



สัญญาทางปกครองระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น Administrative Contracts between Local Governments

มาตรา รัตนสากววงศ์¹

87 สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ
ถนนพหลโยธิน ซอย 8 แขวงสามเสนใน เขตพญาไท กรุงเทพฯ 10400 เมล์ติดต่อ: bayros_z@hotmail.com

Mattra Rattanasakalwong²

87, Paholyothin 8, Samsennai, Phayathai, Bangkok, 10400, E-mail: bayros_z@hotmail.com

บทคัดย่อ

บทความดังกล่าวเป็นบทสรุปของวิทยานิพนธ์เรื่อง สัญญาทางปกครองระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น : ศึกษาแนวทางการทำสัญญาทางปกครองตามประกาศคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

วัตถุประสงค์ของการวิจัยเพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและสัญญาทางปกครองระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการร่วมกันจัดทำบริการสาธารณะ และหลักกฎหมายในการทำสัญญาทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ ศึกษาหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาทางปกครองของประเทศไทยและแนวทางการทำสัญญาทางปกครองตามประกาศคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมถึงการศึกษาค้นคว้าและหาแนวทางการทำสัญญาทางปกครองระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การยุติข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การศึกษาในครั้งนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยวิธีการวิจัยเอกสารจากการเก็บรวบรวมข้อมูลกฎหมาย และเอกสารทางวิชาการต่าง ๆ เพื่อแนวทางการทำสัญญาทางปกครองระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ผลการศึกษาพบว่าการบันทึกข้อตกลงระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการร่วมกันจัดทำบริการสาธารณะมีลักษณะเป็นสัญญาความร่วมมือทางปกครอง (Co-ordinate

¹ พนักงานปฏิบัติการระดับกลาง สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

² Intermediate-Level Staff, National Broadcasting and Telecommunications Commission



Administrative Contract) กรณีของประเทศไทยได้มีประกาศคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เรื่อง การทำความตกลงร่วมมือกันจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นวางหลักเกณฑ์ไว้ แต่เนื่องจากได้ใช้บังคับมาเป็นระยะเวลาสั้น ๆ จึงยังมีความไม่สมบูรณ์ในด้านข้อกฎหมายรวมสามประเด็น ได้แก่ (1) การกำหนดความเป็นธรรมระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่สัญญา (2) การถอนตัวจากบันทึกข้อตกลงความร่วมมือไปจนถึงการยุติบันทึกข้อตกลงความร่วมมือก่อนกำหนดระยะเวลาที่ได้ตกลงกันเอาไว้ (3) การยุติข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาและข้อพิพาทกับบุคคลภายนอก ข้อเสนอแนะคือ (1) ในการทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือควรคำนึงถึงประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับมากกว่าความเป็นธรรมระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่สัญญา (2) ควรแก้ไขเนื้อหาของประกาศในเรื่องของการสิ้นสุดของบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ (3) ควรกำหนดกระบวนการชี้ขาดข้อพิพาทกรณีนี้ให้ชัดเจนและเหมาะสม ได้แก่ กรณีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา และข้อพิพาทกับบุคคลภายนอก

คำสำคัญ : สัญญาทางปกครอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น คณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การร่วมกันจัดทำบริการสาธารณะ



Abstract

The study of Local Administrative Contract: A Case Study on Guildlines for Administrative Contract under the Notification of the Decentralization to the Local Government Organization Committee aimed to study the theory about local administrative and local administrative contract in terms of public services management, principle of law about administrative contract in foreign countries, Thai general principles for administrative contract arrangement and guildlines for administrative contract arrangement under the notification of the Decentralization to the Local Government Organization Committee, and finally to find the proper guildlines for local administrative contract arrangement and dispute resolution.

The qualitative approach is analyzed for this study with methodology of documentary research by collecting data from legislation, journals, and other documents for studying the administrative contracts under the notification of the Decentralization to the Local Government Organization Committee

The result of the study found that Thai local administrative contract in terms of public services management in form of co-ordinate administrative contracts are conducted under the notification of the Decentralization to the Local Government Organization Committee. Because this notification has recently been enforced, so it is incomplete in three issues; fair benefits among contract parties, early contract withdrawal and termination, and disputes resolution between contract parties or third parties. The result of this study suggests that the administrative contract arrangement should concern about public benefits more than benefits among contract parties, contents regarding contract termination should be revised, process on dispute resolution should be revised and clarified such as disputes between contract parties or disputes between third parties

Keywords: Administrative Contract, Local Government, Decentralization to the Local Government Organization Committee



1. บทนำ

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งรูปแบบทั่วไปและรูปแบบพิเศษ ได้กำหนดให้มีองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นขึ้นภายใต้หลักการกระจายอำนาจการปกครอง (Decentralization) โดยพระราชบัญญัติของราชการส่วนกลางบางฉบับได้มอบหมายให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นบังคับใช้กฎหมายแทน ประกอบกับพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 มีหลักการในการถ่ายโอนภารกิจบางประการจากราชการส่วนกลางไปให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการแทน องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้รับมอบอำนาจจะสามารถดำเนินการได้อย่างอิสระภายใต้ขอบเขตอำนาจที่ได้รับตามพระราชบัญญัติจัดตั้ง และอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของราชการส่วนกลางตามพระราชบัญญัติที่มอบหมายหรือถ่ายโอนอำนาจหน้าที่ให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นบังคับใช้กฎหมายแทนแล้วแต่กรณี เพื่อลดอำนาจและบทบาทของรัฐบาลและราชการส่วนกลางให้เหลือเพียงภารกิจหลักเท่าที่จำเป็น และส่งเสริมให้ภาคประชาชนได้เข้ามามีส่วนในการบริหารงานชุมชนในท้องถิ่นของตนเองเพื่อให้เกิดประโยชน์ตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นนั้นเอง³ ในขณะที่ราชการส่วนกลางก็ยังคงต้องทำหน้าที่ในการกำกับดูแลความชอบด้วยกฎหมายขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ตามหลักนิติรัฐ แต่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดเล็กไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะบางประการที่ได้รับมอบหมายจากราชการส่วนกลางมาได้ทั้งหมด จึงจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างกันเพื่อให้ภารกิจเหล่านั้นลุล่วง คณะกรรมการการกระจายอำนาจให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจึงได้ออกประกาศคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เรื่อง การทำความตกลงร่วมมือกันจัดทำบริการสาธารณะขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมีวัตถุประสงค์ให้เป็นหลักเกณฑ์ในการจัดทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือในลักษณะสัญญาทางปกครองระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

³ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี, *ความรู้เกี่ยวกับการกระจายอำนาจ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น, 2548), 1.

2. แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

2.1 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทย

องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยมีอยู่สองรูปแบบ ได้แก่⁴ รูปแบบทั่วไปประกอบด้วย เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด และรูปแบบพิเศษประกอบด้วย กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา และอาจมีการจัดตั้งขึ้นอีกในอนาคต โดยมีอำนาจหน้าที่สามประเภท คือ

1) อำนาจหน้าที่โดยแท้ตามกฎหมายจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นได้กำหนดขึ้นเพื่อให้้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการตามอำนาจหน้าที่นั้นภายในเขตพื้นที่ของตน

2) อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติที่กำหนดให้้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมาย อำนาจหน้าที่เหล่านี้เดิมเป็นอำนาจหน้าที่ของราชการส่วนกลางในการใช้บังคับทั่วประเทศ

3) อำนาจหน้าที่ที่ราชการส่วนกลางมอบให้้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการแทนผ่านแผนการกระจายอำนาจ ตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542

เนื่องด้วยอำนาจหน้าที่ที่หลากหลายและมีมาก การบริหารราชการของ้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจึงประสบปัญหาเนื่องจาก พื้นฐานด้านต่าง ๆ และปัจจัยอีกหลายประการของ้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเอง ไม่ว่าจะเป็นปัจจัยด้านจำนวนประชากร ความรู้ความสามารถ และศักยภาพในการให้บริการสาธารณะของเจ้าหน้าที่ในราชการส่วนท้องถิ่น วิธีการดำรงชีวิตของประชากร จารีตประเพณี ขนาดพื้นที่ ลักษณะทางภูมิศาสตร์ รวมไปถึงฐานะทางเศรษฐกิจ บริการสาธารณะบางประเภทอาจใช้งบประมาณจำนวนมากในการดำเนินการ บางประเภทอาจต้องใช้บุคลากรจำนวนมาก บางประเภทอาจต้องใช้บุคลากรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และ้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นบางแห่งขาดแคลนทรัพยากรเหล่านั้น หรือมีอยู่แต่ไม่เพียงพอ จึงเป็นที่มาของการกำหนดความร่วมมือกันในการจัดทำบริการสาธารณะระหว่าง้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นขึ้นในรูปแบบของสหการตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 และพระราชบัญญัติ

⁴ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม, *ราชกิจจานุเบกษา*, เล่ม 108 ตอนที่ 156 (4 กันยายน 2534): 1-41.



ระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 โดยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถรวมกลุ่มกันตั้งสหการขึ้นมีสถานะเป็นนิติบุคคล และให้นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นมาใหม่มีหน้าที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้ร่วมกันจัดตั้งขึ้น โดยที่การจัดตั้งสหการแต่ละครั้งจะต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ยุ้งยากหากเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่ได้รับ ความร่วมมือขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบสหการ จึงไม่ประสบความสำเร็จ แต่ความร่วมมือขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกลับยังคงมีความจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทเป็นอย่างมาก ความร่วมมือดังกล่าวจึงพัฒนาเข้าสู่รูปแบบการทำสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่สาระ วัตถุประสงค์ แตกต่างจากสัญญาทางกฎหมายแพ่ง เพราะมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะอันก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนส่วนรวม

2.2 สัญญาทางปกครอง

ในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้แยกสัญญาทางกฎหมายมหาชนออกจากสัญญาทางกฎหมายแพ่งอย่างชัดเจน ซึ่งแบ่งเป็นสี่ประเภท⁵ ได้แก่ สัญญาระหว่างประเทศ สัญญาทางกฎหมายศาสนจักร สัญญาทางรัฐธรรมนูญ และสัญญาทางปกครอง โดยสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในทางปกครอง⁶ ในลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือคู่สัญญาเอกชน กฎหมายเยอรมันใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือและเป็นช่องทางในการใช้อำนาจทางปกครองที่มีความยืดหยุ่นกว่าการออกคำสั่งทางปกครอง รวมไปถึงสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน หรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองโดยอาศัยหลักนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา หากเป็นนิติสัมพันธ์ทางมหาชนก็จะเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ถึงแม้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่นิติสัมพันธ์ตามสัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ในทางแพ่ง ก็จะถูกถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง ส่วนระบบกฎหมายฝรั่งเศส ได้แยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจนเช่นกัน โดยสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสหมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจทางปกครองมาจากหน่วยงานของรัฐ หรือสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏในสัญญาทางแพ่ง แต่การกำหนดว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่ใช่ข้อสัญญาทางกฎหมายแพ่งนั้นเป็นความหมายที่ค่อนข้างกว้าง⁷ ลักษณะสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสส่วนมากเป็นสัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะ

⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546), 230.

⁶ เรื่องเดียวกัน, 243.

⁷ เรื่องเดียวกัน, 238.

