

บทที่ 1

ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

1.1 ความเบื้องต้น

คำว่า “สัญญา” ตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ การที่เอกชนทั้งสองฝ่ายขึ้นไปตกลงเข้าร่วมกันทำสัญญา โดยฝ่ายหนึ่งได้ทำข้อเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งได้ทำคำสนอง สัญญาจึงเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอและคำสนองสอดคล้องต้องกัน ซึ่งการทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยตนเองนั้นอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) และตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานว่าคู่สัญญามีความเสมอภาคกัน โดยความเสมอภาคกันนั้นหมายถึงความเสมอภาคในการกำหนดข้อสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา รวมทั้งการปฏิบัติตามสัญญาด้วย แต่ในปัจจุบันมิได้มีเฉพาะสัญญาที่เอกชนตกลงเข้าเป็นคู่สัญญากันเท่านั้น แต่ยังมีสัญญาที่รัฐหรือฝ่ายปกครองเข้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือระหว่างองค์กรของรัฐ หรือระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน โดยได้ตกลงทำสัญญาในรูปแบบที่เรียกว่า “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน โดยที่ระบบกฎหมายของฝรั่งเศสถือว่าสัญญาทางปกครองนั้นมิได้อยู่บนหลักพื้นฐานในเรื่องความเสมอภาคของคู่สัญญา แต่อยู่บนหลักความไม่เท่าเทียมกัน และมีลักษณะที่คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายปกครองกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายเอกชนซึ่งกระทำไปเพื่อประโยชน์ของตน แนวคิดดังกล่าวของระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะแตกต่างจากระบบกฎหมายของเยอรมันที่ยังยอมรับในเรื่องความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา เนื่องจากกฎหมายเยอรมันถือว่าฐานะของคู่สัญญาไม่ใช่สิ่งสาระสำคัญในการแสดงถึงลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครอง

อย่างไรก็ดี ระบบกฎหมายของฝรั่งเศสและระบบกฎหมายของเยอรมันได้รับการยอมรับว่ามีระบบกฎหมายปกครองรวมถึงแนวคิด และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ได้รับการพัฒนาเป็นอย่างมาก ซึ่งแนวคิด หลักกฎหมายและนิติวิธีของทั้งสองประเทศมีอิทธิพลต่อหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยเป็นอย่างมาก ดังนั้น ในการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยจึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคิดและหลักกฎหมายของระบบกฎหมายทั้งสองประเทศดังกล่าวด้วย

สำหรับคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นเป็นคำที่แปลมาจากคำภาษาฝรั่งเศสที่ว่า “contrats administratifs” นอกจากนี้ ยังมีคำอีกคำหนึ่งที่ใกล้เคียงกัน คือ

คำว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l’administration)” นักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส¹ ได้อธิบายไว้ว่า ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการทางกฎหมาย โดยทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีการทำสัญญาได้อีกด้วย สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับนั้นเรียกกันว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l’administration)” โดยฝ่ายปกครองอาจพิจารณาเลือกได้ว่าตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนอย่างเดียวกับที่เอกชนทำสัญญาระหว่างกันหรือว่าตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ คือ ระบบกฎหมายปกครอง โดยสัญญาประเภทแรก เรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน (contrats de droit privé de l’ Administration)” ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชนโดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา ส่วนสัญญาประเภทที่สองเรียกว่า “สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)” ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา ดังนั้น “สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)” จึงเป็นเพียงสัญญาประเภทหนึ่งของ “สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l’Administration)”

ส่วนในระบบกฎหมายของเยอรมันนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 เรียกโดยย่อว่า VwVfG) ซึ่งในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้บัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไข และบอกเลิกสัญญา ตลอดจนเรื่องการบังคับตามสัญญาทางปกครองไว้² อีกทั้ง มาตรา 62 ดังกล่าวก็ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยตราบทที่มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้โดยเฉพาะและยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับ

¹ เวอเดล (Georgs Vedel) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส, Droit Administratif P.U.F. , 1976 , pp. 228 – 229 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2543), น. 30.

² มานิตย์ วงศ์เสวี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2546), น. 1- 3.

สัญญาทางปกครองได้ด้วย ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตการใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน³

สัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้นเกิดจากแนวคิดที่ว่าการทำสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำทางปกครองของรัฐอย่างหนึ่ง ซึ่งหากเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณชนแล้วจะต้องอยู่ในขอบเขตของหลักกฎหมายมหาชน การทำสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ทำได้อย่างชัดแจ้งจึงจะกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของเอกชนไม่ให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจไปกระทบกระเทือนสิทธิของเอกชนมากเกินไป แต่มิใช่ว่าสัญญาทุกสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนจะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป ในบางกรณีฝ่ายปกครองอาจทำความตกลงกับเอกชนภายในขอบเขตของกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายแพ่ง ซึ่งถือว่ารัฐสามารถเข้าทำกิจการในลักษณะเดียวกับเอกชนและสามารถก่อให้เกิดหนี้ผูกพันตามสัญญาได้ หากข้อสัญญาเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองทำสัญญากับเอกชนเกี่ยวกับการจัดหาวัสดุ สัญญาจัดหาสินค้า สัญญาเช่าสถานที่ของเอกชนเป็นสถานที่ปฏิบัติราชการ สัญญาซื้อขายที่ดิน สัญญากู้ยืมเงินซึ่งมีลักษณะทางการค้า สัญญาประเภทดังกล่าวจัดเป็นสัญญาที่อยู่ในบังคับของกฎหมายแพ่งซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม และในทางปฏิบัติสัญญาประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจะใช้เงื่อนไขสัญญาตามแบบสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปซึ่งกำหนดไว้ในระเบียบของฝ่ายปกครอง⁴

สำหรับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของไทยนั้น ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวบัญญัตินิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” นอกจากนี้ศาลปกครองยังได้วินิจฉัยให้มีผลเป็นการขยายความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ให้มีความหมายที่กว้างขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” โดยมีสาระสำคัญดังนี้ “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่ง

³ มานิตย์ วงศ์เสรี, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 1.

⁴ ปราณี หล่อรัตนโชติ, “การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น. 18 – 20.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้เน้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”⁵

1.2 หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง

การแบ่งแยกสัญญาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากสัญญาทั้งสองประเภทต่างมีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ ทั้งกฎหมายในสวนสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ รวมไปถึงเขตอำนาจศาลในการพิจารณาข้อพิพาท ในสวนของกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญานั้น หากเป็นสัญญาทางแพ่งก็จะนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ แต่หากเป็นสัญญาทางปกครองก็จะนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้ ซึ่งก็อาจจะนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้กับสัญญาทางปกครองโดยอนุโลมในสวนที่กฎหมายปกครองยังพัฒนาไปไม่ถึง และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หากเป็นสัญญาทางแพ่งก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ตั้งอยู่บนหลักการตกลงกันของคู่ความ ศาลยุติธรรมจึงไม่จำเป็นต้องก้าวลงมาค้นหาความจริงแห่งคดี แต่ต้องผูกพันกับพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบ และพิพากษาให้คู่ความที่นำสืบได้อย่างมีน้ำหนักกว่าเป็นฝ่ายชนะคดี แต่หากเป็นสัญญาทางปกครองก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะเป็นไปตาม “หลักการค้นหาความจริงโดยการไต่สวน” ซึ่งศาลปกครองไม่ผูกพัน

⁵ มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544

กับพยานหลักฐานที่คู่สัญญานำเสนอต่อศาล แต่มีอำนาจค้นหาความจริงด้วยการเรียกพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบได้เอง⁶

1.2.1 หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น แม้ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง แต่ก็ไม่ครอบคลุมทั้งหมด จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครองและศาลคดีขัดกันในการวางหลักกฎหมายเพื่อปรับใช้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง รวมไปถึงการตีความและปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่⁷ คำพิพากษาของศาลปกครองและศาลคดีขัดกันจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการวางแนวทางเพื่อกำหนดขอบเขตของสัญญาทางปกครอง ซึ่งปัจจุบันหลักเกณฑ์ในการจำแนกสัญญาออกเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจึงมีทั้งหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นโดยการกำหนดของกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาที่เรียกว่า “สัญญาทางปกครองโดยสภาพ” ซึ่งได้แก่ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระบบกฎหมายพิเศษมาใช้กับสัญญา ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1.2.1.1 สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

ศาลคดีขัดกันได้วางหลักเอาไว้ว่าเฉพาะกฎหมายและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารเท่านั้นที่จะกำหนดถึงสภาพของสัญญาได้⁸ โดยกฎหมายอาจจะระบุไว้โดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง แต่บางครั้งบทบัญญัติในกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ได้กำหนดไว้โดยทางอ้อมว่าสัญญานั้นอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาคดี

⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 234 – 236.

⁷ ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, “รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2545, น. 1- 2.

⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 331.

ของศาลปกครอง เช่นนั้นก็ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ในบางกรณี แม้ว่าสัญญาของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่กฎหมายอาจกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองได้⁹ ซึ่งตัวอย่างของสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ได้แก่

1) สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ ตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 Pluviôse an VIII กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งสภาจังหวัดขึ้นมาโดยมีอำนาจเกี่ยวกับการซื้อขายข้อพิพาทระหว่างผู้รับทำงานโยธาสาธารณะกับฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับความหมายหรือการทำตามข้อกำหนดของการทำงาน ซึ่งนับแต่มีกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับ สัญญาเกี่ยวกับการทำงานสาธารณะก็มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครองแม้จะมีการนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ในบางกรณี¹⁰

2) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติ ตามรัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1938 ก่อนที่กฎหมายฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับ ได้มีแนวคำพิพากษาจำแนกประเภทสัญญาทางปกครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินไว้สองลักษณะ คือ หากคู่สัญญามีส่วนรับผิดชอบหรือมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากกิจกรรมของคู่สัญญาไม่ก่อให้เกิดบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาในระบบกฎหมายแพ่ง แต่เมื่อกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับแล้ว คดีเกี่ยวกับสัญญาที่ให้ครอบครองสาธารณสมบัติจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เนื่องจากธรรมชาติของสาธารณสมบัติย่อมอยู่เหนือจากระบบธุรกิจ ดังนั้น สัญญาเกี่ยวกับการจัดการสาธารณสมบัติของแผ่นดินจึงเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อยู่นอกเหนืออำนาจศาลยุติธรรมและหลักเกณฑ์ของกฎหมายเอกชน¹¹

3) สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุ ตามมาตรา 14 แห่งรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1806 บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุของรัฐ แต่แนวคำพิพากษาที่เกิดขึ้นก็ไม่ได้ดำเนินการตามบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากศาลปกครองถือว่าสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนที่ทำโดยรัฐ ไม่ถือว่าเป็นสัญญาจัดซื้อพัสดุ

⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), น. 46.

¹⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 331.

¹¹ เพ็ญอ้าง, น. 332.

ตามความหมายของกฎหมายดังกล่าว โดยส่วนใหญ่ศาลปกครองจะเข้าไปพิจารณาถึงเนื้อหาของสาระของสัญญาว่ามีการใช้อำนาจรัฐหรือเป็นสัญญาการซื้อขายในเชิงธุรกิจ¹²

4) สัญญากู้ยืมเงินของรัฐ ตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1790 และวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1790¹³

ส่วนสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ได้แก่

1) สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการประเภทไปรษณีย์และโทรคมนาคม ตามมาตรา 25 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1990 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะประเภทไปรษณีย์และโทรคมนาคม ซึ่งในมาตรา 25 กำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการเป็นความสัมพันธ์ในระบบกฎหมายแพ่ง¹⁴

2) สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงของราชการทหาร ตามรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1905 และ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1930¹⁵

3) สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะดี ตามรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1851 ขณะที่การเข้ารับการรักษาของคนไข้ที่ฐานะไม่ดีอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ตามรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1893 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับถูกแก้ไขโดย Code de sante public มาตรา L.680¹⁶

1.2.1.2 สัญญาทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาล

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส สัญญาที่กฎหมายไม่ได้ระบุว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง ก็จะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะวางแนวบรรทัดฐานว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาประเภทใด ในการพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

¹² เฟ็งอ้าง, น. 333.

¹³ ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 3.

¹⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8, น. 333.

¹⁵ ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 3.

¹⁶ เฟ็งอ้าง, น. 3.

1) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นถือว่า รัฐ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชน เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน¹⁷ โดยทั่วไปสัญญาระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนก็จะจำกัดอยู่ในขอบเขตของกิจการบางประเภทเท่านั้น ซึ่งสัญญาที่ทำขึ้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของสัญญานั้น¹⁸ ส่วนสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน สัญญาดังกล่าวอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ แต่ต้องประกอบด้วยเงื่อนไขอื่น อันได้แก่ เป็นสัญญาที่มีความสัมพันธ์กับบริการสาธารณะหรือเป็นสัญญาที่มีความสัมพันธ์กับข้อกำหนดพิเศษ

2) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา

โดยทั่วไปแล้วสัญญาที่มีความสัมพันธ์กับบริการสาธารณะไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป แต่สัญญาที่จะถือเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างคู่สัญญากับบริการสาธารณะ ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาไว้ในคดี Epoux Bertin ลงวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1956¹⁹

สัญญาทางปกครองที่มีความสัมพันธ์กับบริการสาธารณะหมายถึง²⁰

- สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งการมอบให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นไม่จำเป็นจะต้องมอบหมายให้ดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมด อาจเป็นการมอบหมายเพียงบางส่วน แต่เป็นการมอบหมายให้เข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ก็ถือว่าเข้าเงื่อนไขเป็นสัญญาทางปกครอง

- สัญญาที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยจะต้องเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรง ซึ่งอาจจะเข้ามามีส่วนร่วมอย่างถาวรและเป็นอาชีพ เช่น

¹⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 24 – 25.

¹⁸ ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.15.

¹⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8, น. 328.

²⁰ บุปผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายฝรั่งเศสและของไทย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น. 31- 35.

สัญญาว่าจ้างบุคลากรเข้าปฏิบัติงานทำให้มีสถานะเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐ หรืออาจจะเข้ามามีส่วนร่วมเพียงชั่วคราว เช่น สัญญาที่โรงพยาบาลของรัฐมอบให้เภสัชกรเข้าร่วมวิเคราะห์การใช้ยาของคนไข้

3) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น ข้อกำหนดพิเศษที่จะทำให้สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเป็นสัญญาทางปกครอง อาจจะเป็นข้อกำหนดพิเศษที่ปรากฏอยู่ในสัญญาหรืออาจจะเป็นข้อกำหนดพิเศษที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.1) สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อกำหนดพิเศษปรากฏในสัญญา

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษมีที่มาจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดี *société des granits porphyroides Vosges* ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1912 ซึ่งกล่าวถึงข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ คือ การนำเอาหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายมหาชนมาใส่ไว้ในสัญญานั้นเอง²¹

การที่สัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษได้รับการพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากตั้งอยู่บนสมมติฐานสองความคิด กล่าวคือ ประการแรก เนื่องจากการกำหนดข้อสัญญาเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่มุ่งหมายให้สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นสัญญาทางปกครองและบังคับใช้ในระบบกฎหมายมหาชน ประการที่สอง เนื่องจากข้อกำหนดพิเศษนั้นก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองโดยธรรมชาติ เนื่องจากจะไม่พบข้อกำหนดนี้ในสัญญาแพ่งธรรมดาเพราะมีเนื้อหาของสัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน²² ซึ่งตัวอย่างของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่²³

(1) ข้อกำหนดที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองคู่สัญญามีสถานะเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อสัญญาเหล่านี้มักกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือเพิ่มหน้าที่ของคู่สัญญา หรือเข้าดำเนินการแทนในกรณีที่คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ ซึ่งวิธีการใช้อำนาจดังกล่าวนี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง เช่น เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้วิธีการดังกล่าว หรือการใช้วิธีการนั้นมีการเตือนล่วงหน้าให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญาก่อน

²¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น. 326 – 327.

²² ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น. 7.

²³ *เพ็ญอ้าง*, น. 8 – 9.

(2) ข้อกำหนดที่มีการอ้างอิงไปถึงสัญญาแบบหรือเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

(3) ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้แก่เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก เช่น ข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทาน

(4) ข้อกำหนดซึ่งต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น

(5) ข้อกำหนดซึ่งไม่ค่อยพบหรือพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่ง เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เช่น หลักความเสมอภาคของคู่สัญญา

(6) ข้อกำหนดซึ่งไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เช่น ข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการยกเว้นภาษี ซึ่งหากนำไปกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนแล้ว อาจจะเป็นโมฆะ

3.2) สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า สัญญาซึ่งอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้หากอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ (Régime exorbitante) ดังในคำพิพากษาคดี Société d' exploitation électrique de la Rivière du Sant ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวเป็นเรื่องของการไฟฟ้าแห่งชาติ (E.D.F) ทำสัญญาซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าอิสระซึ่งศาลปกครองเห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากการไฟฟ้าแห่งชาติแม้จะมีฐานะเป็นวิสาหกิจมหาชนทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมก็ตาม แต่ก็มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะจึงสามารถทำสัญญาทางปกครองได้ นอกจากนี้ ในสัญญาดังกล่าวยังได้มีการกำหนดระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษเอาไว้ด้วย คือ หากมีปัญหาเกิดขึ้นให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีที่จะพิจารณาวินิจฉัยสั่งการ ซึ่งการกำหนดระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าวทำให้สัญญาระหว่างการไฟฟ้าแห่งชาติกับผู้ผลิตไฟฟ้าอิสระเป็นสัญญาทางปกครอง แม้ว่าในสัญญานั้นจะมีได้เป็นเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะ และไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษปรากฏอยู่ในสัญญาแต่ประการใด²⁴

²⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 333 – 334.

1.2.2 หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายของเยอรมัน

ในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันมีการแบ่งแยกระบบกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนอย่างชัดเจน และยอมรับถึงความแตกต่างในระบบของสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง ซึ่งสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมันนั้นถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง สิ่งหนึ่งที่เป็นลักษณะเฉพาะของระบบสัญญาทางปกครองของเยอรมัน คือ มีการบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ.1976 ดังได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งในมาตรา 54 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครอง คือ นิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้โดยสัญญา (สัญญาทางมหาชน) ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ทางปกครองอาจเข้าทำสัญญาทางมหาชนแทนการออกคำสั่งทางปกครองได้กับผู้ที่เกี่ยวข้องแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในทางปกครองขึ้น²⁵

เมื่อพิจารณาถ้อยคำจากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว อาจให้คำจำกัดความของสัญญาทางปกครอง คือ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชน โดยคำว่าสัญญาตามกฎหมายมหาชนนั้นครอบคลุมถึงสัญญาทางปกครอง แต่ไม่ได้ครอบคลุมถึงสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งสัญญาทางปกครองนั้นมื่อองค์ประกอบที่อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาประเภทหนึ่งจึงต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามกฎหมายเอกชนมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น ในเรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญาที่คู่สัญญาจะต้องมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกัน

2) เนื้อหาสาระของสัญญาทางปกครองจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง โดยจะต้องเป็นการก่อเปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งสิทธิตามกฎหมายปกครอง

สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปจะต้องพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงทั้งหมดในลักษณะภาวะวิสัย ส่วนเจตนาหรือ

²⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, วารสารนิติศาสตร์, น. 262. (29 มิถุนายน 2542)

ความเข้าใจของคู่สัญญานั้นไม่ใช่สาระสำคัญ แต่ในบางกรณีหากฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะเลือกทำสัญญาทั้งในรูปแบบของสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง เมื่อฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจในการเลือกที่จะผูกพันตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนก็จะต้องเป็นไปตามนั้น

การแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งจะพิจารณาจากเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์ของสัญญา ส่วนฐานะของคู่สัญญาไม่ใช่สาระสำคัญ ดังนั้น สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันอาจจะเป็นสัญญาทางแพ่ง หากเนื้อหาของสัญญาเป็นไปตามกฎหมายเอกชน เช่น ราชการส่วนท้องถิ่นแห่งหนึ่งตกลงทำสัญญาขายรถบรรทุกให้กับราชการส่วนท้องถิ่นอีกแห่งหนึ่ง สัญญาดังกล่าวก็เป็นสัญญาซื้อขายทั่วไป ตามนัยมาตรา 433 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในขณะที่สัญญาระหว่างเอกชนอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากเนื้อหาของสัญญาเป็นไปตามกฎหมายมหาชนโดยจะต้องมีกฎหมายพิเศษให้โอกาสเอกชนที่จะดำเนินการได้ เช่น สัญญาระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งนายจ้างตกลงที่จะจ่ายเงินประกันสังคมบางส่วนให้กับลูกจ้างแทนรัฐตามกฎหมายประกันสังคม เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาระหว่างเอกชนที่เป็นสัญญาทางปกครองจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับกับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายปกครองเท่านั้น

การพิจารณาเนื้อหาสาระของสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองจะพิจารณาจากเนื้อหาสาระที่สำคัญของสัญญาทางปกครอง โดยมีข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายปกครองหรือมูลแห่งคดีหรือหน้าที่ในการชำระหนี้มีลักษณะเป็นไปตามกฎหมายปกครอง ซึ่งสัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นในกรณีดังต่อไปนี้ คือ

- สัญญาที่มีเนื้อหาเป็นการบังคับตามกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาที่มีข้อตกลงซึ่งเป็นไปตามกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย
- สัญญาที่มีเนื้อหากำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการใดๆ ในทางปกครองเป็นการตอบแทน เช่น สัญญาที่มีข้อกำหนดให้ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร
- สัญญาที่มีเนื้อหากำหนดสิทธิและหน้าที่ของเอกชนตามกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาที่มีข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารมีหน้าที่ต้องจัดให้มีสถานที่จอดรถ

หากเนื้อหาสาระของสัญญานั้นไม่ปรากฏชัดเจนว่าเป็นหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนหรือไม่ โดยเฉพาะการชำระหนี้ตามสัญญาจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของการชำระหนี้

ประกอบกับลักษณะของสัญญา หากคู่สัญญาเอกชนชำระเงินเพื่อให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง หรือปฏิบัติการอื่นใดทางปกครองตอบแทน สัญญาดังกล่าวก็ถือเป็นสัญญาทางปกครอง²⁶

ส่วนในกรณีที่เนื้อหาของสัญญามีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินบางส่วนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสัญญาจะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการวางผังเมืองให้ หรือจะลดค่าธรรมเนียมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเนื่องมาจากการก่อสร้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามมูลค่าของที่ดินที่ฝ่ายเอกชนได้โอนให้ การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินเอกชนให้แก่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชน สัญญาดังกล่าวคือสัญญาผสมระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง ในเรื่องดังกล่าวนักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าถ้าเนื้อหาแม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งเป็นส่วนสาระสำคัญเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแล้วให้ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง²⁷

1.2.3 หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายของไทย

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของระบบกฎหมายไทยอาจใช้หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยก 2 ประการ คือ หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา และหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา

1.2.3.1 หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา

เมื่อพิจารณานิยามของสัญญาทางปกครองจากบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งได้กำหนดเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญาว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องเป็น “สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ” ดังนั้น จึงพิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญาได้ดังนี้

1) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง

สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีหน่วยงานทางปกครองเป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ ซึ่งความหมายของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” นั้น พิจารณาได้จาก

²⁶ มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 4 – 6.

²⁷ เฟิงอ้าง, น. 7 - 9.

ความหมายตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการ ที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐและให้หมายความรวมถึง หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจกรรมทางปกครอง”

2) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ

สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจากจะมีหลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองแล้ว หากมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ ก็อาจจะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน โดยบุคคลที่กระทำแทนรัฐ อาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี²⁸

(1) การได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยตรง เช่น มีหนังสืออย่างชัดแจ้ง เป็นหลักฐานว่าได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการแทนรัฐ

(2) การได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยปริยาย อาจเกิดขึ้นได้ในกรณี รัฐวิสาหกิจที่ได้จัดตั้งโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำหรือดำเนินงานที่ตนได้รับมอบหมายจากรัฐ

1.2.3.2 หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา

นอกจากจะพิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญาแล้ว การพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญาซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) สัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งได้กำหนดให้สัญญาที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ เป็นสัญญาทางปกครอง

- (1) สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน
- (2) สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ
- (3) สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

²⁸ บุนผา อัครพิมาน, อ่างแล้ว เขิงอรรถที่ 20, น. 94 – 96.

(4) สัญญาที่แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

2) สัญญาทางปกครองตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

2.1) เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ กล่าวคือ สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์เป็นการบริการสาธารณะโดยตรงหรือมีวัตถุประสงค์สัมพันธ์ใกล้ชิดกับการบริการสาธารณะ โดยอาจแบ่งความสัมพันธ์ความใกล้ชิดกับการบริการสาธารณะได้ 2 ระดับ คือ การให้คู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินการกิจการสาธารณะโดยตรง เช่น สัมปทานบริการสาธารณะต่างๆ และการให้คู่สัญญามีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ เช่น การจ้างเจ้าหน้าที่ของรัฐ

อย่างไรก็ตาม การมีส่วนร่วมของคู่สัญญาในการดำเนินการบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลว่า การมีส่วนร่วมในลักษณะใดที่ถือได้ว่าคู่สัญญา มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการบริการสาธารณะซึ่งมีผลทำให้สัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง

2.2) เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หมายถึง ข้อกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างไปจากข้อสัญญาตามกฎหมายแพ่งที่คู่สัญญา มีความเท่าเทียมกันและมีเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งข้อกำหนดเหล่านี้จะไม่พบในสัญญาทางแพ่งเพราะโดยสภาพเนื้อหาของข้อกำหนดดังกล่าวเป็นเรื่องของการสงวนการใช้อำนาจทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ จึงมิใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสมอภาคกัน แต่เป็นความสัมพันธ์ที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งการที่สัญญามีข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อให้การดำเนินการบริการสาธารณะของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบรรลุผลด้วย ดังนั้น การกำหนดให้เอกสิทธิ์ไว้ในสัญญา ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาว่ามีความจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นหรือไม่ด้วย หากสัญญาของภาครัฐที่มีสภาพหรือธรรมชาติเป็นสัญญาทางแพ่ง เช่น การจัดซื้อกระดาษ ดินสอ โต๊ะ เก้าอี้ และเครื่องใช้ในสำนักงานทั่วไปของฝ่ายปกครอง ตามปกติแล้วย่อมไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดเอกสิทธิ์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ แต่ถ้าเป็นสัญญาซื้อเครื่องอิเล็กทรอนิกส์หรือเครื่องคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่คุณภาพสูงซึ่งมีเทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงเร็วมาก และเป็นส่วนประกอบสำคัญ หรือเครื่องมือสำคัญของโรงพยาบาลที่เป็นบริการสาธารณสุข ย่อมจำเป็นต้องสงวนการใช้อำนาจมหาชนของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยการกำหนดให้เอกสิทธิ์ไว้ ด้วยเหตุนี้ หากมีการกำหนดเอกสิทธิ์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยไม่มีความจำเป็นต่อการบริการสาธารณะของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

น่าจะถือว่าข้อกำหนดดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ ซึ่งทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง มิใช่สัญญาทางปกครอง²⁹

1.3 รูปแบบของสัญญาทางปกครอง

1.3.1 รูปแบบของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส

รูปแบบของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีอยู่มากมายและหลากหลาย บางครั้งไม่มีความเหมือนกันเลย บางประเภทอาจมีลักษณะเฉพาะตัว ดังนั้น การแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสจึงแบ่งกันทางปฏิบัติที่มีการยึดถือตามที่เคยมีมาก่อน ซึ่งอาจแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองออกได้เป็น 4 ประเภท ได้แก่ สัญญามอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะ สัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุ³⁰

1.3.1.1 สัญญามอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ

การมอบหมายภารกิจของรัฐให้บุคคลอื่นดำเนินการแทนมีหลักการที่สำคัญ คือ การให้ผู้ให้บริการเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายแทนที่จะใช้เงินงบประมาณแผ่นดินมาจัดทำบริการสาธารณะ โดยรูปแบบและวิธีการมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะมีรูปแบบที่สำคัญๆ อยู่ 4 รูปแบบด้วยกัน คือ

1) สัมปทานบริการสาธารณะ (Concession de service) เป็นวิธีการบริหารบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองและเป็นรูปแบบหลักของการมอบหมายภารกิจของรัฐให้บุคคลอื่นดำเนินการแทน โดยมีสาระสำคัญ คือ ผู้รับสัมปทานจะต้องเป็นผู้ลงทุนและก่อสร้างสิ่งต่างๆ เอง และเงินทุนที่ใช้

²⁹ โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย”, เอกสารประกอบการสัมมนาและการสัมมนาเชิงปฏิบัติการ เรื่อง สัญญาทางปกครอง : การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล สำนักงานศาลปกครอง, (12 มีนาคม 2546), น. 39 – 40.

³⁰ พรพิมล บุญทวีเวช, “ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 23.

ในการบริหารโครงการมาจากรายได้ของผู้รับสัมปทานที่มาจากค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ให้บริการ ส่วนเงินอุดหนุนจากภาครัฐหรือรายได้อื่นเป็นเพียงรายได้เสริม ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในคำพิพากษาว่า โครงการใดจะเป็นสัมปทานบริการสาธารณะก็ต่อเมื่อเงินอุดหนุนจากรัฐต้องมีจำนวนน้อยกว่าค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ให้บริการ³¹ โดยทั่วไปแล้วสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรของรัฐซึ่งเรียกว่าผู้ให้สัมปทาน มีอำนาจหน้าที่ในการเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ โดยมีผู้รับสัมปทานซึ่งจะต้องเข้ามาเสี่ยงและรับผลของความเสียหาย โดยเมื่อหมดสัญญาแล้วสิ่งก่อสร้างรวมทั้งการลงทุนต่างๆ จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ³² การที่สัญญาประเภทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น เนื่องจากนิติบุคคลมหาชนเท่านั้นที่ทำสัญญาประเภทนี้ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ นิติบุคคลมหาชนเท่านั้นที่มีอำนาจเหนือวัตถุแห่งสัญญา³³

2) การมอบหมายให้เอกชนบริหารจัดการบริการสาธารณะโดยการลงทุนหรือทรัพย์สินพื้นฐานเป็นของรัฐ (affermage) เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐมอบหมายให้เอกชนรับไปดำเนินการในสิ่งที่มืออยู่แล้วโดยให้ได้รับค่าตอบแทน ส่วนการบำรุงรักษาซ่อมแซมใหญ่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ เอกชนผู้รับมอบหมายให้บริการจัดการทรัพย์สินของรัฐมีหน้าที่ดูแลซ่อมแซมเพียงเล็กน้อย ส่วนค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ให้บริการจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ให้แก่เอกชนผู้รับมอบหมาย และหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินพื้นฐาน รูปแบบการมอบหมายภารกิจของรัฐให้เอกชนดำเนินการแทนนี้ เอกชนผู้รับมอบอำนาจจะมีความเสี่ยงภัยน้อยกว่าผู้รับสัมปทาน แต่ระยะเวลาตามสัญญาจะสั้นกว่า ส่วนมากใช้ในกรณีที่สัญญาสัมปทานเดิมหมดอายุและทรัพย์สินกลายเป็นของรัฐ ซึ่งรัฐอาจเปิดโอกาสให้เอกชนมาบริหารแทน โดยส่วนใหญ่ใช้ในกิจการบริการสาธารณูปโภค เช่น สัญญาจ้างเอกชนจัดเก็บขยะ สัญญาจ้างจัดแจกจ่ายน้ำประปา สัญญาจ้างทำความสะอาด เป็นต้น³⁴

³¹ บุนผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 20*, น. 50 – 51.

³² สุรพงศ์ กลั่นประชา, “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น. 52.

³³ ชาญชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองแนวความคิดของฝรั่งเศส”, *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 9, ตอน 1, (เมษายน 253), น. 192.

³⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, *สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), น. 62.

3) การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะแทนรัฐ (régie intéressée) เป็นกรณีที่รัฐมอบอำนาจให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ โดยได้รับค่าตอบแทนที่กำหนดไว้ตายตัวและบวกผลกำไรที่ได้ผลงานที่มากขึ้นเป็นแรงจูงใจ การดูแลรักษาทรัพย์สินพื้นฐานเป็นหน้าที่ของเอกชนผู้รับมอบหมาย ส่วนการซ่อมแซมใหญ่ รัฐจะเป็นผู้รับภาระค่าซ่อมแซม โดยค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการต้องนำส่งเข้าหน่วยงานของรัฐทั้งหมด รัฐจะจ่ายค่าตอบแทนให้เอกชนผู้รับมอบหมายในลักษณะเหมาจ่ายตามจำนวนที่ตกลงกันไว้ โดยเพิ่มผลกำไรจากผลงานที่มากขึ้น รูปแบบการมอบหมายภารกิจของรัฐให้เอกชนดำเนินการแทนนี้ เอกชนจะมีอิสระตามสมควรในการดำเนินการ ซึ่งสัญญาจ้างผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะโดยทั่วไปจะมีระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี³⁵

4) การจ้างผู้จัดการบริหารงาน (gérance) เป็นการมอบหมายภารกิจของรัฐให้เอกชนดำเนินการแทนคล้ายกับรูปแบบข้างต้น แต่ผู้จัดการจะได้รับค่าตอบแทนแบบเหมาจ่ายเหมือนลูกจ้างในฐานะผู้บริหารโครงการเท่านั้น โครงการลักษณะนี้มีความเสี่ยงภัยน้อยมาก แต่ขณะเดียวกันรัฐอาจผลักภาระความเสี่ยงให้เอกชนผู้รับมอบหมายได้ เช่น หากรายได้ต่ำกว่าเป้าหมายผู้ดำเนินการต้องรับผิดชอบ ซึ่งสัญญาจ้างผู้จัดการจะมีระยะเวลาค่อนข้างสั้นประมาณ 2 - 5 ปี³⁶

1.3.1.2 สัมปทานงานโยธาสาธารณะ

สัมปทานงานโยธาสาธารณะเป็นสัญญาซึ่งรัฐหรือหน่วยงานของรัฐมอบหมายให้เอกชนผู้รับสัมปทานก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ โดยเอกชนผู้รับสัมปทานจะได้รับประโยชน์จากค่าธรรมเนียมการใช้งานโยธาสาธารณะที่สร้างเสร็จ โดยปกติแล้วสัมปทานงานโยธาสาธารณะกับสัมปทานบริการสาธารณะจะปะปนกัน ศาลมักถือว่าสัมปทานโยธาสาธารณะเป็นสัมปทานบริการสาธารณะเสมอ แต่ต่อมาศาลปกครองได้วางหลักเกณฑ์ว่างานโยธาสาธารณะจะต้องเป็นงานที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทั้งหลายที่ไม่อาจเคลื่อนย้ายได้ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่เกี่ยวกับพื้นดินหรือทรัพย์สินที่อยู่ติดกับพื้นดินอย่างเดียว แต่อาจรวมถึงทรัพย์สินทุกประเภท แม้ว่าโดยสภาพจะเคลื่อนที่ได้ แต่เมื่อนำมาใช้ตามวัตถุประสงค์ของงานแล้วทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นสภาพมาเป็นที่เคลื่อนที่ไม่ได้ เช่น การติดตั้งลิฟท์ และงานโยธาสาธารณะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่ออรรถประโยชน์ทั่วไป โดยเป็นงานที่กระทำต่อทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐ หรืองานที่เมื่อได้

³⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เิงจรรยที่ 34, น. 62 – 63.

³⁶ เฟิงอ้าง , น. 63.

ดำเนินการก่อสร้างเสร็จแล้วจะตกเป็นของรัฐ แม้ว่าทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินงานจะอยู่ในความครอบครองเพื่อประโยชน์ของผู้รับสัมปทานก็ตาม แต่เมื่อครบกำหนดสัญญาแล้วต้องส่งมอบคืนแก่รัฐ นอกจากนี้ หากงานโยธาสาธารณะที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานเพื่อประโยชน์ของเอกชน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าเป็นงานโยธาสาธารณะ แต่ถ้าหากปรากฏว่าเอกชนได้ดำเนินการเพื่อบริการสาธารณะซึ่งโดยปกติแล้วเป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่จะดำเนินการ สัญญาดังกล่าวก็ถือเป็นสัมปทานงานโยธาสาธารณะด้วย³⁷

1.3.1.3 สัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญาประเภทนี้เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐได้มอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยวิธีการให้สัมปทาน โดยหน่วยงานของรัฐผู้ให้สัมปทานจะให้สิทธิเอกชนซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานเช่าครอบครองที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้ด้วย สัญญาประเภทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพเพราะเหตุวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นมีการบริหารแบบมหาชนโดยแท้ สัญญาดังกล่าวจึงไม่อาจอยู่ในบังคับของระบบกฎหมายเอกชน อีกทั้งได้มีรัฐกฤษฎีกา (décret - loi) ลงวันที่ 17 มิถุนายน 1938 กำหนดให้คดีที่เกิดขึ้นจากสัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง มีผลให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองที่กำหนดโดยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม สัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินตามรัฐกฤษฎีกานี้หมายถึงเฉพาะกรณีการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงการเช่าครอบครองทรัพย์สินของแผ่นดินที่ไม่ใช่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (domaine privé) ด้วย เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดพิเศษต่างหาก³⁸

1.3.1.4 สัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดโดยกฎหมาย และเป็นสัญญาที่มีความสำคัญมากในบรรดาสัญญาทางปกครองประเภทต่างๆ ตามประมวลกฎหมายเกี่ยวกับจัดซื้อจัดจ้าง (Code de marchés publics) มาตรา 1 ซึ่งบัญญัติว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง หมายถึง สัญญาที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยประมวลกฎหมายนี้และเป็น

³⁷ พรพิมล บุญทวีเวช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 25.

³⁸ บุปผา อัครพิมาน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 66.

สัญญาที่ทำโดยองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีหรือจัดให้ได้มาซึ่งงานโยธาสาธารณะ พัสตุ และการบริการ

สำหรับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีความประสงค์เพื่อจัดให้ได้มาซึ่งบริการสาธารณะกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะซึ่งมีลักษณะที่คล้ายกันนั้น ศาลปกครองได้กำหนดเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทั้งสองประเภท โดยให้พิจารณาที่รูปแบบของผลตอบแทน กล่าวคือ ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ผู้รับสัมปทานเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและได้รับผลตอบแทนในรูปแบบของค่าธรรมเนียมการใช้บริการจากผู้ใช้บริการ ส่วนสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้ได้มาซึ่งบริการสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน³⁹

1.3.2 รูปแบบของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมัน

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของประเทศเยอรมันได้กำหนดรูปแบบของสัญญาทางปกครองไว้ 3 ประเภทดังนี้

1.3.2.1 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เป็นเครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น เนื่องจากนิติสัมพันธ์ลักษณะนี้ไม่สามารถดำเนินการในรูปคำสั่งทางปกครองได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน⁴⁰ ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ได้แก่ สัญญาระหว่างราชการส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาแม่น้ำเขตแดนของท้องถิ่น หรือสัญญาระหว่างราชการส่วนท้องถิ่นกับมลรัฐเกี่ยวกับภาระหน้าที่ในการกำจัดขยะ

1.3.2.2 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปในทางมหาชนฝ่ายปกครองจะมีฐานะเหนือกว่า แต่เมื่อฝ่ายปกครองได้เข้าทำสัญญากับเอกชนแล้ว กฎหมายเยอรมันคงเน้น

³⁹ พรพิมล บุญทวีเวช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30, น. 26 – 27.

⁴⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25, น. 268.

ความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษก็เฉพาะในกรณีจำเป็น และในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริงๆ เท่านั้น⁴¹

1.3.2.3 สัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษ

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษไว้ 2 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ (1) สัญญาประนีประนอมตามมาตรา 55 และ (2) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครองตามมาตรา 56 เนื่องจากสัญญาทางปกครองประเภทนี้มีการนำมาใช้กันมากในทางปฏิบัติ จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการทำสัญญาทางปกครองทั้งสองประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อป้องกันการใช้สัญญาประเภทดังกล่าวโดยมิชอบ แม้โดยปกติสัญญาประนีประนอมและสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองจะเป็นได้ทั้งสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน และสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน แต่ในมาตรา 55 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าสัญญาทั้งสองประเภทเป็นสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน⁴²

1) สัญญาประนีประนอมยอมความ

สัญญาประนีประนอมมีวัตถุประสงค์เพื่อจะแก้ไขปัญหาในเรื่องความไม่แน่นอนหรือหาข้อยุติในปัญหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย กล่าวคือ ในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่จะต้องฟังข้อเท็จจริงให้เป็นที่ยุติตามหลักการค้นหาความจริง แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาทางปกครองกับผู้รับนิติกรรมทางปกครองเพื่อยุติปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายได้ ถ้าสุจริตที่จะค้นหาข้อเท็จจริงนั้น หรือการค้นหาข้อเท็จจริงนั้นต้องเสียค่าใช้จ่ายมากหรือใช้เวลานาน และคู่สัญญายอมรับในการไม่อาจค้นหาข้อเท็จจริงนั้นได้ หรือยอมรับความไม่กระจ่างชัดเจนในข้อกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับเรื่องดังกล่าว โดยสัญญาประนีประนอมตามมาตรา 55 จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังนี้

- (1) มีความไม่แน่นอนหรือยังหาข้อยุติไม่ได้ในเรื่องเกี่ยวกับพฤติการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือประเด็นข้อกฎหมาย
- (2) ความไม่แน่นอนหรือข้อยุติดังกล่าวไม่สามารถขจัดไปได้ หรือจะขจัดไปได้ก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก
- (3) คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงประนีประนอมกันได้

⁴¹ เฟ็งอั้ง, น. 269.

⁴² ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, อั้งแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 114.

ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ เช่น สัญญาประนีประนอมในค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ต้องมีการไปฟ้องร้องเรียกค่าตอบแทนกันอีก⁴³

2) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง

สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นจะต้อง

- (1) เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดไว้ในสัญญา
- (2) เป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง
- (3) ต้องเหมาะสมเมื่อพิจารณาพฤติการณ์แห่งกรณี
- (4) มีความสัมพันธ์กับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง⁴⁴

เหตุผลที่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ของสัญญาประเภทนี้ ก็เพื่อมิให้เอกชนได้ทรัพย์สินหรือสิทธิประโยชน์ของรัฐไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขณะเดียวกันก็เพื่อคุ้มครองเอกชนมิให้ถูกเรียกร้องให้ชำระหนี้ในสิ่งที่ตนไม่ได้ผูกพันตามกฎหมาย

ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ เช่น ผู้ขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารพาณิชย์ขอยกเว้นการก่อสร้างที่จอดรถยนต์ในอาคารเพราะมีเนื้อที่ไม่เพียงพอ โดยตกลงทำสัญญากับฝ่ายปกครองว่าจะชำระเงินให้ฝ่ายปกครองจำนวนหนึ่งเพื่อนำไปใช้จ่ายในการก่อสร้างที่จอดรถยนต์ในบริเวณใกล้เคียงอาคารพาณิชย์ดังกล่าว หรือกรณีผู้ขออนุญาตสร้างร้านอาหารและจำหน่ายเครื่องดื่มบนภูเขาที่มีผู้เดินป่าพักผ่อน ตกลงทำสัญญากับฝ่ายปกครองว่าจะสร้างที่จอดรถยนต์ลาดยางอย่างดี และติดตั้งเครื่องบำบัดน้ำด้วยเพื่อแลกกับการที่ฝ่ายปกครองตกลงขยายเส้นทางรถประจำทางไปอีกประมาณ 1 กิโลเมตร ให้ถึงบริเวณร้านอาหารและเครื่องดื่มของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นต้น⁴⁵

นอกเหนือไปจากรูปแบบของสัญญาที่กล่าวข้างต้น ในทางปฏิบัติสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันเกิดขึ้นในกฎหมายฉบับอื่นๆ อีกหลายฉบับ ทั้งนี้ ที่สำคัญ ได้แก่ สัญญาทางปกครองในกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้าง กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายป้องกันการผูกขาด กฎหมายข้าราชการ กฎหมายภาษีอากร และกฎหมายปกครองท้องถิ่น⁴⁶

⁴³ พรพิมล บุญทวีเวช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 28.

⁴⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น. 269 – 270.

⁴⁵ พรพิมล บุญทวีเวช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 29.

⁴⁶ มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 10 – 11.

1.3.3 รูปแบบของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของไทย

จากบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 ได้ก่อให้เกิดผลในการกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครอง ดังนี้

1.3.3.1 สัญญาสัมปทาน

1.3.3.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

1.3.3.3 สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

1.3.3.4 สัญญาที่แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

1.3.3.5 สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

1.3.3.6 สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะ บรรลุผล

1.3.3.1 สัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานได้เกิดขึ้นในประเทศไทยมาเป็นเวลานานแล้วตั้งแต่ในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งการให้สัมปทานจะอยู่ในรูปแบบของพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าจัดให้มีและดำเนินการซึ่งสิ่งสาธารณูปโภค โดยรัฐให้ผลตอบแทนในลักษณะของการให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งสาธารณูปโภคที่จัดทำขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยรูปแบบของพระบรมราชานุญาตดังกล่าวได้พัฒนาต่อมาเป็นระบบการให้สัมปทานในภายหลัง⁴⁷ จนกระทั่งในปัจจุบันก็ยังคงมีการให้สัมปทานอยู่ จึงนับได้ว่าสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองที่เก่าที่สุดรูปแบบหนึ่ง ดังนั้น สัญญาสัมปทานจึงเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิเข้ามาจัดทำ หรือดำเนินกิจการที่รัฐผูกขาด หรือกิจการที่รัฐมีหน้าที่ดำเนินการแต่เพียงผู้เดียว โดยให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้นเป็นการตอบแทน ตัวอย่างที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาประเภทนี้ เช่น สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนในเขตโทรศัพท์ภูมิภาคระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (เดิม) กับบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) ตามคำสั่ง

⁴⁷ สุรพงศ์ กลั่นประชา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32, น. 108 – 109.

ศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 สัญญาเข้าร่วมการงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547 สัญญาที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาโทรคมนาคมแห่งชาติ ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองอนุญาตให้เอกชนเข้าใช้เครื่องวิทยุคมนาคมและอุปกรณ์วิทยุคมนาคมพร้อมได้รับการจัดสรรความถี่วิทยุ ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 966/2548 และที่ 190/2549

อย่างไรก็ตาม มีสัญญาบางสัญญาที่เรียกว่าเป็นสัญญาสัมปทานโดยพิจารณาจากชื่อของสัญญา แม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะมีวัตถุประสงค์นอกเหนือจากการเป็นสัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ เช่น สัญญาที่อนุญาตให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติก็ถือเป็นสัญญาสัมปทานเช่นกัน โดยสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าวซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาสัมปทาน ได้แก่ สัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 374/2549 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.85/2549 เป็นต้น⁴⁸

1.3.3.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาประเภทนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนเข้าทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่หรืออยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยตรง ดังนั้น หากเป็นกรณีที่เอกชนเข้ามาเป็นเพียงในฐานะผู้รับจ้างเพื่อการจัดหาหรือจัดทำโดยได้รับค่าตอบแทนจากรัฐเพียงอย่างเดียวโดยมิได้เข้ามาบริหารบริการสาธารณะด้วยแล้ว ก็จะมีใช้สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ เช่น สัญญาให้เอกชนเดินรถรับส่งผู้โดยสาร สัญญาให้เอกชนเก็บและกำจัดขยะ เป็นต้น

โดยทั่วไปแล้วสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะจะเป็นสัญญาสัมปทานไปในตัว เรียกว่าสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เนื่องจากบริการสาธารณะบางประเภทไม่สามารถให้เอกชนหลายรายจัดทำแข่งขันกันได้ เช่น สัมปทานทางหลวงหรือสัมปทานทางยกระดับ เนื่องจากโดยสภาพไม่อาจให้เอกชนทำทางหลวงหรือทางยกระดับในเส้นทางเดียวกันได้ การทำสัญญาให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นการให้สิทธิผูกขาดกับเอกชนคู่สัญญาไปพร้อมกัน

⁴⁸ “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”, สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, มกราคม 2551, น. 31.

1.3.3.3 สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

คำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” ตามความหมายทั่วไปที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 มีความหมายว่า “บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นการดำรงดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์ (Public Utility) นอกจากนี้ “สิ่งสาธารณูปโภค” ยังมีความหมายตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ซึ่งบัญญัติในข้อ 3 วรรคหนึ่ง ว่า

“ข้อ 3 กิจกรรมดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

- (1) การรถไฟ
- (2) การรถราง
- (3) การชุดคลอง
- (4) การเดินอากาศ
- (5) การประปา
- (6) การชลประทาน
- (7) การไฟฟ้า
- (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นทางไปยังอาคารต่างๆ
- (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

การตราพระราชกฤษฎีกาตาม (9) ให้กำหนดกระทรวงผู้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการนั้นด้วย”

จากความหมายทั่วไปและความหมายในกฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ กล่าวคือ ⁴⁹

- ทรัพย์สินที่เป็นถาวรวัตถุซึ่งจัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะท่อระบายน้ำสาธารณะ ท่าเทียบเรือสาธารณะ ที่พักผู้โดยสารประจำทาง เป็นต้น

- ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า โรงกรองน้ำ โรงพยาบาล สถานีดับเพลิง เป็นต้น

⁴⁹ บุนผา อัครพิมาน, อ่างแล้ว เขียงอรรถที่ 20, น. 104 – 105.

ดังนั้น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค หากสัญญาใดมอบหมายให้เอกชนก่อสร้างและบริหาร หรือดำเนินบริการสาธารณะด้วยแล้ว สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ

1.3.3.4 สัญญาที่แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาประเภทนี้เกิดจากแนวคิดพื้นฐานที่ว่าทรัพยากรธรรมชาติซึ่งมีอยู่จำกัด เอกชนรายใดจะแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ และจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐในการเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐได้เข้าควบคุมดูแลการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมอย่างแท้จริง ตัวอย่างสัญญาประเภทนี้ เช่น การให้สัมปทานสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 หรือการออกอาชญาบัตรและประทานบัตรอนุญาตให้เอกชนเข้าสำรวจและทำเหมืองแร่ ตามมาตรา 25 และมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510

อย่างไรก็ตาม สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมิใช่สัญญาเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะดังสัญญาทั้ง 3 ประเภทข้างต้น สัญญาประเภทนี้มีวัตถุประสงค์ในการที่จะสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติไม่ให้ถูกทำลายไปโดยไม่ได้รับประโยชน์คุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนดังเช่น สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อย่างไรก็ตาม สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติก็เป็นผลที่มาจากส่วนหนึ่งของการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ

1.3.3.5 สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่มีความสำคัญที่สุดในบรรดาสัญญาทางปกครองทุกประเภท เพราะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ดังนั้นสถานะความจำเป็นที่สัญญาประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองจะชัดเจนกว่าสัญญาประเภทอื่นๆ ตัวอย่าง สัญญาประเภทนี้ได้แก่ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และบางประเภทของสัญญาร่วมทุนฯ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ

ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งโดยสภาพของกิจการจำต้องได้รับการควบคุมดูแลโดยรัฐ การเข้าประกอบกิจการดังกล่าวของเอกชนจึงต้องได้รับการมอบหมายจากรัฐ⁵⁰

1.3.3.6 สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

สัญญาประเภทนี้หมายถึง สัญญาที่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่ไม่ปรากฏในสัญญาแพ่งทั่วไป ซึ่งให้สิทธิพิเศษแก่รัฐในการเข้าเป็นคู่สัญญาในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน เช่น อำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น⁵¹ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การจ้างก่อสร้างหอพักราชการโรงพยาบาล ตามคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ที่ 104/2544 เป็นต้น โดยที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะต้องเป็นการสร้างหรือปรับปรุงอาคารซึ่งจัดเป็นถาวรวัตถุ หรือจัดให้มีเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นซึ่งมีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะบรรลุผล เช่น สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาถนารักษ์ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 162/2546 และสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนและปฏิบัติการตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 62/2547 เป็นต้น

1.4 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครอง

กระบวนการในการทำสัญญาทางปกครองนั้นจะแตกต่างจากกระบวนการในการทำสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน เนื่องจากการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการหรือจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวม ส่วนการเข้าทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเองเป็นการทำเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเท่านั้น โดยการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นมีแนวคิดพื้นฐานและหลักกฎหมายดังนี้

⁵⁰ บุนผา อัครพิมาน, “สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย”, สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2545, น. 102.

⁵¹ “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”, สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, มกราคม 2551, น. 27 – 28.

1.4.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส

ในกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสนอกจากจะเป็นผลจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันของคู่สัญญาแล้ว สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการทำสัญญาก็คือกฎหมายที่กำหนดการก่อให้เกิดสัญญานั้น โดยกฎหมายจะเป็นสิ่งที่จำกัดเสรีภาพและความเสมอภาคในการทำสัญญามากกว่าการทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน

1) ข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาทางปกครองจะปรากฏในเรื่องอำนาจในการทำสัญญา และการเลือกคู่สัญญา กล่าวคือ

1.1) อำนาจในการทำสัญญา

ข้อจำกัดในการทำสัญญาของเอกชน คือ ความสามารถหรือวัตถุประสงค์ในกรณีของนิติบุคคลเท่านั้น แต่ฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องอำนาจการทำสัญญาในหลายประการ เช่น ฐานะของคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน โดยผู้ที่จะทำแทนนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนในสัญญาต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมาย อีกทั้งแบบของสัญญาทางปกครองก็มักถูกกำหนดโดยกฎหมายเฉพาะ รวมถึงการที่ฝ่ายปกครองไม่อาจสละเอกสิทธิ์บางประการที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ เช่น ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองจะต้องให้ศาลปกครองพิจารณา ศาลปกครองจะยอมให้นำข้อพิพาทให้ศาลยุติธรรมพิจารณาไม่ได้ หรือจะตั้งอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นเด็ดขาดโดยไม่ต้องขึ้นศาลปกครองไม่ได้ เว้นแต่กรณีการทำสัญญาของรัฐวิสาหกิจ หรือการทำสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ตั้งอนุญาโตตุลาการได้ เป็นต้น⁵²

1.2) การเลือกคู่สัญญา

การทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน เอกชนคู่สัญญาย่อมมีเสรีภาพเต็มที่ที่จะเลือกคู่สัญญา แต่การเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสจะต้องทำตามกฎหมาย ซึ่งจะกำหนดวิธีการที่เป็นกลาง และให้ได้ประโยชน์กับส่วนรวมมากที่สุด ด้วยเหตุนี้ การประมูลประกวดราคาจึงเป็นวิธีหลักในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความเป็นกลาง และ

⁵² บวรศักดิ์ อุวรรณโน, "สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายปกครอง ฉบับที่ 5, น. 92 – 93. (2529)

ฝ่ายปกครองได้รับประโยชน์มากที่สุด ส่วนวิธีการอื่น เช่น การสืบราคา วิธีพิเศษ จะใช้ได้เท่าที่กฎหมายอนุญาตเท่านั้น⁵³

2) ข้อจำกัดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา

การทำสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน คู่สัญญาจะมีความเสมอภาคกันในการกำหนดข้อสัญญา การเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา และการปฏิบัติตามสัญญา แต่การทำสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีสถานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เนื่องจากการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้น อำนาจในการกำหนดข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจึงเป็นหลักในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีอำนาจต่อรองข้อสัญญานอกจากเรื่องราคาหรือค่าตอบแทนเท่านั้น

1.4.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมัน

1) หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายปกครองของประเทศเยอรมันไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะดังเช่นสัญญาทางแพ่งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง อย่างไรก็ตามเนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย” (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) เช่นเดียวกับรูปแบบการกระทำทางปกครองอื่นๆ เช่น การออกกฎ หรือการออกคำสั่งทางปกครอง

ด้วยเหตุที่หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลัก คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือหลักกฎหมายต้องมาก่อน (Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) และหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ (Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) จึงแยกการพิจารณา “รูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญา” และ “เนื้อหาของสัญญา” ออกจากกัน โดยรูปแบบการกระทำทางปกครอง ลักษณะของสัญญาจะอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองสามารถทำสัญญาได้ครบเท่าที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติรูปแบบการกระทำ

⁵³ พรพิมล บุญทวีเวช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30, น. 33 – 34.

ทางปกครองเป็นการเฉพาะ ส่วนการกำหนดเนื้อหาของสัญญาทางปกครองจะต้องอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเช่นกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองและเอกชนไม่อาจกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายได้ ส่วนหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจนำมาปรับใช้เฉพาะในกรณีที่ฝ่ายปกครองกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่ทำให้เอกชนถูกบังคับให้เข้าทำสัญญา เพราะไม่มีทางเลือกอื่น การทำสัญญาในลักษณะดังกล่าวย่อมจำเป็นที่ฝ่ายปกครองจะต้องได้รับมอบอำนาจอย่างชัดเจนตามหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ⁵⁴

2) หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักเสรีภาพในการทำสัญญามีที่มาจากหลักอำนาจของเอกชนในการก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ในระบบกฎหมายเอกชนซึ่งถือเป็นหัวใจของกฎหมายเอกชน แต่ในระบบของกฎหมายมหาชน ฝ่ายปกครองมิได้มีอำนาจในการก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ตามที่ตนต้องการดังเช่นการตั้งสิทธิและหน้าที่ของเอกชนในระบบกฎหมายเอกชน หากแต่อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจที่ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายเท่านั้น ซึ่งการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติอย่างเคร่งครัด ถึงแม้จะมีกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะวินิจฉัยเรื่องทางปกครองก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจดังกล่าวจะต้องอยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนด ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ ดังนั้น หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจึงไม่อาจมีได้ในการทำสัญญาทางปกครองเมื่อพิจารณาจากด้านคู่สัญญาฝ่ายปกครอง แต่เมื่อพิจารณาจากด้านคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว เอกชนที่เป็นคู่สัญญาย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาแต่อาจถูกจำกัดเพราะคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าในกฎหมายปกครองไม่มีหลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามความหมายในกฎหมายเอกชน⁵⁵

3) หลักการนำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับกระบวนการทำสัญญาทางปกครอง

ด้วยเหตุที่กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของประเทศเยอรมันได้นำเรื่องสัญญาทางปกครองไปบัญญัติรวมไว้กับเรื่องนิติกรรมทางปกครองและวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และได้นิยามคำว่า “วิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” ว่า หมายความว่า การพิจารณาทางปกครองอันมีผลกระทำไปสู่ภายนอก การพิจารณาข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการวินิจฉัยสั่งการ ตลอดจนการเตรียมการและการออก

⁵⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เิงอรุณที่ 25, น. 271 – 273.

⁵⁵ เพิ่งอ้าง, น. 274.

นิติกรรมทางปกครองและทำสัญญาทางปกครอง ดังนั้น หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงใช้กับการทำสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการทำสัญญา และกระบวนการทำสัญญาทางปกครอง เป็นต้น ส่วนกรณีที่กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มิได้บัญญัติเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะ อาจนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งมาใช้ในบางเรื่องได้โดยอนุโลม เช่น หน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา หรือการผิดสัญญา เป็นต้น ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองเสมอ⁵⁶

1.4.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของไทย

ด้วยเหตุที่การทำสัญญาทางปกครองอยู่บนแนวคิดพื้นฐานที่ว่าต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของส่วนรวม ดังนั้น กระบวนการทำสัญญาทางปกครองจึงแตกต่างจากกระบวนการทำสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพของคู่สัญญาในการทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจพิจารณาได้ใน 2 ลักษณะ ดังนี้⁵⁷

1) ข้อจำกัดหลักเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

หลักในการเลือกคู่สัญญาต้องอยู่บนแนวความคิดพื้นฐานเรื่องความเสมอภาค กล่าวคือ การให้โอกาสแก่เอกชนทุกรายที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองกำหนด เข้ามายื่นข้อเสนอเป็นคู่สัญญากับรัฐได้โดยเท่าเทียมกัน และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม หน่วยงานของรัฐจึงไม่มีสิทธิหรือเสรีภาพเต็มที่ที่จะใช้ดุลพินิจเลือกทำสัญญากับบุคคลใดตามใจชอบดังเช่นการเข้าทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน นอกจากนี้ การจำกัดสิทธิหรือการกำหนดคุณสมบัติฝ่ายเอกชนผู้มีสิทธิจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐได้จะต้องเป็นไปโดยสุจริต และเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลซึ่งจะต้องมีกฎหมายออกมาเพื่อจำกัดเสรีภาพดังกล่าว ดังนั้น ในการเลือกคู่สัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นกลาง โปร่งใส และเป็นวิธีการที่เปิดโอกาสให้ผู้ที่มีความเหมาะสมได้เข้ามาเสนอตัวเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ จึงมีวิธีการในการคัดเลือกคู่สัญญาโดยวิธีต่างๆ อาทิเช่น วิธีประกวดราคา วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา ตามที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นต้น

⁵⁶ พรพิมล บุญทวีเวช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 35 – 36.

⁵⁷ เฟิงอ้าง , น. 36.

2) ข้อจำกัดหลักเสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

การทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน คู่สัญญาที่มีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดข้อสัญญาเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายและหลักกฎหมายในเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในส่วนการทำสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพดังกล่าว เนื่องจากการทำสัญญาทางปกครองบางอย่างจะถูกกำหนดให้ทำสัญญาตามแบบ ดังเช่น การให้สัมปทานสำรวจแร่หรือทำเหมืองแร่จะต้องเป็นไปตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 27 (พ.ศ. 2517) ออกตามความในพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมอาศัยอำนาจตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 หรือการให้สัมปทานสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมจะต้องทำตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวง ฉบับที่ 17 (พ.ศ. 2532) ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมอาศัยอำนาจตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 หรือแบบสัญญาซื้อขายและแบบสัญญาของหน่วยงานราชการทำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่สำนักงานนายกรัฐมนตรีประกาศเวียนให้หน่วยงานของรัฐที่จะทำสัญญากับเอกชน ถือเป็นแนวทางในการดำเนินการ ซึ่งในทางปฏิบัติก็จะทำสัญญาตามแบบดังกล่าว