

บทที่ 3

บริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย และการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายไทย

การศึกษาในบทนี้ จะศึกษาบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย รวมทั้งศึกษาสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย สัญญาของฝ่ายปกครอง และการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายไทย เพื่อนำไปศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเขตอำนาจศาล ที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทย โดยศึกษาในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1. บริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย

บริการสาธารณะ มีขึ้นในประเทศไทยมานานแล้ว และเป็นกิจกรรมที่รัฐเป็นผู้จัดทำในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ทั้งนี้ แม้ยังไม่มีกฎหมายไทยฉบับใดให้คำนิยามไว้ แต่มีผู้อธิบายความหมายของบริการสาธารณะไว้ในตำรากฎหมายปกครองเล่มหนึ่งว่า “บริการสาธารณะ หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนาจ หรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครอง ที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน”¹ ซึ่งการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย แต่เดิมเป็นกิจการที่อยู่ในอำนาจการจัดทำของรัฐ แต่เมื่อมีการกระจายอำนาจการปกครองโดยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงมีการมอบบริการสาธารณะบางประเภท ไปให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำ หรือในบางกรณีรัฐส่วนกลางอาจร่วมจัดทำบริการสาธารณะ กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น²

¹ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 108.

²สิริพร มณีภักดิ์, “การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นในประเทศไทย: ศึกษาจากปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีเทศบาลและกรุงเทพมหานคร,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 26.

1.1 การจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐหรือระบบราชการ

1.1.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยระบบราชการ

บริการสาธารณะในประเทศไทย ที่จัดทำโดยระบบราชการนั้น องค์การในภาคมหานรูปแบบแรก ที่เกิดขึ้นก็คือรัฐ ซึ่งเป็นองค์การที่ผูกขาดการใช้อำนาจในสังคม ซึ่งเมื่อรัฐเกิดขึ้นแล้ว ก็ได้มีการแบ่งแยกภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐในด้านต่าง ๆ ออกไปยังหน่วยงานต่าง ๆ ตามความเชี่ยวชาญและตามลักษณะเฉพาะของบริการสาธารณะ³ บริการสาธารณะที่รัฐจัดทำเอง จะเป็นบริการสาธารณะที่เป็นภารกิจพื้นฐาน (Primary Functions of State) หรือภารกิจดั้งเดิม ที่รัฐทุกรัฐจะต้องเข้ามารับผิดชอบดำเนินการให้ลุล่วงไปได้ ซึ่งบริการสาธารณะตามนัยนี้ ได้แก่

1) กิจกรรมที่รัฐจัดทำเองนั้น เป็นภารกิจที่ประชาชนทั่วทั้งประเทศมีส่วนได้เสียเหมือนกันทั้งหมด จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องเป็นหน่วยงานกลาง เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่นั้น เพื่อให้สอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วทั้งประเทศ เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว

2) กิจกรรมที่รัฐจัดทำเองนั้น เป็นภารกิจที่รัฐสามารถจัดทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ มากกว่าการมอบหมายภารกิจนั้น ไปให้หน่วยงานอื่นหรือเอกชนจัดทำ กล่าวคือ เป็นกิจการที่จะต้องอาศัยงบประมาณ และอาศัยวิธีการดำเนินการในระดับสูง จึงต้องใช้งบประมาณของรัฐ ในการดำเนินการเพื่อเหตุผลในเรื่องของความประหยัด

จากลักษณะข้างต้น จึงเห็นได้ว่าบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจรัฐที่รัฐจัดทำเอง จึงได้แก่ บริการสาธารณะที่เป็นภารกิจพื้นฐาน 4 ประเภทหลัก ดังนี้⁴

1) การป้องกันประเทศเพื่อให้เกิดความสงบสุข และความมั่นใจแก่ประชาชนของรัฐ ที่จะได้รับความคุ้มครองจากฝ่ายปกครองว่าจะไม่ถูกรัฐอื่นเข้ามาคุกคามทำลายล้างชีวิตและทรัพย์สิน เช่น กิจการทหาร ความมั่นคงภายในรัฐ

³สุรพล นิติไกรพจน์, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์กรภาคมหาน: ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ (กรุงเทพฯ: สภาวิจัยแห่งชาติ, 2541), หน้า 6.

⁴สิริพร มณีภักดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 26-27.

2) การรักษาความสงบภายใน จะต้องจัดให้มีกระบวนการยุติธรรม และระบบควบคุมสังคม ให้เกิดความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การเยียวยาเมื่อถูกละเมิด หรือรบกวนสิทธิประชาชนในรัฐ ซึ่งต้องดำเนินการคาบเกี่ยวกันกับท้องถิ่น กิจกรรมเหล่านี้ ได้แก่ การรักษาความสงบเรียบร้อย การรักษากฎหมายในสังคม ฯลฯ

3) การรักษาความมั่นคงและเสถียรภาพในทางเศรษฐกิจ เป็นภารกิจที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่รัฐมีอำนาจในการจัดทำ เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับเงินตรา การรักษาเสถียรภาพของเงินตรา การรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ

4) การทำกิจกรรมที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น กิจการด้านการทูต ความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านต่าง ๆ

เมื่อสังคมพัฒนาเจริญขึ้น มีสมาชิกในสังคมมากขึ้นและหลากหลาย ชุมชนเติบโตมากขึ้น ก็ส่งผลให้รัฐต้องขยายขอบเขตของภารกิจ ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐให้กว้างขวางออกไป จากภารกิจในการรักษาความมั่นคง ดูแลความสงบเรียบร้อย และรักษาความปลอดภัยสาธารณะ รัฐจึงต้องขยายบทบาทและภารกิจไปสู่การจัดการศึกษา การรักษาพยาบาล การป้องกันโรค การจัดทำสาธารณูปโภคและสาธารณูปการต่าง ๆ รวมถึงการสังคมสงเคราะห์ ฯลฯ เพื่อส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของประเทศ พัฒนาการของประชาชน ตลอดจนยกระดับคุณภาพชีวิตของคนในสังคมให้สูงขึ้น ภารกิจที่พัฒนาขึ้นในภายหลัง ตามความเจริญเติบโตของรัฐ ที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม เรียกว่า ภารกิจลำดับรองของรัฐ (Secondary Functions of State)⁵

เมื่อประมวลภารกิจในการดำเนินบริการสาธารณะพื้นฐาน ซึ่งเป็นภารกิจที่สำคัญอย่างยิ่ง ในการปกป้องรักษาให้รัฐสามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ ประกอบกับวิธีดำเนินการที่ส่วนราชการทั้งหลาย ได้รับอำนาจบังคับบัญชาตามกฎหมายต่าง ๆ เพื่อให้ภารกิจที่รับผิดชอบบรรลุจุดหมายแล้ว สามารถสรุปลักษณะของการดำเนินกิจการบริการสาธารณะโดยส่วนราชการ ดังต่อไปนี้⁶

⁵ชาญชัย แสวงศักดิ์, หน่วยงานของรัฐที่มีไขส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ: องค์การมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: Sat Four, 2549), หน้า 87.

⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

1) กิจการบริการสาธารณะที่ส่วนราชการรับผิดชอบจัดทำ เป็นกิจการที่มีความสำคัญ และมีผลเกี่ยวข้องโดยตรงหรือโดยทางอ้อมต่อการดำรงอยู่ของรัฐ

2) การดำเนินภารกิจของส่วนราชการ จะมีลักษณะของการใช้อำนาจบังคับฝ่ายเดียวต่อประชาชน โดยการออกกฎข้อบังคับ ระเบียบ หรือประกาศ ตลอดจนการออกคำสั่งเฉพาะรายบังคับแก่ประชาชน โดยไม่คำนึงถึงความยินยอมสมัครใจของผู้ที่เกี่ยวข้อง

3) เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในส่วนราชการต่าง ๆ จะได้รับสถานะหรือสิทธิพิเศษทางกฎหมาย หรือได้รับความคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ ของภารกิจที่ได้รับมอบหมาย ให้ผู้ปฏิบัติงานเหล่านี้รับผิดชอบปฏิบัติ

4) โดยที่ภารกิจพื้นฐานและภารกิจสำคัญของรัฐ ที่ส่วนราชการต่าง ๆ ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติ นั้น ส่งผลและเกี่ยวข้องกับความมั่นคงความปลอดภัย หรืออาจจะกระทบกระเทือนต่อการดำรงอยู่ของรัฐทางใดทางหนึ่ง การปฏิบัติภารกิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนราชการต่าง ๆ จึงเป็นไปภายใต้การดูแลบังคับบัญชาอย่างเข้มงวดจากผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น

ดังนั้น การจัดทำบริการสาธารณะในระบบราชการนั้น เป็นบริการที่รัฐหรือฝ่ายปกครองจัดทำเอง โดยรัฐจะมอบหมายให้องค์กรใดจัดทำไม่ได้ แต่มีเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการเอง โดยอยู่ในความอำนาจการและความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองทั้งหมด การดำเนินงานต่าง ๆ เป็นอำนาจพิเศษในทางปกครอง และใช้งบประมาณของรัฐในการบริหารงาน⁷

1.1.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ในปัจจุบันรัฐได้กระจายอำนาจ ไปให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐส่วนกลาง ซึ่งปัจจุบันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา ซึ่งบริการสาธารณะที่รัฐส่วนกลาง มอบหมายให้องค์กรปกครองส่วน-

⁷วันเพ็ญ ทรัพย์ส่งเสริม, “การจัดระบบขององค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 34.

ท้องถิ่นจัดทำ ได้แก่ บริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับภารกิจ ขององค์กรปกครองส่วน-
ท้องถิ่น และสอดคล้องกับความต้องการของท้องถิ่น เช่น การกำจัดขยะในท้องถิ่น การ-
จัดการศึกษาขั้นพื้นฐาน การฃาปนกิจ และสุสาน ภารกิจเหล่านี้มีเจ้าหน้าที่ขององค์กร
ปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการ มีอำนาจดำเนินการโดยอิสระ มีงบประมาณและ
ทรัพย์สินบางส่วนเป็นของตนเอง โดยราชการส่วนกลางมีหน้าที่ควบคุมดูแลเท่านั้น

ทั้งนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดมีความพร้อมสูง มีศักยภาพที่จะ
จัดทำบริการสาธารณะได้เช่นเดียวกับรัฐส่วนกลาง รัฐก็อาจให้จัดทำบริการสาธารณะ
ขนาดใหญ่ได้ เช่น กรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นองค์กรปกครองท้องถิ่น แต่รับโอนกิจการ
ดับเพลิงจากสำนักงานตำรวจแห่งชาติ มาอยู่ในสังกัด หรือกิจการโรงพยาบาล เช่น
โรงพยาบาลกลาง ที่จัดทำบริการสาธารณะด้านการสาธารณสุข และผลิตบุคลากรทาง-
การแพทย์ โดยวิทยาลัยแพทยศาสตร์กรุงเทพมหานครด้วย นอกจากนี้ กรุงเทพมหานคร
ยังมีภารกิจด้านการเทศกิจ การท่องเที่ยว การจัดการศึกษาขั้นพื้นฐาน ในอนาคตอาจรับ
โอนกิจการขนส่งมวลชน ที่บริการประชาชนในเขตกรุงเทพมหานคร และปริมณฑลมา
อยู่ในสังกัดด้วย

1.1.3 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การจัดทำบริการสาธารณะ นอกจากรัฐส่วนกลางจัดทำเองในภารกิจที่
ต้องการความเป็นเอกภาพ ในภารกิจด้านความมั่นคง ความสงบเรียบร้อยภายใน รวมทั้ง
ภารกิจทางเศรษฐกิจมหภาค หรือความสัมพันธ์กับต่างประเทศแล้ว รัฐยังมอบหมายให้
องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐส่วนกลาง ในภารกิจที่
ตอบสนองความต้องการของแต่ละท้องถิ่น และสอดคล้องกับความต้องการของท้องถิ่น

บริการสาธารณะบางประเภทรัฐส่วนกลาง จะจัดทำร่วมกับองค์กร
ปกครองส่วนท้องถิ่น โดยการแบ่งหน้าที่และความรับผิดชอบดำเนินการ เนื่องจาก
บริการสาธารณะดังกล่าว เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน และประโยชน์ของ
คนในท้องถิ่น เช่น การจัดการศึกษา ที่รัฐส่วนกลางมีหน้าที่กำหนดมาตรฐานการศึกษา
ของประเทศให้เหมือนกัน แต่การศึกษาในระดับประถมศึกษา ก็อาจเป็นความต้องการ
ของท้องถิ่นที่แตกต่างกันไป รัฐจึงให้ท้องถิ่นจัดการศึกษาในระดับนี้เอง เพื่อตอบสนอง
ความต้องการของท้องถิ่นนั้น ๆ ได้

นอกจากนี้ ในปัจจุบันรัฐยังได้มอบบริการสาธารณะบางประเภทให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำ โดยบริการสาธารณะที่รัฐหรือฝ่ายปกครอง ได้มอบให้เอกชนไปดำเนินการนั้น ต้องเป็นบริการสาธารณะที่ไม่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศหรือไม่เกี่ยวกับการบริหารประเทศ ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะ การมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปจัดทำแทนรัฐ จะต้องมีกรมอบอำนาจที่รัฐผูกขาด ไปให้เอกชนดำเนินการก่อน เอกชนจึงจะจัดทำบริการสาธารณะนั้นแทนรัฐได้

1.2 การจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบรัฐวิสาหกิจ

ในอดีตบริการสาธารณะในประเทศไทย จะจัดทำโดยราชการหรือหน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะระบบราชการจะเป็นองค์กรที่ผูกขาดการใช้อำนาจต่าง ๆ ในสังคม บริการสาธารณะประเภทภารกิจพื้นฐาน จะเป็นกิจการที่อยู่ในความรับผิดชอบของระบบราชการทั้งหมด เช่น การรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ระบบตำรวจ ระบบศาล ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ทั้งในด้านการดำเนินงานและงบประมาณ แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 อำนาจรัฐได้เปลี่ยนมาสู่คณะผู้เปลี่ยนแปลงการปกครอง ผู้เปลี่ยนแปลงการปกครองและรัฐบาล จึงจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ จัดตั้งบริษัทกิจการที่รัฐเข้าไปถือหุ้น จัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบต่าง ๆ ขึ้น โดยภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้จัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาจำนวนมาก เพื่อแก้ปัญหาต่าง ๆ เพื่อการฟื้นฟูประเทศที่ได้รับผลกระทบจากสงคราม รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นรัฐได้มอบหมายภารกิจในด้านสาธารณูปโภคและกิจการอื่น ๆ

จึงกล่าวได้ว่า องค์กรในภาคมหาชนรูปแบบที่สอง ที่เกิดขึ้นภายในรัฐ หลังจากได้จัดตั้งส่วนราชการต่าง ๆ มานาน ก็คือ รัฐวิสาหกิจ (Public Enterprise) หรือวิสาหกิจมหาชน (Enterprise Publique) โดยภารกิจที่รัฐวิสาหกิจได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบจัดทำ ก็คือ ภารกิจในทางอุตสาหกรรมและการค้า⁸ เนื่องจากการดำเนินการภารกิจ ในลักษณะที่เป็นอุตสาหกรรมและการค้าโดยระบบราชการ ไม่เหมาะสมและไม่อาจปรับตัวให้สอดคล้องกับภารกิจใหม่ ๆ เหล่านี้ได้ อีกทั้งรูปแบบของส่วนราชการที่ต้องปฏิบัติงานตามระบบ ข้อยบังคับ และมีสายการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น จึงไม่มีความคล่องตัว และไม่มีคามยืดหยุ่น เพียงพอสำหรับการตัดสินใจในเชิงพาณิชย์

⁸สุรพล นิติไกรพจน์, เรื่องเดิม, หน้า 100.

ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงได้จัดตั้งองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ เพื่อรับผิดชอบภารกิจ ในทางอุตสาหกรรมและการค้าเหล่านี้ ขึ้นเป็นการเฉพาะ แยกต่างหากไปจากส่วน- ราชการที่มีมาแต่เดิม เป็นวิสาหกิจมหาชน หรือรัฐวิสาหกิจ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะของ การดำเนินงาน ดังต่อไปนี้⁹

1) องค์กรของรัฐประเภทนี้ มีลักษณะเป็นนิติบุคคลเอกเทศ แยกออกไป ต่างหากจากรัฐ และส่วนราชการทั้งหลายที่มีอยู่แต่เดิม และมีความเป็นอิสระทั้งในด้าน การเงิน และการบริหารงาน การบริหารบุคลากร

2) ภารกิจที่องค์กรของรัฐประเภทที่สองนี้ รับผิดชอบดำเนินการ ได้แก่ ภารกิจในทางอุตสาหกรรมและการค้า อันเป็นภารกิจสมัยใหม่ ที่รัฐถูกเรียกร้องให้เข้า ไปรับผิดชอบ ดำเนินการตามความเปลี่ยนแปลง และพัฒนาการของอุตสาหกรรมและ- การค้า ที่เติบโตไปอย่างรวดเร็วในสังคมสมัยใหม่

3) โดยที่ภารกิจดังกล่าว เป็นภารกิจที่มีค่าตอบแทนในการให้บริการ และผู้- ได้รับประโยชน์จะเป็นผู้ได้รับประโยชน์พิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ จากการดำเนินการ ขององค์กรของรัฐ ดังนั้น ผู้ได้รับประโยชน์จึงต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐ ตามสัดส่วน ที่ตนได้รับประโยชน์ เพื่อมิให้ประชาชนทั่วไปซึ่งเป็นผู้เสียภาษีอากร ต้องมาร่วม รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบริหาร ที่ตนไม่อาจไม่อาจได้รับประโยชน์ด้วยเลย องค์กรที่ รับผิดชอบภารกิจเหล่านี้ จึงต้องดำเนินการในเชิงพาณิชย์ กล่าวคือ จะต้องสามารถดำรง อยู่ได้จากค่าตอบแทนจากการขายสินค้า หรือบริการของตนโดยตรง โดยจะต้องไม่ พึ่งพางบประมาณที่มาจากภาษีอากร ในการดำเนินงานตามปกติขององค์กรนั้น ๆ

4) โดยที่รัฐเป็นผู้ก่อตั้งองค์กรที่ทำภารกิจในลักษณะเช่นนี้ ขึ้นมาในครั้งแรก โดยใช้เงินลงทุนจากภาษีอากรของประชาชน ดังนั้น องค์กรเหล่านี้จึงต้องอยู่ภายใต้การ ควบคุมตรวจสอบในลักษณะที่เรียกว่า การกำกับดูแล (Tutelle) จากองค์กรของรัฐเสมอ เพื่อเป็นหลักประกันมิให้เกิดความรั่วไหล และการใช้เงินผิดวัตถุประสงค์

กล่าวได้ว่า หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จนถึงปี พ.ศ. 2500 ประเทศไทยมีการ จัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นกิจการไฟฟ้า กิจการรถไฟ กิจการขนส่งมวลชน

⁹ชาญชัย แสวงศักดิ์, หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ: องค์กรมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ, หน้า 103.

