

บทที่ 2

ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาเป็นข้อความคิดที่สำคัญในระบบกฎหมายทุกระบบ โดยสัญญาเป็นเรื่องที่รัฐยอมรับให้บุคคลสามารถแสดงเจตนาตกลงผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกันได้ ในประเทศที่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนออกจากกฎหมายมหาชนที่เรียกว่า ประเทศในสกุลกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law system) หรือสกุลกฎหมายโรมานอ - เยอรมันนิค สัญญาที่คู่สัญญาตกลงทำขึ้นนั้น อาจเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเอกชนหรือระบบกฎหมายมหาชนก็ได้ สัญญาใดที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเอกชนย่อมต้องนำกฎเกณฑ์ต่างๆของกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับ และหากเกิดข้อพิพาทศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีคือ ศาลยุติธรรม แต่สัญญาใดที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายมหาชนที่เรียกเป็นการทั่วไปว่า “สัญญาทางปกครอง” ย่อมต้องนำกฎเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายมหาชนมาบังคับใช้และศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทคือ ศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองนั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง และเป็นที่ยอมรับกันว่าระบบกฎหมายเอกชนมีพัฒนาการที่ยาวนานมากกว่ากฎหมายมหาชน กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะสัญญาจึงเป็นระบบและพัฒนาไปมากแล้ว เนื่องจากข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมีพัฒนาการมาไม่นานนักเมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาทางแพ่ง จึงจำเป็นต้องนำเอากฎเกณฑ์ของกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับในสัญญาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายมหาชนโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดกับหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชน และข้อความคิดของสัญญาทางปกครองในประเทศต่างๆ แม้จะอยู่ในสกุลกฎหมายเดียวกันแต่ก็มีรายละเอียดที่แตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อให้เข้าใจข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงจำเป็นต้องศึกษาถึงพัฒนาการของสัญญาทางปกครองในต่างประเทศคือประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน เนื่องจาก ทั้งสองประเทศนี้มีการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองที่ชัดเจนและยังมีศาลปกครองที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีดังกล่าวอีกด้วย ทั้งกฎหมายปกครองของประเทศไทยก็รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายทั้งสองด้วย ต่อจากนั้นจึงจะทำการศึกษาถึงพัฒนาการของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย (3)

2.1 พัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การศึกษาถึงพัฒนาการความเป็นมาของสัญญาทางปกครองจะช่วยให้เข้าใจทฤษฎีแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีพัฒนาที่ยาวนานและคลี่คลายมาถึงทุกวันนี้ โดยจะศึกษาถึง

พัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส (1) พัฒนาการแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางปกครองในประเทศเยอรมัน (2) และพัฒนาการสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

2.1.1 พัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ได้รับการยอมรับว่ามีระบบกฎหมายปกครองและระบบศาลปกครองที่ได้รับการพัฒนาอย่างยาวนาน สัญญาทางปกครองก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของการพัฒนาการของระบบกฎหมายปกครอง และเป็นข้อความคิดที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัวของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่จัดอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law system) ซึ่งมีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนออกจากกฎหมายมหาชน ซึ่งการแบ่งแยกดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกิดในทางประวัติศาสตร์โดยจุดกำเนิดที่สำคัญอยู่ที่หลังปฏิวัติใหญ่ในปี 1789 ซึ่งผู้ก่อการปฏิวัติได้ตรากฎหมายจำกัดอำนาจศาลยุติธรรมโดยห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามาพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งได้แก่ รัฐบัญญัติลงวันที่ 16 - 24 สิงหาคม 1790 มาตรา 13 บัญญัติว่า “หน้าที่ทางตุลาการศาลยุติธรรมต่างจากและแยกจากกับหน้าที่ทางปกครองตลอดไป ตุลาการศาลยุติธรรมหาอาจกระทำการให้กระทบกระทั่งโดยประการใดๆ กับปฏิบัติการทางปกครองและไม่อาจเรียกให้เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองมาศาลได้เพราะเหตุได้กระทำตามหน้าที่ การฝ่าฝืนจะได้รับโทษานุโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้”¹ ผลของการบัญญัติห้ามฝ่ายตุลาการมาตัดสินคดีที่เกี่ยวกับฝ่ายปกครองดังกล่าวทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐก็จะมีผู้ชี้ขาดตัดสินคดี ทำให้ฝ่ายปกครองต้องทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อร้องเรียนหรือตัดสินคดีพิพาทดังกล่าวเอง จึงทำให้ถูกมองว่าการตัดสินชี้ขาดดังกล่าวไม่มีหลักประกันที่ดีพอสำหรับประชาชน ดังนั้นในปี 1799 เพื่อเป็นการแยกองค์กรตัดสินคดีออกจากองค์กรฝ่ายปกครอง รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับลงวันที่ 13 ธันวาคม 1799 จึงกำหนดให้มีสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ขึ้นเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่สภาแห่งรัฐในระยะแรกนี้ยังไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดได้ด้วยตัวเองแต่ต้องเสนอคำวินิจฉัยต่อหัวหน้าฝ่ายบริหารคือ นายกรัฐมนตรี ให้เป็นผู้พิจารณาและตัดสินใจว่าควรวินิจฉัยชี้ขาดตามที่สภาแห่งรัฐเสนอหรือไม่ (la justice retenue) แต่ในความเป็นจริงแล้วในระยะเวลาหลายสิบปีของการบังคับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวหัวหน้าฝ่ายบริหารแทบจะไม่ได้ใช้อำนาจชี้ขาดที่แตกต่างจากที่สภาแห่งรัฐวินิจฉัยเลย ต่อมาในปี 1872 รัฐสภาฝรั่งเศสได้ตราบัญญัติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 ให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจเต็มอย่างที่เป็นศาล โดยกำหนดให้คำวินิจฉัยชี้ขาดของ

¹ André de LAUBADERE, *Traté de droit administratif*, Tome 1, 9^e édition, (L.G.D.J., Paris, 1984), P. 432.

สภาแห่งรัฐมีผลผูกพันได้โดยตนเอง (la justice déléguée) ไม่ต้องขอความเห็นชอบจากหัวหน้าฝ่ายบริหารอีกต่อไป ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงมีสถานภาพความเป็นศาลที่สมบูรณ์นับแต่นั้นเป็นต้นมา²

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองฝรั่งเศส โดยที่อำนาจของศาลปกครองฝรั่งเศสมีที่มาจากหลักการห้ามศาลยุติธรรมตัดสินคดีที่มาจากกรกระทำของฝ่ายปกครอง และในตอนแรกที่มีการจัดตั้งองค์กรภายในของฝ่ายปกครองขึ้นมาทำหน้าที่ทั่วไปเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดคดีพิพาทเหล่านั้นเอง จนกระทั่งองค์กรเหล่านั้นมีความชำนาญและพัฒนามาเป็น “องค์กรตุลาการ” ในที่สุด ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อพิพาทที่จะอยู่ในอำนาจศาล หลักกฎหมายที่ศาลจะนำมาใช้ หรือสิทธิหน้าที่ ตลอดจนหลักเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายทั่วไปที่รวบรวมเป็นหมวดหมู่ หากแต่ศาลปกครองจะเป็นผู้ประกาศเกณฑ์ต่างๆ เหล่านี้โดยอาศัยหลักเหตุผลของเรื่อง หรือเหตุผลธรรมชาติ (Nature of things) หรือเหตุผลของการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลในแต่ละคดี หรือมีฉะนั้นก็มาจากการตรากฎหมายเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีของฝ่ายนิติบัญญัติ กฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงเป็นผลงานของศาลปกครอง ในระยะหลัง ๆ มักมีการรวบรวมหลักกฎหมายและเหตุผลที่มาจากคำพิพากษาของศาลมาจัดหมวดหมู่เฉพาะในเรื่องนั้นๆ แล้วตราขึ้นเป็นรัฐบัญญัติเฉพาะเรื่อง

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ในกรณีของศาลปกครองฝรั่งเศสเขตอำนาจของศาลปกครองเหนือคดีต่างๆ มีอยู่อย่างกว้างขวาง ขึ้นอยู่กับแนวทางการตีความที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีต่างๆ ของศาลปกครองเอง ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่มาจากกรกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองและการกระทำในรูปของนิติกรรมสองฝ่ายที่เรียกว่า สัญญาทางปกครอง โดยมีได้มีหลักเกณฑ์ที่มีกฎหมายกำหนดหรือวางหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด³

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน แต่ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาสองศตวรรษ ศาลปกครองฝรั่งเศสได้มีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้จำนวนมาก รวมทั้งคำแถลงการณ์ (conclusion) ของตุลาการผู้แถลงคดี (commissaire du gouvernement) ที่มีชื่อเสียงหลายท่าน เช่น David, Romieu, L. Blum และ Corneil รวมทั้งคำพิพากษาของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล (Tribunal des conflits) ทำให้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เกิดจากคำวินิจฉัยของศาลที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปจนกลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยศาลได้พยายามสร้างดุลยภาพ

² André de LAUBADERE, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, PP. 433 - 434.

³ สุรพล นิติไกรพจน์, สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2555),

ระหว่างประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) กับประโยชน์ส่วนบุคคลของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (intérêt individual)

ต่อมา ในรัฐบัญญัติลงวันที่ 28 pluviôse an VIII (ค.ศ. 1804) ซึ่งเป็นที่มาที่สำคัญของหลักสัญญาทางปกครองได้บัญญัติในมาตรา 1 ให้คดีเกี่ยวกับสัญญาที่เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (marchés de travaux publics) อยู่ในอำนาจสภาที่ปรึกษาของผู้ว่าการแขวง (Conseil de préfecture) และของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐในชั้นอุทธรณ์ จากจุดนี้เองที่ทำให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเริ่มพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองให้แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง⁴

ทฤษฎีที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายปกครองในยุคแรกคือ ทฤษฎีอำนาจมหาชน (Théorie de puissance publique) อันแตกต่างจากทฤษฎีการกระทำที่เป็นการดำเนินงานอย่างเดียวกับเอกชน (Théorie de gestion privé) กล่าวคือ กรณีแรกเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (act d'autorité) จึงต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับ ส่วนกรณีหลังเป็นการใช้สัญญากระทำเช่นเดียวกับเอกชน (acte de gestion) จึงต้องใช้กฎหมายเอกชนบังคับ ในสถานะเช่นนี้ต้องถือว่า “สัญญา” เป็นสิ่งที่ยอยู่นอกขอบเขตของหลักกฎหมายปกครองในขณะนั้น เพราะกิจกรรมส่วนใหญ่ของฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจฝ่ายเดียวเป็นหลักและโดยทั่วไปสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำจะเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่ง เว้นแต่ฝ่ายปกครองจะทำการใช้อำนาจมหาชนปรากฏในข้อสัญญาจึงจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจ (acte d'autorité) ดังนั้น สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำจึงอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนเว้นแต่สัญญาบางประเภทที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง

ต่อมาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเริ่มตีความขยายรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviôse an VIII ที่กำหนดให้สัญญาจ้างเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (Marchés de travaux publics) ขึ้นศาลปกครองนั้นได้ขยายไปถึงสัญญาหลายประเภทที่ไม่ใช่สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะโดยตรง แต่เกี่ยวข้องกับสัญญาดังกล่าวอย่างใกล้ชิด เป็นต้นว่าสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1873 ศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล (Tribunal des conflits) ได้วินิจฉัยในคดี Blanco ว่าจะต้องใช้แนวความคิดเรื่อง “บริการสาธารณะ” (le service public) เป็นเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาว่ากิจกรรมและนิติกรรมใดของฝ่ายปกครองจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง และจากแนวคำวินิจฉัยในคดีนี้เองได้มีการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสองประเภทโดยถือหลักว่า สัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น

⁴ Uwe Luthje, la technique juridique de contrat administratif en droit comparé, Paris : Idou, 1963 P.5 อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, (รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า), น.7.

เพื่อการจัดองค์กรหรือการดำเนินการของบริการสาธารณะ (contrats conclus en vue de l'organisation ou du fonctionnement des services publics) สัญญานั้นเป็น “สัญญาทางปกครอง” ส่วนสัญญาอื่นใดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบริการสาธารณะไม่ใช่หลักเกณฑ์เดียวที่ศาลใช้เพื่อแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง เพราะข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีสัญญาที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะบางประเภทที่มีได้เป็นสัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองและในทางกลับกันก็มีสัญญาบางประเภทที่แม้ไม่เกี่ยวกับบริการสาธารณะแต่ก็ถูกจัดให้เป็นสัญญาทางปกครอง

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้นเกิดจากบรรทัดฐานคำพิพากษา (Jurisprudence) ของสภาที่ปรึกษาและศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลที่สร้างเพื่อแก้ไขปัญหาทางกฎหมายและการบริหารควบคู่กัน นอกจากนี้ นักวิชาการก็มีส่วนสำคัญในการสร้างมโนทัศน์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเช่นกัน ลักษณะของกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นพลวัต (dynamic) มีกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นขึ้นนี้เพื่อปรับให้กฎหมายทันเหตุการณ์บ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา

นอกจากนั้น ในยุคปัจจุบันเกิดเทคนิคทางสัญญาใหม่ ๆ อันเกิดจากความเปลี่ยนแปลงของสังคม เช่น การใช้สัญญาร่วมทุน การเกิดการสร้างข้อความคิดเกี่ยวกับ “กฎหมายประชาคมเกี่ยวกับการจัดหาของรัฐ” (droit commun de la command publique) ซึ่งได้รับอิทธิพลโดยตรงจากสหภาพยุโรป ซึ่งแยกออกจากความคิดของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแบบเดิมของฝรั่งเศส (contrat marche publique) ข้อความคิดเกี่ยวกับ “กฎหมายประชาคมเกี่ยวกับการจัดหาของรัฐ” ได้กลายเป็นหลักการระดับรัฐธรรมนูญ จากคำพิพากษาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดี loi habilitant le gouvernement a simplifier le droit นำมาซึ่งหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพหลักความโปร่งใส หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และต้องเปิดช่องให้มีการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองดังกล่าวด้วย ถือเป็น การแบ่งประเภทสัญญาทางปกครองแบบใหม่เป็นสัญญาทางปกครองพิเศษ (les contrat administratifs speciaux) ที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของสหภาพยุโรป ทำให้หลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครองในความหมายดั้งเดิม โดยเฉพาะเรื่องการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของผู้สัญญาฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีความสำคัญลดลง สืบเนื่องจากสภาพที่กฎหมายของสหภาพยุโรปควบคุมให้แนวปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศภาคีสมาชิกเป็นไปในแนวทางเดียวกัน แม้สหภาพยุโรปจะได้รับอิทธิพลจากแนวคิดในเรื่องสัญญาทางปกครอง (le contrat administratif) ของประเทศฝรั่งเศสอยู่บ้าง แต่มิใช่รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปทุกรัฐจะมีแนวคิดในเรื่องสัญญาทางปกครอง ทำให้เกณฑ์กลางเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่ง

พัฒนาขึ้นในสหภาพยุโรปนั้นไม่เหมือนกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสต้องปรับตัวให้กว้างขึ้นโดยเฉพาะหลักเกณฑ์ในการทำสัญญา ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา การอนุญาตตุลาการรวมทั้งวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

2.1.2 พัฒนาการแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

ในแง่ของพัฒนาการของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นได้รับการยอมรับโดยมีบัญญัติรับรอง “สัญญาทางปกครอง (Verwaltungsvertrag)” ในฐานะที่เป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำของฝ่ายปกครองในรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz) (VwVfG) ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 61 หากพิจารณาจากพัฒนาการสัญญาทางปกครองนั้นในชั้นแรกได้รับการปฏิเสธจากนักกฎหมายปกครองที่มีชื่อเสียง คือ Otto Mayer โดย Otto Mayer ซึ่งเป็นผู้ที่มีความสำคัญอย่างมากต่อความคิดและหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน เห็นว่าเรื่องของสัญญาโดยแท้มีอาจเป็นไปได้ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน เพราะโดยหลักพื้นฐานของเรื่องสัญญาแล้วจะต้องก่อตั้งขึ้นจากคู่สัญญาซึ่งมีฐานะเท่าเทียมกัน แต่ในขณะที่ตามกฎหมายมหาชนแล้วรัฐย่อมอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าฝ่ายเอกชน ในระบบกฎหมายปกครองรัฐจะเป็นผู้กระทำการต่างๆ เป็นผู้วางกฎเกณฑ์ ในขณะที่เอกชนเป็นเพียงผู้รับการกระทำ (objekt) เท่านั้น สัญญาตามกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) ที่แท้จริงจึงเป็นไปได้ และไม่มีสัญญาจริงๆ Otto Mayer จึงปฏิเสธเรื่องสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนตลอดมา⁵

แต่อย่างไรก็ตาม โดยข้อเท็จจริงแล้วแนวคิดของ Mayer ไม่ค่อยได้รับการยอมรับนักเพราะสัญญาทางปกครองเป็นที่รู้จักในทางทฤษฎีกฎหมายปกครองตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 และได้รับการยอมรับในเวลาต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับการจ้างข้าราชการซึ่งในขณะนั้นมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในประเด็นดังกล่าว ในทางตำราเกี่ยวกับทฤษฎีทางกฎหมายปกครองของศตวรรษที่ 1880 หลายเล่มได้อธิบายถึงสัญญาทางปกครองและสัญญาตามกฎหมายเอกชนว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครองอันเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะราย

ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยโดยเฉพาะ Otto Mayer เห็นว่าจำเป็นต้องพัฒนากฎหมายปกครองให้เป็นอิสระจากกฎหมายแพ่งซึ่งรวมทั้งเรื่องเกี่ยวกับสัญญาด้วย แนวความคิดของ Mayer มีอิทธิพลต่อกฎหมายปกครองเยอรมันอย่างมากและยาวนาน แต่อย่างไรก็ตาม คำอธิบายในตำรา

⁵ H.Maurer, Allg. Verw. R., พิมพ์ครั้งที่ 14, ค.ศ.2002 อ้างในเพ็ญศรี วงศ์เสรี, “สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน” ในหนังสือรวมบทความทางวิชาการเล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาควิชานิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง), น. 198.

กฎหมายปกครองเกือบทั้งหมด ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1900 ต่างก็ยอมรับเรื่องสัญญาทางปกครองโดยถือว่าเป็นข้อยกเว้นนอกเหนือจากคำสั่งทางปกครอง

พัฒนาการหลังปี ค.ศ. 1945 ได้มีการยอมรับสัญญาทางปกครองมากขึ้น ประเด็นที่มีความสำคัญคือ มีความเห็นว่าสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบการกระทำที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำโดยอาศัยสัญญา แม้จะไม่มีกฎหมายให้อำนาจให้กระทำในรูปของสัญญาทางปกครองก็ตาม

ในช่วงต้นของทศวรรษที่ 1960 ให้มีการถกเถียงเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยมีความเชื่อมโยงกับร่างกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง (der Entwurf des verwaltungsverfahrensgesetzes -VwVfG) อย่างไรก็ตามก่อนที่จะผ่านมติบัญญัติจะตัดสินใจยุติปัญหาข้อถกเถียงในทางวิชาการดังกล่าว โดยการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองขึ้นใช้บังคับในปี 1976 อนุญาตให้ฝ่ายบริหารสามารถทำสัญญาทางปกครองได้ตามเงื่อนไขทางที่กฎหมายกำหนด ฝ่ายตุลาการโดยศาลปกครองแห่งสหพันธ์ซึ่งถือเป็นศาลปกครองสูงสุดในระบบกฎหมายเยอรมันได้พิพากษายอมรับว่าสัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานปกครองกับเอกชนก็อาจมีได้ในสัญญาที่ฝ่ายปกครองตกลงยกเว้นหน้าที่ในการก่อสร้างที่จอดรถให้แก่เอกชนที่มาขอออกไปอนุญาตก่อสร้างอาคาร โดยเอกชนจะต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งตอบแทนฝ่ายปกครองเพื่อให้ฝ่ายปกครองนำเงินดังกล่าวไปก่อสร้างปรับปรุงที่จอดรถที่ตนดูแลอยู่ได้ คำพิพากษาเรื่องดังกล่าวนับว่าเป็นคำพิพากษาที่เปิดทางให้สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ต่อมาปรากฏเป็นรูปธรรมมากขึ้นในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ. 1976 จากกฎหมายฉบับนี้สัญญาทางปกครองจึงได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนและมีฐานะเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้เคียงข้างกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง และในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ของกฎหมายฉบับเดียวกันได้บัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การบอกเลิกสัญญาทางปกครองตลอดจนการบังคับตามสัญญาทางปกครองไว้ด้วย การบัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง นอกจากทำให้เกิดความชัดเจนเพราะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติวางหลักสำคัญไว้แล้วยังทำให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในแดนกฎหมายมหาชน และอยู่ในอำนาจพิจารณาตัดสินของศาลปกครองด้วย อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าในระบบกฎหมายเยอรมัน ความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นไปตามบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งการออกคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ส่วนศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือสัญญาทางปกครองเป็นศาลเดียวกันคือ ศาลปกครอง แต่ถ้าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่ง ศาลที่มีเขตอำนาจคือศาลยุติธรรม

2.1.3 พัฒนาการของแนวคิดสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

ตามหลักกฎหมายไทยนั้น ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นแนวคิดที่ถือกำเนิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมภายหลังที่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในปี 2542 เพราะพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แมื่อก่อนหน้าที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้จะมีการนำคำว่า “สัญญาทางปกครอง” มาใช้กัน แต่ก็อยู่เฉพาะในแวดวงวิชาการเท่านั้น ไม่เคยมีการบัญญัติคำนิยาม “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในตัวบทกฎหมายใดๆ มาก่อนเลย

อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองได้เกิดก่อนหน้านี้นานแล้ว เราอาจแบ่งพัฒนาเกี่ยวกับแนวคิดสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศไทยออกเป็น 2 ช่วง กล่าวคือ ช่วงแรกก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และช่วงที่สอง คือ ช่วงหลังจากมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ในช่วงแรกก่อนมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นประเทศไทยเป็นระบบศาลเดี่ยว คือมีศาลยุติธรรมทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีทุกประเภท ทำให้ไม่มีการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจนตามความหมายในปัจจุบัน แต่เดิมนั้นสัญญาที่ทางราชการทำขึ้นแม้ในปัจจุบันเราจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ในขณะนั้นสัญญาที่ภาครัฐทำขึ้นไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม อยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชนทั้งสิ้น และศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีก็คือศาลยุติธรรม และศาลยุติธรรมก็นำหลักกฎหมายเอกชนคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี อย่างไรก็ตาม นอกจากศาลยุติธรรมจะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีที่เกี่ยวกับคดีปกครองรวมทั้งสัญญาทางปกครองแล้ว ในกรณีที่คู่กรณีไม่ประสงค์ฟ้องร้องคดีต่อศาล คู่กรณีก็สามารถเสนอเรื่องร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้อีกทางหนึ่งด้วย ซึ่งในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้นำทฤษฎี และหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสบางเรื่องมาปรับใช้ เช่น หลักเรื่องเหตุที่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามสัญญาแต่คู่สัญญาไม่ทราบเหตุนั้นในขณะทำสัญญา (คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 12/2524) อย่างไรก็ตามโดยแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ถือกำเนิดขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ซึ่งขณะนั้นประเทศไทยได้มีการปรับเปลี่ยนในหลายด้านเพื่อให้ประเทศทันสมัย โดยมีการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการขุดคลอง การสร้างถนน สร้างทางรถไฟ เป็นต้น วิธีการอย่างหนึ่งที่รัฐสมัยนั้นดำเนินการเพื่อให้มีการจัดทำสาธารณูปโภค คือ การมอบหมายในรูปของพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าจัดให้มีและดำเนินการสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าว โดยรัฐให้ผลตอบแทนในลักษณะของการให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวที่จะแสวงหาประโยชน์จาก

สิ่งสาธารณูปโภคที่ถูกจัดทำขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งค่อนข้างยาวนาน นอกจากนี้ ผู้ได้รับพระบรมราชานุญาตยังอาจได้รับประโยชน์อย่างอื่นด้วย เช่น ได้รับสิทธิการจับจองเป็นเจ้าของที่ดินตลอดริมฝั่งคลองที่ขุดทั้งสองฟากเป็นระยะ 80 เส้น เป็นต้น⁶ แสดงให้เห็นว่าการมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะโดยอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐได้เกิดขึ้นมานานแล้ว

อย่างไรก็ตามในสมัยนี้ได้มีแนวคิดที่แยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือสัญญาไปรเวท (private contract) และสัญญาพับลิก (public contract) โดยสัญญาไปรเวทเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการรับซื้อขายสิ่งของต่างๆ จ้างคน ช้าง ม้า เช่าที่ เช่าซื้อ เช่าตึก เช่าโรงเรือน ซึ่งลักษณะของกิจการจะเป็นธุรกิจของเอกชน ขณะที่สัญญาพับลิกหรือเรียกอีกอย่างว่าสัญญาของแผ่นดินหรือสัญญามหาชนเป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้รักษาเมืองกับชาวต่างชาติในกิจการที่เกี่ยวกับการค้าไม้ ขุดไร่ ทำข้าวสาร ดิบุก ร่อนทอง ขุดคลอง ทำทาง ทำปลา ผูกภาษีอากร ทำสวนไร่นาที่ไม่มีเจ้าของอื่นที่เป็นของแผ่นดิน⁷

แนวคิดที่แยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสัญญาเอกชนกับสัญญามหาชนนี้มีความเชื่อมโยงอย่างยิ่งกับการตราพระราชบัญญัติสำหรับผู้รักษาเมืองซึ่งจะทำสัญญากับชาวต่างประเทศ พ.ศ. 2417 โดยกฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการทำสัญญาระหว่างผู้รักษาเมืองกับชาวต่างชาติมิให้เกิดความเข้าใจผิดในการอนุญาตให้ทำไม้ในเขตเดียวกัน⁸ อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวขาดพัฒนาเชิงวิชาการที่ต่อเนื่องในเชิงนิติศาสตร์

ในปี พ.ศ. 2429 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตให้บริษัทเดนมาร์ค สร้างทางรถไฟเอกชนสายแรกขึ้นในประเทศไทยระหว่างกรุงเทพมหานคร กับ สมุทรปราการ ต่อมาในวันที่ 5 เดือน 2 แรมหนึ่งค่ำ ปีชวด สัมฤทธิศกศักราช 1250 ได้มีการทำสัญญาระหว่างผู้แทนพระองค์ผู้อนุญาตฝ่ายหนึ่งกับนายโยวาгим แครซี และนายยม ที่เข้าหุ้นส่วนเป็นคอมปะนีขุดคลอง เป็นผู้รับอนุญาตอีกฝ่ายหนึ่ง ต่อมาก็ได้มีการพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้พระยานาพิพิธภษี (ชื่น) ซึ่งได้รับอำนาจแทนคอมปะนีขุดคลองและหลังจากนั้นก็ได้มีการพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้คอมปะนีขุดคลองและคุนาสยาม

⁶ สุรพงษ์ กลั่นประชา, “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น. 107 - 108.

⁷ สุรพงษ์ กลั่นประชา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น. 108

⁸ เสน่ห์ จามริก และคณะ, *ป่าชุมชนในประเทศไทย: แนวทางการพัฒนาป่าฝนเขตร้อนกับภาพรวมของป่าชุมชนในประเทศไทย*, เล่ม 1 พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536), น. 90 - 91.

การพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้แก่เอกชนเข้าดำเนินกิจการงานบางประเภทที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภคและสาธารณูปการนี้ถือเป็นลักษณะของการให้สัมปทาน ซึ่งการให้สัมปทานในยุคนี้ยังไม่มีกฎหมายในการควบคุมสัมปทานแต่อย่างใด⁹

ต่อมาในสมัยรัชการที่ 6 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดวางรางรถไฟและทางหลวง พระพุทธศักราช 2464 ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้เป็นพระราชบัญญัติที่รวบรวมกฎหมายและข้อบังคับต่างๆ เกี่ยวกับการจัดวางรางรถไฟแผ่นดิน รางไฟราษฎร์และทางหลวงเข้าไว้เป็นหมวดหมู่และในภาค 2 ว่าด้วย การรถไฟราษฎร์ มาตรา 95 ได้บัญญัติห้ามสร้างรางไฟราษฎร์ขึ้นในพระราชอาณาจักรเว้นแต่จะได้มีพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ ในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของรัฐบาลที่สำคัญไว้หลายประการ อาทิ รัฐบาลมีอำนาจเข้าปกครองยึดถือรถไฟสายใดก่อนสิ้นกำหนดได้แต่ต้องเป็นไปตามหนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาตสำหรับในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาต รัฐบาลมีอำนาจยึดถือปกครองได้ภายหลังวันที่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว 20 ปี และเมื่อเข้าถือปกครองแล้ว รัฐบาลสามารถยึดถือปกครองบรรดาสสิ่งปลูกสร้าง ราง เครื่องจักร พัสตุและวัตถุอย่างอื่นได้อีกด้วย (แต่อย่างไรก็ตามในส่วนที่ดินนั้น รัฐบาลจะต้องคิดเงินค่าทำขวัญให้ แต่ไม่เกินราคาที่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตได้ซื้อไว้) หรือการที่รัฐบาลโดยกรมรถไฟแผ่นดินมีอำนาจในการกำกับตรวจตราดูแล ไม่ว่าจะเป็นการเข้าตรวจตราทางรถไฟ ที่ดิน สิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักรของผู้รับอนุญาต เป็นต้น นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้กำหนดเงื่อนไข หน้าที่ และข้อจำกัดสิทธิของเอกชนผู้รับได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตบางประการ เช่น ในการจัดการเพื่อดำเนินกิจการรถไฟ ซึ่งได้แก่ การจัดซื้อที่ดิน การก่อสร้าง การบำรุง วิธีจัดการ ผู้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะไม่ได้รับสิทธิพิเศษแต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดห้ามมิให้ลงมือทำการก่อสร้างหรือทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดก่อนที่ได้รับหนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาตในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องเช่นนี้ ก่อน โดยในการจัดหาที่ดินนั้น ถ้าเป็นที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ของเอกชน จะต้องร้องขอมาทางกรมรถไฟแผ่นดิน ให้ช่วยจัดหาซื้อตามข้อบังคับว่าด้วยการจัดหาซื้อที่ดินเพื่อสร้างทางรถไฟนั้น โดยผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายและที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นจะตกมาเป็นของผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตต่อเมื่อผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นได้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตโดยถูกต้องตามวิธีที่กฎหมายกำหนด แต่ถ้าเป็นกรณีของที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นที่เป็นของหลวงหรือที่หวงห้ามให้ถือว่าผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นผู้เข้าที่หลวงตลอดระยะเวลาที่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตโดยต้องเสียค่าเช่าตามที่กำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาต แม้ผู้ได้รับพระราชทาน

⁹ สุรพงศ์ กลั่นประชา, *เพ็ญอ้าง*, น. 110

พระบรมราชานุญาตจะได้อื้อหรือเช่าที่ดินแห่งใดก็ตาม แต่ผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะไม่ได้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดในแร่ โลหะธาตุหรือป่าไม้ซึ่งมีอยู่ในที่ดินหรือใต้พื้นดิน หรือการที่ผู้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะต้องมีหน้าที่ต้องยื่นบัญชีแสดงยอดรายรับและรายจ่ายทุกประการต่อสภากรรมการรถไฟทุกๆ ครึ่งปี เป็นต้น¹⁰ ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 และไม่มีกรให้สัมปทานแก่เอกชนทำรถไฟราษฎร์อีก จนกระทั่ง ในปี 2533 จึงได้มีโครงการให้เอกชนรับสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครหรือที่เรียกว่าโครงการโฮปเวลล์ แต่เป็นการให้สัมปทานโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 7 ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองได้มีการออกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 เพื่อคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ของพสกนิกรให้เป็นที่เรียบร้อยสืบไป โดยได้นิยามกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ซึ่งได้แก่ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การโรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนซึ่งจะได้ออกพระราชกฤษฎีการะบุไว้ตามยุคตามคราวไป โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน เว้นแต่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทาน รัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ก็ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชนลงไว้ด้วยก็ได้ พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อควบคุมกิจการค้าขายที่ระบุไว้เป็นการทั่วไป ในปี พ.ศ. 2473 ได้มีพระราชบัญญัติออกมาอีกฉบับคือ พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงในราชอาณาจักรโดยเอกชน จะเห็นได้ว่าตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราช การมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะได้อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐได้เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งถือว่าการให้เอกชนเข้ามาดำเนินการดังกล่าวภายใต้การกำกับดูแลของรัฐเป็นต้นกำเนิดของข้อความคิดในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยและได้มีความพยายามที่จะจัดทำกฎหมายในเรื่องนี้ให้เป็นระบบแต่ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ¹¹

อย่างไรก็ตาม ในช่วงระยะเวลาภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เป็นต้นมาได้มีการเปลี่ยนแปลงหลายอย่างที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของราชการ เกิดการตั้งกรม

¹⁰ สุรพงศ์ กลั่นประชา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น. 111.

