

บทที่ 4

ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

4.1 ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศไทยก่อนมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในช่วงก่อนปี พ.ศ. 2542 ในประเทศไทยยังไม่เคยมีการบัญญัติคำว่า สัญญาทางปกครองลงไว้ในตัวบทกฎหมายใดๆ ดังนั้นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจกับเอกชนในความเข้าใจของนักนิติศาสตร์โดยรวมจึงมักใช้คำว่า สัญญาภาครัฐหรือคำว่าสัญญาของทางราชการเท่านั้นในช่วงนี้อาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดที่จะแยกสัญญาของฝ่ายปกครองไทยออกจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนได้เกิดขึ้นในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยในยุคนั้นอาจกล่าวได้ว่า สัญญาของฝ่ายปกครองแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ¹ สัญญาไปรเวท (private contract) ซึ่งเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการรับซื้อขายสิ่งของต่างๆ จ้างคน ช้าง ม้า เช่าที่ เช่าเรือ เช่าตึก เช่าโรงเรือน เช่าแพที่มีเจ้าของ ซึ่งลักษณะของกิจการเป็นธุรกิจของเอกชน และสัญญาปบลิค (public contract) ซึ่งเป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้รักษาเมืองกับชาวต่างชาติในกิจการที่เกี่ยวกับการค้าไม้ ขุดไร่ ทำข้าวสาร ดิบูก ร่อนทอง ขุดคลอง ทำทาง ทำปลา ผูกภาษีอากร ทำสวนไร่นา ที่ไม่มีเจ้าของอื่นที่เป็นของแผ่นดิน จากยุคนี้จนถึงปี พ.ศ. 2542 มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่สำคัญ คือ

- 1) พระราชบัญญัติจัดวางรางรถไฟแลทางหลวง พ.ศ. 2464
- 2) พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473
- 3) พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499
- 4) ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม พ.ศ. 2515
- 5) พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535
- 6) กฎหมายที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 199.

4.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

1) พระราชบัญญัติจัดวางรางรถไฟแลทางหลวง พ.ศ. 2464²

พระราชบัญญัตินี้มีสาระสำคัญคือได้บัญญัติเงื่อนไขในการอนุญาตไว้ โดยห้ามมิให้ผู้ใดสร้างรถไฟราษฎรขึ้นในพระราชอาณาจักรเว้นแต่จะมีพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ โดยมีข้อกำหนดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของรัฐบาลที่สำคัญไว้หลายประการเช่นรัฐบาลมีอำนาจเข้าไปปกครองยึดถือรถไฟสายใดก่อนสิ้นกำหนดอนุญาตได้ แต่จะต้องเป็นไปตามหนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาตในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาตนั้นรัฐบาลมีอำนาจยึดถือปกครองได้ภายหลังวันที่ได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว 20 ปี และเมื่อเข้าถือปกครองแล้วรัฐบาลสามารถยึดถือปกครองบรรดาสสิ่งปลูกสร้าง รถ เครื่องจักร พัสตุ หรือวัตถุอย่างอื่นได้อีกด้วย (ในส่วนของดินนั้นรัฐบาลจะต้องคิดเงินค่าทำขวัญให้ แต่ไม่เกินราคาที่ผู้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตได้ซื้อไว้) หรือ การที่รัฐบาลโดยกรมรถไฟแผ่นดินมีอำนาจในการกำกับตรวจตราดูแลไม่ว่าจะเป็นการตรวจตราทางรถไฟ ที่ดิน รถไฟ สิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักรของผู้รับอนุญาตเป็นต้น นอกจากนี้ยังมีการกำหนดเงื่อนไขหน้าที่และข้อจำกัดสิทธิของเอกชนผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตบางประการไว้เช่นในการจัดการเพื่อดำเนินกิจการการรถไฟซึ่งได้แก่การจัดการซื้อที่ดิน การก่อสร้าง การบำรุง วิธีการจัดการ ผู้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะไม่ได้รับสิทธิพิเศษแต่อย่างใดเนื่องจากกฎหมายได้กำหนดห้ามมิให้ลงมือทำการก่อสร้างหรือทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งก่อนที่ได้รับหนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาตในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเช่นนี้เสียก่อน แต่ถ้าเป็นที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นที่เป็นของหลวงหรือที่หวงห้ามให้ถือว่าผู้ได้รับโดยในการจัดหาที่ดินนั้นถ้าเป็นที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ของเอกชนจะต้องร้องขอมาทางกรมรถไฟแผ่นดินให้ช่วยจัดหาซื้อตามข้อบังคับว่าด้วยจัดหาซื้อที่ดินเพื่อสร้างทางรถไฟโดยผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายและที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นจะตกเป็นของผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตต่อเมื่อผู้เป็นเจ้าของทรัพย์นั้นได้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตถูกต้องตามวิธีที่กฎหมายกำหนดผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นผู้เช่าที่หลวงนั้นตลอดเวลาที่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตโดยต้องเสียค่าเช่าตามที่กำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาต อย่างไรก็ตามแม้ว่าผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะได้ซื้อหรือเช่าที่ดินแห่งใดไว้แล้วก็ตามผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะไม่ได้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดในแร่โลหะธาตุหรือป่าไม้ซึ่งมีอยู่

² พระราชบัญญัติจัดวางรางรถไฟแลทางหลวง พ.ศ. 2464. (2461, 15 สิงหาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. ตอนที่ 123.

ในที่ดินหรือได้พื้นดินหรือการที่ผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะต้องมีหน้าที่ยื่นบัญชีแสดงยอดรายรับ และรายจ่ายเงินทุกประการต่อสภากรรมการรถไฟทุกๆ ครึ่งปี เป็นต้น

2) พระราชบัญญัติทางหลวงที่ ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473³

พระราชบัญญัตินี้มีสาระสำคัญคือห้ามมิให้เอกชนสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงในราชอาณาจักรเว้นแต่โดยอาศัยอำนาจแห่งสัมปทานที่ได้รับจากรัฐบาล สาระสำคัญอื่นๆ ได้แก่ กำหนดให้อำนาจแก่รัฐบาลในการเพิกถอนสัมปทานก่อนสิ้นอายุสัมปทานได้ถ้าปรากฏว่าผู้รับสัมปทานเป็นคนล้มละลาย หรือ ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัมปทานหรือหากข้อความในสัญญาสัมปทานให้อำนาจไว้รัฐบาลก็สามารถเข้าครอบครองทางหลวงสายใดก่อนสิ้นอายุได้และเมื่อเข้าครอบครองทางหลวงสายใดแล้วรัฐบาลต้องเข้ายึดถือครอบครองบรรดาสสิ่งปลูกสร้าง และของใช้ในการสร้างหรือการบำรุงรักษาทางด้วย อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีการเข้าครอบครองทางหลวงก่อนสิ้นอายุสัมปทานก็มีข้อบังคับให้รัฐบาลต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานด้วย นอกจากนี้การดำเนินการจะต้องตกอยู่ภายใต้การกำกับตรวจตราของรัฐบาลอย่างใกล้ชิดไม่ว่าในด้านการสร้างทางหลวง การบำรุงรักษา การซ่อมแซมทางหลวง และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางหลวง โดยต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้ และข้อความในสัมปทานตลอดทั้งข้อบังคับซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พ.ศ. 2464 ด้วย ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามกฎหมายผู้รับสัมปทานอาจถูกเพิกถอนสัมปทานได้และถ้าผู้รับสัมปทานไม่ทำกิจกรรมใดๆ ที่กรมทางสั่งให้ทำตามพระราชบัญญัตินี้กรมทางมีอำนาจจัดให้การนั้นได้กระทำโดยผู้อื่นได้โดยผู้รับสัมปทานจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบออกค่าใช้จ่ายรวมทั้งชำระโทษปรับเป็นรายวันตลอดเวลาที่ฝ่าฝืนคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นด้วย นอกจากนี้เพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ทางหลวงผู้รับสัมปทานมีอำนาจพิเศษบางประการเช่นสั่งห้ามมิให้ขุดหรือยกร่องบริเวณทางหลวงหรือสั่งให้ตัดกิ่งไม้ต้นไม้ที่ก่อให้เกิดอันตรายในการใช้ทางหลวง อย่างไรก็ตามถ้าเจ้าของที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ไม่ทำตามผู้รับสัมปทานจะต้องแจ้งไปยังกรมทางและเมื่อกรมทางได้สวนแล้วกรมทางมีอำนาจในการอนุญาตให้ผู้รับสัมปทานจัดการเองได้ตามที่จำเป็น ในเรื่องที่ดินผู้รับสัมปทานไม่มีอำนาจในการบังคับซื้อที่ดินของเอกชนโดยพลการ ผู้รับสัมปทานจะต้องร้องขอให้กรมทางเป็นผู้ดำเนินการบังคับซื้อโดยผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ในการออกค่าใช้จ่ายและจะได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ต่อเมื่อได้รับโอนกรรมสิทธิ์โดยถูกต้องตามกฎหมาย (แต่ผู้รับสัมปทานจะไม่มีสิทธิ์ในทางเหมืองแร่ต่างๆ ในที่ดินหรือได้พื้นดินหรือผลประโยชน์แห่งป่าหรือสัตว์น้ำ) สำหรับกรณีที่เป็นที่ดินหรือ

³ พระราชบัญญัติทางหลวงที่ ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473. (2473, 20 กรกฎาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 47. หน้า 101.

อสังหาริมทรัพย์ของรัฐบาลต้องถือว่า ผู้รับสัมปทานเป็นผู้เช่าและต้องเสียค่าเช่าตามที่กำหนดไว้ในสัมปทาน

3) พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471⁴ ฉบับที่ 2 พ.ศ.2485⁵ และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499⁶

กฎหมาย 3 ฉบับนี้เป็นกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวกับการให้สัมปทานพระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 เป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์เป็นการทั่วไปในการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 เป็นกฎหมายฉบับแรกของไทยที่ให้คำนิยามความหมายของกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ ซึ่งได้แก่ การรถไฟ การรถราง การชุกคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การโรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนซึ่งจะได้ออกพระราชกฤษฎีการะบุไว้ตามยุคตามคราวไป สาระสำคัญของพระราชบัญญัตินี้คือห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชนเว้นแต่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานแล้วเสียก่อน โดยผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติมีความผิดต้องระวางโทษปรับเป็นพินัยไม่เกินห้าพันบาทและให้ปรับไม่เกินวันละพันบาทเรียงวัน ไปตลอดเวลาที่ยังทำขาดตกบกพร่องอยู่นั้นและในการพระราชทานพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทานนั้นรัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชนลงไว้ด้วยก็ได้ นอกจากนี้ยังกำหนดให้การประกอบกิจการที่เกี่ยวกับการประกันภัย ธนาคารออมสิน เครดิตฟองซิเอร์หรือกิจการอื่นอันมีสภาพคล้ายคลึงกันจะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อได้รับพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทานเสียก่อนและหลังจากนั้นจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ว่าด้วยการนั้น โดยตรงอย่างเคร่งครัด ในกิจการที่ยังมิได้มีการตรากฎหมายเฉพาะขึ้นในการพระราชทานพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทานแต่ละครั้งนั้นจะมีการกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่จำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนไว้ก็ได้ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499 มีวัตถุประสงค์

⁴ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471. (2471, 14 ตุลาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 45, ตอนที่ 1 ก. หน้า 154.

⁵ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ฉบับที่ 2 พ.ศ.2485. (2485, 25 สิงหาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 59, ตอนที่ 57 ก. หน้า 1605.

⁶ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนฉบับที่ 3 พ.ศ.2499.(2499, 25 ธันวาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 73, ตอนที่107 ก. หน้า 1688.



หลักในการที่จะควบคุมผู้ประกอบการคลังสินค้าซึ่งมีจำนวนมากขึ้น โดยกำหนดให้เป็นกิจการค้าขายที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้

4) ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม พ.ศ. 2515⁷

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499 รวมทั้งยกเลิกพระราชบัญญัติกำหนดกระทรวงเจ้าหน้าที่รักษาการตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนทั้ง 3 ฉบับ โดยเหตุผลของการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ว่าสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน และกฎหมายว่าด้วยการกำหนดกระทรวงเจ้าหน้าที่รักษาการตามกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายฉบับเดียวกันเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติ และเนื่องจากได้มีผู้ประกอบการหรือรับซื้อตัวเงิน กิจการจัดหาเงินทุนเพื่อบุคคลอื่น และกิจการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์รวมทั้งการเป็นตัวแทนหรือนายหน้าของกิจการดังกล่าวมากยิ่งขึ้นและกิจการเหล่านี้เป็นกิจการการค้าขายอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนได้แต่ยังไม่มียกเว้นพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบกิจการดังกล่าว สาระสำคัญของประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้คือ กำหนดให้การประกอบกิจการการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคจะต้องได้รับอนุญาต หรือ ได้รับสัมปทานก่อนจึงจะกระทำได้โดยมีการแยกประเภทของกิจการที่ต้องได้รับอนุญาตออกจากกิจการที่ต้องได้รับสัมปทาน โดยยึดหลักการที่ว่า กิจการที่ได้รับอนุญาตควรมีตามที่กฎหมายกำหนดก็มีสิทธิขอรับอนุญาตได้และเมื่อได้รับอนุญาตแล้วผู้ดำเนินกิจการก็สามารถแข่งขันได้อย่างเสรี กิจการที่ต้องได้รับการอนุญาตได้ถูกกำหนดไว้ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้แก่ การประกันภัย การคลังสินค้า การธนาคาร การออมสิน เครดิตฟองซิเอร์ การรับรองหรือรับซื้อตัวเงิน เป็นต้น ส่วนกิจการที่ต้องขอสัมปทานนั้นจะจำกัดเฉพาะกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคซึ่งได้แก่ การรถไฟ การรถราง การชุกคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตหรือจำหน่ายก๊าซเส้นท่อ ไปยังอาคารต่างๆ และกิจการอื่นที่จะถูกกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาที่จะออกภายหลัง โดยกิจการที่ต้องขอสัมปทานมักจะเป็นการยินยอมให้เอกชนเข้าทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดในลักษณะเป็นการผูกขาดซึ่งอาจเป็นการผูกขาดตามกิจการหรือผูกขาดตามพื้นที่⁸ กล่าวคือ ผู้รับสัมปทานจะมีสิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียวในกิจการบางอย่างหรือกิจการอย่าง

⁷ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58. (2515, 27 มกราคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 89, ตอนที่ 15 ก. ฉบับพิเศษ. หน้า 3.

⁸ พนม เอี่ยมประยูร. (2532). **สัมปทานบริการสาธารณะ**. หน้า 4.

เดียวกันนั้นอาจมีผู้ได้รับสัมปทานหลายคนแต่แยกผูกขาดคนละเขตพื้นที่ อย่างไรก็ตามแม้ว่าประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้จะกำหนดประเภทของกิจการที่จะต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานก่อนจึงจะทำได้ก็ตามแต่ก็มีข้อยกเว้นตามข้อ 6 แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 โดยมีการบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกิจการตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 การประกอบกิจการดังกล่าวให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกิจการนั้น”

อย่างไรก็ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้เป็นเพียงการวางหลักเกณฑ์กว้างๆ ไว้เท่านั้นส่วนในเรื่องของการกำหนดแนวทางในการคัดเลือกคู่สัญญาผู้รับสัมปทานรวมทั้งอำนาจในการพิจารณานั้นยังมิได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ต่อมาจึงต้องมีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพื่อกำหนดในเรื่องดังกล่าว

5) พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535⁹

พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับแก่ส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่ารัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐหรือราชการส่วนท้องถิ่นที่มีโครงการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่ไม่ใช่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่ โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ว่าเนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือสิทธิแก่เอกชนหรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในปัจจุบันส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียว หรือหน่วยงานเดียวและในเรื่องสำคัญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ดังนั้นเพื่อให้มีแนวทางในการปฏิบัติ และใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะ โครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป สมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้คือ กำหนดให้มีการเสนอโครงการซึ่งมีการลงทุนในวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทต่อสำนักงานคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติในกรณีที่เป็นโครงการเสนอโครงการใหม่ ถ้าคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติไม่เห็นด้วยกับโครงการหากเจ้าของโครงการไม่เห็นด้วยกับคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติก็ต้องเสนอความเห็นเพื่อให้คณะรัฐมนตรีตัดสินใจ

⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535. (2535, 8 เมษายน). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 109, ตอนที่ 42 ก. หน้า 101.

แต่ถ้าเป็น โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้วเมื่อมีการเสนอโครงการให้กระทรวงการคลังหา กระทรวงการคลัง ไม่เห็นด้วยก็จะต้องมีการเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาตัดสิน การเสนอ โครงการจะมีการตรวจสอบโดยคณะรัฐมนตรีเพื่อให้มีความรอบคอบมากขึ้น ส่วนการจัดหา คู่สัญญาจะให้หน่วยงานเจ้าของโครงการร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานและจะต้องแต่งตั้ง คณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้า ร่วมงานและวิธีการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมดำเนินงานจะใช้วิธีการประมูลตามรายละเอียดที่กำหนด ในกฎกระทรวง หากคณะกรรมการเห็นว่าไม่ควรใช้วิธีการประมูลและเจ้าของโครงการเห็นชอบ ด้วยก็ให้รายงานสำนักงานคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและกระทรวงการคลังถ้าทั้ง 2 หน่วยงานเห็นพ้องด้วยก็ให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ แต่ถ้าหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นว่าควรใช้ วิธีการประมูลหรือในกรณีที่คณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและ กระทรวงการคลังเห็นว่าควรใช้วิธีการประมูลหรือหน่วยงานหนึ่งงานใดมีความเห็นไม่ตรงกันก็ให้ ใช้วิธีคัดเลือกโดยวิธีการประมูล เมื่อได้คู่สัญญาและมีการลงนามในสัญญาแล้วก็จะมีการแต่งตั้ง คณะกรรมการประสานงานขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการติดตามกำกับดูแลการดำเนินงานตามที่กำหนด ในสัญญา กล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการตรวจสอบถึง 3 ขั้นตอนคือ การ เสนอโครงการ การดำเนิน โครงการ และการติดตามกำกับดูแลเท่ากับว่ากฎหมายฉบับนี้ได้วาง เงื่อนไข หลักเกณฑ์ และวิธีการ ในการพิจารณาตัดสินใจให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการใน กิจการของรัฐโดยวิธีการทำสัญญาอย่างเป็นระบบ โดยผลของพระราชบัญญัติฉบับนี้ทำให้ใน ปัจจุบันการให้สัมปทานบริการสาธารณะที่มีมูลค่าเป็นพันล้านบาทจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วยเสมอ

6) กฎหมายที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ

กฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติได้แก่

(1) พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510¹⁰

สาระสำคัญของพระราชบัญญัตินี้คือ ห้ามมิให้ผู้ใดสำรวจแร่ในที่ใดไม่ว่าที่ สำรวจแร่นั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่เว้นแต่จะได้รับอนุญาตสำรวจแร่ อนุญาตบัตร ผูกขาดสำรวจแร่หรืออนุญาตบัตรพิเศษนอกจากนี้ยังได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดทำเหมืองแร่ในที่ใดไม่ ว่าที่ทำเหมืองแร่นั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่เว้นแต่ได้รับประทานบัตร

¹⁰ พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510. (2510, 31 ธันวาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 84, ตอนที่ 129 ก (ฉบับพิเศษ). หน้า 1.

(2) พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514¹¹

พระราชบัญญัตินี้มีสาระสำคัญคือ ปีโตรเลียมเป็นของรัฐผู้ใดสำรวจปีโตรเลียมในที่ใดไม่ว่าที่นั้นเป็นของคนหรือของผู้อื่นต้องได้รับสัมปทานจากรัฐ

(3) พระราชบัญญัติอากรรั้งนกอีแอ่น พ.ศ. 2540¹²

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีสาระสำคัญคือห้ามมิให้ผู้ใดเก็บรั้งนกที่มีอยู่ตามธรรมชาติบนเกาะหรือในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยไม่ได้รับสัมปทานจากคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติ การขอรับสัมปทานในแต่ละจังหวัดให้ทำโดยการประมูลเงินอากรตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่ผู้ว่าราชการจังหวัด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนดนั้น

นอกจากกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวข้างต้นยังมีระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่สำคัญคือระเบียบสำนักคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ

การบริหารพัสดุในระบบราชการไทยเริ่มมีขึ้นครั้งแรกเมื่อมีการตั้งกรมพัสดุแห่งชาติในปี พ.ศ. 2475 โดยการรวบรวมการจัดซื้อของทางราชการมาไว้ในหน่วยงานเดียวกันต่อมาหน่วยงานดังกล่าวยุบเลิกไปและได้มีการปรับปรุงการบริหารงานพัสดุเมื่อปลายปี พ.ศ. 2551 ที่ผ่านมามีการประกาศใช้ และปรับปรุงระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุดหลายครั้ง ได้แก่¹³

- 1) ระเบียบสำนักคณะกรรมการว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498
- 2) ระเบียบสำนักคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498
- 3) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521

ระเบียบฉบับนี้เป็นการรวบรวมระเบียบสำนักคณะกรรมการว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498 และระเบียบสำนักคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498 เข้าด้วยกันเป็นระเบียบเดียวกันเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติของส่วนราชการต่างๆ ในด้านการจัดซื้อจัดจ้างให้มีมาตรฐานเดียวกัน โดยที่ระเบียบฉบับนี้ครอบคลุมเฉพาะการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุนั้นส่วนการจ่ายเงินประเภทอื่นๆ จะมีระเบียบอื่นวางกรอบแนวทางปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะซึ่งทำให้การดำเนินงานทางพัสดุของทางราชการอยู่ภายใต้ระเบียบหลายฉบับกล่าวคือการดำเนินการด้วยเงินกู้จากต่างประเทศอยู่ภายใต้ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการซื้อ การจ้าง และการจ้างที่ปรึกษา

¹¹ พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514. (2514, 23 เมษายน). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 88, ตอนที่ 43 ก. ฉบับพิเศษ. หน้า 1.

¹² พระราชบัญญัติอากรรั้งนกอีแอ่น พ.ศ. 2540. (2540, 14 ตุลาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 114, ตอนที่ 56 ก. หน้า 1.

¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 217-219.

ภายใต้โครงการที่ดำเนินการด้วยเงินกู้จากต่างประเทศ พ.ศ. 2527 ส่วนการจ้างเอกชนออกแบบและควบคุมงานจะต้องปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2521 คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยต่อมาได้มีการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีผลบังคับใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2535 เป็นต้นมา

4) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ระเบียบนี้ใช้บังคับกับการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุของทางราชการทั้งที่ใช้เงินงบประมาณเงินกู้และเงินช่วยเหลือและใช้บังคับกับการจัดหาทุกประเภท ระเบียบนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกหลายครั้งปัจจุบันระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุที่ใช้บังคับอยู่คือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนับที่ 5 พ.ศ. 2542) ระเบียบนี้ใช้บังคับแก่ส่วนราชการซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุ โดยใช้เงินงบประมาณเงินกู้และเงินช่วยเหลือ แต่ระเบียบนี้ไม่ใช้บังคับแก่ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจต่างๆ โดยการพัสดุของรัฐวิสาหกิจจะเป็นไปตามข้อบังคับของรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งซึ่งอาจมีข้อกำหนดแตกต่างกันไปแล้วแต่สภาพของการพัสดุในรัฐวิสาหกิจนั้นๆ และอาจแตกต่างจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุดังนี้เพื่อให้รัฐวิสาหกิจสามารถบริหารการพัสดุได้คล่องตัวมากขึ้น ส่วนการพัสดุของราชการส่วนท้องถิ่นจะอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ซึ่งใช้บังคับกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดและเทศบาลหรือระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ซึ่งใช้กับองค์การบริหารส่วนตำบลหรือถ้าเป็นหน่วยราชการส่วนท้องถิ่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายพิเศษเช่นกรุงเทพมหานครหรือเมืองพัทยาจะมีระเบียบว่าด้วยการพัสดุของตนเป็นการเฉพาะ

เมื่อพิจารณาในเนื้อหาของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองอาจแบ่งพิจารณาได้ใน 3 ขั้นตอนคือ การก่อให้เกิดสัญญา การบังคับการตามสัญญาและการสิ้นสุดลงของสัญญา จะเห็นได้ว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดหลักการอันเป็นสาระสำคัญคือ

(1) ประเด็นการก่อให้เกิดสัญญา

สาระสำคัญในประเด็นนี้อยู่ที่เสรีภาพในการทำสัญญาและข้อจำกัดในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง เห็นได้ว่าในเบื้องต้นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดเป็นหลักการทั่วไปว่า การจัดหาพัสดุต้องดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม



ข้อจำกัดที่เห็นได้ชัดคือ ข้อจำกัดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยข้อจำกัดที่สำคัญคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องมีคุณสมบัติถูกต้อง ไม่มีลักษณะต้องห้ามซึ่งคุณสมบัติต้องห้ามที่สำคัญคือ บุคคลที่มีลักษณะเป็นผู้เสนอราคาที่มีประโยชน์ร่วมกันซึ่งหมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่เข้าเสนอราคาขายในการซื้อพัสดุของทางราชการหรือเข้าเสนอราคาเพื่อรับจ้างทำพัสดุหรือเข้าเสนองานเพื่อรับจ้างเป็นที่ปรึกษาหรือรับจ้างออกแบบและควบคุมงานให้แก่ส่วนราชการใด เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรง หรือทางอ้อมในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลอื่นที่เข้าเสนอราคาหรือเข้าเสนองานให้แก่ส่วนราชการนั้นในคราวเดียวกัน กล่าวคือ มีความสัมพันธ์กันในเชิงบริหาร มีความสัมพันธ์กันในเงินทุนหรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะไขว่กันระหว่างความสัมพันธ์ในเชิงบริหารและความสัมพันธ์ในเงินทุน ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้กฎหมายไม่ได้ห้ามเด็ดขาดเพียงแต่ให้ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่เป็นผู้เสนอราคาที่มีประโยชน์ร่วมกันแต่เพียงรายเดียวเท่านั้นมีสิทธิที่จะเสนอราคาหรือเสนองานในการซื้อหรือการจ้างทำพัสดุ การจ้างที่ปรึกษาหรือการจ้างออกแบบ และควบคุมงานของทางราชการในแต่ละครั้ง ถ้าหากได้มีการเข้าเสนอมากกว่ารายเดียวเมื่อมีการตรวจพบผลที่ตามมา ก็จะต้องตัดรายชื่อผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานดังกล่าวทุกรายออกจากการเป็นผู้เสนอราคาหรือเสนองานในการเสนอราคาหรือเสนองานในครั้งนั้น นอกจากนี้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องไม่เป็นผู้เสนอราคาที่ทำกรทำการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมซึ่งหมายถึง การที่ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานรายหนึ่งหรือหลายรายกระทำการอย่างใด ๆ อันเป็นการขัดขวางหรือเป็นอุปสรรคหรือไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมในการเสนอราคาหรือเสนองานต่อส่วนราชการ ไม่ว่าจะกระทำโดยการสมยอมกันหรือโดยการให้ขอให้ หรือรับว่าจะให้ เรียก รับ หรือยอมจะรับเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดหรือใช้กำลังประทุษร้ายหรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายหรือแสดงเอกสารอันเป็นเท็จหรือกระทำการใดอันทุจริตโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์ในระหว่างผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานด้วยกันหรือเพื่อให้ประโยชน์แก่ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานรายหนึ่งรายใดเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับส่วนราชการนั้นหรือเพื่อหลีกเลี่ยงการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมหรือให้เกิดความได้เปรียบส่วนราชการ โดยมีใช่เป็นไปในทางประกอบธุรกิจปกติ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เมื่อมีการตรวจพบจะตัดรายชื่อผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่กระทำการดังกล่าวทุกรายออกจากการเป็นผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานในการซื้อหรือการจ้างทำพัสดุ การจ้างที่ปรึกษาหรือการจ้างออกแบบหรือการควบคุมงานในครั้งนั้น และให้หัวหน้าส่วนราชการเสนอต่อปลัดกระทรวงเพื่อพิจารณาให้ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่ถูกตัดรายชื่อออกดังกล่าวเป็นผู้ทำงาน ซึ่งผู้ทำงานนี้ย่อมถูกจำกัดในการทำสัญญากับส่วนราชการเพราะในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 นี้กำหนดว่าห้ามส่วนราชการก่อนนิติสัมพันธ์กับผู้ทำงาน

นอกจากนี้ข้อตกลงสัญญาหลายกรณีได้มีการจัดทำตัวอย่างหรือแบบเอาไว้แล้ว โดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดว่า การลงนามในสัญญาในการจัดหาให้ทำตามตัวอย่างที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพ.) กำหนด การทำสัญญารายได้ถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากตัวอย่างสัญญาที่ กพ. กำหนด โดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในตัวอย่างสัญญา และไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบก็ให้กระทำได้ เว้นแต่หัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน ในกรณีที่ไม้อาจทำสัญญาตามตัวอย่างที่ กพ. กำหนดได้และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ต้องส่งร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน เว้นแต่หัวหน้าส่วนราชการเห็นสมควรทำสัญญาตามแบบที่เคยผ่านการพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดมาแล้วก็ให้กระทำได้ จะเห็นได้ว่ามีกระบวนการของหน่วยงานที่เข้ามาช่วยดูแลเนื้อหาหรือข้อตกลงในสัญญา ส่วนข้อจำกัดในการเลือกคู่สัญญามีตัวอย่างที่ชัดเจนคือ ในกรณีการสอบราคาหรือการประกวดราคามีหลักเบื้องต้นว่าให้เลือกจากผู้เสนอราคาต่ำสุด

(2) ประเด็นการดำเนินการตามสัญญา

ในเบื้องต้นกำหนดเป็นหลักการว่าสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็น โดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ

นอกจากนี้มีการกำหนดในเรื่องค่าปรับว่า ในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงได้และจะต้องมีการปรับตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้น หากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้างให้ส่วนราชการพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ยินยอมเสียค่าปรับให้แก่ทางราชการ โดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น ให้ส่วนราชการพิจารณาผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาได้เท่าที่จำเป็น

นอกจากนี้ยังมีการกำหนดในให้ผู้ควบคุมงานสามารถเข้าตรวจและควบคุมงาน ณ สถานที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือที่ตกลงให้ทำงานจ้างนั้นๆ ทุกวัน ให้เป็นไปตามแบบรูป รายการละเอียดและข้อกำหนดไว้ในสัญญาทุกประการ โดยสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมหรือตัดทอนงานจ้างได้ตามที่เห็นสมควร

(3) ประเด็นการสิ้นสุดของสัญญา

กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด

เมื่อพิจารณาตัวบทกฎหมายในช่วงดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า ตัวบทกฎหมายเหล่านี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงการมีอยู่ของลักษณะที่พิเศษของกิจการบางประเภทจนถึงกับต้องมีการตรา

กฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดเงื่อนไข และวิธีการในการที่ฝ่ายปกครองจะเข้าผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชน รวมถึงการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่ฝ่ายปกครองและเอกชนที่เกี่ยวข้องที่มีลักษณะพิเศษผิดแผกแตกต่างไปจากสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันเอง

ในขณะนี้อาจกล่าวได้ว่า นักนิติศาสตร์ไทยส่วนหนึ่งเห็นว่า สัญญาใดๆ ไม่ว่าจะป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง หรือสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวกันคือหลักกฎหมายเอกชนต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และปัญหาข้อพิพาทใดๆ ที่เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองก็ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรมเช่นเดียวกับกรณีของสัญญาที่เอกชนทำกับเอกชนด้วยกัน อย่างไรก็ตามก็หลักเกณฑ์พิเศษบางอย่างที่นำมาใช้เฉพาะกับสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทต่างๆ นั้นมีอยู่จริงโดยถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ ที่ออกโดยฝ่ายปกครองรวมไปถึงมติของคณะรัฐมนตรีและในบางครั้งกำหนดขึ้นในรูปของข้อตกลงในสัญญาโดยตรง

4.1.2 คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง โดยแบ่งพิจารณาเป็น 3 ขั้นตอนคือ การก่อให้เกิดสัญญา การดำเนินการตามสัญญา และการสิ้นสุดลงของสัญญา พบว่า

1) การก่อให้เกิดสัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาชี้ให้เห็นว่าสัมปทานบัตรคือ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525) และแสดงให้เห็นข้อจำกัดในเรื่องเนื้อหาหรือข้อตกลงในสัญญา คำพิพากษาศาลฎีการะบุว่าสัมปทานทำไม่เป็นเรื่องที่รัฐบาลอนุญาตให้บุคคลเข้าดำเนินการทำไม่ภายใต้เงื่อนไขระเบียบและกฎหมายที่เกี่ยวข้องมิใช่สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้รับสัมปทานไม่มีสิทธิต่อรองเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของสัมปทานทั้งสิ้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9937/2539)

นอกจากนี้ยังมีประเด็นสัญญาบังคับได้ตามกฎหมายเพราะข้อกำหนดในสัญญาไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือคำพิพากษาศาลฎีการะบุว่าทุนการศึกษาของมูลนิธิแม่รับ โดยไม่ผ่านมหาวิทยาลัยและเป็นทุนที่ไม่มีเงื่อนไขผูกพันใดๆ รวมทั้งไม่ใช่วัตถุประสงค์ของมูลนิธิที่จะให้ผู้รับทุนกลับมาปฏิบัติราชการชดใช้ทุนเป็นเวลา 2 เท่าของเวลาที่ลาไปศึกษา การที่ผู้รับทุนทำสัญญาได้รับทุนศึกษาต่อ ณ ต่างประเทศกับมหาวิทยาลัย เงินทุนและค่าใช้จ่ายต่างๆ รวมทั้งค่าเดินทางที่จ่ายให้อันเนื่องจากการศึกษาต่อ นั้น ไม่ว่าจะป็นของรัฐบาลไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การใดก็รวมอยู่ในความหมายที่ผู้รับทุนต้องชดใช้คืนฐานะเป็น

ค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นซึ่งหมายถึงเงินทุนและค่าใช้จ่ายๆ รวมตลอดทั้งค่าเดินทางที่มูลนิธิจ่ายให้แก่ผู้รับทุนในการลาศึกษาต่อ นั้น ห้ามข้อยกเว้นในสัญญาว่าให้ใช้เฉพาะกับผู้รับทุนซึ่งผ่านรัฐบาลไทยหรือมหาวิทยาลัยเท่านั้น การกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าหากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นเป็นข้อตกลงอันมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นที่ประจักษ์ว่าเพื่อต้องการให้ผู้รับทุนกลับมาปฏิบัติราชการให้เกิดประโยชน์แก่สถาบันและประเทศชาติโดยรวม จึงเป็นการชอบธรรม และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาดังกล่าวจึงมีผลหนี้ต่อกันบังคับได้ตามกฎหมาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4204/2536)

2) การดำเนินการตามสัญญา

มีคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนมากในเรื่องนี้ โดยแสดงให้เห็นถึงการใช้หลักตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ เช่น

สัมปทานบัตรคือ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตรและในส่วนที่สัมปทานบัตรไม่ได้ระบุไว้ ก็ต้องไปปฏิบัติตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ กล่าวคือสิทธิในการขอยกเลิกสัมปทานซึ่งระบุไว้เฉพาะสิทธิของผู้ให้สัมปทานว่าจะยกเลิกสัมปทานบัตรได้ในกรณีใดบ้าง แต่ไม่ได้ระบุถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานในการที่จะขอยกเลิกสัมปทานบัตร สิทธิของผู้รับสัมปทานจึงมีอยู่ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525)

สัญญาการรับทุน ก.พ. เพื่อไปศึกษาวิชาในต่างประเทศ เมื่อศาลเห็นว่าเบี้ยปรับสูงเกินส่วนศาลมีอำนาจลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 ไม่ว่าจะสัญญาดังกล่าวจะทำกับส่วนราชการหรือไม่ก็ตาม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3758/2533)

สัญญาจ้างก่อสร้างสนามกรีฑาค่าเสียหายในการให้เข้าสนามกรีฑานั้นเป็นค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ เมื่อผู้รับจ้างมิได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว จึงไม่ต้องรับผิดชอบผู้ว่าจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคสอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5032/2537)

อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่แสดงให้เห็นว่าศาลฎีกาใช้หลักกฎหมายมหาชน เช่น เมื่อมีความจำเป็นต้องใช้เนื้อที่ในเขตประตานบัตรเพื่อวางท่อส่งก๊าซจากแหล่งก๊าซที่อ่าวไทยมาขึ้นฝั่งที่ตำบลมาตาพุดและเพื่อสร้างท่าเรืออุตสาหกรรมมาตาพุด การวางท่อส่งก๊าซดังกล่าวเป็นการประกอบการเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไป ถือได้ว่ากระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ ดังนั้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมโดยอนุเมตติของคณะรัฐมนตรีจึงมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตประตานบัตรได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5728/2533)

3) การสิ้นสุดลงของสัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาแสดงให้เห็นถึงการใช้หลักตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติ เช่น

การสั่งให้หยุดการทำไม้เป็นการชั่วคราวได้ไม่เป็นการผิดสัญญาสัมปทานทำไม้และเนื่องจากคำสั่งดังกล่าวเป็นเพียงให้หยุดการทำไม้ไว้เป็นการชั่วคราวเท่านั้นซึ่งมีเหตุอันสมควรที่จะกระทำได้ สิทธิในการทำไม้ตามสัมปทานยังคงมีอยู่ต่อไปมิได้ถูกยกเลิกหรือเพิกถอนตามคำสั่งนี้แต่ประการใด การปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัมปทานจึงยังไม่เป็นการพ้นวิสัย ดังนั้นเอกชนจึงไม่มีสิทธิบอกเลิกสัมปทานทำไม้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 589 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9937/2539)

เมื่อผู้รับจ้างทำไม้เสร็จและทิ้งงาน ผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาแล้วได้เรียกประมูลก่อสร้างงานต่อจากที่ผู้รับจ้างเดิมทำค้างไว้ เพื่อทำงานต่อให้เสร็จตามสัญญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4004/2534)

นอกจากนี้ยังมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา คดีหมายเลขคำที่ 16374/2536 ของศาลแพ่งใช้วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษามาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 254(2), 255, 257 และ 267 มาใช้บังคับ มีคำสั่งให้บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด เปิดใช้ทางด่วนชั้นที่ 2 ที่ก่อสร้างแล้วเสร็จ แสดงให้เห็นว่าศาลแพ่งได้พิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลักในการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา

4.2 ข้อความคดีสัญญาทางปกครองของประเทศไทยหลังมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

โดยผลของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ได้สถาปนาศาลปกครองขึ้น ทำให้เกิดพัฒนาการในเรื่องของสัญญาของฝ่ายปกครองและมีกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ถูกตราขึ้นคือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542

4.2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในกฎหมายของไทยนั้นต้องถือว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องสัญญาทางปกครองของไทยมีเพียงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กำหนดไว้ได้กำหนดไว้แต่เพียงว่าสัญญาทางปกครองคือสัญญาอย่างไรและกำหนดให้คดีพิพาทที่

เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีปกครองประเภทหนึ่งที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น บทนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ว่า สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เมื่อพิเคราะห์บทนิยามดังกล่าวแล้วจะสังเกตเห็นได้ว่า บทนิยามคำว่าสัญญาทางปกครองนี้มีได้มีลักษณะเช่นเดียวกับบทนิยามต่างๆ ไปเพราะในกรณีปกตินั้นในบทนิยามจะใช้คำว่า “หมายความว่” แต่บทนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองได้ใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” การที่บทนิยามคำว่า สัญญาทางปกครองได้ใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” นี้เองที่สื่อความเข้าใจว่า นอกเหนือจากสัญญาทางปกครองที่กำหนดไว้ในบทนิยามดังกล่าวแล้วกรณียังมีสัญญาทางปกครองอยู่อีกประเภทหนึ่งซึ่งแม้กฎหมายจะมีได้ระบุว่าสัญญาทางปกครองอีกประเภทหนึ่งจะเรียกชื่ออย่างไรแต่ก็เทียบเคียงกับสิ่งที่เรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ กล่าวโดยสรุปโดยผลของบทนิยามคำว่าสัญญาทางปกครองแสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยได้แบ่งสัญญาทางปกครองออกเป็น 2 ประเภทได้แก่ สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในบทนิยามดังกล่าวแล้วประเภทหนึ่งกับสัญญาทางปกครองซึ่งเทียบเคียงได้กับสัญญาทางปกครองโดยสภาพอีกประเภทหนึ่ง¹⁴

(1) สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด

สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนดนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่ 2 ด้านประกอบกันกล่าวคือ จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ครบถ้วนทั้ง 2 ด้านเสมอจึงจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองตามบทนิยามดังกล่าวซึ่งหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ด้าน ได้แก่ หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญากับหลักเกณฑ์ทางเนื้อหา

ก. หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา

เมื่อพิจารณาด้อยคำของบทนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” แล้วอาจเข้าใจว่าเมื่อมีการกำหนดถึงสัญญาทางปกครองไว้ 4 ประเภทและหากสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาประเภทใด นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ได้กำหนดหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งไว้ด้วยอันได้แก่หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญาที่บทนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ได้วางไว้ได้แก่ หลักเกณฑ์ที่ว่าสัญญาทางปกครองต้องเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ

¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 308-310.

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวสามารถจำแนกเพื่อให้มีรายละเอียดที่ชัดเจนยิ่งขึ้นได้ว่า หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญานั้นจำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบ 2 ประการ กล่าวคือ องค์ประกอบในเรื่อง “ฝ่าย” ของการเป็นคู่สัญญากับองค์ประกอบในเรื่อง “คุณสมบัติ” หรือ “ฐานะ” ของคู่สัญญา

องค์ประกอบเรื่อง “ฝ่าย” ของการเป็นคู่สัญญานั้น หลักเกณฑ์ตามกฎหมายกำหนดไว้ว่า กรณีที่จะเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้ถ้าสัญญาใดไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็น “ฝ่ายปกครอง” สัญญานั้นย่อมไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้และถ้าสัญญาใดแม้จะมีคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายเป็น “ฝ่ายปกครอง” ด้วยกัน สัญญานั้นก็อาจเข้าข่ายเป็นสัญญาทางปกครองได้ถ้ามีลักษณะประการอื่นครบถ้วน

กฎหมายได้กำหนดเอาไว้ว่า กรณีจะต้องมีคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐ กรณีหน่วยงานทางปกครองนั้นได้มีบทนิยามไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ว่า หน่วยงานทางปกครองหมายความว่ากระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นๆ ของรัฐและให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ส่วนกรณีบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐนั้นไม่มีบทนิยามไว้ และเท่าที่ตรวจสอบดูแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครอง หรือองค์การตามกฎหมายอื่นๆ ก็ยังไม่ปรากฏชัดเจนว่ามีการอธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำนี้แต่อย่างใด กรณีจึงถือได้ว่าถ้อยคำดังกล่าวนี้เปิดโอกาสให้มีการตีความ และการวางกฎเกณฑ์ได้ในอนาคต

ข. หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา

หลักเกณฑ์ด้านนี้มุ่งหมายให้ครอบคลุมทั้งส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระของสัญญาและในส่วนที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วย เมื่อพิจารณาเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาแล้วพบว่าสัญญาทางปกครองที่กำหนดตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะมีอยู่ 4 ประเภท ดังนี้

1. สัญญาสัมปทาน

ความหมายคำว่า สัมปทาน ตามพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2543 ได้ให้ความหมายของคำดังกล่าวเอาไว้ว่าหมายถึงการที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่กำหนดเช่น สัมปทานการเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่า จากคำอธิบายในคำরাปกครองของไทยบางเล่มได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการให้สัมปทานบริการสาธารณะว่าเป็น

วิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและด้วยความเสี่ยงของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทานแต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่เรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น จึงกล่าวได้ว่า “สัมปทาน” เป็นระบบการให้อนุญาตอย่างหนึ่ง เห็นว่าสิ่งที่จะเป็น“สัญญาสัมปทาน” นั้นจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

ประการแรก ต้องเป็นสัญญา ลักษณะประการแรกนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญเพราะจะทำให้สัญญาสัมปทานต่างจากสัมปทาน หรือ ประทานบัตรต่างๆ ไปกล่าวก็จะต้องเป็นข้อตกลงที่ถูกต้องตรงกันทั้ง 2 ฝ่ายมิใช่เป็นเพียงการให้สิทธิหรือให้อนุญาตซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว

ประการที่สอง ต้องเป็นสัมปทานกล่าวคือต้องมีลักษณะเป็นการที่รัฐฝ่ายปกครองมอบหมายสิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะหรือกิจการใดๆ ที่การดำเนินการต้องได้รับการอนุญาตจากรัฐฝ่ายปกครอง ให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยทุนที่ใช้ดำเนินการจะต้องเป็นของบุคคลนั้นทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ โดยรัฐไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าจ้าง ให้แก่บุคคลที่ได้รับสัมปทานดังกล่าวและบุคคลนั้นมีสิทธิได้รับประโยชน์ โดยการเรียกค่าตอบแทนหรือค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการหรือนำเอา ผลผลิตที่ได้จากการสัมปทานไปทำประโยชน์หรือจำหน่าย ทั้งนี้จะมีการจ่ายเงินหรือประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐด้วยหรือไม่ก็ได้

2. สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

กรณีอย่างใดจึงถือเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้กำหนดนิยามเอาไว้ เห็นว่าสมควรแยกองค์ประกอบของสัญญาประเภทนี้ตามคำที่กฎหมายให้ไว้ คือ

ประการแรก ต้องเป็นสัญญา

ประการที่สอง ต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาหรือวัตถุประสงค์หนึ่งตามสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือจะต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดทำหรือดำเนินการที่เป็นบริการสาธารณะ

3. สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สำหรับลักษณะของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคนั้น เมื่อพิจารณาจากความหมายทั่วไป ความหมายในกฎหมายฉบับต่างๆ และข้อวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล สามารถแบ่ง “สิ่งสาธารณูปโภค” ได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ

(ก) ทรัพย์สินโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สะพานคนเดินข้ามถนน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ท่าเทียบเรือสาธารณะ ที่พักผู้โดยสารรถประจำทาง เป็นต้น

(ข) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชน ในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้าและสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล โรงกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้น

4. สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาที่มีลักษณะอย่างใดจึงถือว่าเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้มีบทนิยามไว้เป็นการเฉพาะและยังไม่ปรากฏแนวทางคำวินิจฉัยของศาลหรือคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในประเด็นนี้ อย่างไรก็ตามในถ้อยคำที่กฎหมายเห็นว่าสัญญาดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

ประการแรก ต้องมีลักษณะเป็นสัญญา

ประการที่สอง วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะต้องเป็นการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งพจนานุกรมได้ให้ความหมายของคำนี้ว่าหมายถึงทรัพย์สินอันเกิดขึ้นหรือมีอยู่ตามธรรมชาติ

(2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

เนื่องจากบทนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองได้แสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่า นอกเหนือจากสัญญาทางปกครองอีกประเภทหนึ่งอยู่ด้วยซึ่งในทางวิชาการมีชื่อเรียกทางปกครองประเภทดังกล่าวว่า “สัญญาปกครองโดยสภาพ” แต่บทนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองก็ไม่ได้อธิบาย หรือให้หลักเกณฑ์ใดๆ เกี่ยวกับ สัญญาทางปกครองโดยสภาพเอาไว้โดยเฉพาะ กรณีจึงถือว่าเป็นการเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ และความหมายของสัญญาทางปกครองโดยสภาพไว้อย่างกว้างขวางและยืดหยุ่น

ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองในกรณี สัญญาทางปกครองโดยสภาพ โดยมีการใช้หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญา วัตถุประสงค์แห่งสัญญา และข้อกำหนดในสัญญาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าวคือ

ก. หลักเกณฑ์ในด้านคู่สัญญา

สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือ เป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ

ข. หลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา

ในด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือ ร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง

ค. หลักเกณฑ์ด้านข้อกำหนดในสัญญา

สัญญาทางปกครองจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงเอกสิทธิ์ของรัฐ หมายถึงข้อสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเสมอภาค และเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจเป็นกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติของสิทธิและหน้าที่นั้นเองไม่อาจถูกกำหนดในสัญญาทางแพ่งได้

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยที่ผ่านมายังไม่อาจสรุปได้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในช่วงแรกของการจัดตั้งศาลปกครองแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไปในแนวทางที่ว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะอ้างเหตุผลทั้งในเรื่อง การเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรงร่วมกับเป็นข้อสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ โดยมีได้อธิบายความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กล่าวถึงตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญาที่ศาลปกครองเห็นว่าแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในคำวินิจฉัยเท่านั้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 139/2547 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 132/2551) ต่อมาช่วงหลังสุดเมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยในปี พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่า แม้จะอ้างถึงตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแต่ข้อสรุปในท้ายคำวินิจฉัยก็สรุปไปในแนวทางที่ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเพราะว่าเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ส่วนคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็มิได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจน นอกจากนั้นแม้ในข้อเท็จจริงของคดีศาลปกครองจะกล่าวอ้างถึงตัวอย่างข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแต่ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการมิได้อ้างถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าว

เป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะเท่านั้น (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2548) แสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการฯ ได้ยอมรับหลักในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยสภาพโดยพิจารณาที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นหลัก แต่คณะกรรมการมิได้ให้เหตุผลในเรื่องว่าข้อสัญญาของสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษหรือไม่ ดังนั้นจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจึงยังไม่มีความเป็นเอกภาพพอที่จะสรุปได้ว่า หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง โดยสภาพจะต้องมีทั้งสองประการคือมี วัตถุประสงค์เป็นการดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ และมีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษหรือไม่

2) พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542¹⁵

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 คือ การให้สัมปทาน ถ้าอยู่ในหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐให้ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นด้วย ในกรณีที่รัฐประสงค์จะให้สัมปทานในการสร้างหรือ บำรุงรักษาทางสายใดให้อธิบดีออกประกาศเชิญชวนให้มีการยื่นข้อเสนอตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนด การให้สัมปทานในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางที่มีขนาดเล็ก หรือเป็นการ ต่อเติมโครงการเดิมลักษณะที่กำหนดในกฎกระทรวง จะดำเนินการ โดยไม่ต้องออกประกาศเชิญ ชวนก็ได้เมื่อรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่าผู้ยื่นคำขอรับสัมปทานรายใดสมควรได้รับสัมปทาน ให้ รัฐมนตรีรายงานความเห็นในเรื่องการขอรับสัมปทานไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อคณะรัฐมนตรี พิจารณาอนุมัติ

การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ใดเพื่อสร้างทางหลวงในกรณีที่ผู้รับสัมปทานมีความ จำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ใดเพื่อสร้างทางหลวงตามที่กำหนดไว้ในสัมปทานและ ผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินการให้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อการนั้น โดยวิธีการอื่น ได้ใ้ กรมทางหลวงเป็นผู้ดำเนินการได้เวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยผู้รับ สัมปทานเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายและค่าทดแทนวันแต่ในสัมปทานจะ ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

การโอนสัมปทาน ทำได้ต่อเมื่อมีเหตุอันสมควรและรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของ คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้รับโอนมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และ อนุญาตให้โอนสัมปทานได้ ผู้รับโอนสัมปทานต้องรับไปซึ่งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบ

¹⁵ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542. (2542, 21 ตุลาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่มที่ 116, ตอนที่ 29 ก. หน้า 1.

ของผู้รับสัมปทานรายเดิมแลในกรณีที่ผู้รับสัมปทานสิ้นสภาพนิติบุคคลหรือตกเป็นบุคคลล้มละลาย ให้ผู้ชำระบัญชีหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แล้วแต่กรณีเป็นผู้มีสิทธิแสดงเจตนาในการโอนสัมปทาน

การตกเป็นของรัฐ ทางหลวงสัมปทาน และอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานใด จะตกเป็นของรัฐเมื่อใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในสัมปทาน ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะรัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทานสิ้นอายุได้ และในกรณีเช่นนี้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองบรรดาอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดได้ด้วย การดำเนินการดังกล่าวต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีและในการยึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานและอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานเช่นนี้รัฐจะต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามที่กำหนดในสัมปทานในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดเรื่องค่าทดแทนไว้ให้ใช้ค่าทดแทนโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานควรได้รับตามความเป็นธรรม และในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัมปทาน ไม่บำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานจนอาจเป็นเหตุให้เกิดภัยอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนหรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายอันเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐหรือการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ให้อธิบดีมีหนังสือเตือนให้ผู้รับสัมปทานปฏิบัติให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนดในกรณีที่ได้มีหนังสือเตือนแล้ว แต่ผู้รับสัมปทานยังคงฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ให้รัฐมนตรีเพิกถอนสัมปทานดังกล่าว เมื่อได้เพิกถอนสัมปทานแล้วให้อุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดตกเป็นของรัฐ

4.2.2 คำพิพากษา และคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด

จากคำนิยามสัญญาทางปกครองตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดเพื่อการวิเคราะห์อาจจำแนกสัญญาทางปกครองเป็นกรณีดังต่อไปนี้

- 1) กรณีเป็นสัญญาสัมปทาน
- 2) กรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
- 3) กรณีเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
- 4) กรณีเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
- 5) กรณีเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ

โดยตรง

6) กรณีเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

คำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ

1) กรณีเป็นสัญญาสัมปทาน

กรณีวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาสัมปทานศาลปกครองสูงสุดไม่ให้เหตุผลว่าเหตุใดจึงวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาสัมปทาน ได้แก่

(1) สัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 108/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 250/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 280/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 319/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 328/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 368/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 394/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 461/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 466/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 818/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 354/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 365/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 377/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 727/2550)

(2) สัญญาสัมปทานจัดเก็บรังนกอีแอ่น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2550)

(3) สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนเพื่อขยายบริการโทรศัพท์ในเขตภูมิภาค ระหว่าง ระหว่างบริษัททีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) กับบริษัททีไอทีจำกัด (มหาชน) (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 169/2551)

2) กรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

กรณีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ โดยให้เหตุผลว่าจุดประสงค์ของสัญญาเป็นเรื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่

(1) สัญญารับทุนการศึกษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 555/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 647/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 714/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 875/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 100/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 606/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 846/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 440/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 698/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 128/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 285/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 533/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 240/2551 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 248/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 412/2552)

(2) สัญญาอนุญาตให้ข้าราชการลาศึกษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 218/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 981/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 236/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 418/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 696/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2551) สัญญาการเป็นนักศึกษา/นักเรียน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 518/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 772/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 272/2549 คำสั่งศาล



ปกครองสูงสุดที่ 541/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 822/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 877/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 239/2551)

(3) สัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) ที่ 274/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 731/2550)

(4) สัญญาฝากเก็บ แปรสภาพและจัดจำหน่ายข้าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 611/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2551)

(5) สัญญาจ้างให้เป็นผู้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 848/2548)

(6) สัญญาอนุญาตให้ประกอบกิจการลานจอดรถยนต์ และสัญญาเช่าพื้นที่ ณ ท่าอากาศยานเชียงใหม่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 977/2548)

3) กรณีเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

กรณีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคโดยส่วนหนึ่ง ให้เหตุผลท่านองว่าก่อสร้างสิ่งก่อสร้างที่ประชาชนเข้าใช้ประโยชน์โดยตรง แต่ส่วนใหญ่ไม่ได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยไว้ เช่น

(1) สัญญาก่อสร้างถนน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 52/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 257/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 812/2549 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 8/2551)

(2) สัญญาก่อสร้างระบบประปา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 502/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 619/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 51/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 282/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 219/2551)

(3) สัญญาก่อสร้างสะพาน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 198/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 513/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 241/2551)

(4) สัญญาจ้างขุดลอกคลองหรือหนองน้ำ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 62/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 78/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 529/2550)

(5) สัญญาก่อสร้างเขื่อน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 249/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 355/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 428/2550)

(6) สัญญาจ้างขุดสระน้ำ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 99/2549)

(7) สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพงคอนกรีตเสริมเหล็กป้องกันคลื่นพัง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 239/2546)

(8) สัญญาจ้างก่อสร้างคันดินและอาคารประกอบตามโครงการพัฒนาบึง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 61/2548)

(9) สัญญาจ้างติดตั้งไฟฟ้า (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 108/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 113/2548)

(10) สัญญาให้เอกชนผลิตน้ำประปาเพื่อจำหน่ายให้กับการประปาส่วนภูมิภาค (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 586/2550)

(11) สัญญาสัมปทานผลิตไฟฟ้า (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 700/2550)

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดอีกจำนวนหนึ่งวินิจฉัยให้สัญญาจ้างก่อสร้างสิ่งที่ใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น

(12) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงาน/ที่ทำการของทางราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/2545 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 25/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 738/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 357/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 708/2550)

(13) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานีนอนมัยและโรงพยาบาลรัฐ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 293/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 954/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 85/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 536/2550)

(14) สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างหอบังคับการบินพร้อมระบบปรับอากาศ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 58/2548)

(15) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารของสถานศึกษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 264/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 335/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 591/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 813/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 718/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 535/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 724/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2551)

(16) สัญญาก่อสร้างอาคารหอพักพยาบาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 745/2549) สัญญาจ้างก่อสร้างหอกระจายข่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 243/2551)

นอกจากนี้มีสัญญาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสาธารณูปโภค ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น

(17) สัญญาซื้อขายที่ดินที่จะถูกเวนคืน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 9/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 501/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 508/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 271/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 422/2550)



(18) การตกลงยินยอมให้ใช้ที่ดินเพื่อจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 694/2546)

4) กรณีเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

กรณีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ สัญญาให้เอกชนประกอบกิจการขุดดินลูกรังในที่ดินของรัฐ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 588/2548)

5) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

กรณีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ได้แก่

(1) สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 274/2548)

(2) สัญญาจัดการบริหารท่าเทียบเรือ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 889/2548)

(3) สัญญารับทุนการศึกษา สัญญาลาศึกษาและสัญญาการเป็นนักศึกษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 772/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 202/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.302/2549)

(4) สัญญาการรับการสนับสนุนโครงการตรวจสอบการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่แทนตำแหน่งที่ว่างลง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 313/2549)

6) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่ง มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

กรณีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ศาลปกครองสูงสุดมิได้อธิบายว่าอย่างไรลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพียงยกตัวอย่างประกอบวินิจฉัย เช่น ข้อกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญาและเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวได้ ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาจ้าง หากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้างที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้นผู้ว่าจ้าง และผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่ ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้างหรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสม และถูกต้องซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ตัวอย่างกรณีศาล

ปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ได้แก่

- (1) สัญญาจ้างทำห้องปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์และภาษาอังกฤษของคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 853/2547)
- (2) สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลของมหาวิทยาลัยของรัฐ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2548)
- (3) สัญญาลาศึกษาของข้าราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 544/2546)
- (4) สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาธนารักษ์ของกรมธนารักษ์ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162/2546)

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองมากกว่าหนึ่งลักษณะสัญญา เช่น

- (1) สัญญาทางปกครองที่เป็นทั้งสัญญาสัมปทาน และ สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545)
- (2) สัญญาทางปกครองที่เป็นทั้งสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ และสัญญาที่มีข้อกำหนดซึ่งแสดงเอกสิทธิ์ของรัฐสัญญา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 572/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 7/2547 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 647/2547)
- (3) สัญญาทางปกครองที่เป็นทั้งสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและสัญญาที่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐสัญญา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 636/2547 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 363/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 99/2549)

นอกจากนี้ยังมีแนวคำวินิจฉัยอื่นๆ ได้แก่ กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อพิพาทเกิดจากข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาจ้างถือเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองแม้ว่ายังไม่มีการทำสัญญาจ้างสัญญา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548 ที่ 660/2548 และที่ 355/2550)

4.2.3 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีการวินิจฉัยในข้อพิพาทส่วนหนึ่งในประเด็นเกี่ยวกับว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่โดยมีคำวินิจฉัยที่น่าสนใจ ดังนี้

- 1) กรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาที่ ให้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น

(1) สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารอำนวยการ อาคารบ้านพักคนงานและอาคารฝึกงาน ณ ศูนย์การศึกษาออกโรงเรียน (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2547)

(2) สัญญาว่าจ้างดำเนินการจัดให้มีการเรียนการสอนการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์และ ระบบการสื่อสารผ่านเครือข่ายเชื่อมโยงในหมู่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตให้แก่นักศึกษาของวิทยาลัย ของรัฐ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 60/2547)

2) กรณีเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญา จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น

(1) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์และศูนย์เครื่องมือกลาง ของมหาวิทยาลัยของรัฐ(คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545)

(2) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์วิจัยศิลปกรรมวัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดา มัน จังหวัดพังงาของกรมศิลปากร(คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2548)

3) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการ หรือเข้า ร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญา ทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง เช่น

(1) สัญญาจ้างออกแบบและก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษาและระบบสาธารณูปโภค ที่เชื่อมต่ออาคารของมหาวิทยาลัยของรัฐ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2548)

(2) สัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างปรับปรุงทำเรือท่องเที่ยวของเทศบาล (คำวินิจฉัยชี้ขาด อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2548)

4.2.4 หลักกฎหมายที่ศาลปกครองใช้พิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การที่จะทราบถึงหลักกฎหมายที่ศาลปกครองใช้พิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครอง อาจพิจารณาได้จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาล ปกครองสูงสุดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยอาจแบ่งพิจารณาเป็น 3 ขั้นตอนคือ การก่อให้เกิด สัญญา การดำเนินการตามสัญญา และการสิ้นสุดลงของสัญญา พบว่า

1) การก่อให้เกิดสัญญา เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญาในประเด็นต่างๆ ดังนี้

(1) การมีผลผูกพันของสัญญาทางปกครองที่ทำด้วยวาจา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.45/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.27/2549 ระบุว่ากรณีที่หน่วยงานทางปกครองได้ว่าจ้างให้เอกชนก่อสร้างสิ่งปลูกสร้าง โดยไม่มีการลงนามจัดทำสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างและเอกชนผู้รับจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างได้แสดงเจตนาที่จะจ้างเอกชนผู้รับสัญญาจ้างเข้าดำเนินการก่อสร้างและเอกชนผู้รับจ้างได้ตอบรับและเข้าดำเนินการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวแล้ว ถือเป็น การแสดงเจตนาทำคำเสนอ และคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน ประกอบกับสัญญาจ้างก่อสร้างมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือ การแสดงเจตนาดังกล่าวจึงมีผลให้หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างต้องผูกพันตามสัญญาในอันที่จะต้องชำระสินจ้างให้แก่เอกชนผู้รับจ้างโดยไม่อาจกล่าวอ้างการปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวซึ่งเป็นเพียงขั้นตอนภายในของหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างจะต้องปฏิบัติในการเข้าทำสัญญาจ้างกับบุคคลอื่นเพื่อปฏิเสธการชำระหนี้ตามสัญญาจ้างดังกล่าวให้แก่เอกชนผู้รับจ้างได้ เห็นได้ว่านอกจากศาลปกครองสูงสุดจะยอมรับการมีผลผูกพันของสัญญาทางปกครองที่ทำด้วยวาจาแล้วยังยอมรับว่าสัญญาจ้างทำของบางกรณีเป็นสัญญาทางปกครอง

(2) การมีผลผูกพันของสัญญาทางปกครองที่แก้ไขเพิ่มเติมด้วยวาจา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547 ระบุว่ากรณีที่ผู้แทนของหน่วยงานทางปกครองทำข้อตกลงเพิ่มเติมด้วยวาจาให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญา โดยงานดังกล่าวอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา และมีได้เกิดจากการสมยอมกันระหว่างผู้แทนของหน่วยงานทางปกครองผู้รับจ้างหรือเกิดจากความผิดของผู้รับจ้างหรือผู้รับจ้างต้องการหลีกเลี่ยงการประกวดราคา ย่อมมีผลผูกพันให้หน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดชอบจ่ายเงินค่าจ้างอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวแม้จะเป็นกรณีที่มิได้ผ่านขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ก็ตาม แต่โดยที่การดำเนินการตามระเบียบดังกล่าวเป็นขั้นตอนการปฏิบัติภายในของหน่วยงาน หน่วยงานทางปกครองจึงไม่อาจนำการไม่ปฏิบัติตามระเบียบนั้นมาเป็นเหตุผลในการปฏิเสธความรับผิดชอบ

(3) การไม่จัดทำตามรูปแบบที่กำหนดไว้ทำระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจ้างลูกจ้างของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2536 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.88/2550 ระบุว่า การดำเนินการเกี่ยวกับการคัดเลือกลูกจ้าง และการทำสัญญาจ้างลูกจ้างขององค์การ

บริหารส่วนตำบลไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องทำตามแบบซึ่งสัญญาจ้างตามรูปแบบที่กำหนดไว้ ทำระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจ้างลูกจ้างของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2536 ถือเป็นเรื่องขั้นตอนการปฏิบัติภายในของหน่วยงานที่บุคคลภายนอกไม่อาจรู้ได้ แม้การทำสัญญาพิพาทจะได้กระทำไปก่อนที่จะได้รับการอนุมัติกรอบอัตราตำแหน่งและไม่ได้ตั้งงบประมาณเพื่อรองรับตำแหน่งที่จ้างไว้ก็ตาม ผู้ว่าจ้างไม่อาจนำเรื่องการไม่จัดทำตามรูปแบบสัญญาแบบทำระเบียบดังกล่าวมาเป็นเหตุปฏิเสธความรับผิดชอบตามสัญญาที่มีผลสมบูรณ์และผูกพันคู่สัญญาแล้วนั้นได้

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุดไม่เคร่งครัดในเรื่องแบบของสัญญา

2) การดำเนินการตามสัญญา เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามสัญญา ในประเด็นต่างๆ ดังนี้

(1) การชำระค่าปรับตามสัญญาจ้างก่อสร้าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 345/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.411/2550 ระบุว่า กรณีการจ้างงานที่ต้องการผลสำเร็จของงานทั้งหมดพร้อมกันนั้น ข้อ 56 วรรคหนึ่งของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 กำหนดให้ผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งปรับผู้ว่าจ้างเป็นรายวันกรณีส่งมอบงานล่าช้าในอัตราไม่เกิน 0.01-0.10 ของวงเงินค่าจ้างและเพื่อพิจารณาข้อ 56 วรรคหนึ่งประกอบข้อ 60 ของระเบียบข้างต้นเห็นว่า มีเจตนารมณ์ให้วงเงินค่าปรับสูงสุดเพียงร้อยละ 10 ของวงเงินค่าจ้างตามสัญญา ข้อตกลงเกี่ยวกับอัตราค่าปรับร้อยละ 0.20 ของวงเงินค่าจ้างที่กำหนดในสัญญาจ้างจึงใช้บังคับไม่ได้ ในคำพิพากษาลงบับนี้ได้นั้นให้เห็นว่า ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 เป็นกฎหมายมหาชนซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายบังคับ (jus cogens) และเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยจึงไม่อาจเถียงที่จะไม่ปฏิบัติหรือตกลงมิให้มีผลบังคับหรือตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้

(2) กรณีที่ศาลลดค่าปรับเนื่องจากเกิดเหตุสุดวิสัยจนเป็นอุปสรรคต่อการทำงานคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.44/2548 ระบุว่าเมื่อตามข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำนวนวันที่มีฝนตกและน้ำท่วมจนเป็นอุปสรรคต่อการทำงานตามรายงานของผู้ควบคุมงานมีจำนวน 117 วัน จึงสมควรลดเงินค่าปรับให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามจำนวนวันดังกล่าว ในกรณีเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าเงินค่าปรับที่ผู้ถูกฟ้องคดีปรับผู้ฟ้องคดีเป็นเงินค่าปรับที่สูงเกินส่วนศาลจึงมีอำนาจที่จะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ตาม มาตรา 383 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(3) การสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานนอกเหนือจากข้อตกลงในสัญญา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.158/250 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.247/2551 ระบุว่าหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างสั่งให้ผู้รับจ้างซ่อมแซมทรัพย์สินที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่ก่อสร้างที่ได้รับความเสียหายจากการก่อสร้างอันเป็นการสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานนอกเหนือข้อตกลงในสัญญา หากความเสียหายดังกล่าวไม่ได้เป็นผลมาจากการดำเนินการตามสัญญาของผู้รับจ้างแล้วการที่ผู้รับจ้างไม่ดำเนินการตามคำสั่งข้างต้นย่อมไม่ถือว่าเป็นฝ่ายผิดสัญญาจ้าง

(4) การกำหนดเบี้ยปรับตามสัญญาทุนการศึกษาตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.47/2548 และ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.261/2551 ระบุว่ากรณีที่สัญญาลาศึกษา กำหนดให้ผู้ลาศึกษาที่กระทำผิดสัญญาต้องจ่ายเงินเดือนคืนพร้อมทั้งเบี้ยปรับอีก 2 เท่า นั้น เนื่องจากเบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายซึ่งส่วนราชการที่อนุญาตให้ลาศึกษากำหนดไว้เพื่อป้องกันไม่ให้มีการกระทำผิดสัญญาและเป็นการลงโทษผู้กระทำผิดสัญญา เมื่อการกำหนดเบี้ยปรับในอัตราข้างต้น ไม่ได้เป็นความได้เปรียบของรัฐถึงขนาดที่ผู้ลาศึกษาไม่อาจดำรงฐานะได้ตามปกติหรือกระทบสิทธิหน้าที่ของผู้ลาศึกษารุนแรงเกินสมควรประกอบกับศาลเห็นว่าเบี้ยปรับที่กำหนดไว้สูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ ดังนั้นเบี้ยปรับที่กำหนดไว้ในอัตราข้างต้นจึงไม่เป็นการเกินสมควร และเป็นค่าเสียหายที่เหมาะสมและเป็นธรรม

(5) กรณีที่สัญญากำหนดเบี้ยปรับไว้สูงกว่าระเบียบ ก.พ. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.291/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.233/2550 ระบุว่าระเบียบ ก.พ.ว่าด้วยการพัฒนาข้าราชการพลเรือน โดยการให้ไปศึกษาเพิ่มเติมในประเทศ พ.ศ. 2540 เป็นระเบียบที่ฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ระเบียบดังกล่าว จึงมีสถานะเป็นกฎหมายที่ส่วนราชการไม่อาจออกระเบียบให้มาขัดแย้งได้

(6) กรณีค่าเสียหายจากการสั่งระงับการทำให้ไม่ตามสัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.374/2549 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.324/2549 ระบุว่า การที่หน่วยงานทางปกครองผู้ให้สัมปทานตามสัญญาสัมปทานการทำไม้ป่าชายเลนมีคำสั่งให้ผู้รับสัมปทานระงับการทำให้ไม่รวมทั้งไม่มอบพื้นที่ป่าให้ผู้รับสัมปทานเข้าทำไม้ตามสัญญาสัมปทานดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลที่จะอ้างได้ตามสัญญาหรือตามข้อกำหนด โดยงานทางปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาสัมปทานจึงต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทำให้ไม่ตามสัญญาสัมปทานให้กับผู้รับสัมปทาน

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุดใช้หลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาวินิจฉัย มีบางกรณีศาลปกครอง

สูงสุดใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (คำพิพากษาศาลปกครองคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.291/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.233/2550) หลักความได้สัดส่วน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.47/2548 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.261/2551) ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนมาใช้บังคับ นอกจากนี้ได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายมหาชนมีลักษณะเป็นกฎหมายบังคับ (jus cogens) และเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยจึงไม่อาจเลี่ยงที่จะไม่ปฏิบัติหรือตกลงมิให้มีผลบังคับหรือตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.345/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.411/2550)

3) การสิ้นสุดลงของสัญญา เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสิ้นสุดลงของสัญญา ในประเด็นต่างๆ ดังนี้

กรณีมีเหตุทำให้เชื่อว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดได้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.384/2550 ระบุว่ากรณีที่ครบกำหนดระยะเวลาดำเนินการตามสัญญาจ้างแล้วแต่ผู้รับจ้างดำเนินงานตามสัญญาได้เพียงส่วนและมีเหตุทำให้เชื่อว่าผู้รับจ้างจะไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ ถือว่าผู้รับจ้างตกเป็นฝ่ายรับผิดชอบสัญญาจ้างอันทำให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและจ้างผู้รับจ้างรายใหม่เข้าทำงานแทน

(2) การบอกเลิกสัญญาโดยอ้างว่าการจัดทำสัญญาไม่ได้ดำเนินการตามระเบียบหรือแนวทางในการจัดทำสัญญาของทางราชการคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.27/2549 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.88/2550 ระบุว่าคณะผู้บริหารชุดเดิมของเทศบาลตำบลทำสัญญาให้เอกชนเข้าจัดการดูแลตลาดสด โดยไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของระเบียบที่เกี่ยวข้องอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อการจัดทำสัญญาดังกล่าวไม่ได้เกิดจากความผิดปกติของเอกชนคู่สัญญา การบอกเลิกสัญญาจึงมิได้เกิดจากสัญญาหรือมีเหตุอันจะอ้างตามกฎหมายได้ กรณีถือเป็นการบอกเลิกสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) การบอกเลิกสัญญาโดยที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังไม่มีสิทธิโดยชอบที่จะบอกเลิกสัญญาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2551 ระบุว่ากรณีที่หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างและเอกชนผู้รับจ้างต่างยังไม่มีสิทธิอันชอบธรรมที่จะบอกเลิกสัญญาจ้าง แต่เมื่อทั้งสองฝ่ายต่างใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาซึ่งกันและกันแสดงว่า ต่างสมัครใจที่จะให้สัญญาเลิกแล้วต่อกัน สัญญาจึงเลิกกันโดยปริยาย

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุดใช้หลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาวินิจฉัย ส่วนการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาฝ่าย

เดียวของฝ่ายปกครองนั้นหลักกฎหมายเป็นที่ยอมรับว่ามีอยู่ในหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

4.3 การมอบอำนาจกับสัญญาทางปกครอง

4.3.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการมอบอำนาจ¹⁶

ในการปฏิบัติราชการ การกระจายอำนาจถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งเพราะกลไกการบริหารงานของภาครัฐต้องอาศัยกฎหมาย กฎ ระเบียบต่างๆ เป็นเครื่องมือให้ส่วนราชการมีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ แต่กฎหมาย กฎ หรือระเบียบเหล่านั้นจะกำหนดไว้เฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งในฐานะหัวหน้าส่วนราชการผู้รับผิดชอบเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าการปฏิบัติภารกิจในเรื่องนั้นๆ อยู่ในอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของส่วนราชการใด แต่มิได้หมายความว่าหัวหน้าส่วนราชการที่กำหนดให้เป็นผู้รับผิดชอบตามกฎหมาย กฎ หรือ ระเบียบนั้นจะต้องมีหน้าที่ดำเนินการด้วยตนเองทุกเรื่องแต่อย่างใด เพราะหากเป็นเช่นนั้นระบบการบริหารราชการแผ่นดินอาจต้องหยุดชะงักหรือล่าช้าเป็นอันมากเนื่องจากต้องรอการดำเนินการของบุคคลคนเดียวซึ่งมิใช่เป็นความประสงค์ของกฎหมาย กฎ หรือระเบียบของทางราชการ ดังนั้นกฎหมายว่าด้วยระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินจึงได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนเพื่อเป็นหลักสำคัญที่จะทำให้การบริหารราชการสามารถขับเคลื่อนไปได้โดยมีประสิทธิภาพและรวดเร็ว โดยมีผู้รับผิดชอบตามลำดับชั้นซึ่งเป็นหลักการที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินต่อเนื่องตลอดมา และมีการพัฒนาตามลำดับเพื่อให้การมอบอำนาจสามารถตอบสนองต่อการปฏิบัติราชการให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และสอดคล้องกับสังคมสมัยใหม่

อย่างไรก็ตามแม้ว่า กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินจะได้บัญญัติเรื่องการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนเป็นหลักการให้ต้องปฏิบัติไว้แล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินก็เป็นเช่นเดียวกับกฎหมายทั่วไปที่เป็นเพียงการกำหนดขึ้นไว้เป็นหลักการทั่วไปในการที่ผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจดำเนินการตามกฎหมาย กฎ คำสั่งหรือระเบียบปฏิบัติราชการนั้นหากจะมอบอำนาจการปฏิบัติราชการดังกล่าวจะมอบให้แก่ผู้ใดได้บ้างเท่านั้น มิได้มีผลบังคับให้ต้องมีการมอบอำนาจในเรื่องใดโดยมีแนวคิดเกี่ยวกับการมอบ

¹⁶ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. (2552). **รวมกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน**. หน้า 197-198.

อำนาจที่มีหลักเกณฑ์อย่างไร ด้วยเหตุนี้การบริหารราชการที่ผ่านมาในอดีตจึงแตกต่างกันในแต่ละส่วนราชการ โดยขึ้นอยู่กับดุลพินิจของส่วนราชการว่าจะมอบอำนาจต่อไปให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นอีกหรือไม่ บางส่วนราชการที่วางระบบการมอบอำนาจไว้อย่างดีทำให้การบริหารราชการมีความคล่องตัวสามารถให้บริการแก่ประชาชนได้อย่างรวดเร็ว ในขณะที่บางส่วนราชการไม่มีการวางระบบการมอบอำนาจทำให้งานค้างอยู่ที่หัวหน้าส่วนราชการนั้นเป็นจำนวนมากอันเป็นเหตุแห่งการร้องเรียนการปฏิบัติงานที่ล่าช้า ด้วยเหตุนี้ในการแก้ไขพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 คณะรัฐมนตรีจึงได้กำหนดระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546 เพื่อเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการมาตรฐานในการมอบอำนาจให้ทุกส่วนราชการถือปฏิบัติเป็นอย่างเดียวกัน โดยมุ่งประสงค์ให้มีการกระจายอำนาจการตัดสินใจหรือการปฏิบัติราชการไปยังผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ ให้มากที่สุด โดยมีระบบการกำกับดูแลและการใช้อำนาจให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากมีข้อจำกัดหลายเรื่องในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เช่น การระบุตัวบุคคลผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจไว้จำกัดตายตัวจนไม่อาจมอบอำนาจให้ผู้อื่นนอกจากที่ระบุไว้ได้ การไม่สามารถมอบอำนาจต่างส่วนราชการ ซึ่งเป็นปัญหาไม่อาจบริหารราชการงานแบบบูรณาการได้ การที่ผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อไปยังผู้อื่นเพื่อกระจายความรับผิดชอบ ข้อจำกัดเหล่านี้มีผลทำให้การกระจายอำนาจการปฏิบัติราชการยังไม่อาจกระทำได้ดีเต็มที่ จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายใหม่เป็นพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ซึ่งได้แก้ไขข้อจำกัดเหล่านั้น และคาดหวังได้ว่าจะทำให้การมอบอำนาจกระทำได้ง่าย และมีประสิทธิภาพในการปฏิบัติราชการยิ่งขึ้น

4.3.2 การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง¹⁷

แม้ว่า มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 จะได้บัญญัติให้มีการมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการอื่นหรือต่างส่วนราชการได้ก็ตาม แต่การมอบอำนาจต่างส่วนราชการนั้นยังมีข้อพิจารณาเพื่อให้สอดคล้องกับระบบการบริหารราชการแผ่นดินด้วย เพราะถ้าหากเป็นการปฏิบัติราชการในกระทรวงเดียวกันจะพบว่ากระทรวงแต่ละกระทรวงมีอำนาจหน้าที่เฉพาะเรื่องตามขอบเขตการจัดตั้งกระทรวงและการกำหนดอำนาจหน้าที่ของ

¹⁷ แหล่งเดิม, หน้า 215-218.

กระทรวงตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม สำหรับส่วนราชการในกระทรวง ได้แก่กรมต่าง ๆ นั้นเป็นส่วนราชการที่จัดตั้งขึ้นเพื่อนำภารกิจแต่ละด้านตามอำนาจหน้าที่ของกระทรวงไปดำเนินการปฏิบัติ ฉะนั้นการปฏิบัติราชการของกรมแต่ละกรมก็คือการปฏิบัติราชการของกระทรวง การปฏิบัติงานของแต่ละกรมจะมีส่วนเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน โดยอาศัยความเชี่ยวชาญของผู้ปฏิบัติงานที่ไม่แตกต่างกันมากนักและยังมีปลัดกระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชาผู้ปฏิบัติงานในกรมทุกตำแหน่งและรับผิดชอบในงานนโยบายของกระทรวงซึ่งกรมต้องรับไปปฏิบัติ แต่สำหรับส่วนราชการระดับกระทรวงด้วยกัน แต่ละกระทรวงมีอำนาจหน้าที่แตกต่างกันตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม ทำให้มีเป้าหมายและระบบการปฏิบัติงานที่แตกต่างกัน ผู้ปฏิบัติงานมีความเชี่ยวชาญในแต่ละด้านซึ่งไม่ตรงกันและในแต่ละกระทรวงมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติงานของตนให้เกิดผลสำเร็จขึ้นตรงต่อปลัดกระทรวง ฉะนั้นหากให้มีการมอบอำนาจข้ามกระทรวงกันได้โดยอาศัยเพียงการพิจารณาของผู้มอบอำนาจว่าจะประสงค์จะดำเนินการเช่นนั้นย่อมมีผลกระทบต่อการบริหารงานตามนโยบายของแต่ละกระทรวงขึ้นได้และอาจไม่มีความเชี่ยวชาญเพียงพอที่จะปฏิบัติงานของอีกกระทรวงหนึ่งได้ซึ่งจะทำให้เกิดความเสียหายต่อราชการ ด้วยเหตุนี้การมอบอำนาจต่างส่วนราชการที่อยู่ต่างกระทรวงกันพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 จึงแยกบัญญัติเป็นอีกหมวดหนึ่งต่างหากเพราะต้องมีแนวทางปฏิบัติเป็นกรณีเฉพาะโดยไม่อาจใช้แนวทางเดียวกันกับการมอบอำนาจที่อยู่ในกระทรวงเดียวกันได้

1) วิธีการมอบอำนาจระหว่างส่วนราชการต่างกระทรวง

การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวงได้มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 17 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 17 การมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการต่างกระทรวง เว้นแต่กรณีการมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดตามหมวด 5 ให้กระทำได้เมื่อมีการทำบันทึกความตกลงระหว่างส่วนราชการที่มอบอำนาจ และที่รับมอบอำนาจแล้วและการมอบอำนาจนั้นต้องทำเป็นหนังสือ

บันทึกความตกลงตามวรรคหนึ่งต้องระบุนรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ และวิธีการใช้อำนาจซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายการ ดังนี้

- (1) ขอบเขตอำนาจที่ได้รับมอบ
- (2) แนวทาง นโยบายและข้อสงวนของการใช้อำนาจ
- (3) ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ที่ติดต่อได้ในกรณีมีข้อสงสัยเกี่ยวกับกระบวนการ

ใช้อำนาจ

ให้ปลัดกระทรวงของแต่ละกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับการมอบอำนาจเป็นผู้ลงนามในบันทึกข้อตกลง ในกรณีที่เป็นการมอบอำนาจระหว่างกรมของแต่ละกระทรวงให้อธิบดีของกรมที่เกี่ยวข้องกับการมอบอำนาจเป็นผู้ร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงด้วย

การมอบอำนาจตามวรรคหนึ่งให้ส่งสำเนาทันทีความตกลง และหนังสือมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ ก.พ.ร. ด้วย”

หลักเกณฑ์ของการมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวงนั้นได้กำหนดให้ต้องมีการทำบันทึกข้อตกลงระหว่างกระทรวงที่มอบอำนาจ และที่จะรับมอบอำนาจขึ้นเสียก่อนจึงจะดำเนินการมอบอำนาจได้ ทั้งนี้เนื่องจากการมอบอำนาจต่างกระทรวงนั้นมีผลกระทบต่อการปฏิบัติราชการในการรับชอบของแต่ละกระทรวง จึงจำเป็นต้องให้แต่ละกระทรวงได้พิจารณาด้วยความรอบคอบว่าการมอบอำนาจที่จะกระทำขึ้นสามารถกระทำได้เพียงใด ขอบเขตการปฏิบัติงานเป็นอย่างไร ความเชี่ยวชาญของกระทรวงที่จะรับมอบอำนาจมีเพียงพอที่จะปฏิบัติงานได้โดยไม่เกิดความเสียหายหรือไม่ เมื่อมีการจัดทำบันทึกข้อตกลงแล้วย่อมแสดงว่า มีความพร้อมที่จะรับมอบอำนาจไปปฏิบัติได้จึงจะมีการมอบอำนาจภายใต้บันทึกข้อตกลงนั้น

การทำบันทึกข้อตกลงนี้เป็นการจัดทำขึ้นระหว่างกระทรวงที่จะมอบอำนาจและกระทรวงที่จะรับมอบอำนาจเท่านั้น หากเป็นการมอบอำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการใดให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งแม้ว่าจะเป็นการมอบอำนาจต่างกระทรวงเช่นกัน พระราชกฤษฎีกานี้ได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้น ไม่ต้องจัดทำบันทึกข้อตกลงตาม มาตรา 18 เพราะการมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นการมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้บริหารกิจการนั้นและต้องมอบอำนาจต่อไปให้ส่วนราชการที่อยู่ในจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติต่อไปในฐานะผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นซึ่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดไว้เป็นการเฉพาะอยู่แล้ว

บันทึกความตกลงตาม มาตรา 17 นี้แตกต่างจากการทำความตกลงตาม มาตรา 15 ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 เพราะบันทึกความตกลงตาม มาตรา 17 กฎหมายได้กำหนดรูปแบบการจัดทำโดยให้จัดทำเป็นบันทึกระหว่างส่วนราชการที่ต้องมีการลงนามในบันทึกเป็นหลักฐานยืนยันที่ชัดเจน และรายละเอียดที่จำเป็นต้องมีการบันทึก ได้แก่

(1) ขอบเขตอำนาจที่ได้มอบ ซึ่งต้องกำหนดให้ชัดเจนว่า เป็นการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการในเรื่องใด ตามกฎหมาย กฎ คำสั่งหรือระเบียบปฏิบัติราชการในเรื่องใด

(2) แนวทาง นโยบายและข้อสงวนของการใช้อำนาจ เนื่องจากเป็นการปฏิบัติราชการต่างกระทรวง การได้รับมอบอำนาจจำเป็นต้องทราบแนวทางการปฏิบัติราชการในเรื่องนั้น

นโยบายของกระทรวงที่เป็นเจ้าของอำนาจรวมทั้งถ้ามิได้มอบอำนาจโดยให้อิสระในการดำเนินการ ต้องระบุข้อสงวนว่าเรื่องใดกระทำได้ที่ภายใต้ขอบเขตเงื่อนไขอย่างไร เพื่อเป็นหลักฐานการปฏิบัติงานในเรื่องการมอบอำนาจที่ชัดเจนมิให้เกิดข้อผิดพลาดในการปฏิบัติงานซึ่งอาจมีผลให้ต้องร่วมรับผิดชอบในผลเสียหายที่เกิดขึ้นหากมิได้แจ้งข้อมูลให้ครบถ้วน

(3) ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ที่ติดต่อได้

ในการจัดทำบันทึกการตกลง ปลัดกระทรวงของแต่ละกระทรวงที่มอบอำนาจ และรับมอบอำนาจจะต้องเป็นผู้ลงนามในบันทึกข้อตกลงเพื่อเป็นหลักฐานยืนยันความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันและถ้าการมอบอำนาจต่างกระทรวงนั้นเป็นการมอบอำนาจการปฏิบัติราชการตามภารกิจของกรม อธิบดีที่เกี่ยวข้องจะต้องร่วมลงนามด้วยเพราะเป็นผู้ที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามบันทึกข้อตกลงนั้น แล้วส่งสำเนาทันทีความตกลงในหนังสือมอบอำนาจให้แก่ ก.พ.ร. เพื่อรวบรวมเป็นข้อมูลและตรวจสอบการดำเนินเกี่ยวกับการมอบอำนาจนั้น

2) การบังคับให้มอบอำนาจ

การกำหนดให้ส่วนราชการต่างกระทรวงต้องมอบอำนาจนั้นเป็นไปตามมาตรา 18 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า

“ มาตรา 18 ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีหรือ ก.พ.ร. มีมติให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดระหว่างส่วนราชการต่างกระทรวง ให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่มอบอำนาจให้เป็นไปตามนั้น โดยมีให้นำความใน มาตรา 17 มาใช้บังคับ แต่ทั้งนี้ถ้าคณะรัฐมนตรีหรือ ก.พ.ร. กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมอบอำนาจ และการปฏิบัติราชการไว้อย่างใด ให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์นั้นด้วย”

โดยปกติการมอบอำนาจระหว่างกระทรวงจะเป็นไปโดยความสมัครใจ โดยกระทรวงที่มอบอำนาจ และกระทรวงที่รับมอบอำนาจจะต้องจัดทำบันทึกความตกลงระหว่างกันขึ้นไว้ตามที่บัญญัติใน มาตรา 17 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 แต่ตามพระราชกฤษฎีกานี้ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การมอบอำนาจระหว่างส่วนราชการเป็นอีกกรณีหนึ่ง โดยคณะรัฐมนตรีหรือ ก.พ.ร. อาจมีมติให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดระหว่างส่วนราชการต่างกระทรวงขึ้นได้เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการเรื่องใดที่คณะรัฐมนตรีหรือ ก.พ.ร. เห็นว่ามีความจำเป็นต้องมีการบูรณาการระหว่างกระทรวงให้มีการปฏิบัติงานร่วมกัน โดยให้กระทรวงใดกระทรวงหนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบหลักและจำเป็นต้องโอนอำนาจของกระทรวงอื่นมาให้กระทรวงผู้รับผิดชอบนั้นหรือเป็นกรณีที่มีนโยบายจัดตั้งศูนย์บริการร่วม โดยมีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของกระทรวงหนึ่งรับผิดชอบงานของกระทรวงอื่นที่เกี่ยวข้องไปด้วย กรณีเช่นนี้คณะรัฐมนตรี หรือ

ก.พ.ร.ย่อมสามารถกำหนดให้มีการมอบอำนาจต่างกระทรวงได้และเมื่อเป็นนโยบายกลางการมีมติในเรื่องนี้จึงมีผลบังคับให้ทุกกระทรวงต้องปฏิบัติตามภายใต้หลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีหรือ ก.พ.ร. กำหนด โดยไม่จำเป็นต้องมีการจัดทำบันทึกความตกลงตาม มาตรา 17 เสียก่อน

4.3.3 การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง กรณีการมอบอำนาจตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่าง กระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหม

การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง มีกรณีตัวอย่างคือกรมการขนส่งทางอากาศได้มีหนังสือ ที่ คค0501/10022 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2550 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 กำหนดให้การอนุญาตให้อากาศยานทหารต่างประเทศบินผ่านหรือขึ้นลงในราชอาณาจักรต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมก่อน ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2505 เห็นชอบให้กองทัพอากาศเป็นเจ้าหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ แล้วรายงานให้กระทรวงคมนาคมทราบโดยด่วนทุกครั้ง ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกรมมอบอำนาจให้กองทัพเป็นผู้ใช้อำนาจตามตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ กระทรวงกลาโหม จึงมีหนังสือขอความเห็นชอบรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมมอบอำนาจให้ผู้บังคับบัญชาการทหารอากาศมีอำนาจอนุมัติให้อากาศยานทหารต่างประเทศบินผ่าน หรือขึ้นลงตามมาตรา 29 กระทรวงคมนาคมจึงได้มอบหมายให้กรมการขนส่งทางอากาศหรือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยตรง เนื่องจากมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่7) พ.ศ. 2550 กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่นได้ แต่วรรคสามกำหนดว่า ความในวรรคหนึ่งไม่ให้ใช้บังคับกับการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาตหรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจไว้เป็นการเฉพาะซึ่งการมอบอำนาจตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ น่าจะเข้าข่ายกรณีตามวรรคสาม กรมการขนส่งทางอากาศจึงขอหารือว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมจะมอบอำนาจตามมาตรา 29 ให้ผู้บัญชาการทหารอากาศได้หรือไม่ จะขัดต่อพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณาข้อหารือดังกล่าว ประกอบกับได้รับฟังคำชี้แจงข้อเท็จจริงจากผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานก.พ.ร.) ผู้แทนกระทรวงกลาโหม (กองทัพอากาศ) และผู้แทนกระทรวงคมนาคม (สำนักงานปลัดกระทรวงและกรมการขนส่งทาง

อากาศ) แล้วเห็นว่า บทบัญญัติ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติปรับปรุงหลักเกณฑ์ และวิธีการในเรื่องการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการทั่วไปตาม มาตรา 38 วรรคหนึ่งกับการมอบอำนาจในการอนุญาตตามกฎหมายที่กำหนดให้ต้องออกใบอนุญาต หรือที่กำหนดผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะตาม มาตรา 38 วรรคสาม โดยในการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการทั่วไปนั้นผู้มีอำนาจอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้โดยไม่จำกัดตำแหน่งแต่ถ้ากฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นหรือห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ก็ต้องมอบอำนาจให้บุคคลที่กฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวกำหนด สำหรับกรณีการมอบอำนาจในการอนุญาตนั้นผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจสามารถที่จะมอบอำนาจให้ข้าราชการซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชา และผู้ว่าราชการจังหวัด หรือ ตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนดได้

ต่อปัญหาที่ว่าอำนาจตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 จะมอบให้บุคคลอื่นได้ตาม มาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือ มาตรา 38 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เห็นว่า บทบัญญัติ มาตรา 29 กำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือเท่านั้น ไม่ใช่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องออกเป็นใบอนุญาต ดังจะเห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศก็ได้บัญญัติแยกกิจกรรมที่ต้องได้รับ อนุญาตเป็นหนังสือ และที่ต้องได้รับ ใบอนุญาต ไว้ต่างกันทั้งยังกำหนดตัวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอนุญาตเป็นหนังสือไว้ตามลำดับแห่งความสำคัญของกิจกรรมที่จะอนุญาต เช่น ในกรณีที่อากาศยานทั่วไปที่มีชื่ออากาศยานของต่างประเทศตาม มาตรา 27 จะบินออกนอกราชอาณาจักร เพียงแต่ให้ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น โดยไม่ต้องได้รับ อนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเช่นเดียวกับกรณีของอากาศยานพลเรือนของต่างประเทศตามมาตรา 28 และอากาศยานทหารต่างประเทศตามมาตรา 29 เป็นต้น ส่วนกิจกรรมใดที่มีความสำคัญกฎหมายก็จะบัญญัติให้ออกเป็น ใบอนุญาต ดังเช่นที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 29 ทวิ ด้วยเหตุผลดังกล่าวการมอบอำนาจตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ จึงอาจกระทำได้ตาม มาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ และเมื่อกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นหรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมย่อมมีดุลพินิจที่จะมอบอำนาจให้บุคคลใดปฏิบัติราชการแทนได้แม้จะต่างส่วนราชการกัน

ผู้เขียนเห็นว่า บันทึกความตกลงเรื่องการมอบอำนาจตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่างกระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหมมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดการบริการสาธารณะเป็นอีกแง่มุมหนึ่งของสัญญาทางปกครอง