กิจการขนส่งสินค้า ฯลฯ หลายรัฐวิสาหกิจประสบความสำเร็จ เป็นองค์กรขนาดใหญ่ ที่มีทรัพย์สินมาก ในขณะที่หลายรัฐวิสาหกิจประสบภาวะขาดทุน ต้องปิดกิจการและหลายองค์กรต้องแปรสภาพไปดำเนินกิจการในรูปแบบอื่น

1.3 การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน

บริการสาธารณะที่รัฐมอบหมายให้เอกชนจัดทำ ได้เกิดขึ้นในระยะหลัง โดยหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 รัฐบาลจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นจำนวนมาก รัฐวิสาหกิจจึงมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาธุรกิจ อุตสาหกรรม รวมทั้งจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง แต่ต่อมารัฐวิสาหกิจก็เริ่มเสื่อมลง โดยเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองจากรัฐบาล จอมพล ป. พิบูลสงคราม มาเป็นรัฐบาล จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ ซึ่งขณะนั้นเกิดปัญหาทางการเงินของประเทศ และของรัฐวิสาหกิจหลายแห่ง จนรัฐบาลไทยต้องขอรับความช่วยเหลือจากธนาคารโลก

เมื่อธนาคารโลกเข้ามาช่วยเหลือ ก็พบว่า กิจการประเภทองค์การ และบริษัท ที่ส่วนราชการต่าง ๆ ถือหุ้นส่วนใหญ่ขาดทุน ส่งผลกระทบถึงฐานะทางการเงินของรัฐ รัฐบาลจึงพิจารณาว่ากิจการใดควรคงอยู่ และดำเนินการอย่างไรจึงแข่งขันกับเอกชน ได้ กิจการใดควรขายให้เอกชน และกิจการใดควรล้มเลิกเพราะไม่คุ้มค่า¹⁰ ข้อเสนอของธนาคารโลก ได้นำไปสู่แนวคิดที่จะแปรรูปรัฐวิสาหกิจ และนำไปสู่การเพิ่มบทบาทของเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

ดังนั้น จาก พ.ศ. 2500 ถึงปัจจุบัน จึงเห็นได้ว่า มีการเพิ่มบทบาทภาคเอกชน ในรัฐวิสาหกิจที่จัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งการทำสัญญาให้เอกชนเข้ามาบริหารแทน การทำสัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินการแทน การให้สัมปทานแก่เอกชน การเสนอขายหุ้นให้กับสาธารณชนหรือเอกชน การร่วมลงทุนกับเอกชน การให้เอกชนดำเนินการแต่รัฐรับซื้อผลผลิต การจัดองค์กรใหม่โดยการแบ่งแยกรัฐวิสาหกิจออกเป็น ส่วน ๆ การขายทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจ การยุบเลิกกิจการ รวมทั้งการผ่อนคลายกฎ - ระเบียบเพื่อเพิ่มการแข่งขัน ซึ่งในแต่ละรูปแบบที่กล่าวมา เป็นการให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐทั้งสิ้น

¹⁰พิพัฒน์ ไทยอารี, หลักการแปรรูปรัฐวิสาหกิจกับรัฐวิสาหกิจไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 183.

1.4 การจัดทำบริการสาธารณะในรูปองค์การมหาชน

การจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย แต่เดิมเป็นหน้าที่ของราชการ และรัฐวิสาหกิจ แต่ภายใต้ระบบการบริหารงาน รูปแบบองค์กร รวมทั้งความสัมพันธ์กับรัฐ ทำให้การจัดทำบริการสาธารณะของบางหน่วยงานไม่มีประสิทธิภาพ รัฐจึงมีแนวคิดที่จะตรากฎหมาย ขึ้นมารองรับหน่วยงานใหม่ของรัฐ ที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจขึ้น โดยการกำหนดขอบเขต อำนาจหน้าที่ ระบบการบริหารงาน รวมทั้งในส่วนอื่น ๆ ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ในปี พ.ศ. 2542 จึงได้ตราพระราชบัญญัติ องค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ขึ้นเพื่อกำหนดสถานะทางกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ

คำว่า “องค์การมหาชน” ตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 นั้น แม้จะไม่ได้นิยามความหมายเอาไว้ แต่พิจารณาจากเหตุผลในการตราพระราชบัญญัตินี้ องค์การมหาชน ได้แก่ องค์กรที่ฝ่ายบริหารจัดการตั้งขึ้น เพื่อทำหน้าที่ในการดำเนินงาน ตามโครงการพัฒนาในด้านต่าง ๆ ของรัฐ หรือการดำเนินงานตามแผนงานหรือนโยบาย เพื่อจัดทำบริการสาธารณะด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะ องค์การมหาชนไม่เป็นส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ จึงมีความคล่องตัวในการดำเนินงาน โดยเฉพาะกิจการบางอย่างไม่เหมาะสมที่จะดำเนินงานโดยระบบราชการ ทั้งไม่เหมาะสมที่จะดำเนินกิจการในรูปรัฐวิสาหกิจ ที่เน้นการอุตสาหกรรมและการค้า มีการแสวงหากำไรและเก็บค่าบริการ จึงมีการจัดตั้งองค์การมหาชนขึ้นมาดำเนินกิจการเหล่านี้แทน เช่น การประเมินคุณภาพการศึกษา การส่งเสริมการวิจัย การมาตรฐานแห่งชาติ

บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์การมหาชนได้นั้น จะต้องเป็นบริการสาธารณะที่กำหนดไว้ 11 ประเภท ได้แก่ การรับรองมาตรฐานและการประเมินคุณภาพการศึกษา การศึกษาอบรมและพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐ การทำนุบำรุงศิลปและวัฒนธรรม การพัฒนาและส่งเสริมการกีฬา การส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการวิจัยการถ่ายทอดและพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม และทรัพยากรธรรมชาติ การบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข การสังคมสงเคราะห์ การอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน และการดำเนินการอันเป็นสาธารณะประโยชน์อื่น ทั้งนี้ กิจการที่จัดตั้งเป็นองค์การมหาชน ต้องไม่เป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรเป็นหลัก ซึ่งแตกต่างอย่างชัดเจนกับรัฐวิสาหกิจ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร

1.5 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย

การจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย ไม่ว่าจะดำเนินการโดยระบบราชการ โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยรัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชน หรือมอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะแทน จะมีหลักเกณฑ์สำคัญ ๆ ดังนี้¹¹

1.5.1 บริการสาธารณะต้องดำเนินการไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง

บริการสาธารณะ เป็นกิจกรรมที่จำเป็นแก่การดำรงชีวิตของประชาชน ประชาชนทุกคนมีความต้องการในกิจการบริการสาธารณะตลอดเวลา โดยเฉพาะในกิจการสาธารณูปโภค และสาธารณูปการต่าง ๆ ไม่ว่าจะไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ ระบบขนส่งมวลชน ฯลฯ หรือแม้กระทั่งบริการสาธารณะ ที่จัดทำโดยระบบราชการ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อย การรักษาความมั่นคงภายใน ฝ่ายปกครองจึงต้องมีหน้าที่ที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะ ให้ดำเนินไปอย่างปกติอย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ

ดังนั้น การจัดทำบริการของฝ่ายปกครอง จึงไม่สามารถดำเนินการเป็นช่วง ๆ โดยไม่มีความสม่ำเสมอและต่อเนื่องได้ ซึ่งหลักในเรื่องบริการสาธารณะจะต้องมีความสม่ำเสมอและต่อเนื่องนี้ มิได้ใช้เฉพาะกรณีที่ฝ่ายปกครอง เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น แต่ยังรวมถึงเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายปกครอง ให้ทำบริการสาธารณะแทนด้วย ไม่ว่าจะเป็นการมอบอำนาจให้จัดทำบริการสาธารณะ โดยผลของกฎหมายหรือโดยสัญญาทางปกครองก็ตาม

1.5.2 บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้น ต้องให้เอกชนมีสิทธิได้รับประโยชน์โดยเท่าเทียมกัน

การจัดทำบริการสาธารณะนั้น ไม่ว่าจะฝ่ายปกครองจะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะเอง หรือเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจจัดทำบริการสาธารณะแทนก็ตาม จะต้องให้บริการแก่ประชาชน หรือเอกชนอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน เพราะบุคคลย่อมเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายเดียวกัน บริการสาธารณะเป็นบริการที่จัดทำขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ดังนั้น ประชาชนจะต้องมีสิทธิ และ โอกาสจะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะ หรือเข้าสู่บริการสาธารณะอย่างเสมอภาคเท่าเทียม รัฐจะทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะไม่ได้

¹¹ วันเพ็ญ ทรัพย์ส่งเสริม, เรื่องเดิม, หน้า 7-8.

1.5.3 การจัดทำบริการสาธารณะ จะต้องปรับให้เหมาะสมกับความต้องการของประชาชนตลอดเวลา

ในการจัดทำบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองสามารถทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลใด เพราะฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ทางปกครอง มีอำนาจตามกฎหมายในการที่จะแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงได้ฝ่ายเดียว เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม ที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา เพราะเมื่อสังคมเปลี่ยนไปกฎบัตร-กฎหมายก็ต้องเปลี่ยนตาม เพื่อให้กฎหมายมีความสอดคล้องเหมาะสม กับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา บริการสาธารณะก็เช่นเดียวกัน จะต้องสามารถแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสม กับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ตลอดเวลาเช่นกัน

ทั้งนี้ เพื่อความจำเป็นในการรักษาประโยชน์สาธารณะอยู่เสมอ จึงต้องปรับปรุงบริการสาธารณะ ให้เข้ากับวิวัฒนาการของสังคม และของความต้องการของประชาชนส่วนรวมได้ตลอดเวลา ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจ และหากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงบริการสาธารณะนั้น จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ตาม บุคคลนั้นจะอ้างสิทธิประโยชน์ที่เคยได้รับจากบริการสาธารณะ มาขัดขวางการเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะโดยกฎหมายไม่ได้

2. สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

2.1 สัญญาทางปกครองในบริบทที่เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะในด้านหนึ่งด้านใด เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนให้บรรลุผลนั้น รัฐหรือฝ่ายปกครองมีเครื่องมือสำคัญ ในการดำเนินการอยู่สองวิธี คือ

1) การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ด้วยการออกกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง หรือปฏิบัติการต่าง ๆ อันเป็นการใช้อำนาจมหาชน ซึ่งเอกชนจะต้องถูกบังคับให้ต้องยอมรับปฏิบัติตาม ทั้งนี้ เป็นเพราะการใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง ที่ก่อสร้างรุกล้ำคลองสาธารณะโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นนิติสัมพันธ์บนฐานของกฎหมาย จึงกล่าวได้ว่าถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีอำนาจผูกนิติสัมพันธ์ดังกล่าวได้

2) การใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองเห็นว่ากิจกรรมหลายลักษณะหลายประเภท ไม่เหมาะสมที่จะใช้วิธีการบังคับ หรือ ไม่มีกฎหมายให้บังคับเอาฝ่ายเดียว จึงจำเป็นต้องใช้รูปแบบของสัญญา เพื่อเป็นเครื่องมือของรัฐหรือฝ่ายปกครอง ในการจัดทำบริการสาธารณะ แทนการบังคับหรือออกคำสั่งฝ่ายเดียวเช่นในวิธีการแรก เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะนั้นบรรลุผล นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ จึงเป็นนิติสัมพันธ์บนฐานของสัญญา แต่ก็มีได้หมายความไปถึงขนาดที่ว่า นิติสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองที่ตั้งอยู่บนฐานของสัญญานั้น จะต้องบังคับกันตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา เหมือนกับสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชนไปเสียทั้งหมด เพราะฝ่ายปกครองอาจกำหนดข้อสัญญาบางอย่าง เพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นให้บรรลุผลก็ได้

สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น จะมีทั้งสัญญาทางแพ่งที่บังคับตามกฎหมายแพ่งลักษณะสัญญา ในระบบกฎหมายเอกชน ที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างมีฐานะที่เท่าเทียมกัน กับสัญญาทางปกครองอันเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน ที่รัฐหรือฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง จะมีเอกสิทธิ์ฝ่ายปกครองที่จะใช้เป็นเครื่องมือ เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยการแบ่งแยกสัญญาทางปกครอง อันเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน ออกจากสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน จะเป็นไปตามระบบกฎหมายของประเทศที่เป็นระบบศาลคู่ เช่น ประเทศฝรั่งเศส รวมทั้งประเทศไทยในปัจจุบัน

ทั้งนี้ ในประเทศที่มีระบบศาลปกครอง นอกจากศาลเป็นระบบศาลคู่ที่มีศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจในคดีทั่วไป และศาลปกครองมีเขตอำนาจในคดีปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ยังมีผลให้มีการแยกระบบกฎหมาย เป็นระบบกฎหมายเอกชนกับระบบกฎหมายมหาชน ทั้งยังมีการแยกระบบสัญญาด้วย แต่เดิมไม่ว่าสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน หรือสัญญาของฝ่ายปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองหรือผู้กระทำการแทนรัฐ ก็จะเป็นสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชนทั้งสิ้น แต่เมื่อจัดตั้งศาลปกครอง ก็มีการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เพื่อให้สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ทั้งอาจจะใช้กลไกสัญญากำหนดข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล



2.2 เหตุผลทางกฎหมายในการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

ในระบบกฎหมายของประเทศที่เป็นระบบศาลเดี่ยว มีระบบศาลยุติธรรมเพียงศาลเดี่ยว ไม่ได้แยกระบบกฎหมายเป็นกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน สัญญาที่ทำขึ้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าคู่สัญญาฝ่ายใดเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่ เพราะไม่ว่ารัฐหรือเอกชนย่อมอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกัน ประเทศที่ไม่ได้มีการแบ่งแยกระบบกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกันเช่นนี้ กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายทั้งกฎหมายสารบัญญัติกฎหมายวิธีสบัญญัติ จะใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน หรือสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันนั้นย่อมใช้กฎหมายเดียวกัน ปัญหาเรื่องการขัดกันระหว่างอำนาจศาลก็จะไม่เกิดขึ้น แต่ประเทศที่เป็นระบบศาลคู่ ที่มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน มีการแบ่งแยกสัญญาเป็นสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน ที่หากมีข้อพิพาทก็จะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ในระบบกฎหมายเอกชน กับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน ที่หากมีข้อพิพาทจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ในระบบกฎหมายมหาชน การแยกสัญญาทั้งสองประเภทออกจากกัน ตามนิติสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดสัญญาขึ้น ในแต่ละระบบกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่ง ทั้งในแง่ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดี รวมทั้งกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้แก่คดี

สัญญาทางแพ่งศาลที่มีเขตอำนาจ ก็คือ ศาลยุติธรรม แต่ถ้าหากเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลที่มีเขตอำนาจในการตีความสัญญา การบังคับตามสัญญา การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายก็จะเป็นศาลปกครอง กฎหมายที่นำมาปรับใช้แก่คดี ก็จะได้แก่ กฎหมายปกครองที่ยึดถือหลักประโยชน์สาธารณะ และเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง กระบวนการทางคดีก็เช่นกัน ศาลปกครองจะใช้ระบบการค้นหาคความจริง โดยการไต่สวนที่ศาลไม่ผูกพันกับพยานหลักฐาน ที่คู่ความเสนอมาเพียงอย่างเดียว ศาลมีอำนาจค้นหาคความจริงในคดีได้เอง การแบ่งสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครองออกจากกัน จึงนับว่าเป็นสิ่งสำคัญอย่างมาก เพราะระบบกฎหมายและนิติวิธีที่ใช้ก็จะแตกต่างกันด้วย¹²

¹²วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดิม, หน้า 206.

