

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง Model Law on Administrative Contract

ศิริโรจน์ โรจน์วรพร, ตรีเพชร จิตรมหา

Siroj Rojvoraporn, Tripecth Jitmahuema

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม,

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

Faculty of Law, Sripatum University E-mail: siroj_lawyer@hotmail.com,

Faculty of Law, Sripatum University E-mail: tripetch1919@gmail.com

รับบทความ (Received): 2 เม.ย. 2567

ปรับแก้ไข (Revised): 11 มิ.ย. 2567

ตอบรับบทความ (Accepted): 27 มิ.ย. 2567

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ประเด็นสำคัญ คือ การพิจารณาว่า สัญญาลักษณะใดถือเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ให้นิยามเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยกำหนดลักษณะสัญญาทางปกครองอันถือเป็นลักษณะด้านเนื้อหาของสัญญาไว้สี่กรณี คือ (1) สัญญาสัมปทาน (2) สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ (3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และ (4) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เพื่อให้ศาลปกครองสามารถพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะสัญญาทางปกครองที่ไม่ได้จำกัดอยู่แค่เพียงสัญญาทั้งสี่กรณีตามคำนิยามเท่านั้น ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ถือเป็นวิธีในลักษณะเช่นเดียวกับแนวคิดของสัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสที่มีพัฒนาการของกฎหมายอันเกี่ยวกับสัญญา

ทางปกครองโดยผ่านคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองของไทยยังมีปัญหาหลายประการ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ รวมถึงไม่มีการกำหนดเนื้อหา เงื่อนไข และลักษณะสัญญาทางปกครอง ไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดความสับสน และมักเกิดเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เนื่องจากประเทศไทยยึดถือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น การแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถให้ความคุ้มครองและรักษาประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม

คำสำคัญ: กฎหมายต้นแบบ, สัญญาทางปกครอง, คดีพิพาท

Abstract

The Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure B.E. 2542 (1999), Section 9, paragraph one (4), provides that the Administrative Court has the competence to try and adjudicate or issue orders in a case involving a dispute concerning administrative contracts. Therefore, the principal issue is to consider what type of administrative contract it is. Section 3 of the said Act determines the definition relating to administrative contracts by providing four types of administrative contracts, which are considered to be the nature of contract content: (1) concession contract; (2) contract providing public service; (3) contract for the construction of public works; and (4) contract for the exploitation of natural resources, in order to allow the Administrative Court to develop the criteria regarding administrative contract, which is not limited by these four characteristics of the administrative contract. The enactment of law in this manner is deemed to be a similar juristic method as the concept of administrative contract

according to French law, which has evolved through the judgment of the Supreme Administrative Court. Nonetheless, the administrative contract of Thailand has numerous issues due to the lack of certain legal provisions regarding the administrative contract under Thai law which fail to specify the rights and duties of state official, as well as the contents, the conditions and characteristics of the administrative contract, leading to confusion and often resulting in disputes regarding administrative contracts since Thai legal system adheres to civil law. Therefore, in order to address the said problem, there should be the legislation of law regarding administrative contracts, to provide legal protection and maintain the interests of the state and public effectively.

Keywords: Model law, Administrative Contract, Dispute Case

บทนำ

สัญญาทางปกครอง (Administrative Contract) เป็นนิติกรรมทางปกครอง (Acte Administratif)¹ ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่มีความสำคัญและเป็นนิติกรรมซึ่งเริ่มต้นโดยการก่อให้เกิดสิทธิ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ โดยเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองอันเป็นหลักกฎหมายมหาชน (Principle of Public Law)²

¹นิติกรรมทางปกครอง (Acte Administratif) มีลักษณะเป็นนิติกรรม (Acte Juridique) ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาที่มีลักษณะทางกฎหมาย อันก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมาย ทั้งนี้ นิติกรรมทางปกครองโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการกระทำการโดยองค์กรทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครอง โดยทั่วไปแล้วองค์กรทางปกครองจะเป็นองค์กรของรัฐที่เรียกว่า หน่วยงานของรัฐ

²ในทางกฎหมายมหาชนฝ่ายปกครองต้องมีเครื่องมือในการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย โดยทั่วไปแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจฝ่ายเดียว เช่น การออกกฎหมายหรือคำสั่งใช้บังคับเพื่อให้กิจกรรมทางปกครองสำเร็จบรรลุผล นอกจากอำนาจฝ่ายเดียวที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ได้แล้ว ฝ่ายปกครองยังอาจใช้วิธีการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่าง ฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนขึ้นโดยการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือมีดระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชน

ฝ่ายปกครอง (Administration)³ อาจสร้างนิติสัมพันธ์ ทางกฎหมายขึ้นโดยการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการผูกนิติสัมพันธ์ ซึ่งเป็นกระบวนการของสัญญาที่มีรูปแบบในการให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองที่จะเลือกทำสัญญา เพื่อก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างฝ่ายปกครองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (Renders et, 2000) หรือนิติกรรมทางปกครองหลายฝ่ายซึ่งกระทำโดยการแสดงเจตนาผูกพันกันตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยเป็นไปในรูปของสัญญา ซึ่งดำเนินการโดยกระบวนการทางสัญญา (Renders, 2015) จึงต้องมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง (Civil Contract) อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองนั้น ตามกฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงลักษณะของสัญญา การบริหารงานสัญญาอำนาจของฝ่ายปกครองในการดูแลสัญญาและการเลิกสัญญา จึงทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ หลายประการในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง กรณีดังกล่าวควรนำมาศึกษาและวิเคราะห์เพื่อจัดทำเป็นร่างกฎหมายที่อาจนำมาเป็นต้นแบบ (Model Law) เพื่อให้มีความชัดเจนและเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญา รวมทั้งเป็นประโยชน์ต่อการและการบริหารงานแผ่นดิน ซึ่งจะได้ศึกษาประเด็นสำคัญในรายละเอียดดังต่อไปนี้

ประเภทของสัญญามีหลายประเภทที่ทั้งส่วนที่เป็นสัญญาทางแพ่งธรรมดา และส่วนที่เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าในประเทศทำให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจในประเทศมีหลายรูปแบบ และเนื่องจากสังคมภายในประเทศมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ดังนั้น การดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐ (Public Sector) และภาคเอกชน (Private Sector) ซึ่งภาครัฐและภาคเอกชนจะมีส่วนร่วมกันที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure B.E. 2542 (1999)) ตามบท

³ฝ่ายปกครอง (administration) ประกอบด้วยหน่วยงานของรัฐ (State Agencies) และเจ้าหน้าที่ของรัฐ (State Officials) หน้าที่ทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง คือ การดำเนินกิจการทางปกครอง เพื่อให้บรรลุผลสำเร็จ (Achievement) โดยการดำเนินการดังกล่าวนี้ ฝ่ายปกครองต้องกระทำการทางปกครอง ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้เรียกว่า การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง

นิยามของสัญญาทางปกครองในมาตรา 3⁴ จะเห็นได้ว่าการกำหนดตัวอย่างของลักษณะสัญญาทางปกครองไว้สี่กรณี คือ (1) สัญญาสัมปทาน (2) สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ (3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และ (4) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ บทบัญญัติมาตรา 3 เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครองอย่างกว้าง เพื่อให้ศาลปกครองสามารถพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะสัญญาทางปกครองที่ไม่ได้จำกัดอยู่แค่เพียงสัญญาทั้งสี่กรณีเท่านั้น ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ถือเป็นนิติวิธี (Méthode Juridique) ในลักษณะเช่นเดียวกับแนวคิดของสัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส (Conception du Contrat Administratif en Droit Français) ซึ่งมีพัฒนาการของกฎหมายอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยผ่านคำวินิจฉัยของศาล (พัชมา จิตรมหิมา, 2565) จึงเป็นที่มาของสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งหรือในทางวิชาการเรียกว่า “สัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือสัญญาทางปกครองตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง” ซึ่งทำให้ศาลปกครองหรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ต้องกำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาสัญญาทางปกครองโดยสภาพดังกล่าว เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาเพิ่มเติมจากบทบัญญัติของกฎหมาย จากคำวินิจฉัยดังกล่าวตามแนวทางของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล แต่เนื่องจากระบบกฎหมายของไทยเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงไม่อาจทำให้แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล สอดคล้องกับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ ด้วยความเป็นมาของปัญหาสัญญาทางปกครองดังกล่าว จากการที่ยังไม่มีบทบัญญัติหรือหลักกฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา การกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐในการบริหารงานสัญญา การกำหนดอำนาจของฝ่ายปกครองในการทำหรือดูแลสัญญา

⁴มาตรา 3 ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ฯลฯ

ฯลฯ

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ฯลฯ

ฯลฯ

และการเลิกสัญญาเป็นการเฉพาะ จึงทำให้ไม่มีกระบวนการหรือกฎเกณฑ์เฉพาะที่จะนำมาใช้บังคับได้

