

ทิศทางของสัญญาทางปกครองในระบบ กฎหมายไทย

The direction towards Administrative Contracts
in according with Thai legal system

นิรัชรา พงศ์อาจารย์¹

Niratchara Pong-ajarn¹

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต¹

Faculty of Law PRIDI BANOMYONG, Dhurakij Pundit University¹

E-mail: Niratchara.won@dpu.ac.th

Received 26/07/2019

Revised 24/10/2019

Accepted 14/11/2019

บทคัดย่อ

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ซึ่งได้กำหนดให้มีศาลปกครองขึ้น เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ฉะนั้นสิ่งสำคัญคือการแยกประเภทของสัญญา

ทางแพ่งและสัญญาทางปกครองออกจากกัน เพราะคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะต้องอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง การกำหนดประเภทและกำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองจึงต้องมีลักษณะที่ชัดเจนโดยกฎหมาย

สัญญาทางปกครองในปัจจุบันนอกจากที่กฎหมายได้กำหนดประเภทไว้ ยังมีสัญญาที่เกิดจากการวางหลักขององค์การตุลาการที่เกี่ยวข้อง เช่น ศาลปกครอง หรือ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ได้วางแนวทาง

¹ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 110/1-4 ถนนประชาชื่น แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210

ของสัญญาทางปกครองของแต่ละประเภทที่เปลี่ยนแปลงไป หลังจากศาลปกครองได้เปิดทำการจนถึงในปัจจุบัน บทความนี้ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงความเป็นมาและลักษณะของสัญญาทางปกครองของไทย ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงของลักษณะของสัญญาทางปกครองที่เกิดจากการวางหลักจากแนววินิจฉัยขององค์กร

ตุลาการที่เกี่ยวข้องโดยศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ผู้เขียนประสงค์ให้นำการวางแนววินิจฉัยขององค์กรตุลาการมาบัญญัติให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อเกิดความชัดเจนต่อไป

คำสำคัญ: สัญญาทางปกครอง, ทิศทางของสัญญาทางปกครอง

Abstract

When the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2540 was promulgated, the Administrative Court was established in order to handle administrative case which is not within the jurisdiction of the Court of Justice. Under the Act on Establishment of the Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.C. 2542, the Administrative Court was established in order to try and judicate administrative case. Nevertheless, the method to differentiate the administrative contract from contract that falls under the Civil and Commercial Code which is now of greatest significance should be set up since any dispute relating to administrative contracts shall be fallen within jurisdiction of the Administrative Court. Hence, the criteria to determine the type and characteristic

of administrative contract should be clearly established.

Administrative contract is not merely defined by the law, on the contrary, there are a multitude of rulings which govern acquisitions. First and foremost, the Supreme Administrative Court of Thailand has also characterized various contracts as an administrative contract in its ruling. Besides, since the Administrative Court has been operated, the office of the Secretariat of Committee on Jurisdiction of Courts, upon its ruling, has also viewed the type of administrative contract differently. This article discusses the development of administrative contracts as well the characteristic of the afore-mentioned contracts. To a great extent, the revolution of administrative contracts arising from the principles from the judicial decisions of the relevant judicial bodies has also been focused in the present work

by comparing them with the judicial decisions in other countries. The author presents proposition that the judicial decisions of the relevant judicial bodies concerning the administrative contract

should be added to the sources of law for further clarity.

Keywords: Administrative contract, the direction of the administrative contract.

บทนำ

“สัญญาของทางราชการ” จัดเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้ทำสัญญากับเอกชนหรือองค์กรอื่นเพื่อให้เข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะร่วมกันกับรัฐหรือดำเนินการบริการสาธารณะแทนรัฐ รวมไปถึงการทำสัญญาซื้อขาย จัดหา จัดซื้อ จัดจ้าง สิ่งของ วัสดุ อุปกรณ์ที่จำเป็นต่าง ๆ เพื่อนำมาใช้ในงานราชการ ซึ่งปรากฏมานานตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 ในอดีตที่ผ่านมาเราจึงรู้จักสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในนามของ “สัญญาของทางราชการ” หรือ “สัญญาของรัฐ” (Nantawat Boramanan, 2010, pp.41) ข้อพิพาททั้งหลายที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาของทางราชการอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม

“สัญญาทางปกครอง” เป็นคำศัพท์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่ (Suraphon Nitikraipot, 2017, pp.13) เมื่อประมาณยี่สิบปีที่ผ่านมา ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)² กำหนดให้มีศาลปกครองที่มีอำนาจพิจารณาคดีพิพาททางปกครอง โดยแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม การให้คำนิยาม

ของ “สัญญาทางปกครอง” ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ถือได้ว่าเป็นการให้คำนิยามปลายเปิด เนื่องจากว่าการที่กำหนดว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น อาจต้องพิจารณาหลายองค์ประกอบ เช่น องค์ประกอบในแง่ของความเป็นคู่สัญญาที่คู่สัญญาต้องเป็นฝ่ายรัฐฝ่ายหนึ่ง และองค์ประกอบในด้านของลักษณะของสัญญาที่มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง การเข้ามาทำสัญญาของรัฐในโลกสมัยใหม่นี้ที่มีลักษณะกิจการแตกต่างกันออกไป จึงอาจต้องมีรูปแบบของสัญญาให้เหมาะสมกับแต่ละลักษณะแต่ละกิจการด้วย ดังนั้น การให้คำนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” จึงไม่อาจยึดติดกับเพียงรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งหรือจำกัดที่ประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้น อาจต้องมีการกำหนดเพิ่มเติมตามความเหมาะสมกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป ในปัจจุบันนี้สัญญาทางปกครองนับวันจะมีบทบาทและมีความสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ トラบใดที่รัฐยังคงมุ่งตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน บทความนี้ศึกษาถึงปัญหาและความสำคัญในการกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครอง

² มาตรา 276 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ที่กำหนดไว้ในกฎหมายตาม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วยลักษณะของสัญญานั้นเอง นอกจากนี้ที่กำหนดในพระราชบัญญัติฉบับนี้ซึ่งอาจถูกกำหนดโดยการวางหลักจากศาลปกครอง หรือ องค์กรที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยศึกษาถึงการวางแนวทางของลักษณะของสัญญาทางปกครองที่เปลี่ยนไปตั้งแต่เปิดทำการของศาลปกครองจนถึงปัจจุบัน

1. พัฒนาการของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ในอดีตนั้น มีหลักฐานอันเป็นลายลักษณ์อักษร ค้นพบว่าสมัยกรุงศรีอยุธยา (The Prime Minister, 1956, pp.152-159) ในรัชสมัยแผ่นดินสมเด็จพระนเรศวรมหาราช (พ.ศ. 2199-2231) ได้ให้ฮอลันดาผูกขาดสินค้าหนังกวางและหนังโค ชี้อติบุก ผูกขาดไม้ และรังนก ซึ่งนับว่าเป็นการให้เอกชนเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยได้รับพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ก็พบหลักฐานการทำข้อตกลงการทำเหมืองแร่เป็นภาษาอังกฤษในจังหวัดสงขลา พัทลุง และชุมพรในเดือนมกราคม พ.ศ. 2431 ในยุคสมัยนั้นอาจแบ่งสัญญาของทางราชการออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาไปรเวท (private contract)

และสัญญาของแผ่นดิน (public contract) สัญญาไปรเวท คือ สัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อขายสิ่งของต่าง ๆ การจ้างคน ม้า ช้าง รวมถึงการเช่าที่ เช่าเรือ เช่าตึก เช่าโรงเรียน เช่าแพที่มีเจ้าของ กิจกรรมมีลักษณะเป็นกิจการของเอกชน น่าจะคล้ายคลึงกับสัญญาทางแพ่งของทางราชการในปัจจุบัน อีกประเภทหนึ่งคือ สัญญาับบถิก (public contract) เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า สัญญาของแผ่นดิน หรือ สัญญามหาชน (Palawee Pisitsaenakul, 2010, pp.113) เป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการรักษาเมืองกับชาวต่างชาติ ในกิจการที่เกี่ยวกับการค้าไม้ ร่อนทอง ขุดไร่ ขุดคลอง ทำทาง หรือกิจการที่รัฐเป็นเจ้าของผูกขาดไว้ทำคนเดียว มีลักษณะคล้ายสัญญาสัมปทานให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในปัจจุบันนี้ หรือทำกิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภค สาธารณูปการต่าง ๆ เช่น การสร้างทางรถไฟ ทำถนน ขุดคลอง เป็นต้น สัญญาประเภทนี้น่าจะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่เป็นสัญญาทางปกครองในปัจจุบัน

บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาของทางราชการในอดีตที่ผ่านมา มักเป็นสัญญาพัสดุ การจัดซื้อ จัดจ้าง และสัญญาสัมปทาน ในสมัยรัชกาลที่ 5 สมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมหาราช ได้เปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญาต่าง ๆ ในการทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติค่อนข้างมากกว่าในยุคสมัยอื่น ๆ เป็นที่น่า

สังเกตได้ว่า คู่สัญญาล้วนแต่เป็นบริษัทต่างชาติ หรือ ชาวต่างชาติ ซึ่งในขณะนั้นยังไม่พบว่า มีกฎหมายกลางที่กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์

การเข้าทำสัญญา มีกฎหมายบัญญัติมาบังคับ เฉพาะกับกิจการประเภทที่อนุญาตให้เอกชน เข้ามาทำสัญญาประเภทนั้นโดยตรง อันได้แก่

ชื่อ	สาระสำคัญ	หมายเหตุ
พระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก พ.ศ. 2457 (ร.ศ.116)	สาระสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายฉบับนี้คือ ห้ามมิให้ผู้ที่ไม่ได้รับสัญญาอนุญาตจากรัฐบาลหรือไม่ได้รับใบอนุญาตให้ตัดต้นไม้สักในเขตพื้นที่ของหลวง สันนิษฐานว่ากฎหมายฉบับนี้น่าจะเป็นกฎหมายฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับแนวความคิดเรื่องสัมปทานให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในเวลาต่อมา	ถูกยกเลิกโดย พ.ร.บ ป่าไม้ พ.ศ. 2484
พระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ. 2461	ในพระราชบัญญัติฉบับนี้พบคำว่าประทานบัตรทำเหมืองแร่ หรือ ประทานบัตร ซึ่งหมายถึง การอนุญาตให้เอกชนมาใช้ประโยชน์จากการทำเหมืองแร่ตามที่กำหนด	ถูกยกเลิกโดย พ.ร.บ แร่ พ.ศ. 2510
พระราชบัญญัติจัดการรถไฟและทางหลวง พุทธศักราช 2464	กฎหมายฉบับนี้กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดมาสร้างทางรถไฟโดยไม่ขออนุญาตจากรัฐเสียก่อน เว้นเสียแต่จะได้รับพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ ที่แสดงให้เห็นถึงรัฐต้องการผูกขาดกิจการการเดินทางรถไฟ และมีการกำหนดอำนาจหน้าที่สิทธิของผู้ได้รับอนุญาตสร้างทางรถไฟ โดยให้อยู่ในการกำกับตรวจตราดูแลของกรมรถไฟ อันน่าจะหมายถึงการกำกับดูแล	ถูกยกเลิกโดย พ.ร.บ. การรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494
พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471	ได้กำหนดถึงกิจการบางประเภทที่เรียกว่า กิจการสาธารณูปโภค อันได้แก่ การรถไฟ รถราง ขุดคลอง เดินอากาศ ประปาชลประทาน โรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ที่วางหลักเกณฑ์ในการให้เอกชนมาจัดทำบริการสาธารณะ ต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทาน	ถูกยกเลิกโดย ประกาศ คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515
พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พุทธศักราช 2473	มีสาระสำคัญคือห้ามมิให้ผู้ใดมาสร้างทางและบำรุงรักษาทางหลวงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาล และ ปรากฏคำว่าสัมปทาน ขึ้นเป็นครั้งแรก กฎหมายฉบับนี้แสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ของรัฐหลายประการ เช่น รัฐบาลสามารถเพิกถอนสัมปทานทางหลวงก่อนสิ้นอายุระยะเวลาตามที่ได้กำหนด ในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายกลางที่กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำสัญญาของทางราชการ	ถูกยกเลิกโดย พ.ร.บ. ทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542

