

## บทที่ 5

### วิเคราะห์หลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

#### 5.1 วิเคราะห์สัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทยก่อนมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ของสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทยก่อนมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาจพิจารณาแยกได้เป็น 2 ช่วงเวลาคือ ช่วงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลเกล้าเจ้าอยู่หัวจนถึงช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองพ.ศ. 2475 และช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 จนถึงก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

##### 5.1.1 ช่วงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จนถึงช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้น ได้มีแนวคิดที่แยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นประเภทใหญ่ๆ 2 ประเภทขึ้นคือ สัญญาไปรเวท (privat contract) และสัญญาปับลิก (public contract) ในรัชสมัยของพระองค์ได้มีการพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าดำเนินงานบางประเภทที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ โดยผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตได้รับสิทธิเพียงแต่ผู้เดียวในการดำเนินการ โดยมีสิทธิพิเศษในการจัดเก็บรายได้จากบริการนั้นๆ โดยต้องลงทุนในการดำเนินการด้วยตนเองและต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่ราชการ การพระราชทานพระบรมราชานุญาต ดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่าเป็นแหล่งกำเนิดหรือที่มาของการให้สัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทยในยุคต่อมา เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2464 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างรถไฟราษฎร์ในพระราชอาณาจักรเว้นแต่มีพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษและมีข้อกำหนดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของรัฐบาลหลายประการและต่อมามีการตราพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนเว้นแต่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทาน รวมถึงการประกาศใช้พระราชบัญญัติทางหลวงที่ 1 ได้รับสัมปทานพ.ศ. 2473 ซึ่งมีสาระสำคัญในทำนองเดียวกันคือ ห้ามเอกชนสร้างและบำรุงรักษา



ทางหลวงในราชอาณาจักรเว้นแต่โดยอาศัยอำนาจแห่งสัมปทานที่ได้รับจากรัฐบาล เมื่อพิจารณาบทกฎหมายที่ได้ถูกตราขึ้นใช้ในช่วงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจนถึงช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 แล้วเห็นได้ว่า บทกฎหมายเหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงการมีอยู่ของลักษณะเฉพาะที่พิเศษของกิจการบางประเภทที่ทำให้มีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดเงื่อนไข และวิธีการในการที่ฝ่ายปกครองจะเข้าผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชนรวมถึงการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของฝ่ายปกครอง และเอกชนที่เกี่ยวข้องที่มีลักษณะพิเศษต่างไปจากสิทธิ และหน้าที่ของกลุ่มสัญญาตามกฎหมายแพ่งที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยตนเอง

### **5.1.2 ช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 จนถึงก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542**

เมื่อพิจารณาจากบทกฎหมายที่ตราขึ้นในช่วงนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2499 ซึ่งก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญคือ การขอสัมปทานไม่ต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์แต่จะต้องขอจากรัฐบาลแทน ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ซึ่งกำหนดให้การประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคจะต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานก่อนจึงจะกระทำได้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการตรวจสอบโครงการต่างๆ ที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยมีการวางเงื่อนไข หลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาตัดสินใจให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยวิธีการทำสัญญาอย่างเป็นระบบ ผลของกฎหมายนี้ทำให้สัมปทานบริการสาธารณะที่มีมูลค่าเป็นพันล้านบาทต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้มีการกำหนด ในพระราชบัญญัตินี้ ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติเช่น พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 พระราชบัญญัติอากาศรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 มีหลักการทำนองเดียวกันว่า ถ้าเอกชนใดมีความประสงค์จะประกอบกิจการหรือดำเนินการใดที่มีลักษณะเป็นการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติในประเทศไทยจะต้องดำเนินการให้ตนเองได้เป็นผู้รับสัมปทานจากทางราชการเสียก่อน ในช่วงต่อมามีหลักเกณฑ์ว่าด้วยการทำสัญญาของหน่วยราชการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการเป็นการทั่วไป ระเบียบนี้ใช้บังคับแก่ส่วนราชการซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุโดยใช้เงินงบประมาณเงินกู้และเงินช่วยเหลือ แต่ระเบียบนี้ไม่ใช้บังคับแก่ราชการส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจต่างๆ ดังนั้นในภาพรวมต้องถือว่ายังไม่มีแนวทางเกี่ยวกับหลักสัญญา

ทางปกครองที่ครอบคลุมทุกเรื่อง ส่วนแนวความคิดของการมีหลักเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับสัญญาที่กระทำโดยทางราชการมีปรากฏอยู่บ้างคงจะเห็นได้จากการบังคับกฎหมายขององค์กรทางกฎหมาย เช่น แนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองตามมติคณะรัฐมนตรี แนวคำวินิจฉัยบางเรื่องของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ในช่วงนี้ได้มีนักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งที่สำเร็จการศึกษาวิชากฎหมายมหาชนมาจากประเทศในภาคพื้นยุโรปได้ทำการเผยแพร่แนวความคิดทางกฎหมายมหาชนเข้าสู่วงการนิติศาสตร์ของไทยอย่างต่อเนื่อง แต่ด้วยเหตุที่คำพิพากษาศาลฎีกามีอิทธิพลต่อวงการนิติศาสตร์ไทยโดยรวมอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2545 ที่วินิจฉัยว่า “สัมปทานเพื่อการลงทุนประกอบการเกษตรกรรม และอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทย จำเลยออกให้โจทก์ก็คือ สัญญาระหว่างรัฐกับโจทก์ ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานและในส่วนที่มีได้ระบุไว้ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้นแม้ไม่ได้ระบุถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานในการที่จะขอยกเลิกสัมปทานก็หาว่าโจทก์จะไม่มีสิทธิบอกเลิกไม่ เมื่อโจทก์ใช้สิทธิบอกเลิกสัมปทานแล้ว คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 และหากการบอกเลิกเป็นเพราะจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้ด้วย” เท่ากับศาลฎีกายึดถือเป็นหลักว่า ประเทศไทยไม่มีหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน โดยเฉพาะ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเหล่านี้ก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นจะต้องมีการออกกฎหมายพิเศษขึ้นมาเพื่อการนั้น มิฉะนั้นจะถือว่าการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองเป็นการผิดสัญญา อย่างไรก็ตามนักกฎหมายมหาชนของไทยที่สำเร็จจากต่างประเทศก็ได้มีการเผยแพร่แนวความคิดทางด้านกฎหมายมหาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองผ่านบทความทางวิชาการ<sup>1</sup> ซึ่งต่อมาก็ส่งผลให้มีการบัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้ว่าจะกำหนดไว้เพียงว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและบัญญัติเพียงว่าสัญญาทางปกครองหมายรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ถือได้ว่าเป็นการได้ริเริ่มข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองลงไว้ในระบบกฎหมายไทย

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เล่มเดิม. หน้า 73-120.

