

หลักเกณฑ์ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ



นางสาวสิวลี มณีสุขเกษม

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2548

ISBN 974-14-1936-8

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**THE PRINCIPLE ON CONTRACT ADMINISTRATIVE : A CASE STUDY
ON CONTRACT GOVERNMENT PROCUREMENT**

Miss Sivalee Maneesukkasame

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

For the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2005

ISBN 974-14-1936-8

สิวลี มณีสุขเกษม : หลักเกณฑ์ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณี
สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ. (THE PRINCIPLE ON CONTRACT
ADMINISTRATIVE : A CASE STUDY ON CONTRACT GOVERNMENT
PROCUREMENT) อ. ที่ปรึกษา : ศ. ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์, หน้า 209 หน้า.
ISBN 974-14-1936-8.

จากนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ
จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญา
ทางปกครองโดยศาลปกครองไทยเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการยังไม่มี ความชัดเจน
เพียงพอที่จะพิจารณาว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญา
ทางปกครอง ซึ่งการวินิจฉัยถึงความเป็นสัญญาทางปกครองมีผลต่อระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้
บังคับกับสัญญา วิทยานิพนธ์นี้จึงมุ่งศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง
ในต่างประเทศและแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ

ผลการศึกษาพบว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ส่วนราชการดำเนินการ
ตามแบบสัญญามาตรฐานที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนดประเภทสัญญาซื้อขาย สัญญาจ้าง
สัญญาจ้างที่ปรึกษา และสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง
เนื่องจากมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำ
บริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือมีข้อกำหนดในสัญญาเป็นการให้เอกสิทธิ์
แก่ฝ่ายปกครองมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

อย่างไรก็ตาม แม้ต่อมา ศาลปกครองจะพิพากษาให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง
ของส่วนราชการเป็นสัญญาทางปกครองมากขึ้น แต่คำพิพากษาของศาลปกครองก็ยังไม่มีความชัดเจน
เพียงพอ ผู้เขียนจึงเสนอแนวทางการพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการเพื่อให้เกิด
ความชัดเจนมากขึ้น โดยเสนอให้มีการพิจารณาเนื้อหาสาระของสัญญามากขึ้น พิจารณา
ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาส่วนราชการ และเสนอให้มีการแก้ไขนิยาม
ความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ด้วย

สาขาวิชานิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2548

ลายมือชื่อนิติสด.....สิวลี มณีสุขเกษม
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

458 61199 34 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : THE PRINCIPLE/ CONTRACT ADMINISTRATIVE/ CONTRACT GOVERNMENT PROCUREMENT

SIVALEE MANEESUKKASAME : THE PRINCIPLE ON CONTRACT ADMINISTRATIVE :

A CASE STUDY ON CONTRACT GOVERNMENT PROCUREMENT. THESIS ADVISOR :

PROF. NANTAWAT BORAMANAND, Ph.D. 209 pp.

ISBN 974-14-1936-8.

The definition of the Contract Administrative according to the Article 3 of the Act on the Establishment of the Administrative Court and Administrative Court Procedures B.E.2542. And the principle or criteria for determination of contract administrative by the Thailand Administrative Court - related to the Contract Government Procurement – still had insufficient distinctness to consider that which Contract Government Procurement was a contract administrative. The determination about being as a contract administrative effects to law system that will be implemented to control with such contract. This thesis intent to study on the principle or criteria for determination of contract administrative of the foreign countries and guidelines of the Thailand Administrative Court' s Judgement related to the Contract Government Procurement.

The study results found that the Contract Government Procurement which government operated according to the standard contract of the committee of materials specification in buy-sell contract category, employment contract, consultant employment contract, design and control employment contract. These contracts had characters as a contract administrative because they had a party that is a government administrative organization and they had characters as a contract administrative because they provide the public service or facilities organization or had specification in a contract as giving rights to the administrative party more than a private contractor.

