

ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง



นางสาวรัชนิกุล ปันเจียง

สถาบันวิทยบริการ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2548

ISBN 974-14-1797-7

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ISSUES ON JURISDICTION OF GOVERNMENT AGENCY ' S CONTRACTS



Miss. Ratchanikul Punciang

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law

Chulalongkorn University

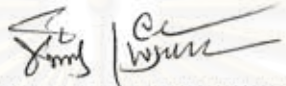
Academic Year 2005

ISBN 974-14-1797-7

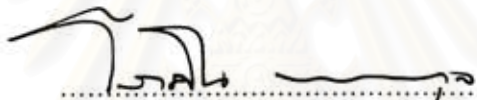
หัวข้อวิทยานิพนธ์
โดย
สาขาวิชา
อาจารย์ที่ปรึกษา

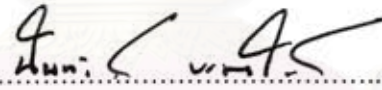
ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง
นางสาวรัชนิกุล ปันเจียง
นิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตร์


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย)


คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.โกศิน พลกุล)


..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)


..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์เข้มชัย ชุตินวงศ์)


..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์)


..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์)

รัชนิกุล ปันเจียง : ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง (ISSUES ON JURISDICTION OF GOVERNMENT AGENCY ' S CONTRACTS) อ. ที่ปรึกษา : ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์, 163 หน้า. ISBN 974-14-1797-7.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้นนั้นมีทั้งที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยในช่วงก่อนที่ศาลปกครองจะเปิดทำการนั้นระบบศาลในประเทศไทยเป็นระบบศาลเดี่ยวข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นทั้งสองประเภทอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม แต่ต่อมาภายหลังเมื่อศาลปกครองเปิดทำการมีผลทำให้ระบบศาลเปลี่ยนเป็นระบบศาลคู่ จึงส่งผลทำให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตกอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันแม้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะได้กำหนดนิยามของสัญญาทางปกครองไว้ในบทบัญญัติมาตรา 3 ก็ตาม แต่บทนิยามดังกล่าวเป็นเพียงการยกตัวอย่างประเภทสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองเท่านั้น มิได้กำหนดถึงความหมายโดยตรงของสัญญาทางปกครองเอาไว้ การกำหนดคำนิยามของสัญญาทางปกครองจะมีผลโดยตรงต่อการกำหนดเขตอำนาจศาล และยังมีผลถึงหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับคดีรวมไปถึงอายุความในการฟ้องคดีด้วย

ด้วยเหตุดังกล่าว เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี จึงสมควรแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการดำเนินการดังต่อไปนี้ คือ

1. ควรกำหนดนิยามสัญญาทางปกครองขึ้นใหม่ให้มีลักษณะเป็นการทั่วไป เพื่อประโยชน์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองให้ชัดเจนกว่าที่เป็นอยู่
2. ควรกำหนดให้สัญญาที่จัดทำขึ้นภายใต้ระเบียบว่าด้วยการพัสดุอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเพื่อมิให้เกิดข้อโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาล
3. ควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีให้ถืออายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อมิให้เกิดปัญหาเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีที่แตกต่างกัน

สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2548

ลายมือชื่อนิสิต.....
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

##4586101534 : MAJOR LAWS

KEY WORD: ADMINISTRATIVE CONTRACTS / ADMINISTRATIVE COURT

RATCHANIKUL PUNCHIANG : ISSUES ON JURISDICTION OF GOVERNMENT AGENCY ' S CONTRACTS. THESIS ADVISOR : NANTAWAT BORAMANAND , 163 pp. ISBN 974-14-1797-7.

The objective of the study was to analyze the problems of competent jurisdiction of courts in the case concerning of contracts of government agency. Contracts which are provided by the Government Agency have 2 catagories 1) Administrative Contracts and 2) Civil Contracts which made by Government Agency.

Before setting up the Administrative court, thai legal system was a single court system so that the disputes concerning both contracts provided by the Government Agency were under the competence of the court of Justice.

After established the Administrative Court, thai legal system became a dual court system which effect the disputes concerning the contract of Government Agency are under the competence of the Administrative Court.

Having Studied, the author found that even the Act on Establishment of the Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.C. 2542 (1999) would defined the meaning of Administrative Contracts in Section 3 but that definition was only a sample of a kind of Administrative Contracts. It did not difine the direct meaning of administrative contracts, The definition of the Administrative contracts has effect directly to the competent jurisdiction of courts and also the legal theories which may use to apply with the cases including the prescription

This issue may cause the problems to the parties in order to sue the cases because they may not know which court has the competence to try or adjudicate the case concerning of contracts of Government Agency. For resolving these problems, the author suggests the following Solution :

1) Define the legal definition of administrative contracts in generally for the propose of separating the Administrative Contracts from the Civil Contracts of the Government Agency.

2) All contracts created under the provision of Regulation Relating to Materials should be in the jurisdiction of the Administrative Court in order to eliminate arguments on jurisdiction.

3) Amend the section 51 of the Act on Establishment of Administrative Court Procedure B.C. 2542 (1999) in term of the prescription by using the prescription according to the Civil code in order to eliminate the problem on inconsistence of prescription.

Field of study.....LAWS.....Student's signature.....*Ratchanikul Panchiang*
Academic year.....2005.....Advisor's signature.....*Nantawat Boramanand*

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และได้ให้ทั้งความรู้ คำแนะนำอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. โภคิน พลกุล ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ศาสตราจารย์เข็มชัย ชุติวงศ์ อาจารย์ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณฉันทนา บันเจียง มารดาผู้เป็นที่รักและเคารพบูชายิ่งของผู้เขียนที่ได้มอบทั้งความรักและกำลังใจให้ผู้เขียนเสมอมาจนสำเร็จการศึกษา ขอขอบคุณสมาชิกในครอบครัวสำหรับกำลังใจที่ดีที่มีให้มาโดยตลอด ขอขอบคุณ คุณผานิต มงคล ที่คอยสนับสนุนในด้านการศึกษา ดร. ประสาท พงษ์สุวรรณ สำหรับคำแนะนำเกี่ยวกับประเด็นทางกฎหมายอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ คุณอดิชาติ หงษ์ทอง คุณคิติกาม คงตระกูล ลี ที่ให้ความช่วยเหลือและให้ข้อคิดดีๆ อยู่เสมอ

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ ในสาขากฎหมายมหาชนทุกท่าน , เพื่อนๆ พี่ๆ ที่ศาลปกครอง และคุณวัลย์พร สำแดงเดช ที่ได้พิมพ์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยความรวดเร็ว รวมถึงท่านอื่นๆ ที่ให้ความช่วยเหลือในด้านต่างๆ แก่ผู้เขียนซึ่งอาจมิได้รับการกล่าวถึงไว้โดยเฉพาะเจาะจง ณ ที่นี้ได้ทั้งหมด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์และคุณค่าทางการศึกษาอยู่บ้าง ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดา มารดา คณาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่านที่ได้ให้ความกรุณาต่อผู้เขียน แต่หากวิทยานิพนธ์นี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขออภัยในความบกพร่องนั้นไว้แต่ผู้เดียว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	3
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	4
1.4 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย.....	4
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	5
บทที่ 2 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับ	
 สัญญาของฝ่ายปกครองในต่างประเทศ.....	6
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาล	
เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส.....	6
2.1.1 ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส.....	7
2.1.1.1 สัญญาทางปกครอง.....	7
2.1.1.2 สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง.....	7
2.1.2 หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง	
ของฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส.....	8
2.1.2.1 กรณีของสัญญาที่มีกฎหมายกำหนด.....	9
2.1.2.2 กรณีของสัญญาที่ศาลวินิจฉัย.....	11
2.1.2.2.1 หลักเกณฑ์ในเชิงองค์กร.....	11
(ก) คู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายเป็นหน่วยงาน	
ทางปกครอง.....	12
(ข) บุคคลอื่นที่กระทำแทนรัฐ.....	13
2.1.2.2.2 หลักเกณฑ์ในแง่เนื้อหา.....	14

2.1.2.2.3	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก.....	15
2.1.3	รูปแบบของสัญญาทางปกครองประเภทต่างๆ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	18
2.1.3.1	สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ.....	18
2.1.3.2	สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติแผ่นดิน.....	19
2.1.3.3	สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ.....	19
2.1.3.4	สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการสาธารณะ20 โดยตรง.....	22
2.1.4	หลักเรื่องเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของ ประเทศฝรั่งเศส.....	22
2.2	แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญา ของฝ่ายปกครองประเทศเยอรมัน.....	23
2.2.1	ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมัน.....	24
2.2.1.1	สัญญาทางปกครอง.....	24
2.2.1.2	สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง.....	25
2.2.2	หลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของ ฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมัน.....	26
2.2.2.1	ทฤษฎีส่วนได้เสีย.....	27
2.2.2.2	ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้การปกครอง.....	28
2.2.2.3	ทฤษฎีตัวการหรือประธาน.....	28
2.2.3	ประเภทของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.....	29
2.2.3.1	สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน.....	30
2.2.3.2	สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน.....	30
2.2.3.3	สัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทน.....	31
2.2.3.4	สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง.....	32
2.2.4	หลักเรื่องเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของ ประเทศเยอรมัน.....	34
2.3	เปรียบเทียบลักษณะทั่วไปและขอบเขตของสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ.....	37
บทที่ 3	สัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ในประเทศไทย.....	39
3.1	แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นใน ประเทศไทย.....	39

3.2 การดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ใช้กันอยู่ก่อนการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย.....	44
3.2.1 ลักษณะสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย.....	44
3.2.1.1 การก่อให้เกิดสัญญาและความสมบูรณ์ของสัญญา.....	47
3.2.1.1.1 ต้องมีบุคคลเป็นคู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป.....	48
3.2.1.1.2 ต้องมีวัตถุประสงค์.....	49
3.2.1.1.3 ต้องมีแบบหรือวิธีการในการแสดงเจตนา.....	50
3.2.1.1.4 ต้องมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญานั้น.....	51
3.2.1.2 ผลของสัญญา.....	55
3.2.1.3 มัดจำและกำหนดเบี้ยปรับ.....	56
3.2.1.4 การเลิกสัญญา.....	58
3.2.1.5 การแก้ไขสัญญา.....	59
3.2.2 การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย.....	60
3.2.2.1 การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม.....	60
3.2.2.2 การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์.....	61
3.2.2.3 การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ.....	63
3.3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กับสัญญาทางปกครอง.....	67
3.3.1 ความเป็นมาของนิยามสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.....	68
3.3.2 หลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง.....	72
3.3.2.1 หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร.....	73
3.3.2.1.1 คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง.....	73
3.3.2.1.2 คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ.....	76

3.3.2.2	หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา.....	76
3.3.2.2.1	สัญญาสัมปทาน.....	77
3.3.2.2.2	สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ.....	79
3.3.2.2.3	สัญญาจัดให้มีสาธารณูปโภค.....	80
3.3.2.2.4	สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.....	80
3.3.3	แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.....	81
3.3.3.1	แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง.....	81
3.3.3.1.1	สัญญาที่ศาลปกครองกลางเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง.....	82
3.3.3.1.2	สัญญาที่ศาลปกครองกลางเห็นว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง.....	82
3.3.3.2	แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง.....	86
3.3.3.3	คำวินิจฉัยของศาลปกครองภายหลังการประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544.....	87
3.3.3.3.1	แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นภายหลังการประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544.....	89
	ก) สัญญาที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง.....	89
	ข) สัญญาที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง.....	90
3.3.3.3.2	แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดภายหลังการประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544.....	94
	ก) สัญญาที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง.....	94
	ข) สัญญาที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง.....	98
3.3.4	แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง.....	101
3.3.4.1	สัญญาที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง.....	103

3.3.4.2 สัญญาที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่า ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง.....	112
3.3.5 เปรียบเทียบขอบเขตของสัญญาทางปกครองของไทยกับต่างประเทศ.....	115
บทที่ 4 ปัญหาในการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง	
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.....	119
4.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง.....	120
4.1.1 เขตอำนาจของศาลปกครองในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง.....	120
4.1.2 เขตอำนาจของศาลยุติธรรมในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง.....	121
4.2 กลไกในการชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง.....	121
4.3 วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากการแบ่งประเภทสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็น 3 ประเภท.....	122
4.3.1 ปัญหาอันเกิดจากความไม่ชัดเจนในการกำหนดขอบเขตของสัญญา ทางปกครอง.....	122
4.3.1.1 กรณีอันเกิดจากหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครอง.....	122
4.3.1.2 กรณีการเปลี่ยนแปลงระยะเวลาในการฟ้องคดี.....	127
4.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาที่มีความเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครอง.....	132
4.3.2.1 กรณีสัญญาที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับอนุญาตต่อตุลาการ.....	133
4.3.2.2 กรณีสัญญาค้ำประกันของสัญญาทางปกครอง.....	137
4.3.2.3 กรณีสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง.....	139
4.3.2.4 กรณีสัญญาก่อนสัญญาทางปกครอง.....	143
4.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาจ้างอันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง.....	144
4.3.3.1 กรณีสัญญาจ้างควบคุมงาน.....	145
4.3.3.2 กรณีสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐอื่น.....	147
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	152
5.1 บทสรุป.....	152
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	156
รายการอ้างอิง.....	159
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	163

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

หน้าที่สำคัญประการหนึ่งของฝ่ายปกครองคือการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองตอบความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยการจัดทำบริการสาธารณะมีวิธีการดำเนินการอยู่ 2 วิธี คือ วิธีแรก เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวด้วยการออกกฎ ออกคำสั่ง หรือปฏิบัติการต่างๆ อันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายบังคับให้เอกชนจำต้องยอมปฏิบัติตาม และวิธีที่สอง เป็นการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ เนื่องจากกิจกรรมบางลักษณะและบางประเภทนั้น หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามจะไม่ใช่การเหมาะสม จึงต้องนำรูปแบบของสัญญามาใช้เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งการนำสัญญามาเป็นเครื่องมือ นั้น สัญญาที่เกิดขึ้นจึงเรียกได้ว่าเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง

สัญญาของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เกิดบรรลุผลสำเร็จนั้นสามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ สัญญาลักษณะแรก เป็นสัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาทางแพ่งเฉพาะในเรื่องการสมัครใจเข้าร่วมในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และฝ่ายปกครอง ส่วนในเรื่องอื่นๆ เช่น การเลือกคู่สัญญาหรือข้อกำหนดในสัญญานั้นไม่อาจนำหลักกฎหมายเรื่องสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับได้ เพราะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาไม่ได้อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะอยู่ในฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงถูกจำกัด เนื่องจากสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะที่ว่า บริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือที่จัดทำโดยผู้ใดย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง สัญญาที่มีลักษณะดังกล่าวจึงเรียกว่า “สัญญาทางปกครอง” สัญญาลักษณะที่สองเป็นสัญญาที่มีลักษณะเหมือนกับสัญญาทางแพ่งที่เอกชนทั่วไปทำระหว่างกันเอง ถึงแม้ว่าสัญญานั้นฝ่ายปกครองจะกระทำขึ้นเพื่อประโยชน์ในการบริการสาธารณะก็ตาม แต่สัญญานั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขอย่างเดียวกับที่เอกชนทำระหว่างกันเองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสัญญาดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย สัญญาที่มีลักษณะดังกล่าวจึงเรียกว่า “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง”

ในอดีตที่ผ่านมาประเทศไทยเป็นระบบศาลเดี่ยว กล่าวคือ ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรตุลาการเพียงองค์กรเดียวที่กำหนดหน้าที่วินิจฉัยคดีทั้งปวงซึ่งรวมถึงคดีปกครองทั้งหมด ตั้งแต่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองไปจนถึงเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยศาลยุติธรรมจะนำหลักกฎหมายเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์มาใช้ โดยไม่มีการแบ่งแยกว่าสัญญาเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ได้มีการกำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแยกออกมาจากศาลยุติธรรม ทำให้เกิดระบบศาลคู่ขึ้นในประเทศไทย กล่าวคือ เป็นระบบที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีทั้งปวงที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลอื่น¹ และศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง² หลังจากนั้นจึงมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองและกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง³ ส่งผลให้เกิดการจำแนกสัญญาออกเป็น 2 ระบบ ได้แก่ สัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดนิยาม “สัญญาทางปกครอง” ขึ้นเป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายไทยไว้ในมาตรา 3 โดยระบุว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ⁴

แต่จากนิยามของสัญญาทางปกครองดังกล่าวเห็นได้ว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน แต่ได้ใช้คำว่า สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้มีการพัฒนาความหมายของสัญญาทางปกครองให้กว้างขึ้น ดังนั้นการศึกษาแนวคำวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล รวมถึงการศึกษาวินิจฉัยเปรียบเทียบหลักกฎหมายไทยและหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ซึ่งเป็นประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมาย

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 271.

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276 กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น

³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (4).

⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

Civil Law และมีแนวคิดในการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนอย่างชัดเจน จึงเป็นประโยชน์ในการพัฒนาความหมายของสัญญาทางปกครองให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และที่ผ่านมาก็ได้มีการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ที่ประชุมได้พิจารณาและรับรองนิยามสัญญาทางปกครองซึ่งเสนอโดย รศ.ดร. โภคิน พลกุล รองประธานศาลปกครองสูงสุดคนที่ 2 ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ “สัญญาใดจะเป็น สัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรกคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็น หน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทาง ปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้า ร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะ พิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการ ทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงาน ทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ มุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัคร บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็น สัญญาทางแพ่ง”

จากนิยามดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองนั้นมีความหมายที่ กว้างขึ้นไปจากนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงเป็นสิ่งที่น่าศึกษาต่อไปว่าสัญญาทางปกครองจะพัฒนาการไปใน ทิศทางใด ซึ่งอุปสรรคปัญหาในการตีความว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทาง แพ่งของฝ่ายปกครองนั้นมีผลโดยตรงต่อการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล ดังนั้น จึงสมควรที่จะมีการศึกษาขอบเขตของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยและเขต อำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี รวมถึงศึกษาปัญหาและแนวทางแก้ไขเพื่อให้หลัก กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองได้พัฒนาต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดพื้นฐานของสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของ ฝ่ายปกครอง
2. เพื่อให้ทราบถึงความสำคัญของการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองและสัญญา ทางแพ่งของฝ่ายปกครอง
3. เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศ ไทยในปัจจุบัน โดยเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของต่างประเทศ

4. เพื่อศึกษาถึงปัญหาที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหา

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

1. ศึกษาขอบเขตอำนาจศาลที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540
2. ศึกษาขอบเขตของสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
3. ศึกษาขอบเขตของสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ อันได้แก่ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน เปรียบเทียบกับประเทศไทย
4. ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

1.4 สมมุติฐานของการวิจัย

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ทำให้ระบบศาลของประเทศไทยซึ่งเป็นระบบศาลเดี่ยวกลายเป็นระบบศาลคู่ ต่อมาได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 ก็ตาม แต่เนื่องจากนิยามดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจน จึงทำให้การแบ่งแยกคดีสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองไม่เด็ดขาดจากกัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อการนำคดีไปฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ดังนั้น จึงสมควรศึกษาหลักเกณฑ์เพื่อกำหนดนิยามสัญญาทางปกครองให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นเพื่อที่จะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างถูกต้อง

1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

ในการศึกษาค้นคว้านี้ เป็นการพรรณานาและวิเคราะห์ควบคู่กันไปโดยค้นคว้า รวบรวม ข้อมูลเอกสารจากห้องสมุดต่างๆ หนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ เอกสารที่ใช้ในการประกอบการสัมมนา และเอกสารอื่นๆ ในสาขานิติศาสตร์ และสาขาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันรวมถึงปัญหาที่เกิดขึ้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

ทำให้ทราบถึงแนวคิดพื้นฐานของสัญญาของฝ่ายปกครอง และแนวคิดอันมีลักษณะร่วมกันเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ฝรั่งเศส เยอรมัน เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์และปรับปรุงแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทยให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นอันเป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดจะทำให้สามารถแยกประเภทสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ และทำให้ลดปัญหาการนำคดีมาฟ้องผิดศาล



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับ สัญญาของฝ่ายปกครองในต่างประเทศ

แนวความคิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ที่ว่ากิจกรรมของฝ่ายปกครอง ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับฝ่ายปกครองรวมถึงความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องส่งผลให้ระบบกฎหมายที่นำมาใช้ย่อมมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่มุ่งใช้บังคับกับเอกชนและความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน การศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาลจึงมีความจำเป็นต้องเริ่มต้นจากการศึกษาแนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวของต่างประเทศ ซึ่งประเทศที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นต้นแบบและมีวิวัฒนาการทางด้านแนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องนี้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน คือประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญา ของฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส

แนวความคิดและหลักกฎหมายต่าง ๆ ของประเทศฝรั่งเศสมักจะมาจากแนวคำพิพากษาของศาลประกอบกับหลักทฤษฎีกฎหมายที่นักวิชาการสร้างขึ้น

ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนี้ นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมายโดยทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีการทำสัญญาได้อีกด้วย สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องนั้นเรียกกันว่า สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l'Administration) โดยฝ่ายปกครองอาจจะทำสัญญารายได้ระบบกฎหมายเอกชนอย่างเดียวกับที่เอกชนทำสัญญาระหว่างกันหรือว่าอาจจะทำสัญญารายได้ระบบกฎหมายพิเศษคือระบบกฎหมายปกครอง⁵

ดังนั้น จึงอาจแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองได้เป็นสองประเภท ประเภทแรกคือ สัญญาทางปกครอง และประเภทที่สอง คือ สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งสัญญาทั้งสองประเภทถือเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองแต่มีความแตกต่างกันในเรื่องของระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับและเขตอำนาจศาลในการพิจารณากรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้น

⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 31.

2.1.1 ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส

2.1.1.1 สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs) เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับเมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีคือศาลปกครอง

2.1.1.2 สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง (contrats du droit commun de l'administration) เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองอีกประเภทหนึ่งซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับโดยถือว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสถานะเท่าเทียมกัน ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเดียวกับกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีคือศาลยุติธรรม

การแยกระบบกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งสองประเภทเกิดขึ้นจากเหตุผลสองประการ ประการแรก เนื่องมาจากเหตุผลในเชิงประวัติศาสตร์ที่ต้องการลดบทบาทของศาลยุติธรรมลงในคดีปกครองประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดมาตั้งแต่ในอดีตว่าศาลยุติธรรมควรมีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนคดีปกครองควรให้สภาที่ปรึกษาของกษัตริย์เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย ต่อมาได้มีการปฏิวัติล้มล้างระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช ในปี ค.ศ. 1789 (พ.ศ. 2332) จึงได้นำหลักการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกิเยอมาตีความอย่างเคร่งครัด โดยมีการตรากฎหมายห้ามศาลยุติธรรมไม่ให้พิจารณาคดีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถูกฟ้องและให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้พิจารณาคำร้องทุกข์ของราษฎรที่เกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองเสียเอง ภายหลังปี ค.ศ. 1799 (พ.ศ. 2342) ได้มีการจัดตั้งสภาแห่งรัฐ⁶ (Conseil d'Etat) โดยให้มีอำนาจหน้าที่ร่างกฎหมายให้แก่ฝ่ายบริหาร และเป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาคำร้องทุกข์ของราษฎรเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองด้วยโดยในระยะแรกเพียงแต่เสนอแนะคำวินิจฉัยต่อหัวหน้าของฝ่ายบริหารให้เป็นผู้พิจารณาเท่านั้น ในทางปฏิบัติฝ่ายบริหารมักจะวินิจฉัยตามคำแนะนำดังกล่าวเสมอ ภายหลังจึงได้รับการยอมรับให้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้เองและพัฒนามาเป็นศาลปกครองสูงสุดในปัจจุบัน ประการที่สอง ในเรื่องของเนื้อหาสาระของตัวสัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น จึงไม่อาจถือหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาและหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาตามระบบกฎหมายเอกชนได้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองมุ่งคุ้มครองและรักษาประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ทั้งนี้ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือ

⁶ ในการศึกษาการกล่าวถึงสภาแห่งรัฐหมายถึง ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส

สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองจึงต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาเพื่อแยกสัญญาทั้งสองประเภทออกจากกัน⁷

2.1.2 หลักเกณฑ์การแบ่งแยกกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส

การพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทั้งสองประเภทมีความสำคัญในทางปฏิบัติมาก เนื่องจากสัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (les personnes morales de droit public หรือเรียกย่อๆ ว่า นิติบุคคลมหาชน les personnes publiques)⁸ ทำกับเอกชนหรือทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันเองแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ “สัญญาทางปกครอง” และ “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง” โดยสัญญาประเภทแรกจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ซึ่งจะใช้ระบบกฎหมายปกครองบังคับกับสัญญาดังกล่าว ส่วนสัญญาประเภทที่สองจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมซึ่งจะใช้ระบบกฎหมายเอกชนบังคับกับสัญญานั้น

แต่เดิมในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่าอาจแบ่งแยกนิติกรรมต่างๆ ของฝ่ายปกครองได้เป็น 2 ประเภท คือ “นิติกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจบังคับบัญชา (actes d'autorité)” กับ “นิติกรรมที่ฝ่ายปกครองบริหารกิจการเหมือนอย่างเอกชน (actes de gestion)” โดยถือว่าสัญญาทั้งหมดที่ทำโดยฝ่ายปกครองหรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้นเป็นนิติกรรมประเภทหลัง ดังนั้น ในสมัยนั้น “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ทั้งหมดจึงอยู่อำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน เว้นแต่สัญญาบางประเภทที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1873 “ศาลชี้เขตอำนาจศาล (le Tribunal des conflits)” ได้วินิจฉัยในคดี Blanco ว่าจะต้องใช้แนวความคิดเรื่อง “บริการสาธารณะ (le service public)” เป็นเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาว่ากิจกรรมและนิติกรรมใดของฝ่ายปกครองจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองหรือไม่ และจากแนวคำวินิจฉัยในคดีนี้เองที่ได้มีการแบ่งแยก “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ออกเป็นสองประเภท โดยถือหลักว่าสัญญาใดที่ฝ่าย

⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์, “ระบบศาลปกครองของฝรั่งเศส,” ใน ศาลปกครอง. สมคิด เลิศไพฑูรย์, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), หน้า 99 – 100.

⁸ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสนั้นแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ (ก) รัฐ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปในทุกเรื่องและมีเขตอำนาจทั่วประเทศ

(ข) องค์การปกครองท้องถิ่น (collectivités locales) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องทั่วไปแต่มีอำนาจจำกัดเฉพาะในเขตท้องที่ของตน นิติบุคคลประเภทนี้ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด (départments) และเทศบาล (communes)

(ค) “องค์การมหาชน (établissements publics)” ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เฉพาะในเรื่องที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ นิติบุคคลประเภทนี้ได้แก่ มหาวิทยาลัยและรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปของ “องค์การมหาชน” เป็นต้น

ปกครองทำขึ้นเพื่อการจัดองค์กรหรือการปฏิบัติงานของบริการสาธารณะ (contrats conclus en vue de l'organisation ou du fonctionnement des services publics) สัญญานั้นเป็น “สัญญาทางปกครอง” ส่วนสัญญาอื่นใดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน และนับตั้งแต่นั้นมา ศาลก็ได้ใช้แนวความคิดเรื่องบริการสาธารณะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นเวลานานพอสมควร แต่ต่อมาศาลพบว่าเกณฑ์ดังกล่าว⁹ แม้ว่าจะได้นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบริการสาธารณะเข้ามาใช้ยังมีจุดอ่อนอยู่ จึงได้พยายามคิดค้นหาเกณฑ์อื่นขึ้นมาใช้แทนหรือเสริมเกณฑ์ดังกล่าวในการแบ่งแยกสัญญาทั้งสองประเภท แต่ก็มิได้หมายความว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะสามารถแก้ไขปัญหาในการแบ่งแยกสัญญาทั้งสองประเภทได้ทุกประการจุดบกพร่องที่ปรากฏ คือกรณีที่สัญญาที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะบางประเภทมิใช่สัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ในทางกลับกันสัญญาบางประเภทจัดว่าเป็นสัญญาทางปกครองทั้งที่มิได้มีความสัมพันธ์กับการบริการสาธารณะแต่อย่างใด นอกจากนี้ยังมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยตรงให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง หรือกำหนดว่าสัญญานั้นให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

2.1.2.1 กรณีของสัญญาที่มีกฎหมายกำหนด

โดยหลักระบบกฎหมายมหาชนและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสจะมาจากแนวคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก แต่ก็มีตัวบทกฎหมายบางฉบับที่กำหนดหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เช่นกัน บางกรณีกำหนดชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครอง บางกรณีกำหนดว่าเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง นอกจากการกำหนดประเภทของสัญญาไว้ในตัวบทกฎหมาย ยังมีอีกวิธีหนึ่ง คือ กฎหมายจะระบุโดยทางอ้อมว่าให้ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาคดี ซึ่งสัญญาที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาอาจเป็นสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดโดยตรง หรืออาจจะมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองแต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นพิเศษก็ได้¹⁰ เมื่อมีการแบ่งอำนาจในการพิจารณาคดีระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ศาลคดีขัดกันได้วางหลักว่ากฎหมายและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (règlement) เท่านั้นที่จะสามารถกำหนดสภาพของสัญญาได้ซึ่งตัวอย่างสำหรับกรณีดังกล่าว คือ บทบัญญัติแห่งรัฐกำหนด (ordonnance) ลงวันที่ 21 สิงหาคม ค.ศ. 1967 เกี่ยวกับการประกันสังคมได้กำหนดไว้ถึงกรณีบุคลากรของกองทุนแห่งชาติ (caisses nationales) ซึ่งมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชน (établissements

⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, นิติธรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 45 – 46.

¹⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, หน้า 45 – 46.

publics) ว่าอาจมีได้ทั้งผู้ที่เป็นข้าราชการ (fonctionnaires) เจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายมหาชน (des agents de droit public) หรือเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายเอกชน (des agents de droit privé) โดยฝ่ายบริหารสามารถออกรัฐกฤษฎีกา (décret) เพื่อกำหนดประเภทของบุคลากรที่จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนได้¹¹

นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาตัดสินของศาลปกครอง¹²

- สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (marchés de travaux publics) ถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 Pluviôse an VIII

- สัญญาที่เอกชนให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วยการให้เงินหรือวัสดุ (offre de concours) สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐก็ถือว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสัญญาการโยธาสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 Pluviôse an VIII เช่นกัน

- สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (marchés publics) กำหนดโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (Code de marchés publics)

- สัญญาให้เช่าครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (Contrats comportant occupation du domaine public) กำหนดโดย รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 17 มิถุนายน 1938 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยที่ดินของรัฐมาตรา 84

- สัญญากู้ยืมของรัฐ (emprunts publics de l'Etat) กำหนดโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 1790 และ 26 กันยายน 1739

- สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะไม่ดี (Code de santé public) กำหนดโดย รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 1983 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายสาธารณสุข มาตรา L.680

และตัวอย่างสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาตัดสินของศาลยุติธรรม

- สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะดี (contrats de l'hospitalisation des non-indigents) กำหนดโดย รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 7 สิงหาคม 1851 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code de santé public) มาตรา L.680

- สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงอาหารของราชการทหาร (Contrats relatifs au service des ordinaires) กำหนดโดย รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 22 เมษายน 1905 และ 6 พฤศจิกายน 1930

¹¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 331

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง 5 (2529) หน้า 78 – 79.

นอกจากการใช้กฎหมายและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารในการกำหนดประเภทของสัญญาว่าเป็นสัญญาประเภทใด การกำหนดระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้ในสัญญาโดยตรงก็ย่อมได้ผลในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ หากในการทำสัญญาได้มีการกำหนดระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษไว้ในสัญญามีผลทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาทางปกครอง แม้สัญญานั้นมิได้เป็นเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะและไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษปรากฏอยู่ในสัญญา ก็ตาม สัญญานั้นก็ย่อมต้องถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน ตัวอย่าง สัญญาซื้อไฟฟ้าของการไฟฟ้าแห่งชาติ (E.D.F.) จากผู้ผลิตไฟฟ้าอิสระ โดยมีการกำหนดระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองและส่วนสุดท้ายที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองที่ควรกล่าวถึงเพื่อความสมบูรณ์คือ ทฤษฎีส่วนควบ (la théorie de l'accessoire ซึ่งนำมาใช้ในกรณีการรับรอง (garanties)) หรือการค้ำประกันสัญญาทางปกครองกรณีนี้จึงต้องมีสัญญาเกิดขึ้นสองประการ ได้แก่ สัญญาหลักคือสัญญาทางปกครอง และสัญญารองซึ่งไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือสาระของสัญญาดังกล่าวเพราะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครองที่เป็นสัญญาหลัก เช่น สัญญาค้ำประกันเงินกู้ที่ทางจังหวัดได้รับรองว่าจะชดใช้เงินให้แก่วิสาหกิจเอกชนที่กู้เงินจากกองทุนเกษตรแห่งชาติ ซึ่งสัญญากู้ยืมเงินเป็นสัญญาทางปกครองและเป็นสัญญาหลัก เพราะฉะนั้น สัญญาค้ำประกันว่าจะใช้เงินซึ่งเป็นสัญญารองจึงถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองด้วย¹³

2.1.2.2 กรณีของสัญญาที่ศาลวินิจฉัย

ศาลจะมีหน้าที่เป็นผู้วินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใดก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลใช้เกณฑ์ในการพิจารณาอยู่หลายเกณฑ์ด้วยกัน ดังนั้น ในที่นี้จะขอแยกหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเป็น 2 หลักเกณฑ์ด้วยกัน คือ หลักเกณฑ์ในเชิงองค์กร และหลักเกณฑ์ในแง่เนื้อหา รายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

2.1.2.2.1 หลักเกณฑ์ในเชิงองค์กร

การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองตามหลักเกณฑ์นี้ อาศัยเกณฑ์ของคู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐโดยศาสตราจารย์ ชาปู (Chapus) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส เห็นควรแยกอธิบาย

¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 333 – 334.

เกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าวออกเป็น 3 กรณี โดยใช้คุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งดังนี้¹⁴ คือ

- กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน
- กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน
- กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน

(ก) คู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครอง

ประการแรก กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน โดยหลักแล้วสัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลชี้ขาดอำนาจศาล (le Tribunal des conflits) ได้วางหลักนี้ในคดี Union des Assurances de Paris ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนนั้นใช้วิธีการในการบริหารแบบมหาชน ซึ่งหลักดังกล่าวจะไม่นำมาใช้บังคับหากสัญญานั้นเป็นการกอนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลมหาชนทั้งสองฝ่าย เช่น สัญญาทางธุรกิจของนิติบุคคลมหาชนทั้งสองฝ่ายหรือสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินของเอกชน

ประการที่สอง กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน

สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำอาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองก็ได้ ไม่จำเป็นเสมอไปว่าสัญญานั้นจะต้องเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลได้วินิจฉัยในคดี Coopérative agricole de l'Arne ค.ศ. 1986 ว่า ในการทำสัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับบุคคลเอกชนที่ จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของสัญญาด้วย กล่าวคือ เป็นนิติกรรมในการบริหารแบบมหาชน ทั้งนี้ โดยอาจเป็นเพราะสัญญานั้นมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษหรืออาจจะเป็นเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นหรืออาจจะเป็นเพราะระบบของสัญญานั้น ในเรื่องของวิธีการในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองไม่มีผลเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของสัญญา เช่น สัญญาที่ทำกันโดยวิธีการประกวดราคา ก็อาจจะเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่งก็ได้ ขณะเดียวกันศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลได้วินิจฉัยในคดี Epoux Bertin ค.ศ. 1959 ว่า สัญญาที่ทำกันด้วยวาจาก็อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้เหมือนกัน นอกจากนี้ ยังมีคำวินิจฉัยของ

¹⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, หน้า 34.

สภาแห่งรัฐในคดี Maternité reg.A. Pinard ค.ศ. 1984 ว่า การที่ต้องได้รับอนุมัติจากเจ้าหน้าที่หรือองค์กรฝ่ายปกครองก่อนจะทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน มิได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะของสัญญานั้นให้เป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด¹⁵

(ข) บุคคลอื่นที่กระทำแทนรัฐ

สัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาที่ต่างก็เป็นบุคคลเอกชนทั้งสองฝ่ายโดยหลักแล้วย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นบุคคลเอกชนนั้นจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม ไม่ว่าสัญญานั้นจะมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษ หรือสัญญานั้นจะมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ก็ตาม ดังเช่นสัญญาที่ทำกันระหว่างบริษัทผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางด่วน (sociétés concessionnaires d'autoroute) กับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชน ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยในคดี Société de l'Autoroute Estérel-Côte d'Azur ค.ศ. 1961 ว่าเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน และศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลก็วินิจฉัยในแนวเดียวกันในคดี SNCF c/Entreprise Solon et Barrault ค.ศ. 1972¹⁶ แต่ในบางกรณีสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนทั้งสองฝ่าย หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกระทำการแทนนิติบุคคลผู้มอบอำนาจ ย่อมถือได้ว่าผู้นั้นเป็นผู้รับมอบอำนาจ และสามารถดำเนินการต่าง ๆ ที่ผูกพันในนามและเพื่อ (au nom et pour le compte de) ผู้มอบอำนาจได้โดยถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งการมอบอำนาจมีได้สองรูปแบบ คือ

รูปแบบแรก การมอบอำนาจโดยผลของกฎหมาย มีหลายกรณี ตัวอย่างเช่น การมอบหมายจากรัฐให้เอกชนดำเนินการในนามของตนได้นั้น อาจเกิดจากการที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐได้มีหนังสือระบุอย่างชัดเจนว่ามอบอำนาจให้เอกชนดำเนินการ (Mandat explicite) โดยถือว่าหนังสือมอบอำนาจดังกล่าวเป็นสัญญาตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1984 หรือในกรณีรัฐบัญญัติลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1985 อนุญาตให้ผู้ควบคุมงานของรัฐ (maître d'ouvrage public) มอบอำนาจให้ผู้ควบคุมงานเอกชนที่ตนจ้างเข้ามาทำงานสามารถไปทำสัญญากับเอกชนอื่นในนามและเพื่อผู้ควบคุมงานของรัฐได้ หรือในมาตรา R.321-20 แห่งประมวลกฎหมายผังเมือง (Code de l'urbanisme) ได้กล่าวถึงกรณีที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจสามารถมอบให้องค์กรผังเมืองของเอกชน “ดำเนินการในนามและเพื่อ” หน่วยงานของตนได้ในบางกรณี¹⁷

รูปแบบที่สอง การมอบอำนาจโดยปริยาย ศาลยอมรับให้มี การมอบอำนาจจากรัฐให้เอกชนทำสัญญาในนามของตนโดยปริยาย (Mandat tacite) สัญญาที่ทำ

¹⁵ บุปผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย (กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 25 – 26.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

¹⁷ นันทวัฒน์ บรรณานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 333 – 334.

กันระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะ อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากสัญญานั้นได้ทำขึ้น “เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน ซึ่งหมายถึงกรณีที่ องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาไปโดยมิได้รับมอบอำนาจจากนิติบุคคลมหาชนแต่เป็นการทำสัญญาแทนที่นิติบุคคลมหาชน” แต่ถ้าปรากฏว่าองค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญานั้นไปเองโดยอิสระโดยดำริของตนเอง การทำสัญญานั้นย่อมมิใช่เป็นการทำสัญญา “เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน”¹⁸

ดังตัวอย่างเช่น ในกรณีของบริษัทแห่งหนึ่งในจังหวัด Vaucluse ทำสัญญากับวิสาหกิจเอกชนอีกแห่งหนึ่งให้ปรับปรุงลานหน้าวัง Papes ในเมือง Avignon ในระหว่างการดำเนินงานกำแพงถล่มลงมา ผู้ได้รับความเสียหายจึงได้ไปขอให้เมืองชดใช้ค่าเสียหายให้ในฐานะที่กำแพงดังกล่าวเป็นสมบัติของเมืองนั้น ซึ่งต่อมาเมืองก็ให้ผู้เสียหายไปเรียกร้องเอาที่วิสาหกิจเอกชนผู้ก่อสร้าง เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดก็ได้ตัดสินว่าข้อตกลงในการดำเนินงานระหว่างบริษัทและวิสาหกิจเอกชนเป็นข้อตกลงที่ทำขึ้น “เพื่อประโยชน์ของเมือง” และก่อให้เกิดสภาพเป็นงานโยธาสาธารณะ ดังนั้น จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว หรือในคำพิพากษาศาลคดีขัดกันเกี่ยวกับการก่อสร้างศูนย์นิวเคลียร์ที่มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Nersa ถูกตั้งขึ้นมาเพื่อก่อสร้างศูนย์นิวเคลียร์โดยให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชน สัญญาที่บริษัท Nersa ทำเป็นสัญญาโยธาสาธารณะเนื่องจากบริษัท Nersa ทำการแทนในนามของการไฟฟ้าแห่งชาติ (E.D.F.) ซึ่งเป็นวิสาหกิจมหาชน โดยศาลคดีขัดกันได้อธิบายถึงความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาที่บริษัท Nersa ซึ่งเป็นบริษัทเอกชนทำเอาไว้ว่า บริษัท Nersa จัดตั้งโดยผลของรัฐกฤษฎีกา การดำเนินการจัดให้มีศูนย์นิวเคลียร์เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติลงวันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1946 บุคลากรของ Nersa อยู่ภายใต้สถานะเดียวกับบุคลากรของการไฟฟ้าแห่งชาติ (E.D.F.) และนอกจากนี้แล้วการไฟฟ้าแห่งชาติ (E.D.F.) ยังเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท Nersa ถึงร้อยละ 51 ดังนั้น จึงย่อมถือได้ว่า การกระทำทั้งหลายของบริษัท Nersa เป็นการกระทำในนามของการไฟฟ้าแห่งชาติ (E.D.F.) ที่เป็นวิสาหกิจมหาชน เมื่อบริษัท Nersa ไปทำสัญญาเพื่อก่อสร้างจึงย่อมถือเป็นการได้รับมอบอำนาจโดยปริยายจากการไฟฟ้าแห่งชาติเพราะการก่อสร้างศูนย์นิวเคลียร์นั้น “โดยสภาพ” เป็นงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอยู่แล้ว¹⁹

2.1.2.2.2 หลักเกณฑ์ในแง่เนื้อหา

สัญญาทั้งหลายที่จัดทำขึ้นเพื่อจัดให้มีบริการสาธารณะหรือสัญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อการมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะส่วนใหญ่แล้วจะเป็นสัญญาที่ทำโดย

¹⁸ บุบผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย, หน้า 60.

¹⁹ นันทวัฒน์ บรรณานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 336.

ฝ่ายปกครอง สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการบริการสาธารณะโดยตรง กล่าวคือ หน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะในตัวเอง ในขณะที่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะแต่ไม่ถึงกับเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะเองโดยตรงโดยสภาพจะไม่ใช้สัญญาทางปกครองหากไม่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก²⁰

2.1.2.2.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก (les clauses exorbitantes du droit commun)

แนวความคิดในเรื่องนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกการจัดทำกิจกรรมของเอกชนและการจัดทำกิจกรรมของรัฐ ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองตัวฝ่ายปกครองเองไม่มีเสรีภาพเต็มที่เหมือนเอกชนในการทำสัญญา การเลือกคู่สัญญาก็ต้องใช้วิธีการที่เป็นกลางและให้ผลประโยชน์แก่ประโยชน์สาธารณะให้มากที่สุด โดยเหตุนี้หลักกฎหมายปกครองที่ใช้กับสัญญาทางปกครองจึงให้เอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างแก่ฝ่ายปกครอง และกำหนดหน้าที่พิเศษบางประการแก่ฝ่ายปกครอง

ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมีอำนาจมหาชนที่ให้สิทธิพิเศษที่เอกชนไม่มีแก่ฝ่ายปกครอง เช่น อำนาจทำนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของเอกชนได้ ดังนั้น ถ้าฝ่ายปกครองมาทำสัญญากับเอกชนและยังไม่ต้องการสิทธิพิเศษตามที่มิในอำนาจมหาชน ก็อาจเขียนข้อสัญญาให้มีข้อความที่รักษาเอกสิทธิ์เช่นนั้นไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ต้องใช้กฎหมายปกครองบังคับแก่สัญญานั้น นอกจากนั้น ฝ่ายปกครองยังสามารถที่จะให้การดำเนินกิจกรรมซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนได้ด้วยการทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนเช่นที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง เช่น การเช่าอาคารเพื่อใช้เป็นที่ทำงานของฝ่ายปกครอง หรือการใช้วิธีการปกติที่ฝ่ายเอกชนใช้ในการดำเนินกิจกรรมเป็นปกติธุระของตน เช่น การสั่งซื้อวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ ด้วยวาจา หรือการขนส่งสินค้าทางรถไฟในราคาเดียวกับประชาชนทั่วไป โดยเป็นที่ยอมรับของศาลว่าสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้สัญญาในระบบกฎหมายเอกชนซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาคดีแม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นฝ่ายปกครองก็ตาม²¹

²⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง, 5 หน้า 84.

²¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 336.

ลักษณะของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ

ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมากเป็นข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อความดังกล่าวจึงมีลักษณะที่เป็นข้อความที่อาจขัดต่อกฎหมายและทำให้สัญญาเป็นโมฆะหากไปใส่ไว้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาเลย หรือสัญญาที่มีข้อความให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองบังคับคดีได้เองโดยไม่ต้องผ่านศาล เช่น พอดีสัญญาให้ฝ่ายปกครองริบทรัพย์ คู่สัญญาเอกชนขายทอดตลาดได้ทันที ข้อสัญญาเหล่านี้ ถ้าใส่ในสัญญาทางแพ่งจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนทันที หรืออาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนที่จะทำกันจึงไม่ค่อยพบบ่อยนักในกฎหมายเอกชนเพราะโดยปกติคู่สัญญามักไม่ยินยอมใส่ไว้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ดำเนินการโรงละครสัตว์และโรงมหรสพของเทศบาลได้รับยกเว้นภาษี (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล ในคดี consorts Cazautets ค.ศ. 1962) และข้อสัญญาที่กำหนดข้อผูกพันของเทศบาล (commune) ที่จะต้องกำหนดภาษี (ท้องถิ่น) ทางตรงขึ้นใหม่ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อนำเงินภาษีนั้นมาผ่อนชำระหนี้เงินกู้เป็นรายปี (คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองแวร์ซายในคดี Société Calif ค.ศ. 1985) เป็นต้น หรือข้อสัญญาประเภทนี้อาจเป็นข้อสัญญาที่มีผลต่อบุคคลภายนอก เช่น ข้อสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในอันที่จะลงโทษทางวินัยแก่นักเรียนของโรงเรียนการเกษตรที่คู่สัญญานั้นได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ (คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี de Mestral ค.ศ. 1925) การให้อำนาจฝ่ายปกครองในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาเป็นพิเศษทุกขั้นตอนก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันในระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือฝ่ายปกครองอาจให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยที่เอกชนด้วยตนเองทำไม่ได้

การควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนนั้นอาจเป็นการควบคุมโดยทั่วไปหรือโดยเฉพาะเจาะจง เช่น สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการของสนามกีฬาสำหรับการแข่งขันหรือฝึกซ้อมจักรยาน (vélodrome) ซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมผลการบริหารทางการเงิน (คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี Société du vélodrome du Parc des Princes ค.ศ. 1965) หรือสัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินการของภัตตาคารแห่งหนึ่ง ซึ่งมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมในเรื่องของบุคลากรที่ว่างและอัตราค่าบริการที่เรียกเก็บ (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล ในคดี Société d' exploitation touristique Haute-Maurienne ค.ศ. 1980) เป็นต้น

การควบคุมเช่นนี้อาจเป็นการกำหนดหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงบางประการให้แก่คู่สัญญาเอกชน เช่น หน้าที่ที่จะต้องขออนุญาตจากทางราชการเสียก่อนสำหรับการดำเนินการบางอย่าง (คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี Société du vélodrome du Parc des

Princes ค.ศ. 1980) หรือหน้าที่ที่จะต้องระงับการดำเนินกิจการของสถานประกอบการที่ให้เช่าตามคำสั่งของนิติบุคคลมหาชน (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลในคดี *consorts Cazautets* ค.ศ. 1962)

ข้อสัญญาที่กำหนดว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องถือปฏิบัติตามข้อสัญญาอย่างไร เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีชนิดและความถี่ของการแสดงในโรงมหรสพของเทศบาลตามที่ข้อสัญญากำหนดไว้ และหน้าที่ที่จะต้องจัดให้เทศบาลได้ใช้โรงมหรสพนั้นสำหรับการจัดงานฉลองต่างๆ และการประชุมของเทศบาล (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลในคดี *Stanesco* ค.ศ. 1955)

ข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนมีสิทธิเลิกสัญญา (หรือระงับสัญญา) ได้ แม้ว่าจะไม่มีกำหนดเงื่อนไขไว้ในข้อสัญญาว่า จะต้องบอกกล่าวหรือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบล่วงหน้าก่อน ถ้าเป็นไปได้เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยอาศัยหลักอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง (*pouvoir de modification unilatérale*) หรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับชดเชยค่าทดแทน (*indemnité*) (คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี *Favier* ค.ศ. 1960)²² เหล่านี้ จะเห็นได้ว่าในสัญญาที่เอกชนทำกันเอง ไม่มีทางทำเช่นนี้ได้ นอกจากข้อความในสัญญาเองแล้ว ศาลยังใช้ตัวบทกฎหมายทั้งปวงอันเป็นที่มาของสัญญานั้น มาประกอบการวินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง ด้วยเหตุนี้ แม้ในสัญญาจะไม่มีข้อความใดโดยเฉพาะที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง แต่ถ้าพิจารณาถึงบทกฎหมายอันเป็นที่มาของสัญญานั้นๆ ทั้งกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรองประกอบแล้ว ทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายประสงค์ให้สัญญานั้นมีลักษณะและผลต่างจากสัญญาทางแพ่ง (*régime exorbitant*) แล้ว สัญญานั้นก็เป็นสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างกรณีนี้คือ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี *Société d' exploitation électrique de la Rivière du Sant* ค.ศ. 1973 วินิจฉัยว่าสัญญาที่ทำระหว่าง “การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส (*L' Electricité de France*)” ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปของ “องค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม (*établissement public industriel et commercial*)” กับผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายแรกซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญาฝ่ายหลัง เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะกฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับ “ระบบกฎหมายพิเศษที่ไม่ค่อยพบกันโดยทั่วไป (*régime exorbitant du droit commun*)” กับสัญญาดังกล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้ “การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส” ต้องซื้อกระแสไฟฟ้าจากผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชนและกำหนดว่าในกรณีที่มิซื้อไฟฟ้าเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาจะต้องเสนอข้อพิพาทให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบทางการไฟฟ้าวินิจฉัยเสียก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้มีได้เกิดจากข้อสัญญาแต่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย

²² บุบผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย, หน้า 38 – 40.