## 5.2 วิเคราะห์สัญญาทางปกครองของประเทศไทยหลังมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

หลังมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาทางปกครองเป็น 2 ประเภท ได้แก่ สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในกรณีสัญญาทางปกครองข้อกฎหมายกำหนดนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประการแรกคือ หลักเกณฑ์ในเรื่องคู่สัญญาซึ่งกำหนดให้ต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ ประการที่สองหลักเกณฑ์ในเรื่องเนื้อหาของสัญญาได้กำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะว่าสัญญา 4 ลักษณะคือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นสัญญาทางปกครองเพราะกฎหมายกำหนดในกฎหมายไทย ส่วนสัญญาทางปกครองโดยสภาพมีหลักเกณฑ์ที่วางไว้ โดยมีมติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด 3 ประการ หลักเกณฑ์ประการแรกได้แก่ หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญาโดยต้องปรากฏว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ หลักเกณฑ์ประการที่สองได้แก่หลักเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ และหลักเกณฑ์ประการที่สามได้แก่หลักเกณฑ์ที่พิจารณาจากข้อกำหนดในสัญญา โดยมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษา และคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ถ้าวิเคราะห์โดยใช้กฎเกณฑ์เดิมจะพบว่า

### 1) กรณีเป็นสัญญาสัมปทาน

คดีส่วนใหญ่เป็นเรื่องสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน มีส่วนน้อยที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานจัดรั้งนกอีแอ่น สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน สัญญาทางปกครองกรณีนี้ไม่ยุ่งยากในการวินิจฉัยแต่มีปัญหาเรื่องความหมายทับซ้อนกับสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เห็นได้จากกรณีสัมปทานทำไม้ป่าชายเลนซึ่งบางครั้งก็วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้นเพื่อมิให้เกิดการซ้ำซ้อนกัน จึงควรต้องตีความสัญญาสัมปทานว่าเป็นสัญญาที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้รับสัมปทานจะต้องลงทุน และลงแรงเองกับต้องรับความเสี่ยงจากการขาดทุน โดยผู้รับสัมปทานมีรายได้จากการจัดเก็บค่าธรรมเนียมการใช้บริการ เมื่อหมดสัญญาแล้วถ้ามีสิ่งก่อสร้างที่ผู้รับสัมปทานได้จัดทำไว้สิ่งก่อสร้างนั้นก็จะเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ

2) กรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ

(1) ความหมายของคำว่า “จัดทำ” เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลส่วนใหญ่ เห็นได้ว่า การก่อสร้างหรือทำหรือจัดหาแล้วส่งมอบให้รัฐนำไปให้บริการแก่ประชาชน เช่น กรณี การก่อสร้างอาคารอำนวยการ อาคารบ้านพักคนงานและอาคารฝึกงาน ณ ศูนย์การศึกษาออกโรงเรียนจังหวัดนครราชสีมา เป็นต้นถือว่าเป็น “จัดทำ” เห็นว่า “จัดทำ” ควรหมายถึงจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนโดยตรง กล่าวคือต้องเป็นเรื่องที่เอกชนคู่สัญญารับไปให้บริการสาธารณะให้แก่ประชาชนผู้มารับบริการ มิใช่เอกชนก่อสร้างหรือทำหรือจัดหาแล้วส่งมอบให้รัฐนำไปให้บริการแก่ประชาชน มีตัวอย่างที่อธิบายเรื่องดังกล่าวนี้อย่างชัดเจนคือคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 113/2551 ซึ่งกล่าวว่า สัญญาซื้อขายวัสดุสำนักงาน และเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมอุปกรณ์ เป็นสัญญาซื้อขายวัสดุสำนักงานต่างๆ ไป อีกทั้งเมื่อหน่วยงานทางปกครองได้รับมอบเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมอุปกรณ์แล้วต้องดำเนินการตามวัตถุประสงค์ด้วยตนเอง โดยไม่มีผลผูกพันมอบหมายให้คู่สัญญาดำเนินการบริการสาธารณะแต่อย่างใด จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

(2) บริการสาธารณะ เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษา และคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลส่วนใหญ่ เห็นได้ว่า รวมไปถึงว่าการจ้างบุคคลมาทำงานด้วย เช่น การจ้างลูกจ้างมาเก็บขยะมูลฝอย เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ถ้าเป็นตามแนวทางนี้สัญญาทางปกครองจะมีจำนวนมากเพราะสิ่งที่หน่วยงานทางปกครองทำก็คือบริการสาธารณะทั้งสิ้น เห็นว่าบริการสาธารณะควรหมายถึงสภาพของงานหรือบริการนั้นๆ เช่น การจัดเก็บขยะมูลฝอยโดยสภาพของงานเป็นบริการสาธารณะ สัญญาว่าจ้างเอกชนให้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอยมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

(3) ควรมีเกณฑ์ในการในการแบ่งแยกว่ากรณีใดเป็นกรณีเป็นให้จัดทำบริการสาธารณะกรณีใดเป็นให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ เห็นว่าให้จัดทำบริการสาธารณะควรใช้ในกรณีเป็นภารกิจหลักของหน่วยงาน ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะควรใช้ในกรณีเป็นภารกิจที่แยกเป็นงานย่อยๆ ได้เพราะไม่เช่นนั้นจะไม่มี ความแตกต่างระหว่าง 2 กรณีนี้

3) กรณีเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลส่วนใหญ่เห็นได้ว่า ได้รวมเอาอาคารต่างๆ

