

บทที่ 3

แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายกับประชาชน นอกจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอันได้แก่ การออกกฎ คำสั่ง แล้ว ฝ่ายปกครองอาจใช้การดำเนินการอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นการสร้างความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับประชาชนที่เรียกว่า สัญญาทางปกครอง เข้ามาใช้เพื่อให้การดำเนินการเช่นนั้นให้บรรลุวัตถุประสงค์ โดยฝ่ายปกครองกับเอกชนอาจเข้าทำสัญญากันในกิจกรรมหลากหลายประเภท เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างสิ่งปลูกสร้าง อาคาร ถนน สัญญาจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ สัญญาสัมปทาน เป็นต้น โดยในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาอย่างยาวนานและเป็นระบบ มีการจำแนกหลักเกณฑ์พิเศษเพื่อใช้สำหรับพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน ซึ่งประเทศไทยก็มีการนำหลักเกณฑ์ของประเทศเหล่านั้นมาพัฒนาจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น จึงสมควรที่จะศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ เพื่อเข้าใจถึงพัฒนาการในเรื่องสัญญาทางปกครองของไทยที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน

3.1 แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่แตกต่างจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน การทำสัญญาระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันนั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ซึ่งในความหมายของความเสมอภาคนี้ ได้แก่ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถกำหนดข้อสัญญากันด้วยความเสมอภาค อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาของทั้งสองฝ่ายเป็นไปอย่างเท่าเทียมกัน แต่ในสัญญาทางปกครองจะมีไม่เช่นนั้น เพราะสัญญาทางปกครองมีลักษณะที่มีความเป็นคำสั่งหรือข้อบังคับ ในการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติตาม โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องยอมรับในความไม่เท่าเทียมกันของข้อกำหนดในสัญญานั้น¹

¹ จาก *สัญญาทางปกครอง* (น. 372-373), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

แนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครองมีการพัฒนาอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายมหาชน มีข้อคิดที่สำคัญว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ หลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญ คือ ทฤษฎีบริการสาธารณะ และทฤษฎีอำนาจมหาชน²

3.1.1 ทฤษฎีบริการสาธารณะ

วัตถุประสงค์ในการดำเนินการหรือทำกิจกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและการบริการสาธารณะ โดยการดำเนินการจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม ส่วนกิจกรรมทางปกครองนั้นต้องวางอยู่บนหลักการบริการสาธารณะ สำหรับวิธีการที่ทำให้การบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองบรรลุผล มี 2 วิธี คือ หนึ่ง การใช้อำนาจฝ่ายเดียวออกกฎ หรือคำสั่ง เรียกว่าการใช้อำนาจมหาชน ซึ่งเอกชนจะถูกบังคับให้ต้องยอมปฏิบัติตาม เช่น คำสั่งให้เอกชนรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ นิติสัมพันธ์ดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีอำนาจผูกนิติสัมพันธ์เช่นนี้ได้ วิธีที่สอง คือ ฝ่ายปกครองใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ เนื่องจากในการดำเนินการหรือทำกิจกรรมทางปกครองต่างๆ ไม่เหมาะสมที่จะใช้วิธีการบังคับเอาจากกฎหมาย จึงต้องนำรูปแบบของสัญญามาใช้แทน เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นนิติสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญา³

การบริการสาธารณะเป็นหัวใจที่สำคัญของกฎหมายมหาชน โดยจะเข้ามากำกับฝ่ายปกครองให้การดำเนินกิจการใดๆ ก็ตามให้อยู่ภายในขอบเขตที่เหมาะสม เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินไปด้วยดี ซึ่งตามหลักแล้วการบริการสาธารณะจะต้องมุ่งตอบสนองความต้องการของส่วนรวม ดังนั้น หากปล่อยให้การดำเนินกิจการดังกล่าวเป็นไปตามหลักของการแข่งขันเสรี อาจทำให้ประชาชนส่วนใหญ่ต้องเดือดร้อน รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาเพื่อแทรกแซงหรือควบคุมมิให้ประโยชน์สาธารณะต้องเสียหาย⁴ ในประเทศที่ยึดมั่นในหลักนิติรัฐ การกระทำใดๆ ของรัฐจะต้องคำนึงและเคารพต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนและกฎหมาย ฝ่ายรัฐไม่สามารถกระทำการใดๆ ได้ตามอำเภอใจ ซึ่งเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้จะคอยควบคุมให้การกระทำทางปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายหลัก ความชอบด้วยกฎหมายก่อตั้งขึ้นจาก

² จาก สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 7), โดย บุษพา อัครพิมาน, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

³ โภคิน พลกุล. (2547, มกราคม-เมษายน). จาก สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย. วารสารวิชาการศาลปกครอง, 4,1, น. 21.

⁴ สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น.9). เล่มเดิม.

หลักเกณฑ์อันมีพัฒนาการมาจากอำนาจทางการเมืองผ่านวิธีการทางฝ่ายนิติบัญญัติกับอำนาจฝ่ายตุลาการที่ผ่านบรรทัดฐานทางคดีที่พิพาท⁵

หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขว่ากิจการใดจะเป็นบริการสาธารณะหรือไม่เป็น มีเงื่อนไขดังนี้

1) กิจการนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน

2) กิจการนั้นต้องกระทำโดยนิติบุคคลมหาชน หรือบุคคลตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้แก่กิจการที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการเอง รวมถึงเป็นกรณีที่มีการมอบกิจการบางประเภทให้ฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย⁶

3) หากกิจการใดหยุดดำเนินการแล้วจะก่อให้เกิดความวุ่นวาย และก่อให้เกิดความไม่สงบสุขขึ้นในสังคม เช่น ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1910 เกิดการนัดหยุดงานของพนักงานรถไฟในฝรั่งเศส ซึ่งกรณีดังกล่าวแม้จะเกิดขึ้นบางส่วนและกินเวลาไม่นาน แต่ก็ทำให้การขนส่งรวมถึงการเดินทางของภาคเอกชนและประชาชนต้องหยุดชะงักลง ส่งผลให้เกิดความเดือดร้อนและความวุ่นวายแก่ผู้ใช้บริการขนส่งโดยสารทางรถไฟ รถไฟจึงเป็นการให้บริการสาธารณะที่กฎหมายต้องกำหนดให้รัฐมีอำนาจเข้าไปแทรกแซงหรือดำเนินการนั้นได้⁷

การบริการสาธารณะตกอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักความต่อเนื่อง และหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

1) หลักว่าด้วยความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ การที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือควบคุมดูแลบริการสาธารณะโดยให้เป็นที่ไปตามหลักความเสมอภาค ก็เพื่อให้ประชาชนในถิ่นทุรกันดารมีโอกาสได้รับบริการสาธารณะที่จำเป็นเช่นเดียวกันกับคนในเมืองอย่างเท่าเทียมกัน แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียมกันทั้งหมด ซึ่งหลักความเท่าเทียมกันนั้น ที่จริงแล้วมีความหมายถึงการปฏิบัติต่อบุคคลที่อยู่ในสถานะเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน⁸

⁵ Jacques VIGUIER. (2005). *Le contentieux administratif*. 2^e édition, Paris : Dalloz, Coll.

Connaissance du droit. p. 1 (อ้างถึงใน พัชมา จิตรมหีมา. (2553). ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 27 ตอน 3. น. 4).

⁶ *สัญญาทางปกครอง* (น. 26). เล่มเดิม.

⁷ Léon DUGUIT. (1928). *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2. 3^e édition, Paris : E. de Boccard. p. 57 (อ้างถึงใน พัชมา จิตรมหีมา. (2553). ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 27 ตอน 3. น. 5).

⁸ *สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย* (น. 14). เล่มเดิม.

วรพจน์ วิสฤตพิชญ์ ให้ข้อสังเกตไว้ว่า “... หลักแห่งความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่างๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นอย่างเดียวกัน”⁹

ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาเพื่อรองรับความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะโดยวางหลักไว้ว่า ผู้ใช้บริการสาธารณะทุกคนที่ใช้บริการสาธารณะประเภทเดียวกันย่อมอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน ปราบกฏตามคำวินิจฉัยคดี Chomel ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1911 และคำวินิจฉัยคดี Société des concerts du conservatoire ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1951 ที่วางหลักแห่งความเสมอภาคในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะไว้ว่า คนทุกคนซึ่งใช้บริการสาธารณะเดียวกันจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน ส่วนแนวคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีได้บ้างหลักดังกล่าวไว้โดยตรง แต่ในคำวินิจฉัยที่ 81.130 ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1981 ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อกฎหมายนั้นจะใช้กับกรณีที่บุคคลต่างๆ อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน จะนำมาใช้กับบุคคลและสถานการณ์ที่ต่างกันไม่ได้¹⁰

2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

การบริการสาธารณะเป็นการสนองความต้องการของส่วนรวมและจะหยุดชะงักไม่ได้ ต้องมีความต่อเนื่อง มิฉะนั้นจะทำให้สังคมเกิดความยุ่งเหยิง และอาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม กระทบต่อความปลอดภัยสาธารณะ รวมถึงกระทบต่อปัญหาสุขอนามัยของประชาชน ความต่อเนื่องจึงเป็นหัวใจที่สำคัญของการบริการสาธารณะ การบริการสาธารณะทุกประเภทจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักดังกล่าว และรัฐจะต้องให้หลักประกันในความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะผู้ดำเนินการสาธารณะนั้นจะเป็นฝ่ายรัฐ หรือผู้ที่รัฐมอบหมายให้ดำเนินการแทนรัฐและอยู่ภายใต้ความควบคุมของรัฐก็ตาม หลักประกันความต่อเนื่องที่เห็นได้จากการห้ามมิให้มีการนัดหยุดงานของข้าราชการ หรือในการลาออกข้าราชการต้องได้รับการอนุมัติก่อนเพื่อให้หน่วยงานเตรียมการคัดสรรผู้ที่มาทำหน้าที่แทนได้ ซึ่งเป็นไปตามระบบราชการของไทยและฝรั่งเศส¹¹

ความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะไม่มีลักษณะเป็นมาตรฐานที่ตายตัวแน่นอนอบบางประเภทของการบริการสาธารณะฝ่ายรัฐต้องจัดให้มีอย่างถาวรและจะต้องจัดให้มีอยู่ตลอดเวลา

⁹ จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น. 39), โดย วรพจน์ วิสฤตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁰ Alain-Serge MESCHERIAKOFF. (1991). *Droit des services publics*. p. 139-141 (อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, น. 44,46).

¹¹ สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 12). เล่มเดิม.

ทุกๆ วัน อาทิเช่น การรักษาพยาบาล การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ เป็นต้น แต่บางประเภทของการบริการสาธารณะ ไม่มีความจำเป็นที่ฝ่ายรัฐจะต้องจัดทำให้อย่างถาวร แต่ก็ต้องดำเนินการอย่างสม่ำเสมอตามเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์บางประการ อาทิเช่น การศึกษาที่สามารถกำหนดวันทำการ วันหยุดการเรียนการสอนได้ เป็นต้น¹²

ในส่วนของบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง แม้ฝ่ายรัฐจะมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทนในรูปแบบของการทำสัญญา แต่ฝ่ายปกครองยังต้องรับผิดชอบในเรื่องของความต่อเนื่องในกิจการที่มอบหมายให้เอกชนไปดำเนินการแทน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ คือ ฝ่ายรัฐมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียวได้ถ้าหากเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการตอบสนองความต้องการของประชาชนในการบริการสาธารณะ นอกจากนี้ยังมีเงื่อนไขที่สามารถลงโทษเอกชนโดยเข้าไปทำแทนหรือยึดเอาบริการสาธารณะนั้นกลับมาทำเองได้เพื่อให้บริการสาธารณะมีความต่อเนื่อง อีกทั้ง หากเกิดเหตุการณ์บางอย่างที่ไม่อาจคาดหมายได้จนทำให้ฝ่ายเอกชนผู้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะไม่สามารถดำเนินการบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายได้ตามปกติต่อไป ฝ่ายรัฐสามารถเข้าไปปรับการร่วมกันบางส่วนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อมิให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลงได้ด้วย¹³

หลักความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะจะเกี่ยวข้องกับบุคคลอยู่ 3 กลุ่ม ได้แก่ ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการควบคุมให้บริการสาธารณะดำเนินการไปอยู่ตลอดเวลาไม่ให้หยุดชะงัก มิฉะนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น ผู้รับผิดชอบสัญญาไฟจราจร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อันได้แก่ ข้าราชการ ตำรวจ ทหาร ซึ่งจะนัดหยุดงานไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ความเคร่งครัดดังกล่าวได้รับการผ่อนปรนโดยกฎหมายยอมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบางประเภทนัดหยุดงานได้ คือ พนักงานรัฐวิสาหกิจ นอกจากนี้ยังรวมถึงคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาตลอดไป แม้ว่าจะเกิดอุปสรรคและความยุ่งยากในการปฏิบัติตามสัญญาเพียงใด เว้นแต่การปฏิบัติตามสัญญานั้นจะตกเป็นพันธกิจ¹⁴

3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดีต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลา ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับเหตุการณ์ รวมถึงเพื่อให้เข้ากับความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่อาจมีการพัฒนาขึ้น

¹² สัญญาทางปกครอง (น. 29-30). เล่มเดิม.

¹³ Gilles J. GUGLIELMI. (1994). *Introduction au droit de services publics*. p. 42-43 (อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2555). *สัญญาทางปกครอง*. น. 30).

¹⁴ สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย (น. 22). เล่มเดิม.

ในอนาคตด้วย จึงกล่าวได้ว่า หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงมีความหมายถึงการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันสมัย ให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะ โดยให้มีการพัฒนาอยู่เรื่อยๆ เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการหรือเพื่อประโยชน์มหาชนนั่นเอง¹⁵

นอกจากหลักความเสมอภาค หลักความต่อเนื่อง และหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงที่เป็นหลักการที่สำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว หลักความเป็นกลางของการบริการสาธารณะก็เป็นหลักการที่สำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะด้วยเช่นกัน หลักการบริการสาธารณะต้องมีลักษณะที่เป็นกลาง บุคคลไม่อาจถูกเลือกปฏิบัติในการเข้ารับบริการภายใต้เงื่อนไขรวมถึงยอมมีสิทธิได้รับบริการอย่างเท่าเทียมกันตามสถานะของผู้นั้นด้วย หลักความเป็นกลางเป็นหลักที่สำคัญประการหนึ่งที่มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วย¹⁶

3.1.2 ทฤษฎีอำนาจมหาชน

ทฤษฎีอำนาจมหาชนเป็นหลักพื้นฐานของการพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยจะมีการกำหนดให้อำนาจมหาชนเข้ามาเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะเสมอ อำนาจมหาชนจะถูกใช้เครื่องมือที่รัฐจะใช้เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล หรืออาจกล่าวได้ว่ารัฐใช้อำนาจมหาชนเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการบริการสาธารณะนั่นเอง และไม่ว่ารัฐจะมอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะแทนหรือไม่ก็ตาม อำนาจมหาชนก็ยังคงอยู่กับรัฐและไม่อาจสละทิ้งไปได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวมได้นั่นเอง¹⁷

3.2 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

คำว่า “สัญญาทางปกครอง” แปลมาจากภาษาฝรั่งเศสจากคำว่า *contrats administratifs* สัญญาของฝ่ายปกครอง แบ่งได้สองประเภท คือ สัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยสัญญาทางปกครองจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนและอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ส่วนสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนอยู่ใน

¹⁵ จาก สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น. 7), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2543, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

¹⁶ สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 16-17). เล่มเดิม.

¹⁷ แหล่งเดิม. (น. 17-19).

สถานะที่เท่าเทียมกัน จึงตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชน และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลยุติธรรมจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาและระงับข้อพิพาทดังกล่าว¹⁸

การทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันตามหลักกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคและความยินยอมของกลุ่มสัญญา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการก่อให้เกิดสัญญา การกำหนดสิทธิและหน้าที่ในสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางปกครองที่ไม่อาจนำหลักความเสมอภาคมาใช้ได้ เพราะสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสไม่อาจอยู่บนหลักความเท่าเทียมกันของกลุ่มสัญญาได้ เนื่องจากในฝรั่งเศสมีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการใดๆ เพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยมีวัตถุประสงค์ที่วางอยู่บนหลักการบริการสาธารณะ ซึ่งการที่จะให้ฝ่ายปกครองสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้นั้น ฝ่ายปกครองจะต้องมีอำนาจหรือสิทธิพิเศษทางมหาชน และสามารถใช้อำนาจหรือสิทธิพิเศษนั้นฝ่ายเดียวบังคับหรือออกคำสั่งให้เอกชนปฏิบัติตามได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนก่อน ยกตัวอย่าง สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เช่น เขตปกครองเทศบาลส่วนท้องถิ่นในฝรั่งเศส เป็นเจ้าของอาคาร มีการหารายได้จากค่าเช่าที่พักอาศัย สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างตนกับประชาชนผู้เช่า จะทำในรูปแบบสัญญาเช่าทางแพ่ง สัญญาดังกล่าวจึงต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนซึ่งก็คือกฎหมายแพ่ง และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการระงับข้อพิพาทดังกล่าว เป็นต้น¹⁹

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงมีลักษณะและผลของสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งของเอกชน บางกรณีศาลปกครองจะไม่ใช้หลักกฎหมายแพ่งอันเป็นกฎหมายเอกชนบังคับแต่จะสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นมา โดยคำนึงถึงความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนในสถานะที่เหมาะสม โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นมี 2 ประการคือสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ²⁰

3.2.1 สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแควร์ ได้อธิบายว่า ในกฎหมายฝรั่งเศส มีบางกรณีที่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญา

¹⁸ แหล่งเดิม. (น. 20-21).

¹⁹ จาก ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, โดย พัทธมา จิตรมหีมา, 2553, *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 27 ตอน 3. น. 12-14.

²⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโน. (5-7 กุมภาพันธ์ 2529). สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส : บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. น. 77-78.

ทางปกครอง แต่ก็เป็นส่วนน้อยเพราะในทางปฏิบัติทำได้น้อย เนื่องจากต้องผ่านสภานิติบัญญัติ ในระบบรัฐสภา ส่วนใหญ่การบัญญัติโดยสภานิติบัญญัติมักจะบัญญัติโดยทางอ้อมว่าให้สัญญานั้น อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งมีผลให้ศาลปกครองสร้างหลักกฎหมายปกครอง ขึ้นมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม สัญญาทางแพ่ง อาจมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเป็นกรณีพิเศษก็ได้ ซึ่งถ้าเป็นเช่นนี้ก็ถือว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นโดยการบัญญัติ โดยกฎหมาย โดยตัวอย่างสัญญาที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในอำนาจของ ศาลปกครอง ได้แก่ สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ ถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 Pluviôse an VIII สัญญาให้เข้าครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ถูกกำหนดไว้ในรัฐ กฤษฎีกา ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1938 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยที่ดินของรัฐ สัญญากู้ยืมเงิน ถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1790 และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1793 และสัญญาจัดซื้อจัดจ้างโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ²¹

3.2.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

หลักเกณฑ์ที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพประกอบด้วย หลักเกณฑ์เกี่ยวกับ คู่สัญญา และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญา

3.2.2.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา

สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น จะต้องมีฝ่ายปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคลใน กฎหมายมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง อันได้แก่ รัฐ องค์กรอื่นของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง องค์กร ส่วนท้องถิ่น เสมอ สัญญาระหว่างเอกชนต่อเอกชนไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ แม้จะมีเนื้อหา เกี่ยวข้องกับการดำเนินการสาธารณะก็ตาม ดังเช่น คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1961 ในคดีที่ผู้รับจ้างก่อสร้างทางหลวงซึ่งเป็นเอกชนไปว่าจ้างเอกชนผู้รับเหมาช่วงให้มาช่วยงาน ก่อสร้างทางหลวง สภาแห่งรัฐถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง หลักดังกล่าวมีการยึดถือกันอย่างเคร่งครัด จนต่อมาแนวคิดดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปโดยถือว่าสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนก็อาจมี ลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ถ้าฝ่ายเอกชนทำเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แนวความคิด เช่นว่านี้ก็ถือเป็นแนวคิดในเรื่องผู้แทนและตัวแทนของฝ่ายปกครองโดยเอกชนนั่นเอง²²

คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1975 สภาแห่งรัฐได้พิจารณาถึง ความสัมพันธ์ระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัทผู้รับสร้างทางที่เข้าทำสัญญา โดยบริษัทดังกล่าวรัฐ

²¹ ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 25-26). เล่มเดิม.

²² แหล่งเดิม. (น. 28).

ได้ถือหุ้นเกินครึ่งหนึ่ง โดยสภาแห่งรัฐถือว่าบริษัทที่รับเหมาช่วงจากบริษัทแรกเป็นตัวแทนกรมทางหลวง เพราะได้รับเหมาช่วงโดยทำสัญญาภายใต้ข้อกำหนดในสัญญาที่กรมทางหลวงได้กำหนด เมื่อบริษัทแรกไปทำสัญญาให้อีกบริษัทรับเหมาช่วง จึงเป็นการทำแทนกรมทางหลวง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง²³

3.2.2.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสาระของสัญญา

1) ต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการบริการสาธารณะ กล่าวคือ

(1) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ หรือสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ

สัญญาดังกล่าวแม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ศาลก็จะต้องวินิจฉัยว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาอยู่แล้ว เพราะการก่อสร้างหรือบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณะประโยชน์เป็นการปฏิบัติการในการบริหารกิจการแบบมหาชน ซึ่งทางหน่วยงานของรัฐมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนที่เกี่ยวข้องอยู่ด้วยหลายประการ สัญญาดังกล่าวแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรก เรียกว่าสัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ เป็นสัญญาที่ฝ่ายรัฐว่าจ้างเอกชนให้ดำเนินการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ โดยฝ่ายเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินค่าจ้าง กลุ่มที่สอง เรียกว่า สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะประโยชน์ โดยฝ่ายรัฐจะให้สัมปทานแก่ฝ่ายเอกชนที่เป็นคู่สัญญาในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์สำหรับประโยชน์สาธารณะและให้ผู้รับสัมปทานฝ่ายเอกชนมีสิทธิแสวงหาประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น และผู้รับสัมปทานฝ่ายเอกชนจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้ประโยชน์จากผู้ใช้บริการอสังหาริมทรัพย์เป็นค่าตอบแทน²⁴

(2) สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง มีอยู่ 3 ประเภท²⁵

1. สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

โดยสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการมอบให้คู่สัญญาของฝ่ายปกครองดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งบริการสาธารณะนั้นอาจมีลักษณะทางปกครองหรือลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมก็ได้ ทั้งนี้ สัญญาประเภทดังกล่าว นิติบุคคลมหาชน

²³ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส : บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (น. 82). เล่มเดิม.

²⁴ สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 31-23). เล่มเดิม.

²⁵ René Chapus. (1987). *Droit administratif général. I*, Edition Montchrestien. pp. 419-422 (อ้างถึงในบุพผา อัครพิมาน. (2545). สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย. น. 33-35).

เท่านั้นที่จะทำได้ เช่น ตัวอย่างคำวินิจฉัยในคดี Epoux Bertin ค.ศ. 1956 เป็นสัญญาว่าจ้างค้ำยวจากของทางราชการที่ให้คู่สมรส Bertin จัดทำอาหารเลี้ยงชาวโซเวียตที่กำลังรอการกลับส่งประเทศสภาแห่งรัฐพิจารณาว่า สัญญานี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ให้คู่สมรส Bertin ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งบริการสาธารณะนี้ได้แก่ การเลี้ยงดูคนต่างชาติเพื่อรอส่งกลับประเทศนั่นเอง

2. สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างผู้ดูแลเด็กโดยสถานรับเลี้ยงเด็ก สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาล สัญญาจ้างอาจารย์โดยสถาบันการศึกษา เป็นต้น ซึ่งสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีการว่าจ้างบุคคลให้ทำหน้าที่เฉพาะด้านที่ตรงกับการบริการสาธารณะนั้น

3. สัญญาที่ทำกับผู้ให้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ตัวอย่างเช่น สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลนั้นอันเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะทางด้านการปลูกป่าโดยมีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ให้บริการ (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐในคดี Consorts Grimouard ค.ศ. 1956)

(3) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญาประเภทดังกล่าวมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ แต่เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินมีลักษณะเป็นการบริหารแบบมหาชนโดยแท้ สัญญาประเภทดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ได้แก่ สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟเพื่อจัดตั้งและดำเนินกิจการร้านอาหาร เป็นต้น²⁶

2) สัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษปรากฏในสัญญาที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมากซึ่งข้อกำหนดนี้ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

ข้อกำหนดพิเศษในสัญญาที่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ตั้งอยู่บนสมมุติฐานสองแนวคิด แนวคิดแรก การกำหนดข้อสัญญาเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่มุ่งหมายให้สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นสัญญาทางปกครองและบังคับใช้ในระบบกฎหมายมหาชน แนวคิดที่สอง ข้อกำหนดพิเศษนั้นก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองโดยธรรมชาติ เนื่องจากจะไม่พบข้อกำหนดนี้ในสัญญาแพ่งธรรมดาเพราะมีเนื้อหาของสัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน โดยข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่²⁷

²⁶ René Chapus. (1987). *Droit administratif général*. 1^e, Edition Montchrestien. pp. 417-418 (อ้างถึงในบุบผา อัครพิมาน. (2545). *สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*. น. 32-33).

²⁷ จาก เรื่อง *สัญญาทางปกครองประเทศฝรั่งเศส* (รายงานผลการวิจัย), โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, 2545, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. น. 7-9.

(1) ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสถานะหรืออำนาจบางประการที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มหน้าที่ของคู่สัญญา หรือเข้าดำเนินการแทนในกรณีที่คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้

(2) ข้อกำหนดที่มีการอ้างอิงไปถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

(3) ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้แก่เอกชนมีอำนาจเหนือบุคคลภายนอก เช่น ในสัญญาสัมปทานที่ให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทานนั้น

(4) ข้อกำหนดที่ต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น

(5) ข้อกำหนดซึ่งไม่ค่อยพบหรือพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่ง เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เช่น หลักความเสมอภาค

(6) ข้อกำหนดซึ่งไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เพราะอาจเป็นโมฆะได้หากนำไปกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น ข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการยกเว้นภาษี

ลักษณะของข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งที่ให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครอง อาทิ เช่น ข้อความที่อาจจะขัดต่อกฎหมาย และส่งผลให้สัญญาเป็นโมฆะหากนำไปใส่ไว้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาเลย นอกจากนี้ข้อสัญญาที่ไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชน แต่ไม่ค่อยพบบ่อยในกฎหมายเอกชน เพราะปกติคู่สัญญามักไม่ยินยอมให้ใส่ไว้ เช่น ฝ่ายปกครองเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญา การให้อำนาจฝ่ายปกครองควบคุมการปฏิบัติตามสัญญามากเป็นพิเศษทุกชั้นตอน เป็นต้น²⁸

3.2.3 ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

เมื่อใช้กฎหมายมหาชนมาบังคับกับสัญญาทางปกครองแล้วจะทำให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่ต่างจากสัญญาทางแพ่งหลักๆ อยู่ 2 ประการ คือ²⁹

1) สัญญาทางแพ่งเกิดจากการแสดงเจตนาสองฝ่ายโดยเท่าเทียมกันในกฎหมาย ซึ่งความเท่าเทียมกันจะปรากฏในตอนก่อให้เกิดสัญญา ตอนปฏิบัติตามสัญญา ตอนแก้ไขสัญญา และตอนเลิกสัญญา แต่ในสัญญาทางปกครอง ความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาจะไม่มีฝ่ายปกครองนั้นจะมุ่งทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือเอกชน โดยสามารถแสดงออกทั้งในเวลาก่อให้เกิดสัญญา คือ ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาตามลำพัง

²⁸ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส : บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (น. 87-88). เล่มเดิม.

²⁹ แหล่งเดิม. (น. 90-91).

แต่ฝ่ายเดียว คู่สัญญาที่เป็นเอกชน ไม่มีสิทธิต่อรองข้อสัญญา มีแต่เพียงสิทธิที่จะรับหรือไม่รับ สัญญาที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเท่านั้น อีกทั้ง ในเวลาปฏิบัติตามสัญญา ฝ่ายปกครองก็อาจเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถ้าเป็นไปได้ไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและฝ่ายปกครอง มีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจฝ่ายเดียวอีกด้วย

2) สัญญาทางแพ่งเป็นการแสดงเจตนาที่มีเสรีภาพกว้างขวาง เสรีภาพในการเจรจา ต่อรอง ในการเลือกคู่สัญญา ข้อความของสัญญา ตลอดจนรูปแบบต่างๆ จะมีข้อจำกัดก็เพียงเรื่อง รูปแบบและวัตถุประสงค์ที่จะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือพัน วิตยเท่านั้น นอกจากนี้ข้อยกเว้นนี้จะตกลงกันอย่างไรก็เป็นเสรีภาพของคู่สัญญา แต่สัญญาทาง ปกครองถือว่าฝ่ายปกครองเองไม่มีเสรีภาพเหมือนเอกชนในการทำสัญญา การเลือกคู่สัญญาก็ต้อง ใช้วิธีการที่เป็นกลางและให้ผลประโยชน์แก่ประโยชน์สาธารณะให้มากที่สุด ฝ่ายปกครองจึงได้รับ เอกสิทธิพิเศษบางอย่างและหน้าที่พิเศษบางประการในการทำสัญญาปกครอง ซึ่งเอกชนไม่มีสิทธิ ดังกล่าวในสัญญาทางแพ่ง

3.2.4 รูปแบบของสัญญาทางปกครอง

3.2.4.1 สัญญาที่มอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ

การมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะมีรูปแบบสำคัญ 4 รูปแบบ³⁰ คือ

1) สัมปทานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่มอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ โดยเป็นวิธีการบริหารบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมิได้ดำเนินการด้วย ตนเอง แต่มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทน โดยเอกชนผู้รับมอบหมายนั้นจะเป็นผู้ลงทุน รวมถึงยอมรับความเสี่ยงภัยเช่นว่านั่นเอง ทั้งนี้ ฝ่ายเอกชนจะได้รับผลตอบแทนจากการได้รับสิทธิ ในการเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นๆ และสิ่งก่อสร้างต่างๆ เมื่อสิ้นสุดอายุของ สัญญาแล้วจะตกได้แก่ฝ่ายรัฐ สาระสำคัญของรายได้ของผู้รับสัมปทานมาจากเงินค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ ส่วนเงินอุดหนุนจากรัฐหรือรายได้อื่นเป็นเพียงรายได้เสริมเท่านั้น โดยสภาแห่งรัฐ ได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาว่าโครงการใดจะเป็นโครงการที่ได้รับสัมปทานบริการสาธารณะ ก็ต่อเมื่อเงินอุดหนุนจากรัฐต้องมีจำนวนน้อยกว่าค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ

2) การมอบหมายให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ เป็นกรณีที่หน่วยงานของ รัฐมอบหมายให้เอกชนรับไปดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งรัฐเป็นผู้ลงทุน โดยรัฐมอบให้เอกชน เป็นผู้บริหารจัดการทรัพย์สินนั้น ซึ่งระหว่างการดำเนินกิจการ หากจะต้องมีการบำรุงรักษาโดย ซ่อมแซมใหญ่ในทรัพย์สินนั้น ฝ่ายรัฐจะเป็นผู้จัดการ ฝ่ายเอกชนมีหน้าที่เพียงดูแลซ่อมแซมทรัพย์สิน

³⁰ สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 50-51, 62-63). เล่มเดิม.

ในกรณีที่ต้องบำรุงหรือซ่อมแซมเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งค่าตอบแทนที่ฝ่ายเอกชนผู้ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินนั้นจะได้รับในรูปของค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ให้บริการ โดยจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ส่วนหนึ่งเป็นของเอกชนที่ได้รับมอบหมาย อีกส่วนตกแก่หน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น โดยการมอบหมายให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐนี้ ผู้รับมอบหมายจะมีความเสี่ยงน้อยกว่าผู้รับสัมปทาน และระยะเวลาตามสัญญาจะสั้นกว่า ส่วนมากไม่เกิน 10 ปี โดยกรณีนี้ใช้มากในกิจการบริการสาธารณูปโภค เช่น การจ้างให้ดำเนินกิจการประปา การจ้างทำความสะอาด เป็นต้น

3) การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะแทนรัฐ เป็นกรณีที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ โดยเอกชนได้รับค่าตอบแทนอย่างชัดเจนและตายตัว และจะเพิ่มผลกำไรจากผลงานที่เพิ่มขึ้นเพื่อเป็นแรงจูงใจ การดูแลรักษาทรัพย์สินเป็นหน้าที่ของเอกชน ส่วนการซ่อมแซมใหญ่ รัฐเป็นผู้รับภาระค่าซ่อมแซม ส่วนการซ่อมแซมเล็กน้อยเอกชนจะรับผิดชอบ ซึ่งในส่วนของค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการที่เรียกเก็บจะถูกนำส่งเข้าหน่วยงานของรัฐทั้งหมด รัฐจะจ่ายค่าตอบแทนให้เอกชนในรูปแบบการเหมา จ่ายตามจำนวนที่ตกลงกัน และจะเพิ่มค่าตอบแทนขึ้นหากมีผลงานมากขึ้น ทั้งนี้ เอกชนจะมีอิสระพอสมควรในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าว โดยทั่วไปสัญญาจ้างผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะดังกล่าวจะมีระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี

4) การจ้างผู้จัดการบริหารงาน มีรูปแบบการดำเนินการแทนคล้ายกับรูปแบบข้างต้น (ข้อ 3) แต่ผู้จัดการบริหารงานจะได้รับค่าตอบแทนแบบเหมาจ่ายเหมือนลูกจ้างในฐานะผู้บริหารโครงการเท่านั้น โดยค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการจะนำเข้ารัฐทั้งหมด และรัฐจะจ่ายเงินให้แก่ผู้รับดำเนินการในลักษณะเหมาจ่ายเช่นกัน อย่างไรก็ตาม โครงการลักษณะนี้มีความเสี่ยงน้อยมาก และรัฐอาจผลักภาระความเสี่ยงให้เอกชนผู้รับมอบหมายได้ เช่น ในสัญญาอาจมีข้อตกลงกำหนดถึงเป้าหมายของงาน และจะต้องทำงานให้ได้ตามเป้าหมาย หากได้ต่ำกว่าเป้าหมายผู้รับจ้างในการจัดการบริหารงานนั้นจะต้องรับผิดชอบ สัญญาดังกล่าวส่วนมากจะมีระยะเวลาประมาณ 2-5 ปี

3.2.4.2 สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะ

เป็นกรณีที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐได้มอบหมายให้เอกชนรับไปดำเนินการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ เป็นรูปแบบการผสมผสานระหว่างสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะกับสัญญาสัมปทานทั่วไป โดยเมื่อหน่วยงานของรัฐจำเป็นจะก่อสร้างงานโยธาสาธารณะแต่ตนเองไม่มีงบประมาณเพียงพอที่จะก่อสร้างได้เอง ฝ่ายรัฐจึงเข้าตกลงกับฝ่ายเอกชนให้ดำเนินการก่อสร้างให้ โดยฝ่ายรัฐจะจ่ายเงินคืนให้แก่เอกชนเป็นงวดๆ ลักษณะคล้ายกับการกู้ยืมเงินของเอกชนเพื่อดำเนินการก่อสร้างให้ โดยกรณีดังว่านี้มีหลักประกันหรือข้อตกลงว่าเมื่อโครงการก่อสร้างแล้วเสร็จ

เอกชนผู้ก่อสร้างมีสิทธิบริหารโครงการนั้นในรูปแบบสัมปทานได้ ทั้งนี้ ลักษณะของโครงการดังกล่าวจะมีการใช้เงินลงทุนที่สูง ซึ่งหน่วยงานของรัฐไม่สามารถผูกพันจัดทำงบประมาณเป็นระยะเวลาอันยาวได้³¹

3.2.4.3 สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินถูกกำหนดโดยกฎหมายให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดี (รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1938) โดยสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น มีลักษณะเป็นการบริหารแบบมหาชน แต่อย่างไรก็ตาม แม้สัญญาดังกล่าวจะถูกกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามรัฐกฤษฎีกาข้างต้นก็ตาม แต่ก็หมายถึงเฉพาะกรณีการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินเท่านั้น ไม่รวมถึงการเข้าครอบครองทรัพย์สินของแผ่นดินที่มีใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วยแต่อย่างใด เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเป็นพิเศษ³²

3.2.4.4 สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

ศาลและนักวิชาการในฝรั่งเศสได้นิยามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไว้ว่า สัญญาที่คู่สัญญาของรัฐมีหน้าที่ต้องจัดให้มีหรือจัดให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือบริการ เพื่อส่งมอบให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยได้รับเงินเป็นค่าตอบแทนจากรัฐ จากนิยามดังกล่าว จึงสรุปองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างได้ว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือบริการส่งมอบแก่รัฐ และรัฐจะจ่ายเงินเป็นค่าตอบแทน³³

3.2.5 ผลของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองย่อมมีผลแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง กฎหมายฝรั่งเศสได้สร้างหลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับผลของสัญญาทางปกครองไว้หลายประการ³⁴ เช่น

1) ผลของสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาในส่วนการบังคับและการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้น กฎหมายฝรั่งเศสสร้างหลักพิเศษโดยมาจากแนวคิดที่ว่า ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม คู่สัญญาจึงมีอาจตกลงทำสัญญาทางปกครองได้ตามเจตนาของตนเองโดยไม่พิจารณาหรือคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ไม่ว่าข้อตกลงในสัญญาทางปกครองนั้นจะเป็นเช่นไรก็ตาม ฝ่ายปกครองก็ยังคงเป็นฝ่ายที่มีสิทธิพิเศษบางประการเหนือกว่าฝ่ายเอกชน ถ้าหากเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ

³¹ สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น. 63). เล่มเดิม.

³² สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 32, 64-66). เล่มเดิม.

³³ แหล่งเดิม. (น. 67).

³⁴ ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 30-31). เล่มเดิม.

ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการกำกับและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายเอกชน สิทธิในการแก้ไขข้อสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว นอกจากนี้ หากฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้สิทธิดังกล่าวของฝ่ายปกครอง ฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าเสียหาย

2) ผลของสัญญาทางปกครองอันเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ฝ่ายปกครองย่อมมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาเพื่อให้การบริการสาธารณะสัมฤทธิ์ผลได้ แม้การแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงนั้นจะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ตาม ซึ่งต่างจากหลักกฎหมายแพ่งที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นมิอาจทำได้ แต่สัญญาทางปกครองจะเป็นไปตามหลักบริการสาธารณะจะต้องมีการปรับเปลี่ยน ปรับปรุงให้ทันกับความต้องการของส่วนรวมเสมอ กล่าวโดยสรุปก็คือ ในสัญญาทางปกครองมีลักษณะของการมอบอำนาจพิเศษให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิในการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อสนองต่อความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์ส่วนรวมนั่นเอง

3) ผลของสัญญาทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดสัญญาที่แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อน เช่น ไม่ชำระค่าตอบแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนภายในกำหนดเวลา จะนำเอาหลักสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาจนกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะยอมปฏิบัติตามสัญญาเสียก่อนมาใช้กับสัญญาทางปกครองไม่ได้ ฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ตามหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ แต่ฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะร้องขอให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายได้ และหากเป็นกรณีอันร้ายแรงฝ่ายเอกชนก็อาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลสั่งให้มีการเลิกสัญญาได้

3.2.6 ลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส³⁵

1) ปกติสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมีเสรีภาพในการตัดสินใจเข้าทำสัญญากันอย่างเสรี โดยจะถูกจำกัดเพียงในเรื่องความสามารถของคู่สัญญาเท่านั้น แต่ในกรณีเสรีภาพของการทำสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน จะมีหลักเกณฑ์ตั้งแต่อำนาจในการทำสัญญา ตลอดจนถึงในเรื่องของวิธีการเลือกคู่สัญญาซึ่งจะมีข้อจำกัดในทางกฎหมายหลายประการว่าสัญญาทางแพ่ง

2) ในเรื่องความเสมอภาคในการเข้าทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่มีอำนาจต่อรองเกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญา โดยข้อกำหนดในสัญญาจะถูกกำหนดโดยฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียว ฝ่ายเอกชนมีสิทธิต่อรองเพียงในเรื่องของราคาหรือค่าตอบแทนกันเท่านั้น

³⁵ สุนทร มณีสวัสดิ์. สัญญาทางปกครอง. สืบค้น 8 มิถุนายน 2558, จาก www.law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-13.pdf

3) สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม จึงมีการนำหลักการบริการสาธารณะมาใช้ เช่น หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญาต่อเนื่องต่อไป แม้ว่าจะเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายจนทำให้ต้องรับภาระมากขึ้นก็ตาม เว้นแต่จะเป็นเหตุสุดวิสัยที่ไม่อาจทำได้อีกต่อไป นอกจากนี้ ก็ยังมีหลักเรื่องความเสมอภาค และหลักความเป็นกลางของการบริการสาธารณะด้วย

4) ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เรียกว่า เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่ฝ่ายเอกชนก็จะต้องทำหน้าที่และปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ฝ่ายเอกชนจะตอบโต้ด้วยการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาตามหลักสัญญาต่างตอบแทนตามหลักกฎหมายแพ่งไม่ได้

5) ในสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ คือฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญาอย่างร้ายแรง กับกรณีที่ฝ่ายเอกชนมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่เพื่อความจำเป็นในการบริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้

3.3 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

สัญญาทางปกครองของเยอรมันมีพัฒนาการช้ากว่าสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส เพราะ Olto Mayer บิดาแห่งนักกฎหมายปกครองเยอรมัน ซึ่งเป็นผู้วางแนวคิดพื้นฐานในเรื่องคำสั่งทางปกครอง ได้ปฏิเสธหลักการในเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยเห็นว่าสัญญานั้นเป็นเรื่องของการตกลงกันระหว่างบุคคลที่มีฐานะความเท่าเทียมกันทางกฎหมาย แต่กฎหมายมหาชนไม่ใช่เรื่องของความเท่าเทียมกัน แต่เป็นเรื่องที่รัฐมีฐานะอยู่เหนือเอกชน ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจตกลงเข้ามาทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวมีอิทธิพลและเป็นที่ได้เถียงกันในเยอรมันมาอย่างช้านาน³⁶

หลังจากที่มีการโต้แย้งกันทางความคิดดังกล่าวระหว่างนักวิชาการที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองไม่อาจมีได้ในระบบกฎหมายกับฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองน่าจะมีได้ในระบบกฎหมายเพราะจะเป็นประโยชน์แก่การปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองของเยอรมันได้ยอมรับหลักการในเรื่องสัญญาทางปกครองเพราะเห็นว่าการกระทำทางปกครองบางเรื่องอาจจำต้องกระทำโดยอยู่ในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง ซึ่งความจำเป็น

³⁶ สุนทร มณีสวัสดิ์. *สัญญาทางปกครอง*. สืบค้น 8 มิถุนายน 2558, จาก www.law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-13.pdf

ดังกล่าวส่งผลให้ต่อมาศาลได้ยอมรับถึงความจำเป็นในการกระทำทางปกครองในรูปแบบสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันจึงได้ถือกำเนิดเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1976 โดยมีการยอมรับฐานะของสัญญาทางปกครองว่ามีฐานะเทียบเท่ากับคำสั่งทางปกครอง ดังที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 54 และมาตรา 62 ซึ่งความหมายหรือคำนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 54 มีสาระสำคัญว่า การก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนสามารถกระทำได้ในรูปแบบของสัญญาทางปกครองตราบเท่าที่ไม่มิบับัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นสามารถทำสัญญาทางปกครองกับบุคคลใด ๆ ซึ่งเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นก็ได้ จึงกล่าวได้ว่าสัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นได้เนื่องจากเป็นสัญญาที่กระทำขึ้น โดยมีข้อกำหนดให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเป็นการตอบแทน เช่น กรณีที่เอกชนยื่นคำร้องขอเปิดภัตตาคาร แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นว่า เอกชนผู้นั้นควรจะต้องติดตั้งกระจกเพื่อป้องกันเสียมิให้รบกวนแก่ผู้ที่พักอาศัยในบริเวณข้างเคียงเสียก่อน กรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเพิ่มเงื่อนไขเช่นว่านี้ในใบอนุญาตให้เปิดภัตตาคาร โดยระบุเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในสัญญาได้ หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองมีความประสงค์จะสร้างโรงพยาบาล และจำเป็นต้องหาที่ดินเพื่อใช้ในการก่อสร้าง ซึ่งนอกจากการจะได้มาซึ่งที่ดินตามกฎหมายเวนคืนแล้ว ฝ่ายปกครองอาจตกลงเข้าทำสัญญาซื้อขายที่ดินที่ต้องการนั้นกับเอกชนเพื่อทดแทนการใช้กฎหมายเวนคืนก็ได้

อย่างไรก็ดี เนื่องจากระบบของกฎหมายเยอรมันได้มีการแบ่งแยกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ซึ่งสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้นอาจเป็นได้ทั้งสัญญาในกฎหมายมหาชนที่เรียกว่าสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งที่มีคู่สัญญาเป็นฝ่ายปกครองก็ได้ ซึ่งการพิจารณาถึงการตกลงเข้าทำสัญญากันดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากการตกลงกันทำสัญญาทางปกครองตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครอง มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษบางประการ เช่น อาจมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หากมีกรณีที่เป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพระหว่างคู่สัญญาทางปกครองจะแตกต่างกันกับสิทธิและเสรีภาพระหว่างคู่สัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ สัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมีสิทธิเท่าเทียมกัน แต่สัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะมีสิทธิบางประการที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และเมื่อเกิดข้อพิพาทกันขึ้น ข้อพิพาทในสัญญาทางแพ่งศาลยุติธรรมจะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น ส่วนข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองศาลปกครองจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัย³⁷

³⁷ จาก ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, (มิถุนายน, 2542). *วารสารนิติศาสตร์*, 29, 2. น. 262-264.

ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไข และบอกเลิกสัญญา ตลอดจนเรื่องการบังคับตามสัญญาทางปกครองไว้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตการบังคับใช้ในเรื่องเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน³⁸

จากคำนิยาม ความหมายของสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 เราสามารถแยกองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองเยอรมันออกไปได้ดังนี้³⁹

1) สัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองมีสิ่งที่เหมือนกัน คือ จะเกิดขึ้นได้ด้วยการแสดงเจตนาตกลงกันของคู่สัญญาโดยมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย แต่สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการตกลงเข้าทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนนั้นเป็นการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาตามกฎหมายมหาชน ส่วนการแสดงเจตนาของฝ่ายเอกชนไม่มีการบัญญัติวิธีการแสดงเจตนาไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับเมื่อเกิดกรณีปัญหาขึ้น

ตัวอย่างเช่น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 พบว่าบทบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักการชำระหนี้ของสัญญาทางปกครองเยอรมันไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการชำระหนี้ตามสัญญาดังกล่าวจึงต้องปรับใช้ตามหลักกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 โดยหลักกฎหมายแพ่งเยอรมันมีการบัญญัติในเรื่องการชำระหนี้ไว้ เช่น ความรับผิดชอบของลูกหนี้ก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา การผิดนัดชำระหนี้ การชำระหนี้เป็นพันวิสัย ซึ่งการนำบทบัญญัติและหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองจะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองที่มีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งด้วย โดยมาตรา 62 ในส่วนท้ายได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้เพิ่มเติมกับหลักกฎหมายปกครองตามความเหมาะสม และการใช้หลักกฎหมายแพ่งจะต้องใช้เพื่อให้สอดคล้องกับสัญญาทางปกครองเท่านั้น⁴⁰

³⁸ จาก หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 1-3), โดย มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546, กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.

³⁹ ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น. 265-266). เล่มเดิม.

⁴⁰ หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 26). เล่มเดิม.

2) สัญญาทางปกครองต้องเกิดขึ้นตามขอบเขตหรือลักษณะตามขอบเขตแห่งกฎหมายมหาชน ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นข้อบ่งชี้ที่สำคัญที่ใช้ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ จะต้องมีการพิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญาว่ามีลักษณะเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองหรือไม่ ตัวอย่างเช่น การตกลงทำสัญญากัน ในระหว่างขั้นตอนของการเวนคืนตามกฎหมาย

3) สัญญาทางปกครองที่จะเกิดขึ้นจะต้องเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับ ซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครอง โดยวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองอาจเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์กันขึ้นเป็นครั้งแรกของการทำสัญญา หรือเปลี่ยนแปลงเนื้อหาในนิติสัมพันธ์เดิมที่มีอยู่แล้ว หรือเป็นการทำให้นิติสัมพันธ์นั้นระงับสิ้นไป

3.3.1 รูปแบบของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมัน

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของเยอรมันได้กำหนดรูปแบบของสัญญาทางปกครองไว้โดยพิจารณาถึงคู่สัญญาและความชอบด้วยกฎหมายแห่งสัญญาไว้ดังนี้⁴¹

3.3.1.1 พิจารณาจากตัวคู่สัญญา

1) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาประเภทนี้ก็เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรฝ่ายปกครองอื่น เนื่องจากนิติสัมพันธ์ลักษณะนี้ไม่อาจก่อตั้งโดยผ่านรูปแบบของคำสั่งทางปกครองได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ ได้แก่ สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการบำรุงลำน้ำในเขตปกครองของตนเอง

2) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนฝ่ายหนึ่ง โดยเป็นความสัมพันธ์ในทางมหาชนที่ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจหรือมีฐานะเหนือกว่า แต่เมื่อฝ่ายปกครองได้เข้าทำสัญญากับเอกชนแล้ว กฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษที่เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริงๆ เท่านั้น สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้แม้จะถือเป็นเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้แทนการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวก็มีได้จำกัดเฉพาะการเป็น

⁴¹ ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น. 268-269). เล่มเดิม.

เครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ แต่ได้รวมถึงกรณีต่างๆ ที่เป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย เช่น สัญญาเกี่ยวกับการชำระเงินคืนที่หน่วยงานทางราชการได้ออกไปเพื่อเป็นทุนการศึกษา เมื่อผู้เป็นข้าราชการผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งก่อนเวลาที่มีการกำหนดไว้ในข้อตกลงของสัญญา

3.3.1.2 พิจารณาในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา⁴²

1) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง

สัญญาทางปกครองในประเภทดังกล่าวเป็นสัญญาที่เกิดจากคู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการเป็นการตอบแทนซึ่งกันและกัน ซึ่งเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของสัญญาในกรณีดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา 56 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ว่าการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดไว้ในสัญญาและจะต้องให้ฝ่ายปกครองบรรลุหน้าที่ในทางปกครอง ต้องมีความสมควรหากเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์ในเรื่องนั้นแล้ว รวมถึงจะต้องมีความสัมพันธ์กันในทางเนื้อหากับการกระทำตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เช่น เอกชนต้องการที่จะลงทุนทำการก่อสร้างที่พักอาศัยในพื้นที่ที่ไม่มีโรงเรียน โดยเพื่อให้ได้รับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารกับการพิจารณาการวางผังเมือง เอกชนผู้จะทำการลงทุนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในพื้นที่นั้นอาจทำสัญญากัน โดยมอบเงินให้ในจำนวนที่เหมาะสมเพื่อให้องค์กรส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียน สัญญาดังกล่าวถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง และเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการมอบเงินนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะตามสัญญา กล่าวคือ เพื่อให้หันไปสร้างโรงเรียนอีกทั้ง ทำให้การสร้างโรงเรียนซึ่งถือเป็นภารกิจในทางมหาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบรรลุวัตถุประสงค์ในหน้าที่ นอกจากนี้ จำนวนเงินที่มีการมอบให้ก็เป็นจำนวนที่เหมาะสมตามพฤติการณ์ และการมอบเงินให้ก่อสร้างมีความสัมพันธ์ทางเนื้อหากับการกระทำทางเนื้อหาของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คือ การขอใบอนุญาตก่อสร้างอาคารกับการพิจารณาในเรื่องการวางผังเมือง

2) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง

กรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเมื่อพิพาทกันในเรื่องข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง ซึ่งข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายนั้นไม่แน่ชัด มีความยากลำบากในการพิสูจน์หรือชี้ขาด หรือการพิสูจน์หรือชี้ขาดจะเสียเวลาและเสียทุนทรัพย์เป็นจำนวนมาก ฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนอาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองดังกล่าวได้ ซึ่งเนื้อหาของการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความ โดยมีการ

⁴² แหล่งเดิม. (น. 269-271).

บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 56 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 นอกจากนี้การระงับข้อพิพาททางปกครองหรือการทำสัญญาประนีประนอมอาจกระทำได้ในชั้นศาลได้เช่นกัน

3.3.2 ลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน⁴³

สัญญาทางปกครองของเยอรมันได้กำหนดหลักการสำคัญๆ ไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 มีสาระสำคัญ ดังนี้

1) รูปแบบของสัญญาทางปกครอง จะต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

2) ในเรื่องเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง ได้มีการบัญญัติเรื่องเหตุแห่งการเป็นโมฆะกรรมทางสัญญาทางปกครองไว้

3) ในเรื่องการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา ในสัญญาทางปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นการบริการสาธารณะและเป็นไปตามหลักความต่อเนื่องคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาต่อเนื่องไปไม่ว่าในการปฏิบัติตามสัญญานั้นจะพบหรือประสบกับความยากลำบากเพียงใด เว้นแต่การปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะเป็นการพ้นวิสัย

4) ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจเข้าบังคับคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ โดยมีการกำหนดคุณสมบัติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการดังกล่าวว่าจะต้องจบการศึกษา และมีวิชาชีพตามกฎหมาย ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นหลักประกันให้การดำเนินการนั้นเป็นไปด้วยความถูกต้องนั่นเอง

5) ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป คู่สัญญาอาจมีการร้องขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อปรับปรุงข้อสัญญาให้มีความเหมาะสมตามพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ แต่ถ้าตกลงกันไม่ได้ และหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนประสงค์จะยกเลิกสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติที่ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ แต่จะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

6) มีการนำหลักกฎหมายแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้เสริมหรืออุดช่องว่างในเรื่องสัญญาทางปกครอง แต่ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองนั้นด้วย

⁴³ สุนทร มณีสวัสดิ์. *สัญญาทางปกครอง*. สืบค้น 8 มิถุนายน 2558, จาก www.law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-13.pdf

3.4 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการผูกนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง เพื่อดำเนินภารกิจที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนให้บรรลุผล การผูกนิติสัมพันธ์ดังกล่าวอาจมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์อันเป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชน⁴⁴ ทั้งนี้ สัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ มิได้เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ วัตถุประสงค์และลักษณะของสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากการทำสัญญาทางแพ่ง โดยเริ่มตั้งแต่การเข้าทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการเลิกสัญญา จึงทำให้ผลในทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง หลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญา ตลอดจนองค์การที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่จะมีความแตกต่างกัน

ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ได้กำหนดไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้⁴⁵ คือ กลุ่มสัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้กลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองคือการบริการสาธารณะบรรลุผล หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะต้องด้วยประการที่สองดังที่กล่าวมาแล้ว สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น สัญญาที่ฝ่ายปกครองกระทำขึ้นจึงมิได้สองประเภทคือ สัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครอง

⁴⁴ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (น. 6), โดย ชาญชัย แสงวงศ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี, 2541, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (น. 460), โดย ชาญชัย แสงวงศ์, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ประเทศไทยได้กำหนดให้มีระบบศาลคู่ โดยมาตรา 276 วรรคสองบัญญัติให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น โดยผลบังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นี้ จึงก่อให้เกิดพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองได้กำหนดไว้ในมาตรา 3 นอกจากนี้ยังมีการกำหนดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 42 มาตรา 51 และมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอีกด้วย

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ต่อมาศาลปกครองโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 ได้วินิจฉัยความหมายของคำว่า สัญญาทางปกครอง ให้กว้างขึ้น โดยมีสาระสำคัญว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

โดยที่ผลของบทนิยามของคำว่า สัญญาทางปกครอง ทำให้การพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภท⁴⁶ ประเภทแรก คือ สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด และประเภทที่สอง คือ สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

⁴⁶ บทสรุปสำหรับผู้บริหาร เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, 2547, น. 20.

3.4.1 ลักษณะสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด

แม้ว่ากฎหมายไทยจะได้กำหนดเอาไว้แล้วว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองบ้าง แต่ก็ยังมีความจำเป็นที่เราจะต้องค้นหาลักษณะของสัญญาทางปกครองประเภทนี้อยู่ โดยมีวิธีพิจารณาดังนี้

3.4.1.1 การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด

ประการแรก การที่จะถือว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนดนั้น ในที่นี้จะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น เนื่องจากความสำคัญของผลกฎหมายที่สัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้นมีผลโดยตรงกับเรื่องของเขตอำนาจศาล ซึ่งในเรื่องเขตอำนาจศาลดังกล่าวต้องกระทำเป็นพระราชบัญญัติ

ประการที่สอง วิธีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองนั้น อาจได้ทั้งกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือกำหนดว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญานั้นๆ ให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยปัจจุบันถือว่า สัญญา 4 ประเภทที่กำหนดในบทนิยามของคำว่า สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้เป็น สัญญาทางปกครอง อันประกอบด้วยสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

3.4.1.2 หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้มีบทบัญญัติอื่นใดที่กำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองเอาไว้ นอกเหนือไปจากบทนิยามของคำว่า สัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่ได้กล่าวมาแล้ว และเมื่อพิจารณาจากบทนิยามของสัญญาทางปกครองแล้วจะพบว่า ลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่ครบถ้วนทั้ง 2 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปเสมอ จึงจะถือว่ามิใช่ลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ประการแรก คือ หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา ประการที่สอง คือ หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญา

1) หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับตัวคู่สัญญา กฎหมายกำหนดให้สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐ ซึ่งจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวการที่จะจำแนกเพื่อให้มีรายละเอียดชัดเจนยิ่งจำต้องพิจารณาจากองค์ประกอบ 2 ประการ ได้แก่ องค์ประกอบในเรื่อง “ฝ่าย” ของการเป็นคู่สัญญา กับ องค์ประกอบ

ในเรื่อง “คุณสมบัติ” หรือ “ฐานะ” ของคู่สัญญา โดยในเรื่องของฝ่ายที่จะเป็นคู่สัญญานั้น กฎหมายกำหนดว่าต้องมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นฝ่ายปกครอง ถ้าสัญญาใดไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นฝ่ายปกครองแล้ว สัญญานั้นย่อมไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ส่วนในเรื่องของคุณสมบัติหรือฐานะของคู่สัญญานั้น ตามกฎหมายได้กำหนดเอาไว้ว่า กรณีจะต้องมีคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ทั้งนี้ กรณีใดบ้างที่จะเป็นหน่วยงานทางปกครองนั้น มีหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาโดยดูจากบทนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติไว้ว่า หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง โดยสามารถจำแนกได้ ดังนี้

1) ราชการส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม

2) ราชการส่วนภูมิภาค ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้แก่ จังหวัด อำเภอ ราชการส่วนท้องถิ่น อันได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล การบริหารราชการส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ คือ กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา

3) รัฐวิสาหกิจ ซึ่งจะต้องเป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติจะรวมถึงรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชกำหนดด้วย เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือการเคหะแห่งชาติ เป็นต้น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา เช่น องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ องค์การตลาด องค์การฟอกหนัง แต่จะไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชน หรือรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยมติคณะรัฐมนตรี

4) หน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ องค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน

5) หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง เช่น สภานายความ เป็นต้น

2) หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญา

หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญาในที่นี้มุ่งหมายให้ครอบคลุมทั้งในส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระของสัญญา และในส่วนที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาทางด้านเนื้อหาแล้วจะเห็นว่า สัญญาทางปกครองที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะมี 4 ประเภท คือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

(1) สัญญาสัมปทาน

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้มีบทนิยามสำหรับคำว่า สัมปทาน ว่ามีความหมายเช่นไร จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่ากรณีใดจึงมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน โดยในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้ความหมายคำว่า สัมปทาน ไว้ว่าหมายถึง การอนุญาตให้มีสิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียวในกิจการบางอย่าง เช่น เหมืองแร่ และป่าไม้ และในพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2543 ได้ให้ความหมายไว้ว่าหมายถึง การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ภายในระยะเวลาและเงื่อนไขกำหนด เช่น สัมปทานการเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่าสัมปทาน นอกจากนี้ ในคำรากฎหมายปกครองของไทยได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการให้สัมปทานบริการสาธารณะว่าเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์เป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ได้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น

สัญญาสัมปทานจึงมีความหมายถึงการที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินการในกิจการที่รัฐมีอำนาจผูกขาดหรือกิจการที่รัฐมีหน้าที่ดำเนินการได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยให้จัดทำได้ภายในระยะเวลาอันมีกำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของฝ่ายเอกชนเอง และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกเก็บค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้บริการในกิจการเป็นการตอบแทน ตัวอย่างเช่น สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

(2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้ให้ความหมายของคำว่า สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่ฝ่ายรัฐให้ออกชนเข้ามีส่วนร่วมในกิจการที่อยู่ในการควบคุมของฝ่ายปกครองโดยตรง โดยที่กิจการนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ทั่วไปซึ่งประชาชนจะได้รับประโยชน์จากการบริการสาธารณะนั้นอย่างเท่าเทียมกัน ยกตัวอย่างเช่น สัญญาลาศึกษาต่อของข้าราชการ สัญญาก่อสร้างอาคารของส่วนราชการ เป็นต้น

(3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สิ่งสาธารณูปโภค หมายถึง สิ่งที่ทำขึ้นเพื่อประโยชน์และเพื่อความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน อาทิเช่น การประปา การเดินรถประจำทาง การรถไฟ เป็นต้น ทั้งนี้ ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยโดยพิจารณาจากความหมายของคำว่า สาธารณูปโภค ตามความหมายทั่วไป และตามที่ปรากฏในกฎหมายบางฉบับ เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 สรุปได้ว่า สิ่งสาธารณูปโภค แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) ทรัพย์สินที่เป็นถาวรวัตถุซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน เป็นต้น (2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น สายไฟฟ้า ท่อประปา เป็นต้น โดยความหมายตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ดังกล่าว ได้บัญญัติไว้ในข้อ 3 วรรคหนึ่ง ว่า

ข้อ 3 กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

1. การรถไฟ
2. การรถราง
3. การขุดคลอง
4. การเดินอากาศ
5. การประปา
6. การชลประทาน
7. การไฟฟ้า
8. การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นทางไปยังอาคารต่างๆ
9. บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งจนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

การตราพระราชกฤษฎีกาตาม (9) ให้กำหนดกระทรวงผู้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการ
นั้นด้วย

4) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาประเภทนี้เกิดจากแนวคิดที่ว่าทรัพยากรธรรมชาตินั้นมีจำนวนจำกัด เอกชนราย
ใดจะแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติได้จะต้องขออนุญาตและได้รับการอนุญาตจากรัฐ
โดยเอกชนผู้นั้นจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐในการเข้าแสวงประโยชน์จากทรัพยากรดังกล่าว
ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐได้เข้าควบคุมดูแลการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้นเพื่อให้เกิด
ประโยชน์ต่อส่วนรวมอย่างแท้จริง ตัวอย่าง เช่น การให้สัมปทานสำรวจและผลิตปิโตรเลียม หรือ
การอนุญาตให้เอกชนเข้าสำรวจและทำเหมืองแร่ เป็นต้น

3.4.2 ลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ในบทนิยามของคำว่า สัญญาทางปกครอง มิได้มีการอธิบายหรือให้หลักเกณฑ์ใดๆ
เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพไว้อย่างชัดเจน เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงกรอบใน
การพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพ และสมควรต้องศึกษาในรายละเอียด
ของหลักเกณฑ์ที่ศาลและคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วเพื่อ
พิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพนั่นเอง

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทน
รัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง
สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่มีความสำคัญที่สุดในบรรดาสัญญาทางปกครองทุกประเภท เพราะ
เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ดังนั้น สถานะความจำเป็นที่
สัญญาประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองจะชัดเจนกว่าสัญญาประเภทอื่นๆ ตัวอย่าง
ได้แก่ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ
ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2532 ซึ่งโดยสภาพของกิจการจำต้องได้รับการควบคุมดูแลโดยรัฐ
การเข้าประกอบกิจการดังกล่าวของเอกชนจึงต้องได้รับการมอบหมายจากรัฐ

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแสดงถึง
เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ เพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ
การบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งหมายถึง สัญญาที่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์
ของรัฐที่ไม่ปรากฏในสัญญาแพ่งทั่วไป ซึ่งให้สิทธิพิเศษแก่รัฐในการเข้าเป็นคู่สัญญาในฐานะที่
เหนือกว่าเอกชน เช่น อำนาจในการควบคุมกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญา อำนาจ
ในการยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียว เป็นต้น ทั้งนี้

เพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงต่อเติมอาคาร การจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียน เป็นต้น

ในส่วนของกระบวนการพิจารณาในการดำเนินคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะมีความแตกต่างจากคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากสัญญาทางแพ่งจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาในระบบกล่าวหา กล่าวคือ ศาลจะไม่ทำหน้าที่ค้นหาความจริงเอง การพิจารณาพิพากษาคดีจะขึ้นอยู่กับการนำเสนอและนำสืบพยานหลักฐานของคู่ความแต่ละฝ่ายที่กล่าวอ้างพยานหลักฐานนั้น ฝ่ายใดสามารถนำสืบพยานหลักฐานได้นำฟังและมีน้ำหนักกว่าย่อมเป็นฝ่ายชนะคดี แต่สัญญาทางปกครองการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองจะใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาคดี ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีโดยการตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานเองเท่าที่จะพึงกระทำได้ภายใต้วิธีพิจารณาคดีปกครองที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543