ ที่จำเป็น รวมถึงการจัดให้มีหลักเทียบเรือเพื่อใช้ในการฝึกด้วย หลักเทียบเรือเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ทำการก่อสร้างหลักเทียบเรือ สัญญาพิพาทจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา 3

²⁶ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 21/2546

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

(1.2) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์การศึกษาศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณี²⁷

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา ระหว่างบริษัท เพ็ญคอน จำกัด และบริษัท ไรท์แมน จำกัด ในนามกิจการร่วมค้า เพ็ญคอน – ไรท์แมน กับกรมศิลปากร จำเลยที่ 1 ในคดีนี้มีวัตถุประสงค์ในการให้บริการการศึกษา ด้านศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา เป็นเครื่องมือสำคัญ ในการดำเนินบริการสาธารณะในการส่งเสริมศิลปวัฒนธรรมเพื่อการศึกษาของรัฐให้บรรลุผล ดังนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่กรมศิลปากร จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกหนี้ไม่ชำระเงินค่าจ้างทำของตามสัญญาให้แก่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามสัญญา โอนสิทธิเรียกร้อง จึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิของโจทก์ที่มีอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้ตามสัญญา อันเกี่ยวเนื่องมาจากสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณี แห่งอันดามัน จังหวัดพังงา เมื่อสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเป็น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

การวินิจฉัยสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา ที่ให้จัดทำบริการสาธารณะของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ปรากฏ ในคำวินิจฉัยที่ 21/2546 และคำวินิจฉัยที่ 8/2548 ดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า คณะกรรมการวินิจฉัย ชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้พิจารณาภาระหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองคู่สัญญา ประกอบกับวัตถุประสงค์ในการทำสัญญา กล่าวคือ หน่วยงานทางปกครองทำสัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ ในการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะอันเป็นไปตามภาระหน้าที่ ของฝ่ายปกครอง สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งในประเทศฝรั่งเศส สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์ (contrats relatifs à l' exécution de travaux publics) ถือเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และไม่เพียงแต่สัญญาจ้างก่อสร้างถาวรวัตถุเท่านั้นที่เป็นสัญญาทางปกครอง ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า สัญญาจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ของฝ่ายปกครองเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองได้

²⁷ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 8/2548

เช่นกัน เว้นแต่ การดำเนินการของฝ่ายปกครองดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองเอง ซึ่งไม่อาจทำให้สัญญาซื้อหรือจ้างของฝ่ายปกครองนั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้

อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 11/2547 วินิจฉัยสัญญาซื้อขายนาฬิกาปรับเวลารุ่น ที เอฟ จี – 2027 ซึ่งทำขึ้นระหว่างการสื่อสารแห่งประเทศไทย โจทก์ และบริษัท ไพโอเนียร์ เทเลคอมอินเตอร์เนชันแนล จำกัด จำเลยว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง มิใช่สัญญาทางปกครองอันจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง โดยให้เหตุผลว่า สัญญาซื้อขายนาฬิกาปรับเวลาของการสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นเพียงสัญญาจัดหาพัสดุธรรมดาที่เป็นสัญญาสนับสนุนให้การจัดทำบริการสาธารณะสำเร็จลุล่วงไป สัญญาซื้อขายนาฬิกาปรับเวลาระหว่างโจทก์และจำเลยไม่เข้าลักษณะอื่นตามคำนิยามของสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ ไม่เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากในกรณีนี้โจทก์ยังคงเป็นผู้จัดส่งสัญญาควบคุมเพื่อกิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคมด้วยตนเองโดยตรง อันเป็นการดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคมเพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับกิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคมและธุรกิจอื่นที่ต่อเนื่องใกล้เคียงกัน หรือซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคม ตามวัตถุประสงค์ขององค์กรที่ระบุไว้ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 โดยโจทก์มิได้มอบหมายภารกิจของรัฐให้จำเลยดำเนินการแทนหรือร่วมจัดทำด้วยแต่อย่างใด นอกจากนี้ สัญญาดังกล่าวก็ไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เพราะการที่โจทก์จะนำนาฬิกาปรับเวลาไปใช้ในทางเทคนิค การดำเนินงานก็เป็นเพียงการใช้เครื่องมือชิ้นหนึ่งภายในกิจกรรมของโจทก์ในกระบวนการส่งสัญญาควบคุมโทรคมนาคมเท่านั้น นาฬิกาที่จัดซื้อจึงมิได้เป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่มีไว้ให้สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์ได้โดยตรง นาฬิกาปรับเวลาที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายเป็นเพียงตัวทำหน้าที่ควบคุมสัญญาควบคุมความถี่ให้มีความแน่นอน เป็นเพียงเครื่องมือส่วนหนึ่งที่ทำให้โจทก์สามารถกระทำการบริการสาธารณะไปได้ตามวัตถุประสงค์เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาซื้อขายนาฬิกาปรับเวลาของการสื่อสารแห่งประเทศไทยจากเอกชนมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในกระบวนการส่งสัญญาควบคุมโทรคมนาคมในการควบคุมความถี่ให้มีความแน่นอน ทั้งนี้ เพื่อกิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคม อันเป็นการดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคมเพื่อประโยชน์ของรัฐและประชาชนอันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ขององค์กร แม้การสื่อสารแห่งประเทศไทยจะมีได้มอบหมายภารกิจของรัฐให้เอกชนดำเนินการแทนหรือร่วมจัดทำด้วยก็ตาม หรือมิได้เป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่มีไว้ให้สาธารณชนใช้ประโยชน์โดยตรง แต่สัญญาซื้อขายดังกล่าวเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินบริการสาธารณะ สัญญาซื้อขายนาฬิกาปรับเวลาจึงควรเป็นสัญญาทางปกครอง อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

เมื่อวินิจฉัยได้ว่า สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองแล้ว คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยังวินิจฉัยไปถึงสัญญาอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองด้วย กล่าวคือ เมื่อวินิจฉัยได้ว่า สัญญาหลักเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วย ได้แก่ การเรียกค่าปรับตามสัญญาจ้างก่อสร้างหลักเทียบเรือ²⁸ ซึ่งการวินิจฉัยสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักดังกล่าว เป็นการวินิจฉัยซึ่งมีความสอดคล้องกับการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสด้วย

(2) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการที่มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาล สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักนักศึกษา สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงถนน สัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปาและสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียน เป็นต้น

(2.1) สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาล²⁹

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีในคดีนี้เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการปฏิบัติในฐานะผู้รับจ้างกับผู้ว่าจ้างตามสัญญาก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลอำเภอหลังสวน ระหว่างบริษัท เค.เอส. โสมเมคเกอร์ กรุ๊ป จำกัด โจทก์ กับจังหวัดชุมพร จำเลย ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาค ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยในกรณีนี้เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลชุมชน ขนาด 60 เตียง เป็น 90 เตียง โดยมีอาคารผู้ป่วยและส่วนประกอบอื่นๆ ทั้งนี้ การสาธารณสุขเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารโรงพยาบาลของรัฐซึ่งเป็นถาวรวัตถุเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล นอกจากนี้ประชาชนทั่วไปยังสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง อาคารโรงพยาบาลจึงเป็นสาธารณูปโภค และเนื่องจากวัตถุแห่งสัญญานี้คือการรับจ้าง

²⁸ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 21/2546

²⁹ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 10/2545

ก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาล กรณีจึงถือได้ว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคที่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(2.2) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง³⁰

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีในคดีนี้เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการปฏิบัติในฐานะผู้รับจ้างกับผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นส่วนราชการสังกัดทบวงมหาวิทยาลัย ตามมาตรา 32 (17) แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2539 และมีฐานะเป็นกรมตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มีวัตถุประสงค์ในการให้การศึกษา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาจ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีในกรณีนี้เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง ทั้งนี้ การศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารมหาวิทยาลัยของรัฐซึ่งเป็นถาวรวัตถุเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล จึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง และเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญานี้คือ การรับจ้างก่อสร้างอาคารในมหาวิทยาลัยของรัฐ จึงถือได้ว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่นเดียวกับคำวินิจฉัยที่ 54/2547 ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าเทศบาลตำบลนาประดู่ จำเลยเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีประกาศกระทรวงมหาดไทยยกฐานะขึ้นเป็นเทศบาลตำบลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 จำเลยจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเมื่อสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารระหว่างโจทก์กับจำเลยในคดีนี้มีวัตถุประสงค์ให้โจทก์ก่อสร้างอาคารนอกประสงค์เพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น และเพื่อเป็นเครื่องมือในการดำเนินการบริการสาธารณะภายในท้องถิ่นให้บรรลุผลอันเป็น

³⁰ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 18/2545

สิ่งสาธารณูปโภค จึงถือได้ว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภค สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง การที่จำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ไม่ยอมให้โจทก์ ซึ่งเป็นเจ้าหนี้โอนสิทธิเรียกร้องในค่าจ้างทำของตามสัญญาจึงเป็นกรณีพิพาทอันเกี่ยวเนื่องมาจาก สิทธิของโจทก์ที่มีอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้ตามสัญญา ประกอบกับ โจทก์ฟ้องขอให้บังคับจำเลย คืนค่าปรับหรือชดใช้ค่าเสียหายจำนวนเท่ากับค่าปรับตามสัญญาเมื่อสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารระหว่าง โจทก์กับจำเลยเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัย ชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลซึ่งมีลักษณะเดียวกัน คือ คำวินิจฉัยที่ 45/2547 และคำวินิจฉัยที่ 48/2547

(2.3) สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักนักศึกษา³¹

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เห็นว่ามหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ โจทก์ ได้ทำสัญญาจ้างบริษัท คลินเทค โน โลยี จำกัด จำเลยที่ 1 ให้ออกแบบและก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษา จำนวน 2 หลัง และระบบสาธารณูปโภคที่เชื่อมต่อ ภายนอกอาคาร โดยมีธนาคารเอเชีย จำกัด (มหาชน) จำกัดที่ 2 คำประกันการปฏิบัติตามสัญญา ดังกล่าว

ประเด็นที่ต้องพิจารณา สัญญาจ้างให้ก่อสร้างอาคาร หอพักนักศึกษาจำนวน 2 หลัง และระบบสาธารณูปโภคที่เชื่อมต่อภายนอกอาคาร เป็นสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาทางปกครอง โดยที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ได้บัญญัติไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงาน ทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญา ที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติ” มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัย วลัยลักษณ์ พ.ศ. 2535 มีวัตถุประสงค์ในการจัดการศึกษา ส่งเสริมวิชาการและวิชาชีพชั้นสูง มีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐ จึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ทำสัญญาว่าจ้างให้จำเลยที่ 1 ก่อสร้างอาคาร หอพักนักศึกษาจำนวน 2 หลัง และระบบสาธารณูปโภคที่เชื่อมต่อภายนอกอาคาร จึงถือเป็นกิจการ

³¹ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 1/2548

ที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่จัดการศึกษาดำเนินการเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณสุขบรรลุผล
 สัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
 อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติ
 จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สำหรับสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2
 เป็นสัญญาจำประกอบการปฏิบัติตามสัญญาจ้างให้ก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษาจำนวน 2 หลัง
 และระบบสาธารณูปโภคที่เชื่อมต่อกับภายนอกอาคาร ซึ่งเป็นสัญญาหลักเมื่อสัญญาหลักเป็นสัญญา
 ทางปกครองและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง
 ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจำประกอบของจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์จึงอยู่ในอำนาจพิจารณา
 พิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกัน

(2.4) สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงถนน³²

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล
 เห็นว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องมาจากจำเลยเป็นผู้ทำสัญญาจำประกอบการปฏิบัติตามสัญญาจ้าง
 ก่อสร้างปรับปรุงถนนสายสิโรตส สาย 2 และสายทุ่งนา ระหว่างเทศบาลนครยะลา ผู้ว่าจ้าง (โจทก์)
 กับห้างหุ้นส่วนจำกัดเจริญทิพย์การโยธา ผู้รับจ้าง ต่อมา โจทก์อ้างว่า ผู้รับจ้างผิดสัญญาและเรียกให้
 ชำระค่าปรับตามสัญญาแต่ผู้รับจ้างไม่ได้นำเงินมาชำระ โจทก์จึงแจ้งให้ธนาคารทหารไทย จำกัด
 (มหาชน) (จำเลย) ในฐานะผู้จำประกอบให้ปฏิบัติตามสัญญา

ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุง
 ถนนเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง โดยที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติ
 จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณา
 พิพากษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง
 และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง
 สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการ
 แทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มี
 สิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ข้อเท็จจริงในคดีนี้เทศบาล
 นครยะลา ซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ
 จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ทำสัญญาจ้างปรับปรุงถนนสายสิโรตส
 สาย 2 และสายทุ่งนา สัญญาจ้างดังกล่าว จึงเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันเป็นบริการ
 สาธารณะ ฉะนั้น จึงถือได้ว่าสัญญาจ้างให้ปรับปรุงถนนเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3
 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ในการจัดทำสัญญาจ้าง

³² คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 28/2546

นั้น เทศบาลนครยะลา ผู้ว่าจ้าง จะต้องให้ผู้รับจ้างได้นำหนังสือคำประกันของธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) (จำเลย) มาเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้าง ถ้าพึงสัญญาคำประกัน ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือสัญญาที่ให้แสงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ใดๆก็ดี แม้สัญญา คำประกันดังกล่าว มีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่ก็เป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาจ้างปรับปรุงถนน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ประกอบกับขณะนี้ได้มีการฟ้องเกี่ยวกับกรณีพิพาทตามสัญญาหลัก ดังกล่าว อยู่ที่ศาลปกครองสงขลา และประเด็นข้อพิพาทในคดีสัญญาอุปกรณ์ จำเลยให้การต่อสู้โต้แย้ง เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาหลักว่า ผู้รับจ้างไม่ได้ผิดสัญญา จึงมีประเด็นต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาหลักเสียก่อน ซึ่งจะมีผลไปถึงสัญญาคำประกันต่อไป ดังนั้น กรณีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องให้ชำระเงินตามสัญญาคำประกันจึงควรดำเนินกระบวนการพิจารณายังศาลที่มีเขตอำนาจ เดียวกันกับศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่พิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างปรับปรุงถนนซึ่งถือเป็นสัญญาหลัก

(2.5) สัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปา³³

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เห็นว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีในคดีนี้เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการปฏิบัติในฐานะผู้รับจ้าง กับผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปา ระหว่างห้างหุ้นส่วน จำกัด ก. กิจสยาม โจทก์ กับนายประสิทธิ์ ศรีสุขจร นายเกรียงไกร ชูศิลป์กุล และเทศบาลกำแพงแสน จำเลย ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์บรรยายฟ้องให้จำเลยทั้งสามร่วมกันรับผิดชอบ โดยจำเลยที่ 1 เป็นประธานกรรมการสุขาภิบาลกำแพงแสน ตามมูลหนี้สัญญาว่าจ้างก่อสร้าง ดังนั้น จำเลยที่ 1 และที่ 2 จึงเป็นผู้กระทำการแทนจำเลยที่ 3 ซึ่งจำเลยที่ 3 เป็นหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงฐานะสุขาภิบาลเป็นเทศบาล พ.ศ. 2542 กรณีจึงถือได้ว่าเป็นสัญญา ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ เมื่อข้อพิพาทคดีนี้มีมูลอันเนื่องมาจากสัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปา ซึ่งการประปาถือว่าเป็น สาธารณูปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนโดยตรง โดยรัฐเป็นผู้จัดให้มีขึ้น

ดังนั้น สัญญานี้จึงเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครองและบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ทั้งเป็นสัญญา ที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันอยู่ในความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³³ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 14/2545

(2.6) สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียน³⁴

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องมาจากบริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด ที่ 1 บริษัท เซเน่ เอนจิเนียริง คอนซัลแตนท์ จำกัด ที่ 2 โจทก์ ได้รับจ้างเป็นที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารอเนกประสงค์) ของกรมพลศึกษา จำเลย ซึ่งมีบริษัทแปซิฟิค แอส โซซิเอท กรุป จำกัด เป็นผู้รับจ้างก่อสร้าง กับจำเลยในคดีนี้ ต่อมา จำเลยได้บอกเลิกสัญญาจ้างดังกล่าว โดยอ้างว่าโจทก์ทั้งสองกระทำผิดสัญญาจ้าง แต่โจทก์ทั้งสองเห็นว่า การบอกเลิกสัญญาเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะโจทก์ทั้งสองได้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาโดยชอบแล้ว ทั้งขณะ โจทก์ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา จำเลยได้กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและละเลยหน้าที่ตามสัญญาและปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร เช่น ไม่ดำเนินการของบประมาณค่าจ้างในการควบคุมงานในวงเงินค่าก่อสร้างที่เพิ่มขึ้นตามความเป็นจริง ให้โจทก์ ทำให้โจทก์ไม่ได้รับค่าจ้างในการควบคุมงานที่ครบถ้วนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ไม่พิจารณารับมอบงานและไม่อนุมัติจ่ายเงินค่าจ้างแก่โจทก์ ทั้งที่โจทก์ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบ รวมถึงเบิกจ่ายเงินค่าจ้างให้โจทก์ล่าช้าและละเลยหน้าที่ตามสัญญาจ้างในการจ่ายเงินค่าทำงานล่วงเวลาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยชำระเงินที่ค้างชำระและค่าเสียหายแก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ย ให้ศาลเพิกถอนการบอกเลิกสัญญาตามหนังสือบอกกล่าวเลิกสัญญาของจำเลย ให้โจทก์ทั้งสองเป็นผู้ควบคุมงานก่อสร้างตามสัญญาต่อไป และให้จำเลยใช้ค่าฤชาธรรมเนียมแทนโจทก์ ส่วนจำเลยให้การปฏิเสธฟ้องโจทก์ว่า โจทก์ทั้งสองเป็นฝ่ายผิดสัญญาและ โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้องเงินค่าจ้างเพิ่มเติมหรือเงินอื่นใดตามฟ้อง โจทก์ คดีนี้จึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ปรึกษาและออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารอเนกประสงค์) ในคดีนี้ขณะยื่นฟ้อง จำเลยเป็นส่วนราชการสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2538 จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารอเนกประสงค์) ระหว่างโจทก์ทั้งสองกับจำเลย ในกรณีนี้เป็นไปเพื่อให้โจทก์ทั้งสองทำการตรวจและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารอเนกประสงค์) ให้เป็นไปตามสัญญาก่อสร้างและถูกต้องตามหลักวิชา โดยผู้ควบคุมงานที่มีความรู้ความชำนาญงานด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรมแทนจำเลย เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุ

³⁴ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 47/2547

ตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการการศึกษาด้านการศึกษา ทั้งนี้ การศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารอเนกประสงค์) เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะในการส่งเสริมและประสานงานการศึกษา เพื่อการศึกษาของรัฐ ให้บรรลุผล สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารถาวรวัตถุต่างๆ เป็นสัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้างและบำรุงอสังหาริมทรัพย์ (contrats relatifs à l' exécution de travaux publics) ตามแนวทางการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานต่างๆ ของหน่วยงานทางปกครองเป็นไปตามวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะอันเป็นการดำเนินกิจการของฝ่ายปกครอง สัญญาดังกล่าวคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างของหน่วยงานปกครองเป็น สิ่งสาธารณูปโภคที่มีลักษณะของสัญญาเกี่ยวกับบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคของหน่วยงานทางปกครองถือเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง อันสอดคล้องกับความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ที่กำหนดความหมายของคำว่า “สาธารณูปโภค” หมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์ เป็นต้น สัญญาก่อสร้างจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามความหมายของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่จะเห็นว่า การก่อสร้างอาคารถาวรวัตถุต่างๆ มิใช่กิจการที่ถือเป็นสาธารณูปโภคตามที่ปรากฏในข้อ 3 วรรคหนึ่ง แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ซึ่งกำหนดกิจการที่ถือเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ การรถไฟ การรกราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ และกิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือความสุขของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามศาลพยายามตีความคำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” ว่ามี 2 ประเภท คือ ทรัพย์สิน โดยเฉพาะที่เป็นถาวรวัตถุ ซึ่งจัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง และทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต

นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยังวินิจฉัยไปถึงสัญญาอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองด้วย กล่าวคือ เมื่อวินิจฉัยได้ว่าสัญญาหลักเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญาที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาหลักจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วย ตัวอย่างเช่น การชำระเงินค่าประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงถนน³⁵ การขอคืนหนังสือค่าประกันการปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างให้จัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยเดินอากาศพร้อมอุปกรณ์อะไหล่ ก่อสร้างอาคารปรับปรุงถนนทางเข้าอากาศยาน³⁶ การขอคืนค่าปรับหรือค่าชด ใช้ค่าเสียหายตามสัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร³⁷ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค่าประกันสัญญาจ้างก่อสร้างหอพักนักศึกษาและระบบสาธารณูปโภค³⁸ ซึ่งการวินิจฉัยสัญญาที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาหลักดังกล่าว เป็นการวินิจฉัยซึ่งมีความสอดคล้องกับการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสด้วย

ผู้เขียนพิจารณาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลแล้ว มีความเห็นว่า คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมิได้พิจารณาวินิจฉัยรายละเอียดของสัญญาว่า ข้อสัญญามีลักษณะที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองหรือให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมากหรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาวินิจฉัยเพียงด้านคู่สัญญาและลักษณะของสัญญาตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่าเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองเท่านั้น ทั้งนี้ อาจเนื่องจากการวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาหรือรายละเอียดสัญญาที่ระบุเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหรือการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองนั้น เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองโดยตรงในการวางหลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครองต่อไป

4.3 วิเคราะห์คำวินิจฉัยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการโดยศาลปกครอง

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับแล้ว บทบัญญัติในหมวด 8 ส่วนที่ 4 บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ต่อมาจึงมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ใช้บังคับ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) กำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจการพิจารณาและพิพากษาของศาลปกครอง

³⁵ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 28/2546

³⁶ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 48/2547

³⁷ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 54/2547

³⁸ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 1/2548

ทั้งนี้ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังกล่าว ได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” และกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ไว้ว่า “หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” ต่อมา ศาลปกครองสูงสุด โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ได้พิจารณาเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครอง ในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 โดยมีมติว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบนพื้นฐานของความเสมอภาคโดยสมัครใจ และสัญญาดังกล่าวมิได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง” นับตั้งแต่ ศาลปกครองสูงสุด ได้วางแนวทางการพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองดังกล่าวแล้ว ส่งผลเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการวางแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาสัญญาทางปกครองได้อย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้น ภายหลังจากศาลปกครองจึงพิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เป็นไปในแนวทางเดียวกัน และมีทิศทางทางวินิจฉัยที่ดีมากขึ้นกว่าในอดีต รวมทั้งการพิจารณาวินิจฉัยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองมากขึ้นตามลำดับด้วย

คำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 หรือไม่ อาจแยกพิจารณา 2 ด้าน คือ ด้านคู่สัญญาและด้านลักษณะของสัญญา

4.3.1 วิเคราะห์ด้านคู่สัญญา

ศาลปกครองวินิจฉัยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จากนิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ประกอบกับนิยามความหมายของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ซึ่งศาลปกครองจะพิจารณาด้านคู่สัญญาว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ทำขึ้นมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐหรือไม่

4.3.1.1 คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง

การวินิจฉัยของศาลปกครองในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองด้านคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองปรากฏในคำสั่งศาลปกครองและคำพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งการวินิจฉัยด้านคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น ส่วนใหญ่ศาลปกครองมิได้อธิบายชัดเจนว่า คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองอย่างไร ตามกฎหมายใด อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง เช่น กรมอนามัย³⁹ กรมพลศึกษา⁴⁰ มหาวิทยาลัยขอนแก่น⁴¹ กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์⁴² สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน⁴³ สถาบันเทคโนโลยี

³⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (อุทธรณ์คำพิพากษา) คดีหมายเลขดำที่ อ. 2/2544 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 32/2546

⁴⁰ คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 708/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 516/2544

⁴¹ คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 790/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 673/2544

⁴² คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 2333/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 250/2544

ราชมณฑล⁴⁴ จังหวัดปทุมธานี⁴⁵ จังหวัดสงขลา⁴⁶ กรุงเทพมหานคร⁴⁷ เทศบาลตำบลคงเจน⁴⁸ การสื่อสารแห่งประเทศไทย⁴⁹ การประปาส่วนภูมิภาค⁵⁰ เป็นต้น แต่จากการศึกษานियามความหมาย คำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐและให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง ให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ดังนั้น หน่วยงานทางปกครอง ตามนิยามความหมายดังกล่าว แยกได้ 5 ประเภทดังนี้

(1) หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นราชการบริหารส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ซึ่งจากตัวอย่างคำวินิจฉัย ได้แก่ กรมอนามัย กรมพลศึกษา เป็นต้น

(2) หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัดและอำเภอ ซึ่งตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนดให้จังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล จากตัวอย่างคำวินิจฉัยหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัดปทุมธานี จังหวัดสงขลา เป็นต้น

(3) หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาลและราชการบริหาร

⁴³ คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 754/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 190/2544

⁴⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (อุทธรณ์คำพิพากษา) คดีหมายเลขดำที่ อ. 8/2544 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 10/2545

⁴⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 774/2545 คำสั่งที่ 126/2546

⁴⁶ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1604/2545 คดีหมายเลขแดงที่ 376/2546

⁴⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 47/2544 คำสั่งที่ 497/2545

⁴⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ คำร้องที่ 147/2545 คำสั่งที่ 416/2545

⁴⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 182/2544 คำสั่งที่ 50/2545

⁵⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 247/2545 คำสั่งที่ 199/2545

ส่วนท้องถิ่นที่มีลักษณะพิเศษ คือ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา เป็นต้น จากตัวอย่างคำวินิจฉัยหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ได้แก่ เทศบาลตำบลคงเงิน และกรุงเทพมหานคร เป็นต้น

(4) หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา จากตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เช่น การประปาส่วนภูมิภาค และการสื่อสารแห่งประเทศไทย เป็นต้น

(5) หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ องค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือองค์การมหาชนตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

4.3.1.2 บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ

คำวินิจฉัยของศาลปกครองด้านคู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ซึ่งบุคคลดังกล่าวต้องมีอำนาจในการกระทำการแทนรัฐได้ตามที่กฎหมายกำหนดหรือตามสัญญา ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เช่น รองผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานีปฏิบัติราชการแทนผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานี ผู้ถูกฟ้องคดี บอกลีกสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจชุมชน พร้อมทั้งอาคารแสดงสินค้าและสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ ต่อบริษัท ส. สหโชคบริการ จำกัด ผู้ฟ้องคดี⁵¹ เป็นต้น

จึงจะเห็นได้ว่า การพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างด้านคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ แต่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองเท่าที่ปรากฏในการพิจารณาด้านคู่สัญญามีอยู่ไม่มาก เนื่องจาก ศาลปกครองพิจารณาโดยรวมว่าเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ โดยมีได้พิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งหน่วยงานนั้นและอำนาจหน้าที่ของแต่ละหน่วยงาน แต่เน้นการพิจารณาวินิจฉัยเนื้อหา ข้อเท็จจริงและสาระของสัญญา ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การวินิจฉัยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างด้านคู่สัญญายังไม่ปรากฏปัญหาในการวินิจฉัย ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินการของหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือสัญญาที่ถูกกำหนดไว้โดยชัดแจ้งแล้ว จึงไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยด้านคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัย

⁵¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องบางข้อหาไว้พิจารณา คำร้องที่ 67/2546 คำสั่งที่ 376/2546

ด้านคู่สัญญาเพียงอย่างเดียวจึงไม่เพียงพอที่จะวินิจฉัยว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งนอกจากจะพิจารณาด้านคู่สัญญาแล้ว ยังต้องพิจารณาลักษณะของสัญญาอีกด้วย

4.3.2 วิเคราะห์ด้านลักษณะของสัญญา

การพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างว่าเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มี 2 ลักษณะ ได้แก่ สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

(1) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนของโรงเรียนบ้านหนองแห้ว⁵²

สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนแบบ สปช. 105/29 โรงเรียนบ้านหนองแห้ว ระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด บุรณทองก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ที่ 1 และสำนักงานการประถมศึกษาอำเภอภูพาน ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดจากผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้รับจ้างก่อสร้างอาคารเรียน โรงเรียนหนองแห้ว ตามสัญญาจ้างลงวันที่ 30 กันยายน 2542 ที่ทำไว้กับผู้ฟ้องคดีที่ 1 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 รับผิดชอบอำนาจจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ฟ้องคดีได้ส่งมอบงานในงวดที่ 3 เมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2543 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่รับมอบงานและไม่จ่ายเงินค่าจ้าง ให้เป็นการผิดสัญญาจ้าง จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าสัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดในสัญญาจะมีลักษณะพิเศษที่ให้สิทธิแก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เช่น ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้โดยที่ผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ แม้ไม่เคยมีการระบุไว้ในสัญญาจ้าง โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน อีกทั้ง สัญญาจ้างฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารเรียนที่มีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินงานทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่ง จึงเห็นว่า สัญญาฉบับนี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาพิพากษาได้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมิได้ฟ้องคดีภายในกำหนด

⁵² คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 296/2545 คำสั่งที่ 255/2546

ระยะเวลาการฟ้อง ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนดังกล่าว ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดยจัดให้มีอาคารเรียนเพื่อเป็นสถานศึกษาให้กับเด็กและเยาวชนในท้องถิ่นอันเป็นบริการสาธารณะที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน ประกอบกับข้อกำหนดในสัญญายังมีลักษณะที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ดังจะเห็นได้จากข้อความในสัญญาที่กำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ผิดสัญญาก็ตาม และยังมีข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่ได้มีการตกลงกัน ไว้ในสัญญาจ้างแต่แรก ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิจะทำได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเป็นไปอย่างต่อเนื่องและบรรลุวัตถุประสงค์ของการบริการสาธารณะนั่นเอง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารเรียนตามสัญญาและส่งมอบงานในงวดที่ 3 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่รับมอบงานและไม่จ่ายเงินค่าจ้างให้ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอันอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาตรวจสอบได้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน สำหรับระยะเวลาการฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ยังไม่พ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี การที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินบริการสาธารณะ และอาคารเรียนถือเป็นทรัพย์สินอันเป็นถาวรวัตถุถือเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะทางด้านการศึกษา สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียน ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ในประเทศฝรั่งเศสการพิจารณาสัญญาทางปกครองมิได้แบ่งแยกลักษณะของสัญญาว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเป็นสัญญาทางปกครอง แต่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะจะเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองของไทยแยกลักษณะของสัญญาทางปกครอง 4 ลักษณะ คือ ลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือสัญญาที่แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองข้างต้น จึงยังไม่ชัดเจนว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังวางหลักเอกสิทธิของฝ่ายปกครองจากข้อความในสัญญาที่กำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาแม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ผิดสัญญาและข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่ได้มีการตกลงกันในสัญญาจ้าง

(2) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียน สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาล สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขต สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจชุมชน สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ส.ล. สัญญาจ้างก่อสร้างโครงการฝายน้ำล้นคอนกรีต สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงขยายการประปา สัญญาจ้างปรับปรุงถนน เป็นต้น

(2.1) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียน⁵³

สัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างอาคารเรียนระหว่างบริษัท สงวนศักดิ์ก่อสร้าง จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับกรมสามัญศึกษา ที่ 1 ผู้อำนวยการโรงเรียนเชิงทะเลวิทยาคม จุติ-ก้องอนุสรณ์ที่ 2 และผู้อำนวยการโรงเรียนตะกั่วทุ่งงานทวิวิทยาคมที่ 3 ซึ่งคดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 รับผิดชอบต่ออำนาจจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำสัญญาของโรงเรียนเชิงทะเลวิทยาคม จุติ-ก้องอนุสรณ์ว่าจ้างผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารเรียนจำนวน 12 ห้องและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ซึ่งรับผิดชอบต่ออำนาจจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำสัญญาว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารเรียนของโรงเรียนตะกั่วทุ่งงานทวิวิทยาคมจำนวน 12 ห้อง ซึ่งตามสัญญาทั้งสองฉบับผู้ฟ้องคดีนำหนังสือคำประกันมาวางเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา ในระหว่างผู้ฟ้องคดีดำเนินการก่อสร้างอาคารเรียนทั้งสองดังกล่าวเกิดปัญหาเศรษฐกิจด้านแรงงานและด้านวัสดุก่อสร้าง รวมทั้งปัญหาภัยธรรมชาติ ผู้ฟ้องคดีขอขยายเวลาก่อสร้างตามสัญญาทั้งสองฉบับออกไปอีกตามมติคณะรัฐมนตรี ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 มีหนังสือแจ้งบอกเลิกสัญญาไปถึงผู้ฟ้องคดีและให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าปรับกรณีก่อสร้างล่าช้าจนถึงวันบอกเลิกสัญญา ซึ่งในส่วนของสัญญานั้น ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า สัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างอาคารเรียนเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครอง การโต้แย้งกรณีบอกเลิกสัญญาจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในส่วนของสัญญาว่า เป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁵³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องบางข้อหาและผู้ถูกฟ้องคดีบางรายไว้พิจารณา คำร้องที่ 9/2546 คำสั่งที่ 380/2546

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนดังกล่าว มีขึ้นเพื่อให้การดำเนินการสาธารณะของผู้ผูกฟ้องคดีบรรลุผลตามหน้าที่ของผู้ผูกฟ้องคดี สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

นอกจากการวินิจฉัยเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาแล้ว ศาลปกครองยังวางแนวทางเกี่ยวกับกรณีการโต้แย้งการบอกเลิกสัญญาเมื่อภายหลังจากที่วินิจฉัยได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองด้วยว่า การโต้แย้งกรณีการบอกเลิกสัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างอาคารเรียนเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอันจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองด้วย

(2.2) สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาล⁵⁴

สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลระหว่าง บริษัท เจ-สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้ผูกฟ้องคดี ศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ เนื่องจากเห็นว่า ข้อเท็จจริงตามคำฟ้องเป็นเรื่องที่ผู้ผูกฟ้องคดีทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาล ต่อมา ผู้ฟ้องคดีและผู้ผูกฟ้องคดีทำบันทึกเพิ่มเติมแนบท้ายสัญญาจ้างตกลงให้มีการใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) และผู้ฟ้องคดีอ้างว่า ผู้ผูกฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามสัญญา ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงไม่ใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ข้อกำหนดในสัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ผูกฟ้องคดีเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก ข้อกำหนดบางข้อของสัญญา เช่น ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้โดยที่ผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ แม้ไม่เคยมีการระบุไว้ในสัญญาจ้างโดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านแม้กระทั่งเรื่องเวลาการทำงานและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ประกอบกับลักษณะที่เป็นสัญญาสำเร็จรูปของสัญญาจ้างฉบับนี้ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาล คณะแพทยศาสตร์ของผู้ผูกฟ้องคดีนั้นยังมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง นอกจากนี้ สัญญา

⁵⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 80/2544 คำสั่งที่ 104/2544

ระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีฉบับนี้ยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาสำหรับราคางานก่อสร้างตามสัญญาจ้างนี้อีกด้วย จึงเห็นว่า สัญญาฉบับนี้เป็นสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาพิพากษาได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้เขียน มีความเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลเป็นสัญญาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อเป็นการก่อสร้างถาวรวัตถุหรือการทำงานบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่พิจารณาถึงข้อสัญญาที่ตกลงให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ (ค่า K) เป็นข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมาก รวมทั้งข้อกำหนดที่ให้สิทธิฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญาหรือข้อกำหนดที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำงานเพิ่มเติม นั้น เป็นข้อสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลจึงเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากนำข้อสัญญาที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองหรือข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมากในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างมาพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่จะพบว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างทุกสัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครองไปเสียทั้งหมด เนื่องจากตัวอย่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือแบบของสัญญาในประเทศไทยมีข้อสัญญาที่ให้สิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น การแก้ไขสัญญาหรือการบอกเลิกสัญญาตามข้อ 136 และข้อ 138 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ตามลำดับ ซึ่งการพิจารณาสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครองว่ามีลักษณะของสัญญาทางปกครองนั้นจะทำให้สัญญาจัดซื้อหรือจัดจ้างของฝ่ายปกครองเป็นสัญญาทางปกครองทั้งสิ้น จึงไม่น่าจะถูกต้อง

(2.3) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขต

สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตราชบุรีบูรณะระหว่าง บริษัท สุเมธาพาณิชย์การ (1982) จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรุงเทพมหานคร ผู้ถูกฟ้องคดี⁵⁵ ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตราชบุรีบูรณะมิใช่เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคแต่เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์โดยเฉพาะแก่ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น จึงมิใช่เป็นสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

⁵⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 47/2544 คำสั่งที่ 497/2545

และจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ⁵⁶ ต่อมา ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการปฏิบัติในฐานะผู้รับจ้างและผู้ว่าจ้างตามสัญญาก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตราชฎาภิรมณ์ ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จากข้อเท็จจริง ผู้ถูกฟ้องคดีมีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นและเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่นและเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2538 มีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการในเขตกรุงเทพมหานครในเรื่องต่างๆ โดยให้จัดระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครเป็นสำนักงานเขต ทั้งนี้ ตามมาตรา 89 ประกอบมาตรา 60 (6) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาจ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีในกรณีนี้เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตราชฎาภิรมณ์ เพื่อใช้เป็นสถานที่สำหรับปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ด้านต่างๆ เพื่อบริการประชาชน อาทิเช่น การทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด การควบคุมอาคาร ฯลฯ ซึ่งล้วนเป็นบริการสาธารณะตามมาตรา 89 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 อาคารสำนักงานเขตราชฎาภิรมณ์ซึ่งเป็นถาวรวัตถุจึงเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล จึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง และเนื่องจากวัตถุแห่งสัญญานี้คือ การรับจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตราชฎาภิรมณ์จึงถือได้ว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาฉบับนี้จึงนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับการวินิจฉัยสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจังหวัดสตูล พร้อมทั้งประตูทางเข้าออกรั้วป้ายชื่อสำนักงาน รางระบายน้ำ และติดตั้งระบบไฟฟ้าและน้ำประปา ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัดทรายแฉ่ม โกล์ ผู้ฟ้องคดี กับ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานที่ 1 และจังหวัดสตูลที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี⁵⁷ ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า อาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน

⁵⁶ คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 236/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 123/2544

⁵⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์ คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 364/2545 คำสั่งที่ 443/2545

จังหวัดสตูลถือเป็นถาวรวัตถุที่เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการ สาธารณะเกี่ยวกับสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ซึ่งประชาชนและผู้ใช้แรงงานสามารถเข้าใช้ ประโยชน์ได้โดยตรง อาคารดังกล่าวจึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าว จึงเป็นสัญญาทางปกครองอันอยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 3 และมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขต มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองผู้ผูกฟ้องคดี สัญญา จ้าง ก่อสร้างอาคารสำนักงานเขต จึงเป็นสัญญาในลักษณะเดียวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียน เนื่องจากสัญญาดังกล่าวล้วนเป็นสัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้างและบำรุงอสังหาริมทรัพย์อันเป็นสัญญา ทางปกครองตามแนวทางการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

(2.4) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจ ชุมชน⁵⁸

สัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างอาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพ และธุรกิจชุมชน ระหว่าง บริษัท ส. สห โขคบริการ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ จังหวัดปทุมธานี ที่ 1 รองผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานี ที่ 2 กับพวกอีก 5 คน ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อรับจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจชุมชน พร้อมทั้งอาคารแสดงสินค้าและสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ เมื่อถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งปฏิบัติราชการแทนผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานีมีหนังสือแจ้งบอกเลิกสัญญาต่อผู้ฟ้องคดี แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นไปโดยไม่ชอบ จึงขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 ร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี ซึ่งคำขอของผู้ฟ้องคดีมีเหตุมาจาก ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาอันเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ศาลปกครองชั้นต้นรับฟ้องบางข้อหา ไว้พิจารณา ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับฟ้องบางข้อหาไว้พิจารณา ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า สัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างอาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจ ชุมชนมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครอง การโต้แย้งกรณี การบอกเลิกสัญญาจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁵⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องบางข้อหาไว้พิจารณา คำร้องที่ 67/2546 คำสั่งที่ 376/2546

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร ศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินบริการสาธารณะ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารสำนักงานเขต ดังนั้น การโต้แย้งกรณีการบอกเลิกสัญญา จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งข้อพิพาทที่มีความเกี่ยวเนื่องกับสัญญาหลักที่เป็นสัญญาทางปกครองจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วย

(2.5) สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ส.ล.⁵⁹

สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ส.ล. ป้องกันคลังพัสดุบริเวณริมแม่น้ำด้านทิศตะวันออก ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด สินเพชรคอนสตรัคชั่น ผู้ฟ้องคดี กับเทศบาลตำบลบ้านใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดี สัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างกำแพง ค.ส.ล. ป้องกันคลังพัสดุดังกล่าว มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งก่อสร้างสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การสั่งให้ผู้ฟ้องคดีระงับการก่อสร้าง รวมทั้งคิดค่าปรับโดยไม่ถูกต้องทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับความเสียหาย ล้วนเป็นการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา จึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ส.ล. เป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ผู้ถูกฟ้องคดีจัดให้มีขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพงดังกล่าว จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งสอดคล้องกับสัญญาจ้างก่อสร้างถาวรวัตถุเพื่อประโยชน์สาธารณะในประเทศฝรั่งเศส

(2.6) สัญญาจ้างก่อสร้างโครงการฝายน้ำล้นคอนกรีต⁶⁰

สัญญาจ้างก่อสร้างโครงการฝายน้ำล้นคอนกรีตเสริมเหล็ก ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด ส. สนามวงศ์ก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดี กับ เทศบาลตำบลคงเงิน ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เป็นสัญญาทางปกครอง จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา

⁵⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ คำร้องที่ 392/2544 คำสั่งที่ 239/2546

⁶⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ คำร้องที่ 147/2545 คำสั่งที่ 416/2545

หรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจ้างก่อสร้างฝายน้ำล้นคอนกรีต เป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ผู้ถูกฟ้องคดีจัดให้มีขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ สัญญาจ้างก่อสร้างฝายน้ำล้นคอนกรีตดังกล่าว จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งสอดคล้องกับสัญญาจ้างก่อสร้างถาวรวัตถุเพื่อประโยชน์สาธารณะในประเทศฝรั่งเศสเช่นเดียวกัน

(2.7) สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงขยายการประปา⁶¹

สัญญาจ้างก่อสร้างและปรับปรุงขยายการประปาหาดใหญ่ – สงขลา จังหวัดสงขลา ระหว่าง บริษัท ขิบบินซอช จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ การประปาส่วนภูมิภาค ผู้ถูกฟ้องคดี เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การประปาถือเป็นสิ่งสาธารณูปโภคตามความหมายคำว่า “สาธารณูปโภค” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ซึ่งกำหนดให้การประปาเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ทั้งนี้ การก่อสร้างปรับปรุงขยายการประปาเป็นภาระหน้าที่ของการประปาส่วนภูมิภาค สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงขยายการประปาของการประปาส่วนภูมิภาค จึงเป็นสัญญาทางปกครองข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

(2.8) สัญญาจ้างปรับปรุงถนน⁶²

สัญญาจ้างปรับปรุงถนนท่าข้าม ระหว่าง บริษัท ศิริผลวัฒนา (1979) จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรุงเทพมหานคร ผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อพิจารณาบทนิยามคำว่า สัญญาทางปกครอง ตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า สัญญาทางปกครองให้หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มี

⁶¹ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 1604/2545 หมายเลขแดงที่ 376/2546

⁶² คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ คำร้องที่ 147/2546 คำสั่งที่ 425/2546

สิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ประกอบกับข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างปรับปรุงถนนท่าข้ามกับผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่น สัญญาฉบับนี้จึงเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนในการดำเนินการเคลื่อนย้ายสิ่งกีดขวางการก่อสร้างและพิจารณาขยายระยะเวลาการก่อสร้างให้ผู้ฟ้องคดีถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีต้องดำเนินการเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีสามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจ้างปรับปรุงถนนของกรุงเทพมหานครเป็นสัญญาทำนุบำรุงส่งเสริมทรัพย์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นสัญญาจ้างปรับปรุงถนนดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ในกรณีนี้ได้แก่ การเคลื่อนย้ายสิ่งกีดขวางการก่อสร้างและการปฏิบัติตามสัญญาจ้างดังกล่าว

สำหรับสัญญาที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานทางปกครองไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เพราะหน่วยงานทางปกครองทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานทางปกครองเอง สัญญาดังกล่าวได้แก่ สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงบ้านพักข้าราชการ สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ สัญญาซื้อขายตู้ปราศจากเชื้อลามีน่าโพลีเมอร์ สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผลพร้อมติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ สัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้า

(1) สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงบ้านพักข้าราชการ ระหว่างมหาวิทยาลัยแม่โจ้ ผู้ถูกฟ้องคดี กับ บริษัท ตาปีกรุ๊ป จำกัด ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองชั้นต้นพิเคราะห์แล้วเห็นว่า⁶³ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์จ้างเหมาปรับปรุงบ้านพักข้าราชการของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งจัดไว้เป็นสวัสดิการเพื่อให้ข้าราชการของผู้ถูกฟ้องคดีเข้าพักอาศัย มิใช่เป็นสถานที่ที่สาธารณชนเข้าไปใช้ประโยชน์โดยทั่วไป แม้จะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ตาม ข้อพิพาทตามสัญญาจึงมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีจึงไม่อยู่ในอำนาจ

⁶³ คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 893/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 434/2544

พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ของพระราชบัญญัติดังกล่าว และศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า⁶⁴ สัญญาดังกล่าว ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพราะผู้ถูกฟ้องคดีมิได้มอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีใช้อำนาจทางปกครอง และไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาในคดีนี้เป็นสัญญาทางแพ่ง จึงไม่ใช่คดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาได้สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลของคณะแพทยศาสตร์ระหว่าง บริษัท เจ – สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดี⁶⁵ เป็นสัญญาที่ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

(2) สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ ระหว่าง บริษัท เมดิทอป จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ มหาวิทยาลัยขอนแก่น ผู้ถูกฟ้องคดี⁶⁶ ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยมีปัญหาว่า สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจจะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เห็นว่า คำว่า “สาธารณูปโภค” ตามความหมายทั่วไปที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถานแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2525 มีความหมายว่า “บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินทางรถประจำทาง โทรศัพท์” นอกจากนั้นยังมีความหมายตามกฎหมายฉบับต่างๆ เช่น ข้อ 3 วรรคหนึ่ง แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ได้กำหนดว่า “กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค (1) การรถไฟ (2) การรถราง (3) การขุดคลอง (4) การเดินอากาศ (5) การประปา (6) การชลประทาน (7) การไฟฟ้า (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซ โดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา” และมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติ

⁶⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 110/2544 คำสั่งที่ 41/2545

⁶⁵ คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 1849/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 215/2544

⁶⁶ คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 790/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 673/2544

การจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้บัญญัติว่า “สาธารณูปโภคที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้นเพื่อการจัดสรรที่ดินตามแผนผังและโครงการที่ได้รับอนุญาต เช่น ถนน สวน สนามเด็กเล่น ให้ตกอยู่ในภาวะจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินจัดสรร” จากความหมายทั่วไปและความหมายในกฎหมายฉบับต่างๆ ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ (1) ทรัพย์สินโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สะพานคนเดินข้ามถนน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ท่าเทียบเรือสาธารณะ ที่พักผู้โดยสารรถประจำทาง เป็นต้น (2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้า และสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล โรงงานกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้น

เมื่อพิจารณาเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจแล้ว เห็นว่า เครื่องดังกล่าวมิใช่ถาวรวัตถุที่มีไว้เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ร่วมกัน และมีใช้เครื่องมือโดยตรงที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ จึงมิใช่สิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาที่มีใช้สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค แต่เป็นสัญญาซื้อขายอุปกรณ์การแพทย์โดยทั่วไป เพื่อประโยชน์โดยเฉพาะแก่ผู้ถูกฟ้องคดีเท่านั้น สัญญาดังกล่าวจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(3) สัญญาซื้อขายตู้ปราศจากเชื้อลามินาโพลี ะหว่าง บริษัท ยูนิเวอร์แซล ซิสเต็มส์ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ ผู้ถูกฟ้องคดี⁶⁷ แม้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเป็นคู่สัญญา แต่ผู้ถูกฟ้องคดีซื้อตู้ดังกล่าวมาเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกฟ้องคดี สัญญาดังกล่าว ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่ง ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายนี้จึงมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

⁶⁷ คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขคำที่ 2333/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 250/2544

(4) สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผลพร้อมติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ ระหว่าง บริษัท ขิบบินชอย จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ถูกฟ้องคดี⁶⁸ ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า แม้สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ในคดีนี้จะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ดังกล่าว เป็นสัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้นจากผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันแสดงเจตนาโดยใจสมัครตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หาได้เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองได้ตกลงมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองแต่อย่างใดไม่ และสัญญาดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่าเป็นสัญญาให้บริการสาธารณะเพื่อประชาชนทั่วไปนั้น เห็นว่า ไม่ใช่สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ตามคำนิยามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เพราะสัญญานี้ไม่ได้มอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำบริการสาธารณะแต่อย่างใด เพียงแต่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีได้มอบเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผลที่ซื้อจากผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีก็มาดำเนินการเองโดยตรง ฉะนั้น สัญญาซื้อขายในคดีนี้จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครองและไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(5) สัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้า ระหว่าง บริษัท เอกรัฐเจนเนอเรเตอร์ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ จังหวัดพัทลุง ผู้ถูกฟ้องคดี⁶⁹ ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า สาระสำคัญของสัญญาเป็นการซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้าเป็นสัญญาซื้อขายตามที่บัญญัติอยู่ในลักษณะ 1 บรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญานี้จะเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายซึ่งได้แก่เครื่องกำเนิดไฟฟ้าจะนำไปใช้ในกิจการของโรงพยาบาล ก็มีใช้สิ่งสาธารณูปโภคซึ่งประชาชนทั่วไปจะเข้าไปใช้ประโยชน์โดยตรง หรือเป็นเครื่องมือโดยตรงที่จะขาดเสียมิได้ในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยของโรงพยาบาลในการจัดทำบริการสาธารณะและเมื่อข้อกำหนดในสัญญาก็มิได้มีลักษณะ

⁶⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 58/2544 คำสั่งที่ 132/2544

⁶⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 109/2544 คำสั่งที่ 94/2545

เป็นข้อกำหนดพิเศษที่แสดงเอกสิทธิ์ของรัฐจึงเห็นว่า สัญญาที่เป็นมูลเหตุแห่งการพิพาท ไม่ใช่สัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จึงเห็นได้ว่า การพิจารณาวินิจฉัยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของศาลปกครองว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นั้น จะเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างถาวรวัตถุอันเป็นสัญญาทางปกครอง ในลักษณะสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคแทบทั้งสิ้น ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร สัญญาจ้างก่อสร้างฝายน้ำล้น หรือสัญญาจ้างปรับปรุงถนน นอกจากนี้ ศาลปกครองยังพิจารณาถึงข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองหรือให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมากด้วย เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างบ้านพักข้าราชการคณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่⁷⁰ และสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียน⁷¹ เป็นต้น และยังวางแนวทางในการพิจารณากรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น การดำเนินการเพื่อให้สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา⁷² การโต้แย้งการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง⁷³ และการให้ระงับการก่อสร้างและการคิดค่าปรับ⁷⁴ เป็นต้น

สรุป ก่อนพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการกับเอกชนทุกสัญญาล้วนเป็นสัญญาทางแพ่ง และอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมทั้งสิ้น แต่เมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับ แนวความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาสัญญาเริ่มเปลี่ยนแปลงไป โดยสัญญาของส่วนราชการบางสัญญารวมทั้งสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากลักษณะของสัญญาเป็นไปตามนิยามความหมาย

⁷⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 80/2544 คำสั่งที่ 104/2544

⁷¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 296/2545 คำสั่งที่ 255/2546

⁷² คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ คำร้องที่ 147/2546 คำสั่งที่ 425/2546

⁷³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องบางข้อหาไว้พิจารณา คำร้องที่ 67/2546 คำสั่งที่ 376/2546

⁷⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ คำร้องที่ 392/2544 คำสั่งที่ 239/2546

ของสัญญาทางปกครองที่กฎหมายบัญญัติ กล่าวคือ สัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติ

การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองในด้านคู่สัญญาพบว่า เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ใช้อยู่บังคับกับส่วนราชการ ซึ่งกำหนดให้ส่วนราชการ หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือในต่างประเทศ แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการส่วนท้องถิ่น อันเป็นข้อความซึ่งอยู่ในความหมายของ “หน่วยงานทางปกครอง” ซึ่งหมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองให้ดำเนินกิจการทางปกครอง คู่สัญญาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการซึ่งจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น เป็นหน่วยงานทางปกครองเสมอ การพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในด้านคู่สัญญา จึงยังไม่พบปัญหาในการพิจารณาลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด

สำหรับการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองในด้านลักษณะของสัญญาพบว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการมีลักษณะเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเท่านั้น เนื่องจากการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ โดยการเข้าทำสัญญาจัดซื้อหรือสัญญาจัดจ้างกับเอกชน เพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์หรือเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะหรือเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินได้โดยตรงหรือเพื่อประโยชน์ในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชน สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เพราะลักษณะของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างมิได้มีลักษณะเป็นการมอบให้เอกชนเข้ามาดำเนินการภายในช่วงระยะเวลาที่กำหนด โดยความเสียหายและเงินลงทุนของเอกชนเอง สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานหรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