ชื่อ	สาระสำคัญ	หมายเหตุ
พระราชบัญญัติ อากรรังนกอีแอ่น พุทธศักราช 2482	กฎหมายฉบับนี้ใช้คำว่า อนุญาตให้เก็บรังนก ไม่พบคำว่า สัมปทาน และไม่พบการกำหนดเอกสิทธิ์ใด ๆ ของรัฐ	ถูกยกเลิกโดย พ.ร.บ. อากร รังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540
พระราชบัญญัติ ป่าไม้ พ.ศ. 2484	ผู้ได้รับอนุญาตเรียกว่าผู้รับอนุญาตทำไมต้องเสียค่าภาคหลวง ให้แก่รัฐ ในกฎหมายฉบับนี้อนุญาตให้เอกชนเข้ามาทำหรือ หาประโยชน์จากไม้ของรัฐ กฎหมายฉบับนี้ได้ยกเลิก พ.ร.บ. ประกาศรักษาป่าไม้ ร.ศ. 116, พ.ร.บ. รักษาต้นไม้สัก ร.ศ. 116, พ.ร.บ. รักษาป่า พ.ศ. 2456 และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง	
พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510	กฎหมายฉบับนี้การอนุญาตยังคงใช้คำว่า การออกประทานบัตร ให้ทำเหมืองและอาชญาบัตรให้สำรวจแร่ โดยต้องขออนุญาตจาก รัฐมนตรี โดยรัฐมีเอกสิทธิ์ เช่น สามารถเพิกถอนใบอนุญาตได้เมื่อมี เหตุกระทบถึงความปลอดภัย หรือความผาสุกของประชาชน หรือ เมื่อมีเหตุอันกระทบถึงความปลอดภัย หรือเศรษฐกิจของประเทศ รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตนำแร่เข้าในราชอาณาจักร หรือใบอนุญาตส่งแร่ออกนอกราชอาณาจักรเมื่อใดก็ได้	
พระราชบัญญัติ ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514	กฎหมายฉบับนี้กำหนดเรื่องการให้สัมปทานแก่เอกชนมาสำรวจ และผลิตปิโตรเลียมที่มีอยู่ในรัฐ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยคำแนะนำของคณะกรรมการปิโตรเลียม	
ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 วันที่ 6 มกราคม พ.ศ. 2515	สาระสำคัญคือ กำหนดกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค และ หากเอกชนต้องการประกอบกิจการที่กำหนดนั้น ให้ขออนุญาต หรือขอสัมปทานจากรัฐมนตรี	
พระราชบัญญัติว่าด้วย การให้เอกชนเข้าร่วม งานหรือดำเนินการใน กิจการของรัฐ พ.ศ. 2535	กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ การทำสัญญาของรัฐและเอกชน สำหรับ การทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่ให้เอกชน เข้าร่วมทุนกับรัฐที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ยกเว้น สัมปทานปิโตรเลียมและการทำเหมืองแร่ มีการกำหนดคณะกรรมการ หนึ่งชุด มีจุดมุ่งหมายเพื่อต้องการให้มีคณะกรรมการ อื่น ๆ เข้ามาร่วมพิจารณาการร่วมทุนด้วย โดยรัฐมนตรีเจ้ากระทรวง เป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาให้เอกชนเข้าทำสัญญา และนำเสนอ โครงการต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบ	ถูกยกเลิกโดย พระราชบัญญัติ การให้เอกชน ร่วมลงทุนใน กิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ชื่อ	สาระสำคัญ	หมายเหตุ
พระราชบัญญัติ การให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556	กฎหมายฉบับนี้กำหนด วิธีการ หลักเกณฑ์ในการให้เอกชนมา ร่วมลงทุนในโครงการของรัฐ โดยมีคณะกรรมการนโยบายการ ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เป็นผู้พิจารณา และสำหรับ โครงการที่มีมูลค่ามากกว่า 1,000 ล้านบาทขึ้นไป เริ่มต้นตั้งแต่การ เสนอโครงการ การดำเนินโครงการและการควบคุมและติดตาม โครงการ ต้องเป็นไปตามวิธีการกระบวนการที่กฎหมายฉบับนี้ กำหนด	พระราชบัญญัติ ร่วมทุน ระหว่างรัฐ และเอกชน พ.ศ. 2562
พระราชบัญญัติ การร่วมทุนระหว่างรัฐ และเอกชน พ.ศ. 2562	กฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้เมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. 2562 โดย ยกเลิกพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งใช้สำหรับโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน ที่มีมูลค่า 5,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือต่ำกว่า 5,000 ล้านบาท ได้ โดยได้รับความเห็นชอบโดยคณะกรรมการนโยบายการร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน PPP (Public Private Partnership) ในกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ เพราะ ในปัจจุบันนี้ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นอีกทางเลือก ที่น่าสนใจ โดยเฉพาะในยุคที่รัฐมีภารกิจบริการสาธารณะมากมาย ที่อาจส่งผลกระทบต่องบประมาณของรัฐได้ การให้เอกชนเข้ามามีส่วน ร่วมในการลงทุนจึงเป็นการแบ่งเบาภาระทางการคลังของรัฐ อีกเพื่อประโยชน์ในการถ่ายทอดเทคโนโลยีนวัตกรรมต่าง ๆ จากฝั่งเอกชน โดยกำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนให้ แก่โครงการร่วมลงทุนอย่างเหมาะสมภายใต้กรอบวินัยการเงิน การคลัง ซึ่งหมายถึง ความเหมาะสมด้านระยะเวลากับค่าใช้จ่าย ที่ต้องเสียไปจากกิจการนั้นว่าคุ้มค่าหรือไม่ รัฐต้องแบกรับภาระ หนักเกินไปหรือไม่ และ กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการโดย ความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีสามารถให้เอกชนมาร่วมลงทุนได้ และในกฎหมายฉบับนี้ ได้กำหนดเอกสิทธิ์ให้แก่รัฐเพื่อประโยชน์ สาธารณะในการที่จะเข้าดำเนินโครงการร่วมลงทุน หรือมอบให้ ผู้อื่นดำเนินโครงการร่วมลงทุนเป็นการชั่วคราว แก่ไขสัญญา ร่วมลงทุน หรือบอกเลิกสัญญาร่วมลงทุนได้ โดยในกรณีที่เหตุ จากการใช้อำนาจนั้นไม่ได้มาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญา ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญา อย่างเป็นธรรม อันเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครอง ที่กำหนด เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองได้ชัดเจน	

ชื่อ	สาระสำคัญ	หมายเหตุ
ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535	ใช้บังคับแก่ส่วนราชการเรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับพัสดุ การจัดซื้อ จัดจ้าง ที่ปรึกษา การบริการ โดยใช้บังคับแก่ส่วนราชการซึ่งดำเนินการโดยใช้เงินงบประมาณ เงินกู้ และเงินช่วยเหลือ โดยระเบียบนี้วางหลักเกณฑ์กระบวนการเกิดและสิ้นสุดของสัญญาของทางราชการ	
ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549	ใช้สำหรับการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมด้วยวิธีการซื้อหรือการจ้างแต่ไม่รวมถึงการจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การซื้อ หรือการจ้างโดยวิธีพิเศษและวิธีกรณีพิเศษที่สามารถทำได้ตามระเบียบอื่น โดยกำหนดให้ผู้เสนอราคาได้เสนอราคาแข่งขันกันเองด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ภายในระยะเวลาและ ณ สถานที่ที่กำหนดโดยไม่เปิดเผยตัวเลขที่มีการเสนอราคา	
พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ 2560	บังคับใช้กับทุกหน่วยงานของรัฐ ในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยงานธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานกำกับของรัฐสภาและหน่วยงานในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานที่กำหนดในกฎกระทรวง สาระสำคัญหลายประการที่แตกต่างจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี คือ มีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อ/จัดจ้าง ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง ในทุกขั้นตอน ตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำแผนการ จัดซื้อจัดจ้าง การประกาศเชิญชวน ราคากลาง เกณฑ์การพิจารณา ข้อเสนอการประกาศผลผู้ชนะ การยกเลิกการจัดซื้อ/จัดจ้าง การทำสัญญาและการบริหารสัญญา และเน้นถึงความโปร่งใส กระทำอย่างเปิดเผย ตัวอย่างเช่น ห้ามมิให้ผู้มีส่วนได้เสียทางตรงหรือทางอ้อมหรือมีความสัมพันธ์ ทำสัญญากับหน่วยงานราชการ หรือกระทำในลักษณะแสวงหาประโยชน์จากการเข้ามาเป็นผู้สัญญากับทางราชการ หรือเกณฑ์การพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอให้พิจารณาประโยชน์และวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญ โดยไม่จำเป็นต้องใช้ราคาต่ำสุด ในขณะที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีจะพิจารณาราคาต่ำสุดเป็นเกณฑ์การทำสัญญา กฎหมายฉบับนี้มีสาระสำคัญ เช่น การกำหนดวิธีจัดซื้อจัดจ้าง งานจ้างที่ปรึกษา งานจ้างออกแบบควบคุมงาน ขั้นตอนการทำสัญญา การงด ลดค่าปรับ การขยายระยะเวลาของสัญญา การบอกเลิกสัญญา และลักษณะของการทิ้งงาน เป็นต้น	

ดังนั้น เห็นได้ว่าแรกเริ่มของการให้เอกชน มาทำกิจการบริการสาธารณะหรือใช้ประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติในลักษณะของ สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากธรรมชาติ นั้น อยู่ในรูปแบบของพระบรมราชานุญาตของ พระมหากษัตริย์ โดยทำเป็นข้อตกลงกับคู่สัญญา ฝ่ายเอกชน ไม่มีหลักฐานแน่ชัดปรากฏว่ามี กฎหมายฉบับใดเป็นกฎหมายกลางเฉพาะควบคุม และเริ่มมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นกฎหมาย เฉพาะบังคับใช้กับกิจการประเภทนั้น ๆ เช่น พ.ร.บ. รักษาต้นไม้สัก พ.ศ. 2457 (ร.ศ.116) พ.ร.บ. จัดวางการรถไฟและทางหลวง พุทธศักราช 2464 เป็นต้น ต่อมาอำนาจในการให้อนุญาต เป็นของรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงที่กำหนด มี พ.ร.บ. ควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัย หรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 กำหนดกิจการบางประเภทที่รัฐห้ามมิให้เอกชน เข้ามาทำโดยไม่ได้ขออนุญาตจากรัฐเสียก่อน และเริ่มมีกฎหมายกลางเพื่อควบคุมกำหนด หลักเกณฑ์วิธีการในการให้เอกชนเข้ามา ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ คือ พ.ร.บ. ว่าด้วยการ ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการ ของรัฐ พ.ศ. 2535 ตลอดจนกฎหมาย เช่น พ.ร.บ. จัดซื้อ จัดจ้าง การบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หรือระเบียบที่ใช้ในส่วนราชการ ในการจัดซื้อ จัดหา จัดจ้าง พัสดุ บริการต่าง ๆ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ พัสดุ พ.ศ. 2535 และกฎหมายกลางที่ใช้ ในการอนุญาตให้เอกชนเข้ามา ร่วมลงทุนเพื่อ

จัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ เช่น พ.ร.บ. ร่วมทุน ระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ถึงแม้ว่า กฎหมายเหล่านี้จะเป็นกฎหมายที่ควบคุมและ กำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าทำสัญญาระหว่าง รัฐกับเอกชนก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่า สัญญาทุกประเภทที่อยู่ภายใต้กฎหมายเหล่านี้ จะเป็นสัญญาทางปกครองทุกประเภท เพราะ สัญญาทางปกครองนั้นต้องมีลักษณะเฉพาะ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

1.1 สัญญาทางปกครองในระบบ กฎหมายไทย

ตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้มี การกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง³ ดังนั้น สิ่งสำคัญอย่างยิ่ง คือ การแยกคดี พิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกับสัญญา ทางแพ่ง เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติที่กำหนดถึง ลักษณะของสัญญาทางปกครองใน มาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น มีสาระ สำคัญว่า สัญญาทางปกครอง หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคล ที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญา สัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญา ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งจากมาตรานี้เป็นการให้คำนิยามที่ใช้คำว่า

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

หมายความรวมถึง⁴ เป็นการให้คำนิยามแบบยกตัวอย่างประเภทของสัญญาทางปกครองเท่านั้นโดยเจตนารมณ์ของผู้ร่างก็คือ ต้องการให้ศาลปกครองเป็นผู้พัฒนาหลักของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยต่อไปในอนาคต เพราะไม่สามารถกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครองได้อย่างครบถ้วนในเวลานั้น ดังนั้น จากการกำหนดในมาตรา 3 สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นต้องมีลักษณะ 2 ประการ ดังนี้ ประการที่ 1 พิจารณาจากคู่สัญญา คือ คู่สัญญาต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ⁵ ประการที่ 2 พิจารณาจากประเภทของสัญญา คือ ต้องเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ฉะนั้นสัญญาทางปกครองตามที่มาตรา 3 พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนด มีลักษณะ ดังนี้

1. คู่สัญญา ต้องมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัด อำเภอ ราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา

หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ เช่น องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

2. ลักษณะหรือประเภทของสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่

2.1 สัญญาสัมปทาน คำนิยามของคำว่า “สัญญาสัมปทาน” ยังไม่มีการกำหนดให้ความหมายใด ๆ ไว้ในบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยที่ผ่านมาได้พิจารณา ลักษณะของสัญญาสัมปทานจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง โดยนำความหมายจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.349/2549 ที่เป็นคดีข้อพิพาทระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (ผู้ฟ้องคดี) และ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) (ผู้ถูกฟ้องคดี) โดยกล่าวถึงลักษณะของการที่รัฐให้สัมปทานในการจัดตั้ง และส่งวิทยุโทรทัศน์ภาคใต้เงื่อนไข มีลักษณะอันเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งมีใช้สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งพบว่าสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะมีลักษณะ คือ การที่รัฐให้เอกชนมาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ ในกิจการบริการสาธารณะอันอยู่ในภาระหน้าที่ของตนภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยเอกชนต้องรับความเสี่ยงและลงทุนเอง และเอกชนจะมีสิทธิเก็บค่าบริการโดยตรงจากผู้ใช้บริการนั้น เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวงต่าง ๆ เช่น สัญญา

⁴ จากรายงานในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของวุฒิสภาในการประชุมครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2542

⁵ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

โครงการทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างกรมทางหลวง กับบริษัททางยกระดับดอนเมืองกรุงเทพ จำกัด ตามพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 หรือสัญญาที่บริษัทขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ จำกัด ทำสัญญาสัมปทานให้เอกชนนำรถขนส่งมาวิ่งร่วมในถนนหลวง ตามระเบียบและคู่มือรถร่วม บริษัท ขนส่ง จำกัด พ.ศ. 2473 หรือ **หน่วยงานทางปกครองทำสัญญากับบริษัท เอกชนบริการรถไฟฟ้า** ตามพระราชบัญญัติ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 เป็นต้น สัญญาประเภทนี้มักมีชื่อสัญญาขึ้นต้นว่าสัญญาสัมปทาน แต่ก็ได้มีความหมายจำกัดเฉพาะสัญญาที่ขึ้นต้นว่าสัญญาสัมปทานเท่านั้นจะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาสัมปทานประเภทนี้อาจใช้ชื่อสัญญาว่าอย่างอื่นแต่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะได้ เช่น สัญญาโครงการทางด่วนระยะที่ 2 บางโคล่-แจ้งวัฒนะ ที่เป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐมอบหมายให้เอกชนเข้ามาดำเนินการบริการสาธารณะโดยการก่อสร้างทางด่วนและให้บริการแก่ประชาชนก็เป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเช่นเดียวกัน ในสัญญาสัมปทานนี้ มักปรากฏคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งต้องมีการนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในการทำสัญญานั้นแล้วเสมอ⁶ แต่สำหรับพระราชบัญญัติ

ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ที่ยกเลิกพระราชบัญญัติเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ที่บังคับใช้ในปัจจุบันนั้น ใช้คำว่า “ร่วมลงทุน”⁷ แทนคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” แต่ยังคงให้ความหมายเช่นเดิม โดยหมายความว่าร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใดหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด จะเห็นได้ว่ามีความหมายกว้างกว่าการให้เอกชนมาร่วมลงทุนด้วยเงินตราเท่านั้น ยังรวมถึงการอนุญาตให้สัมปทาน หรือให้สิทธิตามที่ทบบัญญัติกำหนดไว้ และ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ ยังได้มีการกำหนดประเภทกิจการของการสัมปทานที่ต้องบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้⁸ เช่น ถนนทางหลวง ทางพิเศษ การขนส่งทางถนน รถไฟ รถไฟฟ้า การขนส่งทางราง ท่าอากาศยานการขนส่งทางอากาศ ท่าเรือ การขนส่งทางน้ำ การพลังงาน การโทรคมนาคม การสื่อสาร เป็นต้น

2.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ คือ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจจัดทำบริการสาธารณะทำสัญญากับบุคคลอื่นหรือองค์กรอื่น และมีข้อกำหนดให้บุคคลอื่นหรือองค์กรอื่นมาจัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานทางปกครองหรือร่วมกับหน่วยงานทางปกครอง โดยหน่วยงานทางปกครองให้เงินหรือประโยชน์อื่น ๆ แก่บุคคลนั้นเป็นการ

⁶ จากรายงานความเห็นในการตรวจร่างสัญญา ของสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่สศด. 58/2531 พ.ศ. 2531

⁷ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

⁸ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

ตอบแทน สัญญาประเภทนี้จะมีลักษณะของ “การให้บริการ”

ลักษณะของสัญญาที่ให้จัดทำบริการ สาธารณะนั้นจะมีความคล้ายคลึงกับสัญญา สัมปทาน คือ ให้เอกชนมาจัดทำบริการสาธารณะ แทนหรือร่วมกันกับหน่วยงานทางปกครอง แต่แตกต่างกันตรงที่การจ่ายค่าตอบแทนแก่ คู่สัญญาเอกชน โดยสัญญาประเภทนี้คู่สัญญา ฝ่ายเอกชนจะได้ค่าตอบแทนโดยตรงจากหน่วยงานทางปกครองอาจเป็นรูปแบบ ค่าตอบแทน ค่าจ้าง ค่าเช่า ก็ได้ ที่เรียกชื่อแตกต่างกันออกไป ซึ่งพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลปกครอง สูงสุด

ตัวอย่างเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 619/2551 ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาที่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำสัญญาว่าจ้าง เอกชนมาเก็บขยะ โดยจ่ายค่าจ้างเป็นรายตัน หรือแล้วแต่จะตกลงกันในสัญญา หรือ อาจเป็น สัญญาที่มีชื่อเรียกอื่น ๆ ก็ได้ เช่นในสัญญานี้ ใช้ชื่อว่า “สัญญาเช่า” ก็มีลักษณะเป็นสัญญา ที่ให้จัดทำบริการสาธารณะได้เช่นเดียวกัน ถ้ามีลักษณะของการที่คู่สัญญาได้รับค่าตอบแทน จากหน่วยงานทางปกครอง

ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลที่ 96/2556 กรุงเทพมหานครทำ สัญญาเช่ารถกวาดตูดฝุ่นจากบริษัทเอกชน พร้อมพนักงานขับรถประจำทุกคันทั่วเขต กรุงเทพมหานคร โดยกำหนดว่าเอกชนผู้ให้ เช่าต้องมอบรถ พนักงานขับรถ และผู้ควบคุม งานให้กรุงเทพมหานคร ค่าตอบแทนในสัญญา เรียกว่าค่าเช่า ตามชื่อของสัญญาเช่า แต่แท้จริง

คือ ค่าตอบแทนในลักษณะค่าจ้าง และสัญญา มีเนื้อหามิ่ข้อกำหนดให้เอกชนซึ่งเป็นผู้ให้เช่า มาร่วมทำบริการสาธารณะกับกรุงเทพมหานคร โดยนำรถ และพนักงานขับรถมาจัดทำบริการ สาธารณะ ในหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร ดังนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลจึงวินิจฉัยว่าสัญญานี้เป็นสัญญา ที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเป็นการจ้าง บุคคลมาจัดทำบริการสาธารณะร่วมกันกับ หน่วยงานทางปกครอง

ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลที่ 8/2552 กรุงเทพมหานคร ทำสัญญาจ้างบริษัทเอกชนให้จัดหาพนักงาน ต้อนรับมาประจำที่ศาลว่าการ และที่ทำการเขต ต่าง ๆ ในกรุงเทพมหานคร ทำงานตั้งแต่เวลา 7.30-16.30 น. ระยะเวลา 13 เดือน โดยมีหน้าที่ ให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำในการติดต่อราชการ จำนวน 103 คน พนักงานเหล่านี้เป็นลูกจ้าง ของบริษัทฯ คณะกรรมการชี้ขาดว่า หน้าที่ คอยแนะนำและช่วยเหลือประชาชนที่มาติดต่อ ทำธุรกรรมกับกรุงเทพมหานคร และที่ว่าการ เขตต่าง ๆ ถือว่าเป็นบริการสาธารณะ อันเป็น หน้าที่ของกรุงเทพมหานคร ฉะนั้น สัญญานี้ จึงเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะที่ คู่สัญญาเอกชนทำร่วมกับกรุงเทพมหานคร เป็นต้น

2.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คำว่า สิ่งสาธารณูปภคณั้น คณะกรรมการวินิจฉัย ชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วางหลัก คำวินิจฉัยปี 2545 ไว้ว่า สิ่งที่จะถือว่าเป็นสัญญา จัดให้มีสิ่งสาธารณูปภคณั้น ต้องมีลักษณะดังนี้

1. สิ่งสาธารณูปโภคนั้นต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ และ 2. ต้องเป็นสิ่งที่ประชาชนได้ใช้ประโยชน์ร่วมกัน หรืออาจเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่หน่วยงานทางปกครองต้องใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองนั้น เช่น ถนน สะพานข้ามแม่น้ำ สะพานลอย ที่เป็นสิ่งสาธารณูปโภคโดยสภาพในตัว หรืออสังหาริมทรัพย์ที่ตัวของมันเอง กรณีจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คือ เป็นเครื่องมือสำคัญที่หน่วยงานทางปกครองต้องใช้ในการบริการสาธารณะ เช่น อาคารเรียน ระบบสายส่งประปา เขื่อน รวมไปถึงการซ่อมแซมสิ่งเหล่านี้ด้วย ในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นสิ่งสาธารณูปโภคนั้น ย่อมมีขั้นตอนก่อนหรือระหว่างจะเสร็จสิ้นสมบูรณ์ของการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ อาจประกอบไปด้วยกระบวนการ ออกแบบ การควบคุมการก่อสร้าง และการเริ่มก่อสร้างจนก่อสร้างเสร็จสิ้น ดังนั้นกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคนั้น เริ่มตั้งแต่จัดหาที่ดิน การออกแบบสิ่งก่อสร้างหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่ นั้น กรณีนี้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีคำวินิจฉัยที่ 47/2557 ว่า สัญญาจ้างให้ออกแบบสิ่งสาธารณูปโภค และการควบคุมงานสิ่งก่อสร้างสาธารณูปโภคให้ เป็นไปตามแบบ คือ กระบวนการ หรือขั้นตอนหนึ่งของการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น จึงถือว่ามีข้อพิพาทในสัญญาจ้างออกแบบสิ่งสาธารณูปโภค เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ถือได้ว่า

ตั้งแต่กระบวนการออกแบบ การควบคุมงาน การตรวจรับงาน จนถึงการก่อสร้างเสร็จสิ้น จึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค องค์กฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องจึงยึดถือแนวทางนี้ มาโดยตลอด

มีปัญหาอีกประการหนึ่งที่เกิดขึ้นมา คือ หากเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างบ้านพักข้าราชการ หรือหอพักนักศึกษาของหน่วยงานทางปกครอง จะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่นั้น แม้ตัวอาคารเองเป็นอสังหาริมทรัพย์ แต่ด้วยตัวของอาคารเองไม่ได้เป็นสิ่งที่ประชาชนใช้ร่วมกัน และไม่ได้ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนรวม คณะกรรมการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้เคยวินิจฉัยว่า แม้ตัวอาคารเองประชาชนไม่ได้เข้าไปใช้ประโยชน์ร่วมกัน แต่อาคารเป็นที่พักอาศัยที่จำเป็นสำหรับข้าราชการ พนักงานที่มีหน้าที่บริการสาธารณะ ดังนั้น ตัวอาคารจึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญต่อการบริการสาธารณะให้บรรลุผลด้วยเช่นกัน จึงถือว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง

ต่อมาแนวทางวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในปัจจุบันได้เปลี่ยนแนวทางไป โดยคณะกรรมการวินิจฉัยฯ ได้เปลี่ยนแนวการวินิจฉัยแตกต่างไปจากเดิม คือ ถึงแม้ว่าสิ่งก่อสร้างนั้น จะเป็นถาวรวัตถุ และมีความสำคัญต่อหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่ถ้าประชาชนไม่ได้ใช้ประโยชน์ร่วมกัน เช่น อาคารที่พักอาศัย บ้านพักข้าราชการ หรืออธิบายได้ว่าพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาว่าเพื่อการบริการสาธารณะโดยตรง

หรือไม่ หากไม่มีวัตถุประสงค์ที่ประชาชนใช้โดยตรง จะไม่ถือว่าสัญญาจ้างสิ่งก่อสร้างนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ดังจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ ทิศทางของสัญญาทางปกครองของไทยในปัจจุบัน

2.4 สัญญาที่ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ การที่รัฐมีทรัพยากรธรรมชาติมากมาย เช่น ป่าไม้ รั้งนก แร่ธาตุในผืนดิน หน่วยงานทางปกครองที่มีหน้าที่ดูแลอยู่อนุญาตให้เอกชนนำทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้ไปใช้ โดยมีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานใด เช่น กรมทรัพยากรธรณีดูแลเกี่ยวกับแร่ธาตุในผืนดิน กรมป่าไม้ดูแลป่าไม้ เป็นต้น และผู้ได้รับอนุญาตต้องจ่ายค่าตอบแทนจากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินี้ให้แก่หน่วยงานทางปกครอง การออกใบอนุญาตนี้เรียกว่า “การประทานบัตร” ผู้ถือประทานบัตรตกลงว่าเมื่อตนเข้าไปแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้นจะแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่หน่วยงานทางปกครองเป็นค่าตอบแทนไม่ว่าตนจะได้รับประโยชน์จากทรัพยากรนั้นหรือไม่ก็ตาม บางกรณีเรียกว่า “ค่าภาคหลวง” สัญญาประเภทนี้จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 อนุญาตให้สำรวจและผลิตปิโตรเลียม หรือพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 อนุญาตการออกอาชญาบัตรในการสำรวจเหมืองแร่ ฉะนั้นถึงแม้ว่าสัญญาที่ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น แม้ไม่มีลักษณะเป็นการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวมแท้จริงแล้วเป็นการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว

จากทรัพยากรธรรมชาติของรัฐก็ตาม แต่ถูกกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง

ดังนั้น ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงกำหนดให้สัญญาทางปกครอง มี 4 ประเภทตามที่กล่าวมาข้างต้น

ต่อมาเมื่อคดีพิพาทในลักษณะของการที่หน่วยงานทางปกครองให้ทุนแก่ข้าราชการไปศึกษาต่อต่างประเทศโดยมีข้อกำหนดในสัญญาว่าเมื่อจบการศึกษาแล้วต้องกลับมาทำงานและชดใช้ทุนการศึกษาตามที่กำหนดในสัญญา แต่เมื่อครบกำหนดสัญญาแล้วข้าราชการผู้รับทุนไม่กลับมาปฏิบัติในหน่วยงานราชการของตน หน่วยงานทางปกครองนั้นจึงฟ้องร้องต่อศาลปกครอง ให้พิจารณาว่าสัญญานี้จะเป็นสัญญาทางปกครองใน 4 ลักษณะอันอยู่ในเงื่อนไขของอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ ศาลปกครองได้พิจารณาและมีคำสั่งในข้อพิพาทและได้วางหลักแนวทางเกี่ยวกับสัญญาลักษณะดังกล่าว ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544

สัญญาการศึกษาต่อต่างประเทศโดยทุนของส่วนราชการ ระหว่างกองทัพเรือ กับ นาย ก โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือ ข้าราชการผู้รับทุนการศึกษานั้นต้องกลับมารับราชการ ซึ่งในสัญญามีข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่ไม่อาจพบได้ในทางแพ่งทั่วไป เช่น มีข้อกำหนดจำกัดสิทธิไม่ให้ผู้รับทุนลาออกจากราชการ หรือโอนสังกัด หน่วยงานราชการสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว หรือให้อำนาจหน่วยงานราชการเรียกผู้รับทุนการศึกษากลับก่อนกำหนด

ได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ และผู้รับทุนการศึกษานั้น ต้องยินยอมให้เรียกกลับ หรือปลดผู้รับทุน ออกจากราชการได้แม้ไม่มีความผิดใด ๆ ก็ตาม ดังนั้น สัญญาให้ข้าราชการรับทุนการศึกษา เพื่อไปศึกษาต่อต่างประเทศนั้น จึงมีลักษณะ เป็นสัญญาทางปกครอง

ฉะนั้น จากคดีพิพาทนี้ ที่ประชุมใหญ่ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 จึง ได้มีการวางหลักเกณฑ์กำหนดถึงประเภทของ สัญญาทางปกครองเพิ่มขึ้นมาอีก โดยได้กำหนด ถึงลักษณะทางเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง ประเภทนี้ ดังนี้

1. สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือ บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการ บริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การบริการ สาธารณะบรรลุผล

จะเห็นได้ว่าการกำหนดประเภทและ ติความของศาลปกครองสูงสุดได้รับอิทธิพลจาก หลักกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะของระบบ กฎหมายฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก⁹ โดยมีการวางหลัก และยึดหลักเกณฑ์เรื่องการบริหารสาธารณะเป็น สำคัญในแนวเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ดังตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 62/2557 การเคหะแห่งชาติทำสัญญากับเอกชนให้จัดหา ที่ดินและระบบสาธารณูปโภคของโครงการฯ ถือเป็นสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมบริการ สาธารณะ หรือ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 801/2557 กรุงเทพมหานครอันเป็นหน่วยงานทางปกครอง ได้ให้บริษัทเอกชนจัดหาที่ดินเพื่อจัดทำเป็น ตลาด จึงเป็นการมอบหมายให้บริษัทเอกชน แห่งนี้เข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ ให้บรรลุผลอันเป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของ กรุงเทพมหานคร ตาม พ.ร.บ. ระเบียบบริหาร ราชการกทม พ.ศ. 2528 จึงมีลักษณะเป็น สัญญาทางปกครอง

2. สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่ง มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการ ดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการ สาธารณะบรรลุผล ลักษณะของสัญญาประเภท นี้อธิบายได้ว่า สัญญาต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อ การบริการสาธารณะ และมีเนื้อหาในสัญญาว่า คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองนั้น จะต้องมีการกำหนดในสัญญาหรือมีลักษณะ ของการแสดงให้เห็นถึงการมีอภิสิทธิ์เหนือ กว่าคู่สัญญาเอกชน ซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญา ทางแพ่ง ทั้งนี้การมีเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่านั้น ก็เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ตัวอย่างเช่น คำสั่ง ศาลปกครองสูงสุดที่ 828/2555 องค์การบริหาร ส่วนตำบลเกาะหวดได้มีการประกาศประมูล จำงด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์เพื่อก่อสร้างระบบ ประปา โดยผู้เสนอราคาต้องวางหลักประกัน ซองพร้อมยื่นประมูล โดยสัญญานี้ได้มีสาระ สำคัญกำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบล

⁹ จากรายงานการประชุมเชิงปฏิบัติการข้าราชการศาลยุติธรรม ศาลทหาร ศาลปกครอง และบุคลากรที่เกี่ยวข้องในกระบวนการ ยุติธรรม เรื่อง ปัญหาเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง: การตีความของศาลและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลในวันศุกร์ที่ 23 สิงหาคม 2556 หน้า 63

เกาะทวมมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุม การปฏิบัติตามสัญญา การแก้ไขสัญญา และการบอกเลิกสัญญา ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจ ของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองที่เป็น ลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครอง โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วม ในการดำเนินการบริการสาธารณะ หรือ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจ หน้าที่ระหว่างศาลที่ 90/2556 สัญญาจ้าง บริการระบบเกมสลาเกที่รู้จักกันในชื่อของ หวยออนไลน์ ที่มีข้อกำหนดในสัญญาให้หน่วยงาน ทางปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถ้ารัฐบาลมีนโยบายล้มเลิกโครงการนี้เสีย จึงเป็นสัญญาที่พบว่าเป็นการให้เอกสิทธิ์ แก่หน่วยงานทางปกครองอย่างมากที่ไม่อาจ พบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป หรือ

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจ หน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2555 สัญญาซื้อขาย ประตุตรวจค้นโลหะพร้อมติดตั้งระบบ และ ฝึกฝนการใช้งาน มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดซื้อ เครื่องมือสำคัญที่กรมธนารักษ์ใช้ในการจัดทำ บริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ให้บรรลุผล ทั้งสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญา ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองที่กำหนดให้เอกชน ที่เป็นคู่สัญญาต้องใช้เรือไทยในการขนส่งสิ่งของ หรือเครื่องตรวจโลหะตามสัญญา หากขนส่ง สินค้าโดยไม่ใช้เรือไทย จะต้องนำหลักฐาน การชำระค่าธรรมเนียมพิเศษ เนื่องจากการไม่ บรรทุกของโดยเรือไทย จึงจะมีสิทธิ์ได้รับเงิน ค่าสินค้า ซึ่งการกำหนดนี้ไม่อาจพบได้ในสัญญา ทางแพ่งทั่วไป ฉะนั้น สัญญาซื้อขายนี้จึงเป็น สัญญาทางปกครอง

“ทฤษฎีหรือหลักการการมีเอกสิทธิ์ของรัฐ ในสัญญาทางปกครอง” นั้นสืบเนื่องมาจาก การเข้าทำสัญญาของหน่วยงานทางปกครอง ที่ทำกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการ บริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เป็นหลักนั้น ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือ หน่วยงานทางปกครองจึงมีสถานะเป็นคู่สัญญา และเป็นผู้ดูแลปกป้องผลประโยชน์ของรัฐด้วย ดังนั้นหลักการของการทำสัญญาทางปกครอง อย่างหนึ่งก็คือ การมีเอกสิทธิ์ของรัฐที่เหนือกว่า คู่สัญญา ซึ่งการนำหลักเอกสิทธิ์มาใช้ในสัญญา ทางปกครองของระบบสัญญาทางปกครอง ของไทย ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมาย ฝรั่งเศสเช่นเดียวกัน เห็นได้จากการวางหลักของ ศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ว่า หากเนื้อความ สัญญาพบการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญา ฝ่ายรัฐเหนือกว่า สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญา ทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามการใช้เอกสิทธิ์ ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง นั้นยังคงต้องมีเงื่อนไขในการใช้ จะสามารถนำ มาใช้แก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิก ข้อสัญญาได้นั้น ต้องสอดคล้องหรือสัมพันธ์กับหลักเกณฑ์ของ การบริการสาธารณะเสมอ ซึ่งหลักเกณฑ์ของ การบริการสาธารณะ (Gilles J. Guglielm, 1994, pp.17) ได้แก่ทฤษฎีแห่งความเปลี่ยนแปลง ทฤษฎีความต่อเนื่อง และทฤษฎีแห่งความ เสมอภาค ซึ่งอาจอธิบายทฤษฎีแต่ละทฤษฎี อย่างย่อ ๆ ได้ดังนี้

1. ทฤษฎีแห่งความเปลี่ยนแปลง (Le principe d'adaptation) หลักนี้อธิบายได้ว่า การบริการสาธารณะนั้นย่อมมีวันเปลี่ยนแปลง

ได้เสมอ อาจเปลี่ยนแปลงด้วยความต้องการ การบริการสาธารณะประเภทนั้นในช่วงเวลานั้น พอวันเวลาเปลี่ยนไป การบริการสาธารณะ ประเภทนั้นอาจไม่เป็นที่ต้องการหรือมีความ จำเป็นอีกต่อไป ถึงแม้ว่าสัญญาที่ทำขึ้นมาจะ ยังไม่ถึงกำหนดเวลาสิ้นสุดลงตามที่กำหนดไว้ ในสัญญาก็ตาม ผลของความเปลี่ยนแปลงนั้น อาจทำให้ต้องยุบ หรือยกเลิกองค์กร หรือมีการ รวมกับองค์กรอื่น บุคคลทุกคนหรือหน่วยงาน ที่เกี่ยวข้อง หรือคู่สัญญาเอกชนผู้มีหน้าที่บริการ สาธารณะแทนรัฐหรือร่วมกันกับรัฐ ก็จำเป็นต้อง ยอมรับหลักแห่งความเปลี่ยนแปลงนี้ เพื่อ ประโยชน์แห่งส่วนรวมเสมอ ยกตัวอย่างเช่น ในอดีตมีหน่วยงานทางปกครองของรัฐหลายแห่ง ต้องยุบเลิกไป เพราะภารกิจอาจไม่ตรงกับ ความต้องการของคนในยุคสมัยนั้น เช่น องค์กร รับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.) องค์กร แบตเตอรี่ เป็นต้น รวมทั้งคู่สัญญาเอกชนที่อยู่ ในฐานะคู่สัญญาก็ต้องยอมรับหลักแห่งความ เปลี่ยนแปลงนี้ด้วยเช่นกัน

2. ทฤษฎีแห่งความต่อเนื่อง (Le principe de continuité) หลักนี้อธิบายได้ว่า การบริการ สาธารณะบางประเภทที่รัฐจัดทำขึ้นมาเพื่อ ตอบสนองความต้องการนั้นมีหลากหลายประเภท บางประเภทอาจมีความจำเป็นต้องจัดให้มีการ บริการแก่ประชาชนอย่างต่อเนื่องตลอดเวลา เช่น การบริการไฟฟ้า ประปา โรงพยาบาล สถานีตำรวจ สถานีดับเพลิง ฯลฯ แต่บางประเภท ไม่จำเป็นต้องจัดให้มีความต่อเนื่องตลอดเวลาได้ เช่น โรงเรียน ห้องสมุด รถประจำทาง สวนสัตว์ เป็นต้น ฉะนั้นสิ่งสำคัญประการหนึ่งของ

การบริการสาธารณะที่มีความจำเป็นต้องจัดให้มี ต่อเนื่องตลอดเวลา ย่อมเป็นหน้าที่ของรัฐ หรือเอกชนคู่สัญญาที่ต้องดำเนินการจัดให้มี อย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอเพื่อความต่อเนื่อง ที่จำเป็น และประชาชนย่อมมีสิทธิเรียกร้อง ให้มีการบริการสาธารณะอย่างต่อเนื่องได้

3. ทฤษฎีแห่งความเสมอภาค (Le principe d'égalité) สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งของ การบริการสาธารณะก็คือต้องคำนึงถึง ความเสมอภาค ทั้งในด้านของผู้มีหน้าที่บริการ สาธารณะ และผู้รับบริการสาธารณะ

ฉะนั้นการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐจึงต้องมีความ สัมพันธ์กับหลักเกณฑ์ของการบริการสาธารณะ เสมอ เมื่อหัวใจสำคัญประการหนึ่งของการทำ สัญญาทางปกครอง คือ การเข้าทำสัญญาเพื่อ ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น เราจึงพบเห็นการมีเอกสิทธิ์ที่เหนือ กว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง ที่ปรากฏในสัญญา และแม้ไม่ปรากฏในสัญญาก็ตามที่เรียกว่า “ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน” (Theorie de la puissance publique) เป็น ทฤษฎีอันเป็นที่มาของการพัฒนาหลักกฎหมาย ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทฤษฎีหนึ่ง เป็น ทฤษฎีที่สนับสนุนอำนาจรัฐที่เป็นใหญ่ รัฐเป็น ผู้ถือและกำหนดอำนาจมหาชน เพราะรัฐมี หน้าที่ในการรักษาประโยชน์ส่วนรวมนั่นเอง ดังนั้น ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามรัฐย่อมมีเอกสิทธิ์ เหนือกว่าเสมอ แต่อย่างไรก็ตามการใช้เอกสิทธิ์นี้ นอกจากต้องสัมพันธ์กับหลักเกณฑ์ของการ บริการสาธารณะและต้องกระทำโดยสุจริตด้วย และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าชดเชย

จากการเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ใช้เอกสิทธิ์นั้นได้อย่างชอบธรรมและเหมาะสม

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1031/2559 กรมชลประทาน (หน่วยงานทางปกครอง) จ้างบริษัทเอกชนก่อสร้างโครงการชลประทานฝ่าย และใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเนื่องจากไม่สามารถส่งมอบที่ดินที่จะทำการก่อสร้างได้ เพราะผู้ขายเปลี่ยนใจไม่ขายที่ดินที่จะทำการก่อสร้างให้ผู้ฟ้องคดีรอเข้าทำงาน 6 เดือน จนคู่สัญญาเอกชนมีหนังสือแจ้งให้ส่งมอบพื้นที่ภายใน 10 วัน หากล่วงเลยจะบอกเลิกจ้างก่อสร้างจนเวลาผ่านไป 360 วัน นับจากวันทำสัญญา ก็ไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ให้ทำงานได้ และใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาเอกชน ศาลพิจารณาว่า หากคู่สัญญาได้รับความเสียหาย รัฐต้องชดเชยค่าเสียหายจากการบอกเลิกสัญญานั้นด้วย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.91/2557 สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาขอนแก่นทำสัญญากับ ผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารเรียน 1 หลัง โดยได้รับเงินอุดหนุนจาก อบจ. ขอนแก่น โดยกำหนดจ่ายค่าจ้างทั้งหมด 4 งวด งวดที่ 1 และ 2 แล้วเสร็จและได้รับเงินค่าจ้างแล้วเมื่อส่งมอบงวดที่ 3 และ 4 ไม่ตรวจรับงาน และไม่ชำระค่าจ้าง โดยอ้างว่าการออกข้อบัญญัติเงินงบประมาณรายจ่ายที่ได้รับการอุดหนุนจาก อบจ. ตกเป็นโมฆะ ศาลปกครองพิจารณาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างงานงวดที่ 3 และ 4 ต่อไป แต่ไม่รับตรวจงานที่จ้าง และปฏิเสธการจ่ายค่าจ้าง ถือเป็นความบกพร่องของผู้ถูกฟ้องคดีเอง การที่ไม่ตรวจ

รับงานและไม่จ่ายเงินค่าจ้างเพราะไม่มีงบประมาณมิใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงเป็นการใช้สิทธิไม่ชำระค่าจ้างหรือปฏิบัติหน้าที่ในการชำระหนี้โดยไม่สุจริต

สัญญาทางปกครองที่ถูกกำหนดในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาทางปกครองที่เกิดจากการวางหลักโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดก็ล้วนแต่เป็นสัญญาทางปกครองที่ถูกกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังนั้น สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. สัญญาทางปกครองโดยกฎหมาย คือ สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง อันได้แก่ สัญญาประเภทที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มี 4 ประเภท คือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

2. สัญญาทางปกครองโดยสภาพ คือ สัญญาที่ลักษณะของสัญญาประเภทนี้ไม่ได้มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดแจ้งว่าเป็นสัญญาทางปกครองตามกฎหมาย แต่ด้วยสภาพหรือลักษณะของสัญญาเอง มีอาจเป็นสัญญาทางแพ่งโดยพิจารณาถึงการทำสัญญาของคู่สัญญาที่เข้ามาร่วม หรือมาดำเนินการบริการสาธารณะตามที่มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ที่วางหลักไว้ จึงเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะไม่ว่ารัฐ

จะให้เอกชนมาจัดทำร่วมกันหรือจัดทำแทน หรือ สัญญาที่รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญา ในเนื้อหาของสัญญานั้น ๆ เพื่อให้การบริการ สาธารณะบรรลุผล

.....

2. ลักษณะของสัญญา ทางปกครองต่างประเทศ

สาธารณรัฐฝรั่งเศสถือได้ว่าเป็นต้นแบบของกฎหมายปกครองของประเทศไทยมากกว่าระบบกฎหมายประเทศอื่น ๆ เนื่องจากว่าระบบกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีวิวัฒนาการทางด้านกฎหมายปกครองอันยาวนาน และมีระบบที่ชัดเจน เมื่อปี พ.ศ. 2532 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการฝึกอบรมเรื่อง สัญญาทางปกครองขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย โดยเลือกศึกษาระบบสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่พัฒนากฎหมายปกครองไปมากที่สุดประเทศหนึ่ง และสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทยต่างมีระบบกฎหมายในระบบซีวิลลอว์เช่นเดียวกัน (Nantawat Boramanan, 2010, pp.49) ซึ่งเห็นได้ชัดจากการกำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองของไทยมีลักษณะเช่นเดียวกับของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

2.1 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส นั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดจะ

เป็นสัญญาทางปกครองนั้น ประการแรก ต้องมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็น นิติบุคคลมหาชน หรือฝ่ายปกครอง ซึ่งนิติบุคคลมหาชนนั้น ได้แก่ 1.รัฐ 2.องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ เขตปกครองเทศบาล (communes) เขตปกครองจังหวัด (départements) เขตปกครองภาค (régions) องค์กรปกครองที่สร้างขึ้นโดยเฉพาะ (collectivités à statut particulier) องค์กรปกครองดินแดนโพ้นทะเล 3. องค์กรมหาชน (établissements publics: EP) เป็นนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชน (personne morale de droit public) ที่ได้รับเงินอุดหนุนจากเงินทุนของรัฐ โดยให้มีหน้าที่ดำเนินงานที่เป็นการรักษาประโยชน์ส่วนรวม ในการจัดการด้านบริการสาธารณะ (chargée de la gestion d'un service public) และ 4.กลุ่มเพื่อประโยชน์สาธารณะเฉพาะด้านที่รัฐจัดตั้งขึ้นมา โดยกฎหมายเฉพาะด้าน (Jean-Pierre Gridel, 1990, pp.495-512)

โดยต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ดังนี้ คือ สัญญาดังกล่าวต้องเป็นนิติกรรมในทางบริหารจัดการแบบมหาชนเท่านั้น (L'acte de gestion publique) กล่าวคือ เป็นสัญญาที่ทำขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริหารสาธารณะอันเป็นหน้าที่หลักของนิติบุคคลมหาชนนั้น หรือพิจารณาจากเนื้อหาในสัญญานั้นว่ามีข้อกำหนดพิเศษหรือข้อตกลงที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง หรือการทำบันทึกท้ายสัญญามีเงื่อนไขพิเศษ หรือข้อกำหนดพิเศษ (Le cahier des charges) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ และต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาด้วยว่า

เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ โดยสามารถแบ่งสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสออกเป็น 2 ประเภท (Rene Chapus, 2006, pp.12) คือ

1. สัญญาทางปกครองโดยสภาพ (le contrat administratif par la jurisprudence) คือ ลักษณะของสัญญาที่องค์กรตุลาการได้มีการวินิจฉัยว่าโดยสภาพแล้วเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากไม่มีการกำหนดโดยกฎหมายระบุถึงลักษณะ หรือประเภทสัญญานั้นๆ ให้เป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาประเภทนี้จะถูกวินิจฉัยโดยองค์กรตุลาการ เช่น ศาลปกครอง ศาลคดีขัดกัน ตัวอย่างเช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ หรือสัญญามีลักษณะมอบให้คู่สัญญามีหน้าที่ดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน เช่น การทำสัญญากับเอกชนเพื่อให้จัดจำหน่ายไฟฟ้า อันเป็นความต้องการพื้นฐานของประชาชน หรือสัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการบริการสาธารณะในทางปกครอง เช่น การจ้างเอกชนให้มาบริหารจัดการในหน่วยงานของรัฐ เป็นต้น โดยผลของคำพิพากษาของศาลปกครองได้วางหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้นต้องมีลักษณะ 2 ประการ คือ 1) ในสัญญานั้นเองพบว่ามีข้อกำหนดพิเศษที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์มากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเนื่องมาจากการบริการสาธารณะต้องทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีเอกสิทธิ์เหนือกว่า เช่น การบอกเลิก

สัญญา การแก้ไข หรือสั่งให้ดำเนินการได้ฝ่ายเดียว เป็นต้น 2) สัญญานั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะอย่างชัดเจน ถึงแม้ไม่มีข้อกำหนดพิเศษที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาก็ตาม ลักษณะทั้ง 2 ประการของสัญญาทางปกครองโดยสภาพของระบบกฎหมายฝรั่งเศสนี้ ส่งผลต่อระบบกฎหมายสัญญาปกครองเป็นอย่างมาก ดังจากการที่ศาลปกครองสูงสุดของไทยได้วางหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครองโดยสภาพมีลักษณะเหมือนกันกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส

เมื่อ ปี ค.ศ. 2001 ประเทศฝรั่งเศสได้ออกประมวลกฎหมายการค้า (Code des Marchés Publics) ที่กำหนดให้สัญญาที่สร้างขึ้นตามประมวลกฎหมายการค้านี้เป็นสัญญาทางปกครองทั้งหมด ดังนั้น หลักที่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองแล้วเป็นสัญญาทางปกครองจะมีที่ใช้น้อยลง เพราะสัญญาของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่จะทำตามประมวลกฎหมายการค้า ซึ่งนับว่าเป็นการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง

2. สัญญาทางปกครองโดยกฎหมาย (le contrat administratif par la loi) สัญญาประเภทนี้ กฎหมายไม่ได้ระบุตรง ๆ ว่าให้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่มีการกำหนดในกฎหมายว่าเป็นสัญญาที่หากมีข้อพิพาทแล้วจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง จึงกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าสัญญาประเภทนี้จะมีลักษณะเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะหรือไม่ ไม่ใช่สาระสำคัญ เพราะมีการกำหนดแล้วว่าให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ได้แก่

2.1 สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง (Les marchés publics)¹⁰ อาจเรียกได้ว่าเป็น การดำเนินการทางการค้าในรูปแบบของสัญญา เพื่อให้ได้มาซึ่งการจัดหาทรัพย์สินหรือ การบริการซึ่งกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง โดยกฎหมาย สัญญาที่จัดซื้อตามความต้องการ ของหน่วยรัฐ เช่น สัญญาซื้อเครื่องมือ ทางการแพทย์ หรือสัญญาจัดจ้างบริการ เช่น การบริการรถเพื่อรับขนส่งข้าราชการ เป็นต้น

2.2 สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ (Les contrats de concession)¹¹ คือสัญญาที่รัฐ ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการบริการสาธารณะ แทนรัฐในหน้าที่ของรัฐที่ต้องบริการให้แก่ ประชาชนตามรัฐกำหนดว่าด้วยการทำสัญญา สัมปทาน วันที่ 29 มกราคม 2016 ที่กำหนดให้ ลักษณะของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ที่ทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับองค์กรอื่น เป็นสัญญาทางปกครอง

2.3 สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (Le Marchés de travaux publics) คือ การทำสัญญาเพื่อก่อสร้างเกี่ยวกับการก่อสร้าง หรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อ สาธารณประโยชน์ ซ่อมแซมอาคารเพื่อใช้ในการ บริการสาธารณะใช้สำหรับส่วนรวม เป็นต้น

2.4 สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติ ของแผ่นดิน (Le contrat d'occupation du domaine public)¹² คือ สัญญาที่รัฐให้ เอกชนมาครอบครองที่ดินของรัฐเพื่อแสวงหา

