



แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

นับตั้งแต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับ การแบ่งแยกประเภทสัญญาทางปกครองกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง นับได้ว่ามีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากสัญญาทางปกครองจะใช้กฎหมายปกครองบังคับกับสัญญาและอยู่ในอำนาจแห่งการพิจารณาคดีของศาลปกครอง แต่สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองจะใช้ระบบกฎหมายเอกชนบังคับกับสัญญาและอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม¹ การพิจารณาแบ่งแยกประเภทสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองในประเทศไทย จึงเริ่มให้ความสำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนับตั้งแต่สิบห้าปีที่ผ่านมามีการศึกษากฎหมายปกครองจากประเทศภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะจากประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพื่อมาปรับใช้กับกฎหมายไทย²

การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุของส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐด้วยการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองหรือไม่นั้น การศึกษาแนวความคิดและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง จึงถือเป็นสิ่งที่จำเป็นในการแบ่งแยกประเภทของสัญญา

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง (Contrat administratif) ถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ (service public) ของฝ่ายปกครอง อันเป็นการมอบบริการสาธารณะซึ่งเป็นอำนาจ

¹ ชาอุชัย แสงศักดิ์ “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 9 ตอน 1 (เดือนเมษายน 2533) : 181.

² กมลชัย รัตนสกววงศ์, “การพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 3 (เดือนธันวาคม 2541) : 1.

หน้าที่ของฝ่ายปกครองให้แก่เอกชนเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ³ นอกจากแนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะจะเข้าไปสอดแทรกในเรื่องสัญญาทางปกครองแล้ว ยังพบว่าแนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะยังเข้าไปสอดแทรกและเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครอง เช่น ในทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครอง ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทฤษฎีว่าด้วยงานโยธาสาธารณะ ทฤษฎีว่าด้วยสาธารณสมบัติของแผ่นดิน รวมทั้งทฤษฎีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง⁴ เป็นต้น ดังนั้น การศึกษาสัญญาทางปกครองจึงจำเป็นต้องศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับบริการสาธารณะด้วย

2.1.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับบริการสาธารณะในฐานะที่มาของสัญญาทางปกครอง⁵

วิวัฒนาการเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (service public) เริ่มปรากฏขึ้นตั้งแต่มนุษย์รวมกลุ่มกันเป็นสังคมและได้รับการพัฒนามาเป็นลำดับ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1789 คำว่า “บริการสาธารณะ” เริ่มปรากฏขึ้น โดยในตอนต้นหมายถึง กิจกรรมของฝ่ายปกครองทุกประเภท ต่อมาได้มีการวางกรอบของความหมายใหม่ ซึ่งหมายถึงเฉพาะกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) หรือสิ่งที่รัฐจะทำให้แก่ประชาชนเป็นการตอบแทนการเสียภาษีอากรของประชาชน

วิวัฒนาการทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะแท้จริงเกิดขึ้นจากการสร้างหลักเกณฑ์และการอธิบายเหตุผลจากการวินิจฉัยคดีปกครอง โดยองค์กรผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง ได้แก่ คำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและความเห็นของศาลคดีขัดกันซึ่งถือเป็นที่มาสำคัญของหลักและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ

2.1.1.1 นิยามและความหมายของบริการสาธารณะ

นักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชนหลายท่าน พยายามจะให้คำนิยามรวมทั้งความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” โดยปรากฏอยู่ในงานเขียน บทความ และตำราวิชาการต่างๆ ศาสตราจารย์ Léon Duguit ผู้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะมีความเห็นว่า บริการสาธารณะเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐ⁶

³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพ : วิทยุชน, 2546), หน้า 37.

⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิทยุชน, 2547), หน้า 23.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-29.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

บริการสาธารณะเป็นเสมือนรากฐานของทฤษฎีว่าด้วยรัฐ บริการสาธารณะจึงถือเป็นการรับรองความมีอยู่ของรัฐและเป็นระบบการผลิตงานในรัฐ โดยบริการสาธารณะ คือ กิจกรรมทุกกิจกรรมซึ่งหากจะดำเนินการให้เป็นผลสำเร็จจะต้องได้รับการจัดการหรือควบคุมโดยฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เพราะการจัดทำกิจการต่างๆ เหล่านี้เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการพัฒนาสังคม⁷ โดยให้ความหมายของบริการสาธารณะว่า บริการสาธารณะ หมายถึง กิจการทุกประการที่ถูกควบคุมจัดการโดยฝ่ายปกครองเพื่อทำให้บรรลุผลสำเร็จ เพราะกิจการเหล่านี้โดยสภาพไม่อาจทำสำเร็จได้หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจบังคับทางปกครอง⁸

Lois Rolland ผู้เป็นลูกศิษย์ของศาสตราจารย์ Duguit ได้สร้างหลักเกณฑ์สำคัญของบริการสาธารณะไว้ 3 ประการ ได้แก่

(1) บริการสาธารณะเป็นงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง โดยความแตกต่างอยู่ที่ฝ่ายปกครองระดับสูงผู้วางกฎเกณฑ์การจัดตั้ง เลือกริธิดำเนินการและควบคุมการดำเนินการ และฝ่ายปกครองระดับปฏิบัติงาน ผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองระดับสูงวางไว้

(2) บริการสาธารณะจะต้องเป็นการตอบสนองความต้องการของส่วนรวม

(3) บริการสาธารณะเป็นเพียงส่วนเสริมข้อบกพร่องของเอกชน สำหรับศาสตราจารย์ René Chapus ให้ความเห็นว่า กิจกรรมใดจะเป็นบริการสาธารณะก็ต่อเมื่อ นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการหรือดูแลกิจกรรมนั้นเพื่อสาธารณประโยชน์

ศาสตราจารย์ Geston Jèze กล่าวว่า การจะพิจารณาว่า กิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะ ให้พิจารณาจุดมุ่งหมายของการก่อตั้งองค์กรหรือกิจกรรมนั้น

ศาสตราจารย์ Jean de Soto กล่าวว่า บริการสาธารณะอาจแยกได้ 2 ลักษณะ ได้แก่ ลักษณะทางด้านการเมือง คือ สิ่งที่รัฐต้องจัดทำหรือมอบให้ผู้อื่นจัดทำไม่ว่าจะเป็นความต้องการพื้นฐานจนกระทั่งความต้องการทางเศรษฐกิจ กับลักษณะทางด้านกฎหมาย⁹

⁷ Gilles J. GUGLIELMI, Introduction au droit des services publics, L.G.D.J. ,1994, p.22-24 อ้างไว้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 24.

⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 22.

⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เค้าโครงการบรรยายวิชา “กฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะหลัก”, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เอกสารอัดสำเนา, พ.ศ. 2538, หน้า 3-5. ,

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล¹⁰ กล่าวว่า บริการสาธารณะ หมายความว่า กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจ¹¹ หรืออยู่ในความควบคุม¹² ของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน

ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ มีความเห็นว่า¹³ องค์ประกอบซึ่งเป็นสาระสำคัญในการให้คำจำกัดความของ “บริการสาธารณะ” ได้แก่ องค์ประกอบด้าน โครงสร้าง (les éléments organiques) ของบริการสาธารณะ และองค์ประกอบด้านวัตถุ (les éléments matériels) ของบริการสาธารณะ

(1) องค์ประกอบด้าน โครงสร้าง¹⁴ การพิจารณาคำว่า “บริการสาธารณะ” โดยพิจารณาจากองค์ประกอบด้าน โครงสร้างขององค์กรผู้จัดทำ บริการสาธารณะอาจไม่ชัดเจน เนื่องจาก องค์กรผู้จัดทำอาจเป็นราชการส่วนกลาง ราชการ ส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชน วิสาหกิจมหาชนหรือองค์กรเอกชนผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐ ให้จัดทำบริการสาธารณะก็ได้ ซึ่งนอกจากจะพิจารณาองค์ประกอบด้าน โครงสร้างแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงการมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย

กิจการที่จะเป็นบริการสาธารณะได้จะต้องเป็นการดำเนินการ ของฝ่ายปกครองไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม นั่นก็คือ นิติบุคคลมหาชนจะต้องดำเนินการ

อ้างไว้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543, หน้า 24.

¹⁰ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 108.

¹¹ อำนาจการ หมายความว่า การเข้าทำกิจการเอง โดยเข้าไปบังคับบัญชาสั่งการให้เป็นไป ตามอำนาจหน้าที่ และกำกับดูแลรับผิดชอบในกิจการที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ โดย ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเหนือผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาอย่างเต็มที่ อ้างไว้ใน ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า 110.

¹² การควบคุม หมายความว่า การกำกับดูแลกิจการที่ผู้อื่นมีอำนาจหน้าที่ จะทำได้ ทำได้ อย่างอิสระ โดยไม่เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการ แต่คอยดูแลให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างครบถ้วนถูกต้อง เท่านั้น อ้างไว้ใน ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า 110.

¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 32-34.

¹⁴ Martine LOMBARD, Droit Administratif, Dolloz, Paris 1999, p. 256-259 อ้างไว้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2547), หน้า 32-33.

บริการสาธารณะนั้นด้วยตนเอง หรือมอบให้องค์กรเอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทน และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายปกครอง

(2) องค์ประกอบด้านวัตถุ¹⁵ การพิจารณาบริการสาธารณะ จากองค์ประกอบด้านโครงสร้างแล้ว กิจการนั้นอาจไม่เป็นบริการสาธารณะ หากกิจการดังกล่าว ไม่ได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การพิจารณาเนื้อหาสาระและวัตถุประสงค์ของกิจการจึงมีความจำเป็นยิ่ง กิจการใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ก็ต่อเมื่อกิจการนั้นจัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

โดยสรุป บริการสาธารณะจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่¹⁶

(1) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชนซึ่งหมายถึง กรณีนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเอง อันได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย

(2) กิจกรรมดังกล่าว ในข้อ (1) จะต้องเป็น กิจกรรมที่มี วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และตอบสนองความต้องการของประชาชน

2.1.1.2 ประเภทของบริการสาธารณะ

ประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดเกี่ยวกับประเภทของบริการสาธารณะว่า บริการสาธารณะต่างๆ นั้น แบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง (services publics administratifs) และบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (services publics industriels et commerciaux)¹⁷ การบริการสาธารณะซึ่งเป็นภารกิจของรัฐที่จะต้องตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม ไม่ว่าจะด้านความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน หรือความสะดวกสบายของประชาชน รัฐไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างเพียงพอ เนื่องจาก สังคมมีขนาดใหญ่ขึ้น ประชาชนมีมากขึ้น และเทคโนโลยีก้าวหน้ามากขึ้น ส่งผลให้ความต้องการของประชาชนมีมากขึ้นตามลำดับ ด้วยเหตุปัจจัยเหล่านี้เอง ทำให้รัฐต้องดำเนินการต่างๆ เช่น มอบบริการสาธารณะบางประการให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ เนื่องจาก เอกชนมีความพร้อมมากกว่ารัฐ ทั้งด้านเงินทุน

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33-34.

¹⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 34.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

บุคลากร และเทคโนโลยี ทั้งนี้ เพื่อให้วัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะบรรลุผล อย่างไรก็ตาม การแบ่งประเภทของบริการสาธารณะออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าว ส่งผลในทางกฎหมายเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานกับผู้ใช้บริการ กล่าวคือ นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะทางปกครอง กับผู้ใช้บริการ บุคลากรและบุคคลภายนอก ซึ่งจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง คดีเกี่ยวกับบริการสาธารณะประเภทดังกล่าวนี้จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง และนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม กับผู้ใช้บริการ บุคลากรและบุคคลภายนอก จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน และคดีที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะประเภทดังกล่าวนี้จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลยุติธรรม¹⁸

2.1.1.2.1 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง (services publics administratifs)¹⁹

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ได้แก่ กิจกรรมที่โดยสภาพเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน ส่วนใหญ่เป็นเรื่องการดูแลความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน รวมทั้งความสงบสุขของชุมชน เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การป้องกันและรักษาความสงบสุขของประเทศ และการรักษาสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองดังกล่าวนี้ ฝ่ายปกครองไม่อาจมอบบริการสาธารณะประเภทนี้ให้แก่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำได้ เพราะหากฝ่ายปกครองมอบบริการสาธารณะประเภทนี้ให้แก่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำแล้ว เอกชนอาจทำได้ไม่ดีเพียงพอและอาจไม่สนองตอบความต้องการของประชาชนส่วนรวมได้ อีกทั้ง บริการสาธารณะประเภทนี้ ยังมีความสำคัญต่อความสงบสุขของประเทศและของประชาชน และเป็นการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง จึงไม่อาจมอบบริการสาธารณะประเภทนี้ให้แก่เอกชนดำเนินการจัดทำได้

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองส่วนใหญ่ จะเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องจัดทำให้แก่ประชาชน โดยประชาชนไม่ต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่ฝ่ายปกครองแต่อย่างใด บริการสาธารณะทางปกครอง ได้แก่ การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การป้องกันประเทศและการคลัง เป็นต้น

¹⁸ ชาอุชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส,” เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง “สัญญาทางปกครอง” วันที่ 28 กันยายน 2531, หน้า 61.

¹⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 35.

2.1.1.2.2 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม (services publics industriels et commerciaux)²⁰

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) โดยการสร้าง บริการสาธารณะประเภทบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งเป็น บริการสาธารณะประเภทใหม่นี้ขึ้น

สำหรับเกณฑ์การพิจารณาบริการสาธารณะที่มีลักษณะ ทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คือ บริการสาธารณะดังกล่าว มีลักษณะคล้ายคลึงกับวิสาหกิจ เอกชน ในด้าน วัตถุประสงค์แห่งบริการ (l' objet des service) แหล่งที่มาของเงินทุน (l' origines des ressources) และวิธีการปฏิบัติงาน (les modelites de fonctionnement) หากบริการสาธารณะใด มีความแตกต่างไปจากวิสาหกิจเอกชนไม่ว่าด้านใดด้านหนึ่งแต่เพียงด้านเดียว ถือว่า บริการสาธารณะนั้น เป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง²¹ ดังนั้น ข้อแตกต่างระหว่าง บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองและบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม มี 3 ประการ ได้แก่²² วัตถุประสงค์แห่งบริการ แหล่งที่มาของเงินทุน วิธีปฏิบัติงาน ขององค์กรผู้ดำเนินบริการสาธารณะนั้น

(1) วัตถุประสงค์แห่งบริการ

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง มีวัตถุประสงค์แห่งบริการ คือ การตอบสนองความต้องการของประชาชนหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ของประเทศ

ส่วน บริการสาธารณะที่มีลักษณะ ทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม มีวัตถุประสงค์แห่งการบริการด้านเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นการผลิต การจำหน่ายและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการดำเนินการ อันเป็นการดำเนินการที่มีลักษณะ คล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชน

²⁰ เรื่องเดียวกัน , หน้า 35-37.

²¹ ชาอุชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญา ทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส”, หน้า 62.

²² Jean de SOTO, Droit administratif. Théorie Générale du service public, Edition Montchrésten, Paris, 1981, p. 37 อ้างไว้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับ บริการสาธารณะ. (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 37-38.

การดำเนินการของวิสาหกิจเอกชนบางอย่าง อาจทำได้แต่บางอย่างก็ทำไม่ได้ การพิจารณาว่า การดำเนินการของวิสาหกิจเอกชนอย่างไร ทำได้หรือไม่นั้น อาจนำข้อพิจารณาอื่นๆ มาประกอบการพิจารณาได้ เช่น พิจารณาจากลักษณะ ของอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้ในการดำเนินการว่า มีลักษณะใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ และพิจารณาว่า การดำเนินการนั้นเป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือของประเทศ หรือไม่ หากเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเป็นการดำเนินการเพื่อการรักษา ความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือของประเทศแล้ว การดำเนินการดังกล่าวเป็นการบริการ สาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

(2) แหล่งที่มาของเงินทุน

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง แหล่งที่มาของเงินทุนหรือเงินอุดหนุนมาจากเงินทุนของรัฐในการดำเนินการหรือมาจากภายใน แห่งบริการนั้น

ส่วน บริการ สาธารณะ ที่มี ลักษณะ ทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม แหล่งที่มาของเงินทุนมาจากค่าตอบแทนหรือค่าธรรมเนียม ที่มีการเรียกเก็บจากผู้ใช้บริการเป็นการตอบแทนการบริการที่ได้รับ

(3) วิธีปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการนั้น

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการที่สร้างขึ้นมาเป็นแบบแผนอย่างเดียวกัน และมีระบบบังคับบัญชาซึ่งจะนำไปใช้กับผู้ปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการบริการนั้นทุกคน ในกรณี ที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการนั้นด้วยตนเอง ให้สันนิษฐานไว้ก่อน ว่าเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม วิสาหกิจเอกชนจะสร้างวิธีปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการขึ้นเอง ทั้งนี้ เพื่อความสะดวก รวดเร็วและเกิดความคล่องตัวในการปฏิบัติงาน

แต่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนด “อำนาจผูกขาด” ในการดำเนินการให้แก่งานใดแต่เพียงผู้เดียว บริการนั้นย่อมเป็นบริการสาธารณะ ที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

นอกจากนี้ นักทฤษฎีกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส หลายท่านเห็นว่า ผู้ใช้บริการสาธารณะทั้งสองประเภทมีสถานภาพที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ผู้ใช้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองนั้น สถานภาพของผู้ใช้บริการจะถูกกำหนด โดยกฎหรือข้อบังคับทั้งหมด ซึ่งรวมถึงแต่กำหนดองค์กร การจัดองค์กรและการปฏิบัติงาน การใช้ บริการสาธารณะประเภทนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการจะมีลักษณะ

เป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไข (acte condition)²³ ในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บริการกับผู้ให้บริการของบริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีลักษณะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน²⁴

2.1.1.2.3 บริการสาธารณะประเภทอื่นๆ

นอกเหนือจากบริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมแล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศสยังได้สร้างประเภทของบริการสาธารณะอื่นอีกหลายประเภทนอกเหนือจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองและบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลปกครอง โดยแบ่งตามวัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะ คือ บริการสาธารณะทางสังคม บริการสาธารณะทางสุขภาพ บริการสาธารณะทางวัฒนธรรมและบริการสาธารณะทางด้านกีฬา²⁵

(1) บริการสาธารณะทางสังคม (service public sociaux)

บริการสาธารณะทางสังคมเป็นกิจกรรมของรัฐ ซึ่งบริการสาธารณะทางสังคม ได้แก่ กิจกรรมทุกประเภทที่จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ความช่วยเหลือทางสังคม พบบริการสาธารณะประเภทนี้ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมาก เนื่องจาก เป็นบริการสาธารณะที่กลายมาเป็นประเพณีนิยม

(2) บริการสาธารณะทางสุขภาพ (service publics de santé)

บริการสาธารณะทางสุขภาพเป็นกิจกรรมที่รัฐได้จัดให้มีขึ้นเพื่อการดูแลรักษาสุขภาพของประชาชน รวมทั้งการรณรงค์และการจัดตั้งองค์กรเพื่อรักษาโรคบางประเภทในชุมชน

²³ นิติกรรมที่มีเงื่อนไข (acte condition) คือ นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ในการมอบสภาพการณ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่เฉพาะเจาะจงที่กำหนดไว้แล้วให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะราย เช่น การบรรจุแต่งตั้งข้าราชการตามกฎหมายมหาชนและการสมรสตามกฎหมายเอกชน อ้างไว้ใน ชาญชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส”, หน้า 24.

²⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 38.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39-42.

(3) บริการสาธารณะทางวัฒนธรรม (service publics culturels)

บริการสาธารณะทางวัฒนธรรม อาจมีลักษณะแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น โรงละคร ศูนย์ส่งเสริมเยาวชน พิพิธภัณฑ์และสถานที่สำคัญทางประวัติศาสตร์ต่างๆ ซึ่งบริการสาธารณะทางวัฒนธรรม รัฐอาจมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการได้

(4) บริการสาธารณะด้านกีฬา (service publics du sport)

บริการสาธารณะทางด้านกีฬา มีวัตถุประสงค์เพื่อการเสริมสร้างสุขภาพของประชาชน จึงถือว่า มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งรัฐอาจมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการได้

2.1.1.3 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

ตามที่ได้ศึกษาทำให้ทราบว่า บริการสาธารณะ คือ กิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและกิจการดังกล่าว เป็นกิจการที่ตอบสนองความต้องการของประชาชน ไม่ว่าจะ เป็นกิจการที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการเองหรือเป็นกิจการที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ โดยอยู่ภายใต้การอำนวยความสะดวกหรือการควบคุมดูแลของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ กิจการที่เป็นบริการสาธารณะดังกล่าว จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการที่เป็นแนวทางในการพิจารณาสถานภาพทั่วไปของบริการสาธารณะอันได้แก่ หลักว่าด้วยความเสมอภาคของประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ²⁶

2.1.1.3.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาคของประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ²⁷

เนื่องจาก บริการสาธารณะมิได้เป็นกิจกรรมที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่จัดทำขึ้นเพื่อสาธารณชนหรือประชาชนทุกคน หากกิจการใดเป็นกิจการที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะ

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44-47.

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในประเทศฝรั่งเศส ที่เกี่ยวกับความเสมอภาค แบ่งได้ 2 ประเภท คือ ความเสมอภาคเกี่ยวกับผู้ใช้บริการสาธารณะ และความเสมอภาคเกี่ยวกับการเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ

(1) ความเสมอภาคเกี่ยวกับผู้ใช้บริการสาธารณะ การเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ใช้บริการสาธารณะทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในการได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะไม่อาจกระทำได้

(2) ความเสมอภาคเกี่ยวกับการเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ เนื่องจาก บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันในการเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ การไม่รับบุคคลเข้าทำงานโดยความแตกต่างทางศาสนา แนวความคิดทางการเมืองหรือทางเพศ โดยมีได้เกี่ยวกับเหตุความรู้ความสามารถของบุคคลผู้สมัครเข้าทำงานนั้นไม่อาจกระทำได้

สำหรับความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าผูกนิติสัมพันธ์กับฝ่ายปกครองโดยการเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองก็มีอยู่เช่นกัน ตัวอย่างเช่น การประกวดราคาในการจัดหาพัสดุหรือการก่อสร้างอาคารต่างๆ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปที่สนใจเข้าแข่งขันเพื่อทำสัญญากับฝ่ายปกครอง และในการวินิจฉัยชี้ขาดให้ผู้ใดเป็นผู้รับสัญญา ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำด้วยความเป็นธรรม โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ²⁸

2.1.1.3.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ²⁹

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งแก่ประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักไม่ว่าด้วยประการใดๆ ก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ บริการสาธารณะจึงต้องเป็นกิจการที่ต้องดำเนินการให้เป็นไปอย่างต่อเนื่องอยู่เป็นประจำและสม่ำเสมอ ดังนั้น หากบริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก ผู้ที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ในกรณีที่ต้องกรปกรองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนอิสระหรือเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้จัดทำบริการสาธารณะ ทำให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทน เพื่อเป็นหลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ประชาชนผู้ได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะมีสิทธิเรียกร้อง

²⁸ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า 115.

²⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 47-52.

ให้ฝ่ายปกครองดำเนินการแก้ไขข้อขัดข้องหรือความบกพร่องจากการหยุดชะงักของบริการสาธารณะโดยให้บริการสาธารณะดำเนินไปตามปกติได้

สำหรับมาตรฐานของความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนั้น ยังไม่มีความแน่นอนตายตัวว่าจะต้องมีลักษณะอย่างไร ซึ่งบริการสาธารณะบางประเภทจำเป็นต้องจัดทำอย่างถาวร เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยภายนอกประเทศ การรักษาพยาบาล การควบคุมการคมนาคมทางอากาศ แต่บริการสาธารณะบางประเภทไม่จำเป็นต้องจัดทำอย่างถาวร แต่จะต้องจัดทำอย่างสม่ำเสมอและอาจมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขบางประการ เช่น พิพิภักดิ์ซึ่งมีการกำหนดเวลาปิดและเปิดหรือกำหนดวันหยุด เป็นต้น

ในกรณีที่เอกชนเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างแทน ฝ่ายปกครอง ยังคงต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับความต่อเนื่องของบริการสาธารณะภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ

(1) การเปลี่ยนแปลงสัญญาโดยฝ่ายปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ยินยอมก็ตาม โดยวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ

(2) ในกรณีที่เอกชนขัดขวางการบริการสาธารณะ หรือเกิดความผิดอย่างร้ายแรง ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าดำเนินการแทนเอกชนคู่สัญญาหรือยึดกิจการบริการสาธารณะนั้นมาดำเนินการเอง เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

(3) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยเหตุที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ (théorie de l' imprévision) ฝ่ายปกครองจะต้องเข้ารับภาระร่วมกับเอกชนคู่สัญญา เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

2.1.1.3.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ³⁰

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ หมายความว่า การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะและสนองตอบความต้องการของประชาชนโดยรวม ดังนั้น การดำเนินการบริการสาธารณะจึงต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้อง

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52-54.

กับเหตุการณ์ วิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชน ดังนั้น เมื่อความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป ผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะตามความต้องการของประชาชนด้วย

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอนี้มีลักษณะเป็นกฎหมายของบริการสาธารณะ จึงมีผลใช้บังคับกับบุคคลทุกคนที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นข้าราชการ เอกชนผู้เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองหรือเอกชนผู้ได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะ ดังนั้น การขัดขวางการเปลี่ยนแปลงหรือยุบเลิกบริการสาธารณะจึงกระทำไม่ได้

2.2 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

เครื่องมือสำคัญแห่งอำนาจมหาชน (puissance publique) ของรัฐ นอกจากการออกคำสั่งทางปกครอง (acte unilatéral) แล้ว รัฐอาจใช้มาตรการอย่างอื่นเพื่อให้การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของรัฐ มาตรการอย่างอื่นนั้นคือการเจรจากับอีกฝ่ายหนึ่งในรูปของสัญญา และสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน ได้แก่ สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)³¹

2.2.1 นิยามความหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง ถูกแปลมาจากภาษาฝรั่งเศส ในคำว่า “contrats administratifs” ซึ่งความหมายของสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองมีความหมายที่แตกต่างกัน

สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs) ถือเป็นหัวใจของการกระทำของฝ่ายปกครอง (action administrative) ดังนั้น การดำเนินการของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้โดยหลักการ รัฐมีอำนาจหรือสิทธิที่เหนือกว่าปัจเจกบุคคล แต่การใช้อำนาจเช่นนั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลและการปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของรัฐด้วย โดยรัฐจะต้องเคารพและยึดหลักกฎหมายพื้นฐาน หลักความเสมอภาคและหลักปัจเจกบุคคลซึ่งจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม³²

³¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง,” โดย Philippe Turguet de Beauregard, วารสารกฎหมายปกครอง 18 ตอน 1 (เมษายน 2542): หน้า 1.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

สัญญาในความเห็นของนักกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส คือ การแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่ตรงกัน ซึ่งมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ หรือหนี้ (accord de volutes destiné à créer des obligations) แต่สำหรับนักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสมีความเห็นว่า “สัญญาหมายความถึงข้อตกลง (l' accord) ระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป และเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดหน้าที่ (obligation) แก่บุคคลฝ่ายหนึ่งซึ่งจะต้องกลายเป็นลูกหนี้ และจะก่อให้เกิดสิทธิ (droits) แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจะกลายเป็นเจ้าหนี้”³³ แนวความคิดดังกล่าว มองการแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่ถูกต้องตรงกัน อันจะก่อให้เกิดข้อตกลงขึ้นมา ซึ่งอาจไม่ใช่สัญญาก็ได้ แต่การแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่ถูกต้องตรงกัน อันจะก่อให้เกิดข้อตกลงในลักษณะสัญญานั้น จะต้องเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นนิติกรรม ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสถานภาพทางกฎหมายเฉพาะรายเฉพาะกรณี หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า นิติกรรมแบบอัตวิสัย (acte subjectifs)³⁴

สำหรับนักกฎหมายปกครองท่านอื่นๆ มีความเห็นแยกออกเป็นสองฝ่าย คือ ฝ่ายหนึ่งมีความเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกับศาสตราจารย์คูเกิต คือ เห็นว่า ข้อตกลงต่างๆ อาจไม่เป็นสัญญาทุกกรณี ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งมีความเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกับนักกฎหมายแพ่ง โดยเห็นว่า นิติกรรมหลายฝ่ายกับสัญญามีความเหมือนกัน

สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs) ในความหมายที่ยอมรับกันโดยทั่วไป หมายถึง สัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ (personne publique) กับอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เพื่อดำเนินการบริการสาธารณะ ซึ่งโดยทั่วไป สัญญาทางปกครองจะมีเงื่อนไขของสัญญาหรือบทยกเว้นของสัญญาที่มีความแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายแพ่ง (Clauses exorbitantes du droit commun)³⁵

ดังนั้น สัญญาทางปกครองตามความหมายดังกล่าว จึงแยกองค์ประกอบของสัญญาที่สำคัญได้ 3 ประการ คือ

³³ Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J., 1992 (2^o Edition), p. 9-12 อ้างไว้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 294.

³⁴ Jean Carbonnier. Droit civil. Tome II, Thémis. 1976 , p. 314 อ้างไว้ใน “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส,” หน้า 23.

³⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ผู้แปล, “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง,” โดย M. Philippe Turguet du Beauregard, วารสารกฎหมายปกครอง 18 ตอน 1 (เมษายน 2542) : 2.

(1) สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งได้แก่ รัฐบาลกับอีกฝ่ายหนึ่งได้แก่ เอกชน และเมื่อเกิดเป็นสัญญาแล้ว ย่อมเกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีอำนาจที่จะเข้าทำสัญญาได้ในเบื้องต้น เช่น รัฐมนตรีผู้มีอำนาจตามกฎหมาย อาจเข้าทำสัญญาในฐานะคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรืออาจมอบหมายให้ข้าราชการระดับสูงเป็นผู้เข้าทำสัญญาแทนได้ แต่ต้องมีการมอบอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายด้วย มิฉะนั้นสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชน อาจเป็นโมฆะได้

(2) สัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะ เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสิ่งชี้วัดความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

(3) เนื้อความของสัญญาในสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปจะมีข้อความที่กำหนดเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไปหรือมีข้อความยกเว้นไว้ เนื่องจากฝ่ายปกครองหรือรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชน ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณะที่ดี ในกรณีที่สถานการณ์ทางเศรษฐกิจมีการเปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองจึงต้องมีการปรับเปลี่ยนหรือเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวด้วย เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปได้โดยตลอด

ดังนั้น บริการสาธารณะที่ดีจะต้องเปลี่ยนแปลงให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์หรือสภาพความเป็นจริง ตามหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ จึงเป็นสิ่งบ่งชี้ให้เห็นว่า สัญญาทางปกครองมีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ สัญญาทางแพ่ง เมื่อมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญาโดยจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ยาก เนื่องจากลักษณะของสัญญาแพ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะแน่นอนตายตัวต่างกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งแม้จะมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญาแล้วก็ตาม แต่ภายหลังอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้เสมอโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไป เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาด้วยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือข้อความในสัญญาระบุให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุม หรือดำเนินการหรือออกมาตรการในการบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้

ในประเทศเยอรมัน ความหมายของสัญญาทางปกครองปรากฏอยู่ใน มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ว่า “สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ ตามกฎหมายมหาชน³⁶ เนื่องจาก ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น องค์กัรฝ่ายปกครองอาจใช้สัญญา เป็นเครื่องมือในการก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับบุคคลแทนการออกคำสั่งทางปกครองได้ สัญญาทางปกครองเยอรมัน จึงเป็นสัญญาที่มักเกิดขึ้นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ความผูกพันทางกฎหมายในรูปของสัญญาแทนการใช้คำสั่งทางปกครอง หรือใช้สัญญาเป็นเครื่องมือเสริมให้การออกคำสั่งทางปกครองมีความยืดหยุ่นและบรรลุ วัตถุประสงค์ทางปกครองได้มากขึ้น แต่การกระทำทางปกครองส่วนที่มีลักษณะเป็นบริการ สาธารณะหรือการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญา สัญญา ที่เกิดขึ้นมักเป็นสัญญาทางแพ่งที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา ไม่ใช่สัญญาทางปกครองเหมือนดังเช่น ที่ปรากฏในสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส³⁷

ในประเทศไทย ได้บัญญัติความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติ” ทั้งนี้ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองว่า สัญญาใดจะเป็น สัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาคดี ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น อย่างน้อยคู่สัญญา ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการ แทนรัฐ

³⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 113.

³⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐาน ของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 243.

(2) สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงเอกลักษณ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินการกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ บริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลอื่น ซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และสัญญาใดที่มีได้มีลักษณะดังที่กล่าวมาย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

นอกจากนี้ นักกฎหมายมหาชนของไทยสามารถศึกษาความเป็นสัญญาทางปกครองได้จากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ซึ่งศาลปกครองพยายามที่จะวางแนวทางการวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เกิดเป็นบรรทัดฐานต่อไป แต่สัญญาที่เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองมิได้กล่าวไว้โดยตรงว่า สัญญาที่ทำขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ หรือจะได้นำพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาใช้บังคับด้วยหรือไม่ ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองก็ยังไม่มีความชัดเจน เพียงแต่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ได้กำหนดให้ทำสัญญาขึ้นตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพว.) กำหนด ซึ่งมีทั้งหมดจำนวน 13 รายการ หรือทำข้อตกลงเป็นหนังสือหรือด้วยวาจา ซึ่งหากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ได้กำหนดให้ต้องทำเป็นสัญญา หน่วยงานนั้นก็จะต้องดำเนินการตามที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ กำหนด แต่หากกรณีใดที่ให้อำนาจแก่หัวหน้าส่วนราชการใช้ดุลพินิจ ก็เป็นอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการพิจารณาว่า จะต้องทำเป็นสัญญาหรือไม่ อย่างไรก็ดี การทำสัญญาของส่วนราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ เกิดขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นส่วนราชการหรือหน่วยงานอื่นของรัฐเสมอ

สัญญาอีกประเภทหนึ่ง เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง อาจเลือกที่จะทำขึ้นภายใต้บังคับของระบบกฎหมายเอกชน สัญญาของฝ่ายปกครองประเภทดังกล่าวนี้ เรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง (Contrats de l' Administration)” สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายเอกชน (Contrats de droit privé de l' Administration) อันจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน ได้แก่ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับสัญญา และข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับสัญญาจะอยู่ในเขตอำนาจ

ของศาลยุติธรรม³⁸ ดังนั้น ฝ่ายปกครองอาจเลือกได้ว่า ฝ่ายปกครองประสงค์จะเข้าทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน หรือประสงค์จะเข้าทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ ในที่นี้ก็คือระบบกฎหมายปกครอง โดยสรุป สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs) ถือเป็นสัญญาประเภทหนึ่งของสัญญาของฝ่ายปกครอง (Contrats de l' Administration) ซึ่งสัญญาทั้งสองประเภทมีวัตถุประสงค์ของสัญญา ระบบกฎหมายและเขตอำนาจศาล ที่ใช้บังคับกับสัญญาแต่ละประเภทแตกต่างกัน

2.2.2 การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง³⁹

จากการศึกษาความหมายของสัญญาทางปกครอง ทำให้ทราบว่า สัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างกัน การเกิดของสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครองก็มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การก่อให้เกิดสัญญาทางแพ่งมักจะอยู่บนพื้นฐานความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและอยู่บนพื้นฐานหลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งถูกต้องและตรงกัน อันเป็นหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (The Sanction of Contract) กฎหมายกำหนดแต่เพียงหลักเกณฑ์ทั่วไปในการทำนิติกรรมประเภทสัญญาและวางกรอบให้คู่สัญญาปฏิบัติเพียงเท่าที่กฎหมายกำหนด และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น ดังนั้น คู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งย่อมมีเสรีภาพ โดยเสรีภาพของคู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างกัน

(1) เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) ในสัญญาทางแพ่ง เสรีภาพในการทำข้อเสนอและทำคำสนอง กระทำโดยเจตนาอิสระของตนเอง อย่างไรก็ตาม การทำข้อเสนอ และทำคำสนองของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องคำนึงถึงหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดตามกฎหมาย โดยฝ่ายปกครองที่จะทำสัญญาได้จะต้องเป็นบุคคลในกฎหมายมหาชนและผู้ที่จะทำแทนดังกล่าวจะต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายด้วย

(2) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา (Freedom to select the other party) ในสัญญาทางแพ่งมิได้ถูกจำกัดให้เอกชนเลือกคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งจะเป็นผู้ใดก็ได้ เอกชนมีสิทธิเต็มที่ในการเลือกคู่สัญญา และเอกชนจะเลือกใช้วิธีการใดเลือกคู่สัญญาก็ได้ แต่ในสัญญาของฝ่ายปกครอง วิธีการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องกระทำตามกฎหมาย

³⁸ Georges VEDEL, Droit Administratif, P.U.F., 1976, p.228-229 อ้างไว้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 298.

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5 . (พ.ศ. 2529) : 91-95.

ซึ่งถูกกำหนดให้ใช้วิธีที่เป็นกลางและเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด ได้แก่ วิธีการตามที่กำหนดไว้ในระเบียบว่าด้วยการพัสดุ เช่น วิธีประกวดราคา (adjudication publique) เป็นต้น⁴⁰

(3) เสรีภาพในการกำหนดเงื่อนไขของสัญญาหรือข้อยกเว้นในสัญญา (Freedom to decide to contract) ในสัญญาทางแพ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถกำหนดเงื่อนไขของสัญญาหรือข้อยกเว้นในสัญญาไว้อย่างไรก็ได้ตลอดเวลา แต่ทั้งนี้ เงื่อนไขของสัญญาหรือข้อยกเว้นในสัญญาดังกล่าว จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยเช่นกัน แต่ในสัญญาของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องทำสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองอาจกำหนดข้อสัญญาฝ่ายเดียวโดยเอกชนไม่อาจต่อรองข้อสัญญานั้นได้ นอกจากเรื่องราคา สำหรับข้อสัญญาอื่นๆ เอกชนมีสิทธิแต่เพียงยอมรับหรือปฏิเสธไม่ทำสัญญาเท่านั้น

(4) เสรีภาพที่ไม่ถูกบังคับให้ต้องทำตามแบบ (Freedom From Form) ในสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาจะทำสัญญาอย่างใดก็ได้ซึ่งไม่ถูกบังคับให้ต้องทำตามแบบ เว้นแต่กฎหมายกำหนดให้สัญญานั้นต้องทำตามแบบ แต่ในสัญญาทางปกครอง คู่สัญญามักถูกกำหนดโดยกฎหมายให้ฝ่ายปกครองต้องทำสัญญาตามแบบของสัญญา เช่น ตามระเบียบพัสดุของฝรั่งเศส (Code des marchés publics) ในมาตรา 39 และมาตรา 250 ซึ่งกำหนดให้ทำเป็นหนังสือ โดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา เว้นแต่บางกรณีสัญญาทางปกครองอาจทำได้ด้วยวาจาก็ได้

กล่าวโดยสรุป นอกจากคู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการทำสัญญาอันเป็นไปตามกฎหมายแพ่งแล้ว คู่สัญญายังถูกจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แบบของสัญญา เนื้อหาของสัญญาและการแสดงเจตนาอันบริสุทธิ์อันเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

2.2.3 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

ในประเทศฝรั่งเศสถือว่า การแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองเป็นสิ่งที่สำคัญ เนื่องจากการจัดแบ่งประเภทของสัญญาเป็นที่มาของหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

⁴⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 98.

2.2.3.1 สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างในประเทศฝรั่งเศสถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย⁴¹ ซึ่งตามประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Code des Marchés publics) ฉบับใหม่ที่ประกาศรัฐกฤษฎีกาที่ 2001-210 ลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 2001 และรัฐบัญญัติที่ 2001-1168 ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2001 กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาพัสดุหรือสัญญาจัดซื้อจัดจ้างว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยพิจารณาจากนิยามความหมายมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ ซึ่งกำหนดว่า “สัญญาพัสดุ ได้แก่ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือเอกชนกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุและการจัดให้มีบริการ” ในการนี้ ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ พบว่า สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง (marchés de travaux publics) ได้แก่ สัญญาก่อสร้างถนน สัญญาขุดคลอง สัญญาก่อสร้างสะพาน สัญญาสร้างทางระบายน้ำหรือสัญญาก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

สำหรับสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุ (marchés de fourniture) ได้แก่ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการส่งน้ำ ส่งก๊าซ หรือส่งกระแสไฟฟ้า สัญญาซื้อเครื่องพิมพ์ดีด สัญญาจัดพิมพ์หนังสือ สัญญาซื้ออานหิน น้ำมัน รถยนต์ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ และสำหรับสัญญาจัดให้มีบริการ (marchés de services) ได้แก่ สัญญาที่เกี่ยวกับการขนส่ง (les contrats de transport) สัญญาที่เกี่ยวกับการบำรุงรักษา (les contrats d'entretien) หรือสัญญาทำงานวิจัย (les contrats de recherche) เป็นต้น

ในทางกฎหมายถือว่า จำเป็นจะต้องแยกสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการออกจากสัญญาประเภทอื่น เนื่องจากมีผลโดยตรงต่อการปรับใช้กฎหมาย เพราะตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส มีระบบกฎหมายเฉพาะสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแล้ว ก็จะต้องดำเนินการตามกฎหมายเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ทั้งกระบวนการทำสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา

แม้ว่าจะมีการให้ความหมายและนิยามของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไว้แล้ว แต่ในทางปฏิบัติยังคงมีปัญหาในการแยกสัญญาจัดซื้อจัดจ้างออกจากสัญญาประเภทอื่น โดยเฉพาะสัญญาสัมปทาน ในกรณีที่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดให้ได้มาซึ่งการบริการสาธารณะกับสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งจะมีลักษณะที่แยกได้ค่อนข้างยาก แต่ศาลปกครองวางหลักว่า สัญญาทั้งสองประเภทจะแตกต่างกันที่รูปแบบของผลตอบแทน

⁴¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 422-423.

คือ ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ผู้รับสัมปทานเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ และได้รับผลตอบแทนในรูปของค่าธรรมเนียมการใช้บริการจากผู้ใช้บริการ

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุมิได้เป็นสัญญาทางปกครองทุกสัญญาเสมอไป แต่การที่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ มีเงื่อนไขเฉพาะ คือ สัญญานั้นจะต้องมีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญา และสัญญานั้นจะต้องเป็นไปตามกฎหมายหรือคำพิพากษาที่ได้วางหลักไว้ ซึ่งตัวอย่างของสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง และแม้ว่าสัญญาต่างๆ ที่ทำขึ้นโดยองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่ถ้าเกี่ยวกับการพัสดุแล้วจะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดหาของการไฟฟ้าและก๊าซ เป็นต้น ทั้งนี้ เพราะตามหลักทั่วไปของสัญญาทางปกครอง คือ การบริการสาธารณะและเงื่อนไขที่เป็นข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

โดยปกติ การจัดซื้อจัดจ้างเป็นเรื่องเกี่ยวกับคู่สัญญาที่รับหน้าที่จัดสร้าง จัดหาทรัพย์สิน หรือบริการให้กับฝ่ายปกครอง จะไม่มอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะหรือดำเนินการบริการสาธารณะด้วยตนเอง แต่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการจัดการพัสดุด้านบริการ คู่สัญญาอาจได้รับมอบหมายให้ดำเนินการบริการสาธารณะด้วยตนเองหรือเกี่ยวข้องกับการดำเนินการซึ่งถือได้ว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

สำหรับข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน มักจะมีบทบาทในสัญญาว่าด้วยการพัสดุ เพราะสัญญาว่าด้วยการพัสดุจะเป็นสัญญาทางปกครองได้โดยบันทึกเงื่อนไขทางปกครอง⁴² (Cachier des charges) หรือเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน (le Cachier des charges) ก็เป็นการเพียงพอที่จะทำให้มีลักษณะของเงื่อนไขที่พิเศษกว่าสัญญาตามกฎหมายเอกชน⁴³

⁴² Cachier des charges หมายถึง เอกสารของทางราชการที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาและในเรื่องอื่นๆ ไว้โดยละเอียด เพื่อเป็นแนวทางหรือแบบแผนให้ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐในการทำสัญญาทางปกครองในกรณีต่างๆ ซึ่งคู่สัญญามักใช้เป็นเอกสารเป็นบันทึกต่อท้ายสัญญา อ้างไว้ใน ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 53.

⁴³ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 53.

2.2.3.2 สัญญามอบหมายให้บุคคลอื่นจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

สัญญาการมอบหมายให้บุคคลอื่นจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ หมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ⁴⁴ สัญญาที่ทำขึ้นเป็นการมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการรับผิดชอบและเสี่ยงภัยกับกิจการนั้นตลอดระยะเวลาที่กำหนด โดยคู่สัญญาจะได้รับค่าตอบแทนเป็นการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการและจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดหาเงินเพื่อดำเนินการในโครงการนั่นเอง

นายฟิลิปป์ ตูร์เก้ เดอ โบเรอการ์ (Philippe Turuet de Beuregard) ผู้เชี่ยวชาญด้านสัญญาทางปกครองจากสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ได้อธิบายรูปแบบต่างๆ ของการมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะว่า มีรูปแบบสำคัญ 5 รูปแบบ⁴⁵ ได้แก่ สัญญาสัมปทาน (concession) สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ (affermage) สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐ (régie intéressée) สัญญาจ้างผู้จัดการบริหารงานแทนรัฐ (gérance) สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะ (marché d' entreprise de travaux publics)

2.2.3.2.1 สัญญาสัมปทาน (Concession)

สัญญาสัมปทานเป็นรูปแบบของสัญญาที่ผู้ได้รับสัมปทานได้รับมอบหมายให้เป็นผู้จัดให้มีบริการสาธารณะ โดยได้รับความเสี่ยงภัยเองและได้รับค่าธรรมเนียมเป็นการตอบแทนโดยเก็บจากผู้ใช้บริการ สำหรับสิ่งก่อสร้างและการลงทุนเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว สิ่งก่อสร้างต่างๆ จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ⁴⁶ ซึ่งสิ่งก่อสร้างและการลงทุนดังกล่าว ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ดำเนินการเอง แต่ผู้รับสัมปทานอาจได้รับรายได้ทางอื่น เช่น เงินสนับสนุนโครงการของรัฐหรือรายได้จากค่าโฆษณาอันเป็นรายได้้นอกจากเงินค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ⁴⁷

ในระหว่างระยะเวลาตามสัญญา ผู้รับสัมปทานจะได้รับหลักประกันจากฝ่ายปกครองกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำให้เกิดความเสียหาย ได้แก่ การแก้ไขกฎหมาย หรือระเบียบหรือออกคำสั่งใดอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อสัมปทาน

⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 445.

⁴⁵ ชาอุชัย แสงวงศ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส”, หน้า 61.

⁴⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 451.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 452.

ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ให้สัมปทานได้ ทั้งนี้ สัญญาสัมปทานจะสิ้นสุดลงเมื่อครบกำหนดตามสัญญาหรือเกิดเหตุสุดวิสัยซึ่งผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ หรือผู้ให้สัมปทานขอเลิกสัญญา⁴⁸

2.2.3.2.2 สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ

หน่วยงานของรัฐได้ทำสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการในสิ่งที่มีอยู่แล้ว โดยการให้เอกชนบริหารทรัพย์สินของรัฐ โดยได้รับค่าตอบแทนในรูปของค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ใช้บริการ ซึ่งค่าธรรมเนียมจะแบ่งเป็นสองส่วน คือ ส่วนของเอกชนคู่สัญญาและของหน่วยงานเจ้าของทรัพย์สินนั้นๆ⁴⁹ การบำรุงรักษาซ่อมแซมใหญ่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐผู้เป็นเจ้าของโครงการ โดยจะต้องรับผิดชอบบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ ดังนั้น เอกชนผู้รับมอบหมายจึงมีความเสี่ยงน้อยกว่าผู้รับสัมปทาน แต่ระยะเวลาตามสัญญาจะสั้นกว่าคือไม่เกิน 10 ปี รูปแบบของสัญญามักจะใช้ในกรณีที่สัมปทานเดิมหมดอายุและทรัพย์สินกลายมาเป็นของรัฐ โดยรัฐไม่ต้องการดำเนินการบริหารกิจการเอง

2.2.3.2.3 สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐ

เอกชนสามารถเข้าจัดทำบริการสาธารณะ โดยได้รับมอบหมายจากรัฐ ซึ่งเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนที่กำหนดไว้ และผลกำไรที่จะได้รับจากผลงานนั้น การดูแลทรัพย์สินเป็นหน้าที่ของผู้รับมอบหมาย ส่วนการซ่อมแซมใหญ่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ เอกชนจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ โดยจะต้องส่งให้รัฐทั้งหมด⁵⁰ การว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐ เป็นรูปแบบการมอบหมายที่ให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะและยังทำให้เอกชนมีอิสระในการดำเนินการพอสมควร โดยสัญญาจะมีระยะเวลาประมาณ 5 ปี

2.2.3.2.4 สัญญาจ้างผู้จัดการบริหารงานแทนรัฐ

สัญญาจ้างผู้จัดการบริหารงานแทนรัฐจะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐ แต่ผู้บริหารจัดการจะได้รับ

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 453.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 451.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 451.

ค่าตอบแทนแบบเหมาจ่าย⁵¹ กล่าวคือ ผู้รับมอบหมายให้ดำเนินการจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการและนำเงินส่งเข้ารัฐ ส่วนหน่วยงานของรัฐจะเป็นผู้จ่ายเงินให้แก่คู่สัญญา สัญญารูปแบบนี้จะมีความเสี่ยงภัยน้อยมาก แต่รัฐอาจลดผลกระทบความเสี่ยงภัยไปให้คู่สัญญาได้ เช่น กำหนดให้ผู้ดำเนินการต้องรับผิดชอบในกรณีที่ผลงานไม่เป็นไปตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ โดยสัญญาจะมีระยะเวลาประมาณ 5 ปี

2.2.3.2.5 สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะ⁵²

สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะ เป็นสัญญาที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมอบหมายให้เอกชนก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ อันเป็นรูปแบบผสมผสานระหว่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ สัญญาโยธาสาธารณะและสัญญาสัมปทาน จะใช้ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องก่อสร้างงานโยธาสาธารณะแต่ไม่มีงบประมาณที่จะสร้างเองได้ รัฐจะตกลงกับเอกชนให้เป็นผู้ก่อสร้าง โดยรัฐจะจ่ายเงินคืนให้แก่เอกชนเป็นงวดๆ และมีข้อตกลงว่าเมื่อโครงการแล้วเสร็จ ผู้ก่อสร้างมีสิทธิที่จะบริหารโครงการนั้นในรูปแบบของสัมปทาน

2.2.3.2.6 สัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน⁵³

ปัจจุบัน สัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย ซึ่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 17 มิถุนายน 1938 กำหนดให้คดีที่เกิดขึ้นจากสัญญาประเภทนี้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และในทางวิชาการก็ยังคงเป็นที่ยอมรับว่า สัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน อันเป็นเรื่องในทางปกครองโดยแท้ จึงเป็นเพียงการนำสิ่งที่ เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ มากำหนดให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 451.

⁵² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง,” โดย Philippe Turguet de Beauregard, วารสารกฎหมายปกครอง 18 ตอน 1 (เมษายน 2542) : หน้า 23.

⁵³ บุปผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวความคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, (กรุงเทพ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 64-65.

2.2.4 ผลของสัญญาทางปกครอง

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองกับเอกชนได้ทำสัญญาขึ้น โดยมีผลผูกพันหรือเกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นตามกฎหมาย เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งผลของสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สัญญาทางแพ่งนั้นจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาที่ลงนามในสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายเจ้าหน้าที่มีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาได้ หากคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ตามสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหน้าที่เรียกร้องแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหน้าที่อาจใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่ในสัญญาทางปกครอง สัญญามิได้มีผลผูกพันเป็นการเฉพาะตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ลงนามในสัญญา เพราะเจ้าหน้าที่กระทำการในนามของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่มิได้กระทำการในฐานะส่วนตัว สัญญาจึงมีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐ แม้เจ้าหน้าที่จะพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ไปแล้วก็ตาม⁵⁴ สัญญาทางปกครองมีหลักการดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อรัฐดำเนินการเพื่อประชาชนจำนวนมาก รัฐจึงต้องมีทั้งอำนาจและภาระหน้าที่เพิ่มจากเอกชน กล่าวคือ⁵⁵

ประการแรก ถ้าประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไป รัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม แต่รัฐต้องมีภาระหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่เอกชนที่ต้องรับภาระเพิ่มขึ้นจากการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้น อันเป็นความแตกต่างจากสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่คู่สัญญามีความเสมอภาคกัน เนื่องจากคู่สัญญาเอกชนฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขสัญญาโดยเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมไม่ได้ เพราะต่างก็ทำเพื่อกำไรหรือผลประโยชน์ของตนทั้งสิ้น

ประการที่สอง ในกรณีที่ฝ่ายปกครองผิดสัญญา เอกชนจะหยุดทำตามสัญญาหรือเลิกสัญญาทันทีไม่ได้ เนื่องจาก บริการสาธารณะต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่องเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพราะผู้เสียหายคือมหาชน เอกชนสามารถฟ้องศาลและเรียกค่าเสียหายได้เท่านั้น ซึ่งต่างกับสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ยอมให้คู่สัญญาหยุดปฏิบัติตามสัญญาได้ หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา เพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนตนอันมิได้กระทบต่อประโยชน์มหาชน

⁵⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “การพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 3 (เดือนธันวาคม 2541) : 155.

⁵⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ศาลปกครอง กฎหมายปกครอง และตัวอย่างสัญญาทางด่วน,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 13 ตอน 2 (เดือนสิงหาคม 2537) : 23.

ประการที่สาม หากเกิดสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ทำให้คู่สัญญาที่เป็นเอกชนต้องเสียค่าใช้จ่ายมากถึงขนาดอาจจะล้มละลายได้ เช่น เกิดสงคราม แม้สัญญาจะกำหนดให้เอกชนต้องรับภาระ ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่า รัฐมีหน้าที่ต้องช่วยรับภาระที่เกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายดังกล่าวด้วย โดยใช้เงินทดแทนมิให้เอกชนต้องล้มละลาย เพราะอาจกระทบกับการบริการสาธารณะซึ่งอาจจะต้องหยุดชะงักไป และประชาชนเสียประโยชน์ซึ่งต่างจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากกฎหมายแพ่งถือว่าไม่ใช้การชำระหนี้พ้นวิสัยที่จะทำให้เอกชนพ้นจากการชำระหนี้ ดังนั้น เอกชนยังคงต้องชำระหนี้ให้เป็นไปตามข้อสัญญาอยู่นั่นเอง แม้เอกชนจะล้มละลายก็ตาม

นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (prerogative exorbitantes) เช่น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือการยกเลิกสัญญา ซึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองเหล่านี้ เพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นลักษณะเด่นของสัญญาทางปกครอง

ในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาเป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาในสัญญาทางปกครองถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะบังคับได้เองทันที (décision exécutoire)⁵⁶ โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องร้องขอให้ศาลบังคับให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาแต่อย่างใด ฝ่ายปกครองมีสิทธิบังคับให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการหรือปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาและอาจเรียกชดเชยค่าเสียหายจากเอกชนคู่สัญญาได้ แม้จะไม่มีบทลงโทษในข้อสัญญาเลขก็ตาม แต่ฝ่ายปกครองจะต้องเตือนให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาเสียก่อน หากเอกชนคู่สัญญาเพิกเฉย ฝ่ายปกครองมีสิทธิเข้าดำเนินการเองหรือให้บุคคลใดๆ เข้าดำเนินการแทนโดยเอกชนคู่สัญญาจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายทั้งหมด⁵⁷ ต่างกับสัญญาทางแพ่งซึ่งคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาได้ การบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาจึงต้องอาศัยอำนาจทางศาล

สำหรับกรณีที่คู่สัญญาทำสัญญาไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือแบบของสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือสัญญาที่มีข้อสัญญาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม

⁵⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ, “แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง,” รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล, 2540, หน้า 31.

⁵⁷ กมลชัย รัตนสากววงศ์, “การพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 3 (เดือนธันวาคม 2541) : 159.

อันดีของประชาชน หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาพันธวิสัย อันจะทำให้สัญญาที่ทำขึ้นเป็น โฆษะ ซึ่งความเป็น โฆษะของสัญญาในสัญญาทางแพ่งไม่มีผลในทางกฎหมายและไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา ที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อสัญญา แต่ในสัญญาทางปกครอง เมื่อมีเหตุแห่ง โฆษะเกิดขึ้น ในส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญาแล้ว โดยทั่วไปสัญญาย่อมเป็น โฆษะทั้งฉบับ เว้นแต่ จะยอมรับ ได้ว่าแม้จะไม่มีส่วนที่เป็น โฆษะแล้ว คู่สัญญายังอยู่ในวิสัยที่จะทำสัญญาทางปกครองโดยชอบ ด้วยกฎหมายได้⁵⁸

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 157.