¹¹ บุษผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), น. 86.

พัสดุแห่งชาติขึ้น มีการเปลี่ยนแปลงในเรื่องการขอพระบรมราชานุญาตเป็นระบบการยื่นขอสัมปทาน ตามกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติชลประทานราษฎร์ พุทธศักราช 2482 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่ ออกมาควบคุมการให้สัมปทานแก่เอกชนเรื่องการชลประทานเพื่อการค้า โดยกำหนดให้เอกชนที่มีความประสงค์ที่จะได้รับสัมปทานในการดำเนินกิจการชลประทานเพื่อการค้าให้ยื่นขอสัมปทานต่อ กระทรวงเกษตรธิการ แต่กฎหมายนี้ไม่ได้ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานในการเลิกสัญญา เพื่อประโยชน์มหาชน แต่ให้อำนาจศาลในการสั่งบังคับผู้ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติให้รื้อถอน หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลงสิ่งที่ได้ทำไปแล้ว อย่างไรก็ตาม กิจการสาธารณูปโภคบางอย่าง เช่น การเดินอากาศ กรมการบินพาณิชย์ได้อนุญาตแก่ผู้ประกอบการในรูปของ “การอนุญาต” ไม่ได้ให้ในรูปของ “สัมปทาน” ซึ่งเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศ¹²

ดังนั้น ในปัจจุบันสัญญาเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะจึงอาจแยกเป็น 2 ลักษณะ คือ 1) การทำบริการสาธารณะโดยมีกฎหมายกำหนดไว้ เป็นกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะ กำหนดให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรหนึ่งองค์กรใดโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 ให้อำนาจการไฟฟ้านครหลวงดำเนินการผลิตพลังงาน ไฟฟ้า และดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้า พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ให้อำนาจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอำนาจดำเนินกิจการการบริการสาธารณะ เกี่ยวกับเรื่องการไฟฟ้าอย่างกว้างขวางภายในขอบวัตถุประสงค์ นอกจากนี้มีอำนาจดำเนินการเองแล้ว ยังมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่เอกชนที่จะสร้างโรงไฟฟ้าเพื่อผลิตและจำหน่ายกระแสไฟฟ้าอีกด้วย¹³ 2) กรณีโดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครอง ผู้ประสงค์จะดำเนินการบริการสาธารณะจะต้อง ยื่นคำขอสัมปทานจากรัฐ ซึ่งหากฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในกิจการนั้นเห็นชอบก็จะเข้าทำสัญญากัน โดยผลของสัญญาสัมปทานจะเป็นไปตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ซึ่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอัน กระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้มีการ แยกประเภทของกิจการที่จะต้องได้รับอนุญาตและกิจการที่ต้องได้รับสัมปทานจากรัฐ อยู่ที่ลักษณะ ของการผูกขาดกิจการ หากไม่มีการผูกขาดก็อยู่ในรูปของการอนุญาต ผู้ที่มีคุณสมบัติครบตามที่ กฎหมายกำหนดไว้ก็มีสิทธิขออนุญาตได้ เช่น การประกันภัย การคลังสินค้า การออมสิน เครดิตฟองซิเอร์ หากมีลักษณะในเชิงผูกขาดหรือกิจการสาธารณูปโภคก็จะอยู่ในรูปของสัมปทาน เช่น การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิต

¹² สุรพงศ์ กลั่นประชา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น. 115 - 116.

¹³ นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติ การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 พระราชบัญญัติการประปานคร หลวง พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติการประปาภูมิภาค พ.ศ. 2522 เป็นต้น

หรือการจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ และกิจการอื่นที่จะกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา เช่น กิจการทำเรือ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 จะกำหนดประเภทของกิจการที่จะต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานก่อนจึงจะกระทำได้อีกก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นตามข้อ 6 แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกิจการตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 การประกอบกิจการดังกล่าวให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกิจการนั้น” เช่น การรถไฟ ตามพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 การไฟฟ้าตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 พระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 การประปาตามพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 และพระราชบัญญัติการประปาสวนภูมิภาค พ.ศ. 2522 เป็นต้น

ดังนั้น การประกอบกิจการประปาหรือการประกอบกิจการการไฟฟ้าจะมีพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวงหรือพระราชบัญญัติการประปานครหลวง กำหนดให้รัฐวิสาหกิจสามารถทำกิจการประเภทนี้ได้ตามกฎหมายอยู่แล้ว โดยไม่ต้องมาขออนุญาตตามประกาศของ คณะปฏิวัติฉบับที่ 58 อีก แต่ถ้าเอกชนมีความประสงค์จะดำเนินกิจการประปาที่เป็นบริการแก่ประชาชนทั่วไปก็ต้องขอสัมปทานตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 หรือขออนุญาตจากรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ก่อน

มีข้อสังเกตว่า แม้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 จะกำหนดว่า การประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคจะต้องขออนุญาตหรือขอสัมปทานแต่ก็เป็นกรวางหลักเกณฑ์กว้างๆ ไว้เท่านั้น ส่วนในเรื่องของรายละเอียด เช่น แนวทางในการคัดเลือกคู่สัญญารวมทั้งอำนาจในการพิจารณาในประกาศคณะปฏิวัตินี้มิได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้เลย ดังนั้น ในเวลาต่อมาจึงได้มีการตรากฎหมายขึ้นมาอีกฉบับคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการทำสัญญาของภาครัฐและเอกชนในกรณีที่เป็นโครงการขนาดใหญ่มีเงินลงทุนมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ส่วนโครงการที่มีมูลค่าน้อยกว่านั้นก็ให้ดำเนินการตามระเบียบพัสดุสำนักนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นระเบียบที่กำหนดกฎเกณฑ์การทำสัญญาของรัฐกับเอกชนทุกประเภท แต่ระเบียบดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับแก่ราชการส่วนท้องถิ่นซึ่งมีระเบียบของตนเองแยกต่างหาก เช่นระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และไม่ใช้บังคับกับรัฐวิสาหกิจต่างๆ ที่มีระเบียบของตนเองโดยเฉพาะ นอกจากนี้ ยังมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ซึ่งใช้กับการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

โดยสรุป อาจกล่าวได้ว่าระบบสัญญาสัมปทานดังกล่าวถือเป็นต้นกำเนิดของแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองในประเทศไทย เพราะในสัญญาสัมปทานมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงความเป็นเอกเทศที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งธรรมดา เช่น การมีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้อำนาจแก่รัฐในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้หากเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่แผ่นดิน อันเป็นการแสดงให้เห็นหลักเรื่องการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและรัฐมีอำนาจเหนือเอกชน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนก็ไม่ได้มีความแตกต่างในสาระสำคัญหากมิได้มีกฎหมายกำหนดเป็นพิเศษ นอกจากนั้นระบบศาลไทยเป็นระบบศาลเดี่ยว คดีทุกประเภทรวมทั้งคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหรือสัมปทานในภาครัฐจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรมมาโดยตลอดและศาลยุติธรรมก็นำหลักกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ ซึ่งส่งผลกระทบต่อพัฒนาการของระบบกฎหมายมหาชนในประเทศไทยรวมทั้งส่งผลกระทบต่อพัฒนาการของระบบสัญญาทางปกครองที่มีภาพไม่ชัดเจน

ในช่วงที่สอง คือ ในปี 2540 ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้เปลี่ยนแปลงระบบศาลของประเทศไทยให้เป็นระบบศาลคู่ โดยมีการจัดตั้งศาลปกครองที่เป็นอิสระแยกจากศาลยุติธรรม ศาลปกครองประกอบด้วยศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น โดยให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย จากผลของการจัดตั้งศาลปกครอง ต่อมาจึงมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และได้มีการบัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย ทำให้มีการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครองของไทยเป็นไปอย่างก้าวกระโดด พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นี้ นับเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้บัญญัติค่านิยมของ “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 3 เป็นครั้งแรก โดยนิยามศัพท์สัญญาทางปกครองดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส¹⁴ แต่มีข้อสังเกตว่า พระราชบัญญัติ

¹⁴ โภคิน พลกุล, คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, เอกสารประกอบการพิจารณาเรื่องสัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด, 18 กันยายน 2544, น. 4.

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดเพียงความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครองไว้ แต่ไม่มีรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเรื่องอื่นเลย ทั้งยังบัญญัติความหมายของสัญญาทางปกครองโดยให้ความหมายที่กว้างโดยบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง..” ดังนั้น สัญญาทางปกครองของประเทศไทยจึงมีความหมายกว้าง โดยผู้บัญญัติกฎหมายต้องการให้ศาลปกครองไปพัฒนาความหมายของสัญญาทางปกครองต่อไปในอนาคตให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย

2.2 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้นฝ่ายปกครองมีเครื่องมือหลายประเภทที่ใช้ในการดำเนินกิจการ โดยอาจเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับใช้เป็นการทั่วไป เช่น การออกกฎหรือการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการกำหนดมาตรการเฉพาะรายใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ได้ อย่างไรก็ตาม นอกจากฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองยังอาจใช้วิธีการทำ “สัญญา” ซึ่งเป็นวิธีการที่อยู่บนพื้นฐานของการตกลงยินยอมกัน ซึ่งสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนนั้นอาจเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน หรืออาจเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนก็ได้

อย่างไรก็ดี สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยประสงค์ให้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนก็จะมีแนวคิดที่สำคัญคือ หลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ซึ่งตามหลักการนี้ฝ่ายปกครองก็ถือว่ามีความเท่าเทียมกับฝ่ายเอกชน ดังนั้น กฎหมายที่นำมาใช้ก็คือ กฎหมายเอกชนโดยเฉพาะบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำอีกประเภทซึ่งโดยส่วนใหญ่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน (Intérêt public) ซึ่งความสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองกับคู่สัญญาเอกชนจะไม่อยู่บนหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาจึงต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาใช้ เรียกสัญญาประเภทนี้ว่า สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)

ในประเทศที่มีการแบ่งแยกประเภทกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกันซึ่งเป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่มหรือระบบกฎหมาย Civil law มีความจำเป็นต้องมีการพิจารณาแบ่งแยกให้ได้ว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) หรือเป็นสัญญาที่อยู่ในระบบกฎหมายเอกชน (สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง (contrat privé de l'administration) ความจำเป็นดังกล่าวมีความสำคัญต่อการใช้กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ ทั้งในแง่กฎหมายสารบัญญัติ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองของฝ่ายปกครองย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครอง เช่น หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายให้การดำเนินกิจกรรมทางปกครอง

ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงอาจจะได้รับสิทธิบางประการซึ่งไม่มีในกฎหมายเอกชน เช่น สิทธิบอกเลิกสัญญาสัญญาฝ่ายเดียวในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ สิทธิในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ในแง่กฎหมายวิธีสบัญญัติโดยเฉพาะการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะต้องฟ้องต่อศาลปกครอง ส่วนคดีที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางแพ่งจะต้องฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรม

แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองของประเทศดังกล่าว ก็มีได้มีรายละเอียดที่เหมือนกันนักสัญญาที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองในฝรั่งเศสอาจไม่ใช่สัญญาทางปกครองของเยอรมนีก็ได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาลักษณะและประเภทของสัญญาทางปกครองในแต่ละประเทศเพื่อความเข้าใจ

2.2.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส

สัญญาทางปกครองถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีวิวัฒนาการด้านความคิดมาเป็นเวลายาวนาน แต่อย่างไรก็ตาม ความหมายของสัญญาทางปกครองนั้น ไม่ได้มีการนิยามไว้เป็นการทั่วไปในกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะ แนวคิดของสัญญาทางปกครองเป็นผลมาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (conseil d'Etat) ที่ได้วางหลักการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น ไม่อาจพิจารณาจากด้านของรูปแบบ สัญญาทางปกครองไม่มีรูปแบบเฉพาะตัวที่เป็นเอกลักษณ์ แต่สัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายฝรั่งเศสเน้นความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาเป็นสำคัญ¹⁵ สัญญาบางประเภทอาจจะมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นสัญญาที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองในกรณีเช่นนี้ย่อมทำให้กฎหมายที่จะบังคับใช้กับสัญญาดังกล่าวเป็นกฎหมายปกครอง และถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งซึ่งเราเรียกสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย (les contrats administratifs par détermination de la loi) ซึ่งได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (marchés de travaux publics) ซึ่งฝ่ายปกครองว่าจ้างให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ และสัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ (ventes d' immeubles de l'Etat) ตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviôse an VIII สัญญาเช่าครอบครองเช่นให้เช่าหรือให้ใช้ประโยชน์ที่ดินสาธารณะสมบัติ (contrats comportant occupation du domaine public) ตามรัฐกฤษฎีกาซึ่งมีฐานะเทียบเท่ารัฐบัญญัติ (décret-loi) ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1938 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยที่ดินของรัฐ มาตรา 84 สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ (Ventes d' immenbles

¹⁵ Laurent Richer, *Droit des contrats administratives*, 3 (Paris : L.G.D.J., 2002), p.9.

de l'Etat) สัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐ (Emprunts publics de l'Etat) รวมทั้งสัญญาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งถูกกำหนดโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยพัสดุ (Code des marchés publics) ด้วย¹⁶

นอกเหนือจากสัญญาทางปกครองที่กำหนดโดยกฎหมายแล้วสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสยังเกิดขึ้นโดยคำพิพากษาซึ่งกำหนดให้สัญญาใดสัญญาหนึ่งเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพของสัญญานั้นเอง (contrats administratifs par nature) ซึ่งศาลปกครองโดยสภาแห่งรัฐได้พิเคราะห์ถึงสภาพ (la nature) และเนื้อหาของสัญญาแล้วเห็นว่าสัญญานั้นเกี่ยวพันโดยตรงกับประโยชน์สาธารณะจึงถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งจากแนวคำพิพากษาสัญญาทางปกครองมีอยู่กับองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการคือ¹⁷

(1) คู่สัญญา สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชน (personne morale du droit public) เช่น รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น เทศบาล รวมถึงองค์กรมหาชน (établissements publics) ในกรณีนี้สัญญาใดกระทำขึ้นโดยคู่สัญญาเอกชนด้วยกันเองโดยหลักแล้วสัญญาดังกล่าวย่อมไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ซึ่งสภาแห่งรัฐก็ยืนยันหลักดังกล่าวตามที่ได้มีคำพิพากษาไว้ในกรณีของข้อตกลงระหว่างสหภาพแพทย์ (Syndicats médicaux) กับสำนักงานประกันสังคม (les caisses de sécurité sociale) ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่งทั้งคู่ (คำพิพากษาลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1963 ในคดี Syndicats des praticiens de l'art dentaire du département du Nord) และศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลยืนยันตามคำพิพากษาดังกล่าว

ต่อมา ได้เกิดข้อยกเว้นที่สำคัญขึ้นโดยถือว่าสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากเอกชนฝ่ายหนึ่งทำเพื่อประโยชน์แห่งนิติบุคคลมหาชน เช่นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาจ้างผู้รับเหมาเอกชนโดยมีบริษัทเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้ดำเนินการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคการเป็นผู้ว่าจ้าง ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ (les marchés de travaux publics) ตามคำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1963 ในคดี Entreprise peyrot ซึ่งศาลชี้ขาดเขตอำนาจได้วางหลักว่า การสร้างทางหลวงมีลักษณะเป็นงานโยธาสาธารณะและเป็นภารกิจของรัฐโดยสภา ซึ่งตามจารีตประเพณีการดำเนินการดังกล่าวรัฐจะจัดทำเอง ดังนั้น สัญญาที่ผู้รับสัมปทานทำกับเอกชนเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างทางด่วนโดยผู้รับสัมปทานทำสัญญาในนามหรือเพื่อประโยชน์ของรัฐ (au nom et pour le

¹⁶ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง), 2547, น. 72 - 73.

¹⁷ เพ็งอั้ง, น.73

compte de l'Etat) สัญญานี้จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง และคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 24 เมษายน ค.ศ. 1968 สำหรับการก่อสร้างอุโมงค์ตัดถนน Mont - Blanc

ในระยะแรกแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อยกเว้นนี้มีลักษณะเคร่งครัดคือ จำกัดเฉพาะกรณีก่อสร้างถนนเท่านั้น แต่ต่อมาได้ขยายไปถึงสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างสิ่ง สาธารณูปการอื่นด้วย เช่น ในงานเกี่ยวกับการผังเมือง เป็นต้น ทั้งนี้โดยอาศัยทฤษฎีตัวแทนโดยปริยาย (mandate tacite) ซึ่งเป็นกรณีที่บริษัทเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้ดำเนินการก่อสร้างสิ่ง สาธารณูปโภคเป็นผู้ทำสัญญากับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งโดยถือว่าบริษัทเอกชนดังกล่าวเป็นตัวแทนของ ฝ่ายปกครองและกระทำในนามของฝ่ายปกครอง ดังนั้น สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นสัญญาทางปกครอง (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1975 ในคดี Société d'équipement de la région Montpellieraine และคำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลลงวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1975 ในคดี Commune d'Agde)

ในกรณีที่เป็นสัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน โดยหลักแล้ว สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง เว้นแต่เป็นกรณีที่สัญญาดังกล่าวมีผลเป็นเพียงการก่อนนิติสัมพันธ์ทางแพ่งระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น (คำวินิจฉัยศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1983 กรณี U.A.P.)

ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นเอกชน สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองจะเป็นต้องมีเงื่อนไขอย่างอื่นประกอบด้วย เงื่อนไขเกี่ยวกับคู่สัญญาแม้จะเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นแต่ก็ยังไม่เพียงพอ นั่นคือจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วย

(2) วัตถุประสงค์แห่งสัญญา (objet du contrat) แต่สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นมิใช่ทุกสัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวข้องกับการดำเนินการบริการสาธารณะ (service public) สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยหลักย่อมมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะบ้างไม่มากก็น้อย แต่สภาแห่งรัฐถือว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา (objet du contrat) เป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง กล่าวคือ หน้าที่คู่สัญญาต้องชำระหนี้ตอบแทนกันเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะในตัวเอง¹⁸

(3) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดพิเศษที่ปกติแล้วไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง (la clause exorbitant du droit commun) เป็นลักษณะของสัญญาทางปกครองที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐและศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล (Tribunal des conflits) แต่เป็นการยาก

¹⁸ บวรศักดิ์ อรรถมนิ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 5, น. 84, (2529).

ที่จะให้คำนิยาม “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ปกติไม่พบในสัญญาทางแพ่ง” แต่ข้อกำหนดดังกล่าวจะเกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เอกสิทธิ์ (prérogative) แก่ฝ่ายปกครองเหนือคู่สัญญาเอกชน หรือหมายถึงข้อสัญญาที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ ซึ่งโดยลักษณะของหน้าที่นั้นไม่อาจนำมากำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งได้เพราะจะทำให้สัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ให้อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้แต่เพียงฝ่ายเดียว หรืออำนาจในการกำกับดูแลกิจการที่ให้สัมปทาน เป็นต้น¹⁹ นอกเหนือไปจากกรณีข้างต้นแล้วแม้ว่าจะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ สัญญาหนึ่งสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้แสดงเจตนาที่จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งด้วยการกำหนดข้อความในสัญญาในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นกฎหมายแพ่งเป็นสิ่งที่บ่งบอกว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1963 คดี Société la Prospérité Fermière) การที่สัญญามีข้อกำหนดพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาทางแพ่งถูกศาลพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครองนั้น ตั้งอยู่บนฐานความคิด 2 ฐานคือ ประการแรก การกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่จะให้สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นสัญญาทางปกครอง และใช้บังคับตามกฎหมายมหาชน ประการที่สอง ข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในกฎหมายแพ่งนั้น ก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองโดยธรรมชาติ เพราะข้อสัญญาเหล่านี้ เราจะไม่น่าพบในสัญญาทางแพ่งธรรมดา จึงต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาบังคับใช้

ตัวอย่างข้อกำหนดพิเศษที่ปกติไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง²⁰ เช่น

3.1 เป็นข้อกำหนดที่มักเกี่ยวข้องกับอภิสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Prérogative) ซึ่งอภิสิทธิ์ดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองคู่สัญญามีสถานะเหนือคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งที่ถือว่าคู่สัญญามีสถานะที่เท่าเทียมกัน ข้อสัญญาเหล่านี้มักกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญาได้ฝ่ายเดียวในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา โดยให้ฝ่ายปกครองกระทำในรูปของนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งฝ่ายปกครองอาจใช้วิธีการใดๆ เพื่อให้การดำเนินการเป็นไปด้วยดี ในกรณีคู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาหรือเหตุอื่นๆ เช่น ฝ่ายปกครองอาจเข้าดำเนินการบริการสาธารณะแทน ถึงแม้จะไม่มีข้อสัญญาที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งถึงอภิสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง แต่ข้อกำหนดที่ฝ่ายปกครองมีสิทธิในการยกเลิก หรือเพิกถอนสัญญา หรือเวนคืนสัญญาในกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ทำตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ ก็ถือเป็นอภิสิทธิ์ประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครอง แต่ในกรณีเหล่านี้ บางครั้งก็เป็นข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งด้วยโดยไม่ทำให้สัญญาทางแพ่งนั้นไม่

¹⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), น. 344.

²⁰ A. de LAUBADERE Drère, F. MODERINE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, t.1, L.G.D.J., 1984, p. 214-229.

ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ข้อกำหนดเหล่านี้จะถือเป็นข้อกำหนดพิเศษในสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อวิธีการใช้อำนาจเหล่านี้มีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง เช่น เป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้วิธีดังกล่าว การใช้วิธีการนั้นโดยไม่มี การเตือนล่วงหน้าให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญา

3.2 เป็นข้อกำหนดที่อ้างอิงไปถึงสัญญาแบบ (contrat-type) หรือเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง (cahier des charges) หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

3.3 ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก เช่นในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทาน หรือในสัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ให้สิทธิคู่สัญญาเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ เป็นต้น

3.4 ข้อกำหนดซึ่งต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น เช่น ข้อสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองไม่อาจละอภิสถิได้

3.5 ข้อกำหนดซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชน (clauses inhabituelles) ข้อกำหนดที่จะถือว่าเป็นพิเศษจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งของเอกชน ต้องมีลักษณะค่อนข้างชัดเจน มิใช่เป็นเพียงข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชนเท่านั้น แต่เป็นข้อกำหนดที่เราพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่งเพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เช่น หลักความเสมอภาคของคู่สัญญา หลักดุลยภาพของภาระและผลประโยชน์ในการดำเนินการตามสัญญา หรือหลักเสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา เป็นต้น

มีปัญหาว่าข้อกำหนด ใดๆถึงจะถือว่าแตกต่างไปจากที่กำหนดในสัญญาทางแพ่ง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าข้อกำหนดที่แตกต่างไปจากข้อกำหนดทั่วไปในสัญญาทางแพ่งก็คือ ข้อกำหนดที่มีลักษณะเกินเลยขอบเขตของหลักในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งไม่อาจกำหนดไว้ในสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชน เพราะกรณีดังกล่าวอาจถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1927 ในคดี Société les Afféteur réunis และคำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจ ลงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1967 ในคดี Préfet de la Seine การอ้างอิงเอกสารแนบท้ายซึ่งเป็นเอกสารกลางที่กำหนดเงื่อนไขในสัญญาของฝ่ายปกครองในกรณีต่างๆ (cahier des clauses et conditions générales) ก็ถือว่าเป็นข้อกำหนดที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1967 ในคดี Roudier de la Brille)

ต่อมา ศาลปกครองได้ขยายหลักการในเรื่องนี้โดยพิพากษาว่า แม้ในสัญญาจะไม่มีข้อกำหนดข้อหนึ่งข้อใดที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง แต่จากข้อเท็จจริงที่ว่าเมื่อพิจารณาโดยรวม

แล้วสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่แตกต่างไปจากกฎหมายแพ่งก็ทำให้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1973 คดี Société d'exploitation de la rivière du Sant)

อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นในกรณีที่เป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เช่น การไฟฟ้า เป็นต้น กับผู้ใช้บริการของหน่วยงานดังกล่าว แม้จะมีข้อกำหนดที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งก็ยังถือว่าเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่ง และอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม (คำพิพากษาของศาลชี้ขาดเขตอำนาจ ลงวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1962 ในคดี Dame Bertrand)

ในทางตำรากฎหมายของฝรั่งเศสคำว่า สัญญาทางปกครองมีความหมายกว้างครอบคลุมถึงสัญญาประเภทต่างๆที่มีลักษณะหลากหลาย แต่อาจแบ่งเป็นประเภทหลักๆ ได้ 4 ประเภท²¹ คือ

(1) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุ (Les marchés publics)

เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองในระดับต่างๆไม่ว่าจะเป็นรัฐ องค์กรปกครองท้องถิ่น หรือองค์กรมหาชน มอบหมายให้เอกชนรายหนึ่งหรือหลายรายดำเนินการจัดหาพัสดุหรือบริการหรือจ้างก่อสร้างสิ่งก่อสร้างใดๆโดยฝ่ายปกครองเป็นผู้จ่ายเงินตอบแทนให้ สำหรับการจัดหาหรือก่อสร้างนั้น สัญญาดังกล่าวนี้อาจมีลักษณะคล้ายสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างตามกฎหมายแพ่ง อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่การหาดังกล่าวเป็นการจัดหาของฝ่ายปกครองด้วยเงินที่ใช้จ่ายนั้นเป็นเงินของประชาชนผู้เสียภาษีประกอบกับเป็นวิธีการหลักที่ฝ่ายปกครองจะต้องนำมาใช้เป็นส่วนใหญ่ในการได้มาซึ่งพัสดุเพื่อดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ ดังนั้น สัญญาพัสดุจึงมีความพิเศษที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งในลักษณะเดียวกัน ความพิเศษได้แก่ การที่มีกฎหมายกำหนดเกณฑ์ไว้เป็นพิเศษซึ่งหลักเกณฑ์ต่างๆ ส่วนใหญ่รวมไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (Code des marchés publics)

นอกจากนี้แล้ว ยังมีกฎหมายฉบับต่างๆ กำหนดหลักเกณฑ์ในบางเรื่องไว้เป็นพิเศษ เช่น รัฐบัญญัติ (la loi) ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1975 ว่าด้วยผู้รับสัญญาช่วง (lasous-traitance) รัฐบัญญัติ (la loi) ลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1991 เกี่ยวกับความโปร่งใส และความถูกต้องของกระบวนการทำสัญญา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หลักการที่สำคัญๆโดยมากได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุทั้งสิ้น

ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดคำนิยามของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไว้ในมาตรา 1 ว่าหมายถึง “สัญญาที่จัดทำขึ้นโดยองค์กรฝ่ายปกครองภายใต้เงื่อนไขของประมวล

²¹ Laurent Richer, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 15*, p. 318.

กฎหมายนี้ เพื่อการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ การจัดหาพัสดุและบริการ” ความหมายตามบทบัญญัตินี้ ได้รับการพัฒนาให้สมบูรณ์โดยนักวิชาการและศาล ซึ่งนิยามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหมายความถึง สัญญา ซึ่งคู่สัญญาของฝ่ายปกครองมีหน้าที่จัดหาหรือจัดทำสิ่งที่ตกลงกันไว้ให้แก่ฝ่ายปกครองโดยจะได้รับ ค่าจ้าง (ในการจัดหาหรือจัดทำนั้น) จากฝ่ายปกครองเป็นค่าตอบแทน²²

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถจำแนกประเภทของสัญญาพัสดุได้ดังนี้

(1.1) สัญญาที่เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (marchés de travaux publics) ได้แก่ สัญญาก่อสร้างถนน สัญญาขุดคลอง สัญญาสร้างสะพาน สัญญาสร้างทางระบายน้ำ สัญญาก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

(1.2) สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุ (marchés de fourniture) ได้แก่ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งน้ำ ส่งก๊าซ หรือส่งกระแสไฟฟ้า สัญญาซื้อเครื่องพิมพ์ดีด สัญญาซื้อ เครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ ซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ทุกชนิด เป็นต้น

(1.3) สัญญาจัดให้มีบริการ (marchés de services) ได้แก่ สัญญาที่ เกี่ยวกับการขนส่ง เช่นสัญญาจ้างผู้จัดให้มีบริการรับส่งนักเรียน สัญญาขององค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่นที่สร้างขึ้นเพื่อให้มีการจัดเก็บขยะหรือของเสียต่างๆ สัญญาที่เกี่ยวกับการบำรุงรักษาเช่น สัญญา ให้บำรุงรักษาวัสดุอุปกรณ์ในสำนักงานประเภทคอมพิวเตอร์ ลิฟต์ เป็นต้น

ประมวลกฎหมายว่าด้วยพัสดุได้กำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับวิธีการ จัดหาพัสดุแต่ละประเภทรวมทั้งเนื้อหาของสัญญาและกิจกรรมต่างๆเกี่ยวกับสัญญาโดยเฉพาะอย่าง ยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวกับการเงินซึ่งมีข้อสังเกตว่า ประมวลกฎหมายดังกล่าวมิใช่เป็นกฎหมายในระดับรัฐ บัญญัติ (กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา) หากแต่เป็นกฎหมายลำดับรองอันเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดย ประมวลกฎหมายฉบับปัจจุบันประกาศใช้บังคับโดยรัฐกฤษฎีกา (décret) ที่ 2001-210 ลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 2001 และรัฐกฤษฎีกาที่ 2001-1168 ลงวันที่ 11 ธันวาคม 2001

ปัจจุบันสัญญาจัดซื้อจัดจ้างเป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจ ศาลปกครอง จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

(2) สัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินกิจการบริหารสาธารณะ (Les conventions de gestion déléguée de service public)

ในปัจจุบันกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสได้ยอมรับให้ฝ่ายปกครองสามารถที่ จะสละอำนาจมหาชน (puissance publique) บางส่วนหรือเป็นการชั่วคราวได้ และยังยอมรับด้วย ว่าฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่เพิ่มมากขึ้นอยู่ตลอด จึงสามารถที่จะหันไปหาฝ่ายเอกชนเพื่อให้

²² ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส, (รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม), 2554), น. 13.

ช่วยเหลือทางการเงินและการลงทุนได้ด้วยโดยอาศัยการทำสัญญาเป็นเครื่องมือในการดำเนินการดังกล่าว สัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะหมายถึง สัญญาที่พำขึ้นระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนผู้ได้รับมอบหมายต้องรับผิดชอบและเสี่ยงภัยกับการดำเนินการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดและผู้ดำเนินการจะได้รับค่าตอบแทนในรูปการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ผู้ใช้โดยตรง ซึ่งนิยามและหลักกฎหมายที่ใช้สำหรับสัญญาประเภทนี้ได้พัฒนามาจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะและงานโยธาสาธารณะที่เกิดขึ้นมานานแล้ว ในปี 1993 ได้มีการรวบรวมและจัดหมวดหมู่สัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะประเภทต่างๆ เข้าด้วยกัน และออกรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 29 มกราคม 1993 ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับสัญญาประเภทนี้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการทำสัญญา ซึ่งประกอบด้วย

(2.1) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ (La concession de service public) เนื่องจากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ความหมายไว้ จึงมีการนิยามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะโดยนักวิชาการ ซึ่งสกัดจากแนวคำพิพากษาของศาล นิยามที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปคือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนในกิจการนั้นเองและต้องรับผิดชอบต่อความเสี่ยงภัยที่จะเกิดขึ้น ทั้งนี้โดยได้รับค่าตอบแทนจากเงินค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ใช้บริการโดยตรง และเมื่อระยะเวลาสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง ทรัพย์สินที่ผู้รับสัมปทานได้ลงทุนทำไว้ให้ตกเป็นของผู้ให้สัมปทาน²³

(2.2) สัญญาให้ดำเนินการบริการสาธารณะ (L' affermage) ซึ่งต่างกับสัญญาสัมปทานตรงที่คู่สัญญาไม่ต้องลงทุนในการก่อสร้างหรือจัดซื้ออุปกรณ์ใดๆ เนื่องจากองค์กรฝ่ายปกครองได้มีหรือทำไว้แล้ว คู่สัญญาได้รับสิทธิในการดำเนินการและต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ฝ่ายปกครองในลักษณะของค่าธรรมเนียม (redevance) ตัวอย่างของสัญญาในลักษณะนี้คือ การให้บริการจ่ายน้ำประปา ซึ่งได้มีการวางท่อไว้แล้วโดยองค์กรฝ่ายปกครอง

(2.3) การจ้างให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะ (Régie intéressée) เป็นสัญญาซึ่งฝ่ายปกครองเป็นผู้ลงทุนทั้งหมดในการจัดตั้งหน่วยงานโดยมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ และเอกชนดังกล่าวได้รับค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครองมิใช่จากผู้ใช้บริการ ค่าตอบแทนที่จะได้รับนั้นจะขึ้นอยู่กับผลการดำเนินการบริการสาธารณะนั้นด้วย และเอกชนคู่สัญญาจะถูกควบคุมจากฝ่ายปกครองอย่างเข้มงวดแต่ก็มีอิสระในการบริหารงาน เอกชนมีหน้าที่ดูแลรักษาทรัพย์สินที่ได้รับมอบหมายให้บริหารจัดการ และต้องออกค่าใช้จ่ายที่ตามปกติควรมีในการดูแลรักษา

²³ ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น. 15.

ทรัพย์สิน ถ้าเป็นค่าซ่อมแซมใหญ่รัฐเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย สัญญาประเภทนี้มีความใกล้เคียงกับ 2 ประเภทแรก แต่ต่างกันที่วิธีการได้รับสัญญาผลตอบแทน

(2.4) การจ้างผู้จัดการบริหารงานสาธารณะแทนรัฐ (Gérance) มีลักษณะคล้ายกับ Régie intéressée แต่ต่างกันในค่าตอบแทนที่จะให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะจ่าย ในลักษณะเหมาจ่าย ซึ่งกำหนดเป็นรายปี โดยฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่รับทั้งกำไรและขาดทุน โครงการลักษณะนี้เอกชนจะมีความเสี่ยงน้อยแต่รัฐอาจผลักระยะความเสี่ยงบางประการให้เอกชน เช่น กำหนดเป้าหมายของผลงาน ถ้าไม่ได้ตามเป้า เอกชนต้องรับผิดชอบ เป็นต้น

(3) สัญญาให้เอกชนครอบครองสาธารณะสมบัติ (Les contrats d'occupation du domain public)

สัญญาประเภทนี้เป็นเครื่องมือของรัฐในการแสวงหาประโยชน์ทาง เศรษฐกิจในที่ดินสาธารณะของหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งได้มีรัฐกฤษฎีกาซึ่งมีสถานะเทียบเท่ารัฐ บัญญัติ (décret - loi) ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1938 มาตรา 1 (ซึ่งต่อมาได้เปลี่ยนเป็นมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินสาธารณะ (code du domaine de l'Etat) ได้กำหนดให้คดีเกี่ยวกับ สัญญาประเภทนี้อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาประเภทนี้ เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

ลักษณะของสัญญาประเภทนี้คือการให้เอกชนเข้าครอบครองที่ดิน สาธารณะซึ่งอาจเป็นการเข้าครอบครองเพื่อใช้ประโยชน์ในกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ก็ได้ เช่น

(3.1) สัญญาสัมปทานการครอบครองสาธารณะสมบัติทางทะเล (concessions d'occupation du domain public maritime) เช่น สัญญาสัมปทานอุปกรณ์ เครื่องมือสาธารณะในท่าเรือ (Concession d' outillage public dans les ports) สัญญาสัมปทาน ท่าเรือเพื่อการกีฬาหรือการหย่อนใจ (Concessions de ports de plaisance) สัญญาสัมปทานเขื่อน กั้นน้ำ (Concession endigage) หรือสัญญาสัมปทานชายหาด (Concession de plages) ไม่ว่าจะ เป็นชายหาดธรรมชาติหรือชายหาดที่สร้างขึ้น

(3.2) สัญญาสัมปทานการครอบครองสาธารณะสมบัติทางแม่น้ำ (Concession d'occupation du domain public fluvial) ซึ่งได้แก่ สัญญาสัมปทานอุปกรณ์ เครื่องมือสาธารณะ (Concession d' outillage public) สัญญาสัมปทานการใช้ที่ดินของแม่น้ำ (Concession de terrains fluviaux) ซึ่งเกิดจากการสร้างเขื่อนกั้นน้ำ หรือสัญญาสัมปทานกำลังน้ำ (Concession de force hydraulique sur les cours d' eau dominanx)

(3.3) สัญญาสัมปทานสถานีบริการบนทางคมนาคมสาธารณะ (Concession de stations - service le domaine publics routier)

(3.4) สัญญาสัมปทานอุปกรณ์เครื่องมือสาธารณะในท่าอากาศยาน
(Concession d' outillage public dans les aéroports)

(3.5) สัญญาสัมปทานปิดป้ายประกาศหรือโฆษณาบนสาธารณะสมบัติ
(Concession d' affichage sur le domaine public)

(3.6) สัญญาสัมปทานซุ้มขายหนังสือพิมพ์หรือดอกไม้ในกรุงปารีส
(Concession de kiosques a journaux et a fleurs a Paris)

(3.7) สัญญาสัมปทานที่จอดรถใต้ดิน (Concession de parcs publics de stationnement souterrains pour automobile)

(4) สัญญาจ้างสรรหาเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Les contrats de recrutement d' agent public)

ในการจ้างบุคคลากรเข้าทำงานกับรัฐในฐานะเจ้าหน้าที่อาจจะมีสถานะเป็นการจ้างตามสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้เพราะประการแรกเป็นงานชั่วคราว ประการต่อมา เป็นงานที่ต้องการผู้ที่มีคุณสมบัติเฉพาะ ซึ่งไม่อาจดำเนินวิธีการคัดเลือกตามระบบราชการทั่วๆ ไปและกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาจ้างนี้มิใช่กฎหมายแรงงาน แต่เป็นกฎหมายมหาชนได้แก่รัฐกฤษฎีกา เลขที่ 84 - 16 ลงวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 1986 (กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานส่วนกลางที่ไม่ใช่เป็นหน่วยงานทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม) รัฐกฤษฎีกาเลขที่ 88 - 145 ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1986 (กรณีองค์กรปกครองท้องถิ่นและหน่วยงานขององค์กรดังกล่าว) รัฐกฤษฎีกา เลขที่ 91 - 155 ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1991 (กรณีหน่วยงานเกี่ยวกับสาธารณสุข) ซึ่งกฎหมายทั้ง 3 ฉบับนี้จะกำหนดหลักทั่วไปในการคัดเลือก สิทธิของลูกจ้างเกี่ยวกับการหยุดงานรวมทั้งมาตรการทางวินัยและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ออกจากงาน โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการคำนวณค่าทดแทน ซึ่งนอกเหนือจากกฎหมายดังกล่าวซึ่งเป็นหลักทั่วไปแล้วยังมีกฎหมายเฉพาะสำหรับงานแต่ละประเภทด้วย เช่น รัฐกฤษฎีกา เลขที่ 90 - 543 ลงวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 1990 ซึ่งใช้บังคับเจ้าหน้าที่ของ A.N.P.E.

2.2.2 ลักษณะสัญญาทางปกครองเยอรมนี

สัญญาทางปกครองเยอรมนีได้มีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 54 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ซึ่งได้ให้คำจำกัดสัญญาทางปกครองว่า

“นิติสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้โดยสัญญา (สัญญาทางมหาชน) ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่ง

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเข้าทำสัญญาทางมหาชนแทนการออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองขึ้น”²⁴ จากนิยามดังกล่าวลักษณะของสัญญาทางปกครองเยอรมันจึงประกอบด้วย²⁵

(1) สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น จึงต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับด้วย เช่น เรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญา และสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกัน เป็นต้น

(2) สัญญาทางปกครองแตกต่างจากสัญญาอื่นที่วัตถุแห่งสัญญา (objet) ต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน (dans le domaine du droit public) องค์ประกอบข้อนี้เป็นสิ่งแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับจากสัญญาทางแพ่ง

สัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้นเป็นสัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำกับเอกชนภายใต้ขอบเขตของกฎหมายปกครอง อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองดังกล่าวได้บัญญัติอยู่ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ในหมวดที่ 4 ว่าด้วยสัญญาตามกฎหมายมหาชน (Offentlich-rechtlicher Vertrag) ตั้งแต่มาตรา 54 ถึงมาตรา 62 จะเห็นได้ว่า ชื่อหัวข้อหมวดและบทบัญญัติดังกล่าวใช้คำว่า สัญญาตามกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายกว้าง นั่นคือมีสัญญาตามกฎหมายมหาชนอื่น เช่น สัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Volkerrchtliche Verträge) เป็นสัญญาเรื่องที่ทำความตกลงอยู่ในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สัญญารวมประเทศเยอรมันที่สร้างขึ้นระหว่างประเทศเยอรมันตะวันออกและประเทศเยอรมันตะวันตกเดิม สัญญาสัมปทานน้ำมันทำขึ้นระหว่างรัฐกับนิติบุคคลเอกชนต่างประเทศเกี่ยวกับการค้นคว้าวิจัย และการนำมาใช้ประโยชน์ของแหล่งน้ำมันในอาณาเขตของประเทศ เป็นต้น สัญญาตามกฎหมายศาสนาคริสต์ (Kirchenrechtliche Verträge) เป็นสัญญาระหว่างองค์กรของรัฐกับองค์กรทางศาสนาคริสต์ ที่กำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายต่อกันในรูปแบบดั้งเดิมซึ่งหมายถึงสนธิสัญญาระหว่างสันตะปาปากับรัฐบาล สัญญาตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Verfassungsrechtliche Verträge) สัญญาประเภทนี้ทำขึ้นระหว่างองค์กรตามกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งอาจเป็นได้ทั้งสัญญาระหว่างสหพันธรัฐกับมลรัฐ (Länder) สัญญาระหว่างมลรัฐด้วยตนเองในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐาน เช่น สัญญาของรัฐ (Staatsvertrag) ระหว่างมลรัฐ Niedersachsen และมลรัฐ Schleswing Holstein เกี่ยวกับการจัดตั้งและดูแลศาลปกครองสูงสุดที่ Luneburg สัญญาระหว่าง

²⁴ วรเจตน์ ภาศิริตัน, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 29, น. 262 (มิถุนายน 2542).

²⁵ Hartmut Maurer, *manuel de droit administratif Allemand*, trans. Michel Fromont, L.G.D.J , 1992, PP.363.

บรรดามลรัฐ 16 มลรัฐเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรมหาชนอิสระเกี่ยวกับงานวิทยุโทรทัศน์ (Rundfunkanstalt)²⁶

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมนีมีความหมายแตกต่างจากสัญญาปกครองในระบบของฝรั่งเศส ในขณะที่สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นในงานของฝ่ายปกครองส่วนที่เป็นการบริการสาธารณะและมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาทางแพ่งค่อนข้างมาก แต่สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมนีเป็นสัญญาที่มุ่งไปยังการก่อตั้งเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครอง เนื่องจาก ในระบบกฎหมายเยอรมันองค์กรฝ่ายปกครองอาจใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับบุคคลแทนการออกคำสั่งทางปกครองได้ สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันจึงเป็นสัญญาที่มักเกิดขึ้นในแดนที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ความผูกพันทางกฎหมายในรูปของสัญญาแทนการใช้คำสั่งทางปกครอง หรือใช้สัญญาเป็นเครื่องมือเสริมให้การออกคำสั่งทางปกครองที่มีความยืดหยุ่นและบรรลุวัตถุประสงค์ทางปกครองให้มากขึ้น

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของ คู่สัญญา (ฐานะของคู่สัญญา) และเงื่อนไขในความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาไว้โดยปริยายและชัดเจน²⁷

(1) รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่ความสัมพันธ์ของคู่สัญญา

(1.1) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (Koordinationsrechtliche Verträge)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายมหาชนมีฐานะเท่าเทียมกัน และวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการกำหนดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) อันมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะและเป็นเครื่องมือให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ซึ่งมีใช้เรื่องคำสั่งทางปกครอง ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง โดยอาจเป็นระหว่างสองหน่วยงานหรือมากกว่านั้น สัญญาประเภทนี้เป็นเครื่องมือให้องค์กรฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งความสัมพันธ์เช่นนี้ไม่อาจก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยคำสั่งฝ่ายเดียวทางปกครองได้เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน เช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการบำรุงรักษาลำน้ำบริเวณรอยต่อของเขตการปกครองตนเอง หรือสัญญาระหว่างสหพันธ์

²⁶ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, “สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, หนังสือรวมบทความวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ, สำนักงานศาลปกครอง, น. 201 - 202.

²⁷ Hartmut Manrer, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, p.368

กับมลรัฐเรื่องการดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของมลรัฐ สัญญาระหว่างมลรัฐกับเทศบาลในความตกลงเรื่องการจัดสรรเงินสนับสนุนโรงละครในเขตเทศบาล สัญญาระหว่างเทศบาลด้วยกันในเรื่องการเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่เทศบาลตามมาตรา 8 กฎหมายเกี่ยวกับเทศบาล (GemO) หรือในเรื่องเกี่ยวกับการดูแลรักษาแม่น้ำที่เป็นเส้นแบ่งเขตระหว่างเทศบาล สัญญาระหว่างราชการส่วนท้องถิ่นกับมลรัฐเกี่ยวกับภาระหน้าที่ในการกำจัดขยะ สัญญาระหว่างการรถไฟของสหพันธ์กับเทศบาลในเรื่องการจัดตู้รถไฟโดยสารให้แก่นักเรียนโดยเทศบาลจ่ายเงินตอบแทนการดำเนินการ สัญญาระหว่างเทศบาลกับองค์กรท้องถิ่นที่เรียกว่า Landkreis เรื่องการโอนอำนาจหน้าที่ในการกำจัดขยะ ความตกลงระหว่างเทศบาลเกี่ยวกับการดูแลรักษาสะพานและทางเดิน หรือสัญญาระหว่างองค์กรที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะกับเอกชน แต่อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันและภายใต้กฎหมายมหาชน เช่น สัญญาระหว่างผู้ปกครองและเทศบาลเกี่ยวกับการนำบุตรเข้าเรียนในโรงเรียนอนุบาล ทั้งนี้ มีข้อบัญญัติท้องถิ่นเกี่ยวกับการเข้าเรียนในโรงเรียนอนุบาลกำหนดไว้ และหมายความรวมถึงสัญญาระหว่างพลเมืองด้วยกันเองผู้ซึ่งมีฐานะเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายปกครอง ซึ่งมีผู้เห็นว่าเป็นกรณีกเว้นที่สามารถกระทำได้ เช่น สัญญาระหว่างผู้อยู่อาศัยในท้องถิ่นซึ่งยอมรับหน้าที่ในการสร้างถนนตามกฎหมายทางเดินและถนนของบาเยิร์น แต่หากปรากฏว่าเอกชนหรือพลเมืองไม่มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็ไม่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะว่าวัตถุประสงค์ไม่ได้เป็นการกำหนดให้อยู่ภายใต้กฎหมายปกครองที่จะมีผลต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น กรณีนักศึกษาสองคนทำสัญญาแลกเปลี่ยนที่เรียนในมหาวิทยาลัยของรัฐกันเองหรือเจ้าของที่ดินสองฝ่ายตกลงกันเรื่องเขตก่อสร้างอาคารซึ่งเป็นการเลี่ยงกฎหมายในเรื่องระยะห่างแนวเขตสาธารณะ²⁸

สัญญาทางปกครองซึ่งคู่กรณีมีฐานะที่เท่าเทียมกันนี้ อาจกำหนดเนื้อหาให้คู่สัญญาต้องกระทำการแลกเปลี่ยนหรือต่างตอบแทน (Koordinationsrechtlicher Austauschvertrag) หรือมีเนื้อหาเป็นการประนีประนอม (Koordinationsrechtlicher Vergleichsvertrag) ก็ได้ ทั้งนี้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย (มาตรา 54 ประโยคหนึ่ง VwVfG)

(1.2) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน (subordinationsrechtliche Verträge)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้โดยปกติได้แก่บรรดาสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชนแล้วฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชนแต่เมื่อเข้าทำสัญญา โดยเฉพาะเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถจะทำสัญญาโดยตรงกับเอกชน แทนที่จะออกคำสั่งทางปกครองให้แก่บุคคลนั้นก็ได้ เช่นกรณีปรากฏในกรณีกฎหมายผังเมือง (Droit de l'urbaisme) นอกจากนั้น คู่สัญญาทั้งสองอาจ

²⁸ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26, น. 228 - 229.

เป็นเอกชนก็ได้ หากปรากฏว่าเอกชนฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองตามกฎหมายให้กระทำการทางปกครองจากฝ่ายปกครองที่เรียกว่า Beliehener สัญญาประเภทนี้มีความสำคัญและฝ่ายปกครองนำมาใช้ในทางปฏิบัติมาก และทำนองเดียวกันกับสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน สัญญาที่คู่สัญญามีฐานะที่แตกต่างกันการทำสัญญาก็สามารถตกลงทำสัญญาที่มีเนื้อหาเป็นการต่างตอบแทนหรือแลกเปลี่ยน และที่มีเนื้อหาเป็นการประนีประนอมก็ได้ เช่น สัญญาระหว่างนายจ้างกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการจ่ายเงินค่าเรียนคืนสำหรับการไล่ออกจากงานจ้างก่อนกำหนด สัญญาเกี่ยวกับการจ่ายเงินอุดหนุนที่รัฐให้เอกชน (eine Subvention)²⁹

(2) รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา

(2.1) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austauschvertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน การตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง (VwVfG) มาตรา 56 ได้กำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา ดังนี้คือ การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ชำระหนี้ต่างตอบแทน ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันไว้ในสัญญา และเป็นไปเพื่อที่ฝ่ายปกครองทำหน้าที่ทางปกครองให้บรรลุผล นอกจากนั้นการกระทำการต่างตอบแทนต้องมีความเหมาะสมเมื่อพิจารณาสถานการณ์โดยรวม และต้องมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับการกระทำหรือประโยชน์ที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการ สัญญานี้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องมีหน้าที่ต่อกัน และมุ่งหมายจะคุ้มครองเอกชนไม่ให้ถูกเรียกร้อยชำระหนี้ที่ตนไม่ได้ผูกพันตามกฎหมาย อีกทั้งเป็นการป้องกันไม่ให้ฝ่ายปกครองนำประโยชน์ของรัฐไปใช้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย³⁰

จากบทบัญญัติของกฎหมายข้อกำหนดตามสัญญาของฝ่ายเอกชนต้องประกอบด้วย

- (ก) ต้องตกลงยอมรับในจุดมุ่งหมายที่ได้กำหนดไว้
- (ข) ต้องช่วยส่งเสริมให้เกิดความสำเร็จในภารกิจบริการสาธารณะของเจ้าหน้าที่
- (ค) จะต้องมีเหตุผลสมควรเพื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว

²⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, (รายงานการวิจัยโดยสถาบันพระปกเกล้า), น.73.

³⁰ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น. 230 - 231.

(ง) จะผูกพันก็เมื่อจ่ายเงินตอบแทนตามสัญญาแล้ว

ตัวอย่างเช่น เอกชนต้องการลงทุนก่อสร้างที่พักอาศัยขนาดใหญ่ในพื้นที่ที่ไม่มีโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กบริเวณใกล้เคียง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่อาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากเอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างไปใช้ในการสร้างโรงเรียน หรือสถานรับเลี้ยงเด็กได้ คงเก็บได้แต่ภาษีท้องถิ่นสำหรับการสร้างหรือบำรุงถนนเท่านั้น เพื่อประกอบการพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้างและการพิจารณาวางผังเมือง เอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างอาจตกลงทำสัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมอบเงินในจำนวนที่เหมาะสมเพื่อให้้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก สัญญานี้เรียกว่า “Folgekostenvertrag” ซึ่งถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองและถือว่าชอบด้วยกฎหมายเพราะ

(ก) การมอบเงินโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีวัตถุประสงค์ให้้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียน หรือสถานรับเลี้ยงเด็ก

(ข) การสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กทำให้ภารกิจในทางมหาชนลุล่วง

(ค) จำนวนเงินเหมาะสมเพื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณี

(ง) การมอบเงินให้ก่อสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กมีความสัมพันธ์ทางเนื้อหากับการกระทำตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครองคือการพิจารณาผังเมืองและการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

การบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ก็เพื่อป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทรัพย์สินหรือสิทธิประโยชน์ของรัฐไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในขณะเดียวกันก็เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิให้ถูกเอาเปรียบหรือถูกเรียกร้องให้กระทำการชำระหนี้ในสิ่งที่ตนไม่ได้ผูกพันตามกฎหมาย³¹

(2.2) สัญญาประนีประนอม (Vergleichsvertrag (le contrat de transaction)

สัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนหรือความไม่แน่นอน หรือเพื่อหาข้อยุติในปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับทั้งปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมายซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอนอีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริง หรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นหรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นจะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เพื่อประหยัดค่าใช้จ่าย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเอกชนอาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้มีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความนั่นเอง

³¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 24*, น. 270 - 271.

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง (VwVfG) ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ใน มาตรา 55 โดยมีองค์ประกอบดังนี้

(ก) กรณีเกิดปัญหาความไม่แน่นอนหรือยังหาข้อยุติไม่ได้ในเรื่องเกี่ยวกับพฤติการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือประเด็นข้อกฎหมาย

(ข) ความไม่แน่นอนหรือความไม่ชัดเจน ไม่อาจหาข้อยุติได้หรือสามารถทำได้แต่ต้องเสียค่าใช้จ่ายมากหรือใช้เวลานานเกินสมควร

(ค) คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงประนีประนอมกันได้

สัญญาประนีประนอมซึ่งฝ่ายปกครองตกลงกับคู่สัญญาเอกชนว่าจะออกคำสั่งทางปกครองให้ โดยที่การดำเนินการเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่ต้องค้นหาความจริงและฟังข้อเท็จจริงให้เป็นที่ยุติ ตามหลักการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยระบบไต่สวนในมาตรา 24 VwVfG และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งเป็นคู่กรณีก็มีหน้าที่ให้ความร่วมมือในการค้นหาความจริง (มาตรา 26 VwVfG) แต่หากมีปัญหาในกรณีที่ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ซึ่งส่วนมากเป็นปัญหาของบทบัญญัติที่ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน เจ้าหน้าที่ก็ไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองได้ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงอาจทำสัญญาประนีประนอมกับผู้ขอออกคำสั่งทางปกครองเพื่อยุติปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายได้ หากเป็นการสุจริตที่จะหาข้อเท็จจริง หรือการค้นหาข้อเท็จจริงนั้นจะต้องเสียค่าใช้จ่ายมากหรือใช้เวลานาน โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันยอมรับในการที่ไม่อาจค้นหาข้อเท็จจริงได้ หรือยอมรับความไม่กระจ่างชัดในข้อกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับเรื่องดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจยอมรับการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาทันทีจากฝ่ายปกครอง แทนที่จะเสียเวลายาวนานในการแสวงหาความจริงให้ปรากฏ อย่างไรก็ตาม ความไม่ชัดเจนแน่นอนของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายต้องเห็นพ้องกันทั้งสองฝ่าย มิใช่เกิดจากความสงสัยฝ่ายเดียวหรือคู่กรณีมีความเห็นในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกัน

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าการประนีประนอมยอมความหรือการระงับข้อพิพาททางปกครองนี้อาจกระทำได้ในชั้นศาลเช่นกัน (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นศาล (Vwgo) มาตรา 106) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองในชั้นศาลมีลักษณะพิเศษคือ เป็นทั้งการกระทำในกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นเรื่องวิธีสบัญญัติ และเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาในทางสารบัญญัติด้วย เช่น สัญญาประนีประนอมระหว่างรัฐกับเอกชนเกี่ยวกับการชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการเวนคืน ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ต้องมีการฟ้องร้องเรียกค่าทดแทนกันอีก³²

³² มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2546), น. 13.

นอกจากนี้ในทางปฏิบัติสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันยังเกิดขึ้นในแดนของกฎหมายต่างๆที่สำคัญ เช่น

- สัญญาทางปกครองในกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้าง (Baurecht) ด้วยมีบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะให้อำนาจ อีกทั้งในทางปฏิบัติก็เป็นเรื่องที่มีความจำเป็นที่ต้องทำสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองนี้จะสัมพันธ์กับกฎหมายควบคุมอาคาร กฎหมายผังเมือง เช่น กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องการก่อสร้างอาคารในเมือง แต่ไม่มีที่ดินเพียงพอที่จะสร้างที่จอดรถได้ ในการนี้หากเอกชนตกลงกับหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบชำระค่าตอบแทนเพื่อให้หน่วยงานทางปกครองนำเงินดังกล่าวไปใช้ในการขยายที่จอดรถประจำเมือง ซึ่งตั้งอยู่ไม่ไกลจากอาคารที่ยื่นคำขออนุญาต หน่วยงานทางปกครองก็จะพิจารณายกเว้นหน้าที่ในการสร้างที่จอดรถ และออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้ หากเกิดการตกลงกันขึ้นในลักษณะที่เอกชนยินยอมชำระเงินเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดไว้ในสัญญาคือการนำเงินนั้นไปขยายที่จอดรถ และหน่วยงานทางปกครองตกลงออกคำสั่งทางปกครองคือใบอนุญาตก่อสร้างอาคารโดยยกเว้นหน้าที่ในการก่อสร้างที่จอดรถสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง สำหรับการก่อสร้างอาคารนั้นในประมวลกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้าง (BauGB) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือเทศบาล มีหน้าที่ต้องจัดให้มีน้ำและการกำจัดน้ำเสีย ซึ่งภาระหน้าที่นี้ตามมาตรา 124 BauGB องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจทำสัญญาที่เรียกว่า Erschließungsverträge มอบหน้าที่ให้บุคคลภายนอกเป็นผู้รับไปดำเนินการแทนได้³³

- สัญญาทางปกครองในกฎหมายสิ่งแวดล้อม

สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นในแดนของกฎหมายสิ่งแวดล้อมก็มีลักษณะหลากหลายและมีจำนวนมาก เช่น กรณีที่เกิดรั่วไหลของมลพิษจากโรงงานเกินกว่าปริมาณที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากเครื่องมือทางเทคนิคที่ใช้ในการควบคุมมลพิษของโรงงานแห่งนั้นชำรุดบกพร่องจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ แต่ไม่ได้เป็นความผิดของผู้ประกอบการ และจะต้องใช้ระยะเวลาในการแก้ไข หากปรากฏว่ามลพิษที่รั่วไหลดังกล่าวแม้จะเกินกว่าปริมาณที่กฎหมายกำหนดก็ยังไม่ถึงระดับที่จะเป็นอันตราย หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจสั่งปิดโรงงานทันทีก็อาจส่งผลกระทบต่อคนงานจำนวนมากที่ทำงานในโรงงานแห่งนั้นได้ ในกรณีเช่นนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจตกลงทำสัญญากับโรงงานกำหนดให้โรงงานมีหน้าที่ต้องจัดการรั่วไหลของมลพิษ ภายในระยะเวลาที่ตกลงกัน โดยในช่วงระยะเวลาดังกล่าว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยอมรับสภาพการณ์ที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายไปพลางก่อน สัญญาที่เกิดขึ้นนี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

³³ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26, น.224.

- สัญญาทางปกครองในกฎหมายป้องกันการผูกขาด

ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของเยอรมัน สำนักงานป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์ (bundeskartellamt) มีอำนาจในการออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรวมตัวกันประกอบธุรกิจ เนื่องจากการรวมตัวดังกล่าวนั้น จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มนั้นครอบงำตลาดได้ แม้กระนั้นหากเห็นสมควร สำนักงานป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์ก็อาจทำสัญญาตกลงกับกลุ่มผู้ประกอบธุรกิจที่จะรวมตัวกันอนุญาตให้มีการรวมตัวกันได้ ทั้งนี้โดยกำหนดให้กลุ่มผู้ประกอบการขายธุรกิจบางประเภทให้บุคคลอื่น หรือกำหนดหน้าที่ให้กลุ่มผู้ประกอบการต้องกระทำ เป็นต้น สัญญาเช่นนี้ย่อมถือเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

- สัญญาทางปกครองในกฎหมายข้าราชการ

สัญญาที่เกิดขึ้นบ่อยได้แก่ สัญญาที่หน่วยงานตกลงทำกับข้าราชการในสังกัดของตนอนุญาตหรือสนับสนุนให้ศึกษาต่อ โดยที่เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้วต้องทำงานในหน่วยงานนั้นหรือให้ทุนการศึกษาแก่บุคคลที่ยังไม่ได้เป็นข้าราชการและตกลงกันว่า เมื่อบุคคลดังกล่าวสำเร็จการศึกษาแล้วจะมาเป็นข้าราชการในหน่วยงานนั้นอย่างน้อยระยะเวลาหนึ่ง ลักษณะเช่นนี้เป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน

- สัญญาทางปกครองในกฎหมายภาษีอากร

ในกรณีที่มีการค้นหาข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นฐานในการประเมินภาษีหรือการคำนวณทุนทรัพย์ที่ใช้ในการประเมินภาษี หากต้องกระทำแล้วจะเกิดความยากลำบากหรือต้องใช้เวลาและทุนทรัพย์มาก เจ้าพนักงานประเมินอาจตกลงกับบุคคลผู้เสียภาษีให้ยอมรับข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นฐานในการคำนวณภาษี หรือยอมรับจำนวนทุนทรัพย์ที่ใช้ในการประเมินภาษีได้ สัญญาดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นสัญญาารงรับข้อพิพาททางปกครอง ถือเป็นสัญญาทางปกครองอย่างหนึ่ง

- สัญญาทางปกครองในกฎหมายปกครองท้องถิ่น

เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกัน เช่น องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นที่มีอาณาเขตติดต่อกัน อาจตกลงกำหนดสิทธิหน้าที่ในการดูแลรักษาลำน้ำที่ตั้งอยู่ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสองแห่ง สัญญานี้ถือเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้นหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดไม่ปฏิบัติตามสัญญา องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอีกแห่งหนึ่งอาจฟ้องร้องยังศาลปกครองให้มีคำบังคับได้

2.2.3 ลักษณะของสัญญาทางปกครองของไทย

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญา

สัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” จะเห็นได้ว่าจากมาตรา 3 สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ ประการแรก สัญญานั้นจะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างน้อยเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ประการต่อมาเรียกกันว่าเป็นหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาคือ สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นจะต้องเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ตามโดยเหตุที่กฎหมายใช้คำว่า “สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง” ซึ่งแตกต่างไปจากความหมายของถ้อยคำอื่นๆ ที่บัญญัติไว้ก่อนหน้าคำว่าสัญญาทางปกครองที่กฎหมายใช้คำว่า “หมายความว่าเป็นสัญญาทางปกครองที่ระบุไว้ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงเป็นเพียงตัวอย่างของสัญญาทางปกครองเท่านั้น อาจมีสัญญาในลักษณะอื่นที่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้อีก ซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้มีการชี้ขาดโดยขยายองค์ประกอบด้านเนื้อหาเพิ่มขึ้นอีก ดังนั้น สัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายไทยจึงมี 2 ส่วนคือ

(1) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้สัญญาทางปกครองมี 4 ประเภท เป็นอย่างน้อยคือ

- (1.1) สัญญาสัมปทาน
- (1.2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
- (1.3) สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
- (1.4) เป็นสัญญาที่ให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

(1.1) สัญญาสัมปทาน ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้ให้ความหมายของคำว่า “สัญญาสัมปทาน” ไว้ และประเทศไทยก็ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายสารบัญญัติฉบับใดเลยที่กำหนดความหมายของสัญญาสัมปทานไว้ ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้ให้ความหมายของสัมปทานไว้ว่า เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือ

คำตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น³⁴ นอกจากนี้ คณะกรรมการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ให้ความหมายของสัมปทานว่า สัมปทานได้แก่ สิทธิใดๆที่รัฐมอบให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของรัฐหรือเข้าทำกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคที่เป็นหน้าที่ของรัฐ โดยรัฐให้ความคุ้มครองการหาประโยชน์หรือการทำกิจการดังกล่าวให้แก่เอกชนเป็นพิเศษ³⁵ เช่น สัมปทานป่าไม้ สัมปทานการเดินรถประจำทาง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองได้วางหลักเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานไว้ว่า สัญญาสัมปทานหมายถึง สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองอนุญาตให้เอกชนลงทุนในกิจการด้านสาธารณูปโภค ซึ่งทำให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนเป็นการตอบแทน³⁶ นอกจากนี้ ศาลปกครองยังตีความให้สัญญาสัมปทานนั้นรวมถึงสัญญาร่วมงานและร่วมลงทุนด้วย³⁷

อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีคำนิยามที่ชัดเจนของคำว่า “สัญญาสัมปทาน” แต่ในระบบกฎหมายได้มีการใช้คำคำนี้มานานแล้วดังปรากฏในกฎหมายหลายฉบับเช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 เป็นต้น

สัญญาสัมปทานจึงมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) ต้องเป็นสัญญา คือ เป็นข้อตกลงที่ถูกต้องตรงกันทั้งสองฝ่ายมิใช่เป็นเพียงการให้สิทธิหรือให้อนุญาตซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว

(ข) ต้องเป็นสัมปทาน คือ มีลักษณะเป็นการที่รัฐ (ฝ่ายปกครอง) มอบหมายสิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะหรือกิจการใดๆที่การดำเนินการจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ (ฝ่ายปกครอง) ให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยทุนที่ใช้ดำเนินการจะต้องเป็นของบุคคลนั้นทั้งหมดหรือเป็นส่วนใหญ่ โดยรัฐไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าจ้างให้แก่บุคคลที่ได้รับสัมปทานดังกล่าวหรืออาจมีลักษณะเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานกับหน่วยงานของรัฐ โดยบุคคลนั้นจะมีสิทธิได้รับประโยชน์โดยการเรียกเก็บค่าตอบแทนหรือค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการหรือนำเอาผลผลิตที่ได้จากการสัมปทานไปทำประโยชน์หรือจำหน่าย ทั้งนี้ จะมีการจ่ายเงินหรือประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐด้วยหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น สัมปทานจึงเป็นระบบการให้อนุญาตอย่างหนึ่งและสัญญาสัมปทานจึงมีผลกระทบต่อประชาชนด้วย เมื่อหมดสัญญาแล้ว ถ้ามีสิ่งก่อสร้างที่ผู้รับสัมปทานได้

³⁴ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น.146.

³⁵ ความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมายที่ 733/2537

³⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 49 /2549

³⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/ 2547 และที่ 164 /2551

จัดทำไว้ สิ่งก่อสร้างเหล่านั้นก็จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งจะแตกต่างจากกรณีที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ โดยที่เอกชนไม่ต้องลงทุน ลงแรงเอง ยังได้รับค่าตอบแทนจากรัฐอีกด้วย

มีข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ สัญญาสัมปทานส่วนใหญ่จะมีระยะเวลาผูกพันค่อนข้างยาว เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถคืนทุนได้

อย่างไรก็ตาม ในสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนนั้นในบางกรณีก็ไม่ได้เรียกชื่อว่า สัญญาสัมปทาน แต่หากเป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจในการให้สัมปทาน หรือมีอำนาจในการดำเนินกิจการนั้นแต่เพียงผู้เดียวได้ร่วมงานกับเอกชนหรือมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทน เช่น สัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือร่วมทุนในกิจการของรัฐ หรือสัญญาที่ให้สิทธิในการดำเนินการแก่เอกชน เป็นต้น ทั้งนี้สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นไว้ในสำนวนการตรวจร่างสัญญาโครงการทางด่วนระยะที่ 2 บางโคล่-แจ้งวัฒนะ ว่าแม้สัญญาจะมีได้ใช้คำว่า สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแต่เงื่อนไขสัญญาที่ทางการพิเศษแห่งประเทศไทย ได้มอบหมายให้บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด เป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างและให้บริการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ก็มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะโดยไม่จำเป็นต้องใช้ชื่อสัญญาสัมปทานแต่อย่างใด³⁸ ดังนั้น สัญญาที่จะถือว่าเป็นสัญญาสัมปทานหรือไม่จึงมิได้พิจารณาจากชื่อของสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว แต่จำเป็นต้องพิจารณาจากลักษณะของสัญญาด้วย ดังนั้น หากสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน แม้ไม่เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทาน สัญญาอยู่ดังกล่าวก็ยังคงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

สัญญาสัมปทานตามกฎหมายไทยมีทั้งรูปแบบซึ่งกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย เช่น สัมปทานปิโตรเลียม ตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 กำหนดว่า ผู้ใดสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมในที่ใด ไม่ว่าที่นั้นเป็นของตนเองหรือบุคคลอื่นต้องได้รับสัมปทานพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ที่กำหนดว่าในกรณีของรัฐประสงค์จะให้สัมปทานในการสร้างทางหรือบำรุงรักษาทางใด ให้อธิบดีออกประกาศเชิญชวนให้ยื่นข้อเสนอตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนด หรือประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ที่ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่ จะได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี นอกจากนั้น ยังมีสัญญาสัมปทานจำนวนมากซึ่งเป็นผลมาจากการเจรจาตกลงระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชน ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าเป็น สัญญาสัมปทาน เช่นสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547) สัญญาที่สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองอนุญาตให้เอกชนเช่าใช้เครื่องวิทยุคมนาคมและ

³⁸ สำนวนการตรวจร่างสัญญา สำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ สต. 58/2531

อุปกรณ์วิทยุคมนาคมพร้อมได้รับการจัดสรรคลื่นความถี่วิทยุ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 966/2548 และที่ 190/2549) เป็นต้น นอกจากนี้สัญญาที่อนุญาตให้แสงสว่างประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติซึ่งคำสั่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยให้เป็นสัญญาสัมปทานเช่น สัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 491/2545, 130-141/2546, 930/2547, 374/2549) สัญญาสัมปทานจัดเก็บรั้งนกอีแอ่น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2550) เป็นต้น

สัญญาสัมปทานตามกฎหมายไทยมี 2 ประเภทคือ

(ก) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง สัญญาสัมปทานระบบขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์ที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย เป็นต้น และ

(ข) สัญญาสัมปทานให้แสงสว่างประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัญญาสัมปทานป่าไม้ สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม เป็นต้น

ข้อแตกต่างระหว่างสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะกับสัญญาสัมปทานให้แสงสว่างประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ คือ สัญญาสัมปทานประเภทหลังนี้มีได้มีบทบัญญัติที่จะให้ประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง แหล่งน้ำมัน เหมืองแร่มิใช่ทรัพย์สินที่ประชาชนจะใช้ประโยชน์ร่วมกัน แต่เป็นทรัพยากรธรรมชาติเป็นของประชาชนทุกคน ซึ่งรัฐมีหน้าที่เป็นผู้แทนของปวงชนมอบสิทธิให้แก่ผู้รับสัมปทานนำไปหาประโยชน์โดยจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐในรูปของค่าภาคหลวง ภาษี ผลประโยชน์พิเศษอย่างอื่น ผู้รับสัมปทานมีสิทธิ เสรีภาพในกรอบของกฎหมายที่จะดำเนินกิจกรรมภายใต้สัมปทานโดยมิต้องถูกผูกมัดในเรื่องการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากประชาชนอย่างเช่นสัมปทานบริการสาธารณะซึ่งได้แก่ สัมปทานทางด่วน สัมปทานให้บริการโทรศัพท์ เป็นต้น มีข้อสังเกตว่า ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ไม่ถือว่าสัมปทานน้ำมันหรือประทานบัตรเหมืองแร่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่ถือว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะตัว (sui generis) ซึ่งใช้กฎหมายธรรมดาไม่ใช่กฎหมายปกครองบังคับ

อย่างไรก็ดี ปัญหาเรื่องคำนิยามและขอบเขตของสัญญาสัมปทานยังคงมีปัญหา เพราะยังขาดความชัดเจนอยู่มาก เนื่องจากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติลักษณะของสัญญาสัมปทานอย่างชัดเจน รวมทั้งการทำสัญญาในกรณีใดที่ฝ่ายปกครองจะต้องทำในรูปของสัญญาสัมปทาน รวมทั้งเรื่องการควบคุมตรวจสอบสัมปทานโดยฝ่ายปกครอง

(1.2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

กรณีใดจึงถือว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดบทนิยามไว้ และในอดีตก็ไม่เคยมีการอธิบายถึงสัญญาประเภทนี้ไว้แต่อย่างใด ดังนั้นตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้

จึงต้องศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

อย่างไรก็ตามจากคำว่า “สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ” นั้นมีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ องค์ประกอบประการแรก คือ สัญญา ซึ่งต้องเป็นกรณีที่ มีเจตนาถูกต้องตรงกันระหว่างคู่กรณี อีกองค์ประกอบ คือ บริการสาธารณะ ซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์ แห่งสัญญาซึ่งคู่กรณีที่ประสงค์จะมอบหมายให้คู่กรณีอีกฝ่ายดำเนินการ คำว่า “บริการสาธารณะ” หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมี วัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน³⁹ บริการสาธารณะนั้นปกติเป็นเรื่องที่ เป็นภารกิจปกติหรือเป็นหน้าที่ปกติของรัฐแต่ได้มอบให้เอกชนเข้ามาจัดทำ เพราะการจัดทำบริการ สาธารณะนั้นรัฐอาจจัดทำเองหรืออาจมอบให้เอกชนเข้ามาจัดทำก็ได้ สัญญาที่รัฐมอบให้เอกชนจัดทำ บริการสาธารณะนั้นถือเป็นสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างของบริการสาธารณะ เช่น สัญญาให้เอกชน กำจัดขยะ สัญญาให้เอกชนเดินรถประจำทาง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สัญญาที่รัฐให้เอกชนจัดทำนั้นจะ เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะจะต้องปรากฏว่า หน้าที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญา ดังกล่าวเป็นบริการสาธารณะหลักหรือเป็นบริการสาธารณะโดยตรงไม่ใช่เป็นเพียงการช่วยให้บริการ สาธารณะได้มีขึ้นโดยทางอ้อมเท่านั้น⁴⁰

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลและศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า สัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาให้ ข้าราชการลาศึกษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2546, 218/2548, 236/2550, 696/2550) สัญญาการเป็นนักเรียน นิสิต นักศึกษา (คำสั่งศาลปกครองที่ 554/2548, 877/2549) สัญญาจ้าง ลูกจ้างของส่วนราชการ (คำสั่งศาลปกครองที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่), 274/2548, 731/2550) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอำนวยการและอาคารฝึกงานของศูนย์การศึกษานอกโรงเรียน (คำวินิจฉัย ของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2547) สัญญาจ้างให้มีการเรียนการสอนการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์แก่นักศึกษาวิทยาลัยนาฏศิลป์ (คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ ขาดอำนาจหน้าที่ 60/2547) สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงระบบประปา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2545) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารหอพักนิสิตมหาวิทยาลัย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 11/2549) สัญญาจ้างซ่อมแซมอาคารของกองสรรพาวุธ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/2547) สัญญาจ้างให้เป็นผู้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 848/2548) นอกจากนี้ยังรวมถึง สัญญาให้เอกชนกู้ยืมเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล เช่น การให้

³⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 136 - 137.

⁴⁰ สุรพล นิติไกรพจน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 26.

เอกชนกู้ยืมเงินจากกองทุนซึ่งอยู่ในการดูแลของสำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็กเพื่อไปผลิตสื่อสำหรับเด็ก⁴¹ ซึ่งมีข้อสังเกตว่า เป็นการตีความคำว่า “บริการสาธารณะ” ที่ค่อนข้างกว้าง

(1.3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

คำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” นี้ไม่มีคำอธิบายในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ประกาศ ณ วันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ได้กำหนดให้ กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคดังต่อไปนี้เป็นกิจการที่ต้องขอสัมปทานจากรัฐ ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆและกิจการอื่นที่จะกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา

และนอกจากนั้นได้มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้เคยวินิจฉัยซึ่งสามารถสรุปได้ว่า “สาธารณูปโภค” อาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆคือ (1) ทรัพย์สินโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันให้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน เป็นต้น และ (2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดให้บริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้าและสายไฟฟ้า ท่อประปา โรงกรองน้ำ โรงกำจัดขยะ เป็นต้น

ตามแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารของบรรดาหน่วยงานทางปกครองล้วนแต่ถูกถือให้เป็นสัญญาทางปกครองทั้งสิ้น โดยให้เหตุผลว่าเป็นสิ่งสาธารณูปโภค ในกรณีที่เป็นกรยากแก่การวินิจฉัยว่าเป็นสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่ เนื่องจาก อาคารเหล่านั้นเป็นถาวรวัตถุแต่ก็ไม่ใช่อาคารที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง ก็จะวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างก่อสร้างเหล่านั้นเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองจ้างนั้นเป็นสัญญาที่มีขึ้นเพื่อทำให้การจัดทำบริการสาธารณะนั้นบรรลุผล⁴² หรือเป็นสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมากจึงเป็นสัญญาทางปกครอง⁴³ หรือมีฉะนั้นก็จะวินิจฉัยว่า อาคารที่ก่อสร้างเป็นเครื่องมือสำคัญที่หน่วยงานทางปกครองใช้ในการดำเนินกิจการทางปกครองหรือจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและเป็นสัญญาทางปกครอง⁴⁴

⁴¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 634 /2550 และที่ 847/ 2550

⁴² คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 12/2548 ที่ 31/2548

⁴³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546

⁴⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 203/2550

มีข้อสังเกตว่าคำว่า “สาธารณูปโภค” นั้นขณะนี้ได้รับการนิยามในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ว่าหมายถึง งานอันเกี่ยวกับการประปา การไฟฟ้า การสื่อสาร การขนส่งทางท่อ ทางน้ำ ทางบก ทางอากาศหรือทางราง หรือการอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งดำเนินการในระดับพื้นดิน ใต้พื้นดิน หรือเหนือพื้นดิน

(1.4) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาที่มีลักษณะอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็มีได้ให้บทนิยามไว้อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตาม ทรัพยากรธรรมชาติถือเป็นสมบัติของชาติซึ่งหมายถึงเป็นของประชาชนทุกคน ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการป้องกันและดูแลรักษาไว้ให้เป็นสมบัติสืบไปถึงคนรุ่นต่อไป รัฐจึงต้องเข้ามาควบคุมดูแลการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะปล่อยให้เอกชนเข้ามาแสวงประโยชน์โดยเสรีไม่ได้ สัญญาที่อนุญาตหรือยินยอมให้เอกชนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยเอกชนยินยอมจ่ายค่าตอบแทน ในหลายกรณีสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน เช่น การให้สัมปทานสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ตามมาตรา 23 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 หรือการออกใบอนุญาตและประทานบัตรอนุญาตให้เอกชนเข้าสำรวจและทำเหมืองแร่ ตามมาตรา 25 และมาตรา 43 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 สัญญาให้เก็บรังนกอีแอ่น ตามพระราชบัญญัติการรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 นอกจากนี้การแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติรัฐอาจอนุญาตโดยเป็นคำสั่งฝ่ายเดียว หรือเป็นการทำสัญญาภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีได้ 3 รูปแบบคือสัญญาสัมปทาน สัญญาตัวแทนหรือสัญญาจ้างทำของ สัญญารูปแบบนี้เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 ซึ่งพื้นที่ที่เอกชนจะขอออกใบอนุญาตเพื่อสำรวจ เป็นพื้นที่ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมอาศัยอำนาจตามกฎหมายกำหนดให้เป็นพื้นที่ที่จะทำการสำรวจ ทดลองศึกษา และวิจัยเกี่ยวกับแร่ ภาครัฐอาจทำสัญญาให้เอกชนเป็นตัวแทนหรือรับจ้างทำการสำรวจให้แก่ภาครัฐ และสัญญาร่วมกิจการซึ่งเป็นสัญญาที่ภาครัฐเข้าไปร่วมลงทุนและร่วมประกอบกิจการกับเอกชน เช่นสัญญาร่วมลงทุนสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ระหว่างการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยกับบริษัทไทยเชลล์เอ็กซ์พลอเรชั่นแอนดีโพร ดัคชั่น จำกัด เมื่อปี พ.ศ. 2527 ซึ่งข้อตกลงตามสัญญามีสาระสำคัญเกี่ยวกับการร่วมทุน การช่วยเหลือประกอบกิจการ การแบ่งกำไร ฯลฯ และเมื่อถึงขั้นดำเนินการคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันยื่นขอสัมปทานต่อทางการตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ต่อไป มีตัวอย่างของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 588/2548 ที่วินิจฉัยว่า การที่ผู้ซื้อได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมที่ดินให้ประกอบกิจการขุดดินลูกรังในที่ดินของรัฐซึ่งอยู่ในเขตขององค์การบริหารส่วนจังหวัดตามมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ได้ชำระค่าตอบแทนรายปีตามนัยมาตรา 9 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าวในปีแรกให้แก่องค์การบริหาร

ส่วนจังหวัดตามวิธีการและอัตราที่กำหนดไว้ในข้อบัญญัติจังหวัดแล้วนั้น ถือได้ว่าผู้ได้รับอนุญาตดังกล่าวได้ตกลงกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดในการประกอบกิจการเพื่อแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอันเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นั้นแล้ว

มีข้อน่าสังเกตว่า สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมิใช่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะดังเช่นสามสัญญาข้างต้น แต่สัญญาประเภทนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาทรัพยากรธรรมชาติมิให้ถูกทำลายโดยไม่ได้ประโยชน์คุ้มค่า ทั้งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ประชาชนดังเช่นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะหรือสัญญาจัดให้มีสาธารณูปโภค อย่างไรก็ตาม สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติก็เป็นผลที่มาจาก “ส่วนหนึ่ง” ของหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดูแลรักษาทรัพยากรของรัฐ⁴⁵

อนึ่ง สัญญาทางปกครองจำนวนมากที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมักมีลักษณะหลายอย่างประกอบกันอยู่ในสัญญาเดียว เช่นเป็นสัญญาสัมปทานที่ให้สิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น การให้สัมปทานป่าไม้หรือชุดสำรวจแร่ เป็นต้น หรือเป็นสัญญาสัมปทานที่ให้สิทธิเด็ดขาดแก่เอกชนในการจัดทำหรือจัดให้มีบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งนี้เรียกว่าสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น การให้สัมปทานดำเนินการระบบขนส่งมวลชน การให้สัมปทานดำเนินกิจการสื่อสารโทรคมนาคม เป็นต้น ซึ่งสัญญาในลักษณะสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนั้นเป็นสัญญาทางปกครองที่มีการดำเนินมากในประเทศไทย

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการกำหนดประเภทของสัญญาทั้ง 4 ประเภทดังกล่าวมิได้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน เช่น สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่พิจารณาจากลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาว่าเป็นเรื่องสัมปทานหรือไม่ สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นเรื่องบริการสาธารณะหรือไม่ สัญญาให้มีสิ่งสาธารณูปโภคพิจารณาจากการเป็นสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่ กรณีจึงทำให้ขอบเขตของสัญญาแต่ละประเภทคาบเกี่ยวหรือซ้ำซ้อนกันได้ แต่อย่างไรก็ตาม กรณีเป็นความไม่ชัดเจนในการพิจารณาประเภทของสัญญาเท่านั้น แต่ในทางผลของกฎหมายหากเข้าลักษณะประเภทใดประเภทหนึ่งก็ถือเป็นสัญญาทางปกครองเช่นกันและตกอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองเช่นกัน⁴⁶

(2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

เนื่องจากการนิยามศัพท์ว่า “สัญญาทางปกครอง” มิได้เริ่มต้นใช้คำว่า “หมายความวา” ดังเช่นคำนิยามอื่นๆที่ปรากฏในมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

⁴⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น. 154.

⁴⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 323

หากแต่ใช้คำว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่ารวมถึง...อันเป็นการตั้งใจของผู้ร่างกฎหมายที่จะแสดงให้เห็นว่าสัญญาทางปกครองมิได้มีความหมายเฉพาะแค่สัญญาที่ประเภทตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 3 เท่านั้น และเป็นหน้าที่ของศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ต้องพัฒนาหลักว่าสัญญาใดสัญญาทางปกครอง โดยที่ผ่านมาได้มีการตีความขยายเนื้อหาให้กว้างออกไปอย่างน้อย 3 องค์ประกอบ ได้แก่

(2.1) สัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมากที่ไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป หรือที่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่าสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองมากกว่าในทางสัญญาแพ่งโดยทั่วไป (clause exorbitante du droit commun) เช่นสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมงานตามสัญญา และสั่งให้ทำงานพิเศษได้ ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนขัดขึ้น อาจถูกสั่งให้หยุดกิจการได้ และยังมีสิทธิสั่งให้แก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่างๆในเอกสารสัญญา การให้สิทธิฝ่ายปกครองสามารถเลิกสัญญาได้แม้ผู้รับจ้างไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ สัญญาที่มีได้ทำขึ้นโดยมุ่งผูกพันด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกัน หรือการให้สิทธิคู่สัญญาในการควบคุมกำกับอย่างใกล้ชิด เป็นต้น ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้เคยรับรองหลักเกณฑ์เรื่องนี้ในคำวินิจฉัยหลายเรื่อง เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 139/2547, 7/2547, 572/2546, 127/2544 เป็นต้น

(2.2) สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาแบบหรือสัญญาสำเร็จรูปซึ่งเอกชนคู่สัญญาจะต้องลงนามในสัญญาดังกล่าวไม่อาจเจรจาตกลงเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ เป็นสัญญาทางปกครองได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544 ในคดีระหว่างบริษัทเจ-สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) จำกัดกับมหาวิทยาลัยเชียงใหม่

นอกจากนั้น ในคำวินิจฉัยนี้ศาลปกครองสูงสุดได้ให้เหตุผลเพิ่มเติมไว้ด้วยว่าเหตุอีกประการที่มีผลทำให้สัญญาฉบับนี้เป็นสัญญาทางปกครองคือ การมีบทบัญญัติระบุไว้ในสัญญาให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้

(2.3) สัญญาที่มีลักษณะของการจัดหาจัดซื้อหรือจัดจ้างทำสิ่งของหรือถาวรวัตถุที่แม้โดยตัวของมันเองจะไม่ใช่สาธารณูปโภคหากแต่เป็นองค์ประกอบที่จำเป็นของการดำเนินกิจการสาธารณูปโภคหรือเป็นการดำเนินการเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลก็ย่อมทำให้สัญญาดังกล่าวกลายเป็นสัญญาทางปกครอง คำวินิจฉัยดังกล่าวก็เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2557, 18/2545, 692/2546, 97/2547 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 21/2546, 692/2546, 31/2548, 48/2547 เป็นต้น

2.3 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

เนื่องจาก สัญญาทางปกครองมีแนวคิด ทฤษฎี นิติวิธีที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น เพื่อความเข้าใจจึงจำเป็นต้องศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

2.3.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีพัฒนาเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองมาเป็นเวลานาน หลักกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญาทางปกครองคือ กฎหมายปกครองซึ่งเกิดจากผลงานการสร้างของศาลปกครองฝรั่งเศส โดยพยายามสร้างหลักกฎหมายมหาชนที่มีคุณภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะ (intérêt public) กับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนในสถานะที่เหมาะสม โดยศาลปกครองได้พัฒนาหลักกฎหมายต่างๆจนเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวาง และพัฒนาการดังกล่าวทำให้สัญญาทางปกครองนั้นแตกต่างจากสัญญาตามกฎหมายแพ่งโดยมีทฤษฎีประโยชน์สาธารณะเป็นหัวใจสำคัญที่ก่อให้เกิดหลักกฎหมายอื่นๆตามมาทั้งทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ (service public) และทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน

2.3.1.1 ทฤษฎีพื้นฐานสัญญาทางปกครอง

(1) ประโยชน์สาธารณะ (intérêt public)

แนวคิดว่าด้วยประโยชน์สาธารณะเป็นแนวคิดทางปรัชญาที่ถือเป็นพื้นฐานของกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส โดยมองว่าการที่มนุษย์รวมตัวกันเป็นสิ่งคมก็เพื่อให้สังคมตอบสนองต่อความต้องการในสิ่งที่จำเป็นต่อการดำรงชีพของตนในส่วนที่การดำเนินการของเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะข้อจำกัดของเอกชน หรือเพราะกิจการเหล่านั้นไม่อาจให้ผลตอบแทนที่ได้สัดส่วนกับการลงทุนของเอกชน การลงทุนในกิจการดังกล่าวจึงไม่เป็นที่น่าสนใจของนักลงทุนเอกชน ดังนั้น การตอบสนองต่อความต้องการพื้นฐานของประชาชนเหล่านี้จึงตกเป็นภาระหน้าที่ของรัฐและความต้องการพื้นฐานเหล่านี้คือขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่มูลเหตุจูงใจของเอกชน คือ ผลประโยชน์ส่วนตนไม่ว่าจะอยู่ในรูปของผลกำไรหรือผลตอบแทนในรูปแบบอื่น แต่มูลเหตุจูงใจของรัฐหรือสิ่งที่ฝ่ายปกครองคำนึงคือผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ⁴⁷

อย่างไรก็ดี ประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งที่ค่อนข้างจะเป็นนามธรรม และยากที่จะชี้ชัดลงไปว่าอะไรเป็นประโยชน์สาธารณะบ้าง โดยประโยชน์สาธารณะอาจเปลี่ยนแปลงไปตามความต้องการที่เป็นพื้นฐานของการดำรงชีพดำรงชีวิตในสังคมนั้นๆ ในเวลานั้นๆ เนื้อหาของประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะจึงมีลักษณะเป็นพลวัต

⁴⁷ J. RÍERO et J.WALINE, Droit Administratif, 18 édition, Dalloz, 2000, P.10.

ประโยชน์สาธารณะจึงเป็นเป้าหมายหลักของสังคมแต่ละสังคมโดยที่ประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งที่เป็ผลประโยชน์ของส่วนรวมจึงไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของที่จะคอยดูแลอย่างแท้จริงจึงมีการคิดค้นข้อความคิดว่าด้วย “รัฐ” ขึ้นมาเป็นผู้ทำหน้าที่ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคม โดยมีแนวคิดพื้นฐานว่าในสังคมที่ประกอบด้วยสมาชิกจำนวนมาก ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคมหรือที่เรียกว่า ประโยชน์สาธารณะ จะต้องให้ประโยชน์สาธารณะมาก่อนหรืออยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชนไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตนเพื่อประโยชน์สาธารณะก็จะต้องให้รัฐโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะมีอำนาจเข้าจัดการเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ และการดำเนินการใดๆขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวให้ถือว่าเป็นกระทำในนามของคนหมู่มากในสังคม เป็นการมอบอำนาจปกครองให้องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นเครื่องมือในการบังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ จึงเป็นที่มาของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่มีอยู่เหนือเอกชนเพราะฝ่ายปกครองต้องเป็นผู้ดูแลประโยชน์สาธารณะ

ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะหรือความต้องการของคนหมู่มากในสังคมจึงเป็นหัวใจของกิจการของรัฐและเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการทุกอย่างขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁴⁸ ซึ่งภารกิจหรือหน้าที่ของรัฐในการเข้าดำเนินการเพื่อให้บริการตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน หรือเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมนี้เรียกว่า บริการสาธารณะ (service public)

(2) ทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ (service public)

บริการสาธารณะเป็นกิจการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐหรือองค์กรของรัฐเข้ารับภาระในการเข้าดำเนินการหรือควบคุมดูแล ดังนั้น การบริการสาธารณะจึงเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายมหาชน และเป็นกฎเกณฑ์เข้ามากำกับฝ่ายปกครองให้ดำเนินการอยู่ภายในขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อให้การบริการสาธารณะดำเนินไปด้วยดี บริการสาธารณะนั้นต้องมีจุดมุ่งหมายเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน แต่กิจการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะทุกประเภทไม่จำเป็นต้องเป็นบริการสาธารณะเสมอไป ความต้องการของส่วนรวมเหล่านี้จะอยู่ในสถานะเป็นบริการสาธารณะก็ต่อเมื่อเป็นกิจการที่ปัจเจกชนไม่อาจตอบสนองได้ดีพอ และการปล่อยให้การดำเนินการเป็นไปตามหลักการแข่งขันเสรีหรืออุปสงค์อุปทานของทุนนิยมจะทำให้คนส่วนใหญ่เดือดร้อนจึงจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อจัดการหรือควบคุมเพื่อมิให้ประโยชน์สาธารณะ

⁴⁸ บวรศักดิ์ อรรถธณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 298 - 301.

เสียหาย บริการสาธารณะจึงเป็นกิจกรรมซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยรวม กิจกรรมใดจะเป็นบริการสาธารณะจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ

ประการแรก กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน นั่นคือ นิติบุคคลมหาชนซึ่งได้แก่ หน่วยงานของรัฐทั้งหลายจะต้องเป็นผู้ดำเนินการนั่นเอง หรืออาจเป็นกิจการที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมอบหมายกิจกรรมบางประเภทให้เอกชนไปดำเนินการแต่ทั้งนี้อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของฝ่ายปกครอง

ประการที่สอง กิจกรรมที่กล่าวมาในประการแรกนั้นต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

โดยเนื้อหาของบริการสาธารณะอาจแบ่งได้เป็นบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง การรักษาความปลอดภัยของประชาชน (การป้องกันประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ) เช่น กิจการตำรวจ ทหาร การทูต การตัดสินคดีข้อพิพาทต่างๆ กับบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการขั้นพื้นฐานเพื่อให้ชีวิตของประชาชนสะดวกสบายขึ้น เช่น การให้บริการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคต่างๆ เป็นต้น การบริการสาธารณะประเภทแรกนั้นฝ่ายปกครองจะต้องจัดทำหรือดำเนินการบริการสาธารณะนั้นเอง เพราะถือเป็นกิจการที่เป็นหน้าที่พื้นฐานของรัฐเป็นเรื่องที่ไม่การดำเนินการจำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม หรือที่เรียกว่า กิจกรรมตำรวจทางปกครอง (police administrative) เป็นการใช้อำนาจเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง โดยการป้องกันจะเป็นไปในรูปแบบของการออกกฎหมายหรือคำสั่งมาใช้บังคับล่วงหน้า โดยการแทรกแซงของรัฐดังกล่าวจะต้องอาศัยอำนาจรัฐซึ่งเป็นอำนาจเหนือปัจเจกชนเป็นการเข้าไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่มีอยู่เพื่อประโยชน์ที่เหนือกว่าคือ ประโยชน์มหาชน

การดำเนินการในลักษณะนี้ของรัฐต้องให้การออกกฎหมายบังคับปัจเจกชนให้ใช้สิทธิเสรีภาพของตนในขอบเขตที่จะไม่ไปกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ความปลอดภัยของสาธารณะและสุขอนามัยของส่วนรวม โดยการดำเนินการดังกล่าวของรัฐจะจัดทำในรูปแบบราชการซึ่งฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการทำนิติกรรมฝ่ายเดียว (act unilatéral) เช่น คำสั่งหรือกฎ ซึ่งมีผลเป็นการบังคับในลักษณะทั่วไปซึ่งได้แก่ กฎหมายลำดับรองทั้งหลายอันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับทั้งหลาย เป็นต้น หรืออาจออกคำสั่งซึ่งมีผลต่อเอกชนเป็นการเฉพาะรายก็ได้เพื่อบังคับให้เอกชนต้องดำเนินการตาม อยากรู้ก็ตาม ไม่ว่าจะให้บริการสาธารณะรูปแบบใดก็ตามรัฐก็ต้องเข้าจัดการหรือควบคุมดูแลให้การบริการเป็นไปด้วยดีและสนองต่อความต้องการของ

ประชาชน และต้องอยู่ภายใต้หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ (Principes du service public หรือ Les lois de service public) ซึ่งได้แก่หลักการดังต่อไปนี้⁴⁹

(2.1) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (Principes de continuité)

(2.2) หลักว่าด้วยการปรับปรุงให้บริการสาธารณะนั้นทันสมัยอยู่เสมอ (Principes de mutabilité)

(2.3) หลักว่าด้วยการเสมอภาคของผู้ใช้บริการต่อการบริการสาธารณะ (Principes d' égalité)

(2.1) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (Principes de continuité) หมายความว่า บริการสาธารณะซึ่งเป็นการสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน จะต้องทำต่อเนื่องตลอดเวลาหยุดชะงักไม่ได้ เพราะมิฉะนั้น ประชาชนจะเดือดร้อนหรือเสียหายได้ หลักการนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายและเป็นหลักที่มีค่าเป็นหลักกฎหมายในรัฐธรรมนูญ ผลที่สำคัญจากหลักการนี้ คือ ในส่วนขององค์กรฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะนั้น จะไม่ทำหรือหยุดทำหรือทำบริการสาธารณะไม่ได้ มิฉะนั้น ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ในส่วนของพนักงานฝ่ายปกครองจะต้องทำหน้าที่และนัดหยุดงานไม่ได้ ในส่วนของคู่สัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำบริการสาธารณะจะต้องทำตามสัญญาทางปกครองคือ ต้องดำเนินการบริการสาธารณะเรื่อยไปไม่ว่าจะประสบอุปสรรคและยากลำบากเพียงใด เว้นแต่ การปฏิบัติตามสัญญาไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุสุดวิสัย (force majeure) แต่ฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าของแทนให้เอกชนที่ทำตามสัญญาโดยยากลำบากและเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ (impévision) นอกจากนั้น แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญาเอกชนก็จะอ้างสิทธิไม่ปฏิบัติตามสัญญาเป็นการตอบโต้การผิดสัญญาตามหลักทั่วไปในเรื่องสัญญาต่างตอบแทนไม่ได้ เพราะจะทำให้บริการสาธารณะชะงักงันเอกชนต้องทำตามสัญญาต่อไป โดยมีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองได้

อย่างไรก็ตาม หลักว่าด้วยความต่อเนื่องดังกล่าวไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนตายตัวว่าจะมีลักษณะเช่นไร สำหรับบริการสาธารณะบางประเภทอาจต้องจัดทำอย่างต่อเนื่องอย่างถาวร เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ การรักษาพยาบาล การควบคุมการจราจรทางอากาศ ดังนั้น ในกิจการเหล่านี้ความต่อเนื่องจึงหมายถึง การจัดทำบริการสาธารณะประเภทนั้นๆตลอดเวลา วันละ 24 ชั่วโมง สัปดาห์ละ 7 วัน ไม่มีวันหยุด ในขณะที่บริการ

⁴⁹ René CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, 14^e édition, montchrestion, 2000, P. 592 - 600.

สาธารณสุขบางประเภทไม่จำเป็นต้องจัดทำอย่างถาวร แต่ต้องจัดทำอย่างสม่ำเสมอก็อาจจัดทำโดยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขบางประการ เช่น พิพิธภัณฑสถานสามารถกำหนดเวลาปิด - เปิดได้ กำหนดวันหยุดได้ การศึกษาสามารถกำหนดเวลาในการให้การศึกษาได้ รวมทั้งการหยุดพักร้อนประจำปีได้อีกด้วย นอกจากนี้ ความต่อเนื่องยังขึ้นอยู่กับยุคสมัยและสภาพสังคมอีกด้วย ในกรณีนี้ มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการนัดหยุดงานในประเทศฝรั่งเศสก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณสุขมีผลใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำการนัดหยุดงานซึ่งถือเป็นเรื่องผิดกฎหมาย ต่อมา เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946 ใช้บังคับและมีการบัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญในการยอมรับสิทธิการนัดหยุดงาน จึงก่อให้เกิดปัญหาทางรัฐธรรมนูญตามมา คือสิทธิการนัดหยุดงานที่รัฐธรรมนูญรับรองกับหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณสุขที่รัฐธรรมนูญก็รับรองเช่นกัน โดยหลักการทั้งสองบางครั้งก็มีความขัดแย้งกัน เช่น การนัดหยุดงานอาจเป็นเหตุให้เกิดการขัดขวางการดำเนินงานตามปกติของบริการสาธารณสุขที่ทำให้หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณสุขถูกกระทบได้ เป็นต้น เพื่อเป็นการประนีประนอมระหว่างสิทธิในการนัดหยุดงานกับหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณสุขจึงเกิดมาตรการที่เข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วย 2 วิธี คือ การให้บริการขั้นต่ำ และการเข้าดำเนินการเอง

การให้บริการขั้นต่ำได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองกำหนดมาตรการรับรองการนัดหยุดงานไว้ว่าไม่อาจจะหยุดงานทั้งหมดได้ อย่างน้อยจะต้องมีการบริการดังกล่าวอยู่บ้างบางส่วน เช่น รถไฟเควีวันละ 10 เที่ยว หากจะนัดหยุดงานก็สามารถทำได้ แต่ต้องมีรถไฟวิ่งอย่างน้อยวันละ 3 เที่ยว ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เป็นการสร้างความปลอดภัยแก่ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณสุขจนเกินไป เป็นต้น การให้บริการขั้นต่ำนี้นำไปใช้ในบริการสาธารณสุขบางประเภทซึ่งการหยุดงานอย่างเด็ดขาดจะทำให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อส่วนรวมจึงต้องกำหนดไว้ว่าจะหยุดงานอย่างไรก็ตามจะหยุดงานบริการสาธารณสุขเหล่านี้อย่างเด็ดขาดไม่ได้ เช่น บริการสาธารณสุขเกี่ยวกับโรงพยาบาล ตำรวจ การยุติธรรม การจราจรทางอากาศ เป็นต้น

หลักความต่อเนื่องนี้ยังมีผลต่อสัญญาทางปกครองใน 3 กรณี คือ

(ก) การเปลี่ยนแปลงสัญญาซึ่งให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขข้อสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบความต้องการของบริการสาธารณสุข

(ข) การลงโทษในกรณีที่เกิดความผิดร้ายแรงที่ขัดขวางการดำเนินงานของบริการสาธารณสุขซึ่งฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบจะต้องแก้ไขด้วยการเข้าไปทำแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือ ยึดกลับมาทำเองเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของบริการสาธารณสุข

(ค) เมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้นและมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองให้จัดทำบริการสาธารณสุขไม่สามารถดำเนินการตามสัญญา

ต่อไปได้ตามปกติ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าไปปรับภาวะบางส่วนร่วมกับเอกชนคู่สัญญา ทั้งนี้เพื่อไม่ให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลงนั่นเอง

จะเห็นได้ว่าหลักการหรือวิธีการทั้ง 3 ประการดังกล่าว มีความแตกต่างจากหลักการทำสัญญาของกฎหมายเอกชนทั้งสิ้น ซึ่งสาเหตุก็มาจากสภาพกิจการที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางปกครองนี้เป็นกิจกรรมที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะจึงต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อรักษาความเป็นประโยชน์สาธารณะไว้

(2.2) หลักการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอ (le principe de mutabilité)

บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งสามารถปรับปรุงให้เข้ากับความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้วย หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะเพื่อให้บริการสาธารณะมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชนนี้มีผลใน 4 ระดับคือในระดับของฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบมีหน้าที่ต้องพัฒนาบริการสาธารณะของตนเองอยู่เสมอเพื่อให้เหมาะสมกับความต้องการของประชาชน ในระดับของพนักงานของฝ่ายปกครองก็ต้องรับการเปลี่ยนแปลงโดยย้ายยุบเลิกบริการสาธารณะเพื่อความเหมาะสม ในระดับของคู่สัญญาของฝ่ายปกครองต้องพร้อมที่จะพัฒนาบริการสาธารณะที่ตนทำอยู่ มิฉะนั้น บริการสาธารณะฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะได้ ในระดับเอกชนผู้รับบริการก็ต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงในราคาค่าบริการซึ่งจะนำมาใช้พัฒนาบริการ

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้บริการสาธารณะมีความทันสมัยอยู่เสมอถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของการบริการสาธารณะและถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายมหาชน และนอกจากในนั้นในฝรั่งเศสหลักการนี้ยังเป็นที่มาของหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญอีกหลายหลักในสัญญาทางปกครอง เช่น ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของฝ่ายปกครอง (théorie du fait du prince) หลักการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (le pouvoir de modification unilatérale)

(2.3) หลักความเสมอภาคในบริการสาธารณะ (le principe d'égalité)

หลักนี้ถือว่าทุกคนเสมอภาคกันในเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ทั้งในสิทธิและภาระหน้าที่ เช่น ทุกคนมีสิทธิในการใช้บริการสาธารณะ ถ้าได้ทำตามเงื่อนไขทุกคนมีสิทธิสมัครเข้าเป็นพนักงานบริการสาธารณะ ถ้ามีคุณสมบัติครบถ้วน ทุกคนมีสิทธิเข้าทำสัญญากับ

ฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ ทุกคนที่มีคุณสมบัติเดียวกันก็มีหน้าที่และความรับผิดชอบเท่ากัน เป็นต้น

เนื่องจากบริการสาธารณะมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้ใดผู้หนึ่งโดยเฉพาะแต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตาม หลักความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะนี้มิได้หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติต่อทุกคนเหมือนกันหมดหรืออย่างเดียวกันหมด แต่หมายถึง การที่องค์กรของรัฐจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่อยู่ในสถานะเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองก็ได้เคยตัดสินในประเด็นนี้ไว้ว่า ในสถานะที่แตกต่างกันของผู้ใช้บริการ อาจทำให้บุคคลได้รับบริการที่แตกต่างกัน เช่น การกำหนดค่าโดยสารของเรือข้ามฟากหรือค่าผ่านทาง ในราคาดพิเศษสำหรับผู้ที่อาศัยหรือทำงานในเขตบริเวณนั้นถือเป็นการกำหนดโดยชอบด้วยกฎหมายไม่เป็นการจัดต่อหลักความเสมอภาค⁵⁰

(3) ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน (théorie de la puissance publique)

โดยหลักแล้ว การดำเนินการกิจกรรมต่างๆของฝ่ายปกครองมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบต่อ “ประโยชน์สาธารณะ” (l' intérêt général) ซึ่งต่างจากการดำเนินกิจกรรมของเอกชนที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนตน โดยหลักแล้วประโยชน์สาธารณะย่อมสำคัญกว่าประโยชน์ของเอกชน หลักกฎหมายที่นำมาใช้กับการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นจะให้อำนาจฝ่ายปกครองที่เหนือกว่าเอกชน เนื่องจาก รัฐโดยองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองทำหน้าที่ในการดูแลประโยชน์สาธารณะ ในกรณีที่ประโยชน์ของเอกชนสอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะรัฐก็สามารถใช้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนได้ แต่ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะจะต้องให้ประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ถ้าเอกชนไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ต้องให้รัฐโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจบังคับเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้

เพื่อให้บรรลุประโยชน์สาธารณะฝ่ายปกครองสามารถเลือกที่จะกระทำการโดยใช้อำนาจมหาชน (puissance publique) หรือใช้เทคนิคทางกฎหมายมหาชนหรือมอบหมายให้เอกชนใช้อำนาจหรือร่วมจัดทำบริการสาธารณะได้ ในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นมีความจำเป็นต้องดำเนินกิจกรรมให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสำเร็จลุล่วงไปด้วยดีเพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์อย่างทั่วถึงจึงมีการกำหนดสถานะ

⁵⁰ C.E.,10 พ.ค. 1974, Denoyezetcherques, Rec. 274 และ C.E., 12 กค. 1979, Pont a péage, Rce.31 อ้างในบุปผา อัครพิมาน, น. 15.

และการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองให้มีเอกสิทธิ์ (prérogative) เหนือกว่าเอกชน ฝ่ายปกครองมีสถานะที่อยู่เหนือเอกชนสามารถที่จะบังคับให้เอกชนดำเนินการไม่โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน

2.3.1.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสเกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรและหลักกฎหมายที่ศาลเป็นผู้วางขึ้น ซึ่งโดยหลักกฎหมายเหล่านี้เกิดขึ้นบนพื้นฐานความคิดที่ว่า สัญญาทางปกครองจำเป็นต้องมีระบบกฎหมายเป็นพิเศษแตกต่างหากจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป เพราะสัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่รัฐใช้ในการดำเนินการให้ภารกิจของรัฐอันได้แก่ บริการสาธารณะบรรลุผลและอีกประการ คือ ทำให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการเลือกใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปตามหลักเสรีภาพของฝ่ายปกครองในการกระทำการในรูปแบบสัญญา (La liberté contractuelle des personelle publiques) โดยฝ่ายปกครองมีอิสระในการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองในการจัดทำภารกิจทางปกครองโดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้รับรองไว้ในคดี Union des transports publics urbains et regionaux (CE 2 fevrier 1983) ซึ่งได้รับการยอมรับให้เป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา⁵¹

อย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองอาจถูกจำกัดเสรีภาพดังกล่าวลง เช่น การห้ามฝ่ายปกครองใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในกิจการที่เกี่ยวข้องกับภารกิจในการป้องกันการกระทำผิดกฎหมายหรือการรักษาความสงบเรียบร้อย (police administratif) แต่ในปัจจุบันมีการใช้การกระทำในรูปแบบสัญญาเข้ามาในภารกิจด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยเพิ่มขึ้นเช่น การทำสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนเพื่อจัดสร้างและบริหารพัฒนาสถาน หรือการรักษาความปลอดภัยโดยเอกชน นอกจากนั้นอาจถูกจำกัดจากสภาพของเรื่องที่ทำให้การใช้รูปแบบสัญญานั้นขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อย ซึ่งทำให้สัญญาดังกล่าวอาจกลายเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้ฝ่ายปกครองต้องเลือกใช้การกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองบังคับการ ขอบเขตของการเลือกใช้เครื่องมือของฝ่ายปกครองจึงขึ้นกับนโยบายของรัฐว่ายอมรับให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในภารกิจของฝ่ายปกครองมากน้อยเพียงใด

⁵¹ คำพิพากษาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญคดี Loi relative au secteur de l energie (cc n 2006-543 DC du 30 novembre 2006)

(1) การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง

การทำสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้มีการนำหลักเกณฑ์บางประการในเรื่องสัญญาทางแพ่งมาใช้เท่าที่ไม่ขัดกับลักษณะของสัญญาทางปกครอง การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองก็มีลักษณะเช่นเดียวกับการก่อให้เกิดสัญญาตามกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ เป็นผลโดยตรงของการแสดงเจตนาที่สอดคล้องต้องกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่อย่างไรก็ตาม ในสัญญาทางปกครองหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความเสมอภาคถูกจำกัดมากกว่าสัญญาทางแพ่ง

(1.1) อำนาจในการทำสัญญา

ในการทำสัญญานั้นเอกชนอาจมีข้อจำกัดในเรื่องความสามารถ และหากเป็นนิติบุคคลอาจมีข้อจำกัดในเรื่องของวัตถุประสงค์ ในด้านของฝ่ายปกครองเองก็มีข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องอำนาจในการทำสัญญาหลายประการ ดังนี้

(ก) ฝ่ายปกครองที่จะทำสัญญาได้ต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเท่านั้น ซึ่งได้แก่ รัฐ (โดยกระทรวงต่างๆ) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนเท่านั้น และเป็นสัญญาที่อยู่ในอำนาจ (compétance) ของนิติบุคคลนั้นด้วย หากทำสัญญาในเรื่องไม่มีอำนาจสัญญานั้นอาจตกเป็นโมฆะได้

(ข) ผู้ที่จะทำการแทนนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนในสัญญาได้จะต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำสัญญาแทนนิติบุคคลนั้นเท่านั้น สัญญาใดที่ลงนามโดยผู้ไม่มีอำนาจย่อมตกเป็นโมฆะ นอกจากนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ลงนามในสัญญาอาจไม่มีอำนาจตามกฎหมายหากปรากฏว่าผู้ลงนามมีผลประโยชน์ทับซ้อนหรือมีส่วนได้เสียในสัญญา เช่น นายกเทศมนตรีทำสัญญาก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคและสัญญาจัดส่งน้ำกับบริษัทที่ภรรยาของตนถือหุ้นใหญ่⁵²

(ค) แบบของสัญญา โดยหลักสัญญาทางปกครองไม่มีแบบ ดังนั้นสัญญาทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือทำด้วยวาจาก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติแบบมักจะถูกกำหนดโดยกฎหมาย คือ โดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (code des marchés publics) ซึ่งมาตรา 39 และมาตรา 250 กำหนดให้ทำสัญญาเป็นหนังสือโดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (Cahiers de charges) เสมอ

(ง) ฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญาอาจถูกควบคุมโดยเจ้าหน้าที่อื่นเช่น ถูกควบคุมในทางการเงินโดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ถูกควบคุมทางเทคนิคโดยกระทรวงโยธาธิการ เป็นต้น

⁵² Cass.crim 2 novembre 1961

(จ) ในบางกรณีฝ่ายปกครองอาจไม่มีสิทธิเลือกที่จะทำสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองเพราะ มีกฎหมายกำหนดไว้แล้วว่าสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดต้องทำเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งเท่านั้น เช่น สัญญาเกี่ยวกับโยธาสาธารณะ มีกฎหมายกำหนดว่าต้องทำเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

(ฉ) เอกสิทธิ์บางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีอยู่จะสละไม่ได้ ถ้าฝ่ายปกครองสละ ศาลจะถือว่าการสละสิทธินั้นๆไม่เป็นผล เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองคดีต้องขึ้นศาลปกครอง ฝ่ายปกครองจะยอมให้นำคดีไปขึ้นศาลยุติธรรมหรือจะตั้งอนุญาโตตุลาการมาวินิจฉัยชี้ขาดไม่ได้

(ช) สัญญาบางประเภทจะต้องได้รับการอนุมัติ (l' autorisation) หรือการรับรอง (l'approbation) จากองค์กรอื่นเสียก่อน เช่น การกู้ยืมเงินของรัฐจะต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาเสียก่อน สัญญาที่ไม่ได้รับอนุมัติโดยถูกต้องตามกฎหมายย่อมเป็นโมฆะ

(1.2) การเลือกคู่สัญญา

การเลือกคู่สัญญานั้นเอกชนมีสิทธิเต็มที่ที่จะเลือกใครมาเป็นคู่สัญญาก็ได้ การเลือกจะใช้วิธีใดก็ได้ไม่มีข้อจำกัด แต่การเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองมีข้อจำกัด กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกคู่สัญญาตามวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้ซึ่งจะต้องเป็นวิธีการที่เป็นกลาง โปร่งใส และให้ประโยชน์กับส่วนรวมมากที่สุด ฝ่ายปกครองจะเลือกคู่สัญญาตามอำเภอใจไม่ได้ อย่างไรก็ตาม โดยผลของการเข้าร่วมเป็นสมาชิกประชาคมยุโรปก็ทำให้มีข้อจำกัดเพิ่มขึ้นด้วย โดยกฎหมายฝรั่งเศสต้องปรับตามกฎหมายของสหภาพยุโรปด้วย โดยรัฐบาลฝรั่งเศสต้องเปิดให้มีการแข่งขันสำหรับการทำสัญญาพัสดุที่มีวงเงินเกินกว่าที่กำหนดไว้ โดยต้องเปิดโอกาสให้บุคคลของชาติประชาคมยุโรปทุกคนมีสิทธิเข้าร่วมแข่งขันในการเป็นคู่สัญญากับฝ่ายได้ด้วย⁵³ และได้รับรับรองหลักความโปร่งใสในกระบวนการ ซึ่งหลักการเหล่านี้ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุ

สำหรับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง มาตรา 26 กำหนดวิธีการที่ใช้ในการคัดเลือกคู่สัญญามี 3 วิธีหลัก ดังนี้

(ก) วิธีประกวดราคา (L' adjudication publique) ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดวัตถุประสงค์ของสัญญาแล้วเปิดโอกาสให้เอกชนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเข้าร่วมแข่งขันประกวดราคาโดยการยื่นซองเสนอราคา โดยฝ่ายปกครองจะกำหนดราคาสูงสุดของพัสดุที่จะจัดซื้อหรืองานที่จะจ้างไว้โดยปิดเป็นความลับ ในกรณีที่ผู้เข้าประกวดราคาเสนอราคาสูงกว่าราคาสูงสุดที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ จะถือว่าไม่มีใครชนะการประกวดราคา แต่ในกรณีที่ผู้เข้าประกวด

⁵³ ตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 18 กันยายน ค.ศ. 1990 ซึ่งอนุมัติตามข้อบังคับ (directive) ของสหภาพยุโรป ลงวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 1989

ราคาเสนอราคาต่ำกว่าราคาสูงสุดที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ ฝ่ายปกครองจะต้องประกาศให้ผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นผู้ชนะการประกวดราคา

การคัดเลือกวิธีนี้ฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะไม่ยอมรับผลการประกวดราคาทั้งหมดก็ได้ แต่เลือกประกาศให้บุคคลซึ่งมิใช่เป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นผู้ชนะการประกวดราคาไม่ได้ จะต้องทำสัญญากับผู้ที่ชนะการประกวดราคาเท่านั้น และการที่ฝ่ายปกครองยอมรับหรือไม่ยอมรับผลการประกวดราคานั้น ผู้มีส่วนได้เสียนำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

การประกวดราคายังแบ่งออกเป็น 2 วิธี คือ

- การประกวดราคาแบบเปิดทั่วไป ซึ่งจะต้องเปิดให้มีการแข่งขันกันอย่างทั่วถึงโดยจะกำหนดคุณสมบัติของผู้เข้าประกวดราคาในลักษณะต่างๆไปและ

- การประกวดราคาอย่างจำกัด ซึ่งจะมีการกำหนดให้เฉพาะบุคคลบางคนหรือบริษัทบางบริษัทเท่านั้นที่มีสิทธิเข้าร่วมประกวดราคาได้

หลักการสำคัญของการประกวดราคาคือจะต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างมากที่สุด ซึ่งปรากฏจากการบังคับให้ต้องมีการประกาศให้ผู้เกี่ยวข้องทราบและให้เสรีภาพในการแข่งขันอย่างเต็มที่ นอกจากนี้ โดยวัตถุประสงค์คือต้องการราคาที่ต่ำที่สุด ดังนั้น ต้องถือว่าผู้เสนอราคาต่ำที่สุดเป็นผู้ชนะการประกวดราคาโดยอัตโนมัติ

(ข) วิธีพิเศษ (l'appel d'offre) วิธีการนี้มีลักษณะเหมือนกับ การประกวดราคาเกือบทุกประการ (มีการเสนอของราคาและอาจจะทำด้วยวิธีเปิดหรืออย่างจำกัดก็ได้) แต่มีข้อแตกต่างในส่วนของการพิจารณาผลซึ่งจะคัดเลือกผู้ที่เสนอราคาที่มีความเหมาะสมที่สุดเป็นผู้ชนะการประกวดราคา ซึ่งความเหมาะสมดังกล่าวนอกจากจะพิจารณาจากด้านราคายังมีข้อพิจารณาอื่น เช่น ความเหมาะสมทางเทคนิคหรือการเงิน ดังนั้น ด้วยวิธีนี้ผู้ที่ชนะการประกวดราคาจึงมิใช่ผู้ที่เสนอราคาต่ำสุดเสมอไป

(ค) วิธีตกลงราคา (marchés négociés) วิธีนี้ฝ่ายปกครองมีอิสระอย่างเต็มที่ในการเจรจาและทำสัญญากับใครก็ได้ แต่ก็จะต้องทำให้เกิดการแข่งขันกันเท่าที่จะเป็นไปได้

ฝ่ายปกครองมิได้มีอำนาจในการเลือกวิธีใดวิธีหนึ่งข้างต้น กล่าวคือ โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานระดับใดก็ตามจะต้องใช้วิธีการประกวดราคาหรือวิธีพิเศษ ส่วนวิธีการตกลงราคาจะใช้ได้เฉพาะในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ทำได้เท่านั้น เช่น มีความจำเป็นเร่งด่วน มีความต้องการพิเศษเฉพาะราย หรือในกรณีที่มีวงเงินจำนวนเล็กน้อย

นอกจากนั้น ในการดำเนินการเพื่อหาผู้สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องยึดหลักความเป็นกลางคือต้องให้ความเป็นธรรมแก่ผู้เข้าร่วมแข่งขันด้วย ซึ่งในเรื่องนี้ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1991 ว่าด้วย ความโปร่งใสและความถูกต้องของกระบวนการทำสัญญาของทางราชการ โดยได้กำหนดให้มีคณะกรรมการชุดหนึ่งทำหน้าที่

สืบสวนเกี่ยวกับความถูกต้องและความเป็นกลางของการทำสัญญาพัสดุและการทำสัญญามอบให้เอกชนดำเนินกิจการบริการสาธารณะและตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 432-12 ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการดูแลการบริหารหรือการจ่ายเงินในการดำเนินการบริการสาธารณะ ในอันที่จะหาหรือรับผลประโยชน์ใดๆไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมจากอำนาจหน้าที่ดังกล่าวรวมทั้งกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งก็กำหนดห้ามมิให้ผู้ที่ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เช่น สมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นผู้รับเหมาในการจัดซื้อหรือจัดจ้างใดๆกับฝ่ายปกครองอีกด้วย

(1.3) ข้อจำกัดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา

ในสัญญาทางแพ่งนั้นกฎหมายถือว่าเอกชนที่เป็นคู่สัญญามีความเสมอภาคกันในการกำหนดข้อสัญญา การเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาตลอดจนการปฏิบัติตามสัญญา โดยปกติข้อสัญญาทางแพ่งย่อมเป็นผลมาจากการเจรจาต่อรองกันระหว่างคู่สัญญาโดยอิสระ แต่ก็มีข้อยกเว้นบางกรณีที่คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าจะเลือกกำหนดข้อสัญญาเองโดยไม่เปิดโอกาสให้มีการเจรจาเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่ามีเพียงสิทธิเพียงยอมรับหรือปฏิเสธไม่ยอมเข้าทำสัญญาเท่านั้น สัญญาเช่นนี้ในทางกฎหมายแพ่งเรียกว่า สัญญาจำยอม (contrat d'adhésion) แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อช่วยคุ้มครองกรณีที่เสียเปรียบนี้ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคก็ได้กำหนดให้ข้อสัญญาบางอย่างที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเกินไปให้ถือเป็นอันไม่มีผล นอกจากนั้น ยังมีหลักในการตีความกฎหมายว่าในกรณีที่เป็นที่สงสัยให้ตีความในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายที่ต้องเสียในมูลหนี้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายเอกชนพยายามทำให้มีความเสมอภาคระหว่างคู่สัญญาในการต่อรองข้อสัญญาอย่างมาก

ส่วนในสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสนั้นการยอมรับความไม่เท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนจะปรากฏเห็นชัด โดยฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ที่อยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเพราะกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (prerogative de la puissance publique) ในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้น ย่อมเป็นเหตุผลในตัวเองอยู่แล้วว่าประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์ส่วนบุคคล ด้วยเหตุนี้การกำหนดข้อความในสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครองจึงเป็นหลักในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส เอกชนไม่มีอำนาจต่อรองข้อสัญญานอกจากเรื่องราคาซึ่งเอกชนอาจต่อรองได้ ส่วนข้อสัญญาอื่นๆเอกชนมีสิทธิเพียงอย่างเดียวคือยอมรับหรือปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาด้วยเท่านั้น

โดยปกติข้อความในสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองทำอยู่เสมอ อาทิ สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุทั้งหลาย เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ฯลฯ มักมีสัญญาต้นแบบ (contrats-types) และเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผนที่กำหนดโดยกฎหมายหรือระเบียบทั้งสิ้นซึ่งจะไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่อรองหรือแก้ไขได้

(2) สิทธิหน้าที่และผลของสัญญาทางปกครอง

เมื่อสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วจะสมบูรณ์ตามกฎหมายและมีผลผูกพันคู่สัญญา เมื่อได้มีการทำสัญญาถูกต้องตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดทั้งในเรื่องเงื่อนไขเกี่ยวกับการแสดงเจตนา คุณสมบัติของคู่สัญญาซึ่งปกติคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญในการชำระหนี้ วัตถุประสงค์แห่งสัญญา หากมีการทำสัญญาโดยผิดเงื่อนไขดังกล่าวสัญญาย่อมไม่สมบูรณ์ ซึ่งการทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยเงื่อนไขต่างๆจะมีผลในทางกฎหมายแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับความสำคัญของเงื่อนไขดังกล่าว เมื่อสัญญาเกิดขึ้นสมบูรณ์คู่สัญญาย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา แม้ในสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครองจะมีสิทธิเหนือกว่าเอกชนคู่สัญญา สิทธิพิเศษนี้อาจมาจากข้อสัญญาเองหรือมาจากหลักกฎหมายปกครองที่ใช้กับสัญญาทางปกครอง สิทธิพิเศษนี้ปรากฏให้เห็นทั้งในการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีปกติ และจากสภาพบังคับในกรณีที่เอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติไม่ตรงตามสัญญา

โดยหลักตั้งที่ใดก็ตามแล้ว เอกชนคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาทุกกรณี เว้นแต่ จะเกิดเหตุสุดวิสัย (force majeure) ที่ทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาตกเป็นพ้นวิสัย กรณีเช่นนี้ไม่ใช่ความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง สัญญา (ทั้งหมดหรือบางส่วน) ก็ยกเลิกไปโดยผลของกฎหมาย แต่นอกจากการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว ฝ่ายปกครองยังมีสิทธิดังต่อไปนี้ แม้จะไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา

(2.1) ฝ่ายปกครองมีสิทธิกำกับ และควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างใกล้ชิด เช่น สามารถตรวจสอบการปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนว่ามีการเข้าปฏิบัติหน้าที่จริงหรือไม่ หรือมีการปฏิบัติตามสัญญาถูกต้องเพียงใด ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจในการเรียกบุคคลหรือเอกสารมาตรวจสอบ ซึ่งหากพบความบกพร่องหรือล่าช้าฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งให้เอกชนดำเนินการได้ หรืออาจสั่งหยุดการปฏิบัติตามสัญญาชั่วคราวได้ ในส่วนสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปเอกชนไม่มีสิทธิกำกับและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนคู่สัญญาอีกฝ่าย เว้นแต่ในสัญญาจะให้อำนาจไว้

(2.2) ฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้ไขข้อเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว (le droit de modifier unilatéralement les conditions du contrat) โดยปกติสัญญาแพ่งที่ทำระหว่างคู่สัญญานั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขข้อสัญญาเพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ ตามทฤษฎีความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนา ดังนั้น ในสัญญาทางแพ่งจึงยึดหลัก “ความไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ของสัญญา” (immutabilité du contrat) เว้นแต่ คู่สัญญาจะยินยอม ในสัญญาทางปกครองก็เช่นกัน หากคู่สัญญาตกลงยินยอมที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาก็ย่อมทำได้ ทั้งนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับการทำสัญญา เช่น ไม่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ไม่เป็นการแก้ไขในสาระสำคัญของสัญญา เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ในสัญญาทางปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อบริการสาธารณะและบริการสาธารณะมีหลักที่สามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันต่อความต้องการของส่วนรวมอยู่

เสมอ ฝ่ายปกครองจึงต้องมีสถานะพิเศษ ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อให้สามารถสนองต่อความต้องการของส่วนรวม โดยมีข้อสังเกตคือ

(ก) หลักนี้ใช้ได้กับสัญญาทางปกครองทุกประเภท แต่ที่พบบ่อยคือสัญญาเกี่ยวกับโยธาสาธารณะและสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

(ข) อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจะต้องมีสาเหตุจากการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ตามอำเภอใจไม่ได้ และฝ่ายปกครองไม่อาจแก้ไขสัญญาถึงขั้นที่จะทำให้สถานะ (nature) หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเปลี่ยนไป

(ค) อำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนี้ เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยแท้ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้อำนาจนี้เอง ฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาจะผลักระโดย การร้องขอต่อศาลให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ไม่ได้

(ง) ข้อจำกัดอำนาจในการแก้ไขฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองอีกประการ คือ ฝ่ายปกครองจะลดค่าตอบแทนตัวเงินที่ตกลงในสัญญาไม่ได้ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวจะต้องไม่เกินขนาด ถ้าเกินขนาดเอกชนสามารถเลิกสัญญาได้

(จ) เมื่อฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทนให้เอกชนด้วย

ดังนั้น เพื่อเป็นการตอบแทนหรือชดเชยการที่ฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษ เอกชนคู่สัญญาจึงมีสิทธิบางประการที่เอกชนในสัญญาทางแพ่งไม่มี นั่นคือ นอกจากที่จะได้รับค่าตอบแทนตามสัญญาซึ่งฝ่ายปกครองจะบิดพลิ้วไม่จ่ายไม่ได้แล้ว ในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองต้องจ่ายค่าทดแทนให้อยู่ในสภาพที่เหมาะสมกับภาระที่เอกชนรับเพิ่มขึ้นประการหนึ่ง รวมตลอดจนถ้าเอกชนปฏิบัติตามสัญญาไปแล้ว ปรากฏว่ามีเหตุไม่อาจคาดหมายเกิดขึ้น ทำให้เอกชนปฏิบัติตามสัญญาได้ยาก ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทนช่วยให้เอกชนพ้นภาวะขาดทุนจากเหตุนี้ประการด้วย ค่าทดแทนความเสียหายนี้เป็นการทดแทนค่าเสียหายที่มีอยู่จริง การขาดทุนกำไร การขาดรายได้เพิ่ม ไม่ใช่ค่าเสียหาย กรณีเป็นไปตามหลัก “ดุลยภาพทางการเงิน”

ในกรณีที่มีการผิดสัญญา ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

(ก) ถ้าฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญา เช่น ไม่ชำระหนี้ตอบแทนให้เอกชนตามกำหนด ในกรณีนี้จะใช้หลักสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งที่ให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาเช่นกันจนกว่าฝ่ายปกครองจะยอมปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ เอกชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ทั้งนี้ ตามหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ แต่เอกชนคู่สัญญาอาจขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายได้ และหากเป็นกรณีร้ายแรงอาจร้องขอต่อศาลให้เลิกสัญญาได้ แต่จะเลิกสัญญาเองไม่ได้

(ข) ถ้าเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญา ฝ่ายปกครองมีสิทธิดังต่อไปนี้ คือฝ่ายปกครองมีอำนาจเรียกค่าเสียหายหรือทำการตอบโต้โดยการไม่จ่ายค่าตอบแทนให้เอกชน ฝ่ายปกครองมีสิทธิกำหนดมาตรการบางอย่างที่มีผลให้การปฏิบัติตามสัญญาดำเนินไปได้ เพื่อไม่ให้กระทบต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองสามารถบังคับให้เอกชนทำตามสัญญาได้เองโดยไม่ต้องฟ้องศาลก่อน หลักการนี้เรียกว่า หลักการบังคับฝ่ายเดียวไปก่อนโดยไม่ต้องฟ้องศาล (Privilège du préalable) อำนาจบังคับการนี้มีอยู่โดยผลของกฎหมาย แม้ไม่ได้มีการกำหนดในข้อสัญญาก็ตาม⁵⁴ และหากจำเป็นฝ่ายปกครองก็อาจเข้าทำการแทนเอกชนได้ รวมทั้งยกเลิกสัญญา อย่างไรก็ตามหากฝ่ายเอกชนผู้ถูกมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง เห็นว่ามาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจมาฟ้องศาลปกครองให้ชดใช้ค่าเสียหายได้

(3) การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง

โดยปกติเมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญาก็ย่อมสิ้นสุดไปหรือสัญญาอาจสิ้นสุดไปตามข้อตกลงในสัญญานั้นก็ได้ หรือสัญญาอาจสิ้นสุดไปเพราะคู่สัญญาตกลงพร้อมใจกันเลิกสัญญาหรือการชำระหนี้ตามสัญญาตกเป็นพ้นวิสัย อย่างไรก็ตาม ยังมี การเลิกสัญญาที่เป็นหลักเฉพาะของสัญญาทางปกครองดังนี้

(3.1) การเลิกสัญญาของฝ่ายปกครอง

คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวแม้ว่าข้อสัญญาจะไม่ได้กำหนดไว้ใน 2 กรณี ดังนี้

(ก) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญาอย่างร้ายแรงคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็อาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เอง

(ข) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ได้กับสัญญาปกครองทุกประเภท ไม่ว่าจะมีการกำหนดอำนาจดังกล่าวไว้ในข้อสัญญาหรือไม่ก็ตาม และคู่สัญญาไม่อาจทำสัญญาตกลงจำกัดอำนาจนี้ของฝ่ายปกครองได้⁵⁵ และเมื่อเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวน

(3.2) การเลิกสัญญาโดยศาลปกครอง

การเลิกสัญญาโดยศาลปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีต่อไปนี้

⁵⁴ ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ในคดี Deplanque (CE 31/ 5/ 1907)

⁵⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี Association Eurolat (CE 6 mai 1985)

(ก) โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองทำผิดสัญญาอย่างร้ายแรง หรือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขข้อสัญญาจนเกินขนาดหรือกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยขึ้น

(ข) โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในกรณีเลิกสัญญาสัมปทาน

(ค) โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเมื่อเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็นเหตุถาวร

2.3.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายของประเทศเยอรมัน

หลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายของเยอรมันมีดังนี้

(1) หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง (Verwaltungshandeln) การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” (AGrundsatz der Gesetzmäßigkeit) เช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่นๆ เช่น การออกกฎ หรือการออกคำสั่งทางปกครอง

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบกฎหมายประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลัก คือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” หรือ “หลักที่ว่ากฎหมายต้องมาก่อน” และหลัก “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ”⁵⁶

ในการนำหลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ไปปรับใช้กับสัญญาทางปกครองนั้นต้องแยกการพิจารณา “รูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญา” และ “เนื้อหาของสัญญา” ออกจากกัน โดยรูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญาจะอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองสามารถทำสัญญาได้ตราบเท่าที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติรูปแบบการกระทำทางปกครองเป็นการเฉพาะ ส่วนการกำหนดเนื้อหาของสัญญาทางปกครองจะต้องอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเช่นกัน กล่าวคือฝ่ายปกครองและเอกชนไม่อาจกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายได้ ส่วนหลักไม่มี

⁵⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, *วารสารนิติศาสตร์*, น. 271 – 272 (มิถุนายน 2542).

กฎหมายไม่มีอำนาจนำมาปรับใช้เฉพาะในกรณีที่ฝ่ายปกครองกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่ทำให้เอกชน ถูกบังคับให้เข้าทำสัญญาเพราะไม่มีทางเลือกอื่น การทำสัญญาในลักษณะดังกล่าวจำเป็นที่ฝ่าย ปกครองจะต้องได้รับอำนาจอย่างชัดเจน ตามหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

(2) หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับสัญญาทางปกครอง

ตามหลักกฎหมายเอกชนคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาย่อมมีเสรีภาพในการทำ สัญญา เสรีภาพที่ว่านี้หมายถึง เสรีภาพในการเลือกตัวคู่สัญญาและเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของ สัญญาเป็นการก่อตั้งสิทธิ หน้าที่ หลักการนี้ถือเป็นหลักการที่สำคัญในกฎหมายเอกชน

ในส่วนของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาต่างๆฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจซึ่ง หากเปรียบเทียบกับอำนาจเอกชนในการก่อตั้งสิทธิ หน้าที่ตามที่ตนต้องการ แต่อำนาจของฝ่าย ปกครองเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากกฎหมาย ในการใช้อำนาจฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนอย่าง เคร่งครัดต่อกฎหมาย หากพิจารณาจากฝ่ายปกครองหลักเสรีภาพในการทำสัญญาจึงไม่อาจมีได้ใน ความหมายของกฎหมายเอกชน แต่อย่างไรก็ตาม ตามหลักกฎหมายเยอรมันฝ่ายปกครองสามารถเข้า ทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนตราบเท่าที่มีได้มีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น และการเข้าทำสัญญา ทางปกครองเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง⁵⁷ นอกจากนี้ มีกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดไว้อย่าง ชัดเจนให้ฝ่ายปกครองทำสัญญาทางปกครองได้ เช่น มาตรา 124 วรรคสาม ประโยคที่ 2 แห่ง ประมวลกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้าง (BauGB)

(3) หลักการอื่นๆเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นสัญญาทางปกครองจะต้องทำเป็นหนังสือ หรือ “ทำเป็นลายลักษณ์อักษร” ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดในรูปแบบอื่น ในการทำสัญญาทาง ปกครองจึงเคร่งครัดกว่า “แบบ” ของการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งอาจจะออกโดยวาจาก็ได้ อย่างไร ก็ตาม การกำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือ มาตรา 57 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติ ราชการานั้นถือเป็นมาตรฐานกลางเท่านั้น หากกฎหมายกำหนดแบบที่เคร่งครัดกว่าการทำเป็น หนังสือ การทำสัญญาทางปกครองก็ต้องเป็นไปตามแบบอันเคร่งครัดกว่าตามที่กำหนดไว้นั้น นอกจากนี้ ขั้นตอนการทำสัญญาต้องทำเป็นหนังสือแล้ว มาตรา 57 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณา ทางปกครองฯ ค.ศ. 1976 ยังกำหนดให้บรรดาการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง เช่น การเลิกสัญญา ก็ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

ส่วนสัญญาทางปกครองที่มีอาจก่อภาระแก่บุคคลที่สาม หรือมีความจำเป็นที่ องค์กรฝ่ายปกครองอื่นเข้ามากระทำการด้วย ตามมาตรา 58 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทาง ปกครองฯ สัญญาทางปกครองที่ก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิของบุคคลที่สาม จะมีผลก็ต่อเมื่อบุคคลที่สาม

⁵⁷ H.Maurer, Allg. VerwR, พิมพ์ครั้งที่ 14, อ้างในเพ็ญศรี วงศ์เสรี, น.235.

นั้นได้ให้ความเห็นชอบหรือยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนในกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองอื่นต้องมี ส่วนช่วยแก้สัญญาทางปกครอง กล่าวคือฝ่ายปกครองใช้วิธีเข้าทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนแทน การออกคำสั่งทางปกครอง หากการออกคำสั่งทางปกครองต้องการคำอนุญาตหรือความยินยอมของ เจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นนั้น ก็จะต้องได้รับคำอนุญาตหรือความยินยอมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อื่นด้วยเช่นกัน ซึ่งหลักการนี้ระบบกฎหมายเยอรมันต้องการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สาม⁵⁸

สัญญาทางปกครองอาจตกเป็นโมฆะ ซึ่งมาตรา 59 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้กำหนดให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ ให้นำหลักเกณฑ์เหตุแห่ง ตามโมฆะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) มาใช้แก่สัญญาทางปกครองทุกประเภท ส่วนมาตรา 59 วรรคสอง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้บัญญัติเหตุแห่งโมฆะกรรมเพิ่มขึ้น สำหรับสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

(3.1) เหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 59 วรรคแรก VwVfG⁵⁹

สัญญาทางปกครองทุกประเภทอาจตกเป็นโมฆะ หากปรากฏมี “เหตุ แห่งโมฆะกรรม” ของนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ได้แก่ มาตรา 105 ความบกพร่องใน เรื่องความสามารถของคู่สัญญาที่เป็นคนไร้ความสามารถ ตกเป็นโมฆะ มาตรา 108 การทำสัญญาโดย ปราศจากเจตนา มาตรา 116-118 โมฆะกรรมเพราะการแสดงเจตนาบกพร่อง เช่นสำคัญผิด เป็นต้น มาตรา 125 โมฆะกรรมเพราะบกพร่องเรื่องแบบ มาตรา 134 โมฆะกรรมเพราะฝ่าฝืนบทบัญญัติของ กฎหมาย และมาตรา 138 โมฆะกรรมเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน

(3.2) เหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 59 วรรคสอง VwVfG ซึ่งเป็นเหตุเฉพาะสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน ดังนี้

(ก) ต้องด้วยเหตุโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 44 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เช่น มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงเห็นได้ชัด ซึ่งนำมาใช้ กับสัญญาทางปกครองด้วย

(ข) เมื่อเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง หากนำไปกำหนดในคำสั่งทาง ปกครอง จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ต้องไม่ใช่กรณีเกี่ยวกับเรื่องบกพร่อง ทางวิธีพิจารณาหรือผิดพลาดในแง่รูปแบบ ซึ่งไม่กระทบในผลของการวินิจฉัยสั่งการ ตามมาตรา 46

⁵⁸ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26*, น. 243.

⁵⁹ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, *เพ็งอ้าง*, น. 244 - 245.

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และผู้ลงนามในสัญญาทั้งสองฝ่ายได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมาก่อนทำสัญญาทางปกครองแล้ว

(ค) เมื่อสัญญาทางปกครองนั้นเป็นสัญญาประนีประนอม แต่เงื่อนไขของการทำสัญญาประนีประนอมนั้นไม่ถูกต้องครบถ้วน และการออกคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายมาจากข้อผิดพลาดด้านรูปแบบหรือวิธีพิจารณาตามมาตรา 46 VwVfG ซึ่งไม่มีผลกระทบต่อผลของการวินิจฉัยสั่งการ

(ง) มาตรา 59 วรรคสอง กรณีที่ 4 VwVfG ซึ่งเกี่ยวข้องกับสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austauschvertrag) ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยินยอมรับเอาการตอบแทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองโดยคู่สัญญาเอกชน

ในบทบัญญัติมาตรา 59 วรรคสาม VwVfG ได้กำหนดหลัก “โมฆะกรรมบางส่วน” กล่าวคือ เมื่อเหตุโมฆะกรรมกระทบต่อบางส่วนของสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองทั้งฉบับจะตกเป็นโมฆะต่อเมื่อ สัญญาทางปกครองไม่อาจแบ่งแยกส่วนที่เป็นโมฆะออกมาต่างหากได้

กรณีที่ปรากฏเหตุโมฆะกรรม สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลบังคับผูกพัน (Bestandskraft) และเป็นฐานในการเรียกร้องและบังคับตามสิทธิในสัญญาได้

ผลทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค. ศ. 1976 มิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ตามบทบัญญัติมาตรา 62 กำหนดให้นำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม สัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะจึงไม่มีผลตามกฎหมาย คู่สัญญาจึงไม่มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกัน แต่ถ้าได้มีการกระทำการต่างตอบแทนซึ่งกันและกันระหว่างคู่สัญญาไปก่อนที่เหตุแห่งโมฆะกรรมจะปรากฏขึ้น คู่สัญญาก็มีสิทธิเรียกร้องในลาภมิควรได้ทางปกครอง (öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche) ตราบเท่าที่การกระทำการของคู่สัญญาฝ่ายปกครองมิใช่การออกคำสั่งทางปกครอง และบุคคลทุกคนสามารถยกเหตุแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้⁶⁰

ในกรณีที่ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปจนมีผลให้ไม่อาจคาดหมายจากคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้อาจเรียกร้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้มาตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาคู่สัญญาได้ แต่ถ้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาไม่อาจเป็นไปได้คู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจใช้สิทธิเลิกสัญญา

⁶⁰ Maurer, อ้างในเพ็ญศรี วงศ์เสรี, น.247

ได้⁶¹ สิทธิเรียกร้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคู่สัญญา หรือสิทธิเลิกสัญญานี้เป็นสิทธิของ คู่สัญญาทั้งฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนที่ได้รับเท่าเทียมกัน⁶²

นอกเหนือจากสิทธิเลิกสัญญาทั่วไปที่กล่าวมาข้างต้นแล้วคู่สัญญา ฝ่ายปกครองยังได้รับสิทธิพิเศษในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองเพื่อที่จะป้องกันการเสียหายที่อาจ มีต่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วย การใช้สิทธิพิเศษตามมาตรา 60 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สองแห่งรัฐ บัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ นี้ต้องเป็นการใช้ในกรณีจำเป็นและเป็นมาตรการสุดท้าย (ultima ratio) ในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเท่านั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้สิทธิพิเศษนี้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ทั้งนี้โดยเปรียบเทียบกับ การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 49 วรรคห้าแห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการฯ

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันถือเป็นรูปแบบการ กระทำทางปกครองประเภทหนึ่งเคียงคู่ไปรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทอื่นๆ การตกลงเข้า ทำสัญญาจึงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายปกครอง แม้ว่ากฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองใช้ สัญญาทางปกครองก็รวมไปถึงกรณีอื่นด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้ วิธีการออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ได้ ลักษณะเด่นของสัญญาทางปกครองของเยอรมัน ประการหนึ่งคือ การเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางปกครองในระบบ กฎหมายฝรั่งเศส แม้กระนั้นก็ตามหากมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะฝ่ายปกครองก็อาจใช้ สิทธิพิเศษเลิกสัญญาทางปกครองได้

(4) การปฏิบัติตามสัญญา

โดยที่รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มิได้ บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องการชำระหนี้และการไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครองไว้ โดยเฉพาะ ประกอบกับมาตรา 62 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ บัญญัติให้นำ กฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองโดยอนุโลม ดังนั้น การพิจารณาเรื่องนี้จึงเป็นไปตาม หลักเกณฑ์ที่กฎหมายแพ่งกำหนดไว้ เช่น เรื่องการผิดนัดในการชำระหนี้ การชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัย

⁶¹ กรณีนี้เป็นไปตามหลัก “clausula rebus sic stantibus” ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นของหลัก “pacta sunt servanda”

⁶² มาตรา 60 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สองแห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ

ความรับผิดชอบในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ให้เป็นไปตามสัญญาหรือหลักความรับผิดชอบของลูกหนี้ก่อนสัญญา เป็นต้น แต่ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองด้วย⁶³

อย่างไรก็ตาม ในกรณีสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับการสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะนั้น หน้าที่ของเอกชนคู่สัญญาในการปฏิบัติตามข้อสัญญา คือ การสนองความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ในการปฏิบัติตามสัญญาบริการสาธารณะของรัฐเอกชนจึงมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติต่อเนื่องกันตลอดเวลาโดยไม่ชะงักไม่ว่าจะประสบอุปสรรคและยากลำบากเพียงใด เว้นแต่ การปฏิบัติตามสัญญานั้นเป็นเหตุสุดวิสัย⁶⁴

ในกรณีเอกชนคู่สัญญาผิดสัญญาไม่ว่าจะเป็นการไม่ทำตามสัญญาหรือไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนตามสัญญา ในมาตรา 61 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองคู่สัญญาบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาได้ เฉพาะกรณีสัญญาทางปกครองที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน โดยเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการดังกล่าวจะต้องสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพที่เรียกว่า Assessor (die Befachigung Richteramt) หรือมีคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยตุลาการเยอรมัน อันเป็นหลักประกันในความรู้ทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการบังคับตามสัญญาทางปกครอง และจะต้องได้รับอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจการเฉพาะเรื่องดังกล่าวด้วย เว้นแต่ จะเป็นการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์รัฐ หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของมลรัฐ

ในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครองที่หน่วยของรัฐทำด้วยกันเองนั้น เนื่องจากคู่สัญญามีฐานะที่เท่าเทียมกัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจึงไม่อาจใช้สิทธิในการบังคับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองได้เอง จึงต้องนำคดีมาให้ศาลปกครองพิจารณาโดยให้นำกฎหมายว่าด้วยมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม ส่วนกรณีที่เอกชนคู่สัญญากับฝ่ายปกครองจะเรียกร้องค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองคู่สัญญาจะต้องนำคดีมาให้ศาลปกครองพิจารณาออกหมายบังคับคดีตามมาตรา 170 และมาตรา 172 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล⁶⁵

(5) สิทธิของคู่สัญญาในการปรับปรุงแก้ไขสัญญาทางปกครอง

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในมาตรา 60 เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหลักความสิทธิของการแสดงเจตนา หรือหลักความผูกพันตามสัญญา (Pacta sunt servanda) ตามกฎหมายแพ่งและหลักการให้ความ

⁶³ ชาอุชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), น. 130.

⁶⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), น. 292.

⁶⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์, เพ็ญอ้าง, น. 295 - 296.

คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (offentlid Interesse) ตามกฎหมายมหาชนซึ่งหลักเกณฑ์ในมาตรา 60 (1) กำหนดไว้ว่าเมื่อปรากฏภายหลังว่าข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์หรือของกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญาทางปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในสาระสำคัญ โดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ เว้นแต่ในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองดังกล่าวเป็นไปไม่ได้ หรือเป็นการไม่สมเหตุผลคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิของเลิกสัญญาได้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองในเบื้องต้นจะต้องมีความยินยอมของคู่สัญญา แต่หากฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม คู่สัญญาอีกฝ่ายก็มีสิทธินำคดีไปฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลสั่งให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขก็ได้ โดยคำพิพากษาถือว่าเป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ยินยอม

นอกจากนี้ คู่สัญญาอาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยตกลงกันในรูปแบบของ “สัญญาประนีประนอม” ก็ได้ เมื่อข้อเท็จจริงเป็นไปตามองค์ประกอบมาตรา 55 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 แต่กรณีที่คู่สัญญาได้กำหนดข้อตกลงไว้ล่วงหน้าในสัญญาทางปกครองในเรื่องสิทธิของคู่สัญญาในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครอง การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาในกรณีนี้จะกระทำโดยอาศัยพื้นฐานมาจากข้อตกลงโดยไม่ต้องนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 60 (1) มาใช้แต่อย่างใด⁶⁶

2.3.3 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายไทย

ตามหลักกฎหมายของไทยได้มีการบัญญัติเฉพาะความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่ไม่มีการบัญญัติหลักกฎหมายอื่นที่นำมาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ ทั้งสัญญาทางปกครองก็มีได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อีกด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้น ศาลปกครองจึงต้องนำหลักเรื่องสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายปกครอง โดยศาลจะปรับใช้กฎหมายโดยคำนึงประโยชน์ของมหาชนเป็นสำคัญ

⁶⁶ มานิตย์ วงศ์เสวี, การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungserfahrgesetz) ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 18 ตอนที่ 2 (สิงหาคม 2542), น. 85 – 86.

(1) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

กระบวนการทำสัญญาทางปกครองจะแตกต่างจากกระบวนการทำสัญญาทางแพ่ง โดยเฉพาะในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา การเลือกคู่สัญญาและเสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

(1.1) ข้อจำกัดเกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

หลักในการเลือกคู่สัญญาต้องอยู่บนแนวความคิดพื้นฐานเรื่องความเสมอภาค กล่าวคือ การให้โอกาสเอกชนทุกคนที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองกำหนดเข้ามายื่นข้อเสนอเป็นคู่สัญญากับรัฐได้โดยเท่าเทียมกัน และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หน่วยงานของรัฐจึงไม่มีสิทธิหรือเสรีภาพอย่างเต็มที่ที่จะใช้ดุลยพินิจเลือกทำสัญญากับบุคคลใดตามใจชอบดังเช่นการเข้าทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน นอกจากนี้การจำกัดสิทธิหรือการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนผู้มีสิทธิจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐได้จะต้องเป็นไปโดยสุจริตและเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุเท่านั้น

(ก) การเลือกคู่สัญญาตามหลักกฎหมายไทย

- คู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กำหนดว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ซึ่งจากนิยามของคำ “หน่วยงานทางปกครอง” หมายถึง กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง โดยหลักหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวจะสามารถทำนิติกรรมได้จะต้องเป็นนิติบุคคลและเนื่องจากหน่วยงานของรัฐเป็นนิติบุคคลการกระทำต่างๆจึงต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมายหรือเป็นเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ การทำสัญญายังตกอยู่ภายใต้หลักทั่วไปที่ว่า ผู้ลงนามหรือตัดสินใจในการทำสัญญาจะต้องเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์ในโครงการนั้นอีกด้วย

นอกจากนั้น ยังต้องพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาด้วยว่า อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยราชการใด คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องทำสัญญาภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน ซึ่งก็สามารถพิจารณาได้จากกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นๆ เช่น ในการสัมปทานทางหลวงก็ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติทางหลวงหรือการให้สัมปทานเพื่อการทำประโยชน์ในที่ดิน ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นต้น รวมถึงกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้โดยชัดแจ้ง แต่กิจการนั้นเป็นสิ่งส่งเสริมหรือเป็นสิ่งที่โดยปกติในหน่วยราชการต่างๆ

ต้องดำเนินอยู่แล้ว เช่น หน่วยราชการต่างๆจะต้องจ้างบุคคลากรต้องมีอาคารที่ทำการต้องมีวัสดุอุปกรณ์ที่ใช้ในการทำงาน เช่น โต๊ะ เก้าอี้ คอมพิวเตอร์ กระจดาช ปากกา ฯลฯ หน่วยงานทางปกครองก็มีอำนาจทำสัญญาจัดหาสิ่งเหล่านี้ได้

- คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

โดยหลักต้องอยู่บนแนวคิดพื้นฐานเรื่องความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนา กล่าวคือ ให้ออกโอกาสเอกชนทุกคนที่มีคุณสมบัติตามเกณฑ์ที่หน่วยงานกำหนดในเรื่องนั้นๆเข้ามายื่นข้อเสนอเป็นคู่สัญญากับรัฐได้โดยเท่าเทียมกันและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม

เอกชนที่จะเข้าทำสัญญากับรัฐจะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปของสัญญา คือ ต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมาย ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หากเป็นนิติบุคคลก็ต้องจดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายและการทำสัญญานั้นต้องอยู่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลด้วย

การจำกัดสิทธิหรือการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนผู้มีสิทธิจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้นและจะต้องมีกฎหมายออกมาเพื่อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเท่านั้น มิฉะนั้น การจำกัดสิทธิของเอกชนดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

- กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา

กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศไทย โดยหลักหากเป็นการซื้อและการจ้างก็ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ซึ่งวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง มาตรา 55 กำหนดไว้ 3 วิธีคือ

1. วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป มาตรา 55 (1) ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการทั่วไปที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดให้เข้ายื่นข้อเสนอ

2. วิธีคัดเลือก มาตรา 55 (2) ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนเฉพาะผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสามรายให้เข้ายื่นข้อเสนอเว้นแต่ในงานนั้นมีผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามที่กำหนดน้อยกว่าสามราย

3. วิธีเจาะจง มาตรา 55 (3) ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดรายใดรายหนึ่งให้เข้ายื่นข้อเสนอ หรือให้เข้ามาเจรจาต่อรองราคา รวมทั้งการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับผู้ประกอบการโดยตรงในวงเงินเล็กน้อยตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ที่ออกตามความในมาตรา 96 วรรคสอง

โดยหลักการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องเลือกวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปก่อน ส่วนเอกชนคู่สัญญาไม่มีกฎหมายจำกัดวิธีการเลือกคู่สัญญา จึงเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา คือ จะเลือกใครเป็นคู่สัญญาก็ได้และจะเลือกด้วยวิธีใดก็ได้เช่นกัน

สำหรับการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีการให้สัมปทานหรือมอบหมายให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว หากการลงทุนนั้นมีวงเงินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือมีวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มโดยพระราชกฤษฎีกาการคัดเลือกคู่สัญญาเอกชนต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการให้กิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งเสรีภาพหรือดุลยพินิจในการคัดเลือกคู่สัญญาของหน่วยงานเจ้าของโครงการจะจำกัดด้วยขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นหมายความว่า ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองก็ย่อมลดลง

ความบกพร่องในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้นศาลปกครองสามารถตรวจสอบได้ โดยการคัดเลือกคู่สัญญาถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง และเมื่อศาลเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาหรือไม่เพียงใด ยังมีความไม่ชัดเจนในระบบกฎหมายไทย อย่างไรก็ตามมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 220/2551 ตัดสินว่า คำสั่งอนุมัติจ้าง เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีการสั่งไม่รับการเสนอราคาของเอกชนรายหนึ่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทำให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แต่ศาลเลือกใช้เทคนิคกำหนดผลของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลไปข้างหน้าในอนาคตแทน ส่งผลให้สัญญาไม่ถูกเพิกถอน เนื่องจากสัญญาได้มีการปฏิบัติกันครบถ้วนแล้ว ซึ่งหากสัญญาจะมีผลเป็นโมฆะเพราะปราศจากฐานในทางกฎหมายจากการที่คำสั่งอนุมัติจ้างหายไปด้วยผลจากการที่คำสั่งทางปกครองถูกเพิกถอน ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบทางกฎหมายอย่างยิ่ง ซึ่งถือเป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาลปกครองว่าจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการคัดเลือกคู่สัญญาให้มีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาหรือไม่

(1.2) เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

การทำสัญญาตามกฎหมายเอกชนคู่สัญญามีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดข้อสัญญาเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย และหลักกฎหมายในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในการทำสัญญาทางปกครองคู่สัญญาไม่มีเสรีภาพดังกล่าว เนื่องจากสัญญาทางปกครองมักจะถูกกำหนดให้ทำสัญญาตามแบบหรือเป็นสัญญาสำเร็จรูป ดังเช่นการให้สัมปทานทำเหมืองแร่จะต้องเป็นไปตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 หรือการให้สัมปทานสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้หน่วยงาน

ของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่กำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ทั้งนี้ แบบสัญญานั้นให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย การที่ทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาที่กำหนด โดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบก็ให้ทำได้ เว้นแต่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญาไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบ หน่วยงานของรัฐไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หากข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงตามมาตรา 104 ให้ถือว่าสัญญาตกเป็นโมฆะ แต่หากสัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเกิดจากกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความเห็นในพระราชบัญญัตินี้มิใช่ส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือผิดพลาดไม่ร้ายแรง ย่อมไม่ทำให้สัญญาซื้อจัดจ้างนั้นตกเป็นโมฆะ

(1.3) หลักกฎหมายในกระบวนการทำสัญญา

เนื่องจาก สัญญาทางปกครองเน้นหลักเรื่องความเสมอภาคของเอกชน ในการเข้าทำสัญญากับรัฐ และต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมในการเข้าเสนอตัวเป็นผู้สัญญากับรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์คือการรักษาประโยชน์สาธารณะเพราะการแข่งขันอย่างเสรี จะให้โอกาสแก่ผู้แข่งขันอย่างเสมอภาคนั้นจะนำมาซึ่งกระบวนการที่โปร่งใสและป้องกันการทุจริตได้มากที่สุดและเป็นวิธีที่เปิดโอกาสให้ผู้ที่มีความสมบัติเหมาะสมได้เข้ามาเสนอตัวเป็นผู้สัญญากับรัฐ การดำเนินการทำสัญญาจึงถูกกำหนดขั้นตอนต่างๆโดยละเอียด เริ่มตั้งแต่กระบวนการประกาศเชิญชวน การคัดเลือก การลงนาม และในบางโครงการใหญ่ๆต้องผ่านการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีด้วย

กระบวนการทำสัญญานี้แยกออกได้ตามประเภทของสัญญาที่ทำ กล่าวคือ ถ้าเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างก็ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 หากเป็นสัญญาโครงการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐก็ต้องดำเนินการตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งการแยกในลักษณะนี้เป็นเพียงหลักเกณฑ์กว้างๆ หากพิจารณาในรายละเอียดแล้ว สัญญาจ้างบางประเภท เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารถาวรวัตถุของรัฐโดยหลักยอมเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างประเภทหนึ่ง แต่สัญญาในลักษณะเช่นนี้อาจมีสถานะเป็นสัญญาโครงการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐได้ หากกิจการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” เช่น การที่การประปานครหลวงให้เอกชนลงทุนก่อสร้างคลองส่งน้ำดิบ โดยเอกชนจะได้รับเงินค่าจ้างในอัตราค่าน้ำ

ดิบต่อลูกบาศก์เมตรที่ส่งเข้าคลองประปาเป็นเวลาสี่ปี ถือว่าเป็นการ “ร่วมงานหรือดำเนินการ”⁶⁷ และหากการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา ในทางกลับกันสัญญาที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาโครงการร่วมงาน เพราะมีลักษณะเป็นการ “ร่วมงานหรือดำเนินการ”

สำหรับในสัญญาโครงการร่วมงานหรือดำเนินการของรัฐเช่นเดียวกัน จะต้องพิจารณาวงเงินทั้งโครงการมิใช่วงเงินย่อยของแต่ละโครงการเท่านั้น ซึ่งกรณีนี้เคยมีการส่งปัญหามาให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความในเรื่องการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ในกิจการโทรศัพท์สาธารณะซึ่งมีการให้เอกชนหลายรายร่วมลงทุนในโครงการขยายบริการสาธารณะ จำนวน 200,000 เครื่อง คิดเป็นมูลค่าทั้งหมด 6,000 - 8,000 ล้านบาท โดยแยกเป็นสัญญาย่อยๆ และในแต่ละสัญญามีวงเงินไม่เกิน 1,000 ล้านบาท กรณีนี้กรรมการร่างกฎหมาย(คณะพิเศษ) มีความเห็นว่าการลงทุนในกิจการของรัฐ ตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป อันจะอยู่ในความหมายของ “โครงการ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐจะต้องพิจารณาโครงการนำโดยคำนึงถึงมูลค่าของโครงการทั้งหมด การแบ่งโครงการ ออกเป็นโครงการย่อยๆ นั้นเป็นเพียงวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามโครงการเท่านั้นไม่ทำให้โครงการ เดียวกลายเป็นโครงการย่อยหลายโครงการได้ โครงการดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาโครงการร่วมงานฯ ล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การทำสัญญาของรัฐโปร่งใส ควบคุมได้ ป้องกันการทุจริตเพราะไม่ว่าจะมี ข้อกำหนดให้เปิดเผยการประกาศเชิญชวนเป็นการทั่วไป หรือกระบวนการตั้งกรรมการขึ้นมาเฉพาะ เพื่อพิจารณาให้มีการถ่วงดุลอำนาจการตัดสินใจของหน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะในสัญญาร่วมการ งานฯซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการคัดเลือกต้องนำผลการคัดเลือกพร้อมเหตุผลเสนอรัฐมนตรีกระทรวง เจ้าสังกัดเพื่อนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีภายใน 90 วันนับตั้งแต่วันตัดสินใจ หากคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วย ให้ส่งคืนคณะกรรมการเพื่อพิจารณาทบทวนแล้วนำผลการพิจารณาเสนอให้คณะรัฐมนตรีตัดสินใจขาด เป็นต้น

นอกจากนี้ ในประกาศเชิญชวนหรือการกำหนดเงื่อนไขของผู้มีสิทธิ เสนอเข้าร่วมงานหรือทำสัญญากับรัฐจะต้องไม่เป็นการตัดสิทธิของเอกชนในลักษณะนี้ซึ่งขัดต่อหลัก ความเท่าเทียมกันและการแข่งขันอย่างเสรีและการจำกัดสิทธิการเข้าเสนอราคาของเอกชนจะต้องมี เหตุผลเพื่อประโยชน์ของรัฐเท่านั้น

⁶⁷ ความเห็นคณะกรรมการร่างกฎหมาย (คณะพิเศษ) เรื่องการให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างคลองส่ง น้ำดินพร้อมเข้าบริหารและจัดการส่งน้ำดินให้แก่การประปานครหลวง (มีนาคม 2542)

(1.4) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา

โดยหลักกระบวนการทำสัญญาย่อมสิ้นสุดเมื่อมีการลงนามในสัญญาแล้วและเมื่อสัญญามีผลใช้บังคับนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาก็ต้องเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญานอกจากนั้น สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้กฎ ระเบียบ ข้อบังคับในข้อกำหนดของสัญญาที่ผ่านมาศาลฎีกาจะใช้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่คู่สัญญา เช่น ในคดีเรื่องสัมปทานบัตรเพื่อการลงทุนประกอบการเกษตรกรรมและอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทยออกให้แก่เอกชนศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญา “ระหว่างรัฐกับเอกชน” โดยทั้งสองฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุ ในส่วนที่มีได้ระบุไว้ให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น แม้ว่าในสัญญาจะไม่ได้ระบุถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานในการขอยกเลิกสัมปทาน แต่ไม่ได้หมายความว่าเอกชนจะไม่มีสิทธิบอกเลิกสัมปทานไม่เอกชนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ให้อำนาจไว้ เมื่อใช้สิทธิบอกเลิกแล้วคู่สัญญาย่อมกลับสู่สถานะเดิม หากการบอกเลิกสัญญาเป็นเพราะคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายผิด เอกชนย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐได้⁶⁸

โดยที่หลักกฎหมายปกครองนั้นมีการพัฒนาการมาไม่ยาวนานนัก โดยเฉพาะในประเทศไทย ส่วนหลักกฎหมายแพ่งนั้นมีพัฒนาการที่ยาวนานมากกว่า จึงมีการนำหลักกฎหมายเอกชนมาปรับใช้กับหลักกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะเรื่องสัญญา ทั้งนี้เพราะประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยมีข้อสังเกตว่าการนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ในคดีปกครองนั้นจะนำมาใช้โดยตรงไม่ได้ แต่จะต้องมีข้อพิจารณาเพิ่ม คือ ต้องคำนึงถึงประโยชน์มหาชนด้วย⁶⁹ และต้องหาดุลยภาพระหว่างประโยชน์เอกชนและประโยชน์มหาชน การปฏิบัติตามสัญญาที่มีหลักกฎหมายหลายประการซึ่งเป็นหลักที่มีผลมาจากลักษณะของเนื้อหาของสัญญาทางปกครองนั่นเอง

(ก) หลักเรื่องคู่สัญญาเอกชนต้องดำเนินการหรือปฏิบัติตามสัญญาด้วยตนเอง หลักคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของสัญญา (intrinsic personae)

หลักการนี้มีที่มาจากแนวคิดที่ว่ารัฐมีกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วยวิธีการที่ละเอียดรอบคอบมีการพิจารณาคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐว่าจะสามารถดำเนินการตามสัญญาได้หรือไม่ เพื่อเป็นการลดปัญหาการทิ้งงานเมื่อเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐซึ่งจะทำให้มีผลกระทบต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะจึงไม่สมควรปล่อยให้มีการโอนสิทธิตามสัญญาให้บุคคลอื่นเข้ามาปฏิบัติตามสัญญาแทนคู่สัญญาที่ได้รับคัดเลือกนั้น

⁶⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1738 / 2525

⁶⁹ บุนผา อัครพิมาน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 121.

มิฉะนั้น จะกลายเป็นว่ากระบวนการต่างๆในการคัดเลือกคู่สัญญาจะกลายเป็นหมันไป ไม่บรรลुวัตถุประสงค์และเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาเป็นตัวกลางหรือนายหน้าทำสัญญากับรัฐแล้วโอนสิทธิตามสัญญานั้นให้แก่เอกชนเพื่อผลกำไรอีกต่อหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีข้อยกเว้น บางครั้งบุคคลหนึ่งก็ไม่อาจดำเนินการทั้งหมดได้ จึงทำให้หลักเรื่องให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาเองมีความยืดหยุ่นมากขึ้น ดังนั้น สัญญาบางอย่างที่ต้องทำโดยปกติของการประกอบกิจการลักษณะนั้นๆจะไม่ถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นการให้ผู้อื่นเข้าดำเนินการแทน เช่น กรณีสัญญาจ้างเอกชนก่อสร้างอาคารสำนักงานหรือถนน ในกรณีเช่นนี้เอกชนผู้รับเหมาอาจจ้างให้ผู้รับเหมารายอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการบางอย่าง เช่น ติดตั้งระบบไฟฟ้า ประปาได้

ทั้งนี้ หลักการห้ามโอนกิจการอันจะขัดกับหลักในเรื่องคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญจะถูกใช้อย่างเคร่งครัดหรือไม่เพียงใดก็ขึ้นอยู่กับลักษณะของสัญญาทางปกครองนั่นเอง เช่น ในสัญญาซื้อขายพัสดุ วัตถุประสงค์ของสัญญาคือการส่งมอบทรัพย์สินตามที่ตกลงกัน ทั้งนี้ คุณภาพของทรัพย์สินนั้นเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญ ดังนั้น คุณสมบัติของคู่สัญญาก็มีความสำคัญน้อยลง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจทำสัญญาช่วงบางส่วนให้บุคคลภายนอกส่งมอบทรัพย์สินแทนตนให้รัฐโดยทรัพย์สินนั้นมีคุณภาพอย่างเดียวกัน ราคาเท่ากัน จึงไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากรัฐคู่สัญญาก่อน

อย่างไรก็ตาม ในสัญญาทางปกครองบางประเภท เช่น สัญญาก่อสร้างอาคาร สถานที่ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือโดยเฉพาะในสัญญามอบหมายให้บุคคลอื่นดำเนินการบริการสาธารณะ เช่น สัมปทานบริการสาธารณะประเภทต่างๆ ในสัญญาเหล่านี้โดยธรรมชาติของสัญญาคุณสมบัติของคู่สัญญาย่อมเป็นสาระสำคัญเพราะในสัญญาเหล่านี้ คุณสมบัติของคู่สัญญาย่อมเป็นหลักประกันความสำเร็จของงาน ดังนั้น คุณสมบัติของคู่สัญญาจึงเป็นสาระสำคัญในการที่รัฐใช้พิจารณาของเพื่อคัดเลือกเอกชนรายใดรายหนึ่งเข้ามาเป็นคู่สัญญาซึ่งบางกรณีกฎหมายจะกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของสัญญา เช่น การให้สัมปทานเพื่อกระทำกิจการอย่างใดๆในที่ดินตามกฎหมายที่ดิน กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 กำหนดว่ารัฐมนตรีจะอนุญาตให้สัมปทานในที่ดินได้เมื่อปรากฏว่าผู้ขอมีความประพฤติดี มีความสามารถและมีปัจจัยที่จะกระทำกิจการที่ได้รับสัมปทานให้เป็นผลสำเร็จได้ดังนี้ เป็นต้น

หลังจากการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 95 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า สัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำในราชอาณาจักร จะต้องมีการตกลงในการห้ามคู่สัญญาไปจ้างช่วงให้ผู้อื่นทำอีกทอดหนึ่งไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน เว้นแต่การจ้างช่วงแต่บางส่วนที่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาแล้ว และยังกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกำหนดให้มีค่าปรับสำหรับการฝ่าฝืนข้อตกลงนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของวงเงินของงานที่จ้างช่วงตามสัญญา ถ้าคู่สัญญาไปจ้างช่วงโดยฝ่าฝืนข้อตกลง

นอกจากนี้หากคู่สัญญาจะโอนสิทธิหน้าที่ตามสัญญาให้แก่ผู้อื่นต้องได้รับความยินยอมจากรัฐก่อน โดยทั่วไปในสัญญาสัมปทานต่างๆของไทยมักจะกำหนดไว้ในข้อสัญญานี้ๆเองว่าการโอนสิทธิหน้าที่ตามสัญญาต้องได้รับความยินยอมหรือหนังสืออนุญาตจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐก่อน ในประกาศกระทรวงคมนาคม ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2539 กำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้ประกอบกิจการท่าเรือซึ่งเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ได้กำหนดไว้ในข้อ 10 ว่าห้ามมิให้โอนใบอนุญาตแก่บุคคลอื่นเว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี หรือในการให้สัมปทานที่ดินตามกฎหมายที่ดินกฎกระทรวงฉบับที่ 12 ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน กำหนดไว้ในข้อ 7 และข้อ 8 ว่าในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นบุคคลธรรมดา เมื่อผู้รับสัมปทานถึงแก่กรรม ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียคนใดมีความประสงค์จะถือสัมปทานต่อไปให้ยื่นเรื่องราวต่อรัฐมนตรี ผ่าน นายอำเภอท้องที่ตามลำดับภายในกำหนดเก้าสิบวันนับตั้งแต่วันที่ผู้รับสัมปทานถึงแก่กรรม ถ้าไม่มีผู้ใดยื่นเรื่องราวภายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่าสัมปทานสิ้นอายุในวันที่ครบกำหนดเก้าสิบวันหรือในกรณีผู้รับสัมปทานมีความประสงค์จะโอนสัมปทานให้ผู้อื่นให้ผู้อื่นยื่นเรื่องราวต่อรัฐมนตรีโดยผ่าน นายอำเภอท้องที่ตามลำดับ เมื่อรัฐมนตรีพิจารณาเห็นสมควรก็อนุญาตให้โอนได้ ลักษณะเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าสัมปทานเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้นั้น

(ข) หลักเอกลิทธิของฝ่ายปกครอง

หลักกฎหมายนี้มีมานานแล้วและมักจะกำหนดไว้ในข้อสัญญาของสัญญาทางปกครองซึ่งโดยปกติลักษณะของข้อกำหนดดังกล่าวหากกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งธรรมดาอาจทำให้ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาซึ่งถือเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยหลักการนี้ได้รับการยอมรับจากศาลยุติธรรมเช่นกันซึ่งเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1738/2525 ที่พิพากษาว่า คู่สัญญาต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขทั้งระบุไว้ในสัญญาสัมปทาน ในส่วนที่มีได้กำหนดไว้ให้เป็นไปตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการยืนยันว่าข้อสัญญาที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาโดยให้เอกลิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้นมีผลใช้บังคับได้

ส่วนศาลปกครองสูงสุดก็เคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544 ว่าข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือข้อกำหนดที่ใช้อำนาจฝ่ายปกครองในการสั่งให้ผู้รับจ้างงานพิเศษที่มีได้ระบุไว้ในสัญญาเพิ่มเติมได้ โดยเอกชนไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการให้เอกลิทธิแก่รัฐเป็นพิเศษที่ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

ในสัญญาทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีเอกสิทธิ์บางประการเหนือเอกชนในบางกรณี แม้จะไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจใช้อำนาจบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามบางอย่างนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ หรืออำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็สามารถทำได้ อย่างไรก็ตามฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐได้ ในการปฏิบัติตามคู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงสงวนเอกสิทธิ์บางประการซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชนที่เป็นของรัฐโดยธรรมชาติซึ่งเอกสิทธิ์เหล่านั้น ได้แก่

- อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

ในสัญญาทางแพ่งคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวจะแก้ไขข้อสัญญาไม่ได้ ทั้งนี้ตามทฤษฎีความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญา สัญญาทางแพ่งจึงยึดหลัก “ความเปลี่ยนแปลงไม่ได้ของสัญญา” (immutabilite du contrat) แต่ในสัญญาทางปกครองซึ่งทำเพื่อบริการสาธารณะและเนื่องจากบริการสาธารณะจะต้องปรับปรุงให้ทันต่อความต้องการของส่วนรวมอยู่เสมอ ฝ่ายปกครองจึงมีเอกสิทธิ์แก้ไขในสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อให้สนองต่อความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์สาธารณะได้ สัญญาทางปกครองจึงยึดหลักความเปลี่ยนแปลงได้ของข้อสัญญา (mutabilite du contrat administratif)

ภายใต้เจตนารมณ์เพื่อประโยชน์มหาชนคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาที่เกี่ยวกับการมอบหมายให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะเพราะเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะโดยตรง ทั้งนี้ภายใต้หลักที่ว่าบริการสาธารณะนั้นไม่ว่าจะได้รับการดำเนินการโดยรัฐหรือเอกชนต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งการบริการสาธารณะเดียวกันคือหลักความต่อเนื่อง หลักเรื่องความเสมอภาคของผู้ใช้บริการและหลักการปรับปรุงแก้ไขให้บริการทันสมัยอยู่เสมอ และภายใต้หลักการบริการสาธารณะต้องปรับปรุงแก้ไขให้ทันสมัยอยู่เสมอนี้เองทำให้ในสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะคู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถแทรกแซงการดำเนินการเพื่อบังคับให้เอกชนปรับปรุงแก้ไขการบริการให้ทันสมัยหรือทันต่อความต้องการใหม่ๆได้ ซึ่งถือเป็นการเพิ่มภาระใหม่ให้เอกชนคู่สัญญา เพราะไม่มีกำหนดไว้ในสัญญาแต่สิ่งเหล่านั้นกลายเป็นสิ่งจำเป็นไปภายหลังเพื่อตอบสนองต่อบริการสาธารณะ ทั้งนี้ ในระหว่างระยะเวลาตามสัญญาความต้องการของสาธารณชนอาจเปลี่ยนแปลงได้ การบริการก็ต้องเปลี่ยนแปลงตามความต้องการที่เปลี่ยนไป เช่น ในการขนส่งมวลชนอาจมีความต้องการเพิ่มมากขึ้นเพื่อมีจำนวนประชากรเพิ่มขึ้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มีสิทธิเรียกร้องให้เอกชนคู่สัญญาเพิ่มความถี่ของเที่ยวรถได้และการเพิ่มของเที่ยวรถดังกล่าวทำให้เอกชนต้องลงทุนเพิ่มหรือมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น เอกชนก็จะได้รับการชดเชยจากรัฐโดยอาจจะได้รับการขยายระยะเวลาของสัญญาออกไป เพื่อให้เอกชนได้มีโอกาสแสวงหาประโยชน์ในกิจการนั้นนานขึ้นเพื่อให้ถึงจุดคุ้มทุน

ในประเทศไทย คู่สัญญาฝ่ายรัฐยังไม่ก้าวล่วงเข้ามาใช้อำนาจตามหลักการนี้เว้นแต่จะมีข้อสัญญากำหนดไว้ แต่ในต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายนี้ไปไกลมาก โดยยืนยันว่าฝ่ายปกครองสามารถบังคับคู่สัญญาเอกชนได้ดำเนินบริการหรือรับภาระมากกว่าที่กำหนดไว้ในสัญญาได้และเอกชนมีสิทธิจะได้รับการชดเชยสำหรับภาระหน้าที่ที่เพิ่มขึ้น

อย่างไรก็ตาม อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวนี้ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ตามอำเภอใจไม่ได้ และต้องไม่เกินขนาดและไม่แก้ไขจนทำให้วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเปลี่ยนไป ถ้าหากแก้ไขจนเกินขนาดเอกชนก็มีสิทธิเลิกสัญญาได้ ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองกับเอกชนทำสัญญากันเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่าง การเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจนทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาใหม่และมีการเปลี่ยนแปลงตามอำเภอใจอาจไม่เป็นธรรมสำหรับคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาโดยรู้ว่าตนมีข้อจำกัดทางเทคนิคหรือทางการเงิน เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขสัญญาแล้วฝ่ายปกครองต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนตามทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (théori du fait du prince) แต่อย่างไรก็ตาม ค่าทดแทนนี้หมายถึงค่าทดแทนความเสียหายที่มีอยู่จริง คือ การขาดทุนจริงๆ เท่านั้น การขาดทุนกำไร การขาดรายได้เพิ่มไม่ใช่ค่าเสียหายที่แท้จริง

มีข้อสังเกตว่า อำนาจนี้เป็นอำนาจโดยธรรมชาติของฝ่ายปกครองจึงไม่อาจที่จะสละได้โดยการกำหนดไว้ในข้อสัญญาเพราะเป็นหลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แม้มีข้อกำหนดสละอำนาจนี้ไว้ในสัญญาก็ไม่อาจใช้ได้

ในระบบกฎหมายไทย รัฐได้ออกกฎหมายกำหนดไว้ในเรื่องอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานของคู่สัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีเพื่อความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการ เช่น ในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 7 ให้รัฐมนตรีกำหนดเงื่อนไขใดๆตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่เปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร โดยรัฐไม่ต้องชดเชยให้เอกชน แม้เอกชนจะมีภาระเพิ่มขึ้นก็ตามและหากเอกชนไม่ปฏิบัติตามก็อาจได้รับโทษปรับ⁷⁰

จะเห็นได้ว่า การกำหนดอำนาจมหาชนของรัฐในการเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าว มีความเข้มงวดกว่าอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวที่เกิดจากบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลปกครองตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาก เพราะตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 กำหนดให้เป็นสิทธิเด็ดขาดของฝ่ายปกครองที่จะแก้ไข

⁷⁰ ฤทัย หงส์ศิริ, “การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย”, วารสารกฎหมายปกครอง, 2542 เล่ม 18, ตอน 1

เปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเพื่อความจำเป็นและความปลอดภัยของผู้ใช้บริการได้โดยรัฐไม่ต้องจ่ายค่าชดเชย และเหตุผลในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังกว้างกว่าของไทยในกรณีนี้ด้วย เพราะมีได้จำกัดเฉพาะเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการเท่านั้น แต่ยังคงแก้ไขข้อสัญญาเพราะเหตุที่เกิดจากความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์สาธารณะทุกประเภท เช่น ความต้องการที่เพิ่มขึ้น หรือลดลงของจำนวนประชาชนด้วย

นอกจากนั้น กฎหมายเฉพาะเรื่องฉบับต่างๆยังให้อำนาจหน้าที่ของรัฐในหลายประการ เช่น การใช้อำนาจกำกับตรวจสอบของรัฐบาลในส่วนที่เกี่ยวกับการรถไฟของเอกชนตามพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พุทธศักราช 2464⁷¹ นั้น สภากรรมการรถไฟมีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลก่อสร้างรถไฟให้เป็นไปตามหนังสืออนุญาต ให้ความเห็นเมื่อการก่อสร้างแล้วเสร็จว่า การที่จะเปิดทางให้รถเดินนั้นจะมีภัยอันตรายแก่ประชาชนหรือไม่ ตรวจสอบและกำกับตรวจสอบการเดินรถได้ทุกเมื่อเพื่อไม่ให้มีเหตุการณ์อันตรายแก่ประชาชน ให้ทำรั้วกันตามทางรถไฟเพื่อความปลอดภัยของประชาชน ให้งดเว้นการใช้หรือซ่อมแซมแก้ไขทางรถไฟเครื่องจักรหรือรถทั้งหมดหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใดให้เรียบร้อย ให้ปฏิบัติการซึ่งกรรมรถไฟต้องปฏิบัติเพื่อรักษาประโยชน์และความปลอดภัยของประชาชน รวมตลอดถึง การออกกฎข้อบังคับที่จำเป็นเพื่อระงับหรือรอดอันตรายอันพึงเกิดแก่กิจการรถไฟ เป็นต้น ในประเด็นนี้พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 ก็ได้ให้อำนาจต่างๆ แก่กรมทางในทำนองเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการให้ความเห็นและพิจารณาร่างสัมปทานการตรวจตราดูแลการสร้างทางหลวงและการตรวจทางหลวงสัมปทาน การออกกฎข้อบังคับเพื่อป้องกันภัยอันตรายตลอดจนการสั่งให้ผู้รับสัมปทานปฏิบัติการใดๆอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประชาชน⁷²

นอกจากนั้น ในกรณีเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉิน อธิบดีกรมทางหลวงมีอำนาจเข้าครอบครองทางหลวงสัมปทานและมีสิทธิและอำนาจสั่งการผู้รับสัมปทานทั้งหมดจนกว่าภัยพิบัติจะหมดไป⁷³

รัฐมีอำนาจควบคุมการกำหนดหรือการปรับอัตราค่าบริการ เนื่องจากการเก็บค่าบริการจากผู้บริการนั้นย่อมมีผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวม ดังนั้น โดยปกติรัฐจะกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับสัมปทานเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าธรรมเนียมได้ไม่เกินอัตราที่กำหนดหรือที่ขออนุญาตไว้ และจะปรับอัตราค่าบริการดังกล่าวได้เมื่อได้รับอนุญาต เช่น อาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 กำหนดให้เก็บค่าน้ำประปาหรือค่าไฟฟ้า หรือ

⁷¹ พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวงพุทธศักราช 2464 มาตรา 107 - 109.

⁷² พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 มาตรา 16 - 31

⁷³ พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 มาตรา 31

ค่าบริการท่าเทียบเรือเดินทะเลจากผู้รับบริการไม่เกินอัตราที่กำหนดไว้ในหนังสือสัมปทาน เว้นแต่จะ
ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี

ในระบบกฎหมายไทยมักจะมีการกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะ
การให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองคู่สัญญา หรือให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชนเหนือเอกชนคู่สัญญาได้
หรือบางกรณีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจรัฐเลิกหรือเพิกถอนสัญญาได้ก่อนกำหนด เช่น ในกรณีที่
รัฐบาลประสงค์จะเข้ายึดหรือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทานสิ้นสุดอายุโดยใช้คำสั่งใหม่
ทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทาน เช่น ในสัญญาสัมปทานโฮปเวลล์ ข้อ 29 ให้สิทธิรัฐบาลที่จะยึดถือหรือ
เวนคืนระบบหรือพื้นที่สัมปทานตามสัญญาได้โดยชดใช้ค่าเสียหายแก่บริษัทหรือบางกรณีให้เพิกถอน
สัมปทานได้ หากผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดไว้ในสัมปทาน หรือที่จำเป็นต้องปฏิบัติเพื่อ
ความปลอดภัยของประชาชน เมื่อเพิกถอนแล้วทางหลวงและอุปกรณ์ตกเป็นของรัฐทั้งนี้อาศัยอำนาจ
ตามพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 11 หรือการ
เพิกถอนสัมปทานรลเมลิในเขตกรุงเทพมหานครเพื่อจัดทำองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ หรือกรณี
ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสิ้นสุดลงนับตั้งแต่วันที่มิคำสั่งเป็นหนังสือให้แก่หรือปฏิบัติให้ถูกต้อง
ตามเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนดแล้วผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ทั้งนี้ตามประกาศ
กระทรวงคมนาคม ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2539 เรื่องกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้ประกอบ
กิจการน้ำเสีย ซึ่งเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือ
ผาสุกของประชาชนตามข้อ 3 (9) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ข้อ 8 อำนาจการแก้ไขฝ่าย
เดี่ยวนี้ย้ายผลไปถึงขั้นการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวด้วยเมื่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นไม่อาจ
ตอบสนองต่อการบริการสาธารณะอีกต่อไป ฝ่ายปกครองก็อาจยกเลิกสัญญานั้นก่อนระยะเวลาที่
กำหนดในสัญญาได้

- อำนาจการควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะของ
คู่สัญญาอย่างใกล้ชิด

โดยหลักฝ่ายปกครองมีสิทธิกำกับดูแลการปฏิบัติตามสัญญา
อย่างใกล้ชิดในทุกสัญญา อำนาจประเภทนี้ก็เช่นกันจะปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในสัญญามอบหมาย
ให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งแม้จะมอบหมายให้ไปแล้วก็ตามรัฐก็ยังมีอำนาจเข้าไปควบคุมและ
กำกับดูแลงานของเอกชนอย่างใกล้ชิด เพื่อเป็นหลักประกันว่าการบริการสาธารณะจะดำเนินไปด้วยดี

ในสัญญาสัมปทานต่างๆของรัฐได้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้
แม้ในสัญญาสัมปทานที่ทำก่อน ปี พ.ศ. 2475 ซึ่งอยู่ในรูปของพระบรมราชานุญาต เช่นใน พระบรม
ราชานุญาตให้ขุดคลอง กำหนดให้ผู้รับพระบรมราชานุญาตต้องทำแผนที่ แบบแผนคลองที่จะขุด
กำหนดเวลาที่จะลงมือขุดมาขึ้นขอความเห็นชอบก่อนทุกครั้งและแบบอาจถูกแก้ไขได้ ในสัญญา
โครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 กำหนดไว้ว่า ระบบจะต้องได้รับอนุมัติแบบก่อนก่อสร้างตามที่กำหนด

ไว้ในเอกสารท้ายสัญญา ในสัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร หรือสัมปทานทางหลวงที่ทำกับบริษัทดอนเมืองโทลล์เวย์ต่างก็กำหนดวิธีการตรวจสอบแบบโครงการและวิธีการอนุมัติไว้

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับที่ให้อำนาจรัฐในการควบคุมและกำกับบริการสาธารณะเป็นการทั่วไป ในกรณีมอบหมายบริการสาธารณะนั้นให้ออกชนดำเนินการ เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 มาตรา 16 บัญญัติให้บรรดาทางหลวงที่ผู้ได้รับสัมปทานสร้างและบำรุงรักษานั้นอยู่ในความตรวจตราดูแลของกรมทางหลวงตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และตามข้อกำหนดในสัมปทานอำนาจเข้าไปในสถานที่ประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคระหว่างเวลาทำการเพื่อตรวจสอบให้เป็นไปตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 หรือในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำผิดตามประกาศดังกล่าวทั้งมีอำนาจยึดหรืออายัดเอกสารหรือสิ่งของที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเพื่อประโยชน์ในการกำหนดคดี ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของประชาชนในกฎหมายบางฉบับยังมีบทบัญญัติคุ้มครองประโยชน์ของประชาชน เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 ห้ามมิให้ผู้รับสัมปทานโอนหรือให้เช่าหรือก่อภาระขึ้นบนทางหลวงให้แก่บุคคลภายนอกโดยมิได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีและห้ามมิให้ยึดทางหลวงและสิ่งปลูกสร้างหรือวัตถุอย่างอื่นซึ่งใช้สำหรับบำรุงรักษาทางหลวงเมื่อได้เปิดทางหลวงทั้งสายหรือส่วนใดส่วนหนึ่งให้ประชาชนแล้ว

เป็นที่น่าสังเกตว่า ไม่ว่าจะ เป็นบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานเองล้วนมีบทหรือเนื้อหาที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองประชาชนทั่วไปซึ่งเป็นบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สาม ข้อกำหนดเหล่านี้โดยเฉพาะที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาจะมีลักษณะที่มีความพิเศษที่มีได้มีสถานะเป็นสัญญาแต่มีลักษณะเหมือนกฎหรือข้อกำหนดที่มีผลเป็นการทั่วไป จึงมีปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า ข้อกำหนดลักษณะนี้ในสัญญาจะมีลักษณะกฎหมายอย่างไร ซึ่งสถานะทางกฎหมายของสัญญาเหล่านี้จะมีผลต่อการกำหนดผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องร้องคดีต่อศาลด้วย⁷⁴

- หลักเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมักมีสิทธิต่างๆดังนี้

1) ในกรณีที่สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มอบหมายให้ออกชนดำเนินการบริการสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมักจะได้รับเอกสิทธิ์จากคู่สัญญาฝ่ายปกครองบางประการเพื่อช่วยในการปฏิบัติตามสัญญา เช่น ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะมีสิทธิเก็บค่าธรรมเนียมค่าใช้บริการจากผู้ใช้บริการได้ หรือมีสิทธิผูกขาดทำการนั้นเพียงผู้เดียว ผู้ก่อสร้างถาวรวัตถุของฝ่ายปกครองอาจครอบครองที่ดินของเอกชนอื่นหากจำเป็นเพื่อวางสิ่งของหรือสร้างที่ทำการชั่วคราว

⁷⁴ บุษผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, น. 134.

2) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังมีสิทธิในเงินค่าตอบแทนซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเด็ดขาดที่จะไม่ยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขเพียงฝ่ายเดียวได้ และนอกจากนั้น ยังมีเหตุบางประการที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับเงินค่าตอบแทนจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองตามหลัก “ดุลยภาพทางการเงินในสัญญาทางปกครอง” (équilibre financier du contrat) ซึ่งในสัญญาทางแพ่งไม่มีหลักการนี้

3) การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง

ด้วยเหตุที่สัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง ในกรณีการบอกเลิกสัญญาทางแพ่งคู่สัญญาย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หากคู่สัญญาอีกฝ่ายผิดสัญญา แต่การบอกเลิกสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองเท่านั้นที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ เอกชนคู่สัญญาไม่มีสิทธิเลิกสัญญาทางปกครองได้ โดยสิทธิพิเศษนี้ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะปรากฏอยู่ในข้อกำหนดสัญญาทางปกครองหรือกฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาก่อนกำหนด เช่น ข้อกำหนดการบอกเลิกสัญญาที่มีอยู่ในสัญญาแนบท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 78 หรือข้อ 137 ซึ่งเป็นข้อกำหนดสำหรับบอกเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองเท่านั้น หรือการเพิกถอนสัมปทานทางหลวงกรณีเอกชนผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามกฎหมายข้อความที่กำหนดในสัมปทานหรือไม่บำรุงรักษาทางหลวงจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน หรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายตามด้วยมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ซึ่งเมื่อเพิกถอนสัมปทานแล้วทางหลวงและอุปกรณ์ที่ทั้งปวงจะตกเป็นของรัฐหรือการถอนคืนสัมปทานรถเมล์ในเขตกรุงเทพมหานครเพื่อมาจัดทำโดยองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ เป็นต้น

เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐฯ ซึ่งมาตรา 130 ได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลยพินิจในการเลิกสัญญาได้ในกรณีที่มีเหตุตามที่กฎหมายกำหนด เหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่สามารถส่งมอบงานหรือทำงานได้ในระยะเวลาที่กำหนด หรือเหตุอื่นใดตามสัญญาโดยตกลงกัน ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาเลิกสัญญานั้นทำได้เพียงเฉพาะเพื่อหน่วยงานของรัฐหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

การเลิกสัญญาทางปกครอง จะมีผลให้คู่สัญญาากลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยอนุโลมตามมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่อาจกระทำได้ หรือการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ แต่กลับก่อความเสียหายก็ต้องชดใช้เป็นเงิน⁷⁵ เช่น เมื่อมีการส่งมอบงานบางส่วนด้วยการชุดเสร็จสมบูรณ์จำนวน 12 สระ

⁷⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 145/ 2551 และอ. 293 /2558

จาก 30 สาระตามสัญญา แล้วมีการบอกเลิกสัญญา การกลับคืนสู่ฐานะเดิมย่อมต้องมีการใช้ราคาตามสัญญา⁷⁶

จะเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองมีลักษณะเฉพาะตัวที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง และได้พัฒนาหลักกฎหมายที่ใช้กับสัญญาทางปกครองจนมีลักษณะที่แตกต่างกัน โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมิให้เสียหาย แต่แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยนั้น เพิ่งเริ่มมีการพัฒนาไม่มานานนัก แนวคิดทางกฎหมายหลายอย่างเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงยังขาดความชัดเจนหลายประการ จึงจำเป็นต้องมีการผลักดันให้มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองต่อไปในอนาคต

2.4 หลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ประเทศที่มีการแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนและมีรูปแบบของสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองเกิดขึ้น การแยกสัญญาทั้งสองประเภทนี้ออกจากกันให้ได้เป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งทั้งในแง่ของศาลที่จะมีอำนาจพิจารณาคดี กฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะนำมาใช้ในคดี ในแง่ของศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดี หากข้อพิพาทที่เป็นเหตุให้ต้องนำคดีมาสู่ศาลเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางแพ่ง ศาลที่จะมีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าวก็คือ ศาลยุติธรรม แต่หากข้อพิพาทที่เป็นเหตุให้ต้องนำคดีมาสู่ศาลเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ศาลที่จะมีเขตอำนาจพิจารณาคดีก็คือศาลปกครอง ในแง่ของกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้แก่คดีนั้นก็เช่นกัน หากสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาทางแพ่ง ศาลยุติธรรมย่อมจะต้องนำหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายแพ่งมาปรับใช้แก่คดี ทั้งนี้ รวมทั้งสัญญาทางแพ่งที่รัฐเป็นผู้ทำ แต่หากสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองย่อมต้องนำหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายปกครองมาใช้บังคับซึ่งในบางครั้งอาจมีกรณีนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ในกรณีหลักกฎหมายปกครองไม่มีบัญญัติไว้ ในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้นโดยที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลยุติธรรมเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งตั้งอยู่บนหลักการตกลงกันของคุณความ ศาลยุติธรรมจึงไม่จำเป็นต้องค้นหาความจริงแห่งคดี แต่ต้องผูกพันกับพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบ และจะพิพากษาให้คู่ความฝ่ายที่นำสืบได้อย่างมีน้ำหนักมากกว่าเป็นฝ่ายชนะคดี กฎเกณฑ์ในส่วนที่เกี่ยวกับภาระการพิสูจน์คงเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ถ้การดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลปกครอง แม้กระบวนการพิจารณานั้นจะเป็นเรื่องสัญญาทางปกครอง แต่ศาลปกครองย่อมจะต้อง

⁷⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 714 /2557

ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามหลักการค้นหาความจริงโดยวิธีการไต่สวน ซึ่งหมายความว่าศาลปกครองไม่ผูกพันกับพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอต่อศาลเท่านั้น แต่ศาลมีอำนาจค้นหาความจริงโดยการเรียกพยานหลักฐานต่างๆมาสืบได้เองด้วย โดยที่ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีและกฎเกณฑ์ต่างๆ รวมทั้งแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างกัน การที่จะต้องทราบว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองย่อมเป็นสิ่งสำคัญ

ในการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองในเบื้องต้นมีเกณฑ์ที่จะต้องนำมาพิจารณา 2 เกณฑ์คือ เกณฑ์ด้านบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาและเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เกณฑ์ด้านคู่สัญญาถือเป็นเกณฑ์ในทางรูปแบบ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นสัญญานั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ดังนั้น สัญญาทางปกครองระหว่างเอกชนกับเอกชนย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เกณฑ์นี้แม้จะมีความชัดเจนแต่เป็นเกณฑ์ที่ไม่อาจใช้ได้ในทุกกรณีเพราะในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน สัญญาที่เกิดขึ้นอาจเป็นสัญญาทางแพ่งก็ได้

ส่วนการใช้วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเกณฑ์ในการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งนั้น เป็นการพิจารณาโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าคู่สัญญาเป็นใครแต่หากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องที่เกาะเกี่ยวเชื่อมโยงกับกฎหมายปกครองหรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครอง หรือเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดได้เนื้อหาของสัญญาลักษณะใดลักษณะหนึ่ง หากตกลงกันให้ถือว่าเป็นเรื่องทางปกครองแล้ว สัญญาดังกล่าวย่อมถือเป็นสัญญาทางปกครอง

ระบบกฎหมายในประเทศส่วนใหญ่ไม่ได้ใช้เกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่งเพียงเกณฑ์เดียวในการแยกสัญญาสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

2.4.1 การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 19 ประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดว่าการกระทำต่างๆของฝ่ายปกครอง สามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภทคือ “การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจเหนือ” (actes d'autorité) กับ “การกระทำที่เป็นการบริหารจัดการ (actes des gestions) โดยศาลปกครองจะมีเขตอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเหนือ ส่วนศาลยุติธรรมจะมีเขตอำนาจครอบคลุมคดีเกี่ยวกับกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่เป็นการบริหารจัดการ และโดยที่การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจเหนือเป็นวิธีการจัดทำกิจกรรมเฉพาะที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม การรักษาความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการตุลาการเท่านั้น ซึ่งภารกิจเหล่านี้รัฐต้องทำเอง ส่วนภารกิจอื่นที่เป็นการให้บริการประชาชนถือเป็นภารกิจรอง ที่การจัดทำไม่ต้องใช้อำนาจและเป็นภารกิจที่ฝ่ายปกครองในการจัดทำอาจเลือกใช้วิธีทำสัญญาเพื่อให้

ภารกิจนั้นบรรลุล่วงวัตถุประสงค์ ดังนั้น กิจกรรมที่เกี่ยวกับสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นทั้งหมดจึงอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลยุติธรรมและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน เว้นแต่สัญญาบางประเภทที่มีกฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะว่าให้อยู่ในอำนาจพิจารณาตัดสินของศาลปกครอง และกฎหมายในขณะนั้นคือ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 Pluviôse a VIII ที่กำหนดให้ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาที่เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (Marchés de travaux publics) อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 1970 และ 26 กันยายน 1739 กำหนดให้สัญญากู้ยืมเงินของรัฐอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังนั้น คดีเกี่ยวกับสัมปทานบริการสาธารณะ (concession de service public) ก็คือ คดีเกี่ยวกับสัมปทานงานโยธาสาธารณะ (concession de travaux publics) ก็คือ โดยหลักต้องอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม แต่ในทางปฏิบัติศาลปกครองได้รับพิจารณาตัดสินเหล่านี้มาโดยตลอด⁷⁷

ต่อมา ในปี ค.ศ. 1873 ศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล (tribunal des Conflits) ได้วินิจฉัยคดี Blanco ว่าจะต้องนำแนวคิดเรื่อง “บริการสาธารณะ” (service public) มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากิจกรรมและนิติกรรมใดของฝ่ายปกครองจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยวางหลักว่ากิจกรรมที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองต้องเป็นกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะ และจากแนวคิดในคดีนี้เองที่ได้มีการแบ่งแยก “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ออกเป็นสองประเภทโดยถือหลักว่าสัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อการจัดองค์กรหรือการดำเนินการบริการสาธารณะ (Contrats conclus en vue de l'organisation ou du fonctionnement des services publics) สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาอื่นใดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน คดีแรกที่สภาแห่งรัฐวางหลักคือ คดี Therond ลงวันที่ 4 มีนาคม 1910 โดยวินิจฉัยว่า สัญญาพิพาทมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ นาย Therond ในฐานะผู้รับสัมปทานดำเนินการจับสุนัขจรจัดและกำจัดซากสัตว์ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านการรักษาสุขอนามัย คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง นอกจากนั้น ก็ยังมีคดีอื่นที่สภาแห่งรัฐได้ยืนยันหลักการดังกล่าวว่า สัญญาที่มีวัตถุประสงค์มอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาปกครองโดยสภา เช่นคดี Epoux Bertin (20 เมษายน ค.ศ. 1956) เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้คู่สมรส Bertin ดำเนินการจัดหาอาหารให้แก่ผู้อพยพชาวไซเวียตในศูนย์อพยพ Meaux ก่อนการส่งกลับประเทศ เป็นสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญามอบให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

⁷⁷ บุษพา อัครพิมาน, “ปัญหาเขตอำนาจศาล : สัญญาทางปกครอง” ในหนังสือรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ, จัดพิมพ์โดย สำนักงานศาลปกครอง น. 164.

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าพัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะมีมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน แต่ปัญหาเกณฑ์ที่ใช้สำหรับการแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งก็ยังคงมีปัญหาอยู่ สังเกตได้จาก การที่มีคดีเกี่ยวกับปัญหาเขตอำนาจศาลในเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีมาสู่การพิจารณาของศาลชั้นขาดเขตอำนาจศาลมาโดยตลอด และศาลชั้นขาดเขตอำนาจศาลก็ยังคงนำแนวคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะมาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เช่น ในคดี *Préfet de l'Essonne c/TGI D Every* (18 ธันวาคม 2000) ศาลชั้นขาดเขตอำนาจศาลวินิจฉัยว่า สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะด้านการฝึกอบรมต่อเนืองที่จัดโดยมหาวิทยาลัยเป็นสัญญาทางปกครอง หรือในคดี *Compagnie nationale du Rhone c/E.D.F.* (16 มกราคม 1995) ศาลชั้นขาดเขตอำนาจศาลวางหลักว่า สัญญาเกี่ยวกับการประสานงานในภารกิจด้านบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครอง

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริการสาธารณะก็ไม่ใช่ว่าหลักเกณฑ์เดียวที่ศาลใช้เพื่อแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง เพราะข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีสัญญาที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะบางประเภทก็มิได้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองและในทางกลับกันก็มีสัญญาบางประเภทที่แม้จะไม่เกี่ยวกับบริการสาธารณะแต่ก็ถูกจัดให้เป็นสัญญาทางปกครอง

ทฤษฎีที่สองที่สภาแห่งรัฐได้นำมาใช้ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง คือ ทฤษฎีอำนาจมหาชนที่พัฒนามาจากทฤษฎีอำนาจมหาชนแบบดั้งเดิม ทฤษฎีอำนาจมหาชนตามแนวคิดใหม่ที่มีอิทธิพลอยู่ในปัจจุบันถือว่า อำนาจมหาชนเป็นเครื่องมือหนึ่งที่ฝ่ายปกครองใช้เพื่อดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผลโดยอำนาจมหาชนจะปรากฏอยู่ในข้อกำหนดของสัญญาทางปกครอง จึงเป็นเหตุผลว่า เมื่อสัญญาใดของฝ่ายปกครองมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ สัญญานั้นจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นอย่างไรนั้น ในทางวิชาการและตามแนวบรรทัดฐานของศาลก็ยังไม่ชัดเจนนัก บางครั้งศาลเพียงแต่ระบุว่า ข้อสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่ปรากฏอยู่ในสัญญาตามกฎหมายแพ่ง (*C.E.* , 20 ตุลาคม 1950 , *Stein*) หรือบางครั้งศาลปกครองก็ระบุว่า ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนั้นหมายถึง ข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (*C.E.*, 21 มกราคม 1948, *Ste Penaroya*) หรือในบางครั้งก็ระบุว่า เป็นข้อสัญญาที่กำหนดสิทธิและหน้าที่โดยปกติไม่อาจจะกำหนดไว้ได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป (*Cass. 1er Civ*, 18 พฤศจิกายน 1992, *Cne.de Pantin*)

ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษได้ขยายขอบเขตการเข้ามาสู่สัญญาที่อยู่ภายใต้ระบบพิเศษ (*régime exorbitant*) ด้วย โดยสัญญาที่ศาลมักต้องใช้หลักเกณฑ์ข้อสัญญาพิเศษ

หรืออยู่ภายใต้ระบบพิเศษมักจะเป็นปัญหาเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างเป็นส่วนใหญ่ และสัญญาจัดซื้อจัดจ้างมักจะมีข้อสัญญาที่กำหนดให้เป็นไปตามเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญา รวมทั้งกระบวนการทำสัญญาต้องดำเนินการสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี Union des groupements d'achats publics (5 กรกฎาคม 1999) ว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีข้อกำหนดอ้างอิงให้ใช้เอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญา และในเอกสารกำหนดเงื่อนไขนั้นกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แสดงให้เห็นว่าคำพิพากษาที่มีข้อกำหนดอ้างอิงโยกไปให้ใช้เอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาอย่างไม่เพียงพอจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนประเด็นที่ว่า การที่การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ จะถือว่าเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ระบบพิเศษหรือไม่ ศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลได้วินิจฉัยว่า คำพิพากษาเพียงว่าการทำสัญญาต้องผ่านกระบวนการพิเศษตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ยังไม่เพียงพอจะบอกว่าด้วยสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ต้องปรากฏด้วยว่า สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์มอบหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะหรือมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ สัญญานั้นจึงจะเป็นสัญญาทางปกครอง (T.C., 5 กรกฎาคม 1999, Commune de sauve และ T.C., 14 กุมภาพันธ์ 2000, Commune de Baie-Mahaut)⁷⁸

หลักเกณฑ์ที่แบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งอาจเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายหรือเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลวางไว้

(1) กรณีของสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้ (contrats administratifs par détermination de la loi)

เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสมีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็เช่นกัน แต่ก็ปรากฏมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับที่กำหนดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ โดยมีบางกรณีที่กฎหมายระบุเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาอย่างชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาใดเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่กรณีเช่นนั้นมีน้อย ส่วนใหญ่กฎหมายจะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญานั้นให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมซึ่งถือโดยปริยายว่าให้นำระบบกฎหมายปกครองหรือระบบกฎหมายเอกชนแล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญานั้น⁷⁹

⁷⁸ บุบผา อัครพิมาน. *เพ็งอ้าง เจริญธรรมที่ 5*, น. 166.

⁷⁹ A. LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, 2 édition, L.G.D.J., 1983, pp. 125 – 126.

สัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองอาจจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตรงตามหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลกำหนดขึ้นอยู่แล้ว หรืออาจเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งตามเกณฑ์ที่ศาลกำหนดแต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองเป็นพิเศษก็ได้ แต่ก็ถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

ตัวอย่างสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง ได้แก่

- สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (Marchés de Travaux publics) ถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 Phrviose an VIII

- สัญญาให้เข้าครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (Contrats comportant occupation domain public) กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 17 มิถุนายน 1938 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยที่ดินของรัฐ มาตรา 84

- สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Marchés publics) กำหนดโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยพัสดุ (code de Marchés publics)

- สัญญากู้เงินของรัฐ (Emprunts publics de l' Etat) กำหนดโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 1790 และ 26 กันยายน 1739

- สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน (les contrats de partenariat) โดยผลของมาตรา 1 ordonnance n 2004-559 ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2004

- สัญญาสัมปทานโยธาสาธารณะและสัญญาขายอาคารของรัฐ (les concessions de travaux publiss et ventes d immeubles de l Etat) โดยผลของมาตรา 1 ordonnance n 2009-864 ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2009

- สัญญาซื้อไฟฟ้า (contrat d achat d electricite) ที่ทำขึ้นโดยการไฟฟ้าฝรั่งเศส (Electricite de France; EDF) กับผู้ผลิตและผู้จ่ายกระแสไฟฟ้าย่อยอื่นตาม มาตรา 10 ของรัฐบัญญัติ n 2000-108

ในขณะเดียวกันก็มีสัญญาบางประเภท ที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เช่น

- สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงอาหารของราชการทหาร (Contrats relatives au service des ordinaires) กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 22 เมษายน 1905 และ 6 พฤศจิกายน 1930

- สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะดี (Contrats de l'hospitalisation des non-indigents) กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 7 สิงหาคม 1851 แก้ไข

เพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code de Santé publics) มาตรา 680 ในขณะที่สัญญา การเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง (รัฐกฤษฎีกา ลง วันที่ 15 กรกฎาคม 1983 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายสาธารณสุขมาตราเดียวกัน)

(2) กรณีสัญญาทางปกครองโดยคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง จะตกเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็น สัญญาประเภทใดซึ่งเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณามีอยู่หลายเกณฑ์ด้วยกันซึ่งได้แก่

(2.1) การพิจารณาจากเกณฑ์ขององค์กรหรือด้านคู่สัญญาโดยเกณฑ์นี้สัญญา ทางปกครองโดยปกติจะมีฝ่ายปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาด้วย ดังนั้น หากเป็น สัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันแล้วย่อมไม่เป็นสัญญาทางปกครองและไม่อยู่ภายใต้ระบบ กฎหมายมหาชน แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมามีการยอมรับว่าสัญญาที่ทำระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งมี วัตถุประสงค์ในการทำเพื่อประโยชน์แห่งนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ว่าเป็นสัญญาทางปกครองได้ โดยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดเรื่องผู้แทน (représentation) และตัวแทน (mandat) ของฝ่ายปกครอง

(ก) กรณีสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลมหาชน

แต่เดิมศาลก็ได้แยกกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1983 ศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล (le tribunal des conflits) ได้วางหลักใหม่ในคดี Union des Assurances de Paris ว่า “สัญญาที่ทำ ระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้นโดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง” จากแนวคำ วินิจฉัยดังกล่าวทำให้ตั้งแต่นี้ไปสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้นต้องให้ สันนิษฐานไว้ก่อนว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการของนิติบุคคล มหาชนนั้นโดยปกติย่อมใช้ “วิธีการในการบริหารแบบมหาชน” (les modes de la gestion publique) แต่หลักดังกล่าวไม่ใช้บังคับในกรณีที่เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้วสัญญานั้นเพียง ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ตัวอย่างได้แก่ สัญญาที่องค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่น (ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่ง) ทำกับการไฟฟ้าฝรั่งเศส (Electricité de France) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์กรมหาชน (établissement public) ซึ่งเป็นนิติ บุคคลอีกประเภทหนึ่งเพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญาฝ่ายหลังโดยคู่สัญญาฝ่ายแรกมีฐานะเป็นเพียง ผู้ให้บริการเหมือนเอกชนโดยทั่วไป หรือสัญญาเช่าระหว่างสำนักงานการเคหะแห่งชาติ (office public d HLM) กับองค์การสวัสดิการสังคม (bureau d aide sociale) ซึ่งก่อแต่เพียงนิติสัมพันธ์ตาม กฎหมายแพ่งเท่านั้น

สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาเกี่ยวกับการจัดการการปกครองท้องถิ่น เช่น สัญญากำหนดแผนงานระหว่างรัฐกับภาค (contrats de plan Etat-region ซึ่งต่อมากลายเป็น contrat de projet) ก็จัดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง⁸⁰

(ข) กรณีสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นนิติบุคคลเอกชน

กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนนั้นไม่จำเป็นต้องไปว่าสัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้เพราะฝ่ายปกครองอาจเลือกทำสัญญาทางแพ่งก็ได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองก็มีลักษณะเหมือนเอกชนนั่นเอง สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับบุคคลเอกชนนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาหรือเนื้อหาของสัญญานั้นๆด้วย กล่าวคือเป็นนิติกรรมในการบริหารแบบมหาชน (acte de gestion publique) ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะสัญญานั้นมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษหรืออาจเป็นเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นหรืออาจเป็นเพราะระบบของสัญญานั้น (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลในคดี Coopérative agricole de l' Arne ค.ศ. 1986)

ส่วนวิธีการทำสัญญานั้นไม่มีผลต่อสถานะของสัญญา เช่น สัญญาที่ทำกันโดยวิธีการประกวดราคาก็อาจจะเป็นตามกฎหมายแพ่งก็ได้ ขณะเดียวกันสัญญาที่ทำกันด้วยวาจาก็อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้เช่นกัน (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลในคดี Epoux Bertin ค.ศ. 1959)

(ค) กรณีที่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน

โดยหลักสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันจะไม่ใช่สัญญาทางปกครองเว้นแต่ เอกชนผู้ทำสัญญาได้รับมอบหมายอำนาจจากรัฐให้ดำเนินการในนามของตน และสัญญามีเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสัญญาทางปกครองตามเกณฑ์ที่ศาลกำหนด คดีที่ศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลตัดสินคือ คำพิพากษาลงวันที่ 8 กรกฎาคม 1963 บริษัท Peyrot รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 18 เมษายน 1955 กำหนดว่า การสร้างและหาประโยชน์จากทางหลวงประเภทซูเปอร์ไฮเวย์นอกจากรัฐจะทำเองแล้ว รัฐยังอาจให้สัมปทานแก่องค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล สภาก่อการค้าหรือบริษัทที่รัฐมีหุ้นฝ่ายข้างมาก โดยต้องถือว่าบริษัทเอกชนที่รัฐมีหุ้นกึ่งหนึ่งซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานนั้นทำเพื่อประโยชน์โดยตรงของรัฐ (pour le compte de l'Etat) ดังนั้น สัญญารับเหมาช่วงที่บริษัทดังกล่าวทำกับผู้รับเหมาช่วงซึ่งเป็นเอกชนอีกคนหนึ่ง (บริษัท Peyrot) จึงมีลักษณะเป็นสัญญาการโยธาสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครองที่ต้องขึ้นศาลปกครอง⁸¹

⁸⁰ TC 8 Janvier 1988 Min.du plan et de l' aménagement c./ CUS

⁸¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 80-81.

(2.2) การพิจารณาสัญญาทางปกครองจากเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา (Objet du contrat)

วัตถุประสงค์ของสัญญาที่จะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง คือ สัญญานั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือสัญญาที่มีข้อความที่มีลักษณะพิเศษซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

(ก) สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง คำว่า “วัตถุประสงค์แห่งสัญญา” ก็คือ หน้าที่คู่สัญญาจะต้องชำระหนี้ตอบแทนกัน สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงเพื่อประโยชน์สาธารณะของมหาชนหรือสัญญาเพื่อการมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะย่อมจะต้องนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้บังคับ

(ข) สัญญาที่มีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง (les clauses exorbitants du droit commun) ความหมายของคำว่า “ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง” คือ ข้อสัญญาและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้ให้นิยามไว้ในคำวินิจฉัยของคดี Société française de construction mécaniques ค.ศ.1975 และในคดี stein ค.ศ.1950

ข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ

(ก) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน เนื่องจากเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนที่จะทำได้

(ข) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ข้อสัญญาประเภทนี้จะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมหรืออาจจะกำหนดถึงขนาดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลยก็ได้ ซึ่งการควบคุมดังกล่าวอาจเป็นการควบคุมโดยทั่วไปหรือการควบคุมเฉพาะเจาะจงก็ได้ เช่น สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินกิจการของสนามกีฬาสำหรับการแข่งขันหรือฝึกซ้อมจักรยาน (Vélodrome) ซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมการบริหารทางการเงิน หรือสัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินกิจการภัตตาคารแห่งหนึ่งซึ่งมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลที่เรียกเก็บ เป็นต้น ในบางกรณีการควบคุมดังกล่าวอาจเป็นการกำหนดหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงบางประการแก่คู่สัญญาเอกชนก็ได้ เช่น หน้าที่ที่จะต้องขออนุญาตจากทางราชการก่อนที่จะดำเนินการบางอย่าง เป็นต้น ซึ่งรวมไปถึงข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาอย่างไร เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีชนิดและความถี่ของการแสดงในโรงมหรสพของ

เทศบาลตามที่ข้อสัญญากำหนดไว้และหน้าที่ที่จะต้องจัดให้เทศบาลได้ใช้โรงมหรสพนั้นสำหรับการจัดงานฉลองต่างๆและการประชุมของเทศบาล หรือข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิเลิกสัญญาได้แม้จะไม่มีกำหนดเงื่อนไขการเลิกสัญญาหรือไม่ก็ตาม

โดยหลักในสัญญาของภาครัฐมักมีข้อกำหนดที่โยงไปใช้ “เอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน” (Cahier des charges) ซึ่งเอกสารนี้จะกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทั้งเรื่องสิทธิและหน้าที่และเรื่องอื่นๆไว้โดยละเอียดเพื่อเป็นแนวทางหรือแบบแผนให้แก่ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในกรณีต่างๆซึ่งคู่สัญญาจะใช้เอกสารนี้เป็นบันทึกต่อท้ายสัญญา⁸² สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองที่ต่อเมื่อเอกสารดังกล่าวมีเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน นอกจากเกณฑ์การแบ่งแยกประเภทสัญญาที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวข้างต้น ยังมีข้อสังเกตเกี่ยวกับสัญญาของหน่วยงานที่ดำเนินบริการสาธารณะทางพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม หรือรัฐวิสาหกิจที่แม้วัตถุประสงค์ของสัญญาจะเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ลักษณะของการดำเนินการคล้ายกับกิจการของเอกชนกล่าวคือ มุ่งเก็บค่าบริการในเชิงการค้าให้เลี้ยงตัวเองได้โดยไม่ต้องใช้งบประมาณแผ่นดิน เช่น การไฟฟ้า การขนส่งมวลชน เป็นต้น สัญญาของหน่วยงานดังกล่าวต้องใช้กฎหมายเอกชนบังคับและขึ้นศาลยุติธรรม⁸³ โดยมีข้อยกเว้นที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่สัญญาจ้างพนักงานที่สำคัญและระดับสูง เช่น ผู้อำนวยการ สมุหบัญชี เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น เดิมทีเริ่มมาจากเหตุผลในทางประวัติศาสตร์ที่ต้องการลดบทบาทของศาลยุติธรรมในคดีปกครอง โดยการกำหนดให้สัญญาของฝ่ายปกครองส่วนหนึ่งมาอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แล้วก็มีพัฒนาหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยก ซึ่งก็ยังมีปัญหาอยู่และยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ตายตัว

2.4.2 หลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายเยอรมนี

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมนีได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ในมาตรา 54-62 หลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งใช้เกณฑ์การพิจารณาจากพื้นฐานหรือธรรมชาติของสัญญาโดย

⁸² André de LAUBADERE, *Traité administratif de Droit administratifs*, Tome I, L.G.D.J., p. 308.

⁸³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 2, 2539, น.112 - 113.

สามารถตรวจสอบจากเนื้อหา สารและวัตถุประสงค์ของสัญญา (Gegenstand des Vertrags)⁸⁴ สัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครองต่อเมื่อมูลแห่งหนึ่งที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาหรือหน้าที่ในการชำระหนี้ตามสัญญามีลักษณะเป็นไปตามกฎหมายปกครอง⁸⁵ ส่วนประเด็นฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญาไม่ใช่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจาก สัญญาทางปกครองไม่จำเป็นที่จะต้องคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองเสมอไป ในบางกรณีสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนอาจเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้หากมีพื้นฐานหรือธรรมชาติตามกฎหมายของสัญญามีเนื้อหาตามกฎหมายมหาชน ตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างเทศบาลสองเทศบาลทำสัญญากันเพื่อดูแลรักษาลำน้ำที่ไหลผ่านเขตเทศบาลดังกล่าว เป็นต้น⁸⁶ สำหรับสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันเป็นสัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน นอกจากนี้ ยังรวมถึงกรณีอื่นๆที่เป็นความตกลงเพื่อก่อนนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย

สัญญาทางปกครองยังอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะเป็นเอกชน หากสัญญานั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อการก่อตั้ง ยกเลิกหรือการเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนเท่าที่กฎหมายสามารถที่จะกำหนดสิทธิหรือหน้าที่แก่เอกชนได้อำนาจในการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ดังกล่าวของเอกชนจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ ตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 95 NWLWG ซึ่งมาตราดังกล่าวหน้าที่ในการดูแลรักษาลำน้ำ เอกชนสามารถเกิดขึ้นได้โดยการตกลงกัน ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับดูแลรักษาน้ำ การตกลงของเอกชนและการให้ความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวให้เกิดผลในทางกฎหมายมหาชน ดังนั้น ในการแบ่งสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งจึงต้องพิจารณาจากเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์ของสัญญา (Vertragsgegenstand) เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งโดยการพิจารณาว่าเนื้อหาของวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับบัพัญญัติในของกฎหมายปกครองหรือไม่โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องพิจารณาว่าเนื้อหาทางสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในกฎหมายปกครองหรือไม่

⁸⁴ Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, อังโนมานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2546), น. 6.

⁸⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, อั้งแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น. 7.

⁸⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, อั้งแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 63.

2.4.3 การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งตามระบบกฎหมายไทย

สำหรับประเทศไทยก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นนั้นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นหากมีปัญหาข้อพิพาทย่อมต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม จึงอาจกล่าวได้ว่าในขณะนั้นจึงยังไม่มี การแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นและในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้บัญญัติค่านิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองไว้ว่า “สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติอื่นที่กำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองไว้นอกจากบทนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 ดังที่ได้กล่าวมา แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาในการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ที่ประชุมได้อธิบายความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งมีผลเป็นการขยายความหมายของสัญญาทางปกครองให้กว้างมากขึ้น โดยสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้นั้นจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) เกณฑ์ทางด้านองค์กร

สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ จากหลักเกณฑ์ในข้อนี้สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นจะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง คำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” นั้น มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้ให้คำนิยามไว้โดยหมายถึง กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง และต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคล เนื่องจากในระบบกฎหมายไทย รัฐและรัฐบาลไม่ได้มีสถานะเป็นนิติบุคคลที่จะเป็นคู่สัญญาได้โดยตรง แต่สถานะนิติบุคคลกลับไปอยู่ที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน

จากนิยามดังกล่าวหน่วยงานทางปกครองจึงหมายถึงถึง

(1.1) กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งเป็นราชการส่วนกลางตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และมีฐานะนิติบุคคล

(1.2) ราชการส่วนภูมิภาค ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ในมาตรา 51 ได้แก่ จังหวัด และอำเภอ โดยมาตรา 52 กำหนดให้จังหวัดเท่านั้นที่เป็นนิติบุคคล

(1.3) ราชการส่วนท้องถิ่นตามมาตรา 70 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล สุขาภิบาล⁸⁷ และ ราชการส่วนท้องถิ่นตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งราชการส่วนท้องถิ่นในปัจจุบันได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัดตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 เทศบาลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 องค์การบริหารส่วนตำบล ตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 และราชการส่วนท้องถิ่นที่มีลักษณะพิเศษ คือกรุงเทพมหานคร ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 และเมืองพัทยาตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 โดยกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเหล่านี้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีฐานะเป็นนิติบุคคล

(1.4) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัตินั้นรวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกำหนดด้วย แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชน เช่น บริษัทวิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด บริษัทขนส่งจำกัด หรือ บริษัทไทยเดินเรือทะเล เป็นต้น

ตัวอย่าง รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติเช่น การรถไฟแห่งประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2494 การท่าเรือแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการท่าเรือแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2494 สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล ตามพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล พ.ศ.2517 การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2522 เป็นต้น

ตัวอย่าง รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล พ.ศ. 2496 เช่น องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ พ.ศ. 2519 สถาบันการบินพลเรือน ตาม

⁸⁷ ปัจจุบันสุขาภิบาลได้เปลี่ยนฐานะเป็นเทศบาลตำบล ตามกฎหมายว่าด้วยเทศบาล ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงฐานะของสุขาภิบาลเป็นเทศบาล พ.ศ. 2542

พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันการบินพลเรือน พ.ศ. 2535 องค์การรถไฟฟ้ามหานคร ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งการรถไฟฟ้ามหานคร พ.ศ. 2535 องค์การสวนพฤกษศาสตร์ ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสวนพฤกษศาสตร์ พ.ศ. 2535 เป็นต้น

(1.5) หน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ องค์การมหาชนต่างๆ ที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 เช่น กองทุนหมู่บ้านและชุมชนแห่งชาติ ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งกองทุนหมู่บ้านและชุมชนเมืองแห่งชาติ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2544 โรงพยาบาลบ้านแพ้ว ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2543 สำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2546 นอกจากนี้ ยังหมายความรวมถึงองค์การรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง โดยมีสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นหน่วยธุรการ ผู้ตรวจการแผ่นดิน โดยมีสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นหน่วยธุรการ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ โดยมีสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นหน่วยธุรการ เป็นต้น

(1.6) หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งเป็นหน่วยงานที่อาจเป็นหน่วยงานนอกระบบราชการเช่นกรณีหน่วยงานทั้งห้าข้างต้น ซึ่งในการดำเนินงานของหน่วยงานประเภทนี้จะมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองได้แก่องค์กรวิชาชีพต่างๆ เช่น สภานายความ แพทยสภา เป็นต้น

ส่วนคำว่า “บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ” นั้นจะหมายถึง องค์กรใดไม่มีนิยามไว้ เช่น กรณี “หน่วยงานทางปกครอง” และขณะนี้ก็ยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลปกครองได้ตัดสินวางแนวทางไว้แต่อย่างใด ดังนั้น จึงมีข้อสังเกตคำว่า “บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ” นั้นจะต้องมิใช่หน่วยงานทางปกครองและหากเทียบเคียงกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศสแล้วในกรณีนี้กฎหมายปกครองฝรั่งเศสยอมให้ออกชนกระทำการแทนฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญา และถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง โดยในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นตัวแทนของฝ่ายปกครองโดยแจ้งชัดหรือเป็นตัวแทนของฝ่ายปกครองโดยสภาพ

(2) หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบด้านคู่สัญญาแล้วสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะอย่างไรดังต่อไปนี้

(2.1) สัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลฯ โดยมาตรา 3 ได้กำหนดให้สัญญาที่มีลักษณะดังต่อไปนี้เป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้นหากสัญญาที่หน่วยงานปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำ

การแทนรัฐเป็นคู่สัญญาเป็นสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งใน 4 ประเภทนี้แล้วก็ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ ก็มิได้ให้คำนิยามของสัญญาแต่ประเภทไว้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าสัญญาอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือสัญญาที่แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองรวมทั้งคณะกรรมการการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลซึ่งเป็นองค์กรที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการพัฒนาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจาก ศาลปกครองเป็นศาลที่ทำหน้าที่ในการพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาปกครองโดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ตัดสินคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และนอกจากนี้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 ได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายฝ่ายเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษแสดงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งคือบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น สัญญาใดที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวข้างต้นสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นการตีความขยายมาตรา 3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ ออกไปอีก

คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้เคยมีคำวินิจฉัยที่แสดงให้เห็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน เช่นในคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเรื่องที่ 10/2554 ซึ่งสรุปได้ดังนี้ “เหตุแห่งการฟ้องร้องในคดีนี้เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการปฏิบัติในฐานะผู้รับจ้างและผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลอำเภอหลังสวน ซึ่งเป็นระหว่างโจทก์กับจำเลยและโดยที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง(4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่าง

น้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีนี้ผู้ถูกฟ้องเป็นราชการส่วนภูมิภาค ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และสัญญาระหว่าง โจทก์กับจำเลย ในกรณีนี้เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลชุมชนขนาด 60 เตียง เป็น 90 เตียง โดยมีอาคารผู้ป่วยและส่วนประกอบอื่นๆ ทั้งนี้การสาธารณสุขเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารโรงพยาบาลของรัฐซึ่งเป็นถาวรวัตถุ เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผลนอกจากนี้ประชาชนทั่วไปยังสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง อาคารโรงพยาบาลของรัฐจึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภคและเนื่องจากวัตถุแห่งสัญญานี้คือการรับจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาล กรณีนี้จึงถือได้ว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

ดังนั้น สัญญานี้จึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญานี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ในการพิจารณาการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองนั้นจะเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสใช้เกณฑ์การแบ่งแยกจากการพิจารณาลักษณะของสัญญาซึ่งอาจเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายและสัญญาทางปกครองโดยสภาพโดยมุ่งเน้นวัตถุแห่งสัญญาเพื่อประโยชน์หรือบริการสาธารณะ ส่วนประเทศเยอรมันนั้นพิจารณาจากเนื้อหาสาระและวัตถุของสัญญาไม่ได้พิจารณาจากฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญา ส่วนประเทศไทยนั้นการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองใช้เกณฑ์ในเชิงองค์กรโดยคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครองและสัญญาต้องมีเนื้อหาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