เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะและสัญญาให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง

The Criteria of Administrative Contract : A Study of Participation in Public Service Contract and Contract with Highly Unusual Provisions

เดชา สินธุเพ็ชร์[1]
Decha Sintupatch[1]

Received : September 7, 2020
Revised : December 5, 2020
Accepted : December 18, 2020

[1] นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพฯ 10900

[1] Graduatestudent of Master of Laws Program in Public Law., Faculty of Law, Thammasat University, Bangkok, 10900, Thailand

บทคัดย่อ

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 ได้มีมติเห็นชอบให้กำหนดคำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมจากการให้นิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไว้ว่า “สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล” เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้นำมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยว่า สัญญาของฝ่ายปกครองสัญญาใดบ้างเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งผลการพิจารณาปรากฏว่าสัญญาของฝ่ายปกครองบางสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง บางสัญญาเป็นสัญญาทางแพ่ง ทั้งที่เป็นสัญญาประเภทเดียวกัน ส่งผลให้เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองไม่ชัดเจน ซึ่งอาจส่งผลต่อผลแห่งคดีพิพาท เนื่องจากวิธีพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมและศาลปกครองมีความแตกต่างกัน นอกจากนี้ มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเป็นเพียงมติที่ประชุมขององค์กรตุลาการ ซึ่งไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองตามมติที่ประชุมใหญ่ของตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมนิยามสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อให้การพิจารณาของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีความชัดเจนยิ่งขึ้น

คำสำคัญ : สัญญาทางปกครอง บริการสาธารณะ เอกสิทธิ์ของรัฐ

Abstract

The General Meeting of the Judges of the Supreme Administrative Court No. 6/2544(2001) considered the meaning of the “administrative contract”. Apart from the meaning provided by Section 3 of The Act Establishing Administrative Courts and Administrative Procedure B.E. 2542. The General Meeting concluded that “administrative contract” also includes an agreement containing a term exhibiting a special characteristic of the State’s privilege so that the exercise of the State powers or provision of the administrative affairs which is a form of public service can be achieved” When the administrative contract disputes arise. The Administrative Court and the Commissionon Jurisdiction of Courts have to decide whether administrative contract, which contract is an administrative contract. The results of consideration show that some contracts are administrative contracts some contracts are civil contracts. Both are the same type of contract.As a result, the scope of the administrative contract is not clear. Which may affect the outcome of the dispute due to the procedure of the judicial proceedings and there are differences in the administrative courts. Moreover, the resolution of the General Meeting of the Judges of the Supreme Administrative Court is just a resolution meeting of the judicial organization which does not have legal status. According to the resolution of the general meeting of the judges of the Supreme Administrative Court No.6/2544, it is expedient to amend the definition of administrative contract under Section 3 of the Act Establishment of the Administrative Court and Administrative Court Procedure B.E. 2542 for the consideration of the Administrative Court and the Commission on Jurisdiction of Courts more clearly.

Keywords : Administrative contract, Public service, The State’s privilege

บทนำ

ฝ่ายปกครองมีหน้าที่หลักในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยอาศัยเครื่องมือต่าง ๆ เช่น การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ฝ่ายปกครองอาจไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้ทั้งหมด จึงมีความจำเป็นในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครอง ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงต้องมีเครื่องมือสำหรับจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบของสัญญา

ฝ่ายปกครองมีหน้าที่หลักในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยอาศัยเครื่องมือต่าง ๆ เช่น การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ฝ่ายปกครองอาจไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้ทั้งหมด จึงมีความจำเป็นในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครอง ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงต้องมีเครื่องมือสำหรับจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบของสัญญา [1] ในอดีต หากเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชน ข้อพิพาทดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ต่อมา เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมีการให้นิยามความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ สัญญาของฝ่ายปกครองอาจจะมิใช่สัญญาทางแพ่งทั้งหมดอย่างเช่นในอดีต การให้นิยามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542[2] เป็นการกำหนดว่าสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทใดบ้างเป็นสัญญาทางปกครองหรือเรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายซึ่งเป็นการให้นิยามความหมายไว้อย่างกว้างและไม่ชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยตัดสินคดีของศาลปกครอง ดังนั้น ศาลปกครองจึงได้มีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เห็นชอบให้กำหนดคำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ว่า “สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญา

[2] สัญญาทางปกครอง หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

อีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล"อันเป็นการกำหนดลักษณะเพิ่มเติมของสัญญาทางปกครอง นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้นมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เป็นปัจจัยที่สำคัญในการพิจารณาคดีของศาลปกครองว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองกรณีใดบ้างอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง

ความหมายและเกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ

ในระบบกฎหมายของหลายประเทศปรากฏแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครอง แต่ความหมายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งยังมีความแตกต่างกัน สัญญาบางสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศหนึ่ง แต่กลับเป็นสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายของอีกประเทศหนึ่ง หรือสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศหนึ่งอาจไม่มีอยู่ในระบบกฎหมายของอีกประเทศก็ได้

1. ประเทศฝรั่งเศส สัญญา เป็นการแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่ตรงกัน มุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือหนี้ อาจเป็นข้อตกลงระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป และเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลฝ่ายหนึ่งซึ่งจะกลายเป็นลูกหนี้และก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจะกลายเป็นเจ้าหนี้ [2] การแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่ถูกต้องตรงกันจะทำให้เกิดข้อตกลงในลักษณะสัญญาได้ ต้องเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นนิติกรรม มีวัตถุประสงค์ในการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสถานภาพทางกฎหมายเฉพาะราย เฉพาะกรณี หรือเรียกว่า นิติกรรมแบบอัตวิสัย [3] ดังนั้น สัญญาทางปกครองที่มีการยอมรับโดยทั่วไป หมายถึง สัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐกับอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยทั่วไปแล้ว

สัญญาทางปกครองจะปรากฏเงื่อนไขของสัญญาหรือข้อยกเว้นของสัญญาที่มีความแตกต่างไปจากสัญญาที่เกิดขึ้นตามกฎหมายแพ่ง [4] ซึ่งสามารถแยกองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองได้ ดังนี้

1.1 สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่เกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสองฝ่ายฝ่ายหนึ่งคือรัฐหรือฝ่ายปกครอง อีกฝ่ายหนึ่งคือเอกชน เมื่อเกิดเป็นสัญญาแล้วย่อมเกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สำหรับสัญญาทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ จะต้องมีอำนาจตามกฎหมายที่เข้าทำสัญญาได้ เช่น รัฐมนตรีเข้าทำสัญญาในฐานะคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามที่กฎหมายมอบอำนาจให้ หรือการมอบหมายให้ข้าราชการเป็นผู้เข้าทำสัญญาแทนจะต้องเป็นการมอบอำนาจที่ถูกต้องตามกฎหมาย

1.2 สัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ สัญญาทางปกครองใดก็ตามที่มีวัตถุแห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง จะต้องนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้บังคับจะนำหลักกฎหมายเอกชนที่ใช้ในการคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนมาบังคับใช้กับสัญญาทางปกครองไม่ได้ เป็นการแสดงถึงความต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง

1.3 เนื้อความของสัญญาในสัญญาทางปกครองจะปรากฏข้อความที่กำหนดเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไปหรือสัญญาแพ่งทั่วไป รวมถึงมีข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นการยกเว้นไว้ เนื่องจากฝ่ายปกครองหรือรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชน ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณะที่ดี สามารถปรับเปลี่ยนหรือเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลง เพื่อให้บริการสาธารณะนั้นดำเนินการต่อไป ซึ่งเป็นสิ่งบ่งชี้ว่าสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ สัญญาทางแพ่ง หากมีการลงนามในสัญญาและมีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญาแล้ว จะมีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาได้ยากเนื่องจากลักษณะของสัญญาทางแพ่งเป็นสัญญาที่แน่นอนต่างกับสัญญาทางปกครอง แม้จะมีการลงนามในสัญญาและมีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาแล้วก็ตาม แต่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงสัญญาได้อยู่เสมอ ด้วยการกำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นจากความต้องการเพื่อให้สอดคล้องกับ

สถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจขอแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาด้วยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือระบุข้อความในสัญญาให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุมหรือดำเนินการในการออกมาตรการเพื่อบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง [5]

การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสโดยหลักแล้วจะต้องพิจารณาจาก “นิยาม” ของสัญญาทางปกครองกล่าวคือ สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นเอกชนที่ได้รับมอบหมายภารกิจทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาของสัญญาเกี่ยวกับ“บริการสาธารณะ” หรือเป็น “ข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏทั่วไปในสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน” ทั้งนี้ นิยามดังกล่าวมีคำที่สร้างความชัดเจนได้ยากการจำแนกสัญญาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรูปธรรมผ่านทางแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดและคำพิพากษาของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) อย่างไรก็ตามการวางหลักโดยองค์กรดังกล่าวก็ยังมีความทับซ้อนหลายเรื่องจึงเกิดการออกกฎหมายเพื่อระบุให้สัญญาบางชนิดเป็นสัญญาทางปกครองเพื่อขจัดความไม่แน่นอนและข้อถกเถียงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองทำให้เกณฑ์ในแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนแบ่งออกเป็นสองประเภท ดังนี้

- กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาตามประมวลพัสดุหรือสัญญาพัสดุ (Marché public), สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง (Marches de travaux publics), สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน, สัญญาให้ครอบครองที่ดินสาธารณสมบัติ (Contrats comportant occupation du domaine public) หรือสัญญาซื้อไฟฟ้าที่ทำขึ้นโดยการไฟฟ้าฝรั่งเศสกับผู้ผลิตและผู้จ่ายกระแสไฟฟ้ารายอื่นตามมาตรา10 ของรัฐบัญญัติ n°2000 – 108 ซึ่งแก้ไขโดยรัฐบัญญัติ ENLn°2010–788 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม 2010 เป็นต้น

- สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ได้แก่ สัญญาว่าจ้างด้วยวาจาให้นาย Bertin ทำอาหารเลี้ยงชาวโซเวียตที่กำลังรอส่งกลับประเทศ[3] ซึ่งมีวัตถุแห่งสัญญาในการให้นาย Bertin ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง โดยการบริการสาธารณะ คือ

[3] C.E. 20 avril 1959, epoux Bertin, Gr., Ar. , p.442

การเลี้ยงดูชาวต่างชาติที่อยู่ในดินแดนของฝรั่งเศสเพื่อส่งกลับประเทศ, สัญญาให้นาย Chardon เข้ามามีส่วนร่วมในการฝึกบินให้กับเยาวชน[4]

2. ประเทศเยอรมนี สัญญาทางปกครองถือกำเนิดขึ้นบนพื้นฐานของความขัดแย้งทางความคิดระหว่างฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองไม่อาจมีได้ในระบบกฎหมาย กับฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองเป็นไปได้ และมีประโยชน์ต่อการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองมีความเป็นไปได้ ได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครองว่า เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกัน ระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนด้วยกันเอง โดยก่อนิติสัมพันธ์หรือเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ในทางกฎหมายปกครอง ต่อมา เมื่อได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองลงในรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976) มาตรา 54 บัญญัติว่า “นิติสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายมหาชนอาจจะถูกก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือทำให้สิ้นสุดลงได้โดยสัญญา (สัญญาทางมหาชน) ตราบใดที่ไม่เป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีแทนที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจทำสัญญาทางมหาชนขึ้นกับบุคคล ซึ่งจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นก็ได้” [6] จากนิยามดังกล่าว สามารถแยกองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันได้โดยเป็นสัญญาและเนื้อหาสาระสำคัญเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน ซึ่งสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาโดยมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย ซึ่งเป็นลักษณะเดียวกันกับสัญญาทางแพ่งทั่วไป ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามกฎหมายเอกชนจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย ทั้งนี้สัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งในเรื่องของเนื้อหาสาระของสัญญา เนื่องจากวัตถุของสัญญาทางปกครองอาจจะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่แล้ว หรือทำให้นิติสัมพันธ์ที่มีผลอยู่สิ้นผลลง จะเห็นได้ว่า แม้มาตรา 54 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976

[4] T.C. 13 janvier 1958

ใช้คำว่าสัญญาทางมหาชนก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะให้สัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตกลงทำสัญญา และเป็นสัญญาที่อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง ซึ่งหมายถึง สัญญาตามกฎหมายปกครองหรือสัญญาทางปกครอง สำหรับหลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ฝ่ายปกครองอาจตกลงทำสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองหรือสัญญาทางปกครอง ในส่วนของสัญญาทางปกครองไม่จำเป็นว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง ในทางกลับกันฝ่ายปกครองอาจตกลงทำสัญญาทางแพ่งระหว่างกันได้ ทำให้การพิจารณาจากคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งจึงไม่อาจกระทำได้ ดังนั้น การพิจารณาว่าสัญญาของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง จะต้องพิจารณาถึงพื้นฐานทางกฎหมายของสัญญา โดยพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงทั้งหมดในลักษณะภาวะวิสัย (objective) ส่วนเจตนาของคู่สัญญานั้นไม่ใช่สาระสำคัญเว้นแต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกได้ว่าจะทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง การพิจารณาเนื้อหาหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญา คือ การพิจารณาเนื้อหาสาระหรือวัตถุแห่งสัญญา หากปรากฏว่าเนื้อหาสาระหรือวัตถุแห่งสัญญามีข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายปกครอง มูลเหตุแห่งหนี้ที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาหรือหน้าที่ในการชำระหนี้ตามสัญญามีลักษณะเป็นไปตามกฎหมายปกครอง สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากสัญญาของฝ่ายปกครองมีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่า ส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชนต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม แต่ส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองต้องนำไปฟ้องต่อศาลปกครองอย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายจำนวนไม่น้อยเห็นว่าควรพิจารณาจากลักษณะธรรมชาติในทางกฎหมายของสัญญาในลักษณะมีเอกภาพกล่าวคือ ถ้าเนื้อหาของสัญญาเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งเป็นส่วนที่เป็นเนื้อหาหรือสาระสำคัญเกี่ยวกับกฎหมายปกครองแล้ว สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีสัญญาเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะและสัญญาให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง

จากการให้คำนิยามของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามไว้อย่างกว้างเพื่อให้ศาลปกครองมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการสร้างหลักกฎหมายและแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายข้างต้น เป็นเหตุให้ศาลปกครองสูงสุดได้ให้คำนิยามของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติม จากกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสำหรับบุคคลที่ทางราชการส่งไปศึกษาในต่างประเทศ[5] เนื่องจากสัญญาดังกล่าวไม่มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครองไว้จึงทำให้เกิดมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เป็นการอธิบายเพิ่มเติมความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมิได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”ภายหลังจากการที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 ซึ่งได้วางแนวทางในการปฏิบัติและให้ความหมายเพิ่มเติมของสัญญาทางปกครอง โดยมติดังกล่าวส่งผลให้สัญญาทางปกครองครอบคลุมสัญญาของทางราชการในหลายประเภทเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากเป็นการให้นิยามของสัญญาทางปกครองในลักษณะอย่างกว้างตามเจตนารมณ์ขอมาตรา 3

[5] คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 166/2544

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นการเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้ใช้ดุลพินิจในการใช้หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจากมติที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวสามารถอธิบายได้ ดังนี้

1. สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะสัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะโดยตรงหรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ อาจเป็นสัญญาที่มอบหมายให้คู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงเช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นต้น หรือเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญาเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะ เช่น การจ้างเจ้าหน้าที่ของรัฐจ้างผู้บริหารของรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าวัตถุแห่งสัญญามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริการสาธารณะซึ่งเป็นกรณีที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง

2. สัญญาที่มีข้อกำหนดแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐและเป็นข้อกำหนดที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งข้อกำหนดในสัญญาเป็นการแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหมายถึง ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่พิเศษที่แตกต่างไปจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับเหตุผลที่จะต้องกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์มากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เนื่องจาก สัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ จำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนในการควบคุมดูแลการดำเนินการของเอกชน การให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถใช้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว แม้ในข้อสัญญาจะไม่ปรากฏข้อกำหนดนี้ก็ตาม เป็นสิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมกระทำได้ ทั้งนี้ ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างกับข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ การกำหนดข้อสัญญาในสัญญาทางแพ่งจะต้องเป็นข้อกำหนดที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างจากสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ หากเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ นอกเหนือไปจากการแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแล้ว ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองบางลักษณะไม่สามารถพบเห็นได้ในสัญญาทางแพ่ง เพราะโดยสภาพของเนื้อหาในสัญญาทางปกครองเป็นสิ่งที่ไม่อยู่ในขอบข่ายของสัญญา

แต่เป็นการสงวนการใช้อำนาจทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อรักษาสิทธิสำหรับการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะจึงมิใช่เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางสัญญาแต่เป็นความสัมพันธ์ที่มีฐานมาจากการใช้อำนาจเหนือ เป็นเหตุให้สัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้ระบบกฎมหายมหาชน และศาลปกครองเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีตัวอย่างของสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาเป็นการแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐและเป็นข้อกำหนดที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาที่มีข้อกำหนดให้หน่วยงานมีอำนาจสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมหรืองานตามสัญญาหากขัดขืนอาจถูกสั่งให้หยุดกิจการชั่วคราว หรือไม่เป็นเหตุขอขยายวันทำการออกไป[6] ข้อกำหนดในการสั่งให้ทำงานพิเศษนอกเหนือสัญญา หากอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา[7] สัญญาที่ให้หน่วยงานบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดเวลา หากต้องล้มเลิกโครงการ ซึ่งหน่วยงานจะชดเชยการลงทุนบางส่วนให้แก่เอกชนทั้งนี้ เอกชนไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือค่าชดเชย[8]

3. สัญญาที่มีวัตถุแห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล เป็นสัญญาทางปกครอง การวินิจฉัยว่าสัญญาของฝ่ายปกครองสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง นอกจากพิจารณานิยามของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 แล้ว คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้ว่า “สัญญาที่มีวัตถุแห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล เป็นสัญญาทางปกครอง” ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของสัญญาทางปกครองออกไปจากเดิมส่งผลให้สัญญาซื้อขายสัญญาเช่าทรัพย์ที่แต่เดิมเป็นสัญญาทางแพ่งอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งต่อมาศาลปกครองก็ได้วินิจฉัยตามแนวทางดังกล่าว ได้แก่ สัญญาสัญญาซื้อขายร่มบุคคลโดดแบบสายดึงประจำที่แบบเอ็มซี 1-1 บีพร้อมร่มช่วย ที-10 อาร์และอุปกรณ์[9] สัญญาจ้างผลิตบัตรโทรศัพท์

[6] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 853/2547
[7] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 828/2555
[8] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 90/2556
[9] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2550

สาธารณะแบบชิปการ์ด (Chipcard)[10] สัญญาซื้อขายวัสดุก่อสร้างประเภทหินทรายท่อประปาที่ใช้ในกิจการประปา[11]

ปัญหาการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีสัญญาเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะและสัญญาให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง

มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาของศาลปกครองคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองกรณีใดบ้างอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองทั้งนี้แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยให้สัญญาบางสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง บางสัญญาเป็นสัญญาทางแพ่ง ทั้งที่เป็นสัญญาประเภทเดียวกัน ส่งผลให้เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองไม่ชัดเจนเห็นได้จากกรณีสัญญาจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยสัญญาซื้อขายเครื่องพ่นเคมีระบบฝอยละอองละเอียด (ULV) ของโรงพยาบาล[12] ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นการจัดซื้อเครื่องมือในการกำจัดแมลง สัตว์นำโรคและเชื้อโรค ป้องกันโรคต่าง ๆ และฆ่าเชื้อโรคในโรงพยาบาล บ้านเรือน และที่พักอาศัย ดังนั้น เครื่องมือดังกล่าวเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านสาธารณสุขของโรงพยาบาลให้บรรลุผล ส่วนสัญญาซื้อขายเตาเผาขยะ[13] ระหว่างเทศบาลกับเอกชน ศาลปกครองวินิจฉัยว่าแม้การกำจัดขยะมูลฝอยอันเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของเทศบาล แต่เตาเผาขยะเป็นเพียงอุปกรณ์ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาลเท่านั้น ไม่ได้เป็นสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น สัญญาซื้อขายเตาเผาขยะจึงไม่ใช่สัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาซื้อขายเครื่อง STATIC CONVERTER[14] ระหว่างกองทัพเรือ เป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อ กับเอกชนซึ่งเป็น

[10] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 104/2556 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 76/2562
[11] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 106/2556
[12] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 71/2554
[13] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 423/2546
[14] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 747/2550

คู่สัญญาฝ่ายผู้ขายที่จะต้องส่งมอบเครื่องมือดังกล่าวสัญญาดังกล่าวไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองอันเป็นบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาดังกล่าวจึงมิใช่เป็นสัญญาทางปกครอง จะเห็นได้ว่า แม้เป็นสัญญาที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน คือ สัญญาการจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์เพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ ศาลปกครองสูงสุดกลับวินิจฉัยในผลที่ต่างกัน ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า คดีสัญญาซื้อขายเตาเผาขยะศาลปกครองวินิจฉัยว่าเตาเผาขยะเป็นเพียงอุปกรณ์ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาลแม้การกำจัดขยะมูลฝอยเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของเทศบาล ซึ่งเป็นการพิจารณาเฉพาะนิยามสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เท่านั้น มิได้นำมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 มาพิจารณา ซึ่งแตกต่างจากคดีสัญญาซื้อขายเครื่องพ่นเคมีระบบฝอยละอองละเอียด (ULV) ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจาก เป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านสาธารณสุขของโรงพยาบาลให้บรรลุผล

นอกจากนี้ กรณีสัญญาเกี่ยวกับการให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะก็มีปัญหาในการวินิจฉัยที่มีผลแตกต่างกัน เช่น สัญญาจ้างทำความสะอาดอาคารเฉลิมพระเกียรติ 7 ชั้น ของโรงพยาบาลราชบุรี[15] เป็นเพียงสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การรักษาความสะอาดของโรงพยาบาลเพื่อให้ความสะดวกแก่ประชาชนที่เข้ามารับการรักษา จึงไม่ได้เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะไม่เป็นสัญญาทางปกครอง และสัญญาจ้างทำความสะอาดอาคารและบริเวณสถานีอนามัย[16] เป็นเพียงสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากการทำความสะอาดอาคารและบริเวณอาคารมิได้เป็นการบริการสาธารณะของรัฐ เป็นการดูแลรักษาความสะอาดของอาคารสถานที่เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนทั่วไป แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะเป็นลูกจ้างชั่วคราวของหน่วยงานทางปกครองก็ตาม

[15] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 94/2549

[16] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 641/2551

หรือเงินค่าจ้างจะเป็นเงินงบประมาณแผ่นดินก็มิได้ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้เป็นสัญญาจ้างทำความสะอาดในหน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะทำความสะอาดภายในโรงพยาบาล แต่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และเป็นสัญญาที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยให้สัญญาจ้างทำความสะอาดในหน่วยงานของรัฐเป็นสัญญาทางปกครอง เช่นสัญญาให้สิทธิปรับปรุงและดูแลรักษาความสะอาดห้องสุขาภายในตลาดนัดจตุจักร[17] เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาความสะอาด เพื่อการอนามัยแก่ประชาชนในสาธารณสถาน อันถือว่าเป็นการจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง และสัญญาจ้างให้ทำความสะอาดบริเวณศูนย์พัฒนาเด็กเล็ก[18] เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากการดำเนินงานของศูนย์พัฒนาเด็กเล็กมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมกระบวนการเรียนรู้และส่งเสริมพัฒนาการของเด็ก ซึ่งอยู่ในความดูแลขององค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 เมื่อพิจารณาสัญญาว่าจ้างให้ผู้ฟ้องคดีทำความสะอาดบริเวณศูนย์พัฒนาเด็กเล็กแล้ว เห็นว่า วัตถุประสงค์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการว่าจ้างผู้ฟ้องคดีเพื่อที่จะจัดทำบริการสาธารณะในด้านการรักษาความสะอาดในบริเวณศูนย์พัฒนาเด็กเล็กซึ่งเป็นการให้บริการด้านอนามัยและอำนวยความสะดวกในการใช้พื้นที่ใช้สอยให้แก่เด็กเล็กและผู้ปกครองที่ในการเข้ามาใช้บริการจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นจะเห็นได้ว่าเป็นการวินิจฉัยให้เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีความเชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งแตกต่างกับสัญญาจ้างทำความสะอาดโรงพยาบาลเป็นการตอกย้ำว่าการนำมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 มาประกอบการวินิจฉัยแสดงให้เห็นถึงปัญหาในการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครอง

จากกรณีตัวอย่างข้างต้นชี้ให้เห็นถึงความไม่ชัดเจนในเกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

[17] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 301/2555

[18] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 537/2556

ครั้งที่ 6/2544 หากศาลปกครองไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และจะต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีคำวินิจฉัยให้คดีพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลใดศาลหนึ่งอาจส่งผลต่อผลแห่งคดีพิพาทได้ เนื่องจากวิธีพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมและศาลปกครองมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ศาลยุติธรรมใช้ระบบกล่าวหาในพิจารณาคดี ส่วนศาลปกครองเป็นระบบไต่สวน รวมไปถึงการนำกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาคดีที่มีความแตกต่างกัน

ปัญหาการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองที่มีผลต่อการพิจารณาคดี

ปัญหาการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองอาจส่งผลต่อผลแห่งคดีได้ เนื่องจากวิธีพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมและศาลปกครองมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ศาลยุติธรรมใช้ระบบกล่าวหา ส่วนศาลปกครองเป็นระบบไต่สวนเห็นได้จากคดีสัญญาจ้างพนักงานองค์การมหาชน ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง[19] และคดีสัญญาจ้างพนักงานรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงาน อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลแรงงาน[20] ทั้งสองคดีเป็นการวินิจฉัยคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ออกจากงาน โดยทั้งสองศาลต่างเริ่มต้นการพิจารณาจากข้อกำหนดในสัญญา แล้วพิจารณาข้อกฎหมายที่แต่ละหน่วยงานได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะเป็นลำดับต่อไป ซึ่งข้อสัญญาจะกำหนดว่าบุคคลใดมีอำนาจในการบรรจุ แต่งตั้ง หรือมีคำสั่งต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคล ทั้งนี้มีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่า สัญญาจ้างบุคลากรขององค์การมหาชน ศาลปกครองจะพิจารณาในลำดับแรกว่า คำสั่งไล่ออก เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เมื่อเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว การพิจารณาเพื่อให้มีคำสั่งทางปกครองนั้น ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายเฉพาะของหน่วยงานหรือไม่ หากกฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดไว้ ก็จะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก่อนที่จะพิจารณาว่าเหตุที่ทำให้ออกคำสั่งชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาตามพิจารณาข้อกฎหมายที่แต่ละหน่วยงานได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ และข้อกำหนดในสัญญา โดยไม่ได้พิจารณาไปถึงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อีกทั้ง

[19] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อบ. 63/2561

[20] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7810/2559

ศาลยุติธรรมมิได้ตั้งประเด็นว่าคำสั่งไล่ออกหรือปลดออก เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ แต่กลับพิจารณาว่าการลงโทษชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น ทั้งสองคดีต่างเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแต่สัญญาจ้างพนักงานองค์การมหาชน เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะประกอบข้อตกลงหรือข้อสัญญาในการจ้างมีลักษณะเป็นการให้พนักงานองค์การมหาชนปฏิบัติหน้าที่อันเป็นภารกิจขององค์การมหาชน นอกจากนี้ องค์การมหาชนไม่มีอิสระในการกำหนดให้พนักงานดำเนินการใด ๆ โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ จึงเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางปกครอง แตกต่างจากพนักงานรัฐวิสาหกิจที่มีพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างและวิธีระงับข้อพิพาทแรงงาน และคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ของพนักงานรัฐวิสาหกิจไว้

การพิจารณาให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างพนักงานองค์การมหาชนเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ซึ่งใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาคดี คู่กรณีดำเนินคดีผ่านทางเอกสารนำส่งให้ตุลาการเจ้าของสำนวนซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดประเด็นให้คู่กรณีชี้แจงตามประเด็นนั้น รวมถึงมีอำนาจในการเรียกพยานหลักฐานต่าง ๆ ซึ่งอยู่ในการครอบครองของหน่วยงาน ทำให้คู่กรณีฝ่ายเอกชนได้รับความเท่าเทียม เนื่องจากเอกสารบางรายการอยู่ในการครอบครองหน่วยงานเท่านั้น นอกจากนี้ การดำเนินคดีในศาลปกครองคู่กรณีไม่จำต้องว่าจ้างทนายความเพื่อดำเนินการในคดีเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย และหากคู่กรณีประสงค์จะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็สามารถดำเนินการได้ ตามมาตรา 66/2 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จากเดิมที่ไม่สามารถขอไกล่เกลี่ยได้ อย่างไรก็ตาม การพิจาณาคดีในศาลปกครองนอกจากการพิจารณาว่าเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ แล้วจะต้องพิจารณาเงื่อนไขการฟ้องคดีด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งระยะเวลาการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่บัญญัติให้ยื่นฟ้องภายใน 5 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้อง ซึ่งเป็นระยะเวลาที่สั้นกว่าการฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนการพิจารณาให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างพนักงานรัฐวิสาหกิจ เป็นคดีพิพาทเกี่ยว

ด้วยสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลแรงงาน ตามมาตรา 8 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 โดยการจัดตั้งศาลแรงงานมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการให้เป็นศาลชำนาญการพิเศษที่มีประสบการณ์ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเฉพาะด้านดังนั้นคดีแรงงานไม่ว่าคู่กรณีที่เป็นลูกจ้างนายจ้างจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์หรือไม่ก็ตามศาลแรงงานย่อมเป็นศาลที่มีความชำนาญพิเศษกว่าศาลอื่นที่จะทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาททางแรงงานแม้ศาลแรงงานจะพิจารณาคดีด้วยระบบกล่าวหา มีการสืบพยาน กำหนดวันนัดต่าง ๆ แต่ก็สามารถดำเนินการไต่สวนแสวงหาข้อเท็จจริงเฉกเช่นการพิจารณาคดีปกครอง ตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 นอกจากนี้ ในกรณีคู่ความประสงค์ไกล่เกลี่ย และสามารถตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันได้ ซึ่งคดีแรงงานมีลักษณะพิเศษที่ควรระงับข้อพิพาทลงได้ด้วยความเข้าใจอันดีต่อกัน เพื่อที่ทั้งสองฝ่ายจะได้มีความสัมพันธ์กันต่อไป อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีในศาลแรงงานจะต้องว่าจ้างทนายความเพื่อดำเนินคดี เป็นการเพิ่มภาระค่าใช้จ่าย อีกทั้งการพิจารณาคดีในศาลแรงงานยังคงเคร่งครัดเรื่องการขาดนัดพิจารณาคดีขาดนัดยื่นคำให้การ ซึ่งส่งผลต่อผลของคดีที่ศาลอาจมีคำสั่งให้ขาดนัดละพิจารณาชี้ขาดตัดสินคดีไปฝ่ายเดียวในกรณีที่จำเลยขาดนัด หรือมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความในกรณีที่โจทก์ขาดนัด นอกจากนี้ การพิจารณาของศาลแรงงานที่จะพิจารณาตามข้อกฎหมายที่แต่ละหน่วยงานได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ข้อกำหนดในสัญญาและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาคดี โดยไม่ได้พิจารณาไปถึงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะเห็นได้ว่าการพิจารณาคดีของศาลปกครองและศาลแรงงาน ซึ่งเป็นศาลชำนัญพิเศษในศาลยุติธรรม มีความแตกต่างกันในส่วนของวิธีพิจารณาคดี หากศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยังขาดความชัดเจนและไม่แน่นอนในการพิจารณาว่าสัญญาของฝ่ายปกครองสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

อาจส่งผลต่อการพิจารณาคดีที่ได้รับการพิจารณาด้วยวิธีพิจารณาที่ไม่ถูกต้อง ประเด็นแห่งคดีได้ และอาจสร้างภาระให้กับประชาชน

บทสรุป

สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือของรัฐที่ใช้เพื่อให้ภารกิจของรัฐลุล่วง และถือได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญกับระบบกฎหมายของประเทศที่มีการใช้ระบบศาลคู่ เช่น ประเทศไทย หรือในประเทศที่มีการการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ต่างยอมรับว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นมีความแตกต่างจากสัญญาระหว่างเอกชนทั่วไป เนื่องจากสัญญาของฝ่ายปกครองย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ในขณะที่สัญญาระหว่างเอกชนทั่วไปย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์ของเอกชนหรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สิ่งที่มีความสำคัญอย่างมากในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง คือ การกำหนดขอบเขตระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เนื่องจาก สัญญาทั้งสองประเภทมีความแตกต่างกันทั้งในเรื่องของหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญา หรือกรณีเกิดข้อพิพาทขึ้นเมื่อจะฟ้องคดีจะต้องพิจารณาถึงเขตอำนาจศาล ซึ่งคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีปกครองประเภทหนึ่ง อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ส่วนสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองมีหลักในการพิจารณาอยู่สองประเภท คือ การพิจารณาว่ามีกฎหมายใดกำหนดให้สัญญาของฝ่ายปกครองเป็นสัญญาทางปกครอง หรือกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญานั้น อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง สัญญาทางปกครองประเภทนี้ เรียกว่า สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย อีกประเภทหนึ่ง คือ สัญญาทางปกครองโดยสภาพ การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ สิ่งสำคัญลำดับแรกคือ การพิจารณาสัญญาที่พิพาทมีความเชื่อมโยงกับการบริการสาธารณะหรือมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ

นอกจากนี้ จะต้องพิจารณาถึงคู่สัญญาด้วยว่ามีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน หรือเป็นเอกชนที่ได้รับมอบให้ดำเนินบริการสาธารณะ และการพิจารณาถึงข้อกำหนดในสัญญาว่ามีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ อันเป็นการแสดงว่าฝ่ายปกครองมีสิทธิเหนือกว่าเอกชน หรือข้อกำหนดในสัญญาไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ส่วนระบบกฎหมายเยอรมัน ได้มีการยอมรับให้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครองเทียบเท่ากับคำสั่งทางปกครอง โดยการบัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ ค.ศ. 1976 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียดของหลักเกณฑ์ประเภท รูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลง แก้ไข และบอกเลิกสัญญาทางปกครอง รวมถึงการบังคับตามสัญญา ทั้งนี้ เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ในเรื่องคู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจตกลงทำสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองหรือสัญญาทางปกครอง ในส่วนของสัญญาทางปกครองไม่จำเป็นว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง ในทางกลับกันฝ่ายปกครองอาจตกลงทำสัญญาทางแพ่งระหว่างกันได้ ทำให้การพิจารณาจากคู่สัญญาเป็นเกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองจึงไม่อาจกระทำได้ ดังนั้น การพิจารณาว่าสัญญาของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง จะต้องพิจารณาถึงกฎหมายที่นำมาใช้ในข้อสัญญาส่วนเจตนาของคู่สัญญานั้นไม่ใช่สาระสำคัญเว้นแต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกได้ว่าจะทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง คือการพิจารณาเนื้อหาสาระหรือวัตถุแห่งสัญญา หากปรากฏว่าเนื้อหาสาระหรือวัตถุแห่งสัญญามีข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายปกครองมูลเหตุแห่งหนี้ที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาหรือหน้าที่ในการชำระหนี้ตามสัญญา มีลักษณะเป็นไปตามกฎหมายปกครอง สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากสัญญาของฝ่ายปกครองมีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง ส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชนต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม แต่ส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองต้องนำไปฟ้องต่อศาลปกครอง

สำหรับประเทศไทยนั้น แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองได้นำแนวทางมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยมีการให้คำนิยามของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เป็นการกำหนดว่าสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทใดบ้างเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นการให้นิยามความหมายไว้อย่างกว้างและไม่ชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยของศาลปกครองเพื่อเป็นการวางแนวทางในการปฏิบัติของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยเป็นการขยายความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครองให้มีความหมายกว้างขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการของเจตนารมณ์ตามกฎหมายที่ต้องการให้ศาลปกครองวางแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมและเป็นการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงทำให้เกิดมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 ซึ่งมติดังกล่าวเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาของศาลปกครองว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองกรณีใดบ้างที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ทั้งนี้ แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยให้สัญญาบางประเภทเป็นสัญญาทางปกครอง บางประเภทเป็นสัญญาทางแพ่งโดยให้เหตุผลตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ทั้งที่เป็นสัญญาประเภทเดียวกัน ส่งผลให้เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองไม่ชัดเจนอาจทำให้เกิดการพิจารณาไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ตลอดจนการเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาขอบเขตของสัญญาทางปกครอง โดยการไม่ระบุความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเป็นเพียงมติที่ประชุมขององค์กรตุลาการ ซึ่งไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย แต่ศาลปกครอง ศาลยุติธรรมและคณะกรรมการ วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลกลับนำมาใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง

จากสภาพปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ควรมีการแก้ไขปัญหาการนำเกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมาพิจารณาว่าสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนี้

1. กรณีสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องพิจารณาจากคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายจัดตั้งองค์กร และมีความเกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญานั้นหรือไม่ และวัตถุประสงค์ของสัญญาที่จัดทำขึ้นมีความเชื่อมโยงกับอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

ของคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ ส่วนกรณีสัญญาทางปกครองที่เป็นการจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีหลักในการพิจารณาว่า หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะและได้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด และในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น จำเป็นต้องมีหรือใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์หรือไม่หากไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นแล้ว จะทำให้ไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลได้ หากเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวเป็นสิ่งสำคัญหรือจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล ย่อมมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด

2. กรณีสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาเป็นการแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐและเป็นข้อกำหนดที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง เกณฑ์การวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ควรพิจารณาจากข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นการแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐต้องเป็นข้อกำหนดที่มีขึ้นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะตามวัตถุประสงค์ของสัญญาบรรลุผล

3. เมื่อพิจารณานิยามความหมายของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ปรากฏคำว่า “หมายความรวมถึง” แสดงให้เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้ศาลหรือนักวิชาการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังนั้น สัญญาทางปกครองอาจไม่ได้มีเพียงเท่าที่ระบุไว้ในมาตราดังกล่าวเท่านั้น อาจมีสัญญาทางปกครองในลักษณะอื่นอีก จึงเป็นที่มาของมติที่ประชุมตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 ซึ่งได้กำหนดสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นเพียงแนวทางการกำหนดว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองตามความคิดเห็นของตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ร่วมมีมติเท่านั้น ไม่มีผลเป็นกฎหมายผูกพันองค์กรอื่น เช่น ศาลยุติธรรมหรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล [7] จึงมีความจำเป็นในการยกฐานะมติดังกล่าวให้มีสถานะทางกฎหมาย เพื่อให้มติดังกล่าวมีความมั่นคงมากยิ่งขึ้น จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมนิยาม “สัญญาทางปกครอง”

ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อให้เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองมีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยบัญญัติเพิ่มเติมว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือให้ทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติหรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครอง และสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาเป็นการแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล”

เอกสารอ้างอิง

[1] นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2554). *สัญญาทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 4).* กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

[2] สิวลี มณีสุขเกษม. (2548). *หลักเกณฑ์ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ศึกษากรณีสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานราชการ,* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

[3] ชาญชัย แสวงศักดิ์, และ มานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง.* กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

[4] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ผู้แปล. (2542). “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง” โดย M. Philippe Turget du Beauregard, *วารสารกฎหมายปกครอง,*18(1), 2

[5] บุบผา อัครพิมาน. (2545). *สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย.* กรุงเทพฯ : สวัสดิการด้านการฝึกอบรมสำนักงานศาลปกครอง.

[6] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2542). ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,* 29(22), 264

[7] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2560). การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง : หลักทั่วไปและการปรับใช้ในกฎหมายปกครอง, *รวมบทความวิชาการ ในโอกาสอายุ 60 ปี วิษณุ วรัญญู*, 1(1), 180.