เป็นสิ่งสาธารณูปโภคไปด้วย ในเบื้องต้นเป็นที่เข้าใจได้ว่า เชื้อน สะพาน ถนน ประปา เป็นสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งสอดคล้องกับความหมายของคำว่า “สาธารณูปโภค” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานที่อธิบายความหมายไว้ว่า “สาธารณูปโภค หมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์” การที่เข้าใจได้ว่าอาคารหอพักพยาบาลเป็นสิ่งสาธารณูปโภคน่าจะเป็นที่เข้าใจได้ยาก แต่ถ้าเป็นสัญญาจ้างทำของน่าจะเป็นที่เข้าใจได้

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในระยะหลังได้วางแนวทางในการให้เหตุผลว่าสัญญานั้นๆเป็นสัญญาทางปกครองเพิ่มอีก 1 กรณีคือ กรณี “มีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ” โดยวินิจฉัยให้สัญญาจ้างก่อสร้างเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้ขยายความหมายของบริการสาธารณะออกไปอย่างกว้างขวาง แม้แต่การสร้างอาคารต่างๆ ให้แก่หน่วยงานทางปกครองก็เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ กรณีจึงไม่ใช่ที่วินิจฉัยโดยอ้างอิงจากคำนิยามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 หากแต่เป็นการอ้างเหตุใหม่ในการสนับสนุนคำวินิจฉัย เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีการก่อสร้าง การจัดซื้อเครื่องมือต่างๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะ เห็นว่าเหตุใหม่ในการสนับสนุนคำวินิจฉัยมีข้อดีในแง่ความยืดหยุ่นแต่มีข้อเสียที่อาจยืดหยุ่นมากจนอาจทำให้ขาดความแน่นอน

ส่วนกรณีสัญญาซื้อขายที่ดินที่จะถูกเวนคืนการที่เข้าใจเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคน่าจะเป็นที่เข้าใจได้ยาก แต่ถ้าเป็นกรณีถือว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองน่าจะเป็นที่เข้าใจได้เพราะทำให้เกิดความเสมอภาคในเรื่องกำหนดค่าทดแทน

#### 4) กรณีเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

กรณีนี้ไม่ยุ่งยากในการวินิจฉัย แต่มีปัญหาเรื่องความหมายทับซ้อนกับสัญญาสัมปทานเห็นได้จากกรณีสัมปทานทำไม้ป่าชายเลนซึ่งบางครั้งก็วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวข้างต้น

5) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

ประเด็นที่น่าสนใจเช่นเดียวกับกรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

6) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดได้แสดงตัวอย่างให้เห็นถึงลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เช่น ข้อกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญาควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้อสัญญาและเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวได้ ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่ได้มีระบุไว้ในสัญญาจ้าง หากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้างที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้น ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา(ถ้ามี)กันใหม่ ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้าง หรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้องซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ตัวอย่างแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองสูงสุดมองในเรื่อง “สิทธิพิเศษของรัฐ” เมื่อพิจารณาคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 111/2544 ซึ่งเป็นกรณีผู้ฟ้องคดีทำสัญญากับกองทัพเรือยินยอมยกที่ดินบางส่วนที่ตนอ้างสิทธิครอบครองให้กองทัพเรือ โดยมีเงื่อนไขว่ากองทัพเรือจะดำเนินการยกเลิกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามที่ดินในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2499 และพระราชกฤษฎีกาจัดนิคมสร้างตนเองในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2497 ซึ่งกรณีนี้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาโดยวินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาต่างตอบแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิใช่สัญญาทางปกครองจึงไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษา ตามมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการยกเลิกพระราชกฤษฎีกา ไม่ใช่หน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้กองทัพเรือปฏิบัติแต่เป็นหน้าที่ที่เกิดจากข้อตกลงในสัญญาและผู้ฟ้องคดีมุ่งประสงค์จะขอให้ศาลบังคับให้กองทัพเรือปฏิบัติตามสัญญา กรณีมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตาม มาตรา 9 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าวเป็น “หน้าที่พิเศษของรัฐ” ซึ่งภารกิจดังกล่าวเอกชนไม่มีทางทำได้ ซึ่งควรอยู่ในความหมายของสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษด้วย กล่าวคือสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งหมายถึงทั้งเรื่องที่เป็น “สิทธิพิเศษของรัฐ” และ “หน้าที่พิเศษของรัฐ” ด้วย

กรณีอื่นๆ กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอของผู้เสนอราคาและคำสนองของหน่วยงานทางปกครองผู้จัดประกวดราคาอันจะก่อให้เกิดสัญญาก่อสร้างกลุ่มอาคารทางสังคมศาสตร์ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548 ซึ่งอาจเรียกว่าเป็น

สัญญาก่อนสัญญา โดยหลักแล้วเป็นสัญญาทางแพ่งแต่ศาลปกครองสูงสุดถือว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองและวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ในกรณีดังกล่าวนี้ในปัจจุบันพบปัญหามากขึ้นเกี่ยวกับการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา โดยที่คู่กรณีได้ดำเนินการเจรจาไปถึงระดับหนึ่งที่เชื่อได้ว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนแล้วแต่ผลที่สุดกลับไม่มีการทำสัญญา และหากคู่กรณีฝ่ายนั้นได้รับความเสียหายเพราะได้เสียค่าใช้จ่ายในการเตรียม การหาข้อมูล การจ้างที่ปรึกษากฎหมายหรือที่ปรึกษาโครงการฯ เหล่านี้ไปแล้ว ปัญหาว่าฝ่ายที่ได้รับความเสียหายนี้จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่งได้ หรือไม่และถ้าเรียกร้องได้จะเรียกร้องโดยอาศัยหลักเกณฑ์กฎหมายใด ปัญหานี้อาจนำมาสู่ประเด็นที่ระบบกฎหมายต่างประเทศเรียกว่า “ความรับผิดก่อนสัญญา” หรือ “culpa in contrahendo” ก็ได้ บ่อเกิดของความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายไทยนั้น อาจมาจาก 2 แหล่งคือ<sup>2</sup>