นอกจากลักษณะสัญญาทางปกครองตามบทนิยามใน มาตรา 3 แล้ว ในทางความเป็นจริงนั้น สัญญาทางปกครองยังมีอีกหลายลักษณะที่นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในบทนิยามดังกล่าว ดังนั้น การพิจารณาลักษณะสัญญาทางปกครองที่อาศัยเพียงบทนิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 ที่มีการกำหนดเพียงสัญญาทั้งสี่กรณีดังกล่าว จึงไม่เพียงพอ และหากพิจารณาเปรียบเทียบกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Civil and Commercial Code) บรรพ 3 (Book III) เอกเทศสัญญา (Specific Contracts) แล้วจะเห็นได้ว่า มีการบัญญัติลักษณะสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน โดยมี 23 ลักษณะ⁵ ซึ่งมีการบัญญัติเนื้อหา เงื่อนไข และลักษณะสัญญาต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจนแต่สัญญาทางปกครองยังไม่มีบทบัญญัติหรือมีกฎหมายใดที่มีการจัดแบ่งโดยแยกลักษณะสัญญาทางปกครองให้มีความชัดเจนอย่างสัญญาทางแพ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงทำให้เกิดการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับลักษณะสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมขึ้นมา ด้วยความเป็นมาของปัญหาสัญญาทางปกครองดังกล่าวจากการที่ยังไม่มีบทบัญญัติหรือหลักกฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา ดังนั้น การกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐในการบริหารงานสัญญา การกำหนดอำนาจของฝ่ายปกครองในการทำหรือดูแลสัญญา และกำหนดการเลิกสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ จึงอาจทำให้มีกระบวนการหรือกฎเกณฑ์เฉพาะที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้อย่างเป็นรูปธรรมได้ จากปัญหาดังกล่าวอันเป็นเหตุเนื่องจากไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิ หน้าที่ และอำนาจของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่อาจเป็นภาคเอกชน รวมถึงการกำหนดเนื้อหา เงื่อนไข และลักษณะสัญญาทางปกครองต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดความสับสนและมักเกิดเป็นคดีพิพาท

⁵ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญากำหนดลักษณะของสัญญาไว้ 23 ลักษณะ ตั้งแต่มาตรา 453 ถึง มาตรา 1297 โดยลักษณะ 23 สมาคม ตั้งแต่มาตรา 1274 ถึงมาตรา 1297 ได้ยกเลิกไปแล้ว

เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (Dispute Case Relating to the Administrative Contract) การแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงควรที่จะมีการบัญญัติหรือมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้น เพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม

ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทยเริ่มมีมากขึ้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ภาครัฐ (Public Sector) ทำให้ต้องรับภาระในการชดเชยค่าเสียหายตามสัญญาทางปกครองให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นภาคเอกชน (Private Sector) เป็นเงินจำนวนมาก เหตุเนื่องจากไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นภาคเอกชน จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและมักเกิดเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ ศาลปกครองได้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จนมีการวางหลักเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้พอสมควรแล้ว การแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมาย จึงเห็นว่าถึงเวลาแล้วที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเพื่อให้เกิดความชัดเจน อันจะเป็นการลดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยได้ชี้ให้เห็นถึงประโยชน์ของการกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง รวมทั้งเสนอกรอบโครงสร้างของกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม ตลอดจนเป็นการเพิ่มหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผ่านกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดการพัฒนากฎหมายให้ดีและให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

วัตถุประสงค์การวิจัย

การศึกษาวิจัยประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งพิจาระห์การกำหนดลักษณะสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองสูงสุดนี้มีวัตถุประสงค์แห่งการศึกษาวิจัย ดังนี้

1. ศึกษาและวิจัยหลักการ หลักกฎหมาย แนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
2. ค้นหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี
3. ศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและแนวบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย
4. วิเคราะห์รูปแบบและโครงสร้าง รวมถึงรายละเอียดต่าง ๆ ของกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การทบทวนวรรณกรรม

ศาลปกครองสูงสุด (the Supreme Administrative Court) ในประเทศไทย ได้ให้ความหมายของหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับข้อกำหนดของสัญญาทางปกครอง ลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ สัญญาของทางราชการที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์เพื่อเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ ลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Privilege of the Administration) เพื่อพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง และประเด็นปัญหาในเรื่องประเภทของสัญญาทางปกครอง รวมถึงการกำหนดเนื้อหาในสัญญา เงื่อนไข การยกเลิกสัญญา สาระสำคัญแห่งสัญญา สถานภาพของคู่สัญญาหรือสถานะของหน่วยงานทางปกครองหรือรัฐ ตลอดจนหน้าที่ของหน่วยงานที่กำกับดูแลสัญญาทางปกครอง เพื่อป้องกันความเสียหายต่อภาครัฐและคุ้มครองผู้เสียหายจากปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครอง ทำให้กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทสัญญาทางปกครองสามารถอำนวยความสะดวก คู่ครอง และเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างเป็นธรรมและรวดเร็ว โดยการศึกษาวิจัยนี้จะนำคำตอบที่ได้จากการศึกษาดังกล่าวไปจัดทำเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพื่อให้มีร่างกฎหมายที่เป็นต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

ภาพที่ 1

กรอบแนวคิดการวิจัย



วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยเรื่องสัญญาทางปกครองเพื่อให้มีกฎหมายต้นแบบว่าด้วยกฎหมายสัญญาทางปกครอง ได้กำหนดวิธีวิทยาการวิจัย เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ประกอบด้วย

1. การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) การวิจัยนี้จะใช้ข้อมูลซึ่งรวบรวมได้จากการค้นคว้าเอกสารในรูปแบบต่าง ๆ ที่เป็นทฤษฎี แนวคิด และหลักการของกฎหมาย ทั้งกฎหมายไทยและต่างประเทศ ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยข้อมูลที่ได้มานั้นจะนำมาใช้ในการวิเคราะห์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

2. การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-Depth Interview) เป็นการรวบรวมข้อมูลจากการสัมภาษณ์แบบเจาะจงรายบุคคล โดยการสนทนาอย่างละเอียดและครอบคลุมกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคล เป้าหมายของการสัมภาษณ์เชิงลึก คือ การทำความเข้าใจประสบการณ์ การรับรู้ ความคิด และความรู้สึกของผู้เข้าร่วมในหัวข้อหรือประเด็นเฉพาะ โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลอย่างละเอียดจากการสอบถามเจาะลึกในประเด็นสัมภาษณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลจากประสบการณ์ในการปฏิบัติงานของผู้รับการสัมภาษณ์ที่มีประสบการณ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยตรง ประกอบด้วย ตุลาการศาลปกครอง อัยการ เจ้าพนักงานคดีปกครอง คณะกรรมการทฤษฎีการ นิติกร ข้าราชการส่วนราชการ ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น รวมทั้งหน่วยงานของรัฐ นักวิชาการ ทนายความ ประชาชนผู้ซึ่งเป็นผู้มีส่วนร่วม โดยข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์เชิงลึกเป็นข้อมูลที่เป็นข้อเท็จจริงนำไปวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาสัญญาทางปกครอง

3. การสนทนากลุ่ม (Focus Group) การวิจัยนี้จะนำเอาวิธีการการสนทนากลุ่มมาใช้ โดยเหตุที่การจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองควรนำข้อคิดเห็นที่ได้จากบุคคลหลายคนที่มีแนวคิดแตกต่างกัน เพื่อนำมาประยุกต์ใช้ในการร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองให้เกิดความเห็นที่มีแนวคิดต่าง ๆ เนื่องจากวิธีการนี้เกิดจากแนวคิดที่มุ่งประสงค์จะให้มีการแสดงความคิดเห็นในเรื่องสัญญาทางปกครองอันมีมุมมองที่หลากหลายทัศนคติ จึงสมควรที่จะให้ผู้มีส่วนหรือมีความสนใจเกี่ยวกับสัญญา

ทางปกครองมาระดมความคิดเห็นในการแก้ไขปัญหาของสัญญาทางปกครอง ตลอดจนให้ความเห็นถึงผลกระทบจากรูปแบบที่จะกำหนดขึ้นในร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง เพื่อให้ได้รูปแบบของร่างกฎหมายที่เหมาะสมและถูกต้องยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็น ด้านการเสนององค์หรืออำนาจหน้าที่ หรือการให้บริการ หรือจัดทำสัญญาทางปกครอง โดยสามารถตอบสนองความต้องการของผู้ที่เกี่ยวข้องและนำไปใช้ได้อย่างแท้จริง สิ่งที่จะได้รับจากการสนทนากลุ่มนี้ จะช่วยให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะอันเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น ผู้เข้าร่วมสนทนากลุ่มจึงประกอบด้วย เจ้าพนักงานคดีปกครอง จำนวน 3 คน ทนายความ จำนวน 3 คน นักวิชาการ จำนวน 3 คน ประชาชน ผู้ซึ่งเป็นผู้มีส่วนร่วม จำนวน 3 คน การที่ผู้เข้าร่วมสนทนาเป็นผู้เชี่ยวชาญซึ่งมีประสบการณ์ที่จะเข้ามาให้ความรู้ ระดมสมอง และสร้างความคิดร่วมกับผู้วิจัย ทำให้การสนทนากลุ่มมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

เพื่อให้ได้ข้อมูลสำหรับการวิเคราะห์ปัญหาของสัญญาทางปกครอง หลักเกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองโดยสภาพ สัญญาของทางราชการที่เป็นสัญญาทางปกครอง เพื่อนำมาพิจารณาประเภทของสัญญาทางปกครอง การกำหนดเนื้อหาของสัญญา เงื่อนไขในการยกเลิกสัญญา สำคัญแห่งสัญญา โดยเมื่อได้คำตอบจากผลของการวิเคราะห์ข้อมูลตามวิธีวิทยาการวิจัยที่กำหนดไว้จะนำไปปรับปรุงแก้ไขประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดจากสัญญาทางปกครองเพื่อให้ได้เป็นคำตอบของการวิจัยที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผลการวิจัย

จากการศึกษาความเป็นมาและความสำคัญของปัญหารวมทั้งทฤษฎี แนวคิด และหลักการที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ประกอบกับแนวคิดสัญญาทางปกครอง ในด้านหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ รวมทั้งแนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องทางกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ ทั้งในส่วนของสัญญาทางปกครองของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Written Law) และในส่วนสัญญาทางปกครองของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Custom Law)

เพื่อนำมาวิเคราะห์ให้มีความหมายของหลักเกณฑ์ข้อกำหนดของสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองโดยสภาพ สัญญาของทางราชการที่เป็นสัญญาทางปกครอง วัตถุประสงค์เพื่อเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ และลักษณะพิเศษที่แสดงถึงสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อนำมาพิจารณาความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง และประเด็นปัญหาในเรื่องประเภทของสัญญาทางปกครองการกำหนดเนื้อหาในสัญญา เงื่อนไขในการยกเลิกสัญญา สาเหตุสำคัญแห่งสัญญา สภาพบุคคลหรือสถานะของหน่วยงานทางปกครองหรือรัฐ ตลอดจนหน่วยงานที่กำกับดูแลสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อร่างกฎหมายสัญญาทางปกครองที่สามารถป้องกันการทุจริตและความเสียหายต่อภาครัฐและคุ้มครองผู้เสียหายจากปัญหาสัญญาทางปกครอง ทำให้กระบวนการพิจารณาตีพิพาทสัญญาทางปกครองสามารถอำนวยความสะดวก คุ้มครองและเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างเป็นธรรมและรวดเร็ว ซึ่งมีประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณา ดังนี้

1. เปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างของกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทยและต่างประเทศ

จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบความแตกต่างของกฎหมายสัญญาทางปกครองระหว่างกฎหมายต่างประเทศ ที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและระบบกฎหมายจารีตประเพณี จากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในต่างประเทศและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย สามารถสรุปรายละเอียดได้ดังต่อไปนี้

1.1 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองการแบ่งแยกลักษณะสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาแพ่งทั่วไป

สาธารณรัฐฝรั่งเศส (République Française) มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป สัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เกิดขึ้นจากกฎหมายบัญญัติ ได้แก่ ประมวลกฎหมายการพัสดุฝรั่งเศส (Code des Marchés Publics) และหลักที่ศาลได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ให้ถือเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสัญญาที่เป็นกฎหมายบัญญัติ เช่น สัญญาพัสดุ ส่วนสัญญาที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État) เช่น สัญญามอบหมายให้เอกชน

ดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปการและดำเนินการหาประโยชน์จากการก่อสร้าง สัญญาให้เอกชนครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาจ้างหรือสรรหาเจ้าหน้าที่ของรัฐ สัญญาที่มีลักษณะพิเศษ สัญญาทางเศรษฐกิจของภาครัฐ นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสยังได้กำหนดแนวทางที่เกี่ยวกับข้อยกเว้นที่ไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครองอีกด้วย เมื่อเป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองจะเลือกทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งไม่ได้ เพราะกฎหมายฝรั่งเศสจะกำหนดให้สัญญาที่มีลักษณะเช่นใดต้องทำเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาใดต้องจัดทำเป็นสัญญาทางแพ่งโดยเฉพาะ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesrepublik Deutschland) การดำเนินการเรื่องสัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นจะเป็นไปตามระบบกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2519 หรือ Verwaltungsverfahrgesetz 1976 (VwVfG) ซึ่งมีสาระสำคัญในการบัญญัติให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำสัญญาทางปกครอง โดยเริ่มตั้งแต่การก่อให้เกิดสัญญาจนกระทั่งการสิ้นสุดของสัญญา สัญญาทางปกครองเยอรมันโดยส่วนใหญ่ใช้หลักกฎหมายตามหลักสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป โดยให้สัญญาทางปกครองต้องดำเนินการจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร หากบัญญัติของกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

สหราชอาณาจักร (United Kingdom) ไม่มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป (ณรงค์เดช สรุโฆษิ, 2553) เนื่องจากในระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นหลักการทั่วไป (General Principle) คือ กฎหมายว่าด้วยสัญญาทางแพ่งธรรมดาทั่วไปได้นำมาปรับใช้กับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครอง และไม่ปรากฏรูปแบบของสัญญาทางปกครองที่กำหนดโดยกฎหมาย (Paul Craig, 2010) แต่อาจมีการจัดทำสัญญาโดยภาครัฐซึ่งถือเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง

สหรัฐอเมริกา (United States of America) โดยทั่วไปแล้ว ไม่มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง แต่มีการกำหนดเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งถือเป็นสัญญาของรัฐบาลกลาง หรือสัญญาของแต่ละรัฐ หรือสัญญาของ

องค์กรส่วนท้องถิ่น เช่น ประมวลระเบียบข้อบังคับของรัฐบาลกลาง (Code of Federal Regulations: C.F.R.) เป็นกฎหมายลำดับรองที่บัญญัติรายละเอียดต่าง ๆ ของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของรัฐบาลกลาง โดยมีระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง (The Federal Acquisition Regulation: FAR) ซึ่งได้มีการแยกบัญญัติไว้ต่างหากในหมวด 48 ของประมวลระเบียบข้อบังคับดังกล่าว ระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างจะเป็นระเบียบที่กำหนดแนวทางและวิธีปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐบาลกลางในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระดับรัฐบาลกลาง โดยเฉพาะ ซึ่งครอบคลุมถึงสัญญาเกือบทุกประเภท เป็นต้น สัญญาของฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาจะแบ่งออกเป็นสามรูปแบบหลัก (Advice and Counsel Incorporated, 2001) ได้แก่ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ สัญญาการอนุญาตหรือการให้สัมปทาน และสัญญาการร่วมทุนหรือเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ

สำหรับประเทศไทยนั้น มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน โดยสัญญาทางปกครองอาจเกิดขึ้นจากกฎหมายบัญญัติ เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาพัสดุ หรือสัญญาทางปกครองอาจเกิดจากหลักที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ ซึ่งตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีเพียงกำหนดนิยามคำว่าสัญญาทางปกครองคือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

1.2 คู่สัญญา ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง การกำหนดสภาพบุคคลที่เป็นรัฐหรือหน่วยงานรัฐแยกต่างหากจากสภาพบุคคลที่เป็นหน่วยงานทางเอกชนโดยทั่วไป และการกำหนดสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการกำหนดสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ความผูกพันตามสัญญาทางปกครองการปฏิบัติที่สำคัญระหว่างคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะทำสัญญาได้ต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ในกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามสัญญาไม่ถูกต้อง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะนำหลักกฎหมายแพ่งที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามสัญญามาใช้กับกรณีนี้ได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของตนตามสัญญาต่อไป ไม่ว่าฝ่ายปกครองจะมีความผิดหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิร้องขอ

ต่อศาล เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนสำหรับความผิดของฝ่ายปกครองในกรณีไม่ร้ายแรง หากเป็นกรณีร้ายแรงอาจจะขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกสัญญาเท่านั้น เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่จะใช้มาตรการได้อย่างเต็มที่ แม้ไม่มีข้อกำหนดในสัญญากำหนดไว้ก็ตาม การใช้สิทธิหรือเอกสิทธิ์ดังกล่าวนี้เป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียว ของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลให้พิสูจน์ความผิดเสียก่อน เพียงแต่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งเตือนฝ่ายเอกชนให้ทราบก่อนเท่านั้น ดังนั้น ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองกลับปรากฏว่ามีการใช้อำนาจฝ่ายเดียวโดยการออกคำสั่งทางปกครองและสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ที่จะบังคับให้ดำเนินการไปก่อน อันเป็นลักษณะสำคัญของการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองยังสามารถแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็น การแก้ไขให้ภาระหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีมากขึ้นหรือน้อยลงก็ได้ การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองการเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถึงแม้ข้อกำหนดจะไม่กำหนดไว้ การเลิกสัญญาโดยศาลปกครอง

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้กำหนดให้บุคคลธรรมดา (Natürliche Person) นิติบุคคล (Juristische Person) คณะบุคคล (Gruppe Von Leuten) และเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Staatsbeamter) เท่านั้นที่จะมีสิทธิในการเข้าทำสัญญาทางปกครอง โดยบุคคลที่จะเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ต้องมีความสามารถในการทำนิติกรรมในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งหมายถึง ความสามารถในการแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญาทางปกครอง โดยกฎหมายกำหนดให้นำเรื่องผู้ทำการแทนกับตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับในการทำสัญญาทางปกครอง รวมถึงการก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองซึ่งประกอบด้วยเงื่อนไข ขอบเขต การตกลงทำสัญญา การเลือกคู่สัญญา รูปแบบของสัญญา การให้ความเห็นชอบของบุคคลที่สาม การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ความผูกพันตามสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติที่สำคัญระหว่างคู่สัญญา การกระทำในรูปแบบสัญญาทางปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมาย หรือไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้ การทำสัญญาทางปกครองไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายพิเศษให้อำนาจในการทำสัญญาดังกล่าว ส่วนสัญญาทางปกครองที่กระทำแทนคำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่อื่นได้เข้ามามีส่วนร่วมตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยมีการกำหนดการสิ้นสุดของ

สัญญาทางปกครอง การทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามสัญญา การหักลบกลบหนี้ ยกหนี้ และการยกเลิกสัญญา ซึ่งสัญญาทางปกครองตามกฎหมายเยอรมันจะเหมือนกับสัญญาทางแพ่ง นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดเรื่องการขอลอนตัวจากสัญญา และการปรับเปลี่ยนสัญญา

สหราชอาณาจักร ในระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ผลบังคับให้ใช้ตามลักษณะของกฎหมายว่าด้วยสัญญาในทางแพ่งทั่วไป แต่สัญญาของฝ่ายปกครองได้กลายมาเป็นกลไกส่วนหนึ่งที่สำคัญของบริการสาธารณะต่าง ๆ เช่น การให้บริการสาธารณสุขแห่งชาติ การให้บริการทางด้านสังคมและการศึกษา และการบริหารจัดการสถานักกัน ภายใต้นโยบายของการกระจายอำนาจและการให้เอกชน (Private Sector) เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ นิติวิธี และวิธีการในการบริหารจัดการ โดยการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือตามกฎหมายอังกฤษเริ่มมีการนำมาใช้อย่างแพร่หลาย จนมีการกล่าวว่าสัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือของการปฏิรูป

สหรัฐอเมริกา นิติสัมพันธ์ทางด้านสัญญาระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองกับเอกชนคู่สัญญาจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการพิเศษที่แตกต่างจากหลักนิติกรรมทั่วไป กล่าวคือ สัญญาระหว่างเอกชนสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง ความผูกพันตามสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติที่สำคัญระหว่างคู่สัญญา การเข้าทำสัญญาในนามหน่วยงานของรัฐไม่สามารถกระทำได้โดยเพียงลำพัง การเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่จะต้องได้รับการมอบอำนาจให้เป็นเจ้าหน้าที่สัญญา ซึ่งในการแต่งตั้งมอบหมายให้เป็นเจ้าหน้าที่สัญญาจะต้องได้รับการแต่งตั้งตามแบบ SF 1402 ที่เรียกว่า หนังสือรับรองการแต่งตั้ง ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวได้ โดยอาศัยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (Compensation) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน (Private Party) การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง (Administrative Party) ยังเป็นไปตามข้อสัญญามาตรฐานที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ ข้อกำหนดพิเศษต่าง ๆ ที่แสดงเอกสิทธิ์และอำนาจเหนือกว่าฝ่ายเอกชนจะปรากฏอยู่ในระเบียบว่าด้วย

การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลาง และฝ่ายปกครองยังจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบและข้อบังคับว่าด้วยการเข้าทำสัญญาด้วย

สำหรับประเทศไทยนั้น คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองสามารถใช้ได้อย่างเต็มที่ แม้ไม่มีข้อกำหนดในสัญญากำหนดไว้ก็ตาม แต่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม การใช้สิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ดังกล่าวนี้เป็นการตัดสินใจแต่เพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

1.3 การบริหารและจัดการสัญญาทางปกครอง การใกล้ชิดข้อพิพาทของสัญญาทางปกครอง และการดำเนินคดีในศาล

สาธารณรัฐฝรั่งเศส ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครองที่เข้าทำสัญญาถูกควบคุมโดยฝ่ายปกครองอื่นที่มีอำนาจตามกฎหมาย การจัดทำสัญญาทางปกครองต้องเป็นการดำเนินการที่สามารถตรวจสอบได้ โดยมีหลักเกณฑ์ การเข้าถึงข้อมูล และวิธีปฏิบัติที่เปิดเผยได้ เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครอง โดยต้องเลือกคู่สัญญาตามที่กฎหมายกำหนด และใช้วิธีการที่เป็นกลางและให้ประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด การใกล้ชิดข้อพิพาท เพื่อให้การใกล้ชิดตามที่กฎหมายกำหนดนี้มีผลผูกพันคู่กรณี กฎหมายฝรั่งเศสจึงกำหนดให้อำนาจศาลปกครองวินิจฉัยการใกล้ชิดของคู่กรณี และมีอำนาจสั่งให้มีผลบังคับตามข้อตกลงของการใกล้ชิดนั้นได้ (พัชมา จิตรมหีมา, 2560) ซึ่งจะต้องดำเนินคดีในศาลปกครอง (Juridictions Administratives)

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครองตามหลักความมาก่อนของกฎหมายได้แสดงถึงความเกี่ยวพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่มีอยู่ ตามหลักดังกล่าวฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ ได้หากปราศจากกฎหมาย หลักความมาก่อนของกฎหมายนี้ใช้บังคับแบบไม่มีข้อจำกัด และใช้บังคับสำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหมด ด้วยเหตุนี้ จึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย จากหลักดังกล่าวเนื้อหาของสัญญาทางปกครองจึงไม่อาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครอง คือ การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น การตรวจสอบและป้องกันการทุจริต และหลักที่ว่าสัญญาทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ เจ้าหน้าที่

ของรัฐผู้ตกลงทำสัญญาทางปกครองต้องมีอำนาจในการทำสัญญาทางปกครอง และเมื่อได้ดำเนินการตามขั้นตอนกระบวนการที่กำหนดไว้ โดยสัญญาทางปกครองนั้นได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดที่มีอำนาจในทางเนื้อหาหรือมีอำนาจในการดำเนินการนั้นย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ในระบบกฎหมายเยอรมัน การใกล้เคียงข้อพิพาทจะมีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดเรื่องการใกล้เคียงข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจน และต้องดำเนินคดีที่ศาลปกครอง (ณัฐพล สกุลเมฆา, 2561)

สหราชอาณาจักร จะมีการใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law System) กับสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมด ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครองมีกฎเกณฑ์พิเศษ บางอย่างที่เฉพาะกับสัญญาที่สร้างขึ้นโดยหน่วยงานของรัฐ แต่เป็นเพียงแนวปฏิบัติจากกระทรวงการคลัง หลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครอง การเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจจะต้องปฏิบัติ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการต่าง ๆ ในการเข้าทำสัญญา ซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการต่าง ๆ ในการเข้าทำสัญญาแทนหรือในนามของฝ่ายปกครอง การใกล้เคียงข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองจะดำเนินคดีที่ศาลยุติธรรม (สรวิศ ลิ้มปริงชี, 2550)

สหรัฐอเมริกา ไม่มีการปรับใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีกับสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมด แต่มีการใช้กฎหมายเฉพาะมาควบคุมสัญญาของฝ่ายปกครอง เช่น เรื่องการเข้าทำสัญญา ฝ่ายปกครองจะต้องทำตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครองข้อตกลงมาตรฐานใดซึ่งจะต้องกำหนดไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครอง แต่เจ้าหน้าที่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดจะต้องถือเสมือนหนึ่งว่า ข้อกำหนดต่าง ๆ ดังกล่าวนั้นได้กำหนดไว้อยู่ในสัญญา หลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นได้มีการตราเป็นระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลาง เพื่อให้มีรูปแบบเดียวกันสำหรับสัญญาของฝ่ายปกครอง และสามารถที่จะนำไปปรับใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างโดยหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ การตรวจสอบและป้องกันการทุจริตเอกชนที่พบเห็นการกระทำความผิดนั้น มีกฎหมายกำหนดให้สามารถฟ้องร้องเรียกเงินค่าเสียหายจากเอกชนคู่สัญญาที่กระทำการดังกล่าว

นั้นได้ในนามของรัฐบาล การใกล้เคียงข้อพิพาทจะมีการใกล้เคียงโดยศาลยุติธรรมและดำเนินคดีที่ศาลยุติธรรม

สำหรับประเทศไทยนั้น มีระเบียบจากกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติให้มีการตรวจสอบและป้องกันการทุจริต ก่อนการทำสัญญาทางปกครอง การดำเนินคดีและการใกล้เคียงสามารถดำเนินการได้ที่ศาลปกครองและสามารถดำเนินการโดยใช้อำนาจศาลปกครอง (บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2564) และต้องดำเนินคดีที่ศาลปกครอง

2. เปรียบเทียบสัญญาแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับหลักของสัญญาทางปกครอง

2.1 การกำหนดสภาพบุคคลในการทำสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเกี่ยวกับบุคคลและนิติบุคคลทั่วไป ส่วนในกรณีของกฎหมายปกครองแม้จะใช้เรื่องหลักการกำหนดสภาพบุคคลในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยทั่วไป แต่ในสัญญาทางปกครองนั้น กฎหมายปกครองกำหนดให้ต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ

2.2 ความสามารถของบุคคลในการเข้าทำสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการจำกัดความสามารถของบุคคลในการเข้าทำสัญญาตาม มาตรา 153 ส่วนในกฎหมายปกครองจะใช้หลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบในการพิจารณาสัญญาทางปกครอง โดยมีอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดกำหนดเพิ่มเติมตามบรรทัดฐานของคำวินิจฉัย

2.3 ประเภทสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการกำหนดประเภทของสัญญา เป็นสัญญาที่มีชื่อกับสัญญาที่ไม่มีชื่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยสัญญาที่มีชื่อจะบัญญัติไว้ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ส่วนในกฎหมายปกครองจะเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตามบทนิยามในมาตรา 3

2.4 วัตถุประสงค์ของสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประโยชน์หรือความประสงค์ที่คู่กรณีหรือคู่สัญญาตามหลักนิติกรรมหรือสัญญานั้น ประสงค์จะเข้าทำสัญญานั้น หมายถึงจุดมุ่งหมายหรือประโยชน์ที่มุ่งหวังจากการทำสัญญา โดยทั่วไปแล้วจะเป็นการเฉพาะตัว ส่วนในกฎหมายปกครองประโยชน์หรือความประสงค์ที่คู่กรณีหรือคู่สัญญาของนิติกรรมหรือสัญญาประสงค์จะเข้าทำสัญญาจะมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือการบริการสาธารณะ

2.5 ศาลยุติธรรมได้วางหลักประเภทของสัญญาเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีการเพิ่มเติมประเภทของสัญญาหรือวางหลักเพิ่มเติม นอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากกรณีมีสัญญาที่นอกเหนือจากที่ได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้เป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อ เพื่อเพิ่มเติมจากสัญญาที่มีชื่อแล้ว ส่วนในกฎหมายปกครองหากกรณีที่มีสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมนอกเหนือจากสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะมีการขยายความหรือเพิ่มเติมสัญญาทางปกครองที่ได้มีการให้คำนิยามไว้ในมาตรา 3 โดยเพิ่มเติมเป็นสัญญาทางปกครองที่เรียกว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

2.6 รูปแบบของสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการกำหนดอย่างชัดเจนว่าสัญญาประเภทใดต้องมีหลักฐานทำเป็นหนังสือ และมีการบัญญัติรายละเอียดอย่างชัดเจนว่าต้องประกอบด้วยรายละเอียดหรือรายการใดบ้าง ส่วนในกฎหมายปกครองมีการกำหนดรูปแบบตามแบบของแต่ละหน่วยงานของรัฐ ซึ่งไม่มีการกำหนดเป็นลักษณะที่ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรเสมือนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้เพื่อให้สอดคล้องกับการใช้งานในแต่ละหน่วยงานของรัฐหรือเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบและคู่มือปฏิบัติงานของแต่ละหน่วยงาน

2.7 การกำหนดรายละเอียด วัตถุประสงค์ในสาระสำคัญแห่งสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น มาตรา 867 มีการกำหนดรายละเอียดวัตถุประสงค์ในสัญญาประกันภัย โดยบัญญัติเป็นกฎหมายอย่างชัดเจน โดยต้องประกอบด้วย

- (1) วัตถุประสงค์การประกันภัย
- (2) ภัยใดซึ่งผู้รับประกันภัยรับเสี่ยง
- (3) ราคาแห่งมูลค่าประกันภัย ถ้าหากได้กำหนดกันไว้
- (4) จำนวนเงินซึ่งเอาประกันภัย
- (5) จำนวนเบี้ยประกันภัย และวิธีส่งเบี้ยประกันภัย
- (6) ถ้าหากสัญญาประกันภัยมีกำหนดเวลา ต้องลงเวลาเริ่มต้นและเวลาสิ้นสุดไว้ด้วย

- (7) ชื่อหรือยี่ห้อของผู้รับประกันภัย
- (8) ชื่อหรือยี่ห้อของผู้เอาประกันภัย
- (9) ชื่อของผู้รับประกันภัย ถ้าจะมี
- (10) วันทำสัญญาประกันภัย
- (11) สถานที่และวันที่ได้ทำกรมธรรม์ประกันภัย

ในส่วนของสัญญาทางปกครองยังไม่มีการบัญญัติชัดเจนโดยแบ่งแยกประเภทของสัญญาทางปกครองให้มีความแตกต่างเหมือนในสัญญาทางแพ่ง

2.8 การกำหนดของกฎหมายในความสมบูรณ์ของสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาที่กฎหมายกำหนดต้องทำเป็นหนังสือ หากไม่ปฏิบัติตาม อาจทำให้มีผลตามกฎหมาย ดังนี้

(1) โฉงกรรม คือ ความเสียเปล่า ไม่เกิดผลทางกฎหมาย ไม่ทำให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิแต่อย่างใด สิทธิและหน้าที่อย่างใด ๆ คงเป็นหรือมีอยู่เช่นเดียวกับในขณะที่ยังก่อนมีการทำนิติกรรมนั้น

(2) การเช่าทรัพย์ การเช่าสังหาริมทรัพย์ ถ้ามีกำหนดไม่เกิน 3 ปี ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ มิฉะนั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีกันไม่ได้

(3) การเช่าซื้อ เป็นสัญญาซึ่งเจ้าของจะเอาทรัพย์สินออกให้เช่า และให้คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นตกแก่ผู้เช่าโดยเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนตามที่ตกลงกัน หากไม่ทำเป็นหนังสือจะตกเป็นโมฆะ

(4) การกู้ยืมเงินเกินกว่า 2,000 บาท ขึ้นไป ถ้าไม่มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืม จะฟ้องร้องให้บังคับคดีกันไม่ได้

(5) การค้าประกัน คือ สัญญาบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ค้าประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้นั้นไม่ชำระหนี้ หากไม่มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้าประกันจะฟ้องร้องให้บังคับคดีกันไม่ได้

(6) การตั้งตัวแทน เพื่อเรียกบุคคลหนึ่งว่า ตัวแทน ซึ่งมีอำนาจแทนบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า ตัวการ กฎหมายกำหนดว่ากิจการใดที่กฎหมายบังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการนั้น ต้องทำเป็นหนังสือด้วย

(7) สัญญาประกันภัย จะต้องทำสัญญาโดยมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อของตัวแทนฝ่ายนั้น มิฉะนั้น จะฟ้องร้องให้บังคับคดีกันไม่ได้

(8) การประนีประนอมยอมความ สัญญาประนีประนอมยอมความจะต้องทำสัญญาโดยมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้น มิฉะนั้น จะฟ้องร้องให้บังคับคดีกันไม่ได้

(9) การโอนหุ้นในบริษัทจำกัด โดยเฉพาะการโอนหุ้นชนิดระบุชื่อลงในหุ้น จะต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้โอนกับผู้รับโอน โดยมีพยานอย่างน้อยหนึ่งคนลงชื่อรับรองลายมือชื่อนั้นด้วย มิฉะนั้น สัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะ

(10) การโอนหุ้น จะนำมาใช้แก่บริษัทหรือบุคคลภายนอกไม่ได้ จนกว่าจะได้จดทะเบียน การโอนทั้งชื่อและสำนักของผู้รับโอนนั้นลงในทะเบียนผู้ถือหุ้น

(11) การโอนสิทธิเรียกร้องมีลักษณะเช่นเดียวกับการโอนทรัพย์สินทั่วไป ซึ่งกระทำได้โดยนิติกรรมสัญญาแสดงเจตนาโอนสิทธิระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอน เพื่อประโยชน์ตอบแทนหรือยกให้โดยเสนหากก็ได้ ดังนั้น การโอนสิทธิเรียกร้องจึงจำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับความสามารถ การแสดงเจตนา และวัตถุประสงค์ เช่นเดียวกับการทำนิติกรรมสัญญาด้วย สำหรับสิทธิเรียกร้องนั้นย่อมโอนให้กันได้ ไม่ว่าสิทธิเรียกร้องนั้นจะเป็นสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ ซึ่งเป็นเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

(12) การโอนหนี้ที่จะพึงชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ต้องทำเป็นหนังสือ จึงจะถือว่าสมบูรณ์ การโอนหนี้จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ยินยอมด้วยในการโอนหนี้ นั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ต้องทำเป็นหนังสือ ข้อสำคัญ

เกี่ยวกับการโอนระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอน การที่จะยกการโอนนั้น ขึ้นอยู่กับลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอก

(13) การโอนหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอน การโอนหนี้ขึ้นฟังต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น จะต้องทำเป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้ ผู้โอนกับผู้รับโอน เพราะเป็นสัญญาระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเฉพาะ

(14) การโอนอันเกี่ยวกับลูกหนี้และบุคคลภายนอก แม้การโอนสิทธิเรียกร้องจะได้ทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนแล้วก็ตาม ผู้โอนหรือผู้รับโอนก็ยังไม่อาจยกเอาการโอนนั้นขึ้นยันกับลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ จนกว่าจะได้บอกกล่าวการโอนนั้นไปยังลูกหนี้เป็นหนังสือ หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น โดยได้ทำเป็นหนังสือแล้ว

ส่วนในสัญญาทางปกครองยังไม่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนให้ต้องมีการบังคับให้ทำสัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือ แต่ในทางปฏิบัติ สัญญาทางปกครองควรดำเนินการทำเป็นหนังสือ ยกเว้นบางหน่วยงานและยกเว้นสัญญาบางประเภทที่ไม่ต้องทำเป็นหนังสือ

2.9 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ ส่วนในกฎหมายปกครองต้องเป็นไปตามหลักการต่อเนื่องของสัญญาในการบริการสาธารณะ หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงการบริการสาธารณะ หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ

2.10 ความเสมอภาคของคู่สัญญาในการเข้าทำสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คู่สัญญาจะต้องมีความเสมอภาคในการทำสัญญาและให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา กระทำการ ดังนี้

