

# บทความทางวิชาการ เรื่อง ลักษณะสัญญาทางปกครองไทย ตอนที่ ๑



จัดทำโดย  
นายอติวิชญ์ แสงสุวรรณ  
ตุลาคม ๒๕๖๗

กลุ่มงานกฎหมาย ๓  
สำนักกฎหมาย  
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร



## บทความวิชาการ

เรื่อง

ลักษณะสัญญาทางปกครองไทย ตอนที่ ๑

จัดทำโดย

นายอติวิชญ์ แสงสุวรรณ

ตำแหน่ง วิทยากร ระดับ เชี่ยวชาญ

กลุ่มงานกฎหมาย ๓ สำนักกฎหมาย  
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

ตุลาคม ๒๕๖๗

## คำนำ

บทความฉบับนี้จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา วิเคราะห์ และเผยแพร่ องค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองและสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยตามอำนาจและหน้าที่ของสำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร โดยผู้ศึกษาได้ดำเนินการศึกษาค้นคว้า แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสและต่างประเทศและการนำมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองไทย

ผู้ศึกษาหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ผลการศึกษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไทยในบทความฉบับนี้ จะเป็นประโยชน์สำหรับผู้สนใจศึกษาและเป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไทยให้มีความชัดเจน อันจะสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์แก่ส่วนรวม และให้ความเป็นธรรมกับเอกชนคู่สัญญาต่อไป

ผู้จัดทำ  
อติวิษญ์ แสงสุวรรณ

## บทสรุปผู้บริหาร

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหลายโครงการมีมูลค่าสูง บางโครงการรัฐต้องชดใช้สำหรับความเสียหาย หรือ บางโครงการเป็นที่นโยบายที่รัฐจะดำเนินการในอนาคต อย่างไรก็ตาม ด้วยนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน จะมีความแตกต่างจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนที่ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง หรือแตกต่างจากนิติสัมพันธ์ตามสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสมัครใจเข้าทำสัญญานบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค ประกอบกับความไม่ชัดเจนของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนเฉพาะคำนิยามโดยฝ่ายนิติบัญญัติและผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์ให้ศาลเป็นผู้กำหนดเกณฑ์การวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญา การพิจารณาปัญหาข้อพิพาทหรือโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ด้วยความไม่ชัดเจนของสัญญาทางปกครองไทยโดยเฉพาะสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานทางปกครองในฐานะซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน สถานะทางกฎหมายและผลของการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องของการทำสัญญาตามกฎหมาย ระเบียบและกฎหมายของฝ่ายปกครอง หลักเกณฑ์การใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ทั้งในแง่ของการแก้ไข สัญญาและการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเกี่ยวกับการโอนโอนกฎหมายแพ่งมาใช้ได้มากน้อยเพียงใด ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองซึ่งขาดเกณฑ์ที่แน่นอนและการถกเถียงในเชิงวิชาการว่าที่สุดแล้วในระบบกฎหมายไทยนั้นสาเหตุเงื่อนไขแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองนั้นรวมถึงกรณีใดบ้าง ยังไม่รวมถึงปัญหาการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเลือกอย่างอนุญาโตตุลาการซึ่งจะทำให้ปัญหาสัญญาทางปกครองมีความยุ่งยากซับซ้อนมากยิ่งขึ้น

จากผลการศึกษา พบว่า สัญญาทางปกครองไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายปกครองและหลักสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสค่อนข้างมาก โดยพิจารณาได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คำนิยามลักษณะสัญญาทางปกครองไทยตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และคำอธิบายเพิ่มเติมหรือขยายความสัญญาทางปกครองตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดในการประชุมครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ เมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๔ โดยกำหนดให้สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐและเป็นสัญญาที่กฎหมายบัญญัติ ประกอบด้วย สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่ให้สิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาที่ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และเป็นสัญญาโดยสภาพหรือสัญญาที่มีเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ประกอบแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ได้นำหลักทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญ คือ ประโยชน์สาธารณะตามทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชนโดยนำมาปรับใช้ในการพิจารณาปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอย่างไรดี ด้วยการนำแนวคิด หลักกฎหมายปกครองและสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสและของต่างประเทศ จำเป็นต้องปรับใช้ให้ตามระบบกฎหมายไทย อีกทั้ง ด้วยระบบการบริหารส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐ รวมถึงข้อเท็จจริงของประเด็นปัญหาข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งจะมีความซับซ้อนแตกต่างกันในรายละเอียด ดังนั้น การศึกษา วิเคราะห์ เปรียบเทียบและจัดทำเป็นองค์ความรู้เกี่ยวกับลักษณะสัญญาทางปกครองไทย จึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการพัฒนากฎหมายปกครองและหลักสัญญาทางปกครองไทย ทั้งนี้ เพื่อพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไทยให้มีความชัดเจน สร้างสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์แก่ส่วนรวม และให้ความเป็นธรรมกับเอกชนคู่สัญญาต่อไป

# สารบัญ

	หน้า
คำนำ	ก
บทสรุปสำหรับผู้บริหาร	ข
สารบัญ	ง
ความเป็นมาและความสำคัญ	๑
แนวคิดการแบ่งแยกประเภทกฎหมายเป็นกฎหมายมหาชนและ กฎหมายเอกชน	๓
แนวคิดและหลักสัญญาทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส	๘
พัฒนาการสัญญาทางปกครองไทย	๑๕
ลักษณะสัญญาทางปกครองไทย	๒๔
สรุป	๓๙
บรรณานุกรม	

## ลักษณะสัญญาทางปกครองไทย ตอนที่ ๑\*

นายอติวิชัย แสงสุวรรณ  
กลุ่มงานกฎหมาย ๓ สำนักกฎหมาย

### ความเป็นมาและความสำคัญ

สัญญาคือนิติกรรมหลายฝ่ายซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป แต่ละฝ่ายอาจจะเป็นบุคคลคนเดียว หรือหลายคนรวมเป็นฝ่ายเดียวกันได้ ซึ่งได้ตกลงยินยอมก่อให้เกิดหนี้ขึ้น อาจเป็นหนี้ให้กระทำการงดเว้นกระทำการใด ๆ ก็ได้ ฉะนั้น สัญญาจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยสองคนส่วนจะมากเกินกว่าสองคนไปเท่าใดนั้น กฎหมายไม่จำกัดและการจะผูกพันเป็นสัญญาได้ จะต้องมีการแสดงเจตนาอันเป็นคำเสนอ คำสนองของทั้งสองฝ่ายถูกต้องตรงกัน<sup>๑</sup> ส่วนสัญญาของรัฐ (government contract) เป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐกับภาคเอกชน คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคล คู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีฐานะเท่าเทียมกัน โดยหน่วยงานของรัฐ ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายของคู่สัญญากรณีที่ต้องมีความผูกพันและรับผิดชอบต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน<sup>๒</sup> อันจำแนกออกเป็น ๔ ประเภท<sup>๓</sup> คือ ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน และหน่วยงานของรัฐ ประเภทองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็เป็นความหมายที่สอดคล้องใกล้เคียงกับนิยามคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ในมาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งกำหนดให้

“หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง”

สัญญาของรัฐที่ทำโดยนิติบุคคลมหาชน อาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองก็ได้โดยยังไม่มีกำหนดนิยามไว้ในกฎหมายเป็นการทั่วไปว่า สัญญาของรัฐ

\*ความเห็นในรายงานฉบับนี้เป็นความเห็นส่วนตัว สำนักกฎหมายและสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยเสมอไป

<sup>๑</sup> ไซยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ๒๕๒๗), ๘๗-๘๘.

<sup>๒</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๔/๒๕๔๐ วินิจฉัยว่า รัฐไม่เป็นนิติบุคคลเพราะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้นการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน จึงให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เป็นนิติบุคคลเป็นคู่สัญญาแทนรัฐ แตกต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่รัฐได้แก่ รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์กรมหาชน ดู ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาของทางราชการ: กฎหมายเปรียบเทียบ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๓), ๑๐๓.

<sup>๓</sup> จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สัญญาของรัฐ, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, ๒๕๕๔), ๙.

ที่ให้เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งจะต้องมีลักษณะอย่างไร กรณีจึงต้องพิจารณาตามที่กำหนดไว้ในบทกฎหมายเฉพาะหรือตามหลักเกณฑ์ที่องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้กำหนดไว้ในการวินิจฉัยคดีที่สำคัญ โดยกมลชัย รัตนสกววงศ์<sup>๔</sup> เห็นว่า สัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีพื้นฐานนิติสัมพันธ์ในขอบเขตกฎหมายมหาชนสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะต้องเกิดจากกฎหมายมหาชนมิใช่กฎหมายแพ่งซึ่งกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่าเป็นการดำเนินกิจกรรมสาธารณะ (service public) โดยใช้เกณฑ์การพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินกิจกรรมสาธารณะโดยตรงหรือไม่ ส่วนกฎหมายปกครองเยอรมันพิจารณาจากเกณฑ์พื้นฐานนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาอยู่ในขอบเขตกฎหมายมหาชนที่เรียกว่า สัญญาตามกฎหมายมหาชน (der oeffentlichrechtliche vertrag) โดยนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญานั้นอยู่ในขอบเขตกฎหมายมหาชนที่ให้อำนาจหรือได้มอบหมายให้ทำสัญญาทางปกครองได้หรือไม่

อย่างไรก็ดี ด้วยลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย กฎหมายมิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร โดยฝ่ายนิติบัญญัติและผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า ด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนี้มีวงเขตต์กว้างขวาง การจัดทำบริการสาธารณะโดยอาศัยรูปแบบของการทำสัญญาทางปกครองเป็นปรากฏการณ์ตามยุคสมัยและจะมีสัญญาทางปกครองเกิดเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ตามความต้องการของประชาชนและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ประกอบด้วยตัวบทกฎหมายมากมาย ทั้งเป็นกฎหมายที่ต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขอยู่เสมอเพื่อให้เหมาะสมแก่ความจำเป็นแห่งกาลสมัย ฉะนั้นจึงเป็นการยากที่จะจัดทำประมวลกฎหมายปกครองขึ้นอย่างเดียวกับกฎหมายแขนงอื่น ๆ จึงมีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายตุลาการโดยศาลปกครองสร้างและพัฒนาหลักเกณฑ์ในการพิจารณานอกเหนือไปจากสัญญา ๔ ประเภทที่มีได้ระบุไว้ในมาตรา ๓ ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ดังคำนิยามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ กฎหมายให้บัญญัติสัญญาทางปกครองประกอบด้วย สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนด และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ คือ คำนิยามของสัญญาทางปกครองกฎหมาย มิได้ใช้คำว่า “หมายความว่า” แต่ใช้คำว่า “หมายความรวมถึง”<sup>๕</sup> ดังนั้น สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย จึงไม่มีอยู่แต่เพียงที่ระบุไว้ในคำนิยามเท่านั้น ยังมีสัญญาทางปกครองโดยสภาพที่ศาลปกครองจะกำหนดเพิ่มเติมโดยใช้แนวทางของศาลปกครองฝรั่งเศสที่มีพัฒนาการมานานมากกว่าหนึ่งร้อยปี<sup>๖</sup> อีกทั้ง ด้วยปัจจุบันและต่อไปในอนาคตหน่วยงาน

<sup>๔</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาบังคับใช้ในประเทศไทยในภาพรวม,” *วารสารกฎหมายปกครอง* ๑๗, ฉ. ๓ (ธันวาคม ๒๕๔๑): ๑๖-๑๗.

<sup>๕</sup> “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

<sup>๖</sup> โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” *วารสารวิชาการปกครอง* ๔, ฉ. ๑ (มกราคม-เมษายน ๒๕๔๗): ๒๑-๗๗.

ทางปกครองจะใช้วิธีการมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐโดยใช้รูปแบบของสัญญา ส่วนหน่วยงานทางปกครองจะมีอำนาจและหน้าที่กำกับ ควบคุมและติดตามตามข้อกำหนดในสัญญา

ปัจจุบันปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น บางโครงการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ภาครัฐโดยรัฐต้องรับภาระค่าใช้จ่ายเสียหาย<sup>๗</sup> หรือบางโครงการเป็นปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หน่วยงานทางปกครองแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการเพิ่มขึ้นได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจึงฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้ยกเลิกมติรัฐมนตรีที่อนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา<sup>๘</sup> หรือ กรณีหน่วยงานทางปกครองบอกเลิกสัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐโดยมิได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญา ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ต่อมาเมื่อคดีถึงที่สุดและศาลปกครองมีคำพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้ค่าเสียหาย<sup>๙</sup> ประกอบกับปัจจุบันรัฐบาลมีนโยบายค่ารถไฟฟ้า ๒๐ บาท ซึ่งอาจมีผลต่อโครงการรถไฟฟ้าตามสัญญาเดิมและหน่วยงานทางปกครองจำเป็นต้องเจรจากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำหรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา โดยรัฐอาจชดเชยสำหรับความเสียหายเป็นจำนวนเงินหรือด้วยวิธีขยายอายุสัญญา โดยนโยบายหรือโครงการเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์เหนือเอกชนในลักษณะสัญญาทางปกครองยังจะเกิดขึ้นอีกมากในอนาคตของการจัดทำบริการสาธารณะที่เปลี่ยนแปลงไปและรัฐต้องจัดบริการสาธารณะให้กับประชาชนทุกคนด้วยความเสมอภาคและอย่างต่อเนือง ด้วยเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าว ประกอบสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยมิได้กำหนดเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนและมักเกิดคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จำเป็นต้องศึกษาลักษณะสัญญาทางปกครองไทยตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง อันจะเป็นการพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไทยให้มีความชัดเจนต่อไป

## แนวคิดการแบ่งแยกประเภทกฎหมายเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะพิเศษแยกต่างหากจากกฎหมายแพ่งเพราะเหตุว่ากฎหมายปกครองวางหลักเกี่ยวแก่วิธีดำเนินบริการสาธารณะ ซึ่งหน่วยงานทางปกครองหรือหน่วยงานของรัฐฝ่ายต่าง ๆ เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนี้ย่อมมีลักษณะผิดกับกิจการของเอกชนมากในการก่อตั้งและวิธีดำเนินการ ตลอดจนหลักกฎหมายที่ใช้บังคับ เพราะฉะนั้น

<sup>๗</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๗๒๕/๒๕๖๗ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกรณีโต้แย้งในสัญญาโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว

<sup>๘</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๘๕/๒๕๖๖ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกรณีโต้แย้งในสัญญาโครงการทางยกระดับดอนเมือง

<sup>๙</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ.๑๑/๒๕๖๖ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกรณีการยกเลิกสัญญาจ้างผู้ว่าการรถไฟแห่งประเทศไทย

กฎหมายเอกชนซึ่งวางหลักในเรื่องความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนด้วยกันเอง เช่น กฎหมายแพ่ง จึงไม่อาจใช้บังคับแก่บริการสาธารณะซึ่งฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำได้อย่างเหมาะสม เพราะกิจการของเอกชนมีลักษณะและวัตถุประสงค์ที่ผิดกับบริการสาธารณะมาก ด้วยลักษณะความเกี่ยวพันดังกล่าว จึงจำเป็นต้องมีหลักขึ้นเป็นพิเศษอันเป็นหลักของกฎหมายปกครองซึ่งกำหนดขึ้นให้เหมาะสมแก่ความจำเป็นและลักษณะพิเศษของบริการสาธารณะ โดยกฎหมายปกครองจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องแก่เอกสิทธิ์ของหน่วยงานฝ่ายปกครองในใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่วางหลักความเกี่ยวพันแก่บุคคลที่อยู่ใต้บังคับไม่เสมอภาคกัน เอกชนที่มีอำนาจเท่าเทียมกับฝ่ายปกครองไม่ การที่ให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครองนั้น เนื่องจากบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำนั้น ทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นส่วนรวม หาใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวอย่างกิจการของเอกชนไม่<sup>๑๐</sup>

อย่างไรก็ดี ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลนั้น ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจด้วยกันอยู่ ๒ วิธี<sup>๑๑</sup> คือ วิธีที่แรก ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวด้วยการออกกฎ ออกคำสั่ง หรือปฏิบัติการต่าง ๆ อันเป็นการใช้อำนาจมหาชนให้เอกชนต้องยอมปฏิบัติตาม เช่น ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในกรณีนี้เป็นนิติสัมพันธ์บนฐานของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวกันว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองยอมไม่มีอำนาจผูกนิติสัมพันธ์ดังกล่าวได้” และอีกวิธีการหนึ่ง ฝ่ายปกครองจะใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ การเลือกใช้วิธีการดังกล่าวฝ่ายปกครองอาจเห็นว่ากิจกรรมหลายลักษณะหลายประเภทนั้นไม่เหมาะสมที่จะใช้วิธีการบังคับหรือไม่มีกฎหมายให้บังคับเอาฝ่ายเดียว จึงต้องใช้รูปแบบของสัญญาแทนเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ จึงเป็นนิติสัมพันธ์บนฐานของสัญญา นอกจากนี้ การนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไปใช้กับกระบวนการทำสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ<sup>๑๒</sup> กระบวนการทำสัญญาทางปกครองก็เป็นการกระทำการทางปกครองรูปแบบหนึ่งซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ และการนำมาตราต่าง ๆ ในการขจัดปัญหาการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นแนวคิดทฤษฎีที่ยอมรับเป็นการทั่วไป กฎหมายปกครองเยอรมันจึงได้นำเอาเรื่องสัญญาทางปกครองไปบัญญัติรวมไว้กับนิติกรรมทางปกครองและวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ด้วยลักษณะการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยใช้สัญญาเป็นเครื่องมือมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐให้บรรลุผลนั้นจะมีลักษณะเฉพาะในบางประการตามแนวคิด

<sup>๑๐</sup> ประยูร กาญจนดุล, “คำอธิบายกฎหมายปกครอง,” หอสมุดมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (สืบค้นเมื่อวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๖๗). [https://digital.library.tu.ac.th/tu\\_dc/frontend/Info/item/dc:172782](https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:172782)

<sup>๑๑</sup> โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” *วารสารวิชาการปกครอง* ๔, ฉ. ๑ (มกราคม-เมษายน ๒๕๔๗): ๒๑-๗๗.

<sup>๑๒</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาบังคับใช้ในประเทศไทยในภาพรวม,” *วารสารกฎหมายปกครอง* ๑๗, ฉ. ๓ (ธันวาคม ๒๕๔๑): ๓๖.

ของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือซีวิลลอว์ (civil law) ประกอบกับประเทศไทยนับตั้งแต่การปฏิรูประบบบริหารราชการแผ่นดินใหม่ในยุคนสมัยรัชกาลที่ ๕ ทรงออกกฎหมายเป็นเครื่องมือในการปฏิรูปได้อย่างรวดเร็ว เช่น การสร้างรัฐชาติและการสถาปนารัฐสมัยใหม่ โดยการตั้งกระทรวงยุติธรรม ตั้งโรงเรียนกฎหมาย ทรงจัดให้มีการยกร่างกฎหมายขึ้นซึ่งในระบบกฎหมายของประเทศทางภาคพื้นยุโรปที่เรียกว่า ระบบประมวลกฎหมาย ทำให้ประเทศไทยมีการพัฒนาระบบกฎหมายให้ทันสมัยไปอีกก้าวหนึ่ง ระบบประมวลกฎหมายจากภาคพื้นยุโรปจึงมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทยจนถึงปัจจุบัน<sup>๑๓</sup> ดังนั้น เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ลักษณะสัญญาทางปกครองจำเป็นต้องเข้าใจการแบ่งแยกประเภทกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนซึ่งเป็นแนวคิดหลักของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย กล่าวคือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นตระกูลกฎหมายที่พัฒนามาจากกฎหมายโรมันซึ่งเริ่มก่อตัวในภาคพื้นยุโรปตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ ๑๒ ก่อนจะแพร่หลายไปทั่วโลกในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ และ ๒๐ ในการแบ่งแยกประเภทกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนนั้น เป็นหลักการสำคัญตามความเห็นของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายโรมันหรือประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น ฝรั่งเศส เยอรมนี ประเทศในภาคพื้นยุโรป รวมถึงประเทศไทยที่นิยมใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก ทั้งนี้ Arthur von Mehren และ James Gordley ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายเปรียบเทียบที่มีชื่อเสียงได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับองค์ประกอบของการเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ไว้ว่า<sup>๑๔</sup>

“เพื่อประโยชน์ในทางกฎหมายเปรียบเทียบ ระบบกฎหมายของตะวันตกมักจะถูกแบ่งออกเป็น ๒ กลุ่ม กลุ่มแรก คือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งจะเห็นได้จากระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมัน และกลุ่มที่สอง คือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งพัฒนาในอังกฤษ มีข้อแตกต่างที่สำคัญสองประการในการแบ่งแยกกฎหมายสองกลุ่มนี้ ข้อแตกต่างประการแรก ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ กฎหมายเอกชนส่วนใหญ่ได้รับการรวบรวมและจัดหมวดหมู่ในรูปแบบประมวลกฎหมาย การจัดทำประมวลกฎหมายไม่ใช่ลักษณะเด่นของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ข้อแตกต่างประการที่สอง คือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้รับอิทธิพลอย่างมากและอย่างหลากหลายจากกฎหมายโรมัน ในขณะที่อิทธิพลของกฎหมายโรมันในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีน้อยกว่ามากและกฎหมายโรมันไม่ได้เข้ามามีอิทธิพลอย่างกว้างขวางเหมือนอย่างในยุโรป อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างทั้งสองประการนี้ไม่ควรจะถูกใช้เพื่อปิดบังข้อเท็จจริงที่ว่าทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ต่างก็มีลักษณะร่วมกันบางประการ ทั้งสองระบบเป็นพัฒนาการภายใต้วัฒนธรรมของยุโรปตะวันตกซึ่งมีคุณค่าหลายอย่างร่วมกัน ทั้งสองระบบเป็นผลผลิตของอารยธรรมตะวันตก”

<sup>๑๓</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, “แนวคิดพื้นฐานของกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง” (เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตร กฎหมายปกครองสำหรับผู้บริหาร ณ โรงแรม ทีเค. พาเลซ แอนด์ คอนเวนชัน ถ.แจ้งวัฒนะ กรุงเทพฯ จัดโดย มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, ๑๙ สิงหาคม ๒๕๖๗)

<sup>๑๔</sup> มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พิมพ์ครั้งที่ ๔ (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๖๔), ๓๙-๔๐.

ประยูร กาญจนกุล เห็นว่า การแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนก็ด้วยเหตุผล ๓ ประการ<sup>๑๕</sup> คือ (๑) กฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน คือกฎหมายเอกชนมีวัตถุประสงค์ในการวางระเบียบบังคับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน กฎหมายมหาชนมีวัตถุประสงค์ในการวางระเบียบบังคับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐซึ่งเป็นผู้ปกครองกับเอกชนซึ่งเป็นผู้ใต้การปกครอง (๒) กฎหมายมหาชนอาจแยกออกจากกฎหมายเอกชนได้อย่างเต็มที่โดยไม่มีข้อขัดข้องอันใด เพราะมีหลักเกณฑ์ครบถ้วนในตัวเอง ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระต่อกันของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการและไม่ต้องก้าวท้าวซึ่งกันและกันในการปฏิบัติหน้าที่ (๓) การแบ่งแยกประเภทกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน มีผลต่างกันเกี่ยวกับการใช้สิทธิกฎหมายเอกชนโดยมีหลักอยู่ว่า บุคคลย่อมไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามสิทธิได้ด้วยผลการตนเอง ฉะนั้นเมื่อเกิดข้อขัดแย้งกันจะต้องไปฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้ศาลบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ แต่ในทางกฎหมายมหาชนมิได้เป็นไปตามดังที่กล่าวมานี้เสมอไปไม่ ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะบังคับเอกชนให้ปฏิบัติตามคำสั่งได้โดยไม่ต้องฟ้องศาลก่อน เช่น ตำรวจอาจใช้กำลังบังคับเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นต้น จากหลักสำคัญทั้ง ๓ ประการ ประกอบกฎหมายปกครองเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน โดยกฎหมายมหาชนนั้นเป็นกฎหมายที่รวบรวมกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจ หรือระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนกับเอกชน ในขณะที่กฎหมายเอกชนนั้นเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยกฎหมายมหาชนนั้นใช้บังคับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนฝ่ายหนึ่งกับรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งทั้งสองฝ่ายมีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน เนื่องจากเอกชนดูแลรักษาประโยชน์ส่วนตัว ส่วนรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะ หรือผู้ประโยชน์ส่วนรวม ส่วนกฎหมายเอกชนจะใช้หลักความเสมอภาคและความยินยอมของแต่ละฝ่ายในการผูกนิติสัมพันธ์กัน หากมีข้อพิพาทขึ้นต่อศาลก็จะใช้วิธีพิจารณาความซึ่งเคารพหลักความเสมอภาคโดยใช้ระบบกล่าวหา<sup>๑๖</sup>

อย่างไรก็ดี ด้วยกฎหมายแต่ละฉบับจะไม่สามารถบ่งบอกชัดเจนได้ว่า กฎหมายฉบับนั้นเป็นกฎหมายที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนก็ตาม เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวแทบทั้งหมดกำหนดเรื่องความสัมพันธ์หรือสถานะระหว่างบุคคลอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน ถือเป็นกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่บทบัญญัติที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บางบทบัญญัติหรือบางมาตราก็ได้แสดงถึงลักษณะของกฎหมายมหาชนไว้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ แม้ระบบกฎหมายไทยจะพัฒนาตามแนวกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ ใช้ระบบประมวลกฎหมายรวบรวมกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้ในฉบับเดียวกัน

<sup>๑๕</sup> ประยูร กาญจนกุล, “กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ,” หอสมุดมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (สืบค้นเมื่อวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๖๓). [https://digital.library.tu.ac.th/tu\\_dc/frontend/Info/item/dc:172782](https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:172782)

<sup>๑๖</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาของทางราชการ: กฎหมายเปรียบเทียบ, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, ๒๕๖๓), ๒๒-๒๓.

และจัดหมวดหมู่ให้เป็นระบบและระบบกฎหมายไทยจะถือเอากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดที่สำคัญที่สุดและเป็นบ่อเกิดแรกที่ศาลไทยจะต้องปรับใช้ในการตัดสินคดีก่อนบ่อเกิดประเภทอื่น<sup>๑๗</sup> โดยได้บัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในมาตรา ๔<sup>๑๘</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย พบว่า สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยยังขาดความชัดเจนหรือไม่มีจุดระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน<sup>๑๙</sup> อีกทั้ง ในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยนั้น จะเห็นได้ว่าแม้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ขึ้นใช้บังคับแล้ว และกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตกอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาของศาลปกครองแล้วก็ตาม แต่ในกฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองในเรื่องหลักเกณฑ์ทางกฎหมายตลอดทั้งสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองเอาไว้ ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องเหมาะสมที่จะประกอบขึ้นเป็นระบบกฎหมายสำหรับสัญญาทางปกครอง จึงต้องตกเป็นภาระของศาลปกครองสูงสุดที่จะใช้อำนาจตามที่มีอยู่ในฐานะองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดสูงสุด โดยโกติน พลกุล ได้ข้อสรุปในเชิงเปรียบเทียบที่กระชับและชัดเจนเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไทย ว่า<sup>๒๐</sup>

“เมื่อเปรียบเทียบเรื่องสัญญาทางปกครองระหว่างฝรั่งเศส เยอรมัน และไทยแล้ว จะเห็นว่าฝรั่งเศสนั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการวางหลักโดยคำพิพากษาของศาลปกครองตั้งแต่ว่าสัญญาประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง และเมื่อเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ผลของสัญญาเป็นอย่างไรของเยอรมันเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายกำหนดทั้งระบบ ส่วนของไทยนั้น กฎหมายกำหนดแต่เพียงชื่อของสัญญาทางปกครองประเภท

นอกเหนือจากนั้นเป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะกำหนดและวางหลักในเรื่องผลของสัญญาทางปกครองทั้งหมดต่อไป”

<sup>๑๗</sup> มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พิมพ์ครั้งที่ ๔ (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๖๔), ๔๗-๔๘.

<sup>๑๘</sup> มาตรา ๔ กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

<sup>๑๙</sup> สิริวิชญ์ ทิวะกุล, “สัญญาทางปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๙), ๓๐๔-๓๐๕.

<sup>๒๐</sup> สุรพล นิตไกรพจน์, สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕), ๑๕๙-๑๖๑.

ความไม่ชัดเจนของสัญญาทางปกครองตามความเห็นดังกล่าว สอดคล้องกับ กมลชัย รัตนสกววงศ์ ซึ่งเห็นว่า<sup>๒๑</sup> สัญญาที่บ่งลักษณะการใช้สิทธิตามกฎหมายมหาชน ไม่ว่าจะเป็นการบัญญัติให้อำนาจในการทำสัญญาทางปกครองเฉพาะเจาะจงหรือบทบัญญัติให้อำนาจทั่วไปในการทำสัญญาทางปกครองและควรระบุให้ชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครองด้วย ไม่ควรปล่อยให้ศาลปรับใช้ตามข้อความในสัญญา เพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจเข้าใจว่าตนผูกพันกับฝ่ายปกครองในลักษณะสัญญาทางแพ่ง เมื่อระบุชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว หลักกฎหมายปกครองสารบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา การเลิกสัญญา และการบังคับตามสัญญาก็จะนำมาใช้ได้โดยไม่ต้องระบุไว้ในข้อสัญญาแต่อย่างใด ด้วยสภาพปัญหาและเหตุผลความจำเป็นดังกล่าว ประกอบกับด้วยข้อความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน อิทธิพลกฎหมายฝรั่งเศสที่มีต่อระบบกฎหมายไทยทั้งในแง่แนวคิด หลักกฎหมาย และนิติวิธี จึงจำเป็นต้องศึกษาหลักสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เพื่อนำมาปรับใช้และพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองไทย

## แนวคิดและหลักสัญญาทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายและมีการพัฒนาระบบกฎหมายมหาชนแยกออกจากระบบกฎหมายเอกชนอย่างชัดเจน และยังแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง<sup>๒๒</sup> กล่าวคือ ตามหลักกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศส แนวคิดและหลักกฎหมายต่าง ๆ มักจะมาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองกับหลักทางทฤษฎีกฎหมายที่ฝ่ายวิชาการสร้างขึ้น โดยมีข้อความคิดหลักทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญ คือ ประโยชน์สาธารณะตามทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน ทั้งนี้ ข้อความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส ถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส กล่าวคือ ในทางทฤษฎีทางด้านกฎหมายปกครองไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) ทฤษฎีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง (contrat administratif) ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (responsabilité de la puissance publique) ทฤษฎีโยธาสาธารณะ (travaux publics) ทฤษฎีว่าด้วยสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (domaine public) ต่างก็มีเรื่องของการบริการสาธารณะแทรกอยู่ทั้งสิ้น<sup>๒๓</sup> นอกจากนี้ ด้วยประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมเป็น

<sup>๒๑</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาบังคับใช้ในประเทศไทยในภาพรวม,” *วารสารกฎหมายปกครอง*, ๑๗, ฉ. ๓, (ธันวาคม ๒๕๔๑): ๑๘.

<sup>๒๒</sup> โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, ๔ ฉ. ๑, (มกราคม-เมษายน ๒๕๔๗): ๓๖-๔๔.

<sup>๒๓</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๖๐), ๑๙.

