

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการใช้เกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึง เอกสิทธิ์ของรัฐ

ในการวิเคราะห์ปัญหาการใช้เกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ได้จำแนกการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ตอน คือ ปัญหาการใช้เกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐตามคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และปัญหาการใช้เกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐตามสัญญาของฝ่ายปกครองต่างๆ ดังนี้

ปัญหาการใช้เกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐตาม คำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ศาลปกครองได้นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐมาปรับใช้ในการแบ่งสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในสองลักษณะสัญญา คือ สัญญาจ้างต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารวัตถุของฝ่ายปกครอง และสัญญาทุน โดยจะแบ่งวิเคราะห์ดังนี้

1. สัญญาจ้าง

1.1 ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียว บอกลิขสัญญาได้โดยผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ

ศาลปกครองได้วินิจฉัยคดีนี้โดยพิจารณาข้อกำหนดในสัญญาเป็นหลัก เนื่องจากสัญญาตามคดีนี้เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองจ้างเอกชนก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลของมหาวิทยาลัยของรัฐ ซึ่งสัญญาดังกล่าวนี้ไม่ใช่สัญญาตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 รวมทั้ง ไม่ใช่สัญญาตามมติที่ประชุมตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 ในกลุ่มแรก คือ เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

ดังนั้น ศาลปกครองจึงนำลักษณะของสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาที่มีข้อกำหนด ในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐมาพิจารณา โดยให้เหตุผลว่าเป็น

ข้อกำหนดที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไปซึ่งเป็นความหมายอย่างแรกในสามอย่าง อย่างที่สองเป็นข้อกำหนดที่ให้สิทธิหรือหน้าที่แก่คู่กรณีที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามกฎหมายเอกชน และอย่างที่สามเป็นข้อกำหนดที่มาจากวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ ตามที่กล่าวมาแล้วในบทนำ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้ตรงกับคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส ที่ถือว่าแม้มีเพียงข้อเดียวก็ถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะเหตุว่า ถ้ามีข้อกำหนดให้เลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ผิดสัญญาในสาระสำคัญนั้น ในกฎหมายเอกชนแล้วถือว่าข้อกำหนดดังกล่าวเป็นโมฆะเลยทีเดียว ทั้งนี้ เพราะเป็นข้อกำหนดที่ขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยนั่นเอง ในสัญญาจ้างทั่วไปตามแบบสัญญาจ้างทำยาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเองซึ่งมีข้อกำหนดที่ฝ่ายปกครองจะบอกเลิกสัญญาได้นั้น ได้กำหนดไว้ในข้อ 5 ว่า ถ้าผู้รับจ้างไม่ได้ทำงานภายในกำหนดเวลา หรือมีเหตุให้ผู้ว่าจ้างเชื่อได้ว่าผู้รับจ้างทำผิดสัญญาข้อหนึ่งข้อใดก็ดี ผู้ว่าจ้างมีสิทธิจะบอกเลิกสัญญา จะเห็นได้ว่าเป็นเพียงสิทธิตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั่วไปที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญา อีกฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ อันเป็นลักษณะสัญญาต่างตอบแทน หรือกรณีสัญญาแบบมาตรฐานของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างอาคาร ได้กำหนดเกี่ยวกับการเลิกสัญญา ในข้อ 2 ว่าคู่สัญญาตกลงให้ถือว่าวันและเวลาที่กำหนดในสัญญานี้เป็นสาระสำคัญที่หากคู่สัญญาฝ่ายใดไม่ดำเนินการหรือดำเนินการไม่แล้วเสร็จ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่เป็นไปตามหลักสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาต่างตอบแทนทั่วไป หรือกรณีแบบสัญญาจ้างทำความสะอาดอาคารและสถานที่ อันแบบสัญญาของหน่วยงานราชการ ที่สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นผู้ร่าง ได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเลิกสัญญาเป็นสิทธิของผู้ว่าจ้างของหน่วยงานราชการที่จะบอกเลิกสัญญาได้ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาในสาระสำคัญอันเป็นสิทธิตามกฎหมายเอกชนทั่วไปเช่นเดียวกัน

ฉะนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าข้อกำหนดในสัญญาจ้างที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะเลิกสัญญาได้โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ ถ้ามีในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนแล้วก็จะทำให้ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นโมฆะตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงเป็นข้อกำหนดที่ถือว่าถ้ามีในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ที่วัตถุประสงค์ของสัญญาไม่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ เพียงแค่มีจุดเชื่อมโยงกับการบริการสาธารณะที่ซึ่งยังหาจุดเกาะเกี่ยวไม่ชัดเจนนัก ก็น่าจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองได้

1.2 ข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ แม้ไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาจ้าง

ข้อกำหนดดังกล่าวนี้ เกิดขึ้นในการที่หน่วยงานปกครองว่าจ้างให้เอกชนสร้าง

ถาวรวัตถุของรัฐเช่นเดียวกันกับข้อ 1.1 แต่ไม่สามารถจัดสัญญาดังกล่าวนี้เป็นสัญญาทางปกครอง ในความหมายตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ. 2542 และก็ไม่สามารถจัดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ที่เกี่ยวกับการให้เอกชนเข้าร่วมหรือจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น ศาลปกครองจึงจำเป็นต้องพิจารณาข้อกำหนดในสัญญาว่าฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจนทำลายหลักความเสมอภาคในการทำสัญญาหรือไม่

สัญญาจ้าง ทำระเบียบสำนักงานนายกรัฐมนตรีที่กำหนดเกี่ยวกับการเพิ่มเติมและแก้ไขงานยังกำหนดแต่เพียงว่า ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะทำการแก้ไขเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบรูปและรายละเอียดตามสัญญาได้ทุกอย่างโดยไม่ต้องเลิกสัญญานี้ การเพิ่มเติมหรือการลดงานจะต้องคิดและตกลงราคากันใหม่ และถ้าจะต้องเพิ่มหรือลดเงินหรือยืดเวลาออกไปอีกก็จะได้ตกลง ณ บัดนั้น (ข้อ 18 สัญญาจ้าง ทำระเบียบสำนักงานนายกรัฐมนตรี) หรือกรณีสัญญาจ้างออกแบบของหน่วยราชการ ที่สำนักงานอัยการสูงสุดก็ไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเพิ่มเติมงานพิเศษนอกเหนือสัญญาแต่อย่างใด หรือกรณีแบบสัญญาจ้างควบคุมงานก่อสร้างของหน่วยราชการ สำนักงานอัยการสูงสุดก็เช่นกัน ไม่มีข้อกำหนดดังกล่าว หรือสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันนั้น โดยมากแล้วจะกำหนดการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา ในทำนองเดียวกันคือเช่นเดียวกันกับสัญญาจ้างทำระเบียบสำนักงานนายกรัฐมนตรี จากตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้นเห็นว่า ในการเพิ่มเติมงานที่ไม่ได้กำหนดในสัญญาไม่สามารถทำได้ และถ้าจะเพิ่มเติมงานในสัญญาก็ต้องตกลงกันใหม่รวมทั้งราคาส่วนที่เพิ่มเติมด้วย อันคำนึงถึงหลักเสรีภาพและเสมอภาคในการทำสัญญา การแสดงเจตนาจะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษอื่นเพิ่มเติมเปลี่ยนไปจากการที่ตกลงกันในสัญญาหาได้ไม่

ฉะนั้น การกำหนดข้อกำหนดในสัญญาที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งผู้รับจ้างให้ทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ แม้ไม่ได้ระบุไว้ในสัญญา ถือว่าเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในทางแพ่งทั่วไป ถ้ามีข้อกำหนดดังกล่าวไว้ในสัญญาที่ทำกันระหว่างเอกชนกับเอกชน ผู้ศึกษาเห็นว่าน่าจะทำให้ข้อกำหนดนั้นตกเป็นโมฆะ และถ้ามีข้อกำหนดดังกล่าวนี้อยู่ในสัญญาจ้างทำของระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้น แม้มีเพียงข้อเดียวในสัญญาก็จะส่งผลให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง โดยไม่ต้องคำนึงว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาจะเกี่ยวกับการบริการสาธารณะหรือไม่ เพราะเหตุว่า ถ้าสัญญาจ้างทำของดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะแล้วก็ไม่ต้องพิจารณาข้อกำหนดในสัญญาแต่อย่างใด

ตัวอย่างเช่น กรมทางหลวงชนบททำสัญญาจ้างผู้รับเหมาให้ทำถนน สัญญาดังกล่าวก็เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ถ้ายกตัวอย่างเพิ่มอีก สมมติว่าบริษัท A เป็นผู้รับเหมาทำถนนแต่ไม่มีวัสดุ เช่น ปูน หิน ทราย เหล็ก เป็นต้น ทำให้กรมทางหลวงชนบทต้องซื้อวัสดุดังกล่าวกับบริษัท B เช่นนี้ สัญญาซื้อขายระหว่างกรมทางหลวงชนบทกับบริษัท B ที่ทำสัญญาซื้อวัสดุเพื่อมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ทำให้เป็นสัญญาทางปกครองขึ้นมาได้ อย่างไรก็ตาม ถ้าสัญญาซื้อขายดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เช่น ข้อกำหนดที่ว่ากรมทางหลวงชนบทมีสิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยบริษัท B ไม่ผิดสัญญาในสาระสำคัญ เช่นนี้สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

1.3 ข้อกำหนดสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า k)

สัญญาจ้างที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนมักจะกำหนดให้สัญญาเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่าk) นั้น โดยใช้แนบท้ายสัญญาจ้างก่อสร้าง ซึ่งจะขอกว่าถึงเงื่อนไข หลักเกณฑ์ ประเภท งานก่อสร้าง สูตรและวิธีการคำนวณที่ใช้กับสัญญาแบบปรับราคาได้ ดังนี้

สัญญาแบบปรับราคาได้ ใช้ได้ทั้งในกรณีเพิ่มหรือลดค่างานจากค่างานเดิมตามสัญญา เมื่อดัชนีราคาซึ่งจัดทำขึ้น โดยกระทรวงพาณิชย์มีการเปลี่ยนแปลงสูงขึ้นหรือลดลงจากเดิมขณะเมื่อวันเปิดซองประกวดราคา สำหรับกรณีจัดจ้างโดยวิธีอื่นให้ใช้วันเปิดซองราคาแทน การขอเงินเพิ่มเป็นหน้าที่ของผู้รับจ้างที่จะต้องเรียกร้องภายในกำหนด 90 วัน นับแต่วันที่ผู้รับจ้างส่งมอบงานงวดสุดท้าย หากพ้นกำหนดนี้แล้วผู้รับจ้างไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องเงินเพิ่มค่างานจากผู้ว่าจ้างได้อีก และในกรณีลดค่างานให้ผู้ว่าจ้างที่เป็นคู่สัญญาเรียกคืนจากผู้รับจ้างโดยเร็ว หรือให้หักค่างานของงวดต่อไป หรือให้เบิกเงินจากหลักประกันสัญญาแล้วแต่กรณี และการพิจารณาคำนวณเงินเพิ่มหรือลด และการจ่ายเงินเพิ่มหรือเรียกเงินคืนจากผู้รับจ้างตามเงื่อนไขของสัญญาแบบปรับราคาได้ ต้องได้รับการตรวจสอบและเห็นชอบจากสำนักงบประมาณและให้ถือการพิจารณาวินิจฉัยของสำนักงบประมาณเป็นที่สุด

ในการพิจารณาเพิ่มหรือลดค่างานจ้างเหมาก่อสร้างให้คำนวณตามสูตร $P = (PO) \times K$ โดยกำหนดให้ P คือ ราคาต่อหน่วยหรือราคาต่อเป็นงวดที่จะต้องจ่ายให้ผู้รับจ้าง PO คือ ราคาต่อหน่วยที่ผู้รับจ้างประมูลได้หรือราคาต่อเป็นงวดที่ระบุไว้ในสัญญาแล้วแต่กรณี K = ESCALATION FACTOR ที่หักด้วยร้อยละ 4 เมื่อต้องเพิ่มค่างานหรือบวกเพิ่มร้อยละ 4 เมื่อต้องเรียกค่างานคืน ยกตัวอย่างสูตรที่ใช้ในการคำนวณสำหรับงานก่อสร้างประเภทอาคาร ในกรณีงานก่อสร้างประเภทอื่น เช่น การก่อสร้างเขื่อน ต้องใช้สูตรอื่น และให้ปรับชื่อรายงานและประเภทงาน ดังนี้

รายการ ก่อสร้างอาคาร

ประเภทงาน อาคาร

สูตร $K = 0.25 \times 0.15It + 0.10ct/co + 0.40mt/mo + 0.10St/So$ (สำนักงบประมาณ, 2544, หน้า 8-14)

วิธีการคำนวณค่า K จากสูตรตามลักษณะงานนั้นๆ ให้ใช้ตัวเลขดัชนีราคาวัสดุก่อสร้าง ของกระทรวงพาณิชย์ โดยใช้ฐานของปี 2530 เป็นเกณฑ์ในการคำนวณ สำหรับกรณีที่มิงงานก่อสร้างหลายประเภทรวมอยู่ในสัญญาเดียวกันจะต้องแยกคำนวณก่อสร้างแต่ละประเภทให้ชัดเจนตามลักษณะของงานนั้น และให้สอดคล้องกับสูตรที่ได้กำหนดไว้ และกำหนดให้ใช้เลขทศนิยม 3 ตำแหน่งทุกขั้นตอน โดยไม่มีการปัดเศษ และกำหนดให้ตัวเลขสัมพันธ (เปรียบเทียบ) ให้เป็นผลสำเร็จก่อนแล้วจึงนำผลลัพธ์ไปคูณกับตัวเลขของที่หน้าเลขสัมพันธนั้น ให้พิจารณาเงินเพิ่มหรือลดราคาค่างาน จากราคาที่ผู้รับจ้างทำสัญญาตกลงกับผู้ว่าจ้าง เมื่อค่า K ตามสูตรสำหรับงานก่อสร้างนั้นๆ ในเดือนที่ส่งมอบงานมีค่าเปลี่ยนแปลงไปจากค่า K ในเดือนที่เปิดซองราคามากกว่าร้อยละ 4 ขึ้นไป โดยนำเฉพาะส่วนที่เกินร้อยละ 4 มาคำนวณปรับเพิ่มหรือลดค่าแล้วแต่กรณี โดยไม่นำร้อยละ 4 แรกมาคำนวณ ในกรณีที่ผู้ว่าจ้างไม่สามารถทำการก่อสร้างให้แล้วเสร็จตามระยะเวลาในสัญญา ซึ่งเป็นความผิดของผู้รับจ้าง ค่า K ตามสูตรต่างๆ ที่จะนำมาใช้ในการคำนวณค่างานให้ใช้ค่า K ของ เดือนสุดท้ายตามอายุสัญญา หรือค่า K ของเดือนที่ส่งมอบงานจริงแล้วแต่ ว่าราคาค่า K ตัวใจจะมีค่าน้อยกว่า และการจ่ายเงินแต่ละงวดให้จ่ายค่าจ้างที่ผู้รับจ้างทำได้แต่ละงวดตามสัญญา ไปก่อน ส่วนค่างานเพิ่มหรือค่างานลด ลงซึ่งจะคำนวณได้ต่อเมื่อทราบดัชนีราคาวัสดุก่อสร้าง ซึ่งนำมาคำนวณหาค่า K ของเดือนที่ส่งมอบงานนั้นๆ เป็นที่แน่นอนแล้ว หลังจากคำนวณเงินเพิ่มได้ให้ขอทำความตกลงเรื่องการเงินกับสำนักงบประมาณ

จากลักษณะตามที่กล่าวมา ค่า K คือ ตัวเลขดัชนีที่ใช้วัดการเปลี่ยนแปลงของค่างาน ระยะเวลาที่ผู้รับเหมาก่อสร้างเปิดซองประกวดราคาได้เปรียบเทียบกับระยะเวลาที่ส่งงานในแต่ละงวด โดยมีเงื่อนไขสำคัญว่าจะใช้ค่า K ได้เฉพาะในกรณีที่เอกชนผู้รับเหมารับงานจากฝ่ายปกครองเท่านั้น และในการทำสัญญาจ้างคู่สัญญาระบุในสัญญาให้ชัดเจนว่าเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ในการประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้าง ซึ่งค่า K ดังกล่าวเกิดจากมาติคะรัฐมนตรีที่จะให้นำมาใช้คู่กับสัญญาก่อสร้างต่างๆ ในกรณีที่มีความผันผวนของราคา จึงเห็นว่าเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ถ้ารวมกับข้อกำหนดอื่นๆ ก็ทำให้สัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ใต้นาจอพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองได้

1.4 ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญาได้ โดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ

โดยศาลปกครองเห็นว่า ข้อกำหนดดังกล่าวมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพราะเหตุว่าโดยทั่วไปแล้วการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาของฝ่ายปกครองเกิดจากการตกลงของคู่สัญญาทั้งฝ่ายปกครองและเอกชน หรือเกิดจากเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสมออันเป็นไปตามหลักทั่วไป ตามมาตรา 366 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่ และวรรคสองบัญญัติว่า ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ การกำหนดข้อกำหนดเช่นนี้ถ้าอยู่ในสัญญาจ้างที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนแล้ว ก็จะทำให้ข้อกำหนดดังกล่าวนี้เป็นโมฆะ อันเป็นการขัดกับกฎหมายนั่นเอง ทั้งแบบสัญญาจ้างทำอะระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีนว่าด้วยการพัสดุยังกำหนดไว้ในข้อ 18 เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาแต่เพียงว่า ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบรูปหรือรายการตามสัญญาได้ทุกอย่างโดยไม่ต้องเลิกสัญญา การเพิ่มเติมหรือลดงานจะต้องคิดและตกลงราคากันใหม่ และถ้าจะต้องเพิ่มหรือลดเงินหรือยืดเวลาออกไปอีกก็จะได้ตกลง ณ บัดนั้น เห็นได้ว่าแม้เป็นสัญญาแบบที่ทางราชการทำขึ้นก็ยังคงเคารพหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา หรือกรณีข้อกำหนดในสัญญาจ้างที่ทำกันระหว่างเอกชนกับเอกชนนั้น มีตัวอย่างข้อกำหนดเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา พอสรุปได้ว่า เช่นกำหนดว่าผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะแก้ไขหรือเพิ่มเติมสัญญาหรือลดงานจากแบบรูปและรายละเอียดตามสัญญาได้ทุกอย่างโดยไม่ต้องเลิกสัญญา การเพิ่มหรือการลดงานจะต้องคิดและตกลงราคากันใหม่ และหากต้องเพิ่มหรือลดเงินหรือยืดหรือลดเวลาทำงานก็จะได้ตกลงกัน ณ บัดนั้น หรือกำหนดว่าหากผู้ว่าจ้างประสงค์จะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการก่อสร้าง ผู้ว่าจ้างจะต้องแจ้งให้ผู้รับจ้างทราบเป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้ว่าจ้างออกค่าใช้จ่ายเอง แต่ผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะยอมรับ หรือไม่ยอมรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นๆ โดยคำนึงถึงความจำเป็นและผลเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าว หรือกำหนดว่าการแก้ไขหรือทำการเปลี่ยนแปลงสัญญาบางส่วนหรือทั้งหมดในตอนที่ตอนใดนั้น ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายลงนามกำกับในส่วนที่มีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงจึงถือว่าการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงนั้นมีผลผูกพันทั้งสองฝ่าย (อำพล เจริญชีวิตร์, 2549, หน้า 95)