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดนิยามความหมาย หลักเกณฑ์ เงื่อนไข ในการทำสัญญาทางปกครอง หรือผลของสัญญาทางปกครองเอาไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ความหมายตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องสัญญาทางปกครองในปัจจุบัน จึงต้องยึดถือถ้อยคำใน บทนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญา อย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น” จะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวยังไม่ ได้กำหนดความหมายไว้ให้ชัดเจนว่าสัญญาทางปกครองจะต้องมีลักษณะเนื้อหา ข้อกำหนด หรือ เงื่อนไขอย่างไร และแตกต่างไปจากกฎหมายแพ่งอย่างไร นั่นก็เพื่อให้นักกฎหมายไทยได้ ศึกษารายละเอียดในทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจนลึกซึ้งเสียก่อนจะนำมาบัญญัติ ไว้เป็นข้อกฎหมาย⁸ โดยนิยามว่า สัญญาทางปกครองหมายความว่า ความ “รวมถึง” ไม่ได้นิยามสัญญา ทางปกครองหมายความว่า “ว่า” จากการศึกษาพบว่าสัญญาทางปกครองจะต้องประกอบไปด้วย ลักษณะสำคัญสองประการ คือ⁹ (1) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นรัฐ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และอีกฝ่ายเป็นเอกชน หรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชน กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นรัฐ จะถือว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง เว้นแต่เมื่อได้พิจารณาเนื้อหาของสัญญา แล้วเป็นนิติสัมพันธ์ทางแพ่งก็จะเป็นสัญญาทางแพ่ง กรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชน แต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับมอบอำนาจจากรัฐ หรือมีอำนาจกระทำการแทนรัฐ สัญญาระหว่าง เอกชนนั้นก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน และ (2) รูปแบบนิติสัมพันธ์ต้องเป็น นิติสัมพันธ์มหาชน หากเป็นนิติสัมพันธ์ทางแพ่ง เช่น สัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง หรือเป็นสัญญา เกี่ยวกับการพัสดุไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายเครื่องมือ อุปกรณ์ ฯลฯ เพื่อให้รัฐนำไปใช้ในการให้ บริการสาธารณะ โดยที่รัฐยังคงเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาเช่นนี้ไม่มีนิติสัมพันธ์ทาง ปกครอง จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

2.3 สัญญาทางปกครองระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

สัญญาทางปกครองประกอบด้วยคู่สัญญา ซึ่งทั้งสองฝ่ายอาจเป็นหน่วยงานของรัฐ หรือ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ หรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนแต่เอกชน ฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายที่ได้รับมอบอำนาจรัฐมาบริการสาธารณะแทนรัฐ จึงสามารถจำแนกสัญญา ทางปกครองออกเป็นสองประเภท¹⁰ ดังนี้

⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์, *กฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), 262.

⁹ เรื่องเดียวกัน, 264.

¹⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์, *กฎหมายปกครอง*, 41.



1) สัญญาทางปกครองซึ่งคู่สัญญามีสถานะเท่าเทียมกัน (Co-ordinate Contract) เป็นสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาสองฝ่ายเป็นหน่วยงานของรัฐ กรณีเช่นนี้จึงไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดมีอำนาจมากกว่าในการบังคับอีกฝ่าย สัญญาทางปกครองลักษณะนี้เป็นไปในลักษณะของการร่วมมือกันในการจัดทำบริการสาธารณะ

2) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีสถานะไม่เท่าเทียมกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นเอกชน กล่าวคือ (Sub-ordinate Contract) สัญญาทางปกครองในลักษณะนี้ เป็นการที่รัฐมอบอำนาจให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทน วัตถุประสงค์ในการทำสัญญาของคู่สัญญามีความแตกต่างกัน คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือฝ่ายที่มีอำนาจรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีบริการสาธารณะอันจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนส่วนรวม แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีวัตถุประสงค์ในการได้รับค่าตอบแทน หรือรายได้จากการดำเนินการบริการสาธารณะตามสัญญาที่ได้ทำขึ้น มักจะเป็นสัญญาที่รัฐไม่ลงทุนในการก่อสร้างที่ต้องใช้งบประมาณมาก แต่จะให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนหรือหาแหล่งเงินทุนมาดำเนินการเอง โดยเอกชนคู่สัญญาจะได้สิทธิประโยชน์ในรูปของสัมปทานเพื่อให้บริการแก่ประชาชนโดยมีกำหนดระยะเวลาอันพอสมควร และกรรมสิทธิ์ในสิ่งก่อสร้างทั้งหลายจะตกเป็นของรัฐทันทีที่เรียกว่า “BTO” (Build-Transfer-Operate) หรือตกเป็นของรัฐเมื่อสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงที่เรียกว่า “BOT” (Build-Operate-Transfer) ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีอำนาจเหนือกว่าในการบังคับให้อยู่ภายใต้หลักความเสมอภาค หลักความต่อเนื่องในการให้มีบริการสาธารณะ และหลักการแก้ไขปรับปรุงเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา

2.4 สัญญาทางปกครองระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของต่างประเทศ

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการใช้รูปแบบสัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการสร้างความร่วมมือระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะร่วมกัน จากการค้นคว้าวิจัยในทางตำราพบว่าเป็นสัญญาทางปกครองประเภทความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐ¹¹(Koordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag) หรือ Koordinationsrechtliche öffentlich-rechtlicher Vertrag) สัญญาทางปกครองที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Gemeinde) ได้ทำร่วมกันนั้น มีรูปแบบและสาระสำคัญของสัญญาที่ดำเนินการอย่างแพร่หลาย ดังนี้

¹¹ Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage (Munich: Verlag C. H. Beck, 1994), 333; Ulrich Battis, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Auflage (Heidelberg: C. F. Müller, 2002), 218; Hans Peter Bull and Veith Mehde, *Allgemeines Verwaltungsrecht Mit Verwaltungslehre*, 7. Auflage (Heidelberg: C. F. Müller, 2005), 360FF; Hans Meyer and Hermann Borgs-Maciejewski, *Kommentar Zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Auflage (Alfred Metzner: Frankfurt am Main, 1982), 497.