2.3 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้แบ่งแยกสัญญาทางปกครองจากสัญญาทางแพ่ง

การแบ่งแยกระบบสัญญา เป็นสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครองและแบ่งแยกระบบกฎหมาย โดยมีการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลในแต่ละระบบกฎหมายนั้นจะเกิดขึ้นในประเทศที่เป็นระบบศาลคู่ คือ ระบบศาลปกครองและระบบศาลยุติธรรมที่สัญญาทางแพ่งจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม แต่สัญญาทางปกครองจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง การแบ่งแยกระบบสัญญาออกเป็นสองระบบ ยังมีผลให้ระบบกฎหมาย แยกออกเป็นระบบกฎหมายเอกชน กับระบบกฎหมายมหาชนที่มีปรัชญาที่แตกต่างกันด้วย ดังนั้น เมื่อจัดตั้งศาลปกครองที่โดยผลของกฎหมาย บัญญัติให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ดังนั้น เมื่อมีคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง จะมีปัญหาในการวินิจฉัยว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ในระยะแรกศาลปกครองจะใช้หลักเกณฑ์จากนิยามสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัตินิยามสัญญาทางปกครองเอาไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

แต่เนื่องจากเป็นนิยามเปิด ที่กำหนดเกณฑ์ไว้เพียงเกณฑ์จากองค์กรหรือรูปแบบ ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือผู้กระทำการแทนรัฐ และเกณฑ์ทางด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ที่กำหนดลักษณะสัญญาไว้ 4 ลักษณะ อันได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ทั้งนี้ โดยไม่มีการวางกรอบการนำทฤษฎีต่าง ๆ ที่นำหลักกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้เลย ศาลปกครองสูงสุดจึงได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครอง ด้วยการวางหลักของสัญญาทางปกครองโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 เพื่อให้ศาลปกครองได้ใช้ในการวินิจฉัยสัญญา ดังนี้

“สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ มุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัคร บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค มิได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”¹³

การวางหลักเกณฑ์ของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวนี้ เป็นการอธิบายขอบเขตของสัญญาทางปกครอง เพื่อวินิจฉัยสัญญาว่าสัญญาที่พิพาท เป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ดังนั้น เกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาจึงแบ่งเป็นข้อ ๆ ได้ ดังนี้

- 1) คู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง อย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือผู้กระทำการแทนรัฐเสมอ แต่สัญญาทางแพ่งคู่สัญญาอาจเป็นเอกชนกับเอกชน หรือเอกชนกับรัฐหรือฝ่ายปกครองก็ได้
- 2) สัญญาทางปกครอง ต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง แต่สัญญาทางแพ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องอื่นใด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้

¹³มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544, 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544.

3) สัญญาทางแพ่งเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ไม่ว่าสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือสัญญาระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง ที่เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองก็ตาม จะอยู่บนหลักความเสมอภาค การทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน จะตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าคู่สัญญามีความเสมอภาคกัน ความเสมอภาคนั้นหมายถึง ความเสมอภาคกันในการกำหนดข้อสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา รวมทั้งการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาจึงมีฐานะเท่าเทียมกัน

แต่สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน จะยอมรับความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะบรรลุผล กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยมีเหตุผลซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าฝ่ายปกครอง กระทบการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงต้องยอมอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน ที่กระทบการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล

4) สัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน เคารพหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยสัญญาเป็นรูปแบบแสดงออกซึ่งเจตจำนงที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล การแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญา จะมีผลในทางกฎหมาย ก็ต่อเมื่อระบบกฎหมายระบบใดระบบหนึ่งได้ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ทั้งยอมรับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา ซึ่งสัญญาทางแพ่งเคารพหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เช่นกัน

ในขณะที่สัญญาทางปกครอง รัฐหรือฝ่ายปกครองอาจกำหนดข้อสัญญาบางข้อให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง เช่น ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ได้ผิดสัญญาในข้อสำคัญก็ตาม หรืออาจจะสั่งให้ทำงานบางอย่างเพิ่มเติมได้ โดยที่ไม่ต้องแจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบล่วงหน้า หรืออาจมีข้อสัญญาให้ฝ่ายปกครอง สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาข้ออื่น ๆ ได้ เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองดังกล่าว หรือสัญญาที่มีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญหลักเกณฑ์หนึ่ง ในการพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ สัญญาทางปกครองจึงไม่ตั้งอยู่บนหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาดังกล่าว

ทั้งนี้ สัญญาของฝ่ายปกครอง ที่ฝ่ายปกครองเข้าผูกพันทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายแพ่ง ที่อยู่ภายใต้ความเท่าเทียมกันและเคารพหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา โดยมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัคร บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

จากหลักที่นำมากล่าวไว้ และแยกอธิบายไว้นี้ ศาลปกครองได้ใช้เป็นแนวในการวินิจฉัยสัญญาวางหลักกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ตลอดมา ดังนั้น ประเทศที่มีการแบ่งแยกระบบกฎหมายเอกชน และระบบกฎหมายมหาชนออกจากกันอย่างชัดเจน สัญญาที่สร้างขึ้นในระบบกฎหมายเอกชน กฎเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับกับสัญญา ย่อมเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายเอกชนด้วย แต่สัญญาใดเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน กฎเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน ก็จะต้องเป็นกฎเกณฑ์ในกฎหมายมหาชนด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม กฎหมายเอกชน มีพัฒนาการมายาวนานกว่ากฎหมายมหาชน มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายลักษณะสัญญาเป็นระบบมากแล้ว จึงต้องนำกฎเกณฑ์ในระบบกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางแพ่ง มาใช้แก่สัญญาในระบบกฎหมายมหาชนด้วย เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชน ที่ยึดถือหลักประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ดังนั้น สัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน ก็นำหลักการเช่นว่านี้มาใช้ด้วย เพียงเท่าที่ไม่ขัดกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน

ส่วนหลักในกฎหมายเอกชนเรื่องใด ขัดต่อหลักกฎหมายมหาชน ก็ไม่อาจนำมาใช้ในสัญญาทางปกครองได้ เช่น หลักในเรื่องสัญญาต่างตอบแทนในสัญญาทางแพ่ง ที่นำมาปรับใช้กับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองได้ แต่ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้ เช่น กรณีการชำระหนี้ของคู่กรณี จนกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายจะชำระหนี้ โดยสัญญาทางปกครอง เป็นเรื่องการดำเนินบริการสาธารณะ ที่รัฐจะต้องเข้าไปจัดการหรือควบคุมดูแล ให้การดำเนินบริการสาธารณะเป็นไปด้วยดี และต้องอยู่ภายใต้หลักการทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะด้วย ได้แก่ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ดังนั้น หากให้คู่สัญญาสามารถที่จะไม่ชำระหนี้ไว้ก่อน จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ตอบแทนนั้น ก็จะส่งผลให้การดำเนินบริการสาธารณะ ต้องหยุดชะงักล่าช้าและขาดความต่อเนื่อง หลักการของสัญญาทางแพ่งข้อนี้ จึงไม่อาจนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้

3. สัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้ง

ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

3.1 การบัญญัติให้มีสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ระบบกฎหมายไทยบัญญัติให้มีระบบศาลปกครอง โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 276 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง โดยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจในคดีปกครองประเภทต่าง ๆ รวมทั้งข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ด้วย สัญญาทางปกครองจึงบัญญัติให้มีอย่างเป็นทางการนับตั้งแต่นั้น จากบทบัญญัติข้างต้น จึงต้องแยกสัญญาทางปกครอง ออกจากสัญญาทางแพ่ง เพราะเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากสัญญาในอีกระบบกฎหมายหนึ่ง นั่นคือ ระบบกฎหมายมหาชน และเขตอำนาจศาลก็จะถูกแยกให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง โดยมีวิธีพิจารณาในระบบได้ส่วน ภายใต้ระบบกฎหมาย และนิติวิธีที่ต่างไปจากระบบสัญญาทางแพ่งเดิม

การจัดตั้งศาลปกครอง มีผลให้เปลี่ยนแปลงระบบศาลและระบบกฎหมาย จนมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลมาก โดยเฉพาะคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่คดีพิพาทจากสัญญาทุกประเภท เคยอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมหรือศาลชำนาญพิเศษ แต่เมื่อได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้น คดีพิพาทจากสัญญาทางปกครองจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เพราะสัญญาทางปกครองจะเป็นเครื่องมือของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะให้สำเร็จลุล่วง ทั้งเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนที่สถานะของคู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน จึงจำเป็นต้องบัญญัติแยกสัญญาทางปกครอง ออกจากสัญญาทางแพ่ง

สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน ที่การเกิดขึ้นของทฤษฎีสัญญาทางปกครอง มีที่มาจากประเทศที่แยกระบบกฎหมาย ออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่มีที่มาจากแนวบรรทัดฐาน จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) และ

ศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ที่วางหลักไว้ในคดี Blanco อันโด่งดัง ทั้งกล่าวได้ว่าสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เป็นที่มาของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ที่นำเอาหลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมาปรับใช้

วิวัฒนาการของสัญญาทางปกครองของไทย ที่นำทฤษฎีและหลักกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้ ทั้งนิยามความหมาย การตีความ ที่เมื่อแยกสัญญาทางปกครองให้อยู่ในระบบกฎหมายมหาชน ก็มีปัญหาทางกฎหมายในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทย มีพัฒนาการมาไม่นานนัก อีกทั้งนิยามสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นนิยามเปิด ก็ยังมีปัญหาทางกฎหมายมาก เพราะนิยามเปิดที่ให้ “สัญญาทางปกครอง หมายความว่ารวมถึง...” แม้โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายจะเปิดโอกาสให้ศาลปกครอง สามารถพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองไปได้ในอนาคต แต่ก็มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยขอบเขตของสัญญาทางปกครอง รวมทั้งหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่ใช้แบ่งแยกสัญญาทางปกครอง ออกจากสัญญาทางแพ่งมาก

3.2 การบัญญัตินิยามสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัตินิยามสัญญาทางปกครองเอาไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

จากบทนิยามข้างต้น เมื่อพิจารณาขอบเขตของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ก็พบว่าสัญญาทางปกครองไทยมีขอบเขตกว้างขวาง ที่จะมีทั้งสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ที่นิยามบัญญัติไว้ คือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และจากนิยามยังมีสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่ต้องพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญา โดยทฤษฎีบริการสาธารณะ และข้อกำหนดพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมาก ที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ที่เมื่อได้พิจารณาแล้วโดยเนื้อหาของข้อสัญญา ให้ถือเป็นสัญญาทางปกครองด้วย ขอบเขตของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย จึงมีขอบเขตกว้างขวางมาก

ทั้งบทบัญญัตินิยามที่เป็นนิยามเปิด ที่กฎหมายมีเจตนารมณ์ให้ศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล สามารถพัฒนาหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ตามสภาพ แต่หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้วินิจฉัยแยกว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง กลับไม่มีหลักเกณฑ์อื่นใดนอกจากนิยามข้างต้นกับ คำอธิบายสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ของมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครอง-สูงสุด ที่ 6/2544 ซึ่งต้องปรับใช้เมื่อต้องวินิจฉัยตีความสัญญา ซึ่งก็ต้องใช้ทฤษฎีบริการ สาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้

เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนเช่นนี้ ก็อาจมีปัญหาข้อขัดข้องในการตีความ สัญญาได้ บางครั้งศาลปกครองถูกมองว่าเป็นการตีความขยายเขตอำนาจ หรือตีความ คับแคบจนคดีข้อพิพาทตามสัญญานั้น ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ที่อาจกระทบ ต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชน ที่จะไม่ได้รับประโยชน์ จากการแสวงหาพยานหลักฐาน และวิธีพิจารณาความในระบบไต่สวนในระบบศาล ปกครองได้

ทั้งเมื่อได้ศึกษาค้นคว้าย้อนไปศึกษาความเป็นมา ของสัญญาทางปกครองใน ระบบกฎหมายไทย พบว่า เดิมทีเดียวมีแนวคิดว่าจะให้มีระบบสัญญาทางปกครอง ขึ้นในประเทศไทย ก็น่าจะทำแบบประเทศเยอรมัน คือ บัญญัติถึงความหมาย ประเภท และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ไว้ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติ-ราชการทางปกครอง ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีทั้งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นมาตรการสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่าย-ปกครอง แต่ในที่สุดแล้ว ไม่ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครอง ไว้ในกฎหมายว่าด้วย วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ทั้งนี้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาในชั้นกรรมาธิการร่าง ก็แยกเรื่องสัญญาทาง-ปกครอง มาไว้ในร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ บัญญัตินิยามไว้ในมาตรา 3 ข้างต้น เพราะเห็นว่า ควรให้เป็นหน้าที่ของศาลปกครอง พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ให้เหมาะสมกับประเทศไทย เช่นเดียวกับ ที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้าง และพัฒนาระบบสัญญาทางปกครองของตนขึ้นมา¹⁴

¹⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 489.

เมื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ต่อสภาผู้แทนราษฎร ก็บัญญัตินิยามไว้ในมาตรา 3 ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และจะมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง”

แต่ในวาระที่ 2 ชั้นพิจารณาของกรรมาธิการ สภาผู้แทนราษฎร ได้แก้ไขนิยามข้างต้นใหม่เป็น “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญา สัมปทานสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือให้จัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ หรือที่สร้างขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผล”

เมื่อร่างพระราชบัญญัติผ่านการพิจารณาในสภาผู้แทนราษฎร 3 วาระ ก็ส่งร่างพระราชบัญญัติไปยังวุฒิสภา ในชั้นกรรมาธิการของวุฒิสภา ก็ได้แก้ไขบทนิยามเป็น “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ซึ่งเป็นถ้อยคำของกฎหมายในเวลาต่อมา

ซึ่งจากบทนิยามในกฎหมาย ทำให้สัญญาทางปกครองมี 2 ประเภท คือ สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย 4 ประเภทข้างต้น และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่ต้องวินิจฉัยตีความจากนิยาม จากคำอธิบายนิยามสัญญาทางปกครองในมาตรา 3 จากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ที่ 6/2544 ที่ต่างก็ไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายใด ๆ นอกจากการใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะตีความสัญญา ซึ่งก็น่าจะมีปัญหาทางกฎหมาย ในการปรับใช้ทฤษฎี และหลักกฎหมายเกิดขึ้นได้ตลอดเวลา ซึ่งก็ต้องศึกษาต่อไปว่าปัญหาดังกล่าว ในปัจจุบันระบบกฎหมายไทยมีมาตรการทางกฎหมายใด ๆ สำหรับอุดช่องว่างกฎหมายข้างต้นนี้หรือไม่ หากไม่มีจะต้องแสวงหามาตรการทางกฎหมายใด ๆ มาใช้ให้สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นหรือไม่ โดยที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของระบบสัญญาทางปกครอง

3.3 เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้นิยามสัญญาทางปกครองเป็นนิยามเปิด

การบัญญัตินิยามของสัญญาทางปกครอง ในลักษณะนิยามเปิดที่กำหนดให้สัญญาทางปกครอง มีทั้งสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่พิจารณาทั้งจากเกณฑ์องค์กร ที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง หรือผู้กระทำการแทนรัฐ และพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ หรือสัญญามีข้อกำหนดพิเศษให้ออกฤทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมาก

โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ต้องการให้ศาลปกครองได้พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยอาศัยระยะเวลา และอาศัยพัฒนาการของหลักกฎหมายเรื่องนี้ เช่นเดียวกับระบบสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส ที่เมื่อศึกษาลึกลงไปพบว่า หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส มิได้เกิดขึ้นจากการกำหนดของตัวบทกฎหมาย แต่เกิดขึ้นและพัฒนาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง และศาลคดีซัดกัน ที่ปรับใช้ทฤษฎีกฎหมายกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี เพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Spirit of Law) โดยใช้เวลายาวนานกว่าสองร้อยปีทีเดียว

นิยามของสัญญาทางปกครอง ที่เป็นกฎหมายบัญญัติเป็นนิยามเปิด ที่ให้สัญญาทางปกครอง “หมายรวมถึง. . .” ที่กฎหมายกำหนดด้วยคำเช่นนี้ ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายประสงค์จะให้มีการพัฒนาในเรื่องนี้ต่อไปในอนาคต นับแต่วันที่กฎหมายใช้บังคับ เมื่อกำหนดให้เป็นข้อพิพาทอย่างหนึ่ง ที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองแล้ว แนวทางการพัฒนาหลักดังกล่าว จึงเป็นเรื่องศาลปกครอง ทั้งการที่กฎหมายบัญญัติแต่เพียง “หมายรวมถึง. . .” ในด้านหลักเกณฑ์ในการตีความ ที่ศาลปกครองจะนำมาใช้ในการตีความ ที่ถือว่ามีความยืดหยุ่นอย่างมาก เพราะเท่ากับว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ไว้เลย แม้อาจจะเป็นดุลพินิจของศาล ที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้

แต่สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ศาลปกครองจะใช้ดุลพินิจไม่ได้ แต่เป็นเหตุผลทางวิชาการ ที่มาจากการปรับใช้ทฤษฎีกฎหมายบริการสาธารณะ และหลักกฎหมายของต่างประเทศที่นำมาปรับใช้ รวมทั้งพัฒนาการของหลักกฎหมายเรื่องนี้ ที่จะต้องหาข้อสรุปต่อไปว่าต้องมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอน ใช้ตีความสัญญาทางปกครองต่อไป โดยนำหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยศาลปกครองสูงสุดและ

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล มาเป็นเกณฑ์ในการตีความโดยไม่ละเลยต่อเจตนารมณ์เดิม ที่ต้องการให้ศาลปกครองพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องพร้อมกันไปได้ด้วย ทั้งโดยที่กฎหมายใช้คำว่าสัญญาทางปกครอง “หมายความร่วมมือ...” ที่แตกต่างไปจากนิยามของคำอื่น ที่บัญญัติไว้ก่อนหน้าสัญญาทางปกครองที่กฎหมายใช้คำว่า “หมายความร่วมมือ” อันเป็นการจำกัดขอบเขตการตีความไว้อย่างเคร่งครัด

ดังนั้น สัญญาทางปกครอง 4 ประเภทที่บัญญัตินิยามไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งเท่านั้น เพราะยังจะต้องหมายความรวมถึงสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วย ที่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของข้อสัญญา และเจตนารมณ์ของสัญญา จะต้องถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองด้วย

คำว่า “หมายความร่วมมือ” ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่า สิ่งที่ให้หมายความรวมถึงนั้น ไม่ใช่สัญญาทางปกครองโดยรูปแบบที่กฎหมายบัญญัติ แต่ถ้าพิจารณาจากเงื่อนไขต่าง ๆ ตามหลักเกณฑ์เท่าที่มีอยู่ และปรับใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะแล้ว หากเข้าหลักเกณฑ์ตามลักษณะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ให้เป็นสัญญาทางปกครองด้วย เพราะโดยสภาพแล้วถือเป็นสัญญาทางปกครอง โดยอาจพิจารณาจากเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ศาลปกครองนำมาปรับใช้ ไม่ว่าจะข้อกำหนดพิเศษในสัญญา ที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป หรือองค์ประกอบอื่น ๆ เพราะไม่ใช่ความหมายโดยตรง

จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่จะวางหลักกฎหมายและพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องนี้ต่อไป โดยนำหลักกฎหมายที่มีอยู่ ทั้งจากนิยาม ทั้งจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ที่ 6/2544 รวมทั้งใช้กฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายฝรั่งเศส เพื่อนำมาปรับใช้เป็นเกณฑ์ ทั้งนี้ จะต้องนำแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คำสั่งศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่วางหลักกฎหมายในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่วินิจฉัยชี้ขาดมาแล้ว มาเป็นแนวบรรทัดฐานเทียบเคียงด้วยเพื่อให้สามารถวินิจฉัยตีความสัญญา ได้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิจากศาลปกครองในที่สุด



3.4 การเพิ่มนิยาม “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” เพื่อใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง

ปัญหาการวินิจฉัยตีความสัญญาทางปกครอง ที่มีข้อจำกัดเรื่องหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ในการวินิจฉัยตีความสัญญา จนมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่คู่ความในคดีโต้แย้งเขตอำนาจศาลมาก แม้ว่าในกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย พยายามที่จะแสวงหาหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายมาใช้ แต่บางครั้งก็มีข้อจำกัด ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2551 โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551 โดยให้เพิ่มนิยามคำว่า “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” ต่อจากบทนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนี้

“ประโยชน์แก่ส่วนรวม” หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะหรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะ หรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการ หรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม หรือประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น¹⁵

สำหรับเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่เมื่อศาลปกครองได้เปิดทำการแล้ว ทำให้มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง นับว่ามีผลความสำคัญอย่างยิ่ง ทั้งในเรื่องของศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดี กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะนำมาใช้ในคดีนั้น สัญญาทางปกครองจึงเป็นหลักเกณฑ์ใหม่ ที่แม้แต่นักกฎหมายยังถกเถียงเพื่อค้นหาความหมายที่เหมาะสมหรือควรจะเป็น ในแต่ละปีหน่วยงานของรัฐได้ทำสัญญากับเอกชน หรือกับหน่วยงานของรัฐด้วยกันในกิจกรรมที่หลากหลาย ตั้งแต่กิจกรรมขนาดเล็กจนถึง โครงการขนาดใหญ่ เช่น สัญญาจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร ถนน หรือสิ่งปลูกสร้างอื่น ๆ สัญญาสัมปทาน ฯลฯ ซึ่งหากนับมูลค่าตามสัญญาเหล่านี้ ก็จะเกี่ยวข้องกับเงินงบประมาณแผ่นดินจำนวนมาก แต่เนื่องจากการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทาง-

¹⁵พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551, มาตรา 3.

ปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ยื่นฟ้องคดีภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งเดิมสัญญาดังกล่าวมีอายุความถึงสิบปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อได้มีการตีความสัญญาโดยศาลปกครอง หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลว่าเป็นสัญญาประเภทใด หากตีความว่าเป็นสัญญาทางปกครอง จะทำให้กำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดี ลดเหลือเพียงหนึ่งปี เป็นเหตุให้ระยะเวลาฟ้องคดีสั้นลงโดยผลของกฎหมาย ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สมควรแก้ไขระยะเวลาฟ้องคดีดังกล่าวให้ยาวขึ้น นอกจากนี้ ปัจจุบันยังมีปัญหาการตีความความหมาย ของเรื่องประโยชน์แก่ส่วนรวม จึงเห็นควรบัญญัติเรื่องนี้ไว้ในบทนิยาม เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้กฎหมายยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้¹⁶

การเพิ่มเติมนิยาม “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” ดังกล่าว เมื่อพิจารณาเหตุผลจากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ ก็พบว่ามีเจตนารมณ์ที่จะใช้เป็นเครื่องมือ ที่จะเป็นอีกหลักเกณฑ์หนึ่ง ที่จะช่วยวินิจฉัยตีความสัญญาทางปกครองในกรณีที่มีปัญหาในการวินิจฉัยตีความสัญญาทางปกครองนั่นเอง

3.5 ลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

การพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย จะต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัตินิยามความหมายสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งจากบทนิยามที่ศึกษามาในขั้นต้น เมื่อพิจารณาสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาดังต่อไปนี้

¹⁶หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551.

3.5.1 สัญญาสัมปทาน

คำว่า สัมปทานนั้น นักวิชาการอาวุโสของไทย อธิบายความหมายของสัมปทานไว้ว่า สัมปทานเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครอง มอบหมายให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใด ภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทน ด้วยการให้สิทธิเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น¹⁷

คำอธิบายข้างต้น เป็นความหมายที่นำมาอธิบายความหมายของสัญญาสัมปทาน ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้เป็นอย่างดี กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาของทางราชการที่เก่าแก่ที่สุดสัญญาหนึ่ง มีมาตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์จนถึงปัจจุบัน คือ กรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชน ลงทุนในกิจการทางด้านสาธารณูปโภคอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง กล่าวคือ เอกชนที่รับสัมปทานจะต้องลงทุนจัดให้มีบริการสาธารณะนั้นเองทั้งหมด โดยเอกชนคู่สัญญาที่รับสัมปทาน เรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนที่มาใช้บริการนั้น โดยตรงเป็นค่าตอบแทน

สัญญาสัมปทานในประเทศไทย อาจแบ่งออกได้เป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และสัญญาการให้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งต่างหาก ตามนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงนำไปอธิบายไว้ในประเภทสัญญาทางปกครองเป็นประเด็นต่างหาก ในชั้นนี้จึงอธิบายถึงเฉพาะสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเท่านั้น

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง ที่ฝ่ายปกครองตกลงอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ด้วยทุนของเอกชน ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองกำหนดให้ปฏิบัติเพื่อประโยชน์สาธารณะ และด้วยเหตุที่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง มีผลให้ความเกี่ยวพันระหว่างผู้รับสัมปทานกับฝ่ายปกครอง มีลักษณะแตกต่างกับ

¹⁷ ประยูร กาญจนกุล, เรื่องเดิม, หน้า 146.

ความเกี่ยวพันระหว่างข้าราชการกับรัฐ กล่าวคือ ความเกี่ยวพันระหว่างข้าราชการกับรัฐ เป็นความเกี่ยวพันกันตามกฎหมาย ระเบียบและข้อบังคับ ไม่ใช่เป็นความเกี่ยวพันกันตามสัญญา ส่วนความเกี่ยวพันระหว่างผู้รับสัมปทานกับฝ่ายปกครอง จะเป็นความเกี่ยวพันกันตามสัญญา ดังนั้น ถึงแม้ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ จะได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐหรือฝ่ายปกครอง แต่ก็ไม่มีฐานะเป็นเจ้าของงานหรือข้าราชการ ยังคงมีฐานะเป็นเอกชนตามเดิม

ทั้งนี้ ทรัพย์สินที่ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ นำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ จะเป็นทรัพย์สินของเอกชน จึงไม่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมาย เหมือนกับทรัพย์สินของทางราชการ ที่อนุญาตให้ผู้รับสัมปทานใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น ถนนหรือที่ดินของทางราชการ แต่กิจการที่ฝ่ายปกครองให้สัมปทานแก่เอกชนไปจัดทำ ยังคงถือเป็นบริการสาธารณะอยู่ ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจควบคุมอย่างเต็มที่ และฝ่ายปกครองย่อมจะกำหนดเงื่อนไข ในการเพิกถอนสัมปทานไว้เสมอ เพื่อใช้บังคับในกรณีที่ผู้รับสัมปทานละเลยไม่ปฏิบัติตาม หรือฝ่าฝืนข้อกำหนดชั้นมูลฐานของสัมปทาน และอาจวางข้อกำหนดอื่น ๆ ไว้เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะได้อีกด้วย ซึ่งเงื่อนไข ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญานี้เอง ที่ถือเป็นเนื้อหาของสัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนรับสัมปทานไปจัดทำนั้น จะต้องไม่เป็นกิจการที่เป็นภารกิจพื้นฐานของประเทศ ที่เกี่ยวกับความมั่นคง หรือความปลอดภัยของประเทศ เช่น การรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ กระบวนการยุติธรรม แต่ส่วนใหญ่จะเป็นบริการสาธารณะในทางเศรษฐกิจ อันเป็นสาธารณูปโภค ไม่ว่ากิจการไฟฟ้า กิจการประปา กิจการเดินรถประจำทางหรือระบบขนส่งมวลชนต่าง ๆ

3.5.2 สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ จะเป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครอง ทำสัญญามอบหมายให้เอกชนเข้าทำภารกิจใดภารกิจหนึ่ง ที่โดยปกติอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะนี้ โดยด้อยค่ายอมหมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองหรือรัฐ ใช้วิธีการทางสัญญามอบหมายบริการสาธารณะให้บุคคลรับไปเป็นผู้จัดทำ และอาจใกล้เคียงหรือมีบางส่วนที่คาบเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน

เพียงแต่สัญญาสัมปทานมีความหมายเฉพาะต่างหาก เนื่องจากระบบการให้ค่าตอบแทน แก่คู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนที่มีลักษณะเฉพาะของสัญญาสัมปทาน ส่วนสัญญา ให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น เมื่อฝ่ายปกครองได้ก่อตั้งบริการสาธารณะขึ้นมาแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการจัดทำ หรือกำกับดูแลให้มีการจัดทำบริการสาธารณะ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะให้มากที่สุด

ในอดีตบริการสาธารณะ เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐ โดยตรง แต่เมื่อสังคมเจริญขึ้นรัฐก็มีภาระหน้าที่มากขึ้น กิจการบางอย่างไม่จำเป็นที่รัฐจะต้อง จัดทำเอง ทั้งกิจการบางอย่างต้องใช้เงินลงทุนมาก ต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญ พิเศษ ทำให้รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้ดี และรวดเร็วทันต่อความต้องการ ของผู้ใช้บริการสาธารณะ จึงเกิดการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนที่พร้อมจะจัดทำ บริการสาธารณะแทนรัฐ ซึ่งอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้น โดยตรง หรือให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ

สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่มีขอบเขตกว้างขวางมาก โดยเฉพาะการที่ระบบสัญญาทางปกครองไทย ได้นำระบบกฎหมายปกครองเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมาใช้ และมีการตีความสัญญาเทียบเคียงกับสัญญาทาง ปกครองของฝรั่งเศส สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงมีทั้งการให้เอกชนเข้าจัดทำ บริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาให้เอกชนกำจัดขยะ หรือขุดลอกท่อระบายน้ำ หรือสัญญาที่ให้ถือเป็นสัญญาให้จัดจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาก่อสร้างและ ซ่อมแซมอาคารโรงพยาบาล ที่ประชาชนสามารถเข้าพักรักษาในโรงพยาบาล หรือเข้า- ใช้บริการสาธารณะทางด้านสาธารณสุข จากโรงพยาบาลของรัฐนั้น ๆ ได้โดยตรง หรือ สัญญาให้ทุนการศึกษา ที่เมื่อจบการศึกษาแล้วจะต้องมาใช้ทุนในหน่วยงานของรัฐ เป็นการเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ จึงมีการตีความสัญญาเหล่านี้ โดยใช้หลัก ความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับการจัดทำบริการสาธารณะด้วย

โดยที่สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น เป็นสัญญาทางปกครอง ประเภทหนึ่ง ที่มีปัญหาในการตีความสัญญา มาก เพราะลักษณะของสัญญาให้จัดทำ บริการสาธารณะที่มีรูปแบบหลากหลาย เป็นสัญญาที่มีได้หลายลักษณะดังกล่าวข้างต้น ทั้งเมื่อต้องวินิจฉัยตีความสัญญา ยังต้องตีความขยายไปถึงความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับ

บริการสาธารณะด้วย จึงต้องอธิบายความเชื่อมโยง และหรือความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับ บริการสาธารณะอีกมาก แต่เพื่อมิให้เนื้อหาซ้ำซ้อนกัน จึงนำไปอธิบายในหลักเกณฑ์ การวินิจฉัยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย โดยละเอียด

3.5.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

คำว่า “สาธารณูปโภค” นั้น เป็นเรื่องของกิจการรวมทั้งทรัพย์สินที่ใช้ใน กิจการนั้น โดยหากพิจารณาความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน แก้ไข เพิ่มเติม พ.ศ. 2525 มีความหมายว่า “บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นแก่การดำรงชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถ ประจำทาง โทรศัพท์ (อ. public utility)”

นอกจากนั้น ยังมีความหมายตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ เช่น ประกาศ คณะปฏิวัติฉบับที่ 58 วันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 กำหนดว่า “กิจการดังต่อไปนี้ ให้ถือ- ว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค (1) การรถไฟ (2) การรอราง. . . ที่เมื่อ พิจารณาตามความหมายที่นำมาอ้างอิงนี้ ก็สามารถแยก “สิ่งสาธารณูปโภค” ตาม ความหมายดังกล่าวออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

- 1) ทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ ซึ่งได้จัดให้ขึ้นเพื่อให้ ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพานคนเดิน ข้ามถนน สะพาน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ เป็นต้น
- 2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้ใช้เป็น เครื่องมือโดยตรง ในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่ง อุปโภคที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต เช่น เสาไฟฟ้าและสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิต กระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล เป็นต้น

สิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นเรื่องของกิจการและทรัพย์สินที่ใช้ในกิจการ นั้น ดังนั้น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงมีความหมายไปในทางที่ว่าเป็นสัญญาที่ จัดให้มีสิ่งที่ประชาชนทั่วไป ใช้ประโยชน์ในการดำเนินชีวิต และเป็นหลักเกณฑ์สำคัญ ในการพิจารณาว่า กรณีใดเกี่ยวกับสาธารณูปโภค สัญญาประเภทนี้จึงมีปัญหาในการ ตีความในเบื้องต้นว่า “สาธารณูปโภคคืออะไร” อย่างไรจึงเรียกว่า “จัดให้มี” เรื่องนี้ขึ้น สู่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดีเรื่องหนึ่งเป็นสัญญาจ้าง ปรับปรุงอาคาร โรงพยาบาล คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

เห็นว่า อาคารโรงพยาบาลเป็นถาวรวัตถุ เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการให้บริการสาธารณะ คือ การจัดบริการสาธารณสุขให้บรรลุผล ประชาชนทั่วไปสามารถใช้ประโยชน์ในอาคารนั้นได้โดยตรง สัญญารับจ้างปรับปรุงโรงพยาบาลจึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เป็นสัญญาทางปกครอง¹⁸

อีกกรณีหนึ่งคือ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เห็นว่า อาคารดังกล่าวเป็นถาวรวัตถุ และเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการให้บริการสาธารณสุขให้บรรลุผล เป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถจะเข้าใช้ได้โดยตรง สัญญาก่อสร้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁹

สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค มีขอบเขตเนื้อหาและลักษณะสัญญาที่ต้องใช้เกณฑ์ในการวินิจฉัยตีความมาก เช่นเดียวกับสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่เพื่อมิให้เนื้อหาซ้ำซ้อนกัน จึงนำไปอธิบายไว้ในเรื่องเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยอย่างละเอียดเช่นกัน

3.5.4 สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาทางปกครอง ตามนิยามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อีกประเภทหนึ่ง ก็คือ สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติ ที่รัฐจะห้ามมิให้เอกชนเข้าไปใช้ประโยชน์ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากรัฐ ในรูปของสัญญาที่อนุญาต และยินยอมให้เอกชนเข้าไปแสวงประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างหนึ่งอย่างใด โดยจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ อาจเป็นสัญญาสัมปทานที่ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่จะแตกต่างกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เพราะสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ มีวัตถุประสงค์ที่จะสงวนรักษาทรัพยากรของชาติ ไม่ให้ถูกทำลายหรือใช้ประโยชน์โดยที่รัฐไม่ได้รับประโยชน์อย่างคุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ เหมือนกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

¹⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545.

¹⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545.

