

บทที่ 3

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความเป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (Les personnes morales de droit public) หรือนิติบุคคลมหาชน (Les personnes publiques) ทำกับเอกชน หรือสัญญาที่นิติบุคคลมหาชนทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันเอง โดยสัญญาทางปกครองดังกล่าวจะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองและอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ส่วนสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนจะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชน และอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ดังนั้น การพิจารณาสัญญาทางปกครองและสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากระบบกฎหมายและเขตอำนาจศาลที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาทั้งสองประเภทมีความแตกต่างกัน อันจะต้องทำการศึกษาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครองต่อไป

3.1 เกณฑ์ด้านคู่สัญญา

เกณฑ์ด้าน คู่สัญญา คือ เกณฑ์ที่พิจารณาว่าคู่สัญญา เนื่องจากก่อนพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีฝ่ายปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้วยเสมอ เมื่อคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองแล้ว จึงจะพิจารณาเกณฑ์สัญญาทางปกครองด้านอื่นๆ ต่อไป

3.1.1 สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน

ในประเทศฝรั่งเศส ศาสตราจารย์ซาปูอริบายว่า¹ ในกรณีที่นิติบุคคลมหาชน² เป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่านิติบุคคลมหาชนนั้นจะเป็นคู่สัญญาโดยตรงหรือโดยการมีเอกชน

¹ René Chapus, Droit Administratif Général, Tome I (Paris : Montcherestien, 1987, หน้า 407-409 อ้างไว้ในงานวิจัย แสงศักดิ์และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 48.

² นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ

(1) รัฐ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปในทุกเรื่องและมีเขตอำนาจทั่วประเทศ

เป็นตัวแทนในการเข้าทำสัญญา สัญญานั้นอาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ทั้งนี้ เพราะหลักที่ว่า สัญญาใดมีคู่สัญญาเป็นบุคคลเอกชนทั้งสองฝ่าย สัญญานั้น ไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ แต่สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับเอกชน จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ต่อเมื่อ สัญญานั้นหรือระบบของสัญญานั้นให้เป็นสัญญาทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ³ อธิบายเกณฑ์ด้านคู่สัญญาว่า ฝ่ายปกครองที่เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสที่เป็นคู่สัญญา ได้แก่ รัฐ องค์กร ที่มีเขตอำนาจตามพื้นที่ (ภาค จังหวัด เทศบาล) รวมถึงองค์กรอื่นของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง (établissements publics) ดังนั้น สัญญาระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันจึงไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ทั้งๆ ที่อาจเกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินการบริการสาธารณะ แต่อย่างไรก็ดี ต่อมา สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและศาลคดีขัดกัน ซึ่งถือหลักดังกล่าวเรื่อยมาเริ่มมีการยอมรับข้อยกเว้น ในปี ค.ศ. 1960 โดยถือว่า สัญญาที่ทำระหว่างเอกชนต่อเอกชนอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าเอกชนฝ่ายหนึ่งทำเพื่อประโยชน์แห่งนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน (pour le compte d' une personne publique) สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับผู้แทน (représentation) และตัวแทน (mandat) ของฝ่ายปกครองโดยเอกชนยังคงอยู่ระหว่างวิวัฒนาการต่อไป

กรณีการทำสัญญาตามกฎหมายเอกชนจะต้องได้รับการอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ หรือองค์กรฝ่ายปกครอง การอนุมัติจากเจ้าหน้าที่หรือองค์กรฝ่ายปกครองดังกล่าว มิได้มีผล เป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะของสัญญาตามกฎหมายเอกชนให้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้⁴

ในประเทศเยอรมัน สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นได้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง หรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครอง หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนด้วยกันแล้ว ย่อมไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตามก็ดี เอกชนอาจได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครอง

(2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (collectivités locales) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ ในเรื่องทั่วไป แต่มีอำนาจจำกัดเฉพาะในเขตท้องที่ของตน นิติบุคคลประเภทนี้ได้แก่ องค์กรบริหารส่วนจังหวัด (départements) และเทศบาล (communes)

(3) องค์กรมหาชน (établissements publics) หรือวิสาหกิจมหาชน
อ้างไว้ในนันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 33.

³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5, (พ.ศ. 2529) : 79-81.

⁴ René Chapus, Droit Administratif Général, Tome I (Paris : Montcherestien, 1987, หน้า 407 อ้างไว้ในชาญชัย แสวงศักดิ์และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 49.

ให้กระทำการทางปกครองในบางเรื่องแทนฝ่ายปกครองได้เช่นกัน⁵ สัญญาทางปกครองจะมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาทางแพ่งเป็นอย่างมาก เนื่องจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันเป็นเพียงเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการก่อนิติสัมพันธ์เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติสัมพันธ์กับบุคคลทางปกครองแทนการออกคำสั่งทางปกครอง สัญญาทางปกครองจึงเป็นทางเลือกของฝ่ายปกครองในการผูกพันทางกฎหมายแทนการใช้คำสั่งทางปกครองหรือใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือเสริมให้การออกคำสั่งทางปกครองมีความยืดหยุ่นและบรรลุวัตถุประสงค์ทางปกครองได้มากขึ้น⁶

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนทำกิจการทางปกครองแทนฝ่ายปกครอง เอกชนผู้นั้น เรียกว่า “Der Beliehene” ย่อมอยู่ในฐานะของฝ่ายปกครอง (Behoerde) ในการออกคำสั่งทางปกครองได้⁷ ซึ่งน่าจะทำสัญญาทางปกครองได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่หลักการมอบหมายให้เอกชนกระทำการแทนฝ่ายปกครองนั้น ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็บัญญัติยอมรับไว้เช่นเดียวกันกับกฎหมายปกครองเยอรมัน ดังนั้น ในกรณีสัญญาทางปกครองก็น่าจะอยู่ในหลักเกณฑ์เดียวกัน แต่ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจหรือได้มีการมอบหมายให้ทำสัญญาทางปกครองไว้ด้วย⁸

สำหรับกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน กฎหมายปกครองเยอรมันเรียกว่า “subordinationsrechtlicher oeffentlich - rechtlicher Vertrag”⁹ ซึ่งสัญญาทางปกครองประเภทนี้ ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งย่อมมีสถานะที่เหนือกว่า

⁵ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “การพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 3 (เดือนธันวาคม 2541) : 16.

⁶ วรเจตต์ ภาศิริรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 243.

⁷ H. Maurer, a.a.O.,s.550tt, อ้างใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “การพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 3 (เดือนธันวาคม 2541) : 17.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

⁹ G. Puettner, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3 Aufl., Duesseldorf.s.108, อ้างไว้ใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “การพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 3 (เดือนธันวาคม 2541) : 17.

เอกชน (ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เรียกว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจมหาชนหรือมีสิทธิพิเศษที่เอกชนไม่มี) ทั้งนี้ คู่สัญญาจะต้องทราบตั้งแต่ขณะเข้าทำสัญญาว่า ทั้งสองฝ่ายผูกพันกันตามสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz) หรือขณะที่ทำสัญญา คู่สัญญาอาจไม่เจาะจงว่าเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง แต่ข้อความในสัญญาที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองมาก ถ้าจะปรับให้เป็นสัญญาทางแพ่งแล้ว สัญญานั้นอาจขัดต่อกฎหมายและอาจตกเป็นโมฆะได้ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแทบจะไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญา หรือมีข้อตกลงให้คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองบังคับคดีได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล ซึ่ง ศาสตราจารย์ ดร. กมลชัย รัตนสกาวงศ์¹⁰ เห็นว่า เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนจะต้องอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการทำสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการบัญญัติให้อำนาจในการทำสัญญาทางปกครองเฉพาะเจาะจงหรือบทบัญญัติให้อำนาจทั่วไปในการทำสัญญาทางปกครองและควรระบุให้ชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครองด้วย ไม่ควรให้ศาลปรับใช้ตามข้อความในสัญญา เพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจเข้าใจว่า ตนผูกพันกับฝ่ายปกครองในลักษณะทางแพ่ง เมื่อระบุชัดเจนว่า ตนผูกพันกับฝ่ายปกครองในลักษณะทางปกครองแล้ว หลักกฎหมายปกครองสารบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา การเลิกสัญญา และการบังคับตามสัญญาจะนำมาใช้โดยไม่จำเป็นต้องระบุไว้ในข้อสัญญาแต่อย่างใด

ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี¹¹ อธิบายสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศเยอรมัน โดยเปรียบเทียบกับความคิดในเรื่องคำสั่งทางปกครองว่า คำสั่งทางปกครองเป็นที่รู้จักกันเมื่อประมาณหนึ่งร้อยปีที่ผ่านมา โดยการนำเสนอของ Otto Mayer บิดาแห่งกฎหมายปกครองของประเทศเยอรมัน ซึ่งเป็นผู้วางแนวความคิดพื้นฐานในเรื่องนี้ไว้ และหลังจากนั้น หลักกฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองก็เป็นที่ยอมรับและได้รับการพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่ชัดเจนในระบบกฎหมายปกครอง แต่ในทางตรงกันข้าม สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น กลับไม่เป็นที่ยอมรับและถูกปฏิเสธมาเป็นระยะเวลาาน Loening และ Stengel ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสืออธิบายกฎหมายปกครอง ในปี ค.ศ. 1884 และปี ค.ศ. 1886 ว่า ในเรื่องรูปแบบการดำเนินการหรือการจัดการของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในรูปของคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถดำเนินการได้ในรูปแบบของสัญญาทางปกครองด้วย แต่ Otto Mayer ไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว โดยเห็นว่า สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนไม่มีทางเกิดขึ้นได้ เนื่องจากสัญญาเป็นเรื่องของบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกันทางกฎหมาย แต่ตามกฎหมายมหาชนนั้น รัฐซึ่งอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนเป็นผู้กำหนด

¹⁰ เรื่องเดียวกัน , หน้า 18.

¹¹ มานิตย์ วงศ์เสรี, สัญญาทางปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน . (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 37.

หรือตรากฎหมายมหาชนเอง รัฐจึงไม่อาจจะเข้าทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้จากแนวความคิดของ Otto Mayer ดังกล่าว เป็นที่ยอมรับมาเป็นระยะเวลานาน แม้จะมีนักกฎหมายบางท่านไม่เห็นด้วยก็ตาม เช่น Jellinek ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสืออธิบายกฎหมายปกครอง ปี ค.ศ. 1931 ว่า สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นได้ ความเท่าเทียมในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาเกิดขึ้นได้ ไม่ว่าจะพิจารณาจากกฎหมายมหาชนหรือจากกฎหมายแพ่ง

ตั้งแต่ในปี ค.ศ. 1945 เป็นต้นมา หนังสืออธิบายกฎหมายปกครองในประเทศเยอรมันเกือบทั้งหมดได้กล่าวถึงความเป็นไปได้ของสัญญาทางปกครองว่า เป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง และปี ค.ศ. 1958 หนังสืออธิบายกฎหมายปกครองกล่าวถึงความชอบด้วยกฎหมายของการทำสัญญาทางปกครอง

ในการดำเนินการทางปกครองของรัฐหรือฝ่ายปกครองนั้น รัฐหรือฝ่ายปกครองโดยลำพังเพียงฝ่ายเดียวสามารถดำเนินการได้ในรูปแบบของคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ รัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการทางปกครองโดยวิธีการเจรจาตกลงกับเอกชนหรือประชาชนในรูปแบบของสัญญาได้ คำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครองต่างมีลักษณะและหน้าที่ของตน

แม้ว่าในทางวิชาการจะเป็นที่โต้เถียงกัน แต่ในทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองแล้ว กลับมีการยอมรับในเรื่องสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเหตุผลของความจำเป็นต้องใช้รูปแบบของการกระทำทางปกครองในลักษณะนี้ สำหรับในทางปฏิบัติของศาลก็มีการยอมรับเรื่องสัญญาทางปกครองเช่นกัน โดยเฉพาะคำพิพากษาของศาลปกครองในปี ค.ศ. 1996 ศาลปกครองได้แสดงความจำเป็นของการมีสัญญาทางปกครอง การตรวจสอบและการให้เหตุผลถึงสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับอย่างชัดเจนและมีฐานะเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองของประเทศเยอรมัน นับแต่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) โดยเฉพาะในมาตรา 9 บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครอง และมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ได้บัญญัติเรื่องรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบความชอบด้วยกฎหมาย การบอกเลิกสัญญาทางปกครองและการบังคับตามสัญญาทางปกครอง

นอกจากนี้ยังเห็นว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ย่อมต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองด้วย¹²

สัญญาตามกฎหมายมหาชน (Öffentlichrechtlicher Vertrag) ตามนัยมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 หมายถึง สัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตกลงทำสัญญาและภายในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 3-4.

“Öffentlichrechtlicher vertrag” จึงหมายถึง สัญญาตามกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtlicher Vertrag) หรือสัญญาทางปกครอง¹³

หลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครองด้านคู่สัญญาในประเทศเยอรมัน พิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 54 VwVfG แบ่งความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา (Verhältnis des vertragsschließenden Parteien) ไว้ 2 ประเภท ได้แก่ สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (Der subordinationsrechtliche Vertrag) และสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (Der koordinationsrechtliche Vertrag) ซึ่งจะกล่าวถึงสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ในหัวข้อสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน

ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี อธิบายสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (Der subordinationsrechtliche Vertrag) ว่า สัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ได้แก่ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างองค์กรทางปกครองกับเอกชน และโดยทั่วไปจะเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้เป็น “เครื่องมือ” แทนการออกคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ยังนำไปใช้กับการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน เช่น สัญญาเช่าใช้ทุนลาศึกษาต่อต่างประเทศและกฎหมายเยอรมัน ยังจำแนกประเภทสัญญาประนีประนอมยอมความหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (มาตรา 55 VwVfG) และสัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (มาตรา 56 VwVfG) ออกจากสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (มาตรา 54 VwVfG) และสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (มาตรา 54 VwVfG) ออกจากกันอีกด้วย

ในประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ สัญญานั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ทั้งนี้ ได้กำหนดนิยามความหมายของหน่วยงานทางปกครองไว้ด้วยว่า “หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐและให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” และจากนิยามความหมาย

¹³ Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, §23, Rdnr.1, S. 356; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 III, Rdnr.7, S.343; Scherzberg, Grundfragen den verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1992, 205, อ้างใน มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, (กรุงเทพ : สำนักงานศาลปกครอง, พฤษภาคม 2545), หน้า 4-5.