- (1) มีการแสดงเจตนา
- (2) การกระทำด้วยความสมัครใจ
- (3) การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนในกฎหมายปกครองรัฐมีเอกสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขในสัญญาได้

2.11 หน่วยงานกำกับดูแล สัญญาทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น บางกรณีจะมีหน่วยงานรัฐที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแล

ภาคเอกชน จึงมีหน่วยงานกำกับดูแลโดยเฉพาะเรื่อง เช่น สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยกำกับดูแลและควบคุมเรื่องสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาประกันภัย สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค กำกับดูแลและควบคุมเรื่องสัญญาที่เกี่ยวข้องกับผู้บริโภคโดยทั่วไป เช่น สัญญาเช่าซื้อ ส่วนคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์จะกำกับดูแลและควบคุมสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหลักทรัพย์ เช่น สัญญาซื้อขายล่วงหน้า ส่วนในกฎหมายปกครองนั้น เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ จึงมีหน่วยงานกำกับดูแลภายในเฉพาะหน่วยงานของรัฐนั้น โดยหน่วยงานของรัฐจะมีความเชี่ยวชาญและความชำนาญในการดำเนินการเฉพาะเรื่องที่แตกต่างกัน เช่น สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) กำกับดูแลควบคุมเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หรือกำหนดคู่มือในการปฏิบัติงานในการบริหารสัญญาของภายในหน่วยงานของรัฐ เช่น กองบริหารการคลัง สำนักงานปลัดกระทรวงคมนาคม ในกรณีเกี่ยวกับการจัดการเรื่องสัญญาภายในหน่วยงาน จึงต้องมีการกำกับและควบคุมดูแลภายใน แต่ยังไม่มีความหมายหรือหน่วยงานกลไกในการควบคุมดูแลเป็นการเฉพาะที่เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ

2.12 ระบบการพิจารณาคดีในศาล สัญญาทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเป็นระบบกล่าวหา ส่วนสัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายปกครองจะเป็นระบบไต่สวน

2.13 การกำหนดโทษหรือมีกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นธรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ศาลสามารถพิพากษาตัดสินคดีและกำหนดค่าปรับในเชิงลงโทษได้ ส่วนในกฎหมายปกครองไม่มีการกำหนดหรือมีกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นธรรม

2.14 การบอกเลิกสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการกำหนดอย่างชัดเจนในการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ส่วนตามกฎหมายปกครองไม่มีการบัญญัติไว้ จึงต้องมีการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้

3. สาระสำคัญในโครงสร้างของกฎหมายสัญญาทางปกครอง

จากการนำข้อมูลที่ได้มาเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไทยและต่างประเทศ สามารถนำมาจัดทำเป็นร่างกฎหมาย

โดยเสนอเป็นโครงสร้างของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วย

3.1 คำนิยาม จากประเด็นทางกฎหมายที่ยังขาดความชัดเจนและต้องมีการตีความในการกำหนดความหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง วิธีการงบประมาณ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เช่น ความหมายของคำว่า เจ้าหน้าที่ คู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานของรัฐ คู่สัญญาที่เป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และคำนิยามอื่น ๆ ที่เป็นประเด็นปัญหาในการตีความกฎหมาย

3.2 หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาทางปกครอง จากการรวบรวมประเด็นความแตกต่างของสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป รวมทั้งการกำหนดและการพิจารณาคู่สัญญา ความสามารถของบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ เงื่อนไขต่าง ๆ ตลอดจนการกำหนดหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐ หลักเกณฑ์การทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศ โดยกำหนดผู้มีหน้าที่ดูแลและปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยให้มีความต่อเนื่องในการดูแล ปรับปรุง และพัฒนาสัญญาทางปกครอง

3.3 รูปแบบและลักษณะสัญญาทางปกครอง ควรให้มีการกำหนดประเภทรูปแบบ และลักษณะสัญญาทางปกครอง โดยดำเนินการให้เป็นกฎหมายที่มีการกำหนดรายละเอียดไว้อย่างชัดเจน รวมถึงการพิจารณาสัญญาทางปกครองในด้านเนื้อหา โดยมีการกำหนดรายละเอียดให้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อความชัดเจน ก่อให้เกิดความเข้าใจ และปฏิบัติได้อย่างไม่ยุ่งยาก หรือสามารถนำส่งประเด็นข้อพิพาทต่าง ๆ ให้ศาลต้องวินิจฉัยในประเด็นของสัญญาทางปกครอง เช่น หน่วยงานรัฐ คู่สัญญาของรัฐ ผู้ที่ดำเนินการแทนรัฐ และรายละเอียดของสัญญาทางปกครองต่าง ๆ

3.4 การบริหารสัญญาทางปกครองให้เกิดเป็นรูปธรรมตามแนวทางการดำเนินการและจัดการต่าง ๆ รวมทั้งขั้นตอนในการดำเนินสัญญาทางปกครอง ระเบียบและแนวทางในการปฏิบัติให้เป็นสากล มีการกำหนดกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางการดำเนินการ หรือแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือสัญญาบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง และให้มีการกำหนดคณะกรรมการบริหาร เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์

ระเบียบ และแนวทางในการปฏิบัติ เพื่อให้เป็นไปอย่างมีมาตรฐานสากล และเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องสามารถนำไปดำเนินการได้จริงอย่างมีประสิทธิภาพ

3.5 การกำกับดูแล เป็นการกำหนดให้มีการตรวจสอบกำกับดูแลเกี่ยวกับความถูกต้องของสัญญาทางปกครอง ตลอดจนขั้นตอนแนวทางการปฏิบัติให้เกิดการนำไปใช้ได้จริง และลดความเสียหายที่อาจเกิดจากการดำเนินการหรือปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้มีการกำหนดคณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต มีอำนาจหน้าที่กำหนดแนวทางและวิธีการในการดำเนินงานในการตรวจสอบ และกำกับดูแลเกี่ยวกับการบริหารงานสัญญาทางปกครอง รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

3.6 อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานรัฐ กฎหมายกำหนดให้อำนาจในการดำเนินการจัดทำสัญญา หรืออำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ การเริ่มต้นของสัญญาทางปกครอง ตั้งแต่การก่อให้เกิด การแก้ไขเพิ่มเติม การระงับ หรือการยกเลิกสัญญาทางปกครอง

3.7 แนวทางการแก้ไขปัญหาหรือเยียวยา ในกรณีที่มีการดำเนินการไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ระเบียบ หรือขั้นตอนในการดำเนินการ ตลอดจนการยกเลิกสัญญาทางปกครอง หรือการที่ไม่สามารถดำเนินการกิจการทางปกครองได้อย่างต่อเนื่อง หรือมีการปรับเปลี่ยนรายละเอียดของสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม และแก้ไขเยียวยาได้ทันทั่วถึง จึงควรมีการกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหา และวิธีการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญา เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องในอนาคต

3.8 สิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง โดยกำหนดให้มีหลักเกณฑ์ อำนาจ หน้าที่ และความสามารถทางกฎหมายให้มีความชัดเจน เช่น ในกรณีการงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญา หรือข้อตกลง โดยให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณาได้ตามจำนวนวันที่มีเหตุเกิดขึ้นจริง ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวต้องพิจารณาถึงหลักความต่อเนื่องที่ต้องมีการดำเนินการบริการสาธารณะ หลักการเปลี่ยนแปลงได้เสมอ และการดำเนินการใด ๆ ต้องไม่มีผลกระทบหรือก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อภาครัฐและประชาชน

3.9 ข้อเสนอแนะอื่น ๆ เห็นควรกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและระเบียบต่าง ๆ เพื่อปฏิบัติการของหน่วยงานของรัฐ โดยสามารถดูแลโดยการออกกฎหรือระเบียบต่าง ๆ ทำให้มีความสอดคล้องกับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลง และทันต่วงที่ต่อการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องต่อการบริหารงานราชการและการบริหารงบประมาณแผ่นดิน

อภิปรายผลการวิจัยและสรุปผลการวิจัย

จากปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาและความเสียหายทั้งภาครัฐและภาคเอกชน โดยนิยามของสัญญาทางปกครองมีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดโดยกฎหมายตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ มากมาย ประกอบกับการไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐ ตลอดจนหลักเกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครอง จึงต้องมีการนำคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และกำหนดหลักเกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองต่าง ๆ ตลอดจนหน่วยงานที่กำกับดูแล เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการบริหารสัญญาทางปกครอง ประกอบกับปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยเริ่มมีมากขึ้น และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ภาครัฐจำนวนมาก ทำให้ภาครัฐต้องรับภาระในการชดเชยค่าเสียหายตามสัญญาทางปกครองให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นภาคเอกชนเป็นเงินจำนวนมาก จากการที่ไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นภาคเอกชน จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจน ไม่มีรูปแบบ และระบบการตรวจสอบการปฏิบัติงานอย่างต่อเนื่อง เป็นปัญหาสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชนที่เกิดจากปัญหาของสัญญาทางปกครอง ดังนั้น กฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง จึงอาจเป็นกฎหมายที่ทำให้สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้

หลักเกณฑ์ในการจัดทำกฎหมายที่ได้จากการศึกษานี้ เป็นการจัดทำกฎหมายใหม่ โดยเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ต้องมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 68 ประกอบกับ มาตรา 258 ค. ด้านกฎหมาย (1) และ (3) และต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ และพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์ การจัดทำร่างกฎหมายและ ประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ดังนั้น โครงสร้างของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครอง พ.ศ. จึงอาจแบ่งเป็นออก 7 หมวด โดยแบ่งรายละเอียดแยกเป็นหมวดหมู่ได้ ดังนี้

1. บทนิยามสำคัญที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยกำหนดนิยามที่สำคัญและจำเป็น ซึ่งกำหนดความหมายเพื่ออธิบายให้เกิดความชัดเจนของข้อความที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น นิยามคำว่า

“หน่วยงานของรัฐ”

“เจ้าหน้าที่”

“คู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานของรัฐ”

“คู่สัญญาที่เป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ”

“สัญญาสัมปทาน”

“สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ”

“สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค”

“สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

“สัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมบริการสาธารณะโดยตรง”

“สัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของรัฐ”

“สัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ”

2. มาตรารักษาการ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้มีผู้รักษาการตามกฎหมาย เพื่อให้เป็นผู้มีหน้าที่ดูแลและปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ อาจกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง รักษาการตามกฎหมายนี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและระเบียบเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายนี้

3. หมวด 1 บททั่วไป โดยหมวดนี้จะกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งได้แก่

หลักเกณฑ์ที่เป็นลักษณะของสัญญาทางปกครอง
การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง
ความผูกพันตามสัญญาทางปกครอง
การปฏิบัติที่สำคัญระหว่างคู่สัญญา
การรักษาความลับระหว่างคู่สัญญา
ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครอง
หลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครอง
ข้อยกเว้นที่ไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง

4. หมวด 2 การตรวจสอบและป้องกันการทุจริต โดยกำหนดให้มีกลไกในการตรวจสอบและป้องกันการทุจริตในการทำสัญญาทางปกครอง เช่น

หลักเกณฑ์การควบคุมและตรวจสอบ
การดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
หลักเกณฑ์ในการป้องกันการทุจริตที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

5. หมวด 3 การบริหารและจัดการสัญญาทางปกครอง กำหนดให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการบริหารและจัดการสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง การดำเนินการเพื่อให้สัญญาทางปกครองบรรลุผลในการบริการสาธารณะ และการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาโดยฝ่ายปกครอง

6. หมวด 4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสัญญาทางปกครอง โดยกำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองในชั้นฝ่ายปกครอง ซึ่งมีบทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการดังกล่าว

7. หมวด 5 สิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ หากการดำเนินการตามสัญญาไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมอีกต่อไป หรือการปฏิบัติตามสัญญาจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนโดยส่วนรวม โดยบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายปกครอง การเยียวยาให้แก่คู่สัญญาในกรณีที่มีการใช้สิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญา ทั้งนี้ การที่จะเลือกใช้คำว่า สิทธิพิเศษของฝ่ายปกครอง

หรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ควรที่จะพิจารณาถึงความเหมาะสมของข้อความดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับบริบททางกฎหมายไทย

8. หมวด 6 การดำเนินคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในชั้นศาล ซึ่งได้แก่

การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

9. หมวด 7 การพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยบัญญัติเกี่ยวกับการมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และการบังคับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล

10. หมวด 8 บทเฉพาะกาล

จากการที่ได้มีการแบ่งรายละเอียดเพื่อให้สามารถกำหนดเป็นหมวดหมู่ จึงนำมาจัดทำเป็นโครงสร้างรายละเอียดของแต่ละมาตราและปรับรายละเอียดของหมวดหมู่ เพื่อให้ได้ความสมบูรณ์ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ซึ่งสามารถสรุปรายละเอียดได้ ดังนี้

โครงสร้างของกฎหมาย ประกอบด้วย 7 หมวด 54 มาตรา ดังนี้

หมวด 1 บททั่วไป (มาตรา 5 ถึง มาตรา 16)

หมวด 2 การตรวจสอบและป้องกันการทุจริต (มาตรา 17 ถึง มาตรา 26)

หมวด 3 การบริหารและจัดการสัญญาทางปกครอง (มาตรา 27 ถึง มาตรา 39)

หมวด 4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสัญญาทางปกครอง (มาตรา 40 ถึง มาตรา 45)

หมวด 5 สิทธิพิเศษของหน่วยงานของรัฐหรือเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐ (มาตรา 46 ถึงมาตรา 48)

หมวด 6 การดำเนินคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (มาตรา 49 ถึง มาตรา 50)

หมวด 7 การรวบรวมพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (มาตรา 51 ถึง มาตรา 52)

หมวด 8 บทเฉพาะกาล (มาตรา 53 ถึง มาตรา 54)

จากการวิเคราะห์ในปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาในกรณีของสัญญาทางปกครอง พิจารณาแล้วเห็นควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีเพียงบทนิยามของสัญญาทางปกครองเท่านั้น จึงได้มีการแก้ไขในประเด็นปัญหาต่าง ๆ เพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยรวมได้อย่างเหมาะสม ตลอดจนเป็นการเพิ่มหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผ่านกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดการพัฒนากฎหมายให้ดียิ่งขึ้น และให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

บทสรุปที่ได้จากการศึกษาวิจัยนี้ สามารถนำไปใช้แก้ไข ปรับปรุง และสนับสนุนให้เกิดการยกร่างสัญญาทางปกครองอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรและรูปธรรมอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล เพื่อให้เป็นมาตรฐาน และใช้เป็นหลักในการตรวจสอบ โดยมีการกำกับดูแลสัญญาทางปกครอง เพื่อลดความเสียหายให้แก่ภาครัฐและภาคเอกชน ทั้งนี้ การตรากฎหมายดังกล่าวอาจส่งผลดีและประโยชน์ต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. ทำให้กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในลักษณะบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาได้ปรับเปลี่ยนแปลงมาอยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งสอดคล้องกับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ยึดถือในประเทศไทย
2. เป็นผลให้กฎหมายต่าง ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาในลักษณะของสัญญาทางปกครองที่อาจมีขึ้นหรือมีอยู่ตามกฎหมายต่าง ๆ ได้มีการรวบรวมมาอยู่ในรูปแบบของกฎหมายเฉพาะ ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่จะกำหนดให้มีขึ้นใหม่ทั้งฉบับ
3. ทำให้เกิดหลักกฎหมายในการดำเนินการและการปฏิบัติการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยมีบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเดียวกัน
4. สามารถเพิ่มเติมวิธีการต่าง ๆ หรือลักษณะต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยอาจกำหนดให้มีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อเพิ่มเติมในกรณีดังกล่าวได้

5. สามารถนำหลักการที่เป็นประโยชน์ต่อภาครัฐและประชาชนตามแนวคิดทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสและสัญญาทางปกครองไทยที่ศาลได้วางหลักไว้แล้วมาบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองได้

6. สามารถกำหนดให้มีรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายได้ โดยอาจกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามกฎหมายนี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและระเบียบเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายนี้

7. ทำให้เกิดความแน่นอนเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาทางปกครองระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายปกครองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งกฎหมายสามารถบัญญัติหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครอง นิติสัมพันธ์ในการก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง ความผูกพันตามสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติที่สำคัญระหว่างคู่สัญญาทางปกครอง การรักษาความลับระหว่างคู่สัญญา ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครอง และหลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครองได้อย่างชัดเจนและเป็นลายลักษณ์อักษร

8. สามารถกำหนดให้มีหลักประกันที่สร้างความเป็นธรรมการควบคุมและตรวจสอบ ที่เกี่ยวกับการดำเนินการของสัญญาทางปกครอง ตลอดจนกำหนดกลไกและวิธีการในการป้องกันการทุจริตที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้

9. สามารถกำหนดหลักกฎหมายที่ใช้ในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง การบริหารสัญญาทางปกครอง และการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาโดยฝ่ายปกครอง

10. ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการบริหารและจัดการสัญญาทางปกครอง โดยมีบทบัญญัติที่กำหนดให้อำนาจหน้าที่แก่ฝ่ายปกครองในการบริหารและจัดการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ชัดเจน รวมทั้งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งจะช่วยป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่ภาครัฐ ทั้งยังช่วยลดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองและลดคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองลงได้

11. สามารถกำหนดสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น กำหนดการเลิกสัญญาทางปกครองและการเยียวยาให้แก่

คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้สิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญา แต่เพียงฝ่ายเดียว

12. สามารถกำหนดหลักเกณฑ์การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง การพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง การพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และการบังคับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล

ข้อเสนอแนะการวิจัย

โครงสร้างสำคัญของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่กล่าวมานี้ เป็นเพียงการนำเสนอร่างกฎหมาย ซึ่งเห็นว่าจำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อภาครัฐและประชาชน อย่างไรก็ตาม การดำเนินการเพื่อจัดให้มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองยังมีรายละเอียดอื่น ๆ อีกหลายประการ ซึ่งจะต้องผ่านกระบวนการในการร่างกฎหมาย การรับฟังความคิดเห็นของหน่วยงานต่าง ๆ และประชาชนโดยทั่วไป รวมทั้งต้องผ่านการพิจารณาและตรวจร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองจากคณะกรรมการร่างกฎหมาย และผ่านกระบวนการพิจารณาและกลั่นกรองจากรัฐสภา ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองเป็นกฎหมายที่สามารถพิทักษ์ผลประโยชน์ของแผ่นดิน มีความโปร่งใส และสร้างความเป็นธรรม และสามารถคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม สอดคล้องกับพลวัตและบริบททางกฎหมายของไทยและสามารถออกกฎหมายระดับรอง เพื่อให้สามารถดำเนินการตามกฎหมายนี้ได้เพิ่มเติมด้วย ข้อเสนอแนะที่ได้จากงานวิจัยนี้อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. แนวทางการนำผลการวิจัยไปใช้ประโยชน์

การจัดทำร่างพระราชบัญญัติสัญญาทางปกครอง พ.ศ. จะทำให้มีจุดเด่นที่จะก่อให้เกิดผลดีต่อภาครัฐและภาคเอกชนในการจัดทำสัญญาทางปกครองระหว่างคู่สัญญาฝ่ายปกครองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งกฎหมายสามารถบัญญัติหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครอง นิติสัมพันธ์ในการก่อให้เกิดสัญญาทาง

ปกครอง ความผูกพันตามสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติที่สำคัญระหว่างคู่สัญญาทางปกครอง การรักษาความลับระหว่างคู่สัญญา ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครอง และหลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครองได้อย่างชัดเจนและเป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ ยังสามารถกำหนดให้มีหลักประกันที่สร้างความเชื่อมั่น มีกลไกในการควบคุมและตรวจสอบที่เกี่ยวกับการดำเนินการของสัญญาทางปกครอง ตลอดจนกำหนดมาตรการในการป้องกันการทุจริตที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญในการผลักดันให้โครงการต่าง ๆ ของภาครัฐสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ประกอบกับสัญญาทางปกครองยังเป็นส่วนหนึ่งในการผลักดันเศรษฐกิจให้เป็นไปตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 13 (พ.ศ. 2566-2570) ประกาศพระราชโองการให้ใช้ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี (พ.ศ. 2561-2580) เพื่อความเจริญรุ่งเรืองของประเทศไทยต่อไปอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

2. ข้อเสนอแนะด้านกฎหมาย

เพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติสัญญาทางปกครอง พ.ศ. มีผลเป็นกฎหมาย และทำให้สามารถนำไปใช้บังคับได้จริง โดยสามารถปฏิบัติได้อย่างรวดเร็ว หากมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ดังนั้น การวิจัยนี้ จึงเสนอแนะให้มีรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามกฎหมาย โดยอาจกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามกฎหมายนี้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองมีความเกี่ยวข้องกับงบประมาณแผ่นดิน และให้มีอำนาจดำเนินการตรากฎหมายลำดับรอง คือ ออกกฎกระทรวงและระเบียบเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายนี้

2.1 ข้อบังคับกระทรวงการคลัง โดยอาจทำการยกร่างข้อบังคับกระทรวงการคลัง ซึ่งได้แก่

1. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยคณะกรรมการนโยบายการจัดทำสัญญาทางปกครองและการบริหารสัญญาทางปกครอง พ.ศ.

2. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาสัญญาทางปกครอง การพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน พ.ศ.

3. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยคณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการกระทำการทุจริต พ.ศ.

4. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยการบริหารงานทั่วไปและการมอบอำนาจ พ.ศ.

5. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยการบริหารงานบุคคล พ.ศ.

6. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการของดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลง พ.ศ.

7. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยจริยธรรมสัญญาทางปกครองและการบริหารสัญญาทางปกครอง พ.ศ.

8. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยการแต่งตั้งผู้ดำเนินการหรือปฏิบัติงานสัญญาทางปกครอง พ.ศ.

9. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่มีวงเงินเล็กน้อย พ.ศ.

2.2 ระเบียบกระทรวงการคลัง ซึ่งอาจทำการยกย่องระเบียบกระทรวงการคลังอันได้แก่

1. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการบอกเลิก ปรับเปลี่ยน แก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง พ.ศ.

2. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยวิธีการและขั้นตอนการบริหารสัญญาและการตรวจสัญญา พ.ศ.

3. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการกำหนดประเมินผลการปฏิบัติงานอื่นนอกเหนือจากความสามารถในการปฏิบัติงาน พ.ศ.

4. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยระเบียบกำหนดวิธีการสำหรับไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองหรือการอุทธรณ์ พ.ศ.

5. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าการใช้สิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของหน่วยงานรัฐ พ.ศ.

6. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการพิจารณาขอใช้เยียวยาและการกำหนดวงเงินค่าเสียหาย พ.ศ.

7. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและค่าตอบแทน พ.ศ.

ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการนำบทบัญญัติกฎหมายนี้ไปใช้บังคับได้อย่างเป็นรูปธรรม และเพื่อให้เกิดประสิทธิผลและประสิทธิภาพในการดำเนินการในภาครัฐที่เกี่ยวข้อง สัญญาทางปกครอง ตลอดจนมีการกำหนดขั้นตอนการปฏิบัติให้มีมาตรฐานเดียวกัน และสามารถตรวจสอบ กำกับ และดูแลให้เกิดเป็นรูปธรรมนำไปใช้ได้อย่างชัดเจน

3. ข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป

เนื่องจากการวิจัยมีการกำหนดขอบเขตการวิจัยและวัตถุประสงค์การวิจัยไว้แล้ว ดังนั้น จึงยังคงมีบางประเด็นที่สำคัญและสมควรจะได้มีการวิจัยเพื่อให้เกิดแนวทางในการดำเนินการที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือประเด็นหลังจากที่ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยแล้ว จึงมีข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป ในประเด็นร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติในการดำเนินการทางด้านการบังคับคดี พ.ศ. ซึ่งมีความสำคัญของบทบัญญัติประกอบด้วยแนวทางในการปฏิบัติในการบังคับคดีหลังจากที่ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัย ทั้งในส่วนการบังคับคดีกับบุคคลภายนอกและส่วนของทางหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้สามารถกำหนดแนวทางในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพและลดปัญหาหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น

พิจารณาจึงเห็นว่า ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครองจะเป็นประโยชน์ต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชนที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการต่าง ๆ รวมทั้งในมีส่วนร่วมการบริการสาธารณะ โดยจะทำให้ได้เกิดเป็นรูปธรรมในด้านการดำเนินการที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตลอดจนสามารถตรวจสอบสัญญาทางปกครองได้ และมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการกำกับและดูแล อย่างต่อเนื่อง ซึ่งการดำเนินการที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามร่างกฎหมายต้นแบบนี้จะเป็นประโยชน์ต่อกิจกรรมต่าง ๆ โดยเฉพาะกฎหมายร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งและมีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางปกครองในภาครัฐที่เป็นการบริการสาธารณะ ซึ่งจะส่งผลดีต่อการพัฒนาประเทศให้มีความมั่นคงและก้าวหน้าต่อไป

เอกสารอ้างอิง

- ณรงค์เดช สุรโฆษิต. (2553). การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง
ในประเทศไทย. สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ณัฐพล สกุลเมฆา. (2561). ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดย
วิธีการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองเยอรมัน. สำนักงานคณะกรรมการการฤษฎีกา.
- ตรีเพชร จิตรมहिมา. (2562, 19 ธันวาคม). การควบคุมฝ่ายปกครองโดยหลักความชอบ
ด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง พิศเคราะห์จากข้อความคิดไปสู่
ผลการปฏิบัติราชการทางปกครอง [การนำเสนอ]. การประชุมวิชาการระดับชาติ
และนานาชาติ มหาวิทยาลัยศรีปทุม ครั้งที่ 14 ประจำปี พ.ศ. 2562.
กรุงเทพมหานคร, ประเทศไทย.
- นิรัชรา พงศ์อาจารย์. (2562). ทิศทางของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย.
วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน, 12(2), 113-146.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2564). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง.
วารสารกฎหมายปกครอง, 33(2). 1-35.
- พัชรา จิตรมहिมา. (2553). ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.
วารสารกฎหมายปกครอง, 27(3), 3-75.
- พัชรา จิตรมहिมา. (2560). แนวคิดและหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครอง
ฝรั่งเศสที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ ค.ศ. 2016 ตามประมวลกฎหมายความยุติธรรม
ทางปกครอง (code de justice administrative) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส.
ใน เอกสารเสนอคณะกรรมการการฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เพื่อประกอบการพิจารณา
ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ..)
พ.ศ. เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2560 (น. 1-20). สำนักงานคณะกรรมการ
การฤษฎีกา.
- พัชรา จิตรมहिมา. (2565). พิศเคราะห์สัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสและ
กฎหมายไทย และแนวคิดในการกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง.
วารสารกฎหมายปกครอง, 34(3), 1-67.

สรวิศ ลิ้มปรั่งซี่. (2550). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลประเทศอังกฤษ.

วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 1(3). 111-119.

Advice and Counsel Incorporated. (2001). *Public Contracts*.

<http://law.freeadvice.com.law/613us.html>. December 2001.

Craig Paul. (2010). *Angleterre et pays de galles/ England and Wales*,

Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on

Public Contract). Bruylant.

Jean Waline. (2000). *Droit administratif* (18 éd.). Dalloz.

Renders David. (2015). *Droit administratif general: Collection Centre*

Montesquieu d'études de l'action publique. Bruylant.

Rivero Jean et Jean Waline. (2000). *Droit administratif* (18 éd.). Dalloz.

Voir, Pierre Serrand. (2015). *Droit administratif Tome I: Les actions*

administratives. Presses universitaires de France.