

## บทที่ 2

### สัญญาความร่วมมือระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครอง

#### 2.1 แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

รัฐ ต้องมีการกระทำโดยรัฐให้บรรลุภารกิจเพื่อให้บรรลุถึงผลประโยชน์ทั่วไป (intérêt général) นั้น การกระทำเหล่านั้นมีหลายรูปแบบได้แก่การสั่งการหรือการตัดสินใจ (de'cision) และการปฏิบัติการ (operation) การกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง (les actes del'administration) และนิติกรรมทางปกครอง (les actes juridiques administratifs) การกระทำของรัฐดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานการใช้อำนาจมหาชน (la puissance publique) ที่รัฐมีอำนาจตามกฎหมายเหนือเอกชน เว้นแต่นิติกรรมทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่จะเป็นข้อยกเว้นการใช้อำนาจรัฐเหนือเอกชน ด้วยว่าเมื่อ "นิติกรรมทางปกครอง" มุ่งไปถึงอำนาจการสั่งการฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ดังนั้น การผูกพันในลักษณะสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน (สัญญาทางปกครอง) จึงมีเงื่อนไขสำคัญว่า เอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญาของรัฐจำเป็นต้องให้ความยินยอม (consentement) ก่อน นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่จึงมักไม่ถือว่าสัญญาฝ่ายปกครองเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" และให้ "สัญญาทางปกครอง" เป็นหัวข้อต่างหากโดยเฉพาะของกฎหมายปกครอง และมีหลักกฎหมาย (re'gime juridique) ของสัญญาทางปกครองแยกออกจากหลักกฎหมายของ "นิติกรรมทางปกครอง (ฝ่ายเดียว)" (หมายเหตุ-แต่ก็มีนักทฤษฎีกฎหมายปกครอง(ของต่างประเทศ) บางท่านเห็นว่า "สัญญาทางปกครอง" อาจอธิบายรวมอยู่กับ "นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif)" ได้ เพราะ "สัญญาทางปกครอง " และ "นิติกรรมทางปกครอง(ฝ่ายเดียว)" ก็มีจุดเริ่มต้นเหมือนกันอยู่ประการหนึ่ง คือ ในเรื่อง "อำนาจ (compétence) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ" ในการทำ

---

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รัฐหมายถึงฝ่ายปกครองเท่านั้น

นิติกรรมทางปกครองและในการทำสัญญาทางปกครอง<sup>1</sup> นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง จึงมีความแตกต่างในแง่ความผูกพันอันเป็นพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่นิติกรรมทางปกครองไม่มีหลักการดังกล่าว แต่ก็มี ความเหมือนในเรื่องของการใช้อำนาจของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งที่เป็นทั้งนิติกรรมทางปกครองและการเข้าข้างทำสัญญาในสัญญาทางปกครอง แต่ทั้งนี้ในแง่ความเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวหรือนิติกรรมสองฝายนั้น

## 2.2 การพัฒนาแนวคิดทั่วไปของสัญญาทางปกครองจากหลักการพื้นฐาน

โดยที่หลักกฎหมายของสัญญาทางปกครองเป็นผลจากการพัฒนาของหลักการต่างๆ ของกฎหมายที่สืบอยู่เดิม ซึ่งได้นำความคิดและพื้นฐานหลักการพื้นฐานของหลักกฎหมายที่มีอยู่เดิมมาพัฒนาเป็นหลักกฎหมายของสัญญาทางปกครอง คือ

### 2.2.1 การพัฒนาแนวคิดทั่วไปของสัญญาทางปกครองจากหลักการพื้นฐานของนิติกรรมทางแพ่ง

ตามที่นิติกรรม (acte juridique) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความหมายเป็นเหตุการณ์ในกฎหมายอย่างหนึ่ง อันเกิดขึ้นจากการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคล ซึ่งผู้กระทำมีเจตนามุ่งให้การกระทำของตนเกิดผลในกฎหมายโดยมีการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ หรือก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิตามที่ผู้กระทำประสงค์<sup>2</sup> นั้น ซึ่งศาสตราจารย์ประกอบ หุตะสิงห์ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า "นิติกรรม คือ เหตุการณ์ในทางกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งเกิดขึ้นโดยการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคล และมุ่งที่จะให้เกิดผลในกฎหมายขึ้นตามเจตนาของผู้กระทำ" ส่วนผลในกฎหมายก็คือ การเคลื่อนไหวในสิทธินั้น ซึ่งมาตรา 112 ได้จาระไนไว้ให้ ซึ่งได้แก่

<sup>1</sup>บันทึกของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง นิติกรรมทางแพ่ง-นิติกรรมทางปกครอง-สัญญาทางปกครอง, หนังสือกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย-กรุงเทพฯ (2531) หน้า 139

<sup>2</sup>ไชยยศ เหมะรัชตะ, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นิติกรรม คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, สำนักพิมพ์นิติธรรม, (2536), หน้า 12

การก่อสิทธิ เปลี่ยนแปลงสิทธิโอนสิทธิ สงวนสิทธิ หรือระงับสิทธินั่นเอง "นิติกรรม" เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลต่อบุคคล ซึ่งมีฐานะเสมอกันในทางกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชนกล่าวคือ กฎหมายในทางแพ่งยอมรับรองความศักดิ์สิทธิ์ในเจตนาของบุคคล ในอันที่จะก่อให้เกิดผลในกฎหมายขึ้นผูกพันกันระหว่างบุคคลต่อบุคคลได้ ส่วนการกระทำ หรือการแสดงเจตนาของผู้มีอำนาจเหนือกว่าอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนนั้นไม่ใช่ นิติกรรม แม้ว่าการกระทำนั้น อาจก่อให้เกิดผลขึ้นได้ในทางแพ่งก็ตาม อาทิเช่น คำพิพากษา ของศาล อาจก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสิทธิของคู่ความแห่งคดีนั้นได้ จึงไม่ใช่นิติกรรม ตามหมายนี้ เพราะศาลไม่ใช่บุคคลธรรมดา แต่เป็นองค์กรของรัฐบาลที่อยู่ในฐานะเหนือกว่า บุคคลธรรมดา<sup>3</sup>

อันอาจจะกล่าวได้ว่า นิติกรรมทางแพ่งขึ้นอยู่กับพื้นฐานของความเสมอของบุคคล เป็นหลัก และมีความแตกต่างจากนิติกรรมทางปกครองจนเห็นได้ชัดเจน จึงได้มีความเห็น ข้างต้นว่า การกระทำหรือการแสดงเจตนาของผู้มีอำนาจเหนือกว่าอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับ กฎหมายมหาชนนั้นไม่ใช่นิติกรรม ซึ่งนิติกรรมในที่นี้ น่าจะเป็นนิติกรรมทางแพ่งเท่านั้น ส่วน นิติกรรมทางปกครองก็เป็นส่วนที่นอกเหนือจากนิติกรรมดังกล่าว

#### ประเภทของนิติกรรม

(1) นิติกรรมฝ่ายเดียว คือ นิติกรรมที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลเพียง ฝ่ายเดียว และเมื่อได้แสดงเจตนาออกมาแล้ว ย่อมเกิดผลเป็นนิติกรรมทันทีโดยสามารถ แบ่งได้ ดังต่อไปนี้

1.1 นิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด คือ นิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นเมื่อมีบุคคลเพียงฝ่ายเดียว แสดงเจตนาออกมา โดยมีต้องมีการกระทำต่อบุคคลใด ๆ ทั้งสิ้น เช่น การทำนิติกรรม การ ก่อตั้งมูลนิธิ เป็นต้น

1.2 นิติกรรมฝ่ายเดียวโดยไม่เคร่งครัด คือ นิติกรรมที่เป็นการแสดงของบุคคล ฝ่ายเดียวที่แสดงออกมาอันจะต้องได้แสดงเจตนาอันต่อบุคคลอื่นก่อน เช่น การให้สัตยาบัน นิติกรรมที่เป็นโมฆียกรรม การปลดหนี้ เป็นต้น

---

<sup>3</sup> ประกอบ หุตะสิงห์, คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม และสัญญา, หน้า 9 อ้างไว้ในไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2539).

(2) นิติกรรมสองฝ่าย คือ นิติกรรมที่เกิดขึ้นมาจากการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่าย ที่มีคำเสนอและคำสนองของบุคคลแต่ละฝ่าย ซึ่งคำเสนอและคำสนอนนั้นมีเจตนารมณ์ตรงกัน

(3) นิติกรรมหลายฝ่าย คือ นิติกรรมที่เกิดขึ้นมาจากการแสดงเจตนาของบุคคลมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป เช่น การก่อตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท

อย่างไรก็ตามในการจัดประเภทของนิติกรรมทางปกครองโดยการแบ่งตามประเภทโดยพิจารณาจากฝ่ายผู้ก่อและผู้รับนิติกรรมนั้น ได้มีบันทึกของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า "การแยกประเภทของนิติกรรมทางแพ่งเอกชนออกเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว" กับ "นิติกรรมสองฝ่าย(หรือหลายฝ่าย)" แต่โดยสาระที่แท้จริงแล้ว นิติกรรมทางแพ่งจะต้องมีการแสดงเจตนา 2 ฝ่ายเสมอไป<sup>4</sup>

ดังนั้น นิติกรรมทางแพ่งโดยการจัดประเภทโดยเป็น นิติกรรมฝ่ายเดียวนิติกรรมสองฝ่าย นิติกรรมหลายฝ่าย นั้น ในความเป็นจริงจะต้องมีฝ่ายต่าง ๆ ที่จะมีผู้มีส่วนสัมพันธ์มากกว่าหนึ่งฝ่ายเสมอไป อย่างเช่น การจัดทำพินัยกรรม ก็จะต้องมีผู้ที่ได้รับประโยชน์ตามพินัยกรรม

นอกจากนี้ การจัดประเภทของนิติกรรมตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดูกีต์ (Duguit) อาจทำได้ 2 วิธี คือ การจัดประเภทตามเนื้อหาสาระ (classification materielle) ของนิติกรรมและการจัดประเภทตามรูปแบบ (classification formelle) ของนิติกรรม

(ก) การจัดประเภทตามเนื้อหาสาระของนิติกรรม

หากพิจารณาตามเนื้อหาสาระแล้ว อาจแบ่งนิติกรรมออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

- "นิติกรรมที่กำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (actes-règles)" ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือสร้างภาพการณ์ทางกฎหมายหรือสร้างสภาพการณ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใด หรืออาจเรียกนิติกรรมประเภทนี้อีกอย่างหนึ่งได้ว่า "นิติกรรมแบบภาววิสัย (actes objectifs)" นิติกรรมประเภทนี้ได้แก่ รัฐบัญญัติ ข้อกำหนดของฝ่ายบริหาร ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง และสัญญาจัดตั้งสมาคมหรือห้างหุ้นส่วนบริษัทในกฎหมายเอกชน

<sup>4</sup>อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 140

- "นิติกรรมแบบอัตวิสัย (actes-subjectifs)" ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการ ก่อเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสภาพการณ์ทางกฎหมายเฉพาะรายเฉพาะกรณีอัน ได้แก่นิติกรรมต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดมูลหนี้กันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้
- "นิติกรรมทางเงื่อนไข (actes-conditions)" ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการมอบสภาพการณ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจงที่กำหนดไว้แล้วให้แก่บุคคล

(ข) การจัดประเภทตามรูปแบบของนิติกรรม

หากพิจารณาตามรูปแบบแล้ว ศาสตราจารย์ ดูกีต์ เห็นว่า อาจแบ่งนิติกรรมได้เป็น 3 ประเภท คือ

- "L'acte collectif" ซึ่งเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่สอดคล้องกัน ซึ่งมีได้เป็นข้อตกลง (conventions) นิติกรรมประเภทนี้ได้แก่ สัญญาจัดตั้งสมาคมหรือห้างหุ้นส่วนบริษัท ซึ่งผู้เข้าร่วมในนิติกรรมนี้ไม่รู้จักกันเลยหรือรู้จักกันน้อยมาก และมีเข้าร่วมเจรจาอภิปรายกันในการทำนิติกรรมประเภทนี้
- "L'union" ซึ่งเป็นข้อตกลง (convention) หลายฝ่ายที่ตรงกัน แต่มิใช่สัญญา เนื่องจากผู้เข้าทำนิติกรรมประเภทนี้มีได้มีฐานะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งกันและกันเป็นการเฉพาะตัว แต่เป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสภาพการณ์ทางกฎหมายแบบภววิสัย ที่มีลักษณะถาวร หรือที่เป็นสถานภาพ (statut) เช่น การสมรส ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง สนธิสัญญา และสัมปทานดำเนินการบริการสาธารณะ เป็นต้น
- สัญญา (contrat) ซึ่งศาสตราจารย์ ดูกีต์ เห็นว่า เป็นนิติกรรมที่แตกต่างจากนิติกรรมทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวข้างต้น โดยให้คำนิยามของ "สัญญา" ไว้ว่า หมายถึงข้อตกลง (accord) ระหว่างบุคคลสองคน และเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดหนี้แก่บุคคลฝ่ายหนึ่งซึ่งจะต้องกลายเป็นลูกหนี้และจะก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจะกลายเป็นเจ้าหนี้<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup>ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, (2541), หน้า 39-41.

2.2.2 การพัฒนาแนวความคิดทั่วไปของสัญญาทางปกครองจากหลักการพื้นฐานของนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครอง (Les actes juridiques administratifs) หมายถึง การแสดงออกซึ่งเจตนาทางปกครองเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงของสภาพการณ์ทางกฎหมาย (ordonnancement juridique)<sup>6</sup> โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจสั่งการฝ่ายเดียว โดยวิธีการที่เจ้าหน้าที่จะสั่งการให้ปฏิบัติตามคำสั่ง หรือได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์บังคับ ตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐไว้ เพื่อประโยชน์ของสาธารณะโดยมีอำนาจบังคับใช้กฎหมายโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเอกชน ทั้งนี้ เจื่อนไขของความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองประกอบด้วย บุคคลที่ออกกระทำหรือออกคำสั่งที่ก่อให้เกิดนิติกรรมทางปกครองจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ มีแบบหรือขั้นตอนนั้น ๆ ส่วนที่เป็นสาระสำคัญ มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก เว้นแต่กฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษในกรณีนั้น ๆ และมีเงื่อนไขอื่น ๆ อันได้แก่ มอบอำนาจระยะเวลา เหตุผลหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ของคำสั่งตามที่กฎหมายกำหนด

เมื่อพิจารณาถึงรูปแบบของนิติกรรมทางแพ่งและทางปกครองเฉพาะในแง่ความสัมพันธ์กับบุคคลแล้วก็เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว (Unilateral act) ซึ่งมีการแสดงเจตนาอันเดียวหรือหลายอันของบุคคลฝ่ายเดียวเช่นเดียวกัน

สำหรับนิติกรรมสองฝ่าย (Bilateral Act) ได้แก่นิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่าย และก่อให้เกิดผลต่อทั้งสองฝ่ายอันได้แก่สัญญาต่าง ๆ เป็นต้น

แต่ทั้งนี้ เนื่องด้วยมีความแตกต่างระหว่างพื้นฐานของนิติกรรมทางปกครองซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว(acte adminisfratif unilateral) และนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย (สัญญาทางปกครอง) จึงได้มีความเห็นของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (ศจ.อมร จันทรสมบูรณ์) ว่า<sup>7</sup>นักทฤษฎีกฎหมายปกครอง (ของต่างประเทศ) หลายท่านยังมีความเห็นว่า ความหมายของนิติกรรมทางปกครองน่าจะได้แก่ "นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว" เสมอไปและสมควรแยกหลัก "สัญญาทางปกครอง" ออกเป็นเอกเทศ

<sup>6</sup>พูนศักดิ์ ใสสว่าง, นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครองเล่ม 4 (ตอน 2) สิงหาคม 2528, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

<sup>7</sup>อ้างไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 140.

ซึ่งในส่วนนี้ก็ได้มีความเห็นที่เห็นว่า ที่ว่านิติกรรมทางปกครองนั้น มีความหมายอย่างกว้างรวมถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว และนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย<sup>8</sup> ดังนั้น ความหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น โดยสรุปมีความเห็นร่วมกันแล้วว่าเป็นเรื่องการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวแต่ก็ยังไม่หาข้อสรุปไม่ได้ว่า ขอบเขตความหมายจะครอบคลุมไปถึงนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย (สัญญาทางปกครอง) ด้วยหรือไม่

แต่ทั้งนี้ เมื่อไปเปรียบเทียบกับนิติกรรมทางแพ่งแล้ว นิติกรรมทางแพ่งครอบคลุมไปถึงกรณีสัญญาทางแพ่งด้วย เนื่องจากนิติกรรมทางแพ่งและสัญญาทางแพ่งมีพื้นฐานบนความสมัครใจ ซึ่งนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองจึงย่อมจะเป็นทางเดียวกันด้วยแต่ก็เป็นบนพื้นฐานของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ทั้งนี้ ก็ได้มีการยอมรับความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองว่ามีพื้นฐานที่แตกต่างดังถึงที่จะได้ศึกษาต่อไป

### 2.2.3 การพัฒนาแนวคิดทั่วไปของสัญญาทางปกครองจากหลักการพื้นฐานของสัญญาทางแพ่ง

สัญญาทางแพ่งในฐานะที่เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ฉะนั้นจึงต้องนำหลักเกณฑ์ในเรื่องของนิติกรรมมาใช้เป็นหลักฐานโดยทั่วไป เว้นแต่กรณีที่มีหลักเกณฑ์ที่เป็นลักษณะพิเศษของสัญญาเท่านั้น เนื่องจากสัญญาทางแพ่ง หมายถึง การแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกับที่มุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์ ดังนั้น จึงต้องยอมมีผลทำให้เกิดนิติกรรมขึ้นมา ซึ่งนิติกรรมนั้นก็หมายถึง การกระทำของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งในการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธินั้นเอง

ความหมายของสัญญานั้นอยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งเป็นแนวความคิดที่พัฒนามาตามประวัติศาสตร์ของแต่ละสังคม จากอดีตมาปัจจุบันได้มีแนวโน้มที่จะให้เสรีภาพของปัจเจกชนที่มาผูกพันกันเป็นคู่สัญญามากยิ่งขึ้น แต่ปัจจุบันแนวโน้ม

---

<sup>8</sup> สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง", วารสารนิติศาสตร์ปีที่ 17 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2530), หน้า 62-71.

ดังกล่าวได้เปลี่ยนคตินกลับอดีตอีก จึงมีประเด็นที่น่าสนใจว่าเหตุใด จึงมีการพัฒนาไปเช่นนั้น แต่อย่างไรก็ตามเพื่อที่จะให้เข้าใจในเรื่องของสัญญาทางแพ่ง จึงขอเสนอหลักพื้นฐานของสัญญาไว้

## 1 หลักการพื้นฐานของสัญญาทางแพ่ง

### 1.1 หลักพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา

เนื่องด้วยวิวัฒนาการทางการเมืองที่มีการต่อสู้ให้ได้มาเพื่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในทวีปยุโรป มีผลให้เกิดการยอมรับสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นเป็นลำดับ โดยมีการยอมรับเสรีภาพส่วนบุคคล รับรองสิทธิพื้นฐานของแต่ละบุคคล บุคคลมีเสรีภาพ ซึ่งก่อให้เกิดหลักการว่าด้วยปัจเจกนิยม (Individualism) จึงก่อให้เกิดสิทธิที่จะก่อให้เกิดพันธะผูกพัน<sup>๑</sup> เมื่อบุคคลนั้นมีเจตนารมณ์ที่จะกระทำเช่นนั้น นอกจากการพัฒนาทางการเมืองดังกล่าวแล้วก็ได้มีการพัฒนาแนวความคิดทางเศรษฐกิจ คือ ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ที่พัฒนามากจากระบบเศรษฐกิจ คือ ระบบเศรษฐกิจแบบ เสรีนิยม ที่พัฒนามาจากแบบเศรษฐกิจแบบศักดินา ที่เดิมบุคคลแต่ละบุคคล ชุมชนแต่ละชุมชน มีการติดต่อซื้อขายเพียงเล็กน้อย ส่วนใหญ่ก็เก็บกันใช้ด้วยกันเองนั้น เปลี่ยนมาเป็นการซื้อขายสินค้ากันอย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น ซึ่งปรากฏการณ์ดังกล่าวก็ย่อมก่อให้เกิดการติดต่อซื้อขายกันมีการเจรจาตกลงกัน มีการวางกฎเกณฑ์ในระหว่างผู้ซื้อผู้ขาย จนก่อให้เกิดสัญญาตกลงกันขึ้น โดยสภาพนั้นการซื้อขายดังกล่าว คู่สัญญาก็เป็นบุคคลที่มีความเต็มใจในการเข้าผูกพันกันเอง มีการเจรจาตกลงกัน คู่สัญญาก็ย่อมมีความเสมอภาคโดยเท่าเทียมระหว่างกันและมีเสรีภาพที่จะทำสัญญากันด้วย ตามหลักว่าด้วยเสรีนิยม (Liberalism)

อาจกล่าวได้ว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา<sup>๑</sup> นั้นพัฒนามาจากหลักปัจเจกชนนิยม และหลักเสรีภาพ ซึ่งมีผลจากการพัฒนาทางการเมืองและเศรษฐกิจที่ควบคู่กันมาตลอดในประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะ<sup>๑</sup> ในสมัยกลางมนุษย์ถูกจำกัดเสรีภาพอย่างมากด้วยประเพณี ศาสนา และการปกครองระบบศักดินา สนับสนุนด้วยทฤษฎีเทวสิทธิ์ ครั้นถึงเริ่มสมัยใหม่ก็มีระบบสมบูรณาญาสิทธิราชให้อำนาจเด็ดขาดแก่กษัตริย์อีก ในทางเศรษฐกิจก็เช่นเดียวกับ

<sup>๑</sup> อดิรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2541) หน้า 20.



ทางการเมือง เสรีภาพการผลิตถูกจำกัดในระบบศักดินาต้องผลิตเพื่อส่งมอบแก่ขุนนางและเจ้านายในปราสาทการติดต่อกับชายกระทำไม่ได้จำกัด

## 1.2 ขอบเขตในเรื่องเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา

หลักเกณฑ์ในเรื่องเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาที่ปัจเจกชนที่มีสิทธิและหน้าที่จะสามารถที่จะเลือกตนเองให้เข้ามาผูกพันตามสัญญาได้นั้น ถ้าหากมิได้มีขอบเขตจำกัดให้ ก็ย่อมจะเกิดผลเสียหาย เนื่องจากธรรมชาติของมนุษย์ที่อาจจะเอาเปรียบกันได้ หรือสภาพของสังคมที่มีความเหลื่อมล้ำของบุคคลในสังคมจึงได้มีขอบเขตจำกัดว่า<sup>10</sup> เมื่อใดที่การแสดงเจตนาถ้านิติกรรมได้ก้าวล่วงแดนแห่งประโยชน์ส่วนได้เสียของประชาชน เมื่อนั้นการแสดงเจตนาที่ย่อมไม่เกิดผลในกฎหมายไม่มีการเคลื่อนไหวในสิทธิ ทั้งนี้เพราะมีหลักกฎหมายทั่วไปว่า "ความปลอดภัยของประชาชนเป็นกฎหมายสูงสุด" (salus populi suprema lex) หลักกฎหมายถือว่าเป็นหลักกษณะของหลักเกณฑ์ในเรื่องเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา เนื่องจากมีเจตนาจะมุ่งพิทักษ์ปัจเจกชนที่ด้อยโอกาสจากการเปิดกว้างในการให้มีเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยก็ได้มีอารบบัญญัติรองรับหลักการดังกล่าวไว้ คือ ตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของเอกชนนั้น เป็นโมฆะ" ดังนั้น สภาพข้อเท็จจริงในสังคม จึงก่อให้เกิดการพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาขึ้นมา และต่อมาก็ได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อนำมาเป็นหลักในการตกลงทำสัญญาและบังคับใช้สัญญา

## 1.3 สภาพสัญญาทางแพ่งในปัจจุบัน

สัญญาทางแพ่งโดยหลักแล้วรัฐจะไม่เกี่ยวข้องใด ๆ ไม่ว่าเนื้อหาสาระรูปแบบลักษณะหรืออื่น ๆ ในสัญญาทางแพ่ง เว้นแต่ขัดต่อศีลธรรมอันดีงามและขัดต่อความสงบเรียบร้อย

<sup>10</sup> พวงผกา บุญโสภาคย์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง : กรุงเทพมหานคร (2520), หน้า 13.

ของประชาชนเท่านั้น เนื่องจากในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ผ่านมาสภาพข้อเท็จจริงในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในรูปแบบบนความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกัน มีการเจรจาตกลงกันก่อนที่จะเริ่มต้นทำข้อตกลงในสัญญา แล้วจึงจะมีการตกลงกันในสัญญานั้นตามมา

ดังนั้น ในการศึกษาสัญญาทางแพ่งในสภาพสังคมปัจจุบันซึ่งเป็นสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมทุก ๆ ด้านไม่ว่าสังคม วัฒนธรรม การเมือง ฯลฯ โดยเฉพาะนับตั้งแต่สงครามโลก ครั้งที่ 2 จึงมีผลทำให้สัญญาทางแพ่งในรูปแบบเดิมมีผลกระทบไปด้วย โดยเฉพาะนิติสัมพันธ์ของสัญญา ประเภทของสัญญา และความไม่เสมอภาคของคู่สัญญา ตลอดจนจนถึงสัญญาในรูปแบบใหม่ คือ สัญญามาตรฐาน และสถานะทางกฎหมายของสัญญามาตรฐาน

#### 1.4 นิติสัมพันธ์ของสัญญาในปัจจุบัน

เนื่องจากวิวัฒนาการของสังคมเศรษฐกิจ ฯลฯ ในปัจจุบันจึงได้มีการเปลี่ยนแปลงสภาพของการทำสัญญาต่าง ๆ ไปมาก จนทำให้มีข้อคิดว่าปัจจุบันปัจเจกชนยังเป็นผู้กำหนดความผูกพันเองหรือไม่ อาทิเช่น สัญญาที่ใช้ในชีวิตประจำวันของบุคคลทั่วไป เช่นการซื้อขายสินค้าผ่านเครื่องมือสำเร็จรูป การกำหนดราคาสินค้าไว้ล่วงหน้า จึงอาจจะกล่าวได้ว่ามีบางส่วนของหลักการเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและศักดิ์สิทธิของเจตนาไม่เป็นความจริงเสียแล้ว เนื่องจากหลักการดังกล่าวไม่อาจจะตอบสนองของมนุษย์ได้ดีพอ ไม่ว่าจะทั้งความสะดวกสบาย เวลา หรือสถานที่ ฯลฯ ในการจัดทำสัญญาต่าง ๆ

จากสภาพข้อเท็จจริง เราจะสามารถเห็นลักษณะของสัญญาในปัจจุบัน 3 ลักษณะเปลี่ยนแปลงไป คือ

##### 1.4.1 การขยายขอบเขตของผลบังคับสัญญา

สัญญาในรูปแบบเดิมจะมีรูปแบบง่าย ๆ ไม่ซับซ้อน อยู่บนความพื้นฐานของความสัมพันธ์ส่วนตัวที่จะสามารถเจรจากันได้ แต่ในปัจจุบันสัญญานั้นได้ขยายผลบังคับถึงขยายออกไปถึงบุคคล ที่เข้ามาเกี่ยวข้องเป็นคู่สัญญา และทั้งขยายระยะเวลาและผลบังคับของสัญญาออกไปเป็นสัญญาระยะยาว เช่น สัญญาให้บริการสาธารณะต่าง ๆ ที่คู่สัญญาฝ่ายให้บริการจะไม่จำกัดจำนวน ไม่แบ่งประเภทของผู้ใช้บริการ ไม่มีข้อจำกัดเฉพาะบุคคลหรือรูปแบบของสัญญา ถ้าไม่ได้กำหนดไว้ในข้อจำกัดของสัญญานั้นเอง

##### 1.4.2 การแบ่งประเภทของสัญญา

การจัดแบบประเภทสัญญาต่าง ๆ ในรูปแบบเดิมได้มีการแบ่งกลุ่มประเภทของสัญญา

เป็น สัญญาต่างตอบแทนกับสัญญาไม่ต่างตอบแทน สัญญามีค่าตอบแทนกับสัญญาไม่มีค่าตอบแทน สัญญาที่มีการชำระหนี้ที่แน่นอนกับสัญญาที่ทำการชำระหนี้ยังไม่แน่นอน สัญญาที่มีชื่อกับสัญญาไม่มีชื่อ แต่ในปัจจุบันนี้ได้มีการจัดประเภทใหม่ ซึ่งกลุ่มสัญญาที่ได้มีการจัดทำขึ้นเป็นการจัดแบ่งโดยเน้นถึงการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสังคมและเศรษฐกิจ เนื่องจากการทำสัญญาที่ได้พัฒนาขยายขอบเขตการบังคับในลักษณะเป็นกลุ่มผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายหรือแต่ละวิชาชีพเป็นหลัก<sup>11</sup> ดังมีการจัดแบ่งประเภทสัญญาดังนี้

1. สัญญาเอกชนและสัญญาฝ่ายปกครอง (private contract and administrative contract)

2. สัญญากฎหมายภายในกับสัญญาระหว่างประเทศ

3. สัญญาระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพด้วยกับสัญญาระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบการวิชาชีพหรือผู้บริโภค

4. สัญญาที่มุ่งถึงผลสำเร็จในการชำระหนี้กับสัญญาที่มุ่งถึงการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ในระดับอันสมควร

5. สัญญาสำเร็จรูป (adhesion contract) หรือสัญญามาตรฐาน (standard form contract) กับ collective contracts

จึงจะเห็นได้ว่าการจัดแบ่งประเภทใหม่ของสัญญาในปัจจุบันนั้น เนื่องมาจากผลจากตัวบุคคลที่เข้ามาเป็นสัญญาเป็นหลักเสียส่วนใหญ่

1.4.3 ลักษณะความไม่เสมอภาคของคู่สัญญาในปัจจุบัน

ในความเป็นจริงของการทำสัญญาในอดีตความไม่เสมอภาคของคู่สัญญาย่อมมีอยู่เนื่องมาจากความจำเป็นของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือสถานะทางสังคม เพียงแต่ว่าคู่สัญญาดังกล่าวเต็มใจยอมในสภาพดังกล่าวโดยผ่านการเจรจาตกลงกันโดยตรงจึงทำสัญญาต่อกัน ความไม่เสมอภาคจึงย่อมปรากฏอยู่ในการทำสัญญาแต่ความไม่เสมอภาค

<sup>11</sup>Ghestin, Traite'de Droit civiles obligations, Le Contrat Formation, L.G.D.J. 1988, pp 18-19, อ้างไว้ใน ดร.ดาราดพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2538), หน้า 28.

ดังกล่าวก็ได้ผ่านการยินยอมของคู่สัญญาโดยการเจรจาจนจะจัดทำให้มีสัญญา จึงอาจจะมีการต่อรองกันก่อน จึงทำให้ไม่มีการได้เปรียบเสียเปรียบมาก แต่ต้องเป็นกรณีที่ต้องมีการเสียเปรียบหรือได้เปรียบกันมากจนเกินเลยขอบเขตอันจะทำให้มีสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะได้ แต่ปัจจุบันนี้ลักษณะความไม่เสมอภาคของคู่สัญญาในปัจจุบันได้มีลักษณะความไม่เสมอภาคคือความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญามากที่ผู้บริโภคในฐานะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายใดอยู่ในฐานะเสียเปรียบต่อผู้ประกอบการอาชีพ ซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายทั้งในเรื่องข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

#### ลักษณะของสัญญาสมัยปัจจุบัน

ในปัจจุบันการเจรจาตกลงทำธุรกิจมิได้อยู่ในรูปแบบเดิมอีกแล้วเนื่องจากมีข้อจำกัดของเวลา สถานที่ ความจำเป็นในด้านต่าง ๆ จึงได้มีการจัดทำร่างสัญญาขึ้นมาไว้ล่วงหน้าไว้ผูกพันผู้ที่ตกลงเป็นคู่สัญญา อาทิ การธนาคาร โรงแรม การซื้อขาย ฯลฯ โดยสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นจากความไม่เสมอภาคในทางอำนาจเศรษฐกิจ หรือความรู้ความสามารถในการจัดทำสัญญา หรือความจำเป็นเร่งด่วน ต่าง ๆ ซึ่งก็ได้มีการยอมรับสัญญาสมัยปัจจุบันที่โดยทั่วไปเรียกว่าสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป<sup>12</sup> ในทางปฏิบัติ ศาลของประเทศต่าง ๆ เห็นด้วยกับความเห็นที่ 2 คือ ยอมรับสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง มีผลบังคับตามกฎหมายสัญญา สถานะทางกฎหมายไม่แตกต่างไปจากสัญญาอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาประกันภัย สัญญาขนส่ง สัญญาค้ำประกัน สัญญาเช่าซื้อ ที่ได้ทำขึ้นในสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ก็ให้บังคับไปตามข้อสัญญาของคู่สัญญาที่จะกำหนดขึ้น จึงอาจจะกล่าวได้ว่าความเสมอภาคของคู่สัญญาในสมัยปัจจุบันส่วนใหญ่มีแนวโน้มว่าถดถอยลง เพราะเหตุว่าเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาในการจัดทำสัญญาลดน้อยลงไป

แต่ทั้งนี้ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ก็คงเป็นสัญญาทางแพ่งเท่านั้น ที่ความเป็นจริงในสังคมปัจจุบันนี้ ความเสมอภาคของคู่สัญญาลดน้อยลงไปจากอดีตแต่ก็ยังคงมีสัญญาอีก

<sup>12</sup>DOMAT, Les Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel, 2 nd ed 1692, Book I, Title 191, VII, for an English translation, DOMAT, The Civil Law in its Natural Order, (Strahun trans. Gushing ed. 1850) 165, par 150 อ้างไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 11 หน้า 38.

รูปแบบหนึ่งก็คือสัญญาทางปกครองซึ่งก็มีความแตกต่างออกไปจากสัญญาทางแพ่งใน  
 อติตมาก ถ้ามองได้มีความเสมอภาคเลย แต่ทั้งนี้สัญญาทางแพ่งสมัยปัจจุบันและสัญญาทาง  
 ปกครองก็ได้มีรูปแบบของการวิวัฒนาการที่เหมือนกันในระยะหนึ่งก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติ  
 ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ออกมาบังคับใช้ ที่มีผลให้ศาลเข้ามาใช้อำนาจ  
 พิจารณาดูเนื้อหาของสาระของสัญญาว่าเป็นธรรมหรือไม่ และจะใช้ดุลพินิจพิจารณาวินิจฉัยให้  
 เกิดความเป็นธรรม

### 2.3 หลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง (contrat de l' administration)

โดยสัญญาตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ การที่เอกชน  
 ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปเข้าร่วมกันทำสัญญาโดยฝ่ายหนึ่งทำข้อเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งทำ  
 คำสนอง สัญญาจึงเกิดขึ้นเมื่อทำข้อเสนอและทำสนองสอดคล้องต้องกัน ฉะนั้น โดยสภาพ  
 ของสัญญาจึงย่อมต้องเป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย แต่เนื่องจากในปัจจุบันนี้สัญญา  
 มิได้มีเอกชนเป็นคู่สัญญากันเท่านั้น แต่มีทั้งที่รัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือระหว่าง  
 องค์กรของรัฐหรือระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน เพื่อดำเนินกิจการบริการสาธารณะ  
 (contrat de l'administration) คือการที่ฝ่ายปกครองตกลงที่จะทำสัญญาทางปกครองนั้น  
 เป็นเทคนิคทางสัญญาเข้ามาดำเนินกิจกรรมของตนเพื่อเสริมการใช้อำนาจฝ่ายเดียวไว้<sup>13</sup>  
 ซึ่งการจัดทำสัญญาดังกล่าวที่เรียกว่าสัญญาเรียกว่าสัญญาปกครอง ซึ่งการจัดทำสัญญา  
 ทางปกครองนี้รัฐได้นำมาใช้เพื่อบรรลุกิจกรรมของรัฐ โดยได้นำเข้ามาแทนที่การแสดงเจตนา  
 ฝ่ายเดียวที่ก่อสิทธิหน้าที่แก่เอกชน (นิติกรรมฝ่ายเดียว) ทั้งนี้โดยรัฐเห็นสมควรเองที่จะนำ  
 รูปแบบอันเรียกว่าสัญญาทางปกครองมาใช้ให้เหมาะสม แต่ทั้งนี้ สัญญาทางปกครองนี้  
 ก็มีใช้สัญญาที่เอกชนจะก่อสิทธิหน้าที่ระหว่างกันทางทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญาอันถือ  
 ว่าคู่สัญญาเสมอภาคกันจนกระทั่งตกลงที่จะทำสัญญาผูกพันกันโดยอิสระ เมื่อมิได้มีการ  
 ปฏิบัติตามสัญญาก็มีวิธีการบังคับให้เกิดผลตามสัญญาโดยศาลเท่านั้น มิอาจจะบังคับใช้  
 สัญญากันเองได้ จึงจะเห็นว่าสัญญาทางปกครองนั้นมีรูปแบบหลักการและทฤษฎีแตกต่าง  
 ไปจากสัญญาทางแพ่งและนิติกรรมทางปกครองอย่างมาก

<sup>13</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5,  
 (2529), สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 24

### 2.3.1 หลักการจัดทำบริการสาธารณะ

พื้นฐานระหว่างสัญญาทางปกครองกับนิติกรรมทางปกครอง นั้น คือ เมื่อ “นิติกรรมทางปกครอง” มุ่งไปที่อำนาจการสั่งการฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ดังนั้น การผูกพันในลักษณะสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน (สัญญาทางปกครอง) จึงมีเงื่อนไขสำคัญว่า เอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญาของรัฐจำเป็นต้องให้ความยินยอม (re'gime juridique) ของสัญญาทางปกครอง แยกออกจากหลักกฎหมายของ “นิติกรรมทางปกครอง (ฝ่ายเดียว)”<sup>14</sup> แต่ทั้งนี้ เนื่องด้วยภารกิจของรัฐต้องมุ่งที่จะบริการสาธารณะต่อประชาชน นิติกรรมทางปกครอง หรือสัญญาทางปกครอง จึงเป็นแค่รูปแบบหนึ่งของรัฐเท่านั้นเพื่อที่จะมุ่งให้บรรลุภารกิจของรัฐ

เนื่องด้วยสัญญาปกครองจัดทำขึ้นมาเพื่อตอบสนองการบริการสาธารณะ ดังนั้นจึงอาจจะต้องศึกษาในเรื่องบริการสาธารณะในลำดับแรก

ความหมายของบริการสาธารณะมีบทนิยามของนักกฎหมายทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศไว้หลายอย่าง ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้อธิบายว่า “บริการสาธารณะ คือ กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจหรือความควบคุมของฝ่ายปกครอง ที่จะทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน”<sup>15</sup> ศาสตราจารย์ Rene Chapus กล่าวว่า “กิจกรรมใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการหรือดูแลกิจกรรมนั้นเพื่อสาธารณะประโยชน์” ศาสตราจารย์ Gaston Jeze กล่าวว่า “การจะพิจารณาว่ากิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะ ก็ให้ดูที่จุดมุ่งหมายของการก่อตัวองค์กรหรือกิจกรรมนั้น” ศาสตราจารย์ Jean de Soto กล่าวว่า “คำนิยามของบริการสาธารณะอาจแยกเป็นสองลักษณะโดยพิจารณาจากลักษณะทางด้านการเมือง กับลักษณะทางด้านกฎหมาย กล่าวคือ

ก. ลักษณะทางด้านการเมือง บริการสาธารณะได้แก่สิ่งที่รัฐจะต้องจัดทำเพื่อสนองความต้องการของงานในชาติไม่ว่าจะเป็นความต้องการพื้นฐาน เช่น ความปลอดภัย จน

<sup>14</sup> อ้างไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 1 หน้า 139

<sup>15</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, สำนักพิมพ์นิติธรรม, (มิถุนายน 2541). หน้า 78

กระทั่งถึงความต้องการทางด้านเศรษฐกิจ โดยรัฐอาจทำเองหรือมอบให้คนอื่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำก็ได้

- ข. ลักษณะทางด้านกฎหมาย บริการสาธารณะประกอบด้วยเงื่อนไขสามประการคือ
- เกิดขึ้นจากผู้ปกครองประเทศหรือจากแนวทางที่ผู้ปกครองประเทศวางไว้
  - มีความต้องการจากประชาชนเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวม
  - เกิดความไม่เพียงพอหรือไม่สามารถจัดทำได้โดยเอกชน

ศาสตราจารย์ Léon Duquít กล่าวว่า “บริการสาธารณะหมายถึงกิจกรรมทุกประการที่ถูกควบคุมจัดการโดยฝ่ายปกครองเพื่อทำให้บรรลุผลสำเร็จ ทั้งนี้ เพราะกิจกรรมเหล่านี้โดยสภาพแล้วไม่อาจทำสำเร็จได้หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจบังคับทางปกครอง”

ดังนั้น จึงอาจสรุปสาระสำคัญของบริหารสาธารณะได้ดังนี้

1. กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน โดยอาจเกี่ยวข้องนี้จะเป็นทางตรงหรือทางอ้อมได้ คือ ทางตรงอันได้แก่นิติบุคคลมหาชน องค์การปกครองท้องถิ่นหรือองค์การมหาชนอิสระหรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการทางอ้อมอันได้แก่กิจกรรมที่รัฐมอบอำนาจให้แก่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแก่รัฐ

2. กิจกรรมนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

คือ เป็นกิจกรรมที่มุ่งสนองประโยชน์ของประชาชนเป็นหลัก แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่า จะมีได้ค้ำหนึ่งผลกำไรเพื่อความคุ้มทุนในการดำเนินการเพียงแต่มุ่งที่จะตอบสนองประโยชน์ของประชาชนมากกว่า

อนึ่ง ในปัจจุบันนี้มีการดำเนินการของเอกชนที่มุ่งตอบสนองประชาชน แต่เป็นการดำเนินการของเอกชนโดยล้วน ๆ คือ กิจการขนส่งมวลชนที่เป็นรถตู้ ที่รัฐมิได้เข้ามาเกี่ยวข้อง แต่เป็นการดำเนินการโดยเอกชนที่เข้ามาจัดการแทนรัฐ

2.3.2 การจัดบริการสาธารณะโดยรูปแบบของสัญญาการปกครอง

การจัดทำบริหารสาธารณะ เพื่อมุ่งตอบสนองประชาชนโดยทั่วไปนั้น รัฐจึงใช้วิธีการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ดังกล่าว ซึ่งการให้บรรลุจุดประสงค์ดังกล่าว รัฐจึงต้องใช้อำนาจมหาชน คือ สามารถใช้อำนาจของรัฐเข้าบังคับเอกชนได้ภายใต้ขอบเขตกฎหมาย ถึงแม้ว่าเราจะเห็นได้ว่าตามสภาพของกิจกรรมนั้น รูปแบบที่รัฐใช้นั้น คือ การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่ก่อสิทธิหน้าที่แก่เอกชนในรูปข้อบังคับหรือกึ่งสิ่งที่เรียกว่า นิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง อันแตกต่างกับเอกชนที่ใช้วิธีการที่ก่อสิทธิหน้าที่ต่อกัน คือ การจัดทำสัญญา

แต่ทั้งนี้ รัฐมีรูปแบบของการจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบอื่น โดยเป็นการนำวิธีการของเอกชนมาปรับใช้ ซึ่งก็คือ<sup>16</sup> นอกเหนือไปจากการทำนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองก็อาจใช้เทคนิคทางสัญญาเข้ามาดำเนินการกิจกรรมของตนเพื่อเสริมการใช้อำนาจฝ่ายเดียวได้ หลักเรื่องสัญญาฝ่ายปกครอง (Contrat de l'administration) จึงเกิดขึ้นในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

#### 2.4 ลักษณะของสัญญาของฝ่ายปกครอง (Contrats de l'Administration)

ตามหลักการเรื่องสัญญาฝ่ายปกครองอันเป็นวิธีการทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ดำเนินการบริการสาธารณะนั้น โดยเป็นดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองจะพิจารณาในความเหมาะสมที่จะทำสัญญากับเอกชนหรือระหว่างหน่วยงานของฝ่ายปกครองด้วยกัน ซึ่งฝ่ายปกครองก็ยังสามารถจะตัดสินใจที่จะผูกพันตนเองในรูปแบบของสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายปกครองที่ให้อำนาจอันเหนือกว่าของฝ่ายปกครองหรือจะเป็นไปในรูปแบบของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนดังเช่นที่เอกชนทำสัญญาโดยทั่วไป โดยจะนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้

ทั้งนี้<sup>17</sup> สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน (Contrats de droit prive de l'Administration) ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ และยังพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา

สัญญาประเภทที่สองเรียกว่า “สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)” ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา

<sup>16</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส (Contrats administratifs), วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5. (2529), สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 74.

<sup>17</sup> ในส่วนนี้ผู้เขียนนำข้อมูลส่วนใหญ่มาจาก ชาญวีย์ แสงวงศ์ดี และมานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 5 หน้า 17.



กรณีจึงสรุปได้ว่า "สัญญาทางปกครอง (Contrats administratifs)" เป็นเพียงสัญญาประเภทหนึ่งของ "สัญญาของฝ่ายปกครอง (Contrats de l'Administration)"

จึงอาจจะกล่าวได้ว่าฝ่ายปกครองที่มีดุลพินิจที่จะผูกพันตนเองในการทำสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน ที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ดังนั้น ความสำคัญของการแยกพิจารณาว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองกระทำนั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน นั้นจึงมีความสำคัญเพื่อที่จะพิจารณาได้ว่าอยู่ในขอบอำนาจการพิจารณาคดีของศาลใดเป็นเบื้องต้น

2.5 ลักษณะของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน

หลักเกณฑ์ดั้งเดิมที่นำมาพิจารณาว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นนั้นจะพิจารณาจากเรื่อง "บริการสาธารณะ (le service public)" เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญว่าคดีของฝ่ายปกครองนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ทั้งนี้ ผลการพิจารณาคดีของศาลชี้ขาดเขตอำนาจ (le Tribunal des Conflits) ได้มีการแบ่งแยก "สัญญาของฝ่ายปกครอง" ออกเป็นสองประเภท โดยถือหลักว่าสัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อการจัดองค์กรหรือการปฏิบัติงานของบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง หากว่าสัญญาอื่นที่ไม่เป็นการจัดองค์กร หรือการปฏิบัติงานของบริการสาธารณะสัญญาดังกล่าวก็มีใช่สัญญาทางปกครอง

ต่อมา ได้มีการวิวัฒนาการแนวความคิดของสัญญาทางปกครอง โดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

2.5.1 กรณีที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยได้มีกฎหมายกำหนดไว้ (Contrats administratifs par détermination de la loi) คือ สัญญาที่กฎหมายระบุชัดแจ้งว่า สัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณีเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาที่กฎหมายระบุไว้พอให้ทราบ ว่าสัญญาดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

<sup>18</sup>สัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองอาจจะมีลักษณะเป็น “สัญญาทางปกครอง” ตรงตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลกำหนดขึ้นอยู่แล้วอาจจะมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายเอกชนตามเกณฑ์ดังกล่าวแต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นพิเศษก็ได้

สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง ได้แก่ สัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนว่าจ้างให้ผู้รับเหมาเอกชนก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ (marchés de travaux publics) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (contrats comportant occupation du domaine public) สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ (ventes d'immubles de l'Etat)

## 2.5.2 กรณีที่ศาลวางกฎเกณฑ์ในการพิจารณา

### 1 กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาต่างถ้าเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน

เมื่อคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย ตามสัญญาใดที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเช่นเดียวกัน สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางปกครองทั้งนี้ เนื่องมาจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนย่อมจะต้องมีวิธีการที่แตกต่างจากการดำเนินการของเอกชนโดยอาจเรียกว่า “วิธีการในการบริหารแบบมหาชน” (les modes de la gestion publique) แต่ทั้งนี้ก็มีหลักยกเว้นว่า<sup>19</sup> หลักดังกล่าวไม่ใช่บังคับในกรณีที่เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดที่สุดในทางปฏิบัติก็คือ สัญญาที่องค์การปกครองท้องถิ่น (ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่ง) ทำกับ “การไฟฟ้าแห่งประเทศฝรั่งเศส (Electricite' de France) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปของ “องค์การมหาชน” (E tablissement public) (ซึ่งเป็นนิติบุคคลอีกประเภทหนึ่ง) เพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญาฝ่ายหลังโดยคู่สัญญาฝ่ายแรกมีฐานะเป็นเพียงผู้ให้บริการ (usager) รายหนึ่ง ซึ่งสัญญาเช่นว่านี้ ไม่แตกต่างไปจากสัญญาที่รัฐวิสาหกิจดังกล่าวทำกับผู้ให้บริการเอกชนโดยทั่วไป

<sup>18</sup>ชาญชัย แสงวงศ์ดี และมานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 5 หน้า 46.

<sup>19</sup>Rene' Chapus, อ้างไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 5 หน้า 48.

## 2 กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน

กรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ใช่นิติบุคคลมหาชนนี่จะเป็นคู่สัญญาโดยตรงหรืออาจจะเป็นกรณีที่มีเอกชนเป็นตัวแทนนิติบุคคลมหาชนในการตกลงผูกพันในสัญญา ในสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครอง คือ สัญญานั้นมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ หรืออาจจะเป็นเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นหรืออาจจะเป็นเพราะระบบของสัญญานั้น

### 2.1 ข้อสัญญาที่เป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครอง

สัญญาที่มีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญานั้นแล้ว และมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่พบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน (clauses exorbitantes de droit commun) สัญญานั้นก็ย่อมมาเป็นสัญญาทางปกครองได้ ทั้งนี้ย่อมหมายความว่าข้อสัญญาดังกล่าวให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลักเกณฑ์ของข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

ก. ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน คือ เป็นข้อสัญญาที่ย่อมไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนที่จะทำกันได้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการโรงละครสัตว์ และโรงมหรสพของเทศบาลได้รับยกเว้นภาษี และข้อสัญญาที่กำหนดข้อผูกพันของเทศบาลที่จะต้องกำหนดภาษีท้องถิ่นทางตรงขึ้นใหม่ ในกรณีที่มีความจำเป็น เมื่อนำเงินภาษีนั้นมาผ่อนชำระหนี้เงินกู้เป็นรายปี

นอกจากนี้อาจมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกได้ เช่น ข้อสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญา ในอันที่จะลงโทษทางวินัยแก่นักเรียนของโรงเรียนการเกษตรที่คู่สัญญานั้นได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ

ข. ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คือ กรณีที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้ควบคุมหรือภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลยก็ได้ อันได้แก่

(1) การควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชน นั้น อาจเป็นการควบคุมโดยทั่วไปหรือโดยเฉพาะเจาะจง เช่น สัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินการกิจการของสนามกีฬาสำหรับการแข่งขันหรือฝึกซ้อมจักรยาน ซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมผลการบริหารทางการเงิน หรือสัญญาฝ่ายที่เป็นมหาชนนิติควบคุมในเรื่องของบุคลากรที่ว่างจ้างและอัตราค่าบริการที่เรียกเก็บ

(2) การควบคุมโดยการกำหนดหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงบางประการให้คู่สัญญาเอกชน เช่น หน้าที่ที่จะต้องขออนุญาตจากทางราชการเสีย ก่อนสำหรับการดำเนินการบางอย่างตามสัญญาหรือหน้าที่ที่จะต้องระงับการดำเนินกิจการของสถานประกอบการที่ให้เช่าตามคำสั่งนิติบุคคลมหาชน

(3) ข้อสัญญาที่กำหนดว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องถือปฏิบัติตามข้อสัญญาอย่างไร เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีชนิดและความถี่ของการแสดงในโรงมหรสพของเทศบาลตามที่ข้อสัญญากำหนดไว้และหน้าที่ที่จะต้องจัดให้เทศบาลได้ใช้โรงมหรสพนั้น สำหรับการจัดงานฉลองต่าง ๆ และการประชุมของเทศบาล

(4) ข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ไม่ว่าจะมิใช่เงื่อนไขการเลิกสัญญาไว้ว่าจะต้องบอกกล่าวหรือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบล่วงหน้าก่อน หรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับชดเชยค่าทดแทนหรือไม่ก็ตาม

#### ค. บันทึกลับแนบท้าย (Cahier des charges)

กรณีบันทึกลับแนบท้ายสัญญาที่มีข้อสัญญากำหนดและมีการอ้างถึงไว้ข้อสัญญาดังกล่าวจะมีผลทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือไม่ นั้น มีแนวคิดอยู่ 2 ประการ คือ

(1) ข้อสัญญาเช่นว่านั้นมีผลทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอถึงแม้ว่า เอกสารที่กำหนดเงื่อนไขข้อสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผนที่โยงไปถึงนั้นจะไม่มีเงื่อนไขหรือข้อกำหนดใดที่มีลักษณะพิเศษเลยก็ตาม

(2) ข้อสัญญานั้นจะมีผลทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาปกครองได้ก็ต่อเมื่อเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผนนั้นมีเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน มิฉะนั้นข้อสัญญาที่อ้างถึงเอกสารนั้นจะไม่มีผลดังกล่าวแต่อย่างใด

แต่โดยสรุป ความเห็นที่สองได้เป็นที่ยอมรับมากกว่า เพราะได้ให้แนวทางที่ชัดเจนกว่า  
2.2 หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น

กรณีดังกล่าวนี้ เป็นการพิจารณาออกเหนือจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญา โดย  
พิจารณาถึงความเป็นสัญญาทางปกครองเพราะเหตุของวัตถุประสงค์แห่งสัญญา (l'objet du  
contrat) เป็นหลัก โดยอาจจะแบ่งประเภทได้ดังต่อไปนี้

ก. สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือการดำเนินงานบำรุงสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณ  
ประโยชน์ (contrats relatifs à l'exécution de travaux publics) เหตุที่สัญญาดังกล่าว  
เป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเป็นการทำงานก่อสร้างหรือทำงานบำรุง  
อสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์อันมีลักษณะเป็นการปฏิบัติการในการบริหารแบบ  
มหาชน (opération de gestion publique) โดยแท้จริง เนื่องจากรัฐยังคงมีเอกสิทธิแห่ง  
อำนาจมหาชนอยู่ โดยแบ่งสัญญาประเภทนี้ได้ 2 ประเภท

(1) สัญญาสัมปทานที่นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาให้ทำการก่อสร้างหรือทำ  
งานบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์โดยฝ่ายปกครองให้ค่าตอบแทน  
ผู้รับเหมาเป็นเงินและสัญญาสัมปทานประเภทที่นอกจากนิติบุคคลมหาชนจะมอบให้  
ผู้รับเหมาทำการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์แล้ว ยังมอบให้  
บริหารหรือดำเนินกิจการของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างขึ้นนั้นด้วย โดยผู้รับเหมาได้รับ  
ค่าตอบแทนจากนิติบุคคลมหาชนผู้ว่าจ้าง

(2) สัญญาสัมปทานที่นิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่คู่สัญญาเอกชนในการก่อสร้าง  
อสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์และผู้ให้สัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จาก  
อสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ และให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จาก  
อสังหาริมทรัพย์นั้นได้โดยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้ประโยชน์จากผู้ใช้บริการเป็นค่า  
ตอบแทนสำหรับผู้รับสัมปทาน สัญญาว่าจ้างสถาปนิกผู้ควบคุมงานก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์  
ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ และสัญญาสัมปทานที่เอกชนซึ่งจะได้รับประโยชน์จากการ  
ก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ยอมมอบเงิน วัสดุหรือที่ดิน สำหรับ  
การก่อสร้างนั้นให้แก่นิติบุคคลมหาชนโดยมีเงื่อนไขว่านิติบุคคลมหาชนจะต้องดำเนินการ  
ก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์นั้น

ข) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (Contrats comportant  
occupation du domaine public) เช่น สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของสถานี

รถไฟเพื่อจัดตั้งและดำเนินกิจการร้านอาหาร และสัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของชายหาด เพื่อดำเนินกิจการเกี่ยวกับการเล่นน้ำทะเล

เหตุที่จัดให้สัญญาดังกล่าวที่เป็นสัญญาทางปกครอง ก็เนื่องจากการจัดการสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เป็นการดูแลทรัพย์สินของส่วนรวม จึงต้องบริหารแบบมหาชน (gestion publique)

ค) สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง (contrats relatifs à l'exécution même d'un service public) ซึ่งสัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ สัญญาดังกล่าวแบ่งได้ 4 ประเภท

(1) สัญญาให้สัมปทานดำเนินการสาธารณะ (contrats de concession de service public)

สัญญาดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการมอบให้คู่สัญญาของฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วนโดยบริการสาธารณะอาจจะมีลักษณะทางปกครอง (service public administratif) หรือมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (service public industriel et commercial) ก็ได้ เหตุที่สัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาทางปกครองดังกล่าวนั้น นิติบุคคลมหาชนทำสัญญาประเภทนี้ได้

(2) สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองโดยตรง (contrats d'engagement de personnels participant directement à l'exécution d'un service public administratif)

เช่น สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาล หรือหน่วยงานบริการสาธารณะด้านสาธารณสุข สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา และสัญญาว่าจ้างผู้ดูแลเด็ก โดยสถานรับเลี้ยงเด็ก ฯลฯ สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง โดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น โดยสัญญาดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ เว้นแต่สัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ปลีกย่อย สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองเมื่อมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

(3) สัญญาที่หน่วยงานบริการสาธารณะมีมีลักษณะทางปกครองทำกับผู้ให้บริการของตน (contrats conclus avec des usagers les services publics administratifs)

คือ กรณีที่หน่วยงานที่ให้บริการสาธารณะดำเนินวิธีการบริการสาธารณะ โดยใช้วิธีจัดทำสัญญา จึงยอมเป็นสัญญาทางปกครองโดยตรง

### 2.3 สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของระบบสัญญา

คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดเนื้อหาที่ใช้บังคับเป็นลักษณะระบบกฎหมายพิเศษที่ไม่ค่อยพบกันโดยทั่วไป (regime exorbitant du droit commun) กับสัญญาที่ได้กระทำขึ้นมา ดังนั้น สัญญาดังกล่าวเมื่ออยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

### 3 กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน

โดยทั่วไปแล้วสัญญาที่เอกชนและเอกชนได้กระทำต่อกันแล้ว สัญญาดังกล่าวไม่ได้เป็นสัญญาทางปกครองไม่ว่าเอกชนที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนั้นได้รับมอบหมายให้มีการจัดการด้านบริหารสาธารณชนของรัฐ หรือสัญญานั้นมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษหรือสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่

แต่ทั้งนี้เอกชนดังกล่าวก็มีได้รวมไปถึงองค์กรหรือสถาบันควบคุมจรรยาบรรณหรือความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพในสาขาต่าง ๆ เนื่องจากองค์กรดังกล่าวใช้อำนาจตามเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน

สำหรับข้อยกเว้นในหลักข้างต้นนี้ก็มีข้อยกเว้นอยู่ว่าถ้าเอกชนนั้นได้กระทำแทนรัฐโดยลักษณะเป็นตัวแทนของรัฐโดยทำเพื่อประโยชน์ของรัฐ สัญญาดังกล่าวก็อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ถ้าสัญญามีลักษณะพิเศษหรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