ของหน่วยงานทางปกครองดังกล่าว สามารถแยกประเภทของหน่วยงานทางปกครอง ออกเป็น 5 ประเภท ดังนี้

(1) ราชการบริหารส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรมหรือ หน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม ซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีสถานะเป็นนิติบุคคล

(2) ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ตามระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัดและอำเภอ ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้จังหวัดมีสถานะเป็นนิติบุคคล

(3) ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบลและราชการบริหารส่วนท้องถิ่นที่มีลักษณะพิเศษ คือ กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา เป็นต้น

(4) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ เช่น การเคหะแห่งชาติ การไฟฟ้าฝ่ายผลิต การไฟฟ้า ส่วนภูมิภาค หรือองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย เป็นต้น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชกฤษฎีกา เช่น องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ องค์การตลาด องค์การพอกหนัง องค์การ สวนสัตว์ เป็นต้น แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยกฎหมายเอกชนและรัฐวิสาหกิจ ที่จัดตั้งขึ้นโดยมติคณะรัฐมนตรี ดังนั้น สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยกฎหมาย เอกชนและรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยมติคณะรัฐมนตรีกับเอกชนจึง ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เว้นแต่ รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยกฎหมายเอกชนและรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยมติคณะรัฐมนตรี นั้นเข้าทำสัญญาด้วยการกระทำการแทนรัฐ

(5) หน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ องค์การมหาชนต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 รวมทั้ง องค์การที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ด้วย เช่น สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการการตรวจเงินแผ่นดิน สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน ของรัฐสภา องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ สำนักงาน คณะกรรมการกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง

นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดว่า หน่วยงานของรัฐ หมายรวมถึง หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง เช่น สภานายความ แพทยสภา ทันตแพทยสภา เป็นต้น โดยปกติองค์กรวิชาชีพต่างๆ เหล่านี้ มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองอันเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เช่น การออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต หรือการพิจารณาให้ใบอนุญาต เป็นต้น

ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าทำสัญญาในฐานะเป็นบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ สัญญานั้นก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ บุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ หมายถึง เอกชนผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการ โดยตรง กล่าวคือ รัฐมีหนังสือมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทนรัฐ โดยชัดแจ้ง หรือเอกชนได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการแทนรัฐโดยปริยาย ซึ่งมักเกิดขึ้นในกรณีผู้รับสัมปทาน หรือเป็นกรณีที่รัฐวิสาหกิจที่มีได้ตั้งขึ้น โดยกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ เช่น การจ้างให้ผู้รับเหมาก่อสร้างดำเนินการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคหรือทรัพย์สินที่ใช้ในการบริการสาธารณะ

3.1.2 สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนด้วยกัน

ในประเทศฝรั่งเศส ศาลถือว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนด้วยกัน โดยหลักแล้วย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นนิติบุคคลเอกชนจะได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ด้านบริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม ไม่ว่าสัญญานั้นจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษหรือสัญญานั้นจะมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ก็ตาม ศาสตราจารย์ซาปู ตั้งข้อสังเกตว่า ในกรณีที่องค์กรตามกฎหมายเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ด้านบริการสาธารณะทางปกครอง เช่น องค์กรหรือสถาบันควบคุมจรรยาบรรณหรือความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพในสาขาต่างๆ มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยภายในกรอบอำนาจหน้าที่ของตน ศาลยอมรับว่า คำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นเป็นการใช้อำนาจตามเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน (la mise en osuvre d' une prerogative de puissance publique) ในกรณีดังกล่าว ศาลมิได้ใช้ข้อพิจารณาในด้านองค์กรของผู้ทำนิติกรรมเป็นหลัก แต่ในกรณีของสัญญา ศาลกลับใช้ข้อพิจารณาทางด้านองค์กรของผู้ทำสัญญาเป็นหลัก โดยไม่คำนึงถึงเนื้อหาของสัญญาว่า จะมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษหรือไม่ หรือว่าสัญญานั้นจะมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่¹⁴

อย่างไรก็ดี สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชน ซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ด้านบริการสาธารณะ อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากพิจารณาได้ว่า สัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ซาปู ได้อธิบายว่า เนื่องจากประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชนนั้น มีความหมายพิเศษซึ่งมิได้หมายถึง

¹⁴ René Chapus, Droit Administratif Général, Tome I (Paris : Montchrestien, 1987, หน้า 402-403 อ้างไว้ใน ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 59.

กรณีที่ต้องครตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาในฐานะที่เป็นตัวแทนหรือผู้รับมอบอำนาจของนิติบุคคลมหาชน เพราะไม่เช่นนั้นคู่สัญญาที่แท้จริงก็คือตัวการนิติบุคคลมหาชน ซึ่งเป็นกรณีสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน ซึ่งได้รับมอบให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำสัญญาแทนตน แต่กรณีดังกล่าว เป็นกรณีที่ต้องครตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาโดยมิได้รับมอบอำนาจจากนิติบุคคลมหาชน แต่เป็นการทำสัญญาแทนที่นิติบุคคลมหาชน หากองค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาโดยอิสระของตนเอง การทำสัญญาดังกล่าวย่อมไม่เป็นการทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน ดังนั้น องค์กรตามกฎหมายเอกชนที่ได้ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน สัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้เสมือนหนึ่งว่า ได้มีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาอยู่ด้วย แต่สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณาตามเกณฑ์ที่ศาลกำหนดเกี่ยวกับสัญญาที่มีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษหรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ¹⁵

ในประเทศเยอรมัน สัญญาที่คู่สัญญา ระหว่างเอกชนด้วยกัน อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระตามกฎหมายมหาชน ซึ่งโดยหลักเอกชนจะทำสัญญาทางปกครองได้จะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้เอกชนสามารถดำเนินการได้ แต่สัญญาดังกล่าวมิได้อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 เนื่องจากบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 จะนำมาใช้บังคับเฉพาะกรณีการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายปกครองเท่านั้น¹⁶

ในประเทศไทย โดยปกติสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนด้วยกัน จะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเข้าทำสัญญาในฐานะเป็นบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ สัญญานั้นก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ บุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ หมายถึง เอกชนผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการ โดยตรง กล่าวคือ รัฐมีหนังสือมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทนรัฐ โดยชัดแจ้งหรือเอกชนได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการแทนรัฐโดยปริยาย ซึ่งมักเกิดขึ้น ในกรณีผู้รับสัมปทานหรือเป็นกรณีที่รัฐวิสาหกิจที่มีได้ตั้งขึ้นโดยกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ เช่น การจ้างให้ผู้รับเหมาก่อสร้างดำเนินการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคหรือทรัพย์สินที่ใช้ในการบริการสาธารณะ

¹⁵ René Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome I (Paris : Montcherestien, 1987, หน้า 425-427 อ้างไว้ใน ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 60-61.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

3.1.3 สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน

ในประเทศฝรั่งเศส กรณีสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น แต่เดิมศาลมิได้แยกกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายเอกชนและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคล จนในปี ค.ศ. 1983 ศาลชี้ขาดเขตอำนาจ ได้วางหลักในคดี Union des Assurances de Paris ว่า “สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน โดยหลักมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง”

ศาสตราจารย์ชาปออธิบายว่า จากแนววินิจฉัยของศาลดังกล่าวข้างต้นเท่ากับว่านับแต่นั้นไป สัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนนั้น ตามปกติย่อมใช้วิธีการในการบริหารงานแบบมหาชน (les modes de la gestion publique) แต่หลักดังกล่าวไม่ใช่บังคับในกรณีที่เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว สัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดที่สุดในทางปฏิบัติ คือ สัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งถือเป็นนิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่ง ทำกับการไฟฟ้าแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชน ซึ่งเป็นนิติบุคคลอีกประเภทหนึ่งเพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากการไฟฟ้า โดยคู่สัญญาฝ่ายองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีฐานะเป็นเพียงผู้ใช้บริการรายหนึ่ง สัญญาเช่นนี้ไม่แตกต่างไปจากสัญญาที่รัฐวิสาหกิจดังกล่าวทำกับผู้ใช้บริการเอกชนโดยทั่วไป¹⁷

ในประเทศเยอรมันเรียกคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ต่างเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกันว่า “koordinationsrechtlicher oeffentlich – rechtlicher Vertrag” หรือ ความตกลงทางมหาชน (oeffentlich – rechtliche Vereinbarung)¹⁸ เป็นสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองทำความตกลงกันเพื่อประโยชน์มหาชน (Oeffentliche Belange)¹⁹ สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่มีฐานะเท่าเทียมกัน (Der koordinationsrechtliche Vertrag) ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี²⁰ อธิบายถึงสัญญาทางปกครอง

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

¹⁸ G. Puettner, a.a00., s. 108, อ้างใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 3 (เดือนธันวาคม 2541) : 18.

¹⁹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 3 (เดือนธันวาคม 2541) : 18.

²⁰ มานิตย์ วงศ์เสรี, สัญญาทางปกครองในประเทศไทยสัมพันธ์สาธาณรัฐเยอรมัน, หน้า 34-35.



ประเภทนี้ว่า โดยทั่วไปสัญญาทางปกครองประเภทนี้จะได้แก่ สัญญาระหว่างองค์กรทางปกครองด้วยกันเอง ทั้งนี้ นิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาไม่อาจก่อตั้งได้โดยอาศัยการออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวได้ เนื่องจากคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจบังคับกับอีกฝ่ายหนึ่งได้ ในกรณีที่มีการผิดสัญญาจะต้องนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือสัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับมลรัฐ เช่น การกำจัดขยะมูลฝอยหรือการก่อสร้างถนน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันอาจไม่เป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ หากพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญามีเนื้อหาสาระตามกฎหมายเอกชน เช่น สัญญาขายรถบรรทุกระหว่างราชการส่วนท้องถิ่นด้วยกัน²¹

ในประเทศไทย เนื่องจากนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ สัญญานั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ดังนั้น ในด้านคู่สัญญาสัญญาทางปกครองอาจเกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาต่างเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน แต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลมหาชนอาจจะไม่เป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป เช่น กระทรวงหนึ่งซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายราชการส่วนกลาง เป็นนิติบุคคลมหาชน ทำสัญญาซื้อกระแสไฟฟ้าจากการไฟฟ้าซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจ ทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน แต่สัญญาซื้อกระแสไฟฟ้างกล่าวไม่ได้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองซึ่งสัญญาซื้อกระแสไฟฟ้านั้นจะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่ง สัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกันจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ สัญญานั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อการก่อตั้งสถาบันหรือองค์กรของรัฐเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะหรือมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อการจัดการและบริหารการใช้อำนาจ หรือมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะ แต่ถ้าไม่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าว จะต้องมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายแพ่ง สัญญานั้นจึงจะเป็นสัญญาทางปกครอง

²¹ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 110.

3.2 การกำหนดให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

นอกจากการพิจารณาเนื้อหาสาระของสัญญาในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว การกำหนดให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย การกำหนดระบบของกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาและสัญญาที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครองก็ทำให้สัญญาที่สร้างขึ้นในลักษณะดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน

3.2.1 ผลของกฎหมายที่กำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง

ในประเทศฝรั่งเศส สัญญาบางประเภทมีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง จึงถือตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในบางกรณีกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่กำหนดโดยอ้อมว่าให้คดีเกี่ยวกับสัญญาประเภทนั้นขึ้นสู่ศาลปกครอง ซึ่งมีผลทางกฎหมายเหมือนกันก็คือ ต้องถือว่าต่างก็เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย²²

ศาสตราจารย์ เคอ โลบาแดร์ อธิบายว่า²³ กฎหมายที่ระบุชัดเจนว่า สัญญาทางปกครองบางสัญญาเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งจะมีน้อย ส่วนใหญ่กฎหมายจะระบุโดยอ้อมว่า สัญญานั้นให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม อันเป็นที่เข้าใจกัน โดยทั่วไปว่าให้นำระบบกฎหมายปกครองหรือระบบกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับสัญญา

สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลยุติธรรม และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงอาหารของทหาร และสัญญาให้เช่าที่ดินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อเกษตรกรรม เป็นต้น

ส่วนสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง ได้แก่²⁴

²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5, (พ.ศ. 2529) : 78.

²³ André de Laubadère, Franck Modern et Pierre Delvolve, Traité des contrats administratifs, Tome 1, 2 édition, L.G.D.J., 1983, p.57-58., อ้างไว้ใน ชาอุชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส,” เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง “สัญญาทางปกครอง” วันที่ 28 กันยายน 2531, หน้า 23.

²⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2546), หน้า 331 – 333 .

(1) กฎหมายเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างของรัฐและฝ่ายปกครอง คือ กฎหมายลงวันที่ 28 pluviöse an VIII ซึ่งมาตรา 4 วรรคสาม ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของสภาจังหวัดว่ามีอำนาจเกี่ยวกับการชี้ขาดความยุ่งยากที่อาจเกิดขึ้นระหว่างผู้รับงานโยธาสาธารณะกับฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับความหมาย (sens) หรือการทำตามข้อกำหนด (clauses) ของการทำงาน และนับตั้งแต่กฎหมายใช้บังคับ สัญญาเกี่ยวกับการทำงานสาธารณะ (travail public) ก็มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง แม้จะมีการนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ในบางกรณีก็ตาม ซึ่ง “การทำงานสาธารณะ” มีสองความหมาย ในความหมายแรก หมายรวมถึง งานซึ่งจัดในนามของนิติบุคคลมหาชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ อันจะต้องเป็นการทำงานในทรัพย์สินของนิติบุคคลมหาชน หรืองานที่ทำนั้นจะต้องตกเป็นของนิติบุคคลมหาชนในเวลาต่อมา และในความหมายที่สอง หมายรวมถึง งานที่จัดทำโดยนิติบุคคลมหาชนเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

(2) รัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1938 ได้วางหลักเกี่ยวกับสัญญาครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ทั้งสัญญาโดยรูปแบบและสัญญาโดยสภาพที่สร้างขึ้น โดยรัฐ จังหวัด เทศบาลหรือผู้รับสัมปทาน อันจะต้องได้รับการพิจารณาจากสภาจังหวัด เว้นแต่ เป็นกรณีที่อุทธรณ์ ให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด เหตุผลของการประกาศใช้กฎหมาย คือ สาธารณสมบัติของแผ่นดินย่อมอยู่นอกเหนือจากระบบธุรกิจ สัญญาเกี่ยวกับการจัดการสาธารณสมบัติของแผ่นดินมีสถานะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อยู่นอกเหนืออำนาจศาลยุติธรรมและหลักเกณฑ์ของกฎหมายเอกชน ซึ่งก่อนรัฐกฤษฎีกาฉบับนี้ใช้บังคับ สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินมีคำพิพากษาจำแนกประเภทของสัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินสองลักษณะ คือ หากคู่สัญญารับผิดชอบหรือมีส่วนในการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองและหากกิจกรรมของคู่สัญญาไม่ก่อให้เกิดบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่ง

(3) รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1806 มาตรา 14 ซึ่งกำหนดอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาจัดหาพัสดุ (marché de fourniture) แต่แนวคำวินิจฉัยไม่ได้ดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่อย่างใด ทั้งนี้ ศาลปกครองถือว่าสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนที่ทำโดยรัฐไม่ถือว่าเป็นสัญญาจัดซื้อพัสดุดำเนินการตามความหมายของกฎหมายดังกล่าว โดยส่วนใหญ่ศาลปกครองจะพิจารณาเนื้อหาสาระของสัญญาว่ามีการใช้อำนาจรัฐหรือเป็นการซื้อขายตามปกติวิสัยในเชิงธุรกิจ

(4) รัฐบัญญัติลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1990 มาตรา 25 เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะประเภทไปรษณีย์และโทรคมนาคม ซึ่งบัญญัติความสัมพันธ์ระหว่างกิจการไปรษณีย์แห่งประเทศไทยและโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับผู้ให้บริการว่าเป็นความสัมพันธ์ในระบบกฎหมายแพ่ง หากมีข้อพิพาทจะต้องขึ้นสู่ศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม บางสัญญา

ที่เกี่ยวข้องกับงาน โยธาสาธารณณะของการไปรษณีย์ก็ยังคงมีสภาพเป็นสัญญาทางปกครองอยู่ เพราะเป็นคนละกรณีกัน

ในประเทศเยอรมัน ตามที่ได้กล่าวแล้วว่า กฎหมายเยอรมัน ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้จำแนกประเภทของสัญญาทางปกครองออกเป็นสัญญาทางปกครองทั่วไป ซึ่งจะพิจารณาจากฐานะของกลุ่มสัญญาว่าเป็นกลุ่มสัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน (มาตรา 54 VwVfG) และกลุ่มสัญญาที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (มาตรา 54 VwVfG) นอกจากนี้ ยังจำแนกประเภทสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษออกจากสัญญาทางปกครองทั่วไป ได้แก่ สัญญาประนีประนอมยอมความหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (มาตรา 55 VwVfG) และสัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (มาตรา 56 VwVfG) ซึ่งรายละเอียดนั้นจะต้องพิจารณาจากกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อธิบายเพิ่มเติมว่า²⁵ ในทางปฏิบัติสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันเกิดขึ้นในแดนของกฎหมายต่างๆ ที่สำคัญ ได้แก่ สัญญาทางปกครอง ในกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้าง สัญญาทางปกครองในกฎหมายสิ่งแวดล้อม สัญญาทางปกครอง ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด สัญญาทางปกครองในกฎหมายข้าราชการ สัญญาทางปกครอง ในกฎหมายภาษีอากรและสัญญาทางปกครองในกฎหมายปกครองท้องถิ่น ซึ่งสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีเนื้อหาที่แตกต่างกัน เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองของประเทศเยอรมัน ไม่มีแนวความคิดว่า สัญญาทางปกครอง คือ สัญญาที่ไม่เท่าเทียมกัน เพราะนักนิติศาสตร์เยอรมันเห็นว่า หากเป็นเรื่องของสัญญาแล้ว คู่สัญญาต้องมีความเท่าเทียมกันเสมอ บทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ในกรณีที่เกิดอันตรายร้ายแรงต่อสาธารณะ อันเป็นเหตุให้คู่สัญญาทางปกครองบอกเลิกสัญญาได้นั้น เป็นเพียงข้อยกเว้นและไม่ได้ส่งผลให้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแต่อย่างใด

ในประเทศไทย กฎหมายไทยกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ กล่าวคือ²⁶

²⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 242-248.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 240-241.

สัญญาสัมปทานในกฎหมายไทย หากพิจารณาจากระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส สัญญาสัมปทานจัดเป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ คือ กรณีที่รัฐอนุญาตให้เอกชนลงทุนในกิจการทางด้านสาธารณูปโภคอย่างใดอย่างหนึ่ง ด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง และให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนที่มาใช้บริการนั้นเป็นการตอบแทน สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจึงอยู่ในความหมายของ “สัญญาสัมปทาน” และเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากรัฐจำเป็นต้องเข้าดำเนินการควบคุมเอกชน เพราะกิจการบางอย่างกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของสาธารณชน ซึ่งกิจการที่รัฐต้องเข้าไปควบคุมการดำเนินการของเอกชน

สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่ สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาให้เอกชนเข้าทำภารกิจที่โดยปกติอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐ โดยตรงและมีลักษณะเป็นการบริการสาธารณะ เช่น สัญญาให้เอกชนเดินรถรับส่งผู้โดยสาร สัญญาให้เอกชนกำจัดขยะมูลฝอย เป็นต้น

สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ในเบื้องต้นยังคงมีปัญหาการตีความคำว่า “สาธารณูปโภค” ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่า อาคารโรงพยาบาลของรัฐเป็นถาวรวัตถุ เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะ ได้แก่ การสาธารณสุข

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ สัญญาที่รัฐมอบให้เอกชนดำเนินการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของชาติ

3.2.2 การกำหนดระบบของกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญา²⁷

ในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดว่า สัญญาที่อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้หากสัญญานั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ (régime exorbitante) ซึ่งข้อเท็จจริงเป็นการทำสัญญาซื้อไฟฟ้าระหว่างการไฟฟ้าแห่งชาติกับผู้ผลิตไฟฟ้าอิสระ โดยศาลปกครองเห็นว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเพราะการไฟฟ้าแห่งชาติ แม้จะมีฐานะเป็นวิสาหกิจมหาชนด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมก็ตาม แต่ก็มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงทำสัญญาทางปกครองได้ นอกจากนี้ ยังกำหนดระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษว่า หากมีปัญหาเกิดขึ้นให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีที่จะพิจารณาวินิจฉัยสั่งการ การกำหนดระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าว ทำให้สัญญาระหว่างการไฟฟ้าแห่งชาติกับผู้ผลิตไฟฟ้าอิสระเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น การกำหนดระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษไว้ในสัญญา จึงส่งผลโดยตรงให้สัญญาดังกล่าวกลายเป็นสัญญาทางปกครอง แม้สัญญานั้นจะมีได้เป็นเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะและไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษปรากฏอยู่ในสัญญาก็ตาม

²⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 333 - 334.

3.2.3 สัญญาที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง²⁸

ในประเทศฝรั่งเศส สัญญาที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครองนั้น ศาสตราจารย์ ดร. นันท์วัฒน์ บรมานันท์ เรียกว่า “ทฤษฎีส่วนควบ (la théorie de l'accessoire)” พร้อมทั้งอธิบายว่า ทฤษฎีส่วนควบถูกนำมาใช้กับสัญญาที่เกิดขึ้นและมีความเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ หากสัญญาทางปกครองฉบับหนึ่งส่งผลให้เกิดสัญญาขึ้นมา ซึ่งสัญญาเหล่านั้นเป็นส่วนขยายของสัญญาทางปกครอง ถือว่า สัญญาที่เป็นส่วนขยายเหล่านั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของสาระของสัญญา เนื่องจากสัญญาดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง และยังคงกล่าวต่อว่า ทฤษฎีส่วนควบดังกล่าว จะนำมาใช้ในกรณีการรับรอง (garanties) หรือการค้ำประกัน (cautionnement) โดยศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำพิพากษาไว้หลายกรณี เช่น สัญญาซึ่งทางจังหวัดรับรองว่าจะชดใช้เงินให้แก่วิสาหกิจเอกชนที่กู้ยืมเงินจากกองทุนเกษตรแห่งชาติ ในกรณีดังกล่าว สัญญากู้ยืมเงินอันเป็นสัญญาแม่เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นสัญญาที่กู้ยืมเงิน ไปจัดบริการสาธารณะประเภทพัฒนาการเกษตร ดังนั้น สัญญารอง คือ สัญญาใช้เงินจึงเป็นสัญญาทางปกครองไปด้วย

3.3 เกณฑ์ที่ได้จากคำพิพากษา²⁹

หลักเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสส่วนใหญ่เกิดจากการวางแนวทางการพิจารณา โดยคำพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งเริ่มต้นจากคำพิพากษาคดีคู่สมรส Bertin กรณีประเทศฝรั่งเศสหลุดพ้นจากการยึดครองของเยอรมัน โดยกระทรวงทหารผ่านศึกดูแลรับผิดชอบรวบรวมผู้ลี้ภัยชาวรัสเซียเข้าไว้ในศูนย์ผู้ลี้ภัย เพื่อส่งกลับไปยังประเทศของบุคคลเหล่านั้นต่อไป ผู้อำนวยการว่าจ้างคู่สมรส Bertin ด้วยวาจาในการทำอาหารเลี้ยงดูผู้ลี้ภัย ต่อมา ได้ขอให้คู่สมรส Bertin ทำอาหารเพิ่มเติมมิได้จ่ายค่าอาหารที่ให้ทำเพิ่ม คู่สมรส Bertin จึงฟ้องร้องต่อศาลปกครองและศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเห็นว่า วัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้ดูแลอาหารชาวต่างชาติที่อยู่ในดินแดนของประเทศฝรั่งเศสเป็นการบริการสาธารณะอันเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ข้อพิพาทดังกล่าว จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครองโดยไม่ต้องพิจารณาว่าสัญญานั้นมีข้อกำหนดพิเศษหรือไม่ ทั้งนี้ หลักที่ศาลปกครองฝรั่งเศสวางไว้ก็คือ สัญญาที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพของสัญญานั้นจะต้องเข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ คือ วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้เอกชนเข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายเอกชน

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 334.

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1956 กรณี Epoux Bertin อ้างไว้ใน นันท์วัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 323-324.

3.3.1 เกณฑ์จากการดำเนินการบริการสาธารณะ³⁰

ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ กล่าวว่า³¹ สัญญาทุกสัญญาที่มีความเชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครอง แต่สัญญาหนึ่งจะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องเป็นสัญญาที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ แม้สัญญานั้นจะไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม ดังนั้น สัญญาทางปกครองจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างชัดเจนระหว่างคู่สัญญากับบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม สัญญาหลายประเภทไม่ได้มอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ แต่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือสภาพของสัญญา ปรากฏว่า คู่สัญญาร่วมมืออย่างใกล้ชิดกับฝ่ายปกครอง เช่น การจ้างลูกจ้างของรัฐ ซึ่งลูกจ้างมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาเช่าเครื่องรับโทรศัพท์มาใช้ในโรงพยาบาล เป็นต้น ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาความมีอยู่ของบริการสาธารณะก่อนการพิจารณาสาระของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งอาจมีทั้งการกำหนดวิธีการจัดทำบริการสาธารณะหรือการมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ³²

ดังนั้น ในประเทศฝรั่งเศส สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือเป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล สัญญาที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้นจะเป็นสัญญาทางปกครอง แม้สัญญานั้นจะไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ³³ อธิบายสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง (l' objet du contrat : l' exécution même du service public) โดยพิจารณาคำว่า “วัตถุประสงค์แห่งสัญญา” (objet du contrat) คือ หน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเหมือนกับในสัญญาทางแพ่ง ข้อสังเกตต่อไปคือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะบ้างไม่มากก็น้อย เช่น สัญญาเช่าอาคารเอกชนเพื่อตั้งที่ทำการไปรษณีย์ สัญญาซื้อวัสดุครุภัณฑ์มาใช้ในฝ่ายปกครอง เป็นต้น แต่ถ้าหากสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญาทุกสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำจะเป็นสัญญาทางปกครองไปเสียทั้งหมด อย่างไรก็ดี สภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐฝรั่งเศสถือว่าสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะจะเป็นสัญญาทางปกครองเมื่อความเกี่ยวข้องนั้นถึงขนาด

³⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 323-324.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 328.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 328-330.

³³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5, หน้า 84.

ที่วัตถุแห่งสัญญานั้นเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง กล่าวคือ หน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะในตัวเอง แต่สัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะไม่ถึงกับเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง โดยสภาพจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ถ้าไม่มีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองมาก (les clause exorbitantes du droit commun) ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสสัญญาประเภทที่มีเป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุแห่งสัญญา (l'objet du contrat) แยกออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้³⁴

(1) สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างหรือการทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์ (contracts relatifs à l'exécution de travaux publics) สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครอง ซึ่งศาสตราจารย์ชาปู อธิบายว่า สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่มิได้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ซึ่งหมายถึง สัญญาซึ่งโดยลักษณะแล้วเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพียงเพราะกฎหมายกำหนดว่าให้ถือเป็นสัญญาทางปกครอง และถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดว่าให้ถือเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากวัตถุแห่งสัญญานั้นเป็นการทำงานก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์สาธารณะอันมีลักษณะเป็นการปฏิบัติการบริการแบบมหาชน โดยแท้ และฝ่ายปกครองก็มีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจอมหาชนที่เกี่ยวข้องหลายประการ สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างและทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์ แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่

(1.1) สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาให้ทำการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยฝ่ายปกครองให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน และสัญญาประเภทที่นอกจากนิติบุคคลมหาชนจะมอบให้ผู้รับเหมาทำการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์แล้ว ยังมอบให้บริการหรือดำเนินกิจการของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างขึ้นนั้นด้วย โดยผู้รับเหมาได้รับค่าตอบแทนจากนิติบุคคลมหาชนผู้ว่าจ้างนั้น

(1.2) สัญญาประเภทที่นิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่คู่สัญญาเอกชนในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ และให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้โดยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้ประโยชน์จากผู้ใช้บริการเป็นค่าตอบแทนสำหรับผู้รับสัมปทาน สัญญาว่าจ้างสถาปนิกผู้ควบคุมงานก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์และสัญญาที่เอกชนจะได้รับประโยชน์จาก

³⁴ ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 54-58.

การก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ ขอมมอบเงิน วัสดุหรือที่ดิน สำหรับการก่อสร้างนั้นให้แก่นิติบุคคลมหาชน โดยมีเงื่อนไขว่า นิติบุคคลมหาชนจะต้องดำเนินการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์นั้น

(2) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (contracts comportant occupation du domaine public) กฎหมายกำหนดให้สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ซึ่งศาสตราจารย์ชาปู อธิบายว่า ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น สัญญาประเภทนี้ก็มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น เนื่องจากการบริการสาธารณสมบัติของแผ่นดินมีลักษณะเป็นการบริการแบบมหาชน โดยแท้ ซึ่งสัญญาประเภทนี้ ได้แก่ สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟเพื่อจัดตั้งและดำเนินการร้านอาหาร สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของชายหาดเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการเล่นน้ำทะเล เป็นต้น

(3) สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง มี 3 ประเภท ดังนี้

(3.1) สัญญาให้สัมปทานดำเนินการบริการสาธารณะ (contracts de concession de service public) เป็น สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการมอบให้คู่สัญญาของฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน โดยบริการสาธารณะนั้นอาจจะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองหรือมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมก็ได้ การที่สัญญาประเภทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาประเภทนี้นิติบุคคลมหาชนเท่านั้นที่สามารถเข้าทำสัญญาได้

(3.2) สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองโดยตรง ได้แก่ สัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ตรงกับหน้าที่เฉพาะด้านของบริการสาธารณะนั้น และมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะนั้น โดยตรง เช่น สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานพยาบาล หรือหน่วยงานบริการสาธารณะด้านสาธารณสุข สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษาและสัญญาว่าจ้างผู้ดูแลเด็กโดยสถานรับเลี้ยงเด็ก เป็นต้น สัญญาว่าจ้างบุคลากรดังกล่าว เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญา และถึงแม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะไม่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่ถ้าเป็นสัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ย่อย เช่น มีหน้าที่ทำความสะอาดของอาคารหน่วยบริการสาธารณะ เจ้าหน้าที่เหล่านี้จะได้รับการว่าจ้างตามความจำเป็นของบริการสาธารณะ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชน

(3.3) สัญญาที่หน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองกับผู้ให้บริการ สัญญาดังกล่าวเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะอย่างหนึ่งจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

เช่น สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลดังกล่าว ซึ่งการปลูกป่าเป็นการดำเนินบริการสาธารณะทางปกครองโดยมีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ให้บริการ

ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นเอกชนด้วยกัน โดยหลักสัญญาดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ ศาลถือหลักว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาที่ต่างก็เป็นบุคคลเอกชนทั้งสองฝ่าย โดยหลักแล้วย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นบุคคลเอกชนนั้นจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม ไม่ว่า สัญญานั้นจะมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือไม่ก็ตาม ยกเว้น สัญญาที่ทำระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชน ซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะ ก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าสัญญานั้นทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชนเป็นการทำสัญญาของบุคคลเอกชนแทนที่นิติบุคคลมหาชน เสมือนหนึ่งว่ามีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาด้วย แต่จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะหรือไม่ด้วย

3.3.2 เกณฑ์ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายเอกชน

ในประเทศฝรั่งเศส แนวความคิดเกี่ยวกับข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายเอกชน ถือเป็นแนวความคิดที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมากกว่า เนื่องจากการจัดทำกิจกรรมของของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนสามารถดำเนินการต่างๆ ได้เช่นเดียวกับเอกชน ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวมาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่วางหลักเกี่ยวกับการดำเนินการจัดทำกิจกรรมของฝ่ายปกครองว่า ฝ่ายปกครองสามารถเลือกใช้กระบวนการทำสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนหรือในระบบกฎหมายเอกชนก็ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากฝ่ายปกครองดำเนินการแตกต่างจากการดำเนินการกิจกรรมของเอกชน การดำเนินการกิจกรรมของฝ่ายปกครองเป็นการดำเนินการเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์ของประชาชน³⁵

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ยกตัวอย่างการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยให้สิทธิฝ่ายปกครองมากกว่าเอกชน เช่น อำนาจทำนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ซึ่งอาจเขียนข้อความในสัญญาที่รักษาเอกสิทธิ์ไว้ จึงต้องใช้กฎหมายปกครองบังคับกับสัญญาโดยจะใช้กฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาไม่ได้ หากไม่ปรากฏข้อความรับรองเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ในข้อสัญญาและไม่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา

³⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 324.

เป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง จะถือว่าฝ่ายปกครองและเอกชนยอมรับกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญา³⁶

ศาสตราจารย์ชาปู อธิบายว่า สัญญาใดที่มีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง หากสัญญานั้นมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน (clauses exorbitantes de droit commun) สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองและเสนอข้อสังเกตเบื้องต้น 3 ประการ ดังนี้³⁷

(1) สัญญาที่อาจเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนั้นมีหลายชนิด ซึ่งโดยหลัก สัญญาทุกสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ เพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษได้ทั้งหมด ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะของบริการสาธารณะที่การทำสัญญานั้นมุ่งตอบสนอง ยกเว้น ในกรณีที่สัญญาทำกันระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ใช้บริการของตน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่ออนุญาตให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น ซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังกล่าวนี้ ทำให้สัญญาเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนเสมอ ถึงแม้ว่าสัญญานี้จะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม

(2) ในกรณีที่การกำหนดว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ขึ้นอยู่กับข้อสัญญาเท่านั้น คู่สัญญาอาจเลือกที่จะผูกนิติสัมพันธ์กัน โดยสัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้ ในกรณีนี้ ลักษณะของสัญญาย่อมขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา แต่ในกรณีของสัญญาที่ต้องใช้เกณฑ์อย่างอื่น นอกจากลักษณะพิเศษของข้อสัญญาเป็นเกณฑ์พิจารณาแล้ว การกำหนดว่าสัญญาใดจะมีลักษณะเป็นสัญญาประเภทใดจะต้องเป็นไปตามเกณฑ์เหล่านั้น โดยไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญาดังเช่นกรณีนี้

(3) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน (clause exorbitante) เพียงข้อเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้ว ที่จะทำให้สัญญาที่มีข้อสัญญา เช่นว่านั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม จำนวนหรือปริมาณของข้อสัญญาที่อาจจะมีบทบาทที่สำคัญ คือ ในกรณีที่สัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาใดซึ่งมีลักษณะพิเศษอย่างเด่นชัดอยู่ แต่มีข้อสัญญาหลายข้อที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อสัญญาเหล่านี้รวมกันทั้งหมดแล้ว ก็อาจทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้

³⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5, หน้า 87.

³⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง, หน้า 49-54.

สำหรับความหมายของข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ศาลได้ให้คำนิยามว่าเป็นข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญา อันมีลักษณะพิเศษ ตามปกติคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถแยกอธิบายความหมายของข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญา ตามกฎหมายเอกชนได้ดังนี้

(1) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน

ศาสตราจารย์ชาปู อธิบายว่า ข้อสัญญาเช่นว่านี้ อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนที่ทำกันได้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญา ซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการ โรงละครสัตว์และโรงมหรสพของเทศบาลได้รับยกเว้นภาษี และข้อสัญญาที่กำหนดข้อผูกพันของคอมมูน (Commune) ที่จะต้องกำหนดภาษีท้องถิ่นทางตรงขึ้นใหม่ ในกรณีที่มีความจำเป็น เพื่อนำเงินภาษีนี้นั้นมาผ่อนชำระหนี้เงินกู้เป็นรายปี ข้อสัญญาประเภทนี้อาจเป็นข้อสัญญาที่มีผลต่อบุคคลภายนอก เช่น ข้อสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในอันที่จะลงโทษทางวินัยแก่นักเรียนของโรงเรียนการเกษตรที่คู่สัญญาได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ

(2) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ศาสตราจารย์ชาปู อธิบายว่า ข้อสัญญาประเภทนี้เป็นข้อสัญญาที่พบในทางปฏิบัติมากกว่าข้อสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมหรืออาจจะกำหนดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนก็ได้

การควบคุมสัญญาฝ่ายนิติบุคคลมหาชน อาจควบคุมโดยทั่วไปหรือควบคุมโดยเฉพาะเจาะจง เช่น สัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินกิจการของสนามกีฬา ซึ่งมีข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมผลการบริการด้านการเงินหรือสัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินกิจการของภัตตาคารซึ่งมีข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมบุคลากรที่ว่างและอัตราค่าบริการที่เรียกเก็บ เป็นต้น

ข้อสัญญาที่กำหนดว่า คู่สัญญาเอกชนจะต้องถือปฏิบัติตามข้อสัญญา เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่จะต้องจัดให้มีชนิดและความถี่ของการแสดงในโรงมหรสพของเทศบาลตามที่ข้อสัญญากำหนดไว้ และหน้าที่ที่จะต้องจัดให้คอมมูนได้ใช้โรงมหรสพนั้น สำหรับการจัดงานฉลองต่างๆ และการประชุมของเทศบาล สำหรับข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมีสิทธิเลิกสัญญาหรือระงับสัญญาได้ ไม่ว่าจะมิเงื่อนไขของการเลิกสัญญาไว้ด้วยว่าจะต้องบอกกล่าวหรือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบล่วงหน้าก่อนหรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับชดเชยค่าทดแทนหรือไม่ก็ตาม

แต่ในบางสัญญาที่มีข้อสัญญาที่โยงไปถึงเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผนหรือข้อกำหนดแนบท้ายสัญญา(Cahier des charges) ข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญา และค่าปรับในกรณีทำงานล่าช้า หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับการเลิกสัญญา หากคู่สัญญาขาดสภาพความเป็นบริษัท เป็นต้น³⁸ ซึ่งโดยตัวของเอกสารก็มีใช้ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ นอกจากนี้ ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษอาจตกเป็นโมฆะได้ หากขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยสัญญาหรือขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนบางหลักได้ เช่น สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาได้เลย หรือสัญญาที่มีข้อความให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองบังคับคดีได้โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาล ซึ่งหากปรากฏข้อสัญญาดังกล่าวในสัญญาทางแพ่งจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนทันที สำหรับข้อสัญญาที่ไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชน แต่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชน (clauses inusuelles) เนื่องจากฝ่ายปกครองมักไม่ยินยอมให้กำหนดไว้ในสัญญา เช่น การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง แม้ไม่มีเหตุผิดสัญญา (résiliation discrétionnaire) การให้อำนาจฝ่ายปกครองในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญามากเป็นพิเศษทุกขั้นตอน (contrôle exorbitant) หรือการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยเอกชนด้วยตนเองทำไม่ได้ เช่น สิทธิพิเศษในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือฝ่ายปกครองให้สิทธิพิเศษแก่เอกชนในการผูกขาด (monopôle) ในกิจการนั้นแต่ผู้เดียวหรือให้เอกชนมีสิทธิใช้ที่ดินของเอกชนอื่นแทนฝ่ายปกครอง เป็นต้น³⁹

นอกจากนี้ ศาลยังนำตัวบทกฎหมายมาใช้ประกอบการวินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง และด้วยเหตุนี้ แม้สัญญาจะไม่มีข้อความใดโดยเฉพาะที่ข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง แต่ถ้าพิจารณาหัดตัวบทกฎหมายอันเป็นที่มาของสัญญานั้นๆ ทั้งกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรองประกอบกันแล้วเห็นว่า กฎหมายประสงค์ให้สัญญานั้นมีลักษณะและผลต่างจากสัญญาทางแพ่งธรรมดา (régime exorbitant) แล้วสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

ในประเทศไทย ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หมายถึง ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงอาจเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ ซึ่งโดยปกติสิทธิและหน้าที่ไม่อาจถูกกำหนดได้ในสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น หากสัญญาใดมีข้อกำหนดพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายแพ่งสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แต่จากแนวคำวินิจฉัย

³⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 327.

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5, หน้า 88.

ของศาลปกครองไทยที่ผ่านมายังไม่สามารถสรุปได้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในสัญญาทางปกครองโดยสภาพว่า หลักเกณฑ์เพียงประการเดียวเพียงพอที่จะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่