1) สัญญาให้ความร่วมมือในการก่อสร้างและบำรุงรักษาถนนหนทาง ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีพื้นที่ติดต่อกัน และมีหน้าที่ในการดูแลถนนหนทางระหว่างเมือง (die Gemeindestraße) ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสองแห่งจะต้องดูแล บำรุงรักษาให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้ดีอย่างสม่ำเสมอ ต้องมีกำหนดการเกี่ยวกับงานก่อสร้างและบำรุงรักษา ดังกล่าว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องทำความตกลงร่วมกัน ซึ่งจะต้องใช้งบประมาณ หน้าที่ความรับผิดชอบ ความตกลงร่วมมือดังกล่าวถือเป็นสัญญาทางปกครอง¹²

2) สัญญาร่วมมือกันสร้างเครื่องป้องกันเสียง (Lähmschutzanlage) จากถนนไม่ให้เข้ามารบกวนที่อยู่อาศัยของชุมชนตลอดเส้นทางเลียบทางด่วน (Autobahn) รวมทั้งในกรณีทางรถไฟตัดผ่านถนน ความตกลงร่วมมือดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองประเภทความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐ (Koordinationsrechtliche öffentlich-rechtlicher Vertrag) อนึ่ง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจทำความตกลงร่วมมือกับการรถไฟแห่งประเทศไทย (die Bundesbahn เรียกโดยย่อว่า DB) ในกรณีสร้างเครื่องป้องกันเสียงตลอดแนวเส้นทางรถไฟที่ผ่านที่อยู่อาศัยของชุมชนในท้องถิ่นนั้น ๆ¹³

3) ในความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (Vertrags-Naturschutz) ในกฎหมายสิ่งแวดล้อม (Umweltrecht) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจทำความตกลงร่วมมือกันเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้¹⁴

4) สัญญาให้ความร่วมมือในเรื่องกิจการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยด้านอัคคีภัย (Feuerwehrwesen) ในกรณีที่ความสามารถในการป้องกันบรรเทาสาธารณภัยขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งหนึ่งมีจำกัดเนื่องจากมีอุปกรณ์ดับเพลิงไม่เพียงพอในการปฏิบัติหน้าที่ ในเหตุการณ์ที่มีอัคคีภัยร้ายแรง ก็อาจจะทำความตกลงร่วมมือกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นข้างเคียงให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ขอความช่วยเหลือนั้น จะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ให้ความช่วยเหลือ¹⁵

5) สัญญาให้ความร่วมมือในการกำหนดแนวเขตทางน้ำที่แต่ละองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่รับผิดชอบดูแล¹⁶

¹² Hans Perter Bull and Veith Mehde, *Allgemeines Verwaltungsrecht Mit Verwaltungslehre*, 7. Auflage, 360, 375.

¹³ Ulrich Battis, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Auflage, 218; Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, 334.

¹⁴ Ibid., 219.

¹⁵ Hans Meyer and Hermann Borgs-Maciejewski, *Kommentar Zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Auflage, 499.

¹⁶ Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, 334.



6) สัญญาให้ความร่วมมือเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิในทางการเมือง (die Klärung der Gebietszugehörigkeit) เช่น สิทธิเลือกตั้ง หน้าที่ในการชำระภาษีอากร ของสมาชิกขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีที่อยู่อาศัยครอบคลุมพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสองแห่ง ในกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของสมาชิกขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าว¹⁷

7) การเปลี่ยนแปลงแนวเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีพื้นที่ติดต่อกัน ก็มีการดำเนินการตกลงกันระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องทั้งสอง (Gebietsänderungsverträge)¹⁸

ส่วนประเทศสวิตเซอร์แลนด์เป็นประเทศที่ได้แบ่งการปกครองของรัฐ (Gemeinwesen) ออกเป็น สหพันธรัฐ (Bund) มลรัฐ (Kantone) และ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Gemeinde) ก็มีการนำสัญญาทางปกครองมาใช้ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเช่นกัน ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจทำความตกลงร่วมกันในรูปแบบสัญญา (die koordinationsrechtlichen Verträge) ตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกันในการก่อสร้างโรงพยาบาล เพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นได้ใช้ร่วมกัน โรงงานบำบัดน้ำเสีย (Betrieb und Benutzung einer Abwasserreinigungsanlage) เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ใช้ร่วมกัน¹⁹

3. ประกาศคณะกรรมการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เรื่อง การทำความตกลงร่วมมือกันจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การทำสัญญาทางปกครองระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นการเพิ่มศักยภาพขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดเล็กที่ไม่ส่งผลต่อโครงสร้างขององค์กร²⁰ และยังเป็นแนวทางการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างคุ้มค่าและมีประสิทธิภาพ แต่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทยไม่ได้ทำสัญญาทางปกครองระหว่างกันเท่าที่ควรเพราะประสบปัญหาหลายด้าน เช่น

¹⁷ Hans Meyer and Hermann Borgs-Maciejewski, *Kommentar Zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Auflage, 498.

¹⁸ Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, 334; Meyer and Borgs-Maciejewski, *Kommentar Zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Auflage, 498.

¹⁹ Ulrich Häfelin, Georg Müller, and Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Auflage (Dike Verlag AG: Zürich/St. Gallen, 2010), 236, 239.

²⁰ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์, คู่มือบทบาทที่พึงปฏิบัติในการสนับสนุนการสร้างความร่วมมือระหว่างท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขององค์การบริหารส่วนจังหวัดและสำนักงานส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นจังหวัด (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), 1.

การริเริ่มบันทึกข้อตกลงความร่วมมือมักไม่ได้เกิดขึ้นจากความต้องการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเองแต่เกิดจากการชี้แนะของราชการส่วนกลาง การขาดแนวทางการรู้ในการกำหนดรูปแบบของบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นไม่อาจเริ่มทำสัญญาระหว่างกันได้เพราะไม่มีกรอบแนวคิดและขาดความเข้าใจที่ตรงกันในการทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ และปัญหาจำนวนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าร่วมทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือมีจำนวนที่ไม่เหมาะสม ตลอดจนการขาดหลักการบริหารงานตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือที่ได้จัดทำขึ้น²¹ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเมืององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบางแห่งได้ทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือในการจัดทำบริการสาธารณะกันบ้างแล้ว เช่น

1) บันทึกข้อตกลงเพื่อจัดทำบริการสาธารณะด้านการบริหารจัดการขยะ โดยวิธีเชิงกลชีวภาพ (Mechanical Biological Waste Treatment : MBT) ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในพื้นที่เทศบาลตำบลลานกระบือ อำเภอลานกระบือ จังหวัดกำแพงเพชร จัดทำขึ้นโดยองค์การบริหารส่วนจังหวัดกำแพงเพชร เทศบาลตำบลลานกระบือ เทศบาลตำบลช่องลม องค์การบริหารส่วนตำบลโนนพลวง องค์การบริหารส่วนตำบลหนองหลวง และองค์การบริหารส่วนตำบลบึงทับแรด เพื่อให้มีการบริหารจัดการขยะที่มีประสิทธิภาพ และแก้ไขปัญหาและบริหารจัดการขยะมูลฝอย

2) บันทึกข้อตกลงความร่วมมือโครงการนำร่องการบริหารจัดการน้ำเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน จังหวัดอุบลราชธานี โดย ศูนย์เครือข่ายพัฒนาท้องถิ่นจังหวัดอุบลราชธานี (พทอ.) จัดทำขึ้นโดยองค์การบริหารส่วนจังหวัดอุบลราชธานี องค์การบริหารส่วนตำบลคอนสาย องค์การบริหารส่วนตำบลโนนสูง องค์การบริหารส่วนตำบลกุศกร องค์การบริหารส่วนตำบลห้วยฝ้ายพัฒนา องค์การบริหารส่วนตำบลเซเป็ด องค์การบริหารส่วนตำบลถ้ำแซ่ องค์การบริหารส่วนตำบลบ้านแดง องค์การบริหารส่วนตำบลตากแดด และองค์การบริหารส่วนตำบลโคกจาน เพื่อการเก็บรวบรวมน้ำ กระจายน้ำเพื่อเกษตรกรรมของประชาชนในพื้นที่อย่างทั่วถึง และเสริมสร้างการมีส่วนร่วมของกลุ่มเกษตรกรในการบริหารจัดการน้ำ

3) บันทึกข้อตกลงเพื่อจัดทำบริการสาธารณะด้านบรรเทาสาธารณภัยระหว่าง ศูนย์ความร่วมมือด้านบรรเทาสาธารณภัยและเครือข่ายด้านการช่วยเหลือผู้ประสบภัย พ.ศ. 2557 จัดทำขึ้นโดยองค์การบริหารส่วนตำบลเหนือเมือง องค์การบริหารส่วนตำบลรอบเมือง องค์การบริหารส่วนตำบลดงลาน องค์การบริหารส่วนตำบลขอนแก่น โรงพยาบาลร้อยเอ็ด สมาคม

²¹ สำนักงานคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, คู่มือแนวทางการปฏิบัติงานตามประกาศคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เรื่อง การทำความตกลงร่วมมือกันจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, ม.ป.ป.), 5.



แสงธรรมรัตน์การุศลร้อยเอ็ด สมาคมนครสาเกตกุศลสงเคราะห์ และมูลนิธิร้อยเอ็ดกุศล เพื่อให้มีรูปแบบการบูรณาการความร่วมมือด้านการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรม โดยจัดกลุ่มพื้นที่บริการด้านการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย และมีเป้าหมายในการสร้างความร่วมมือเพื่อจัดการบริการสาธารณะร่วมกันขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในด้านการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย และเพื่อให้การดำเนินการของศูนย์ความร่วมมือด้านบรรเทาสาธารณภัยฯ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

เนื่องจากต้องการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายมีแนวทางในการทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือในการจัดทำบริการสาธารณะ คณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยคำริของประธานคณะกรรมการวินิจฉัยกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงได้ยกร่างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความร่วมมือกันเป็นประกาศ เรื่อง การทำความตกลงร่วมมือกันจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2558 เพื่อให้มีหลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรม โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม 2558 เป็นต้นมา เมื่อพิจารณาเนื้อหาที่ได้บัญญัติไว้ในประกาศคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เรื่อง การทำความตกลงร่วมมือกันจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว สามารถสรุปประเด็นสำคัญของประกาศฉบับนี้รวมทั้งหมด 11 ข้อ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการสร้างหลักเกณฑ์ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการดำเนินการจัดทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือระหว่างกันได้ ดังนี้

1) ผู้ที่จะสามารถจัดทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือตามประกาศฉบับนี้ ได้แก่ องค์กรบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์กรบริหารส่วนตำบล และรูปแบบพิเศษ อันได้แก่ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องเป็นการทำความตกลงร่วมมือกันในการจัดทำบริการสาธารณะต่อกัน อาจเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเขตจังหวัดเดียวกันหรืออาจข้ามเขตจังหวัดก็ได้ แต่ต้องเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีพื้นที่ติดต่อกัน และประชาชนในพื้นที่นั้นได้รับประโยชน์จากการจัดทำบริการสาธารณะนั้นโดยตรง

2) วัตถุประสงค์ของบันทึกข้อตกลงความร่วมมือต้องเป็นบริการสาธารณะซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยกรกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือเป็นภารกิจที่ได้รับการถ่ายโอนตามแผนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเป็นภารกิจหรือโครงการที่เกินกว่าศักยภาพหรือไม่คุ้มค่าที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะดำเนินการเอง หรือเป็นภารกิจหรือโครงการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นร่วมมือกันเพื่อเกิดประโยชน์แก่ประชาชนในท้องถิ่น

3) รูปแบบในการจัดทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ เพื่อให้เกิดความชัดเจน ประกาศฉบับนี้จึงกำหนดให้บันทึกข้อตกลงความร่วมมือจะต้องทำขึ้นเป็นหนังสือ โดยมีเนื้อหาที่ต้องประกอบไปด้วย รายชื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าร่วมมือกันจัดทำบริการสาธารณะ วัตถุประสงค์ของการดำเนินงาน ระยะเวลาการดำเนินงาน แผนการดำเนินงานและการบริหารการใช้จ่ายตามโครงการ งบประมาณ และขอบเขตความรับผิดชอบและกิจกรรมของการจัดบริการสาธารณะ หากจำแนกตามลักษณะของระยะเวลาในการดำเนินการ สามารถจำแนกได้ 2 ประเภท คือ บันทึกข้อตกลงความร่วมมือที่สามารถกำหนดเวลาสิ้นสุดผูกพันได้ไม่ว่าจะเป็น บันทึกข้อตกลงความร่วมมือที่มีเป้าหมายอันเป็นรูปธรรมในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แล้วเสร็จ หรือบันทึกข้อตกลงความร่วมมือที่กำหนดระยะเวลาการดำเนินการเอาไว้อย่างชัดเจน และบันทึกข้อตกลงความร่วมมือที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุด หากจำแนกตามภาระหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ สามารถจำแนกแยกได้เป็นสามรูปแบบ ได้แก่ การดำเนินการตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือโดยแบ่งหน้าที่ในการดำเนินการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละแห่งไปดำเนินการในส่วนที่ได้ตกลงกันไว้ การดำเนินการตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือโดยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่งเป็นผู้ดำเนินการ โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นมีหน้าที่ให้การสนับสนุนด้านงบประมาณหรือด้านอื่น ๆ และ บันทึกข้อตกลงความร่วมมือในลักษณะลงทุนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะร่วมกัน

4) รูปแบบในการบริหารงานตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ มีอยู่สองรูปแบบ คือ การดำเนินการด้วยตนเองร่วมกันขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่สัญญาในกรณีโครงการจัดทำบริการสาธารณะที่ไม่ต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่องไปตลอด หรือสามารถกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของบันทึกข้อตกลงความร่วมมือได้ และการแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารขึ้นมาดำเนินการแทนในกรณีบันทึกข้อตกลงความร่วมมือในการจัดทำบริการสาธารณะที่จะต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่องไปตลอด

5) สิทธิและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่สัญญากับบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ ประกาศฉบับนี้ได้กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการปฏิเสธความผูกพันขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงผู้บริหารโดยกำหนดให้ต้องผูกพันข้อตกลงดังกล่าวจนกว่าจะครบกำหนดระยะเวลาดำเนินการตามข้อตกลง แม้ภายหลังจะมีการเปลี่ยนแปลงผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ตาม ห้ามองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยกเลิกการเข้าร่วมโครงการก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามข้อตกลง การขอแก้ไขข้อตกลงได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามบันทึกข้อตกลงนั้นไปแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี เว้นแต่ มีความจำเป็นเร่งด่วนหากไม่ดำเนินการแก้ไขจะส่งผลเสียหายร้ายแรงต่อโครงการตาม



บันทึกข้อตกลง สามารถขยายระยะเวลาดำเนินการได้ แต่จะเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของบันทึกข้อตกลงไม่ได้ การขอยกเลิกการเข้าร่วมโครงการตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือจะต้องมีเหตุผลอันสมควร โดยที่ประชุมต้องมีมติเป็นเอกฉันท์ และยังคงให้ผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกแห่งดำเนินการขอความเห็นชอบจากสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของตนทั้งหมดเสียก่อนอีกด้วย โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้ขอยกเลิกการเข้าร่วมในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือจะต้องสละสิทธิในทรัพย์สินที่นำมาเข้าร่วมโครงการ และหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดที่ละเลยต่อหน้าที่ตามที่ต้องปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงหรือปฏิบัติหน้าที่อันอาจส่งผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อทรัพย์สินของโครงการ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่สัญญาบันทึกข้อตกลงความร่วมมือแห่งอื่นสามารถลงมติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นสิ้นสุดจากการเข้าร่วมโครงการ และให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เหลืออยู่ดำเนินการจัดการทรัพย์สินนั้นแทนและให้ทรัพย์สินดังกล่าวนั้นตกแก่โครงการ

6) การบริหารจัดการทรัพย์สิน สำหรับการจัดซื้อจัดจ้าง สามารถกระทำได้สองกรณี คือ กรณีที่สามารถแยกการจัดซื้อจัดจ้างได้ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างฝ่ายต่างเป็นผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างหรือดำเนินการจัดหาพัสดุและครุภัณฑ์นั้น และกรณีที่ไม่สามารถแยกการจัดซื้อจัดจ้างได้ ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยความตกลงร่วมกันให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่งเข้าร่วมโครงการเป็นผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการกำหนดตัวผู้ก่อนนิติสัมพันธ์ในการจัดซื้อจัดจ้างต่อบุคคลภายนอกไปด้วย หากเป็นการร่วมมือกันในลักษณะการสนับสนุนงบประมาณ หรือพัสดุ ครุภัณฑ์ ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดเป็นผู้ดำเนินการ ให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้รับการสนับสนุน เว้นแต่จะมีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น หากเป็นการร่วมมือกันในลักษณะที่เป็นการลงทุนร่วมกันให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหมดที่ร่วมลงทุนเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามสัดส่วนทรัพย์สินที่นำมาลงทุน ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินมีหน้าที่บำรุงรักษาทรัพย์สินนั้นเว้นแต่ตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ แต่หากเป็นกรณีการสนับสนุนงบประมาณให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดเป็นผู้ดำเนินการ และจัดซื้อจัดจ้าง ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้รับการสนับสนุนเงินงบประมาณเป็นผู้ดูแลและบำรุงรักษาทรัพย์สิน หากเป็นกรณีการนำงบประมาณมาลงทุนร่วมกันเพื่อดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าร่วมโครงการประชุมร่วมกัน และมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่งเป็นผู้ดูแลและบำรุงรักษาทรัพย์สิน กรณีที่ทรัพย์สินของโครงการเสียหายเนื่องจากมูลละเมิด หากทรัพย์สินนั้นเป็นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใด ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นดำเนินการฟ้องร้องหรือดำเนินคดีแก่ผู้กระทำละเมิด แต่หากทรัพย์สินที่เสียหายเป็นทรัพย์สินส่วนรวมของโครงการ ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้จัดซื้อจัดจ้างหรือ

ผู้ดูแลบำรุงรักษาทรัพย์สินในโครงการนั้นดำเนินการฟ้องร้องหรือดำเนินคดีแก่ผู้กระทำละเมิด และหากมีการชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดให้เงินดังกล่าวตกแก่โครงการนั้น สำหรับความร่วมมือที่มีลักษณะเป็นการร่วมทุนและมีรายได้ที่เกิดขึ้นให้แบ่งรายได้ที่เกิดขึ้นหลังจากหักค่าใช้จ่ายในการดำเนินการแล้วแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าร่วมโครงการตาม สัดส่วนที่ได้ตกลงกันได้ เว้นแต่มีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

7) การติดตาม การประเมินผล และการตรวจสอบ ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการ เพื่อติดตามและประเมินผลตามความเหมาะสม เพื่อให้การดำเนินการตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือเป็นไปอย่างมีมาตรฐานและได้รับการดำเนินการอย่างจริงจัง และเมื่อข้อตกลงสิ้นสุดลงไม่ว่าด้วยเหตุใด ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการชำระบัญชีตามบันทึกข้อตกลงที่กำหนดไว้ แล้วให้รายงานผู้กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทราบ และหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใด ประสงค์จะยกเลิกจากการเข้าร่วมโครงการก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามบันทึกข้อตกลง ต้องเสนอขอความเห็นชอบต่อสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

8) การแก้ไขปัญหา และการระงับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการแต่งตั้งคณะกรรมการบริหาร ให้คณะกรรมการบริหารเสนอปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นมายังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าร่วมโครงการ เพื่อให้ผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าร่วมโครงการประชุมหารือร่วมกัน เพื่อหาข้อยุติและตัดสินใจในการดำเนินการ หากตกลงกันไม่ได้จะต้องมีการวินิจฉัยชี้ขาดกรณีพิพาทระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในจังหวัดเดียวกัน หากคู่พิพาทเป็นองค์การบริหารส่วนตำบลกับองค์การบริหารส่วนตำบลในอำเภอเดียวกันให้นายอำเภอเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย หากต่างอำเภอกันให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้วินิจฉัย หากคู่พิพาทเป็นองค์การบริหารส่วนจังหวัดกับเทศบาล หรือองค์การบริหารส่วนตำบลหรือเทศบาลกับเทศบาล หรือเทศบาลกับองค์การบริหารส่วนตำบล ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย ในกรณีพิพาทระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตั้งแต่สองจังหวัดขึ้นไป ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดแต่ละจังหวัดหารือร่วมกันเพื่อแก้ไขข้อพิพาท หากยังหาข้อยุติไม่ได้ให้เสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เป็นผู้วินิจฉัย



4. บทวิเคราะห์

1) ประกาศฉบับนี้มีข้อกำหนดที่มุ่งหมายจะสร้างความเป็นธรรมขึ้นระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้เป็นคู่สัญญาบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ แต่สำหรับการกำหนดข้อกำหนดในตัวสัญญาเพื่อสร้างภาระหน้าที่และข้อผูกพันระหว่างกัน จำเป็นต้องอาศัยปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องและอยู่นอกเหนือส่วนที่ตัวบทกฎหมายสามารถกำหนดได้มาประกอบการพิจารณา ซึ่งก็คือประโยชน์ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละแห่งจะได้ แต่ความเป็นธรรมระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่สัญญาก็ไม่ใช่สิ่งที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพึงคำนึงถึงเป็นอันดับแรก เพราะสิ่งที่สำคัญที่สุดที่ต้องคำนึงถึงในการจัดทำบันทึกข้อตกลงคือประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับ หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพบว่าการดำเนินการตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือจะนำมาซึ่งประโยชน์ต่อประชาชนในพื้นที่ของตน ก็พึงจะต้องดำเนินการ หลังจากนั้นถึงนำเรื่องความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาขึ้นมาพิจารณาเป็นอันดับรองตามความเหมาะสม

2) ข้อกำหนดที่เป็นเงื่อนไขในการถอนตัวจากการทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ ยังไม่มีการกำหนดเนื้อหาในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นส่วนใหญ่ต้องการยุติการดำเนินการ แต่เหลือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ต้องการดำเนินการต่อตามวัตถุประสงค์ของสัญญาเพียงแห่งเดียว ซึ่งในทางทฤษฎี ความต้องการดำเนินการเพียงฝ่ายเดียวย่อมไม่ทำให้มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเมื่อความเห็นให้ยุติการดำเนินการตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือเป็นเสียงส่วนใหญ่แต่ไม่เป็นเอกฉันท์ และเมื่อมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเห็นด้วยกับการยุติการดำเนินการลงเป็นเสียงข้างมาก ควรดำเนินการอย่างไร

3) ข้อกำหนดว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่สัญญาที่ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยผู้มีอำนาจกำกับดูแลนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพราะการจะนำข้อพิพาททางปกครองเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลปกครองได้นั้น จะต้องเป็นข้อพิพาทที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงหาข้อยุติกันได้ ดังนั้น หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินการตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ขึ้นแต่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่กรณีพิพาทสามารถหาข้อยุติที่ถูกต้องตามกฎหมายต่อกันได้ ก็ไม่จำเป็นต้องนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง แต่ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2549 เห็นชอบแนวทางในการดำเนินคดีอาญา คดีแพ่ง และรวมไปถึงคดีปกครอง โดยไม่ให้ฟ้องคดีต่อศาล แต่จะต้องดำเนินการโดยให้ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ และรัฐวิสาหกิจ ฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายชำระค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้ทันที เพื่อมิให้เกิดคดีความระหว่างส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ และรัฐวิสาหกิจ ด้วยกันเอง หรือหากหาข้อยุติไม่ได้ให้ส่งเรื่องไปยังสำนักงาน

อัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาเสนอต่อคณะกรรมการชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งดูประหนึ่งว่าการดำเนินการตามประกาศฉบับนี้ขัดต่อมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว หากพิจารณาองค์ประกอบของคณะกรรมการชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง พบว่าอาจไม่เหมาะสมในการให้อำนาจคณะกรรมการดังกล่าวพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับความตกลงร่วมมือระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบสัญญาทางปกครองที่เป็นความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐ (Co-ordinate Administrative Contract)

4) ประกาศฉบับนี้ไม่ได้กำหนดเรื่องการชี้ขาดข้อพิพาทจากการทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือของกรุงเทพมหานครกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น เพราะผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครอยู่ในฐานะของผู้บริหารราชการกรุงเทพมหานครไม่ได้อยู่ในฐานะของผู้กำกับดูแลการบริหารราชการของกรุงเทพมหานครอย่างเช่นผู้ว่าราชการจังหวัดอื่น โดยผู้มีอำนาจกำกับดูแลกรุงเทพมหานครคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ว่าราชการจังหวัดอื่นอีกชั้นหนึ่ง ทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทซึ่งมีกรุงเทพมหานครเป็นคู่สัญญายังไม่มีความชัดเจน และไม่ได้มีการกำหนดถึงกระบวนการดำเนินคดีทางแพ่งต่อบุคคลภายนอกไว้อีกด้วย

5. บทสรุป

ประกาศฉบับนี้ควรได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมข้อ 6 (3) ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นโดยกำหนดให้เมื่อเหลือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียงแห่งเดียวที่ต้องการดำเนินการตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือต่อไป ให้ถือว่าบันทึกข้อตกลงความร่วมมือยุติลงโดยปริยาย และเมื่อมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเห็นด้วยกับการยุติการดำเนินการลงเป็นเสียงข้างมาก ควรให้ถือว่ากรณีนี้เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในการดำเนินการตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือที่คู่สัญญาอาจเสนอเรื่องให้ผู้มีอำนาจกำกับดูแลวินิจฉัยชี้ขาดว่าบันทึกข้อตกลงความร่วมมือควรจะยุติลงหรือไม่อย่างไร คำวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวให้เป็นที่สุด ผูกพันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตาม โดยให้นำหลักเกณฑ์การยุติโครงการ หรือการถอนตัวจากโครงการมาใช้บังคับโดยอนุโลม แล้วแต่กรณี

กรณีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2549 และเขตอำนาจของศาลปกครองอาจขัดหรือแย้งกับการดำเนินการตามประกาศฉบับนี้ จึงสมควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกัน โดยปรับปรุงแก้ไขมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ศาลปกครองมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะ



สัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน (Sub-ordinate Administrative Contract) เพราะข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาทางปกครองที่เป็นความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน (Sub-ordinate Administrative Contract) สามารถหาข้อยุติลงด้วยองค์กรที่มีอำนาจบังคับบัญชา หรืออำนาจกำกับดูแลหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่พิพาท เพื่อเป็นการป้องกันมิให้หน่วยงานของรัฐรวมไปถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ไม่พอใจคำวินิจฉัยของผู้มีอำนาจชี้ขาดนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลปกครองทำให้เกิดความล่าช้า พร้อมทั้งแก้ไขปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2549 เรื่องแนวทางในการดำเนินคดีอาญา คดีแพ่ง และคดีปกครอง ให้ข้อพิพาทในเรื่องสัญญาทางปกครองระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้กำกับดูแล

สำหรับการชี้ขาดข้อพิพาทจากการทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือของกรุงเทพมหานครกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น นั้น เห็นควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อ 10 โดยเพิ่มเติมกระบวนการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างกรุงเทพมหานครกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เพราะเป็นทั้งผู้กำกับดูแลกรุงเทพมหานคร และเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ว่าราชการจังหวัดอื่น ๆ ส่วนกรณีการดำเนินการเกี่ยวกับข้อพิพาททางแพ่งกับบุคคลภายนอกให้เป็นไปตามหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องดำเนินการฟ้องร้องหรือใช้สิทธิเรียกร้องร่วมกัน ก็ควรตั้งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่สัญญาแห่งใดแห่งหนึ่งเป็นผู้รับมอบอำนาจตามมาตรา 797 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือจะดำเนินการโดยเป็นโจทก์ร่วมกันก็ได้ แต่หากเป็นกรณีที่ฝ่ายองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตกอยู่ในฐานะจำเลยจากการดำเนินการในฐานะตัวแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่สัญญาทั้งหมด คู่กรณีสามารถฟ้องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคู่สัญญาทั้งหมดเป็นจำเลยร่วมกันก็ได้ แต่หากคู่กรณีเลือกที่จะฟ้ององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียงแห่งเดียวเป็นจำเลยและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาไปแล้ว ย่อมใช้สิทธิไล่เบียดเอาแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่เป็นคู่สัญญาในฐานะลูกหนี้ร่วมได้

References

- Battis, Ulrich. *Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage*. Heidelberg: C. F. Müller, 2002.
- Bull, Hans Peter, and Veith Mehde. *Allgemeines Verwaltungsrecht Mit Verwaltungslehre, 7. Auflage*. Heidelberg: C. F. Müller, 2005.
- Häfelin, Ulrich, Georg Müller, and Felix Uhlmann. *Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage*: Dike Verlag AG: Zürich/St Gallen, 2010.
- Kamolchai Rattanasakalwong. *Administrative Law*. 5th ed. Bangkok: Winyuchon, 2008. [In Thai]
- Maurer, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage*. Munich: Verlag C. H. Beck, 1994.
- Meyer, Hans, and Hermann Borgs-Maciejewski. *Kommentar Zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage*. Alfred Metzner: Frankfurt am Main, 1982.
- Office of the Permanent Secretary, the Prime Minister's Office. *Knowledge of Decentralization*. Bangkok: The Decentralization to the Local Government Organization Committee, 2005. [In Thai]
- Thammasat University, Faculty of Political Science. *Provincial Administrative Organization and Provincial Office for Local Administration Practice Guideline for Support Cooperation between Local Governments*. Bangkok: Thammasat University Press, 2012. [In Thai]
- The Decentralization to the Local Government Organization Committee. *Guidlines for Administrative Contracts under the Notification of the Decentralization to the Local Government Organization Committee*. Bangkok: The Decentralization to the Local Government Organization Committee, n.d. [In Thai]
- Worachet Pakeerut. *Basic Knowledge of Administrative Law Basic Principles of Administrative Law and Administrative Act*. 2nd ed. Bangkok: Winyuchon, 2003. [In Thai]