However, even the administrative court judged that the Contract Government Procurement were administrative contracts more and more. But the Administrative Court's judgements still had insufficient distinctness. Researcher suggests guidelines to judge on the Contract Government Procurement in order to have more distinctness by consideration contents and issues of a contract more, judge the specification in such contract that give rights to the administrative party and also should correct the definition of the contract administrative.

Field of study Laws

Academic year 2005

Student's signature.....

Advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสำเร็จลุล่วงได้ด้วยความสามารถจากคณาจารย์และผู้เกี่ยวข้องหลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งท่านศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และกรุณาให้คำแนะนำชี้แนะแนวทางในการเขียนวิทยานิพนธ์ด้วยความเมตตาโดยตลอด

ขอกราบขอบพระคุณ ท่านศาสตราจารย์เข็มชัย ชูติวงศ์ รองอธิบดีอัยการฝ่ายที่ปรึกษา สำนักงานอัยการสูงสุด และเลขาธิการสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์ อธิการบดี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และอาจารย์เชิรชัย ณ นคร สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งทุกท่านได้ให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้เสร็จสมบูรณ์

ขอกราบขอบพระคุณ บิดา มารดา ผู้เป็นที่รักยิ่งที่อบรมเลี้ยงดูผู้เขียนเป็นอย่างดี พร้อมทั้งให้โอกาสผู้เขียนในด้านการศึกษาและเป็นกำลังใจที่สำคัญ ฟ้าๆ และน้องของผู้เขียนทุกท่าน คุณปัญญา วงศ์ครุฑ ที่ดูแลห่วงใยมาโดยตลอด เพื่อนๆ ทุกท่านที่ให้กำลังใจและปรารถนาดีต่อผู้เขียน โดยเฉพาะคุณสุวรรณ คุณสุวิชาญ รักษ์รัตนกร คุณรัชนิกุล ปันเจียง ที่คอยช่วยเหลือผู้เขียน รวมทั้งผู้มีอุปการคุณหลายท่านที่ผู้เขียนมีอาจนำมากล่าวไว้ ณ ที่นี้ได้ทั้งหมด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอมอบความดีให้บิดา มารดา และทุกๆ ท่านที่กล่าว แต่ถ้าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องอยู่บ้าง ผู้เขียนขอน้อมรับคำติชมจากทุกท่าน และขออภัยมา ณ ที่นี้

สิวลี มณีสุขเกษม

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและสภาพของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 ขอบเขตของการศึกษา.....	3
1.4 สมมติฐาน.....	3
1.5 วิธีการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
บทที่ 2 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	5
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	5
2.1.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับบริการสาธารณะในฐานะที่มาของสัญญาทางปกครอง.....	6
2.1.1.1 นิยามและความหมายของบริการสาธารณะ.....	6
2.1.1.2 ประเภทของบริการสาธารณะ.....	9
2.1.1.2.1 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง.....	10
2.1.1.2.2 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม.....	11
2.1.1.2.3 บริการสาธารณะประเภทอื่นๆ.....	13
2.1.1.3 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ.....	14
2.1.1.3.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาคของประชาชน ผู้ใช้บริการสาธารณะ.....	14
2.1.1.3.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ.....	15
2.1.1.3.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง บริการสาธารณะอยู่เสมอ.....	16

2.2	ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	17
2.2.1	นิยามความหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	17
2.2.2	การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง.....	22
2.2.3	ประเภทของสัญญาทางปกครอง.....	23
2.2.3.1	สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ.....	24
2.2.3.2	สัญญามอบหมายให้บุคคลอื่นจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ.....	26
2.2.3.2.1	สัญญาสัมปทาน.....	26
2.2.3.2.2	สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ.....	27
2.2.3.2.3	สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐ.....	27
2.2.3.2.4	สัญญาจ้างผู้จัดการบริหารงานแทนรัฐ.....	27
2.2.3.2.5	สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะ.....	28
2.2.3.2.6	สัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน.....	28
2.2.4	ผลของสัญญาทางปกครอง.....	29
บทที่ 3	หลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความป็นสัญญาทางปกครอง.....	32
3.1	เกณฑ์ด้านคู่สัญญา.....	32
3.1.1	สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน.....	32
3.1.2	สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนด้วยกัน.....	39
3.1.3	สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลด้วยกัน.....	41
3.2	การกำหนดให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง.....	43
3.2.1	ผลของกฎหมายที่กำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง.....	43
3.2.2	การกำหนดระบบของกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญา.....	46
3.2.3	สัญญาที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง.....	47
3.3	เกณฑ์ที่ได้จากคำพิพากษา.....	47
3.3.1	เกณฑ์จากการดำเนินการบริการสาธารณะ.....	48
3.3.2	เกณฑ์ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายเอกชน.....	51

บทที่ 4	วิเคราะห์สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการกับการเป็นสัญญาทางปกครอง.....	56
4.1	สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการกับสัญญาทางปกครอง.....	58
4.1.1	วิเคราะห์ด้านคู่สัญญา.....	63
4.1.1.1	คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง.....	63
4.1.1.2	บุคคลอื่นซึ่งกระทำการแทนรัฐ.....	67
4.1.2	วิเคราะห์ด้านลักษณะของสัญญา.....	69
4.1.2.1	สัญญาสัมปทาน.....	69
4.1.2.2	สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ.....	70
4.1.2.3	สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค.....	71
4.1.2.4	สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.....	71
4.2	วิเคราะห์คำวินิจฉัยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ โดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล.....	72
4.1.1	วิเคราะห์ด้านคู่สัญญา.....	74
4.1.1.1	คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง.....	75
4.1.1.2	บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ.....	78
4.1.2	วิเคราะห์ด้านลักษณะของสัญญา.....	79
4.3	วิเคราะห์คำวินิจฉัยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ โดยศาลปกครอง.....	89
4.3.1	วิเคราะห์ด้านคู่สัญญา.....	91
4.3.1.1	คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง.....	91
4.3.1.2	บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ.....	93
4.3.2	วิเคราะห์ด้านลักษณะของสัญญา.....	94
บทที่ 5	วิเคราะห์แบบสัญญามาตรฐานในฐานะที่เป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ ตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด.....	109
5.1	สัญญาซื้อขาย.....	110
5.1.1	ด้านคู่สัญญา.....	111
5.1.2	ด้านลักษณะของสัญญา.....	112
5.1.2.1	สัญญาสัมปทาน.....	112
5.1.2.2	สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ.....	113
5.1.2.3	สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค.....	116
5.1.2.4	สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.....	117

5.1.3	บทวิเคราะห์.....	122
5.2	สัญญาจ้าง.....	122
5.2.1	ด้านคู่สัญญา.....	123
5.2.2	ด้านลักษณะของสัญญา.....	124
5.2.2.1	สัญญาสัมปทาน.....	124
5.2.2.2	สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ.....	125
5.2.2.3	สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค.....	126
5.2.2.4	สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.....	128
5.2.3	บทวิเคราะห์.....	133
5.3	สัญญาจ้างที่ปรึกษา.....	134
5.3.1	ด้านคู่สัญญา.....	135
5.3.2	ด้านลักษณะของสัญญา.....	135
5.3.2.1	สัญญาสัมปทาน.....	135
5.3.2.2	สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ.....	135
5.3.2.3	สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค.....	136
5.3.2.4	สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.....	136
5.3.3	บทวิเคราะห์.....	138
5.4	สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน.....	139
5.4.1	ด้านคู่สัญญา.....	139
5.4.2	ด้านลักษณะของสัญญา.....	140
5.4.2.1	สัญญาสัมปทาน.....	140
5.4.2.2	สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ.....	140
5.4.2.3	สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค.....	142
5.4.2.4	สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.....	143
5.4.3	บทวิเคราะห์.....	144

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1	บทสรุป.....	146
6.2	ข้อเสนอแนะ.....	152

รายการอ้างอิง.....	156
ภาคผนวก.....	159
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	209