ประโยชน์ เช่น สัญญาให้ใช้ประโยชน์ครอบครอง พื้นที่ของรัฐ ตามประมวลกฎหมายว่าด้วย สาธารณสมบัติของแผ่นดินในมาตรา L2331-1 เช่น ทางเดินสาธารณะ หรือส่วนหนึ่งของสถานี รถไฟ ส่วนหนึ่งของสวนสาธารณะ ซึ่งเอกชน อาจจะเช่าเพื่อทำการค้า เป็นต้น ในประมวล ฉบับนี้ไม่ได้กำหนดให้สัญญาประเภทนี้เป็น สัญญาทางปกครอง แต่กำหนดให้อยู่ในเขต อำนาจของศาลปกครอง

2.5 สัญญาร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน (Les contrats de partenariat)¹³ เป็นการ ทำสัญญารูปแบบใหม่อีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า (partenariat public-privé: ppp) ตามที่ กำหนดใน (l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics) รัฐ กำหนด 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2015 การทำ สัญญารูปแบบ ppp นี้ เป็นการร่วมกันพัฒนา และให้บริการสาธารณะของภาครัฐและเอกชน ซึ่งบริษัทเอกชนอาจเป็นผู้ให้บริการ บริหาร ระบบ หรือก่อสร้างงานโยธาก็ได้ โดยทั้งสอง ฝ่ายจะมีการจัดสรรผลประโยชน์และความ เสี่ยงร่วมกัน ทั้งที่เป็นรูปแบบแรก คือ เอกชน ได้รับสิทธิในการจัดเก็บรายได้ และจัดสรรผล ต่อต้านบางส่วนให้แก่ภาครัฐตามข้อตกลง ซึ่งเอกชนจะต้องรับความเสี่ยงจากผลดำเนินงาน ทั้งหมด หรือรูปแบบที่สอง ภาครัฐจัดเก็บรายได้ ทั้งหมด และชดเชยค่าตอบแทนให้บริษัทเอกชน ตามค่าใช้จ่ายสำหรับการดำเนินงาน

¹⁰ มาตรา 3 รัฐกำหนดที่ 899 วันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2015 ว่าด้วยการพัสดุภาครัฐ

¹¹ มาตรา 3 รัฐกำหนดที่ 65 วันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 2016 ว่าด้วยสัญญาสัมปทาน

¹² มาตรา L 2331-1 กฎหมายว่าด้วยสาธารณะสมบัติของรัฐ

¹³ มาตรา 2 รัฐกำหนดที่ 899 วันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2015 ว่าด้วยการพัสดุภาครัฐ

2.6 สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ (Les ventes d'immeubles de l'Etat)¹⁴ คือ การที่รัฐทำการขายอสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน ให้แก่เอกชน ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ประเภทแรก ๆ ที่ถูกกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมาย โดยกำหนดในกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินของนิติบุคคลมหาชนให้สัญญาการขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐนั้นอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง

2.7 สัญญากู้ของรัฐ หรือสัญญาที่เอกชนช่วยเหลือรัฐในการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (Les contrats d'emprunt public)¹⁵ เป็นต้น

2.2 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน เกิดขึ้นในราวศตวรรษที่ 17 บนพื้นฐานของการแบ่งแยกทางความคิดเพราะนักวิชาการหลายท่านได้ถกเถียงกันโดยตลอดว่า สามารถกระทำการในรูปแบบของสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนได้หรือไม่ ทั้งนี้เพราะสัญญาเกิดจากความเท่าเทียมและเสมอภาคของคู่สัญญา ต้องมีการกำหนดอำนาจเฉพาะโดยกฎหมายหรือไม่ โดยประเด็นที่ถกเถียง คือ ลักษณะของสัญญาทางปกครอง ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เพราะสัญญาต้องเกิดจากความสมัครใจและเท่าเทียมกันของคู่สัญญา การทำสัญญาจะเกิดขึ้นได้ ต้องมีพื้นฐานการก่อเกิดจากคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน แต่ในขณะที่

รัฐอยู่เหนือกว่าเอกชน มีฐานะที่เหนือกว่า ดังนั้นจึงไม่รวมถึงกรณีที่รัฐทำสัญญากับเอกชน เนื่องจากฐานะไม่เท่าเทียมกัน การก่อตั้งขึ้นของสัญญาทางปกครองจึงแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งจนทำให้การกำเนิดเรื่องสัญญาทางปกครอง ของประเทศเยอรมันมีความเป็นรูปธรรมซ้ำกว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ต่อมา ประเทศเยอรมันได้มีการบัญญัติกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เมื่อปี ค.ศ. 1976 มีการกำหนดถึงสัญญาทางปกครอง ในมาตรา 54 กำหนดอนุญาตให้ฝ่ายปกครองกระทำการในรูปแบบของสัญญาทางปกครองได้ นอกจากการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

“สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไป ซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน” (Manit Wongsaree, 2002, pp.4-5) ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่เป็นความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะเป็นหลัก โดยคู่สัญญาอาจเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยตนเอง หรือ นิติบุคคลกับเอกชน เช่น การทำสัญญากับเอกชนให้มากำจัดขยะมูลฝอย เป็นต้น

รูปแบบของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

ตามมาตรา 54 กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง 1976 ได้มีการบัญญัติถึงสัญญาทางปกครอง โดยมีสาระสำคัญดังนี้ การก่อ

¹⁴ มาตรา L. 3231-1 กฎหมายว่าด้วยสาธารณสมบัติของรัฐ

¹⁵ รัฐธรรมนูญ วันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1790 และ 26 กันยายน ค.ศ. 1793

เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน อาจกระทำในรูปแบบของสัญญา (สัญญาทางปกครอง) ได้ トラบเท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐแทนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจทำสัญญาทางปกครองกับบุคคลใด ๆ ซึ่งจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ทำให้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันกำหนดรูปแบบของสัญญาทางปกครองไว้โดยมีการพิจารณา (Worachet Pakeerut, 1999, pp.262-276) คือ

1. รูปแบบที่พิจารณาจากคู่สัญญา

1.1 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาเป็นหน่วยงานของรัฐหรือรัฐมาเป็นคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน เช่น เทศบาลกับเทศบาลหรือหน่วยงานราชการกับรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น ซึ่งต้องเป็นรัฐวิสาหกิจที่มีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง เช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับมลรัฐ เช่น การกำจัดขยะมูลฝอย (Worachet Pakeerut, 1999, pp.268) เป็นต้น

1.2 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน เช่น รัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือ หน่วยงานของรัฐกับเจ้าหน้าที่ที่ทำงานในหน่วยงานของรัฐ เช่น สัญญาที่รัฐจ่ายเงินอุดหนุนให้แก่เอกชน หรือ สัญญาระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองกับข้าราชการในการจ่ายเงินเพื่อการศึกษาหรืออบรมครูงาน เป็นต้น แต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้วกฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะแต่ในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดเท่านั้น เช่น การเปลี่ยนแปลงไปของความต้องการส่วนรวมอันอาจทำให้รัฐบอกเลิกสัญญาทางปกครองนั้นได้

2. รูปแบบที่พิจารณาจากเนื้อหาแห่งสัญญา

2.1 สัญญาประนีประนอมยอมความหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง¹⁶

เช่น สัญญาข้อตกลงระหว่างรัฐและเอกชนในความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น สัญญาประนีประนอมในค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืนที่ดิน เป็นต้น

2.2 สัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง¹⁷

ลักษณะสำคัญของกฎหมายปกครองของเยอรมัน (Manit Wongsaree, 2002, pp.4-5)

¹⁶ มาตรา 55 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสหพันธรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1960

¹⁷ มาตรา 56 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสหพันธรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1960

1. สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องของสัญญา ในกฎหมายแพ่งจึงนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา ความสามารถ การแสดงเจตนา เป็นต้น ยึดหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” การแก้ไขเปลี่ยนแปลง สัญญาโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญา กระทำไม่ได้ ยกเว้นสัญญาทางปกครอง ในกรณี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ส่วนรวมแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลงได้

2. สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาของ นิติบุคคลมหาชน ซึ่งไม่ได้ครอบคลุมถึงสัญญา ทุกประเภทที่สร้างขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชน สัญญา ทางปกครองนั้นต้องมีเนื้อหาสาระเพื่อการ บริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม

3. แบบของสัญญาทางปกครองต้องทำเป็น หนังสือเสมอ¹⁸ มาตรา 57 แห่งกฎหมายว่าด้วย วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแห่งสหพันธรัฐ เยอรมันกำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำ เป็นหนังสือเสมอ ตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติ ของกฎหมายใดกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น (Manit Wongsaree, 2002, pp.20)

เมื่อวิเคราะห์จากลักษณะของสัญญาทาง ปกครองของไทยและของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธรัฐเยอรมัน พบว่า

1. ในการกำหนดคำนิยามของ “สัญญา ทางปกครอง” ของไทยเป็นไปในแนวเดียวกับ ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยแบ่งสัญญาทาง

ปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาทาง ปกครองโดยกฎหมาย และสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ ลักษณะของสัญญาทางปกครอง โดยกฎหมาย คือ ของไทยกฎหมายกำหนด ให้สัญญาประเภทนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก่ สัญญา สัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญา ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะกำหนดให้สัญญา ประเภทนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ต้อง มีความสัมพันธ์กันกับการบริการสาธารณะ เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญา ก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อประโยชน์ สาธารณะ สัญญาให้เอกชนครอบครอง ทรัพย์สินของรัฐ ซึ่งถูกกำหนดให้อยู่ในเขต อำนาจของศาลปกครอง ซึ่งเห็นได้ว่าประเภท ของสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายของไทย มีลักษณะคล้ายกันกับของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สำหรับสัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้น ทั้งของไทยและของสาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้เกณฑ์ การพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อ การบริการสาธารณะและการมีเอกสิทธิ์ของ คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เหนือกว่าโดยมีการกำหนด ในสัญญา หรือข้อตกลงแนบท้ายสัญญา¹⁹ สำหรับสหพันธรัฐเยอรมัน จะมีเพียงสัญญาทาง ปกครองโดยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งได้แก่ สัญญา

¹⁸ มาตรา 57 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสหพันธรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1960

¹⁹ มติที่ประชุมใหญ่ในตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544

ทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน สัญญาที่คู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน สัญญา ประณีประยอมยอมหรืออรรถจับข้อพิพาททาง ปกครอง และสัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญา ต่างตอบแทนทางปกครอง

2. แบบของสัญญาทางปกครอง สำหรับของ ประเทศไทยการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง นำหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์มาใช้ การผูกพันของสัญญาทาง ปกครอง แม้ไม่ได้จัดทำขึ้นตามหลักเกณฑ์ และรูปแบบตามระเบียบของราชการที่กำหนด ไว้ในนั้น หากมีการแสดงเจตนาด้วยวาจาโดย ถูกต้องตรงกัน ก็ส่งผลให้เกิดสัญญาที่มีผล สมบูรณ์และผูกพันข้อสัญญาให้ต้องปฏิบัติตาม สัญญา ดังเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.27/2549 นายกเทศมนตรีตลกลง ด้วยวาจาให้เอกชนเป็นผู้จัดเก็บรายได้จากการ เข้าขายสินค้า ดูแลความสะอาด และความ เป็นระเบียบเรียบร้อย รวมทั้งพัฒนาตลาดสด แทนเทศบาลโดยเอกชนต้องเสียค่าเช่า แต่ ตลาดสดอยู่บนพื้นที่ราชพัสดุไม่ใช่ทรัพย์สินของ เทศบาล จึงมีอาจจัดทำตามขั้นตอนของระเบียบ กระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจัดหาประโยชน์ ในทรัพย์สินของหน่วยการบริหารราชการส่วน ท้องถิ่น พ.ศ. 2531 ได้ ศาลปกครองสูงสุด พิจารณาว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญา ที่ไม่มีกฎหมายกำหนดแบบไว้ว่าต้องทำเป็น หนังสือ กรณีนี้เป็นเหตุให้เอกชนผู้ฟ้องคดี เชื่อโดยสุจริตว่าสัญญาที่ทำการขึ้นตกลงด้วยวาจา แม้ไม่ทำตามระเบียบยอมเกิดเป็นสัญญา

มีผลสมบูรณ์ และผูกพันคู่สัญญา ซึ่งถือว่า เป็นการวางหลักการมีผลผูกพันของสัญญาทาง ปกครองที่มีได้จัดทำตามหลักเกณฑ์และรูปแบบ ที่ระเบียบของทางราชการกำหนด (Office of Research and Academic Affairs Office of the Administrative Court, 2016, pp.8) ซึ่งของไทยเป็นไปในแนวเดียวกับของสาธารณรัฐ ฝรั่งเศส ที่สภาแห่งรัฐได้วางหลักจากคดี Expoux Bertin เป็นสัญญาจ้างทำของเพื่อการบริการ สาธารณะ แม้มิได้ทำสัญญาขึ้นมาเป็นหนังสือ ก็ตาม แต่ถือว่าผูกพันคู่สัญญา สำหรับแบบของ สัญญาทางปกครองของสหพันธรัฐเยอรมันต้อง ทำตามแบบเสมอมีฉะนั้นสัญญาตกเป็นโมฆะ²⁰

3. ทิศทางของสัญญา ทางปกครองไทยในปัจจุบัน

นับแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นต้นมา นอกจากการวางหลัก ของมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครอง สูงสุดที่ 6/2544 ยังไม่มีการกำหนดประเภท เพิ่มเติมของสัญญาทางปกครองประเภทใหม่ขึ้น จำนวนคดีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่เข้าสู่การพิจารณาในเรื่องของเขตอำนาจศาล ของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่าง ศาลจากจำนวนสถิติ มีดังนี้ (Office of the Secretarial of committee on Jurisdiction of courts, 2019)

²⁰ มาตรา 125 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธรัฐเยอรมัน

ปี พ.ศ. 2558 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง 27 คดี/ปี

ปี พ.ศ. 2559 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง 14 คดี/ปี

ปี พ.ศ. 2560 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง 14 คดี/ปี

ปี พ.ศ. 2561 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง 17 คดี/ปี

ปี พ.ศ. 2562 (มกราคม-กันยายน) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง 14 คดี/9 เดือน

3.1 แนวคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาพบว่ามีความวินิจฉัยที่เปลี่ยนแนวทางไปของสัญญาทางปกครองบางประเภท ตั้งแต่เริ่มวันทำการของศาลปกครองที่พิจารณาคดีปกครองของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในส่วนที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง มีดังนี้

1. ประเด็นวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อการบริการสาธารณะ ว่าการบริการสาธารณะมีขอบเขตเท่าใด จึงจะเป็นสัญญาทางปกครอง ในประเด็นนี้ พบว่ามีแนวความคิดวินิจฉัยค่อนข้างแตกต่างระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรมในกรณีเขตอำนาจของศาล ทั้งสองศาลพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งการทำสัญญาเพื่อการบริการสาธารณะ อะไรถือเป็นการบริการสาธารณะในหน้าที่ของหน่วยงานนั้นโดยตรงจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งพบว่า

วัตถุประสงค์ของสัญญาที่ทั้งสองศาลพิจารณานั้น ล้วนแต่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะทั้งสิ้น พิจารณาความมากน้อยแตกต่างกันไป โดยศาลปกครองพิจารณาว่าการบริการสาธารณะนั้น ต้องเป็นอำนาจหน้าที่หลักของหน่วยงานทางปกครอง จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าในปัจจุบัน คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้มีการเปลี่ยนแนวทางการวินิจฉัยเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญา ที่ปรากฏชัดเจน คือ สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งแต่เดิมนั้น คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะพิจารณาว่า กรณีเป็นสัญญาซื้อขาย จัดซื้อ จัดหา จัดจ้าง เช่า ก็เป็นสัญญาทางปกครองประเภทนี้ได้ หากว่าการซื้อขาย จัดซื้อ จัดหา จัดจ้าง เช่า อุปกรณ์เหล่านี้มีความจำเป็น หรือเป็นเครื่องมือสำคัญของหน่วยงานที่ต้องใช้ในการบริการสาธารณะ เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล หากขาดวัสดุอุปกรณ์ที่จะจัดหานั้น อาจทำให้เกิดอุปสรรคแก่การดำเนินงานบริการสาธารณะ (Narongrit Petcharit, 2012, pp.402) สัญญานั้นจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างเช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 451/2550 สัญญาซื้อขายชุดความเร็วของรถจักรดีเซลของการรถไฟ เพราะชุดควบคุมระบบไฮดรอลิกเป็นอุปกรณ์สำคัญของรถจักรดีเซลเพื่อให้การเดินรถไฟปลอดภัย จึงเป็นการจัดให้มีเครื่องมืออุปกรณ์สำคัญจำเป็นต่อการบริการสาธารณะด้านการคมนาคม จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 38/2554 สัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์นำมาใช้เพื่อบริการข้อมูล

ด้านการท่องเที่ยวของศูนย์การท่องเที่ยวจังหวัดสระบุรี จึงเป็นเครื่องมืออุปกรณ์ที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะและนำเครื่องมือ นั้นมาใช้ในการบริการสาธารณะโดยตรงจึงเป็น สัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่าง ศาลที่ 1/2554 สัญญาซื้อเครื่องคัดขนาดไข่ และฆ่าเชื้อไข่ของกรมปศุสัตว์เพื่อจัดเตรียม นำเอาไปใช้ในการสกัดวัคซีนป้องกันโรค ศาลยุติธรรมเห็นว่าเป็นสัญญาซื้อขายทาง แพ่งธรรมดา แต่ศาลปกครองพิจารณาว่าเป็น สัญญาซื้อขายเครื่องมือที่สำคัญ จำเป็นต่อการ บริการสาธารณะ อันเป็นหน้าที่หลักโดยตรงของ หน่วยงานทางปกครอง จึงเป็นสัญญาทาง ปกครอง ซึ่งในกรณีนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยว่าเป็น สัญญาทางแพ่ง เป็นการจัดหาวัสดุธรรมดา ที่สนับสนุนภารกิจหลักของกรมปศุสัตว์เท่านั้น

การให้ความเห็นชี้ขาดของคณะกรรมการ หรือการตีความแนวคำพิพากษาของศาล ก่อให้เกิดข้อถกเถียง หรือความเห็นในทาง วิชาการตามมาว่าเป็นเรื่องของความคิดเห็น ของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่าง ศาลเท่านั้น อันขาดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดในการ แยกถึงความสำคัญของเครื่องมือหรือวัสดุ อุปกรณ์นั้น เพราะวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ นั้น ก็มีความจำเป็นเช่นเดียวกัน อาจมีความจำเป็น มากหรือน้อยแต่ก็ต่างทำเพื่อให้การบริการ สาธารณะบรรลุผลเช่นเดียวกัน การตีความเช่นนี้ เป็นเกณฑ์ที่กว้างและไม่ชัดเจน ย่อมมีผลให้ แต่ละข้อพิพาทไม่ชัดเจน และไม่แน่นอน

ในระยะหลัง ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2557 จนถึง ปัจจุบัน คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลได้มีแนวโน้มหรือทิศทางการ พิจารณาประเภทของสัญญาซื้อขาย จัดซื้อ จัดจ้าง จัดหา ซื้อขาย เช่า สิ่งที่เป็นอุปกรณ์ หรือเครื่องมือสำคัญของหน่วยงานทางปกครอง เปลี่ยนไปจากเดิม คือ หากเป็นกรณีสัญญา ซื้อขาย จัดซื้อ จัดจ้าง จัดหา ซื้อขาย เช่า สิ่งที่เป็นอุปกรณ์หรือเครื่องมือสำคัญของหน่วยงาน ทางปกครองจะใช้เกณฑ์พิจารณาที่เคร่งครัดขึ้น ให้แคบลงกว่าเดิม คือ ถ้าวัตถุประสงค์ของ สัญญานั้นเป็นไปเพียงเพื่อซื้อสิ่งของหรือจัดหา วัสดุมาใช้ในหน่วยงาน แม้เป็นเครื่องมือ ที่สำคัญที่ใช้ในการบริการสาธารณะให้หน่วย งานทางปกครองบรรลุผลก็ตาม แต่ถ้าสัญญานั้น ไม่มีลักษณะของการให้คู่สัญญามาเข้าดำเนิน กิจการหรือมาเข้าร่วมทำภารกิจของหน่วยงาน ทางปกครองนั้น สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางแพ่ง แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด อำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พยายามที่จะตีความ สัญญาทางปกครองให้แคบลง โดยถ้าเป็นเรื่อง สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะก็ต้องเป็น เรื่องที่เป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของหน่วยงาน ทางปกครอง ต้องไม่ใช่เป็นเรื่องที่ไกลกว่า หน้าที่โดยตรง และคู่สัญญาต้องเข้าร่วมบริการ สาธารณะแทนหรือร่วมกันกับรัฐด้วย หรือหาก เป็นสัญญาจัดให้มีสาธารณูปโภค คือ จัดให้มี สิ่งของ ก็ต้องเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการจัดทำ บริการสาธารณะโดยตรงของหน่วยงานทาง ปกครอง เช่น สัญญาซื้อขายอิฐ หิน ปูน ทราย ย่อมไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

เช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 122/2557 สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ชื้อรถจักรยานยนต์นำขบวนพร้อมสัญญาณไฟไซเรนและวิทยุสื่อสารติดรถจักรยานยนต์จากบริษัทเอกชน เพื่อนำมาใช้ในการนำขบวนอาคันตุกะมาเยือนประเทศไทยหรือพระราชวงศ์ การรักษาความปลอดภัยของบุคคลสำคัญ ซึ่งถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะทางด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ดังนั้น สัญญาซื้อขายนี้ จึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศให้บรรลุผลเป็นหน้าที่ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ตาม พ.ร.บ. สำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ดังนั้นเมื่อสัญญาซื้อขายรถ ไม่มีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมภารกิจของหน่วยงานทางปกครอง และวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ได้เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะเป็นแต่เพียงให้ได้มาซึ่งเครื่องมือที่ใช้ในหน่วยงานเท่านั้น ทั้งข้อกำหนดของสัญญามีลักษณะผูกพันกันด้วยใจสมัครตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค จึงไม่ใช่ข้อพิพาททางสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2558 สัญญาที่การรถไฟทำสัญญาซื้อไม้หมอนรองรถไฟกับบริษัทเอกชน เพื่อให้บริการด้านการคมนาคมขนส่งของการรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นการให้บริการสาธารณะการจัดการจัดหาเครื่องมืออุปกรณ์ที่จำเป็นในการซ่อมบำรุงดูแลรักษารถไฟรางรถไฟไม้หมอนรองรถไฟ จึงเป็นการจำเป็นเพื่อให้การบริการคมนาคมขนส่งอันเป็น

การบริการสาธารณะบรรลุผล และมีความต่อเนื่อง สัญญาซื้อไม้หมอนรองรถไฟดังกล่าว จึงเป็นสัญญาจัดหาเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะแต่เมื่อพิจารณาสัญญาแล้วสาระสำคัญของสัญญาไม่มีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมภารกิจของหน่วยงานทางปกครองเป็นเพียงการให้จัดหาและส่งมอบไม้หมอนรองรถไฟให้เพื่อใช้ในกิจการเท่านั้น ทั้งข้อกำหนดของสัญญามีลักษณะผูกพันกันด้วยใจสมัครตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง

2. ประเด็นเกี่ยวกับสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จากเดิมคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วางหลักเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปภคนั้น ต้องเป็นการก่อสร้างหรือซ่อมแซมสิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ และสิ่งถาวรวัตถุนั้นประชาชนต้องใช้ร่วมกัน เช่น สะพาน โรงเรียน ซ่อมแซมโรงพยาบาล ต่อมามีการทำสัญญาก่อสร้างถาวรวัตถุขึ้นระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับคู่สัญญาเอกชน แต่สิ่งก่อสร้างที่เป็นถาวรวัตถุนั้น ประชาชนไม่ได้เข้าไปใช้ประโยชน์ร่วมกัน เช่น อาคารบ้านพัก หรือหอพักของข้าราชการ พนักงานของหน่วยงานทางปกครอง เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารหอพักนิสิตของมหาวิทยาลัย หรือบ้านพักข้าราชการของหน่วยงานทางปกครอง กรณีเช่นนี้ คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยว่า ถึงแม้ประชาชนไม่ได้เข้าไปใช้ประโยชน์ร่วมกัน แต่สิ่งก่อสร้างนั้นก็เครื่องมือสำคัญอันขาด

มาได้ของการบริการสาธารณะ จึงถือว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงมีการวินิจฉัยตามแนวทางนี้มาโดยตลอด แต่ในระยะหลังประมาณปี พ.ศ. 2560 อีกหลายคดีพิพาทพบว่า คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยข้อพิพาทที่มีลักษณะเช่นนี้เปลี่ยนไปจากเดิม คือ หากสิ่งก่อสร้างนั้นเป็นถาวรวัตถุและมีความสำคัญต่อหน่วยงานทางปกครองก็ตามแต่ประชาชนไม่ได้ใช้ประโยชน์ร่วมกันโดยตรง เช่น อาคารที่พักอาศัย บ้านพักข้าราชการ ไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

ตามคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 52/2560 กองบัญชาการกองทัพไทย เป็นหน่วยงานทางปกครองทำสัญญาว่าจ้างให้เอกชนก่อสร้างอาคารที่พักอาศัยนายทหารสัญญาบัตร เพื่อใช้เป็นที่พักของข้าราชการ ซึ่งไม่ใช่เป็นการจัดทำเพื่อการบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นเครื่องมือในการบริการสาธารณะโดยตรงจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 11/2562 สำนักงานตำรวจแห่งชาติทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารที่พักอาศัยเพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยให้แก่เจ้าหน้าที่ในกองร้อยปราบจลาจลหญิง สัญญาจ้างเหมานี้มิได้เป็นไปเพื่อการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะจึงมิใช่สัญญาทางปกครอง เป็นเพียงสัญญาทางแพ่งที่มีหน่วยงานทางปกครองเป็นคู่สัญญาเท่านั้น

3. ประเด็นเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อการบริการสาธารณะ และมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ลักษณะพิเศษประการหนึ่งของสัญญาทางปกครองก็คือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เราพบการมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าในกรณีที่กฎหมายกำหนด หรือกำหนดในสัญญาหรือข้อตกลง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้น คือ สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ลักษณะของสัญญาประเภทนี้อธิบายได้ว่า สัญญาต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ และมีลักษณะของการแสดงให้เห็นถึงการมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาเอกชน ซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง ดังเช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2555 กรณีของกรมธนารักษ์กำหนดให้เอกชนที่เป็นคู่สัญญาต้องใช้เรือไทยในการขนส่งสิ่งของหรือเครื่องตรวจโลหะตามสัญญา หากขนส่งสินค้าโดยไม่ใช้เรือไทย จะต้องนำหลักฐานการชำระค่าธรรมเนียมพิเศษ เนื่องจากการไม่บรรทุกของโดยเรือไทย จึงจะมีสิทธิ์ได้รับเงินค่าสินค้า ซึ่งกรณีนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลไม่เห็นพ้องกันทั้งหมดว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดให้ใช้เรือไทยที่ถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐที่เหนือกว่าคู่สัญญาจนทำให้สัญญานี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

3.2 ปัญหาความชัดเจนทางกฎหมาย และแนวทางการวินิจฉัยของศาล

จากการวางแนวคำวินิจฉัยที่เปลี่ยนแปลงไปของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจระหว่างศาล อาจทำให้มีข้อถกเถียงหรือสงสัยในทางวิชาการในประเด็นของความไม่ชัดเจนถึงแนวทางการวินิจฉัย ซึ่งขาดการกำหนดที่ชัดเจนโดยกฎหมายหรือการวางหลักขององค์การตุลาการหรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในประเด็นที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนี้

ประเด็นที่ 1 ในเรื่องของการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นว่าเป็นเพื่อการบริการสาธารณะหรือไม่ เพียงไรจึงจะเป็นสัญญาทางปกครอง ทำให้ที่ผ่านมาเกณฑ์การพิจารณาไม่ชัดเจนและไม่แน่นอน ควรจัดให้มีการตรากฎหมายหรือวางแนววินิจฉัยโดยองค์การตุลาการให้ชัดเจน ว่าระดับของการบริการสาธารณะมีขอบเขตเช่นไร โดยเฉพาะอันที่เป็นหน้าที่โดยตรงของหน่วยงานทางปกครองนั้นจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ประเด็นที่ 2 ในกรณีสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคที่เป็นการก่อสร้างถาวรวัตถุ แม้ว่าสิ่งที่เป็นถาวรวัตถุนั้นเป็นเครื่องมือสำคัญของการบริการสาธารณะให้บรรลุผลก็ตาม แต่หากประชาชนไม่ได้ใช้ประโยชน์ร่วมกันก็ไม่จัดว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปภคนั้น

ตามแนวทางที่เปลี่ยนไปของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ยังขาดการวางหลักขององค์การตุลาการที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน หรือการบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจน แม้ว่า พ.ร.บ. การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะกำหนดค่านิยมของสาธารณูปโภคไว้ว่าเป็นงานเกี่ยวกับประปา ไฟฟ้า ฯลฯ ก็ตาม แต่ยังไม่ได้หมายความรวมถึงสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารของหน่วยงานทางปกครอง

ประเด็นที่ 3 เรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ขาดบทบัญญัติของกฎหมาย ว่ามีแนวทางเช่นไร ข้อกำหนดเช่นไร จึงจะถือว่าเป็นข้อตกลงที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ไม่สามารถพบได้ในสัญญาทางแพ่ง และการมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าในการเปลี่ยนแปลง แก้ไข เนื้อหาของสัญญาเพียงฝ่ายเดียวหรือ การมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญานั้น ถึงแม้ได้มีการกำหนดในมาตรา 50 พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 แต่ไม่มีการบัญญัติ หรือวางหลักเรื่องกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากนัก้อยเพียงไร เช่น เอกสิทธิ์ในการควบคุมสั่งการให้ปฏิบัติตามคำสั่งของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในบางกรณี หรือสาระสำคัญของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการกำหนดในสัญญาว่าลักษณะเช่นนี้ คือ การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงไปของแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลหลังจากปี พ.ศ. 2557 เป็นต้นมา ส่งผลให้สัญญาจ้างก่อสร้างถาวรวัตถุที่เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเดิมนั้นมีลักษณะที่เปลี่ยนไปจากเดิม เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างที่พักอาศัยข้าราชการ ที่พักนักศึกษามหาวิทยาลัยของหน่วยงานทางปกครอง โดยวางแนววินิจฉัยว่า “แม้จะเพื่อใช้เป็นที่พักของข้าราชการซึ่งไม่ใช่เป็นการจัดทำเพื่อการบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นเครื่องมือในการบริการสาธารณะโดยตรง จึงมิใช่สัญญาทางปกครอง เป็นเพียงสัญญาทางแพ่งที่มีหน่วยงานทางปกครองเป็นคู่สัญญาเท่านั้น” ดังนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างสิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ เช่น บ้านพักข้าราชการ อาคารที่พักอาศัยนักศึกษา จึงไม่อยู่ในความหมายของสิ่งสาธารณูปโภค ไม่ใช่สัญญาทางปกครองอีกต่อไป

ในประเด็นของวัตถุประสงค์ของสัญญา แม้ว่าสัญญานั้นจะเป็นการจัดซื้อ จัดจ้างจัดหาเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่จำเป็นสำหรับหน่วยงานทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล โดยใช้คำว่า “แต่หากคู่สัญญาไม่มีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการหรือ

เข้าร่วมภารกิจของหน่วยงานทางปกครอง และวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ได้เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นแต่เพียงให้ได้มาซึ่งเครื่องมือที่ใช้ในหน่วยงานเท่านั้น ทั้งข้อกำหนดของสัญญามีลักษณะผูกพันกันด้วยใจสมัครตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค จึงไม่ใช่ข้อพิพาททางสัญญาทางปกครอง” จึงแสดงให้เห็นถึงการพิจารณาให้คู่สัญญาเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐเป็นหลัก จึงจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาจ้างเหมา คณะกรรมการฯ ได้ใช้คำว่า “สัญญาจ้างเหมานี้มีได้เป็นสัญญาที่ให้เอกชนจัดทำเพื่อการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ” ดังนั้นจึงพิจารณาถึงการเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะเป็นสำคัญ

ส่วนในเรื่องเอกสิทธิ์ของรัฐที่กำหนดในสัญญานั้น มีกฎหมายเฉพาะเพียงบางฉบับที่กำหนดไว้ เช่น ใน พ.ร.บ. ทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พุทธศักราช 2473 กำหนดให้รัฐสามารถเพิกถอนสัมปทานคืนก่อนสิ้นอายุระยะเวลาตามที่กำหนดในสัญญาได้ หรือ พ.ร.บ. การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนดให้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิกสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียวแต่ต้องสัมพันธ์กับประโยชน์สาธารณะเสมอ

ข้อเสนอแนะ

สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีความสำคัญ และเป็นกิจกรรมที่มีขนาดหลากหลายที่เกี่ยวข้องกับการใช้เงิน ใช้จ่ายของรัฐ มีตั้งแต่โครงการขนาดเล็ก ไปจนถึงโครงการขนาดใหญ่ ที่ใช้เงินงบประมาณจากรัฐที่มีมูลค่ามาก หากไม่มีกฎหมายเฉพาะของสัญญาทางปกครองกำหนดอย่างชัดเจนและรัดกุม อาจส่งผลเสียในด้านงบประมาณของแผ่นดินได้ การขาดถึงบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนที่เป็นสาระสำคัญอันเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองเช่นกัน ควรมีการวางหลักให้ชัดเจน อาจกำหนดโดยกฎหมาย หรือการวางหลักชัดเจนขององค์การตุลาการที่เกี่ยวข้อง ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. กำหนดลักษณะของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคที่แนวคำวินิจฉัยได้เปลี่ยนแปลงไปโดยบัญญัติเป็นกฎหมาย หรือวางหลักจากองค์การตุลาการที่เกี่ยวข้อง เพื่อความชัดเจนและยังเป็นการลดปริมาณการโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาล

2. กำหนดขอบเขต ลักษณะหรือประเภทของการใช้อภิสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยกฎหมาย หรือการวางหลักขององค์การตุลาการที่เกี่ยวข้องเพื่อลดข้อโต้แย้งในเรื่องการใช้อภิสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งอาจนำหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญต่อการทำสัญญา เช่น หลักสุจริต

มาควบคุมการใช้อภิสิทธิ์มาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเฉพาะบังคับใช้ในกฎหมายปกครอง

3. บัญญัติกฎหมายหรือวางหลักให้ชัดเจนในกรณีสัญญาการจัดซื้อ จ้างเหมา จัดจ้าง จัดหาวัสดุอุปกรณ์หรือเครื่องมือที่จำเป็นต่อการบริการสาธารณะของหน่วยงานทางปกครอง เพื่อให้การบริการสาธารณะได้บรรลุผล โดยกำหนดชัดเจนว่า สัญญาของการนำวัสดุที่ได้มาในสิ่งจำเป็นนั้นแม้เป็นเครื่องมือสำคัญของการบริการสาธารณะ หากคู่สัญญาไม่ได้เข้าร่วมดำเนินกิจกรรมทางปกครองหรือการบริการสาธารณะก็ไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

การมีบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรบังคับใช้ จะช่วยเพิ่มความชัดเจนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาทางปกครอง นอกจากนั้น ยังช่วยในเรื่องการลดปริมาณคดีพิพาทที่เข้าสู่การวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลอีกด้วย เพราะที่ผ่านมามีการโต้แย้งในเรื่องของเขตอำนาจศาลระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรม อาจส่งผลให้ประชาชนต้องดำเนินคดีไปอย่างล่าช้าโดยไม่มีความจำเป็น และก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนได้ ฉะนั้น สัญญาทางปกครองของไทย ยังต้องการการพัฒนาในหลักเกณฑ์หรือกฎเกณฑ์อันเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนและแน่นอนเฉกเช่น สัญญาทางแพ่ง ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อไป ●

บรรณานุกรม

- Chapus, R. (2006). *Administrative Litigation Law*. paris : Montchrestien
- Gridel, J. (1990). The legal person in French law. *International Journal of Comparative Law*, 2., 2, 495-512.
- Guglielmi, J. (1994). *Introduction to the law of public services* . Paris: LGDJ
- Office of Research and Academic Affairs Office of the Administrative Court. (2016). lak kotmāi čhāk kham winitchai khōng Sān Pokkhrōng sūngsut phūa sanapsa-nun kān patibat rāтчakān thī dī nai kāndamnōēn kān kīeokap sanyā thāng pokkhrōng [Legal principles from the ruling of the Supreme Administrative Court to support good government practice of contract administrative]. Office of the Administrative Court’s Publisher
- Office of the Secretarial of committee on Jurisdiction of courts. (2019, August 8). rāingān pračham pī samnakngān lēkhānukān khana kammakān winitchai chīkhāt ‘amnāt nāthī rawāng sān [Annual report The Office of the Secretary to the Judicial Commission.] Retrieved from <https://oscj.coj.go.th/th/content/category/articles/id/8/cid/2420>
- Manit Wongsaree. (2002). lak kotmāi wādūai sanyā thāng pokkhrōng khōng prathēt Yōēraman. [Administrative contract of the country German] Bangkok : Admin court publsher.
- Nantawat Boramanan. (2010). sanyā thāng pokkhrōng [administrative contract] Bangkok: Winyuchon publication.
- Narongrit Petcharit. (2012). ak kotmāi pokkhrōng : thrītsadī læ patibat [Rule of administrative law:Theory and practice] Bangkok : S P A Chareonpol publsher.
- Palawee Pisitsaenakul. (2010). lak clausura rebus sic stantibus nai sanyā thāng pokkhrōng. [Main clausula rebus sic stantibus in administrative contracts]. Thammasat University, Bangkok.

- Suraphon Nitikraipoj. (2017). sanyā thāng pokkhrōng [administrative contract]
Bangkok : Thammasat Press.
- The Prime Minister. (1956). watthanatham Thai rŭang prawattikān khākhāi khōng
Thai [Thai culture on the history of Thai commerce] ,p.152-159
- Worachet Pakeerut. (1999). khōkwām khit phŭnthān kĕokap sanyā thāng pokkhrōng
nai rabop kotmāi Yōēraman. [Administrative contract of the country German].
Nitisat Journal, 29., 2, 267-276.