สัญญาดังกล่าวข้างต้นมิได้มีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว ปรากฏว่าสัญญานี้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ ศาลจึงวินิจฉัยว่าสัญญานี้เป็น “สัญญาทางปกครอง”

ผลการคำวินิจฉัยกรณีพิจารณาสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้น ศาลได้ขยายผลดังกล่าวไปใช้ในกรณีที่สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษที่ไม่ค่อยพบในระบบกฎหมายแพ่ง (régime exorbitant du droit commun)²³

2.1.3 รูปแบบของสัญญาทางปกครองประเภทต่าง ๆ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

รูปแบบของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสที่เป็นที่มาของหลักกฎหมายสำคัญ ได้แก่

2.1.3.1 สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (contrats relatifs à l' execution de travaux publics)

โดยวัตถุประสงค์ของสัญญาประเภทนี้ถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องมาจากการทำงานก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์หรืองานโยธาสาธารณะนั้นเป็นการปฏิบัติการในการบริหารแบบมหาชนเพราะในการทำงานนั้นนิติบุคคลมหาชนย่อมมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน สัญญาในหัวข้อนี้อาจแยกย่อยออกได้เป็นสองกลุ่มโดย

กลุ่มแรก สัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ (marché de travaux publics) เป็นสัญญาที่นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาเอกชนให้ทำการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์โดยนิติบุคคลมหาชนให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน หรือสัญญาจ้างก่อสร้างและบริหารงานโยธาสาธารณะเป็นสัญญาว่าจ้างให้ผู้รับเหมาเอกชนทำการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์และดำเนินกิจการของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างขึ้นด้วย โดยนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนให้

กลุ่มที่สอง สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ (contrats de concession de travaux publics) เป็นกรณีนิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่คู่สัญญาเอกชนในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์และเอกชนคู่สัญญามีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์โดยสามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการเป็นค่าตอบแทนในการใช้ประโยชน์นั้น นอกจากนี้สัญญาว่าจ้างสถาปนิกผู้ควบคุมงานก่อสร้าง

²³ ชาญชัย แสวงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, หน้า 44.

อสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์และสัญญาที่เอกชนซึ่งได้รับประโยชน์จากการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ยอมมอบเงิน วัสดุหรือที่ดิน สำหรับการก่อสร้างนั้นให้แก่นิติบุคคลมหาชนโดยมีเงื่อนไขว่า นิติบุคคลมหาชนจะต้องดำเนินการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์นั้นก็ย่อมถึงได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน²⁴

2.1.3.2 สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติแผ่นดิน (contrats comportant occupation du domaine public)

สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง แต่นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่า ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น สัญญาประเภทนี้ก็เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นมีลักษณะเป็น การบริหารแบบมหาชน

ตัวอย่างของสัญญานี้ คือ สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟเพื่อจัดตั้งและดำเนินกิจการร้านอาหาร สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของชายหาดเพื่อดำเนินกิจการเกี่ยวเนื่องกับการเล่นน้ำทะเล เป็นต้น

2.1.3.3 สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สัญญาพัสดุเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย แม้ว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาพัสดุ จะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการทำสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์หรือบริการหรือการก่อสร้างโดยฝ่ายปกครองจะจ่ายค่าตอบแทนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านั้น แต่สัญญาพัสดุซึ่งทำโดยฝ่ายปกครองก็ถือเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน²⁵

สัญญาพัสดุเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีกฎหมายทั้งของฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารเกี่ยวข้องด้วยเป็นจำนวนมาก กฎหมายและกฎเกณฑ์เหล่านี้เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1833 และต่อมาก็ได้ถูกนำมารวบรวมไว้ในรูปของประมวลกฎหมายพัสดุตั้งแต่ปี ค.ศ. 1945 และใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งถึงปัจจุบันก็ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายพัสดุนับใหม่ในปี ค.ศ. 2001 โดยสัญญาพัสดุในปัจจุบันอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์

²⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, หน้า 40 – 41.

²⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 422-424.

ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งแม้จะเรียกกันว่าเป็นประมวลกฎหมายก็ตาม แต่ก็ไม่ได้เป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร²⁶

โดยมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฉบับใหม่ได้กำหนดถึงเกณฑ์ที่จะพิจารณาว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาแพ่งไว้ดังนี้

“สัญญาแพ่ง ได้แก่ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือเอกชนกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุและการจัดให้มีบริการ²⁷

จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงจำแนกประเภทของสัญญาแพ่งได้ดังนี้

- 1) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง ได้แก่ สัญญาก่อสร้างถนน สัญญาขุดคลอง สัญญาสร้างสะพาน สัญญาสร้างทางระบายน้ำ สัญญาก่อสร้างอาคาร เป็นต้น
- 2) สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุ ได้แก่ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการส่งน้ำ ส่งก๊าซ หรือส่งกระแสไฟฟ้า สัญญาซื้อเครื่องพิมพ์ดีด สัญญาจัดพิมพ์หนังสือ สัญญาซื้อหาอาหาร ถ่านหิน น้ำมัน รถยนต์ เครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ เครื่องแบบ เป็นต้น
- 3) สัญญาจัดให้มีบริการ ได้แก่ สัญญาที่เกี่ยวกับการขนส่ง ได้แก่ สัญญาจ้างผู้จัดให้มีบริการรับส่งนักเรียน, สัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ทำขึ้นเพื่อให้มีการเก็บขยะหรือของเสียต่างๆ สัญญาที่เกี่ยวกับการบำรุงรักษา เช่น สัญญาให้บำรุงรักษาเครื่องบิน รถยนต์ วัสดุอุปกรณ์ในสำนักงานประเภท คอมพิวเตอร์ ลิฟท์ สัญญาจ้างทำงานวิจัย เป็นต้น

2.1.3.4 สัญญาที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง (contrats relatifs à l' exécution même d' un service public)

สัญญาในลักษณะดังกล่าวสามารถแยกออกได้เป็นอีก 3 รูปแบบ ได้แก่

- (1) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ (contrats de concession de service public)

วัตถุประสงค์ของสัญญานี้เป็นการมอบภาระหน้าที่ในการดำเนินการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วนให้กับเอกชนซึ่งเป็นผู้สัญญากับนิติบุคคลมหาชนซึ่งเดิมที่นิติบุคคลมหาชนเท่านั้นที่มีอำนาจในการทำสัญญาประเภทนี้ได้และบริการสาธารณะดังกล่าวอาจมีลักษณะทางปกครองหรือมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมก็ได้

²⁶ เรื่องเดียวกัน.

²⁷ เรื่องเดียวกัน.

ตัวอย่างของสัญญาที่ก็คือ Thérond ค.ศ. 1910 ซึ่งเกี่ยวกับสัญญาระหว่างเมืองมงต์เปอลีเยร์ (Montpellier) กับนายเต-รง โดยฝ่ายแรกมอบให้ฝ่ายหลังดำเนินการสาธารณสุขทางด้านสุขลักษณะและความปลอดภัย โดยการจับสุนัขจรจัดและเก็บซากสัตว์ กับคดี Epoux Bertin ค.ศ. 1956 ซึ่งเป็นสัญญาทำกันด้วยวาจา โดยทางราชการมอบให้นายและนางแบร์แต็ง จัดอาหารเลี้ยงดูผู้อพยพชาวไซเวียตในระหว่างรอการส่งกลับ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการสาธารณสุขในการส่งกลับผู้อพยพซึ่งเป็นคนต่างด้าว เป็นการกระทำสัญญาให้เอกชนมาดำเนินการสาธารณสุขนั้นโดยตรงแทนตนจึงต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับสมดังที่พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนในคดีนี้สรุปว่า “เราไม่สามารถปล่อยให้ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนดำเนินการสาธารณสุขโดยตรงและโดยผลแห่งการนี้ ทำให้ฝ่ายปกครองต้องละสิทธิและเอกสิทธิ์ตามกฎหมายมหาชนทั่วไป”

(2) สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการดำเนินการสาธารณสุขที่มีลักษณะทางปกครอง (contrats d'engagement de personnels participant directement à l'exécution d'un service public administratif)

สัญญาประเภทนี้เป็น “สัญญาทางปกครอง” โดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเอง ถึงแม้ว่าสัญญาเช่นว่านี้จะไม่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ กำหนดไว้ก็ตาม กล่าวคือเป็นสัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ตรงกับหน้าที่เฉพาะด้านของบริการสาธารณสุขนั้นและมีส่วนร่วมในการดำเนินการสาธารณสุขนั้นโดยตรง เช่น สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาล หรือหน่วยงานบริการสาธารณสุขด้านสาธารณสุข สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา และสัญญาว่าจ้างผู้ดูแลเด็กโดยสถานรับเลี้ยงเด็ก เป็นต้น²⁸ หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่าเป็นสัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่อื่น เช่น สัญญาจ้างนักการมากวาดห้องเรียนคงถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองไม่ได้ เพราะการกวาดห้องเรียนไม่ใช่การมีส่วนร่วมโดยตรงในบริการสาธารณสุขดังเช่นการสอนหนังสือให้นักเรียน การปฏิบัติหน้าที่ของอาจารย์อื่นถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า สัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินการสาธารณสุขโดยตรง ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์ของสัญญานั้น และสัญญาที่เพิ่มขึ้นตามความจำเป็นของบริการสาธารณสุข เช่น สัญญาขนส่งหรือสัญญาจัดซื้อพัสดุ ซึ่งสัญญาประเภทหลังจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ต่อเมื่อมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ เท่านั้น ส่งผลให้สัญญาทั้งสองมีความแตกต่างกันอย่างมากในด้านการนำกฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าว

(3) สัญญาที่ทำกับผู้ใช้บริการสาธารณสุขที่มีลักษณะทางปกครอง (contrats conclus avec les usagers des services publics administratifs)

เป็นกรณีที่สัญญาที่ทำระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนไม่ใช่การให้เอกชนดำเนินการสาธารณสุขเองโดยตรง เพราะฝ่ายปกครองยังดำเนินการสาธารณสุขนั้นด้วยตนเองอยู่ แต่สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนเป็นทางที่จะทำให้บริการสาธารณสุขที่ฝ่ายปกครองทำ

²⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 55 – 56.

เสร็จสิ้นไปโดยการทำสัญญานั้นเอง ในกรณีนี้ สัญญาเป็นเทคนิคทำบริการสาธารณะแทนที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจฝ่ายเดียว ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดในกรณีนี้คือ สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลดังกล่าวซึ่งเป็นการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองเป็นการดำเนินงานทางด้านการปลูกป่าโดยมีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ใช้บริการโดยรัฐจ่ายค่าตอบแทนให้ (คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี Consorts Grimouard ค.ศ. 1956) ซึ่งคดีนี้ต่างจากคดี Epoux Bertin ค.ศ. 1956 เนื่องจาก คดีนี้ฝ่ายปกครองยังดำเนินบริการสาธารณะปลูกป่าเองอยู่ เพียงแต่แทนที่จะใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับให้นาย Grimouard ปลูกป่าในที่ดินของเขา (ซึ่งทำได้) ก็กลับใช้วิธีทำสัญญาแทนสัญญานี้จึงเป็นวิธีการดำเนินบริการสาธารณะที่สำเร็จเสร็จสิ้นในตนเอง²⁹

2.1.4 หลักเรื่องเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ได้สร้างระบบศาลคู่ขึ้นในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 หลังจากนั้นประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปก็ได้สร้างระบบศาลคู่ขึ้นโดยได้รับอิทธิพลทางความคิดจากฝรั่งเศส ซึ่งระบบศาลคู่นี้เป็นระบบที่มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งเรียกว่า กฎหมายเอกชน ประเภทหนึ่ง และกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเรียกว่า กฎหมายมหาชน อีกประเภทหนึ่ง หลักการแบ่งแยกกฎหมายทั้งสองประเภทออกจากกันนี้ นำมาซึ่งผลโดยตรงในเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี กล่าวคือ ทำให้เกิดการแบ่งแยกศาลตามความชำนาญพิเศษของผู้พิพากษาออกเป็น 2 ประเภท คือ ศาลยุติธรรม ซึ่งมีความชำนาญพิเศษทางกฎหมายเอกชนเป็นผู้ตัดสินคดีที่ต้องนำกฎหมายเอกชนมาบังคับใช้ซึ่งในหลักการได้แก่ คดีพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน และคดีที่เอกชนพิพาทกับฝ่ายปกครองในเรื่องที่มีใช้การใช้อำนาจทางปกครอง และศาลปกครองซึ่งมีความชำนาญพิเศษทางด้านกฎหมายมหาชน เป็นผู้ตัดสินคดีที่ต้องนำกฎหมายมหาชนมาบังคับใช้ ซึ่งในหลักการได้แก่ คดีที่พิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เฉพาะในกรณีที่ข้อพิพาทดังกล่าวเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครอง จากการศึกษาสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศสพบว่า สัญญาที่เอกชนทำกับฝ่ายปกครองสามารถแยกได้ 2 ประเภท คือ สัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งสัญญาทางปกครองแม้ว่าเอกชนจะเข้าทำสัญญาด้วยความสมัครใจก็ตาม แต่เมื่อทำสัญญากันแล้วสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษของกฎหมายเอกชนที่รับรองเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองซึ่งเกินขอบเขตอันสมควรในกฎหมายเอกชน ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว ส่วนสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้นเป็นสัญญาที่สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน ดังนั้น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน ฝ่ายปกครองย่อม

²⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครอง,” วารสารกฎหมายปกครอง, 5 หน้า 86 – 87.

มีฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกับเอกชน และไม่อาจใช้เอกสิทธิ์ใดๆ ได้ และคดีที่พิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม³⁰

2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมัน

แนวความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศเยอรมันนั้นไม่เป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายปกครองเมื่อเปรียบเทียบกับความคิดในเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เสนอโดย Otto Mayer บิดาแห่งกฎหมายปกครองของเยอรมัน ซึ่งได้วางแนวความคิดพื้นฐานในเรื่องนี้ไว้จนเป็นที่รู้จักกันเมื่อประมาณหนึ่งร้อยปีที่ผ่านมาและได้รับการพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่ชัดเจนอยู่ในระบบกฎหมายปกครอง โดย Otto Mayer เห็นว่าสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนนั้นไม่มีทางเกิดขึ้นได้เนื่องจากสัญญาเป็นเรื่องของบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกันทางกฎหมาย แต่ตามกฎหมายมหาชนนั้นในการดำเนินการทางปกครองรัฐหรือฝ่ายปกครองมีอำนาจฝ่ายเดียวในการออกคำสั่งเสมอ รัฐซึ่งอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนเป็นผู้กำหนดหรือตรากฎหมายมหาชนนั่นเอง และสัญญาทางปกครองทำลายหลักเรื่องความเท่าเทียม รัฐจึงไม่อาจจะมาทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้³¹

แนวความคิดดังกล่าวเป็นที่ยอมรับมานานแต่ก็มีนักกฎหมายที่ไม่เห็นด้วยอยู่บ้าง โดยในปี ค.ศ. 1884 และปี ค.ศ. 1886 Loening และ Stengel ได้แสดงความเห็นในเรื่องนี้ไว้ในหนังสืออธิบายกฎหมายปกครองว่า ในเรื่องรูปแบบการดำเนินการหรือการจัดการของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในรูปของคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถดำเนินการได้ในรูปแบบของสัญญาทางปกครองด้วย และ Laband ได้ให้เหตุผลในเรื่องนี้ไว้ด้วยว่ารัฐ (ฝ่ายปกครอง) สามารถทำสัญญาทางปกครองในรูปแบบใดทางกฎหมายก็ได้ที่รัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสมและมีประโยชน์ ต่อมาในปี ค.ศ. 1931 Jellinek ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสืออธิบายกฎหมายปกครองว่า สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นได้ ความเท่าเทียมในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญานั้นเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะพิจารณาจากกฎหมายมหาชนหรือจากกฎหมายแพ่งก็ตาม และนับแต่ปี ค.ศ. 1945 เป็นต้นมา หนังสืออธิบายกฎหมายปกครองในประเทศเยอรมันเกือบทั้งหมดได้กล่าวถึงความเป็นไปได้ของสัญญาทางปกครองว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะในปี ค.ศ. 1958 ได้มีหนังสืออธิบายกฎหมายปกครองออกมาพร้อมกัน 3 เล่ม ที่กล่าวถึงความชอบด้วยกฎหมายของการทำสัญญาทางปกครอง ต่อมาในปี ค.ศ. 1966 Forsthoff ได้เสนอให้นำหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้กับเรื่อง

³⁰ อิศระ นิตินันท์ประภาส, ตอบ 20 คำถามเกี่ยวกับศาลปกครองเรียนรู้เรื่องศาลปกครองอย่างคนธรรมดา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 18 – 19.

³¹ บุนผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย, หน้า 68.

สัญญาทางปกครองเนื่องจากหากสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นตามอำเภอใจโดยรัฐหรือฝ่ายปกครอง สัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นมามากมายและหลากหลายคู่สัญญาฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าก็จะได้ประโยชน์มากที่สุด นอกจากนี้ Forsthoff ยังได้ให้ความเห็นในเรื่องสัญญาทางปกครองว่า รัฐหรือฝ่ายปกครองโดยลำพังเพียงฝ่ายเดียวสามารถดำเนินการได้ในรูปแบบของคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ อย่างไรก็ตาม รัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการทางปกครองโดยวิธีการเจรจาตกลงกับเอกชนหรือประชาชนในรูปแบบของสัญญาก็ได้ แม้ในทางวิชาการยังหาข้อยุติไม่ได้ แต่ทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองและศาลได้มีการยอมรับในเรื่องสัญญาทางปกครองเพราะความจำเป็นต้องใช้รูปแบบของสัญญาในการกระทำทางปกครองรวมไปถึงการตรวจสอบและการให้เหตุผลในการทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะเห็นได้จากในปี ค.ศ. 1973 มีการเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยรัฐบาลมีการบัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในส่วนที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 50 ถึงมาตรา 58 และในปีถัดมา Wolff และ Bachof ได้เขียนคำอธิบายเกี่ยวกับเรื่อง “หนี้ทางปกครองและสัญญาทางปกครอง” โดยได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติแห่งร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของรัฐบาลไว้ด้วย ต่อมาในปี ค.ศ. 1976 ได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและได้ยอมรับฐานะของสัญญาทางปกครองให้มีความเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน โดยบัญญัติมาตรา 9 เรื่องสัญญาทางปกครองไว้กับคำสั่งทางปกครอง และบัญญัติในเรื่องรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภทรูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การบอกเลิกสัญญาทางปกครองตลอดจนการบังคับตามสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ของกฎหมายเดียวกันด้วย³²

2.2.1 ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมันสามารถแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกได้เป็น 2 ประเภทได้แก่

2.2.1.1 สัญญาทางปกครอง

ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครอง ดังนี้

“นิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้โดยสัญญา (สัญญาทางมหาชน) ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเข้าทำสัญญาทางมหาชนแทนการออกคำสั่งทาง

³² ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 104 – 107.

ปกครองได้กับผู้ใดโดยปกติแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในทางปกครองขึ้น³³

จากนิยามดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาทางปกครองได้แก่ (1) สัญญาและ (2) เนื้อหาสาระของสัญญานั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน

(1) ในเรื่องสัญญา สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาโดยมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามกฎหมายเอกชนจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย

(2) สัญญาทางปกครองนั้นมีความแตกต่างจากสัญญาประเภทอื่นในเรื่องของเนื้อหาสาระของสัญญานั้นเอง กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองอาจจะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ขึ้นเป็นครั้งแรก เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่แล้ว หรือเป็นการทำให้นิติสัมพันธ์ที่มีผลอยู่ให้สิ้นผลลงแม้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองใช้คำว่า สัญญาตามกฎหมายมหาชน (öffentlich-rechtlicher Vertrag) และในบทนิยามที่กำหนดถ้อยคำดังกล่าวก็ใช้คำว่า นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน (Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts) แต่ก็เป็นที่เข้าใจกันว่ามาตรา 54 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวมีเจตนารมณ์ให้หมายถึงสัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตกลงทำสัญญาและอยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น ซึ่งหมายถึง สัญญาตามกฎหมายปกครองหรือสัญญาทางปกครองนั่นเอง (verwaltungsrechtlicher Vertrag)³⁴ กล่าวโดยสรุปสัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองอันเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง

2.2.1.2 สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

ในทางปฏิบัติ รัฐหรือฝ่ายปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถที่จะทำสัญญาตามกฎหมายเอกชนได้ หากพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระตามกฎหมายเอกชนและอยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง หรือเป็นสัญญาระหว่างรัฐหรือองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ยกตัวอย่างเช่น ราชการส่วนท้องถิ่น A ตกลงทำสัญญาขายรถบรรทุกให้กับราชการส่วนท้องถิ่น B สัญญาดังกล่าวก็เป็นสัญญาซื้อขายทั่วไป ตามนัยมาตรา 433 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

³³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ 29 (มิถุนายน 2542) หน้า 264.

³⁴ ชาญชัย แสงวงศ์ดี และมานิตย์ วงศ์เสรี, นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 107 - 108.

เยอรมัน หรือกรณีหากปรากฏว่าการกำหนดเรื่องข้อบังคับในการใช้ห้องสมุดของเมืองนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเมืองมีดุลพินิจในการบริหารจัดการได้เอง ฉะนั้น หากเจ้าหน้าที่ขเลือกกำหนดให้มีการยืมหนังสือได้โดยความผูกพันตามกฎหมายเอกชน สัญญายืมหนังสือที่กระทำไปจึงต้องพิจารณาไปตามพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญาตามกฎหมายเอกชน³⁵

2.2.2 หลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมัน

เนื่องจากฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ สัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไปในฐานะตัวแทนของรัฐนั้นเป็นสัญญาตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน การให้ความกระจ่างในปัญหาดังกล่าวนี้นี้มีความสำคัญมาก เนื่องจากคำตอบในเรื่องนี้จะมี ความเกี่ยวพันและสามารถให้ความชัดเจนกับปัญหาอื่นๆ อีกหลายประการ เช่น ปัญหาเรื่องการนำหลักกฎหมายใดมาบังคับใช้กับสัญญาดังกล่าว (หลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือหลักกฎหมายเอกชน) ปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบตามสัญญาและปัญหาเรื่องวิธีการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล กล่าวคือ จะต้องนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม เป็นต้น การใช้ฐานะของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายปกครองแล้วจะถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง หรือการใช้ความเข้าใจของคู่สัญญาว่าตนตกลงทำสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองหรือสัญญาทางปกครอง ไม่ใช่เป็นเครื่องชี้ธรรมชาติทางกฎหมาย (Rechtsnatur) ของสัญญานั้น ดังนั้น นักกฎหมายส่วนใหญ่จึงเห็นว่าควรให้เกณฑ์ในเรื่องวัตถุแห่งสัญญา (Vertragsgegenstand) ซึ่งก็คือการพิจารณาเนื้อหาของวัตถุแห่งสัญญาว่ามีความเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติในทางกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในกฎหมายปกครองหรือไม่ อย่างไรก็ตามการใช้วัตถุแห่งสัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกก็ยังมีปัญหาบางประการในเรื่องของการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งการจ่ายเงินนั้นมีลักษณะสภาพเป็นกลาง กล่าวคือไม่ใช่เนื้อหาที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับทั้งกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน จึงต้องพิจารณาที่วัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการชำระหนี้และลักษณะทั่วไปของสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงินโดยต้องการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการอื่นใดในทางปกครองย่อมถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมือง ผู้ขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารพาณิชย์มีหน้าที่จะต้องก่อสร้างที่จอดรถยนต์สำหรับผู้มาติดต่อธุรกิจหากไม่สามารถก่อสร้างที่จอดรถในอาคารหรือบริเวณใกล้เคียงได้ เนื่องจาก

³⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพฯ : สวัสดิการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 6.

เนื้อที่ในอาคารไม่เพียงพอหรือไม่อาจหาซื้อที่ดินข้างเคียงอาคารได้ ผู้ขอรับใบอนุญาตดังกล่าว อาจตกลงก่อสร้างอาคารโดยยกเว้นหน้าที่ในการก่อสร้างที่จอดรถยนต์แก่ตน โดยผู้ขอรับใบอนุญาตจะจ่ายเงินตอบแทนในจำนวนที่เหมาะสมให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้จ่ายในการก่อสร้างที่จอดรถยนต์ในบริเวณข้างเคียงต่อไป³⁶

นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่เป็นปัญหาว่าสัญญาอันเป็นสัญญาประเภทใดในกรณีที่เนื้อหาของสัญญามีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโอนที่ดินของตนส่วนหนึ่งให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสัญญาจะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองให้หรือจะลดค่าธรรมเนียมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเนื่องมาจากการก่อสร้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ ตามมูลค่าของที่ดินที่ฝ่ายเอกชนได้โอนให้ เนื่องจากการโอนที่ดินของฝ่ายเอกชนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชน ในประเด็นนี้นักกฎหมายมีความเห็นต่างกัน ซึ่งอาจแยกได้เป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าควรใช้หลักพิจารณาธรรมชาติในทางกฎหมาย (Rechtsnatur) ของสัญญาในลักษณะเอกภาพ กล่าวคือ หากเนื้อหาของสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครอง แม้เนื้อหาดังกล่าวเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสัญญาก็ถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ฝ่ายที่สองเห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นกรณีของ สัญญาผสมระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาตามกฎหมายเอกชน (Gemischt öffentlich-rechtlich/privatrechtlicher Vertrag) เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้น จะต้องแยกพิจารณาหากพิพาทกันในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชน จะต้องฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เช่น กรณีที่เอกชนไม่ยอมโอนที่ดินตามสัญญา หากพิพาทกันในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครอง เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ลดค่าธรรมเนียมให้ตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง³⁷ แนวคำพิพากษาของศาลและความเห็นของนักกฎหมายจึงได้พยายามวางหลักเกณฑ์ในการแยกลักษณะความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ทฤษฎีสำคัญที่นำมาใช้ในการแบ่งแยกลักษณะความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนมีอยู่ 3 ทฤษฎีด้วยกัน ซึ่งพอจะสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

2.2.2.1 ทฤษฎีส่วนได้เสีย หรือ ทฤษฎีผลประโยชน์ (Interessentheorie)

กฎหมายมหาชนมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่กฎหมายเอกชนนั้นคำนึงถึงผลประโยชน์ของปัจเจกชน ทฤษฎีดังกล่าวเป็นทฤษฎีเก่าแก่ที่สุดซึ่งมีมาตั้งแต่สมัยยุคกฎหมายโรมันและเป็นเครื่องแสดงถึงมาตรฐานการชั่งน้ำหนัก

³⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ 29 (มิถุนายน 2542) หน้า 266 – 268.

³⁷ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพฯ : สวัสดิการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 8.

ระหว่างประโยชน์ของเอกชนและมหาชน แต่ทฤษฎีนี้มีข้อเสียตรงที่ไม่สามารถจะแยกความแตกต่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดได้ และบทบัญญัติในปัจจุบันส่วนใหญ่จะเป็นการคุ้มครองทั้งผลประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์สาธารณะด้วยในขณะเดียวกัน

2.2.2.2 ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้การปกครอง หรือทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา (Die Subordinationstheorie หรือ Über-, Unterordnungstheorie หรือ Subjektionstheorie)

กฎหมายมหาชนจะเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองหรือผู้ที่อยู่ในฐานะเหนือกว่ากับผู้อยู่ใต้การปกครองหรือผู้ที่อยู่ในฐานะต่ำกว่า ในขณะที่กฎหมายเอกชนจะเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน ตัวอย่างที่ชัดเจนในเรื่องนี้ เช่น การตรากฎหมายหรือการออกคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชนในขณะที่การตกลงทำสัญญาเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชน ทฤษฎีนี้มาจากความคิดที่ว่ารัฐหรือฝ่ายปกครองถูกจำกัดอำนาจอยู่ในเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยและการกระทำทางปกครองที่เป็นเรื่องก้าวล่วงสิทธิ (รัฐจะทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ) ทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่องตรงที่ในบางกรณีเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองหรือผู้ที่อยู่ในฐานะเหนือกว่ากับผู้อยู่ใต้การปกครองหรือผู้ที่อยู่ในฐานะต่ำกว่าก็ได้ในกฎหมายเอกชน ยกตัวอย่างเช่น กรณีของความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง หรือกรณีของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับบุคคลผู้ไร้ความสามารถ เป็นต้น และในบางกรณีเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันก็อาจมีได้ในกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน เช่น กรณีของ “สัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญา มีฐานะเท่าเทียมกัน (koordinationsrechtlicher öffentlich – rechtlicher Vertrag) ตามนัยมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศเยอรมัน (Verwaltungsverfahrensgesetz เรียกโดยย่อว่า VwVfG) เป็นต้น³⁸

2.2.2.3 ทฤษฎีตัวการหรือประธาน หรือ ทฤษฎีว่าด้วยสิทธิพิเศษ (Die Sonderrechtstheorie bzw. Modifizierte Subjektstheorie, Die Zuordnungstheorie)

บทบัญญัติหรือกฎหมายใดที่กำหนดให้เฉพาะรัฐหรือผู้ใช้อำนาจปกครองเท่านั้น (ein Träger hoheitlicher Gewalt) เป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่หรือกำหนดให้ “ผู้ใช้อำนาจ

³⁸ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, “หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 4 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2547) : 195 – 196.

ปกครอง (Hoheitsträger)” เท่านั้นเป็นผู้มีสิทธิพิเศษ บทบัญญัติหรือกฎหมายนั้นได้แก่กฎหมายมหาชน ยกตัวอย่างเช่น การที่ผู้ใช้อำนาจปกครองตกลงทำสัญญาซื้อขายกับเอกชน ตามนัยมาตรา 433 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ตัวการหรือประธานของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวเป็นได้ทั้งรัฐหรือผู้ใช้อำนาจปกครองและเอกชน เอกชนก็สามารถมีสิทธิและหน้าที่ได้เช่นเดียวกันตามบทบัญญัติของมาตรา 433 BGB ดังนั้น มาตรา 433 BGB จึงเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชนในทางกลับกัน ในกรณีเรื่องการมีสิทธิในการออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายเฉพาะซึ่งว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายเฉพาะซึ่งว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อย กรณีดังกล่าวเฉพาะรัฐหรือผู้ใช้อำนาจปกครองเท่านั้นที่มีสิทธิและหน้าที่ในเรื่องดังกล่าว (Sonderrecht des Hoheitsträgers) กรณีนี้จึงเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน³⁹

ในทางปฏิบัติศาล (ทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรม) ไม่ได้ยึดติดอยู่กับทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งโดยเฉพาะ ศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดีๆ ไปตามความถูกต้องและเหมาะสม บางครั้งก็นำบางทฤษฎีมาใช้และบางกรณีก็นำทฤษฎีทั้งหลายมาผสมผสานในการปรับใช้กับคดีที่เกิดขึ้น แม้ว่าปัญหาเรื่องการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองยังไม่อาจหาข้อยุติได้อย่างเด็ดขาดในทางทฤษฎี แต่ด้วยเหตุผลดังกล่าวพอสรุปได้ว่าสัญญาทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร มาตรา 110

(2) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดในทางปกครองเป็นการตอบแทน เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

(3) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารมีหน้าที่ต้องก่อสร้างที่จอดรถด้วย⁴⁰

2.2.3 ประเภทของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 สามารถจำแนกประเภทของสัญญาทางปกครองออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่

³⁹ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพฯ : สวัสดิการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 63 – 64.

⁴⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ 29 (มิถุนายน 2542) หน้า 266 – 267.

2.2.3.1 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (koordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ตัวอย่างของสัญญาทางปกครองประเภทนี้ เช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาแม่น้ำที่ไหลผ่านเขตแดนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสอง หรือสัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับมลรัฐเกี่ยวกับภาระหน้าที่ในการกำจัดขยะมูลฝอย หรือสัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับสหพันธ์ในเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่ในการดูแลรักษาและก่อสร้างถนน เป็นต้น⁴¹

2.2.3.2 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง โดยฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชน และเมื่อเข้าทำสัญญาแล้วกฎหมายเยอรมันยังคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็จะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น สัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงสัญญากับเอกชนว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยังไม่เข้าไปดำเนินการใดๆ กับอาคารของเอกชนที่ได้ก่อสร้างโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร หากเอกชนซึ่งเป็นเจ้าของอาคารดังกล่าวจะทำการรื้อถอนและแก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารนั้นให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลา 3 เดือน สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้ แม้ว่าโดยปกติจะเป็นเรื่องซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวก็ได้จำกัดเฉพาะการเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่ยังรวมถึงกรณีอื่นๆ ที่เป็นการตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย เช่น สัญญาระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองกับข้าราชการในเรื่องเกี่ยวกับการชำระเงินที่องค์กรฝ่ายปกครอง (ส่วนราชการ) ได้จ่ายให้ไปเพื่อการศึกษาหรืออบรมดูงาน

⁴¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ 29 (มิถุนายน 2542) หน้า 268 - 269.

กลับคืนในกรณีที่ข้าราชการออกจากตำแหน่งหน้าที่ก่อนกำหนดเวลาตามที่ได้ตกลงกัน หรือกรณีของการผิดสัญญาชาติใช้ทุนลาศึกษาต่อต่างประเทศ⁴²

2.2.3.3 สัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทน (Austauschvertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายคือองค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเอกชนมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ต่างตอบแทนซึ่งกันและกันเพื่อป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทรัพย์สินหรือสิทธิประโยชน์ของรัฐไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในขณะเดียวกันก็เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ให้ถูกเอาเปรียบหรือถูกเรียกร้องให้กระทำการชำระหนี้ตอบแทนในสิ่งที่ตนไม่ได้ผูกพันตามกฎหมาย ภายใต้เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาในมาตรา 56 VwVFG ที่ว่าการชำระหนี้ต่างตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา
- (2) จะต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง
- (3) จะต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว
- (4) จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

ตัวอย่าง เช่น เอกชนต้องการลงทุนก่อสร้างที่พักอาศัยขนาดใหญ่ในพื้นที่ไม่มีโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กในบริเวณใกล้เคียง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่อาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากเอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างไปใช้ในการก่อสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กได้ คงเก็บได้แต่ภาษีท้องถิ่นสำหรับการสร้างหรือบำรุงถนนเท่านั้น เพื่อประกอบการพิจารณาออกไปอนุญาตก่อสร้างและการพิจารณาวางผังเมือง เอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างอาจตกลงทำสัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมอบเงินในจำนวนที่เหมาะสมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก สัญญาที่เรียกว่า “Folgekostenvertrag” ซึ่งถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ ย่อมถือว่าชอบด้วยกฎหมาย⁴³

⁴² มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพฯ : สวัสดิการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 11.

⁴³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ 29 (มิถุนายน 2542) หน้า 269 – 270.

2.2.3.4 สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระดับข้อพิพาททางปกครอง (Vergleichsvertrag)

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 55 ซึ่งสัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระดับข้อพิพาททางปกครองจะต้องมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

(1) มีความไม่แน่นอนหรือยังหาข้อยุติไม่ได้ในเรื่องเกี่ยวกับพฤติการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือประเด็นข้อกฎหมาย

(2) ความไม่แน่นอนหรือข้อยุติดังกล่าวไม่สามารถจัดไปได้หรือจะจัดไปได้ก็ต้องเสียเวลาหรือเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก

(3) คู่กรณีทั้งสองฝ่าย คือ องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเอกชนสามารถตกลงประนีประนอมหรือระดับข้อพิพาททางปกครองนั้น

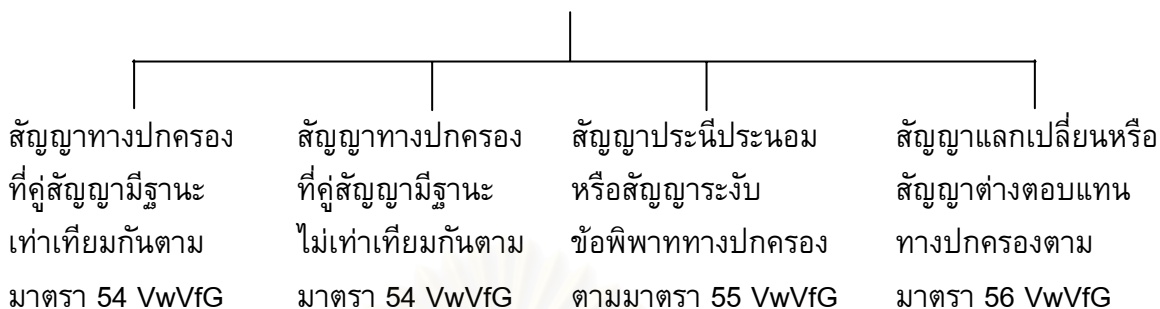
ตัวอย่าง เช่น สัญญาประนีประนอมในค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืน ซึ่งได้แก่ สัญญาตามข้อตกลงระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองกับเอกชนเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืนทรัพย์สิน ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ต้องมีการไปฟ้องร้องเรียกค่าทดแทนกันอีก

หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่จำกัดว่าจะต้องใช้ในการประนีประนอมนอกศาลเท่านั้น แต่ยังสามารถที่จะนำมาใช้ในศาลได้ถึงแม้ว่า ศาลปกครองจะมีบทบัญญัติเรื่องการประนีประนอมหรือการระดับข้อพิพาททางปกครองไว้โดยเฉพาะในมาตรา 106 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung) ค.ศ. 1960 แล้วก็ตาม⁴⁴ และสัญญาระดับข้อพิพาททางปกครองในชั้นศาลถือว่ามีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ เป็นทั้งการกระทำในกระบวนการพิจารณา ซึ่งเป็นเรื่องวิธีสบัญญัติและเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาในทางสารบัญญัติด้วย นอกจากนี้ยังมีสัญญาทางปกครองในลักษณะอื่นที่ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่น สัญญาทางปกครองที่ก่อให้เกิดเพียงสิทธิเรียกร้อง-หน้าที่ (Verpflichtungsvertrag) หรือสัญญาทางปกครองที่มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิ-หน้าที่โดยตรง (Verfügungsvertrag) เป็นต้น⁴⁵

⁴⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพฯ : สวัสดิการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 12.

⁴⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ 29 (มิถุนายน 2542) หน้า 271.

แผนภูมิแสดงประเภทของสัญญาทางปกครอง
สัญญาทางปกครอง



ในระบบกฎหมายเยอรมันกำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือ ซึ่งในมาตรา 57 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ค.ศ. 1976 ถือเป็นมาตรฐานกลางเท่านั้น หากกฎหมายกำหนดแบบที่เคร่งครัดกว่าการตกลงทำสัญญาทางปกครองก็ต้องเป็นไปตามแบบอันเคร่งครัดนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกก่อตั้งนิติสัมพันธ์โดยวิธีการทางสัญญา แทนการออกคำสั่งทางปกครองเมื่อสัญญาทางปกครองมีผลก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่สามจะต้องได้รับความยินยอมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นด้วยเช่นกันตามนัยมาตรา 58 วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายดังกล่าว และสัญญาทางปกครองอาจตกเป็นโมฆะเมื่อมีเหตุโมฆะกรรมตามกฎหมายแพ่ง ส่วนสัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งได้แก่สัญญาทางปกครองประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนอาจตกเป็นโมฆะเมื่อต้องด้วยกรณีใดกรณีหนึ่งในมาตรา 59 วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ค.ศ. 1976 ดังต่อไปนี้

(1) ต้องด้วยเหตุโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง เช่น มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเห็นได้ชัด

(2) ต้องด้วยเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่ จะเป็นเรื่องบกพร่องทางวิธีพิจารณาเรื่องในทางปกครองหรือผิดพลาดในแง่รูปแบบ

(3) เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองมีอยู่ไม่ครบถ้วน

(4) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยินยอมรับเอาการตอบแทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองโดยคู่สัญญาเอกชน

ในเรื่องสิทธิเลิกสัญญาทางปกครองและสิทธิเรียกร้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 60 วรรคหนึ่ง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ค.ศ. 1976 คู่สัญญาทั้งฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนมีสิทธิเท่าเทียมกันทั้งในกรณีที่ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาเปลี่ยนไปจนไม่อาจคาดหมายว่าคู่สัญญาจะปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้อาจเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมาตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาได้และกรณีถ้าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่อาจ

ทำได้ คู่สัญญาฝ่ายนั้นมีสิทธิเลิกสัญญา นอกจากนี้คู่สัญญาฝ่ายปกครองยังได้รับสิทธิพิเศษในการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง เพื่อที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจมีต่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วยแต่ต้องเป็นการใช้ในกรณีจำเป็นและเป็นมาตรการสุดท้าย (Ultima ratio) ในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเท่านั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้สิทธิพิเศษนี้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย⁴⁶

2.2.4 หลักเรื่องเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมัน

ในการศึกษาเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีของประเทศเยอรมัน ฟังศึกษาถึงหลักกฎหมายสำคัญจากกฎหมายพื้นฐานและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง อันได้แก่ หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน หรือหลักการรับประกันการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลตามนัยมาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG) บัญญัติไว้ว่า “มาตรา 19 (4) บุคคลใดซึ่งสิทธิของตนถูกละเมิดโดยการใช้อำนาจทางปกครองบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาล

ในกรณีที่ไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องเขตอำนาจของศาลใดไว้เป็นการเฉพาะ ให้ฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรม

บทบัญญัติมาตรา 10 อนุมาตรา 2 ประโยคที่สอง ยังมีผลใช้บังคับ”

ซึ่งลักษณะพื้นฐานที่สำคัญของมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ก็คือ การวางรากฐานเบื้องต้นทางกฎหมายในการโต้แย้งรัฐให้กับประชาชน ประชาชนสามารถโต้แย้งการใช้อำนาจทางปกครองได้ในฐานะประชาชนไม่ใช่ในฐานะผู้ถูกปกครอง จึงเป็นการรับประกันถึงความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนในกรณีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายปกครอง นอกจากนี้ยังมีมาตรา 1 อนุมาตรา 1 GG ได้วางรากฐานในการคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง มาตรา 20 อนุมาตรา 3 GG ได้บัญญัติให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องผูกพันกับ “บทบัญญัติของกฎหมายและรัฐธรรมนูญ (Gesetzes – und Verfassungsbindung)” และอยู่ในขอบเขตเรื่องการแบ่งแยกอำนาจที่การใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารจะต้องถูกควบคุมตรวจสอบทางกฎหมาย โดยอำนาจตุลาการหรือองค์กรศาลซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของ “หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)” และหลักดังกล่าวได้ถูกนำมากำหนดไว้เป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนอยู่ในมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG เพื่อให้องค์กรศาลสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำในการใช้อำนาจทางปกครองได้⁴⁷ ดังนั้นแม้จะไม่มีบทบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG บทบัญญัติสำคัญซึ่งเป็นองค์ประกอบศูนย์กลางของหลักนิติรัฐก็เป็นการรับประกันถึงความ

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 274 – 276.

⁴⁷ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพฯ : สวัสดิการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 50 – 52.

คุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนในการฟ้องร้องคดีต่อศาลได้เช่นเดียวกัน หลักกฎหมายต่อมาได้แก่

“หลักทั่วไปในการฟ้องคดีพิพาททางปกครองต่อศาลปกครอง (Verwaltungsrechtsweg)” ตามนัยมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung เรียกโดยย่อว่า VwGO)

บัญญัติไว้ว่า “มาตรา 40 (สิทธิในการนำคดีข้อพิพาททางปกครองไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง)

(1) ประโยคที่หนึ่ง ข้อพิพาททุกประเภทตามกฎหมายมหาชนซึ่งไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ คู่กรณีที่มีข้อพิพาทดังกล่าวมีสิทธินำคดีข้อพิพาทนั้นไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ ทั้งนี้ เมื่อกฎหมายของสหพันธ์ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ข้อพิพาทดังกล่าวตกอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองอื่น

ประโยคที่สอง ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนซึ่งอยู่ในขอบเขตของ “กฎหมายของมลรัฐ” อาจตกอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองอื่นก็ได้ เมื่อ “กฎหมายของมลรัฐ” ได้บัญญัติไว้ให้ศาลดังกล่าวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทดังกล่าวนั้น

(2) ประโยคที่หนึ่ง สิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินจาก “กรณีที่ทรัพย์สินต้องถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ (aus Aufopferung für das gemeine Wohl)” และจาก “กรณีเกี่ยวกับเรื่องการดูแลรักษาทรัพย์สินโดยรัฐตามกฎหมายมหาชน” และสิทธิเรียกร้องในเรื่องค่าเสียหายจากการที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนซึ่งสิทธิเรียกร้องเหล่านี้ไม่ใช่กรณีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ให้คดีฟ้องร้องเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องเหล่านี้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ประโยคที่สอง หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นตาม (2) นี้ ไม่กระทบถึงบทบัญญัติพิเศษตามกฎหมายว่าด้วยข้าราชการและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำคดีเรื่องการเรียกร้องทดแทนค่าเสียหายทางทรัพย์สินจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁸

จากการศึกษาสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมันทำให้ทราบว่าสัญญาดังกล่าวสามารถแบ่งแยกได้เป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยอาศัยทฤษฎีและหลักกฎหมาย ปัญหาประการต่อมาคือคดีประเภทใดที่สามารถฟ้องร้องต่อศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ซึ่งในมาตรา 40 VwGO ได้กล่าวถึงสิทธิในการนำคดีข้อพิพาทไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง โดยส่วนหนึ่งได้บัญญัติว่าประเด็นแห่งคดีจะต้องเป็น “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางปกครองมหาชน” ซึ่งความหมายของ “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน” ได้แก่อะไรและมีขอบเขตเพียงใด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศเยอรมัน (VwGO) ไม่ได้บัญญัติบทยานมให้ความหมายในเรื่องนี้ไว้

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.

โดยเฉพาะ ทั้งนี้เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะปล่อยให้เป็นที่ของ “องค์กรศาล” และนักวิชาการในการเสนอความเห็นทางวิชาการเพื่อให้คำอธิบายความชัดเจนในเรื่องนี้

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ทั่วไปที่นักวิชาการส่วนใหญ่จะนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาก็โดยวิธีพิจารณาว่าการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายมหาชนหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความหมายของ “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน” ครอบคลุมถึงกรณีข้อพิพาททั้งหลายซึ่งการพิจารณาถึงผลทางกฎหมายของกรณีข้อพิพาทต่างๆ เหล่านั้น จะต้องนำกฎหมายมหาชนมาใช้ นอกจากนี้ เพื่อให้การพิจารณามีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น แนวคำพิพากษาของศาลปกครองและนักวิชาการจึงได้พยายามวางหลักเกณฑ์ในการแยกลักษณะความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมัน แต่ในบางกรณีคดีพิพาททางปกครองหรือข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนอาจจะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองก็ได้ เมื่อมีกฎหมายเฉพาะ ซึ่งอาจจะเป็นกฎหมายของสหพันธ์หรือกฎหมายของมลรัฐที่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้คดีพิพาทหรือข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของ “ศาลอื่นที่ไม่ใช่ศาลปกครอง” เช่น ศาลยุติธรรม หรือ “ศาลปกครองพิเศษ” เช่น ศาลพาณิชย์ (Finanzgerichte) ศาลสังคม (Sozialgerichte) หรือศาลสิทธิบัตรของสหพันธ์ (Bundespatentgericht) ตัวอย่างในเรื่องนี้ เช่น กรณีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายในความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (GG) ประกอบกับมาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ได้บัญญัติไว้ชัดเจนให้นำคดีข้อพิพาทดังกล่าวไปฟ้องยังศาลยุติธรรม หรือกรณีของการฟ้องเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายจากการถูกเวนคืนทรัพย์สิน มาตรา 14 อนุมาตรา 3 ประโยคที่ 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (GG) บัญญัติให้ฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทในเรื่องนี้ต่อศาลยุติธรรม ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะประเด็นเรื่อง “จำนวนเงินค่าทดแทน” เท่านั้น ประเด็นข้อพิพาทที่ว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ยังคงอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง⁴⁹

นอกจากนี้ มาตรา 40 อนุมาตรา 2 ประโยคที่ 1 VwGO เองก็ได้บัญญัติให้ข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนบางลักษณะจะต้องนำไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากกรณีที่ทรัพย์สินต้องถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือจากกรณีที่เกี่ยวกับเรื่องการดูแลรักษาทรัพย์สินโดยรัฐตามกฎหมายมหาชน และข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน แต่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องจากการผิดสัญญาที่ดีหรือการไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาที่ดี สิทธิเรียกร้องต่างๆ เหล่านี้จะต้องนำไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองเท่านั้น

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.