อย่างไรก็ตาม สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แม้จะมีวัตถุประสงค์แตกต่างไปจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ แต่สัญญาสัมปทานการให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ก็เป็นผลส่วนหนึ่งมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ สัญญาประเภทนี้ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการให้สัมปทาน แต่สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ 3 ประการ กล่าวคือ

1) คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สัญญาของทางราชการทุกประเภท คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นรัฐ มีฐานะเป็นนิติบุคคล การเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงเป็นไปตามที่กฎหมายเฉพาะที่จัดตั้งองค์การของรัฐนั้น ๆ กำหนด

2) อำนาจในการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะเข้าทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนได้ จะต้องเป็นไปในกรอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของตน ทั้งผู้ที่จะทำสัญญาต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมาย สำหรับคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานราชการนั้นใน ส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของหน่วยงาน และอำนาจในการกระทำการของหน่วยงานของรัฐจะกำหนดโดยกฎหมายทั่วไป ส่วนองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น จะกำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์การส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ แต่ละประเภท

ขณะที่รัฐวิสาหกิจ จะเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารของรัฐวิสาหกิจ ร่วมกับผู้บริหารสูงสุดของรัฐวิสาหกิจ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งขึ้นมา ส่วนหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ที่มีกฎหมายจัดตั้งเป็นพิเศษ ก็ต้องพิจารณาจากกรอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานแต่ละแห่ง ว่าตามกฎหมายเฉพาะเหล่านั้นได้กำหนดวัตถุประสงค์หน่วยงานนั้นเพื่อการใด

3) การเลือกคู่สัญญา การทำสัญญาของทางราชการ ไม่ว่าจะสัญญาพัสดุหรือสัญญาทางปกครองประเภทใด ฝ่ายรัฐไม่อาจเลือกผู้ที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยอิสระ เนื่องจากจะต้องปฏิบัติตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดอย่างเคร่งครัด ภายใต้วิธีการที่โปร่งใส เป็นกลาง มีการแข่งราคาอย่างเป็นธรรม และตอบสนองผลประโยชน์สาธารณะมากที่สุด การเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ที่จะเข้าทำสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ

4. การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

สัญญาทางปกครอง เป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครอง ในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน ซึ่งบางครั้งเกิดปัญหาข้อพิพาทอันเกิดจากข้อสัญญาข้อหนึ่งข้อใด ที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดให้เป็นที่ยุติว่าจะบังคับตามสัญญาอย่างไร และศาลใดจะมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ซึ่งประเทศที่ระบบศาลเป็นระบบศาลคู่ ไม่ว่าจะเป็นประเทศฝรั่งเศส เบลเยียม รวมทั้งประเทศไทยในปัจจุบัน ที่มีการแบ่งแยกศาลเป็นระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครอง ที่แต่ละระบบศาลจะมีเขตอำนาจศาล ที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง สุดแต่ว่าสัญญาที่พิพาทนั้น เป็นสัญญาในระบบกฎหมายใด ก็จะชี้ขาดเขตอำนาจศาลเหนือคดีพิพาทได้

4.1 การบัญญัติให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจในคดีพิพาทจากสัญญาทางปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 (4) บัญญัติให้ข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายมหาชน เป็นสถาบันที่มีความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน หรือกฎหมายปกครอง ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อแก้ไข ปัญหาข้อพิพาท หรือโต้แย้งระหว่างประชาชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการปฏิบัติหน้าที่ ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ คือ ตรวจสอบการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าดำเนินการไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือว่าให้ความเป็นธรรมกับประชาชนเพียงพอแล้วหรือไม่ ถ้าการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ไม่ถูกต้อง ศาลปกครองจะวินิจฉัยให้ยกเลิกเพิกถอนคำสั่ง หรือการกระทำดังกล่าว ซึ่งก็รวมถึงการตรวจสอบและวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองดังกล่าวแล้วด้วย

การที่ศาลปกครองมีอำนาจวินิจฉัย ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง คำวินิจฉัยของศาลปกครอง จึงมีผลกระทบกระเทือนถึงการบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับตามสัญญาทางปกครอง ที่อาจจะกระทบต่อสิทธิของคู่สัญญา หรือการแก้ไขข้อสัญญาตามเอกสิทธิ์ที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองกำหนดไว้ในสัญญานั้น ๆ การวินิจฉัยข้อพิพาทของสถาบันที่ทำหน้าที่ศาลปกครอง จึงไม่อาจดำเนินการในลักษณะของ “ศาล” ตามความเข้าใจทั่ว ๆ ไป ที่หมายถึง ผู้ชี้ขาดข้อพิพาทให้ยุติว่าฝ่ายใดชนะคดีตามสัญญา ตามหลักฐานที่นำมาพิสูจน์ ให้ศาลเชื่อว่ามีน้ำหนักมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งแต่เพียง-

อย่างเคียว แต่ว่าในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือข้อพิพาททางคดีปกครอง ต้องพิจารณาทั้งในด้านการแก้ไขปัญหาจากสัญญา ที่จะมีผลต่อบริการสาธารณะตามสัญญาทางปกครองนั้น ทั้งตรวจสอบข้อพิพาทของเจ้าหน้าที่ข้อบกพร่องของกฎหมาย และระเบียบข้อบังคับของส่วนราชการ ไปพร้อมกัน²⁰

อำนาจศาลปกครองเกี่ยวข้องโดยตรงกับกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดระบบบริหาร ในการจัดการบริการสาธารณะแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม กฎหมายปกครอง จึงได้แก่ พระราชบัญญัติ และกฎหมายทุกฉบับที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ และหน่วยงานของรัฐทุกแห่ง โดยมีกลไกที่จะให้มีการบังคับตามกฎหมาย ด้วยการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ มีอำนาจออกคำสั่งอนุญาต วินิจฉัย และสั่งการ การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะเป็นไปตามกฎหมายปกครอง และเป็นไปตามทฤษฎีกฎหมายปกครอง ซึ่งจะรวมถึงสัญญาทางปกครองด้วย

อมร จันทรสมบูรณ์ นักกฎหมายมหาชนไทย ผู้วางรากฐานในการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย อธิบายไว้ว่าทฤษฎีกฎหมายปกครอง เกิดจากการที่สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง ใช้หลักปรัชญาของกฎหมายมหาชนมาวินิจฉัยคดี จนทำให้เกิดเป็นกฎเกณฑ์ในทางการบริหาร สำหรับยึดถือเป็นหลักในการปฏิบัติราชการ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทฤษฎีกฎหมายปกครองจึงเป็นหลักกฎหมายที่มุ่งหมายปกป้องผลประโยชน์ของเอกชน ในกรณีเอกชนกระทำการโดยสุจริต ขณะเดียวกันทฤษฎีกฎหมายปกครอง จะอุดช่องว่างของบทกฎหมาย ในกรณีที่เอกชนมีเจตนาที่จะแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ทฤษฎีกฎหมายปกครองจึงสามารถประสานประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของเอกชน ซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์สาธารณะได้หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การประสานดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน

โดยนัยดังกล่าวมานี้ กฎหมายปกครองจึงเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและความสัมพันธ์ ระหว่างฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันและต่อประชาชน กฎหมายปกครองจึงเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะ และการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองที่ -

²⁰สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บทบรรณาธิการ,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 158 ตอนที่ 3 (ธันวาคม 2539): (7).

เกี่ยวกับการจัดระบบบริหารเพื่อจัดบริการสาธารณะ อันเป็นประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน การดำเนินการของฝ่ายปกครอง จะต้องใช้หลักปรัชญาของกฎหมายมหาชนเพื่อการประสานให้เกิดดุลยภาพ ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชน หลักปรัชญาดังกล่าวทำให้เกิดทฤษฎีกฎหมายปกครอง ที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอันเป็นประโยชน์ของเอกชนไปด้วยในขณะเดียวกัน

ความสำคัญของศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรหรือสถาบันที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทคดีปกครองประเภทต่าง ๆ รวมทั้งข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครอง จะอยู่ที่ศาลปกครองมีความเข้าใจในหลักการบริหารราชการแผ่นดิน หลักกฎหมายปกครอง รวมทั้งทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ และหลักกฎหมายต่างประเทศที่มาปรับใช้ในคดี ที่จะต้องคำนึงถึงการประสานประโยชน์สาธารณะ กับประโยชน์ของปัจเจกชนที่ได้รับจากสัญญา จึงต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลางไม่ขึ้นอยู่ในสังกัดฝ่ายใด และต้องมีหน่วยธุรการ โดยเฉพาะพนักงานคดีปกครอง ที่มีความเชี่ยวชาญในคดีปกครอง ที่จะต้องสนับสนุนงานของศาลปกครองด้วย

ทั้งนี้ เพราะว่าการดำเนินการกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลปกครองมีภาระหน้าที่ในการรวบรวมข้อเท็จจริง แสวงหาพยานหลักฐานในคดี จัดทำคำวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้น การวิเคราะห์หลักกฎหมายปกครอง เพื่อสร้างแบบแผนระเบียบปฏิบัติราชการ หรือวางหลักเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือเสนอแนะการปรับปรุงกฎหมาย เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับจากผลแห่งสัญญาดังกล่าว การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครอง จึงต้องแยกออกมาอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ที่เป็นระบบศาลในระบบกฎหมายมหาชนต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม

4.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน ที่นับว่าเป็นเรื่องใหม่ที่พัฒนาการของหลักกฎหมายยังสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายโดยมีข้อจำกัดอยู่มาก หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญา เพื่อแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งจึงยังมีอยู่ไม่มากนัก ทั้งโดยสภาพของสัญญา ทั้งสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งมีความแตกต่างกัน สัญญาทางปกครองเมื่อได้ตกลงทำสัญญากัน ฝ่ายปกครองมิได้ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครอง แต่เป็นการทำเพื่อประโยชน์

สาธารณะ ดังนั้น โดยสภาพของสัญญาทางปกครอง จึงมิได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานหลักความเสมอภาค ต่างจากสัญญาทางแพ่ง ที่จะคำนึงถึงหลักความเสมอภาค ในการที่คู่สัญญามีการแสดงเจตนาทำสัญญาต่อกัน ทั้งอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันทำสัญญาได้ในทุกกรณี เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

เมื่อสัญญาทั้งสองประเภทมีความแตกต่างกัน จึงต้องแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งสองประเภทออกจากกัน โดยใช้เกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญา ดังนี้

4.2.1 การวินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยใช้หลักเกณฑ์ด้านองค์กร

หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรนี้ จะต้องพิจารณาจากนิยามสัญญาทางปกครอง ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ให้คำนิยามว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

เมื่อพิจารณาถ้อยคำสำนวนในกฎหมายแล้ว จะเห็นว่าผู้ที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองได้ แบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ

1) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง การพิจารณา คู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ต้องพิจารณาคำนิยามของหน่วยทางปกครองตามนิยาม ในมาตรา 3 ที่บัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า นิยามกว้างมาก จึงต้องไปแยกหน่วยงานทางปกครองประเภทต่าง ๆ ด้วย ดังนี้

(1) ราชการบริหารส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานเรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการบริหารส่วนกลางที่กล่าวถึงนี้ กฎหมายกำหนดให้มีสถานะเป็นนิติบุคคล

(2) ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ซึ่งตามระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัด อำเภอ แต่ที่กฎหมายกำหนดให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลมีเพียงจังหวัดเท่านั้น

(3) ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบลและราชการบริหารส่วนตำบล และราชการบริหารส่วนท้องถิ่นที่จัดตั้งขึ้น โดยกฎหมายเฉพาะที่ลักษณะพิเศษ ได้แก่ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

(4) รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานทางปกครองที่เป็นรัฐวิสาหกิจ ที่อยู่ในความหมายตามนิยามข้างต้น หมายถึงเฉพาะแต่รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติ จะรวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชกำหนดด้วย เพราะว่าพระราชกำหนดที่ผ่านความเห็นชอบต่อรัฐสภาแล้ว จะมีสถานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชกฤษฎีกา เช่น องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ แต่จะไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยกฎหมายเอกชน เช่น บริษัทไม้อัดไทย จำกัด ดังนั้น สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐวิสาหกิจ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนกับเอกชน จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เว้นแต่ทำสัญญาโดยกระทำการแทนรัฐ

(5) หน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ องค์การมหาชนต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชกฤษฎีกา ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ ยังรวมถึงองค์กรใหม่ที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 หรือรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ตราเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้น แล้วแต่กรณีอีกด้วย ซึ่งได้แก่ หน่วยงานที่นักกฎหมายมหาชน เรียกว่า องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และยังหมายความรวมถึงหน่วยงานที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 กำหนดให้ตราพระราชบัญญัติจัดตั้งเพื่อทำหน้าที่เป็นหน่วยงานทางธุรการของศาล เช่น สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

(6) หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง หน่วยงานในลักษณะเช่นนี้ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ แต่เป็น

หน่วยงานที่ตั้งขึ้นในระบบราชการ หรือเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นนอกระบบราชการก็ได้ แต่ดำเนินการใช้อำนาจทางปกครอง มีลักษณะเป็นองค์การวิชาชีพ เช่น สภานายความ แพทยสภา สภาการบัญชี โดยหลักแล้วองค์กรเหล่านี้ มีอำนาจทำนิติกรรมทางปกครอง ฝ่ายเดียว เช่น อำนาจในการออกใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งการใช้อำนาจ ในลักษณะดังกล่าวนี้ เป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง นิติกรรมหรือคำสั่งที่ออกมา จึงอาจถูกฟ้องขอให้เพิกถอนในศาลปกครองได้ เช่นเดียวกับการฟ้องขอให้เพิกถอน นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครอง

จากนิยามของกฎหมายที่ว่าสัญญาทางปกครองนั้น อย่างน้อยต้องมี คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ที่ได้แยก ประเภทของหน่วยงานทางปกครองเอาไว้ข้างต้น ดังนั้น ในด้านคู่สัญญาของสัญญาทาง ปกครองเกิดขึ้นได้ในกรณีต่อไปนี้

1) กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่เข้าทำสัญญากัน ต่างเป็นหน่วยงาน ทางปกครอง โดยหลักสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครอง ก็ไม่อาจ ถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไปเช่นกัน สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาก็คือวัตถุประสงค์แห่ง สัญญา ซึ่งจะต้องเป็นไปเพื่อการดำเนินบริการสาธารณะ ถ้าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไม่ได้เป็น การดำเนินบริการสาธารณะ ก็จะต้องปรากฏว่ามีข้อสัญญา ที่มีข้อกำหนดพิเศษที่แสดง ถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป จึงจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

2) กรณีที่หน่วยงานทางปกครองทำสัญญากับเอกชน การพิจารณา คุณสมบัติของหน่วยงานทางปกครอง ในการเข้าเป็นคู่สัญญานั้น จะวางอยู่บนหลักเรื่อง อำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองนั้น รวมถึงอำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ผู้ทำสัญญา ประกอบกับหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ และวัตถุประสงค์แห่งสัญญาต้องอยู่ ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองนั้นด้วย ขณะที่การพิจารณาคุณสมบัติของ เอกชนในการเข้าเป็นคู่สัญญา จะวางอยู่บนหลักความสามารถของบุคคล ตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนคู่สัญญาเป็นนิติบุคคล ก็จะต้องมีการจัดตั้งตามกฎหมาย และวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะต้องอยู่ในวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นด้วย

2) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น นอกจากองค์ประกอบในด้านคู่สัญญา ที่ต้อง มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองแล้ว ถ้าหากสัญญาใดมีคู่สัญญา

อย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง เป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ สัญญาดังกล่าว ก็อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน ซึ่งบุคคลที่กระทำการแทนรัฐจะแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

(1) การได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยตรง มีหนังสือเป็นหลักฐานอย่างชัดเจนว่า ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการทำสัญญาแทนรัฐ

(2) การได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยปริยาย อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ป็นรัฐวิสาหกิจ ที่ไม่ได้จัดตั้งโดยกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา ทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เข้ามามีส่วนร่วม ในการจัดทำหรือดำเนินงานที่ตนได้รับมอบหมายจากรัฐ

การวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองนั้น หลักเกณฑ์แรกที่ต้องพิจารณาก็คือหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร แต่หลักเกณฑ์เดียวอาจจะไม่สามารถวินิจฉัยสัญญานั้นได้ เพราะแม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐแล้ว อาจไม่ใช่สัญญาทางปกครองเสมอไป สัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง จึงต้องไปพิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญาด้วย

4.2.2 การวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยใช้หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา

สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ นอกจากพิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร หรือองค์ประกอบด้านคู่สัญญา ซึ่งเป็นการใช้หลักเกณฑ์ทางด้านรูปแบบแล้ว ยังจะต้องพิจารณาองค์ประกอบทางด้านเนื้อหาของสัญญา ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วย โดยเนื้อหาของสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่

1) สัญญาสัมปทาน

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้อธิบายความหมายของสัญญาสัมปทานไว้ ทั้งยังไม่มีบทนิยามในกฎหมายอื่นด้วย แต่ระบบสัมปทานเกิดขึ้นในประเทศไทยมานาน ตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ก็ยังคงมีการให้สัมปทานต่าง ๆ อยู่จนถึงปัจจุบัน จึงนับว่าเป็นสัญญาของทางราชการที่เก่าแก่ที่สุดรูปแบบหนึ่ง

นักกฎหมายปกครองท่านหนึ่ง ได้อธิบายความหมายของสัมปทานไว้ว่า สัมปทานเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชน มีสิทธิ์จัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใด ภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของ

ตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทน ด้วยการให้สิทธิเรียกเก็บค่าบริการ หรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น²¹ คำอธิบายนี้ใช้อธิบายสัญญาสัมปทานตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ดีทีเดียว

นอกจากนี้ เมื่อสัมปทานไม่มีนิยามบัญญัติไว้ในกฎหมาย ก็ควรจะพิจารณาความหมายจากพจนานุกรมด้วย โดยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2543 อธิบายความหมายของสัมปทานไว้ว่า “สัมปทาน หมายถึง การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ภายในระยะเวลาและเงื่อนไขตามที่รัฐกำหนด เช่น สัมปทานเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่าสัมปทาน”²² ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำอธิบายความหมายสัมปทาน ที่นำมาอธิบายขอบเขตของสัญญาสัมปทาน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองไทยสัญญาหนึ่งแล้ว สามารถสรุปได้ว่าสัญญาสัมปทาน จะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

- 1) ต้องเป็น “สัญญา” เพราะทำให้ “สัญญาสัมปทาน” ต่างจาก “สัมปทาน” หรือ “ประทานบัตร” ทั่ว ๆ ไป กล่าวคือ ต้องเป็นข้อตกลงที่ถูกต้องตรงกันทั้งสองฝ่าย มิใช่เป็นเพียงการให้สิทธิหรือให้อนุญาตซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว
- 2) ต้องเป็น “สัมปทาน” คือ จะต้องเป็นกรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองได้มอบหมายสิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะหรือกิจการใด ๆ ให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยใช้ทุนของผู้นั้นทั้งหมดหรือเป็นส่วนใหญ่ และรัฐไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าจ้างแก่ผู้รับสัมปทาน แต่บุคคลนั้นได้รับประโยชน์จากค่าตอบแทน หรือค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการ หรือนำเอาสิ่งที่ได้จากการสัมปทานไปทำประโยชน์หรือจำหน่าย ทั้งนี้ จะมีการจ่ายเงินหรือประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐด้วยหรือไม่ก็ได้

นอกจากนี้ จากความหมายตามพจนานุกรมข้างต้น อาจแยกอธิบายได้ว่า สัญญาสัมปทานในระบบกฎหมายไทย สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

- (1) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาสัมปทานประเภทนี้จะเป็นการบางอย่างที่มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ และความผาสุกของประชาชน ฝ่าย

²¹ ประยูร กาญจนกุล, เรื่องเดิม, หน้า 146.

²² นครินทร์ ปกรณ์วิชชา, เรื่องเดิม, หน้า 116.

ปกครองจึงเข้ามาเป็นผู้ให้บริการเอง โดยปกติจะห้ามเอกชนทำ เว้นแต่ได้รับอนุญาต²³ สัมปทานบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือผู้กระทำการแทนรัฐ ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ โดยจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ แล้วเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการได้ เช่น สัญญาสัมปทานการเดินรถประจำทาง สัญญาสัมปทานทางด่วน หรือสัญญาสัมปทานการเก็บขยะ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ประกอบด้วยลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

ก. สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครอง อนุญาตให้เอกชน จัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ด้วยทุนของเอกชนนั่นเอง ทรัพย์สินของเอกชน จึงไม่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมาย เหมือนทรัพย์สินของทางราชการ ที่อนุญาตให้ผู้รับสัมปทานใช้จัดทำ

ข. บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครอง ให้เอกชนรับสัมปทานไปจัดทำ จะต้องไม่เป็นกิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ เช่น การรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยตามกระบวนการยุติธรรม ตามธรรมดา มักจะเป็นบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจ อันเป็นสาธารณูปโภค เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง เป็นต้น

ค. กิจการที่ฝ่ายปกครองให้สัมปทานแก่เอกชนไปจัดทำ ซึ่งจะ เป็นไปตามเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้น เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น แม้ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะจะได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่ก็ไม่มีฐานะ เป็นเจ้าพนักงานหรือข้าราชการ ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจที่จะควบคุมอย่างเต็มที่ และฝ่ายปกครองจะกำหนดเงื่อนไขในการเพิกถอนการสัมปทานไว้เสมอ เพื่อใช้บังคับในกรณีที่ผู้รับสัมปทานละเลยไม่ปฏิบัติตาม หรือฝ่าฝืนข้อกำหนดมูลฐานของสัมปทาน และอาจวางข้อกำหนดอื่น ๆ เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะเอาไว้ด้วย เช่น กรณีที่รัฐจะเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทาน ก่อนสัมปทานจะสิ้นอายุ โดยชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ให้แก่ผู้รับสัมปทาน ซึ่งเมื่อเพิกถอนแล้วทางหลวงและอุปกรณ์ทั้งหมดจะตกเป็นของรัฐ

ง. ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมการใช้อำนาจ หรือปรับอัตราค่าบริการ เนื่องจากการเก็บค่าบริการจากผู้ใช้นั้น ย่อมมีผลกระทบต่อประโยชน์

²³ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดิม, หน้า 146.

ของประชาชนโดยส่วนรวม โดยปกติรัฐจึงมักกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับสัมปทานเรียกเก็บค่าบริการ ค่าธรรมเนียมได้ไม่เกินอัตราที่กำหนดหรือขออนุญาต และจะปรับค่าบริการดังกล่าวได้เมื่อได้รับอนุญาต

(2) สัญญาสัมปทานการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ ทรัพยากรธรรมชาติบางอย่างรัฐเป็นเจ้าของ ห้ามผู้ใดขุดค้นหรือแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาตินั้น เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐ เช่น ป่าไม้ แร่ธาตุ ปิโตรเลียม รังนกนางแอ่น ซึ่งรัฐถือว่าทรัพยากรเหล่านี้เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนรายใดเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงได้รับอนุญาตภายใต้สัญญาสัมปทานการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาสัมปทานทั้งสองประเภทดังกล่าว จะมีความแตกต่างกันในด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา กล่าวคือสัญญาสัมปทานการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่จะรักษาทรัพยากรของชาติที่มีอยู่ มิให้ถูกทำลายไปโดยที่รัฐไม่ได้รับประโยชน์คุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ เหมือนกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ นอกจากนี้ ทรัพย์สินที่ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ นำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ จะเป็นทรัพย์สินของเอกชน จึงไม่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมาย เหมือนกับทรัพย์สินของทางราชการ ที่อนุญาตให้ผู้รับสัมปทานใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น ถนน หรือที่ดินของทางราชการ แต่ทั้งนี้ กิจการที่ฝ่ายปกครองให้สัมปทานแก่เอกชน ไปจัดทำ ยังคงถือเป็นบริการสาธารณะอยู่ ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจควบคุมอย่างเต็มที่

2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อย่างไรจึงจะถือเป็นสัญญาให้ที่จัดทำบริการสาธารณะ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดนิยามเอาไว้ ทั้งในอดีตก็ไม่เคยมีการอธิบายสัญญาประเภทนี้ จึงควรแยกองค์ประกอบของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ โดยเทียบเคียงจากองค์ประกอบของสัญญาสัมปทานข้างต้น ซึ่งต้องพิจารณาจากถ้อยคำในกฎหมาย ดังนี้

ก. สิ่งที่เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จะต้องเป็นสัญญา กล่าวคือ องค์ประกอบในข้อนี้ จะเทียบเคียงการอธิบายในสัญญาสัมปทาน คือ ในกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น อาจมีการใช้เครื่องมือทางกฎหมายที่เป็นคำสั่งทาง

ปกครองฝ่ายเดียวหรือในรูปแบบของสัญญา ในกรณีที่ใช้รูปแบบของสัญญา จึงต้องเริ่มจากลักษณะที่จะต้องเป็นสัญญา ที่เป็นข้อตกลงสองฝ่ายที่ถูกต้องตรงกันระหว่างคู่กรณี

ข. สิ่งที่เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จะต้องมิมีวัตถุประสงค์หรือวัตถุประสงค์หนึ่ง ที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จัดทำหรือดำเนินการสิ่งที่เป็นบริการสาธารณะ ซึ่งแม้คำว่าบริการสาธารณะ แม้จะไม่ปรากฏนิยามเฉพาะไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายฉบับใด แต่ในทางวิชาการอธิบายว่าบริการสาธารณะ หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนาจการ หรือความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน เช่น การสาธารณสุขปกศ สาธารณูปการ หรือการอื่น ๆ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการใช้บริการของประชาชน

สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือผู้กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จัดทำกิจการที่เป็นการบริการสาธารณะ เช่นเดียวกับสัญญาสัมปทาน แต่จะแตกต่างกันเพียงผู้จัดทำบริการสาธารณะ จะได้รับค่าตอบแทนจากรัฐซึ่งอาจเป็นค่าจ้าง นอกจากนี้บริการสาธารณะ ยังมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้ด้วย คือ²⁴

- (1) บริการสาธารณะ เป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการ หรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครอง
- (2) บริการสาธารณะ เป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน
- (3) การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่อง
- (4) การดำเนินการบริการสาธารณะ จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงให้บริการสาธารณะมีความทันสมัยอยู่เสมอ ให้ทันต่อความต้องการประชาชน และ
- (5) การดำเนินกิจการบริการสาธารณะ จะต้องมีความเสมอภาคหรือให้ประชาชนมีสิทธิได้รับประโยชน์จากรับบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน

²⁴ กฤษณ์เทพ ทองสิน, “สัญญาทางปกครองในประเทศไทย: ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความหมายและผลของสัญญาทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), หน้า 21.

สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ จะเป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐ หรือฝ่ายปกครอง ทำสัญญามอบหมายให้เอกชนเข้าทำภารกิจใดภารกิจหนึ่ง ที่โดยปกติ อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะนี้ โดยถ้อยคำย่อ มหมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองหรือรัฐ ใช้วิธีการทางสัญญามอบหมายบริการสาธารณะให้ บุคคลรับไปเป็นผู้จัดทำ และอาจใกล้เคียงหรือมีบางส่วนที่คาบเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน เพียงแต่สัญญาสัมปทานมีความหมายเฉพาะต่างหาก เนื่องจากระบบการให้ค่าตอบแทน แก่คู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชน ที่มีลักษณะเฉพาะของสัญญาสัมปทาน ส่วน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น เมื่อฝ่ายปกครองได้ก่อตั้งบริการสาธารณะขึ้น มาแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการจัดทำ หรือกำกับดูแลให้มีการจัดทำบริการ สาธารณะให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ เพื่อประโยชน์สาธารณะให้มากที่สุด



ในอดีตนั้นบริการสาธารณะ เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐ โดยตรง แต่เมื่อรัฐมีภาระมากขึ้นกิจการบางอย่างไม่จำเป็นที่รัฐจะต้องทำเอง ทั้งกิจการ บางอย่างใช้เงินลงทุนมาก ต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญพิเศษ ทำให้รัฐไม่สามารถ จัดทำบริการสาธารณะได้ดีและรวดเร็ว ทันต่อความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะ รัฐจึงมอบบริการสาธารณะให้เอกชน ที่พร้อมจะจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ ซึ่งอาจ มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นโดยตรง หรือให้เอกชนเข้าร่วมใน การจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ

สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะนี้ เป็นสัญญาที่มีขอบเขตกว้างมาก โดยเฉพาะเมื่อระบบสัญญาทางปกครองของไทย นำเอาทฤษฎีและหลักกฎหมายสัญญา ทางปกครองของฝรั่งเศสมาใช้ ดังนั้น สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงมีทั้งกรณีที่ ให้เอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาให้เอกชนกำจัดขยะ ขุดลอกท่อ ระบายน้ำ หรือสัญญาที่ถือเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาก่อสร้าง และซ่อมแซมอาคาร โรงพยาบาล ที่ประชาชนสามารถเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาลหรือ เข้ารับบริการสาธารณะ ทางด้านสาธารณสุขจากโรงพยาบาลของรัฐนั้นได้โดยตรง หรือ สัญญาให้ทุนการศึกษา ที่มีข้อสัญญาเมื่อจบการศึกษาแล้ว จะต้องมาใช้ทุนในหน่วยงาน ของรัฐ ก็ถือเป็นการเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ จึงมีการตีความสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้ เป็นสัญญาทางปกครองลักษณะหนึ่งด้วย แต่ก็มีปัญหาในการตีความสัญญา มาก เพราะได้ตีความขยายไปถึงว่ามีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดอย่างยิ่งกับบริการสาธารณะ

เมื่อได้ศึกษาเกี่ยวกับขอบเขต องค์ประกอบและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณาถึงสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะแล้ว ประการต่อมา ที่ควรกล่าวถึงคือ เพื่อประโยชน์ในการศึกษา นั่นก็คือ ขอบเขตของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เพื่อแสวงหาหลักเกณฑ์ตีความสัญญาทางปกครองประเภทนี้ ที่เมื่อหากพิเคราะห์คำว่าการบริการสาธารณะแล้ว จะพบว่า มีขอบเขตแห่งสัญญาที่กว้างขวางมาก ทั้งกิจการที่เป็นบริการสาธารณะโดยตรง ทั้งทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อเป็นเครื่องมือ หรือแม้แต่สัญญาจ้างบุคลากรในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงควรกล่าวถึงกลุ่มของสัญญาเหล่านี้ด้วย ดังนี้

(ก) สัญญาจ้างลูกจ้างของหน่วยงานทางปกครอง

สัญญาที่รัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง จ้างบุคคลเข้ามาเพื่อช่วยดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงนั้น ในกฎหมายไทยกรณีที่หน่วยงานทางปกครองทำสัญญาจ้างบุคลากรเข้ามาทำงาน จากการศึกษาคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดวางหลักกฎหมายเรื่องนี้ไว้ว่า สัญญาจ้างบุคลากรเข้าร่วมปฏิบัติงาน ถือเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงาน หรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ข้อตกลงการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ไม่ว่าจะลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราว เป็นข้อตกลงให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการที่เป็นภารกิจของส่วนราชการในการจัดทำบริการสาธารณะ²⁵

(ข) สัญญาว่าจ้างก่อสร้างหรือให้ซ่อมแซมหน่วยงานทางปกครอง

จากการศึกษาคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุด นับตั้งแต่ศาลปกครองเริ่มเปิดทำการ พบว่า ศาลปกครองสูงสุดวางหลักได้เรื่องนี้ คล้ายกับกรณีที่หน่วยงานทางปกครอง ทำสัญญาซื้อวัสดุอุปกรณ์จากเอกชน คือ หากหน่วยงานทางปกครองทำสัญญาว่าจ้างเอกชน ก่อสร้างหรือซ่อมแซมสิ่งใดแล้ว ถือเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยมีลักษณะพิเศษเพื่อการใช้งานทางปกครองหรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครองให้บรรลุผลแล้ว ถือเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น ศาลปกครองสูงสุดวางหลักในคดีพิพาทตามสัญญาก่อสร้าง อาคารปฏิบัติการทางวิศวกรรมศาสตร์อาหารพร้อมครุภัณฑ์ มหาวิทยาลัยบูรพา จังหวัดชลบุรี ที่มหาวิทยาลัยบูรพาซึ่งเป็นหน่วยงานทาง

²⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่).

ปกครอง ทำสัญญาว่าจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัดบ้านและสวนดีเวลลอปเม้นท์ เป็นสัญญา ก่อสร้างอาคารที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อให้บริการการศึกษา เกี่ยวกับด้านวิศวกรรมอาหาร การศึกษาถือเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารปฏิบัติการทางวิศวกรรม อาหารพร้อมครุภัณฑ์ เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล สัญญาก่อสร้างอาคารนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542²⁶

ขณะที่การวางหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาที่ให้จัดทำบริการ สาธารณะ ของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในสัญญาก่อสร้าง หน่วยงานราชการ คณะกรรมการฯ วางหลักว่าสัญญาก่อสร้างหน่วยงานทางปกครอง เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ คณะกรรมการฯ พิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดให้มีเครื่องมือสำคัญ ในการ ดำเนินบริการสาธารณะของรัฐให้บรรลุผล ก็เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนัยคำวินิจฉัยที่ 21/2546, 8/2548 และ 48/2548

(ค) สัญญาเกี่ยวกับทุนการศึกษาของส่วนราชการ

ศาลปกครองสูงสุดวางหลักว่า สัญญาให้ทุนที่หน่วยงานของรัฐ ทำกับเอกชนหรือข้าราชการ โดยมีข้อกำหนดว่าเมื่อผู้รับทุนสำเร็จการศึกษา จะกลับมา รับราชการในหน่วยงานของผู้ให้ทุน หรือในหน่วยงานอื่นตามที่เห็นสมควร เป็นสัญญา ที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้ผู้รับทุนกลับมารับราชการ เนื่องจากภารกิจหลักของหน่วยงาน ต่าง ๆ ของรัฐ คือ การจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาให้ทุนการศึกษา จึงเป็นสัญญาที่ให้ จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง

ทั้งนี้ สัญญาให้ทุนการศึกษา มักมีข้อกำหนดพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์ แก่หน่วยงานของรัฐมาก เป็นข้อสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง ศาลปกครองได้ วางหลักไว้ว่าสัญญาให้ทุนที่หน่วยงานทางปกครองทำกับเอกชนหรือข้าราชการ โดยมี ข้อกำหนดในสัญญาแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป โดยเงื่อนไขข้อนี้ย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วยเช่นกัน เช่น

²⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 47/2548.

(1) ข้อกำหนดที่ผู้รับทุนถูกจำกัดสิทธิของตนเอง ไม่ว่าจะกรณี
ลาออกจากราชการ หรือโอนสังกัด หรือการบอกเลิกสัญญา นั้นไม่อาจกระทำได้อีก

(2) ข้อกำหนดที่ให้หน่วยงานของรัฐผู้ให้ทุน สามารถบอกเลิก
สัญญาฝ่ายเดียวได้

(3) ข้อกำหนดที่ให้สิทธิหน่วยงานของรัฐผู้ให้ทุน สามารถเรียก
ตัวผู้รับทุนกลับเข้ารับราชการหรือเข้าปฏิบัติราชการ ก่อนครบกำหนดตามสัญญาได้

ดังนั้น สัญญาที่หน่วยงานของรัฐผู้ให้ทุนบุคคลใดไปศึกษา โดยมี
ข้อกำหนดว่าผู้รับทุนต้องกลับรับราชการ ถือเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากมีลักษณะ
เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และสัญญาให้ทุนการศึกษาใดมีข้อกำหนดที่มี
ลักษณะพิเศษ ที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมาก ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่ไม่พบได้ในสัญญา
ทางแพ่งทั่วไปแล้ว สัญญานั้นก็ยังมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพอีกด้วย

สำหรับการวางหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาที่ให้จัดทำบริการ
สาธารณะ ของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในสัญญาให้
ทุนการศึกษาของส่วนราชการ คณะกรรมการฯ วางหลักไว้ว่ากรณีที่หน่วยงานทาง
ปกครอง ทำสัญญาให้ทุนการศึกษา โดยมีข้อตกลงว่าเมื่อสำเร็จการศึกษา จะกลับมารับ
ราชการในหน่วยงานผู้ให้ทุนการศึกษาหรือหน่วยงานอื่น เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการ
สาธารณะ ตามนัยคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 25/2545 และ 35/2547

(ง) สัญญาซื้อวัสดุอุปกรณ์ของหน่วยงานทางปกครอง

จากการศึกษาคำพิพากษา หรือคำสั่งศาลปกครองสูงสุด พบว่า
ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยให้สัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง ซื้ออุปกรณ์จากเอกชน
เป็นสัญญาทางปกครอง²⁷ บริษัทเฮลท์แวร์ฯ ทำสัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์
อุปกรณ์ประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์ กับสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข เพื่อ
ติดตั้งในโรงพยาบาล มีการแก้ไขสัญญาหลายครั้งและเปลี่ยนคู่สัญญาเป็นบริษัทเอสเจฯ
ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ใน
มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
ใต้นั้น จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข ดังนี้

²⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2547 (ประชุมใหญ่).

1) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคล ซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

2) สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำ บริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากร ธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการ แทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อการใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะให้บรรลุผล หากสัญญาใดหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่ กระทำการแทนรัฐ มุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัคร บนพื้นฐานแห่ง ความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

สำหรับคดีนี้ เครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผลระบบ คอมพิวเตอร์ ที่ผู้ฟ้องคดีต้องส่งมอบโดยติดตั้งใน โรงพยาบาล ซึ่งเป็นผู้ซื้อตามสัญญา เป็นเครื่องมือสำคัญที่จะใช้ในการเชื่อมโยง และรับส่งข้อมูลของประชาชนที่มาใช้ บริการสาธารณะทางด้านการแพทย์ จากแผนกหนึ่งไปยังอีกแผนกหนึ่งโรงพยาบาล เดียวกัน และจากโรงพยาบาลหนึ่งไปยังอีกโรงพยาบาลหนึ่งให้ความสะดวก รวดเร็ว วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจึงเป็นการซื้อเครื่องมือสำคัญ ที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ทางด้านการแพทย์ให้บรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ ได้วางหลักเกณฑ์ เรื่องนิยามของสัญญาทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญา ทางปกครอง มีประเด็นเรื่องคู่สัญญาและเนื้อหาของสัญญา เมื่อนำมาพิเคราะห์ประเด็น แห่งคดี เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครอง ทำสัญญาซื้อวัสดุอุปกรณ์จากเอกชน จะพบ หลักกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ คือ หากสัญญาซื้อวัสดุอุปกรณ์มีวัตถุประสงค์ หลัก คือ การใช้วัสดุอุปกรณ์ดังกล่าว เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ และวัสดุอุปกรณ์ นั้นเป็นเครื่องมือสำคัญ ที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครอง ให้เอกชนร่วมจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนัยมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ทั้งนี้ ถ้าจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์เล็ก ๆ น้อย ๆ หรือที่มีใช้เครื่องมืออันสำคัญและจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง ของหน่วยงานที่จัดซื้อหรือหน่วยงานอื่น ๆ เช่น สัญญาจัดซื้อโต๊ะเก้าอี้ สัญญาซื้อคอมพิวเตอร์ตั้งโต๊ะจากเอกชน โดยไม่มีเอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญา ก็ย่อมมิใช่สัญญาทางปกครองแต่อย่างใด

ขณะที่การวางหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในสัญญาจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ของหน่วยงานทางปกครอง คณะกรรมการฯ วางหลักว่าสัญญาจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ที่จะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะพิจารณาเรื่องวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสำคัญ หากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งเครื่องมือสำคัญ ที่มีไว้ใช้ในการบริการสาธารณะของรัฐโดยตรง สัญญานั้นก็เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาทางปกครอง ตามนัยคำวินิจฉัยที่ 48/2547

3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค แต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้บัญญัตินิยามไว้ จึงต้องใช้ความหมายจากพจนานุกรม และกฎหมายอื่น ดังนี้

(1) สาธารณูปโภคตามความหมายในพจนานุกรม

ตามความหมายนี้ “สาธารณูปโภค หมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชน ในสิ่งอุปโภคอันจำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์ (อ. Public Utility)”²⁸

(2) สาธารณูปโภคตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58²⁹ ได้กำหนดลักษณะของกิจการค้าที่ถือเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งลักษณะกิจการที่มีลักษณะเป็นสาธารณูปโภค ส่วนใหญ่จะเป็นกิจการที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานทางปกครองทั้งสิ้น โดยกำหนดว่า “กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

²⁸พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: ศิริวัฒนา, 2546), หน้า 1174.

²⁹ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58, 26 มกราคม พ.ศ. 2515, ข้อ 3.

- 1) การรถไฟ
- 2) การรอราง
- 3) การขุดคลอง
- 4) การเดินอากาศ
- 5) การประปา
- 6) การชลประทาน
- 7) การไฟฟ้า
- 8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซ โดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ

9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา”

3.3) สาธารณูปโภคตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่บัญญัติเรื่องสาธารณูปโภคเอาไว้ โดยบัญญัติว่า “สาธารณูปโภคที่ผู้จัดสรรที่ดิน ได้จัดให้มีขึ้น เพื่อการจัดสรรที่ดินตามแผนผัง และโครงการที่ได้รับอนุญาต เช่น ถนน สวน สนามเด็กเล่น ให้ตกอยู่ในภาระจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินจัดสรร. . .”³⁰

จากความหมายและลักษณะของสาธารณูปโภค ที่ได้กล่าวถึงมาทั้งหมด เมื่อพิจารณาความหมายแล้ว จึงสรุปได้ว่าสิ่งสาธารณูปโภค แบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้

- 1) ทรัพย์สินโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ ซึ่ง ได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน
- 2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรง ในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้าและสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล โรงงานกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้น

³⁰พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543, มาตรา 43.

สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นทั้งเรื่องของกิจการและทรัพย์สินที่ใช้ในกิจการนั้น ดังนั้น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงมีความหมายไปในทางที่ว่าเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งทำให้ประชาชนทั่วไป ใช้ประโยชน์ในการดำเนินชีวิต และเป็นหลักเกณฑ์สำคัญ การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงมีปัญหาในการตีความในเบื้องต้นว่า สาธารณูปโภคคืออะไร และอย่างไรจึงเรียกว่าจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งจะต้องพิจารณาทั้งจากคำพิพากษา และคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ดังนี้

ก. ลักษณะของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตามคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด

นับตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการ มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่เกี่ยวกับสิ่งสาธารณูปโภค ขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดมากมาย โดยคดีสำคัญ ๆ เกี่ยวกับสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ที่ควรศึกษาเพื่อค้นหาหลักกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้หลายคดี ดังนี้

ก) สัญญาก่อสร้างศูนย์ส่งเสริมสุขภาพ ระหว่างผู้รับเหมากับกรมอนามัย ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ข้อพิพาทตามสัญญาเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง สัญญามีลักษณะเนื่องงานเช่นเดียวกับการก่อสร้างโรงพยาบาล ที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ที่หน่วยงานทางปกครองใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์แก่ประชาชน ในสิ่งอุปโภคอันจำเป็นต่อการดำเนินชีวิต ในความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542³¹

ข) สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารสถานอนามัย สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข โดยจังหวัดเชียงราย ได้ทำสัญญาว่าจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัดเชียงรายหมื่นกิจ ทำการก่อสร้างอาคารสถานอนามัย บ้านสันติคีรี กิ่งอำเภอแม่ฟ้าหลวง จังหวัดเชียงราย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครอง³²

³¹คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 32/2544.

³²คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2547.

ค) ศาลปกครองวางหลักให้สัญญาก่อสร้าง ระบบระบายน้ำ ระบบท่อประปา สัญญาสร้างฝายน้ำล้น ผนังกันน้ำ สัญญาจ้างขุดสระน้ำ สัญญาจ้าง ปรับปรุงแหล่งน้ำ และสัญญาเกี่ยวกับระบบชลประทาน และระบบไฟฟ้าอื่น ๆ เป็น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น

(ก) สัญญาที่กรมชลประทานจ้างเอกชน ทำการปรับปรุง แหล่งน้ำธรรมชาติเพื่อพัฒนาแหล่งผลิตอาหารของชุมชน เป็นสัญญาที่กรมชลประทาน ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเป็นคู่สัญญา เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงมี ลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542³³

(ข) สัญญาจ้างที่การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคว่าจ้างบริษัทเอกชน ให้ทำการรับเหมาก่อสร้าง พร้อมติดตั้งอุปกรณ์ระบบจำหน่ายไฟฟ้า ในพื้นที่การไฟฟ้า เขต 3 ภาคกลาง วัตถุประสงค์สัญญานี้คือ การรับเหมาก่อสร้างอาคาร พร้อมติดตั้งอุปกรณ์ สำหรับจำหน่ายไฟฟ้า ซึ่งเป็นถาวรวัตถุที่เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญ ในการ ดำเนินบริการสาธารณะ ด้านการบริการไฟฟ้าแก่ประชาชนให้บรรลุผล สัญญาดังกล่าว จึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542³⁴

(ค) สัญญารับจ้างทำงานขุดสระ จำนวน 30 สระในไร่นา ของประชาชนผู้ยากจนในชนบท ตามโครงการส่งเสริมการใช้น้ำเพื่อเศรษฐกิจพอเพียง แม้เป็นการขุดสระน้ำเพื่อประโยชน์ในการช่วยเหลือประชาชนระดับครัวเรือน แม้มิใช่ ทำเพื่อประชาชนทั่วไป แต่เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ มีเพื่อให้เกิดผลผลิตและมี รายได้อันทำให้ประชาชนมีความเป็นอยู่พอเพียง เป็นการยกมาตรฐานการดำรงชีพของ ประชาชนและบริการแก่ประชาชนจำนวนหนึ่ง การขุดสระดังกล่าวจึงเป็นการใช้เพื่อ จุดมุ่งหมายในการสาธารณูปโภคของประชาชน ดังนั้น สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นสัญญาทางปกครอง³⁵

³³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 488/2548.

³⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 88/2548.

³⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 99/2549.

ข. ลักษณะของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตามคำวินิจฉัย
ชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

คดีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการตีความ และมีปัญหาเขตอำนาจศาล
มาก คือ สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดย
เมื่อศึกษาคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เพื่อศึกษาวิเคราะห์หลักและ
ขอบเขต ลักษณะของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค พบว่า คดีที่มีปัญหาค้นสู่คณะ
กรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล แบ่งเป็นกลุ่ม ได้ ดังนี้

ก) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค กรณีสัญญาจ้างก่อสร้าง
อาคารหน่วยงานทางปกครอง

สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารหน่วยงานทางปกครอง ที่จะเป็น
สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่าง
ศาล วางหลักโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ว่าอาคารเป็นถาวรวัตถุเป็นองค์ประกอบ
และเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผลหรือไม่ อีกทั้งประชาชน
ทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรงหรือไม่ หากสัญญาจ้างอาคารหน่วยงานทาง
ปกครองมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเช่นนั้น ก็เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น

(ก) สัญญาจ้างปรับปรุงอาคาร โรงพยาบาล เพื่อปรับปรุง
อาคาร โรงพยาบาลชุมชนขนาด 60 เตียงเป็น 90 เตียง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด
อำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เห็นว่าการสาธารณสุขเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ
อาคาร โรงพยาบาลของรัฐเป็นถาวรวัตถุ เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญ ในการ
ดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล ทั้งประชาชนทั่วไปยังสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้
โดยตรง กับทั้งวัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือ การรับจ้างก่อสร้างปรับปรุงอาคาร โรงพยาบาล
จึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เป็นสัญญาทางปกครอง³⁶

(ข) สัญญาก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และ
ศูนย์เครื่องมือกลาง มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนราชการมี
ฐานะเป็นกรมมีวัตถุประสงค์จัดการศึกษา เป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่ง
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งสัญญาจ้าง

³⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545.

ก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลางนี้ เป็นอาคารที่เป็นของมหาวิทยาลัยของรัฐ เป็นถาวรวัตถุเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญ ในการดำเนินบริการสาธารณะด้านจัดการศึกษาให้บรรลุผล เป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง และเนื่องจากวัตถุแห่งสัญญา คือ การรับจ้างก่อสร้างอาคารในมหาวิทยาลัยของรัฐ จึงถือว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง³⁷

ข) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค กรณีสัญญาจ้างเอกชนให้ทำการก่อสร้างทางพิเศษ และจ้างให้เอกชนปรับปรุงซ่อมแซมถนน

สัญญาที่มีปัญหาพิพาท เช่น สัญญาที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทย ทำสัญญาจ้างกิจการร่วมค้า ให้ทำการเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง³⁸ หรือเทศบาลนครยะลาทำสัญญาจ้างผู้รับเหมาเอกชนเพื่อดำเนินการก่อสร้างปรับปรุงถนน³⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลชี้ว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากการศึกษาพบว่า คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คณะกรรมการฯ ได้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ทั้งศาลปกครองสูงสุดยังได้วางหลักกฎหมายแต่ละเรื่องไว้อย่างชัดเจนอีกด้วย

4) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาที่มีลักษณะใดถือเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้บัญญัตินิยามไว้ จึงต้องเทียบเคียงจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2543 ที่ให้ความหมายทรัพยากรธรรมชาติไว้ว่า หมายถึง “ทรัพยากรอันเกิดขึ้นเองหรือมีอยู่ตามธรรมชาติ” ทรัพยากรธรรมชาติถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติ ที่ส่วนใหญ่ห้ามมิให้ทำการขุดค้นหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐ

³⁷ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545.

³⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2546.

³⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 28/2546.

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นสัญญาประเภทหนึ่งของสัญญาสัมปทาน ทั้งสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และสัมปทานแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ ที่ผู้ใดจะกระทำการใด ๆ หรือนำทรัพยากรธรรมชาติไปใช้ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐไม่ได้ เช่น พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ใดสำรวจแร่ในที่ใด ไม่ว่าที่ที่สำรวจเร่นั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตสำรวจแร่ และมาตรา 43 ห้ามมิให้ผู้ใดทำเหมือง ในที่ใด ๆ ไม่ว่าที่ที่ทำการทำเหมืองนั้น จะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับประทานบัตร⁴⁰

การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะอยู่ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะอนุญาตและยินยอมให้เอกชน หาประโยชน์โดยจ่ายค่าตอบแทนให้รัฐ ซึ่งหลายสัญญาเป็นสัญญาสัมปทาน แต่จะแตกต่างกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ มีวัตถุประสงค์ที่จะสงวนทรัพยากรของชาติ ไม่ให้ถูกทำลาย โดยไม่ได้รับประโยชน์อย่างคุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังเช่นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

แม้สัญญาประเภทนี้มีวัตถุประสงค์ต่างไปจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะก็ตาม แต่สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ก็เป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ และแม้ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการให้สัมปทาน แต่สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ 3 ประการ กล่าวคือ

- 1) คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สัญญาของทางราชการทุกประเภท คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นรัฐ มีฐานะเป็นนิติบุคคล การเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงเป็นไปตามที่กฎหมายเฉพาะที่จัดตั้งองค์การของรัฐนั้น ๆ กำหนด
- 2) อำนาจในการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เข้าทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนได้ จะต้องเป็นไปในกรอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของตน ทั้งผู้ที่จะทำสัญญาต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมาย สำหรับคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานราชการนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของหน่วยงาน และอำนาจในการกระทำของหน่วยงาน

⁴⁰ รัชนิกุล ปิ่นเจียง, เรื่องเดิม, หน้า 81.

ของรัฐจะกำหนดโดยกฎหมายทั่วไป ส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะกำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ แต่ละประเภท ขณะที่รัฐวิสาหกิจจะเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารของรัฐวิสาหกิจ ร่วมกับผู้บริหารสูงสุดของรัฐวิสาหกิจ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะ ที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งขึ้นมา ส่วนหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ที่มีกฎหมายจัดตั้งเป็นพิเศษ ก็ต้องพิจารณาจากกรอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานแต่ละแห่งว่า ตามกฎหมายเฉพาะเหล่านั้น ได้กำหนดวัตถุประสงค์หน่วยงานนั้นเพื่อการใด

3) การเลือกคู่สัญญา ในการทำสัญญาของทางราชการ ไม่ว่าสัญญาของทางราชการทั่วไป สัญญาพัสดุ หรือสัญญาทางปกครองประเภทใดก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่อาจเลือกผู้ที่มาเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยอิสระ เนื่องจากจะต้องปฏิบัติตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างเคร่งครัด ภายใต้วิธีการที่โปร่งใส เป็นกลาง มีการแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรม และตอบสนองผลประโยชน์สาธารณะมากที่สุด การเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ที่จะเข้าทำสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน หรือดำเนินการในกิจการของรัฐ และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น จะเป็นสัญญาที่มีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

- (1) ทรัพยากรธรรมชาตินั้นเกิดขึ้นเองหรือมีอยู่ตามธรรมชาติ มีอยู่ในปริมาณที่จำกัดและรัฐเป็นเจ้าของ
- (2) ผู้รับสัมปทานจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ
- (3) สัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะไม่มี

ลักษณะเป็นการให้บริการสาธารณะ แต่มุ่งรักษาและควบคุมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ที่เป็นลักษณะหนึ่งในสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น จะมีปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการตีความ ก็คือว่าอย่างไรจึงถือว่าเป็นทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งในการตีความก็ต้องนำเอาความหมายที่บัญญัติไว้ในพจนานุกรมข้างต้น มาใช้เป็นแนวทางประกอบการพิจารณาได้ ทั้งยังต้องพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วย ซึ่งสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ มีวัตถุประสงค์

แห่งสัญญา ก็คือ การสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ให้ถูกทำลายลงไปโดยไม่ได้รับประโยชน์คุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ การศึกษาหลักเกณฑ์การแบ่งแยก และตีความสัญญาทางปกครองประเภทนี้ จึงจะต้องศึกษาจากคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ที่วางหลักกฎหมายในเรื่องนี้ไว้

ซึ่งนับตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการในปี พ.ศ. 2544 พบว่า ประเด็นที่ขึ้นวินิจฉัยชี้ขาดในศาลปกครองสูงสุด จะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาสัมปทานสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเป็นส่วนใหญ่ เพราะขอบเขตและลักษณะของสัญญาทั้งสามประเภทนี้ มีขอบเขตกว้างขวาง มีลักษณะที่หลากหลายออกไป ต่างจากสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ที่มุ่งให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ ที่ให้รัฐได้รับผลตอบแทนอย่างคุ้มค่า ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์ส่วนรวมแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม พบว่า มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุด วางหลักที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติไว้ กรณีผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมที่ดิน ให้ประกอบกิจการในที่ดินของรัฐ โดยทำการขุดดินลูกรัง ที่ดินตั้งอยู่ที่เขาหมูที่ 10 ตำบลหน้าพระลาน อำเภอเมือง จังหวัดสระบุรี เนื้อที่ 5 ไร่ มีกำหนด 5 ปี สิ้นสุดการอนุญาตวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2539 พื้นที่อยู่ในนิคมสร้างตนเองที่ผู้ฟ้องคดี ได้รับอนุญาตให้ใช้ที่ดินจากอธิบดีกรมประมงสงเคราะห์ด้วย ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีขออนุญาตประกอบกิจการในที่ดินของรัฐ ทำการขุดดินลูกรังโดยเสียค่าตอบแทนรายปีให้แก่รัฐ ทั้งเมื่ออธิบดีกรมที่ดินได้อนุญาต และผู้ฟ้องคดีได้ชำระค่าตอบแทนปีแรก 30,000 บาท จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁴¹

4.3 หลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยสภาพของศาลปกครองสูงสุด

สัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจากสัญญา 4 ประเภท ที่มีลักษณะดังกล่าวแล้ว ยังจะต้องพิจารณาต่อไปว่า ยังมีสัญญาทางปกครองลักษณะอื่น ๆ ที่ถือเป็นสัญญาทางปกครองด้วยหรือไม่ เพราะนิยามของสัญญาทางปกครอง ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราช-

⁴¹คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 588/2548.

บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ให้หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นนิยามเปิดที่ศาลใช้เจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างกว้างขวาง

คำนิยามในกฎหมายที่บัญญัติให้ “หมายความรวมถึง” ย่อมอนุมานได้ว่า ในระบบกฎหมายไทย ได้ยอมรับให้มีสัญญาของฝ่ายปกครองอื่น ๆ ที่ถือเป็นสัญญาทางปกครองได้อีก แม้สัญญานั้นไม่เป็นสัญญาสัมปทาน ไม่เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ไม่เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือไม่เป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่ก็อาจมีสัญญาที่ถือเป็นสัญญาทางปกครองด้วย สัญญาดังกล่าว ก็คือ สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการให้พัฒนาหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้อีก ทั้งโดยศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

การศึกษาหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในสัญญาของฝ่ายปกครองอื่น ๆ ที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองด้วย ก็ต้องศึกษาจากหลักที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครองของศาลปกครอง นอกจากนิยามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ศาลปกครองสูงสุดโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 วางหลักไว้เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 เป็นการขยายขอบเขตสัญญาทางปกครอง ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” เพื่อให้ศาลปกครองได้ใช้ในการวินิจฉัยสัญญา ดังนี้

“สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วม

ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ มุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัคร บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค มิได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

คำอธิบายสัญญาทางปกครอง โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ข้างต้น เป็นการอธิบายลักษณะของสัญญาทางปกครอง ที่ปรากฏในนิยามของกฎหมายให้ชัดเจนขึ้น ทั้งยังอธิบายลักษณะที่เรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาจากเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่า เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหรือไม่ หากเนื้อหาในสัญญาของฝ่ายปกครองมีข้อสัญญาเช่นว่านี้ แม้จะไม่มีลักษณะเป็นสัญญา 4 ประเภทตามที่บัญญัติไว้ในนิยาม ก็ต้องถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เพราะมีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า ศาลปกครองสูงสุด ใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครองอย่างกว้าง คือ แม้สัญญาของฝ่ายปกครองจะไม่มีลักษณะเป็นสัญญา 4 ประเภทในนิยาม แต่หากสัญญาของฝ่ายปกครองใดมีข้อกำหนด ที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การดำเนินการบริการสาธารณะบรรลุผลแล้ว ก็ถือเป็นสัญญาทางปกครองได้ เป็นการยอมรับสัญญาของฝ่ายปกครองลักษณะอื่น ๆ เป็นสัญญาทางปกครองได้ด้วย เช่น สัญญาที่บริษัทเอกชนทำกับมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เพื่อก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลของคณะแพทยศาสตร์ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้ว่าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง 4 ประเภทตามนิยาม แต่ข้อกำหนดของสัญญาที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวเลิกสัญญาได้ แม้ผู้รับจ้างคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือมีข้อกำหนดให้สั่งให้ทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้โดยไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน ล้วนเป็นข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ดังนั้น แม้สัญญานี้จะไม่ใช่สัญญา 4 ประเภทตามที่บัญญัติไว้ในนิยาม ก็ถือเป็นสัญญาทางปกครอง⁴²

⁴² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544.

หลักเกณฑ์การวินิจฉัยสัญญาทางปกครองข้างต้น นอกจากหลักเกณฑ์ด้านองค์กร หรือคู่สัญญาซึ่งเป็นเรื่องรูปแบบ และหลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซึ่งเรื่องเนื้อหาแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยสภาพอีกด้วย ดังนั้น การวินิจฉัยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย จึงปรับใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ได้ คือ

- 1) สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ สัญญานั้นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ
- 2) วัตถุประสงค์แห่งสัญญา ไม่ต้องพิจารณาว่า คู่สัญญาเป็นใคร แต่วัตถุประสงค์แห่งสัญญา เชื่อมโยงกับกฎหมายปกครองหรือกอนิติสัมพันธ์ทางปกครอง หรือกฎหมายกำหนดให้เนื้อหาสัญญาให้ถือเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง
- 3) พิจารณาข้อกำหนดพิเศษในสัญญา ที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองอย่างมาก และไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง ย่อมเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ดังนั้น ระบบกฎหมายของหลายประเทศ จึงไม่ใช้หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์เดียววินิจฉัยสัญญาทางปกครอง เช่น ระบบกฎหมายฝรั่งเศส ส่วนระบบกฎหมายไทย นำเอาทฤษฎีบริการสาธารณะ ทฤษฎีสัญญาทางปกครองมาปรับใช้ หลักเกณฑ์วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง จึงไม่ใช่หลักเกณฑ์ใดเพียงหลักเกณฑ์เดียวเช่นกัน ทั้งสัญญาทางปกครองแม้มีพื้นฐานจากทฤษฎีว่าด้วยสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง แต่สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นเครื่องมือในกิจกรรมของฝ่ายปกครอง จึงยังต้องใช้หลักเกณฑ์ควบคู่กันไป ในการตีความทั้งรูปแบบและเนื้อหาของสัญญา เพื่อพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทยต่อไปได้

กล่าวโดยสรุป การศึกษาระบบสัญญาทางปกครอง ทั้งสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย พบว่าระบบสัญญาทางปกครองของไทยยังเป็นระยะเวลาเริ่มต้น แม้มีการทำสัญญาของฝ่ายปกครองหรือสัญญาของทางราชการมานาน แต่ก็อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่แยกระบบกฎหมายเอกชน และระบบกฎหมายมหาชนมานาน สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน ส่วนใหญ่จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน แต่สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ได้เริ่มต้นอย่างเป็นทางการเมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เท่านั้น จึงต้องพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองอย่างเป็นระบบต่อไป

5. องค์การวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายไทย

ประเทศที่เป็นระบบศาลคู่ จะมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเกิดขึ้นได้เสมอว่า ข้อพิพาทจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ในระบบกฎหมายไทยก็เช่นเดียวกัน เมื่อระบบศาลเป็นระบบศาลคู่ มีการแบ่งแยกระบบกฎหมาย แบ่งแยกระบบสัญญาของแต่ละระบบกฎหมาย ทั้งแยกเขตอำนาจศาลของแต่ละระบบกฎหมาย ซึ่งหากมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ก็จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาล โดยคณะกรรมการคณะหนึ่งตามกฎหมายบัญญัติไว้ให้มีอำนาจ

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติให้มีคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกาเป็นประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลอื่น และผู้ทรงคุณวุฒิอื่นไม่เกินสี่คนเป็นกรรมการ พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลระหว่างศาลต่าง ๆ โดยมีอำนาจหน้าที่ วิธีการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล จะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

5.1 คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ ประธานศาลปกครองสูงสุด หัวหน้าสำนักตุลาการทหาร และผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีกสี่คนเป็นกรรมการ ในกรณีที่มีการจัดตั้งศาลอื่นขึ้นให้ประธานศาลอื่นนั้นเป็นกรรมการ โดยตำแหน่งด้วย⁴³

โครงสร้างคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ประกอบด้วย กรรมการ 2 ประเภท คือ กรรมการโดยตำแหน่ง ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด หัวหน้าสำนักตุลาการทหาร และประธานศาลอื่น ทั้งยังมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้⁴⁴

(1) ผู้มีความรู้และมีประสบการณ์ เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวนหนึ่งคน

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 248.

⁴⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542, มาตรา 5.

(2) ผู้มีความรู้และมีประสบการณ์ เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด หนึ่งคน

(3) ผู้มีความรู้และมีประสบการณ์ เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาของศาลทหาร ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด จำนวนหนึ่งคน

(4) ผู้มีความรู้และมีประสบการณ์ด้านกฎหมายที่มีใช้ผู้พิพากษาหรือตุลาการประจำศาล ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากกรรมการ โดยตำแหน่ง และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ตาม (1) (2) และ (3) จำนวนหนึ่งคน

การที่กฎหมายบัญญัติโครงสร้าง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ให้มีที่มาทั้งจากศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหารและศาลอื่น ๆ รวมทั้งผู้ทรงคุณวุฒิด้านนิติศาสตร์ ก็เพื่อที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาล ในคดีพิพาทที่มีการโต้แย้งเขตอำนาจศาล ให้คดีได้รับการชี้ขาดเขตอำนาจศาล ให้ไปสู่ศาลที่มีเขตอำนาจ ตามทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันเป็นการคุ้มครองสิทธิคุ้มครองในคดี ให้ได้รับการเยียวยาด้วยความเป็นธรรม

5.2 อำนาจหน้าที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

กรณีที่มีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ไม่ว่าจะคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดโต้แย้งเขตอำนาจศาล หรือศาลหนึ่งศาลใดที่รับคำฟ้องเห็นว่า คดีที่ยื่นฟ้องไม่อยู่ในเขตอำนาจ หรือกรณีอื่นใดเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลแล้ว จะต้องยุติการพิจารณาคดีนั้น ไว้ก่อน แล้วดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้ หากจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลแล้ว กฎหมายบัญญัติให้ส่งเรื่องไปสู่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เพื่อดำเนินการต่อไป

ทั้งนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

5.2.1 กรณีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลรับฟ้องคดี

กรณีแรก เป็นกรณีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลรับฟ้องคดี ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลใด ถ้าคู่ความฝ่ายที่ถูกฟ้องเห็นว่า คดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของอีกศาลหนึ่ง ให้ยื่นคำร้องต่อศาลที่รับคำฟ้องก่อนวัน สืบพยานสำหรับศาลยุติธรรม หรือศาลทหาร หรือก่อนวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก สำหรับศาลปกครองหรือศาลอื่น



ในการนี้ให้ศาลที่รับฟ้องรอการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราว และให้จัดให้ความเห็นส่งไปให้ศาลที่คู่ความร้องว่าคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจโดยเร็ว ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลที่เกี่ยวข้องดำเนินการ ดังต่อไปนี้⁴⁵

1) ถ้าศาลที่ส่งความเห็นมีความเห็นว่า คดีนั้นอยู่ในเขตศาลตนและศาลที่รับความเห็นมีความเห็นพ้องกับศาลดังกล่าว ให้แจ้งความเห็นไปยังศาลที่ส่งความเห็นเพื่อมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลเดิมนั้นต่อไป

2) ถ้าศาลที่ส่งความเห็นมีความเห็นว่า คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจของอีกศาลหนึ่งที่คู่ความอ้าง และศาลที่รับความเห็นมีความเห็นพ้องกับศาลดังกล่าว ให้แจ้งความเห็นไปยังศาลที่ส่งความเห็น เพื่อมีคำสั่งให้โอนคดีไปยังศาลนั้น หรือสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่ความไปฟ้องศาลที่มีเขตอำนาจ ทั้งนี้ ตามที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงประโยชน์แห่งความยุติธรรม

3) ถ้าศาลที่ส่งความเห็นและศาลที่รับความเห็น มีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีนั้น ให้ศาลที่ส่งความเห็นส่งเรื่องไปให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด ให้เสร็จภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่อง แต่ถ้ามีเหตุจำเป็น ให้คณะกรรมการลงมติขยายเวลาออกไปได้ไม่เกินสามสิบวัน โดยให้บันทึกเหตุแห่งความจำเป็นนั้นไว้ด้วย

คำสั่งของศาลตามวรรคหนึ่ง 1) และ 2) และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ตามวรรคหนึ่ง 3) ให้เป็นที่สุด และมีให้ศาลที่อยู่ในลำดับสูงขึ้นไปของศาลตามวรรคหนึ่ง ยกเรื่องเขตอำนาจศาลขึ้นพิจารณาอีก

ความในมาตรานี้ ให้ใช้บังคับกับกรณีที่ศาลเห็นเอง ก่อนพิพากษาคด้วยโดยอนุโลม

4) ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลใด แต่ศาลนั้นไม่รับฟ้องเพราะเหตุว่าคดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของอีกศาลหนึ่ง เมื่อมีการฟ้องคดีต่ออีกศาลหนึ่งแล้ว หากศาลดังกล่าวเห็นว่า คดีไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลนั้นเช่นกัน ก็ให้ศาลนั้นส่งเรื่องไปให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัย

⁴⁵พระราชบัญญัติว่าด้วยการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542, มาตรา

5.2.2 กรณีปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันของคำพิพากษา

กรณีต่อมา เป็นกรณีปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันของคำพิพากษา โดยถ้ามีคำพิพากษาหรือคำสั่ง อันถึงที่สุดระหว่างศาลขัดแย้งกัน ในคดีที่มีข้อเท็จจริงเป็นเรื่องเดียวกัน จนเป็นเหตุให้คู่ความไม่ได้รับการเยียวยา หรือไม่ได้รับความเป็นธรรม หรือมีความขัดแย้งในเรื่องฐานะ หรือความสามารถของบุคคล คู่ความ หรือบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบ โดยตรงจากคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าว อาจยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการเพื่อวินิจฉัย เกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลดังกล่าวได้ ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่คำพิพากษา หรือคำสั่งที่ออกภายหลังถึงที่สุด⁴⁶

5.3 คำชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

ในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลนั้น หากคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้วให้เป็นที่สุด โดยห้ามมิให้ศาลในลำดับสูงขึ้นไป หยิบยกเรื่องเขตอำนาจศาลขึ้นพิจารณาอีก ส่วนการชี้ขาดคำพิพากษาขัดกัน ให้คณะกรรมการคำนึงถึงประโยชน์แห่งความยุติธรรม และความเป็นไปได้ในการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลด้วย

⁴⁶พระราชบัญญัติว่าด้วยการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542, มาตรา