เป้าหมายหลักของสังคม<sup>๒๔</sup> ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของที่จะคอยดูแลรักษาอย่างแท้จริง จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคม หากปัจเจกชนไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมสละประโยชน์ส่วนตัว เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม รัฐจำเป็นต้องเป็นองค์กรโดยใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนเข้าจัดการ บังคับ หรือดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะนั้นได้ โดยศาสตราจารย์ ริเวโร อธิบายว่า อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น เป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมและเอกชนหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ไม่ว่าจะจะเป็นบริการสาธารณะในด้านความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ ทั้งนี้ บริการสาธารณะฝ่ายปกครองจะดำเนินการเองหรือจัดตั้งองค์กรขึ้นมาดูแลหรืออาจมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทนรัฐ แต่การเลือกใช้วิธีการใดนั้นจะขึ้นอยู่กับเนื้อหาของบริการสาธารณะตามอำนาจและหน้าที่นั้น ๆ ของหน่วยงานของรัฐ อีกทั้งเมื่อเป็นบริการสาธารณะแล้วไม่ว่ารัฐจะดำเนินการในรูปแบบใดก็ตาม รัฐมีอำนาจและหน้าที่ต้องเข้าไปจัดการหรือควบคุมดูแลให้ดำเนินการเป็นไปด้วยดีและต้องอยู่ใต้หลักการทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะซึ่งเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะประกอบด้วยหลัก ๓ ประการ<sup>๒๕</sup> คือ (๑) หลักว่าด้วยความเสมอภาค (le principe de légalité) การจัดทำบริการสาธารณะเป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของทุกคน รัฐจะจัดทำบริการสาธารณะเพื่อมุ่งหมายประโยชน์ผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะมิได้ (๒) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (le principe de continuité) การบริการสาธารณะเป็นความจำเป็นสำหรับประชาชน หากหยุดชะงักลงด้วยเหตุผลใดเหตุผลหนึ่งประชาชนย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ (๓) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง (le principe d'adaptation หรือ le principe de mutabilité) บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องปรับปรุงให้ทันสมัยอยู่เสมอ หรือปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการหรือพลวัตการเปลี่ยนแปลงของความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้วย ดังนั้น ข้อความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะจึงถือเป็นทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่มีผลต่อหลักทางกฎหมายปกครองและมีผลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองโดยตรงของประเทศฝรั่งเศสซึ่งสร้างขึ้นจากคำพิพากษาของศาลปกครองหลักทางทฤษฎีกฎหมายที่ฝ่ายวิชาการสร้างขึ้น

ในการศึกษาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสในบทความฉบับนี้จะแยกผลการศึกษาออกเป็น ๒ ส่วน คือ ส่วนที่ ๑ หลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองอาจเป็นหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดหรือเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยศาล และส่วนที่ ๒ หลักสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

<sup>๒๔</sup> บุปผา อัครพิมาน, *สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*.

(กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๕), ๗-๑๑.

<sup>๒๕</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๖๐), ๔๓.

## ๑) หลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสจะมีหลักกฎหมายเป็นพิเศษแยกต่างหากจากสัญญาทางแพ่งเพราะเหตุว่าสัญญาทางปกครองนั้น รัฐใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินการเพื่อให้ภารกิจของตนบรรลุผลซึ่งภารกิจของรัฐนั้นก็คือ การบริการสาธารณะ ดังนั้น หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่าฝ่ายปกครองทำสัญญาขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงไม่ใช่หลักกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนบังคับ โดยศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้มีพัฒนามาจาก “สภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน” (The Council of State) หรือ “สภาแห่งรัฐ” (Conseil d’Etat) ที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๗๙๙ จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. ๑๗๙๙ โดยแนวคำวินิจฉัยและคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐและศาลปกครองสูงสุดมีผลต่อพัฒนาการกฎหมายปกครองและสัญญาทางปกครองจนถึงปัจจุบัน<sup>๒๖</sup> ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง จึงมีหลักในการวินิจฉัย สรุปได้ดังนี้

๑.๑) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ตามหลักสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส ถ้ามีกฎหมายใดกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองก็ต้องถือตามที่กฎหมายนั้นกำหนด หรืออาจกำหนดทางอ้อมโดยการให้นำคดีสัญญานั้นขึ้นสู่ศาลปกครองก็ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน ตัวอย่างสัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง<sup>๒๗</sup> ได้แก่ สัญญาโยธาสาธารณะ สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งกำหนดโดยกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ สัญญากู้ของรัฐ สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงอาหารของราชการทหาร สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะดี อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเพื่อแก้ปัญหาข้อยุ่งยากที่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งจะต้องฟ้องคดีให้ถูกศาล ประเทศฝรั่งเศสได้ออกประมวลกฎหมายพัสดุฉบับใหม่มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๗ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๑ โดยกำหนดให้สัญญาทุกสัญญาที่สร้างขึ้นตามประมวลกฎหมายพัสดุ (code des marchés publics : cmp) ดังกล่าว เป็นสัญญาทางปกครองทั้งหมด ดังนั้น หลักที่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองแล้วย่อมเป็นสัญญาทางปกครองจะมีที่ใช้น้อยลงอย่างมาก เพราะสัญญาของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่จะทำตามประมวลกฎหมายพัสดุ ซึ่งก็นับว่าเป็นความสะดวกในการแบ่งแยก

<sup>๒๖</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักพื้นฐานกฎหมายฝรั่งเศส*, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๕๑), ๑๗-๒๒.

<sup>๒๗</sup> โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, ๔ ฉ. ๑ (มกราคม-เมษายน ๒๕๔๗): ๓๖.

ระหว่างคดีปกครองกับคดีแพ่ง ปัจจุบันประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความพิพาท<sup>๒๘</sup> หลังมีการประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (code de la commande publique : ccp) ซึ่งประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐนี้ได้รวบรวมบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ การจำแนกกระหว่างการพัสดุ และสัญญาสัมปทาน การกำหนดวิธีการดำเนินการตามขั้นตอนของสัญญาซึ่งเริ่มตั้งแต่การจัดเตรียมการเพื่อก่อตั้งสัญญา การกำหนดให้ผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐต้องปฏิบัติ การระงับข้อพิพาทและการเยียวยาที่รวดเร็ว ทั้งนี้ เพื่อไม่ก่อให้เกิดคดีพิพาทและเพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดแย้งระหว่างคู่กรณีอีกด้วย

๑.๒) สัญญาทางปกครองที่เป็นสัญญาที่ไม่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมาย หากแต่เมื่อพิจารณาโดยสภาพและเนื้อหาของสาระของสัญญาจะมีความเกี่ยวพันโดยตรงกับประโยชน์สาธารณะ จึงถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ โดยพิจารณาจาก ๒ หลักเกณฑ์ คือ<sup>๒๙</sup>

๑.๒.๑) หลักเกณฑ์ทางองค์กรหรือหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับคู่สัญญา โดยแบ่งเป็น (๑) สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน (๒) สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลมหาชน และ (๓) สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นบุคคลเอกชนด้วยกันในลักษณะผู้ทำสัญญาได้รับการมอบอำนาจจากรัฐ

๑.๒.๒) หลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือเนื้อหาของสัญญา โดยแบ่งเป็น ๓ ประเภทย่อย คือ (๑) สัญญาก่อสร้างหรือการดำเนินงานบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือสัญญาที่เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (๒) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และ (๓) สัญญาที่ให้คู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

๑.๒.๓) หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา โดยแบ่งออกเป็น ๒ ประเภท (๑) สัญญาทางปกครองเพราะข้อสัญญามีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาเอกชน (๒) สัญญาทางปกครองโดยผลของระบบสัญญา

๑.๓) สัญญาแห่งของฝ่ายปกครอง ในการเข้าทำสัญญา ถ้ากฎหมายไม่บังคับให้ต้องทำเป็นสัญญาทางปกครอง และไม่มีลักษณะที่ให้ฝ่ายเอกชนต้องต้องเข้าทำบริการสาธารณะ หน่วยงานทางปกครองอาจลดฐานะและบทบาทของตนเองให้เท่าเทียมกับบุคคลทางแพ่งได้ การกระทำของหน่วยงานทางปกครองจึงอาจอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่งและอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรมได้

<sup>๒๘</sup> พัทธมา จิตรมหีมา, “พิเคราะห์สัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย และแนวคิดในการกำหนดให้มีการกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง” *วารสารกฎหมายปกครอง* ๓๔ ฉ. ๓, (สิงหาคม ๒๕๖๕): ๑๐-๑๑.

<sup>๒๙</sup> บุบผา อัครพิมาน, *สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*. (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๕๕), ๒๔-๔๔.

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจะต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม ตามกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาใดของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาทางแพ่งนั้น มีข้อพิจารณาดังนี้<sup>๓๐</sup>

๑.๓.๑) สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองอาจเกิดขึ้นจากการกำหนดของกฎหมาย (contrat prive par determination de la loi) ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสมีนิติวิธีในการบัญญัติหลักกฎหมายในเรื่องนี้สองประการ คือ (๑) มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่า การทำสัญญาบางประเภทของฝ่ายปกครองต้องทำเป็นสัญญาทางแพ่ง หรือ (๒) บางกรณีอาจเป็นการกำหนดโดยทางอ้อม เช่น อาศัยวิธีบัญญัติโดยกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองบางประเภทต้องฟ้องร้องบังคับคดีโดยศาลยุติธรรม

๑.๓.๒) สัญญาของฝ่ายปกครองใดที่ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง สัญญาใดของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาทางแพ่งนั้น ไม่อาจพิจารณาแต่เพียงสภาพของสัญญาเท่านั้น แต่กฎหมายฝรั่งเศสมีหลักในการพิจารณาโดยวิเคราะห์จาก (๑) ลักษณะของข้อตกลงในสัญญา และ (๒) ลักษณะของกิจการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการ

นอกจากนี้ ลักษณะของข้อตกลงในสัญญา เป็นการพิจารณาว่า สัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำขึ้นนั้นมีการให้ฝ่ายเอกชนดำเนินการสาธารณะโดยตรง หรือมีข้อความที่ไม่ค่อยพบในทางแพ่งหรือไม่ หากไม่ปรากฏข้อตกลงในลักษณะเช่นว่านี้ สัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

## ๒) ระบบสัญญาทางปกครอง

โดยพื้นฐานระบบสัญญาทางปกครองจะอยู่ภายใต้ระบบ เงื่อนไข และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการจัดทำสัญญา ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำสัญญา เช่นเดียวกับการทำสัญญาระบบกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตาม ด้วยระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสเกิดขึ้นจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรและหลักที่ศาลเป็นผู้วางขึ้น ซึ่งโดยหลักกฎหมายเหล่านี้เกิดขึ้นบนพื้นฐานความคิดที่ว่า สัญญาทางปกครองจำต้องมีระบบกฎหมายเป็นพิเศษแยกต่างหากจากสัญญาทางแพ่งธรรมดาเพราะสัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่รัฐใช้เพื่อดำเนินการให้ภารกิจของตนบรรลุผล ระบบกฎหมายพิเศษของสัญญาทางปกครองนั้นจะปรากฏอยู่ในทุกกระบวนการของสัญญา ดังนี้

๒.๑) การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสสัญญาทางปกครองนั้นมีผลโดยตรงมาจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันของฝ่ายปกครองกับเอกชน และเมื่อมีการดำเนินการตามกฎหมาย ที่กำหนดหลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญานั้น ๆ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับ

<sup>๓๐</sup> พัทธมา จิตรมหีมา, “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง,” *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่มที่ ๒๗, ตอน ๓, (๒๕๕๓): ๓-๗๒.

สัญญาในทางแพ่งแล้ว ในสัญญาทางปกครองหลักเรื่องความเสมอภาคไม่อาจนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสได้ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศสจึงไม่อาจอยู่บนหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาได้<sup>๓๑</sup> เนื่องจากกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและต้องมีวัตถุประสงค์ที่วางอยู่บนหลักการบริการสาธารณะ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทั้งสองประการนี้ กฎหมายฝรั่งเศสจึงกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษ (prerogative) ในทางมหาชน โดยให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะใช้อำนาจนั้นเพื่อทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (acte administratif unilatéral) ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อบังคับหรือออกเป็นคำสั่งเพื่อบังคับแก่สิทธิและหน้าที่ของเอกชนได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของเอกชน ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจทางกฎหมายที่จะบังคับตามข้อบังคับหรือคำสั่งของตนได้โดยตรง โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจบังคับทางศาล ส่วนเอกชนหาได้มีอำนาจเช่นว่านี้ไม่ โดยส่วนใหญ่แล้ว ฝ่ายเอกชนจะต้องอาศัยความสมัครใจยินยอมที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงที่กระทำขึ้นระหว่างกัน โดยอาศัยสัญญาที่จะก่อให้เกิดความผูกพันในทางกฎหมาย อย่างไรก็ตามในสัญญาที่มีได้ระบุไว้ เอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาที่กระทำขึ้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ และหากมีการผิดสัญญาที่ตกลงกันไว้ การบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาจะกระทำการบังคับเองไม่ได้ต้องอาศัยอำนาจของศาล

๒.๒) แบบของสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสไม่ถือเป็นการกำหนดอย่างเป็นทางการในเรื่องแบบของสัญญา เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับและหลักกฎหมายฝรั่งเศสไม่ถือว่าลายลักษณ์อักษรเป็นแบบความผูกพันทั่วไป (forme générale obligatoire) สัญญาทางปกครองจึงมิได้มีการกำหนดแบบของสัญญาไว้ ผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาทำสัญญาทางปกครองโดยวาจาเป็นข้อแสดงยืนยันในเรื่องนี้ ดังนั้น การตกลงใจทำสัญญาในบางกรณีอาจเป็นการกระทำโดยวาจาหรือโดยปริยาย (verbales ou implicites) ก็ได้ สำหรับเรื่องแบบของสัญญาทางปกครองนั้น ประเทศฝรั่งเศสไม่มีรัฐบัญญัติกลางกำหนดลักษณะและแบบของสัญญาทางปกครองไว้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศเยอรมนีที่มีรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ กำหนดแบบของสัญญาทางปกครองไว้

๒.๓) ผลของสัญญาทางปกครอง กฎหมายฝรั่งเศสได้สร้างหลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับผลของสัญญาทางปกครองไว้หลายประการ<sup>๓๒</sup> สรุปได้ดังนี้

๒.๓.๑) ผลของสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา กฎหมายฝรั่งเศสได้สร้างหลักพิเศษอันเกิดจากแนวคิดฝ่ายปกครองต้องทำกิจกรรมโดยคำนึงถึงประโยชน์

<sup>๓๑</sup> พิชมา จิตรมหีมา, “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่มที่ ๒๗, ตอน ๓, (๒๕๕๓): ๑๓.

<sup>๓๒</sup> พิชมา จิตรมหีมา, “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่มที่ ๒๗, ตอน ๓, (๒๕๕๓): ๓๐-๓๑.

ส่วนรวมซึ่งประโยชน์ส่วนรวมจะอยู่เหนือสิ่งอื่นใด โดยเฉพาะการอยู่เหนือเจตนาของคู่สัญญา คู่สัญญาจึงมีอาจตกลงทำสัญญาทางปกครองได้ตามเจตนาของตนเองโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ต่อส่วนรวม จึงมีผลแห่งสัญญาทางปกครองในแง่ก็คือ ไม่ว่าจะข้อตกลงในสัญญาจะเป็นเช่นไรก็ตาม ฝ่ายปกครองยังคงมีสิทธิพิเศษบางประการเหนือฝ่ายเอกชนหากเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีสิทธิที่จะทำการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้ ในขณะที่เดียวกันเมื่อฝ่ายปกครองมีสิทธิฝ่ายปกครองก็ย่อมมีหน้าที่ด้วยเช่นกัน ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่พิเศษ ที่ต้องช่วยเหลือเยียวยาแก่ฝ่ายเอกชนเพื่อให้การดำเนินการบริการสาธารณะบรรลุผลสำเร็จหากฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้สิทธิพิเศษของฝ่ายปกครอง ฝ่ายเอกชนย่อมมีสิทธิได้รับค่าชดเชยคืน นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองยังมีสิทธิกำกับและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายเอกชนอีกด้วย

๒.๓.๒) ผลของสัญญาทางปกครองอันเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ฝ่ายปกครองย่อมมีสิทธิที่จะให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากฝ่ายเอกชนก็ตาม โดยสัญญาทางปกครองยึดหลักการปรับเปลี่ยนของสัญญาได้ (Mutabilité du contrat) ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักที่ว่า บริการสาธารณะจะต้องมีการปรับเปลี่ยนให้ทันกับความต้องการของส่วนรวมอยู่เสมอ ฝ่ายปกครองจึงมีสิทธิพิเศษที่จะแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อให้สนองต่อความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์ส่วนรวมได้

๒.๓.๓) ผลของสัญญาทางปกครองในกรณีมีการกระทำผิดสัญญา แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อนก็ตาม เช่น ไม่ชำระค่าตอบแทนให้แก่ฝ่ายเอกชนตามกำหนดเวลาหลักสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาจนกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (ฝ่ายปกครอง) จะยอมปฏิบัติตามสัญญาเสียก่อน (exceptio non adimpleti contractus) จะนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองไม่ได้ ทั้งนี้ ฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปเพื่อให้สอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ แต่ฝ่ายเอกชนหน้าที่และสิทธิของเอกชนคู่สัญญาอาจร้องขอให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายได้ และหากเป็นกรณีอันร้ายแรง ฝ่ายเอกชนก็อาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เลิกสัญญาได้

๒.๔) การบังคับตามสัญญาทางปกครอง<sup>๓๓</sup> สัญญาทางปกครองจะผูกพันการบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดำเนินการเพื่อให้เกิดผลต่อประโยชน์ส่วนรวมได้ ในทางปฏิบัติ แม้ว่าสัญญาจะมีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการซึ่งเป็นอำนาจในทางสาธารณะ (pouvoir public) แต่ฝ่ายปกครองย่อมมีสิทธิที่จะใช้อำนาจสาธารณะนี้ นอกจากนี้ การดำเนินการบังคับตามสัญญาทางปกครองต้องยึดข้อตกลงและเป็นไปตามขอบเขตแห่งเจตนารมณ์ของคู่สัญญารวมทั้งต้องคำนึงถึงหลักความเป็นธรรมด้วย คู่สัญญาจะต้องไม่ได้รับความเสียหายเกินควรหากฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว

<sup>๓๓</sup> พัทธมา จิตรมหีมา, “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง,” *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่มที่ ๒๗, ตอน ๓, (๒๕๕๓): ๓๒.

ปรากฏว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายนั้นต้องได้รับค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย

๒.๕ การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง โดยทั่วไปแล้วเมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองได้ครบถ้วนและครบกำหนดระยะเวลาที่ตกลงกันแล้ว สัญญานั้นก็ย่อมสิ้นสุดผลไป หรือสัญญาทางปกครองอาจสิ้นสุดผลไปตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาก็ได้ หรืออาจสิ้นสุดผลไปโดยคู่สัญญาตกลงพร้อมใจกันให้เลิกสัญญาก็ได้ อย่างไรก็ตาม แม้ข้อสัญญาจะไม่ได้มีการตกลงกันไว้ก็ตาม ฝ่ายปกครองยังคงมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อให้สัญญาสิ้นสุดลงได้ หากปรากฏเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ<sup>๓๔</sup> (๑) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้กระทำผิดสัญญาอย่างร้ายแรง (๒) แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมิได้ผิดสัญญาก็ตาม ฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ หากการเลิกสัญญานั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และหากมีการเลิกสัญญาแล้ว ฝ่ายปกครองยังคงต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายเอกชน เนื่องจากฝ่ายเอกชน มิได้มีส่วนในการกระทำผิดหรือฝ่าฝืนข้อตกลงตามสัญญา นอกจากนี้ยังมีการเลิกสัญญาที่เป็นหลักเฉพาะของสัญญาทางปกครองได้ใน ๒ กรณี คือ<sup>๓๕</sup> การเลิกสัญญาของฝ่ายปกครอง และการเลิกสัญญาโดยศาลปกครอง

หลักทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสที่ได้สร้างและวางไว้ยาวนานมากกว่าสองศตวรรษและมีคำพิพากษาที่กว้างขวางครอบคลุมเกือบทุกเรื่องที่เป็นการกระทำทางปกครองหรือคดีปกครอง จึงเป็นประสบการณ์ที่สำคัญยิ่งในการพัฒนาหลักสัญญาทางปกครองไทย โดยเฉพาะหลักประโยชน์สาธารณะ การบริการสาธารณะย่อมมีความเสมอภาค ต่อเนื่องและปรับเปลี่ยนตามความต้องการของประชาชน สิทธิของคู่สัญญาเอกชนในการได้รับค่าสินไหมทดแทนหากคู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาเอกชนมิได้ผิดสัญญา และการกำหนดสัญญาทางปกครองให้มีความชัดเจนโดยประมวลกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การนำมาปรับใช้จำเป็นต้องพิจารณาถึงระบบกฎหมายซึ่งมีรายละเอียดแตกต่างและซับซ้อนค่อนข้างมาก

## พัฒนาการสัญญาทางปกครองไทย

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว ในยุคแรกส่วนใหญ่ฝ่ายปกครองจะเป็นการมอบให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะของสัมปทาน กล่าวคือ<sup>๓๖</sup> ด้วยแนวคิดมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐเกิดขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (พ.ศ. ๒๓๙๖ - ๒๔๔๓) ซึ่งเป็นช่วงภัยคุกคามจากการล่าอาณานิคมและประเทศไทยต้องปรับปรุงกฎหมาย และสาธารณูปโภค

<sup>๓๔</sup> บุปผา อัครพิมาน, *สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*. (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๕), ๔๗-๔๘.

<sup>๓๖</sup> พัทธมา จิตรมหีมา “คำบรรยายในการสัมมนาสัญญาทางปกครอง”, (เอกสารประกอบการบรรยายสัมมนา สัญญาทางปกครอง, ณ โรงแรม เดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ กรุงเทพฯ, ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๖๗).

ต่าง ๆ เช่น การสร้างถนน ทางรถไฟ ทางรถราง ขุดคลอง การประปา การไฟฟ้า โดยทรงพระราชทาน พระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าจัดทำและดำเนินการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคต่าง ๆ ในลักษณะของการสัมปทาน (concession) ทั้งนี้ ในระยะเริ่มแรกของการสัมปทานนั้น จะถูกกำหนดโดย พระราชบัญญัติควบคุมการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช ๒๔๗๑ ต่อมาในสมัยจอมพลถนอม กิตติขจร หัวหน้าคณะรัฐประการได้มีประกาศของ คณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ โดยข้อ ๑ ยกเลิกบรรดากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมกิจการค้าขาย อันกระทบถึงความปลอดภัย หรือความผาสุกแห่งสาธารณชน และข้อ ๓ ของประกาศดังกล่าว กำหนดให้การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ และบรรดากิจการอื่น อันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา เหล่านี้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค โดยข้อ ๔ ได้กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดประกอบ กิจการค้าขาย อันเป็นสาธารณูปโภคเช่นว่านี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี

ในสมัยที่นายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี มีการตราพระราชบัญญัติว่า ด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ เนื่องจากเห็นว่า กฎหมาย ว่าด้วยการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชน หรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในยุคนั้น ส่วนใหญ่ จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว และในเรื่องสำคัญจะ กำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปโดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ ลงวันที่ ๒๖ มกราคม พ.ศ. ๒๕๑๕ ส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ดังนั้น เพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและ ใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะโครงการที่มี การลงทุน หรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป จึงสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕<sup>๓๗</sup> ได้บัญญัติว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชน ไม่ว่าจะโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการ อนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

อย่างไรก็ดี เมื่อพิเคราะห์สัญญาสัมปทานอันเป็นลักษณะประการหนึ่งของสัญญา ทางปกครองตามกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่เริ่มขึ้นจากลักษณะของ การให้อนุญาตในการดำเนินการแก่ฝ่ายเอกชน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการสาธารณูปโภค หรือ การให้บริการในทางสาธารณะ ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งอันเป็นเรื่องที่มีการเริ่มขึ้น ของสัญญาจากการแสดงเจตนาโดยความสมัครใจ ซึ่งมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน

<sup>๓๗</sup> ปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ มาตรา ๔ บัญญัติให้ “ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการ อนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

โดยเน้นในเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (autonomy of will) ซึ่งเป็นเรื่องข้อตกลงโดยคู่สัญญาที่มีนิติฐานะอันเท่าเทียมกัน ประกอบแต่เดิมประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับในการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือมิได้แยกแยกเทศเป็นสัญญาตามกฎหมายมหาชน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังคงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาของรัฐ กล่าวคือ<sup>๓๘</sup> บทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องการแสดงเจตนา คำเสนอ คำสนอง การเกิดสัญญา หนี้ การระงับแห่งหนี้ การบอกเลิกสัญญา อายุความ ก็ต้องนำมาใช้บังคับกับสัญญาของรัฐด้วยเช่นกัน ตั้งแต่ขั้นตอนการเจรจาสัญญา การยกร่างสัญญา การทำสัญญา การบริหารสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา เบี่ยงปรับและความรับผิดชอบ การบอกเลิกสัญญา ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังคงเป็นกฎหมายหลักใช้บังคับแก่สัญญาของรัฐเช่นเดียวกับสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน เพียงแต่การทำสัญญานั้นหน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรี นโยบายของรัฐที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับสัญญาของรัฐนั้น สำหรับหลักใช้บังคับแห่งสัญญาศาลฎีกาได้วางหลักเกี่ยวกับสัญญาของรัฐดังกล่าวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา ๑๗๓๘/๒๕๒๕ ความว่า

“สัมปทานบัตรเพื่อการลงทุนประกอบการเกษตรกรรมและอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทยจำเลยออกให้โจทก์ก็คือสัญญาระหว่างรัฐกับโจทก์ ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตร และในส่วนที่ไม่ได้ระบุไว้ก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้นแม้ไม่ได้ระบุถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานในการที่จะขอยกเลิกสัมปทานบัตร ก็ทำให้โจทก์จะไม่มีสิทธิบอกเลิกไม่ เมื่อโจทก์ใช้สิทธิบอกเลิกสัมปทานบัตรแล้ว คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๙๑ และหากการบอกเลิก เป็นเพราะจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย จากจำเลยได้ด้วย”

อย่างไรก็ตาม ในการเป็นสัญญาของรัฐจะมีขั้นตอนสำคัญที่เกี่ยวข้อง คือ<sup>๓๙</sup> ก่อนการเกิดสัญญา หน่วยงานของรัฐจะมีการคัดเลือกโดยวิธีการสอบราคา ประกวดราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ E-Auction มีการเจรจาและยกร่างสัญญาและการลงนามสัญญาซึ่งจะเริ่มมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญาเป็นจุดเริ่มต้นของการเกิดสัญญา (effective of contract) เมื่อมีการลงนามในสัญญาแล้ว ต่อมาเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็จะผูกพันตามสิทธิและหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในรายละเอียดและเงื่อนไขแห่งสัญญาและเป็นขั้นตอนเกี่ยวกับการบริหารจัดการให้เป็นไปตามสัญญา อีกทั้ง สัญญาของรัฐในประเภทต่าง ๆ ซึ่งได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ส่วนการบริหารสัญญาในระหว่างสัญญามีผลบังคับ หน่วยงานของรัฐหากจะต้องมีการแก้ไขสัญญา หลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาของรัฐจะเป็นไปตามกฎหมายและมติคณะรัฐมนตรี กล่าวคือตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ และที่ได้แก้ไขเพิ่มเติม ข้อ ๑๓๖ ได้วาง

<sup>๓๘</sup> จุลสิงห์ วสันตสิงห์, *สัญญาของรัฐ (Government Contracts)*, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๕๔), ๔๘.

<sup>๓๙</sup> จุลสิงห์ วสันตสิงห์, *สัญญาของรัฐ (Government Contracts)*, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๕๔), ๑๕๗.

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาพัสดุสรุปสาระสำคัญได้ว่า สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้ว จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ ให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงิน จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้ หรือเงินช่วยเหลือ แล้วแต่กรณีด้วย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าว หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงินหรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาส่งมอบของหรือระยะเวลาในการทำงาน ให้ตกลงพร้อมกันไป ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ออกมาใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐทั้งระบบ การแก้ไขสัญญาพัสดุดังกล่าวจึงเป็นไปตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยหลักการแก้ไขสัญญาพัสดุดังกล่าวยังคงหลักเดิมตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ<sup>๔๐</sup>

ส่วนมติคณะรัฐมนตรีและระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเกี่ยวกับการพัสดุที่หน่วยงานของรัฐทำขึ้นแล้วและหากคู่สัญญาฝ่ายปกครองปฏิบัติไม่ครบขั้นตอนจะมีผลบังคับกับคู่สัญญาหรือไม่นั้น เห็นว่า<sup>๔๑</sup> เมื่อมติคณะรัฐมนตรีและระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเกี่ยวกับการพัสดุมิใช่กฎหมาย<sup>๔๒</sup> คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถที่จะหยิบยกขึ้นมาปฏิเสธได้ ทั้งนี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบหรือควรทราบเกี่ยวกับมติหรือระเบียบของทางราชการนั้นอันเป็นเรื่องสุจริตซึ่งเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องวินิจฉัยกันในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีอำนาจทำสัญญาเพราะมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด แต่ได้ทำไปแล้ว ผู้แทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจจะต้องรับผิดชอบ

<sup>๔๐</sup> มาตรา ๙๗ สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขได้

(๑) เป็นการแก้ไขตามมาตรา ๙๓ วรรคห้า

(๒) ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง หากการแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์

(๓) เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ

(๔) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีการแก้ไขสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียประโยชน์หรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

การแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วย วิธีการงบประมาณหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงินหรือเพิ่มหรือลด ระยะเวลาส่งมอบหรือระยะเวลาในการทำงาน ให้ตกลงพร้อมกันไป

ในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อเพิ่มวงเงิน เมื่อรวมวงเงินตามสัญญาหรือข้อตกลงเดิม และวงเงินที่เพิ่มขึ้นใหม่แล้ว หากวงเงินรวมดังกล่าวมีผลทำให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างเปลี่ยนแปลงไป จะต้องดำเนินการให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างตามวงเงินรวมดังกล่าวเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงด้วย

ในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อลดวงเงิน ให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้าง ตามวงเงินเดิมเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง

<sup>๔๑</sup> ไขยวัฒน์ บุณนาค, “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน,” *วารสารสหภาพนายความ*, ๕ น. ๒๔ (ตุลาคม-พฤศจิกายน ๒๕๓๙): ๔๘.

<sup>๔๒</sup> คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ ๒๒๗/๒๕๒๑

การส่วนตัว การบังคับใช้สัญญาของรัฐโดยทั่วไปจึงต้องบังคับใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับสัญญาทางปกครองนั้น ถือเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ในการจัดทำสัญญาทางปกครองจึงย่อมนำหลักการข้างต้นมาใช้เช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้วางหลักเกี่ยวกับการมีผลผูกพันในสัญญาทางปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๓/๒๕๔๙ หน่วยงานทางปกครองไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบตามสัญญาทางปกครองโดยกล่าวอ้างเหตุที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ดำเนินการจัดทำสัญญาให้ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการที่ระเบียบว่าด้วยการพัสดุกำหนดไว้หากปรากฏว่ามีพฤติการณ์ที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเชื่อโดยสุจริตว่าสัญญามีผลผูกพันโดยกฎหมายและไม่ปรากฏว่ามีการสมรู้ร่วมคิดหรือการสมยอมกันระหว่างคู่สัญญา ทั้งนี้ เนื่องจากการปฏิบัติตามระเบียบฯ เป็นเรื่องขั้นตอนการปฏิบัติงานภายในของเจ้าหน้าที่เท่านั้น หรือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๕๕/๒๕๕๐ หน่วยงานทางปกครองได้วางจ้างให้เอกชนก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างโดยไม่มี การลงนามจัดทำสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้างตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุ แต่ผู้ว่าจ้างได้แสดงเจตนาที่จะว่าจ้างผู้รับจ้างเข้าดำเนินการก่อสร้าง และผู้รับจ้างได้ตอบรับ และเข้าดำเนินการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวแล้ว ถือเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนอง ที่ถูกต้องตรงกัน ประกอบกับสัญญาจ้างก่อสร้างมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือ การแสดงเจตนาดังกล่าวจึงมีผลให้ผู้ว่าจ้างต้องผูกพันตามสัญญาในอันที่จะต้องชำระสินจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง โดยไม่อาจกล่าวอ้างการไม่ปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุซึ่งเป็นเพียงขั้นตอนภายในของผู้ว่าจ้างที่จะต้องปฏิบัติในการเข้าทำสัญญาจ้างกับบุคคลอื่นเพื่อปฏิเสธการชำระหนี้ตามสัญญาดังกล่าวให้แก่ผู้รับจ้างได้ หรือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๔๙/๒๕๔๙ การจัดทำสัญญาให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะในกิจการที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปรวมทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองเจ้าของโครงการต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารให้ความเห็นชอบก่อนมีการลงนามในสัญญาตามมาตรา ๒๑ ประกอบมาตรา ๒๔ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ไม่เช่นนั้นข้อสัญญาดังกล่าวย่อมไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย

ด้วยลักษณะข้อแตกต่างของสัญญาปกครองดังกล่าว ประกอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง<sup>๔๓</sup> แต่มิได้บัญญัติสัญญาทางปกครองเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลปกครองสูงสุดจึงต้องมีหน้าที่ในการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับ

<sup>๔๓</sup> มาตรา ๙ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีพิพาทหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

...

(๔) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

...

สัญญาทางปกครองขึ้นมาจากช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้น กรณีที่มีปัญหามากที่สุดก็คือสัญญาที่มีข้อบกพร่องในเรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่หรือกรณีที่สัญญาไม่ได้ทำตามกระบวนการคัดเลือกสัญญา และทำสัญญาที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ยังเห็นว่า<sup>๔๔</sup> สัญญาทางปกครองมีลักษณะเฉพาะในบางประการ คือ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น ส่วนเอกชนตั้งอยู่บนหลักความมีอิสระในทางแพ่ง เป็นไปตามหลัก “เสรีภาพในการทำสัญญา” ซึ่งคู่สัญญามีสิทธิเท่าเทียมกัน เราจึงไม่พบสิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางแพ่ง โดยหลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ประกอบด้วยหลักการย่อย ๒ หลักการ คือ หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” หรือหลักการที่ว่ากฎหมายต้องมาก่อน (grundsatz des vorrangs des gesetzes) และหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” (grundsatz des vorbehalts des gesetzes) ในการนำหลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ไปปรับใช้กับสัญญาทางปกครองนั้น นักกฎหมายเยอรมันแยกการพิจารณา “รูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญา” และ “เนื้อหาของสัญญา” ออกจากกัน

หลักการดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการพิจารณาสัญญาของรัฐก่อนลงนามผูกพันสัญญา หน่วยงานทางปกครองต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน ระเบียบและกฎหมายของฝ่ายปกครอง โดยศาลปกครองได้นำมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๐๓๕/๒๕๖๕ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกประกาศเรื่อง ยกเลิกประกาศประกวดราคาซื้อ จัดซื้อรถเกี่ยดิน ขนาด ๑๕๐ แรงม้า จำนวน ๑ คัน ด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-billing) ลงวันที่ ๕ พฤศจิกายน ๒๕๖๒ ยกเลิกประกาศผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง ประกวดราคาซื้อ จัดซื้อรถเกี่ยดิน ขนาด ๑๕๐ แรงม้า จำนวน ๑ คัน ด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) ลงวันที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๖๒ นั้น เพื่อประโยชน์ของทางราชการตามหลักการสำคัญของการจัดซื้อจัดจ้างดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง<sup>๔๕</sup> และมาตรา ๖๕ วรรคหนึ่ง<sup>๔๖</sup> แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มิได้มีข้อกำหนดบังคับให้หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดซื้อพัสดุจากผู้เสนอราคาที่เสนอราคาต่ำสุดเพียงอย่างเดียวเท่านั้น หากแต่จะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบและปัจจัยอื่น ๆ ด้วย การยกเลิกประกาศประกวดราคาซื้อ จัดซื้อรถเกี่ยดิน

<sup>๔๔</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, ๒๙ ฉ. ๒ (มิถุนายน ๒๕๕๒): ๗-๘.

<sup>๔๕</sup> มาตรา ๘ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการ ดังต่อไปนี้

...

<sup>๔๖</sup> มาตรา ๖๕ ในการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอโดยวิธีตามมาตรา ๕๕ (๑) หรือ (๒) ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการโดยพิจารณาถึงประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐ และวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญ โดยให้คำนึงถึงเกณฑ์ราคาและพิจารณาเกณฑ์อื่นประกอบด้วย ดังต่อไปนี้

...

จึงเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๕๙๐/๒๕๖๕ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. ๒๕๕๖ มาตรา ๒ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่าในการจัดซื้อหรือจัดจ้างให้ส่วนราชการดำเนินการโดยเปิดเผยและเที่ยงธรรมโดยพิจารณาถึงประโยชน์และผลเสียทางสังคมภาระต่อประชาชน คุณภาพ วัตถุประสงค์ที่จะใช้ ราคาและประโยชน์ระยะยาวของ ส่วนราชการที่จะได้รับประกอบกัน และวรรคสองบัญญัติว่า ในกรณีที่ว่าวัตถุประสงค์ในการใช้เป็นเหตุให้ต้องคำนึงถึงคุณภาพและการดูแลรักษาเป็นสำคัญให้สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องถือราคาต่ำสุดในการเสนอซื้อหรือจ้างเสมอไป การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ใช้ดุลพินิจเลือกโทรทัศน์สี (LED TV ยี่ห้อ LG ที่บริษัท ก เสนอ เนื่องจากเห็นว่าเป็นที่รู้จักแพร่หลาย มีการทำตลาดมายาวนาน และมีความน่าเชื่อถือในเรื่องคุณภาพอะไหล่ทดแทน ศูนย์บริการและการรับประกันสินค้ามากกว่าโทรทัศน์สี (LED TV) ยี่ห้อ Provision ที่ผู้ฟ้องคดีเสนอ ถือเป็นการพิจารณาอยู่บนพื้นฐานของความเป็นที่รู้จักแพร่หลายและความน่าเชื่อถือของสินค้าชนิดเดียวกันแต่คนละยี่ห้อ ประกอบกับความแตกต่างของสินค้ายี่ห้อหนึ่งที่มีศูนย์บริการที่มีความสะดวกมากกว่ารวมไปถึงการจัดหาอะไหล่ทดแทนในอนาคตที่อาจกระทำได้ง่ายกว่าอีกยี่ห้อหนึ่ง กรณีจึงนับว่าเป็นการพิจารณาอยู่บนพื้นฐานของความคุ้มค่าและเป็นประโยชน์ในระยะยาวต่อส่วนราชการ ซึ่งสามารถกระทำได้และเป็นการใช้ดุลพินิจที่สอดคล้องกับกฎหมายแล้ว

ด้วยสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นมานานแล้ว แต่ไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับในการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือมิได้แยกเอกเทศเป็นสัญญาตามกฎหมายมหาชน อีกทั้ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงยังคงเป็นกฎหมายหลักใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเช่นเดียวกับสัญญาระหว่างเอกชน เพียงแต่ในการดำเนินการก่อนสัญญานั้น หน่วยงานภาครัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรี นโยบายของรัฐที่เกี่ยวข้องตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หน่วยงานภาครัฐจึงไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาเหมือนกับเอกชน เนื่องจากต้องปฏิบัติตามระเบียบ กฎหมาย หรือกฎหมายของฝ่ายปกครอง การใช้อำนาจทำสัญญาให้บรรลุตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของหน่วยงาน คือ เพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งจะแตกต่างกันแล้วแต่ภารกิจของแต่ละหน่วยงาน อย่างไรก็ดี เพื่อให้การจัดทำสัญญาและการบริหารสัญญาของหน่วยงานภาครัฐ มีหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานเดียวกัน คณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจและหน้าที่ ตามกฎหมายออกระเบียบ หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติซึ่งเป็นมาตรฐานกลางให้หน่วยงานภาครัฐยึดถือและปฏิบัติ เช่น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๒ สิงหาคม ๒๕๓๒ เมื่อวันที่ ๗ เมษายน ๒๕๔๑ ให้หน่วยงานราชการที่ลงนามในสัญญาจ้างกับเอกชนทำสัญญาแบบปรับราคาได้ (กำหนดให้มีค่า k ในสัญญา) หรือมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๗ มิถุนายน ๒๕๕๑ และที่แก้ไขเพิ่มเติมวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๑ มีมติเห็นชอบเรื่องการศึกษาช่วยเหลือผู้ประกอบการก่อสร้างและผู้ประกอบอาชีพอื่น หรือแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานทางปกครองเกี่ยวกับการพิจารณางดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือแนวปฏิบัติของหน่วยงานทางปกครองเกี่ยวกับการขยายระยะเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลง ที่ได้รับผลกระทบจากกรณี

โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ หรือโรคโควิด ๑๙ ตามหนังสือคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐที่ กค (กวจ) ๕๒/๖ ๑๗๑ ลงวันที่ ๒๔ เมษายน ๒๕๖๓ เรื่อง ข้อความเข้าใจเกี่ยวกับการดำเนินการในช่วงเวลาที่ได้รับผลกระทบจากกรณีโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ หรือโรคโควิด ๑๙ (Coronavirus Disease ๒๐๑๙ (COVID-๑๙) และหนังสือคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐที่ กค (กวจ) ๔๐๕๒/๔๒๓ ลงวันที่ ๑๐ กันยายน ๒๕๖๓ เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณางดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายระยะเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลง ที่ได้รับผลกระทบจากกรณีโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ หรือโรคโควิด ๑๙ (Coronavirus Disease ๒๐๑๙ (COVID-๑๙)) เป็นต้น

โดยมีตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๖๕/๒๕๕๖ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๗ มิถุนายน ๒๕๕๑ และวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๑ ซึ่งเห็นชอบในมาตรการช่วยเหลือผู้ประกอบการก่อสร้างและผู้ประกอบการอื่น ซึ่งเป็นคู่สัญญากับทางราชการที่ได้รับผลกระทบจากวิกฤตราคาน้ำมัน เหล็กและวัสดุก่อสร้างที่สูงขึ้น อันเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่ เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างในอำนาจหน้าที่ ของผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อกระทรวงมหาดไทยผู้มีอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่นตามมาตรา ๓๐ แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวงทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕ มีหนังสือแจ้งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยึดถือปฏิบัติตาม ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่นำมติคณะรัฐมนตรีมาปฏิบัติ มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงมีผลผูกพันผู้ถูกฟ้องคดี หรือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๒๙/๒๕๕๗ ค่าปรับตามสัญญานอกจากจะเป็นค่าเสียหายที่ส่วนราชการกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องปรามมิให้คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้รับจ้างกระทำผิดสัญญา แต่ก็มีได้มุ่งหมายให้รัฐต้องได้เปรียบจากข้อสัญญาถึงขนาดที่ทำให้ส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาอย่างรุนแรงเกินสมควรดังที่ข้อ ๑๓๑ ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๓๕ ได้กำหนดขอบเขตของการเรียกค่าปรับว่าให้ผู้ฟ้องคดีพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหากค่าปรับตามสัญญาจะเกินร้อยละ ๑๐ ของวงเงินค่าจ้างตามสัญญา อันเป็นเจตนารมณ์ที่จะให้จำนวนเงินค่าปรับสูงสุดเพียงร้อยละ ๑๐ ของวงเงินค่าจ้างตามสัญญา การที่ผู้ฟ้องคดีเรียกค่าปรับจากผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเงิน ๙,๕๑๙,๕๙๒ บาท คิดเป็นอัตราร้อยละ ๓๔ ของวงเงินค่าจ้าง จึงเป็นจำนวนค่าปรับที่สูงเกินสมควร แม้ค่าปรับจะเป็นการกำหนดค่าเสียหายอย่างหนึ่งที่คู่สัญญาได้ตกลงไว้ล่วงหน้าอันมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับตามมาตรา ๓๗๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากเบี้ยปรับนั้นสูงเกินควร ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ตามมาตรา ๓๘๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้ง ด้วยแนวคิดและหลักการดังกล่าว เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในระบบกฎหมายไทยก่อนจัดตั้งศาลปกครอง โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ซึ่งมีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานธุรการ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์

สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของเอกชนอย่างต่อเนื่อง เช่น<sup>๔๗</sup> การนำเหตุที่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามสัญญาแต่คู่สัญญาไม่ทราบว่ามีเหตุนั้นในขณะทำสัญญา (les imprévis) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสมาปรับใช้กับกรณีที่คู่สัญญาไม่ทราบมาก่อนว่าบริเวณสถานที่ก่อสร้าง มีปัญหาเกี่ยวกับการรับน้ำหนักของดิน ซึ่งผิดไปจากชั้นดินตามคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ ๑๒/๒๕๒๔ การนำความหมายของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสและผลของสัญญาดังกล่าวมาปรับใช้ ตามบันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อประกอบการพิจารณาคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ ๒๖/๒๕๒๕ โดยศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ ได้อธิบาย ลักษณะของสัญญาทางปกครองว่า

“ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” อาจจะแตกต่างกันในประเทศต่าง ๆ ที่พัฒนาในทางกฎหมายปกครองแล้ว แต่ก็มีแนวทางที่ยอมรับกันโดยทั่ว ๆ ไปว่า แม้ว่าการเข้าทำตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งเอกชนยังต้องให้ความยินยอมในการเข้าผูกพันตามข้อสัญญาก็ตาม แต่ตามข้อกำหนดในสัญญาทางปกครอง (ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไป) รัฐยังสงวนอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเพื่อรักษาและคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะได้ ฯลฯ แต่ในขณะที่เดียวกันก็ต้องมิให้เอกชนต้อง “เสียหาย””

การนำหลักสัญญาทางปกครองที่รัฐจะต้องไม่ใช่สิทธิตามสัญญาจนทำให้คู่สัญญาได้รับความเสียหายถึงขนาดที่ไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้มาใช้ในกรณีการคิดค่าปรับ ซึ่งตามหลักสัญญาทางแพ่งเมื่อได้กำหนดอัตราค่าปรับตายตัวเป็นจำนวนเงินต่อวันแล้ว เมื่อปรากฏว่าล่าช้าไปกี่วัน ก็คำนวณตามจำนวนวัน โดยถือว่าเป็นจำนวนค่าปรับที่ถูกต้องตามคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๗๐/๒๕๓๕ หรือการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการใช้สิทธิตามสัญญาว่าเป็นไปโดยมีเหตุผลที่สมควรหรือไม่ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาตามคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๖๘/๒๕๔๑ เป็นต้น

ด้วยหลักเกณฑ์และแนวการปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาของรัฐหรือสัญญาทางปกครองดังกล่าว ซึ่งอาจมีหลักการที่เหมือนกัน คือ เป็นนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชนระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชนคู่สัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ด้วยลักษณะการปรับใช้ต้องพิจารณาระบบกฎหมาย บริบทหรือแนวคิดการบริหารราชการแผ่นดินซึ่งมีลักษณะเฉพาะและรายละเอียดค่อนข้างมาก อีกทั้ง ด้วยหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำกฎหมายต่าง ๆ ไปปรับใช้ให้สอดคล้องกับข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะมีความแตกต่างจากข้อพิพาทในลักษณะสัญญาทางแพ่งที่เป็นนิติสัมพันธ์ที่ตั้งบนพื้นฐานของเสรีภาพ ความเสมอภาคและความสมัครใจในการทำสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญาก็เพื่อสนองความต้องการของคู่สัญญามีใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น การนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งพัฒนามานานแล้วมาปรับใช้ในการ

<sup>๔๗</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๕๖). ๕๕๕-๕๕๗.

อุดช่องว่างของสัญญาทางปกครองซึ่งเพิ่งเริ่มพัฒนาไม่นานมานักเมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาทางแพ่ง จึงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองด้วย

### ลักษณะสัญญาทางปกครองไทย

ด้วยพัฒนาการสัญญาทางปกครองไทยโดยเริ่มครั้งแรกจากสัญญาสัมปทาน มิได้แยกเอกรเทศจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ต่อมาแม้ประเทศไทยจะบัญญัติสัญญาทางปกครอง แต่ด้วยความชัดเจนที่เป็นลายลักษณ์อักษรของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยก็มีเฉพาะคำนิยามตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เท่านั้น ดังนั้น ในการศึกษาลักษณะสัญญาทางปกครองไทย จำเป็นต้องศึกษาคำนิยามของสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติและผู้ร่างกฎหมาย ประกอบหลักสัญญาทางปกครองและแนวคำวินิจฉัยของศาล กล่าวคือ ตามคำนิยามตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ สัญญาทางปกครอง ประกอบด้วย สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนด และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ คือ คำนิยามของสัญญาทางปกครองกฎหมาย มิได้ใช้คำว่า “หมายความว่า” แต่ใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่จะไม่จำกัดความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ให้มีอยู่แต่เพียงที่ระบุไว้ในคำนิยามเท่านั้น กล่าวคือ<sup>๔๘</sup> ความเป็นมาของบทนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เดิมทีเดียว มีแนวคิดกันว่าเมื่อจะให้ มีระบบสัญญาทางปกครองขึ้นในประเทศไทย ก็น่าจะทำแบบประเทศเยอรมัน คือ บัญญัติถึงความหมาย ประเภทและเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองไว้ในร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังนั้นในร่างกฎหมายดังกล่าวจะมีทั้งเรื่องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นมาตรการสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง แต่ในที่สุดก็แยกเรื่องสัญญาทางปกครองออกมาบัญญัติถึงความหมายไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ทั้งนี้เพราะเห็นว่าควรให้เป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะไปสร้างและพัฒนาหลักดังกล่าวให้เหมาะสมกับประเทศไทย ทำนองเดียวกับที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างและพัฒนาาระบบสัญญาทางปกครองของตนขึ้นมา ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรจึงได้ นิยามศัพท์คำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้ผู้สัญญาเข้าดำเนินการบริการ

<sup>๔๘</sup> โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง* ๔ ฉ. ๑ (มกราคม - เมษายน ๒๕๔๗): ๔๕-๔๗.

สาธารณะ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภค หรือ สัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง”

ต่อมาในชั้นการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและการพิจารณาของวุฒิสภา

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

โดยมีความเห็นนายชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ กรรมการวิสามัญฯ ได้ชี้แจงต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร กรณีนายสุวิโรช พะลัง ส.ส. จังหวัดชุมพร ขอแปรญัตติ นิยามคำว่า สัญญาทางปกครองในคราวการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ ๒๓ วาระที่ ๒ วันพุธที่ ๑๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๒ มีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้

“สัญญาทางปกครองที่แปรญัตติไว้ ให้หมายความว่ารวมถึง สัญญาอื่นที่เกิดขึ้นโดยการใช้อำนาจหน้าที่ในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ข้อความดังกล่าวแคบไป คือต้องเกิดจากอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่ขณะเดียวกันงานในทางปกครองหลายงาน พูดไม่ชัดว่ามีกฎหมายโดยตรงให้อำนาจไว้ แต่ทางปกครองก็ต้องทำอยู่เช่น ให้ทุนนักศึกษา เขาได้รับทุนไปก็ต้องทำสัญญาว่าต้องกลับมาชดใช้ทุนอย่างไร เป็นต้น ก็ไม่ได้มีกฎหมายที่ไหนสนับสนุนบอกว่าให้ไปทำสัญญานั้นโดยตรง แต่ว่าสัญญาเหล่านั้นก็เป็นเรื่องในทางปกครองที่เกี่ยวข้องอยู่ ฉะนั้น ข้อความที่กรรมการเขียนไว้จะกว้างกว่า จะทำให้สัญญาทางปกครองกว้างขวางขึ้นตามลักษณะที่ควรจะเป็น”

และเมื่อสภาผู้แทนราษฎรส่งร่างกฎหมายดังกล่าวไปยังวุฒิสภา วุฒิสภาได้แก้ไขบทนิยาม ให้ “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญฯ ของวุฒิสภา ในการประชุมครั้งที่ ๒ วันพุธที่ ๑๘ มีนาคม ๒๕๔๒ และครั้งที่ ๑๖ วันพุธที่ ๑๙ พฤษภาคม ๒๕๔๒ ที่มีคณะกรรมการวิสามัญฯ ได้อภิปรายกัน คือ

“ตัวอย่างของสัญญาที่ให้จัดหาประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติได้แก่ การทำเหมืองแร่หรือป่าไม้ หรือจัดหาประโยชน์จากก๊าซธรรมชาติ ส่วนสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผลอาจได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการให้ทุนนักศึกษาต่อโดยมีข้อสัญญาให้ต้องกลับมาทำงานให้แก่หน่วยงานตามระยะเวลาที่กำหนด แต่สัญญาอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการปกครอง เช่น ซื้อกระดาษ ซื้อดินสอ วัสดุสำนักงาน ปกติไม่ใช่สัญญาทางปกครองเพราะไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองหรือเกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะ หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ก็ต้องฟ้อง

ศาลยุติธรรม จุดแบ่งระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง คงต้องพัฒนาขึ้นในอนาคตด้วย ส่วนหนึ่งโดยคำพิพากษาของศาล ซึ่งก็จะเกิดความชัดเจนขึ้นมาตามลำดับ หรือหากศาลทั้งสองระบบ เกิดขัดแย้งกัน ก็เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่จะเป็นผู้พิจารณา”

จากคำอธิบายดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาต้องการให้สัญญาทางปกครองมีความหมายกว้างกว่าต้นร่างเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขในชั้นวุฒิสภาที่เป็นถ้อยคำของกฎหมาย ต่อมาจึงทำให้สัญญาทางปกครองมี ๒ ประเภท คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้มีบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาที่จัดให้แสงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และกรณีที่ศาลปกครองหรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะกำหนดต่อไปหลังจากที่มีการจัดตั้งศาลปกครองโดยเริ่มจากศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุด ดังนั้น การกำหนดคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และได้นิยามความหมายของสัญญาทางปกครองไว้เป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายไทยในมาตรา ๓ ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

จากนิยามดังกล่าว จะเห็นได้ว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายต้องเป็นฝ่ายปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนฝ่ายปกครอง ประการที่สอง ต้องเป็นสัญญา สัมปทานสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ส่วนสัญญาอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กล่าวมาจะได้แก่สัญญาในลักษณะใดบ้างนั้น กฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเป็นผู้วางแนวทางและวางหลักต่อไป ต่อมาเมื่อศาลปกครองเปิดทำการเมื่อวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๔๔ มีปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ในการประชุมครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ เมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๔ จึงได้พิจารณาวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง โดยมีนายโกสิน พลกุล รองประธานศาลปกครองสูงสุดในขณะนั้น เป็นผู้เสนอ ที่ประชุมได้มีมติวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ ดังนี้<sup>๔๔</sup>

“สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้นั้น

<sup>๔๔</sup> ขาญชัย แสงวงศ์ดี, สัญญาของทางราชการ : กฎหมายเปรียบเทียบ. (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๓), ๑๐๕-๑๐๖.

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็น

(๑) สัญญาสัมปทาน

(๒) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

(๓) สัญญาที่ให้ให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

(๔) สัญญาที่ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

(๕) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

(๖) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล

ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นเป็นสัญญาทางแพ่ง”

จากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายความหมายของ “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้นั้น สรุปได้ดังนี้

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง ทั้งนี้ การกำหนดนิยามของสัญญาทางปกครองโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตอนท้ายที่ว่า “..หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการ

ทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล....” นั้น นันทวัฒน์ บรมานันท์ เห็นว่า<sup>๕๐</sup> เป็นการกำหนดความหมายอันมีลักษณะทั่วไปของสัญญาทางปกครองหรือลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วยการนำแนวคิดมาจากความหมายของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสนั่นเอง

จากคำนิยามสัญญาทางปกครอง ประกอบมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการที่ขยายความและกำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงขอยกตัวอย่างคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบอบกฎหมายไทยในแต่ละประเภท ดังนี้

### ๑) สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง

ตามคำนิยามในมาตรา ๓ กำหนดให้สัญญาดังต่อไปนี้เป็นสัญญาทางปกครอง คือ สัญญาตาม (๑) สัญญาสัมปทาน (๒) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และ (๓) สัญญาที่ให้ให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และ (๔) สัญญาที่ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่เนื่องจากสัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนด มีลักษณะกำหนดทับซ้อนกันเอง<sup>๕๑</sup> จึงจำเป็นต้องพิจารณาสัญญาทั้ง ๔ ประเภทในภาพรวม กล่าวคือ สัมปทาน พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ หน้า ๑๒๐๙ ได้อธิบายความหมาย สัมปทาน หมายถึง “การอนุญาตที่รัฐให้แก่เอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนด เช่น สัมปทานการเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่าสัมปทาน”

ตามความหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานประเภทที่ (๒) คือ ที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ นั้น จะซ้ำซ้อนกับ “สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” คือ สัญญาทางปกครองประเภทที่ (๔) คือ สัญญาที่แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ชาญชัย แสวงศักดิ์ เห็นว่า เพื่อมิให้เกิดการซ้ำซ้อนกัน จึงควรจะต้องตีความ “สัญญาสัมปทาน” ตามคำนิยามว่าหมายถึงสัญญาสัมปทานประเภทที่หนึ่งที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น โดยอาศัยแนวทางของฝรั่งเศสมาพิจารณาประกอบ กล่าวคือ “สัมปทาน” (concession) ในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้น หมายถึง การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานเป็นผู้จัดทำและดำเนินการบริการสาธารณะ โดยผู้รับสัมปทานจะต้องลงทุนและลงแรงเอง กับต้องรับความเสี่ยงภัยจากการขาดทุนเอาเอง โดยผู้รับสัมปทานมีรายได้จากการจัดเก็บค่าธรรมเนียมการใช้บริการ เมื่อหมดสัญญาแล้ว ถ้ามีสิ่งก่อสร้างที่ผู้รับสัมปทานได้จัดทำไว้ สิ่งก่อสร้างนั้นก็จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ โดยที่เอกชนนอกจากจะไม่ต้องลงทุนลงแรงเองแล้ว ยังได้รับ

<sup>๕๐</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๕๖). ๕๖๒-๕๖๓.

<sup>๕๑</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, *สัญญาของทางราชการ : กฎหมายเปรียบเทียบ*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๓), ๑๐๖-๑๑๓.

คำตอบแทนจากรัฐอีกด้วย ดังนั้น จึงไม่ควรตีความคำว่า “สัญญาสัมปทาน” และคำว่า “สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ” ให้ซ้ำซ้อนกัน

ส่วนคำว่า “สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ” นั้น ชาวนุชชัย แสงวงศ์ดี เห็นว่า หมายถึง “สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง” นั้นเอง โดยมีตัวอย่างคำวินิจฉัยสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะและสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนี้

(๑) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๖๙/๒๕๕๑ สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนเพื่อขยายบริการโทรศัพท์ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค ระหว่างบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) กับบริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน) มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานที่รัฐอนุญาตให้บริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) เข้าร่วมการทำงานและร่วมลงทุนในกิจการโทรคมนาคมประเภทโทรศัพท์พื้นฐานกับบริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน) ตามพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๓๗ เป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

(๒) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๐๒/๒๕๕๖ สัญญาที่บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ตกลงให้บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) ดำเนินการจัดให้มีขยาย และดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ในพื้นที่ต่าง ๆ ได้ทั่วประเทศ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ตามที่ได้รับอนุญาตจากและภายใต้การกำกับดูแลของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) โดยบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) ต้องจัดหาเครื่องและอุปกรณ์ทั้งหมดซึ่งเครื่องและอุปกรณ์ดังกล่าวจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ส่วนบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) จะมีรายได้จากการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์จากผู้ใช้บริการและจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ตลอดอายุสัญญาเป็นรายปี มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

(๓) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๗/๒๕๕๖ สัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน เป็นสัญญาทางปกครอง หรือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๗๐๓/๒๕๕๐ สัญญาที่คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากรรังนกอีแอ่นจังหวัดชุมพรทำกับคู่สัญญา เป็นสัญญาสัมปทานที่อนุญาตให้เอกชนเข้ามาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อันเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

(๔) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๕๐๖/๒๕๖๑ สัญญาที่มหาวิทยาลัยอุบลราชธานีจ้างคู่สัญญาเป็นพนักงานมหาวิทยาลัยโดยใช้เงินรายได้ของมหาวิทยาลัย ให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์สังกัดคณะศิลปประยุกต์และการออกแบบ มีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญา ทำการสอน ทำการวิจัย ให้บริการทางการศึกษาและให้บริการทางวิชาการแก่สังคมตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยอุบลราชธานี พ.ศ. ๒๕๓๓ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็น

สัญญาทางปกครอง หรือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๕๒/๒๕๖๐ สัญญาที่องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทยว่าจ้างคู่สัญญาให้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักข่าวเพื่อปฏิบัติภารกิจในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะด้านการกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะตามพระราชบัญญัติองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๑ มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง

สำหรับคำว่า “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค” นั้น มีข้อพิจารณาว่า “สาธารณูปโภค” และ “สิ่งสาธารณูปโภค” ดังนี้

(๑) “สาธารณูปโภค” พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้อธิบายความหมายไว้ในหน้า ๑๒๑๔ หมายถึง “น. บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตเช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์ (อ. Public utility)” ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ ลงวันที่ ๒๖ มกราคม พ.ศ. ๒๕๑๕ ข้อ ๓ วรรคหนึ่ง กำหนดคำว่า สาธารณูปโภค ให้กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค คือ (๑) การรถไฟ (๒) การรถราง (๓) การขุดคลอง (๔) การเดินอากาศ (๕) การประปา (๖) การชลประทาน (๗) การไฟฟ้า (๘) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ (๙) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกาสาธารณูปโภค ดังนั้น สาธารณูปโภค คือ บริการสาธารณะ นั่นเอง เพียงแต่จำกัดว่าเป็นบริการสาธารณะที่จำเป็นสำหรับการดำเนินชีวิตของประชาชน โดยกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเรียกว่า บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

(๒) ส่วนคำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” นั้น ความหมายอย่างเดียวกับ “อสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์” (travaux publics) ในกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งศาลปกครองได้มีแนวคำวินิจฉัยพอสรุปได้ว่า สิ่งสาธารณูปโภค แบ่งได้เป็น ๒ ประเภทใหญ่ ๆ คือทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งถาวรวัตถุซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพานสะพานคนเดินข้ามถนน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ท่าเทียบเรือสาธารณะ ที่พักผู้โดยสาร รถประจำทาง เป็นต้น และ ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภค ที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้าและสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล โรงงานกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้น

โดยมีตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๙๕๔/๒๕๔๗ สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลของรัฐ เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นสัญญาทางปกครอง หรือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๘๑๒/๒๕๔๙ สัญญาที่จังหวัดสมุทรปราการจ้างเอกชนก่อสร้างถนนเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

หรือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๔๑/๒๕๕๑ สัญญาที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดจันทบุรีจ้างเอกชนก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็ก เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครอง หรือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๑๙/๒๕๔๗ สัญญาที่เทศบาลเมืองจันทบุรีจ้างเอกชนก่อสร้างระบบระบายน้ำ รวบรวมน้ำเสีย และระบบบำบัดน้ำเสียทั้งระบบ เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นสัญญาทางปกครอง หรือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๙๗/๒๕๔๕ สัญญาที่ กทม. จ้างเอกชนก่อสร้างอาคารที่ทำการของสำนักงานเขตเพื่อใช้เป็นสถานที่สำหรับปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ด้านต่าง ๆ ของสำนักงานเขตในการให้บริการแก่ประชาชนอันเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะตามมาตรา ๘๙ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๘ ซึ่งอาคารดังกล่าวเป็นถาวรวัตถุที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นสัญญาทางปกครอง

## ๒) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

สัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือสัญญาทางปกครองที่ศาลปกครองและคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจระหว่างศาลได้ใช้เกณฑ์คำนิยามของสัญญาทางปกครองให้หมายความรวมถึง คือ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือ สัญญาที่ให้เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการ จัดทำบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ หรือสัญญาที่จัดหาหรือจัดให้มีอุปกรณ์สำคัญที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล โดยแบ่งเป็น ๓ ประเภท ดังนี้

๒.๑) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เช่น<sup>๕๒</sup> สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ สัญญาจัดการบริหารท่าเทียบเรือ สัญญาการเป็นนักศึกษาและสัญญาลาศึกษา สัญญาจ้างดำเนินการสำรวจสภาวะสุขภาพอนามัยของประชาชนและประเมินความพึงพอใจของประชาชนต่อการบริการสาธารณสุขของรัฐในพื้นที่ สัญญาฝากเก็บ แปรสภาพและจัดจำหน่ายข้าว เป็นต้น

๒.๒) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ “บริการสาธารณะ” บรรลุผล หมายความว่า<sup>๕๓</sup> สัญญาที่มีข้อกำหนดอันมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

<sup>๕๒</sup> สุภวานีย์ อมรจิตสุวรรณ, *หลักสัญญาทางปกครองและการพัสดุ*, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๖๒), ๑๔๗.

<sup>๕๓</sup> สุภวานีย์ อมรจิตสุวรรณ, *หลักสัญญาทางปกครองและการพัสดุ*, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๖๒), ๑๔๗.

ซึ่งข้อกำหนดนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนด สิทธิหน้าที่เป็นพิเศษเพื่อให้แตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอาจเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ที่โดยธรรมชาติของสิทธิหน้าที่นั้น ไม่อาจถูกกำหนดลงไปในสัญญาทางแพ่งได้ ซึ่งการกำหนดเอกสิทธิ์ให้แก่คู่สัญญา ฝ่ายรัฐหรือฝ่ายปกครองนี้ เป็นกรณีที่ต้องสงวนการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายรัฐไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล ตัวอย่างของสัญญาที่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐตามแนวคำสั่งศาลปกครองสูงสุด เช่น สัญญาที่ข้าราชการลาไปต่างประเทศและต้องกลับมารับราชการตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาและมีข้อกำหนดใน สัญญา ให้สิทธิทางราชการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว หรือเรียกตัวข้าราชการกลับจากต่างประเทศ ก่อนครบกำหนดไม่ว่ากรณีใด ๆ ได้ และหากผิดสัญญาต้องชดใช้เงินแก่ทางราชการจำนวนสามเท่าของเงินเดือนและค่าใช้จ่าย รวมทั้งสัญญาก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ โดยเอกชนผู้ว่าจ้างไม่ผิดสัญญา

๒.๓) สัญญาที่จัดหาหรือจัดให้มีอุปกรณ์สำคัญที่ใช้จัดทำบริการสาธารณะ ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๐๖/๒๕๕๙ เมื่อการตกแต่งซุ้มประตูเมืองที่พิพาทเป็นกิจกรรมที่จัดให้มีขึ้นตามโครงการจัดงานส่งเสริมการท่องเที่ยวจังหวัดสตูล ๒๕๕๒ ฉลอง ๑๗๐ ปีเมืองสตูล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการประชาสัมพันธ์จังหวัดสตูลให้เป็นที่รู้จักของนักท่องเที่ยวทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติ เพื่อให้นักท่องเที่ยวเดินทางมาท่องเที่ยวในจังหวัดสตูลเพิ่มขึ้น ซุ้มประตูเมืองดังกล่าวจึงถือเป็นเครื่องมือที่จะทำให้การบริการสาธารณะด้านการส่งเสริมการท่องเที่ยวซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีบรรลุผล ดังนั้น สัญญาจ้างตกแต่งซุ้มประตูเมืองตามโครงการส่งเสริมการท่องเที่ยวดังกล่าวจึงมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล เป็นหน่วยงานทางปกครองและมีลักษณะเป็น สัญญาจัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ หรือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๘/๒๕๖๔ ผู้ฟ้องคดี (บริษัท ส.จำกัด) กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ (สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย) ได้ทำข้อตกลงเข้าร่วมโครงการวิจัย พัฒนาและเผยแพร่การพัฒนาระบบการผลิตไฟฟ้าด้วยระบบ multi feed-stock gasification ลงวันที่ ๒๓ สิงหาคม ๒๕๕๖ ซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังกล่าวเป็นเรื่องการวิจัยพัฒนาและเผยแพร่การพัฒนาระบบการผลิตไฟฟ้าด้วยระบบ multi feed-stock gasification อันเป็นเรื่องที่อยู่ในภารกิจและอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (กรมพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ (การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย) การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ดำเนินการสนับสนุนด้านการเงินโดยเป็นผู้ให้ทุน และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ เป็นผู้รับไปดำเนินการ จึงเป็นกรณีที่มีการทำสัญญาโดยมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และเมื่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตภารกิจและอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒

จากคำนิยาม มติที่ประชุมใหญ่ประกอบคำวินิจฉัยดังกล่าว อิทธิพร จิระพัฒนากุล ได้สรุปประเภทของสัญญาทางปกครองไทย แสดงได้ดังตารางที่ ๑ ดังนี้

ตารางที่ ๑ การแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครอง<sup>๕๔</sup>

สัญญาทางปกครอง	
คู่สัญญา	วัตถุประสงค์ของสัญญา
อย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็น หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐ	(๑) สัญญาสัมปทาน
	(๒) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
	(๓) สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
	(๔) สัญญาที่แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
	(๕) สัญญาที่ให้เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการ จัดทำ บริการสาธารณะโดยตรง
	(๖) สัญญาที่มีข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอก สิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการ ดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ “บริการสาธารณะ” บรรลุผล
	(๗) สัญญาที่จัดหาหรือจัดให้มีอุปกรณ์สำคัญที่ใช้ในการ จัดทำบริการสาธารณะ
สัญญาทางแพ่ง = ผูกพันกับคู่สัญญาด้วยใจสมัคร เสมอภาค	

อย่างไรก็ดี แม้สัญญาทางปกครองไทยจะได้รับอิทธิพลอย่างมากจากสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสตามแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน แต่ด้วยระบบกฎหมายไทย ข้อเท็จจริง ปัญหาข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง รวมถึงแนวคิด หลักการบริหารงานภาครัฐที่แตกต่างกัน ทำให้ในรายละเอียดของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยจะมีความแตกต่างจากสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส เช่น<sup>๕๕</sup> กรณีสิทธิในการ

<sup>๕๔</sup> อิทธิพร จิระพัฒนากุล, “กฎหมายปกครองสำหรับผู้บริหาร” (เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรกฎหมายปกครองสำหรับผู้บริหาร ณ โรงแรม ทีเค. พาเลซ แอนด์ คอนเวนชัน ถ.แจ้งวัฒนะ กรุงเทพฯ จัดโดย มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนกรยุติธรรมทางปกครอง, ๒๓ สิงหาคม ๒๕๖๗.

<sup>๕๕</sup> สุรพล นิตไกรพจน์, *สัญญาทางปกครอง*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕), ๑๓๑-๑๓๗.

เรียกร้อยค่าเสียหายที่เกิดมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองอื่นที่มีใช้คู่สัญญาหรือในกรณีที่เกิดพฤติการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้และเหตุหรือพฤติการณ์นั้นส่งผลกระทบต่อการใช้ตามสัญญา ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางแนวทางไว้เป็นกรณีที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้หลักการพื้นฐานของบริการสาธารณะในเรื่องความต่อเนื่องสม่ำเสมอของบริการสาธารณะ (principe de la continuité) โดยแท้ โดยศาลปกครองฝรั่งเศสได้ให้น้ำหนักความสำคัญแก่การที่จะต้องมีการบริการสาธารณะนั้น ๆ อย่างต่อเนื่องมากกว่าการได้หรือเสียประโยชน์ในทางการเงินของฝ่ายปกครอง และเห็นว่า เพื่อรักษาความต่อเนื่องของบริการหรือประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองอาจต้องให้เงินทดแทนหรือให้ความช่วยเหลือแก่เอกชนคู่สัญญาโดยไม่จำเป็นต้องมีข้อกำหนดในสัญญาหรือให้ในลักษณะที่แตกต่างไปจากข้อกำหนดในสัญญาก็ได้ เพราะสัญญาทางปกครองไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการตอบสนองความต้องการหรือประโยชน์ในทางการเงิน ส่วนในระบบกฎหมายไทยนั้นแนวคิดในเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญาหรือสัญญาที่ตกลงไว้อย่างโดยอ้อมผูกพันคู่สัญญาตามที่ได้ตกลงไว้ (pacta sunt servanda) อันเป็นหลักการของสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน ยังคงมีอิทธิพลครอบงำระบบกฎหมายและนักกฎหมายไทยอย่างแน่นแฟ้น (ยกเว้นเฉพาะกรณีสัญญาจ้างกับเอกชนทำสัญญาปรับราคาได้ (กำหนดค่า k สัญญา) ตามมติคณะรัฐมนตรีที่ให้อำนาจปรับค่าจ้างให้เพิ่มขึ้นตามดัชนีผู้บริโภคและดัชนีราคาวัสดุก่อสร้างที่มีความผันผวนสูงและมีความขาดแคลน) ดังนั้นการวินิจฉัยรับรองสิทธิของเอกชนคู่สัญญาในลักษณะที่แตกต่างไปจากที่ได้ตกลงกันไว้ และเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาจะต้องเป็นผู้ไปแบกรับภาระการให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่เอกชนมากยิ่งขึ้น ทั้ง ๆ ที่ไม่ปรากฏว่าความเสียหายหรือเหตุที่มีได้มาจากความผิดพลาดหรือบกพร่องของฝ่ายปกครองคู่สัญญาแต่อย่างใด ดูจะเป็นกรณีที่จะเป็นที่ยอมรับได้ยากยิ่งในระบบกฎหมายไทย ดังนั้น แนวคิดกฎหมายปกครองและสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสยังสามารถนำมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองไทย แต่อาจต้องปรับให้เหมาะสมและสอดคล้องกับระบบราชการไทยหรือสัญญาของทางราชการที่นำระบบกฎหมายเอกชนมาใช้กับสัญญาของทางราชการอย่างยาวนานจนเกิดความเคยชิน

### ๓) ข้อแตกต่างสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองกับสัญญาทางปกครอง

เนื่องจากก่อนจัดตั้งศาลปกครองระบบกฎหมายไทยไม่มีหลักเรื่องสัญญาทางปกครองที่ใช้บังคับเป็นกรณีพิเศษแยกต่างหากจากระบบกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน ดังนั้น เมื่อสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองทำกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาเช่า หรือสัญญาสัมปทานก็มักได้รับเสมือนเป็นหนึ่งในสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อมีคดีพิพาทเกิดขึ้นศาลยุติธรรมจะนำกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ในคดีโดยมิได้แยกแยะว่านิติกรรมใดเป็นสัญญาทางแพ่งและนิติกรรมใดมีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง ต่อมาเมื่อจัดตั้งศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แนวความคิด

เกี่ยวกับสัญญาของรัฐก็เปลี่ยนไปเพราะกฎหมายกำหนดให้สัญญาทางปกครองเป็นคดีปกครองและอยู่ในอำนาจศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดี<sup>๕๖</sup> สำหรับแนวคิดในการแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองในประเทศไทยนั้น ได้รับอิทธิพลโดยตรงจากระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งเห็นว่าการแยกสัญญาออกเป็น ๒ ระบบ คือ สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครอง โดยเห็นว่า การแบ่งแยกสัญญาออกเป็น ๒ ระบบดังกล่าว จะเป็นผลดีต่อการบริหารราชการและให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้อย่างเหมาะสม มากกว่าการมีระบบสัญญาเพียงระบบเดียว โดยหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นฝ่ายปกครองย่อมสามารถทำสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองได้ ทั้งนี้ ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองหรือเป็นสัญญาทางปกครองจะพิจารณาจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองมุ่งผูกพันบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค (fundamental of equality) จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>๕๗</sup> หรือการทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น หากมิได้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือดำเนินการทางปกครอง แต่เป็นการใช้อำนาจทั่วไปในการประกอบกิจการเชิงพาณิชย์เท่านั้น สัญญาดังกล่าวจะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง<sup>๕๘</sup>

แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวจึงเป็นไปตามหลักการดำเนินการของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล การจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการได้ใน ๒ รูปแบบ คือ นิติกรรมฝ่ายเดียวด้วยวิธีการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการออกกฎ หรือ นิติกรรมสองฝ่ายขึ้นไปด้วยรูปแบบของสัญญาเพื่อให้เกิดความผูกพันซึ่งกันและกันโดยฝ่ายปกครองอาจดำเนินการโดยใช้รูปแบบสัญญาทางแพ่งซึ่งอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่ง หรือในลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสัญญาทางปกครองจะมีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งที่บางกรณีไม่อาจนำหลักสัญญาทางแพ่งมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้<sup>๕๙</sup> เช่น หลักความยินยอมและความสมัครใจในการแก้ไขสัญญา หรือหลักการยกเลิกสัญญาตามแนวคิดของกฎหมายแพ่ง เป็นต้น ประกอบความไม่ชัดเจนในการแบ่งแยกสัญญาของรัฐที่เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองกับสัญญาทางปกครอง ระบบกฎหมายไทยมิได้มีกฎหมายกำหนดแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองกับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ จึงจำเป็นต้องพิจารณาตามหลักนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ประกอบค่านิยมสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติ

<sup>๕๖</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๕๖). ๒๑๙-๒๒๐.

<sup>๕๗</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๕/๒๕๖๑

<sup>๕๘</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๓๓/๒๕๖๒

<sup>๕๙</sup> พัทธมา จิตรมหีมา, “วิเคราะห์สัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย และแนวคิดในการกำหนดให้มีการกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง” *วารสารกฎหมายปกครอง* ๓๔ ฉ. ๓, (สิงหาคม ๒๕๖๕): ๒๘.

ดังกล่าว รวมถึงแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเป็นสำคัญ ทั้งนี้ โภคิน พลกุล ได้ให้ข้อสังเกตหรืออธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง สรุปได้ดังนี้<sup>๖๐</sup>

(๑) สัญญาตามกฎหมายแพ่ง เป็นนิติสัมพันธ์ที่ตั้งบนพื้นฐานของเสรีภาพ ความเสมอภาคและความสมัครใจในการทำสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญาก็เพื่อสนองความต้องการของคู่สัญญามีใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ในขณะที่สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่ไม่เสมอภาคในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การก่อให้เกิดสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา การแก้ไขและการเลิกสัญญา สัญญาทางปกครองจึงเป็นนิติกรรม ๒ ฝ่าย ที่สะท้อนถึงอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

(๒) แม้ฝ่ายปกครองจะเลือกรูปแบบสัญญาเป็นวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะแต่สัญญาทางปกครองก็มีระบบของสัญญาหลายประการที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ มักเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีระเบียบของฝ่ายปกครองกำหนดรูปแบบของสัญญาไว้ การได้มาซึ่งคู่สัญญาโดยปกติฝ่ายปกครองจะต้องทำตามระเบียบในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้าง ฯลฯ

(๓) สิทธิหน้าที่ของฝ่ายปกครองและเอกชนที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะโดยกฎหมายกำหนดหรือโดยสภาพนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักเฉพาะขึ้นมาหลายประการที่แตกต่างจากสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในกฎหมายแพ่ง เช่น สิทธิที่จะแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องจ่ายค่าทดแทนที่เหมาะสมซึ่งหมายถึงความเสียหายที่มีอยู่จริง มิใช่การขาดทุนกำไรและต้องไม่เป็นการแก้ไขที่เกินสมควร สิทธิของเอกชนที่จะได้รับค่าทดแทนหากต้องประสบกับปัญหาอุปสรรคจนทำให้ต้องขาดทุนหรือมีค่าใช้จ่ายสูงขึ้นหากปัญหาอุปสรรคนั้นเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ เป็นต้น

(๔) สัญญาที่ทำขึ้นกับฝ่ายปกครองที่มีได้จัดทำบริการสาธารณะทางปกครองโดยแท้ (การรักษาความสงบเรียบร้อย การศึกษา การต่างประเทศ ฯลฯ) แต่เป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้ำน้ (ในระบบกฎหมายไทยจะได้แก่รัฐวิสาหกิจ) ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าถ้าเป็นสัญญาจ้างแรงงานก็ดี สัญญาที่ทำกับผู้ใช้บริการก็ดีเป็นสัญญาทางแพ่ง ยกเว้นสัญญาจ้างพนักงานระดับสูง เช่น ผู้อำนวยการ สมุห์บัญชี เพราะเป็นตำแหน่งสำคัญที่รับผิดชอบการดำเนินการขององค์กรจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวโดยตรง นอกจากนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสยังถือว่า สัญญาให้เช่าหรือหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สินธรรมดาของแผ่นดินเป็นสัญญาทางแพ่ง เว้นแต่จะมีข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

<sup>๖๐</sup> โภคิน พลกุล, “คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง,” Public Law Net เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย, <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=๒๔๕> (สืบค้น ๑ เมษายน ๒๕๖๓)

จากหลักการและข้อสังเกตดังกล่าว อิทธิพร จิระพัฒนากุล ได้สรุปข้อแตกต่าง  
สัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครอง แสดงได้ตามตารางที่ ๒ ดังนี้<sup>๖๑</sup>

ตารางที่ ๒ ข้อแตกต่างสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครอง

	สัญญาทางปกครอง	สัญญาทางแพ่ง
(๑) คู่สัญญา	อย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็น หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐ	เป็นบุคคลใดก็ได้
(๒) ฐานะคู่สัญญา	คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองมี อำนาจในสัญญาเหนือเอกชน	คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน
(๓) วัตถุประสงค์ของ สัญญา	เพื่อการบริการสาธารณะ	เพื่อสนองความต้องการของ คู่สัญญาในทางแพ่งและ พาณิชย์โดยทั่วไป มิใช่เป็นไป เพื่อประโยชน์ส่วนรวม
(๔) รูปแบบของสัญญา	คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองเป็นฝ่าย กำหนดรูปแบบและรายละเอียด ต่าง ๆ ของสัญญา (สัญญาสำเร็จรูป ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัด จ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ)	คู่สัญญามีเสรีภาพในการ กำหนดรูปแบบและ รายละเอียดของสัญญา
(๕) การปฏิบัติตาม สัญญา	คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ใน การแก้ไขฝ่ายเดียว และมีเอกสิทธิ์ ในการผิดสัญญาเพื่อประโยชน์ สาธารณะ ประโยชน์แก่ส่วนรวม (โดยจ่ายค่าทดแทน)	คู่สัญญามีหน้าที่ปฏิบัติตาม สัญญาอย่างเสมอภาค
(๖) การบังคับตาม สัญญา	อยู่ในอำนาจศาลปกครอง	อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม

<sup>๖๑</sup> อิทธิพร จิระพัฒนากุล, “กฎหมายปกครองสำหรับผู้บริหาร” (เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตร  
กฎหมายปกครองสำหรับผู้บริหาร ณ โรงแรม ทีเค. พาเลซ แอนด์ คอนเวนชั่น ถ.แจ้งวัฒนะ กรุงเทพฯ จัดโดย มูลนิธิ  
วิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, ๒๓ สิงหาคม ๒๕๖๗).

โดยมีตัวอย่างคดีพิพาทที่เป็นสัญญาทางปกครองและคดีพิพาทไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น

(๑) คดีพิพาทที่เป็นสัญญาทางปกครอง ยกตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๖๙/๒๕๖๑ สัญญาจ้างก่อสร้างโรงเรียนสำหรับสร้างรังไหมระหว่างมหาวิทยาลัยมหาสารคาม (ผู้ฟ้องคดี) กับเอกชนคู่สัญญา มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ประโยชน์ในการศึกษาอันเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นสัญญาทางปกครอง หรือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๓๒/๒๕๖๐ สัญญาจ้างเหมาเอกชนดำเนินงานระหว่างผู้ฟ้องคดีและศูนย์ฝึกรบที่ ๓ (ชะอำ) จังหวัดเพชรบุรี ซึ่งเป็นส่วนราชการของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืชตามกฎหมายกระทรวงแบ่งส่วนราชการข้างต้น จึงเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีเนื้อหาของสัญญากำหนดให้ผู้รับจ้างดำเนินการเกี่ยวกับการจัดระบบและดูแลรักษาความปลอดภัยให้กับอาคารสถานที่ ทรัพย์สิน พัสตุ และเจ้าหน้าที่ของทางราชการ ซึ่งรวมถึงงานการอำนวยความสะดวกและให้การช่วยเหลือแก่ผู้มาใช้สถานที่ของศูนย์ฝึกรบดังกล่าว อันถือเป็นงานในภารกิจการให้บริการสาธารณะอย่างหนึ่งของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติให้เป็นแหล่งท่องเที่ยวทางธรรมชาติให้กับประชาชน สัญญาจ้างเหมาเอกชนดำเนินงานดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่มอบหมายให้เอกชนคู่สัญญาเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครอง หรือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๒๒๑/๒๕๖๐ สัญญาจ้างจัดพิมพ์วารสารบ้านใหม่และหนังสือคู่มือนักเรียน ครู และผู้ปกครอง ปีการศึกษา ๒๕๕๖ เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการจัดการเรียนการสอนนักเรียน อันเป็นส่วนหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะด้านการศึกษาตามอำนาจหน้าที่และเป็นภารกิจของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (ผู้ถูกฟ้องคดี) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ สัญญาจ้างจัดพิมพ์วารสารและหนังสือดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดหาหรือจัดให้มีวัสดุอุปกรณ์เพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล อันเป็นสัญญาทางปกครอง

(๒) คดีพิพาทไม่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยเป็นคดีพิพาทที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมิได้ก่อนิติสัมพันธ์โดยใช้อำนาจเพื่อจัดทำบริการสาธารณะหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญามีใช้การบริการสาธารณะโดยตรง หรือคู่สัญญาฝ่ายปกครองมิได้แสดงถึงเอกสิทธิ์ตามกฎหมายมหาชนนิติสัมพันธ์ตั้งบนพื้นฐานของเสรีภาพ ความเสมอภาคและความสมัครใจในการทำสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญาก็เพื่อสนองความต้องการของคู่สัญญามีใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๓๓/๒๕๖๐ สัญญาซื้อขายวัสดุอุปกรณ์ไฟฟ้า เช่น สายไฟฟ้า เทปพันสายไฟฟ้า หลอดไฟ ปลั๊กไฟ โคมไฟระหว่างผู้ฟ้องคดีและองค์การบริหารส่วนตำบลปากแรต (ผู้ถูกฟ้องคดี) แม้จะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และการจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ไฟฟ้างดงกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อติดตั้งซ่อมแซมไฟฟ้าแสงสว่างทางสาธารณะก็ตาม แต่สัญญาข้างต้นเป็นเพียงการจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์เท่านั้น มิใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการ

สาธารณะโดยตรง จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง มิใช่สัญญาทางปกครอง หรือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๗/๒๕๖๑ สัญญาเช่าที่ดินระหว่างผู้ฟ้องคดีกับเทศบาลตำบลป่าต้อนนครสวรรค์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) แม้จะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่เมื่อสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เช่าที่ดินเท่านั้น มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือ แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง มิใช่สัญญาทางปกครอง คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๘๓๐/๒๕๖๐ สัญญาเช่าซื้อทรัพย์สินระหว่างผู้ฟ้องคดีกับกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกร (ผู้ถูกฟ้องคดี) มีข้อกำหนดว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีชำระเงินคืนผู้ถูกฟ้องคดีครบถ้วนตามสัญญาแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจะโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินที่เช่าซื้อให้แก่ผู้ฟ้องคดี แต่ปรากฏว่า ภายหลังจากผู้ฟ้องคดีได้ชำระเงินคืนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญาครบถ้วนแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีกลับไม่ดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินคืนให้แก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนโฉนดที่ดินเพื่อเป็นการปฏิบัติตามสัญญานั้น เมื่อสัญญาเช่าซื้อทรัพย์สินที่พิพาทไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญาเช่าซื้อทรัพย์สินดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่ง

## สรุป

ด้วยลักษณะสัญญาทางปกครองที่มีความซับซ้อนและมีรายละเอียดค่อนข้างมาก อีกทั้ง สัญญาทางปกครองกฎหมายไทยบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนเฉพาะคำนิยามไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดคำนิยามสัญญาทางปกครอง ให้หมายรวมถึง จึงเป็นการเปิดช่องให้ศาลปกครองตีความ ขยายความ กำหนดองค์ประกอบ เกณฑ์ และขอบเขตสัญญาทางปกครอง เป็นผลให้สัญญาทางปกครองไทยยังมีความไม่ชัดเจน โดยเฉพาะความไม่ชัดเจนเกี่ยวปัญหาการขาดกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาทางปกครองตั้งแต่กระบวนการเข้าทำสัญญา ซึ่งมีปัญหาในแง่ของสถานะทางกฎหมายและผลของการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องของการทำสัญญาตามกฎหมาย ระเบียบและกฎหมายของฝ่ายปกครอง หลักเกณฑ์การใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ทั้งในแง่ของการแก้ไขสัญญาและการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเกี่ยวกับการอนุโลมนำกฎหมายแพ่งมาใช้ได้มากน้อยเพียงใด ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองซึ่งขาดเกณฑ์ที่แน่นอนและการถกเถียงในเชิงวิชาการ ว่าที่สุดแล้วในระบบกฎหมายไทยนั้นสาเหตุเงื่อนไขแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองนั้นรวมถึงกรณีใดบ้าง และจะมีการปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วน

ของอำนาจในการทำสัญญาของเจ้าหน้าที่ได้มากน้อยหรือไม่เพียงใด และหากสัญญานั้นมีข้อบกพร่องเกิดขึ้น จะส่งผลทั้งต่อคู่สัญญาและบุคคลภายนอกเช่นไร ความชัดเจนที่ไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชนคู่สัญญา ได้ส่งผลต่อปัญหาการออกแบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองว่าศาลจะมีอำนาจมากน้อยเพียงใด และใครจะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี ยังมีפקจะต้องกล่าวถึงการระงับข้อพิพาทวิธีการทางเลือกอย่างอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทำให้ปัญหาทวิความซับซ้อนมากขึ้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องนำแนวคิดสัญญาทางปกครองของต่างประเทศโดยเฉพาะหลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมาใช้ โดยหลักกฎหมายปกครองและสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสที่ศาลปกครองไทยนำมาปรับใช้ทั้งในคำนิยามสัญญาทางปกครอง การปรับใช้หลักประโยชน์สาธารณะตามทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชนในพิจารณาวินิจฉัยและโต้แย้งคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยมีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจระหว่างศาลที่ยอมรับหลักดังกล่าว เช่น เกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองโดยใช้เกณฑ์องค์กรและเกณฑ์เนื้อหาของสัญญาที่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะโดยตรงและมีเนื้อหาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ การยอมรับหลักบริการสาธารณะที่มีหลักเกณฑ์พื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะประกอบด้วยหลัก ๓ ประการ คือ หลักความเสมอภาค หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง สำหรับใช้ในการวินิจฉัย ระงับข้อพิพาทและโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์แก่ส่วนรวม และให้เป็นธรรมแก่คู่สัญญา อย่างไรก็ตาม ด้วยเจ้าหน้าที่รัฐมีความเคยชินกับสัญญาของทางราชการที่ใช้ระบบกฎหมายเอกชน จึงทำให้สัญญาทางปกครองไทยจะมีความแตกต่างจากสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสในรายละเอียด นอกจากนี้ ด้วยศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลซึ่งได้กำหนดขอบเขตและขยายความสัญญาทางปกครองมากขึ้นเป็นลำดับ สถานการณ์เช่นนี้นอกจากจะทำให้สัญญาทางปกครองเกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนในการปฏิบัติบังคับต่าง ๆ ตามสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับหน่วยงานฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น หากแต่จะกระทบโดยตรงต่อการจัดทำบริการสาธารณะระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชนอีกด้วย สถานการณ์เช่นนี้ นักกฎหมายบางท่านได้เห็นความจำเป็นและเรียกร้องให้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยเห็นว่า หากจะรอให้เกิดการพัฒนาด้วยวิธีการเรียนรู้จากคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลปกครองไทยเป็นรายกรณีจะต้องใช้ระยะเวลาอีกนานพอสมควร ปัญหาเหล่านี้ล้วนแต่รอคอยความกระจ่างซึ่งจะต้องอาศัยการศึกษาวิเคราะห์ เปรียบเทียบ และการถกเถียงทางวิชาการอีกมาก ซึ่งผู้ศึกษาจะได้ศึกษานำเสนอในตอนต่อไป

## บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกาวงค์. “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาบังคับใช้ในประเทศไทยในภาพรวม.” *วารสารกฎหมายปกครอง* ๑๗, ฉ. ๓ (ธันวาคม ๒๕๕๑): ๑๖-๑๗.
- จุลสิงห์ วสันตสิงห์. *สัญญาของรัฐ*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, ๒๕๕๔.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. *สัญญาของทางราชการ: กฎหมายเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๓.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. “แนวคิดพื้นฐานของกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง” เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตร กฎหมายปกครองสำหรับผู้บริหาร ณ โรงแรม ทีเค พาเลซ แอนด์ คอนเวนชัน ถ.แจ้งวัฒนะ กรุงเทพฯ จัดโดย มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง. ๑๙ สิงหาคม ๒๕๖๗.
- ไชยวัฒน์ บุณนาค. “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน.” *วารสารสหภาพนายความ* ๕, ฉ. ๒๔ (ตุลาคม-พฤศจิกายน ๒๕๓๙): ๔๘.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. *กฎหมายว่าด้วยสัญญา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, โรงพิมพ์จักรสันนิทวงศ์, ๒๕๒๗.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. พิมพ์ครั้งที่ ๕. กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๖๐.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. *หลักพื้นฐานกฎหมายฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๕๑.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. *สัญญาทางปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ ๕. กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๕๖.
- บุปผา อัครพิมาน. *สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๕.
- ประยูร กาญจนดุล. “กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ” หอสมุดมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. สืบค้นเมื่อวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๖๗.  
[https://digital.library.tu.ac.th/tu\\_dc/frontend/Info/item/dc:๑๗๒๗๘๒](https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:๑๗๒๗๘๒)
- ประยูร กาญจนดุล. “คำอธิบายกฎหมายปกครอง” หอสมุดมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. สืบค้นเมื่อวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๖๗.  
[https://digital.library.tu.ac.th/tu\\_dc/frontend/Info/item/dc:๑๗๒๗๘๒](https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:๑๗๒๗๘๒)
- พัชมา จิตรมหิมา. “ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่มที่ ๒๗, ตอน ๓, (๒๕๕๓): ๓-๗๒.

- พัชฌา จิตรมหีมา. “คำบรรยายในการสัมมนาสัญญาทางปกครอง.” เอกสารประกอบการบรรยาย  
สัมมนา สัญญาทางปกครอง. ณ โรงแรม เดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ กรุงเทพฯ. ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๖๗
- พัชฌา จิตรมหีมา. “พิเคราะห์สัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย และแนวคิด  
ในการกำหนดให้มีการกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง.” *วารสารกฎหมายปกครอง*  
๓๔ ฉ. ๓, (สิงหาคม ๒๕๖๕): ๗.
- โกคิน พลกุล. “คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.” Public Law Net เครือข่ายกฎหมายมหาชน  
ไทย, <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=๒๔๕> (สืบค้น ๑ เมษายน ๒๕๖๓)
- โกคิน พลกุล. “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย.” *วารสารวิชาการปกครอง* ๔, ฉ. ๑ (มกราคม-  
เมษายน ๒๕๔๗): ๒๑-๗๗.
- มานิตย์ จุมปา. *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม ๓ ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุม  
การกระทำทางปกครอง ตอนที่ ๑. พิมพ์ครั้งที่ ๓.* กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๔.
- มุนินทร์ พงศาปาน. *ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและ  
พาณิชย์.* พิมพ์ครั้งที่ ๔. กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๖๔.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.”  
*วารสารนิติศาสตร์.* ๒๙, ฉ. ๒ (มิถุนายน ๒๕๔๒): ๒๖๒-๒๗๖.
- สิริวิษญ์ ทิวะกุล. “สัญญาทางปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมาย  
สหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครอง  
ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต,*  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๙.
- สุภาวนีย์ อมรจิตสุวรรณ. *หลักสัญญาทางปกครองและการพัสดุ.* กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน  
จำกัด, ๒๕๖๒.
- สุรพล นิติไกรพจน์. *สัญญาทางปกครอง.* กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕.
- อิทธิพร จิระพัฒนากุล. “กฎหมายปกครองสำหรับผู้บริหาร.” เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตร  
กฎหมายปกครองสำหรับผู้บริหาร ณ โรงแรม ทีเค. พาเลซ แอนด์ คอนเวนชั่น ถ.แจ้งวัฒนะ  
กรุงเทพฯ จัดโดย มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, ๒๓ สิงหาคม ๒๕๖๗.