พิจารณาจากข้อกำหนดในการแก้ไขเพิ่มเติมหรือลดงานตามสัญญาจ้างแบบต่างๆ ที่ทำกันระหว่างเอกชนกับเอกชนที่เป็นที่นิยมกันอย่างแพร่หลายนั้น เห็นได้ว่าถ้าสัญญาที่ทำกันระหว่างเอกชนกับเอกชนมีข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา โดยให้สิทธิแก่ผู้ว่าจ้างมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ได้ตกลงกับผู้ว่าจ้างหรือให้ผู้รับจ้างยินยอมนั้นข้อกำหนดดังกล่าวนี้ย่อมเป็น โฆษะส่งผลให้สัญญาจ้างระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนที่มีข้อกำหนดดังกล่าวนี้เป็นข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยปกติเป็นสิทธิที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญาจ้างที่มีข้อกำหนดดังกล่าวนี้ไม่เป็นสัญญาประเภทใดเลยตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และไม่มีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ ซึ่งถ้าไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว อาจจะมีปัญหาว่าสัญญาที่กล่าวมาจะขัดต่อหลักเสรีภาพและความเสมอภาคในการทำสัญญาตามกฎหมายแพ่งหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกด้วย ถ้าถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองกรณีกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่ไม่เป็นธรรมย่อมไม่อาจนำมาใช้ได้เพราะไม่ใช่เรื่องของการผูกนิติสัมพันธ์โดยปกติตามกฎหมายแพ่ง

ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองมีสิทธิสั่งให้เอกชนเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญาได้ โดยไม่ทำให้สัญญาเป็น โฆษะ แม้มีเพียงข้อเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง

1.5 ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้สิทธิกรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษา ที่ผู้ว่าจ้างแต่งตั้งมีอำนาจสั่งให้แก้ไข เปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม ตัดทอนซึ่งงานตามสัญญาได้ หากผู้รับจ้างขัดขืนไม่ปฏิบัติตามอาจถูกสั่งให้หยุดกิจการนั้นชั่วคราว โดยความล่าช้าในกรณีดังกล่าวผู้รับจ้างไม่อาจถือเป็นเหตุขอขยายวันทำการออกไปได้

ข้อกำหนดที่มีลักษณะคล้ายกับข้อกำหนดดังกล่าวนี้ในสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่เป็นสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันนั้น โดยทั่วไปมักจะกำหนดให้ผู้รับจ้างยินยอมให้ผู้ว่าจ้างหรือตัวแทนเข้าตรวจอาคารที่ก่อสร้างเป็นครั้งคราวตามโอกาสที่สมควร แต่ผู้ว่าจ้างต้องไม่ขัดขวางหรือรบกวนการก่อสร้างอันเป็นลักษณะเป็นการตรวจงานที่ผู้ว่าจ้าง แต่ไม่พบข้อกำหนดที่ยอมให้ผู้ว่าจ้างควบคุมงานอันมีลักษณะเหมือนกับข้อกำหนดข้างต้น มีปัญหาที่จะพิจารณาในประเด็นดังกล่าวนี้แต่เพียงว่า ผลของการกำหนดข้อกำหนดนี้ในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันนั้นจะเป็นเช่นไรถ้าหากมีในสัญญา ซึ่งศาลปกครองได้ให้เหตุผลเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป

ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า มีประเด็นที่จะต้องศึกษาข้อกำหนดหรือข้อสัญญาดังกล่าวนี้จะมี
ในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันที่ทำสัญญาจ้างต่างๆ ได้หรือไม่ โดยจะพิจารณาจาก
กฎหมายสองฉบับ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อ
สัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพราะเหตุว่า เอกชนสามารถตกลงทำสัญญาและกำหนดข้อสัญญา
ได้ตามแต่เจตนาของกลุ่มสัญญา แต่สัญญาหรือข้อกำหนดในสัญญานี้ต้องไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง
โดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ
ประชาชน ถ้าฝ่าฝืนทั้งสามกรณีดังกล่าวนี้ก็จะทำให้ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ

กฎหมายว่าด้วยคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 3 ไม่ได้บัญญัตินิยามคำว่าข้อสัญญาแต่ได้
นิยามคำว่า “สัญญา” “ผู้บริโภค” “ผู้ประกอบการธุรกิจ” “ขาย” “สินค้า” และ “บริการ” ดังนี้
สัญญา หมายความว่า ความตกลงกันระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อซื้อ
และขายสินค้า หรือให้และรับบริการ

ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้รับบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจ หรือผู้ซึ่งได้รับ
การเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความ
รวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้รับบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็
ตาม

ผู้ประกอบการ หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือผู้นำเข้ามาใน
ราชอาณาจักรเพื่อขาย หรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึง
ผู้ประกอบการโฆษณาด้วย

สินค้า หมายความว่า สิ่งของที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย

บริการ หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใดๆ หรือการให้ใช้หรือให้
ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใดๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่
รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

ผู้ศึกษาเห็นว่า ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ส่วนที่ 2 ทวิ ได้
บัญญัติให้มีการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา ซึ่งในเรื่องเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อ
ผู้บริโภคหรือทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบนั้น กฎหมายให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจ
ประกาศกำหนดประเภทธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สำหรับข้อกำหนดในสัญญาก่อสร้างนั้นยังไม่มี
ประกาศดังกล่าว และคณะกรรมการว่าด้วยสัญญายังมีอำนาจประกาศข้อสัญญาที่จำเป็นต้องมีและ
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจที่ควบคุมสัญญา เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญายังไม่ได้ประกาศ
ประเภทธุรกิจที่เกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาข้อสัญญาที่จำเป็นต้องมีและข้อสัญญาที่
ไม่เป็นธรรมในธุรกิจที่ควบคุมสัญญา

อย่างไรก็ตาม กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 4 ได้บัญญัตินิยามคำว่า “ข้อสัญญา” “ผู้บริโภค” และ “ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ” ดังนี้

ข้อสัญญา หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม รวมทั้งประกาศและ คำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ

ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย

ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้เช่ากู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นทางค้าปกติของตน

สัญญาจ้างทำของที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม นั้น ต้องพิจารณาว่าผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างนั้นเป็นผู้บริโภคหรือไม่ และผู้ว่าจ้างเป็นผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพหรือไม่ เห็นว่าข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ผู้ว่าจ้างหรือตัวแทนมีอำนาจสั่งให้แก้ไข เปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม ตัดทอนซึ่งงานตามสัญญาได้ หากผู้รับจ้างขัดขืน ไม่ปฏิบัติตามอาจถูกสั่งให้หยุดกิจการนั้นชั่วคราว โดยความล่าช้าในกรณีดังกล่าวผู้รับจ้างไม่อาจถือเป็นเหตุขอขยายวันทำการออกไปได้ เช่น กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารชุด ผู้รับจ้างอาจจะเป็นผู้บริโภคในความหมายที่ว่า ผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้ประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน และผู้ว่าจ้างอาจเป็นผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพในความหมายที่ว่า ผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งประโยชน์อื่นใด และการเข้าทำสัญญาของผู้ว่าจ้างก็เพื่อการค้าก็คือการขายห้องชุดนั่นเอง และสัญญาที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้นั้นจะต้องเป็นสัญญาซึ่งมีข้อสัญญาที่ทำให้ผู้ประกอบการได้เปรียบผู้บริโภคเกินสมควร โดยจะแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก หลักเกณฑ์การพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ลักษณะของข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อกำหนดที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าวิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติแล้ว เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตามข้อกำหนดในสัญญานั้นที่ทำให้คู่สัญญาได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ต้องเป็นกรณีที่สามารถได้เปรียบนั้นจะต้องเป็นการเกินสมควรด้วย โดยจะต้องพิจารณาจากความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ

ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดชัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น การกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวข้างต้นอาจมีได้ในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน โดยไม่ทำให้ข้อกำหนดในสัญญานั้นเป็น โฆษะ แต่น่าจะทำให้ข้อสัญญานั้น ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อาจจะเป็นข้อกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ว่าจ้างเรียกร้องหรือกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญาอันเป็นลักษณะคล้ายกับการควบคุมให้ปฏิบัติตามสัญญา ทำให้เป็นข้อกำหนดที่ผู้ว่าจ้างได้เปรียบผู้รับจ้างเกินสมควร

จึงเห็นว่า ข้อกำหนดในสัญญาที่กล่าวมานี้มีลักษณะที่ค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง สัญญาจ้างที่ทำระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนและได้ตกลงข้อกำหนดนี้ไว้ในสัญญา ก็อาจทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้ามีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษอยู่หลายข้อกำหนดและแต่ละข้อมีลักษณะไม่เด่น ชัดแต่ได้พิจารณาหลายๆ ข้อกำหนดที่มีลักษณะดังกล่าวรวมกัน

1.6 ข้อกำหนดในสัญญาที่ว่า หากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้างที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้น ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่กำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่ ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้างหรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง

จากการศึกษาพบว่า การกำหนดข้อกำหนดในสัญญาในกรณีเช่นเดียวกันนี้ทั้งสัญญาแบบของฝ่ายปกครองและเอกชนนั้นได้กำหนดไว้ เช่น แบบสัญญาจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี กำหนดว่าการเพิ่มเติมหรือลดงานจะต้องตกลงราคากันใหม่ และถ้าจะต้องเพิ่มหรือลดเงินหรือยืดเวลาออกไปอีกก็จะตกลง ณ บัดนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารแบบมาตรฐานของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคกำหนดไว้ทำนองเดียวกัน และไม่ปรากฏว่าสัญญาจ้างระหว่างเอกชนด้วยกันนั้นกำหนดข้อความดังกล่าวนี้เลย เพราะเหตุว่าข้อกำหนดดังกล่าวนี้คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างฝ่ายเอกชนทำตามที่ผู้ว่าจ้างเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง แต่ในตอนแรกจะเปิดโอกาสให้ผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างตกลงกันก็ตาม อันแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นฝ่ายเอกชน และเป็นข้อกำหนดที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง ถ้าในกรณีที่สัญญาจ้างที่มีข้อกำหนดข้างต้น แต่วัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ใช่จัดทำบริการสาธารณะ เห็นว่าข้อกำหนดในสัญญาที่ว่าหากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้างที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษ

หรืองานที่เพิ่มขึ้น ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่ ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้างหรือราคาตายตัว ตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง มีลักษณะที่ค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง แต่ไม่เด่นชัดมากนัก ถ้าพิจารณาารวมกันหลายๆ ข้อกำหนดที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน สัญญาจ้างอาจมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ทั้งนี้พิจารณาทำนองเดียวกันกับข้อ 1.5

อนึ่ง สมควรกล่าวไว้ด้วยว่า กรณีสัญญาจ้างงานในหน่วยงานทางปกครอง เช่น พนักงานราชการ ลูกจ้างชั่วคราว ลูกจ้างประจำ เป็นต้น ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าสัญญาจ้างงานดังกล่าวเหล่านี้ จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นพอสรุปได้ว่า ขึ้นอยู่กับการมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 ที่วินิจฉัยว่า ข้อพิพาทในคดีนี้เป็นเรื่องการโต้แย้งเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นลูกจ้างส่วนราชการที่เกี่ยวข้องกับภารกิจให้บริการทางการศึกษาของสถาบันราชภัฏสวนดุสิต จึงถือได้ว่าสัญญาจ้างระหว่างสถาบันราชภัฏสวนดุสิตกับผู้ฟ้องคดีเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครอง ผู้ศึกษาเห็นว่า การนำแนวคิดเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะมาปรับใช้นั้น ยังให้คำตอบไม่ชัดเจนมากนัก การมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะมีจุดเริ่มต้นและสิ้นสุดเมื่อใด ซึ่งทำให้ไม่แน่นอนในกรณีที่จะฟ้องคดีในเรื่องเขตอำนาจศาล และในทางปฏิบัติก็เป็นที่ยอมรับได้ยาก ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างคนหนึ่งทำงานสองตำแหน่งแตกต่างกันคนละช่วงเวลา ตำแหน่งหนึ่งได้รับการยอมรับว่ามีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินการบริการสาธารณะ ส่วนอีกตำแหน่งหนึ่งไม่ได้รับการยอมรับ หากเกิดปัญหาขึ้นจะต้องฟ้องยังศาลสองศาล ดังนั้น ลักษณะที่เป็นการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลไม่ได้ขึ้นอยู่กับกิจกรรมที่ทำแต่ขึ้นอยู่กับหน่วยงานที่เจ้าหน้าที่สังกัดว่าเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นหน่วยงานทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ตามสัญญาจ้างนั้นจะมีตำแหน่งใดก็ตาม หรือสัญญาจ้างที่ไม่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวถ้ามีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญาจ้างงานของฝ่ายปกครองก็มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้

2. สัญญาทุน

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาทุนนั้น มีสองกรณี คือ สัญญารับนักศึกษา กับสัญญาให้ข้าราชการลาศึกษา ในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะสัญญาที่ให้ข้าราชการลาศึกษา และข้อกำหนดในสัญญาที่มักจะกำหนดไว้ในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไปนั้น ได้แก่ ข้อกำหนดในสัญญาให้อำนาจแก่หน่วยงาน

ทางปกครองในการเรียกตัวผู้ลาศึกษาต่อกลับประเทศได้ ไม่ว่าจะกรณีใดๆ ข้อกำหนดในสัญญาให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นผู้สัญญา สามารถใช้ดุลพินิจในการระงับการให้ทุนหรือเงินเดือนหรือหักเงินเพิ่มอื่นใด ข้อกำหนดในสัญญาให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองหักหนี้ผู้ที่ลาศึกษาจะต้องชำระตามสัญญาจากบำเหน็จบำนาญ และหรือเงินอื่นใดที่ผู้ลาศึกษาได้รับจากทางราชการ ข้อกำหนดให้ผู้ลาศึกษากลับมารับราชการตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา ข้อกำหนดจำกัดสิทธิผู้ลาศึกษาไม่ว่าจะเป็นกรณีลาออกจากราชการ หรือ โอนสังกัด หรือการบอกเลิกสัญญานั้น ไม่อาจกระทำได้ทั้งสิ้น แสดงให้เห็นว่าผู้สัญญาฝ่ายข้าราชการที่ลาศึกษาอยู่ภายใต้อำนาจของหน่วยงานทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544)

อย่างไรก็ตาม ในกรณีเดียวกันนี้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 25/2545 โดยได้วางหลักเรื่องสัญญาลาศึกษาของข้าราชการว่า เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญา คือ การให้ผู้ลาศึกษากลับมาดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะอันเป็นเรื่องของการจัดการศึกษา จะเห็นได้ว่า เหตุผลในการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลนี้ ต่างจากที่ผู้ศึกษากล่าวมาข้างต้นซึ่งจะเน้นข้อกำหนดในสัญญาเป็นสำคัญ เป็นวัตถุประสงค์ที่มุ่งให้ผู้ลาศึกษากลับมาดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ ดังนั้น หลักในการวินิจฉัยว่า สัญญาลาศึกษาของข้าราชการเป็นสัญญาทางปกครองโดยไม่ต้องพิจารณาข้อกำหนดใดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง ส่งผลให้ผู้ศึกษาจำต้องวิเคราะห์กรณีดังกล่าวเป็นประเด็น คือ ข้าราชการที่ลาศึกษาเองก็ยังเป็นข้าราชการที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะเช่นเดิม เพียงแต่ลาศึกษาเท่านั้น กรณีเป็นที่น่าคิดว่าหากสัญญาทุนหรือสัญญาลาศึกษาของข้าราชการที่ไม่มีข้อกำหนดให้ผู้ลาศึกษาหรือผู้รับทุนกลับมารับราชการภายในเวลาที่กำหนดแล้ว สัญญาลาศึกษาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เมื่อไม่มีข้อกำหนดดังกล่าวสัญญาก็ไม่มีวัตถุประสงค์ให้ผู้ลาศึกษากลับมาดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะก็ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ตามคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 25/2545 แต่อย่างไรก็ตามผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ไม่มีข้อกำหนดดังกล่าวแต่ยังมีข้อกำหนดอื่นๆ อีกตามที่กล่าวมาข้างต้น อย่างเช่น ข้อกำหนดในสัญญาให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองในการเรียกตัวผู้ลาศึกษาต่อกลับประเทศได้ ไม่ว่าจะกรณีใดๆ ข้อกำหนดในสัญญาให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นผู้สัญญา สามารถใช้ดุลพินิจในการระงับการให้ทุนหรือเงินเดือนหรือหักเงินเพิ่มอื่นใด ข้อกำหนดในสัญญาให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองหักหนี้ผู้ที่ลาศึกษาจะต้องชำระตามสัญญาจากบำเหน็จบำนาญ และหรือเงินอื่นใดที่ผู้ลาศึกษาได้รับจากทางราชการ ข้อกำหนดให้ผู้ลาศึกษากลับมารับราชการตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา ข้อกำหนดจำกัดสิทธิผู้ลาศึกษาไม่ว่าจะเป็นกรณีลาออกจากราชการ หรือ โอนสังกัด หรือการบอกเลิกสัญญา

นั้นไม่อาจกระทำได้ทั้งสิ้น เพราะเหตุว่า ตัวผู้ลาศึกษาเองก็ยังเป็นข้าราชการอยู่ และเงินทุนที่หน่วยงานทางปกครองให้เป็นทุนเพื่อใช้ในการศึกษานั้นก็มาจากภาษีประชาชน ทั้งข้อกำหนดต่างๆ นี้ ก็เป็นข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์แก่หน่วยงานทางปกครองเป็นอย่างมากที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ทั้งสัญญาที่บริษัทเอกชนให้ทุนกับพนักงานของบริษัท ไปศึกษาต่อยังกำหนดแต่เพียงว่าให้ศึกษาให้จบภายในหลักสูตร ถ้าไม่จบระยะเวลาที่เหลือผู้รับทุนต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายเอง เป็นต้น ดังนั้นข้อกำหนดที่พบในสัญญาลาศึกษาของข้าราชการที่กล่าวมาข้างต้นนั้น โดยมากแล้วหน่วยงานทางปกครองจะกำหนดไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งถ้ามีข้อเดียวเป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง หรือบางหน่วยงาน เช่น กระทรวงกลาโหมมักจะกำหนดข้อกำหนดเพิ่ม คือ ข้อกำหนดที่จำกัดสิทธิผู้ลาศึกษากรณีลาออกจากราชการ หรือ โอนสังกัด หรือ การบอกเลิกสัญญานั้นไม่อาจกระทำได้ทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดกลับมองวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นหลัก เช่น วินิจฉัยว่าสัญญารับทุนการศึกษาตามหลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตตาม โครงการเพิ่มประสิทธิภาพการบริหารจัดการกองทุนหมู่บ้านและชุมชนเมือง ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เนื่องจากข้อกำหนดในสัญญาไม่ได้ระบุว่าเมื่อสำเร็จการศึกษาแล้ว ผู้รับทุนต้องเข้าไปจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งของหมู่บ้านหรือชุมชน สัญญาดังกล่าวจึงไม่ใช่ลักษณะสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2547) เป็นต้น

ปัญหาการใช้เกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐตามสัญญาของฝ่ายปกครองต่างๆ

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะขอกล่าวเฉพาะสัญญาที่เกี่ยวกับการ โอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ เฉพาะสัญญาซื้อขายและสัญญาที่แสวงหาประโยชน์ต่อห้างสาริมทรัพย์ เฉพาะสัญญาเช่า โดยเฉพาะสัญญาเช่าตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 โดยจะแยกพิจารณา ดังนี้

1. สัญญาซื้อขายของทางราชการ

โดยที่หน่วยงานของรัฐจะทำสัญญาซื้อขายต้องตกอยู่ในบังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และระเบียบดังกล่าวได้กำหนด การซื้อ หมายความว่า การซื้อพัสดุทุกชนิดทั้งที่มีการติดตั้งการทดลองและการบริการที่เกี่ยวข้องอื่นๆ แต่ไม่รวมถึงการจัดหาพัสดุในลักษณะการจ้าง การพัสดุ หมายความว่า การจัดทำเอง การซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การแลกเปลี่ยน การเช่า การควบคุม การจำหน่าย และการดำเนินการอื่นๆ ที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้ และพัสดุนั้นหมายความว่า วัสดุ ครุภัณฑ์ ที่ดิน และสิ่งก่อสร้างที่กำหนดไว้ในหนังสือการจำแนกประเภทรายจ่ายตามงบประมาณของสำนัก

งบประมาณ หรือการจำแนกประเภทรายจ่ายตามสัญญาเงินกู้จากต่างประเทศ พิจารณาจากข้อกำหนดของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาซื้อสังหาริมทรัพย์ของหน่วยงานทางปกครอง เข้าอยู่ในขอบเขตคำนิยามของคำว่าพัสดุ ซึ่งสัญญาซื้อสังหาริมทรัพย์ก็ต้องตกอยู่ภายใต้ระเบียบดังกล่าวอย่างเคร่งครัด

ตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดนั้น โดยหลักแล้วสัญญาซื้อขาย เช่น วัสดุ อุปกรณ์ สำนักงานของฝ่ายปกครอง ไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูล ตรวจสอบหัวใจเพื่อใช้ในศูนย์หัวใจสิริกิติ์ ของมหาวิทยาลัยมหิดล (คำสั่งศาลปกครองที่ 94/2545 และที่ 101/2545) ผู้ศึกษาเห็นว่าถ้าสัญญาซื้อขายตามที่กล่าวมานี้มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ แล้วสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากฝ่ายปกครองก็ไม่ได้กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ทำให้ศาลปกครองเองได้วินิจฉัยในคดีต่อๆ มา โดยวินิจฉัยว่า สัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์ และอุปกรณ์การประมวลผลในโรงพยาบาลของรัฐ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการซื้อเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการ สาธารณะด้านการแพทย์ให้บรรลุผล และเป็นประโยชน์โดยตรงต่อประชาชนที่มาใช้บริการ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2547) แต่เคยมีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่าสัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมอุปกรณ์ระหว่างเอกชนกับสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินเป็นสัญญาซื้อขายทางแพ่ง โดยพิจารณาว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน เป็นการแสดงเจตนาโดยใจสมัครตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสัญญาดังกล่าวไม่ได้มอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 132/2544) จะเห็นได้ว่าคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดทั้งสองคำสั่งมีหลักในการพิจารณาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 132/2544 ได้วินิจฉัยโดยพิจารณาจากหลักการพื้นฐานในการทำสัญญาในทางแพ่ง และประเภทของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อสัญญาพิพาทไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองประเภทใดประเภทหนึ่งตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น ประกอบกับคู่สัญญาเข้าผูกพันในฐานะที่เท่าเทียมกัน โดยหน่วยงานทางปกครองไม่ได้มีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในขณะที่คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2547 ได้วินิจฉัยหยิบยกวัตถุประสงค์สัญญาขึ้นมาพิจารณาด้วยว่าอุปกรณ์ที่มีการจัดซื้อตามสัญญาดังกล่าว เป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลหรือไม่ เมื่อเห็นว่าเป็นเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นจึงวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ 132/2544 มากกว่า เพราะเหตุว่าฝ่ายปกครองโดยมากแล้วย่อมซื้อเครื่องมือสำคัญสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นภารกิจของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น เช่น กรมวิชาการเกษตรซื้อเครื่องคัดไข่ เทศบาล

ซื้อรถเก็บขยะ โรงพยาบาลซื้อเข็มฉีดยา เหล่านี้เป็นต้น สัญญาซื้อขายวัสดุอุปกรณ์ของฝ่ายปกครอง เพื่อมาจัดทำภารกิจนั้นก็คือบริการสาธารณะนั้น หากไม่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแล้ว ย่อมไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองเองที่จะสงวนเอกสิทธิ์ของตนไว้ในสัญญาซื้อขายที่มีความสำคัญและอยากอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

อย่างไรก็ตาม มีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวนี้ ว่าการที่ฝ่ายปกครองกำหนดข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษไว้ในสัญญาซื้อขายวัสดุอุปกรณ์ที่เป็นการดำเนินการในส่วนรายละเอียด เช่น สัญญาซื้อขายกระดาษ ดินสอ โตะ เก้าอี้ ตามปกติย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเอกสิทธิ์ไว้ แต่สัญญาซื้อเครื่องเอ็กซเรย์ หรือซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นน่าจะจำเป็นต้องกำหนดเอกสิทธิ์ไว้ ถ้าสัญญาซื้อขายสำเร็จรูปของฝ่ายปกครองกำหนดเอกสิทธิ์ไว้ในทุกกรณีสัญญาซื้อขายทั้งหมดจะเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ไม่เกี่ยวข้องโดยตรง ดังนั้นหากกำหนดเอกสิทธิ์ไว้ในทุกกรณีข้อกำหนดในสัญญาซื้อวัสดุอุปกรณ์นั้นย่อมไม่มีผลใช้บังคับ อันจะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองเองในหลายๆ คำวินิจฉัยไม่ได้อิงกับบริการสาธารณะเป็นหลัก เช่น สัญญาซื้อขายดินลูกรังของกรมชลประทานกับเอกชน เพื่อมาซ่อมแซมถนนบนคลองฝาย ศาลปกครองวินิจฉัยว่าแม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนซึ่งถือเป็นบริการสาธารณะ แต่การจัดหาดินลูกรังเป็นเพียงอุปกรณ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาซื้อขายดินลูกรังไม่ใช่สัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งสัญญาซื้อขายดังกล่าวไม่ได้มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแต่อย่างใด สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 146/2548) หรือสัญญาซื้อขายเตาเผาขยะของเทศบาลกับเอกชน โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าแม้ว่าการกำจัดขยะมูลฝอยอันถือได้ว่าเป็นบริการสาธารณะ แต่เตาเผาขยะเป็นเพียงอุปกรณ์ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาลเท่านั้น ดังนั้น สัญญาซื้อขายดังกล่าวจึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจากนั้นสัญญาดังกล่าวไม่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐของผู้ซื้อซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 423/2546) หรือ สัญญาซื้อขายมันสำปะหลังเส้นระหว่างองค์การคลังสินค้ากับเอกชนผู้ซื้อ แม้จะมีหน่วยงานทางปกครองเป็นผู้ขาย แต่สัญญาดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญาดังกล่าวจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาทำขึ้นโดยมุ่งผูกพันด้วยใจ

สมัครบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกันจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง เป็นต้น หากสัญญาซื้อขายตามที่กล่าวมาถ้าในสัญญามีข้อกำหนดพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐแล้วย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง

2. สัญญาเช่าของทางราชการ

ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะที่ราชพัสดุ ซึ่งถ้าพิจารณานิยามของคำว่าที่ราชพัสดุตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 บัญญัติว่า ที่ราชพัสดุหมายความว่า อสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินทุกชนิด เว้นแต่สาธารณสมบัติของแผ่นดินดังต่อไปนี้ (1) ที่ดินรกร้างว่างเปล่า และที่ดินซึ่งมีผู้เวนคืนหรือทอดทิ้งหรือกลับมาเป็นของแผ่นดิน โดยประการอื่นตามกฎหมายที่ดิน หรือ (2) อสังหาริมทรัพย์สำหรับพลเมืองใช้หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ของพลเมืองใช้ร่วมกัน เป็นต้นว่าที่ชายตลิ่ง ทางน้ำ ทางหลวง ทะเลสาบ ดังนั้นสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดาต้องตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 แต่ไม่รวมถึงที่ดินที่รัฐวิสาหกิจซื้อมาเอง ซึ่งการจัดหาประโยชน์ของฝ่ายปกครองจากที่ราชพัสดุโดยวิธีการให้เช่าเป็นหลักต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎกระทรวงฉบับที่ 16 ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ข้อ 16 และโดยเฉพาะอย่างยิ่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดหาประโยชน์ในที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2527 และระเบียบนี้ยังได้กำหนดแบบสัญญาเช่าที่กระทรวงการคลังได้ทำขึ้นตามลักษณะของการให้เช่า เช่น แบบ ส.1/27 สัญญาเช่าที่ดินราชพัสดุเพื่ออยู่อาศัย แบบ ส.2/27-2 สัญญาเช่าที่ดินราชพัสดุเพื่อการเกษตร จากการศึกษาข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญาเช่าตามแบบข้างคั้นนั้น ไม่มีข้อกำหนดใดเลยที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ มีเพียงข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของผู้เช่า คือข้อกำหนดที่ว่าในระหว่างที่มีการเช่าตามสัญญานี้ ผู้เช่าจะต้องปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดหาประโยชน์ในที่ราชพัสดุที่ใช้บังคับอยู่แล้วในขณะนี้หรือที่มีขึ้นในภายหน้าทุกประการ แต่ก็ไม่ใช่เอกสิทธิ์ของรัฐที่มีเหนือเอกชนคู่สัญญาอันจะทำให้สัญญาเช่าดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองได้ นอกจากนั้นสัญญาดังกล่าวยังทำขึ้นด้วยใจสมัครและความเสมอภาคระหว่างคู่สัญญา สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองเท่านั้น

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเป็นไปในทางเดียวกันว่า สัญญาเช่าเกี่ยวกับที่ราชพัสดุนั้นไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น สัญญาเช่าที่ดินราชพัสดุเพื่ออยู่อาศัยระหว่างผู้เช่าและกระทรวงการคลัง และสัญญาที่บริษัทเอกชนก่อสร้างอาคารยกกรรมสิทธิ์ให้กระทรวงการคลังและมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญาไม่มีลักษณะตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาพิพาทจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 355/2547) ในฝรั่งเศสเอง สำหรับสัญญาเช่าของฝ่ายปกครองนั้น (les contrats de location) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้เช่าไม่ว่าจะเช่า

จากเอกชนหรือฝ่ายปกครองด้วยกัน โดยหลักถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งศาลคดีจัดกันได้ให้เหตุผลว่า การกระทำดังกล่าวมีฐานมาจากสัญญาเช่าทางแพ่งและไม่มีข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง และไม่ทำให้คู่สัญญามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะ ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ให้เช่านอกจากกรณีการให้เช่าสาธารณสมบัติของแผ่นดิน โดยปกติถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง เว้นแต่มีข้อกำหนดที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ สำหรับสัญญาเช่าที่ราชพัสดุของไทยที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ให้เช่าก็คล้ายกับกรณีของฝรั่งเศส เนื่องจากที่ราชพัสดุไม่ใช่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่เป็นเพียงทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา หากสัญญาเช่าที่ราชพัสดุตามแบบของกระทรวงการคลังข้างต้นมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เช่น ข้อกำหนดที่ให้ฝ่ายปกครองเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยเอกชนคู่สัญญาไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญและไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวก่อน หรือข้อกำหนดที่ให้ฝ่ายปกครองแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาโดยเอกชนผู้เช่าไม่จำเป็นต้องยินยอม เหล่านี้เป็นต้น ย่อมทำให้สัญญาเช่าที่ราชพัสดุเป็นสัญญาทางปกครอง

อนึ่ง สมควรพิจารณาสัญญาเช่าซื้อของการเคหะแห่งชาติที่ทำสัญญาเช่าซื้ออาคารพาณิชย์กับเอกชน โดยการเคหะเป็นผู้เช่าซื้อ การเคหะแห่งชาตินั้นเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการเคหะแห่งชาติ พ.ศ. 2537 จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เคหะ หมายความว่า อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างหรือที่ดินที่ใช้เป็นที่อาศัยที่เกี่ยวข้องกับการอยู่อาศัย หรือเพื่อประโยชน์ในการอยู่อาศัย โดยมีวัตถุประสงค์ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารหรือจัดหาที่ดิน ซึ่งจัดให้มีเคหะขึ้นเพื่อให้ประชาชนเช่าซื้อหรือซื้อ อันเป็นการประกอบธุรกิจในเชิงพาณิชย์ หรือในทางคำราเรียกว่า กิจการที่เป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ดังนั้นการทำสัญญาเช่าซื้อดังกล่าว อันเป็นการดำเนินการระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายในทางการค้าปกติของการเคหะ ที่แม้จะมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ก็ไม่ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองได้ ดังนั้น จึงเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

ในขณะเดียวกันนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 107/2546 วินิจฉัยว่าการฟ้องขอให้การเคหะแห่งชาติลดหย่อนดอกเบี้ยค่าเช่าซื้ออาคารตามสัญญาเช่าซื้ออาคารพาณิชย์นั้น แม้การเคหะแห่งชาติจัดเป็นหน่วยงานทางปกครองซึ่งจัดตั้งตามพระราชบัญญัติการเคหะแห่งชาติ พ.ศ. 2537 แต่การที่การเคหะแห่งชาติไม่พิจารณาให้ผู้ฟ้องคดีได้รับสิทธิลดหย่อนดอกเบี้ยเป็นการดำเนินการในฐานะเอกชนกับเอกชน อันเป็นการโต้แย้งสิทธิของคู่กรณีตามสัญญาเช่าซื้ออาคารจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง ในประเทศฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดี Denis ลงวันที่ 6 ตุลาคม 1965 ที่กล่าวว่าแม้รัฐจะกระทำในลักษณะที่เป็นบริการสาธารณะทางปกครองที่

จัดให้มีอาคารการเคหะ แต่ผู้เช่าอาคารการเคหะของรัฐจะอยู่ในสถานะเดียวกับผู้เช่าทั่วๆ ไปใน
ระบบกฎหมายเอกชน