

บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แบ่งออกเป็นสองส่วน คือ กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และในส่วนที่สองนั้นเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย ดังนี้

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้น จะเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลปกครองเป็นหลัก ตั้งแต่การก่อให้เกิดสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา การสิ้นสุดของสัญญา นอกจากนี้จะขอล่าถึงประเภทของสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสด้วย ดังนี้

1. หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

ดร.บุบผา อัครพิมาน ได้อธิบายเกี่ยวกับเรื่องหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส (บุบผา อัครพิมาน 2545, หน้า 44-47) พอสรุปได้ว่า หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสเกิดขึ้นจากกฎหมายบัญญัติและหลักที่ศาลได้วางแนวไว้ เกิดขึ้นบนหลักพื้นฐานความคิดที่ว่า สัญญาทางปกครองจำเป็นต้องมีหลักกฎหมายเป็นพิเศษแยกต่างหากจากสัญญาทางแพ่ง เพราะเหตุว่าสัญญาทางปกครองนั้น รัฐใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินการเพื่อให้ภารกิจของตนบรรลุผลซึ่งภารกิจของรัฐก็คือการบริการสาธารณะ

1.1 การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองก็

เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ ต้องมีเจตนาถูกต้องตรงกันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน แต่ในสัญญาทางปกครองจะจำกัดหลักเสรีภาพและความเสมอภาคในการทำสัญญาของคู่สัญญา

1.1.1 ข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาทางปกครองที่เกิดจากกฎหมาย

ในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะเลือกทำสัญญากับเอกชน รายใดโดยเสรีหาได้ไม่ อำนาจในการทำสัญญาและวิธีการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะถูกจำกัดโดยกฎหมาย

(1) อำนาจในการทำสัญญา ฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องอำนาจในการทำสัญญาหลายประการ ดังนี้

- ฝ่ายปกครองที่จะทำสัญญาได้ต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเท่านั้น

- ผู้ที่จะทำการแทนนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนให้บุคคลที่จะลงชื่อผูกพันในสัญญาได้ ต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำสัญญาแทนนิติบุคคลนั้นเท่านั้น
- แบบของสัญญาทางปกครอง โดยหลักของสัญญาทางปกครองไม่มีแบบ ดังนั้นสัญญาทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือทำด้วยวาจาก็ได้ ในทางปฏิบัติจะถูกกำหนดโดยกฎหมาย ซึ่งก็คือประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (code des marchés publics) มาตรา 39 และมาตรา 250 กำหนดให้ทำสัญญาเป็นหนังสือโดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (cahiers des charges) เสมอ
- ฝ่ายปกครองที่เข้าทำสัญญาถูกควบคุมโดยฝ่ายปกครองอื่น เช่น ถูกควบคุมทางการเงินโดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ทางเทคนิคโดยกระทรวงโยธาธิการ เป็นต้น
- บางกรณีฝ่ายปกครองจะเลือกทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งไม่ได้ เพราะกฎหมายจะกำหนดไว้ว่าสัญญาที่มีลักษณะเช่นใดต้องทำเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาการโยธาสาธารณะ กฎหมายกำหนดว่าต้องทำเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น
- เอกสิทธิ์บางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีอยู่จะสละเสียไม่ได้ ถ้าฝ่ายปกครองสละเอกสิทธิ์นี้ ศาลจะถือว่าการสละสิทธิ์นั้นๆ ไม่เป็นผล เช่น กรณีทำสัญญาทางปกครองก็จะต้องขึ้นศาลปกครอง ฝ่ายปกครองจะยอมให้นำคดีขึ้นศาลยุติธรรมไม่ได้ (Jean Revéro, 1977, p.118 อ้างถึงใน บุษพา อัครพิมาน, 2545, หน้า 46) หรือจะตั้งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดโดยไม่ต้องขึ้นศาลปกครองไม่ได้ (บุษพา อัครพิมาน, 2545, หน้า 46)

(2) วิธีการเลือกคู่สัญญา

ฝ่ายปกครองเองต้องเลือกคู่สัญญาตามที่กฎหมายกำหนด เป็นวิธีการที่เป็นกลาง และให้ได้ประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด ดังนั้น จึงต่างจากเอกชนที่มีสิทธิ์จะเลือกทำสัญญากับใครก็ได้ การเลือกจะใช้วิธีใดก็ได้ไม่มีข้อจำกัด ซึ่งฝ่ายปกครองมีวิธีการต่างๆ ในการเข้าทำสัญญา โดยหลักมี 3 ข้อ ดังนี้ (สำนักงานศาลปกครอง, 2547 ก, หน้า 86)

- การประกวดราคา (l' adjudication) เป็นวิธีการที่เปิดโอกาสให้เอกชนแข่งขันกันเอง โดยฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดวัตถุประสงค์ของสัญญา เช่น งานที่จะต้องทำหรือพัสดุที่ต้องจัดส่ง เป็นต้น และกำหนดราคาสูงสุด (เพดาน) ของการประกวดราคา เอกชนรายใดที่ประสงค์เข้าทำสัญญาให้ยื่นซองประกวดราคาที่ปิดผนึกไว้ และในวันประกวดราคาจะมีหน่วยงานพิเศษเป็นผู้เปิดซองราคาโดยเปิดเผยต่อสาธารณะชน มีชื่อเรียกว่าสำนักงานประกวดราคา (le bureau d' adjudication) ในกรณีที่ผู้เข้าประกวดราคาทุกรายเสนอราคาต่ำกว่าราคาเพดาน ฝ่ายปกครองจะต้องประกาศให้ผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นผู้ชนะการประกวดราคา (adjudicatatre) แต่ในกรณีที่ผู้เข้าประกวดราคาทุกรายเสนอราคาสูงสุดสูงกว่าราคาเพดานที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ จะไม่มีผู้ประกวดรายใด

ได้รับเลือกให้เป็นคู่สัญญา ในกรณีที่ฝ่ายปกครองยืนยันที่จะทำสัญญาเฉพาะผู้ที่ชนะการประกวดราคาเท่านั้น กรณีนี้การเลือกคู่สัญญาจะเป็นไปโดยอัตโนมัติ และอำนาจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจผูกพัน

การประกวดราคามี 2 วิธี คือ วิธีแรกเป็นการประกวดราคาทั่วไป ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้มีอาชีพที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาทุกรายมีโอกาสเข้าประกวดราคา และลักษณะของผู้ประกวดราคาฝ่ายปกครองจะกำหนดคุณสมบัติมีลักษณะทั่วไป เช่น เป็นบุคคลของรัฐสมาชิกประชาคมยุโรป มีความสามารถตามกฎหมาย มีความน่าเชื่อถือ เว้นแต่บุคคลหรือบริษัทที่ถูกสั่งห้ามเข้าประกวดราคา เพราะก่อนหน้านี้ได้กระทำความผิดในการประกวดราคา วิธีที่สองการประกวดราคาอย่างจำกัด ได้แก่กรณีที่ฝ่ายปกครองเชิญบุคคลหรือบริษัทเพียงบางคนหรือบางบริษัทเข้าร่วมในการประกวดราคา

- การเรียกสอบราคาตามความเหมาะสม (l'appel d'offres) มีวิธีการเช่นเดียวกับการประกวดราคา แต่จะต่างตรงที่การเลือกคู่สัญญาผู้ชนะการประกวดราคาจะไม่ใช่เป็นผู้ที่เสนอราคาต่ำสุดโดยอัตโนมัติ ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะเลือกคู่สัญญาที่เห็นว่าเป็นผู้เหมาะสมที่สุด โดยพิจารณาทั้งราคา ข้อมูลทางเทคนิค และทางการเงินประกอบกัน บางกรณีฝ่ายปกครองอาจจัดให้มีการแข่งขันกันเพื่อคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคาตามความเหมาะสมก็ได้

- การเจรจาข้อตกลง มีชื่อเรียกหลายอย่าง เช่น สัญญาตัวต่อตัว (les marchés de gré à gré) โดยการตกลงกันโดยตรง (par entente directe) หรือโดยการเจรจา (marchés négociés) การเจรจาเป็นชื่อที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (code des marchés publics) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีความเป็นอิสระในการเลือกคู่สัญญาอย่างเต็มที่ โดยจะเสนอหรือเจรจาอย่างไรก็ได้ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์ และสามารถทำสัญญากับใครก็ได้ว่าเป็นอิสระ อย่งไรก็ดี หากเป็นไปได้จะต้องทำให้มีการแข่งขันเปรียบเทียบกันด้วย

เมื่อได้ทราบวิธีการต่างๆ ในการเข้าทำสัญญาแล้ว ในประเทศฝรั่งเศสฝ่ายปกครองก็มีกฎเกณฑ์ในการเลือกใช้วิธีการต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วคัดเลือกคู่สัญญา (สำนักงานศาลปกครอง , 2547 ก, หน้า 88) ในช่วงแรก การประกวดราคาทั่วไปถือเป็นหลักของการทำสัญญาพัสดุ ทั้งนี้ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับหลักในเรื่องเศรษฐกิจเสรีซึ่งต้องเป็นการแข่งขันอย่างกว้างขวาง และเกี่ยวกับหลักในเรื่องเงินสาธารณะ แต่ต่อมาก็เกิดปัญหาเกี่ยวกับเอกชนผู้เข้าประกวดราคาสมยอมกัน ประกอบกับผู้เสนอราคาที่ต่ำสุดนั้นมิใช่เป็นผู้ให้ประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ ทำให้วิธีการประกวดราคาหมดความสำคัญลงไป

ตามมาตรา 83 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ให้อำนาจรัฐมนตรีในการเลือกที่จะใช้วิธีใดก็ได้ระหว่างวิธีประกวดราคา วิธีเรียกสอบราคาตามความเหมาะสม และวิธีตกลง

ราคา ในทางปฏิบัติวิธีการสอบราคาตามความเหมาะสมและวิธีตกลงราคาจะเป็นวิธีที่นำมาใช้มากกว่า แม้จะมีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขจำกัดขอบเขตการใช้วิธีตกลงราคาไว้ก็ตาม ส่วนกรณีการประกวดราคามีการนำมาใช้ในจำนวนน้อยมาก

ในกรณีองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 18 มกราคม ค.ศ. 1971 เปิดโอกาสให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิเลือกที่จะทำสัญญาพัสดุวิธีใดก็ได้ แต่ถูกจำกัดเฉพาะวิธีการตกลงราคาเท่านั้น แต่การประกวดราคานั้น ไม่นิยมทำแบบประกวดราคามากนัก ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา 22 และมาตรา 23 ได้กำหนดให้นำ มาตราการพิเศษมาใช้สำหรับกรณีการทำสัญญา ได้แก่ การขอมาตรการฉุกเฉินก่อนการทำสัญญา (le référé précontractuel) ซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการป้องกันการกระทำความผิดในการประกาศและการแข่งขันในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยในกรณีที่มีการนำคำสั่งทางปกครองก่อนการทำสัญญามาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยผู้พิพากษานายเดียวมีอำนาจพิพากษายกเลิกคำสั่งดังกล่าว รวมทั้งบังคับให้มีการตัดข้อกำหนดบางข้อในร่างสัญญาออกไป ซึ่งคำพิพากษานี้ไม่อาจ อุทธรณ์ต่อไปได้ และถือว่ามาตรการป้องกันซึ่งให้อำนาจศาลอันเป็นวิวัฒนาการอย่างหนึ่งในเรื่องนี้

1.1.2 ข้อจำกัดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญาอันเกิดจากกฎหมาย

การกำหนดข้อกำหนดในสัญญาตามวิธีการของสัญญาตามกฎหมายแพ่ง คู่สัญญา จะตกลงโดยการแสดงเจตนาด้วยความเสมอภาค แต่ก็ยังมีบางกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เจรจาตกลงกัน เช่น สัญญาประกันชีวิต ในกรณีนี้เรียกว่าสัญญาเข้าร่วมหรือสัญญาจำยอม (contrat d'adhésion) สำหรับสัญญาทางปกครอง ความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญาจะเกิดขึ้นอย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของการทำสัญญา และในการปฏิบัติตามสัญญา ทั้งนี้ เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาและหลักการทำสัญญาต่างกันนั่นเอง ซึ่งฝ่ายปกครองทำการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ในขณะที่สัญญาฝ่ายเอกชนคำนึงถึงประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้น ประโยชน์ส่วนรวมย่อมเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตัว ด้วยเหตุนี้ การกำหนดข้อกำหนดในสัญญา ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดแต่เพียงฝ่ายเดียว ฝ่ายเอกชนสามารถแสดงเจตนาของตนได้เฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับราคาในกรณีที่สัญญากำหนดราคาไว้ และไม่มีการเจรจาฝ่ายเอกชนมีเสรีภาพเพียงแต่เลือกที่จะยอมรับ หรือปฏิเสธเงื่อนไขทั้งหมดของสัญญาที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้เท่านั้น เอกสารที่กำหนดเงื่อนไขต่างๆ คือ บันทึกรายการสัญญา (cahier des charges) ซึ่งประกอบด้วยเอกสารสำคัญ 2 ส่วน คือ (สำนักงานศาลปกครอง, 2547 ก, หน้า 91)

(1) ส่วนแรกเป็นเอกสารทั่วไป โดยใช้กับสัญญาประเภทเดียวกันทุกสัญญา ได้แก่ บันทึกรายการสัญญาท้ายสัญญาทางปกครองทั่วไป ซึ่งกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ที่ใช้กับสัญญาประเภทเดียวกันของหน่วยงานทางปกครองทุกสัญญา การแก้ไขเพิ่มเติมจะไม่มีผลใช้บังคับกับสัญญาที่ได้

กระทำไปแล้ว (ก่อนการแก้ไข) โดยสัญญาที่กระทำไปแล้วจะใช้เงื่อนไขที่ใช้บังคับอยู่ขณะที่ทำสัญญา ซึ่งเป็นบันทึกเงื่อนไขทางเทคนิคทั่วไป

(2) ส่วนที่สองเป็นเอกสารเฉพาะราย ซึ่งจะกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขทั่วไปหรือเงื่อนไขทางเทคนิค เฉพาะสัญญารายนั้นเท่านั้น เช่น กรณีของสัญญาสัมปทาน บางครั้งเอกสารเฉพาะรายดังกล่าวจะอ้างอิงแบบเอกสารเฉพาะราย ที่จัดทำขึ้นไว้สำหรับสัญญาสัมปทานประเภทเดียวกันทุกสัญญา กรณีนี้ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่ว่า เอกสารเฉพาะรายดังกล่าวนี้จะมีสภาพเป็นกฎหรือไม่

1.2 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง (สำนักงานศาลปกครอง 2547 ก, หน้า 92-106)

การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษ 2 ประการ ดังต่อไปนี้

1.2.1 เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง เอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองมีที่มา ทั้งข้อกำหนดในสัญญาและจากหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้กับสัญญาทางปกครองทุกประเภท ในฐานะที่สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง และถือว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวรวมอยู่ในตัวสัญญา เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองดังกล่าวนี้ จะปรากฏให้เห็นทั้งในการปฏิบัติตามสัญญาตามปกติ และในมาตรการที่ใช้บังคับกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา หรือกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาไม่ถูกต้อง

(1) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ในการปฏิบัติตามสัญญาตามปกติ

คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่นเดียวกับคู่สัญญาทางแพ่ง โดยหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญานั้น เป็นภาระผูกพันเฉพาะตัว กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมอบให้หรือทำสัญญาช่วงให้เอกชนรายอื่นปฏิบัติตามสัญญาแทนบางส่วน จะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายอนุญาตไว้ให้กระทำได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาเฉพาะเกิดเหตุสุดวิสัยขึ้นเท่านั้น ซึ่งทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาหมดสิ้นไป แต่ถ้าเหตุสุดวิสัยอื่นที่ไม่ทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาหมดสิ้นไปแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถยกเหตุสุดวิสัยเพื่อขอให้ศาลพิพากษาให้มีการยกเลิกสัญญาได้

ตามหลักทั่วไปแล้ว สัญญาทางปกครองให้สิทธิฝ่ายปกครองทั้งในการอำนาจการ และการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีสัญญาก่อสร้างโยธาสาธารณชนนั้น วิศวกรของหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการก่อสร้างและบำรุงรักษาทางสาธารณะสามารถเข้าไปในสถานที่ก่อสร้างได้อย่างอิสระ และมีอำนาจสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ กรณีสัญญาพัสดุก็อยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองเช่นกัน แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ผิดสัญญาหรือปฏิบัติตามสัญญาไม่ถูกต้อง คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็เข้าไปควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาได้ ตรงนี้เป็นการแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน

นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองยังสามารถแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขให้ภาระหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีมากขึ้นหรือน้อยลงก็ได้ ซึ่งจะตรงข้ามกับหลักการพื้นฐานของสัญญาทางแพ่งในเรื่องที่ว่า สัญญาจะต้องผูกพันและไม่เปลี่ยนแปลง (l'immutabilité des contrats) เนื่องจากสัญญาทางปกครองยึดโยงกับการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นภารกิจที่เข้าไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน ดังนั้นเมื่อประโยชน์ของส่วนรวมเปลี่ยนไป ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้เช่นกัน ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการดังกล่าว เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดี Gaz de Déville lès Rouen (ค.ศ. 1902) ในกรณีสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ผู้รับสัมปทานในการทำให้เกิดแสงสว่างของเมือง โดยใช้ก๊าซถูกฝ่ายปกครองบังคับให้ต้องเปลี่ยนวิธีการในการให้แสงสว่างใหม่หลังจากมีการค้นพบไฟฟ้า หรือกรณีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี Compagnie générale française des tramways (ค.ศ. 1910) เมืองที่กำลังขยายตัวสามารถที่จะบังคับให้ผู้รับสัมปทานเดินรถรางเพิ่มเส้นทางเดินรถขึ้นอีกโดยไม่มีสัญญากำหนดไว้เช่นนั้น และถือเรื่องเหล่านี้เป็นหลักทั่วไป แต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาดังกล่าวนี้จำกัดเฉพาะความจำเป็นในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะเท่านั้น จึงไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวในกรณีอื่นนอกจากเหตุผลดังกล่าวและการแก้ไขสัญญายอมทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนทางการเงินสำหรับภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นใหม่นั้นด้วย

(2) เอกสิทธิของฝ่ายปกครอง ในการใช้มาตรการบังคับในกรณีที่มีการปฏิบัติตามสัญญาไม่ถูกต้อง เอกสิทธิของฝ่ายปกครองจะแสดงออกมา 2 แนวทางดังนี้

- ในกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะนำหลักกฎหมายแพ่งที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามสัญญามาใช้กับกรณีนี้ไม่ได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของตนตามสัญญาต่อไปไม่ว่าฝ่ายปกครองจะมีความผิดหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อให้ฝ่ายปกครองมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนสำหรับความผิดของฝ่ายปกครองในกรณีไม่ร้ายแรง หากเป็นกรณีร้ายแรงอาจจะขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกสัญญาเท่านั้น

- ในกรณีที่ฝ่ายเอกชนเป็นฝ่ายปฏิบัติตามสัญญาไม่ถูกต้อง เช่นการละเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญา ปฏิบัติอย่างไม่ถูกต้อง น้อยลงหรือล่าช้า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้มาตรการต่างๆ เพื่อบังคับให้เป็นไปตามสัญญาซึ่งมีสาระสำคัญต่างจากกฎหมายแพ่ง ดังนี้

ก. มาตรการดังกล่าวมิได้มีความมุ่งหมายแค่เพียงการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากฝ่ายเอกชนเท่านั้น แต่หากมุ่งถึงการบังคับให้มีการปฏิบัติ (l'exécution effective) ที่สอดคล้องกับความต้องการของประโยชน์ส่วนรวมด้วย

ข. เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่จะใช้มาตรการได้อย่างเต็มที่แม้ไม่มีข้อกำหนดในสัญญากำหนดไว้ก็ตาม เช่น กรณีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดี Deplanque (ค.ศ. 1907) ฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับความบกพร่องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เสมอ แม้ว่าในสัญญาจะไม่กำหนดไว้

ค. การใช้สิทธิหรือเอกสิทธิ์ดังกล่าวนี้เป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลให้พิสูจน์ความผิดเสียก่อน เพียงแต่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งเตือนฝ่ายเอกชนให้ทราบก่อนเท่านั้น จะเห็นได้ว่า ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญากลับปรากฏว่ามีการใช้อำนาจฝ่ายเดียวโดยการออกคำสั่งทางปกครองและเอกสิทธิ์ที่จะบังคับให้ดำเนินการไปก่อน (privilege du préalable) อันเป็นลักษณะสำคัญของการใช้อำนาจสาธารณะ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Ministère l'Équipement (ค.ศ. 1970) วางหลักว่า การใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวถือเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะปฏิเสธไม่ใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าว และจะมาใช้สิทธิในการฟ้องคดีเพื่อขอให้บังคับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยจะยกเว้นเฉพาะเพียงประการเดียวคือ ศาลอาจสั่งให้ยกเลิกสัมปทานบริการสาธารณะได้เฉพาะกรณีที่มีความสามารถบกพร่องร้ายแรงเกิดขึ้นเท่านั้น

ง. ในกรณีที่มาตรการของฝ่ายปกครองที่ใช้ไม่สมเหตุสมผล คู่กรณีฝ่ายเอกชนสามารถฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้

(3) มาตรการหลักที่ฝ่ายปกครองนำมาบังคับใช้และการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้น มี 3 ประเภท คือ

ประเภทแรก มาตรการทางการเงิน (ค่าปรับ) ไม่ว่าจะเป็กรณีที่สัญญากำหนดไว้ซึ่งสามารถนำมาใช้ได้ทันทีกรณีมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น เรียกว่าโทษทางสัญญา (pénalties contractuelles) เช่น การปรับรายวันกรณีทำงานตามสัญญาล่าช้า หรือเป็นกรณีคำนวณค่าปรับในภายหลังเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น (ค่าเสียหายและดอกเบี้ย)

ประเภทที่สอง เป็นมาตรการเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา แม้ว่าจะเกิดจากความบกพร่องของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองจะเข้าปฏิบัติการตามสัญญาแทนที่เอกชนคู่สัญญา (อย่างน้อยเป็นการชั่วคราว) โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายสำหรับการดำเนินการแทนดังกล่าว

ประเภทที่สาม มาตรการที่ทำให้สัญญาลิ้นสุดลง ซึ่งเป็นการเลิกสัญญาโดยไม่มีค่าทดแทน

1.2.2 หลักว่าด้วยดุลยภาพทางการเงินของสัญญา (le principe de l'équilibre financier du contrat) อันเป็นหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครอง

(1) สิทธิต่างๆ ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ตามหลักทั่วไปคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการทำสัญญากับฝ่ายปกครอง 2 ประการ คือ

ประการแรก ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมอบเอกสิทธิ์ในการจัดทำบริการสาธารณะให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งที่จะทำให้การปฏิบัติตามสัญญาไปโดยเรียบร้อย เช่น กรณีที่ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะได้รับอนุญาตที่จะเก็บภาษีจากผู้ใช้บริการสำหรับบริการสาธารณะที่ตนได้จัดทำขึ้น

ประการที่สอง ในกรณีที่สัญญากำหนดให้มีการจ่ายเงินตอบแทนในการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งเงินดังกล่าวอาจจะกำหนดไว้อย่างตายตัว หรืออาจกำหนดให้มีการแก้ไขได้ตามเหตุผลที่กำหนดไว้ หรืออาจจะปรับปรุงได้ในกรณีสัญญาระยะเวลาโดยหลักแล้วการจ่ายเงินค่าตอบแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดังกล่าวจะต้องจ่ายหลังจากที่ได้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว ซึ่งนับว่าเป็นข้อเสียของหลักการนี้ แต่ก็มีกรณีแก้ไขกฎหมายหลายครั้งซึ่งกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะได้รับเงินล่วงหน้าได้

ข้อกำหนดในส่วนการจ่ายเงินนี้ คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงแต่เพียงฝ่ายเดียวได้ เพราะเหตุว่าหลักคุณภาพทางการเงินอันเป็นหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครองที่ชัดเจนการมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

(2) หลักว่าด้วยคุณภาพทางการเงินของสัญญา มีพื้นฐานมาจากทฤษฎีการถูกบังคับด้วยเหตุนี้ที่ไม่อาจคาดหมายได้ (théorie des sujétions imprévues) เป็นแนวความคิดที่ว่า การจ่ายเงินตอบแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับภาระหน้าที่ของคู่สัญญาผู้นั้นต้องรับไปตามความเป็นจริง ซึ่งอาจเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ แทนที่จะเป็นไปตามที่กำหนดในสัญญา ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องประสบอุปสรรคในการปฏิบัติตามสัญญาอันเกิดจากเหตุการณ์ภายนอก (ไม่ได้เกิดจากการกระทำของคู่สัญญา) และเป็นเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้หรือไม่เกิดขึ้นตามปกติ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องได้รับการใช้ค่าสินไหมทดแทนทั้งหมด หลักการนี้ปรากฏจากทฤษฎีอันเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาล 2 ทฤษฎี คือ

ทฤษฎีแรก เป็นทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย หรือการกระทำของอำนาจสาธารณะ (fait du prince) กรณีนี้เป็นเหตุบังเอิญหรือเหตุภายนอกที่เกิดขึ้นหรือเหตุทางปกครอง (aléa administratif) ซึ่งเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เมื่ออำนาจสาธารณะ (เจ้าชาย) ก่อให้เกิดการสร้างภาระให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิ่มขึ้นมากหรือหนักยิ่งขึ้น ก็จะต้องมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายทั้งหมด คือเท่ากับความเสียหายที่ได้รับ แต่ตามแนวคำพิพากษาของศาลนั้น หลักนี้มีความซับซ้อนและเบี่ยงเบนขึ้นอยู่กับเอกสิทธิ์ของฝ่าย

ปกครองจะแสดงออกมาในรูปมาตรการแบบใด ขึ้นอยู่กับว่ามาตรการที่ใช้จะเป็นมาตรการเฉพาะรายหรือมาตรการทั่วไป อาจอธิบายได้ดังนี้

ทฤษฎีการกระทำของเจ้าชายนี้จะนำมาใช้เสมอเมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวในการแก้ไขข้อสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวกับหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน กรณีนี้ถือเป็นกรณีหลักที่จะนำมาทฤษฎีนี้มาใช้ โดยจะเทียบเคียงให้กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้มาตรการอื่นที่ไม่เกี่ยวกับสัญญา เช่น ใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยและเป็นมาตรการเฉพาะราย (mesure individuelle) ที่ก่อให้เกิดภาระหน้าที่ของคู่สัญญาหนักขึ้น สามารถนำทฤษฎีนี้มาปรับใช้ได้ด้วย

ทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย จะไม่ถูกนำมาใช้เลยหากการที่คู่สัญญามีภาระหนักขึ้น โดยเกิดจากฝ่ายปกครองอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา เช่น ในกรณีรัฐทฤษฎีกา อันเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองระดับรัฐ เกี่ยวกับมาตรการทางสังคมที่มีผลทำให้คู่สัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดต้องรับภาระหนักขึ้น ซึ่งในกรณีนี้แม้จะเป็นเหตุบังเอิญทางปกครอง แต่นำไปเทียบเคียงกับเหตุบังเอิญทางเศรษฐกิจ (aléa économique) และโดยการปรับใช้ทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้

ทฤษฎีนี้อาจถูกนำมาใช้ในกรณีฝ่ายปกครองคู่สัญญาที่ใช้มาตรการทั่วไป (mesure générale) ซึ่งมีผลทำให้เกิดภาระหน้าที่หนักขึ้นแก่คู่สัญญา จะนำทฤษฎีนี้มาใช้เฉพาะมาตรการทั่วไปดังกล่าวนี้มีผลกระทบโดยตรงต่อสาระสำคัญอย่างหนึ่งอย่างใดของการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น เช่น กรณีการจัดเก็บภาษีประเภทใหม่อันมีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ที่จำเป็นต่อการปฏิบัติการตามสัญญา

ทฤษฎีที่สอง เป็นทฤษฎีที่ว่าด้วยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ (théorie de l'imprévision) กรณีนี้เป็นเหตุบังเอิญหรือเหตุภายนอกในทางเศรษฐกิจ (aléa économique) ซึ่งทฤษฎีแรกนั้นเป็นเหตุภายนอกในทางปกครอง เป็นกรณีที่มีการปฏิบัติตามสัญญาแล้วแต่ต่อมาเกิดการผันผวนทางเศรษฐกิจ เป็นเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้หรือไม่เกิดขึ้นตามปกติ และจากการผันผวนทางเศรษฐกิจดังกล่าวทำให้เอกชนคู่สัญญาล้มละลายได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้การปฏิบัติตามสัญญายังเป็นไปได้อยู่ แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระทางการเงินมากเกินไป และกรณีดังกล่าวนี้ไม่ถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีอาจหลุดพ้นจากภาระหน้าที่ตามสัญญาได้ โดยทฤษฎีดังกล่าวนี้เกิดจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดี Cie du gaz de Bordeaux เป็นกรณีที่เกิดสงครามใน ค.ศ. 1914 ทำให้ราคาต้นทุนเพิ่มขึ้นอย่างมาก จนทำให้ผู้รับสัมปทานจำหน่ายแก๊สไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ เพราะจะประสบกับภาวะขาดทุน ฝ่ายปกครองจึงชดเชยราคาวัตถุประสงค์ให้กับผู้รับสัมปทาน

แต่ตามหลักกฎหมายแพ่งนั้น หากมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นก็มีได้มีผลกระทบต่อภาระหน้าที่ของคู่สัญญาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาแต่อย่างใด ศาลปกครองก็มีได้นำหลักตามกฎหมายแพ่งดังกล่าวมาใช้ เพราะเห็นว่าการล้มละลายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะส่งผลกระทบต่อความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะ อันเป็นการตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนรวม ซึ่งจะหยุดชะงักไม่ได้ ทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อประกันหลักความต่อเนื่อง โดยการแบ่งการรับภาระให้กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยฝ่ายปกครองจะเป็นผู้จ่ายเงินชดเชยให้แก่ผู้รับสัมปทาน เพื่อที่จะทำให้ผู้รับสัมปทานสามารถดำเนินกิจการตามสัญญาต่อไปได้

เงื่อนไขในการนำทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้มาใช้จะต้องประกอบด้วย 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก เป็นเหตุที่คู่สัญญาอาจคาดหมายได้หรือไม่เกิดขึ้นตามปกติ ที่ทำให้เหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากเป็นเหตุการณ์ที่มีลักษณะพิเศษ เช่น เกิดสงครามหรือวิกฤติจากเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง

ประการที่สอง เป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือเจตนาของคู่สัญญาหรือไม่ได้เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาเอง

ประการที่สาม เหตุการณ์นั้นก่อให้เกิดความผกผันของภาระหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งเป็นการขาดทุนอย่างรุนแรงและก่อให้เกิดการขาดทุนถาวรเกินกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะคาดหมายได้ศาลจะเป็นผู้กำหนดเองว่าการขาดทุนระดับใด จึงจะถือว่าเป็นสิ่งที่คาดหมายได้ หากเกินกว่าระดับดังกล่าวก็จะเข้าเงื่อนไขของทฤษฎีนี้

ผลของเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ ในกรณีที่เกิดจากเงื่อนไขต่างๆ ตามที่กล่าวมา ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาไม่สามารถดำเนินไปอย่างเช่นสถานการณ์เดิมขณะทำสัญญาได้ ในกรณีเช่นนี้จะต้องดำเนินการภายใต้สถานการณ์ซึ่งเรียกว่า ช่วงเวลานอกเหนือสัญญา (la période extracontractuelle) ถ้าคู่กรณีกำหนดกันหรือตกลงกันไม่ได้ ศาลจะเป็นผู้กำหนดวิธีการที่จะนำมาใช้กับช่วงเวลาดังกล่าว และช่วงเวลาดังกล่าวนี้นี้ต้องไม่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด กล่าวคือ สาระสำคัญของสัญญาอันเป็นความสัมพันธ์ของคู่สัญญายังมีอยู่ และคู่สัญญายังคงปฏิบัติตามสัญญา กรณีของฝ่ายปกครองทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้สร้างภาระให้ฝ่ายปกครองเฉพาะในการประกันคุณภาพทางการเงินของสัญญาเท่านั้น

การจ่ายเงินทดแทนสำหรับทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้จะแตกต่างจากทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย ตรงที่ว่าค่าทดแทนดังกล่าวจะต้องไม่เท่ากับความสำเร็จทั้งหมดที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับ หรือเท่ากับภาระนอกเหนือสัญญาที่เกิดขึ้น ศาลจะเป็นผู้กำหนดเองในส่วนที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะเป็นผู้รับภาระ ศาลจะต้องคำนึงถึงหลักในเรื่องคุณภาพทางการเงิน

โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกำไรที่คู่สัญญาเอกชนได้รับไปก่อนหน้าเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้ ซึ่งค่าทดแทนก็คือ ภาระนอกเหนือสัญญาส่วนที่ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้รับ

การสิ้นสุดภาวะเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ ตามแนวคำพิพากษาถือว่าเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้จะต้องเป็นเหตุชั่วคราวเท่านั้น ไม่ถาวร ในกรณีเหตุการณ์ทางเศรษฐกิจที่ก่อให้เกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ มีลักษณะที่มั่นคงถาวร เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ในคดี *Compagnie des tramways de Cherbourg* ภาวะการณ์ขาดทุนมีลักษณะอย่างเด็ดขาด คู่สัญญาสามารถจะทำสัญญาขึ้นใหม่ หรือในกรณีที่ไม้อาจแก้ไขสถานการณ์ได้คู่สัญญาสามารถร้องขอต่อศาลปกครอง เพื่อมีคำสั่งให้เลิกสัญญาได้

1.3 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ (บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, 2527, หน้า 108-109) ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ว่า โดยปกติเมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญาก็สิ้นสุดไป หรือสัญญานั้นจะสิ้นสุดไปตามข้อตกลงในสัญญานั้นก็ได้ หรืออาจจะสิ้นสุดไปเพราะคู่สัญญาพร้อมใจกันเลิกสัญญา หรือการชำระหนี้ตามสัญญาเป็นพันพิสัยไป

อย่างไรก็ตาม ยังมีการเลิกสัญญาที่เป็นหลักเฉพาะของสัญญาทางปกครอง ดังนี้

1.3.1 การเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถึงแม้ข้อสัญญาจะไม่กำหนดไว้ใน 2 กรณีดังต่อไปนี้

(1) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญาอย่างร้ายแรง คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็อาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เอง

(2) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะการเลิกสัญญากรณีนี้อาจทำเป็นคำสั่งเฉพาะเรื่อง หรือกฎข้อบังคับได้ตามจริง อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวนี้คือการขยายอำนาจเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองมาใช้เท่านั้น ดังนั้นหลักการใช้อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปราศจากความผิดนี้ จะต้องมิเกินกว่าเช่นเดียวกับการใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงข้อสัญญานั้นเอง และเมื่อเลิกสัญญาแล้วคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องชดใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวน เฉพาะในกรณีการยกเลิกสัญญาสัมปทานนั้น จะกระทำในรูปแบบของการซื้อคืนสัมปทาน (rachat) (สำนักงานศาลปกครอง, 2547 ก, หน้า 107)

1.3.2 การเลิกสัญญาโดยศาลปกครอง การเลิกสัญญาโดยศาลปกครองอาจเกิดขึ้นในกรณีดังต่อไปนี้

(1) โดยคำร้องขอของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเองผิดสัญญาอย่างร้ายแรง หรือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขข้อสัญญาจนเกินขนาด หรือกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยขึ้น

(2) โดยคำขอของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะกรณีการเลิกสัญญาสัมปทาน ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิ์ทำเอง หรือในกรณีที่ฝ่ายปกครองนั้นสละซึ่งการใช้สิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว และเลือกที่จะใช้วิธีการทางศาล(สำนักงานศาลปกครอง, 2547, หน้า 108)

(3) โดยคำร้องขอของกลุ่มสัญญาฝ่ายหนึ่ง เมื่อเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็นเหตุการณ์

1.4 ประเภทของสัญญาทางปกครอง บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 97-

110)

ประเภทของสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้นแม้จะมีอยู่อย่างหลากหลาย แต่ก็อาจจะจัดกลุ่มได้เป็น 3 ประเภทดังนี้

1.4.1 สัญญาทางปกครองทั่วไป ได้แก่ สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพในตัวของมันเอง ซึ่งจะมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งชัดเจน อาจแบ่งได้เป็น 4 ประเภท คือ (Laurent Richer, 1999, p 311-522 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 97)

ประเภทแรก สัญญาพัสดุ (les marchés publics) เป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย เพราะเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าให้เป็นสัญญาทางปกครอง (contrat administratif par détermination de la loi) (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2550, หน้า 434) โดยเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดหาพัสดุหรือบริการหรือก่อสร้างสิ่งก่อสร้างต่างๆ โดยฝ่ายปกครองจะจ่ายเงินเป็นค่าตอบแทนสำหรับการจัดหาหรือก่อสร้างนั้น ซึ่งจะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างตามกฎหมายแพ่ง แต่จะแตกต่างในประการสำคัญที่ว่า สัญญาพัสดุได้นำเงินของประชาชนผู้เสียภาษีมาเป็นค่าตอบแทนให้กับเอกชน ประกอบกับเป็นวิธีการหลักที่จะทำให้ฝ่ายปกครองจะต้องนำมาใช้ในการได้มาซึ่งพัสดุ เพื่อดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ ดังนั้น สัญญาพัสดุจึงมีความพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง

ประมวลกฎหมายพัสดุ (code des marchés publics) รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 1964 ได้กำหนดคกฏเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับวิธีการจัดหาพัสดุแต่ละประเภท รวมทั้งเนื้อหาของสัญญาและกิจกรรมต่างๆ เกี่ยวกับสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับการเงิน สาระสำคัญของสัญญาพัสดุมี 4 กรณี ดังนี้

กรณีแรก คู่สัญญาเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่ ราชการปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชนอื่น แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่มีลักษณะทาง

อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ตามมาตรา 39 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและอาชญากรรมไม่รวมถึงองค์การมหาชนที่ไม่สังกัดหน่วยงานใดเลย สำหรับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น แม้ในทางทฤษฎีจะยอมรับว่าอาจเป็นฝ่ายปกครองด้วยกันได้ อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี Communauté de commune du piemont de Barr (ค.ศ. 1998) เคยวินิจฉัยว่า สัญญาระหว่างองค์การของรัฐด้วยกันนั้น แม้จะมีลักษณะคล้ายสัญญาแพ่ง แต่ก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่ง เพราะไม่อาจนำข้อกำหนดมาใช้ได้ แต่มีนักวิชาการเห็นว่าไม่ควรเคร่งครัดตามคำพิพากษาดังกล่าว เพราะเหตุว่าในปัจจุบันมีกิจการหลายอย่างที่รัฐดำเนินการอย่างเช่นเอกชน

กรณีที่สอง รูปแบบและเงื่อนไขในการทำสัญญา เป็นสัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งได้กำหนดรูปแบบและเงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะ กิจการใดบ้างจะอยู่ในบังคับและกำหนดว่าการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายดังกล่าวมีเงื่อนไขและวิธีการอย่างไรบ้าง ดังนั้น การดำเนินการอันเป็นกิจการที่ประมวลกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอื่นกำหนดว่า การจ้างก่อสร้าง จัดหาพัสดุ หรือบริการที่มีวงเงินประมาณการไม่เกิน 300,000 ฟรังก์ต่อปี หรือการซื้อสินค้าประเภทอาหารซึ่งอาจเสียได้ง่าย ไม่ต้องดำเนินการตามเงื่อนไขของประมวลกฎหมายดังกล่าว จึงไม่ใช่สัญญาแพ่ง

กรณีที่สาม วัตถุประสงค์ของสัญญา เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการจ้างทำงาน (le marché de travaux) ซึ่งฝ่ายปกครองจะมอบหมายให้ผู้รับเหมาทำงานเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วเป็นงานโยธาสาธารณะ เช่น การก่อสร้างถนนทางด่วน หรืออาคารที่ทำการของฝ่ายปกครอง หรือเป็นการจัดหาพัสดุ (le marché de fournitures) ที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเปรียบเทียบได้กับสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่ง และอาจถือได้ว่าเป็นสัญญาจ้างผลิต (le marché industriel) ได้แก่กรณีที่ฝ่ายปกครองกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่ต้องการเพื่อให้คู่สัญญาดำเนินการผลิตภายใต้การดูแลของฝ่ายปกครอง โดยคู่สัญญาเป็นผู้เสนอราคาของการผลิตดังกล่าวให้แก่ฝ่ายปกครอง หรือเป็นการบริการ (le marché de service) ซึ่งมีรูปแบบที่หลากหลายแต่พอสรุปได้ว่า เป็นสัญญาจ้างที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญานอกเหนือไปจากการทำงานเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เช่น สัญญาจ้างกำจัดขยะ สัญญาจ้างควบคุมงาน สัญญาจ้างทำความสะอาดอาคาร เป็นต้น

กรณีที่สี่ ค่าตอบแทนการชำระหนี้ โดยเกิดจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดี Beuet Lagarde (ค.ศ. 1970) ได้กำหนดลักษณะของสัญญาพัสดุกรณที่สี่นี้คือ จะต้องเป็นสัญญาที่กำหนดให้มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่คู่สัญญา (prix) ซึ่งแต่เดิมศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าจะต้องไม่เป็นเงินที่จ่ายโดยผู้ให้บริการ ต่อมาก็มีคำพิพากษาของศาลปกครองในคดี Avis (ค.ศ. 1980) วินิจฉัยว่า สัญญาที่คู่สัญญาได้รับค่าตอบแทนจากการเก็บค่าใช้พื้นที่โฆษณาในที่จอดรถประจำทางจากบุคคลที่สาม เป็นสัญญาพัสดุ

นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งดังกล่าวแล้วก็ยังมีกฎหมายฉบับต่างๆ ในบางเรื่องไว้เป็นพิเศษ เช่น รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 13 ธันวาคม 1975 ว่าด้วยผู้รับสัญญาช่วง รัฐบัญญัติลงวันที่ 12 กรกฎาคม 1985 เกี่ยวกับผู้ควบคุมงานก่อสร้าง รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1991 เกี่ยวกับความโปร่งใสและความถูกต้องของกระบวนการทำสัญญา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หลักการที่สำคัญๆ โดยส่วนใหญ่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งทั้งสิ้น

ประเภทที่สอง สัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะ (les conventions de gestion déléguée de service public) เป็นสัญญาที่มอบหมายกิจการเกี่ยวกับการบริการสาธารณะให้กับเอกชน ซึ่งแบ่งได้เป็น 8 ประเภทย่อยๆ ดังนี้ (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 100)

(1) สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ โดยไม่มีการทำเป็นกิจการบริการสาธารณะ ได้แก่ สัญญาสัมปทานพลังน้ำ (la concession de force hydraulique) ที่ผู้รับสัมปทานได้รับอนุญาตให้ทำการก่อสร้าง เพื่อที่ตนจะได้ใช้พลังน้ำ การก่อสร้างดังกล่าวมีลักษณะเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะในแง่ที่ว่า โดยปกติแล้วการส่งวนน้ำและพลังงานควรจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ แต่การให้พลังงานดังกล่าวมิได้เป็นการให้บริการสาธารณะ

(2) สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะและดำเนินการบริการสาธารณะ เช่น การก่อสร้างที่จอดรถใต้ดิน การสร้างสะพานเก็บค่าผ่านทาง เป็นต้น

(3) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น บริการฌาปนกิจสถาน การขนส่งมวลชน

(4) การให้บริการกิจการบริการสาธารณะที่เรียกว่า l'affermage ซึ่งต่างจากสัญญาสัมปทานอื่นๆ ตรงที่ไม่ต้องลงทุนในการก่อสร้างหรือจัดซื้ออุปกรณ์ใดๆ เนื่องจากฝ่ายปกครองได้มีหรือทำไว้แล้ว คู่สัญญาได้รับสิทธิในการดำเนินการ และต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ฝ่ายปกครองในลักษณะของค่าธรรมเนียม (redevence) เช่น การให้บริการจ่ายน้ำประปา ซึ่งได้มีการวางท่อไว้แล้วโดยฝ่ายปกครอง

(5) Régie intéressé เป็นสัญญาซึ่งฝ่ายปกครองเป็นผู้ลงทุนทั้งหมดในการจัดตั้งหน่วยงานโดยมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ และเอกชนได้รับค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครอง มิใช่จากผู้ใช้บริการ ค่าตอบแทนที่ได้รับนั้นจะขึ้นอยู่กับผลการดำเนินการบริการสาธารณะนั้นด้วย และเอกชนคู่สัญญาจะถูกควบคุมจากฝ่ายปกครองอย่างเข้มงวด แต่ก็ยังมีอิสระในการบริหารงาน

(6) Gérance มีลักษณะคล้ายกับ Régie intéressé แต่ต่างกันที่ค่าตอบแทนที่จะให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งจะจ่ายในลักษณะเหมาจ่าย โดยฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายรับทั้งกำไรและขาดทุน ดังนั้น จึงมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาจ้างบริการ (marché de service)

(7) *Marché d'entreprise de travaux publics* เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปการและดำเนินการหาประโยชน์จากการก่อสร้างดังกล่าว โดยในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาจะได้รับค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครองตามจำนวนเงินซึ่งครอบคลุมทั้งค่าใช้จ่ายในการก่อสร้าง และค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสัญญาประเภทนี้จะเหมือนกับสัญญาสัมปทานตรงที่ว่ามีวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นอย่างเดียวกัน แต่แตกต่างกันตรงที่ค่าตอบแทนที่จะได้รับจากฝ่ายปกครองมิใช่ผู้ใช้บริการหรือบุคคลที่สาม

(8) *Bail emphytéotique et convention accessoire* ได้แก่ สัญญาเช่าระยะยาว ซึ่งเป็นการให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของรัฐ โดยสิ่งปลูกสร้างนั้นจะตกเป็นของฝ่ายปกครองเมื่อสัญญาสิ้นสุด

ประเภทที่สาม สัญญาให้เอกชนครอบครองสาธารณะสมบัติ (*les contrats d'occupation du domain public*) เป็นสัญญาที่เอกชนเข้าครอบครองที่ดินสาธารณะ ซึ่งอาจเป็นการเข้าครอบครองเพื่อใช้ประโยชน์ในกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ก็ได้ เช่น สัญญาสัมปทานการครอบครองสาธารณะสมบัติทางทะเล (*concessions d'occupation du domain public maritime*) สัญญาสัมปทานการครอบครองสาธารณะสมบัติทางแม่น้ำ (*concessions d'occupation du domain public fluvial*) สัญญาสัมปทานสถานีบริการบนทางคมนาคมสาธารณะ (*concessions de stations-service sur le domaine public routier*) เป็นต้น

ประเภทที่สี่ สัญญาจ้างหรือสรรหาเจ้าหน้าที่ของรัฐ *Les contrats de recrutement d'agent public*) เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ดังนี้ มีกฎหมายกำหนดเกณฑ์จำกัดไว้ว่า กรณีใด (งานประเภทใด) บ้างที่จะสามารถใช้วิธีการทำสัญญาได้ และโดยหลักการทำสัญญาต้องมีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนซึ่งต้องไม่เกิน 3 ปี คู่สัญญาซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ไม่มีฐานะเป็นข้าราชการ แต่มีสิทธิบางอย่างคล้ายกับข้าราชการ เช่น ได้รับคืนเงินค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน เนื่องจากเป็นสัญญาทางปกครองจึงไม่อาจนำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายแรงงานมาใช้ได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยให้นำหลักเกณฑ์บางอย่างของกฎหมายแรงงานมาใช้ในการจ้างตามสัญญา นี้ด้วย โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักที่ว่าผู้ว่าจ้างไม่สามารถเลิกจ้างผู้รับจ้างที่ตั้งครรภ์ได้ ยกเว้นบางกรณีเท่านั้น แม้จะมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้แล้ว แต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ในสัญญาก็อาจจะระบุเงื่อนไขต่างๆ เพิ่มขึ้นได้ สัญญาอาจสิ้นสุดลงเมื่อหมดระยะเวลาสัญญา หรือการให้ออกจากงานด้วยเหตุผลเป็นการลงโทษทางวินัย หรือเพราะเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ได้ ซึ่งในกรณีให้ออกโดยไม่ชอบอาจนำมาฟ้องต่อศาลปกครองในคดีเพิกถอนได้ โดยอาศัยทฤษฎีในเรื่องนิติกรรมที่แยกออกจากสัญญา (*l'acte détachable*)

1.4.2 สัญญาที่อาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง

(1) สัญญาซื้อขาย (les contrats d'achat et de vente) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ซื้อ ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ โดยหลักต้องดำเนินการตามวิธีของสัญญาจัดซื้อพัสดุ (marchés de fournitures) และแม้ในบางกรณีที่รัฐเป็นผู้ซื้อสังหาริมทรัพย์ด้วยการเข้าแทนที่เอกชนด้วยการซื้อด้วยวิธีขายทอดตลาด ตามมาตรา 37 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 ธันวาคม 1921 ศาลคดีซัดกันได้อวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง สำหรับการซื้อสังหาริมทรัพย์ ถ้าการซื้อขายดังกล่าวไม่มีข้อสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งแล้วย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ขาย โดยหลักถือว่าเป็นกฎหมายแพ่ง เว้นแต่ในบางกรณีที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งก็อาจทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ ส่วนการขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐนั้นเป็นสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ

(2) สัญญาเช่า (les contrats de location) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้เช่า ไม่ว่าจะเช่าจากเอกชนหรือจากฝ่ายปกครองด้วยกันหลักถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งศาลคดีซัดกันได้อให้เหตุผลว่าการกระทำดังกล่าวมีฐานมาจากสัญญาเช่าทางแพ่งที่ไม่มีข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง และไม่ทำให้คู่สัญญามีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ให้เช่านอกจากกรณีการให้เช่าสาธารณสมบัติของแผ่นดิน โดยปกติถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง เว้นแต่มีข้อความที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้

(3) สัญญาตัวแทน (les contrats de mandat) แม้จะเป็นสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง แต่หากมีข้อกำหนดในสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง หรือมีเนื้อหาเป็นการมอบหมายให้ตัวแทนมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ ก็ถือเป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน

(4) สัญญาประกันภัย (es contrats d'assurances) ในกรณีที่ผู้รับประกันภัยเป็นเอกชน โดยหลักเป็นสัญญาทางแพ่ง เว้นแต่มีข้อกำหนดในสัญญาแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง อันจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ ส่วนกรณีที่รัฐเป็นผู้รับประกันเดิมแนวคำวินิจฉัยถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่ต่อมาได้มีกฎหมายฉบับลงวันที่ 19 เมษายน 1917 แก้ไขเพิ่มเติม การจัดองค์การของหน่วยงานดังกล่าวมีลักษณะเป็นการผูกขาดการประกันภัยโดยรัฐ และมีลักษณะเชิงบังคับให้ทำประกันภัย รวมทั้งลักษณะการใช้อำนาจควบคุมขององค์การทางปกครองเกี่ยวกับการขยายขอบเขตการประกันภัย โดยผู้ที่เกี่ยวข้องไม่มีโอกาสร่วมเจรจา รวมทั้งการจำกัดวงเงินที่จะช่วย ฯลฯ เป็นสัญญาทางปกครอง

1.4.3 สัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

(1) สัญญาทางเศรษฐกิจ โดยทั่วไปมี 3 ลักษณะ ได้แก่ ลักษณะเป็นสัญญาอย่างแท้จริง สัญญาที่มีการโต้แย้งว่าเป็นสัญญาที่แท้จริงหรือไม่ และสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาเทียม กล่าวคือ

ลักษณะแรก สัญญาทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นสัญญาอย่างแท้จริง ได้แก่ สิ่งที่เกิดจากการแสดงเจตนาร่วมกัน ซึ่งรวมถึงการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยสัญญาดังกล่าวอาจเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งก็ได้ ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาและเนื้อหาของสัญญา เช่น สัญญาที่เป็นกรมอบให้ทำหน้าที่แทรกแซงทางเศรษฐกิจ (les contrats d'attribution d'unemission d'interventionnisme économique) เช่น สัญญาที่รัฐมอบให้สมาคมเทคนิคการส่งออกถ่านหินในการส่งออกถ่านหิน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีเนื้อหาที่เป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ และเป็นการผูกพันสองฝ่าย โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และเป็นการมอบหมายให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ (les contrats de réalisation d'objectifs interventionnistes) เช่น สัญญาที่หน่วยงานเกี่ยวกับสุราทำกับผู้ผลิตสุรา เพื่อให้เป็นกิจการในการดำเนินการ โดยถูกต้องตามกฎหมาย

ลักษณะที่สอง สัญญาที่ยังเป็นที่โต้แย้งว่าเป็นสัญญาที่แท้จริงหรือไม่ ได้แก่ สัญญาแผน (contrat du plan) เป็นกรณีที่รัฐทำกับเอกชนที่นี้เพื่อปฏิบัติตามแผนที่วางไว้หรือโดยประการอื่น เช่น La convention État-sidérurgie ลงวันที่ 28 กรกฎาคม 1966 ระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจและการคลังกับสหภาพผู้ประกอบการอุตสาหกรรมเหล็กอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำความตกลงกับผู้ประกอบการ ซึ่งแผนการความร่วมมือเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เกี่ยวกับอุตสาหกรรมเหล็กที่กำหนดไว้ในแผนที่ห้า

ลักษณะที่สาม สัญญาเทียม (les faux contrats) ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดราคา (les contrats en matière de prix) ซึ่งตามจริงแล้วเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นกฎ

(2) สัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองด้วยกันเอง ฝ่ายปกครองด้วยกันเองอาจทำสัญญากันได้เฉพาะอย่างยิ่งในบางกรณีที่มีกฎหมายกำหนดในเรื่องนี้ไว้ สัญญาประเภทนี้ได้แก่ สัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่า สัญญาจัดหาพัสดุหรือบริการ ข้อตกลงเกี่ยวกับการแบ่งทรัพย์สินหรือภาระหน้าที่ สัญญาสัมปทาน สัญญาตัวแทน ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สิน

2. หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันนั้นจะบัญญัติไว้เป็นระบบในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตั้งแต่การก่อให้เกิดสัญญาจนกระทั่งสิ้นสุดของสัญญา ดังนี้

2.1 การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง

การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองนั้น ประกอบด้วย เงื่อนไขและขอบเขต การตกลงทำสัญญา การเลือกคู่สัญญา รูปแบบของสัญญา การให้ความเห็นชอบของบุคคลที่สาม การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น กล่าวคือ

2.1.1 เงื่อนไขและขอบเขตของการกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทำในรูปของสัญญาทางปกครอง (zulässigkeit and grenzen des verwaltungshandelas durch öffentlich-rechtliche verträge) (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 111-120)

ฝ่ายปกครองถ้าเลือกที่จะทำสัญญาทางปกครองในการจัดทำกิจการของฝ่ายปกครองนั้น การกระทำในรูปสัญญาทางปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป (Maurer, 1889, p. 804 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 111) และการทำสัญญาดังกล่าวนี้ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายพิเศษให้อำนาจในการกระทำดังกล่าว ตามมาตรา 54 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็ไม่ได้บัญญัติไว้ ดังนั้น โดยพื้นฐานแล้วฝ่ายปกครองสามารถที่จะเลือกใช้รูปแบบการกระทำในรูปของคำสั่งทางปกครองหรือสัญญาทางปกครองเพื่อใช้ในกรณีใดกรณีหนึ่งได้

การที่ฝ่ายปกครองกระทำการในรูปแบบของสัญญาทางปกครองนั้นจะกระทำไม่ได้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ให้ฝ่ายปกครองกระทำการในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง อาจได้แก่กฎหมายที่มีความมุ่งหมายและตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวจำกัดให้กระทำได้ในรูปของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

มาตรา 20 วรรคสามของกฎหมายพื้นฐาน (grundgesetz-GG) ได้บัญญัติให้ฝ่ายปกครอง ผูกพันตามบทบัญญัติของกฎหมายและหลักกฎหมาย (gesetz und recht) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองเป็นไปตาม “หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ” (der grundsatz des gesetzmässigkeit der verwaltung) ซึ่งหลักดังกล่าวมีหลักการย่อย 2 หลัก คือ “หลักความมาก่อนของกฎหมาย (der grundsatz des vorrangs des gesetzes) และ “หลักเงื่อนไขของกฎหมาย” (des grundssatz des vorbehalts des gesetzes) การใช้หลักดังกล่าวนี้ใช้ในกรณีกระทำทางปกครองโดยทั่วไป ดังนั้นสัญญาทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งต้องผูกพันตามหลักดังกล่าวด้วย

หลักความมาก่อนของกฎหมาย ได้แสดงถึงความเกี่ยวพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่มีอยู่ ตามหลักดังกล่าวฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถ กระทำการใดๆ ได้หากปราศจากกฎหมาย หลักความมาก่อนของกฎหมายนี้ใช้บังคับแบบไม่มีข้อจำกัดและใช้บังคับสำหรับการ

กระทำของฝ่ายปกครองทั้งหมด และด้วยเหตุนี้จึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย จากหลักดังกล่าวนี้เองเนื้อหาของสัญญาทางปกครองจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้

2.1.2 การตกลงทำสัญญาทางปกครอง (abschlubdesöffentlich-rechtlichen vertrages) กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ จำต้องพิจารณาประกอบกับกฎหมายเอกชนด้วย กล่าวคือ สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาสอดคล้องต้องกันว่า ข้อเสนอของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับการยอมรับจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง มาตรา 145 ถึงมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เกี่ยวกับข้อเสนอ (antrag) และการรับข้อเสนอรวมทั้งข้อบกพร่องของการตกลงกัน (มาตรา 154 และ มาตรา 155) บทบัญญัติต่างๆ ดังกล่าวข้อมนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย การนำบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับก่อให้เกิดผลว่า หากผู้ยื่นข้อเสนอได้ยื่นข้อเสนอโดยมีเงื่อนไขอันเป็นความลับ (geheimer vorbehalt) ตามมาตรา 116 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ดี กรณีของนิติกรรมอำพราง (scheingeschäft) ตามมาตรา 117 ก็ดี หรือกรณีที่ผู้ยื่นข้อเสนอมิได้ประสงค์จะผูกพัน (mangel der ernstlichkeit) ตามมาตรา 118 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ก็ดี ในกรณีดังกล่าวทำให้การแสดงเจตนาไม่มีผล ดังนั้นหากการทำสัญญาทางปกครองเกิดจากกรณีดังกล่าวข้างต้น สัญญาทางปกครองก็ไม่มีผลเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง ส่วนกรณีของการยื่นข้อเสนอโดยเข้าใจผิด (irrtum) ตามมาตรา 119 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน การแสดงเจตนาโดยมีข้อบกพร่องในทางเนื้อหา ตามมาตรา 120 หรือการแสดงเจตนาเนื่องจากการหลอกลวงหรือการข่มขู่ (arglistige täuschung oder drohung) ในกรณีนี้คู่สัญญาอาจโต้แย้งการแสดงเจตนาต่อผู้รับข้อเสนอซึ่งมีผลทำให้การแสดงเจตนาที่ถูกโต้แย้งดังกล่าวตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่ต้น (มาตรา 142 วรรค 1 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) หากนำมาใช้ในสัญญาทางปกครองย่อมมีผลทำให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะเช่นเดียวกัน

การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการรับข้อเสนอหรือไม่รับข้อเสนอรวมทั้งการแจ้งให้ทราบถึงการตัดสินใจดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะการกระทำดังกล่าวมิได้เป็นการกำหนดคุณเกณฑ์ตามความหมายของมาตรา 35 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ถ้าการปฏิเสธของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชนไม่อาจใช้วิธีการฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง แต่ฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐให้กระทำการได้

2.1.3 คู่สัญญาของสัญญาทางปกครอง (Partner des öffentlich-rechtlichen vertrages) ผู้ที่อาจเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้แก่ บุคคลธรรมดา นิติบุคคล คณะบุคคลเท่าที่มีสิทธิในเรื่องนั้นๆ ได้ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่บุคคลที่จะเข้าทำสัญญาได้นั้นต้องมีความสามารถในการทำนิติกรรม

ซึ่งในทางกฎหมายมหาชนนั้น หมายถึง ความสามารถในการกระทำ (handlungsfä higkeit) การแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญาทางปกครองกรณีแรกได้บัญญัติไว้ในมาตรา 12 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งอาจมีการแสดงเจตนาโดยบุคคลธรรมดาอันเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมายแพ่ง กรณีที่สองอาจเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลธรรมดาที่มีความบกพร่องในเรื่องความสามารถ ตามกฎหมายแพ่งเท่าที่บุคคลดังกล่าวนั้นได้รับการยอมรับให้เป็นผู้มีความสามารถในบางกรณี และให้ทำเรื่องผู้ทำการแทนกับตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับกับการทำสัญญาทางปกครองด้วย

2.1.4 รูปแบบของสัญญาทางปกครอง (form des öffentlichrechtlichen vertrages) ตามมาตรา 57 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง บัญญัติให้สัญญาทางปกครองให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร เท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น และมาตรา 62 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง บัญญัติว่าในกรณีที่มาตรา 51 ถึงมาตรา 61 มิได้บัญญัติเรื่องนั้นๆ ไว้ ในกรณีนี้ให้นำรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่กฎหมายกำหนดไว้ มาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้น รูปแบบอันเป็นลายลักษณ์อักษรตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับกับมาตรา 57 ดังกล่าวด้วย กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องลงลายมือชื่อในสัญญาด้วยตนเอง หรือโดยวิธีการรับรองลายพิมพ์นิ้วมือ ในกรณีที่มีการส่งเอกสารสัญญาโดยทางโทรสาร กรณีนี้ไม่ถือว่าได้มีการลงลายมือชื่อในสัญญาอย่างถูกต้อง เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการส่งเอกสารโดยทางไปรษณีย์และให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายลงลายมือชื่อในเอกสารสัญญาและส่งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งลงลายมือชื่อในสัญญาต่อไป ในกรณีที่ไม่ทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามมาตรา 59 วรรค 1 กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ประกอบกับมาตรา 125 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีผลทำให้สัญญาทางปกครองเป็น โฉงะ

การไม่คำนึงถึงรูปแบบของการทำสัญญาที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย อื่นๆ ย่อมมีผลทำให้สัญญาทางปกครองดังกล่าวตกเป็น โฉงะ ตามมาตรา 59 วรรค 1 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ประกอบกับมาตรา 125 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในกรณีดังกล่าวให้นำมาใช้กับกรณีที่มีการกำหนดรูปแบบที่เคร่งครัดกว่าในกฤษฎีกา (rechtsverordnung) หรือข้อบังคับขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (satzung) ด้วย เพราะบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองที่อยู่ในความหมายของกฎหมาย (gesetzen) ของมาตรา 125 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ด้วยบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการเยียวยาข้อบกพร่อง เช่น มาตรา 313 มาตรา 518 วรรค 2 หรือมาตรา 766 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ให้นำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยเช่นกัน

คู่สัญญาไม่อาจทำการตกลงกันยกเว้นการทำตามรูปแบบที่กำหนดไว้ในมาตรา 57 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ แต่คู่สัญญาอาจตกลงกันให้ใช้รูปแบบที่เคร่งครัดกว่าในการทำสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้ รูปแบบของสัญญาที่บังคับให้กระทำนั้นใช้เฉพาะกรณีการตกลงเข้าทำสัญญา แต่ไม่บังคับถึงกรณี การทำข้อเสนอและการมอบอำนาจ

2.1.5 การให้ความเห็นชอบของบุคคลที่สาม (zustimmung dritter) ตามมาตรา 58 วรรค 1 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติกรณีที่สัญญาทางปกครองมีผลต่อ บุคคลที่สาม ต้องให้บุคคลที่ถูกผลกระทบจากสัญญาทางปกครองดังกล่าวให้ความยินยอมเป็น หนังสือ โดยสัญญาประเภทนี้เรียกว่า สัญญาแบบสั่งการ (verfügungsverträgen) ตัวอย่างเช่น กรณี เจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาตในการก่อสร้างโดยทำเป็นสัญญา ยกเว้นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองอาคารที่อยู่ใกล้เคียง สัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อ เจ้าของอาคารใกล้เคียงดังกล่าวนั้นได้ให้ความ ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนหรือหลังการทำสัญญาก็ได้ ถ้าไม่ได้รับความยินยอมดังกล่าวนี้ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นย่อมตกเป็นโมฆะ

2.1.6 การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น (mitwirkung anderer behörde) มาตรา 58 วรรค 2 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้บัญญัติว่า การกระทำ ในรูปแบบสัญญาทางปกครองที่กระทำแทนในรูปแบบคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการจะออกคำสั่งทาง ปกครองดังกล่าว จะต้องได้รับความเห็นชอบหรือจะต้องตกลงกับเจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นๆ ก่อน ในกรณีนี้สัญญาทางปกครองที่กระทำแทนคำสั่งทางปกครองนั้น จะมีผลก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่อื่นได้ เข้ามามีส่วนร่วมตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

2.2 ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง (rechtmässigkeit des öffentlich-rechtlichen vertrages) (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 121-124)

ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบ 2 ประการ คือ ประการแรก ความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้นเท่านั้น

ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ได้ยกตัวอย่างในเรื่องนี้ไว้ว่า (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, หน้า 21) ผู้ว่าราชการจังหวัดของเมือง A ต้องการจะสนับสนุนให้มีการตั้งโรงงานอุตสาหกรรมในเมืองของตน เพื่อจะเป็นการส่งเสริมให้มีการลงทุนเกี่ยวกับกิจการด้านอุตสาหกรรม บริษัท B มีความประสงค์ที่จะมาลงทุนและตั้งโรงงานอุตสาหกรรมแต่มีปัญหาเรื่องการลงทุน ผู้ว่าราชการจังหวัดของเมือง A จึงตกลงทำสัญญากับบริษัท B ว่า ในการดำเนินกิจการของบริษัท B นั้น ทางราชการจะยกเว้นไม่เก็บภาษีทางการค้ากับบริษัทในช่วงระยะเวลา 2 ปีแรก ของการดำเนินกิจการและในช่วง

2 ปีต่อไปจะเก็บภาษีดังกล่าวเพียงร้อยละ 50 ของจำนวนภาษีที่ต้องเสียเท่านั้น สัญญาระหว่างผู้ว่าราชการจังหวัดของเมือง A และบริษัท B เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเนื้อหาของสัญญาดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยภาษีทางการค้าซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน แต่อย่างไรก็ตามสัญญาที่จัดทำขึ้นดังกล่าวนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเนื้อหาของสัญญาเป็นการหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์เรื่องภาษีการค้า และวิธีการชำระภาษีตามกฎหมายว่าด้วยภาษีการค้า

ประการที่สอง ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองในเรื่องรูปแบบของสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ตกลงทำสัญญาทางปกครองต้องมีอำนาจในการทำสัญญาทางปกครอง ได้ดำเนินการตามขั้นตอนกระบวนการที่กำหนดไว้ และสัญญาทางปกครองนั้นได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดที่มีอำนาจในทางเนื้อหาหรือมีอำนาจในทางพื้นที่นั้นก็จะเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ เพราะมาตรา 3 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้กำหนดขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางพื้นที่ให้นำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย

2.3 ผลทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (folgen der

rechtswidrigkeit des öffentlich-rechtlichen vertrages)

ในเยอรมันนั้นได้มีการยอมรับกันว่า สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีผลเป็นโมฆะ ต่อมา มาตรา 59 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ ต่อเมื่อมีเหตุตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 59 เท่านั้น ก็สามารถแปลได้ว่าอาจมีสัญญาทางปกครองซึ่งแม้จะขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายก็ตาม แต่ก็ยังสมบูรณ์ตามกฎหมายขึ้นได้ (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, หน้า 21) เหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะมี 2 กรณี คือ

กรณีแรก ตามมาตรา 59 (2) กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติให้สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันจะมีผลเป็นโมฆะ เมื่อเนื้อหาของสาระของสัญญาทางปกครองนั้นหากได้นำไปกำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลเป็นโมฆะเช่นเดียวกัน หรือเมื่อเนื้อหาของสาระของสัญญาทางปกครองนั้น หากได้นำไปกำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองจะมีผลไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้จะต้องไม่ใช่เรื่องของ “ความผิดพลาดทางรูปแบบหรือกระบวนการของการออกคำสั่งทางปกครอง (verfahrens-und formfehlen)” ตามนัยมาตรา 46 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว หรือเมื่อคู่สัญญาทางปกครองเป็นสัญญากระงับข้อพิพาททางปกครอง แต่สัญญาดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบตามที่มาตรา 55 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดไว้ หรือเมื่อ

สัญญาทางปกครองนั้นเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง แต่ไม่เป็นตามหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบที่กำหนดไว้ในมาตรา 56 หมายความว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กรณีที่สอง ตามมาตรา 59 (1) หมายความว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ บัญญัติให้สัญญาทางปกครองมีผลเป็น โฆษะเช่นเดียวกับที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เช่น สัญญาทางปกครองมีผลเป็น โฆษะ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า คู่สัญญาเป็นผู้ไร้ความสามารถตามมาตรา 105 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือเป็นกรณีของนิติกรรมอำพรางตามมาตรา 116 ถึงมาตรา 118 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือสัญญานั้นไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามแบบมาตรา 125 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือสัญญานั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรา 138 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือวัตถุประสงค์ของการชำระหนี้ตามสัญญา ตกเป็นพันวิสัยมาตั้งแต่ต้น ตามมาตรา 306 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, หน้า 23-24)

2.4 ผลของความเป็นโฆษะของสัญญาทางปกครอง (folgen der nichtigkeit)

เมื่อสัญญาทางปกครองตกเป็นโฆษะ จะไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด กล่าวคือ สัญญาทางปกครองดังกล่าวไม่มีเหตุแห่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา และไม่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ ตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชนสามารถฟ้องร้องขอให้ศาลพิพากษาให้สัญญาทางปกครองนั้นตกเป็นโฆษะได้

ในกรณีสัญญาทางปกครองตกเป็นโฆษะบางส่วน ตามมาตรา 59 (3) หมายความว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง สัญญาทางปกครองทั้งฉบับจะมีผลเป็นโฆษะ ต่อเมื่อปรากฏว่า คู่สัญญาจะไม่ตกลงทำสัญญาทางปกครองนั้น หากไม่มีข้อสัญญาในส่วนที่มีผลเป็นโฆษะ กล่าวคือต้องพิจารณาจากเนื้อหาของสาระของสัญญาประกอบกับเจตนาของคู่สัญญาทางปกครองนั่นเอง

ในกรณีที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครองที่มีผลเป็นโฆษะไปแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชนคู่สัญญามีสิทธิฟ้องต่อศาลขอให้มีการสั่งกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาที่ได้ปฏิบัติการชำระหนี้ไปแล้วตามสัญญา มีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่าย ชำระค่าทดแทนการปฏิบัติการชำระหนี้ดังกล่าวได้ (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, หน้า 25)

2.5 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองและการไม่ปฏิบัติตามสัญญา (erlöschen und anpassung des öffentlich-rechtlichen verträge) (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 138-147)

2.5.1 การที่ไม่อาจชำระหนี้ได้ตามสัญญา (leistungsstörungen) หมายความว่า พฤติการณ์ทั้งหลายที่เข้ามาขัดขวางทำให้คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้จนเสร็จสิ้น เช่น ความเป็นไปไม่ได้ (nmöglichkeit) ของการชำระหนี้ การตกเป็นผู้ผิดนัดชำระหนี้ (der verzug) และการ

ละเมิดข้อสัญญา (positive vertragsverletzung) นอกจากนี้ยังรวมถึงความผิดพลาดในการทำสัญญา (culpain contra hendo) และกรณีที่ไม่เป็นไปตามพื้นฐานของการทำสัญญานั้นหมดสิ้นไป (wegfall der geschäfts-grundlage) ด้วย

ความเป็นไปไม่ได้ของการชำระหนี้ นั้น แบ่งพิจารณา ดังนี้ ความเป็นไปไม่ได้ซึ่งมีผลมาตั้งแต่ต้น (anfängliche unmöglichkeit) ได้แก่ กรณีที่ความเป็นไปไม่ได้ของการชำระหนี้ตามสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วขณะที่มีการตกลงทำสัญญา หรือความเป็นไปไม่ได้ซึ่งเกิดขึ้นภายหลัง (nachträgliche unmöglichkeit) ได้แก่ กรณีที่ความเป็นไปไม่ได้ของการชำระหนี้ตามสัญญาได้เกิดขึ้นภายหลังที่ตกลงทำสัญญาแล้ว หรือความเป็นไปไม่ได้ในลักษณะภาวะวิสัย (objektive unmöglichkeit) ได้แก่ กรณีที่การชำระหนี้ดังกล่าวนั้นไม่อาจกระทำได้ ไม่ว่าจะบุคคลใดจะเป็นผู้ชำระหนี้ดังกล่าวก็ตาม หรือความเป็นไปไม่ได้ในลักษณะของจิตวิสัย (subjektive unmöglichkeit) ได้แก่ กรณีที่มีการชำระหนี้เฉพาะลูกหนี้ในกรณีที่ไม้อาจกระทำการชำระหนี้ตามสัญญาได้ ในขณะที่การชำระหนี้ดังกล่าวโดยบุคคลอื่นๆ สามารถทำการชำระหนี้ดังกล่าวได้

ในกรณีที่ ความเป็นไปไม่ได้ในลักษณะภาวะวิสัยที่มีผลมาตั้งแต่ต้นนั้น (anfängliche objective unmöglichkeit) มาตรา 59 วรรค 1 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ให้นำมาตรา 306 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับอนุโลม ดังนั้น สัญญาทางปกครองเช่นนี้ย่อมเป็นโมฆะ ซึ่งจะต่างจากสัญญาทางปกครองที่ไม่อาจชำระหนี้ได้ที่มีลักษณะความเป็นไปไม่ได้ในลักษณะจิตวิสัยที่มีผลมาตั้งแต่ต้น (anfängliche subjective unmöglich) เป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่จะต้องชำระหนี้ตามสัญญา แต่คู่สัญญาดังกล่าวไม่สามารถทำการชำระหนี้ได้ ในขณะที่บุคคลอื่นๆ สามารถทำการชำระหนี้ได้ การมีผลบังคับของสัญญาไม่เสียไปเพราะความไม่สามารถชำระหนี้ได้ของลูกหนี้ เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญา ได้ หากในขณะที่ทำสัญญาลูกหนี้ไม่ทราบถึงความสามารถชำระหนี้ของตน โดยนำมาตรา 275 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาบังคับโดยอนุโลม ซึ่งมีผลทำให้ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องทำการชำระหนี้ดังกล่าว และสุดท้ายความเป็นไปไม่ได้ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญาในทางภาวะวิสัย (nachträgliche unmöglichkeit) ได้แก่ กรณีที่มีการทำสัญญาทางปกครองแล้วไม่เกิดเหตุการณ์อันมีผลทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาไม่อาจกระทำได้ ไม่ว่าจะโดยตัวลูกหนี้เองหรือบุคคลอื่นๆ ในทางจิตวิสัยนั้น มีผลเช่นเดียวกับในทางภาวะวิสัย ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 275 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และผลทางกฎหมายของความเป็นไปไม่ได้อันเกิดขึ้นภายหลังจากการทำสัญญาแล้ว จะขึ้นอยู่กับว่าความเป็นไปไม่ได้ของการชำระหนี้ดังกล่าว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ และกรณีดังกล่าวเกี่ยวกับต่างตอบแทนหรือไม่ ถ้าคู่สัญญาที่จะต้องทำการชำระหนี้ ซึ่งไม่อาจเป็นไปได้นั้นเป็นฝ่ายที่ไม่ต้องรับผิดชอบ ให้นำมาตรา 275 ประมวลกฎหมายแพ่ง

เยอรมันมาใช้บังคับโดยอนุโลม คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวยอมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ ขณะเดียวกัน คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวยอมไม่อาจเรียกร้องให้อีกฝ่ายชำระหนี้ตอบแทนได้ในกรณีที่เป็นสัญญาต่างตอบแทน

อย่างไรก็ตามกรณีที่ความเป็นไปไม่ได้ของการชำระหนี้มีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จะต้องรับผิดชอบให้นำมาตรา 323 วรรคหนึ่ง และมาตรา 324 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าได้มีการชำระหนี้ต่างตอบแทนดังกล่าวแล้ว บุคคลที่ชำระหนี้แล้วอาจเรียกคืนได้เท่าที่บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งการชำระหนี้ที่อาจเป็นไปได้อันนี้ตามมาตรา 812 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าสัญญาเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญาไม่อาจชำระหนี้ได้ และในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจเรียกค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ในกรณีที่สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาต่างตอบแทน เจ้าหน้าที่อาจถอนตัวจากสัญญาได้แทนการเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา หรืออาจใช้สิทธิตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 323 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ได้

ในกรณีการผิดนัดชำระหนี้ (verzug) ถ้าลูกหนี้เป็นผู้ผิดนัดชำระหนี้ จะต้องชำระค่าทดแทนความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ที่ตามมาตรา 286 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่ทั้งนี้การปฏิบัติการชำระหนี้ยังมีผลอยู่ต่อไป ในกรณีที่การปฏิบัติการชำระหนี้ในส่วนที่เหลือดังกล่าวไม่เป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้อาจปฏิเสธการชำระหนี้ได้ตามมาตรา 286 วรรค 2 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ ถ้าเป็นสัญญาต่างตอบแทนให้นำมาตรา 326 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับ ซึ่งในกรณีนี้เจ้าหนี้อาจเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา หรืออาจถอนตัวจากสัญญา และเจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้หากเจ้าหนี้ไม่อาจได้รับประโยชน์อันใดจากสัญญาดังกล่าว ตามมาตรา 286 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ในกรณีการละเมิดสัญญา (positive vertragsverletzung) หมายถึง การละเมิดหน้าที่ทั้งหลาย ซึ่งไม่รวมถึงกรณีของความเป็นไปไม่ได้ในการชำระหนี้ และไม่รวมถึงการผิดนัดชำระหนี้ได้แก่ กรณีของการชำระหนี้ในสภาพที่ขาดความสมบูรณ์ และกรณีที่มีการละเมิดหน้าที่อันเป็นผลจากสัญญา ตัวอย่างเช่น หน้าที่ในการแจ้งให้ทราบ หน้าที่ในการให้ข้อมูลหรือหน้าที่ในการปกปิดคุ้มครอง เป็นต้น การละเมิดสัญญาดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกค่าทดแทนความเสียหาย ในกรณีสัญญาต่างตอบแทนย่อมเกิดสิทธิเรียกร้อง เมื่อการละเมิดสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ของสัญญา และตามหลักความสุจริตคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิถอนตัวจากสัญญาดังกล่าว หรือเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหาย เนื่องจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา

2.5.2 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง มีทั้งหมดสี่กรณี ได้แก่

กรณีแรก การทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามสัญญา (Erfüllung) การหักลบกลบหนี้ (aufrechnung) ยกหนี้ (erlass) และการยกเลิกสัญญา (aufhebung) สัญญาทางปกครองในกรณี นี้ ก็เหมือนกับสัญญาทางแพ่งกล่าวคือ สัญญาทางปกครองดังกล่าวจะสิ้นสุดลงก็ต่อเมื่อลูกหนี้ได้ทำการชำระหนี้ซึ่งคนมีหนี้ต้องชำระ หรือข้อเรียกร้องที่ก่อขึ้นโดยสัญญาอาจจะสิ้นสุดลงได้ด้วยการหักลบกลบหนี้ หรือเมื่อเจ้าหนี้ยกหนี้ให้แก่ลูกหนี้โดยสัญญา หรือเจ้าหนี้ได้ยอมรับโดยสัญญาว่าหนี้ดังกล่าว ไม่มีอยู่หรือคู่สัญญาของสัญญาทางปกครองสามารถจะยกเลิกสัญญาดังกล่าวได้โดยการทำสัญญาใหม่ หรือการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาใหม่

กรณีที่สอง การขอลอนตัวจากสัญญา (rücktritt vom vertrag) การขอลอนตัวจากสัญญามีสองวิธีด้วยกัน คือ วิธีแรกสิทธิในการขอลอนตัวจากสัญญาโดยผลของกฎหมาย (vertragliches rücktrittsrecht) โดยคู่สัญญาอาจกำหนดเงื่อนไขการขอลอนตัวไว้ในสัญญาทางปกครองได้ แต่อย่างไรก็ดี การมีข้อจำกัดของการขอลอนตัวอนุญาตให้ใช้ได้กับสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ใช้สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำชำระหนี้ ตาม มาตรา 56 วรรคสอง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่จะอนุญาตให้กำหนดเงื่อนไขการยกเลิกไปพร้อมกับคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกัน ตามมาตรา 36 วรรคหนึ่ง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ วิธีที่สอง สิทธิในการขอลอนตัวอันมีผลมาจากกฎหมาย (gesetzlich rücktrittsrechte) ได้แก่ หากหนี้ที่ต้องชำระตกเป็นพันธวิสัย อันเนื่องมาจากพฤติการณ์ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบ หรือหากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตกเป็นผู้ผิดนัดในการชำระหนี้ และมีได้ทำการชำระหนี้ภายในระยะเวลาก่อนที่จะทำการบอกเลิกสัญญาได้ หรือหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกเป็นผู้ชำระหนี้ล่าช้าและการชำระหนี้ตามสัญญาไม่เป็นประโยชน์กับเจ้าหน้าที่อีกต่อไป (มาตรา 325 วรรคหนึ่ง 326 วรรคหนึ่ง และ 326 วรรคสอง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามลำดับ)

สำหรับการใช้สิทธิขอลอนตัว (ausübung des rücktritt rechts) นั้น ให้นำมาตรา 344 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้โดยการเทียบเคียงและรวมทั้งกรณีของการขอลอนตัวตามกรณี มาตรา 325 หรือมาตรา 326 ด้วย การขอลอนตัวให้กระทำโดยการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

กรณีที่สาม การปรับเปลี่ยนสัญญา (anpassung des vertrages) มีข้อพิจารณาอยู่สามข้อ ดังนี้

ข้อแรก คือ เงื่อนไขของการใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อให้มีการปรับเปลี่ยนสัญญา (voraussetzung des anspruchs auf vertragsanpassung) มาตรา 60 วรรคหนึ่ง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ใ้สัญญาใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อให้มีการปรับเปลี่ยนสัญญาต้องประกอบด้วยเงื่อนไข

ดังต่อไปนี้ การปราศจากเงื่อนไขพื้นฐานของการทำสัญญา (wegfall oder fehlen der geschäftsgrundlage) เป็นความสัมพันธ์ ซึ่งมีความสำคัญต่อการกำหนดเนื้อหาของสัญญาหรือที่เรียกว่า “die geschäftsgrundlage” จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงภายหลังที่ได้ทำสัญญากันแล้ว ในทางกฎหมายแม้ยังมีข้อถกเถียงกันว่า ความสัมพันธ์พื้นฐานที่มีความสำคัญต่อการกำหนดเนื้อหาของสัญญานั้น จะต้องประกอบขึ้นโดยสิ่งที่เป็นอัตวิสัยของคู่สัญญา หรือจะต้องประกอบขึ้นจากสภาพที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย ในกรณีอัตวิสัยนั้นความสัมพันธ์พื้นฐานที่มีความสำคัญต่อการกำหนดเนื้อหาของสัญญานั้น ประกอบขึ้นจากความคิด ความเข้าใจของคู่สัญญา อันเป็นความคิดความเข้าใจที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ยอมรับความหมายดังกล่าว และความคิดความเข้าใจดังกล่าวมิได้มีการหักท้วงจากคู่สัญญา จากความคิดความเข้าใจนี้เองได้ก่อให้เกิดเจตจำนงในการทำสัญญาต่อกัน ในกรณีภาวะวิสัยเห็นว่า ความสัมพันธ์พื้นฐานที่มีความสำคัญต่อการกำหนดเนื้อหาของสัญญาคือ พฤติการณ์ และความสัมพันธ์ทั้งหลาย ซึ่งการมีอยู่ของสิ่งดังกล่าวในขณะที่ทำสัญญา ซึ่งเป็นพื้นฐานของเนื้อหาสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญาและความเข้าใจในทางเศรษฐกิจของสัญญา ทั้งนี้เพื่อให้สัญญานั้นก่อตั้ง ความสัมพันธ์ที่มีความสำคัญ เป็นการก่อตั้งที่ทำให้เกิดประโยชน์และเหมาะสมกับความหมายของ บทบัญญัติของกฎหมาย

พื้นฐานของความสัมพันธ์ที่มีความสำคัญต่อการกำหนดเนื้อหาของสัญญา อาจจะไม่ มีอยู่ในขณะทำสัญญาก็ได้ (คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าใจว่ามีอยู่) หรืออาจจะไม่มีอยู่หลังจากที่ได้ทำ สัญญาแล้วก็ได้ มาตรา 60 วรรคหนึ่ง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองบัญญัติไว้ 2 กรณี กล่าวคือ กรณีของความหมดไปของความสัมพันธ์ที่มีความสำคัญต่อการกำหนดเนื้อหาของสัญญา และกรณีที่ไม่มีอยู่ของความสัมพันธ์ที่มีความสำคัญต่อการกำหนดเนื้อหาของสัญญา (fehlen der geschäftsgrundlage)

ยกตัวอย่าง ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการกำหนดเนื้อหา สาระของสัญญาทางปกครอง เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับราคาและค่าใช้จ่าย (preis-und kostenniveaus) ข้อมูลและความรู้ทางเทคนิค วิทยาศาสตร์การแพทย์ และการค้นพบสิ่งใหม่ๆ (stand der technik, der naturwissenschaftlichen, medizinischen usw erkenntnisse) เป็นต้น (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, หน้า 28)

ความไม่สมเหตุสมผลในการที่จะยึดถือตามสัญญาเดิม (unzumutbarkeit des festhaltens am vertrage) เงื่อนไขประการที่สองนี้จะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของความสัมพันธ์ โดยคู่สัญญาซึ่งประสงค์จะให้มีการปรับเปลี่ยนสัญญานั้น ไม่อาจถือเอาสัญญาเดิมได้ ซึ่งหมายความว่า จะต้องเป็นกรณีที่ขัดต่อหลักสุจริตถ้าคู่สัญญายึดถือตามสัญญาเดิมต่อไป ในกรณีตรงกันข้ามถ้าการเปลี่ยนแปลงนั้นไม่ใช่สาระสำคัญ หากมีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว คู่สัญญายังคงตกลงโดยอาศัยเนื้อหาของสัญญาแบบเดิมจึงไม่ใช่กรณีที่เปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งพิจารณา

ผลประโยชน์ของคนในปัจจุบันแล้ว เห็นว่าการทำสัญญาดังกล่าวไม่สมเหตุสมผลที่จะทำสัญญา ดังกล่าว ถ้าคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของความสัมพันธ์ หรือคู่สัญญาฝ่ายนั้น เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะทำให้ตนตกเป็นผู้ชำระหนี้ล่าช้า โดยทั่วไปแล้วในกรณีเช่นนี้ย่อม ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการปรับเปลี่ยนสัญญา

ความเป็นไปได้ของการปรับเปลี่ยนสัญญา (möglichkeit der vertragsan passing) การปรับเปลี่ยนนั้นจะต้องสามารถทำได้แต่ไม่รวมถึงการบอกเลิกสัญญา เงื่อนไขสุดท้ายตามมาตรา 60 วรรคหนึ่ง ดังกล่าวนั้นต้องมีความสมเหตุสมผลของการเปลี่ยนแปลงสัญญา ข้อที่สอง เนื้อหาและ ขอบเขตของสิทธิในการปรับเปลี่ยนสัญญา (inhalt und grenzen des anpassungsanspruchs) ผู้มีสิทธิ ปรับเปลี่ยนสัญญาอาจเรียกร้องให้ปรับสัญญาได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้การบรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญา อย่างสมเหตุสมผล ในขณะเดียวกันก็ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ข้อที่สาม การใช้สิทธิและการดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายของสิทธิเรียกร้องใน การปรับเปลี่ยนสัญญา (geltendmachung und durchsetzung des anpassung sanpruchs) ในกรณีที่ คู่สัญญาซึ่งหากจะยึดถือตามสัญญาเดิมก็จะเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวสามารถที่จะ เรียกร้องให้ปรับเปลี่ยนสัญญาได้ตามที่จำเป็น รูปแบบในการเรียกร้อง ไม่มีกำหนดไว้เป็นพิเศษในทาง ตรงกันข้ามการปรับเปลี่ยนสัญญาจะต้องทำโดยสัญญาทางปกครองนั่นเอง ดังนั้นการปรับเปลี่ยน สัญญาต้องทำตามรูปแบบที่กำหนดไว้ ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิเสธการปรับเปลี่ยนสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เรียกร้องอาจฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้มีการปรับเปลี่ยนสัญญาส่วนที่จะต้องมีการแก้ไขนั้น ได้

กรณีที่สี่ การบอกเลิกสัญญา (kündigung) มีข้อพิจารณาอยู่สองข้อ ดังนี้

ข้อ แรก เงื่อนไขของการบอกเลิกสัญญา (orausset zungen der kündigung) มาตรา 60 วรรคหนึ่ง หมายความว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการบอกเลิกสัญญาทาง ปกครองไว้ โดยมีเงื่อนไขสองกรณี คือ กรณีแรก การบอกเลิกสัญญาเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงใน สาระสำคัญของพื้นฐานของการทำสัญญา (kündigung wegen wegfalls der geschäftsgrundlage) เป็น การให้สิทธิทั้งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ หากปรากฏว่าการใช้สิทธิเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองเป็นไปไม่ได้หรือไม่สมเหตุสมผล และกรณีที่สอง เป็นการบอกเลิกสัญญาเพื่อการป้องกันหรือเพื่อการขจัดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ อาจเกิดขึ้นต่อส่วนรวม (kündigung zur verhüttung oder beseitigung scnwerer nachteile für das gemein wohl) เป็นกรณีของเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจบอกเลิกสัญญาได้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครอง ประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อขจัดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่อาจจะเกิดขึ้นต่อส่วนรวม ได้ เมื่อ

เจ้าหน้าที่บอกเลิกสัญญาโดยอ้างมาตรา 60 วรรคหนึ่ง ดังกล่าวนั้น จะต้องยอมให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเสมือนหนึ่งว่าไม่มีการบอกเลิกสัญญาดังกล่าว

ข้อ ที่สอง การทำการบอกเลิกสัญญา (vornahme der kündigung) การบอกเลิกสัญญาทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาในทางกฎหมายมหาชนที่จำเป็นต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา แต่ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง และรวมถึงการแสดงเจตนาเลิกสัญญาของเจ้าหน้าที่ด้วยการแสดงเจตนาดังกล่าวจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายมิได้กำหนดรูปแบบอื่นเอาไว้ ตามมาตรา 60 วรรคสอง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

3. หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง ซึ่งจะเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล จำเป็นต้องพิจารณาจากคำนิยามของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” นอกจากนี้ยังจำเป็นต้องพิจารณาประกอบกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ซึ่งวางหลักไว้ว่า

สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สองสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางการปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

จากบทนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดข้างต้นมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับองค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง ดังนี้

3.1 คู่กรณีในสัญญาทางปกครอง

คู่กรณีในสัญญาทางปกครอง คือ คู่กรณีในสัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของ “หน่วยงานทางปกครอง ว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ” สำหรับความหมายของบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้กำหนดคำนิยามไว้ แต่ตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองนั้น ส่วนใหญ่บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐในสัญญาทางปกครองจะเป็นผู้ที่มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ด้วย เช่น เจ้าหน้าที่เวนคืนซึ่งเข้าทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินกับเจ้าของที่ดินที่ถูกเวนคืน ซึ่งจะถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น ทั้งนี้ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐหมายความว่า

- (1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง
- (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใดๆ ที่มีผลกระทบกับบุคคล
- (3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

ยกตัวอย่างคำวินิจฉัยที่น่าสนใจเกี่ยวกับคู่กรณีในสัญญาทางปกครอง เช่น กรณีที่กรมสวัสดิการทหารอากาศ โดยเจ้ากรมสวัสดิการทหารอากาศทำสัญญาจัดเก็บเงินค่าเช่าซื้อบ้านจากผู้เช่าซื้อซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดกองทัพอากาศให้กับบริษัทเอกชนผู้ให้เช่าซื้อ เมื่อกรมสวัสดิการทหารอากาศไม่ใช่นิติบุคคลจึงไม่สามารถเข้าเป็นคู่สัญญาตามสัญญาดังกล่าว จึงไม่ใช่หน่วยงานทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 19/2546) หรือในกรณีการที่ข้าราชการกรุงเทพมหานคร ตำแหน่งช่างเขียนแบบและหัวหน้าคุมคนงานของบริษัทผู้รับจ้างก่อสร้างของกรุงเทพมหานคร

เสนอว่าจะสร้างบ้านให้แก่ผู้ที่ยินยอมรื้อถอนอาคารจากแนวเขื่อนคลองที่จะสร้างเป็นทางเดิน ไม่ใช่การกระทำในฐานะที่เป็นผู้เข้าทำข้อตกลงแทนกรุงเทพมหานคร ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 634/2546) เป็นต้น

3.2 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

3.2.1 การเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย ในกรณีสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ เช่น กฎหมายเยอรมันตามที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น จะจำแนกประเภทของสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาทางปกครองทั่วไป โดยพิจารณาจากฐานะของคู่สัญญาว่าเป็นคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน (เช่น เทศบาลกับเทศบาล) หรือมีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน (เช่น ฝ่ายปกครองกับเอกชน) และสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษ เช่น สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง ซึ่งมีรายละเอียดอยู่ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ส่วนกฎหมายฝรั่งเศส จะไม่กำหนดว่าอะไรเป็นสัญญาทางปกครอง แต่จะกำหนดว่าสัญญาอะไรบ้างที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เช่น สัญญาจ้างเอกชนก่อสร้าง หรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ สัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐ เป็นต้น (โกกิน พลกุล, 2545, หน้า 85)

สำหรับกฎหมายไทย ได้บัญญัติคำนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวทำให้แปลความได้ว่า สัญญาทางปกครองตามกฎหมายมีอยู่อย่างน้อย 4 ประเภท ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่ทั้งนี้สัญญาทางปกครองอาจมีมากกว่าที่กฎหมายกำหนดข้างต้นได้ แต่ในที่นี้จะศึกษาเฉพาะสัญญาทางปกครองโดยสภาพตามมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ในตอนท้ายที่ว่า “...หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ...”

3.2.2 การเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในกรณีของต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะเกิดจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด โดยสัญญาที่จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพได้นั้น ต้องเข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง ได้แก่ มีวัตถุประสงค์เป็นการให้เอกชนเข้าดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาทางแพ่ง

สำหรับกรณีของไทย การที่มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ” เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครองอย่างกว้าง เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลปกครองสามารถพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ไม่ได้จำกัดแค่เพียงสัญญาตามมาตรา 3 ดังกล่าวเท่านั้น หากแต่ยังพัฒนาหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองให้ครอบคลุมถึงสัญญาอื่นๆ ได้อีกด้วย ดังเช่น หลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยสภาพ นอกจากศาลจะพิจารณาว่าต้องเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐแล้ว ศาลยังนำหลักเกณฑ์ประการใดประการหนึ่งหรือทั้งสองประการดังต่อไปนี้มาใช้ประกอบการพิจารณาด้วย ได้แก่

ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่ไม่ปรากฏในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ซึ่งให้สิทธิพิเศษแก่รัฐในการเข้าเป็นคู่สัญญาในฐานะที่เหนือกว่าฝ่ายเอกชน เช่น อำนาจในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นในการบริการสาธารณะ และ / หรือในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง นอกจากนี้ก็ยังมีกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นซึ่งมีไว้เพื่อให้การดำเนินการบริการสาธารณะบรรลุผล

3.2.3 สัญญาทางปกครองของประเทศไทย ตามบทนิยามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ได้แก่ (บุบผา อัครพิมาน, 2545, หน้า 102-108)

ประเภทแรก สัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาสัมปทาน (concession contact) สัญญาประเภทนี้มีความสำคัญที่สุดในบรรดาสัญญาทางปกครองทุกประเภท เพราะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง (บวรวิทย์ เปรื่องวงศ์, 2551, หน้า 4) ดังนั้น ความจำเป็นที่สัญญาประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองจะชัดเจนกว่าสัญญาประเภทอื่นๆ ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ ได้แก่ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และบางประเภทของสัญญาร่วมทุน ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เช่นสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนในเขตโทรศัพท์ภูมิภาคระหว่างองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) (ซึ่งเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะในขณะเดียวกันด้วย คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด ที่ 622/2545) สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดนายกรัฐมนตรีกับบริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน) (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 930/2547) สัญญาที่สำนักงานกิจการ

โทรคมนาคมแห่งชาติซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง อนุญาตให้เอกชนเช่าใช้เครื่องวิทยุคมนาคม และอุปกรณ์วิทยุคมนาคม พร้อมได้รับการจัดสรรคลื่นความถี่วิทยุ

ดังนั้น สัมปทานจึงหมายถึง การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนด ซึ่งเป็นความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 สำหรับความหมายของสัมปทาน ตามกฎหมาย ถือว่าสัมปทานเป็นกระบวนการหนึ่งของรัฐในการมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำ บริการสาธารณะ โดยเอกชนผู้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเป็นผู้ลงทุนและเสี่ยงภัยในการ เข้าร่วมนั่นเอง โดยรัฐจะไม่จ่ายค่าจ้างในการดำเนินการให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่จะกำหนดระยะเวลา ในการให้สัมปทานนั้นๆ ซึ่งตลอดเวลาการรับสัมปทานรัฐจะให้สิทธิเอกชนผู้รับสัมปทานมีรายได้ จากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ เมื่อหมดเวลาตามสัญญาสัมปทานแล้วสิ่งก่อสร้างต่างๆ ที่ ใช้ในกิจการที่ได้จากการสัมปทานจะตกเป็นสิทธิแก่รัฐ (สุภาวิณี จิตต์สุวรรณ, 2546, หน้า 321)

ประเภทที่สอง สัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หมายความว่า การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในกิจการที่อยู่ใน ความอำนาจหรือควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการส่วนรวมของ ประชาชน โดยที่กิจกรรมนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และจะต้องดำเนินการ อยู่เป็นนิจ และสม่ำเสมอไม่มีการหยุดชะงัก โดยที่ประชาชนทั่วไปจะได้ประโยชน์จากการบริการ สาธารณะนั้นอย่างเท่าเทียมกัน และอยู่ในความดูแลหรือควบคุมของฝ่ายปกครอง หรืออาจจะ มอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทน เช่น สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงระบบประปา (คำสั่งศาลปกครอง สูงสุด ที่ 199/2545) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารฝึกอบรมและหอพักพร้อมครุภัณฑ์ ศูนย์ส่งเสริมและ ผลิตพันธุ์พืชสวนยะลา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 56/2548) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารหอพักนิสิต ของมหาวิทยาลัย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 11/2549) เป็นต้น

ประเภทที่สาม สัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 673/2544 ได้ให้คำอธิบายสิ่งสาธารณูปโภคไว้ว่า หมายถึง บริการ สาธารณะที่จัดทำเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การ ไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง การโทรศัพท์ นอกจากนั้น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พ.ศ. 2515 ข้อ 3 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดว่า กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็น สาธารณูปโภค

- (1) การรถไฟ
- (2) การรถราง

- (3) การขุดคลอง
- (4) การเดินอากาศ
- (5) การประปา
- (6) การชลประทาน
- (7) การไฟฟ้า
- (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยใช้ระบบส่งท่อไปยังอาคารต่างๆ
- (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชน ตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

นอกจากนั้น ตามบทบัญญัติมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้บัญญัติว่า “สาธารณูปโภคที่ผู้จัดสรรที่ดินตามแผนผังและโครงการที่ได้รับอนุญาต เช่น ถนน สวน สนามเด็กเล่น ให้ตกอยู่ในภาวะจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินจัดสรร ” ซึ่งจากตามจำกัดความต่างๆ เหล่านี้ อาจสรุปได้ว่าสาธารณูปโภคสามารถแบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ ทรัพย์สินที่ประชาชนใช้ประโยชน์ได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สะพานคนเดิน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้า สาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ท่าเทียบเรือสาธารณะ ที่פקผู้โดยสารประจำทาง เป็นต้น หรือ ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นในการดำรงชีวิต เช่น เสาไฟฟ้า สายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล โรงกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้น

สัญญาที่มีคำวินิจฉัยว่าเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างเพื่อสาธารณูปโภคโดยตรง เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างฝายน้ำล้นคอนกรีตเสริมเหล็ก (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 416/2545) สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพงคอนกรีตเสริมเหล็กป้องกันตลิ่งพัง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 239/2546) สัญญาจ้างขุดคลองระบายน้ำ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 84/2548) สัญญาจ้างก่อสร้างถนนดินลูกรัง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 362/2548) เป็นต้น

ประเภทที่สี่ สัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ลักษณะของการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะแตกต่างจากการให้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะ เพราะทรัพยากรธรรมชาติเช่น ป่าไม้ เหมืองแร่ เป็นทรัพย์ที่อยู่ในความดูแลของรัฐ เมื่อเอกชนจะเข้าทำประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตในรูปแบบของสัมปทานจากรัฐและอยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐ โดยเสียค่าใช้จ่ายแก่รัฐตามสมควร รูปแบบของสัญญาที่ให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายเพราะการเข้าทำสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะเป็นรูปแบบของ

สัญญาสัมปทานที่เป็นไปตามรูปแบบของทางราชการ ซึ่งผู้ขอสัมปทานต้องยื่นคำขอ เมื่อรัฐอนุญาต ก็จะออกประทานบัตรให้ สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงไม่มีรูปแบบที่เป็น ลักษณะเฉพาะตัวแต่จะเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง (สุภาวินี จิตต์สุวรรณ, 2546, หน้า 321-322) เช่น พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 เป็นต้น โดยกฎหมายจะวาง หลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการขออาชญาบัตรและประทานบัตร โดยไม่ มีการประกวดราคาหรือประกาศในการให้สัมปทาน ยกตัวอย่าง คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 588/2548 ที่วินิจฉัยว่า การตกลงยินยอมให้ประกอบการขุดดินลูกรังในที่ดินของรัฐ เป็นสัญญาให้ แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ประเภทที่ห้า ลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ กรณีเป็นสัญญาทาง ปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สำหรับคำวินิจฉัยของ ศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการเป็นสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาจากข้อกำหนดที่มี ลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐมี ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544 ที่วินิจฉัยว่าสัญญาจ้างก่อสร้างหอพัก ข้าราชการ โรงพยาบาลของคณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ มีข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์แก่ ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง เช่น ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่าย เดียวบอกเลิกสัญญาได้ โดยผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือ ข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่ได้ระบุไว้ใน สัญญาจ้าง เป็นสัญญาสำเร็จรูป สัญญาแบบปรับราคาได้ อีกทั้งสัญญาดังกล่าวมีลักษณะพิเศษ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล ซึ่งไม่พบในสัญญา ทางแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 544/2546 สัญญาลาศึกษาต่อหรือฝึกอบรม ภายในประเทศ ระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขกับข้าราชการในสังกัดที่ลาศึกษา ซึ่ง ตามสัญญาดังกล่าวสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้กำหนดข้อกำหนดในสัญญา โดย ข้าราชการผู้ทำสัญญามีได้มีส่วนร่วมในการกำหนดด้วย สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 572/2546 สัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุตามตัวส่ง ข้อมูลข่าวสารระบบ Digital Display และ Alphanumeric Paging ระหว่างการสื่อสารแห่งประเทศไทยกับเอกชนคู่สัญญา เป็นสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาซึ่งเป็นบริษัทเอกชนจัดหาและจัดเตรียม อุปกรณ์ทั้งหมด โดยการสื่อสารแห่งประเทศไทยมีหน้าที่ในการให้ใช้สถานที่เพื่อติดตั้งเครื่องและ อุปกรณ์สถานีรับส่งสัญญาณ ซึ่งในการติดตั้งอุปกรณ์ดังกล่าวเอกชนคู่สัญญาต้องขอใช้คืนให้ การสื่อสารแห่งประเทศไทย สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญามีวัตถุประสงค์หลักเกี่ยวกับบริการ

สาธารณชนแก่ประชาชนทั่วไป และมีลักษณะเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ และมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่ไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ข้อสังเกต ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองมากกว่าหนึ่งลักษณะ คือ มีลักษณะเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะและมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ที่ไม่อาจพบในทางแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2546 สัญญาลาไปศึกษาหรือฝึกอบรมต่างประเทศ ระหว่างสถาบันราชภัฏกับข้าราชการผู้ลาศึกษา มีวัตถุประสงค์ให้ลาศึกษากลับมารับราชการในสถาบันราชภัฏภายหลังจากการสำเร็จการศึกษาแล้ว จึงมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการตามหน้าที่ของรัฐในการจัดการศึกษาแก่ประชาชนทั่วไปอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง นอกจากนั้น ในข้อสัญญายังให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นผู้สัญญาสามารถใช้ดุลพินิจในการระงับการให้ทุนหรือเงินเดือนหรือหักเงินเพิ่มอื่นใด รวมทั้งการเรียกตัวผู้ลาศึกษาต่อกลับประเทศได้ ตลอดจนให้ส่วนราชการหักหนี้ที่ผู้ลาศึกษาจะต้องชำระตามสัญญาจากเงินบำเหน็จบำนาญ และ/หรือเงินอื่นใดที่ผู้ลาศึกษาได้รับจากทางราชการ อันเป็นข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์พิเศษของรัฐที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครอง (คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน ได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 636/2546, 7/2547 และที่ 647/2547)

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 578/2547 สัญญาลาศึกษาต่อระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขกับข้าราชการในสังกัดที่ขอลาศึกษาต่อ มีวัตถุประสงค์ให้ข้าราชการที่ลาศึกษาต่อกลับมาปฏิบัติหน้าที่ราชการตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา อันเป็นการบริการสาธารณะของรัฐ และมีข้อกำหนดในสัญญาที่จำกัดสิทธิของข้าราชการผู้ลาศึกษา ไม่ว่าจะเป็นการลาออกจากราชการ โอนสังกัด หรือการบอกเลิกสัญญา โดยสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขมีสิทธิและอำนาจเด็ดขาดฝ่ายเดียวที่จะบอกเลิกสัญญา หรือเรียกตัวกลับเข้ารับราชการ หรือกรณีผู้ฟ้องคดีผิดสัญญาต้องชดใช้เงินให้แก่ทางราชการ ซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 217/2549 สัญญาของข้าราชการที่ไปศึกษาหรือฝึกอบรม ณ ต่างประเทศ ระหว่างข้าราชการผู้รับทุนกับมหาวิทยาลัยมหิดลซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษา ซึ่งถือว่าเป็นการบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ โดยข้อสัญญาดังกล่าวกำหนดว่า เมื่อข้าราชการผู้รับทุนสำเร็จการศึกษาหรือถูกเรียกตัวกลับก่อนสำเร็จการศึกษา จะต้องเข้ารับราชการตามแผนงานหรือโครงการที่ทางราชการกำหนดต่อไปเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสองเท่าของระยะเวลาที่ใช้ในการศึกษาและในกรณีที่ผิดสัญญาไม่ว่าด้วยเหตุใดจะต้อง

ชดใช้เงินเดือน เงินทุนที่ได้รับระหว่างการศึกษาและเงินอื่นใดที่ทางราชการจ่ายให้ในระหว่างการศึกษา พร้อมทั้งต้องชำระเบี้ยปรับอีกสองเท่าของเงินที่จะต้องชดใช้คืน จึงเห็นได้ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่หน่วยงานคู่สัญญามีเอกสิทธิ์ที่จะกำหนดข้อสัญญาได้อย่างอิสระเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาข้างต้นจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544 สัญญาศึกษาหลักสูตรการบินในโรงเรียนการบินทหารอากาศซึ่งกองทัพเรือ ได้ส่งผู้ฟ้องคดี (ซึ่งฟ้องว่ากองทัพเรือคำนวณเงินค่าปรับตามสัญญาดังกล่าวไม่ถูกต้อง) ไปเข้ารับการศึกษาโดยผู้ฟ้องคดีผูกพันตนว่าจะต้องรับราชการชดใช้ทุนเป็นเวลา 8 ปี นับแต่วันที่บรรจุเป็นนักบินซึ่งเป็นสัญญาที่กำหนดให้มีขึ้นตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการศึกษาในต่างประเทศ พ.ศ. 2527 และข้อบังคับฯ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2534 โดยทำสัญญาตามแบบแนบท้ายข้อบังคับและวางหลักทรัพย์ค้ำประกันข้อบังคับดังกล่าว จึงถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสำหรับผู้ที่ทางราชการส่งไปศึกษา ซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือ ผู้ฟ้องคดีต้องกลับมารับราชการในกระทรวงกลาโหมตามระยะเวลาที่กำหนด และข้อกำหนดดังกล่าวผู้ฟ้องคดีจะถูกจำกัดสิทธิของตนกรณีลาออก หรือโอนสังกัดหรือบอกเลิกสัญญา แต่ในขณะที่เดียวกันหน่วยงานทางปกครองที่เป็นคู่สัญญามีสิทธิและอำนาจเด็ดขาดในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หรือเรียกตัวผู้ฟ้องคดีกลับจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่ากรณีใดๆ หรือกรณี que ผู้ฟ้องคดีประพฤติดิสัญญาต้องชดใช้เงินให้แก่กระทรวงกลาโหม โดยยินยอมให้ทางราชการเรียกตัวกลับหรือปลดผู้ฟ้องร้องคดีออกจากราชการได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาและข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาแพ่งทั่วไป สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 445/2549 สัญญาระหว่างผู้สมัครเข้าเป็นนักเรียนครูฝึกหัดทหารบกกับกองทัพบก ซึ่งมีข้อกำหนดว่าเมื่อผู้เข้าศึกษาสำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรของโรงเรียนครูฝึกหัดทหารบก หรือเมื่อทางราชการมีความจำเป็นต้องให้ออกมารับราชการแม้ยังไม่สำเร็จการศึกษาตามหลักสูตร ผู้เข้าศึกษาจะต้องเข้ารับราชการในตำแหน่งหน้าที่ตามที่ทางราชการกำหนดเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสองเท่าของเวลาที่ผู้เข้าศึกษาได้รับการศึกษาอยู่ที่โรงเรียนครูฝึกหัดทหารบกนั้น เป็นการสั่งให้ผู้เข้าศึกษาจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 541/2549 สัญญาการเป็นนักเรียนครูฝึกหัดทหารบก ระหว่างผู้เข้าเรียนกับกองทัพบก โดยสัญญามีวัตถุประสงค์ให้ผู้เข้าเรียนเมื่อสำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรของโรงเรียนครูฝึกหัดทหารบก หรือเมื่อทางราชการมีความจำเป็นต้องให้ออกมารับราชการแม้ยังไม่สำเร็จการศึกษา ผู้เข้าศึกษาจะต้องรับราชการตามตำแหน่งหน้าที่ซึ่งทางราชการได้สั่งให้ปฏิบัติอันเป็นบริการสาธารณะของรัฐเป็นระยะเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่าสองเท่าของเวลาที่ผู้เข้าเรียนได้รับการศึกษานั้น เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ข้อสังเกต คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 541/2549 กับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 445/2549 ได้วินิจฉัยว่า สัญญาการเป็นนักเรียนครูฝึกหัดทหารบก โรงเรียนครูฝึกหัดทหารบก สังกัดกองทัพบก เป็นสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน แต่ศาลใช้ถ้อยคำในการให้เหตุผลของการเป็นสัญญาทางปกครองแตกต่างกัน โดยคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 541/2549 ศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ให้ผู้เข้าเรียนเข้ารับราชการอันเป็นบริการสาธารณะและมีข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ แต่คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 445/2549 ศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองที่มีข้อกำหนดเป็นการสั่งให้ผู้เข้าศึกษาจัดทำบริการสาธารณะและมีข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546 สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนระหว่าง สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติกับเอกชนผู้รับจ้างเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดยจัดให้มีอาคารเรียนเพื่อเป็นสถานที่ศึกษาให้กับเด็กและเยาวชนในท้องถิ่น อันเป็นบริการสาธารณะ ที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันประกอบด้วยข้อกำหนดในสัญญายังมีลักษณะที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ดังจะเห็นได้จากข้อความในสัญญาที่กำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวที่เลิกสัญญาได้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ผิดสัญญาก็ตาม และสั่งให้เอกชนทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่ได้มีการตกลงไว้ในสัญญาจ้างตั้งแต่แรก ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเป็นไปอย่างต่อเนื่องและบรรลุวัตถุประสงค์ของการบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง (คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน ได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 380/2546, ที่ 637/2547 และที่ 363/2548)

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 139/2547 สัญญาจ้างก่อสร้างพัฒนาระบบแปลงเกษตรกรรม ระหว่างสำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้าง เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคสำหรับประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันและมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเป็นอันมาก เช่น ข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่า

จ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ ข้อกำหนดที่ให้ผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ ประกอบกับ เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อสร้างพัฒนาระบบแปลงเกษตรกรรมอันเป็นลักษณะ พิเศษเพื่อให้การดำเนินการทางปกครองบรรลุผล ซึ่งเป็นลักษณะที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป นอกจากนี้ ยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 99/2549 สัญญาซึ่งจังหวัดปราจีนบุรีจ้างเอกชนขุดสระ น้ำตามโครงการส่งเสริมการใช้น้ำเพื่อเศรษฐกิจพอเพียง แม้จะเป็นการจ้างขุดสระน้ำเพื่อประโยชน์ ในการช่วยเหลือประชาชนซึ่งเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินอันเป็นที่ตั้งของสระน้ำ ให้สามารถทำการเกษตร แบบผสมผสานเพื่อสร้างผลผลิตให้เพียงพอสำหรับบริโภคในครัวเรือนโดยไม่ได้ใช้ประโยชน์เพื่อ ส่วนรวมหรือสำหรับประโยชน์โดยทั่วไป แต่วัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างดังกล่าวต้องการให้สระ น้ำก่อให้เกิดผลผลิตและรายได้อันทำให้ประชาชนมีความเป็นอยู่พอเพียงเป็นการยกมาตรฐานการ ดำรงชีวิตของประชาชน อีกทั้งสัญญาดังกล่าวไม่ได้ระบุโดยเฉพาะเจาะจงว่า ผู้มีสิทธิในที่ดินซึ่ง เป็นที่ตั้งของสระน้ำเป็นบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หากแต่เป็นการบริการให้แก่ ประชาชนจำนวนหนึ่งที่เข้าหลักเกณฑ์ตามที่ระบุไว้ในโครงการ โดยมีแนวทางให้มีการจัดเก็บ รายได้ส่วนหนึ่งของผู้มีสิทธิในที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของสระน้ำส่งคืนให้แก่กลุ่มเพื่อนำไปขยายผลการ ขุดสระน้ำให้แก่สมาชิกอื่น การขุดสระน้ำดังกล่าวจึงเป็นการใช้เพื่อจุดมุ่งหมายในการ สาธารณูปโภคของประชาชน ถือเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นอกจากนี้ การที่สัญญาจ้างดังกล่าวมีบันทึก เพิ่มเติมเงื่อนไขสัญญาจ้างระบุว่า เป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ และมีข้อกำหนดว่าผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่ จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้นๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา รวมทั้งผู้ว่าจ้างมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไข รูปแบบและข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญาได้โดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะข้อกำหนดดังกล่าว จึงเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ อันทำให้สัญญาจ้างพิพาทเป็นสัญญา ทางปกครองด้วย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547 สัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริม เหล็กเลียนคลอง ระหว่างองค์การบริหารส่วนตำบลผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้าง เป็นสัญญาทาง ปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภค และมีข้อตกลงในสัญญาที่ให้ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองมีสิทธิพิเศษ เหนือผู้ที่ออกซึ่งเป็นเอกชนคู่สัญญา เช่น ให้มีสิทธิสั่งให้เอกชนทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้ใน เอกสารสัญญาหากเป็นงานที่อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา (จากข้อตกลง ดังกล่าว เมื่อปรากฏว่าดินข้างถนนเลียนลำคลองทรุดตัวและเลื่อนไหลลดลงคลองทำให้ไม่สามารถ

ก่อสร้างถนนตามสัญญาได้ ประธานกรรมการบริหารขององค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งเป็นผู้แทนตามกฎหมายขององค์การบริหารส่วนตำบลตามในมาตรา 60 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลฯ จึงมีอำนาจสั่งให้เอกชนผู้รับจ้างก่อสร้างเขื่อนกันดินพัง โดยถือว่าเป็นงานพิเศษซึ่งอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาได้ เนื่องจากเป็นการก่อสร้างเพื่อให้สามารถดำเนินการก่อสร้างถนนตลอดในสัญญาต่อไปได้ และถือว่าการสร้างเขื่อนดังกล่าวเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งของสัญญาแม้ว่าจะเป็นการตกลงด้วยวาจาก็ตาม)

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.91/2549 สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงกิจการประปา ระหว่างการประปาส่วนภูมิภาคกับเอกชน เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ประกอบกับข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายปกครอง สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

หมายเหตุ คำวินิจฉัยของศาลคดีนี้ไม่ได้ระบุชัดเจนว่าข้อกำหนดในสัญญากรณีใดบ้างที่มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้าง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 853/2547 สัญญาจ้างจัดทำห้องปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์ และภาษาอังกฤษ และสัญญาจ้างจัดทำครุภัณฑ์ประกอบห้องพร้อมส่วนควบ ระหว่างสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานกับเอกชนผู้รับจ้างเพื่อใช้สำหรับจัดกระบวนการเรียนรู้ การถ่ายทอดความรู้ การฝึกอบรม ฯลฯ อันเป็นการส่งเสริมการศึกษาขั้นพื้นฐานในสถานศึกษาที่อยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานผู้ว่าจ้างนั้น ห้องปฏิบัติการดังกล่าวเป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่งเพื่อให้จัดการศึกษาซึ่งถือว่าเป็นบริการสาธารณะของรัฐบรรลุผล ประกอบกับสัญญาข้างต้นมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น กรรมการตรวจการจ้างผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษาที่ผู้ว่าจ้างแต่งตั้งมีอำนาจที่จะสั่งให้แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมหรือตัดทอน ซึ่งงานตามสัญญาได้ หากผู้รับจ้างขัดขืนไม่ปฏิบัติตามอาจสั่งให้หยุดกิจการนั้นชั่วคราว โดยความล่าช้าในกรณีดังกล่าวผู้รับจ้างไม่อาจถือเป็นเหตุขอขยายวันทำการออกไปได้ นอกจากนี้ ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญาหากงานพิเศษนั้นๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา มีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขแบบรูปและข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญาโดยไม่ทำให้สัญญานั้นเป็นโมฆะ และหากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้างที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้น ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคารวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่ ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้างหรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้าง

จะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ดังนั้น สัญญา
ดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นสัญญาทางปกครอง