#### 1) บ่อเกิดจากข้อตกลง

ความรับผิดก่อนสัญญาอาจมีบ่อเกิดมาจากการใช้หลักเสรีภาพของคู่สัญญาตามมาตรา 151 ตกลงกันไว้ล่วงหน้าชั้นหนึ่งก่อนว่าหากการเจรจาเข้าทำสัญญานั้นไม่สำเร็จเพราะความผิดของคู่เจรจาฝ่ายใด หรือ แม้สัญญาสำเร็จแต่ก็เป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ หรือไม่เป็นผลเพราะความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ได้รับเนื่องจากการที่ต้องเสียค่าใช้จ่ายไปแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นค่าใช้จ่ายสำหรับจ้างคนวางแผนงาน จ้างคนงาน จ้างที่ปรึกษากฎหมายหรือค่าเสียเวลา เสียโอกาสก็ตาม ซึ่งการตกลงดังกล่าวอาจมีลักษณะของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักที่จะเกิดขึ้น (collateral contract) และในข้อตกลงอาจกำหนดจำนวนค่าเสียหายหรือวิธีการในการคำนวณค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าก็ได้ หรือ อาจมิได้กำหนดไว้ก็ได้ หากได้กำหนดไว้ค่าเสียหายดังกล่าวก็จะมีลักษณะที่ไปปรับใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องของเบี้ยปรับ ส่วนกรณีที่มีได้กำหนดไว้แล้วค่าเสียหายดังกล่าวก็อาจถูกกำหนดโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วหรือตกลงว่าจะได้กำหนดต่อไป หรือ หากมิได้มีการตกลงกันไว้เลยค่าเสียหายดังกล่าวคงจะได้ถูกกำหนดโดยศาลต่อไป

#### 2) บ่อเกิดโดยกฎหมาย

บทกฎหมายที่อาจนำมาปรับใช้ได้คือกฎหมายลักษณะละเมิดในมาตรา 420 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี ออมนามก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ซึ่งมีองค์ประกอบสำคัญที่ตรงกับหลักความรับผิดก่อนสัญญา คือในเรื่องความจงใจหรือประมาทเลินเล่อและในเรื่องความเสียหายต่อเสรีภาพ ใน

<sup>2</sup> จำปี โสคติพันธุ์. (2548). **หลักความรับผิดก่อนสัญญา**. หน้า 124-127.

องค์ประกอบเรื่องจิตใจหรือประมาทเลินเล่อกล่าวได้ว่าเป็นองค์ประกอบที่จะต้องมีหรือเป็นสาระสำคัญทั้งในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา ความรับผิดชอบตามสัญญา เพราะรวมอยู่ในความผิดเดียว “Fault” ส่วนประเด็นความเสียหายต่อเสรีภาพนั้นในกรณีนี้ก็ถือเป็นเสรีภาพในการทำสัญญาหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นเสรีภาพในการคิด ตัดสินใจและแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา

ลักษณะในทางกฎหมายของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาย่อมเป็นไปตามความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ รากฐานความคิดของระบบกฎหมาย และพัฒนาการในทางกฎหมายของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ การจัดให้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะในทางกฎหมายอย่างไรนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะย่อมหมายถึง หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับการรับผิดชอบดังกล่าว การกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายหรือแม้กระทั่งในเรื่องของอายุความที่ใช้ในการฟ้องร้องบังคับคดีเพราะหากกำหนดให้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะในทางกฎหมายเป็นความผิดเพื่อละเมิด หลักเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้ก็คือกฎหมายลักษณะละเมิด การกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนความเสียหายย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะละเมิด และอายุความที่ใช้ในการฟ้องร้องก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายลักษณะละเมิดด้วย แต่หากกำหนดให้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะในทางกฎหมายเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา หลักเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้ก็คือหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัญญา การกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายย่อมอาศัยปรับหลักเกณฑ์ในเรื่องหนี้ตามสัญญา และอายุความก็เป็นเรื่องของอายุของสัญญา สำหรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทยนั้นยังเป็นประเด็นที่ขาดความชัดเจนว่าหากเกิดกรณีของความผิดขึ้นก่อนสัญญาแล้วคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะสามารถได้รับการเยียวยาอย่างไรหรือไม่ และโดยอาศัยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายใด<sup>3</sup> มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.154/2547 มีข้อเท็จจริงว่า กรมอนามัย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ประกาศประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูง โดยกำหนดในเอกสารประกวดราคาว่าถ้าผู้เสนอราคาเสนอพัสดุที่มีแหล่งกำเนิดหรือผลิตในประเทศไทยให้แนบสำเนาใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานของกระทรวงอุตสาหกรรม (ใบร.ง.4) ของผู้ผลิตซึ่งประกอบด้วยเอกสาร 10 ลำดับมาพร้อมใบเสนอราคาด้วย ผู้ฟ้องคดีได้เข้าร่วมประกวดราคาโดยได้ยื่นใบ ร.ง.4 เฉพาะลำดับที่ 1 ลำดับที่ 7 และลำดับที่ 9 ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากผู้เสนอราคาทุกรายมีคุณสมบัติไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขในเอกสารประกวดราคา โดยไม่ได้แสดงใบ ร.ง.4 ครบทั้ง 10 ลำดับ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากรรณการยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และทำให้เกิดความเสียหายเนื่องจากการเสนอราคาในการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงที่ผ่านมาแล้วหลายครั้ง ผู้ฟ้องคดีได้เข้าร่วมเสนอราคาโดยไม่เคยยื่นใบ ร.ง.4 ครบทั้ง 10 ลำดับแต่ผู้ฟ้องคดีรวมทั้งผู้เสนอ

<sup>3</sup> แหล่งเดิม. หน้า 190-193.

ราคารายอื่นซึ่งเสนอราคาเครื่องวัดส่วนสูงที่ผลิตจากโรงงานของผู้ฟ้องคดีและยื่นใบ ร.ง.4 เฉพาะลำดับที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าจำเป็นเท่านั้นซึ่งได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา จึงฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ขอให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาขั้นต้นและขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดซื้อเครื่องวัดส่วนสูงจากผู้ฟ้องคดีหรือชดใช้ค่าเสียหายจากผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเมื่อปรากฏว่าที่ผ่านมาแม้ผู้เสนอราคาไม่ได้ยื่นใบ ร.ง.4 ครบทั้ง 10 ลำดับ ผู้ถูกฟ้องคดีก็ให้การผ่อนผันมาโดยตลอดแสดงว่าการยื่นใบ ร.ง.4 ลำดับที่ 1 ลำดับที่ 7 และลำดับที่ 9 ของผู้ฟ้องคดีไม่เป็นการผิดเงื่อนไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ฉะนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้เคยใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการยื่นใบ ร.ง.4 ไม่ครบทุกลำดับไม่ใช่การผิดเงื่อนไขของการประกวดราคาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแล้ว เมื่อไม่ปรากฏว่าการประกวดราคารั้งนี้กับครั้งที่ผ่านมามีข้อเท็จจริงต่างกัน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องผูกพันกับการใช้ดุลพินิจดังกล่าว อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดีก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าต้องการให้ผู้เสนอราคานำใบ ร.ง.4 ทั้ง 10 ลำดับมาแสดง ด้วยเหตุดังกล่าวการยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่นำใบ ร.ง.4 ครบทั้ง 10 ลำดับยื่นประกอบการเสนอราคาทุกลำดับซึ่งบางลำดับที่ไม่ได้ยื่นนั้นผู้ถูกฟ้องคดีสามารถตรวจสอบรายละเอียดได้จากเอกสารในลำดับที่มีการยื่นหรือสอบถามจากผู้ฟ้องคดีได้ กรณีจึงเป็นการยกเลิกการประกวดราคาที่ไม่มีความผิดอันสมควร และเป็น การเลือกปฏิบัติต่อกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน รวมทั้งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 การยกเลิกการประกวดราคาขั้นต้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สำหรับค่าสินไหมทดแทนนั้นศาลสามารถกำหนดได้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดซึ่งในคดีละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองผู้เสียหายย่อมเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้เฉพาะที่เป็นผลโดยตรงจากผลของคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับผู้เสียหายพึงได้รับการชดใช้จะต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วอย่างแท้จริง ศาลจึงกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ในส่วนค่าธรรมเนียมซื้อเคสเซอร์เช็คเพื่อใช้เป็นหลักประกันของและค่าธรรมเนียมของธนาคารในการออกหนังสือค้ำประกันสัญญาเนื่องจากเป็นค่าเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้จ่ายไปจริงและเกิดขึ้นได้โดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ส่วนค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์จากกำไรที่ควรจะได้รับเป็นเพียงค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีคาดหมายจากการทำสัญญาครั้งอื่น อีกทั้งเป็นค่าเสียหายที่เป็นผลตอบแทนจากการที่ได้เข้าทำสัญญา ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะต้องปฏิบัติตามสัญญาเป็นการตอบแทนด้วย เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่นำสืบและแสดงพยานหลักฐานให้เห็นถึงความเสียหายอื่นของผู้ฟ้องคดีอันเกิดก่อนการทำสัญญา และไม่ได้มีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายไว้ล่วงหน้าสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญา ศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวได้ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฉบับนี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าได้นำหลักกฎหมายในเรื่องละเมิดมา

ปรับใช้กับประเด็นการรับผิดชอบก่อนสัญญา และกล่าวอย่างชัดเจนว่าไม่ใช่กรณีที่ได้มีการตกลงไว้ล่วงหน้าชั้นหนึ่งก่อนว่า หากการเจรจาเข้าทำสัญญานั้นไม่สำเร็จเพราะความผิดของคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือแม้สัญญาสำเร็จแต่เป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์หรือไม่เป็นผลเพราะความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้ กล่าวคือไม่ใช่กรณีกำหนดให้ความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะในทางกฎหมายเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา แต่เป็นกรณีกำหนดให้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะทางกฎหมายเป็นความผิดเพื่อละเมิด

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังกล่าว เห็นได้ว่ามีแนวโน้มการตีความความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครองอย่างกว้างและยืดหยุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้เหตุผลว่า “มีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ” การตีความในแนวทางนี้มีข้อดีคือข้อพิพาทใดที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะและใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการสร้างนิติสัมพันธ์จะเป็นสัญญาทางปกครองเกือบทั้งหมด แต่อาจมีข้อเสียที่อาจไม่เป็นการตอบสนองเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลปกครอง โดยเมื่อพิจารณาจากแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลปกครองที่ว่า ตุลาการศาลปกครองนั้นจำเป็นต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติแตกต่างจากคุณสมบัติของผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีแพ่งหรือคดีอาญาเพราะในคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นเรื่องของการใช้ประมวลกฎหมายและแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ส่วนคดีปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อโต้แย้งระหว่างเอกชนและหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ คดีปกครองจึงเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นตุลาการศาลปกครองจึงต้องเป็นผู้ซึ่งมีความรู้ในหลักกฎหมายมหาชน และมีประสบการณ์ในการบริหารรัฐกิจ จึงจะสามารถรักษาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ<sup>4</sup> ดังนั้นสัญญาทางปกครองจึงควรเป็นสัญญาที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัย

ดังนั้นจึงเห็นว่าแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ควรตีความอย่างแคบเพื่อให้สัญญาที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเป็นสัญญาที่ต้องใช้หลักกฎหมายปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยเห็นว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองต้องมียุทธศาสตร์ประกอบดังนี้

<sup>4</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2548). คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.

1) คู่สัญญา โดยคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่  
ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

2) ลักษณะของสัญญา เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเข้าร่วมดำเนินการ  
บริการสาธารณะ โดยตรง โดยที่นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน

ถ้านำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาวิเคราะห์สัญญาทางปกครองในกรณีดังกล่าว ผลจะเป็นว่า

1) กรณีเป็นสัญญาสัมปทาน

กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน เมื่อมีข้อพิพาทจึงมี  
ความเหมาะสมที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น สัมปทานทำไม้ป่า  
ชายเลน สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนเพื่อขยายบริการโทรศัพท์ เป็นต้น ในกรณีสัญญาร่วมการ  
งาน และร่วมลงทุนเพื่อขยายบริการโทรศัพท์นี้เมื่อเอกชนผู้รับสัมปทานแล้วนำไปให้บริการแก่  
ประชาชนเห็นได้ชัดว่ามีได้มีการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นจึงเป็นนิติสัมพันธ์ทางเอกชนจึงเป็นสัญญาทาง  
แพ่ง

2) กรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาบางกรณีเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน มีการ  
กระทำที่ใช้อำนาจรัฐ เมื่อมีข้อพิพาทจึงมีความเหมาะสมที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการ  
พิจารณาพิพากษาคดี เช่น หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ตัวอย่างเช่น สัญญาว่าจ้างเอกชน  
ให้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอย สัญญาที่ให้เอกชนผลิตน้ำประปา หรือไฟฟ้าเพื่อจำหน่ายแก่  
ประชาชน สัญญาอนุญาตให้ข้าราชการลาศึกษา เป็นต้น

3) กรณีเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาบางกรณีเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน เมื่อมีข้อ  
พิพาทมีความเหมาะสมที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น สัญญาสร้าง  
เขื่อน สะพาน ถนน ประปา เป็นต้น สัญญาซื้อขายที่ดินที่จะถูกเวนคืนแม้มีลักษณะเป็นสัญญา  
ซื้อขายแต่มีการใช้อำนาจรัฐบังคับซื้อที่ดินจากเอกชนประกอบกับอาจมีที่ดินแปลงข้างเคียงยินยอมขาย  
ให้รัฐ ซึ่งก็อาจมีข้อพิพาทภายหลังได้เพื่อให้เกิดความเสมอภาคในเรื่องเงินทดแทน จึงควรอยู่ใน  
อำนาจศาลเดียวกันจึงควรเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาก่อสร้างอาคารต่างๆ เป็นนิติสัมพันธ์  
ทางเอกชนมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งเป็นสัญญาทางแพ่ง

4) กรณีเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน มีการกระทำที่  
ใช้อำนาจรัฐ เมื่อมีข้อพิพาทจึงมีความเหมาะสมที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณาพิพากษา  
คดี เช่น กรณีอนุญาตให้ประกอบกิจการขุดดินลูกรังในที่ดินของรัฐ เป็นต้น

5) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

กรณีนี้มีลักษณะ เช่นเดียวกับกรณีเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ที่สำคัญคือต้องเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง บางกรณี เช่น สัญญาจ้างให้ผู้ผูกฟองคืดำเนินการสำรวจสภาวะสุขภาพอนามัยของประชาชน และประเมินความพึงพอใจของประชาชนต่อการบริการของสถานบริการสาธารณสุขของรัฐ ในพื้นที่ของผู้ผูกคืด โดยผู้ผูกคืดจะนำผลสำรวจดังกล่าวไปใช้ในการกำหนดนโยบาย วางแผนพัฒนาและปรับปรุงการให้บริการสาธารณสุขเป็นการเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยอ้อม จึงควรเป็นสัญญาทางแพ่งมากกว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

6) กรณีเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ

กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน เมื่อมีข้อพิพาทมีความเหมาะสมที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณาพิพากษาคดี

กรณีอื่นๆ ที่น่าสนใจคือกรณี “มีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ” กรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาส่วนใหญ่เป็นนิติสัมพันธ์ทางแพ่ง เช่น สัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์ และอุปกรณ์ การประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์เพื่อติดตั้งในโรงพยาบาลของรัฐระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขกับเอกชนคู่สัญญาเมื่อโรงพยาบาลได้รับมอบเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมอุปกรณ์แล้วต้องดำเนินการตามวัตถุประสงค์ด้วยตนเอง โดยไม่มีผลผูกพันมอบหมายให้คู่สัญญาดำเนินการบริการสาธารณะแต่อย่างใดจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ไม่มีการกระทำที่ใช้อำนาจรัฐมีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาก่อสร้างจ้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรม และประเพณีแห่งอันดามัน จังหวัดพังงา และสัญญาจ้างก่อสร้างเรือตรวจการปืนก็เช่นเดียวกันมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งเป็นสัญญาทางแพ่งเป็นต้น

ประเด็นที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่งคือ กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงสถานะของรัฐวิสาหกิจแล้วต่อมาหน่วยงานนั้นไปให้บริการแก่ประชาชนมีปัญหาว่า ถ้ากรณีเป็นสัญญาควรจะเป็นสัญญาชนิดใด เห็นว่าเบื้องต้นจะต้องพิจารณาว่าหน่วยงานดังกล่าวนั้นยังเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ ในเรื่องนี้มีความอธิบายที่ชัดเจนในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 406/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 31/2551 ซึ่งกล่าวไว้โดยสรุปว่า บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) และบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด แม้จะเปลี่ยนทุนของการสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และให้ออนกิจการของการสื่อสารแห่งประเทศไทยให้แก่ทั้งสองบริษัทดังกล่าวแล้วทั้งหมด แต่ก็ยังมีฐานะอย่างเดียวกับรัฐวิสาหกิจตามนัย มาตรา 26 แห่ง

พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดยยังคงมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการ โทรคมนาคมและกิจการ ไปรษณีย์เช่นเดิมจึงมีฐานะเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครอง และเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคความปกครอง พ.ศ. 2542 เห็นได้ว่า เมื่อมีการแปรรูปแล้วโดยหลักจะถือว่าหน่วยงานนั้นยังเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ ให้พิจารณาว่าหน่วยงานดังกล่าวยังมีวัตถุประสงค์ และอำนาจหน้าที่ หรือมีลักษณะพิเศษเหมือนเดิมหรือไม่ ถ้ามีก็สามารถสรุปได้ว่าเป็นหน่วยงานทางปกครอง ดังนั้น ถ้าต้องพิจารณาว่าเมื่อหน่วยงานดังกล่าวให้บริการแก่ประชาชนจะเป็นจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่ง จึงอยู่ที่ว่านิติสัมพันธ์ที่กระทำกับประชาชนนั้นเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน หรือนิติสัมพันธ์ทางแพ่ง ซึ่งโดยทั่วไปการให้บริการแก่ประชาชนในกรณี เช่นนี้ย่อมเป็นนิติสัมพันธ์ทางแพ่ง

ประเด็นที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่งคือปัญหาการจ้างบุคลากรในหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเรื่องดังกล่าวนี้สามารถแยกได้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1 การจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ตามแนวคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) ได้วางหลักกฎหมายในเรื่องนี้ไว้ว่า กรณีที่เป็นข้อตกลงการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการไม่ว่าลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราว เป็นข้อตกลงให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการที่เป็นภารกิจของส่วนราชการในการจัดทำบริการสาธารณะถือเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครอง ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการไม่น่าจะเป็นสัญญาทางปกครองไปเสียทั้งหมด ควรแยกว่าเป็นการจ้างลูกจ้างให้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะ โดยตรงหรือจ้างในตำแหน่งสำคัญหรือไม่ หากไม่ใช่จ้างเพื่อเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ โดยตรงหรือเป็นตำแหน่งที่ไม่สำคัญแล้วไม่น่าจะเป็นสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2547 ที่กล่าวว่า จ้างลูกจ้างชั่วคราวตำแหน่งพนักงานขับรถในสังกัดกรมสรรพากรซึ่งต่อมาถูกเลิกจ้างเป็นความสัมพันธ์ที่ให้เข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะกับหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนจึงเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่า ไม่น่าจะเป็นสัญญาที่ให้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะเพราะบริการสาธารณะของกรมสรรพากรคือการบริการจัดเก็บภาษี คื่นภาษี หรือกรณีอื่นๆ พนักงานขับรถยนต์มิใช่บุคลากรหลักในการดำเนินการดังกล่าวสัญญาดังกล่าวจึงไม่น่าเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นพ้องกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 731/2550 ที่วินิจฉัยว่าการจ้างลูกจ้างชั่วคราวตำแหน่งผู้เชี่ยวชาญด้านการรักษาโรคหัวใจตามสัญญาจ้างกับสำนักงานตำรวจแห่งชาติเป็นการบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครองด้วยเหตุผลที่ว่าผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวได้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ โดยตรง

กรณีที่ 2 การจ้างพนักงานหรือผู้บริหารในรัฐวิสาหกิจและองค์กรมหาชน กรณีเป็นพนักงานโดยทั่วไปแล้วตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดก่อนข้างชัดเจนแล้วว่า คดีพิพาทในเรื่องการบริหารงานบุคคลของพนักงานดังกล่าวเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงานตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 81/2544 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 447/2545 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 635/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 190/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 635/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 705/2547 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 832/2549) แต่อย่างไรก็ตามมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 36/2548 วินิจฉัยในคดีที่ถูกจ้างตำแหน่งเจ้าหน้าที่วิเทศสัมพันธ์อาวุโสที่องสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติว่าเลิกจ้างโดยไม่มีเหตุผล ไม่บอกกล่าวล่วงหน้า ไม่ออกหนังสือรับรองการทำงานให้ โดยกล่าวว่า เมื่อสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2534 เป็นหน่วยงานทางปกครองมีวัตถุประสงค์ในการสำรวจศึกษาวิเคราะห์ทางวิชาการต่างๆ เพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการวางแผน นโยบาย และจัดทำแผนโครงการและมาตรการต่างๆ ในการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของประเทศ การที่ได้จ้างเจ้าหน้าที่ดังกล่าวก็เพื่อให้ปฏิบัติงานในกิจการของหน่วยงานทางปกครองให้บรรลุผล ดังนั้นความสัมพันธ์ดังกล่าวจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับลูกจ้างในสังกัดที่มีขึ้นเพื่อร่วมกันในการจัดทำบริการสาธารณะ ข้อตกลงจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่กรณีที่ยังเป็นปัญหาในการวินิจฉัยในปัจจุบัน คือกรณีที่เป็นผู้บริหารรัฐวิสาหกิจเช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 20/2551 คดีนี้ผู้อำนวยการองค์การคลังสินค้าฟ้ององค์การคลังสินค้า โดยกรณีดังกล่าวศาลปกครองกลางเห็นว่า องค์การคลังสินค้าเป็นหน่วยงานทางปกครองประกอบกับพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 มาตรา 8 ทวิ วรรคแรก บัญญัติว่า “ให้ผู้บริหารรัฐวิสาหกิจไม่มีฐานะเป็นพนักงานของรัฐวิสาหกิจ” และมาตรา 8 จัตวา วรรคห้า บัญญัติว่า “ในการทำสัญญาจ้างให้ประธานกรรมการรัฐวิสาหกิจหรือกรรมการที่ได้รับมอบหมายจากกรรมการรัฐวิสาหกิจในกรณีที่ไม่มีประธานกรรมการรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ลงนามในสัญญาจ้าง และให้การจ้างตามสัญญาดังกล่าวไม่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ กฎหมายว่าด้วยแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ กฎหมายว่าด้วยประกันสังคม และกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน” ดังนั้นสัญญาจ้างระหว่างจำเลย ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองกับโจทก์ ซึ่งเป็นผู้อำนวยการจึงไม่เป็นสัญญาจ้างแรงงานแต่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่คณะกรรมการ

วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่าข้อกฎหมายที่ศาลปกครองกลางอ้างนั้นเพียงแต่กำหนดว่า ไม่ได้อยู่ในบังคับของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน โดยทั่วไปไม่ได้มีผลทำให้นิติสัมพันธ์ที่มีผู้ตกลงทำงานให้และมีผู้ตกลงจ่ายค่าจ้างดังกล่าวไม่เป็นการจ้างแรงงาน การจะวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ต้องพิจารณาเนื้อหาของนิติสัมพันธ์เป็นสำคัญ เมื่อสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยในคดีนี้มีลักษณะเป็นการจ้างแรงงานการที่โจทก์ฟ้องว่า จำเลยเลิกจ้างโจทก์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่เป็นธรรม เป็นการละเมิดต่อโจทก์ ขอให้บังคับจำเลยให้รับโจทก์กลับเข้าทำงานและเรียกค่าสินไหมทดแทน ซึ่งมีลักษณะเป็นการกล่าวหาว่า จำเลยเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรมตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 29 จึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลแรงงานและเป็นข้อยกเว้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง(3) กรณีหลังนี้ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 มีเจตนารมณ์ที่จะแยกผู้บริหารรัฐวิสาหกิจออกจากพนักงานของรัฐวิสาหกิจอย่างชัดเจน จึงเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลาง

### **5.3 วิเคราะห์การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง กรณีการมอบอำนาจตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่าง กระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหม**

หลักเกณฑ์ของการมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวงกำหนดให้ต้องมีการทำบันทึกข้อตกลงระหว่างกระทรวงที่มอบอำนาจ และที่จะรับมอบอำนาจขึ้นเสียก่อนจึงจะดำเนินการมอบอำนาจได้ ทั้งนี้เนื่องจากการมอบอำนาจต่างกระทรวงนั้นมีผลกระทบต่อการปฏิบัติราชการในการรับชอบของแต่ละกระทรวง จึงจำเป็นต้องให้แต่ละกระทรวงได้พิจารณาด้วยความรอบคอบว่าการมอบอำนาจที่จะกระทำขึ้นสามารถกระทำได้เพียงใด ขอบเขตการปฏิบัติงานเป็นอย่างไร ความเชี่ยวชาญของกระทรวงที่จะรับมอบอำนาจมีเพียงพอที่จะปฏิบัติงานได้โดยไม่เกิดความเสียหายหรือไม่

เห็นว่าการมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง ดังตัวอย่างกรณีบันทึกความตกลงเรื่องการมอบอำนาจตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่างกระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหมเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดการบริการสาธารณะเป็นอีกแง่มุมหนึ่งของสัญญาทางปกครอง

#### 5.4 เปรียบเทียบหลักกฎหมายที่ศาลยุติธรรมใช้พิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง และศาลปกครองใช้พิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง ประเด็นการเกิดของสัญญา เช่น การให้สัมปทานบัตร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525) ประเด็นการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา เช่น การกำหนดเบี้ยปรับ ประเด็นการสิ้นสุดของสัญญา เช่น บอกลิกสัญญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5032/2537) หรือการเลิกสัมปทานบัตร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525) เห็นได้ว่าศาลยุติธรรมถูกจำกัดให้นำเอาบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ มีบางคดีเท่านั้นที่ใช้หลักกฎหมายมหาชน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5728/2533 ซึ่งศาลฎีกากล่าวว่า “...ถือได้ว่าจำเลยที่ 7 กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ ดังนั้นจำเลยที่ 2 ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีจึงมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตประทานบัตรของโจทก์ทั้งสองได้...” แสดงให้เห็นว่าศาลฎีกาก็มีการนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้บ้างในบางคดี อย่างไรก็ตามศาลฎีกาก็ยังกล่าวอีกว่า “...โจทก์ทั้งสองเป็นผู้ถือประทานบัตรจึงไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย...” แสดงให้เห็นว่าไม่ได้มีการเยียวยาความเสียหายให้แก่เอกชนอันเนื่องมาจากการกระทำของรัฐตามหลักกฎหมายปกครอง แต่เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525 ศาลฎีกากล่าวว่า “...สัมปทานบัตรที่จำเลยที่ 1 (กระทรวงมหาดไทย) ออกให้โจทก์ก็ คือ สัญญาระหว่างรัฐกับโจทก์นั่นเอง ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนด และเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตร และในส่วนที่สัมปทานบัตรไม่ได้ระบุไว้ ก็ต้องเป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้...” ยิ่งเห็นได้ชัดว่าศาลยุติธรรมถูกจำกัดให้นำเอาบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายที่ศาลปกครองใช้พิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเห็นได้ว่า ประเด็นการเกิดของสัญญา เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่ผู้ชนะการประกวดราคาตามประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างกลุ่มอาคารสังคมศาสตร์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประเด็นการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา เช่น การกำหนดเบี้ยปรับ ประเด็นการสิ้นสุดของสัญญา เช่น การมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีระงับการทำป่าไม้ตามสัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน ทุกคดีอ้างอิงหลักกฎหมายจากประมวลกฎหมายและแพ่งและพาณิชย์ มีบางคดีเท่านั้นที่ใช้หลักกฎหมายมหาชน เช่น หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญาในกรณีการช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพงานก่อสร้าง และผู้ประกอบการอื่นกับทางราชการที่ได้รับผลกระทบจากการปรับปรุงระบบการแลกเปลี่ยนเงินตราซึ่งใช้หลักการช่วยเหลือผู้ประกอบการเมื่อเกิดเหตุอันไม่คาดหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในกรณีกระทรวงสาธารณสุข



ได้ออกระเบียบกระทรวงสาธารณสุขว่าด้วยการให้ข้าราชการลาไปศึกษาและฝึกอบรมภายในประเทศโดยได้รับเงินเดือนเต็มระหว่างลา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2534 ขึ้นใช้บังคับภายในหน่วยงานของกระทรวงสาธารณสุข โดยกำหนดให้ผู้มีคุณสมบัติลาศึกษาต่อชดใช้ทุนพร้อมดอกเบี้ยอีก 2 เท่าอันไม่สอดคล้องกับระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการพัฒนาข้าราชการพลเรือน โดยให้ไปศึกษาเพิ่มเติมในประเทศ พ.ศ. 2540 หลักความได้สัดส่วนในกรณีเบี่ยงปรับในสัญญาลาศึกษา เป็นต้น

มีสัญญาจำนวนหนึ่งซึ่งขณะทำสัญญายังไม่มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งในระยะเวลาที่นั้นเข้าใจได้ว่าคู่สัญญาต่างเข้าใจว่า ตนเองต้องผูกพันตามสัญญา โดยใช้หลักตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และในข้อกำหนดที่มีอยู่ในสัญญานั้น แต่ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำให้สัญญาจำนวนหนึ่งกลายเป็นสัญญาทางปกครองและถูกบังคับด้วยหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองซึ่งบางกรณีเห็นชัดเจนว่า ไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณี ตัวอย่างที่ชัดเจนคือเรื่องอายุความกล่าวคือมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้ยื่นฟ้องภายใน 1 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี มีผลให้คดีขาดอายุความจำนวนมาก เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริงและเป็นการเคารพเจตนารมณ์ของคู่สัญญา คู่สัญญาที่ลงนามกับหน่วยงานทางปกครองควรจะได้รู้ว่าสัญญาที่ตนลงนามนั้นเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง โดยเขียนให้ชัดเจนลงในสัญญาเลยว่าสัญญาดังกล่าวผูกพันเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง

อย่างไรก็ตามการวิเคราะห์ดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลคือคำพิพากษาหรือคำสั่งที่อ้างถึงเท่าที่ค้นคว้าได้ประกอบกับการที่เรื่องสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องใหม่สำหรับวงการกฎหมายไทยและศาลปกครองเพิ่งตั้งมาเพียง 9 ปี ก่อนข้างชัดเจนว่าช่วงเริ่มต้นมีปัญหาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ช่วงต่อไปน่าจะเป็นช่วงการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาทางปกครอง