

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

เมื่อพิจารณาจากเกณฑ์ของสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทยก่อนมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เห็นได้ว่าช่วงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลเกล้าเจ้าอยู่หัวจนถึงช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 นั้นมีอยู่ของลักษณะเฉพาะที่พิเศษของกิจการบางประเภทที่ทำให้มีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดเงื่อนไข และวิธีการในการที่ฝ่ายปกครองจะเข้าผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชนรวมถึงการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของฝ่ายปกครองและเอกชนที่เกี่ยวข้องที่มีลักษณะพิเศษต่างไปจากสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง ช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 จนถึงก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในภาพรวมยังไม่มีแนวทางเกี่ยวกับหลักสัญญาทางปกครองที่ครอบคลุมทุกเรื่อง ส่วนแนวความคิดของการมีหลักเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับสัญญาที่กระทำโดยทางราชการมีปรากฏอยู่บ้างดังจะเห็นได้จากการบังคับกฎหมายขององค์กรทางกฎหมายเช่นแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองตามมติคณะรัฐมนตรี แนวคำวินิจฉัยบางเรื่องของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ อย่างไรก็ตามในช่วงนี้ได้มีนักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งที่สามารถศึกษาวิชากฎหมายมหาชนมาจากประเทศในภาคพื้นยุโรปได้ทำการเผยแพร่แนวความคิดทางกฎหมายมหาชนเข้าสู่วงการนิติศาสตร์ของไทยอย่างต่อเนื่องถือได้ว่าเป็นการได้ริเริ่มข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองลงไว้ในระบบกฎหมายไทย

หลังมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2542 สัญญาทางปกครองเป็น 2 ประเภทได้แก่ สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในกรณีสัญญาทางปกครองข้อกฎหมายกำหนดนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประการแรกคือ หลักเกณฑ์ในเรื่องคู่สัญญาซึ่งกำหนดให้ต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ ประการที่สองหลักเกณฑ์ในเรื่องเนื้อหาของสัญญาได้กำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะว่าสัญญา 4 ลักษณะคือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นสัญญาทางปกครองเพราะกฎหมายกำหนดในกฎหมายไทย ส่วนสัญญาทาง

ปกครองโดยสภาพมีหลักเกณฑ์ที่วางไว้โดยมติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด 3 ประการ หลักเกณฑ์ประการแรกได้แก่ หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญา โดยต้องปรากฏว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง หรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ หลักเกณฑ์ประการที่สองได้แก่ หลักเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเข้าดำเนินหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ และหลักเกณฑ์ประการที่สามได้แก่หลักเกณฑ์ที่พิจารณาจากข้อกำหนดในสัญญา โดยมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยที่ผ่านมายังไม่อาจสรุปได้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในช่วงแรกของการจัดตั้งศาลปกครองแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไปในแนวทางที่ว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะอ้างเหตุผลทั้งในเรื่อง การเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรงร่วมกับเป็นข้อสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ โดยมีได้อธิบายความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กล่าวถึงตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญาที่ศาลปกครองเห็นว่าแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในคำวินิจฉัยเท่านั้น ต่อมาช่วงหลังสุดเมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยในปี พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่า แม้จะอ้างถึงตัวอย่างของข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแต่ข้อสรุปในท้ายคำวินิจฉัยก็สรุปไปในแนวทางที่ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเพราะว่าเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ส่วนคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็มิได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจน นอกจากนั้นแม้ในข้อเท็จจริงของคดีศาลปกครองจะกล่าวอ้างถึงตัวอย่างข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแต่ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการมิได้อ้างถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะเท่านั้น แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการฯ ได้ยอมรับหลักในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยสภาพโดยพิจารณาที่วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นหลัก แต่คณะกรรมการมิได้ให้เหตุผลในเรื่องว่าข้อสัญญาของสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษหรือไม่ ดังนั้นจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจึงยังไม่มีความเป็นเอกภาพพอที่จะสรุปได้ว่าหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะต้องมีทั้งสองประการคือ มี

วัตถุประสงค์เป็นการดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ และมีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษ หรือไม่

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษา และคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในระยะหลัง ได้วางแนวทางในการให้เหตุผลว่าสัตตภูณานั้นๆ เป็นสัตตภูณาทงปกครองเพิ่มอีก 1 กรณียคื กรณีย “มีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ” โดยวินิจฉัยให้สัตตภูณ้างก่อสร้างเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัตตภูณาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นกรณียการก่อสร้าง การจัดซื้อเครื่องมือต่างๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะ เห็นว่าเหตุใหม่ในการสนับสนุนคำวินิจฉัยมีข้อดีในแง่ความยืดหยุ่นแต่มีข้อเสียที่อาจยืดหยุ่นมากจนอาจทำให้ขาดความแน่นอน

เมื่อพิจารณาคำพิพากษา และคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังกล่าว เห็นได้มีแนวโนม้การตีความความหมายของคำว่าสัตตภูณาทงปกครองอย่างกว้างและยืดหยุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้เหตุผลว่า “มีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ” การตีความในแนวทางนี้มีข้อดีคือข้อพิพาทใดที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ และใช้สัตตภูณาเป็นเครื่องมือในการสร้างนิติสัมพันธ์จะเป็นสัตตภูณาทงปกครองเกือบทั้งหมด แต่อาจมีข้อเสียที่อาจไม่เป็นการตอบสนองเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลปกครอง โดยเมื่อพิจารณาจากแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลปกครองที่ว่า ตุลาการศาลปกครองนั้นจำเป็นต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติแตกต่างจากคุณสมบัติของผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีแพ่งหรือคดีอาญาเพราะในคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นเรื่องของการใช้ประมวลกฎหมายและแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ส่วนคดีปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อ ได้แย้งระหว่างเอกชน และหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ คดีปกครองจึงเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นสัตตภูณาทงปกครองจึงควรเป็น สัตตภูณาที่ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัย ดังนั้นแนวทางที่ควรจะเป็นของสัตตภูณาทงปกครองของประเทศไทย คือสัตตภูณาทงปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองควรมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญดังนี้

1) คู่สัตตภูณา โดยคู่สัตตภูณาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่ “ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

2) ลักษณะของสัตตภูณา เป็นสัตตภูณาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง โดยที่นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัตตภูณาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน

นอกจากนี้การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง ดังตัวอย่างกรณีบันทึกความตกลงเรื่องการมอบอำนาจตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ระหว่างกระทรวงคมนาคมกับกระทรวงกลาโหมมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดการบริการสาธารณะเป็นอีกแง่มุมหนึ่งของสัญญาทางปกครอง

เมื่อพิจารณาสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสเห็นได้ว่ามีที่มาจาก 2 แหล่งใหญ่ๆคือตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ เรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด และจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลหรือเรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

สัญญาทางปกครอง โดยกฎหมายกำหนดนั้นมีอยู่ใน 2 ลักษณะคือบางกรณีกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือ เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่ส่วนใหญ่กฎหมายจะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญานั้นๆ ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมซึ่งก็เป็นที่น่าเข้าใจกันได้เองว่าให้นำระบบกฎหมายปกครอง หรือ ระบบกฎหมายเอกชนแล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญานั้น

ส่วนสัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้นมีกฎเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าว แยกออกเป็น 3 กรณี โดยใช้คุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งดังนี้ กรณีที่ 1 กรณีสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกันมีหลักว่าสัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนนั้นตามปกติย่อมใช้วิธีในการจัดการทางมหาชน กรณีที่ 2 กรณีสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชนมีหลักว่าสัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ได้ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นประกอบด้วย กล่าวคือ จะเป็นสัญญาทางปกครองเมื่อสัญญาดังกล่าวเป็นนิติกรรมในทางบริหารจัดการแบบมหาชน มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ มีข้อกำหนดหรือต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์พิเศษที่กฎหมายกำหนด และกรณีที่ 3 กรณีสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกันมีหลักว่าสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกันนั้นไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง มีข้อยกเว้นอยู่ว่าสัญญาที่ทำกันระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน

เมื่อพิจารณาสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันเห็นได้ว่าระบบกฎหมายเยอรมันถือสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งเคียงคู่ไปกับ

รูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทอื่นๆ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายปกครอง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึง มาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยตราบเท่าที่มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้มาตรา 62 ยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตของการใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 1976 โดยให้คำจำกัดความของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาทางปกครองได้แก่สัญญาที่มีผลเป็นการ ก่อเปลี่ยนแปลง หรือ ระงับ ไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึง “คู่สัญญา” และเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา” ไว้

ในเรื่องรูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่คู่สัญญาแบ่งเป็น สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันซึ่งส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยตนเอง เช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นกับการบำรุงรักษาลำน้ำบริเวณรอยต่อของเขตการปกครองตนเอง สัญญาทางปกครองที่ โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปทางมหาชนฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชนแต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้วกฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริงๆ

ในเรื่องรูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาแบ่งเป็น สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน โดยการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง ต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้วและต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง สัญญาฉบับข้อพิพาททางปกครอง ใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครอง และเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริง หรือ

ข้อกฎหมาย ซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครองและข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอน อีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้น หรือ การพิสูจน์ข้อเท็จจริง หรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นจะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือ เอกชน อาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้จึงมีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความนั่นเอง

นอกเหนือจากรูปแบบดังกล่าวแล้วยังมีสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่นที่มีได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น เช่น สัญญาทางปกครองที่ก่อให้เกิดเพียงสิทธิเรียกร้อง หน้าที่หรือสัญญาทางปกครองที่มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่โดยตรง เป็นต้น ในเรื่องของรูปแบบสัญญาทางปกครองนี้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยละเอียดแต่ตั้งใจปล่อยไว้ให้เป็นเรื่องของฝ่ายตุลาการและฝ่ายศาลในการพัฒนารูปแบบสัญญาทางปกครองต่างๆ ต่อไป ส่วนในการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองนั้นฝ่ายตุลาการของเยอรมันถือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ครบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ แต่ถ้าเมื่อใดก็ตามกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจใช้วิธีการทางสัญญาในเรื่องดังกล่าวได้ มิฉะนั้นแล้วถือว่าสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ ส่วนในเรื่องการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญานั้นคอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งมีความหมายว่า ฝ่ายปกครองและเอกชนไม่อาจตกลงยินยอมกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้ขัดต่อกฎหมายได้

ส่วนในสหรัฐอเมริกาไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เด่นชัด และจำแนกเป็นสัญญาต่างหากดังเช่น *contracts administratifs* ในประเทศฝรั่งเศส แต่หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดทั่วไปที่ว่าสัญญาทางปกครองนั้นต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองและต้องมีเนื้อหาสาระของสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งคือ มีวัตถุประสงค์สัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ หรือมีข้อกำหนดให้สิทธิพิเศษอย่างมากแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งแล้ว สัญญาหรือการกระทำ โดยรัฐ หรือ โดยผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐกับเอกชนในสหรัฐอเมริกามีลักษณะใกล้เคียงกับลักษณะของสัญญาทางปกครองดังกล่าวข้างต้นอาจแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทที่ 1 สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง โดยการจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐนั้นอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของสหรัฐ (The Federal Acquisition Regulation หรือที่เรียกโดยย่อว่า "FAR") ในขณะที่เวียนบรรดามลรัฐ และองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นส่วนใหญ่จะออกระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของตนโดยอาศัยกฎหมายของสหรัฐหรือ FAR เป็นต้นแบบ

ประเภทที่ 2 การให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public Utilities) โดยในสหรัฐอเมริกาบริการสาธารณะถือเป็นธุรกิจอย่างหนึ่งซึ่งเอกชนมีสิทธิดำเนินการได้ภายใต้การควบคุมของรัฐ การควบคุมบริการสาธารณะในมลรัฐจะกระทำโดยคณะกรรมการควบคุมของมลรัฐ (State Regulatory Commissions) ซึ่งแบ่งออกตามประเภทของบริการสาธารณะ เช่น โทรศัพท์และโทรเลข ไฟฟ้า ก๊าซ และน้ำประปา เป็นต้น การควบคุมในระดับสหรัฐกระทำโดยคณะกรรมการควบคุมของสหรัฐ (Federal Regulation Commissions) ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการควบคุมระดับมลรัฐหรือสหรัฐ องค์กรเหล่านี้ล้วนเป็นองค์กรอิสระไม่ขึ้นอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร หรือ ตุลาการ

กล่าวได้ว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ไม่มีกรแยกประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองได้แก่ หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา หลักคำเสนอคำสนอง หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้แก่ศาลยุติธรรมธรรมดาทั่วไปไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองเป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีประโยชน์ของส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองก็จะนำหลักการว่าด้วยสัญญาทางปกครองรวมถึงอำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองที่ปรากฏจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลที่ผ่านๆ มาเป็นแนวทางในการนำมาปรับใช้แก่กรณีในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็น การตรากฎหมาย นำมาประมวลไว้หรือการออกระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง และการร่างสัญญา มาตรฐานของฝ่ายปกครองขึ้นเพื่อความสะดวกแก่การอ้างอิงเพื่อให้เกิดความชัดเจน แน่นอน โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้และเป็นแนวปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานต่างๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐและประโยชน์ส่วนรวม รวมทั้งเป็นหลักเกณฑ์ที่เอกชนคู่สัญญาใช้เป็นแนวทางในการศึกษาทำความเข้าใจ และยอมรับในการที่จะตกลงยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองในการเข้าทำสัญญาการปฏิบัติตามสัญญา อย่างไรก็ตามในสหรัฐอเมริกานั้นจะต้องมีการระบุหลักเกณฑ์พิเศษดังกล่าวข้างต้นไว้ในสัญญาปกครองที่ทำกับเอกชนคู่สัญญานั้นฝ่ายปกครองจะไม่มีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาในการที่จะบังคับใช้เรื่องสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้แม้ว่าจะเป็นการเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม กล่าวคือการยอมรับเอกสิทธิ์พิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการต่างๆ ไว้ในสัญญาเท่านั้นและหากมิได้มีการบัญญัติให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครองไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวแล้วฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจยกเอาเอกสิทธิ์ใดๆ ขึ้นมากล่าวอ้างได้

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย คือ สัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองควรมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง โดยที่นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชน ดังนั้นค่านิยมของสัญญาทางปกครองควรเป็นว่า “สัญญาทางปกครองหมายถึงข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐให้อีกฝ่ายหนึ่งจัดทำบริการสาธารณะ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หมายความว่า รวมถึงข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดการบริการสาธารณะหรือจัดทำบริการสาธารณะร่วมกัน”

การขอให้ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแม้จะมีข้อดีเรื่องความยืดหยุ่นแต่อาจมีข้อเสียเรื่องทำให้การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เชิงซ้ำเห็นว่า ควรมีการตรากฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นพระราชบัญญัติอีกฉบับหนึ่งต่างหากจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยนำหลักที่ศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและ นักกฎหมายเห็นพ้องต้องกันมาบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมายดังกล่าว ในประเด็นค่านิยมของสัญญาทางปกครองผู้เขียนขอเสนอว่าค่านิยมของสัญญาทางปกครองในกฎหมายไทยควรเป็นว่า “สัญญาทางปกครองหมายถึงข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐให้อีกฝ่ายหนึ่งจัดทำบริการสาธารณะหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หมายความว่า รวมถึงข้อตกลงที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีลักษณะที่หน่วยงานทางปกครองหนึ่งมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองอีกแห่งหนึ่งควบคุมการจัดบริการสาธารณะหรือจัดทำบริการสาธารณะร่วมกัน”