2.3 เปรียบเทียบลักษณะทั่วไปและขอบเขตสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่า ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน มีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่มีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน

โดยในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น สัญญาทางปกครองมีพื้นฐานมาจากแนวคิดในเรื่องประโยชน์สาธารณะ ซึ่งสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น จำแนกได้เป็น สัญญาทางปกครองซึ่งกำหนดโดยกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ สำหรับสัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้น นอกจากจะประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองแล้วจะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการสาธารณะโดยตรง หรือข้อกำหนดในสัญญาที่พิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง โดยมีข้อยกเว้นให้สัญญาระหว่างเอกชนอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ในกรณีเอกชนฝ่ายหนึ่งทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน

สัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับอย่างชัดเจนและมีฐานะเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน เมื่อได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในปี ค.ศ. 1976 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้เคียงข้างกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง และในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ของกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตลอดจนเรื่องการบังคับตามสัญญาทางปกครองไว้

อย่างไรก็ตามแม้ทั้ง 2 ประเทศจะได้พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน แต่ก็ยอมรับให้นำหลักเกณฑ์ทางแพ่งบางประการมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น ในเรื่องของการแสดงเจตนาของคู่สัญญา เป็นต้น

นอกจากนั้นในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันต่างยอมรับว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นนั้น มีข้อจำกัดทั้งในส่วนของคู่สัญญาที่ฝ่ายปกครองจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการทำสัญญา หรือได้รับมอบอำนาจอย่างถูกต้อง สัญญาจึงจะมีผลผูกพัน ในขณะที่การคัดเลือกเอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ นอกจากจะพิจารณาถึงความสามารถของเอกชนแล้ว ยังมีข้อจำกัดที่ฝ่ายปกครองไม่อาจจะเลือกคู่สัญญาได้อย่างอิสระ จะต้องเปิดโอกาสให้เอกชนได้รับคัดเลือก เข้ามาทำสัญญาอย่างเป็นธรรมโดยอาจจะใช้วิธีการประกวดราคา หรือวิธีการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตามทั้ง 2 ประเทศก็ยอมรับว่า สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครองแต่นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นไปตามกฎหมายเอกชน สัญญาดังกล่าวจะเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สัญญา

ระหว่างฝ่ายปกครองซึ่งไม่ได้อยู่ในแดนของกฎหมายมหาชน แต่เนื้อหาสาระเป็นไปตามกฎหมายเอกชน สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาในทางแพ่ง

นอกจากนี้ ทั้งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและในระบบกฎหมายเยอรมันต่างมีข้อยกเว้นที่สัญญาระหว่างเอกชนอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นสัญญาระหว่างเอกชนอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้หากว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้กระทำแทนรัฐส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สัญญาระหว่างเอกชนอาจจะเป็นสัญญาทางปกครอง หากความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นอยู่ในแดนกฎหมายมหาชน

ในส่วนของเนื้อหาของสัญญานั้นทั้ง 2 ประเทศ ต่างยอมรับถึงการให้สิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองเหนือคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมโดยมีอำนาจทั้งในการเปลี่ยนแปลงแก้ไข และยกเลิกสัญญา

โดยในประเทศฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองสูงสุดมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง ในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาทางปกครอง และมีอำนาจในการควบคุมดูแลให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยดี นอกจากนี้ หากพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองบางประเภทจะพบว่า มีสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงสถานะของฝ่ายปกครองที่เหนือกว่าเอกชน โดยการมีกำหนดพิเศษที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาระหว่างเอกชนทั่วไป ส่วนในประเทศเยอรมัน จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการยกเลิกสัญญาไว้อย่างชัดเจนตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 พร้อมทั้งบัญญัติในเรื่องสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนที่เป็นสัญญาทางปกครองนั้น เป็นสัญญาที่คู่สัญญาที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งโดยปกติสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันจะเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองใช้สัญญาเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครอง หรือเพื่อก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน

นอกจากนี้ในส่วนของเขตอำนาจศาลนั้น แม้ว่าประเทศที่มีระบบสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจนจะกำหนดให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ส่วนข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม แต่ก็มีรายละเอียดบางประการที่แตกต่างกันโดยในประเทศฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองมีอำนาจในการวินิจฉัยทั้งในข้อพิพาทในส่วนของเนื้อหาของสัญญา และการเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญาทางปกครอง แต่ในขณะที่ศาลปกครองของประเทศเยอรมัน มีอำนาจเฉพาะการพิจารณาข้อพิพาทในส่วนของเนื้อหาสัญญา อันได้แก่ ข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อสัญญาการตีความ การปฏิบัติตามสัญญา การปรับปรุงแก้ไขและการเลิกสัญญา ส่วนการเรียกร้องค่าเสียหายตามสัญญาจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

บทที่ 3

สัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ในประเทศไทย

เนื่องจากก่อนมีการประกาศใช้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ระบบศาลในประเทศไทยยังคงเป็นระบบศาลเดี่ยว ดังนั้นปัญหาข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองก็ดี หรือสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนก็ดี ล้วนแต่อยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น ดังนั้น หลักกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองจึงเป็นที่ยอมรับกันคือ หลักกฎหมายต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นเดียวกับกรณีของสัญญาที่เอกชนทำกับเอกชนด้วยกัน ส่งผลให้ปัญหาข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองก็ย่อมต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรมเสมอ ซึ่งศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง ดังกรณีของสัญญาที่เอกชนทำกับเอกชนด้วยกันโดยทั่วไป

3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนการจัดตั้งศาลปกครองชั้นต้นในประเทศไทย

แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองเริ่มตั้งแต่ในยุคที่ประเทศไทยปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชในช่วงรัชสมัยของสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้น ได้มีแนวความคิดที่แยกสัญญาของฝ่ายปกครองไทยออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ 2 ประเภทขึ้น กล่าวคือ สัญญาไปรเวท (private contract) ประเภทหนึ่ง และสัญญาปับลิก (public contract) อีกประเภทหนึ่ง โดยสัญญาไปรเวทเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการรับซื้อขายสิ่งของต่าง ๆ จ้างคน ช่าง ม้า เช่าที่ เช่าเรือ เช่าตึก เช่าโรงเรือน เช่าแพที่มีเจ้าของ ซึ่งลักษณะของกิจการจะเป็นธุรกิจของเอกชนขณะที่ สัญญาปับลิกหรือที่เรียกอีกอย่างว่าสัญญาของแผ่นดินหรือสัญญามหาชน เป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้รักษาเมืองกับชาวต่างชาติในกิจการที่เกี่ยวกับการค้าไม้ ขุดไร่ ทำข้าวสาร ตีบุก ร่อนทอง ขุดคลอง ทำทาง ทำปลา ผูกภาษีอากร ทำสวนไร่นาที่ไม่มีเจ้าของอื่นที่เป็นของแผ่นดินและได้มีการให้เอกชนเข้าดำเนินงานบางประเภทที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ ซึ่งได้แก่ การขุดคลอง การสร้างทางรถไฟ ในรูปของการพระราชทานพระบรมราชานุญาตแก่เอกชนบางราย โดยเอกชนผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะมีสิทธิและหน้าที่ที่สำคัญบางประการ กล่าวคือ ผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินการโดยมีสิทธิพิเศษในการจัดเก็บรายได้จากการบริการนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ได้รับ

พระราชทานพระบรมราชานุญาตต้องลงทุนในการดำเนินการด้วยตนเองและต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่ราชการเป็นการตอบแทนที่ราชการให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับอนุญาต⁵⁰

ต่อมาในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ได้มีการออกกฎหมายที่เป็นการมอบอำนาจให้เอกชนเข้าดำเนินการกิจการบริการสาธารณะ โดยในวันที่ 15 สิงหาคม พ.ศ. 2464 ได้มีประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2464⁵¹ ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้เป็นพระราชบัญญัติที่รวบรวมบทกฎหมายและข้อบังคับต่างๆ ที่เกี่ยวกับการจัดวางรางรถไฟแผ่นดิน รถไฟราษฎร์ และทางหลวง เข้าไว้เป็นหมวดหมู่ โดยในภาคที่ 2 ว่าด้วย การรถไฟราษฎร์ มาตรา 75 ได้บัญญัติเงื่อนไขในการอนุญาตไว้ โดยห้ามมิให้ผู้ใดสร้างรถไฟราษฎร์ขึ้นในพระราชอาณาจักร เว้นแต่จะมีพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ได้มีการออกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471⁵² โดยกฎหมายฉบับนี้เป็นฉบับแรกที่ได้นิยามความหมายของคำว่ากิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ คือ การรถไฟ รถราง ชุบคล่อง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบต่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ซึ่งจะได้ออกพระราชกฤษฎีกาไว้ตามยุคตามคราว กฎหมายฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชน โดยการห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคในประเทศไทย รวมทั้งกิจการประกันภัย ธนาคารออมสิน เครดิตฟองซิเอร์หรือกิจการอื่นอันมีลักษณะคล้ายคลึงกัน เว้นแต่จะได้รับพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานเสียก่อน

ต่อมาในปี พ.ศ. 2473 ได้มีการตราพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้เอกชนที่มีความประสงค์จะสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงจะต้องได้รับสัมปทานจากรัฐบาลเสียก่อน ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ในปี พ.ศ. 2475 การให้สัมปทานแก่เอกชนในการจัดทำกิจการที่มีลักษณะเป็นการสาธารณูปโภคยังคงต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์เป็นการทั่วไป

ต่อมาในภายหลังได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 จำนวน 2 ครั้ง ซึ่งการแก้ไขครั้งแรกเกิดขึ้นโดยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความ

⁵⁰ สุรพงศ์ กลั่นประชา, “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 107-110.

⁵¹ ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 123 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2464

⁵² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 หน้า 154 ลงวันที่ 14 ตุลาคม 2471

ปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2485⁵³ ซึ่งเป็นการแก้ไขในส่วนที่ต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นการได้รับอนุญาตจากรัฐบาล ส่วนการแก้ไขครั้งที่สองได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2499⁵⁴ ซึ่งเป็นการแก้ไขที่มีวัตถุประสงค์หลักในการที่จะควบคุมผู้ประกอบการกิจการคลังสินค้า ซึ่งมีจำนวนมากขึ้น โดยกำหนดให้เป็นกิจการค้าขายที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งต่อมาได้มีคำสั่งคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ออกมายกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมอีก 2 ฉบับ โดยกำหนดให้กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา และชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ และกิจการอื่นที่จะกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา รัฐเป็นเจ้าของ เอกชนที่มีความประสงค์จะประกอบกิจการดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรี แต่การอนุญาตและการให้สัมปทาน โดยรัฐมนตรีตามกฎหมายดังกล่าวไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ทำให้มีการแสวงหาผลประโยชน์จากผู้ที่เกี่ยวข้องเป็นไปโดยง่าย

ในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการทำสัญญาของภาครัฐและเอกชนในกรณีเป็นโครงการใหญ่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ส่วนโครงการที่มีมูลค่าน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดก็จะดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุซึ่งเป็นระเบียบที่กำหนดกฎเกณฑ์การทำสัญญาของรัฐกับเอกชนทุกประเภท

ในปีเดียวกันยังได้มีการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยมีวัตถุประสงค์ให้ใช้บังคับแก่ส่วนราชการซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุโดยใช้เงินงบประมาณ เงินกู้ และเงินช่วยเหลือ แต่จะไม่ใช้บังคับแก่ราชการส่วนท้องถิ่นซึ่งมีระเบียบของตนเองแยกต่างหาก เช่น ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 นอกจากนี้ระเบียบนี้ก็ไม่ใช้บังคับแก่รัฐวิสาหกิจต่างๆ ซึ่งมีระเบียบของตนเองโดยเฉพาะเช่นกัน

ในระเบียบนี้ได้กำหนดถึงการได้มาซึ่งพัสดุหรือบริการไว้ว่า ให้ส่วนราชการจัดหาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้ โดยส่วนราชการจะจัดทำเองหรือดำเนินการให้ได้มาซึ่งพัสดุหรือบริการนอกเหนือจากที่ระเบียบนี้กำหนดไว้ก็ได้ สำหรับการจัดหาพัสดุหรือบริการ โดยระเบียบนี้ได้กำหนดประเภทของการจัดหาไว้ 6 ประเภท คือ

- (1) การซื้อ
- (2) การจ้าง

⁵³ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 59 ตอนที่ 57 ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2485

⁵⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 59 ตอนที่ 57 ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2485

- (3) การจ้างที่ปรึกษา
- (4) การจ้างออกแบบและควบคุมงาน
- (5) การแลกเปลี่ยน
- (6) การเช่า

เมื่อได้ทำการศึกษาถึงการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่ผ่านมา จะพบว่าระบบกฎหมายไทยยังไม่มีหลักเรื่องสัญญาทางปกครองที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาด้วยกันเองหรือหน่วยงานของรัฐทำสัญญากับเอกชนภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ดังนั้น สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า หรือสัญญาสัมปทานก็มักจะได้รับปฏิบัติเสมือนหนึ่งเป็นสัญญาภายใต้ระบบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵⁵ อันทำให้แนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาไม่มีความแตกต่างระหว่างสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนหรือสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน

อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มี การแยกประเภทของสัญญาทางปกครองออกมาเป็นสัญญาอีกประเภทหนึ่งต่างหากจากสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน หรือไม่มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาด้วยกันเอง หรือทำสัญญากับเอกชนก็ตาม แต่ในวงการวิชาการก็ได้มีการเผยแพร่แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาเป็นระยะเวลายาวนานโดยเฉพาะอย่างยิ่งนักกฎหมายมหาชนในมหาวิทยาลัยของรัฐ และกลุ่มของนักกฎหมายมหาชนที่ปฏิบัติราชการอยู่ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 นอกจากจะทำหน้าที่หน่วยงานธุรการให้แก่คณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว ยังมีบทบาทในการพัฒนาความรู้และเผยแพร่แนวความคิดทางกฎหมาย ให้แก่บุคลากรที่เกี่ยวข้องและวงการนิติศาสตร์⁵⁶ โดยที่ผ่านมานั้นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ร่วมมือกับสถาบันการศึกษา จัดอบรมให้ความรู้เกี่ยวกับระบบกฎหมายมหาชนและสัญญาทางปกครอง ให้แก่นิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และหน่วยงานราชการต่างๆ ได้แก่

๑) การฝึกอบรม “หลักกฎหมายปกครองเบื้องต้น”

การฝึกอบรมดังกล่าวได้จัดขึ้นเมื่อวันพุธที่ 5 กุมภาพันธ์ 2529 เพื่อเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายปกครองพื้นฐานบางประการ ให้แก่ผู้เข้าอบรมรวมถึงการเผยแพร่แนวคิดในการนำหลักกฎหมายปกครองไปใช้ในการบริหารราชการแผ่นดินที่มีประสิทธิภาพ และสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนเป็นส่วนรวม เป็นการเตรียมรองรับการพัฒนา

⁵⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ธันวาคม 2541 ตอน 3, หน้า 41.

⁵⁶ นันทวัฒน์ บรมนนท์, สัญญาศาลปกครอง, หน้า 46-52.

ระบบสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง และเพื่อพัฒนาหลักกฎหมายปกครองให้สอดคล้องและเหมาะสมกับสภาพสังคมไทย

๒) การฝึกอบรม “หลักกฎหมายปกครอง : วิธีบัญญัติ”

การอบรมครั้งนี้ได้จัดขึ้นเมื่อวันพุธที่ 26 สิงหาคม 2530 โดยมีเป้าหมายที่จะเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายวิธีบัญญัติของกฎหมายปกครอง เพื่อพัฒนาแนวคิดและปรัชญากฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครองโดยอาศัยการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบของประเทศในภาคพื้นยุโรปเป็นหลักและเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์คดีปกครองของไทย โดยมีเนื้อหาครอบคลุมความรู้เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในหลายส่วน นอกจากนี้ยังเป็นการพัฒนาเอกสารวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมการกระทำทางปกครองของรัฐให้มีจำนวนมากขึ้นอันจะนำไปใช้ประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติงาน

๓) การฝึกอบรม “สัญญาทางปกครอง”

จัดขึ้นเมื่อวันพุธที่ 28 กันยายน 2531 ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของนักกฎหมายต่างประเทศและของไทย เพื่อเป็นการพัฒนาแนวความคิดและหลักกฎหมายมหาชนเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย รวมถึงการเผยแพร่เอกสารทางวิชาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

๔) การฝึกอบรม “หลักกฎหมายปกครอง : ประเภทสัญญาทางปกครอง”

จัดขึ้นเมื่อวันพุธที่ 7 มิถุนายน 2532 โดยการฝึกอบรมในครั้งนี้เป็นการขยายความเกี่ยวกับประเภทต่างๆ ของสัญญาทางปกครอง โดยได้เลือกที่จะศึกษาระบบของประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากเห็นว่าเป็นประเทศที่มีการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองไปมากที่สุดประเทศหนึ่ง นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศสก็ใช้ระบบกฎหมาย Civil law เช่นเดียวกับประเทศไทย ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความรู้แก่ผู้เข้าอบรมเกี่ยวกับแนวความคิดตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสในเรื่องประเภทของสัญญาทางปกครองเพื่อศึกษารายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองบางประเภทความแตกต่างระหว่างสัญญาดังกล่าวกับสัญญาระหว่างเอกชน รูปแบบและผลของสัญญารวมทั้งหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาดังกล่าว และเพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการที่จะนำหลักกฎหมายพิเศษนอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง

๕) การสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย”

จัดขึ้นเมื่อวันพฤหัสบดีที่ 19 และวันศุกร์ที่ 20 พฤศจิกายน 2541 การสัมมนาครั้งนี้มีวัตถุประสงค์ในการแลกเปลี่ยนข้อมูล ข้อคิดเห็นและประสบการณ์เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทยระหว่างผู้ทรงคุณวุฒิฝ่ายไทย และผู้เชี่ยวชาญจากประเทศเยอรมัน

ในการจัดฝึกอบรมและสัมมนาที่ได้กล่าวมาข้างต้น ในแต่ละครั้งนั้นได้มีการจัดทำและเผยแพร่เอกสารทางวิชาการที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับแนวคิดสัญญาทางปกครอง ทั้งของต่างประเทศและของไทย ซึ่งได้มีส่วนให้เกิดการพัฒนาความรู้เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ให้แพร่หลายในวงการวิชาการด้านนิติศาสตร์

นอกจากนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกายังได้จัดทำวารสารกฎหมายปกครอง โดยจัดพิมพ์ครั้งแรกในปี พ.ศ. 2525 ซึ่งวารสารดังกล่าวได้จัดทำขึ้นเพื่อเผยแพร่แนวความคิดและความรู้เกี่ยวกับกฎหมายมหาชน โดยการเสนอบทความทางวิชาการด้านกฎหมาย โดยผู้ทรงความรู้ทั้งจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและนักวิชาการจากมหาวิทยาลัยต่าง ๆ รวมถึงการเผยแพร่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และความเห็นทางกฎหมายคณะกรรมการกฤษฎีกา

3.2 การดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ใช้กันอยู่ก่อนการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย

ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประเทศไทยได้มีการจัดทำสัญญาหลายประเภทไม่ว่าจะเป็นกรณีที่รัฐมีความจำเป็นต้องมอบให้เอกชนเข้ามาให้บริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชน หรือกรณีที่รัฐมีความจำเป็นต้องมอบให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวแทนรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวโดยปกติจะทำในรูปของสัญญาซึ่งในอดีตสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจกับเอกชนมักจะเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า สัญญาของทางราชการหรือสัญญาของฝ่ายปกครอง⁵⁷ แม้ในปัจจุบันจะมีแนวความคิดในการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครอง ออกเป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ สัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยเป็นแนวที่ประยุกต์มาจากกฎหมายปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรปโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมันก็ตาม แต่ในประเทศไทยเองก็ได้มีแนวความคิดดังกล่าวมาเป็นระยะเวลายาวนานแล้วเช่นกันดังจะกล่าวต่อไป

3.2.1 ลักษณะสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย

สัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศไทยก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นเป็นที่ทราบกันดีว่า หลักกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นคือ หลักกฎหมายเอกชนต่าง ๆ

⁵⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546) หน้า 13

ตามที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรม ลักษณะของสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหลายซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเอกชนยังเป็นที่ได้รับการยืนยันโดยสถาบันของรัฐที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งศาลยุติธรรมและสำนักงานอัยการสูงสุด ซึ่งเป็นสถาบันของฝ่ายบริหารที่ทำหน้าที่ตรวจร่างสัญญาและวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยตรง ในส่วนศาลยุติธรรมสามารถพิจารณาได้จากคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า หากไม่มีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขไว้ในสัญญาซึ่งเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง ศาลยุติธรรมก็สามารถนำหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีได้เสมอ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1738/2545 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “สัมปทานเพื่อการลงทุนประกอบเกษตรกรรมและอุตสาหกรรม ในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทย จำเลย ออกให้โจทก์ ก็คือสัญญาระหว่างรัฐกับโจทก์ ทั้งสองฝ่ายมีสิทธิหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทาน และในส่วนที่มีได้ระบุไว้ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้นแม้ไม่ได้ระบุถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานในการที่จะขอยกเลิกสัมปทาน ก็หาใช่ว่าโจทก์จะไม่มีสิทธิบอกเลิกไม่ เมื่อโจทก์ใช้สิทธิบอกเลิกสัมปทานแล้ว คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 และหากการบอกเลิกเป็นเพราะจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้ด้วย ส่วนสำหรับสำนักงานอัยการสูงสุด (หรือกรมอัยการเดิม) ได้ยึดหลักกฎหมายแพ่งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการพิจารณาสัญญาของฝ่ายปกครองในเรื่องของความสมบูรณ์ของสัญญาทั้งหมดเริ่มตั้งแต่การก่อให้เกิดสัญญา การทำสัญญา การตรวจร่างสัญญา ผลของสัญญา การแก้ไขสัญญาหรือการเลิกสัญญา รวมไปถึงการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญา ทั้งนี้สืบเนื่องจากสำนักงานอัยการสูงสุดได้รับมอบหมายจากคณะรัฐมนตรีให้ทำหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญานับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2491 เป็นต้นมา โดยมติคณะรัฐมนตรีตามหนังสือที่ นก 33/2491 ได้กำหนดไว้ว่า ถ้าส่วนราชการของกระทรวง ทบวง กรมใด จะต้องทำสัญญากับบริษัทห้างร้านเอกชนเพื่อกิจการใด ๆ หากเจ้ากระทรวงพิจารณาเห็นว่าเป็นสัญญาที่มีความสำคัญหรือเป็นสัญญารายใหญ่ ก็ให้ส่งร่างสัญญาไปให้กรมอัยการตรวจพิจารณาเสียก่อน⁵⁸ ภายหลังคณะรัฐมนตรีได้มีมติคณะรัฐมนตรีเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจร่างสัญญาโดยสำนักอัยการสูงสุดออกมาหลายฉบับจนกระทั่งคณะรัฐมนตรี ได้มีมติเมื่อวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2535 โดยเลิกมติคณะรัฐมนตรี ทั้งหมดเกี่ยวกับการตรวจร่างสัญญาและได้วางหลักเกณฑ์ใหม่ ดังนี้ คือ

1. การทำสัญญาโดยปกติให้ทำเป็นภาษาไทย ยกเว้นในกรณีจำเป็นต้องทำเป็นภาษาต่างประเทศ ให้ทำเป็นภาษาอังกฤษ

⁵⁸ คัมภีร์ แก้วเจริญ, “อัยการกับมติคณะรัฐมนตรี เรื่องร่างสัญญา”, วารสารอัยการ (มิถุนายน 2542) : 89-91.

การทำสัญญาของส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจในต่างประเทศจะทำเป็นภาษาอังกฤษ หรือภาษาของประเทศที่หน่วยงานนั้นตั้งอยู่ก็ได้

2. ให้ส่วนราชการต่าง ๆ ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน ลงนามสัญญา

3. ให้รัฐวิสาหกิจทุกประเภทส่งร่างสัญญาดังต่อไปนี้ ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามสัญญา

3.1 การทำสัญญาผูกพันบุคคล นิติบุคคล หรือสถาบันอื่นใดในต่างประเทศซึ่งมิใช่ การดำเนินงานตามปกติธุระ หรือ

3.2 การทำสัญญาที่เห็นว่าอาจจะมีปัญหาทางกฎหมายหรือเสียเปรียบ หรือไม่รัดกุม

3.3 การทำสัญญาผูกพันที่ใช้จ่ายจากงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐจัดตั้งให้ เพื่อการหนึ่งการใดโดยเฉพาะ ซึ่งมีใช้เพื่อเป็นรายจ่ายในการดำเนินการตามปกติธุระ

สำหรับการทำสัญญาในกรณีอื่น ให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐวิสาหกิจที่จะพิจารณาส่ง ร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาหรือไม่ก็ได้

4. การทำสัญญาตามข้อ 2 และข้อ 3 ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องร่างสัญญาให้สำนักงาน อัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในกรณีดังต่อไปนี้

4.1 การทำสัญญาตามแบบที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด มาแล้ว หรือการทำสัญญาที่จำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบดังกล่าวเพียง เล็กน้อยในประเด็นที่มีสาระสำคัญและไม่ทำให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเสียเปรียบ

4.2 การทำสัญญาของรัฐวิสาหกิจที่คณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจ โดยความเห็นชอบ ของรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเห็นว่าไม่จำเป็นต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา

4.3 การทำสัญญาของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ซึ่งผ่านการ ตรวจพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญท้องถิ่นหรือผู้รู้กฎหมายของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจนั้น แล้ว

5. หลักเกณฑ์นี้ไม่ใช้บังคับกับการทำสัญญาตามแบบวิธีการที่กำหนดตามกฎหมาย หรือระเบียบหรือข้อบังคับที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง

6. ให้ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจตีความและวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการ ปฏิบัติตามเกณฑ์นี้

ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่สำนักงานอัยการสูงสุดใช้ในการตรวจร่าง สัญญาและยังมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

ในทางปฏิบัติการตรวจร่างสัญญากองที่ปรึกษา มีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาแง่เงื่อนไขของ กฎหมาย ความสมบูรณ์ของสัญญา ถ้อยคำที่ใช้ในสัญญาให้รัดกุมและเหมาะสมไม่ให้อัยการ เสียเปรียบหรือเสียหายโดยข้อที่ควรสังเกตในการพิจารณาตรวจร่างสัญญามีให้ทางราชการ เสียเปรียบหรือเสียหายที่สำคัญ เช่น ชื่อคู่สัญญา ฐานะทางกฎหมายว่าเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หากเป็นนิติบุคคลต้องพิจารณาหลักฐานว่าใครเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทน

วัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น วัตถุประสงค์ของสัญญา ประเภทของนิติกรรม หลักประกันสัญญา การจ่ายเงินล่วงหน้า (ถ้ามี) และหนังสือค้ำประกันการจ่ายเงินล่วงหน้าและอื่น ๆ

ในกรณีที่ตรวจพบว่าร่างสัญญาที่ส่งมาให้กรมอัยการตรวจร่างสัญญามีลักษณะทำให้ทางราชการเสียเปรียบ กรมอัยการจะพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมความเสียเปรียบนั้น⁵⁹ ในการตรวจร่างสัญญาของสำนักอัยการสูงสุดดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นสำคัญ นอกจากนี้ในการตรวจเนื้อหาของร่างสัญญาอัยการผู้ตรวจพิจารณาร่างสัญญาจะยึดหลักการตรวจร่างสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ดังนี้คือ⁶⁰ พิจารณาข้อความในร่างสัญญาโดยนำไปปรับบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ข้อตกลงผูกพันระหว่างคู่สัญญาสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากข้อตกลงส่วนใดขัดแย้งกับกฎหมายอาจมีผลให้ข้อตกลงส่วนนั้นหรือสัญญาทั้งฉบับเป็นโมฆะ หรือโมฆียะได้ ซึ่งนั้นย่อมหมายถึงราชการจะได้รับความเสียหาย พิจารณามติคณะรัฐมนตรี ตลอดจนกฎ และระเบียบของทางราชการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้น เพื่อตรวจสอบว่าข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาสอดคล้องกับมติ กฎ และระเบียบดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้วยยอมผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามมติ กฎ และระเบียบดังกล่าวอย่างเคร่งครัด พิจารณาความได้เปรียบหรือเสียเปรียบ โดยมุ่งรักษาประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญซึ่งมิได้หมายความว่า จะตรวจร่างสัญญาเพื่อให้ฝ่ายรัฐเอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ในการตรวจพิจารณาจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมเป็นธรรมในเชิงธุรกิจระหว่างคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นไปได้ในการที่รัฐจะแสวงหาประโยชน์จากการทำสัญญานั้นให้ได้มากที่สุด ในกรณีที่ข้อตกลงในสัญญาส่วนใดไม่ชัดเจนหรืออาจตีความเป็นไปได้ในทางที่อาจเกิดผลเสียหายแก่รัฐ อัยการผู้ตรวจร่างสัญญาจะเชิญผู้แทนของหน่วยงานเจ้าของเรื่องมาชี้แจงข้อเท็จจริงและร่วมกันพิจารณาข้อตกลงดังกล่าวนั้น หากเห็นพ้องต้องกันว่าควรแก้ไข อัยการก็ไม่ก้าวล่วงไปแก้ไขในทางที่จะขัดความประสงค์ของหน่วยงานเจ้าของเรื่อง แต่จะเสนอความเห็นข้อสังเกตแก่หน่วยงานนั้นเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการดำเนินต่อไป

3.2.1.1 การก่อให้เกิดสัญญา และความสมบูรณ์ของสัญญา

หลักกฎหมายในเรื่องการก่อให้เกิดสัญญาของสัญญาของฝ่ายปกครองอยู่ในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ ลักษณะ 2 เรื่องสัญญา ซึ่งในหมวดที่ 1 ตั้งแต่มาตรา 354 ถึง มาตรา 368 ได้กล่าวถึงการก่อให้เกิดสัญญา สัญญาเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยอาจแยกสาระสำคัญของสัญญาได้ 4 ประการ คือ

⁵⁹ โอภาส อรุณินท์, “งานในหน้าที่กองที่ปรึกษา”, วารสารอัยการ (มกราคม 2531) : 10-19.

⁶⁰ คัมภีร์ แก้วเจริญ, “อัยการกับมติคณะรัฐมนตรี เรื่องร่างสัญญา”, วารสารอัยการ : 102-103.

3.2.1.1.1 ต้องมีบุคคลเป็นคู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป

สัญญานั้นเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคล เพื่อจะก่อสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ จึงต้องมีคู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ซึ่งหากพิจารณาทางด้านทฤษฎีสามารถที่จะมองคู่สัญญาได้ใน 2 ด้าน⁶¹

ด้านที่หนึ่ง มองว่าเป็นคู่สัญญาในทางรูปแบบ (Form) คือ คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ลงมือทำสัญญา

ด้านที่สอง มองว่าเป็นคู่สัญญาในทางเนื้อหา (Substantial) คือ คู่สัญญาฝ่ายที่จะต้องรับผลของสัญญา แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจจะไม่ใช่ฝ่ายที่เป็นผู้ลงมือทำสัญญาซึ่งอาจมีได้ในหลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นกรณีเจ้ามรดกซึ่งเป็นคู่สัญญาถึงแก่ความตายภายหลังจากได้ทำสัญญา ดังนั้นแม้ทายาทของเจ้ามรดกจะมีได้เป็นผู้แสดงเจตนาที่จะทำสัญญาหรือเป็นคู่สัญญาในสัญญานั้น ๆ มาตั้งแต่แรกก็ตาม เมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตายทายาทของเจ้ามรดกย่อมสามารถเข้าสวมฐานะของความเป็นคู่สัญญาได้ภายหลังเจ้ามรดกถึงแก่ความตายโดยการรับโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่เจ้ามรดกได้กระทำไว้ไม่ว่าจะเป็นการตกลงกับคู่สัญญาเดิม หรือโดยบทบัญญัติทางกฎหมายกำหนดไว้ให้สวมฐานะของความเป็นคู่สัญญา นอกจากนี้อาจเป็นกรณีของตัวการซึ่งตั้งตัวแทนให้ทำการแทนในนามของตัวการ แม้ว่าตัวการจะมีได้ลงมือทำสัญญาด้วยตนเอง แต่เมื่อตัวแทนได้กระทำลงไปในนามของตัวการและเพื่อประโยชน์แก่ตัวการ โดยเฉพาะตัวการก็ย่อมถือได้ว่าเป็นคู่สัญญา เพราะเป็นผู้ที่ได้รับผลของสัญญาและถือว่าเป็นเจ้าของความสัมพันธ์ในการทำสัญญาเสมือนตนเป็นคู่สัญญาที่ได้ลงมือทำสัญญาด้วยตนเอง ในด้านของตัวแทนนั้นก็ย่อมถือได้ว่าเป็นคู่สัญญาได้โดยมองในด้านที่ว่า เป็นผู้ลงมือทำสัญญาด้วยตนเอง แม้ประโยชน์ที่ได้รับอาจตกเป็นของตัวการแต่ผู้เดียวก็ตาม ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าตัวแทนมิใช่คู่สัญญา การพิจารณาว่าใครเป็นคู่สัญญาเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมาก เพราะคู่สัญญาเท่านั้นมีสิทธิที่จะเรียกร้องสิทธิใด ๆ ที่เกิดจากสัญญาได้ ดังนั้นหากมิใช่คู่สัญญาย่อมไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้อง ไม่ต้องรับผิดชอบต่อสัญญานั้น ๆ อย่างไรก็ตามการพิจารณาคู่สัญญาคงพิจารณาในลักษณะที่เป็น “ฝ่าย” เพราะคู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาจมีบุคคลหลายคนก็ได้ มิใช่พิจารณาในลักษณะที่เป็นตัวบุคคล โดยสรุปจึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาจะเกิดขึ้นได้ต้องประกอบด้วยคู่สัญญาอย่างน้อยตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปไม่ว่าแต่ละฝ่ายจะมีบุคคลในฝ่ายนั้น ๆ กี่คนก็ตาม หากแต่บุคคลเหล่านั้น มีผลประโยชน์ร่วมกันก็ย่อมถือได้ว่าเป็นคู่สัญญาฝ่ายเดียวกันนั่นเอง

คู่สัญญาในทางกฎหมายอาจเป็น บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ถ้าเป็นบุคคลธรรมดาการทำสัญญาให้สมบูรณ์นั้นนอกจากบุคคลจะต้องมีความสามารถใน

⁶¹ จำปี โสทธิพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 261-262.

การมีสิทธิแล้วจะต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการใช้สิทธิอีกด้วย ความสามารถในการมีสิทธิ คือ ความสามารถของบุคคลที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิและมีหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งบุคคลจะมีความสามารถในการมีสิทธิได้ตั้งแต่เกิดมามีสภาพบุคคล⁶² ส่วนความสามารถในการใช้สิทธิเป็นเรื่องที่บุคคลนั้นได้มาซึ่งสิทธินั้นจริง ๆ โดยบุคคลนั้นมีความสามารถในการรักษาผลประโยชน์ของตนเองได้ ดังนั้นบุคคลนั้นจึงการที่จะมีความเจริญเติบโตทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจเพียงพอในการตัดสินใจที่จะทำสัญญาใดสัญญาหนึ่งด้วยตนเอง หรือด้วยผู้แทนและการตัดสินใจจะต้องมิได้เกิดจากถูกระทบกระเทือนจากโรคภัยไข้เจ็บ จึงอาจกล่าวได้ว่า ผู้ที่มีความสามารถในการใช้สิทธิต้องมีผู้เยาว์ คือ ต้องบรรลุนิติภาวะไม่ว่าจะโดยอายุเมื่อมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์⁶³ หรือบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสก็ได้⁶⁴ นอกจากนี้ยังต้องไม่เป็นคนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ คนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ (ในบางกรณี) หรือต้องไม่เป็น คนวิกลจริตที่ทำนิติกรรมในขณะที่วิกลจริตโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายรู้ ส่วนคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลนั้นต้องทำสัญญาโดยผ่านผู้แทนของนิติบุคคล และสัญญาที่ทำนั้นต้องอยู่ภายในกรอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลด้วย

3.2.1.1.2 ต้องมีวัตถุประสงค์

สัญญาจำเป็นจะต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเสมอ สัญญาใดที่ไม่มีวัตถุประสงค์ก็เหมือนเป็นเรื่องลอย ๆ ไม่จริงจิงอะไร⁶⁵ วัตถุประสงค์ของสัญญา คือ ความประสงค์ ความมุ่งหมาย หรือประโยชน์ สุดท้ายในการทำสัญญาที่คู่สัญญาจะพึงได้รับการเข้าทำสัญญาแต่ละประเภท ไม่ว่าคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายจะมีมูลเหตุชักจูงใจที่ตรงกันจึงตกลงเข้าทำสัญญา หรือมิได้มีมูลเหตุชักจูงใจก็ตาม วัตถุประสงค์ของสัญญาอาจแบ่งได้เป็น⁶⁶ วัตถุประสงค์ของสัญญา

⁶² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย

วรรคสอง ทารกในครรภ์มารดาที่สามารถมีสิทธิต่าง ๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก”

⁶³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “มาตรา 19 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์”

⁶⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรสหากการสมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448”

มาตรา 1448 การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจทำการ

สมรสก่อนนั้นได้

⁶⁵ เสนีย์ ปราโมช , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ,2520), หน้า 136-137.

⁶⁶ จำปี โสทธิพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม, หน้า 205

ทางภาวะวิสัย ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่เกิดจากตัวสัญญา และวัตถุประสงค์ของสัญญาทางอัตวิสัย ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่เกิดจากตัวคู่สัญญา ในลักษณะที่เป็นฝ่าย มิใช่พิจารณาในลักษณะที่เป็นตัวบุคคลแต่ละคน ดังนั้น วัตถุประสงค์ของสัญญานั้นจึงต้องเป็นความประสงค์ ความมุ่งหมาย หรือประโยชน์สุดท้ายที่มีร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย มิใช่เพียงเฉพาะของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น แต่วัตถุประสงค์ของสัญญาจะต้องเกิดจากสัญญาที่คู่สัญญาทุกฝ่ายต้องร่วมรับรู้กันซึ่ง วัตถุประสงค์นั้นสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามสัญญา ยกตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขาย วัตถุประสงค์ของสัญญาก็คือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันกับราคาของทรัพย์สิน⁶⁷ ไม่ว่าจะทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินประเภทใดวัตถุประสงค์ของสัญญาก็ยังคงเดิม สัญญาฝากทรัพย์สิน วัตถุประสงค์ของสัญญาก็คือการรักษาทรัพย์สินของผู้ฝากโดยผู้รับฝากได้รับบำเหน็จค่าฝากทรัพย์สิน⁶⁸

3.2.1.1.3 ต้องมีแบบหรือวิธีการในการแสดงเจตนา

โดยหลักของการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้นสามารถที่จะแสดงเจตนาในการทำสัญญาได้หลายวิธีไม่ว่าจะทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวาจา หรือการกระทำอื่นใดที่ทำให้สามารถสันนิษฐานได้ว่าการแสดงเจตนาทำสัญญาต่อกัน ซึ่งไม่ว่าจะทำสัญญาด้วยวิธีใดดังที่กล่าวก็ย่อมทำให้เกิดสัญญาและก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อคู่สัญญาได้ทั้งนั้น กรณีที่มีการกำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะ ถือเป็นข้อยกเว้นในการทำสัญญาทั่ว ๆ ไป เพราะฉะนั้นหากคู่สัญญาประสงค์จะทำสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบ สัญญานั้น ๆ จะมีผลเป็นสัญญาและมีผลผูกพันคู่สัญญาได้เมื่อได้ทำสัญญาตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น หากคู่สัญญาฝ่าฝืนทำสัญญาโดยวิธีอื่น สัญญานั้นย่อมไม่บริบูรณ์เป็นสัญญาซึ่งจะสามารถใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา ตัวอย่างแบบที่กฎหมายบังคับไว้สำหรับเรื่องของสัญญาได้แก่ การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หากฝ่าฝืนไม่กระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด สัญญา

⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453 บัญญัติว่า “อันว่าซื้อขายนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย”

⁶⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 657 บัญญัติว่า “อันว่าฝากทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ฝาก ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับฝาก และผู้รับฝากตกลงว่าจะเก็บรักษาทรัพย์สินนั้นไว้ในอารักขาแห่งตน แล้วจะคืนให้ และ มาตรา 658 ถ้าโดยพฤติการณ์พึงคาดหมายได้ว่าเขาฝากทรัพย์สินก็เพื่อจะได้รับบำเหน็จค่าฝากทรัพย์สินเท่านั้นไซ้ ท่านให้ถือว่าเป็นอันได้ตกลงกันแล้วโดยปริยายว่ามีบำเหน็จเช่นนั้น”

ซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ย่อมตกเป็นโมฆะ ตามนัยแห่งมาตรา 456 วรรคหนึ่ง⁶⁹ หรือการเข้าซื้อทรัพย์สินต้องทำสัญญาต่อกันเป็นหนังสือ หากมิได้ทำเป็นหนังสือสัญญาเข้าซื้อย่อมตกเป็นโมฆะ ตามนัยแห่งมาตรา 572⁷⁰

3.2.1.1.4 ต้องมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญานั้น

ในกรณีของสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายนั้นเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป จึงต้องมีการแสดงเจตนาของบุคคลทุกฝ่ายเป็นคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องคำเสนอและคำสนองจะถูกนำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยเสมอ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาลักษณะของคำเสนอและคำสนองด้วย

1. คำเสนอ คือ การแสดงเจตนาแสดงความประสงค์ของตนต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายบุคคลเพื่อขอให้ทำสัญญาด้วย หรืออาจสรุปสั้น ๆ ว่า เป็นคำขอให้ทำสัญญา⁷¹ คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาและเมื่อเสนอออกมาจะมีผลบังคับคำเสนอแล้ว ก็จะมีผลผูกพันผู้เสนอการแสดงเจตนาอาจแสดงเจตนาต่อบุคคลฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง หรือต่อสาธารณะชนโดยไม่เจาะจงก็ได้ แต่ต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอน เมื่อมีคำสนองรับคำเสนอก็จะก่อให้เกิดสัญญา คำเสนอมีลักษณะสำคัญซึ่งพอสรุปได้ 5 ประการดังนี้

(1) คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาจะมีผลเป็นคำเสนอก็ต่อเมื่อมีผู้รับการแสดงเจตนา หากคำเสนอยังไม่มีการส่งไปยังผู้รับคำเสนอ หรือยังส่งไปไม่ถึงผู้รับคำเสนอ คำเสนอนั้นยังไม่มีผลเป็นคำเสนอ การยื่นคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าจะมีผลทันทีก็ต่อเมื่อผู้รับคำเสนอทราบการแสดง

⁶⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 บัญญัติว่า “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไซ้ ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือกำปั่นหรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย”

⁷⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 572 บัญญัติว่า “อันว่าเข้าซื้อนั้น คือสัญญาซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์สินออกให้เข้า และให้คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เข้า โดยเงื่อนไขที่ผู้เข้าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านี้คราว วรรคสอง สัญญาเข้าซื้อนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโมฆะ”

⁷¹ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสรีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 445.

เจตนาทำคำเสนอนั้น⁷² หากเป็นบุคคลซึ่งมีได้อยู่เฉพาะหน้าควรแสดงเจตนาทำคำเสนอจะมีผลเมื่อไปถึงผู้รับคำเสนอ⁷³

(2) คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ได้แก่ การแสดงกิริยาอาการออกมาโดยชัดแจ้ง อาจแสดงด้วยวาจา หรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือแสดงกิริยาอาการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นที่เข้าใจชัดแจ้งว่าเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งก็ได้ เพราะคำเสนอเป็นคำขอให้ทำสัญญา จะแสดงเจตนาโดยการนิ่งหรือโดยปริยายด้วยการกระทำอย่างหนึ่ง แต่ให้เข้าใจหรือคาดหมายว่าเป็นการกระทำอีกอย่างหนึ่งย่อมเป็นไปไม่ได้

(3) คำเสนอต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอน เมื่อฝ่ายที่ได้รับคำเสนอได้ทำคำสนองตอบกลับมาสัญญาย่อมเกิดขึ้นแล้ว หากว่ายังไม่ทำให้สัญญาเกิดขึ้นย่อมสันนิษฐานได้ว่าคำเสนอนั้นไม่ใช่คำเสนอแต่อาจเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ คำปรารภ หรือคำทาบถาม

(4) คำเสนออาจแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเจาะจงหรือต่อสาธารณชนก็ได้ เช่น กรณีประกาศโฆษณาทางหนังสือพิมพ์ ย่อมเป็นการแสดงเจตนาต่อสาธารณชนโดยไม่เจาะจงต่อบุคคล เมื่อมีผู้สนองรับคำเสนอสัญญาก็เกิดขึ้น

(5) คำเสนอนั้นผู้เสนอไม่มีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติโดยปกติคำเสนอที่แสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงย่อมไม่เกิดปัญหา เพราะผู้เสนอนั้นต้องยอมรับคำสนองของผู้สนองซึ่งตนเสนอโดยไม่มีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติ และบุคคลอื่นก็ไม่มีสิทธิทำคำสนอง แต่หากผู้เสนอทำคำสนองต่อประชาชนทั่วไปหรือสาธารณชน กรณีเช่นนั้นการแสดงเจตนาดังกล่าวจะถือเป็นคำเสนอได้ต่อเมื่อผู้แสดงเจตนาที่ไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติต่อผู้ที่เข้าทำสัญญาด้วย ถ้าหากว่าผู้ทำคำเสนอมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ยอมทำสัญญาด้วยกับผู้ที่ยื่นรับ กรณีเช่นนั้นข้อความที่เขาแสดงเจตนาจะไม่ใช้คำเสนอ

2. คำสนอง คือ การแสดงเจตนาของผู้รับคำเสนอที่แสดงต่อผู้ทำคำเสนอ อาจกล่าวได้ว่า คำสนอง คือคำตอบรับทำสัญญาตามคำเสนอ⁷⁴ คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งมีผลผูกพันผู้รับคำเสนอแต่จะต้องแสดงเจตนาต่อผู้ทำคำเสนอเท่านั้น เมื่อคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกัน และคำสนองนั้นไปถึงผู้เสนอโดยไม่ลวงเวลา หรือถึงแม้คำเสนอจะไปถึง

⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนา นั้น ความข้อนี้ให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลหนึ่งแสดงเจตนาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งโดยทางโทรศัพท์ หรือโดยเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น หรือโดยวิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อถึงกันได้ทำนองเดียวกัน”

⁷³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 วรรคแรก บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมีได้อยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา แต่ถ้าได้บอกก่อนไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา นั้น ก่อนหรือพร้อมกันกับที่การแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนา นั้นตกเป็นอันไร้ผล”

⁷⁴ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมทย์ หน้า 462

ล่วงเวลาแต่หากได้ส่งไปทางการปกติที่ควรจะต้องมาถึงภายในเวลาที่กำหนด และผู้ทำคำเสนอมิได้บอกกล่าวไปยังผู้รับคำเสนอว่าคำสนองมาถึงล่วงเวลา ถือไม่ได้ว่าคำสนองมาถึงล่าช้า สัญญาจะเกิดขึ้นผูกพันทั้งสองฝ่ายได้ ทั้งนี้คำสนองจะต้องมาถึงผู้ทำคำเสนอก่อนคำเสนอสิ้นความผูกพัน และคำสนองนั้นจะต้องไม่มีข้อแก้ไข ข้อจำกัด ข้อเพิ่มเติม อันไปตรงตามคำเสนอของผู้ทำคำเสนอ สัญญาจะเกิดขึ้นเพราะถือว่าเป็นคำบอกปิดไปไม่รับคำเสนอ ส่วนคำนองที่มีข้อเพิ่มเติมเหล่านั้นก็จะถือเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ ซึ่งจะเกิดสัญญาต่อเมื่อฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งแรกเห็นด้วยและทำคำสนองตอบรับ ลักษณะของคำสนอง 4 ประการ

(1) คำสนองเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา

คำสนองโดยลำพังมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาเช่นเดียวกับคำเสนอ แต่การแสดงเจตนาที่จะมีผลเป็นคำสนองได้เมื่อมีผู้รับการแสดงเจตนา นั้น แม้มีการแสดงเจตนาทำคำสนองแต่ถ้ายังมีได้ส่งไปหรือส่งไปแล้ว แต่ยังไม่ถึงผู้รับการแสดงเจตนา ก็ยังไม่มีผลเป็นคำสนองอันจะก่อให้เกิดสัญญา คำสนองที่ทำต่อผู้ทำคำเสนอซึ่งอยู่เฉพาะหน้าย่อมมีผลทันทีเมื่อผู้ทำคำเสนอได้ทราบการแสดงเจตนา นั้น⁷⁵ ถ้าคำสนองทำต่อผู้ทำคำเสนอซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางย่อมมีผลเมื่อการแสดงเจตนาไปถึงผู้เสนอ และเกิดเป็นสัญญาขึ้น⁷⁶

(2) คำสนองจะต้องแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง

คำสนองต้องแสดงเจตนาต่อผู้ทำคำเสนอ หรือแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ผู้ทำคำเสนอกำหนดไว้ก็ได้ ซึ่งจะเป็นข้อแตกต่างจากการทำคำเสนอซึ่งอาจแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเจาะจง หรือต่อสาธารณชนก็ได้ ดังนั้น หากไปแสดงเจตนาต่อบุคคลอันซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา สัญญาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้

(3) คำสนองนั้นอาจจะเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยการนิ่งก็ได้

กรณีนี้มีความแตกต่างจากคำเสนอเนื่องจาก คำเสนอนั้นต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเท่านั้น คำเสนอโดยปริยาย หรือโดยการนิ่งมีอาจถือได้ว่าเป็นคำเสนอ

⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่า มีผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนา นั้น ความข้อนี้ให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลหนึ่งแสดงเจตนาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งโดยทางโทรศัพท์ หรือโดยเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น หรือโดยวิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อถึงกันได้ทำนองเดียวกัน”

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 169 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่า มีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา แต่ถ้าได้บอกก่อนไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา นั้น ก่อนหรือพร้อมกันกับการแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนา นั้นตกเป็นอันไร้ผล”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 169 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “อันสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้นย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นแต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ”

(4) คำสอนงั้นนั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอนปราศจากข้อเพิ่มเติมแก้ไข

โดยเฉพาะคำสอนงั้นด้วยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง คำสอนงั้นนั้นต้องตรงตามคำเสนอของผู้ทำคำเสนอ และมีผลก่อให้เกิดสัญญา ถ้ามีข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัด หรือข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วย ซึ่งมีลักษณะเป็นการต่อรองคำเสนอ ถือว่าเป็นการบอกปิดคำเสนอนั้น การนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองส่งผลให้เมื่อเกิดกรณีพิพาทจึงต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรม ยกตัวอย่างสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1825/2522 (กรมทางหลวงฯ โจทก์ ห.จ.ก. สหพัฒนชัยฯ กับพวก จำเลย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าประกาศให้ยื่นประกวดราคาขายของเป็นคำเชิญชวนให้ทำคำเสนอหนังสือเสนอราคาประกาศเป็นคำเสนอ โจทก์รับคำประกวดราคาของจำเลยและแจ้งให้จำเลยไปทำหนังสือสัญญาตามที่กำหนดในประกาศ จำเลยไม่ไปทำหนังสือสัญญา โจทก์รับมัดจำของประกวดราคาได้ตามข้อตกลงในการประกวดราคา แต่ยังไม่มีการซื้อขาย จำเลยไม่ต้องใช้ค่าเสียหายที่โจทก์ซื้อของแพงกว่าราคาที่จำเลยเสนอขายแก่โจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1131/2520 (การรถไฟแห่งประเทศไทย โจทก์ นายฉลองสุวรรณ มงคลจำเลย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าจำเลยยื่นใบประกวดราคารับจ้างทำของ โจทก์ตกลงรับใบประกวดราคาแล้ว จำเลยต้องผูกพันจำเลยไม่ยอมทำสัญญา โจทก์เรียกค่าเสียหายตามจำนวนที่ต้องจ้างผู้อื่นแพงขึ้นได้ตามข้อสัญญา จำเลยยื่นใบประกวดราคาแล้ว แต่อ้างว่าไม่ผูกพันตามสัญญา จำเลยมีหน้าที่นำสืบก่อน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 280/2523 (นางเพชรชมพู ทรัพย์ศรีโสภา โจทก์ กระทรวงอุตสาหกรรมฯ กับพวก จำเลย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าคำประกาศแจ้งความของจำเลยทั้งสี่ที่ให้มีการประมูลการเช่าสัมปทานโรงงานสุราแม่โขงบางยี่ขัน เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ผู้สนใจทำคำเสนอขึ้นมาเท่านั้น หนังสือของโจทก์ที่ขอเข้าประกวดราคาด้วยเป็นคำเสนอเมื่อจำเป็นเลยบอกปิดคำเสนอดังกล่าวโจทก์จำเลยไม่มีสัญญาและนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 581/2523 (ห.จ.ก.พี.ซี. คอนสตรัคชั่นฯ โจทก์ กรุงเทพมหานครฯ กับพวก จำเลย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าจำเลยแจ้งความให้ผู้ประสงค์รับเหมาก่อสร้างปรับปรุงท่อระบายน้ำยื่นซองประกวดราคา โดยมีเงื่อนไขว่าราคาที่ผู้รับเหมายื่นซองประกวดราคาจะไม่เปลี่ยนแปลงภายในกำหนด 60 วัน นับแต่วันยื่นซองประกวดราคา การที่โจทก์ยื่นซองประกวดราคาโดยมีข้อตกลงตามเงื่อนไขดังกล่าวไม่ทำให้คำเสนอของโจทก์เป็นคำเสนอที่มีข้อจำกัดตาม ป.พ.พ. มาตรา 359 วรรคสอง ฉะนั้นเมื่อจำเลยแจ้งให้โจทก์ทราบว่ารากาก่อสร้างที่โจทก์ยื่นซองประกวดราคาเป็นราคาต่ำสุด และตกลงจ้างโจทก์ให้ทำการก่อสร้าง ก็ถือได้ว่าเป็นคำเสนอของจำเลย โจทก์จึงมีความผูกพันที่จะต้องไปทำสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรกับจำเลย หากโจทก์ไม่ไปทำสัญญาตามกำหนด จำเลยก็มีสิทธิรับเงินประจำซองแล้วทำความตกลงจ้างผู้อื่นต่อไปตามเงื่อนไขในแจ้งความ ส่วนเงื่อนไขที่ว่าราคาจะไม่

เปลี่ยนแปลงภายใน 60 วัน ก็เป็นเพียงเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำเชื้อเชิญเท่านั้น มิได้หมายความว่าถ้าเกิน 60 วันแล้วราคาจะต้องเปลี่ยนแปลง ดังนั้นเมื่อโจทก์มิได้ระบุในใบประกวดราคาว่าราคาที่เสนอจะคงอยู่เพียง 60 วันแล้ว การที่จำเลยสนองรับและแจ้งให้โจทก์ไปทำสัญญาภายใน 5 วัน แม้จะพ้นกำหนด 60 วัน ตามเงื่อนไขในแจ้งความ หากโจทก์ปฏิเสธไม่ยอมลงนามในสัญญาก็ถือว่าโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญา

ข้อหาหรือที่ 12/2540 (องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือเกี่ยวกับข้อสัญญาจ้างที่ปรึกษาที่จะทำกับบริษัทที่ปรึกษา เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขสัญญา) ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย จะแก้ไขแบบสัญญาจ้างที่ปรึกษาให้บริษัทที่ปรึกษารับผิดตามสัญญาจ้างเพียงเท่าจำนวนมูลค่าจ้างตามสัญญาย่อมทำได้ไม่ขัดต่อกฎหมายเมื่อแก้ไขแล้วเป็นการเสียเปรียบ ต้องระมัดระวังต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

3.2.1.2 ผลของสัญญา⁷⁷

⁷⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 บัญญัติว่า “ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ห้ามมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 370 บัญญัติว่า “ถ้าสัญญาต่างตอบแทนมีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และทรัพย์สินนั้นสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าการสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้”

ถ้าไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ท่านให้ใช้บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้บังคับแต่เวลาที่ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 195 วรรค 2 นั้นไป”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 371 บัญญัติว่า “ บทบัญญัติที่กล่าวมาในมาตราก่อนนั้น ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าเป็นสัญญาต่างตอบแทนมีเงื่อนไขบังคับก่อน และทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นสูญหรือทำลายลงในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 372 บัญญัติว่า “ นอกจากกรณีดังกล่าวไว้ในสองมาตราก่อน ถ้าการชำระหนี้ตกเป็นพันธีย เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ที่มีสิทธิจะรับชำระหนี้ตอบแทนไม่

ถ้าการชำระหนี้ตกเป็นพันธีย เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษเจ้าหนี้ได้ ลูกหนี้ก็หาเสียสิทธิที่จะรับชำระหนี้ตอบแทนไม่ แต่ว่าลูกหนี้ได้อะไรไว้เพราะการปลดหนี้ก็ดี หรือใช้คุณวุฒิความสามารถของตนเป็นประการอื่นเป็นเหตุให้ได้อะไรมา หรือแกล้งละเลยเสียไม่ชวนชวยเอาอะไรที่สามารถจะทำได้ก็ดี มากน้อยเท่าไร จะต้องเอามาหักกับจำนวนอันตนจะได้รับชำระหนี้ตอบแทน วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงกรณีที่มีการชำระหนี้ฝ่ายหนึ่งยังค้างชำระอยู่นั้นตกเป็นพันธียเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งฝ่ายนั้นมิต้องรับผิดชอบในเวลาเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งผิดนัดไม่รับชำระหนี้”

การพิจารณาผลของสัญญาที่เกิดขึ้น ในสัญญาของฝ่ายปกครองยังคงยึดหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 369 ถึงมาตรา 372 หากเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ เช่น สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ต้องพิจารณาว่าภัยพิบัติเกิดขึ้นในขณะที่ผู้ใดเป็นเจ้าของทรัพย์ผู้นั้นยอมต้องรับบาปเคราะห์ในภัยพิบัตินั้นไปตามมาตรา 370 และ 371 ที่กล่าวมาข้างต้น ก็อาจใช้บทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 372 มาใช้บังคับได้ ยกตัวอย่างผลของสัญญาที่หารือกับสำนักงานอัยการสูงสุด

ข้อหารือที่ 15/2535 (กรมการปกครองหรือสำนักงานอัยการสูงสุด กรณีซื้อกระสุนปืนเล็ก) ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า กรมการปกครองได้ทำสัญญาซื้อขายกระสุนปืนเล็กซึ่งผลิตโดยบริษัทผู้ผลิตในประเทศสเปนจากบริษัทผู้ขาย ต่อมาภายหลังปรากฏว่า บริษัทผู้ผลิตกระสุนตามที่ระบุในสัญญาได้หยุดผลิตกระสุนปืนทุกชนิด ย่อมถือได้ว่าการชำระหนี้ของผู้ขายกลายเป็นพ้นวิสัย บริษัทผู้ขายยอมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219

ข้อหารือ 16/2537 (องค์การสะพานปลาหรือสำนักงานอัยการสูงสุดกรณีห้างหุ้นส่วนจำกัด ทะเลตราด เรื่องไม่ปฏิบัติตามสัญญา) ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า เมื่อทำสัญญาให้สิทธิบริหารงานท่าเทียบเรือ แต่ไม่ชำระค่าตอบแทน ถือว่าผิดสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ แต่เมื่อยังไม่ได้ใช้สิทธิเลิกสัญญา ก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ชำระค่าตอบแทนได้ สัญญาก่อสร้างอาคารพาณิชย์ในที่ดินแล้วยกกรรมสิทธิ์ให้ เป็นสัญญาต่างตอบแทน เมื่อผู้ใหญ่ให้สัญญาไม่อาจส่งมอบที่ดินได้บางส่วน เนื่องจากการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย ย่อมไม่อาจที่จะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งก่อสร้างอาคารพาณิชย์ได้ ทั้งไม่อาจเรียกค่าตอบแทน ค่าเสียหาย หรือค่าปรับใด ๆ ทั้งสิ้น

3.2.1.3 มัดจำและกำหนดเบี้ยปรับ

มัดจำ หมายถึง เงินหรือสังหาริมทรัพย์มีค่าอย่างอื่นซึ่งคู่สัญญาได้ส่งมอบให้ไว้แก่กันเมื่อเข้าทำสัญญา⁷⁸ โดยลักษณะสำคัญของมัดจำอาจแยกได้เป็น 2 ประการ

⁷⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 บัญญัติว่า “เมื่อเข้าทำสัญญา ถ้าได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ท่านให้ถือว่า การที่ให้มัดจำนั้นยอมเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำกันขึ้นแล้ว อนึ่ง มัดจำนี้ยอมเป็นประกันการที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 378 บัญญัติว่า “มัดจำนั้น ถ้ามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ท่านให้เป็นไปดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

- (1) ให้ส่งคืน หรือจัดเอาเป็นการใช้เงินบางส่วนในเมื่อชำระหนี้
- (2) ให้ริบ ถ้าฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่ง ซึ่งฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบหรือถ้ามีการเลิกสัญญาเพราะความผิดของฝ่ายนั้น
- (3) ให้ส่งคืน ถ้าฝ่ายที่รับมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์

(๑) ต้องเป็นสิ่งที่คู่สัญญาส่งมอบให้แก่กันเมื่อเข้าทำสัญญา

(๒) สิ่งที่ส่งมอบเป็นมัดจำต้องเป็นเงินหรือสิ่งมีค่าอย่างอื่นและต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

เบี้ยปรับ หมายถึง ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ซึ่งคู่สัญญากำหนดไว้ล่วงหน้าเมื่อมีการไม่ชำระหนี้ เมื่อมีการชำระหนี้แต่ไม่ถูกต้องสมควรหรือเมื่อมีการกระทำการอันฝ่าฝืนมูลหนี้สำหรับหนึ่งดวันกระทำการ⁷⁹ ซึ่งลักษณะของเบี้ยปรับอาจแยกได้เป็น 2 ประการ

(1) เป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าถ้ามีการผิดสัญญาหรือมีการไม่ชำระหนี้เลยหรือมีการชำระหนี้ไม่ถูกต้องหรือมีการกระทำการอันฝ่าฝืนมูลหนี้

(2) อาจมีการส่งมอบเบี้ยปรับให้ขณะทำสัญญาหรือไม่ก็ได้มิใช่สาระสำคัญ และเบี้ยปรับจะกำหนดไว้เป็นเงิน หรือเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนก็ได้

ในส่วนมัดจำและกำหนดเบี้ยปรับหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวก็นำมาใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วย ยกตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาได้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกา 540/2532 (กรมสามัญศึกษา โจทก์ ห้างหุ้นส่วนศรีกรชัย ก่อสร้างกับพวก จำเลย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าโจทก์มีสิทธิปรับจำเลยที่ 1 เป็นรายวันจนกว่าการก่อสร้างจะแล้วเสร็จโดยการกระทำของผู้รับจ้างคนใหม่ ถือได้ว่าเป็นเบี้ยปรับที่คู่สัญญากำหนด

อันใดอันหนึ่งซึ่งฝ่ายนี้ต้องรับผิดชอบ”

⁷⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 379 บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้สัญญาแก่เจ้าหนี้ว่าจะใช้เงินจำนวนหนึ่งเป็นเบี้ยปรับเมื่อตนไม่ชำระหนี้ก็ดี หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควรก็ดีเมื่อลูกหนี้ผิดนัดก็ให้รับเบี้ยปรับ ถ้าการชำระหนี้อื่นจะพึงทำนั้นได้แก่ดวันการอันใดอันหนึ่ง หากทำการอันนั้นฝ่าฝืนมูลหนี้เมื่อใดก็ให้รับเบี้ยปรับเมื่อนั้น”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 380 บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ได้สัญญาไว้ว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาเบี้ยปรับอันจะพึงรับนั้นแทนการชำระหนี้ก็ได้ แต่ถ้าเจ้าหนี้แสดงต่อลูกหนี้ว่าจะเรียกเอาเบี้ยปรับจะนั้นแล้ว ก็เป็นอันขาดสิทธิเรียกร้องชำระหนี้อีกต่อไป

ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้จะเรียกเอาเบี้ยปรับอันจะพึงรับนั้นในฐานะเป็นจำนวนน้อยที่สุดแห่งค่าเสียหายก็ได้ การพิสูจน์ค่าเสียหายยิ่งกว่านั้น ท่านก็อนุญาติให้พิสูจน์ได้”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 381 บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ได้สัญญาไว้ว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร เช่นว่าไม่ชำระหนี้ตรงตามเวลาที่กำหนดไว้เป็นต้น นอกจากเรียกให้ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาเบี้ยปรับอันจะพึงรับนั้นอีกด้วยก็ได้

ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในมูลชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 380 บรรดสอง

ถ้าเจ้าหนี้อยอมรับชำระหนี้แล้ว จะเรียกเอาเบี้ยปรับได้ต่อเมื่อได้บอกสงวนสิทธิไว้เช่นนั้นในเวลารับชำระหนี้”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 382 บัญญัติว่า “ถ้าสัญญาว่าจะทำการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นให้เป็นเบี้ยปรับ ไม่ใช่ใช้เป็นจำนวนเงินไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 379 ถึง 381 มาใช้บังคับ แต่ถ้าเจ้าหนี้เรียกเอาเบี้ยปรับแล้วสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนก็เป็นอันขาดไป”

ไว้ล่วงหน้า การทำงานก่อสร้างล่าช้าเป็นเพราะการดำเนินการของโจทก์ด้วย โจทก์จ้างผู้รับจ้างคนใหม่ทำงานงวดที่เหลือในวงเงินเท่ากับที่จะต้องชำระให้จำเลยที่ 1 ดังนี้ เมื่อพิเคราะห์ประกอบกับเหตุแห่งความล่าช้า ค่าจ้างก่อสร้างและระยะเวลาที่ผู้รับจ้างคนใหม่ใช้ในการก่อสร้างแล้ว เบี้ยปรับดังกล่าวสูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจลดลงได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 ตามสัญญาจ้างไม่มีการวางเงินมัดจำ มีแต่หนังสือค้ำประกันความรับผิดชอบของธนาคาร ดังนี้ เงินที่ธนาคารผู้ค้ำประกันชำระให้แก่ผู้ว่าจ้างเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายฐานผิดสัญญา

คำพิพากษาฎีกา 5268/2539 (การประปาส่วนภูมิภาค โจทก์ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไทยมณีการโยธาและท่องเที่ยวอิมพอร์ต เอ็กซ์พอร์ต กับพวก จำเลย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า โจทก์ว่าจ้างจำเลยที่ 1 วางท่อประปาขยายเขตจำหน่ายน้ำ โดยสัญญา ข้อ 21 มีใจความสรุปได้ว่า หากโจทก์ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา บรรดางานที่จำเลยที่ 1 ได้ทำขึ้นก่อนแล้ว ให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์โดยโจทก์ไม่ต้องชำระค่าตอบแทนและจำเลยที่ 1 ยอมให้โจทก์ระงับการจ่ายเงินค่าจ้างที่ค้างเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ทั้งโจทก์มีสิทธิว่าจ้างบุคคลภายนอกทำงานที่ค้างต่อไปได้ หากค่าจ้างผู้รับจ้างรายใหม่สูงกว่าค่าจ้างเดิม จำเลยที่ 1 ยอมให้นำค่าจ้างเดิมที่ยังค้างจ่ายซึ่งเป็นหลักประกันการชำระหนี้ไปหักออกจากค่าจ้างรายใหม่ ถ้ายังไม่พอชำระค่าจ้างรายใหม่ที่สูงกว่า จำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบใช้ส่วนที่ยังขาดจนครบถ้วน ข้อตกลงนี้จึงมีลักษณะให้ถือเอาบรรดาผลงานที่จำเลยที่ 1 ได้ทำขึ้นก่อนนั้น อันเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นที่ไม่ใช่เป็นจำนวนเงินเป็นเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 382 หากจำเลยที่ 1 ผิดสัญญาไม่วางท่อให้ถูกต้องสมควร โจทก์ยอมมีสิทธิปรับเบี้ยปรับนี้ได้ตามมาตรา 381 วรรคแรก ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้น สูงเกินส่วนศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ตามมาตรา 383 วรรคแรก ดังนั้นถ้าให้โจทก์ริบเอาบรรดางานที่จำเลยที่ 1 ได้ทำขึ้นทั้งหมด โดยโจทก์ไม่ต้องชำระค่าตอบแทนและไม่ยอมลดจากค่าเสียหายที่โจทก์เรียกได้ก็จะเป็นการเรียกเบี้ยปรับสูงเกินส่วน ย่อมสมควรให้ลดเบี้ยปรับลงเท่ากับค้างงานที่จำเลยที่ 1 ทำงานให้แก่โจทก์ไปแล้วก่อนบอกเลิกสัญญา

3.2.1.4 การเลิกสัญญา

การเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นสามารถบอกเลิกได้ใน 2 กรณี คือ โดยข้อสัญญา กล่าวคือ ได้มีการระบุไว้ในสัญญาว่า หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเลิกสัญญาได้ อีกกรณีหนึ่งเป็นการเลิกสัญญาโดยมีกฎหมายบัญญัติให้เลิกสัญญาได้ ยกตัวอย่างคำพิพากษาฎีกา ดังนี้

คำพิพากษาฎีกา 4385/2540 (กองทัพอากาศ โจทก์ ห้างหุ้นส่วนจำกัด สยามไซซ์ กับพวก จำเลย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า สัญญาซื้อขาย ข้อ 10 มีว่า “ในกรณีที่ผู้ซื้อไม่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ผู้ขายยอมให้ผู้ซื้อปรับเป็นรายวันในอัตราร้อยละ 0.2 ของราคาสั่งของที่ยังไม่ได้รับมอบนับแต่วันถัดจากวันครบกำหนดตามสัญญาเป็นต้นไป จนถึงวันที่ผู้ขายได้นำ

สิ่งของมาส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อจนถูกต้องครบถ้วน” และวรรคสามของสัญญาข้อเดียวกันระบุว่า “ในระหว่างที่มีการปรับนั้น ถ้าผู้ซื้อเห็นว่าไม่อาจจะปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ ผู้ซื้อจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาและริบหลักประกันหรือเรียกร้องจากธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันเรียกร้องให้ชดใช้ราคาที่เพิ่มขึ้น นอกเหนือจากการปรับจนถึงวันบอกเลิกสัญญาด้วยก็ได้” ดังนี้ เมื่อจำเลยทั้งสองผิดนัดไม่ส่งมอบสิ่งของให้โจทก์ โจทก์บอกกล่าวให้จำเลยทั้งสองส่งมอบสิ่งของและได้ส่งวนสิทธิปรับจำเลยทั้งสองเป็นรายวันด้วย และเมื่อโจทก์เห็นว่าจำเลยทั้งสองไม่อาจส่งมอบสิ่งของตามสัญญาได้ จึงบอกเลิกสัญญาและริบหลักประกันเป็นการที่โจทก์ใช้สิทธิตามสัญญาข้อ 10 วรรคหนึ่งและวรรคสามนั่นเอง โจทก์จึงมีสิทธิปรับจำเลยทั้งสองเป็นรายวันในอัตราร้อยละ 0.2 ของราคาส่งของที่ไม่ได้ส่งมอบได้ ส่วนสัญญาซื้อขาย ข้อ 9 ที่ระบุให้ผู้ซื้อสามารถเรียกร้องให้ชดใช้ราคาที่เพิ่มขึ้นนอกเหนือจากการปรับจนถึงวันบอกเลิกสัญญาด้วยนั้น หมายถึงว่า เมื่อผู้ซื้อผิดสัญญาไม่ส่งมอบสิ่งของที่ซื้อ โจทก์ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่ให้เวลาผู้ขายที่จะส่งมอบสิ่งของและสงวนสิทธิในการที่จะปรับเป็นรายวันเมื่อโจทก์ก็ใช้สิทธิปรับจำเลยทั้งสองเป็นรายวัน จำเลยทั้งสองจะต้องชำระค่าปรับพร้อมด้วยดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันผิดนัดให้โจทก์

3.2.1.5 การแก้ไขสัญญา

การแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองโดยทั่วไปแล้วมีลักษณะเช่นเดียวกับกับกรณีสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งหลักสำคัญในการแก้ไขสัญญาต้องเกิดจากความเห็นพ้องต้องกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสมอ จึงอาจกล่าวได้ว่าการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองจะกระทำโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ แม้คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตามในการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองบางประเภทที่อยู่ในบังคับของระเบียบว่าด้วยการพัสดุ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในกรณีการแก้ไขสัญญาของส่วนราชการจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 136 ด้วยเสมอ กล่าวคือ “สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็น โดยไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบหรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้...” สำหรับกรณีตัวอย่างที่ถือว่าเป็นการแก้ไขสัญญาที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้ใน ข้อ 136 ก็เช่น การแก้ไขสัญญาเพื่อให้ได้ความชัดเจนรัดกุมไม่ทำให้เสียเปรียบสมควรที่จะกระทำได้⁸⁰ การแก้ไขสัญญาเพิ่มวงเงินตามสัญญาจ้างย่อมกระทำได้⁸¹ หรือการแก้ไขสัญญาให้ถ้อยคำตามตัวอักษรในสัญญาตรงกับเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาย่อมกระทำได้⁸²

⁸⁰ ข้อหารือที่ 461/2524 กรมชลประทานหรือสำนักงานอัยการสูงสุด เรื่อง การตีความและการแก้ไขสัญญา

นอกจากนี้ ในปัจจุบันได้มีการดำเนินการในลักษณะที่เป็นการผ่อนคลายนโยบายหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาเกี่ยวกับกรณีของสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างซึ่งโดยทั่วไปเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ระเบียบว่าด้วยการพัสดุ ในส่วนที่เกี่ยวกับราคา โดยในปี พ.ศ. 2532 ได้มีมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 22 สิงหาคม พ.ศ. 2532 (แจ้งตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ นร 0203/ว 109 ลงวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2542) ให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ในสัญญาของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง โดยนำเอา ค่า k (escalation factors) ที่มีการตกลงระบุกันไว้ในสัญญามาคำนวณค่าปรับราคาในกรณีเพิ่มหรือลดค่างานจากค่างานเดิม โดยไม่ถือว่าเป็นขัดกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

3.2.2 การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นประเทศไทย

ก่อนที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองจะประกาศใช้บังคับในปี พ.ศ. 2542 การดำเนินการทั้งหลายทั้งปวงที่เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนไม่ว่าจะเป็นการทำสัญญาการตรวจร่างสัญญา และการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญา ในส่วนของการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญานั้น จากการศึกษาพบว่า มีหน่วยงานที่เข้ามาทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทเหล่านี้อยู่หลายหน่วยงานด้วยกัน โดยมีทั้งหน่วยงานภายในของฝ่ายปกครองและหน่วยงานภายนอกของฝ่ายปกครอง ดังที่จะนำเสนอต่อไปนี้

3.2.2.1 การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม

ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นประเทศไทยใช้ระบบศาลเดี่ยว ศาลยุติธรรมจึงมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาท เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองทุกชนิด โดยในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลยุติธรรมนั้น ศาลยุติธรรมได้ยอมรับว่านิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาย่อมเป็นไปตามกฎระเบียบข้อบังคับและข้อกำหนดในสัญญา และหากไม่มีข้อกำหนดและข้อบังคับดังกล่าว ศาลก็จะให้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่สัญญา ดังเช่นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525 ในเรื่องของสัมปทานบัตรเพื่อการลงทุนประกอบการเกษตรกรรม และอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทยออกให้แก่เอกชน ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษาว่าคู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐกับเอกชน ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่

⁸¹ ข้อหารื้อที่ 117/2530 สำนักงานพลังงานแห่งชาติหรือสำนักงานอัยการสูงสุด เรื่อง การเพิ่มวงเงินตามสัญญาจ้าง

⁸² ข้อหารื้อที่ 130/2529 สำนักงานสถิติแห่งชาติหรือสำนักงานอัยการสูงสุด เรื่อง แก้ไขสัญญาจ้างพิมพ์

ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตร และในส่วนที่ไม่ได้ระบุไว้ก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁸³ คำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าถึงแม้ว่าโดยทั่วไปข้อพิพาทในสัญญาของฝ่ายปกครองจะเป็นไปตามกฎหมายแพ่ง แต่ศาลปกครองก็ได้ยอมรับว่าสัญญาของฝ่ายปกครองอาจมีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองโดยทั่วไป โดยความแตกต่างดังกล่าวอาจจะเกิดขึ้นจากกฎระเบียบข้อบังคับและข้อกำหนดในสัญญา

3.2.2.2 การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 เพื่อจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการจัดทำร่างกฎหมายและให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่รัฐบาลกับให้อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองตามที่จะได้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการกฤษฎีกาด้วย⁸⁴ แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกาก็มิได้ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง เพราะยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดว่าการดำเนินการใดมีลักษณะเป็นคดีปกครองออกมาใช้บังคับ ต่อมาในปี พ.ศ. 2492 ได้มีพระราชบัญญัติเรื่องราร้องทุกข์ พ.ศ. 2492 จัดตั้งคณะกรรมการเรื่องราร้องทุกข์ขึ้นแทนการจัดตั้งศาลปกครองในรูปแบบของคณะกรรมการกฤษฎีกา

ในปี พ.ศ. 2522 ได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาใหม่โดยมีการตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ออกมาใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาฉบับใหม่ได้รวมคณะกรรมการเรื่องราร้องทุกข์เข้าเป็นกรมการประเภทหนึ่งของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรียกว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์” กฎหมายฉบับดังกล่าวมีเป้าหมายที่จะพัฒนาคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไปสู่การเป็นศาลปกครองในรูปแบบของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของประเทศฝรั่งเศส⁸⁵

นอกจากการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยศาลยุติธรรมแล้วก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย การพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองจึงยังอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ด้วย ซึ่งเป็นไปตามมาตรา

⁸³ ฤทัย หงส์สิริ, “การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทาน

⁸⁴ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476.

⁸⁵ ชายชัย แสงศักดิ์, ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 1, มีนาคม 2540, หน้า 54-55.

19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ที่ได้กำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง ดังนี้⁸⁶

1) เป็นเรื่องและผู้ร้องทุกข์ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ และ

2) ความเดือดร้อนเสียหายตามข้อ 1) นั้น เนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(ก) ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

(ข) ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(ค) กระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

(ง) กระทำการอันไม่ถูกต้องตามขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่

กำหนดไว้สำหรับการนั้น

(จ) กระทำการไม่สุจริต หรือไม่มีเหตุผลอันสมควร

เรื่องราวร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะรับไว้พิจารณาได้ ต้องมิใช่เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาล หรือที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเด็ดขาดแล้ว หรือเป็นเรื่องที่ยังมิได้ดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้

ซึ่งในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ผ่านมานั้นในหลายกรณี ได้นำแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส มาปรับใช้⁸⁷ เช่น หลักเหตุที่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามสัญญาแต่คู่สัญญาไม่ทราบถึงเหตุนั้นในขณะทำสัญญา⁸⁸ หรือหลักที่ว่ารัฐจะต้องไม่ใช้สิทธิตามสัญญาจนทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายถึงขนาดไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้⁸⁹ รวมถึงการพัฒนาและยอมรับทฤษฎีว่าด้วยเหตุอันมิอาจคาดหมายได้จากสัญญาแบบปรับราคาได้ ซึ่งมีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดไว้เพื่อช่วยเหลือผู้รับจ้างก่อสร้างในกรณีที่สถานการณ์ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ยากยิ่ง⁹⁰

⁸⁶ โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในประเทศไทย”, เอกสารประกอบการสัมมนาเชิงปฏิบัติการเรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครอง : การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล” วันที่ 12-13 มีนาคม 2546 ณ ห้องประชุม 172 ชั้น 37 สำนักงานศาลปกครอง ห้องประชุม 4 ศูนย์การประชุมสหประชาชาติ จัดโดย สำนักงานศาลปกครอง USAID และ The Kenan Institutes, หน้า 34-35.

⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30

⁸⁸ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 12/2524.

⁸⁹ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 70/2535.

⁹⁰ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 43/2527.

3.2.2.3 การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ

ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย นอกจากมีการนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของทางราชการโดยการยื่นฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 3.2.2.1 หรือการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในหัวข้อ 3.1.3.2 ข้างต้นแล้ว ยังมี การนำหลักกฎหมายเอกชนเรื่องอนุญาโตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของทางราชการอีกด้วย วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้ คู่กรณีหรือคู่พิพาทในสัญญาของทางราชการอันได้แก่ หน่วยงานทางปกครองฝ่ายหนึ่งกับหน่วยงานทางปกครองหรือเอกชน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อาจตกลงกันให้มีการเสนอข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาของทางราชการทั้งที่ได้เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ให้บุคคลภายนอกที่เรียกว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดก็ได้ โดยมาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติให้มีการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนอกศาลได้ และให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในประเทศไทยในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการขึ้นใช้บังคับ ได้แก่ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ดังนั้น ในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง คู่กรณีหรือคู่พิพาทในสัญญาของทางราชการจึงอาจดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายดังกล่าว

การวินิจฉัยชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการจะมีขึ้นได้ต่อเมื่อมีการตกลงกันด้วยความสมัครใจระหว่างคู่กรณีหรือคู่พิพาทในสัญญาของทางราชการให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีอาจตกลงให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว หรืออาจทำสัญญาดตกลงกันไว้ล่วงหน้าว่าหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของทางราชการที่ตนเป็นคู่กรณีในสัญญาเกิดขึ้น ก็ให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการก็ได้

เมื่อคู่กรณีได้ตกลงกันให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้วคู่กรณีย่อมต้องผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำคดีไปฟ้องต่อศาลโดยไม่ยอมดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของทางราชการเกิดขึ้น คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิที่จะบังคับให้มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้ศาลจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเสียก่อน ซึ่งเมื่อศาลทำการได้สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ ศาลก็ต้องมีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้น แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันในสัญญาว่าให้มีการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการ สัญญาดังกล่าวก็จะต้องตกอยู่ภายใต้หลักทั่วไปในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาด้วย เพราะหากไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์แต่มีการดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการจนเสร็จสิ้นและมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ไปแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นก็ไม่มีผลผูกพันคู่กรณีหรือคู่พิพาทแต่อย่างใด เพราะอนุญาโตตุลาการกระทำไปโดยไม่มีอำนาจเนื่องจากอำนาจของอนุญาโตตุลาการต้องเกิดจากสัญญาของคู่กรณีหรือคู่พิพาท⁹¹ หากคู่กรณีหรือคู่พิพาทมิได้มีการตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการไว้ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบังคับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการไม่ได้ เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกบังคับจะยินยอมตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่คู่กรณีฝ่ายเรียกร้องเสนอเท่านั้น

นอกจากนี้หากในภายหลังคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบใด สัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบนั้น ก็ย่อมผูกพันผู้รับโอนด้วย ทั้งนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้มีการบัญญัติเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 8 ว่า “เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบใด สัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบนั้น ย่อมตกแก่ผู้รับโอนด้วย” อย่างไรก็ตาม หลักอนุญาโตตุลาการนั้นสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นเอกเทศ มีความอิสระในตัวเอง ความสมบูรณ์ของอนุญาโตตุลาการไม่ได้ขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญาหลัก⁹² แต่สาเหตุที่กฎหมายจำเป็นต้องบัญญัติให้ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย เพื่อป้องกันมิให้เกิดการหลีกเลี่ยงข้อผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพราะโดยปกติแล้วเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่กรณีหรือคู่พิพาทย่อมมีสิทธิที่จะนำคดีพิพาทขึ้นสู่ศาล⁹³ ดังนั้น หากคู่กรณีตกลงกันใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการแล้ว กฎหมายจึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อไม่ให้สัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำกันไว้ขาดความศักดิ์สิทธิ์ ผลของหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการก็คือ หากสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาหลักได้ แม้จะมีการโต้แย้งว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้หรือมีเหตุความไม่สมบูรณ์ประการอื่นก็ตาม⁹⁴

คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ แต่หลักสำคัญในการอนุญาโตตุลาการคือ องค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการจะมีบุคคลภายนอกที่คู่กรณีเลือกเองหรือบุคคลภายนอกอันใดก็ได้แก่ บุคคลที่ศาลที่มีเขตอำนาจหรืออนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายเลือกขึ้น อย่างน้อยหนึ่งคนเป็นอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม คู่กรณีหรือคู่พิพาทอาจไม่ระบุตัวบุคคลที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการไว้ก็ได้ แต่คู่กรณีหรือคู่พิพาทอาจกำหนดวิธีการเลือกหรือ

⁹¹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ”, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, พ.ศ. 2540 หน้า 5.

⁹² อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 50-51.

⁹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ⁹⁵ ไว้แทน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคณะอนุญาโตตุลาการจะประกอบด้วย อนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่าๆ กัน และให้อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งขึ้นนั้นร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการที่เป็น บุคคลภายนอกอีกหนึ่งคน ซึ่งองค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีที่มาจากหลักแห่ง ความเสมอภาคของคู่กรณีในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความ ได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างคู่กรณี หลักแห่งความเสมอภาคนี้เป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไปใน กฎหมายอนุญาโตตุลาการทุกประเทศ สำหรับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็ได้ มีการบัญญัติรับรองหลักแห่งความเสมอภาคดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติมาตรา 11

วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องที่คู่กรณีหรือคู่พิพาทจะตกลงกัน ตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีหรือคู่พิพาทอาจดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ หลายวิธีเช่น การตกลงกันให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ให้คู่กรณี หรือคู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ให้ศาลที่มีเขตอำนาจเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือให้บุคคลภายนอกเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็ได้ ซึ่งคู่กรณีหรือคู่พิพาทอาจตกลงกันให้ ใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งข้างต้นหรือหลายวิธีผสมผสานกันก็ได้⁹⁶

วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นมักมีลักษณะค่อนข้างยืดหยุ่น ไม่เป็น ทางการนักเมื่อเทียบกับการพิจารณาคดีของศาล แต่จะตัดสินตามอำเภอใจไม่ได้ เพียงแต่ อนุญาโตตุลาการไม่ต้องผูกติดอยู่กับบทกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดเหมือนศาล เพราะเจตนารมณ์ของการมีอนุญาโตตุลาการคือความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของ พิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาคดีในศาล⁹⁷

ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยหลักแล้วอนุญาโตตุลาการ จะต้องดำเนินวิธีพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักความยุติธรรมเป็นสำคัญ โดยจะต้องปฏิบัติต่อคู่กรณี หรือคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน รวมทั้งให้ออกาสคู่พิพาทนำสืบพยานหลักฐาน ข้อเสนอ ข้ออ้าง และข้อต่อสู้ของตนได้อย่างเหมาะสมและเพียงพอแก่พฤติการณ์แห่งข้อพิพาทที่พิจารณา การทำ คำชี้ขาดโดยไม่ฟังคู่กรณีหรือไม่สืบพยานก่อน เท่ากับเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม อย่างไรก็ตาม บางครั้งคู่กรณีอาจตกลงกันว่าไม่จำเป็นต้องมีการสืบพยานบุคคล แต่ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ข้อพิพาทไปตามพยานเอกสารที่ปรากฏในสำนวนก็ได้ โดยอนุญาโตตุลาการย่อมมีดุลพินิจที่จะ ยอมรับหรือรับฟังพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีนำเสนอ และการใช้ดุลพินิจในเรื่องนี้ก็สมควร ที่จะถูกรื้อฟื้นทบทวนโดยศาล⁹⁸

⁹⁵ เสาวนีย์ อัครโรจน์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ”, หน้า 12.

⁹⁶ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 77-80.

⁹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 108.

เมื่ออนุญาตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาจนได้ข้อเท็จจริงเพียงพอแก่การวินิจฉัยแล้ว อนุญาตตุลาการก็จะทำการชี้ขาดข้อพิพาท โดยในการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นให้เป็นไปตามเสียงข้างมากซึ่งมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็ได้บัญญัติให้การชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเป็นไปตามหลักดังกล่าว ถ้าไม่สามารถหาเสียงข้างมากได้ให้อุญาตตุลาการตกลงร่วมกันตั้งบุคคลหนึ่งขึ้นเป็นผู้ชี้ขาด และในกรณีที่อนุญาตตุลาการไม่สามารถตั้งผู้ชี้ขาดได้ให้อุญาตตุลาการคนหนึ่งหรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งผู้ชี้ขาดได้

นอกจากนี้ คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของอนุญาตตุลาการ โดยอนุญาตตุลาการจะต้องไม่ทำคำชี้ขาดเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการหรือคำขอของคู่กรณีหรือคู่พิพาท และไม่ว่าอนุญาตตุลาการจะมีคำชี้ขาดเป็นประการใดก็ตาม คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจำต้องมีการระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยไว้โดยชัดแจ้ง การกำหนดให้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต้องมีการระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยไว้เช่นนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่คู่พิพาท โดยพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็ได้มีการบัญญัติหลักการให้เหตุผลประกอบคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการไว้ในมาตรา 20

คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้นโดยทั่วไปแล้วถือว่าถึงที่สุด หมายความว่า มีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย⁹⁹ ซึ่งเมื่อได้มีคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแล้ว คู่กรณีหรือคู่พิพาทย่อมต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น แต่หากคู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีหรือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งอาจดำเนินการเพื่อให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น ซึ่งตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 23 ได้บัญญัติให้คู่กรณีหรือคู่พิพาทอาจดำเนินการเพื่อให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการสำหรับกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาของทางราชการก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองนั้น คู่กรณีหรือคู่พิพาทต้องยื่นคำร้องดังกล่าวต่อศาลยุติธรรม โดยศาลมีขอบเขตในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ในอันที่จะมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ในกรณีที่ศาลเห็นว่า¹⁰⁰

(ก) คำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาท ซึ่งหมายถึงกฎหมายสารบัญญัติที่อนุญาตตุลาการนำมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาท และนอกจากจะหมายถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ยังหมายรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีอีกด้วย

(ข) คำชี้ขาดนั้นเกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การพิจารณาชี้ขาดโดยไม่ฟังคู่กรณี หรือมีอคติในการพิจารณา เป็นต้น

⁹⁹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ”, หน้า 11.

¹⁰⁰ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, หน้า

(ค) คำชี้ขาดนั้นมีได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำขอของคู่กรณี

อนึ่ง ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้น มิใช่แต่เพียงคู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายซึ่งได้ประโยชน์ตามคำชี้ขาดเท่านั้นที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาด คู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายที่จะต้องถูกบังคับตามคำชี้ขาดก็อาจโต้แย้งการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ด้วย โดยจะต้องพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดนั้นไม่สามารถบังคับให้ตนปฏิบัติตามได้เนื่องจากความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการ ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ องค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการไม่ชอบ คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการวินิจฉัยเกินขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการหรือข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ แต่ทั้งนี้การโต้แย้งของคู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายที่จะต้องถูกบังคับตามคำชี้ขาดจะไม่อาจโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้เลย หากคู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายซึ่งได้ประโยชน์ตามคำชี้ขาดมิได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว

จะเห็นได้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการตามที่ได้กล่าวข้างต้น เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทก่อนยื่นฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งวิธีการเช่นนี้เป็นวิธีการที่ค่อนข้างรวดเร็วและได้ประสิทธิผล¹⁰¹ เนื่องจากมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัดและไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากแต่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีหรือคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเสนอหลักฐานของตนต่ออนุญาตตุลาการได้อย่างเท่าเทียม ซึ่งทำให้การระงับข้อพิพาทสิ้นสุดลงทันทีโดยคู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น หากไม่มีการปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีหรือคู่พิพาทอีกฝ่ายอาจร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดได้ ซึ่งแม้จะทำให้การระงับข้อพิพาทต้องใช้เวลามากขึ้นก็ตาม แต่ก็มักจะใช้เวลาน้อยกว่าการฟ้องคดีต่อศาล อีกทั้งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการนี้ ยังเหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อน เพราะคู่กรณีหรือคู่พิพาทสามารถเลือกที่จะตั้งอนุญาตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่ตนมีปัญหาพิพาทอยู่ได้¹⁰²

3.3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กับสัญญาทางปกครอง

เมื่อมีกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในปี พ.ศ. 2542 คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กฎหมายดังกล่าวก็ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายปกครองระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเกี่ยวกับการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้อง

¹⁰¹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ”, หน้า 5.

¹⁰² เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-11.

ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งตามอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง การกระทำละเมิดในทางปกครอง หรือการทำสัญญาทางปกครอง โดยมาตรา 9 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองอันเป็นมาตราที่กำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองได้บัญญัติไว้ใน (4) ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่ง ส่วนมาตรา 72 (3) ก็ได้บัญญัติถึงอำนาจของศาลปกครองในการกำหนดค่าบังคับไว้ว่า ศาลปกครองมีอำนาจที่จะสั่งให้คู่ความชำระเงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำโดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยกันก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

3.3.1 ความเป็นมาของนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อมีแนวคิดที่จะจัดให้มีระบบสัญญาทางปกครองขึ้นในระบบกฎหมายไทยนั้น ก็มีแนวคิดในการบัญญัติถึงความหมาย ประเภท และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองไว้ในร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แบบเดียวกับประเทศเยอรมัน แต่ในที่สุดก็ได้แยกเรื่องสัญญาทางปกครองออกมาบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยเห็นว่าควรปล่อยให้เป็นที่หนึ่งของศาลปกครองที่จะสร้างและพัฒนาหลักดังกล่าวให้เหมาะสมกับประเทศไทย¹⁰³

โดยในการเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในวาระที่ 1 ในการประชุมสมัยสามัญนิติบัญญัติครั้งที่ 7 เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 16 กรกฎาคม 2541 ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง เพื่อให้ที่ประชุมพิจารณาจำนวน 4 ฉบับ คือ¹⁰⁴

- ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ซึ่ง คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ

- ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ซึ่ง นายปรีชา สุวรรณทัต กับคณะ เป็นผู้เสนอ

¹⁰³ โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในประเทศไทย”, หน้า 30.

¹⁰⁴ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร สมัยสามัญนิติบัญญัติครั้งที่ 7 เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 16 กรกฎาคม 2541, หน้า 63-73.

- ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ซึ่ง นายพินิจ จันทรสุรินทร์ และนายพงศกร อรรณนพพร เป็นผู้เสนอ

- ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ซึ่ง ร้อยโท กุเทพ ไสกระจ่าง กับคณะ เป็นผู้เสนอ

โดยในร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ทั้ง 4 ฉบับ ได้มีการนิยามคำว่าสัญญาทางปกครอง โดยมีรายละเอียดแตกต่างกัน คือ¹⁰⁵

1) ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ซึ่ง คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ ได้กำหนดนิยามคำว่าสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 โดยระบุว่า

“สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญา เข้าดำเนินการกิจการบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง”

2) ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ซึ่ง นายปรีชา สุวรรณทัต กับคณะ เป็นผู้เสนอได้กำหนดนิยามคำว่าสัญญาทางปกครอง ไว้ใน มาตรา 3 โดยระบุว่า

“สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญา เข้าดำเนินการกิจการบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภคหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และให้รวมถึงสัญญาอื่นๆ ที่เกิดขึ้น โดยการใช้อำนาจหน้าที่ในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ”

3) ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ซึ่ง นายพินิจ จันทรสุรินทร์ และนายพงศกร อรรณนพพร เป็นผู้เสนอ ได้กำหนดนิยามคำว่าสัญญา ทางปกครอง ไว้ในมาตรา 13 โดยระบุว่า

“มาตรา 13 คดีปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ได้แก่

.....

ค. สัญญาทางปกครอง

.....

สัญญาทางปกครองตาม (ค) ได้แก่สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อย ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้ คู่สัญญาเข้าดำเนินการกิจการบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่ง ที่เป็นการสาธารณูปโภคหรือสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง”

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน.

4) ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ซึ่ง ร้อยโท กุเทพ ไสกระจ่าง กับคณะ เป็นผู้เสนอ ได้กำหนดนิยามคำว่าสัญญาทางปกครองไว้ใน มาตรา 3 โดยระบุไว้ว่า

“สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญา เข้าดำเนินการบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง”

จะเห็นว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ทั้ง 4 ฉบับ นอกจากจะได้ระบุถึงสัญญาซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ไว้โดยตรงแล้ว ยังได้ กำหนดให้มีสัญญาอื่นๆ ที่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้อีกด้วย โดยร่างกฎหมายที่เสนอโดย นายปรีชา สุวรรณทัต ได้ระบุว่าสัญญาที่อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้อีกคือ **สัญญาที่เกิดขึ้นโดยการใช้อำนาจหน้าที่ในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ** ในขณะที่ร่าง กฎหมายอีก 3 ฉบับ ได้ระบุถึง **สัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง**

ซึ่งที่ประชุมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ในการประชุมครั้งดังกล่าว ได้พิจารณารับ หลักการแล้ว เห็นควรให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญ เพื่อพิจารณาร่างกฎหมายทั้ง 4 ฉบับ ร่วมกันโดยให้ถือเอาร่างพระราชบัญญัติของคณะรัฐมนตรีเป็นหลักในการพิจารณา

ต่อมาคณะกรรมการวิสามัญ ได้นำเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ฉบับที่คณะกรรมการวิสามัญ ได้พิจารณาร่วมกัน เพื่อให้ ประชุมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาวันที่ 2 ในการประชุมสามัญทั่วไป ครั้งที่ 23 เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2542 โดยร่างกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดนิยามคำว่า สัญญาทาง ปกครอง ไว้ในมาตรา 3 โดยระบุว่า¹⁰⁶

“สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็น หน่วยงานของรัฐหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้ จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือให้ทำประโยชน์เกี่ยวกับ ทรัพยากรธรรมชาติ หรือที่สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผล”¹⁰⁷

ซึ่งในการประชุมสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าว นายสุวโรช พะลัง ได้ขอแปรญัตติใน กฎหมายดังกล่าว ในส่วนของถ้อยคำทำนียบนิยามคำว่าสัญญาทางปกครอง โดยขอแปรญัตติเป็น

และให้หมายความรวมถึงสัญญาอื่นๆ ที่เกิดขึ้น โดยการใช้อำนาจหน้าที่ ในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹⁰⁸

¹⁰⁶ โภคิน พลกุล, “คำพิพากษาศาลปกครองประเทศไทย”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, 2 (มกราคม- เมษายน, 2545), หน้า 88.

¹⁰⁷ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร สมัยสามัญทั่วไป ครั้งที่ 23/42 เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2542, หน้า 55-63.

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน.

ซึ่งนายชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ กรรมการวิสามัญฯ ได้ชี้แจงโดยมีสาระสำคัญพอสรุปได้คือ “ข้อความที่ว่า ให้หมายความรวมถึงสัญญาอื่น ๆ ที่เกิดขึ้น โดยการใช้อำนาจหน้าที่ในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ นั้น ข้อความดังกล่าวแคบไป คือต้องเกิดจากอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายโดยตรงให้อำนาจไว้ แต่งานทางปกครองหลายอย่างไม่ชัดเจนว่ามีกฎหมายโดยตรงให้อำนาจไว้ แต่ในทางปกครองก็ต้องทำอยู่ เช่น การให้ทุนนักศึกษา เมื่อได้ทุนก็ต้องไปทำสัญญากลับมาต้องชดใช้ทุนกันอย่างไร เป็นต้น ซึ่งไม่มีกฎหมายใดสนับสนุนว่าให้ไปทำสัญญานั้นโดยตรงแต่สัญญาเหล่านั้นก็เป็นเรื่องในทางปกครองที่เกี่ยวข้องอยู่ ฉะนั้นข้อความที่คณะกรรมการเขียนไว้จะกว้างกว่า จะทำให้คดีที่เป็นสัญญาทางปกครองกว้างขวางขึ้นตามลักษณะที่ควรจะเป็น¹⁰⁹

ภายหลังการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ได้ส่งร่างกฎหมายดังกล่าวไปยังวุฒิสภาโดยวุฒิสภาได้แก้ไขบทนิยามสัญญาทางปกครองเป็น¹¹⁰

“สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์เกี่ยวกับจากทรัพยากรธรรมชาติ

โดยในการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญของวุฒิสภา ในการประชุมครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2542 และครั้งที่ 16 วันพุธที่ 19 พฤษภาคม 2542 มีประเด็นหนึ่งที่ได้อภิปรายกันคือ¹¹¹

“ตัวอย่างของสัญญาที่ให้จัดหาประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติได้แก่ การทำเหมืองแร่หรือป่าไม้ หรือจัดหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ส่วนสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผลอาจได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการให้ทุนนักศึกษาต่อ โดยมีข้อสัญญาให้ต้องกลับมาทำงานให้แก่หน่วยงานตามระยะเวลาที่กำหนด แต่สัญญาอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการปกครอง เช่น ซื่อกระดาษ ซื่อดินสอ วัสดุสำนักงานปกติมิใช่สัญญาทางปกครอง เพราะไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองหรือเกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะ หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ก็ต้องฟ้องศาลยุติธรรม จุดแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง คงต้องพัฒนาขึ้นในอนาคตด้วยส่วนหนึ่ง โดยคำพิพากษาของศาล ซึ่งก็จะเกิดความชัดเจนขึ้นตามลำดับหรือหากศาลทั้ง 2 ระบบ เกิดขัดแย้งกัน ก็เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่จะเป็นผู้พิจารณา”

เมื่อพิจารณารายละเอียดการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. ... จะเห็นได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนารมณ์ที่จะเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ในการ

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁰ โภคิน พลกุล, “คำพิพากษาศาลปกครองประเทศไทย”, หน้า 89.

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน.

กำหนดขอบเขตของสัญญาทางปกครองให้เหมาะสมกับสภาพของประเทศไทย จึงไม่ได้ระบุความหมายที่ชัดเจนของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” แต่ได้ใช้คำว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่ารวมถึง.....” ทำให้ขอบเขตของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย จะไม่จำกัดอยู่เพียงสัญญา 4 ประเภท ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายดังกล่าว

ทั้งนี้สามารถจำแนกสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยได้เป็น 2 ประเภท คือ

๑) สัญญาทางปกครอง

คือสัญญาที่มีกฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งในปัจจุบันนี้ได้แก่สัญญาที่ระบุไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งประกอบด้วย

- สัญญาสัมปทาน
- สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
- สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
- สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

๒) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

คือสัญญาที่กฎหมายไม่ได้กำหนดโดยชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่จากการพัฒนาโดยวินิจฉัยของศาลหรือองค์กรอื่น ทำให้สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองดังที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ได้เปิดโอกาสให้เกิดการมีการพัฒนาขอบเขตของสัญญาทางปกครองครอบคลุมถึงสัญญาอื่นๆ นอกเหนือไปจากสัญญา 4 ประเภทดังกล่าวข้างต้น

3.3.2 หลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

สาเหตุของการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองออกจากกันนั้น เพราะโดยสภาพของสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งสองประเภทนั้นมีข้อแตกต่างกัน สัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาเมื่อได้ตกลงทำสัญญากันย่อมเป็นที่คาดการณ์ได้ว่าฝ่ายปกครองมิได้ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครอง แต่เป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์คือประโยชน์ของประชาชนหรือประโยชน์ของส่วนรวมซึ่งทำให้เห็นว่าโดยสภาพของสัญญาทางปกครองนั้น มิได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานหลักความเสมอภาคซึ่งต่างจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ที่จะคำนึงถึงหลักความเสมอภาคในการที่คู่สัญญามีการแสดงเจตนาทำสัญญาต่อกันและอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาด้วย สืบเนื่องมาจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง นั้นมีลักษณะที่เหมือนกับสัญญาทางแพ่งที่เอกชนทำกับเอกชน ดังนั้นการทำสัญญาจึงเน้นในเรื่องของผลประโยชน์ของคู่สัญญาโดยตรง คู่สัญญาจึงสามารถที่จะทำการตกลงกันทำสัญญาได้ในทุกกรณีเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักในเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อสัญญาทั้งสอง

ประเภทนั้นในบางประการมีความแตกต่างกันมากจึงมีอาจที่จะนำมาปรับใช้ด้วยกันได้ ยกตัวอย่างหลักในเรื่องสัญญาต่างตอบแทนในสัญญาทางแพ่งที่สามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองได้ แต่มีอาจนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้ เช่นกรณีของการงดการชำระหนี้ของคู่กรณีจนกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายจะชำระหนี้ โดยสัญญาทางปกครองนั้นเป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์กับการดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งบริการสาธารณะนั้นรัฐต้องเข้าไปจัดการหรือควบคุมดูแลให้การดำเนินการเป็นไปด้วยดีและต้องอยู่ภายใต้หลักการทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะอันได้แก่ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักการด้วยความต่อเนื่องและหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ดังนั้นหากให้คู่สัญญาสามารถที่จะหน่วยงานชำระหนี้ไว้ก่อนก็จะส่งผลให้การดำเนินการบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักล่าช้า และขาดความต่อเนื่อง หลักการของสัญญาทางแพ่งโดยประการนี้จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องมีการแบ่งเขตสัญญาของฝ่ายปกครอง ทั้งสองประเภทออกจากกัน และเกณฑ์ในการแบ่งแยกอาจแยกได้เป็น 2 ประการ ดังนี้

3.3.2.1 หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร

เมื่อพิจารณานิยามในมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ที่จะเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองได้อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท

3.3.2.1.1 คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง

การพิจารณาคู่สัญญาประเภทนี้ต้องพิจารณานิยามในมาตรา 3 หน่วยงานทางปกครอง ซึ่งบัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง จากนิยามดังกล่าวจึงอาจแบ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองออกเป็นส่วนย่อยได้ 6 ประเภท

ประเภทแรก เป็นราชการบริหารส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานเรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม ราชการบริหารส่วนกลางเหล่านี้กฎหมายกำหนดให้มีสถานะเป็นนิติบุคคล

ประเภทที่สอง เป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาค ซึ่งตามระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัด และอำเภอ แต่ที่กฎหมายกำหนดให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลมีเพียงจังหวัดเท่านั้น

ประเภทที่สาม เป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล และราชการบริหารส่วนตำบล และราชการบริหารส่วนท้องถิ่นที่มีลักษณะพิเศษ เช่น กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา เป็นต้น

ประเภทที่สี่ คือ รัฐวิสาหกิจจะต้องเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติรวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกำหนดด้วย เช่น การเคหะแห่งชาติ การไฟฟ้าฝ่ายผลิต การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค หรือองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย เป็นต้น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา เช่น องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ องค์การตลาด องค์การพอกหนัง องค์การสวนสัตว์ หรือองค์การแก้ว เป็นต้น โดยไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชน เช่น บริษัทวิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด บริษัทไม้อัดไทย จำกัด หรือบริษัทอยู่กรุงเทพ จำกัด หรือรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยมติคณะรัฐมนตรี ดังนั้น สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐวิสาหกิจประเภทหลังนี้กับเอกชน จึงไม่เข้าลักษณะของสัญญาทางปกครอง เว้นแต่รัฐวิสาหกิจนั้นทำสัญญาโดยกระทำการแทนรัฐ

ประเภทที่ห้า คือ หน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ องค์การมหาชนต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงองค์กรใหม่ ๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 หรือที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นแล้วแต่กรณีอีกด้วย อันได้แก่ หน่วยงานที่นักกฎหมายมหาชนเรียกกันว่า “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ” เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เป็นต้น และหมายรวมถึง หน่วยงานที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กำหนดให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งเพื่อให้ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานทางตุลาการของศาล เช่น สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ประการที่หก หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองหน่วยงานในลักษณะนี้ น่าจะเป็นหน่วยงานที่ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ แต่เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นในระบบราชการ หรืออาจเป็นหน่วยงานที่ตั้งนอกระบบราชการก็ได้ โดยการดำเนินการต้องใช้อำนาจทางปกครอง ได้แก่ องค์กรวิชาชีพต่าง ๆ เช่น สภานายความ แพทยสภา โดยหลัก องค์กรเหล่านี้ มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เช่น อำนาจในการให้หรือเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง นิติกรรมหรือคำสั่งที่ออกมาจึงอาจถูกฟ้องขอให้เพิกถอนได้ในศาลปกครองเช่นเดียวกับการฟ้องขอเพิกถอนนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครอง

จากนิยามของกฎหมายที่ว่าสัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นได้ อย่างน้อยต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ดังนั้นในแง่คู่สัญญาของสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นได้ในกรณีต่อไปนี้

(1.1) กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าหน่วยงานทางปกครอง โดยหลักสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครองก็อาจถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองเสมอ สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นสำคัญ คือ วัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งต้องเป็นไปเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะถ้าไม่มีวัตถุประสงค์ดังกล่าว ต้องปรากฏว่ามีข้อสัญญาพิเศษต่างจากในทางสัญญาทางแพ่งจึงจะเป็นสัญญาทางปกครอง

(1.2) กรณีที่หน่วยงานทางปกครองทำสัญญากับเอกชน การพิจารณาคุณสมบัติของหน่วยงานทางปกครอง ในการเข้าเป็นคู่สัญญาจะวางอยู่บนหลักเรื่องอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองนั้นรวมไปถึงอำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาประกอบหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่¹¹² และวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องอยู่ในอำนาจหน้าที่ของ

¹¹² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 13 เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

- (1) เป็นคู่กรณีเอง
- (2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี
- (3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี
- (5) เป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา 14 เมื่อมีกรณีตามมาตรา 13 หรือคู่กรณีคัดค้านว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใดเป็นบุคคลตามมาตรา 13 ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อน และแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบ เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวจะได้มีคำสั่งต่อไป การยื่นคำคัดค้าน การพิจารณาคำคัดค้าน และการสั่งให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้าปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ที่ถูกคัดค้านให้ เป็นไปตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา 16 ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการดังนี้

(๑) ถ้าผู้นั้นเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบแล้วแต่กรณี

(๒) ถ้ามีคู่กรณีคัดค้านว่าผู้นั้นมีเหตุดังกล่าว หากผู้นั้นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้านนั้น ผู้นั้นจะทำการพิจารณาเรื่องต่อไปก็ได้แต่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

หน่วยงานทางปกครองนั้นด้วย ขณะที่การพิจารณาคุณสมบัติของเอกชนในการเข้าเป็นคู่สัญญา จะวางอยู่บนหลักของความสามารถของบุคคล ซึ่งเป็นไปตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีเป็นบุคคลธรรมดาจะต้องไม่เป็นผู้ที่มีความบกพร่องในเรื่องความสามารถหรือหากบกพร่องก็ต้องมีการแก้ไขความบกพร่องเช่นว่านั้นแล้วก่อนเข้าทำสัญญาถ้าเป็นนิติบุคคลนั้นจะต้องมีการจัดตั้งโดยชอบด้วยกฎหมายและวัตถุประสงค์ของสัญญาอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล

3.3.2.1.2 คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ

สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น นอกจากจะมีองค์ประกอบด้านคู่สัญญา ที่ต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองแล้ว หากสัญญาใดมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ สัญญาดังกล่าวก็อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน โดยบุคคลที่กระทำแทนรัฐ อาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี¹¹³

- 1) การได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยตรง เช่น มีหนังสืออย่างชัดเจนเป็นหลักฐานว่าได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการแทนรัฐ
- 2) การได้รับมอบหมายจากรัฐ ให้ดำเนินการโดยปริยาย อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีรัฐวิสาหกิจ ที่มีได้จัดตั้งโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาทำสัญญากับบุคคลภายนอก ให้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำหรือดำเนินงานที่ตนได้รับมอบหมายจากรัฐ

3.3.2.2 หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา

สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจากจะพิจารณาองค์ประกอบด้านคู่สัญญาแล้วยังต้องพิจารณาองค์ประกอบด้านเนื้อหาของสัญญา ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 แห่งกฎหมายดังกล่าวซึ่งได้กำหนดองค์ประกอบด้านเนื้อหาของสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง ไว้ด้วยสัญญา 4 ประเภท ดังนี้

(๓) ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งผู้นั้นเป็นกรรมการอยู่มีคำสั่งหรือมีมติโดยไม่ชักช้า แล้วแต่กรณี ว่าผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

ให้นำบทบัญญัติมาตรา 14 วรรคสอง และมาตรา 15 วรรคสองวรรคสาม และวรรคสี่มาใช้บังคับโดยอนุโลม

¹¹³ เรื่องเดียวกัน 94-96

3.3.2.2.1. สัญญาสัมปทาน

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้อธิบายรายละเอียดความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ ดังนั้น อาจจะตีความจากบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามหลักในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹¹⁴ ซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2543 ได้อธิบายความหมายของคำว่าสัมปทานว่า “สัมปทานหมายถึงการที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ภายในระยะเวลาและเงื่อนไขตามที่รัฐกำหนด เช่น สัมปทานเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่าสัมปทาน”

จากความหมายตามพจนานุกรมจะเห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานในประเทศไทย สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และสัญญาสัมปทานการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ โดยมีรายละเอียดคือ

1. สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

กิจการบางอย่างเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่และความผาสุกของประชาชน ฝ่ายปกครองจึงเข้ามาเป็นผู้ให้บริการเอง และโดยปกติจะห้ามมิให้เอกชนทำ เว้นแต่จะได้รับอนุญาต¹¹⁵ อาจกล่าวได้ว่าสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐโดยคู่สัญญาต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐและคู่สัญญาสามารถเรียกเก็บค่าจัดทำบริการสาธารณะนั้นจากผู้รับบริการได้แทนรัฐ เช่น สัญญาสัมปทานการเดินรถประจำทาง สัญญาสัมปทานทางด่วน หรือสัญญาสัมปทานในการเก็บขยะ เป็นต้น โดยสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะประกอบด้วยลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้คือ¹¹⁶

(1) สัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยทุนของเอกชนนั่นเอง ทรัพย์สิน

¹¹⁴ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า

“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้น ก็ไม่มีตัวให้คำวินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

¹¹⁵ ชาอุชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง, หน้า 146.

¹¹⁶ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า 148-150.

ของเอกชนจึงไม่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมายเหมือนทรัพย์สินของราชการที่อนุญาตให้ผู้รับสัมปทานใช้จัดทำบริการสาธารณะ

(2) บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนรับสัมปทานไปจัดทำจะต้องไม่เป็นกิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ เช่น การรักษาความสงบภายใน, การป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยตามกระบวนการยุติธรรม และตามธรรมเนียมตามมักจะเป็นบริการสาธารณะในทางเศรษฐกิจอันเป็นสาธารณูปโภค เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง เป็นต้น

(3) กิจการที่ฝ่ายปกครองให้สัมปทานแก่เอกชนไปจัดทำขึ้นเป็นไปตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองกำหนดให้ปฏิบัติเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นแม้ว่าผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ จะได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่ก็ไม่มีฐานะเป็นเจ้าของงานหรือข้าราชการ คงมีฐานะเป็นเอกชนอยู่ตามเดิมฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจควบคุมอย่างเต็มที่ และฝ่ายปกครองจะกำหนดเงื่อนไขในการเพิกถอนสัมปทานไว้เสมอ เพื่อใช้บังคับในกรณีที่ผู้รับสัมปทานละเลยไม่ปฏิบัติตาม หรือฝ่าฝืนข้อกำหนดมูลฐานของสัมปทาน และอาจวางข้อกำหนดอื่นๆ เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะได้อีกด้วย เช่น ในกรณีที่รัฐบาลประสงค์จะเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทานสิ้นอายุโดยใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทาน หรือการเพิกถอนสัมปทานกรณีการที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามข้อความที่กำหนดไว้ในสัมปทานหรือที่จำต้องปฏิบัติเพื่อความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งเมื่อเพิกถอนแล้วทางหลวงและอุปกรณ์ทั้งปวงตกเป็นของรัฐบาล หรือกรณีการถอนคืนสัมปทานรถเมล์ในเขตกรุงเทพมหานครเพื่อมาจัดทำโดยองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ หรือกรณีใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสิ้นสุดลงนับแต่วันถัดจากวันมีคำสั่งเป็นหนังสือให้แก่ไซหรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนด ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว

(4) ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมการอำนาจหรือการปรับอัตราค่าบริการ เนื่องจากการเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวม ดังนั้น โดยปกติแล้ว รัฐจึงมักกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับสัมปทานเรียกเก็บค่าบริการ ค่าธรรมเนียมได้ไม่เกินอัตราที่กำหนดหรือที่ขออนุญาตไว้ และจะปรับอัตราค่าบริการดังกล่าวได้เมื่อได้รับอนุญาต เช่น อาศัยอำนาจตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 กำหนดให้เก็บค่าน้ำประปาหรือค่าไฟฟ้า หรือค่าบริการท่าเทียบเรือเดินทะเลจากผู้รับบริการไม่เกินอัตราที่กำหนดไว้ในหนังสือสัมปทาน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี

2. สัญญาสัมปทานการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ

ทรัพยากรบางอย่าง รัฐจะหวงแหนเป็นเจ้าของและจะห้ามมิให้บุคคลขุดค้นหรือทำประโยชน์ในทรัพยากรดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐ ทรัพยากรเหล่านี้ได้แก่ ป่าไม้ แร่ และปิโตรเลียม เป็นต้น ประเทศส่วนใหญ่ถือว่าทรัพยากรแร่และปิโตรเลียมในสภาพซึ่งยังฝังอยู่ในดิน (In Situ) เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐผู้ใดจะกระทำการใดๆ ต่อทรัพยากรดังกล่าวหรือนำไปทำประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตไม่ได้ อธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ

ของตนได้รับการรับรองเป็นทางการจากสหประชาชาติโดยมติของสมัชชาใหญ่ที่ 1803 (VXII) เมื่อ ค.ศ. 1962¹¹⁷

วัตถุประสงค์ของสัญญาสัมปทานทั้งสองประเภทมีข้อที่แตกต่างกัน คือ สัญญาสัมปทานการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ มีวัตถุประสงค์ในการที่จะสงวนรักษาทรัพยากรของชาติ ไม่ให้ถูกทำลายไปโดยไม่ได้รับประโยชน์คุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน ดังเช่นสัมปทานบริการสาธารณะ¹¹⁸

3.3.2.2.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะถือเป็นหน้าที่หนึ่งซึ่งรัฐต้องจัดทำ ซึ่งแม้จะไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายฉบับใด ได้ให้ความหมายของคำว่าบริการสาธารณะไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางวิชาการก็มีความเห็นที่ได้อธิบายว่า บริการสาธารณะหมายถึงกิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน¹¹⁹ เช่น การให้การศึกษา การจัดสาธารณสุข ปลอดภัย การรักษาพยาบาล การขนส่งคมนาคม การพักผ่อนหย่อนใจ ส่งเสริมการเล่นกีฬา เพื่อให้ราษฎรมีสุขภาพแข็งแรง ส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ประกันการว่างงาน คุ้มครองการบริโภคของราษฎร และการดำเนินการอื่นๆ เพื่อสนองความต้องการ

อาจกล่าวได้ว่า สัญญาที่มีลักษณะให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดทำกิจการที่เป็นการบริการสาธารณะเช่นเดียวกับสัญญาสัมปทานแตกต่างกันแต่เพียงว่า ผู้จัดทำจะได้อำนาจการจัดทำบริการสาธารณะโดยได้รับค่าตอบแทนจากรัฐซึ่งอาจเป็นค่าจ้าง เช่น สัญญาที่เทศบาลหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจ้างเอกชนจัดเก็บขยะที่อยู่ในเขตอำนาจการปกครองดูแลของตน เป็นต้น และมีลักษณะสำคัญประกอบด้วย¹²⁰

(1) เป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครอง

¹¹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง, หน้า 154

¹¹⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 154.

¹¹⁹ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 108.

¹²⁰ กฤษณ์เทพ ทองสิน, (สัญญาทางปกครองในประเทศไทย : ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความหมายและผลของสัญญาทางปกครอง, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), หน้า 21.

(2) เป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน

(3) การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่อง

(4) การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะให้ทันตามความต้องการส่วนรวมของประชาชน และ

(5) การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความเสมอภาคหรือให้ประชาชนมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน

3.3.2.2.3 สัญญาจัดให้มีสาธารณูปโภค

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่าสาธารณูปโภคไว้ ทั้งนี้พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2543 ได้ให้ความหมายว่า “สาธารณูปโภค หมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์” ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะที่กำหนดให้ต้องมีการขออนุญาตประกอบกิจการ อันได้แก่ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ข้อ 3 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดว่า

“กิจการดังต่อไปนี้ ให้ถือเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

(๑) การรถไฟ

(๒) การรถราง

(๓) การชุดคลอง

(๔) การเดินอากาศ

(๕) การประปา

(๖) การชลประทาน

(๗) การไฟฟ้า

(๘) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ

(๙) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัย หรือ ความสะดวกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา”

3.3.2.2.4 สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2543 ได้ให้ความหมายของคำว่าทรัพยากรธรรมชาติว่าหมายถึง “ทรัพยากรอันเกิดขึ้นเองหรือมีอยู่ตาม

ธรรมชาติ” ซึ่งสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นสัญญาประเภทหนึ่งในสัญญาสัมปทาน เพราะลักษณะของสัญญาสัมปทานจะประกอบด้วย สัมปทานบริการสาธารณะซึ่งได้อธิบายความหมายไปแล้วในกรณีที่ 1 และสัมปทานแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งคือ ทรัพยากรธรรมชาติบางอย่างมีจำนวนจำกัด เช่น แร่ ปิโตรเลียม เป็นต้น ซึ่งการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นของรัฐ ที่ผู้ใดจะกระทำการใดๆ หรือนำทรัพยากรธรรมชาติไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐไม่ได้ อนุญาตจากรัฐ เช่น ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ใดสำนวนแร่ในที่ใด ไม่ว่าที่ที่สำรวจแร่นั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตบัตรสำรวจแร่ และมาตรา 43 ห้ามมิให้ผู้ใดทำเหมืองในที่ใด ๆ ไม่ว่าที่ที่ทำเหมืองนั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับประทานบัตร เป็นต้น

ซึ่งสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ต้องมีลักษณะสำคัญประกอบด้วย

- (1) เป็นทรัพย์สินเกิดขึ้นเองหรือมีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมีอยู่ในจำนวนจำกัดและรัฐเป็นเจ้าของ
- (2) ผู้รับสัมปทานต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ
- (3) สัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติไม่มีลักษณะเป็นการให้บริการสาธารณะเพราะมุ่งที่จะรักษาและควบคุมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ

3.3.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายปกครองระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันโดยมาตรา 9 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีการพิจารณาคดีปกครองอันเป็นมาตราที่กำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองได้บัญญัติไว้ใน (4) ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่ง ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ดังนี้

3.3.3.1 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

จากการศึกษาพบว่าเมื่อศาลปกครองชั้นต้นได้เปิดทำการในวันที่ 9 มีนาคม 2544 ในช่วงแรกการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองค่อนข้างจำกัด คือจะพิจารณา

เฉพาะสัญญา 4 ประเภท ที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คือ สัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นที่แสดงให้เห็นว่ายังมีสัญญาประเภทอื่นๆ นอกเหนือไปจากสัญญาทั้ง 4 ประเภทดังกล่าวที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยถือความหมายอย่างแคบ¹²¹ รายละเอียดมีดังนี้

3.3.3.1.1 สัญญาที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

ภายหลังจากที่ศาลปกครองชั้นต้นได้เปิดทำการในช่วงแรก มีสัญญาที่ศาลปกครองชั้นต้น พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งศาลปกครองมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี

- สัญญาจ้างก่อสร้างศูนย์ส่งเสริมสุขภาพ ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงไม้เอี้ยะจ้วน ต้นหยงมัน กับ กรมอนามัย¹²² ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคที่หน่วยงานทางปกครองใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์ในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต

- สัญญาที่จัดจ้างบุคลากร เพื่อทำหน้าที่ครูในโรงเรียนในสังกัด กรมสามัญศึกษาระหว่าง นางสิริพร หมิ่นแก้ว กับ กรมสามัญศึกษา ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ

3.3.3.1.2 สัญญาที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

ในการพิจารณาคดีของศาลปกครองชั้นต้นดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเป็นการพิจารณาโดยถือความหมายอย่างแคบ ดังนั้น ในกรณีที่ศาลเห็นว่า สัญญาใดไม่มีลักษณะใดลักษณะหนึ่งในสัญญา 4 ประเภท ตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญานั้นย่อมไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครองและศาลปกครอง ย่อมไม่มีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี ดังตัวอย่างเช่น

- สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขต ระหว่าง บริษัท สุเมธาพาณิชย์การ (1982) จำกัด กับกรุงเทพมหานคร¹²³ ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า ไม่เป็นสัญญา

¹²¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 234.

¹²² คำสั่งศาลปกครองชั้นต้น คดีหมายเลขดำที่ 198/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 369/2544.

¹²³ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้น คดีหมายเลขดำที่ 2165/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 576/2544.

ทางปกครอง เนื่องจากมิใช่สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่สัญญาดังกล่าวจะถือว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่นั้น ในเรื่องนี้ศาลปกครองชั้นต้นได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า “สาธารณูปโภค” ดังนี้

“ความหมายทั่วไปของคำว่าสาธารณูปโภค ตามที่ปรากฏในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2525 คือ “บริการสาธารณะ” ที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์ (อ.Public Utility) นอกจากนี้ยังมีความหมายตามกฎหมายฉบับต่างๆ เช่น ข้อ 3 วรรคหนึ่ง แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ได้กำหนดว่า กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขาย อันเป็นสาธารณูปโภค

- (1) การรถไฟ
- (2) การรถราง
- (3) การขุดคลอง
- (4) การเดินอากาศ
- (5) การประปา
- (6) การชลประทาน
- (7) การไฟฟ้า
- (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซด้วยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ
- (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

และตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้บัญญัติว่า “สาธารณูปโภคที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้นเพื่อการจัดสรรที่ดินตามแผนผังและโครงการที่ได้รับการอนุญาต เช่น ถนน, สวน, สนามเด็กเล่น ให้ตกอยู่ในภาวะจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินจัดสรร....”

จากความหมายทั่วไปและความหมายในกฎหมายฉบับต่างๆ ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

(1) ทรัพย์สินโดยเฉพะอย่างยิ่งถาวรวัตถุ ซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สะพานคนเดินข้ามถนน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ท่าเทียบเรือสาธารณะ ที่พักผู้โดยสารรถประจำทาง เป็นต้น

(2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภค

ที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้าและสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล โรงงานกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้น

ดังนั้น ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณาคือ อาคารสำนักงานเขตเป็นสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่ ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าอาคารสำนักงานเขตมิใช่สิ่งสาธารณูปโภค ทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวข้างต้น ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่งอาคารสำนักงานเขต เป็นศูนย์การบริหารงานในระดับเขตของกรุงเทพมหานครซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่น จึงเป็นที่ทำการในงานบริหารของเขต อันเป็นหน่วยงานย่อยทางการปกครองของกรุงเทพมหานคร อาคารสำนักงานเขตจึงมิใช่สิ่งสาธารณูปโภคที่มีไว้เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง และมีใช้เครื่องมือโดยตรงที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งสาธารณูปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต

ประการที่สอง แม้อาคารสำนักงานเขตจะใช้เป็นสถานที่ให้ประชาชนไปติดต่อกับรัฐก็ตาม แต่ก็เกินไปเพื่อวัตถุประสงค์ในกิจกรรมการควบคุมดูแลสังคมของรัฐอันได้แก่ การใช้อำนาจรัฐในการทำคำสั่งทางปกครองประเภทต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการรับจดทะเบียนการออกใบอนุญาตเพื่อให้สมาชิกในสังคมสามารถอยู่ร่วมกันได้ด้วยความสงบเรียบร้อย อาคารสำนักงานเขตมิได้ใช้เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ ที่รัฐจัดให้มีขึ้นเพื่อตอบสนองความจำเป็นในการดำรงชีวิตของสมาชิกในสังคม จึงมิใช่สิ่งสาธารณูปโภค

ด้วยเหตุผลดังกล่าวศาลปกครองชั้นต้น จึงเห็นว่าสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตราชการฐานะ มิใช่สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค แต่เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ โดยเฉพาะแก่ผู้ถูกฟ้องคดีเท่านั้น สัญญาดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- สัญญาจ้างพัฒนาภูมิทัศน์ของผู้ถูกฟ้องคดีบริเวณหลังตึกสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ระหว่างสำนักงานประกันสุขภาพกับบริษัท ดิน หิน น้ำ ไม้ จำกัด¹²⁴ แม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองแต่ก็เป็นเพียงสัญญาจ้างทำของตามบรรพ 3 ลักษณะ 7 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาที่เป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคซึ่งจะถือเป็นสัญญาทางปกครองตามคำนิยาม “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาจ้างพัฒนาภูมิทัศน์จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

- สัญญาซื้อขายเครื่องบินที่ข้อมูลตรวจสอบหัวใจเพื่อใช้ในศูนย์หัวใจสิริกิติ์ระหว่างมหาวิทยาลัยขอนแก่นกับบริษัท เมดิทอป จำกัด¹²⁵ ไม่มีลักษณะเป็นสัญญา

¹²⁴ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 1656/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 697/2544

¹²⁵ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 1656/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 697/2544

สัมปทานหรือสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่มีปัญหาว่าสัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจนี้จะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เห็นว่าเมื่อพิจารณาเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจแล้ว เครื่องดังกล่าวมิใช่ถาวรวัตถุที่มีไว้เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ร่วมกัน และมีใช้เครื่องมือโดยตรงที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่ จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ จึงมิใช่สิ่งสาธารณูปโภค และสัญญานี้ มิใช่สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคแต่เป็นสัญญาซื้อขายอุปกรณ์ทางการแพทย์โดยทั่วไปเพื่อ ประโยชน์โดยเฉพาะแก่ผู้ถูกฟ้องคดีเท่านั้น สัญญาดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครองตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- สัญญาให้ใช้บริการโทรศัพท์ระหว่างองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับนายลำพูน เนตรอุบล¹²⁶ มิได้เป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน หรือ สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จาก ทรัพยากรธรรมชาติ แต่โดยที่สัญญาเช่าใช้บริการโทรศัพท์ในคดีนี้ มิได้มีลักษณะอย่างใดอย่าง หนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ดังกล่าวแล้ว สัญญานี้จึงมิใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็น สัญญาในทางแพ่งโดยทั่วไป สัญญาให้ใช้บริการโทรศัพท์จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

(ก) สัญญาเช่าที่ดินระหว่างนายรุ่งเรือง บุญกิจรุ่งไพศาล กับ เทศบาลตำบลป่าดงเบงชารี¹²⁷ เป็นสัญญาเช่าที่ดินเพื่อประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีโดยเฉพาะซึ่งมี ลักษณะเป็นการเช่าตามปกติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้มีลักษณะเป็นสัญญา สัมปทาน หรือสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวง ผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นเพียงสัญญาทางแพ่ง มิใช่สัญญา ทางปกครองตามคำนิยาม “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาให้เช่าที่ดินของส่วนราชการเพื่ออยู่ อาศัยจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

- สัญญาระหว่างองค์กรรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.) กับ นายชาญณรงค์ อุ่นเรือน¹²⁸ ที่ให้ ร.ส.พ. ขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์โดยเครื่องมือหนักมิได้มี

¹²⁶ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 298/2544 คดีหมายเลขแดง ที่ 618/2544 คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 759/2544 คดีหมายเลขแดง ที่ 639/2544 คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 1664/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 769/2544 คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 1708/2544 คดี หมายเลขแดงที่ 251/2544วินิจฉัยทำนองเดียวกัน

¹²⁷ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 1575/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 634/2544

¹²⁸ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 2660/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 386/2544

ลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เนื่องจากสัญญาจ้างขนส่งสินค้าเป็นสัญญาในทางแพ่ง ถึงแม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกแก่รัฐและประชาชนในการขนส่งทุกชนิดทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักรตามมาตรา 6 แห่งพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ พ.ศ. 2496 ก็ตาม แต่การทำสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับผู้ฟ้องคดีในกรณีนี้ก็มิได้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำบริการสาธารณะแทนผู้ถูกฟ้องคดีแต่อย่างใด ผู้ถูกฟ้องคดียังคงจัดทำบริการสาธารณะ โดยทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีขนส่งสินค้าให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีเท่านั้น สัญญานี้จึงมิใช่สัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- ศาลปกครองชั้นต้นได้พิจารณาว่า สัญญาระหว่างการไฟฟ้า นครหลวงกับพลโทเดช สนธิศิริ ผู้ใช้ไฟฟ้า การเรียกให้ชำระค่าไฟฟ้าและการแจ้งระงับการจ่ายไฟฟ้าตามข้อบังคับว่าด้วยการใช้ไฟฟ้าและบริการที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดใช้ในปัจจุบันเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาซื้อขายไฟฟ้าซึ่งไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น ข้อพิพาทระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

3.3.3.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

ภายหลังจากศาลปกครองชั้นต้นได้เปิดทำการ มีการนำคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองเข้าสู่การพิจารณาของศาล ซึ่งในหลายคดีศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาคดีเนื่องจากเห็นว่าไม่เข้าลักษณะสัญญาทางปกครอง 4 ประเภทตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้คู่กรณีจะได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด แต่อย่างไรก็ตามศาลปกครองสูงสุดก็ยังคงพิจารณาคำอุทธรณ์โดยถือความหมายของสัญญาทางปกครองอย่างแคบตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ผ่านมา ตัวอย่างเช่น

- สัญญาเช่าร้านค้าสวัสดิการเพื่อจำหน่ายสินค้าอุปโภคบริโภค ระหว่างนางจรูญพร ลีลายุทธ กับวิทยาลัยการอาชีพขอนแก่น¹²⁹ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สัญญาดังกล่าวนี้คู่สัญญามีสิทธิและหน้าที่ต่อกันตามสัญญาในทางแพ่ง มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ คดีจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

¹²⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 17/2544

- สัญญาให้เอกชนเช่าซื้ออาคาร ระหว่างนางสมพิศ มะกรุดินทร์ กับการเคหะแห่งชาติ¹³⁰ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การเคหะแห่งชาติเป็นรัฐวิสาหกิจ ที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการเคหะแห่งชาติ พ.ศ. 2537 โดยมีวัตถุประสงค์หลายประการแต่วัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารให้ประชาชนเช่า, เช่าซื้อหรือซื้อ ผู้ฟ้องคดีสามารถดำเนินการได้เช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป การที่ผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะผู้ให้เช่าซื้ออาคารยินยอมให้ผู้เช่าซื้อเดิมโอนสิทธิตามสัญญาเช่าซื้ออาคารให้แก่ผู้อื่นนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการในฐานะเอกชนต่อเอกชนมิได้ใช้อำนาจรัฐกระทำการในทางปกครองและสัญญาดังกล่าวก็มีได้มีลักษณะ จึงมิใช่คดีปกครอง

- สัญญาซื้อขายตู้ปราคจากเชื้อระหว่าง บริษัท ยูนิเวอร์แซล ซิสเท็มส์ จำกัด กับ กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์¹³¹ ซึ่งศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเป็นคู่สัญญาแต่ผู้ถูกฟ้องคดีซื้อตู้ตั้งกล่าวมาเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกฟ้องคดี สัญญาดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะหรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงมิใช่สัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่ง คดีไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผลระหว่าง บริษัท ยิบอินซอย จำกัด กับ สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน¹³² แม้ว่าสัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผลของสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินจะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่เป็นสัญญาซื้อขายที่เกิดขึ้นโดยคู่สัญญาอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน แสดงเจตนาโดยใจสมัครตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ใช่สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองผู้ถูกฟ้องคดีมอบหมายให้บริษัทผู้ฟ้องคดีจัดทำบริการสาธารณะ เพราะเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีรับมอบเครื่องคอมพิวเตอร์มาแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีก็นำมาดำเนินการเองโดยตรง สัญญาดังกล่าวจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

3.3.3.3 คำวินิจฉัยของศาลปกครองภายหลังการประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544

ในการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 รศ.ดร.โกดิน พลกุล รองประธานศาลปกครองสูงสุดคนที่ 2 ได้เสนอเอกสารเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเพื่อวางแนวทาง

¹³⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 27/2544

¹³¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 112/2544

¹³² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 132/2544

ปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครอง แนวทางปฏิบัตินี้มีผลเป็นการ “ขยาย” ความหมายของ คำว่า “สัญญาทางปกครอง” ให้กว้างขึ้นอันเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ใช้ คำว่า “หมายความร่วมมือ” เพื่อให้ศาลปกครองได้มีโอกาสวางแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมต่อไป โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้¹³³

“สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ ราชการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำ บริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งราชการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่าย หนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มี ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทาง ปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำ ราชการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และ มิได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้นสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

จากมติของที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดก่อให้เกิดผลในการกำหนด ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครอง ดังนี้¹³⁴

๑) สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ต้องเป็นไปตามเกณฑ์ ดังนี้

- (๑) สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ
- (๒) สัญญานั้นมีลักษณะเป็น
 - (2.1) สัญญาสัมปทาน
 - (2.2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
 - (2.3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
 - (2.4) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

¹³³ โภคิน พลกุลฯ “สัญญาทางปกครองในประเทศไทย”, เอกสารประกอบการสัมมนาเชิง ปฏิบัติการเรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครอง : การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับ สัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล” วันที่ 12-13 มีนาคม 2546 ณ ห้องประชุม 172 ชั้น 37 สำนักงานศาลปกครอง ห้องประชุม 4 ศูนย์การประชุมสหประชาชาติ จัดโดย สำนักงานศาลปกครอง USAID และ The Kenan Institutes, หน้า 37.

¹³⁴ นันทวัฒน์ บรรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 246-247.

(2.5) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

(2.6) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะ บรรลุผล

๒) สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

ได้แก่ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐ มุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตาม ข้อ 1) ถือเป็นสัญญาทางแพ่ง

3.3.3.3.1 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองภายหลังการประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544

ภายหลังจากที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ แนวทางปฏิบัติดังกล่าวก็ได้ส่งผลให้สัญญาทางปกครอง “ครอบคลุม” สัญญาของทางราชการหลายประเภทขึ้นกว่าเดิม เพราะแนวทางปฏิบัติดังกล่าวเป็นการให้คำนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองตาม “ความหมายอย่างกว้าง” ดังที่มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้เปิดโอกาสให้ศาลปกครองใช้ดุลพินิจของตนในการสร้างหลักกฎหมายและแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง¹³⁵

ก) สัญญาที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

ตัวอย่างสัญญาที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง โดยใช้หลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 มาเป็นแนวทางในการวินิจฉัย เช่น

- สัญญาให้เอกชนร่วมงานและร่วมลงทุน ในการจัดให้มีบริการวิทยุคมนาคมระหว่าง บริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) กับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย¹³⁶

¹³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 248.

¹³⁶ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้น คดีหมายเลขดำที่ 549/2545 คดีหมายเลขแดงที่ 646/2545.

ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า ทศท. และ กสท. เป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497 และพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 ตามลำดับ มีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการโทรคมนาคม ทศท. และ กสท. จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ ส่วนบริษัทเอกชนเป็นคู่สัญญา ร่วมการทำงานและร่วมลงทุนในการจัดให้มีบริการวิทยุคมนาคมและระบบเซลลูลาร์ และขยายเครือข่ายการให้บริการวิทยุระบบเซลลูลาร์กับ กสท. บริษัท เอกชน จึงเป็นผู้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะด้านโทรคมนาคมกับ กสท.

และโดยที่ข้อตกลงระหว่าง ทศท. กับ กสท. โดยมีบริษัท เอกชนในฐานะคู่สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนในการจัดให้มีบริการวิทยุโทรคมนาคมระบบเซลลูลาร์ และขยายเครือข่ายในการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์กับ กสท. ลงนามรับทราบและยอมรับปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อให้กิจการบริการสาธารณะด้านโทรคมนาคมที่ ทศท. กสท. และบริษัทเอกชน รับผิดชอบดำเนินการเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ แม้ข้อตกลงดังกล่าวจะมีได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ได้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติก็ตาม

- สัญญาเกี่ยวกับทุนการศึกษาของส่วนราชการ ระหว่างกระทรวงสาธารณสุขกับนางสาวเพชรลดา โกศลกาญจน์¹³⁷ ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า นักศึกษาเพื่อศึกษาวิชาเภสัชศาสตร์ โดยมีข้อตกลงตามสัญญาว่า ภายหลังจากสำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรแล้ว ยินยอมที่จะไปปฏิบัติงานในส่วนราชการหรือองค์การของรัฐต่างๆ ตามคำสั่งของคณะกรรมการพิจารณาจัดสรรนิสิตนักศึกษาวิชาเภสัชศาสตร์ผู้สำเร็จการศึกษาเป็นเวลา 2 ปี ติดต่อกัน หากไม่เข้ารับราชการหรือทำงานตามที่คณะกรรมการดังกล่าวกำหนด ยินยอมรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่กระทรวงสาธารณสุขนั้น เป็นสัญญาทางปกครอง

ข) สัญญาที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

ตัวอย่างสัญญาที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยใช้หลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 มาเป็นแนวทางในการวินิจฉัย เช่น

- สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์ประจำอาคารเรียนและปฏิบัติการ คณะครุศาสตร์อุตสาหกรรม ระหว่างสถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าเจ้าคุณทหารลาดกระบัง

¹³⁷ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาคดีหมายเลขดำที่ 4327/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 640/2545.

กับบริษัท เทรน อินเทอร์เน็ตเนชั่นแนล จำกัด¹³⁸ ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า สัญญาซึ่งแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ ผู้ฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญานี้ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์นี้ จึงมิใช่สัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- สัญญาให้เงินสนับสนุนการดำเนินการตามโครงการประหยัดไฟฟ้า ระหว่างการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยกับบริษัท กรุงเทพการไฟฟ้า จำกัด¹³⁹ ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า สัญญาที่ว่า การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยจะจ่ายเงินสนับสนุนตามปีการส่งเสริมการขายที่ได้จำหน่ายเครื่องปรับอากาศเบอร์ 5 นั้น แม้ว่าการจัดทำโครงการประหยัดการไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยจะเป็นการดำเนินการตามโครงการประหยัดไฟฟ้าของรัฐบาลตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 3 ธันวาคม พ.ศ. 2534 อันถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะก็ตาม แต่การที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยดำเนินการโครงการดังกล่าวด้วยการทำสัญญาให้บริษัท ก. จำกัดผลิตหรือจำหน่ายเครื่องปรับอากาศเบอร์ 5 แก่ประชาชนและสามารถนำบัตรสิทธิพิเศษเนื่องจากการจำหน่ายเครื่องปรับอากาศแต่ละเครื่องไปขอรับเงินสนับสนุนนั้น ไม่ถือว่าบริษัท ก. จำกัด จัดทำบริการสาธารณะแต่อย่างใด ถือเป็นเพียงการทำธุรกิจการค้าตามวัตถุประสงค์ของบริษัทเท่านั้น และเมื่อพิจารณาจากสัญญาตามข้อตกลงระหว่างการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยกับบริษัท ก. จำกัด ที่กำหนดให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยสามารถเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวก็ยังไม่ถือเป็นสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์เป็นพิเศษแก่ฝ่ายปกครองที่จะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพแต่อย่างใด สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง มิใช่สัญญาทางปกครอง

- สัญญาจ้างทำความสะอาดสถานที่ระหว่าง สำนักงานศาลยุติธรรมกับบริษัท ดีสคัฟเวอร์ แอนด์ แม็กนิฟิเซนซ์ เซอร์วิส จำกัด ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า แม้สำนักงานศาลยุติธรรมจะเป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงานของศาลยุติธรรมตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวมิได้มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่ง

¹³⁸ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาคดีหมายเลขดำที่ 1143/2545 คดีหมายเลขแดงที่ 1381/2545.

¹³⁹ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาคดีหมายเลขดำที่ 4396/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 518/2545.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นเพียงสัญญาจ้างทำของตามที่บัญญัติอยู่ในบรรพ 3 ลักษณะ 7 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น อีกทั้งสัญญาดังกล่าวก็มีได้กระทำขึ้นเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งในกรณีนี้ก็คือการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนอันเป็นบริการสาธารณะสามารถบรรลุผลได้โดยตรงแต่อย่างใด เนื่องจากการทำความสะอาดอาคารสถานที่ที่มีข้อบกพร่องที่สำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวข้างต้น ดังนั้น สัญญาระหว่างนาย ก. กับสำนักงานศาลยุติธรรม จึงมิใช่สัญญาทางปกครอง

- สัญญาจ้างขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์โดยเครื่องมือหนักระหว่างองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.) กับบริษัท วานิช จำกัด¹⁴⁰ ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า แม้ว่าสัญญานี้จะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ พ.ศ. 2496 มีวัตถุประสงค์อำนวยความสะดวกแก่รัฐและประชาชนในการขนส่งทุกชนิด เช่น คนโดยสาร สินค้า และพัสดุภัณฑ์ทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักร ประกอบธุรกิจที่ต่อเนื่องหรือใกล้เคียงกับการขนส่งประกอบพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมเพื่อประโยชน์ในการเศรษฐกิจของชาติและช่วยเหลือในการครองชีพ อันเป็นหน่วยงานทางปกครองตามบทนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่สัญญาจ้างขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์โดยเครื่องมือหนักดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยสัญญาดังกล่าวผู้ผูกฟองคดีมีวัตถุประสงค์ว่าจ้างให้ผู้ผูกคดีขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ให้แก่ผู้ผูกคดีเท่านั้น มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ผูกคดีจัดทำบริการสาธารณะแทนผู้ผูกคดีแต่อย่างใด สัญญาดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่งตามหลักกฎหมายแพ่งเท่านั้น

- สัญญาให้ใช้บริการโทรศัพท์ระหว่างบริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) กับนางสาว ปอน ไชยปัญญา¹⁴¹ ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า แม้ในปัจจุบันองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยจะได้แปลงสภาพเป็นบริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ตั้งแต่วันที่ 31 กรกฎาคม 2545 แล้วก็ตาม แต่โดยที่บริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ได้รับโอนกิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบ และสินทรัพย์ทั้งหมดมาจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการประกอบกิจการโทรคมนาคมขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ก่อนหน้าการแปลงสภาพนี้เป็นไปตามบทเฉพาะกาลในมาตรา 79 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติ

¹⁴⁰ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาคดีหมายเลขดำที่ 446/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 1118/2525.

¹⁴¹ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาคดีหมายเลขดำที่ 1358/2545 คดีหมายเลขแดงที่ 1733/2545. คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาคดีหมายเลขดำที่ 1359/2545 คดีหมายเลขแดงที่ 1734/2545.

การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ในระหว่างที่ยังมิได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น บริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) จึงถือได้ว่าเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครองและเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญานี้จึงเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญานี้มิได้มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ดังกล่าวแล้ว เพราะเป็นเพียงสัญญาที่กำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการใช้โทรศัพท์อันเป็นนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งบนพื้นฐานความสมัครใจของคู่สัญญาภายใต้หลักกฎหมายแพ่งระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งรับโอนกิจการมาจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยนั้น สัญญานี้มิใช่สัญญาที่จัดให้มีระบบโครงข่ายโทรศัพท์โดยรวมอันจะถือได้ว่าเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เพราะฉะนั้นสัญญานี้จึงมิใช่สัญญาทางปกครอง

- สัญญาให้เช่าที่ดินเป็นแผงขายสินค้าระหว่างการรถไฟแห่งประเทศไทยกับนายประสงค์ วัชราศรีศิริกุล¹⁴² ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า รถไฟแห่งประเทศไทยดำเนินการในเชิงธุรกิจ เป็นสัญญาทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพอันจะทำให้เป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 2542 แต่ประการใด

- สัญญาการใช้ไฟฟ้าระหว่างการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค กับนายธีระศักดิ์ ชำนาญดี¹⁴³ ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นรัฐวิสาหกิจซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการงดจ่ายกระแสไฟฟ้าอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีในคดีนี้คือผลอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามข้อตกลงการใช้ไฟฟ้าที่ผู้ฟ้องคดีได้ให้ไว้ต่อผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งมีสภาพเป็นสัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี ตามที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบ ก็เป็นการกระทำบนพื้นฐานของการเป็นคู่สัญญาตามสัญญาดังกล่าว ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญา ดังนั้น หากมีกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการโดยมิชอบ ก็จะเป็นกรณีเกี่ยวกับข้อพิพาทหรือการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างคู่สัญญา แต่สัญญาดังกล่าวก็มิได้มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

¹⁴² คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาคดีหมายเลขดำที่ 4493/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 584/2545.

¹⁴³ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาคดีหมายเลขดำที่ 192/2545 คดีหมายเลขแดงที่ 1117/2545.

เพราะเป็นเพียงสัญญาซื้อขาย อันเป็นนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งภายใต้หลักกฎหมายแพ่งระหว่าง คู่สัญญาเท่านั้น และถึงแม้การจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าจะเป็นกิจการสาธารณูปโภคตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 ก็ตาม แต่สัญญาซื้อขายไฟฟ้าในกรณีนี้ก็ มิใช่สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันได้แก่ ระบบการผลิต จัดหา และจำหน่ายไฟฟ้าโดยรวม ดังนั้น สัญญานี้จึงมิใช่สัญญาทางปกครอง

3.3.3.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับสัญญาของ ฝ่ายปกครองภายหลังการประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครอง สูงสุดที่ 6/2544

ภายหลังมีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทำให้เกิดสัญญาทางปกครองโดยสภาพขึ้น การนำคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองเข้าสู่การ พิจารณาของศาลปกครองสูงสุด นอกจากใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาตามมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว หลักเกณฑ์เรื่อง สัญญาทางปกครองโดยสภาพก็ต้องนำมาประกอบการวินิจฉัยด้วย ตัวอย่างสัญญามีดังต่อไปนี้

ก) สัญญาที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

ตัวอย่างสัญญาที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเป็นสัญญาทาง ปกครอง โดยใช้หลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 มาเป็นแนวทางในการวินิจฉัย

- สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักราชการโรงพยาบาลของคณะ แพทยศาสตร์ ระหว่างบริษัท เจ-สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) จำกัด กับมหาวิทยาลัย เชียงใหม่¹⁴⁴ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ข้อกำหนดในสัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็น อย่างมาก ข้อกำหนดบางข้อของสัญญา เช่น ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียง ฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ โดยที่ผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญา ในสาระสำคัญ หรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ ไม่เคยมีการระบุไว้ในสัญญาจ้าง โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน แม้กระทั่งเรื่องเวลาการ ทำงานและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ประกอบกับลักษณะที่เป็นสัญญาสำเร็จรูปของสัญญาจ้างฉบับนี้ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลคณะแพทยศาสตร์ ของ ผู้ถูกฟ้องคดีนั้นยังมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทาง

¹⁴⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544.

ปกครองบรรลุลผลที่ไม่พบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง นอกจากนี้ สัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีฉบับนี้ยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาสำหรับราคางานก่อสร้างตามสัญญาจ้างนี้อีกด้วย จึงเห็นว่าสัญญาฉบับนี้เป็นสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาพิพากษาได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- สัญญาข้าราชการทหารที่กองทัพเรือส่งไปศึกษาต่อต่างประเทศ ระหว่าง นาวาตรีชนาวิณ สุวรรณบุปผา กับ กองทัพเรือ¹⁴⁵ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สำหรับสัญญาผู้ที่ทางราชการส่งไปศึกษาและรับโอนเข้าศึกษาในต่างประเทศที่พิพาทกันในคดีนี้เป็นสัญญาที่กำหนดให้มีขึ้นตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหม ว่าด้วยการศึกษาในต่างประเทศ พ.ศ. 2527 และข้อบังคับฯ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2534 โดยผู้ที่ศึกษาในต่างประเทศหรือผู้ที่เคยศึกษาในต่างประเทศมาแล้วและยังรับราชการชดใช้ไม่ครบตามสัญญา หากต้องศึกษาในต่างประเทศอีก ต้องทำสัญญาตามแบบท้ายข้อบังคับและวางหลักทรัพย์ประกันหรือทำสัญญาค้ำประกันกับกระทรวงกลาโหมให้ไว้แก่ส่วนราชการขึ้นตรงต่อกระทรวงกลาโหม กองทัพบก กองทัพเรือ หรือกองทัพอากาศ เพื่อรับราชการชดใช้ ข้อบังคับดังกล่าวนี้จึงถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสำหรับผู้ที่ทางราชการส่งไปศึกษาและรับโอนเข้าศึกษาในต่างประเทศซึ่งผู้ที่ไปศึกษาในต่างประเทศทุกคนจะต้องถือปฏิบัติ เมื่อพิจารณาถึงสัญญาลาไปศึกษาในต่างประเทศที่ผู้ฟ้องคดีทำไว้กับผู้ถูกฟ้องคดีในคดีนี้แล้ว วัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือ ผู้ฟ้องคดีต้องกลับมารับราชการในกระทรวงกลาโหมตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา ส่วนข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจะถูกจำกัดสิทธิของตนเองไม่ว่าจะเป็นกรณีลาออกจากราชการ หรือโอนสังกัด หรือการบอกเลิกสัญญานั้นไม่อาจกระทำได้ทั้งสิ้น แต่ในส่วนของผู้ถูกฟ้องคดีนั้นกลับกำหนดให้สิทธิและอำนาจเด็ดขาดแก่ผู้ถูกฟ้องคดีให้บอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หรือเรียกตัวผู้ฟ้องคดีกลับจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่ากรณีใดๆ ได้ หรือกรณีผู้ฟ้องคดีประพฤติผิดสัญญาต้องชดใช้เงินให้แก่กระทรวงกลาโหมเป็นจำนวนสามเท่าของเงินรายเดือนและค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายทั้งสิ้นที่ได้จ่ายให้หรือจ่ายแทนผู้ฟ้องคดีเนื่องในการศึกษาจนครบถ้วน และยินยอมให้ทางราชการเรียกตัวกลับหรือปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการได้ ดังนั้น ไม่ว่าจะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ผู้ฟ้องคดีต้องกลับมารับราชการอันเป็นการบริการสาธารณะของรัฐ และข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไปดังกล่าวข้างต้น ล้วนเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองจึงมีอำนาจรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณา

¹⁴⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544.

- สัญญาข้าราชการไปศึกษาอบรม ณ ต่างประเทศ ระหว่าง
สุรพล จรรยากุล กับ สำนักงานสภาสถาบันราชภัฏ¹⁴⁶ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ในคดีนี้มี
วัตถุประสงค์สัญญา คือ ผู้ฟ้องคดีซึ่งได้รับอนุญาตจากทางราชการให้ลาศึกษาต่อต่างประเทศต้อง
กลับมารับราชการยังหน่วยงานต้นสังกัดเดิมเมื่อสำเร็จการศึกษาแล้วภายในระยะเวลาตามที่
กำหนดไว้ในสัญญาดังกล่าว โดยการปฏิบัติหน้าที่ที่อาจารย์สอนหนังสือในสถาบันราชภัฏหมู่บ้าน
จอมบึง วัตถุประสงค์สัญญาดังกล่าวนี้จึงถือว่าเป็นการดำเนินการของรัฐตามหน้าที่ที่ต้องจัดให้มี
การศึกษาแก่ประชาชนทั่วไปอันเป็นการกระทำบริการสาธารณะโดยตรง นอกจากนี้
เมื่อพิจารณาถึงข้อกำหนดในสัญญาข้าราชการไปศึกษาหรือฝึกอบรม ณ ต่างประเทศแล้ว
โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อ 1 ข้อ 2 และข้อ 7 การนำกฎหมายระเบียบ ข้อบังคับอื่นๆ ที่เกี่ยวกับ
ข้าราชการไปศึกษาหรือฝึกอบรมและเกี่ยวกับการจ่ายเงินระหว่างลาไปศึกษาหรือฝึกอบรมที่ใช้
บังคับขณะทำสัญญาและที่จะประกาศใช้ต่อไปในภายหน้าให้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้ด้วย
การให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาใช้ดุลพินิจในการระงับทุนหรือเงินเดือน
รวมทั้งเงินเพิ่มอื่นใด และเรียกตัวผู้ได้รับทุนเดินทางกลับประเทศได้ และการให้ส่วนราชการ
หักหนี้ที่ต้องชำระตามสัญญาออกจากเงินบำเหน็จบำนาญและหรือเงินอื่นใดที่ผู้ได้รับทุนได้รับ
จากทางราชการ ซึ่งข้อกำหนดเหล่านี้มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่ไม่พบได้ใน
สัญญาทางแพ่งทั่วไป กรณีตามคำฟ้องนี้จึงเข้าลักษณะเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทาง
ปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี
ปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และอยู่ในอำนาจ
พิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

- สัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กเลียบคลอง
ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด วิรุฬห์กรก่อสร้าง กับองค์การบริหารส่วนตำบลบางรักใหญ่ ซึ่งศาล
ปกครองสูงสุดเห็นว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ทั้งข้อตกลงใน
สัญญาหลายข้อก็มีลักษณะให้รัฐมีสิทธิพิเศษในทางสัญญาเหนือเอกชนคู่สัญญา การที่นายจันทร์
ซึ่งเป็นผู้แทนของผู้ถูกฟ้องคดีตามกฎหมายและเป็นผู้ว่าจ้างตามสัญญานี้ ได้สั่งให้ผู้ฟ้องคดี
ซึ่งเป็นผู้รับจ้างทำการก่อสร้างเชื่อมกันดินพังตามแบบและราคาที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดเพื่อ
ป้องกันทรุดตัวของดินและสามารถก่อสร้างถนนต่อไปได้นั้น ถือได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้าง
สั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา และงานพิเศษที่
ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำนั้นอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาตามข้อตกลง
ในสัญญาข้อ 15 แล้ว ทั้งนี้ เนื่องจากหากไม่ทำการก่อสร้างเชื่อมกันดินพังเสียก่อน ก็จะไม่
สามารถสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กเลียบคลองบางไผ่อันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไป
ได้ การสร้างเชื่อมกันดินพังจึงเป็นงานพิเศษที่อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา
ที่ผู้ว่าจ้างสั่งให้ทำได้ตามสัญญาข้อ 15 และข้อตกลงเรื่องการสร้างเชื่อมกันดินพังย่อมถือว่าเป็น

¹⁴⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2546.

ส่วนหนึ่งของสัญญา แม้จะเป็นการตกลงกันด้วยวาจาไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือก็ตาม แต่ข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้กำหนดให้สัญญาดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้รับจ้างจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม และเมื่อทำการก่อสร้างเขื่อนเสร็จก็มีสิทธิที่จะได้รับชำระค่าจ้างเป็นการตอบแทนตามสัญญาที่ตกลงกัน

- สัญญาจ้างก่อสร้างพัฒนาระบบแปลงเกษตรกรรม ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด โตะการช่าง¹⁴⁷ กับสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคสำหรับประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน และมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอันมาก เช่น ข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ ข้อกำหนดที่ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ ประกอบกับสัญญาทั้งสองฉบับนี้มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างพัฒนาระบบแปลงเกษตรกรรมอันเป็นลักษณะพิเศษเพื่อให้การดำเนินการทางปกครองบรรลุผล ซึ่งเป็นลักษณะที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป นอกจากนี้ ยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ สัญญาทั้งสองฉบับจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เมื่อเกิดข้อพิพาททางสัญญาทางปกครองดังกล่าว จึงอยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

- สัญญาจ้างซ่อมแซมอาคารหมายเลข 28 ของกรมสรรพาวุธ ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด อาหารภัณฑ์ก่อสร้าง กับสำนักงานตำรวจแห่งชาติ¹⁴⁸ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าข้อตกลงระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี โดยมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้กำหนดให้สัญญาดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด และแม้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จะกำหนดให้หน่วยงานของทางราชการต้องดำเนินการทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือก็ตาม แต่ระเบียบดังกล่าวก็เป็นเพียงระเบียบภายในของทางราชการประกอบกับการว่าจ้างให้ผู้ฟ้องคดีซ่อมแซมอาคารหมายเลข 28 ของกองสรรพาวุธมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีเข้าดำเนินการซ่อมแซมหรือบำรุงรักษาอาคารของรัฐหรือถาวรวัตถุของรัฐ และเมื่อผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการซ่อมแซมอาคารดังกล่าวเสร็จสมบูรณ์ ผู้ฟ้องคดีก็ได้เข้าใช้ประโยชน์ในอาคารนี้ สมตามวัตถุประสงค์ อาคารดังกล่าวจึงถือเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล การว่าจ้างดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี

¹⁴⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 139/2547.

¹⁴⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/25447

พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน

- สัญญารับทุนเพื่อเข้าศึกษาหลักสูตรประกาศนียบัตรเชลล์วิทยาของกระทรวงสาธารณสุข ระหว่าง สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข กับ นายอดิศร หรือพนัสกร หมุ่มอำพันธ์ ที่ 1 และนายวีระ หมุ่มอำพันธ์ ที่ 2¹⁴⁹ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สัญญาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำสัญญารับทุนเพื่อการศึกษาหลักสูตรประกาศนียบัตรเชลล์วิทยาของกระทรวงสาธารณสุข มีกำหนดเวลา 2 ปี นับตั้งแต่วันที่ 2 มิถุนายน 2542 ถึงวันที่ 1 มิถุนายน 2544 ณ คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ซึ่งในสัญญาได้กำหนดว่าเกี่ยวกับการปฏิบัติตนในการศึกษา การประพฤติตนในระหว่างกำลังศึกษา การเข้ารับราชการ และความผิด ตลอดจนการบังคับให้ชดใช้เงินเมื่อผิดสัญญา ซึ่งสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เข้ารับราชการในสังกัดกระทรวงสาธารณสุขอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณสุขอย่างหนึ่ง ประกอบกับลักษณะของสัญญาดังกล่าว ผู้ฟ้องคดียอมมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ซึ่งอยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาได้

สำหรับกรณีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แม้ว่าสัญญาค้ำประกันจะเป็นเอกเทศสัญญาที่บัญญัติไว้ในลักษณะ 11 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็ยังเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญารับทุนเพื่อการศึกษา อันเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ประกอบกับการวินิจฉัยตามสัญญาค้ำประกัน จำต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญารับทุนเพื่อการศึกษา อันเป็นสัญญาหลักเสียก่อน ดังนั้นเมื่อศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจรับคำฟ้องในประเด็นที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผิดสัญญารับทุนเพื่อการศึกษา อันเป็นสัญญาหลักไว้พิจารณา ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาในประเด็นที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ผิดสัญญาค้ำประกันอันเป็นสัญญาอุปกรณ์ด้วย

ข) สัญญาที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

ตัวอย่างสัญญาที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยใช้หลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 มาเป็นแนวทางในการวินิจฉัย

¹⁴⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 647/2547.

- สัญญาจ้างที่ปรึกษาเพื่อออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ ระหว่าง บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับ กรมพลศึกษา¹⁵⁰ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามบทบัญญัติในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยในสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งสำหรับสัญญาจ้างที่ปรึกษาดังกล่าวข้างต้นทั้งสองฉบับแม้ว่าจะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวก็เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากได้เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองได้ตกลงมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองแทนรัฐแต่อย่างใดไม่ ทั้งสัญญาดังกล่าวก็มิได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- สัญญาจ้างทำความสะอาดสุสานสวนสัตว์ดุสิต ระหว่าง บริษัท แพลทินัม แสตนด์ชาร์ดเซอร์วิส จำกัด กับ องค์การสวนสัตว์¹⁵¹ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สัญญาจ้างทำความสะอาดห้องสุสานสวนสัตว์ดุสิตเป็นเพียงสัญญาจ้างทำของในทางแพ่งทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากการทำความสะอาดห้องสุสานไม่เป็นบริการสาธารณะของรัฐ เพียงแต่เป็นการดูแลรักษาความสะอาดเพื่อให้ความสะอาดหรือให้บริการด้านสุขาแก่ประชาชนที่เข้ามาเที่ยวชมสวนสัตว์เท่านั้น ไม่มีความสำคัญหรือความจำเป็นที่รัฐจะต้องดำเนินการจัดทำบริการประเภทนี้สำหรับประชาชนแต่อย่างใด เพราะแม้รัฐไม่จัดก็ไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ สัญญาจ้างทำความสะอาดห้องสุสานสวนสัตว์ดุสิตระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองตามความหมายของ

¹⁵⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 5/2545 , คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 87/2545.

¹⁵¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 60/2546.

คำนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน

- สัญญาให้ดำเนินการร้านค้าสวัสดิการโรงพยาบาลโรคทรวงอก ระหว่าง นางสาวสรรรณี วุฒินันท์ กับ นางพงษ์ลดา สุพรรณชาติ ที่ 1 นางพรพรรณ โปโต ที่ 2 นายประดิษฐ์ชัย ชัยเสรี ที่ 3 คณะอนุกรรมการสวัสดิการโรงพยาบาลโรคทรวงอก ที่ 4¹⁵² ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สัญญาเกิดขึ้นจากคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญา หากสัญญาที่ทำกันไว้ไม่มีข้อความให้ผู้รับสัญญามีสิทธิต่อสัญญาได้ ย่อมเป็นสิทธิของผู้ให้สัญญาที่จะต่อสัญญาก็ได้ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ฟ้องคดีทำสัญญาดำเนินการร้านค้าสวัสดิการโรงพยาบาลโรคทรวงอก กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 มีกำหนด 3 ปี แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 จะได้รับมอบหมายให้กระทำแทนกรมควบคุมโรคติดต่อ ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่สัญญาดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญาดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครองตามความหมายในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แต่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

- สัญญาให้เช่าที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทยบริเวณ ย่านพหลโยธินระหว่าง บริษัท ธนสารสมบัติพัฒนา จำกัด กับ การรถไฟแห่งประเทศไทย ที่ 1 ผู้ว่าการรถไฟแห่งประเทศไทย¹⁵³ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้จะมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญาดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การดำเนินกิจการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาเช่าที่ดินดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่งที่ผู้ถูกฟ้องคดีมุ่งผูกพันตนกับผู้ฟ้องคดีด้วยความสมัครใจบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยแท้ ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญานี้จึงมิใช่ข้อพิพาทที่ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

¹⁵² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 413/2546.

¹⁵³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 55/2547.

- สัญญาเช่าที่ดินเพื่อใช้สร้างเป็นโรงงานไฟฟ้า ระหว่าง นายทักษิณ ลุษะพันธ์ กับ การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคอำเภอเบตง¹⁵⁴ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างนายลุษะพันธ์ กับนายโกไหลที่ทำสัญญาเช่าที่ดินเพื่อสร้างโรงงานไฟฟ้า ตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างนั้น หากมีอยู่จริงก็เป็นนิติสัมพันธ์ที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งไม่ปรากฏว่านายโกไหลเป็นผู้ซึ่งกระทำการดังกล่าวแทนรัฐแต่อย่างใด ข้อพิพาทในคดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาเช่าที่ดิน ซึ่งเป็นสัญญาทางแพ่งที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม มิใช่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา

3.3.4 แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

เนื่องมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้จัดตั้งองค์กรต่าง ๆ มากมาย รวมทั้งจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาทำให้ระบบศาลของประเทศไทยเกิดการเปลี่ยนแปลงจาก “ระบบศาลเดี่ยว” คือ มีศาลยุติธรรมแต่เพียงศาลเดียวที่มีอำนาจพิจารณาคดีทุกประเภท และมีศาลฎีกาเป็นศาลยุติธรรมสูงสุด มาเป็น “ระบบศาลคู่” ซึ่งศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองนั้นอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองซึ่งมีระบบศาลและระบบผู้พิพากษาแยกต่างหากจากระบบศาลและระบบผู้พิพากษาของศาลยุติธรรม เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแยกจากศาลยุติธรรมจึงอาจเกิดปัญหาขึ้นมา เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะอยู่ในเขตอำนาจหน้าที่ของศาลใด ปัญหาที่เกิดขึ้นมักมีอยู่ 2 กรณี คือ ศาลแต่ละศาลต่างเห็นว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่ในเขตอำนาจของตน หรืออาจเห็นว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจของตนก็ได้¹⁵⁵ ซึ่งในมาตรา 248 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดว่า

“ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร หรือศาลอื่น ให้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดโดยคณะกรรมการคณะหนึ่งซึ่งประกอบด้วยประธานศาลฎีกาเป็นประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลอื่น และผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีกไม่เกินสี่คนตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นกรรมการ

หลักเกณฑ์การเสนอปัญหาตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” ภายหลังจากได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542 กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มี “คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล” ซึ่งจะมี

¹⁵⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 650/2547.

¹⁵⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 272-276.

อำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการขัดแย้งกันแห่งอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร หรือศาลอื่นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดการขัดแย้งกันแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งอันเป็นที่สุดของศาลเหล่านี้ด้วย¹⁵⁶

พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ไว้ 2 ประเภท คือ คณะกรรมการโดยตำแหน่ง ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลฎีกาเป็นประธานกรรมการ ประธานศาลปกครองสูงสุด หัวหน้าสำนักงานตุลาการทหาร และในกรณีมีการจัดตั้งศาลอื่น ให้ประธานศาลอื่นนั้นเป็นกรรมการโดยตำแหน่งด้วย¹⁵⁷ นอกจากนี้ ยังมีคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งประกอบด้วยผู้ที่มีความรู้และมีประสบการณ์เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวนหนึ่งคน, ผู้มีความรู้และมีประสบการณ์เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองซึ่งได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวนหนึ่งคน, ผู้มีความรู้และมีประสบการณ์เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหาร ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุดจำนวนหนึ่งคน และผู้มีความรู้และประสบการณ์ด้านกฎหมายที่มีใช้เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการประจำศาล ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากกรรมการโดยตำแหน่งและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนหนึ่งคน¹⁵⁸ โดยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปี นับแต่วันประกาศรายชื่อกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ในราชกิจจานุเบกษา¹⁵⁹ ก่อนวันหนึ่งพิจารณาครั้งแรก สำหรับศาลปกครองหรือศาลอื่น¹⁶⁰ และห้ามไม่ให้ศาลที่อยู่ในลำดับสูงขึ้นไป ยกเรื่องเขตอำนาจศาลขึ้นพิจารณาอีก¹⁶¹ โดยอำนาจในการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล มี 3 ลักษณะ¹⁶²

- ๑) กรณีปัญหาว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด
- ๒) กรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งที่สุทธระหว่างศาลขัดแย้งกัน
- ๓) กรณีอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลขัดแย้งกัน คือ กรณีที่มีการขัดแย้งกันระหว่างศาลในเรื่องวิธีการชั่วคราวก่อนการพิจารณา, การยื่นคำร้องต่อศาลก่อนฟ้องคดีตามที่กฎหมาย

¹⁵⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, หน้า 260.

¹⁵⁷ มาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542.

¹⁵⁸ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542.

¹⁵⁹ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542.

¹⁶⁰ มาตรา 10 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542.

¹⁶¹ มาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542.

¹⁶² นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 276.

บัญญัติการสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนฟ้องคดี และบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล และการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ประการอื่นของศาล

นับตั้งแต่มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจนถึงปี 2548 มีคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการฯ ซึ่งสามารถจำแนกรายละเอียดได้ ดังนี้

3.3.4.1 สัญญาที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่า เป็นสัญญาทางปกครอง

1) สัญญาว่าจ้างปรับปรุงอาคารโรงพยาบาลของรัฐ¹⁶³

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุง อาคารโรงพยาบาลอำเภอหลังสวน อำเภอหลังสวน ระหว่างบริษัท เค.เอส.โฮมเมคเกอร์ กรุ๊ป กับ จังหวัดชุมพร ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

คณะกรรมการมีความเห็นว่า ข้อเท็จจริงในคดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาค ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยในกรณีนี้เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลชุมชนขนาด 60 เตียง เป็น 90 เตียง โดยมีอาคารผู้ป่วยและส่วนประกอบอื่นๆ ทั้งนี้ การสาธารณสุขเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารโรงพยาบาลของรัฐซึ่งเป็นถาวรวัตถุ เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล นอกจากนี้ประชาชนทั่วไปยังสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง อาคารโรงพยาบาลของรัฐ จึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภค และเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญานี้คือ การรับจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาล กรณีจึงถือได้ว่า เป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคสัญญาระหว่างคู่กรณีในคดีนี้ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”

2) สัญญาว่าจ้างวางท่อน้ำประปาของหน่วยงานของรัฐ¹⁶⁴

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างเหมาก่อสร้างวางท่อประปา ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. กิจสยาม และสุขาภิบาลกำแพงแสน (ต่อมาได้รับการยกฐานะเป็นเทศบาลตำบลกำแพงแสน) ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

¹⁶³ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545.

¹⁶⁴ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2545.

คณะกรรมการมีความเห็นว่า ข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์บรรยายฟ้องให้ จำเลยทั้งสามร่วมกันรับผิดชอบ โดยจำเลยที่ 1 เป็นประธานกรรมการสุขาภิบาลกำแพงแสน จำเลย ที่ 2 เป็นนายกเทศมนตรีตำบลกำแพงแสน และจำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นเทศบาลตำบลกำแพงแสน ตามมูลหนี้สัญญาว่าจ้างก่อสร้าง ดังนั้น จำเลยที่ 1 และที่ 2 จึงเป็นผู้กระทำการแทนจำเลยที่ 3 ซึ่งจำเลยที่ 3 เป็นหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงฐานะ สุขาภิบาลเป็นเทศบาล พ.ศ. 2542 กรณีจึงถือได้ว่าเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงาน ทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ “เมื่อข้อพิพาทคดีนี้มีมูล อันเนื่องมาจากสัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปา ซึ่งการประปาถือว่าเป็นสาธารณูปโภคที่ จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนโดยตรงโดยรัฐเป็นผู้จัดให้มีขึ้น ดังนั้นสัญญานี้จึงเป็น สัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำ การแทนรัฐ ทั้งเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันอยู่ในความหมายของสัญญาทาง ปกครอง”

3) สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือ กลาง ของมหาวิทยาลัยของรัฐ¹⁶⁵

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร ศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง ระหว่าง บริษัทไทรยูเนี่ยน จำกัด กับ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทาง ปกครองหรือไม่

คณะกรรมการมีความเห็นว่า ข้อเท็จจริงในคดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีเป็น ข้าราชการสังกัดทบวงมหาวิทยาลัยตามมาตรา 32 (17) แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2539 และมีฐานะเป็นกรมตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ประสงค์ในการให้การศึกษา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และ “สัญญาจ้าง ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีในกรณีนี้ เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการ วิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง ทั้งนี้ การศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารมหาวิทยาลัยของรัฐ ซึ่งเป็นถาวรวัตถุเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนิน บริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล จึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ ประโยชน์ได้โดยตรง และเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญานี้คือ การรับจ้างก่อสร้างอาคารใน มหาวิทยาลัยของรัฐ จึงถือได้ว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง”

¹⁶⁵ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 18/2545.

4) สัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน ซึ่งถูกเวนคืนตามพระราชกำหนด กำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืน¹⁶⁶

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่จะเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืน ในท้องที่อำเภอ ยานนาวา อำเภอพระโขนง จังหวัดพระนคร อำเภอบางขุนเทียน อำเภอนครบุรี อำเภอบางกอกน้อย อำเภอดลิ่งชัน อำเภอภาษีเจริญ กิ่งอำเภอหนองแขม จังหวัดธนบุรี อำเภอบางกรวย อำเภอบางใหญ่ อำเภอบางบัวทอง อำเภอเมืองนนทบุรี อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี อำเภอเมืองปทุมธานี จังหวัดปทุมธานี อำเภอกระทุ่มแบน จังหวัดสมุทรสาคร อำเภอสามพราน และอำเภอนครชัยศรี จังหวัดนครปฐม พ.ศ. 2497 ระหว่างเจ้าของที่ดิน (นางจินตนา เอมสุข) กับกรุงเทพมหานคร ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

คณะกรรมการมีความเห็นว่า พระราชกฤษฎีกานี้กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเจ้าของหน้าที่เพื่อดำเนินการเวนคืนที่ดินและเวนคืนที่ดินพิพาทเพื่อก่อสร้างถนน พุทธมณฑล สาย 1 ในการทำสัญญาผู้ถูกฟ้องคดีต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี ปี 2500 (หนังสือที่ นว. 154/2500) กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องปรึกษาดทกลงกับเจ้าของที่ดินเสียก่อน หากตกลงซื้อขายกันได้ ก็ไม่ต้องออกพระราชบัญญัติเวนคืน แต่หากตกลงกันไม่ได้และทางราชการจำเป็นต้องใช้ที่ดินนั้นก็ให้ออกพระราชบัญญัติเวนคืน ผู้ถูกฟ้องคดีนี้เป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและมีฐานะเป็นหน่วยราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ทั้งเป็นเจ้าหน้าที่เพื่อดำเนินการเวนคืนในการตกลง ทำสัญญาพิพาท หากเจ้าของที่ดินพิพาทไม่ยินยอมขาย ทางราชการก็จะดำเนินการออกพระราชบัญญัติเวนคืนที่ดินพิพาทต่อไป “จึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองและเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ โดยใช้อำนาจทางปกครองบังคับซื้อที่ดินจากเอกชน ทั้งการเวนคืนที่ดินพิพาทก็เพื่อใช้ในการก่อสร้างถนนซึ่งเป็นสาธารณูปโภคที่ประชาชนเป็นผู้ใช้และได้รับประโยชน์โดยตรง อันมีลักษณะเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาทนี้ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง”

5) สัญญารับทุนและลาศึกษา¹⁶⁷

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของข้าราชการที่ไปศึกษาหรืออบรมในประเทศ ระหว่าง นางจิตรา ชนะกุล กับกรุงเทพมหานคร โดยมีข้อตกลงว่า เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้วจะกลับมารับราชการต่อเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 2 เท่าของระยะเวลาที่จะไปศึกษา หากไม่สามารถกลับมารับราชการต่อได้ยอมชดใช้เงินและเบี้ยปรับเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 2 เท่า แต่หากกลับมารับราชการได้ไม่ครบกำหนดจะยอมชดใช้เงินคืนแก่ผู้ถูกฟ้องคดี โดยลดลงตามส่วน ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

¹⁶⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 22/2545, 23/2545, 27/2545 และ 20/2547 ที่วินิจฉัยในแนวเดียวกัน.

¹⁶⁷ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 25/2545.

คณะกรรมการมีความเห็นว่า คดีนี้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการยื่นฟ้อง ผู้ถูกฟ้องคดีคือ กรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นคู่สัญญาและเป็นหน่วยงานราชการบริหารส่วนท้องถิ่น มีหน้าที่อย่างหนึ่งคือ การจัดการศึกษา ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 6 และมาตรา 89 (21) จึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงาน ทางปกครอง “การจัดการศึกษาถือว่าเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งที่รัฐต้องจัดให้มีขึ้น ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีโดยตกลงว่า เมื่อครบกำหนดเวลาแล้วจะกลับมารับราชการ ที่โรงเรียนในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีนั้น วัตถุประสงค์ของสัญญาคือ การให้ผู้ฟ้องคดีกลับมาดำเนินการ หรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะอันเป็นเรื่องของการจัดการศึกษา แม้ในสัญญา ข้อ 3 และข้อ 4 มีข้อตกลงว่า หากผิดสัญญาหรือไม่สามารถกลับมาปฏิบัติได้จะต้องชดใช้เงิน หากกลับมาแล้วปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ไม่ครบตามกำหนดจะต้องชดใช้เงินโดยลดลงตามส่วน การปฏิบัติราชการชำระหนี้ตามสัญญาพิพาทของผู้ฟ้องคดีจึงสามารถเลือกกระทำได้ 2 วิธี กล่าวคือ ชำระหนี้ด้วยการปฏิบัติราชการหรือชำระหนี้ด้วยการชำระเงิน แต่หากกลับมาปฏิบัติราชการ ไม่ครบกำหนดเวลาตามสัญญาต้องชำระหนี้ด้วยการชำระเงินโดยลดลงตามส่วน ดังนั้น สัญญา นี้จึงมีวัตถุประสงค์หลักให้ผู้ฟ้องคดี กลับมารับราชการในโรงเรียนที่สังกัดของผู้ถูกฟ้องคดี ไม่ใช่ ให้ผู้ฟ้องคดีชำระเงินแก่ผู้ถูกฟ้องคดี แสดงว่าเป็นสัญญาทางปกครอง” การที่ผู้ฟ้องคดีนำเงินไป ชำระแทนการปฏิบัติราชการตามระยะเวลาที่คงเหลือนั้นเป็นเพียงการเลือกปฏิบัติราชการชำระหนี้ ด้วยวิธีการชำระเป็นเงินตามสัญญาข้อ 4 ซึ่งยังโต้แย้งกันอยู่ว่า จะมีผลทำให้สัญญาพิพาทสิ้นสุด ลงด้วยการชำระหนี้ตามสัญญาหรือไม่ นอกจากนี้ การที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดว่า ผู้ถูกฟ้องคดี จะต้องคืนเงินแก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาวินิจฉัยถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีและ ผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญาพิพาท ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองเป็นหลัก คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครอง

6) สัญญาจ้างทำเหมาเรือของกองทัพเรือ¹⁶⁸

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างหลัก เที่ยบเรือเพื่อใช้เหมาเรือระบายพลขนาดใหญ่ เรือยกพลขนาดใหญ่ ขนถ่ายรถรบ กำลังพลและ ยุทโธปกรณ์ทางทหาร ระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด วีรเสถียร กับกองทัพเรือ ผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งมี ประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

ซึ่งคณะกรรมการมีความเห็นว่า คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่ง เป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2536 มาตรา 17 ประกอบพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการและกำหนดหน้าที่ส่วน ราชการกองทัพเรือ กองบัญชาการทหารสูงสุด กระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2528 มาตรา 9 (12) มีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นหน่วยงานทาง ปกครอง “เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ

¹⁶⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 21/2546.

ซึ่งภารกิจนี้ถือว่าเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งที่รัฐเป็นผู้จัดทำขึ้น โดยผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องจัดให้มีอาวุธยุทโธปกรณ์และอุปกรณ์อื่นๆ ที่จำเป็น รวมถึงการจัดให้มีหลักเทียบเรือเพื่อใช้ในภารกิจด้วย หลักเทียบเรือเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผล เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ทำการก่อสร้างหลักเทียบเรือ สัญญาพิพาทจึงเป็นสัญญาทางปกครอง”

7) สัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างปรับปรุงถนนซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องมาจากธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) (จำเลย) เป็นผู้ทำสัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงถนนสายสิโรรสสาย 2 สายทุ่งนา ระหว่างเทศบาลนครยะลา ผู้ว่าจ้าง (โจทก์) กับห้างหุ้นส่วนจำกัดเจริญทิพย์การโยธา ผู้รับจ้าง ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาค้ำประกันดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

ซึ่งคณะกรรมการมีความเห็นว่า ในคดีนี้เทศบาลนครยะลา ซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ทำสัญญาจ้างปรับปรุงถนนสายสิโรรสสาย 2 และสายทุ่งนา สัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันเป็นบริการสาธารณะ ฉะนั้น จึงถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ในการจัดทำสัญญาจ้างนั้น เทศบาลนครยะลา ผู้ว่าจ้าง จะต้องให้ผู้รับจ้างจัดหาหลักประกันเพื่อปฏิบัติตามสัญญา ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 141 ที่กำหนดให้ผู้สัญญาคือผู้รับจ้างต้องจัดหาหลักประกันเพื่อปฏิบัติตามสัญญา โดยคดีนี้ผู้รับจ้างได้นำหนังสือค้ำประกันของธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) (จำเลย) มาเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้าง “สำพันธสัญญาค้ำประกันไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่ให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างใดก็ตาม แม้สัญญาค้ำประกันดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่ก็เป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาจ้างปรับปรุงถนน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ประกอบกับขณะนี้ได้มีการฟ้องเกี่ยวกับกรณีพิพาทตามสัญญาหลักดังกล่าวอยู่ที่ศาลปกครองสงขลา และประเด็นข้อพิพาทในคดีสัญญาอุปกรณ์จำเลยให้การต่อสู้โต้แย้งเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาหลักว่าผู้รับจ้างไม่ได้ผิดสัญญา จึงมีประเด็นต้องวินิจฉัยเกี่ยวข้องกับสัญญาหลักเสียก่อน ซึ่งจะมีผลไปถึงสัญญาค้ำประกันต่อไป ดังนั้นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องให้ชำระเงินตามสัญญาค้ำประกันจึงควรดำเนินกระบวนการพิจารณาถึงศาลที่มีเขตอำนาจเดียวกันกับศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่พิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างปรับปรุงถนนซึ่งถือเป็นสัญญาหลัก จึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับการให้ชำระเงินค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงถนน ระหว่างเทศบาลนครยะลา โจทก์ กับธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) จำเลยอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง”

8) สัญญาค้ำประกันการเข้าศึกษาตามหลักสูตรของโรงเรียนจำอากาศ ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁶⁹

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องมาจาก นางสาวจุไรรัตน์ ภูจรีต (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้ทำสัญญาค้ำประกันของผู้ปกครองและให้คำรับรองไว้ต่อกองทัพอากาศ (ผู้ฟ้องคดี) ว่ารับเป็นผู้อุปการะนายรัฐพล อินธูโสภณ ในการเข้าเรียนตามหลักสูตรของโรงเรียนจำอากาศที่กำหนดให้เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้ว ต้องรับราชการในสังกัดผู้ฟ้องคดีเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 5 ปี หากลาออกหรือออกจากราชการด้วยเหตุใดๆ ก่อนครบกำหนด ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบใช้ค่าปรับ โดยมี นางทองเลี่ยม อินธูโสภณ (ผู้ถูกฟ้องคดี) เป็นผู้ทำสัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาค้ำประกันดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

คณะกรรมการมีความเห็นว่า สัญญาค้ำประกันของผู้ปกครอง โดยรับรองว่าเมื่อนายรัฐพลฯ สำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรของโรงเรียนจำอากาศแล้วต้องรับราชการในสังกัดผู้ฟ้องคดีเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 6 ปี หากลาออกหรือออกจากราชการด้วยเหตุใดๆ ก่อนครบกำหนด ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบใช้ค่าปรับ สัญญาดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้ นายรัฐพลฯ เข้ารับราชการทหารต่อไปเพื่อดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณสุข ดังนั้นสัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อคดีนี้เป็นกรณีพิพาทเนื่องจากการเรียกร้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินตามสัญญาพิพาทดังกล่าว จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญาพิพาทซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

9) สัญญาว่าจ้างให้จัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยเดินอากาศพร้อมอุปกรณ์อะไหล่ก่อสร้างอาคารสำหรับติดตั้ง เครื่องช่วยเดินอากาศ และปรับปรุงทางเข้าอากาศยาน¹⁷⁰

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ สืบเนื่องจากการที่บริษัท เทวีเอชเอ็น จำกัด (ผู้ฟ้องคดี) ได้เข้าทำสัญญาจัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยการเดินอากาศ พร้อมอุปกรณ์อะไหล่ รวมทั้งก่อสร้างอาคาร LOCALIZER และอาคาร GLIDE SLOPE ที่ท่าอากาศยานหัวหิน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ และท่าอากาศยานระนอง จังหวัดระนอง กับกรมการบินพาณิชย์ และได้นำหนังสือค้ำประกันของธนาคารมอบไว้ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาค้ำประกันดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

คณะกรรมการมีความเห็นว่า เมื่อสัญญาพิพาทเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนฝ่ายหนึ่ง กับกรมการขนส่งทางอากาศ (กรมการบินพาณิชย์) ซึ่งเป็นหน่วยงาน

¹⁶⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 35/2547.

¹⁷⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 48/2547.

ทางปกครอง ที่มีอำนาจหน้าที่ตามข้อ 1 (5) (6) ของกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการขนส่งทางอากาศกระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2545 ในการกำหนดมาตรฐาน กำกับ ดูแล และตรวจสอบการดำเนินการด้านการบินพลเรือน รวมทั้งจัดให้มีและดำเนินการท่าอากาศยาน โดยลักษณะของสัญญาเป็นการว่าจ้างเพื่อจัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยเดินอากาศ ILS ซึ่งเป็นเครื่องมือสำหรับใช้ในการควบคุมการบินเวลาสภาพอากาศไม่ปกติ เครื่องช่วยเดินอากาศ DME ซึ่งเป็นเครื่องมือสำหรับบอกระยะห่างของเครื่องบินจากสถานีควบคุมการบิน อันเป็นเครื่องมือสำคัญที่ผู้รับจ้างจะต้องจัดหาโดยเฉพาะสำหรับช่วยการเดินอากาศ ไม่สามารถจัดหาได้ทั่วไป ในท้องตลาด ตลอดจนดำเนินการก่อสร้างอาคาร LOCALIZER และอาคาร GLIDE SLOPE ซึ่งเป็นอาคารติดตั้งเครื่อง LOCALIZER สำหรับบอกเส้นทางกึ่งกลางทางวิ่งและเครื่อง GLIDE SLOPE สำหรับบอกมุมร่อนหัวลงในทางวิ่งและปรับปรุงถนนทางเข้าท่าอากาศยาน ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อให้การจัดระบบการจราจรและการขนส่งทางอากาศดำเนินไปด้วยความเรียบร้อย จึงเป็นการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ดังนั้น สัญญาว่าจ้างดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง สำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับการขอคืนหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างให้จัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยเดินอากาศ พร้อมอุปกรณ์อะไหล่ระบบไฟฟ้าสำรอง เครื่องยนต์กำเนิดไฟฟ้า ก่อสร้างอาคาร และปรับปรุงพื้นที่ถนนทางเข้าท่าอากาศยาน อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

10) สัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษา ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁷¹

เหตุแห่งการฟ้องคดีสืบเนื่องมาจาก มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ โจทก์ ได้ทำสัญญาจ้างบริษัท คลื่นเทคโนโลยี จำกัด จำเลยที่ 1 ให้ออกแบบและก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษา จำนวน 2 หลัง และระบบสาธารณูปโภคที่เชื่อมต่อภายนอกอาคาร โดยมีธนาคารเอเชีย จำกัด (มหาชน) จำเลยที่ 2 ค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างดังกล่าว ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาค้ำประกันดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

ซึ่งคณะกรรมการมีความเห็นว่า ในคดีนี้มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ พ.ศ. 2535 มีวัตถุประสงค์ในการจัดการศึกษา ส่งเสริมวิชาการ และวิชาชีพชั้นสูง มีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ทำสัญญาว่าจ้างให้จำเลยที่ 1 ก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษาจำนวน 2 หลัง และระบบสาธารณูปโภคที่เชื่อมต่อภายนอกอาคาร จึงถือเป็นกิจการที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่จัดการศึกษาดำเนินการเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล

¹⁷¹ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 1/2548.

ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สำหรับสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 เป็นสัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างให้ก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษา จำนวน 2 หลัง และระบบสาธารณูปโภคที่เชื่อมต่อภายนอกอาคาร ซึ่งเป็นสัญญาหลักเมื่อสัญญาหลักเป็นสัญญาทางปกครองและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกันของจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกัน จึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า คดีระหว่างมหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ โจทก์ บริษัท คลื่นเทคโนโลยี จำกัด ที่ 1 ธนาคารเอเซีย จำกัด (มหาชน) ที่ 2 จำเลย อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

11) สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัย ศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน¹⁷²

เหตุแห่งการฟ้องคดีสืบเนื่องมาจาก ธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) (โจทก์) เป็นผู้ทำสัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัย ศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา ระหว่าง กรมศิลปากร (จำเลย) กับ บริษัท เพ็ญคอน จำกัด และ บริษัท ไรท์แมน จำกัด ในนามกิจการร่วมค้าเพ็ญคอน – ไรท์แมน ผู้รับจ้าง ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาว่าจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

ซึ่งคณะกรรมการมีความเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นส่วนราชการในสังกัดกระทรวงวัฒนธรรม จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัย ศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา ระหว่าง บริษัท เพ็ญคอน จำกัด และ บริษัท ไรท์แมน จำกัด ในนามกิจการร่วมค้า เพ็ญคอน – ไรท์แมน กับจำเลยในคดีนี้มีวัตถุประสงค์ให้กิจการร่วมค้าเพ็ญคอน – ไรท์แมน ก่อสร้างอาคารเพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการการศึกษาด้านศิลปวัฒนธรรม ทั้งนี้ การศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะในการส่งเสริมศิลปวัฒนธรรมเพื่อการศึกษาของรัฐให้บรรลุผล ดังนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การที่โจทก์ซึ่งเป็นผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องของกิจการร่วมค้าเพ็ญคอน – ไรท์แมน ในสัญญาจ้างดังกล่าวตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างกิจการร่วมค้าเพ็ญคอน – ไรท์แมน และโจทก์ ฟ้องจำเลยทั้งสามเพื่อขอให้บังคับจำเลยชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยอ้างว่า จำเลยทั้งสามสมคบกันโดยทุจริต จัดทำสัญญาจ้างก่อสร้างระหว่างจำเลย ผู้ว่าจ้าง กับกิจการ

¹⁷² คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 8/2548.

ร่วมค้าเพ็ญคอน – ไรท์แมน ผู้รับจ้าง ฉบับใหม่ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้โจทก์ไม่ได้รับประโยชน์จากการเป็นผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจ้างฉบับเดิม และจำเลยจงใจไม่ปฏิบัติตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องโดยไม่ส่งเงินค่าจ้างให้แก่โจทก์ ส่วนจำเลยทั้งสามให้การว่า การจัดทำสัญญาจ้างก่อสร้างฉบับใหม่ไม่ได้เป็นไปโดยมีเจตนาทุจริต และเงินที่จำเลยจ่ายให้แก่กิจการร่วมค้าเพ็ญคอน – ไรท์แมน มิใช่เงินค่าจ้างหรือเป็นส่วนหนึ่งของค่าจ้างตามข้ออ้างในคำฟ้องของโจทก์ จำเลยทั้งสามจึงไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายจะต้องจ่ายเงินล่วงหน้าดังกล่าวให้แก่โจทก์ตามฟ้อง ดังนั้น แม้มูลคดีจะเป็นคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องของจำเลย ทั้งเป็นเรื่องที่ไม่ใช่ข้อพิพาทโดยตรงจากข้อสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา แต่ข้ออ้างของโจทก์ก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องเนื่องมาจากสิทธิและหน้าที่ของจำเลยกับกิจการร่วมค้าเพ็ญคอน – ไรท์แมน ที่เกิดขึ้นจากการที่จำเลยและกิจการร่วมค้าเพ็ญคอน – ไรท์แมน ผูกพันเป็นคู่สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา การที่จำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ไม่ชำระเงินค่าจ้างทำของตามสัญญาให้แก่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง จึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิของโจทก์ที่มีอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้ตามสัญญาอันเกี่ยวเนื่องมาจากสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา เมื่อสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเป็นคดีคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า คดีระหว่างธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) โจทก์ กรมศิลปากร ที่ 1 นายนิคม มุสิกคามะ ที่ 2 และนายอาวุธ เงินชูกลิ่น ที่ 3 จำเลย อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

12) สัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารที่ทำการและบ้านพักสถานีตำรวจดับเพลิงธนบุรี¹⁷³

เหตุแห่งการฟ้องคดีสืบเนื่องมาจาก ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) โจทก์ เป็นผู้ทำสัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารที่ทำการและบ้านพักสถานีตำรวจดับเพลิงธนบุรี ระหว่าง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้ว่าจ้าง (จำเลยร่วม) กับบริษัท ยูเนี่ยน 84 จำกัด (จำเลย ที่ 1) ผู้รับจ้าง ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาค้ำประกันดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

ซึ่งคณะกรรมการมีความเห็นว่า ในคดีนี้สำนักงานตำรวจแห่งชาติ เป็นส่วนราชการและมีฐานะเป็นกรม จึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการและบ้านพักสถานีตำรวจดับเพลิงธนบุรี จึงถือเป็นกิจการที่หน่วยงาน

¹⁷³ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 12/2548

ของรัฐ ซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนดำเนินการเพื่อให้การจัดทำบริการ สาธารณะบรรลุผล สัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง อันอยู่ในอำนาจพิจารณา พิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เกิดจากการที่โจทก์ซึ่งเป็น ผู้ค้าประกันชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ (จำเลยร่วม) ไปแล้วใช้สิทธิไล่เบียดเอากับจำเลยที่ 1 และใช้ สิทธิตามสัญญาค้ำประกันอีกฉบับหนึ่งที่จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ทำไว้กับโจทก์เพื่อเป็นประกันการ ชำระหนี้ของจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ อันเป็นการฟ้องตามสัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ และโดยลำพังแล้วย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่การที่จะพิจารณาว่าจำเลยทั้งสองจะต้องรับผิดชอบ ต่อโจทก์หรือไม่ เพียงใดนั้น จำต้องวินิจฉัยถึงข้อเท็จจริงในการปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้าง อาคารที่ทำการและบ้านพักสถานีตำรวจดับเพลิงธนบุรีอันเป็นสัญญาทางปกครองและเป็น สัญญาหลักเสียก่อน ดังนั้น เมื่อสัญญาหลักเป็นสัญญาทางปกครองทั้งโจทก์ได้ขอให้ศาลเรียก สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้ว่าจ้างเข้ามาเป็นจำเลยร่วมในคดีนี้ด้วยแล้ว ข้อพิพาทคดีนี้ซึ่งเป็น สัญญาอุปกรณ์จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า คดีระหว่าง ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) โจทก์ บริษัท ยูเนี่ยน 84 จำกัด ที่ 1 นางสุนันท์ พันธุ์ดาวงค์ ที่ 2 นางสาวพัชรินทร์ เศรษฐวิเวทิน ที่ 3 นายณัฐพล บุญบุษกร ในฐานะทายาทโดย ธรรมของนายอุดม บุญบุษกร ที่ 4 จำเลย สำนักงานตำรวจแห่งชาติ จำเลยร่วม อยู่ในอำนาจ พิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

3.3.4.2 สัญญาที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่า ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

1) สัญญาการจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่มในสถานศึกษา¹⁷⁴

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจำหน่ายอาหารและ เครื่องดื่มในโรงเรียนเดชอุดม ระหว่าง นายประสิทธิ์ จารุแพทย์ และพวกรวม 8 คน กับ โรงเรียนเดชอุดม (นายเทียนสาย ป้อมหิน ผู้อำนวยการโรงเรียนเดชอุดม จำเลยที่ 1 นายคณิศร เย็นใจ จำเลยที่ 2 ซึ่งทำการแทน) ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาคือ สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญา ทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง

ซึ่งคณะกรรมการมีความเห็นว่า ข้อเท็จจริงในคดีนี้ โรงเรียนเดชอุดมเป็น โรงเรียนในสังกัดกรมสามัญศึกษา เป็นส่วนราชการสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ โรงเรียนเดชอุดม และกรมสามัญศึกษาจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นข้าราชการ ในกรมสามัญศึกษา จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ “เนื้อหาของสัญญามีข้อตกลงให้

¹⁷⁴ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 23/2546.

ผู้ฟ้องคดีทั้งแปด ได้ประโยชน์ในการจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่มในโรงเรียนเดชอุดม และผู้ฟ้องคดีทั้งแปดจะบริจาครถยนต์หนึ่งส่วนบุคคลเกิน 7 คน ยี่ห้อยี่ห้อ เป็น การตอบแทนในการจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่ม การบอกเลิกสัญญาสามารถกระทำได้เมื่อครบกำหนดตามสัญญาหรือผู้จำหน่ายเท่านั้น เป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาได้ ลักษณะของสัญญาเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองยอมให้เอกชนเข้าใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของทางราชการ เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่เด็กนักเรียนในการซื้ออาหารรับประทานระหว่างศึกษาในสถานศึกษา ซึ่งมีใช้วัตถุประสงค์หลักในการจัดบริการสาธารณะด้านการศึกษา แม้ในสัญญาข้อ 1 และข้อ 3 กำหนดให้ผู้จำหน่ายต้องดำเนินการตามระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการควบคุมผู้นำอาหารเข้ามาจำหน่ายในสถานศึกษา พ.ศ. 2518 และปฏิบัติตามแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่มในสถานศึกษาสังกัดกรมสามัญศึกษา พ.ศ. 2534 ตลอดจนระเบียบของโรงเรียนเดชอุดม ว่าด้วยการจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่มในสถานศึกษา พ.ศ. 2542 และในสัญญาข้อ 2 กำหนดให้ผู้จำหน่ายต้องจำหน่ายราคาเหมาะสมตามที่คณะกรรมการของโรงเรียนกำหนด ก็เป็นเพียงเงื่อนไขข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ความเสมอภาคและความสมัครใจของคู่สัญญา ซึ่งเป็นลักษณะของสัญญาทางแพ่ง มิใช่เอกสิทธิ์ของรัฐที่กำหนดขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์การบริการสาธารณะด้านการศึกษาบรรลุผล ทั้งสัญญามีได้มีลักษณะเป็นสัญญาประเภทต่างๆ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ข้อพิพาทดังกล่าวจึงมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

2) สัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาเช่าสถานที่และวัสดุครุภัณฑ์¹⁷⁵

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องมาจาก นายสมบัติ มงคลอิทธิเวช (ผู้ฟ้องคดี) เป็นผู้วางหลักทรัพย์ค้ำประกันสัญญาเช่าสถานที่และวัสดุครุภัณฑ์ ระหว่าง นางปวีณา สาสิงห์ ผู้เช่า กับมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ (ผู้ถูกฟ้องคดี) เพื่อประกอบกิจการสระว่ายน้ำ ล้างอัดฉีดรถและซักอบรีดเสื้อผ้า ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาค้ำประกันดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

ซึ่งคณะกรรมการมีความเห็นว่า ข้อเท็จจริงในคดีนี้ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่เป็นส่วนราชการสังกัดทบวงมหาวิทยาลัยตามมาตรา 32 (6) แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวงทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2539 และมีฐานะเป็นกรมตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มีวัตถุประสงค์ในการให้การศึกษา ส่งเสริมวิชาการและวิชาชีพชั้นสูง ทำการสอน ทำการวิจัย ให้บริการทางวิชาการแก่สังคม และทะนุบำรุงศิลปวัฒนธรรม ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เนื้อหาของสัญญามีข้อตกลงให้นางปวีณา สาสิงห์ ผู้เช่า เข้าใช้ทรัพย์สิน

¹⁷⁵ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 23/2546.

ของมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดี เพื่อประกอบกิจการระวายน้ำ ล้างอัดฉีดรถ และซักอบรีดเสื้อผ้า โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้รับผลประโยชน์ตอบแทนเป็นค่าเช่า ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีหารายได้จากการใช้ที่ราชพัสดุที่ผู้ถูกฟ้องคดีปกครองดูแลหรือใช้ประโยชน์ตามมาตรา 11 (3) แห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ พ.ศ. 2530 กรณีจึงเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองยอมให้เอกชนเข้าใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของทางราชการ ดำเนินกิจการเพื่ออำนวยความสะดวกแก่บุคลากรในมหาวิทยาลัย มิใช่วัตถุประสงค์หลักในการจัดทำบริการสาธารณะด้านการศึกษาโดยตรง ทั้งสัญญาดังกล่าวก็มิได้มีลักษณะเป็นสัญญาประเภทต่างๆ อันจะเข้าลักษณะสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า “คดีพิพาทเกี่ยวกับการขอคืนหลักประกันตามสัญญาเช่าสถานที่และวัสดุครุภัณฑ์ ระหว่าง นายสมบัติ มงคลอิทธิเวช ผู้ฟ้องคดี กับมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดี อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม”

3) สัญญาค้ำประกันการชำระหนี้ค่ากระแสไฟฟ้า¹⁷⁶

เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ สืบเนื่องมาจาก ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ทำสัญญาค้ำประกันการชำระหนี้ค่ากระแสไฟฟ้า ระหว่าง บริษัท ชลگانต์วอเตอร์ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคจังหวัดลำพูน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาค้ำประกันดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

ซึ่งคณะกรรมการมีความเห็นว่า คดีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นหน่วยงานในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 ประกอบพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 4 ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และโดยที่พระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 มาตรา 6 มาตรา 13 และมาตราอื่นๆ ได้กำหนดวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไว้หลายประการ บางประการต้องใช้อำนาจทางปกครองในการดำเนินการ เช่น อำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 35 บางประการก็มิได้ใช้อำนาจทางปกครองแต่เป็นการดำเนินธุรกิจ ในเชิงพาณิชย์ เช่น การดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้าและธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามมาตรา 6 (2) ซึ่งให้อำนาจผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินธุรกิจได้ เช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับเอกชนในการดำเนินธุรกิจดังกล่าว จึงเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองว่า กระทำละเมิดในการตรวจสอบและแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีชำระหนี้ค่าไฟฟ้าปรับปรุงกรณีละเมิดตลอดจนงดจ่าย

¹⁷⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 7/2548.

กระแสไฟฟ้าเป็นการชั่วคราว และให้ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน) สาขาลำพูน ชำระหนี้ค่ากระแสไฟฟ้าในฐานะผู้ค้ำประกันของผู้ฟ้องคดีและมีค่าขอบังคับให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจ่ายกระแสไฟฟ้าให้แก่ผู้ฟ้องคดีดังเดิมโดยเร็วให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายและคืนเงินค้ำประกันความเสียหายแก่ผู้ค้ำประกัน กับให้ศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีชำระหนี้ค่าไฟฟ้าปรับปรุงกรณีละเมิดนั้น การดำเนินการทั้งหลายของผู้ถูกฟ้องคดีอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เป็นการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาซื้อขายไฟฟ้า ซึ่งเป็นธุรกิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่กระทำกับผู้ฟ้องคดีในฐานะเสมอภาคเช่นเดียวกับเอกชนต่อเอกชน มิได้ใช้อำนาจทางปกครอง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง มิใช่สัญญาทางปกครองตามความหมายของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กรณีนี้จึงเป็นคดีพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม จึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า คดีระหว่าง บริษัท ชลกาหนต์ วอเตอร์ จำกัด ผู้ฟ้องคดี การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคจังหวัดลำพูน ที่ 1 การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

3.3.5 เปรียบเทียบขอบเขตของสัญญาทางปกครองของไทยกับต่างประเทศ

ระบบกฎหมายของไทยในเรื่องสัญญาทางปกครองจากการศึกษาในบทที่ 3 พบว่ามีความใกล้เคียงกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมัน ตั้งแต่ในเรื่องความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป ซึ่งทำให้ต้องนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งส่งผลให้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของทั้งสามประเทศอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง อย่างไรก็ตามทั้งในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายของสองประเทศก็ยังยอมรับนำหลักเกณฑ์ในสัญญาทางแพ่งทั่วไปมาใช้กับสัญญาทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น เรื่องการแสดงเจตนาข้อเสนอคำสนองที่ต้องตรงกับทำให้เกิดสัญญาขึ้นเนื่องจากเห็นว่าสัญญาทางปกครองก็เป็นสัญญาอีกประเภทหนึ่ง การเกิดสัญญาได้จะต้องประกอบด้วยคู่สัญญาสองฝ่ายซึ่งในเรื่องของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายทั้งสองประเทศต่างมีความเห็นสอดคล้องกันในเรื่องที่ว่าสัญญาที่มีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครองและมีการดำเนินการโดยใช้วิธีการในการบริหารแบบมหาชน สัญญานั้นถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินการก่อนนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาทางธุรกิจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินของเอกชน ในกรณีสัญญาที่มีคู่สัญญา 2 ฝ่ายเป็นเอกชนอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ถือเป็นข้อยกเว้นที่ได้กำหนดไว้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมันที่ว่า หากสัญญาดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเป็นสัญญาที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ส่วนในระบบกฎหมายไทยมีการกำหนดให้สัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง

เป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้หากองค์ประกอบอื่นครบถ้วน ซึ่งบุคคลที่กระทำแทนรัฐจะหมายถึงกรณีที่เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาเป็นเอกชนทั้งสองฝ่ายด้วยหรือไม่ และสัญญาระหว่างเอกชนทั้ง 2 ฝ่ายจะเป็นสัญญาทางปกครองประเภทใด ปัจจุบันยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลชี้ชัดแต่อย่างใด

เรื่องของการใช้หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย นอกจากใช้หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังอาศัยหลักเกณฑ์ที่ได้รับการพัฒนาโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.3.2 และ 3.3.3 ระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือได้ว่ามีอิทธิพลอย่างมากกับสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายไทยโดยพิจารณาได้จากประเภทของสัญญาทางปกครองในแต่ละประเภท

- สัญญาสัมปทาน ในระบบกฎหมายไทยจำแนกสัญญาดังกล่าวเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะและสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ โดยสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะมีลักษณะที่สำคัญคือเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่และความผาสุกของประชาชนฝ่ายปกครองจึงเข้ามาเป็นผู้ให้บริการเองและโดยปกติจะห้ามมิให้เอกชนทำเว้นแต่จะได้รับอนุญาต ลักษณะดังกล่าวมีความสอดคล้องกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งรัฐเป็นผู้มอบหมายให้ผู้รับสัมปทานจัดทำบริการสาธารณะ ผู้รับสัมปทานจะต้องลงทุนและเสี่ยงภัยเองแต่จะมีรายได้จากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ และเมื่อหมดสัญญาสิ่งก่อสร้างจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ¹⁷⁷ ส่วนสัญญาสัมปทานการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นเรื่องที่รัฐเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงไม่ใช่สัญญาที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม แต่ในระบบกฎหมายไทยกลับเห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองยังคงมีอำนาจกำกับดูแลการปฏิบัติตามสัญญาอย่างใกล้ชิด

- สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ แม้จะไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายฉบับใดได้ให้ความหมายของบริการสาธารณะไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางวิชาการก็มีความเห็นที่ได้อธิบายว่าบริการสาธารณะ หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน เช่น การให้การศึกษา การรักษาพยาบาล การขนส่งคมนาคม เป็นต้น ซึ่งสอดคล้องกับบริการสาธารณะใน

¹⁷⁷ ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ , “รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส” เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , 2545 , หน้า 13.

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ว่า บริการสาธารณะ คือ กิจกรรมที่จัดทำขึ้นโดยฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม

- สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด¹⁷⁸ พบว่าได้มีคำอธิบายความหมายสาธารณูปโภคว่าเป็นบริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา ซึ่งประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง นอกจากนั้นยังรวมไปถึงการจ้างก่อสร้าง จ้างปรับปรุง แต่ไม่รวมถึงการซ่อมแซมเพียงเล็กน้อย เช่น การทาสี เปลี่ยนสายไฟ นอกจากนี้ยังถือว่าสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินเพื่อใช้ในการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคภายใต้กฎหมายเวนคืนที่ดินเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคด้วย เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะเทียบได้กับสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะนั่นเอง โดยวัตถุประสงค์ของสัญญาประเภทนี้ถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องมาจากการทำงานก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมดเพื่อสาธารณประโยชน์นั้นเป็นการปฏิบัติการในการบริหารแบบมหาชน จึงมิได้แยกการทำนุบำรุงซ่อมแซมเพียงเล็กน้อยให้เป็นสัญญาทางแพ่งเหมือนกับในระบบกฎหมายไทย

- สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ในระบบกฎหมายไทย แม้โดยสภาพสัญญาประเภทนี้จะมีใช้สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ แต่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะโดยหลัก ทรัพยากรธรรมชาติเป็นของชาติหรือเป็นทรัพย์สินของประชาชน โดยมีรัฐเป็นผู้ควบคุมดูแล ซึ่งแนวคิดดังกล่าวทำให้การที่บุคคลใดจะเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติขออนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐก่อน และต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐในการเข้าแสวงหาประโยชน์ดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐสามารถเข้าควบคุมดูแลการแสวงหาประโยชน์ไปโดยเกิดประโยชน์อย่างแท้จริงต่อส่วนรวม เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสพบว่ามีความสอดคล้องกันมากกับกรณีการทำสัญญาให้เอกชนเข้าครอบครองที่ดินของรัฐประเภทที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (domaine public)¹⁷⁹ ได้ การทำสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง ขณะที่ที่ดินของรัฐตามระบบกฎหมายไทยมีอยู่สี่ประเภท คือ ประเภทแรก ที่ดินรกร้างว่างเปล่าที่ดินที่มีผู้เวนคืนหรือทอดทิ้ง หรือกลับมาเป็นของแผ่นดินโดยประการอื่นตามกฎหมายที่ดิน ประเภทที่สอง ได้แก่ ที่ดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน ประเภทที่สาม ได้แก่ ที่ดินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ และประเภทสุดท้าย ได้แก่ ที่ดินที่มีการสงวนหวงห้ามไว้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304) ซึ่งที่ดินเหล่านี้รัฐสามารถนำไปจัดหาประโยชน์ได้ ยกเว้น ที่สาธารณประโยชน์ประเภทพลเมือง

¹⁷⁸ คดีหมายเลขดำที่ 236/2544 หมายเลขแดงที่ 123/2544.

¹⁷⁹ บุนผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครองแนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, หน้า 107-108.

ใช้ร่วมกัน เว้นแต่ มีการถอนสภาพแล้ว โดยประมวลกฎหมายที่ดินกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของอธิบดีกรมที่ดิน การจัดหาประโยชน์อาจทำได้โดยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่า หรือให้เช่าซื้อ (ตามมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน) ซึ่งก็คือการอนุญาตให้ฝ่ายปกครองสามารถจัดหาประโยชน์จากที่ดินของรัฐดังกล่าวในรูปของการทำสัญญานั้นเอง

- สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นการขยายความหมายของสัญญาทางปกครองให้กว้างขึ้นอันเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยเป็นการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏคำอธิบายความหมายของข้อกำหนดดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน มีเพียงการยกตัวอย่างในคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดบางคดีเท่านั้น เช่น ข้อกำหนดที่ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการควบคุมดูแลและกำกับการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายต่างประเทศพบว่ามีความใกล้เคียงกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลคดีขัดกันซึ่งได้อธิบายลักษณะข้อกำหนดดังกล่าวว่า ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมากเป็นข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้ว คู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อความดังกล่าวจึงมีลักษณะที่เป็นข้อความที่อาจขัดต่อกฎหมายและทำให้สัญญาเป็นโมฆะหากใส่ไว้ในสัญญาทางแพ่ง อย่างไรก็ตามเรื่องดังกล่าวแม้ในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะมีความใกล้เคียงกัน แต่ก็มี ความแตกต่างกันบางประการโดยในระบบกฎหมายไทยสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษดังกล่าวต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผลจึงจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ในขณะที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน และมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว

บทที่ 4

ปัญหาในการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาลเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากการดำเนินการของฝ่ายปกครองนอกจากจะใช้อำนาจตามกฎหมาย โดยทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองยังอาจนำนิติกรรมสองฝ่ายหรือสัญญามาเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะได้อีกด้วยสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำเรียกว่า สัญญาของฝ่ายปกครองจากการศึกษาพบว่าฝ่ายปกครองอาจเลือกทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษคือระบบกฎหมายปกครอง ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง สัญญาประเภทนี้เรียกว่า “สัญญาทางปกครอง” อีกประเภทหนึ่งเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองเลือกทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนเช่นเดียวกับที่เอกชนทำสัญญาระหว่างกัน ซึ่งจะนำระบบกฎหมายเอกชนโดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม สัญญาประเภทนี้เรียกว่า “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง” แม้ในทางทฤษฎีจะมีการกำหนดหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนเพื่อทำให้เกิดความสะดวกในการนำคดีขึ้นสู่ศาล แต่ในทางปฏิบัติกลับเกิดปัญหาขึ้นมากมาย ปัญหาดังกล่าวพบได้จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลซึ่งได้มีคำวินิจฉัยออกมาจำนวนหนึ่งเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาล จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ผ่านมายังไม่มีความเป็นเอกภาพ และไม่อาจหาข้อสรุปได้อย่างชัดเจนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดนิยามของสัญญาทางปกครองซึ่งมีผลโดยตรงต่อการกำหนดเขตอำนาจศาล นอกจากนั้นยังมีผลรวมไปถึงหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับคดีด้วย ในการศึกษาปัญหาในการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองจะได้เริ่มจากการศึกษาหลักเกณฑ์การกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง (4.1) ก่อน หลังจากนั้นจะได้ศึกษากฎในการชี้ขาดในเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง (4.2) หลังจากนั้นจึงจะได้ศึกษาต่อไปถึงการวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากการแบ่งประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ประเภท (4.3) ต่อไป

4.1 หลักเกณฑ์การกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

บทบัญญัติที่เป็นหลักในการกำหนดเขตอำนาจศาลในปัจจุบันได้แก่ มาตรา 271¹⁸⁰ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งบัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจเหนือคดีทั้งปวงที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือศาลอื่น ดังนั้น ในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองจึงต้องแยกออกเป็นคดีซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและศาลยุติธรรมตามลำดับ

4.1.1 เขตอำนาจของศาลปกครองในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง¹⁸¹

ในเรื่องนี้มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งกรณีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น จากการศึกษาในบทที่ 2 แนวความคิดเรื่องเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของต่างประเทศพบว่า ประเทศไทยได้นำแนวความคิดจากต่างประเทศมาปรับใช้กับระบบการทำสัญญาแบบเดิมของไทย จึงเป็นเรื่องใหม่และมีความซับซ้อนตั้งแต่กระบวนการจัดทำสัญญาจนกระทั่งสิ้นสุดสัญญา ดังนั้นในการพิจารณาสัญญาทางปกครองจึงเริ่มขึ้นเมื่อหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐเข้าผูกพันตนกับเอกชนด้วยใจสมัคร โดยมีเจตนาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ประการใดประการหนึ่ง อันเป็นการเริ่มต้นนิติสัมพันธ์ในลักษณะของการเป็นคู่สัญญา และเป็นจุดแตกต่างจากการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในแบบของคำสั่งทางปกครอง กฎปฏิบัติการทางปกครอง หรือละเมิด ซึ่งเป็นประเด็นข้อพิพาทอื่นที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองเช่นเดียวกัน เพราะฉะนั้น เมื่อเกิดมีการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐอันกระทบต่อสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยการกระทำนั้นสืบเนื่องมาจากสัญญาที่ผูกพันกัน ย่อมถือว่าเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งในการวินิจฉัย

¹⁸⁰ มาตรา 271 ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนั้นหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น

¹⁸¹ มาตรา 276 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้

ของศาลปกครองในฐานะผู้ใช้อำนาจตรวจสอบข้อพิพาทดังกล่าวตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น จำเป็นต้องคำนึงถึงลักษณะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีและหลักกฎหมายปกครองควบคู่กันไป กล่าวโดยสรุปศาลปกครองจึงมีเขตอำนาจในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเท่านั้น ไม่รวมถึงสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทอื่นซึ่งเราได้กล่าวไว้แล้วว่า สัญญาทางปกครองมีลักษณะอย่างไร และแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองอย่างไร

4.1.2 เขตอำนาจของศาลยุติธรรมเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่กล่าวข้างต้น ก็จะเห็นว่า ศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจในส่วนที่เกี่ยวกับคดีพิพาทตามสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เพราะเป็นส่วนที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่ข้อแบ่งแยกในทางกฎหมายนี้มีปัญหาอยู่ไม่น้อยในทางปฏิบัติ และการจะชี้ขาดว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาประเภทใด ต้องอาศัยกลไกในการชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจดังกล่าวต่อไป

4.2 กลไกในการชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันได้บัญญัติให้มีระบบศาลคู่ คือมีหลายศาลที่เป็นอิสระต่อกัน จึงมีการกำหนดกลไกเพื่อชี้ขาดในกรณีที่มีการขัดแย้งกันเรื่องเขตอำนาจระหว่างศาล 2 ศาล ต่างระบบกัน ซึ่งกลไกนั้นได้แก่ “คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล” ตามมาตรา 248¹⁸² และเนื่องจากสัญญาของฝ่ายปกครองอาจเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ดังนั้น แม้จะมีหลักเกณฑ์แบ่งแยกอย่างค่อนข้างชัดเจนทางวิชาการว่าสัญญาสามารถแบ่งได้เป็นกี่ประเภท แต่ในทางปฏิบัติกับเกิดปัญหาไม่อาจแบ่งแยกประเภทของสัญญาออกจากกันได้อย่างชัดเจน ซึ่งคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้มีโอกาสวินิจฉัยวางแนวบรรทัดฐานไว้หลายเรื่อง เช่น กรณีสัญญาข้าราชการลาศึกษาต่อถือเป็นสัญญาทางปกครองหรือกรณีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการบังคับการตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในคดีสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจศาลปกครอง

¹⁸² มาตรา 248 ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร หรือศาลอื่น ให้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดโดยคณะกรรมการคณะหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วยประธานศาลฎีกาเป็นประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลอื่น และผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีกไม่เกินสี่คนตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นกรรมการ

4.3 วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากการแบ่งประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็น 3 ประเภท

เหตุผลของการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ประเภท ต้องยอมรับว่าเป็นแนวความคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากทฤษฎีกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าในการดำเนินบริการสาธารณะของรัฐ ฝ่ายปกครองอาจใช้เครื่องมือหลายอย่าง เช่น นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว นิติกรรมทางปกครอง 2 ฝ่าย หรือการปฏิบัติการทางปกครอง แล้วแต่ความเหมาะสม ซึ่งในนิติกรรมทางปกครอง 2 ฝ่าย นั้น อาจแยกออกเป็นสัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งในกรณีสัญญาทางปกครองนั้นมีลักษณะที่พิเศษกว่าสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เพราะเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชน ทั้งนี้ ก็เพื่อให้การดำเนินบริการสาธารณะเป็นไปโดยราบรื่นและเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประชาชน ระบบกฎหมายจึงต้องแตกต่างจากระบบสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองและศาลที่จะพิจารณาคดีดังกล่าวก็ต้องเป็นศาลที่ใช้กฎหมายปกครองในการพิพากษาคดี ซึ่งก็ได้แก่ศาลปกครองนั่นเอง การแบ่งแยกดังกล่าวแม้จะมีเหตุผลทางกฎหมายแต่ก็ก่อให้เกิดปัญหาอยู่หลายประการ โดยอาจแบ่งปัญหาได้เป็น 3 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ

4.3.1 ปัญหาอันเกิดจากความไม่ชัดเจนในการกำหนดขอบเขตของสัญญาทางปกครอง

การที่สัญญาของฝ่ายปกครองสามารถแยกได้เป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองมีผลโดยตรงต่อกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ นอกจากนี้ระยะเวลาในการฟ้องคดีระหว่างสัญญาทั้งสองประเภทก็มีความแตกต่างกันมาก ทำให้ปัญหาในส่วนนี้อาจแบ่งได้เป็น 2 ปัญหาย่อย ได้แก่

4.3.1.1 กรณีอันเกิดจากหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครอง

(1) ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทั้ง 2 ประเภท ซึ่งเป็นหลักที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

สัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองเป็นสัญญาที่มีความแตกต่างกันทั้งในเรื่องของวัตถุประสงค์ของสัญญา หลักกฎหมายที่ใช้บังคับ รวมไปถึงเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี จากการศึกษาหลักในเรื่องการแบ่งแยกสัญญาทั้งสองประเภทออกจากกันในบทที่ 2 และบทที่ 3 สามารถสรุปได้ว่า

สัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสได้รับการพัฒนาจากแนวคิดที่ว่าด้วยบริการสาธารณะและหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งหลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาของฝ่าย

ปกครองนั้นอาศัยหลักเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาที่มีลักษณะเป็นการบริการสาธารณะ และหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

ส่วนสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันนั้นมีหลักเกณฑ์กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศเยอรมัน ค.ศ. 1976 ลงวันที่ 25 พฤษภาคม 1976 มาตรา 54¹⁸³ ซึ่งสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นในแดนของกฎหมายมหาชนจึงต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามกฎหมายเอกชนมาปรับใช้ด้วย เช่น การแสดงเจตนาในการทำสัญญาที่คู่สัญญาต้องทำ คำเสนอคำสนองต้องตรงกัน สัญญาจึงจะเกิด และการที่สัญญาทางปกครองถือได้ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นสาระสำคัญของสัญญาทางปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองโดยต้องเป็นการก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง

สำหรับประเทศไทยนั้นแนวคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองนั้นมีมาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมีการเผยแพร่แนวคิดดังกล่าวด้วยการจัดอบรมและสัมมนาโดยนักวิชาการจากสถาบันการศึกษาต่างๆ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตลอดจนการเผยแพร่ความรู้ผ่านทางเอกสารวิชาการ ภายหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวก็ได้มีการกำหนดนิยามของสัญญาทางปกครองในมาตรา 3 ว่า

“สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

กฎหมายกำหนดนิยามไว้ว่าให้หมายความรวมถึงแสดงให้เห็นว่า สัญญาทางปกครองมิได้หมายถึงเฉพาะตัวอย่างลักษณะของสัญญาสี่ประเภทที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 ดังกล่าวเท่านั้น หากแต่ยังมีสัญญาของรัฐประเภทอื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือจากบทบัญญัติดังกล่าวที่มีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง การที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอีกหรือไม่ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองหรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะพิจารณาและพัฒนาว่าสัญญาใดบ้างควรจัดอยู่ในประเภทของสัญญาทางปกครองซึ่งจะมีผลทำให้สัญญานั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและจะต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้ จากการศึกษาในบทที่ 3 พบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักขยายขอบเขตความหมายของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมจากมาตรา 3 ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา

¹⁸³ มาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน “นิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชน อาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกโดยสัญญา ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าหน้าที่ทางปกครองอาจเข้าทำสัญญาทางกฎหมายมหาชน แทนการออกคำสั่งทางปกครองได้กับผู้ที่โดยปกติแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในทางปกครองขึ้น”

คดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้เน้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง¹⁸⁴ เมื่อได้ศึกษาการวางหลักความหมายของสัญญาทางปกครองดังกล่าวประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองนับแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 จนถึงปัจจุบัน พบว่า ลักษณะของการพิจารณาเนื้อหาของสัญญาแต่ละสัญญาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ จะต้องมีเนื้อหาในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

- ประเภทที่ 1 สัญญาสัมปทาน
- ประเภทที่ 2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
- ประเภทที่ 3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
- ประเภทที่ 4 สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
- ประเภทที่ 5 สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล
- ประเภทที่ 6 สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ในการวางหลักการพิจารณาเนื้อหาของสัญญาแต่ละสัญญาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองดังกล่าว ศาลปกครองจะพิจารณาว่า เนื้อหาของสัญญาทางปกครองในประเภทที่ 1 ถึงประเภทที่ 4 เป็นตัวอย่างของสัญญาทางปกครองตามที่ปรากฏในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

¹⁸⁴ โภคิน พลกุล, คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, เอกสารประกอบการพิจารณาเรื่อง สัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด, 18 กันยายน 2544

พ.ศ. 2542 ส่วนเนื้อหาของสัญญาทางปกครองในประเภทที่ 5 และประเภทที่ 6 เป็นการวางหลักเพื่อให้ความหมายของสัญญาทางปกครองมีความหมายอย่างกว้าง หลังจากมีการยอมรับสัญญาทางปกครองในประเภทที่ 5 และประเภทที่ 6 ให้เข้าสู่ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยอย่างเป็นรูปธรรม ศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีแนวคำวินิจฉัยออกมาแล้วหลายคดี ซึ่งเดินตามแนวการนิยามสัญญาทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง โดยเฉพาะ เช่น ในกรณีของสัญญาข้าราชการชดใช้ทุน หรือสัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ

แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ” ก็ยังมีข้อจำกัด โดยสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหาใช้สัญญาทางปกครองเสมอไปไม่ เอกสิทธิ์ที่ปรากฏในสัญญาจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ กล่าวคือ จะต้องเป็นไปเพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล จึงจะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง หากกำหนดให้สัญญาที่มีข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์แก่รัฐทั้งหมดเป็นสัญญาทางปกครองโดยไม่คำนึงถึงความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะก็จะทำให้สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเกือบทั้งหมดกลายเป็นสัญญาทางปกครอง แม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ข้อกำหนดดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส แต่ก็มีจุดที่แตกต่างกันตรงที่สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสเพียงมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐก็ถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพแล้ว โดยไม่คำนึงว่าเป็นการบริการสาธารณะหรือไม่ เหมือนอย่างสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

จากการศึกษาได้เริ่มมีการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ก็ยังไม่ปรากฏคำอธิบายความหมายของ “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ” ivo อย่างชัดเจน คงมีแต่เพียงการยกตัวอย่างของข้อกำหนดดังกล่าวปรากฏในคำวินิจฉัยบางคดีเท่านั้น ซึ่งทำให้ต้องมีการตีความถ้อยคำที่ปรากฏในสัญญาว่าเป็นการแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหรือไม่ ทำให้เกิดปัญหาการตีความที่แตกต่างกันในหน่วยงานที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ส่งผลให้การพิจารณาพิพากษาคดีขาดความเป็นเอกภาพ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาคความไม่ชัดเจนของสัญญาทางปกครอง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าน่าจะมีการแก้ไขนิยามเสียใหม่ โดยเขียนนิยามเป็นเชิงหลักการและระบุตัวอย่างสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองเพิ่มจาก 4 ประเภท ตามนิยามปัจจุบันโดยรวมเรื่องสัญญาการให้ใช้ประโยชน์ในสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน และสัญญาร่วมทุนกับเอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะไว้ด้วย เพื่อให้ชัดเจนหรืออาจขยายไปถึงสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยอาศัยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุทั้งหมดให้เป็นสัญญาทางปกครองเพื่อให้ง่ายต่อการปฏิบัติ และสะดวกต่อการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลที่มีเขตอำนาจด้วย

(2) แม้จะมีการกำหนดนิยามโดยวางหลักเกณฑ์ในแต่ละประเภทของสัญญา แต่ก็ยังมีปัญหาต้องตีความว่าแต่ละประเภทมีความหมายอย่างไร สัญญาทางปกครองในประเทศไทยได้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมพร้อมกับการก่อกำเนิดของศาลปกครอง ถึงแม้ว่าตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองก็ตาม แต่จากนิยามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ได้นิยามสัญญาทางปกครองไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ซึ่งความหมายของสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส โดยก่อนหน้าที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย ความเข้าใจเรื่องสัญญาทางปกครองนั้นได้มาจากการเรียนการสอนซึ่งนำหลักการมาจากประเทศฝรั่งเศส แต่เนื่องจากสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสมิได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย แต่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาล จึงเป็นเหตุผลหนึ่งซึ่งทำให้ความหมายของสัญญาทางปกครองยากแก่การทำความเข้าใจและการนำไปปรับใช้ให้ถูกต้องตรงกับความหมายที่แท้จริง อีกทั้งหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังไม่มีความแน่นอนตายตัว ยังสามารถเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมได้ตามคำพิพากษาของศาล แม้ว่านิยามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 ดังกล่าวจะมีลักษณะโดยอิงเกณฑ์สำคัญสองประการคือ เกณฑ์ทางด้านองค์กร และเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา สำหรับเกณฑ์ทางด้านองค์กร กฎหมายได้กำหนดว่า สัญญาทางปกครองต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ส่วนเกณฑ์ทางด้านเนื้อหานั้น กฎหมายได้กำหนดว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่จะเห็นได้ว่า ความหมายของสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวนั้น กฎหมายเพียงแต่วางหลักไว้อย่างกว้างๆ ว่าสัญญาทางปกครองควรมีลักษณะอย่างไรเท่านั้น มิได้กำหนดไว้โดยชัดเจนว่าสัญญาทางปกครองคืออะไร กรณีตัวอย่าง

ในช่วงแรกของการพิจารณาคดีของศาลปกครองนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยว่าสัญญาซื้อขายครุภัณฑ์, เครื่องมือ, อุปกรณ์ต่างๆ ของฝ่ายปกครองนั้นไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาซื้อขายตามหลักกฎหมายแพ่ง ดังเช่นที่ได้มีคำวินิจฉัยในกรณี

- สัญญาซื้อขายตู้ปราศจากเชื้อ ระหว่าง บริษัท ยูนิเวอร์แซล ซิสเท็มส์ จำกัด กับ กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์¹⁸⁵

¹⁸⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 112/2544

- สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผล ระหว่าง บริษัท ยิบอินซอย จำกัด กับ สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน¹⁸⁶

แต่ต่อมาศาลปกครองสูงสุด ได้มีคำวินิจฉัยในคดีสัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผล ระหว่าง บริษัท เอลเจ เฮลท์แวร์ จำกัด กับ กระทรวงสาธารณสุข โดยเห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์การประมวลผลที่จะต้องส่งมอบกันนั้น มีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะใช้ในการเชื่อมโยงและรับส่งระบบข้อมูลของประชาชนที่มาใช้บริการสาธารณสุขด้านการแพทย์ จากแผนกหนึ่งไปยังอีกแผนกหนึ่งในโรงพยาบาลเดียวกัน และจากโรงพยาบาลหนึ่งไปยังอีกโรงพยาบาลหนึ่งให้สะดวกรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเพียงพอกับความต้องการของประชาชน “ดังนั้นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจึงเป็นการซื้อเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณสุขด้านการแพทย์ ให้บรรลุผล” และแม้ว่าเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นผู้ควบคุม และใช้เครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์การประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวก็ตาม แต่วัตถุประสงค์หลักของการใช้เครื่องมือดังกล่าว ก็เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณสุขและเป็นประโยชน์โดยตรงต่อประชาชนที่มาขอใช้บริการด้านการแพทย์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าปัญหาในการตีความสัญญาในประเภทต่าง ๆ นั้น เกิดขึ้นเพราะมิได้มีการนิยามสัญญาทางปกครองเป็นการทั่วไป ดังนั้นเมื่อพิจารณามาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล จึงเห็นว่าควรมีการแก้ไขนิยามสัญญาทางปกครองเสียใหม่เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น

4.3.1.2 กรณีการเปลี่ยนแปลงระยะเวลาในการฟ้องคดี

เป็นที่ทราบกันมาก่อนที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย สัญญาของฝ่ายปกครองเป็นสัญญาที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม โดยการนำข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองไปฟ้องร้องต่อศาลต้องถืออายุความการฟ้องคดีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 193/30 – 193/35 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ภายหลังเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครอง การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจึงอยู่ภายใต้บทบัญญัติในเรื่องอายุความตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งได้กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองออกเป็น 3 กรณี ดังนี้

1) การฟ้องคดีปกครองทั่วไป

การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี หรือวันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อ

¹⁸⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 132/2544

หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและ
ไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจง
ที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผลแล้วแต่กรณีเว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะไว้เป็นอย่างอื่น¹⁸⁷

ซึ่งคดีปกครองทั่วไปที่ต้องฟ้องคดีภายในกำหนด 90 วัน ได้แก่¹⁸⁸

- คดีเกี่ยวกับการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำอื่นใด
- คดีเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า
- คดีเกี่ยวกับเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

2) การฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิด หรือสัญญาทางปกครอง

การฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิด หรือความรับผิดชอบอื่นของ
หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือคดี
สัญญาทางปกครองต้องยื่นฟ้องคดีภายใน 1 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี แต่
ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันมีเหตุแห่งการฟ้องคดี

3) การฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะ
ของบุคคลจะยื่นฟ้องเมื่อไรก็ได้

นอกจากการกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีใน 3 กรณีดังกล่าวแล้ว สำหรับคดี
ที่ยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนด ถ้าศาล
ปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีความจำเป็นอื่น โดยศาลเห็นเอง
หรือคู่กรณีมีคำขอศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้

ซึ่งกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 51
แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ได้ใช้บังคับ
กับสัญญาทางปกครองที่ได้ทำขึ้นก่อนที่ศาลปกครองจะเปิดทำการด้วย ซึ่งก่อนที่กฎหมายฉบับนี้
จะมีผลใช้บังคับสัญญาทางปกครองนั้นยังอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม และมีอายุความตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หลังจากกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้แล้วจะทำให้สัญญา
ทางปกครองที่ได้จัดทำขึ้นก่อนหน้านี้มีระยะเวลาในการฟ้องคดีสั้นลง หรือขาดอายุความแล้ว
ในวันเปิดทำการ แม้ว่าตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจะเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหา
จำกัดสิทธิในการฟ้องคดีสัญญาทางปกครองโดยใช้ระยะเวลาเป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิ
แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการจำกัดสิทธิ
ในการฟ้องคดีเท่าที่จำเป็น และไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิในการฟ้องคดี
อันเป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 65 – 82/2547

¹⁸⁷ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

¹⁸⁸ อ่าพน เจริญชีวิต, การฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม
(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), หน้า 255.

“...พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 51 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยให้สิทธิในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แก่คู่ความทั้งสองฝ่ายภายในกำหนดระยะเวลาฟ้องคดีที่เท่าเทียมกัน แม้จะเป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิในการฟ้องคดีโดยใช้ระยะเวลาเป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิ แต่ก็เป็นการจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีเท่าที่จำเป็นและไม่ได้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิในการฟ้องคดี เพราะสิทธิในการฟ้องคดียังคงมีอยู่แต่เนื่องจากศาลปกครองมีกระบวนการพิจารณาคดีที่แตกต่างจากคดีทั่วไป โดยผลแห่งคำพิพากษาอาจกระทบถึงการบริหารราชการแผ่นดิน หรืออาจต้องจ่ายเงินภาษีอากรเป็นค่าชดเชยหรือค่าทดแทนความเสียหายแก่เอกชน ในขณะที่ตัวเอกชนจะอยู่ในฐานะเสียเปรียบที่ไม่อาจทราบข้อมูลจากหน่วยงานของรัฐได้ กรณีที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่า ก่อนจะมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ใช้บังคับ สิทธิในการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อศาลย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยฟ้องได้ภายในอายุความสิบปีนั้น เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลปกครองและศาลยุติธรรมบัญญัติไว้แตกต่างกัน ทั้งประเภทของคดีและระบบการพิจารณา โดยที่การพิจารณาคดีปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน แต่การพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมส่วนแพ่งเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชน ซึ่งระบบการพิจารณาในศาลปกครองใช้ระบบไต่สวน ศาลจะมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดีในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อหาข้อเท็จจริง ส่วนการพิจารณาคดีแพ่งทั่วไปนั้นใช้ระบบกล่าวหาเป็นภาระของคู่กรณีที่จะต้องพิสูจน์และแสวงหาพยานหลักฐานเอง การที่กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่รู้เหตุแห่งการฟ้องคดี ก็เพื่อประโยชน์ในการแสวงหาพยานหลักฐานทั้งพยานเอกสาร พยานบุคคลและพยานวัตถุที่นำมาแสดงต่อศาลปกครอง เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยถูกต้องและเที่ยงธรรม ซึ่งหากกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีให้ช้าออกไปอาจทำให้พยานหลักฐานบางส่วนขาดหายไป ประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 52 ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าการฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ และการยื่นฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น โดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้ อีกทั้งบทบัญญัติของมาตรา 51 ไม่ได้มุ่งหมายใช้บังคับกับกรณีหนึ่งกรณีใด หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง แต่เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ดังนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 51 จึงไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 29 มาตรา 62 แต่อย่างใด...”

ในเวลาต่อมาศาลปกครองสูงสุดโดยมติที่ประชุมใหญ่ได้กำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหาด้วยการเปลี่ยนแปลงการเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองในบางกรณี โดยได้วางหลักไว้ว่า “...ในกรณีที่เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองเกิดขึ้นก่อนศาลปกครองเปิดทำการ แต่ผู้ฟ้องคดีมีได้นำคดีไปฟ้องต่อศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาในขณะนั้น ต่อมาเมื่อศาลปกครองเปิดทำการเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 แล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง โดยในขณะที่ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง อายุความในการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมยังไม่ครบกำหนด แต่การนำคดีดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลปกครองนั้น จะเป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 49 มาตรา 50 หรือมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี ในกรณีเช่นนี้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมให้ับระยะเวลาการฟ้องคดีตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 ซึ่งเป็นวันที่ศาลปกครองเปิดทำการ เป็นต้นไป...”¹⁸⁹

อย่างไรก็ตามอันเนื่องจากสัญญาทางปกครองยังเป็นเรื่องใหม่ในระยะเริ่มประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้นเมื่อเกิดคดีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาของฝ่ายปกครองจึงมีปัญหาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาประเภทใดซึ่งกว่าจะหาข้อยุติได้บางครั้งก็ขาดอายุความแล้ว เช่น สัญญาข้าราชการลาศึกษาต่อ

กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญารับทุน เพื่อเข้าศึกษาหลักสูตรประกาศนียบัตรเซลล์วิทยาของกระทรวงสาธารณสุข ระหว่างสำนักปลัดกระทรวงสาธารณสุข กับ นายอดิศร หรือพนัสกร หมุ่มอำพันธ์ โดยมีนายวิระ หมุ่มอำพันธ์เป็นคู่ค้าประกัน¹⁹⁰

ซึ่งเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เกิดขึ้น เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2543 ซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่ศาลปกครองเปิดทำการ โดยผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม 2546 จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี นอกจากนี้ แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงการเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีสัญญาทางปกครอง โดยเริ่มนับตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 ซึ่งเป็นวันที่ศาลปกครองเปิดทำการจนถึงวันที่ฟ้องคดี ก็ยังเป็นการพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งในคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนี้จะพบว่า ในขณะที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดี เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2543 ยังไม่มีข้อยุติว่าสัญญาในลักษณะทำนองเดียวกันกับสัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาทางปกครอง ดังจะเห็นได้จากศาลปกครองชั้นต้นได้เคยวินิจฉัยว่าสัญญาข้าราชการทหารที่กองทัพเรือส่งไปศึกษาต่อต่างประเทศ ระหว่าง นาวาตรีชนาวิน สุวรรณบุปผา กับ กองทัพเรือ ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง นอกจากนี้ศาลยุติธรรมโดยศาลแพ่ง

¹⁸⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 654/2545

¹⁹⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 647/2547

ธนบุรีก็เคยรับคำฟ้องคดีเกี่ยวกับการผิดสัญญาชดใช้ทุนของกรมทรัพย์สินไว้พิจารณา และมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 17 กันยายน 2545¹⁹¹

ต่อมาจึงได้มีคำวินิจฉัยของ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2545 วินิจฉัยว่าสัญญาของข้าราชการที่ไปศึกษาหรืออบรม ในประเทศ ระหว่าง นางจิตรา ชนะกุล กับ กรุงเทพมหานคร เป็นสัญญาทางปกครอง¹⁹²

จะเห็นได้ว่า ขณะที่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาล ชี้ชัดให้เห็นว่าสัญญาในลักษณะดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นช่วงเวลา ที่พ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีสัญญาทางปกครองตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจากนี้แม้จะเปลี่ยนแปลงการเริ่มนับ ระยะเวลาการฟ้องคดีปกครอง ตามแนวคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 654/2545 โดยเริ่มนับ ระยะเวลาตั้งแต่วันที่ศาลปกครองเปิดทำการจนถึงวันที่ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ก็ยังมีระยะเวลา เกินกว่าหนึ่งปี จึงทำให้ขณะนี้ทราบแน่ชัดว่าสัญญาที่พิพาทเป็นสัญญาทางปกครอง คู่สัญญา กลับไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ นอกจากนี้คู่สัญญาก็ยังไม่สามารถนำ ข้อพิพาทไปฟ้องยังศาลยุติธรรมได้อีกด้วย เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาล ได้ชี้ชัดแล้วว่าสัญญาในลักษณะดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม นอกจากการเปลี่ยนแปลงการเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองยังพบว่า ศาลปกครองชั้นต้น บางแห่งยอมที่จะขยายระยะเวลาการฟ้องคดีแม้ว่าจะเป็นการฟ้องคดีที่พ้นกำหนดระยะเวลา การฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเห็นว่าเป็นกรณีมีเหตุจำเป็นเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเป็นไปตามมาตรา 52 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งบัญญัติว่า “การฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครอง เห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือ คู่กรณีมีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้” ประกอบกับข้อ 30 แห่งระเบียบของ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543¹⁹³

¹⁹¹ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้น คดีหมายเลขแดงที่ 166/2544

¹⁹² คำพิพากษาศาลแพ่งธนบุรี หมายเลขดำที่ 4727/2544 หมายเลขคำที่ 4032/2545

¹⁹³ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 30 กำหนดว่า

“การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ต้องยื่นฟ้องภายในกำหนดระยะเวลา และตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45 มาตรา 51 และมาตรา 42

คำฟ้องที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว ให้ศาลมีคำสั่งไม่รับไว้พิจารณาและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ เว้นแต่ศาลเห็นว่าคดีนั้นเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอศาลจะรับไว้พิจารณาก็ได้ คำสั่งรับคำฟ้องพิจารณาให้เป็นที่สุด”

ดังตัวอย่างกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาวิทยุรับส่งรัฐบาล (ทบวงมหาวิทยาลัย) เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ ระหว่างกระทรวงศึกษาธิการ กับ นางสาววิภา ชัยผาดิกุล โดยมี พันโทสุมิตร ทับทิมไทย เป็นผู้ค้าประกัน¹⁹⁴ ซึ่งเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เกิดขึ้น เมื่อวันที่ 10 มกราคม 2545 แต่ได้มาฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2546 จึงเป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า

“...แม้คดีนี้ จะเป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เนื่องจากเห็นว่าเมื่อศาลปกครองชั้นต้นได้เปิดทำการ เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 ยังไม่มีข้อยุติว่า สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จนกระทั่งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยที่ 25/2545 เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2545 วินิจฉัยว่าคดีฟ้องเรียกเงินตามสัญญาของลาศึกษาแทนการปฏิบัติราชการเป็นสัญญาทางปกครอง เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจึงเห็นว่าเมื่อผู้ฟ้องคดีได้นำคดียื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2546 ซึ่งอยู่ภายในระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยดังกล่าว เป็นกรณีมีเหตุจำเป็นอื่นที่ศาลจะรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาได้ตามมาตรา 52 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542...”

ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางดังกล่าวจำกัดใช้เฉพาะสัญญาวิทยุรับส่งเพื่อการศึกษาเท่านั้น และเป็นแนวปฏิบัติของศาลปกครองชั้นต้นเพียงบางแห่ง นอกจากนี้ยังไม่ปรากฏว่าศาลปกครองสูงสุดได้ถือตามแนวปฏิบัติดังกล่าว ดังนั้นการขยายระยะเวลาในการฟ้องคดีตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงยังมีข้อจำกัดในการใช้อยู่มาก และไม่อาจใช้แก้ไขปัญหาการฟ้องคดีไม่ทันได้ในทุกกรณี ดังนั้น แนวทางที่เหมาะสมที่สุดในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงเห็นควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 51 เฉพาะเรื่องอายุความให้ถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาที่มีความเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาที่มีความเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองในบางกรณี แม้ตัวสัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งซึ่งควรอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมก็ตาม แต่เมื่อสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครองจึงส่งผลให้สัญญาดังกล่าวอาจอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองได้ ในหัวข้อนี้ได้กล่าวไว้ใน 4 กรณี ได้แก่

¹⁹⁴ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้น คดีหมายเลขดำที่ 1222/2546 คดีหมายเลขแดงที่ 522/2547

4.3.2.1 กรณีสัญญาที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

ในการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีปกครอง การระงับข้อพิพาททางปกครองนั้นจึงต้องเป็นการประสานประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชน ซึ่งมีความไม่เท่าเทียมกันให้เกิดความสมดุล โดยที่กระบวนการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวความคิดการระงับข้อพิพาทในคดีแพ่ง การชั่งน้ำหนักของประโยชน์ทั้งสองประการจึงต้องอาศัยเทคนิค วิธีการ ความเชี่ยวชาญ รวมทั้งกระบวนการที่รัดกุมและสามารถตรวจสอบได้ แนวคิดเรื่องอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอยู่ ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสนั้นจะมีหลักกฎหมายห้ามมิให้นำคดีปกครองไปให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด เว้นแต่จะมีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติหรือสนธิสัญญากำหนดยกเว้นไว้ นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการมีสถานะทางกฎหมายเสมือนศาลหากยอมให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดย่อมมีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือในองค์กรตุลาการตามกฎหมาย¹⁹⁵ ส่วนในประเทศเยอรมันสามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในคดีปกครองโดยอนุญาโตตุลาการได้แต่จำกัดให้ใช้เฉพาะคดีที่คู่กรณีอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันและมีเนื้อหาที่สามารถประนีประนอมเพื่อระงับข้อพิพาทได้ ถ้าหากเป็นข้อพิพาทในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะเหนือกว่าเอกชนก็ให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองพิจารณาพิพากษา¹⁹⁶ สำหรับประเทศไทยภายหลังเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว ประเด็นปัญหาที่ตามมาก็คือ สัญญาทางปกครองควรให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ปัญหาดังกล่าวได้มีการหยิบยกขึ้นพิจารณาโดยสำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมให้มีการสัมมนาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน เมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2543 ณ โรงแรมมิราเคิล แกรนด์ คอนเวนชั่น นอกจากนี้ภาควิชาการกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ก็ได้จัดให้มีการสัมมนาเรื่อง “ปัญหาเขตอำนาจศาล : ศาลปกครองกับศาลยุติธรรม” เมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม 2543 เช่นกัน และสำหรับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในขณะนั้นก็มีแนวโน้มยอมรับว่าข้อสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับได้¹⁹⁷ และมีความชัดเจนมากขึ้น เมื่อได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยมาตรา 15 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีข้อกำหนดว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตามคู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา” ส่วนสัญญาทางปกครองที่ได้มีการดำเนินการทาง

¹⁹⁵ บุปผา อัครพิมาน, การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของฝรั่งเศส, บทความในวารสารวิชาการศาลปกครอง เล่ม 4 (มกราคม – เมษายน 2545)

¹⁹⁶ มานิตย์ วงศ์เสรี, ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, บทความในวารสารวิชาการศาลปกครอง เล่ม 4 (มกราคม – เมษายน 2545)

¹⁹⁷ คดีหมายเลขดำที่ 1454/2544 และ 1799/2544

อนุญาตตุลาการก่อนวันที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ใช้บังคับให้มีผลสมบูรณ์ตามสัญญาอนุญาตตุลาการนั้น¹⁹⁸ เมื่อสัญญาทางปกครองสามารถมีข้อกำหนดเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการได้แล้ว ปัญหาที่ตามมาคือศาลที่มีเขตอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดหรือศาลที่มีอำนาจพิจารณาคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองคือศาลใด ซึ่งในที่สุดคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยโดยวางหลักว่า¹⁹⁹

ข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการมิได้จำกัดอยู่แต่สัญญาระหว่างเอกชนหรือสัญญาทางแพ่งเท่านั้น แม้เป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชนหรือสัญญาทางปกครองก็อาจกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้ตามมาตรา 15²⁰⁰ แห่ง พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 9²⁰¹ และมาตรา 45²⁰² วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. ดังกล่าว ให้พิจารณาลักษณะเนื้อหาแห่งประเด็นข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาเป็นสำคัญว่าเป็นคดีแพ่งหรือคดีปกครอง โดยมีได้พิจารณาข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการแยกออกต่างหากอีกส่วนหนึ่ง หากข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทใดมีลักษณะเป็นคดีแพ่ง ศาลที่มีเขตอำนาจย่อมได้แก่ศาลยุติธรรม หากข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทใดมีลักษณะเป็นคดีปกครอง ศาลที่มีเขตอำนาจย่อมได้แก่ศาลปกครอง และหากมีการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลที่มีเขตอำนาจก็ให้อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี

สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ได้แก่ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติและมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีทางพิเศษอันเป็นบริการสาธารณะด้านการคมนาคม จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ และโดยที่ข้อตกลงในสัญญากำหนดให้คู่สัญญาต้องเสนอข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดจากหรือเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อ

¹⁹⁸ มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

¹⁹⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2546

²⁰⁰ มาตรา 15 ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญาแห่ง พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

²⁰¹ มาตรา 9 ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาท ซึ่งได้เสนอต่ออนุญาตตุลาการนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ แห่ง พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

²⁰² มาตรา 45 ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่

ฯลฯ

ฯลฯ

การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ให้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี แห่ง พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

อนุญาตตุลาการ ดังนั้น การขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในเรื่องนี้ จึงควรอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่เนื่องจากในขณะที่เริ่มมีการดำเนินการอนุญาตตุลาการในเรื่องนี้ศาลปกครองยังไม่เปิดทำการ และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ขอให้ศาลแพ่งออกหมายเรียกพยานของตน ซึ่งศาลแพ่งได้ออกหมายเรียกพยานให้ตามคำขอ ทำให้ศาลยุติธรรมได้ใช้อำนาจเหนือข้อขัดแย้งนี้มาแต่เริ่มต้น จึงต้องถือว่าศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการอยู่ในเขตศาลตาม พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการฯ เพื่อให้การตรวจสอบกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการอยู่ในเขตอำนาจของศาลเดียวกันโดยตลอด ดังนั้น แม้ข้อพิพาทในเรื่องนี้จะเป็นการขอบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการอันสืบเนื่องมาจากสัญญาทางปกครองก็ต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ ในทำนองเดียวกับกรณีที่มีการฟ้องคดีปกครองต่อศาลยุติธรรมภายหลัง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ใช้บังคับ แต่ก่อนมีการประกาศให้ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้นเปิดทำการ ศาลยุติธรรมจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามมาตรา 9 แห่ง พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่เพียงแต่วางหลักในเรื่องของศาลที่มีเขตอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดหรือศาลที่มีอำนาจพิจารณาคำคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองว่าอยู่ในอำนาจของศาลปกครองแล้ว ในเรื่องของกรณีที่มีการดำเนินการในชั้นตอนอนุญาตตุลาการก่อนวันเปิดทำการศาลปกครอง จากคำวินิจฉัยที่ 1/2546 สรุปได้ว่า ถ้าได้เริ่มมีการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการก่อนเปิดทำการศาลปกครอง (9 มีนาคม 2544) แล้ว หากต่อมามีกรณีต้องร้องหรือฟ้องต่อศาลให้ฟ้องยังศาลยุติธรรมเพื่อให้คดีต่อเนื่อง หากมีการเริ่มกระบวนการภายหลังเปิดทำการศาลปกครองจึงจะไปฟ้องศาลปกครองตามหลักเรื่องเขตอำนาจทั่วไป ประเด็นที่น่าคิดต่อมาคือ กรณีที่สัญญาทางปกครองกำหนดให้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการก่อนที่ศาลปกครองเปิดทำการ ต่อมาเมื่อภายหลังศาลปกครองเปิดทำการเกิดข้อพิพาทและคู่สัญญายังมิได้มีการดำเนินการตามกระบวนการอนุญาตตุลาการแต่อย่างใด กรณีดังกล่าวศาลได้มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษาแพทย์ คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล ระหว่างบริษัท ยู.ที.เอ็ม.เอ็นจิเนียริ่ง แอนด์ คอนสตรัคชั่น จำกัด กับ มหาวิทยาลัยมหิดล²⁰³ สัญญาว่าจ้างให้ผู้ร้องก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษาแพทย์ คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล จำนวน 1 หลัง เป็นกิจการที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่จัดการศึกษาดำเนินการเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น ศาลปกครองจึงเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาตตุลาการ ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

²⁰³ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 31/2548

พ.ศ. 2542 ซึ่งแม้คดีนี้ผู้ร้องจะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2543 อันเป็นวันก่อนวันเปิดทำการของศาลปกครองก็ตาม (ศาลปกครองเปิดทำการวันที่ 9 มีนาคม 2544) แต่เมื่อไม่ปรากฏว่าก่อนที่ศาลปกครองจะเปิดทำการคู่สัญญาหรืออนุญาโตตุลาการได้มีการร้องขอให้ศาลยุติธรรมใช้อำนาจเหนือข้อขัดแย้งในคดีนี้มาก่อน ศาลยุติธรรมจึงมิใช่ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ คดีจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ส่วนขั้นตอนการดำเนินการในกรณีที่มีการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับศาลปกครอง ก่อนส่งเรื่องให้อนุญาโตตุลาการ ในเรื่องนี้ มาตรา 4²⁰⁴ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องคดีอาจยื่นคำร้องต่อศาลภายในระยะเวลา ยื่นคำให้การให้ศาลสั่งจำหน่ายคดีเพื่อไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ หากฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดี ไม่ดำเนินการภายในกำหนด ศาลปกครองสามารถดำเนินคดีไปได้เหมือนคดีปกติ

อย่างไรก็ดีภายหลังจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แม้จะสามารถแก้ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ แต่เนื่องจาก บทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับปัจจุบันมีหลักการบางประการที่มีเคยกำหนดไว้เลย ในกฎหมายฉบับเก่าจึงอาจเกิดปัญหาที่เป็นช่วงรอยต่อของกฎหมายเก่ากับกฎหมายใหม่ได้ในเรื่อง ความสมบูรณ์ของสัญญา ในมาตรา 48²⁰⁵ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งกำหนดไว้แต่เพียงว่า “บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการใดที่กระทำไปก่อนวันที่ พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ” บทบัญญัติดังกล่าวยอมทำให้การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่ ได้กระทำไปแล้วต้องถือตามกฎหมายที่ใช้บังคับขณะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการคือถือหลักเกณฑ์ ตามกฎหมายเก่า แต่ส่วนการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่ยังไม่ได้ดำเนินการและยังไม่ ล่วงพ้นกำหนดเวลาตามกฎหมายเก่าหรือสิทธิต่าง ๆ ต้องเป็นไปตามกฎหมายใหม่ เช่น สิทธิ ของผู้แพ้คดีตามคำชี้ขาดของกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับเก่าเป็นปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นเนื่องจาก บทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่รับรองสิทธิของคู่กรณีที่ไม่พอใจคำชี้ขาดสามารถ นำคดีมาฟ้องศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ แต่กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับเก่า ให้เป็นสิทธิของผู้ชนะคดีตามคำชี้ขาดเท่านั้นที่จะนำคดีมาฟ้องศาลเพื่อให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาด ให้ได้ โดยผู้แพ้คดีกฎหมายไม่เปิดช่องให้มาคัดค้านคำชี้ขาด ดังนั้นสัญญาที่เกิดขึ้นก่อน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ใช้บังคับ จะนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายใหม่มาใช้บังคับ ได้หรือไม่

²⁰⁴ มาตรา 4 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอ้างถึงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนอกศาลให้ถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอ้างถึงพระราชบัญญัตินี้

²⁰⁵ มาตรา 48 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการใดที่ได้กระทำไปก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้ว พระราชบัญญัติดังกล่าวย่อมมีผลบังคับกับสัญญาที่มีข้อกำหนดให้มีการดำเนินการตามกระบวนการอนุญาโตตุลาการก่อนฟ้องคดีทุกฉบับไม่ว่าจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับ เว้นแต่มีกรณีที่กฎหมายกำหนดบทเฉพาะกาลไว้

4.3.2.2 กรณีสัญญาค้ำประกันของสัญญาทางปกครอง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงลักษณะของสัญญาค้ำประกันไว้ในมาตรา 680 ความว่า “อันว่าค้ำประกันนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ค้ำประกันผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

อนึ่ง สัญญาค้ำประกันนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่”

จากคำนิยามนี้ สามารถอธิบายลักษณะของสัญญาค้ำประกันได้ 5 ประการ คือ

- ก. ผู้ค้ำประกันต้องเป็นบุคคลภายนอก
- ข. ผู้ค้ำประกันต้องผูกพันตนต่อเจ้าหนี้
- ค. มีข้อตกลงว่าผู้ค้ำประกันจะชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้
- ง. สัญญาค้ำประกันไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้
- จ. สัญญาค้ำประกันไม่มีแบบ แต่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาอุปกรณ เป็นประกันหนี้อันเป็นประธาน ฉะนั้นถ้าหนี้อันเป็นประธานไม่สมบูรณ์บังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ได้แล้วก็มีค้ำประกันอย่างสมบูรณ์ไม่ได้ เป็นหลักซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 681 วรรคหนึ่ง ว่า “อันค้ำประกันนั้นจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อันสมบูรณ์” ถ้าให้สัญญาค้ำประกันสมบูรณ์ เมื่อผู้ค้ำประกันชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ก็จะมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ ผู้ค้ำประกันเป็นบุคคลที่เข้าผูกพันตนเพื่อชำระหนี้เป็นชั้นที่สอง รองลงมาจากลูกหนี้อันเป็นหนึ่งซึ่งบุคคลอื่นจะต้องชำระซึ่งหน้าที่ชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันเกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัดและนับตั้งแต่นั้นนั้นก็ถือว่าผู้ค้ำประกันอยู่ในฐานะลูกหนี้แล้ว ตามมาตรา 686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁰⁶

ประเด็นปัญหาคือ ในการทำสัญญาค้ำประกันสัญญาทางปกครอง เช่น การวางเงิน หรือหนังสือค้ำประกันสัญญาของธนาคารหากเกิดกรณีมีการผิดสัญญาทางปกครองอันเป็นสัญญาหลัก สัญญาค้ำประกันอันเป็นสัญญาอุปกรณจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด ข้อพิพาทดังกล่าวศาลใดจะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษา

²⁰⁶ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำน่า, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) พิมพ์ครั้งที่ 7, 2542 หน้า 7-11

ในกรณีการผิดสัญญาค่าประกันระหว่างเทศบาลนครยะลา กับ ธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน)²⁰⁷ โดยศาลจังหวัดยะลา เห็นว่าสัญญาพิพาทดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่ง เนื่องจาก

ศาลจังหวัดยะลาเห็นว่า คดีนี้แม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือโจทก์เป็นราชการ ส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญาที่โจทก์ฟ้องมิได้เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงมิได้เป็นสัญญาทางปกครอง หากจำเลยในฐานะผู้ค้ำประกันจะยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งพิพาทกันอยู่ที่ศาลปกครองขึ้นว่ากล่าวโจทก์ได้ ก็เป็นเรื่องจำเลยควรขอเข้าเป็นคู่ความร่วมมือกับลูกหนี้ในคดีของศาลปกครองสงขลาเสียแต่แรก การที่มีได้ชวนชวายดังกล่าวย่อมถือเป็นการละเลยไม่ยกข้อต่อสู้หรือเต็มใจยอมรับเอาผลจากคดีที่ลูกหนี้ได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองจังหวัดสงขลาแล้ว คดีนี้จึงมิใช่คดีปกครอง เป็นคดีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลจังหวัดยะลา

ส่วนศาลปกครองสงขลา เห็นว่าสัญญาพิพาทดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองต้องพิจารณาตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ทั้งนี้ย่อมต้องหมายความรวมถึงสัญญาหนึ่งเกิดขึ้นโดยมูลเหตุจากสัญญาทางปกครองและมีความเกี่ยวโยงอย่างมากกับสัญญาทางปกครองนั้นโดยสัญญาทางปกครองจะเป็นสัญญาประธาน และสัญญาที่เกิดขึ้นโดยอาศัยสัญญาทางปกครองนั้นเป็นสัญญาอุปกรณ์ กล่าวคือ หากสัญญาทางปกครองฉบับหนึ่งส่งผลให้เกิดสัญญาอื่นขึ้นมา สัญญาอื่นนั้นถือเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครอง และถือได้ว่าสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครองนั้นเป็นสัญญาทางปกครองด้วย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือสาระของสัญญาอุปกรณ์ เพราะเหตุว่าสัญญาดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง

ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยสัญญาพิพาทดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาจ้างให้ปรับปรุงถนนเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ในการจัดทำสัญญาจ้างนั้น เทศบาลนครยะลา ผู้ว่าจ้าง จะต้องให้ผู้รับจ้างจัดหาหลักประกันเพื่อปฏิบัติตามสัญญา ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 141 ที่กำหนดให้คู่สัญญาคือผู้รับจ้างต้องจัดหาหลักประกันเพื่อปฏิบัติตามสัญญา โดยคดีนี้ผู้รับจ้างได้นำหนังสือค้ำประกันของธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) (จำเลย) มาเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาจ้าง ลำพังสัญญาค้ำประกันไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม แม้สัญญาค้ำประกันดังกล่าวมีลักษณะเป็น

²⁰⁷ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 28/2546

สัญญาทางแพ่ง แต่ก็เป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาจ้างปรับปรุงถนน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ประกอบกับขณะนี้ได้มีการฟ้องเกี่ยวกับกรณีพิพาทตามสัญญาหลักดังกล่าวอยู่ที่ศาลปกครองสงขลา และประเด็นข้อพิพาทในคดีสัญญาอุปกรณ์จำเลยให้การต่อสู้โต้แย้งเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาหลักว่าผู้รับจ้างไม่ได้ผิดสัญญา จึงมีประเด็นต้องวินิจฉัยเกี่ยวข้องกับสัญญาหลักเสียก่อน ซึ่งจะมีผลไปถึงสัญญาค้ำประกันต่อไป ดังนั้นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องให้ชำระเงินตามสัญญาค้ำประกันจึงควรดำเนินกระบวนการพิจารณาไปยังศาลที่มีเขตอำนาจเดียวกันกับศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่พิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างปรับปรุงถนนซึ่งถือเป็นสัญญาหลัก

ในการวินิจฉัยในเรื่องสัญญาค้ำประกันสัญญาทางปกครองนั้นจะเห็นได้ว่าศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาโดยอาศัยเหตุผลเดียวกัน คือ สัญญาค้ำประกันโดยลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ไม่มีลักษณะตรงตามนิยามสัญญาทางปกครองในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เนื่องจากสัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นเพื่อเป็นการประกันหนี้ในสัญญาประธานหรือสัญญาหลัก เมื่อสัญญาประธานมีผลสมบูรณ์สัญญาค้ำประกันย่อมมีผลสมบูรณ์ด้วย ผู้ค้ำประกันจะมีฐานะเป็นลูกหนี้นับตั้งแต่เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ดังนั้น เมื่อสัญญาประธานเป็นสัญญาทางปกครองย่อมส่งผลให้สัญญาค้ำประกันสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

4.3.2.3 กรณีสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

เป็นที่ทราบกันว่าสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องเป็นนิติสัมพันธ์ทางแพ่งตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสิทธิเรียกร้อง คือ สิทธิของเจ้าหนี้ในหนี้รายหนึ่งที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้ตามมาตรา 194 เมื่อมีหนี้เกิดขึ้นเมื่อใด ย่อมมีสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้จะโอนได้ตั้งแต่นั้น สิทธิเรียกร้องทุกประเภทโดยหลักแล้วย่อมโอนกันได้ แม้สิทธิเรียกร้องซึ่งมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา

การโอนสิทธิเรียกร้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับตัวเจ้าหนี้ คือ เจ้าหนี้ตกลงโอนสิทธิเรียกร้องหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าหนี้ให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นเจ้าหนี้แทน ซึ่งตามกฎหมายสิทธิเรียกร้องที่โอนกันไม่ได้นั้นมี 3 ประการ คือ

- ก. สิทธิเรียกร้องที่โอนกันไม่ได้ โดยสภาพของสิทธิ
- ข. สิทธิเรียกร้องที่คู่กรณีแสดงเจตนาห้ามโอนกัน
- ค. สิทธิเรียกร้องที่โอนกันไม่ได้ เพราะศาลสั่งยึดไม่ได้

ในหมวด 4 ว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องในลักษณะ 1 แห่งบรรพ 2 ได้ระบุแบบการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ 2 แบบ คือ²⁰⁸

(1) การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง และ

(2) การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งโดยหนี้ันั้นต้องมีตราสาร

แต่เห็นว่าการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น อาจถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไป ส่วนการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งนั้นเป็นหลักใช้บังคับแก่หนี้ันั้นมีหลักฐานที่เรียกว่าตราสาร²⁰⁹

ในส่วนของปัญหาเกี่ยวกับสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองนั้นเป็นปัญหาในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงตามนัยมาตรา 306²¹⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังจะกล่าวต่อไป

ในกรณีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในเงินค่าจ้างก่อสร้างระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัดแม่กลองคอนกรีตกับเทศบาลตำบลศรีดอนไผ่

โดยศาลแพ่ง เห็นว่าสัญญาพิพาทดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาจ้างสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา ดังกล่าวเป็นสัญญาว่าจ้างให้ปลูกสร้างสถานศึกษาประเภทหนึ่งรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ มาตรา 81 บัญญัติว่า “รัฐต้องจัดการศึกษาอบรมและสนับสนุนให้เอกชนจัดการศึกษาอบรมให้เกิดความรู้คู่คุณธรรม จัดให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาแห่งชาติ ปรับปรุงการศึกษาให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม ...” นอกจากนั้น หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 43 ยังบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย ... การจัดการศึกษาอบรมของรัฐต้องคำนึงถึงการมีส่วนร่วมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ... “ การศึกษาจึงเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัย ศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา ระหว่างกิจการร่วมค้า เพ็ญคอน-ไรท์แมน กับจำเลยที่ 1 จึงเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงเป็นคดีที่พิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของ

²⁰⁸ จิต เศรษฐบุตร หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : บริษัท ธรรมสาร จำกัด, 2538), หน้า 143 – 144.

²⁰⁹ เรื่องเดียว, หน้า 147 – 148.

²¹⁰ มาตรา 306

ศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ประกอบมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งในกรณีนี้คือศาลปกครองชั้นต้น

ในขณะที่ศาลปกครองชั้นต้น กลับมีความเห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากคดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่จำเลยทั้งสามไม่ได้จ่ายเงินตามสิทธิเรียกร้องที่กิจการร่วมค้าเพ็ญคอน-ไรท์แมน มีต่อจำเลยที่ 1 ให้แก่โจทก์ตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง อันเป็นเพียงการปฏิบัติผิดต่อภาระผูกพันที่มีต่อโจทก์ตามนิติสัมพันธ์ทางแพ่งที่มีอยู่ต่อกันตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 1 หมวด 4 ว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องเท่านั้น มิได้เป็นการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด ทั้งนี้ ตามแนวความเห็นของศาลปกครองสูงสุด (คำร้องที่ 215/2544 คำสั่งที่ 44/2545) นอกจากนี้ แม้ว่า “สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรม และประเพณีแห่งอันดามันจังหวัดพังงา ตามสัญญาเลขที่ 32/2542 ฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน 2542” ดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่โดยที่ในการวินิจฉัยว่าจำเลยทั้งสามมีความผูกพันจะต้องชำระหนี้ตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่โจทก์หรือไม่ เพียงใด นั้น จะต้องพิจารณาจาก “หนังสือสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องลงวันที่ 20 กรกฎาคม 2542 ระหว่างโจทก์กับกิจการร่วมค้าเพ็ญคอน-ไรท์แมน” ซึ่งมีลักษณะเป็นนิติสัมพันธ์ทางแพ่งตามมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นคดีพิพาทระหว่างโจทก์กับจำเลยทั้งสามในคดีนี้จึงเป็นคดีพิพาททางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ซึ่งศาลปกครองสูงสุด มีความเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกับศาลปกครองชั้นต้น โดยเห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้จ่ายเงินตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเพียงการปฏิบัติผิดต่อภาระผูกพันที่มีต่อกันตามนิติสัมพันธ์ทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 1 หมวด 4 ว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องเท่านั้น มิได้เป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ จึงไม่ใช้การกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (จึงยื่นตามคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น)²¹¹

ต่อมาในภายหลังคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลกลับวินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง การที่โจทก์ซึ่งเป็นผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องของกิจการร่วมค้าเพ็ญคอน-ไรท์แมน ในสัญญาจ้างดังกล่าวตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องระหว่าง

²¹¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 44/2545

กิจการร่วมค้าเพ็ญคอน-ไรท์แมน และโจทก์ ฟ้องจำเลยทั้งสามเพื่อขอให้บังคับจำเลยชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยอ้างว่า จำเลยทั้งสามสมคบกันโดยทุจริตจัดทำสัญญาจ้างก่อสร้างระหว่างจำเลยที่ 1 ผู้ว่าจ้าง กับกิจการร่วมค้าเพ็ญคอน-ไรท์แมน ผู้รับจ้าง ฉบับใหม่ขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้โจทก์ไม่ได้รับประโยชน์จากการเป็นผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจ้างฉบับเดิม และจำเลยที่ 1 จงใจไม่ปฏิบัติตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องโดยไม่ส่งเงินค่าจ้างให้แก่โจทก์ตามฟ้อง ดังนั้น แม้มูลคดีจะเป็นคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องของจำเลย ทั้งเป็นเรื่องที่ไม่ใช่ข้อพิพาทโดยตรงจากข้อสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา แต่ข้ออ้างของโจทก์ก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องเนื่องมาจากสิทธิและหน้าที่ของจำเลยที่ 1 กับกิจการร่วมค้าเพ็ญคอน-ไรท์แมน ที่เกิดขึ้นจากการที่จำเลยที่ 1 และกิจการร่วมค้าเพ็ญคอน-ไรท์แมน ผูกพันเป็นคู่สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรม และประเพณี แห่งอันดามัน จังหวัดพังงา การที่จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกหนี้ไม่ชำระเงินค่าจ้างทำของตามสัญญาให้แก่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ที่ตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง จึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิของโจทก์ที่มีอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้ตามสัญญาอันเกี่ยวเนื่องมาจากสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา เมื่อสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง²¹²

จากคำวินิจฉัยดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยเห็นว่าการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นเพียงนิติสัมพันธ์ทางแพ่ง ซึ่งควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมแต่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดกลับเห็นว่า เมื่อการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น เป็นกรณีพิพาทอันเกี่ยวเนื่องมาจากสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอันเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีพิพาทจึงควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

แม้สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองจะได้รับการแก้ปัญหโดยคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลแล้วก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีการแก้ปัญหาดังกล่าวยังคงเป็นเพียงการแก้ปัญหเฉพาะกรณีเท่านั้น เนื่องจากสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องถือได้ว่าเป็นนิติสัมพันธ์ทางแพ่งในรูปแบบหนึ่งตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ยังมีนิติสัมพันธ์ทางแพ่งในรูปแบบอื่นซึ่งให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้บังคับด้วย อันได้แก่ การแปลงหนี้ใหม่ แม้ในปัจจุบันยังไม่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง แต่ก็เป็นเรื่องที่น่าสนใจว่าข้อพิพาทดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

²¹² คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2548

เช่นเดียวกับสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อการพิจารณาอาศัยตัวสัญญา ประธานมาเป็นเกณฑ์กรณีสัญญาประธานเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาที่มีความเกี่ยวเนื่อง ย่อมตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองด้วย ดังนั้น ในส่วนของสัญญา ที่มีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง เช่น สัญญาแปลงหนี้ใหม่ ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะ อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองด้วย ซึ่งในส่วนนี้คงต้องติดตามคำวินิจฉัยของ ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลต่อไป

4.3.2.4 กรณีสัญญาก่อนสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษานิยามสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ทำให้ทราบว่า การที่ส่วนราชการสังกัดทบวงมหาวิทยาลัย มีวัตถุประสงค์ในการให้การศึกษา เนื่องจากการศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารมหาวิทยาลัยของรัฐเป็น ถาวรวัตถุและเครื่องมือในการบริการสาธารณะดังกล่าวเพื่อให้บรรลุผล จึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภค ที่ประชาชนสามารถใช้ประโยชน์ได้โดยตรง ดังนั้น การรับจ้างก่อสร้างอาคารใหม่วิทยาลัย ของรัฐ จึงถือได้ว่าเป็นเรื่องที่หน่วยงานของรัฐมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภค สัญญาที่พิพาทจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ทางปกครอง

ประเด็นปัญหาคือ ก่อนที่จะมีการทำสัญญาก่อสร้างจะต้องมีการประกาศ เรื่อง ประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างในขั้นตอนก่อนที่จะมีการตกลงทำสัญญาก่อสร้างอาคาร มหาวิทยาลัยของรัฐซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองนั้น หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตาม ประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอและคำสนองแล้วอันจะก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง ต่อไปนั้น ข้อตกลงดังกล่าวจะถือเป็นสัญญาทางปกครองตามบทนิยามของมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ด้วยหรือไม่ ในกรณีข้อตกลงประกาศประกวดราคาจ้าง เหมาก่อสร้างกลุ่มอาคารทางสังคมศาสตร์ ระหว่างบริษัท สิทธิชัย เอนจิเนียริง จำกัด กับ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจาก

ผู้ถูกฟ้องคดีได้ประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างกลุ่มอาคารทาง สังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต ตำบลคลองหนึ่ง จังหวัดปทุมธานี ผู้ฟ้องคดี ได้ยื่นแบบใบเสนอราคา (คำเสนอ) และผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสนองเมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ยินยอมเข้าทำ สัญญากับผู้ถูกฟ้องคดี จึงไม่เกิดสัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดี และยังทำให้ไม่เกิด ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างกลุ่มอาคารทางสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิตขึ้น ส่วนการที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งขอใช้สิทธิริบหลักประกันซอง และสงวนสิทธิค่าเสียหายนั้น เห็นว่า ข้อพิพาทในคดีนี้เกิดจากการที่ประกาศประกวดราคา

ดังกล่าว (คำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ) ข้อ 11.3 และแบบใบเสนอราคา ข้อ 5.2 วรรคสอง กำหนดเงื่อนไขว่า หากผู้ฟ้องคดีไม่ทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดียอมให้ผู้ถูกฟ้องคดีริบหลักประกันซองหรือเรียกร้องจากผู้ออกหนังสือคำประกัน รวมทั้งยินดีชดใช้ค่าเสียหายใดๆ ที่อาจมีแก่ผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้ยื่นใบเสนอราคา (คำเสนอ) ตามแบบดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีโดยยอมรับตามเงื่อนไขนั้น และผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสนองเป็นหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่า ผู้ถูกฟ้องคดีเห็นควรจ้างผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ก่อสร้างโครงการดังกล่าว ข้อพิพาทในคดีนี้จึงมิใช่ข้อพิพาทว่าการประกวดราคาดังกล่าวนี้อาจเกิดจากการไม่ชอบด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือคำสั่งรับคำเสนอรับจ้างไม่ชอบ อันเป็นการพิพาทว่า คำสั่งทางปกครองไม่ชอบตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอและคำสนองอันจะก่อให้เกิดสัญญาก่อสร้างกลุ่มอาคารทางสังคมศาสตร์ที่เป็นสัญญาทางปกครองต่อไปแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวนี้จึงถือเป็นสัญญาทางปกครอง ตามบทนิยามของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วย²¹³

จากคำสั่งของศาลปกครองข้างต้น อาศัยเหตุผลในการวินิจฉัยโดยให้เหตุผลว่า ข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาเป็นสัญญาที่จะทำให้เกิดสัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร การพิจารณาดังกล่าวอาศัยสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเป็นหลักมิได้พิจารณาตัวสัญญาประกาศประกวดราคาโดยตรงว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ และเห็นว่าเมื่อสัญญาก่อนสัญญาทางปกครองมีความเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ข้อพิพาทจึงอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับเหตุผลของศาลปกครองแต่เนื่องจากการประกาศประกวดราคาโดยทั่วไปจะมีเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าวอีกมาก เช่น อาจให้มีการส่งวัสดุอุปกรณ์ในการก่อสร้างมาตรวจก่อนจึงจะมีการตกลงทำสัญญาก่อสร้างซึ่งเป็นไปได้ว่าประกาศประกวดราคาอาจมีการกำหนดหน้าที่ของผู้ประกวดราคาไว้อีกมากมาย ซึ่งหากผู้ประกวดราคามีการผิดสัญญาในส่วนนี้จะทำให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีขยายขอบเขตอย่างไม่สิ้นสุด อย่างไรก็ตามข้อพิพาทดังกล่าวคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยังมีคำวินิจฉัยแต่อย่างใด ดังนั้น หากมีข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นศาลปกครองย่อมอาศัยแนวคำวินิจฉัยนี้เพื่อรับข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะดังกล่าวไว้ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

4.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาจ้างอันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาจ้างโดยได้กล่าวไว้ใน 2 เรื่อง คือ สัญญาจ้างทำของและสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งเมื่อเกิดกรณีพิพาทเกี่ยวกับ

²¹³ คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา (ศาลปกครองสูงสุด) ที่ 352/2548

สัญญาจ้างดังกล่าวจะต้องนำคดีพิพาทขึ้นสู่ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณา กรณีสัญญาจ้างเป็นสัญญาที่ทำกับหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ สัญญาดังกล่าวจะจัดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งในหัวข้อนี้ได้กล่าวไว้ใน 2 กรณี ได้แก่

4.3.3.1 กรณีสัญญาจ้างควบคุมงาน

ในเรื่องของสัญญาจ้างควบคุมงานจัดได้ว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ เนื่องจากสัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาอีกประเภทหนึ่งซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้ความหมายของสัญญาจ้างทำของไว้ในมาตรา 587 “อันว่าจ้างทำของนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจ้างตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น”

เมื่อพิจารณาความหมายของสัญญาจ้างทำของดังกล่าว ก็สามารถที่จะแยกพิจารณาถึงสาระสำคัญได้ดังนี้ คือ

1. สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย
2. สัญญาจ้างทำของนั้นมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือ การที่ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ โดยผู้ว่าจ้างมิได้ต้องการเฉพาะแรงงานของผู้รับจ้างแต่เพียงอย่างเดียวดังเช่นนายจ้างต้องการจากลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน แต่ผู้ว่าจ้างหวังผลสำเร็จแห่งการงานที่จ้างเป็นสำคัญ
3. ผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จการทำงานนั้น

สัญญาจ้างทำของเป็นเอกเทศสัญญา อยู่ในลักษณะ 7 ของบรรพที่ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อเกิดข้อพิพาทก็ย่อมต้องนำบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวประกอบกับบทกฎหมายในเรื่องนิติกรรมหรือสัญญาใช้เท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติในเรื่องจ้างทำของซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ²¹⁴ แต่ถ้าหากเกิดกรณีพิพาทในเรื่องสัญญาจ้างควบคุมงานซึ่งเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครอง กรณีดังกล่าวจะอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายใด และข้อพิพาทดังกล่าวศาลใดจะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษา

กรณีสัญญารับจ้างเป็นที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างโครงการก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ภายในสนามกีฬาเฉลิมพระเกียรติฯ (คลอง 6) จังหวัดปทุมธานี ระหว่างบริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับ กรมพลศึกษา ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการที่บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์

²¹⁴ ไพทิต เอกจริยากร, คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับชน (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน) พิมพ์ครั้งที่ 5 มกราคม 2546 หน้า 118 – 122.

จำกัด กับ กรมพลศึกษาแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะที่เท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หาได้เป็นหน่วยงานทางปกครองได้ตกลงมอบหมายให้บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองแทนรัฐแต่อย่างใดไม่ทั้งสัญญาดังกล่าวก็มิได้มีลักษณะเป็นสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งแม้สัญญาจ้างดังกล่าวทำขึ้นตามแบบทำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่แบบของสัญญาจ้างที่ปรึกษาดังกล่าวก็เป็นเพียงแบบหรือตัวอย่างสัญญา ไม่เป็น “กฎ” ประกอบกับการบอกเลิกสัญญาของกรมพลศึกษาก็เป็นการบอกเลิกสัญญาตามข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวซึ่งเป็นสัญญาทางแพ่ง²¹⁵

ในเวลาต่อมาคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยโดยกลับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในเรื่องดังกล่าวโดยมีคำวินิจฉัยในกรณีที่เอกชนฟ้องกรมพลศึกษาเพื่อเรียกเงินที่ค้างชำระจากหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเป็นคู่สัญญาตามสัญญาจ้างเป็นที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร และเรียกค่าเสียหายจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เพิกถอนการบอกเลิกสัญญา และให้เข้าดำเนินตามสัญญาได้ต่อไป ระหว่าง บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เซเนเอนจิเนียร์ริ่ง คอนซัลแตนท์ จำกัด กับกรมพลศึกษา²¹⁶

สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) เป็นไปเพื่อให้บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เซเนเอนจิเนียร์ริ่ง คอนซัลแตนท์ จำกัด ทำการตรวจและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) ให้เป็นไปตามสัญญาก่อสร้างและถูกต้องตามหลักวิชาโดยผู้ควบคุมงานที่มีความรู้ความชำนาญงานด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรมแทนกรมพลศึกษา เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการการศึกษา ด้านการกีฬา การศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารเอนกประสงค์) เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะในการส่งเสริมและประสานงานการกีฬาเพื่อการศึกษาของรัฐให้บรรลุผล สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเกิดสัญญาขึ้นสองสัญญาในการพิจารณาคือ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียน และสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียน ในส่วนของสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนเป็นที่ยุติแล้วว่า เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเข้านิยามสัญญาทางปกครองในมาตรา 3 แห่ง

²¹⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 5/2545 และ 87/2545 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

²¹⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 47/2547

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในส่วนของสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนนั้นจะจัดเป็นสัญญาประเภทใด ผู้เขียนเห็นว่าอาคารเรียนถือได้ว่าเป็นผลอันเกิดจากกระบวนการที่เริ่มจากการออกแบบก่อสร้าง ควบคุมงานก่อสร้าง ซึ่งในขณะที่ก่อสร้างจำเป็นจะต้องมีการควบคุมงานเพื่อให้การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคคืออาคารเรียนประสบผลสำเร็จ ดังนั้น ขั้นตอนต่างๆ ที่กล่าวมาจึงมีความสำคัญยิ่ง เพราะฉะนั้นการที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาว่า สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนเป็นสัญญาทางปกครองจึงมีความสมเหตุสมผลแล้ว

4.3.3.2 กรณีสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐอื่น

สัญญาจ้างแรงงานนั้นเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาตามหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญาคือต้องมีคำเสนอและคำสนองต้องตรงกัน ซึ่งอาจเป็นการตกลงกันด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาต่างตอบแทนนายจ้างและลูกจ้างจึงมีสิทธิและหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกัน โดยลูกจ้างมีหน้าที่ที่จะต้องทำงานให้แก่ นายจ้าง ภายใต้การบังคับบัญชาด้วยความซื่อสัตย์และต้องพยายามรักษาผลประโยชน์ให้แก่ นายจ้างอย่างเต็มที่ ส่วนนายจ้างก็มีหน้าที่อื่นที่จะต้องจ่ายสินจ้างตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ นั้น และดูแลเอาใจใส่ต่อการทำงานของลูกจ้าง รวมทั้งดูแลสภาพแวดล้อมในการทำงานให้ปลอดภัยและเหมาะสม ดังนั้น สัญญาจ้างแรงงานจึงต้องนำบทบัญญัติทั่วไปของลักษณะสัญญาต่างตอบแทนมาใช้บังคับด้วย นอกเหนือจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ 3 ลักษณะ 6 จ้างแรงงาน²¹⁷ ตั้งแต่มาตรา 575-586 สัญญาจ้างแรงงานโดยทั่วไปจึงมีลักษณะที่เป็นสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าลูกจ้างตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า นายจ้างและนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ และอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ กรณีเกิดข้อพิพาท ศาลแรงงานจึงมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีซึ่งจะไปตามมาตรา 8²¹⁸ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522

²¹⁷ วิจิตร (พุ่งลัดดา) วิเชียรชม, ย่อหลักกฎหมาย (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), หน้า 6-9

²¹⁸ มาตรา 8 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาแรงงาน พ.ศ. 2522 ศาลแรงงานมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์

ประเด็นที่เป็นปัญหาคือการทำสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐอื่นจะถือเป็นสัญญาประเภทใด และศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นคือศาลใด ในปัญหานี้ศาลปกครองได้เคยมีโอกาสพิจารณาและวางแนวคำวินิจฉัยแล้ว คดีดังกล่าวคือคดีเรื่องการให้ลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการออกจากงานระหว่างนางสาวอรรพรรณ จันทร์รัตน์ กับอธิการบดีสถาบันราชภัฏสวนดุสิต²¹⁹

ในคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าสัญญาจ้างนางสาวอรรพรรณ จันทร์รัตน์ ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีอยู่ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน และมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีสืบเนื่องมาจากการมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลแรงงานตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงานฯ ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อพิพาทแห่งคดีนี้เป็นเรื่องการโต้แย้งเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นลูกจ้างของส่วนราชการ อันสืบเนื่องมาจากการมีคำสั่งจ้างผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราวและแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้าศูนย์การศึกษานอกสถาบันฯ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานในการให้บริการทางการศึกษาของสถาบันราชภัฏสวนดุสิต

สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการและแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งซึ่งเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานในการให้บริการสาธารณะของส่วนราชการนั้น ถือว่าเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ข้อพิพาทที่เกิดจากการให้ลูกจ้างดังกล่าวออกจากงาน จึงเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทาง

(3) กรณีที่จะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน หรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์

(4) คดีอุทธรณ์คำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน หรือของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์หรือรัฐมนตรีตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์

(5) คดีอันเกิดแต่มูลละเมิดระหว่างนายจ้างและลูกจ้างสืบเนื่องจากข้อพิพาทแรงงานหรือเกี่ยวกับการทำงานตามสัญญาจ้างแรงงาน

(6) ข้อพิพาทแรงงานที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยขอให้ศาลแรงงานชี้ขาดตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์

(7) คดีตามวรรคหนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์บัญญัติให้ร้องเรียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้จะดำเนินการในศาลแรงงานได้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายดังกล่าวบัญญัติไว้แล้ว

²¹⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546

ปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และข้อพิพาทดังกล่าวไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานที่จะอยู่ในอำนาจของศาลแรงงานตามนัยมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงานฯ เนื่องจากสัญญาจ้างดังกล่าวแตกต่างจากสัญญาจ้างลูกจ้างทั่วไปตามสัญญาจ้างแรงงาน เพราะนอกจากจะมีลักษณะเป็นข้อตกลงเพื่อให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการอันเป็นกิจการของส่วนราชการซึ่งเป็นการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว ในเรื่องการจ่ายค่าจ้างส่วนราชการผู้ว่าจ้างจะต้องปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ พ.ศ. 2526 โดยไม่มีอิสระในการกำหนดได้เองดังเช่นนายจ้างภาคเอกชน ด้วยเหตุผลดังกล่าว ข้อพิพาทข้างต้นจึงไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลแรงงานตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา²²⁰

จะเห็นว่าเมื่อพิจารณาโดยผิวเผินก็อาจจะเห็นว่า คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) ดังกล่าวน่าจะแก้ไขข้อสงสัยในปัญหาเกี่ยวกับสัญญาจ้างลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐได้ แต่เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วยังเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวยังคงทิ้งปัญหาไว้อย่างน้อย 2 เรื่องใหญ่ๆ ประการแรก คือการให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดเองว่าสัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองจึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 9 วรรคสอง (3) แล้วจะเห็นว่ากรณีที่กฎหมายยกเว้นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลแรงงานไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองนั้นไม่ได้ปฏิเสธว่า สัญญาที่อยู่ในอำนาจของศาลแรงงานนั้นไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่หลักที่ใช้ในพิจารณาว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานอยู่ในเขตอำนาจศาลใด ก็คือกรณีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชนประการหนึ่ง และกรณีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างหน่วยงานทางปกครองที่เป็นรัฐวิสาหกิจกับเอกชนอีกประการหนึ่ง ทั้งสองกรณีจะเห็นได้ว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานและมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งการจ้างแรงงานดังกล่าวมุ่งหวังให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ เมื่อเกิดคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานต้องพิจารณาว่าสัญญาจ้างแรงงานดังกล่าวตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 หรือไม่ หากไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวคดีพิพาทย่อมอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แต่ถ้าอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเมื่อเกิดคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงาน แม้สัญญาจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยแท้จริงแต่ก็ต้องอยู่ในเขตอำนาจศาลชำนาญพิเศษซึ่งก็คือศาลแรงงานอันเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคสอง (3)

²²⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่)

นอกจากนี้ยังมีปัญหาต่อไปว่า การปกครองบังคับบัญชาและการลงโทษทางวินัยลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐเป็นไปตามระเบียบราชการ ซึ่งรวมถึงการปลดออก ไล่ออก ด้วย และทางปฏิบัติก็มีการปลดออก ไล่ออกของลูกจ้างอยู่เป็นประจำ และมีการนำคดีมาฟ้องต่อศาล โดยปัญหาที่น่าพิจารณาคือ คดีดังกล่าวจะถือเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งไล่ออก ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และเรียกค่าเสียหายหรือเงินเดือนตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือเป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลใน 2 เรื่อง ต่อไปนี้

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 36/2548 กรณีการเลิกจ้างแรงงาน ระหว่าง นางกาญจนา ศิลปี กับ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ วินิจฉัยว่าเมื่อสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ จำเลย ได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2534 เป็นหน่วยงานทางปกครองมีวัตถุประสงค์ในการสำรวจศึกษาวิเคราะห์ทางวิชาการต่างๆ เพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการวางแผนเป้าหมาย นโยบาย และจัดทำแผนโครงการ และมาตรการต่างๆ ในการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของประเทศ การที่จำเลยได้อนุมัติจ้างโจทก์ให้ปฏิบัติหน้าที่ในกิจการของจำเลยก็เพื่อให้โจทก์เข้าปฏิบัติภารกิจในการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีให้บรรลุผล ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยกับโจทก์ จึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับลูกจ้างในสังกัดที่มีขึ้นเพื่อร่วมกันในการจัดทำบริการสาธารณะ ข้อตกลงจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อกรณีพิพาทคดีนี้สืบเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง คดีจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 49/2548 กรณีการเลิกจ้างแรงงาน วินิจฉัยว่า ความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกับจำเลยซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาเป็นไปตามกฎหมาย ได้แก่ ระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยลูกจ้างประจำของส่วนราชการ พ.ศ. 2537 เหตุแห่งการฟ้องคดีสืบเนื่องมาจากการที่จำเลยมีคำสั่งเลิกจ้างโจทก์เมื่อคำสั่งดังกล่าวเป็นผลให้โจทก์พ้นจากสถานภาพเป็นลูกจ้างประจำนับแต่วันที่ระบุในคำสั่ง ทำให้ไม่มีสิทธิที่จะรับเงินเดือนหรือสิทธิประโยชน์ต่างๆ จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โจทก์โต้แย้งว่าคำสั่งของจำเลยเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้ชดเชยค่าเสียหายต่างๆ อันเนื่องมาจากคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว คดีนี้จึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยดังกล่าวจะพบว่า แม้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลิกจ้างแรงงานซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองเหมือนกันก็ตาม แต่หลักการในการพิจารณาและเงื่อนไขในการฟ้องคดียังมีความแตกต่างกัน และในทางปฏิบัติอาจก่อให้เกิดความสับสนในการพิจารณาว่าเป็นการฟ้องตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และเรียกค่าเสียหายหรือเงินเดือนตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือเป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ซึ่งในเรื่องนี้คงต้องติดตามคำวินิจฉัยที่เกิดขึ้นในภายหลังเพื่อนำมาพัฒนาต่อไป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือของรัฐที่ใช้เพื่อให้ภารกิจของรัฐลุล่วง และนับว่าเป็นเรื่องหนึ่งที่สำคัญสำหรับระบบกฎหมายของประเทศที่มีการใช้ระบบศาลคู่อย่างประเทศไทยในปัจจุบัน ในประเทศต่าง ๆ ที่มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองโดยชัดเจน ดังเช่น ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน ต่างยอมรับว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นนั้นจะมีความแตกต่างจากสัญญาระหว่างเอกชนทั่วไป เนื่องจากสัญญาของฝ่ายปกครองย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ในขณะที่สัญญาระหว่างเอกชนนั้นย่อมเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่าย สิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครอง ออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองอย่างชัดเจนนั้น คือการกำหนดขอบเขตระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เนื่องจากสัญญาทั้งสองประเภทต่างมีความแตกต่างกัน ทั้งในเรื่องของหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาและเขตอำนาจศาลในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซึ่งข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีปกครองประเภทหนึ่งที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ส่วนสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้นำหลักบริการสาธารณะมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำออกเป็นสองประเภท กล่าวคือ ถ้าเป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อการจัดระเบียบองค์กรหรือเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะแล้วถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ถ้าเป็นสัญญาอื่นใดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ ถือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน สัญญาทางปกครองคือสัญญาที่มีผลเป็นการก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชน ถือได้ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง สำหรับประเทศไทยนั้น แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองได้มีการนำเสนอโดยเอาแนวทางมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส และในที่สุดก็ปรากฏเป็นรูปธรรมเมื่อมีการตรากฎหมายจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 ขึ้น โดยบทนิยามศัพท์สัญญาทางปกครองในกฎหมายดังกล่าว ได้นำเอาหลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการกำหนดความหมาย

เมื่อพิจารณาจากความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 และจากหลักเรื่องสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสตลอดจน

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมันแล้วอาจจำแนกสัญญาทางปกครอง ออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก คือ สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งสัญญาทางปกครองทั้ง 2 ประเภทนี้ไม่ว่าระบบกฎหมายไทย ฝรั่งเศส หรือเยอรมัน อย่างน้อยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นฝ่ายปกครอง

เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครอง เพื่อทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง โดยระบุให้สัญญาทางปกครองเป็นประเภทหนึ่งของคดีปกครอง จึงทำให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง นอกจากนี้ในมาตรา 3 แห่งกฎหมายฉบับดังกล่าว ยังได้กำหนดนิยามของสัญญาทางปกครองเป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายไทย โดยระบุว่า

“สัญญาทางปกครองหมายความว่า ความรวมถึง สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำนิยามดังกล่าวไม่ได้ระบุว่าสัญญาทางปกครองคืออะไร โดยได้ใช้คำว่า “สัญญาทางปกครองหมายความว่า...” ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้เกิดการพัฒนาความหมายและขอบเขตของสัญญาทางปกครอง โดยไม่จำกัดอยู่เพียงสัญญา 4 ประเภท ตามที่ได้ระบุไว้ในบทบัญญัติดังกล่าว

ภายหลังจากที่กฎหมายฉบับนี้ได้มีผลบังคับใช้ ศาลปกครองก็ได้พัฒนาสัญญาทางปกครองออกไปให้ครอบคลุมถึง “สัญญาที่ฝ่ายปกครองหรือบุคคลที่กระทำแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล” ทั้งนี้ การพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และหากอาศัยหลักเกณฑ์ที่ได้รับการพัฒนาโดยศาลปกครอง ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดก็นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

อย่างไรก็ตาม หลักที่ศาลปกครองได้พัฒนาให้สัญญาทางปกครองครอบคลุมไปถึงเรื่องสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในระบบกฎหมายไทยที่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังถือเป็นสิ่งที่พิจารณาได้ค่อนข้างยาก เนื่องจากเท่าที่ผ่านมายังไม่มีคำอธิบายความหมายของคำว่า ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐโดยชัดเจน คงมีแต่เพียงการยกตัวอย่างและการที่สัญญาของฝ่ายปกครอง มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ก็ไม่ได้ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป เอกสิทธิ์ที่ปรากฏในสัญญาจะต้องมีความ

เกี่ยวพันกับบริการสาธารณะ คือเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล จึงจะทำให้สัญญาที่ปรากฏเอกสิทธิ์นั้นเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นโดยทั่วไปจะเป็นไปตามแบบสัญญามาตรฐาน ที่มักจะมีข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์แก่รัฐปรากฏอยู่ในสัญญาซึ่งแบบสัญญามาตรฐานดังกล่าวจะใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ดังนั้นหากกำหนดให้สัญญาที่มีข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์แก่รัฐทั้งหมดเป็นสัญญาทางปกครอง โดยไม่คำนึงถึงความเกี่ยวพันกับบริการสาธารณะ ก็จะทำให้สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเกือบทั้งหมดกลายเป็นสัญญาทางปกครอง แม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน ในปัจจุบันสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยได้รับการพัฒนาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ซึ่งเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่ต้องการให้มีการพัฒนาความหมายของสัญญาทางปกครองให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศไทย

อย่างไรก็ตามการเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาขอบเขตของสัญญาทางปกครอง โดยการไม่ระบุความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจน ได้ส่งผลให้ขอบเขตระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่ไม่แน่ชัด โดยเฉพาะในช่วงแรกของการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ยังไม่มียกยูดิวสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นในหลายกรณีเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เนื่องจากยังมีแนวคำวินิจฉัยทั้งจากศาลปกครองกลางและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่เป็นบรรทัดฐานในการกำหนดขอบเขตของสัญญาทางปกครองไม่มากนักและจากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองพบว่า

การกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ศาลจะรับคดีไว้พิจารณาหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับว่า ข้อพิพาทในคดีจะเป็นข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองหรือเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น จะเห็นได้ว่าศาลปกครองชั้นต้นกำหนดเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ค่อนข้างจำกัดตามกฎหมาย กล่าวคือ กรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาใดจะอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น สัญญาดังกล่าวต้องเป็นสัญญาที่เป็นไปตามคำจำกัดความของศาลปกครองชั้นต้นตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำให้ขอบเขตของอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นจำกัดอยู่แค่สัญญาทางปกครองสี่ประเภทที่ระบุไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เท่านั้น ภายหลังจากการประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด จะเห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุด วางแนวทางการพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาทาง

ปกครองไว้ค่อนข้างกว้าง อันทำให้เขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลปกครองกว้างขวางตามไปด้วย นอกจากนี้ ในบางกรณีแม้ว่าศาลปกครองจะเคยมีคำวินิจฉัยชี้ชัดว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง แต่ในเวลาต่อมาอาจมีแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ซึ่งออกมาในภายหลังวินิจฉัยแตกต่างออกไป โดยการวินิจฉัยว่าสัญญาในลักษณะดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง และจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล อาจกล่าวได้ว่าคณะกรรมการฯ จะพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองนั้นพิจารณาจากลักษณะของสัญญาทางปกครอง โดยพยายามที่จะนิยามสัญญาทางปกครองภายในกรอบของสัญญาที่ระบุไว้ในนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ทำให้บางครั้งการให้เหตุผลในคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมุ่งเป้าไปที่การขยายขอบเขตความหมายของสัญญาแต่ละประเภทในนิยามตามมาตรา 3 จนทำให้เป็นการขยายความหมายของสัญญาแต่ละประเภทมากเกินไป

นอกจากปัญหาความไม่แน่ชัดของสัญญาทางปกครองที่ทำให้การวินิจฉัยข้อพิพาทของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลขาดความเป็นเอกภาพแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อเรื่องอายุความในการฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษา เนื่องจากสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งมีกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีที่แตกต่างกัน โดยสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องฟ้องคดีภายใน “หนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดี” ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 51 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ส่วนอายุความการฟ้องคดีสัญญาทางแพ่งจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีระยะเวลายาวนานถึงสิบปี แต่เมื่อมีความไม่แน่ชัดว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง จึงทำให้เมื่อมีข้อพิพาทคู่สัญญาจึงไม่อาจจะทราบได้ว่าต้องฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจในระยะเวลาเท่าใด แม้ในทางปฏิบัติศาลปกครองสูงสุดจะเปลี่ยนแปลงการเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีโดยเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 ซึ่งเป็นวันที่ศาลปกครองเปิดทำการ เป็นต้นไป แต่แนวทางดังกล่าวก็ยังมีข้อจำกัดที่ใช้เฉพาะกรณีที่เหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดขึ้นก่อนศาลปกครองเปิดทำการและผู้ฟ้องคดียังไม่ได้นำข้อพิพาทไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม จึงไม่สามารถแก้ปัญหาอันเนื่องมาจากความแตกต่างในการกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองได้ทั้งหมด

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขปัญหาเพื่อให้สามารถนำข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยมาฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาได้อย่างถูกต้อง ดังนี้

1) ในเมื่อระบบกฎหมายไทยยังมีปัญหาที่ไม่อาจแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกจากกันเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองได้อย่างชัดเจน ส่งผลให้การนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาจึงเป็นเรื่องไม่แน่นอน เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กฎหมายกำหนดนิยามสัญญาทางปกครองไว้ว่าให้หมายความรวมถึงแสดงให้เห็นว่าสัญญาทางปกครองมิได้หมายถึงเฉพาะสัญญาประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 3 ดังกล่าวเท่านั้น หากแต่ยังมีสัญญาของรัฐประเภทอื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือจากบทบัญญัติดังกล่าวที่มีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดนิยามสัญญาทางปกครองขึ้นใหม่เพื่อให้มีลักษณะเป็นการทั่วไปว่า “สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลอื่นที่กระทำการแทนหน่วยงานทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะหรือมุ่งให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางปกครอง”

2) สัญญาที่จัดทำขึ้นภายใต้ระเบียบว่าด้วยการพัสดุโดยหลักจะต้องทำตามตัวอย่างแบบสัญญาแนบท้ายระเบียบฯ ซึ่งแบบสัญญาดังกล่าวจะนำมาใช้กับการจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งที่เป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เมื่อเกิดข้อพิพาทจากสัญญาที่จัดทำขึ้นภายใต้ระเบียบว่าด้วยการพัสดุข้อพิพาทดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจศาลใด ผู้เขียนเห็นว่า หากกำหนดให้สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้นภายใต้ระเบียบว่าด้วยการพัสดุทุกสัญญาอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองย่อมจะช่วยลดปัญหาความสับสนในการนำคดีมาฟ้องต่อศาล เนื่องจากก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลจำเป็นที่จะต้องแยกประเภทของสัญญาให้ได้เสียก่อนว่าเป็นสัญญาประเภทใด การพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ การพิจารณาดังกล่าวยังเป็นสิ่งที่ค่อนข้างยากขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจของคู่สัญญาซึ่งอาจไม่เท่าเทียมกัน แต่การพิจารณาจากรูปแบบในการทำสัญญาย่อมถือว่าเป็นเรื่องที่ยากกว่าและชัดเจนกว่าในการนำคดีมาฟ้องต่อศาล เหตุผลที่ใช้สนับสนุนข้อเสนอแนะอีกประการหนึ่ง คือ สัญญาที่จัดทำขึ้นภายใต้บังคับระเบียบว่าด้วยการพัสดุมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์ แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ไม่ได้อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกับคู่สัญญาฝ่ายปกครองอย่างแท้จริง พิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาที่มีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ในสัญญาอยู่เสมอ นอกจากนี้ แม้ว่าจะระเบียบว่าด้วยการพัสดุจะเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถทำการตกลงกับเอกชนเพื่อกำหนดรายละเอียดของสัญญาให้แตกต่างไปจากแบบสัญญาทำระเบียบว่าด้วยการพัสดุได้ก็ตาม แต่ก็มี การควบคุมรูปแบบของ

สัญญาโดยสำนักงานอัยการสูงสุด คู่สัญญาจึงไม่มีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างแท้จริง ในเมื่อสัญญาที่เกิดขึ้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ได้อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันอย่างแท้จริง ดังเช่นสัญญาที่เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดให้สัญญาที่จัดทำขึ้นภายใต้ระเบียบว่าด้วยการพัสดออยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง น่าจะเป็นสิ่งที่เหมาะสม และเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสปัจจุบันที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

3) เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและต้องนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาลอายุความในการฟ้องคดีจึงเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองมีกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีที่แตกต่างกัน โดยสัญญาทางปกครองมีระยะเวลาในการฟ้องคดีที่สั้นกว่าสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงการเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีโดยให้เริ่มนับตั้งแต่วันที่ศาลปกครองเปิดทำการ คือ วันที่ 9 มีนาคม 2544 เป็นต้นไป แต่วิธีการดังกล่าวก็ยังมีข้อจำกัดใช้เฉพาะกรณีที่เหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดขึ้นก่อนศาลปกครองเปิดทำการ และยังไม่ได้นำข้อพิพาทไปฟ้องต่อศาลยุติธรรมเท่านั้น และหากจะใช้แนวทางในการแก้ไขปัญหาด้วยการพิจารณาขยายระยะเวลาการฟ้องคดีโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคล จะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ วรรคสอง การฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้วถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้” แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะบัญญัติให้ศาลปกครองสามารถขยายระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองได้ในสองกรณี คือ กรณีเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคล และกรณีเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ซึ่งปัญหาการนำข้อพิพาทมาฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาเมื่อพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีนั้น จะเห็นได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ใช่เรื่องของสถานะบุคคล แต่เป็นเรื่องของสิทธิในการฟ้องคดีของคู่สัญญา ซึ่งเป็นประโยชน์เฉพาะกับคู่สัญญาจึงไม่ใช่เรื่องของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นหน่วยงานทางปกครอง ดังนั้นจึงไม่ใช่กรณีตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง ที่คู่สัญญาจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเมื่อใดก็ได้

ส่วนการจะแก้ไขปัญหาด้วยการถือว่าเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นที่ควรมีการขยายระยะเวลาการฟ้องคดีให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามวรรคสอง ด้วยเหตุผลที่ว่า สำหรับคดีที่เขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลได้เปลี่ยนแปลงไป โดยคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล จึงต้องมีการเปลี่ยนแปลงการเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองตั้งแต่วันที่มิเหตุทำให้อำนาจในการพิจารณาคดีของศาลเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งก็คือวันที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยว่า สัญญาลักษณะเดียวกันกับสัญญาที่พิพาทนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

วิธีแก้ไขปัญหาดังกล่าวเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติของศาลปกครองชั้นต้นบางแห่ง ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดยังไม่ได้ถือปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าว ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในเรื่องการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ให้ยื่นฟ้องภายในอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 6 หมวด 2 เรื่องกำหนดอายุความ เพื่อให้ระยะเวลาในการฟ้องคดีเท่ากับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง และเป็นการก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีมิให้เสียสิทธิในการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ ๕, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๖.

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ : ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๔.

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศในภาพรวม. วารสารกฎหมายปกครอง ๑๗ (ธันวาคม ๒๕๔๑).

กฤษณ์ชเทพ ทองสิน. สัญญาทางปกครองในประเทศไทย : ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความหมายและผลของสัญญาทางปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. ๒๕๔๑.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ. วารสารอัยการ (กันยายน ๒๕๓๓).

คัมภีร์ แก้วเจริญ. อัยการกับมติคณะรัฐมนตรี. วารสารอัยการ (๒๕๓๓).

จำปี โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ ๘, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๖.

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ ๓, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๑.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. ระบบศาลปกครองของฝรั่งเศส : ศาลปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ ๒, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๐.

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๑.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๐.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
วิญญูชน, ๒๕๔๐.

ชุมพล จันทราทิพย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะคำประกัน จำนอง
จำนำ. , กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๒.

นันทวัฒน์ บรรمانันท์. สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๖.

นันทวัฒน์ บรรمانันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. พิมพ์ครั้งที่ ๓,
กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๗.

นันทวัฒน์ บรรمانันท์. หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
วิญญูชน, ๒๕๔๗.

นันทวัฒน์ บรรمانันท์. องค์กรชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล. กรุงเทพฯ : สถาบันนโยบาย
ศึกษา, ๒๕๔๒.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. รายงานวิจัย เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.
เสนอต่อสำนักงานศาลปกครองและสถาบันพระปกเกล้า. (ม.ป.ท.)

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง ๕ (๒๕๒๙).

ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศ
ฝรั่งเศส, เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๕๔๕.

ประยูร กาญจนดุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ ๔, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๘.

ไพฑูริย์ เอกจริยกร. คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ ๕,
กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๔๖.

เพ็ญศรี วงศ์เสรี. หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน. วารสารวิชาการ
ศาลปกครอง ๔ (พฤษภาคม – สิงหาคม , ๒๕๔๗)

โกคิน พลกุล. คำพิพากษาของศาลปกครองประเทศไทย. วารสารวิชาการศาลปกครอง
(มกราคม ๒๕๔๕).

โกคิน พลกุล. คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เอกสารประกอบการพิจารณาเรื่องสัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด, ๑๘ กันยายน ๒๕๔๔.

โกคิน พลกุล. สัญญาทางปกครองในประเทศไทย. เอกสารประกอบการสัมมนาเชิงปฏิบัติการเรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครอง : การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล” วันที่ ๑๒-๑๓ มีนาคม ๒๕๔๖ ณ ห้องประชุม ๑๗/๒ ชั้น ๓๗ สำนักงานศาลปกครอง ห้องประชุม ๔ ศูนย์การประชุมสหประชาชาติ จัดโดย สำนักงานศาลปกครอง USAID และ The Kenan Institutes.

มานิตย์ วงศ์เสรี. ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายของสหพันธ์เยอรมัน. วารสารวิชาการศาลปกครอง ๔ (มกราคม – เมษายน, ๒๕๔๕)

มานิตย์ วงศ์เสรี. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๕.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร สมัยสามัญทั่วไป ครั้งที่ ๒๓/๔๒ เมื่อวันที่ ๑๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๒.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร สมัยสามัญนิติบัญญัติ ครั้งที่ ๗/๔๑ เมื่อวันที่ ๑๖ กรกฎาคม ๒๕๔๑.

ฤทัย หงส์ศิริ. การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย. วารสารกฎหมายปกครอง ๑๘, ๑ (เมษายน ๒๕๔๒).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. วารสารนิติศาสตร์ ๒๙, ๒ (มิถุนายน ๒๕๔๒).

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๔.

วิจิตรา วิเชียรชม. ย่อหลักกฎหมายแรงงาน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๒.

สุรพงศ์ กลั่นประชา. สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๔.

เสาวนีย์ อัครโรจน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ. รวมบทความ ข้อบังคับ
ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ,
สำนักอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม พิมพ์ครั้งที่ ๒ ๒๕๔๐.

อนันต์ จันทโรภากร. กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล.
กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๖.

อิสสระ นิตินันท์ประภาส. กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. กรุงเทพฯ : กิ่งกาญจน์การพิมพ์,
๒๕๒๙.

อิสสระ นิตินันท์ประภาส. ตอบ ๒๐ คำถามเกี่ยวกับศาลปกครองเรียนรู้เรื่องศาลปกครอง
อย่างคนธรรมดา. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๐.

อำพน เจริญชีวิน. การฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
วิญญูชน, ๒๕๔๔.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวรัชนิกุล บันเจียง เกิดวันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2522 ที่จังหวัดกรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต จาก คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปี พ.ศ. 2543 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. 2545



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย