

### บทที่ 3

#### ขอบเขตของสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ

การแบ่งแยกสัญญาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง เป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากเนื่องจากสัญญาทั้งสองประเภทต่างมีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญา ทั้งกฎหมายส่วนสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ รวมไปถึงเขตอำนาจศาลในการพิจารณาข้อพิพาทในสัญญา

ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญานั้น หากเป็นสัญญาทางแพ่ง ก็จะนำกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ แต่หากเป็นสัญญาทางปกครองก็จะนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้ ซึ่งก็อาจจะนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้กับสัญญาทางปกครองโดยอนุโลมในส่วนที่กฎหมายปกครองยังพัฒนาไปไม่ถึง และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หากเป็นสัญญาทางแพ่งก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่ตั้งอยู่บนหลักการตกลงกันของคู่ความ ศาลยุติธรรมจึงไม่จำเป็นต้องก้าวล่วงมาค้นหาความจริงแห่งคดี แต่ต้องผูกพันกับพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอ และพิพากษาให้คู่ความที่นำเสนอได้อย่างมีน้ำหนักกว่าเป็นฝ่ายชนะคดี แต่หากเป็นสัญญาทางปกครองก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีเป็นไปตามหลักการค้นหาความจริงโดยการไต่สวน ซึ่งศาลปกครองไม่ผูกพันกับพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอต่อศาล แต่มีอำนาจค้นหาความจริงด้วยการเรียกพยานหลักฐานต่างๆมาสืบได้เอง<sup>1</sup>

แนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับขอบเขตของสัญญาทางปกครองนั้น ได้รับการพัฒนาเป็นอย่างมากในระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และมีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อระบบกฎหมายของไทย

---

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 234-236.

### 3.1 ขอบเขตของสัญญาทางปกครองในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น แม้ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง แต่ก็ไม่ครอบคลุมทั้งหมด จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครองและศาลคดีขัดกันในการวางหลักกฎหมายเพื่อปรับใช้ในกรณีที่ไม่มีความบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง รวมไปถึงการตีความและปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่<sup>2</sup>

คำพิพากษาของศาลปกครองและศาลคดีขัดกันจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการวางแนวทางเพื่อกำหนดขอบเขตของสัญญาทางปกครอง

#### 3.1.1 ความเป็นมาของหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง

ภายหลังจากการปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศสเมื่อ ค.ศ. 1789 ได้มีการตรากฎหมายห้ามไม่ให้ศาลยุติธรรมเข้ามาพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งเป็นจุดกำเนิดที่สำคัญของการพัฒนากฎหมายปกครองของฝรั่งเศส โดยในช่วงดังกล่าวทฤษฎีที่เป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายปกครองคือทฤษฎีอำนาจมหาชน กับทฤษฎีการกระทำที่เป็นการดำเนินงานอย่างเดียวกับเอกชน โดยกรณีแรกนั้นเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน ส่วนกรณีที่สองนั้นเป็นการใช้สัญญากระทำการเช่นเดียวกับเอกชนจึงอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน และอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม เว้นแต่สัญญาที่มีข้อกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง<sup>3</sup>

ในเวลาต่อมา ได้มีคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดี Blanco ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 ที่ได้วินิจฉัยว่าการดำเนินการของฝ่ายปกครองจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือไม่จะต้องใช้แนวคิดเรื่องบริการสาธารณะเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา โดยการดำเนินงานของฝ่ายปกครองที่เป็นการบริการสาธารณะจะอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายมหาชนและอยู่

---

<sup>2</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, "รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส", เสนอต่อ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2545, หน้า 1-2.

<sup>3</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, "รายงานวิจัยเรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง", เสนอต่อ สถาบันพระปกเกล้า และสำนักงานศาลปกครอง, 2547, หน้า 7-8.

ในเขตอำนาจศาลปกครอง จากจุดนี้เองที่ได้มีการพัฒนามาเป็นแนวคิดในการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีสัญญาทางปกครอง โดยในคดี Terrier ตุลาการผู้แถลงคดีชื่อ Romieu ได้วางข้อสรุปที่แสดงให้เห็นว่า การดำเนินบริการสาธารณะโดยวิธีการใช้อำนาจบังคับและวิธีการทำสัญญาต่างก็อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองทั้งสิ้น จากนั้นอีกไม่นานก็ได้มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดี Thérond โดยได้วินิจฉัยว่า สัญญาซึ่งเมืองแห่งหนึ่งได้มอบหมายให้คู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะในการจับสุนัขจรจัด และนำไปส่งบริเวณที่เลี้ยงสัตว์ และจัดเก็บซากสัตว์ที่ตายแล้ว อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เนื่องจากเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะ คำพิพากษาดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นถึงการใช้เกณฑ์ในเรื่องการมีวัตถุประสงค์เป็นการบริการสาธารณะในการพิจารณาสัญญาทางปกครอง<sup>4</sup>

นอกจากหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของสัญญาทางปกครองโดยการบริการสาธารณะแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่ใช้ในการกำหนดขอบเขตของสัญญาทางปกครองได้แก่ หลักเกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ (Clause Exorbitant) โดยในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี Société des granits porphyroïdes Vosges ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1912 ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเทศบาลเมืองลิล (Lill) กับบริษัทถ่านหินแกรนิต เกี่ยวกับกรณีที่เทศบาลซื้อหินแกรนิตจากบริษัทเพื่อมาปูพื้นถนน ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยตุลาการผู้แถลงคดี Léon Blum ได้วางหลักเกณฑ์ว่า "ในเรื่องของสัญญานั้น ไม่ใช่จะต้องค้นหาว่าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องใด แต่จะต้องค้นหาจากสภาพของสัญญานั้น ในคดีดังกล่าวนั้นไม่เป็นการเพียงพอที่สัญญาที่กำหนดให้จัดหาพัสดุเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะจะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่จะต้องปรากฏว่าสัญญานั้น โดยสภาพแล้วเป็นสัญญาที่บุคคลมหาชนเท่านั้นที่สามารถทำได้ ซึ่งสิ่งที่จะต้องพิจารณา คือ สภาพของตัวสัญญานั้นเอง โดยไม่ต้องคำนึงถึงตัวคู่สัญญาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น" จากข้อสรุปของตุลาการผู้แถลงคดีข้างต้น แสดงให้เห็นถึงเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาได้ว่าจะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยมีได้พิจารณาจากวัตถุประสงค์ที่เป็นบริการสาธารณะ แต่จะพิจารณาจากข้อกำหนดที่ระบุในสัญญานั้น และแม้ว่าในคำพิพากษาจะยังไม่มี การนำเอาคำว่า "ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ" มาใช้ แต่เมื่อพิจารณาข้อสรุปของตุลาการผู้แถลงคดีก็ย่อมถือได้ว่าแนวความคิดดังกล่าวได้เกิดขึ้นมาแล้วในคดีนี้<sup>5</sup>

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-20.

<sup>5</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 234-235.

นอกจากนี้ ในเวลาต่อมายังมีการขยายขอบเขตของสัญญาทางปกครอง ครอบคลุมถึง สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ (régime exorbitant) โดย คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดี Société d' exploitation électrique de la Rivière du Sant ในปี ค.ศ.1973 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนที่อยู่ภายใต้ระบบ กฎหมายพิเศษ จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>6</sup>

ในปัจจุบันหลักเกณฑ์ในการจำแนกสัญญาออกเป็นสัญญาทางปกครองและ สัญญาทางแพ่ง ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส จึงมีทั้งหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นโดยการกำหนดของ กฎหมาย และหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาซึ่งได้แก่หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบริการ สาธารณะ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ ระบบกฎหมายพิเศษที่นำมาใช้กับสัญญา

### 3.1.2 หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง

ในปัจจุบันนี้หลักเกณฑ์ในแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อาจจำแนกได้เป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นโดยการกำหนดของกฎหมาย และหลักเกณฑ์ที่เกิดจากคำพิพากษาที่เรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ดังรายละเอียด คือ

#### 3.1.2.1 สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

ศาลคดีขัดกันได้วางหลักเอาไว้ว่า เฉพาะกฎหมายและกฎเกณฑ์ของฝ่าย บริหารเท่านั้นที่จะกำหนดถึงสภาพของสัญญาได้<sup>7</sup> โดยกฎหมายอาจจะระบุไว้โดยตรงว่าสัญญาใด เป็นสัญญาทางปกครอง แต่ในบางครั้งบทบัญญัติกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าให้ถือว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ได้กำหนดไว้โดยทางอ้อมว่า สัญญานั้นอยู่ในเขตอำนาจ การพิจารณาคดีของศาลปกครอง ก็จะเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย โดยในบางกรณีแม้ว่าสัญญาของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่กฎหมายอาจ

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 18-26.

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 331.

กำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองก็ได้<sup>8</sup>

ตัวอย่างของสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ได้แก่

1) สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ ตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 Pluviöse an VIII กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งสภาจังหวัดขึ้นมา โดยมีอำนาจเกี่ยวกับการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างผู้รับทำงานโยธาสาธารณะกับฝ่ายปกครอง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความหมายหรือการทำตามข้อกำหนดของการทำงาน ซึ่งนับแต่มีกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับสัญญาเกี่ยวกับการทำงานสาธารณะ ก็มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครองแม้จะมีการนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ในบางกรณี<sup>9</sup>

2) สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติ ตามรัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ.1938 ก่อนที่กฎหมายฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับ ได้มีแนวคำพิพากษาจำแนก ประเภทสัญญาครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดินไว้สองลักษณะ คือหากคู่สัญญามีส่วนรับผิดชอบหรือมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากกิจกรรมของคู่สัญญาไม่ก่อให้เกิดบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาในระบบกฎหมายแพ่ง แต่กฎหมายเมื่อกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับแล้ว คดีเกี่ยวกับสัญญาที่ให้ครอบครองสาธารณะสมบัติจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เนื่องจากธรรมชาติของสาธารณสมบัติย่อมอยู่เหนือจากระบบธุรกิจ ดังนั้น สัญญาเกี่ยวกับการจัดการสาธารณสมบัติของแผ่นดินจึงเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อยู่นอกเหนืออำนาจศาลยุติธรรมและหลักเกณฑ์ของกฎหมายเอกชน<sup>10</sup>

3) สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุ ตามมาตรา 14 แห่งรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ.1806 บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุของรัฐ แต่แนวคำพิพากษาที่เกิดขึ้นก็ไม่ได้ดำเนินตามบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากศาลปกครองถือว่าสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนที่ทำโดยรัฐ ไม่ถือว่าเป็นสัญญาจัดซื้อพัสดุตามความหมายของกฎหมายดังกล่าว โดยส่วนใหญ่ศาลปกครองจะเข้าไปพิจารณาถึงเนื้อหาของสาระของสัญญาว่ามีการใช้อำนาจรัฐหรือเป็นสัญญาการซื้อขายในเชิงธุรกิจ<sup>11</sup>

<sup>8</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี และมานิตย์ วงศ์เสรี, นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 46.

<sup>9</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 331.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 332.

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 333.

4) สัญญากู้ยืมเงินของรัฐ ตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ.1790 และวันที่ 26 กันยายน ค.ศ.1790<sup>12</sup>

ส่วนสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมได้แก่

1) สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการประเภทไปรษณีย์และโทรคมนาคมตามมาตรา 25 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ.1990 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ประเภทไปรษณีย์และโทรคมนาคม โดยในมาตรา 25 กำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการเป็นความสัมพันธ์ในระบบกฎหมายแพ่ง<sup>13</sup>

2) สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงของราชการทหาร ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ.1905 และ 6 พฤศจิกายน ค.ศ.1930<sup>14</sup>

3) สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะดี ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ.1851 ขณะที่การเข้ารับการรักษาของคนไข้ที่ฐานะไม่ดีอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ.1893 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับถูกแก้ไขโดย Code de santé public มาตรา L.680<sup>15</sup>

### 3.1.2.2 สัญญาทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาล

สัญญาที่กฎหมายไม่ได้ระบุว่าเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่ง ก็จะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะวางแนวบรรทัดฐานว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาประเภทใด

โดยการพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ

1) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นถือว่ารัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และ

<sup>12</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, "รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส", หน้า3.

<sup>13</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 333.

<sup>14</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, "รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส", หน้า3.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน.

องค์การมหาชน เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน<sup>16</sup>

โดยทั่วไปสัญญาระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามสัญญาระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนอาจเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน หากวัตถุประสงค์ของสัญญาค้ายกับวัตถุประสงค์ของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ในขณะที่สัญญาระหว่างเอกชนอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ทำสัญญานั้นเพื่อนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ส่วนสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน สัญญาดังกล่าวอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ แต่ต้องประกอบด้วยเงื่อนไขอื่นอันได้แก่ เป็นสัญญาที่มีความสัมพันธ์กับบริการสาธารณะ หรือเป็นสัญญาที่มีความสัมพันธ์กับข้อกำหนดพิเศษ<sup>17</sup>

## 2) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา

โดยทั่วไปแล้วสัญญาที่มีความสัมพันธ์กับบริการสาธารณะไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป แต่สัญญาที่จะถือเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างคู่สัญญากับบริการสาธารณะ ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาไว้ใน คดี Epoux Bertin ลงวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1956<sup>18</sup>

ตัวอย่างสัญญาทางปกครองที่มีความสัมพันธ์กับบริการสาธารณะ คือ<sup>19</sup>

-สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งการมอบให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นไม่จำเป็นต้องมอบหมายให้ดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมด อาจเป็นการมอบหมายแต่เพียงบางส่วนแต่เป็นการมอบหมายให้เข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงก็ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

-สัญญาที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยจะต้องเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรง โดยอาจจะเข้ามามีส่วนร่วมอย่างถาวรและเป็นอาชีพ ดังเช่นสัญญาว่าจ้างบุคลากรเข้าปฏิบัติงานทำให้มีสถานะเป็นเจ้าของที่ของรัฐ หรืออาจจะเข้ามามีส่วนร่วมเพียงชั่วคราว เช่นสัญญาที่โรงพยาบาลของรัฐมอบให้เภสัชกรเข้าร่วมวิเคราะห์

<sup>16</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส** (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 24-25.

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 140-141.

<sup>18</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, **สัญญาทางปกครอง**, หน้า 328.

<sup>19</sup> บุปผา อัครพิมาณ, **สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย**, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 31-35.

การใช้ยาของคนไข้

### 3) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น ข้อกำหนดพิเศษที่จะทำให้สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเป็นสัญญาทางปกครอง อาจจะเป็นข้อกำหนดพิเศษที่ปรากฏอยู่ในสัญญา หรืออาจจะเป็นข้อกำหนดพิเศษที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา โดยมีรายละเอียดดังนี้

(3.1) สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อกำหนดพิเศษปรากฏในสัญญา

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดคดี Société des granits porphyroïdes Vosges ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1912 ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ คือการนำเอาหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายมหาชนมาใช้ไว้ในสัญญานั้นเอง<sup>20</sup>

การที่สัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษ ได้รับการพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครองตั้งอยู่บนสมมติฐานสองความคิด กล่าวคือ ในประการแรกนั้นการกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ที่จะทำให้อำนาจที่สร้างขึ้นเป็นสัญญาทางปกครองและบังคับใช้กฎหมายมหาชน ประการที่สองนั้น เนื่องจากข้อกำหนดพิเศษนั้นก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองโดยธรรมชาติ เนื่องจากจะไม่พบข้อกำหนดนี้ในสัญญาแพ่งธรรมดาเพราะมีเนื้อหาที่ต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน<sup>21</sup>

ตัวอย่างของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่<sup>22</sup>

(1) ข้อกำหนดที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองคู่สัญญามีสถานะเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อสัญญาเหล่านี้ มักกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญา หรือเข้าดำเนินการแทนในกรณีคู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ ซึ่งวิธีการใช้อำนาจดังกล่าวนี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากในสัญญาทางแพ่ง เช่น เป็นดุลยพินิจของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้วิธีการดังกล่าว หรือการใช้วิธีการนั้นโดยไม่มีการเตือนล่วงหน้าให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญา

<sup>20</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 326-327.

<sup>21</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, "รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส", หน้า 7.

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 8-9.



(2) ข้อกำหนดที่มีการอ้างอิงไปถึงสัญญาแบบ หรือเอกสาร กำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

(3) ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก เช่น ข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทาน

(4) ข้อกำหนดซึ่งต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น

(5) ข้อกำหนดซึ่งไม่ค่อยพบ หรือพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่งของเอกชน เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เช่น หลักความเสมอภาคของคู่สัญญา

(6) ข้อกำหนดซึ่งไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เช่น ข้อกำหนดในคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการยกเว้นภาษี ซึ่งหากนำไปกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนแล้วอาจจะเป็นโมฆะ

(3.2) สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ

ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสวางแนวคำพิพากษาไว้ว่า สัญญา อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้หากอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ (régime exorbitante) คือคำพิพากษาคดี Société d' exploitation électrique de la Rivière du Sant ซึ่งข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องของการไฟฟ้าแห่งชาติ (E.D.F.) ทำสัญญาซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าอิสระ ซึ่งศาลปกครองเห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากการไฟฟ้าแห่งชาตินั้น แม้จะมีฐานะเป็นวิสาหกิจมหาชนทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมก็ตาม แต่ก็ทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ จึงสามารถทำสัญญาทางปกครองได้ นอกจากนี้ในสัญญายังได้มีการกำหนดระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษเอาไว้ด้วยคือ หากมีปัญหาเกิดขึ้นให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีที่จะพิจารณาวินิจฉัยสั่งการ การกำหนดระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าว ทำให้สัญญาระหว่างการไฟฟ้าแห่งชาติกับผู้ผลิตไฟฟ้าอิสระเป็นสัญญาทางปกครอง แม้ว่าในสัญญานั้นจะมีได้เป็นเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะ และไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษปรากฏอยู่ในสัญญาแต่ประการใด<sup>23</sup>

<sup>23</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 333-334.

### 3.1.3 รูปแบบของสัญญาทางปกครองประเภทต่างๆ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

รูปแบบของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสที่มีความสำคัญ และเป็นที่มาของหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสได้แก่

#### 3.1.3.1 สัญญาพัสดุ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สัญญาพัสดุเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย แม้ว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาพัสดุ จะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการทำสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์หรือบริการหรือการก่อสร้างโดยฝ่ายปกครองจะจ่ายค่าตอบแทนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งต่าง ๆ เหล่านั้น แต่สัญญาพัสดุซึ่งทำโดยฝ่ายปกครองก็ถือเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน<sup>24</sup>

สัญญาพัสดุเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีกฎหมายทั้งของฝ่ายนิติบัญญัติ และกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารเกี่ยวข้องด้วยเป็นจำนวนมาก กฎหมายและกฎเกณฑ์เหล่านี้เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1833 และต่อมาก็ได้ถูกนำมารวบรวมไว้ในรูปของประมวลกฎหมายพัสดุตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946 และใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งถึงปัจจุบันก็ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายพัสดุนับใหม่ในปี ค.ศ. 2001 โดยสัญญาพัสดุในปัจจุบันอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุ ซึ่งแม้จะเรียกกันว่าเป็นประมวลกฎหมายก็ตาม แต่ก็มีได้เป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร<sup>25</sup>

โดยมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุนับใหม่ได้กำหนดถึงเกณฑ์ที่จะพิจารณาว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาพัสดุไว้ดังนี้

“สัญญาพัสดุ ได้แก่ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือเอกชนกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุและการจัดให้มีบริการ”<sup>26</sup>

<sup>24</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 422-424.

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน.

จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงจำแนกประเภทของสัญญาพัสดุได้ดังนี้<sup>27</sup>

1) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง ได้แก่ สัญญาก่อสร้างถนน สัญญาขุดคลอง สัญญาสร้างสะพาน สัญญาสร้างทางระบายน้ำ สัญญาก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

2) สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุ ได้แก่ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการส่งน้ำ ส่งก๊าซ หรือส่งกระแสไฟฟ้า สัญญาซื้อเครื่องพิมพ์ดีด สัญญาจัดพิมพ์หนังสือ สัญญาซื้อหาอาหาร ถ่านหิน น้ำมัน รถยนต์ เครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ เครื่องแบบ เป็นต้น

3) สัญญาจัดให้มีบริการ ได้แก่ สัญญาที่เกี่ยวกับการขนส่ง ได้แก่ สัญญาจ้างผู้จัดให้มีบริการรับส่งนักเรียน สัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่สร้างขึ้นเพื่อให้มีการเก็บขยะหรือของเสียต่างๆ สัญญาที่เกี่ยวกับการบำรุงรักษา เช่น สัญญาให้บำรุงรักษาเครื่องบิน รถยนต์ วัสดุอุปกรณ์ในสำนักงานประเภท คอมพิวเตอร์ ลิฟท์ สัญญาจ้างทำงานวิจัย เป็นต้น

### 3.1.3.2 สัญญามอบหมายบริการสาธารณะให้แก่ภาคเอกชน

การมอบหมายบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำ คือ การที่นิติบุคคลมหาชนมอบบริการสาธารณะบางอย่างที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการของตน ให้แก่บุคคลอื่นไปจัดทำการมอบบริการสาธารณะให้จัดทำมีที่มาจากแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในปี ค.ศ. 1956 ที่ได้วินิจฉัยเอาไว้ว่า สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการมอบให้คู่สัญญาปฏิบัติงาน เช่นเดียวกับบริการสาธารณะมีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>28</sup>

การมอบบริการสาธารณะให้จัดทำจะต้องทำเป็นสัญญา หรือ ข้อตกลง ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงได้ ซึ่งการมอบบริการสาธารณะให้จัดทำมีรูปแบบที่สำคัญ 4 รูปแบบ คือ<sup>29</sup>

#### 1) การให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ

การให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ คือ การที่ฝ่ายปกครองมอบสิทธิในการดำเนินการบางอย่างให้แก่เอกชนเข้ามาเป็นผู้ดำเนินการ โดยเอกชนไม่ต้องลงทุน ไม่ต้องก่อสร้างและไม่ต้องจัดซื้ออุปกรณ์ใดๆ โดยเอกชนจะเข้ามาบริหารหรือดำเนินกิจการนั้น

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>28</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 446.

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 450-454.

แทนฝ่ายปกครอง โดยได้รับค่าตอบแทนในรูปค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ให้บริการ ซึ่งค่าธรรมเนียมนี้จะแบ่งเป็นสองส่วน ส่วนแรกจะเป็นของเอกชนคู่สัญญาและอีกส่วนหนึ่งจะเป็นของฝ่ายปกครอง เจ้าของทรัพย์สินหรือโครงการ

ตัวอย่างของการให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ คือ การจ่ายน้ำประปาไปยังอาคารบ้านเรือนของประชาชน ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้วางเกณฑ์เอาไว้ว่าการดำเนินการดังกล่าวมิใช่เป็นการดำเนินการในรูปสัญญาสัมปทาน แต่เป็นสัญญาอีกประเภทหนึ่ง

#### 2) การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะแทนรัฐ

คือการที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะโดยได้รับค่าตอบแทนที่กำหนดไว้ชัดเจนตายตัว การดูแลรักษาทรัพย์สินเป็นหน้าที่ของผู้รับมอบหมาย หากมีการซ่อมแซมในหลวงรัฐจะรับภาระค่าซ่อมแซมในด้านการเงิน ผู้รับมอบหมายจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการ แต่จะส่งเข้าหน่วยงานของรัฐทั้งหมด

#### 3) การจ้างผู้บริหารงานแทน

การจ้างผู้บริหารงานแทนมีรูปแบบคล้ายการว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะแทนรัฐ แต่ผู้บริหารจัดการจะได้รับค่าตอบแทนเหมาจ่ายเหมือนลูกจ้าง ในฐานะผู้บริหารโครงการ ผู้รับมอบหมายจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการแต่จะต้องส่งเข้าหน่วยงานของรัฐทั้งหมด

#### 4) สัมปทาน

คือ การได้รับมอบหมายจากรัฐให้เป็นผู้จัดทำให้มีบริการสาธารณะ โดยผู้รับสัมปทานจะต้องลงทุนเองและรับความเสี่ยงภัย ผู้รับสัมปทานมีรายได้จากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการ เมื่อหมดสัญญาแล้วสิ่งก่อสร้างต่างๆ จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เกิดจากแนวคิดในการให้เอกชนเข้ามาจัดทำและดูแลกิจการของฝ่ายปกครองบางอย่าง เพื่อประหยัดเวลาและงานของฝ่ายปกครอง โดยในอดีตสัมปทานบริการสาธารณะจะมอบให้แก่เอกชนเป็นผู้จัดทำ แต่ต่อมาในภายหลังจึงได้มีการมอบให้นิติบุคคลมหาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำด้วย โดยผู้รับสัมปทานจะมีรายได้จากการเก็บค่าบริการจากผู้ให้บริการ แต่ในระยะหลังหลักที่ว่านี้มีข้อยกเว้นดังเช่นที่ศาลปกครองได้วางแนวทางไว้ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ.1986 ในคดี Compagnie luxembourgeoise de télédiffusions et autres ในกรณีสัญญาให้บริการแพร่ภาพโทรทัศน์ทางคลื่นอากาศ โดยไม่เก็บค่าบริการจากประชาชนแต่ผู้ดำเนินการแพร่ภาพมีรายได้มาจากค่าโฆษณา นั่นถือเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

สัมปทานบริการสาธารณะประกอบด้วยส่วนสำคัญ 3 ประการ คือ<sup>30</sup>

(1) ข้อตกลง ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งต้องเกิดจากเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาสัมปทานที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป เพราะการเกิดขึ้นของสัญญาสัมปทานนั้นโดยสภาพแล้วจะต้องมีการเข้าเป็นคู่สัญญา ซึ่งแตกต่างจากการดำเนินกิจกรรมบางประเภทของฝ่ายปกครอง ที่มีการใช้อำนาจฝ่ายเดียว ดังนั้น หากเมื่อไม่มีข้อตกลงก็จะมีสัญญาสัมปทานเพราะการสั่งการฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไม่สามารถทำให้เกิดสัญญาสัมปทานได้

(2) ผู้รับสัมปทาน ซึ่งไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นเอกชนเสมอไป โดยนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนบางประเภท เช่น องค์การมหาชน อาจเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้จัดทำบริการสาธารณะก็ได้ เช่นเดียวกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่อาจรับมอบภารกิจบางอย่างจากรัฐมาจัดทำได้เช่นกัน

(3) วัตถุประสงค์ สัมปทานบริการสาธารณะมีวัตถุประสงค์ คือ การดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของส่วนรวม โดยหลักดังกล่าวได้รับการยืนยันโดยศาลปกครองสูงสุดในคำวินิจฉัยคดี Commune de Montségur ลงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.1921 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักสำคัญเอาไว้ว่า ผู้ที่ดำเนินการในนามของฝ่ายปกครองในการจัดทำบางสิ่งเพื่อประโยชน์สาธารณะ สิ่งนั้นถือเป็นงานโยธาสาธารณะด้วย

### 3.1.3.3 สัญญาให้เอกชนครอบครองสาธารณะสมบัติ

สัญญาประเภทนี้ เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว การให้เอกชนครอบครองที่ดินของรัฐอาจทำในรูปแบบของการอนุญาต ซึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว หรือในรูปของสัญญาก็ได้ สัญญาประเภทนี้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในที่ดินสาธารณะของหน่วยงานทางปกครอง โดยลักษณะสำคัญของสัญญาประเภทนี้คือ การให้เอกชนเข้าครอบครองที่ดินสาธารณะ ซึ่งอาจเป็นการเข้าครอบครองเพื่อใช้ประโยชน์ในกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ก็ได้<sup>31</sup>

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>31</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, หน้า

ตัวอย่างของสัญญาให้ออกชนครอบครองสาธารณะสมบัติ เช่น<sup>32</sup>

- (1) สัญญาสัมปทานการครอบครองสาธารณะสมบัติทางทะเล เช่น สัญญาสัมปทานอุปกรณ์เครื่องมือสาธารณะในท่าเรือ สัญญาสัมปทานท่าเรือเพื่อการกีฬาหรือการหย่อนใจ สัญญาสัมปทานเขื่อนกันน้ำ หรือ สัญญาสัมปทานชายหาด ไม่ว่าจะเป็นชายหาดธรรมชาติหรือชายหาดที่สร้างขึ้น
- (2) สัญญาสัมปทานการครอบครองสาธารณะสมบัติทางแม่น้ำ ได้แก่ สัญญาสัมปทานอุปกรณ์เครื่องมือสาธารณะ สัญญาสัมปทานการใช้ที่ดินของแม่น้ำ เกิดจากการสร้างเขื่อนกันน้ำ
- (3) สัญญาสัมปทานสถานีบริการบนทางคมนาคมสาธารณะ
- (4) สัญญาสัมปทานอุปกรณ์เครื่องมือสาธารณะในท่าอากาศยาน
- (5) สัญญาสัมปทานการปิดป้ายประกาศหรือโฆษณาบนสาธารณะสมบัติ
- (6) สัญญาสัมปทานขุมขายหนังสือพิมพ์หรือดอกไม้ในกรุงปารีส
- (7) สัญญาสัมปทานที่จอดรถใต้ดิน

### 3.2 ขอบเขตของสัญญาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายโรมัน มีการแบ่งแยกระบบกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนอย่างชัดเจน และยอมรับถึงระบบของสัญญาทางปกครองที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง โดยสัญญาทางปกครอง ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง สิ่งหนึ่งที่เป็นลักษณะเฉพาะของระบบสัญญาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ คือมีการบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ไว้อย่างชัดเจน โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz) ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 ซึ่งเรียกโดยย่อว่า Vw VFG<sup>33</sup> โดยมีรายละเอียดดังนี้

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>33</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, โรงพิมพ์คุรุสภา, 2545), หน้า 1.

### 3.2.1 ความหมายของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 โดยในมาตรา 54 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครอง ดังนี้

"นิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยสัญญา (สัญญาทางมหาชน) ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าหน้าที่ทางปกครองอาจเข้าทำสัญญาทางมหาชนแทนการออกคำสั่งทางปกครองได้กับผู้ที่เกี่ยวข้องแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในทางปกครองขึ้น"<sup>34</sup>

เมื่อพิจารณาด้อยค่าจากกฎหมายดังกล่าว อาจให้คำจำกัดความของสัญญาทางปกครองคือ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชน โดยคำว่าสัญญาตามกฎหมายมหาชนนั้นครอบคลุมในสัญญาทางปกครองแต่ไม่ได้ครอบคลุมถึงสัญญาระหว่างประเทศ โดยมีองค์ประกอบที่อาจแยกพิจารณาได้คือ<sup>35</sup>

1) สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาประเภทหนึ่ง จึงต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามกฎหมายเอกชน มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น ในเรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญาที่คู่สัญญาจะต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกัน

2) เนื้อหาสาระของสัญญาทางปกครอง จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง โดยจะต้องเป็นการก่อเปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง

สัญญาที่ฝ่ายปกครองจะจัดทำนั้น จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งนั้น โดยทั่วไปจะพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงทั้งหมดในลักษณะภาวะวิสัย ส่วนเจตนาหรือความเข้าใจของคู่สัญญานั้นไม่ใช่สาระสำคัญ แต่ในบางกรณีหากฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะเลือกทำสัญญาทั้งในรูปแบบสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง เมื่อฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลยพินิจในการผูกพันตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนก็ต้องเป็นไปตามนั้น<sup>36</sup>

<sup>34</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน", วารสารนิติศาสตร์, 29 (มิถุนายน 2542): 262.

<sup>35</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, หน้า 4-5.

### 3.2.2 การแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาตามกฎหมายเอกชน

การแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งนั้น จะพิจารณาจากเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์ของสัญญา ส่วนฐานะของคู่สัญญาไม่ใช่สาระสำคัญในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกัน อาจจะเป็นสัญญาทางแพ่ง หากเนื้อหาของสัญญาเป็นไปตามกฎหมายเอกชน ในขณะที่สัญญาระหว่างเอกชนอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากเนื้อหาของสัญญาเป็นไปตามกฎหมายมหาชนโดยจะต้องมีกฎหมายพิเศษให้โอกาสเอกชนที่จะดำเนินการได้ แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาระหว่างเอกชนที่เป็นสัญญาทางปกครอง จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับกับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายปกครองเท่านั้น<sup>37</sup>

การพิจารณาเนื้อหาสาระของสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองจะพิจารณาจากเนื้อหาสาระที่สำคัญของสัญญาทางปกครอง โดยมีข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายปกครอง หรือมูลแห่งนี้หรือหน้าที่ในการชำระหนี้มีลักษณะเป็นไปตามกฎหมายปกครอง โดยสัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นในกรณีดังต่อไปนี้ คือ<sup>38</sup>

-สัญญาที่มีเนื้อหาเป็นการบังคับตามกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาที่มีข้อตกลงซึ่งเป็นไปตามกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย

-สัญญาที่มีเนื้อหากำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการใดๆ ในทางปกครอง เป็นการตอบแทน เช่น สัญญาที่มีข้อกำหนดให้ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

-สัญญาที่มีเนื้อหากำหนดสิทธิและหน้าที่ของเอกชนตามกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาที่มีข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารมีหน้าที่ต้องจัดให้มีสถานที่จอดรถ

หากเนื้อหาสาระของสัญญานั้นไม่ปรากฏชัดเจน ว่าเป็นหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนหรือไม่ โดยเฉพาะการชำระหนี้ตามสัญญา จะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของการชำระหนี้

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.



ประกอบกับลักษณะของสัญญา หากคู่สัญญาเอกชนชำระเงินเพื่อให้ฝ่ายปกครองออก คำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการอื่นใดทางปกครองตอบแทน สัญญาดังกล่าวถือเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>39</sup>

ส่วนในกรณีที่เนื้อหาของสัญญามีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินบางส่วนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสัญญาจะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมและการวางผังเมืองให้ หรือจะลดค่าธรรมเนียมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเนื่องมาจากการก่อสร้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ตามมูลค่าของที่ดินที่ฝ่ายเอกชนได้โอนให้ การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินเอกชนให้แก่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชน สัญญาดังกล่าวคือสัญญาผสมระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งในเรื่องดังกล่าว นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าควรแยกการพิจารณา โดยหากเป็นการพิพาทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชนก็ต้องนำข้อพิพาทไปฟ้องยังศาลยุติธรรม แต่หากเป็นการพิพาทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองก็ต้องนำข้อพิพาทไปฟ้องยังศาลปกครอง แต่นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าถ้าหากเนื้อหาแม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองแล้วให้ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>40</sup>

### 3.2.3 ประเภทของสัญญาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ค.ศ.1976 สามารถจำแนกประเภทของสัญญาทางปกครองไว้ได้ 4 ประเภท คือ

#### 3.2.3.1 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

(Der koordinationsrechtliche Vertrag)

กำหนดไว้ตามมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1975 โดยสัญญาประเภทนี้โดยทั่วไป ได้แก่ สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันเองซึ่งอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน จึงไม่อาจก่อตั้งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครอง ด้วยการออกคำสั่งฝ่ายเดียวทางปกครองได้<sup>41</sup> ตัวอย่างของสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน เช่น<sup>42</sup>

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7-9.

<sup>40</sup> เรื่องเดียวกัน.

-สัญญาระหว่างเทศบาลสองเทศบาลเกี่ยวกับการดูแลรักษาแม่น้ำที่ไหลผ่านแนวเขตเทศบาลดังกล่าว และสัญญาต่าง ๆ ที่ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงพื้นที่ระหว่างเทศบาลสองเทศบาล

-สัญญาระหว่างการทางแห่งสหพันธ์กับเทศบาล เกี่ยวกับการว่าจ้างรถไฟขบวนพิเศษตามความต้องการของโรงเรียนต่าง ๆ ที่ประสบปัญหาการชดเชยในเรื่องค่าใช้จ่ายของการเดินทาง

### 3.2.3.2 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

(Der subordinationsrechtliche Vertrag)

สัญญาประเภทนี้โดยทั่วไป ได้แก่ สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ซึ่งคู่สัญญาอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งโดยปกติจะเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองนำสัญญามาใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม อาจรวมถึงกรณีอื่นที่เป็นการตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย เช่น สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับข้าราชการที่ผิดสัญญาลาศึกษาต่อต่างประเทศ<sup>43</sup> ตัวอย่างของสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน เช่น<sup>44</sup>

-สัญญาระหว่างนายจ้างกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการจ่ายเงินค่าเล่าเรียนคืนสำหรับการไล่ออกจากงานจ้างก่อนกำหนด

-สัญญาเกี่ยวกับการจ่ายเงินอุดหนุนที่รัฐให้แก่เอกชน

-สัญญาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์สาธารณะ

นอกจากสัญญาทางปกครองทั้ง 2 ประเภทที่เป็นการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาจากคู่สัญญาเป็นหลักแล้ว กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976

<sup>41</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

<sup>42</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, "รายงานวิจัยเรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง", หน้า 73.

<sup>43</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, หน้า 10.

<sup>44</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, "รายงานวิจัยเรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง," หน้า 73.

ยังกำหนดถึงรูปแบบของสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษโดยพิจารณาจากองค์ประกอบ หรือเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา อันได้แก่

### 3.2.3.3 สัญญาฉบับข้อพิพาททางปกครองหรือสัญญาประนีประนอมทางปกครอง

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ จะใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนมีข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่มีผลต่อการวินิจฉัย เรื่องทางปกครองซึ่งข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอน อีกทั้งการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือการชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นเป็นการยาก หรือเสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก ทั้ง 2 ฝ่ายก็อาจตกลงกันทำสัญญาประนีประนอมหรือสัญญาฉบับข้อพิพาทโดยสามารถทำสัญญาประนีประนอมและสัญญาฉบับข้อพิพาทกันได้ใน และนอกศาล<sup>45</sup>

### 3.2.3.4 สัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง

สัญญาประเภทนี้ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองและเอกชนยอมรับที่จะชำระหนี้ตอบแทนซึ่งกันและกันภายใต้เงื่อนไขว่าการชำระหนี้ต่างตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่แน่นอนตามที่ตกลงกำหนดไว้ในสัญญา เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ของกิจการทางปกครอง หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้จะต้องมีความถูกต้องเหมาะสมแล้วยังเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนตามสัญญา<sup>46</sup>

นอกจากรูปแบบของสัญญาทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแล้ว ยังมีสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่นที่เกิดขึ้นในแดนของกฎหมายต่างๆ ดังเช่น<sup>47</sup>

<sup>45</sup> มานิตย์ วงศ์เสวี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, หน้า 12.

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

<sup>47</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 244-247.

#### -สัญญาทางปกครองในกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้าง

สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นในแดนของกฎหมายดังกล่าวมีหลายรูปแบบ แต่ที่พบอยู่บ่อยๆ คือ กรณีที่เอกชนต้องการสร้างอาคารในเมืองแต่ไม่มีที่ดินเพียงพอที่จะก่อสร้างที่จอดรถในเมือง เอกชนจึงอาจตกลงกับหน่วยงานที่รับผิดชอบ โดยจ่ายค่าตอบแทนให้ฝ่ายปกครอง เพื่อนำไปขยายที่จอดรถประจำเมืองซึ่งอยู่ไม่ไกลจากอาคารที่ขออนุญาต ฝ่ายปกครองก็จะพิจารณา ยกเว้นหน้าที่ในการสร้างที่จอดรถและออกใบอนุญาตสร้างอาคารให้

#### -สัญญาทางปกครองในกฎหมายสิ่งแวดล้อม

ตัวอย่างของสัญญาทางปกครองในกฎหมายสิ่งแวดล้อม ดังเช่น กรณีที่เกิดการรั่วไหลของมลพิษจากโรงงานเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด แต่ยังไม่ถึงระดับที่เป็นอันตราย โดยเกิดจากการชำรุดของเครื่องมือซึ่งเป็นเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ หากฝ่ายปกครองสั่งปิดโรงงานในทันทีก็จะกระทบกับคนงานจำนวนมาก ฝ่ายปกครองจึงอาจตกลงกับเจ้าของโรงงาน บริหารจัดการรั่วไหลของมลพิษภายในเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ โดยในช่วงระยะเวลาดังกล่าว ฝ่ายปกครองจะยอมรับสภาพการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายไปพลางก่อน

#### -สัญญาทางปกครองในกฎหมายป้องกันการผูกขาด

โดยทั่วไปสำนักงานป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์ มีอำนาจในการออกคำสั่ง ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรวมตัวกัน เพื่อป้องกันการครอบงำตลาด แต่หากเป็นการสมควรก็อาจทำสัญญาดอกกับผู้ประกอบการธุรกิจอนุญาตให้มีการรวมตัวกันได้ โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการขายธุรกิจบางประเภทให้บุคคลอื่น หรือกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการต้องทำ

#### -สัญญาทางปกครองในกฎหมายข้าราชการ

สัญญาที่พบบ่อยในแดนของกฎหมายนี้ได้แก่ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองอนุญาตหรือสนับสนุนให้ข้าราชการในสังกัดศึกษาต่อ โดยเมื่อสำเร็จการศึกษาแล้ว ต้องทำงานในหน่วยงานนั้นชดใช้ หรือทำสัญญาให้ทุนการศึกษากับบุคคลทั่วไป โดยตกลงกันว่าเมื่อสำเร็จการศึกษาแล้วจะเป็นข้าราชการในหน่วยงานนั้นระยะเวลาหนึ่ง

#### -สัญญาทางปกครองในกฎหมายภาษีอากร

ในกรณีการคั่นข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นฐานในการประเมินภาษี หรือคำนวณทุนทรัพย์ที่ใช้ในการประเมินภาษี เกิดความลำบากหรือต้องใช้ทุนทรัพย์มาก เจ้าพนักงานอาจทำสัญญาดอกกับผู้เสียภาษีให้ยอมรับข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นฐานในการคำนวณภาษี

#### -สัญญาทางปกครองในกฎหมายปกครองท้องถิ่น

จะเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกัน เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ติดกัน อาจตกลงกำหนดสิทธิหน้าที่ในการดูแลรักษาลำน้ำที่ตั้งอยู่ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสองแห่งได้

### 3.4 เปรียบเทียบลักษณะทั่วไปและขอบเขตสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ

จากการศึกษาลักษณะทั่วไปและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดขอบเขตสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมัน พบว่ามีความแตกต่างกันในบางประเด็น

โดยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส มีพื้นฐานมาจากข้อความคิดว่าด้วยประโยชน์สาธารณะ ซึ่งได้พัฒนามาเป็นทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ และทฤษฎีอำนาจมหาชน สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้แก่ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการบริการสาธารณะ สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ รวมถึงสัญญาที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ และสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาตามประมวลกฎหมายพัสดุ

ในขณะที่ในระบบกฎหมายเยอรมันไม่ได้เน้นในเรื่องบริการสาธารณะแบบในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยสัญญาทางปกครองถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง และมีฐานะเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครอง โดยได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้เคียงข้างเรื่องคำสั่งทางปกครอง ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นสัญญาที่มีขอบเขตอยู่ในแดนกฎหมายมหาชน

แม้ว่าสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและในระบบกฎหมายเยอรมันจะมีลักษณะบางประการที่แตกต่างกัน แต่ก็มีลักษณะบางประการร่วมกัน ดังนี้

1) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันนั้น สัญญาทางปกครองจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองจะเป็นกฎหมายมหาชนที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชนทั่วไป ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น คำพิพากษาของศาลปกครองและศาลคดีขัดกันจะมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้กับสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะ ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันมีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 54 ถึงมาตรา 62 อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และในระบบกฎหมายเยอรมันจะมีหลักเกณฑ์ที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ แต่ก็ถือว่าสัญญาทางปกครองเป็นสัญญารูปแบบหนึ่ง และมีหลักเกณฑ์บางประการที่สามารถนำมาใช้ได้กับทั้งสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง เช่น ในเรื่องของเจตนาที่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกัน จึงจะเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย

2) สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยทั่วไปจะมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มีทฤษฎีที่เป็น

พื้นฐานของกฎหมายปกครอง คือ ทฤษฎีบริการสาธารณะและทฤษฎีอำนาจมหาชน ซึ่งมีแนวความคิดว่าการดำเนินงานเพื่อประโยชน์ส่วนรวมโดยทั่วไปเป็นภารกิจของรัฐ แต่รัฐเปิดโอกาสให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ โดยมีสัญญาเป็นตัวกลางในการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ดังนั้น สัญญาที่เกิดขึ้นย่อมมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ในขณะที่ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง และเป็นวิธีการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองจะใช้ในการปฏิบัติงานเพื่อให้ภารกิจของฝ่ายปกครองบรรลุผล คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจึงเป็นฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและในระบบกฎหมายเยอรมันก็ยอมรับว่า สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครองแต่นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นไปตามกฎหมายเอกชน สัญญาดังกล่าวจะเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองซึ่งไม่ได้อยู่ในแดนของกฎหมายมหาชน แต่เนื้อหาสาระเป็นไปตามกฎหมายเอกชน สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาในทางแพ่ง

นอกจากนี้ ทั้งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและในระบบกฎหมายเยอรมันต่างมีข้อยกเว้นที่สัญญาระหว่างเอกชนอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สัญญาระหว่างเอกชนอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้หากว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้กระทำแทนรัฐ ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สัญญาระหว่างเอกชนอาจจะเป็นสัญญาทางปกครอง หากความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นอยู่ในแดนกฎหมายมหาชน

3) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมันต่างยอมรับว่าสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนที่เป็นสัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นสามารถอธิบายได้โดยทฤษฎีบริการสาธารณะ และทฤษฎีอำนาจมหาชน เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เพื่อให้การดำเนินภารกิจของรัฐบรรลุผล ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจเหนือเอกชนในบางประการ เช่น อำนาจในการควบคุมดูแลให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยดี นอกจากนี้ หากพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองบางประเภทจะพบว่า มีสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงสถานะของฝ่ายปกครองที่เหนือกว่าเอกชน โดยการมีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาระหว่างเอกชนทั่วไป เพราะให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเหนือเอกชน

ในขณะที่ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนที่เป็นสัญญาทางปกครองนั้น เป็น

สัญญาที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งโดยปกติ สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันจะเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองใช้สัญญาเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครอง หรือเพื่อก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน