

## บทที่ 3

### ข้อความคิดสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ

#### 3.1 ข้อความคิดสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

คำนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไป หมายถึง สัญญา ซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ รัฐบาลนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อดำเนินบริการสาธารณะ และโดยทั่วไปแล้วสัญญาดังกล่าวจะมีบทกเว้นหรือเงื่อนไขของสัญญาที่ต่างไปจากกฎหมายแพ่งกฎหมายแพ่ง<sup>1</sup>

หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสได้เริ่มก่อตัวขึ้นมาเป็นเวลายาวนานนับตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 18 ต่อต้นศตวรรษที่ 19 พร้อมๆ กับการก่อตัวของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และการที่มีกฎหมายสำคัญบางฉบับที่กำหนดให้คดีเกี่ยวกับสัญญาบางประเภทอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 19 คือนับตั้งแต่ได้มีคำพิพากษาของศาลชี้ขาดเขตอำนาจใน คดี Blanco เมื่อปี ค.ศ. 1873 จนถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ได้มีวิวัฒนาการอย่างสำคัญเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นโดยแจ้งชัด โดยการวางหลักเกณฑ์เรื่องวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ต้องเป็นเรื่องการบริการสาธารณะเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครอง การกำเนิดขึ้นของเกณฑ์เรื่องข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็เป็นวิวัฒนาการในเรื่องนี้ที่ต่อเนื่องมารวมทั้งการกลับมามีบทบาทสำคัญของเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องการบริการสาธารณะก็เป็นวิวัฒนาการที่ต่อเนื่องกันมา การที่ฝ่ายวิชาการของฝรั่งเศสในปัจจุบันสามารถนำเสนอการศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองได้อย่างเป็นระบบเป็นเพราะมีวิวัฒนาการในเรื่องนี้เพียงพอสอดคล้องและต่อเนื่องนั่นเอง<sup>2</sup>

ในปัจจุบันกล่าวได้ว่าสัญญาทางปกครองมีที่มาจาก 2 แหล่งใหญ่ๆ คือ ตามที่กฎหมายบัญญัติหรือเรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนดและจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลหรือเรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

<sup>1</sup> M.Philippe Turguet de Beauregard. (2542, เมษายน). “สัญญาทางปกครอง และสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง.” *กฎหมายปกครอง*, 18, หน้า 1.

<sup>2</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 356.

### 1) สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด

กฎเกณฑ์ในการพิจารณากรณีนี้ไม่ยุ่งยากนักเพราะเป็นเรื่องที่พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย ถือว่า สัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยความมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยลักษณะของบทกฎหมายในเรื่องนี้จะมีอยู่ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือบางกรณีกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ซึ่งกรณีที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้มีน้อยมาก ส่วนใหญ่กฎหมายจะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญานั้นๆ ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมซึ่งก็เป็นที่น่าพอใจกันได้เองว่าให้นำระบบกฎหมายปกครองหรือระบบกฎหมายเอกชนแล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญานั้น

สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองนั้นที่สำคัญได้แก่ สัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนว่าจ้างให้ผู้รับเหมาเอกชนก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์หรือที่เรียกว่าสัญญาการโยธาสาธารณะ สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน สัญญาขอสงวนอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ สัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐหรือสัญญาที่เอกชนให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการก่อสร้างสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ด้วยการให้เงินหรือวัสดุ ข้อสังเกตในกรณีมีอยู่ว่าสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองนั้นหากจะพิจารณาตามเกณฑ์ที่ศาลกำหนดขึ้นแล้วอาจจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรืออาจจะมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้แต่เมื่อมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองก็ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายเช่นกัน<sup>4</sup>

### 2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ในประเทศฝรั่งเศสมีสัญญาในหลายกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าเป็นสัญญาทางปกครองดังนั้นจึงเป็นภาระหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใดซึ่งศาลจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาอยู่หลายเกณฑ์ด้วยกัน ศาสตราจารย์ชาปู (Chapus) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส ได้อธิบายกฎเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าว แยกออกเป็น 3 กรณี โดยใช้คุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งดังนี้<sup>5</sup>

#### (1) สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน

<sup>3</sup> Jean-Claude Venezia. (2546, มกราคม - เมษายน). “สัญญาทางปกครอง.” **ศาลปกครอง**, 3, 1. หน้า 38.

<sup>4</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 45.

<sup>5</sup> แหล่งเดิม. หน้า 46.

ศาลชี้ขาดเขตอำนาจได้ตัดสินไว้เมื่อ ค.ศ. 1983 ในคดี union des assurances de paris ว่า“สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง”แนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวข้างต้นเท่ากับเป็นการวางหลักว่าสัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนนั้นตามปกติย่อมใช้วิธีในการจัดการทางมหาชน อย่างไรก็ตามข้อสงสัยที่ศาลดังกล่าวไม่ใช่หลักเกณฑ์เด็ดขาดที่ใช้ได้กับทุกกรณี โดยบางกรณียังต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นด้วย ดังจะเห็นได้ว่าหลักดังกล่าวไม่ใช่บังคับในกรณีที่เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้วสัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือสัญญาที่องค์กรปกครองท้องถิ่นซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่งทำการไฟฟ้าแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชนซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนอีกประเภทหนึ่งเพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญาฝ่ายหลัง เห็นได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายแรกมีฐานะเป็นเพียงผู้ใช้บริการรายหนึ่งเท่านั้น สัญญาเช่นนี้ไม่แตกต่างไปจากสัญญาที่รัฐวิสาหกิจดังกล่าวทำกับผู้ใช้บริการเอกชน โดยทั่วไปจึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

(2) สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน

ในกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ว่านิติบุคคลมหาชนนั้นจะเป็นคู่สัญญาโดยตรงหรือ โดยการมีเอกชนเป็นตัวแทนในการเข้าทำสัญญา หลักเบื้องต้นมีอยู่ว่าสัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ได้ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นประกอบด้วย กล่าวคือจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อสัญญาดังกล่าวเป็นนิติกรรมในทางบริหารจัดการแบบมหาชน (acte de gestion publique) ทั้งนี้โดยอาจเป็นเพราะ

ก. สัญญาเป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญา

สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเองไม่ว่าคู่สัญญาจะมีเจตนารมณ์อย่างไรก็ตาม ทั้งนี้โดยอาจเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย หรือ อาจเป็นไปตามแนวคำพิพากษาของศาลก็ได้ สัญญาประเภทนี้อาจแยกได้เป็น 3 ประเภทย่อย ดังต่อไปนี้

- สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือการบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์

สัญญาประเภทนี้แม้จะมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองแต่มิได้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายเพราะคำว่าสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายควรจะต้องหมายถึงสัญญาซึ่ง โดยลักษณะแล้วเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพียงเพราะกฎหมายกำหนดว่าให้ถือว่าเป็นสัญญา

ทางปกครอง สำหรับสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือการทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อ สาธารณะประโยชน์นี้ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้นศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าเป็นสัญญา ทางปกครองอยู่แล้วเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเนื่องจากการทำงานก่อสร้างหรือทำนุบำรุง อสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการในการบริหารจัดการแบบ มหาชนโดยแท้เพราะในการทำงานดังกล่าวนี้ทางราชการมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนที่เกี่ยวข้อง หลายประการ

- สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

- สัญญาประเภทนี้ก็เช่นเดียวกับประเภทแรกคือแม้จะมีกฎหมายกำหนดให้ อยู่ในการพิจารณาคดีของศาลปกครองแต่ก็ไม่ใช้สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย เนื่องจากการบริหารสาธารณะสมบัติของแผ่นดินนี้มีลักษณะเป็นการบริหารจัดการแบบมหาชน

- สัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินการหรือจัดการบริการสาธารณะ โดยตรง

เกณฑ์ในการพิจารณานี้สภาแห่งรัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นในคำวินิจฉัยในคดี epoux bertin ค.ศ. 1956 และในคดี société des transports gondrand ในปีเดียวกัน ซึ่งจากแนวคำ วินิจฉัยในคดีทั้งสองนี้ทำให้เห็นถึงข้อแตกต่างระหว่างสัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะ โดยตรงซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองกับสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อความจำเป็นหรือเพื่อตอบสนองต่อบริการ สาธารณะซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไม่ได้ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองแต่จะเป็นสัญญา ทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชนเท่านั้น สัญญา ประเภทนี้ที่สำคัญได้แก่สัญญาให้สัมปทานดำเนินบริการสาธารณะ สัญญาว่าจ้างบุคลากรที่ร่วม โดยตรงในการดำเนินบริการสาธารณะ สัญญาที่หน่วยบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองทำ กับผู้ใช้บริการของตน

ข. สัญญาเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ

หลักเกณฑ์ประการนี้มาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี société des granits porphyroïdes des Vosges ค.ศ. 1912 ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า เมืองลิล (lille) ได้ทำสัญญากับ บริษัท เคย์ การ์เน็ต โปร์ฟิรอยด์ส์ เดส์ วอสจส์ (société des granits porphyroïdes des vosges) เพื่อซื้อ อิฐปูทางเท้า เมื่อส่งมอบอิฐแล้วเมืองลิลได้จ่ายค่าอิฐตามสัญญาแต่ไม่เต็มจำนวน โดยหักเงินจำนวน 3,436.20 ฟรังก์ไว้โดยอ้างว่าจำนวนเงินดังกล่าวเป็นเบี้ยปรับจากการที่คู่สัญญาส่งของล่าช้า บริษัท จึงฟ้องต่อสภาแห่งรัฐเพื่อให้เมืองลิลคืนเงินค่าปรับ สภาแห่งรัฐได้พิจารณาแล้วเห็นว่าสัญญา ระหว่างเมืองลิล และบริษัทไม่ได้มีวัตถุประสงค์จ้างให้บริษัทก่อสร้างงานโยธาสาธารณะแต่มี วัตถุประสงค์เพียงประการเดียวเพื่อให้บริษัทส่งมอบพัสดุภัณฑ์ภายใต้กฎเกณฑ์ และเงื่อนไขเหมือน

กรณีของสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน คำฟ้องดังกล่าวจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา<sup>6</sup>

ในเบื้องต้นอาจดูเหมือนว่าคำพิพากษาคดีนี้เป็นเพียงการหยิบยกเอาหลักการแบ่งแยกลักษณะของสัญญาทางปกครองตามที่ตุลาการผู้แถลงคดี Romieu ได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ. 1903 ขึ้นมาใช้ใหม่และมีขอบเขตใช้บังคับค่อนข้างจำกัด โดยในคำแถลงการณ์ตุลาการผู้แถลงคดี Léon Blum ได้กล่าวโดยใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกับ Romieu ว่า แม้ในกรณีที่ศาลปกครองได้กระทำการไปเพื่อประโยชน์ของการบริการสาธารณะอาจก่อนนิติสัมพันธ์ในเงื่อนไขอย่างเดียวกับเอกชนคนหนึ่ง และอยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันภายใต้เขตอำนาจศาลอย่างเดียวกัน ในตัวคำพิพากษาเองก็ได้ระบุไว้ว่าสัญญา (ในคดีดังกล่าว) “มีวัตถุประสงค์เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะต้องมีการจัดหาหรือส่งมอบตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขของสัญญาที่ทำระหว่างเอกชน”อย่างไรก็ดีจริงๆ แล้วสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไปจากแนวคำพิพากษาเดิมกลับเป็นเรื่องลักษณะของเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาเลขที่เดียวกล่าวคือเกิดแนวทางการพิพากษาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองมิได้พิจารณาจากวัตถุประสงค์ที่เป็นบริการสาธารณะอีกต่อไปแต่จะพิจารณาจากเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดที่ระบุไว้ในสัญญานั้น คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีได้แสดงให้เห็นแนวทางการพิจารณาเช่นนี้ได้อย่างชัดเจน โดยถึงแม้ว่าจะได้มีการกล่าวถึงข้อพิจารณาในเรื่องการมีส่วนร่วมในบริการสาธารณะไว้ด้วยก็ตามแต่สิ่งที่เห็นว่ามีค่าสำคัญมากกว่าก็คือเนื้อหาของสัญญาเมื่อเป็นเรื่องของสัญญาแล้วกรณีมิใช่จะต้องค้นหาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นเรื่องอะไรแต่จะต้องค้นหาจากสภาพของสัญญานั้น และเพื่อที่ว่าจะเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองกรณีไม่เป็นการเพียงพอที่พัสดุซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นจะถูกนำมาใช้เพื่อบริการสาธารณะแต่จะต้องปรากฏว่าสัญญานั้นโดยสภาพแล้วเป็นสัญญาที่บุคคลมหาชนเท่านั้นที่จะกระทำได้จึงจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองทั้งในทางรูปแบบและในด้านโครงสร้างของสัญญา สิ่งที่ต้องพิจารณาคือลักษณะ หรือสภาพของสัญญานั้นเอง โดยไม่ต้องกังวลถึงเรื่องบุคคลผู้ทำสัญญา และเรื่องวัตถุประสงค์ที่มีการทำสัญญานั้นกล่าวให้ชัดเจนกว่านี้ก็คือเกณฑ์พื้นฐานของสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษานี้คือการพิจารณาถึงการมีอยู่ของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษจากกฎหมายเอกชนอยู่ในตัวสัญญานั้นเอง<sup>7</sup>

<sup>6</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). **วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ**. หน้า 12.

<sup>7</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 21-22.

ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ (clause exorbitante) หมายถึง ข้อสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิ และหน้าที่เป็นพิเศษจากข้อสัญญาซึ่งกำหนดโดยคู่สัญญาในกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หรือ หมายถึงข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเหนือเอกชนคู่สัญญาหรือหมายถึงข้อสัญญาที่กำหนดสิทธิ และหน้าที่ซึ่งโดยลักษณะของหน้าที่นั่นเองไม่อาจถูกกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งได้<sup>8</sup> นอกจากนี้ยังมีคำบางเล่มได้ให้ความหมายไว้ว่าหมายถึงข้อกำหนดที่มีลักษณะเกินเลยขอบเขตของหลักในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาและซึ่งไม่อาจกำหนดไว้ในสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันได้เพราะถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>9</sup> ข้อกำหนดใดจะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่จะส่งผลทำให้สัญญานั้นอยู่ในระบบกฎหมายมหาชนได้จะต้องเป็นข้อกำหนดที่มีการนำเอากฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายมหาชนที่ใช้กันอยู่ในสัญญาทางปกครองซึ่งก็คือการนำเอาระบบกฎหมายมหาชนมาใช้ไว้ในสัญญานั้นเอง<sup>10</sup> การที่สัญญาข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษถูกศาลพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครองตั้งอยู่บนฐานความคิด 2 ฐานกล่าวคือ ประการแรกการกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่จะให้สัญญาที่ทำการขึ้นเป็นสัญญาทางปกครองและใช้บังคับตามกฎหมายมหาชน ประการที่สองที่มีลักษณะพิเศษนั้นก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองโดยธรรมชาติเพราะข้อสัญญาเหล่านั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งธรรมดาเพราะมีเนื้อหาที่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมหาชน และด้วยเหตุนี้ตามระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จึงนำหลักกฎหมายปกครองมาบังคับใช้ ข้อความคิดที่อาจใช้ในการนิยามข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษมีลักษณะดังนี้<sup>11</sup>

ข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวมักเกี่ยวข้องกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองคู่สัญญามีสถานะเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งซึ่งคู่สัญญาจะมีสถานะเท่าเทียมกัน ข้อสัญญาเหล่านี้มักกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญาได้ฝ่ายเดียวในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา โดยให้ฝ่ายปกครองกระทำในรูปของนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งฝ่ายปกครองอาจใช้วิธีการใดๆ

<sup>8</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, ตรีทศ นิโครธางกูร และ บุปผา อัครพิมาน. (2545). **สัญญาทางปกครองของประเทศไทย**. หน้า 8.

<sup>9</sup> สุรพล นิติไกรพจน์และคณะ. (2545). **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. หน้า 113

<sup>10</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2546). **สัญญาทางปกครอง**. หน้า 327.

<sup>11</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. หน้า 8-10.

ข้อสัญญาเหล่านี้ อาจมีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมหรืออาจจะกำหนดถึงขนาดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลขก็ได้เป็นต้นว่า<sup>12</sup>

1. อาจเป็นการควบคุมโดยทั่วไป หรือโดยเฉพาะเจาะจง เช่น สัญญาให้ดำเนินกิจการของสนามกีฬาสำหรับการแข่งขันหรือฝึกซ้อมจักรยานซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมผลการบริหารทางการเงินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้หรือสัญญาให้ดำเนินกิจการของภัตตาคารแห่งหนึ่งซึ่งมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมในเรื่องบุคลากรที่ว่าง และอัตราค่าบริการที่เรียกเก็บได้ เป็นต้น

2. อาจเป็นการกำหนดหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงบางประการให้แก่คู่สัญญาเอกชน เช่น หน้าที่ที่จะต้องของอนุญาตจากทางราชการเสียก่อนสำหรับการดำเนินการบางอย่างหรือหน้าที่ที่จะต้องระงับการดำเนินกิจการของสถานประกอบการที่ให้เช่าตามคำสั่งของนิติบุคคลมหาชน

3. ข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องถือปฏิบัติตามข้อสัญญาอย่างไร เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีชนิดและความถี่ของการแสดงในโรงมหรสพของเทศบาลตามที่ข้อสัญญากำหนดไว้และหน้าที่ที่จะต้องจัดให้เทศบาล (commune) ได้ใช้โรงมหรสพนั้นสำหรับการจัดฉลองต่างๆ และการประชุมของเทศบาล

4. ข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนมีสิทธิเลิกสัญญา หรือ ระงับสัญญาได้ไม่ว่าจะมีเงื่อนไขของการเลิกสัญญาไว้ว่าจะต้องบอกกล่าว หรือ เตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบล่วงหน้าก่อนหรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับค่าชดเชย ค่าทดแทนด้วยหรือไม่ก็ตามถึงแม้จะไม่มีข้อสัญญากำหนดไว้โดยชัดแจ้งถึงอภิสัทธิประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครองมีสิทธิยกเลิกหรือเพิกถอนสัญญา หรือ ซื้อคืนสัญญาในกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ทำตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ก็ถือว่าเป็นอภิสัทธิประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครอง แต่ในกรณีเหล่านี้บางครั้งก็เป็นข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งด้วยโดยไม่ทำให้สัญญาทางแพ่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นข้อกำหนดเหล่านี้ถือว่าเป็นข้อกำหนดพิเศษในสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อวิธีการใช้อำนาจเหล่านี้มีลักษณะที่แตกต่างจากในสัญญาทางแพ่ง เช่น เป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้วิธีการดังกล่าว การใช้วิธีการนั้นโดยไม่มีการเตือนล่วงหน้าให้คู่สัญญาคำเนินการตามสัญญา

<sup>12</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 48-49.



เป็นข้อกำหนดที่อ้างอิงไปถึงสัญญาแบบหรือเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง (Cahier des charges)<sup>13</sup> หรือ ข้อกำหนด หรือ ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์พิเศษที่กฎหมายกำหนด

ในกรณีเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง (Cahier des charges) ซึ่งจะมีการระบุถึงเงื่อนไขเรื่องอื่นๆ ที่มีระบุไว้ในสัญญา มีปัญหาจะต้องพิจารณาว่าข้อสัญญาเช่นว่านี้ (ซึ่ง โดยตัวมันเองไม่ใช่ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ) จะมีผลทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ สำหรับปัญหานี้คำพิพากษาของศาลยังให้คำตอบที่แตกต่างกันอยู่ โดยคำพิพากษาบางคดีให้คำตอบว่าข้อสัญญาเช่นว่านี้มีผลทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอถึงแม้ว่าบันทึกต่อท้ายสัญญาที่โยงไปถึงนั้นจะมีเงื่อนไขหรือข้อกำหนดใดที่มีลักษณะพิเศษเลยก็ตาม แต่คำพิพากษาของศาลในบางคดีก็ให้คำตอบว่าข้อสัญญาเช่นว่านั้นจะมีผลทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อบันทึกต่อท้ายสัญญามีเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนมิฉะนั้นข้อสัญญาที่อ้างถึงเอกสารนั้นจะไม่มีผลดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งศาสตราจารย์ซาปูเห็นว่า ควรถือแนวทางหลังเพราะเป็นคำพิพากษาที่ใหม่<sup>14</sup>

- ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก เช่น ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทานหรือในสัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะให้สิทธิคู่สัญญาเข้าครอบครองสังหาริมทรัพย์ของรัฐ เป็นต้น

- ข้อกำหนดซึ่งต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น เช่น ข้อสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะซึ่งฝ่ายปกครองไม่อาจจะระงับสิทธิในกรณีนี้ได้

- ข้อกำหนดซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชน ข้อกำหนดที่จะถือว่าเป็นพิเศษจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งของเอกชนต้องมีลักษณะค่อนข้างชัดเจนมิใช่เป็นเพียงข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชนเท่านั้น แต่เป็นข้อกำหนดที่เรพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่งเพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน

<sup>13</sup> Cahier des charges หมายถึง เอกสารของทางราชการที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาและในเรื่องอื่นๆ ไว้โดยละเอียด เพื่อเป็นแนวทางหรือแบบแผนให้แก่ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในกรณีต่างๆ โดยคู่สัญญามักจะใช้เอกสารดังกล่าวเป็นบันทึกต่อท้ายสัญญา

<sup>14</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 49-50.

- ข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ข้อสัญญานี้เป็นข้อสัญญาที่เป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยที่คู่สัญญาเอกชนจะทำได้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการ โรงละครสัตว์ และ โรงมหรสพของเทศบาลได้รับยกเว้นภาษี และข้อสัญญาที่กำหนดข้อผูกพันของเทศบาลที่จะต้องกำหนดภาษีท้องถิ่นทางตรงขึ้นใหม่ ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อนำเงินภาษีนี้นั้นมาผ่อนชำระหนี้เงินกู้เป็นรายปี

ในทางวิชาการข้อกำหนดเหล่านี้หากนำมาบัญญัติในสัญญาทางแพ่งของเอกชนจะเป็น โหมะเพราะขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาอันเป็นหลักที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย นอกจากนี้มีข้อสังเกตที่สำคัญ 3 ประการ คือ<sup>15</sup>

ประการแรก สัญญาที่อาจเป็นสัญญาทางปกครองเพราะเหตุที่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนั้นมีอยู่มากมายหลายชนิดจนอาจกล่าวได้ว่าโดยหลักแล้วสัญญาทุกสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษได้ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงลักษณะของบริการสาธารณะที่การทำสัญญานั้นมุ่งตอบสนอง แต่มีข้อยกเว้นในกรณีของสัญญาที่ทำระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ใช้บริการซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น ซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังกล่าวนี้เองที่ทำให้สัญญา เช่นว่านี้เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนเสมอแม้ว่าสัญญานี้จะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม

ประการที่สอง จำนวนของข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนในสัญญาแต่ละฉบับจะมีจำนวนมากน้อยเท่าใดก็ไม่ใช่ว่าจะสำคัญ กล่าวคือแม้จะมีอยู่เพียงข้อเดียวก็เป็นการเพียงพอที่จะทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

ประการที่สาม ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษนั้นอาจจะตกเป็น โหมะเพราะขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเรื่องสัญญาหรือขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนบางหลักก็ได้ แต่สัญญาที่มีข้อสัญญาดังกล่าวก็ยังคงลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอยู่นั่นเอง จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะวินิจฉัยว่าข้อสัญญานั้นตลอดจนตัวสัญญานั้นเป็น โหมะ หรือไม่

ค. สัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีข้อกำหนด หรือ ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์พิเศษที่กฎหมายกำหนด

<sup>15</sup> แหล่งเดิม. หน้า 47-54.

กรณีนี้เป็นเรื่องที่คู่สัญญาจะมีหน้าที่บางประการที่ต้องปฏิบัติ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้อันมีลักษณะเป็นพิเศษที่ไม่ค่อยพบในหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายเอกชน ตัวอย่างในกรณีนี้เช่น สภาแห่งรัฐ ได้มีคำวินิจฉัยในคดี *société d' exploitation électrique de la rivière du sant* ค.ศ. 1973 ว่า สัญญาที่ทำกันระหว่าง “การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส” (*L' electricité de France*) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม กับผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายแรกขอซื้อกระแสไฟฟ้าที่คู่สัญญาฝ่ายหลังผลิตได้นั้น เป็นสัญญาทางปกครอง จากตัวอย่างดังกล่าวนี้ หากพิจารณาในแง่คุณสมบัติของคู่สัญญาก็ดี หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาก็ดี จะเห็นได้ว่า ไม่จำเป็นที่สัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างก็ดีที่สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองนั้นก็เพราะสภาแห่งรัฐเห็นว่า กฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับ “ระบบกฎหมายพิเศษที่ไม่ค่อยพบกันโดยทั่วไป” (*régime exorbitant du droit commun*) กับสัญญาดังกล่าว กล่าวคือ ในกรณีนี้กฎหมายกำหนดให้ “การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส” ต้องซื้อกระแสไฟฟ้าจากผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าจากผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน และกำหนดว่าในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวคู่สัญญาจะต้องเสนอข้อพิพาทให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบทางด้านกรไฟฟ้าวินิจฉัยเสียก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้มีได้เกิดจากข้อสัญญา แต่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย

### (3) สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน

ในกรณีนี้หากพิจารณาด้านคุณสมบัติของคู่สัญญาแล้วจะเห็นได้ว่าตรงกันข้ามกับกรณีแรกอย่างสิ้นเชิง หลักที่วางไว้จึงตรงกันข้ามกับกรณีแรกด้วย กล่าวคือมีหลักอยู่ว่าสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกันนั้น ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยศาลถือหลักว่าสัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาที่ต่างก็เป็นบุคคลเอกชนทั้งสองฝ่ายย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นบุคคลเอกชนนั้นจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะหรือไม่หรือไม่ว่าสัญญานั้นจะมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษหรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม หลักที่ศาลวางไว้ดังกล่าวข้างต้นมีข้อยกเว้นอยู่ว่าสัญญาที่ทำกันระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลในคดี *société enterprise peyrot* ค.ศ. 1963) ซึ่งมีรายละเอียดที่ควรให้ความสนใจดังนี้

ก. จะต้องตระหนักว่าข้อความที่ว่า “เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน” นั้น เป็นข้อความที่มีความหมายเฉพาะมิได้ หมายถึง กรณีที่องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาในฐานะที่เป็นตัวแทนหรือผู้รับมอบอำนาจของนิติบุคคลมหาชนเพราะถ้าเป็นเช่นนั้นคู่สัญญาที่แท้จริง

ก็คือนิติบุคคลมหาชนซึ่งเป็นตัวกลางกรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนที่ได้มอบให้บุคคลเอกชนทำสัญญาแทนตน และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน แต่กรณีที่กำลังพิจารณากันอยู่นี้หมายถึงกรณีที่องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาไปโดยมิได้รับมอบอำนาจจากนิติบุคคลมหาชนแต่อย่างใด แต่เป็นการทำสัญญาเสมือนหนึ่งเป็นการทำ โดยนิติบุคคลมหาชนซึ่งชักใยอยู่หลังฉาก

ข. ถึงแม้ว่าชื่อยกเว้นนี้เป็นชื่อยกเว้นที่ศาลวางไว้ในคดี *société entreprise peyrot* ค.ศ. 1963 ซึ่งคดีดังกล่าวเป็นเรื่องของสัญญาที่ทำกันระหว่างบริษัทผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางด่วนกับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชนเพื่อการก่อสร้างทางด่วน และงานที่เกี่ยวข้องกัน ชื่อยกเว้นนี้มีไว้จำกัดอยู่เพียงกรณีของสัญญาดังกล่าวเท่านั้นเพราะต่อมาศาลได้ขยายชื่อยกเว้นนี้ไปใช้บังคับกับกรณีของสัญญาที่ทำกันระหว่างบริษัทจดทะเบียนและพัฒนาที่ดินกับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชน (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี *société d'équipement de la region montpelliéraine* ค.ศ. 1975) และใช้บังคับกับกรณีของสัญญาที่ทำกันระหว่างสถาบันเครดิตฟองซิเอร์แห่งประเทศฝรั่งเศสกับเจ้าของทรัพย์สินซึ่งตั้งอยู่ในต่างประเทศ เพื่อที่บุคคลเหล่านั้นจะได้กลับไปตั้งรกรากอยู่ที่ประเทศฝรั่งเศสได้ (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี *dame culard* ค.ศ. 1976)

ค. ในกรณีที่ถือได้ว่าองค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน สัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้เสมือนหนึ่งว่าได้มีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาอยู่ด้วย แต่สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือ ไม่จะต้องพิจารณากันต่อไปตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลได้กำหนดว่าสัญญานั้นมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษๆ หรือมีวัตถุประสงค์สัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะ หรือไม่ด้วย

### 3.2 ข้อความคิสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

ในแง่ของพัฒนาการของสัญญาทางปกครองของเยอรมัน สัญญาทางปกครองได้รับการปฏิเสธอย่างหนักแน่นจาก Otto Mayer ซึ่งเป็นบิดากฎหมายปกครองของเยอรมัน โดย Otto Mayer เห็นว่าเรื่องของสัญญา โดยแท้จริงมีอาจเป็นไปได้ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนเพราะ โดยหลักพื้นฐานของเรื่องสัญญาแล้วจะต้องก่อตั้งขึ้นจากคู่สัญญาซึ่งมีฐานะเท่าเทียมกัน ในขณะที่ตามกฎหมายมหาชนรัฐย่อมอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าปัจเจกชน ทฤษฎีสัญญามาประสบความสำเร็จในครั้งที่สองของศตวรรษที่ 19 โดยทฤษฎีสัญญามีได้นำมาใช้เฉพาะกับเรื่องการแต่งตั้งข้าราชการหากแต่ได้ขยายใช้ในเรื่องอื่นๆ เช่น การแปลงสัญชาติของคนต่างด้าว ในทางดำรเกี่ยวกับทฤษฎีทางกฎหมายปกครองของทศวรรษที่ 1880 หลายเล่มได้อธิบายถึงสัญญาทางปกครองและสัญญาตามกฎหมายเอกชนว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำฝ่ายปกครองอันเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็น

การเฉพาะราย ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Otto Mayer เห็นว่า จะต้องพัฒนากฎหมายปกครองให้เป็นอิสระจากกฎหมายแพ่งซึ่งรวมถึงในเรื่องเกี่ยวกับสัญญา ด้วยเหตุผลอื่นของ Otto Mayer นั้นเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชนอันเป็นหลักการของอำนาจของรัฐในการแสดงเจตจำนงฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดผลผูกพัน นอกเหนือจากการแสดงเจตนาของรัฐดังกล่าวแล้วการแสดงเจตนาของเอกชนไม่อาจก่อให้เกิดผลเช่นการแสดงเจตนาของรัฐได้ และด้วยเหตุนี้การแสดงเจตนาของเอกชน จึงมิได้ก่อให้เกิดผลในการก่อตั้งสิทธิ หรือหน้าที่ในเรื่องนั้นๆ แต่อย่างไรก็ดี แนวความคิดของ Otto Mayer มีบทบาทต่อกฎหมายปกครองของเยอรมันเป็นเวลายาวนาน แต่อย่างไรก็ตามคำอธิบายในตำรากฎหมายปกครองเกือบทั้งหมดตั้งแต่ปี ค.ศ. 1900 ต่างยอมรับเรื่องสัญญาทางปกครองโดยถือว่าเป็นข้อยกเว้นนอกเหนือจากคำสั่งทางปกครอง

พัฒนาการหลังจากปี ค.ศ. 1945 การยอมรับเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้รับการยอมรับมากขึ้น ประเด็นที่มีความสำคัญคือ มีความเห็นว่าสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบการกระทำที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำการ โดยอาศัยสัญญาทางปกครองได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจให้กระทำในรูปของสัญญาทางปกครองก็ตาม ต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 1963 เมื่อคณะกรรมการของสหพันธ์และมลรัฐซึ่งได้การแต่งตั้งขึ้น โดยรัฐมนตรีกระทรวงกิจการภายในของสหรัฐและของมลรัฐได้เสนอร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งในด้านกฎหมายดังกล่าวได้ยอมรับให้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหพันธ์และกฎหมายในลักษณะเดียวกันของบรรดามลรัฐต่างๆ ตามร่างกฎหมายดังกล่าวได้กล่าวไว้ในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการที่จะต้องมีความหมายให้อำนาจในการทำสัญญาทางปกครองนั้นร่างกฎหมายมิได้ถือหลักที่ว่าจะต้องมีความหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายหรือในบทบัญญัติของกฎหมาย หากแต่ร่างกฎหมายดังกล่าวถือหลักว่าฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาฝ่ายปกครองได้เสมอเท่าที่การทำสัญญาทางปกครองนั้นไม่ขัดกับกฎหมายหรือหลักกฎหมายทั่วไป<sup>16</sup>

กล่าวได้ว่าในประเทศเยอรมันพัฒนาการของหลักกฎหมายว่าสัญญาทางปกครองได้กำเนิดขึ้นมาเป็นเวลานาน โดยเริ่มตั้งช่วงศตวรรษที่ 19 และมีข้อยุติที่ชัดเจนในเชิงแนวความคิดเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติของเยอรมันได้ตรากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. 1976 โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเอาไว้ กล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าสัญญาทางปกครองเป็นผลผลิตของกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองอย่างหนึ่งทำนองเดียวกับคำสั่งทาง

<sup>16</sup> แหล่งเดิม. หน้า 28-29

ปกครอง<sup>17</sup> การทำสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงยังคงอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักนิติรัฐ อยู่ตลอดเวลา<sup>18</sup>

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึง มาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 โดยเรียกชื่อย่อว่า Vw VFG) โดย มาตรา 62 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยครบเท่าที่มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้มาตรา 62 ยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตของการใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของ บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน<sup>19</sup>

ความหมายของสัญญาทางปกครองบัญญัติไว้ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 1976 โดยให้คำจำกัดความของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาทางปกครองได้แก่สัญญาที่มีผลเป็นการ ก่อ เปลี่ยนแปลง หรือ ระงับไป ซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน เมื่อพิจารณาจากความหมายของสัญญาทางปกครอง ดังกล่าวนี้อาจแยกองค์ประกอบได้ ดังนี้คือ<sup>20</sup>

1) ในประเด็นที่เกี่ยวกับ “สัญญา” นั้น เราถือว่า “สัญญาทางปกครอง” เป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งกล่าวคือ ต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาโดยมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย มีข้อสังเกตว่าการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองนั้นถือเป็นการแสดงเจตนาตามกฎหมายมหาชนที่ไม่ใช่การออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำทางแพ่งแต่การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลทางกฎหมายมหาชน เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติ

<sup>17</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี และ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2546). **สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน**. หน้า 2.

<sup>18</sup> ชาวุชัย แสงวงศ์ศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง**. หน้า 134.

<sup>19</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี. (2546). **หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน**. หน้า 1.

<sup>20</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2542, มิถุนายน). “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.” **นิติศาสตร์**, 29, 2. หน้า 265.



เกี่ยวกับ วิธีการแสดงเจตนาความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา การบอกถึงการแสดงเจตนา ฯลฯ ไว้ จึงต้องนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้น

2) สัญญาทางปกครองต้องเกิดขึ้นในแดนของกฎหมายมหาชนหรือกล่าวให้ชัดเจนขึ้นในแดนของกฎหมายปกครอง องค์ประกอบข้อนี้เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญาทางปกครองต่างจากสัญญาทางมหาชนประเภทอื่นๆ และต่างจากสัญญาทางแพ่ง

3) สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจะต้องก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือ ระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองอาจจะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ขึ้นเป็นครั้งแรก เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่แล้ว หรือเป็นการทำให้นิติสัมพันธ์ที่มีผลอยู่สิ้นสุดลง เนื้อหาของสัญญาทางปกครองอาจเป็นเนื้อหาในทางกฎหมายสารบัญญัติ เนื้อหาในทางกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการหรือวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง หรืออาจเป็นเนื้อหาในทางกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ได้ นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้การระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครองอาจทำเป็นสัญญาได้ย่อมหมายความต่อไปโดยปริยายว่าฝ่ายปกครองไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวยกเลิกสัญญาทางปกครองได้

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึง “คู่สัญญา” และเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา” ไว้โดยปริยายและโดยชัดแจ้ง ดังนี้<sup>21</sup>

รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่คู่สัญญา

(1) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งฝ่ายเดียวทางปกครองได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

ตัวอย่าง : สัญญาระหว่างองค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นกับการบำรุงรักษาลำน้ำบริเวณรอยต่อของเขตการปกครองตนเอง

(2) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปทางมหาชนฝ่ายปกครองมีฐานะที่

<sup>21</sup> แหล่งเดิม. หน้า 268-271.

เหนือกว่าเอกชนแต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้วกฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริงๆ เท่านั้น สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้แม้ว่า โดยปกติจะเป็นเรื่องซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวก็หาได้จำกัดเฉพาะการเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่แต่รวมถึงกรณีอื่นๆ ที่เป็นความตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย

ตัวอย่าง : สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับข้าราชการเกี่ยวกับการชำระเงินที่หน่วยราชการได้ออกให้ไปเพื่อการศึกษาอบรมคืนในกรณีที่ข้าราชการพ้นจากตำแหน่งก่อนเวลาที่ตกลงกันได้

รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา

(1) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง

สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน เนื่องจากการตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (ฝ่ายปกครอง) อาจมีลักษณะเป็น “การขยายอำนาจรัฐ” รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ จึงกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาในมาตรา 56 ดังนี้ คือ การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้อง

- ก. เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา
- ข. จะต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง
- ค. จะต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว
- ง. จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่

สัญญาฝ่ายปกครอง

ตัวอย่าง : เอกชนต้องการลงทุนก่อสร้างที่พักอาศัยขนาดใหญ่ในพื้นที่ที่ไม่มีโรงเรียน หรือสถานทีรับเลี้ยงเด็กบริเวณใกล้เคียง องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นไม่อาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากเอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างไปใช้ในการสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กได้คงเก็บได้แต่ภาษีท้องถิ่นสำหรับการสร้างหรือบำรุงถนนเท่านั้น เพื่อประกอบการพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้าง และการพิจารณาวางผังเมืองเอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างอาจตกลงทำสัญญากับองค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น โดยมอบเงินในจำนวนที่เหมาะสมให้เพื่อให้องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก สัญญาที่เรียกว่า

“Folgekostenvertrag” ซึ่งถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ย่อมถือว่าชอบด้วยกฎหมาย เพราะ 1) การมอบเงินโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีวัตถุประสงค์ให้องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก 2) การสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กทำให้ภารกิจในทางมหาชนลุล่วงไป 3) จำนวนเงินเหมาะสมเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณี 4) การมอบเงินให้ก่อสร้างโรงเรียน หรือ สถานรับเลี้ยงเด็กมีความสัมพันธ์ทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คือการพิจารณาวางผังเมือง และการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

## (2) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครองและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอน อีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นหรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นจะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือ เอกชนอาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้ จึงมีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความนั่นเอง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 55 หนึ่งมีข้อสังเกตว่าการประนีประนอมยอมความ หรือ การระงับข้อพิพาททางปกครองนี้อาจกระทำได้ในชั้นศาลเช่นกัน (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล (VwGO มาตรา 106) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองในชั้นศาลมีลักษณะพิเศษ คือเป็นทั้งการกระทำในกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นเรื่องวิธีสบัญญัติ และเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาในทางสารบัญญัติด้วย

นอกเหนือจากรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นนี้แล้วยังมีสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่น ที่มิได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายอีก เช่นสัญญาทางปกครองที่ก่อให้เกิดเพียงสิทธิเรียกร้อง หน้าที่หรือสัญญาทางปกครองที่มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่โดยตรง เป็นต้น ในเรื่องของรูปแบบสัญญาทางปกครองนี้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยเฉพาะแต่งตั้งใจปล่อยไว้ให้เป็นเรื่องของฝ่ายตุลา และฝ่ายศาลในการพัฒนารูปแบบสัญญาทางปกครองต่างๆ ต่อไป หนึ่ง ในกฎหมายปกครองเยอรมันการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนกระทำการทางปกครองแทนฝ่ายปกครองเอกชนผู้นั้นหรือเรียกว่า “Der Beliechene” ย่อมอยู่ในฐานะฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งน่าจะทำสัญญาทางปกครองได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้<sup>22</sup>

<sup>22</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2541, ธันวาคม). “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลัก

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันถือเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งซึ่งเคียงคู่ไปกับรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทอื่นๆ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายปกครอง ที่สำคัญคือหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการคือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือหลักที่เรียกว่ากฎหมายต้องมาก่อนและหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ ในการนำหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายไปปรับกับสัญญาทางปกครองนั้นนักกฎหมายเยอรมันแยกการพิจารณาออกเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญา และเนื้อหาของสัญญาออกจากกัน<sup>23</sup>

ในการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองนั้นฝ่ายตำรวจเยอรมันถือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ แต่ถ้าเมื่อใดก็ตามกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ เช่น การกำหนดว่าการเก็บภาษีอากรต้องกระทำโดยออกเป็นคำสั่งทางปกครองในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ย่อมไม่อาจใช้วิธีการทางสัญญาจัดเก็บภาษีอากรได้ มิฉะนั้นแล้วถือว่าสัญญานั้นไม่มีผล ใช้บังคับส่วนในเรื่องการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญานั้นนักกฎหมายเกือบทั้งหมดเห็นพ้องต้องกันว่าต้องตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายซึ่งมีความหมายว่าฝ่ายปกครอง และเอกชนไม่อาจตกลงยินยอมกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้ขัดต่อกฎหมายได้

### 3.3 ข้อความคิดสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เด่นชัด และจำแนกเป็นสัญญาต่างหากดังเช่น *contracts administratifs* ในประเทศฝรั่งเศส แต่หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดทั่วไปที่ว่าสัญญาทางปกครองนั้นต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และต้องมีเนื้อหาสาระของสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งคือ มีวัตถุประสงค์สัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ หรือ มีข้อกำหนดให้สิทธิพิเศษอย่างมากแก่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งแล้ว สัญญาหรือการกระทำโดยรัฐ หรือ โดยผู้ที่ได้รับมอบ

---

กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.” *กฎหมายปกครอง*, 29, 2. หน้า 272.

<sup>23</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 272.

อำนาจจากรัฐกับเอกชนในสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับลักษณะของสัญญาทางปกครองดังกล่าวข้างต้นอาจแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ<sup>24</sup>

1) สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (procurement contract)

เนื่องจากรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องซื้อสินค้าหรือได้รับบริการจากผู้อื่นเช่นเดียวกับภาคเอกชนทั่วไป แต่ในส่วนของรัฐการดำเนินการดังกล่าวไม่สามารถทำได้โดยอิสระแต่ละจะต้องดำเนินการภายใต้กฎเกณฑ์และขั้นตอนบางประการ ทั้งนี้เพื่อควบคุมการใช้จ่ายเงินของประชาชนที่รัฐได้มาจากการจัดเก็บภาษีให้เกิดประโยชน์สูงสุด กระบวนการดังกล่าวเรียกว่า “การจัดซื้อจัดจ้าง”

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างคือสัญญาที่รัฐจัดทำกับเอกชนเพื่อประโยชน์ในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ รัฐทำสัญญาดังกล่าวนี้นั้นขึ้นมาก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้หรือได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการนั้นๆ ในขณะที่เอกชนคู่สัญญาจะได้รับเงินค่าตอบแทนสำหรับสินค้าหรือบริการดังกล่าว และเนื่องจากเงินที่รัฐต้องนำมาใช้จ่ายเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นเงินภาษีของประชาชนรัฐจึงให้ความสำคัญกับสัญญาดังกล่าวอย่างยิ่ง

การจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐนั้นอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของสหรัฐ(The Federal Acquisition Regulation หรือที่เรียกโดยย่อว่า “FAR”) ซึ่งปรากฏอยู่ในหมวด (Chapter) 1 ลักษณะ (Title) 48 ของประมวลกฎหมาย และระเบียบของสหรัฐ (Code of Federal Regulations) FAR มีผลใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐทั้งปวงที่ใช้งบประมาณแผ่นดิน ทั้งนี้เว้นแต่ที่ได้ระบุยกเว้นไว้อย่างแข็งขัน ใน ค.ศ. 1988 ได้มีการประกาศใช้ Public Law 100-679 ซึ่งได้มีการจัดตั้ง Federal Acquisition Council อันประกอบด้วยผู้บริหาร (Administrator) ของ Office of Federal Procurement Policy (OFPP) และพนักงานเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบเกี่ยวกับนโยบายจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของสหรัฐต่างๆ ได้แก่ General Services Administration (GSA), Department of Defense (DOD) และ National Aeronautics and Space Administration (NASA) เพื่อมาดูแลการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของตนภายใต้ FAR ในขณะเดียวกันบรรดามลรัฐ และองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นส่วนใหญ่จะออกระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของตนโดยอาศัยกฎหมายของสหรัฐ หรือ FAR เป็นต้นแบบ

2) การให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะ (public utilities)

ความคิดเกี่ยวกับการจัดบริการสาธารณะของสหรัฐอเมริกาค่อนข้างที่จะแตกต่างไปจากแนวคิดของไทย ตามแนวคิดของไทยรัฐมีหน้าที่ในขั้นต้นที่จะจัดบริการสาธารณะให้แก่

<sup>24</sup> บริษัทที่ปรึกษากฎหมายสากลจำกัด. (2547). **สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา**. หน้า 2-9.



ประชาชนหากรัฐไม่สามารถดำเนินการได้ก็จะให้สัมปทานแก่เอกชนดำเนินการดังกล่าว ในสหรัฐอเมริกาบริการสาธารณะถือเป็นธุรกิจอย่างหนึ่งซึ่งเอกชนมีสิทธิดำเนินการได้ภายใต้การควบคุมของรัฐ คำว่า public utilities เป็นคำรวมที่ใช้กับบริการสาธารณะซึ่งอาจแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้ 2 ประเภทด้วยกันคือ (1) กิจกรรมที่ให้บริการอย่างต่อเนื่องแก่ผู้บริโภค โดยมีโรงงานหรือระบบผลิตหรือจ่ายที่เชื่อมโยงกับระบบของผู้บริโภค และ (2) ระบบขนส่งสาธารณะ

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (Article 1, Section 8) ได้จำแนกอำนาจทางเศรษฐกิจที่บรรดามลรัฐมอบไว้ให้เป็นอำนาจของสหรัฐในแง่ของการควบคุมกิจการของเอกชน อำนาจดังกล่าวนี้ประการหนึ่งคืออำนาจของสภาองเกรสที่จะออกกฎหมายควบคุมดูแลการพาณิชย์ภายในเขตแดนของมลรัฐนั้น (Intrastate Commerce) ไม่ว่ากิจการทางพาณิชย์นั้นจะเป็นการให้บริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม

การควบคุมบริการสาธารณะในมลรัฐจะกระทำโดยคณะกรรมการควบคุมของมลรัฐ (State Regulatory Commissions) ซึ่งแบ่งออกตามประเภทของบริการสาธารณะ เช่น โทรศัพท์ และ โทรเลข ไฟฟ้า ก๊าซ และน้ำประปา เป็นต้น การควบคุมในระดับสหรัฐกระทำโดยคณะกรรมการควบคุมของสหรัฐ (Federal Regulation Commissions) ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการควบคุมระดับมลรัฐ หรือ สหรัฐ องค์กรเหล่านี้ล้วนเป็นองค์กรอิสระไม่ขึ้นอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ บ่อยครั้งจะเกิดกรณีที่อำนาจของคณะกรรมการควบคุมของสหรัฐทับซ้อนกับอำนาจของคณะกรรมการควบคุมของมลรัฐในกรณีดังกล่าวหากกฎหมายของมลรัฐขัดกับกฎหมายของสหรัฐก็ต้องใช้กฎหมายของสหรัฐบังคับ

ความแตกต่างระหว่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะกับสัญญาทางแพ่งของสหรัฐอเมริกา

#### (1) ข้อจำกัดในการทำสัญญา

ในการที่หน่วยงานของรัฐจะทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นหน่วยงานของรัฐดังกล่าวจะต้องได้รับอนุมัติเงินงบประมาณจากรัฐสภาเสียก่อน ในขณะที่หากเป็นกรณีของการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะเอกชนผู้ที่มีความประสงค์ที่จะจัดทำบริการสาธารณะจะต้องยื่นคำขอต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยแสดงว่าประชาชนต้องการบริการสาธารณะดังกล่าวและตนเองสามารถจัดทำและให้บริการสาธารณะดังกล่าวนั้นให้แก่ประชาชนได้อย่างมีคุณภาพในราคาที่ยุติธรรมและเมื่อได้รับ Certificate of Public Convenience and Necessity จากเจ้าหน้าที่ควบคุมระดับมลรัฐหรือสหรัฐแล้วแต่กรณีจึงจะจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวนี้ได้ มิใช่ว่าจะทำสัญญาหรือให้สิทธิเมื่อใดก็ได้ดังเช่นกรณีของบริษัทเอกชนทั่วไป

## (2) ผู้มีอำนาจทำสัญญา

เนื่องจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้าทำสัญญาหรือให้สิทธิใดๆ กับเอกชนนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยตนเองย่อมไม่สามารถกระทำได้ในทันทีแต่จะต้องได้รับการมอบอำนาจมาเสียก่อน (delegation of power) ดังเช่นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะต้องได้รับการแต่งตั้งตามแบบ SF1402 หนังสือรับรองการแต่งตั้ง (Certificate of Appointment) ซึ่งจะระบุข้อจำกัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา นอกจากข้อจำกัดอำนาจที่กฎหมาย หรือกฎระเบียบได้กำหนดไว้หากเจ้าหน้าที่รัฐผู้เข้าทำสัญญามีได้มีอำนาจเข้าทำสัญญาสัญญาดังกล่าวไม่ผูกพันรัฐปรากฏใน S.E.R., Jobs for Progress, Inc. V. United States, 759 F.2d 1,4 (Fed. Cir. 1985) ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า “สัญญาซึ่งทำกับรัฐ ไม่มีผลผูกพันเว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะแสดงได้ว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งเข้าทำสัญญาด้วยนั้นมีอำนาจกระทำการอันเป็นการผูกพันรัฐบาล” และการเข้าทำสัญญานั้นจะต้องดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ด้วย

สำหรับการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ที่จะให้สิทธิแก่เอกชนเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวได้จะต้องเป็นผู้มีอำนาจให้สิทธิด้วยเช่นกัน สำหรับในสหรัฐอเมริกาเมื่อกล่าวถึงผู้มีอำนาจให้สิทธิต้องพิจารณาว่าเป็นการให้สิทธิในระดับใดและเป็นการให้สิทธิในเรื่องใดด้วย เช่น การให้สิทธิในระดับสหรัฐผู้มีอำนาจให้สิทธิได้แก่ Federal Communications Commission (FRC) สำหรับการกิจการ โทรคมนาคมหรือกิจการวิทยุโทรทัศน์หรือ Federal Energy Regulatory Commission (FERC) สำหรับการส่งและการขายส่งพลังงานไฟฟ้า การส่งและการขายปลีกก๊าซธรรมชาติหากการค้ำนี้มีลักษณะเป็นการค้าระหว่างรัฐ (Interstate Commerce) เป็นต้น สำหรับในระดับมลรัฐได้แก่ State Public Utility Commissions ของมลรัฐนั้นๆ กรณีดังกล่าวย่อมแตกต่างจากสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน กล่าวคือ ในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนนั้นนอกจากกรณีของบุคคลธรรมดาซึ่งพิจารณาจากอายุที่จะสามารถทำสัญญาได้โดยสมบูรณ์แล้วหากเป็นนิติบุคคลโดยทั่วไปจะพิจารณาว่าเป็นผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคลนั้นหรือไม่เท่านั้น

## (3) สิทธิพิเศษของรัฐ

ถึงแม้ว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นจะเกิดจากนิติกรรมสัญญาระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชนแต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมิได้อยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกันดังเช่นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง กล่าวคือ รัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน โดยรัฐยังคงดำรงไว้ซึ่งอธิปไตยเหนือเอกชนในบางประการ ดังเช่นสิทธิของรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว สิทธิในการเลิกสัญญาโดยไม่มีการผิดสัญญา (termination for convenience) สิทธิในการกำหนดราคาค่าบริการใน

การให้บริการสาธารณะของผู้ได้รับอนุญาต การให้บริการใดๆ ของผู้ได้รับอนุญาตยังคงถูกจำกัดควบคุมโดยรัฐทั้งนี้เพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญเนื่องจากกิจการดังกล่าวเป็นกิจการที่ส่งผลกระทบต่อและอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนอย่างมากต่อสาธารณะชน (business affected with a public interest) เป็นต้น ดังนั้นรัฐจึงย่อมที่จะต้องดูแลอย่างใกล้ชิดและแทรกแซงได้โดยการใช้อำนาจรัฐ (Police Power) เช่นการกำหนดอัตราค่าบริการ เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมแตกต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งย่อมผูกพันตามข้อสัญญาที่กำหนดไว้เท่านั้น

#### (4) กฎหมายที่ใช้บังคับ

เนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างเป็นเรื่องของการใช้ไปซึ่งเงินที่เก็บมาจากประชาชน (Public Fund) การดังกล่าวและการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นการให้สิทธิแก่เอกชนในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐและกระทบต่อประชาชนส่วนใหญ่ ดังนั้นการจัดซื้อจัดจ้างหรือการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะแล้วแต่กรณีจึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายหลายฉบับ รวมทั้งกฎระเบียบซึ่งกำหนดรายละเอียดและขั้นตอนต่างๆ ไว้มากมาย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าการทำสัญญาหรือการให้สิทธินั้นรัฐได้ใช้เงินหรือทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการดังกล่าวอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ (fair and efficient) ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน ซึ่งแตกต่างจากการทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเองซึ่งส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้กฎหมาย Uniform Commercial Code เท่านั้น

#### (5) ข้อกำหนดในสัญญา

ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นจะต้องมีรูปแบบและข้อกำหนดในสัญญาตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วยหากขาดไปจะส่งผลให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ทั้งนี้ตามหลัก Christian Doctrine ซึ่งเกิดขึ้นจากคดี G.L.Christian & Associates v. United States 160 Ct.Cl. 1,312 F.2d 418 (1963), cert.den., 375 U.S. 954 (1963) opinion on reh. 320 F.2d 345 ศาลได้วางหลักว่า ความสมบูรณ์ของสัญญาขึ้นอยู่กับว่ามีอยู่ซึ่งข้อกำหนดที่กฎหมายหรือกฎระเบียบในขณะทำสัญญากำหนดว่าต้องมี

กล่าวได้ว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ไม่มีการแยกประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองได้แก่ หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of contract) หลักคำเสนอคำสนอง (Offer and Acceptance) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้แก่ศาลยุติธรรมธรรมดาทั่วไปไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองเป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีประโยชน์ของส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองก็จะนำหลักการว่าด้วยสัญญาทางปกครองรวมถึงอำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิพิเศษของฝ่าย

ปกครองที่ปรากฏจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลที่ผ่านๆ มาเป็นแนวทางในการนำมาปรับใช้แก่กรณีในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมาย นำมาประมวลไว้หรือการออกระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการร่างสัญญามาตรฐานของฝ่ายปกครองขึ้นเพื่อความสะดวกแก่การอ้างอิงเพื่อให้เกิดความชัดเจน แน่นอน โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้และเป็นแนวปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานต่างๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐและประโยชน์ส่วนรวม รวมทั้งเป็นหลักเกณฑ์ที่เอกชนคู่สัญญาใช้เป็นแนวทางในการศึกษาทำความเข้าใจ และยอมรับในการที่จะตกลงยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองในการเข้าทำสัญญาการปฏิบัติตามสัญญา อย่างไรก็ตามในสหรัฐอเมริกาจะต้องมีการระบุหลักเกณฑ์พิเศษดังกล่าวข้างต้นไว้ในสัญญาปกครองที่ทำกับเอกชนคู่สัญญามิฉะนั้นฝ่ายปกครองจะไม่มีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาในการที่จะบังคับใช้เรื่องสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้แม้ว่าจะเป็นการเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนรวม หรือ ประโยชน์สาธารณะก็ตาม กล่าวคือ การยอมรับเอกสิทธิ์พิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการต่างๆ ไว้ในสัญญาเท่านั้นและหากมิได้มีการบัญญัติให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครองไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวแล้วฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจยกเอาเอกสิทธิ์ใดๆ ขึ้นมากล่าวอ้างได้<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> ชวลิต เสวตสุต. (2547). สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย. หน้า 218-219.